

جميع ما يترجم من صحاح المجلدات المبررة للمؤلفين الحسن بن الحسن بن الهيثم

المملكة المغربية
وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية

نظرة العين على الحق في الفقه الإسلامي

من خلال عقد البيع

إعداد:
الأستاذ محمد سلامة

تقديم

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على سيدنا محمد وآله وصحبه أجمعين.

وبعد، فإن أئمة المسلمين، وعلماءهم الأعلام، وفقهاءهم الأبرار أخذوا منذ الصدر الأول للإسلام يدرسون الشريعة الإسلامية دراسة مستفيضة عميقة، وشرعوا يستنبطون منها الأحكام الفقهية على أسس شرعية وقواعد مضبوطة، أصلوها وأجمعوا عليها، وجعلوها منطلقاً لاجتهاداتهم ومركزاً لأرائهم المستمدة من القرآن الكريم والحديث النبوي الشريف، وهكذا تكونت المذاهب الفقهية السنية التي تلقىها الأمة الإسلامية بالقبول، وارتضت الأخذ عنها والاقتداء بها خلفاً عن سلف في كل عصر وجيل، وراح فقهاء كل مذهب من تلك المذاهب الفقهية يتوسعون في اجتهادات إمامهم والتفريع عنها، ويقارنون بين ما عند إمامهم وعند غيره من الأئمة الآخرين في الأصول والفروع، ويبينون وجهة نظر إمامهم وأساس اجتهاده في المسألة، فكونوا بذلك ثروة علمية عظيمة، ووضعوا لذلك قواعد فقهية جلية، اعتمدوها في إيجاد الأحكام لكثير من المسائل والجزئيات، فرحمهم الله واثابهم على ما قدموا من خدمة للإسلام والمسلمين.

وإن من جملة الموضوعات الفقهية التي اهتم بها العلماء وتوسع فيها الفقهاء وبسطوا أحكامها في كتبهم الفقهية، وقارنوا فيها بين ما هو موجود من أحكامها عند هذا المذهب أو ذاك، عقد البيع الذي هو من عقود المعاملات، وذلك لما يكتميه هذا العقد من أهمية خاصة بين بقية العقود الأخرى، ولما له من أثر كبير في الحياة اليومية للناس، حيث فصلوا في أحكامه، وتوسعوا في جزئياته، وتناولوا كل ما يتعلق به كما هو شأنهم وإمامهم - رحمهم الله - في كل باب من أبواب الفقه، سواء في العبادات أو المعاملات أو أحكام الحدود والعزيرات والتأديبات التي تحفظ حقوق الناس، وتضمن الحفاظ لهم على سلامتهم في نفوسهم وأعراضهم وأموالهم.

غير أن تلك القواعد الكلية والأحكام الجزئية الفقهية لا تعطي ولا تكون أحياناً نظرية عامة، بالفهوم الحديث عن كل باب من تلك الأبواب في مجال الدراسات التشريعية والفقهية على غرار الطريقة التي أصبحت يتناولها فقهاء التشريع الإسلامي وأسائدة القانون الوضعي في الدراسات المقارنة الحديثة والمعاصرة، حيث يخرجون منها بنظرية عامة، عن العقد من حيث هو، أو تركز على عقد من العقود الخاصة.

وفي هذا الإطار والجال جاءت هذه الدراسة الفقهية المقارنة التي تحمل عنوان: (نظرية العقد في الفقه الإسلامي من خلال عقد البيع)، والتي أعدها الاستاذ الجامعي الباحث محمد سلامة، الاستاذ بكلية الشريعة بفاس، وقدمها أطروحة للمناقشة، نال بها درجة الدكتوراه في العلوم الإسلامية من دار الحديث الحسنية.

فقد تناول في أطروحته هذه، وجمع في هذه الدراسة ما يتعلق بعقد البيع من أحكام وتفاصيل، واستوعبها في منهج وتصميم يشتمل على تهذيب وثلاثة أقسام:

افتتاحية

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على نبي الرحمة سيدنا محمد وعلى آله وأصحابه وأتباعه ومن امتدى بهديهِ إلى يوم الدين.

وبعد، فقد شاءت ارادة الله عز وجل أن يهدينا إلى البحث في هذا الموضوع:

(نظرية العقد في الفقه الإسلامي من خلال عقد البيع)^(١)

الذي وقع عليه اختياري بأشارة كريمة من الاستاذ المشرف الدكتور السيد أحمد الخليلي، جزاه الله خيرا عما اسدي الي من سوابغ الارشاد وجميل النصيح والتشديد، ابتداء من تصميمه، ثم تابع معي التوجيه والملاحظات فيه أثناء البحث، حتى انتهى إلى الحالة التي يوجد عليها الآن. كما وقع اختياري على هذا الموضوع، لما للعقد من أهمية في مجال العمل الاجتماعي المستمر، يعيش مع الانسان ويتطور بتطوره في جميع ظروف الحياة.

(١) النظرية : معناها المفهوم العام الذي يؤلف نظاما حقوقيا موضوعيا تنطوي تحته جزئيات موزعة في أبواب الفقه، كظئرية الحق، ونظئرية الملكية، ونظئرية العقد.

ومن المعروف أن فقهائنا لم يقرروا أحكام المسائل الفقهية على أساس النظريات العامة... والنظئرية تختلف عن القاعدة الكلية... بحيث إن النظئرية بناء عام لقضايا ذات مفهوم مشترك واسع، أما القاعدة فقئ ضابط كلي فقئ ناحية مخصصة من نواحي النظئرية العامة.

(الفقه الإسلامي وأدلته، الدكتور وفيه الزحبي ج 4 ص 7).

وهكذا نتاول في تمهيد الكتاب الكلام عن نشأة العقد وأقسامه وأهمية عقد البيع ومكانته ضمن العقود الأخرى.

وتناول في القسم الأول منه الأحكام العامة لعقد البيع في الفقه الإسلامي.

وفي القسم الثاني تناول العقود المسايرة لعقد البيع في الأحكام العامة من إجارة، وشفعة، وقسمة، وصلح.

وتناول في القسم الثالث المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي في هذه الأحكام.

وبذلك جاء هذا الكتاب في موضوعه الهام جامعا شاملا، مستوعبا ومستوفيا لما يتعلق بنظئرية العقد بصفة عامة، من خلال استيعابه واستيفائه لأهم الأحكام والتفاصيل المتعلقة بعقد البيع، والتضمنة للمقارنة بين أحكامه على مستوى المناهض الفقهية السنية من جهة، والمقارنة بين تلك الأحكام في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي من جهة أخرى، مما سيجده فيه المدارس، وسيساعد الفقيه والاستاذ المختص والباحث المهتم بالدراسات التشريعية والفقهية على الاطلاع على تلك الأحكام ويسيرها بين يديه، ويجد فيها بريقه المنشودة.

وان وزارة الاوقاف والشؤون الإسلامية يسعدهما أن تطبع هذا الكتاب الفيد في بابيه، إسهاما منها في نشر البحوث والدراسات الإسلامية الجامعية الهامة، وتحقيقا لتلك الغاية النبيلة، من تعميم النفع به لدى الباحثين والدارسين المتخصصين.

كما يسعدهما ويشرفها أن تتقدم به أولا إلى راعي العلم والعلماء، ورائد الفقه ومكرم الفقهاء مولانا أمير المؤمنين وحامي حرم الوطن والدين جلالة الحسن الثاني حفظه الله وأدام له النصر والتوفيق، ولتمكين.

كما تسال الله العلي القدير أن يجعل طبع هذا الكتاب في سجل الأعمال الصالحة، والعسنت الخالدة، والمبرات الحميدة لجلالته، وأن يجعله من تلك الثمار الطيبة لغرسه الكريم المتمثل في إنشاء دار الحديث الحسينية التي أخذت من ذلك الحين توتي أكلها الطيب في مجال تخريج العلماء وازدهار حركة التأليف في العلوم الإسلامية لدى علماء المغرب وفقهائه الأجلاء.

فبارك الله في حياة مولانا أمير المؤمنين لخير الوطن والدين، وأقرعين جلالته بولي عهده المحبوب صاحب السمو الملكي الأمير الأمجد سيدي محمد، وصنوه صاحب السمو الملكي الأمير الأسعد مولاي رشيد، وحفظه في كافة أسرته الملكية الشريفة، إنه سبحانه سميع مجيب.

وزير الاوقاف والشؤون الإسلامية
الدكتور عبد الكبير العلوي المدغري

- القسم الثالث: مقارنة الفقه الاسلامي والقانون الوضعي في هذه الاحكام.

ومن الله سبحانه وتعالى، أرجو العون والسداد، على اتمام هذا البحث، وان يجعل عملي فيه مباركا نافعا، ويجزل لي ولكل من أعانني على اخراجه إلى الوجود، الأجر والمغفرة والرضوان، إنه سميع قريب مجيب الدعاء.

ورغم الصعوبة التي اعترضتني أثناء البحث، لكون مادة الموضوع جاءت متناثرة في ثنايا أمهات المصادر الفقهية القديمة، وغير كافية وشاملة بما يطمئن اليه الباحث في المراجع الحديثة، فقد عقدت العزم بعد تردد وتقديم رجل وتأخير أخرى، على أن أمضي قدما في البحث حتى ولو لم اصل فيه إلى مستوى الطموح الذي أبتغيه، مكثفيا بما اطمانت اليه النفس، إلى أن يأتي الشباب المسلم السغير المحب لشريعته وفقهه الاسلامي، من يطوره ويأتي فيه بالزيد.

في هذه الخطوات الباردة من الالاماني، مقابل العراقيل التي صادفتني في الطريق، والتي لا يخلو من مواجهتها - عادة - باحث، وقف استأثني المشرف بجاني يشد أزرعي، ويشجعني على الصبر والثبات،،،، كان الله له ولا مثاله من العلماء الصادقين المخلصين ولي الجزاء، وكفاهم جميعا شرفا أن رفعتهم إلى مقام حضرة وملائكة، وقرنهم في الشهادة باسمه الكريم على انفراد ذاته العلية بالوحدانية، والقيام على العسل في خلقه، وهذه خصوصية عظيمة للعلماء في هذا المقام، حيث قال سبحانه وتعالى:

"شهد الله أنه لا اله الا هو والملائكة وأولوا العلم قائما بالقسط" (آل عمران: 18).

أما تصميم هذا الموضوع، فأتناوله بحول الله وتوفيقه في فصل تمهيدي، وثلاثة أقسام.

- فصل تمهيدي في: نشأة العقد، وأقسامه، وأهميته عقد البيع من بين بقية العقود الأخرى.

- القسم الأول: أحكام عقد البيع العامة في الفقه الاسلامي.

- القسم الثاني: العقود المسايرة لعقد البيع في الاحكام العامة.

تعريف العقد: العقد في أصل اللغة يعني الربط محكما، كان يجمع

طرفي جبلين ويشد أحدهما بالآخر، فيتصلا اتصالا وثيقا، ويصباحا قطعة واحدة، والعقدة هي السبب الموصول الذي يمسكهما ويوثق بينهما.

ومن معنى العقد في اللغة، أطلق تجوزا على العهد الموثق وعلى اليمين وعلى الاتفاق في المبادلات: كالبيع والايحار ونحوهما⁽¹⁾.

والعقد اصطلاحا وشريعا، عرفته المجلة العدلية العثمانية بأنه: "ارتباط

ايحاب بقبول على وجه مشروع يثبت اثره في محله"⁽²⁾. وعرفه صاحب

كتاب "مرشد الحيران" محمد قدي باشا بأنه: "ارتباط الايجاب الصادر من احد المعاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت اثره في المعقود عليه"⁽³⁾

والتعريفان معا متفقان.

وفي اصطلاح القانونيين هو: "اتفاق ارادتين على انشاء حق، أو على نقله، أو على إنهائه"⁽⁴⁾.

وليس كل اتفاق عقداً، فلو اتفق اثنان على نزعه، أو على قضاء السهرة

معا، فلا عقد بينهما، بل إنما العقد كما يدل عليه معناه في التعريف الشرعي، هو الارتباط الذي له أثر شرعي: أي العلاقة الالزامية الناشئة عنه.

وكلمة العقد تقترب لفظا ومعنى من كلمة العهد، فيقال: عاقده أو عاهده

بمعنى، وفي الكلمتين معنى الارتباط والالتزام... ولا شك في أن العقد من

(1) أحكام المعاملات في الفقه الإسلامي الدكتور خالد عبد الله عبيد، في كتابه المطبوع لطلبة كلية الحقوق بالرباط على استانصاف ص: 20، (المصباح للنير، ومختار الصحاح).

(2) المادة: 103 و 104

(3) المادة: 168

(4) المدخل الفقهي العام للشيخ مصطفى أحمد الزرقاء 292/1.

فصل تهميدي:

نشأة العقد:

لا يعرف بالضبط كيف نشأت في البشر فكرة التعاقد، ولا العوامل التي ادت اليه، الا على سبيل الظن والتخمين، فيرى بعض الباحثين أن أول ما عرف البشر من التعامل هو التبادل الغوري، فعند الاحتياج، كان الانسان يعطي ويأخذ من الآخر بقدر ما يعطي.

وأما التعاقد على الالتزامات التي يكون الانسان مسؤولا على تنفيذها في المستقبل، فلم يكن معروفا في اليهود الموعظة في القدم، ثم تولد الالتزام بالعقد عن طريق فكرة دية القتلى، فقد كان الاعتداء يوجب الثأر الفعلي بالقتال بين أهل القتل وأهل قاتله، فحل محل الثأر بعد حين أخذ الدية.

وقد لا يجد المعتدي ما يؤديه لأسرة الضحية، فيضطر إلى طلب المهلة لجميع المال من أسرته وقبيلته⁽¹⁾، وفي هذه الحال يضع رهينة لدى أولياء المجني عليه في مقابلتها إلى أجل.

بينما يرى آخرون أن الأصل التاريخي لنشأة التعاقد والالتزام هو اتفاق الخصمين على التحكيم بينهما.

وعلى كل احتمال، فقد كان للآديان اعظم الأثر في ظهور التعاقد واحترام الالتزامات⁽²⁾.

(1) لمن من هذا القبيل، بقيت فكرة الاستعانة على الدية بالعاقلة، معتزفا بها وملحوظة في الشريعة الإسلامية.

(2) المدخل الفقهي العام للشيخ مصطفى أحمد الزرقاء 295/1. يقاين بنظرية العقد الدكتور عبد الرزاق السنهوري في بحث سلطان الإرادة ف 89/.

وهؤلاء الفقهاء، لا يطلقون كلمة العقد على ما تنشئه الإرادة المنفردة من التصرفات الشرعية: كالطلاق والإبراء والإسقاط وغيرها.

المعنى العام:

ونجد فريقاً آخر من فقهاء المالكية والشافعية والحنابلة، يعمم ويطلق كلمة العقد على كل التزام شرعي سواء كان ناشئاً بإرادة طرفين كما في عقود المعاوضات، أو بإرادة طرف واحد كعقود التبرعات لغير معينين، والطلاق والإبراء، والإسقاط، فيكون معنى العقد على هذا الاعتبار هو: كل ما عقد الشخص العزم عليه والتزم به، سواء كان ذلك الالتزام بالزام نفسه أم كان باتفاق مع شخص آخر⁽¹⁾.

الفرق بين العقد والالتزام والتصرف:

فيالنظر إلى التعريف السابق للعقد سواء عند الفريق الفقهي أو القانوني الذي يخصه بالتصرف الناشئ بين طرفي العقد بإيجاب وقبول عن طريق الاتفاق بين ارادتين، يكون العقد خاصاً من الالتزام والتصرف معاً، لأن الالتزام كما ينشأ عن العقد وفق الطريقة التي اتفق عليها الطرفان، ينشأ كذلك بإرادة واحدة منفردة في كل التصرفات الإلزامية: كالبهية من غير ثواب، والطلاق على غير مال، وإبراء الدائن المدين من الدين، والاقراء بحق، وإسقاط الشفعة، وما إلى ذلك... فيكون تعريف الالتزام على هذا متبينا مع تعريف العقد بمعناه الخاص.

وتعريف الالتزام هو:

"كل تصرف متضمن إرادة إنشاء حق من الحقوق، أو إنهائه أو

مصادره الالتزام والموجبات"⁽¹⁾ وإن إبقاء العقود والمعهود واجب وثابت بالقرآن الكريم، حيث جاء فيه:

"يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود" (المائدة: 1) "وأوفوا بالعهد إن العهد كان مسؤولاً" (الاسراء: 34).

ووفق هذا التعريف، يكون العقد في الاصطلاح من قبيل الارتباط الاعتباري في نظر الشرع بين طرفين نتيجة اتفاق ارادتهما، وهاتان الارادتان خفيتان، يعين عنهما بالكلام المتقابل أو ببيانه، المسمى صيغة أو إيجاباً وقبولاً، كقول البائع: بعت لك هذا الكتاب بكذا، ورد المشتري: اشتريته أو قبلته، وقول المؤجر: أجرت، ورد المستأجر: استأجرت... وما أشبههما من العقود...⁽²⁾.

للعقد معنيان: خاص وعام.

المعنى الخاص:

حسبما سبق في تعريف الفقهاء للعقد بأنه: ارتباط الإيجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في العقود عليه، وتعريف القانونيين بأنه: توافق ارادتين على إنشاء حق أو على نقله، أو على إنهائه. نجد أن أغلب الفقهاء يطلقون العقد على معناه الخاص، وهو هذا الاتفاق، أو هذا الارتباط للارادتين بين طرفي العقد، المبر عنه شرعاً بالإيجاب والقبول. كعقد البيع والإجارة، والزواج، وغيرها من العقود التي لا تتم إلا عن طريق ربط الإيجاب والقبول من طرفين.

(1) أحكام القرآن للجصاص (2/294 وما بعدها). أحكام القرآن لابن العربي المعافري (2/524 وما بعدها) نظرية العقد لابن تيمية (ص 18-78)، الفقه الإسلامي وأدلته للدكتور الزنجلي (4/80). ضوابط العقد في الفقه الإسلامي، للدكتور عدنان خالد التركماني (ص 16-18).

(1) النظرية العامة للموجبات والعقود... للدكتور صبحي محمدي ص: 264. يقال بأحكام القرآن لابن العربي المعافري الجزء الثاني: المسألة السابعة: ص 525.

(2) المجلة السنية (م: 69).

تعريف القانونيين أنه: اتفاق ارادتين على إنشاء حق، أو على نقله، أو على إنهائه. وهما معا بالمعنى الخاص للعقد - كما تقدم - المصادر عن ارادة طرفين.

وبالموازنة بين التعريفين، يتضح ان العقد في نظر فقهاء الاسلام ليس هو اتفاق الارادتين نفسه، بل الارتباط الذي يعتبره الشارع حاصلا بهذا الاتفاق، ان قد يحصل الاتفاق بين الارادتين دون ان تتحقق الشروط المطلوبة شرعا للانعقاد، فلا يعتبر ان ذلك انعقادا رغم اتفاق الارادتين، وهي حالة بطلان العقد في نظر الشارع والقانون.

وعليه يكون التعريف القانوني شاملا للعقد الباطل الذي يعتبره التشريع لغوا من الكلام لا ارتباط فيه ولا ينتج نتيجة، ذلك لأن هذا التعريف القانوني انما يعرف العقد بواقعه المادية، وهي اتفاق الارادتين... أما التعريف الفقهي فيعرفه بحسب واقعه الشرعية، وهي الارتباط الاعتباري، وهذا هو الاصح...

ويمتاز التعريف الفقهي ايضا في تصوير الحقيقة العقديّة ببيان الاداة المكوّنة للعقد... وهي الايجاب والقبول، لأن مضمّن اتفاق الارادتين في ذاته لا يعرف وجوده، فيبقى خفيا حتى يكشفه الايجاب والقبول اللذان يعتبران من عناصر العقد الظاهر بما فيهما من اعراب عن تحريك كل من الارادتين نحو الأخرى وتلاقيهما وفاقا...

كما ان الاتفاق الوارد في التعريف القانوني يجعل التعريف غير مانع ان يدخل فيه الوعد كما في حالة الوعد ببيع أو رهن... بينما يشترط في التعريف الصحيح - عادة - ان يكون جامعا مانعا⁽¹⁾.

(1) ان يكون جامعا: يشمل جميع أفراد الشيء المراد فلا يخرج عنه شيء مما يجب ان يتأوله.
2- ان يكون مانعا: يخرج عن قيوده وحده كل ما ليس من أفراد.

اسقاطه، سواء كان من شخص واحد: كالوقف والطلاق المجرد عن المال والايراء، أم من شخصين: كالبيع والاجارة، والطلاق على مال⁽¹¹⁾.

وأما حسب ما ذهب اليه الفريق الآخر من الفقهاء... فانه يرى تعميم العقد وإطلاقه على ما يصدر من طرفيه في العقود المتقابله، ومن طرف واحد في عقود الارادة المنفردة، مستدلا بما ورد في سياق القرآن الكريم من تعميم الأمر بالوفاء بالعقود والعهود بقوله تعالى: "يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود"، (المائدة: 1) "وأوفوا بالعهد ان العهد كان مسؤولا"، (الاسراء: 34) وعلى هذا نهج العمل الفقهي الاسلامي في تأليفه.

وهذا النهج يؤكد وفق هذا الاعتبار أن معنى العقد ومعنى الالتزام مترادفان فيشملاهما تعريف الالتزام السابق.

وأما التصرف، فهو أعم من العقد والالتزام معا على كل حال، لأنه يشمل متضمنهما ويرتد عليه أمورا: كالأفعال والأقوال الصادرة عن المكلف العارية عن الالتزام والعقد، سواء كانت نتائجها نافعة له أو ضارة: كعمى قيمها المكلف لمصلحته، أو أعمال سرقة، وقتل، وقف يترقبها، يتابع عليها بالجزاء ولذا عرف التصرف بأنه: "ما يصدر عن الشخص المميز بإرادته ويرتب عليه الشارع نتيجة من النتائج سواء كانت في صالح ذلك الشخص أو لا"⁽²⁾.

مقارنة بين تعريف العقد الفقهي والقانوني:

ورد في تعريف الفقه الاسلامي للعقد بالمجلة العدلية (م. 103، 104) أنه: ارتباط ايجاب بقبول على وجه مشروع يثبت أثره في محله. وفي

(11) أحكام القرآن للجصاص (2/294)، أحكام القرآن لابن العربي (2/524) نظرية العقد لابن تيمية

(ص 18-17) الفقه الاسلامي وأثره للتدوير الزحيلي (4-83-82).

(12) المدخل في التعريف بالفقه الاسلامي الدكتور محمد مصطفى شلبي (ص 413).

وأوصافه، وعرفه الفريق الثاني: بأنه: ما سلم من العيوب وترتب عليه آثاره، وعرفه الحنفية بقولهم: هو ما كان مشروعاً بأصله ووصفه⁽¹⁾.

ب- العقد غير الصحيح

العقد غير الصحيح هو المختل فيه أحد أركانه الأساسية أو شرط من شروطه أو وصف من أوصافه عند غير الحنفية، ويشمل غير الصحيح عند جمهور الفقهاء غير الحنفية، الباطل والفسد، وهما بمعنى واحد، لا يترتب عليه شيء من الآثار.

وأما الحنفية فيقسمون غير الصحيح إلى باطل وفسد، فلكل واحد منهما معنى مختلف عن الآخر عندهم...⁽²⁾

أنواع العقد الصحيح:

ينقسم العقد الصحيح عند الحنفية والمالكية إلى نافذ وموقوف:
فالنافذ: هو ما صدر ممن له أهلية وولاية على إصداره: كالصادر من العاقد الرشيد في ماله، أو الولي أو الرضي للقاصر، أو الموكل لموكله، وحكمه أنه ترتب عليه آثاره بمجرد انعقاده، من غير توقف على إجازة أحد. والموقوف: هو العقد الصادر من شخص له أهلية التعاقد، من غير أن يكون له ولاية إصداره، كعقد الفضولي، وعقد الصغير المميز فيما يتردد بين الضرر والمنفع لملكه، وحكمه أنه لا ترتب عليه آثاره إلا إذا أجازها صاحب الشأن الذي يملك إصداره، فإن لم يجزه بطل.

وهذا العقد باطل عند الشافعية والحنابلة، لانعدام الولاية أو التملك لدى العاقد.

⁽¹⁾ المدخل في التعريف بالفقهاء الإسلاميين، للدكتور محمد مصطفى شاذلي (ص 556) ضوابط العقد...

للكهاني... (ص 260)، الفقه الإسلامي وأدلته للدكتور وهبة الزحيلي (4/234).

⁽²⁾ الفقه الإسلامي وأدلته... (4/234-235)، المدخل الفقهي العام للزرقا (1/573).

لذا قال الشيخ مصطفى أحمد الزرقاء في كتابه (المدخل الفقهي العام):
"إن تعريف فقهاءنا للعقد أدق تصوراً ولحكم منطقاً، وإن كان التعريف القانوني أوضح تصويراً وأسهل فهماً في طريق التعليم"⁽¹⁾.

تقسيم العقد وتصنيفه:

تنقسم العقود وتتعدد باعتبارات مختلفة، أهمها النظر إلى العقد بحسب إقرار الشارع له وعدم إقراره، أو بالنظر إلى كون العقود مسمأة أو غير مسمأة، أو بالنظر إلى غاية العقد وأغراضه، أو لكون العقد عينياً أو غير عينياً، أو باعتبار اتصال الأثر به وعدم اتصاله.

أولاً: تقسيم العقد إلى مشروع وغير مشروع:

بحسب الوصف الذي يعطيه الشارع للعقد، بناء على مقدار استيفائه لأركانه وشروطه، ينقسم إلى صحيح ترتب عليه آثاره، وغير صحيح لا يترتب عليه شيء.

1- العقد الصحيح:

العقد الصحيح هو الذي استكمل عناصره ومكوناته الأساسية من عاقلين وصيغة ومعقود عليه... وشرائطه الشرعية، فيصبح سبباً صالحاً لترتيب حكمه وآثاره عليه.

وقد انقسم الفقهاء - غير الحنفية - في تعريف العقد الصحيح إلى فريقين: عرفه الفريق الأول: بأنه ما كان سبباً صالحاً لترتيب الآثار عليه، بأن يكون صادراً من أهله، في محل صالح لحكمه، وسالماً من الخلل في أركانه

⁽¹⁾ ج 1 ص: 294-295.

والكفيل، دون المرتهن والمكفول له، لأن العقد لمصالحتهما توثيقاً للحق، فلهما التنازل عنه.

4- عقود غير لازمة للطرفين: وهي الوديعة والإعارة والوكالة والشركة والمضاربة والرصينة والهبة... يجوز فيها لكل من العاقدين الفسخ والرجوع⁽¹⁾.

ثانياً: تقسيم العقود إلى مسماة وغير مسماة:

- العقود المسماة: هي التي وضع الشرح لها اسماً خاصاً بها، وبين أحكامها الترتيبية عليها: كالبيع، والإجارة والشركة والهبة، والكفالة، والوكالة، والرهن، والقرض، والصلح، والزواج، والرصينة، ونحوها..

- وأما العقود غير المسماة: فهي التي لم يوضع لها اسم خاص في الشرح، ولم يرتب لها أحكاماً خاصة، وإنما استحدثها الناس للحاجة والضرورة. وهي كثيرة لا تنحصر، لأنها تنشأ بحسب تجدد حاجات الناس وتطور المجتمعات وتشابك المصالح مثل:

عقد الاستصناع، وبيع الوفاء، وأنواع من المقاولات: أي التعهدات والالتزامات الحديثة، وأنواع الشركات التي تمنح امتيازات للتنقيب عن النفط والمعادن، وعقود النشر والإعلان في الصحف والمجلات ونحوها.. أما الاستصناع: فهو التعاقد على صنع شيء معين: كالقروشات، والأحذية، والأواني، والسيارات، والبواخر... وقد تردد بين اعتباره بيعاً أو إجارة... ثم استقر على تسمية خاصة به.

وأما بيع الوفاء: فهو أن يبيع المحتاج إلى النقود داراً أو أرضاً على أنه

أنواع العقد المتألف :

يتقسم العقد المتألف إلى لازم وغير لازم:

فالألزام: هو العقد الذي ليس لأحد عاقديه فسخه دون رضا الآخر: كالبيع والإجارة... لأن الأصل في العقود اللزوم، لقوله تعالى: "يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود" (المائدة: 1).

ويلزم العقد إذا استوفى أركانه وشروطه وأوصافه بمجرد صدوره من العاقدين، عند الحنفية والمالكية، ولا يلزم عند الشافعية والحنابلة إلا بتفريق العاقدين ببيانهما، أو إذا تخايرا، فاختاراً لزومه، عملاً بحديث خيار المجلس "البيعان كل واحد منهما بالخيار على صاحبه ما لم يتفرقا إلا بيع الخيار" (اللفظ لمسلم جاب ثبوت خيار المجلس للمتابعين=شرح النووي بهامش القسطلاني 6 ص 377).

وغير اللزوم: أو الجائز: هو ما يملك كل من طرفيه أو أحدهما فسخه أما عملاً بطبيعة العقد نفسه كالوكالة والإعارة والإيداع، أو لمصلحة العاقد، كالعقد المشتمل على الخيار.

والعقود بالنسبة إلى اللزوم وقابلية الفسخ وعدمه أربعة أنواع:

1- عقود لازمة لا تقبل الفسخ وهي: الزواج والعتاق والخلع. فالزواج- مثلاً- لا يقبل الفسخ باتفاق العاقدين عن طريق الإقالة: أي لا يقبل الإلغاء الانتقائي، وأن قبل الانتهاء بالطلاق والخلع والتفريق لأن الانتهاء غير الفسخ، بدليل بقاء أثر الزواج بعد انتهائه بالطلاق، كحرمة المصاهرة وثبوت النسب... بخلاف الفسخ فلا يبقى أثر للعقد.

2- عقود لازمة تقبل الفسخ: أي تقبل الإلغاء بطريق الإقالة وهي عقود المعامضات المالية: كالبيع والإيجار والصلح والزراعة...

3- عقود لازمة لأحد الطرفين: كالرهن والكفالة، فانهما لازمان للراهن

⁽¹⁾ الفقه الإسلامي وأدلته: (4/ 241-242)، المدخل... الشلبي (ص 557) ضوابط العقد... للتركاتاني (ص 272)، المدخل الفقهي العام... للزرقاء (1/ 577)

قبض العقار كالارض والدور، يتم بالتخليه، وقبض المنقول كالأمتعة والدواب يتم بحسب العرف الجايز بين الناس (الشرح الكبير للدريز: 145/3، المهذب: 263/1). وقال الحنابلة: قبض كل شيء بحسبه، ويرجع فيه إلى العرف (المغني والشرح الكبير 120/4).

- العقود غير العينية:

العقود غير العينية، هي التي تتم بمجرد صدور الصيغة السليمة من العيوب، مستوفية لجميع الشروط، ولا تحتاج في تمامها وترتيب أثرها عليها، إلى القبض، وهي جميع العقود عدا الخمسة السابقة⁽¹⁾.

رابعاً: تقسيم العقد باعتبار اتصال الأثر به وعدم اتصاله: ينقسم العقد

بحسب ترتيب أثره عليه بمجرد انعقاده وعدم ترتب أثره في الحال إلى أنواع ثلاثة: منجز ومضاف، ومعلق:

1- العقد المنجز: وهو ما صدر بصيغة غير مضافة إلى المستقبل

ولامعة على شرط، وحكمه ترتيب الأثر عليه في الحال ما دام مستوفياً لأركانه وشروطه.. مثل: بعثك هذه الدار بكذا، وقبل الآخر. والأصل في العقود التتجيز في الحال، باستثناء الوصية والايضاء، فلا يمكن بطبيعتها أن يكونا ناجزين، لاضافتهما حتماً لما بعد وفاة الموصي.

2- العقد المضاف للمستقبل: وهو ما صدر بصيغة أضيف فيها

الإيجاب إلى زمن مستقبل، مثل: أجرتك داري لسنة ابتداء من مطلع الشهر القادم، وأنت طالق بعد أسبوع

وحكمه: أنه يقع في الحال، ولكن أثره لا يوجد إلا في الوقت المحدد الذي أضيف إليه.

⁽¹⁾ المدخل الفقهي العام، للزرقاء (336/1 و 574)، المدخل... إشبلي (ص 570)، ضوابط العقد...

للكركماني (ص 266)، الفقه الإسلامي وأدلة... للرحيلي (4/245).

متى وفي الشئ المشترك استرد العقار، تردد بين كونه رهناً أو بيعاً، ثم استقر على هذا الاسم الخاص به⁽¹⁾.

والرأي الراجح فقهاً، هو جواز أحداث عقود جديدة لا تخالف نصوص الشريعة ومبادئها وقواعدها العامة، لأنه لا يوجد نص في الشريعة الإسلامية السمحة يحدد أنواع العقود، أو يقيد موضوعاتها، إلا بقيد واحد فقط، وهو أن تكون هذه العقود غير منافية لما قرره الشرع من القواعد والشرائط العامة في التعاقد.⁽²⁾

ثالثاً: تقسيم العقود إلى عينية وغير عينية:

- العقود العينية:

العقود العينية هي التي يشترط لتمامها شرعاً تسليم الشيء للعقد

عليه، فلا يتم عقدها ولا يأخذ حكمه إلا بتنفيذها، وهي خمسة: الهبة والإعارة والإبضاع والقرض والرهن. وسميت عينية لأن تمام العقد يحتاج فيها إلى تسليم العين وهي الذات موضوع التعاقد، ويعمل الفقهاء اشتراط القبض لتمام هذه العقود عدا الرهن بأنها تبرع، والتبرع لحسان، فلا بد له من شيء يؤكده، وقبل القبض يكون عرضة للرجوع عنه، ولذلك وردت فيه القاعدة

الفقهية القائلة: "لا يتم التبرع إلا بقبض" (المادة 57:5)، المجلة المدنية).

وأما الرهن فقد شرع موصوفاً بالقبض، في قوله تعالى: "فرهان مقبوضة" (البقرة: 282). والقبض عند الحنفية، يتم بالتخليه: أي بأن يخلي المالك بين العقود عليه والطرف الآخر، برفع الحال بينهما، على وجه يتمكن الآخر من الحيابة والتصرف في الشيء. (البدائع 5/244)، وقال المالكية والشافعية:

⁽¹⁾ البدائع (2/5). المواد: (396-403) من المجلة المدنية.

⁽²⁾ المدخل: للكتوت شلبي (ص 561-563)، ضوابط العقد... للركماني (ص 288) الفقه الإسلامي وأدلة... للركماني (ص 242-243).

القصاص، والإبراء من الدين، والتنازل عن حق الشفعة. وإن كان الإسقاط بعرض من الطرف الآخر، فهو إسقاط المعاوضة كالخلع، والعفو عن القصاص بالدية.

3- الاطلاقات: وهي العقود التي يقوض فيها شخص آخر أن يقوم بعمل ويطلق يده في تصرف لم يكن له فيه حق سابق، مثل الوكالة، والإيصاء وتولية الولاية والقضاة، والأذن للمحجور عليه، وللصغير المميز بالتجارة.

4- التقييدات: وهي عقود عكس الاطلاقات السابقة، يمنع فيها شخص من تصرف كان مباحا له، كعزل الوكلاء والأوصياء، ونظار الوقف والولاية، والقضاة، والتجوير عن التصرف بسبب الجنون أو العته أو السفه أو الصغر، بعد الأذن، فإن هذه العقود ومثيلاتها فيها منع وتقييد بعد أن سابق⁽¹⁾ لأصحابها، كالكفالة، والحوالة، والرهن.

6- الاشتراك: وهي العقود التي يقصد بها المشاركة في العمل والربح كعقود الشركة بأنواعها، ومنها المضاربة، وهي أن يدفع شخص لآخر مبلغا من المال ليتجر فيه على أن يشتركا في الربح، والخسارة على صاحب المال، ومنها المزارعة، والساقاة.

7- الحفظ: وهي العقود التي يقصد منها حفظ المال لصاحبه، كالوديعة، والحراسة⁽²⁾.

(1) المخل... د. شلبي (ص 567-568)، ضوابط العقد للتركمان (ص 269)، الفقه الإسلامي وأدلته - الزحيلي (4/244-245).

(2) المخل... د. شلبي (ص 568) ضوابط العقد... للتركمان (ص 270) المدخل الفقهي العام، للشيخ الزرقاء (1/583)، الفقه الإسلامي وأدلته (4/245).

3- العقد المعلق على شرط: هو ما صدر معلقا وجوده على أمر آخر بأحد أدوات الشرط، مثل أن سافرت من هذه البلدة، فقد وكلت ببيع منزلي، ويختلف العقد المعلق على شرط، عن العقد المضاف إلى المستقبل في أن المعلق لا ينعقد إلا حين وجود الشرط المعلق عليه، بينما المضاف للمستقبل ينعقد في الحال، ولكن آثاره يتأخر مفعولها إلى الزمن المستقبل المضاف إليه⁽¹⁾. أما العقود التي تقبل الإضافة والتعليق، والعقود التي لا تقبلها فتختلف، وليس هذا محل تفصيلها.

خامسا: تقسيم العقود بالنظر إلى أغاياتها وأغراضها: تنقسم العقود بحسب أغراضها وأغاياتها إلى مجموعات سبعة، فقد تكون غاية العقد هي تملك شيء، أو الاستئثار، أو الحفظ، أو التفويض وما إلى ذلك.

1- التملكيات: وهي العقود التي يقصد بها تملك شيء، ذات أو منفعة، فإن كان التملك بعوض فهي عقود المعاوضات: كالبيع، والإجارة، والصلح... وإن كان التملك بغير عوض فهي عقود التبرعات: كالهبية، والاعارة، والوقف... وقد يكون التبرع في ابتداء العقد. كالقرض والكفالة بأمر الدين، والهيئة بشرط العوض، ثم يلزم الطرف الآخر بدفع البذل، فهذه العقود تبرع ابتداء، معاوضة انتهاء⁽²⁾.

2- الاسقاطات: وهي العقود التي يكون المقصود منها إسقاط حق من الحقوق، سواء ببذل، أم بدون بذل. فإن كان الإسقاط بدون بذل من الطرف الآخر، فهو الإسقاط المحض، كالطلاق المجرد من المال، والعفو عن

(1) المخل... د. شلبي (ص 571)، ضوابط العقد... للتركمان (ص 271)، الفقه الإسلامي وأدلته - الزحيلي (4/246-248).

(2) المخل... د. شلبي (566) ضوابط العقد... للتركمان (ص 267)، المدخل الفقهي العام، للشيخ الزرقاء (1/579).

فيه انه بائع وبيع، ولكن اذا أطلق لفظ " البائع " فالتبادر إلى الذهن انه بائذ السلعة⁽¹⁾، ومن إطلاق البيع على الشراء قول الفرزدق:

ان الشباب لربح من باعه والشيب ليس لبايعه تجار ومن اطلaque على البيع والشراء معا، قول الله تعالى: " فاسمعوا إلى ذكر الله وذروا البيع " أي التجارة (الجمعة: 9) ومن إطلاق الشراء على البيع قوله سبحانه: " وشروه بثمن بخس " أي باعوه⁽²⁾. (سورة يوسف: 20) والبيع شرعا: " مقابلة مال قابل للتصرف بمال قابل للتصرف مع الإيجاب والقبول على الوجه المأثور فيه "⁽³⁾.

وعرفه محمد قديرى باشا صاحب كتاب " مرشد الحيران " في المادة: 249 بقوله: " هو تملك البائع مالا للمشتري بمال يكون ثمن المبيع "

ورود في المادة: (105) من المجلة العدلية وشرحها لعلي حيدر، ان البيع مبادلة مال بمال بالرضا على وجه مخصوص مفيد⁽⁴⁾.

ويتأمل هذه التعاريف الثلاثة يتضح أن أوقافها الأول، هو تعريف الامام القسطلاني رحمه الله، ذلك لأنه يفيد - زيادة على تبادل العوضين بالرضا - صلاحية المحل للعقد وإن الشرع فيه... وعلق الشيخ مصطفى أحمد

(1) المصباح النير.

(2) في الاستعمال القرآني من فروق الدلالات :

أ- اشترى للشراء، فتخل الباء على البيع المشتري مثل: " إن الله اشترى من المؤمنين أنفسهم وأموالهم بأن لهم الجنة " التوبة 111: " أولئك الذين اشترى الضلالة بالهبدى " (البقرة: 16)، ونظائرهما...

ب- وصية شري تكون بمعنى البيع، فتخل الباء على البديل المأخوذ، لا على المبيع الزهود فيه، مثل: " وليس ما شروا به أنفسهم " أي بالفسح. (البقرة: 101)، " فليقاتل في سبيل الله الذين يشؤون الحياة الدنيا بالآخرة " (النساء: 74)، ونظائرهما كذلك.

(3) شرح القسطلاني على صحيح البخاري (2/4).

مكانة عقد البيع بين بقية العقود:

ترجع المبادلات عن طريق التعاقد بين الناس إلى حاجة التعامل، الضرورية التي ألجأت الإنسان منذ قديم عهده إلى البيع والشراء لسد حاجاته الملحة التي تتجانبه من كل جانب دون انقطاع كما قال الشاعر: تموت مع المرء حاجاته وحاجات من عاش لا تنقضي.

ولعل أول فكرة لنشوء عقد البيع كان بالتبادل عن طريق المقايضة وهي مبادلة الأشياء، لأن الإنسان في قديم زمانه كان يعيش عيشة بسيطة، فيكسب قوته مما يجده في أحضان الطبيعة وأرجاء الأرض من ثمار وحيوان عن طريق الصيد، وادخار ما يخشى نفاده منها.

وبعد ان ترقى في معارج المدنية، وتشعبت حاجاته، أخذ ينتقل من البسيط إلى المركب، فأصبح يحتاج إلى أشياء لم تكن في حوزته، مما اضطره إلى تبادل حاجياته مع الآخرين، فنشأ لذلك مبادلة الأعيان بالأعيان (المقايضة).

ثم بعد تطور الحياة أكثر، لجأ الإنسان إلى ابتكار طريقة ثانية تضاف إلى الأولى، فاخترع النقد الذي تعتبر له ثمنية صالحة لأن توضع في مقابل سائر الحاجات، فأصبح بهذا الافتاء يستطيع ان يبادل بثقله على كل ما يرغب فيه دون ان يتنازل عن شيء قد يحتاج إلى عينه، وقايض النقد يجد فيه المزية نفسها متى أراد⁽¹⁾.

تعريف البيع:

البيع لغة من باع يبيع بيعا فهو بائع وبيع، وأصله مبادلة مال بمال والبيع من أسماء الأضداد مثل الشراء، ويطلق على كل واحد من المتعاقدين

(1) ضوابط العقد (ص 13-1)

البيع " أن رسول الله صلى الله عليه وسلم جعله من أفضل الكسب، كما سبق في الحديث: (أفضل الكسب البيع المبرور) أي الحلال، وقد اشتغل عليه الصلاة والسلام بالبيع والشراء بنفسه، كما اشتغل به أصحابه، فمن أمره به وحته عليه ما جاء في مضمن الحديث: أن رجلا من الأنصار جاء يسأله وقدح. فأمره أن يأتيه بهما، فلما جاء بهما صار بيعيهما في بيع الزاد، فباع ثمنهما درهمين دفعهما للمحتاج قائلا: اشتر بدوهم ما يحتاج إليه أفلك، وبدوهم قدوما انتني به، فلما جاءه بالقدوم عقد به عودا بيده الشريفة، ووجهه أن يحتطب به ويبيع في السوق، وأمره أن لا يأتيه إلا بعد خمسة عشر يوما. فلما جاءه جاءه غنيا قد اكتسب عشرة دراهم...⁽¹⁾ وكان جل أصحابه عليه الصلاة والسلام، يشتغلون بالتجارة، سيما المهاجرين الذين لم تكن لهم أرض بالبلد أوائل الهجرة، كما ورد ذلك في معرض حديث أبي هريرة رضي الله عنه، الذي دافع فيه عن نفسه حينما اتهم من بعض الصحابة أنه يكثر الحديث عن رسول الله صلى الله عليه وسلم، فقال: "انكم تزعمون أن أبا هريرة يكثر الحديث عن رسول الله صلى الله عليه وسلم والله الموعود اني كنت امرا مسكينا أصبح رسول الله صلى الله عليه وسلم عل ملء بطني وكان المهاجرون يشغلهم الصنفق بالأسواق وكانت الانصار يشغلهم القيام على أموالهم، فحضرت من النبي صلى الله عليه وسلم مجلسا. الخ" (2)

البيع من ضرورات الدنيا والدين

لأجل أن تستقيم أحوال الناس في أمور دنياهم ودينهم، ويتقدموا في

الزرقاء على تعريف المجلة مقبلا له بقوله: " فيفيد تبادل الملكيات على وجه الدوام: أي بلا توقفت في انتقال الملكية بهذا التبادل"⁽¹⁾.

بعد هذه اللوحة التاريخية عن البيع، والتعريف به ننتقل إلى حكمة مشروعيته وأهميته بين العقود الأخرى:

حكمة مشروعية البيع: اهتم الفقه الاسلامي بعقد البيع اهتماما بالغا، نظرا لضرورته وعموم الحاجة إليه، سواء على المستوى الفردي أو الاجتماعي أو الدولي، فورد تشريعه بالكتاب والسنة والاجماع، قال تعالى: «وأحل الله البيع وحرم الربا» (البقرة: 275)* وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم، «أفضل الكسب بيع مبرور وعمل الرجل بيده» - رواه أحمد والطبراني عن أبي بردة بن نيار الأنصاري⁽²⁾. وقد أجمعت الأمة الاسلامية على جواز البيع والتعامل به من عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى يومنا هذا.

وحكمة مشروعيته أن لا تبقى الأموال والممتلكات محصورة التداول بين أيدي مالكيها الأغنياء في دائرة ضيقة من الناس، ولأجل الوصول إلى ما في يد الغير على وجه الرضا، بدون منازعة ومقاتلة وسرقة وخيانة وما إلى ذلك من أسباب الغدر والحيل... ينافع الضرورة والحاجة⁽³⁾. ودليل أهمية

⁽¹⁾ المدخل الفقهي العام للشيخ الزرقاء (1/39).

* لا يمنع من اعتبار عموم اللفظ، أن من البيع ما هو فاسد، متى اختلف في جواز أو فساد، ثم لا خلاف بين أهل العلم على أن هذه الآية وإن كان مخرجها مخرج العموم، فقد أريد به الخصوص لا تقتضيهم على حظر مبيعات ياتي بيانها في موضعه من الدراسة (أحكام القرآن للجصاص) آية: 275 =البقرة: (1/69-ج1 البيع).

⁽²⁾ التيسير بشرح الجامع الصغير (1/187). وأبو بردة: هو هاني بن نيار البجلي حليف الأنصار شهد بدرا وما بعدهما... توفي رضي الله عنه سنة 4هـ (الأصاية 3/596- رقم: 8926).

⁽³⁾ شرح الخرشى على خليل (ج 5 ص 2-3).

⁽¹⁾ سنن ابن ماجه (ج 2 ص 740) أخرجه مختصرا باللفظ رقم 2198.

⁽²⁾ الأصاية لابن حجر (ج 4 ص 207).

مسألة

"وبالجملة فوجوب المعاوضة من ضرورات الدنيا والدين، إذ الإنسان لا يتقرب بمصلحة نفسه، بل لا بد له من الاستعانة ببني جنسه، فلو لم يجب علي بني آدم أن يتبادل هذا لهذا ما يحتاج إليه، وهذا لهذا ما يحتاج إليه، لفسد الناس، وفسد أمر ديناهم ودينهم، فلا تتم مصالحهم الإيا لمعاوضة، وصلاحيها بالعدل الذي أنزل الله له الكتب، وبعث به الرسل... ولا ريب أن النفوس مجبولة على بذل المعاوضة لحاجتها إليها، فالشائع إذا بذل ما يحتاج إليه بلا اكراه لم يشرع الاكراه، ورد الأمر إلى التراضي في أصل المعاوضة وفي مقدار العوض"⁽¹⁾. وهكذا تابع الشيخ تحليله لهذا الموضوع الحيوي الذي يتوقف عليه صلاح الناس في معاشهم ومعادهم، فيبين - بعد أن أفاد أن الشائع الحكيم يترك للتجار حرية التعامل بالرضا ماداموا قاطعين بهذا الواجب، لأن طبيعتهم تميل طواعية إلى حب تبادل الأشياء والمنافع - أنهم إن لم يفعلوا ألزمهم أولوا الأمر منهم على ذلك لأنه الواجب الذي يقوم عليه أمر الدين والدنيا، فقال:

"والأصل أن اعانة الناس بعضهم بعضا على الطعام واللباس والسكنى أمر واجب وللامام أن يلزم بذلك ويجبر عليه، ولا يكون ذلك ظالما... فان كانت الشجاعة التي يحتاج المسلمون إليها، والكرم الذي يحتاج المسلمون إليه واجبا، فكيف بالمعاوضة التي يحتاج المسلمون إليها، ولكن أكثر الناس يفعلون هذا بحكم العادات والطباع، غير مستشعرين ما في ذلك من طاعة الله ورسوله، وطاعة أولى الأمر، فيما أمر الله بطاعتهم فيه"⁽²⁾.

ولما كانت المعاملات في الإسلام، لها صبغة العيادة، وتوازن بميزان الشرع وكان التعامل عن طريق البيع والشراء من أكثرها راجا بين الناس،

مدارج الحضارة والرفق، أتبع لهم تبادل المعاوضات والمنافع، ليتحقق التعاون بينهم، ويتنظم معاشهم، وينصرف كل من له القدرة على الانتاج والعمل إلى ما يستطيع الحصول عليه من وسائل العيش، ليستوعب الجميع في النهاية هذا العمل الكبير الشامل "البيع والشراء".

ففرق من الناس، يغرس الأرض ويذر فيها البذور ويربي الماشية بما منحه الله من قوة بدنية وألهمه من علم بأحوال طبائع الأرض ومعرفته بالزرع والضرع، فيبيع انتاجه لمن لا يقدر على مثل عمله من فرقاء آخرين لا يستطيعون ان يعملوا مثل عمله، ولكنهم يستطيعون الحصول على الثمن من طرق أخرى، كالصناعات والحرف والمزائن المختلفة التي ما أكثرها في البر والبحر في داخل الأرض وخارجها.

فالببيع والشراء إذن من أكبر الوسائل الباعثة على العمل والانتاج والإبداع، ومن أشمل الأهداف التي تستوعب إمكانات البشر على اختلاف درجاتها بل هو من أجل أسباب الحضارة والعمران في هذه الحياة الدنيا⁽¹⁾. والسعادة والنعيم اللقيم في الآخرة إذا اقتفى فيه طريق الشرع والاستقامة: (أفضل الكسب بيع مبرور) كما سبق عن الرسول الأكرم صلى الله عليه وسلم.

لهذا، كان للبيع والشراء في ميدان المعاوضات (الاقتصاد في الاصطلاح الحديث الذي خص بعلم واسع مستقل)، أهمية بالغة، ومكانة مرموقة، ودرجة الامتياز ضمن بقية العقود، لا يفاضله منها الا عقد النكاح في الأحوال الشخصية، كما تأتي الإشارة إليه، في مقارنته بالبيع، قال ابن تيمية رحمه الله:

(1) الفتاوى (ج 29 ص 189)
(2) نفس المرجع (ص 194)

(1) الفقه على المذاهب الأربعة، للجزيري (154/2).

البيع"، وقد أشار إلى هذا المعنى الشيخ مصطفى أحمد الزرقاء فقال: "وتحت عقد البيع أنواع فرعية كثيرة: كالسلم والمقايضة، والصرف، والاستصناع، وبيع الأمالة: (الرابعة، التولية، الوضعية- بيع الوفاء"⁽¹⁾). يقصد أنها مشمولة لأحكام العامة، وتستقل عنه بأحكامها الخاصة.

وأشار أيضا إلى أن "البيع رأس عقود المعاوضات المالية وأحكامه أساس للقياس في كثير من أحكامه، وقد استهلت به المجلة العدلية العثمانية، العقود المسماة، وبحثت عنه في 303 مادة، بعد القواعد الكلية مباشرة من المادة 101 إلى 403"⁽²⁾.

وقال الدكتور صبحي محمصاني في بيان أفضلية عقد البيع، وهو يبحث عن تكوين نظرية العقد في الفقه الإسلامي: "...ونحن نسعى في هذا البحث أن نستخلص نظرية العقد العامة في الشريعة الإسلامية من كتب الفقه العديدة وخصوصا من نصوص المجلة الواردة في العقود الخاصة لا سيما في باب عقد البيع"⁽³⁾.

ومن الأمور التي يستحلي فيها عادة الغش والخداع...، خصوصا من جانب بعض الجاهلين بأحكام الدين في ميدان التعامل، أفت علماء الفقه الإسلامي الإنظار إلى ذلك، فاشتراطا على التعامل في ميدان التجارة أن يكون ملما بأحكامها مستشعرا في ذلك طاعة الله ورسوله...، كما سبق عن الشيخ ابن تيمية رحمه الله، وكما أشار إليه أبو عبد الله محمد الخرخشي شاح مختصر خليل بقوله:

"وهو -أن البيع- مما يتعين الاهتمام به وبمعرفة أحكامه لعموم الحاجة إليه، والبلوى به إذ لا يخلو المكلف غالبا من بيع وشرء، فيجب أن يعلم حكم الله فيه قبل التلبس به"⁽¹⁾.

البيع رأس عقود المعاوضات.

ولعل شدة الحاجة إلى البيع، وسعة العمل به، جعل الفقهاء يولون له فائق الاهتمام ضمن بقية العقود، وخصوصا عقود المعاوضات، إذا استثنينا منها ما يرجع تعلقه إلى الشخص ذاته كعقد النكاح، فقد ساواه به بعضهم،⁽²⁾ ورجحه عليه البعض الآخر لقيادته وكونه رابطة علاقة بين آدميين، يترتب عليه حل الاستمتاع بين الجنسين، ووجوب النفقة، وثبوت النسب، وحقوق الحضنة، وحرمة المصاهرة، والارث، وما إلى ذلك من الأهداف.⁽³⁾ ورغم أفضلية عقد النكاح على البيع تبقى للبيع الأسبقية على بقية عقود المعاوضات المالية الأخرى التي تقاس أحكامها العامة على أحكامه كما تدرج كثير من العقود ضمنه وتعتبر فروعاً منه، ولعل ذلك هو السبب الداعي للفقهاء أن يترجموا له بصيغة الجمع، فيقولون في تأليفهم: "باب البيوع" بدل "باب

(1) المدخل الفقهي العام للزرقاء (ج 1 ص 540).

(2) المدخل الفقهي العام للزرقاء (ج 1 ص 539-540).

(3) النظرية العامة للموجبات والعقود... (ص 277).

(1) الجزء (5 ص 3-2) شرح الحطاب (ج 4 ص 221).

(2) شرح الخرخشي على مختصر خليل (ج 5 ص 3-2)، وشرح الحطاب (ج 4 ص 221).

(3) المدخل الفقهي العام للزرقاء (ج 1 ص 446 و 446).

القسم الأول

الأسباب والأحكام العامة لعقد البيع وفي الفقه الإسلامي

نتناول - بحول الله وقوته - بحث هذا القسم في باين:

الباب الأول: أسباب صحة عقد البيع وآثاره

الباب الثاني: أسباب بطلان عقد البيع وعدم نفاذه ولزومه

الباب الأول أسباب صحة عقد البيع وآثاره

المقصود بأسباب عقد البيع العامة، مقوماته وعناصره الأساسية التي تكونه، وهي أركانه وشروطه الشرعية وأوصافه، وعدم النهي عنه شرعا. وأضداد هذه الأسباب هي المفسدة له في الجملة⁽¹⁾.

وآثار العقد: تعني مخلفاته من أحكام ونتائج والالتزامات، جمع أثر بفتحين، ومعناه لغة: ما بقي من رسم الشيء. وسنن النبي صلى الله عليه وسلم، آثاره⁽²⁾. فيقال مثلا: حكم عقد البيع هو ثبوت ملكية البيع للمشتري، وثبوت ملكية الثمن للبائع، بمجرد انعقاده إذا كان تاما، وعند الإجازة إذا كان موقوفا غير تام⁽³⁾.

وفيما يلي نحاول بحث هذا الباب (أسباب صحة عقد البيع وآثاره) في فصلين:

الفصل الأول: أركان عقد البيع وشروطه وأوصافه.

الفصل الثاني: آثاره.

(1) بداية المجتهد (127/2)

(2) المصباح النير، ومختار الصحيح.

(3) الملكية ونظرية العقد، للدكتور أحمد فراج حسين (ص 298)، عمدة القارئ، للعيني (11/158).

الفصل الأول

أركان عقد البيع وشروطه... وشروط نفاذه ولزومه

نتناول في هذا الفصل مبحثين: المبحث الأول: أركان عقد البيع وشروطه... والمبحث الثاني: شروط نفاذ البيع ولزومه.

المبحث الأول:

أركان عقد البيع وشروطه:

أولا أركان عقد البيع: الأركان جمع ركن، وهو في اللغة الجانب القوي للشيء الذي عليه اعتماده، كالأركان البيت وهي زواياه التي يرتكز عليها، وأركان الشيء: أجزاء ماهيته (المصباح المنير).

ومعناه في الاصطلاح الشرعي، ما به قوام الشيء الذي يتحقق ولا يوجد إلا به. وأركان عقد البيع: مقوماته الأساسية، وهي ترجع إلى ثلاثة: المعاهد، والمعقود عليه، والصيغة. ويمكن أن يضاف إليها ركن رابع وهو السبب بمعنى القصد والباعث والملاحظ وجوده عمليا وتطبيقا في مؤلفات الفقه الإسلامي، وإن لم يذكره الفقهاء صراحة أثناء حديثهم وتعدادهم للأركان.

هذا مذهب الجمهور في الأركان أنها ثلاثة فالعاقدة في البيع هو البائع والمشتري، والمعقود عليه هو الثمن والضمن، والصيغة هي الإيجاب والقبول، باعتبار أن الركن عندهم، هو ما يتوقف عليه وجود الشيء، وإن لم يكن جزءا داخلا في حقيقته.

4- أن يكون محل العقد قابلاً لحكمه (أي محل صالح للتعامل فيه

شرعاً).

5- موافقة القبول للإيجاب.

6- اتصال القبول بالإيجاب.

7- مشروعية السبب.

8- أن لا يكون العقد ممنوعاً بمقتضى نص شرعي طائفة البطلان.

9- أن يكون العقد مفيداً.

10- أن يستوفي العقد شرائط انعقاده الخاصة به⁽¹⁾. هذه هي شروط انعقاد البيع اجمالاً. وفيما يلي نورد ما مفصلة وفق مناسبتها مع كل ركن من أركان العقد في مطالب:

المطلب الأول: شروط انعقاد

المقصود بالانعقاد هنا ما يشمل البائع والمشتري، ويشترط في كل واحد منهما لينعقد البيع أن يكون متوفراً على الشروط العامة الآتية:

1- أهلية التعاقد: بمعنى أن يكون كل منهما عاقلًا بالغًا رشيدًا وهذه هي أهلية الأداء الكاملة التي تصح بها التصرفات. والأهلية عند علماء أصول الفقه نوعان: أهلية الوجوب وأهلية الأداء.

- فإهلية الوجوب هي "وصف يصير به الإنسان أهلاً للماله وعليه" أو هي "صلاحية المرء لوجوب الحقوق المشروعة له وعليه". وهذه الأهلية تكون في الأصل لكل آدمي بعد ولادته، بل حتى الجنين في بطن أمه تكون له

⁽¹⁾ المدخل الفقهي العام (1/340-341)، المدخل.. للدكتور شبلي (ص 420-422) مصادر الحق المدخل (4/125-126) شرح مجلة الأحكام العدلية لعلي حيدر تحت المادتين: (167-161).

وأما عند الحنفية، فالركن هو الصيغة وحدها (الإيجاب والقبول) وهي عبارة عن اتفاق الإرادين. وبقية العناصر أو المقومات التي يقوم عليها العقد من محل معقود عليه، وعاقدين، هي لوازم لا بد منها لتكوين العقد، لأنه يلزم من وجود الإيجاب والقبول وجود عاقدين، ولا يتحقق ارتباط العاقدين إلا بوجود محل يظهر فيه أثر الارتباط⁽¹⁾.

وعلى أية حال، هذا اختلاف اصطلاحي لا تأثير له من حيث النتيجة. ثانياً: شروط عقد البيع العامة:

الشرط في اصطلاح الفقهاء والأصوليين: هو كل أمر ربط به غيره عدماً لا وجوداً، وهو خارج من مافيته: أي أن عدم الشرط يستلزم عدم المشروط. أما وجود الشرط فلا يستلزم وجود الشرط. مثلاً: أهلية العاقد، فإنها شريطة في عقد البيع وكل عقد آخر، ففأقدهما كالصغير غير المميز والمجنون لا ينعقد عقده⁽²⁾.

وأغلب شروط العقد ترجع إلى أركانه، وقد يرجع بعضها إلى العقد نفسه، ونحن نورد هنا وفق الترتيب الذي أوردنا عليه الأركان اجمالاً، ثم تتبع كل ركن بما يناسبه منها تفصيلاً فيما يلي:

1- أهلية العاقدين.

2- علم كل واحد منهما ما صدر عن الآخر أثناء التعاقد بالسمع والفهم...

3- صدور الإيجاب من طرف والقبول من طرف آخر.

⁽¹⁾ المدخل الفقهي العام للشيخ مصطفى أحمد الزرقاء (1/312)، المدخل في التعريف بالفقهاء الإسلاميين للدكتور محمد مصطفى شبلي (ص 418)، بداية المجتهد (2/128)، شرح الخرشني (3/261).

⁽²⁾ الفقهاء الإسلاميون وأدلتهم، للدكتور وبعيد الرحيلي (4/92)، شرح القسطلاني على البخاري (4/431)، المدخل الفقهي العام (1/303).

ب- مرحلة الصغير غير المميز:

هذه المرحلة تصاحب الطفل منذ ولادته حتى يصبح مميزاً، وتسمى أهليته فيها أهلية وجوب كاملة، وهي صلاحية الشخص لثبوت الحقوق له وعليه..

وفي هذه المرحلة تثبت للصغير.. أهلية الوجوب المالية كاملة- وكذلك المجنون البالغ- ولكن بما أن تصرفه مستقلاً لا يمكن منه ولا يعتبر شرعاً لتوقفه على العقل والتميز، كان لا بد من تعيين ولي ينظر في مصالحه ويقوم نائباً عنه في أدائها، فيعقد بالنيابة عنه سائر العقود من بيع وقرض و رهن وإجارة و صلح وقسمة وغيرها بشرائطها الشرعية، وتترتب نتائجها لحساب الطفل، وتثبت عليه سائر الالتزامات بأسبابها الشرعية⁽¹⁾.

أما تصرفاته بنفسه فلا يصح شيء منها، سواء كانت نافعة له أو ضارة أو مترددة بينهما، ولو أن له الولي، بل تعتبر هدراً وباطلة، جاء في مجلة الأحكام العدلية: "لا تصح تصرفات الصغير غير المميز القولية مطلقاً وإن أذن له وليه"⁽²⁾.

ج- مرحلة الصغير المميز:

مبدأ التمييز ليس له سن معين من عمر الإنسان، أو علامة طبيعية فيه، بل قد ييكر وقد يتأخر بحسب فطرة الطفل ودرجة ذكائه ومواعيه العقلية، وهو انما يعرف بآثره من التوازن الذي يبدو في تفكير الطفل وأعماله، وهذا أثر لا يظهر مفاجأة، بل تدريجياً...

لذلك اقتضت حكمة التشريع أن تعتبر سن مناسبة من عمر الإنسان

مبدأً لطور والتمييز فاعتبر الفقهاء أن تمام السنة السابعة من العمر، في الحالة

(1) المدخل الفقهي العام (751/2) النظرية العامة (ص 358).

(2) المادة : 966

أهلية وجوب ناقصة.. ولكن أهلية الوجوب وحدها لا تكفي للتعاق، بل لا بد أيضاً من وجود أهلية الأداء وهي: القدرة على استعمال الحقوق التي تكون للمتعاقد⁽¹⁾.

والإنسان تصاحبه أهليته في حياته منذ خلقته جيناً في بطن أمه حتى بلوغه ورشده، تسير معه في أطوار التكامل، فتبدأ بأهلية وجوب ناقصة إلى أن تنتهي إلى أهلية أداء كاملة، في مراحل وفترات زمنية متنامية مع استعداد نفوه الجسدي والعقلي. ومن ثم تقسم نشأة الإنسان إلى خمسة أطوار أساسية:

أ- مراحل أهلية الإنسان حسب أطوار نشأته:

1- مرحلة الجنين:

هذه المرحلة يكون فيها الإنسان جيناً: أي حملاً في رحم أمه، وهي تفقد منذ المعلق إلى الولادة، والجنين في هذه المرحلة لا يكون أهلاً للأداء، ولا أهلاً لوجوب الحقوق عليه، مثاله: لو اشترى الولي شيئاً له لا يجب عليه الثمن، ولا تجب عليه أيضاً نفقة الأقارب ولا شيء من الواجبات. ولكن الجنين يكون أهلاً لوجوب الحقوق له: كالارث والوصية والوقف والنسب، فمثلاً لو مات رجل وامرأته حامل، فالجنين يعد من الورثة. وفي هذه المرحلة أثبت الفقه للحمل أهلية وجوب ناقصة تجعله قابلاً لبعض الحقوق مستحقاً لها تنفذ له عند ولادته حياً، دون الالتزام بشيء منها⁽²⁾.

(1) بداية المجتهد (129/2). القوانين الفقهية لابن جزي (ص 211)، المدخل الفقهي العام (736/2).

(2) النظرية العامة للمرجعات والعقود... صبحي محمدي (ص 354).

(3) القواعد لابن رجب (القاعدة 84 ص 178)، النظرية العامة... صبحي محمدي (ص 357)، المدخل الفقهي العام (747-750).

فإذا وقع كان باطلا حماية لحقوق الصغير القاصر، وذلك مثل الهبة والصدقة والوقف وسائر التبرعات، والطلاق والكفالة بالدين من كل ما يرجع إلى تقويت ماله.

3- التصرفات الدائرة بين النفع والضرر: وذلك في المعاولات المالية بجميع صورها من بيع وشراء وإجارة واستئجار ورهن وارتهاق، ومزارة ومساقاة، وكل ما يحتمل الربح والخسارة، وهذه التصرفات تصح في اجتهاد الأئمة الثلاثة غير الامام الشافعي من الصبي المميز ويتوقف نفاذها على اجازة الولي...

أما صحتها فيساعيا ماله من أصل أهلية الأداء، ولا احتمال أنها نافعة، وأما توقفها فلتصور هذه الأهلية لديه ولا احتمالها الأمرين: النفع والضرر فإذا اجازها الولي... عرفنا أن جهة النفع راجحة، وإذا رخصها كانت بالعكس⁽¹⁾.

د- مرحلة البلوغ :

تعتبر مرحلة البلوغ أهم المراحل الطبيعية التي تمر بها حياة الإنسان لأنه فيها ينتقل من طور الصغير إلى طور الكبر، وهي المرحلة التي يتم فيها نمو الجسم والعقل، فيكمل للشخص فيها أهلية الأداء بالاتفاق إذا بلغ رشيدا، والبلوغ يعرف بعلامات طبيعية إن وجدت، وإن لم توجد كان البلوغ بالسن، فمتى بلغ خمس عشرة سنة حكم ببلوغه سواء كان ذكرا أو أنثى، وهذا

⁽¹⁾ البائع (7/171)، القروق (3/227)، المحطاب (5/61)، المدخل الفقهي العام (2/766-767).

المدخل... شلبي (ص 494-495)، النظرية العامة... د. محمدي (ص 361)، المادة 967 من مجلة العلية.

الطبيعية السليمة مبدأ لطور التمييز، وما يستتبعه من أهلية جديدة. روى أبو داود بسنده قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "مروا أولادكم بالصلاة وهم أبناء سبع سنين"، وأضربوهم عليها وهم أبناء عشر، وفرقوا بينهم في المضاجع" (كتاب الصلاة، باب متى يؤمر الغلام بالصلاة. رقم 495). وهذا يدل على مبدأ سن التمييز في نظر الشرع، كما يدل أيضا على تمتع الصغير في هذه السن بأهلية أداء... كي تصح منه الصلاة.

ومعنى التمييز أن يصير الطفل بحالة يفرق فيها بين الخير والشر والنفع والضرر، ويعرف معاني الألفاظ، والمقصود منها إجمالا، فيعرف أن البيع يخرج المال عن ملكه ويدخله في ملك غيره، والشراء بالعكس⁽¹⁾.

وفي حدود هذا العمر (سبع سنين) الذي يعتبر وضع الطفل المميز فيه وسطا بين حال صغير غير مميز وحال بالغ رشيد، يفسح له مجال التصرف بصورة مقيدة فتثبت له أهلية أداء ناقصة ليمرن على التصرفات تحت رقابة من له الولاية عليه، لأن تصور أهليته يجعله محتاجا إلى من يكمل أهليته، لذلك قسم الفقهاء تصرفاته في هذه المرحلة إلى ثلاثة أقسام:

1- التصرفات التي هي نفع محض في حق الصغير المميز، تكفي فيه أهلية الأداء القاصرة... فتصح معه وتنفذ، ولا تحتاج إلى شيء آخر من إنن وإجازة ولي أو غيره، لأنها خير له على كل حال، مثل قبول الهبة والوصية والوقف وما إلى ذلك.

2- التصرفات الضارة ضررا محضاً في حق مال الصغير، وهذه لا تصح منه، بل تقع باطلا، ولا تنفذ حتى ولو أجازها الولي أو الوصي، لأن كلا منهما وكذلك القاضي لا يملك أحد منهم إجازته أو فعله نيابة عنه ابتداء،

⁽¹⁾ المدخل الفقهي العم (2/760) المدخل... شلبي (ص 494).

2- الأجل والحبل:

ومن علامات البلوغ الطبيعية المشتركة أيضاً بين الفتى والفتاة، الأجل من الفتى والحبل من الفتاة، لأن الله تعالى قد أجرى العادة أن الولد لا يخلق إلا من ماء الرجل وماء المرأة وهذا ظاهر في قوله تعالى: "فليُنظر الإنسان مم خلق خلق من ماء دافق يخرج من بين الصلب والترائب" (الطارق: 5-7).

3- الإنابت:

الإنابت من علامات البلوغ المشتركة بين الفتى والفتاة كذلك، ومعناه أن ينبت الشعر الخشن على عانة الفتى والفتاة، وهو الذي يستحق أن يؤخذ بموس الحلاقة، وقد اتفق جمهور الفقهاء على اعتباره علامة على البلوغ، باستثناء فريق من الحنفيين، ودليل الجمهور تحكيم النبي صلى الله عليه وسلم سعد بن معاذ رضي الله عنه في بني قريظة، فحكم أن تقتل مقاتلتهم وتسنن ذراريهم وأمر أن يكشف عن مؤثرهم فمن أنبت فهو من القاتلة ومن لم ينبت ألقوه بالذرية (صحيح مسلم ج 7 ص 362، وسنن الترمذي ج 4 ص 145 - رقم 1584).

4- الحيض:

وهو من علامات البلوغ في الأنثى، باتفاق الفقهاء لقوله صلى الله عليه وسلم " لا يقبل الله صلاة حائض إلا بخمار " (ابن ماجه في الطهارة، والترمذي في الصلاة)*.

والى هذه العلامات في إثبات البلوغ المتفق عليها بين الفقهاء، دون الإنابت - أشارت مجلة الأحكام العدلية: " يثبت حد البلوغ بالاحتلام

التقدير عند جمهور الفقهاء منهم الصحابان والامام الشافعي، وهو

رواية عن أبي حنيفة⁽¹⁾.

ودليل الأخذ بهذه السن في البلوغ، ما رواه الجماعة⁽²⁾ عن ابن عمر رضي الله عنهما قال: " عرضت على النبي صلى الله عليه وسلم يوم أحد وأنا ابن أربع عشرة سنة فلم يجزني وعرضت عليه يوم الخندق وأنا ابن خمس عشرة سنة فأجازني⁽²⁾ .

ولأهمية هذه المرحلة (مرحلة البلوغ) في حياة الإنسان التي ينبغي عليها تكليفه في عدة مجالات، نشير إلى علامات البلوغ فيها بشيء من التفصيل، وهي إما أن تكون طبيعية أو بالسن:

1- علامات البلوغ الطبيعية:

وعلامات البلوغ الطبيعية باتفاق الفقهاء في الفتى والفتاة معا هي: خروج المنى، والأجبال والحبل، وإنابت الشعر الخشن، والحيض بالنسبة للأنثى.

1- خروج المنى، والذي هو الماء الدافق الذي يتكون منه الولد سواء أكان خروجه في نقطة أو في منام، بجماع أو احتلام، أو غيرهما، حصل به البلوغ باتفاق الفقهاء لقوله تعالى: " وأنا بلغ الأطفال منكم الحلم فليستأذنوا.. " (النور: 57) ولقول النبي صلى الله عليه وسلم: " رفع القلم عن ثلاثة: عن المجنون المغلوب على عقله حتى يفقه، وعن النائم حتى يستيقظ، وعن الصبي حتى يحلّم " (سنن أبي داود رقم 4401).

(1) المذلل... شلبي (ص 496-497) المذلل الفقهي العام... (777/2).

(2) المقصود بالجماعة في الاصطلاح، البخاري ومسلم ولحمد بن حنبل وأبو عيسى الترمذي وأبو عبد الرحمن النسائي وأبو داود السجستاني وابن ماجه القزويني. (تيل الاوطار 1/410).

(3) تيل الاوطار شرح منتهى الاخبار (370/5) باب علامات البلوغ.

وأما السن الأدنى المحتملة للبلوغ، فهي اثنتا عشرة سنة في الفتى وتسع سنوات في الفتاة، فيمكن أن تسمع فيها دعوى "الراهق أو المراهقة" أو اقترارهما أنهما بالغان إذا بدأ أن جسمهما يتحمل ذلك، فتطبق عليهما آثار البالغ كما جاء في مجلة الأحكام: "إذا أقر الراهق أو المراهقة في حضور الحاكم ببلوغه فلا يصدق اقتراره إن كان ظاهر الحال مكتوباً له بأنه كانت جنته لا تتحمل البلوغ، أما إذا كان ظاهر الحال غير مكتوب له بأن كانت جنته متحملة البلوغ فيصدق وتكون عقوده وإقراراته نافذة معتبرة ولو أراد بعد ذلك بمدة أن ينسخ تصريفاته القولية بأن يقول: اني لم أكن بالغاً في ذلك الوقت... فلا يلتفت إلى قوله" (المادة 989).

غير أن ادعاء البلوغ قبل سن خمس عشرة حسبما نصت عليه هذه المادة (989)، أصبح سماعه ممنوعاً بالفقرة الثانية من المادة الثانية من نظام إدارة أموال الأيتام العثماني الصادر في 4 ربيع الأول سنة 1324هـ الموافق 15 نيسان 1906م معدلاً للمجلة، حيث قالت صراحة: "حكام الشرع ممنوعون من استماع دعوى البلوغ الفعلي ممن لم يكملوا الخامسة عشرة من العمر"، وبهذا أصبحت سن البلوغ حتماً خمس عشرة سنة بمقتضى القوانين العثمانية..⁽¹⁾

هـ - مرحلة الرشد:

هنا، وإذا كان الفقهاء قد تحدثوا عن سن البلوغ نقلاً عن النصوص الشرعية الأصلية كما في حديث ابن عمر المتضمن لإجازة الرسول صلى الله عليه وسلم إياه في غزوة الخندق المشهورة، أو اجتهاداً وقياساً حسبما عايشوه من أعراف بيئاتهم.

⁽¹⁾ المدخل الفقهي العام (778-779) بالهامش، النظرية العامة للموجبات والعقود (ص 365-366).

والأجبال والحيض، والحبلى" (المادة 985)⁽¹⁾ وهناك علامات أخرى اختص باعتبارها المالكية: كفرق أرنبة الأنف، وظل الصوت، وإدارة خيط حول العنق وإدخال الرأس فيه، فإن دخل فقد بلغ والا فلا⁽²⁾.

ب - ثبوت البلوغ بالسن:

وعند عدم ظهور علامات البلوغ الطبيعية، يثبت بالسن، فيكون حد البلوغ في الفتى والفتاة معاً أن يبلغ عمرهما خمس عشرة سنة كاملة عند جمهور الفقهاء الأئمة: الشافعي وأبى حنبل والأوزاعي وصاحبى أبى حنيفة: أبى يوسف ومحمد وأبى وهب المالكي... وقال داود الظاهري لا حد للبلوغ من السن: لقوله عليه الصلاة والسلام: "رفع القلم عن ثلاثة: عن المجنون المغلوب على عقله حتى يبرأ، وعن النائم حتى يستيقظ، وعن الصبي حتى يحكم" (التيسير بشرح الجامع الصغير ج 2 ص 35)، وإثبات البلوغ بغيره يخالف الخبر، وهذا قول مالك، وقال أصحابه: سبع عشرة أو ثمانى عشرة، وروى عن أبى حنيفة في الغلام روايتان: أحدهما: سبع عشرة، والثانية ثمانى عشرة، والجارية سبع عشرة بكل حال.⁽³⁾

ودليل الجمهور حديث ابن عمر السابق المشهور، أن النبي صلى الله عليه وسلم عرضه يوم أحد وهو ابن أربع عشرة سنة فلم يجزه، ثم عرضه يوم الخندق وهو ابن خمس عشرة سنة فأجازه. وقد عمل بمضمن هذا الحديث عمر بن عبد العزيز حين حدثه به نافع فقال: أنه الحد بين الصغير والكبير وكتب إلى عماله أن يفرضوا لمن بلغ خمس عشرة سنة⁽⁴⁾.

⁽¹⁾ الفتى (ج 4 ص 513)، مواهب الجليل (ج 5 ص 59)، النظرية العامة... د. محمدي (ص 364).

ضموا العقد... (ص 90 - 93).

⁽²⁾ شرح المطالب (ج 5 ص 59).

⁽³⁾ الفتى لابن قدامة (514/4) شرح الحطاب (59/5).

⁽⁴⁾ سنن الترمذي، باب ما جاء في حد بلوغ الرجل والمرأة رقم 1361: (641/3).

والرشد لغة بمعنى الصلاح والبهدي إلى صواب الأعمال، وهو عكس الغي والضلال، كما في قوله تعالى: "لا اكراه في الدين قد تبين الرشد من الغي" (البقرة:255).

والرشد في الاصطلاح الشرعي، لدى أكثر الفقهاء هو الصلاح في المال وحسن التصرف فيه من الوجهة الدنيوية، ولو كان فلسفياً من الوجهة الدينية، حسب التفسير المنقول عن ابن عباس رضي الله عنهما في آية النساء السابقة، أن الرشد يعني صلاحاً في أمورهم.

ويقابله السفه، وهو تبذير المال وإتلافه من غير حكمة وتبصر⁽¹⁾. وبهذا التعريف للرشد أخذت مجلة الأحكام العدلية حيث جاء فيها: "الرشد هو الذي يتقيد بحفاظته ماله ويتوقى السرف والتبذير" (المادة:947).

ونذهب الشافعية إلى أن الرشد هو الصلاح في الدين والمال معاً، لأن الفاسق غير رشيد، ولأن إفساده لدينه يمنع الثقة به في حفظ ماله، كما يمنع قبول قوله⁽²⁾.

وباجتماع صفتي البلوغ والرشد في الإنسان تكمل لديه أهلية الأداء والتعاقد، لأن الآية الكريمة شرطت في الأهلية شرطين معاً: البلوغ والرشد: "وابتلاوا النياهم حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشداً فادفعوا اليهم أموالهم".

فإذا بلغ الشخص ظاهر الرشد، فإنه يعتبر منذ البلوغ كامل الأهلية فلا ولاية ولا وصاية تثبت عليه، وتتخذ جميع تصرفاته وإقراراته، وتسلم إليه أموره.

⁽¹⁾ الشرح للكني بهامش المغني ج 4 ص 315 - معجم مفردات... القرآن، للراغب م: رشد، المدخل الفقهي العام... ج 2 ص: 781، شرح المراق بهامش الحطاب ج 5 ص: 59، شرح البهجة على النخبة ج 2 ص 293.

⁽²⁾ النظرية العامة... د. صبحي محمدي (ص 366)

فإن آراءهم وجهاداتهم كانت متسعة الأرجاء واسعة الرحاب أزاء الرشد، فلم يعينوا له سناً خاصة خلاف البلوغ، وما ذلك إلا لأن الرشد يختلف تبعاً لفطرة الشخص واستعداداته، كما يختلف باختلاف البيئات والتربية والتعليم، ولذلك كان تعريفه يقتض ويتبع تعريف البلوغ، لأن للبلوغ إمارات تظهر للعيان على جسم الإنسان فيعرف بها في الغالب ولما ينتقل عنها إلى الاستدلال عنه بالنسب.

ومع ذلك فإن الفقهاء رغم عدم اعتبارهم سناً معينة لتنام الرشد الذي يتحقق في الشخص، فإنهم نظروا إلى آثاره، فقوموها واعتبروها حسب مقياس الخير والشر، والنفع والضرر.

ووقت كمال العقل وتنام التمييز الملازمين للرشد، قد يأتي مبكراً قبل البلوغ وقد يصاحبه، وقد يتأخر عنه حسب ظروف الأفراد، إلا أن الفقهاء لم يعرفوا اهتماماً للرشد المبكر قبل البلوغ استناداً إلى الآية الكريمة: "وابتلاوا النياهم حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشداً فادفعوا اليهم أموالهم" (النساء:6).

ويتعلق دفع أموال الصغار إليهم عند البلوغ في الآية على وقت إنباس الرشد منهم، فهم الفقهاء أن هناك فرقاً بين التكليف الذي يوجبه البلوغ على الشخص في كل الميادين: عبادات وجنات وواجبات الأموال، وبين التصرف المدني في الأموال دفعاً ولخذاً عن طريق إنشاء العقود، فإن أهليتهم فيها تبقى قاصرة خاضعة لمراقبة أولياتهم وأوصياتهم حتى يبرفوا فيها عن حسن التصرف والعبير عنه بصفة زائدة عن البلوغ وهي الرشد الذي هو بلوغ العقل.

عام ثابت وهو ربط كمال أهلية الشخص بإتياس رشده عند البلوغ كما تقدم في قوله تعالى:

"وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشدا فادفعوا اليهم أموالهم".

لهذا تركت الشريعة الإسلامية المرونة الصالحة لكل زمان ومكان تحديد سن الرشد لولاية الأمر وحدودها حسبما تقتضي به المصلحة تبعاً لاختلاف البيئات وسهولة المعاملات وتعقدتها. "وقد أوصلها بعض الحكام العثمانيين إلى واحد وعشرين سنة، وكذلك بعض الدول العربية من بعدهم كمصر وسوريا"، وقد يستأنس في هذا التحديد بما روي عن علي كرم الله وجهه أنه قال: لا لعب ولدك سبعة وأربع سبعة، وصاحبه سبعة، ثم أترك حبله على غاريه.

ومن ثم اختلفت الاجتهادات في مدى انتظار الرشد، ذهب جمهور الفقهاء وصاحباً أبي حنيفة إلى تقرير وجوب استمرار الولاية المالية على الشخص إذا بلغ سفيها دون تحديد سن معينة للانتظار حتى يؤنس منه الرشد، كما قرروا وجوب إعادة الحجر عليه بحكم قضائي إذا ظهر منه سفه وتبذير بعد الرشد، معتبرين أن ضرر السفه عام يسري إلى كافة الناس حينما يتلف السفيه ماله فيبقى عالة على المجتمع، وليس خاصاً به وحده، ولذلك وجب الأخذ على يديه بالتحجير، مصداقاً لقول الله تعالى: "ولا تؤثروا السفهاء أموالكم التي جعل الله لكم قيماً" (النساء: 5).

وذهب أبو حنيفة ومن قال بقوله إلى انتهاء الولاية المالية على الشخص وإطلاق التصرف له بمجرد بلوغه، ولو سفيهاً متلاًفاً، لكن أمواله إذا بلغ سفيهاً يؤخر تسليمها إليه على سبيل الاحتياط والتأديب عملاً بظاهر النص القرآني في عدم تسليمه ماله حتى يرشد، غير أن هذا التأديب والمنع من المال

وأما إذا بلغ ولم يعرف رشده، فإنه يخضع للاختبار حسب السن والمرافق التي يشتغل فيها، فإذا أثبت جدارته في المحافظة على ماله سلم إليه، والا بقي محجوراً عليه في أمواله، فلا تسلم إليه حتى يظهر رشده، ولا يمكن من التصرف فيها بالقول عن طريق عقد من العقود: كالبيع والهبة والرهن وما إلى ذلك، قال القاضي أبو بكر بن العربي:

"ألم يكن لهم عمل في أموالهم وقبضت عندهم أيديهم، لم يكن لهم فيها قول، ولا نفعلهم فيها عقد ولا عهد، فلا يجوز فيها بيعهم ولا نذرهم، لأن العملة التي لأجلها قبضت أيديهم عنهما الصيانة لها عن تبذيرهم والحفظ لها إلى وقت معرفتهم وتبصرهم، فلو جاز لهم فيها بيع أو هبة أو عهد لبطلت فائدة المنع عنهم وسقط مقصود حفظها عليهم..."⁽¹⁾

والحنفيون - غير الإمام أبي حنيفة - يقولون مثل بقية الفقهاء باسترسال التحجير على البالغ سفيهاً فلا تدفع إليه أمواله حتى يظهر رشده قالت المجلة: "لا ينبغي أن يستعمل في إعطاء الصبي ماله عند بلوغه، بل يجرب بالثاني فإذا تحقق كونه رشيداً تدفع إليه حينئذ أمواله" (المادة: 981). وزادت المجلة تأكيداً أن "وصي الصغير إذا دفع إليه ماله قبل ثبوت رشده فضاغ المال في يد الصغير أو أنفقه، يصير الوصي ضامناً" (المادة: 983).

من الرشد:

تدل نصوص الشريعة ودلائل أحكامها مبدئياً على أنه لا يعتبر رشد قبل البلوغ، فالبلوغ شريطة مبدئية للانتقال من طور القصور إلى طور الرشد وقد يصاحب الرشد البلوغ وقد يتأخر عنه، فتلاحظ دلائل وجود الرشد اعتباراً من البلوغ، ولذا جاء نص القرآن الكريم في هذا المقام بمبدأ

⁽¹⁾ أحكام القرآن (ج 1 ص 323)، يقابل بأحكام القرآن لأبي بكر الجصاص (ج 1 ص 489).

عددا من السنين تتراوح بين واحدة وسبع، أو حتى ثلث فتيك عنها الحجر
وتنتهي الولاية والوصاية⁽¹⁾

ذهب جمهور الفقهاء غير المالكية إلى أن الأنتى كالتذكرفي الترشييد بعد البلوغ، فلا ينتظر بها زمن اضافي زائد اذا أُرْس منها الرشد، عن دفع مالها اليها، وذهب المالكية إلى التقريق بينهما، فقال الامام مالك في المشهور عنه: هي في ولاية أبيها حتى يتزوج ويدخل بها زوجها ويؤنس رشدها، لأن إتياس الرشد لا يتصور كاملا من المرأة إلا بعد اختيار الرجال، ودوي عنه مثل قول الجمهور ولاصحابه في ترشييد الفتاة بعد البلوغ أقوال، تتلخص في أن الحجر والولاية يستمران عليها زمنا بعد الزواج ودخول الزوج بها، يتراوح بين سنة وسبع سنوت، أو حتى ثلث⁽¹⁾ والله أعلم بالصواب.

وبعد هذا الاستطراد الذي فرض نفسه على الفقه، وعلينا تبعا له، في مراحل شرط أهلية العاقلين، والذي نلتبس عنه العذر من القارئ، ننتقل إلى الشرط الثاني وهو:

2- علم كل واحد من العاقلين بما صد عن الآخر.

ويحصل ذلك بأن يسمع كلامه، أو يقرأ ما كتبه ويفهمه، أو يرى فعله أو إشارته ويعرف المراد منها، فيتعقد العقد، فإذا اختلف ذلك، كما إذا تكلم شخص بما يفيد الإيجاب، فرد عليه الآخر ببلغه لا يفهمها، أو بكلام غير مسموع...، ثم انقض المجلس من غير أن يعرف حقيقة رده فيما يفيد القبول، أو تكلم نائم بكلمة تشبه الإيجاب، فأجاب شخص بجواره بما يظهر منه القبول، لا ينعقد العقد في كل ذلك⁽²⁾.

3- صدور الإيجاب من طرف والقبول من طرف آخر:

⁽¹⁾ بداية المجتهد (211/2) القوانين القلبية (ص 275). البهجة في شرح التفتة (299/2).

⁽²⁾ المدخل للمكشور شلبي (ص 420).

ينتهي بأحد أمرين إما:

1- بالرشد الفعلي قبل بلوغ الخامسة والعشرين.

2- أو ببلوغ الخامسة والعشرين من عمره.

فإذا بلغها يسلم إليه ماله ولو بقي سفيها، ولا يجوز في نظره الحجر على الكبير إلا بسبب العته أو الجنون، لأن في سلب أهلية الإنسان الحر العاقل ضررا معنويا بكرامته يفوق ضرره المادي الذي يبرأ اتفاقه بالحجر عليه⁽¹⁾.

وعند التأمل في مذهب الفريقين: الجمهور وأبي حنيفة، نجد أنهما متفقان على عدم تسليم المال إلى السفيه بعد البلوغ حتى يؤنس رشده إلى حدود السنة الخامسة والعشرين من عمره، ثم يفترقان، فيرى الجمهور روجوب استمرار الحجر عليه - إن لم يؤنس رشده - مدى الحياة، ويرى الإمام أبو حنيفة أن يدفع إليه ماله بعد تمام الخامسة والعشرين لأنه في هذا العمر يكون كبيرا يستحق أن يكون جادا، والكبير حسب تفسيره للآية الكريمة: "ولا تأكلوها سرافا وبذرا أن يكبروا" (النساء: 6) منهي أن لا يدفع إليه ماله⁽²⁾.

البلوغ وترشييد الفتاة:

وهناك تفصيلات أخرى في البالغ بين الذكر والأنثى، فهل يعتبر فيهما الرشد معا بمجرد البلوغ إذا انضمت بوارده، أو يستمر الحجر على الأنثى، فلا تتعقد تصرفاتها في الأموال حتى يدخل بها الزوج، أو حتى تستمر معه

⁽¹⁾ أحكام القرآن لأبي بكر الجصاص (ج 2 ص 63)، المغني (ج 4 ص 509-513)، المدخل الفقهي العام... (ج 2 ص 786-789)، النظرية العامة... د. مسجي محمدي (ص 367)، المدخل... د.

شلبي (ص 499).

⁽²⁾ أحكام القرآن للجصاص (2/63).

عقده مثلاً: بعت هذا المال المملوك لولدي الصغير فلان من ولدي الصغير الآخر فلان بكذا، فينقذ البيع⁽¹⁾.

المطلب الثاني: شروط العقد عليه:

العقود عليه هو ما ثبت فيه أثر العقد وحكمه: كالبيع في عقد البيع، والرهون في عقد الهبة، والرهون في عقد الرهن، والدين المكفول به في عقد الكفالة، والتمعة المشتركة في عقد النكاح، وهكذا.. وهو الهدف الأساسي للعاقدين من العقد، لأنه المصلحة لطموحهما في التعامل وتبادل المصالح⁽²⁾.

والمعقود عليه شروط كثيرة، تتفق اجتهادات فقهاء المذهب في معانيها وأهدافها.. وقد تختلف في لفظها وصيغها⁽³⁾. ويمكن أن يجمعها شرط واحد عام للاتفاق، في عقد البيع وغيره، وهو:

1- أن يكون المعقود عليه قابلاً لحكم العقد شرعاً:

ومعناه أن يكون صالحاً لتطبيق مقتضى العقد، والاستيفاء منه، وهذا الشرط عام بين العقود، ومحل اتفاق بين الفقهاء، كما يظهر من مضمون سياقه، فإذا كان المعقود عليه قابلاً لحكم العقد شرعاً، انعقد العقد، وإن كان غير قابل، لم ينقذ، فمن أنواعه وأمثته، في عقد البيع:

(1) شرح مجلة الأحكام تحت المادة 167.

(2) شرح مجلة الأحكام تحت المادة 137 - 188.

(3) المدخل الفقهي العام (ج 1 ص 314 - 342)، ضوابط العقد.. (ص 137 - 188).

(4) يستخلص مما ذكره ابن خزي في الشرائع الشرعية (ص 212)، وما ذكره الشيخ خليل في مختصره (ص 188)، وما جاء في المادة 272: من يرشد الحيران، إن شروط العقود عليه في

عقد البيع هي:

أن يكون طاهراً منتقماً به، مقوماً، مقصور التسليم، معلوماً، موجوباً، غير منتهى عنه...، وبزبد المناقصة - كما في كسب النفع على المذهب الأربعة (ج 2 ص 166) - أن يكون مملوكاً للمالك أو له عليه ولاية، فلا يصح بيع الفضولي ومن على شاكلته كاقص الأهلية.

يفيد هذا الشرط عدم صحة أن يقوم شخص واحد مقام العاقدين،

فيتولى بمفرده طرفي العقد في وقت واحد، يكون - مثلاً - بائعاً مشترياً: أي مجبياً قابلاً، لأن مراد الطرفين في العقد يختلف فأحد التبايعين في عقد البيع متملك والثاني مملك، ولا تجمع الصفتان في وقت واحد، وفي شيء واحد. ووفق هذا المنظور لا تكون صور البيع الآتية صحيحة:

أ- إذا وكل شخص آخر بيع مال، وكل آخر نفس الوكيل باشتراء المال، فباعه من موكله الثاني، لا يكون العقد صحيحاً.

ب- إذا وكل شخص آخر بيع ماله لولده الصغير، أو وكله بشراء مال ولده الصغير لنفسه، والوكيل باع مال الرجل، أو اشترى مال الصغير، فلا

يكون البيع صحيحاً.

ج- إذا وكل أب شخصاً في بيع مال ولده الصغير لابن صغير ثان له، والوكيل فعل ذلك، فالبيع غير جائز، لأن الإيجاب والقبول صدرا من شخص واحد.

أما إذا وكل أب شخصاً في بيع مال لابن له صغير، وكل آخر في شراء ذلك المال لولده الآخر الصغير، فيكون البيع جائزاً، وذلك لوقوعه من شخصين. ويستثنى من هذا الحكم حالتان:

الأولى: يجوز لأب الصغير أن يتولى طرفي العقد لولده الصغير بلفظ

واحد، كان يقول: بعت مالي من ولدي الصغير فلان بكذا درهماً، فينقذ البيع بلا حاجة لقبول الأب أو قبول شخص آخر لهذا البيع، وكذلك إذا أراد أبو الصغير شراء مال الصغير لنفسه، فقد اعتبر اللفظ الواحد من الأب قائماً مقام اللفظين: (الإيجاب والقبول) بداعي الشفقة الأبوية.

الثانية: أن يبيع أبو الصغير مال ولده من ولد صغيره آخر، فيقول في

- وفي عقد الزواج، أن يعقد على امرأة تحل له شرعا، فإن عقد على امرأة تحرم عليه تحريرا مؤبدا أو مؤقتا، فإن المصل يكون غير قابل لحكمه شرعا، فلا ينعقد الزواج⁽¹⁾.

المطلب الثالث: صيغة عقد البيع وشروطها:

الصيغة أو الإيجاب والقبول: هي الركن الهام الأساسي في العقد، وفي ما يدل على الرضا بين المتعاقدين بالمعقود عليه، والإيجاب والقبول يكونان معا صيغة العقد الدالة على اتفاق الطرفين المتعاقدين. ومعنى الإيجاب لغة: الإثبات واصطلاحاً: العرض الصادر أولاً من أحد طرفي العقد، سواء صدر من المالك أو التملك عند الحنفية، فقول العاقد الأول في البيع هو الإيجاب، سواء صدر من البائع أو من المشتري، فإذا قال البائع أولاً: "بعت"، هو الإيجاب، وإذا ابتدأ المشتري الكلام فقال: "اشتريت" بكذا، فهو الإيجاب.

والقبول يعني الموافقة على الإيجاب الصادر من الطرف الأول، وذكر ثانياً، فالمعتبر إذن، الأسبقية في الصدور فقط، سواء جاءت من جهة البائع أم من جهة المشتري في عقد البيع⁽²⁾. وعند غير الحنفية، الإيجاب: هو ما صدر من الجانب المالك في البيع وشبهه، سواء صدر أولاً أو آخر، والقبول: هو التعبير الصادر من الجانب المملك، سواء صدر آخر أو أولاً.

وفي هذا المعنى، جاء في شرح الحطاب لعبارة خليل "ينعقد البيع بما يدل على الرضا.. يعني أن الركن الأول الذي هو الصيغة التي يتعقد بها

(أ) أن يكون المبيع موجوداً، فلا ينعقد بيع المذموم قبل وجوده، كببيع نتائج النتائج، أي ولد ولد هذه الناقة مثلاً، ويبع الثمر قبل انعقاد شيء منه على الشجرة، وماله خطر العدم: كببيع الحمل ويبع اللبن في الضرع..

(ب) أن يكون البيع مالا متقوماً، والمال: هو كل ما يمكن أن يملكه الإنسان ويتقنع به على وجه معتاد. والأصح أنه هو كل عين ذات قيمة مادية بين الناس، والتقوم: ما هو مباح شرعاً.. فلا ينعقد بيع ما ليس بمال، كالإنسان الحر، والبيّة والدم، ولا بيع مال غير متقوم كالخمر والخنزير.

(ج) أن يكون مملوكاً في نفسه أي محرزاً، وهو ما دخل تحت حيابة مالك خاص. فلا ينعقد بيع ما ليس بمملوك لأحد من الناس، مثل بيع الكلال.. ولأما غير المحرز، والحطب، والحشيش، والصيد التي في البراري، وتراب الصحراء ومعاندنها، وأشعة الشمس والهواء...

وأما كون البيع ليس مملوكاً للبائع، فليس شرط انعقاد عند الحنفية والمالكية - عكس الشافعية - وإنما هو شرط نفاذ.

(د) أن يكون مقبور التسليم عند العقد: فلا ينعقد بيع معجوز التسليم ولو كان مملوكاً للبائع، مثل الحيوان الشارد، والطير في الهواء، والسمك في البحر⁽¹⁾.

- وفي عقد الرهن، أن يكون المرهون لا يتسرع إليه التلف، كالعقارات والمصنوعات الذهبية والفضية.. والحبوب والثمار اليابسة، لا مثل الخضروات والفواكه الطازجة غير المجففة، لأن حكم الرهن شرعاً هو حبس المرهون حتى يستوفي الدين، والأشياء التي لا تقبل الحفظ عادة، لا تكون قابلة لحكم عقد الرهن.

(1) المدخل الفقهي العام... (1/314 و 3/342). المدخل... شلبي (ص 421).
(2) الفقه الإسلامي وأدلته... د. الزحيلي (93/4)، الشافعي (101-102) من المجلة.

(1) البيهقي (138/5-148). بتلخيص، الفقه الإسلامي وأدلته... د. الزحيلي (ج 4 ص 357).

استعمال هذه الصيغة... لافادتها تتجيز العقد حالا ودلائها على الرادة الجازمة، وذلك مثل: بعث، واشتريت، ورهنت، ووهبت،⁽¹⁾

ويلي صيغة الماضي في افادة انجاز العقد صيغة المضارع اذا صاحبها نية الحال، أو دلت القرينة على انشاء العقد بها حالا، لأن المضارع يدل على الحال والاستقبال، ففيه احتمال الوعد بالعقد مستقبلا، ولذلك كان لابد من النية لتعيين المراد في انشاء العقد حالا، مثل أبيع وأشتري وأزوج وأقبل وأرضى.⁽²⁾

واختلف الفقهاء في انعقاد العقد بلفظ الأمر المعبر به عن المستقبل، مثل: بعني أو اشتري مني أو أجرني، أو حُكَّ بكذا، فعند الحنفية: أن ما عدا عقد الزواج لا ينعقد عقده بلفظ الأمر، ولو نوى ذلك، لأن لفظ الأمر مجرد طلب... فلا يكون قبولاً ولا إيجاباً، إلا اذا كانت عبارة لفظ الأمر تنبئ عن إيجاب أو قبول مقدر (مفهوم ضمناً) يقتضيه المعنى ويستلزمه كأن يقول المشتري: اشتريت منك هذا بكذا، فقال البائع: خذه أو الله يبارك لك فكأنه قال: بعته فحذه.⁽³⁾

وأما عقد الزواج فيصح بصيغة الأمر مثل: زوجني نفسك، فقالت زوجتك، أو قال الرجل لولي المرأة أو وكيلها: زوجني فلانة، فأجاب زوجتك، لأن لفظ الأمر للمساومة، وعقد الزواج يسبق عادة بالخطبة فلا يقصد بهذا الأمر الوعد والمساومة، وإنما المقصود به انشاء العقد... فيحمل على الإيجاب والقبول.⁽⁴⁾

⁽¹⁾ اللدة: 169 من المجلة العلمية، البائع (133/5).
⁽²⁾ البائع (133/5)، الفقه الإسلامي وأدلته... د. الزحيلي (97/4).
⁽³⁾ اللدة: 172 من المجلة.
⁽⁴⁾ الفقه الإسلامي وأدلته... د. الزحيلي (98/4).

البيع، هو ما يدل على الرضا من البائع، ويسمى الإيجاب، وما يدل على الرضا من المشتري، ويسمى القبول.⁽¹⁾

والصيغة كما تكون أصالة بالعبارة اللفظية، تكون بالوسائل البدلية عنها: كالعاطاة، والأشارة، والكتابة، والمراسلة..

أساليب الصيغة:

أولاً: التعبير باللفظ: التعبير باللفظ هو الأداة الأصلية في التعبير عن الإرادة، وهو أكثر استعمالاً في العقود بين الناس لسهولة وقوة دلالة ووضوحه، فليجأ إليه متى كان المعاهد قادراً عليه، وبأي لغة يفهمها المتعاقدان.

فيعقد البيع وما في معناه من العقود: كالإجارة والرهن والهبة بألفاظ وصيغ مشتقة - عادة - من مصادر العقود، كبعث، وأجرت، ورهنت، ووهبت، ويصيح من غير تلك المصادر أن أدت المعنى المراد بقرينة من القرائن: كالتمليك والهبة في إرادة عقد البيع والنكاح مثلاً، لقول الله تعالى: "وامرأة مؤمنة إن وهبت نفسها للنبي إن أراد النبي أن يستنكحها..." (الاحزاب: 50)، ولقوله عليه الصلاة والسلام للخطاب الذي يحفظ سوراً من القرآن ولم يجد صداقاً: "ما كنا كها بما معك من القرآن"⁽²⁾.

ترتيب صيغ التعبير اللفظي.. لانجاز العقد:

التعبير بصيغة الماضي هو محل اتفاق الفقهاء على انعقاد البيع، لأنها أدل على المراد وأقرب إلى تحقيق مقصود انشاء العقود في الحال، فيعتقد بها العقد من غير توقف على شيء آخر كالنية أو القرينة، وقد تعارف الناس

⁽¹⁾ شرح الحطاب (228/4)، الفتى (3/4)، والنظرية العامة للعقود والمقود (ص 291). الشرح الكبير للزمخشري... (3/3).
⁽²⁾ تيل الأوطار - (باب جعل تعليم القرآن صداقاً (315/6)).

عليه وسلم أنه قال: "ثلاث جدهن جدد، وهزلهن جدد: النكاح والطلاق، والرجعة" رواه أصحاب السنن وحسنه الترمذي⁽¹⁾.

ثانياً: التعبير بالتبادل عن الصيغة اللفظية:

التعبير عن الإرادة العقدية الجازمة، يكون بأي صيغة تدل عرفاً أو لغة على إنشاء العقد، سواء بالقول، - وهو الأصل كما سبق - أو بالفعل، أو بالإشارة أو بالكناية، أو بالمراسلة...⁽²⁾

أ- التعاقد بالمعاطاة :

التعاطي لغة: المناوأة، عطاء وأخذ. ومعناه في العرف الفقهي: وضع الثمن وأخذ الثمن عن تراض من الطرفين من غير لفظ، وذلك كما لو كان متاع معروف فأخذته المشتري ودفع الثمن إلى البائع، فتناوله راضياً فإن البيع ينعقد بينهما بهذا الأخذ والعطاء، لقيامهما مقام الإيجاب والقبول لفظاً في الدلالة على الربط الجازم بين الراجحين في عقد المعاوضة⁽³⁾.

وعلى هذا المضمّن، نصت مجلة الأحكام فقالت: "بما أن المقصد الأصلي من الإيجاب والقبول موترضي الطرفين، يتعقد البيع بالمبادأة الفعلية

الدالة على التراضي، ويسمى هذا بيع التعاطي..." المادة: 175.

هذا معنى التعاطي لغة وشرعاً. أما من حيث جواز التعامل به في المعاوضات ففيه عند المآلهي ثلاثة أقوال:

- مذهب يستعمله على نطاق واسع ما دامت الدلالة على الرضا به

⁽¹⁾ سنن الترمذي (490/3) رقم 1184، سنن أبي داود (2/239) رقم 9421، سنن ابن ماجه

(1/657) رقم 2039، بتحقيق محمد فواز عبد الباقي.

⁽²⁾ المآلهي: (173 و 174) من المجلة، مع القارة بقاوي ابن تيمية (5/29 وما بعدها).

⁽³⁾ شرح الدردير (ج 3 ص 3)، المغني (ج 4 ص 4)، المجلد الفقهي العام (ج 1/329).

ومذهب المالكية والشافعية إلى القول بانعقاد العقد بلفظ الأمر، سواء

أكان العقد بيعاً أو زواجاً... لأن أساس العقد هو التراضي، وقد جرى العرف على استعمال صيغة الأمر في إنشاء العقود كالماضي والحاضر، وهذا هو الرأي الأرجح لما فيه من تحقيق مصالح الناس ومراعاة اعرافهم⁽¹⁾ وعاداتهم.

واتفق الفقهاء على عدم انعقاد العقد بصيغة الاستقبال، المقررة بالسنة

أو سوف مثل: سأبيعك، لأنها تدل على الوعد بالعقد، لا على إنشائه فعلاً في الحال. جاء في المجلة: "صيغة الاستقبال التي هي بمعنى الوعد المجرد، مثل سأبيع وسأشتري، لا ينعقد بها البيع" (المادة: 171).

كذلك لا ينعقد العقد بصيغتي: الاستقحام والهزل، لدلالة الأولى (صيغة

الاستقحام) على المستقبل، لأنها سؤال الإيجاب والقبول، وليست إيجاباً أو قبولاً بالفعل، كأن يقول المشتري: أبيع مني هذا الشيء؟ فيقول البائع: بعت لا ينعقد العقد، إلا إذا انضم لفظ ثالث يقوله المشتري مثل: اشتريت، لأن لفظ الاستقحام لا يستعمل للحال.

ولا ينعقد العقد كذلك بالثانية (صيغة الهزل)، لأن الذي يتكلم بها لم

يقصد موجب العقد وحقيقته، بل تلفظ على وجه اللعب، فلا ينعقد بها العقد عند جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والحنابلة⁽²⁾ غير أنهم استثنوا بعض العقود و رد بها النص، يعتبر فيها الهزل كالجد تباديها للهازل وزجراً لمن يحاول أن يعمل مثله. روى أبو هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله

⁽¹⁾ حاشية السوقي على الشرح الكبير للدردير (3/3)، مواهب الجليل للحطاب (4/229)، المغني لابن قدامة (4/3).

⁽²⁾ المغني لابن قدامة (4/3)، النظرية العامة... صبحي محمدي (ص 301)، الفقه الإسلامي وأدلته... الزحيلي (4/99).

دون اللفظ، ثم جوزه متأخروهم لشيوعه والحاجة إليه، في خسيس الأموال:
أي رخصها دون نفسها⁽¹⁾.

وفي جواز بيع المعاطاة مطلقا، نقل عن مالك أنه قال: "يقع البيع بما يعتقد الناس بيعا... وقال ابن قدامة الحنبلي في معرض الجواز والرد على المناعين: "ولنا أن الله أحل البيع ولم يبين كيفيته، فوجب الرجوع فيه إلى العرف كما رجح إليه في القبض والاحراز... والمسلمون في أسواقهم وبياعاتهم على ذلك... ولم ينقل عن النبي صلى الله عليه وسلم، ولا عن أصحابه رضي الله عنهم مع كثرة وقوع البيع بينهم استعمال الإيجاب والقبول"⁽²⁾، ولو استعملوا ذلك.. لنقل نقلا شائعا، ولو كان شرطا لموجب نقله... وكذلك الحكم في الإيجاب والقبول في الهبة والصدقة... ولو كان الإيجاب والقبول شرطا في هذه العقود لشق ذلك، وكانت أكثر عقود المسلمين فاسدة وأكثر أموالهم محرمة، ولأن الإيجاب والقبول انما يراد أن للدلالة على التراضي فإذا وجد ما يدل عليه من المساومة والتعاطي قام مقامها وأجزأ عنها لعدم التعبد فيه"⁽²⁾.

يتلخص مما سبق، أن بيع المعاطاة جائز لدى المذاهب الأربعة كلها، بنسب متفاوتة بينها كثرة وقلة، ففي الوقت الذي يكثر منه المالكية والحنابلة، ويعمونه، يتوسط فيه الحنفية، ويقتصره الشافعية على الأشياء الحقيرة، وذلك باتفاق منهم على أصل الجواز في عقود المعاوضات، دون عقد النكاح،

كافية، وعليه المالكية والحنابلة، لأنه المأثور عن الرسول صلى الله عليه وسلم وصحابته الكرام رضي الله عنهم.

- ومذهب يستعمله وسطا في الأشياء التي يغلب استعماله فيها، وفي المحقرات من الأشياء، دون البيوع الجلية الخطيرة القدر، وبه قال الحنفية وبعض الشافعية.

- ومذهب يمنعه، وعليه الظاهرية والإمام الشافعي، وفيه نظر، لأن العقود ليست أمورا تعبدية⁽¹⁾.

ويكفي لانعقاد البيع بالتعاطي أن يكون الاعطاء أو الأخذ من جانب واحد... على الراجح من الآراء الفقهية: كأن يأخذ المشتري ما علم ثمنه من مالكة ولا يدفع له الثمن حالا، فيعتقد البيع، ويكون كل منهما ملزما ولو تحول السعر بعد ذلك⁽²⁾.

وبهذا قال صاحب مرشد الحيران: "ينعقد البيع بالتناول والتعاطي ولو من أحد الجانبين بعد بيان الثمن فيما يكون ثمنه غير معلوم ما لم يصرح البائع مع التعاطي بعدم الرضا"⁽³⁾ (المادة 253).

وهكذا ذهب الاجتهاد المالكي والحنبلي، إلى جواز البيع وشبهه بالتعاطي في القليل والكثير، فكما يجوز في الخبز واللحم والحطب... ونحو ذلك من الرخص الشائعة، يجري أيضا في اللالئ والأحجار الكريمة من الثمين الغالي، فلو رأى شخص عقدا من الجواهر عند الجوهرى، وفهم منه ثمنه، فدفعه له وسلمه الجوهرى العقد، انبرم بينهما البيع بلا لفظ.

وأما اجتهاد الشافعية في الأصل، فإنه كان لا يسوغ البيع بالتعاطي

(1) المدخل الفقهي العام... (ج) 1 ص 331

(2) لعل ابن قدامة يقصد بالإيجاب والقبول هنا اللفظين فحسب..

(3) المغني (ج) 4 ص 4-5

(1) المغني (ج) 4 ص 4-5، ضوابط العقد... (ص 53-56)

(2) المغني (ج) 4 ص 4-5

قادراً على التعبير بالكتابة أم لا، على القول الراجح. جاء في القواعد الكلية من مجلة الأحكام أن "الإشارات المعهودة للأخرس كالبيان باللسان" (المادة 70)، وجاء في مرشد الحيران: "... ويتعقد البيع أيضاً بالإشارة المعروفة للأخرس" (المادة 252)، كما ورد في الأشياء والنظائر لابن نجيم: "الإشارة من الأخرس معتبرة وقائمة مقام العبارة في كل شيء؛ من بيع وإجارة وهبة ورهن ونكاح... إلا في الحدود... وزاد بعضهم الشهادات، فلا تقبل إشارة الأخرس فيها لخطورتها"⁽¹⁾.

هذا الجواز المطلق من الأخرس الأصلي الطبيعي، أما إذا طرأ الأخرس عليه، وهي حالة معتقل اللسان بعد أن كان ناطقاً، فالرأي المرجح عند فقهاء الأصناف إذا كان لا يعرف الكتابة، وتكونت له إشارات معهودة اعتادها للأفصاح عن مراده، تقبل تصرفاته إذا استمرت عقلة لسانه زمناً طويلاً..

ومن الفقهاء من يرى الاكتفاء بدوام عقلته سنة، فيصيح بعدها كالأخرس الأصلي، وتقبل إشارته المعتادة، ويكون لها نفاذ فوري وهذا أوجه وأدفع للرجح...⁽²⁾

وجواز عقد البيع وشبهه من الأخرس الأصلي بالإشارة، باتفاق الفقهاء، ومن الذي طرأ عليه الأخرس حسب التفصيل السابق، إذا لم تصف فيه إلى عاقلتي الأخرس والتصم المتلازمان عادية عامة العمى، وإلا فعقوده حينئذ لا تصح لأنه يكون فاقداً للفهم على الناس وأفهامهم، وإلى هذا أشار ابن عاصم بقوله:

فإن يكن مع ذلك أعمى لفقده الأفهام والفهم مع⁽³⁾ وخلاصة ما قاله ابن عاصم

(1) (ص 343).

(2) المدخل الفقهي العام... (ج 1 ص 328).

(3) البهجة في شرح التحفة (ج 2 ص 85).

فلا يصح جريان التعاطي فيه، للقاعدة التي قررها الفقهاء: "أن الإجابة والبدل إنما يجريان في الأموال لا في المتعة الجنسية"⁽¹⁾.

ب - الإشارة:

التعاقد بالإشارة على قسمين: إما أن يكون من ناطق أو من أخرس:

1) إشارة الناطق:

ذهب الجمهور إلى أن إشارة الناطق في عقد البيع وشبهه، غير معتبرة، فلا يتعقد بها العقد، لأنه قادر على التعبير باللفظ، ولو كانت دالة على مراد العاقد ورضاه، لأن الكلام هو الأصل في التعبير عن الإرادة، ولا يلجأ إلى غيره إلا عند الضرورة⁽²⁾.

ونذهب المالكية إلى أن الإشارة مثل العبارة، يتعقد بها البيع وما في معناه متى كانت مفهومة، لأن المطلوب في إنشاء العقود هو التعبير بما يدل على الرضا، ولأن الإشارة تسمى كلاماً في اللغة قال الله تعالى مجيباً سؤال عبده زكرياء عليه السلام: "قال رب أجعل لي آية، قال آيتك ألا تكلم الناس ثلاثة أيام إلا رمزا"⁽⁴⁾. والرمز: الإشارة. ويستوي فيها الأخرس والناطق. وقول المالكية حسن معقول، لا حرج فيه ولا تقييد.

وقد استثنى المالكية عقد الزواج فقالوا: لا يصح بالإشارة من القادر على النطق والكتابة، لا الزواج من أهمية يخالف فيها بقية العقود⁽³⁾.

2) إشارة الأخرس:

إذا كان المتعاقد من الطرفين غير قادر على النطق لأخرس، اتفق الفقهاء على اعتبار عقده بالإشارة، فتكون تصرفاته جائزة بوجه عام، سواء أكان

(1) الفروق (ج 3 ص 143) = (الفروق 157)، المدخل الفقهي العام (ج 1 هامش ص 332-333).

(2) الأشياء والنظائر لابن نجيم (ص 344).

(3) المدخل... د. شلبي (ص 445 - 447)، ضوابط العقد (ص 63 - 64).

- كما يشترط فيها أن تكون مرسومة: أي أن تكون مكتوبة بالطريقة المعتادة بين الناس في مراسم زمانهم وتقاليدهم، وذلك بأن تكون مصدرة باسم المرسل إليه، وموقعة أو مختومة في النهاية باسم المرسل المتكلم، كما هو الشأن والعادة في خطابات زماننا الحاضر.

والرأي الفقهي في الإيجاب والقبول بالكتابة، أن حكمها لا يبدأ منذ كتابة العبارة، بل عقب وصول الكتاب وقراءته، فعندئذ تأخذ العبارة مفعولها، فيعتبر الموجب موجبا والقابل قابلا.

وفي هذا المعنى قال صاحب مرشد الحيران: "كما ينبغي البيع بالإيجاب، والقبول خطابا يصح انعقاده بهما تحريرا أو مكتابة، ويشترط القبول في مجلس وصول الكتاب وقراءته وفهمه، فلو كتب إلى رجل: اشترت عندك هذا بكذا، فكتب إليه: رب العبد: يعتقه منك كان بيعا" (المادة 252).

وهذا في العقود التي تتوقف على علم الطرف الآخر ورضا: كالبيع والزواج، وأما التي تنشأ من جانب إرادة واحدة، فإنها تأخذ حكمها فور الكتابة إذا كانت مستبينة ومرسومة كالطلاق والعقود⁽¹⁾.

د - السكوت:

السكوت: وهو الصمت وعدم الكلام، هل يكون له أثر شرعي في التصرفات القولية والفعالية في العقود؟ وهل فيه دلالة على الرضا والقبول أم هو بطبيعته سلبى يدل على الرفض والإنكار؟

مثل هذه الأسئلة قد شغلت علماء القانون الحديث، وفقهاء المسلمين من قبلهم، وبينوا عليها نتائج عملية عديدة، جاء في الأمثال السائرة: "إذا كان

هو الصواب، في أن إشارة الآخرس لا يصح بها عقد، إذا انضافت إلى الخرس وفقدان السمع عامة العمى، لأنه يستحيل على المصاب بهذه الآفات الثلاث أن يفهم الناس أو يفهم عنهم وذلك يجب أن يكون له ولي يتولى أمره.

ج - الكتابة والرسالة:

من الوسائل التي يتم بها التعاقد ويصح، الكتابة والرسالة بين المتعاقدين الغائبين لأنهما الفرصة السانحة لإجراء العقد بدون حرج ومشقة، لذلك اعتبر الفقهاء الكتابة بين الغائبين كالنطق بين الحاضرين، فوضعوا القاعدة الفقهية القائلة: "الكتاب كالخطاب" (المادة 69) من مجلة الأحكام.

والقصود منها هو أنه كما يجوز لاثنتين أن يعقدا بينهما مشافهة عقد بيع أولجارة أو كفالة.. يجوز لهما عقد ذلك مكتابة أيضا.

والمراد بالكتابة في هذا المقام، الخطاب الذي تكتب فيه عبارة الإيجاب أو القبول موجهة من أحد العاقدين إلى الآخر بأن يكتب إليه مثلا:

أما بعد: فقد بعث منك كذا بكذا، أو اشتريت منك كذا بكذا، فلما بلغ الكتاب إلى المرسل إليه، وفهم ما فيه قال: قبلت في المجلس، فيعتقد البيع، ويعتبر فيه مجلس العقد هو مكان وصول الكتاب، وينتهي هذا المجلس بإصدار الجواب من القابل، أو بوصوله إلى الموجب.

ومثل ما يقال في الكتابة يقال في الرسالة، فكما يتضمن الخطاب تحريرا بالإيجاب، تتضمنه ذاكرة الرسول في الرسالة، فيدلى به في المجلس عند المرسل إليه، فيقبله أو يرفضه، حسب رغبته ورضاه...

ويشترط في الكتابة لكي تعتبر في العقود، أن تكون مستبينة ومرسومة:

- ومعنى كونها مستبينة أن تكون واضحة مكتوبة على شيء تظهر عليه، وتبقى صورتها بعد الانتهاء منها، فلا تتغير الكتابة في الهواء، أو على سطح الماء.

⁽¹⁾ الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص 339)، المدخل الفقهي العام .. (ج 1 ص 326 - 327)، ضوابط العقود... (ص 60 - 62)، يقلل بمصدر الحق للسنهوري (ج 1 ص 99).

ومن أمثلة عدم الاعتبار في السكوت:

1- ما لو طلب شخص من آخر أن يبيعه هذا الشيء، أو يؤجره إياه، وسكت ولم يصدر منه عمل بمنزلة القبول، ولم تحط به ظروف تنفيذ أن سكوتة موافقة. يكون سكوتة لا عبرة به، ولا يترتب عليه أي التزام.

2- سكوت القاضي الذي طبيعة وظيفته أنه ولي عام للمحاجير، إذا لم يوجد ولي خاص، وهو يرى المحجور الذي يعنيه أمره يبيع ويشترى، لا يكون إذنا له في التجارة⁽¹⁾.

المستثنيات:

وفي الطرف الثاني من عبارة القاعدة الواردة في مجلة الأحكام وهو: "لكن السكوت في معرض الحاجة يبان" أي لكن السكوت فيما يلزم التكلم به إقرار وبيان.

ومن الأمثلة في هذا المجال: أي مجال اعتبار السكوت والمؤاخذة به أنه:

1- إذا ساءم شخص آخر في شراء مال، وفيما هو يستلمه من صاحبه أخبره رجل ثقة بأن في المال عيبا فسكت، فسكوتة يعد رضاء منه بالعيب.

2- إذا قبض المشتري المبيع بحضور البائع الذي له حق حبس المبيع، وسكت ولم يمنعه، يعد ذلك منه إجازة له بالقبض⁽²⁾.

ولحكم اعتبار هذه المستثنيات في السكوت أدلة واضحة في التشريع فقد اتفق المحققون أن حديث النبي صلى الله عليه وسلم، ينقسم إلى ثلاثة

⁽¹⁾ الأئمة والنظار لابن نجيم (ص 154)، وقد أورد هنا زعماء ثلاثين مسألة لا يعتبر فيها السكوت رضا.

⁽²⁾ درر الحكام شرح مجلة الأحكام... (ج 1 ص 39)

الكلام من فضة فالسكوت من ذهب" و "رب سكوت أبلغ من كلام"⁽¹⁾. ولكن رغم أن هذه الأمثال جعلت السكوت، واعتبرته ذا معنى ومعنى، لا تصدق دائما في المسائل الشرعية.

فالسكوت بوجه عام لا يعتبر، ولا يعتمد في المسائل الشرعية، وفي التصرفات والعقود بوجه خاص، إلا في حالات استثنائية - كما سيأتي - بل الأصل في الاعتبار هو الإيجاب والقبول باللفظ، أو بتعبير فلفي له دلالة واضحة على المراد بدله: كالإشارة والكتابة والمعاطاة.

ولكن رغم عدم اعتبار السكوت ذا فائدة كبيرة في التعبير، تستثنى حالات تستلزم من الشخص أن يتكلم فيها، فإذا لم يفعل عد سكوتة بمنزلة التعبير الضمني عن الإرادة.

وقد ذكرت مجلة الأحكام العدلية حكم الساكت باعتبار حالته: حالة الساكت في مبدئه الأصلي لا يترتب عليه شيء، وحالته في المستثنيات يترتب عليه فيها ما دلّت عليه القرائن، فقالت:

"لا ينسب إلى ساكت قول، لكن السكوت في معرض الحاجة يبان" (المادة 67). أي لا يقال لساكت أنه نطق بكذا، لكن السكوت فيما يلزم الكلام به إقرار وبيان.

فالطرف الأول من هذه القاعدة "لا ينسب لساكت قول" تصوير للسكوت يعطي معنى خاصا، وذلك لأسباب متعددة باطلة غير ظاهرة: فالساكت قد يسكت لعدم الانتباه، أو لعدم الإكترار، أو على سبيل الاستهزاء، أو بنية الموافقة، أو بقصد الإنكار أو الرفض، أو ما إلى ذلك من الأسباب الكثيرة⁽²⁾.

⁽¹⁾ من أمثال الميداني (ج 1 ص 191).

⁽²⁾ النظرية العامة... ص 306 - 308.

الحاضر الساكت من قبل الفضولي، وذهب مالك وأبو حنيفة إلى أنه يتنفذ ويلزم إن أجازته المالك، والفضولي البائع يقر له بالمالك، أما إذا باع الفضولي المال وهو ينسبه لنفسه، والمالك حاضر ساكت، ثم بعد ذلك قام بزمين يطلبه بالبيع أو بالتأمين، فلا يلتفت إلى قوله، لأن سكوته يعتبر دلالة على الرضا، ونسبة المال إلى مدعيه، إلا أن يكون سكوته لغير مانع، فحينئذ لا يكون إجازة ولا إسقاطا لحقه في المالك.

فالأنسب في هذه المسألة، أي يرجع أمر الحل والترجيح إلى القضاء لينظر فيها حسب الملايسات والقرائن، حتى يستبين له المعنى الحقيقي للسكوت⁽¹⁾.

2- مسألة سكوت الفتاة البكر عند الزواج:

ورد في هذه المسألة الحديث الشريف الذي رواه ابن عباس رضي الله عنهما عن الرسول صلى الله عليه وسلم قال: "الثيب أحق بنفسها من وليها، والبكر تستأمر وإنها سكوتها"⁽²⁾.

والثيب في الحديث: المرأة البكر التي سبق لها الزواج، وهي - عادة - لا يمنعها الحياء أن تعرب عما في نفسها عند الخطبة، من القبول أو الرفض بالكلام، لأن كمال حياتها قد زال بما رسته الرجال.

والبكر: هي الفتاة التي لم يسبق لها الزواج، وهي عكس الثيب يمنعها الخجل والحياء وخوف الاتهام بالليل إلى الرجال، فيكتفي منها بالسكوت عند الخطبة، فيكون سكوتها لدى استئذانها دليلا على رضاها.

هذا ما ذهب إليه الجمهور اعتمادا على نص الحديث، وعلى العرف في

(1) الشرح الكبير بهامش المغني (1/64)، شرح البيهقي على التلخيص (2/69)، النظرية العامة

للموجبات... (ص 314).

(2) شرح النووي على مسلم بهامش القسطلاني (1/48/6).

إقسام، من بينها الحديث التقريري وهو ما شاهده أو علمه عليه الصلاة والسلام يفعل بين يديه، فأقره بدون قول ولم ينكره، ومثله سكوت أصحابه رضي الله عنهم.

وفي المعاملات الشرعية أمثلة كثيرة لاعتبار السكوت رضا والمؤاخذة به:

- منها لو رأى الولي الصغير يبيع ويشترى، ولم يمنعه وسكت، يعتبر انذنا له دلالة، جاء في المجلة: "كما يكون الآن صراحة يكون دلالة أيضا مثلا لو رأى الولي الصغير المميز يبيع ويشترى وسكت ولم يمنعه يكون قد أذنه دلالة" (المادة 971).

- ومنها سكوت أحد التبايعين في بيع السلعة* حين قال صاحبه قد بدا لي أن أجعله بيعا صحيحا، يعد سكوته قبولا⁽²⁾.

آراء الفقهاء في بعض مسائل السكوت:

سبق أن من المسائل في السكوت ما اتضح أمرها، فلا يعتد بها، ولا يؤاخذ بها الساكت، وأخرى دلت القرائن على اعتبارها ومؤاخذة الساكت بها.

وهناك صنف ثالث منها، كان محل اجتهاد الفقهاء من أهمها:

- 1- مسألة بيع مال الغير بحضور صاحبه.
- 2- مسألة الفتاة البكر في الزواج.

1- مسألة بيع مال الغير بحضور مالكه:

ذهب الشافعية والحنابلة فيهما إلى أن البيع لا يصح على المالك

* التلخيص: هي أن يلجئ شخص إلى آخر بالتعاقد، يتخذ من العقد الصوري معه ستارا ظاهريا خورا على حاله من غائب أو ظالم أو دائن (المدخل الفقهي العام... ج 1 ص 358).

(2) الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص 135 - 136).

لها، أو قبلت شراء نصفها بنصف الثمن المتفق عليه، فلا ينعقد العقد لمخالفته محل العقد، أو لتفريق الصفقة على البائع... وكذلك إذا خالف المشتري مقدار الثمن، فقبل بأقل مما ذكر البائع أو خالف في وصف الثمن، فقبل بـ ثمن مؤجل، والبائع أوجب بـ ثمن معجل، لا ينعقد العقد، لعدم التوافق بين الإيجاب والقبول.

جاء في البدائع: "وأما الذي يرجع إلى نفس العقد فهو أن يكون القبول موافقا للإيجاب بأن يقبل المشتري ما أوجبه البائع وبما أوجبه. فإن خالفه بأن قبل غير ما أوجبه، أو بعض ما أوجبه لا ينعقد من غير إيجاب مبتدأ موافق...⁽¹⁾

2- اتصال القبول بالإيجاب:

اتصال القبول بالإيجاب، أو اتحاد مجلس العقد، معناه: أن يكون الإيجاب والقبول في مجلس واحد إن كان الطرفان حاضرين معاً، أو في مجلس علم الطرف الغائب بالإيجاب أو القبول.

ويتحقق الاتصال بأن يعلم كل من الطرفين بما صدر عن الآخر، بأن يسمعه ويفهمه ويرضى به.

ومجلس العقد: هو الطرف الذي يكون فيه المتعاقدان مقيمين على التعاقد يبدأ بالإيجاب، وينتهي إما بالاتفاق وانعقاد العقد، وإما بافتراق الطرفين أو بإعراض أحدهما أو اشتغاله بشأن آخر.

ويشترط لتحقيق معنى اتصال القبول بالإيجاب شروط ثلاثة:

- أن يكون الإيجاب والقبول في مجلس واحد، ألا يصدر من أحد المتعاقدين ما يدل على إعراضه. - أن يبقى الإيجاب صحيحاً إلى وقوع القبول.

(1) البدائع (136/5) المدخل: د. شلبي (ص 421)، الفقه الإسلامي وأدلته... د. الزحني (4/105).

أن أكثر الفتيات جبلن على الامتناع من النطق بحياة في مجال العلاقة بالرجال.

واستحسن المالكية إعلانها أن سكوتها يعتبر رضا قبل استئذانها، وفرق الحنفية بين أن يكون مستأذنها وليها القريب: كالآب والجد، فيحكمي منها السكوت رضا، وبين أن يكون المستأذن غيره من الأولياء، فلا بد حينئذ من كلامها لإظهار الرغبة والقبول...⁽¹⁾

شروط الصيغة:

لصيغة العقد شروط، من بينها شرطان عامان هما:

موافقة القبول للإيجاب، واقتران القبول به.

1- موافقة القبول بالإيجاب:

ينعقد العقد ويصح إذا وافق القبول الإيجاب حقيقة أو ضمناً، فمن موافقته حقيقة، ما إذا قال البائع - مثلاً - بعثك هذه السلعة بعائة درهم، فقبل المشتري، فينعقد البيع... لأن القبول وافق الإيجاب من كل وجه.

ومن موافقة القبول للإيجاب ضمناً، ما إذا قال البائع: بعثك هذا الكتاب بعائة درهم، وقال المشتري في جوابه عنه: اشتريته بعائة وعشرين دهماً، فينعقد البيع... لأن القبول هنا تضمن الإيجاب وزيادة، غير أن البيع لا ينعقد إلا ببائة حسب الإيجاب، إلا إذا رضى البائع بهذه الزيادة، لأن الأموال لا تدخل في ملك الشخص إلا برضاه واختاره، عدا الميراث.

فإن لم يوافق القبول الإيجاب في المعقود عليه أو مقداره، أو صفته فلا ينعقد العقد، كان خالف القابل في محل العقد، فقبل غيره، أو بعضه، مثل قول البائع: بعثك الأرض الفلانية، فيقول المشتري: قبلت شراء الأرض المجاورة

(1) نفس المرجع (ص 144 - 148)، النظرية العامة للموجبات... (ص 315)

أعطوا بسببه لكلا العاقدين الحرية في فسخ عقد البيع وشبهه من العقود اللازمة القابلة للفسخ طيلة انعقاد المجلس حتى يقرقا بأبديتهما⁽¹¹⁾.

- الشرط الثاني: ألا يصدر من أحد العاقدين ما يدل على إرضاه عن العقد: بأن يكون الكلام في موضوع العقد، وألا يتخلله فصل بكلام أجنبي يعد قرينة على الإعراض عن العقد.

فإن ترك الموجب مجلس العقد قبل قبول الآخر، أو ترك الطرف الآخر المجلس بعد صدور الإيجاب، أو انشغل الطرفان في موضوع آخر لا صلة له بالعقد، بطل الإيجاب، ولو قبل الآخر بعد ذلك لا يعتبر قبوله مستمرا للعقد، لأن الإيجاب ذهب ولم يبق له وجود، إذا لم يتناق مع القبول وسبب ذهابه لأن كلام اعتباري لا بقاء له إذا لم يتصل بالقبول⁽¹²⁾.

جاء في البدائع: "وأما الذي يرجع إلى مكان العقد فواحد وهو اتحاد المجلس بأن كان الإيجاب والقبول في مجلس واحد فإن اختلف المجلس لا ينعقد حتى لو أوجب أحدهما البيع فقام الآخر عن المجلس قبل القبول أو اشتغل بعمل آخر يوجب اختلاف المجلس، ثم قبل لا ينعقد، لأن القياس أن لا يتأخر أحد الشطرين عن الآخر في المجلس... فتوقف أحد الشطرين على الآخر حكما، وجعل المجلس جامعا للشطرين مع تفرقهما للضرورة، وحق الضرورة يصير مقضيا عند اتحاد المجلس⁽¹³⁾."

(11) شرح المحام على خليل (240/4)، البائع (137/5)، المدخل الفقهي العام.. (348/1)، المدخل..

د. شلبي (ص 422)، والفقه الإسلامي وأدلته.. د. الزحلي (106/4).

(12) الفقه الإسلامي وأدلته.. د. الزحلي (110/4).

(13) البائع (137/5).

- الشرط الأول: وقوع الإيجاب والقبول في مجلس واحد: فلا يجوز أن يكون الإيجاب في مجلس، والقبول في مجلس آخر، لأن الإيجاب لا يعد جزءا من العقد إلا إذا التحق به القبول، فلو قال البائع: بعثك الدار بشئ كذا، أو أخرجك المنزل بأجرة كذا، ثم انتقل الموجب إلى مكان آخر بعيد عن مجلسه الأول بحيث لا يسمع منه القبول، انتهى المجلس الأول، فإذا قبل العاقد الآخر بعد هذا الانتقال لم ينعقد العقد، ويحتاج إلى إيجاب جديد، لأن الإيجاب شيء اعتباري لا بقاء له إذا لم ينضم إليه القبول في ظرف متصل من المجلس.

عدم اشتراط الفورية في القبول:

قرر جمهور الفقهاء: (الحقنية والمالكية والحنابلة) عدم اشتراط الفورية في القبول إذا وقع أثناء مجلس العقد ولو طال، لأن القابل يحتاج إلى فترة للتأمل، لأن المجلس الواحد يجمع المتفرقات للضرورة، وفي اشتراط الفورية تضيق على القابل أو تقويت للصفقة من غير مصلحة راجحة، فإن رفض فورا، فتضيع عليه الصفقة، وإن قبل فورا، فربما كان في العقد ضرر له، فيحتاج لفترة تأمل للموازنة بين ما يأخذ وما يعطي، وقد رت فترة التأمل بعدة مجلس العقد، لأن المجلس جامع للمتفرقات فتعتبر ساعاته وحدة زمنية تيسيرا على الناس، ومنعا للمضايقة والهرج، ودفعاً للضرر عن العاقدین بقدر الإمكان.

وذهب الشافعية إلى أن الأصل أن يتصل القبول بالإيجاب مباشرة وفورا لينعقد العقد، فإذا توسط بين الإيجاب والقبول كلام أجنبي عن العقد ولو لم يعتبر إرضاه عنه، لا يتحقق الاتصال، فينتفي انعقاد العقد، لأنه لم يتحقق الا رتباط الشرعي، ولا شك أن ما ذهب إليه الشافعية فيه ضيق وهرج، غير أن تشدهم هذا يخفف منه مبادئهم القائل: بخيار المجلس، الذي

المطلب الرابع: السبب الباحث على العقد:

السبب في اصطلاح الفقهاء والأصوليين هو: "كل حادث يربط به الشرع أمرا آخر وجودا وعدما، وهو خارج عن ماهيته". أي أن وجود السبب يستلزم وجود المسبب، كما أن عدم السبب يستلزم عدم المسبب، مثال ذلك في الأمور المدنية والجزائية، أن إتيان مال الغير سبب لضممانه وتعويضه، وأن القرابة سبب للارث، وأن القتل والجراح العمد سبب للقصاص.

ولنلاحظ من خلال هذا التعريف للسبب، أنه يشبه الركن من حيث ارتباط مسببه به وجودا وعدما، ولكن يفرق عنه من حيث أن سبب الشيء أمر خارج عنه⁽¹⁾.

وبهذا المعنى... وردت كلمة السبب في القاعدة العامة أنه: "لا يجوز لأحد أن يأخذ مال أحد بلا سبب شرعي"⁽²⁾.

وكما يكون للمالك أسباب شرعية، كذلك للموجب أو الالتزام أسباب وسبب الالتزام: معناه المصدر الذي ينتج منه. مثاله: التصرفات القولية والقطعية: أي العقود والجرائم جميعا تعتبر أسبابا للالتزام الذي يصدر عنها. وهذا المعنى... أهم من معنى السبب في العقود، بل إنما العقود نفسها تعد هنا أسبابا "لاشتمالها على تحصيل حكمتها في مسبقها بطريق المناسبة"⁽³⁾.

السبب في العقود:

سبق أن العقود نفسها تعتبر أسبابا لا ينتج عنها من آثار والالتزامات

(1) المرافقات للشايطي (187/1)، النظرية العامة للموجبات... (ص 344) المدخل الفقهي العام (301/1).

(2) مجلة الأحكام العدلية المائدة: 97.

(3) الفروق القرآني (142/3)، النظرية العامة للموجبات... (ص 344).

- الشرط الثالث: بقاء الإيجاب صحيحا إلى وقوع القبول:

إذا استمر بقاء الإيجاب صحيحا إلى وقوع القبول انعقد البيع وتم، أما إن اعترضه معترض بأن رجح الموجب عن إيجابه، أو حدث له ما يفقد أهليته: كموت أو جنون، فإن العقد لا يتم، لفقدان أحد شرطيه وهو الإيجاب، فلا يصادف القبول إذا وقع بعد ذلك ما يرتبط به.

غير أن رجوع الموجب عن إيجابه قبل القبول، ليس أمرا مسلما عند جميع الفقهاء، فقد ذهب جمهورهم⁽¹⁾ (الحنفية والشافعية والحنابلة) إلى جواز رجوعه، لأنه يملك حق الرجوع عنه ما دام الآخر لم يقبل وما دام لا يترتب عليه إبطال حق القابل، وأن الإيجاب وحده أيضا قبل القبول لا يثبت به حكم العقد، وأن الموجب له على الشيء الذي رغب في تسليمه حق الملك وهو أقوى من حق التملك الضعيف الذي أوجبه للقابل بإيجابه...

وذهب المالكية إلى التفريق في هذا الإيجاب، بين عقود التبرعات وعقود المعاوضات، فقالوا: بوجوب الالتزام بإيجابه في التبرعات، لأنها معروف، ومن ألزم نفسه معروفًا ألزمه الوفاء به، كما قالوا بمثل ذلك في عقود المعاوضات التي تمت بصيغة الماضي، فإن الموجب للترزم بإيجابه، فلا يجوز له الرجوع عنه حتى يقبل الطرف الآخر أو يرفض، وإذا كان الإيجاب بصيغة المضارع فإنه يحلف أنه ما أراك البيع... بل كان ما رخصا، فيجوز له الرجوع، وعدم بقاء الإيجاب صحيحا قد يكثر في حالات التعاقد بالكتابة والمراسلة بين الغائبين، فقد يرسل شخص كتابا أو رسولا يتضمن إيجاب العقد من طرفه، ثم يموت أو يجن قبل وصول الكتاب، أو الرسول فلا يعتبر حينئذ قبول المرسل إليه ولا يتم العقد⁽²⁾.

(1) البيانغ (1345).

(2) شرح الخطيب (240/4)، حاشية السويفي على رد ربيع (413)، المدخل الفقهي العام (347/1)، ضوابط العقد... (ص 410).

تعريف السبب عندهم هو: "الفرض المباشر المقصود في العقد" وهذا يثبت في الجملة بدون تردد ولا مبالغة، أن في الشريعة الإسلامية من الضوابط والأحكام ما يصلح أساساً لنظرية السبب...⁽¹⁾

- مشروعية السبب :

والسبب في الفقه الإسلامي - كركن معتبر في العقود - شرط عام واحد، أن يكون مشروطاً بأي مباح⁽²⁾، وبما أن الإباحة في العقود هي الأصل، سواء في عقد البيع أو غيره من العقود، فقيماً يلي نضرب الأمثلة للسبب غير المباح الذي لا تنعقد معه العقود، لأجل أن يتضح بها السبب المباح الذي هو الأصل المشترك.

ومن أمثلة السبب غير المباح في تحريم عقد البيع، لعدم إباحة القصد والغرض، ما جاء في المذهبين: المالكي والحنبلي من بطلان بيع كل شيء يقصد به غرض محرم: كبيع العصير أو التمر أو العنب لمن يتخذة خمرًا، أو بيع السلاح لأهل الفتنة أو قطاع الطرق، أو بيع الجوز أو البيض للصبيان لأجل اتخاذه وسيلة للقمار أو ما أشبه ذلك من البيوع.

و يشترط لبطلان البيع في هذه الأمثلة وما شابهها، أن يكون المباح عالماً بقصد المشتري المحرم، قال الله تعالى: "وتعاونوا على البر والتقوى، ولا تعاونوا على الإثم والعدوان" (المائدة: 3)، وانتهى يقتضي التحريم.

وقد ورد في السنة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لعن في الخمر عشرًا، وذلك من حديث أنس بن مالك رضي الله عنه: "عاصرها ومعتصرها وشاربها وحامليها والمحمولة إليه وساقياها وبائعها وأكل ثمنها والمشتري لها والمشتراة له" (سنن الترمذي ج 3 ص 589 رقم 1295).

⁽¹⁾ النظرية العامة للموجبات... (ص 346).

⁽²⁾ مصادر الحق (262/4).

ولكن هل يشترط أن يشتمل العقد على ركن خاص يسمى السبب ؟ الحقيقة أن الفقهاء لم يشترطوا وجود السبب بصورة واضحة جازمة أثناء تعدادهم لأركان العقد، بل أنهم كثيراً ما خلطوا بين محل العقد وسببه، ورغم هذا، فإنه يستنتج من بعض دراستهم ما يقرب من النظرية السببية الحديثة، أو ما يدل على تفكيرهم فيها بصورة ضمنية⁽¹⁾.

ويمكن الاستدلال على ذلك من القواعد الفقهية العامة، فلا مرأ أن من مبادئ الشرع الإسلامي، أن كل فاعل عاقل مختار إنما يقصد بعمله غرضاً من الأغراض⁽²⁾، وقاعدة الشريعة التي لا يجوز هدمها، أن المقاصد والاعتقادات معتبرة في التصرفات والمعاملات، كما هي معتبرة في التقربات والعبادات، فالقصد والنية والاعتقاد تجعل الشيء حلالاً أو حراماً وصحيحاً أو فاسداً...⁽³⁾

والأصل في السبب بمعنى الباعث والقصد، قول النبي صلى الله عليه وسلم: "إنما الأعمال بالنيات"⁽⁴⁾.

وهذه المقاصد أو الأسباب تختلف باختلاف فئات العقود، فقد جاء في الفرق 180 من "كتاب الفروق" توضيح حسن في هذا المعنى، ومنه: "والقصود من البيع ونحوه إنما هو انتفاع كل واحد من المتعاضدين بما يصير إليه، فإذا كان عديم المنفعة أو محرماً لم يحصل مقصوده، فيبطل عقده والمعاوضة عليه"⁽⁵⁾.

هكذا يمكن أن نستخلص من أصول الإسلام، ومن أقوال فقهاء، أن

⁽¹⁾ النظرية العامة للموجبات... (ص 346).

⁽²⁾ المواقفات للشافعي (240/2).

⁽³⁾ إعلام الموقعين لابن الجوزية (953 - 96).

⁽⁴⁾ شرح القسطلاني على البخاري - باب كيف كان يده الوحي (ج 1 ص 52).

⁽⁵⁾ الفروق (238/3).

وقع يقع حراما، بسبب هذه النية غير المشروعة⁽¹⁾.

وبناء على هذا الاتجاه، تكون هذه العقود التالية صحيحة لدى الحنفية

والشافعية وهي:

1- بيع العينة: والعينة قرض بالربا بين شخصين وفق صورة بيع، كبيع سلعة بثمن مؤجل إلى مدة بئانه درهم، ثم شراؤها في الحال بتسعين درهما، فتصير العملية أن صاحب المال اقترض للمقترض بفائدة عشرة في المائة، مقابل المدة التي أنظره إليها.

2- بيع العنب لمن يعصره خمر: أي لمن يعلم البائع أنه سيتخذ خمر.

3- بيع السلاح لمن يقتل به ظالما: كان يبيعه لمن يقتل به المسلمين أو لقطاع الطريق المحاربين، ومثله بيع أدوات القمار، وإيجار الدار للدعارة أو للقمار، والإجارة على حمل الخمر لمن يشربها الخ.

4- زواج المحلل: وهو الذي يتزوج امرأة مطلقة طلاقا ثلاثا زواجا صوريا، قصد تحليلها لزواجها الأول البائنة منه بينونة كبرى، ليصح له التزوج بها من جديد، عملا بظاهر الآية الكريمة⁽²⁾: فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره.. (البقرة: 228).

وخلاصة القول: أن اتجاه الحنفية والشافعية هذا، لا يأخذ بالسبب بمعنى الباعث، إلا إذا اتضح أثناء العقد وتضمنه التعبير عن الإرادة.

ثانيا: الاتجاه الذاتي، أو الاتجاه الذي تلاحظ فيه النية والقصد، وهو ما عليه مذهب المالكية والحنابلة، الذين ينظرون إلى العقود والتصرفات حسب النية والقصد، فيطلقون التصرف الشتمل على بائع غير مشروع، بشرط أن يعلم الطرف الآخر في العقد بالسبب غير المشروع، أو كان بائعا أنه يعلم

⁽¹⁾ الأم للشافعي (653)، البائع (1904)، والبائع (1445).

⁽²⁾ مصادر الحق (614 - 64)، الفقه الإسلامي وأدلته (1864).

وبعض من هذا الحديث، أشار عليه الصلاة والسلام إلى أن كل معاون على الخمر المحرمة ومساعد عليها من الأسباب منهي عنه محرم، كتحريم تناول الخمر بالشرب نفسها⁽¹⁾.

في الفقه الإسلامي اتجاهان في السبب بمعنى الباعث:

- اتجاه تغلب فيه الفكرة الموضوعية.

- اتجاه تلاحظ فيه النوايا الذاتية⁽²⁾.

أو لا: الاتجاه الموضوعي، أخذ بهذا الاتجاه مذهب الحنفية والشافعية الذين يقولون بالإرادة الظاهرة في العقود، أي أنهم حفاظا على مبدأ استقرار التعامل بين الناس، لا يأخذون بفكرة السبب بمعنى الباعث على العقد، لأنهم أصحاب نزعة موضوعية بارزة في الفقه والسبب بمعنى الباعث يختلف باختلاف الأشخاص لأنه عنصر ذاتي داخلي يحدد استقرار التعامل.

ولا تأثير للسبب بمعنى الباعث على العقد عندهم، إلا إذا كان مصحرا به في صيغة التعاقد: أي تضمنته الإرادة الظاهرة: كبيع الآلات لأجل اللهو المحرم، والاستئجار على الفناء والنوح والملاهي وغيرها من المعاصي، فإذا لم يصرح به في صيغة العقد.. فالعقد صحيح لاشتماله على أركانه الأساسية: من إيجاب وقبول صادقين من ذي أهلية ومحل صالح لحكم العقد، لأن تلك المعصية المقصودة غير المصرح بها لدى المحقق قد لا تحصل بعد العقد، ولا عبءة للسبب أو الباعث في إبطاله، فما دام قد انعقد صحيحا في الظاهر لا حاجة إلى البحث على النية أو القصد غير المشروع، لكنه إن

⁽¹⁾ الشرح الكبير بهامش المنقح (404 - 41)، شرح الحطاب (267/4)، وفتاوى ابن تيمية (236/29).

و 275 و 332، المنقح (283/4)، النظرية العامة للموجبات (ص 351)، مصادر الحق (51/4 وما بعدها)، الفقه الإسلامي وأدلته (185/4).

وخلاصة القول في هذا الاتجاه، أنه يعتد بالمقصد والنيات ولو لم تذكر في العقود، بشرط أن يكون ذلك معلوما للطرف الآخر، أو تحتم الظروف علمه، لأن النية روح العمل، ويكون هذا الاتجاه أنخا بنظرية السبب المشروع ليصح العقد، فإن لم يكن مشروعاً، فلا يصح⁽¹¹⁾.

المطلب الخامس: الشروط الراجعة إلى العقد منها:

1- أن لا يكون العقد ممنوعاً، بمقتضى نص شرعي تحت طائلة البطلان:

العقد الممنوع شرعاً تحت طائلة البطلان، يعتبر في نظر الفقهاء غير مشروع من أصله، متافياً للنظام الشرعي العام.

فلا يتعقد - مثلاً - بيع مال الصغير القاصر بغبن فاحش، سواء أكان البائع هو الصغير أو وليه أو وصيه أو القاضي نفسه، بمقتضى سلطته العامة عند عدم الولي الخاص، وذلك لأن البيع بغبن فاحش مأل الصغير كالبيع به، فلا يتعقد العقد في كليهما، لأن انعقاده يؤدي إلى إضاعته وأكله بالباطل.

فكان هذا العقد مما ليس لأحد سلطة عليه بحسب موضوعه، فيصدّر - أن وقع - باطلاً، حتى لو بلغ الصغير فأجازه لا تعتبر إجازته، لأن الباطل لا يجاز. بل عليه أن يجدد عقده بعد البلوغ إن شاء، والقاعدة الفقهية في ذلك تقول:

إن كل عقد يصدّر ولا يوجد من يملك حق إجازته وانعقاده عند صدوره يكون باطلاً⁽¹²⁾.

(11) القواعد الإسلامية وأدلتها، د. الزحيلي (188/4).

(12) البدائع (149/5 - 150).

بالطروف والقرائن التي تدل على القصد الخبيث، كإهداء العدو هدية لقائد الجيش، وإهداء للحكام، فذلك مقصود به الرشوة، فتكون للدولة وهبة الرأة مهرها لزوجها بقصد استدامة الزواج، فإن طلقها بعدئذ، كان لها الرجوع فيما⁽¹⁾ وهبت.

فهذا الاتجاه يأخذ بفكرة السبب أو بمذهب الإرادة الباطنة، فإن كان الباعث مشروعاً فالعقد صحيح، وإن كان غير مشروع فالعقد باطل حرام، لا فيه من الإعانة على الإثم والعدوان⁽²⁾.

ووفق هذا الاتجاه، تبطل العقود السابقة، من "العينة" وما بعدها لدى المالكية والحنابلة ومن وافقهم، وأضاف إليها المالكية عدم جواز بيع أرض بقصد بناء كنيسة، أو بيع خشب بقصد صنع صليب، أو شراء عبد بقصد أن يكون متغنياً، أو استنجار كركاريس فيها عيارات النوح، أو بيع ثياب الحرير ممن يلبسها وهي لا تحل له⁽³⁾.

أما عدم صحة بيع العتق للخصمان وبيع السلاح للأعداء ونحوهما، فلأنه إعانة على الحرام، أو عقد على شيء لمصلحة الله به، وأما فساد زواج المحلل فلأنه يتنافى مع أغراض الزواج السامية، وهو أنه عقد مؤبد قصد به تكوين أسرة دائمة، فيحوّله المحلل إلى عقد مؤقت لتحليل المطلقة ثلاثاً لزوجها الأول، فهو حيلة لرفع تحریم مؤبد، وهو قصد محرم غير مشروع، وأما بيع العينة، فلأنه اتخذ حيلة لتحليل التعامل بالربا، ولم يكن الغرض منه هو البيع والشراء حقيقة، بل هو وسيلة لعقد محرم غير مشروع، فيمنع سداً للذرائع المؤدية إلى الحرام.

(1) القواعد لابن رجب (ص 322).

(2) نيل الأوطار للشوكاني (251/5).

(3) شرح الحطاب (263/4 - 267 بتلخيص).

وأصحابه⁽¹⁾، والشهور ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من منع البيع وشبهه من المعاولات بالتعليق على شرط.

3- أن يكون العقد مفيداً:

فلا يعتبر التعاقد على عرض يأخذه أحد العاقدين لقاء أمر واجب عليه شرعاً بدون عقد، كما لو تعاقد على أخذ عرض لقاء كفه وامتناعه عن فعل جريمة، فهذا التعاقد باطل لا يستحق فيه العوض، لأن الشخص ملزم شرعاً بهذا الامتناع من غير حاجة إلى عقد.

ويقول الفقهاء أيضاً في الإجارة أنه لا ينعقد استئجار الرجل زوجته على خدمة بيت الزوجية وإدارته بأجرة شهرية - مثلاً -، لأن هذه الإدارة يوجهها الشرع عليها ديانة بحسب استطاعتها دون تعاقد. وبوجه عام يقرر الفقهاء عدم جواز استئجار شخص للقيام بشيء من الواجبات الدينية التي يجب عليه القيام بها قبل العقد. وقد استثنوا من ذلك جواز الاستئجار على الأذان والإمامة وتعليم القرآن للضرورة⁽²⁾.

كذلك لا ينعقد الرهن في مقابل الأمانة، كما لو أخذ المودع رهناً من المودع لديه لقاء الوديعة، لأن الوديعة أمانة غير مضمونة على المودع لديه فإذا هلكت بلا تعد ولا تقصير منه في حفظها، لا يحق لصاحبها المودع أن يستوفي قيمتها من الرهن، فكان عقد الرهن غير مفيد⁽³⁾.

(1) نظرية العقد (أو قاعدة العقود) لابن تيمية (ص 227).

(2) البائع (19/4 - 192).

(3) المدخل الفقهي العام... (346/1 - 347)، يقاوت بالبدلة: 200 من مجلة الأحكام لعلي حيدر.

في البيع (15/1).

ويعبر الفقهاء عن تعليل بطلان هذا النوع من العقود، بأن الولاية الشرعية منقضية فيه.

واللاحظ في هذا المقام، أن العقد الممنوع شرعاً تحت طائلة البطلان، تكون أسبابه متنوعة ومختلفة، فقد يعود سبب المنع فيه إلى طريقة العقد: كبيع الملامسة والنايذة والحصاة.. مما نهى عنه النبي صلى الله عليه وسلم، أو يعود إلى محل العقد: كبيع المخدرات للاستعمال المحرم.. أو يعود إلى موضوع العقد: كال تبرع من مال الصغير القاصر.

فكل هذه العقود باطلة مهما كان سبب المنع الشرعي فيها، يعد أن يكون المنع تحت طائلة البطلان صراحة في النص، أو استنتاجاً أو قياساً⁽¹⁾.

2- أن يستوفي العقد شرائط انعقاده الخاصة:

لا كانت شرائط الانعقاد تنقسم إلى قسمين: عامة وخاصة، فيشترط بوجه عام لانعقاد أي عقد من العقود أن تتوافر فيه شرائط انعقاده الخاصة التي يتطلب الشرع توافرها فيه إن كان له شرائط خاصة به مطلوبة شرعاً دون غيره من العقود، وذلك كعدم تعليق العقد على شرط في المعاولات والتمليكات، كالبيع والهبة، فإن التعليق يبطلها⁽²⁾. كما إذا باعت امرأة مالا من رجل على أن يتزوجها، أو يتزوج ابنتها، فالبيع فاسد، أو إذا باعت زوجة مالها من زوجها على ألا يطلقها⁽³⁾.

وأجاز الشيخ ابن تيمية تعليق البيع بشرط، حكاة عن الإمام أحمد

(1) المدخل الفقهي العام للزرقاء (242/1 - 245)، الفقه الإسلامي وأدلته، د. الزحيلي (226/4).

(2) المدخل الفقهي العام (340/1 و 346).

(3) شرح مجلة الأحكام (140/1 تحت المادة: 189)، يقاوت بالبدلة: 229، من مرشد الحيران.

1- الشروط العامة: وهي التي يجب أن تتحقق في كل أنواع البيوع لتعتبر صحيحة شرعا، وهي إجمالا أن يخلو عقد البيع من العيوب التالية:

الجهالة الفاحشة، والإكراه، والتوقيت، والغرر...

الشروط الأولى: الخلو من الجهالة: القصور بالجهالة التي لا يصح معها العقد، الجهالة الفاحشة، التي تقضي عادة إلى نزاع يتعذر حله قضاء، وهو النزاع الذي تتساوى فيه جهة الطرفين بالاستناد إلى الجهالة، كما لو باع شاة من قطع، أو دارا من دور... وهذا الجهالة أنواع:

1- جهالة المبيع حنسا أو نوعا أو قدرا بالنسبة إلى المشتري.

2- جهالة الثمن كذلك: فلا يصح بيع الشيء بثمن مثله، أو بما سيستقر عليه سعر السوق.

3- جهالة الأجل، كما في الثمن المؤجل، أو في خيار الشرط فيجب أن تكون المدة معلومة وإلا فسد العقد، ويلاحظ أن الذي يجوز تأجيله لأجل معلوم في عقد البيع هو الثمن أو المبيع إذا كان كل منهما دينيا ثابتا في الذمة، فإن كان الثمن أو المبيع عينا، فلا يجوز تأجيله باتفاق العلماء، فلو باع شخص سلعة معينة على أن يسلمها بعد شهر، أو اشترى شخص آخر بثمن عين على أن يدفع الثمن بعد شهر، فالبيع فاسد، ولو كان الأجل معلوما، لأن الأجل شرع ترفيها ليتمكن العاقد من الحصول على العوض أثناءه، وهذا أمر يُلحق بالديون لأنها ليست معينة في البيع، ولا يُلحق بالأعيان المعينة، لأن المبيع العين معين حاضر، فيكون تأخير تسليمه ملحقا ضررا من غير فائدة...⁽¹⁾

(1) بداية المجتهد (117/2)، الفقه الإسلامي وأدلته، د. الزحيلي (4/379).

المطلب السادس: شروط صحة البيع:

تناولنا فيما سبق الشروط العامة لانعقاد البيع، وفي ضمنها شروط الصحة، لأنه يصعب - عادة - على الباحث التفريق بينها وبين شروط الانعقاد لتلازمهما، وخصوصا عند جمهور الفقهاء - غير الحنفية - الذين اقتصرُوا على تقسيم العقد إلى قسمين: صحيح وفاسد (باطل) بينما قسمه الحنفية إلى ثلاثة أقسام: صحيح، وفاسد، وباطل، فجعلوا العقد الفاسد واسطة بين الصحيح والباطل، مما اضطرهم أن يقسموا الشروط الشرعية للعقد تبعاً لذلك قسمين:

- إلى شروط الانعقاد الأولية، بحيث إذا فقد واحد منهما كانت النتيجة عدم انعقاد البيع وما في معناه، وإن وجدت صورته حسا، فيكون وجود العقد كعدمه في النظر الشرعي، فلا ترتب عليه النتائج والالتزامات التي رتبها الشارع على انعقاده، وعندئذ يسمى العقد باطلا⁽²⁾.

- وإلى شروط الصحة، إذا فقد شيء منها لا يبطل العقد، بل يكون منعقدا فاسدا في نظر الحنفية، حيث يعتبر مختلا في بعض النواحي الفرعية منه غير الأساسية⁽²⁾.

ولمراعاة هذا التباين بين الجمهور والحنفية، في أوصاف عقد البيع وشبهه، كالجهالة، والغرر... التي تقابلها شروط الصحة، فاعتبر الجمهور تخلفها مبطلا للعقد، واعتبره الحنفية مفسدا له، حسب طريقتهم في التعامل مع صفقة فساد العقد، أضفنا هذا (المطلب السادس: شروط صحة البيع) وهي: أي شروط صحة عقد البيع قسمان: عامة وخاصة:

(1) وتجدد للاحاطة هنا إلى أن هذه الشروط، اتفق فقهاء المذهب على بطلان العقد بفقدانها، ويضيف إليها جمهور الفقهاء - غير الحنفية - شروط الصحة، فيبطلون العقد بفقدانها كذلك.

(2) المدخل الفقهي العام... (350/1 - 351).

ما كان المبيع فيه محتملا الوجود والعدم، كبيع نتاج النخيل، وبيع الحمل الموجود⁽¹⁾.

ب- الشروط الخاصة:

وأما شروط البيع الخاصة، فهي التي تخص بعض أنواع البيع دون بعض، نشير إليها فيما يلي للتمييز بينها وبين العامة:

- 1- القبض في بيع المنقولات: أي أنه إذا باع شخص شيئاً من المنقولات اشتراها فيشترط لصحة بيعه لها، أن يكون قد قبضها من بائعها الأول، لأن النقل يكثّر هلاكه، فيكون في بيعه ثانية قبل قبضه غرر أو لأجل التداول وتظهر الأتشاء للبيعة في الأسواق، وفي هذا المعنى جاء نهى النبي صلى الله عليه وسلم في حديث ابن عباس رضي الله عنهما، قال: "من ابتاع طعاماً فلا يبعه حتى يستوفيه، قال ابن عباس: وأحسب كل شيء مثله"⁽²⁾.
- 2- معرفة الثمن الأول إذا كان البيع مربحة أو تولية أو وضعية أو إشراكاً، وهذه البيوع تسمى ببيوع الأمانة.
- 3- التقابض في البدين قبل الافتراق إذا كان البيع صرفاً.
- 4- توافر شروط السلم الخاصة به، مثل قبض رأس مال السلم كله في مجلس العقد..

5- الأمثلة في البدين إذا كان المحل ربوياً.

- 6- القبض في الدين الثانية في الزمة، كالسلم فيه.. مثاله: لا يصح

⁽¹⁾ شرح الزرقاني على الوطأ (313/3 - 314)، شرح القسطلاني (63/4)، شرح النووي على مسلم (359/6)، الفقه الإسلامي وأدلته، د. الزحيلي (380/4)، (381).

⁽²⁾ كتاب البيوع شرح النووي على مسلم بإمام القسطلاني (372/6)، شرح الزرقاني (287/3).

- 4- الجهالة في وسائل التوثيق، كما لو اشترط البائع تقديم كفيل أو رهن بالثمن المؤجل، فيجب أن يكونا معينين وإلا فسد العقد⁽¹⁾.

الشرط الثاني: عدم الإكراه، والإكراه: حمل المستكره على أمر يفعله، وهو نوعان:

- أ- إكراه ملجئ أو تام، وهو الذي يفعله المستكره مضطراً من طرف المكره، كالتهديد بالقتل، أو بالضرب الذي يخشى منه ضياع عضو من الأعضاء.

- ب- إكراه غير ملجئ أو ناقص: كالتهديد بالحبس أو بالضرب أو إيقاع الظلم به، كحرمانه من نيل حقوقه، بمنع ترفيقه في وظيفة، أو إنزاله درجة. والإكراه بنوعيه يؤثر في صحة العقد، فيجعله فاسداً عند جمهور الحنفية، وغير لازم عند المالكية، وموقوفاً عند زفر بن الهذيل علميد أبي حنيفة، وباطلاً عند الشافعية⁽²⁾.

الشرط الثالث: عدم التوقيت: وهو أن يوقت البيع بمدة، كما لو قال البائع: بيعك هذا الثوب لمدة شهر أو سنة، فيكون البيع فاسداً، لأن ملكية العين لا تقبل التوقيت.

الشرط الرابع: عدم الغرر والغرر به غرر الوصف، كما لو باع بقرعة على أنها تحلب كذا رطلاً، لأنه موهوم التحقق فقد يتقص، أما لو باعها على أنها حلوب دون تحديد مقدار فإنه شرط صحيح، وإما غرر الوجود، فهو مبطل للبيع فلا ينقصد، لنهي النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الغرر وهو

⁽¹⁾ الفقه الإسلامي وأدلته (380/4).

⁽²⁾ شرح الحطاب (248/4)، المبسوط للسرخسي (562/4 - 59)، المدخل الفقهي العام (366/1) وما بعدهما مع الحاشية، الفقه الإسلامي وأدلته، د. الزحيلي (379/4 - 380).

المبحث الثاني شروط نفاذ البيع ولزومه:

المطلب الأول: شروط النفاذ*

لنفاذ العقد شرطان: الملك أو الولاية، وألا يكون في المبيع حق لغير البائع:

1- الملك أو الولاية: الملك: هو أن يكون المعقود عليه مملوكا للمتصرف كالبيع، يكون مملوكا للبائع جائزا له حيازة تجعله قادرا على التصرف فيه وحده، عند عدم المانع الشرعي، كالجنون والسفه⁽²⁾ والولاية: سلطة شرعية - زيادة على أهلية الأداء - بها يتعقد العقد ويتخذ، تكون إما أصلية: وهي أن يتولى الإنسان أمور نفسه بنفسه أو نيابة: وهي أن يتولى الشخص أموره من غيره من ناقص الأهلية، إما بإتابة الشارع كالأولياء وهم: الأب والجد والقصي، وأوصياؤهم، أو بإتابة المالك كالوكيل. ومدلول هذا الشرط أن يكون المبيع مملوكا للبائع، له عليه ولاية أصلية أو نيابة، فلا يتخذ بيع الفضولي، لانعدام الملك والولاية، لكنه يتعقد عند الحقية والمالكية موقفا على إجازة المالك، ولا يتخذ عقد ناقصي الأهلية ولو كانوا مالكين، ألا بإجازة الولي، لأنهم لا يملكون ولاية التصرف مستقلين عن أوليائهم.

2- ألا يكون في المبيع حق لغير البائع: يشترط لنفاذ عقد البيع كذلك -

* النفاذ في الأصل: المضي والجواز، ثم أطلق عند الفقهاء على مضي العقد دون توقف على الإجازة أو الإذن.

(2) البائع (148/5)، مصادر الحق (178/4).

لرب المسلم: أي المشتري أن يبيع المال المسلم فيه قبل قبضه من المسلم إليه أي البائع، ولا يصح للدائن أن يشتري بدينه شيئا من غير الدين قبل قبضه⁽¹⁾.

(1) الفقه الإسلامي وأدلته، د. الزحطي (382/4).

وأغراض، فيجب على كل واحد من طرفيها الوفاء بها، لأنها عهود، وعدم الوفاء بالعهد نكث في الذمة، وقد قال تعالى: "وأوفوا بالعهد إن العهد كان مسؤولاً" (الإسراء: 33).

وذلك الوفاء بالعقود لازم بنص القرآن، قال عز وجل: "يأيتها الذين آمنوا أوفوا بالعقود" (المائدة: 1).

ولكن رغم أن الأصل في العقود أن تكون لازمة لاحط الشارع الحكيم أن من مصلحة العاقدين، ومن التأكيد من رضاهما، أن يجعل ما هو لازم غير لازم أحياناً، فسوغ لأحد العاقدين، أو لهما معا عدم المواخظة بالتزام العقد في بعض الحالات، وهي التي سنشير إليها في هذا (المطلب الثاني: شروط لزوم البيع).

شروط لزوم البيع - وما في معناه من عقود المعاوضات - تأتي بعد شروط الانعقاد والصحة والنفاذ، فمما يشترط للزوم عقد البيع:

1- أن يكون خالياً من أحد الخيارات التي تسوغ لأحد العاقدين أو لكليهما فسخ العقد وعدم الالتزام به، مثل خيار الشرط، وخيار التعيين، وخيار الرؤية، وخيار العيب...⁽¹⁾

2- أن يكون غير مشوب بأحد عيوب الإرادة، كالإكراه، والغلط في الوصف، والتدليس (أو التثريب)، والغبن لدى بعض المذاهب كالمالكية...⁽²⁾

(1) الإكراه:

- وفي عدم لزوم بيع المكره عند المالكية، جاء في الشرح الكبير للردبر على خليل: "وشروط لزومه: أي عقد عاقده، تكليف ورشد وطوع... لا إن أجبر

⁽¹⁾ الفقه الإسلامي وأدلته للدكتور الزحيلي (4/383).

⁽²⁾ مصادر الحق (4/281).

زيادة على الملك أو الولاية - ألا يكون في المبيع حق لغير البائع، فإن كان فيه حق لأحد، كان العقد موقوفاً غير نافذ، فلا ينفذ - مثلاً - بيع الرامن للمرهون، ولا بيع المؤجر للمأجور، وإنما يكون موقوفاً على رضا المرتهن، أو المستأجر صيانة لحقوقهما في المرهون والمأجور.⁽¹⁾

وحالات العقد الموقوف التي تجعل البيع وما في معناه غير نافذ كثيرة متعددة، يمكن ردها إلى أحد السببين (الشرطين) السالفي الذكر:

نقص الأهلية مع تخلف الولاية، وتخلف ملك العقود عليه أو نقصه وعدم الولاية عليه.

ويمثل السبب الأول في الصبي المميز، ويندرج تحته العبد والمعتوه المميز والسفيه وذو الغفلة، وكذلك المكره عند من جعل إرادته من الفقهاء - كزفر من الحنفية - ناقصة كإرادة ناقص الأهلية.

ويمثل السبب الثاني في الفصولي، ويندرج تحته البائع إذا باع مرة أخرى من غير مشترية، والغاصب، والمرتد، والنائب ووكيل النائب إذا جاوز الحدود المرسومة للنائب، ومالك العين المرهونة أو العين المؤجرة أو العين المعطاة مزارعة إذا كان البذر من قبل العامل، والمرضى مرض الموت إذا باع لوارثه، ووصي الميت إذا باع للوارث، والوارث إذا باع لورثه المريض، والورثة إذا باعوا الشركة المستقرقة.⁽²⁾

المطلب الثاني: شروط لزوم البيع:

الأصل في العقود الصحيحة أن تكون لازمة، لا يحق لأحد طرفيها فسخها بإبطال التزامها. ذلك لأن العقود تعقد لأشباع حاجات، ولقاصد

⁽¹⁾ مصادر الحق (4/178) وما بعدها. الفقه الإسلامي وأدلته. د. الزحيلي (4/371).

⁽²⁾ مصادر الحق (4/178) وما بعدها.

الكبير بهامش المفتي: "خيار التذليس بما يزيد الثمن كتصريح السليم في الضرع وتحمير وجه الجارية وتسويد شعرها وتجعيده وجمع ماء الرحي وارساله عند عرضها، فهذا يثبت للمشتري خيار الرز⁽¹⁾".

د) الغبن:

- والغبن الزائد عن ثلث القيمة، يسوغ الفسخ لمن وقع فيه، بل ولو كان قليلا في بيع الأمانة والاسترسال، جاء في القوانين الفقهية لابن جزي:

"الغبن" ثلاثة أنواع: الأول: غبن لا يقام به وهو إذا زاد المشتري في ثمن السلعة على قيمتها لغرض له كالمشاكلة. الثاني: غبن يقام به قل أو كثر،

وهو الغبن في بيع الاسترسال واستسلام المشتري للبائع. الثالث: اختلف فيه وهو ما عدا ذلك، وعلى القول به، فيقوم للغبون سواء كان بائعا ومشتريا إذا كان مقدار الثلث فأكثر، وقيل لا حد له وإنما يرجع فيه للعوائد فما علم أنه

غبن فلاغبون الخيار⁽²⁾.

3- أن يكون عقد البيع وما في معناه من عقود المعاوضات. قد استوفى زمن خيار المجلس بالتفرق بالإبدان، أو بتخير أحد المتعاقدين للآخر في إمضاء العقد أو عدم إمضائه قبل التفرق، وإلا كان غير لازم لدى المذهبين:

الشافعي والجبلي، تطبيقا منهما نظام الحديث الصحيح الوارد في خيار المجلس، عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال:

"البَّيعَانُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِالْخِيَارِ عَلَى صَاحِبِهِ مَا لَمْ يَقْرَءَا إِلَّا بَيْعِ

الخيار"⁽³⁾.

⁽¹⁾ المفتي (80/4).

⁽²⁾ القوانين الفقهية (ص 230)، مصادر الحق (137/2).

⁽³⁾ شرح النووي على مسلم بهامش القسطلاني (376/6 - 378 - باب ثبوت خيار المجلس المتبايعين).

جبرا حراما، وهو ما ليس بحق فيصح ولا يلزم"⁽¹⁾.

ب) الغلط في الوصف:

- الغلط في الوصف: هو مثل البيع والشراء على البرنامج:

أي وفق ما هو مكتوب في الدفتر من أوصاف ما في العدل من الثياب البديعة أو ما شابهها، فإن وجدها المشتري وفق الوصف المشترك أخذها وإن وجدها على غيره، لا يلزمه العقد وكان له فسخه، وفي هذا المعنى، جاء في شرح الدردير أيضا:

"وإن بيع وشراء معتمدا فيه على الأوصاف المكتوبة في البرنامج: أي الدفتر المكتوب فيه أوصاف ما في العدل من الثياب البديعة لتشتري على تلك

الصفة للضرورة، فإن وجد على الصفة لزم وإلا خير المشتري"⁽²⁾.

ج) التذليس (أو التفرير):

- ورد فيه عن المالكية كذلك، أن البيع مع التفرير، لا يلزم المغرور

حيث جاء في شرح الحطاب لقول خليل: (وتصريح الحيوان كالشرط) "إن التفرير الفعلي كالشرطي وهو أن يفعل البائع في البيع فعلا يظن به المشتري كمالا فلا يورج... ومنه صيغ الثوب القديم ليظهر أنه جديد... ومنه قوله في البيوع الفاسدة: من ابتاع ثيابا فرقم عليها أكثر مما ابتاعها به وباعها برقمها ولم يقل قامت علي كذا، شد مالك كراهة فعله واتقى فيه وجه الخلافة. ابن أبي زمنين: إن وقع خير فيه مباحه، وإن فات رد بقيمته"⁽³⁾.

وفي التفرير الفعلي هذا، شارك الحنابلة المالكية، فقالوا مثلهم بعدم لزوم البيع وخيار المغرور في رد البيع أو الاحتفاظ به، حيث جاء في الشرح

⁽¹⁾ حاشية المسوقي على الشرح الكبير للدردير (6/3).

⁽²⁾ حاشية المسوقي على شرح الدردير (243).

⁽³⁾ مواهب الجليل (437/4 - 438).

الفصل الثاني آثار عقد البيع وأحكامه

تمهيد: لعقد البيع وبقية العقود آثار عامة، وآثار خاصة..

- فالآثار الخاصة هي الأحكام والنتائج الحقوقية التي يرتبها كل عقد

بحسب موضوعه.

فعقد البيع حكمه نقل ملكية المبيع إلى المشتري بعوض، ونقل ملكية الثمن إلى البائع، وحقوقه إلزام البائع بتسليم المبيع وقبوله إذا رد إليه بسبب العيب، وثبوت حقه في المطالبة بالثمن، والزام المشتري بأداء الثمن وثبوت حقه في المطالبة بتسليم المبيع و رد المبيع إذا وجده معيبا وغير ذلك من الحقوق التي تثبت لكل عاقد تجاه العاقد الآخر تكميلا لآثر العقد ومحافظة عليه وتوفيرا لتكميل الانتفاع به⁽¹⁾.

ومثل ما قيل في حكم البيع أنه نقل ملكية المبيع بعوض وفقما يفيد موضوعه، يقال في أحكام بقیة العقود، فالإجارة حكمها هو تملك المنافع بعوض كذلك، والهبة نقل الملكية بلا عوض، والرهن إنشاء حق احتباس مال الدين في مقابل الدين، والوكالة تفويض الموكل للوكيل في التصرف، وهكذا.. يكون لكل عقد أثر خاص به هو حكمه الشرعي، يرجع إليه في موضوعه الخاص به في بابه. وأما الآثار العامة فهي ما تشترك فيه العقود جميعها أو معظمها من أحكام ونتائج، وهي الغاية من بحثنا.

⁽¹⁾ مصدر الحق (38/5، مع الهامش).

وعكس العقد النافذ هو الموقوف. فالعقد الموقوف لا ينتج حكمه منذ انعقاده - رغم انعقاده صحيحا.. - بل تبقى آثاره الخاصة النوعية وسائر نتائجه الحقوقية متوقفة: أي معلقة، لا يسري مفعولها، لوجود مانع يمنع تحقيقها وسريانها شرعا.

وأهم أنواع هذا المانع الذي يمنع نفاذ العقد سبعة هي: عقد المكره عند من يرى أنه موقوف كالإمام زفر بن الهذيل المعتمد منه في وقفه عند الحنفية، وعقد الصغير المميز، إذا تصرف في أمواله تصرفا يحتل النفع والضرر... وعقد السفية المحجور عليه، وعقد المدين بدين مستغرق، وتصرف المريض مرض الموت⁽¹⁾ يتقويت أكثر من تلك أمواله للأجنبي، ويأقل مقدار منه إذا كان التقويت للوارث، وعقد الفضولي، وتصرف المرتد عن الإسلام، فإن عقوده في حال رتبته موقوفة عند أبي حنيفة، فإذا عاد إلى الإسلام نفذت⁽²⁾، وإن مات أو قتل أو لحق بدار الحرب وقضى القاضي بالحقاقه بطلت⁽²⁾.

2- الزلوم:

لزلوم العقد معناه: أن لا يستطيع أحد الطرفين بعد العقد التحلل من

⁽¹⁾ مرض الموت هو المرض الذي يقعد الشخص عن عمله المعتاد ويتصل بالموت، فإن شفي منه فهو مرض عادي.

⁽²⁾ هناك ملاحظتان: تنبغي الإشارة إليهما في مواعين العقد من النفاذ الأولى: أن العقد الموقوف لا يكون دائما متوقفا، فبأنه على إجازة شخص غير المعاق، بل هذا هو الغالب فقد يكون توقف النفاذ لا على إجازة أحد، بل على زوال حالة: كما في تصرف المرتد عن الإسلام، فإن نفاذ تصرفه يتوقف على عودته إلى الإسلام في نظر أبي حنيفة. الثانية: أن الغاية الشرعية من نظرية التوقف ليست دائما حماية حق الغير، بل قد تكون في كثير من الحالات حماية حق المتصرف نفسه، كما في عقد الصغير المميز. وعقد المكره (المطل الفقهي العام... 428/1 - 429).

⁽³⁾ المدخل الفقهي العام... (419/1 - 424). الفقه الإسلامي وأدلته (233/4 - 233).

فلعقد البيع وبقيّة العقود أثران عامان يعتبران من النتائج الطبيعية الأصلية في معظم العقود والاتفاقات، وهما: النفاذ والزلوم⁽¹⁾.

1- النفاذ:

نفاذ العقد: معناه ثبتت حكمه الأصلي والتزاماته منذ انعقاده⁽²⁾، أي أن آثار العقد الخاصة ونتائجه الترتيبية عليه تحدث فور انعقاده، فنفاذ عقد البيع مثلا: معناه انتقال ملكية البيع والتمن بمجرد انعقاده صحيحا، وإيجاب تنفيذ الالتزامات على الطرفين، كسليم البيع وتسلم الثمن، وضمان العيب إن ظهر فيه عيب. ونفاذ عقد الزواج معناه: إحلال المنعة الزوجية بمجرد انعقاده، وإيجاب الحقوق والالتزامات التي ينشأها العقد بين الزوجين، كاللزام الزوج بالنفقة، ومسؤولية الزوجة عن الطاعة المشروعة⁽²⁾.

وهكذا يقال في كل عقد، كالإجازة والصلح، والقسمة وغيرها.. فمتى كان العقد منتجا نتائجه منذ انعقاده صحيحا.. سمي عقدا نافذا⁽³⁾.

⁽¹⁾ المدخل الفقهي العام... (417/1). ضوابط العقد (ص 180 - 181). المادة: 374 من المجلة المدلية.

⁽²⁾ حكم العقد الأصلي يتحقق بتقدير الشرع بمجرد انعقاده صحيحا، فلا يحتاج إلى تنفيذ، فبمجرد انعقاد البيع صحيحا تنتقل الملكية للمشتري، وهكذا سائر أحكام العقود.

أما الالتزام، فيحتاج إلى تنفيذ، لأن تكليف على شخص لصلحة الآخر، فملكية البيع وإن انتقلت إلى المشتري بمجرد البيع، يبقى الآخر محتاجا إلى تنفيذ التزام البائع، وهو القيام بتسليم البيع إلى المشتري.

والالتزامات قد يستأنزها العقد ذاته، وتسمى مقتضى العقد، وهي التي نظمها الشرع آثارا للعقد المنشأ لها كالالتزام بتسليم البيع وضمان العيب، والالتزام بدفع الثمن أو الأجرة. وقد يشتترطها العقد كاستعمال البيع مدة بعد البيع، وإيصال البيع إلى بيت المشتري، ودفع الأجرة سلفا.. وما إلى ذلك من الشروط الجائزة في العقود (الفقه الإسلامي وأدلته للدكتور الزحيلي 232/4).

⁽²⁾ المدخل الفقهي العام... (418/1).

⁽³⁾ المجلة المدلية (المادة 374).

وبعد هذا العرض الموجز للعقد الخاصة والعامة، والتعريف بالخلفاء واللزوم... سنحاول معالجة هذه الآثار بشيء من التفصيل، على أساس يستند إلى تحديد نطاق العقد، ومدى القوة الملزمة لتنفيذه ومن ثم بيان ما يترتب على الإخلال بتنفيذ الأحكام التابعة - أو الالتزامات الناشئة بالعقد - من مسؤولية عقدية، في ضوء أحكام التشريع والقواعد الكلية التي تستند إليه، وذلك ضمن المباحث الثلاثة الآتية⁽¹⁾:

- المبحث الأول: نطاق العقد
- المبحث الثاني: القوة الملزمة لتنفيذ العقد
- المبحث الثالث: المسؤولية العقدية.

ففيه ما لم يتفقا على الإقالة، لأن العقد رابطة تقيد المتعاقدين...
واللزوم فكرة أساسية ضرورية في العقود، ولو لاها لفقد العقد أهم مزاياه في بناء الأعمال والتصرفات الاكتسابية.

ويكتسب العقد صفة اللزوم عند الحنفية والمالكية بمجرد تمام العقد بالإيجاب والقبول، وهذا ما جرى به العمل والقضاء، وعند الشافعية والحنابلة، لا يكتسب العقد صفة اللزوم إلا بعد انقضاء مجلس العقد، بتفريق العاقدين بأبدانهما، عملاً بحديث خيار المجلس الثابت والمشهور⁽¹⁾: "البيعان كل واحد منهما بالخيار على صاحبه ما لم يتفرقا إلا بيع الخيار". (شرح النووي على مسلم، باب ثبوت خيار المجلس للمتبايعين).

ووفق ما اختاره للذهبان: الحنفي والمالكي من لزوم انعقاد البيع قبل افتراق المجلس بالأبدان، قال الشيخ مصطفى أحمد الزرقاء: "وخير تأويل يراه لذلك الحديث الوارد في خيار المجلس هو أن المراد بالخيار: خيار الطرفين خلال إجراء العقد في الفترة التي بين الإيجاب والقبول، وأن المراد بالتفريق هو انقضاء مجلس العقد سلباً أو إيجاباً، أي أن الموجب مخير في الاستمرار على إيجابه أو الرجوع عنه قبل القبول، كما أن الطرف الآخر مخير في أن يقبل أو لا يقبل حتى يتفرقا، أي حتى ينقضي مجلس العقد، إذ يستأنف انقضائهما تفرقهما". وهذا التفريق يكون:

- إما بالأعراض أو الرفض الصريح، فيبطل الإيجاب ولا يصح أن يبني عليه قبول.
- وإما بالقبول فيتبرم العقد، ويلزم كل من الطرفين بمقتضاه⁽²⁾.

⁽¹⁾ أحكام المعاملات في الفقه الإسلامي للكتور خالد عبد الله عبد (ص 210).

⁽¹⁾ المدخل الفقهي العام... (44/1)، الفقه الإسلامي وأدلته... (23/4).
⁽²⁾ المدخل الفقهي العام... (44/1).

المبحث الأول نطاق العقد:

النطاق في اللغة: مفرد نطق، مثل كتاب وكتب، يقال لازار طيسه المرأة له تكّة، وقيل هو جبل تشد به المرأة وسطها للمهنة، ومنه قيل ذات النطاقين لاسماء بنت أبي بكر الصديق رضي الله عنهما، كان لهما نطاقان طيس أحدهما وتحمل في الآخر الزاد للنبي صلى الله عليه وسلم حين كان وأبوها في الغار (المصباح النير). والنطاق: يعني السعة والإحاطة بالشيء، وتحديد نطاق عقد البيع وما في معناه من العقود اصطلاحاً، يقتضي بيان الأشخاص الذين يتصرف إليهم أثر العقد بحكم الشرع، وبيان مضمون العقد بتفسيره، وما يشمل عليه من حقوق والتزامات، تشكل مضمون القوة الملزمة له في نفس الوقت، ومن ثم يتفرع البحث في هذا البحث إلى مطلبين:

- المطلب الأول: أشخاص العقد
- المطلب الثاني: مضمون العقد

المطلب الأول: أشخاص العقد:

والقصود بأشخاص العقد، كل شخص يتصرف إليه أثر العقد، والأصل في الفقه الإسلامي، أن يتصرف أثر العقد إلى العاقد نفسه، ولا يتعداه إلى سواه ممن ليس طرفاً فيه، فإن تجاوزته توقف وامتنع نفاذه، كما في عقد الفضولي.

لكن المتبع لكتب الفقه الإسلامي يجد أن هناك طائفة من الأشخاص غير العاقد، يتخذ عليهم عقد العاقد، كما لو كانوا هم الذين أجروا العقد فهم في حكم العاقد نفسه.

لهذا كان أشخاص العقد الذين تسري عليهم آثاره هم كل من العاقدین الأصليين، ومنوبهما، وخلفهما العام* (الرثة والوصي له)، وخلفهما الخاص، والدائنين.

أولاً: العاقدان:

فأما العاقدان فهما طرفا العقد أصالة، وقد يكون كل طرف شخصاً واحداً أو عدة أشخاص... فالعاقد في كل طرف من طرفي العقد، إذا باشر العقد بنفسه لنفسه، يكون أثر العقد من حكم أصلي مقصود في العقد، كقول المالك في البيع، وحقوق تابعة من التزامات ومطالبات كالتسليم والتسلم... منصرفاً مباشرة إليه وحده ولا يتجاوزة إلى غيره، باستثناء الأشخاص السابقين الذين يسري عليهم حكم العقد الأصل بالتبعية وهم: المنوب عنه، والرثة والوصي له، والخلف الخاص، والدائنين⁽²⁾.

ثانياً: المنوب عنه، يعتبر عقد النائب عن المنوب عنه (سواء أكان النائب ولياً، أو وصياً، أو وكيلاً) نافذاً عن المنوب عنه، كما لو باشره بنفسه وهو أهل للبشرته.

فالوكيل يبيع، أو إجارة، أو صلح، أو تزويج، أو تطليق، أو بأي تصرف آخر، إذا قام بإجراء العقد على موكله ضمن حدود وكالته، تسري على الموكل جميع الآثار النورية لهذه العقود من تملك والتزامات وزوجية.

وما قيل في الوكيل، يقال في الولي الشرعي، وفي الوصي من قبل القاضي على صغير قاصر، أو على كبير مجنون، إذا أبرم عقداً لمصلحتها ضمن حدود سلطة الولاية أو الرصاية شرعاً، كما لو اشترى لهما ما

* الخلف العام: اصطلاح قانوني حديث، والقصود به في الفقه الإسلامي، الرثة والوصي له.

⁽²⁾ أحكام المعاملات في الفقه الإسلامي (ص 210 - 212)، المدخل الفقهي العام (1429/1). صواب

العقد... (ص 194).

يحتاجان إليه، أو باع ما يستغنيان عنه، أو أجر لهما، أو استأجر... فكل ذلك نافذ ساري الآثار على الصغير أو المجنون.

ومن هذا القبيل العقود التي يجريها الحاكم على الأفراد بمقتضى سلطته الشرعية ولا يتبعه العامة، كبيع القاضي أموال الدين المماطل لأجل وفاء الدين، وهذا النفاذ المباشر في عقد النائب عن المنوب عنه، هو المميز الأساسي لعقد النائب، عن عقد الفضولي المتوقف على الإجازة⁽¹⁾.

ثالثاً: الخلف العام في الحقوق الواجبة للعاقد:

المقصود بالخلف العام كل شخص حل محل سلفه في كامل ذمته المالية، أو في جزء شائع منها، باعتبارها مجموعاً من المال، كالنصف أو الثلث أو الربع، أو في أية نسبة شائعة غير معينة فيها.

فالوارث خلف عام للمورث في الحقوق لأنه يحل محله في مجموع أمواله إذا كان هو الوارث الوحيد له، ولأنه يحل محله في جزء شائع من هذا المجموع إذا كان واحداً من ورثة متعددين. والوصي له بجزء شائع من التركة، كالخمس أو الثمن هو أيضاً خلف هام للموصي في الحقوق، لأنه يخلفه في جزء من مجموع ماله.

فالعبارة في الخلف العام إذن، أنه يخلف السلف في مجموع من المال، ففكرة الخلافة هذه تقتضي أن يقوم الوارث مقام مورثه، والوصي له مقام الوصي، فيحل محله في مجموع حقوقه، ويخلفه في هذا المجموع، لا في حق معين بالذات، وبهذا المعنى ينصرف أثر العقد إلى الخلف العام.

قلو فرضنا أن شخصاً باع داراً له بثمن مؤجل، ثم مات قبل أن يحل أجل الدين، أو بعد حلوله ولم يتمكن من قبض الثمن، فإن هذا الحق الناشئ

⁽¹⁾ المدخل الفقهي العام (430/1 - 431)، صواب العقد... (ص 195).

له بجزء شائع من التركة في حدود الثلث. فإن عقد الوصي عقداً من العقود، كان حكم الوصي له في حدود الثلث حكم الوارث، بالنسبة إلى هذا العقد. ومن ثم ينصرف أثر العقد المبرم من قبل الوصي إلى الوصي له في كل ما يتعلق بالحقوق الناشئة له، أما الديون المترتبة عليه فبقي في التركة مع جميع الديون الأخرى.

وهذه الديون مقدمة على الوصايا، فلا يأخذ الوصي له الجزء الوصي به من التركة إلا بعد سداد الديون، شأنه في ذلك شأن الوارث..⁽¹¹⁾

رابعاً: الخلف الخاص:

المقصود بالخلف الخاص كل شخص حل محل سلفه في ملكية عين معينة بالذات، لا في مجموع من المال، أو جزء شائع منه. فمن تلقى من سلفه ملكية شيء معين.. أو حقاً عينياً على هذا الشيء يكون خلفاً خاصاً في هذا الشيء أو هذا الحق العيني عليه.

والشيء المعين بالذات، قد يكون حقاً عينياً، وقد يكون حقاً شخصياً، فالشخصي خلف خاص للبائع في الشيء المبيع، وهذا استخلاف في ملكية عين معينة. وصاحب حق الانتفاع خلف خاص لمن تلقى منه هذا الحق، وهذا استخلاف في حق عيني يقع على عين معينة، والمحال له خلف للمحيل في الحق المحال به، وهذا استخلاف في حق شخصي والمرتهن لدين خلف للمدين الراهن في الشيء المرهون وهذا استخلاف في حق عيني يقع على حق شخص.

ومن ثم تقتصر صفة الخلفية في الخلف الخاص إنز على الحق المعين العيني أو الشخصي الذي انتقل إليه من السلف، ويترتب على صفة الخلفية

⁽¹¹⁾ أحكام المعاملات في الفقه الإسلامي (ص 212 - 216)، المدخل الفقهي العام.. (1/434 - 434)، ضوابط العقد.. (ص 195 - 196)، مصادر الحق (ع 59/5 - 60 و ص 94).

للبيع من عقد البيع ينتقل بذاته - مؤجلاً، أو حل أجله - إلى الوارث، وإذا فرض أن البائع قد أخذ بالثمن المؤجل رهناً، فإن حق الرهن ينتقل هو أيضاً مع حق الثمن من الموروث إلى الوارث.

كذلك إذا اشترى الموروث عيناً، وأصبح له حق في قبضها بموجب العقد، ومات قبل القبض، انتقل حق قبض العين من الموروث إلى الوارث، وكذلك المطالبة بتسليم العين، وجبس الثمن الذي هو دين في التركة حتى يتم التسليم.

وهكذا... ففي كل عقد نشأت به حقوق معينة للعاقب، ومات هذا العاقب قبل أن يستوفيهما، فإن هذه الحقوق... تنتقل إلى الوارث، فيحل محل سلفه كخلف له فيها.

غير أنه من الملاحظ في الفقه الإسلامي، التمييز في هذا الصدد بين الحقوق الناشئة بالعقد للعاقب الموروث، والديون المترتبة عليه، فالحقوق الناشئة بالعقد هي وحدها التي تنصرف إلى الخلف العام وهو الوارث، دون الديون المترتبة عليه، التي تنصرف إلى التركة إن كان فيها وفاء بها، ولا يلزم بها الوارث إن كانت التركة قاصرة على الوفاء بها كلاً أو بعضاً.

ومثال استيفاء الدين من التركة، إذا اشترى شخص داراً وبقى ثمنها ديناً في ذمته إلى أن مات، فإن الثمن يبقى في التركة ولا ينتقل إلى ذمة الورثة... وعلى التركة أن تسدد الثمن للبائع، كما أن للبائع أن يجبس المبيع إذا كان لم يسلمه بعد، إلى أن يقبض الثمن، فإذا قبض البائع الثمن من التركة، واستوفيت سائر الديون والوصايا، انتقل الباقي من التركة ملكاً للورثة حسب حصصهم الإرثية، مصداقاً لقول الله تعالى: "من بعد وصية

يوصي بها أو دين.." (النساء: 11 و 12).

ويعتبر خلفاً عاماً كالوارث في الحقوق المالية الواجبة للموصي الوصي

1- إذا تعلق عقد السلف بذات الشيء، أو بحق محل الاستخلاف، ومن ثم، فإن كافة العقود الأخرى التي يبرمها السلف، والتي لا ترتبط بالشيء أو الحق محل الاستخلاف، لا يكون لها أي أثر ينصرف إلى الخلف الخاص...
2- إذا كان عقد السلف سابقا في تاريخه الثابت على خفية الخلف. أما لو أبرم البائع عقدا بشأن العين البيعة بعد بيعها، فلا يكون لهذا العقد الثاني أي أثر ينصرف إلى المشتري الأول، الذي أصبح غيرا لا خلفا خاصا بالنسبة لعقد البائع...

3- إذا كان الخلف الخاص على علم بالحقوق والالتزامات الناشئة من العقد الذي أبرمه السلف. أما إن كان لا علم له بها...، فإن أثر عقد السلف لا ينصرف إليه⁽¹⁾.

خامسا: الدائنين

بالإضافة إلى الماعدين الأصليين ومنوبهما والخلف العام، والخلف الخاص، يسري كذلك أثر العقد فيشمل الدائنين.

فالأصل في الفقه الإسلامي - كما هو في الفقه القانوني - أن الدين حر التصرف في ماله ولو عن طريق التبذير، وأن أموال الدين في مجموعها تشكل ضمانا عاما للدائنين، ويترتب على هذا الأصل، أن العقود التي يبرمها الدين في أمواله تنصرف آثارها إلى دائنيه، ما دام قد أنشأها وهو غير مريض مرض الموت، وغير محجور عليه للفلس، فمثلا، لو باع الدين دارا مملوكة له أدى هذا البيع حكما إلى انتقال ملكية هذه الدار إلى المشتري بموجب عقد البيع، وخروجها بالتالي من نطاق الضمان العام للدائنين، فلا يمكن الدائن من النفوذ إليها بعد خروجها من ملك مدينه.

⁽¹⁾ أحكام المعاملات في الفقه الإسلامي.. (ص 217 - 218).

هذه، أن تكون محكمة بالقاعدة الكلية القاضية بأن " فاقد الشيء لا يعطيه ". ومن ثم لا يستطيع السلف أن ينقل إلى خلفه الخاص أكثر مما يملك من حقوق تنصل بالشيء محل الاستخلاف.

وينبغي على ذلك أن الخلف الخاص يتلقى الشيء محل الاستخلاف من سلفه وفقا للوضع الحقوقي الذي كان عليه لدى السلف، فكافة الحقوق والالتزامات المتصلة بالشيء محل الاستخلاف والناشئة بموجب عقود كان قد أبرمها السلف، تنتقل إلى الخلف الخاص، إذا كانت هذه الحقوق والالتزامات من مستلزمات الشيء محل الاستخلاف: كحق الارتفاق، والرهن، والكفالة، أو ما أشبه ذلك، لأن هذه التاميمات تعتبر من مميزات حق العقود التي كان قد أجزاها السلف⁽¹⁾.

ومما ينتقل إلى الخلف الخاص، الالتزامات القيدة لاستعمال حق الملكية، كما لو كان السلف قد التزم بعقد ألا يستعمل المنزل الذي ملكه عن طريق الشراء - مثلا - وهو محل الاستخلاف، مقهى أو مطعم أو متجرا ميكانيكا أو ما أشبه ذلك.

على أن هذه الالتزامات لا تنتقل حكما إلى الخلف الخاص إلا إذا كان عالما بها علما حقيقيا...، ذلك لأن هذه الالتزامات تعتبر قيما على حقوق الخلف بالنسبة للشيء المنتقل إليه، ومن ثم ليس من العدل أن ينتقل إليه الشيء محل الاستخلاف منتقلا بهذه الالتزامات دون أن يكون على علم حقيقي بوجودها فيه.

ومما تقدم يتضح أن كافة العقود التي يبرمها السلف تنصرف آثارها إلى الخلف الخاص، إذا توفرت فيها الشروط التالية:

⁽¹⁾ أحكام المعاملات في الفقه الإسلامي (ص 215)، مصدر الحق (1/95، 98).

المطلب الثاني: مضمون العقد:

يتسع نطاق العقد، فيشمل مع أشخاصه السابقين مضمون العقد: أي كافة الحقوق الناشئة به والترتبة عليه، هذه الحقوق التي يلتزم العاقدان باحترامها وتنفيذها شرعا بموجب حكم العقد.

وعليه، فتحدد مضمون العقد، يقتضي بالضرورة معرفة الحقوق الناشئة به، وسبيل الوصول إلى ذلك يكون بتفسير العقد وتحديد الالتزامات التي يقتضيها تنفيذه، ومن ثم ينقسم البحث في هذا المطلب إلى البندين التاليين:

البند الأول: تفسير العقد

البند الثاني: الالتزامات العقدية

البند الأول: تفسير العقد: الفقه الإسلامي يميل إلى ترجيح العمل بالإرادة الظاهرة التي تترجم ما في الإرادة الباطنة من معاني ومقاصد، لأن الإرادة الباطنة ظاهرة نفسية لا تعني المجتمع وضرورة استقرار التعامل فيه، بينما الإرادة الظاهرة هي التي يطمئن إليها كل من المتعاقدين في تعامله مع الآخر، فتعتبر بالتالي ظاهرة اجتماعية تكفي لاستقرار التعامل.

وأذا كان من المقرر أن "العبارة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني" (المادة 3 من المحلة)، فإن ذلك لا يعني الاعتداد بالإرادة الباطنة للعاقد، بل يعني الاعتداد بالمقاصد والمعاني المستنبطة من العبارات والصيغ المستخدمة في التعبير عن إرادة العاقدين؛ أو من الدلالات والقرائن والظروف المادية التي رافقت تكوين العقد.

يؤكد ذلك ما يقرره الفقهاء المسلمون من قاعدة كلية تقتضي بأن:

وكذلك لو اشترى الدين دارا، فإن هذا الشراء ينصرف اثره أيضا إلى الدائن نتيجة دخول الدار المشتراة في ملك الدين، فيزيد من ضمان الدائن، إذ يستطيع أن ينفذ عليها بحقه، ومن ثم يعتبر الدائن شخصا من أشخاص العقد الذي يبرمه مدنيه..⁽¹⁾

سادسا: تصرفات تقتضيها الضرورة.

قد تحدث تصرفات تقتضيها الضرورة، يعتبر فيها غير النائب كالتائب في تصرفه بشؤون غيره، كما لو ترافق شخصان في سفر فمات أحدهما، فقام الآخر بتجهيزه ودفنه وجمع أمواله ونقلها إلى ورثته. ولكي يتمكن المصاحب من القيام بهذه الواجبات باع بعض أمتعة صاحبه أو كلها، فإن بيعه في هذه الحالة ينفذ على الورقة، ولا يعتبر فضوليا في تصرفه، ولا يضمن ما أنفق على صاحبه استحسانا، إذا أشهد على تصرفه وإنفاقه، وأنه ينوي الرجوع بما أنفق عليه. أما إذا لم يشهد على ذلك فيعتبر متبرعا في إنفاقه، لا يحق له الرجوع على تركه البيت بما أنفق⁽²⁾.

فما كان على هذا القياس من التفضل فمقبول، وضابطه الذي تدل عليه الفروع الفقهية، أن يكون التفضل مستندا إلى عرف أو اضطرار

ومن هذا القبيل تصرف أحد الشريكين في الإنفاق على إصلاح العقار المشترك الذي لا يقبل القسمة إذا احتاج إلى النفقة التعميرية الضرورية وامتنع الآخر عن الإنفاق، فإن لشريكه أن يتفق ويرجع عليه بحصته من النفقة فهنا نفذت على الشريك عقود النفقة التي أجراها شريكه الآخر دون نيابة عنه أو إذن⁽³⁾.

(1) نفس المرجع (ص 218 - 219)، مصادر الحق (ج 98/5).

(2) المدخل الفقهي العام (ج 1 / 431 - 433)، ضوابط العقد (ص 196 - 197).

(3) نفس المرجع، مع الفقرة بالمادة (1313) من المجلة العملية.

القاعدة قاعدة أخرى وهي "إذا تعذرت الحقيقة يصار إلى المجاز" (المادة 61 من المجلة كذلك).

فمثلاً لو أقر شخص لا وارث له لشخص أجنبي عنه وأكبر منه سناً بأنه ابنه ووارثه، فإن دلالة الحال لا تسمح بحمل كلامه على معناه الحقيقي فيصار إلى المجاز، وهو أن هذا الشخص بمثابة الابن في الحنان والشفقة وهو معنى الوصية، ومن ثم يعتبر الأجنبي المقر له بالبنوة المستحالة موصى له لا وارثاً⁽¹⁾.

- "إذا تعذر أعمال الكلام يهمل" (المادة 62 من المجلة الشرعية). تعتبر هذه القاعدة تنمة للقاعدة السابقة، وعليه، إذا لم يكن بالإمكان حمل الكلام على معنى حقيقي أو مجازي، كان هذا الكلام ضرباً من العبث فيهمل.

فلو أقر شخص لزوجة له، وهي أكبر منه سناً، بأنها ابنته، فإن هذا، لا يمكن أن يحصل على معنى حقيقي، لأنها أكبر منه سناً، ومن نسب غير نسبه، كما لا يمكن أن يحمل كلامه على معنى الوصية مجازاً لأنها وارثة له... ومن ثم يعتبر إقراره هذا ضرباً من العبث فيهمل ولا يعتبر⁽²⁾.

(1) نفسه (ص 37).
(2) مصادر الحق (3/76) أحكام المعاملات في الفقه الإسلامي (ص 220 - 223).

"الأصل في الكلام الحقيقة" (المادة 12 من المجلة)، وعليه "يحكم بالظاهر فيما يتعذر الإطلاع عليه" (شرح المادة 68 من المجلة). فلا يجوز حمل اللفظ على المجاز إذا أمكن حمله على المعنى الحقيقي فلو أوصى لولد زيد لم يدخل ولد ولده إن كان له ولد لصلبه، فإن لم يكن له ولد لصلبه استحق ولد الابن. (مصادر الحق ج 6 ص 34).

وبناء على ما سبق، فإن أهم قاعدة في تفسير العقد - في نظر الفقه الإسلامي - هي أن اللفظ يؤخذ على معناه الجلي الواضح ولا يجوز الميل عنه بحجة تفسير نية العاقلين⁽¹⁾.

والى جانب هذا البناء في تفسير العقد، يقرر الفقهاء المسلمون عدة قواعد كلية، تشكل ضوابط أساسية للاسترشاد بها في تفسير العقد، وأهم هذه القواعد هي:

- "إذا تناقض المانع والمقتضي يقدم المانع" (المادة 46 من المجلة)، فمثلاً لو باع شخص من آخر داراً، واشترط أن يكون له ريعها طول حياته، فمقتضى تلك المشتري للدار جواز التصرف فيها، ولكن عارض هذا المقتضى مانع لشرط البيع للبايع.

فيجوز أن يفسر العقد على أن يمنع المشتري من التصرف في الدار طول حياة البايع، نظراً لتعارض المانع من التصرف، مع المقتضي له وتقديم المانع⁽²⁾.

- "إعمال الكلام خير من إهماله" (المادة 60 من المجلة). فلا يهمل الكلام ما أمكن حمله على معنى ومن ثم لو أوقفها على أولاده، وليس له إلا أولاد الأولاد، حمل المعنى عليهم صوناً للفظ عن الإهمال. ويترتب على هذه

(1) مستخلص من مصادر الحق (ج 3/6 - 3/4).
(2) نفسه (ص 36).

(ب) التزامات لا تجب على أحد العاقدين، إلا إذا اشترطها العاقد الآخر عليه في العقد، كما لو اشترط المشتري على البائع إيصال الببيع إلى مكان معين فقبل هذا الشرط، أو اشترط البائع للدار أو للسيارة، على المشتري سكنى الدار شهرا، وركوب السيارة أياما أو مسافة معينة، فقبل، أو اشترط البائع عدم ضمان العيب الذي سوف يظهر في البيع، أو اشترط المؤجر أن يدفع المستأجر أجرة العين (المأجورة مسبوقة عن مدة الإجارة كلها...

فهذه الشروط وأمثالها مما لم توجهه نصوص الشريعة واجتهاد الفقهاء، يخرج بطبيعته عن مقتضى العقد. ومن ثم لا ترتب على العاقد إلا إذا اشترطت صراحة أثناء العقد⁽¹⁾.

ويعتبر بمثابة الشروط العقدية، وما يقتضيه العقد، ما تعارف الناس عليه، من الالتزامات التي تكون بين العاقدين في بعض المعاملات إذا كان غير متعارض مع نص تشريعي، فيحترم سلطان هذا العرف في إثبات الحقوق أو انتفاءها.

ذلك، لأن العرف يكون حينئذ بمثابة المعيار المنشئة للحق من حيث قوته، وبمطابقة الشروط الجائزة في صراحته، فيفسر سكوت المتعاقدين عن بعض الشروط المتعارف عليها، بأنهما تركا التصريح بما جرى عليه التعارف، اعتمادا منهما على العرف.

واستنادا لذلك قرر الفقهاء في قواعدهم أن "المعروف عرفا كالشروط شرطا"، وأن "التعيين بالعرف كالتعيين بالنص" المادتان: (43 و 45) من المجلة، ومن ثم يصبح ما تعارف الناس عليه سندا شرعيا في تحديد الالتزامات الناشئة بالعقد.

⁽¹⁾ أحكام المعاملات في الفقه الإسلامي (ص 225).

البند الثاني: تحديد مضمون العقد (أو الالتزامات العقدية): يستتبع تفسير العقد تحديد مضمونه بتحديد الالتزامات العقدية المترتبة عليه⁽¹⁾، وتحدد هذه الالتزامات من خلال الشروط العقدية وفقا لمقتضى العقد، كما تتحدد بالعرف وطبيعة الالتزام، وما إليها من مميزات وملحقات تتصل بها.

- فبالنسبة للشروط العقدية وفقا لمقتضى العقد، يلاحظ أن الالتزامات التي ينشئها العقد بين الطرفين المتعاقدين نوعان:

(أ) الالتزامات التي يقتضيها العقد، فيعتبر العاقد مكلفا بها دون أن يشترطها صراحة العاقد الآخر عليه، وذلك كالالتزام البائع بتسليم الببيع وبضمان العيب، والتزام المشتري بدفع الثمن في عقد البيع، والتزام المؤجر بتسليم العين للمأجور، والتزام المستأجر بدفع الأجرة، وعدم التعدي على المأجور في عقد الإجارة.

فهذه الالتزامات وأمثالها في كل عقد، نظمها الشارع كآثر ترتب على العقد الذي ينشئها بحسب الحاجة تحقيقا للتوازن الواجب بين العاقدين في الحقوق والواجبات...

ويصطلح على هذه الالتزامات في الفقه الإسلامي بـ "مقتضى العقد".

⁽¹⁾ يلاحظ في هذا الموضوع أن هناك تميزا بين الحكم الأصلي للعقد، والالتزامات التي ينشئها. فالحكم الأصلي للعقد يتحقق وينفذ شرعا بمجرد انعقاد العقد صحيحا، فالبيع مثلا تنتقل به ملكية البيع إلى المشتري وملكه الثمن إلى البائع بمجرد انعقاده صحيحا ولا يحتاج إلى تنفيذ. أما الالتزامات العقدية فهي مجموع الكفايات التي تنشأ عن العقد، والتي تقع على كل طرف في العقد لصلته الطرف الآخر، وغالبا ما ترد هذه الالتزامات في كتب الفقه تحت اسم الأحكام التلبية للعقد... وهذه الالتزامات تحتاج أن يقوم بتنفيذها العاقد للالتزام بها بعد إبرام العقد، لأنها من عمله المكلف له. (المدخل الفقهي العام، ج 1 ص 439 - 443)، (أحكام المعاملات في الفقه الإسلامي ص 224).

المبحث الثاني القوة الملزمة لتنفيذ العقد:

- ينقسم هذا البحث إلى تمهيد، ومطلبين:
- تمهيد في: متى تثبت صفة اللزوم للعقد ؟
 - المطلب الأول: أحكام تنفيذ العقد
 - المطلب الثاني: أثر العذر والجائحة على لزوم العقد.

تمهيد: متى تثبت صفة اللزوم للعقد؟ (خيار المجلس واختلاف الاجتهادات الفقهية فيه)

اللزوم - أو القوة الملزمة للعقد - معناه: أن لا يستطيع أحد الطرفين المتعاقدين بعد العقد التحلل من التزاماته ما لم يتفقا على الإقالة، لأن العقد رابطة تقيد المتعاقدين، وإن إرادة أحد الطرفين لا تستطيع هدم العقد ولا تعديله.

واللزوم فكرة أساسية ضرورية في العقود، ولو لاها لفقد العقد أهم مزاياه في بناء الأعمال والحياة الاكتسابية، وقد سبق أن العقد يتكون بإرادتين جازمتين، يعبر عنهما (إيجاب وقبول) واضحا اللفظ والمعنى، أو ما يقوم مقامهما من وسائل التعبير.

ومن ثم إذا انعقد العقد صحيحا بين طرفيه ثبتت آثاره فورا، وأصبح لازما مجرد تسماه على وجه مشروع، فلا يحق لأي من عاقيه أن يرجع عنه بإرادته المنفردة، لأن في نقض العقد من طرف أحد عاقيه دون الآخر

ووفق دليل العرف هذا في تحديد الالتزامات العقدية، يقتضي أن يلحق بالالتزام كل ما هو تابع له، أو ما كان من مستلزمات طبيعة الالتزام، من متمات وملحقات.

وتطبيقا لذلك، قرر الفقهاء عدة قواعد كلية تشكل ضابطا لما يربط التزامات تابعة وملحقة، بطبيعة الالتزام العقدي الأصلي منها:

أ) "التابع تابع" (1) فإذا بيع حيوان وفي بطنه جنين، دخل الجنين في البيع تبعا، وإذا بيعت الدار دخل كل ما هو من توابعها من المرافق الضرورية مع البيع، فيدخل مثلا مفتاحها، وأبوابها، وحق استخدام المصعد الكهربائي، وما إلى ذلك من المرافق.. وكذلك في بيع السيارات والمتاجر، والمكتبات، والمعامل الصناعية...

ب) "من ملك شيئا ملك ما هو من ضروراته" (المادة 49 من المجلة) فمن اشترى دارا ملك الطريق الموصول إليها. ومن اشترى بهيمة الأنعام لأجل حلبها، دخل رضيعها في البيع عرفا وإن لم يذكر. ومن اشترى قفلا دخل مفتاحه معه وهكذا..

ج) "إذا سقط الأصل سقط الفرع"، و "إذا بطل الشيء بطل ما في ضمنه" (المادتان: 50 و 52 من المجلة)، فلو أبرأ الدائن الدين برئ الكفيل، وسقط الرهن تبعا، إن كان الدين موقفا بكفيل أو برهن وإذا بطل العقد بطلت معه كافة الشروط والالتزامات التي يتضمنها لأنها تابعة له (2).

(1) القاعدة الرابعة في الأشياء والنفاذ لأن تحميم الحنفي (ص 120).

(2) أحكام المعاملات في الفقه الإسلامي (ص 225 - 227)، يقابل ببداية المجتهد (ج 2 ص 142 - 144) في بيع النخل وبه شارح ربيع العبد له مال، والزيادة والتقصان على الثمن. الحاصلين بعد البيع، كما يقرن بمصادر الحق (42/6 وما بعدها).

وهذا الاجتهاد أقطع للخلاف بين المتبايعين، وأجرى مع الحاجة العملية إلى البتات السريع في مؤاخنة المرء بإرادته الجازمة المنشئة في التصرفات المدنية، ومستفقة أيضا مع الشارع الإسلامي في العقود الأخرى التي يكون بعضها أعظم من البيع شأنًا وأكبر خطرا كعقد النكاح، إذ لم يجعل في شيء منها خيارا طبيعيا بعد تمام القبول⁽¹¹⁾.

على أن هذا الأصل، للقوة الملزمة لتنفيذ العقد، أنه متى اكتسب صفقة اللزوم، ليس لأحد العاقدين رجوع عنه، إلا باتفاق الطرفين، استنادا إلى مبدأ احترام الإرادة في نطاق النظام الإسلامي العام، يبقى ساري المفعول، بشرط أن يكون تنفيذه في دائرة طرق الإنسان، ولا يناهز أسس العدالة، ولا تعترى العاقد بعد العقد أعذار وظروف قاهرة تحول بينه وبين تنفيذ العقد، لم يكن يتوقعها أثناء إنشائه، إذ "لا يكلف الله نفسا إلا وسعها" (البقرة: 285). فإذا طرأت هذه الظروف، وجاوزت حد المألوف عما يدخل في قدرة الإنسان توقعه عند العقد، وأدت إلى اختلال التوازن المقددي بين حقي الطرفين المتعاقدين بشكل يعيب عناصر الرضا والاتفاق، ويجعل تنفيذ العقد مع هذه الظروف الطارئة جائزا.. ومتعارضا مع مقتضيات المصلحة العامة، وموجبات قواعد العدل، كان من الظلم حينئذ تنفيذ التزامات هذا العقد للتسرب بها، بل يفسخ، أو يعدل حسب طبيعة العقد ومصلحة العاقدين، وفق أسس التضامن والتكافل الاجتماعي المطلوب شرعا في عقيدة الإسلام.

وفي نطاق هاتين النظريتين اللتين شيدت الفقه الإسلامي بناء القوة الملزمة عليهما، وهما:

⁽¹¹⁾ المدخل الفقهي العام (447 - 448)، أحكام المعاملات في الفقه الإسلامي (ص 228)، القوانين الفقهية (ص 236-235)، بداية المجتهد (157/2)، شرح تنوير الحوالك للسيوطي على الموطأ (161/2)، البيانغ (243/5).

تعتبرنا للوضع الحقوقي الذي استقر بين العاقدين بموجب العقد... وسند هذا الأصل من الشرع الحكيم قول الله تعالى: "يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود" (المائدة: 1).

وهذا ما أقره فقهاء الإسلام قاعدة في العقود، لا يشذ عنها إلا طائفة من العقود تقتضي طبيعتها عدم اللزوم، وتسمى "العقود غير اللازمة"، غير أن الاجتهادات الفقهية رغم اتفاقها على أن العقد متى اكتسب صفقة اللزوم ليس لأحد العاقدين فيه رجوع إلا باتفاقهما، مختلفة في الوقت الذي يكتسب فيه العقد اللازم صفقة اللزوم.

- فذهب الاجتهادان: الشافعي والحنبلي إلى أنه في عقد البيع وسائر العقود اللازمة القابلة للفسخ: كالإجازات والصلح عن مال بعال... لا يكتسب العقد صفقة اللزوم إلا بعد انقضاء مجلس العقد بتفرق العاقدين بآبائهما، أما قبل ذلك فلكل من العاقدين أن يرجع عن العقد.

وسند هذا الاجتهاد الحديث الصحيح عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: "البيعان بالخيار ما لم يتفرقا..." (رواه البخاري ومسلم وأحمد والثلاثة إلا ابن ماجة)⁽¹²⁾ وحكمة ذلك فسح المجال للتروي حتى لا يؤخذ العاقد على غرة، ويسمى هذا الخيار "خيار المجلس".

- وذهب الاجتهادان: الحنفي والمالكي إلى أن العقد متى انعقد صحيحا بالإيجاب والقبول اللفظيين، أو ما يقوم مقامهما، أصبح لازما لطرفيه، لا يصح لأحدهما رجوع عنه إلا بموافقة الآخر، وعلى هذا يجري القضاء في جميع البلاد الإسلامية اليوم، وأصحاب هذا الاجتهاد يؤولون الحديث الوارد في خيار المجلس تأويلا يتفق مع مذهبهم..

⁽¹²⁾ وألفاظ الحديث مسلم برواية حكيم بن حزام في كتاب البيوع، شرح النووي بهامش القسطلاني (ع) 6 ص 381.

ومن ثم تنقسم العقود تبعاً لطبيعة المحل على هذا النحو - في أحكامها وآثارها-⁽¹¹⁾

ويترتب على هذا التقسيم أن ترجع آثار العقد بطبيعتها في الفقه الإسلامي إلى المقصد الأصلي للعقد، والمقصد الأصلي هو الغاية النورية للعقد، فتكون آثار كل عقد وما يرتبط بها من أحكام توجب تنفيذه بين المتعاقدين حسب ما يأتي:

- 1- نقل الملكية بعوض، أو بغير عوض.
- 2- نقل المنفعة بعوض، أو بغير عوض.
- 3- ترتيب الدين في الذمة.
- 4- الالتزام بعمل معين.
- 5- توثيق الديون.

ورفق هذا الترتيب، نتناول بحث الأحكام الخاصة بتنفيذ العقد، حسب طبيعة هذه الآثار الترتيبية على طبيعة العقد، مكتفين بعرض نقل ملكية العين بعوض في البيع وما شاكله من عقود المعاوضات، وينقل ملكية المنفعة بعوض في الإجارة.. كمثالين لبقية أنواع الآثار والأحكام فيما عدا البيع والإجارة من العقود:

أولاً: الأحكام الخاصة بنقل الملكية.

يعتبر العقد سبيلاً مباشراً في نقل الملكية بحكم الشرع، فتمتد انعقد صحيحاً بين المتعاقدين ترتبت عليه الأحكام التالية:

(أ) ثبوت الملك في البائعين الحال.. في عقد البيع مثلاً، تثبت ملكية المبيع للمشتري، وملكية الشئ للبائع. فيصير المشتري مالكا للمبيع والبائع مالكا

⁽¹¹⁾ أحكام المعاملات في الفقه الإسلامي (ص 228 - 231)، مصادر الحق (ج 6 ص 30 وما بعدها).

- تنفيذ العقد في جميع ما اشتمل عليه نطاقه من مضمون دون أي تعديل فيه إلا بإرادة المتعاقدين.

- إلحاق استثناء بالبداية العام السابق يقضي بجواز فسخ العقد أو تعديله لعذر أو جائحة وفقاً لطبيعة العقد.

نتناول أثر القوة الملزمة للعقد.. فنجيب أولاً أحكام تنفيذ العقد، وثانياً الأحكام التي يقوم عليها مبدأ جواز فسخ العقد أو تعديله، لعذر أو جائحة وفقاً لطبيعة العقد.. وذلك في المطلبين التاليين:

- المطلب الأول: أحكام تنفيذ العقد
- المطلب الثاني: أثر العذر والجائحة على لزوم العقد.

المطلب الأول: أحكام تنفيذ العقد:

بما أن العقد شريعة المتعاقدين، يترتب عليه إلزام العاقد بتنفيذ عقده في جميع ما اشتمل عليه نطاقه من مضمون ومستلزمات وفقاً لقتضى العقد شرعاً، ووفقاً لما يقتضيه عرف التعامل ومبدأ العلل بين الناس بحسب طبيعة الالتزامات الترتيبية عليه.

وتختلف طبيعة الالتزامات العقدية من عقد إلى آخر - في الفقه الإسلامي - ومع ذلك، فبالإمكان أن نلتصق طبيعة هذه الالتزامات من خلال التعريف المعتمد للعقد باعتبارها: "ارتباط إيجاب بقبول على وجه مشروع يثبت أثره في محله".

فمحل العقد يسمح لنا بتصنيف مختلف أنواع العقود وفقاً لطوائف تجمع كل طائفة منها في مقومات مشتركة... وهو (أي محل العقد) لا يعدو أن يكون: عيناً، أو منفعة، أو ديناً، أو عملاً، أو توثيقاً، أو وكالة..

إفلاس المشتري بعد قبض المبيع وقبل أداء الثمن، يبقى المبيع في ملك المشتري بالرغم من إفلاسه، ويسقط حق البائع في الثمن في ذمة المشتري ديناً، يراحم باقي الدائنين إذا كان دين المشتري متعدداً.

أما لو أفلس المشتري قبل أن يقبض المبيع، فعندئذ يكون للبائع حق حبس المبيع حتى يستوفي كامل حقه في الثمن، ذلك لأن المبيع لا يزال في خياره بالرغم من انتقال ملكيته إلى المشتري بموجب عقد البيع، فكان المبيع بمثابة الرهن في الثمن⁽¹⁾.

ثانياً: الأحكام الخاصة بنقل منافع الأعيان:

إذا كان عقد البيع يعتبر بيعاً للعين، فإن عقد الإجارة يعتبر بيعاً للمنفعة، لذلك ورد في تعريف عقد الإجارة أنه: "تسليم المؤجر للمستأجر منفعة مقصودة من العين المؤجرة في الشرع ونظر المقلد بعوض يصلح أجرة" (مرشد الحيران للمادة: 470).

ومنافع الأعيان تختلف باختلاف المحل المعقود عليه، فمنفعة الدار مثلاً غير منفعة الحانوت، أو الأرض الزراعية، أو أرض البناء، وغير منفعة الزرع والأشجار وغير منفعة الدواب، وغير منفعة الإنسان..

ورغم اختلاف هذه المنافع، فإنها كلها تنتقل بموجب عقد الإجارة عليها من المؤجر إلى المستأجر المنتفع.

ويستوفي المنتفع المنفعة، وقد أصبح مالكا لها بموجب العقد حسب طبيعة المحل.. وفقاً لما أعد له من حيث الانتفاع به. ويمكنه أن يستوفي هذه المنفعة بنفسه أو بواسطة غيره، فإذا كان المأجور داراً فله أن يسكنها بنفسه وحده أو مع غيره، وله أن يؤجرها، أو يعيرها لغيره، إلا أن يشترط عليه المؤجر غير ذلك.

(1) بداية المجتهد (ج 139/2) البائع (ج 243/5) أحكام المعاملات في الفقه الإسلامي (ص 231) -

للمن، حكماً، وبمجرد صدور العقد وانعقاده صحيحاً بين طرفيه⁽¹⁾، فلا يتوقف هذا الثبوت على تنفيذ العقد، بل يثبت الملك في البديلين في الحال، وبحكم الشرع، ويسري هذا الحكم على كافة عقود المعاوضات: كالقسمة والصلح.

(ب) ينتقل الملك بمجرد إبرام العقد، إلا في الهبة، فيتوقف على القبض، ففي عقود المعاوضة (البيع وشبهه) لا يتأخر انتقال الملكية إلى وقت القبض استناداً إلى مبدأ ثبوت البديلين للحال. أما في الهبة فلا ينتقل إلا بالقبض والتسليم بين الموهوب والراغب، لأن القبض في الهبة شرط جوهري لدى الجمهور في العقد، ويتوقف على إذن الراغب به، ومن ثم لا بد للزوم عقد الهبة أن يتم القبض في حياة كل من الراغب والموهوب له، فلو مات أحدهما قبل القبض بطلت الهبة.

(ج) واعتباراً للحكمين السابقين للعقد، يملك المشتري كافة زوائد البيع التي تحصل بعد العقد وقبل القبض، من كل ما يؤوله المبيع من ثمار وريع، ونتاج، إذ يعتبر حاصلها في ملكه مع البيع بموجب عقد البيع..

(د) ولقبض المبيع من جانب المشتري أهمية خاصة في تنفيذ العقد، فإذا كان العقد يثبت الملك في البديلين للحال وبمجرد انعقاده صحيحاً فإن قبض المبيع يؤكد نقل الملكية إلى المشتري، فيعتبر المبيع مستحقاً ودخلاً في ملكه في حالة إفلاسه، أو إفلاس البائع بعد القبض، وكذلك يعتبر ضماناً من المشتري بانقراض المذهب، بخلافه قبل القبض، أما إذا أفلس المشتري قبل القبض، فللبائع حق حبس المبيع حتى يستوفي الثمن.

ومعنى ذلك، أن ملكية المبيع تنتقل إلى المشتري بمجرد العقد، ففي حالة

(1) البائع (ج 5 ص 233) -

(ج) تعتبر العين المنتفع بها أمانة في يد المستأجر، فإذا هلكت بغير عمد أو تعد من قبله، كان ضمانها من المالك المؤجر.

(د) رد العين المأجورة إلى المالك واجب لازم على المنتفع بعد استيفاء المنفعة، على أن قبض العين بعد الانتفاع بها يقع على المؤجر لا على المستأجر، فلو كان الشيء المؤجر دابة أو سيارة للركوب مثلاً لوقت معلوم، ثم مضى الوقت المحدد في عقد الإجارة، فإن المستأجر يلزمه رد الشيء المأجور إلى مالكه، إلا أن التزامه بالرد لا يعني أن يمضي بها إلى المؤجر، بل عليه أن يقبضها بنفسه من منزل المستأجر، إذا لم يجر حكم أو عرف بخلاف ذلك، وإلا اعتبر العرف الجاري به العمل⁽¹⁾.

ومما ينبغي ملاحظته، أن عقد الإجارة كعقد البيع في أكثر أحواله، فإذا كان عقد البيع يرد على ذات الشيء، فإن عقد الإجارة يرد على منفعته، ولذلك يتفق المقدان معاً في أثرهما العامين: الإنفاذ واللزوم، وإن بدا نوع من الخلاف في كيفية التطبيق نتيجة لموضوع كل منهما.

لأن عقد الإجارة رغم لزومه لدى جمهور الفقهاء، لا يمكن تنفيذ منفعته دفعة واحدة كعقد البيع، ولذلك يلزم بالمقابل أن تدفع الأجرة شيئاً فشيئاً حسبما يستوفي من المنافع - كما سبق -

ومع ما ذهب إليه الجمهور من أن عقد الإجارة عقد لازم، لا يفسخ إلا بما تفسخ به العقود اللازمة: كالبيع ونحوه من عقود المعاوضات، نجد الحقيقة يجوزون فسخ عقد الإجارة استثناء للعذر الطارئ على المستأجر، مثل أن يكره دكاناً ليتجر فيه، فيحترق متاعه أو يسرق... كما نجد نظير هذا الاستثناء، بجواز إدخال تعديل على مضمّن العقد، لدى المالكية والحنبالية، في

⁽¹⁾ أحكام المعاملات في الفقه الإسلامي (ص 236 - 237).

غير أنه لا يستطيع أن يجعل فيها حداً أو نجاراً، كما لا يستطيع أن يحدث عملاً يفسد بالبناء أو بوهنه، لأن تصرفاً مثل هذا يعتبر اتّفاقاً للعين لم يدخل في نطاق العقد.

وبما أن الإجارة بيع للمنفعة لا للعين، يكون عقد الإجارة سبباً في نقل منفعة الشيء المؤجر من المالك إلى المستأجر، ومن ثم يخضع عقد الإجارة للأحكام التالية:

(أ) أن يكون المالك ضامناً لسلامة العين المأجورة عند حدوث أي عيب يخل بالانتفاع بها، ذلك لأن عقد الإجارة عقد مستمر بطبيعته - بخلاف البيع - تستوفي المنفعة بموجبه شيئاً فشيئاً في نطاق الزمن المحدد لها، ويقتضي ذلك أن يكون كل جزء من أجزاء المنفعة معقوداً عليه ابتداءً، فإذا حدث أي عيب بالمأجور بعد العقد، اعتبر كأنه قد حدث حكماً قبل القبض، فيدخل في ضمان المالك المؤجر، لأن عقد الإجارة لا تستوفي به المنفعة دفعة واحدة كالعين المبيعة في عقد البيع، وبالمقابل يستوفي الثمن أقساطاً شيئاً فشيئاً أو عند نهاية استيفاء المنفعة، إلا أن يشترط تعجيل الأجرة، أو يجري بذلك عرف، هذا ما ذهب إليه الاجتهادان: الحنفي والمالكي، وقال الشافعي: يجب عليه الثمن بنفس العقد⁽¹⁾.

(ب) يتمتع على المالك أن يتصرف في العين المنتفع بها بموافقة المستأجر ومن ثم يعتبر كل تصرف يقوم به المالك ويحدثه بالعين المنتفع بها: كالبيع والرهن وما إلى ذلك تصرفاً موقوفاً على موافقة المستأجر صاحب الحق بالمنفعة.

⁽¹⁾ بداية المجتهد (ج 172/2)، أحكام المعاملات في الفقه الإسلامي (ص 236) - المائدة 474 من

تنفيذه عن تلك التي وقع فيها عند النشوء.

واستناداً إلى هذا الموقف، نحاول أن نطمس أثر هذه الظروف على القوة الملزمة للعقد، في نطاق مفهوم العذر في عقد الإجارة - في الفقه الحنفي - ومفهوم الجائحة في بيع الثمار والزروع عند المالكية والحنابلة، على أساس الجمع بين الفكرتين في نطاق المذاهب المختلفة لتستقيم فيها نظرية متكاملة هي: نظرية العذر والجوائح في الفقه الإسلامي، التي تقابل "نظرية الظروف الطارئة" المستحدثة في النصف الأول من القرن العشرين في العقد الوضعي.

(أ) ففي المذهب الحنفي، وفي نطاق عقد الإجارة، قد يتجلى العذر بزيوال الغرض الذي من أجله كان العقد، أو يتجلى بمانع يمنع الشخص من البقاء على ما يوجبه العقد شرعاً.

ففي هذه الحالة يؤدي قيام العذر إلى انفساخ العقد بحكم الشرع: أي بدون حاجة إلى حكم قضائي في ذلك، ومن أمثله أن يتعاقد شخص مريض مع طبيب على إجراء عملية جراحية له، ثم يتضح بعد أنه لا يحتاج إلى هذه العملية، فهذا العذر يشكل سبباً يؤدي إلى انفساخ عقد هذه الإجارة حكماً، لأن في الإبقاء على العقد اتلاف شيء من بدن الشخص... وكذلك لو استأجر شخص طابعاً لوليمة العرس فماتت العروس، بطلت الإجارة. وهكذا... في كل حالة نهض فيها العذر كمانع يمنع الشخص من البقاء على ما يوجبه العقد.

(ب) وقد يتجلى العذر بسبب لا يمكن معه استيفاء المعقود عليه إلا بضرر يلحق الملتزم بالعقد في نفسه أو ماله، كما لو استأجر شخص حائناً يتجر فيه، فاحترق متاعه أو سرق، أو استأجر حماماً في قرية فهاجر منها الناس..

(١) اعتبار الوضع والتقيص من ثمن العقد، للجائحة في بيع الثمار والزروع .
وجمعا للنظائر، سنبحت - بحول الله وقوته - هذا الموضوع بشيء من التفصيل فيما يلي:

المطلب الثاني: أثر العذر والجائحة على لزوم العقد:

للشريعة الإسلامية منطق يختلف عن منطق القانون الوضعي في تنظيم العقود ومختلف أشكال المعاملات، فهي تمتاز بمنح الأحكام الشرعية بالقواعد الأخلاقية، فتوافق بين العدل في ظاهره التعامللي وواقعه في نفس الأمر والمأل.

ولعل خير مثال تقدمه على تحري المصلحة والعدل في الفقه الإسلامي وفي نطاق المعاملات والتعاقد، أن هذا الفقه إذا كان قد احترم "القوة الملزمة للعقد" تمسكاً بمبدأ حرية التعاقد في تكوين العقود ضمن نطاق النظام الشرعي العام للعقد، فإن مبدأ "شرعية الآثار" الذي يشكل أساس بناء هذه القوة الملزمة للعقد، إنما يقتضي أصلاً الإبقاء على المقاصد الغائية للشرعية الإسلامية، كما يقتضي التمسك بمبدأ "العدل المطلق".

ومن هنا، كان لا بد من أن يكون مبدأ القوة الملزمة للعقد مشروطاً ببقاء الظروف التي تم فيها العقد على ما هي عليه تنفيذه، أما إذا تغيرت هذه الظروف، وأصبح تنفيذ الالتزام مجحفاً بحق أحد العاقدين، أو ضاراً به ضرراً لم يكن في إمكانه أن يلتزمه بالعقد، لو اطلع عليه، فسخ العقد... ولا يجوز للمتعاقدين الآخر أن يتمسك بحقه المكتسب بالعقد عند تنفيذ الالتزام.

بهذا المبدأ أخذ الفقه الإسلامي عملاً وواقعاً، فقرر للعقد جزاء هو: الفسخ، أو الانتقاص، حسب الأحوال التي تتغير بها ظروف العقد في وقت

(١) بداية المجتهد (ج ٢ ص ١٧٢ - ١٧٣).

يتضح مما سبق:

1- أن كل عذر لم يكن متوقفا عند التعاقد، ويؤدي إلى عجز العاقد عن المضي في موجب العقد شرعا، فإن قيام العذر يؤدي بالضرورة إلى انقضاء العقد تلقائيا وبحكم الشرع، ويدون حاجة إلى التقاضي، ودون أن يترتب أية مسؤولية على ما قام العذر بجانبه من الطرفين المتعاقدين.

2- وإن كل عذر لم يكن متوقفا عند التعاقد، إلا أنه لا يؤدي إلى عجز المتعاقد عن المضي في موجب العقد شرعا، بل يتضمن نوعا من الضرر لم يوجب العقد، فإن قيام العذر يعطي العاقد شرعا حق التقطع من ثمن البيع بقدر الضرر، أو حق الطالب في فسخ العقد قضاء لتلافي الضرر.

ونتيجة لما سبق، فإن الفقه الإسلامي يعد معيارا للحفاظ على جوهر التوازن الاقتصادي في المراكز العقدية في نطاق المعاملات، فلم أجبر المتعاقد الذي قام العذر في جانبه على تنفيذ العقد، لأجل تمسك العاقد الآخر بحقه المكتسب بالعقد، لأدى ذلك لا محالة إلى ضرر يلحق بالعذر، ومن ثم يتوجب عدلا دفع الضرر والخرج عنه، لأنه لو كان يعلم بقيام هذا العذر وما يترتب عليه من ضرر يلحقه من جراء تنفيذ العقد، لما أقدم على إبرامه منذ البدء.

ومن ثم يتحتم انقضاء العقد، أو فسخه وعدم لزمه، أو التقطع من مفعوله وتعديله، بحسب الظروف والأحوال الطارئة التي يقوم فيها العذر كسبب يوجب ذلك، حسب مراعاة العدالة في شرعية الآثار التي تحول دون تنفيذ الالتزام.⁽¹⁾

⁽¹⁾ أحكام المعاملات في الفقه الإسلامي (ص 250)، المفتي (ج 4 ص 215 - 217).

فعلى هذا الوجه يؤدي قيام العذر إلى ثبوت حق المتعاقد المتضرر في فسخ الإجارة.

وجهة الفقهاء في ذلك أنه لو لزم العقد عند تحقق العذر للحق صاحب

العذر ضرر لم يلزمه بالعقد، فكان الفسخ في الحقيقة امتناعا عن الالتزام⁽¹⁾ الضرر.

ويكامل مفهوم العذر الطارئ في الفقه الحنفي في عقد الإجارة، بمثلته في عقد البيع عند المالكية والحنابلة، إذا أصابت الآفات السماوية (الجائحة) كالبرد، وكثرة المطر، والرياح، والعفن، والجفاف، وما أشبه ذلك، الثمار والزروع والبقول... التي توجب أن يوضع من الثمن عن عائق المشتري، إذا هلك من المحصول البيع الثلث فأكثر، استنادا لما رواه جابر بن عبد الله عن رسول الله صلى الله عليه وسلم "إن بعث من أخيك ثمرا فأصابته جائحة فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئا، ثم تأخذ مال أخيك بغير حق".

(شرح النووي على مسلم ج 6 ص 426. وسنن أبي داود ج 3 ص 276، ونيل الأوطار ج 5 ص 280).

وهذا الوضع والتقطع من الثمن، يكون بشرطين:

أ) أن تكون الجائحة من غير فعل بني آدم: كالقحط وكثرة المطر والبرد والرياح والجراد... واختلف في الجيش والسارق.

ب) أن تصيب الجائحة ثلث الثمرة فأكثر... فيحط من الثمن بمقدار ما أصابت الجائحة⁽²⁾.

⁽¹⁾ البدائع (ج 4 ص 197)، بداية المجتهد ج 2 ص 173 أحكام المعاملات في الفقه الإسلامي (ص 249 - 249).

⁽²⁾ القوازين الفقهية لابن جزي (ص 226 - 225)، بداية المجتهد (ج 142 - 142)، المفتي (ج 2154 - 217).

المبحث الثالث المسؤولية العقدية

مسؤولية التعاقد عندما يخل بما التزم به قبل الغير شرعا أو اتفاقا تعني: تحمل تبعه إخلاله بما التزم به في عقد صحيح أبرمه مع الغير بلاء حريته واختياره.

فالكل فرد أن يستعمل حقه في حدود ما يتيح له الأحكام الشرعية، أو تخوله إياه الاتفاقات التي يبرمها مع الغير على وجه مشروع. أما إذا تجاوز في ذلك حدود ما رسمه الشرع وما منحته إياه تلك الاتفاقات، فإنه يعتبر حينئذ مخرجا بما التزم به شرعا أو اتفاقا، ويصبح بالتالي مسؤولا عن تعويض ما يلحقه بالغير من أضرار تنشأ عن هذا الإخلال.

ويشترط لترتيب المسؤولية العقدية، في ضوء هذا التعريف توافر شرطين أساسيين هما:

- 1- وجود عقد صحيح مبرم بين المسؤول والضرون
- 2- حدوث ضرر ناتج عن عدم تنفيذ الالتزامات الناشئة بالعقد، يوضح الشرط الأول حدود المسؤولية العقدية، إذ يحصرها أصلا في نطاق العقد، ويوضح الشرط الثاني عناصر المسؤولية العقدية. فعدم تنفيذ الالتزامات الناشئة بالعقد يشكل الخطأ العقدي، الذي يترتب عليه الضرر بالغير. ومن ثم تنهض المسؤولية العقدية بتوافر العناصر الثلاثة الآتية:
عناصر المسؤولية العقدية:

الخطأ العقدي، والضرر وسببية الخطأ في الضرر
ووفق هذا الترابط المتلازم بين هذه العناصر الثلاثة، نتناول بحث المسؤولية العقدية بعون الله وتوفيقه.

ويتحمل البائع تبعه هلاك المبيع، لعدم تحقق الغاية من العقود عليه وهي: نقل ملكية المبيع إلى المشتري وتسليمه إياه⁽¹¹⁾.

وكذلك يعتبر خطأ عقدياً إذا استحققت العين بعد القبض، أو ظهر بها عيب يوجب الضمان، ذلك لأن التزام البائع قام على أساس أن لا تستحق العين، وأن لا يكون فيها عيب.

والضمان هنا يكون بفسخ العقد، فيرد المشتري المبيع للبائع، ويرد البائع الثمن للمشتري.

جاء في البسوط للسرخسي: "قبل القبض المبيع مضمون بغيره وهو الثمن والعقار في هذا كالتقول، حتى إذا استحق أو تصور هلاكه فهلاك، سقط الثمن"⁽¹²⁾.

وعقد الإيجار مثل عقد البيع، فالالتزام المؤجر ينقل منفعة العين إلى المستأجر، هو أيضاً التزام بتحقيق غاية، وعليه، يجب على المؤجر أن يمكن المستأجر من هذه المنفعة فعلاً، وتمكين المستأجر من المنفعة إنما يكون بنقلها إليه، فيعتبر بذلك متمكناً منها حتى لو لم تستوف من قبله في الواقع.

وبناء على ما سبق، يعتبر المؤجر غير منفذ لالتزامه إذا لم يتمكن المستأجر من استيفاء منفعة المأجور لأي سبب كان، فلا يكفي أن ينقل المؤجر منفعة العين المأجورة إلى المستأجر، بل يجب عليه أيضاً أن يضمن دوام هذه المنفعة واستمرارها، فيضمن ظهور عيب بالمأجور يؤدي إلى تفويت

(11) ورد في مجلة الأحكام الشرعية (المادة 293): "المبيع إذا هلك في يد البائع قبل أن يقبضه المشتري، يكون من مال البائع ولا شيء على المشتري" مصدر الحق (139/6).

(12) (ج 13 ص 9).

أولاً: الخطأ العقدي:

يلاحظ أن التزام العاقد، لا يعدو أن يكون قد التزم بتحقيق غاية معينة بالعقد، أو أن يكون قد التزم ببذل عناية مطلوبة للحفاظ على الشيء المعقود عليه.

فإذا لم يقم العاقد بتنفيذ ما التزم به في العقد، في كتنا الحاليتين، ثار الخطأ العقدي في جانبه، سواء أكان عدم التنفيذ قد نشأ عن عمد، أو عن إهماله، أو عن فعله.

ومن ثم يعتبر خطأ عقدياً كل فعل يترتب عليه إخلال العاقد بالتزامه العقدي، نتيجة عدم تحقيق الغاية المعينة بالعقد، أو عدم بذل العناية المطلوبة بموجبه.

ففي عقد البيع - مثلاً - يلتزم البائع بنقل ملكية المبيع إلى المشتري وتسليمه إياه، كما يلتزم بضمان العين والاستحقاق، وفي عقد الإجارة يلتزم المؤجر بنقل منفعة العين المأجورة إلى المستأجر وتسليمه إياها، كما يلتزم بضمان العين والاستحقاق.

مثل هذه الأنواع من الالتزامات الناشئة بالعقد، والتي يكون الالتزام فيها بتحقيق غاية معينة من العقد، لا يعتبر البائع منفذاً لالتزامه، ما لم يقبض المشتري المبيع، مهما كانت الأسباب التي حالت دون هذا القبض، حتى لو كان ذلك نتيجة هلاك المبيع بسبب أجنبي لا يد للبائع فيه - باستثناء يد المشتري كما سيأتي...

ذلك، لأن هلاك المبيع قبل القبض يؤدي إلى استحالة هذا القبض، فيعتبر البائع مخلاً بالتزامه، نتيجة استحالة التنفيذ عليه، فيفسخ البيع،

المألوف في السلوك المعادي بين الناس خطأ عقديا يستتبع مسؤولية المعاهد المتلزم في نطاق العقد.

وكيفية إثبات الخطأ العقدي في الفقه الإسلامي تأتي على صورتين:

الأولى: أن يلتزم المعاهد بتحقيق غايته، فتكون يده يد ضمان، لذا يجب عليه أن يثبت انتفاء الخطأ العقدي في جانبه، وذلك بأن يثبت أنه قام بتنفيذ التزامه وحقق الغاية المقصودة منه.

الثانية: أن يلتزم المعاهد الدين ببذل عناية، فتكون يده يد أمانة لذلك لا يلزمه إثبات عدم الخطأ من جانبه، بل يلتزم المعاهد الآخر الدائن أن يثبت أن الدين لم يتم بتنفيذ التزامه ببذل العناية المطلوبة منه بموجب العقد، فإذا أثبت خطأه العقدي، ترتبت عليه مسؤولية الضمان حسب طبيعة الالتزام في العقد⁽¹⁾.

ثانياً: الضرر المضمون بالعقد:

يشترط لضمان الضرر أي التعويض المالي عن ضرر الغير، أن يكون المال المضمون متقومًا في ذاته.. فالعين المأجورة - قيمة كانت أو مثلية - تعتبر مال متقومًا.. فتكون صالحة للضمان، فإذا تلفت أو ضاعت في يد المستأجر بتعديده أو تعمده، وجب عليه ضمانها بدفع قيمتها أو مثتها، أو نقص قيمتها بحسب الأحوال.

أما إذا كان المال غير متقوم في ذاته، فلا محل عندئذ للتعويض عن الضرر في الفقه الحنفي، وذلك كمنافع الأعيان، فإنها تعتبر غير مضمونة، لأن الأصل في نظر الفقهاء، أن المنفعة - كسكنى الدار وركوب الحيوان، وعمل الأجير - من قبيل الأعراض لا الأصول، ومن ثم لا تعتبر أي المنفعة - متقومًا في ذاتها حتى يجب فيها الضمان، إلا إذا صاحبها عقد كالإيجار -

(1) أحكام المعاملات في الفقه الإسلامي (ص 259 - 260)، مجمع الفسقات (ص 13 و 66)، مستخلص من مصادر الحق (149/6 - 160).

المنفعة المقصودة منه، كما يضمن كل تعرض من قبل الغير يحول بين المستأجر وبين التمكن من الانتفاع بالعين المأجورة⁽¹⁾.

وهكذا، ففي كل عقد يكون الالتزام فيه التزاما بتحقيق غاية معينة، يعتبر تخلف هذه الغاية لأي سبب كان خطأ عقديا، يستتبع مسؤولية المعاهد لعدم تنفيذه للالتزام.

أما إذا كان التزام المعاهد، هو التزام ببذل عناية، لا بتحقيق غايته، فإن التزامه عندئذ يعتبر ببذل قدر من الجهد للوصول إلى غرض معين، سواء تحقق هذا الغرض أو لم يتحقق، والأصل في هذا الجهد، هو ما يمكن أن يقوم به الرجل السوي المعادي من الناس فإن لم يبذل المعاهد هذا القدر من الجهد لتحقيق العناية المطلوبة، اعتبر متعديا منحرفا عن السلوك المألوف للرجل السوي، من الناس فيضمن.

ففي عقد الإيجار - مثلا - يلتزم المستأجر بحفظ العين المأجورة بأن يبذل في العناية بها جهد الرجل السوي، فإن نزل عن هذا القدر من العناية كان متعديا، ووجب عليه الضمان.

وفي عقد الوديعة يلتزم المودع لديه.. بحفظ الوديعة إلى أن يردها للمودع، فإذا لم يتم ببذل العناية المطلوبة من الرجل السوي، في حفظ الوديعة، يعتبر مخرًا بالتزامه ومنحرفا ومتعديا، فيضمن الوديعة أما إذا قام بالجهد المستطاع في عرف الناس، فهلك الوديعة، فلا يضمنها، لأن يده تعتبر يد أمانة.

ومثل الوديعة، يقال بالنسبة لعقد الإعارة.. ومن ثم يعتبر عدم بذل الجهد

(1) مجلة الأحكام الشرعية (المادتين: 477 و 478)، أحكام المعاملات في الفقه الإسلامي (ص 255 - 256)، مصادر الحق (142/6).

جبل صدمها، أو زلق الحمال إذا زحمة الناس وانكسر الدن، أو مات المختون نتيجة عملية الختن، لا يضمن.

(ب) إذا هلكت الشاة عند السقي بأفة سماوية، فلا يضمن الراعي.

(ج) ولو أكل الذئب الغنم والراعي عنده، فإن كان أكثر من واحد لا يضمن، لأنه كالسرقة الغالية، وإن كان واحدا ضمن، لأنه تمكن القارومة معه، فكان من جملة ما يمكن الاحتراز عنه بخلاف الزائد عن الواحد.

وقد يصدر الخطأ من الضرر نفسه، فيكون هو الضامن لا وقع فيه من الضرر، ومثال ذلك أن الأصل في الفقه الإسلامي، أن يد الدين إذا كانت يد ضمان، كيد البائع قبل تسليم البيع، فإن البائع يضمن هلاك البيع قبل القبض حتى لو حدث الهلاك بسبب أجنبي، إلا أن الفقه الإسلامي يستثني من هذا الأصل حالة كون السبب الأجنبي هو خطأ المضرور، فلو هلك البيع بخطأ المشتري ولو قبل القبض ما ضمن البائع عندئذ البيع، وتحمل المشتري تبعه الهلاك لا البائع.

ومن باب أولى أن لا يضمن الدين هلاك الشيء بخطأ الدائن إذا كانت يده عليه يد أمانة، لا يد ضمان..

وقد سبقت الإشارة إلى أن الفقه الإسلامي، يميز كذلك - كقاعدة مطردة - بالنسبة لأفعال الغير، بين يد الأمانة ويد الضمان، فإن كانت يد الدين يد أمانة كان التزامه عندئذ التزاما ببطل عناية، وعليه لا يعتبر مسؤولا عن تلف الشيء بالهلاك.. أو الضياع إذا كان ناتجا عن فعل الغير وكان قد بذل الجهد المطلوب لتحقيق العناية للالتزم بها بموجب العقد.

ففي عقد الوديعة وعقد العارية - مثلا - لو سرقت الوديعة أو العارية من المودع لديه أو المستعير، فإنهما لا يضمنان الشيء المودع أو المعار لأن السرقة كانت بفعل أجنبي لا يد لهما فيه. أما لو كانت يد المدين يد ضمان،

بضائع الدائن قابلة للكسر وسريعة المطب، فكسرت هذه البضائع التي سار بها الدين سيرا عاديا، لا بسببه، بل بسبب الدائن الذي قصر في تنفيذها وترتيبها وصفها، فأدى هذا الإهمال من الدائن إلى تكسرها أو تلفها، فهنا يلاحظ أن علاقة السببية بين خطأ المدين الممكن الوقوع وضرر الدائن، تنقطع بسبب إهمال الدائن، فترتفع بالتالي المسؤولية العقدية عن عائق الدين.

على أن سببية الخطأ في الضرر تعتبر قائمة بجانب المدين حتى يثبت العكس، ومن ثم لا يكلف الدائن إثبات وجودها، بل يقع ثقي هذا الإثبات على عائق الدين، بأن يثبت أن سبب الضرر من الدائن الذي أعمل العناية بسلمته، دون أن يكون منه.

ومن غير هذا المثال، نجد أمثلة مشهورة اصطلاح عليها في الفقه، الإسلامي، تنتفي معها مسؤولية الدين، ويحتمل فيها الدائن مسؤولية العقد كاملة أو ناقصة حسب طبيعة العقد إذا لم يثبت سبب الخطأ من الدين، بأن كان عن الدائن نفسه، أو من الغير في بعض حالات العقد، أو بأفة سماوية كالجائحة، وهي كل أمر لم يكن بالإمكان توقعه والاحتراز منه، ويجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا: كغرق السفينة، وأمر السلطان، وانزلاق الحيوان، والبرد، والقحط، والعفن، وما أشبه ذلك.

وهكذا يبدو من خلال النصوص البثية في الفقه الإسلامي أنه يعتقد بالآفة الساموية - كاعتداد الفقه القانني بالقوة القاهرة والحادث الفجائي - فيعتبرها سببا أجنبيا يؤدي إلى قطع العلاقة السببية بين الخطأ العقدي والضرر، فتتخلف المسؤولية العقدية وترتفع عن عائق الدين.

فمثلا: الأجير المشترك يضمن ما جنت يده بشرائط:

(أ) أن يكون في وسعه دفع الضرر حتى لو غرقت السفينة من موج أو

الباب الثاني أسباب بطلان عقد البيع، وعدم نفاذه ولزومه

يشتمل هذا الباب على تمهيد: في تعريف البيع الباطل والفاسد وعلى فصلين:

- الفصل الأول: في أسباب بطلان البيع
- الفصل الثاني: في أسباب عدم النفاذ واللزوم

كان التزامه عندئذ التزاما بتحقيق غاية، كيد البائع قبل قبض المشتري للمبيع، فلو هلك المبيع بفعل أجنبي كان الهلاك على البائع لا على المشتري، ذلك لأن البيع لا زال عنده، ومن ثم يعتبر مخلا بالتزامه لعدم نقل ملكية المبيع إلى المشتري بالقبض..⁽¹⁾

⁽¹⁾ أحكام المعاملات في الفقه الإسلامي (ص 263 - 265)، يقابل ببداية المجتهد (139/2 - 142)، مصادر الحق (177/6 - 182) بتلخيص.

العبادات الدينية، فيكون بطلان التصرف الشرعي من بيع وشراء، وإجارة، وزواج... هو عدم حصول آثارها للفترة لها شرعاً لها الناس، من إمتلاك وإنتفاع واستباحة واستمتاع... وبطلان العبادات، كالصلاة والصيام... هو عدم اعتبار صحتها، فلا تبراؤمة المكلف بها عن الواجب⁽¹⁾.

والفساد لغة: تغير الشيء عن الحالة السليمة وخروجه عن الاعتدال، فهو ضد الصلاح يقال: فسد اللبن واللحم والفاكهة والوهاء، إذا اعتراه تغير أو عفونه حتى أصبح غير صالح⁽²⁾.

ثم استعمل لغة كذلك في جميع الأشياء والأمور الخارجية عن نظام الاستقامة، كالبغي والفتنة، وعليه قوله تعالى: "ظهر الفساد في البر والبحر" (الروم: 41) "ليفسد فيها ويهلك الحرث والنسل والله لا يحب الفساد" (البقرة: 205).

والفقهاء أصحاب المذاهب غير الحنفية يعتبرون البطلان كالفساد على حد سواء في عدم الاعتبار شرعاً - كما سبق - فالعقد عندهم إما منعقد صحيح، وإما باطل أو فاسد غير منعقد، وذلك عندما يخالف العقد الأمر والنهي الشرعيين في نظام التعاقد. فيكون تعريفه عندهم كتعريف الباطل السابق.

وأما فقهاء المذهب الحنفي، فقد أطلقوا "الفساد" على معنى تشريعي... فاستعملوه للدلالة على حالة يعتبرون فيها العقد مختلاً في بعض نواحيه الفرعية اختلالاً يجعله في مرتبة بين الصحة والبطلان، فلا هو بالباطل غير المنعقد، لأن مخالفته لنظامه الشرعي ليست مخالفة جوهريّة كما في حالة البطلان، ولا هو بالصحيح التام الاعتبار لأن فيه إخلالاً بنظام التعاقد في

تعريف عقد البيع الباطل والفساد:

- الباطل في اللغة، اسم فاعل: هو ما لا ثبات له، والبطلان بضم الباء: مصدر بطل: أي فسد أو سقط حكمه، يقال: بطل دم القتل، إذا ذهب هدراً بلا ثار ولا دية، ومنه قيل للشجاع: بطل، لأنه يعرض دمه أو دم منازله للبطلان⁽¹⁾.

- والباطل والفساد اصطلاحاً عند جمهور الفقهاء المالكية والشافعية والحنابلة) معناهما واحد، وهو التصرف الذي لا يترتب عليه أثره، لقوات أمر من الأمور التي يطلبها الشارع لصحة التصرف، ركنا كان ذلك الأمر الفأث أو شرطاً أو وصفاً خارجياً معتبراً شرعاً⁽²⁾.

وعرف الحنفية الباطل تعريفاً مناسباً لتمييزهم بينه وبين الفساد، فجاء في "مرشد الحيران" (المادة: 219): "العقد الباطل هو ما ليس مشروعاً لا أصلاً ولا وصفاً: أي ما كان في ركنه أو في محله خلل بأن كان الإيجاب والقبول صادقين ممن ليس أهلاً للعقد أو كان المحل غير قابل لحكم العقد، وهو لا يتعقد أصلاً ولا يفيد ملك في الأعيان المالية ولو بالقبض".

وجاء تعريف الفاسد عند الحنفية كذلك بنفس الكتاب (مرشد الحيران) "العقد الفاسد هو ما كان مشروعاً بأصله لا بوصفه... (م 218).

والباطلان كما يجري في المعاملات القولية والفعلية، يجري في

(1) المدخل الفقهي العام (642/2 - 643).

(2) معجم مفردات ألفاظ القرآن، للراغب الأصفهاني (ص 393).

العام... (643/2).

(3) المصباح، ومعجم مفردات القرآن للراغب الأصفهاني (مادة: بطل).

(4) المالكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية للدكتور أحمد فراج حسين (ص 302) المدخل الفقهي

قبل القبض أو بعده، والعقد الفاسد كذلك لا أثر له عندهم قبل القبض، ولكن بالقبض يترتب عليه أثر وجود شرعي، يفوت بسببه الرد - اعتبارا بالقيمة - بالتصرف الصحيح في المبيع من طرف المشتري: كالبيع والهبة والصدقة...

وكذلك يترتب عليه الضمان بالتلف⁽¹⁾.

وفي الحقيقة، قد نجد أن إمضاء البيع الفاسد بالفوت بعد القبض، لا يختص به الحقيقة - رغم اشتهاؤهم به - فإن الظاهر من المذهب المالكي أنه يجعل البيع الفاسد يفوت أحيانا إذا تعدر الرد بخروج المبيع من يد المشتري، يبيع صحيح، أو عتق، أو هبة، أو صدقة، كما جاء في الشرح الكبير للردير...⁽²⁾

والعقد الفاسد كالباطل، ليس عقدا صحيحا، لأنه عقد منهي عنه، فالأصل فيه أنه لا ينتج أثرا، ومن ثم لا تلحقه الإجازة، ويجوز لكل من المتعاقدين أن يتمسك بفسخه مادام لم يفت، ولا تثبت فيه الشفعة حتى بعد القبض وانتقال الملكية ظاهرا إلى المشتري، لأن حق البائع لم ينقطع...⁽³⁾

وحكمه: إذا اتصل به القبض أنه يفيد الملك، لأن الخل فيه ليس في ركن من أركانه، ولا في شرط من الشروط، بل في وصف من أوصافه، ومن ثم اعتبر العقد موجودا شرعا، إلا أنه نظرا لما يترتب على تنقيذه من

(1) مصادر الحق (137/4 و 146 و 155 و 156).

(2) مصادر الحق (74/3).

(3) جاء في البائع: "ولو كان المشتري دارا لا يثبت للمشتري فيها حق الشفعة وإن كان يفيد الملك للمشتري، لأن حق البائع لم ينقطع، والشفعة إنما يجب بانقطاع حق البائع لا بثبوت الملك للمشتري، ألا ترى أن من أقر ببيع دار من فلان، وفلان منكر يثبت الشفعة، وإن لم يثبت الملك للمشتري لانقطاع حق البائع بإقراره، وهما حق البائع غير منقطع، فلا تثبت الشفعة حتى لو وجد ما يوجب انقطاع حقه توجب الشفعة، ولو بيعت دار بجنبين الدار المشتراة شراء فاسدا تثبت الشفعة، لأن هذا الشراء صحيح فيوجب انقطاع حق البائع فيثبت حق الشفعة. (البائع 304/5).

ناحية فرعية غير جوهرية، ولفظ الفساد يشعر بذلك، لأنه ينبغي بمعنى التغيير والاختلال في شيء موجود، فعرّفوه بأنه "العقد المشروع أصلا لا وصفا"⁽¹⁾.

جاء في الأشباه والنظائر لابن نجيم الحنفي تعريف الباطل والفاسد معا، وبين أن التفرقة بينهما لدى الحنفية تنحصر في عقود المعاوضات المالية فحسب، دون العبادات والنكاح وما شابه ذلك.. فهم وبقية المذاهب فيها سواء، في اعتبار الفساد مردفا للبطالان في نتيجة انعدام أثرهما شرعا، فقال:

"الباطل والفاسد عندنا في العبادات مترادفان، وفي النكاح كذلك.. وأما في البيع فمتباينان: فباطله مالا يكون مشروعاً بأصله ووصفه، وفلسده ما كان مشروعاً بأصله دون وصفه"⁽²⁾.

وحكم العقد الباطل والفاسد واحد عند الجمهور في انتفاء الأثر، فهما والعدم سواء في الاعتبار شرعا، فلا وجود لهما إلا من حيث الصورة، فمن باع مئة أو خنزيرا أو خمر... فالعقد باطل وفاسد، كمن باع بالربا والشرط الفاسد... سواء.

وفرق الحنفية بينهما فاعتبرا العقد الباطل ما ليس مشروعاً بأصله ووصفه كما سبق في تعاريفهم: أي ما كان مختلا في ركن من أركانه أو شرط من شروطه، كأن يكون الإيجاب أو القبول صادرا من ليس أهلا للعقد، أو كان المحل غير قابل لحكم العقد، والفاسد ما اختلف في وصف من أوصافه اللازمة، كعدم السلامة من الربا والأجل المجهول في البيع وشبهه..

فيكون العقد الباطل عند الحنفية كالجمهور، لا حكم له ولا أثر، سواء

(1) المدخل الفقهي العام (673/2 - 674). الملكية ونظرية العقد لأبي زهرة (ص 369).

(2) الأشباه والنظائر (ص 337). البائع (243/5).

هو بيع أو قرض فهو مشروع الأصل ولكن فيه وصفا زائدا يستقيبه الشارع هو اشتماله على فضل لا يقابله عوض.

فالعقد النهي عنه إذا كان من هذا القبيل - أي مشروع الأصل - لا يفيد النهي بطلانه كغير المشروع أصلا، بل يعتبر منعقا انقاعا فاسدا. أي مختلا في ناحية فرعية منه اختلا لا يجعله مستحقا للإبطال، ما لم يمنع من إبطاله مانع. فإذا منع من إبطاله مانع، استقر اعتباره وبُت حكمه⁽¹⁾.

وقد عبر شهاب الدين القرافي في الفرق السبعين (70) عن وجهة نظر الجنتية، وغيرهم من المذاهب، سيما الحنابلة في التفرقة وعدمها بين البطلان والفساد في النهي فقال: "احتج أبو جنتية رحمه الله بأن النهي إذا كان في نفس الماهية كانت المفسدة في الماهية، والمتضمن للمفسدة فاسد.. كالنهي عن بيع الخنزير والبيوت وبيع السفينة وتحريره: إن أركان العقد عوضان وعاقدان فمتى وجدت الأربعة من حيث الجملة مسألة عن النهي فقد وجدت الماهية المعبرة شرعا مسألة... فيكون النهي إنفا تعلق بأمر خارج عنها، ومتى انخرم واحد من الأربعة فقد عدت الماهية، لأن الماهية الركبة كما تعدم لعدم كل أجزائها، تعدم لعدم بعض أجزائها، فإذا باع سفينة من سفينة خمرًا بخنزير فجميع الأركان معدومة فالماهية معدومة والنهي والفساد في نفس الماهية وإذا باع رشيد من رشيد ثوبا بخنزير، فقد فقد ركن من الأربعة وهو أحد العوضين، فتكون الماهية معدومة شرعا ولا فرق في ذلك بين واحد من الأربعة أو اثنين أو أكثر. فإذا باع رشيد فضة بفضة فالأركان الأربعة موجودة مسألة عن النهي الشرعي، فإذا كانت إحدى الفضتين أكثر، فالكثرة وصف حصل لأحد العوضين، فالوصف متعلق بالنهي دون الماهية.. فيفسد

التنازع بين العاقدین نهی عنه الشارع، وأوجب على العاقدین فسخه وعدم تنفیذه...⁽¹⁾

سبب الاختلاف في مرتبة الفساد:

منشأ اختلاف الفقهاء في مرتبة الفساد، وفي تقسيم العقد غير الصحيح، يرجع إلى اختلافهم في الأثر الذي يترتب على نهی الشارع إذا ما نهى عن عقد من العقود، هل يقتضي البطلان أو لا يقتضيه؟

ذهب جمهور الفقهاء، وخاصة المذهب الحنبلي، إلى أن مقتضى النهي البطلان، لأنه ينافي مشروعية الفعل النهي عنه مطلقا، دون تمييز بين النواحي التي تتعلق بها النهي، سواء رجع النهي إلى أركان العقد أو شروطه أو وصف لازم عارض له، وعلى هذا حكموا ببطلان عقود الربا، للنهي القرآني عنها بقوله تعالى:

"يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَذَرُوا مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا إِن كُنتُمْ مُوْمِنِينَ" (البقرة: 277).

ونذهب الحنفية إلى أن النهي إذا كان يرجع إلى أصل العقد، بأن كان الخلل في أركانه أو في الشروط التي تكونه، كان مقتضاه البطلان وعدم وجود العقد شرعا، كبيع فائد الأهلية، أو ما ليس بمال. وإن كان النهي يرجع إلى وصف ملازم للعقد عارض له، كان مقتضاه الفساد لا البطلان، لأن العقد صدر من أهله مضافا إلى محله فكان منعقا حيث إن الشارع قد ينهى عن الفعل المشروع لأصل، فينصرف النهي إلى وصف مستقيح في ذلك المشروع يربط تجريده عنه، ذلك لأن الأصل لما كان مشروعاً لم يبق إلا الوصف هدفاً للنهي، مثل النهي الشرعي عن الربا، فإن العقد المشوب بالربا

⁽¹⁾ المدخل الفقهي العام (675/2 - 676)، الملكية ونظرية العقد للدكتور أحمد فراج حسنين (ص 305).

⁽¹⁾ الملكية ونظرية العقد للدكتور أحمد فراج حسنين (ص 303).

ورفق هذه المراحل، سنعالج أسباب بطلان العقد وفسخه بحول الله تعالى ومشيتته.

بعد هذا العرض الموجز لمعنى العقد الباطل والفساد لغة واصطلاحاً، وسبب الاختلاف لدى الحنفية والجمهور في مرتبة الفساد، وإشارة إلى مراحل البطلان والفسخ...، نتفرغ للحديث عن أسباب بطلان عقد البيع وفسخه في فصلين يتفرع كل منهما إلى مبحثين فيما يلي:

الوصف دون الأصل، وهو المطلوب" - ثم ختم القرافي قائلا: "وهو فقه

حسن".

" واحتج أحمد بن حنبل رحمه الله بأن النهى يعتمد الفساد ومتى ورد نهى أبطلنا ذلك العقد وذلك التصرف بجملة، فإن ذلك العقد إنما اقتضى تلك الماهية بذلك الوصف، أما بدونه فلم يتعرض له المتعاقدان، فيبقى على الأصل غير معقود عليه، فبرّد من يد قابضه بغير عقد" (1).

مراحل تدريج العقد من البطلان إلى الصحة

الأصل أن عقد البيع وشبهه من عقود المعاوضات، ينجز ويفرغ منه بانتهاء الإيجاب والقبول في مجلس العقد المتعارف عليه لدى الفقهاء سعة وضيقاً، فيبرز إلى الوجود صحيحاً نافذاً لازماً، أو باطلاً... من وقته وقد يعترض طريق نفاذه ولزومه من الأسباب ما يجعله موقوفاً أو غير لازم، فيتوقف نفاذه ولزومه على من له إجازته أو فسخه وإبطاله، فيمرّ العقد من البداية إلى النهاية في مراحل ترجع بالاختصاص إلى ثلاث، لدى غير الحنفية من الفقهاء، وإلى أربع لدى الحنفية وهي:

- 1- مرحلة البطلان، ويقابلها الانعقاد والصحة.
- 2- مرحلة الوقوف، ويقابلها النفاذ.
- 3- مرحلة عدم اللزوم، ويقابلها اللزوم،
ويزيد الحنفية مرحلة رابعة وهي:
- 4- مرحلة الفساد، وهي مرحلة تأتي بعد البطلان - يكون العقد معها ليس باطلاً ولا صحيحاً - (2).

(1) الفرق (ج 2 ص 82 - 84).

(2) مصادر الحق (ج 4 ص 124).

الفصل الأول: أسباب البطلان

نقصد بأسباب^(٣) بطلان عقد البيع وشبهه تخلف أحد أركانه وشروطه وأوصافه التي هي من لوازم تكوينه وانعقاده صحيحا.

وفي ضمن هذا الفصل، نتناول هذه الأسباب في مبحثين:

- المبحث الأول: خلل في أركان العقد وشروطه.
- المبحث الثاني: النهي الشرعي عن وصف خاص في العقد.

^(٣) أنواع أسباب بطلان العقد كثيرة.. يمكن ردها في جميع الحالات إلى سبب واحد في الأصل : هو مخالفة التصرف لنظامه الشرعي.. بذلك يتجلى في البطلان المعنى - الزايز - الحامي لأحكام الشريعة الأصلية، = (الدخل الفقهي العام ج 2 ص 649 - 650)،
اللقه الإسلامي وأثره للمكتور الزحيلي (280/4).

شيء من الأموال العامة كجزء من الطريق أو مستشفى أو مسجد أو مدرسة، ممن لا يملك أمر التصرف فيها، وكالعقد على إحدى المحارم في الزواج، أو التي لم تنته عدتها، أو المتزوجة بزواج آخر... فكل هذه العقود باطلة، لخلل في ركن من أركانها⁽¹⁾.

تخلف شرائط أركان العقد

ولما كان تخلف أحد الأركان...، يطل به العقد بدهة...، كما بدأ لنا من خلال الأمثلة السابقة، فإننا ننتقل إلى بحث شرائط هذه الأركان التي هي من لوازمها، أي الأركان وحدوث خلل فيها يجعل العقد باطلا كتخلف الأركان، فننتحدث عنها تباعا فيما يلي:

أ) تخلف شرائط الصيغة.

ب) تخلف شرائط العاقد.

ج) تخلف شرائط العقود عليه (المحل).

د) تخلف شريطة مشروعية السبب.

(1) تخلف شرائط الصيغة.

يمكن إرجاع تخلف شرائط صيغة العقد إلى الأسباب التالية:

- 1- انعدام توافق الإيجاب والقبول.
- 2- انعدام اقتران الإيجاب والقبول.
- 3- صدور صيغة العقد من هاتين أو من أحدهما.

المبحث الأول خلل في الأركان والشروط

سبق لدى الحديث عن أسباب انعقاد العقد، أن معنى الركن اصطلاحاً هو ما به قوام الشيء الذي لا يتحقق ولا يوجد إلا به، وأن أركان العقد المتفق عليها لدى جمهور الفقهاء (المالكية والشافعية والحنابلة)، ترجع إلى ثلاثة: صيغة العقد، وعاقده، ومعهود عليه⁽¹⁾، ثم لوحظ بعد احتكاك الفقه الإسلامي بالفقه الرضعي الحديث ومقارنته به، وجود ما يصلح أن يعتبر ركناً رابعاً في ثانيا كتب الفقه الإسلامي: وهو السبب بمعنى الباعث على غرض وقصد خاص في الإقدام على العقد... فارتأينا إضافته إلى الأركان الثلاثة، لما يترتب على عدم مشروعيته من بطلان العقد، كأي خلل وقع بتخلف أحد الأركان الثلاثة، أو شرط من شروطها.

هذه الأركان السالفة، وشرائطها... التي سستحدث عنها، اتفق الفقهاء على أن تخلفها أو تخلف أحدهما، يسبب بطلاناً للعقد، فلا يكون له اعتبار شرعاً، وإن برزت صورته الحسية في الواقع.

تخلف أحد أركان العقد

فمن أمثلة تخلف أحد أركان العقد المسبب للبطلان، أو وقوع خلل فيه:

- 1- أن يكون أحد المتعاقدين فاقداً الأهلية، كالمجنون، والصغير غير المميز والمبتر فيما يضر بهاله ضرراً محضاً.

2- أن تكون الصيغة غير سليمة.

- 3- أن يكون محل العقد غير قابل لحكم العقد شرعاً، كبيع ما ليس بمال، أو ما ليس مالا متقوماً، كالخمر والخنزير، والسهم في الماء، وكبيع

(1) شرح المحاب (4/228)، القرائين الفقهية لابن جزي (ص 211).

(1) الفقه الإسلامي وأداته للدكتور الزحيلي (4/237)، البيانغ (305/5)، النظرية العامة للمرجبات والعقود (ص 266)، المدخل الفقهي العام (2/644 - 645)، المادتان من الجلة: (363 و 362).

والغلط الخفي: هو الذي يكون غير واضح بأن لم يكشف العاقد عن مراده، ولم يكن مكشوفاً من الدلائل والقرائن، لا يعتد به الفقه الإسلامي حرصاً على استقرار التعامل، كمن باع مصلًى (سجادة) دون أن يذكر نوعه وهو يظنه من قطن أو كتان، فتبين أنه من الخز فليس له خيار⁽¹⁾.

2- انعدام اقتران الإيجاب والقبول:

ومن انتفاء شروط الصيغة الذي يكون سبباً في بطلان العقد، أن لا يقرن الإيجاب والقبول في مجلس واحد، بأن يكون الإيجاب في مجلس والقبول في مجلس آخر بالنسبة للحاضرين، أو لا يكون القبول في مجلس علم الطرف الغائب بالإيجاب، في التعاقد بين الغائبين.

ويتفرع انتفاء هذا الشرط العام إلى انتفاء شروط ثلاثة هي:

أ) أن لا يكون العاقدان في مجلس واحد

ب) أن يصدر من أحد العاقدين ما يدل على إعراضه

ج) أن يرجع الموجب في إيجابه قبل قبول الآخر.

أ) ألا يتحد مجلس الإيجاب والعقد، لأن الإيجاب لا يعد جزءاً من العقد إلا والقبول في مجلس آخر، فيبطل العقد، لأن الإيجاب لا يعد جزءاً من العقد إلا إذا التحق به القبول، فلو قال البائع: بعثك الدار بثمان كذا، أو أجرتك المنزل بأجرة كذا، ثم انتقل الموجب إلى مكان آخر بعيد عن مجلسه الأول بحيث لا يسمع ولا يبصر الطرف الآخر، انتهى المجلس الأول، فإذا قبل القابل بعد هذا الانتقال لم ينعقد العقد، ويحتاج إلى إيجاب جديد، لأن الإيجاب كلام اعتباري لا بقاء له إذا لم ينضم إليه القبول في حال واحدة من المجلس.

هذا فيما يتعلق بالمجلس بين الحاضرين، أما المجلس بين الغائبين فهو

1- انعدام توافق الإيجاب والقبول:

يشترط لصحة العقد التراضي بين التعاقدين، والتراضي يكون بموافقة القبول للإيجاب، واتحادهما على محل العقد ونوعه وعناصره الأساسية... فإن تخالفاً، انتفى التراضي، فيبطل العقد.

ومن صور المخالفة التي لا ينعقد معها العقد، أن يقبل المشتري - مثلاً - البيع في غير ما عينه البائع، أو يقبل في بعض ما أوجب جملة، كأن يقول له: بعث لك هذه الناقاة بمانة، فيقول الآخر: اشتريت منك هذه الشاة بعشرين، أو يقول البائع: بعث لك هذه الدار وما فيها من أثاث بألف، فيقول الآخر، قبلت شراء الدار وحدها بثمانمائة، فيبطل العقد في الصورتين معاً ومثيلاتهما، لمخالفة القبول للإيجاب.

وفي هذا المعنى قال صاحب "البائع": "أن يكون القبول موافقاً للإيجاب بأن يقبل المشتري ما أوجبه، فإن خالف بأن قبل غير ما أوجبه.. أو ببعض ما أوجبه، لا ينعقد من غير إيجاب مبتدأ موافق"⁽¹⁾.

ومن قبيل هذا الشرط (عدم موافقة القبول للإيجاب)، الصورة التي يبطل معها العقد في الغلط، لأن الغلط ينقسم إلى قسمين جلي وخفي. فالغلط الجلي: هو الذي يكشف العاقد بنفسه عن مراده منه خلال التعاقد، أو يكون مراده ظاهراً من القرائن، كما إذا وقع الغلط في جنس العقود عليه، بأن باع أو اشترى فصّ خاتم على أنه ياقوت فإذا هو زجاج، أو كيساً من الحنطة فبانت شعيراً.. فإن العقد يكون باطلا لعدم التوافق بين الإيجاب والقبول، ولأن اختلاف الجنس يجعل العقود عليه غير موجود وهو أحد الأركان.

(1) مواهب الجليل (4/466)، مصادر الحق (2/106)، المدخل الفقهي العام (392/1 - 394).

(1) البائع (55/136)، المدخل... للدكتور غلبي (ص 421 - 422).

(ج) أن يرجع الموجب في إيجابه قبل قبول الآخر:

إذا رجع الموجب في إيجابه قبل قبول القابل، لم يصح القبول. وهل يصح العدول عن الإيجاب في مجلس العقد؟ أجاب جمهور الفقهاء (الحنفية والشافعية والحنابلة)⁽¹⁾ بأن للموجب أن يرجع عن إيجابه قبل صدور القبول من الطرف الآخر، ويبطل الإيجاب حينئذ، لأن الالتزام بالعقد لم ينشأ بعد، ولا ينشأ إلا بارتباط القبول بالإيجاب، ولأن الموجب حر التصرف بمملكته وحقوقه، وقال أكثر المالكية ليس للموجب الرجوع عن إيجابه، وإنما يلتزم بالبقاء على إيجابه حتى يعرض الطرف الآخر عنه، أو ينتهي المجلس، لأن الموجب قد أثبت للطرف الآخر حق القبول والتملك، فله استعماله وله رفضه، فإذا قبل ثبت العقد، وإذا أعرض عن الإيجاب لم ينشأ العقد، وعليه لا يكون الرجوع مبطلا للإيجاب.

كما يكون الموجب ملتزماً بالآخرى عند المالكية إذا حدد للطرف الآخر مدة القبول، كان يقول: أنا على إيجابي مدة يومين أو أسبوع، فيلزمه هذا التقيد ولو انتهى المجلس⁽²⁾.

3- صدور صيغة العقد من هاتين أو من أحدهما:

إذا صدرت صيغة عقد البيع وشبهه من عقود المعاوضات القابلة للفسخ من عاقلين هاتين أو من أحدهما، اعتبر العقد صحيحاً باطلاً، لا يترتب عليه حكم أصلاً، فلو كان بيعاً لا يفيد انتقال ملكية البيع ولو قبضه المشتري، لا تنتفاء الإرادة الحقيقية.. باستثناء عقود: النكاح والطلاق والرجعة، التي ورد

⁽¹⁾ البدائع (134/5) الفقه الإسلامي وأدلته.. (111/4 - 112).

⁽²⁾ الفقه الإسلامي وأدلته.. (112/114). مواهب الجليل للحطاب (121/4).

مجلس تبليغ الرسالة، أو وصول الخطاب، لأن الرسول سفير معبر عن كلام المرسل، فكانه حضر بنفسه وخاطب بالإيجاب فإن لم يقبل المرسل إليه في المجلس، لم يتعقد العقد. ونفس النتيجة تكون إذا لم يقبل المكاتب إليه، بعد أن قرأ الكتاب في المجلس الذي وصل إليه فيه.

وأما عدم اتحاد مجلس المتعاقدين بالهاتف، فيعتبر فيه الوقت الذي يكون المتعاقدان مشتغلين فيه بالتعاقد، فمجلس العقد: بالنسبة إليهما هو الحال التي يكونان فيها مقلبين على التفاوض في العقد، وعن هذا قال الفقهاء: "إن المجلس يجمع المتفرقات" (الفقرة 171 - المدخل الفقهي العام للزرقاء).

وعلى هذا، يكون مجلس العقد في المكالمات الهاتفية: هو زمن الاتصال مادام الكلام في شأن العقد، فإن انتقل المتحدثان قبل الانتهاء إلى حديث آخر انتهى المجلس، ولم يتعقد العقد⁽¹⁾.

(ب) أن يصدر من أحد العاقلين ما يدل على إرضاه عن العقد، بأن انتقل الكلام إلى موضوع آخر غير موضوع العقد، أو تخلله فصل بكلام إيجابي يعدّ قرينة على الاعراض عن العقد، فلا يتعقد.. كما إذا ترك الموجب مجلس العقد قبل قبول الآخر، أو ترك الطرف الآخر المجلس بعد صدور الإيجاب أو انشغل الطرفان في موضوع آخر لا صلة له بالعقد، بطل الإيجاب، ولو قبل الآخر حينئذ لا يعتبر قبوله متماماً للعقد، لأن الإيجاب ذهب ولم يبق له وجود، إذا لم يتعاق مع القبول⁽²⁾.

⁽¹⁾ البدائع (137/5)، الإشباه والنظائر لابن نجيم الحنفي (ص 339)، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة (165/2 - 169)، النظرية العامة للموجبات.. (ص 296) الفقه الإسلامي وأدلته 106/4 وما بعدها.

⁽²⁾ الفقه الإسلامي وأدلته (110/4).

مختون وما الحق به من ذوي أسباب فقدان التمييز والإدراك، كالعموه، والغمى عليه، والنائم، والسكران الذي لا يميز السماء من الأرض، فهؤلاء جميعا يكون عقدهم باطلا غير معتبر شرعا لفقدان التمييز والإدراك اللذين هما مناط أهلية الأداء والتصرف، وذلك باتفاق المذاهب الفقهية.

وأما نقصانها، كالنصرف الصادر من الصبي والسفيه الكبير المميزين، فإن عقدهما ومن على شاكلتهما، يعتبر محل اجتهاد بين الفقهاء، فالنسبة للصبي المميز يعتبر عقده باطلا عند جميع الفقهاء إذا تصرف تصرفا ضارا ضررا محضاً في ماله، بأن وهبه أو قوته وقفاً أو صدقة، أو باع أو اشترى بغير كثير. ويعتبر تصرفه باطلا مطلقاً عند الشافعية⁽¹⁾. جاء في "مرشد الحيران" في تصرف الصبي المميز بما يضره في ماله: "وأما تصرفاته وعقوده للضرر بمصلحته ضرراً محضاً فهي كتصرفات الصبي غير المميز وعقوده لا تصلح أصلاً ولو أجازها الولي أو الوصي"⁽²⁾.

2) تخلف ولاية التصرف أو الملك عند الشافعية والحنابلة والظاهرية: يحقق تخلف ولاية التصرف أو الملك في الفصولي، وهو من يتصرف في شؤون غيره، دون أن يكون له ولاية على التصرف، أو من يتصرف في حق غيره بغير إذن شرعي. كأن يبيع أو يشتري ملك الغير بدون تفويض، أو يأجر أو يستأجر دون ولاية أو خروج امرأة لم تأذن له في تزويجها، فهذا التصرف يسمى فضالة.

(1) المدخل الفقهي العام... (799/2 - 801)، شرح المطالب (62/5)، الملكية ونظرية العقد للشيخ أبي زهرة (ص 281)، المدخل... للدكتور شلبي (281 و 502)، أصول الفقه للاستاذ العربي اللوه (ص 51)، الأشياء والنظائر للسيوطي (ص 217)، لابن نجيم (ص 311)، والعقبي لابن قدامة (4/257).

(2) الملاد : 176.

فيها نص شرعي يصحها،⁽¹⁾ ويفيد أن الهزل فيها يعتبر كالجد، ملأها من حرمة ومقام عند الله تعالى.⁽²⁾

ب- تخلف شرائط العاقد:

من البديهي أنه لا يتصور وجود عقد بدون عاقد، فالعاقد ركيزة التعاقد الأصلية، لكن ليس كل واحد صالحاً لإبرام العقود، فبعض الناس لا يصلح لأي عقد، كالمجنون والصغير غير المميز، وبعضهم يصلح لإنشاء بعض العقود، كالصغير والسفيه المميزين، وآخرون صالحون لكل عقد وهم البالغون الراشدون العقلاء⁽³⁾.

والذي يهمنا هنا هو بحث تخلف شرائط العاقد، الذي يكون سبباً في بطلان العقد، وهو يتحصّر في فقدان الأهلية، وفقدان ولاية التصرف أو ملك العقود عليه، ثم الإكراه عند فريق من الفقهاء، ووفق هذا الترتيب نورد تخلف هذه الشروط:

- 1- تخلف الأهلية وأسباب فقدانها.
- 2- تخلف ولاية التصرف أو الملك عند الشافعية والحنابلة والظاهرية.
- 3- الإكراه عند الشافعية والحنابلة.

1- تخلف الأهلية وأسباب فقدانها:

تخلف أهلية العاقد يعني شيئين: إما فقدانها تماماً بفقدان العقل والتمييز وهما مدار التصرف الاعتباري شرعاً، كأن يصدر العقد من صبي غير مميز، أو

(1) روى أبو داود والترمذي وابن ماجه عن أبي هريرة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : ثلاث جدهن جد وهزلهن جد : النكاح والطلاق والرجعة التفسير بشرح الجامع الصغير للمناوي (ص 467).

(2) المدخل الفقهي العام... (362/1)، شرح الجلة تحت المادتين + (69 و 167).

(3) الفقه الإسلامي وأدلته، للرحبي (4/114 - 115).

والحنابلة⁽¹⁾، إذ يشترط عندهم أن يكون العاقد مختاراً طائعاً في بيع متاعه، فلا ينعقد بيع المكره في ماله بغير حق، لقوله تعالى: "إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم" (النساء: 29)، ولقوله عليه الصلاة والسلام: "رفع عن أممي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه" (التيسير بشرح الجامع الصغير للناوي ج 2 ص 34 = حرف الراء).

ج) تخلف شرائط المعقود عليه (محل العقد):

من أسباب بطلان عقد البيع وما في معناه من عقود المعاوضات... تخلف شرط من شروط المعقود عليه (المحل)، وهذه الشروط متعددة ومتباينة في اجتهادات المذاهب الفقهية... ويمكن ردها إلى شرط واحد عام في مفهومها الشرعي، وهو "كون المعقود عليه قابلاً لحكمه" أي صالحاً لحكم العقد شرعاً⁽²⁾.

وقد حاولنا أن نأخذ ما هو واضح الدلالة من هذه الشروط للاستشهاد مما أوردته أغلب الاجتهادات الفقهية، وفي مقدمتها ما حرّمته الشريعة لذاته، وترتيبها كما يلي:

- (1) أن يكون المعقود عليه غير ظاهر العين.
- (2) أن لا يكون موجوداً ومعيناً.
- (3) أن يكون غير مقصور التسليم.
- (4) أن يكون غير مملوك في نفسه.

⁽¹⁾ المجموع شرح المهدي (167/9)، القوانين الفقهية (ص 212)، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة (160/2 - 161)، الفقه الإسلامي وأدلته... (360/4).

⁽²⁾ المدخل الفقهي العام... (342/1)، الملكية ونظرية العقد للشيخ محمد أبي زهرة (265).

وللفقهاء في حكم تصرفات الفضولي رأيان:

الرأي الأول = للحنفية والمالكية: تنعقد تصرفات الفضولي صحيحة لكنها تبقى موقوفة على إجازة صاحب الشأن، وهو من صدر التصرف لأجله، إن إجازة نفذ، وإن رده بطل⁽¹⁾.

وهذا الرأي هو الراجح الذي يسائر تعامل الناس، ويتمشى عليه الفقه، تترك الاستدلال عليه حتى نبهته في محله في العقد الموقوف.

الرأي الثاني = للشافعية والحنابلة والظاهرية: تصرف الفضولي عندهم باطل، لا يصح ولو إجازة صاحب الشأن، لأن الإجازة تؤثر في عقد موجود، وعقد الفضولي لا وجود له منذ نشأته، فلا تصير الإجازة مبرراً، واستدلوا لرأيهم بما يأتي:

(أ) تصرف الفضولي هو تصرف فيما لا يملك، وتصرف الإنسان فيما لا يملكه منه عنده شرعاً، والنهي يقتضي عدم مشروعية المنهي عنه عندهم.. وسبب النهي اشتغال العقد على الغرر الناشئ عن عدم القدرة على التسليم وقت العقد، وما يترتب عليه من النزاع.

(ب) لا يوجد أي تصرف شرعاً إلا بتوافق الولاية والأهلية عند العاقد، وهذه الولاية لا تكون إلا بالملك أو بالإذن من المالك، والفضولي ليس مالكا لا يتصرف فيه، ولا مانوئنا له من المالك بالتصرف، فلا يكون لتصرفه وجود شرعاً، ولا يترتب عليه أي أثر⁽²⁾.

(3) عدم رضا العاقد:

من أسباب بطلان العقد، الإكراه وعدم رضا العاقد، لدى الشافعية

⁽¹⁾ البیانغ (148/5)، بداية المجتهد (129/2).

⁽²⁾ القواعد لابن رجب (ص 417)، المحلى (503/8)، المجموع شرح المذهب (284 و 281/9)، الفقه الإسلامي وأدلته... (266/4 - 269).

نعمة وفيها الله للإنسان وهو العقل، فينتج عن فقدانه أضرار جسيمة للأفراد والمجتمع. ولحم الخنزير، فمع كونه نجسا، به مكروبات ضارة لا تموت بالغلي، وهو يحمل الدودة الشريطية التي تمتص الغذاء النافع من جسم آكله، حسما توصل إليه علم الطب الحديث، وحرم لحم الميتة كذلك لأنها غالبا ما تموت نتيجة أمراض، فيكون تعاطيها مضرا بالصحة، فضلا عن كونها مما تعافه النفوس، وما يموت من الحيوان فجأة كالمنخقة.. يتسارع إليه الفساد لاحتباس الدم فيه، فيكون أنسب بيئة لنمو المكروبات التي لا تموت بالغلي، وأما الأصنام فقد حرم بيعها لعدم الانتفاع بها، وكونها تحمل على الشرك بالله وتعين على الإثم.

وهذه الأشياء كما حرم أكلها حرم بيعها، بجميع أجزائها، بالنص الشرعي، جاء في جواب الرسول صلى الله عليه وسلم للسائلين عن بيع شحم الميتة لأجل ما ألفوا من منافعه في غير الأكل: أنه حرام، لا يحل بيعه كأكله، لأنه جزء من الميتة، وأما الانتفاع به، فيبقى محتملا للحل والحرمة، لأنه في الغالب لم يكن مقصود النهي في جواب الرسول صلى الله عليه وسلم: لا هو حرام " فعاد الضمير إلى البيع دونه. والله أعلم.

ويستثنى من الميتة السمك والجراد، ومالا تحله الحياة، وكذلك الأكل منها للمضطر، وجدها المديون للانتفاع، قال الله تعالى: "فمن اضطر في مخصصة غير متجانف لأثم فإن الله غفور رحيم" (المائدة: 4)، ومر رسول الله صلى الله عليه وسلم على شاة ليموتة، فوجدتها ميتة فلقاة فقال: هلا أخذتم إهابها فديتقموه وانتفعتم به؟ فقالوا: يا رسول الله إنها ميتة، فقال: إنما حرم أكلها⁽¹⁾.

(1) نيل الأوطار (المجلد 3 ص 235 - 237)، فقه السنة (3/3 - 54).

1- أن يكون المعقود عليه غير طاهر العين:
حرم الشرع الحكيم عين المعقود عليه في عقد البيع ونحوه لأمرين: إما لنجاسته وضرره وعدم الانتفاع به شرعا، وإما لغير ذلك من الأسباب التي نذكر بعضها ولا نذكر الأخرى، فاعتبر العقد عليها باطلا، لا يترتب عليه أثر في نظر الشرع.

ومن بين هذه الأشياء المحرمة الذات، الميتة، والدم المسفوح، ولحم الخنزير، والخنز، والنجاسة، والأصنام، وما إليها... قال تعالى: "حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير وما أهل لغير الله به والمنخقة والموقوذة والتريدة والنطيحة وما أكل السبع إلا ما ذكيتم وما نبيع على النصب وأن تستقسموا بالأزلام..." (المائدة: 4)، وقال سبحانه: "يأيتها الذين آمنوا إنما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه لعلكم تفلحون" (المائدة: 92).

ودرى جابر بن عبد الله رضي الله عنه أنه سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول عام الفتح وهو بمكة: "إن الله ورسوله حرم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام، فقبل يا رسول الله: أرايت شحوم الميتة فإنه يطلى بها السفن ويدين بها الجلود ويستصبح بها الناس فقال: لا، هو حرام. ثم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم عند ذلك: قاتل الله اليهود إن الله لا حرم عليهم شحومها جملة⁽²⁾ ثم باعوه فأكلوها ثمنه".

والعلة في تحريم هذه الأشياء (الخنز، والميتة، والدم، ولحم الخنزير) النجاسة عند جمهور الفقهاء، فيتعدى ذلك منها إلى كل متنجس... ويضاف إليها علة أخرى هي ما بها من الضرر لتناولها، فالخمر تسلب ربهها أعظم

(1) أي أثابوه.

(2) شرح القسطلاني (4/113)، نيل الأوطار (3/235).

الحيوان، كالرخم والحداة والغراب من الطيور. الموصوفة بذوات الأنياب من السباع، وذوات المخالب من الطير، وكذلك يحرم بيع كل الحشرات التي لا تقع فيها: كالعقرب والحية⁽¹⁾. إلا ما فيه النفع كدود القز، والدود الذي يصاد به، وما يحتاج إليه في صناعة الأدوية، جاء في الشرح الكبير بهامش المغني: "لا يجوز بيع ما لا تقع فيه كالحشرات كلها، وسباع البهائم التي لا تصلح للأصطيان: كالأسد والثني، وما لا يوكل ولا يصاد به من الطير: كالرخم والحداة والغراب.. ويبيضا، لأنه لا تقع فيه، فأخذ ثمنه أكل للمال بالباطل، ولأنه ليس فيه نفع مباح أشبهت الخنزير ولا يجوز بيع الكلب أي كلب كان لا تعلم فيه خلافا في المذاهب، وبه قال الحسن وربيعة وحماد والشافعي وداود"⁽²⁾.

وسندهم في تحريم بيعه، ما ورد عن الرسول صلى الله عليه وسلم أنه "نهى عن أكل كل ذي ناب من السباع وعن كل ذي مخلب من الطير"⁽³⁾، كما ورد نهيه صلى الله عليه وسلم: "عن ثمن الكلب وعن ثمن السنور"⁽⁴⁾. ويستثنى منها لجواز البيع وما في معناه، ما فيه النفع والمصلحة بغير الأكل كالانتفاع ببعض السباع، وبعض جوارح الطير، في الصيد: كالكلب والبارع المعلمين، وكذلك الانتفاع بالكلب لحراسة الماشية والزرع.. قال تعالى: "وما علمتم من الجوارح مكلبين تعلمونهن مما علمكم الله فكلوا مما أمسكن"

⁽¹⁾ في التعليق بهامش المغني (304/4)، جواز أكل الحيات والتداوي بسمها فيكون بيعها جائزا. كذلك جوز أكلها مالك إذا ذبحته - الفروق (97/3 - 98)، الفرقان: 138 - 139.

⁽²⁾ ج 4 ص 13 - 14، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة (ج 2 ص 231).

⁽³⁾ أخرجه أحمد ومسلم وأبو داود وابن ماجه عن ابن عباس - التفسير بشرح الجامع الصغير (ج 2 ص 470).

⁽⁴⁾ أخرجه أحمد وأصحاب السنن الأربع والحاكم - عن جابر - التفسير بشرح الجامع الصغير (ج 2 ص 472).

كما استثنى فريق من العلماء من النهي عن بيع النجس⁽¹⁾ بيع الزبل لتسميد الأرض والبساتين، فأجازه الحنفية مطلقا، والمالكية على خلاف وتفصيل بينهم في الذهب، ومنعه الحنابلة.. جاء في الشرح الكبير بهامش المغني:

"ولا يجوز بيع السرجين النجس، وبهذا قال مالك والشافعي، وقال أبو حنيفة: يجوز، ولأن أهل الأمصار يتعاونونه لزربهم من غير تكبر فكان إجماعا. ولنا أنه مجمع على نجاسته فلم يجز بيعه كالبئرة وما ذكرناه ليس بإجماع، لأن الإجماع اتفاق أهل العلم ولم يوجد، لأنه رجب نجس فلم يجز بيعه كرجيع الأدمي"⁽²⁾.

وفي بداية المجتهد: "وأما القسم الثاني وهي النجاسات التي تدعو الضرورة إلى استعمالها كالرجيع والزبل الذي يتخذ في البساتين، فاختلف في بيعها في المذهب، فقيل بمنعها مطلقا، وقيل بإجازتها مطلقا، وقيل بالفرق بين العذرة والزبل: أعني بإباحة الزبل ومنع العذرة"⁽³⁾.

ولعل ما ذهب إليه المالكية من التفصيل بين العذرة والزبل، فأجازوا بيع الثاني لضرورة الإنتفاع، وحرّموا بيع الأول لتحقيق نجاسته، هو الصواب الذي مشى عليه عرف الناس، أما ما ذهب إليه الحنفية من جواز بيع الجميع، وما ذهب إليه الحنابلة من تحريم بيع الجميع ففيهما معاشية من الحرج على الناس، ومن التجاوز للمشروع.

ومما نهى عن أكله وبيعه، واختلف في نجاسته ذاته، سباع الحيوانات وجوارح الطير التي لا تصلح للانتفاع: كالأسد والنمر والثني والكلب من

⁽¹⁾ اسم فاعل من نجس: إذا كان الشيء قذرا غير نظيف (المسباح).

⁽²⁾ الشرح الكبير (ج 4 ص 14).

⁽³⁾ بداية المجتهد (ج 2 ص 94 - 95).

أو ردها ابن رشد في الموضوع:

"وأما ما حرم بيعه مما ليس بنجس أو مختلف في نجاسته، فمنها

الكلب والسنور أما الكلب فاختلقوا في بيعه، فقال الشافعي: لا يجوز بيع الكلب أصلاً، وقال أبو حنيفة: يجوز ذلك. وفرق أصحاب مالك بين كلب الماشية والزرع المأذون في إتخاذه، وبين مالا يجوز إتخاذه فاتفقوا على أن مالا يجوز إتخاذه لا يجوز بيعه للانتفاع به وإمساكه فأما من أراد له للاكل فاختلقوا فيه، فمن أجاز أكله أجاز بيعه، ومن لم يجزه على رواية ابن حبيب لم يجز بيعه، واختلفوا أيضاً في المأذون في إتخاذه فقل هو حرام، وقيل مكروه. فأما الشافعي فعمدته شيخان: أحدهما ثبوت النهي الوارد عن ثمن الكلب عن النبي صلى الله عليه وسلم والثاني أن الكلب عنده نجس العين كالخنزير... وأما من أجازة فعمدته أنه طاهر العين غير محرم الأكل، فجاز بيعه كالأشياء الطاهرة العين... ومن فرق أيضاً فعمدته أنه غير مباح الأكل ولا مباح الانتفاع به، إلا ما استثناه الحديث من كلب الماشية أو كلب الزرع وما في معناه...⁽¹⁾

ومن الأشياء المختلف في بيعها للانتفاع، بعد الاتفاق على تحريم أكلها، المائعات المتنجسة: كالزيت والسمن والسمل...

فلا يجوز بيعها، كما لا يجوز أكلها - المتفق عليه - عند مالك والشافعي وأحمد، قياساً على شحم الميتة الذي ورد فيه النهي عن النبي صلى الله عليه وسلم، وجوز بيعها الحنفية مع البيان، رغم حرمة أكلها، للانتفاع بها في أمور أخرى: كالاستصباح بالزيت المتنجس في غير المساجد. قال ابن رشد: "ومن هذا الباب اختلافهم في بيع الزيت النجس وما

⁽¹⁾ بداية الجهد (ج 2 ص 95).

عليكم واذكروا اسم الله عليه" (المائدة: 5).

وقال النبي صلى الله عليه وسلم: "من اتخذ كلباً إلا كلب ماشية أو ضارياً نقص من عمله كل يوم قيرطان". والقصود بالقيراط هنا قدر معلوم عند الله إما بأن يدخل عليه من الذنوب ما ينقص أجره، وإما بذهاب أجره في إطعامه، لأن في كل كبد حراء أجراً⁽¹⁾. وأصل القيراط قراط، أبل من أحد المضعفين بياء للتخفيف كدبيان ويرد في الجمع إلى أصله فيقال: قرايط. ووزن القيراط حبة خربوب وهو نصف دانق (المصباح).

وحسب هذا الاستثناء ذهب فريق من المالكية إلى جواز بيع كلب الماشية والحراسة والصيد⁽²⁾. وذهب الحنفية إلى جواز بيع الكلاب مطلقاً باستثناء الكلب العقور.

أما الحنابلة والشافعية، فكما سبق عنهم، ذهبوا إلى أنه لا يجوز بيع الكلب مطلقاً، لنجاسته التي هو فيها شبيه بالخنزير، ولو رد النهي النبي صلى الله عليه وسلم عن ثمنه مقروناً بالنهي المحرم عن ثمن مهر البغي وحلوان الكاهن⁽³⁾، كما روى أبو مسعود الأنصاري: "نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ثمن الكلب ومهر البغي وحلوان الكاهن"⁽⁴⁾.

والى بيان اختلاف فقهاء المذاهب - رحمهم الله - في بطلان وصحة بيع الكلب وما شابهه من السباع، حسب ما اعتمد عليه كل فريق منهم من الأدلة، وما تعلل به من الأسباب، نشير في الختام إلى هذه الخلاصة التي

⁽¹⁾ أخرجه الشيخان وأحمد والترمذي والنسائي - عن جابر - التفسير بشرح الجامع الصغير ج 2 ص 403.

⁽²⁾ البهجة في شرح التلحة (ج 2 ص 46).

⁽³⁾ الشرح الكبير بهامش المغني (4/13 - 14)، الأم للشافعي (ج 2 ص 11 - 13).

⁽⁴⁾ رواه الشيخان وأصحاب السنن الأربع - التفسير بشرح الجامع الصغير (473/2).

الذي يرجع إلى المعقود عليه فأنواع: منها أن يكون موجودا، فلا ينعقد بيع المعلوم وماله خطر العدم، كببيع نتاج السنتاج، بأن قال: بعت ولد ولد هذه الناقة، وكذا بيع الحمل، لأنه إن باع ولد الولد فهو بيع المعلوم، وإن باع الحمل فله خطر العدم، وكذا بيع اللبن في الضرع، لأن له خطر العدم لاحتمال انتفاخ الضرع، وكذا بيع الشمر والزرع قبل ظهوره لأنهما معلوم، وإن كان بعد الطلوع جاز وإن كان قبل بدو صلاحهما إذا لم يشترط الترك... وما يوجد من الزرع بعضه بعد بعض كالبطيخ والبانانجال فيجوز بيع ما ظهر منه، ولا يجوز بيع ما لم يظهر... وقال مالك رحمه الله إذا ظهر فيه الخارج الأول يجوز بيعه...⁽¹⁾

وما جاء في القوانين الفقهية لابن جزي: "ولا يجوز بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها، ويستوى في ذلك العنب والتمر وجميع الفواكه والمقاني والخضروات وجميع البقول والزرع، وبدو الصلاح مختلف، ففي التمر أن يحمر ويصفى، وفي العنب أن يسود وتبدو الحلوة فيه، وفي سائر الفواكه والبقول أن تطيب للأكل، وفي الزرع أن يبتس ويشتد، فإذا بدا الصلاح في صنف من ذلك جاز بيع ما يجاوره من البساتين... وإنما يجوز بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها على شرط القطع إن كانت مما ينتفع به كالقصب وغيره. فإن شرط فيها التيقية لم يجز البيع، وإن سككت عن التيقية والقطع فقولان، فإن اشتراها قبل بدو الصلاح على شرط القطع ثم أبقاها، انفسخ البيع، وإن اشترى الأرض بعد ذلك جاز تبقية الزرع"⁽²⁾.

ومن أمثلة عدم تعيين المحل أو قابلية تعيينه، ما جاء في مواهب الجليل

(1) البدائع (138/5 - 139)، ينظر معه المجموع شرح المهذب (354/9)، والشرح الكبير

بهاشم المغني (27/4).

(2) القوانين الفقهية (ص 224 - 225)، ينظر معه المجموع شرح المهذب، (280/9).

ضارعه بعد اتفاهم على تحريم أكله، فقال مالك: لا يجوز بيع الزيت النجس، وبه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة: يجوز إذا بين، وبه قال ابن وهب من أصحاب مالك. ووجه من حرمة حديث جابر المتقدم - الذي ورد فيه: "... فقبل يا رسول الله أ رأيت شحوم البنية فإنه يطلى بها السفن ويهين بها الجلود ويستصبح بها الناس فقال: لا، هو حرام..." أي بيعها أو الانتفاع بها (شرح القسطلاني ج 4 ص 113) وعمدة من أجازته أنه إذا كان في الشيء أكثر من منفعة واحدة وحرّم منه واحدة من تلك المنافع أنه ليس يلزم أن يحرم به سائر المنافع⁽¹⁾.

وجاء في الشرح الكبير بهامش المغني: "ولا يجوز بيع الأدهان النجسة في ظاهر كلام أحمد... لأن أكله حرام لا نعلم فيه خلافا، لأن النبي صلى الله عليه وسلم سئل عن الفأرة توت في السمّن فقال: "إن كان مائعا فلا تقربوه... وإذا كان حراما لم يجز بيعه لقول النبي صلى الله عليه وسلم: "... إن الله إذا حرم شيئا حرم ثمنه، ولأنه نجس فلم يجر بيعه قياسا على شحم الميتة"⁽²⁾.

2- أن لا يكون المعقود عليه موجودا ومعينا:

يشترط في المعقود عليه (المحل)، أن يكون موجودا بالفعل وقت العقد، فإن لم يوجد فالعقد باطل... كما يشترط فيه أن يكون معينا أو قابلا للتعيين. ويتعين المحل بالعلم به علما مانعا من الجهالة الفاحشة، حتى تنتقي المنازعة فيه بين المتماقلين... فإن كان مجهولا جهالة مفضية إلى المنازعة فسد العقد.

(أ) فمن أمثلة عدم وجود المحل أثناء العقد، ما جاء في البدائع: "وأما

(1) بداية الجتهد (ج 2 ص 95).

(2) الشرح الكبير (ج 4 ص 14 - 15).

العقد، وإلا كان فلاناً غير معتبر شرعاً...

3- أن يكون غير مقدور التسليم، فلا ينعقد بيع المغموب، لأنه وإن كان مملوكاً للمغموب منه، فلا يكون قادراً على تسليمه، إلا إذا كان المشتري ذا قدرة على نزعه من الغاصب، أو باعه المالك للغاصب نفسه فيصح، وأيضاً لا يصح أن يبيعه الغاصب لأنه ليس مملوكاً له...⁽¹⁾

4- أن يكر غير مملوك في نفسه: كنباتات الحقول غير المحرزة، ومياه الأنهار والبرك، والغابات العامة، والمساجد والمدارس... وغير ذلك من الأشياء التي لا تكون مملوكة لأناس بأشخاصهم، بل هي ملك على الشياع مباح للجميع.

وأما إذا كان المبيع مملوكاً لأناس بأشخاصهم، فبإعائه آخر ففسو ليا فللمذاهب فيه رأيان - كما سبق - رأي للشافعية والحنابلة والظاهرية يبطلان العقد، ورأي الحنفية والمالكية يوقفه على إحالة صاحب الشأن أو ربه...⁽²⁾

(د) عدم مشروعية السبب:

من أسباب بطلان العقد عدم مشروعية السبب، لأن القصد روح العقد ومصححه ومبطله، فاعتبار القصد في العقود أولى من اعتبار الألفاظ، فإن الألفاظ مقصودة لغيرها، ومقاصد العقود هي التي تتراد لأجلها فإذا ألغيت واعتبرت الألفاظ التي لا تتراد لنفسها كان هذا إلغاء لما يجب اعتباره واعتباراً لا قد يسوخ إلغاه...⁽³⁾

"ومن تبنى مصادر الشرع وموارده تبين له أن الشائع ألغى الألفاظ"

(1) كتاب الفقه على المذاهب الأربعة (2/164).

(2) شرح الجلاء تحت المادة: 363. الملكية ونظرية العقد لأبي زهرة (ص 265) البدائع (148/5، بداية الجهد (2/129).

للحطاب: "... المبيع لا يباع إلا بروية أوصفة، والصفة لا يباع عليها الشيء الحاضر على الأشهر إلا إذا كان في رؤيته مشقة فبإعائه على الصفة"⁽¹⁾. وما جاء في "المهذب": "ولا يجوز البيع إلا بشئ معلوم الصفة، فإن باع بشئ مطلق في موضع ليس فيه نقد متعارف، لم يصح البيع، لأنه عوض في البيع، فلم يجز مع الجهل بصفته كالسلم فيه، فإن باع بشئ معين معين، لأنه عوض فتعين بالتعيين كالبيع"⁽²⁾.

وفي البدائع: "ولد باع شيئاً بربح... ولم يعلم المشتري رأس ماله، فالبيع فاسد، حتى يعلم فيختار أو يدع... لأنه إذا لم يعلم رأس ماله كان ثمنه مجهولاً، وجهالة الثمن تمنع صحة البيع..."⁽³⁾، وجاء في البدائع أيضاً: "إذا قال: بعك شاة من هذا القطيع أو ثوباً من هذا العذل، فالبيع فاسد، لأن الشاة من القطيع والثوب من العذل مجهول جهالة مفضية إلى المنازعة، لتفاحش التفاوت بين شاة وشاة وثوب وثوب، فيوجب فساد البيع"⁽⁴⁾.

وورد عن الحنابلة في الشرح الكبير بهامش المغني: "لا يجوز أن يبيع عبداً غير معين، ولا عبداً من عبيد، ولا شاة من قطيع، ولا شجرة من بستان... لأنه مجهول"⁽⁵⁾.

نستخلص مما سبق من الأمثلة لدى المذاهب الفقهية، أن المحل للعقد عليه، سواء كان مثمناً أو ثمنياً في البيع وما شابهه من عقود المعاوضات، لا بد أن يكون موجوداً غير معدوم، ومعيناً أو قابلاً للتعيين غير مجهول ليصح

(1) (286-285/4).

(2) المجموع شرح المهذب (9/361).

(3) البدائع (5/158).

(4) البدائع (5/156).

(5) المغني (4/29).

المبحث الثاني المنهي الشرعي عن وصف خاص في العقد

أسباب بطلان عقد البيع بالمنهي الشرعي عن وصف خاص:
من أسباب بطلان عقد البيع وشبهه من عقود المعاوضات، المنهي الشرعي عن وصف خاص في العقد، ومن هذه الأسباب البازرة التي يشملها هذا المنهي وميزها وخصها بعناية خاصة ما يأتي:

أولا - العقد الممنوع شرعا تحت طائلة البطلان

ثانيا - الربا

ثالثا - الغرر

رابعا - الشرط القسود

خامسا - العقد المشغل عن الصلاة يوم الجمعة.

هذه الأسباب: هي من الرخص التي اعتاد الناس التعامل بها، ومنها ما جاء نتيجة التصرفات المالية من إرث الجاهلية الأولى، فحرمتها الشريعة الإسلامية الغراء، وجعلت العقد المتصف بها باطلا، نظرا لعدم فائدتها وتحقق ضررها، ليس بين الأطراف المتعاملين بها فحسب، بل يسري ضررها وظلمها إلى المجتمع كله، فتصير أخلاقه في ميدان التعامل إذا ما فشت فيه، مشوية بالتسلط والفساد.

والإسلام جاء لإصلاح أمور الناس.. يريد لهم العيش سعيدا، ولذلك حرم التعامل المصاحب لهذه الأوصاف المشتملة على الظلم والضرر...

ولا شك أن بعض هذه الأسباب وزنه قليل في المخالفة، كالربا الذي قابل الله سبحانه بينه وبين البيع كطرفي تقيض فقال: "وأحل الله البيع وحرم الربا". والغرر مثله، فكل منهما منصوص على تحريمه وكل منهما عام شامل في تناوله لفروع شتى من المسائل المنهى عنها، فلذلك أبرزها

التي لم يقصد التنكح بها معانيها، بل جرت على غير قصد منه، كالنائم والناسي والسكران والجاهل والمكره والمخطئ من شدة الفرح أو الغضب أو المرض ونحوهم... فلم أن الاعتبار في العقود والأفعال بحقائقها ومقاصدها دون ظواهر أفعالها وأفعالها...

وقاعدة الشريعة التي لا يجوز هدمها أن المقاصد والاعتقادات معتبرة في التصرفات والعبارات، كما هي معتبرة في التقربات والعبادات فالقصد والنية والاعتقاد يجعل الشيء حلالا أو حراما، وصحيحا أو فاسدا، وطاعة أو معصية...

ودلائل هذه القاعدة تقوت الحصص⁽¹⁾، فمنها قوله تعالى: "ويعولتوهن أحق بردهن في ذلك إن أرادوا إصلاحا"⁽²⁾، وقوله: "ولا تمسكوهن ضرا را لتعتوا"⁽³⁾. وذلك نص في أن الرجعة إنما ملكها الله تعالى لن قصد الإصلاح من الأزواج إلى زوجاتهم دون من قصد الإضرار بهن.

ويختلف السبب الباعث بمعنى القصد والغرض، باختلاف فئات العقود، فقد جاء في الفرق - 180) من كتاب الفروق للقرافي توضيح حسن في هذا المعنى ومنه: "والمقصود من البيع ونحوه إنما هو انتفاع كل واحد من المتعاضدين بما يصير إليه، فإذا كان عديم المنفعة أو محرما لم يحصل مقصوده، فيبطل عقده والمعاوضة عليه"⁽⁴⁾.

(1) إعلام الموقعين (3/ 94-96).

(2) سورة البقرة: 226.

(3) سورة البقرة: 229.

(4) الفروق (3/ 238).

عقد جديدا بعد بلوغه، والقاعدة الفقهية في ذلك كما هي مستخلصة من بدائع الكاساني:

أن كل عقد يصدر ولا يوجد من يملك حق إجازته وانعقاده عند صدوره، يكون باطلا⁽¹⁾.

والفقهاء يعبرون في تعليل بطلان هذا النوع من العقود: بأن الولاية الشرعية منتقية فيه، ويقصدون بالولاية الشرعية في هذا المقام أن يوجد هناك من يملك شرعا سلطة إبرام هذا العقد، ولو كان غير الشخص الذي تولى عقده فعلا. فإن لم تكن هذه الولاية متوافرة بهذا المعنى كان العقد باطلا غير منعقد.

ومثل بيع مال القاصر بغبن فاحش في بطلان العقد، الاستئجار على فعل المعاصي، أو ارتكاب الجرائم، أو بيع المسكرات والمخدرات⁽²⁾.

ثانيا : الربا

من أسباب بطلان عقد البيع وشبهه من عقود المعاوضات، الربا، إذ إليه وإلى الغير يرجع أغلب أسباب البطلان، لما فيه من الظلم وأكل المال بالباطل. معنى الربا لغة وشرعا:

الربا في اللغة: الزيادة، يقال أربى فلان على فلان، أي زاد عليه، ويسمى المكان المرتفع روبة، لزيادة فيه على سائر الأمكنة. قال تعالى: "فإننا أنزلنا عليها الماء اهتزت وربت"⁽³⁾ أي تحركت بالنبات وانتفخت. وقال جل شأنه: "أن تكون أمة هي أربى من أمة"⁽⁴⁾ أي أكثر عددا.

(1) البدائع (149/5 - 150)، المدخل الفقهي العام (1/342 - 343).

(2) نفس المرجعين السابقين، والفقهاء الإسلاميين وأئمتهم. د. الزحيلي (4/226 - 227).

(3) سورة فصلت: 39.

(4) سورة النحل: 92.

الفقهاء الإسلاميين في مؤلفاتهم، وتحدث عنهما كثيرا، وحذر الناس من الوقوع فيهما، فلا غرو أن نجد العديد من المسائل الراجعة إلى أركان العقد، فتسبب له البطلان وخصوصا إلى محله، مشوبة بالغرر أو الربا، فيشبه الأمر على القارئ أحيانا هل هي منهما أم لا ؟ والحقيقة أنهما سببان عامان في بطلان العقد، تفرعت عنهما مسائل متعددة، وقد تشبه أحيانا فيما بينهما، أو بغيرهما من أوصاف البطلان الأخرى.

وعلى كل حال، فنحن نورد هذه الأوصاف المنصوص على تحريمها كمنازح وفق الترتيب السابق، محاولين الاستدلال عليها بما يهدي إليه البحث. والله وحده الهادي والوفق إلى الصواب.

أولا : أن يكون العقد ممنوعا بمقتضى نص شرعي تحت طائلة البطلان: العقد الممنوع شرعا تحت طائلة البطلان، يعتبر في نظر الفقهاء غير مشروع من أصله، مناقيا للنظام الشرعي العام.

فلا يتعقد بيع على مال الصغير القاصر بغبن فاحش، وأولى الهبة والصدقة والوقف وجميع أنواع التبرعات التي يفوت بسببها المال بدون عوض، سواء أكان البائع بغبن هو الصغير نفسه، أو وليه، أو صبيه، أو القاضي بمقتضى سلطته العامة عند عدم الولي الخاص.

ذلك لأن البيع بغبن فاحش مال الصغير كالتيبرع به، فلا يتعقد العقد في كليهما، لأن انعقاده يؤدي إلى إضاعته وأكله بالباطل، والله تعالى ينهى عنه فيقول: "يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم".

ولأن البيع بغبن فاحش والتيبرع من مال الصغير لا يملكه أحد، فكان هذا العقد مما ليس لأحد سلطة عقده بحسب موضوعه، فيصدر باطلا. حتى ولو بلغ الصغير فاجارة لا تعتبر إجازته لأن الباطل لا يجاز. إلا أن ينشئ

هو الربا وإن كان بغير زيادة، وليس المراد أن الربا إنما هو في النسبة لا في التفاضل كما وهم،⁽¹⁾ ولأن ابن عباس رجع عن القول بإباحته إلى تحريمه، لما بلغه حديث أبي سعيد الخدري وعبادة بن الصامت، وأول حديث أسامة تأويلات تتفق وما ذهب إليه جمهور العلماء من تحريم الربا في الفضل كالنسبة.

وعلة تحريم الربا في البيع وشبهه من عقود المعاوضات، ما اشتمل عليه من الظلم والاستغلال وأكل جزء من المال بالباطل دون عوض يقابله، وما ينشأ عنه من ضرر عظيم، وعداوة وبغضاء بين الناس حرمة الإسلام - وكل الأديان السماوية قبله - ودعا بدله إلى التعاون والتكافل والقرض الحسن⁽²⁾ قال تعالى: "وما آتيتكم من ربا لتربوا في أموال الناس فلا يربوا عند الله وما آتيتكم من زكاة لتربون وجهه الله فأولئك هم المضعفون" (الروم: 39).

وبين ابن تيمية موقع الربا من المحرمات فقال: "وأصل هذا أن الله سبحانه حرم علينا المحرمات من الأعيان، كالدم والبيعة ولحم الخنزير، أو من التصرفات: كاليسر والربا وما يدخل فيهما من بيع الغر وغيره. لما في ذلك من الفساد التي نبه الله عليها ورسوله...⁽³⁾ وقال ابن القيم: "والأصل في العقود كلها إنما هو العدل الذي بعثت به الرسل وأنزلت به الكتب قال تعالى: "ولقد أرسلنا رسلاً بالبينات وأنزلنا معهم الكتاب والميزان ليقوم الناس بالقسط (الحديد 24)، والشارع نهى عن الربا لما فيه من الظلم

(1) أخرجه أحمد ومسلم والنسائي وابن ماجه = التيسير بشرح الجامع الصغير (358/3) شرح النووي على مسلم (19/7 - 22) بهامش القسطلاني.

(2) مصادر الحق (3/49 - 199)، شرح النووي على مسلم (20/7 - 22).

(3) الفتاوى (ج 29 ص 46)، يقابل بالفتاوى الكبرى طبع دار المعرفة (415/3).

ومعناه شرعاً لا يبعد عن معناه لغة: هو كل زيادة تحصل على رأس المال في أحد العوضين...⁽¹⁾ وتكون هذه الزيادة في أشياء منصوصة من قبل السنة المشرفة، ومثالاتها، كما سيأتي بيانها في حديثي أبي سعيد الخدري وعبادة بن الصامت رضي الله عنهما.

والربا محرم بالكتاب والسنة والإجماع، قال الله تعالى: "وأحل الله البيع وحرم الربا"⁽²⁾، وروى ابن مسعود عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال: "لعن الله أكل الربا وموكله وكتابه وشاهده"⁽³⁾، وأجمعت الأمة الإسلامية على أن الربا محرم.

والتعامل بالربا في الإسلام من كبائر الإثم، قال عليه الصلاة والسلام: "اجتنبوا السبع الموبقات قيل ما هن يا رسول الله؟ قال: الشرك بالله والسحر وقتل النفس التي حرم الله إلا بالحق، وأكل الربا، وأكل مال اليتيم، والتولي يوم الزحف، وقذف المحصنات المومنات الغافلات"⁽⁴⁾ - متفق عليه. والربا محرم كله كغيره وقليله، ويقسمه معاً: ربا النسبة، وربا الفضل ولا حجة فيما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما من إنكار الربا في التفاضل حسبما روى عن أسامة بن زيد أن النبي صلى الله عليه وسلم قال:

"إنما الربا في النسبة" ومعناه: أن بيع المال الربوي بالتأخير من غير تقاض

(1) الربا لأبي الأعلى المودودي (ص 80)، والمبسوط للسرخسي (109/12).

مفردات الفاظ القرآن للراغب (ص 191-192).

(2) البقرة: 274.

(3) أخرجه أحمد وأبو داود والترمذي وابن ماجه = التيسير بشرح الجامع الصغير (ج 2).

(4) ص 294، وفي مسلم 'لعن رسول الله (ص) أكل الربا وموكله وكتابه وشاهديه' (ج 23/7).

(4) رواه البخاري ومسلم، انظر تفسير القرطبي (3/364) رياض الصالحين للنووي (ص 617 - 618 - رقم 1616).

الإجناس الربوية:

تبييناً لما جاء في القرآن الكريم مجملاً من الآيات في تحريم الربا، ومنها قول الله تعالى: "وأحل الله البيع وحرم الربا" (البقرة: 275). نص الرسول صلى الله عليه وسلم على ستة أجناس من الربويات، لا يصح بيعها والتعامل فيها بالعوض على سبيل التفاضل والنساء - باستثناء القرض في النساء - إذا كانت متفقة الأجناس، ويجوز التفاضل دون النساء إذا اختلفت في الجنس، وهي: الذهب والفضة، والبر، والشعير، والتمر، والملح، كما جاء في روايتي أبي سعيد الخدري، وعادة ابن الصامت رضي الله عنهما، قال أبو سعيد: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "الذهب بالذهب، والفضة بالفضة، والبر بالبر، والشعير بالشعير، والتمر بالتمر، والملح بالملح، مثلاً بمثل، يدا بيد، فمن زاد أو استزاد فقد أربى الأخذ والمعطي فيه سواء"⁽¹⁾.

ومثله مع اختلاف يسير قال عباد: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "الذهب بالذهب، والفضة بالفضة، والبر بالبر، والشعير بالشعير، والتمر بالتمر، والملح بالملح، مثلاً بمثل، سواء بسواء، يدا بيد، فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم إذا كان يدا بيد"⁽²⁾.

اتفقت الروايتان في مضمّن الحديث، على الأصناف الستة، وترتيبها ومثلايتها ووجوب إنجازها. وانفردت رواية أبي سعيد بتحميل مسؤولية الزيادة على أحد العوضين لكل من طرفي العقد، بينما انفردت رواية عباد فصرت بجواز التفاضل مع الانحياز إذا اختلفت هذه الأصناف.

علة الربا في النقيدين والمطعومات:

أجمع العلماء - عدا قتادة وطاوس وأهل الظاهر - على أن الربا في هذه

وعن الميسر لما فيه من الظلم، والقرآن جاء بتحريم هذا وهذا، وكلاهما أكل المال بالباطل⁽¹⁾.

إقسامه:

بالنظر إلى واقع الربا إزاء النهي عنه شرعاً، حسبما بينه رسول الله صلى الله عليه وسلم، ترجع أسبابه إلى قسمين: ربا النسيئة، و ربا الفضل.

1 - ربا النسيئة: ومعناه التأخير، يكون في النقيدين: الذهب والفضة، سواء اتفق جنسهما أو اختلف، وفي الطعام كذلك سواء متفقاً في الجنس أو مختلفاً، فلا يجوز بيع ذهب بذهب، ولا بيع ذهب بفضة كملاً يجوز بيع برّ ببر ولا بيع بر يتم، إلى أجل، فإذا وقع، كان البيع باطلاً، عن عمر رضي الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "الذهب بالورق ربا إلا هاء وهاء، والبر بالبر ربا إلا هاء وهاء، والتمر بالتمر ربا إلا هاء وهاء، والشعير بالشعير ربا إلا هاء وهاء" رواه أبو داود (ج 3 ص 248 رقم 3347).

2 - ربا الفضل: وهو الزيادة في أحد العوضين بدون مقابل، كما سبق في التعريف، ويشترط فيه لصحة العقد إذا كان التبادل في جنس واحد: كبيع ذهب بذهب، وتمر بتمر، المساواة في الوزن والكيل أما إذا كان في جنس مختلف: كذهب بفضة وبر بتمر، فيشترط التناجز فقط، ويجوز التفاضل، فإذا انعدم الشرطان بطل العقد.

وفي ربا النسيئة والتفاضل، يدخل ربا الجاهلية الذي أبطله الإسلام، بل هو عينه، كما بينه الرسول صلى الله عليه وسلم، في الأجناس الربوية الآتية:⁽²⁾

(1) شرح النووي على مسلم (ج 7 ص 10).

(2) نفس المرجع والصفحة.

(1) أعلام الموقعين (7/2).

(2) بداية الجهر (ج 2 ص 96)، العواين الفقهية (ص 214 - 220).

يتحدى بذلك صراحة ما حرّمه الله، ويقاس بالبيع العقود الأخرى التي تشبهه في تبادل العروض بين الطرفين. قال ابن رشد: "ولتلق العلماء على أن الربا يوجد في شيئين: في البيع وفيما تقرّر في الذمة من بيع أو سلف أو غير ذلك".⁽¹⁾ وقال الزرقاني شاح الموطأ في "باب النهي عن بيع الطعام قبل قبضه": "والحق مالك بالابتاع (الشراء) سائر عقود المعاوضة: كأخذ مهر، أو صلح، فلا يجوز بيعه قبل قبضه. والحق بالبيع دفعه عوضا كدفع مهر، أو خلعا أو هبة ثواب، أو لجارة، أو صلحا عن دم، فيمنع ذلك قبل قبضه. أما دفعه قرضا أو قضاء عن قرض فيجوز، وكذلك ما كان بغير معاوضة: كالهبات والصدقات".⁽²⁾

فاتضح أن عقود المعاوضات يدخلها الربا كعقد البيع سواء، ولا يدخل عقود التبرعات.

الربا الجلي والخفي:

يمكن تقسيم الربا إلى قسمين: ربا جلي و ربا خفي:

1- الربا الجلي: هو ما حرّمه الله وبينه رسوله، مما كان معروف التعامل به في الجاهلية، وأصوله خمسة حسب استقراء العلماء، وهي: "أنظرني أزدك، والتفاضل والنساء، وضع وتعجل، وبيع الطعام قبل قبضة".

ومعناها على التوالي: "أنظرني أزدك": عبارة مأخوذة من التعامل بالربا في الجاهلية، كان الدين إذا حان أجل الدين ولم يجد ما يقضي به طلب الدائن أن يزيد له في الأجل، ويزيد له في مقدار الدين، حتى يتحول إلى أخضاع مضاعفة، الأمر الذي نهاه عنهم القرآن الكريم، ونبه المؤمنين إلى

(1) نفس المرجع (ج 2 ص 96).

(2) شرح الزرقاني على الموطأ (ج 3 ص 287)، بداية المجتهد (ج 2 ص 109).

الأصناف المنصومة يتعدى إلى اشباهها في المعنى وعلة الحكم، فيجعلها من التنبيه بالتخصيص على الخاص يراد به العام، وقال أهل الظاهر: لا ربا في غير هذه الستة بناء على أصلهم في نفي القياس، فكانت عندهم من الخاص المراد به الخاص، ولا تتعدى بطة مشتركة. ثم أن جمهور الفقهاء بعد اتفاقهم على تعديّة علة الحكم من هذه المنصومة إلى غيرها، اختلفوا في نوع العلة الرابطة بين الأصل والفرع "ولكل واحد من هؤلاء... القائلين دليل في استنباط الشبهة الذي اعتبره في الحاق المسكوت عنه بالنطوق به...".⁽¹⁾

فاعتبره المالكية الاقتنيات والإخار زيادة على الطعام في الطعومات الأربعة المنصومة وشبهاتها، والتمنية وقيم المتلفات في النقدين...، وجعله الشافعية الطعام في الطعومات...، والتمن وقيم المتلفات - كالماكينة - في النقدين. وأما الحنفية، فقد قالوا: إن الشبهة هو الكيل والوزن في هذه الستة، ومثلايتها، عدا بعض المستثنيات... وليس عند الحنابلة علة مستقلة - فيما يظهر - بل اقتبسوها من علل المذاهب الثلاثة السابقة، فكانت متأرجحة بين روايات ثلاث عن الإمام

أحمد... لا تخرج عن الكيل والوزن والطعم والتمنية⁽²⁾.

العقود التي يدخلها الربا:

لا ريب أن الربا أصل كبير من أصول الفساد في العقود، لأنه ظلم يؤدي التعامل به إلى أكل المال بالباطل، ولذلك أورد القرآن الكريم في الكفة المقابلة للبيع

المشروع: "وأحل الله البيع وحرم الربا" (البقرة: 274) كان المرابي

(1) بداية المجتهد (ج 2 ص 96-97)، الفرق (ج 3 ص 239-263) = الفرق: 190.

(2) نفس المرجع (ج 2 ص 96-99)، المغني (ج 4 ص 124-128).

الزانية، والمحاقلة، والمعومة...، روى جابر بن عبد الله أن رسول الله صلى الله عليه وسلم: "نهى عن المحاقلة والزانية والمعومة والمخابرة.. وعن الثنيا ورضخ في العرايا"⁽¹⁾.

"المحاقلة": أن يساع الزرع بالقمح، و"الزانية": أن يساع تمر النخل بالتمر، ويقاس عليهما كل جنس بجنسه ربطا بيباس، لما في ذلك من التأخير والتفاضل.

والزانية المنهى عنها كذلك، هي بيع مجهول الكمية بمجهول الكمية.. أما في الربويات فلموضع التفاضل، وأما في غير الربويات، فلعدم تحقق القدر⁽²⁾.

و"المعومة": هو بيع السنين، ومعناه أن يبيع ثمر الشجرة عامين أو ثلاثة أو أكثر، فيسمى بيع المعومة وبيع السنين، وهو باطل بالاجماع⁽³⁾. و"المخابرة" و"الزراعة" متقاربتان: وهما المعاملة على الأرض ببعض ما يخرج منها من الزرع كالثلاث والرربع وغير ذلك من الأجزاء المطومة وهي مشتقة من الخبير وهو الاكابر: أي الفلاح، وقيل مشتقة من الخبر: وهي الأرض اللينة، وقيل من الخبرة وهي النصيب. وفيها الكلام الكثير للفقهاء في البطالان والصحة⁽⁴⁾.

وقد لخص ابن العربي بعض هذه البيوع التي يتصل للربا فقال: "الأول والثاني ثمن الأشياء جنسا بجنس متفاضلا.. أو جنسا بغير جنسه نسيئة،

(1) شرح النووي على مسلم بهامش القسطلاني (ج 6 ص 386)، بداية الجتهد (ج 2 ص 105-102).

(2) بداية الجتهد (ج 2 ص 119).

(3) شرح النووي على مسلم بهامش القسطلاني (كتاب البيوع 401/6)، بداية الجتهد

(ج 2 ص 112/2).

(4)

اجتنابه: "يالها الذين آمنوا لا تاكلوا الربا أضعافا مضاعفة" (آل عمران: 130).

"والتفاضل والنساء" معنى الأول: الزيادة على أحد العوضين في الجنس الواحد من الأجناس الستة الواردة في حديث أبي سعيد وعبدادة السابق، التي قدر فيها الشرع الحكيم العوض بالتوافق، ولم يتركه لرضا وحرية المتعاقدين. ومعنى الثاني: النهي عن تأخير عرض جنس بجنسه، أو جنس بجنس آخر مخالف من هذه الستة، الذي تجمعه معه علة الربا الواحدة: كذهب بفضة، ويجوز التفاضل فيهما إن كانت المبادلة ناجزة. "وضع وتعجل": معناه عند من يجعله من مسائل الربا المنوعة: هو عكس عبارة "انظرني أزدك" يطلب فيها الدائن الدين قبل حلول أجله، فيجيبه الدين بقوله: "ضغ وتعجل" أي انقص من الدين لأعجله كحالا، وهي شبيهة بالزيادة مع النظرة المجمع على تحريمها، إذ جعل فيهما معا للزمان مقدار من الثمن بدلا من الزيادة والنقصان⁽¹⁾.

- "وبيع الطعام قبل قبضه": أجمع العلماء على منعه وبطالان العقد إن وقع لثبوت النهي عنه من حديث مالك عن نافع عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "من ابتاع طعاما فلا يبيعه حتى يقبضه". حمل مالك النهي في الحديث عن كل طعام سواء كان روبا أم لا، للعموم، ومنعنا للتوصل إلى الربا فيه عن طريق "العينة" التي هي البيع المتحيل به على دفع عين في أكثر منها⁽²⁾.

ومن المسائل التي ترجع إلى هذه الأصول سيمًا "التفاضل والنساء"

(1) بداية الجتهد (ج 2 ص 707-108).

(2) شرح الزرقاني على الموطن (ج 3 ص 286-287)، شرح النووي على مسلم (ج 6 ص

376-372).

وما أجمع على سده: كالنوع من سب الأصنام عند من يعلم أنه يسب الله تعالى حينئذ... والمختلف فيه... منها بيعوع الأجل عند مالك رحمه الله، ويحكى عن الذنوب المالكي اختصاصه بسد الذرائع وليس كذلك، بل منها ما أجمع عليه كما تقدم⁽¹⁾.

والأصل في سد الذرائع جملة الكتاب والسنة. فمن الكتاب قول الله تعالى: "ولا تسبوا الذين يدعون من دون الله فيسبوا الله عدوا بغير علم" (الأنعام: 109).

نهى سبحانه وتعالى المؤمنين عن سب المشركين أو أهاتهم حتى لا يكون ذلك ذريعة إلى سبهم لله تعالى. ومنه قوله تعالى: "يأيها الذين آمنوا لا تقولوا راعنا وقولوا انظرونا واسمعوا" (البقرة: 103). نهى المؤمنين أن يقولوا للرسول صلى الله عليه وسلم: "راعنا"، لأن اليهود جعلوا ذلك ذريعة إلى شتمه صلى الله عليه وسلم، بصرفه عن معناه إلى معنى في لغتهم يعني: "اسمع لا سمعت".

ومن السنة قوله صلى الله عليه وسلم: "إن من أكبر الكبائر أن يلعن الرجل والديه" قالوا يا رسول الله، وكيف يلعن الرجل والديه؟ قال: "يسب أباً الرجل، فيسب أباه، ويسب أمه، فيسب أمه" (رياض الصالحين.. للنووي ص 165)⁽²⁾.

ومنها نهى صلى الله عليه وسلم عن الإقدام على الشبهات مخافة الوقوع في المحرمات إذ قال: "الحلال بين والحرام بين وبينهما أمور

(1) الفروق (ج 3 ص 266-269)، أصول التشريع الإسلامي- علي حسب الله (ص 319).

(2) وقيل في نفس الصفحة حديث يمتناه أخرجه الشيخان وأحمد ولفظه: قال (ص) من الكبائر شتم الرجل والديه" قالوا: يا رسول الله هل يشتم والديه؟ قال: "نعم، يسب أباً الرجل، فيسب أباه، ويسب أمه، فيسب أمه".

أو بيع الرطب بالتمر، أو العنب بالزبيب، أو بيع الزانية على أحد القوانين... وهذا كله داخل في بيع الربا، وهو مما تولى الشرع تقدير العوض فيه، فلا تجوز الزيادة عليه"⁽¹⁾.

2- الربا الخفي: هو عقد البيع وشبهه بالذرائع الربوية، تقسد البيع عند من يقول بها، كما تقسد البيوع الربوية الخالصة، وذرائع الربا: هي عقود ظاهرها الصحة وباطنها الفساد، قال ابن رشد الجدمعرفاً بها:

"أصل ما بني عليه هذا الكتاب (كتاب بيعوع الأجل) الحكم بالذرائع، ومذهب مالك رحمه الله القضاء بها والنع منها، وهي الأشياء التي ظاهرها الإباحة ويتوصل بها إلى استباحة الربا، وذلك مثل: أن يبيع الرجل سلعة من رجل بمائة إلى أجل، ثم يبتاعها بخمسين نقداً، فيكونان قد توصلا بما أظهره من البيع الصحيح إلى سلف خمسين ديناراً في مائة إلى أجل، وذلك حرام لا يجوز"⁽²⁾.

معنى سد الذرائع ودليله:

الذريعة ما كان وسيلة إلى شيء آخر، والمقصود بسد الذرائع: منع ما يجوز من ذلك إذا كان موصلاً إلى مالا يجوزده وهو أصل من أصول الشريعة، حكمه مالك في أكثر من أبواب الفقه، وتوسع أصحابه في تطبيقه من بعده حتى نسب إليهم. والحق إن غيرهم لا يخالفهم في أصل القاعدة، وإن خالفهم في تطبيقها على بعض الفروع، جاء في الفرق (194) من كتاب الفروق للقرافي:

"... الذريعة هي الوسيلة للشيء وهي ثلاثة أقسام: منها ما أجمع الناس على سده، ومنها ما أجمعوا على عدم سده، ومنها ما اختلفوا فيه...

(1) أحكام القرآن (ج 1 ص 243).

(2) مقدمات ابن رشد (ج 2 ص 524) يقابل ببدائية الجهد (ج 2 ص 106).

المحرم: كان يقرضه ألفا، ويبيعه سلعة تساوي ثمانمائة بألف أخرى، فيكون قد دفعه ألفا وسلعة بثمانمائة، ليأخذ منه ألفين وهذا معنى الذريعة الى الربا⁽¹¹⁾، روى الطبراني بسنده عن حكيم بن حزام أن النبي صلى الله عليه وسلم: "نهى عن سلف وبيع."⁽¹²⁾

2- "العينة": وهي بكسر العين من العين بفتحها، سميت بذلك لحصول النقد لصاحب العينة، وذلك لأن العين هو المال الحاضر، والمشتري إنما يشتري السلعة لبيعها بعين حاضر يصل اليه من فوره.

فالبائع والشراء حالا ومؤجلا مباح، ولكن مال البيع والشراء في هذه الصورة أن المشتري اقترض من البائع عشرة- مثلا- ليردها اليه بعد الأجل عشرين وهو ربا. ولهذا منعه المالكية اذا كان مقصودا، أو أكثر وقوعا بين الناس، لأن كثرة وقوعه بينهم تدل على رغبته في الاحتيال به للتعامل بالربا.

ومعنى "العينة" إذن: بيع الشيء بثمن مؤجل يستلمه المشتري، ثم يبيعه للبائع بثمن نقدا أقل من الثمن المؤجل، وهذا باطل عند الجمهور والأئمة الثلاثة: أبي حنيفة ومالك وأحمد.

ودليل حرمة بيع "العينة"، وفساد العقد بواسطتها، ما رواه ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "إذا ضن الناس بالدنيا والدهرهم وتبايعوا بالعينة وتبعوا أذناب البقر وتركوا الجهاد في سبيل الله أدخل الله تعالى عليهم ذلا لا يرفعه عنهم حتى يراجعوا دينهم" أخرجه احمد والطبراني والبيهقي بإسناد حسن = التيسير بشرح الجامع الصغير (ج 1 ص 113).

وكذلك الأثر المروي عن عائشة رضي الله عنها، أن أم بجة جاءت اليها

(11) اعلام الموقعين (ج 3 ص 141).

(12) التيسير بشرح الجامع الصغير (ج 2/473).

مشتبهة فمن ترك ما شبه عليه من الائم كان لا استبان أثرك ومن اجتريا على ما يشك فيه من الائم أو شك أن يواقع ما استبان والمعاصي حمى الله من يرتع حول الحمى يوشك أن يواقعها" شرح القسطلاني (ج 4/7).

والى هذا المعنى أشار ابن القيم الجوزية فقال: "ونحن نذكر قاعدة سند الذرائع ودلالة الكتاب والسنة وأقوال الصحابة واليزان الصحيح عليها: لا كانت المقاصد لا يتوصل إليها إلا بأسباب وطرق تقضي إليها كانت طرقها وأسبابها تابعة لها معتبرة بها... فإذا حرم الرب تعالى شيئا وله طرق ووسائل تقضي اليه فإنه يحرمها ويمنع منها تحقيقا لتحريمه، وتبنيها له، ومنعاً أن يقرب حماه، ولو أباح الوسائل أو الذرائع الفضية اليه لكان ذلك نقضا للتحريم وأغراء للنفوس به، وحكمته تعالى وعلمه يأنى ذلك كل الأباء، بل سياسة ملوك الدنيا تأتي ذلك، فإن أحدهم إذا منع جنده أو رعيته أو أهل بيته عن شيء، ثم أباح لهم الطرق... الموصلة اليه لعد متناقضا، ولحصل من جنده ورعيته ضد مقصوده. وكذلك الأطباء..

فما الظن بهذه الشريعة الكاملة التي هي في أعلى درجات الحكمة والمصلحة والكمال؟ ومن تأمل مصادرهما ومواردهما علم أن الله تعالى ورسوله سدّ الذرائع للفضية الى المحارم بأن حرمها ونهى عنها"⁽¹¹⁾.

امثلة من الذرائع:

الذرائع مجالها واسع تقصر البحث هنا على موضوعنا، وهو الذرائع الربوية في البيع وشبهه من عقود المعاوضات، فنتلي بأمثلة منها:

1- بيع وسلف: معلوم أن كلا من عقد البيع والسلف مفردا صحيح، ولكن اذا اقترن أحدهما بالآخر في صفقة واحدة كان ذريعة الى الربا

(11) اعلام الموقعين (ج 3 ص 134-135).

أخذ بالربا وإن أخذ بالناقص أخذ بأوكسهما⁽¹¹⁾، وهذا من أعظم الذرائع إلى الربا...

وشرح مالك الحديث بعد أن أورده بلاغا: "أنه بلغه أن القاسم بن محمد سأل عن رجل اشترى سلعة بعشرة دنانير نقدا أو بخمسة عشر دينارا إلى أجل، ففكره ذلك ونهى عنه وعلم مالك عدم الجواز في هذه المسألة، أن الصفقة قد وجبت للمشتري بأحد الثمنين، فلا ينبغي ذلك، لأنه إن أخر العشرة كانت خمسة عشر إلى أجل، وإن نقد العشرة كان انفا اشترى بها الخمسة عشر التي إلى أجل. فكان العقد على هذه الصفقة باطلا، لأنه ذريعة إلى الربا في كلتا صورتين⁽¹²⁾.

والحق أن مذهب الشافعي أوفق لسير التعامل بين الناس، في عدم الانصياع كلية إلى القول بالذرائع، إذا لم يتضح أمرها، أو لم يكن من عادة الناس وعرفهم التعامل بالغش والخديعة، وتحايلا على قصد الربا، كما جنح إلى التقييد بذلك مالك، لأن النبي صلى الله عليه وسلم شرع لنا أن نتعامل بالظاهر، وتترك الجزاء على السرائر لخالق القلوب، فلا نفترض صورا البطلان للعقدة إلى درجة استحالة قصدها والإقدام عليها، سيما وعقلاء الناس يحتاطون عادة لأموالهم.

4 - بيع الجيد بالردئ من صنف واحد: اختلف العلماء في بيع الجيد بالردئ من الأصناف الربوية للتحدة، يتصور ذلك أن يباع صنف واحد ووسط في الجودة بصنفين: أحدهما أجود من ذلك الصنف، والآخر أدون منه، يبطل الإمام مالك هذا العقد، لأن ه يتهم عاقده أن يكون مقصوده دفع مدين من الوسط في مد من الغلب، فجعل معه الردئ ذريعة إلى التعامل بالربا المحرم.

(11) أي بانقصهما.

(12) شرح الزرقاني على الموطن (3/11-312)، بداية المجتهد (115/2).

مستقيمة فقالت: "يا أم المؤمنين أتعرفين زيد بن أرقم؟

قالت: نعم. قالت: فأنى بعته عبدا إلى العطاء بشمانئة فاحتاج إلى شتمه، فاشتريته قبل محل الأجل بستمانئة فقالت: بئس ما اشتريت وبئس ما شريت. أبليغي زيدا أنه قد أبطل جهاده مع رسول الله صلى الله عليه وسلم إن لم يتب فقالت: فقلت: أرايت أن تركت المائتين وأخذت الستمانئة؟ قالت: نعم - فمن جاءه مورعة من ربه فأنتهى فله ما سلف - وهذا الأثر مشهور، فما أغلظت عائشة رضي الله عنها الرد في فتواها لمن سألها إلا عن توقيف منها على مضمون الحديث أنه من رسول الله صلى الله عليه وسلم⁽¹⁾...

3- بيعتان فيبيعة: عن أبي هريرة رضي الله عنه، "أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيعتين فيبيعة" رواه الترمذي وحسنه، وصححه ابن ماجه⁽²⁾.

تعددت تفسيرات العلماء لهذا الحديث، حسب تنوع معاملات الناس بما يتضمنه فقال ابن القيم: "أنه نهى عن بيعتين فيبيعة، وهو الشرطان في البيع في الحديث الآخر⁽³⁾، وهو الذي لعاقده أو كس البيعتين أو الربا في الحديث الثالث⁽⁴⁾. وذلك سد لذريعة الربا، فإنه إذا باعه السلعة بمائة مؤجلة، ثم اشتراها منه بمائتين حالة، فقد باع بيعتين فيبيعة، فإن أخذ بالثمن الزائد

(1) شرح الزرقاني على الموطن (286/3)، بداية المجتهد (107/2)، مقدمات ابن رشد (2/535)، تفسير ابن كثير (580/1)، اعلام الموقعين (142/3) نيل الأوطار (318/5)، المغني (4/257-756/3)، فقه السنة (143-142/3)، النجاشي (210/2)، القوانين الفقهية (ص 222)، سنن أبي داود (274/3) - رقم 3462.

(2) التيسير بشرح الجامع الصغير (472/2).

(3) مثاله أن يقول البائع للمشتري: بعتك الشيء نقدا بيدنا وتسيئة بيدنا.

(4) الحديث رواه أبو هريرة ونصه: "من باع بيعتين فله أوكسهما أو الربا" - رواه أبو داود (274/3) - رقم 3461، نيل الأوطار (248/5)، اعلام الموقعين (149/3).

ثالثا : الغرر

من الأسباب المبطللة لعقد البيع وشبهه من عقود المعاوضات، الغرر وهو لغة: الخطر أي الإشراف على الهلاك وخوف التلف، وخاطر بنفسه: فعل بها ما يكون فيه الخوف غالبا. والتعريض: حمل النفس على الغرر قال القاضي عياض: أصل الغرر لغة: ماله ظاهر محبوب وباطن مكروه، ولذا سميت الدنيا متاع الغرور وقد يكون من الغرارة وهي الخديعة ومنه الرجل الغر للخداع، ويقال للمخدوع كذلك⁽¹⁾.

والغرر اصطلاحا: يستفاد من كلام مالك: أنه مخاطرة وميسر وقمار بين البائع والمشتري، وجهل بحال العقود عليه⁽²⁾.

وقال السرخسي من الحنفية: "الغرر ما يكون مستورا عاقبة"⁽³⁾.

وقال الشيرازي^(*) من الشافعية: "الغرر ما انطوى عنه أمره وخفي عليه عاقبته".

وعرفه ابن حزم الظاهري أنه: "مالا يدري فيه المشتري ما اشترى أو البائع ما باع"⁽⁴⁾.

ومن هذه التعاريف، يمكن ان نختار تعريف السرخسي من الحنفية وهو: (الغرر ما كانه مستورا عاقبة). لأنه أجمعها معنى وأخصرها لفظا، ولأنه أشمل للفروع الفقهية التي أدخلها الفقهاء تحت الغرر مع قلة كلماته،

(1) الفروق للقراقي (266/3)، (المسباح).

(2) شرح الزرقاني على الموطأ (313/3).

(3) المبسوط 194/13.

* أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي الشافعي (393-476 هـ) وهو مصنف

"المهذب" (المهذب 262/1).

(4) المحلى (ج 8/508-509).

والإمام الشافعي - رغم أنه لا يقول بالهتهم، ولا يتحكم في دخائل الناس ومقاصدهم الباطنة، حتى اشتهر بعدم القول بالذرائع أكثر من غيره من الأئمة - وافق الإمام مالكا في تحريم هذه المسألة، ولكن يشبه أن يكون قد اعتبر علة المنع هو التفاضل في الصفة، وذلك أنه متى لم تكن زيادة الطيب على الوسط مثل نقصان الرديء على الوسط، فليس هناك مساواة في الصفة⁽¹⁾.

5- يبيع صنف من الربويات بصنف مثله وعرض: ومن اختلاف الأئمة في سد هذه الذرائع وعدمه، يبيع صنف من الربويات بصنف مثله وعرض أو دنانير، إذا كان الصنف المضاف إليه عرض.. أقل من الصنف المفرد، أو كان مع كل واحد منهما عرض، والصنفان مختلفان في القدر..

مثاله: ما أورده صاحب المنى: "وإن باع شيئا فيه الربا بعضه ببعض ومعهما أو مع أحدهما من غير جنسه كمد ود رهم بمد ود رهم، أو بمدين أو بد رهمين، أو باع شيئا محلي بجنس حليته.. فالذهب أنه لا يجوز ذلك، نص على ذلك أحمد في مواضع كثيرة، وذكره قدامة الأصحاب.. ومثل قول أحمد بعدم الجواز قال مالك والشافعي، وقال أبو حنيفة: يجوز هذا كله إذا كان المفرد أكثر من الذي معه غيره، أو كان مع كل واحد منهما من غير جنسه.. واحتج... بأن العقد إذا أمكن حمله على الصحة لم يحمل على الفساد... ولنا ما روى فضالة بن عبيد قال: أتى النبي صلى الله عليه وسلم بقلادة فيها ذهب وخرز، ابتاعها رجل بسمعة دنانير... فقال النبي صلى الله عليه وسلم: "لا، حتى تميز بينهما" قال: فردته حتى ميز بينهما رواه أبو داود⁽²⁾ (السنن ج 3 ص 249 - رقم الحديث 3351).

(1) نفس المرجع (104/2-105-107).

(2) المنى (155-157)، بداية الجتهاد (105/2)، الفروق (151/3). الفرق : 188.

أنواع الغرر...

وحسب هذا الضابط الفقهي، يمكن تنويع الغرر ثلاثة أنواع:

الأول: غرر غير محتمل، وهو الغرر الكثير، أجمع الفقهاء على حرمة وبطالان العقد معه، ومسائله كثيرة غير محصورة: كبيع الأبق، والعدوم، والمجهول، وملا يقدر على تسليمه.. وبيع الأجنة في البطن والملاقيح في ظهور الفحول، وبيع بعض الصبرة مبهما، وبيع ثوب من أثواب وشاة من شياه، ونظائر ذلك...

كما أجمعوا على بطلان ما نص النهي الشرعي عليه بخصوصه: كبيع الملاسة، والمناينة، وحبل الحيلة، والحصاة، والعربان... التي ستتحدث عنها بعد حين، مع تخريج نصوصها بحول الله.

الثاني: غرر محتمل، وهو الحقير، الذي لا يمكن الاحتراز عنه، وتدعو إليه الحاجة أجمع المسلمون على جوازه، وصحة العقد معه: كبيع الجبة المشورة بثل قطن.. وإجارة الدار، والداية، والثوب، ونحو ذلك شهوا، مع أن الشهر يتردد بين 29 يوما وثلاثين، وكذلك إجارة السيارات في وقتنا الحاضر يوما أو أكثر، ولا يعلم مقدار المسافة التي يمكن أن يسيرها بها المستأجر - مثلاً - وكذلك شراء الدار من غير معرفة أسسها، والشاة الحامل، والتي في ضرعها لبن..

الثالث: غرر متردد بين الاحتمال وعدمه، وهو محل اجتهادات العلماء بين الصحة والبطالان: كبيع العين الغائبة على الصفة...، بعضهم كالأكية يرى أن الغرر حقير، فيجعله كالعدوم فيصح البيع، وبعضهم يراه ليس بحقير كالشافعية فيبطله⁽¹⁾.

(1) شرح النووي على مسلم (357-359/6) بداية الجتهد (111/2) مقدمات ابن رشد الجد (347/2).

وموافقته لتفسير مالك للغرر وتعريف المسوقي، وابن تيمية في أحد رأيه..
وان كان اللفظ مختلفاً⁽¹⁾.

دليل تحريم الغرر:

دليل تحريم الغرر الكتاب والسنة والاجماع، قال الله تعالى: "ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم"⁽²⁹⁾.

ومعناه: تجارة لا غرر فيها ولا مخاطرة ولا قمار لأن التراضي بما فيه غرر... لا يحل ولا يجوز، لأنه من الميسر الذي حرمه الله⁽²⁾، قال تعالى: "يا أيها الذين آمنوا أنما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه لعلكم تفلحون"⁽³⁰⁾.

عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: "نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الحصاة وعن بيع الغرر" - رواه مسلم وأصحاب السنن الأربعة وأحمد - وعطف الغرر على الحصاة في الحديث من عطف العام على الخاص، لالتبيه إلى أن الغرر كما يوجد في الحصاة يوجد في مبيعات أخرى...⁽³⁾

وأجمع علماء الفقه الإسلامي على حرمة الغرر الكثير، الذي يمكن الاحتراز عنه، ولا تدعو إليه حاجة ووفق هذه الشروط الثلاثة قيد الامام النووي بيع الغرر وشبهه من عقود المعاوضة - من حيث البطلان والصحة، حسب قاعدة: "إن دعت حاجة إلى ارتكاب الغرر ولا يمكن الاحتراز عنه إلا بمشقة، وكان الغرر حقيراً، جاز البيع، والا فلا".

(1) الغرر وآثره في العقود للدكتور الصديق محمد الأمين (ص 34-33).

(2) مقدمات ابن رشد (348/2).

(3) التيسير بشرح الجامع الصغير (472/2)، سشرح النووي على مسلم (375/6).

يأتي بثوب مطوي أو في ظلمة فيلسمه المستام فيقول صاحبه: بعثك إياه بكذا بشرط أن يقوم لسك مقام نظرك ولا خيار إذا رأيته. الثاني: أن يجعل نفس اللبس بيعاً، فيقول: إذا لستة فهو مبيع لك.

الثالث: أن يبيعه شيئاً على أنه متى لسه انقطع خيار المجلس وغيره، ولزمه البيع، وسبب تحريمه الجهل بالصقة.

وهذا البيع باطل على التأويلات كلها للفرز

- وفي تفسير المناذبة ثلاثة أوجه كذلك: أحدهما: أن يجعل نفس الثوب بيعاً... الثاني: أن يقول بعثك هذا الشيء، فإذا نبتته اليك انقطع الخيار ولزم البيع. الثالث: المراد به نبت الحصة في صورها السابقة. والبيع باطل كذلك⁽¹⁾.

3- بيع جبل الحيلة:

عن ابن عمر رضي الله عنهما عن رسول الله صلى الله عليه وسلم، أنه "نهى عن بيع جبل الحيلة" - رواه الشيخان وأصحاب السنن الأربعة وأحمد⁽²⁾.

وفي رواية أخرى عن ابن عمر، تفسير لهذا الحديث قال فيه: كان أهل الجاهلية يتابعون لحم الجزور إلى جبل الحيلة، وجبل الحيلة: أن تنتج الناقة ثم تحمل التي نتجت، فتهاضم رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك. ويتفسير ابن عمر هذا قال جماعة: مالك: والشافعي ومن تابعهم بأن المراد هو البيع بثمن مؤجل إلى أن تلد الناقة ويلد نتائجها.

وقال آخرون: المراد بيع ولد الناقة الحامل في الحال، وبه قال أبو عبيد

(1) شرح النووي على مسلم (356-357)، بداية الاجتهاد (111/2)، الشرح الكبير (28/4-29).

(2) التيسير بشرح الجامع الصغير (472/2).

مسائل الفرز المنصوصة بنهي خاص:

الفرز كسبب أصيل في بطلان عقد البيع، وشبهه من عقود المعاوضات، مسأله كثيرة غير منحصرة - كما سبق - ومدار تأثيره في العقد بالبطلان الكثرة التي لا تحتمل... ومن بين مسائل الفرز المؤثرة في العقود بالبطلان، تلك التي أفردت بنهي خاص، مع شمولها بالنهي العام عن الفرز و ردت فيها نصوص خاصة وأغلبها كانت من بيوع الجاهلية المشهورة، وفيما يلي نأتي ببعضها - كمناذج - للشرح وتخرج النصوص:

1- بيع الحصة:

عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: "نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الحصة وعن بيع الفرز" - رواه مسلم وأصحاب السنن وأحمد⁽¹⁾.

في بيع الحصة ثلاث تأويلات: أحدها: أن يقول صاحب السلعة بعثك من هذه الأثواب ما وقعت عليه الحصة التي أرميها، أو بعثك من هذه الأرض من هنا إلى ما انتهت إليه هذه الحصة. الثاني: أن يقول بعثك على أنك بالخيار إلى أن أرمي بهذه الحصة. الثالث: أن يجعل نفس الرمي بالحصة بيعاً فيقول: إذا رميت هذا الثوب بالحصة فهو مبيع منك بكذا.

فهذا البيع باطل في جميع صورته، لأنه غرر من غير حاجة⁽²⁾.

2- بيع الملامسة والمناذبة:

عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: "نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيعتين: الملامسة والمناذبة".

- وفي تأويل الملامسة ثلاثة أوجه: أحدها: تأويل الشافعي وهو أن

(1) التيسير بشرح الجامع الصغير (472/2)، شرح النووي على مسلم (357/6).

(2) شرح النووي على مسلم (357/6)، بداية الاجتهاد (111/2)، الشرح الكبير (29/4).

وقد ورد النهي في الحديث شاملاً للبائع والمشتري - ويضاف إليهما من على شاكلتهما في عقود المعاوضات - لأن البائع يريد أكل المال بالباطل، والمشتري يوافق على حرام، ويعرض ماله للضياع، وقد نهى عن اضماعه المال⁽¹⁾.

5- النهي عن العريان:

روى مالك بسنده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم "نهى عن بيع العريان".

العريان، ويقال فيه العربون أيضاً هو لغة: أول الشيء، وقيل سمي بذلك لأن فيه إعراباً لعقد البيع أي امصلاًحاً وازالة فساد، لئلا يملكه غيره باشتراؤه.

واصطلاحاً: شراء سلعة، أو إجارة دابة، وتقديم شيء من المال: كدينار ودرهم، على أن أخذ المبيع أو المأجور حسب من الثمن، وإن لم يأخذ تركه يبد البائع من دون أن يرجع عليه بطلبه.

وحكم هذا البيع أنه باطل عند أكثر الفقهاء لما فيه من الشرط والغرر وأكل أموال الناس بالباطل...⁽²⁾

فإن وقع، ففسخ، وإن فات مضي لأنه مختلف فيه، فقد أجازته أحمد، وروى عن ابن عمر وجماعة من التابعين إجازته، ويرد العريان على كل حال⁽³⁾.

⁽¹⁾ شرح النووي (389-388/6)، بداية المجتهد (112/2) المغني (202/4).

⁽²⁾ شرح الزرقاني على الموطأ (250/3-251/3)، القوانين الفقهية لابن جزي (ص 222)، التيسير بشرح الجامع الصغير (472/2)، (سنن أبي داود (283/3) رقم 3502).

⁽³⁾ شرح الزرقاني على الموطأ (251/3).

معمر بن المثنى من أهل اللغة، وأحمد بن حنبل وإسحاق بن راهويه، وهذا أقرب إلى اللغة، لكن الراوي هو ابن عمر وقد فسره بالتفسير الأول وهو أعرف...

وهذا البيع باطل على التفسيرين معاً، للجهل وعدم القدرة على التسليم...⁽¹⁾

والملاقح، والمضامين بيع ما في بطن الحوامل والملاقح بيع ما في ظهور الفحول⁽²⁾.

4- بيع الثمار والحبوب قبل بدو صلاحها:

عن ابن عمر رضي الله عنهما، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم، نهى عن "بيع النخل حتى يزهو وعن السنبيل حتى يبيض ويأمن العاهة، ونهى البائع والمشتري"⁽³⁾.

معنى الحديث الشريف: أن النبي صلى الله عليه وسلم، نهى عن بيع ثمر النخل حتى يبدو صلاحه، بأن يدخله الطيب ويصلح للأكل، كما نهى عن بيع الحبوب وهي ما زالت في سنبالها الخضراء حتى تبيض وتشتت، وحتى يأمن كل من الثمار والحبوب العاهة: أي الآفة من مرض أو جائحة.

أما حكم هذا البيع إن وقع قبل الأوان، وهو بدو الصلاح، فإن العقد يبطل إن اطلق عند الجمهور مالك والشافعي وأحمد وإسحاق والليث والثوري، وكذلك إن شرطت التبقية، لأنه غرر ومن أكل مال المشتري بالباطل، ويجوز أن شرط القطع، لأنه حيث لا غرر فيه، كمن يشتره لعلف الدواب، أو لصلحة أخرى مطلية غير الأكل.

⁽¹⁾ شرح النووي على مسلم (359/6)، بداية المجتهد (111/2).

⁽²⁾ بداية المجتهد (111/2)، مقدمات ابن رشد (347/2) الشرح الكبير (27/4)، بهامش المني.

⁽³⁾ شرح النووي على مسلم (384/6-385).

والغرن ولكن لا كان منصوصا عليه شرعا بالنهي الخاص، ذكره الفقهاء مقيرا ومفصلا عنهما.

العلماء - كما لا يخفى - اجتهادات مختلفة في تقييد اباحة الشروط مع العقود واطلاقها، حسب تقاوئهم واطلاعتهم على ما ورد في شأنها من الأحاديث، فضيق في اباحتها للأئمة: أبوحنيفة والشافعي ومالك، ووسع فيها أحمد إلى حد أن جعل تأثير النهي عن فساد العقد بشرطين، دون الشرط الواحد، أخذنا بحديث عبد الله ابن عمرو قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم:

"لا يحل سلف وبيع، ولا شرطان في بيع، ولا ربح ما لم تضمن ولا بيع ما ليس عندك (سنن أبي داود ج 3 ص 283 رقم 3504) وعلى كل حال فرغم تغاوت اجتهادات الأئمة رحمة الله، في تقييد اباحة الشروط واطلاقها، فانهم متفقون على صحة العقد مع الشرط اذا كان مناسبا له ومؤيدا لمقصوده، كما انهم متفقون على بطلان العقد مع الشرط اذا كان معاكسا لهدفه، بان كان وسيلة وسببا للربا، والغرن وما شابههما من المحرمات⁽¹⁾.

ومن بين النصوص الواردة في النهي عن الشرط المخالف لأحكام الله، ما روته عائشة رضي الله عنها⁽²⁾: أتتها ببيعة تسألها في كتابتها فقالت: إن شئت أعطيت أهلك، ويكون الولاء لي، فلما جاء رسول الله صلى الله عليه وسلم ذكرته ذلك، قال النبي صلى الله عليه وسلم: ابتاعها فاعتقها فانما الولاء لن أعتق، ثم قام رسول الله صلى الله عليه وسلم على المنبر فقال: ما بال أقوام يشترطون شروطا ليست في كتاب الله، من اشترط

6- بيع الأعيان إلى أجل:

أجمع جمهور الفقهاء على عدم جواز بيع الأعيان بعضها ببعض مؤجلة في غير بيع السلم، أو مع تأجيل الثمن، لدخول ذلك في بيع الدين بالدين المنهي عنه، وذلك لما يترتب عليه من عدم التسليم من كلا طرفي العقد، فيكون فيه غرن قال ابن رشد: "واجمعوا على أنه لا يجوز بيع الأعيان إلى أجل، وإن من شرطها تسليم المبيع إلى المبتاع بائتر عقد الصفقة... وانما منع ذلك الجمهور لا يدخله من الدين بالدين ومن عدم التسليم..."⁽¹⁾

روى ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم "نهى عن بيع الكالئ بالكالئ" -أخرجه الدارقطني، وهو بيع النسبة بالنسبة (المصباح)، وروى عن نافع: أنه بيع الدين بالدين، وهذا النهي مختص ببيع الأعيان بعضها ببعض، أو باجتماع الساجيل في الثمن، والثن، أما اذا كان البيع بين الثمينين (المصرف)، فيجوز وأحدهما غائب إذا أنجز الآخر... لقول ابن عمر: "أثبت النبي صلى الله عليه وسلم فقلت: وأحدهما اني أبيع الإبل بالبيع فأتبع بالدنانير وأخذ الدراهم وأبيع بالدراهم وأخذ الدنانير فقال: لا بأس أن تأخذ بيسر يومها ما لم تقترقا وبينكما شيء - رواه الخمسة: "أبو داود والنسائي والترمذي وابن ماجه ولحمد).

وفي الحديث الأول لابن عمر، دليل عدم جواز بيع الدين بالدين، وهو إجماع كما حكاه الإمام أحمد... وكذا لا يجوز بيع كل معدوم بمعدوم⁽²⁾.

رابعاً = الشرط المفسد للعقد والثغنا:

(1) الشرط من الأسباب التي تبطل عقد البيع وشبهه، الشرط المفسد الذي يرجع إلى الربا، أو الغرن أو لهما معاً، وقد نخل في النهي العام عن الربا

⁽¹⁾ بداية الجتهد (117/2).

⁽²⁾ نيل الأوطار (254-255)، بداية الجتهد (217/2) اعلام الموقعين (4/327).

شخص آخر: بعقل يستلني هذا بشرط أن تبيعني دارك، أو تقرضني كذا من المال....⁽¹⁾

-الكليّة: الشرط المفسد للعقد عندهم، أن يشترط مالا يقتضيه العقد، وينافي المقصود منه مثل:

(1) أن يشترط البائع على المشتري أن لا يبيع المبيع ولا يهبه، أو لا يركب الدابة أو السيارة، أو لا يلبس الثوب....

(2) أن يشترط شرطاً يخل بالثمن، كما إذا باع له شيئاً بشرط أن يقرضه مالا فإن شرط القرض يخل بالثمن، أن كان الشرط من البائع يبيع السلعة بنقص، وإن كان من المشتري يأخذها بزيادة، فيتسبب عن ذلك الربا، وأكل أموال الناس بالباطل وهو ظلم⁽²⁾.

-الحناية: من الشروط المحرمة الفاسدة عندالبيع ثلاثة أنواع:

(1) أن يشترط أحد العاقدين على صاحبه عقداً آخر: كأن يبيعه شيئاً بشرط أن يقرضه مقداراً من المال، أو يبيعه داره، أو يؤجر له أرضه، أو يشاركه في تجارة أو زراعة، أو يزوجه ابنته، أو ما إلى ذلك من العقود... فهذا الشرط يبطل العقد.

(2) أن يشترط ما ينافي مقتضى العقد: كشرائه سلعة بشرط أن تروج، فإذا كسدت فإنه يريدها، أو يشترط أن يبيعهها بدون خسارة، فإذا خسرت كانت الخسارة على البائع، أو باع شيئاً بشرط أن لا يبيعه المشتري ولا يهبه، إلى غير ذلك مما يتعارض والمقصود من الشراء في حرية التملك والتصرف، فمثل هذه الشروط فاسدة ملغاة لديهم، ولكن يبقى البيع معها صحيحاً لا يبطل.

⁽¹⁾ اللقح على المذاهب الأربعة (229-228/2).

⁽²⁾ بداية الحقن (120/2)، اللقح على المذاهب الأربعة (130-129/2).

شرطاً ليس في كتاب الله فليس له وإن اشترط مائة شرط" (شرح القسطلاني ج 4 ص 454).

وحسب التفصيل الآتي، أتناول الحديث عن بطلان عقد البيع مع الشرط المفسد عند أئمة المذاهب:

- الحنفية: يفسد البيع عندهم بالشرط إذا كان مقارناً للعقد، كما إذا باع شخص الدار واشترط على المشتري أن يقرض له مقداراً من الدراهم - مثلاً - فهذا الشرط فاسد يفسد العقد.

وضابط الشرط الفاسد عندهم يتلخص في أن يكون من بين هذه الأمور الأربعة: أن يكون مما لا يقتضيه العقد، أو لا يلائمه، أو لم يرد به الشرع والعرف، أو كان لأحد المتعاقدين فيه منفعة.

فالبيع مع هذه الشروط فاسد، لأن المقصود من البيع إنما هو التملك والتملك خاصة: أي أن يكون للمشتري مالاً للمبيع، والبائع مالاً للثمن، بلا مانع ولا مزاحم. بينما هذه الشروط تتنافى مع هذه الرغبة المقصودة أصالة من البيع، فمثلاً: إذا وقع في البيع شرط نافع لأحد المتعاقدين، كان أحد المتعاقدين طالباً لهذا الشرط والآخر هارياً منه، وأدى ذلك إلى النزاع بينهما، فلا يكون العقد تاماً⁽¹⁾.

- الشافعية: يبطل العقد مع الشرط عندهم، إذا كان لا يقتضيه العقد، ولم يكن لمصلحته، وليس شرطاً لصحته، ولا لغواً، فمع انتفاء هذه المعاني والأوصاف، يبقى الشرط المفسد، وهو الذي يضرب بالعقد ويبطله، كما إذا قال

⁽¹⁾ اللقح على المذاهب الأربعة (228-226/2)، شرح الجلاء لعلي حيدر (139/1- تحت المادة:

189)، مقدمات ابن رشد (545-544/2).

تعلم" (1)، فقييد النهي هنا بأن لا تكون معلومة...

فمثال الثنيا المبجلة للبيع وشبهه من عقود المعاوضات، قول القائل بعثك هذه الصبرة، أو هذه الأشجار أو الأغنام، أو الثياب ونحوهما... إلا بعضها، فلا يجوز هذا العقد للجهل بالمستثنى، عكس ما لو قال: بعثك هذه الصبرة، أو الأشجار... إلا ربعها، أو ثلثها، أو استثنى أشجاراً معدودة معينة من بستان كخمس أو عشرة، فيصبح العقد للعلم بالمستثنى (2) والله أعلم.

خامساً: تحريم البيع وقت النداء لصلاة الجمعة:

من الأسباب المحرمة للعقد... مبشروته وإنشاؤه في الوقت المنهي عنه لأجل العبادة، كصلاة الجمعة، التي هي أفضل من الاشتغال بالبيع ونحوه من أمور الدنيا، في الوقت المخصص لها. قال تعالى: "يا أيها الذين آمنوا إذا نودى للصلاة من يوم الجمعة فاسعوا إلى ذكر الله وذروا البيع" (الجمعة: 9).

والوقت المنهي عنه، هو القترن بالأذان الذي يكون فيه الإمام عى المنبر متأهباً للصلاة، بعد الرزاق، وهو الأذان الوحيد المعروف في عهد الرسول صلى الله عليه وسلم.

أجمع العلماء على حرمة البيع... في هذا الوقت، ولكنهم اختلفوا في حكمه إذا وقع، ذهب مالك في المشهور عنه، والحنابلة، وأهل الظاهر، إلى أن العقد باطل يفسخ للآية السابقة، ولقول النبي صلى الله عليه وسلم: "من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو رد" (-رواه مسلم وأحمد عن عائشة = التيسير بشرح الجامع الصغير ج 2 ص 432). وسندهم في ذلك أن النهي عن الشيء يوجب تحريمه وبطلانه ولو كان من خارج...

(1) سنن الترمذي (385/3) - رقم 1290.

(2) شرح النووي على مسلم (403/6)، بداية الجتهد (122/2)، المغني (214/4).

(3) أن يشترط البائع شرطاً يعلق البيع عليه كقوله: بعثك داري أن رضي فلان... وهذا الشرط يفسد البيع عندهم أن لم يستثن أثناء تعليقه البيع بالشرط، فيقول: بعث أن قبل فلان أن شاء الله (1).

وعلى كل حال، فالأصل في مذهب الحنابلة هو تصحيح العقود مع الشروط، ولا يلجأون إلى إبطالها إلا بنص صريح.

أما بقية المذاهب، فشروطهم المفسدة للعقد متفقة المعنى متعارفة الأهداف في الغالب، وهي التي لا يصلح معها العقد لتعارضها مع المقصود منه، لا تشتمل عليه من السبب في الربا أو الغرر أو هما معاً، أو لا تحمل عليه من الظلم في تقييد حرية أحد العاقدين، فيما يحوله العقد باستثناء النوع الرابع من الشروط الذي انفرد به الحنفية وهو: "أن يكون لأحد العاقدين فيه منفعة" الذي علّوه بآثار التنازع وقبح باب الخصام بين العاقدين، ينتج عنه أن يكون أحدهما طالباً لهذا الشرط، والآخر هارياً منه، فيؤدي ذلك إلى النزاع بينهما، فلا يكون العقد تاماً.

ب- الثنيا: ورد النهي عن الثنيا في البيع، ومعناه: استثناء جزء من البيع أثناء العقد، وهو لا يجوز أن كان مجهول المقادير باتفاق.

روى جابر بن عبد الله أن رسول الله صلى الله عليه وسلم "نهى عن المحاقلة والزابنة والمعاومة والمخابرة... وعن الثنيا وخص في العرايا" (2).

وجاء في رواية الترمذي أيضاً بإسناد صحيح عن جابر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم: "نهى عن المحاقلة والزابنة والمخابرة والثنيا إلا أن

(1) بداية الجتهد (120/2)، الفقه على المذاهب الأربعة (130-129/2)، مجموع فتاوى ابن

تيمية (346/29) وما بعدها.

(2) شرح النووي بهامش القسطلاني (403/6).

فما عدا ذلك الجزء على جهة الذنب لم يقب الوقت⁽¹⁾ ، ولذلك مدح الله تاركه البيوع لمكان الصلاة فقال تعالى: " رجال لا تلهيهم تجارة ولا بيع عن ذكر الله وإقام الصلاة وإيتاء الزكاة " (النور: 36).

ونهب الشافعي وأبو حنيفة إلى أن البيع صحيح، محتجين بأن النهي لم يتناول ذات العقد، وإنما انصب على وصف خارج عنه متصل به، وهو الوقت الذي يعلن فيه الأذان لصلاة الجمعة، فإن صادف أن وقع فيه العقد يكون محرماً، ويعتقد صحيحاً لاستيفائه شروطه وأركانه الذاتية.

بعد ما سبق من خلاف العلماء في حكم النهي عن البيع.. قرعت لهم اجتهادات منها: من يفسخ عنه العقد لدى القائلين بفسخه^٢.

فعند مالك والحنابلة يفسخ على من تجب عليه الجمعة، وتقضي أصول أهل الظاهر أن يفسخ على كل بائع.

ومنها: أن الذين قالوا بطلان عقد البيع ووجوب الفسخ من أجله، تردوا في العقود الشبيهة بالبيع في الشغل عن السعي إلى الصلاة، هل تقاس عليه أم لا؟ فكان للمالكية فيها تفصيل:

أولاً = لا تفسخ إن كانت نادرة الوقوع كالنكاح.. وتفسخ إن كان مفعولها جارياً متكرراً عادة: كالاجارة وما في معناها.

ثانياً = نهب ابن العربي إلى " أن الصحيح فسخ الجميع، لأن البيع إنما منع للاشتغال به، فكل أمر يشغل عن الجمعة من العقود كلها فهو حرام شرعاً مفسوخ ردها (الحكم القرآن ج 4 ص 1793-1794).

ثالثاً = قصر الحنابلة وجوب الفسخ على البيع دون غيره من العقود، في المشهور عنهم، لأن البيع يتكرر الاشتغال به فوقع النهي عنه، دون بقية العقود التي يندر الاشتغال بها عن الصلاة فلا تقاس عليه.

أما سائر الصلوات المفروضة، فتلق بصلاة الجمعة بأخر جزء من الوقت المعين للصلاة، فيحرم فيه البيع وما شابهه من العقود.. كما تلحق بها

(1) تفسير ابن كثير (ج 7 ص 12)، أحكام القرآن لابن العربي (ج 1 ص 244)، الجامع لأحكام القرآن، للقرطبي (ج 18/108)، أحكام القرآن للجصاص (ج 3/448)، بداية الجتهد (ج 2/127)، الشرح الكبير بهامش المغني (4/39-40).

الفصل الثاني أسباب عدم النفاذ وال لزوم

تقديم:

نتاول في هذا الفصل الكلام في مبحثين:

-المبحث الأول: أسباب عدم النفاذ

-المبحث الثاني: أسباب عدم اللزوم

فنتقول مستعنيين بالله.

ان من أسباب عدم نفاذ العقد، أن يكون صادرا من ناقصي الأهلية كالصغير غير المميز... فيتوقف نفاذ العقد على إجازة وليه الشرعي، أو على إجازته هو عند ما تكمل أهليته بالبلوغ والرشد، كما يتوقف العقد ولا يتنفذ اذا كان العاقد لا ولاية له، أو الملك على المعقود عليه، كالقضولي والغاصب أو كما كان له عليه ملك أو ولاية ولكن تعلق به حق الغير، كالتاجر والرهون، كما يتوقف العقد كذلك اذا صدر من العاقد تصرف مضر بحق الغير، كالدين والمريض مريض الموت، اذا أضرب بالدينين والورثة.

فيرجع سبب توقف العقد عن النفاذ: إما الى ارادة ناقصة، أو الى محل

ناقص، أو الى تصرف ضار بحق الغير ⁽¹⁾.

ووفق هذا التوزيع، تتفرع أسباب توقف نفاذ العقد الى المطالب التالية:

-المطلب الأول: ناقصي الأهلية.

-المطلب الثاني: عدم الولاية، أو تعلق حق الغير بالمحل.

-المطلب الثالث: التصرف الضار بحق الغير.

(1) مصادر الحق (4/178).

البحث الأول أسباب عدم النفاذ

المطلب الأول: ناقصو الأهلية:

ناقص الأهلية هو الشخص الذي له صلاحية صدور بعض التصرفات والعقود منه دون البعض الآخر، وهو من له أهلية أداء ناقصة، يتوقف نفاذها على رأي غيره، بحيث يكون عنده أصل التمييز، ولكن لا يتوفر على كمال العقل، أما لعدم بلوغه السن التي جعل بلوغها أمارة لكمال العقل، وأما لنقص بين في العقل مع وجود أصل التمييز، وأما لأن العقل قد كمل والسن قد بلغت حدودها، ولكن في تصرفاته ما يدل على نقصان تمييزه المالي.

والأول: هو الصبي المميز قبل الرشد.

والثاني: هو المعتوه المميز الذي لم يبلغ به العتة إلى درجة إخلال العقل

وفقدته، وإنما يكون ضعيف الإدراك والتمييز.

والثالث: السفية الذي يدفعه سفهه إلى قلة أدراكه لنتائج أفعاله، فتأتي

تصرفاته ضارة به في ماله. ويلحق بالسفيه ذو العقلة.

فهؤلاء جميعا يعتبرون ناقصي أهلية الأداء، لأن أصل التمييز موجود

عندهم، ولكن ينقصهم كمال العقل وحسن التمييز⁽¹⁾، وفي ما يلي نتحدث

عن كل واحد منهم بما يناسب من التفصيل:

1- الصغير المميز:

قرر الفقهاء أن الصغير المميز في فترة الاستئثار العقلية قبل الرشد

⁽¹⁾ ضوابط العقد للتركمانى (ص 87-89)، الفصل 135 من مدونة الأحوال الشخصية المغربية.

ومن أسباب عدم لزوم العقد، أن يكون غير لازم بطبيعته لكلا العاقدين أو لأحدهما أو يكون في العقد خیار لهما أو لأحدهما يبيح الفسخ، أو لحالة الفساد عند الحقيقة أو لصورة من صور شوائب الإرادة كالإكراه وتخلف الوصف في الغلط⁽¹⁾.

كما سيأتي تفصيل ذلك في البحث الثاني بحول الله.

⁽¹⁾ نفس المرجع (198/4)، البدائع (300/5)، المدخل الفقهي العام (457/1).

ضرراً خالصاً بماله فأبطلت قبل رشده، لأن المردود بالإبطال لا يقبل الإجازة⁽¹⁾.

2- المعتوه المميز:

المعتوه المميز حسب تعريف المجلة العدلية: "هو الذي اختل شعوره، بحيث يكون فهمه قليلاً، وكلامه مختلطاً، وتغييره فاسداً" (المادة: 945) وهو ناقص العقل كالصغير المميز في الأحكام السابقة، فتكون معتبرة إذا كانت خالصة النفع لاله، وغير معتبرة إذا كانت خالصة الضرر ومتوقفة على إجازة وليه إذا كانت دائرة بين النفع والضرر⁽²⁾.

فقد العتة شعبة من نقص الأهلية، لأن الذي أصيب في عقله إن كان مغلوباً بحيث لا يعقل قط، كان فاقد الأهلية كالمجنون وقد سبق وأن كان يعقل بعض الأمور دون بعض، كان ناقص الأهلية: كالصبي المميز... فتكون عقوده الجائزة في

المعاوضات: كالبيع والشراء والإجازة... موكولة إلى وليه أو وصيه...

إن رأى فيها النفع إجازتها، وأن رأى فيها الضرر منعها وريها، لأن المعتوه ناقص أهلية الأداء، لا يستقل دون وليه بامر هذه العقود⁽³⁾.

3- المسقية:

المسقية في الثالثة: نقص في العقل وأصله الخفة، والسفيه هو الجاهل والأحمق، وشرعاً: هو من عادته التبذير والإسراف في النفقة، لا لغرض، أو

(1) المدخل الفقهي العام... (76-75/2).

(2) النظرية العامة للموجبات والعقود (ص 371-372)، درر المحاكم (672/2) تحت المادة: 978.

(3) الملكية ونظرية العقد... (ص 282-296)، المدخل... لشايب (ص 503).

أهلية أداء قاصرة بالنسبة للمعاملات المالية، نظراً لقلة خبرته في التصرف وعدم معرفته بأحوال الناس، فقسم جمهورهم تصرفاته إلى ثلاثة أقسام:

أما إن تكون نافعة نفعاً محضاً، فتصح ولو بدون إذن وليه، وأما إن تكون ضارة ضرراً محضاً، فتبطل ولو مع إذن الولي، وأما أن تكون محتملة للنفع والضرر⁽¹⁾ فيتوقف نفعانها وإبطالها على ممثله الشرعي، من ولي ووصي ومقدم قاض. وقد سبق الحديث عن الحاليتين الأولى... وبسبب خصوص القول هنا للحالة الثالثة: وهي ما إذا تصرف الصغير المميز في الأشياء المحتملة للنفع والضرر، فعقد البيع ونحوه كالإجازة والرهن والصلح على مال... مما يحتمل الربح والخسارة من العقود التي تتردد بين النفع والضرر...

اشتراط لاقان عقده موافقة ممثله الشرعي، لقصور أهليته، فإن كانت هذه الموافقة بائن سابق عن العقد، صح عقده ونفذ، وإن لم تكن، توقفت على إرادة الولي...، فإن رأى له في العقد مصلحة إجازته، وإن لم تكن برها رده، مستنداً بآثر رجعي إلى وقت وقوعه⁽²⁾.

وينتقل إلى الصغير إذا بلغ سن الرشد حق الإجازة أو رد تصرفاته الموقوفة التي باشروها حال الصغر وهو مميز، ولم يبت فيها ممثله الشرعي بإجازة أو رفض، لأنه متى بلغ الرشد استقل في التصرف بحقوقه، أما إذا سبق لمثله رفضها قبل رشده، فلا يصح له إجازتها بعده، لأن التصرف قد رد بالرفض السابق، والمردود بالإبطال لا يقبل الإجازة، كما أنه لا يجوز لنفس الصغير بعد رشده، أن يجيز ما صدر منه من التصرفات التي كانت

(1) الملكية ونظرية العقد (ص 282)، المدخل الفقهي العام (76-73/2).

(2) القوانين الفقهية لابن جزي (ص 274)، بداية الجتهد (712/2)، المدخل الفقهي العام...

(769-767/2)، المادة: 967 من الحلة.

كتصرفات الصبي المميز، لأنه يعتبر مثله ناقص أعلى الأداء عند جمهور الفقهاء - عدا أبي حنيفة وأصحاب المذهب الظاهري⁽¹⁾، الذين لا يرون التحجير على الحر البالغ العاقل ولو كان سقيها - فتتقسم تصرفاته إلى ثلاث فئات: نافعة ماله تصح وتعتبر، كما إذا قبل الهبة والوصية من غيره، وضارة تبطل، كما إذا وهب أو أوصى أو تبرع بماله، ودائرة بين النفع والضرن: كالبيع والشراء والأجرة، والرهن... يرجع الأمر فيها إلى القاضي أو مقدمه، فإن رآها صالحة لتنمية ماله أمضاها وأجازها، وإن رآها ضارة به ردها وبطلها. جاء في مجلة الأحكام: "السفيه المحجور هو في المعاملات كالصغير المميز، وولي السفيه الحاكم فقط، وليس لأبيه وجده وأوصيائه حق الولاية عليه، (المادة: 990). وجاء فيها أيضا: "تصرفات السفيه القولية بعد الحجر في المعاملات غير صحيحة، ولكن تصرفاته قبل الحجر نافذة كتصرفات سائر الناس" (المادة 991).

يفهم من قول المجلة: (في المعاملات)، أن تصرفات السفيه، في غير المعاملات المالية، والتي لا تقبل الفسخ لدى الحقيقة، وفي رواية عن أحمد بن حنبل: كالنكاح والطلاق والعقاق، لا تأثير للحجر عليه فيها، فتقع منه صحيحة، وقال الشافعي: بعدم صحة زواج السفيه، وجعل المذهب المالكي تزويجه لبناته متوقفا على إجازة الولي كباقي عقود الدائرة بين النفع والضرن، أما طلاقه وعقده لأم ولده، فيفتان⁽²⁾ والله تعالى أعلم وأحكم.

4- ذو العقلة :

ذو العقلة كالسفيه في الأحكام، وفي الخلاف بين العلماء في التحجير

(1) الحل لابن حزم (322/8) وما بعدها.

(2) المغني (397/7)، بداية الجتهد (213-212/2)، القوانين الفقهية (ص 275)، النظرية العامة للموجبات والعقود (337-381)، مواد المجلة : (992 و 994-996).

لغرض لا يعدّه العقلاء من أهل الديانة غرضا...^(*)

وبهذا المعنى جاء في المجلة: "السفيه هو الذي يصرف ماله في غير موضعه، ويبدّر في مصارفه، ويضيع أمواله ويتلفها بالاسراف، والذين لا يزالون يخفون في أخذهم وعطائهم ولم يعرفوا طريق تجارتهم ومتعتهم بحبّ بلاهتهم وخلو قلوبهم يعدّون أيضا من السفهاء" (المادة: 146).

ويستخلص من هذا التعريف، أن السفيه يشمل المبدّر والمصرف والمغفل، وقد ألحق الفقهاء بالتحجير والاسراف العقلة، وهي عدم الاهتمام إلى التصرفات الراجعة بسبب البساطة والبلاهة، وفيها معنى اضعاف المال أيضا. ولعدم محافظة السفيه على أمواله، أوجب الشرع الحكيم الحجر عليه، فقال تعالى: "ولا توتروا السفهاء أموالكم التي جعل الله لكم قِيما، واذقوهم فيها واكسوهم وقولوا لهم قولا معروفا" (النساء: 5).

والسفه عند جمهور الفقهاء، هو عدم الرشد والصلاح في المال فلذا لا يعدّ الفسق وعدم الصلاح في الدين سببا للحجر...، لكن الامام الشافعي في إحدى الروايتين عنه، وفقهاء المدينة من أصحاب مالك قالوا: إن الرشد: معناه الصلاح في الدين والمال معا، فاعتبروا الفاسق سقيها يحجر عليه، لأن سبب الحجر على السفيه لديهم ليس المحافظة على ماله فحسب، بل هو الزجر والعقوبة والتأديب أيضا⁽²⁾.

أثر تصرفات السفيه:

تصرفات السفيه قبل التحجير عليه من قبل الحاكم الذي هو وليه على الرأي الفقهي السائد، تكون صحيحة نافذة، وبعد الحجر عليه تكون بوجه عام

(*) المصباح العقود الثانية من الفصل 144 من مرتبة الأحوال الشخصية المغربية.

(2) السبحة في شرح التحفة (294-308)، النظرية العامة للموجبات والعقود (ص 377-378).

المطلب الثاني: عدم الولاية.

وتتعلق حق الغير بالمعقود عليه:

من أسباب عدم نفاذ عقد البيع وشبهه، أن يكون العاقد لا ملك ولا ولاية له على المعقود عليه، أو له عليه ملك وولاية ولكن تتعلق به حق الغير، فلا يقدّر على تسليمه وقت انعقاد العقد، وذلك كعقد البيع الصادر من الفضولي والغاصب، والمؤجر والراهن:

1- عقد الفضولي:

الفضولي في الفقه الإسلامي: هو من يتدخل في شؤون الغير دون توكيل أو نيابة شرعية، فمن باع مال غيره دون أن يكون وكيلًا بالبيع، أو نائبًا عن المالك فهو فضولي. وكذلك من يؤجر ملك غيره بدون إذنه، ومن يزوّج امرأة من غير نيابة منها، وسائر العقود والتصرفات التي يعقدها ويتصرف بها الشخص في شيء من غير ولاية ولا وكالة يعتبر فيها فضوليًا.

والعقد الذي يتولاه الفضولي يكون موقوفًا على اجازة صاحب الشأن إذا كان له مجيز، كأن يبيع الفضولي عقارًا لشخص رشيد أو لقاصر له أب يرعى شؤونته، أو يعقد تكاح امرأة على رجل قبل أن يستأذنها فتيته... ففي كل هذا يكون عقد الفضولي موقوفًا على اجازة صاحب الشأن، من رشيد، وولي قاصر، والمرأة التي يراد تزويجها إن شاء أنفذ العقد وإن شاء رده وفسخه.

فإن لم يكن للعقد مجيز لم ينعقد أصلًا: كالخلع عن صغير ممیز، فإنه لا يملكه الصغير، ولا الولي، ولا الوصي، فلا ينعقد عقده، لأنه لا فائدة من انعقاده مع توقف نفاذ حكمه.⁽¹⁾

(1) مصدر الحق 183/4-178، الملكية ونظرية العقد (ص 353-356) ضوابط العقد (ص 191)، الملة (378) من المجلة

عليه وعدمه، ذهب أبو حنيفة والظاهرية على أصلهم في حكم ذي الغفلة، إلى أنه لا يحجر عليه كالسفيه، لأنهم لا يرون الحرج على البالغ العاقل إلا إذا عرض له ما أفسد عقله فاعجزه عن تدبير أمره، فيحجر عليه دفنًا لضرر العجز... وذهب جمهور الفقهاء: مالك والشافعي وأحمد وصاحب أبي حنيفة إلى القول بالتحجير عليه، صيانة لملكه ونظرًا له، وحديث مقفد بن حبان رضي الله عنه الذي كان يغيب في البياعات حجة في هذا الموضوع: عن ابن عمر رضي الله عنهما قال: "ذكر رجل لرسول الله صلى الله عليه وسلم أنه يخذع في البيوع فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "من بايعت فقل لا خلاية" فكان إذا بايع يقول: لا خلاية" - رواه مسلم (شرح النووي بهامش القسطلاني ج 6 ص 381) وذو الغفلة يشبه السفيه في سوء تدبير الأموال والاتلافها، وإن كان السفيه يقصد إلى الاتلاف بسبب سوء رأيه وعدم بعد نظره وذو الغفلة لا يقصد إلى الإتلاف ولكن سوء الرأي كان سببًا في التلّف والضياع فالتقى تعاملهما في سوء الرأي والتدبير، فكانت أحكامهما متشابهة، ولو عدّهما باحث نوعًا واحدًا ما جافى الصواب، وما بعد عن التحقيق، فهما في الحكم سواء، وفي المعنى متقاربان جدًا.

لذلك لا يصح من أعمال ذي الغفلة في عقد البيع وشبهه إلا ما يجيزه القاضي أو مقدمه كالسفيه، لأنه ناقص الأهلية مثله.⁽¹⁾

وقد يعبر عن ذي الغفلة بالضعيف، ولعله المراد بالضعيف في قوله تعالى: "وإن كان الذي عليه الحق سفيهًا أو ضعيفًا أو لا يستطيع أن يملّ هو قايلاً وليه بالعدل" (البقرة: 281)⁽²⁾.

(1) الملكية ونظرية العقد لأبي زهرة (ص 295).

(2) تفسير القرطبي في هذه الآية، جاء فيها: "الضعيف هو المدخول العقل الناقص العقلية - المجاز عن الاملاء - وهذا التفسير يشمل المعتوه وذا الغفلة (388/3).

بجواز فسخه وامضائه المالك صاحب الشأن فقط ان وجد للعقد مجيز كما سبق، واعطاء الخيار للمالك في فسخ العقد الموقوف وامضائه مقيد بما اذا لم يكن البيع بحضرته وإلا كان البيع لازماً من جهته أيضاً.⁽¹⁾

2- تعلق حق الغير بالمحل :

ومن أسباب عدم تقاذق العقد، أن يبيع الراهن الشيء المرهون وقد تعلق به حق المرتهن، لدفع الضرر عن نفسه بحبس المرهون الى ان يصل اليه دينه. فإذا باعه الراهن المالك يكون العقد صحيحاً موقوفاً على اجازة المرتهن. فإذا أجاز نفذ البيع على الجميع: البائع والمشتري والمرتهن، وإذا لم يجز توقف عقد البيع، لأن الراهن عاجز عن التسليم لثبوت حق المرتهن في حبس المرهون.

وليس للراهن فسخ البيع الذي صدر منه للمشتري. أما للمشتري فله خيار الفسخ ان لم يعلم بالرهن عند أبي يوسف، وعند أبي حنيفة ومحمد له خيار الفسخ وان علم بالرهن، لأنه اشترى على أساس أن يفتك البائع العين المرهونة من مرتهنها ويسلمها اليه، فإذا لم يفعل فسخ المشتري البيع. أما إذا باع الراهن العين المرهونة للمرتهن نفسه، فإن البيع ينفذ حينئذ بجاهة في حق الراهن والمرتهن دون حاجة الى اجازة⁽²⁾.

ومن اسباب عدم تقاذق البيع كذلك، أن يبيع المؤجر الشيء المأجور الذي تعلق به حق الانتفاع للمستأجر، وهو مثل المرهون الذي تعلق به حق المرتهن في حبس ذات العين. يتعقد صحيحاً موقوف التنفيذ على اجازة المستأجر، فإذا أجاز البيع نفذ في حق الجميع، وانفسخت الاجازة، ووجب على

(1) المسوقي على الشرح الكبير للدبير (12/3)، البائع (151/5).

(2) المبسوط (11/13)، الشرح الكبير للدبير (12-11/3)، الغرشي (17/5) المغني (4/401)، مصادر الحق (195/4).

والعقد الصادر من الفضولي يكون صحيحاً لدى الحقيقة والمالكية وفي رواية لدى الحنابلة، ولكنه موقوف لا ينتج أثراً الا ان يجاز... مثله في ذلك مثل تصرف ناقص الأهلية فيما مر، فيكون للتصرف وجود قانوني، ولكن يوقف أثره فلا تنتقل ملكية البيع - اذا كان العقد بيعاً - الى المشتري، ويتوقف التزام المشتري بدفع الثمن.

جاء في القوانين الفقهية: "فأما الشراء لأحد بغير إذنه أو البيع عليه كذلك فهو بيع الفضولي فينقذ ويتوقف على انز ربه، وقال الشافعي لا ينقذ"⁽¹⁾.

من يحق له فسخ عقد الفضولي قبل الاجازة ؟
بيع الفضولي الموقوف قبل الاجازة، قابل للفسخ من قبل المالك بلا إشكال، ومن جهة المشتري، والفضولي نفسه عند الحقيقة، بمعنى أنه عقد غير لازم لأحد، سواء في ذلك العاقدان: الفضولي البائع، والمشتري منه، والمالك.

فلفضولي أن يفسخ العقد اذا كانت حقوقه ترجع اليه بالاجازة، كعقد البيع والاجازة... لأنه بعد الاجازة يصبح كالوكيل، فترجع حقوق العقد اليه، فيطالب بالتسليم ويخاصم بالعيب، وفي ذلك ضرر به، فله دفعه عن نفسه قبل ثبوته.

وللعائد الآخر (المشتري) أيضاً ان يفسخ العقد قبل الاجازة، لأن الالتزام مازال لم يتقرر عليه بالكامل، بل تقرر عليه شطره الصادر عنه فقط، دون رضا المالك الذي مازال متأرجحاً بين الرضا والقبول.

أما في مذهب مالك، فبيع الفضولي لازم له، وللمشتري ويختص

(1) القوانين الفقهية (ص 212).

فلما لحظ الفقهاء ذلك اتجهوا الى سد هذه الذريعة، فافتوا بأن الدين بدين مستغرق (المفلس) ولو كان غير محجور عليه من قبل القاضي، إذا تصرف تصرفاً يؤدي الى تهريب أمواله من وجه الدائنين.. فإن تصرفه لا يكون نافذاً، بل يتوقف على رضا الدائنين صيانة لحقوقهم، ودفعاً للضرر اللاحق بهم، فإن أجازوه نفذ وإن رفضوه رد وفسخ.

ومعنى هذا أن المديونية أصبحت تنتقص من أهلية التصرف لدى الدين، وتجعله محجوراً حراً عفوياً كالصغير المميز، فتكون عارضا من عوارض الأهلية، يحق معها للغرماء مطالبة الحاكم بالتحجير عليه، ووقف أمواله رهناً اراذلتهم حتى يستوفوا منها ديونهم، أو تقسم بينهم قسمة المحاصة، فإن فوت من أمواله شيئاً بعد الحجر عليه، واستغراق الديون لأمواله، عن طريق البيع بالمحابة، أو عقد من عقود التبرعات، لا يكون تصرفه الضار بالغرماء معتبراً، فيبقى نفاذ عقده، إبطاله متوقفاً على ارادة الدائنين، لأن حقهم متعلق بمال الدين بعد خراب ذمته بالإفلاس...⁽¹⁾

أثر الحجر على تصرفات الدين:

لا يكون الحجر على الدين عاماً يشمل جميع تصرفاته وجميع أمواله، بل هو مقيد من حيث التصرفات ومن حيث الأموال.

فمن ناحية التصرفات، اختلف الفقهاء في تأثير الحجر، فمنهم من منع التصرفات المالية جميعاً، كما ذهب الى ذلك المذهب الحنبلي، والمالكي والشافعي في قول، ومنهم من قصر الحجر على التصرفات المضرة بالغرماء كما ذهب الى ذلك الشافعي في القول الآخر.

ومثال قصر الحجر على تصرفات الدين المضرة بالغرماء: الهيئة بجماله،

⁽¹⁾ القوانين الفقهية لابن جزي (ص 276-277)، المدخل الفقهي العام (2/810-807).

المستاجر، تسليم العين للمشتري، ولكن له حق حبسها حتى يسترد ما عجله من الأجرة، وإذا لم يجز المستاجر البيع توقف في حقه، حتى إذا انقضت مدة الإجارة نفذ، ووجب تسليم العين للمشتري.

وليس للمؤجر فسخ البيع الذي صدر منه للمشتري، أما المشتري فله الخيار في الفسخ إن لم يعلم بالإجارة عند أبي يوسف، وعند أبي حنيفة ومحمد له خيار الفسخ، وإن علم بالإجارة، وفق النهج الذي سلف في بيع المرءون.

وإذا باع المؤجر العين للمستاجر نفسه، نفذ البيع في حقهما دون حاجة الى إجازة، لأن المأجور كالمؤجر إن بيع ممن هو في حوزته انتقت الحاجة إلى قدرة التسليم⁽¹⁾.

المطلب الثالث: التصرف الضار بحق الغير: المديونية ومرض الموت:

من أسباب عدم نفاذ عقد البيع وشبهه، المديونية ومرض الموت وما في معناه من الأسباب. باب المضرة بالغير، فإنهما وإن كان لهما من عوارض الأهلية الظاهرة إلا أنهما يعلمان حكماً لا لهما من التأثير النفسي على أهلية الأداء لدى صاحبها فيضعفانها ويجعلانها ناقصة.

⁽¹⁾ المديونية:

الأصل في اجتهاد الفقه الاسلامي، أن الديون التي تتركب الشخص مهما كان مبلغها، سواء كانت مستغرقة لئاله أم لا، لا تؤثر على أهلية الأداء لدى الدين في التصرف... لكن مرور الزمان على الناس جعلهم يتخفون من هذا الحكم متقنين للاحتيال وذريعة يرجع اليها الدين لأخفاء أموالهم، عن طريق التبرع، أو البيع بالمحابة لأقاربهم وأصدقائهم أو جهات خيرية، فقرار من تسديد الدين استحقاقه.

⁽¹⁾ مصادر الحق (4/196-197)، المغني (6/47-46).

في عدم لزوم العقد بالنسبة إلى من ثبت له الخيار، فإذا وجد العيب في المعقود عليه البيع أو المأجور... كان العقد صحيحاً نافذاً في ذاته، إلا أنه غير لازم بالنسبة للمشتري أو المستأجر ومن في معناهما ممن له الخيار لأن الشرع قد أعطاه الحق في اختيار أحد الأمرين: إمضاء العقد أو فسخه، فإن اختار الإمضاء أخذه بقبضه، وإن اختار الفسخ رد المعقود عليه واستخلص ثمنه من البائع، هذا الحكم إذا لم يتقأ أن يمسك المشتري السلعة ويعطيه البائع قيمة العيب، أما إن اتقأ فعامة الفقهاء يجيزون ذلك.

وهناك كذلك بعض الاستثنائات يمكن فيها لمن له الخيار أن يمسك المعقود عليه، ويرجع بما نقصه العيب، إذا تضرر الرد كالتسبب من البائع إذا عيب البيع بيده قبل القبض، أو بالبائع حكماً إذا امتنع الرد لحق البائع، أو لحق الشرع بأن نقص أو زاد البيع العيب في يد المشتري⁽¹⁾.

وضمن البيع المرود بالعيب، ومؤنته يكونان على المشتري، وغنته له، لأن "الخراج بالضمان"⁽²⁾، ولا يرد غنته ولا يرجع بما أتفق عليه.

ويتقأ خيار العيب إلى الوارث عند الأئمة الثلاثة: مالك والشافعي وأحمد بناءً على أصلهم، وهو أن الحقوق المتعلقة بالمال تورث كالمال، وينتقل إليه هذا الحق عند الحنفية كذلك، لكن لا على حق موروثة، بل على أن الورثة خلفاء الميت في هذا المال...⁽³⁾ والله أعلم بالصواب.

⁽¹⁾ بداية المجتهد (2/34-135)، الشرح الكبير (4/87-86)، المدخل في التعريف بالفقهاء الإسلامي (ص 612-611)، ضوابط العقد (ص 222-221)، دور الحكام (1/283).

⁽²⁾ التيسير بشرح الجامع الصغير (1/353)، القوانين الفقهية (ص 229)، دور الحكام (1/283).

⁽³⁾ المدخل في التعريف جامع الصغير بالفقهاء الإسلامي (ص 615)، دور الحكام (1/283).

المتجالية في أضداد الشروط السابقة، أو الموانع التي تحيله إلى أخذ التعويض عن النقصان إذا تضرر الفسخ معها وهي:

1- النقص الحادث في يد من له الخيار بغير فعله.

2- التغيير الذي يحدث بفعله: كثوب قطعه قبل العلي بالعيب.

3- الزيادة المتصلة بالمعقود عليه: كالسمن في الدواب، والزيادة المنفصلة المتولدة كنتاج الدابة، وصبيغ الثياب... إلى آخر هذه الأسباب التي تمنع الرد وتجيز المطالبة بالتعويض عن النقص الحاصل في البيع بالعيب⁽¹⁾.

العقود التي يدخلها خيار العيب:

يثبت خيار العيب في عقود المعاوضات المالية المعينة: كثره الحيوان، أو استئجار الدار...

أما عقود غير المعاوضة: كالترعات، فلا يثبت فيها خيار العيب، وكذلك عقود المعاوضة التي موضوعها شيء غير معين بالذات، بل بالصفات: كالسلم فيه، فلا يثبت فيها خيار العيب، لأن العبرة في صحة هذا النوع من العقود أن تتحقق الأوصاف المتفق عليها في المعقود عليه، فإن لم تتحقق ردت بذلك⁽²⁾.

أثر خيار العيب في العقد:

هذا الخيار لا يؤثر في ترتيب أحكام العقد باتفاق الفقهاء، بل الأحكام ترتب عليه بمجرد تمام انعقاده لا يؤخرها ثبوت ذلك الخيار وإنما أثره يظهر

⁽¹⁾ القوانين الفقهية (ص 229)، الملكية ونظرية العقد (ص 406 - 407)، المدخل في التعريف بالفقهاء الإسلامي (ص 612 - 613)، ضوابط العقد (ص 222 - 223)، الرواد: 341 - 344 - من الجلة.

⁽²⁾ المدخل في التعريف بالفقهاء الإسلامي (ص 611)، ضوابط العقد (ص 218)، دور الحكام (1/283)، المادة: 228، من مرشد العيران، بداية المجتهد (2/131).

كالشيوخ يفسد الرهن مثلاً، والتوقيت يفسد البيع، وعدم التوقيت يفسد الإجازة، وعدم التقاض في مجلس العقد يفسد عقد الصرف⁽¹⁾.

ب) الأسباب العامة:

من الأسباب العامة لفساد العقد عند الحنفية، الجهالة، والغرور والإكراه، والشرط التقيدى المنوع. وفيما يلي تفصيلها:

1- الجهالة: ويشترط في الجهالة التي تفسد العقد أن تكون فاحشة مفضية إلى نزاع مشكل بين المتعاقدين، كما لو باع إنسان شاة غير معينة من قطع غنم، فالبايع قد يريد إعطاء الرديئة بحجة عدم التعيين، والمشتري يريد الجيدة بحجة عدم التعيين كذلك⁽²⁾.

2- الغرور: والقصود به هنا الغرر في الأوصاف والقادير وشبهها من النواحي الفرعية، الذي يوجب فساد العقد، لا الغرر في أصل العقود عليه الموجب للبطلان، كبيع الحمل في بطن أمه⁽³⁾.

3- الإكراه: اختلف الرأي في الاجتهاد الحنفي حول أثره في العقود، هل يفسدها، أو يجعلها موقوفة؟

- ذهب الإمام أبو حنيفة إلى أن الإكراه يفسد العقد.. وتترتب عليه سائر أحكام العقد الفاسد..

- وذهب زفر بن الهذيل إلى أن العقد مع الإكراه صحيح موقوف لا فاسد، فلا يفيد حكمه بالتنفيذ، بدليل أنه يقبل الإجازة بعد زوال الإكراه باتفاق الآراء في الاجتهاد الحنفي⁽⁴⁾.

(1) المدخل الفقهي العام... (697-688/2).

(2) نفسه (689/2).

(3) المدخل الفقهي العام... (693/2).

(4) نفسه (695/2).

المطلب الثالث: حالة الفساد عند الحنفية:

من أسباب عدم لزوم العقد، حالة الفساد، وهي نظرية حنفية المنشأ في الفقه الإسلامي، فقد اقتص بها هذا المذهب، وقررها للدلالة على حالة يعتبر فيها العقد مختلاً اختلالاً يجعله في مرتبة تتراجع بين البطلان والصحة، فلا هو بالعقد الباطل غير المنعقد، كما هو الحال في البطلان، ولا هو بالعقد الصحيح التام الاعتبار، لأن فيه اختلالاً بنظام التعاقد، ولو أن هذا الاختلال في ناحية فرعية غير جوهرية فيه.

ومن ثم يعرف العقد الفاسد في نطاق الفقه الحنفي بأنه:

العقد المشروع بأصله لا بوصفه.. وبعبارة أوضح: الفساد: هو اختلال

في العقد المخالف لنظامه الشرعي في ناحية فرعية متممة يجعله مستحقاً

الفسخ⁽¹⁾.

ورفق هذا التعريف، فإن حالات فساد العقد ترجع إلى سبب واحد عام

هو: مخالفة العقد في ناحية فرعية متممة، لا في ناحية جوهرية فيه،

ويلاحظ أن هذا السبب العام، يبرز في العقود بصورة عديدة، يمسك بها

فقهاء الحنفية ويحدونها في كل عقد، فتعتبر هي السبب المباشر... وهذه

الأسباب تنتزع إلى خاصة وعامة:

1) الأسباب الخاصة:

الأسباب الخاصة لفساد العقد، ينحصر تأثيرها في بعض العقود دون

بعض، ويرجع في معرفتها إلى شرائط الصحة في كل عقد على حدة، وذلك

(1) المدخل الفقهي العام (687/2)، المادة: 109 كمن الجمل، أحكام المعاملات في الفقه

الإسلامي للدكتور خالد عبد الله عبد (ص 189) ط، استأنصيل 1977، الغرور

للقرافي (86-82/2) = الفرق: 70، الملكية ونظرية العقد للشيخ محمد أبي زهرة (ص

372-371).

لأنه عنه، فإن لم يفعل اختياراً، فسحّه القاضي جبراً عليهما متى علم بذلك، إلا إذا تعلّق بالمعقود عليه حق للغير، كان باععه المشتري لغيره، أو وهبه وقبضه الموهوب له، أو رهقه.. أو تغير عما كان عليه قبل القبض، كما لو كان المبيع شاة فزبحها المشتري، أو غزلاً ففسحه، أو أرضاً ففرضها أشجاراً، أو أقام عليها بناءً، أو هلك المبيع، أو استهلك.. فعندئذ يلزم المعقد، ولا يمكن الفسخ لغوات المحل، ولأجل استقرار التعامل بين الناس⁽¹⁾.

علي أن ثبوت الحكم في العقد الفاسد عند تنفيذه بالقبض والتسليم لا يعني ثبوت الحقوق المتقابلة بحدودها المعتبرة أثناء التعاقد: كالثمن المسمى في البيع والإجارة، بل يحولها الفساد إلى قواعدها الأصلية، وهي قيمة المبيع أو أجره المثل، التي توجب التعادل في التبادل، لأن الحدود الاتفاقية في العقد قد فسدت بفساده⁽²⁾.

(1) مستخلص من البائع (5/299-305)، المدخل الفقهي العام... (698/2-703)، مصادر الحق (4/273)، الملكية ونظرية العقد للدكتور أحمد فراج حسين (ص 303)، المادة: 272 من البعثة.

(2) البائع (4/218).

4- الشرط الفاسد: ويكفي الأسباب الثلاثة السابقة في العموم الشرط الفاسد: وهو الشرط التقييدي المنوع، لأن الاجتهاد الحقيقي يعتبر كل شرط متضمن لمنفعة زائدة على أصل مقتضى العقد مخالفاً وفسداً للمعاوضة المالية، كما لو اشترط في البيع حمل المبيع على حساب البائع، أو إقراض أحد المتبايعين للآخر قرضاً، ونحو ذلك⁽¹⁾.

أثر العقد الفاسد:

أثر العقد الفاسد: أنه يفقد المالك إذا اتصل به القبض بأن من البائع صراحة أو دلالة.. لأن الخل فيه ليس في أركانه وشروطه، بل في وصف من أوصافه، ومن ثم اعتبر العقد موجوداً شرعاً، إلا أنه نظراً لما يترتب على تنفيذه من التنازع بين العاقدین، نهى عنه الشارع، وأوجب عليهما عدم تنفيذه، بل فسحه، واعتبر تنفيذه معصية تستوجب العقوبة، فإن لم يفعل ذلك، قام القاضى بفسحه جبراً عليهما، لماله من الولاية العامة، ورعاية أحكام الشريعة.

فالعقد الفاسد إذن وسط بين الصحيح والباطل، يشبه الصحيح من حيث سلامة مقوماته وانعقاده، ويشبه الباطل من ناحية ما فيه من الخل، فتكون أحكامه:

أولاً: ثبوت المالك في المعقود عليه، إذا اتصل به القبض، فلو باع صديق لآخر سيارة بعشرة آلاف درهم مؤجلة إلى وقت مسيرته، وقبل المشتري، واستلم السيارة بإذنه... ملكها، نظراً لأصل الانعقاد، إلا أنه نظراً للنهي عن مثل هذا العقد يعتبران آمين.

ثانياً: على العاقدین فسخ العقد الفاسد، سواء قبل القبض أو بعده،

(1) نفسه (1/477-497/2).

القسم الثاني

العقود المسيرة لعقد البيع في الاحكام العامة

كالدكتور عبد الرزاق السنهوري في "مصادر الحق"، والشيخ محمد أبي زهرة في الملكية ونظرية العقد، والشيخ مصطفى أحمد الزرقاء في المدخل الفقهي العام والدكتور صبحي محمصاني في النظرية العامة للموجبات والعقود.

وفيما يلي، نحاول أن نعالج أسباب صحة العقود المسايرة للبيع، وآثارها التي يتضمنها هذا القسم الثاني، في بابين:

الباب الأول: العقود المسايرة للبيع في أسباب صحته وآثاره، نتناوله

في فصلين:

الفصل الأول: أسباب صحة العقود المسايرة للبيع.

الفصل الثاني: آثارها.

الباب الثاني: العقود المسايرة للبيع في أسباب البطلان، وعدم النفاذ وال لزوم، نتحدث عنه في فصلين كذلك.

الفصل الأول: أسباب البطلان.

الفصل الثاني: أسباب عدم النفاذ وال لزوم -

تقديم:

للعقد - عموماً - أظهر موضع في كتب الفقه الإسلامي، ويستغرق من بحثه حيزاً كبيراً. وظاهر أنه أهم مصدر لإنشاء الالتزام في شتى مجالات التصرف بين الناس، سيما في مجال البيع الذي نحن بصدد اعتباره محورا ترجع إليه، وتقاس بأحكامه كثير من أحكام العقود الأخرى، وخصوصاً منها عقود المعاوضات والتعليلات.

فإذا كان من المسلم به أن الأحكام الخاصة للعقود، تختلف بين عقد وآخر، باختلاف مواضيعها حسب مسمياتها التباينة، بحيث أن ما يدل عليه مفهوم عقد البيع من التمليك والتملك للذات مقابل عوض، ليس هو ما يدل عليه مفهوم عقد الإجازة من تمليك منفعة الذات مقابل أجر، وليس مفهومهما معاً، هو ما يدل عليه مفهوم عقد النكاح، الذي يكون موضوعه الزوجين نفسيهما... فينشأ عنه حلية المعاشرة..

فإن هناك أحكاماً عامة مشتركة بين العقود يمكن أن تجتمع تحت نظرية واحدة، لم يعالجها فقهاء المسلمين القدامى - وإن لمحوها بإشارات متعددة إلى تواجد هذه الأحكام في عقد البيع - بل تناولوا العقود المسماة.. وبحثوا كل عقد على حدة في أركانه وفي أحكامه بحثوا البيع والهبة والإجازة بأنواعها، والمزاولة والمساقاة والشركة والعارية والقرض والوديعة والكفالة والحوالة والرهن والصلح الخ..

ومن الأحكام التي قروها في هذا الصدد، يمكن للباحث أن يستظهر القواعد المشتركة بين هذه العقود جميعاً، فيستخلص منها نظرية عامة للعقد، وهذا ما فعله فقهاء الشريعة الإسلامية المعاصرون في مؤلفاتهم الحديثة.⁽¹⁾

⁽¹⁾ مصادر الحق (40/1)

الباب الأول العقود المسيرة للبيع في أسباب صحته وآثاره

في هذا الباب، نحاول عرض وبيان الأحكام العامة التي توافق فيها بعض العقود المسماة عقد البيع، وتكون من أسباب صحتها وآثارها مع الإقتصار على الإشارة إلى المهم من تلك العقود وأحكامها. ومع الإشارة أحيانا كذلك إلى ما تقارقه فيه من الأحكام الخاصة للتمييز بينها وبين البيع. هذا، ولا نخفي على القارئ الكريم قلقي وترددي من الإقدام على البحث في هذا الموضوع، الذي قل فيه التثيل في التأليف مستقلا، حسب هذه الطريقة الهادفة إلى الموازنة والمقارنة بين البيع والعقود المماثلة له في الأحكام العامة.. فكثيرا ما توقفت وأردت العدول عن السير في البحث، لولا بوادر أمل يظهر أمارات مستقرقة في ثنانيا المؤلفات الفقهية ضمن أبواب هذه العقود، يصعب في الغالب ادراكها وجمعها ثم تنسيقها للتأليف، ولكن كما يقال: ما لا يدرك كله لا يترك جله، بل أقله.

وعسى أن يكون في مساعي التواضع هذا، مجال للمقول الشايع ممن يهفو من عشاق البحث في الفقه الإسلامي، إلى أن يجتهد ويواصل البحث في هذا المسلك من المقارنة، حتى يمكن لالفقه الإسلامي أن يتبوأ مكانته العظيمة من جديد بين العلوم المتطورة في هذا الزمان، ويفني المسلمين عن استيراد تلك القوانين الوضعية الأجنبية المفروضة، ويصبح الفقه الإسلامي أفضل وأحسن مما كان عليه في سالف عهده، صالحا للاعتماد عليه مستقلا، وما ذلك على همة الشباب المسلم بعزير.

الفصل الأول العقود المسايرة للبيع في أسباب الصحة

المراد بأسباب صحة البيع والعقود المسايرة له، توفر هذه العقود على الأركان والشروط والأوصاف، من العناصر والمقومات العامة التي تكونها، وتكون سببا في إجادها صحيحة.

نحاول في هذا الفصل المقارنة بين أركان وشروط هذه العقود، مع أركان وشروط البيع، وفي الفصل الثاني نقارن بين آثارها وآثار البيع كذلك، فنقول وبالله التوفيق.

لما كانت أركان عقد البيع حسب ما ذهب إليه جمهور الفقهاء: المالكية والشاقعية والحبالية - دون الحنفية - ترجع الى ثلاثة وهي:

العائد، والمعقود عليه، وصيغة العقد، مع امكان اضافة السبب الباعث كما سبق - متبوعة بشروطها وأوصافها، فان هناك عقودا أخرى للمعاملات مثل البيع، تشركه في هذه الأركان والشروط.. ووجه المشاركة بينها وبينه، أنها تشتمل مثله على متعاقدين بمنزلة المتبايعين، وعلى عوضين بمنزلة الثمن والثمن، وعلى الصيغة التي لا بد منها في كل عقد بين الطرفين، وعلى السبب المشروع.⁽¹⁾

وفيماء يلي نورد بعض هذه العقود التي تمكن مشاركتها للبيع في الأركان والشروط، كنماذج وأمثلة وهي:

الاجارة، (وفي ضمنها المساقاة، والزراعة، والمغارة، والقرض)

(1) القوانين القبية لابن جزي (ص236).

المبحث الأول: الإجارة

تتعقد الإجارة مثل البيع مع وجود الأركان الأربعة بشرطها، وهي:
العاقد، والمعقود عليه، والصيغة، والسبب.

(1) العاقد، وهو (المؤجر والمستأجر) بشرطه التي منها أن يكون المؤجر والمستأجر، وهما بمثابة المتبايعين في عقد البيع، ذوي أهلية للأداء عاقلين مميزين، وأن يفهم كل منهما كلام الآخر أو فعله، أثناء الإيجاب والقبول، سواء أكان بالإجارة اللفظية، أو بوسائل وبدائل أخرى: كالكتابة، والإشارة..

(ب) المعقود عليه: (المنفعة والأجرة)، فلا بد لانعقاد الإجارة صحيحة عليهما، أن تكون المنفعة والأجرة محلا صالحا للعقد عليه، مباحا شرعا، كالبيع والتمن في البيع. فلا يجوز مثلا استئجار سلاح من شخص للقتل به في غير حق، واستئجار البغايا للزنا، والنائحات للنوح.. وأن تكون المنفعة مقيمة عند غير أبي حنيفة من المذاهب، وأن تكون مملوكة، وأن تكون مقدورة التسليم.. وأن تكون معلومة⁽¹⁾ -

(ج) الصيغة (الإيجاب والقبول): هي في الإجارة كالبيع، تكون بالعبارة اللفظية الصريحة وهي الأصل، كأجرتك هذه الدار بألف درهم في الشهر، أو هذه السيارة لمسافة كم كذا بكذا، أو ما يقوم مقامها من وسائل التعبير الأخرى: كالكتابة، والمراسلة والإشارة، والمعاطاة.. وتتفق الإجارة كذلك مع

والشركة، والقسمة، والشفعة، والصلح على مال، ودية الثواب، والقرض، هذه المعقود وغيرها من عقود المعاوضات، تشترك البيع في الأركان والشروط العامة، وتقارقه بطبيعة موضوعها في الأحكام الخاصة، تقتصر على مقارنة أربع منها بالبيع في الأركان والشروط وهي:

- 1- الإجارة
- 2- الشفعة
- 3- القسمة
- 4- الصلح

(1) الفروق لأبي العباس القرافي (4/43)، الملكية ونظرية العقد للدكتور أحمد فراج حسين (ص160).

المبحث الثاني: الشفعة

الشفعة لغة من شفعت الشيء اذا ضمته وثبته الى آخر، ومنه شفّع الأذان، وسميت شفعة لضم نصيب الى نصيب^(١).

وفي الشرع: حق تملك قهري يثبت للشريك القديم على الحادث فيما ملك يعوض^(٢). شرعت بالسنة والاجماع، عن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما قال: قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشفعة في كل ما لم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة مستحق عليه^(٣). وأجمع المسلمون على ثبوت الشفعة للشريك في العقار ما لم يقسم، والمراد بالعقار: الأرض وتوزيعها المبنية فيها للدوام: كالبناء وتوزيعه من الأبواب والرفوف والسامير وحجري الطاحون والأشجار. قال العلماء: الحكمة في ثبوت الشفعة ازالة الضرر عن الشريك، وخصصت بالعقار لأنه أكثر الأنواع ضرراً، واتفقوا على أنه لا شفعة في الحيوان والثياب والأمتعة وسائر المنقول... وشذ بعضهم فانثبت الشفعة في العروض، وهي رواية عن عطاء قال: ثبتت في كل شيء حتى في الثوب.. وعن الإمام أحمد رواية أنها تثبت في الحيوان والبناء المنقور^(٤).

وأركان الاخذ بالشفعة كآركان البيع: الشافع، والمنشفوع فيه، والمنشفوع به، والصيغة، ويشترط في هذه الأركان ما يشترط في أركان

(١) المصباح.

(٢) شرح القسطلاني (١٢٢/٤).

(٣) نفسه (١٢٢/٤-١٢٣)، شرح النووي على مسلم (ج ٧ بهامش القسطلاني (ص ٤٥).

(٤) مستخلص من شرح النووي على مسلم (٤٥/٧-٤٦).

البحث الثالث : القسمة

وأصلها من الكتاب قول الله تعالى في قسمة الإرث: "للرجال نصيب مما ترك الوالدان والأقربون وللنساء نصيب مما ترك الوالدان والأقربون مما قل منه أو كثر نصيباً مفروضاً، وإذا حضر القسمة أولوا القربى واليتامى والمساكين فارتزقوهم منه وقولوا لهم قولا معروفاً"⁽¹⁾.

وقوله تعالى: "ونبئهم أن الماء قسمة بينهم كل شرب محضر"⁽²⁾. وعن أبي سلمة بن عبد الرحمن بن عوف أن رسول الله صلى الله عليه وسلم: قضى بالشفعة فيما لم يقسم بين الشركاء فإذا وقعت الحدود بينهم فلا شفعة فيه⁽³⁾. وقسم النبي صلى الله عليه وسلم خبير على ثمانية عشر سهماً، وكان يقسم الغنائم.

وأجمعت الأمة على جواز القسمة، ولأن بالناس حاجة إلى القسمة ليمكن كل واحد من الشركاء من التصرف...⁽⁴⁾.

والقسمة كالبيع في الأركان والشروط، ينزل فيها الطرفان القاسمان -أو الأطراف- منزلة المتبايعين، ويعتبر المال المقسوم بمثابة الثمن والمتمن على التبادل، كما يعتبر التراضي بالصيغة للغة، أو ما يوجب متابها من الرسائل الدالة على الإيجاب والقبول.

وهي من العقود اللازمة كالبيع، لا يجوز للمقاسمين تقضها ولا الرجوع فيها، إلا بالطوارئ التي تجيز الفسخ: كالغبن، أو وجود عيب، أو استحقاق⁽⁵⁾.

(1) النساء 7 و 8

(2) القمر : 28

(3) شرح الزرقاني على الموطأ (3/376)

(4) المغني لابن قدامة الحنبلي (11/488)

(5) بداية المجتهد (2/203-204). القوانين الفقهية (ص 245).

البيع، بل اعتبرها ابن نجيم الحنفي بيعاً في جميع الأحكام...⁽¹⁾ فيعتبر الشافع بمثابة المشتري في ركنية العقد، وفيما ترتب عنه من الشروط كما يعتبر الشفوع فيه والشفوع به، بمنزلة المبيع والثمن في كونهما محلاً صالحاً للعقد عليه، وكذلك القول في الصيغة، تكون بعبارة لفظية، أو كتابية أو إشارة مفهومة للمراد...

والشفعة كما تكون في البيع تكون في سائر المعاوضات: كالمهر والخلع والصلح عن الدم... فإن صار الحظ للشفوع عليه بغير راث، فلا شفعة فيه اتفاقاً، وإن صار له بهية، ففيه قولان: قيل تجب الشفعة وقيل لا تجب، وقصرها أبو حنيفة على البيع.

والشهور عن مالك أن الشفعة إنما تجب إذا كان انتقال الملك بعرض: كالبيع والصلح والمهر وأرش الجنائيات وغير ذلك، وبه قال الشافعي: وعنه رواية ثانية أنها تجب بكل ملك انتقل بعرض أو بغير عرض، كالهبة لغير الثواب والصدقة، ما عدا الميراث فإنه لا شفعة عند الجميع فيه باتفاق⁽²⁾.

ويأخذ الشافع⁽³⁾ للشفوع فيه بالثمن الذي بيع به إن كان مقدراً، وإن كان غير مقدراً كما إذا دفع الشقص في خلع أو صلح. أخذ بقبضته، قال ابن جزي: "فإننا وجبت الشفعة لشريك وقام بها، فإنه يأخذ الحظ للشفوع بالثمن الذي صار به للشفوع عليه فإن كان حلاً على الشفوع عليه، حل على الشافع، وإن كان مؤجلاً على الشفوع عليه أجل على الشافع، وإن لم يأخذ الشفوع عليه بشئ معلوم كفه في مهر أو صلح أخذ الشافع بقبضته"⁽³⁾.

(1) الأشباه والنظائر (ص 279).

(2) بداية المجتهد (2/193-195).

(3) كل من الشافع والشافع اسم فاعل... (المصباح).

(4) القوانين الفقهية (ص 246-247).

البحث الرابع: الصلح

الأصل في الصلح الجواز لقوله تعالى: "والصلح خير" (النساء: 127) وللصلح أنواع ثلاثة: صلح عن اقرار المدعي عليه، وصلح عن انكاره، وصلح عن سكوته من غير اقرار ولا نكار.

والصلح عن هذه الأنواع كلها جائز عند الحقيقة والمالكية، لأن الله تعالى وصفه بالخير وجوز الشافعي الصلح عن اقرار فقط، واعتبر الصلح عن انكار من أكل أموال الناس بالباطل.

والصلح أركان وشروط كالبيع، فمن أركانه، العاقد المصالح، والمعقود عليه المصالح عليه وبه، وصيغة التصالح من إيجاب وقبول.

وأما شرائط هذه الأركان فأنواع: بعضها يرجع إلى العاقد المصالح وبعضها يرجع إلى المصالح عليه، وبعضها يرجع إلى المصالح به.

أما الذي يرجع إلى المصالح فأنواع منها: أن يكون عاقلاً وهذا شرط في جميع التصرفات، فلا يصح صلح المجنون والمصبي الذي لا يعقل - كالبيع - لانعدام أهلية التصرف، ولا يشترط البلوغ، بل يصح صلح الصبي المميز المأذون في الجملة إذا كان له نفع، أو لا يكون له فيه ضرر ظاهر مثال ذلك إذا وجب للصبي المأذون على انسان دين فصالحه على بعض حقه، فإن لم يكن له عليه بينة جاز الصلح، لأن المال المصالح به على دينه أفضل له من الخصومة والحلف.

وبعضها يرجع إلى المصالح عليه منها: أن يكون مالا متوقفاً، فلا يصح الصلح على الخمر والميتة والدم ومسد الإحرام والحرم وكل ما ليس بمال لأن في الصلح معنى للمعاوضة فمالا يصلح عوضاً في البياعات لا يصلح

ويجب أن تكون شروط أركان القسمة سالمة حتى تتعقد صحيحة، مثل سلامة شروط أركان البيع، فتتعقد - مثلاً - من عاقدين ذوي أهلية للأداء، وولاية مالية برضاهما، على معقود عليه صالح للعقد... غير محرم الذات، ولا مشتمل على الربا والغرر الكثير، والشروط الفاسد، بإيجاب وقبول مقترنين في مجلس العقد ومتوافقين في المضمون.

قال ابن نجيم الحنفي: "القسمة الفاسدة لا تغيد الملك بالقبض، وهي تبطل بالشروط الفاسدة"، وقال أيضاً: تنتقض القسمة بظهور دين أو وصية، إلا إذا قضى الورثة الدين ونفذوا الوصية⁽¹⁾. والقسمة في بعض صورها تعتبر بيعاً من البيوع لا شبيهة به فحسب، قال ابن رشد الحفيد: وأما القسمة بالتراضي سواء كانت بعد تعديل وتقويم، أو بغير تقويم وتعديل، فتجوز في الرقاب المتفقة والمختلفة لأنها بيع من البيوع، وإنما يحرم فيها ما يحرم في البيوع⁽²⁾.

⁽¹⁾ الأشباه والنظائر (ص 281)

⁽²⁾ بداية المجتهد (2/ 201).

ورفق ما سبق، يمكن أن تقابل في الجملة أركان وشروط بقية عقود المعاوضة الأخرى غير المذكورة، بأركان وشروط عقد البيع، التي هي أسباب عامة لصحة العقد: كالشركة، والقراض، والقرض، وهبة الثواب..

ومن الملاحظ في هذه المقاربة، أن فقهاءنا رحمهم الله، كانوا كثيراً ما يستغنون عن ذكر هذه الشروط العامة ضمن العقود المماثلة للبيع، بل يكتفون بالإشارة إلى ورودها في بابها... كما سبقت حالة ابن رشد عليه في بداية المجتهد⁽¹⁾ وهو يتحدث عن شروط الصلح: ولا خلاف في مذهب مالك أن الصلح الذي يقع على الإقرار يراعى في صحته ما يراعى في البيوع.. وأما الصلح على الانكار فالشهور فيه عن مالك وأصحابه أنه يراعى فيه من الصحة ما يراعى في البيوع كذلك والله تعالى أحكم وأعلم بالصواب.

بذل الصلح⁽¹⁾ . وفي هذا الصدد قال ابن رشد الحفيد: ولا خلاف في مذهب

مالك أن الصلح الذي يقع على الإقرار يراعى في صحته ما يراعى في البيوع، فيفسد بما تقسد به البيوع من أنواع الفساد... ويصح بصحته، وهذا مثل أن يدعي إنسان على آخر دراهم فيصالحه عليها بعد الإقرار بدنانير نسبية، وما أشبه هذا من البيوع الفاسدة من قبل الربا والغرر، وأما الصلح على الانكار فالشهور فيه عن مالك وأصحابه أنه يراعى فيه من الصحة ما يراعى في البيوع، مثل أن يدعي إنسان على آخر دراهم فينكر، ثم يصالحه عليها بدنانير مؤجلة، فهذا لا يجوز عند مالك وأصحابه، وقال أصبغ: هو جائز، لأن المكروه فيه من الطرف الواحد، وهو من جهة الطالب، لأنه يعترف أنه أخذ بدنانير نسبية في دراهم حلت له. وأما الدافع فيقول: هي هبة مني⁽²⁾.

حكم الصلح:

وحكم الصلح كحكم البيع سواء كان في عين أو دين فيقدر المدعي به والمقبوض عن الصلح كالعوضين فيما يجوز بينهما ويمتنع، فيمتنع فيه الجهالة والغرر والرأيا والوضع على التعجيل وما أشبه ذلك. ويجوز الصلح على الذنب وعلى الفضة بالذنب بشرط حلول الجميع وتعجيل القبض، ويجوز الصلح على الإقرار اتفاقاً، وعلى الانكار - في غير مذهب الشافعي - وهو أن يصالح من وجبت عليه اليمين على أن يفدي بها..⁽³⁾

⁽¹⁾ بداية المجتهد (221/2).

⁽²⁾ البيائع (40/6) وما بعدها.

⁽³⁾ بداية المجتهد (221/2).

⁽⁴⁾ القوانين الفقهية لابن جزي (ص 289).

الفصل الثاني: العقود المسيرة للبيع في الآثار والأحكام

تقديم:

كما سبق أن ذكرنا في توطئة آثار البيع العامة، أن العقود تخضع آثارها في الفقه الإسلامي لبداً الشرعية والاعتبار من قبل الشارع الحكيم، فهو الذي يربتها على العقود، بعد تكوينها ونشأتها من قبل الناس. وتنقسم هذه الآثار إلى خاصة وعامة:

- فالآثار الخاصة هي الأحكام والنتائج الحقوقية التي تترتب على كل عقد بحسب موضوعه، فالبيع - مثلاً - ينقل ملكية الذات بعوض، والإجارة تنقل ملكية المنفعة بعوض كذلك، والهبة تنقل ملكية الذات بلا عوض، والعارية تنقل ملكية المنفعة بلا عوض، وهكذا.. فكل عقد له أثر خاص به هو حكمه الشرعي، ويبحث عنه في بابيه المخصوص.

وأما الآثار العامة، فهي التي تشترك فيها جميع العقود أو معظمها، من أحكام ونتائج.

فلعقد البيع وغيره من معظم العقود... أثران عامان يعبران عن النتائج الأصلية الطبيعية، وهما: النفاذ وال لزوم.

النفاذ: النفاذ في الأصل: المضي والجواز، أطلقه الفقهاء على مضي العقد إذا كان صحيحاً مستوفياً لشروط الانعقاد، ولم يتوقف على الإجازة أو الآن من غير العاقد.

ومعنى نفاذ العقد: حصول آثاره المرتبة عليه شرعاً منذ انعقاده: أي أن حكم العقد وآثاره الخاصة في الحقوق والأموال التي ورد عليها حاصلة بمجرد رضئ عاقيه:

والعقود المشابهة له، نحاول الحديث عنهما بشيء من التفصيل والتطبيق ضمن المباحث الثلاثة التالية:

المبحث الأول: نطاق العقد

المبحث الثاني: القوة الملزمة لتنفيذه

المبحث الثالث: المسؤولية العقدية

المبحث الأول: نطاق العقد

نعالج هذا المبحث في مطلبين:

- المطلب الأول: أشخاص العقد الذين تسري عليهم أحكامه.

- المطلب الثاني: مضمون العقد

المطلب الأول: (أشخاص العقد

القصود بأشخاص العقد، من ينصرف إليهم أثره، وتلزمهم نتائجه وأحكامه والأصل أن أثر العقد ينصرف إلى العاقد نفسه، ومن غير الأصل ينصرف بالتبع إلى طائفة من الأشخاص غير العاقد: كالنكاح عنه، والورثة والموصى له (الخلف العام)، والمشتري ومن في معناه (الخلف الخاص)، والدائنين.

لا مرء في أن العاقد الأصلي تلزمه آثار عقده وتنفذ عليه، لأنه تولى العقد بنفسه وهو أهل له، والعقد رابطة شرعية بين المتعاقدين. وفي هذا النفاذ لأثر العقد ونتائجه، تتساوى جميع العقود سواء أكانت بيعاً أو غيره من

ولنفاذ العقد شرطان:

1- الملك أو الولاية .. فلا ينفذ تصرف الفضولي والمحجور إلا بإجازة لعدم توفرهما على الملك والولاية بل يبقى موقوفاً على إجازة المالك، أو الولي.

2- ألا يكون في المبيع حق لغير البائع: فلا ينفذ بيع الرهن للمرهن، ولا يبيع المؤجر للمأجور وإنما يكون نفاذ البيع موقوفاً على إجازة المرتهن أو المستأجر.

ومثل البيع في توقف النفاذ على الإجازة، الإجازة والنكاح والطلاق ونحوها...⁽¹⁾

اللزوم:

ومعنى لزوم العقد: أن لا يستطيع أحد الطرفين بعد العقد التحلل منه ما لم يتفقا على الإقالة، لأن العقد رابطة تقيد المتعاقدين، بحيث لا يستطيع أحدهما حلها بدون موافقة الآخر، ولأن الأصل في العقود الصحيحة أن تكون لازمة.

ويشترط للزوم العقد - بعد شرائط الانعقاد والنفاذ - خلوه من أحد الخيارات التي تسوغ لأحد العاقدین فسخ العقد: كخيار الشرط والوصف، والتعيين، والرؤية والعيب، والغبن الكثير أو مع التفرير فإذا وجد في البيع وشبهه من العقود اللازمة القابلة للفسخ شيء من هذه الخيارات منع لزومه في حق من له الخيار، فكان له أن يفسخ العقد أو أن يقبله⁽²⁾.

بعد هذا التقديم الموجز للنفاذ واللزوم كثرين عامين في عقد البيع

(1) البيهقي (148/5 و 155)، المدخل الفقهي العام للشيخ مصطفى أحمد الزرقاء (1/418).

(2) النكح الإسلامي وادئته للرحطبي (4/383)، الملكية ونظرية العقد لأبي زهرة (ص 382).

العقد قد وقع ضمن حدود سلطة الولاية أو الرصاية أو الوكالة شرعا...

وهذا النفاذ المباشر في عقد النائب عن المنيب عنه، هو المميز الأساسي لعقد النائب عن عقد الفوضلي المتوقف على الاجارة⁽¹⁾.

2- الخلف العام = (الورثة والموصى له) :

ان جميع العقود التي يجريها المورث منجزة في حال الصحة، فأنشأ بها حقوقا لنفسه أو لغيره، تتعلق بأعيان المال: كالبيع والاجارة والرهن والصلح، تعتبر آثارها نافذة في حق خلفه العام (الورثة والموصى له) بجزء شائع، فتزيد في التركة أو تنقص منها، فان نقصت لا يخص لهم شيء من التركة الا بعد الوفاء بجميع هذه الالتزامات من مال التركة لقول الله تعالى: من بعد وصية يوصي بها أو دين (النساء: 11).

وذلك كما لو أن شخصا باع دارا له بثمن مؤجل، ثم مات قبل أن يحل أجل الدين فان هذا الحق الناشئ للبائع من عقد البيع ينتقل بذاته مؤجلا الى الوراث... وإذا فرض أن البائع كان قد أخذ بالثمن المؤجل رهنا، فان حق الرهن ينتقل هو الآخر مع الثمن من المورث الى الوراث، ومثل ما قلناه في البيع نقوله كذلك في الاجارة: فلو أن شخصا أجر داره أو حانوته أو أكرى أرضه مزارعة، ثم مات، فان آثار الإيجار والكراء تنتقل نافذة للمفوض على الورثة والموصى له، فلا يستطيعون فسخ الاجارة... بل يلزمهم عقد موثقتهم.. وهكذا، ففي كل عقد نشأت به حقوق معينة للعاقب، ومات قبل أن يستوفيهما - أو تستوفي منه - فانها تنتقل الى الوراث والموصى له، فيحلان فيها محل سلفهما بخلاف عام له.

العقود اللازمة.. بمجرد انعقادها صحيحة بالإيجاب والقبول، أو بالقبض في

العقود العينية⁽²⁾.

فالعقود لنفسه إذا باع دارا، أو أجرها، أو رهنها في دين ترتب بذمته، أو تزوج امرأة على صداق معين الخ... فان آثار عقود هذه تلزمه وتنفذ عليه حسب موضوعها، مع اتفاقها جميعا في الأثر العام وهو النفاذ.

فالبائع للدار يبيعها صحيحا، يلزمه النفاذ بتسليم الدار للمشتري، والمؤجر لها يلزمه النفاذ بتمكين المستأجر من منفعتها، والراهن ينفذ عنه الرهن بعد قبض المرتهن المرهون فيمسكه مقابل الدين حتى يستوفيه. والزوج ينفذ عليه الصداق ويجب عليه تسليمه لزوجته بالدخول أو... الموت، وهكذا تشترك جميع العقود مع البيع في هذا الحكم العام وهذا النفاذ⁽²⁾.

وكما نفذ عقد العاقد لنفسه، وترتبت عليه آثاره والالتزامات، في عقد البيع وسائر العقود الأخرى، حسب طبيعة كل عقد، ينفذ في حق الأشخاص الذين هم في حكمه وهم:

1- المنيوب عنه: في عقود النيابة، (سواء أكان النائب عنه وليا، أو وصيا شرعيين، أو وكلا شخصيا)، يعتبر عقد النائب نافذا عن المنيوب عنه كما لو باشره بنفسه وهو أهل لمباشرة.

فالنائب ببيع، أو اجارة، أو صلح، أو تزويج، أو تطليق، أو بأي عقد آخر، إذا قام بأجرائه على منوبه ضمن حدود نيابته، فان آثار هذا العقد تسري على المنيوب عنه، من موكل، وصغير قاصر أو كبير مجنون، ما دام

⁽¹⁾ العقود العينية : هي التبرعات، يضاف إليها الرهن لأنه ورد في القرآن موصوفا بالقبض "فومان

مقبوضة"

⁽²⁾ المدخل الفقهي العام (417/1)، الأتياه والتأثير للسوطني (ص 325).

⁽¹⁾ المدخل الفقهي العام (430/1-431)، ضوابط العقد (ص 195).

إليه من السلف، فينفذ للخلف الخاص من الحق ما كان للسلف من دون زيادة ولا نقص، لأن السلف لا يستطيع أن ينتقل إلى خلفه الخاص أكثر مما يملك من حقوق تتصل بالشئ محل الاختلاف.

وبناء عليه، فإن الخلف الخاص يتلقى الشئ محل الاختلاف من سلفه وفقا للوضع الحقيقي الذي كان عليه لدى السلف، فكافة الحقوق والالتزامات المتصلة بالشئ محل الاختلاف والناشئة بموجب عقود -سواء أكانت بيعا، أو إجازة، أو رهنا، أو صلحا عن مال، أو حوالة- تنتقل إلى الخلف الخاص..

ومما ينتقل إلى الخلف الخاص كذلك، الالتزامات المفيدة لاستعمال حق ملكية العين أو المنفعة، كما لو كان السلف قد التزم بعقد ألا يستعمل المنزل أو المتجر الذي ملكه، أو ملك منفعة، عن طريق الشراء أو الاستئجار محلا لا يواء أهل الفساد...أو مقهى أو مطعما أو متجرا ميكانيكيا، أو ما أشبه ذلك، مما يدخل الضرر على جيرانه في السكن أو المهنة، أو على المجتمع بصفة عامة.

على أن هذه الالتزامات المفيدة للعقد، لا تنتقل إلى الخلف الخاص إلا إذا كان عالما بها علما حقيقيا، لأنه ليس من العدل، أن ينتقل إليه الشئ محل الاختلاف مثقلا بهذه الالتزامات دون أن يكون على علم حقيقي بوجودها (1).

4- الدائنون :

بالإضافة إلى ما سبق من أشخاص العقد، يسري أثر العقد كذلك على

التمييز بين الحقوق الناشئة عن العقد والديون المترتبة عليه:

غير أنه من الملاحظ في الفقه الإسلامي، أن هناك تمييزا بين الحقوق الناشئة بالعقد لصالح الحافد المورث، وبين الديون المترتبة عليه، فالحقوق الناشئة بالعقد لصالحه هي وحدها التي تنصرف إلى الخلف العام (الورثة والموصى له)، دون الديون المترتبة عليه التي تنصرف إلى التركة إن كان فيها وفاء، ولا يلزم بها الوارث والموصى له، إن كانت التركة قاصرة عن الوفاء (1)، وأصل ذلك حديث رواه أبو هريرة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: أنا أولى بالمؤمنين من أنفسهم فمن توفي وعليه دين فمطلي قضائه ومن ترك مالا فهو لو رثته (2).

3- الخلف الخاص :

الخلف الخاص هو كل شخص حل محل سلفه في ملكية شيء بعينه أو منفعة، لا في مجموع من المال أو في جزء شائع منه -كما سبق في الخلف العام- فمن تلقى من سلفه ملكية شيء معين.. أو حقا عينيا على هذا الشئ، كان خلفا خاصا له في هذا الشئ، أو هذا الحق العيني.

فالمشتري -مثلا- خلف خاص للبائع في المبيع، والمستاجر خلف خاص للمؤجر في منفعة المأجور. والمحال له خلف خاص للمحيل في الحق المحال به. والمرتهن خلف للمدين الراهن في الرهون. وهكذا.. تقتصر صفة الخلفية في الخلف الخاص، على الحق العيني العيني أو الشخصي الذي تنتقل

(1) مؤلف الجليل لشرح مختصر خليل (405/6)، المسند الفقهي السادس

(433/1)، ضوابط العقد (ص 194-196)، أحكام المعاملات في الفقه الإسلامي (ص 212).

(2) سنن ابن ماجه (807/2)، كتاب الصلوات - باب من ترك ديناً أو ضليعا

المعاملات في الفقه الإسلامي د. عبد (ص 216-218).

(1) مصادر الحق المذكور عبد الرزاق السنهوري (93-98)، أحكام

الوجه الأول: تفسير العقد: سبق ان ذكرنا ضمن الحديث على عقد البيع في هذا الموضوع (مضمون العقد)، أن الفقه الاسلامي يميل الى ترجيح العمل بالإرادة الظاهرة، الدالة على الإرادة الباطنة والمستلزمة لها، وذلك لأجل اطمئنان المتعاقدين والقضاء إليها، ولأجل استقرار التعامل في المجتمع، ولأن الإرادة الباطنة لا يعلم مضمونها المستور إلا مدعيها، ولا يمكن أن يشاركه فيها غيره.

والعقد من حيث مضمونه قد يخضع للتفسير سواء أكان عقد بيع أم غيره، لأجل أن يتضح ما يشتمل عليه، ومرجع تفسير أي عقد الى العبارات اللغوية التي يعقد بها.. سواء كانت حقيقية أم مجازية.. حسب ما يدل عليه عرف التعاقد في البلاد التي وقع فيها، ووفق المعاملات التي اعتادها الناس فيما بينهم، وفي هذا الصدد، أورد الفقهاء عدة قواعد يفسر العقد وفق مضمونها منها:

- (1) "الأصل في الكلام الحقيقة"
 - (2) "إذا تعارض المانع والقتضي يقدم المانع"
 - (3) "أعمال الكلام خير من أهماله"
 - (4) "إذا تعذرت الحقيقة يصار الى المجاز"
 - (5) "إذا تعذر أعمال الكلام يهمل"
- وما يستنتج من بعض هذه القواعد، مروية الفقه الاسلامي في

(11) المادة : 12 من المجلة المدنية.
 (12) المادة : 46 من المجلة المدنية.
 (13) المادة : 60 من المجلة المدنية.
 (14) المادة : 61 من المجلة المدنية.
 (15) المادة : 62 من المجلة المدنية.

الدائنين من عقود مدينتهم، متى أبرأها وهو صحيح غير مفلس، فالأصل في الفقه الاسلامي: "أن المدين الصحيح غير المحجور عليه حر التصرف في ماله ولو تبرعا، وأن أمواله تشكل في مجموعها ضمانا عاما للدائنين. ويتربى على هذا الأصل، ان العقود التي يبرمها المدين في ماله سواء كانت بيعا، أو إجازة، أو حوالة، أو رهنا، تنصرف آثارها الى دائنيه ايجاباً أو سلباً، فمثلاً، لو باع المدين داراً مملوكة له أدى هذا البيع حكماً الى انتقال ملكيتها الى المشتري بموجب عقد البيع وخروجها بالتالي من نطاق الضمان العام للدائنين... وكذلك لو اشترى المدين داراً، فإن هذا الشراء ينصرف أثره ايضا الى الدائن نتيجة دخول الدار المشترأة في ملك المدين، فيزيد من ضمان الدائن، إذ يستطيع ان يتفقد عليها بحقه، ومثل البيع يقال في دخول المال في ملك المدين أو الخروج عنه بعمود المعاوضة الأخرى: كالصلح، والهبة والرمي، والإجازة، والحوالة الخ..

ومن ثم يعتبر الدائن شخصاً من اشخاص العقد الذي يبرمه مدينه، فتتفق عليه آثاره (1).

المطلب الثاني: مضمون العقد

مضمون العقد قد يحتاج الى التفسير، لتحديد التزاماته التي يقتضيها التنفيذ، ومن ثم يتفرع البحث في هذا المطلب الى وجهين:

- الوجه الأول: تفسير العقد
- الوجه الثاني: الالتزامات العقدية

(11) مستخلص من الأخطاء والتناقض للسيوطي (ص 469-466)، مصادر الحق (98/5)
 أحكام المعاملات في الفقه الاسلامي د. عبد (ص 218-219).

مؤقتة بعوض في الاجارة، وبلا عوض في الاعارة، وكل المنفعة الزوجية في عقد الزواج، وسقوط أسباب النزاع القائم بين المتنازعين في عقد الصلح..

ب) وأما الالتزامات التي ينشئها العقد، فهي كل تكليف بفعل أو بامتناع عن فعل يجب بمقتضى العقد من أحد العاقلين لمصلحة العاقد الآخر، كتسليم المبيع.. وأداء الثمن، وعدم استعمال الرديعة والرهن، وعدم التعدد على المأجور..⁽¹⁾

نتائج هذا التمييز:

ومن نتائج هذا التمييز بين الحكم الأصلي للعقد، وبين الالتزامات التي ينشئها نتيجتان:

الأولى: يتحقق الحكم الأصلي للعقد وينفذ بمجرد انعقاده صحيحا فلا يحتاج الى تنفيذ، فتنتقل الملكية بعقد البيع الى المشتري بمجرد انعقاده صحيحا، وكذا بمجرد الانعقاد الصحيح في الاجارة والنكاح والصلح، يملك المستأجر منفعة المأجور وتحل العشرة بين الزوجين، وينتهي النزاع والخصومة بين المتصالحين.

وأما الالتزام الناتج للحكم الأصلي، فانه تكليف على شخص لمصلحة آخر، وكل تكليف يحتاج الى تنفيذ.. ولذلك كان لا بد لتحقيق مقتضاه أن يقوم بتنفيذه بعد العقد ذلك العاقد للالتزام به.

الثانية: أنه عند اختلاف المتعاقدين في تنفيذ بعض الالتزامات العقدية تعتبر تلك الالتزامات غير مفقذة حتى يثبت للالتزام بها أنه قد نفذها، فلو أنكر المشتري قبض المبيع، كان على البائع اثبات التسليم. ولو أنكر البائع قبض

التحول عن مضمين عقد الى مضمين عقد آخر، فمثلا: لو أقر شخص لا وارث له لشخص أجنبي عنه وأكبر منه سنا بأنه ابنه وورثه، فان دلالة الحال - التي هي قرينة.. - لا تسمح بحمل كلامه على معناه الحقيقي، فيصار الى المجاز، وهو الوصية، ومن ثم يعتبر الأجنبي المقر له بالبنوة.. موصى له لا وارثا..⁽¹⁾

وعلى كل حال فالعقود في مضمونها تختلف، ولذلك تعددت، وتفسيرها يكون حسب المقصود الذي يقصد من موضوعها، وفق ما تحتمله صيغة العقد اللغوية الحقيقية، والمجازية، والعرف، وقرائن الأحوال.. وغير البيع من العقود يخضع للحكم العام في التفسير كالبيع، على الكيفية التي يتضمنها العقد، وفق هذه القواعد الفقهية العامة السابقة⁽²⁾.

الوجه الثاني: الالتزامات العقدية:

الفرق بين الالتزامات العقدية، والحكم الأصلي لكل عقد: الالتزامات التي ينشئها كل عقد بين عاقيه، هي غير الحكم الأصلي لذلك العقد، وإيضاح ذلك أن كل عقد ينشئ نوعين من الآثار:

(أ) الحكم الأصلي للعقد:

(ب) التزاماته المتنوعة:

أ) فاما الحكم الأصلي فهو الاثر النوعي للعقد، أو هو الغاية الحقيقية الأساسية التي شرع ذلك العقد ليكون طريقا مشروعا للوصول اليها. وذلك كانتقال الملكية بعوض في عقد البيع، وبلا عوض في الهبة وكمليك المنافع

(1) مستخلص من أحكام المعاملات في الفقه الاسلامي للدكتور عبد (ص 219-222)

ومن مصادر الحق للدكتور السنيوردي (6/37-30).
(2) سبقت الإشارة الى شرحها في ص 74 من هذا البحث.

الموهوب له تعويضاً عن الهبة، أو اشترط المؤجر على المستأجر دفع الأجرة سلفاً عن مدة الإجارة كلها، أو اشترطت الزوجة على الزوج أن يكون الطلاق بيدها.

ولا شك في أن هذه الأحكام العامة من الالتزامات والآثار الناتجة عن العقد، سواء كانت نتيجة لمقتضى العقد أو نتيجة لشروط اتفاقية لا يتنافى معه إذا اشترطه أحد المتعاقدين، تتفق فيها العقود بيعاً كانت أو غيره⁽¹⁾.

المبحث الثاني: القوة الملزمة للعقد

نتناول هذا المبحث في مطلبين:
المطلب الأول: أحكام لزوم العقد
المطلب الثاني: أثر العذر والجائحة على لزوم العقد.

المطلب الأول: أحكام لزوم العقد:

لزوم العقد معناه: أن لا يستطيع أحد طرفيه التحلل من التزاماته منفرداً ما لم يتفقاً معاً على الفسخ (الاقالة)، لأن العقد رابطة تقيد المتعاقدين، فلا يحق لأحدهما بعد انعقاده صححاً أن يهدمه أو يعدل فيه، وللزوم فكرة أساسية ضرورية في العقود، ولو لاها لفقد العقد قيمته الاكتسابية، وسند هذا الأصل من الشرع الحكيم قول الله تعالى: يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود (المائدة: 1).

(1) الشن كان على المشتري إثبات الدفع، وهكذا يقال في التزام كل عقد.

الالتزامات الشرعية والاتفاقية.

والالتزامات التي يرتبها العقد، تتحدد من خلال صيغته عند انشائه بين المتعاقدين، وهذه الالتزامات تنقسم إلى قسمين: التزامات تقتضيها طبيعة العقد ومشروطة فيه شرعاً، والتزامات يشترطها الطرفان ويتفقان عليها، لا تتنافى مع أحكام الشرع في التعاقد.

أولاً: فالتي تقتضيها طبيعة العقد شرعاً، تسمى في عرف الفقه الإسلامي التزامات أو شروط مقتضى العقد، يعتبر العاقد مكافأ بها دون أن يشترطها عليه صراحة العاقد الآخر. وغير البيع من العقود فيما يتضمنه مقتضى العقد - كحكم عام - من الشروط والالتزامات، كالبيع وإن اختلف موضوع هذا الاقتضى حسب طبيعة كل عقد وما شرع من أجله.

وذلك كالتزام البائع بتسليم البيع، وبضمان العيب، والتزام المشتري بدفع الثمن، في عقد البيع، والتزام المؤجر بتسليم العين المؤجرة، والتزام المستأجر بدفع الأجرة، وبعدم التعدي على المأجور في عقد الإجارة، والتزام الزوج بدفع الصداق وصيانة الزوجة والنفقة عليها، والتزام الزوجة بتسليم نفسها للزوج وطاعتها إياه، في عقد الزواج. وهكذا في كل عقد يتبادل فيه الطرفان العوض والمنافع.

ثانياً: التزامات لا تجب على أحد العاقدين، إلا إذا اشترطها عليه العاقد الآخر في العقد، وكانت غير مخالفة للمختصص عليه شرعاً، وذلك كما لو اشترط بائع سيارة أن يظل مستعملاً لها بعد البيع لمدة شهر أو شهرين، أو اشترط المشتري على البائع إيصال المبيع إلى بيته، أو اشترط الراهب على

(1) المدخل الفقهي العام (1/443)، أحكام المعاملات في الفقه الإسلامي للدكتور عبد (ص 225)، ضوابط العقد للدكتور التركماني (ص 228).

(1) نفسه (1/441-442).

هذا، ويلزم العقد الصحيح، ويرتب اثاره والتزاماته على عاقديه، سواء أكان بيعاً أو غيره من عقود المعاوضات والتملك: كالصرف، والسلم، والتولية، والتشريك، وصلاح المعاوضة، والحوالة، والإجارة، والمساقاة، والهيبة بعد القبض، والصدائق، والخلع...

ولكن يشترط للزوم العقد، أن يكون تنفيذه في دائرة طوق الإنسان، لا تعثره فيه بعد العقد أعذار وظروف طارئة، تحول بين العاقد وبين تنفيذه للعقد لم يكن يتوقعها أثناء انشائه، أن لا يكلف الله نفسه إلا وسعها.

وإذا طرأت هذه الظروف، وحالت دون تنفيذ العقد، كان من الظالم حينئذ تنفيذ التزامه على العاقد المتضرر بها، بل يفسخ، أو يعدل حسب طبيعة العقد ومصلحة التعاقد، وفق أسس التضامن الاجتماعي المطلوب شرعا في عقيدة الإسلام.

وفي نطاق مفهوم هاتين النظريتين:

(1) تنفيذ العقد في جميع ما اشتمل عليه نطاقه من مضمون دون أي تعديل فيه إلا بإرادة العاقد.

(2) الحاق استثناء بالبدأ العام السابق يقضي بجواز فسخ العقد أو تعديله لعذر أو جائحة.. نتناول أثر القوة للزومة للعقد، فنبحث أولاً أحكام تنفيذ العقد. وثانياً أحكام مبدأ جواز فسخ العقد أو تعديله، في الفقرتين التاليتين:

- الفقرة الأولى: أحكام تنفيذ العقد

- الفقرة الثانية: أثر العذر والجائحة على لزوم العقد.

الفترة الأولى: أحكام تنفيذ العقد: يلزم العاقد تنفيذ جميع ما اشتمل

وهذا ما أقره فقهاؤنا قاعدة في العقود، لا يشذ عنها إلا طائفة تقتضي طبيعتها عدم اللزوم وتسمى 'العقود غير اللازمة'. والاجتهادات الفقهاء متفقة على أن العقد متى اكتسب صفة اللزوم، فليس لأحد العاقدین رجوع فيه إلا باتفاقهما، غير أنها مختلفة في الوقت الذي يكسب فيه العقد صفة اللزوم.

فذهب الاجتهادان: الشافعي والحنبلي إلى أن عقد البيع بأنواعه وسائر عقود المعاوضات اللازمة القابلة للفسخ، والتي تتفق مع البيع في الحكمة التي شرع من أجلها خيار المجلس وهي التروي والتفكير، كالأجارات والصلح عن مال بمال... لا يكتسب العقد صفة اللزوم فيها إلا بعد أن يتقضي مجلس العقد بتفريق العاقدین بأبدانهما... وسندهما في ذلك قول الرسول صلى الله عليه وسلم: 'التبايعان بالخيار ما لم يتفرقا'⁽¹⁾

وذهب الاجتهادان: الحنفي والمالكي إلى أن العقد يصبح لازماً بمجرد صدور الرضى من العاقدین بالإيجاب والقبول اللطيفين، أو ما يقدم مقامهما من وسائل التعبير عن العقد... وليس لأحدهما رجوع إلا بموافقة الطرف الآخر، هذا الاجتهاد أقطع للخلاف بين التعاقدین، وأجرى مع الحاجة العملية إلى البتات السريع في مؤاخذه العاقد بأرادته الجازمة المنشئة في التصرفات المدنية، وعلى هذا يجري القضاء في البلاد الإسلامية في الوقت الحاضر، وأصحاب هذا الاجتهاد يؤولون الحديث الثابت في خيار المجلس تأويلاً يتفق⁽²⁾ ومذهبهم

(1) شرح القسطلاني (42/4)، باب: كم يجوز الخيار من كتب البيوع شرح النووي على مسلم بإشع القسطلاني (377/6)، باب ثبوت خيار المجلس للمتابعين.

(2) الفرق (13/4)، بداية المجتهد (157/2)، تنوير الحوائك على الموطأ للسيوطي (116/2)، البائع (243/5)، الأشباه والنظائر للسيوطي

(ص 454)، الملكية ونظرية العقد لأبي زهرة (ص 185-190)، المحل الفقهي العام (1/444-447).

(و لا: الأحكام الخاصة بنقل الملكية:

يعتبر عقد البيع، وما شابهه من عقود المعاوضات اللازمة: كالقسمة، والصلح عن مال بمال، وهبة الثواب... سببا مباشرا في نقل الملكية بحكم الشرع، فمتى انعقد العقد صحيحا، تربت عليه الأحكام التالية:

(أ) ثبوت الملك في البائعين للحال

(ب) انتقال الملك بمجرد إبرام العقد، إلا في الهبة بغير عوض فيتوقف على القبض.

(ج) واعتبارا للحكمين السابقين للعقد، يستحق الممتلك كافة الزوائد التي تحصل بعد العقد وقبل القبض، من كل ما يؤوله الموعوض عنه من ثمار و ربح، ونتاج، إذ يعتبر حاصلا في ملكه تبعا للأصل بموجب العقد.

(د) قبض الموعوض عنه (مبيعا كان أو غيره) من جانب الممتلك، له أهمية خاصة في تنفيذ العقد، لأن العقد إذا كان يثبت الملك في البائعين للحال وبمجرد انعقاده صحيحا فإن قبض البديل يؤكد نقل الملكية ويعتبر مستحقا وماخلا في ملك التملك حالة إفلاسه، أو إفلاس المالك بعد القبض، وكذلك يعتبر ضمانه من التملك باتفاق المذاهب، بخلافه قبل القبض.

فمثلا: لو أفلس المشتري قبل القبض، فللبائع حق حبس البيع حتى يستوفي الثمن... ومعنى ذلك أن ملكية المبيع تنتقل إلى المشتري بمجرد العقد، ففي حالة إفلاس المشتري بعد قبض المبيع وقبل أداء الثمن، يبقى المبيع في ملك المشتري بالرغم من إفلاسه، ويستقر حق البائع في الثمن في ذمة المشتري دينيا، يراحم به باقي الدائنين.. فأما لو أفلس المشتري قبل أن يقبض المبيع، فعندئذ يكون للبائع حق حبس البيع حتى يستوفي كامل حقه في الثمن، ذلك لأن المبيع لا يزال في حيازته بالرغم من انتقال ملكيته إلى

عليه نطاق عقده من مضمون والالتزامات وفقا لقتضاه شرعا، ولما يقتضيه عرف التعامل ومبدأ العمل بين الناس، بحسب طبيعة الالتزامات المترتبة عليه. وبخلاف طبيعة الالتزامات العقدية من عقد إلى آخر، ومع ذلك فبالإمكان تصنيف أنواع العقود حسب اتفاقها في محل العقد إلى طوائف تجتمع كل طائفة منها في مقومات مشتركة.. ومحل العقد لا يعدو أن يكون: عينا، أو منفعة، أو دينيا، أو عملا، أو توثيقا، أو وكالة..

ومن ثم تنقسم العقود في أحكامها وآثارها تبعا لطبيعة المحل على هذا النحو،⁽¹⁾ ويترتب على هذا التقسيم رجوع آثار العقد بطبيعتها إلى المقصد الأصلي للعقد، والمقصد الأصلي هو الغاية النوعية للعقد، فتكون آثار كل عقد وما يرتبط بها من أحكام توجب تنفيذه بين المتعاقدين حسب ما يأتي:

- 1- نقل الملكية بعوض، أو بغير عوض
- 2- نقل المنفعة بعوض، أو بغير عوض
- 3- ترتيب الدين في الذمة
- 4- الالتزام بعمل معين
- 5- توثيق الديون

نتناول من خلال هذا التقسيم، بعض ما يتعلق بموضوعنا، فنبحث الأحكام الخاصة بتنفيذ العقد، وهو ما يتعلق بنقل الملكية بعوض في البيع ومشاكله من عقود المعاوضات، وما يتعلق بنقل منفعة الملكية بعوض في الإجارة وشبهاتها من العقود، وكذلك ما يتعلق بترتيب الدين في الذمة الخ...

⁽¹⁾ الاشتباه والنظران للسيوطي (ص 275)، يقابل بالاشباه والنظائر لابن نجيم (ص 336)

الملكية ونظرية العقد للدكتور أحمد فراج حسين (ص 298-300)، أحكام المعاملات في الفقه الإسلامي للدكتور عبيد (ص 228-231).

وبما ان الاجارة بيع للمنفعة لا للعين، يكون عقدها سببا في نقل منفعة الشيء المؤجر من المالك الى المستأجر، ومن ثم يخضع عقد الاجارة للاحكام التالية:

(أ) أن يكون المالك ضامنا لسلامة العين المؤجرة عند حدوث عيب يخل بالانتفاع بها، ذلك لأن عقد الاجارة عقد مستمر بطبيعته -على خلاف البيع- تستوفي المنفعة بموجبيه شيئا فشيئا في نطاق الزمان المحدد لها.⁽¹⁾
(ب) يتمتع على المالك ان يتصرف في العين المؤجرة الا بموافقة المستأجر.

(ج) تعتبر العين المنتفع بها أمانة في يد المستأجر، فإذا هلكت بغير عمد أو تعد من قبله كان ضمانها من المالك المورج.

(د) رد العين المؤجرة الى المالك واجب لازم على المنتفع بعد استيفاء المنفعة طبقا للعقد.

وهكذا.. فإن عقد الاجارة كمعقد البيع في أكثر أحواله، فإذا كان عقد البيع يرد على ذات الشيء، فإن عقد الاجارة يرد على منفعته، ولذلك يتفق العقدان معا في أثرهما العامين: النفاذ واللزوم -كبقية عقود المعاوضات وان بدا نوع من الخلاف في كيفية التطبيق نتيجة لموضوع كل منهما. لأن عقد الاجارة رغم لزومه لدى جمهور الفقهاء، لا يمكن تنفيذ منفعته دفعة واحدة كمعقد البيع.

المشتري بموجب عقد البيع، فكان البيع بمثابة الرهن في الثمن.⁽¹⁾

وهكذا يكون حكم عقود المعاوضات الأخرى كالبيع، في حكم تسليم الأصل والآثار التابعة في شأن البديلين. وهناك عقود التبرعات التي يكون فيها التملك من طرف واحد، ففتتح آثارها وتصح هي وبقية العقود العينية: الاعارة والاياع والقرض والرهن بشرط القرض.⁽²⁾

ثانيا: الاحكام الخاصة بنقل منافع الاعيان:

إذا كان عقد البيع وما في معناه يعتبر بيعا للعين، فإن عقد الاجارة وما في ضمنها يعتبر بيعا للمنفعة، وجاء تعريفها في مرشد الحيران، أنها: تملك المورج للمستأجر منفعة مقصورة من العين المؤجرة في الشرع ونظر العقلاء بعرض يصلح أجره (المادة: 470).

ومنافع الاعيان تختلف باختلاف المل المعقود عليه، ولكن رغم اختلافها تنتقل كلها بموجب عقد الاجارة عليها من المورج الى المستأجر المنتفع، الذي يستوفيها حسب طبيعة المل وقد اصبح مالكا لها بموجب العقد.

ويمكنه أن يستوفي هذه المنفعة بنفسه أو بواسطة غيره، فإذا كان المأجور دارا له أن يسكنها بنفسه وحده، أو مع غيره، وله ان يوجرها أو يعيرها لغيره، الا أن يشترط عليه المؤجر غير ذلك..

ولا يجوز له ان يجعل فيها حدا أو نجارا، كما لا يستطيع ان يحدث عملا مضرا بالبناء أو يوهنه، لأن تصرفا مثل هذا يعتبر اتلافا لعين لم يخل في نطاق العقد.

⁽¹⁾ بداية المجتهد (139/2)، البيانع (243/5)، احكام المعاملات في الفقه الاسلامي د. عبد (ص 221-224).

⁽²⁾ الفقه الاسلامي وادلته، للدكتور الزحيلي (226/4).

المطلوب منه، ولا يجوز للقاضي أن يسهل المشتري في دفع الثمن للبائع، إن كان مليئاً بالثمن وأما إن كان معسراً فينظر إلى المسيرة.

(2) أجرة العين المورجة: ومثل الدين في البيع، الدين بالأجرة في الأجرة. والأجرة قد تكون نقوداً أو من المسليات، فتكون ديناً في ذمة المستاجر ترتب على عقد الإيجار وقد تكون عيناً تتعين بالتعيين، فلا تكون ديناً وينتقل الملك فيها إلى المورج بعقد الإيجار ولا يصعب التمييز في الإيجار بين ما يقابل المبيع وبين ما يقابل الثمن. فما يقابل المبيع في الإيجار يكون دائماً منفعة، أما الأجرة وهي التي تقابل الثمن، فقد تكون عيناً، أو منفعة من غير جنس المنفعة الأولى، أو ديناً.

ومتى انعقد الإيجار صحيحاً، وكانت الأجرة ديناً، ترتب هذا الدين في ذمة المستاجر للمؤجر... وفي غير اشتراط التعجيل لا تجب الأجرة إلا بتسليم العين المؤجرة للمستاجر واستيفائه المنفعة فعلاً، أو بمسكه من استيفائها بتسليمها له ولو لم يستوفها.

(3) رد القرض: وعقد القرض إذا تم صحيحاً، رتب في ذمة المقرض ديناً برد المال المقرض، والمال المقرض لا بد أن يكون من المثليات أو النقود، فترتب عقد القرض دائماً في ذمة المقرض ديناً برده.. وميعاد حلول الدين هو الوقت الذي يختاره المقرض.. إلا أن للقاضي أن يسهل المقرض إذا رأى أنه معسر، فينظره إلى وقت المسيرة⁽¹¹⁾.

رابعاً: (أحكام الالتزام بعمل معين:

إلى جانب أثر العقد، في نقل الملكية والمنفعة وإنشاء الدين، فإنه يعتبر أيضاً سبباً في الزام العاقد بالقيام بعمل معين، وهذا العمل إما أن يكون انجاز

ثالثاً: (أحكام ترتيب الدين في الذمة:

تعريف الدين والذمة:

- الدين في الفقه الإسلامي: هو التزام محله مبلغ من النقود أو جملة من الأشياء المثلية⁽¹¹⁾.

- والذمة: العهد والأمان والضمان. وقولهم في ذمتي كذا أي في ضمانتي. (المصباح... ومختار الصحاح).

والفقه الإسلامي يميز بين الدين والعين، فالدين يتعلق بذمة الدين. أما العين فلا تتعلق بالذمة، بل يكون الحق متعلقاً بالعين ذاتها⁽¹²⁾.

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

ومن أمثلة الدين المترتب في الذمة، ثمن البيع، أو أجرة العين المورجة أو رد القرض.

(1) ثمن المبيع: فعقد البيع يربط ثمن المبيع في ذمة المشتري إذا كان الثمن - كما هو الغالب - نقوداً أو أشياء مقلية، على الوجه والكيفية التي وقع عليها العقد من إطلاق فيفيد دفع الدين وهو الثمن في الحال أو تقييده بتأجيل بزمان معين، أو تقسيطه وفق أزيمة محددة.

ويرتبط الدين بمجرد انعقاد البيع صحيحاً، فإذا لم يدفع المشتري الثمن حالاً إن كان معجلاً، أو عند حلول أجله إن كان مؤجلاً أو مقسطاً، أجبر على دفعه، فإن امتنع لم يفسخ البيع، ويباع من متاع المشتري ما يفي بالثمن

⁽¹¹⁾ مصادر الحق (76/5).

⁽¹²⁾ نفسه (77/6).

⁽¹³⁾ مستخلص من مصادر الحق (6/76-80)، يقا من بالديان (5/234).

يلتزم بموجب عقد الوكالة بأن يقوم بتصرف معين لحساب موكله، ويشترط لصحة الوكالة أن يكون الموكل ممن يملك التصرف بنفسه فيما وكل به غيره. ومن ثم، فإن كل عقد جاز للموكل أن يعقده بنفسه، جاز له أيضاً أن يوكل به غيره. وعندئذ يقوم الوكيل عن الموكل بإيفاء واستيفاء كل حق متعلق بالمعاملات: كالبيع والشراء والإيجار والاستئجار والرهن والا رتهان والايداع وقبول الوديعة والصلح وما أشبه ذلك⁽¹⁾.

خامساً: أحكام توثيق الديون:

والعقد قد يكون سبباً في توثيق الدين، بالرهن (ويلحق بالرهن بيع الوفاء)، وبالكفالة...

أ) الرهن: والرهن عقد لتوثيق الدين، وهو جعل مال الراهن محبوساً في يد المرتهن لأجل استيفاء دينه منه كلاً أو بعضاً.

ويشترط في المال المرهون أن يكون مالا موجوداً مقبوماً مقبوضاً للتسليم، محرراً لا مقفلاً، مفرغاً لا مشغولاً بحق الراهن، مميزاً لا مشاعاً ولا متصلاً بغيره.

ويشترط في مقابل الرهن أن يكون ديناً ثابتاً في الزمة، أو عيناً من الأعيان المضمونة، فلا يصح الرهن بالأمانات، ويشترط لتمام الرهن ولزومه على الراهن أن يقبضه المرتهن قبضاً تاماً..

ومن أحكام الرهن في الفقه الإسلامي ما يلي:

1- للمرتهن حق حبس المال المرهون لاستيفاء دينه، ويقترب على ذلك أن يكون المرتهن أحق بالشئ المرهون من الراهن. فإذا مات الراهن مديناً،

عمل مادي معين، أو أن يكون تسليم شيء معين، أو أن يكون حفظاً معين، أو أن يكون تنفيذاً لتوكيل شرعي أسند إليه.

فالعقد الأجير الخاص، وعقد الأجير المشترك، وشركة الأعمال، وشركة العقد، والمزارعة، والمساقاة، وما أشبه ذلك كله يعتبر عقوداً تلزم التعاقد بالإنجاز عمل مادي معين.

وهذا العمل المادي إما أن يكون خدمة معينة، كما هو الحال في عقد الأجير الخاص، وعقد الأجير المشترك، أو أن يكون أداء عمل معين كما هو الحال في باقي العقود.

وعقد المبيع ينشئ التزاماً بتسليم شيء معين، ومثله عقد الإيجار وعقد العارية، وعقد الوديعة، فعقد البيع يلزم البائع بتسليم المبيع إلى المشتري، وعقد الإيجار يلزم المؤجر بتسليم العين المأجورة إلى المستأجر، ويلزم المستأجر برد العين المأجورة إلى المؤجر بعد الانتفاع منها، والمستعير في عقد الإعارة يلتزم برد العين المعارة إلى المعير، كما أن الودع لديه، يلتزم برد العين الودعة إلى الودع بموجب عقد الوديعة⁽¹⁾.

وبالإضافة إلى الالتزام برد العين، يرتب كل من عقد الوديعة وعقد العارية، وعقد الإيجار، وعقد الرهن، التزاماً أيضاً بحفظ العين المودعة والمعاراة والمأجورة والمرهونة. وكلا الالتزامين: الالتزام برد العين والالتزام بحفظها، هو التزام بعمل نشأ عن العقد.⁽²⁾

ويدخل في نطاق الالتزام بعمل بسبب العقد، تنفيذ الوكالة، فالوكيل

⁽¹⁾ مرشد الحيوان: المواد من (340-346)، مصادر الحق (6/84-81).

⁽²⁾ مرشد الحيوان: المواد: 705,704,702,700,666 ... 893 مصادر

⁽¹⁾ مصادر الحق (6/85)، مرشد الحيوان: المواد: 799-800-805-806-807. الخ. أحكام المعاملات في الفقه الإسلامي د. عبد (ص 242).

الحق (6/84). أحكام المعاملات في الفقه الإسلامي د. عبد (ص 242).

وفاء ان ينتفع بالبيع بانه، ولا يجوز للبائع الرجوع في الاذن، وهذا هو الذي يميز بيع الوفاء من الرهن حيث يجوز للراهن رهنا مطلقا الرجوع في الاذن دون البائع وفاء.

وإذا قبض المشتري المبيع وفاء بعد ان دفع الثمن للبائع، وجاء وقت رد الثمن لاسترداد المبيع فلم يرد البائع الثمن، أمر البائع ببيع المبيع وقضاء الدين من ثمنه. فإذا امتنع باع الحاكم عليه. وهذا هو حكم الرهن، ومن ثم اقترب بيع الوفاء من الرهن ولبتعد عن البيع⁽¹⁾.

ب- الكفالة: الكفالة هي ضم ذمة الكفيل الى ذمة الاصيل في المطالبة بنفس أو دين أو عين.

وهي أيضا تعتبر سببا في توثيق الدين، فإذا توثق دين الكفالة جاز للدائن مطالبة المدين الاصيل، أو مطالبة الكفيل، أو مطالبتهما معا. وإن كان للكفيل كفيل أيضا، كان للدائن أن يطالب أيا شاء منهما.

وإذا أدى الكفيل ما كفل به من ماله، كان له الرجوع على المدين الاصيل بما أدى ان كانت الكفالة قد انشئت ابتداء بأمر المدين الاصيل.⁽²⁾

الفقرة الثانية: أثر العذر والجائحة على اللزوم في العقود. سبق أن البيع والاجارة يلحقهما الاستثناء في الفقه الاسلامي، فلو انعقد صحيحين، وطرا عليهما ما يعتبر عذرا مقبولا شرعا في حق أحد المتعاقدين، يكون من العدل أن يفسخ العقد ولا يلزم، أو ينقص من مضمونه. لأن الهدف من العقد في الشريعة الاسلامية الوصول الى العدل، فينظر الى غايته ومقصوده، ولا يكفي بظاهر نشأة العقد ووسائل انعقاده اذا أصبح متافيا مع مقصوده.

⁽¹⁾ مرشد الحيران، الوارد : (454-461)، مصادر الحق (89/6).

⁽²⁾ مستخلص من مرشد الحيران : الوارد : (729-737)، مصادر الحق (86/6).

كان المرتهن أحق من سائر الغرماء بالشئ المرهون الى ان يستوفي حقه منه، أما ما تبقى من ثمنه فيوزع على الغرماء.

2- يجوز للراهن ان يوكل المرتهن ببيع الشئ المرهون عند حلول أجل الدين لاستيفائه من ثمنه.

3- إذا حل أجل الدين المضمون، ولم يقم الدين الراهن بدفع الدين وفك الرهن، فإنه يجبر عندئذ على بيع الشئ المرهون لوفاء الدين من ثمنه.

4- إذا امتنع المدين الراهن عن وفاء الدين وعن بيع الشئ المرهون لوفاء الدين من ثمنه، كان للقاضي عندئذ ان ينفذ على الشئ المرهون، فيبيعه قهرا ويصفي الدين من ثمنه.

5- إن كل تصرف يحتمل الفسخ: كالبيع، والاجارة، وما اشبه ذلك، يتوقف في نفاذه على رضی الدائن المرتهن، اذا ما تم من قبل الدين الراهن على الشئ المرهون قبل سقوط الدين عنه، ومن ثم يبقى هذا التصرف موقوفا على اجازة الدائن أو على قضاء الدين وفك الرهن من قبل المدين.

وهذه الاحكام -لا شك- تبرز مدى ما يتمتع به الدائن المرتهن من ثقة في استيفاء دينه عند حلول أجل الوفاء به فهذه الثقة انما ترجع أصلا الى عقد الرهن، ومن ثم يتضح بجلاء ما للعقد من أثر مباشر أيضا في توثيق الدين⁽¹⁾.

وبيع الوفاء في الفقه الاسلامي ضرب من الرهن وجد لتوثيق الدين، فيبيع الشئ صاحبه مشروطا انه متى رد الثمن الى المشتري رد المشتري له المبيع.

فالبايع وفاء هو الراهن، والمشتري وفاء هو المرتهن، ويجوز للمشتري

⁽¹⁾ مرشد الحيران مستخلص من مواد : (859-869)، مصادر الحق (87/6).

أشهر الباقية تكون للعبد المعتقد إلا إذا عجلت الأجرة أو اشترط تعجيلها فتكون للمولى⁽¹¹⁾.

2) المذاهب الثلاثة في فسخ الإيجار بالعذر المذهب المالكي:

يقر المذهب المالكي فسخ الإيجار للعذر في حدود أضيق بكثير من المذهب الحنفي، فتنفسخ الأجرة في هذا المذهب بمنع استيفاء المنفعة شرعا، كسكون ألم السن المستأجر على قلعها، أو العفو عن القصاص المستأجر على استيفائه، ولحمل الظئر لأنه يخاف على الولد من لبنها، ولقطع الماء عن الرحي المستأجرة وكذلك أن أبى العبد المستأجر الخ.

جاء في الحطاب: سئل ابن زيد إذا أصاب الأجير في البناء مطر في بعض اليوم منعه من البناء في بعض اليوم قال قله بحساب ما مضى ويفسخ في بقية اليوم. ومثله لسحنون. ولغيره يكون له جميع الأجر لأن المنع لم يأت من قبله.. قال ابن عرفة: ولا يدخل هذا الخلاف في تروال وقعت في بلدنا بتونس، لأن العرف تقرر عندهم بفسخ الأجرة بكثرة المطر ونزول الخوف.

وجاء في الحطاب أيضاً: وتنفسخ بمنع استيفاء المنفعة شرعا، كسكون ألم السن المستأجر على قلعها، أو عفو عن القصاص المستأجر على استيفائه. قال ابن عرفة: قلت هذا إن كان العفو من غير المستأجر، وانظر هل يقبل قول

⁽¹¹⁾ البيهقي (4/297 وما بعدها)، (4/197)، مصادر الحق (6/91-92)، انظر المالكيين: 610 في الأربعة، و 624 في المساقاة من مرشد الحراني.

ومن هنا، فلا بد أن يكون مبدأ القوة الملزمة للعقد مشروطا عدلا ببقاء الظروف التي تم فيها على ما هي عليه عند تنفيذه. أما إذا تغيرت هذه الظروف، وأصبح تنفيذ الالتزام مجحفا بحق أحد الطرفين أو ضارا به ضرا لم يكن ليلتزمه بالعقد لو تنبأ به، فيفسخ العقد.. ولا يجوز للمتعاقد الآخر أن يتمسك بحقه المكتسب بالعقد، عند تنفيذ الالتزام⁽¹¹⁾.

-- آراء تفاوتت المذاهب الفقهية في فسخ الإيجار بالعذر
1) اختلفت المذاهب الفقهية الأربعة في اعتبار فسخ عقد الإجارة وما تفرع عنه بالعذر فقد توسع فيه إلى حد كبير المذهب الحنفي، بينما ضيق في تفاوت المذاهب الثلاثة الأخرى، المالكية والشافعية والحنابلة.

1) المذهب الحنفي: يفسخ العقد عند الحنفية بتوسع، لعذر يقدم في جانب المستأجر، أو المؤجر، أو العين المؤجرة. فأما العذر بجانب المستأجر فمن أمثلته: أن ينتقل التاجر من التجارة إلى الزراعة، أو من الزراعة إلى الصناعة، أو من حرفة إلى أخرى، فيعتبر هذا الانتقال عذرا قائما يسوغ له معه فسخ الإيجار في المهنة التي انتقل عنها، للضرر الذي لحقه فيها.

وكذلك إذا استأجر رجل طبيا ليقلع له ضرسا، ثم بدا للمستأجر ألا يفعل، كان عذرا لفسخ الإجارة.

وأما العذر في جانب المؤجر فنحو أن يلحقه دين فادح لا يجد قضاءه إلا من ثمن العين المؤجرة، لأن بيع العين لا يتفد من غير إجازة المستأجر..

وأما العذر بالنسبة إلى العين المؤجرة فنحو أن يوجر رجل عبده سنة، ثم يعتقه بعد ستة أشهر، فله أن يفسخ الإجارة، وله أن يبقها والأجرة للسته

⁽¹¹⁾ مصدر الحق (6/90).

حصر البلد بحيث يمنع الخروج الى الأرض المستأجرة للزرع، كل هذه اعداء يثبت بها الخيار لانها عامة شاملة للناس.

أما إن كان الخوف خاصا بالمستأجر، كان يخاف وحده لقرب اعدائه من الموضع المستأجر أو حلولهم في طريقه،.. فليست هذه باعداء لانها خاصة به ولا تمنع استيفاء المنفعة منعاً مطلقاً.

جاء في المغني: القسم الخامس أن يحدث خوف عام يمنع من سكني ذلك المكان الذي فيه العين المستأجرة أو تحصر البلد فيمنع الخروج الى الأرض المستأجرة للزرع ونحو ذلك فهذا يثبت للمستأجر خيار الفسخ لأنه أمر غالب يمنع المستأجر استيفاء المنفعة فثبت الخيار كقصب العين.

ولو استأجر دابة ليركبها أو يحمل عليها الى مكان معين فانقطعت الطريق إليه لخوف حادث أو اكترى الى مكة فلم يحج الناس ذلك العام من تلك الطريق فلكل واحد منهما فسخ الاجارة، وإن أحب ابقاءها الى حين امكان استيفاء المنفعة جاز لأن الحق لهما لا يعدوهما. فاما ان كان الخوف خاصا بالمستأجر مثل أن يخاف وحده لقرب اعدائه من الموضع المستأجر أو حلولهم في طريقه، لم يملك الفسخ لأنه عذر يختص به لا يمنع استيفاء المنفعة بالكيفية فاشبه مرضه وكذلك لو حبس أو مرض أو ضاعت نفقته.. لم يملك فسخ الاجارة لذلك لأنه ترك استيفاء المنافع لعنى من جهته فلم يمنع ذلك وجوب اجرتها عليه كما لو تركها اختياراً⁽¹¹⁾.

وجاء في المغني أيضاً: القسم الثاني ان يحدث على العين ما يمنع نفعها كدأر انهدمت وأرض غرقت أو انقطع مأوها فهذه ينظر فيها فان لم يبق فيها نفع اصلاً فهي كالتالفة سواء، وإن بقي فيها نفع غير ما استأجرها له

المستأجر في ذهاب ألمه والأظهر انه لا يصدق الا أن يقوم على ذلك دليل

وفي يمينه مع ذلك نظر⁽¹¹⁾.

للمذهب الشافعي: والأصل في المذهب الشافعي ألا تفسخ الاجارة بالعذر الا اذا أوجب خلالاً في العقود عليه.. تنقص به المنفعة، أو تعذر استيفاء المنفعة تعذراً شرعياً.

جاء في المذهب (جزء أول ص 405-406): "وإن مات الصبي الذي عقد الاجارة على ارضاعه، فالنصوص أنه يفسخ العقد لأنه تعذر استيفاء العقود عليه، لأنه لا يمكن اقامه غيره مقامه لاختلاف الصبيان في الرضاع فبطل، ومن أصحابنا من خرج فيه قولاً آخر أنه لا يفسخ، لأن المنفعة باقية وإنما هلك المستوفي فلم يفسخ العقد كما لو استأجر داراً فمات فعلى هذا إن تراضيا على ارضاع صبي آخر جاز، وإن تشاحا فسخ العقد لأنه تعذر امضاء العقد ففسد... وإن استأجر رجلاً ليقطع له ضرساً فسكن الوجع، أو ليكمل عينه فبطل، أو ليقطع له قعفاً عن القصاص، انفسخ العقد على المنصوص في... إالة قبلها، لأنه تعذر استيفاء العقود عليه فانفسخ كما لو تعذر بالموت، ولا يفسخ على قول من خرج القول الآخر"⁽²⁾.

للمذهب الحنبلي: والأصل في المذهب الحنبلي كذلك ألا تفسخ الاجارة بالعذر الا اذا أوجب خلالاً أو عيباً في العقود عليه تنقص به المنفعة أو يتعذر استيفاء المنفعة تعذراً شرعياً.. ويريد المذهب الحنبلي فيشترط أن لا يعتد بالعذر الا اذا كان حادثاً عاماً يشمل جميع الناس لا خاصاً بالعائد وحده، كالخوف العام الذي يمنع من سكني المكان الذي فيه العين المستأجرة، أو

(11) المغني (30-29/6). مصادر الحق (101-102).

(1) شرح المحلل على خليل (432-433). مصادر الحق (97/6).

(2) مصادر الحق (99-101/6).

المشتري قد استلم الثمار، فإنها لا تزال قائمة على الشجر، فهلاكها بالجوائح غير المنظورة يكون على البائع، لأن طبيعة البيع تقتضي ذلك إذ لا يزال البائع مسؤولاً عن سلامة الثمار وربها ما دامت لا تزال قائمة على الشجر⁽¹⁾.

المقار الذي يقتص فيه ثمن الجائحة في المذهب المالكي:

جاء في بداية المجتهد لابن رشد: وأما المقار الذي تجب فيه الجائحة، أما في الثمار فالثلث، وأما في البقول فقليل في القليل والكثير، وقيل في الثلث، وابن القاسم يعتبر ثلث الثمر بالكل، واشتهب يعتبر الثلث في القيمة.

والمالكية يحتجون في مصيرهم في التقدير في وضع الجوائح وإن كان الحديث الوارد فيها مطلقاً⁽²⁾ بأن القليل في هذا معلوم من حكم العادة أنه يخالف الكثير، إذ كان معلوماً أن القليل يذهب من كل ثمر، فكان المشتري يدخل على هذا الشرط بالعادة وإن لم يدخل بالنطق، وإيضاً فإن الجائحة التي علق الحكم بها تقتضي الفرق بين القليل والكثير. قالوا: وإذا وجب الفرق وجب أن يعتبر فيه الثلث، إذ قد اعتبره الشرع في مواضع كثيرة...

الوقت الذي توضع فيه الجائحة

وأما زمان القضاء بالجائحة، فاتفق المذهب على وجوبها في الزمان الذي يحتاج فيه إلى بقاء الثمر على رؤوس الشجر حيث يستوفي طيبه. واختلفوا إذا أبقاه المشتري في الثمار ليبيعه على النضارة وشيئاً فشيئاً، فقليل فيه الجائحة تشبيهاً بالزمان المتفق عليه، وقيل ليس فيه جائحة تقريباً بينه

⁽¹⁾ بداية المجتهد (2/141)، مصادر الحق (6/103) وما بعدهما.

⁽²⁾ كوييت من أخيك ثمر فاصبته جائحة فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئاً، ثم تأخذ مال أخيك بغير حق شرح النووي على مسلم بهامش القسطلاني (6/426) كتاب المساقاة والزراعة - باب وضع الجوائح -

مثل أن يمكن الانتفاع بعرضه الدار والأرض لو وضع حطب فيها أو نصب خيمة في الأرض التي استأجرها للزرع أو صيد السمك من الأرض التي عرفت، انفسخت الإجارة أيضاً لأن المنفعة التي وقع عليها العقد تلفت فانفسخت الإجارة كما لو استأجر دابة ليركبها فزمنت بحيث لا تصلح إلا لتدور في الرعي⁽¹⁾.

ب) الجوائح في بيع الثمار:

الجوائح: جمع جائحة، وهي كل ما يصيب الثمار من السماء كالبرد أو من آفة كالعفن والعطش.

اختلف في تنقيص الثمن بها المذاهب الأربعة، فكما أن الحنفية فسحوا المجال لنظرية الفسخ بالضرر في عقد الإيجار، فإن المالكية والحنابلة فسحوه لنظرية انقاص الثمن للجوائح في بيع الثمار. أما الشافعية والحنفية فلا يقولون هذه النظرية.

ومحل الجوائح هي الثمار والبقول، ففيها خلاف، والأشهر أن فيها الجائحة. لمن يقول بها، وأما البقول، ففيها خلاف، والأشهر أن فيها الجائحة.

والأصل في بيع الثمار أن تباع على الشجر قائمة قبل جنيها، ويستلمها المشتري... وجنيها عادة بالضرر بمجرد نضجها، ومذهب مالك يجيز بيع الثمار إذا تلاحقت أحادها في الطيب، فبإع ما ظهر منها وما لم يظهر.

فإذا كان المشتري قد تسلم الثمار وملكته بجائحة كلها أو بعضها، فهلاكها يكون على المشتري كما تقتضي القاعدة العامة، وبهذا يقول المذاهب: الحنفي والشافعي. أما المالكية والحنابلة فيذهبون إلى أنه بالرغم من أن

⁽¹⁾ نفسه (6/27).

وجماعة من اهل الحديث، وبه قال الشافعي في القديم. وقال ابو حنيفة والشافعي في الجديد هو من ضمان المشتري، لا روي أن امرأة أتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت ان ابني اشترى ثمرة من فلان فادمتها الجائحة فسألته ان يضع عنه فتألى ألا يفعل فقال النبي صلى الله عليه وسلم: "تألى فلان ألا يفعل خيراً متفق عليه، ولو كان واجبا لأجبر عليه، لأن التخلية يتعلق بها جواز التصرف فتتعلق بها الضمان كالنقل والتحويل ولأنه لا يضمته اذا أثلقه آدمي كذلك لا يضمته باتلاف غيره، ولنا ما روى مسلم عن جابر أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر بوضع الجوائح.. وهذا صريح في الحكم فلا يعدل عنه، قال الشافعي: لم يثبت عندي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمر بوضع الجوائح ولو ثبت لم أعده، ولو كنت قائلًا بوضعها لوضعها في القليل والكثير..." (1)

وقد لخص ابن رشد الحفيد اقوال ائمة المذاهب في الجائحة فقال: "اختلف العلماء في وضع الجوائح في الثمار فقال بالقضاء بها مالك وأصحابه ومنعها ابو حنيفة والثوري والشافعي في قوله الجديد والليث، فعمدة من قال بوضعها حديث جابر... خرجه مسلم... وقياس الشبهة أيضا، وكذلك انهم قالوا:

انه مبيع بقي على البائع فيه حق توفية بدليل ما عليه من سقيه الى أن يكمل، فوجب أن يكون ضمانه منه...

وأما عمدة من لم يقل بالقضاء بها فتشبهه هذا البيع بسائر البيعات بعد القبض يكون ضمانها من المشتري، ومن طريق السماع أيضا حديث أبي سعيد الخدري قال 'أبيع رجل في ثمار ابتاعها وكثر دينه فقال رسول الله

(1) المغني (4/216-215).

وبين الزمان المتفق على وجوب القضاء بالجائحة فيه (1).

الذهب الحنبلي: المذهب الحنبلي في حكم الجوائح كالذهب المالكي، يقر انقاص الثمن، ويعنى ذلك على ان يبيع الثمار قائمة على الاشجار وان خلى البائع بينها وبين المشتري لا تكون التخلية قبضا كاملا، فحكم الهلاك بالجائحة في هذه الحالة هو حكم الهلاك قبل القبض، فيكون على البائع قال ابن قدامة: ولا يلزم من اباحة التصرف تمام القبض، ببطل المنافع في الاجارة يباح التصرف فيها، ولو تلفت كانت من ضمان المُوَجَّر، كذلك الثمرة فانها في شجرها كالمنافع توجد حالا فحالا... (2)

والجائحة في المذهب الحنبلي كل آفة لا صنع للأدمي فيها، كالريح والبرد والجراد والحطش والسيل... وأما ما كان من فعل آدمي، فالمشتري بالخيار بين فسخ العقد ومطالبة البائع بالثمن وبين البقاء عليه ومطالبة الجاني بالقيمة لأنه أمكن الرجوع ببطله بخلاف التالف بالجائحة (3)

وظاهر المذهب انه لا يشترط التثا في الجائحة، ولا يقتصر الا ما جرت العادة بتلف مثله كاشيء السير الذي لا ينضبط فلا يلتفت اليه.

قال احمد: اني لا اقول في عشر ثمرات ولا عشرين ثمرة ولا أدري ما التثا ولكن اذا كانت جائحة تتلف التثا أو الربع أو الخمس توضع... (4)

موقف الامامين: أبي حنيفة والشافعي من الجوائح:

جاء في المغني: "ان ما تهلكه الجائحة من الثمار من ضمان البائع، وبهذا قال اكثر أهل المدينة، منهم يحيى بن سعيد الأنصاري ومالك وابو عبيدة

(1) نفسه (2/141-142).

(2) المغني (4/216). مصادر الحديث (6/108).

(3) المصدر نفسه

(4) المصدر نفسه

المبحث الثالث : المسؤولية العقدية في العقود المسايرة للبيع

تقديم: لا كان القصد من العقود لا يخلو من أمرين وهما:

1- تحقيق غاية معينة من العقد.

2- بذل عناية يقدّر المستطاع للحفاظ على العقود عليه، كان لزاما أن تتدرج كل العقود تحت هذين المبدأين العامين، سواء كانت بيعا، أو إجازة، أو صلحا، أو قسمة، أو وديعة، أو رهنا، الى غير ذلك من العقود... لأن المطلوب من عقدها لا يعدو أن يكون تحقيق غاية، أو بذل عناية. فالبيع والإجازة وغيرهما في هذا سواء.

فمسؤولية العقاد عندما يخل بما التزم به قبل الغير شرعا، أو اتفاقا تعني تحمل تبعه خلاله بما التزم به في عقد صحيح أبرمه مع الغير بملء حريته واختياره.

ويشترط لترتيب المسؤولية العقدية، توافر شرطين أساسيين هما:

1) وجود عقد صحيح مبرم بين المسؤول والمضرون

2) حدوث ضرر ناتج عن عدم تنفيذ الالتزامات الناشئة بالعقد ويستتبع

من هذين الشرطين العناصر الثلاثة الآتية: الخطأ العقدي، والضرر وسببية

الخطأ في الضرر

أ) الخطأ العقدي: ففي عقد البيع -مثلا- يلتزم البائع بتحقيق غاية

وهي نقل ملكية البيع الى المشتري وتسليمه اياه، كما يلتزم بضمان العيب والاستحقاق، وفي عقد الإجازة يلتزم المورج بنقل منفعة العين المأجورة الى المستأجر وتسليمها اياه، كما يلتزم بضمان العيب والاستحقاق. وفي عقد

صلى الله عليه وسلم: تصدقوا عليه، فتصدق عليه فلم يبلغ وفاء دينه، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: خذوا ما وجئتم وليس لكم الا ذلك قالوا: فلم يحكم بالجائحة، فسبب الخلاف في هذه المسألة هو تعارض الآثار فيهما وتعارض مقاييس الشبه، وقد رآه كل واحد من الفريقين صرف الحديث المعارض للحديث الذي هو الأصل عنده بالتأويل... ولا خلاف بينهم في القضاء بالجائحة بالمعاش وقد جعل القائلون بها اتفاقهم في هذا حجة على اثباتها⁽¹⁾.

(1) بداية المجتهد (2/140-141).

القاعدة عندهم: "الأجر والضمان لا يجتمعان" : (الفقرة 652 من المدخل الفقهي العام للزرقاء) ج 2 ص 1036، وذلك بناء على أن منافع الأعيان - كسكنى الدار وركوب الحيوان، وعمل الأجير - من قبيل الأعراض لا الأصول، ومن ثم لا يعتبر مالا مقوماً في ذاته حتى يجب فيه الضمان، وعليه، لا تكون المنفعة مضمونة بالنصيب عند الحنفية لانتهاء العقد المقوم لها ويستثنى الأحناف من هذا البند بعض الحالات: كاستخدام شخص صغير بدون إذن وليه (المجلة المادة: 599)، وكون المال من أموال الوقف، أو من أموال اليتيم (المادة: 596 من المجلة) وكون المال معداً للاستغلال...⁽¹⁾

ج) سبب الخطأ في الضرر لا بد من قيام العلاقة السببية بين الخطأ والضرر، لتتكامل عناصر المسؤولية العقدية زيادة على وجود الخطأ والضرر، فقد يكون هناك خطأ من الدين وضرر أصاب الدائن، ولكن دون أن يكون ذلك الخطأ هو السبب في الضرر فمثلاً: لو التزم الدين بنقل بضائع للدائن بموجب عقد نقل، وكانت بضائع الدائن قابلة للكسر وسريعة العطب، فتكسرت هذه البضائع التي سار بها الدين سيراً عادياً لا بسببه، بل بسبب الدائن الذي قصر في تغليفها وترتيبها، فأدى هذا الإهمال من الدائن إلى تكسیرها، فهنا يلاحظ أن علاقة السببية بين خطأ الدين الممكن الوقوع وضرر الدائن، تنقطع بسبب إهمال الدائن فترتفع المسؤولية العقدية عن علق الدين.

⁽¹⁾ مستخلص من الفتوى (402/5 و 435)، ومن الشرح الكبير بهامش الفتوى (436/5)، ومن أحكام المعاملات في الفقه الإسلامي للدكتور عبد (ص 260-263)، الفروق (206/2).

الإبلاغ يلتزم المودع لديه ببذل العناية المطلوبة من الإنسان العادي، بحفظ الوديعة إلى أن يردها للمودع، وكذلك يقال في الإعارة...

فإذا لم يف العاقد بما التزم به، من تحقيق غاية معينة، أو بذل عناية مطلوبة من الإنسان العادي في المعاملات، نهض الخطأ العقدي في جانبه، واعتبر مسؤولاً عن عدم تنفيذ العقد، وتحمل الضمان، وانفسخ عليه العقد.

وهكذا، ففي كل عقد يكون الالتزام فيه التزاماً بتحقيق غاية معينة، أو بذل عناية، يعتبر تخلف هاتين الغائتين لأي سبب خطأ عقدياً يستتبع مسؤولية العاقد لعدم تنفيذه للالتزام⁽¹⁾.

ب) الضرر المضمن بالعقد: يشترط للتعويض المالي عن ضرر الغير: - أن يكون المال المضمن مقوماً في ذاته.. فالعين المأجورة قيمية كانت أو مثلية، تعتبر مالا مقوماً صالحاً للضمان، فإذا أتلقت في يد المستأجر بتعديه أو تعمد، وجب عليه ضمانها، بدفع قيمتها أو مثليها، أو نقص قيمتها حسب الأحوال.

و كذلك منافع العين المأجورة عند غير الحنفية من المذاهب التي ترى أن المستأجر يلزم بدفع أجر المثل عن المنافع التي استوفها بلا حق، كما إذا أكرى دابة لغرض معين، فاستعملها في آخر فهلك، فإنه يضمن قيمة الدابة يوم الهلاك، ويضمن أجر المثل عن المنافع التي استوفها بلا حق بحسب مدة الاستعمال.

أما عند الحنفية، فيلزمه ضمان العين فقط، ولا يضمن أجر المثل في استعماله الدابة - مثلاً - في غير الغرض الذي أكرت من أجله، حسب

⁽¹⁾ مستخلص من البسوط (9/13)، الموار: (293 و 477 و 478) من مجلة الأحكام الشرعية، المعاملات في الفقه الإسلامي، د عبد (ص 255-258).

الباب الثاني

أسباب بطلان العقود المسايرة للبيع وعدم نفاذها ولزومها

تقديم:

كما عرضنا في السابق أسباب بطلان عقد البيع وعدم نفاذه ولزومه، نحاول أن نعرض هنا تلك الأسباب للمقابلة مع العقود المسايرة للبيع في الأحكام العامة، وذلك باختصار مناسب، فراراً من سأمّة التكرار، مع التركيز على ما توافق فيه هذه العقود البيع من الأسباب العامة، التي تؤثر فيها فتجعلها باطلة، أو غير نافذة ولازمة، وذلك بتخلف بعض أركان وشروط وأوصاف الانعقاد، أو بعض شروط النفاذ واللزوم.

وسنبحث هذا الباب بحول الله وقوته في فصلين:

– الفصل الأول: أسباب بطلان العقود المسايرة للبيع.

– الفصل الثاني: أسباب عدم نفاذها ولزومها.

وتختلف المسؤولية العقدية كذلك، وترتفع عن عاتق المدين، إذا لم يثبت سبب الخطأ منه، بأن كان من الدائن نفسه، أو من الغير... أو بآفة سملوية كالجائحة التي هي كل أمر لم يكن بالامكان توقعه والاحتراز منه: كغرق السفينة، وانزلاق الحيوان، والبرد، والعفن، والجفاف، وما أشبه ذلك، من كل ما يجعل تنفيذ الالتزام بالمعقد مستحيلاً⁽¹⁾.

(1) أحكام المعاملات في الفقه الإسلامي، د. عبد (ص 263-...)، يقلل بيدي المجتهد (2/140-141).

الفصل الأول:

أسباب بطلان العقود المسايرة للبيع

نعالج في هذا الفصل مبحثين:

- المبحث الأول: خلل في أركان وشروط... العقود المسايرة للبيع.
- المبحث الثاني: تحريم العقود المسايرة للبيع بالنص الشرعي.

المبحث الأول:

خلل في أركان وشروط... العقود المسايرة للبيع

لا شك أن للعقد سواء كان بيعا أو غيره أركاناً وشروطاً، إذا اجتمعت وتوفرت، يثبت العقد وتوجد حقيقة، وإذا تخلفت أو اختلفت لا يوجد... وأركان عقد البيع لدى جمهور أئمة الفقه الإسلامي - غير أبي حنيفة - كما سبق، ترجع إلى ثلاثة:

المعاقد، العقود عليه، والصيغة، مع إمكان إضافة السبب الباعث كركن رابع للعقد، الملاحظ تطبيقاً في مؤلفات الفقه الإسلامي، وإن لم ينص عليه الفقهاء صراحة أثناء تعداد أركان العقد⁽¹⁾.

⁽¹⁾ مصادر الحق (54/4).

1- وضوح دلالة الإيجاب والقبول، أي التعبير على موضوع عقد بعينه.
2- موافقة القبول للإيجاب، بأن يكونا متطابقين على موضوع العقد.

3- اقتران القبول بالإيجاب في مجلس العقد..

كما يشترط في عاقد أحد هذه العقود، أن يكون ذا أهلية وولاية، راضيا بمضمن العقد حتى يكون صحيحا. أما إذا صدر صلح، أو قسمة، أو شفعة - مثلا - من صغير غير مميز، أو مجنون، أو مغنى عليه، أو نائم.. فلا ينعقد، وحتى إذا انعقد صورة يكون لغوا باطلا في الواقع باتفاق المذهب. ويشترط الشافعية والحنبلية في العاقد زيادة على التمييز البلوغ مع الرشد، وهو صلاح الدين والمال، فلا يصح التصرف من صبي ولو مميزا، ولا من محجور عليه لفسه، واستثنى الحنابلة شراء الشيء اليسير، وتصرف الصبي بأنزله، كما لا يصح العقد عندهم من مكره وعدم ملك وولاية على المعقود عليه كالقصورلي.

أما المالكية والحنفية، فيؤكدون أمر امضاء هذه العقود أو عدم امضاءها إذا صدرت من صبي مميز، ومحجور عليه لفسه، ومكره، وعدم ملك وولاية على المعقود عليه.. إلى المعنى بها حقيقة وهم: الولي، والمكره بعد رفع الإكراه عليه، والمالك للمعقود عليه أو لمنفعته⁽¹⁾.

ومن أسباب بطلان العقود المشابهة للبيع كذلك، تخلف شروط المعقود عليه، كأن يكون غير طاهر، أو غير متوقع به، أو غير مقصور على تسليمه.. أو منصوبا على حرمة شرعا.

ولنضرب مثلا لذلك بعقد النكاح، فإذا تزوج رجل امرأة تحرم عليه

وهذه الأركان العامة مع شروطها، كما توجد في البيع توجد في بقية عقود المعاوضات الأخرى، بل وغير المعاوضات كالنكاح مثلا، فيكون وجودها سببا في انعقاد العقد صحيحا، وتختلف سببا في انعدامه وبطلانه.

فلنأخذ مثلا تخلف بعض أركان عقد الإجارة، وهو عقد عوض على منافع الأشياء، وأركان عقد الإجارة هي: المورج، والمستأجر، والشيء المورج للمنفعة، والأجرة، ثم الصيغة.

فلا شك أن أي واحد من هذه الأركان أو شروطها.. إذا تخلف، لم يكن هناك عقد إجارة، فلو تخلف المورج، وهو الركن المقابل للبائع في عقد البيع، لا يكون هناك عقد الإجارة، وكذلك إذا تخلف المستأجر المقابل للمشتري، والمنفعة المقابلة للمبيع، والأجرة المقابلة للثمن، والصيغة بشروطها في الإجارة المقابلة للصيغة في البيع. وهكذا يقال في بقية عقود المعاوضة الأخرى، كل حسب موضوعه.

فباجتماع هذه الأركان، يضاف إليها السبب البائع المشتري، ينعقد العقد في هذه التصرفات العوضية، ويتخلفها أو تخلف واحد منها لا ينعقد والبيع وبقية عقود العوض في هذه الأركان العامة وشروطها سواء، وذلك كالإجارة، والرهن، والصلح، والقسمة، والشفعة، والتولية، والنكاح...

وشروط أركان هذه العقود، يلزم أن تكون متوفرة مثل شروط أركان البيع، فالورج والمستأجر العاقد لنفسه، أو بالنيابة عن غيره، لا بد أن يكون أهلا للعقد عاقلا بالغاً رشيداً، والشيء المورج يلزم أن تكون منفعة صالحة للتعامل شرعاً، راسب عقد الإجارة يجب أن يكون مشروعاً.. ولا أصبح عقد الإجارة باطلاً. وهكذا بقية العقود، إن تخلف منها ركن، أو شرط ركن بطلت.

وشروط أركان العقود المسايرة للبيع، هي مثل شروط أركان البيع في مجملها، فيشترط للصيغة في عقد الرهن، أو الصلح، أو القسمة، أو التولية، أو النكاح...

(1) القوانين القديمة (ص 212) كتب الله على المذاهب الأربعة (160-166) اتفاقاً، ونظيفة فقد نسخ لي زيادة (ص 272) معنى المحتاج (2/2) (أي في الشيء (2) مستثنى من الله الإسلامي والله.. د. محمد بن أبي سعد (104-115-127-129-126)

القصد والنية، فيطالبون التصرف المشتمل على بائع غير مشروع، بشرط علم الطرف الآخر به، أو كان بإمكانه حسب الظروف والقرائن أن يعلمه: كهيئة المرأة مهرها لزوجها، بقصد استدامة الزواج، فإن طلقها بعدئذ، كان لها الرجوع فيما وهبت⁽¹⁾.

قال الامام الشوكاني: لا خلاف في تحريم بيع العصير ممن يتخذه خمرًا وكل بيع أعان على معصية، في حال القصد والتعمد، وأما مع عدم القصد والتعمد.. فنذهب جماعة من أهل العلم الى جوازه مع الكراهة.

وقد استشهد على الحرمة بحديث بريدة عند الطبراني في الأوسط من طريق محمد بن احمد بن ابي خزيمة بلفظ: "من حبس العنب أيام القطف حتى يبيعه من يهودي أو نصراني أو ممن يتخذه خمرًا فقد تقدم النار على بصيرة" حسنة الحافظ في بلوغ الرام، وأخرجه البيهقي بزيادة أو ممن يعلم أن يتخذه خمرًا⁽²⁾.

ووفق هذا الدليل قال المالكية والحنابلة ومن وافقهم ببيان العقود السابقة: (العين وما تلاها..)، وأضاف لها المالكية أنهم لا يجيزون بيع أرض بقصد بناء كنيسة، أو بيع خشب بقصد صنع صليب، أو استئجار كرايس فيها عيارات النوح، وبيع ثياب حرير ممن لا يلبسها وهي لا تحل له⁽³⁾.

وجاء في الفرق (180) من كتاب الفرق للقراقي أن "المقصود من البيع ونحوه انفا هو انتفاع كل واحد من المتعاضدين بما يصير اليه، فاذا

(1) القواعد لابن رجب الحنبلي (ص 322).

(2) نيل الأوطار (251/5-252)، الفقه الاسلامي وأدلة. الزحلي (4/187).

(3) مولف الجليل المحلل (4/263 وما بعدها)، ص 404.

الفقه الاسلامي وأدلة. الزحلي (4/188). الشرح الكبير للدبير.

وحاشية السوقي عليه (3/88 وما بعدها)، المغني (4/283).

بالرضاع أو بالنسب، أو عقد عليها في العدة، أو بعد طلاق ثلاث لم يدخل بها زوج آخر، أو عقد على مشركة... وكذلك اذا كان المصدق خمرًا، أو ثمن خمر، أو مينة، أو ما الى ذلك مما حرمة الشرع... يعتبر العقد باطلا، وهكذا يقال في تخلف شروط العقود عليه، في بقية العقود قياسا على البيع⁽¹⁾. ويشترط في السبب أن يكون مشروعًا، حتى يصح البيع والعقود المسايرة له، وهي كل العقود بالنسبة الى السبب، والا كانت باطلة عند جميع أئمة مذاهب الفقه الأربعة ان أبان العاقد عن قصده غير المشروع اثناء العقد، أما اذا نواه في نفسه وعقد عليه العزم في ارادته الباطنة ولم يظهره لغيره، فالفقهاء فيه اتجاهان:

- الاتجاه الأول: هو مذهب الحنفية والشافعية الذين يأخذون بالارادة الظاهرة في العقود... حفاظًا على مبدأ استقرار التعامل ولا يعتبرون السبب أو البائع الحفي الذي يختلف باختلاف الأشخاص لأنه عنصر ذاتي داخلي يهدد المعاملات، فلا تأثير له اذا لم يصرح به في صيغة التعاقد: كالاستئجار على الغناء المحرم، والنسج، وما الى ذلك من المعاصي.. فيكون العقد صحيحًا لاشتماله على أركانه الأساسية من ايجاب وقبول، وأهلية المحل لحكم العقد، لأنه قد لا تحصل المعصية بعد العقد...

وبناء عليه، صحيح الحنفية والشافعية العقود التالية:

بيع العينة، وبيع العنب لعاصر الخمر، وبيع السلاح أو ايجاره في الفتنة الداخلية، وزواج المحلل، اذا لم يقع بها التصريح أثناء التعاقد⁽²⁾.

- الاتجاه الثاني: هو مذهب المالكية والحنابلة، الذين ينظرون الى

(1) الفرائض الفقهية (ص 212)، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة (2/163-169). بداية المجتهد (2/94).

(2) الأم للشافعي (3/65)، مصادر الحق (4/55 و 62)، البائع (4/176).

المبحث الثاني: تحريم العقود المسايرة للبيع بالنص الشرعي

إذا كانت أسباب تحريم البيع وبطلانه بالنص الشرعي كما سبق، هي في معظمها ترجع إلى: الربا، والغرر، والشرط المفسد، والاشتغال عن أداء صلاة الجمعة في وقتها..

فلا شك أن غير البيع من العقود، يعتبر كالبيع في هذه الأسباب، سيما منها عقود المعاوضات، فالربا مثلا كما يحرم في البيع، يحرم في القرض، والقسمة، والصلح، والشفعة، والاقالة والاحالة..⁽¹⁾

- الربا :

الربا محرم بالكتاب والسنة وإجماع المسلمين، ولكن ما هو موقف أئمة المذاهب الأربعة من الربا بعد وقوعه بين المتعاقدين، هل هو بطلان العقد مطلقا أم هناك مخرج لتصحيحه؟

يمكن القول حسب النظر في أقوالهم أن لهم اجتهادات ثلاثة:

1- اجتهاد حنفي يرمي إلى تصحيح العقد المشتمل على الربا برد الزائد وتسوية العوضين، شأنه في الربا شأن الوصف اللاحق بكل العقود والتصرفات.

2- يقابله اجتهاد حنبلي، يبطل عقد الربا كلية في عقد اشتمل على الربا، ويزيد فيحرم كل تصرف اشتمل على وصف منهي عنه ولو كان غير ربا.

3- يتوسط المذهبان: المالكي والشافعي، فاتفقا مع المذهب الحنبلي على

كان عديم المنفعة أو محرما لم يحصل مقصوده، فيبطل عقده والمعاوضة عليه".⁽¹⁾

وقال ابن القيم: وقد تظاهرت أدلة الشرع وقواعده على أن القصور في العقود معتبرة، وأنها تؤثر في صحة العقد وفساده وفي حله وحرمة... وهذا دليل على أن من نوى بالبيع عقد الربا حصل له الربا، ولا يعصمه من ذلك صورة البيع وأن من نوى بعقد النكاح التحليل كان محلا ولا يخرج من ذلك صورة عقد النكاح".⁽²⁾

ومعنى هذه النصوص النسوية للمالكية والحنابلة، أنهم يعتبرون القصد والنية في العقود بل في كل التصرفات، فإن وافقت المشروع كانت صحيحة منتجة لأثارها، وإن جازبت المشروع كانت فاسدة لم يترتب عنها أثر معتبر شرعا، ويستقوى في ذلك العقود كلها سواء أكانت بيعا أم غيره، كما انضج من الأمثلة السابقة.

⁽¹⁾ بداية المجتهد (2/96 و 108)، شرح الزرقاني على الموطأ (3/287).

⁽²⁾ الفرق (3/238).

⁽³⁾ اعلام الموقعين (3/109-111، مصدر الحق (4/71).

النهى دون الماهية (الأركان والشروط)، فيفسد الوصف وحده، وبزال من العقد بالرد على صاحبه، ويصح العقد لوجود ماهيته سالمة، لأن الأصل في تصرفات المسلمين وعقودهم الصحة حتى يرد نهى، والنهى الوارد في الربا وشبهه متجه للوصف، فيفسد وحده دون العقد.

وأجرى ذلك: أي تصحيح العقد، في جميع عقود الربا، وجميع ما هو من هذا الضابط، بأن كان النهى لأمر خارج عن الماهية.

واحتج أحمد بأن النهى يعتمد الفاسد، ومتى ورد نهى أبطلنا ذلك العقد وذلك التصرف بجملته، فإن ذلك العقد انما اقتضى تلك الماهية بذلك الوصف، أما بدونه فلم يتعرض له المتعاقدان، فيبقى على الأصل غير معقود عليه... وكذلك الرضوء بالماء المغسوب معدوم شرعا، والمعدوم شرعا كالمعدوم حسا...

وعلى المذهبين المالكي والشافعي التفريق بين العبادات والمعاملات حيث صحح التصرف في الأولى دون الثانية، أن متعلقات العقود في الأموال الربوية مبنية على الرضا، ولم يحصل الا بمقابلة الواحد بالآخرين، أو القليل بالكثير، فلم صححنا العقد في البعض، لنقلنا ملك أحد المتماقدين دون رضاه، والرسول صلى الله عليه وسلم يقول: لا يحل مال امرئ مسلم الا عن طيب نفسه، وهذا لم تطب نفسه الا بما تعلق العقد به...

أما تصرفات العبادات مع النهى عن وصف لازم لها: كالصلاة في الدار المفضوية فقال المالكية والشافعية والحنفية بصحتها، لأنهم لاحظوا أن متعلق الأمر قد وجد فيها بقعاه، مع متعلق النهى، فالصلاة من حيث هي صلاة حاصلة، غير ان المصلي جنى على حق صاحب الدار، فأنهى في

تحريم الربا، ومع المذهب الحنفي، في عدم بطلان التصرف في الوصف اللاحق بالتصرفات غير الربوية.

وفيما يلي نحاول الاستشهاد لهذه الاتجاهات الثلاثة:

- الاجتهاد الحنفي: ذهب الاجتهاد الحنفي الى تصحيح عقود الربا بعد وقوعها وقررتها بالقبض والتصرف على انها تقيد الملك، فضررب لذلك مثلا: اذا تبادل شخصان درهما بدرهمين، أوجب العقد درهما من الدرهمين، ويرد الدرهم الزائد على صاحبه، وكذلك بقية المعاوضات الربوية من غير النقيدين يرد الزائد فيها ويصح العقد.

- الاجتهاد الحنبلي: ذهب احمد الى ابطال كل تصرف تناوله النهى سواء في ماهيته (أركانه وشروطه)، أو أوصافه، حتى أبطل الصلاة بالثوب المغسوب، والوضوء بالماء المسروق، والذبح بالسكين المغصوبة، وسوى بين موارد النهى.

- الاجتهاد المالكي والشافعي: وتوسط المذهبين المالكي والشافعي فكان موقفهما وسطا بين المذهبين السابقين، حيث قالوا بفساد العقد لأجل النهى عن الوصف في مسائل دون أخرى، فصححوا العبادات مع النهى عن الوصف فيها تشبها مع أبي حنيفة، دون ما ذهب اليه أحمد بن حنبل، ووافقا المذهب الحنبلي في بطلان عقود الربا في المعاملات المالية، وخالفوا أبا حنيفة في تصحيحها.

احتج أبو حنيفة لأذهبه، بأن النهى اذا كان في نفس الماهية كانت المفسدة في نفس الماهية، والتضمن للمفسدة فاسد... أما اذا تعلق النهى بأمر خارج عن الماهية، كما اذا تبادل عاقدان رشيدان فضة بفضة زائدة، فلا ركان الا أربعة للعقد كلها موجودة سالمة عن النهى الشرعي، والزيادة في إحدى الفضتين تعتبر وصفا حصل لأحد العوضين، وهذا الوصف هو متعلق

وانقسمت التصرفات عنده ثلاثة أقسام:

- أحدها: معاوضة صرفية، فيجتنب فيها الغرر والجهالة إلا لداعي الضرورة.

- ثانيها: احسان صرف، لا يقصد به تنمية المال كالصدقة والهبة والابراء... فانها ان فالت على من أحسن اليه بها لا ضرر عليه، لأنه لم يبدل في مقابلها شيئاً من العوض... فافتضت حكمة الشرع وجهته على الاحسان التوسعة فيه بكل طريق. بالعلوم والمجهول، فان ذلك أيسر لكثرة وقوعه قطعاً، وفي المنع من ذلك وسيلة الى تقليله، فمثلاً اذا وهب انسان لآخر جملاً شارباً من الممكن أن يجده فيحصل له ما ينتفع به، ومن الممكن كذلك ان لا يجده فلا يحصل له أي ضرر، لأنه لم يبدل فيه عوضاً يفقده.

وهذا الذي ذهب اليه مالك من التفصيل بين عقود المعاوضات التي يدخلها الغرر والجهالات، فتتأثر بهما... وبين عقود التبرعات وما مالها من التي لا تقصد للعوض، فقه جميل، ومما يؤكد ذلك أن نصوص الأحاديث لم يرد فيها ما يعم هذه الأقسام حتى يقال: يلزم منه مخالفة نصوص صاحب الشرع، بل انما وردت في البيع ونحوه من عقود المعاوضات.

- ثالثها: الوسطة بين الطرفين السابقين، من المعاوضات والتبرعات وهو عقد النكاح. فانما ننظر اليه من جهة أن المال فيه ليس مقصوداً، وانما مقصده المودة والألفة والسكون، فانه يقتضي أن يجوز فيه الجهالة والغرر مطلقاً، وإذا اعتبر أن صاحب الشرع اشترط فيه المال بقوله تعالى: "أن يتقوا بأموالكم..." (النساء: 24) فانه يقتضي امتناع الجهالة والغرر فيه.

فلوجود الشبهين توسط مالك رحمه الله، فجوز فيه الغرر القليل دون الكثير كان يصدق زوج لزوجته سيارة من سياراته من دون تعيين، فتقتصر فيها الجهالة والغرر، ولا يجوز أن يصدق لها سيارته المسروقة لتيحت عنها،

المجاور ولا تبطل العبادة من أجله على مذهبيهم، وإن فعل حراماً في لجوئه

الى الغضب⁽¹⁾

- الغرر والجهالة:

الغرر لغة: هو ماله ظاهر محبوب وباطن مكروه، ولذا سميت الدنيا متاع الغرور وقد يكون من الغرارة وهي الخديعة.

والغرر اصطلاحاً: ما لا يدري هل يحصل أم لا، جهلت صفة أم لا: كالطير في الهواء والسمك في الماء...

أما المجهول لغة: فهو ضد العلوم كما في المختار وإصطلاحاً ما علم حصوله جهلت صفة: كبيع ما في كمة، فهو يحصل قطعاً لكنه لا يدري أي شيء هو.⁽²⁾

وردت نصوص كثيرة من الأحاديث الشريفة تنهى عن بيع الغرر وعن بيع المجهول.⁽³⁾ واختلف العلماء بعد ذلك، فمنهم من عممه في التصرفات وهو الشافعي، فمنع من الجهالة في الهبة والصدقة والابراء والخلع والصلح وغير ذلك. ومنهم من فصل وهو مالك، بين قاعدة ما يجتنب فيه الغرر والجهالة، وهو باب الماكسات والتصرفات الموجبة لتنمية الأموال وما يقصد به تحصيلها، وقاعدة مالا يجتنب فيه الغرر والجهالة وهو مالا يقصد لذلك،

(1) القروق للقرافي (2/82-86) الفرق (70) مطبعة دار احياء الكتب العربية ط/1 محرم سنة 1345هـ.

(2) فكل واحد من الغرر والمجهول اصطلاحاً اعم من الآخر من وجه وأخص من وجه، فيجتمعان في البيع الجامعية انتهى عنها: كجنين الناقة الذي هو من باب النفي عن المضامين والملاقح، والمضامين هي ما في بطن الحوامل، والملاقح ما في ظهور الفحول. وبيع الاملاسة، والمباينة، والحصاة فهذه كلها بيع جارية مستحق على تحريمها... لكثير الغرر الحاصل من جهات الجهالة (تنقيح الفروق 270/3-271 الفرق 193). فائدة المقور: لابن تيمية (ص 24-25).

(3) شرح النووي على مسلم (6/357-359).

- فالشرط الفاسد عند الحنفية، ضابطه: أن يكون لأحد العاقدين فيه منفعة، ولا يقتضيه العقد، وغير ملائم له، ولم يرد به شرع أو عرف⁽¹⁾.

والشرط الفاسد يلغي في جميع العقود لا يجب الوفاء به، لكن فساده قد يتعدى إلى بعض العقود فيفسدها، وهي عقود المعاوضات المالية، كالبيع، والأجارة، والقسمة، والزراعة، والساقاة، والصلح عن المال⁽²⁾.

وفي غيرها من العقود، يبقى العقد صحيحاً ويبطل الشرط وحده سواء كان العقد من عقود التبرعات: كالصدقة والهبة والاعارة، أو من عقود التوثيق كالوكالة والحوالة والرهن. أو الاسقاطات: كالطلاق، أو الاطلاقات: كالوكالة، أو عقود المعاوضات غير المالية: كالزواج، والخلع...

وقد وجب الغاء هذا الشرط لأن التزامه غير مشروع.. ومخالف لقتضى العقد. وفسدت المعاوضات المالية التي اقترن بها، لأن أساسها الرضى، فانازات الرضى لم يكن العقد صحيحاً، وهنا لما بطل الشرط فأتى معه رضى من اشترطه، لأنه ما رضى بالعقد إلا على أساس الموازنة بين العوضين حال قبول الآخر الشرط، بخلاف العقود الأخرى، فإنه لا موازنة فيها بين عوضين...⁽³⁾

- والشرط الفاسد للعقد عند المالكية هو الذي يشتمل على كثير من صنفي الفساد الذي يخل بصحة عقود المعاوضات المالية... وهما الربا والغرن، أو شرطاً يؤثر نقصاً في ملكية التعاوض⁽⁴⁾.

كان يشترط شرطاً لا يقتضيه العقد، أو يناقض المقصود منه، وذلك كأن

(1) الثقة وعلى المناهبي الأربعة للجزيري (2/226).

(2) الدخول للذكور محمد مصطفى شاذلي (ص 479).

(3) نفس المرجع (ص 480).

(4) بداية المجتهد (2/120).

لأن الأولى يصح العقد عليها للرجوع فيها إلى سيطرة متعارف عليها بين الناس، بينما الثانية المفقودة لا ضمان لها، فامتنع العقد عليها.

والحق الخلع بعقد التبرعات والأبراء، فأجيز فيه الغرر مطلقاً، لأن العصمة وإطلاقها ليس من باب ما يقصد للمعاوضة، بل شأن الطلاق أن يكون بغير مقابل كالهبة⁽¹⁾.

- الشرط الفاسد :

الشرط الفاسد للعقد، قد وردت أحاديث كثيرة بالنهاي عنه منها حديث بريدة الذي قال فيه رسول الله صلى الله عليه وسلم: كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل ولو كان مائة شرط... وراه الخمسة -⁽²⁾ الناتج الجامع للأصول (2/202).

وحديث جابر بن عبد الله: "نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المحاقلة والمزابنة والمخابرة والمعاومة وعن التثيب، وخص في العراق" أخرجه مسلم - شرح النووي بهامش القسطلاني (6/390).

وحديث أخرجه أبو داود، أنهى سنده إلى عبد الله بن عمرو قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: لا يحل سلف وبيع، ولا شرطان في بيع، ولا ربيع ما لم تضمن، ولا بيع ما ليس عندك" (سنن أبي داود (3/283) - رقم الحديث 3504).

وأئمة المناهبي الأربعة، اتفقوا على فساد العقد مع الشرط الفاسد إذا أثر فيه، بأن كان مخالفاً لقتضاه، رغم اختلاف اجتہاداتهم فله وكثرة في تصحيح العقود مع الشرط وإبطالها.

(1) الفروق (1/150-151) - الفرق (24)، بداية المجتهد (2/111)، مقدمات ابن رشد الحد (2/347).

(2) المقصود بالخمس في اصطلاح صاحب النتاج الشيخ منصور علي ناصف: البخاري ومسلم وأبو

داود والنسائي والترمذي (النتاج الجامع للأصول 1/19).

يطلق امرأته الأولى، أو اشتراطها أن يتوارثا وهما مختلفان ديناً⁽¹⁾.

وقد ورد في كتاب عمر بن الخطاب رضي الله عنه الذي كتبه الى أبي موسى الأشعري: "المسلمون عند شروطهم، إلا شرطاً أحل حراماً أو حرم حلالاً. والصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً أحل حراماً أو حرم حلالاً"⁽²⁾. ولهذا اتفق العلماء على أن من شرط في عقد من العقود شرطاً يناقض حكم الله ورسوله فهو باطل، مثل أن يشترط أحد المتعاقدين أن يكون نسب الولد لغير أبيه الواطي، أو ولاء العبد لغير المعتق - كما في حديث عائشة في شأن بريدة...

فهذه الشروط مخالفة لحكم الله ورسوله، فهي باطلة باتفاق المسلمين، وهذا في جميع العقود. فمن شرط في بيع أو نكاح أو اجارة حل ما حرم الله ورسوله، أو إسقاط ما أوجبه الله ورسوله، كأن شرطاً باطلاً، مثل أن يستأجر الأجير بشرط أن لا يصلي الصلوات الخمس، أو لا يصوم شهر رمضان، أو يتزوج المرأة على أن يمكنها من فعل ما حرم الله ورسوله، مثل مشاركة غيره له في الرطء ونحو ذلك، فإن الله حرم أن يشترك رجلان في فرج واحد، وأوجب أن يكونوا محصنين غير مسافحين، والمحصن: هو الذي أحصن المرأة من غيره: أي منعه أن يشركه فيها⁽²⁾.

وفي معنى الشرط المفسد للعقد، الاستثناء (الثبوت) في البيع، وشبهه من عقود المعاوضات: كقسمة أشجار معينة بين الورثة - مثلاً - واستثناء بعضها وهو مبهم، وكبيع أنثى حيوان حامل واستثناء ما في بطنها.. فجهور

⁽¹⁾ المحل المذكور شلبي (ص 480 - 481).

⁽²⁾ التيسير بشرح الجامع الصغير (2/ 105 و 457)، عمر بن الخطاب قاضياً ومجتهداً لمحمد عارف مصطفي فهمي (ص 89).

⁽³⁾ قاعدة العقود لابن تيمية ص: 14 - 15.

يشترط البائع على المشتري أن لا يبيع، أو لا يهب، أو لا يركب الدابة، أو لا يلبس الثوب، أو على أنه إذا باعها فهو أحق بها بالثمن...

أو أن يشترط شرطاً يخل بالثمن، كما إذا باع له شيئاً بشرط أن يقرضه مالا، أو يزوجه بنتاً، أو ما شبه ذلك⁽¹⁾.

- والشرط المفسد عند الشافعية هو الذي لا يقتضيه العقد، ولم يكن لصلحته، ولا شرطاً لصحته... وهو الذي يضر بالعقد، كما إذا قال: بعثك بستانى هذا بشرط أن تبعني دارك، أو تقرضني كذا، أو تعطيني فائدة مالية...⁽²⁾

- أما الحنابلة، فقد جعلوا الأصل في الشروط الإباحة، فصححوا كل شرط فيه منفعة لأحد المتعاقدين، ولم يستثنوا من ذلك إلا الشرط المناقضي لقتضى العقد، أو الذي ورد النهي عنه شرعاً.

فمثال الأول: اشتراط البائع على المشتري ألا يبيع المشتري، أو ألا يهبه، أو ألا يسكن فيه... وهذا الشرط يبطل وحده ويبقى العقد صحيحاً. ومثال الثاني: اشتراط البائع على المشتري أن يؤجر الدار لفلان أو أن يهبه شيئاً، أو أن يبيع له شيئاً معيناً، وكذلك كل شرط يوجب إنشاء عقد آخر، مستثنين الى حديث: "من باع بيعتين في بيعة فله أو كسهما أو الربا"⁽³⁾.

(أخرجه أبو داود في كتاب الاجارة من سننه 274/3 - رقم 3461).

وهذا النوع من الشروط مفسد للعقد، لأن النزاع في العقد الآخر يؤدي إلى النزاع في العقد الأصلي. ومن ذلك اشتراط الزوجة على زوجها أن

⁽¹⁾ اللقمة على الخاقب الاربعه (2/ 229).

⁽²⁾ نفس المرجع (2/ 228).

⁽³⁾ وصورته أن يقول البائع للمشتري: بعثك هذا بثلث نقد، أو بالدين لسنة فخذ بابها شئت.

النجش، وكبيع العنب لمن يتخذ خمرًا، لما في ذلك من الإيذاء والإعاقة على المعصية (فتح الوهاب 1/166)⁽¹¹⁾.

أما المالكية، فالصحيح عندهم أن غير البيع من العقود كالبيع في التحريم وفي وجوب الفسخ، لعلة الاشتغال به عن السعي إلى الصلاة وقت البناء يوم الجمعة، حسب ما ذهب إليه ابن العربي حيث قال: "إن الصحيح فسخ الجميع، لأن البيع انما منع للاشتغال به، فكل أمر يشغل عن الجمعة من العقود كلها فهو حرام شرعاً مفسوخ ردياً"⁽¹²⁾.

ونذهب الحنفية إلى أن النهي إذا كان يرجع إلى وصف ملازم للعقد عارض له، كان مقتضاه الفساد لا البطلان، لأن العقد صدر من أهله مضافاً إلى محله فكان منعقداً، والنهي يقرر المشروعية لاقتضائه التصور، فنفس العقد مشروع، وبه تنال نعمة الملك، وانما المحذور ما يجاوز، كما في البيع وقت النداء، وانما لا يثبت الملك قبل القبض كيلا يؤدي إلى تقرير الفساد المجاوز، إذ هو واجب الدفع بالاسترداد، فبالامتناع عن المطالبة أولى.

وإذا كان النهي يرجع إلى أمر مجاوز غير ملازم للعقد، وليس شرطاً فيه: كالنجش وبيع الحاضر للبادي إذا كان أهل بلده في قحط وعوز طمعا في الثمن المرتفع، والبيع عند اذان الجمعة، فمقتضاه صحة العقد مع الكراهة والاثم⁽¹³⁾.

الفقهاء: مالك وأبي حنيفة والشافعي والثوري على أنه لا يجوز، لأنه من الشئ المنهي عنها لما فيها من الجهل بصفته وقلة الثقة بسلامته خروجه⁽¹⁾.
العقد وقت النداء يوم الجمعة.

- أما بطلان البيع وشبهه من العقود المانعة من الذهاب إلى الصلاة عند النداء يوم الجمعة، فمحل اجتهاد بين العلماء، فالظاهرة من سياق الأمر والنهي في الآية البطلان: "يا أيها الذين آمنوا إذا نودي للصلاة من يوم الجمعة فاسعوا إلى ذكر الله وذروا البيع" (الجمعة: 9).

لهذا، فجمهور الفقهاء على أن نهى الشارع عن عقد يقتضي عدم وجوده شرعاً، سواء رجع النهى إلى أركانه أو شروطه أو وصف لازم عارض له، كالنهي عن بيعتين في بيعة، والنهي عن بيع وسلف.

فإذا وقع عقد من هذا النوع كان باطلاً، لا وجود له في اعتبار الشرع وحكمه، لأن النهي عن الشيء يقتضي عدم صحته وإنعاقده.

وهذا ما اتجه إليه المذهب الحنبلي، فنص أن النهى الشرعي عن الشيء إذا رجع إلى أمر مجاوز للعقد غير لازم له، كما في التعاقد وقت النداء يوم الجمعة، أن البيع ممن تلزمه الجمعة لا يصح، سواء كان قليلاً أو كثيراً، إلا إذا دعت إليه ضرورة أو حاجة (الافتقار 74/2)، ودليلهم على ذلك أن النهى إذا رجح لأمر خارج، كان ذلك الأمر الخارج هو المقصود بالنهي لا غير فيبطل العقد.

ونذهب الشافعية إلى أن النهي عن الشيء إذا كان بمعنى اقترن به لا لذاته أو لازمه، لا يقتضي بطلان العقد، وانما يقتضي التحريم فيثبم بأركابه المسامحة، ويصح البيع كبيع حاضر لباد لما نعم به حاجة الناس، وكبيع

(11) المالكية ونظرية العقد للذكور أحمد فراج حسين هامس (ص 305 - 306).

(12) أحكام القرآن (4/1793 - 1794).

(13) أحكام القرآن للحماص (3/448).

(1) شرح النووي على مسلم (6/403 - 404)، بداية المجتهد (2/122)، المغني (4/213 - 214).

المطلب الثاني: تعلق حق الغير بالعقد عليه :

من أسباب عدم نفاذ العقد في العقود المسماة للبيع كذلك، أن لا تكون للعقد ولاية شرعية على العقد، أو يكون المعقود عليه مستحق للمنفعة للغير. كالشيء الموهون والمستأجر، وذلك كالعقد الصادر من الفضولي، والراهن، والموجر، وفق ما يتضح من الأمثلة التالية:

1- عقد الفضولي:

العقد الذي يتولاه الفضولي يكون غير نافذ ابتداء - رغم وقوعه صحيحا عند بعض الأئمة - كالحنفية والمالكية بل يبقى موقوفا على إجازة صاحب الشأن فيه إذا كان له مجيز فمثلا لو باع شخص، أو أجز عقارا يملكه شخص آخر رشيد، أو قاصر له أب يرعى، شؤونه، أو عقد نكاح امرأة على رجل قبل أن يستأنفها... ففي كل هذا يكون عقد الفضولي موقوفا على إجازة صاحب الشأن، من رشيد، وولي قاصر، والمرأة التي يراد تزويجها، إن شاء كل واحد من هؤلاء انقذ العقد وإن شاء رده.

فإن لم يكن للعقد مجيز لم ينعقد أصلا: كالخلع عن صغير مميز، فإنه لا يملكه الصغير، ولا الولي، ولا الوصي، فلا ينعقد عقده، لأنه لا فائدة من انعقاده مع توقف نفاذ حكمه⁽¹⁾.

ويتضح من التمثيل السابق بعقود، البيع والإجازة والنكاح...، أن بقية العقود التي يشترط فيها الملك أو الولاية على الشيء، تكون كالبيع لا بد لانفاذها من الملك أو الولاية، والا خضعت للإجازة والرد من جانب صاحب الشأن فيها.

كان نفاذ عقده وعدم نفاذه فيها متوقفا على مصلته الشرعي، من ولي، ووصي، ومقدم قاض... إن رأى له فيه مصلحة إجازة، وإن لم يرها رده⁽¹⁾

غير أنه من الملاحظ في إجازة العقد وعدمه، سواء في البيع أو غيره من عقود المعاوضات بالنسيئة إلى السفيف، أن عقوده تصح وتنفذ إذا كانت صادرة منه قبل الحجر عليه، وأما بعد الحجر، فهو فيها والصبي المميز سواء، تنفذ إذا كانت صالحة ماله، وترد إذا كانت غير صالحة، وتترد بين النفاذ وعدمه إذا كانت محتملة للأمرين:

وأصل الحجر على السفيف قول الله تعالى: "ولا توتروا السفهاء أموالكم التي جعل الله لكم قيميا..." (النساء: 5).

ويلحق بالسففيه ذو الغفلة، وهو الذي لا يهتدي إلى التصرفات الربحية في ماله بسبب بساطته وبلاهمته⁽²⁾. جاء في المجلة العدلية: "أن تصرفات السففيه القولية بعد الحجر في المعاملات غير صحيحة، ولكن تصرفاته قبل الحجر نافذة كتصرفات سائر الناس" (المادة: 991).

يستنتج من قول المجلة: "في المعاملات"، أن تصرفات السففيه في العقود غير المالية، والتي لا تقبل الفسخ لدى الحنفية، وفي رواية عن أحمد بن حنبل: كالنكاح والطلاق والعقار... لا تأثير للحجر على السففيه فيها، فتقع منه صحيحة، وقال الشافعي بعدم صحة زواج السفيف، وجعل المذهب المالكي زواجه موقفا على إجازة الولي كإقاي عقوده الدائرة بين النفع والضرر أما طلاقه وعقده لا وله فينفذان⁽³⁾.

⁽¹⁾ القوانين الفقهية لابن جزي (ص 724)، بداية المجتهد (212/2) المدخل الفقهي العام للزرقاء (2/767 - 769)، المادة: 967 من المجلة.

⁽²⁾ السبعة في شرح التحفة (294/2 و 308)، النظرية العامة للمعجزات والعقود (ص 377-378)، المبررات: (146 و 990) من المجلة.

⁽³⁾ المغني (397/7)، بداية المجتهد (212/2 - 213)، موارد المجلة (992-994).

المبحث الثاني: أسباب عدم المزموم

الأصل أن عقد البيع وعقود المعاوضات الأخرى، اللازمة والقبالة للفسخ، إذا انعقدت صحيحة نافذة، لزمّت كلا العاقدين، فلا يجوز لواحد منهما أن يتقرّد بفسخها أو تعديلها.

وقد يرد على هذا الأصل أسباب تجيز فسخها، ترجع: إما إلى ضرورة احترام الشرائط الشرعية لصحة العقد، وإما إلى ضرورة احترام ارادة العاقد وصيانة حقوقه الناشئة من العقد.

ووفق هاتين الضرورين، كان سلب صفة اللزوم عن عقود المعاوضات اللازمة والقبالة للفسخ، كالبيع، والأجرة، والصلح... يتجلى في الحالات الثلاث الآتية: ⁽¹⁾

- الأولى: حالة شوائب الإرادة
- الثانية: الخيارات العقدية
- الثالثة: الفساد عند الحنفية

- الحالة الأولى: شوائب الإرادة:

شوائب الإرادة. أو عيوب الرضا: هي الأمور التي تحدث خللا في ارادة العاقد، فينقص رضاه في إجراء العقد، وتكون هذه الشوائب عادة موافقة لتكوين العقد، ومن هذه العيوب:

2- العقد على الشيء المرهون، أو المأجور:

ومن أسباب عدم نفاذ العقد كذلك، أن يبيع المالك الشيء، أو يوجره، أو يحيل به، أو يصالح عليه... وهو مرهون أو مأجور قد تعلق حق الغير بمنفعة مدة الرهن أو الإجارة، إلا أن يجزئه المرتهن والمستأجر.

والبيع وغيره من عقود التمليك، في عدم النفاذ إلا بعد الإجازة سواء ويستثنى لعدم التوقف على الإجازة ما إذا فوت المالك الشيء المعقود عليه ثانيا، لمن كان موجودا عنده بالعقد الأول: كالمرتهن والمستأجر للشيء في مثالا، إذا فوت لهما بيوع وشبهه: كما إذا باع الراهن العين المرهونة للمرتهن نفسه، فينفذ البيع بجاهة في حق الراهن والمرتهن دون حاجة إلى إجازة... لأن المرهون والمأجور إذا فوتا إلى من هما في حوزته وتحت يده، انتفت الحاجة إلى القدرة على التسليم ⁽¹⁾.

⁽¹⁾ القروق للقراني (1/4)، المدخل الفقهي العام (1/1) - 448 - 457، و525، ضوابط العقد... (ص 204-206).

⁽¹⁾ المبسوط للسرخسي (1/13)، الشرح الكبير للدردير (1/3) - 117 - 12، المغرشي (17/5)، المغني (401/4)، مصادر الحق (4/195).

عمر بن الخطاب رضي الله عنه، تدلى يشتر عسلا فأقبلت امرأته فجلست على الحبل فقالت: ليطلقها ثلاثا والا قطعت الحبل، فذكرها الله والإسلام فبُيت فطلقها ثلاثا، ثم خرج إلى عمر فذكر ذلك فقال: أرجع إلى اهلك فليس هذا بطلاق"، وحديث: "رفع عن أممي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه". وحديث عائشة رضي الله عنها قالت: "سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: لا طلاق ولا عتاق في اغلاق"، وإغلاق: معناه الإكراه كما فسرده علماء اللغة⁽¹⁾.

وشذ الحنفية، ففرقوا بين ما يقبل الفسخ من العقود وما لا يقبله، فوافقوا جمهور الفقهاء في الفئة الأولى (عقود المعاوضات القابلة للفسخ)، على أن الإكراه يؤثر فيها، فيكون معها للعاقدة المكره حق التخيير في إضفاء العقد ورده بعد زوال الإكراه،⁽²⁾ وخالفوهم في الثانية (الزواج والطلاق والعتاق) فقالوا: بصحتها، وإن جرت تحت تأثير الإكراه.

وذكر البخاري من قول علي رضي الله عنه: كل الطلاق جائز إلا طلاق المعتوه، وحكي أيضا وقوع طلاق المكره عن النخعي، وابن المسيب والثوري وعمر بن عبد العزيز⁽³⁾.

ولا ريب في أن رأي الجمهور بعدم التقريوق... أعدل وأقرب للمصلحة والبادئ الشرعية العامة، فلا يعقل أن يكون الزواج أو الطلاق بالإكراه

الإكراه، والغلط في الوصف، والتدليس أو التغيرير، والغبن.

ولما كان تأثير هذه الشرائب على عقد البيع مختلفا حسب اجتهادات الفقهاء، بحيث قد تجعله باطلا، أو موقوفا*، أو غير لازم، كان تأثيرها كذلك على عقود المعاوضات الأخرى اللازمة القابلة للفسخ، باتفاق المذاهب الأربعة: كالإجارة والصلح، والقسمة، وهبة الثواب⁽²⁾.

أما العقود اللازمة التي لا تقبل الفسخ: كالزواج، والطلاق، والرجعة، والعلق... فإن الجمهور ذهبوا إلى أن هذه الشرائب تؤثر في صحتها ولزومها، كما تؤثر في عقود المعاوضات، وذهب الحنفية إلى عدم تأثيرها بالفسخ، وفيما يلي بعض الأدلة للفريقين:

1- الإكراه:

لا يلزم عقد البيع، أو الإيجار، أو الزواج، أو الطلاق... الصادر من المكره، لأن الإكراه يؤثر في الرضا، والرضا أساس التصرفات، وهذا منذهب جمهور الفقهاء - غير الحنفية - والذين ثبت قولهم به: علي وعمر وابن عباس وابن عمر والزهري والحسن البصري وعطاء ومجاهد وطاوس وشريح والأوزاعي والحسن بن صالح...، ومالك والشافعي وأحمد⁽³⁾.

ومن أدلتهم على عدم وقوع الطلاق في الإكراه، قول ابن عباس رضي الله عنهما: طلاق المسكران والمستكره ليس بجائز، وقال أيضا فيمن يكرهه للصوم فيطلق: ليس بشيء. وعن قدامة بن إبراهيم: "أن رجلا على عهد

* سأنتمر هنا على الصور النسبية لعدم اللزوم من هذه الشرائب أما الصور النسبية للبطالان

والوقف، فقد نشرت إليها في مكانها من البحث.

⁽²⁾ الفقه الإسلامي وأدلته للدكتور ومبة الرحيلي (4/ 212 وما بعدها).

⁽³⁾ نيل الأوطار (2/ 217)، القوانين الفقهية (ص 197).

⁽¹⁾ نفسه (22-21/7) الفقه الإسلامي وأدلته للدكتور الرحيلي (4/ ص 215-216).

⁽²⁾ للمادة: (1006) من المجلة.

⁽³⁾ نيل الأوطار (21/7) - المباحث (7/ 182).

ومن أكرمه بعقد لم يرض به فقد أكرمه بما لم يلتزمه، ولم يلزمه الله به ولا رسوله⁽¹¹⁾.

3- التلليس أو التغيرير:

التلليس أو التغيرير: هو اغراء العاقد وخديعته ليقدم على العقد ظاناً أنه في مصلحته، والواقع خلاف ذلك، وهو أنواع: منها التلليس الفعلي، والتلليس القولبي، والتلليس بكمائن الحقيقة.

- التلليس الفعلي: هو أحداث فعل في العقود عليه ليظهر بصورة غير التي هو عليها في الواقع... ومن أشهر أمثله الشاة المصراة وما في معناها، وهي التي يحبس اللب في ضرعها مدة حتى ينتقح ويمطي، إيهاما من البائع للمشتري بغير ضرعها وغزارة لبنها.

وحكم التصرية عند جمهور الفقهاء⁽¹²⁾، ثبوت الخيار للمداس عليه، بامضاء العقد وامسك البيع وما في معناه دون تعريض النقص، أو فسخه ورد البيع.. لصاحبه لقول النبي صلى الله عليه وسلم: "لا تصروا الإبل والغنم فمن ابتاعها فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها إن شاء أمسكها وإن شاء ردها وصاعاً من تمر"⁽¹³⁾.

- وأما التلليس القولبي: فهو الكذب الصاد من أحد العاقدين أو ممن يعمل لحسابه حتى يحمل العاقد الآخر على التعاقد ولو بغبن، كأن يقول البائع أو المؤجر أو الشريك في القسمة: هذا الشيء الذي أعاوزك عليه

صحيحاً، والنية شرط فيهما، هذا إلى ما في ذلك من خطر على كيان العائلة والمجتمع جميعاً⁽¹⁴⁾.

ويشهد للجمهور قول الله تعالى: "إلا من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان" (النحل: 106)، والشرك على كل حال أعظم من الطلاق⁽¹⁵⁾.

2- الغلط في الوصف:

الغلط في وصف مرغوب فيه: هو أن يظهر حال العقود عليه بالظهر الذي أراده العاقد، ثم يتبين بعد ذلك أنه مخالف للوصف المشروط صراحة أو دلالة كان يشتري شيئاً أسود فإذا هو رمادي، أو يشتري بقرة على أنها حلوب فإذا هي غير حلوب. وحكم العقد المشتل على غلط في الوصف أنه غير لازم لمن وقع الغلط في جانبه، فيثبت له الخيار بين امضاء العقد وفسخه، لفوات الوصف المرغوب فيه المؤدي إلى اختلال الرضا، وهذا إذا كان العقد قبلاً للفسخ كعقود المعاوضات المالية⁽¹⁶⁾. أما العقود التي لا تقبل الفسخ: كالزواج.. فإن العقد يقع لازماً عند الحقيقة.

وقال الامام أحمد: يثبت خيار الفسخ بفوات الوصف المرغوب فيه، في عقد الزواج أيضاً، كمن يتزوج امرأة على أنها متعلمة فإذا هي جاهلة، أو على أنها بكر فإذا هي ثيب، فيثبت للزوج حق الفسخ⁽¹⁷⁾ " وهذا القياس - يجري - في سائر العقود من الكتابية والخلق والصلح عن القصاص وغير ذلك، إذا لم يسلم للعاقد ما رضي به لم يجبر على انقاز العقد، بل له الفسخ

⁽¹¹⁾ الفتاوى لابن قدامة الخنيلي (2/273 و 8/259)، المحلى (8/ رقم 1403 و 1406)، النظرية العامة

للموجبات والعقود (ص 452-453)، اعلام الموقعين (4/ 51).

⁽¹²⁾ نيل الاوطال (22/7).

⁽¹³⁾ بداية المجتهد (2/ 131).

⁽¹⁴⁾ الفتاوى (444/7) وما بعدها. الفتاوى الاسلامي وادلة للذكور وفيه الرحيطي (4/ 218-218).

⁽¹¹⁾ قاعدة العقود للشيخ ابن تيمية (ص 159).

⁽¹²⁾ بداية المجتهد (2/ 132). الفتاوى (4/ 233). الشرح الكبير بهامش الفتاوى (4/ 81).

⁽¹³⁾ شرح النووي على مسلم (6/ 363)، نيل الاوطال (5/ 214)، الفتاوى الاسلامي وادلة للذكور وفيه الرحيطي (4/ 218).

بغير فاحش ولو من غير تغيير، نقض العقد (م: 356 مجلة).

- الحنابلة: يؤثر الغبن الفاحش في العقد فيجعله غير لازم، سواء أكان يتغيرر أم بدونه، ويعطى للمغبون حق فسخ العقد: كالشراء في تلقى الركبان، والبيع عن طريق النجش، وبيع المسترسل⁽¹⁾.

- المالكية: الغبن ثلاثة أنواع: الأول: غبن لا يقام به هو إذا زاد المشتري في ثمن السلعة على قيمتها للغرض له.. الثاني: غبن يقام به قل أو كثر وهو الغبن في بيع الاسترسال واستسلام المشتري للبائع. الثالث: اختلاف فيه وهو ما عدا ذلك، وعلى القول بالقيام به فيقوم المغبون سواء كان بائعاً أو مشترياً إذا كان مقدراً للثالث فاكتر، وقيل لا حد له وإنما يرجع فيه للعوائد⁽²⁾.

- الشافعية: لا أثر للغبن الفاحش في التصرفات سواء رافقه تغيير أم لا، لأن الغبن وقع بتقصير من المغبون، فعليه أن يتحمل نتيجة تقصيره⁽³⁾.

الحالة الثانية: الخيارات العقدية:

من الخيارات العقدية في العقود المسايقة، والتي تطرقنا لبحثها في البيع: خيار الشرط، وخيار التعيين، وخيار الرؤية، وخيار العيب.

والخيارات تثبت بأمرين: أما باشتراك العاقد، لئتم له العلم الصحيح بمغائم العقد ومغائره، وإما بتقدير الشارع دفعاً لنقص في العلم الذي قام عليه الرضى أو منعا لتغيير وتجهيل في صحته، يشمل الأمر الأول خيار الشرط، وخيار التعيين، ويشمل الثاني خيار الرؤية، وخيار العيب⁽⁴⁾.

(1) الفقي (4/79-78).

(2) القوانين الفقهية (ص 230).

(3) الفقه الإسلامي وأدلته، د. الزحلي (4/224)، نقلاً عن مغني المحتاج (2/36).

(4) البيان (5/261).

يساوي أكثر، أو لا مثيل له في السوق، فيكذب عليه ويغيره.

وحكم هذا النوع من التدليس، أنه غش وخداع وحرام شرعاً، ولكنه مع ذلك لا يؤثر في صحة العقد إلا إذا صحبه غبن فاحش - والغبن الفاحش يختلف باختلاف المذاهب - فيجوز حينئذ للعاقد المغرور المطالبة بخيار الفسخ.

- التدليس بكمائن الحقيقة: هو إخفاء عيب في أحد العوضين كأن يكتم البائع عيباً في المبيع، أو يكتم المشتري عيباً في النقود، وحكم هذا النوع من التدليس حرام شرعاً، لقول النبي صلى الله عليه وسلم: "من غش فليس منا"⁽¹⁾، ويثبت فيه للمدلس عليه خيار العيب، فيفسخ العقد إن شاء أو بغيره⁽²⁾.

4- الغبن:

الغبن لغة: النقص، واصطلاحاً: أن يكون أحد العوضين غير متعادل مع الآخر. والغبن نوعان: يسير لا يؤثر في العقود... وكثير يؤثر فيها، وقد رت المجلة المدنية الغبن الكثير في المادة (165)، بنصف العشر في عروض التجارة، وبالعشر في الحيوانات، وبالخص أو زيادة في العقار وللماهيب الفقهية في الغبن اجتهادات:

- الحنفية: ليس للغبن الفاحش وحده أثر على العقد، فلا يجزئ رد العقود عليه أو فسخ العقد إلا إذا انضم إليه تغيير، وهذا ما أخذت به المجلة في (م: 357)، واستثنوا حالات ثلاثاً: أموال بيت المال. وأموال الوقف. وأموال المحجور عليهم لصغر أو جنون، أو سفه.. فإذا عوض عن شيء من ذلك

(1) أخرجه الترمذي عن أبي هريرة، وأخرجه مسلم = التيسير بشرح الجامع الصغير (2/432).

(2) الفقه الإسلامي وأدلته، د. الزحلي (4/220-219).

- فالعقود غير اللازمة: كالوكالة، والوديعة، والعارية، والهبة والوصية... لا تقبل الشرط، لأنها قابلة للفسخ من أحد العاقدين من غير شرط، فلا معنى لاستراطه فيها.

- والعقود اللازمة التي لا تقبل الفسخ: كالزواج، والخلع، والطلاق والرجعة، لا تقبله أيضا، لأن مقتضاها ترتب آثارها عليها ولزومها بمجرد وجود العبرة الدالة على انشائها، وخيار الشرط يؤخر ثبوت الآثار بالنسبة لمن ثبت له، أو يؤخر اللزوم على الخلاف، فهذه العقود بطبيعتها تلبي قبول الخيار للمنافاة التامة بينهما.

- والعقود التي تقبل الفسخ، ولكن يشترط في صحتها القبض في مجلس العقد: كالسلم، والصرف، وعقود الربا لا يدخلها خيار الشرط، لأن الخيار يؤخر الأحكام، ومنها وجوب القبض في المجلس، وعدم القبض مفسد لهذه العقود، فيكون بين خيار الشرط وصحة تلك العقود منافاة، فلا يصح اشتراطه فيها.

فإذا توافرت هذه القيود الثلاثة في عقد من العقود (أن يكون العقد لازما، قابلا للفسخ، لا يشترط لصحته القبض في المجلس) قبل خيار الشرط، والا فلا.

ومتى ثبت الخيار لأحد العاقدين ملك امضاء العقد وفسخه، في أي وقت شاء في مدة الخيار للشرط، فإذا مضت المدة من غير إختيار أحد الأمرين نفذ العقد ولزم⁽¹⁾.

(1) بداية المجتهد (2/157-160)، البدائع (5/228)، الشرح الكبير بهامش المغني (4/67)، الملكية ونظرية العقد لأبي زهرة (ص 390، وما بعدها) الملكية ونظرية العقد للدكتور أحمد فراج حسين (ص 338)، المدخل في التعريف باللقه الاسلامي للدكتور محمد مصطفى شلبي (ص 601-602).

1- خيار الشرط:

سبق أن خيار الشرط هو الذي يشترط فيه أحد العاقدين أو كلاهما لنفسه أو لغيره، حق فسخ العقد في مدة معلومة تتفاوت في جوازها حسب اجتهادات أئمة المذاهب الأربعة.

وهذا الشرط يكون مقارنا للعقد، وهو مخالف لقتضاه، ولذلك يكون حسب مراعاة الأصل والقياس شرطا فاسدا مفسدا للعقد، ولكن الفقهاء أجازوه استحسانا لسببين:

أحدهما: ورود الأثر بصحته وإجازته في الحديث الوارد بشأن جبان ابن مقفذ الذي كان يغيب في البيعات: عن عبد الله بن دينار أنه سمع ابن عمر يقول: "ذكر رجل لرسول الله صلى الله عليه وسلم أنه يخدع في البيوع فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: من بايعت فقل لا خلاية" (شرح النووي على مسلم 6/381).

ثانيهما: أن الحاجة قد تدعوا إليه، فقد يخشى أحد العاقدين الانخداع لمعرفته الصفيق في الأسواق، أو لأنه يكون غير ذا خبرة تامة بصنف العقود عليه، فيحتاج الى الاستشارة.

وخيار الشرط هذا، لما ثبتت مشروعيته في عقد البيع بالنص، على خلاف القياس، كان مقتضى ذلك أن يقتصر فيه على مورد النص وهو عقد البيع، لكن الفقهاء الحقوا بالبيع غيره من العقود التي في معناها، وهي العقود اللازمة القابلة للفسخ بالتراضي، والتي لا يشترط في صحتها القبض في المجلس ولو كان لزومها من جانب واحد، وذلك: كالإجارة، والمزارعة، والمساقاة، والقسمة، والصلح عن مال، والخلع من جانب المرأة، والكفالة، والحوالة، والرهن إذا شرطه الراهن للزومه من جانبه فضلا عن البيع أما إذا كان العقد غير لازم، أو لازما لا يقبل الفسخ... فلا يصح فيه خيار الشرط.

ويكون له معنى.

3- أن تكون معينة محددة أثمانها، ككلاص سيارات معينة، على كل واحدة منها، لتتقي الجهالة المفضية للنزاع في المعقود عليه.

4- أن تكون مدة الخيار معلومة على الرأي المعتمد عند الحنفية، وحكم خيار التعيين، أن العقد صحيح نافذ غير لازم، يبقى قابلا للرد حتى يعين من له حق الخيار بالشروط واحدا من اثنين أو ثلاثة أشياء معينة، ويشتمل خيار التعيين على خيار شرط هو الذي يجعل العقد غير لازم، ولن له الخيار أن يختار أحد الأشياء الثلاثة خلال مدة الخيار ويكون الخيار صراحة أو دلالة، كأن يتصرف في أحد الأشياء محل الاختيار تصرف المالك... واعتبر المعقود عليه المختار متعينا منذ البداية ولستند تعينه الى وقت العقد. وإن انقضت مدة الخيار- ولتعدت أكثر من يومين- دون أن يختار من له هذا الحق، نقض العقد في جميع الأشياء،⁽¹⁾ جاء في شرح الحطاب:

"أنا مضت أيام الخيار ولم يختار، ثم أراد بعد ذلك الاختيار فإن كان بعيدا من أيام الخيار فليس له ذلك وإن قرب ذلك فذلك له، قال ابن يونس: ومن الدونة قال ابن القاسم والميتاع أخذ أحد الثوبين بالثمن الذي سميا فيما قرب من أيام الخيار وإن مضت أيام الخيار وتباعدت فليس له اختيار أحدهما ونقض البيع إلا أن يكون قد أشهد أنه اختار أحدهما في أيام الخيار أو فيما قرب منها..."⁽²⁾

3- خيار الرؤية:

خيار الرؤية معناه: أن يكون للعاقد الذي عقد على شيء معين لم يره،

2- خيار التعيين:

يدخل هذا النوع من الخيارات في عقود المعاوضات المالية التي تفيد تملك الأعيان: كالبيع، والهبة بعوض... والصلح الذي هو في معنى البيع... ومعناه أن يكون المشتري أو البائع بالخيار بمقتضى شرط في العقد، أن يعين واحدا من اثنين أو ثلاثة أشياء متقاوئة قيمتها فيما بينها، فالعقد يكون مبرما على واحد من شيئين أو ثلاثة على أن يكون لأحد العاقدين الحق في تعيين ذلك الواحد، وقبوله أو رفضه.

وثبت ذلك النوع من الخيار موضع خلاف بين الفقهاء، لأنه مخالف للقياس، لما فيه من الضرر الحاصل بجهل واحد من الاثنين أو الثلاثة، لذلك منع هذا الخيار أحمد والشافعي وزفر،⁽¹⁾ جاء في الشرح الكبير أنه: "لا يجوز أن يبيع عبدا غير معين، لأنه مجهول، ولأنه غرر وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الغرر ولا عبدا من عبيده سواء قلأ أو كثر، وبه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة: إذا باعه عبدا من عبيدين أو من ثلاثة بشرط الخيار له صح، لأن الحاجة تدعو إليه، ولو كانوا أكثر لم يصح لأنه يكسر الغرر"⁽²⁾

ويشترط لصحة العقد مع هذا الخيار أربعة شروط:⁽³⁾

1- أن يكون الخيار بين ثلاثة أشياء فاقل، لأن الحاجة بها ترتفع، والحاجة تقدر بقدرها، لأن الثلاثة فيها الجيد والردىء والوسط...

2- أن تكون هذه الأشياء متقاوئة فيما بينها، لكي يتحقق التخيير منها.

⁽¹⁾ الملكية ونظرية العقد للشيخ أبي زهرة (ص 385-386) البائع (5/156-157).

⁽²⁾ الشرح الكبير بهامش المتن (4/29).

⁽³⁾ المدخل في التعريف بالفتحة الإسلامية: شلبي (ص 626)، الملكية ونظرية العقد لبي زهرة (ص 386).

ثانيها: الإجابة، فإن المستأجر له الخيار إذا لم يكن قد رأى العين المستأجرة.

ثالثها: قسمة القيمات، فإذا كان أحد الشركاء عند القسمة لم ير نصيبه، فله الخيار إذا رآه.

رابعها: الصلح، إذا كان بدل الصلح شيئاً غير معين، لأنه يكون في معنى الشراء.

وليس المراد بالرؤية في خيار الرؤية -الإبصار بالعين فقط، بل المراد ما هو أعلم من ذلك، وهو المعاينة بالحس، سواء أكانت بالبصر أم بغيره: كالشم، والذوق، والحس... فإن معاينة هذا الأشياء (المشمومات، والذوقات، والأشياء المعروفة بالحس) تعتبر كالرؤية بالبصر.

وعلى ذلك يكون خيار الرؤية من الأعمى بواسطة هذه الحواس، وما لا يعرف إلا بالبصر بالنسبة إليه يوصف له من قبل من يثق برؤيته. ومن ثبت له خيار الرؤية، فله فسخ العقد وامضاءه بعدها باتفاق المجيزين لهذا الخيار⁽¹⁾

4- خيار العيب:

خيار العيب هو خيار سببه عيب يعقود عليه معين، يثبت به شرعاً حق الفسخ للعائد المتضرر إذا اطلع عليه بعد العقد وهو حادث في العقود عليه قبل القبض، ولم يكن عالماً به أثناء العقد، ولم يرض به بعد العلم.

والسبب في شرعية خيار العيب... أن الرضى الذي نشأ العقد بقتضائه لم يكن على أساس صحيح، لفقدان سلامة العقود عليه، المطلوب للانتقاع

⁽¹⁾ الملكية ونظرية العقد للشيخ أبي زهرة (396-400)، المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي: شلبي (ص 621-622)، مصادر الحق (4/ 282-284)

حق الفسخ إذا رآه، فهو خيار يثبت بشرطين:

أحدهما: أن يكون محل العقد شيئاً معيناً: كدار وثوب.

ثانيهما: أن يكون محل العقد غير مرئي وقت العقد.

وثبت خيار الرؤية محل خلاف بين الفقهاء، وأساس هذا الخلاف جاء من صحة العقد أو عدم صحته على الأشياء المعينة الغائبة، فمن الفقهاء من حكم بأن العقد عليها صحيح، ومنهم من حكم بأن العقد عليها غير صحيح فأبو حنيفة والشافعي في مذهبه القديم وابن حنبل في أحد القولين عنه يصححون العقد. ومالك والشافعي في مذهبه الجديد وأحمد... في القول الثاني لم يصححه.

ودليل المانعين أن بيع الغائب فيه جهالة تفضي إلى المنازعة في أصل العقد ووصفه، وفي وقت قبض عوض العقود عليه... ولا شك أن هذه الجهالة المفضية إلى النزاع غرن والنبي صلى الله عليه وسلم نهى عن الغرن.

واستدل المجيزون للعقد على الأعيان الغائبة قبل رؤيتها، بما روي عن عثمان وطلحة رضي الله عنهما، من أنهما تبايعا أرضاً باعها عثمان لطلحة، ولم يكونا رأياها، فقبل لكل منهما: قد غبت، فأجاب أن له الخيار بعد الرؤية... فحكما في ذلك جبير بن مطعم رضي الله عنه، ففُضي بالخيار لطلحة -وهو المشتري-

ويثبت خيار الرؤية عند من أجازوه في كل العقود التي يكون محل العقد فيها شيئاً معيناً لم ير قبل العقد ولا في أثناءه، لأن السبب الذي أوجده محقق في كل عقد كذلك، ولذلك أتيته في أربعة أنواع من العقود:

أولها: عقد البيع إذا كان المبيع معيناً بالشخص، وليس شيئاً ثابتاً في الذمة، فلا يثبت في السلم ولا في الصرف.

وأشار ابن رشد الى العقود التي يثبت فيها حكم الفسخ بالعيب بقوله: "أما العقود التي يجب فيها بالعيب حكم بلا خلاف، فهي العقود التي المقصود منها المعاوضة كما أن العقود التي ليس المقصود منها المعاوضة لا خلاف أيضا في أنه لا تأثير للعيب فيها: كالهبات لغير الثواب والصدقة، وأما ما بين هذين الصنفين من العقود، أعني ما جمع قصد المكافئة والمعاوضة مثل هبة الثواب، فالأظهر في المذهب أنه لا حكم فيها بوجود العيب، وقد قيل يحكم به إذا كان العيب مقسما"⁽¹⁾.

الحالة الثالثة: فساد العقد عند الحنفية:

سبق الحديث أن فساد العقد نظرية اختص بها المذهب الحنفي دون سائر المذاهب، فجعلها واسطة بين العقد الصحيح والعقد الباطل، وهي ولا شك نظرية تطور بها الفقه الإسلامي، واتجهت به الى تمضيد القوة للزمة وتأكيد سلطان الإرادة للعقد، استقر بها التعامل، فكانت نافعة للغير، والمعاهد نفسه.

وللمذهب المالكي نظرية تقرب من نظرية الفساد عند الحنفية في التطبيق العملي - رغم أنه من ضمن المذاهب القائلة بنظرية واحدة تجمع بين العقد الفاسد والباطل - وهي نظرية تميز بين العقد المحرم والمكروه، قال الدكتور السنهوري في كتابه مصادر الحق: "على أنه انصافا للمذهب المالكي وهو أيضا لا يميز بين العقد الباطل والعقد الفاسد، نقول: أنه يميز في البيع الباطل أو الفاسد، بين المحرم والمكروه، فالمحرم إذا فاق مضي

(1) بداية المجتهد (2/131).

الكامل به، لأن عقود المعاوضات تقوم في الشريعة على المساواة بين العرضين في نظر المتعاقدين، فتختلف هذه السلامة الذي نشأ عنه عدم المساواة بين الباعين، يحدث خلافا في الرضا بالعقد، والله تعالى يقول: "يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم ببيكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم" (النساء: 29). فإذا لم يتوافر الرضا، أو حدث فيه خلل أوجب نقصه، أعطى الشارع من اختل رضاه حق الفسخ ليتدارك من أمره ما فاتته، وله - بالأولى - امضاء العقد، هذا الأمر اتفق عليه المذاهب الأربعة: ويزيد الحنابلة إعطاء الحق للمتضرر أن يأخذ أرض ما نقصه العيب أن شاء أن يمسك بالعقد عليه، جاء في الشرح الكبير بهامش المغني⁽¹⁾.

"فمن اشترى معينا لا يعلم عيبه فله الخيار بين الرد والامساك مع الأرض، وهو قسط ما بين قيمة الصحيح والعيب من الثمن".

ويدخل خيار العيب عقود المعاوضات التي يكون فيها للعقد عليه معينا بالاعتين: كالبيع والإجارة، والقسمة، والصلح عن مال... وشرطها جميعا أن يكون محلها معينا: كالدرن والأرض، والحيوانات، والسيارات، وغيرها من سائر الأعيان المتعينة بذاتها.

وأما إذا كان محلها ما لا يتعين بالاعتين، بل بالوصف: كالكيل والوزن، فلا يدخلها خيار العيب لعدم الحاجة اليه، فإذا اشترى شخص عشرة أراب من القمح موصوفة بصفات معينة، فإن وجدها على الصفة المشروطة قبضها، وإن وجدها على غيرها رفضها لعدم وجود محل العقد على الصفة المشروطة⁽²⁾.

(1) المغني (4/86).

(2) المالكي ونظريته للعقد لبي زودة (ص 403-404)، فشرح الكبير بهامش المغني (4/87-85)، المالكية ونظرية العقد للدكتور أحمد فراج حسين (ص 342-344) للمحل... محمد مصطفى شلبي (ص 61).

التي تقضي الى نزاع مشكل، والنزاع المشكل هو الذي يتخذ حسمه لتساوي حجة الطرفين فيه استنادا الى تلك الجهالة⁽¹⁾.

وذلك كما لو باع انسان شاة غير معينة من قطيع غنم، فالبايع قد يريد اعطاء الرديئة بحجة عدم التعيين، والمشتري كذلك يريد الجيدة بحجة عدم التعيين ايضا⁽²⁾.

ومن أمثلتها ما يلي:

1- الجهالة في العقود عليه: كجهالة البيع في عقد البيع، أو المأجور في الاجارة، أو المصالح عنه في الصلح، أو الموهوب في الهبة.

2- جهالة العوض في عقد المعاوضة المالية: وذلك كجهالة الثمن في البيع، و جهالة البذل المصالح عليه في عقد الصلح.

3- جهالة الأجال في كل ما يجري فيه أجل ملزم، وذلك كجهالة المدة المتعاقد عليها في عقد الاجارة، و جهالة موعد استحقاق الثمن المؤجل في عقد البيع، أو موعد استحقاق البذل المؤجل في عقد الصلح.

4- جهالة وسائل التوثيق المشروطة في العقد: وذلك كما لو اشترط البائع على المشتري تقديم كفيل أو رهن بالثمن المؤجل، فيجب ان يكون الكفيل والرهن معينين، والا فسد البيع.

فمثل هذه العقود لا يلزم عند الحنفية ان اعتراه فساد بسبب من الأسباب السابقة، أو مثلاً... هذا في العقود الناقلة للملكية ذات العوض من الطرفين.

أما العقود غير المالية: كالوكالة، والرعاية، والزواج على رأي من لا

بالقيمة، أما المكروه فاذا فات انقلب صحيحا، وربما انقلب صحيحا بالقبض أيضا لخفة الكراهة فيه⁽¹⁾.

جاء في بداية المجتهد: اتفق العلماء على ان البيوع الفاسدة اذا وقعت ولم تفت باحداث عقد فيها أو نساء أو نقصان أو حوالة سرق أن حكمها الرد، أعني أن يرد البائع الثمن والمشتري الثمنون⁽²⁾.

ونظرية الفساد هذه عند الحنفية، اذا اعتراها سبب من الأسباب العامة ومنها: الغرر والجهالة، والاكراه على من يقول بفساد العقد معه (وهو الامام أبو حنيفة...)، لا يجري مفعولها في كل العقود، بل في طائفة منها فقط، وهي العقود الناقلة للملكية، أو العقود المالية التي ترجب التزامات متقابلة من المتعاقدين.

كالبيع، والاجارة، والصلح، وهبة الثواب، والقرض، والرهن، والحوالة، والشركة، والمزاينة، والمساواة، والقسمة.

فاذا اشتمل عقد من هذه العقود على سبب استوجب فسادا كان غير لازم، يجب شرعا على كل من طرفيه فسخه، قبل القبض وبعده، بل يجب على القاضي حله من تلقاء نفسه حماية للنظام العام في التعاقد، لو تعاقل عنه العاقدان، وذلك ما لم يمنع من فسخه مانع، كفوات العقود عليه بالهلاك والإستلاك، أو تعلق حق الغير به.

ومن أسباب فساد العقد الجهالة:

(1) والجهالة المفسدة للعقد في الاجتهاد الحنفي هي الجهالة الفالشة

(1) مصادر الحق (4/ 271-273)، المدخل الفقهي العام (2/ 668-705).

(2) بداية المجتهد (2/ 145).

فيشترط لصحة الشركة أن يكون الربح موزعا بين الشركاء حصصا شائعة نسبية، كالنصف أو الربع، أو كذا في المائة، فإذا شرط لأحدهم مقدار مقطوع به فسدت الشركة (م 1336 من المجلة)،

- وفي المزارعة والمساقاة: يفسد العقد للغير إذا اشترط لأحد الطرفين قدر مقطوع به من محصول الأرض، أو ثمر الشجر، إذ يعتبر لصحة عقد المزارعة والمساقاة أن تكون حصص الشركاء في المحصول شائعة نسبية، كالثلث والربع والخم.

(ج) الإكراه عند أبي حنيفة :

انقسم اجتهاد المذهب الحنفي في الإكراه إلى رأيين: رأي يعتبر أثره في العقود مفسدا لها، قال بهذا الرأي إمام المذهب أبو حنيفة. ورأي اعتبر أثره فيها الوقف على إجازة المكره بعد زوال الإكراه، وقد قال بهذا الرأي زفر بن الهذيل من كبار أصحاب أبي حنيفة.

فعلى رأي أبي حنيفة ومن قال به، يكون الإكراه سببا من أسباب الفساد العامة في العقود، يفسخ العقد به من الطرف المكره ولا يلزم⁽¹⁾.

نتيجة العقد الفاسد تتلخص في أمرين:

ترتيب الحكم على العقد الفاسد، واستحقاقه للفسخ.

الأول - ترتيب الحكم على العقد الفاسد: يترتب الحكم على العقد الفاسد بمقتضى تقويته بالتسليم والقض، لا بمقتضى انعقاده بالإيجاب والقبول كما

في العقد الصحيح. فإذا تسلم العاقد المعقود عليه في عقد فاسد ملكه ونفذ فيه تصرفه، سواء كان مبيعا، أو موهوبا، أو بدل صلح، أو اقسام قسمة⁽²⁾.

يعتبر فسادُه عند التزوج بالمحارم، بل يعتبره باطلا، وسقط الحد لشبهته الاشتباه. والعقود المالية التي ليست فيها التزامات متعاقبة: كالإعارة، والإيجار... ومثلها العبادات والتصرفات المنفردة: كالطلاق والوقف، والكفالة بدون مال، والاقراء، وما شاكلها...

كل هذه لا فرق فيها عند الحنيفة - كغيرهم من المذاهب - بين العقد الفاسد منها والباطل، بمعنى أنها تعتبر أن اشتملت على سبب من أسباب الفساد السابقة وغيرها باطلا، وغير منعقدة عند الجميع⁽¹⁾.

(ب) الغرر :

ومن الأسباب العامة لفساد العقد عند الحنيفة، فيفسخ من كلا العاقدين، أو من القاضي، الغرر في الأوصاف والقائير وما شابهها من النواحي الفرعية للعقد، أما افساد الغرر الراجع إلى أصل في المعقود عليه فيوجب بطلان العقد وليس محل بحثنا هنا.

وأكثر العقود التي يدخلها الفساد للغرر، البيوع والشركات:

- ففي البيوع: لو باع شخص بكرة واشترط أنها تعطي كذا رطلا من الحليب، فالبيع فاسد للغرر لأنه يمكن أن لا تعطي هذا المقدار من الحليب تماما. وكذا لو باع شاة على أنها حامل ذكرا، فالبيع فاسد للغرر

- وفي الشركات: لو اشترط أحد المتعاقدين في عقد الشركة أن يكون له دواهم معينة من الربح فإن ذلك غرر لاحتمال أن لا تربح الشركة سوى هذا القدر المشترك أو أقل، أو لا تربح شيئا أصلا.

⁽¹⁾ المجلد الفقهي العام للزرقاء (2/692-696).

⁽²⁾ اللتان : 366 و 371 من المجلة العلية، والمادة : 337 من مرشد الحيران.

⁽¹⁾ الأعيان والنفقات لابن نجيم (ص 337)، البائع (5/300-301)، المجلد للدكتور شلبي (ص 553-554)، المجلد الفقهي العام للزرقاء (2/688-689) وما بعدهما (الملكاة ونظرية العقد لأبي زهرة (ص 369-370) الملكاة ونظرية العقد للدكتور أحمد فراج حسين (ص 303-304).

وفاء ان ينتفع بالمبيع باذن، ولا يجوز للبائع الرجوع في الاذن، وهذا هو الذي يميز بيع الوفاء من الرهن حيث يجوز للراهن رهنا مطلقا الرجوع في الاذن دون البائع وفاء.

وإذا قبض المشتري المبيع وفاء بعد ان دفع الثمن للبائع، وجاء وقت رد الثمن لاسترداد المبيع فلم يرد البائع الثمن، أمر البائع ببيع المبيع وقضاء الدين من ثمنه. فإذا امتنع باع الحاكم عليه. وهذا هو حكم الرهن، ومن ثم اقترب بيع الوفاء من الرهن وابتعد عن البيع⁽¹⁾.

ب- الكفالة: الكفالة هي ضم ذمة الكفيل الى ذمة الأصيل في المطالبة بنفس أو دين أو عين.

وهي أيضا تعتبر سببا في توثيق الدين، فإذا توثق دين الكفالة جاز للدائن مطالبة المدين الأصيل، أو مطالبة الكفيل، أو مطالبتهما معا. وإن كان للكفيل كفيل أيضا، كان للدائن أن يطالب أيا شاء منهما.

وإذا أدى الكفيل ما كفل به من ماله، كان له الرجوع على المدين الأصيل بما أدى إن كانت الكفالة قد أنشئت ابتداء بأمر المدين الأصيل.⁽²⁾

الفقرة الثانية: أثر العذر والجائحة على اللزوم في العقود. سبق أن البيع والإجارة يلحقهما الاستثناء في الفقه الإسلامي، فلو انعقدا صحيحين، وطراً عليهما ما يعتبر عذراً مقبولا شرعا في حق أحد المتعاقدين، يكون من العمل أن يفسخ العقد ولا يلزم، أو ينقص من مضمونه.. لأن الهدف من العقد في الشريعة الإسلامية الوصول الى العدل، فينظر الى غايته ومقصوده، ولا يكفي بظاهر نشأة العقد ووسائل انعقاده إذا أصبح متناقضا مع مقصوده.

⁽¹⁾ مرشد الحيران، المواد : (454-461)، مصادر الحق (89/6).

⁽²⁾ مستخلص من مرشد الحيران : المواد : (729-737)، مصادر الحق (86/6).

كان المرتهن أحق من سائر الغرماء بالشئ المرهون الى ان يستوفي حقه منه، أما ما تبقى من ثمنه فيوزع على الغرماء.

2- يجوز للراهن ان يוכל المرتهن ببيع الشئ المرهون عند حلول أجل الدين لاستيفائه من ثمنه.

3- إذا حل أجل الدين المضمون، ولم يقم الدين الراهن بدفع الدين وفك الرهن، فإنه يجبر عندئذ على بيع الشئ المرهون لوفاء الدين من ثمنه.

4- إذا امتنع المدين الراهن عن وفاء الدين وعن بيع الشئ المرهون المرهون لوفاء الدين من ثمنه، كان للقاضي عندئذ ان ينفذ على الشئ المرهون، فيبيعه قهرا ويصفي الدين من ثمنه.

5- إن كل تصرف يحتمل الفسخ: كالبيع، والإجارة، وما أشبه ذلك، يتوقف في نفاذه على رضی الدائن المرتهن، اذا ما تم من قبل المدين الراهن على الشئ المرهون قبل سقوط الدين عنه، ومن ثم يبقى هذا التصرف موقفا على اجازة الدائن أو على قضاء الدين وفك الرهن من قبل المدين.

وهذه الاحكام -لا شك- تبرز مدى ما يتمتع به الدائن المرتهن من ثقة في استيفاء دينه عند حلول أجل الوفاء به فهذه الثقة انما ترجع أصلا الى عقد الرهن، ومن ثم يتضح بجلاء ما للعقد من اثر مباشر أيضا في توثيق الدين⁽¹⁾.

وبيع الوفاء في الفقه الإسلامي ضرب من الرهن وجد لتوثيق الدين، فبيعه الشئ صاحبه مشروطا أنه متى رد الثمن الى المشتري رد المشتري له المبيع.

فالبايع وفاء هو الراهن، والمشتري وفاء هو المرتهن، ويجوز للمشتري

⁽¹⁾ مرشد الحيران مستخلص من مواد : (859-869)، مصادر الحق (87/6).

أشهر الباقية تكون للعبد المعتق إلا إذا عجلت الأجرة أو اشترط تعجيلها فتكون للمولى⁽¹⁾.

2) المذاهب الثلاثة في فسخ الإيجار بالعذر المالك:

يقر المذهب المالكي فسخ الإيجار للعذر في حدود أضيق بكثير من المذهب الحنفي، فتفسخ الأجرة في هذا المذهب بمنع استيفاء المنفعة شرعاً، كسكون ألم السن المستأجر على قلعها، أو العفو عن القصاص المستأجر على استيفائه، ولحمل الظئر لأنه يخاف على الولد من لبنها، ولقطع الماء عن الرحي المستأجرة وكذلك إن أبق العبد المستأجر الخ.

جاء في الحطاب: سئل ابن أبي زيد إذا أصاب الأجير في البناء مطر في بعض اليوم منعه من البناء في بعض اليوم قال فله بحساب ما مضى ويفسخ في بقية اليوم. ومثله لسحون. ولغيره يكون له جميع الأجر لأن المنع لم يأت من قبله.. قال ابن عرفة: ولا يدخل هذا الخلاف في نوازل وقعت في بلدنا بقتنس، لأن العرف تقرر عندهم بفسخ الإجارة بكثرة المطر ونزول الخوف.

وجاء في الحطاب أيضاً: ويتفسخ بمنع استيفاء المنفعة شرعاً، كسكون ألم السن المستأجر على قلعها، أو عفو عن القصاص المستأجر على استيفائه. قال ابن عرفة: قلت هذا إن كان العفو من غير المستأجر، وانظر هل يقبل قول

⁽¹⁾ "البيان 297/4 وما بعدهما"، (197/4)، مصادر الحق (6/92-91)، انظر المادتين: 610 في المراجعة، و 624 في المساقاة من مرشد الجردان.

ومن هنا، فلا بد أن يكون مبدأ القوة الملزمة للعقد مشروطاً عدلاً ببقاء الظروف التي تم فيها على ما هي عليه عند تنفيذه. أما إذا تغيرت هذه الظروف، وأصبح تنفيذ الالتزام مجحفاً بحق أحد الطرفين أو ضاراً به ضراً لم يكن ليلتزمه بالعقد لو تنبأ به، فيفسخ العقد... ولا يجوز للمتعاقد الآخر أن يتمسك بحقه المكتسب بالعقد، عند تنفيذ الالتزام⁽¹⁾.

— آراء تفاوتت المذاهب الفقهية الأربعة في اعتبار فسخ عقد الإجارة وما تفرع عنه بالعذر فقد توسع فيه إلى حد كبير المذهب الحنفي، بينما ضيق في تفاوت المذاهب الثلاثة الأخرى، المالكية والشافعية والحنابلة.

1) المذهب الحنفي: يفسخ العقد عند الحقيقة بتوسع، لعذر يقوم في جانب المستأجر، أو المؤجر، أو العين المؤجرة. فاما العذر بجانب المستأجر، فمن أمثله: أن ينتقل التاجر من التجارة إلى الزراعة، أو من الزراعة إلى الصناعة، أو من حرفة إلى أخرى، فيعتبر هذا الانتقال عذراً قائماً يسوغ له معه فسخ الإيجار في المهنة التي انتقل عنها، للضرر الذي لحقه فيها.

و كذلك إذا استأجر رجل طيباً ليقع له خرساً، ثم بدا للمستأجر ألا يفعل، كان عذراً لفسخ الإجارة.

وأما العذر في جانب المؤجر فنحو أن يلحقه دين فالرح لا يجد قضاءه إلا من ضمن العين المؤجرة، لأن بيع العين لا يتخذ من غير إجازة المستأجر... وأما العذر بالنسبة إلى العين المؤجرة فنحو أن يوجر رجل عبده سنة، ثم يعقده بعد ستة أشهر، فله أن يفسخ الإجارة، وله أن يبقياها والأجرة للسنة

⁽¹⁾ مصادر الحق (6/90).

حصر البلد بحيث يمتنع الخروج الى الأرض المستأجرة للزرع، كل هذه اعداء يثبت بها الخيار لأنها عامة شاملة للناس.

أما إن كان الخوف خاصا بالمستأجر، كان يخاف وحده لقرب اعدائه من الموضع المستأجر أو حلولهم في طريقه... فليست هذه باعداء لأنها خاصة به ولا تمنع استيفاء المنفعة منعاً مطلقاً.

جاء في المغني: القسم الخامس أن يحدث خوف عام يمنع من سكنى ذلك المكان الذي فيه العين المستأجرة أو تحصر البلد فيمتنع الخروج الى الأرض المستأجرة للزرع ونحو ذلك فهذا يثبت للمستأجر خيار الفسخ لأنه أمر غالب يمنع المستأجر استيفاء المنفعة فائتبت الخيار كغصب العين.

ولو استأجر دابة ليركبها أو يحمل عليها الى مكان معين فأنقطعت الطريق إليه لخوف حادث أو اكترى الى مكة فلم يحج الناس ذلك العام من تلك الطريق فاكل واحد منهما فسخ الاجارة، وإن أحب ابقاءها الى حين أمكان استيفاء المنفعة جاز لأن الحق لهما لا يعدوهما. فاما إن كان الخوف خاصا بالمستأجر مثل أن يخاف وحده لقرب اعدائه من الموضع المستأجر أو حلولهم في طريقه، لم يملك الفسخ لأنه عذر يختص به لا يمنع استيفاء المنفعة بالكلية فاشبه مرضه وكذلك لو حبس أو ضاعت نفقته.. لم يملك فسخ الاجارة لذلك لأنه ترك استيفاء المنافع لمعنى من جهته فلم يمنع ذلك وجوب أجرها عليه كما لو تركها اختياراً⁽¹¹⁾.

وجاء في المغني أيضاً: القسم الثاني ان يحدث على العين ما يمنع نفعها كدأر انهمت وأرض غرقت أو انقطع ماؤها فهذه ينظر فيها فإن لم يبق فيها نفع اصلاً فهي كالتالفة سواء، وإن بقي فيها نفع غير ما استأجرها له

⁽¹¹⁾ المغني (30-29/6). مصادر الحق (101-102).

المستأجر في نهاب الله والأظهر انه لا يصدق الا أن يقوم على ذلك دليل وفي يمينه مع ذلك نظر.⁽¹⁾

المذهب الشافعي: والأصل في المذهب الشافعي ألا تقسح الاجارة بالعذر، الا اذا أوجب خلافاً في العقود عليه.. تنقص به المنفعة، أو تعذر استيفاء المنفعة تعذراً شرعياً.

جاء في المذهب (جزء أول ص 405-406): "وإن مات الصبي الذي عقد الاجارة على ارضاعه، فالمنصوص أنه يفسخ العقد لأنه تعذر استيفاء العقود عليه، لأنه لا يمكن اقامة غيره مقامه لاختلاف الصبيان في الرضاع فبطل، ومن أصحابنا من خرج فيه قول آخر أنه لا يفسخ، لأن المنفعة باقية وإنما هلك المستوفي فلم يفسخ العقد كما لو استأجر داراً فمات فعلى هذا إن تراضيا على ارضاع صبي آخر جاز، وإن تشاحا فسخ العقد لأنه تعذر امضاء العقد ففسد... وإن استأجر رجلاً ليقاع له خرساً فسكن الوجع، أو ليكمل عينه فبدر... أو ليقص له ففعا عن القصاص، انفسخ العقد على المنصوص في 1: إالة قبلها، لأنه تعذر استيفاء العقود عليه فانفسخ كما لو تعذر بالوت، ولا يفسخ على قول من خرج القول الآخر"⁽²⁾.

المذهب الحنبلي: والأصل في المذهب الحنبلي كذلك ألا تقسح الاجارة بالعذر، إلا اذا أوجب خلافاً أو عيباً في العقود عليه تنقص به المنفعة أو يتعذر استيفاء المنفعة تعذراً شرعياً.. ويزيد المذهب الحنبلي فيشترط أن لا يعتد بالعذر الا اذا كان حادثاً عاماً يشمل جميع الناس لا خاصاً بالعاقدة وحده، كالخوف العام الذي يمنع من سكنى المكان الذي فيه العين المستأجرة، أو

⁽¹¹⁾ شرح المحط على خليل (432-433/5). مصادر الحق (97/6).

⁽¹²⁾ مصادر الحق (99-101/6).

المشتري قد استلم الثمار، فإنها لا تزال قائمة على الشجر، فهلاكها بالجوائح غير المنظورة يكون على البائع، لأن طبيعة البيع تقتضي ذلك إذ لا يزال البائع مسؤولاً عن سلامة الثمار وربها ما دامت لا تزال قائمة على الشجر⁽¹⁾.

المقار الذي يقص فيه ثمن الجائحة في المذهب المالكي:

جاء في بداية المجتهد لابن رشد: وأما المقار الذي تجب فيه الجائحة، أما في الثمار فالثالث، وأما في البقول فقليل في القليل والكثير، وقيل في الثالث، وابن القاسم يعتبر ثلث الثمر بالكل، واشتهب يعتبر الثلث في القيمة.

والمالكية يحتجون في مصيرهم إلى التقدير في وضع الجوائح وإن كان الحديث الوارد فيها مطلقاً⁽²⁾ بأن القليل في هذا معلوم من حكم العادة أنه يخالف الكثير، إذ كان معلوماً أن القليل يذهب من كل ثمر، فكان المشتري يدخل على هذا الشرط بالعادة وإن لم يدخل بالنطق، وإيضاً فإن الجائحة التي علق الحكم بها تقتضي الفرق بين القليل والكثير. قالوا: وإذا وجب الفرق وجب أن يعتبر فيه الثالث، إذ قد اعتبره الشرع في مواضع كثيرة...

الوقت الذي توضع فيه الجائحة

وأما زمان القضاء بالجائحة، فاتفق المذهب على وجوبها في الزمان الذي يحتاج فيه إلى تبقية الثمر على رؤوس الشجر حيث يستوفي طيبه. واختفوا إذا أبقاه المشتري في الثمار ليبيعه على النضارة وشيئاً فشيئاً، فقليل فيه الجائحة تشبيهاً بالزمان المتفق عليه، وقيل ليس فيه جائحة تقريباً بينه

(1) بداية المجتهد (14/2)، مصادر الحق (6/103) - وما بعدهما.

(2) لم يمت من الخبيث ثمرًا فاضايته جائحة فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئاً، ثم تأخذ مال الخبيث بغير حق شرح النووي على مسلم بهامش القسطلاني (6/426) كتب المساقاة والزراعة - باب وضع الجوائح -.

مثل أن يمكن الانتفاع بعمرصة الدار والأرض لوضع حطب فيها أو نصب خيمة في الأرض التي استأجرها للزرع أو صيد السمك من الأرض التي غرقت، انفسخت الإجارة أيضاً لأن المنفعة التي وقع عليها العقد تلفت فانفسخت الإجارة كما لو استأجر دابة ليركبها فزمت بحيث لا تصلح إلا لتدور في الرعي⁽¹⁾.

ب) الجوائح في بيع الثمار

الجوائح: جمع جائحة، وهي كل ما يصيب الثمار من السماء كالبرد أو من آفة كالعفن والعطش.

اختلف في تقسيم الثمن بها المذاهب الأربعة، فكما أن الحنفية فسحوا المجال لنظرية الفسخ بالمعذر في عقد الإيجار، فإن المالكية والحنابلة فسحوه لنظرية انقاص الثمن للجوائح في بيع الثمار. أما الشافعية والحنفية فلا يقولون هذه النظرية.

ومحل الجوائح هي الثمار والبقول، ففيها خلاف، والأشهر أن فيها الجائحة. لمن يقول بها، وأما البقول، ففيها خلاف، والأشهر أن فيها الجائحة.

والأصل في بيع الثمار أن تباع على الشجر قائمة قبل جنيها، ويستلمها المشتري... وجنيها عادة بالتدريج بمجرد نضجها، ومذهب مالك يجيز بيع الثمار إذا تلاحقت أحادها في الطيب، فبإيعاد ما ظهر منها وما لم يظهر.

فإذا كان المشتري قد تسلم الثمار وملكت بجائحة كلها أو بعضها، فهلاكها يكون على المشتري كما تقتضي القاعدة العامة، وبهذا يقول المذهبان: الحنفية والشافعية. أما المالكية والحنابلة فيذهبون إلى أنه بالرغم من أن

(1) نفسه (27/6).

وجماعة من اهل الحديث، وبه قال الشافعي في القديم. وقال ابو حنيفة والشافعي في الجديد هو من ضمان المشتري، لا روى أن امرأة أتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت ان ابني اشترى ثمرة من فلان فانذهبتها الجائحة فسلته ان يضع عنه فتألى ألا يفعل فقال النبي صلى الله عليه وسلم: "تألى فلان ألا يفعل خيراً متفق عليه، ولو كان واجبا لأجبر عليه، لأن التخلية تتعلق بها جواز التصرف فتعلق بها الضمان كالنقل والتحويل ولأنه لا يضمه اذا ألقاه آدمي كذلك لا يضمه باتلاف غيره. ولنا ما روى مسلم عن جابر أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر بوضع الجوائح.. وهذا صريح في الحكم فلا يعدل عنه، قال الشافعي: لم يثبت عندي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمر بوضع الجوائح ولو ثبت لم أعده، ولو كنت قائلاً بوضعها لوضعتها في القليل والكثير..." (1)

وقد لخص ابن رشد الحفيد اقوال ائمة المذاهب في الجائحة فقال:

"اختلف العلماء في وضع الجوائح في الثمار فقال بالقضاء بها مالك وأصحابه ومنعها ابو حنيفة والثوري والشافعي في قوله الجديد والليث، فعمدة من قال بوضعها حديث جابر... خرجه مسلم.. وقياس الشبه أيضاً وكذلك انهم قالوا:

انه مبيع بقي على البائع فيه حق توفية بدليل ما عليه من سقيه الى أن يكمل، فوجب أن يكون ضمانه منه...

وأما عمدة من لم يقل بالقضاء بها فتشبه هذا البيع بسائر المبيعات بعد القبض يكون ضمانها من المشتري، ومن طريق السماع أيضاً حديث أبي سعيد الخدري قال 'أبيع رجل في ثمار ابتاعها وكثر دينه فقال رسول الله

(1) المغني (4/215-216).

وبين الزمان المتفق على وجوب القضاء بالجائحة فيه (1).

المذهب الحنبلي: المذهب الحنبلي في حكم الجوائح كالذهب المالك، يقر انقاص الثمن، ويعني ذلك على ان يبيع الثمار قائمة على الأشجار وان خلى البائع بينها وبين المشتري لا تكون التخلية قبضاً كاملاً، فحكم الهلاك بالجائحة في هذه الحالة هو حكم الهلاك قبل القبض، فيكون على البائع قال ابن قدامة: ولا يلزم من إباحة التصرف تمام القبض، بدليل المنافع في الإجارة يباح التصرف فيها، ولو تلفت كانت من ضمان المورج، كذلك الثمرة فانها في شجرها كالمنافع توجد حالاً فحالاً... (2)

والجائحة في المذهب الحنبلي كل آفة لا صنع للإنسان فيها، كالريح والبرد والجراد والعطش والسيل.. وأما ما كان من فعل آدمي، فالمشتري بالخيار بين فسخ العقد ومطالبة البائع بالثمن وبين البقاء عليه ومطالبة الجاني بالقيمة لأنه أمكن الرجوع ببدله بخلاف التالف بالجائحة (3).

وظاهر المذهب انه لا يشترط التلث في الجائحة، ولا يقتصر الا ما جرت العادة بتلف ماله كالشيء اليسير الذي لا ينضبط فلا يلتفت اليه.

قال احمد: اني لا اقول في عشر ثمرات ولا عشرين ثمرة ولا أدري ما التلث ولكن اذا كانت جائحة تتلف التلث أو الربع أو الخمس توضع... (4)

موقف الامامين: أبي حنيفة والشافعي من الجوائح:

جاء في المغني: "ان ما تهلكه الجائحة من الثمار من ضمان البائع،

وبهذا قال اكثر أهل الديعة، منهم يحيى بن سعيد الأنصاري ومالك وابو عبيدة

(1) نفسه (2/141-142).

(2) المغني (4/216). مصادر الحق (6/108).

(3) المصدر نفسه

(4) المصدر نفسه

المبحث الثالث:

المسؤولية العقدية في العقود المسايمة للبيع

تقديم: لا كان القصد من العقود لا يخلو من أمرين وهما:

1- تحقيق غاية معينة من العقد.

2- بذل عناية بقدر المستطاع للحفاظ على العقود عليه، كان لزاماً أن تندرج كل العقود تحت هذين المبدأين العاملين، سواء كانت بيعاً، أو اجارة، أو صلحاً، أو قسمة، أو ودیعة، أو رهناً، الى غير ذلك من العقود... لأن المطلوب من عقدها لا يعدو أن يكون تحقيق غاية، أو بذل عناية. فالبيع والاجارة وغيرهما في هذا سواء.

فمسؤولية العاقد عندما يخل بما التزم به قبل الغير شرعاً، أو اتفاقاً تعني تحمل تبعه اخلاله بما التزم به في عقد صحيح أبرمه مع الغير بملء حريته واختياره.

ويشترط لترتيب المسؤولية العقدية، توافر شرطين أساسيين هما:

(1) وجود عقد صحيح مبرم بين المسؤول والمسؤولين

(2) حدوث ضرر ناتج عن عدم تنفيذ الالتزام الناشئة بالعقد ويستتبع من هذين الشرطين العناصر الثلاثة الآتية: الخطأ العقدي، والضرر وسببية الخطأ في الضرر:

(أ) الخطأ العقدي: ففي عقد البيع -مثلاً- يلتزم البائع بتحقيق غاية وهي: نقل ملكية البيع الى المشتري وتسليمه اياه، كما يلتزم بضمان العيب والاستحقاق، وفي عقد الاجارة يلتزم المجرر بنقل منفعة العين المأجورة الى المستأجر وتسليمها اياه، كما يلتزم بضمان العيب والاستحقاق. وفي عقد

صلى الله عليه وسلم: تصدقوا عليه، فتصدق عليه فلم يبلغ وفاء دينه، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: خذوا ما وجدتم وليس لكم الا ذلك قالوا: فلم يحكم بالجائحة، فسبب الخلاف في هذه المسألة هو تعارض الآثار فيها وتعارض مقاييس الشبه، وقد رام كل واحد من الفريقين صرف الحديث المعارض للحديث الذي هو الاصل عنده بالتأويل... ولا خلاف بينهم في القضاء بالجائحة بالمعاش وقد جيل القائلون بها اتفاقهم في هذا حجة على اثباتها (11)

(11) بداية المجتهد (2/140-141).

القاعدة عندهم: "الأجر والضمان لا يجتمعان" : (الفقرة 652 من المدخل الفقهي العام للزرقاء) ج 2 ص 1036، وذلك بناء على أن منافع الأعيان - كسكنى الدار وركوب الحيوان، وعمل الأجير - من قبيل الأضرار لا الأصول، ومن ثم لا يعتبر مالا مقومًا في ذاته حتى يجب فيه الضمان، وعليه، لا تكون المنفعة مضمونة بالنصيب عند الحنفية لانقضاء العقد المقوم لها. ويستتبي الأحناف من هذا المبدأ بعض الحالات: كاستخدام شخص صغير بدون إذن وليه (المجلة المادة: 599)، وكون المال من أموال الوقف، أو من أموال اليتيم (المادة: 596 من المجلة) وكون المال معدا للاستغلال...⁽¹⁾

ج) سبب الخطأ في الضرر لا بد من قيام العلاقة السببية بين الخطأ والضرر لتتكامل عناصر المسؤولية العقدية زيادة على وجود الخطأ والضرر فقد يكون هناك خطأ من المدين وضرر أصاب الدائن، ولكن دون أن يكون ذلك الخطأ هو السبب في الضرر فمثلا: لو التزم المدين بنقل بضائع للدائن بموجب عقد نقل، وكانت بضائع الدائن قابلة للكسر وسريعة العطب، فتكسرت هذه البضائع التي سار بها المدين سيرا عاديا لا بسببه، بل بسبب الدائن الذي فصر في تغليفها وترتيبها، فأدى هذا الإهمال من الدائن إلى تكسرها، فهنا يلاحظ أن علاقة السببية بين خطأ المدين الممكن الوقوع وضرر الدائن، تنقطع بسبب إهمال الدائن فترتفع المسؤولية العقدية عن عائق المدين.

⁽¹⁾ مستخلص من الفتوى (402/5) و (435)، ومن الشرح الكبير بهامش الفتوى (436/5). ومن أحكام المعاملات في الفقه الإسلامي للدكتور عبد (ص 260-263)، الفروق (206/2).

الإيداع يلتزم المودع لديه ببذل العناية المطلوبة من الإنسان العادي، بحفظ الوديعة إلى أن يردها للمودع، وكذلك يقال في الإعارة...

فإذا لم يف العاقد بما التزم به، من تحقيق غاية معينة، أو بذل عناية مطلوبة من الإنسان العادي في المعاملات، نهض الخطأ العقدي في جانبه، واعتبر مسؤولا عن عدم تنفيذ العقد، وتحمل الضمان، وانفسخ عليه العقد.

وهكذا، ففي كل عقد يكون الالتزام فيه التزاما بتحقيق غاية معينة، أو بذل عناية، يعتبر تخلف هاتين الغائتين لأي سبب خطأ عقديا يستتبع مسؤولية العاقد لعدم تنفيذه للالتزام⁽¹⁾

ب) الضرر المضمون بالعقد: يشترط للتعويض المالي عن ضرر الغير: - أن يكون المال المضمون مقوما في ذاته... فالعين المأجورة قيمة كانت أو مثلية، تعتبر مالا مقوما صالحا للضمان، فإذا أتلفت في يد المستأجر بتعديه أو تعمده، وجب عليه ضمانها، بدفع قيمتها أو مثليها، أو نقص قيمتها حسب الأحوال.

وكذلك منافع العين المأجورة عند غير الحنفية من المذاهب التي ترى أن المستأجر يلزم بدفع أجر المثل عن المنافع التي استوفاهها بلا حق، كما إذا اكترى دابة لغرض معين، فاستعملها في آخر فهلك، فإنه يضمن قيمة الدابة يوم الهلاك، ويضمن أجر المثل عن المنافع التي استوفاهها بلا حق بحسب مدة الاستعمال.

أما عند الحنفية، فيلزمه ضمان العين فقط، ولا يضمن أجر المثل في استعماله الدابة - مثلا - في غير الغرض الذي اكترت من أجله، حسب

⁽¹⁾ مستخلص من المبسوط (9/13)، المواد: (293 و 477 و 478) من مجلة الأحكام الشرعية، المعاملات في الفقه الإسلامي، د عبد (ص 235-238).

الباب الثاني

أسباب بطلان العقود المسايرة للبيع وعدم نفاذها ولزومها

تقديم:

كما عرضنا في السابق أسباب بطلان عقد البيع وعدم نفاذه ولزومه، نحاول أن نعرض هنا تلك الأسباب للمقابلة مع العقود المسايرة للبيع في الأحكام العامة، وذلك باختصار مناسب، فرارا من سامة التكرار، مع التركيز على ما توافق فيه هذه العقود البيع من الأسباب العامة، التي تؤثر فيها فتجعلها باطلة، أو غير نافذة ولازمة، وذلك بخلاف بعض أركان وشروط وأوصاف الانعقاد، أو بعض شروط النفاذ وللزوم.

وسنبحث هذا الباب بحول الله وقوته في فصلين:

- الفصل الأول: أسباب بطلان العقود المسايرة للبيع.

- الفصل الثاني: أسباب عدم نفاذها ولزومها.

وتختلف المسؤولية العقدية كذلك، وترتفع عن عاتق المدين، إذا لم يثبت سبب الخطأ منه، بأن كان من الدائن نفسه، أو من الغير... أو بأفة سماوية كالجائحة التي هي كل أمر لم يكن بالإمكان توقعه والاحتراز منه: كغرق السفينة، وانزلاق الحيوان، والبرد، والعفن، والجفاف، وما أشبه ذلك، من كل ما يجعل تنفيذ الالتزام بالعقد مستحيلا⁽¹⁾.

⁽¹⁾ أحكام المعاملات في الفقه الإسلامي: د. عبد (ص 263-).، يقابل بداية المجتهد (2/140-141).

الفصل الأول:

أسباب بطلان العقود المسايرة للبيع

نعالج في هذا الفصل مبحثين:

- المبحث الأول: خلل في أركان وشروط... العقود المسايرة للبيع.
- المبحث الثاني: تحريم العقود المسايرة للبيع بالنص الشرعي.

المبحث الأول:

خلل في أركان وشروط... العقود المسايرة للبيع

لا شك أن للعقد سواء كان بيعاً أو غيره أركاناً وشروطاً، إذا اجتمعت وتوفرت، يثبت العقد وتوجد حقيقته، وإذا تخلفت أو اختلت لا يوجد...، وأركان عقد البيع لدى جمهور رأفة الفقه الإسلامي - غير أبي حنيفة - كما سبق، ترجع إلى ثلاثة:

العائد، العقد عليه، والصيغة، مع إمكان إضافة السبب الباعث كركن رابع للعقد، الملاحظ تطبيقاً في مؤلفات الفقه الإسلامي، وإن لم ينص عليه الفقهاء صراحة أثناء تعداد أركان العقد.⁽¹⁾

⁽¹⁾ مصادر الحق (4/54).

- 1- وضوح دلالة الإيجاب والقبول، أي التعبير على موضوع عقد بعينه.
- 2- موافقة القبول للإيجاب، بأن يكونا متطابقين على موضوع العقد.

3- اقتران القبول بالإيجاب في مجلس العقد..

كما يشترط في عاقد أحد هذه العقود، أن يكون ذا أهلية وولاية، راضيا بمضمن العقد حتى يكون صحيحا. أما إذا صدر صلح، أو قسمة، أو شفعة -مثلا- من صغير غير مميز، أو مجنون، أو مقفى عليه، أو نائم... فلا ينعقد، وحتى إذا انعقد صورة يكون لغوا باطلا في الواقع باتفاق المذاهب. ويشترط الشافعية والحنابلة في العاقد زيادة على التمييز البلوغ مع الرشيد، وهو صلاح الدين والمال، فلا يصح التصرف من صبي ولو مميز، ولا من مجبور عليه لسفه، واستثنى الحنابلة شراء الشيء اليسير، وتصرف الصبي باذن وليه، كما لا يصح العقد عندهم من مكره وعديم ملك وولاية على العقود عليه كالقضولي.

أما المالكية والحنفية، فيؤكدون أمر امضاء هذه العقود أو عدم امضاءها إذا صدرت من صبي مميز، ومجور عليه لسفه، ومكره، وعديم ملك وولاية على العقود عليه.. إلى المعنى بها حقيقة وهم: الولي، والمكره بعد رفع الإكراه عليه، والمالك للمعقود عليه أو لنفعته⁽¹⁾.

ومن أسباب بطلان العقود المشابهة للبيع كذلك، تخلف شروط العقود عليه، كأن يكون غير طاهر، أو غير متنع به، أو غير مقدور على تسليمه.. أو منوصا على حرمة شرعا.

ولنضرب مثلا لذلك بعقد النكاح، فإذا تزوج رجل امرأة تحرم عليه

وهذه الأركان العامة مع شروطها، كما توجد في البيع توجد في بقية عقود المعاوضات الأخرى، بل وغير المعاوضات كالنكاح مثلا، فيكون وجودها سببا في انعقاد العقد صحيحا، وتخلفها سببا في انعدامه وبطلانه.

فلذاخذ مثلا تخلف بعض أركان عقد الإجارة، وهو عقد عرض على منافع الأشياء، وأركان عقد الإجارة هي: الموجد، والمستأجر، والشيء الموجد للمنفعة، والأجرة، ثم الصيغة.

فلا شك أن أي واحد من هذه الأركان أو شروطها.. إذا تخلف، لم يكن هناك عقد إجارة، فلو تخلف الموجد، وهو الركن المقابل للبائع في عقد البيع، لا يكون هناك عقد الإجارة، وكذلك إذا تخلف المستأجر المقابل للمشتري، والمنفعة القابلة للبيع، والأجرة القابلة للثمن، والصيغة بشرطها في الإجارة المقابلة للصيغة في البيع، وهكذا يقال في بقية عقود المعاوضة الأخرى، كل حسب موضوعه.

فبإجماع هذه الأركان، يضاف إليها السبب الباعث المشروع، ينعقد العقد في هذه التصرفات العوضية، ويخلفها أو تخلف واحد منها لا ينعقد والبيع وبقية عقود العوض في هذه الأركان العامة وشروطها سواء، وذلك كالإجارة، والرهن، والصلح، والقسمة، والشفعة، والتولية، والنكاح...

وشروط أركان هذه العقود، يلزم أن تكون متوفرة مثل شروط أركان البيع، فالوجد والمستأجر العاقد لنفسه، أو بالنيابة عن غيره، لا بد أن يكون أهلا للعقد عاقلا بالغاً رشيداً، والشيء الموجد يلزم أن تكون منفعة صالحة للتعامل شرعا.. وسبب عقد الإجارة يجب أن يكون مشروعاً، ولا أصبح عقد الإجارة باطلا. وهكذا بقية العقود، إن تخلف منها ركن، أو شرط ركن بطلت.

وشروط أركان العقود المسايقة للبيع، هي مثل شروط أركان البيع في محلها، فيشترط للصيغة في عقد الرهن، أو الصلح، أو القسمة، أو التولية، أو النكاح...

(1) القوانين النفعية (ص 212)، كذب النفع على المذاهب الأربعة (2/160-166)، النكاح ونظرية عقد البيع لمؤسسة (ص 272) مني للمصاح (2/7) (بإذنتي 2/5)، مستثنى من فقه الإسلامي ولكنه.. د. القوي (4/ص 104-106-115-127-129-1226).

القصد والنية، فيطالبون بالتصرف المشتمل على بائع غير مشروع، بشرط علم الطرف الآخر به، أو كان بإمكانه حسب الظروف والقرائن أن يعلمه: كهيئة المرأة مهرها لزوجها، بقصد استدامة الزواج، فان طلقها بعدئذ، كان لها الرجوع فيما وهبت⁽¹⁾.

قال الامام الشوكاني: لا خلاف في تحريم بيع العصير ممن يتخذه خمرًا وكل بيع أعان على معصية، في حال القصد والتعمد، وأما مع عدم القصد والتعمد.. فذهب جماعة من أهل العلم الى جوازه مع الكراهة.

وقد استشهد على الحرمة بحديث بريدة عند الطبراني في الأوسط من طريق محمد بن احمد بن ابي خيثمة بلفظ: "من حبس العنب أيام القطف حتى يبيعه من يهودي أو نصراني أو ممن يتخذه خمرًا فقد تقحم النار على بصيرة" -حسبته الحافظ في بلوغ الرام، وأخرجه البيهقي بزيادة "أو ممن يعلم أن يتخذه خمرًا"⁽²⁾.

ووفق هذا الدليل قال المالكية والحنابلة ومن وافقهم بطلان العقود السابقة: (العية وما تلاها..)، وأضاف لها المالكية أنهم لا يجيزون بيع أرض بقصد بناء كنيسة، أو بيع خشب بقصد صنع صليب، أو استئجار كرايس فيها عيارات النوح، وبيع ثياب حرير ممن لا يلبسها وهي لا تحل له⁽³⁾.

وجاء في الفرق (180) من كتاب الفرق للقرافي أن "المقصود من البيع ونحوه انما هو انتفاع كل واحد من المتعاضدين بما يصير اليه، فانما

(1) القواعد لابن رجب الحنبلي (ص 322).

(2) نيل الأوطار (251-252)، الفقه الاسلامي وأدلة، الزحلي (4/187).

(3) مواهب الجليل للحطاب (4/263 وما بعدها)، ص 404.

الفقه الاسلامي وأدلة، الزحلي (4/188)، الشرح الكبير للزبير.

وحاشية السورقي عليه (3/88 وما بعدها)، المغني (4/283).

بالرضاع أو بالنسب، أو عقد عليها في العدة، أو بعد طلاق ثلاث لم يدخل بها زوج آخر، أو عقد على مشركة... وكذلك اذا كان الصداق خمرًا، أو ثمن خمر، أو مينة، أو ما الى ذلك مما حرمه الشرع... يعتبر العقد باطلا، وهكذا يقال في تخلف شروط العقود عليه، في بقية العقود قياسا على البيع⁽¹⁾.

ويشترط في السبب أن يكون مشروعًا، حتى يصح البيع والعقود المسايرة له، وهي كل العقود بالنسبة الى السبب، والا كانت باطلة عند جميع أئمة مذاهب الفقه الأربعة ان أبان العاقد عن قصده غير المشروع اثناء العقد، أما اذا نواه في نفسه وعقد عليه العزم في ارادته الباطلة ولم يظهره لغيره، فللقهاء فيه إجماعان:

- الاتجاه الأول: هو مذهب الحنفية والشافعية الذين يأخذون بالارادة الظاهرة في العقود... حفاظا على مبدأ استقراء التعامل ولا يعتبرون السبب أو البائع الخفي الذي يختلف باختلاف الأشخاص لأنه عنصر ذاتي داخلي يهدد المعاملات، فلا تأثير له اذا لم يصرح به في صيغة التعاقد: كالاستئجار على الغناء المحرم، والنسج، وما الى ذلك من المعاصي .. فيكون العقد صحيحا لاشتماله على أركانه الأساسية من إيجاب وقبول، وأهلية المحل لحكم العقد، لأنه قد لا تحصل المعصية بعد العقد...

وبناء عليه، صحح الحنفية والشافعية العقود التالية:

بيع العينة، وبيع العنب لعاصر الخمر، وبيع السلاح أو ايجاره في الفتنة الداخلية، وزواج المحلل، اذا لم يقع بها التصريح أثناء التعاقد⁽²⁾.

- الاتجاه الثاني: هو مذهب المالكية والحنابلة، الذين ينظرون الى

(1) القوانين الفقهية (ص 212)، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة (2/163-169)، بداية المجتهد (2/94).

(2) الام للشافعي (3/65)، مصادر الحق (4/55 و62)، البائع (4/176).

البحث الثاني: تحريم العقود المسايرة للبيع بالنص الشرعي

إذا كانت أسباب تحريم البيع وطلانه بالنص الشرعي كما سبق، هي في معظمها ترجع إلى: الربا، والغش، والشرط المفسد، والاستغلال عن أداء صلاة الجمعة في وقتها..

فلا شك أن غير البيع من العقود، يعتبر كالبيع في هذه الأسباب، سيما منها عقود المعاوضات، فالربا مثلا كما يحرم في البيع، يحرم في القرض، والقسمة، والصلح، والشفعة، والاقالة والإحالة..⁽¹⁾

- الربا :

الربا محرم بالكتاب والسنة وإجماع المسلمين، ولكن ما هو موقف أئمة المذاهب الأربعة من الربا بعد وقوعه بين المتعاقدين، هل هو بطلان العقد مطلقا أم هناك مخرج لتصحيحه؟

يمكن القول حسب النظر في أقوالهم أن لهم اجتهادات ثلاثة:

1- اجتهاد حنفي يرمي إلى تصحيح العقد المشتمل على الربا برز الزائد وتسوية العوضين، شأنه في الربا شأن الوصف اللاحق بكل العقود والتصرفات.

2- يقابله اجتهاد حنبلي، يبطل عقد الربا كلية في عقد اشتمل على الربا، ويريد فيحرم كل تصرف اشتمل على وصف منهي عنه ولو كان غير ربا.

3- يتوسط المذهبين: المالكي والشافعي، فاتفقا مع المذهب الحنبلي على

كان عديم المنفعة أو محرما لم يحصل مقصوده، فيبطل عقده والمعاوضة عليه".⁽¹⁾

وقال ابن القيم: وقد تظاهرت أدلة الشرع وقواعده على أن القصور في العقود معتبرة، وأنها تؤثر في صحة العقد وفساده وفي حله وحرمة،... وهذا دليل على أن من نوى بالبيع عقد الربا حصل له الربا، ولا يعصمه من ذلك صورة البيع وأن من نوى بعقد النكاح التحليل كان محلا ولا يخرج من ذلك صورة عقد النكاح".⁽²⁾

ومعنى هذه النصوص المنسوبة للمالكية والحنابلة، أنهم يعتبرون القصد والنية في العقود بل في كل التصرفات، فإن وافقت المشروع كانت صحيحة منتجة لأثارها، وإن جازيت المشروع كانت فاسدة لم يترتب عنها أثر معتبر شرعا، ويستوي في ذلك العقود كلها سواء أكانت بيعا أم غيره، كما انضج من الأمثلة السابقة.

⁽¹⁾ الفرق (3/278).

⁽²⁾ اعلام الموقعين (3/109-111، مصادر الحق (4/71).

⁽¹⁾ بداية المجتهد (2/96 و 108)، شرح الزرقاني على الوطا (287/3).

النهي دون الماهية (الأركان والشروط)، فيفسد الوصف وحده، وبزال من العقد بالرد على صاحبه، ويصح العقد لوجود مالهية سالة، لأن الأصل في تصرفات المسلمين وعقودهم الصحة حتى يرد نهى، والنهي الوارد في الربا وشبهه متجه للوصف، فيفسد وحده دون العقد.

وأجرى ذلك: أي تصحيح العقد، في جميع عقود الربا، وجميع ما هو من هذا الضابط، بأن كان النهي لأمر خارج عن الماهية.

واحتج التصرف بجملة، فإن ذلك العقد انما اقتضى تلك الماهية بذلك الوصف، أما بدونه فلم يتعرض له المتعاقدان، فيبقى على الأصل غير معقود عليه... وكذلك الرضوء بالماء المغسوب معدوم شرعا، والمعدوم شرعا كالمعدوم حسا...

وعلى المذهب المالكي والشافعي التفریق بين العبادات والمعاملات حيث صحح التصرف في الأولى دون الثانية، أن متعلقات العقود في الأموال الربوية مبنية على الرضا، ولم يحصل الا بمقابلة الواحد بالآخرين، أو القليل بالكثير، فلو صححنا العقد في البعض، لنقلنا ملك أحد المتعاقدين دون رضاه، والرسول صلى الله عليه وسلم يقول: لا يحل مال امرئ مسلم الا عن طيب نفسه وهذا لم تطب نفسه الا بما تعلق العقد به...

أما تصرفات العبادات مع النهي عن وصف لازم لها: كالصلاة في الدار المغصوبة فقال المالكية والشافعية والحنفية بصحتها، لأنهم لاحظوا أن متعلق الأمر قد وجد فيها بتمامه، مع متعلق النهي، فالصلاة من حيث هي صلاة حاصلة، غير أن الصلي جنى على حق صاحب الدار، فأنه في

تحريم الربا، ومع المذهب الحنفي، في عدم بطلان التصرف في الوصف اللاحق بالتصرفات غير الربوية.

وفيما يلي نحاول الاستشهاد لهذه الاتجاهات الثلاثة:

- الاجتهاد الحنفي: ذهب الاجتهاد الحنفي الى تصحيح عقود الربا بعد وقوعها وقررتها بالقبض والتصرف على انها تقيد الملك، فضرر لذلك مثلا: اذا تبادل شخصان درضا بد رهمين، أوجب العقد درضا من الد رهمين، ويرد الد رههم الزائد على صاحبه، وكذلك بقية المعاوزات الربوية من غير النقدين يرُد الزائد فيها ويصح العقد.

- الاجتهاد الحنبلي: وذهب احمد الى ابطال كل تصرف تناوله النهي سواء في ماهيته (أركانه وشروطه)، أو أوصافه، حتى أبطل الصلاة بالثوب المغسوب، والرضوء بالماء المسروق، والذبيح بالسكين المغصوبة، وسوى بين موارد النهي.

- الاجتهاد المالكي والشافعي: وتوسط المذهب المالكي والشافعي فكان موقفهما وسطا بين المذهبين السابقين، حيث قالوا بفساد العقد لأجل النهي عن الوصف في مسائل دون أخرى، فصححوا العبادات مع النهي عن الوصف فيها تمسها مع أبي حنيفة، دون ما ذهب اليه أحمد بن حنبل، ووافقا المذهب الحنبلي في بطلان عقود الربا في المعاملات المالية، وخالفوا أبا حنيفة في تصحيحها.

احتج أبو حنيفة لمذهبه، بأن النهي اذا كان في نفس الماهية كانت المفسدة في نفس الماهية، والتضمن للمفسدة فاسد... أما اذا تعلق النهي بأمر خارج عن الماهية، كما اذا تبادل عاقدان رشيدان فضة بفضة زائدة، فالأركان الأربعة للعقد كلها موجودة سالة عن النهي الشرعي، والزيادة في إحدى الفضتين تعتبر وصفا حصل لأحد العوضين، وهذا الوصف هو متعلق

وانقسمت التصرفات عندئذ ثلاثة أقسام:

- أحدها: معاوضة صرفة، فيجتنب فيها الغرر والجهالة إلا لداعي الضرورة.

- ثانيها: احسان صرف، لا يقصد به تنمية المال كالصدقة والهبة والابراء.. فانها ان قامت على من أحسن اليه بها لا ضرر عليه، لأنه لم يبدل في مقابلها شيئاً من العوض... فاقضت حكمة الشرع وحجته على الاحسان التوسعة فيه بكل طريق. بالعلوم والمجهول، فان ذلك أيسر لكثرة وقوعه قطعاً، وفي النفع من ذلك وسيلة الى تقايله، فمثلاً اذا وهب انسان لآخر جملاً شارباً من الممكن أن يجده فيحصل له ما ينتفع به، ومن الممكن كذلك ان لا يجده فلا يحصل له أي ضرر، لأنه لم يبدل فيه عوضاً يفقده.

وهذا الذي ذهب اليه مالك من التفصيل بين عقود المعاوضات التي يدخلها الغرر والجهالات، فتتأثر بهما... وبين عقود التبرعات وما ملاتها من التي لا تقصد للعوض، فقه جميل، وما يؤكد ذلك أن نصوص الأحاديث لم يرد فيها ما يعم هذه الأقسام حتى يقال: يلزم منه مخالفة نصوص صاحب الشرع، بل انما وردت في البيع ونحوه من عقود المعاوضات.

- ثالثها: الوساطة بين الطرفين السايقين، من المعاوضات والتبرعات وهو عقد النكاح. فاذا نظر اليه من جهة أن المال فيه ليس مقصوداً، وانما مقصده المودة والألفة والسكون، فانه يقتضي أن يجوز فيه الجهالة والغرر مطلقاً، واذا اعتبر أن صاحب الشرع اشترط فيه المال بقوله تعالى: "أن يتبنا بأموالكم..." (النساء: 24) فانه يقتضي امتناع الجهالة والغرر فيه.

فلوجود الشبهين توسط مالك رحمه الله، فجوز فيه الغرر القليل دون الكثير كأن يصدق زوج لزوجته سيارة من سياراته من دون تعيين، فتفتقر فيها الجهالة والغرر، ولا يجوز أن يصدق لها سيارته المسروقة لبحث عنها.

المجاور ولا تطل العبادة من أجله على ملذبيهم، وإن فعل حراماً في لجوءه الى الغصب⁽¹⁾.

- الغرر والجهالة:

الغرر لغة: هو ماله ظاهر محبوب وباطن مكروه، ولذا سميت الدنيا متاع الغرور وقد يكون من الغرارة وهي الخديعة.

والغرر اصطلاحاً: ما لا يدري هل يحصل أم لا، جهلت صفتة أم لا: كالطير في الهواء والسمك في الماء...

أما المجهول لغة، فهو ضد المعلوم كما في المختار، وإصطلاحاً ما علم حصوله وجهلت صفتة: كبيع ما في كمي، فهو يحصل قطعاً لكنه لا يدري أي شيء هو.⁽²⁾

وردت نصوص كثيرة من الأحاديث الشريفة تنهى عن بيع الغرر وعن بيع المجهول.⁽³⁾ واختلف العلماء بعد ذلك، فمنهم من عممه في التصرفات وهو الشافعي، فمنع من الجهالة في الهبة والصدقة والابراء والخلع والصلح وغير ذلك. ومنهم من فصل وهو مالك، بين قاعدة ما يجتنب فيه الغرر والجهالة، وهو باب الماكسات والتصرفات الموجبة لتنمية الأموال وما يقصد به تحصيلها، وقاعدة مالا يجتنب فيه الغرر والجهالة وهو مالا يقصد لذلك،

(1) الغرور للقرافي (2/82-86-70) مطبعة دار احياء الكتب العربية ط/1 محرم سنة 1345هـ.

(2) فكل واحد من الغرر والمجهول اصطلاحاً أعني من الآخر من وجه وأخص من وجه. فيجتمعا في البيع الجاهلية انتهى عنها: كحجين الناقة الذي هو من باب النهي عن المضامين واللاقح، والمضامين هي ما في بطون الحوامل، واللاقح ما في ظهور الفحول. وبيع اللابسة، والثانية، والحصاة فهذه كلها بيع جاهلية متفق على تحريمها. لكثير الغرر الحاصل من جهات الجهالة (ينبغي الفرق 270/3-271 الفرق 193). قاعدة العقود لابن تيمية (ص 24-25).

(3) شرح النووي على مسلم (6/357-359).

- فالشرط المفسد عند الحنفية، ضابطه: أن يكون لأحد الحاقدين فيه منفعة، ولا يقتضيه العقد، وغير ملائم له، ولم يرد به شرع أو عرف⁽¹⁾.

والشرط الفاسد يلغي في جميع العقود لا يجب الوفاء به، لكن فساده قد يتعدى إلى بعض العقود فيفسدها، وهي عقود المعاوضات المالية، كالبيع، والإجارة، والقسمة، والمزارعة، والمساقاة، والصلح عن المال⁽²⁾.

وفي غيرها من العقود، يبقى العقد صحيحاً ويبطل الشرط وحده سواء كان العقد من عقود التبرعات: كالصدقة والهبة والإعارة، أو من عقود التوثيقات كالوكالة والحوالة والرهن. أو الإسقاطات: كالطلاق، أو الإطلاقات: كالوكالة، أو عقود المعاوضات غير المالية: كالزواج، والخلع...

وقد وجب الغناء هذا الشرط لأن التزامه غير مشروع.. ومخالفة لقتضى العقد. وفسدت المعاوضات المالية التي اقترنت بها، لأن أساسها الرضى، فإذا فاق الرضى لم يكن العقد صحيحاً، وهنا لما بطل الشرط فاق معه رضى من اشترطه، لأنه ما رضى بالعقد إلا على أساس الموازنة بين العوضين حال قبول الآخر الشرط، بخلاف العقود الأخرى، فإنه لا موازنة فيها بين عوضين...⁽³⁾.

- والشرط المفسد للعقد عند المالكية هو الذي يشتمل على كثير من صنفي الفساد الذي يخل بصحة عقود المعاوضات المالية... وهما الربا والغرن أو شرطاً يؤثر نقصاً في ملكية التعاوض⁽⁴⁾.

كان يشترط شرطاً لا يقتضيه العقد، أو ينافي المقصود منه، وذلك كان

(1) الله وطى المذهب الأربعة للجزيري (226/2).

(2) المدخل للذكور محمد مصطفى شلي (ص 479).

(3) نفس المرجع (ص 480).

(4) بداية المجتهد (120/2).

لأن الأولى يصح العقد عليها للرجوع فيها إلى سيطرة متعارف عليها بين الناس، بينما الثانية المفقودة لا ضمان لها، فامتنع العقد عليها.

وألحق الخلع بعقود التبرعات والإبراء، فأجيز فيه الغرن مطلقاً، لأن العصمة وإطلاقها ليس من باب ما يقصد للمعاوضة، بل شأن الطلاق أن يكون بغير مقابل كالهبة⁽¹⁾.

- الشرط المفسد :

الشرط المفسد للعقد، قد وردت أحاديث كثيرة بالذهبي عنه منها حديث بريدة الذي قال فيه رسول الله صلى الله عليه وسلم: كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل ولو كان مائة شرط... وراه الخمسة -⁽²⁾ النتائج الجامع للأصول (202/2).

وحديث جابر بن عبد الله: "نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المحاقلة والمزانية والمخالبة والمعاومة وعن الثنيا، ورضخ في العرايا" أخرجه مسلم - شرح النووي بهامش القسطلاني (390/6).

وحديث أخرجه أبو داود، أنهى سنده إلى عبد الله بن عمرو قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: لا يحل سلف وبيع، ولا شرطان في بيع، ولا ربح ما لم تضمن، ولا بيع ما ليس عندك (سنن أبي داود 283/3 - رقم الحديث 3504).

وأئمة المذاهب الأربعة، اتفقوا على فساد العقد مع الشرط المفسد إذا أثر فيه، بأن كان مخالفاً لقتضاه، رغم اختلاف اجتهاداتهم قلة وكثرة في تصحيح العقود مع الشرط وإبطالها.

(1) الفرق (150/1 - 151 - الفرق 24)، بداية المجتهد (111/2)، مقدمات ابن رشد البج (547/2).

(2) المصنوع بالخمس في اصطلاح صاحب النتائج الشيخ منصور علي ناصف : البخاري ومسلم وأبو

داود والسنائي والترمذي (النتائج الجامع للأصول 19/1).

يطلق امرأته الأولى، أو اشتراطها أن يتوارثا وهما مختلفان ديناً⁽¹⁾.

وقد ورد في كتاب عمر بن الخطاب رضي الله عنه الذي كتبه الى أبي موسى الأشعري: "المسلمون عند شروطهم، إلا شرطاً أحل حراماً أو حرم حلالاً". والصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً أحل حراماً أو حرم حلالاً⁽²⁾ ولهذا اتفق العلماء على أن من شرط في عقد من العقود شرطاً يناقض حكم الله ورسوله فهو باطل، مثل أن يشترط أحد المتعاقدين أن يكون نسب الولد لغير أبيه الواطئ، أو ولاء العبد لغير المعتقد - كما في حديث عائشة في شأن بريدة...

فهذه الشروط مخالفة لحكم الله ورسوله، فهي باطلة باتفاق المسلمين، وهذا في جميع العقود. فمن شرط في بيع أو تكاح أو اجارة حل ما حرم الله ورسوله، أو إسقاط ما أوجبه الله ورسوله، كأن شرطاً باطلاً، مثل أن يستأجر الأجير بشرط أن لا يصلي الصلوات الخمس، أو لا يصوم شهر رمضان، أو يتزوج المرأة على أن يمكنها من فعل ما حرم الله ورسوله، مثل مشاركة غيره له في الوطاء ونحو ذلك، فإن الله حرم أن يشترك رجلان في فرج واحد، وأوجب أن يكونوا محصنين غير مسافحين، والمحصن: هو الذي أحسن المرأة من غيره: أي منعه أن يشركه فيها⁽²⁾.

وفي معنى الشرط المفسد للعقد، الاستثناء (الثبوت) في البيع، وشبهه من عقود المعاوضات: كقسمة أشجار معينة بين الورثة - مثلاً - وإستثناء بعضها وهو مبهم، وكبيع أنثى حيوان حامل وإستثناء ما في بطنها... فجمهور ر

⁽¹⁾ المدخل للدكتور شلي (ص 480 - 481).

⁽²⁾ التيسير بشرح الجامع الصغير (105/2 و 457)، عمر بن الخطاب قاضياً ومجتهداً لعمد عارف.

مصطفى فهني (ص 89).

⁽³⁾ قاعدة العقود لابن تيمية ص: 14 - 15.

يشترط البائع على المشتري أن لا يبيع، أو لا يهب، أو لا يركب الدابة، أو لا يلبس الثوب، أو على أنه إذا باعها فهو أحق بها بالثمن...

أو أن يشترط شرطاً يخل بالثمن، كما إذا باع له شيئاً بشرط أن يقرضه مالا، أو يزوجه بنتاً، أو ما أشبه ذلك⁽¹⁾.

- والشرط المفسد عند الشافعية هو الذي لا يقتضيه العقد، ولم يكن لصلحته، ولا شرطاً لصحته... وهو الذي يضر بالعقد، كما إذا قال: بعثت بستانى هذا بشرط أن تبيعني دارك، أو تقرضني كذا، أو تعطيني فائدة مالية...⁽²⁾

- أما الحنابلة، فقد جعلوا الأصل في الشروط الإباحة، فصححوا كل شرط فيه منفعة لأحد المتعاقدين، ولم يستثنوا من ذلك إلا الشرط المناقضي لقتضى العقد، أو الذي رد النهي عنه شرعاً.

فمثال الأول: اشتراط البائع على المشتري ألا يبيع للمشتري، أو ألا يقرضه، أو ألا يسكن فيه... وهذا الشرط يبطل وحده ويبقى العقد صحيحاً. ومثال الثاني: اشتراط البائع على المشتري أن يؤجر الدار فلان أو أن يهبه شيئاً، أو أن يبيع له شيئاً معيناً، وكذلك كل شرط يوجب إنشاء عقد آخر، مستثنين الى حديث: "من باع بيعتين في بيعة فله أن كسهما أو الربا"⁽³⁾. (أخرجه أبو داود في كتاب الاجارة من سننه 274/3 - رقم 3461).

وهذا النوع من الشروط مفسد للعقد، لأن النزاع في العقد الآخر يؤدي إلى النزاع في العقد الأصلي. ومن ذلك اشتراط الزوجة على زوجها أن

⁽¹⁾ الفقه على المأهبات الأربعة (2/279).

⁽²⁾ نفس المرجع (2/228).

⁽³⁾ وصورته أن يقول البائع للمشتري: بعثك هذا بالغ نقداً، أو بالغين لسنة فخذ بائها شئت.

النجش، وكبيع العنب لمن يتخذ خمرًا، لا في ذلك من الإيذاء والاعانة على المصيبة (فتح الوهاب 1/166)⁽¹¹⁾.

أما المالكية، فالصحيح عندهم أن غير البيع من العقود كالبيع في التحريم وفي وجوب الفسخ، لملة الاشتغال به عن السعي إلى الصلاة وقت النداء يوم الجمعة، حسب ما ذهب إليه ابن العربي حيث قال: "إن الصحيح فسخ الجميع، لأن البيع إنما منع للاشتغال به، فكل أمر يشغل عن الجمعة من العقود كلها فهو حرام شرعاً مفسوخ ردياً"⁽¹²⁾.

ونذهب الحنفية إلى أن النهي إذا كان يرجع إلى وصف ملازم للعقد عارض له، كان مقتضاه الفساد لا البطلان، لأن العقد صدر من أهله مضافاً إلى محله فكان منعقداً، والنهي يقرر المشروعية لاقتضائه التصور، فنفس العقد مشروع، وبه تنال نعمة الملك، وإنما المحظور ما يجاوره، كما في البيع وقت النداء، وإنما لا يثبت الملك قبل القبض كيلاً يؤدي إلى تقرير الفساد المجاور، إذ هو واجب الدفع بالاسترداد، فبالامتناع عن المطالبة أولى.

وإذا كان النهي يرجع إلى أمر مجاور غير ملازم للعقد، وليس شرطاً فيه: كالنجش وبيع الحاضر للباقي إذا كان أهل بلده في قحط وعوز طمعا في الثمن المرتفع، والبيع عند اذان الجمعة، فمقتضاه صحة العقد مع الكراهة والاثم⁽¹³⁾.

الفقهاء: مالك وأبي حنيفة والشافعي والثوري على أنه لا يجوز، لأنه من التثنية المنهي عنها لا فيها من الجهل بصفته وقلة الثقة بسلامة خروجه⁽¹⁴⁾.
العقد وقت النداء يوم الجمعة.

- أما بطلان البيع وشبهه من العقود المانعة من الذهاب إلى الصلاة عند النداء يوم الجمعة، فمحل اجتihad بين العلماء، فالظاهرة من سياق الأمر والنهي في الآية البطلان: "يا أيها الذين آمنوا إذا نودي للصلاة من يوم الجمعة فاسعوا إلى ذكر الله وذروا البيع" (الجمعة: 9).

لهذا، فجمهور الفقهاء على أن نهى الشارع عن عقد يقتضي عدم وجوده شرعاً. سواء رجح النهي إلى أركانه أو شروطه أو وصف لازم عارض له، كالنهي عن بيعتين في بيعة، والنهي عن بيع وسلف.

فإن وقع عقد من هذا النوع كان باطلاً، لا وجود له في اعتبار الشرع وحكمه، لأن النهي عن الشيء يقتضي عدم صحته وانعقاده.

وهذا ما اتجه إليه المذهب الحنبلي، فنص أن النهي الشرعي عن الشيء إذا رجح إلى أمر مجاور للعقد غير لازم له، كما في التعاقد وقت النداء يوم الجمعة، أن البيع ممن تلزمه الجمعة لا يصح، سواء كان قليلاً أو كثيراً، إلا إذا دعت إليه ضرورة أو حاجة (الافتقار 74/2)، ودليلهم على ذلك أن النهي إذا رجح لأمر خارج، كان ذلك الأمر الخارج هو المقصود بالنهي لا غير فيبطل العقد.

ونذهب الشافعية إلى أن النهي عن الشيء إذا كان بمعنى اقترن به لا لذاته أو لازمه، لا يقتضي بطلان العقد، وإنما يقتضي التحريم فيأثم بارتكابه المسلم به، ويصح البيع كبيع حاضر لباد لا نعم به حاجة الناس، وكبيع

(11) المالكية ونظرية العقد للدكتور أحمد فراج حسين هاشم (ص 305 - 306).

(12) أحكام القرآن (4/1793 - 1794).

(13) أحكام القرآن للحصص (3/448).

(14) شرح النووي على مسلم (6/403 - 404)، بداية المجتهد (2/122)، المغني (4/214 - 214).

المطلب الثاني: تعلق حق الغير بالعقد عليه :

من أسباب عدم نفاذ العقد في العقود المسايمة للبيع كذلك، أن لا تكون للعقد ولاية شرعية على العقد، أو يكون المعقود عليه مستحق المنفعة للغير: كالشيء المهر من والمستأجر، وذلك كالعقد الصادر من الفضولي، والراهن، والموجر، وفق ما يتضح من الأمثلة التالية:

1- عقد الفضولي:

العقد الذي يتولاه الفضولي يكون غير نافذ ابتداء - رغم وقوعه صحيحا عند بعض الأئمة - كالحقنية والمالكية بل يبقى موقوفا على إجازة صاحب الشأن فيه اذا كان له مجيز فمثلا لو باع شخص، أو أجر عقارا يملكه شخص آخر رشيد، أو قاصر له أب يرعى، شؤونه، أو عقد نكاح امرأة على رجل قبل أن يستأذنها... ففي كل هذا يكون عقد الفضولي موقوفا على إجازة صاحب الشأن، من رشيد، وولي قاصر، والمرأة التي يراد تزويجها، إن شاء كل واحد من هؤلاء إنفذ العقد وإن شاء رده.

فإن لم يكن للمعقد مجيز لم ينعقد أصلا: كالخلع عن صغير مميز، فإنه لا يملكه الصغير، ولا الولي، ولا الوصي، فلا ينعقد عقده، لأنه لا فائدة من انعقاده مع توقف نفاذ حكمه⁽¹⁾.

ويتضح من التمثيل السابق بعقود، البيع والإجازة والنكاح...، أن بقية العقود التي يشترط فيها الملك أو الولاية على الشيء، تكون كالبيع لا بد لنفاذها من الملك أو الولاية، ولا خضعت للإجازة والرد من جانب صاحب الشأن فيها.

كان نفاذ عقده وعدم نفاذه فيها متوقفا على ممثله الشرعي، من ولي، ووصي، ومقدم قاض... إن رأى له فيه مصلحة إجازة، وإن لم يرها رده⁽¹¹⁾

غير أنه من الملاحظ في إجازة العقد وعدمه، سواء في البيع أو غيره من عقود المعاملات بالنسبة إلى السفيف، أن عقود تصح وتنفذ إذا كانت صادرة منه قبل الحجر عليه، وأما بعد الحجر، فهو فيها والصبي المميز سواء، تنفذ إذا كانت صالحة ماله، وترد إذا كانت غير صالحة، وتتردد بين النفاذ وعدمه إذا كانت محتملة للأمرين:

وأصل الحجر على السفيف قول الله تعالى: " ولا توتروا السفهاء أموالكم التي جمل الله لكم قيميا... " (النساء: 5).

ويلحق بالسفيف ذو النقلة، وهو الذي لا يهتدي إلى التصرفات الربحية في ماله بسبب بساطته وبلاهته⁽²⁾. جاء في المجلة العدلية: " أن تصرفات السفيف القولية بعد الحجر في المعاملات غير صحيحة، ولكن تصرفاته قبل الحجر نافذة كتصرفات سائر الناس " (المادة: 991).

يستنتج من قول المجلة: " في المعاملات "، أن تصرفات السفيف في العقود غير المالية، والتي لا تقبل الفسخ لدى الحقنية، وفي رواية عن أحمد بن حنبل: كالنكاح والطلاق والمعتاق... لا تأثير للحجر على السفيف فيها، فتقع منه صحيحة، وقال الشافعي بعدم صحة زواج السفيف. وجعل الذهب المالك زواجه متوقفا على إجازة الولي كباقي عقود الدائرة بين النعم والضمر، أما طلاقه وعقه لم ولده فيفتان⁽³⁾.

(11) القوانين الفقهية لابن جزي (ص 274)، بداية المجتهد (2/2) المدخل الفقهي العام للزرقاء (2/ 767 - 769)، المالكية: 967 من المجلة.

(12) البهجة في شرح النخعة (2/ 294 و 308)، النظرية العامة للموجبات والعقود (ص 377-378)، المؤبد: (146 ر 990) من المجلة.

(13) المغني (7/ 397)، بداية المجتهد (2/ 212 - 213)، موك المجلة (992-994)،

(11) مصادر الحق (4/ 178 و 183)، الملكية ونظرية العقد لأبي زهرة (ص 355 - 356)، ضوابط العقد... (ص 191)، المادة: (378) من المجلة المدلية، القوانين الفقهية (ص 212).

المبحث الثاني: أسباب عدم اللزوم

الأصل أن عقد البيع وعقود المعاوضات الأخرى، اللازمة والقبالة للفسخ، إذا انعقدت صحيحة نافذة، لزممت كلا العاقدين، فلا يجوز لواحد منهما أن يتفرد بفسخها أو تعديلها.

وقد يرد على هذا الأصل أسباب تجيز فسخها، ترجع: إما إلى ضرورة احترام الشرائط الشرعية لصحة العقد، وإما إلى ضرورة احترام إرادة العاقد وصيانة حقوقه الناشئة من العقد.

ورقق هاتين الضرورتين، كان سلب صفة اللزوم عن عقود المعاوضات اللازمة القابلة للفسخ، كالبيع، والإجارة، والصلح... يتجلى في الحالات الثلاث الآتية: (1)

- الأولى: حالة شوائب الإرادة
- الثانية: الخيارات العقدية
- الثالثة: الفساد عند الحنفية

- الحالة الأولى: شوائب الإرادة:
شوائب الإرادة. أو عيوب الرضا: هي الأمور التي تحدث خلافا في إرادة العاقد، فينقص رضاه في إجراء العقد، وتكون هذه الشوائب عادة موافقة لتكوين العقد، ومن هذه العيوب:

2- العقد على الشيء المرهون، أو المأجور:

ومن أسباب عدم نفاذ العقد كذلك، أن يبيع المالك الشيء، أو يوجره، أو يحل به، أو يمسّح عليه... وهو مرهون أو مأجور، قد تعلق حق الغير بمقتضى مدة الرهن أو الإجارة، إلا أن يجيزه المرتهن والمستأجر.

والبيع وغيره من عقود التملك، في عدم النفاذ إلا بعد الإجازة سواء ويستثنى لعدم التوقف على الإجازة ما إذا فرت المالك الشيء المعقود عليه ثانيا، لن كان موجودا عنده بالعقد الأول: كالرهن والاستأجر للشيء في مثالنا، إذا فرت لهما بيع وشبهه: كما إذا باع الراهن العين المرهونة للمرتهن نفسه، فينفذ البيع بداهة في حق الراهن والمرتهن دون حاجة إلى إجازة... لأن المرهون والمأجور إذا فرتا إلى من هما في حوزته وتحت يده، انتفت الحاجة إلى القدرة على التسليم (1).

(1) الفروق للقرافي (13/4)، المدخل الفقهي العام (1/447 - 448 - 457 و 525)، ضوابط العقد... (ص 199 و 204 - 206).

(1) المبسوط للسرخسي (11/13)، الشرح الكبير للريدر (3/112 - 113) القرشي (5/17)، المنهي (4/401)، مصابح الحق (4/195).

عمر بن الخطاب رضي الله عنه، تدلى يشتر عسلا فاقبلت امرأته فجلست على الحبل فقالت: ليطلقها ثلاثا والا قطعت الحبل، فذكرها الله والاسلام فابت فطلقها ثلاثا، ثم خرج الى عمر فذكر ذلك فقال: ارجع الى اهلك فليس هذا بطلاق"، وحديث: "رفع عن أمي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه". وحديث عائشة رضي الله عنها قالت: "سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: لا طلاق ولا اعتاق في اغلاق"، واغلاق: معناه الاكراه كما فسره علماء اللغة⁽¹⁾.

وشذ الحنفية، ففرقوا بين ما يقبل الفسخ من العقود وما لا يقبله، فوافقوا جمهور الفقهاء في الفئة الاولى (عقود المعاوضات القابلة للفسخ)، على أن الإكراه يؤثر فيها، فيكون معها للعاقدة المكره حق التخيير في امضاء العقد ورده بعد زوال الإكراه،⁽²⁾ وخالفهم في الثانية (الزواج والطلاق والعتاق) فقالوا: بصحتها، وإن جرت تحت تأثير الإكراه.

وذكر البخاري من قول علي رضي الله عنه: كل الطلاق جائز إلا طلاق المعتوه، وحكي أيضا وقوع طلاق المكره عن النخعي، وابن السيب والثوري وعمر بن عبد العزيز⁽³⁾.

ولا ريب في أن رأى الجمهور بعدم التقريق... أعدل وأقرب للمصلحة والمبادئ الشرعية العامة، فلا يعقل أن يكون الزواج أو الطلاق بالإكراه

الاكراه، والغلط في الوصف، والتدليس أو التغيير، والغيب.

ولا كان تأثير هذه الشوائب على عقد البيع مختلفا حسب اجتهادات الفقهاء، بحيث قد تجعله باطلا، أو موقوفا، أو غير لازم، كان تأثيرها كذلك على عقود المعاوضات الأخرى اللازمة القابلة للفسخ، باتفاق المذاهب الأربعة: كالإجارة والصلح، والقسمة، وهبة الثواب⁽²⁾.

أما العقود اللازمة التي لا تقبل الفسخ: كالزواج، والطلاق، والرجعة، والعتق... فإن الجمهور ذهبوا الى أن هذه الشوائب تؤثر في صحتها ولزومها، كما تؤثر في عقود المعاوضات، وذهب الحنفية الى عدم تأثيرها بالفسخ، وفيما يلي بعض الأدلة للفرقيين:

1- الإكراه:

لا يلزم عقد البيع، أو الإيجار أو الزواج، أو الطلاق... الصادر من المكره، لأن الإكراه يؤثر في الرضا، والرضا أساس التصرفات، هذا منقذ جمهور الفقهاء - غير الحنفية - والذين ثبت قولهم به: علي وعمر وابن عباس وابن عمر والزيبر والحسن البصري وعطاء ومجاهد وطاوس وشريح والأوزاعي والحسن بن صالح... ومالك والشافعي وأحمد⁽³⁾.

ومن أدلتهم على عدم وقوع الطلاق في الإكراه، قول ابن عباس رضي الله عنهما: طلاق السكران والمستكره ليس بجائز، وقال أيضا فيمن يكرهه للصوم فيطلق: ليس بشيء⁴. وعن قدامة بن إبراهيم: "أن رجلا على عهد

¹ ساقطت هنا على الصور المناسبة لعدم اللزوم من هذه الشوائب أما الصور المناسبة للطلاق

والرقعة، فقد اشترت إليها في مكانها من البحث.

⁽²⁾ الفقه الاسلامي وأدلة للتكثير رومية الزحيلي (4/ 212 وما بعدها).

⁽³⁾ نيل الأوطار (21/ 7)، القوانين الفقهية (ص 197).

⁽¹⁾ نفسه (21-22/ 7)، الفقه الاسلامي وأدلة للتكثير الزحيلي (4/ ص 215-216).

⁽²⁾ للمدة: (1006) من المجلة.

⁽³⁾ نيل الأوطار (21/ 7)، البائع (182/ 7).

ومن أكرهه بعد لم يرض به فقد أكرهه بما لم يلتزمه، ولم يلزمه الله به ولا رسوله⁽¹⁾.

3- التلّيس أو التغرير:

التلّيس أو التغرير: هو اغراء العاقد وخديعته ليقدّم على العقد ظاناً أنه في مصلحته، والواقع خلاف ذلك، وهو أنواع: منها التلّيس الفعلي، والتلّيس القولي، والتلّيس بكتمان الحقيقة.

- التلّيس الفعلي: هو أحداث فعل في العقود عليه ليظهر بصورة غير التي هو عليها في الواقع... ومن أشهر أمثله الشاة المصراة وما في معناها، وهي التي يجبس اللبن في ضرعها مدة حتى ينتفخ ويمتلئ، إيهاما من البائع للمشتري بكبر ضرعها وغزارة لبنها.

وحكم التصرية عند جمهور الفقهاء⁽²⁾، ثبوت الخيار للمداس عليه، بامضاء العقد وامساك المبيع وما في معناه دون تعريض النقص، أو فسخه ورد المبيع.. لصاحبه لقول النبي صلى الله عليه وسلم: "لا تصروا الا بل والنم فمن ابتاعها فهو بخير النظرين بعد ان يحلبها ان شاء أمسكها وان شاء ردها وصاعا من تمر"⁽³⁾.

- وأما التلّيس القولي: فهو الكذب الصادر من أحد العاقدين أو ممن يعمل لحسابه حتى يحمل العاقد الآخر على التعاقد ولو بغين، كان يقول البائع أو المؤجر أو الشريك في القسمة: هذا الشيء الذي أعارضك عليه

(1) قاعدة العقود للشيخ ابن تيمية (ص 159).

(2) بداية المجتهد (1/32)، المغني (2/33)، الشرح الكبير بهامش المغني (4/81).

(3) شرح النووي على مسلم (6/363)، نيل الأوطار (5/214)، الفقه الاسلامي وأدلته الدكوري وفيه الزحيلي (4/218).

صحيحاً، والنية شرط فيهما، هذا الى ما في ذلك من خطر على كيان العائلة والمجتمع جميعاً⁽¹⁾.

ويشهد للجمهور قول الله تعالى: "إلا من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان" (النحل: 106)، والشرك على كل حال أعظم من الحلاق⁽²⁾.

2- الغلط في الوصف:

الغلط في وصف مرغوب فيه: هو ان يظهر حال العقود عليه بالظاهر الذي أرادته العاقد، ثم يتبين بعد ذلك أنه مخالف للوصف الشرط صراحة أو دلالة كأن يشتري شيئاً أسود فإذا هو رمادي، أو يشتري بقرة على أنها حلوب فإذا هي غير حلوب. وحكم العقد المشتمل على غلط في الوصف أنه غير لازم لمن وقع الغلط في جانبه، فيثبت له الخيار بين امضاء العقد وفسخه، لقوات الوصف المرغوب فيه المؤدي إلى اختلال الرضا، وهذا اذا كان العقد قبلاً للفسخ كعقود المعاوضات المالية⁽³⁾. أما العقود التي لا تقبل الفسخ: كالزواج.. فان العقد يقع لازماً عند الحقيقة..

وقال الامام أحمد: يثبت خيار الفسخ بقوات الوصف المرغوب فيه، في عقد الزواج ايضاً، كمن يتزوج امرأة على أنها متعلمة فإذا هي جاهلة، أو على أنها بكر فإذا هي ثيب، فيثبت للزوج حق الفسخ⁽⁴⁾ "وهذا القياس - يجري - في سائر العقود من الكتابية والخالع والصلح عن القصاص وغير ذلك، اذا لم يسلم للعاقد ما رضي به لم يجبر على انفاذ العقد، بل له الفسخ

(1) المغني لابن قدامة الحنبلي (5/273 و8/259)، المحلى (8/1403 و1406)، النظرية العامة للموجبات والعقود (ص 452-453)، اعلام الموقعين (4/51).

(2) نيل الأوطار (7/22).

(3) بداية المجتهد (2/131).

(4) المغني (7/444 وما بعدها)، الفقه الاسلامي وأدلته الدكوري وفيه الزحيلي (4/218-216).

بغير فالحش ولو من غير تعبير، نقض العقد (ج: 356 مجلة).

- الحائلة: يؤثر الغبن الفاحش في العقد فيجعله غير لازم، سواء أكان يتغير أم بدونه، ويعطى للمغبون حق فسخ العقد: كالشراء في تلقي الركبان، والبيع عن طريق النجش، وبيع المسترسل⁽¹⁾.

- المالكية: الغبن ثلاثة أنواع: الأول: غبن لا يقام به هو إذا زاد المشتري في ثمن السلعة على قيمتها لغرض له.. الثاني: غبن يقام به قل أو كثر وهو الغبن في بيع الاسترسال واستسلام المشتري للبائع. الثالث: اختلف فيه وهو ما عدا ذلك، وعلى القول بالقيام به فيقوم المغبون سواء كان بائعاً أو مشترياً إذا كان مقدار الثلث فأكثر، وقيل لا حد له وإنما يرجع فيه للعوائد⁽²⁾.

- الشافعية: لا أثر للغبن الفاحش في التصرفات سواء رافقه تعبير أم لا، لأن الغبن وقع بتقصير من المغبون، فعليه أن يتحمل نتيجة تقصيره⁽³⁾.

الحالة الثانية: الخيارات العقدية:

من الخيارات العقدية في العقود المسائية، والتي تطرقنا لبحثها في البيع: خيار الشرط، وخيار التعيين، وخيار الرؤية، وخيار العيب.

والخيارات تثبت بأمرين: أما باشتراط العاقد، ليتم له العلم الصحيح بمغالم العقد ومغامره، وأما بتقدير الشارع دفعاً لنقص في العلم الذي قام عليه الرضى أو منعاً لتعريض وتجهيل في صحته، يشمل الأمر الأول خيار الشرط، وخيار التعيين، ويشمل الثاني خيار الرؤية، وخيار العيب⁽⁴⁾.

(1) الغني (4/78-79).

(2) القوانين الفقهية (ص 230).

(3) الفقه الإسلامي وأدلته... الرحلي (4/224). نقلاً عن مفتي المحتاج (2/36).

(4) البائع (5/261).

يساوي أكثر، أو لا مثيل له في السوق، فيكذب عليه ويغريه.

وحكم هذا النوع من التلبس، أنه غش وخداع وحرام شرعاً، ولكنه مع ذلك لا يؤثر في صحة العقد إلا إذا صاحبه غبن فاحش - والغبن الفاحش يختلف باختلاف المذاهب - فيجوز حينئذ للعاقد المغرور المطالبة بخيار الفسخ.

- التلبس بكمال الحقيقة: هو إخفاء عيب في أحد العوضين كان يكتم البائع عيماً في المبيع، أو يكتم المشتري عيماً في النقود، وحكم هذا النوع من التلبس حرام شرعاً، لقول النبي صلى الله عليه وسلم: "من غش فليس منا"⁽¹⁾، ويثبت فيه للمدلس عليه خيار العيب، فيفسخ العقد إن شاء أو مضيه⁽²⁾.

4- الغبن:

الغبن لغة: النقص، واصطلاحاً: أن يكون أحد العوضين غير متعادل مع الآخر. والغبن نوعان: يسير لا يؤثر في العقود... وكثير يؤثر فيها، وقد رت المجلة العادية الغبن الكثير في المادة (165)، بنصف العشر في عروض التجارة، وبالعشر في الحيوانات، وبالخمس أو زيادة في العقار.

وللمذاهب الفقهية في الغبن اجتهادات:

- الحنفية: ليس للمغبين الفاحش وحده أثر على العقد، فلا يجزئ رد العقد عليه أو فسخ العقد إلا إذا انضم إليه تعريض، وهذا ما أخذت به المجلة في (ج: 357)، واستثنوا حالات ثلاثاً: أموال بيت المال. وأموال الوقف. وأموال المحجور عليهم لصغر أو جنون، أو سفه.. فإذا عوض عن شيء من ذلك

(1) أخرجه الترمذي عن أبي هريرة، وأخرجه مسلم = التيسير بشرح الجامع الصغير (2/432).

(2) الفقه الإسلامي وأدلته... الرحلي (4/219-220).

- فالمعقود غير اللازمة: كالوكالة، والوديعة، والغارية، والهبة والوصية... لا تقبل الشرط، لأنها قابلة للفسخ من أحد العاقدين من غير شرط، فلا معنى لاشتراطه فيها.

- والمعقود اللازمة التي لا تقبل الفسخ: كالزواج، والخلع، والطلاق والرجعة، لا تقبله أيضا، لأن مقتضاها ترتب آثارها عليها ولزومها بمجرد وجود العبارة الدالة على انشائها، وخيار الشرط يؤخر ثبوت الآثار بالنسبة لمن ثبت له، أو يؤخر اللزوم على الخلاف، فهذه المعقود بطبيعتها تأتي قبيل الخيار للمنافاة التامة بينهما.

- والمعقود التي تقبل الفسخ، ولكن يشترط في صحتها القبض في مجلس العقد: كإسالم، والصرف، وعقود الربا لا يدخلها خيار الشرط، لأن الخيار يؤخر الأحكام، ومنها وجوب القبض في المجلس، وعدم القبض مفسد لهذه المعقود، فيكون بين خيار الشرط وصحة تلك المعقود منافاة، فلا يصح اشتراطه فيها.

فإذا توافرت هذه القيود الثلاثة في عقد من المعقود (أن يكون العقد لازما، قابلا للفسخ، لا يشترط لصحته القبض في المجلس) قبل خيار الشرط، والا فلا.

ومتى ثبت الخيار لأحد العاقدين ملك امضاء العقد وفسخه، في أي وقت شاء في مدة الخيار للمشرطة، فإذا مضت المدة من غير اختيار أحد الأمرين نفذ العقد ولزم⁽¹⁾.

(1) بداية المجتهد (2/157-160)، البدائع (5/228)، الشرح الكبير بهامش المغني (4/67)، الملكية ونظرية العقد لأبي زهرة (ص 390، وما بعدها) الملكية ونظرية العقد للدكتور أحمد قراج حسين (ص 338)، المدخل في التعريف باللقه الاسلامي للدكتور محمد مصطفى علي (ص 601-602).

1- خيار الشرط:

سبق أن خيار الشرط هو الذي يشترط فيه أحد العاقدين أو كلاهما لنفسه أو لغيره، حق فسخ العقد في مدة معلومة تتفاوت في جوازها حسب اجتهادات أئمة المذاهب الأربعة.

وهذا الشرط يكون مقارنا للعقد، وهو مخالف لقتضاه، ولذلك يكون حسب مراعاة الأصل والقياس شرطا فاسدا مفسدا للعقد، ولكن الفقهاء أجازوه استحسانا لسببين:

أحدهما: ورود الأثر بصحته وإجازته في الحديث الوارد بشأن جبان ابن مقنف الذي كان يغبن في البياعات: عن عبد الله بن دينار أنه سمع ابن عمر يقول "ذكر رجل لرسول الله صلى الله عليه وسلم أنه يخدع في البيوع فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: من بايعت فقل لا خلاية" (شرح النووي على مسلم 6/381).

ثانيهما: أن الحاجة قد تدعوا إليه، فقد يخشى أحد العاقدين الانخداع لمعرفته الصفيق في الأسواق، أو لأنه يكون غير ذا خبرة تامة بصنف المعقود عليه، فيحتاج الى الاستشارة.

وخيار الشرط هذا، لما ثبتت مشروعيته في عقد البيع بالنص، على خلاف القياس، كان مقتضى ذلك أن يقتصر فيه على مورد النص وهو عقد البيع، لكن الفقهاء ألقوا بالبيع غيره من المعقود التي في معناه، وهي المعقود اللازمة القابلة للفسخ بالتراضي، والتي لا يشترط في صحتها القبض في المجلس ولو كان لزومها من جانب واحد، وذلك: كالإجارة، والمزارعة، والمساقاة، والقسمة، والصلح عن مال، والخلع من جانب المرأة، والكفالة، والحوالة. والرمز إذا شرطه الراهن للزومه من جانبه فضلا عن البيع أما إذا كان العقد غير لازم، أو لازما لا يقبل الفسخ... فلا يصح فيه خيار الشرط.

ويكون له معنى.

3- أن تكون معينة محددة أثمانها، ككلاص سيارات معينة، على كل واحدة شئها، لتنقي الجهالة المفضية للنزاع في المعقود عليه.

4- أن تكون مدة الخيار معلومة على الرأي المعتمد عند الحنفية، وحكم خيار التعيين، أن العقد صحيح نافذ غير لازم، يبقى قابلا للرد حتى يعين من له حق الخيار بالشرط واحدا من اثنين أو ثلاثة أشياء معينة، ويشتمل خيار التعيين على خيار شرط هو الذي يجعل العقد غير لازم، ولئن له الخيار أن يختار أحد الأشياء الثلاثة خلال مدة الخيار ويكون الخيار صراحة أو دلالة، كان يتصرف في أحد الأشياء محل الاختيار تصرف المالك... واعتبر المعقود عليه المختار مستعينا منذ البداية واستند تعيينه الى وقت العقد. وإن انقضت مدة الخيار- وابتعدت أكثر من يومين- دون أن يختار من له هذا الحق، نقض العقد في جميع الأشياء،⁽¹⁾ جاء في شرح الحطاب:

"أنا مضت أيام الخيار ولم يختَر، ثم أراء بعد ذلك الاختيار، فإن كان بعيدا من أيام الخيار فليس له ذلك وإن قرب ذلك فذلك له، قال ابن يونس: ومن المدونة قال ابن القاسم والمبتاع أخذ أحد الثوبين بالثمن الذي سميا فيما قرب من أيام الخيار وإن مضت أيام الخيار وتباعدت فليس له اختيار أحدهما ونقض البيع إلا ان يكون قد أشهد أنه اختار أحدهما في أيام الخيار أو فيما قرب منها..."⁽²⁾

3- خيار الرؤية:

خيار الرؤية معناه: أن يكون للعاقد الذي عقد على شيء معين لم يره.

2- خيار التعيين:

يلحل هذا النوع من الخيارات في عقود المعاوضات المالية التي تفيد تمليك الأعيان: كالبيع، والهبة بعوض... والصلح الذي هو في معنى البيع... ومعناه أن يكون المشتري أو البائع بالخيار يفتضي شرط في العقد، أن يعين واحدا من اثنين أو ثلاثة أشياء متقاربة قيمتها فيما بينها، فالمعقد يكون مبرما على واحد من شئتين أو ثلاثة على أن يكون لأحد العاقدين الحق في تعيين ذلك الواحد، وقبوله أو رفضه.

وثبت ذلك النوع من الخيار موضع خلاف بين الفقهاء، لأنه مخالف للقياس، لما فيه من الغرر الحاصل بجهل واحد من الاثنين أو الثلاثة، لذلك منع هذا الخيار أحمد والشافعي وزفر،⁽¹⁾ جاء في الشرح الكبير أنه: "لا يجوز أن يبيع عبدا غير معين، لأنه مجهول، ولأنه غرر وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الغرر ولا عبدا من عبيده سواء قلأ أو كثر، وبه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة: إذا باعه عبدا من عبيدين أو من ثلاثة بشرط الخيار له صح، لأن الحاجة تدعو إليه، ولو كانوا أكثر لم يصح لأنه يكسر الغرر"⁽²⁾

ويشترط لصحة العقد مع هذا الخيار أربعة شروط:⁽³⁾

1- أن يكون الخيار بين ثلاثة أشياء فاقل، لأن الحاجة بها ترتفع، والحاجة تقدر بقدرها، لأن الثلاثة فيها الجيد والردىء والوسط...

2- أن تكون هذه الأشياء متقاربة فيما بينها، لكي يتحقق التخيير منها.

⁽¹⁾ الملكية ونظرية العقد للشيخ أبي زهرة (ص 385-386) البائع (5/156-157).

⁽²⁾ الشرح الكبير، بهامش المتن (4/29).

⁽³⁾ المدخل في التعريف بالصفة الإسلامية... شلبي (ص 626) الملكية ونظرية العقد، أبي زهرة (ص 386).

ثانيها: الإجابة، فإن المستأجر له الخيار إذا لم يكن قد رأى العين المستأجرة.

ثالثها: قسمة القيمات، فإذا كان أحد الشركاء عند القسمة لم ير نصيبه، فله الخيار إذا رآه.

رابعها: الصلح، إذا كان بدل الصلح شيئاً غير معين، لأنه يكون في معنى الشراء.

وليس المراد بالرؤية في خيار الرؤية -الإبصار بالعين فقط، بل المراد ما هو أعلم من ذلك، وهو المعاينة بالحس، سواء أكانت بالبصر أم بغيره: كالشم، والذوق، والحنس... فإن معاينة هذا الأشياء (المشمومات، والذوقات، والأشياء المعروفة بالحس) تعتبر كالرؤية بالبصر.

وعلى ذلك يكون خيار الرؤية من الأعمى بواسطة هذه الحواس، وما لا يعرف إلا بالبصر بالنسبة إليه يوصف له من قبل من يثق برؤيته. ومن ثبت له خيار الرؤية، فله فسخ العقد وامضاءه بعدها باتفاق المجيزين لهذا الخيار⁽¹⁾

4- خيار العيب :

خيار العيب هو خيار سببه عيب بمعقود عليه معين، يثبت به شرعاً حق الفسخ للعائد المتضرر إذا اطلع عليه بعد العقد وهو حادث في المعقود عليه قبل القبض، ولم يكن عالماً به أثناء العقد، ولم يرض به بعد العلم.

والسبب في شرعية خيار العيب... أن الرضى الذي نشأ العقد بمقتضاه لم يكن على أساس صحيح، لفقدان سلامة المعقود عليه، المطلوب للانتفاع

⁽¹⁾ المالكية ونظرية العقد للشيخ أبي زهرة (396-400)، المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي، د. شلبي (ص 621-622). مصادر الحق (4/ 282-284)

حق الفسخ إذا رآه، فهو خيار يثبت بشرطين:

أحدهما: أن يكون محل العقد شيئاً معيناً: كدار وثوب.

ثانيهما: أن يكون محل العقد غير مرئي وقت العقد.

وثبت خيار الرؤية محل خلاف بين الفقهاء، وأساس هذا الخلاف جاء من صحة العقد أو عدم صحته على الأشياء المبيعة الغائبة، فمن الفقهاء من حكم بأن العقد عليها صحيح، ومنهم من حكم بأن العقد عليها غير صحيح فأبو حنيفة والشافعي في مذهبه القديم وابن حنبل في أحد القولين عنه يصححون العقد. ومالك والشافعي في مذهبه الجديد وأحمد... في القول الثاني لم يصححه.

ودليل المانعين أن بيع الغائب فيه جهالة تقضي إلى المنازعة في أصل العقد ووصفه، وفي وقت قبض عوض المعقود عليه... ولا شك أن هذه الجهالة المفضية إلى النزاع غرن والنبي صلى الله عليه وسلم نهى عن الغرن.

واستدل المجيزون للعقد على الأعيان الغائبة قبل رؤيتها، بما روي عن عثمان وطلحة رضي الله عنهما، من أنهما تبايعا أرضاً باعها عثمان لطلحة، ولم يكن رأياهما، فقبل لكل منهما: قد غبت، فاجاب أن له الخيار بعد الرؤية... فحكما في ذلك جبير بن مطعم رضي الله عنه، فقبض بالخيار لطلحة -وهو المشتري-

ويثبت خيار الرؤية عند من أجازوه في كل العقود التي يكون محل العقد فيها شيئاً معيناً لم ير قبل العقد ولا في أثناءه، لأن السبب الذي أوجده محقق في كل عقد كذلك، ولذلك أتيته في أربعة أنواع من العقود:

أولها: عقد البيع إذا كان المبيع معيناً بالشخص، وليس شيئاً ثابتاً في الذمة، فلا يثبت في السلم ولا في الصرف.

وشار ابن رشد الى العقود التي يثبت فيها حكم الفسخ بالعيب بقوله: "أما العقود التي يجب فيها بالعيب حكم بلا خلاف، فهي العقود التي المقصود منها المعاوضة كما أن العقود التي ليس المقصود منها المعاوضة لا خلاف ايضا في أنه لا تأثير للعيب فيها: كالهبات لغير الثواب والصدقة، وأما ما بين هذين الصنفين من العقود، أعني ما جمع قصد المكافأة والمعاوضة مثل هبة الثواب، فالأظهر في المذهب أنه لا حكم فيها بوجود العيب، وقد قيل يحكم به إذا كان العيب مقسماً"⁽¹⁾.

الحالة الثالثة : فساد العقد عند الحقيقة :

سبق الحديث أن فساد العقد نظرية اختص بها المذهب الحنفي دون سائر المذاهب، فجعلها واسطة بين العقد الصحيح والعقد الباطل، وهي ولا شك نظرية تطور بها الفقه الاسلامي، واتجهت به الى تعضيد القوة للزمة وتأكيد سلطان الارادة للعقد، استقر بها التعامل، فكانت نافعة للغير، والمعاهد نفسه.

وللمذهب المالكي نظرية تقرب من نظرية الفساد عند الحقيقة في التطبيق العملي - رغم أنه من ضمن المذاهب القائلة بنظرية واحدة تجمع بين العقد الفاسد والباطل - وهي نظرية تميز بين العقد المحرم والمكروه، قال الدكتور السنهوري في كتابه مصاد الحق: "على أنه انصافاً للمذهب المالكي وهو أيضاً لا يميز بين العقد الباطل والعقد الفاسد، تقول: أنه يميز في البيع الباطل أو الفاسد، بين المحرم والمكروه، فالمحرم إذا فات مضي

(1) بداية المجتهد (2/131).

الكامل به، لأن عقود المعاوضات تقوم في الشريعة على المساواة بين العرضين في نظر المتعاقدين، فتختلف هذه السلامة الذي نشأ عنه عدم المساواة بين البديلين، يحدث خلا في الرضا بالعقد، والله تعالى يقول: "يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض منكم" (النساء: 29). فانما لم يتوافر الرضا، أو حدث فيه خلل أوجب نقصه، أعطى الشارع من اختل رضاه حق الفسخ ليتدارك من أمره ما فاتته، وله - بالأولى - امضاء العقد، هذا الأمر اتفق عليه المذاهب الأربعة: ويزيد الحنابلة اعطاء الحق للمستمرر أن يأخذ أرش ما نقصه العيب ان شاء أن يتمسك بالمعقود عليه، جاء في الشرح الكبير بهامش المغني⁽¹⁾.

"فمن اشترى معيماً لا يعلم عيبه فله الخيار بين الرد والامساك مع الارش، وهو قسط ما بين قيمة الصحيح والعيب من الثمن".

ويدخل خيار العيب عقود المعاوضات التي يكون فيها المعقود عليه معيماً بالتعيين: كالبيع والاجارة، والقسمة، والصلح عن مال... وشرطها جميعاً أن يكون محلها معيماً: كالدرن والارض، والحيوانات، والسيارات، وغيرها من سائر الاعيان اللتعينة بذاتها.

وأما إذا كان محلها مما لا يتعين بالتعيين، بل بالوصف: كالكيل والموزون، فلا يدخلها خيار العيب لعدم الحاجة اليه، فإذا اشترى شخص عشرة أرانب من القمح موصوفة بصفات معينة، فإن وجدها على الصفة المشروطة قبضها، وإن وجدها على غيرها رفضها لعدم وجود محل العقد على الصفة المشروطة⁽²⁾.

(1) المغني (4/86).

(2) اللكّنة ونظرية العقد لأبي زهرة (ص 403-404)، الشرح الكبير بهامش المغني (4/85-87)، اللكّنة ونظرية العقد للدكتور لشد فراج حسين (ص 342-344) المدخل - د محمد مصطفى شلبي (ص 611).

التي تقضي الى نزاع مشكل، والنزاع المشكل هو الذي يتعدر حسمه لتساوي حجة الطرفين فيه استنادا الى تلك الجهالة⁽¹⁾.

وذلك كما لو باع انسان شاة غير معينة من قطع غنم: فالبايع قد يريد اعطاء الرديئة بحجة عدم التعيين، والمشتري كذلك يريد الجيدة بحجة عدم التعيين أيضا⁽²⁾.

ومن أمثلتها ما يلي:

1- الجهالة في العقود عليه: كجهالة البائع في عقد البيع، أو المأجور في الاجارة، أو المصالح عنه في الصلح، أو الموهوب في الهبة.

2- جهالة العوض في عقد المعاوضة المالية: وذلك كجهالة الثمن في البيع، و جهالة البذل المصالح عليه في عقد الصلح.

3- جهالة الأجال في كل ما يجري فيه أجل ملزم، وذلك كجهالة المدة المتعاقد عليها في عقد الاجارة، و جهالة موعد استحقاق الثمن المؤجل في عقد البيع، أو موعد استحقاق البذل المؤجل في عقد الصلح.

4- جهالة وسائل التوثيق المشروطة في العقد: وذلك كما لو اشترط البائع على المشتري تقديم كفيل أو رهن بالثمن المؤجل، فيجب ان يكون الكفيل والرهن معينين، والا فسد البيع.

فمثل هذه العقود لا يلزم عند الحنفية ان اعتراه فساد بسبب من الأسباب السابقة، أو مثلها... هذا في العقود الناقلة للملكية ذات العوض من الطرفين.

أما العقود غير المالية: كالوكالة، والرصاية، والزواج على رأي من لا

بالقيمة، أما المكروه فاذا فات انقلب صحيحا، وربما انقلب صحيحا بالقبض أيضا لخفة الكراهة فيه"⁽¹⁾.

جاء في بداية المجتهد: اتفق العلماء على ان البيوع الفاسدة اذا وقعت ولم تفت باحداث عقد فيها أو نشاء أو نقصان أو حوالة سقو أن حكمها الرد، أعني أن يرد البائع الثمن والمشتري الثمنون⁽²⁾.

ونظرية الفساد هذه عند الحنفية، اذا اعتراها سبب من الأسباب العامة ومنها: الغرر والجهالة، والاكراه على من يقول بفساد العقد معه (وهو الامام أبو حنيفة...)، لا يجري مفعولها في كل العقود، بل في طائفة منها فقط، وهي العقود الناقلة للملكية، أو العقود المالية التي توجب التزامات متقابلة من المتعاقدين.

كالبيع، والاجارة، والصلح، وهبة الثواب، والقرض، والرهن، والحوالة، والشركة، والمزارعة، والمساقاة، والقسمة..

فاذا اشتمل عقد من هذه العقود على سبب استوجب فساده كان غير لازم، يجب شرعا على كل من طرفيه فسخه، قبل القبض وبعده، بل يجب على القاضي حله من تلقاء نفسه حماية للنظام العام في التعاقد، لو تعاقل عنه العاقدان، وذلك ما لم يمنع من فسخه مانع، كقوات العقود عليه بالهلاك والإستلاك، أو تعلق حق الغير به.

ومن أسباب فساد العقد الجهالة:

أ) والجهالة الفسدة للعقد في الاجتهاد الحنفي هي الجهالة الفاحشة

⁽¹⁾ البياتج (4/207).

⁽²⁾ المدخل الفقهي العام (2/689).

⁽¹⁾ مصادر الحق (4/271-273): المدخل الفقهي العام (2/688-705).

⁽²⁾ بداية المجتهد (2/145).

فيشترط لصحة الشركة أن يكون الربيع موزعاً بين الشركاء حصصاً شائعة نسبياً، كالنصف أو الربع، أو كذا في المائة، فإذا شرط لأحدهم مقدار مقطوع به فسدت الشركة (م 1336 من المجلة)،

- وفي المزارعة والمساقاة: يفسد العقد للغرر إذا اشترط لأحد الطرفين قدر مقطوع به من محصول الأرض، أو ثمر الشجر، إذ يعتبر لصحة عقد المزارعة والمساقاة أن تكون حصص الشركاء في المحصول شائعة نسبياً، كالثلث والربع والخمس.

(ج) الإكراه عند أبي حنيفة:

انقسم اجتهد المذهب الحنفي في الإكراه إلى رأيين: رأي يعتبر أثره في العقود مفسداً لها، قال بهذا الرأي إمام المذهب أبو حنيفة. ورأي اعتبر أثره فيها الوقف على إجازة المكره بعد زوال الإكراه، وقد قال بهذا الرأي زفر بن الهذيل من كبار أصحاب أبي حنيفة.

فعلى رأي أبي حنيفة ومن قال به، يكون الإكراه سبباً من أسباب الفساد العامة في العقود، يفسخ العقد به من الطرف المكره ولا يلزم (1).

نتيجة العقد الفاسد تلخص في أمرين:

ترتيب الحكم على العقد الفاسد، واستحقاقه للفسخ.

الأول - ترتيب الحكم على العقد الفاسد: يترتب الحكم على العقد الفاسد بمقتضى توقيته بالتسليم والقبض، لا بمقتضى انعقاده بالإيجاب والقبول كما في العقد الصحيح. فإذا تسلم العاقد المعقود عليه في عقد فاسد ملكه وتنفذ فيه تصرفه، سواء كان مبيعاً، أو موهوباً، أو بيل صلح، أو أقسام قسمة. (2)

يعتبر فساداً عند التزوج بالمحارم، بل يعتبره باطلاً، وسقط الحد لشبهة الاشتباه. والعقود المالية التي ليست فيها التزامات متعاقبة: كالإعارة، والإيجار... ومثلها العبادات والتصرفات المنفردة: كالطلاق والوقف، والكفالة بدون مال، والاقتران وما شاكلها...

كل هذه لا فرق فيها عند الحنفية - كغيرهم من المذاهب - بين العقد الفاسد منها والباطل، بمعنى أنها تعتبر أن اشتملت على سبب من أسباب الفساد السابقة وغيرها باطلاً، وغير منعقدة عند الجميع (1).

(ب) الغرر:

ومن الأسباب العامة لفساد العقد عند الحنفية، فيفسخ من كلا العاقدين، أو من القاضي، الغرر في الأوصاف والقادير وما شابهها من النواحي الفرعية للعقد، أما فساد الغرر الراجع إلى أصل في المعقود عليه فيوجب بطلان العقد وليس محل بحثنا هنا.

وأكثر العقود التي يدخلها الفساد للغرر البيوع والشركات:

- ففي البيوع: لو باع شخص بقرة واشترط أنها تعطي كذا رطلاً من الحليب، فالبيع فاسد للغرر لأنه يمكن أن لا تعطي هذا المقدار من الحليب تماماً، وكذا لو باع شاة على أنها حامل نكراً، فالبيع فاسد للغرر.

- وفي الشركات: لو اشترط أحد المتعاقدين في عقد الشركة أن يكون له دواهم معينة من الربيع فإن ذلك غرر لا احتمال أن لا تربح الشركة سوى هذا القدر المشروط أو أقل أو لا تربح شيئاً أصلاً.

(1) المدخل الفقهي العام للزرقاء، (2/692-696).

(2) المائتان: 366 و 371 من المجلة العملية، والمادة: 337 من مرشد الحيوان.

(1) الأقسام والطلبات لابن نجيم (ص 337) البائع (300/5-301)، المدخل للمكشور شلبي (ص 553-554).

(2) المدخل الفقهي العام للزرقاء، (2/689-689) وما بعدهما، الملكية ونظرية العقد لأبي زهرة (ص 369-369) الملكية ونظرية العقد للمكشور أحمد فراج حسين (ص 303-304).

القسم الثالث

المقارنة بين الفقه الاسلامي والقانون الوضعي في احكام العقد العامة

وكذلك القول في الاجارة الفاسدة، يثبت حكمها وتلزم الاجرة باستيفاء
المنفعة فعلا لا بمجرد العقد⁽¹⁾.

الثاني - استحقاقه للفسخ: يبقى العقد الفاسد مستحقا للفسخ، من
العاقدين أو من القاضي، سواء قبل القبض أو بعده، وذلك بشرطين: أحدهما:
بقاء المعقود عليه على ما كان عليه قبل القبض، لم يتغير شكله بالزيادة
والنقصان، بأن كان غزلا فتسجبه المشتري، أو قمحا فطحته، أو دقيقا فخبزه،
أو هلك أو استهلك... فإنه يمتنع الفسخ حينئذ مع بقاء الاثم.

ثانيهما: عدم تعلق حق الغير به، فلو باع المشتري لآخر بيعا صحيحا أو
وهبه وقبضه الموهوب له، أو وقفه أو رهنه، امتنع الفسخ⁽²⁾.

فإذا خلا العقد الفاسد من هذين الشرطين وطولب أحد طرفيه بتنقيده،
دفع عن نفسه بالفسخ، لأنه فقد قوته الالزامية. وكذلك للقاضي أن يفسخه
من تلقاء نفسه حماية للنظام العام في التعاقد. وهذا لا يناقض ترتيب الاحكام
الاصلية على العقد الفاسد بمقتضى انعقاده، فترتيب الحكم نتيجة للانقضاء،
واستحقاق الفسخ نتيجة للفساد⁽³⁾. والله أعلم.

⁽¹⁾ اللامه : 471 - من المجلة.

⁽²⁾ المدخل للتعريف بالفقه الاسلامي، د. شلبي (ص 553-554)، المدخل الفقهي العام للشيخ الزرقاء
704-697/2) بلخجيس).

⁽³⁾ المرجعان السابقين.

الباب الأول: أحكام العقد من حيث تكوينه

تقديم: نظرية العقد، وتعريفه في الفقه والقانون:

1- المقصود بنظرية العقد: أحكام العقد العامة التي تتفق فيها عدة عقود، في الوقت الذي ينفرد فيه كل عقد بأحكامه الخاصة. وقد اهتدى الى وضع نظرية العقد - حسب الاصطلاح الحديث - اصحاب القانون الوضعي.. فقطعوا في هذا المجال من التقنين والتطور شوطا بعيدا، ثم حاول فقهاء الشريعة الاسلامية المحدثون بعد الاحتكاك برجال القانون أن يحذروا حذوهم في هذه النظرية، فبالغوا في ذلك قدرا ملموسا من الاجتهاد، الا أنه ما يزال حتى الآن دون المستوى المطلوب، ما داموا لم يستطيعوا الاستقلال بوضع قواعد للفقه الاسلامي مأخوذة من الشريعة الاسلامية السمحاء الصالحة لكل زمان ومكان، ولمل مرد قصورهم في ذلك راجع بالدرجة الاولى الى التراث الثقيل الذي تركه الاستعمار في أنظمة البلدان العربية والاسلامية. ورغم أن الفقهاء القدامى لم يعنوا بصياغة نظرية تنتظم المبادئ العامة التي تحكم العقد، فان للعقد أظهر موضع في مصادر الفقه الاسلامي القديمة، ويستغرق من بحوثه حيزا كبيرا، كمصدر الانشاء الالتزام على اختلاف أنواعه، سواء كان التزاما بينين أو بعين أو بعمل أو بتوثيق...، فقد تناولوا العقود المعروفة في زمانهم، وبحوثها كل عقد في اركانه وأحكامه بمعزل عن العقود المعروفة الأخرى، بحثوا البيع والاجارة...، والمرابحة والساقاة والشركة والهبية والعارية والقرض والوديعة والكفالة والحوالة والرهن والصلح.

بأنه: "توافق ارايتين أو أكثر على إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهائه" (1).

وبالنسبة للمشرع المغربي، فقد مال في مجال تعريف العقد، الى الأخذ بالرأي الفقهي القانوني، الذي يوجد مدلول اصطلاحى "العقد" والاتفاق حيث نجده... استعمل حينما لفظ الاتفاق في المادتين: (19 و 22) وأحيانا لفظ العقد في المواد: (24-25-26-28-31-37)، وتارة لفظي العقد والاتفاق معاني مادة واحدة، ناهيا بذلك كل تفرقة بين العقد والاتفاق في المواد: (20-34-36). لذلك يمكن تعريف العقد في قانون الالتزامات والعقود المغربي بأنه: "توافق ارايتين على أحداث أثر قانوني، سواء كان هذا الأثر هو إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهائه".

- إنشاء الالتزام، كما في عقد البيع، أو نقله، كما في الحوالة. أو تعديله، كما في الاتفاق على اقتزان أجل بالالتزام، أو إنهائه، كما في الوفاء الذي يقتضي به الدين (2).

وليس معنى هذا أنه يستحيل على الباحث في مصادر الفقه الاسلامي،

أن يجد بذورا يستعين بها للوصول الى هذه النظرية، بل يمكن له مع شيء من الجهد أن يستخلص الأحكام المشتركة التي قررها الفقهاء لهذه العقود، نظرية عامة للعقد، وذلك ما فعلته نخبة من فقهاء المسلمين المعاصرين في محاولاتهم المتلاحقة - كما سبقنا الإشارة - (1).

وفي مقدمتهم - فيما أعلم - الدكتور عبد "رزاك السنهوري في كتابه القيم "مصادر الحق في الفقه الاسلامي"، و"الشيخ مصطفى أحمد الزرقاء في كتابه "المدخل الفقهي العام"، والشيخ محمد أبو زهرة في "الملكية ونظرية العقد في الشريعة الاسلامية"، وغير هؤلاء من الباحثين الذين حاولوا التاليف على غرار منهجية القوانين الحديثة في الفقه الاسلامي.

2- معنى العقد في الفقه الاسلامي والقانون الوضعي :

ورد في تعريف الفقه الاسلامي للعقد بالمجلة العدلية (م 103 و 104) أنه: "ارتباط ايجاب يقبل على وجه مشروع يثبت أثره في محله"، وكما جاء تعريفه أيضا: في المادة: 168 من مرشد الحيران أنه: "عبارة عن ارتباط الايجاب الصادر من أحد المعاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في العقود عليه".

وفي الاصطلاح القانوني جاء في "نظرية العقد" للدكتور السنهوري قوله: "والعقد أخص من الاتفاق، فهو توافق ارايتين على إنشاء التزام أو نقله، ولم يرد تعريف له في القانون المصري (2). وعرفه جمهور شرارحه

(1) الملكية ونظرية العقد للدكتور أحمد فراج حسين (ص 134-).

(2) نظرية الالتزام في القانون المغربي للدكتور أحمد حسن البرعي (ص 24-25).

(1) مصادر الحق (1/49)، نظرية العقد، السنهوري (ص 63).

(2) نظرية العقد للدكتور السنهوري (ص 80).

القسم الثالث

المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي في أحكام العقد العامة

نتناول هذا القسم في باين:

- الباب الأول: أحكام العقد من حيث تكوينه
- الباب الثاني: آثار العقد بين الفقهاء من جهة الموضوع والأشخاص ويشتمل الباب الأول على ثلاثة فصول:
 - الفصل الأول: العقد وأركانه وشروطه..
 - الفصل الثاني: قيود تقتض بال عقد، فيتفاوت النظر الى تأثيرها في بطلان العقد وصحته.
 - الفصل الثالث: مراتب تد رج العقد الى الصحة وال لزوم..
- ويشتمل الباب الثاني على فصلين:
 - الفصل الأول: آثار العقد بالنسبة الى الموضوع.
 - الفصل الثاني: آثار العقد بالنسبة الى الأشخاص.

التصرفات في نطاق المجالات العائلية والاجتماعية بين الأقارب والأصدقاء..
3- أن يكون الاتفاق واقعاً في نطاق القانون الخاص وفي دائرة المعاملات المالية، كمقد البيع.. وأما إذا وقع في نطاق القانون العام الدولي والمستوركي والأدائي كالمعاملات الدولية، وتولية الوظائف العامة، فإنه لا يسمى عقداً⁽¹¹⁾.

والتعريفان معاً الفقهي والقانوني، وربما بالمعنى الخاص للعقد، الصادر من إرادة الطرفين، وبالوازنة بينهما يتضح أن العقد في نظر فقهاء الإسلام ليس هو اتفاق الإرادتين نفسه، بل الارتباط الذي يعتبره الشارع حاصلًا بهذا الاتفاق، إذ قد يحصل الاتفاق بين الإرادتين، دون أن تتحقق الشروط المطلوبة شرعاً للانعقاد، فلا يعتبر هناك عقد، رغم اتفاق الإرادتين، وهي حالة بطلان العقد في نظر الشرع والقانون.

لذا يكون التعريف القانوني شاملاً للعقد الباطل الذي يعتبره الشرع لغواً من الكلام لا ارتباط فيه ولا ينتج نتيجة، ذلك لأن التعريف القانوني إنما يعرف العقد بواقعه المادية، وهي اتفاق الإرادتين.. أما التعريف الفقهي فيعرفه بحسب واقعه الشرعية، وهي الارتباط الاعتباري وهذا هو الأصح.. ويمتاز التعريف الفقهي أيضاً في تصوير الحقيقة العقدية ببيان الأداة المكونة للعقد : أي الأجزاء التي يتركب منها في نظر التشريع، وهي الإيجاب والقبول، لأن مضمّن اتفاق الإرادتين في ذاته لا يعرف وجوده، فيبقى خفياً حتى يكشفه الإيجاب والقبول اللذان يعتبران من عناصر العقد الظاهرة بما فيها من أعراب عن تحرك كل من الإرادتين نحو الأخرى وتلاقيهما وفاقاً. كما أن الاتفاق الوارد في التعريف القانوني للعقد، جعل التعريف غير

ومن هنا يتضح أن القانون المغربي، قد تأثر بالقانون الفرنسي، الذي لم يفرق بين الاتفاق والعقد، فعرف العقد بقوله :

"العقد اتفاق يلتزم بمقتضاه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بإعطاء شيء، أو بفعله، أو بالامتناع عن فعله"⁽¹¹⁾ (1151).

أفاد تعريف العقد في الفقه الإسلامي، أنه يتكون من عدة عناصر منها:

العنصر الأول : وجود طرفين أحدهما يسمى موجبا، والآخر يسمى قابلا.

العنصر الثاني : ارتباط القبول بالإيجاب

العنصر الثالث : ظهور رآثر هذا الارتباط في العقود عليه، بتغييره من حالة إلى حالة..، كحقل ملكية المبيع من البائع إلى المشتري في عقد البيع.

كما أفاد تعريف العقد في القانون أن مكوناته هي :

1- توافق إرادتين فاكتر، أن الإرادة الواحدة لا تتدخل في العقود ولا يسمى التعبير بها عقداً، بل إرادة منفردة..

2- أن تتجه الإرادتان إلى أحداث أثر قانوني، هو إنشاء التزام أو نقله.. ولذلك لا يعد عقداً دعوة صديق لصديقه إلى الغناء ونحوه من

⁽¹¹⁾ نفس المرجع (ص 134-...) نظرية العقد المذكور عيّد النعم فرج الصدة (ص 51-53).

⁽¹¹⁾ نظرية العقد المستورد (ص 80).

الفصل الأول : العقد وأركانه وشروطه

في هذا الفصل نتناول مجتئين :

-المبحث الاول : أركان العقد وشروطه...

- المبحث الثاني : مقارئة القانون بألفقه في عيوب الرضا.

المبحث الأول : أركان العقد وشروطه في الفقهاء الإسلامي والوضعي

أركان العقد في الفقه الإسلامي - كما سبق - ترجع الى ثلاثة "

العائد ، والمعقود عليه، والصيغة. وبكيفية متقاربة، نجد إن هذه الأركان هي التي يسير عليها القانون الوضعي مع ملاحظة شيء يسير من الاختلاف في التعبير عنها بالنقصان أو الزيادة....

حيث يتضح أن أركان العقد في القانون الوضعي هي : العائد، والمحل والسبب.

فالتراضي في القانون يقابله العائد والصيغة في الفقه الإسلامي لأن الصيغة تستلزم العائد، وتنشأ عن إرادته، فكأنهما شيء واحد، والمحل في القانون يقابله في الفقه الإسلامي المعقود عليه.

أما السبب، فنظرية طورها وأبرزها الى الوجود كركن في العقد القانون الغربي. ومعنى نظرية السبب هذه موجود بالفعل والتطبيق العملي

مانع، إذ يدخل فيه الوعد بالعقد، كما في حالة الوعد ببيع أو رهن، بينما يشترط في التعريف الصحيح أن يكون جامعا مانعا⁽¹⁾.

لذا قال الشيخ مصطفى أحمد الزرقاء في كتابه "الدخل الفقهي العام" : " أن تعريف فقهاءنا للعقد أدق تصورا وأحكم منطلقا، وإن كان التعريف القانوني أوضح تصويرا وأسهل فهما في طريق التعليم "⁽²⁾

⁽¹⁾ أن يكون جامعا : يشمل جميع أفراد الشيء المعروف فلا يخرج عنه شيء مما يجب أن يتناول.

أن يكون مانعا : يخرج عن قبوده وحده كل ما ليس من أفراده.

⁽²⁾ (1/294-295).

والقانون لم يصل الى هذه القاعدة ظفيرة، بل تطور اليها تدرجا، نزولا عند مقتضيات الاقتصادية وغيرها من الاعتبارات⁽¹⁾.

ويرافق الفقه الإسلامي القانون الغربي في تعريف التراضي، حيث جاء في بدائع الكاساني قوله: «وإما الذي يرجع الى نفس العقد فهو أن يكون القبول موافقا للإيجاب، بأن يقبل المشتري ما أوجبه البائع وبما أوجبه»⁽²⁾...

والعقد الرضائي معروف في الفقه الإسلامي منذ وجوده، استقاه من مصادره الأصلية الكتاب والسنة... وفي هذا المعنى قال الدكتور السنهوري: «والذي يلفت النظر في أحكام العقد - في الشريعة الإسلامية - قاعدة أساسية قررها الفقهاء، تقضي بأن الإيجاب والقبول وحدهما كافيان في تكوين العقد، ووجه الغزاية في ذلك أن هذه القاعدة على بساطتها وكونها من بديهيات القانون الحديث، لم يصل القانون الروماني على عرافته الى تقريرها كقاعدة عامة، حتى في آخر مراحل تطوره، ولعل السر في وصول فقهاء الشريعة الإسلامية الى هذه القاعدة ما كان للدين من الأثر البالغ في تقرير قواعد الفقه أصولا وفروعا، ويكفي لترجيح هذا الرأي أن نذكر أن العقد في أوروبا لم يصبح رضائيا الا تحت تأثير عوامل مختلفة من أهمها الدين المسيحي وقوانين الكنيسة، وهي تحض على وجوب الوفاء بالعهد، فصار تقيد الإنسان بكمته متقفا مع آداب الدين ثم انتقل ذلك من الدائرة الدينية الى الدائرة القانونية. وقد تم ما يعدل هذا في الشريعة الإسلامية، فإن مشروعية العقد تستند عادة الى القرآن والحديث⁽³⁾.

(1) نظرية العقد المذكور السنهوري (ص 112)

(2) البائع (5/136).

(3) نظرية العقد المذكور السنهوري (ص 63).

في الفقه الإسلامي وإن لم يعد الفقهاء المسلمون السبب ضمن أركان العقد المشهور في مؤلفاتهم القديمة.

ويضاف الى الأركان السابقة في القانون الرضعي، ركن الشككية في العقود الشككية، وركن التسليم في العقود العينية⁽¹⁾.

وهذان أيضا لهما وجود في الفقه الإسلامي، وإن لم يعدهما الفقهاء ركنين في موضوع كلامهم على أركان العقد. وقد ورد الأمر بهما معا للإرشاد أو الوجوب في القرآن الكريم في عقدي السلم والرهن فقال تعالى: «لأولئك الذين آمنوا إذا تداينتم بدين الى أجل مسمى فاكتبوه»⁽²⁾، «وإن كنتم على سفر ولم تجدوا كتابا فربها مقبوضة»⁽³⁾، وللقاعدة الواردة في هذا المعنى: «لا يتم التبرع الا بقبض»⁽³⁾ بالنسبة للعقود العينية.

وقد أخذ قانون الالتزامات والعقود المغربي بوجود إثبات دين السلم كتابة عن الفقه الإسلامي، فجاء في الفقرة الأخيرة من الفصل 613 قوله: «ولا يجوز إثبات بيع السلم الا بالكتابة».

المطلب الأول: التراضي (أو المصقة) بين الفقهاء

التراضي: هو توافق ارادتي المتعاقدين على إحداث الإتيان المقصود من العقد. والعقد الرضائي هو ما يكفي في انعقاده اقتران القبول بالإيجاب فرضا المتعاقدين وحده هو الذي يكون العقد وأغلب العقود في القانون الحديث رضائية، كالبيع والإيجان والشركة، وغيرها من العقد المعينة وغير المعينة وحت...، أي أصبحت العقود الرضائية هي القاعدة وغيرها استثناء.

(1) مصادر الحق (1/484)، نظرية العقد المذكور السادة (88-90)

(2) سورة البقر: (281-282).

(3) المادة: 37 من المجلة.

2 - التعبير الضمني:

ويكون التعبير ضمنيا إذا كان المظهر الذي اتخذته ليس في ذاته موضوعا للكشف عن الإرادة ولكنه مع ذلك لا يمكن تفسيره دون أن يفترض وجود هذه الإرادة، مثل ذلك أن يتصرف شخص في شيء ليس له ولكن عرض عليه أن يشتريه، فذلك دليل على أنه قبل الشراء إذا تصرف تصرف المالك، وكذلك ينسلم سنده الدين للمدين فهذا دليل على أنه أراد انقضاء الدين... (1)

3- السكوت:

وقد يكون السكوت تعبيرا عن الرضي في بعض الأحيان، فيخرج بذلك عن القاعدة العامة وعن أن السكوت في ذاته، مجردا عن أي ظرف ملابس له، لا يكون تعبيرا عن الرضا. لأن الرضا عمل إيجابي، والسكوت شيء سلبي، ويقول فقهاء المسلمين: «لا ينسب لساكت قول لكن السكوت في معرض الحاجة بيان» (م 67 من المجلة) ويقول الفرنسيون: «من لم يقل شيئا فقد رضي»، إذ يتفق في بعض الأحيان أن يعرض التعاقد على شخص فيلزم الصمت، فيكون سكوته هذا في بعض الظروف دليلا على الرضا.

ولكن على كل حال، يبقى السكوت عادة - دليلا على الرفض، سواء في الفقه الإسلامي أو في الفقه الغربي - إلا لظروف استثنائية تجعله تعبيرا عن الرضا، كسكوت البكر عند استئذانها في الزواج في الفقه الإسلامي -
والأصبحت الروابط القانونية عرضة للتقليل والاضطراب (2).

ومن الظروف التي تجعل من السكوت قبولا، ما نص عليه الفصل 25

قال تعالى: «يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود» (المائدة: 1)، «وأوفوا

بالعهد إن العهد كان مسؤولا» (الاسراء: 34)، «وأوفوا بعهد الله إذا عاهدتم، ولا تنقضوا الإيمان بعد توكيدها وقد جعلتم الله عليكم كفيلا» (النحل: 91).

وقال عليه الصلاة والسلام: «لا إيمان لمن لا أمانة له، ولا دين لمن لا عهد له» (1).

والتعبير عن الإرادة معناه الإعلان عن إرادة تتجه إلى أحداث أثر قانوني سواء كان إعلانا عن إيجاب أو قبول، أو إرادة مفقودة، أو غير ذلك (2).

والتعبير عن الإرادة، يكون صريحة أو دلالة، بل قد يكون السكوت في بعض الأحيان طريقا للتعبير.

1- التعبير الصريح:

التعبير الصريح: قد يكون بالكلام وذلك بإيراد اللفاظ الدالة على المعنى الذي تنطوي عليه الإرادة مباشرة بين المتعاقدين الحاضرين في مجلس واحد، أو بواسطة مخاطبة الهاتفة، أو تسجيل اللفاظ في آلة ميكانيكية، أو يبعث بها عن الطريق رسول ليست له صفة النيابة. وكما يكون التعبير الصريح بالكلام يكون بالكتابة أيضا في أي شكل من أشكالها: عرقية أو رسمية.. ويكون التعبير الصريح بالإشارة كذلك، سواء من الآخرس أو غيره إذا تواضع الناس على أن لها معنى خاصا:

كحز الرأس عموديا (دليل القبول) وهزة أفعيا أو هز الكتف (دليل الرفض).

(1) نظرية العقد للسنهوري (ص 150 وما بعدها).

(2) نظرية العقد للسنهوري (ص 157).

(1) التفسير بشرح الجامع الصغير، للعلاني (2/488).

(2) نظرية العقد للدكتور الصمد (ص 91-93).

للتراضي في القانون الغربي ووسائل التعبير التي تؤدي بها الصيغة هي نفسها التي يقع بها التراضي، فكل منهما يعتد بالتعبير اللفظي في الدرجة الأولى، ثم بالوسائل الأخرى : كالرسالة والكتابة، والأشارة، والتعاطي، وأبي مظهر آخر يدل على الرضا، حتى السكوت الذي هو مظهر سلبي محض، إذا رافقته مالايسات تجعله دالا على القبول.

وقد عني الفقه الإسلامي بصيغة العقد اللفظية عناية كبيرة، فهو يضع في المقام الأول لانعقاد العقد صيغة الماضي، لأنها تتمحض للحال، فتعتبر بذلك عن الإرادة تعبيراً قاطعاً، كان يقول اليائس : بعت. فيقول المشتري اشتريت، أما صيغتنا المضارع والأمر فتحتملان الحال والاستقبال، ولذلك يجب الرجوع فيهما إلى الظروف والملايسات لتبين ما إذا كانت النية قد اتجهت إلى أن تجعل الصيغة للحال، فإذا اتضح أن الصيغة قد أريد بها الحال انعقد العقد، كأن يقول البائع أبيع ويؤدي الإيجاب، فيقول المشتري اشتري ويؤدي القبول، أو يقول البائع للمشتري اشتري مني هذا الشيء فيقول المشتري اشتريت.

وملخص الفقه الإسلامي في مسألة انعقاد العقد بالصيغة القولية، وعدم انعقاده بالنظر إلى فقه المذاهب الأربعة يتضح كالآتي :

- صيغة الماضي ينعقد بها العقد لدى جميع المذاهب بلا خلاف.
- صيغة الأمر ينعقد بها العقد عهد الأئمة الثلاثة، عما أبي حنيفة.
- صيغة المضارع يجب اقترانها بالنية لانعقاد العقد.
- لا ينعقد العقد بصيغتي الاستفهام والاستقبال⁽¹⁾.

⁽¹⁾ مصادر الحق (1/99).

من قانون الالتزامات والسعقود المغربي، في فقرته الثانية : «ويكون السكوت عن الرد بمثابة القبول، إذا تعلق الإيجاب بمعاملات سابقة بدأت فعلاً بين الطرفين. وما نصت عليه المادة 608 من القانون المغربي، التي تقر بصدد بيع الخيار أنه (إذا ترك المتعاقد الذي احتفظ لنفسه بحق الخيار الأجل ينقضي من غير أن يعلم الآخر بقراءه افتراض بقوة القانون أنه قد قبل»⁽¹⁾.

ومن الملايسات الاستثنائية التي تجعل السكوت دليلاً على الرضا، ما عدده التقنين المدني العراقي الذي يوفق بين الفقه الإسلامي والفقه الغربي وردها إلى ثلاثة أشياء :

أولاً : إذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين، واتصل الإيجاب بهذا التعامل. ويدخل في ذلك سكوت المالك عند قبض الموهوب له، أو المتصدق عليه..

ثانياً : إذا تمخض الإيجاب لمنفعة من وجه إليه، ويدخل في ذلك سكوت المتصدق عليه، وسكوت المورض، وسكوت الموقوف عليه.

ثالثاً : سكوت المشتري بعد أن تسلم البضائع التي اشتراها، يعتبر قبولاً لا ورد في قائمة الثمن من شروط...، ويدخل في ذلك سكوت البكر عند الزواج فهي تتخرج من اظهار الرضا، لا من التصريح بالرفض، بخلاف الشيب فهي لا تتخرج من الحاليتين⁽²⁾.

صيغة العقد في الفقه الإسلامي:

صيغة العقد في الفقه الإسلامي، أو الإيجاب والقبول، هي المقابل

⁽¹⁾ نظرية الالتزام للدكتور البرعي ص 56.

⁽²⁾ مصادر الحق (1/129-...)

2- ويكون الايجاب والقبول بصيغة الماضي، كما يكونان بصيغة

المضارع أو بصيغة الامر إذا أريد بهما الحال .

ولكن القانون المدني العراقي - تمشياً مع الفقه الغربي - خالف الفقه الاسلامي، فاعتبر الوعد عقداً، فنص في المادة 78، على أن : " صيغة الاستقبال التي هي بمعنى الوعد المجرّد يتعقّد بها العقد وعدا ملزماً إذا انصرف الى ذلك قصد المتعاقدين " (1).

وملخص القول في الارادة لدى علماء الفقه الاسلامي والقانون الوضعي، أن التعبير اذا صدر مطابقاً للارادة فلا صعوبة في الامر، لأن الارادة الحقيقية الباطنية والتعبير عنها وهو الارادة الظاهرة قد توافقتا.

أما إذا اختلف التعبير عن الارادة، فهنا يتباين الاجتهاد....، فيكون لعلماء الفقه الاسلامي اتجاهان :

أولاً : اتجاه يميل إلى تغليب العمل بالارادة الظاهرة، وهو ما عليه المذهب الحنفي والشافعي.

ثانياً : اتجاه يميل إلى تغليب العمل بالارادة الباطنة، وهي القصد والنية، وهو ما عليه المذهب المالكي ، والحنبلي.

ونفس المسالك، التجأ إليه علماء القانون الوضعي، فكانت لهم في الارادة اذا لم يوافقها التعبير نظريتان :

الأولى : نظرية الارادة الباطنة، وتميل الى الأخذ بها القوانين اللاتينية وعلى الاخص القانون الفرنسي ومن أخذ عنه.

الثانية : نظرية الارادة الظاهرة، وتميل الى الأخذ بها القوانين الجرمانية وعلى الاخص القانون الالمانى.

الإرادة الظاهرة والباطنة :

وما سبق يتضح أن الفقه الاسلامي يأخذ بالارادة الظاهرة اذا تمخضت الصيغة للحال، بأن كانت صيغة الماضي فيتعقّد العقد، ويأخذ بالارادة الظاهرة كذلك اذا تمخضت الصيغة للاستقبال، بأن كانت صيغة الاستقبال أو الاستفهام، فلا يتعقّد العقد، ففي هاتين الحالتين تكون الصيغة واضحة فلا يجوز العدول عنها.

وأما اذا كانت الصيغة تحتمل الحال والاستقبال ، بأن كانت صيغة المضارع أو الأمر، فإنه يأخذ بالارادة الباطنة، لأن الصيغة حينئذ تكون غير واضحة فيتعين الأخذ بالنية (1).

وفي الفقه الحديث، يبدو أن المشرع المغربي، يميل الى الأخذ بالارادة الظاهرة، حيث جاء في المادة 461 من قانون الالتزامات والعقود المغربي أنه: "اذا كانت ألفاظ العقد صريحة امتنع البحث عن قصد صاحبها" وتأكيذا لنفس الحكم، تقرر المادة 21 منه أن "التحفظات والقيود التي لم تنته الي علم الطرف الآخر لا تنقص ولا تقيد آثار التعبير عن الارادة المستفادة من ظاهر اللفظ " .

وقد أخذ التقنين المدني العراقي بما يقول به الفقه الاسلامي في الصيغة التي هي التعبير عن التراضي، حيث نصت المادة 77 منه على ما يأتي :

" 1- الايجاب والقبول كل لفظين مستعملين عرفاً لانشاء العقد، وأي لفظ صدر أو لا فهو ايجاب والثاني قبول .

(1) نظرية العقد . المصدة (ص 118-119).

(1) شرح الحطاب (4/237، 230-229)، مصادر الحق (1/مضمن من 90-99)، نظرية العقد . ن. المصدة (ص 116-118) المبروك : (68-70) من المجلة.

القسم الثالث

المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي في أحكام العقد العامة

وكذلك القول في الاجارة الفاسدة، يثبت حكمها وتلزم الاجرة باستيفاء المنفعة فعلا لا بمجرد العقد⁽¹⁾.

الثاني - استحقاقه للفسخ: يبقى العقد الفاسد مستحقا للفسخ، من المعاقدين أو من القاضي، سواء قبل القبض أو بعده، وذلك بشرطين: أحدهما: بقاء المعقود عليه على ما كان عليه قبل القبض، لم يتغير شكله بالزيادة والنقصان، بأن كان غزلا فتسجه المشتري، أو قمحا فطحنه، أو دقيقا فخبزه، أو هلك أو استهلك... فإنه يمتنع الفسخ حينئذ مع بقاء الاثم.

ثانيهما: عدم تعلق حق الغير به، فلو باع المشتري لآخر يباع صحيحا أو وبه وقبضه الموهوب له، أو وقفه أو رهنه، امتنع الفسخ⁽²⁾.

فإذا خلا العقد الفاسد من هذين الشرطين وطولب أحد طرفيه بتنفيذه، دفع عن نفسه بالفسخ، لأنه فقد قوته الانزامية. وكذلك للقاضي أن يفسخه من تلقاء نفسه حماية للنظام العام في التعاقد. وهذا لا يتنافى ترتيب الأحكام الأصلية على العقد الفاسد بمقتضى انعقاده، فترتيب الحكم نتيجة للانعقاد، واستحقاق الفسخ نتيجة للفساد⁽³⁾. والله أعلم.

(1) المادة : 471- من المجلة.

(2) المدخل للتعريف بالفقه الاسلامي، د. شلبي (ص 553-554)، المدخل الفقهي العام للمشيخ الزرقاء.

(2) 704-697/2، بتلخيص.

(3) المرجعان السابقان.

الباب الأول: أحكام العقد من حيث تكوينه

تقديم : نظرية العقد، وتعريفه في الفقه والقانون :

1- المقصود بنظرية العقد: أحكام العقد العامة التي تتفق فيها عدة عقود، في الوقت الذي ينفرد فيه كل عقد بأحكامه الخاصة. وقد امتدئ إلى وضع نظرية العقد - حسب الاصطلاح الحديث - أصحاب القانون الوضعي.. فقطعوا في هذا المجال من التفتين والتطور شوطا بعيدا، ثم حاول فقهاء الشريعة الإسلامية المحدثون بعد الاحتكاك برجال القانون أن يحذوا حذوهم في هذه النظرية، فبلغوا في ذلك قدرا ملموسا من الاجتهاد، إلا أنه ما يزال حتى الآن دون المستوى المطلوب، ما داموا لم يستطيعوا الاستقلال بوضع قواعد للفقه الإسلامي مأخوذة من الشريعة الإسلامية السمحاء الصالحة لكل زمان ومكان، ولمل مرد قصورهم في ذلك راجع بالدرجة الأولى إلى التراث الثقيل الذي تركه الاستعمار في أنظمة البلدان العربية والإسلامية. ورغم أن الفقهاء القدامى لم يعنوا بصياغة نظرية تنتظم المبادئ العامة التي تحكم العقد، فإن للعقد أظهر موضع في مصادر الفقه الإسلامي القديمة، ويستغرق من بحثه حيزا كبيرا، كمصدر لإنشاء الالتزام على اختلاف أنواعه، سواء كان التزاما بينين أو بعين أو بعمل أو بتوثيق.. فقد تناولوا العقود المعروفة في زمانهم، وبحثوها كل عقد في أركانه وأحكامه بمعزل عن العقود المعروفة الأخرى، بحثوا البيع والأجرة.. والمزارة والساقات والشركة والهبة والمارية والقرض والوديعة والكفالة والحوالة والرهن والصلح.

بأنه: "توافق اراثنين أو أكثر على إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهائه" (1).

وبالنسبة للمشرع المغربي، فقد مال في مجال تعريف العقد، الى الأخذ بالرأي الفقهي القانوني، الذي يوحد مدلول اصطلاح "العقد" والاتفاق حيث نجده... استعمل حينما لفظ الاتفاق في المادتين: (19 و 22) وحيثنا لفظ العقد في المواد: (24-25-26-28-31-37)، وتارة لفظي العقد والاتفاق معا في مادة واحدة، ناهيا بذلك كل تفرقة بين العقد والاتفاق في المواد: (20-34-36). لذلك يمكن تعريف العقد في قانون الالتزامات والعقود المغربي بأنه: "توافق اراثنين على أحداث أثر قانوني، سواء كان هذا الأثر هو إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهائه".

- إنشاء الالتزام، كما في عقد البيع، أو نقله، كما في الحوالة. أو تعديله، كما في الاتفاق على اقتران أجل بالالتزام، أو إنهائه، كما في الوفاء الذي يتقضي به الدين (2).

وليس معنى هذا أنه يستحيل على الباحث في مصادر الفقه الاسلامي،

أن يجد بذوراً يستعين بها للوصول الى هذه النظرية، بل يمكن له مع شيء من الجهد أن يستخلص الأحكام المشتركة التي قررها الفقهاء لهذه العقود، نظرية عامة للعقد، وذلك ما فعلته نخبة من فقهاء المسلمين المعاصرين في محاولاتهم المتلاحقة - كما سبقت الإشارة - (1).

وفي مقدمتهم - فيما أعلم - الدكتور عبد "رزاق السنهوري في كتابه القيم "مصادر الحق في الفقه الاسلامي"، وأ.شيخ مصطفى أحمد الزرقاء في كتابه "الدخل الفقهي العام"، والشيخ محمد أبو زهرة في "الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية"، وغير هؤلاء من الباحثين الذين حاولوا التأليف على غرار منهجية القوانين الحديثة في الفقه الاسلامي.

2- معنى العقد في الفقه الاسلامي والقانون الوضعي:

ورد في تعريف الفقه الاسلامي للعقد بالمجلة المعدية (103 و 104) أنه: "ارتباط إيجاب بقبول على وجه مشروع يثبت أثره في محله"، وكما جاء تعريفه أيضا: في المادة: 168 من مرشد الحيران أنه: "عبارة عن ارتباط الإيجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه".

وفي الاصطلاح القانوني جاء في "نظرية العقد" للدكتور السنهوري قوله: "والعقد أخص من الاتفاق، فهو توافق اراثنين على إنشاء التزام أو على نقله، ولم يرد تعريف له في القانون المصري (2). وعرفه جمهور شراحه

(1) الملكية ونظرية العقد للدكتور أحمد فراج حسين (ص 134..)

(2) نظرية الالتزام في القانون المغربي للدكتور أحمد حسن البرعي (ص 24-25).

"مصادر الحق (1/40) نظرية العقد، السنهوري (ص 63).

(2) نظرية العقد للدكتور السنهوري (ص 80).

القسم الثالث

المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي في أحكام العقد العامة

نتناول هذا القسم في باين:

- الباب الأول: أحكام العقد من حيث تكوينه
- الباب الثاني: آثار العقد بين الفقهاء من جهة الموضوع والأشخاص ويشتمل الباب الأول على ثلاثة فصول:
 - الفصل الأول: العقد وأركانه وشروطه..
 - الفصل الثاني: قيود تقتضي بالعقد، فيتفاوت النظر إلى تأثيرها في بطلان العقد وصحته.
 - الفصل الثالث: مراتب تدريج العقد إلى الصحة واللزوم.. ويشتمل الباب الثاني على فصلين:
 - الفصل الأول: آثار العقد بالنسبة إلى الموضوع.
 - الفصل الثاني: آثار العقد بالنسبة إلى الأشخاص.

التصرفات في نطاق المجالات العائلية والاجتماعية بين الأقارب والأصدقاء.
3- أن يكون الاتفاق واقعاً في نطاق القانون الخاص وفي دائرة المعاملات المالية، كمعقد البيع... وأما إذا وقع في نطاق القانون العام الدولي والدستوري والأدري كالمعاملات الدولية، وتولية الوظائف العامة، فإنه لا يسمى عقداً⁽¹¹⁾.

والتعريفان معاً الفقهي والقانوني، وريداً بالمعنى الخاص للعقد، الصادر من إرادة الطرفين، وبالوازنة بينهما يتضح أن العقد في نظر فقهاء الإسلام ليس هو اتفاق الإرادتين نفسه، بل الارتباط الذي يعتبره الشارع حاصلًا بهذا الاتفاق، إذ قد يحصل الاتفاق بين الإرادتين، دون أن تتحقق الشروط المطلوبة شرعاً للانعقاد، فلا يعتبر هناك عقد، رغم اتفاق الإرادتين، وهي حالة بطلان العقد في نظر الشارع والقانون.

لذا يكون التعريف القانوني شاملاً للعقد الباطل الذي يعتبره الشارع لغوا من الكلام لا ارتباط فيه ولا ينتج نتيجة، ذلك لأن التعريف القانوني إنما يعرف العقد بواقعه المادية، وهي اتفاق الإرادتين... أما التعريف الفقهي فيعرفه بحسب واقعه الشرعية، وهي الارتباط الاعتباري وهذا هو الأصح... ويمتاز التعريف الفقهي أيضاً في تصوير الحقيقة المعقدية ببيان الأداة المكونة للعقد: أي الأجزاء التي يتركب منها في نظر التشريع، وهي الإيجاب والقبول، لأن مضمّن اتفاق الإرادتين في ذاته لا يعرف وجوده، فيبقى خفياً حتى يكشفه الإيجاب والقبول اللذان يعتبران من عناصر العقد الظاهرة بما فيها من أعراب عن تحرك كل من الإرادتين نحو الأخرى وتلاقيهما وفاقاً. كما أن الاتفاق الوارد في التعريف القانوني للعقد، جعل التعريف غير

⁽¹¹⁾ نفس المرجع (ص 134...) نظرية العقد المذكور عبد النعم فرج الصمد (ص 51-53).

ومن هنا يتضح أن القانون المغربي، قد تأثر بالقانون الفرنسي، الذي لم يفرق بين الاتفاق والعقد، فعرف العقد بقوله:

"العقد اتفاق يلتزم بمقتضاه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بإعطاء شيء، أو بفعلة، أو بالامتناع عن فعله"⁽¹²⁾.

أفاد تعريف العقد في الفقه الإسلامي، أنه يتكون من عدة عناصر منها:

العنصر الأول: وجود طرفين أحدهما يسمى موجبا، والآخر يسمى قابلاً.

العنصر الثاني: ارتباط القبول بالإيجاب

العنصر الثالث: ظهور أثر هذا الارتباط في العقود عليه، بتغييره من حالة إلى حالة... كنقل ملكية المبيع من البائع إلى المشتري في عقد البيع.

كما أفاد تعريف العقد في القانون أن مكوّناته هي:

1- توافق إرادتين فاكتر، أن الإرادة الواحدة لا تتدخل في العقود ولا يسمى التعبير بها عقداً، بل إرادة مفردة...

2- أن تتجه الإرادتان إلى إحداث أثر قانوني، هو إنشاء التزام أو نقله... ولذلك لا يعد عقداً دعوة صديق لصديقه إلى الغناء ونحوه من

⁽¹²⁾ نظرية العقد للسنهوري (ص 80).

الفصل الأول : العقد وأركانه وشروطه

في هذا الفصل نتناول مبحثين :

- المبحث الأول : أركان العقد وشروطه...
- المبحث الثاني : مقارنة القانون بالفقه في عيوب الرضا.

المبحث الأول :

أركان العقد وشروطه في الفقهاء الإسلامي والوضعي

أركان العقد في الفقه الإسلامي - كما سبق - ترجع إلى ثلاثة "

العاقدة ، والعقود عليه، والصيغة. وبكيفية متقاربة، نجد أن هذه الأركان هي التي يسير عليها القانون الوضعي مع ملاحظة شيء يسير من الاختلاف في التعبير عنها بالنقصان أو الزيادة....

حيث يتضح أن أركان العقد في القانون الوضعي هي : العاقدة، والمحل والسبب.

فالتراضي في القانون يقابله العاقدة والصيغة في الفقه الإسلامي لأن الصيغة تستلزم العاقدة، وتنشأ عن إرادته، فكانهما شيء واحد، والمحل في القانون يقابله في الفقه الإسلامي العقود عليه.

أما السبب، فنظرية طورها وأبرزها إلى الوجود كركن في العقد القانون الغربي، ومعنى نظرية السبب هذه موجود بالفعل والتطبيق العملي

مانع، إذ يدخل فيه الوعد بالعقد، كما في حالة الوعد ببيع أو رهن، بينما يشترط في التعريف الصحيح أن يكون جامعا مانعا⁽¹⁾.

لذا قال الشيخ مصطفى أحمد الزرقاء في كتابه "الدخل الفقهي العام" : " إن تعريف فقهاءنا للعقد أدق تصورا وأحكم منطقيا، وإن كان التعريف القانوني أوضح تصورا وأسهل فهما في طريق التعليم"⁽²⁾.

⁽¹⁾ إن يكون جامعا : يشمل جميع أفراد الشيء المعروف فلا يخرج عنه شيء مما يجب أن يتناول.

إن يكون مانعا : يخرج عن قيوده وحدوده كل ما ليس من أفراده.

⁽²⁾ (295-294/1).

والقانون لم يصل الى هذه القاعدة ظفيرة، بل تطور اليها تدريجاً، نزولاً

عند مقتضيات الاقتصادية وغيرها من الاعتبارات⁽¹⁾.

ويوافق الفقه الإسلامي القانون الغربي في تعريف التراضي، حيث جاء في بدائع الكاساني قوله: «وما الذي يرجع الى نفس العقد فهو أن يكون القبول موافقاً للإيجاب، بأن يقبل المشتري ما أوجبه البائع وبما أوجبه»⁽²⁾...

والعقد الرضائي معروف في الفقه الإسلامي منذ وجوده، استقاه من مصادره الأصلية الكتاب والسنة... وفي هذا المعنى قال الدكتور السنهوري: «والذي يلفت النظر في أحكام العقد - في الشريعة الإسلامية - قاعدة أساسية قررها الفقهاء، تقضي بأن الإيجاب والقبول وحدهما كافيان في تكوين العقد، ووجه الغرابة في ذلك أن هذه القاعدة على بساطتها وكونها من بديهيات القانون الحديث، لم يصل القانون الروماني على عراقة الى تقريرها كقاعدة عامة، حتى في آخر مراحل تطوره، ولعل السر في وصول فقهاء الشريعة الإسلامية الى هذه القاعدة ما كان للدين من الأثر البالغ في تقرير قواعد الفقه أصولاً وفروعاً، ويكفي لترجيح هذا الرأي أن تذكر أن العقد في أوروبا لم يصبح رضائياً الا تحت تأثير عوامل مختلفة من أهمها الدين المسيحي وقوانين الكنيسة، وهي تحض على وجوب الوفاء بالعهد، فصار تقيد الإنسان بكلمته متفقاً مع آداب الدين ثم انتقل ذلك من الدائرة الدينية الى الدائرة القانونية. وقد تم ما يعمل هذا في الشريعة الإسلامية، فإن مشروعية العقد تستند عادة الى القرآن والحديث⁽³⁾.

(1) نظرية العقد للدكتور السنهوري (ص 112)

(2) البدائع (136/5).

(3) نظرية العقد للدكتور السنهوري (ص 63).

في الفقه الإسلامي وإن لم يعد الفقهاء المسلمون السبب ضمن أركان العقد المشهور في مؤلفاتهم القديمة.

ويضاف الى الأركان السابقة في القانون الوضعي، ركن الشككية في العقود الشككية، و ركن التسليم في العقود العينية⁽¹⁾.

وهذان أيضاً لهما وجود في الفقه الإسلامي، وإن لم يعدهما الفقهاء ركنين في موضوع كلامهم على أركان العقد. وقد ورد الأمر بهما معاً للإرشاد أو الوجوب في القرآن الكريم في عقدي السلم والرهن فقال تعالى: «يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين الى أجل مسمى فاكتبوه...» وإن كنتم على سفر ولم تجدوا كاتباً فرهان مقبوضة»⁽²⁾، وللقاعدة الواردة في هذا المعنى: «لا يتم التبرع الا بقبض»⁽³⁾ بالنسبة للعقد العينية.

وقد أخذ قانون الالتزامات والعقود المغربي بوجوب إثبات دين السلم كتابة عن الفقه الإسلامي، فجاء في الفقرة الأخيرة من الفصل 613 قوله: ولا يجوز إثبات بيع السلم الا بالكتابة».

المطلب الأول: التراضي (أو الصيغة) بين الفقهاء

التراضي: هو توافق ارادتي المتعاقدين على إحداث الآ. المقصود من العقد. والعقد الرضائي هو ما يكفي في انعقاده اقتران القبول بالإيجاب فرفض المتعاقدين وحده هو الذي يكون العقد وأغلب العقود في القانون الحديث رضائية، كالبيع والإيجان والشركة، وغيرها من العقد المعنية وغير المعنية وحت...، أصبحت العقود الرضائية هي القاعدة وغيرها استثناء.

(1) مصادر الحق (1/484، نظرية العقد للدكتور السدة (8-90)

(2) سورة البقر: (281-282).

(3) المادة: 37 من المجلة.

2 - التعبير الضمني:

ويكون التعبير ضمنيا إذا كان المظهر الذي اتخذته ليس في ذاته موضوعا للكشف عن الإرادة ولكنه مع ذلك لا يمكن تفسيره دون أن يفترض وجود هذه الإرادة، مثل ذلك أن يتصرف شخص في شيء ليس له ولكن عرض عليه أن يشتريه، فذلك دليل على أنه قبل الشراء إذا تصرف تصرف المالك، وكذلك ينسب الدين للمدين فهذا دليل على أنه أراد انقضاء الدين...⁽¹⁾

3- السكوت :

وقد يكون السكوت تعبيرا عن الرضي في بعض الأحيان، فيخرج بذلك عن القاعدة العامة وعن أن السكوت في ذاته، مجردا عن أي ظرف ملابس له، لا يكون تعبيرا عن الرضا. لأن الرضا عمل إيجابي، والسكوت شيء سلبي، ويقول فقهاء المسلمين : «لا ينسب لساكث قول لكن السكوت في معرض الحاجة بيان» (م 67 من المجلة) ويقول الفرنسيون : من لم يقل شيئا فقد رضي، إذ يتفق في بعض الأحيان أن يعرض التعاقد على شخص فيلزم الصمت، فيكون سكوته هنا في بعض الظروف دليلا على الرضا.

ولكن علي كل حال، يبقى السكوت عادة - دليلا على الرضا، سواء في الفقه الإسلامي أو في الفقه الغربي - إلا لظروف استثنائية تجعله تعبيرا عن الرضا، كسكوت البكر عند استئنائها في الزواج في الفقه الإسلامي -⁽²⁾ ولا أصبحت الروابط القانونية عرضة للتقلل والاضطراب.

ومن الظروف التي تجعل من السكوت قبولا، ما نص عليه الفصل 25

قال تعالى : «يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود» (المائدة : 1)، «وأوفوا

بالعهد إن العهد كان مسؤولا» (الاسراء : 34)، «وأوفوا بعهد الله إذا عاهدتم، ولا تنقضوا الإيمان بعد توكيدهما وقد جعلتم الله عليكم كفيلا» (النحل : 91).

وقال عليه الصلاة والسلام : «لا إيمان لمن لا أمانة له، ولا دين لمن لا

عهد له»⁽¹⁾

والتعبير عن الإرادة معناه الاعلان عن ارادة تتجه الى احداث أثر

قانوني سواء كان اعلانا عن ايجاب أو قبول، أو إرادة مفردة، أو غير ذلك⁽²⁾

والتعبير عن الإرادة، يكون صراحة أو دلالة، بل قد يكون السكوت في

بعض الأحيان طريقا للتعبير.

1- التعبير الصريح:

-التعبير الصريح : قد يكون بالكلام وذلك بإيراد الالفاظ الدالة على المعنى الذي تطوي عليه الإرادة مباشرة بين المتعاقدين الحاضرين في مجلس واحد ، أو بواسطة المخاطبة الهاتفية، أو تسجيل الالفاظ في آلة ميكانيكية، أو يبعث بها عن الطريق رسول ليست له صفة النباية. وكما يكون التعبير الصريح بالكلام يكون بالكتابة أيضا في أي شكل من أشكالها : عرقية أو رسمية.. ويكون التعبير الصريح بالإشارة كذلك، سواء من الآخرس أو غيره إذا تواضع الناس على أن لها معنى خاصا :

كهز الرأس عموديا (دليل القبول) وهزه أفقيا أو هز الكتف (دليل الرفض).

(1) نظرية العقد السنهوري (ص 150 وما بعدها).

(2) نظرية العقد السنهوري (ص 157).

(1) التفسير بشرح الجامع الصغير، للمناوي (488/2).

(2) نظرية العقد المذكور، الصمة (ص 91-93).

للتراضي في القانون الغربي ووسائل التعبير التي تؤدي بها الصيغة هي نفسها التي يقع بها التراضي، فكل منهما يعتد بالتعبير اللفظي في الدرجة الأولى، ثم بالوسائل الأخرى : كالرسالة والكتابة، والإشارة، والتعاطي، وأي مظهر آخر يدل على الرضا، حتى السكوت الذي هو مظهر سلبي محض، إذا رافقته الملامسات تجعله دالا على القبول.

وقد عني الفقه الإسلامي بصيغة العقد اللفظية عناية كبيرة، فهو يضع في المقام الأول لانعقاد العقد صيغة الماضي، لأنها تتمحض للحال، فتعتبر بذلك عن الإرادة تعبيراً قاطعاً، كان يقول الياثع : بعت. فيقول المشتري اشتريت، أما صيغتا المضارع والامر فتحتملان الحال والاستقبال، ولذلك يجب الرجوع فيهما إلى الظروف والملازمات لتبين ما إذا كانت النية قد اتجهت إلى أن تجعل الصيغة للحال، فإذا اتضح أن الصيغة قد أريد بها الحال انعقد العقد، كأن يقول البائع أبيع وينيوي الإيجاب، فيقول المشتري اشتري وينيوي القبول، أو يقول البائع للمشتري اشتري هذا الشيء فيقول المشتري اشتريت.

وملخص الفقه الإسلامي في مسألة انعقاد العقد بالصيغة القولية، وعدم انعقاده بالنظر إلى فقه المذاهب الأربعة يتضح كالآتي :

- صيغة الماضي ينقد بها العقد لدى جميع المذاهب بلا خلاف.
- صيغة الامر يتعقد بها العقد عهد الأئمة الثلاثة، عدا أبي حنيفة.
- صيغة المضارع يجب اقترانها بالنية لانعقاد العقد.
- لا ينقد العقد بصيغتي الاستفهام والاستقبال⁽¹¹⁾.

⁽¹¹⁾ مصادر الحق (1/99).

من قانون الالتزامات والعقود المغربي، في فقرته الثانية : « ويكون السكوت عن الرد بمثابة القبول، إذا تعلق الإيجاب بمعاملات سابقة بدأت فعلاً بين الطرفين. وما نصت عليه المادة 608 من القانون المغربي، التي تقرر بصدد بيع الخيار أنه (إذا ترك التعاقد الذي لحقظ لنفسه بحق الخيار الأجل يقتضي من غير أن يعلم الآخر بقراره افتراض بقوة القانون أنه قد قبل»⁽¹¹⁾، ومن الملامسات الاستثنائية التي تجعل السكوت دليلاً على الرضا، ما عدده التقنين المدني العراقي الذي يوفق بين الفقه الإسلامي والفقه الغربي وردها إلى ثلاثة أشياء :

أولاً : إذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين، واتصل الإيجاب بهذا التعامل. ويدخل في ذلك سكوت المالك عند قبض الموهوب له أو المتصدق عليه..

ثانياً : إذا تمخض الإيجاب لمنفعة من وجه إليه، ويدخل في ذلك سكوت المتصدق عليه، وسكوت الغرض، وسكوت الموقوف عليه.

ثالثاً : سكوت المشتري بعد أن تسلم البضائع التي اشتراها، يعتبر قبولاً ما ورد في قائمة الثمن من شروط... ، ويدخل في ذلك سكوت البكر عند الزواج فهي تتخرج من إظهار الرضا، لا من التصريح بالرفض، بخلاف الشيب فهي لا تتخرج من الحالتين⁽²⁾.

صيغة العقد في الفقه الإسلامي:

صيغة العقد في الفقه الإسلامي، أو الإيجاب والقبول، هي المقابل

⁽¹¹⁾ نظرية الالتزام للدكتور البرقي ص 56.

⁽²⁾ مصادر الحق (1/129-...)

2- ويكون الايجاب والقبول بصيغة الماضي، كما يكونان بصيغة

المضارع أو بصيغة الامر إذا أريد بهما الحال .

ولكن القانون المدني العراقي - تمشياً مع الفقه الغربي - خالف الفقه الاسلامي، فاعتبر الوعد عقداً، فنص في المادة 78، على أن : " صيغة الاستقبال التي هي بمعنى الوعد المجرى يتعقد بها العقد وعدا ملزماً اذا انصرف الى ذلك قصد المتعاقدين " (1).

وملخص القول في الارادة لدى علماء الفقه الاسلامي والقانون الوضعي، أن التعبير اذا صدر مطابقاً للأرادة فلا صعوبة في الامر، لأن الارادة الحقيقية الباطنية والتعبير عنها وهو الارادة الظاهرة قد توافقتا.

أما إذا اختلف التعبير عن الارادة، فهنا يتباين الاجتهاد...، فيكون لعلماء الفقه الاسلامي اتجاهان :

أولاً : اتجاه يميل إلى تغليب العمل بالأرادة الظاهرة، وهو ما عليه المذهبان الحنفي والشافعي.

ثانياً : اتجاه يميل إلى تغليب العمل بالأرادة الباطنة، وهي القصد والنية، وهو ما عليه المذهبان المالكي، والحنبلي.

ونفس المسلك، التجأ إليه علماء القانون الوضعي، فكانت لهم في الارادة اذا لم يوافقها التعبير نظريتان :

الأولى : نظرية الارادة الباطنة، وتميل الى الأخذ بها القوانين اللاتينية وعلى الأخص القانون الفرنسي ومن إخذ عنه.

الثانية : نظرية الارادة الظاهرة، وتميل الى الأخذ بها القوانين الجرمانية وعلى الأخص القانون اللاتيني.

الإرادة الظاهرة والباطنة :

ومما سبق يتضح أن الفقه الاسلامي يأخذ بالأرادة الظاهرة اذا تخضعت الصيغة للحال، بأن كانت صيغة الماضي فيتعقد العقد، ويأخذ بالأرادة الظاهرة كذلك اذا تخضعت الصيغة للاستقبال، بأن كانت صيغة الاستقبال أو الاستفهام، فلا يتعقد العقد، ففي هاتين الحالتين تكون الصيغة واضحة فلا يجوز العدول عنها.

وأما اذا كانت الصيغة تحتمل الحال والاستقبال، بأن كانت صيغة المضارع أو الامر، فإنه يأخذ بالأرادة الباطنة، لأن الصيغة حينئذ تكون غير واضحة فيتعين الأخذ بالنية (1).

وفي الفقه الحديث، يبدو ان المشرع المغربي، يميل الى الأخذ بالأرادة الظاهرة، حيث جاء في المادة 461 من قانون الالتزامات والعقود المغربي أنه: " اذا كانت الفاظ العقد صريحة امتنع البحث عن قصد صاحبها " وتأكيداً لنفس الحكم، تقرر المادة 21 منه أن " التحفظات والقيود التي لم تنه الى علم الطرف الآخر لا تنقص ولا تقيد آثار التعبير عن الارادة المستفادة من ظاهر اللفظ " .

وقد أخذ التقنين المدني العراقي بما يقول به الفقه الاسلامي في الصيغة التي هي التعبير عن التراضي، حيث نصت المادة 77 منه على ما يأتي :

" 1- الايجاب والقبول كل لفظين مستعملين عرفاً لإنشاء العقد، وأي لفظ صدر أو لا فهو ايجاب والثاني قبول .

(1) نظرية العقد، د. الصدة (ص 118-119).

(1) شرح الحطاب (4/232، 230-229)، مصادر الحق (1/مضمّن من 90-99)، نظرية العقد، د. الصدة (ص 116-118) المراء : (68-70) من المجلة.

من صور عدم الانعقاد، إذا كان الإيجاب والقبول غير متوافقين، فقالت : «إذا اقترن القبول بما يزيد في الإيجاب أو يقيد منه أو يعدل فيه، اعتبر رفضاً يتضمن إيجاباً جديداً»⁽¹¹⁾.

ونصت المادة 85 من القانون المدني العراقي على أنه : «إذا أوجب أحد العاقدين يلزم لانعقاد العقد قبول العاقد الآخر على الوجه المطابق للإيجاب»⁽¹²⁾.

ورغم هذا التوافق الظاهر في اشتراط التطابق بين الفقه الإسلامي والقانون الحديث الذي تستمد منه القوانين العربية...، قد عزى الدكتور السنهوري قصوراً إلى التشريعين : الفرنسي والمصري في بيان هذا التطابق بين ارادتي العاقدين فقال :

«يجب حتى يتم العقد أن تتوافق ارادتان، بأن يصدر إيجاب يقترن به قبول مطابق له...» ونلاحظ أن القانونين الفرنسي والمصري لم يتعرضا بنص لهذا الموضوع، الذي يعد من أدق موضوعات العقد، بل تركا الأمر للفقه والقضاء.

وذلك بخلاف التشريعات الحديثة، كالقانون الألماني، وقانون الالتزامات السويسري، والمشروع الفرنسي الإيطالي، فقد ورد فيها نصوص على جانب عظيم من الأهمية، تبين كيف يصار للإيجاب ومتى يكون ملزماً، وإلى أي وقت، وكيف يقترن به القبول، سواء كان المتعاقدان حاضرين مجلس العقد، أو كانا غير موجودين في مجلس واحد⁽¹³⁾.

ورغم اشتراط التطابق كذلك بين ارادتي المتعاقدين في الإيجاب

(11) مصادر الحق (2/48).

(12) نظرية العقد للدكتور الصدة (ص 130).

(13) نظرية العقد للدكتور السنهوري (ص 237).

ومن الأمثلة التي يتحقق فيها هذا الاختلاف... أن يعرض تاجر بضاعة ويكتب عليها خطأ ثمناً أقل من الذي يريده. أو أن يوقع شخص على عقد مطبوع لم يقطن فيه إلى شروط لا يقبلها⁽¹⁴⁾.

فإصحاب الإرادة الظاهرة لا يعنون التعاقد الواقع في خطأ مثل هذين العقدين، ويصححون عليه العقد. بينما يعزوه أصحاب الإرادة الباطنة ويعتبرون ارادته ناقصة ومعيبة.

- تطابق الإيجاب والقبول :

تطابق ارادتي العاقدين وتوافقهما، في الإيجاب والقبول، شرط لتمام العقد. لا بد منه في الفقه الإسلامي وفي القانون الوضعي على السواء، فلكي ينقذ العقد ويرتب آثاره، يجب أن يكون القبول مطابقاً للإيجاب مطابقة تامة أي يتفق القبول مع الإيجاب في جميع المسائل التي تتناولها، سواء كانت جوهرية كالمحل والشروط أم ثانوية كالأوصاف الأساسية.. جاء في بدائع الكاساني :

«وأما الذي يرجع إلى نفس العقد، فهو أن يكون القبول موافقاً للإيجاب بأن يقبل المشتري ما أوجبه البائع وبما أوجبه فإن خالفه بأن قبل غير ما أوجبه، أو بعض ما أوجبه، لن ينعقد من غير إيجاب مبتدأ موافق»⁽¹⁵⁾.

ونص الفصل 19 من قانون الالتزامات والعقود المغربي على أنه : لا يتم الاتفاق إلا بتراض الطرفين على العناصر الأساسية للاتزام» وعلى باقي الشروط الأخرى المشروعة التي يعتبرها الطرفان أساسية».

وقد لخصت المادة 96 من القانون المدني المصري، ما ورد في البدائع

(14) نظرية العقد للدكتور الصدة (ص 100)، الملكية و نظرية العقد للدكتور أحمد فراج حسين

(ص 191-192).

(15) البدائع (5/136).

وقت يكون فيه الإيجاب قائماً، حتى تقترن الراءتان إحداهما بالأخرى. وقد يصدر الإيجاب والقبول في وقت واحد، وتتوافق الراءتان فيتم العقد، كما إذا تقاض شخصان في عقد ولم يتفقا، فتدخل شخص ثالث وعرض عليهما اتفاقاً قبلاًه مما في وقت واحد....

على أنه من المبالغة القول بوجود اقتران الراءتين حقيقة، فقد لا تقتزمان في الواقع ومع ذلك يتم العقد، ويكون الاقتران في هذه الحالة حكماً لا حقيقة⁽¹⁾.

جاء في الفصل 23 من قانون الالتزامات والعقود المغربي: «الإيجاب الموجه لشخص حاضر من غير تحديد ميعاد يعتبر كأن لم يكن إذا لم يقبل على الفور من طرف الآخر، ويسري هذا الحكم على الإيجاب المقدم من شخص إلى آخر بطريق التليفون».

ويتضح من نص هذه المادة أن المشرع المغربي ساوى في الحكم بين المتعاقدين الحاضرين والمتعاقدين بالهاتف، وهو حكم منطقي، لأن المتعاقدين بالهاتف وإن كان يفصل بينهما فاصل مكاني، إلا أن الحوار المتبادل بينهما يتم بحيث لا يفصل بين صدور الإيجاب والقبول وعلم الموجب بالقبول أي فاصل زمني، لذلك يعتبر العقد قد تم في الوقت الذي حصل فيه الكلام هاتفياً.

أما فيما يتعلق بمكان انعقاد العقد، فإن التعاقد بالهاتف يعتبر تعاقداً بين غائبين، ولذلك فهو يعتبر في مكان وجود القابل، حيث أن ق. ل.ع. م قد أخذ

(1) نظرية العقد للذكور المشهورين (ص 272-273).

يتوقف وهذا عندنا، وعند الشافعي رحمه الله الفور مع ذلك شرط لا ينعقد الركن بدونه، وجه قوله ما ذكرنا أن القياس أن لا يتأخر أحد الشطرين عن الآخر، والتأخر لكان الضرورة وإنما تندفع بالفور ولنا أن في ترك اعتبار الفور ضرورة، لأن القابل يحتاج إلى التأمل، ولو اقتصر على الفور لا يمكنه التأمل⁽¹⁾.

وجاء في شرح الحطاب من مذنب مالك نص لعله أوسط وأنسب وأشمل في موضوع مجلس العقد يقول: «والذي تحصل عندي من كلام أهل المذهب أنه إذا أجابه 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 كانا فيه حتى لا يكون جوابه جواباً للكلام السابق في العرف لم ينعقد البيع... ولا يشترط ألا يحصل بين الإيجاب والقبول فصل بكلام أجنبي عن العقد ولو كان يسيراً كما يقول الشافعية⁽²⁾».

وورد بالشرح الكبير بهامش المغني: «وإن تراخي القبول عن الإيجاب صح ما دام في المجلس ولم يتشغلاً بما يقطعه وإلا فلا، لأن حالة المجلس كحالة العقد بدليل أنه يكفي بالقبض فيه لا يشترط قبضه، فإن تفرقا عن المجلس أو تشغلاً بما يقطعه لم يصح، لأن العقد إنما يتم بالقبول، فلم يتم مع تباعده عنه، كالاستثناء وخبر المبتدأ الذي لا يتم الكلام إلا به⁽³⁾».

- **صدور القبول وقت قيام الإيجاب في القانون الحديث:**

يصدر القبول عادة بعد الإيجاب فيقترن به... ويجب أن يصدر في

(1) البديع (5/137).

(2) مواهب الجليل (4/240-241).

(3) الشرح الكبير على المفتح (4/4).

متى يتم التعاقد بين الغائبين في الفقه والقانون ؟

التعاقد بين الغائبين، كالتعاقد بين الحاضرين، يجب أن يتم في مجلس العقد وللموجب فيه خيار الرجوع في إيجابه إذا لم يحدد له أجلاً، وللمتعاقد الآخر خيار القبول، ويجب فيه مطابقة القبول للإيجاب علي النحو الذي ورد في التعاقد بين الحاضرين.

إلا أن التعاقد بين الغائبين له خصائص يميز بها عن التعاقد بين الحاضرين منها : ما يتعلق بمجلس العقد، وبوقت تمامه.

مجلس التعاقد بين الغائبين :

مجلس التعاقد بين الغائبين غير مجلسه في التعاقد بين الحاضرين، لأن مجلس التعاقد بين الحاضرين هو محل صدور الإيجاب. أما مجلس التعاقد بين الغائبين، فهو محل أداء الرسالة أو بلوغ الكتاب⁽¹⁾ ، وفي هذا المعنى قال صاحب البدائع :

«أما الرسالة فهي أن يرسل رسولاً إلى رجل، ويقول للرسول إني بعث عبيدي بكذا، فذهب الرسول وبلغ الرسالة، وقال المشتري في مجلسه ذلك قبلت، انعقد البيع، لأن الرسول سفير ومعبّر عن كلام المرسل ناقل كلامه إلى المرسل إليه، فكأنه حضر بنفسه فأوجب البيع وقبل الآخر في المجلس أما الكتابة فهي أن يكتب الرجل إلى رجل : أما بعد فقد بعث عبيدي فلاناً منك بكذا، فبلغه الكتاب فقال في مجلسه لشتريت، لأن خطاب الغائب كتابه، فكأنه حضر بنفسه وخاطب بالإيجاب وقبل الآخر في المجلس»⁽²⁾.

يتضح من نص صاحب البدائع أن التعاقد بين الغائبين بواسطة الرسول

بنظرية إعلان القبول في تحديد مكان العقد، في حالة التعاقد بين الغائبين

(1) (24م)

وكما هو واضح، فقد استمدت التقنيات التعريفية، ومن بينها قانون الالتزامات والعقود المغربي... من قواعد الفقه الإسلامي، فنصت المادة : 94 من القانون المدني : مصري وليبي، والمادة 95 مدني سوري، والمادة 78 مدني سوداني علي ما يأتي :

«1- إذا صدر الإيجاب في مجلس العقد، دون أن يعين ميعاد للقبول، فإن الموجب يتحمل من إيجابه إذا لم يصدر القبول فوراً. وكذلك الحال إذا صدر الإيجاب من شخص إلى آخر بطريق التليفون أو بأي طريق مماثل.

2- ومع ذلك يتم العقد ولو لم يصدر القبول فوراً، إذا لم يوجد ما يدل على أن الموجب قد عدل عن إيجابه في الفترة ما بين الإيجاب والقبول، وكان القبول قد صدر قبل أن ينقض مجلس العقد».

كما نصت المادة 82 مدني عراقي في هذا المعنى علي ما يأتي :

«التعاقدان بالخيار بعد الإيجاب إلي آخر المجلس، فلو رجع الموجب بعد الإيجاب وقبل القبول أو صدر من أحد المتعاقدين قول أو فعل يدل علي الاعراض، يبطل الإيجاب، ولا عبوة بالقبول الواقع بعد ذلك».

وجاء في المادة 88 منه أنه : «يعتبر التعاقد بالتليفون أو بآية طريقة مماثلة كأنه تم بين حاضرين فيما يتعلق بالزمان، وبين غائبين فيما يتعلق بالمكان»⁽²⁾.

(1) مصادر الحق (2/49).

(2) البدائع (5/138).

(1) نظرية الالتزام د. البرعي (ص 80).

(2) نظرية العقد د. الصدة (ص 151-153)، مصادر الحق (2/92).

واحد، فاتحاد المجلس شرط في الانعقاد... وهذه المسألة لم تعالج علاجاً خاصاً في الفقه الفرنسي.

وأما الفقه الإسلامي، فقد صاغ نظرية مجلس العقد، وهي نظرية بلغت من الاتقان مدي كبيراً... فلا يطلب من المتعاقدين الآخر القبول فوراً في غير مذهب الشافعي، بل له أن يتخير بعض الوقت، ولكن من جهة أخرى لا يسمح له أن يمتنع في تراخيه إلى الحد الإضرار بالموجب بابقائه معللاً مدة طويلة دون الرد على إيجابه.

وتعريف مجلس العقد : أنه المكان والزمان اللذان يوجد فيهما المتعاقدان منصرفين إلى التعاقد، ويبدأ من وقت صدور الإيجاب إلى الوفاق بالقبول أو التفريق أو إبداء الاعتراض عن العقد⁽¹⁾.

وهذا نص وارد في البدايات، نتبين من خلاله المذهبين : الحنفي والشافعي في شرط مجلس العقد : «وأما الذي يرجع إلى مكان العقد فواحد وهو اتحاد المجلس، بأن كان الإيجاب والقبول في مجلس واحد، فإن اختلف المجلس لا ينعقد، حتى لو أوجب أحدهما البيع، فقام الآخر عن المجلس قبل القبول، أو اشتغل بعمل آخر يوجب اختلاف المجلس، ثم قبل، لا ينعقد، لأن القياس أن لا يتأخر أحد الشطرين عن الآخر في المجلس، لأنه كما وجد أحدهما انعدم في الثاني من زمان وجوده. فوجد الثاني والأول منعقد، فلا ينتظم الركن، إلا أن اعتبار ذلك يؤدي إلى انسداد باب البيع، فتوقف أحد الشطرين على الآخر حكماً، وجعل المجلس جامعاً للشطرين مع تفرقهما للضرورة، وحق الضرورة يصير مقضياً عند اتحاد المجلس، فإذا اختلف لا

والقبول لينعقد العقد صحيحاً، من جانب الفقه الإسلامي والقانون الحديث، فإن هناك حالة استثنائية في القانون يكفي فيها لقيام العقد الاتفاق على المسائل الجوهرية، وهي تطوي على حكم مستحدث نصت عليه المادة 95 من القانون المدني المصري، وغيرها من مواد القوانين المدنية العربية، فقالت : «إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها، فيما بعد ولم يشترطاً أن العقد لا يتم عند عدم الاتفاق عليها فإن المحكمة تقضي فيها طبقاً لطبيعة المعاملة ولاحكام القانون والعرف والعدالة».

وذلك كأن يتفقا في عقد البيع على المبيع والتمن ويرجئاً الكلام على مكان التسليم وميعاده ونفقاته. أو يتفقا في عقد الإيجار على الشيء المجر والأجرة والمدة، ويرجئاً الاتفاق على بعض الإصلاحات وضمن الماء والكهرباء إذا كان المجر داراً - مثلاً -

ومقتضى النص أنه إذا لم يشترط المتعاقدان أن العقد لا يقوم بينهما عند عدم الاتفاق على هذه المسائل المرجئة، فإن العقد يتم حتى لو اختلفا فيها بعد ذلك. ويتولى القاضي أمر البت فيها طبقاً لطبيعة المعاملة وأحكام القانون والعرف والعدالة.

ويبرر هذا - الافتراض - أن المسائل المؤجلة في الاتفاق ليست جوهرية في العقد، وأن القاضي اعتمد في حكمه على تفسير إرادة المتعاقدين التي انصرفت إلى إتمام العقد رغم الاختلاف فيما بقي من تفاصيله⁽¹⁾.

- نظرية مجلس العقد في الفقه الإسلامي وفي القانون الوضعي :

الغرض من نظرية مجلس العقد، أن يكون الإيجاب والقبول في مجلس

(1) مصادر الحق (7-6-7) نظرية العقد. د. الصدة (ص 151). الملكية ونظرية العقد. د. أحمد فراج حسين (ص 165-167).

(1) نظرية العقد. د. الصدة (ص 131-132).

ومثل القانون المغربي القانون المدني السوري، فقد اختار بدوره أن يتم التعاقد بين الغائبين في المكان والزمان اللذين أعلن فيهما القبول من التعاقد الآخر فنصت المادة 98 منه على أنه «يعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد تم في المكان وفي الزمان اللذين صدر فيهما القبول، ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك».

ولعل الراجع الذي تفرضه المصلحة وواقع التعامل والتعاقد بين الغائبين في العصر الحاضر، وتحقيقا لتنام التراضي أن لا يتم التعاقد إلا بعد علم الموجب الذي بعث بإجابه الي التعاقد الآخر ، بالقبول، ومحل وزمان هذا العلم يتم عندما يصله القبول وصولا واضحا، فيتسم العقد، وهذا ما أخذ به التقنين المدني المصري في مادته 97 فقال :

«1- يعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد تم في المكان وفي الزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول، ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك.

2- ويكون مفروضا أن الموجب قد علم بالقبول في المكان والزمان اللذين وصل اليه فيهما هذا القبول»⁽¹⁾.

المطلب الثاني: محل العقد بين الفقهاء:

يشترط في العقود عليه في الفقه الاسلامي وفي القانون الوضعي شروط عامة منها:

- 1- أن يكون موجودا...، أو ممكن الوجود.
- 2- أن يكون معينا أو قابلا للتعين.
- 3- أن يكون صالحا للتعامل فيه.

⁽¹⁾ مصادر الحق (2/53).

يكون مجلسه عند المرسل اليه، وفي هذا المجلس يتم العقد اذا رد المرسل اليه بالقبول علي ما اقترحه عليه المرسل الموجب، لأن الرسول يعتبر بمثابة المرسل في عرض اجابه. وكذلك يظهر من سياق النص أن حضور خطاب الموجب المرسل الي المرسل اليه يعتبر كحضوره بنفسه، فإذا قبل ما تضمنه انعقد العقد بينهما، حيث قال : «لأن خطاب الغائب كتابه، فكانه حضر بنفسه وخاطب بالايجاب وقبل الآخر في المجلس».

ولخص الكتور السنهوري آراء الفقه الغربي في بيان مكان وزمان مجلس انعقاد العقد بين الغائبين فقال : «انقسم الفقه الغربي في هذه المسألة كما هو معروف الي أربعة

آراء : رأي يقول باعلان القبول من التعاقد الآخر. وثان يقول بتصدير القبول الي الموجب...، وثالث يقول بوصول القبول الي الموجب، ورابع يقول بعلم الموجب بالقبول»⁽¹⁾.

وقد حدد المشرع المغربي موقفه من هذه الاجتهادات في شأن مكان وزمان انعقاد العقد بين الغائبين في المادة 24 من قانون الالتزامات والعقود فقال :

«يكون العقد الحاصل بالمرسلة تاما في الوقت والمكان اللذين يرد فيهما من تلقى الايجاب بالقبول، والعقد الحاصل بواسطة رسول أو وسيط يتم في الوقت والمكان اللذين يقع فيهما رد من تلقى الايجاب للوسيط بأنه يقبله». ومن هذا النص يتضح ان المشرع المغربي مال للاخذ بنظرية «اعلان القبول»⁽²⁾ ، وهو

في هذا يرافق ما جاء في الفقه الاسلامي ، حسب نص الكلاسيكي في البائع كما سبق

⁽¹⁾ مصادر الحق (2/53).

⁽²⁾ نظرية الالتزام ب. البرعي (ص 79).

التعامل في الشركة المستقلة :

ويستثنى القانون الوضعي من جواز التعامل في الشيء المستقل التعامل في الشركة قبل حلول أوانها يموت المورث، فإنه يقع باطلا، وكل ضرب من ضروب التعامل في الشركة المستقبلية محرم، لمصلحة المورث والوارث معا.. فلا يجوز للوارث أن يبيع ميراثه المستقل، أو يهبه أو يقسمه أو يقايض به أو يقدمه نصيبا في شركة أو يصالح عليه أو ينزل عليه أي نوع من أنواع التعامل، إلا ما أجازته القانون من الوصية بالنسبة للمورث⁽¹⁾.

وفي هذا الصدد، جاء في الفصل 61 من قانون الالتزامات والعقود المغربي أنه "يجوز أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا أو غير محقق فيما عدا الاستثناءات المقررة بمقتضى القانون ومع ذلك لا يجوز التنازل عن شركة إنسان علي قيد الحياة، ولا إجراء في تعامل فيها أو في شيء مما تشتمل عليه ولو حصل برضاه وكل تصرف مما سبق يقع باطلا بطلانا مطلقا.

ونصت المادة 191 موجبات وعقود لبناني علي أنه : «باطل كل عقد يوجب شيئا أو فعلا مستقبلا إذا كانت تلك الاستحالة مطلقة لا يمكن تدليها، أما الاستحالة التي لا تكون إلا من جهة المدين فلا تحول دون صحة العقد، والموجب الذي لم يتفقد يتحول حينئذ إلى بدل عطل وضرر».

ومن أمثلة المستحيل المطلق : كاحياء الميت، وقطع المحيط سباحة وتعهد محام برفع اشتئناف عن حكم قد انقضى أجل استئنافه... فإن العقد على مثل هذه الأشياء المستقبلية باطل.

وأما الاستحالة النسبية، وهي التي تقوم بالنسبة إلى المدين، فلا تمنع

نحاول أن نستعرض هذه الشروط الثلاثة، في القانون الوضعي، أولا، وفي الفقه الإسلامي ثانيا، لنرى مدى توافقهما واختلافهما فيها، فنقول وبالله التوفيق :

1- وجود المحل أو امكان وجوده :

أ) وجود المحل أو امكان وجوده في القانون الوضعي.

وجود المحل أو إمكان وجوده، شرط لصحة العقد، ويختلف التعبير عنه بالوجود تارة وبالإمكان أخرى، تبعاً لنوع المحل الذي يرد عليه الالتزام. ويجوز في القانون الوضعي التعاقد علي الشيء الموجود حالا، وعلي الشيء الذي سيرجد استقبالا بشرط الامكان كما في المثالين التاليين :

1- إذا باع شخص من آخر نتاج حيوان علي أنه موجود فعلا، فإن انتسخ وجوده في الحال، كان العقد صحيحا، وإن لم يتضح كان العقد باطلا.

2- إذا قصد التعاقدان التعامل في شيء وإن لم يكن موجودا حالا فهو ممكن الوجود في المستقبل، يتعقد العقد صحيحا عليه في القانون مثلا :

العقد علي نتاج الحيوان الذي سيولد مستقبلا، أو نتاج الحبوب والشمار وغل الخضر ومصنوعات المصانع ومؤلفات المؤلف قبل أن يتبها أو يبدأها.. فهذه كلها عقود واقعة علي شيء مستقبل وهي صحيحة..

بل قد يكون العقد واقعا علي شيء مستقبل محتمل الوجود، دون أن يكون معلقا علي شرط وجوده، فيكون العقد احتماليا، (أي عقد غرن) كما في بيع النتاج الذي لم يولد بيعا منفزا فيصبح البيع، ولد النتاج أو لم يولد. وكما في بيع صائد السمك لرمية الشبكة، فيصبح البيع أخرجت الشبكة سمكا⁽¹⁾ أو لم تخرج..

(1) نفس المرجع : (9-7-3)

(1) مصادر الحق (9-7-3).

واليقول ان تطيب للاكل، وفي الزرع ان يبس ويشتد، فانا بدا الصلاح في صنف من ذلك جاز بيع ما يحاوره من البساتين.... ولما يجوز بيع الثمار قبل ان يبس صلاحها على شرط القطع ان كانت مما ينتفع به كالقمح وغيره، فان شرط فيها التيقية لم يجز البيع، وان سكت عن التيقية والقطع فقولان : فان اشتراها قبل بدو الصلاح على شرط القطع ثم ابقاها، انفسخ البيع، وان اشترى الارض بعد ذلك جاز تيقية الزرع»⁽¹⁾ .
والذهبان الشافعي⁽²⁾ والحنبلي⁽³⁾ في شرط وجود المعقود عليه، وفي جواز بيع الثمار والزرع قبل بدو الصلاح مع شرط القطع، يتفقان مع المذهبين الحنفي والمالكي.

ويبدو ان الفقه الاسلامي يجعل بيع المدوم باطلا على هذا النحو البالغ من التشدد، إمعاناً في الخشية من الغرر وهناك أمور ثلاثة يعتبرها الفقه الاسلامي غير مشروعة، ويعمن في تجنبها، وهي : الغرر والربا وتعدد الصفقة في العقد الواحد⁽⁴⁾ ، وبعبارة ذلك العمل في القانون الوضعي كما سبق، فانه يصح بيع المدوم ولو اشتمل على الغرر⁽⁵⁾ .
جواز بيع المدوم استثناء للحاجة في الفقه الاسلامي :
حكم غير الوجود وقت العقد ولكنه محقق الوجود في المستقبل :
المبدأ العام في الفقه الاسلامي، ان العقد على المدوم يكون باطلا، لا

قيام الالتزام بالعقد، كما لو تعاقد انسان أن يقوم لأخر بعمل فني، فاصبح لا يحسنه، فانه بإمكان الدائن أن يرغب المدين أن يستأجر غيره على القيام به⁽¹⁾ .

(ب) شرط وجود المعقود عليه (المحل) في الفقه الاسلامي :

يشترط وجود المحل فعلا، وقت التعاقد في الفقه الاسلامي، فان لم يوجد فالعقد باطل، حتى لو كان المحل محتمل الوجود، بل حتى لو كان محقق الوجود في المستقبل.

جاء في البائع : «واما الذي يرجع الى المعقود عليه فانواع : منها ان يكون موجودا ، فلا ينعقد بيع المدوم وماله خطر العدم، كبيع نتاج التناج، بان قال بعت لك ولد هذه الناقة، وكذا بيع الحبل، لأنه ان باع ولد الولد فهو بيع المدوم، وان باع الحبل فله خطر المدوم، وكذا بيع اللبن في الضرع، لانه له خطر لاحتمال انتفاخ الضرع. وكذا بيع الثمر والزرع قبل ظهوره لانها معدومان ، وان كان بعد الطولع جاز وان كان قبل بدو صلاحهما اذا لم يشترط الترك...وما يوجد من الزرع بعضه بعد بعض كالبطيخ والبانجان فيجوز بيع ما ظهر منه ولا يجوز بيع ما لم يظهر... وقال مالك رحمه الله اذا ظهر فيه الخارج الاول يجوز بيعه...»⁽²⁾

وجاء في القوانين الفقهية لابن جزي : «ولا يجوز بيع الثمار حتى يبس صلاحها ويستوي في ذلك العنب والتمر وجميع الفواكه والمقاني والخضروات وجميع البقول والزرع. وبدو الصلاح مختلف، ففي التمر ان يحمر ويصفّر، وفي العنب ان يسود ويتبدد الحلاوة فيه، وفي سائر الفواكه

(1) القوانين الفقهية (ص 224-225).

(2) شرح المذهب - الناشر زكريا علي يوسف (9/280).

(3) المني (4/202).

(4) مصادر الحق (3/14).

(5) نفس المرجع (3/8).

(1) نظرية العقد، د. الصدة (ص 319- وما بعدها).

(2) البائع (5/138-139).

سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ولا في كلام أحد من الصحابة ان يبيع المردم لا يجوز، لا بلفظ عام ولا بمعنى عام، وانما في السنة النهي عن بعض الأشياء التي هي معدومة كما فيها النهي عن بعض الأشياء الموجودة، فليست العلة في المنع لا العدم ولا الرجوع، بل الذي وردت به السنة النهي عن بيع الغرر، وهو مالا يقدر على تسليمه، سواء كان موجودا أو معدوما، كبيع العبد الآبق والبعير الشاردين كان موجودا.

ان موجب البيع تسليم المبيع، فان كان البائع عاجزا عن تسليمه فهو غرر ومخاطرة وقمار، فانه لا يباع الا بوكس،⁽¹⁾ فان أمكن المشتري تسلمه كان قد قمر البائع، وان لم يمكنه ذلك قمره البائع، وهكذا المردم الذي هو غرر، نهى عنه للغرر لا للعدم، كما اذا باعه ما تحمل هذه الأمة أو هذه الشجرة، فالبيع لا يعرف وجوده ولا قدره ولا صفته، وهذا من اليسر الذي حرمة الله ورسوله، ونظير هذا في الاجارة ان يكره دابة لا يقدر على تسليمها سواء كانت موجودة أو معدومة. وكذلك في الكناح اذا زوجه أمة لا يملكها أو ابنة لم تولد له، وكذلك سائر عقود المعاوضات... وهذا كله منصوص أحمد⁽²⁾.

وحسب الاستثناء للمسلم والاستصناع من المبدأ العام في الفقه الاسلامي الذي يبطل بيع المردم، ومحاولة ابن القيم في الطة عن عدم المقود عليه ان يكون سببا للبطلان، بل السبب هو وجود الغرر الكثير سواء في المردم والوجود، يكون اصل الاتفاق قد حصل بين الفقه الاسلامي والقانون الوضعي - جزئيا - علي جواز التعامل في المحل المردم المحقق الوجود مستقبلا : كمصنوعات الصانع، ومنازل ستنبي..

(1) اي نقص، من وكس الشيء وكسا : نقص، لا وكس ولا شطط : اي لا نقصان ولا زيادة (المباح).

(2) اعلام الموقعين (2/27-29).

يشتمل عليه من الغرر المنهي عنه، بل انعدام المحل نفسه أثناء التعاقد يعتبر غررا، حسبما أجمعت عليه المذاهب⁽¹⁾.

جاء في البدائع : «واما الذي يرجع الي المقود عليه فانواع : منها ان يكون موجودا، فلا ينعقد بيع المردم، وكذا بيع الثمر والزرع قبل ظهوره⁽²⁾ لانها معدوم...»⁽³⁾.

وجاء في بداية المجتهد : «اما القسم الاول وهو بيع الثمار قبل ان تخلق فجميع العلماء مطبقون على منع ذلك، لانه من باب النهي عن بيع مالم يخلق...»⁽³⁾.

على ان تعامل الناس والحاجة اوجبا ثغرتين استثناء في هذا المبدأ، فالجاز الفقه الاسلامي بيع المردم في السلم والاستصناع.

ولعل النهي عن بيع المردم الذي كانت مذاهب الفقه الاسلامي تتفق عليه، باستثناء السلم والاستصناع، انما كان نتيجة للغرر لا للعدم، فمتى وجد غرر فالحش في المقود عليه سواء أكان موجودا أو معدوما الا وكان العقد باطلا، ومتى انتفى الغرر أو كان يسيرا سواء أكان المقود عليه موجود أو معدوما ولكن محقق الوجود مستقبلا الا وكان العقد صحيحا، فيبيع المقود انن باطل للغرر لا للعدم⁽⁴⁾.

وفي هذا الاتجاه ذهب ابن القيم في اعلام الموقعين تبعا لشيخه ابن تيمية فقال : «واما المقدمة الثانية، وهي ان بيع المردم لا يجوز فالكلام عليها من وجهين : احدهما : منع صحة هذه المقدمة، ان ليس في كتاب الله ولا في

(1) مصادر الحق (3/31).

(2) البدائع (5/138).

(3) بداية المجتهد (2/112).

(4) مستخلص من مصادر الحق (3/31-41).

والشيء المعين بالذرع، فإذا وقع العقد على شيء معين بالذات، وجب أن تكون ذاتية الشيء معروفة للمتعاقدين، إما عن طريق معرفة سابقة، وإما عن طريق الرصف.. وإذا وقع العقد على شيء غير معين بالذات، وجب أن يعين بنفسه ونوعه ومقداره..

وقد يترك تعيين المحل للمألوف أو للعرف، فيقوم متجر بتوريد سلعة دون أن يبين الثمن، أو يقوم صانع بعمل دون أن يعين الأجر. كذلك قد يترك تعيين المحل فيبيع شخص من آخر داراً بثمن يترك تقديره لحكم، فيكون تقدير الحكم ملزماً لكل من المتعاقدين.

وإذا وقع العقد على نقود، وجب أن تكون هي أيضاً معينة بنوعها ومقدارها فيلتزم المدين أن يؤدي للدائن كذا رهماً مغريباً، أو كذا جنياً مغريباً، أو كذا ريالاً سعودياً، ويلتزم المدين بأداء هذا المقدار سواء ارتفعت قيمة النقود أو انخفضت، فإذا ارتفعت كان ارتفاعها لصلحة الدائن، وإذا انخفضت كان انخفاضها لصلحة الدين⁽¹⁾.

ورد في المادة : 123 من التقنين المدني المصري ما نصه :

1- "إذا لم يكن محل الالتزام معيناً بذاته، وجب أن يكون معيناً بنوعه ومقداره، ولا كان العقد باطلاً.

2- ويكفي أن يكون المحل معيناً بنوعه فقط إذا تضمن العقد ما يستطاع به تعيين مقداره. وإذا لم يتحقق المتعاقدان على درجة الشيء من حيث جودته، ولم يمكن استخلاص ذلك من العرف أو من أي طرف آخر، التزم المدين بأن يسلم شيئاً من صنف متوسط."

وكذلك إذا وقع العقد على عمل أو على امتناع عن عمل، وجب أن يكون

2- المحل معين أو قابل للتعيين :

(أ) في القانون الوضعي :

يبدو من النظر في القانون الوضعي، أنه يجب لصحة العقد أن يكون المحل معيناً أو قابلاً للتعيين، حتى لا يحصل الضرر لأحد المتعاقدين، ولا كان العقد باطلاً.

جاء في الفصل 58 من قانون الالتزامات والعقود المغربي أن «الشيء الذي هو محل الالتزام يجب أن يكون معيناً على الأقل بالنسبة إلى نوعه، ويسوغ أن يكون مقداره للشيء غير محدد إذا كان قابلاً للتحديد فيما بعد».

ونصت المادة 57 منه على أن : "الأشياء والأفعال والحقوق المعنوية الداخلة في دائرة التعامل تصلح وحدها لأن تكون محلاً للالتزام، ويدخل في دائرة التعامل جميع الأشياء التي لا يحرم القانون صراحة التعامل بشئها".

فمثلاً إذا كان محل الالتزام عملاً أو امتناعاً عن عمل، وجب أن يكون العمل الواجب القيام به أو الامتناع عنه، معيناً أو قابلاً للتعيين، فإذا التزم مقاول بإقامة بناء، فيجب أن يتحدد البناء بتحديد طوابقه وعدد حجراته وغير ذلك من البيانات التي تعينه تعييناً كافياً، ومع ذلك قد يتوافر هذا الشرط إذا لم يعين البناء على هذا النحو بأن كان قابلاً للتعيين، كما إذا التزم مقاول ببناء مدرسة ابتدائية في قرية، إذ يمكن من ظروف التعاقد تعيين المبنى المراد إقامته⁽¹⁾.

وبميز الفقه المغربي بين ما إذا كان المحل شيئاً أو نقوداً أو عملاً أو امتناعاً عن عمل..

إذا كان محل الالتزام شيئاً، وجب التمييز بين الشيء المعين بالذات،

(1) مصادر الحق (58/3)، الفصل : 487 من قانون الالتزامات والعقود المغربي.

(1) نظرية الالتزام د. البريجي (ص 141).

والصفة لا يباع عليها الشيء الحاضر على الأشهر، إلا إذا كان في رؤيته مشقة فيباع على الصفة⁽¹⁾...

وعند الشافعي في قوله الجديد لا يحصل العلم بالشيء إلا برؤيته، وذلك في جميع الأحوال سواء كان الشيء حاضرا في المجلس أو غائبا عنه. وعند الحنابلة، يتعين الشيء بالوصف الكاشف، وبالرؤية السابقة فيما لم يطرأ عليه تغيير.

ويستخلص من أقوال أغلب المذاهب على الوجه السابق أن الأئمة - فيما عدا الشافعي في قوله الجديد - يكتفون في تعيين المحل بالوصف المانع للجهالة الفاحشة، كما هو الأمر في الفقه الغربي⁽²⁾ :
الاكتفاء بقابلية المحل للتعيين :

ويبدو من بعض النصوص أنه لا يشترط أن يكون المحل معينا فعلا، بل يكفي أن يكون قابلا للتعيين. جاء في فتح القدير : (ج 5 ص 86 - 87) :
" ويجوز بياناً بعينه لا يعرف مقداره، وبوزن حجر بعينه لا يعرف مقداره، قد قيد الأبناء بكونه مما لا يحتمل الزيادة والنقصان، كان يكون من خشب أو حديد..."

والفقه الإسلامي كالفقه الغربي، لا يميز ترك تعيين الثمن لمحض إرادة المشتري ولا بيع الشيء بقيمته، دون تحديد ثمن يكون معينا أو قابلا للتعيين، ويذهب الفقه الإسلامي في وجوب تعيين المحل، إلى مدى أبعد من الفقه الغربي، فلا يجيز... أن يترك تقدير الثمن إلى حكم أجنبي ولا يعتبر الثمن في هذه الحالة قابلا للتعيين بتقدير الحكم، بل يعتبره مجهولا جهالة

⁽¹⁾ مواهب الجليل (285/4 - 286).

⁽²⁾ مصادر الحق (63/3 - 64).

محل الالتزام معينا أو قابلا للتعيين. فإذا تعهد مقاول بإقامة بناء، وجب أن يكون هذا البناء معينا، وفقا لتصميم يضعه مهندس معماري، يبين فيه شكل البناء ومساحته وارتفاعه وعدد طوابقه الخ... كذلك إذا تعهد شخص بالامتناع عن منافسة شخص آخر، وجب تعيين العمل الذي يجب فيه الكف عن المنافسة وتعيين مكانه وزمانه، كما إذا باع شخص متجرا وتعهد لشخصه بعدم منافسته يبيع السلع التي يختص المتجر المبيع بالتعامل فيها⁽¹⁾.

(ب) في الفقه الإسلامي :

تعيين المحل، أو قابليته للتعيين في الفقه الإسلامي، يمكن القول أن المبدأ في الفقه الإسلامي هو أن المحل يتعين بالعلم به علما مانعا من الجهالة الفاحشة، حتى تنتفي المنازعة فيه بين المتعاقدين ويصح العقد. فإن كان مجهولا جهالة مقضية إلى المنازعة فسد العقد.

وتعين الشيء المعقود عليه والعلم به، لا يخلو من أمرين : إما أن يكون حاضرا في مجلس العقد، فيعين بالإشارة إليه ورؤيته، وإما أن يكون غائبا عن مجلس العقد، فيعين ويحصل العلم به بوصفه وصفا مانعا من الجهالة الفاحشة، أو بشرط رؤيته. هذا مجمل آراء أئمة المذاهب، وإن أبدى بعضهم اجتهدا خاصا في عدم قبول بعض وسائل هذا التعيين كالإمام الشافعي الذي يشترط التعيين بالرؤية فقط سواء للمعقود عليه الحاضر في مجلس العقد أو الغائب عنه⁽²⁾.

جاء في شرح الحطاب : " .. لأن المبيع لا يباع إلا برؤية أو صفة،

⁽¹⁾ مصادر الحق (61/3 - 62).

⁽²⁾ نفس المرجع (62/3 - 63).

فالبائع فاسد حتى يعلم فيختار أن يبيع... لأنه إذا لم يعلم رأس ماله كان ثمنه مجهولاً، وجهالة الثمن تمنع صحة البيع.. وكذا إذا باع الشيء برقمه أو رأس ماله ولم يعلم المشتري رقمه ورأس ماله فهو كما إذا باع شيئاً بربيع.. ولم يعلم ما اشترى به"⁽¹⁾.

ففي جميع هذه الأحوال يعتبر الفقه الغربي أن الثمن وإن لم يكن معينا، قابل للتعيين، ومن ثم يكون البيع صحيحاً. بينما الفقه الإسلامي يعتبر البيع فاسداً للجهالة بالثمن⁽²⁾...

تعيين المحل إذا كان نقوداً :
وفي الفقه الإسلامي، كما في الفقه الغربي، إذا وقع العقد على نقود، وجب أن تكون معينة بنوعها ومقدارها..

جاء في الخطاب : "قال في كتاب الصرف من الدرنة : ومن اشترى من رجل دراهم بين يديه كل عشرين ديناراً، فلما نقده الدنانير قال لا أرضاها فله نقد البلد. فإذا كان نقد البلد في الدنانير مختلفاً، فلا صرف بينهما إلا أن يسميا الدنانير انتهى.. قال ابن رشد في آخر سماع ابن القاسم من جامع البيوع : البلد الذي تجوز فيه جميع السكك جوازاً واحداً لا فصل لبعضها على بعض، ليس على من ابتاع فيه شيئاً أن يبين بأي سكة يبتاع ويجبر البائع على أن يأخذ كل سكة أعطاه. كما أن البلد إذا كانت تخرج فيه سكة واحدة، فليس عليه أن يبين بأي سكة يبتاع، ويجبر على أن يقبض السكة الجارية، وكما أن البلد الذي تجري فيه جميع السكك ولا تجوز فيه

فاحشة فلا يصح البيع"⁽¹⁾، وفي هذا المعنى قال صاحب البيائع :

"ولو قال بعث هذا العبد بقيمته فالبائع فاسد، لأنه جعل ثمنه قيمته، وإنها تختلف باختلاف المقيمين، فكان الثمن مجهولاً... وكذا إذا باع بحكم المشتري أوجبكم فلان، لأنه لا يدري بمانا يحكم فلان فكان الثمن مجهولاً"⁽²⁾.

والظاهر أنه وإن اتفق الفقه الإسلامي، والفقه الغربي من حيث المبدأ في وجوب تعيين المحل، إلا أن الفقه الإسلامي، من حيث التطبيق، يتطلب قدراً من التعيين أكبر من القدر الذي يتطلبه الفقه الغربي، ويرجع ذلك إلى فكرة الفرز الذي يتوقاه الفقه الإسلامي ويتجنب مطابقته بقدر المستطاع فإذا لم يكن المحل معيناً تعيناً واضحاً.. خيف على العقد من الفرز وفسد.

ونأتي بمثالين من الفقه الإسلامي، في أحدهما يجب اعتبار المحل قابلاً للتعيين من وجهة نظر الفقه الغربي، ومع ذلك يفسد معه العقد في الفقه الإسلامي لجهالة المحل، وفي الثاني يجب اعتبار المحل معيناً من وجهة نظر الفقه الغربي، ومع ذلك تختلف فيه الأقوال في الفقه الإسلامي، فيرى بعض الفقهاء أن المحل مجهول والعقد فاسد⁽³⁾.

جاء في المذهب (1/266) : "ولا يجوز البيع إلا بثمن معلوم القدر فإن باع بثمن مجهول، كبيع السلعة برقمها، وبيع السلعة بما باع به فلان سلعته وهما لا يعلمان ذلك، فالبائع باطل، لأنه عوض في البيع فلم يجز مع الجهل بقدره".

وجاء في البيائع : "ولو باع شيئاً بربيع.. ولم يعلم المشتري رأس ماله،

⁽¹⁾ البيائع (158/5).

⁽²⁾ مصادر الحق (74/3).

⁽¹⁾ مصادر الحق (71/3) وما بعدهما.

⁽²⁾ البيائع (158/5).

⁽³⁾ مصادر الحق (72/3 - 73).

لا يصير معلوما بدونه، وأما في استتجار القصار المشترك والخياط المشترك فلا يشترط⁽¹⁾...

أما الاستصناع، فمن الفقهاء من يلحقه بالبيع ومنهم من يلحقه بالإجارة فعلى أنه بيع يكون للعقد عليه فيه العين، وعلى أنه إجارة يكون للعقد عليه هو عمل الصانع، ومن ثم يقع الاستصناع على كل من العين والعمل، فيكون للعقد عليه هو مجموع العين والعمل (الاستصنع) فلا بد أن يكون معلوما علما نافيا للجهالة الفاحشة، وذلك ببيان جنسه ونوعه وقدره وصفته، وإلا فسد العقد⁽²⁾، ورد في البدائع :

" وإما شرائط جوازها (أي الاستصناع) فمنها بيان جنس المستصنع ونوعه وقدره وصفته..."⁽³⁾

3- صلاحية المحل للتعامل فيه :

الفقه الإسلامي أوسع من الفقه الغربي مجالا، وأكثر تفصيلا، في المحل الذي لا يصلح التعامل فيه، إذا تنافى هذا التعامل مع الغرض الذي خصص له الشيء.

(1) عدم صلاحية المحل للتعامل فيه في القانون الوضعي :

ويكون الشيء غير صالح للتعامل فيه لأحد أسباب ثلاثة في الفقه الغربي :

1- إما لأن طبيعته تتعارض مع التعامل فيه : كالإنسان لا يجوز التعامل فيه بحكم أنه إنسان، وذلك بعد تحريم الرق..

2- وإما لأن الغرض الذي خصص له يتنافى مع هذا التعامل، كالك

بحوز واحد، لا يجوز البيع فيه حتى يسمى بأي سكة يتناع، فإن لم يفعل كان البيع فاسدا⁽¹⁾.

هذه مشكلات النقد والعمل في تلك الأزمنة السالفة، تناولها الفقهاء بالتحليل المناسب، في كيفية التعيين، كعوض موقوف عليه. ومن المعروف أنه لم يكن لديهم عملة ورقية ذات سعر قانوني أو ذات سعر إلزامي، كما هو الأمر في الوقت الحاضر.

تعيين المحل إذا كان عملا :

وفي العقد على عمل، وجب في الفقه الإسلامي كما في الفقه الغربي، أن يكون للعقد عليه معينا أو قابلا للتعين.. ففي عقد الأجير المشترك يجب بيان العمل الذي يستأجر فيه الصانع والعمل وهذا هو العقد عليه محل الالتزام، فلا بد أن يكون معلوما علما نافيا للجهالة الفاحشة، وإلا فسد العقد⁽²⁾، جاء في البدائع :

" ومنها بيان العمل في استتجار الصانع والعمل، لأن جهالة العمل في الاستتجار على الأعمال جهالة مفضية إلى المنازعة، فيفسد العقد، حتى لو استأجر عاملا ولم يسم له العمل من القصارة* والخيطة والرعي ونحو ذلك، لم يجز العقد. وكذا بيان المعمول فيه في الأجير المشترك، إما بالإشارة والتعيين، أو ببيان الجنس والنوع والقدر والصفة في ثوب القصارة والخيطة، وبيان الجنس والقدر في إجارة الراعي من الخيل أو الإبل أو البقر أو الغنم وعددها، لأن العمل يختلف باختلاف المعمول... وهل يشترط فيه بيان المدة ؟ أما في استتجار الراعي المشترك فيشترط، لأن قدر العقود عليه

(1) البدائع (184/4).

(2) مصادر الحق (78/3).

(3) البدائع (209/5).

(1) مواعيد الجليل (277/4 - 278).

(2) مصادر الحق (77/3).

* صناعة تبيض الأتواب (الصباغ).

وحدها لأن تكون محلا للالتزام، ويدخل في دائرة التعامل جميع الأشياء التي لا يحرم القانون صراحة التعامل بشأنها.

وهذه الأشياء التي أودعها المشرع المغربي عامة في هذا الفصل، جاء تفصيلها عند الحاجة في ق. ل. ع. م في أماكن أخرى، وفي مواد تقنيات العربية المقتبسة جميعا من الفقه الغربي، فقد جاء مثلا في الفصل 39 من ق. ل. ع. م :

"يطل الالتزام الذي يكون محله شيئا أو عملا مستحيلا، إما بحسب طبيعته أو بحكم القانون".

ونصت المادة : 135 مدني مصري...، أنه : "إذا كان محل الالتزام مخالفا للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلا". وجاء في المادة 130 مدني عراقي الذي يوفق عادة بين القانون الوضعي والفقه الإسلامي على أنه :

"1- يلزم أن يكون محل الالتزام غير ممنوع قانونا ولا مخالفا للنظام العام أو للآداب، وإلا كان العقد باطلا.

2- وتعتبر من النظام العام بوجه خاص الأحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية : كالأهلية والبراث، والأحكام المتعلقة بالانتقال والإجراءات اللازمة للتصرف في الوقف وفي العقار، وللصرف في مال المحجور ومال الوقف ومال الدولة، وقوانين التسعير الجبري، وسائر القوانين التي تصدر لحاجة المستهلكين في الظروف الاستثنائية"⁽¹¹⁾.

ومن الاتفاقات التي تخالف الآداب في الفقه الغربي - وفي الفقه الإسلامي بالأولي - العلاقات الجنسية غير المشروعة وبيوت العهارة والمقامرة والرهان، وأمثلة أخرى ككسب المال من طريق غير شريف، فهي

العام الذي لا يصح بيعه ولا التصرف فيه، لأنه مخصص لمنفعة عامة، وكذلك المال الموقوف وفقا خيرا.

3- ولما لأن التعامل فيه يعتبر مخالفا للنظام العام أو الآداب، فيحرم التعامل فيه، لأنه يكون غير مشروع⁽¹¹⁾.

وإذا كان الفقه الغربي يتفق مع الفقه الإسلامي جملة في تحريم هذه الأمور غير الصالحة للتعامل، ويعتبر العقد عليها باطلا - مثله - إن وقع، فإن الفقه الإسلامي يزيده عليه تفصيلا وبيانا، فيحرم أشياء أخرى، ويبتل العقد عليها، مما يعتبرها الفقه الغربي مباحة وذلك : كالبيعة والدم ولحم الخنزير والخمر، والربا، والفرر الفاحش...، لأن الفقه الإسلامي يعتبر هذه الأشياء وأمثالها، مما حرمتها الشريعة الإسلامية غير مقومة عند المسلمين، وإن اعتبرت مقومة عند الكفايين وأهل الذمة منهم.

مشروعية المحل، ونصوص التقنيات المدنية العربية :

إذا كان محل الالتزام شيئا، وجب أن يكون التعامل فيه جائزا. وإذا كان المحل عملا أو امتناعا عن عمل، وجب أن يكون هذا العمل أو الامتناع مشروعاً. فالسئلة ترجع في الحاليين إلى المشروعية : أي إلى عدم مخالفة النظام العام والآداب.

ولهذا عبرت مواد القوانين العربية المأخوذة عن الفقه الغربي عن هذا الشرط، فنص الفصل 57 من قانون الالتزامات والعقود المغربي بشمولية وتعميم عن هذا الشرط بقوله :

"الأشياء والأفعال والحقوق المعنوية الداخلة في دائرة التعامل تصلح

(11) نظرية العقد - المدة - 334 - 335، مصادر الحق (80/3).

(11) مصادر الحق (79/3 - 93).

* أهل الذمة - هم الذين يعيشون تحت الحكم الإسلامي من الكفايين.

الفرض الذي خصص له أو إلى النظام العام والأداب، في الفقه الغربي، نجد الفقه الإسلامي متوفراً على هذه الأسباب كذلك، بل نجده أكثر سعة وبيانا وتفصيلا.

فالشئ لا يصلح للتعامل فيه، في الفقه الإسلامي، إذا تنافى هذا التعامل مع الغرض الذي خصص له الشئ : كعدم جواز بيع الوقوف وإن صح إيجاره، وعدم جواز بيع المسجد.

والشئ لا يصلح للتعامل فيه، في الفقه الإسلامي، إذا أبت طبيعة الشئ هذا التعامل... فالبيع لا ينعقد إلا إذا كان المبيع مالا متقوما مملوكا⁽¹⁾.

جاء في الخطاب : "الأعيان على قسمين. الأول مالا منفعة فيه أصلا. فلا يصح العقد به ولا عليه.. بل لا يصلح ملكه.. ومثله البساطي بالخفاش وبعض العصافير التي لو جمع منها مائة لم يتحصل منها أوقية لحم.. الثاني ماله منفعة، وهو على ثلاثة أقسام : الأول ما كان جميع منافعه محرمة وهو كالذي لا منفعة فيه لا يصح بيعه ولا تملكه إن كان مائى الشئ عنه، كالخمر والبيوت والدم ولحم الخنزير، لأن المعلوم شرعا كالمعوم حسا.. الثاني ما كان جميع منافعه محلة فيجوز بيعه إجماعا كالثوب والعبد والعقار وشبه ذلك... ويصح ملكه إلا أن يتعلق بملك المنفعة حق الأدمي كالحر فإنه أحق بنفسه. أو حق لله كالمساجد والبيوت الحرام، فلا يصح ملك ذلك ولا بيعه... الثالث ما فيه منافع محلة ومنافع محرمة، فإن كان جل المنافع والقصور منها محرما والمحلل منها تبعا، فواضح إلحاقه بالقسم الأول، كالزيت النجس، وشحم الميتة.. وإن كان جل المنافع والمقصود منها محلا

(1) نفس المرجع (9/3).

يتقاضى اجرا مقابل القيام بعمل.. يجب عليه القيام به دون أجر، لا يستحق هذا الآخر، ويكون عقده باطلا، كمن يتعهد برد وديعة عنده، أو مال اقترضه أو شيء سرقة، في مقابل أجر يأخذه. كذلك لا يجوز أن يتقاضى شخص اجرا للامتناع عن عمل يجب عليه الامتناع عنه دون أجر، كمن يتعهد بعدم ارتكاب جريمة في مقابل أجر لذلك⁽¹⁾.

والرهان على أنه :

- 1- يكون باطلا كل اتفاق خاص بمقاومة أو رهان.
- 2- ولن خسر في مقاومة أو رهان أن يسترد ما دفعه خلال ثلاث سنوات من الوقت الذي أدى فيه ما خسره، ولو كان هناك اتفاق يقضي بغير ذلك، وله أن يثبت ما أذاه بجميع الطرق.

وتنص المادة : 740 من التقنين ذاته على أنه :

"1- يستثنى من أحكام المادة السابقة الرهان الذي يعقده فيما بينهم المتباينون شخصيا في الألعاب الرياضية، ولكن للقاضي أن يخفض قيمة هذا الرهان إذا كان مبالغيا فيه.

- 2- ويستثنى أيضا ما رخص فيه قانونا من أوراق النسيب⁽²⁾.

ب) عدم صلاحية المحل للتعامل فيه في الفقه الإسلامي :

فكما سبق أن عدم صلاحية التعامل، يرجع إلى طبيعة المحل، أو

(1) مستخلص من مصادر الحق (90/3 - 92).
* ولا شك أن الفقه الإسلامي لا يتفق مع القانون الوضعي في صحة العقد على أوراق النسيب، بل يعتبره باطلا من الغرر ومن أكل أموال الناس بالباطل رغم أن بعض الدول الإسلامية اقبلت بالتعامل به.

(2) مصادر الحق (91/3).

تختلف عند الانعقاد كان الجزاء البطالان، وإن تخلف بعد قيام العقد كان الجزاء الفسخ⁽¹⁾ ..

أما سبب العقد فبحكم وظيفته الأخلاقية والاجتماعية لا يطلب إلا عند الانعقاد.

كما ترتب على اختلاف الوظيفة أيضا أن اختلفت الشروط الواجب توافرها في كل من السببين : فسبب الالتزام يشترط فيه.. الوجود والمشروعية أما سبب العقد فليس هناك من شرط يتعلق بذاتيته سوى شرط المشروعية، إذ لا بد لكل إرادة من باعث يحركها ولا كانت إرادة غير واعية.. على إن هناك شرطا آخر يطلب في سبب العقد كي يؤدي إلى بطلان التصرف، وهو لا يتعلق بذاتية هذا السبب كشرط المشروعية، وإنما يتعلق باستقرار التعامل، فما دام الباعث الدافع في سبب العقد أمرا شخصيا وخارجا عن العقد يتغير بتغير الأشخاص في النوع الواحد من العقود، وجب لإبطال العقد أن يكون هذا الباعث داخلا في دائرة التعاقد : أي يكون الطرفان على اتصال به.. وقد اختلف الرأي في تحديد درجة هذا الاتصال، فقائل : أنه يشترط لإبطال العقد أن يكون الباعث غير المشروع متقفا عليه بين الطرفين، وقائل : أنه يكفي أن يكون الطرف الذي لم يتم لديه الباعث غير المشروع على علم بهذا الباعث، وهذا هو رأي القضاء الفرنسي والمصري⁽²⁾ واللباني ..

لمحة تاريخية عن نشأة نظرية السبب :

نشأت نظرية السبب مبدئيا غير واضحة كركن في العقد، بل سعيًا

حصوله على المبيع، فهذا الغرض المباشر أو القريب هو سبب الالتزام. وهذا السبب لا يتغير في النوع الواحد من العقود، فمثلا في عقود البيع يكون سبب التزام البائع بنقل الملكية هو دائما رغبته في الحصول على الثمن⁽¹⁾ .. أما سبب العقد فهو الباعث الدافع إلى التعاقد.. وهو يختلف بطبيعته الحال من شخص إلى آخر، فيتغير في النوع الواحد من العقود، فهذا يبيع لأنه ينبغي من حصوله على الثمن أن يسافر إلى الخارج، وذلك يبيع لأنه في حاجة إلى مال يتفقه في أغراض معيشته، وثالث يبيع لأنه يريد أن يشتري بالثمن شيئا آخر، وهكذا⁽²⁾ ..

ركنية السبب وشروطه :

ويعتبر السبب الركن الثالث في العقد، بعد الرضى، والمحل، وذلك إذا لم يوجد في العقد، أو وجد غير مشروع بطل العقد حسب شروط السبب التالية :

يلاحظ أولا أن اختلاف وظيفة سبب الالتزام عن وظيفة سبب العقد على النحو السابق، ترتب عليه فارق فارق بين السببين من حيث الوقت الذي يطلب فيه كل منهما.

فلما كان سبب الالتزام بحكم وظيفته الفنية⁽³⁾ يعتبر عنصر انعقاد وتفاذ، وجب أن يظل قائما من وقت قيام الالتزام إلى حين تنفيذه.. فإن

(1) نظرية العقد... للدكتور الصمد (ص 347 - 349)، نظرية العقد د. عبد الباقي (ص 428 - 429).

(2)

(3) معنى أن سبب الالتزام سبب فني : أي يدخل في تكوين الالتزام ويعتبر ركنا فيه بينما سبب العقد بمعنى الباعث الدافع.. أمر لا يدخل في تكوين الالتزام وإنما يتعلق بنوايا الماعقد في شأن أهداف تمكن وراء الفائدة التي يحصل عليها بموجب العقد. (نظرية العقد د. الصمد ص 366).

(1) نفس المرجع (ص 367 - 368).

(2) نفس المرجع (ص 367 - 368).

الفكرة الرومانية التي كانت تعتد بسبب الالتزام، وتبعه في ذلك من جاءوا بعده من الفقهاء... ثم انتقلت هذه النظرية إلى القانون الفرنسي وأخذ بها الشراح الفرنسيون حتى قيل عنها أنها النظرية التقليدية في السبب، وتطور الموقف بعد ذلك، حيث قام فريق من الفقهاء ينتقدون هذه النظرية...

أما القضاء الفرنسي فقد سلك الطريق الصحيح الذي جعله في مأمن من هذا الخلاف الفقهي، إذ أخذ بالباعث الدافع وهو سبب العقد إلى جانب سبب الالتزام، فسميت نظريته بالنظرية الحديثة في السبب.

ومن هنا يتضح... أن تاريخ نظرية السبب كان انتقالاً من سبب الالتزام إلى سبب العقد، ثم العودة إلى سبب الالتزام، حتى انتهى الأمر إلى التمييز بين هذين السببين والاعتماد بهما معاً في وقت واحد⁽¹⁾.

النظرية التقليدية في السبب:

ابتداء من القرن 17 أخذ الفقهاء الفرنسيون القدماء يرجعون إلى فكرة السبب، كما تراءت "البريتير"^{*} الروماني، أي على اعتبار أنها تعني الغرض القريب المباشر الذي يقصده الملتزم من وراء التزامه، دون الذهاب إلى أبعد من ذلك، لتقصي البواعث البعيدة التي دفعته إليه، وكان الفقيه "دوما"² من السابقين إلى ذلك.

وبعد صدور مدونة نابليون، أخذ الفقهاء الفرنسيون يحالجون نظرية السبب على الأسس التي وضع الرومان بذورها الأولى، وقام شراح القانون الفرنسي القديم، لا سيما "دوما ووبتييه" بصقلها وتبسيطها وتهذيبها، وذلك طوال القرن 19 حتى أطلق على هذه النظرية "النظرية التقليدية"⁽²⁾.

(1) نظرية العقد... للدكتور الصدة (ص 350 - 351)، نظرية العقد... عبد الباقي (ص 429 - 433).

^{*} البريتير: هو القضاء الروماني (نظرية العقد). د عبد الفتاح عبد الباقي (ص 430 بالهامش).

(2) نظرية العقد للدكتور عبد الفتاح عبد الباقي (ص 433 - 434).

وراء تحقيق العدالة، كغرض مباشر يقصده الملتزم من التزامه، ففي أول عهد القانون الروماني كانت العقود كلها شكلية، فكان الشكل وحده دون الإرادة، هو الذي ينشئ العقد، ولهذا لم يكن للسبب في هذا العهد أي أثر في العقود، ثم ظهرت بعد ذلك عقود غير شكلية، أهمها العقود الرضائية وعقود التبرع، حيث كانت الإرادة تتدخل في تكوينها، وبذلك وجدت فكرة السبب بوجود الإرادة في تكوين العقد.

ففي عقد البيع من العقود الرضائية - مثلاً - كان التزام البائع هو سبب التزام المشتري، فإذا هلك البيع قبل البيع فامتنع التزام البائع لانعدام المحل، فإن التزام المشتري لا يقوم لانعدام السبب.

وفي التبرعات اعترف القانون الروماني بالسبب إلى حد كبير، فسبب التزام التبرع في الهبة هو إرادة التبرع، بحيث إذا تخلفت هذه النية انعدم السبب وبطل العقد.

ومن هنا يتضح أن الرومان عرفوا السبب كفكرة موضوعية يبحث عنها داخل العقد لا خارجه، وتكون واحدة لا تتغير في النوع الواحد من العقود. وهذا هو سبب الالتزام⁽¹⁾.

وبعد ذلك أخذ فقهاء الكنيسة بفكرة السبب في صورة جديدة، إذا كانوا يعتبرون بالإرادة وحدها في إنشاء العقد، ويرون أن العقد لا يجوز تنقيذه إلا إذا كان يهدف إلى غرض مشروع، وعلى هذا النحو اعتبروا الباعث الدافع هو السبب، فأصبح السبب عنصراً ذاتياً يبحث عنه خارج العقد ويتغير بتغير العقود، وهذا هو سبب العقد.

وفي القرن 17 صاغ دوما Domat نظرية عامة للسبب على أساس

(1) نظرية العقد... للدكتور الصدة (ص 350 - 351)، نظرية العقد... عبد الباقي (ص 429 - 433).

مجرد بائع دافع إليه، يتميز الأول بأنه :

1- أمر موضوعي : أي أمر يتعلق بموضوع العقد ذاته، دون شخصية المتعاقد.

2- أمر داخلي في العقد لا نلتزمه بعينها عنه، وإنما نستمدّه من طبيعته.

3- ثابت لا يتغير في العقود التي من طبيعة واحدة، فسبب التزام البائع، مثلا، هو التزام المشتري، وذلك في جميع عقود البيع.

أما البائع الدافع، فهو يتميز بأمر متناقضة تماما، فهو :

1- أمر ذاتي أو شخصي : أي متصل بشخص التعاقد نفسه.

2- أمر خارج عن العقد، إذ تلتزمه في نفسية التعاقد ذاتها.

3- هو في النهاية، متغير في النوع الواحد من العقود بتغير كل حالة⁽¹⁾.

شروط السبب في النظرية التقليدية :

يستخلص من النصوص التي وردت في التقنين الفرنسي، أن شروط السبب ثلاثة هي :

1- أن يكون موجودا. 2- وأن يكون صحيحا. 3- وأن يكون مشروعا.

- مثال الأول : أن يكون السبب موجودا : هو أن يتعاقد الطرفان وهما على بيئة من أن السبب غير موجود، أن يكره أحد المتعاقدين الآخر على التوقيع على تعهد بدين، إذ في هذه الحالة لا يوجد للالتزام سبب، فيكون العقد باطلا، لانعدام السبب..

- مثال الثاني : أن يكون السبب صحيحا : يتحقق في حالتين :

⁽¹⁾ نفس المرجع (ص 434 - 435).

وتقوم النظرية التقليدية في أساسها على التفرقة بين الغرض المباشر

القريب الذي يقصده الملتزم من وراء التزامه وبين الأغراض الأخرى البعيدة غير المباشرة، وهي لا تعد إلا بالأول، وترى فيه سبب الالتزام، في حين لا ترى في الثانية إلا مجرد بواعث تدفع إلى ارتضاء الالتزام، فالبايئع مثلا يقصد بتحمله الالتزام بنقل ملكية المبيع، أن يتحمل المشتري الالتزام بدفع الثمن، وهذا هو الغرض الأول المباشر الذي يسعى إليه البائع من وراء تحمله بالالتزام أما البواعث الأخرى التي دفعت البائع إلى أن يتحمل بالالتزام، فهي تختلف من شخص إلى آخر، ومن حالة لأخرى⁽¹⁾.

فقد يقصد البائع أن يستغل الثمن الذي يدفعه له المشتري في شراء مال آخر يكون له أنفع مما باعه، أو في سفر يرمع القيام به، أو في العلاج، أو في تعليم نفسه أو أحد من ذويه... أو في الاتجار في المخدرات إلى غير ذلك من الأغراض التي لا تنتهي.

والمشتري يقصد بدوره، من تحمله بالالتزام بدفع الثمن، غرضاً مباشراً أول، هو التزام البائع بنقل ملكية المبيع إليه، وهذا هو سبب التزامه، أما الدوافع التي حثته على أن يحصل على المبيع، فهي لا ترتقي إلى مرتبة السبب.. وتختلف باختلاف الظروف والأحوال، فقد يقصد بالتميز الذي اشتراه مثلا، أن يكون محلا لسكناه، أو تأجيرده لسكنى غيره، أو أن يفتح فيه مستجرا... أو ناديا للقمار إلى غير ذلك من الأغراض التي لا تقع تحت الحصر⁽²⁾.

وبالمقابلة بين ما تراه النظرية التقليدية سببا للالتزام وبين ما تراه

⁽¹⁾ نظرية العقد للدكتور عبد الفتاح عد الباقي (ص 433 - 434).

⁽²⁾ نفس المرجع (ص 434).

ويكون السبب غير مشروع إذا كان مخالفا للأخلاق الحميدة أو النظام العام أو القانون^{١١}.

ومادة 63 المطابقة للمادة 1132 من القانون المدني الفرنسي نصت على أنه "يفترض في كل التزام أن له سببا حقيقيا ومشروعا ولو لم يذكر".
والداتان : 64و 65 أو ردتا احكاما لم يعرض لها المشرع الفرنسي وإنما أقرهما الفقه والاجتهاد في فرنسا على النحو الذي اعتمدته المشرع المغربي : فالمادة 64 افترضت "أن السبب المذكور هو السبب الحقيقي حتى يثبت العكس".
ومادة 65 نصت على أنه "إذا ثبت أن السبب المذكور غير حقيقي أو غير مشروع، كان على من يدعي أن للإلتزام سببا آخر مشروعا أن يقدم الدليل عليه".

نظرية السبب الحقيقية:

العيب الذي يثوب النظرية التقليدية، ليس هو في كونها غير صحيحة، أو غير مفيدة، كما زعم خصومها، بل هو يتركز في قصورها وضيق أفقها، الأمر الذي أدّى إلى جذب انتماها وضعف فائدتها.

فإذا كان مؤدى نظرية السبب أن نتقصى الغرض الذي دفع المتعاقد الى ارتضاء الالتزام الذي يتحمل به، فلماذا نقف عند الغرض المباشر الأول، فلا نتعداه إلى غيره من الأغراض التي تكون مثله دافعة إلى التعاقد...؟

فإذا اشترى شخص -مثلا- منزلا بغية اعداده لمباشرة العهارة فيه، والتزم بالتالي بدفع ثمنه، فنحن نتقصى الغرض الذي حدا به إلى قبول التحمل بهذا الالتزام، ولا جدال في أنه قصد بذلك الحصول على ملكية البيع، كغرض مباشر أول، وهو غرض مشروع لا غبار عليه، ولكننا لماذا نقف، كما تفعل النظرية التقليدية عند هذا الحد ؟ لماذا لا نتقصى الغرض التالي ونعقد به، كلما كان دافعا الى التعاقد وملحوظا عند اجرائه ؟؟ ونحن ان فعلنا وجدنا

الأولى : هي حالة الفاظ في السبب، كان يتخارج وارث مع شخص

يعتقد أنه وارث، فيعطيه مبلغا من النقود كي يتخلى عن نصيبه في اليراث ثم يتبين أن الشخص غير وارث، فهذا التخارج يقع باطلا لأن سببه موهوم.

الثانية : هي حالة السبب الصوري، والصورية لا تعتبر في ذاتها سببا للبطالان، وإنما تكون العبرة بحقيقة ما يراد اخفاؤه بهذه الصورية، فإذا كانت مطلقة، أي كان السبب الصوري الظاهر لا يخفي وراءه سببا آخر حقيقيا،

فإن الالتزام لا يقوم لانعدام السبب فيكون العقد باطلا، كان يبيع شخص لقريب له قدرا من الاطيان كي يوفر له نصاب الترشيح ويتقفا بينهما على أن الغرض من البيع هو توفير هذا النصاب في الظاهر لا إبرام بيع حقيقي.

- ومثال الثالث : ان يكون السبب مشروعا : فإن السبب يكون غير مشروع اذا كان مخالفا للنظام العام أو الآداب، كأن يتعهد شخص لأخر بارتكاب جريمة في مقابل مبلغ من النقود. فالالتزام بارتكاب جريمة باطل، لأن محله غير مشروع لمخالفته للنظام العام...⁽¹⁾

صاغ الشارح الفرنسي النظرية التقليدية في السبب كما قال بها دوما وبوتيه⁽²⁾ كما سبقت الإشارة. وقد أخذ قانون الالتزامات والعقود المغربي بنظرية السبب التقليدية تبعا للقانون المدني الفرنسي - كما جاء في نظرية الالتزامات "للكو رمأمون الكزبري"⁽³⁾ وصاغ احكامها في المواد: 62 الى 65.

فالمادة 62 المطابقة للمادتين 1131 و 1133 من القانون المدني الفرنسي ورد فيها أن "الالتزام الذي لا سبب له أو البنى على سبب غير مشروع يعد كأن لم يكن.

⁽¹⁾ نظرية العقد المذكور عبد المنعم فرج الصمد (ص 354-356).

⁽²⁾ نفس المرجع (ص 351).

⁽³⁾ نظرية الالتزامات (1/173) ط 2: بيروت 1972.

الغرض... وببطلان الهبة التي يعقدها شخص لا امرأة، لكي يتوصل بها إلى معاشرتها حراما، وقضت محكمة النقض المصرية ببطلان هبة عقدها أب لابنه، تأسيسا على أن الباعث إليها هو قصر حقه في إرثه بعد موته على الأرض الموروية دون باقي أراضيه، وهو باعث غير مشروع لمخالفته أحكام الميراث.

هذه هي النظرية الحديثة في السبب، وهي التي ابتدعها فقهاء الكنيسة، ثم بقي عليها وطورها القضاة في فرنسا، حتى أطلق عليها "نظرية القضاء في السبب". وأيد أغلب الفقهاء في فرنسا القضاء، على أن نظرية السبب لا تقف عند الغرض المباشر الأول فحسب، بل تتعداه كذلك إلى الباعث الدافع إلى الإلتزام، لكنهم لجأوا إلى فكرة قوامها ازدواجية السبب: سبب للعقد، وسبب للإلتزام، وحددوا سبب الإلتزام بالغرض المباشر الأول... في حين يرون في سبب العقد الباعث المستحث الذي يدفع بالعاقدين إلى ارتضاءه... وأياما كان من أمر رواج فكرة ازدواجية السبب في الفقه المعاصر، فالفكرة غير مقبولة، لأن من شأنها أن تؤدي إلى تجزئة إرادة العاقد وهو يرتضي التعاقد، في حين أنها لا يمكن أن تكون إلا واحدة... فلا يكون لها -بالتالي- إلا سبب واحد، وإن أمكن لهذا السبب أن تتعدد منه العناصر.

"وإذا كانت الغاية من ابتاع فكرة "سبب العقد"، باعتبارها مغايرة لفكرة "سبب الإلتزام" هي الاعتداد بالباعث الشخصي الدافع إلى التعاقد، إلى جانب الغرض المباشر الأول، فإن لسلم طريق إلى ذلك هو القول بأن السبب هو الغرض المباشر الأول مضافا إليه الباعث المستحث الدافع إلى

أن الغرض الثاني الذي يستهدفه المشتري في مثالنا هو غرض ناب مخالف لحسن الآداب. وهكذا نستطيع هنا أن نبطل عقد البيع على خلاف ما توجي به النظرية التقليدية.

ولا جدال في أن الأخذ بهذه الفكرة الجديدة يوسع الباب لاعتبارات النظام العام وحسن الآداب، لكي تقف على نحو أرحب، فتنهض قيدا يرد على الإرادة يحد من انحرافها ويحول دون التجائها إلى ما فيه مخالفة لأسس المجتمع وحميد أخلاقياته.

هكذا ولدت النظرية الحديثة في السبب، وقوامها أنها لا تقف عند الغرض المباشر الأول، أو السبب القصدي، كما تسميه النظرية التقليدية، بل تنخل في سبب الإلتزام الباعث المستحث الذي دفع المترحم للإلتزام، ووفقا لمنطق هذه النظرية.. يرجع سبب هذا الإلتزام إلى رغبة المشتري في الحصول على ملكية المنزل لمباشرة العهارة فيه.

وبهذا تحصل هذه النظرية الحديثة إلى بطلان البيع في هذه الحالة وشبهاتها، لعدم مشروعية السبب، بشرط أن يكون البائع عالما بالغرض الذي استهدفه المشتري، أو كان يستطيع أن يعلم به⁽¹¹⁾.

وبهذا الاعتبار تكون نظرية القضاء في فرنسا، قد عادت مرة أخرى إلى نظرية السبب، كما ابتدعها فقهاء الكنيسة في عهد القانون الروماني السابق.

وقد طبقت المحاكم في فرنسا، وفي مصر...، النظرية الحديثة في السبب، على نطاق واسع، وذلك في المعاولات وفي التبرعات على حد سواء، فرفضت ببطلان عقد البيع أو الإيجار...، وقضت كذلك ببطلان

(11) نظرية العقد المذكور عبد الفتاح عبد الباقي (ص 439-440).

الذاهب تختلف، ففريق منهم لا يعتقد في هذه الحالة بالقصد، ويقول بصحة العقد، حتى ولو كان القصد غير مشروع، وهم : الحنفية والشافعية ووفقا لهذا الاتجاه في الرأي، لو أن رجلا باع لآخر عصير عنب من غير أن يذكر العقد، لا صراحة ولا ضمنا، إن المشتري يقصد من هذا العصير خمرا، فإن البيع يقع صحيحا. وفريق آخر من الفقهاء يعتقد بالقصد، ويرتب على عدم مشروعية بطلان العقد، حتى ولو لم يذكر في العقد، بشرط أن يكون معلوما من المتعاقد الآخر، أو كان في استطاعته أن يعلم به من ظروف التعاقد، وهم : المالكية والحنابلة⁽¹⁾.

(1) أمثلة للاتجاه الأول (الموضوعي) :

ففي المذهبين الحنفي والشافعي، جاءت نظرية السبب ضامرة محدودة، تختفي ستار من صيغة العقد والتعبير عن الإرادة، ويختلط السبب بالمحل، فلا يعتقد بالسبب كباعث على التعاقد، إلا حيث يتضمنه التعبير عن الإرادة بوضوح، كما هو الأمر في نظرية الفقه الوضعي الجرمانى⁽²⁾.

والسبب في القانون الألماني يتلخص في مسألتين :

1- العبرة بالإرادة الظاهرة أي التعبير عن الإرادة.

2- والسبب جزء من التعبير عن الإرادة⁽³⁾.

يجب أن يكون مشرعا في القانون المدني الألماني كما نصت المادة 1/ 138 : " ويكون باطلا كل تصرف قانوني يخل بالأداب "

وعلى هذا المعنى يجب وقف السبب بمعنى الباعث عند الإرادة الظاهرة، وما تضمنته من بواعث ودوافع، وأن يتضمنه التعبير عن الإرادة

التعاقد. وهكذا فالفكرة السليمة لا تقوم على ازدواجية، ولكنها تقوم على ازدواجية - أو تعدد - العناصر التي يتكون منها السبب⁽¹⁾.

فكرة السبب في الفقه الإسلامي :

لم يصل فقهاء المسلمين إلى تأصيل السبب على نحو يرتفع به إلى مرتبة الركن اللازم لانعقاد العقد، ومع ذلك فهو ليس غريبا عنهم، فكثير منهم تكلموا عنه تحت اصطلاح النية أو القصد في العقود والتصرفات ونجد في هذا المجال أبا إسحاق الشاطبي في كتابه (الموافقات 2/ 323) يقول : " إن المقاصد معتبرة في التصرفات من العبادات والمعاملات "

ويقول ابن القيم : " إن القصد روح العقد ومصحه ومبطله... وقاعدة الشريعة التي لا يجوز هدمها أن المقاصد والاعتقادات معتبرة في التصرفات والعبادات كما هي معتبرة في التقربات والعبادات، فالقصد والنية والاعتقاد يجعل الشيء حلالا أو حراما، وصحيحا أو فاسدا، وطاعة أو معصية... (الاعلام للموقعين 3/ 94-95).

وقد اتفق أئمة الذاهب الإسلامية الأربعة على أنه يلزم لصحة العقد أن يكون قصد المتعاقد من إبرامه مشروعا، إذا ذكر هذا القصد صراحة في صيغة العقد، أو أمكن الاستدلال عليه ضمنا من ظروف وقرائن التعاقد لا سيما من طبيعة محل العقد.

اتجاهان فقهيان في فكرة السبب :

وأما إذا لم يذكر القصد الباعث على التعاقد في صيغة العقد صراحة، ولا يمكن الاستدلال عليه ضمنا من الظروف المقترنة به، فإننا نجد آراء أئمة

(1) نظرية العقد... د. عبد الفتاح عبد الباقي (ص 460 - 461).

(2) مصادر الحق (4/ 511) و 53 وما بعدها.

(3) * * * * *

التعاقد. وهكذا فالفكرة السليمة لا تقوم على ازدواجية، ولكنها تقوم على ازدواجية - أو تعدد - العناصر التي يتكون منها السبب⁽¹⁾.

فكرة السبب في الفقه الإسلامي :

لم يصل فقهاء المسلمين إلى تأصيل السبب على نحو يرتفع به إلى مرتبة الركن اللازم لانعقاد العقد، ومع ذلك فهو ليس غريبا عنهم، فكثير منهم تكلموا عنه تحت اصطلاح النية أو القصد في العقود والتصرفات ونجد في هذا المجال أبا إسحاق الشاطبي في كتابه (الموافقات 2/ 323) يقول : " إن المقاصد معتبرة في التصرفات من العبادات والمعاملات "

ويقول ابن القيم : " إن القصد روح العقد ومصحه ومبطله... وقاعدة الشريعة التي لا يجوز هدمها أن المقاصد والاعتقادات معتبرة في التصرفات والعبادات كما هي معتبرة في التقربات والعبادات، فالقصد والنية والاعتقاد يجعل الشيء حلالا أو حراما، وصحيحا أو فاسدا، وطاعة أو معصية... (الاعلام للموقعين 3/ 94-95).

وقد اتفق أئمة الذاهب الإسلامية الأربعة على أنه يلزم لصحة العقد أن يكون قصد المتعاقد من إبرامه مشروعا، إذا ذكر هذا القصد صراحة في صيغة العقد، أو أمكن الاستدلال عليه ضمنا من ظروف وقرائن التعاقد لا سيما من طبيعة محل العقد.

اتجاهان فقهيان في فكرة السبب :

وأما إذا لم يذكر القصد الباعث على التعاقد في صيغة العقد صراحة، ولا يمكن الاستدلال عليه ضمنا من الظروف المقترنة به، فإننا نجد آراء أئمة

(1) نظرية العقد... الدكتور عبد المنعم فرج الصدة (ص 362-363) نظرية العقد للدكتور عبد الفتاح

عبد الباقي (ص 443-445).

يأس عليه بيعه، وليس عليه أن يقصد بذلك إلى من يأمنه أن يتخذه خمرًا دون من يخاف ذلك عليه، لأن العصير حلال، فبيعه حلال كبيع ما سواه من الأشياء الحلال مما ليس على بائعها الكشف عما يقطعه. ومثل ذلك الزواج بالمحل، فإن ذكر في عقد الزواج شرط التحليل كان العقد باطلاً عند أبي يوسف ومحمد، لأن الباعث غير مشروع، وقد ذكر في العقد فيعتمد به ويطل الزواج وإن لم يذكر في العقد شرط التحليل، فالزواج صحيح، ولا يعتد بالباعث لأنه لم يذكر في العقد.

وكذلك بيع العينة - وهو حيلة للقرض بالربا : كان يشتري شخص من آخر شيئاً بثمن مؤجل، ثم يبيعه نفس الشيء بثمن معجل أقل من الثمن الأول، والفرق ربا. - صحيح عند المصالحين وفي مذهب الشافعي⁽¹⁾، ووجه الصحة لديهم أنه لم يكشف عن السبب الباعث على إرادة الربا أثناء العقد، فلا يضر انكشافه بعده، لأن العبرة بالإرادة الظاهرة، وقد كانت خالية من القصد إلى الربا.

(ب) أمثلة للاتجاه الثاني (الثاني):

وقد جاء في المغني لابن قدامة الحنبلي: "وبيع العصير ممن يتخذه خمرًا باطل"، واستدل ابن قدامة على حرمة بيع العصير لمن يتخذه خمرًا وعلى بطلانه، بقول الله تعالى: "ولا تعاونوا على الإثم والعدوان" (المائدة: 3) وقال كذلك: "لأنه يعتقد عليها (الخمر) لمن يعلم أنه يريدونها للمعصية فأنشبهه آجرة أتمته لمن يعلم أنه يستأجرها ليزني بها"⁽²⁾.

وجاء في شرح الحطاب على الشيخ خليل: "وقال القرطبي في شرح

لأنه جزء لا ينفصل عنه. ولا يجوز أن تجاوز هذه الإرادة الظاهرة للبحث في النوايا الخفية فإذا كانت الإرادة الظاهرة لا تتضمن باعاً غير مشروع، فالعقد صحيح ويجاز بحكم الظاهر دون بحث عن النية⁽¹⁾.

وتصديقاً لهذا المعنى، جاء في كتاب الأم للشافعي: "قال الإمام الشافعي: أصل ما أنهب إليه أن كل عقد كان صحيحاً في الظاهر لم أبطله بهتمة ولا بعادة بين المتبايعين وأجزته بصحة الظاهر وأكره لهما النية إذا كانت النية لو أظهرت كانت تفسد البيع، وكما أكره للرجل أن يشتري السيف على أن يقتل به ولا يحرم على بائعه أن يبيعه ممن يراه أنه يقتل به ظلاً، لأنه قد لا يقتل به ولا أفسد عليه هذا البيع. وكما أكره للرجل أن يبيع المنب ممن يراه أنه يعصره خمرًا ولا أفسد البيع إذا باعه إياه لأنه باعه حلالاً، وقد لا يمكن أن يجعله خمرًا أبدًا.. وكما أفسد نكاح المتعة، ولو نكح رجل امرأة عقداً صحيحاً وهو ينوي أن لا يمسكها إلا يوماً أو أقل أو أكثر لم أفسد النكاح، إنما أفسده أبداً بالعقد الفاسد"⁽²⁾.

ومن هذا النص يتضح أن الإمام الشافعي، لا يبطل عقد البيع وما في معناه كالنكاح، لسبب باعث على العقد إلا إذا تحقق لديه أثناء التعاقد أنه فاسد ومحرم، لأنه يستبعد التحكم في مقاصد العاقد ونواياه، حتى يعبر عنها بصراحة، أو يكون العقد فاسداً شرعاً بطبيعته.

وجاء في مختصر الطحاوي* (ص 280): "ومن كان له عصير فلا

(1) مصادر الحق (3/4).

(2) الأم (74/3) طبع دار المعرفة - بيروت -.

* ذكر القاضي نسبته في تكملة الحاشية فقال: أبو جعفر أحمد بن محمد بن سلامة بن سلي الأزدي الحنكاري المصري للحلواني نسبة إلى طحا قرية بمصر الحنكاري نسبة، محدث حافظ مؤرخ من مؤلفه: أحكام القرآن، المختصر في الفقه، الاختلاف بين الفقهاء، المحامير والسجلات، وإتباع الكبر. (الفقرة الثانية من مجموع المؤلفين، تأليف عمر رضا كحالة).

(1) مصادر الحق (6/14) وما بعدها.
(2) المغني (283/4 - 284).

يختلف كاختلاف المذاهب القانونية الوضعية، فبينما كانت ضافرة محدودة في المذهبيين : الحنفي والشافعي، كانت مزدهرة واسعة في المذهبيين : المالكي والحنبلي، فأشبه المذهبيين الأولين في ضيق هذه النظرية الفقه الوضعي الجرمانى، وأشبه المذهبيين الأخيرين في السعة والحرية الفقه الوضعي اللاتيني، وذلك تمشياً مع العوامل الدينية والثقافية والأدبية التي لها الغلبة والاعتبار في الفقه الإسلامي⁽¹⁾.

وبهذا يتأكد لدينا أن الفقه الغربي تأثر بالفقه الإسلامي في جبه نظرية السبب وتطويعها واخراجها إلى الوجود في هذه الحالة الجديدة وإلا كيف يمكن أن يجرى هذا الاتفاق بين الاتجاه الجرمانى في العمل بالسبب الباعث إذا صرح به، ووقع عليه الاتفاق أثناء العقد، فيعطل العقد... وإلا كان صحيحاً، وبين اتجاه المذهبيين : الحنفي والشافعي.. وكذلك الاتفاق المتقابل بين الفقه الغربي اللاتيني في العمل بالسبب الباعث وفق النية والقصد، وبين المذهبيين : المالكي والحنبلي المتأهلين في هذا الاتجاه.

ولعله لا يمكن أن نقول : إن هذا الوفاق من باب توارد الخواطر، لأن توارد الخواطر إلى هذا القدر من الانسجام، وبهذا التقسيم بين الاتجاهين يستبعد العقل. كما لا يمكن أن نقول : إن الفقه الإسلامي تأثر في نظرية السبب بالفقه الغربي، لأن هذه النظرية حديثة، يرجع تاريخ تطويعها - كما سبق - إلى القرن 17 فما بعد، بينما الفقه الإسلامي ظهر مراكباً لظهور الإسلام.

فلا يبقى معنا من الأدلة على هذا الترابط بين الفقهاء، في فكرة السبب

(1) مصادر الحق (3/4)، يقبل بها ورد في النظرية العامة للموجبات والعقود المذكور مسجى محمدي (ص 345 - 347). وبما ورد في البحث القديم د. حمدي شبيها ماء العتيق في مجلة دار الحديث الحسنية العدد 6 (صفحات : 186 و 187 و 194).

حديث مسلم أن من الكباير شتم الرجل والديه من كتاب الإيمان فيه حجة لمن منع بيع العنب لمن يعصره خمرًا، وبيع ثياب الحرير ممن لا يلبسها وهي لا تحل له⁽¹⁾.

وكما يشترط وجود السبب أو الغرض المقصود، كباعث مشروع في العقد، يشترط دوامه واستمراره أثناء قيامه، كما يفهم من قضية عرضت على مجلس المشاورين في قرطبة، وخلاصتها : أن رجلاً استدان من زوجته ثلاثين ديناراً وأمهله لمدة خمس سنين، ولكنه طلقها بعد سنة ونصف، فقاضته زوجته تطلب حلول الدين وسقوط الأجل، فرفع القاضي أمرها إلى ذلك المجلس فافق ابن عتاب لمصلحتها، معللاً بأن هذا الاتفاق كان ملحوظاً فيه ود الزوجية واستدامة الصحية، فأما وقد انفصمت، فقد زال السبب الموجب للتأجيل⁽²⁾. وبمعنى هذه القضية، هبة المرأة لزوجها صداقها - أو وضعها شيئاً منه - إذا سالها ذلك، فإن سببها طلب استدامة النكاح فإن طلقها قلها الرجوع فيها⁽³⁾.

والاتجاه المالكي والحنبلي هذا في السبب، بمعنى الباعث والقصد والنية في العقد والتصرف، هو الموافق لطبيعة الفقه الإسلامي الذي تتغلب فيه العوامل الدينية والثقافية، ويقتضي الاعتداد بشرف النوايا وطهارتها... ويشبهه في كثير من هذه المزايا بالقياس إلى نظرية السبب الفقه اللاتيني والقضاء الفرنسي، في مجال الأخلاق والآداب الاجتماعية العامة⁽⁴⁾.

وخلاصة القول، أن موقف المذاهب الإسلامية لا روعة إلى نظرية السبب،

(1) مواهب الجليل (267/4)، الفروق (238/3).

(2) تبصرة الحكام (6/2)، النظرية العامة للموجبات والعقود (ص 349).

(3) القواعد لابن رجب (القاعدة : 150 ص 322)، والبهجة شرح التحفة (65/2).

(4) مصادر الحق (52/4).

المبحث الثاني مقارنة القانون الوضعي بالفقه الإسلامي في غيوب الرضا

تقديم:

- الأهلية وانتفاء عيوب الرضا :

صحة التراضي : اصطلاح قانوني حديث، يفيد أن المتعاقد - لأجل أن يتعقد العقد صحيحاً - لابد أن يصدر منه التعاقد وهو ذو أهلية معتبرة في مجال التصرف بالأخذ والمطاء : أي أن تكون أهليته كاملة الأداء، من دون أن يعترضها مانع من الواضع : كالصغر وفقدان التمييز، أو نقصانها، كما يعني صحة التراضي كذلك، أن يكون العاقد ذا إرادة حرة أثناء انعقاد العقد، لم يؤثر فيها مؤثر يجعلها معيبة وفاسدة الرضا والاختيار

والفقه الوضعي يوافق الفقه الإسلامي في نتائج ما يهدف إليه هذا المصطلح (صحة التراضي)، وإن اختلفا في الاستقراء ووسائل البحث للوصول إليه.

وصحة التراضي غير وجوده، فقد يوجد التراضي بتطابق إرادتين.. ولكي لا يكفي لانعقاد العقد، بل لابد أن يكون التراضي مع ذلك صحيحاً، ولا يكون صحيحاً إلا إذا صدر من ذي أهلية معتبرة، غير مشوبة بعيب من عيوب الرضا.

والأهلية في أغلب البلدان العربية يسري عليها قانون الأحوال الشخصية وهي مأخوذة في الغالب من الفقه الإسلامي، لذلك لا حاجة لمقارنته بالقانون الوضعي في مسائلها، ما دام هذا القانون لا محل لتطبيقه في هذه المسائل.

وفي شبهاتها من المسائل، إلا القول، بأن الفقه الغربي أخذها واقتبسها من مصادر الفقه الإسلامي التي أطلع عليها المستشرقون، والتي كانت وما تزال موجودة بكثرة في خزائنها ومكتباتهم⁽¹⁾.

هذا شيء طبيعي، أن تتأثر أمة بما عند أمة أخرى، فتأخذ منها وتعطي، ولكن الشيء الذي لا يستساغ هو أن تكون أمة عالة على أخرى في شيء موجود ومتوفر عندها في أصالتها.. فتأخذها ناقصاً، كما فعل مشرع قانون الالتزامات والعقود الغربي، حينما أخذ بنظرية السبب التقليدية عن القانون المدني الفرنسي⁽²⁾، ولم يتعداها إلى الأخذ عنه بنظرية السبب الحديثة، وهي التي تعني السبب الباعث، الذي هو موجود أصلاً في المذهب المالكي، مذهب الأمة الغربية.

(1) مصادر الحق (53/4)، يقابل بها ورد في النظرية العامة للعقود للموجبات والمقود، للمذكور صبحي كحيماني (ص 345 - 347)، وبما ورد في البحث القيم د. حملائي شبيها ماء العينية في مجلة دار الحديث الحسنية العدد 6 (صفحات : 186 و 193 و 194).

(2) في المواد من 62 إلى 65 - نظرية الالتزامات للمون الكريزي (173/1).

الغلط : وهم يقوم في ذهن الشخص فيصور له الأمر على غير حقيقته ويكون هو الدافع إلى التعاقد⁽¹⁾.

والقانون الوضعي نظرية قديمة في الغلط يقال لها : النظرية التقليدية وهي نظرية جاءت من القانون الفرنسي القديم، وتلقاها الفقه الفرنسي التقليدي.

وهذه النظرية تقسم الغلط بحسب تأثيره في صحة العقد إلى ثلاثة أنواع :

- النوع الأول : الغلط الذي يجعل العقد باطلا بطلانا مطلقا، وهو الغلط المانع. ومن أمثلته : أن يقع في طبيعة العقد، كأن يعطي شخص لآخر شيئا كي يودعه عنده فيعتقد الآخر أنه هبة، أو يقع في ذات المحل، كأن يوجر المالك شقة فيعتقد المستأجر أنه يستأجر شقة أخرى.

وهذا النوع من الغلط يعدم الإرادة. فحقيقته : أن توافق الإرادين لم يتم في شأن ركن من أركان العقد، فيكون ركن التراضي غير موجود، ومن ثم يقع العقد باطلا⁽²⁾.

والنوع الثاني : الغلط الذي يجعل العقد للإبطال، ويكون في حالتين : الأولى حالة وقوع الغلط في مادة الشيء ذاتها محل الالتزام، وهذا هو تعبير المادة : 11 مدني فرنسي. كأن يشتري شخص شيئا يعتقد أنه من فضة خالصة ثم يتبين أنه من نحاس مطلي بالفضة... والثانية : حالة وقوع الغلط في شخص التعاقد الآخر إذا كانت شخصيته محل اعتبار في العقد... ويكون شخصية التعاقد محل اعتبار أمر يتوقف على قصد التعاقدين، وهو

ومن ثم ندع الألفية، ونقتصر على الكلام في عيوب الرضا⁽¹⁾.

عيوب الإرادة بين الفقهاء :

الإرادة المعية هي إرادة موجودة تعلقت بمحلها في العقد، ولكنها ما كانت لتتعلق به لو أنها كانت على هدى، أو كانت مختارة، ومن ثم فهي معيبة.

والعقد في حالة الإرادة المعية موجود منعقد، لأن الإرادة موجودة وقد تعلقت بمحلها، ولكنه غير صحيح وقابل للإبطال، فيجوز للمتعاقد الذي شاب العيب إرادته أن يبطله، وللعقد مع عيب الإرادة كذلك أحوال في الفقه الإسلامي : كالإبطال، والوقف، وخيار الفسخ، كما سنتعرف عنها في موضعها من هذا البحث.

وجواز إبطال العقد، أو وقفه، أو إعطاء خيار الفسخ فيه، للعيب الذي شاب الإرادة، جاء جزءا لنتيجة هذا العيب، وحماية لصاحب الإرادة المشوبة من أن يلتزم بعقد لم يرده إرادة صحيحة.

وفي مجال المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، في عيوب الإرادة، نكتفي بالحديث على أنواع ثلاثة من العيوب : 1- الغلط. 2- التدليس. 3- الإكراه.

المطلب الأول : الغلط

1- الغلط في القانون الوضعي :

(1) نظرية العقد د. الصدة (ص 225).

(2) نفس المرجع (ص 225 - 229). مصادر الحق (98/2 - 99). نظرية العقد للدكتور السنهوري

كذلك (ص 351 - 353).

(1) مصادر الحق (97/2). نظرية العقد للدكتور الصدة (ص 214).

الشيء". كذلك الغلط في القيمة، أو الغلط في الباعث قد يكون غلطاً جوهرياً يؤثر في صحة العقد.

ومن ثم أصبح الغلط يؤثر في صحة العقد أو لا يؤثر تبعاً لما إذا كان غلطاً جوهرياً أو غير جوهري. والغلط الجوهري هو الذي يبلغ في نظر المتعاقد الذي وقع في الغلط حداً من الجسامّة، بحيث كان يمتنع عن إبرام العقد لو كان على بينة من أمره ولم يقع في الغلط، سواء في ذلك أن يقع الغلط في الشيء، أو في الشخص، أو في القيمة أو في الباعث⁽¹⁾.

وقد أخذت التقنيات المدنية العربية، عن هذه النظرية الحديثة في الغلط، التي تمتزج فيها المعايير الذاتية بالمعايير الموضوعية، فجاءت نصوصها صريحة في هذا المعنى كما في المواد: "120 و121 مدني مصري وليبي و121 و122 مدني سوري"، و120 تجاري كويتي و106 و107 مدني سوداني ومن مواد: 39 إلى 42 من قانون الالتزامات والعقود المغربي.

من شروط وجود الغلط في القانون الوضعي:

يشترط لوجود غلط يعيب الإرادة حسب نصوص التقنيات العربية

الماخوذة عن القانون الفرنسي الغربي، شرطان:

الأول: أن يكون غلطاً جوهرياً لدى المتعاقد الواقع في الغلط، بحيث لو تبينه على حقيقته ما تعاقّد، وبذلك يجعل الإرادة معيبة، مع مراعاة أنه لا يقع على ركن في العقد، لأنه حينئذ يجعل الإرادة غير موجودة.

ورد في المادة: 39 من ق. ل. ع. المغربي ما يأتي:

"يكون قابلاً للإبطال الرضا الصادر عن غلط،"

⁽¹⁾ مصادر الحق (98/2 - 100)، نظرية العقد. د. الصدة (ص 225 وما بعدها).

يتحقق غالباً في عقود التبرعات وقد يتحقق في عقود المعاوضات، كما في عقد الشركة وعقد المزارعة، والتعاقد مع أحد الفنين ذوي المهارة الخاصة.

النوع الثالث: الغلط الذي لا يؤثر في صحة العقد وهو: غلط في صفة غير جوهريّة، كما إذا اشترى شخص كتاباً وهو يعتقد أن ورقه من نوع معين، ثم يتبين أنه من نوع آخر. أو كان غلطاً في شخص المتعاقد ولم تكن شخصيته محل اعتبار في العقد، كان يؤثر شخص آخر شقة يعتقد أنه زميل له في المصلحة التي يعمل فيها، ثم يتضح أنه ليس كذلك، أو وقع الغلط في قيمة الالتزام كما إذا باع شخص شيئاً قيمياً بثمن بخس لأنه يجهل قيمته، أو وقع الغلط في الباعث على التعاقد، كما إذا اشترى شخص سيارة معتقداً أن سيارته سرقة، ثم اتضح أنها موجودة ولم تسرق⁽¹⁾.

هذه نماذج من أمثلة النظرية التقليدية للغلط في الفقه الغربي، ولكن القضاء والفقه الفرنسيين، طوراها إلى نظرية حديثة مناسبة لمعاملات العصر وهي:

النظرية الحديثة في الغلط:

طور القضاء في فرنسا - وتبعه الفقه الفرنسي المعاصر - النظرية التقليدية في الغلط، فاستبعد منها النوع الأول، وهو الغلط المانع الذي يجعل العقد باطلاً، لأنه يتصل بوجود التراضي لا بصحته. وهدم الحاجز الذي كان بين النوعين: الثاني والثالث، واستبدل فيهما المعيار الموضوعي بمعيار ذاتي. فالغلط في مادة الشيء - مثلاً - معيار موضوعي محض، هجره القضاء والفقه إلى معيار ذاتي هو الأوصاف الرئيسية التي اعتبرها المتعاقدان في الشيء واستبعدت معيار "مادة الشيء" عبارة "الصفة الجوهرية في

⁽¹⁾ نفس المرجع السابق.

وللمادة 2/120 تجازي كويتي، والمادة 106 مدني سوداني في هذا الصدد على أنه: "إذا وقع التعاقد في غلط جوهري جاز له أن يطلب إبطال العقد، إن كان التعاقد الآخر قد وقع مثله في هذا الغلط، أو كان على علم به، أو كان من السهل عليه أن يتبينه".

ونصت المادة 119 مدني عراقي على أنه: "لا يجوز للمتعاقد الذي وقع في غلط أن يتمسك به إلا إذا كان التعاقد الآخر قد وقع في نفس الغلط أو كان على علم به أو كان من السهل عليه أن يتبين وجوده" (1).

(ب) الغلط في الفقه الإسلامي:

جاءت فكرة الغلط في الفقه الإسلامي مستفردة مبعثرة، ذلك أن الفقه الإسلامي فقه موضوعي واقعي، بينما الغلط شيء نفسي ذاتي، وهم الفقهاء منصرف إلى استقرار التعامل بين الناس وانضباطه، يقدر ما هو متجه إلى احترام الإرادة الحقيقية للمتعاقدين.

ولذلك تدرجت عيوب الإرادة في الفقه الإسلامي تصاعدياً من اللاتية إلى الموضوعية هكذا:

الغلط والتليس، والإكراه.

فالغلط هو أشد هذه العيوب ذاتية، لأنه وهم يقوم بالنفس... ثم يليه التليس يتدرج بقدر معين من اللاتية إلى الموضوعية. ثم يليه الإكراه فيتدرج بقدر أكثر إلى الموضوعية، بالرغم أنه رهبة تقوم بالنفس، لأن مصدر هذه الرهبة يكون في العادة شيئاً مادياً.

والفقه الإسلامي يعتد بهذه العيوب جميعاً، ولكن بترتيب عكسي، فأكبر

وفي المادة: 40 الغلط في القانون يحول إبطال الالتزام:

1- إذا كان هو السبب الوحيد أو الأساسي

2- إذا أمكن المذر عنه

وفي المادة: 41 - يحول الغلط الإبطال، إذا وقع في ذات الشيء أو في نوعه أو في صفة فيه كانت هي السبب الدافع إلى الرضا.

وفي المادة: 42 الغلط الراجع على شخص أحد المتعاقدين أو على صفته لا يحول الفسخ إلا إذا كان هذا الشخص أو هذه الصفة أحد الأسباب الدافعة إلى صدور الرضا من التعاقد الآخر (1).

ونصت المادة 121 مدني مصري وليبي، والمادة 122 مدني سوداني،

وللمادة 2/120 تجازي كويتي، والمادة 107 سوداني على أنه:

"1- يكون الغلط جوهرياً إذا بلغ حداً من الجسامة بحيث يمنع معه التعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط.

2- ويعتبر الغلط جوهرياً على الأخص: أ) إذا وقع في صفة للشيء تكون جوهرياً في اعتباره للمتعاقدين، أو يجب اعتبارها كذلك لا يلبس العقد من ظروف وما ينبغي في التعامل من حسن النية.

ب) إذا وقع في ذات التعاقد أو في صفة من صفاته، وكانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسي في التعاقد" (2).

الثاني: أن يكون الغلط داخلياً في نطاق العقد، بمعنى أن يكون التعاقد

الآخر على علم به، وفي هذا المعنى:

نصت المادة 210 مدني مصري وليبي، والمادة 121 مدني سوداني،

(1) نظرية الالتزام... د. البرعي (ص 99 - 100).

(2) نظرية العقد... المصدة (ص 233 - 234).

أرادته العاقد كان فالحشا، فإن الغلط هنا يكون مانعاً أيضاً، كما إذا باع داراً من أجر فإنها بها من لبن..

فمثل هذا الغلط مانع من انعقاد العقد، سواء كان الجنس مختلفاً أم متحداً مع تفاخس في التفاوت. وحكم الغلط المانع هو أن يمنع انعقاد العقد، فيكون العقد باطلاً⁽¹¹⁾.

ومن أمثلة هذين الصنفين، ما جاء في البائع: "وعلى هذا يخرج ما إذا قال: بعثت هذا الباقوت بكذا فإنما هو زجاج، أو قال: بعثت هذا الفص على أنه باقوت بكذا فإنما هو زجاج، أو قال: بعثت هذا الثوب الهروي بكذا فإنما هو مروي، أو قال بعثت هذا الثوب على أنه مروي فإنما هو مروي، لا ينقد البيع في هذه المواضع، لأن المبيع معدوم... وكذا لو باع داراً على أن يبنها أجر فإنما هو لبن، لا ينقد لأنهما يتقاربان في المنفعة تقارواً فالحشا، فكانا كالجنسين المختلفين..."⁽¹²⁾

مقارنة الفقه الإسلامي بالقانون الوضعي في الغلط المانع:

يتضح مما سبق أن الغلط المانع في الفقه الإسلامي أوسع منه في القانون الوضعي. فالغلط في الفقه الإسلامي يكون مانعاً حتى لو اتحد الجنس إذا تفاخس التفاوت في المنفعة.. أما في القانون الوضعي، فقد يتفاخس التفاوت في المنفعة، بل قد يختلف الجنس - كمن يشتري شيئاً من فضة فإنها به نحاس - ويبقى الغلط مع ذلك غير مانع من تكوين العقد، ويقتصر على جطه قابلاً للإبطال⁽¹³⁾.

(11) مصادر الحق (104/2 - 105).

(12) البائع (139/5 - 140).

(13) مصادر الحق (109/2 - 110).

ما يعتقد به الإكراه، حتى عقد له بيا قائماً بذاته يتميز به عن سائر الموضوعات، بل ألف فيه بعضهم كتاباً مستقلاً (البسوط للسرخسي جزء 24 ص 40)، ويعتد بعد الإكراه بالتفليس، فالتفليس له قوام في الفقه الإسلامي بل هو معروف في بعض المذاهب بهذا الاسم بالذات، والغلط أقل عيوب الإرادة بروزاً في الفقه الإسلامي، إذ هو أكثر العيوب نزعة ذاتية⁽¹¹⁾.

أنواع الغلط في الفقه الإسلامي:

وموازاة للفقه الغربي، هناك كذلك في الفقه الإسلامي غلط في الشيء وهو أهم أنواع الغلط وأكثرها بروزاً... وغلط في الشخص، وغلط في القيمة، وغلط في القانون..

الغلط في الشيء:

يعرف الفقه الإسلامي الغلط المانع، وفوات الوصف المرغوب فيه، وكلاهما غلط في الشيء، ويميز بينهما تمييزاً دقيقاً.

أ) الغلط المانع:

- اختلاف الجنس أو اتحاده مع تفاخس التفاوت:

إذا وقع الغلط في جنس الشيء، بأن اعتقد أحد العاقدين أن المعقود عليه من جنس معين، فإنما به من جنس آخر، فإن هذا الغلط يمنع من انعقاد العقد، لأن المحل يكون معدوماً، كان يبيع باقوتاً فإنما به زجاج أو يبيع حنطة فإنما هي شعير.

وكذلك إذا اتحد الجنس، ولكن التفاوت بين حقيقة المعقود عليه وما

(11) مصادر الحق (104/2 - 105).

مقارنة بالفقه الغربي :

يتخصص من الامثلة السابقة أن فوات الوصف المرغوب فيه، في الفقه الإسلامي تستغرقه الصفة الجوهرية في الفقه الغربي دون أن تحقق عنده، فكل وصف مرغوب فيه يمكن أن يندرج تحت الصفة الجوهرية، لأن الصفة الجوهرية تتسع لأكثر من الوصف المرغوب فيه، وتمتد في بعض تطبيقاتها إلى منطقة الغلط المانع.

ويتضح من ذلك أن الغلط في الشيء ليس في الفقه الإسلامي، بأقل أثراً في سلامة العقد منه في الفقه الغربي، بل لعله يكون أبلغ أثراً، فقد رأينا أن اختلاف الجنس أو اتحاده مع تقاضش التباينات قد لا يكون في الفقه الغربي أكثر من غلط فس صفة جوهرية، فيقتصر على جعل العقد قابلاً للإبطال، وهو في الفقه الإسلامي يجعل العقد باطلاً أو فاسداً في بعض الأقوال⁽¹¹⁾.

الغلط في القانون في الفقه الإسلامي والفقه الغربي :

- الغلط في القانون في الفقه الغربي :

في الفقه الغربي، الغلط في القانون كالغلط في الواقع، يعيب الإرادة ويجعل العقد قابلاً للإبطال.

جاء في الفصل 40 من قانون الالتزامات والعقود المغربي :

الغلط في القانون يحول إبطال الالتزام :

1- إذا كان هو السبب الوحيد أو الأساسي.

2- إذا أمكن العذر عنه.

جاء في قانون الالتزامات والعقود المغربي :

- الفصل 41 : يحول الغلط الإبطال، إذا وقع في ذات الشيء أو في نوعه أو في صفة فيه كانت هي السبب الدافع إلى الرضا.

ب) فوات الوصف المرغوب فيه :

- التباينات في المنفعة دون تقاضش :

إذا اتحد الجنس الذي وقع فيه الغلط لأحد المتعاقدين، ولكن تباينت المنفعة دون تقاضش... فإن الأمر يقتصر على فوات وصف مرغوب فيه، فينعقد العقد صحيحاً نافذاً في هذه الحالة، ولكنه يكون غير لازم، إن يثبت خيار الوصف⁽¹¹⁾.

جاء في البدائع : " ولو قال بعتك هذا الثوب القز فإذا هو ملحوم ينظر إن كان سداه من القز ولحمته من غيره لا ينعقد، وإن كان لحمته من القز فالبيع جائز، لأن الأصل في الثوب هو اللحم، لأنه يصير ثوباً بها، فإذا كانت لحمته من غير القز فقد اختلف الجنس... وإذا كانت من القز فالجنس لم يختلف.. إلا أنه يثبت الخيار للمشتري، لأن كون السدي منه أمر مرغوب فيه⁽¹²⁾.

وجاء في المادة 310 من المجلة : إذا باع مالا يوصف مرغوب فظهر

البيع خالياً عن ذلك الوصف، كان المشتري مخيراً إن شاء فسخ البيع وإن شاء أخذ بجميع الثمن المسمى، ويسمى هذا خيار الوصف، مثلاً : لو باع بقرة على أنها حلوب فظهرت غير حلوب يكون المشتري مخيراً وكذا لو باع فصاً ليلاً على أنه ياقوت أحمر فظهر أصفر يخير المشتري "

(11) مصادر الحق (2/104-105).

(12) البدائع (140/5).

بالإطلاق وضده... وقالو لو لم تعلم الأمة بأن لها خيار العتق لا يطل بسكوتهما، ولو لم تعلم الصغيرة خيار البلوغ...⁽¹⁾

ومن تقصير التصرف فيما يجب علمه، وعدم إعناؤه بجهله، ما جاء في البدائع... كمن اشترى متقولا فطلب جاره الشفعة فطن المشتري أن له شفعة فسلم إليه، ثم أراد أحدهما أن يفض ذلك من غير رضا الآخر، لم يكن له ذلك، لأنه لا سلم إليه صار ذلك بيعا بينهما⁽²⁾

فالمشتري هنا ظن خطأ أن الشفعة تجوز في المتقول. وهذا جهل لا يعتبر عذرا، لأنه ينطوي على تقصير في جانب المشتري لوضوح الحكم، فلا يجوز له الرجوع في البيع الذي اندفع إليه بسبب هذا الجهل، ويكون البيع لازما⁽³⁾

هذا، وما كانت نصوص التقنين المدني العراقي أريد بها التوفيق بين أحكام الفقه الإسلامي والقانون الوضعي...، نورد هنا من هذه النصوص لتامة الفائدة ما يتعلق بالغلط كخلاصة في المواد التالية :

— المادة 117 : 1- إذا وقع غلط في محل العقد وكان مسمى ومشارا إليه، فإن اختلف الجنس تطبق العقد بالمسمى وبطل لانعدامه، وإن اختلف الجنس واختلف الوصف، فإن كان الوصف مرغوبا فيه، تعلق بالشا إليه ويعقد لوجوده إلا أنه يكون موقوفا على إجازة العقد. 2- فإذا بيع هذا الفص على أنه ياقوت فإذا هو زجاج، بطل البيع، ولو بيع هذا الفص ليلا على أنه أحمر فإذا هو أصفر، أو بيعت البقرة على أنها حلوب فظهرت غير حلوب يكون البيع موقوفا على إجازة المشتري.

⁽¹⁾ نفس المرجع (144/2 - 145).

⁽²⁾ البدائع (15/5).

⁽³⁾ مصادر الحق (146/2).

ومن أمثلته، أن يتعهد شخص بدفع دين طبيعي وهو يعتقد أن هذا الدين ملزم به مدنيا، وأن يهب رجل لملكته مالا وهو يعتقد أنه استردها لعصمته جاهلا أن الطلاق الرجعي يتقلب بانقضاء العدة، وأن يبيع وارث حصته في الشركة وهو يحسب أنه يرث الربح فإذا به يرث النصف⁽¹⁾

كل أصحاب هذه الأعداد يجوز لهم المطالبة بإبطال العقد، لوقوعهم في الغلط في القانون.

الغلط في القانون في الفقه الإسلامي :

في الفقه الإسلامي، يظهر أن الجهل بالقانون قد يصلح عذرا ويعتبر غلطا، إذا لم يكن المتعاقد الواقع في الغلط مقصرا، ولا حوسب على جهله ولم يعتد بخطئه في القانون.

والقصود من الجهل المخول للمطالبة بفسخ العقد والمعتبر عذرا، ما جاء في الأشباه والنظائر لابن نجيم الحنفي (ص 167 - 168).

"وأما الجهل فحقيقته عدم العلم من شأنه العلم، فإن قان اعتقاد

النقيض فهو مركب، وهو المراد بالشعور بالشيء على خلاف ما هو به. ولا فيسبب، وهو المراد بعدم الشعور وأقسامه على ما ذكره الأصوليون أربعة... والثاني الجهل في موضع الاجتهاد الصحيح، أو في موضع الشبهة... وأنه يصلح عذرا وشبهة، كالمحتجم إذا أفتى على ظن أنها فطرته. وكمن زنى بجارية والده أو زوجته على ظن أنها تحل له. والثالث الجهل في دار الحرب من مسلم لم يهاجر، وأنه يكون عذرا، ويلحق به جهل الشفيخ، وجهل الأمة بإعتاق، وجهل البكر ببنكاح ولي، وجهل الوكيل والمأنون

⁽¹⁾ مصادر الملحق (112/2 - 143).

يعيب الإرادة بحيث يخلق في ذهن المتعاقد غملاً يدفعه فيدفعه إلى التعاقد.. ولكن مع ذلك يبقى التدليس متميزاً بطرقه الاحتياطية، فلا تغني عنه نظرية الغلط الذي قد يحدث نتيجة مجرد وهم لا دخل للطرق الاحتياطية فيه.

شروط التدليس :

شروط التدليس وفق نصوص التقنيات العربية ثلاثة :

1- استعمال طرق احتياطية.

2- أن يكون التدليس هو الدافع إلى التعاقد.

3- أن يكون التدليس صادراً من المتعاقد الآخر، أو يكون له به صلة عن طريق العلم أو المواطاة.

ونظرية التدليس في التقنيات المدنية العربية الحديثة تنقسم إلى

طائفتين :

- الطائفة الأولى تشمل قانون الالتزامات والعقود المغربي، حيث نص

الفصل 52 منه على: "أن التدليس يخلو الإبطال إذا كان ما لجأ إليه من الحيل أو الكتمان أحد المتعاقدين أو نائبه أو شخص آخر يعمل بالتواطؤ معه قد بلغت في طبيعتها حدا بحيث لو لاها لا تعاقد الطرف الآخر، ويكون للتدليس الذي يباشره الغير نفس الحكم إذا كان الطرف الذي يستفيد منه عالماً به".

ونصت المادة 125 من التقنين المدني المصري على أنه :

"1- يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو نائب عنه من الجسامّة بحيث لو لاها لا أبرم الطرف الثاني العقد. 2- يعتبر تدليسا السكوت عمداً عن واقعة أو ملابسة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة" (1)

- المادة 118 : لا عبرة بالظن البين خطأه، فلا ينعقد العقد.

1- إذا وقع غلط في صفة الشيء تكون جوهرية في نظر المتعاقدين،

أو يجب اعتبارها كذلك، للظروف التي تم فيها العقد ولا ينبغي في التعامل من حسن النية. 2- إذا وقع غلط في ذات التعاقد أو في صفة من صفاته،

وكانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الوحيد أو السبب الرئيسي في التعاقد. 3- إذا وقع غلط في أمور تبين نزاهة المعاملات للمتعاقد الذي

يتمسك بالغلط أن يعتبرها عناصر ضرورية للتعاقد.

المادة 119 : لا يجوز للمتعاقد الذي وقع في غلط أن يتمسك به، إلا إذا

كان المتعاقد الآخر قد وقع في نفس الغلط، أو كان على علم به، أو كان من السهل عليه أن يتبين وجوده.

المادة 120 : لا يؤثر في نفاذ العقد مجرد الغلط في الحساب ولا الغلط

المادي، وإنما يجب تصحيح هذا الغلط (1).

المطلب الثاني : التدليس

(أ) التدليس في الفقه الغربي :

التدليس، أو التتغير كما يسميه القانون العراقي أخذاً عن الفقه الإسلامي، أو الخداع كما يسميه القانون اللبناني هو : استعمال حيلة تدفع المتعاقد في غلط يدفعه إلى التعاقد.

التدليس والغلط :

هناك علاقة بين التدليس والغلط في القانون الوضعي، لأن التدليس

(1) مصادر الحق (146/2 وما بعدها)، نظرية العقد د. الصدة (ص 254 - 255).

(1) هامش مصدر الحق (146/2)، نظرية العقد للدكتور الصدة (ص 231).

ويتضح من هذا أن القانون العراقي عمل على التوفيق بين نظرية التدليس في القانون المصري والقوانين العربية الماثلة، وأحكام الفقه الإسلامي في هذا الشأن.. فهو لا يعتقد بالتدليس (التغريس) إلا إذا اقترن به غبن، فإن كان الغبن فاحشاً أصبح العقد موقوفاً على إجازة العاقد المغبون⁽¹⁾، وإن كان الغبن يسيراً كان العقد نافذاً واقتصر حق العاقد المغبون على الرجوع بالتعويض، وكذلك إذا كان هناك غبن فاحش، ولكن استهلك الشيء قبل العلم بالغبن أو هلك أو حدث فيه عيب أو تغيير جوهري، كان العقد نافذاً واقتصر حق العاقد المغرور على الرجوع بالتعويض⁽²⁾.

ومن أمثلة الطرق الاحتمالية، أن يظهر شخص بمظهر اليسار على غير الحقيقة ويتحل لنفسه صفات يكون من شأنها أن تخدع المتعاقد ككشف حسابات في البنوك، أو تقديم عقود إيجار مبالغ فيها لرفع ثمن العقارات إلى أكثر مما تستحق.

والأصل أن مجرد الكذب والكتمان لا يكفي لقيام التدليس، إذ من المألوف أن التاجر عادة يبالغ في مدح بضاعته إلى حد الكذب. وكذلك الكتمان ليس على المتعاقد أن يدلي إلى من يتعاقد معه بكل ما يتعلق بالتعاقد، وإلا كان في هذا حرج شديد.

ولكن إذا انصب الكذب على واقعة معنية لها اعتبارها في التعاقد فإنه يعتبر تدليساً.. كأن يعطي شخص بيانات غير صحيحة عن كفايته وخدماته السابقة بقصد التحايل للحصول على عمل.. أو يعطي بيانات كاذبة عن تاريخ صنع السيارة المؤمن عليها وتاريخ شرائها.

والكتمان قد يعتبر تدليساً يجيز للمتعاقد الواقع فيه إبطال العقد

(1) مصادر الحق (147/2)، نظرية العقد - المدة (ص 261).

ونصت أيضاً المادة : 126 مدني مصري وليبي و 127 مدني سوري والمادة 123 تجاري كويتي والمادة 112 مدني سوري على أنه : إذا صدر التدليس من غير المتعاقدين فليس للمتعاقد الدلس عليه أن يطلب إبطال العقد ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم، أو كان من المفروض حتماً أن يعلم بهذا التدليس .

والطائفة الثانية تشمل التقنين المدني العراقي، وهو يوفق بين نظرية التدليس في القانون المصري وأحكام الفقه الإسلامي في هذا الشأن حيث يقرن المعيار الشخصي بمعيار موضوعي، فلا يعتقد بالتدليس إلا إذا اقترن به غبن، مع التفرقة في هذا بين الغبن الفاحش والغبن اليسير.. فجاءت نصوصه في هذا الصدد مزيجاً من الفقه الغربي والفقه الإسلامي⁽¹⁾.

فنصت المادة 1/121 مدني عراقي في هذا الصدد على أنه : "إذا غرر أحد المتعاقدين بالآخر وتحقق أن في هذا العقد غبناً فاحشاً كان العقد موقوفاً على إجازة العاقد المغبون (أنظر المادة 357 من المجلة والمادة 438 من مرشد الحيران. فإذا مات من غرر بغبن فاحش تنتقل دعوى التغريس لوارثه (فان الحيران. 358 من المجلة والمادة 440 من مرشد الحيران)..

ونصت المادة 123 منه على أنه " يرجع العاقد المغرور بالتعويض إذا لم يصبه إلا غبن يسير أو أصابه غبن فاحش ولكن التغريس لا يعلم به العاقد الآخر، ولم يكن من السهل عليه أن يعلم به، أو كان الشيء قد استهلك قبل العلم بالغبن أو هلك أو حدث فيه غيب أو تغيير جوهري ويكون العقد نافذاً في جميع هذه الأحوال " (أنظر فيما يتعلق بالجزء الأخير من هذا النص المادة 360 من المجلة والمادة 442 من مرشد الحيران).

(1) المواد : 121 - 123 مدني عراقي.

ومن أمثلة التغيرير باستعمال طرق احتيالية، ما جاء في شرح الحطاب :
"التغيرير الفعلي كالشرطي، وهو أن يفعل البائع في المبيع فعلا يظن

به المشتري كمالا فلا يبرجده، قاله ابن شاس، وهو أحسن من قول التوضيح
والشاح وهو أن يفعل البائع في المبيع فعلا يستتر العيب فقط، وشمول
الفعل لا يستتر عيبا وإنما يظهر كمالا... ومنه صيغ الثوب القديم ليظهر أنه
جديد... ومنه.. من ابتاع ثيابا فرقم عليها أكثر مما ابتاعها به وباعها برفعها
ولم يقل قامت علي بكذا، شدد مالك كراهة فعله واتقى فيه وجه الخلافة، ابن
زمين : إن وقع خير فيه مبتاعه، وإن فات رد بقيمته...⁽¹⁾

وجاء في الشرح الكبير على متن المنع بهامش المغني من الفقه
الحنبلي: " خيار التدليس بما يزيد الثمن كتحصرية اللين في الضرع، وتحمير
وجه الجارية وتسويد شعرها وتجعيده، وجمع ماء الرحي وإرساله عند
عرضها، فهذا يثبت للمشتري خيار الرد...⁽²⁾

- ومن أمثلة التدليس عن طريق الكذب، ما جاء في القوانين الفقهية
لابن جزي : " لا يجوز الكذب في التعريف بالثمن، فإن كذب ثم اطلع
المشتري على الزيادة في الثمن، فالمشتري مخير من أن يمسك بجميع الثمن
أو يرده، إلا أن يشاء البائع أن يحط عنه الزيادة وما يثربها من الربح ويلزمه
الشراء، وقال أبو حنيفة لا يلزمه⁽³⁾

والتدليس قد يقع كذلك عن طريق الكتمان الذي هو عمل سلبي محض،
في الفقه الإسلامي، كما في بیاعات الأمانة. فقد ورد في القوانين الفقهية
كذلك أنه: " لا يجوز الغش في المراجعة ولا غيرها، ومنه أن يكتم من أمر

(1) مواهب الجليل (437/4 - 438).

(2) الشرح الكبير (73/4 - 74).

(3) القوانين الفقهية (ص 226 - 227).

وفسخه إذا أوجبت الظروف والملايسات المحيطة بالعقد الكشف والبيان عن
أمر له خطره على التعاقد الآخر : كما لو أن شخصا باع لآخر منزلا وكتب
عنه أن هذا المنزل قد شرع في نزع ملكيته للمنفعة العامة، فإن هذا الكتمان
يعتبر تدليسا، كما سبق التنصيص على ذلك في المادة 125 من التقنين المدني
(1)
المصري .

ب) التدليس أو التغيرير في الفقه الإسلامي :

التدليس أو التغيرير في الفقه الإسلامي أكثر بروزا من الغلط. وسبب
بروز التغيرير هو أن هذه النظرية لا ضير منها على استقرار التعامل لأن
التغيرير ليس كالغلط شيئا نفسيا ينطوي عليه الضمير قد يعلم به التعاقد الآخر
وقد لا يعلم به. إذ الدلاس في العادة هو أحد المتعاقدين فيعلم ضرورة بما
وقع فيه التعاقد الدلاس عليه من الغلط، بل كان هو المتسبب فيه، وحتى إذا
كان التدليس قد صدر من الغير، فإن هذا الغير لا بد أن يكون متواطئا مع
العاقد نفسه، أو في القليل لا بد أن يكون العاقد قد علم بالتدليس الصادر من
الغير أو أن يكون في استطاعته أن يعلم ذلك.

ففي نظرية التغيرير إذن يمكن التوفيق، في كثير من اليسر، بين احترام
الإرادة الحقيقية واستقرار التعامل.

لذلك وصل الفقه الإسلامي في هذه النظرية إلى مدى بعيد، لا يقل عن
المدى الذي وصل إليه الفقه الغربي، فهو يعرف التغيرير باستعمال طرق
احتيالية، ويعرفه عن طريق مجرد الكذب، بل يعرفه عن طريق محض
الكتمان، ثم هو - كالفقه الغربي - يعتقد بالتدليس الصادر من الغير .⁽²⁾

(1) مصادر الحق (147/2)، نظرية العقد د. الصمد (ص 261).

(2) مصادر الحق (149/2).

- المادة 123 - يرجع العاقد الغرور بالتعويض إذا لم يصبه إلا غبن يسير، أو أصابه غبن فاحش وكان التعبير لا يعلم به العاقد الآخر ولم يكن من السهل عليه أن يعلم به، أو كان الشيء قد استهلك قبل العلم بالغبن أو هلك أو حدث فيه غيب أو تغيير جوهري ويكون العقد نافذا في جميع هذه الأحوال.⁽¹⁾

المطلب الثالث: الإكراه في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

الإكراه في الفقه الإسلامي هو حمل الغير على ما لا يرضاه (فتح الغفار جزء 3 ص 119). وفي القانون الوضعي هو: ضغط تتأثر به إرادة الشخص فيندفع إلى التعاقد. ولا يعد الإكراه الإرادة، ولكن يفسدها.

وللإكراه في القانون الوضعي - كما للتدليس - ناحيتان: ناحية ينظر فيها إلى الإكراه كعيب من عيوب الإرادة فيؤثر في صحة العقد، وناحية أخرى ينظر فيها إلى الإكراه كعمل غير مشروع صدر من المكره يستوجب مسؤوليته، فيكون ملزماً بالتعويض لن وقع عليه الإكراه⁽²⁾.

والفقه الإسلامي يوافق القانون الوضعي في مضمون الناحية الأولى حسب نهجه الواسع في معالجة الإكراه، ويتميز القانون الوضعي بإلزام المكره بالتعويض كما في مضمون الناحية الثانية.

من نصوص التقنيات المدنية العربية في الإكراه: **التقنين** نصوص التقنيات المدنية العربية في الإكراه متماثلة، إلا أن التقنين المدني العراقي قد وفق في نصومه بين أحكام الفقه الإسلامي وأحكام الفقه الغربي.

سلعته ما يكرهه المشتري، أو ما يقل رغبته فيها وإن لم يكن عيباً كطلو بقائها عنده أو تغيير سوقها... فإن فعل ذلك فالشعري مخير بين أن يمسكها بجميع الثمن أو يرد كمسألة الكلب...⁽¹⁾

التدليس الصادر من الغير:

- وكذلك التدليس الصادر من غير العاقد، يعرفه الفقه الإسلامي ويجازي بخيار الفسخ عليه، إذا اشتمل على غبن فاحش، وكان فيه العاقد المدلس عليه ضحية خديعة الناجش أو الدلال المتواطئ مع العاقد المدلس، كما جاء في الشرح الكبير: "لكن إن كان في البيع (مع النجش) غبن لم تجر العادة بمثله، فلمشتري الخيار والإمضاء، كما في تلقي الركبان، فإن كان يتغابن بمثله فلا خيار له..."⁽²⁾

وكخلاصة للتوفيق بين الفقه الإسلامي والفقه الغربي، ننقل هنا في التدليس كما فعلنا في الغلط نصوص التقنين المدني العراقي في:

- المادة 1/121 - إذا غرر أحد المتعاقدين بالآخر، وتحقق أن في العقد غبناً فاحشاً، كان العقد موقوفاً على إجازة العاقد المغبون. فإذا مات من غرر بغبن فاحش تنتقل دعوى التعبير لوارثه. 2- ويعتبر تعديراً عدم البيان في عقود الأمانة التي يجب التحرز فيها عن الشبهة بالبيان، كالخيانة في المراجعة والتولية والإشراف والرضيعة.

- المادة 122 - إذا صدر التعبير من غير العاقدين فلا يتوقف العقد، إلا إذا ثبت للعاقد المغبون أن العاقد الآخر كان يعلم أو كان من السهل عليه أن يعلم بهذا التعبير وقت إبرام العقد.

⁽¹⁾ هامش مصادر الحق (174/2).

⁽²⁾ مصادر الحق (175/2 - 186).

⁽¹⁾ نفس المرجع (ص 227).

⁽²⁾ الشرح الكبير بهامش الفني (79/4).

وهكذا يتضح أن أثر العقد الناشئ عن الإكراه في القانون الوضعي له حكم واحد هو إبطال العقد لتخلف وفساد الإرادة مع وجودها. وهذا الحكم هو في الإكراه والتليس والباطل سواء.

ويمكن في هذا القانون بطلان العقد مع الإكراه في حالة واحدة، وهي ما إذا انتزعت الإرادة بالإكراه عنوة، لا رغبة، وصورتها إذا أمسك المكره بيد المكره وأجرى القلم في يده بالتوقيع على التزام⁽¹⁾.

ولهذه الحالة نظير في الفقه الإسلامي وهو من لا اختيار له كلية ولا قدرة على الامتناع : كمن حمل كرها وأدخل إلى مكان حلف على الامتناع من دخوله، أو حمل كرها وضرب به غيره حتى مات ذلك الغير ولا قدرة له على الامتناع، أو أضجعت فزني بها من غير قدرة لها على الامتناع. فهذا لا إثم عليه بالاتفاق، ولا يترتب عليه نكث في يمينه عند جمهور العلماء (جامع العلوم والحكم، نزين الدين أبي الفرج عبد الرحمن بن شهاب الدين الحنبلي، ط : مؤسسة الكتاب الثقافية ص : 375).

والفقه الإسلامي يوافق بعض مذاهبه الفقه الغربي وهما المذهبان المالكي والحنبلي، في أن المكره له الخيار في فسخ العقد، ويخالفه المذهبان الشافعي والحنفي، حيث يعتبر الأول الشافعي العقد مع الإكراه باطلا، ويعتبره الثاني متوقفا أو فاسدا.⁽²⁾

عناصر الإكراه:

ويتبين من النصوص سواء في الفقه الإسلامي، أو القانون الوضعي، أن للإكراه عناصر ووسائل يتحقق بها. حتى يعتبر معه عدم التصرف، ومنها

وقد عرف الفصل 46 من ق. ل. ع. المغربي الإكراه بما يأتي :

الإكراه إجباريا يباشر من غير أن يسمح به القانون يحمل بواسطته شخص آخر على أن يعمل عملا بدون رضاه.

وجاء في الفصل 47 منه : الإكراه لا يخول إبطال الالتزام إلا :

1- إذا كان هو السبب الدافع إليه.

2- إذا قام على وقائع من طبيعتها أن تحدث لمن وقعت عليه إما ألما جسما أو اضطرابا نفسيا أو الخوف من تعريض نفسه أو شرفه أو أمواله لضرر كبير مع مراعاة السن والذكورة أو الانوثة وحالة الأشخاص ودرجة تأثيرهم.

ونص التقنين المدني المصري في المادة 127 على ما يأتي :

1- "يجوز إبطال العقد للإكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق، وكانت قائمة على أساس "

2- "وتكون هذه الرهبة قائمة على أساس إذا كانت ظروف الحال تصور للطرف الذي يدعيها أن خطرا جسيما محققا يهدده هو أو غيره في النفس أو الجسم أو الشرف أو المال "

3- "وبراعى في تقدير الإكراه جنس من وقع عليه الإكراه وسننه وحالته الاجتماعية والصحية وكل ظرف آخر من شأنه أن يؤثر في جسامته الإكراه "

ونص في المادة 128 منه على ما يأتي :

"إذا صدر الإكراه من غير المتعاقدين، فليس للمتعاقد المكره أن يطلب

إبطال العقد، مالم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض أن يعلم حتما بهذا الإكراه "

(1) مصدر الحق (175/2).

(2) البائع (186/7) وشرح التسولي على التحفة (76/2).

2- "وتكون الرهبة قائمة على أساس إذا كانت ظروف الحال تصور للطرف الذي يدعيها أن خطراً جسيماً يهدده هو أو غيره في النفس أو الجسم أو الشرف أو المال".

ومضمن النصين الشرعي والوضعي متوافق ومتقارب في عنصرَي الإكراه المعتبر عذراً في عدم اعتبار العقد.

مكانة الإكراه في الفقه الإسلامي :

للإكراه في الفقه الإسلامي ميزة واضحة، فهو أكثر بروزاً من سائر عيوب الإرادة، لأن الإكراه أقرب عيوب الإرادة إلى الموضوعية وأبعدها عن الذاتية وذلك بسبب ما يتصل به من وسائل العنف التي هي أكثر ما تكون وسائل مادية ظاهرة.. فلستقرار التعامل هنا لا يتعارض مع احترام الإرادة الحقيقية، لا سيما إذا كان الإكراه واقعاً من أحد المتعاقدين على التعاقد الآخر كما هو الغالب⁽¹⁾.

والفقه الإسلامي يتناول نظرية الإكراه باستفاضة وتفصيل كبيرين، حتى أنه ليميز عن الفقه الغربي في هذه النظرية في أمور منها⁽²⁾ :

1- أثر الإكراه وحكمه : ينظر الفقه الإسلامي إلى الإكراه كعيب في الإرادة فيجعل الجزاء عليه أشد من الجزاء على عيوب الإرادة الأخرى.. ففي مذهب الشافعي يعتبر الإكراه سبباً في بطلان العقد، وفي المذهب الحنفي، يتردد الجزاء عليه بين فساد العقد وتوقفه، وكلاهما أشد من عدم اللزوم، وظاهر المذهب فساد العقد لا توقفه. أما المذهب المالكي فيجعل جزاء الإكراه عدم لزوم العقد، فيستوي الإكراه في ذلك عنده مع سائر عيوب الإرادة⁽³⁾.

(1) مصادر الحق (183/2).

(2) نفس المرجع (148/2 - 185).

(3) شرح التسولي على التحفة (76/2)، البائع (186/7).

عنصران أساسيان هما:

أولاً : استعمال وسائل الإكراه تهدد بخطر جسيم محقق، وهذا هو

العنصر الموضوعي.

ثانياً : رهبة في النفس يبعثها الإكراه فتحمل على التعاقد، وهذا هو

العنصر النفسي.

ومتي توافر هذان العنصران، فقد وجد الإكراه وفستد الإرادة، سواء كان الإكراه صادراً من أحد العاقدين، أو من الغير، أو من ظروف خالوية تهيأت مصادفة⁽¹⁾.

ففي الفقه الإسلامي :

جاء في تحفة ابن عاصم : "فضل في بيع المضغوط"^{*} ومن يبيع في غير حق شرعي، بالقهر مالا تحت ضغط مرعي، فقال شاربها التاودي : "الراد به هنا المكره على البيع أو على سببه... وما أشبهه يعني الغصب منه. وتحت ضغط مرعي، أي معتبر شرعاً، بأن يكون بخوف قتل أو ضرب أو سجن أو صفع لذي مروءة بطلاً أو أخذ مال أو قتل ولد. قال الشارح : والإهانة المزمّة لن لا تليق به إكراه، فكيف بالضرب والإيلام". (شرح التاودي بهامش البهجة ج2 ص75).

- وفي الفقه الغربي :

نصت المادة السابقة 127 من التقنين المدني المصري على أنه :
1- "يجوز إبطال العقد للإكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق، وكانت قائمة على أساس".

(1) البائع (176/7)، الميسوط (39/24)، مصادر الحق (177/2).

* المضغوط هو من أضغط في بيع ريسه أو شيء بعينه، أو في مال يؤخذ منه، فباع لذلك (شرح الحطاب 248/4).

وجاء في شرح الخطاب : " ومضى البيع المجبور عليه، إذا كان ذلك في جبر السلطان عاملاً من عماله... وذلك أن السلطان إذا أراد تولية أحد أحصى ما بيده، فما وجده بعد ذلك زائداً على ما بيده وعلى ما كان يوزق من بيت مال المسلمين، وإنما أخذته بجاه القضاء والولاية، أخذته منه، فإن كان له تجارة وصناعة وأشكل مقدار ما اكتسبه بذلك وما اكتسبه بجاه الولاية، فالسأطرة حسنة، وقد فعلها سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه مع عماله لا أشكل عليه ما اكتسبه بال قضاء والعمالة...⁽¹⁾ "

نكتفي بهذا القدر من الأمثلة التي أوردهاها، للمقابلة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، في الإكراه ونورد فيه كملخص نصوص التفتين المدني العراقي :

نصوص التفتين المدني العراقي في الإكراه :

وبما أن التفتين المدني العراقي يحاول التوفيق بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، وهو بغيتنا، ننقل نصوصه في الإكراه، كما نقلناها في التلايس والغلط في المواد الآتية :

– المادة 112 " 1- الإكراه هو إجبار الشخص بغير حق على أن يعمل عملاً دون رضاه. 2- ويكون الإكراه ملجئاً إذا كان تهديداً بخطر جسيم محقق كتألاف نفس أو عضو أو ضرب مبرح أو إيذاء شديد أو إتلاف خطير في المال. ويكون غير ملجئ إذا كان تهديداً بما هو دون ذلك كالحبس والضرب على حسب أحوال الناس. 3- والتهديد بإيقاع الضرر بالوالدين أو الزوج أو ذي ربح محرم، والتهديد بخطر يخش الشرف، يعتبر إكراها، ويكون ملجئاً أو غير ملجئ بحسب الأحوال.

2- وعند ما ينظر الفقه الإسلامي إلى الإكراه كعمل غير مشروع، يفق طويلاً، ويفصل كيف يرجع التعاقد الذي وقع عليه الإكراه على المكروه بالزمان جزاء إكراهه.

جاء في شرح المواق : " ومن أكرهه على إعطاء مال ظالم، فبيعه لذلك بيع مكره، ولرب البيع أخذته بلا ثمن إن كان المشتري عالماً بضغطة ولا فبالثمن، وروى مطرف يتبع المشتري بثمنه الظالم دفعه هو له أو البائع، ولو قبضه وكيل الظالم تبع أيهما شاء. قال مطرف : فإن قال الوكيل ما فعلته إلا خوفاً من الظالم لم يعدر⁽¹⁾ لقوله صلى الله عليه وسلم : " لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق " (التفسير بشرح الجامع الصغير للمناوي ج 2 ص 501).

الإكراه لا يتحقق إذا كان لغرض شرعي :

في الفقه الإسلامي، كما في القانون الوضعي، لا يتحقق الإكراه إذا كان القصد منه الوصول إلى غرض مشروع.

وصور الجبر الشرعي كثيرة منها : جبر القاضي الديان على بيع متاعه للغرماء. وجبر من عليه الخراج على بيع ماله لأداء الخراج. وجبر من له دار أو أرض تلاصق المسجد أو الطريق العام على بيعها إذا احتيج إلى توسعتهما، وجبر عمال السلطان على بيع أموالهم لرد ما جمعه من الناس ظالماً...

جاء في شرح الخرخشي : " واحتزن بالجبر الحرام من الجبر الشرعي، كجبر القاضي الديان على البيع لوفاد الغرماء، أو النفق للنفقة، والخراج الحق، فليس من ذلك بل هو جائز لازم.. ومن الإكراه الحق الجبر على بيع الأرض للطريق أو لتوسيع المسجد، والطعام إذا احتيج إليه⁽²⁾ .

⁽¹⁾ شرح المواق بهامش الخطاب (249/4).

⁽²⁾ شرح الخرخشي (9/5).

الفصل الثاني

قيود تقترن بالعقد، فتفاوت النظر إلى تأثيرها في بطلانه وصحته في الفقه الإسلامي والفقه الغربي

تقديم: قد تصدر صيغة العقد (التراضي) مطلقاً عن الشروط والقيود

فترتب عليها آثاره، وقد تصدر مقيدة بها، فيبقى العقد محل النظر والاجتهاد الفقهي بين البطلان والصحة، والعقد مع الشروط والقيود...، مسألة تتصل بفكرة الحلال والحرام في الفقه الإسلامي وبفكرة النظام العام في الفقه الغربي، ولها أهمية ملحوظة في الفقه الإسلامي، ولهذا ينبغي أن نتبين أثرها فيه وفي الفقه الغربي.

هناك أفكار ثلاثة ظفرت بعناية فائقة في الفقه الإسلامي، بحيث وسعت كثيراً من دائرة النظام العام والآداب في هذا الفقه :

الأولى فكرة الغرر، يعني بها الفقه الإسلامي عناية كبيرة بورد النهي عنها بالنص، وخصوصاً في حالة التعاقد على محل مستقبل، وفي حالة تعيين المحل...

الثانية : فكرة الشروط

الثالثة : فكرة الرأ⁽¹⁾

(1) نظرية لعقد د. الصدة (ص 345).

- المادة 113 : يجب لاعتبار الإكراه أن يكون المكره قادراً على إيقاع تهديده وأن يخاف المكره وقوع ما صار تهديده به، بأن يغلب على ظنه وقوع المكره به إن لم يفعل الأمر المكره عليه.

- المادة 114 : يختلف الإكراه باختلاف أحوال الأشخاص وسنهم وضعفهم ومناصبهم ومراكزهم الاجتماعية ودرجة تأثيرهم وتألمهم من الجبس والضرب كثرة وقلة وشدة وضعف.

- المادة 115 : من أكره إكراهها معتبراً بأحد نوعي الإكراه على إبرام عقد لا ينعقد عقده.

- المادة 116 : الزوج ذو شوكة على زوجته، فإذا أكرهها بالضرب مثلاً أو منعها عن أهلها، لتهب له مهرها، فوهيته له لا تنعقد الهبة، ولا تبرأ ذمته من المهر⁽¹⁾.

(1) مصادر الحق (215/2).

المبحث الأول فكرة الغرر في الفقهين : الإسلامي والغربي

1- فكرة الغرر في الفقه الإسلامي :

الغرر في الفقه الإسلامي، محرم بالكتاب والسنة والإجماع قال الله تعالى : " ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم " (النساء : 29). ومعناه تجارة لا غرر فيها ولا مخاطرة ولا قمار، لأن التراضي بما فيه غرر... لا يحل ولا يجوز، لأنه من الميسر الذي حرّمه الله⁽¹⁾. قال تعالى : " يا أيها الذين آمنوا إنما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه لعلكم تفلحون " (المائدة : 92).

وعن أبي هريرة رضي الله عنه قال : " نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الحصة وعن بيع الغرر " - رواه مسلم وأصحاب السنن الأربعة وأحمد⁽²⁾.

وأجمع علماء الفقه الإسلامي على حرمة الغرر الكثير الذي يمكن الاحتراز عنه، ولا تدعو إليه حاجة⁽³⁾.

ومن الغرر في الفقه الإسلامي، العقد على المعلوم المجهول العاقبة، والأشياء المستقبلية كالتركة غير المستحقة بموت المورث، وتطيل منع التعاقد في الفقه الإسلامي على التركة المستقبلة، أو التنازل عن الإرث غير

وسنحاول المقارنة بين الفقهين : الإسلامي والغربي، في هذه الأفكار...

في ثلاثة مباحث :

المبحث الأول : فكرة الغرر

المبحث الثاني : فكرة الشروط

المبحث الثالث : فكرة الربا

(1) مقدمات ابن رشد الجد (348/2).

(2) التيسير بشرح الجامع الصغير (472/2)، شرح النووي على مسم بهامش القسطلاني (357/6).

(3) شرح النووي على مسلم (357/6 و 359)، بداية الجهد (111/2)، مقدمات ابن رشد (547/2-).

يعطي، إذ يتوقف تحديد هذه القيمة على أمر مستقبل غير محقق الوجود. وقد عرفت المادة 1104 من القانون المدني الفرنسي بأنه : عقد يكون المقابل فيه احتمال مكسب أو خسارة لكل من المتعاقدين احتمالاً يتوقف تحققه على حادثة غير مؤكدة الوجود⁽¹⁾.

ومن أمثله عقد التأمين على الحياة، فلا يستطيع المستأمن وقت إبرامه أن يحدد مقدار ما سيدفع من أقساط، ولا يستطيع شركة التأمين أن تحدد مقدار ما ستدفع من تعويضات. كذلك البيع بثمن هو إبراء مرتب مدى الحياة، فإن عقد البيع وهو عقد محدد بحسب الأصل يكون عقداً احتمالياً في هذه الحالة، لأن قيمة ما يدفع المشتري، وبالتالي قيمة ما سيأخذه البائع غير محددة وقت إبرام العقد، إذ الثمن لا يتحدد إلا بموت البائع، والموت أمر لا يعرف وقت حصوله.

وتعتبر عقود الرهان والقارة من عقود الغرر وهذه العقود باطلة بحسب الأصل في ق. ل. ع. المغربي، تنص المادة 1092 منه، على أن كل التزام سببه دين القامرة أو المراهنة يكون باطلاً بقوة القانون⁽²⁾.

ويستثنى من البطلان اللعب والمراهنة على سباق الأشخاص وسباق الخيل أو على الرماية أو على المباريات التي تجري على الماء أو على غير ذلك من الأمور التي تتعلق بالرياضة، وذلك بشرط ألا تحصل المراهنة من أحد المتبارين للآخر، ولا تحصل بين المتفرجين بعضهم مع بعض (المادة 1097).

ويظهر أن الفقه الإسلامي، لا يختلف عن الفقه الغربي فيما يرجع إلى هذه الاستثنائات الجائزة في الرهان على السباق لأجل المباريات والبيارات

(1) نظرية العقد للدكتور السنهوري (ص 140).

المستحق، أن الإرث حق جبري لا يجوز التنازل عنه " وأن ما ثبت شرعاً من حق لازم لا يسقط بالإسقاط.. وأن الإرث لا يستحق إلا بموت المورث، فيكون التعاقد عليه.. مضافاً إلى محل معدوم، وفوق ذلك فإن التركة تكون شيئاً مجهولاً، ويكون في التعاقد عليها جهالة وغرر وقد نهى الشرع عن عقود الغرر جميعاً⁽¹⁾.

واستثنى الفقه الإسلامي من الأشياء المعدومة والمستقبلية، المجهولة العاقبة، التي الأصل فيها النهي عن التعاقد في شأنها للغرر، أشياء تدعو الحاجة إلى التعامل فيها، وأهمها :

- عقد الاستصناع، وعقد السلم.

وعقد الاستصناع : هو " عقد مقالة مع صاحب الصنعة على أن يعمل شيئاً. فالعامل صانع والمشتري مستصنع والشيء مصنوع"⁽²⁾.

وعقد السلم : هو " بيع مؤجل بمعدل " أي بيع يكون فيه المبيع مؤجلاً والثمن معجلاً، كمن أسلف ألف درهم في خمسة قناطير من البر.

وكل من عقدي الاستصناع والسلم، وأمثالها من العقود على الأشياء غير الموجودة أثناء العقد، المستثناة من النهي المانع للغرر في الأصل، يجوز العقد عليها لشدة الحاجة، استناداً إلى الكتاب والسنة والإجماع والاستحسان⁽³⁾.

ب) فكرة الغرر في الفقه الغربي :

العقد الاحتمال (أو عقد الغرر) في الفقه الغربي، هو الذي لا يستطيع فيه أحد المتعاقدين أو كلاهما، أن يحدد وقت إبرامه مقدار ما يأخذ ومقدار ما

(1) النظرية العامة للموجبات والعقود... د. محمدي (ص 330).

(2) المادة 124 من المجلة.

(3) المبسوط للرخسي (138/2)، النظرية العامة للموجبات والعقود (ص 327 - 328).

البحث الثاني الشروط المقترنة بالعقد

(١) الشروط الصحيح والشروط الفاسد في الفقه الإسلامي :

الفقه الإسلامي، يفرق فيما يتعلق بالشروط التي تقترب بالعقد، بين الشرط الصحيح والشرط الفاسد.

فالشرط الصحيح، هو الذي يضيف إلى مقتضى العقد ما هو أصل دون أن يشتمل على غرر أو يكون محرماً، وهناك أنواع ثلاثة من الشروط يجمع الفقه الإسلامي على صحتها : الأول شرط يقتضيه العقد، فهو بهذا المعنى لا يكون سوى تأكيد وبيان لحكم العقد، بحيث يعمل به دون حاجة إلى ذكره، فلا يتنافى العمل به مع اشتراطه وذكره، كما في حالة الشراء بشرط تملك المبيع، وحالة البيع بشرط حبس المبيع حتى قبض الثمن. والثاني شرط يلائم العقد، وهو الذي لا يتنافى مقتضى العقد، بل يكون مقررًا لحكمه من حيث المعنى، كاشتراط الرهن أو الكفالة بالثمن، والثالث شرط يجري به التعامل، وهو الذي لا يقتضيه العقد ولا يلائمه، لكن للناس فيه تعامل، كمن يشتري ثوبًا بشرط أن يخطيه البائع، أو يشتري حمل دابة بشرط أن يبلغه البائع إلى منزل المشتري^(١).

الشرط المختلف في صحته وفساده.

تتباين آراء مذاهب الفقه الإسلامي في الشروط المختلف في صحتها وفسادها المقترنة بالعقد، فبينما يقتصر المذهب الحنفي على الأنواع الثلاثة

(١) البدائع (١٧١/٥)، شرح الخريشي على خليل (٨٠/٥)، المغني (٢٨٥/٤) وما بعدها، مصادر الحق (١٠٦/٣) وما بعدها.

الرياضية إذا كان العوض من جانب ثالث، كالدولة أو الشركة أو متبرع آخر، من أجل ترقية الجانب الصحي والدفاعي في أفراد الأمة وجماعاتها، للذب عن حوزة الوطن والدين.

كما أن الفقه الغربي يتفق مع الفقه الإسلامي في بطلان العقد على التركة المستقبلية، كان يتنازل أحد عن حقه في تركة شخص لا يزال على قيد الحياة، أو في شيء منها...

وقد كان القانون الروماني أول من حرم هذه العقود، وحجته في ذلك أن التعاقد على التركات المستقبلية مخالف للأخلاق والمصلحة العامة، لما فيه من المضاربة على موت المورث، ومن ثم تنمي تعجيل هذا الموت، ولكن التحريم كان لمصلحة المورث وحده، لذا كان هذا التعاقد مباحًا إذا رضي هو به.

وقد اقتبس القانون المدني الفرنسي (المادة ١١٣٠) هذه القاعدة الرومانية، ثم تشدد فيها، فحرم التعاقد على التركات المستقبلية، ولو رضي المورث به ووافق عليه، وسبب هذا التشديد أنه لم ينظر فحسب إلى مصلحة المورث، الذي يجب أن يبقى حراً في التصرف بتركته كيف شاء ومتى شاء، بل نظر أيضاً إلى مصلحة الوارث المتعاقد، فمنعه عن التاجرة بتركة مستقبلية، لئلا يغيره الرباؤون بالاستئانة والمساومة في شيء لم يستحق بعد، ومن ثم ليلا يكون عرضه للتبذير والاسراف^(١).

أما عقود الغرر الواضح، من مثل عقد التأمين على الحياة، وعقد البيع بثمن هو إيراد مرتب مدى الحياة، فلا يتفق فيها الفقه الإسلامي مع الفقه الغربي على الجواز، بل يعتبرها باطلة لما تشتمل عليها من الغرر والجهالة بقيمة الثمن، التي تسفر عنها مستقبلها، ولبناتها الدين والأخلاق.

(١) النظرية العامة للموجبات والعقود... د. محمدي (ص ٣٣٠).

أجل، فيجوز أن تعلق أحكام العقد جميعاً على شرط واقف^(*) بحيث تتوقف جميع آثار العقد على تحقق هذا الشرط، فإذا تحقق ترتبت هذه الآثار مستندة إلى وقت انعقاد العقد، ولا يختلف في هذا عقد عن عقد، فالشرع المصري أخذ بمذهب القائلين بجواز اقتران العقد بالشرط وأصبح عن هذا في المادة 147 على أن العقد شريعة المتعاقدين فلهما أن يزيدا من الشروط ما يريدان، وأن يتحكما في الأثر المترتب على العقد فيخضعانه لرغباتهما وذلك لأن المتعاقد بإرادته الحرة هو الذي يوجد العقد، ويوجد أثره، فله أن يتحكم تبعاً لذلك فيما ينتج عنها من أحكام في حدود النظام العام والآداب، وإلا كان باطلاً : المادة 135 من القانون المدني المصري الجديد⁽²⁾.

فاللغة الغربي إن قد تحرر نهائياً من ريقه مبدأ وحدة الصفقة الذي كان يسود الصناعة القانونية في المراحل الأولى من تطور القانون. وهذا التطور بلغ في التقنين العراقي إلى غايته القصوى في إباحة الشروط المقترنة بالعقد إباحة عامة، إلا إذا كانت مخالفة للقانون أو النظام العام أو الآداب، وتخطي حدود التطور الذي وصل إليه الفقه الإسلامي في مذهب الحنابلة، أسوة بالقوانين العربية الأخرى، وبغيرها من القوانين الحديثة، حيث تنص المادة 131 من تقنيته المدني على ما يأتي :

"1- يجوز أن يقترن العقد بشرط يؤكد مقتضاه، أو يلائمه، أو يكون جارياً به العرف والعادة.

(*) الشرط الواقف : هو أمر مستقل غير محقق الوقوع، يتوقف على وقوعه نفاذ الالتزام، كبيع سلعة بشرط التجربة. ويقابله الشرط القاسخ وهو : أمر مستقل غير محقق الوقوع يتوقف على وقوعه ذوال الالتزام : كبيع شخص داراً لا ريلة ابنه لتسكن فيها مع أولادها على أن لا تتزوج (مصادر الحق 97/4).

(2) الشريعة الإسلامية للدكتور بدوان ص : 418.

السابقة للشرط الصحيح، ويعتبر ما عداها فاسداً، كما في اشتراطه منفعة لأحد العاقدين أو لأجنبي أو للمبيع إذا كان رقيقاً، أو اجتماع صفتين في صفقة واحدة فاسداً للنهي عنه⁽¹⁾ .. يلاحظ تطور الفقه الإسلامي في النهيين : المالك والحنبلي⁽²⁾ اللذين يمتدان إلى حد كبير عن مبدأ وحدة الصفقة، وقد سار المذهب الحنبلي شوطاً بعيداً في هذا الضمار من تصحيح الشروط مع العقد، حيث لا يعتبر الشرط فاسداً إلا إذا كان منافياً لقتضى العقد، أو كان مخالفاً للنص الشرعي المصريح، كنهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيعتين في بيعة، وعن شرطين في بيع، وعن بيع وسلف⁽³⁾.

ووفق هذا التطور في إجازة الشروط في المذهب الحنبلي، سيما بعد تجديد ابن تيمية الذي قال عن هذا المذهب : "وأصول أحمد رضي الله عنه المنصوصة يجري أكثرها على هذا القول، ومالك قريب منه، لكن أحمد أكثر تصحيحاً للشروط فليس في الفقهاء أكثر تصحيحاً للشروط منه"⁽⁴⁾، نجد أن هذا المذهب يقترب من الفقه الغربي في هذا الشأن من تصحيح الشروط.

ب) الشروط في الفقه الغربي :

ففي الفقه الغربي : كل شرط يقترن بالعقد يكون صحيحاً إلا إذا كان شرطاً مستحيلاً، أو شرطاً يخالف القانون، أو النظام العام، أو الآداب، فيبطل الشرط ويصح العقد، مالم يكن الشرط هو الدافع إلى التعاقد، فيبطل العقد أيضاً. وقد أجاز القانون الوضعي أن يقترن العقد بشرط، أو يضاف إلى

(1) البائع 169/5 وما بعدهما، مصادر الحق 106/3 و122).

(2) بداية المجتهد 120/2 - 121. شرح الحطاب 373/4 وما بعدهما، شرح الخرشي 80/5 -

(81)، مصادر الحق 155/3).

(3) الشرح الكبير على المفتح بهامش المتن 48/4 وما بعدهما، مصادر الحق 161/3 وما بعدهما).

(4) فتاوى ابن تيمية 326/3 و329).

وأقرضوا غير منتظرين عائلتها، وإن كان يكون ثوابكم جزيلاً" (عبارتان : 34 و35 من الفصل السادس من إيجيل لوقا).

ويقول سان توما : إن تقاضي الفوائد عن اللقود أمر غير عادل، فإن هذا معناه استيفاء دين لا وجود له... ذلك أن الشيء الذي لا ينتفع به إلا باستهلاكه تختلط فيه منفعة الشيء بالشيء ذاته، فمن يقرض هذا الشيء لا يجوز له في الوقت الذي يطالب به أن يأخذ الأجر على منفعته، فإنه هو ومنفعته شيء واحد، وليس من العدل أن يطالب المقرض بالشيء مرتين (السؤال 78 - المادة الأولى في الخاتمة)⁽¹⁾.

ولكن التعامل بالربا في المسيحية ما لبث أن اتسع شيئاً فشيئاً تحت ضغط العوامل الاقتصادية، فأبيحت الفائدة في بعض الحالات الاستثنائية.

نقل الدكتور السنهوري عن كتاب "القانون والأخلاق" للأستاذ شكري فرداحي، الجزء الثاني باللغة الفرنسية (ص 167 - 171) هذه الحالة الاستثنائية على الوجه الآتي :

1- يجوز للمقرض أن يتقاضى من المقرض تعويضاً عن خسارة أصابته بسبب القرض. فقد أجاز لجمعيات القرض الحسن أن تتقاضى فوائد يسيرة على المال الذي تقرضه، تعويضاً عما تتجشمه من المصروفات في دفع أجور العمال وفي إدارة العمل.

2- ويجوز للمقرض أن يتقاضى من المقرض تعويضاً عما فاتته من ربح بسبب القرض. ويشترط أن يتفق المقرض مع المقرض على ذلك مقدماً، وألا يجاوز التعويض مقدار صافي الربح الذي كان المقرض يجنه لو استبقى ماله بعد خصم ما كان يبكيده من المصروفات للحصول على هذا

(1) مصادر الحق (1943 - 195).

2- كما يجوز أن يقترن بشرط فيه نفع لأحد المعاقدين أو للغير، إذا لم يكن ممنوعاً قانوناً أو مخالفاً للبرنامج العام أو للأداب، وإلا لغا الشرط وصح العقد، ما لم يكن الشرط هو الدافع إلى التعاقد فيبطل العقد أيضاً"⁽¹⁾. وهكذا يظهر من خلال مضمون نص المتقنين المدني العراقي، أنه قد لخص ما ورد صحيحاً متفقاً عليه من الشروط المقررة بالعقد في المذاهب الأربعة، ثم زاد فأجاز اقتران العقد بالشرط فيما اختص به المذهب الحنفي ويراه شرطاً فاسداً، في الفقرة الثانية، وهو : الشرط الذي فيه نفع لأحد المعاقدين أو للغير...

البحث الثالث الربا

- نظرة عن تحريم الربا في الديانات السماوية :

الربا معروف منذ العصور القديمة، كان معروفاً عند قدماء المصريين، وفي القوانين البابلية والأشورية، وعند الإغريق والرومان⁽²⁾. ولكن الشرائع السماوية : اليهودية والمسيحية والإسلام، منعت التعامل بالربا، وحرمته تحريماً قاطعاً، إلا أن اليهودية بعد أن دخلها التحريف والتغيير، قصرت حرمة التعامل بالربا بين اليهود بعضهم مع بعض، فلا يجوز لليهودي أن يقرض يهودياً مثله بالربا، ولكن يجوز له أن يقرض بالربا غير اليهودي.

وحرمت المسيحية الربا، حيث جاء في الإنجيل : "إذا أقرضتم لمن تنتظرون منهم المكافأة فأني فضل يعرف لكم.. ولكن.. إفعوا الخيرات

(1) مصادر الحق (1723 - 175)، نظرية العقد.. د الصدة (ص 345 - 347).

(2) نفس المرجع (1943).

قال الفقهاء: إن اللقوْز من حيث هي، معادن لا تنتج شيئاً، كما وصفها أرسطو بأنها مال غير منتج، ولكن من حيث هي وسائل ائتمان تدخل في عناصر الإنتاج، فالعمل هو العنصر الأول للإنتاج، ورأس المال هو العنصر الثاني لا يستغني عنه العمل، فإذا كان العمل يستحق جزاءه في صورة الأجر، فإن رأس المال يستحق أيضاً جزاءه في صورة الفائدة.

والى جانب النظريات البررة للفائدة قامت أيضاً الحيل للتعامل بالربا.

ومنها حيلتان :

الأولى : حيلة إنشاء شركة توصية بين صاحب المال والعامل، يقدم فيها صاحب المال ماله، والعامل عمله، فيشتركان في الربح والخسارة. وإلى هذا الحد لا ضير في هذه الشركة لأننا نجد لها ماثلاً في الفقه الإسلامي وهو المضاربة - ولكن يعقب عقد هذه الشركة عقد تأمين بين الشريكين نفسيهما، بموجب يظل صاحب المال عن جزء من 'رباحه المحتملة في مقابل أن يؤمنه العامل من الخسارة، وبفضل عقد التأمين هذا يصبح صاحب المال ذا حق في ربح محتمل، ولا يشارك في الخسارة التي أمن نفسه منها. ثم يظل عقد التأمين عقد ثالث هو عقد بيع، بموجبه يبيع صاحب المال للعامل ربحه المحتمل في مقابل مبلغ محقق من المال يكون هو الفائدة. فمثلاً إذا كان صاحب المال بموجب عقد الشركة يساهم في الربح والخسارة ويقدر ربحه المحتمل بمقدار 30٪، فهو ينزل في عقد التأمين عن 10 ٪ ليأمن الخسارة، فيكون ربحه المحتمل دون مشاركة في الخسارة هو 20٪، ثم ينزل في عقد البيع عن 10٪ لينقلب ربحه المحلل وهو 20٪ إلى 10٪ ربحاً مضموناً، وهذه هي الفائدة لرأس ماله.

الثانية : حيلة ما يدعى "بعقد المخاطرة، وقد استعيرت من الحيل التي لجأ إليها المرابون في الفقه الإسلامي، والتي تسمى في هذا الفقه بالعبية

الربح، وإن يتبين أن المقرض لم تكن عنده وسيلة أخرى للحصول على هذا الربح كأن كان يستطيع أن يستثمر مالا آخر عنده غير المال الذي أقرضه...
3- ويجوز للمقرض أن يتقاضى من المقرض ربحاً يسيراً للتأمين خطر الضياع الذي يتعرض له المال الذي أقرضه.. وهذا الاستثناء لم يتم التسليم به إلا في آخر القرن الرابع عشر، نظراً لخطورته ولمخالفته للتعاليم الأولى للكنيسة.

4- ويجوز للمقرض أن يتفق مع المقرض على شرط جزائي يلتزم بموجبه المقرض إذا لم يسدد القرض في الميعاد، بأن يدفع مبلغاً إضافياً جزاء تأخذه عن الوفاء.

5- ويجوز للمقرض أخيراً أن يتقاضى من المقرض فائدة حقيقية عن رأس المال إذا كانت القوانين المدنية أو العادات تجيز ذلك، فتكون الفائدة مرتكزة على سند شرعي...

وقد روعي في هذا الاستثناء أن القوانين أو العادات التي أجازت الفائدة قد قدرت الظروف الاقتصادية السائدة، فراءت أن المقرض يحق له تقاضي هذه الفائدة في نظير الخسارة التي لحقته من القرض والربح الذي فاته ويشترط في هذه الحالة أن تكون الفائدة معتدلة لا مبالغة فيها، وهناك رأى بقي عند التعاليم الأولى للكنيسة فلم يجز هذه الفائدة.

وهكذا اتسع التعامل بالربا في المسيحية شيئاً فشيئاً، طبقاً لقوانين الكنيسة فأبيحت الفوائد في حالة بعد أخرى، وذلك تحت ضغط العوامل الاقتصادية⁽¹⁾.

ولت قوانين الكنيسة النظريات الفقهية التي تبرر تقاضي الفوائد فقد

(1) مصادر الحق (1953 - 196).

يعاقب على الربا الفاحش، وهو ما جاوز الحدود المعقولة للفائدة بشرط أن يسغل المرابي حاجة المقترض إلى المال⁽¹⁾.

بعد هذه النظرة الموجزة في تطور التعامل بالربا - الممنوع شرعا في الديانات السماوية عند اليهود والنصارى - تحت ضغط العوامل الاقتصادية، ابتداء باستثناءات وقوانين الكنيسة، ثم النظريات ومبررات الفقهاء بدعوى أن لرأس المال حق الفائدة مقابل أجر العمل، ثم اللجوء إلى الحيل التي ظاهرها التعامل الجائز عن طريق البيع والشراء وباطنها القرض بالربا، ثم استصدار تشريع القوانين الحكومية بإباحة الفائدة المعتدلة أحيانا، وقد تكون غير معتدلة أحيانا أخرى إذا حثت عليها الظروف الاجتماعية.

نتقل إلى تطور التعامل بالربا في الفقه الإسلامي، عند فرقاء من المسلمين، فنجدهم قد سلكوا مسلك من قبلهم من أهل الكتاب في هذا التطور بل ربما فاقوهم في ابتداع الحيل كالعبية⁽²⁾ التي أخذها عنهم المسيحيون في شكل عقد المخاطرة⁽³⁾.

الفقه الإسلامي وتطور التعامل بالربا

لا شك أن الربا في كل العصور وفي جميع الحضارات حرام كمبدأ عام، وقد تضافر القرآن الكريم والحديث الشريف على تحريم الربا كأصل عام من أصول التشريع الإسلامي. قال تعالى: "الذين يأكلون الربا لا يقومون إلا كما يقوم الذي يتخبطه الشيطان من المس ذلك بأنهم قالوا إنما

(1) نفس المرجع (198/3).

وصورتها: أن يبيع رجل من آخر سلعة قيمتها أربعمائة بخمسمائة مؤجلة إلى سنتين، ثم يبيع المشتري - وقد أصبح مالكا للسلعة التي اشتراها - السلعة نفسها إلى البائع نقدا بقيمتها: أي بأربعمائة، فينتهي أمرها إلى أن المشتري قد حصل من البائع على أربعمائة يؤديها خمسمائة بعد سنتين، وهذا هو الربا بعينه مستترا تحت صفتين متتابعتين من البيع. ومثله يبيع الوفاء = (الرهن) المتضمن قرضا بربا فاحش⁽¹⁾.

وهكذا عن طريق الاستثناءات والحيل، اتسع التعامل بالربا في أوروبا شيئا فشيئا ثم أنت الثورة الفرنسية فأباحت تقاضي الفوائد، وانتقلت الإباحة إلى تقنين نابليون في سنة 1804، وهو التقنين المدني الفرنسي المعمول به حتى العصر الحاضر، ثم صدر في فرنسا قانو 3 سبتمبر 1808 يحدد السعر القانوني للفائدة 5% في المسائل المدنية و 6% في المسائل التجارية، والذي قانون 12 يناير سنة 1886 حد السعر القانوني للمسائل التجارية. وإن أصبح قانون 16 أبريل سنة 1818 حد السعر القانوني للمسائل التجارية. وإن أصبح سعر الفائدة حراً خالياً من القيود التشريعية صدر قانون 5 أغسطس سنة 1935 يجعل من يقرض السعر أعلى بقدر النصف من السعر المعتاد لظروف هذا القرض مرتكباً لجريمة الربا الفاحش، ويخصم ما قبضه أعلى من السعر المعتاد من الفوائد المستحقة ثم من رأس المال نفسه، وما زاد على ذلك يسترده المقترض.

وجعل التقنين المدني الإيطالي الجديد السعر القانوني للفائدة 5% وأجاز الاتفاق دون قيد على سعر أعلى من ذلك. ولكن التقنين الجنائي الإيطالي (644م)

(1) نفس المرجع (196/3 - 198).

التعامل والاحتياج... وبيع الدراهم والدنانير المسكوكة، بالذهب والفضة...، في بعض المذاهب⁽¹⁾.

ومع هذا التشريع لرخص المستند إلى السنة والاجتهاد الفقهي، يجد بعض المسلمين الذين غالب عن ضميرهم الوازع الديني، قد ابتدعوا كثيراً من الحيل استعملوها للوصول إلى تقاضي الأرباح الربوية المحرمة، فكان مثلمهم في ذلك مثل اليهود والنصارى، حيث صدق فيهم تنبؤ رسول الله صلى الله عليه وسلم في قوله :

"للتبعين سنن الذين من قبلكم شبرا يشبر وذراعاً بذراع حتى لو دخلوا في جحر ضب لا تبعتموهم قلنا يا رسول الله اليهود والنصارى ؟ قال فمن"⁽²⁾.

وفي هذا المسالك من ابتداع الحيل وتطويرها، ندد ابن القيم بأصحابها فقال : " وإذا كان أرباب الحيل يجوزون بيع عشرة بخمسة عشر في خرقة تساوي فلساً، ويقولون : الخمسة في مقابلة الخرقة... والذي يقضي منه العجيب مبالغتهم في ربا الفضل أعظم مبالغة... وجاءوا إلى ربا الفضل بالنسيئة ففتحو التحيل عليه كل باب، فتارة بالعينة، وتارة بالمحل. وتارة بالشروط المتقدم للتواطأ عليه ثم يطلقون العقد من غير اشتراط، وقد علم الله والكرام الكاتبون، والمعاقدان ومن حضر، أنه عقد ربا مقصوده وروحه بيع خمسة عشر مؤجلة بعشرة نقدا ليس إلا، ودخول الساعية كخروجها حرف جاء لعنى في غيره "⁽³⁾.

البيع مثل الربا وأحل الله البيع وحرم الربا"⁽¹⁾، وقال سبحانه " يحق الله الربا ويربي الصدقات "⁽²⁾.

وجاء في خطبة الوداع لرسول الله صلى الله عليه وسلم : " وإن كل ربا موضوع، ولكن لكم رؤوس أموالكم لا تظلمون ولا تظلمون، قضى الله أنه لا ربا، وإن ربا عباس بن عبد المطلب موضوع كله "⁽³⁾. وأجمع المسلمون على حرمة الربا منذ أن حرمه الله ورسوله، وتحفظوا قدر مستطاعهم من الوقوع في التعامل به، كما تحفظوا من الذرائع المؤدية إليه. ولكن مع مرور الزمن، وتحت الضغوط الاقتصادية، وخفة الدين في نفوس بعض المسلمين، والطمع في الربح، أخذ التعامل بالربا يتسرب إلى المسلمين شيئاً فشيئاً، حتى فشأ في كثير من معاملاتهم في العصر الحاضر... بدعوى الضرورة والحاجة ومسايرة تطور العالم..

فمع التسليم والمعروفة، بأن الإسلام من أصوله في التشريع نفى الحرج على المسلمين، فإن الربا يبقى مستمرا على التحريم في القليل والكثير مما بين رسول الله صلى الله عليه وسلم من الأشياء المحرمة، إلا ما استثنى وشرع من الرخص مع العزائم، إذا دعت الضرورة ومست الحاجة كبيع العرايا المستثناة من الزانية التي هي بيع شر نخلات معدودات بالتمر اليابس، وفق شروط معينة، وبيع المصوغ كحالة خاتم ذهب أو فضة وحلية النساء، بذهب أو فضة متفاضلا، والفضل في نظير الصياغة... وبيع ما دخلته الصنعة بوجه عام : كالخبز بالخبز متماثلا ومتفاضلا لضرورة

(1) بداية المجتهد (103/2 و148)، إعلام الموقعين (159/2)، الشرح الكبير بهامش المفتي (151/4) -

(152)، مصادر الحق (199/3 و209 و215).

(2) شرح النووي على مسلم بهامش القسطلاني (المجلد 102/10 - كتاب العلم).

(3) إعلام الموقعين (161/2 - 162).

(1) البقرة : 275.
(2) البقرة : 276.
(3) سيرة النبي صلى الله عليه وسلم لأبي محمد عبد الملك بن هشام (276/4) بتطبيق محمد محي الدين عبد الحميد - دار الفكر.

مثل الاتجاه الأول جمهور الصحابة، ثم أغلب أئمة الفقه من بعدهم، استنادا إلى الآيات والأحاديث الواردة في تحریم الربا، سواء أكان ربا الجاهلية الذي نزل بتحريمه القرآن الكريم، أو ربا فضل ونسيئة الذي بين تحريمه النبي صلى الله عليه وسلم. ومثل الاتجاه الثاني عبد الله بن عباس رضي الله عنهما ومعه طائفة من الصحابة، قصبوا الربا على الذي كان معروفا منه في الجاهلية ونزل فيه القرآن، ولكن ما لبث تيار الاتجاه الأول الذي يعمم الربا أن جرف تيار الاتجاه الثاني المعارض له، وقامت الكثرة الغالبة من الفقهاء يساندونه ويؤيدونه، حتى كانت له الغلبة في الفقه الإسلامي⁽¹⁾.

وعن هذين الاتجاهين القديمين، نشأ اتجاهان متعارضان في العصر الحاضر، أحدهما يعمم الربا ويستبقيه وإسما كما هو في المذهب الفقهي، والآخر يضيق فيه حتى يكاد يغلقه.

وفي هذا المجال نورد فمرنجنين لهذا التعارض من خلال بحثين ألقيا في مؤتمر الفقه الإسلامي المنعقد بباريس سنة 1951 في مسألة الربا :

مسألة الربا أمام مؤتمر الفقه الإسلامي المنعقد بباريس سنة 1951

انعقد مؤتمر الفقه الإسلامي في باريس سنة 1951، وكان الربا من بين المسائل الهامة التي تناوله بحث المؤتمر، وقد ظهر أن هناك اتجاهين متعارضين في مسألة الربا في العصر الحاضر.

الاتجاه الأول يعممه ويستبقيه كما هو في المذاهب الفقهية لا يميز بين ربا جلي و ربا خفي... فجميع أنواع الربا محرم تحريما قطعيا، وقد مثل هذا

والعبية هذه : هي عقد المخاطرة السابق في الفقه الغربي أنه استعير من الفقه الإسلامي، ويصفه ابن رشد كما يلي : "أن يقول رجل لرجل أعطني عشرة دنانير على أن أدفع لك إلى مدة كذا ضعفها. فيقول له هذا لا يصلح، ولكن أبيع منك سلعة كذا، سلعة يسميها ليست عنده بهذا العدد، ثم يعمد فيشتري تلك السلعة فيقبضها له بعد أن كمل البيع بينهما، وتلك السلعة قيمتها قريب مما كان سألها أن يعطيه من الدراهم قرضا فيرد عليه ضعفها"⁽¹⁾.

* * *

وما زالت الأذهان تتفق للوصول إلى تحليل الربا عن حبل من مثل ما ذكرناه، حتى انتهت الأمر إلى صدور أوامر سلطانية - في الدولة العثمانية - بتنظيم الفائدة وتحديد سعرها. بجعلها نصفاً في العشرة أن 5/، ثم صدر أمر آخر بجعلها 1 في العشرة : أي جعل الفائدة 15٪ وأنه ربي ضرورية صدور أمر لتنظيم معاملة مشروعة هي السلم، أسوء استعمالها بما جعلها أكثر ضررا من القرض بفائدة المتحاييل على مشروعيته⁽²⁾.

اتجاهان متعارضان في الربا:

ظهر منذ البداية، في الصدر الأول من الإسلام، اتجاهان متعارضان في أمر الربا : المتشددون فيه يوسعون منه حتى يطغى على كثير من ضروب التعامل، والمضيقون منه يحصرونه في دائرة محدودة لا يجاوزها.

(1) بداية المجتهد (110/2)، مصادر الحق (199/3).

(2) مصادر الحق (200/3) مع الهامش.

"ومهما يكن من أمر في شأن هذا الاختلاف الفرعي، فإن هذه القاعدة تقضي بتقسيم الأشياء التي يراد تبادلها إلى ثلاثة أضرب : الضرب الأول أن يكون البدلان من نوع واحد كالذهب بالذهب، فهما هنا يخضع للتبادل لشرطين إثنين : التساوي في الكم والفورية في البتال، أعني عدم تأجيل شيء من البديلين، الضرب الثاني أن يكونا من نوعين مختلفين، من جنس واحد، كالذهب بالفضة وكالقمح بالشمع، فهنا يشترط شرط واحد وهو الفورية، فلا يضر اختلاف الكم، الضرب الثالث أن يكونا من جنسين مختلفين كالفضة والسمع، فلا يشترط في هذا شيء من القيدتين المذكورين، بل يكون التناقض فيهما حرا.

هكذا كما كان البدلان من طبيعتين مختلفتين تمام الاختلاف بحيث لا توجد شبهة القصد إلى القرض بفائدة، فإن الشريعة لا تضع أمام حرية التبادل حدا من الحدود، اللهم إلا البدأ العام في المعاملة وهو تحري الصدق والأمانة، فإذا ما أخذت طبيعة البديلين تتقارب بدون أن تحتد، نرى عند المشرع شيئا من الحذر المعقول المبني على احتمال أن يكون المتعاملان يقصدان إلى معاملة ربوية، وذلك نجده، مع ترخيصه لهما بتفاوت البديلين في الكم، يحظر عليهما تأجيل أحد العوضين، سدا للطريق أما فكرة القرض المحرم تحت ستر البيع، أما إذا اتحدت طبيعة البديلين - مع التفاوت في الأوصاف والقيم طبعا وإلا لما كان هناك معنى للتبادل - فإنه من السهل أن نفهم الحكمة التي من أجلها منع تأجيل البدل، وذلك من شأن هذا التأجيل أن يحمل في طيه فكرة محظورة، وأن يكون القصد هو القرض باسم البيع⁽¹⁾. ويشير الأستاذ د راز إلى أن هناك دعائم قوية يقوم عليها تحريم الربا

الإتجاه المحافظ الأستاذ محمد عبد الله د راز^(*) في المحاضرة التي ألقاها في المؤتمر، ومثل الإتجاه الآخر - الذي يذهب إلى أن الظروف الاقتصادية التي حرم فيها الربا قد تحولت عما كانت عليه من قبل تحولا جوهريا، وأن حكم الربا في العصر الحاضر ينبغي أن يختلف عما كان عليه في العصور السابقة - الأستاذ معروف الدواليبي في محاضرة أخرى ألقاها في المؤتمر⁽²⁾.

الإتجاه المحافظ بالحكام المذهب الفقهية في الربا:

يروى الأستاذ محمد عبد الله د راز حديث الربا، الذي رواه أبو سعيد الخدري رضي الله عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال : "الذهب بالذهب، والفضة بالفضة، والبر بالبر، والشمع بالشمع، والتمر بالتمر، والملح بالملح، مثلا بمثل، يدا بيد، فمن زاد أو استزاد فقد أربى الأخذ والمعطي فيه سواء". (شرح النووي على مسلم بهامش القسطلائي 10/7 - باب الربا).

ويشير إلى أن المذاهب الفقهية اعتبرت هذه الأصناف الستة في الحديث أمثلة كقاعدة عامة تنطبق على سائر المواد التي تقوم عليها الحياة، والتي مردها - في الرأي الراجح عند الفقهاء - إلى نوعين : الأثمان والمطعمات⁽³⁾ ثم يوجز شرح هذه الأصناف الواردة في الحديث، مع إبراز العلة في التفاضل أو النسبية فيقول :

(*) محمد عبد الله د راز توفي (1377 هـ = 1958 م)، فقيه متأثر بمصري زهري كان من هيئة كبار العلماء بالأزهر له كتب، منها "الدين" ط - دراسة تمهيدية لتاريخ الإسلام، (الإعلام لخبر الدين الزركلي - المجلد 6 ص 246).

(2) مصار الحق (2003 و 227 - 228).

(3) بداية المجتهد (96/2 - 98).

الطبيعية... ومتى قبلنا اشتراك رب المال في الربح والخسر معا، انتقلت المسألة من موضوع القرض إلى صورة معاملة أخرى، وهي الشركة التضامنية الحقيقية بين رأس المال والعمل، وهي الشركة التي لم يغلها القانون الإسلامي، بل أسأفها ونظمها تحت عنوان المضاربة أو القراض...⁽¹⁾

ثم انتقل الأستاذ د راز إلى مسألة الربا في العصر الحاضر ومحاولة التخلص من شرك طغيانه وويلاته فقال : " وأما المسألة الثانية، وهي حكم الربا في وقتنا هذا، فإنها ليست قضية مبدأ، وإنما هي قضية تطبيق... وهي فوق ذلك ليست فيما أرى من الشؤون التي يقضي فيها فرد أو بضعة أفراد، بل ينبغي أن يتداعى لها طوائف لها طوائف من الخبراء في القانون والسياسة والاقتصاد من كل جانب وأن يدرسوها دراسة دقيقة مستفيضة من جميع نواحيها الحاضرة والمستقبلية. وكل ما أريد أن أقوله الآن يتلخص في جملتين صغيرتين، أرجو أن يتخذنا أساسا للبحث في التفاصيل :

الأولى : هي أن الإسلام قد وضع إلى جانب كل قانون، بل فوق كل قانون قانونا أعلى يقوم على الضرورة التي تبيح كل محظور (وقد فصل لكم ما حرم عليكم إلا ما اضطررتم إليه) (الأنعام : 120).

الثانية : هي أنه لأجل أن يكون تطبيق قانون الضرورة على مسألة ما تطبيقا مشروعا، لا يكفي أن يكون المرء عالما بقواعد الشريعة، بل يجب أن يكون له من الورع والتقوى ما يحجزه عن التوسع أو عن التسرع في تطبيق الرخصة علي غير موضعها، كما يجب أن يبدأ باستنفاد كل الحلول الممكنة المشروعة في الإسلام، فإنه إن فعل ذلك عسى ألا يجد حاجة للترخص ولا

(1) (ص 21 من المحاضرة).

في جميع صورته. فهناك الدعامة الأخلاقية التي إذا جوزت الربح من طريق المعاملة (أي البيع)، فإنها لا تجوزه من طريق المجاملة (أي القرض)، وهناك الدعامة الاجتماعية، وهذه تقضي بأن مجرد تقرير ربح مضمون لرب المال بدون أن يكون في مقابل ذلك ضمان ربح للمقترض، هذا الوضع فيه محاباج للمال وإيثاره على العمل، وبهذه الوسيلة تزيد في توسيع المسافة وتعفيق الهوة بين طبقات الشعب بتحويل مجرى الثروة وتوجيهها إلى جهة واحدة معينة، بدلا من أن تشجع المساواة في الفرص بين الجميع، وأن تقارب بين مستوى الأمة حتى يكون أمل إلى التجانس وأقرب إلى الوحدة :⁽¹⁾ " إن اللوحة البارزة في التشريع القرآني، وكذلك في كل تشريع اجتماعي جدير بهذا الاسم، هي الحيلة دون هذه المحاباة لأس المال على حساب الجمهور الكارح، والسعي لتحقيق نوع من التجانس والمساواة بين أفراد الأمة، إنها لكلمات قصيرة ولكنها ذات مدى بعيد، تلك التي يرسم فيها القرآن دستور هذه السياسة حيث يقول : (كي لا يكون دولة بين الأغنياء منكم).

والى جانب هاتين الدعامتين، يضيف الأستاذ د راز الدعامة الاقتصادية فيقول : أنه " بمجرد عقد القرض أصبح العمل ورأس المال في يد شخص واحد، ولم يبق المقرض علاقة ما بذلك المال، بل صار المقرض هو الذي يتولى تديره تحت مسؤوليته التامة، لربه أو لخسره، حتى أن المال إذا هلك أو تلف، فإنه يهلك أو يتلف على ملكه. فإذا أصررنا على إشراك المقرض في الربح الناشئ، وجب علينا في الوقت نفسه أن نشركه في الخسارة النازلة، إذ كل حق يقابله واجب، أو كما تقول الحكمة النبوية : الخراج بالضمان. أما أن نجعل الميزان يتحرك من جانب واحد، فذلك هو معاندة

(1) مصادر الحق (229/3).

الشركات الكبيرة والحكومات من الجماهير وصغار المدخرين، فإن الآلية تنعكس، والوضع ينقلب، ويصبح المقرض - أي الشركات والحكومات - هو الجانب القوي المستغل، ويصبح المقرض - أي صغار المدخرين - هو الجانب الضعيف الذي يجب له الحماية.

فيجب إذن أن يكون لقروض الإنتاج حكمها في الفقه الإسلامي، ويجب أن يتمشى هذا الحكم مع طبيعة هذه القروض، وهي طبيعة تغاير مغايرة تامة لطبيعة قروض الاستهلاك، ولا تعدو الحال أحد أمرين : إما أن تقوم الدولة بالأقراض للمنتجين، وإما أن تباح قروض الإنتاج بقيود وفائدة معقولة، والحل الثاني هو الحل الصحيح. ويرى الأستاذ الدوليبي إمكان تخريجه على فكرة الضرورة وعلى فكرة تقديم المصلحة العامة على المصلحة الخاصة، كما لو تدرع العدو بمسلم، فلا مناص من قتل المسلم حتى يمكن الوصول إلى العدو⁽¹⁾.

وبعد التأمل القليل، في مضمون ما قاله الأستاذ الدوليبي، وما جاء به من أفكار، وأدلى به من مبررات لإباحة الفوائد الربوية، يدرك أنها لا تستند على أدلة صحيحة، ولا حقيقة واقعية مما يعيشه السواد الأعظم في المجتمع، ولذلك عقب عليه الدكتور السنهوري فقال :

" ويؤخذ على هذا الرأي أمران :

1- يصعب كثيراً من الناحية العملية التمييز بين قروض الإنتاج وقروض الاستهلاك، حتى تباح فيها الفائدة المعقولة، في الأولى وتحرم إطلاقاً في الثانية، قد يكون واضحاً في بعض الحالات أن القروض قروض إنتاج يصح أن تباح فيها الفائدة المعقولة كما هو الأمر في القروض التي

للاستثناء، كما هي ستة الله في أهل العزائم من المؤمنين⁽¹⁾. (ومن يتق الله يجعل له مخرجاً ويرزقه من حيث لا يحتسب) (الطلاق : 2).

والظاهر أن الأستاذ د راز يقر في هذا النص كبدأ عام تحريم الربا في جميع صورته وأشكاله، دون تمييز في التحريم بين أن يكون من صور الربا ما هو محرم تحريم المقاصد ومنها ما هو محرم تحريم الوسائل، وإذا تكلم عن الضرورة التي تبيح الربا فإنما هي الضرورة الملحة التي يكون من شأنها أن تبيح أكل الميتة والدم، وذلك في جميع صور الربا دون استثناء، وليست الضرورة عنده هي مجرد الحاجة بل أنه ليورصي في آخر عبارته ب...
التأني قبل القول بقيام الضرورة، ويتطلب ممن يقول بذلك، فوق العلم بقواعد الشريعة الإسلامية ورضا وتقوى يحجزانه عن التوسع والتسرع في تطبيق الرخصة على غير موضعها⁽²⁾.

الإجابة المختصرة من أحكام المذاهب الشفعية في الربا :

يلخص الدكتور السنهوري بحث الأستاذ معروف الدوليبي الذي جاء في المحاضرة التي ألقاها في مؤتمر الفقه الإسلامي بباريس، إلى أن الربا المحرم إنما يكون في القروض التي يقصد بها إلى الاستهلاك لا إلى الإنتاج، ففي مجال الاستهلاك يستغل المرابون حاجة المعوزين والفقراء ويهقونهم بما يفرضون عليهم من ربح فاحش... أما اليوم، وقد تطورت النظم الاقتصادية، وانتشرت الشركات، وأصبحت القروض أكثرها قروض إنتاج لا قروض استهلاك فإن من الواجب النظر فيما يقتضيه هذا التطور في الحضارة من تطور في الأحكام، ويتضح ذلك بوجه خاص عندما تقرض

(1) (ص 21 - 22 من المحاضرة).

(2) مصادر الحق (23/3).

المجتهد⁽¹⁾، وغيرهما... من تلك الأهداف :

(1) منع احتكار أقوات الناس

(2) منع التلاعب في العملة حتى لا تنقلب أسعارها، وحتى لا تصبح هي ذاتها سلعة من السلع.

(3) منع الغبن والاستغلال عند التعامل في الجنس الواحد، لأن التفاضل في الكم، لا يمكن حسابه بدقة تواجه التفاضل في الكيف، فلا بد من وقوع الغبن على أحد المتبايعين⁽²⁾.

وقد لخص الأستاذ محمد عبد الله دراز هذه الأهداف في محاضراته الباريسية بقوله : " ولكي نلخص فكرتنا عن القواعد التي وضعها التشريع النبوي في باب التبادل والتفاضل نقول : إن هذه القواعد تهدف إلى عرض مزدوج فهي من إحدى الجهتين تريد أن تحمي النقود والأطعمة وهما أهم حاجات الجماعة وأعظم مقومات حياتها، وذلك بمنع وسائل احتكارها، أو إخفائها من الأسواق، أو تعرضها للتقلبات الشنيعة المفاجئة، وهي من الجهة الأخرى تحرص على حماية الفقراء والأغرا⁽³⁾ من طرف الغبن والاستغلال التي يتبعها بعض التجار البشعيين⁽³⁾ .

موقف التقنيات الحديثة العربية من الربا :

يظهر أن قانون الالتزامات والعقود المغربي، يميل إلى الأخذ بتحريم الفوائد الربوية تبعاً للفقهاء الإسلاميين، حيث استثنى في هذا المجال التعامل

(1) الجزء الثاني (ص 99).

(2) مصادر الحق (234/3 - 236).

(3) المغفلين.

(3) المحاضرة ص 17. نقلاً عن مصادر الحق (3/هـامش ص 236).

تعتقدها الحكومات والشركات، ولكن هناك صورا أخرى من القروض، أكثرها وقوعا القروض التي تعقدتها الأفراد مع المصارف والمنظمات المالية، فهل هي قروض إنتاج تباح فيها الفائدة المعقولة، أو هي قروض استهلاك لا تجوز فيها الفائدة أصلا ؟ وهل نستطيع هذا التمييز في كل حالة علي حدة، فنبين هنا ونحرم هناك ؟ ظاهر أن هذا التمييز متعذر، فلا بد إذن من أحد أمرين : إما أن تباح الفائدة المعقولة في جميع القروض ولما أن تحرم في جميعها، وإذا فرضنا جدلا أنه يمكن تمييز قروض الإنتاج فإن تخريج الفائدة المعقولة في هذه القروض على فكرة الضرورة لا يستقيم فالضرورة بالمعنى الشرعي ليست قائمة، وإنما هي الحاجة لا الضرورة⁽¹⁾ ..

موقف الفقه الإسلامي من الربا في العصر الحاضر :

يتلخص من الإشارات السابقة، إلى تطور الفقه الإسلامي إزاء التعامل بالربا سعة وضيقا في التحريم، أن البدء العام هو تحريم الربا بجميع أنواعه، سواء أكان ربا جليا وهو ربا الجاهلية الذي حرمه القرآن الكريم، أو ربا خفيا وهو الذي جاء النهي عنه عن طريق السنة، رغم أن هذا الأخير حاول الاجتهاد الفقهي التخفيف من حدة حرمة، فاستساغه بمقدار معين عند ما تدعو الحاجة والمصلحة الراجحة إليه، بينما أبفق الاجتهاد الفقهي قديما وحديثا، أن ربا الجاهلية (السحت)، لا يدخله شيء من الإباحة إلا مع الضرورة الملحة التي تصل درجاتها إلى ترخيص أكل الميتة.

والربا حرم لتحقيق أغراض سامية جلية للناس، حسبما يستفاد من النصوص الواردة عن ابن القيم في إعلام الموقعين⁽²⁾، وابن رشد في بداية

(1) نفس المرجع (233/3 - 234).

(2) الجزء الثاني (ص 157).

واسعة في تحريم الربا، وعمد إلى الربا المحرم تحريم المقاصد فنهى عنه في عبارة حاسمة لا مخلص منها.

وقد كان التقنين المدني السابق يجيز تقاضي الفوائد على متجمد الفوائد بشرطين :

1- أن تكون الفوائد المتجمدة لا تقل عن فوائد سنة.

2- وأن يتم الاتفاق بين الدائن والمدين، بعد تجمد الفوائد، على تقاضي فوائد عنها، أو يطالب الدائن المدين بفوائد على متجمد الفوائد مطالبة قضائية. ثانيا : ضيق التقنين المدني الجديد كثيرا في إباحة تقاضي الفوائد البسيطة ومما فعله في هذا السبيل ما يأتي :

1- وضع حدا أقصى لسعر الفائدة هو 7٪ فلا يجوز الاتفاق بين الدائن والمدين على أكثر من ذلك. فإذا اتفقا على فوائد تزيد على هذا السعر وجب تخفيضها إلى 7٪ وتعين رد ما دفع زائداً على هذا القدر (مادة 227/1 مدني) وقد كان التقنين المدني السابق يجعل الحد الأقصى لسعر الفائدة 8٪، قبل أن ينزلها التقنين الجديد إلى 7٪ كما رأينا.

2- وإذا لم يكن هناك اتفاق بين الدائن والمدين على تقاضي الفوائد، فلا يجوز للدائن أن يتقاضى فوائد على الدين، وقد طبقت هذه الفائدة في عقد القرض، فنصت المادة 542 مدني على ما يأتي : " على المقترض أن يدفع الفوائد المتفق عليها عند حلول مواعيد استحقاقها، فإذا لم يكن هناك اتفاق على فوائد اعتبر القرض بغير أجر ". على أنه إذا حل الدين وتأخر المدين في الوفاء، استحققت فوائد تأخير قدرها 4٪ في المسائل المدنية، و 5٪ في المسائل التجارية (م 226 مدني)⁽¹⁾.

بالربا في الطعام بين المسلمين فقال في الفصل : 621 :

"إذا كان أحد العرضين أكثر من الآخر فيمة، يساغ تعويض الفرق بنقود أو بغيرها من الأشياء، معجلاً أو مؤجلاً. ولا يسري هذا الحكم بين المسلمين، إذا كان محل المعاوضة طعاماً".

ومنع هذا القانون كذلك في الفصل 870 اشتراط الفائدة بين المسلمين فقال: " اشتراط الفائدة بين المسلمين باطل ومبطل للعقد الذي يتضمنه سواء جاء صريحاً، أو اتخذ شكل هدية أو أي نفع آخر للمقرض أو لأي شخص غيره يتخذ وسيطاً له "

أما موقف التقنينات المدنية العربية الأخرى من الربا، في الإططار إلى تقاضي الفوائد، فيحاول إخضاع الربا للحاجة، مسابرة لمقتضيات النظام الاقتصادي الرأسمالي القائم، بقدر ما تقتضيه هذه الحاجة، ولكن بمجرد ما إذا تغير هذا النظام الرأسمالي القائم، وارتفعت الحاجة، يعود إلى أصل تحريم الفوائد الربوية، ولذلك شرع مقدار هذه الفوائد في حذر واعتدال.

وفوائد هذه التقنينات المدنية العربية متفقة أو متقاربة المقدار في الغالب، وهي التقنينات المدنية المصرية، والسورية، والليبية، والعراقية، واللبنانية...

ولكون هذه التقنينات متقاربة في تشريع الفوائد الربوية، نكتفي بإيراد نماذج من التقنين المدني المصري الجديد الذي وصف موقفه من الربا الدكتور السنهوري بقوله : " إن هذا التقنين ييغض كل البغض تقاضي الفوائد على رؤوس الأموال، وقد سار خطوات واسعة في تضيق حلقة الفوائد ووضع في ذلك أحكاماً تشريعية هامة نجملها فيما يلي :

أولاً : حرم تقاضي الفوائد على متجمد الفوائد، فنص في صدر المادة 232 على أنه " لا يجوز تقاضي فوائد على متجمد الفوائد ". فسد بذلك ثغرة

(1) مصادر الحق (244/3 - 245).

الفصل الثالث مراتب تدرج العقد الى الصحة وال لزوم بين الفقهين: الإسلامي والغربي:

تقديم:

إننا حاولنا المقابلة بين الفقه الإسلامي والفقه الغربي، في مراتب تدرج العقد إلى الصحة وال لزوم، وجدنا الفقه الإسلامي أكثر تدرجا في هذه المراتب.

- حيث يوجد في الفقه الإسلامي، العقد الباطل، ويقابله في الفقه الغربي العقد الباطل كذلك، وهما فيه سواء.

- ويوجد في الفقه الإسلامي، العقد الفاسد عند الحنفية، ولا يقابله نظير في الفقه الغربي.

- وفي الفقه الإسلامي العقد الموقوف، ولا نظير له بالمواقفة التامة في الفقه الغربي، وأقرب شبهة به هو العقد القابل للإبطال وإن كان يقصر دونه.

- وفي الفقه الإسلامي العقد غير السأزم. ونظيره في الفقه الغربي العقود غير السأزمة، ثم يأتي العقد القابل للإبطال مرة أخرى ليقابل العقد غير السأزم في الفقه الإسلامي فيما يخص الغلط⁽¹⁾.

المبحث الأول: العقد الباطل.

يظهر أن العقد الباطل يتفق الفقهاء: الإسلامي والغربي في أسباب بطلانه العامة، وهي تخلف ركن من أركان انعقاده، أو شريطة من شرائطها،

(1) مصادر الحق (4/266).

والإتيان إلى العمل التام لتطبيقه، إلا بعد مروه بهذه المراحل الثلاث في بعض الأحيان وعند الحاجة إليها.

بينما يأخذ الفقه الغربي في تطبيق نظرية العقد مرحلتين اثنتين هما: مرحلة العقد القابل للإبطال، ومرحلة البطلان⁽¹⁾.

البحث الثاني:

العقد الفاسد، ونظرية المظهر الخادع يحمي المبدوع

العقد الفاسد: مرتبة اختص بها الفقه الحنفي من بين المذاهب الإسلامية الأخرى، تحيء بين البطلان والفساد أما المذاهب الأخرى فلا تفرق بين بطلان العقد وفساده، بل حتى المذهب الحنفي نفسه لم يعصم نظرية الفساد في العقود، وإنما قصرها على بعضها فقط، وهي العقود الناقلة للملك: كالبيع والشركة والقسمة والصلح والإيجار وما إليها من العقود الملزمة للطرفين⁽²⁾.

وحكم العقد الفاسد وأثره يتصور عند الحنفية بحالتين - فيما إذا كان العقد بيعا وشبهه مثلا -:

1- حالة ما قبل التسليم

2- وحالة ما بعد التسليم

فحالة العقد الفاسد قبل تسليم المبيع وما في معناه، يكون حكمه فيها البطلان مطلقا، كالعقد الباطل الذي اختل فيه ركن من الأركان أو شرط من الشروط...

(1) نظرية العقد للدكتور عبد الفتاح (ص 479 وما بعدها)، مصادر الحق (4/ 262-263).

(2) الأشياء والناظر لابن نجيم الحنفي (ص 337)، المادة 109 من المجلة، نظرية العقد للدكتور عبد الفتاح (ص 509).

أو وجود نص في الشرع أو في القانون...، فيعتبر من حيث النتائج والأحكام هو والعدم سواء، فلا ينتج أثرا باعتباره تصرفا قانونيا، وإن ظهرت له صورة العقد، غير أنه قد يترتب على تنفيذه بعض الآثار القانونية، باعتباره مجرد واقعة مادية: كالزواج الباطل، بعد الدخول، يترتب عليه دوره الحد، وثبوت النسب، واستحقاق المهر، وجوب العدة⁽¹⁾.

والعقد الباطل لا يصح بالإجازة، ويجوز لكل ذي مصلحة أن يتمسك ببطلانه، كما يجوز ذلك للقاضي، بل يجب عليه أن يقضي ببطلانه ولو من تلقاء نفسه، جاء في الفصل 306 من قانون الالتزامات والعقود المغربي: "و... يكون الالتزام باطلا بقوة القانون:

1- إذا كان ينقصه أحد الأركان اللازمة لقيامه

2- إذا قرر القانون في حالة خاصة بطلانه

وجاء في الفصل 310 منه كذلك: "إجازة الالتزام الباطل بقوة القانون أو التصديق عليه لا يكون لهما أدنى أثر".

وورد في المادة 1/141 مدني مصري وليبي: "إذا كان العقد باطلا جاز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بالبطلان، ولمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها⁽²⁾".

فإذا كان العقد الباطل بدءا ونهاية متقفا على عدم جدواه في الفقهين: الإسلامي والغربي معا، فإن نظريته في الفقه الإسلامي أكثر شمولاً وأوسع مدى منها في القانون الغربي، ويرجع اتساعها فيه إلى نواح ثلاث يتدرج فيها، تتعلق أولاها بقيام العقد، وثانيها بنفاذه، وثالثها بلزومه. بمعنى أن العقد في الفقه الإسلامي، لا يصل إلى الصحة الخاصة

(1) نظرية العقد. الدكتور عبد الفتاح... (هامش ص 508)، المادة 370 من المجلة العبدية.

(2) نظرية العقد للدكتور الصمد (ص 396).

وأوصاف العقد يتصل أكثرها بالمعقود عليه: كالغرن، والربا، والشروط الفاسدة...، ويضاف إليها سبب يتصل بالإرادة وهو الإكراه عند الإمام أبي حنيفة وصاحبيه^(١).

وهكذا يظهر أن الفقه الإسلامي، قد فرض وجوده في حماية الغير وفي تطوير التعامل واستقراره بين الناس، بفكرة إيجاد العقد الفاسد وتصحيحه بعد فواته في الفقه الحنفي، بل وفي الفقه المالكي كذلك بعد القبض والتقويت، في العقد الباطل - وهو والعقد الفاسد فيه بنوءاء- كما جاء في حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للزبير (ج 3 ص 70-71).

وأيا ما كان الأمر، فإن قيمة الفقه الإسلامي في هذا المجال، لا يمكن أن تقدر حق قدرها، إلا إذا لاحظنا أن الفقه الغربي لم يعتمد إلى حماية الغير الذين يتعاملون مع شخص لا يتفق ظاهر حاله مع حقيقته من حيث ملكيته للشيء الذي يتعاملون معه فيه، إلا في وقت متأخر جدا، جاء بعد أكثر من اثني عشر قرنا من الزمان وذلك بمقتضى نظرية اخذت تتغلغل في حنايا القانون المعاصر، وإن كانت لم تستقر بعد وترسخ بشكل مطلق تام، وهذه النظرية هي المعروفة، " بنظرية المظهر الخادع يحمي المخدوع، أو كما يقال عادة وبعبارة أكثر شيوعا وإن كانت أقل دقة: الغلط الشائع يولد الحق "

وعلى غرار فكرة العقد الفاسد في حماية الغير في الفقه الإسلامي، نظام الشهر العقاري في الفقه الغربي (مصادر الحق 4/266).

ومن غير هذه الإطلالة الباهتة، فإن الفقه الغربي لا يعرف أسباب العقد الفاسد، كما عرفه الفقه الإسلامي في المذهب الحنفي...، لأنه لا يخشى

(١) أحدهما هو: أبو عبد الله محمد بن الحسين بن فرقد، الشيباني بالولاء، الفقيه الحنفي، أصله من قرية على باب دمشق في وسط الغرطة... انتقل به أبوه إلى العراق، ونشأ بالكوفة، وطلب الحديث، ولفي جماعة من أعلام الأئمة وحضر مجلس أبي حنيفة سنتين، ثم تفقه على أبي يوسف صاحب أبي حنيفة (135-189 هـ) -وفيات الأعيان لابن خلكان-.

وأما حكم العقد الفاسد وأثره بعد القبض والتسليم، فيظل فاسدا كذلك يحق لكل من طرفي العقد والفاضي فسخه، إلا أنه قد يتعدم ويكتسب نوعا من الصحة بالقبض والتسليم، فيفيد حكما إذا وقع التغافل عنه حتى فات بوقت، أو أحدث في المعقود عليه تصرف غير موثره عما كانت عليه بالزيادة والنقصان، كما نصت المادتان 371 و 372 من المجلة:

قالت المادة 371: "البيع الفاسد يفيد حكما عند القبض يعني أن المشتري إذا قبض المبيع بإذن البائع صار ملكا له..." وقالت المادة 372: "لكل من المتعاقدين فسخ البيع الفاسد إلا أنه إذا هلك المبيع في يد المشتري أو استهلكه أو أخرجه من يده يبيع صحيح أو بهية من آخر أو زاد فيه المشتري شيئا من ماله كما لو كان المبيع دارا فعمرها أو أرضا فغرس فيها أشجارا أو تغير اسم المبيع بأن كان حنطة فطمحها وجعلها دقيقا، بطل حق الفسخ في هذه الصور."

وإذا كانت طبيعة العقد الفاسد، أنها تنقل الملكية في عقود التملك في المذهب الحنفي: كالبيع والهبة، مع اقترانه بالقبض الإختياري، فإن هذه الملكية للنقولة إلى التصرف إليه، تكون ملكية من نوع خاص تخول التصرف دون حلية الانتفاع، مما دعا فقهاء الحنفية أن يطلقوا على هذا النوع من الملكية الملكية الخبيثة^(٢).

وبالتصرف في المعقود عليه من جانب المشتري -مثلا- بالبيع والهبة والرهن وما إلى ذلك من أنواع التقويت...، والتصرف فيه كذلك بالزيادة والنقصان... عن طريق العقد الفاسد، يمتنع الفسخ حماية للغير والعقود نفسه، لأجل استمرار التعامل.

وحقيقة العقد الفاسد في نظر الفقه الحنفي، إن يخل في العقد وصف من أوصافه العامة، دون الأركان والشروط، فيكون العقد منعقدا ولكن يكون فاسدا غير صحيح.

يعيب الإرادة بحيث يخلق في ذهن التعاقد غلطاً يدفعه إلى التعاقد.. ولكن مع ذلك يبقى التدليس مميزاً بطرقه الاحتياطية، فلا تغني عنه نظرية الغلط الذي قد يحدث نتيجة مجرد وهم لا دخل للطرق الاحتياطية فيه.

شروط التدليس :

شروط التدليس وفق نصوص التقنيات العربية ثلاثة :

1- استعمال طرق احتيالية.

2- أن يكون التدليس هو الدافع إلى التعاقد.

3- أن يكون التدليس صادراً من التعاقد الآخر، أو يكون له به صلة عن طريق العلم أو المواطاة.

ونظرية التدليس في التقنيات المدنية العربية الحديثة تنقسم إلى

طائفتين :

- الطائفة الأولى تشمل قانون الالتزامات والعقود المغربي، حيث نص الفصل 52 منه على: "أن التدليس يخول الإبطال إذا كان ما لجأ إليه من الحيل أو الكتمان أحد المتعاقدين أو نائبه أو شخص آخر يعمل بالتواطؤ معه قد بلغت في طبيعتها حدا بحيث لو لاها لا تعاقد الطرف الآخر، ويكون للتدليس الذي يباشره الغير نفس الحكم إذا كان الطرف الذي يستفيد منه عالماً به".

ونصت المادة 125 من التقنين المدني المصري على أنه :

"1- يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو نائب عنه من الجسامة بحيث لو لاها لا أبرم الطرف الثاني العقد. 2- يعتبر تدليسا السكوت عمداً عن واقعة أو ملايسة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملايسة" (1)

(1) مصادر الحق (146/2 وما بعدها) نظرية العقد د. الصدة (ص 254 - 255).

- المادة 118 : لا عبرة بالظن البين خطأه، فلا ينقذ العقد.

1- إذا وقع غلط في صفة الشيء تكون جوهرية في نظر المتعاقدين، أو يجب اعتبارها كذلك، للظروف التي تم فيها العقد ولا ينبغي في التعامل من حسن النية. 2- إذا وقع غلط في ذات التعاقد أو في صفة من صفاته، وكانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الوحيد أو السبب الرئيسي في التعاقد. 3- إذا وقع غلط في أمر تبيح نزاهة المعاملات للمتعاقدين الذي يتمسك بالغلط أن يعتبرها عناصر ضرورية للتعاقد.

المادة 119 : لا يجوز للمتعاقدين الذي وقع في غلط أن يتمسك به، إلا إذا

كان التعاقد الآخر قد وقع في نفس الغلط، أو كان على علم به، أو كان من السهل عليه أن يتبين وجوده.

المادة 120 : لا يؤثر في نفاذ العقد مجرد الغلط في الحساب ولا الغلط

المادي، وإنما يجب تصحيح هذا الغلط (1).

المطلب الثاني : التدليس

(1) التدليس في الفقه الغربي :

التدليس، أو التزوير كما يسميه القانون العراقي أخذاً عن الفقه الإسلامي، أو الخداع كما يسميه القانون اللبناني هو : استعمال حيلة تدفع المتعاقد في غلط يدفعه إلى التعاقد.

التدليس والغلط :

هناك علاقة بين التدليس والغلط في القانون الوضعي، لأن التدليس

(1) هامش مصدر الحق (146/2)، نظرية العقد للذكور الصدة (ص 231).

ويتضح من هذا أن القانون العراقي عمل على التوفيق بين نظرية التأسيس في القانون المصري والقوانين العربية المماثلة، وأحكام الفقه الإسلامي في هذا الشأن.. فهو لا يعتد بالتأسيس (التغريس) إلا إذا اقترن به غبن، فإن كان الغبن فاحشاً أصبح العقد موقوفاً على إجازة العاقد المغبون... وإن كان الغبن يسيراً كان العقد نافذاً واقتصر حق العاقد المغبون على الرجوع بالتعويض، وكذلك إذا كان هناك غبن فاحش، ولكن استهلك الشيء قبل العلم بالغبن أو هلك أو حدث فيه عيب أو تغير جوهري، كان العقد نافذاً واقتصر حق العاقد المغرور على الرجوع بالتعويض⁽¹⁾.

ومن أمثلة الطرق الاحتياطية، أن يظهر شخص بظهر اليسار على غير الحقيقة ويتحل لنفسه صفات يكون من شأنها أن تخدع المتعاقد ككشف حسابات في البنوك، أو تقديم عقود إيجار مبالغ فيها لرفع ثمن العقارات إلى أكثر مما تستحق.

والأصل أن مجرد الكذب والكتمان لا يكفي لقيام التدليس، إذ من المألوف أن التاجر عادة يبالغ في مدح بضاعته إلى حد الكذب. وكذلك الكتمان ليس على المتعاقد أن يبالي إلى من يتعاقد معه بكل ما يتعلق بالتعاقد، وإلا كان في هذا حرج شديد.

ولكن إذا انصب الكذب على واقعة معينة لها اعتبارها في التعاقد فإنه يعتبر تدليساً.. كان يعطي شخص بيانات غير صحيحة عن كفايته وخدماته السابقة بقصد التحايل للحصول على عمل.. أو يعطي بيانات كاذبة عن تاريخ صنع السيارة المؤمن عليها وتاريخ شرائها.

والكتمان قد يعتبر تدليساً يجيز للمتعاقد الراجع فيه إبطال العقد

ونصت أيضاً المادة : 126 مدني مصري وليبي و 127 مدني سوري والمادة 123 تجاري كويتي والمادة 112 مدني سوداني على أنه : إذا صدر التأسيس من غير المتعاقدين فليس للمتعاقد الدلس عليه أن يطلب إبطال العقد ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم، أو كان من المفروض حتماً أن يعلم بهذا التدليس .

والطائفة الثانية تشمل التقنين المدني العراقي، وهو يوفق بين نظرية التأسيس في القانون المصري وأحكام الفقه الإسلامي في هذا الشأن حيث يقرن المعيار الشخصي بمعيار موضوعي، فلا يعتد بالتأسيس إلا إذا اقترن به غبن، مع التفرقة في هذا بين الغبن الفاحش والغبن اليسير.. فجاءت نصوصه في هذا الصدد مزيجاً من الفقه الغربي والفقه الإسلامي⁽¹⁾.

فنصت المادة 1/121 مدني عراقي في هذا الصدد على أنه : "إذا غر أحد المتعاقدين بالآخر وتحقق أن في هذا العقد غيباً فاحشاً كان العقد موقوفاً على إجازة العاقد المغبون (أنظر المادة 357 من المجلة والمادة 438 من مرشد الحيران. فإذا مات من غرر غبن فاحش تنتقل دعوى التغريس لوارثه (قارن المادة 358 من المجلة والمادة 440 من مرشد الحيران)..

ونصت المادة 123 منه على أنه " يرجع العاقد المغرور بالتعويض إذا لم يصبه إلا غبن يسير أو أصابه غبن فاحش ولكن التغريس لا يعلم به العاقد الآخر، ولم يكن من السهل عليه أن يعلم به، أو كان الشيء قد استهلك قبل العلم بالغبن أو هلك أو حدث فيه غيب أو تغير جوهري ويكون العقد نافذاً في جميع هذه الأحوال " (أنظر فيما يتعلق بالجزء الأخير من هذا النص المادة 360 من المجلة والمادة 442 من مرشد الحيران).

(1) مصادر الحق (147/2)، نظرية العقد د. الصدة (ص 261).

(2) الوار : 121 - 123 مدني عراقي.

ومن أمثلة التغيرير باستعمال طرق احتيالية، ما جاء في شرح الحطاب :

"التغيرير الفعلي كالشرطي، وهو أن يفعل البائع في البيع فعلا يظن

به المشتري كمالا فلا يوجد، قاله ابن شاس، وهو أحسن من قول التوضيح والشاح وهو أن يفعل البائع في المبيع فعلا يستتر العيب فقط، وشمول الفعل لا يستتر عيبا وإنما يظهر كمالا... ومنه صيغ الثوب القديم ليظهر أنه جديد... ومنه.. من ابتاع ثيابا فرقم عليها أكثر مما ابتاعها به وباعها برفعها ولم يقل قامت علي بكذا، شدد مالك كراهة فعله واتفق فيه وجه الخلافة، ابن زمين: إن وقع خير فيه مبتاعه، وإن فات رد بقيته..."⁽¹⁾

وجاء في الشرح الكبير على متن المنع بهامش المغني من الفقه الحنبلي: "خيار التلايس بما يزيد الثمن كتحصرية اللين في الضرع، وتحمير وجه الجارية وتسويد شعرها وتجعيده، وجمع ماء الرحي وإرساله عند عرضها، فهذا يثبت للمشتري خيار الرد..."⁽²⁾

- ومن أمثلة التلايس عن طريق الكذب، ما جاء في القوانين الفقهية لابن جزي: "لا يجوز الكذب في التعريف بالثمن، فإن كذب ثم اطلع المشتري على الزيادة في الثمن، فالمشتري مخير من أن يمسك بجميع الثمن أو يرده، إلا أن يشاء البائع أن يحط عنه الزيادة وما يثيرها من الربح ويلزمه الشراء، وقال أبو حنيفة لا يلزمه"⁽³⁾.

والتلايس قد يقع كذلك عن طريق الكتمان الذي هو عمل سلبي محض، في الفقه الإسلامي، كما في بیاعات الأمانة. فقد ورد في القوانين الفقهية كذلك أنه: "لا يجوز الغش في المراجعة ولا غيرها، ومنه أن يكتم من أمر

(1) مواهب الجليل (437/4 - 438).

(2) الشرح الكبير (73/4 - 74).

(3) القوانين الفقهية (ص 226 - 227).

وفسخه إذا أوجبت الظروف والملايسات المحيطة بالمعقد الكشف والبيان عن أمر له خطره على المتعاقد الآخر: كما لو أن شخصا باع لآخر منزلا وكتب عنه أن هذا المنزل قد شرع في نزع ملكيته للمنفعة العامة، فإن هذا الكتمان يعتبر تدليسا، كما سبق التخصيص على ذلك في المادة 125 من التقنين المدني المصري⁽¹⁾.

ب) التلايس أو التغيرير في الفقه الإسلامي:

التلايس أو التغيرير في الفقه الإسلامي أكثر بروزا من الغلط. وسبب بروز التغيرير هو أن هذه النظرية لا ضير منها على استقرار التعامل لأن التغيرير ليس كالغلط شيئا نفسيا ينطوي عليه الضمير قد يعلم به التعاقد الآخر وقد لا يعلم به. إذ الدلاس في العادة هو أحد المتعاقدين فيعلم ضرورة بما وقع فيه التعاقد الدلاس عليه من الغلط، بل كان هو المتسبب فيه، وحتى إذا كان التلايس قد صدر من الغير، فإن هذا الغير لا بد أن يكون متواطئا مع التعاقد نفسه، أو في القليل لا بد أن يكون التعاقد قد علم بالتلايس الصادر من الغير أو أن يكون في استطاعته أن يعلم ذلك.

ففي نظرية التغيرير إذن يمكن التوفيق، في كثير من اليسر، بين احترام الإرادة الحقيقية واستقرار التعامل.

لذلك وصل الفقه الإسلامي في هذه النظرية إلى مدى بعيد، لا يقل عن المدى الذي وصل إليه الفقه الغربي، فهو يعرف التغيرير باستعمال طرق احتيالية، ويعرفه عن طريق مجرد الكذب، بل يعرفه عن طريق محض الكتمان، ثم هو - كالفقه الغربي - يعتقد بالتلايس الصادر من الغير⁽²⁾.

(1) مصادر الحق (147/2)، نظرية العقد د. الصدة (ص 261).

(2) مصادر الحق (149/2).

- المادة 123 - يرجع العاقد المغرور بالتعويض إذا لم يصبه إلا غبن يسير، أو أصابه غبن فاحش وكان التعبير لا يعلم به العاقد الآخر ولم يكن من السهل عليه أن يعلم به، أو كان الشيء قد استهلك قبل العلم بالغبن أو هلك أو حدث فيه غيب أو تغيير جوهري ويكون العقد نافذا في جميع هذه الأحوال.⁽¹⁾

المطلب الثالث: الإكراه في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

الإكراه في فقهه الإسلامي هو حمل الغير على ما لا يرضاه (فتح الغفار جزء 3 ص 119). وفي القانون الوضعي هو: ضغط تتأثر به إرادة الشخص فيندفع إلى التعاقد. ولا يعد الإكراه الإرادة، ولكن يفسدها.

ولالإكراه في القانون الوضعي - كما للتدليس - ناحيتان: ناحية ينظر فيها إلى الإكراه كعيب من عيوب الإرادة فيؤثر في صحة العقد، وناحية أخرى ينظر فيها إلى الإكراه كعمل غير مشروع صدر من المكره يستوجب مسؤوليته، فيكون ملزماً بالتعويض لمن وقع عليه الإكراه⁽²⁾.

والفقه الإسلامي يوافق القانون الوضعي في مضمون الناحية الأولى حسب نهجه الواسع في معالجة الإكراه، ويتميز القانون الوضعي بالإكراه المكره بالتعويض كما في مضمون الناحية الثانية.

من نصوص التقنيات المدنية العربية في الإكراه: نصونس التقنيات المدنية العربية في الإكراه متماثلة، إلا أن التقنين المدني العراقي قد وفق في نصوصه بين أحكام الفقه الإسلامي وأحكام الفقه الغربي⁽¹⁾.

سلعته ما يكرهه المشتري، أو ما يقل رغبته فيها وإن لم يكن عيباً كطول بقائها عنده أو تغيير سوقها... فإن فعل ذلك فالشعري مخير بين أن يمسكها بجميع الثمن أو يرد كمسألة الكتب...⁽¹⁾

التدليس الصادر من الغير:

- وكذلك التدليس الصادر من غير العاقد، يعرفه الفقه الإسلامي ويجازي بخيار الفسخ عليه، إذا اشتمل على غبن فاحش، وكان فيه العاقد الدلس عليه ضحية خديعة الناجش أو الدلال المتواطئ مع العاقد الدلس، كما جاء في الشرح الكبير: "لكن إن كان في البيع (مع النجش) غبن لم تجر العادة بمثله، فلمشتري الخيار والإمضاء، كما في تلقي الركبان، فإن كان يتغابن بمثله فلا خيار له..."⁽²⁾.

وكخلاصة للتوفيق بين الفقه الإسلامي والفقه الغربي، ننقل هنا في التدليس كما فعلنا في الغلط نصوص التقنين المدني العراقي في:

- المادة 1/121 - إذا غرر أحد المتعاقدين بالآخر، وتحقق أن في العقد غيباً فاحشاً، كان العقد موقوفاً على إجازة العاقد المغبون. فإذا مات من غرر بغبن فاحش تنتقل دعوى التعير لوارثه. 2- ويعتبر تعديراً عدم البيان في عقود الأمانة التي يجب التحرز فيها عن الشبهة بالبيان، كالخيانة في المراجعة والتولية والإشراك والوضعية.

- المادة 122 - إذا صدر التعير من غير العاقدين فلا يتوقف العقد، إلا إذا ثبت للعاقد المغبون أن العاقد الآخر كان يعلم أو كان من السهل عليه أن يعلم بهذا التعير وقت إبرام العقد.

⁽¹⁾ هامش مصادر الحق (174/2).

⁽²⁾ مصادر الحق (175/2 - 186).

⁽¹⁾ نفس المرجع (ص 227).

⁽²⁾ الشرح الكبير بهامش المغني (79/4).

وهكذا يتضح أن أثر العقد الناشئ عن الإكراه في القانون الوضعي له حكم واحد هو إبطال العقد لتخلف وفساد الإرادة مع وجودها. وهذا الحكم هو في الإكراه والتدليس والغلط سواء.

ويمكن في هذا القانون بطلان العقد مع الإكراه في حالة واحدة، وهي ما إذا انتزعت الإرادة بالإكراه عنوة، لا رهبة، وصورتها إذا أمسك المكروه بيد المكروه وأجرى القلم في يده بالتوقيع على التزام⁽¹⁾.

ولهذه الحالة نظير في الفقه الإسلامي وهو من لا اختيار له كلية ولا قدرة على الامتناع : كمن حمل كرها وأدخل إلى مكان حلف على الامتناع من دخوله، أو حمل كرها وضرب به غيره حتى مات ذلك الغير ولا قدرة له على الامتناع، أو أضجعت فزني بها من غير قدرة لها على الامتناع. فهذا لا إثم عليه بالاتفاق، ولا يترتب عليه حنث في يمينه عند جمهور العلماء (جامع العلوم والحكم، لزين الدين أبي الفرج عبد الرحمن بن شهاب الدين الحنبلي، ط : مؤسسة الكتاب الثقافية ص : 375).

والفقه الإسلامي يوافق بعض مذاهبه الفقه الغربي وهما المذهبان المالكي والحنبلي، في أن المكروه له الخيار في فسخ العقد، ويخالفه المذهبان الشافعي والحنفي، حيث يعتبر الأول الشافعي العقد مع الإكراه باطلاً، ويعتبره الثاني متوقفاً أو فاسداً.⁽²⁾

عناصر الإكراه :

ويتبين من النصوص سواء في الفقه الإسلامي، أو القانون الوضعي، أن للإكراه عناصر ووسائل يتحقق بها. حتى يعتبر معه عدم التصرف، ومنها

(1) مصدر الحق (175/2).

(2) البائع (186/7)، وشرح الترمذي على التحفة (76/2).

وقد عرف الفصل 46 من ق. ل. ع. المغربي الإكراه بما يأتي :

الإكراه إجبارياً يباشر من غير أن يسمح به القانون يحمل بواسطته شخص آخر على أن يعمل عملاً بدون رضاه.

وجاء في الفصل 47 منه : الإكراه لا يخول إبطال الالتزام إلا :

1- إذا كان هو السبب الدافع إليه.

2- إذا قام على وقائع من طبيعتها أن تحدث لمن وقعت عليه إما ألاماً جسمياً أو اضطراباً نفسياً أو الخوف من تعريض نفسه أو شرفه أو أمواله لضرر كبير مع مراعاة السن والذكورة أو الأنوثة وحالة الأشخاص ودرجة تأثيرهم.

ونص التقنين المدني المصري في المادة 127 على ما يأتي :

1- "يجوز إبطال العقد للإكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق، وكانت قائمة على أساس "

2- "وتكون هذه الرهبة قائمة على أساس إذا كانت ظروف الحال تصور للطرف الذي يدعيها أن خطراً جسيماً محققاً يهدده هو أو غيره في النفس أو الجسم أو الشرف أو المال " .

3- "ويراعى في تقدير الإكراه جنس من وقع عليه الإكراه وسننه وحالته الاجتماعية والصحية وكل طرف آخر من شأنه أن يؤثر في جسامته الإكراه " .

ونص في المادة 128 منه على ما يأتي :

"إذا صدر الإكراه من غير المتعاقدين، فليس للمتعاقد المكروه أن يطلب إبطال العقد، مالم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض أن يعلم حتماً بهذا الإكراه " .

2- "وتكون الرهبة قائمة على أساس إذا كانت ظروف الحال تصور

للطرف الذي يدعيها أن خطراً جسيماً محدقاً يهدده هو أو غيره في النفس أو الجسم أو الشرف أو المال".

ومضمن النصين الشرعي والوضعي متوافق ومقارب في عنصرَي الإكراه المعتبر عذراً في عدم اعتبار العقد.

مكانة الإكراه في الفقه الإسلامي:

للإكراه في الفقه الإسلامي ميزة واضحة، فهو أكثر بروزاً من سائر عيوب الإرادة، لأن الإكراه أقرب عيوب الإرادة إلى الموضوعية وأبعدها عن الذاتية وذلك بسبب ما يتصل به من وسائل العنف التي هي أكثر ما تكون وسائل مادية ظاهرة.. فاستقرار التعامل هنا لا يتعارض مع احترام الإرادة الحقيقية، لا سيما إذا كان الإكراه واقعاً من أحد المتعاقدين على المتعاقد الآخر كما هو الغالب⁽¹⁾.

والفقه الإسلامي يتناول نظرية الإكراه باستفاضة وتفصيل كبيرين، حتى أنه ليميز عن الفقه الغربي في هذه النظرية في أمور منها⁽²⁾:

1- أثر الإكراه وحكمه: ينظر الفقه الإسلامي إلى الإكراه كعيب في الإرادة فيجعل الجزاء عليه أشد من الجزاء على عيوب الإرادة الأخرى.. ففي مذهب الشافعي يعتبر الإكراه سبباً في بطلان العقد، وفي المذهب الحنفي، يتردد الجزاء عليه بين فساد العقد وتوقفه، وكلاهما أشد من عدم اللزوم، وظاهر المذهب فساد العقد لا توقفه. أما المذهب المالكي فيجعل جزاء الإكراه عدم لزوم العقد، فيستوي الإكراه في ذلك عنده مع سائر عيوب الإرادة⁽³⁾.

(1) مصادر الحق (183/2).

(2) نفس المرجع (148/2 - 185).

(3) شرح التسولي على التحفة (76/2)، البائع (186/7).

عنصران أساسيان هما:

أولاً: استعمال وسائل الإكراه تهدد بخطر جسيم محدق، وهذا هو

العنصر الموضوعي.

ثانياً: رهبة في النفس يبعثها الإكراه فتحمل على التعاقد، وهذا هو

العنصر النفسي.

ومتي توافر هذان العنصران، فقد وجد الإكراه وفسدت الإرادة، سواء كان الإكراه صادراً من أحد العاقلين، أو من الغير، أو من ظروف خارجية تهيأت مصادفة⁽¹⁾.

ففي الفقه الإسلامي:

جاء في تحفة ابن عاصم: "فضل في بيع المضغوط" * ومن بيع في غير حق شرعي. بالقهر مالا تحت ضغط مرعي، فقال شارحها التاودي: "المراد به هنا المكره على البيع أو على سببه... وما أشبهه يعني المغسوب منه. وتحت ضغط مرعي، أي معتبر شرعاً، بأن يكون بخوف قتل أو ضرب أو سجن أو صفع لذي مروءة بطلاً أو أخذ مال أو قتل ولد. قال الشارح: والإهانة للزمنة لن لا تليق به إكراه، فكيف بالضرب والإيلام". (شرح التاودي بهامش البهجة ج2 ص75).

- وفي الفقه الغربي:

نصت المادة السابقة 127 من التفتين المدني المصري على أنه:

1- "يجوز إبطال العقد للإكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بعثها التعاقد الآخر في نفسه دون حق، وكانت قائمة على أساس".

(1) البائع (176/7)، البسوط (39/24)، مصادر الحق (177/2).

* المضغوط هو من أضعف في بيع ربه أو شيء بعينه، أو في مال يؤخذ منه، فباع لذلك (شرح الحطاب 248/4).

وجاء في شرح الخطاب : " ومضى البيع المجبر عليه، إذا كان ذلك في جبر السلطان عاملاً من عماله... وذلك أن السلطان إذا أراد تولية أحد أحصى ما بيده، فما وجده بعد ذلك نأثماً على ما بيده وعلى ما كان يبرزق من بيت مال المسلمين، وإنما أخذته بجاه القضاء والولاية، أخذته منه، فإن كان له تجارة وصناعة وأشكل مقدار ما اكتسبه بذلك وما اكتسبه بجاه الولاية، فالسلطنة حسنة، وقد فعلها سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه مع عماله لا أشكل عليه ما اكتسبهه بالقضاء والعمالة..."⁽¹⁾

نكتفي بهذا القدر من الأمثلة التي أوردناها، للمقابلة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، في الإكراه ونورد فيه كملخص نصوص التفتين المدني العراقي :

نصوص التفتين المدني العراقي في الإكراه :

وبما أن التفتين المدني العراقي يحاول التوفيق بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، وهو بغيتنا، ننقل نصومه في الإكراه، كما نقلناها في التلبس والغلط في المواد الآتية :

— المادة 112 " 1- الإكراه هو إجبار الشخص بغير حق، على أن يعمل عملاً دون رضاه. 2- ويكون الإكراه ملجئاً إذا كان تهديداً بخطر جسيم محقق كإتلاف نفس أو عضو أو ضرب مبرح أو إيذاء شديد أو إتلاف خطير في المال. ويكون غير ملجئ إذا كان تهديداً بما هو دون ذلك كالحبس والضرب على حسب أحوال الناس. 3- والتهديد بإيقاع الضرر بالوالدين أو الزوج أو ذي ذي رحم محرم، والتهديد بخطر يحدش الشرف، يعتبر إكراهاً، ويكون ملجئاً أو غير ملجئ بحسب الأحوال.

2- وعند ما ينظر الفقه الإسلامي إلى الإكراه كعمل غير مشروع، يفتي طويلاً، ويفصل كيف يرجع التعاقد الذي وقع عليه الإكراه على المكروه بالزمان جزاء إكراهه.

جاء في شرح المواق : " ومن أكرهه على إعطاء مال ظلماً، فبيعه لذلك بيع مكره، ولرب البيع أخذ به بلا شئ إن كان المشتري عالماً بضغطة ولا فبالشئ، وروى مطرف يتبع المشتري بضمنه الظالم دفعه هو له أو البائع، ولو قبضه وكيل الظالم تبع أيهما شاء. قال مطرف : فإن قال الوكيل ما فعلته إلا خوفاً من الظالم لم يعدر⁽¹⁾ لقوله صلى الله عليه وسلم : " لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق " (التفسير بشرح الجامع الصغير للمناوي ج 2 ص 501).

الإكراه لا يتحقق إذا كان لغرض شرعي :

في الفقه الإسلامي، كما في القانون الوضعي، لا يتحقق الإكراه إذا كان القصد منه الوصول إلى غرض مشروع.

وصور الجبر الشرعي كثيرة منها : جبر القاضي المدين على بيع متاعه للغرماء. وجبر من عليه الخراج على بيع ماله لأداء الخراج. وجبر من له دار أو أرض تلاصق المسجد أو الطريق العام على بيعها إذا احتيج إلى توسعتهما، وجبر عمال السلطان على بيع أموالهم لرد ما جمعه من الناس ظلماً...

جاء في شرح الخرشني : " واحترز بالجبر الحرام من الجبر الشرعي، كجبر القاضي المدين على البيع لوفاء الغرماء، أو المنفق للنفقة، والخراج الحق، فليس من ذلك بل هو جائز لازم.. ومن الإكراه الحق الجبر على بيع الأرض للطريق أو لتوسيع المسجد، والطعام إذا احتيج إليه " (2).

⁽¹⁾ شرح المواق بهامش الخطاب (249/4).

⁽²⁾ مواهب الجليل (252/4).

الفصل الثاني

قيود تقترن بالعقد، فيفتاوت النظر إلى تأثيرها في بطلانه وصحته في الفقه الإسلامي والفقه الغربي

تقديم: قد تصدر صيغة العقد (التراضي) مطلقاً عن الشروط والقيود

فترتب عليها آثاره، وقد تصدر مقيدة بها، فيبقى العقد محل النظر والاجتهاد الفقهي بين البطلان والصحة، والعقد مع الشروط والقيود...، مسألة تتصل بفكرة الحلال والحرام في الفقه الإسلامي وبفكرة النظام العام في الفقه الغربي، ولها أهمية ملحوظة في الفقه الإسلامي، ولهذا ينبغي أن نتبين أثرها فيه وفي الفقه الغربي.

هناك أفكار ثلاثة ظفرت بعناية فائقة في الفقه الإسلامي، بحيث وسعت كثيراً من دائرة النظام العام والأداب في هذا الفقه :

الأولى فكرة الغرب، يعني بها الفقه الإسلامي عناية كبيرة برود النهي عنها بالنص، وخصوصاً في حالة التعاقد على محل مستقبل، وفي حالة تعيين المحل...

الثانية : فكرة الشروط

الثالثة : فكرة الرضا⁽¹⁾

⁽¹⁾ نظرية لعقد د. الصدة (ص 345).

- المادة 113 : يجب لاعتبار الإكراه أن يكون المكره قادراً على إيقاع تهديده وأن يخاف المكره وقوع ما صار تهديده به، بأن يغلب على ظنه وقوع المكره به إن لم يفعل الأمر المكره عليه.

- المادة 114 : يختلف الإكراه باختلاف أحوال الأشخاص وسنهم وضعفهم ومناصبهم ومراكزهم الاجتماعية ودرجة تأثيرهم وتألمهم من الحس والضرب كثرة وقلة وشدة وضعف.

- المادة 115 : من أكره إكراهها معتبراً بأحد نوعي الإكراه على إبرام عقد لا ينعقد عقده.

- المادة 116 : الزوج ذو شوكة على زوجته، فإذا أكرهها بالضرب مثلاً أو منعها عن أهلها، لتهب له مهرها، فوهبته له لا تمنعه الهبة، ولا تبرأ ذمته من المهر⁽¹⁾.

⁽¹⁾ مصادر الحق (215/2).

المبحث الأول فكرة الغرر في الفقهين : الإسلامي والغربي

١- فكرة الغرر في الفقه الإسلامي :

الغرر في الفقه الإسلامي، محرم بالكتاب والسنة والإجماع قال الله تعالى : " ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم " (النساء : 29). ومعناه تجارة لا غرر فيها ولا مخاطرة ولا قمار، لأن التراضي بما فيه غرر... لا يحل ولا يجوز، لأنه من اليسر الذي حرمه الله^(١). قال تعالى : " يأيها الذين آمنوا إنما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه لعلكم تفلحون " (المائدة : 92). وعن أبي هريرة رضي الله عنه قال : " نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الحصة وعن بيع الغرر " - رواه مسلم وأصحاب السنن الأربعة وأحمد^(٢).

وأجمع علماء الفقه الإسلامي على حرمة الغرر الكثير الذي يمكن الاحتراز عنه، ولا تدعو إليه حاجة^(٣).

ومن الغرر في الفقه الإسلامي، العقد على المعلوم المجهول العاقبة، والأشياء المستقبلية كالتركة غير المستحقة بموت المورث، وتعليل منع التعاقد في الفقه الإسلامي على التركة المستقبلية، أو التنازل عن الإرث غير

وسنحاول المقارنة بين الفقهين : الإسلامي والغربي، في هذه الأفكار...

في ثلاثة مباحث :

المبحث الأول : فكرة الغرر

المبحث الثاني : فكرة الشروط

المبحث الثالث : فكرة الربا

(١) مقدمات ابن رشد الجد (548/2).

(٢) التيسير بشرح الجامع الصغير (472/2)، شرح النووي على مسم بهامش القسطلاني (357/6).

(٣) شرح النووي على مسلم (357/6 و359)، بداية الجهد (111/2)، مقدمات ابن رشد (547/2-).

يعطي، إذ يتوقف تحديد هذه القيمة على أمر مستقبل غير محقق الوقوع. وقد عرفته المادة 1104 من القانون المدني الفرنسي بأنه : عقد يكون المقابل فيه احتمال مكسب أو خسارة لكل من المتعاقدين احتمالا يتوقف تحققه على حادثة غير مؤكدة الوقوع⁽¹⁾.

ومن أمثله عقد التأمين على الحياة، فلا يستطيع المستأمن وقت إبرامه أن يحدد مقدار ما سيدفع من أقساط، ولا يستطيع شركة التأمين أن تحدد مقدار ما ستدفع من تعويضات. كذلك البيع بثمن هو إبراد مرتب مدى الحياة، فإن عقد البيع وهو عقد محدد بحسب الأصل يكون عقدا احتماليا في هذه الحالة، لأن قيمة ما يدفع المشتري، وبالتالي قيمة ما سيأخذه البائع غير محددة وقت إبرام العقد، إذ الثمن لا يتحدد إلا بموت البائع، والموت أمر لا يعرف وقت حصوله.

وتعتبر عقود الرهان والقارئة من عقود الغرر وهذه العقود باطلة بحسب الأصل في ق. ل. ع. المغربي، تنص المادة 1092 منه، على أن كل التزام سببه دين القامرة أو المراهنة يكون باطلا بقوة القانون⁽²⁾.

ويستثني من البطلان للعب والمراهنة على سباق الأشخاص وسباق الخيل أو على الرماية أو على المباريات التي تجرى على الماء أو على غير ذلك من الأمور التي تتعلق بالرياضة والرياضة، وذلك بشرط ألا تحصل المراهنة من أحد التبارين للآخر، ولا تحصل بين المتفرجين بعضهم مع بعض (المادة 1097).

ويظهر أن الفقه الإسلامي، لا يختلف عن الفقه الغربي فيما يرجع إلى هذه المستثنيات الجائزة في الرهان على السباق لأجل المباريات والمباريات

(1) نظرية العقد للدكتور السنيور (ص 140).

المستحق، أن الإرث حق جبري لا يجوز التنازل عنه " وأن ما ثبت شرعا من حق لازم لا يسقط بالإسقاط... وأن الإرث لا يستحق إلا بموت المورث، فيكون التعاقد عليه... مضافا إلى محل معدوم، وفوق ذلك فإن التركة تكون شيئا مجهولا، ويكون في التعاقد عليها جهالة وغرر، وقد نهى الشرع عن عقود الغرر جميعا⁽¹⁾.

واستنتى الفقه الإسلامي من الأشياء المدعومة والمستقبلية، المجهولة العاقبة، التي الأصل فيها النهي عن التعاقد في شأنها للغرر أشياء تدعو الحاجة إلى التعامل فيها، وأهمها :

- عقد الاستصناع، وعقد السلم.

وعقد الاستصناع : هو " عقد مقاوله مع صاحب الصنعة على أن يعمل شيئا. فالعامل صانع والمشتري مستصنع والشيء مصنوع"⁽²⁾.

وعقد السلم : هو " بيع مؤجل بمعجل " أي بيع يكون فيه البيع مؤجلا ولثمن معجلا، كمن أسلف ألف درهم في خمسة قناطير من البر.

وكل من عقدي الاستصناع والسلم، وأمثالها من العقود على الأشياء غير الموجودة أثناء العقد، المستتة من النهي المانع للغرر في الأصل، يجوز العقد عليها لشدة الحاجة، استنادا إلى الكتاب والسنة والإجماع والاستحسان⁽³⁾.

ب) فكرة الغرر في الفقه الغربي:

العقد الاحتمال (أو عقد الغرر) في الفقه الغربي، هو الذي لا يستطيع فيه أحد المتعاقدين أو كلاهما، أن يحدد وقت إبرامه مقدار ما يأخذ ومقدار ما

(1) النظرية العامة للعقود والعقود... د. محمدي (ص 330).

(2) المادة 124 من المجلة.

(3) الميسوط للسرخسي (138/12)، النظرية العامة للموجبات والعقود (ص 327 - 328).

البحث الثاني الشروط المقترنة بالعقد

(١) الشروط الصحيح والشروط الفاسد في الفقه الإسلامي :

الفقه الإسلامي، يفرق فيما يتعلق بالشروط التي تقترب بالعقد، بين الشروط الصحيح والشروط الفاسد.

فالشروط الصحيح، هو الذي يضيف إلى مقتضى العقد ما هو أصل دون أن يشتمل على غرر أو يكون محرماً، وهناك أنواع ثلاثة من الشروط يجمع الفقه الإسلامي على صحتها : الأول شرط يقتضيه العقد، فهو بهذا المعنى لا يكون سوى تأكيد وبيان لحكم العقد، بحيث يعمل به دون حاجة إلى ذكره، فلا يتنافى العمل به مع اشتراطه وذكره، كما في حالة الشراء بشرط تلك المبيع، وحالة البيع بشرط حبس المبيع حتى قبض الثمن. والثاني شرط يلائم العقد، وهو الذي لا يتنافى مقتضى العقد، بل يكون مقراً لحكمه من حيث المعنى، كاشتراط الرهن أو الكفالة بالثمن، والثالث شرط يجري به التعامل، وهو الذي لا يقتضيه العقد ولا يلائمه، لكن للناس فيه تعامل، كمن يشتري ثوباً بشرط أن يخطه البائع، أو يشتري حمل دابة بشرط أن يبلّغه البائع إلى منزل المشتري^(١).

الشروط المختلف في صحته وفساده.

تتباين آراء مذاهب الفقه الإسلامي في الشروط المختلف في صحتها وفسادها المقترنة بالعقد، فبينما يقتصر المذهب الحنفي على الأنواع الثلاثة

(١) البدائع (١٧/٥)، شرح الخريشي على خليل (٨٠/٥)، المغني (٢٨٥/٤) وما بعدها، مصادر الحق (١٠٦/٣) وما بعدها.

الرياضية إذا كان العرض من جانب ثالث، كالدولة أو الشركة أو متبرع آخر، من أجل تقوية الجانب الصحي والدفاعي في أفراد الأمة وجماعاتها، للذب عن حوزة الوطن والدين.

كما أن الفقه الغربي يتفق مع الفقه الإسلامي في بطلان العقد على التركة المستقبلية، كأن يتنازل أحد عن حقه في تركة شخص لا يزال على قيد الحياة، أو في شيء منها...

وقد كان القانون الروماني أول من حرم هذه العقود، وحجته في ذلك أن التعاقد على التركات المستقبلية مخالف للأخلاق والمصلحة العامة، لا فيه من المضاربة على موت المورث، ومن ثم يمتنع تعجيل هذا الموت، ولكن التحريم كان لمصلحة المورث وحده، لذا كان هذا التعاقد مباحاً إذا رضي هو به.

وقد اقتبس القانون المدني الفرنسي (المادة ١١٣٠) هذه القاعدة الرومانية، ثم تشدد فيها، فحرم التعاقد على التركات المستقبلية، ولو رضي المورث به ووافق عليه، وسبب هذا التشديد أنه لم ينظر فحسب إلى مصلحة المورث، الذي يجب أن يبقى حراً في التصرف بتركته كيف شاء ومتى شاء، بل ننظر أيضاً إلى مصلحة الوارث المتعاقد، فمنعه عن التاجرة بتركة مستقبلية، لئلا يغيره المرابون بالاستدانة والمساومة في شيء لم يستحق بعد، ومن ثم ليلا يكون عرضه للتبذير والإسراف^(١).

أما عقود الغرر الواضح، من مثل عقد التأمين على الحياة، وعقد البيع بثمن هو إيراد مرتب مدى الحياة، فلا يتفق فيها الفقه الإسلامي مع الفقه الغربي على الجواز، بل يعتبرها باطلة لما تشتمل عليها من الغرر والجهالة بقيمة الثمن، التي تسفر عنها مستقبلها، ولبنافاتها للدين والأخلاق.

(١) النظرية العامة للموجبات والعقود... د. محمدي (ص ٣٣٠).

أجل، فيجوز أن تعلق أحكام العقد جميعاً على شرط واقف^(*) بحيث تتوقف جميع آثار العقد على تحقق هذا الشرط، فإذا تحقق ترتبت هذه الآثار مستندة إلى وقت انعقاد العقد، ولا يختلف في هذا عقد عن عقد، فالشرع المصري أخذ بمذهب القائلين بجواز اقتران العقد بالشرط وأصبح عن هذا في المادة 147 على أن العقد شريعة المتعاقدين فلهما أن يزيدا من الشروط ما يريدان، وأن يتحكما في الأثر المترتب على العقد فيخضعانه لرغباتهما وذلك لأن المتعاقد بإرادته الحرة هو الذي يوجد العقد، ويوجد أثره، فله أن يتحكم تبعاً لذلك فيما ينتج عنها من أحكام في حدود النظام العام والآداب، وإلا كان باطلاً : المادة 135 من القانون المدني المصري الجديد⁽²⁾.

فالفقه الغربي إن قد تحرر نهائياً من ريقه مبدأ وحدة الصفقة الذي كان يسود الصناعة القانونية في المراحل الأولى من تطور القانون. وهذا التطور بلغ في التقنين العراقي إلى غايته القصوى في إباحة الشروط المقترنة بالعقد إباحة عامة، إلا إذا كانت مخالفة للقانون أو النظام العام أو الآداب، وتخطى حدود التطور الذي وصل إليه الفقه الإسلامي في مذهب الحنابلة، أسوة بالقوانين العربية الأخرى، وغيرها من القوانين الحديثة، حيث تنص المادة 131 من تقنيته المدني على ما يأتي :

"1- يجوز أن يقترن العقد بشرط يؤكد مقتضاه، أو يلائمه، أو يكون جازياً به العرف والعادة.

(*) الشرط الواقف : هو أمر مستقل غير محقق الوقوع، يتوقف على وقوعه نفاذ الالتزام، كبيع سلعة بشرط التجربة، ويقابله الشرط الفاسخ وهو : أمر مستقبل غير محقق الوقوع يتوقف على وقوعه زوال الالتزام : كبيع شخص داراً لا رغبة له في السكن فيها مع أن لادما على أن لا تتزوج (مصادر الحق 97/4).

(2) الشريعة الإسلامية للدكتور ديان ص : 418.

السابقة للشرط الصحيح، ويعتبر ما عداها فاسداً، كما في اشتراطه منفعة لأحد العاقدين أو لأجنبي أو للمبيع إذا كان رقيقاً، أو اجتماع صفتين في صفقة واحدة فاسداً للنهي عنه⁽¹⁾.. يلاحظ تطور الفقه الإسلامي في صفته، والملك والحنبلي⁽²⁾ اللذين يبتعدان إلى حد كبير عن مبدأ وحدة الصفقة، وقد سار المذهب الحنبلي شوطاً بعيداً في هذا المضمار من تصحيح الشروط مع العقد، حيث لا يعتبر الشرط فاسداً إلا إذا كان منافياً لقتضى العقد، أو كان مخالفاً للنص الشرعي المصريح، كنهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيعتين في بيعة، وعن شرطين في بيع، وعن بيع وسلف⁽³⁾.

وروفق هذا التطور في إجازة الشروط في المذهب الحنبلي، سيما بعد تجديد ابن تيمية الذي قال عن هذا المذهب : "وأصول أحمد رضي الله عنه المنصوصة يجري أكثرها على هذا القول، وماك قريب منه، لكن أحمد أكثر تصحيحاً للشروط فليس في الفقهاء أكثر تصحيحاً للشروط منه"⁽⁴⁾، نجد أن هذا المذهب يقترب من الفقه الغربي في هذا الشأن من تصحيح الشروط.

ب) الشروط في الفقه الغربي :

ففي الفقه الغربي : كل شرط يقترن بالعقد يكون صحيحاً إلا إذا كان شرطاً مستحيلاً، أو شرطاً يخالف القانون، أو النظام العام، أو الآداب، فيبطل الشرط ويصح العقد، مالم يكن الشرط هو الدافع إلى التعاقد، فيبطل العقد أيضاً. وقد أجاز القانون الوضعي أن يقترن العقد بشرط، أو يضاف إلى

(1) البائع 169/5 وما بعدهما، مصادر الحق 106/3 و122).

(2) بداية المجتهد 120/2 - 121). شرح الحطاب (373/4 وما بعدهما)، شرح الخريشي (80/5 -

(81)، مصادر الحق (155/3).

(3) الشرح الكبير على الفتاوى بهامش الفتاوى (48/4 وما بعدهما)، مصادر الحق (161/3 وما بعدهما).

(4) فتاوى ابن تيمية (326/3 و329).

وأقرضوا غير منتظرين عائلتها، وإن كان يكون ثوابكم جزئياً" (عبا رثان : 34 و 35 من الفصل السادس من إيجيل لوقا).

ويقول سان توما : إن تقاضى الفوائد عن النقود أمر غير عادل، فإن هذا معناه استيفاء دين لا وجود له... ذلك أن الشيء الذي لا ينتفع به إلا باستهلاكه تختلط فيه منفعة الشيء بالشيء ذاته، فمن يقرض هذا الشيء لا يجوز له في الوقت الذي يطالب به أن يأخذ الأجر على منفعته، فإنه هو ومنفعته شيء واحد، وليس من العدل أن يطالب المقرض بالشيء مرتين (المسألة 78 - المادة الأولى في الخاتمة)⁽¹⁾.

ولكن التعامل بالربا في المسيحية ما لبث أن اتسع شيئاً فشيئاً تحت ضغط العوامل الاقتصادية، فأباحت الفائدة في بعض الحالات الاستثنائية.

نقل الدكتور السنهوري عن كتاب "القانون والأخلاق" للأستاذ شكري قرداحي، الجزء الثاني باللغة الفرنسية (ص 167 - 171) هذه الحالة الاستثنائية على الوجه الآتي :

1- يجوز للمقرض أن يتقاضى من المقرض تعويضاً عن خسارة أصابته بسبب القرض. فقد أجاز لجمعيات القرض الحسن أن تتقاضى فوائد يسيرة على المال الذي تقرضه، تعويضاً عما تتجشمه من المصروفات في دفع أجور العمال وفي إدارة العمل.

2- ويجوز للمقرض أن يتقاضى من المقرض تعويضاً عما فاتته من ربح بسبب القرض. ويشترط أن يتفق المقرض مع المقرض على ذلك مقدماً، ولا يجاوز التعويض مقدار صافي الربح الذي كان المقرض يجنه لو استبقى ماله بعد خصم ما كان يكبده من المصروفات للحصول على هذا

(1) مصادر الحق (1943 - 195).

2- كما يجوز أن يقتزن بشرط فيه نفع لأحد العاقلين أو للغير، إذا لم يكن ممنوعاً قانوناً أو مخالفاً للبرنامج العام أو للأداب، وإلا لغا الشرط وصح العقد، ما لم يكن الشرط هو الدافع إلى التعاقد فيميل العقد أيضاً"⁽¹⁾.

وهكذا يظهر من خلال مضمون نص التقنين المدني العراقي، أنه قد لخص ما ورد صحيحاً متفقاً عليه من الشروط المقررة بالعقد في المذاهب الأربعة، ثم زاد فأجاز اقتران العقد بالشروط فيما اختص به المذهب الحنفي وبراہ شرطاً فاسداً، في الفقرة الثانية، وهو : الشرط الذي فيه نفع لأحد العاقلين أو للغير...

المبحث الثالث الربا

- نظرة عن تحريم الربا في الديانات السماوية :

الربا معروف منذ العصور القديمة، كان معروفاً عند قدماء المصريين، وفي القوانين البابلية والأشورية، وعند الإغريق والرومان⁽²⁾.

ولكن الشرائع السماوية : اليهودية والمسيحية والإسلام، منعت التعامل بالربا، وحرمته تحريماً قاطعاً، إلا أن اليهودية بعد أن دخلها التحريف والتغيير، قصرت حرمة التعامل بالربا بين اليهود بعضهم مع بعض، فلا يجوز لليهودي أن يقرض يهودياً مثله بالربا، ولكن يجوز له أن يقرض بالربا غير اليهودي.

وحرمت المسيحية الربا، حيث جاء في الإنجيل : "إذا أقرضتم لمن تنتظرون منهم الكفاة فأني فضل يعرف لكم.. ولكن.. افعلوا الخيرات

(1) مصادر الحق (172/3 - 175)، نظرية العقد... د الصدة (ص 345 - 347).

(2) نفس المرجع (1943).

قال الفقهاء: إن اللقوْز من حيث هي، معادن لا تنتج شيئاً، كما وصفها أرسطو بأنها مال غير منتج، ولكن من حيث هي وسائل ائتمان تدخل في عناصر الإنتاج، فالعمل هو العنصر الأول للإنتاج، ورأس المال هو العنصر الثاني لا يستغني عنه العمل، فإذا كان العمل يستحق جزاءه في صورة الأجر، فإن رأس المال يستحق أيضاً جزاءه في صورة الفائدة.

والى جانب النظريات البررة للفائدة قامت أيضاً الحيل للتعامل بالربا،

ومنها حيلتان :

الأولى : حيلة إنشاء شركة توصية بين صاحب المال والعامل، يقدم فيها صاحب المال ماله، والعامل عمله، فيشتركان في الربح والخسارة. وإلى هذا الحد لا ضير في هذه الشركة لأننا نجد لها ماثلاً في الفقه الإسلامي وهو المضاربة - ولكن يعقب عقد هذه اشركة عقد تأمين بين الشريكين نفسيهما، بموجبيه ينزل صاحب المال عن جزء من أرباحه المحتملة في مقابل أن يؤمنه العامل من الخسارة، وبفضل عقد التأمين هذا يصبح صاحب المال ذا حق في ربح محتمل، ولا يشارك في الخسارة التي أمن نفسه منها. ثم يتلو عقد التأمين عقد ثالث هو عقد بيع، بموجبيه يبيع صاحب المال للعامل ربحه المحتمل في مقابل مبلغ محقق من المال يكون هو الفائدة. فمثلاً إذا كان صاحب المال بموجب عقد الشركة يساهم في الربح والخسارة ويقدر ربحه المحتمل بمقدار 30٪، فهو ينزل في عقد التأمين عن 10 ٪ ليؤمن الخسارة، فيكون ربحه المحتمل دون مشركة في الخسارة هو 20٪، ثم ينزل في عقد البيع عن 10٪ لينقلب ربحه المحتل وهو 20٪ إلى 10٪ ربحاً مضموناً، وهذه هي الفائدة لرأس ماله.

الثانية : حيلة ما يدعى "بعقد المحاطرة، وقد استعيرت من الحيل التي لجأ إليها المرابون في الفقه الإسلامي، والتي تسمى في هذا الفقه بالعمية

الربح، وأن يتبين أن المقرض لم تكن عنده وسيلة أخرى للحصول على هذا الربح كأن كان يستطيع أن يستثمر مالا آخر عنده غير المال الذي أقرضه...
3- ويجوز للمقرض أن يتقاضى من المقرض ربحاً يسيراً للتأمين خطر الضياع الذي يتعرض له المال الذي أقرضه.. وهذا الاستثناء لم يتم التسليم به إلا في آخر القرن الرابع عشر، نظراً لخطورته ولمخالفته للتعاليم الأولى للكنيسة.

4- ويجوز للمقرض أن يتفق مع المقرض على شرط جزائي يلتزم بموجبه المقرض إذا لم يسدد القرض في الميعاد، بأن يدفع مبلغاً إضافياً جزاء تأخذه عن الوفاء.

5- ويجوز للمقرض أخيراً أن يتقاضى من المقرض فائدة حقيقية عن رأس المال إذا كانت القوانين المدنية أو العادات تجيز ذلك، فتكون الفائدة مركزة على سند شرعي...

وقد روعي في هذا الاستثناء أن القوانين أو العادات التي أجازت الفائدة قد قدرت الظروف الاقتصادية السائدة، فترأت أن القرض يحق له تقاضي هذه الفائدة في نظير الخسارة التي لحقته من القرض والربح الذي فاته ويشترط في هذه الحالة أن تكون الفائدة معتدلة لا مبالغة فيها، وهناك رأى بقي عند التعاليم الأولى للكنيسة فلم يجز هذه الفائدة.

وهكذا اتسع التعامل بالربا في المسيحية شيئاً فشيئاً، طبقاً لقوانين الكنيسة فأبيحت الفوائد في حالة بعد أخرى، وذلك تحت ضغط العوامل الاقتصادية⁽¹⁾.

ولت قوانين الكنيسة النظريات الفقهية التي تبرر تقاضي الفوائد فقد

(1) مصادر الحق (195/3 - 196).

يعاقب على الربا الفاحش، وهو ما جاوز الحدود المعقولة للفائدة بشرط أن يسغل الربابي حاجة المقرض إلى المال⁽¹⁾.

* * *

بعد هذه النظرة الموجزة في تطور التعامل بالربا - المنوع شرعا في الديانات السماوية عند اليهود والنصارى - تحت ضغط العوامل الاقتصادية، ابتداء باستثناءات وقوانين الكنيسة، ثم النظريات ومبررات الفقهاء بدعوى أن لرأس المال حق الفائدة مقابل أجر العمل، ثم اللجوء إلى الحيل التي ظاهرها التعامل الجائز عن طريق البيع والشراء وباطنها القرض بالربا، ثم استصدار تشريع القوانين الحكومية بإباحة الفائدة المعتدلة أحيانا، وقد تكون غير معتدلة أحيانا أخرى إذا حثت عليها الظروف الاجتماعية.

نتقل إلى تطور التعامل بالربا في الفقه الإسلامي، عند فرقاء من المسلمين، فنجدهم قد سلكوا مسلك من قبلهم من أهل الكتاب في هذا التطور، بل ربما فاقوهم في ابتداع الحيل كالمعيّة" التي أخذها عنهم المسيحيون في شكل عقد المخاطرة".

الفقه الإسلامي وتطور التعامل بالربا

لا شك أن الربا في كل العصور وفي جميع الحضارات حرام كمبدأ عام، وقد تضافر القرآن الكريم والحديث الشريف على تحريم الربا كأصل عام من أصول التشريع الإسلامي. قال تعالى: "الذين يأكلون الربا لا يقومون إلا كما يقوم الذي يتخبطه الشيطان من المس ذلك بأنهم قالوا إنما

(1) نفس المرجع (198/3).

وصورتها: أن يبيع رجل من آخر سلعة قيمتها أربعمائة بخمسمائة مؤجلة إلى سنتين، ثم يبيع المشتري - وقد أصبح مالكا للسلعة التي اشتراها - السلعة نفسها إلى البائع نقدا بقيمتها: أي بأربعمائة، فينتهي أمرها إلى أن المشتري قد حصل من البائع على أربعمائة يؤديها خمسمائة بعد سنتين، وهذا هو الربا بعينه مستترا تحت صفتين متبايعتين من البيع. ومثله بيع الوفاء = (الرهن) المتضمن قرضا بربا فاحش⁽¹⁾.

وهكذا عن طريق الاستثناءات والحيل، اتسع التعامل بالربا في أوروبا شيئا فشيئا ثم أتت الثورة الفرنسية فأباحت تقاضي الفوائد، وانتقلت الإباحة إلى تقنين نابليون في سنة 1804، وهو التقنين المدني الفرنسي المعمول به حتى العصر الحاضر، ثم صدر في فرنسا قانون 3 سبتمبر 1808 يحدد السعر القانوني للفائدة 5٪ في المسائل المدنية و 6٪ في المسائل التجارية، وألغى قانون 12 يناير سنة 1886 حد السعر القانوني للمسائل التجارية. وأوقف قانون 16 أبريل سنة 1818 حد السعر القانوني للمسائل التجارية. وإن أصبح سعر الفائدة حراً خالياً من القيود التشريعية صدر قانون 5 أغسطس سنة 1935 يجعل من يقرض السعر أعلى بقدر النصف من السعر المعتاد لظروف هذا القرض مرتكباً لجريمة الربا الفاحش، ويخصم ما قبضه أعلى من السعر المعتاد من الفوائد المستحقة ثم من رأس المال نفسه، وما زاد على ذلك يسترده المقرض.

وجعل التقنين المدني الإيطالي الجديد السعر القانوني للفائدة 5٪ وأجاز الاتفاق دون قيد على سعر أعلى من ذلك. ولكن التقنين الجنائي الإيطالي (644)

(1) نفس المرجع (196/3 - 198).

التعامل والاحتياج... وبيع الدراهم والدنانير المسكوكة، بالذهب والفضة...، في بعض المذاهب⁽¹⁾.

ومع هذا التشريع لرخص المستند إلى السنة والاجتهاد الفقهي، يجد بعض المسلمين الذين غاب عن ضميرهم الوازع الديني، قد ابتعدوا كثيراً من الحيل استعملوها للوصول إلى تقاضي الأرباح الربوية المحرمة، فكان مثلهم في ذلك مثل اليهود والنصارى، حيث صدق فيهم تنبؤ رسول الله صلى الله عليه وسلم في قوله :

"التبعن سنن الذين من قبلكم شبرا بشبر وذراعا بذراع حتى لو دخل في حجر ضب لا تبعتموهم قلنا يا رسول الله اليهود والنصارى ؟ قال فمن"⁽²⁾.

وفي هذا المسلك من ابتداع الحيل وتطويرها، ند ابن القيم بأصحابها فقال : " وإذا كان أرباب الحيل يجوزون بيع عشرة بخمسة عشر في خرقه تساوي فلسا، ويقولون : الخمسة في مقابلة الخرقه... والذي يقضي منه العجب مبالغتهم في ربا الفضل أعظم مبالغة... وجاءوا إلى ربا الفضل النسبيّة ففتحو التحيل عليه كل باب، فتارة بالعيّنة، وتارة بالمحل. وتارة بالشرط التقدم للتواطأ عليه ثم يطلقون العقد من غير اشتراط، وقد علم الله والكرام الكاتيون، والمتعاقدان ومن حضر، أنه عقد ربا مقصوده وروحه بيع خمسة عشر مؤجلة بعشرة نقدا ليس إلا،، ودخول السلعة كخروجها حرف جاء لمعنى في غيره"⁽³⁾.

(1) بداية المجتهد (103/2 و 148)، إعلام الموقعين (159/2)، الشرح الكبير بهامش المغني (151/4) -

(152)، مصادر الحق (1993 و 209 و 215).

(2) شرح النووي على مسلم بهامش القسطلاني (المجلد 102/10 - كتاب العلم).

(3) إعلام الموقعين (161/2 - 162).

البيع مثل الربا وأحل الله البيع وحرم الربا"⁽¹⁾، وقال سبحانه " يحق الله الربا ويربي الصدقات"⁽²⁾.

وجاء في خطبة الوداع لرسول الله صلى الله عليه وسلم : " وإن كل ربا موضوع، ولكن لكم رؤوس أموالكم لا تظلمون ولا تظلمون، قضى الله أنه لا ربا، وإن ربا عباس بن عبد المطلب موضوع كله"⁽³⁾.

وأجمع المسلمون على حرمة الربا منذ أن حرّمه الله ورسوله، وتحفظوا قدر مستطاعهم من الوقوع في التعامل به، كما تحفظوا من الذرائع المؤدية إليه. ولكن مع مرور الزمن، وتحت الضغوط الاقتصادية، وخفة الدين في نفوس بعض المسلمين، والطمع في الربح، أخذ التعامل بالربا يتسرب إلى المسلمين شيئا فشيئا، حتى فشا في كثير من معاملاتهم في العصر الحاضر... بدعوى الضرورة والحاجة ومسايرة تطور العالم..

فمع التسليم والعرفة، بأن الإسلام من أصوله في التشريع نفي الحرج على المسلمين، فإن الربا يبقى مستمرا على التحريم في القليل والكثير مما بين رسول الله صلى الله عليه وسلم من الأشياء المحرمة، إلا ما استثنى وشرع من الرخص مع العزائم، إذا دعت الضرورة ومست الحاجة كبيع العرايا المستثناة من الزابنة التي هي بيع ثمر نخلات معدودات بالتمر اليابس، وفق شروط معينة، وبيع المصوغ كحلقة وخاتم ذهب أو فضة وحلية للنساء، بذهب أو فضة متفاضلا، والفضل في نظير الصياغة... وبيع ما دخلته الصنعة بوجه عام : كالخبز بالخبز متماثلا ومتفاضلا لضرورة

(1) البقرة : 275.

(2) البقرة : 276.

(3) سيرة النبي صلى الله عليه وسلم لأبي محمد عبد المالك بن هشام (276/4) يتعلق محمد محي الدين عبد الحميد - دار الفكر.

مثل الاتجاه الأول جمهور الصحابة، ثم أغلب أئمة الفقه من بعدهم، استناداً إلى الآيات والأحاديث الواردة في تحريم الربا، سواء أكان ربا الجاهلية الذي نزل بتحريمه القرآن الكريم، أو ربا فضل ونسيئة الذي بين تحريمه النبي صلى الله عليه وسلم. ومثل الاتجاه الثاني عبد الله بن عباس رضي الله عنهما ومعه طائفة من الصحابة، قصبوا الربا على الذي كان معروفاً منه في الجاهلية ونزل فيه القرآن، ولكن ما لبث تيار الاتجاه الأول الذي يعمم الربا أن جرف تيار الاتجاه الثاني المعارض له، وقامت الكثرة الغالبة من الفقهاء يساندونه ويؤيدونه، حتى كانت له الغلبة في الفقه الإسلامي⁽¹⁾.

وعن هذين الاتجاهين القديمين، نشأ اتجاهان متعارضان في العصر الحاضر، أحدهما يعمم الربا ويستبقيه وإسما كما هو في المذاهب الفقهية، والآخر يضيق فيه حتى يكاد يغلقه.

وفي هذا المجال نورد فمرندين لهذا التعارض من خلال بحثين ألقيا في مؤتمر الفقه الإسلامي المنعقد بباريس سنة 1951 في مسألة الربا :

مسألة الربا أمام مؤتمر الفقه الإسلامي المنعقد بباريس سنة 1951

انعقد مؤتمر الفقه الإسلامي في باريس سنة 1951، وكان الربا من بين المسائل الهامة التي تناوله بحث المؤتمر، وقد ظهر أن هناك اتجاهين متعارضين في مسألة الربا في العصر الحاضر.

الاتجاه الأول يعممه ويستبقيه كما هو في المذاهب الفقهية لا يميز بين ربا جلي و ربا خفي... فجميع أنواع الربا محرم تحريماً قطعياً، وقد مثل هذا

والعبية هذه : هي عقد المخاطرة السابق في الفقه الغربي أنه استعير من الفقه الإسلامي، ويصفه ابن رشد كما يلي : "أن يقول رجل لرجل أعطني عشرة دنانير على أن أدفع لك إلى مدة كذا ضعفها. فيقول له هذا لا يصلح، ولكن أبيع منك سلعة كذا، سلعة يسميها ليست عنده بهذا العدد، ثم يعمد فيشتري تلك السلعة فيقيضها له بعد أن كمل البيع بينهما، وتلك السلعة قيمتها قريب مما كان سألها أن يعطيه من الدراهم فربما فيرد عليه ضعفها"⁽¹⁾.

* * *

وما زالت الأذهان تتفق للوصول إلى تحليل الربا عن حبل من مثل ما ذكرناه، حتى انتهى الأمر إلى صدور أوامر سلطانية - في الدولة العثمانية - بتنظيم الفائدة وتحديد سعرها. جعلها نصفاً في العشرة أن 5/، ثم صدر أمر آخر يجعلها 1 في العشرة : أي جعل الفائدة 15٪ وأنه ربي ضرورية صدور أمر لتنظيم معاملة مشروعة هي السلم، أسىء استعمالها بما جعلها أكثر ضرراً من القرض بفائدة التحايل على مشروعيته⁽²⁾.

اتجاهان متعارضان في الربا :

ظهر منذ البداية، في المصدر الأول من الإسلام، اتجاهان متعارضان في أمر الربا : المتشددون فيه يوسعون منه حتى يطغى على كثير من ضروب التعامل، والضيّقون منه يحصرونه في دائرة محدودة لا يجاوزها.

(1) بداية المجتهد (110/2)، مصادر الحق (190/3).

(2) مصادر الحق (200/3) مع الهامش.

(1) نفس المرجع (200/3 - 201 بتصرف).

"ومهما يكن من أمر في شأن هذا الاختلاف الفرعي، فإن هذه القاعدة تقضي بتقسيم الأشياء التي يراد تبادلها إلى ثلاثة أضرب : الضرب الأول أن يكون البدلان من نوع واحد: كالذهب بالذهب، فهما هنا يخضع للتبادل الشرطين إثنين : التساوي في الكم والفورية في البتادال، أعني عدم تأجيل شيء من البديلين، الضرب الثاني أن يكونا من نوعين مختلفين، من جنس واحد، كالذهب بالفضة وكالقمح بالشعير، فهنا يشترط شرط واحد وهو الفورية، فلا يضر اختلاف الكم، الضرب الثالث أن يكونا من جنسين مختلفين كالفضة والسمعام، فلا يشترط في هذا شيء من القيدتين المذكورين، بل يكون التناقض فيهما حرا.

هكذا كما كان البدلان من طبيعتين مختلفتين تمام الاختلاف بحيث لا توجد شبهة القصد إلى القرض بفائدة، فإن الشريعة لا تضع أمام حرية التبادل حدا من الحدود، اللهم إلا المبدأ العام في المعاملة وهو تحري الصدق والأمانة، فإذا ما أخذت طبيعة البديلين تتقارب بدون أن تتحد، نرى عند المشرع شيئا من الحذر المعقول المبني على احتمال أن يكون المتعاملان يقصدان إلى معاملة روية، وذلك نجده، مع ترخيصه لهما بتفاوت البديلين في الكم، يحظر عليهما تأجيل أحد العوضين، سدا للطريق أما فكرة القرض المحرم تحت ستر البيع، أما إذا اتحدت طبيعة البديلين - مع التفاوت في الأوصاف والقيم طبعاً وإلا لا كان هناك معنى للتبادل - فإنه من السهل أن نفهم الحكمة التي من أجلها منع تأجيل البدل، وذلك من شأن هذا التأجيل أن يحمل في طيه فكرة محظورة، وأن يكون القصد هو القرض باسم البيع⁽¹⁾. ويشير الأستاذ د راز إلى أن هناك دعائم قوية يقوم عليها تحريم الربا

الإتجاه المحافظ الأستاذ محمد عبد الله د راز^(*) في المحاضرة التي إلقاها في المؤتمر، ومثل الإتجاه الآخر - الذي يذهب إلى أن الظروف الاقتصادية التي حرم فيها الربا قد تحولت عما كانت عليه من قبل تحولاً جوهرياً، وأن حكم الربا في العصر الحاضر ينبغي أن يختلف عما كان عليه في العصور السابقة - الأستاذ معروف الدواليبي في محاضرة أخرى ألقاها في المؤتمر⁽²⁾.

الإتجاه المحقق بحكام المذاهب الفقهية في الربا:

يروى الأستاذ محمد عبد الله د راز حديث الربا، الذي رواه أبو سعيد الخدري رضي الله عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال : "الذهب بالذهب، والفضة بالفضة، والبر بالبر، والشعير بالشعير، والتمر بالتمر، والبلح بالبلح، مثلاً بمثل، يدا بيد، فمن زاد أو استزاد فقد أربى إلاخذ والمعطي فيه سواء". (شرح النووي على مسلم بهامش القسطلاني 10/7 - باب الربا).

ويشير إلى أن المذاهب الفقهية اعتبرت هذه الأصناف الستة في الحديث أمثلة كقاعدة عامة تنطبق على سائر المواد التي تقوم عليها الحياة، والتي مردها - في الرأي الراجح عند الفقهاء - إلى نوعين : الأثمان والمطعمات⁽³⁾ ثم يوجز شرح هذه الأصناف الواردة في الحديث، مع إبراز العلة في التفاضل أو النسبية فيقول :

(*) محمد عبد الله د راز توفي (1377 هـ = 1958 م)، فقيه متألق مصري أنصري كان من مائة كبار العلماء بالأزهر له كتب، منها "الدين - ط - دراسة تمهيدية لتاريخ الإسلام، (الإعلام لخبر الدين الزركلي - المجلد 6 ص 246).

(2) مصادر الحق (2003 و 227 - 228).

(3) بداية المجتهد (962 - 98).

الطبيعية... ومتى قبلنا اشتراك رب المال في الربح والخسر معا، انتقلت المسألة من موضوع القرض إلى صورة معاملة أخرى، وهي الشركة التضامنية الحقيقية بين رأس المال والعمل، وهي الشركة التي لم يغفلها القانون الإسلامي، بل أساغها ونظمها تحت عنوان المضاربة أو القراض...⁽¹⁾

ثم انتقل الأستاذ د راز إلى مسألة الربا في العصر الحاضر ومحاولة التخلص من شرك طغيانه وويلاته فقال : " وأما المسألة الثانية، وهي حكم الربا في وقتنا هذا، فإنها ليست قضية مبدأ، وإنما هي قضية تطبيق... وهي فوق ذلك ليست فيما أرى من الشؤون التي يقضي فيها فرد أو بضعة أفراد، بل ينبغي أن يتداعى لها طوائف من الخبراء في القانون والسياسة والاقتصاد من كل جانب وأن يدرسوها دراسة دقيقة مستفيضة من جميع نواحيها الحاضرة والمستقبلية. وكل ما أريد أن أقوله الآن يتلخص في جملتين صغيرتين، أرجو أن يتخذنا أساسا للبحث في التفاصيل :

الأولى : هي أن الإسلام قد وضع إلى جانب كل قانون، بل فوق كل قانون قانونا أعلى يقوم على الضرورة التي تبيح كل محظون، (وقد فصل لكم ما حرم عليكم إلا ما اضطررتم إليه) (الأنعام : 120).

الثانية : هي أنه لأجل أن يكون تطبيق قانون الضرورة على مسألة ما تطبيقا مشروعاً، لا يكفي أن يكون المرء عالماً بقواعد الشريعة، بل يجب أن يكون له من الورع والتقوى ما يحجزه عن التوسع أو عن التسرع في تطبيق الرخصة علي غير موضعها، كما يجب أن يبدأ باستنفاد كل الحلول الممكنة المشروعة في الإسلام، فإنه إن فعل ذلك عسى ألا يجد حاجة للترخص ولا

⁽¹⁾ (ص 21 من المحاضرة).

في جميع صورته. فهناك الدعامة الأخلاقية التي إذا جوزت الربح من طريق المعاملة (أي البيع)، فإنها لا تجوز من طريق المجاملة (أي القرض)، وهناك الدعامة الاجتماعية، وهذه تقضي بأن مجرد تقرير ربح مضمون لرب المال بدون أن يكون في مقابل ذلك ضمان ربح للمقرض، هذا الوضع فيه محاباج للمال وليثار له على العمل، وبهذه الوسيلة تزيد في توسيع المسافة وتعفيق الهوة بين طبقات الشعب بتحويل مجرى الثروة وتوجيهها إلى جهة واحدة معينة، بدلاً من أن نشجع المساواة في الفرص بين الجميع، وأن تقارب بين مستوى الأمة حتى يكون أمل إلى التجانس وأقرب إلى الوحدة :⁽¹⁾ "إن اللوحة البارزة في التشريع القرآني، وكذلك في كل تشريع اجتماعي جدير بهذا الاسم، هي الحلولة دون هذه المحاباة لأس المال على حساب الجمهور الكادح، والسعي لتحقيق نوع من التجانس والمساواة بين أفراد الأمة، إنها لكلمات قصيرة ولكنها ذات مدى بعيد، تلك التي يرسم فيها القرآن دستور هذه السياسة حيث يقول : (كي لا يكون دولة بين الأغنياء منكم).

والى جانب هاتين الدعامتين، يضيف الأستاذ د راز الدعامة الاقتصادية فيقول : أنه " بمجرد عقد القرض أصبح العمل ورأس المال في يد شخص واحد، ولم يبق للمقرض علاقة ما بذالك المال، بل صار المقرض هو الذي يتولى تدبيره تحت مسؤوليته التامة، لربه أو لخسره، حتى أن المال إذا هلك أو تلف، فإنه يهلك أو يتلف على ملكه. فإذا أصررنا على إشراك المقرض في الربح الناشئ، وجب علينا في الوقت نفسه أن نشركه في الخسارة النازلة، إذ كل حق يقابله واجب، أو كما تقول الحكمة النبوية : الخراج بالضمن. أما أن نجعل الميزان يتحرك من جانب واحد، فذلك هو معاندة

⁽¹⁾ مصادر الحق (229/3).

الشركات الكبيرة والحكومات من الجماهير وصغار المدخرين، فإن الآية تنعكس، والوضع يتقلب، ويصبح المقرض - أي الشركات والحكومات - هو الجانب القوي المستغل، ويصبح المقرض - أي صغار المدخرين - هو الجانب الضعيف الذي يجب له الحماية.

فيجب إذن أن يكون لقروض الإنتاج حكمها في الفقه الإسلامي، ويجب أن يتمشى هذا الحكم مع طبيعة هذه القروض، وهي طبيعة تغاير مغايرة تامة طبيعة قروض الاستهلاك، ولا تعدو الحال أحد أمرين: إما أن تقوم الدولة بالأقراض للمنتجين، وإما أن تباح قروض الإنتاج بقيود وفائدة معقولة، والحل الثاني هو الحل الصحيح. ويرى الأستاذ الدواليبي إمكان تخريجه على فكرة الضرورة وعلى فكرة تقديم المصلحة العامة على المصلحة الخاصة، كما لو تدرع العدو بمسلم، فلا مناص من قتل المسلم حتى يمكن الوصول إلى العدو⁽¹⁾.

وبعد التأمل القليل، في مضمّن ما قاله الأستاذ الدواليبي، وما جاء به من أفكار وأدلى به من مبررات لإباحة القوائد الربوية، يدرك أنها لا تستند على أدلة صحيحة، ولا حقيقة واقعية مما يعيشه السواد الأعظم في المجتمع، ولذلك عقب عليه الدكتور السنهوري فقال:

"ويؤخذ على هذا الرأي أمران:

1- يصعب كثيراً من الناحية العملية التمييز بين قروض الإنتاج وقروض الاستهلاك، حتى تباح فيها الفائدة المعقولة، في الأولى وتحرم إطلاقاً في الثانية، قد يكون واضحاً في بعض الحالات أن القروض قروض إنتاج يصح أن تباح فيها الفائدة المعقولة كما هو الأمر في القروض التي

للاستثناء، كما هي سنة الله في أهل العزائم من المؤمنين⁽¹⁾. (ومن يتق الله يجعل له مخرجاً ويرزقه من حيث لا يحتسب) (الطلاق: 2).

والظاهر أن الأستاذ دراز يقرر في هذا النص كمبدأ عام تحريم الربا في جميع صورته وأشكاله، دون تمييز في التحريم بين أن يكون من صور الربا ما هو محرم تحريم المقاصد ومنها ما هو محرم تحريم الوسائل، وإذا تكلم عن الضرورة التي تبيع الربا فإنما هي الضرورة الملحة التي يكون من شأنها أن تبيع أكل الميتة والدم، وذلك في جميع صور الربا دون استثناء، وليست الضرورة عنده هي مجرد الحاجة بل أنه ليوصي في آخر عبارته بـ.. الثاني قبل القول بقيام الضرورة، ويتطلب ممن يقول بذلك، فوق العلم بقواعد الشريعة الإسلامية ورعا وتقوى يحجزانه عن التوسع والتسرع في تطبيق الرخصة على غير موضعها⁽²⁾.

الإبادة المتحرر من أحكام المذهب الفقهية في الربا:

يلخص الدكتور السنهوري بحث الأستاذ معروف الدواليبي الذي جاء في المحاضرة التي ألقاها في مؤتمر الفقه الإسلامي ببغداد، إلى أن الربا المحرم إنما يكون في القروض التي يقصد بها إلى الاستهلاك لا إلى الإنتاج، ففي مجال الاستهلاك يستغل الربا من حاجة المعوزين والفقراء ويرهقونهم بما يفرضون عليهم من ربح فاحش... أما اليوم، وقد تطورت النظم الاقتصادية، وانتشرت الشركات، وأصبحت القروض أكثرها قروض إنتاج لا قروض استهلاك فإن من الواجب النظر فيما يقتضيه هذا التطور في الحضارة من تطور في الأحكام، ويتضح ذلك بوجه خاص عندما تقتض

(1) مصادر الحق (233/3).

(1) (ص 21 - 22 من المحاضرة).
(2) مصادر الحق (231/3).

المجتهد⁽¹⁾ ، وغيرهما... من تلك الأهداف :

(1) منع احتكار أقوات الناس

(2) منع التلاعب في العملة حتى لا تتقلب أسعارها، وحتى لا تصبح هي ذاتها سلعة من السلع.

(3) منع الغبن والاستغلال عند التعامل في الجنس الواحد، لأن التفاضل في الكم، لا يمكن حسابه بدقة تواجه التفاضل في الكيف، فلا بد من وقوع الغبن على أحد المتبايعين⁽²⁾.

وقد لخص الأستاذ محمد عبد الله دراز هذه الأهداف في محاضراته الباريسية بقوله : " ولكي نلخص فكرتنا عن القواعد التي وضعها التشريع النبوي في باب التبادل والتقايط نقول : إن هذه القواعد تهدف إلى غرض مزدوج فهي من إحدى الجهتين تريد أن تحمي النقود والأطعمة وهما أهم حاجات الجماعة وأعظم مقومات حياتها، وذلك بمنع وسائل احتكارها، أو إخفائها من الأسواق، أو تعريضها للتقلبات الثمنية المفاجئة، وهي من الجهة الأخرى تحرص على حماية الفقراء والأغرا⁽³⁾ من طرف الغبن والاستغلال التي يتبعها بعض التجار البشعيين⁽³⁾."

موقف التقنيات الحديثة العربية من الربا :

يظهر أن قانون الالتزامات والعقود المغربي، يميل إلى الأخذ بتحرير الفوائد الربوية تبعا للفقهاء الإسلاميين، حيث استثنى في هذا المجال التعامل

(1) الجزء الثاني (ص 99).

(2) مصادر الحق (234/3 - 236).

(3) المغفلين.

(3) المحاضرة ص 17، نقلا عن مصادر الحق (3/هامش ص 236).

تعقدها الحكومات والشركات، ولكن هناك صورا أخرى من القروض، أكثرها وقوعا القروض التي تعقدها الأفراد مع المصارف والمنظمات المالية، فهل هي قروض إنتاج تباح فيها الفائدة المعقولة، أو هي قروض استهلاك لا تجوز فيها الفائدة أصلا ؟ وهل نستطيع هذا التمييز في كل حالة علي حدة، فنبين هنا ونحرم هناك ؟ ظاهر أن هذا التمييز متعذر فلا بد إذن من أحد أمرين : إما أن تباح الفائدة المعقولة في جميع القروض وإما أن تحرم في جميعها، وإذا فرضنا جدلا أنه يمكن تمييز قروض الإنتاج فإن تخريج الفائدة المعقولة في هذه القروض على فكرة الضرورة لا يستقيم فالضرورة بالمعنى الشرعي ليست قائمة، وإنها هي الحاجة لا الضرورة⁽¹⁾..

موقف الفقه الإسلامي من الربا في العصر الحاضر :

يتلخص من الإشارات السابقة، إلى تطور الفقه الإسلامي إزاء التعامل بالربا سعة وضيقا في التحريم، أن البداء العام هو تحريم الربا بجميع أنواعه، سواء أكان ربا جليا وهو ربا الجاهلية الذي حرمة القرآن الكريم، أو ربا خفيا وهو الذي جاء النهي عنه عن طريق السنة، رغم أن هذا الأخير حاول الاجتهاد الفقهي التخفيف من حدة حرمة، فاستساعه بمقدار معين عند ما تدعو الحاجة والمصلحة الراجحة إليه، بينما أبق الاجتهاد الفقهي قديما وحيثا، أن ربا الجاهلية (السحت)، لا يدخله شيء من الإباحة إلا مع الضرورة الملحة التي تصل درجتها إلى ترخيص أكل الميتة.

والربا حرم لتحقيق أغراض سامية جلية للناس، حسبما يستفاد من النصوص الواردة عن ابن القيم في إعلام الموقعين⁽²⁾، ولين رشد في بداية

(1) نفس المرجع (233/3 - 234).

(2) الجزء الثاني (ص 157).

واسعة في تحريم الربا، وعمد إلى الربا المحرم تحريم المقاصد فنهى عنه في عبارة حاسمة لا مخلص منها.

وقد كان التقنين المدني السابق يجيز تقاضي الفوائد على متجمد الفوائد بشرطين :

1- أن تكون الفوائد المتجمدة لا تقل عن فوائد ستة.

2- وأن يتم الاتفاق بين الدائن والمدين، بعد تجمد الفوائد، على تقاضي فوائد عنها، أو يطالب الدائن المدين بفوائد على متجمد الفوائد مطالبة قضائية. ثانيًا : ضيق التقنين المدني الجديد كثيرًا في إباحة تقاضي الفوائد البسيطة ومما فعله في هذا السبيل ما يأتي :

1- وضع حدا أقصى لسعر الفائدة هو 7٪ فلا يجوز الاتفاق بين الدائن والمدين على أكثر من ذلك. فإذا اتفقا على فوائد تزيد على هذا السعر وجب تخفيضها إلى 7٪ وتعين رد ما دفع زائدًا على هذا القدر (مادة 227/1 مدني) وقد كان التقنين المدني السابق يجعل الحد الأقصى لسعر الفائدة 8٪، قبل أن ينزلها التقنين الجديد إلى 7٪ كما رأينا.

2- وإذا لم يكن هناك اتفاق بين الدائن والمدين على تقاضي الفوائد، فلا يجوز للدائن أن يتقاضى فوائد على الدين، وقد طبقت هذه الفائدة في عقد القرض، فنصت المادة 542 مدني على ما يأتي : " على المقرض أن يدفع الفوائد المتفق عليها عند حلول مواعيد استحقاقها، فإذا لم يكن هناك اتفاق على فوائد اعتبر القرض بغير أجر ". على أنه إذا حل الدين وتأخر الدين في الوفاء، استحققت فوائد تأخير قدرها 4٪ في المسائل المدنية، و 5٪ في المسائل التجارية (م 226 مدني)⁽¹⁾.

بالربا في الطعام بين المسلمين فقال في الفصل : 621 :

"إذا كان أحد العورضين أكثر من الآخر فيمة، يساغ تعريض الفرق بنقود أو بغيرها من الأشياء، معجلًا أو مؤجلًا. ولا يسري هذا الحكم بين المسلمين، إذا كان محل المعاوضة طعامًا".

ومنع هذا القانون كذلك في الفصل 870 اشترط الفائدة بين المسلمين فقال: "اشترط الفائدة بين المسلمين باطل ومبطل للعقد الذي يتضمنه سواء جاء صريحًا، أو اتخذ شكل هدية أو أي نفع آخر للمقرض أو لأي شخص غيره يتخذ وسيطًا له".

أما موقف التقنيات المدنية العربية الأخرى من الربا، في الإطِّرار إلى تقاضي الفوائد، فيحاول إخضاع الربا للحاجة، مسابرة لقتضيات النظام الاقتصادي الرأسمالي القائم، بقد ما تقتضيه هذه الحاجة، ولكن بمجرد ما إذا تغير هذا النظام الرأسمالي القائم، وارتفعت الحاجة، يعود إلى أصل تحريم الفوائد الربوية، ولذلك شرع مقدار هذه الفوائد في حذر واعتدال.

وفوائد هذه التقنيات المدنية العربية متفقة أو متقاربة المقدار في الغالب، وهي التقنيات المدنية المصرية، والسورية، والليبية، والعراقية، والبنانية...

ولكون هذه التقنيات متقاربة في تشريع الفوائد الربوية، نكتفي بإيراد نماذج من التقنين المدني المصري الجديد الذي وصف موقفه من الربا الدكتور السنهوري بقوله : "إن هذا التقنين يبغض كل البغض تقاضي الفوائد على رؤوس الأموال، وقد سار خطوات واسعة في تضيق حلقة الفوائد ووضع في ذلك أحكامًا تشريعية هامة نجعلها فيما يلي :

أولاً : حرم تقاضي الفوائد على متجمد الفوائد، فنص في صدر المادة 232 على أنه "لا يجوز تقاضي فوائد على متجمد الفوائد". فسد بذلك ثغرة

(1) مصادر الحق (244/3 - 245).

الفصل الثالث مراتب تدرج العقد الى الصحة والبروز بين الفقهاء: الإسلامي والغربي:

تقديم:

إذا حاولنا المقابلة بين الفقه الإسلامي والفقه الغربي، في مراتب تدرج العقد إلى الصحة والبروز، وجدنا الفقه الإسلامي أكثر تدرجاً في هذه المراتب.

- حيث يوجد في الفقه الإسلامي، العقد الباطل، ويقابله في الفقه الغربي العقد الباطل كذلك، وهما فيه سواء.

- ويوجد في الفقه الإسلامي، العقد الفاسد عند الحنفية، ولا يقابله نظير في الفقه الغربي.

- وفي الفقه الإسلامي العقد الموقوف، ولا نظير له بالموافقة التامة في الفقه الغربي، وأقرب شبهة به هو العقد القابل للإبطال وإن كان يقصر دونه.

- وفي الفقه الإسلامي العقد غير السلّام. ونظيره في الفقه الغربي العقود غير اللازمة، ثم يأتي العقد القابل للإبطال مرة أخرى ليقابل العقد غير اللازم في الفقه الإسلامي فيما يخص الغلط⁽¹⁾.

البحث الأول: العقد الباطل.

يظهر أن العقد الباطل يتفق الفقهاء: الإسلامي والغربي في أسباب بطلانه العامة، وهي تخلف ركن من أركان انعقاده، أو شريطة من شرائطها،

(1) مصادر الحق (4/266).

والارتياح إلى العمل التام لتطبيقه، إلا بعد مروه بهذه المراحل الثلاث في بعض الأحيان وعند الحاجة إليها.

بينما يأخذ الفقه الغربي في تطبيق نظرية العقد مرحلتين اثنتين هما: مرحلة العقد القابل للإبطال، ومرحلة البطلان.⁽¹⁾

البحث الثاني:

العقد الفاسد، ونظرية المظهر الخارجي الخبي

العقد الفاسد: مرتبة اختص بها الفقه الحنفي من بين المذاهب الإسلامية الأخرى، تجيء بين البطلان والصحة أما المذاهب الأخرى فلا تفرق بين بطلان العقد وفساده، بل حتى المذهب الحنفي نفسه لم يعمّم نظرية الفساد في العقود، وإنما قصرها على بعضها فقط، وهي العقود الناقلة للملك: كالبيع والشركة والقسمة والصلح والإيجار وما إليها من العقود الملزمة للطرفين⁽²⁾.

وحكم العقد الفاسد وأثره يتصور عند الحنفية بحالتين - فيما إذا كان العقد بيعاً وشبهه مثلاً:-

1- حالة ما قبل التسليم

2- حالة ما بعد التسليم

فحالة العقد الفاسد قبل تسليم المبيع وما في معناه، يكون حكمه فيها البطلان مطلقاً، كالعقد الباطل الذي اختل فيه ركن من الأركان أو شرط من الشروط...

(1) نظرية العقد المذكور عند الفتح (ص 479 وما بعدها)، مصادر الحق (4/263-262).
(2) الإيجار والخلائق لابن نجيم الحنفي (ص 337)، المادة 109 من المجلة، نظرية العقد المذكور عند الفتح (ص 509).

أو وجود نص في الشرع أو في القانون...، فيعتبر من حيث النتائج والأحكام هو والعدم سواء، فلا ينتج أثراً باعتبارها تصرفاً قانونياً، وإن ظهرت له صورة العقد، غير أنه قد يترتب على تنفيذ بعض الآثار القانونية، باعتبارها مجرد واقعة مادية: كالزواج الباطل، بعد الدخول، يترتب عليه دهر الحد، وثبوت النسب، واستحقاق المهر، ووجوب العدة⁽¹⁾.

والعقد الباطل لا يصح بالإجازة، ويجوز لكل ذي مصلحة أن يتمسك ببطلانه، كما يجوز ذلك للقاضي، بل يجب عليه أن يقضي ببطلانه ولو من تلقاء نفسه، جاء في الفصل 306 من قانون الالتزامات والعقود المغربي:

"...ويكون الالتزام باطلا بقوة القانون:

1- إذا كان ينقصه أحد الأركان اللازمة لقيامه

2- إذا قرر القانون في حالة خاصة بطلانه

وجاء في الفصل 310 منه كذلك: "إجازة الالتزام الباطل بقوة القانون

أو التصديق عليه لا يكون لهما أدنى أثر."

ورود في المادة 1/141 مدني مصري وليبي: "إذا كان العقد باطلاً جاز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بالبطلان، والمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها⁽²⁾.

فإذا كان العقد الباطل بدءاً ونهاية متفقاً على عدم جدواه في الفقهين: الإسلامي والغربي معاً، فإن نظريته في الفقه الإسلامي أكثر شمولاً وأوسع مدى منها في القانون الغربي، ويرجع اتساعها فيه إلى نواح ثلاث يتدرج فيها، تتعلق أولاً بقيام العقد، وثانيها بنفاذه، وثالثها بلزومه. بمعنى أن العقد في الفقه الإسلامي، لا يصل إلى الصحة الخاصة

(1) نظرية العقد. المذكور عند الفتح... (هامش ص 508)، المادة 370 من المجلة العلية.
(2) نظرية العقد المذكور الصدة (ص 396).

وأوصاف العقد يتصل أكثرها بالمعقود عليه: كالغرن، والربا، والشروط الفاسدة...، ويضاف إليها سبب يتصل بالإرادة وهو الإكراه عند الإمام أبي حنيفة وصاحبيه^(٢).

ومكنا يظهر أن الفقه الإسلامي، قد فرض وجوده في حماية الغير وفي تطوير التعامل واستقراره بين الناس، بفكرة إيجاد العقد الفاسد وتصحيحه بعد فواته في الفقه الحنفي، بل وفي الفقه المالكي كذلك بعد القبض والتقويت، في العقد الباطل - وهو والعقد الفاسد فيه بنوءاء- كما جاء في حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للريدر (ج 3 ص 70÷71).

وأيا ما كان الأمر، فإن قيمة الفقه الإسلامي في هذا المجال، لا يمكن أن تقدح حق قدرها، إلا إذا لاحظنا أن الفقه الغربي لم يعتمد إلى حماية الغير الذين يتعاملون مع شخص لا يتفق ظاهر حاله مع حقيقته من حيث ملكيته للشيء الذي يتعاملون معه فيه، إلا في وقت متأخر جدا، جاء بعد أكثر من اثني عشر قرنا من الزمان وذلك بمقتضى نظرية اخذت تتغلغل في حنايا القانون المعاصر، وإن كانت لم تستقر بعد وترسخ بشكل مطلق تام. وهذه النظرية هي المعروفة، " بنظرية المظهر الخادع يحمي المخدوع، أو كما يقال عادة وبعبارة أكثر شيوعا وإن كانت أقل دقة: الغلط الشائع يولد الحق " .

وعلى غرار فكرة العقد الفاسد في حماية الغير في الفقه الإسلامي، نظام الشهر العقاري في الفقه الغربي (مصادر الحق 4/266).

ومن غير هذه الإطلالة الباهتة، فإن الفقه الغربي لا يعرف أسباب العقد الفاسد، كما عرفه الفقه الإسلامي في المذهب الحنفي...، لأنه لا يخشى

(٢) أحدهما هو: أبو عبد الله محمد بن الحسين بن فرقة، الشيباني بالولاء، الفقيه الحنفي، أصله من قرية على باب دمشق في وسط النوبة... انتقل به أبوه إلى العراق، ونشأ بالكرقة، وطلب الحديث، ولقي جماعة من أعلام الأئمة وحضر مجلس أبي حنيفة سنتين، ثم تفقه على أبي يوسف صاحب أبي حنيفة (135-189 هـ) -وفيات الأعيان لابن خلكان-.

وأما حكم العقد الفاسد وأثره بعد القبض والتسليم، فيظل فاسدا كذلك يحق لكل من طرفي العقد والقاضي فسخه، إلا أنه قد يتدعم ويكتسب نوعا من الصحة بالقبض والتسليم، فيفيد حكما إذا وقع التغافل عنه حتى فات بفقوت، أو أحدث في المعقود عليه تصرف غير صورته عما كانت عليه بالزيادة والنقصان، كما نصت المادتان 371 و 372 من المجلة:

قالت المادة 371: "البيع الفاسد يفيد حكما عند القبض يعني أن المشتري إذا قبض المبيع بإذن البائع صار ملكا له..." وقالت المادة 372: "لكل من المتعاقدين فسخ البيع الفاسد إلا أنه إذا هلك المبيع في يد المشتري أو استهلكه أو أخرجه من يده ببيع صحيح أو بهبة من آخر أو زاد فيه المشتري شيئا من ماله كما لو كان المبيع دارا فعمرها أو أرضا فغرس فيها أشجارا أو تغير اسم المبيع بأن كان حفلة فطحنها وجعلها دقيقا، بطل حق الفسخ في هذه الصور".

وإذا كانت طبيعة العقد الفاسد، أنها تنقل الملكية في عقود التمليك في المذهب الحنفي: كالبيع والهبة، مع اقترانه بالقبض الإختياري، فإن هذه الملكية المنقولة إلى المتصرف إليه، تكون ملكية من نوع خاص تخول المتصرف دون حلية الانعقاد، مما دعا فقهاء الحنفية أن يطلقوا على هذا النوع من الملكية الملكية الخبيثة".

وبالمتصرف في المعقود عليه من جانب المشتري -مثلا- بالبيع والهبة والرهن وما إلى ذلك من أنواع التقويت...، والمتصرف فيه كذلك بالزيادة والنقصان... عن طريق العقد الفاسد، يتمتع الفسخ حماية للغير والعقود نفسه، لأجل استمرار التعامل.

وحقيقة العقد الفاسد في نظر الفقه الحنفي، إن يخل في العقد وصف من أوصافه العامة، دون الأركان والشروط، فيكون العقد منعقدا ولكن يكون فاسدا غير صحيح.

البحث الثالث :

العقد الموقوف، والعقد القابل للإبطال

العقد الموقوف في الفقه الإسلامي هو الذي يفتقر عاقده الى الولاية على المحل أو على نوع التصرف* ، ينعقد صحيحاً ولكنه لا ينفذ، حتى يحيزه صاحب الحق⁽²⁾.

والعقد القابل للإبطال في القانون الوضعي هو عقد قائم ومنتج لكل آثاره، لكنه ينطوي على جرثومة فساد تنهض سبباً لجعله قابلاً للإبطال. ويعتبر في الفترة التي تلي انعقاده وقبل تقرير مصيره بالإبطال أو الإقرار بمثابة العقد الصحيح في انتاج آثاره، لذا، فهو لا يطل إلا إذا تمسك بإبطاله من يقر القانون هذا الأمر لصالحه، فلا يجوز للمتعاقد الآخر أو لغيره أن يتمسك بالإبطال، ولا يسوغ للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها⁽³⁾.

وأما العقد الموقوف عند من يقول به في الفقه الإسلامي، وهم المالكية والحنفية، وفي قول عن الإمام احمد في الفقه الحنبلي⁽⁴⁾، فإنه يكون بدون أثر، في فترة ما قبل إجازته، رغم انعقاده صحيحاً، ويكون موقوف الأثر ليس فقط بالنسبة الى العاقد الذي قام به سبب الإيقاف، بل أيضاً بالنسبة إلى العاقد الآخر، فإذا باع -مثلاً- ناقص الأهلية ماله ووقع بيعه موقوفاً على إجازة وليه أو وصيه ساغ له اذا ما طالبه المشتري بتنفيذ البيع، ان يدفع بوقفه طالما ان إجازة وليه... لم تلحقه، وكذلك الشأن بالنسبة الى المشتري لو طالبه البائع بدفع الثمن.

* كفاية الأهلية، ومن تعلق بملكه حق الغير : كبيع المأجور والرهون.

(2) مصادر الحق (128/4).

(3) نظرية العقد الدكتور عبد الفتاح (ص 486).

(4) مصادر الحق (179/4).

الغرض خشية الفقه الإسلامي له، ويسمح الربا بقيود معينة، ولا يأتي أن يقتنر العقد بالشروط...، أما الإكراه فيضعه مع نظائره من عيوب الإرادة -الغلط والتدليس...- في صف واحد، ويؤخذ الجراء فيه فيجعله قابلية العقد للإبطال⁽¹⁾.

(1) مصادر الحق (4/271 وما بعدها)، نظرية العقد للدكتور عبد الفتاح (ص 510-514، مع الهامش بتأخير وتصرف).

الفقه الإسلامي، أو نفاذه حتى يبطل كما يفعل الفقه الغربي، باستثناء المالك...؟
وهنا يتضح أيضاً أن الأولى هو وقف التصرف حتى يجاز، لأن
الفضولي تصرف في مال لا ولاية له عليه. فالفقه الإسلامي أدق في
صناعته من الفقه الغربي⁽¹⁾. وهناك سبب آخر لرجحان العقد الموقوف على
العقد القابل للإبطال. ففي بيع ملك الغير من قبل الفضولي، رأينا أن الفقه
الغربي يجعل العقد نافذاً حتى يبطل. وما كان جعل العقد نافذاً في حق المالك
الذي لم يشترك فيه غير معقول، اضطر الفقه الغربي أن يستعين بفكرة
أخرى، ضمها إلى فكرة العقد القابل للإبطال، فجعل العقد إلى كونه قابلاً
للإبطال، غير نافذ في حق المالك الحقيقي، فلجأ إلى فكرة الموقوف في حق
المالك.

وأما الفقه الإسلامي، فالعقد عنده موقوف في حق البائع والمشتري
والمالك جميعاً، فلم يكن في حاجة إلى فكرة عدم السريان في حق المالك،
التي احتاج إليها الفقه الغربي لما جعل العقد نافذاً.

وبذلك يرجع العقد الموقوف العقد القابل للإبطال لشموله واستغنائه
بنائه عن أي شيء آخر. فإذا قلنا: عقد الفضولي في الفقه الإسلامي
موقوف، فقد قلنا كل شيء، أما إذا قلنا: يبيع ملك الغير في الفقه الغربي عقد
قابل للإبطال، وجب أن نضيف إليه: أنه عقد غير سار في حق المالك
الحقيقي⁽²⁾.

ولأجل أن تتضح هذه المفاضلة أكثر بين الفقهاء: الإسلامي والوطني،
نزيد الموضوع شيئاً من التفصيل.

فبينما يعتبر الفقه الإسلامي العقد موقوفاً إذا فقد العاقد الولاية على

⁽¹⁾ مصادر الحق (4/276-277).

⁽²⁾ مصادر الحق (4/277).

ويلاحظ الفرق الأساسي بين العقد الموقوف في الفقه الإسلامي، وبين
العقد القابل للإبطال في القانون الوضعي، ففي حين لا ينتج العقد الموقوف
أثره حتى يجاز، ينتج العقد القابل للإبطال أثره قبل الإجازة إلى أن يبطل⁽¹⁾.
وللمفاضلة بين الفقهاء: الإسلامي والغربي، نأخذ من الحالات الكثيرة
التي يكون فيها العقد موقوفاً أو قابلاً للإبطال حالتين:

الأولى: حالة عقد ناقص الأهلية، فإذا تصرف صبي مميز في نار
مملوكة له بالبيع، فهل الأولى أن يقف عقده حتى يجيزه وليه، أو يجيزه
الصبي المميز نفسه عند بلوغ سن الرشد كما هو الأمر في الفقه الإسلامي
أم الأولى أن يقف عقده حتى يطالب وليه، أو يطالب الصبي... عند بلوغه سن
الرشد بإبطاله كما هو الأمر في الفقه الغربي؟

واضح أن الأولى أن يقف عقده حتى يتبين وليه نفع هذا العقد، أو حتى
يتبين الصبي ذلك بعد بلوغه سن الرشد، لأن الصبي غير كامل التمييز،
ومطلبة الضرر المحتمل لحوقه به من التصرف مطانة راجحة. فالفقه
الإسلامي في صناعته ووصفه هذا العقد بالموقوف أفضل من الفقه الغربي
في وصفه إياه بالقابل للإبطال.

الثانية: حالة تصرف الشخص في ملك غيره، فإذا تصرف
الفضولي* في ملك غيره، فهل الأولى وقف التصرف حتى يجاز كما يفعل

⁽¹⁾ نظرية العقد الدكتور عبد الفتاح (ص 518)، نظرية العقد الدكتور الصمد (420).

* الفضولي في الفقه الإسلامي: هو من يتدخل في شؤون الغير دون توكيل أو نيابة، وفي الفقه
الغربي: هو من قام بحاجة ضرورية عاجلة لرب العمل تتفلساً منه (مصادر الحق 4/183) جاء
في القوانين النقابية لابن جزري (ص 212): "فما الشراء لأحد بغير إذنه أو البيع عليه كذلك فهو
بيع الفضولي فينقذ وينقذ على إنزاعه، وقال الشافعي: لا ينقذ". وتنازلت المالتان 188
و 189 حقيقة الفضايلة ومداخها فقالت المادة 188: "الفضالة هي أن يتولى شخص عن قصد القيام
بشأن عاجل لحساب شخص آخر، دون أن يكون ملزماً بذلك (الملكية ونظرية العقد للدكتور احمد
فراج حسين ص 296) من القانون المدني المصري.

آخر بالمذهب الحنبلي.

هو الأمر عند زفر، أو عدم اللزوم كما هو الأمر في مذهب مالك وفي قول آخر بالمذهب الحنبلي.

وهنا تظهر مزية الفقه الغربي أنه جمع عيوب الإرادة، ووضع لها نظرية عامة عالجاها في استفاضة... ولكنه واجه هذه العيوب بفكرة العقد القابل للإبطال.

ولعل المذهب المالكي هو أقرب المذاهب إلى الفقه الغربي في توحيد الجزء الذي يرتبه على عيوب الإرادة، ففيها جميعا يكون العقد غير لازم، ثبت فيه خيار للغلط، أو للتأليس أو للغبن أو للإكراه.

والعقد غير اللازم هنا في الفقه الإسلامي هو الذي يقابل العقد القابل للإبطال لعيوب الإرادة في الفقه الغربي.

واختار الدكتور السنهوري أنه من الأفضل للفقه الإسلامي والفقه الغربي معا أن لا لجأ إلى علاج عيوب الإرادة بالعقد الموقوف، لأنه أكثر ملاءمة من العقد غير اللازم ومن العقد القابل للإبطال، وقد كان هذا فعلا رأى زفر بن الهذيل من الحنفية فيما يتعلق بالإكراه، فعنده أن يبيع المكره موقوف.

ولعل فكرة العقد الموقوف لو استعيرت من الفقه الإسلامي، زيادة على كونها أكثر توفيقا وملاءمة لعيوب الإرادة، تبرز الصلة الوثيقة بين هذه العيوب وبين نقص الأهلية، فالعقد في جميع هذه الأحوال يكون موقوفا لا اعتبارات يمكن أن ترجع كلها إلى وجوب كمال التمييز في العاقد حتى ينتج العقد أثره.⁽¹⁾

إشارة موجزة إلى مقابلات أخرى في الصناعة الفنية بين الفقهاء:

وفيما لا تمكن فيه القارنة بين الفقهاء: الإسلامي والوضعي بشكل

الخيارات الأربعة:

الخيارات الأربعة في الفقه الإسلامي: خيار الشرط، والتعيين، والرؤية والعيوب - أن نحن اقتصرنا عليها - وجدنا الصناعة في الفقه الإسلامي قد وصلت إلى حد بعيد من الرقي والدقة والأحكام.

فقد تدرجت بعد العقد الموقوف - تدرجا متناسقا من حيث نفاذ العقد، ومن حيث الرجوع فيه... في دقة متناهية وصناعة محكمة، بينما الفقه الغربي لم يصل إلى هذا الحد من الدقة والأحكام بشرطية: السواقف والفاسخ، الأول يقابل خيار الشرط، والثاني يقابل خيار العيب، في الفقه الإسلامي. ولا يعرف بينهما مرتبة وسطى متجلية في خيار الرؤية في الفقه الإسلامي، ولا مرتبة دنيا دون الشرط وهي العقد الموقوف ففقد الفقه الغربي للتقدير في هذا التدرج الثابت بأحكام في الفقه الإسلامي.⁽¹⁾

العقد غير اللازم والعقد القابل للإبطال في عيوب الإرادة بين الفقهاء:

الفقه الإسلامي لم يحالج عيوب الإرادة تحت نظرة عامة واحدة، بل جاءت مفرقة متناثرة بين مذاهبه واجتهادات فقهاءه....

بينما واجهها الفقه الغربي - فجمعها - وهي الغلط، والتأليس والإكراه، والإستقلال (الغبن)، في صعيد واحد، وجعل الجزاء عليها واحدا وهو قابلية العقد للإبطال، على عكس ما عليه أمر هذه العيوب في الفقه الإسلامي، حيث جاءت فيه متفرقة، يستقصيها الباحث في غير قليل من المشقة.

فالإكراه جاء حائرا في المذاهب المختلفة بين أن يكون جزاؤه البطلان كما هو الأمر في مذهب الشافعي، وفي قول بمذهب احمد، أو الفساد كما هو الأمر في المذهب الحنفي عند الإمام أبي حنيفة وصاحبيه، أو الوقف كما

⁽¹⁾ ملخص من مصادر الحق (4/264-265 و280-281).

⁽¹⁾ مصادر الحق (4/285-281).

الباب الثاني :

آثار العقد بين الفقهين: الإسلامي والغربي من جهة الموضوع والأشخاص

ونتناوله في فصلين:

الفصل الأول: آثار العقد بالنسبة الى الموضوع. وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: تفسير العقد وتحديد نطاقه

المبحث الثاني: تنفيذ العقد

المبحث الثالث: المسؤولية العقدية

الفصل الثاني: آثار العقد بالنسبة للأشخاص، وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: الخلف العام والخلف الخاص

المبحث الثاني: الدائتون

المبحث الثالث: الغير

يقرب بينهما، يمكن للباحث ان يشير إلى بعض المقابلات:

- الفقه الغربي يميز بين البطلان والفسخ ، أما الفقه الإسلامي، فالفسخ عنده ليس نظرية عامة مستقلة، بل هو يندرج تحت نظرية البطلان، ولا يعم العقود الملزمة للطرفين إذا لم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه فيها، بل يقتصر على حالات معينة، كما في خيار العيب وفي خيار النقص.

- والفقه الغربي يميز بين البطلان وبين الشرط الفاسخ والشرط الواقف، أما الفقه الإسلامي فيأبى في التمليكات التعليق على الشرط كقاعدة عامة، ولكنه يقترب من الشرط الواقف في خيار الشرط، ومن الشرط الفاسخ في خيارى الرؤية والعيب.

- ويعرف الفقه الإسلامي خيار التعيين، ويواجهه الفقه الغربي بالإلتزام التحيير.

- ويمنع الفقه الإسلامي مشتري المنقول من التصرف فيه قبل قبضه، فيقارب بذلك القاعدة التي تقضي في الفقه الغربي بأن الحيازة في المنقول سند الملكية⁽¹⁾.

⁽¹⁾ نفس المرجع (265/4).

القواعد الكلية جمعا حسنا في المقدمة، مستقاة إياها من كتب القواعد المشار إليها، وبوجه خاص من الأشباه والنظائر لابن نجيم.

* * *

والمطلع على نصوص المجلة في خصوص هذه القواعد الكلية يرى أنها خليط من قواعد موضوعية لاستنباط الأحكام والإثبات وتفسير النصوص ويمتزج بهذه القواعد جميعا قواعد في تفسير العقود وفي تحديد نطاق العقد...⁽¹⁾

العبرة في تفسير العقد في الفقه الإسلامي بالإرادة الظاهرة...

يغلب أن يكون تفسير العقد في الفقه الإسلامي بالإرادة الظاهرة، وذلك هو الأصل، وقد يكون بالإرادة الباطنة كما هو الظاهر من استعماله أيضا، وإن كان الاستان الدكتور السنيهوري يفضل أن يجعل تفسير العقد في الفقه الإسلامي حاصلا بالإرادة الظاهرة، لأن الفقه الإسلامي عنده ذو نزعة موضوعية، لا ذاتية كالفقه اللاتيني، ولذا قال في هذا الصدد: "قدمنا أن الفقه الإسلامي نزعتة موضوعية، وإن العبرة فيه بالإرادة الظاهرة لا بالإرادة الباطنة. ويتبين ذلك بوضوح عندما تفسر العقود أن يجب الوقوف عند الصيغ والعبارات الواردة في العقد واستخلاص معانيها الظاهرة دون الانحراف عن المعنى الظاهر إلى معان أخرى، بحجة أنها هي المعاني التي تتمثل فيها الإرادة الباطنة، فالإرادة الباطنة لا شأن لنا بها، إن هي ظاهرة نفسية لا تعني المجتمع، والذي يعنيه هي الإرادة الظاهرة التي اطمأن إليها كل من المتعاقدين في تعامله مع الآخر..."

ولكن الدكتور السنيهوري بعد أن أورد هذا التفسير للعقد...، اصطدم بواقع هذا الفقه الواسع الرن، فوجده يعتمد في تفسيره للعقد الإرادة الباطنة

(1) مصادر الحق (6/29).

-الحالة الثالثة: أن يقوم شك في تبين هذه الإرادة المشتركة

للمتعاقدين، بعد محاولة القاضي البحث عن نيتها فيها، لأن التفسير يحتمل عدة أوجه لا ترجيح لأحدها عن الآخر، فالقاعدة أن الشك يفسر لمصلحة المدين، وهذا ما نص عليه الفصل 473 من ق.ل.ع. المغربي بقوله: "عند الشك يؤول الالتزام بالمعنى الأكثر فائدة للملتزم" والمادة 151 من القانون المدني المصري في الفقرة الأولى يفسر الشك لمصلحة المدين⁽¹⁾. ويبرر هذه القاعدة أن الأصل هو براءة الذمة والاستثناء أن يكون الشخص ملتزما، والقاعدة أن الاستثناء لا يتوسع فيه والأصل كذلك أن الدائن أن يأخذ بثبات الالتزام، فإن كان هناك شك حول مدى الالتزام، وأراد الدائن أن يأخذ بالمدى الواسع ولم يستطع إثباته، فلا يبقى الأخذ إلا بالمدى الضيق، لأنه هو الذي قام عليه الدليل... إلخ...⁽²⁾

2- تفسير العقد في الفقه الإسلامي:

هناك قواعد كلية في الفقه الإسلامي قد تعين على تفسير العقد: يمكن القول أن هناك قواعد لتفسير العقد ولتحديد نطاقه في الفقه الإسلامي، هذه القواعد التي جاءت متأثرة في أبواب الفقه المتفرقة ولا توجد في صورة قواعد كلية إلا في بعض كتب الفقه التي عرّضت لتعديد القواعد وتأصيلها: كالأشباه والنظائر لابن نجيم الحنفي، والأشباه والنظائر للسيوطي في فقه الشافعية، والفروق للقرافي في الفقه المالكي والقواعد لابن رجب في الفقه الحنبلي.

ولكن مجلة الأحكام الشرعية -وهي تقنين مدني للفقه الإسلامي في المذهب الحنفي وضعتها لجنة من الفقهاء أيام الدولة العثمانية- جمعت هذه

(1) نفسه (216)، مصادر الحق (6/8).

(2) نظرية الالتزام في القانون المغربي الدكتور البرعي (ص 216)، مصادر الحق (6/13).

للتصريح"، فإذا تعرض المفهوم صراحة مع المفهوم ضمنا، قدم الأول على الثاني، لأن الدلالة المادية في الصريح أبلغ، مثل ذلك أن يهب شخص شيئا لآخر، فقبض الموهوب له في المجلس الهبة ولو بغير إذن الواهب صحيح، لأن إيجاب الواهب في مجلس الهبة إذن ضمني، ولو نهى الواهب الموهوب له عن القبض صراحة لم يصح قبضه، لأن النهي الصريح يقدم على الإذن الضمني⁽¹⁾.

وتنص المادة 68 من المجلة على أن "دليل الشيء في الأمور الباطنة يقوم مقامه، يعني أنه يحكم بالظاهر فيما يتعدى الإطلاع عليه" فاستعمال الآلة المغرقة للأجزاء دليل على نية القتل.

وإضافة إلى أن الشك في مضمون العقد يفسر في مصلحة الدين في الفقه الإسلامي كما سبق في القانون الوضعي.

هناك قواعدا كلية ثلاث أو ردها ابن نجيم الحنفي في كتابه "الإشباه والنظائر"⁽²⁾ تنضاف كلها على إقرار هذا المبدأ:

القاعدة الأولى: هي أن اليقين لا يزول بالشك، فإذا كان هناك شك في مديونية الدين، فاليقين أنه برئ الذمة، ولا يزال هذا اليقين بالشك.

القاعدة الثانية: أن الأصل بقاء ما كان على ما كان. وبرادة الذمة تسبق المديونية، فتبقى براءة الذمة قائمة على ما كانت، ولا تزول إلا بمديونية قامت على يقين.

القاعدة الثالثة: أن الأصل براءة الذمة، فيفرض فيمن يدعى عليه بالدين أنه بريء الذمة، حتى يقيم من يدعي الدين الدليل القاطع عل أن له ديناً في

(1) مصادر الحق (35-30/6)، يقابل بـ "التنظير العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية

"الدكتور صبحي محمادي (ص 481-482).

(2) ص 56 و 57 و 59.

أيضا فحمله على الإيهام قائلا:

على أن هناك في الفقه الإسلامي قواعد كلية توهم أن العبرة بمقصود المتعاقدين: هي نية المتعاقدين وإرادتهما الباطنة، من ذلك ما جاء بالمادة الثانية من المجلة من أن "الأمر بمقاصدها" يعني أن الحكم الذي يترتب على أمر يكون على مقتضى ما هو المقصود بالأمر.

وجاء في المادة الثالثة من نفس المجلة: "العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني". تلك القاعدة التي بنيت على الحديث الشريف. "إنما الأعمال بالنيات..." (رواه البخاري في أول كتابه "كيف كان بدء الرحي إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم (شرح القسطلاني ج1 ص52).

ثم يرجع الاستاذ الدكتور السنهوري ليؤكد ويرجح ما ذهب إليه أولا فيقول:

إذا صح ما قدمناه من أنه يعتد بالمقاصد والمعاني، فإن هذا عند امعان النظر لا يعني أنه يعتد بالإرادة الباطنة. فالمقاصد والمعاني التي يعتد بها هي هذه التي تستخلص من العبارات والصيغ المستعملة أو من دلائل موضوعية وعلاوات مادية، فلا يجاوز هذا البحث الموضوعي إلى بحث ذاتي نستشف به الضمير ونستكشف خبايا الأنفس...

ويقول الدكتور السنهوري: "يدعم هذا الذي قدمناه قواعد كلية ثلاث هي أيضا قد وردت في المجلة.

فتنص المادة 12 من المجلة على أن "الأصل في الكلام الحقيقة"، فلا يجوز حمل اللفظ على المجاز إذا أمكن حمله على المعنى الحقيقي فلو أوصى لولد زيد، لم يدخل ولد له وإن كان له ولد من صلبه، فإن لم يكن له ولد لصلبه استحق ولد الإبن...

وتنص المادة 13 من المجلة على أنه: "لا عبرة للدلالة في مقابلة

المبحث الثالث: العقد الموقوف، والعقد القابل للإبطال

العقد الموقوف في الفقه الإسلامي هو الذي يفتر عاقده الى الولاية على المحل أو على نوع التصرف*، ينعقد صحيحاً ولكنه لا ينفذ، حتى يجيزه صاحب الحق⁽²⁾.

والعقد القابل للإبطال في القانون الوضعي هو عقد قائم ومنتج لكل آثاره، لكنه ينطوي على جرثومة فساد تنهض سبباً لجملة قبائل للإبطال. ويعتبر في الفترة التي تلي انعقاده وقبل تقرير مصيره بالإبطال أو الإقرار بمثابة العقد الصحيح في إنتاج آثاره، لذا، فهو لا يبطل إلا إذا تمسك بإبطاله من يقرر القانون هذا الأمر لصالحه، فلا يجوز للمعاقد الآخر أو لغيره أن يتمسك بالإبطال، ولا يسوغ للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها⁽³⁾.

وأما العقد الموقوف عند من يقول به في الفقه الإسلامي، وهم المالكية والحنفية، وفي قول عن الإمام أحمد في الفقه الحنبلي⁽⁴⁾، فإنه يكون بدون أثر، في فترة ما قبل إجازته، رغم انعقاده صحيحاً، ويكون موقوف الأثر ليس فقط بالنسبة الى التعاقد الذي قام به سبب الإيقاف، بل أيضاً بالنسبة إلى التعاقد الآخر، فإذا باع -مثلاً- ناقص الأهلية ماله ووقع بيعه موقوفاً على إجازة وليه أو وصيه ساء له إذا ما طالبه المشتري بتنفيذ البيع، ان يدفع بوقفه طالما ان إجازة وليه... لم تلحقه، وكذلك الشأن بالنسبة الى المشتري لو طالبه البائع بدفع الثمن.

* كذا في الأهلية، ومن تلقى بملكه حق الغير: كبيع الناجور والرهون.

(2) مصادر الحق (4/128).

(3) نظرية العقد المذكور عبد الفتاح (ص 486).

(4) مصادر الحق (4/179).

الغرض خشية الفقه الإسلامي له، ويبسح الربا بقيود معينة، ولا يأبى أن يقترن العقد بالشروط...، أما الإكراه فيضعه مع نظائره من عيوب الإرادة -الغلط والتدليس...- في صف واحد، ويوحد الجزاء فيه فيجعله قابلية العقد للإبطال⁽¹⁾.

(1) مصادر الحق (4/271 وما بعدها)، نظرية العقد المذكور عبد الفتاح (ص 510-514). مع الهامش بتأخير وتصرف.

الفقه الإسلامي، أو ثقافته حتى يبطل كما يفعل الفقه الغربي، باستثناء المالك...؟ وهنا يتضح أيضاً أن الأولى هو وقف التصرف حتى يجاز، لأن الفضولي تصرف في مال لا ولاية له عليه. فالفقه الإسلامي أدق في صناعته من الفقه الغربي⁽¹⁾. وهناك سبب آخر لرجحان العقد الموقوف على العقد القابل للإبطال. ففي بيع ملك الغير من قبل الفضولي، رأينا أن الفقه الغربي يجعل العقد نافذاً حتى يبطل. ولما كان جعل العقد نافذاً في حق المالك الذي لم يشترك فيه غير معقول، اضطر الفقه الغربي أن يستعين بفكرة أخرى ضمها إلى فكرة العقد القابل للإبطال، فجعل العقد إلى كونه قابلاً للإبطال، غير نافذ في حق المالك الحقيقي، فلجأ إلى فكرة الوقف في حق المالك.

وأما الفقه الإسلامي، فالعقد عنده موقوف في حق البائع والمشتري والمالك جميعاً، فلم يكن في حاجة إلى فكرة عدم السريان في حق المالك، التي احتاج إليها الفقه الغربي لما جعل العقد نافذاً.

وبذلك يرجح العقد الموقوف العقد القابل للإبطال لشموله واستغنائه بذاته عن أي شيء آخر. فإذا قلنا: عقد الفضولي في الفقه الإسلامي موقوف، فقد قلنا كل شيء، أما إذا قلنا: بيع ملك الغير في الفقه الغربي عقد قابل للإبطال، وجب أن نضيف إليه: أنه عقد غير سار في حق المالك الحقيقي⁽²⁾.

ولأجل أن تتضح هذه الفاضلة أكثر بين الفقهاء: الإسلامي والوضعي، نزيد الموضوع شيئاً من التفصيل.

فبينما يعتبر الفقه الإسلامي العقد موقوفاً إذا فقد العاقد الولاية على

(1) مصادر الحق (4/276-277).

(2) مصادر الحق (4/277).

ويلاحظ الفرق الأساسي بين العقد الموقوف في الفقه الإسلامي، وبين العقد القابل للإبطال في القانون الوضعي، ففي حين لا ينتج العقد الموقوف أثره حتى يجاز، ينتج العقد القابل للإبطال أثره قبل الإجازة إلى أن يبطل⁽¹⁾. وللمفاضلة بين الفقهاء: الإسلامي والغربي، نأخذ من الحالات الكثيرة التي يكون فيها العقد موقوفاً أو قابلاً للإبطال حالتين:

الأولى: حالة عقد ناقص الأهلية، فإذا تصرف صبي مميز في دار

ملوكة له بالبيع، فهل الأولى أن يقف عقده حتى يجيزه وليه، أو يجيزه الصبي المميز نفسه عند بلوغ سن الرشد كما هو الأمر في الفقه الإسلامي أم الأولى أن ينفذ عقده حتى يطالب وليه، أو يطالب الصبي... عند بلوغه سن الرشد بإبطاله كما هو الأمر في الفقه الغربي؟

واضح أن الأولى أن يقف عقده حتى يتبين وليه نفع هذا العقد، أو حتى يتبين الصبي ذلك بعد بلوغه سن الرشد، لأن الصبي غير كامل التمييز، ومطلبة الضرر المحتمل لحوقه به من التصرف مظنة راجحة. فالفقه الإسلامي في صناعته ووصفه هذا العقد بالموقوف أفضل من الفقه الغربي في وصفه إياه بالقابل للإبطال.

الثانية: حالة تصرف الشخص في ملك غيره، فإذا تصرف الفضولي* في ملك غيره، فهل الأولى وقف التصرف حتى يجاز كما يفعل

(1) نظرية العقد الدكتور عبد الفتاح (ص 518)، نظرية العقد الدكتور الصدة (420).

* الفضولي في الفقه الإسلامي: هو من يتدخل في شؤون الغير دون توكيل أو نيابة، وفي الفقه الغربي: هو من قام بحاجة ضرورية عاجلة لرب العمل تفضلاً منه (مصادر الحق 4/183)، جاء في القوانين العقابية لابن جزوي (ص 212): "فما العراء لأحد بغير إذنه أو البيع عليه كذلك فهو بيع الفضولي فيمنع ويوقف على إذن ربه، وقال الشافعي: لا يمنع". وتنازلت الملتان 188 و 189 حقيقة الفاضلة وماذا فقالت المادة 188: "الفضالة هي أن يتولى شخص عن قصد القيام بشأن عاجل لحساب شخص آخر، دون أن يكون ملزماً بذلك (الملكية ونظرية العقد للدكتور أحمد فراج حسين ص 296) من القانون المدني المصري.

وهكذا يقابل العقد الموقوف في الفقه الإسلامي، بالعقد القابل للإبطال في الفقه الغربي مقابلة إجمالية، بالنسبة للموضوعات التي يتناولها، وإن كانت طبيعة كل منهما تختلف عن الآخر في المني والمضمون.

- فالعقد الموقوف هو غير نافذ حتى تلحقه الإجازة.

- والعقد القابل للإبطال نافذ حتى يبطل عن طريق طلب المضرورة، إلا في حق المالك الحقيقي إذا فوّته الفضولي فغير نافذ حتى يجيزه المالك.

وفي هذا المعنى جاء في الفصل 485 من قانون الالتزامات والعقود

الغربي: "بيع ملك الغير يقع صحيحاً:

1- إذا أقره المالك

2- إذا كسب البائع فيما بعد ملكية الشيء،

وإذا رفض المالك الإقرار كان للمشتري أن يطلب فسخ البيع، وزيادة على ذلك يلتزم البائع بالتعويض إذا كان المشتري يجهل عند البيع أن الشيء مملوك للغير، ولا يجوز إطلاقاً للبائع أن يتمسك بطلان البيع بحجة أن الشيء مملوك للغير .

وبما أن التقنين المدني العراقي يوفق بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، نثبت له هنا المادة 134 التي تشير إلى العقد الموقوف لنقص الأهلية، أو لعيب في الإرادة:

"إذا انعقد العقد موقوفاً لحجر أو إكراه أو غلط أو تغيير، جاز للعائد

أن يقض العقد بعد زوال الحجر أو ارتفاع الإكراه أو تبين الغلط أو انكشاف التغيير، كما له أن يجيزه، فإذا نقضه، كان له أن يقض تصرفات من انتقلت إليه العين، وأن يستردّها حيث وجدها وأن تتاولتها الأيدي، فإن هلكت العين في يد من انتقلت إليه ضمن قيمتها"⁽¹⁾.

⁽¹⁾ مصادر الحق (4/287-288).

العقد لنقص الأهلية لصغر ونحوه، أو فقد الولاية، على العقود عليه، بأن كان غير مملوك للعائد، أو كان مملوكاً له ولكن تعلق به حق الغير... فلا يكون له نفاذ حتى يجيزه ولي القاصر، أو القاصر نفسه بعد رشده، أو المالك للمعقود عليه، أو من تعلق به حقه كالمتأجر والمرتّهن...

يفرق الفقه الغربي بين نقص الأهلية، وانعدام الملك فيجعل الجزاء على نقص الأهلية قابلية العقد للإبطال، بمعنى أنه يجعل العقد صحيحاً منذ انعقاده حتى يطلب الدائن إبطاله، ويجعل الجزاء على انعدام الملك عدم سريان العقد في حق المالك.

- ويطلب بمضمونه العاقد الم福特 كالفضولي - وقابلية العقد للإبطال في

حق المشتري.

وقد لخص الدكتور السنهوري رحمه الله هذا الموضوع الأخير بقوله: "والفقه الإسلامي أكثر احكاماً في صناعته. فقد صاغ فكرة العقد الموقوف صياغة موفقة، واجه بها العقد الصادر من غير المالك. هذا إلى أن الفقه الغربي في بيع ملك الغير - وهو بيع الفضولي - اضطرب اضطراباً واضحا في صناعته، فلم يستطع أن يواجه هذا العقد بجزاء واحد، بل عدّد الجزاء، فجعل العقد قابلاً للإبطال من جانب المشتري وغير سار في حق المالك، ثم خرج على قواعد صناعته بأن جعل للمالك وهو غير العاقد الذي تقرر الإبطال لمصلحته حق إجازة العقد. وهذا ما جعل الفقهاء في الفقه الغربي في حيرة من أمر بطلان بيع ملك الغير، يختلفون ويضطربون، ولا يصلون فيه إلى حل واحد.

وليس في الفقه الإسلامي اضطراب في هذه المسألة، فالعقد الموقوف يواجه في دقة عقد الفضولي، ويتسع له من جميع النواحي"⁽¹⁾.

⁽¹⁾ نفس المرجع (4/263-264).

المبحث الرابع

العقد غير اللازم في الفقه الإسلامي، وما يقابله في الفقه الغربي

نطاق العقد غير اللازم في الفقه الإسلامي لا يتسع لعبوب الإرادة فحسب، بل هو يقابل أيضا في الفقه الغربي نظاما أخرى متعددة منها:

1- العقود غير اللازمة في الفقه الغربي: كالوكالة والشركة والوديعة والعارية.

2- نظرية فسخ العقد وإنفساخه في الفقه الغربي: على أن نظرية فسخ العقد في الفقه الإسلامي ليست نظرية شاملة، ولا يتقرر الفسخ كأصل عام، كما يتقرر في الفقه الغربي في العقود الملزمة للطرفين.

3- الشرط الواقف في الفقه الغربي ⁽¹⁾ ويتمثل في خيار الشرط في الفقه الإسلامي، والشرط الفاسخ في الفقه الغربي ^(*) ويتمثل في خيار العيب قبل القبض في الفقه الإسلامي.

⁽¹⁾ الشرط الواقف: هو أمر مستقبل غير محقق الوقوع، يتوقف على وقوعه نفاذ الالتزام، فإذا باع شخص سلعة لشخص آخر، وعلق المشتري البيع على شرط رافق هو أن يجرب السلعة فبرضاها، فهذا البيع صحيح ويسمى بيعا بشرط التجربة، ولكنه يزول بأثر رجعي إذا لم يتحقق الشرط الواقف وجرب المشتري السلعة ولم يرضها...

^(*) الشرط الفاسخ: هو أمر مستقبل غير محقق الوقوع، يتوقف على وقوعه زوال الالتزام، فإذا باع شخص دارا لازمة ابنه لتسكن فيها مع أولادها، وعلق الهبة على شرط فاسخ مشتركها أن تنسخ الهبة إذا هي تزوجت، فاصدا بذلك أن يحملها على عدم الزواج حتى تنقرخ لثبته أو لإدائها فهذا الهبة صحيحة، ولكنها تزول بأثر رجعي إذا تحقق الشرط الفاسخ وتزوجت الموهوب لها.. وقد نصت المادة 2/421 من التقنين المدني المصري في بيع التجربة معلقا على شرط واقف هو قبول المبيع، إلا إذا تبين والفسخ معا فقلت: "ويعتبر البيع بشرط التجربة معلقا على شرط واقف هو قبول المبيع، إلا إذا تبين من الاتفاق أو الظروف أن البيع معلق على شرط فاسخ: (مصادر الحق 4/97).

هو الأمر عند زفر، أو عدم اللزوم كما هو الأمر في مذهب مالك وفي قول آخر بالمذهب الحنبلي.

وهنا تظهر مزنية الفقه الغربي أنه جمع عيوب الإرادة، ورضع لها نظرية عامة عالجاها في استفاضة... ولكنه واجه هذه العيوب بفكرة العقد انقابل للإبطال.

ولعل المذهب المالكي هو أقرب المذاهب إلى الفقه الغربي في توحيد الجزاء الذي يترتب على عيوب الإرادة، ففيها جميعا يكون العقد غير لازم، يثبت فيه خيار الغلط، أو للتدليس أو للغبن أو للإكراه. والعقد غير اللازم هنا في الفقه الإسلامي هو الذي يقابل العقد القابل للإبطال لعيوب الإرادة في الفقه الغربي.

واختار الدكتور السنهوري أنه من الأفضل للفقه الإسلامي والفقه الغربي معاً أن لو لجأ إلى علاج عيوب الإرادة بالعقد الموقوف، لأنه أكثر ملاءمة من العقد غير اللازم ومن العقد القابل للإبطال، وقد كان هذا فعلاً رأى زفر بن الهذيل من الحنفية فيما يتعلق بالإكراه، فعنده أن يبيح المكره موقوف.

ولعل فكرة العقد الموقوف لو استعيرت من الفقه الإسلامي، زيادة على كونها أكثر توافقاً وملاءمة لعيوب الإرادة، تبرز الصلة الوثيقة بين هذه العيوب وبين نقص الأهلية، فالعقد في جميع هذه الأحوال يكون موقوفاً لاعتبارات يمكن أن ترجع كلها إلى وجوب كمال التمييز في التعاقد حتى ينتج العقد أثره⁽¹⁾.

إشارة موجزة إلى مقابلات أخرى في الصناعة الفنية بين الفقهاء:
وفيما لا تمكن فيه المقارنة بين الفقهاء: الإسلامي والروماني بشكل

الخيارات الأربعة:

الخيارات الأربعة في الفقه الإسلامي: خيار الشرط، والتعيين، والرؤية والعيوب - إن نحن اقتصرنا عليها - وجدنا الصناعة في الفقه الإسلامي قد وصلت إلى حد بعيد من الرقي والدقة والأحكام.

فقد تدرجت - بعد العقد الموقوف - تدرجاً متناسقاً من حيث نفاذ العقد، ومن حيث الرجوع فيه... في دقة متناهية وصناعة محكمة، بينما الفقه الغربي لم يصل إلى هذا الحد من الدقة والأحكام بشرطية: المواقف والفاسخ، الأول يقابل خيار الشرط، والثاني يقابل خيار العيب، في الفقه الإسلامي، ولا يعرف بينهما مرتبة وسطى متجلية في خيار الرؤية في الفقه الإسلامي، ولا يعرف دنيا دون الشرط وهي العقد الموقوف فقدد الفقه الغربي النظم في هذا التدرج الثابت بأحكام في الفقه الإسلامي⁽¹⁾.

العقد غير اللازم والعقد القابل للإبطال في عيوب الإرادة بين الفقهاء:

الفقه الإسلامي لم يعالج عيوب الإرادة تحت نظرة عامة واحدة، بل جاءت مفرقة متناثرة بين مذاهبه واجتهادات فقهاءه....

بينما واجهها الفقه الغربي، فجمعها - وهي الغلط، والتدليس والإكراه، والإستغلال (الغبن)، في صعيد واحد، وجعل الجزاء عليها واحداً وهو قابلية العقد للإبطال، على عكس ما عليه أمر هذه العيوب في الفقه الإسلامي، حيث جاءت فيه متفرقة، يستقصيها الباحث في غير قليل من المشقة.

فالإكراه جاء حائراً في المذاهب المختلفة بين أن يكون جزاءه البطلان كما هو الأمر في مذهب الشافعي، وفي قول بمذهب أحمد، أو الفساد كما هو الأمر في المذهب الحنفي عند الإمام أبي حنيفة وصاحبيه، أو الوقف كما

⁽¹⁾ ملخص من مصادر الحق (4/264-280 و281).

⁽¹⁾ مصادر الحق (4/281-285).

الباب الثاني :

آثار العقد بين الفقهين: الإسلامي والغربي من جهة الموضوع والأشخاص

ونتناوله في فصلين:

الفصل الأول: آثار العقد بالنسبة الى الموضوع. وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: تفسير العقد وتحديد نطاقه

المبحث الثاني: تنفيذ العقد

المبحث الثالث: المسؤولية العقدية

الفصل الثاني: آثار العقد بالنسبة للأشخاص، وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: الخلف العام والخلف الخاص

المبحث الثاني: الدائتون

المبحث الثالث: الغير

يقرب بينهما، يمكن للباحث ان يشير إلى بعض المقالات:

- الفقه الغربي يميز بين البطلان والفسخ ، أما الفقه الإسلامي، فالفسخ عنده ليس نظرية عامة مستقلة، بل هو يندرج تحت نظرية البطلان، ولا يعم العقود الملزمة للطرفين إذا لم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه فيها، بل يقتصر على حالات معينة، كما في خيار العيب وفي خيار النقص.

- والفقه الغربي يميز بين البطلان وبين الشرط الفاسخ والشرط الواقف، أما الفقه الإسلامي فيأبى في التمليكات التعليق على الشرط كقاعدة عامة، ولكنه يقترب من الشرط الواقف في خيار الشرط، ومن الشرط الفاسخ في خيارى الرؤية والعيب.

- ويعرف الفقه الإسلامي خيار التعيين، ويواجهه الفقه الغربي بالإلتزام التحييرى.

- ويمنع الفقه الإسلامي مشتري المنقول من التصرف فيه قبل قبضه، فيقارب بذلك القاعدة التي تقضى في الفقه الغربي بأن الحيازة في المنقول سند للملكية⁽¹⁾.

(1) نفس المرجع (4/265).

القواعد الكلية جمعا حسنا في المقدمة، مستقاة إياها من كتب القواعد المشار إليها، وبوجه خاص من الأشباه والنظائر لابن نجيم.

* * *

والمطلع على نصوص المجلة في خصوص هذه القواعد الكلية يرى أنها خليط من قواعد موضوعية لاستنباط الأحكام والإثبات وتفسير النصوص ويمتزج بهذه القواعد جميعا قواعد في تفسير العقود وفي تحديد نطاق العقد...⁽¹⁾

العبرة في تفسير العقد في الفقه الإسلامي بالإرادة الظاهرة...

يغلب أن يكون تفسير العقد في الفقه الإسلامي بالإرادة الظاهرة، وذلك هو الأصل، وقد يكون بالإرادة الباطنة كما هو الظاهر من استعماله أيضا، وإن كان الاستاذ الدكتور السنهو ري يفضل أن يجعل تفسير العقد في الفقه الإسلامي حاصلا بالإرادة الظاهرة، لأن الفقه الإسلامي عنده ذو نزعة موضوعية، لا ذاتية كالفقه اللاتيني، ولذا قال في هذا الصدد: "قدمنا أن الفقه الإسلامي نزعته موضوعية، وإن العبرة فيه بالإرادة الظاهرة لا بالإرادة الباطنة. ويتبين ذلك بوضوح عندما تفسر العقود أن يجب الوقوف عند الصيغ والعبارات الواردة في العقد واستخلاص معانيها الظاهرة دون الانحراف عن المعنى الظاهر إلى معان أخرى بحجة أنها هي المعاني التي تتمثل فيها الإرادة الباطنة، فالإرادة الباطنة لا شأن لنا بها، إذ هي ظاهرة نفسية لا تعني المجتمع، والذي يعنيه هي الإرادة الظاهرة التي اطمأن إليها كل من المتعاقدين في تعامله مع الآخر..."

ولكن الدكتور السنهو ري بعد أن أورد هذا التفسير للعقد...، اصطدم بواقع هذا الفقه الواسع الركن، فوجده يعتمد في تفسيره للعقد الإرادة الباطنة

(1) مصادر الحق (6/29).

-الحالة الثالثة: أن يقوم شك في تبين هذه الإرادة المشتركة

للمتعاقدين، بعد محاولة القاضي البحث عن نيتها فيها، لأن التفسير يحتمل عدة أوجه لا ترجيح لأحدهما عن الآخر، فالقاعدة أن الشك يفسر لمصلحة الدين، وهذا ما نص عليه الفصل 473 من ق.ل.ع. المغربي بقوله: "عند الشك يؤول الالتزام بالمعنى الأكثر فائدة للملتزم" والمادة 151 من القانون المدني المصري في الفقرة الأولى يفسر الشك لمصلحة الدين"⁽¹⁾. ويبرر هذه القاعدة أن الأصل هو براءة الذمة والاستثناء أن يكون الشخص ملتزما، والقاعدة أن الاستثناء لا يتوسع فيه والأصل كذلك أن الدائن أن يأخذ بآثار الالتزام، فإن كان هناك شك حول مدى الالتزام، وأراد الدائن أن يأخذ بالمدى الواسع ولم يستطع إثباته، فلا يبقى الأخذ إلا بالمدى الضيق، لأنه هو الذي قام عليه الدليل... إلخ...⁽²⁾

2- تفسير العقد في الفقه الإسلامي:

هناك قواعد كلية في الفقه الإسلامي قد تعين على تفسير العقد: يمكن القول أن هناك قواعد لتفسير العقد ولتحديد نطاقه في الفقه الإسلامي، هذه القواعد التي جاءت منتثرة في أبواب الفقه المتفرقة ولا توجد في صورة قواعد كلية إلا في بعض كتب الفقه التي عوزت لتعديد القواعد وتأصيلها: كالأشباه والنظائر لابن نجيم الحنفي، والأشباه والنظائر للسيوطي في فقه الشافعية، والفروق للرافعي في الفقه المالكي والقواعد لابن رجب في الفقه الحنبلي.

ولكن مجلة الأحكام الشرعية -وهي تقنين مدني للفقه الإسلامي في المذهب الحنفي وضعت لجنة من الفقهاء أيام الدولة العثمانية- جمعت هذه

(1) نفسه (ص 216)، مصادر الحق (8/6).

(2) نظرية الالتزام في القانون المغربي الدكتور البرعي (ص 216)، مصادر الحق (6/13).

التصريح"، فإذا تعرض المفهوم صراحة مع المفهوم ضمنا، قدم الأول علي الثاني، لأن الدلالة المادية في الصريح أبلغ، مثل ذلك أن يهب شخص شيئا لآخر، فقبض الموهوب له في المجلس الهبة ولو بغير إذن الراهب صحيح، لأن إيجاب الراهب في مجلس الهبة إذن ضمني، ولو نهى الراهب الموهوب له عن القبض صراحة لم يصح قبضه، لأن النهي الصريح يقدم على الإذن الضمني⁽¹⁾.

وتنص المادة 68 من المجلة على أن "دليل الشيء في الأمور الباطنة يقوم مقامه، يعني أنه يحكم بالظاهر فيما يتعذر الاطلاع عليه "فلاستعمال الآلة المفرقة للأجزاء دليل على نية القتل.

وإضافة إلى أن الشك في مضمون العقد يفسر في مصلحة الدين في الفقه الإسلامي كما سبق في القانون الوضعي.

هناك قواعد كلية ثلاث أو ردها ابن نجيم الحنفي في كتابه "الأشباه والنظائر"⁽²⁾ تنصاف كلها على إقرار هذا المبدأ:

القاعدة الأولى: هي أن اليقين لا يزول بالشك، فإذا كان هناك شك في مديونية الدين، فاليقين أنه برئ الذمة، ولا يزال هذا اليقين بالشك.

القاعدة الثانية: أن الأصل بقاء ما كان على ما كان. وبراءة الذمة تسبق المديونية، فتبقى براءة الذمة قائمة على ما كانت، ولا تزول إلا بمديونية قامت على يقين.

القاعدة الثالثة: أن الأصل براءة الذمة، فيفرض فيمن يدعى عليه بالدين أنه بريء الذمة، حتى يقيم من يدعي الدين الدليل القاطع عل أن له ديناً في

(1) مصادر الحق (35-30/6)، يقابل بـ "النظرية العامة للموجبات والحقود في الشريعة الإسلامية

"الدكتور صبيحي محمادي (ص 481-482).

(2) ص 56 و 57 و 59.

أيضا فحمله على الإيهام قائلا:

على أن هناك في الفقه الإسلامي قواعد كلية توهم أن العبرة بقصود المتعاقدين: هي نية المتعاقدين وإرادتهما الباطنة، من ذلك ما جاء بالمادة الثانية من المجلة من أن "الأمور بقاصدها" يعني أن الحكم الذي يترتب على أمر يكون على مقتضى ما هو المقصود بالأمر".

وجاء في المادة الثالثة من نفس المجلة: "العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني". تلك القاعدة التي بنيت على الحديث الشريف. "إنما الأعمال بالنيات..." (رواه البخاري في أول كتابه "كيف كان بدء الوحي إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم (شرح القسطلاني ج1 ص.52).

ثم يرجع الاستاذ الدكتور السنهوري ليؤكد ويرجع ما ذهب إليه أولا فيقول:

إذا صح ما قدمناه من أنه يعتد بالقاصد والمعاني، فإن هذا عند امعان النظر لا يعني أنه يعتد بالإرادة الباطنة. فالقاصد والمعاني التي يعتد بها هي هذه التي تستخلص من العبارات والصيغ المستعملة أو من دلائل موضوعية وعلامات مادية، فلا تجاوز هذا البحث الموضوعي إلى بحث ذاتي نستشف به الضمير ونستكشف خبايا الأنفس...

ويقول الدكتور السنهوري: "يدعم هذا الذي قدمناه قواعد كلية ثلاث هي أيضا قد وردت في المجلة.

فتنص المادة 12 من المجلة على أن "الأصل في الكلام الحقيقة"، فلا يجوز حمل اللفظ على المجاز إذا أمكن حمله على المعنى الحقيقي فلو أوصى لولد زيد، لم يدخل ولد ولده إن كان له ولد من صلبه، فإن لم يكن له ولد لصلبه استحق ولد الإبن...

وتنص المادة 13 من المجلة على أنه: "لا عبرة للدلالة في مقابلة

الاختلاف في المالية والرواج انصرف البيع الى الأغلب.

2- استعمال الناس حجة يجب العمل بها (م 37 مجلة). فلو استعان تاجر برجل في سوق لبيع متاعه، وطالبه الرجل بعد البيع بأجرته، نظر الى تعامل أهل السوق... فان جرت العادة بأن من يعمل مثل هذا العمل يؤجر فله أجر مثله، وإلا فليس له أجر.

3- الممتنع عادة كالممتنع حقيقة (م 38)، فلو ادعى رجل معروف بالفقر بمبالغ كبيرة على آخر قال: إنه أقرضها إياه، حال كون المدعي لم يرث ولم يصب مالا بوجه آخر، فلا تسمع دعواه، لأنها مما يمتنع عادة فهي كالممتنع حقيقة⁽¹⁾.

ب) طبيعة الالتزام:

وطبيعة الالتزام تقتضي ان يلحق العين ما هو تابع لها، وما تستلزمه تلك الطبيعة من ملحقات، وفي هذا المعنى أو ردت "المجلة" قواعد كلية منها:

- 1- التابع تابع: فإذا بيع حيوان في بطنه جنيين دخل الجنيين في البيع تابعا (م 47 مجلة). جاء في الأشباه والنظائر لابن نجيم الحنفى: "القاعدة الرابعة التابع تابع. تدخل فيها قواعد الأولى أنه لا يتفرد بالحكم، ومن فروعها الحمل يدخل في بيع الأم تبعا ولا يفرد بالبيع، والهيبة كالبائع، ومنها الشرب والطريق يداخلان في بيع الأرض تبعا ولا يفردان بالبيع على الأظهر"⁽²⁾.
- 2- من ملك شيئا ملك ما هو من ضروراته، فمن اشترى دارا ملك الطريق الموصل إليها (م 49 مجلة)، وفي معناه أن من اشترى قفلا دخل فيه مفتاحه، ومن اشترى بقرة لأجل حلبها دخل رضيعها في البيع وإن لم يذكر...

⁽¹⁾ مصادر الحق (6/43-44).

⁽²⁾ الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص 120).

ذمته، وإذا كان هناك شك في مديونية الدين استصحب براءة ذمته وفسر الشك في مصلحته⁽¹⁾.

ويخلص مما سبق -كتقريب للمقابلة بين الفقهاء- أن أهم قاعدة في تفسير العقد في الفقه الإسلامي هي أن اللفظ يؤخذ على معناه الواضح، ولا يجوز الانحراف عن هذا المعنى بحجة تفسير نية المتعاقدين، وفي هذا يتفق الفقه الإسلامي مع الفقه الغربي، غير أن الفقه الإسلامي على خلاف الفقه اللاتيني، يقف عند الإرادة الظاهرة دون الإرادة الباطنة. فإذا اقتضى الأمر تفسير نية المتعاقدين في التعاقد، فالمرجع الأول لهذا التفسير هو العبارات والصيغ التي استعملها المتعاقدان في التعاقد. والأصل في هذه العبارات الحقيقة، ولا يوصل إلى المجاز إلا إذا تعذر إعمال الحقيقة، وكذلك إذا تعارضت الدلالة مع التصريح، اعتبر التصريح ولا عبرة بالدلالة. وإذا خفى الأمر حكم بالظاهر، فهو دليhle في الأمور الباطنة ويقوم مقامه⁽²⁾.

المطلب الثاني: تحديد نطاق العقد في الفقهين: الإسلامي والوطني 1 (تحديد نطاق العقد في الفقه الإسلامي):

تحديد نطاق العقد في الفقه الإسلامي -كما هو الأمر في الفقه الغربي حسبما يأتي- يسترشد له بالعرف والعادة، وبطبيعة الالتزام.

(أ) العرف والعادة:

ورد في المجلة العدلية كثير من القواعد الكلية تلزم الأخذ بالعرف والعادة في تحديد نطاق العقد، نذكر بعضها كنموذج فيما يلي:

- 1- العادة محكمة (م 36 مجلة)، وتعتبر العادة إذا اطردت أو غلبت، ولذا قالوا في البيع: لو باع بدراهم أو دنائير، وكانا في بلد اختلف فيه النقاد مع

⁽¹⁾ مصادر الحق (6/42).

⁽²⁾ مصادر الحق (6/35). ينظر معه أمثلة التفصيل في الهامش لنفس المرجع والصفحة.

وعيوب خفية، فكل هذه المسائل يبين القانون أحكامها في نصوص عقد البيع، وتكون هذه الأحكام جزءاً من العقد.

- العرف والشروط المألوفة:

يجري العرف مجرى القانون... ويتصل به الشروط المألوفة في التعامل، بل تكون الشروط أكثر تحديداً من العرف، مثل ذلك ما جرت به العادة في الفنادق والمطاعم والمقاهي من أن تضاف إلى حساب المنازل بها نسبة مئوية تمنح للخدم، فهذا شرط ينقذ حتى لو لم يذكر ذلك للمنازل، وحتى لو لم يره مكتوباً.

-العدالة:

وقد يسترشد القاضي بقواعد العدالة في استكمال شروط العقد لتحديد نطاقه، فالبايع يجب عليه أن يكف عن أي عمل من شأنه أن يجعل ثقل الحق المبيع مستحيلاً أو عسيراً، وهذا التزام تقتضيه العدالة وإن لم يذكر في العقد⁽¹⁾.

وفي هذا الصدد نص قانون الالتزامات والعقود المغربي في الفصل 231 بقوله: "كل تعهد يجب تنفيذه بحسن نية، وهو لا يلزم بما وقع التصريح به فحسب، بل أيضاً بكل ملحقات الالتزام التي يقرها القانون، أو العرف، أو الانصاف، وفقاً لتقتضيه طبيعة".

- مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي :

وبالمقابلة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي في مجال عوامل توضيح نطاق العقد، نجد أنهما متفقين في المضمون والأهداف، وإن اختلفا في الوسائل كنتيجة لحماية لصدور كل منهما في زمن غير زمن الآخر.

فمن العوامل التي ظهر اتفاقهما فيها ، طبيعة الالتزام، والعرف والعادة. ولم يختلفا فيما عداهما...

3- إذا سقط الأصل سقط الفرع (م 50 مجلة)، وإذا بطل الشيء بطل ما في ضمنه (م 52 مجلة)، جاء في الأشباه والنظائر لابن نجيم: "المتابع يسقط بسقوط المتبوع .. ويقرب من ذلك ما قيل، يسقط الفرع إذا سقط الأصل، ومن فروعه قولهم: إذا برأ الأصل برأ الكفيل، بخلاف العكس⁽¹⁾.

2 - تحديد نطاق العقد في القانون الوضعي:

يسترشد القاضي في تحديد نطاق العقد، والكشف عن النية المشتركة للمتعاقدين بالعوامل الآتية:

1- طبيعة الالتزام. 2- القانون في أحكامه التكميلية والمفسرة. 3- العرف والشروط المألوفة في التعامل. 4- العدالة.

- طبيعة الالتزام:

يستكمل القاضي مضمون العقد (نطاقه)، بما تقتضيه طبيعة الالتزام، ومن أمثله أن من باع عيناً يعتبر بائعاً بالإضافة إلى أصل العين ملحقاتها الضرورية، وكل ما أعد بصفة دائمة لاستعمالها طبقاً لما تقتضي به طبيعة الأشياء، ومن باع حقاً يعتبر أنه قد باع بالإضافة إليه ما يكفله ويؤيده، كرهن وكفالة ودعوى ضمان ومن باع سيارة يعتبر أنه قد باع معها جميع الأدوات الإضافية التي لا غنى عنها في تسيرها...

- القوانين التكميلية والمفسرة:

وهذه القوانين تعين القاضي على استكمال نطاق العقد، ذلك أن المتعاقدين يتركان في الغالب بعض تفاصيل التعاقد، لعدم توقعها، أو اعتماداً على أحكام القانون... فإذا أغفل المتبايعان تعيين ميعاد تسليم البائع ومكانه، أو ميعاد الوفاء بالثمن ومكانه، أو ما يلزم به البائع من ضمان... استحقاق

(1) مصادر الحق (6/4-6).

(1) نفس المرجع (ص 121)، مصادر الحق (6/48-49).

المبحث الثاني: الزام التعاقد بتنفيذ العقد في جميع ما اشتمل عليه:

العقد يتضمن قوة ملزمة لطرفيه تحتم عليهما احترامه والامعان لمفعوله سواء في ذلك الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، فلا يستطيع أحد العاقدين بعد إبرامه العقد أن يستقل بنقضه أو تعديله، مالم يسوغ له ذلك نفس الاتفاق أو الشرع أو القانون.

ويجوز لهما معا التراضي على تعديله أو نقضه، كما في شأن الإقالة، وهذه القوة الملزمة للعقد يتوجها في الفقه الإسلامي قوله تعالى: "بأيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود" (المائدة: 1)، وقوله صلى الله عليه وسلم: "المسلمون عند شروطهم فيما أحل"⁽¹⁾.

وفي القانون الوضعي، جاء في الفصل 230 من قانون الالتزامات والعقود المغربي: "الالتزامات التعاقدية المنشأة على وجه صحيح تقوم مقام القانون بالنسبة إلى منسئبيها، ولا يجوز إلغاؤها إلا برضاها معا، أو في الحالات المنصوص عليها في القانون".

وجاء في المادة 1/147 من القانون المدني المصري: "العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقرها القانون".

المطلب الأول: القوة الملزمة للعقد وأهم مستثناة منها:

وإذا كانت القاعدة هي تنفيذ العقد بجميع ما اشتمل عليه، سواء في الفقه الإسلامي أو القانون الوضعي، فإن هذه القاعدة يرد عليها استثناءات في أغلب القوانين الحديثة من بينها، نظرية الحوادث الطارئة...، وفي الفقه الإسلامي، فكرة العذر والحوادث.

(1) التيسير بشرح الجامع الصغير للمناوي (2/457).

والفقه الإسلامي لا يوافق القانون الوضعي، فيعطى الحق مثله للمتعاقد في العقود الملزمة للطرفين أن يطالب المحكمة بفسخ العقد إذا لم يوف المتعاقد الآخر بالتزامه، بل يلزم الطرف المتمتع عن الوفاء بالبقاء على العقد، ما لم يكن له عند رقاها.

بينما يوافق بعض الماهاب جزئيا، في جواز الرجوع في الهبة للأب والأم، كما قال به مالك وجمهور علماء المدينة⁽¹⁾.

فكرة العذر والجوايح في الفقه الإسلامي:

يتفق القانون الوضعي والفقه الإسلامي -وفق رؤية كل منهما- في نظرية الحوادث الطارئة في القانون الوضعي، وفي فكرة العذر والجوايح في الفقه الإسلامي، إذ فكرة نظرية الحوادث الطارئة الحديثة العهد في القانون الوضعي، لم تكن بعيدة عن فقهاء المسلمين، بل دخلت في مجال الفقه الإسلامي منذ عدة قرون، غير أنهم لم يصلوا إلى إنزالها منزلة نظرية عامة، مكتفين بأعمالها عند الحاجة في مسائل محدودة، وهي التي يعتد فيها تنفيذ العقد، فيفسخ أو يعدل ويقص من مضمونه، نظرا للضرر البالغ الذي يلحق بأحد الطرفين.

- ومن أمثلة العذر أن يتعاقد مريض مع طبيب لأجل عملية جراحية، ثم يتضح للمريض أنه في غنى عنها...، وكذلك استئجار طباخ لحفلة عرس...، ثم العدول عن هذا الحفل لوت العروس -مثلا-، فيفسخ العقد.

وقد توسع المذهب الحنفي كثيرا في الأعذار التي يفسخ بها عقد الإيجار، فعنده أن الإيجار قد يفسخ لعذر يقوم في جانب المستأجر، أو لعذر يقوم في جانب المؤجر، أو لعذر يقوم بالنسبة إلى العين المؤجرة، بينما ضيق الماهاب الثلاثة الأخرى مع تفاوت في التضييق.

- من أسباب عدم تنفيذ العقد في القانون الوضعي:

ومن الأسباب التي استثنىها القانون الوضعي، والتي يجوز معها لأحد طرفي العقد نقضه أو تعديله رغم ارادة الطرف الآخر، هذه الحالات الواردة في القانون المدني المصري:

"- يحق للمتعاقد في العقود الملزمة للجانبين، أن يطلب من القاضي الحكم بفسخ العقد، إذا لم يوف المتعاقد الآخر بالتزامه" (م 157).

- ومنها الرجوع في الهبة، حيث يجيزه القانون المدني المصري (المواد: 500-502)⁽¹⁾.

- ومنها حالة الظروف الطارئة، وهي حديثة العهد في القانون المعاصر لم يأخذ بها الرومان... وأول من بشر بها هم علماء الكنيسة⁽²⁾.

وأما قانون الالتزامات والعقود الغربي، فنجد حسب استعراض نصوصه لم يأخذ المشرح بنظرية الظروف الطارئة، حيث أن سلطة القاضي إزاء الاتفاقات والعقود محددة بالحكم الوارد في المادة 128 التي تقول: "لا يسوغ للقاضي أن يمنع أجلا أو أن ينظر إلى مسيرة ما لم يمنع هذا الحق بمقتضى الاتفاق أو القانون".

ولا يسوغ للقاضي استعمال سلطته إلا في أضيق نطاق على نحو ما قرره المادة 243/2 من ق. ل. ع. م بقولها: "يسوغ للقضاة مراعاة منهم، لمركز المدين ومع استعمال هذه السلطة في نطاق ضيق أن يمنحوه أجلا معتدلة للوفاء، وأن يوقعوا الإجراءات المطالبة مع إبقاء الأشياء على حالها". وواضح من النص أن القضاة لن يلجأوا لذلك إلا إذا كانت هناك "ظروف طارئة تدعو إليه..."⁽³⁾.

(1) نظرية العقد للدكتور عبد الفتاح... (ص 538-539).

(2) نظرية العقد الدكتور عبد الفتاح... (ص 540-541).

(3) نظرية الالتزام للدكتور البرعي (ص 223).

أولاً: أن يقع حادث استثنائي، والمقصود بالحادث الاستثنائي ذلك الذي يندر حصوله... حسب المألوف من شؤون الحياة، كالحروب والازال والحرائق وانتشار الأوبئة والسيول العنيفة وغارات الجراد والتهاجم المحصول بالود بشكل غير معهود، وفرض التسعيرة الجبرية ورفعها وما الى ذلك من التوازل والأحداث....

ثانياً: أن يكون الحادث عاماً، فلا يكفي أن يكون الحادث الاستثنائي الذي وقع خاصاً بالدين وحده.

ثالثاً: أن يكون الحادث غير متوقع الحصول عند إبرام العقد، من الرجل المعتاد.

رابعاً: أن يكون الحادث غير ممكن تفاديه أو دفعه من الرجل المعتاد.
خامساً: أن يقع الحادث بعد إبرام العقد وقبل تمام تنفيذه....

سادساً: أن يكون من شأن الحادث الذي وقع أن يجعل تنفيذ الالتزام بالغ الإرهاق للمدين، بحيث يهدده بخسارة فادحة غير معتادة⁽¹⁾.

مقارنة الفقهين في جزاء العقد وفق هذه الشروط:

وإذا أردنا الموازنة في الجزاء وفق هذه الشروط، بين "نظرية الظروف الطارئة" في القانون المعاصر، وبين فكرة فسخ العقد أو انقضاؤه للعذر وتقيص قيمة العقد أو إلغاؤها كلية لطروء الجائحة، في الفقه الإسلامي، نجد النظريتين غير متماثلتين تمام التماثل في الآثار، وخصوصاً على مستوى اتفاق المذاهب الأربعة، وإنما يتفقان جملة في بعض صور الجزاء دون الأخرى، بل نجد الفقه الإسلامي يميل الى السعة والرحمة بالطرف المتضرر أكثر من القانون المعاصر، وفي هذا المعنى جاءت هذه المقابلة بين الفقهين للدكتور عبد الرزاق السنهوري فقال: "يظهر مما قدمناه أن العذر هو أمر

فاما العذر في جانب المستأجر عند الحفنة، فنحو أن يفسس مستأجر

الحانوت فيقوم من السوق، ويكون هذا عذراً لفسخ الإجارة في الحانوت....
وأما قضاء العذر في جانب المورج فنحو أن يلحقه دين فادح لا يجد قضاءه إلا من ثمن العين المورجة، فله فسخ عقد الإيجار لاستخلاص العين المورجة، وبيعها في أداء الدين، حتى يحمي نفسه من الحبس فيه.... وأما العذر بالنسبة الى العين المورجة فنحو أن يوجب رجل عبده ستة، ثم يعقده بعد ستة أشهر، فله أن يفسخ الإجارة، وله أن يبقها والأجرة للسته الأشهر الباقية⁽¹⁾ تكون للعبد المعتق...
وأما الجوائح، فتكون في بيع الثمار على الأشجار والجوائح: جمع جائحة وهي الشدة التي تحتاج المال فتهاكه كله أو بعضه: كالطمر والعاصفة، والجفاف، والعفن، وما إلى ذلك من أسباب الاتلاف.

وفي الرضع من آثار وقوع الجوائح، يفسخ المالكية والحالبية - دون الشافعية والحنفية - المجال لنظرية انقاص الثمن كلاً أو بعضاً في بيع الثمار والبقول، إذا بيعت على الشجر والحقول، بعد ظهور صلاحها وملكته بجائحة... وسندهم في ذلك ما رواه مسلم عن جابر رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر بوضع فقال: "لو بعت من أخيك تمراً فأصابته جائحة، فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئاً ثم تأخذ مال أخيك بغير حق"⁽²⁾.

المطلب الثاني: شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة:

يشترط لتطبيق "نظرية الظروف الطارئة" في القانون الحديث حسبما ورد في القانون المدني المصري⁽³⁾، أن تتوافر الأسباب التالية:

(1) مصادر الحق (92-91/6)، البيان (297/4) وما بعدها.

(2) شرح النووي على مسلم بهامش القسطلاني (3/426- باب وضع الجوائح).

(3) نظرية العقد للدكتور عبد الفتاح (ص 546).

على القلع، ومن وقعت في يده أكلة فاستأجر رجلاً ليقطعها فسكن الودج، ثم برأت يده يجبر على القطع وهذا قبيح عقلاً وشرعاً⁽¹⁾ وهذا عذر خاص بالاستأجر.

والأمر كما أشرنا سابقاً، أن المقارنة بين الفقهاء لا تحقق كلية دائماً سيما على مستوى مجموع المذاهب الأربعة، وإنما تتفق جزئياً أو على مستوى بعض المذاهب دون أخرى، فيما يتفق فيه القانون الحديث مع المذهبين: المالكي والحنبلي، ما جاء في المادة 2/147 من القانون المدني المصري، في جزاء الحكم لنظرية الظروف الطارئة: "جاز للالتزام المرهق إلى الحد المعقول...".

وبالمقابل نجد فكرة وضع الجوائح في الفقه الإسلامي كأنها أصل لهذه النظرية، تتناسب معها في هذا الحكم في التقيص كلاً أو بعضاً من عبء قيمة العقد عن الدين المضروب بسبب الجائحة. وكذلك قول أبي يوسف الحنفي في العملة إذا تغيرت بعد البيع وقبل الوفاء بالارتفاع أو الانخفاض، بوجوب اعتبار القيمة يوم وقوع العقد في الأداء⁽²⁾.

البحث الثالث:

المسؤولية العقدية:

المسؤولية العقدية في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي: المسؤولية العقدية هي الجزاء الذي يترتب على عدم تنفيذ التعاقد أو الالتزام به. تقوم المسؤولية العقدية بافتراض أن هناك عقداً صحيحاً واجب التنفيذ،

(1) البدائع (4/197).

(2) بداية المجتهد (2/141-142)، المغني (4/216)، نظرية العقد الدكتور عبد الفتاح (ملحق ص 542 وما بعدها).

غير متوقع وقت الإيجار وفي هذا يتفق مع الحادث الطارئ في الفقه الغربي، ولكنه بخلاف الحادث الطارئ، أمر ممكن الدفع -في بعض صورته-، فمجرد طرؤ مصلحة لأحد العاقدين، كأن يبدو له أن يسافر لتحقيق غنم، كاف لفسخ الإيجار للعذر، ثم إن العذر في الفقه الإسلامي كالعذر في الفقه الغربي، لا يجعل تنفيذ العقد مستحيلاً دائماً -بل يجعله مرهقاً فحسب، وجزاء العذر هو فسخ الإيجار أو انفساخه من تلقاء نفسه في الفقه الإسلامي، أما الحادث الطارئ في الفقه الغربي فجزأؤه كما رأينا هو رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول...⁽¹⁾.

ويتفق القانون المعاصر مع المذهب الحنبلي في اشتراط الحدث العام حتى يكون عذراً مقبولاً، كما جاء في المغني: "القسم الخامس أن يحدث خوف عام يمنع من سكني ذلك المكان الذي فيه العين المستأجرة، أو تحصر البلد فيمتنع الخروج إلى الأرض المستأجرة للزرع ونحو ذلك، فهذا يشبث للمستأجر خيار الفسخ...".

فأما إن كان الخوف خاصاً بالاستأجر مثل أن يخاف وحده لقرب أعدائه من الموضع المستأجر، أو حلولهم في طريقه، لم يملك الفسخ لأنه عذر يختص به لا يمنع استيفاء المنفعة بالكلية...⁽²⁾.

وعلى عكس المذهب الحنبلي، لا يوافق القانون الحديث المذهب الحنفي الذي يجيز فسخ عقد الإيجار ولو للعذر الخاص، كما جاء في البدائع للكاساني، في معرض الرد على المذهب الشافعي الذي يمنع فسخ العقد بالعذر... "ثم إنكار الفسخ عند تحقيق العذر خروج عن العقل والشرع، لأنه يقتضي أن من اشتكى ضرره فاستأجر رجلاً ليقطعها، فسكن الودج يجبر

(1) مصادر الحق (6/95)، نظرية العقد الدكتور عبد الفتاح (ص 542 بالهامش).

(2) المغني (5/418).

ينيل من العناية ما ييذه الشخص العادي في المثال الثاني، فقد أخل بالتزامه العقدي.

والى بعض الحالات من الخطأ العقدي، أشار الفصل 259 من قانون الالتزامات والعقود المغربي فقال: "إذا كان المدين في حالة مطل كان للدائن الحق في إجباره على تنفيذ الالتزام، ما دام تنفيذه ممكنا. فإن لم يكن ممكنا جاز للدائن ان يطلب فسخ العقد، وله الحق في التعويض في الحالتين.

إذا أصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن إلا في جزء منه، جاز للدائن أن يطلب اما تنفيذ العقد بالنسبة الى الجزء الذي ما زال ممكنا، واما فسخه وذلك مع التعويض في الحالتين:

2- الضرر:

- الضرر المادي، والضرر الأدبي

- مدى التعويض عن الضرر

يعرض المدين الدائن * ما أصابه من ضرر مادي وضرر أدبي، ولكن لا يعرضه في المسؤولية العقدية الا عن الضرر المتوقع.

مثال الضرر المادي:

مصنع يتعاقد على استيراد خامات فيخل المورد بالتزامه، فيضطر المصنع إلى شراء هذه الخامات من جهة أخرى بشمن أغلى، فالفرق في الثمن خسارة تحملها المصنع يرجع بها عل المورد. وقد يترتب على تأخر تو ريد الخامات للمصنع أن تفوته صفقات كان يستطيع عقدها لو أن الخامات لم تتأخر، فالربح الذي كان يعود على المصنع من هذه الصفقات ربح فاته، فيرجع به على المورد.

ومثال الضرر الأدبي:

* يقصد الاصطلاح القانوني بالمدين المدعى عليه، وبالدائن المدعى (مصدر الحق 6/136).

ولم يقم المدين بتنفيذه تنفيذا عينيا، ولم يثبت أن التنفيذ قد أصبح مستحيلا بسبب أجنبي.

المطلب الأول: المسؤولية العقدية في القانون الوضعي:

وفي هذه الحالة التي لا يتفق فيها المدين للزام عقده، وكان التنفيذ غير مستحيل بسبب أجنبي، يحق للدائن ان يطالب المدين -زيادة على تنفيذ العقد- بالتعويض، فيكون على القاضي ان يبحث هل المدين مسؤول حقا عن عدم تنفيذه التزامه العقدي؟

واركان المسؤولية العقدية ثلاثة:

1- الخطأ العقدي. 2- الضرر 3- علاقة السببية بين الخطأ والضرر

1- الخطأ العقدي:

الخطأ العقدي هو عدم تنفيذ المدين لالتزامه الناشئ من العقد فانما لم يقم المدين في العقد بتنفيذ التزامه، كما هذا هو الخطأ العقدي. وهناك نوعان من الالتزام: الإلتزام بتحقيق غاية والإلتزام ببذل عناية.

- الإلتزام بتحقيق غاية معيئة في العقد هي محله، كاللتزام البائع بنقل حق عيني هو ملكية المبيع الى المشتري...

- وهناك اللتزام لا يقصد منه تحقيق غاية معيئة، بل هو اللتزام ببذل الجهد للوصول الى غرض، سواء تحقق هذا الغرض أو لم يتحقق المهم فيه أن يبذل المدين لتنفيذه مقدارا معينا من العناية، وهو المقدار المطلوب بذله من الشخص العادي، فالمتأجر -مثلا- يجب ان يبذل من العناية في استعمال العين المؤجرة وفي المحافظة عليها ما ييذه الشخص المعتاد.⁽¹⁾

فإن لم يقم المدين لللتزام في العقد بتحقيق غاية في المثال الأول، ولم

(1) مصادر الحق 6/111-113.

ولذلك بان يثبت أن الضرر يرجع الى قوة قاهرة أو حادث فجائي* أو يرجع الى خطأ الدائن، أو يرجع الى خطأ الغير⁽²⁾.

وقد جاء تأكيد هذه العلاقة السببية بين الخطأ والضرر في الفصل 264 من (ق، ل. ع. م) حيث قال: "الضرر هو ما لحق الدائن من خسارة حقيقة وما فاتته من كسب (متى كانا ناتجين مباشرة عن عدم الوفاء بالالتزام). وقال في الفصل 268: "لا محل لأي تعويض، إذا أثبت المدين أن عدم الوفاء بالالتزام أو التأخير فيه ناشئ عن سبب لا يمكن أن يعزى إليه، كالقوة القاهرة، أو الحادث الفجائي أو مطل الدائن".

المطلب الثاني: المسؤولية العقدية في الفقه الإسلامي:

نحاول أن نستخلص نظرية المسؤولية العقدية في الفقه الإسلامي على غرار ما فعلناه في الفقه الغربي، من الأحكام المقررة في الفقه الإسلامي بعد اجراء مقابلات بينه وبين الفقه الوضعي، ومن ثم نبث في الفقه الإسلامي مسائل ثلاثا هي أركان المسؤولية العقدية التي سبق بحثها في الفقه الغربي:

- 1- الخطأ العقدي، 2- الضرر، 3- علاقة السببية بين الخطأ والضرر

1 - الخطأ العقدي:

الالتزام بتحقيق غاية والالتزام ببذل عناية:

يمكن القول في الفقه الإسلامي، كما أمكن القول في الفقه الغربي، بأن المدين إذا لم يقوم بتنفيذ العقد، كان هذا هو الخطأ العقدي، ويستوي في ذلك أن يكون عدم قيام المدين بتنفيذ العقد ناشئا عن عمد أو إهماله أو عن فعله.

* رغم اختلاف التعبير بين القوة القاهرة والحادث الفجائي، فالمصحح أنهما شيء واحد، لأن كلا منهما يكمل الآخر، فالقوة القاهرة تبرز خصيصة استحالة الدفع، والحادث الفجائي يبرز خصيصة عدم إمكان التوقع.

(2) مصادر الحق (6/127-128)، نظرية الالتزام في القانون المغربي (ص 227).

إذا افترض الطبيب سراً للمريض لا تجوز أدانته، فيصيب المريض بضرر أدبي في سمعته. كذلك الناشر إذا نشر كتاباً لؤلاف فشهوه، فإن ذلك يسبب له ضرراً أدبياً محققاً.

ويوجب القانون التعويض عن الضرر الأدبي كالتعويض عن الضرر المادي⁽¹⁾. وفي هذا المعنى نص (ق. ل. ع. م) في الفصل 264 بقوله: "الضرر هو ما لحق الدائن من خسارة حقيقية وما فاتته من كسب متى كانا ناتجين مباشرة عن عدم الوفاء بالالتزام. وتقدير الظروف الخاصة بكل حالة موكولة لفطنة المحكمة، التي يجب عليها أن تقدر التعويضات بكيفية مختلفة حسب خطأ المدين أو تدليسه..."

3- علاقة السببية بين الخطأ والضرر:

لا يكفي أن يكون هناك خطأ وضرر بل يجب أيضاً أن يكون الخطأ هو السبب في الضرر فقد يكون هناك خطأ من المدين، كما يكون هناك ضرر أصاب الدائن، دون أن يكون خطأ المدين هو السبب في هذا الضرر. مثال ذلك أن يقود عامل النقل المركبة التي ينقل فيها بضائع الدائن بسرعة أكبر مما يجب، ولكن البضائع كانت قابلة للكسر لكون الدائن أساء صفها، فكان الخطأ الذي سبب له الضرر من تقصيره، ولكن الإثبات لعلاقة السببية بين الخطأ والضرر، لا يكلف بها الدائن، ما دامت هذه العلاقة قائمة بالفعل، بل يكف المدين بتفي هذه العلاقة عن نفسه. ففي المثال السابق لا يتخلص عامل النقل من المسؤولية إلا إذا أثبت أن صاحب البضاعة قد أهمل صفها، فعرضها للكسر ولو كانت السرعة معتادة.

والمدن لا يستطيع نفى علاقة السببية إلا بإثبات السبب الاجنبي

(1) مصادر الحق (6/127-128)، نظرية الالتزام في القانون المغربي الدكتور أحمد حسن البرعي (ص 225).

ومن تعرض الغير للعين المأجورة تعرضاً يحول بينه وبين التمكن من المنفعة⁽¹⁾.

وقد رُود في مادة 514 من المجلة، في شأن ضمان العيب، أن "العيب الموجب للخيار في الإجارة هو ما يكون سبباً لقوات المنافع المقصودة بالكلية أو إخلالها، كقوات المنفعة المقصودة من الدار بالكلية بإزهاها، ومن الرعي بانقطاع مائها".

وورد في مادة 541 من "مرشد الحيران" في شأن ضمان التعرض ما يأتي: "إذا عرض في مدة الإجارة ما يمنع من الانتفاع بالعين الموجهة بأن غصبت الدار المستأجرة منه ولم يتمكن بأي وسيلة كانت من رفع يد الغاصب سقطت الأجرة عن المستأجر، ولو عرض ذلك في بعض المدة سقطت الأجرة بقدره"، وورد في مادة 542 منه: "إذا قصر المستأجر في رفع يد الغاصب وكان ذلك ممكناً له، فلا تسقط عنه الأجرة، ولو أمكنه ذلك بانفاق مال لا يلزمه ذلك وتسقط عنه الأجرة".

-التزام الأجير والصانع القيام بعمل معين: يجب التمييز هنا بين فروض ثلاثة:

أولاً: إذا التزم الأجير المشترك، -كالنساج والخياط والنجار والبناء والصباغ والصانع والخباز والطباخ والكاثل والأسكاف والطحان- أن يقوم بعمل معين، فإن التزاه هذا يكون التزاماً بتحقيق غاية، ولا يتم تنفيذه إلا بإنجاز هذا العمل. ومهما تكن الأسباب التي حالت دون إنجاز، فإن عدم تمام العمل يعتبر خطأ عقدياً يستوجب المسؤولية والمسؤولية هنا تنحصر في عدم استحقاق الأجر، لأن التعويض في الفقه الإسلامي لا يكون إلا في هذه الحدود الضيقة.

-التزام المؤجر بنقل منفعة العين المؤجرة :

والتزام المؤجر بنقل منفعة العين المؤجرة إلى المستأجر، هو أيضاً التزام بتحقيق غاية، فلا يكفي أن يبذل المؤجر جهده في نقل هذه المنفعة إلى المستأجر، بل يجب نقلها فعلاً إليه، ولا كانت المنافع معدومة في الحال، لذلك قال الفقهاء: أن الإجارة تنعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنفعة، والذي يجب على المؤجر حتى يتم تنفيذ التزامه هو تمكين المستأجر من استيفاء المنفعة وإن لم تستوف حقيقة.

قلو أن المستأجر لم يتمكن من استيفاء المنفعة من المأجور أياً كانت الأسباب، ولو كانت لا ترجع إلى فعل المؤجر، أو كانت سبباً أجنبياً، فإن المؤجر لا يعتبر قد نفذ التزامه، لأن تحقيق الغاية فعلاً -أي تمكين المستأجر من الانتفاع- هو المعتد به في هذا الالتزام.

ومن تطبيقات ذلك ما جاء في المادتين: 477 و 478 من المجلة العليا: "تسليم المأجور شرط في لزوم الأجرة يعني تلزم اعتباراً من وقت التسليم، فعلى هذا ليس للأجير مطالبة أجرة مدة مضت قبل التسليم وإن انقضت مدة الإجارة قبل التسليم لا يستحق الأجر شيئاً من الأجرة"، "لوفات الانتفاع بالمأجور بالكلية سقطت الأجرة، مثلاً لو احتاج الحمام إلى التعمير وتعطل في أثناء تعميره تسقط حصة تلك المدة من الأجرة، وكذلك لو انقطع ماء الرعي وتعطلت، تسقط الأجرة اعتباراً من وقت انقطاع الماء، ولكن لو انتفع المستأجر بغير صورة الطحن من بيت الرعي يلزمه إعطاء ما أصاب حصة ذلك الانتفاع من بدل الأجرة".

-التزام المؤجر بضمان التعرض، وبضمان العيب:

لا يكفي أن ينقل المؤجر المنفعة للمستأجر، بل يجب عليه أيضاً أن يضمن له دواها، فيضمنها من عيب يفوت على المستأجر المنفعة المقصودة،

(1) مصادر الحق (6/143).

انحراف عن السلوك المألوف للرجل المعتاد، فمعياره موضوعي لا ذاتي..."

نقل الاستاذ الدكتور عبد الرزاق السنهوري عن "مجمع الضمانات" ⁽¹⁾ أمثلة متعددة للمدين المسؤول عن بدل العناية في العقد منها:

"الأجير على نوعين: أجير مشترك، وأجير خاص، فالأجير المشترك هو

الذي يستحق الأجرة بالعمل لا بتسليم النفس، كالقصار والصباغ، فله أن يعمل للعامة، ومن هذا يسمى مشتركاً، والمتاع أمانة في يده، إن هلك بغير عمله لم يضمن، ولا أجر له عند أبي حنيفة، وعندهما ⁽²⁾ إذا هلك بسبب لا يمكن الاحتراز عنه كالعدو المكابر والحريق الغالب لا يضمن... ⁽³⁾

-التزام المستأجر بالمحافظة عى العين المؤجرة: يلتزم المستأجر بحفظ

العين المؤجرة، وعليه أن يبذل في هذا الحفظ عناية الرجل المعتاد، فإن نزل عن هذا القدر من العناية كان متعدياً ووجب عليه الضمان، ويترتب على هذا الأصل الفروع الآتية:

1- يجب على المستأجر أن يستعمل العين المؤجرة الاستعمال المعتاد

المألوف بين الناس فإن خرج على الاستعمال المشروط أو على الإستعمال المألوف بين الناس كان متعدياً وضمن.

2- وإذا زاد المستأجر في استعمال العين المؤجرة على المشروط أو المألوف، وعطبت العين ضمن، أما أن سلمت فهو غاصب بقدر ما زاد، فإذا ضاعت العين ضمن كغاصب هذه الزيادة.

3- ويعتبر تعدياً ألا يستعمل المستأجر العين أصلاً ويمسكها، فيضمن ولا أجر عليه، جاء في "مجمع الضمانات" ⁽⁴⁾: "وإستأجر دابة ليذهب الى

(1) ص 27، مصادر الحق (6/149-150).

(2) أي عند صاحبي أبي حنيفة في مذهبه، أبي يوسف، ومحمد بن الحسن الشيباني.

(3) نفس المرجع (6/150)، وما بعدها.

(4) ص : 20، مصادر الحق (6/153-156).

ثانياً: وقد يكون العمل الذي التزم به الأجير المشترك عملاً لا يضمن نتيجته، وإنما يضمن فيه قدراً من العناية ببذلها في القيام به، وذلك كالتزام الطبيب والفساد والحجام والختان...، فعندئذ يكون الالتزام ببذل عناية، لا التزاماً بتحقيق غاية.

ثالثاً: في عقد الاستصناع، يلتزم الصانع بعمل في مادة يصنعها، والالتزام بالتزام بتحقيق غاية. فلو حال دون تنفيذ التزامه سبب ولو أجنبي، يعتبر أنه لم يقم بتنفيذ التزامه، ولا يرجع بالأجر عى المستصنع، والبيع في الاستصناع هو العين على الأصح لا عمل الصانع...، وإذا جاء المصنوع على الأوصاف المطلوبة وجب على المستصنع أخذه، وإلا كان مخيراً لقوات الوصف المرغوب فيه، ومن باب أولى يكون للمستصنع إذا لم يقدم الصانع أصلاً للشيء المطلوب، أيًا كان السبب الذي منعه من ذلك، أن يفسخ العقد ويرجع بما دفعه على الصانع. وهذا مما يؤكدان الالتزام بالصانع إنما هو التزام بتحقيق غاية ⁽¹⁾.

ب (أمثلة من الالتزام ببذل عناية في الفقه الإسلامي:

من الممكن أن نتصور وجود التزام ببذل عناية في الفقه الإسلامي على غرار الفقه الغربي، فيكون التزاماً ببذل الجهد للوصول الى غرض، تحقق هذا الغرض أو لم يتحقق، في هذا الالتزام ان يبذل المدين في تنفيذه قدراً معيناً من العناية، وهو القدر الذي يبذله الرجل المعتاد.

فان لم يبذل المدين هذا القدر من العناية ، اعتبر مقصراً، ويسمى هذا التفسير في الفقه الإسلامي بالتعدي، والمدين في عقد يكون مسؤولاً عن الخطأ العقدي إذا تعمد أو تعدى...

والظاهر أن التعدي في الفقه الإسلامي -كما هو في الفقه الغربي-

(1) مصادر الحق (6/147-149).

العين ضمن قيمتها أو مثلها للمعير.

ويلاحظ في العناية الواجبة على المستعير ما يأتي:

1- ليس للمستعير أن يوجر الشيء المعار، فإن أجره فخطئ، ضمن

ولا يرجع على المستأجر،

2- يعتبر تعدياً من المستعير موجباً للضمان، أن يستعمل العارية فوق الشروط أو المألوف.

3- إذا هلكت العارية في يد المستعير ثم استحققت، فللمستحق أن

يضمن المعير أو المستعير أيهما شاء، ولا يرجع أحدهما على الآخر، وفي الإجابة يرجع المستأجر على الموجر دون العكس⁽¹⁾.

- التزام المرتهن بالمحافظة على العين المرهونة:

الرهن لا يلزم ولا يدخل في ضمان المرتهن إلا بالقبض. فإذا قبض

المرتهن العين المرهونة، فقد ر الدين من المرهون مضمون على المرتهن والباقي أمانة في يده، ومعنى ذلك أن هناك التزامين في ذمة المرتهن، التزام بتحقيق

غاية هو رد قدر الدين من المرهون سالماً إلى الراهن، والتزام ببذل عناية هو حفظ باقي العين بالعناية المألوفة من الشخص المعتاد، فإذا هلكت العين في

يد المرتهن، فإن كان الهلاك بغير تعد منه، فقد قام بتنفيذ التزامه ببذل عناية الشخص المعتاد، وقد أخل في الوقت ذاته بتنفيذ التزامه برده قدر الدين من

المرهون، فإن هذا التزام بتحقيق غاية... ولا يتم تنفيذه إلا برده هذا القدر ولا يعتد بالسبب التي تحول دون ذلك، والضمان يكون بسقوط الدين أن كان

لم يدفع أو برده إذا كان قد دفع، وإن كان هلاك المرهون بتعد من المرتهن، فقد أخل بالتزامين معاً، وكان ضامناً للعين، فيدفع قيمتها أو مثلها، ويبقى

حقه في المطالبة بالدين.

(1) نفس المرجع (ص 159-161).

مكان كذا، فأمسكها في بيته، لا يجب الأجر، ويضمن لو هلكت".

4- ويعتبر كذلك تعدياً ألا يرد المستأجر العين المؤجرة بعد انتهاء الإجابة. جاء في (مجمع الضمانات):⁽¹⁾ "أمسك المستأجر بعد مضي المدة أو تركه في دار غيره، ضمن، إذا الرد يجب عليه بعد المدة فيغرم بالترك...

5- وإذا ضمن المستأجر لتعديته، فلا أجر عليه، إن الأجر والضمان لا يجتمعان، جاء في (مجمع الضمانات)⁽²⁾: "القروي استأجر حملاً ليجمل

عليه براً إلى المدينة، ففعل، فوضع عليه في الرجوع قفيز ملح بلا أن فمرض فمات، ضمن لغصبه، ولا أجر، إن لا يجتمعان"⁽³⁾.

- التزام المودع عنده بالمحافظة على العين المودعة:

يلتزم المودع عنده التزاماً أصلياً بحفظ العين المودعة، حتى يردّها للمودع، وهذا التزام ببذل عناية...، فيلتزم المودع عنده بأن يبذل في حفظ

الوديعة عناية الرجل المعتاد، فإذا انحرف عن السلوك المألوف في حفظها كان متعدياً وضمن، أما إذا بذل هذه العناية، فإنه يكون قد نفذ التزامه في حفظ

الوديعة، حتى لو هلكت فإنها تهلك أمانة في يده ويحمل المودع تبعه الهلاك⁽⁴⁾.

- التزام المستعير بالمحافظة على العين المعارة:

التزام المستعير بالمحافظة على العين المعارة، هو أيضاً التزام ببذل عناية، فيطلب من المستعير مقدار معين من العناية هو مقدار عناية الرجل

المعتاد حتى يكون قد قام بتنفيذ التزامه، فإن بذل هذه العناية وهلكت العين في يده، هلكت أمانة على المالك، وإذا قصر عن بذلها كان متعدياً، فإذا هلكت

(1) ص: 19.

(2) ص: 18.

(3) مصادر الحق (6/156-157).

(4) نفس المرجع.

يكون متعديا ولا يضمن اذا قام بمستلزمات هذا العقد، فالوكيل بالبيع اذا باع، ونهاه الموكل عن قبض الثمن الا بحضرة الشهود أو الا بحضور فلان، أو نهاه عن قبض الثمن، لا يصح نهيه، وله ان يقبض الثمن بغير شهود وبغير محضر فلان.

3- ما يقبضه الوكيل لحساب الموكل أمانة في يده، إن هلك بغير تعد فقد هلك على الموكل.

4- الوكيل يقبض الثمن أو الأجرة لو وكل من ليس في عياله يقبض ذلك جاز، إن حق القبض للوكيل فله تفويضه الى غيره.

5- الوكيل بالبيع والشراء لا يجوز ان يعقد مع أبيه وجده ومن لا تقبل شهادته له، إلا أن يبيعه بأكثر من القيمة، وقال الصحابان: يجوز بيعه منهم بمثل القيمة إلا من عبده ومكاتبه.⁽¹⁾

2- الضرر في الفقه الإسلامي:

فكرة الضرر في الفقه الإسلامي فكرة محدودة ضيقة:

يختلف الفقه الإسلامي عن الفقه الغربي اختلافاً بيناً في تحديد معنى الضرر، ففي الفقه الغربي يعرض عن كل ضرر مادي أو أدبي، وفي المادي يعرض عن كل ما تحمله الدائن من خسارة وما فاتته من ربح، ولو كان ذلك عن منفعة أو عن عمل أو عن أي أمر آخر.

وقد سبق في تحليل الضرر العقدي في الفقه الغربي، أنه لا يشترط الا ان يكون مباشراً، وإلا أن يكون في المسؤولية العقدية ضرراً متوقفاً على التفصيل الذي سبق.

وأما في الفقه الإسلامي، فإنه يشترط في الضمان أن يكون المضمون مالا متوقفاً في ذاته، وإن توجد المماثلة بينه وبين المال الذي يعطى بدلا عنه،

⁽¹⁾ مجمع الضمانات (ص 261)، مصادر الحق (6/166-167).

ويلاحظ في التزامي الرهن السالفي الذكر ما يأتي:

1- عند زفر الرهن مضمون بالقيمة، فلو أن القيمة يوم رهن ألف وخمسمائة والدين ألف، رجع الراهن على الرهن بخمسمائة.

2- للمرتهن ان يحفظ الرهن بنفسه وزوجته وولده الذي في عياله وخادمه الذي في عياله، فان حفظ بغير من في عياله أو أودع المرهون ضمن.

3- ليس للمرتهن ان ينتفع بالرهن، لا بالاستخدام ولا بالسكنى، إلا أن يأذن له المالك.

4- إذا أعار المرتهن الرهن للراهن ليخدمه أو ليعمل له عملاً، فقبضه لم يبل الرهن، ولكن يخرج من ضمان الرهن، فان هلك في يد الراهن، هلك بغير شيء.

5- جناية الراهن على الرهن مضمونة، وجناية المرتهن على الرهن تسقط من دينه بقدرها⁽¹⁾.

-التزام الوكيل بحسن ادارة أعمال الموكل:

يلتزم الوكيل فيما يلتزم به نحو موكله، أن يقوم بالعمل المنوط به وأن يئبل فيه عناية الرجل المعتاد، فإذا انحرف عن السلوك المألوف في تنفيذ الوكالة كان متعدياً وضمن.

ويلاحظ فيما يتعلق بهذا الالتزام ما يلي:

1- إذا وكل المالك وكيلاً في البيع ولم يذكر له أن يؤجل الثمن، فالمألوف في التعامل أن يكون الثمن معجلاً، فلو أجله الوكيل انحرف عن المألوف في التعامل، وكان للموكل ان يطالبه بالثمن في الحال.

2- الوكيل في عقد، وكيل في حقوق هذا العقد حتى لو نهاه الموكل، فلا

⁽¹⁾ نفسه (ص 162-165).

أما لو سلمت الدابة فيلزمه الأجر المسمى لأنه استوفى المنفعة وزيادة، ولا أجر عليه لزيادة المسافة لأنه في هذه الزيادة كان ضامناً للدابة⁽¹⁾. يخالفهم فيه بقية المذاهب الثلاثة،

قال ابن رشد الحفيد في بداية المجتهد: "فمن ذلك اختلاف في القضاء فيمن أكثرى دابة إلى موضع ما فتعدى بها إلى موضع زائد عن الموضع الذي انعقد عليه الكراء، فقال الشافعي وأحمد: عليه الكراء الذي التزمه إلى المسافة المشتركة، ومثل كراء المسافة التي تعدى فيها. وقال مالك: رب الدابة بالخيار في أن يأخذ كراء دابته في المسافة التي تعدى فيها أو يضمن له قيمة الدابة.

وقال أبو حنيفة: لا كراء عليه في المسافة المتعداة، ولا خلاف أنها إذا تلفت في المسافة المتعداة أنه ضامن لها، فعمدة الشافعي أنه تعدى على المنفعة فلزمه أجره المثل، أصله التعدى على سائر المنافع، وأما مالك فكأنه لا حبس الدابة عن أسواقها رأى أنه قد تعدى عليها نفسها فتشبهه بالفاسب، وفيه ضعف، وأما مذهب أبي حنيفة فبعيد جداً عما تقتضيه الأصول الشرعية، والأقرب إلى الأصول في هذه المسألة هو قول الشافعي⁽²⁾.

متى يعوّض عن الضرر في الفقه الإسلامي:

يعوّض عن الضرر في الفقه الإسلامي إذا كان المال المضمون متقوقماً في ذاته، وإن توجب المائلة بينه وبين المال الذي يعطى بدلاً عنه.

قلو تلفت العين المستأجرة أو المودعة أو المعارة بتعدي الأجير الخاص أو المشترك أو بتعدي المودع عنده أو بتعدي المستعير، أو تلفت العين المسلمة على سبيل شراء مع بيان ثمنها ولو بغير تعد، ضمن المدين قيمتها أو مثلاً

فلا تعويض عن المنافع ولا عن العمل، إلا في استثناءات محدودة سيأتي

ذكرها، ومن باب أولى لا تعويض عن أية خسارة تحملها الدائن أو عن أي ربح فاته، إذا لم يكن هناك مال متقوم في ذاته ضاع عن الدائن. فيأخذ من المدين مثله أو قيمته، فلو ضمن المدين داراً، دفع قيمتها، ولا يدفع ما خسره صاحب الدار من الانتفاع بها مدة من الزمن، ولا ما فاته من كسب لو باعها بقيمتها واشترى صفقة رابحة.

ويريد في التضييق من فكرة الضرر قاعدتان معروفتان في الفقه الإسلامي وهما:

1- الخراج بالضمان * 2- الأجر والضمان لا يجتمعان.

- الخراج بالضمان: نصت المادة 85 من المجلة، التي أصلها حديث على أن «الخراج بالضمان» ومعناه أن من يضمن شيئاً لو تلف به حق الانتفاع بغائه في مقابلة الضمان فمثلاً لو رد المشتري حيواناً بخيار الغيب، بعد أن استعمله مدة، لالتزمه أجرته أو غلته، لأنه لو كان قد تلف في يده قبل الرد لكان ضمانه من ماله أي أن خسارته كانت رابعة عليه.

- الأجر والضمان لا يجتمعان:

ونصت المادة 86 من المجلة، على أن "الأجر والضمان لا يجتمعان" والحقيقة أن العمل بمفهوم هذه المادة مفسور على الحقيقة القائلين بعدم اجتماع الأجر والضمان، فعندهم -مثلاً- إذا جاوز المستأجر الشروط بوجه يوجب الضمان، كما إذا استأجر شخص دابة إلى محل معين، فجاوز هذا المحل وهلكت الدابة فلزمه الضمان، لم يجتمع الأجر مع الضمان فلا أجر على المستأجر.

(1) مصادر الحق (6/168-169).

(2) بداية المجتهد (2/174).

* أصل هذه القاعدة بحديث صحيح، خرجه الإمام أحمد، وأصحاب السنن الأربعة عن سبطينا عائشة

رضي الله عنها: = (التيسير بشرح الجامع الصغير المجلد 1 ص: 335).

كان الاستيلاء -مثلا- على دار كراء، يلزم أجر المثل⁽¹⁾.

- اتجاه ملحوظ في الفقه الإسلامي نحو التعويض عن المنفعة:
وتلخيصا لما سبق تظهر لنا محاولات ملحوظة في الفقه الإسلامي

تتجه الى ضمان المنافع.

الشافعي يجعلها مضمونة في الغصب...، والحنفية يجعلون الأجرة والربح للغاصب، ولكن ذلك لا يطيب له، ويجب عليه ان يتصدق به، ولو دفعت الغلة الى المالك حل له تناولها، وهذا يقرب من فكرة الالتزام الطبيعي في الفقه الغربي، فيكون في ذمة الغاصب للمغصوب منه التزام طبيعي أن يرد له غلة المغصوب...

هذا، الى أن المذهب الحنفي يجعل المنافع مضمونة في حالات ثلاث كما سبق، وقد أقر الحالة الثالثة منها لأسباب فنية (إذا كان المال معدا للاستغلال)، ومن ثم فهي الحالة التي نقف عندها، وخلاصة القول فيها أن الأصل في المذهب الحنفي، أن المستولي على مال غيره لا يضمن منفعة، لأن المنفعة لا تنقسم إلا بالعقد، فهي ليست مالا متقوما في ذاته، ولكن الفقه الحنفي، ابتغاء توسيع هذه القاعدة الضيقة، افترض عقد إيجار ضمني، إذا وضع المسؤول يده على مال الغير المعد للاستغلال وهو يعلم، ذلك ولم يضع يده كمالك أو بتأويل عقد آخر...

فعقد الإيجار هذا -...- صناعة فقهية أريد بها التوسيع من قاعدة ضيقة جامدة، فمن هنا يجب أن يستمر التطور بحيث يفترض الإيجار في كل الظروف، ثم يترك هذا الفرض بتاتا ويقال مباشرة بتقوم المنافع: وهذا ما فعله التقنين المدني العراقي، فقد وصل في مراحل هذا التطور الى المرحلة الأخيرة، حيث سار في مراحل التطور الى غايتها، وأصبح يضاهي الفقه

أو نقصان القيمة بحسب الأحوال.

فإذا لم يكن المضمون مالا متقوما في ذاته، فإن الفقه الإسلامي لا يعرض عن الضرر

وأهم تطبيق لهذا البداء، هو عدم ضمان المنافع* في الفقه الإسلامي لدى الحنفية لأنها أموال غير متقومة في ذاتها، وذلك على التفصيل الآتي:

الأصل أن المنفعة -كسكنى الدار وركوب الحيوان وعمل الأجير- من قبيل الأغراض، فهي ليست مالا متقوما حتى يجب فيه الضمان، ولا تقوم

المنافع إلا بعقد كعقد الإيجار فعند ذلك تستحق الأجرة عن المنفعة، لا بحكم الضمان، بل بحكم العقد الذي قومه.

استثناءات ثلاثة يعرض فيها عن المنافع في الفقه الحنفي:

استثنى الفقه الحنفي من عدم التعويض عن المنافع أشياء ثلاثة⁽²⁾:

أولا: إذا استخدم شخص صغيرا بدون إذن وليه، كان للصغير متى بلغ أن يأخذ أجر مثل خدمته عن تلك المدة، ولو توفي الصغير فلو رثته أن يأخذوا أجر مثل مدة من مستخدم الصغير⁽³⁾.

ثانيا: إذا كان المال مال وقف أو مال صغير، فحينئذ يلزم من يستولي عليه ضمان المنفعة: أي أجرة المثل⁽⁴⁾.

ثالثا: إذا كان المال معدا للاستغلال، فيلزم من يستولي عليه ضمان المنفعة: أي أجر المثل إذا لم يكن الاستيلاء عليه بتأويل ملك أو عقد...، فإذا

* والملاحظ أن هذا النمط خاص بالمذهب الحنفي، أما بقية المذاهب الثلاثة الأخرى، فتذهب الى تضمين المنافع كما سبق قريبا في نص ابن رشد في اجير الدابة الذي جاز بها المسافة المشروطة فكانت المنافع مضمونة لديها في الفقه الإسلامي، كما هي مضمونة في الفقه الغربي.

(2) مصادر الحق (6/170-173).

(3) المادة 599 من المجلة العدلية.

(4) المادة 596 من المجلة العدلية.

وقد عالج الفقهاء المدني العراقي يد الأمانة ويد الضمان تفلًا عن الفقه الحنفي في النصوص التي تتضمنها المواد: (426 و 427 و 428) ⁽¹⁾.

السبب الأجنبي ينفى الضمان في يد الأمانة، لا في يد الضمان:

السبب الأجنبي لا ينفى الضمان في الفقه الإسلامي إلا إذا كانت يد المدين يد أمانة، فالاستعير والمستأجر والودع عنده، والوكيل والشريك، وغيرهم ممن يده يد أمانة، تنتفي المسؤولية عنهم ولا يضمنون إذا هلك الشيء بسبب أجنبي، بل يكفي في كثير من الأحوال لانتفاء المسؤولية أن يكون الهلاك بغير فعل المدين، وهي مرتبة أدنى من السبب الأجنبي، وعبء الإثبات يقع على الدائن...

وأما إذا كانت يد المدين يد ضمان، كيد البائع قبل تسليم المبيع، وكما في ضمان الاستحقاق أو العيب، وفي تسليم العين الموجرة، فإن الالتزام يصبح للزاما بتحقيق غاية، فلا ينتفي الضمان حتى بالسبب الأجنبي. ذلك أن الفقه الإسلامي يكتفي في هذه الأحوال بفسخ العقد... ولا يوجب فوق الفسخ تعويضا آخر، فلم يمنع السبب الأجنبي من الفسخ.

أما في الفقه الغربي فهناك تعويض فوق الفسخ، وهذا التعويض وحده هو الذي يتمتع بالسبب الأجنبي، ويبقى الفسخ لا يمنعه السبب الأجنبي.

ومن ثم لا يوجد فرق عملي في هذه المسألة بين الفقهاء الإسلامي والغربي، ولكن يلاحظ في الفقه الإسلامي أنه إذا كان السبب الأجنبي هو خطأ المضرور فإنه يمنع الفسخ... كما إذا أُلّف المشتري المبيع قبل قبضه فإنه يتحمل ضمانه ⁽²⁾.

هذا التعدي فعل الأجنبي. وإذا هلك الوديعة بفعل عدو مكابر، كان هذا فعل الأجنبي، ولم يضمن الودع عنده ⁽¹⁾.

ب- أثر السبب الأجنبي في الضمان:

- التمييز بين يد الأمانة ويد الضمان في الفقه الإسلامي:

لنتبين أثر السبب الأجنبي في الضمان، يجب التمييز بين يد الأمانة ويد الضمان في الفقه الإسلامي، ويمكن تأصيل هذا التمييز الهام بمراجعة الآتية:

أولا: الأصل أن المالك إذا جمع إلى المالك الحيابة، تحمل تبعه الهلاك،

وهذا أساس بديهي.

ثانيا: فإذا انفصلت الحيابة عن المالك، وكانت في يد غير يد المالك، فسواء انتقلت بعقد كالإيجار والعارية والوديعة، أو باذن كما في سوم الشراء، أو بغير إذن كما في الغصب فإن الحائز يحمل تبعه الهلاك إذا كانت يده يد ضمان، ويكون التزامه برّد الشيء إلى ماله التزاما بتحقيق غاية. ويحمل المالك تبعه هلاك الشيء إذا كانت يد الحائز يد أمانة، ويكون التزام الحائز برّد الشيء إلى ماله التزاما ببذل عناية.

ثالثا: وتعتبر يد الحائز يد ضمان إذا كان يحوز الشيء لمصلحة نفسه، كالغاصب، والقابض على سوم الشراء مع تعيين الثمن. ويد أمانة إذا حاز الشيء لمصلحة المالك، كالمستأجر والودع عنده، والمستعير. أما المرتهن فيده يد ضمان بمقدار الدين، ويد أمانة فيما جاوز الدين.

رابعا: إلا أنه إذا كان شخص قد كسب الملكية بعقد كما في البيع، فإذا هلك المبيع قبل التسليم فقد انفسخ البيع، واعتبر البائع هو المالك والحائز في وقت واحد وذلك منذ البداية، فتحمل تبعه الهلاك.

⁽¹⁾ مصادر الحق (6/181-182).

⁽²⁾ نفس المرجع (6/182-183).

⁽¹⁾ مصادر الحق (6/180).

الفصل الثاني:

آثار العقد بالنسبة الى الأشخاص في الفقهين: الإسلامي والوطني

تمهيد: من ينصرف إليه أثر العقد؟

ينصرف أثر العقد الى طرفيه العاقدين بالذات، وهما اللذان أرادا ان ينصرف اليهما. والعقد رابطة شرعية بين عاقلين أو أكثر جاء نتيجة التراضي بينهم، فكان طبيعيا ان يكون ملزما لهم دون غيرهم، وان يكون أثره منحصر فيهم بمنافعه والتزاماته - والمراد بطرفي العقد المتعاقدون الحقيقيون بأنفسهم، - لا من يتوب عنهم بالولاية والوكالة، إذ من الواضح أن العقد الذي يجريه الأب بولايته على ابنه الصغير، أو الذي يجريه الوكيل بوكالته عن موكله، يكون حكمه متفذاً على الصغير والموكل، دون الأب والوكيل -

ومفهوم كلمة "المتعاقدين" هنا يجب التوسع فيها، لأن المقصود منها العاقد نفسه، ومن ألحق به من الورثة والموصى لهم والغرماء المصطلح عليهم في الفقه الحديث بالخلف العام، وكذلك من انتقل اليه أثر العقد بنوع من أنواع التملك الخاص: كالبيع والحوالة والرهن، ويسمى بالخلف الخاص. وقد ينصرف أثر العقد الى الغير الصرف، دون ان يكون طرفاً فيه... عن طريق ان يكسبه العقد حقاً، دون ان يرتب في ذمته التزاماً، وهو ما يعرف بالإشتراط لمصلحة الغير في الفقه الغربي، ونخلص من مضمّن هذا التقدير، أن أثر العقد بالنسبة للأشخاص ينصرف الى ثلاث طوائف وهم: (1)

(1) مصادر الحق (5/9-10)، النظرية العامة للعقود الدكتور محمّد ص (ص 482).

عائديه، سواء في الفقه الإسلامي أو القانون الوضعي، جاء في الفصل 228 من قانون الالتزامات والعقود المغربي: "الالتزامات لا تلزم إلا من كان طرفاً في العقد، فهي لا تضر الغير ولا تنفعهم إلا في الحالات المذكورة في القانون.."

ولكنه لا يقف عندهما دائماً، بل قد يتعداهما إلى من يحلون محلها في الحقوق والالتزامات: كالورثة والموصى لهم، المصطلح عليهم في الفقه الحديث بالخلف العام، فالورثة يتأثرون بعقود موثقتهم، فتتقل إليهم الحقوق التي يمكن توريثها، وتجب عليهم التزامات المورث المالية ضمن حدود الشركة في الفقه الإسلامي، بل حتى في بعض القوانين الغربية كما سيأتي قريباً⁽¹⁾. نص قانون الالتزامات والعقود المغربي في الفصل 229 على أن "الالتزامات تنتج أثرها لا بين المتعاقدين وحسب، ولكن أيضاً بين ورثتهما وخلفائهما ما لم يكن العكس مصرحاً به أو ناتجاً عن طبيعة الالتزام أو عن القانون، ومع ذلك فالورثة لا يلتزمون إلا في حدود أموال الشركة ونسبة مناب كل واحد منهم. وإذا رفض الورثة الشركة، لم يجبروا على قبولها ولا على تحمل ديونها. وفي هذه الحالة ليس للدائنين إلا أن يباشروا ضد الشركة حقوقهم"

الشركة ومتعلقاتها في الفقه الإسلامي:

لأجل أن نتوصل إلى ما يتفق فيه الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، وما يختلفان فيه من جزئيات ترجع إلى مصادر الأخذ لكل منهما، وذلك في مجمل الحقوق والواجبات المنتقلة من المورث إلى الورثة والموصى لهم بصفة مباشرة، وإلى الدائنين بصفة غير مباشرة، نوجز عرض ما يتعلق بالشركة من الحقوق في الفقه الإسلامي بعد تعريفها.

(1) مصادر الحق (5/9-10)، النظرية العامة للمعاقبات والعقود... محمدي (ص 483).

1- الخلف العام (الورثة والموصى له) والخلف الخاص.

2- الدائنين

3- الغير

وفيما يلي، نتحدث عن هذه المواضيع الثلاثة بما يتيسر من المقارنة بين الفقهاء: الإسلامي والوطني، تباعاً في ثلاثة مباحث:

المبحث الأول:

الخلف العام والخلف الخاص

الفرق بين الخلف العام والخلف الخاص:

- الخلف العام: هو من يخلف الشخص في ذمته المالية من حقوق والتزامات، أو في جزء منها، باعتبارها مجموعاً من المال، كالوارث لكل الشركة أو جزء منها، والموصى له بجزء من مجموع الشركة كالثالث أو الربع.

- والخلف الخاص هو من يخلف غيره في عين معينة بالذات لأسباب كثيرة، أو أرض أو سيارة، وهو يخلف غيره في عين معينة بالذات لأسباب كثيرة، منها: أن تنتقل العين إليه بالعقد، فمن باع أو وهب عيناً لشخص، فقد جعل من المشتري أو الموهوب له خلفاً خاصاً في العين البيعية أو الموهوبة. ومنها أن تنتقل العين المعنية من السلف إلى الخلف بالوصية في الشركة، فمن أوصى لشخص بدار أو أرض أو سيارة أو أي عين أخرى، فقد جعل منه خلفاً خاصاً في هذه العين.

انصراف أثر العقد إلى الخلف العام:

(1) الورثة:

من المعروف أن العقد ينتج آثاره في الدرجة الأولى، في مواجهة

أداء الديون، ويلزمه إيفائها من ماله الخاص إن لم تف التركة بذلك.

ولكن بعض هذه القوانين، كالقانون الفرنسي مثلاً، أجازت للوارث أن يتخلص من هذه المسؤولية الثقيلة، برفضه التركة المستعركة، أو بقبوله بها بعد تحريرها في لائحة تنظم بحلال ثلاثة أشهر من الوفاة (انظر المواد: 724 و774 و793 و795 و802 من القانون المدني الفرنسي⁽¹⁾).

ويقصر الفقه الإسلامي انتقال الديون على تركة الميت، ولا يبلغ بها إلى ذمة الوارث، فيكون هذا بريئاً منها إذا زادت على التركة، لأن الوارث يعد وارثاً للتركة لا لشخص الميت، وقد ورد في السنة عن أبي هريرة رضي الله عنه، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يقول إذا توفي المؤمن في عهده وعليه الدين فيسأل: "هل ترك لدينه من قضاء؟" فان قالوا: نعم، صلى عليه، وإن قالوا: لا، قال: "صلوا على صاحبكم".

فلما فتح الله على رسوله الفتوح قال عليه الصلاة والسلام: "أنا أولى بالؤمنين من أنفسهم فمن توفي وعليه دين فعلي قضاءه ومن ترك مالا فهو لورثته"⁽²⁾.

وجاء في فروق القرافي، في إيضاح ما ينتقل من المورث إلى الوارث من الأحكام قوله: "... الضابط لما ينتقل إليه، ما كان متعلقاً بالمال أو يدفع ضرراً عن الوارث في عرضه بتخفيف آله، كحد القذف وقصاص الأطراف والجراح والمنافع في الأعضاء... وما كان متعلقاً بنفس المورث وعقده وشهواته لا ينتقل للوارث، والسر في الفرق أن الورثة يرثون المال، فيرثون ما يتعلق به تبعاً له، ولا يرثون عقله ولا شهرته ولا نفسه..."⁽³⁾

وقد حاول ق.ل.ع.م الموافقة في اخذنه بين الفقه الإسلامي والقانون

التركة هي مجموع ما يتركه المراء بعد وفاته من مال أو حقوق مالية،

ويتعلق بالتركة في الشرع الاسلامي حقوق أربعة مقدم بعضها على بعض وفق الترتيب التالي:

أولاً: يبدأ تجهيز الميت من تكفينه وما يحتاج اليه من وقت الوفاة الى وقت الدفن، بدون تبذير ولا تقتير.

ثانياً: تقضى ديون الميت من جميع ما بقي من المال بعد مصروفات التجهيز.

ثالثاً: تنفذ الرصايا من ثلث المال الباقي بعد الدين شرط ان تكون لغير الوارث - بالنسبة للمسلمين - لقوله صلى الله عليه وسلم: " لا وصية لوارث "*.

رابعاً: يقسم ما بقي من التركة بعد التجهيز والدين والوصية بين ورثة الميت وفق أنصبتهم المستحقة شرعاً.⁽²⁾

هل تنتقل ديون المورث الى الوارث ؟

يتفق الفقه الاسلامي والفقه الغربي على انتقال ما يتعلق بالحقوق المالية وما يؤول اليها من المورث الى الوارث، ولكنها يختلفان في الديون المترتبة على المورث: أي في كيفية انتقالها، فيجعلها الفقه الغربي متقلة الى ذمة الوارث كالحقوق فيلزمه بأدائها، كما ورد في بعض الشرائع القديمة كالشريعة الرومانية والشريعة العبرية وفي بعض اللاتينية الحديثة، كالقانون المدني الفرنسي.

ففي هذه الشرائع يعتبر الوارث مكمل لشخص الميت، فيقوم مقامه في

* رواء الدارقطني علي بن عمر البغدادي الشافعي في سننه (التفسير بشرح الجامع الصغير للمناوي 303/2).

⁽²⁾ القوانين الفقهية لابن خزي (ص329)، المنفي (4/493)، النظرية العامة للموجبات والعقود (ص589).

⁽¹⁾ النظرية العامة للموجبات والعقود (ص591).

⁽²⁾ سنن ابن ماجه باب من ترك ديناً أو ضياعاً فعلى الله وعلى رسوله رقم 2415.

⁽³⁾ الفروق (3/275)، الفرق 197.

والى ما قرّنه الشريعة الإسلامية من نقل ديون المورث الى التركة وإبقائها فيها، دون ان تصل الى ذمة المورث، ذهب القانونان الانكليزي والألماني، ففيهما يعين القاضي قيما على التركة، تكون وظيفة تحرير التركة من الديون، ثم توزيع المال الباقي على الورثة كل بحسب نصيبه (المادة 1975 من القانون المدني الألماني)⁽¹⁾.

- استثناءات الحقوق التي لا تنتقل الى المورث:

إذا كان الأصل في الفقه الإسلامي - كما في الفقه الغربي - أن حقوق التركة تنتقل إلى المورث، فهناك استثناءات ترد على هذا الأصل ترجع - كما في الفقه الغربي أيضا - إلى طبيعة الحق.

فما كان من الحقوق ليس حقا ماليا، أو كان حقا ماليا ولكنه متصل بشخص المورث أو بمشيعته دون ماله، كل هذا لا ينتقل الى المورث، لأن طبيعة الحق تستعصي على هذا الانتقال.

- الحقوق غير المالية:

لا تنتقل حقوق المورث غير المالية الى المورث.. فحق الضمانة وحق الولاية على النفس، وحق الولاية على المال، كل هذه ليست بحقوق مالية، فلا تنتقل الى المورث.

وكذلك الحقوق غير المالية المتصلة بشخص المورث، لا تنتقل الى المورث، فدين النفقة سواء كان الدائن زوجة أو قريبا لا ينتقل الى المورث بعد موت الدائن.. وحق الانتفاع لا يثبت لشخص الا مدة معينة لا تتجاوز مدة حياته، فلا ينتقل الى وارث المنتفع بعد الموت، وحق الأجل في الدين حق متصل بشخص المدين في الفقه الإسلامي لاعتبارات شخصية لا تورث، بخلاف الفقه الغربي، فان الأجل في الدين متصل بالدين ذاته لا بشخص

(1) النظرية العامة للموجبات والعقود (ص 591).

الفرنسي، فجاء في الفقرة الثانية من الفصل 229 ما نصه: " ومع ذلك فالورثة لا يلتزمون الا في حدود أموال التركة، بنسبة مناب كل واحد منهم، وإذا رفض الورثة التركة، لم يجبروا على قبولها ولا على تحمل ديونها، وفي هذه الحالة ليس للدائنين الا ان يباشروا ضد التركة حقوقهم"⁽¹⁾.

وخلاصة لما سبق، فان للمورث في اكثر القوانين الأجنبية الأولية، أن يقبل الارث أو يرفضه، فان قبله التزم بجميع ديون المورث ولو زادت عن التركة، كما انه يستحق جميع حقوقه وأمواله، وهذا معنى كونه يخلفه في ذمته العامة.

وأما في شريعة الإسلام، فليس للمورث رفض الارث، بل الارث جبري، ولا يلتزم بديون المورث، وإنما تستوفي من التركة قبل الارث، فإذا لم يكن للمتوفي تركة، أو كانت تركته أقل مما عليه من ديون، لا يكون المورث مسؤولا بأمواله فيما إذا زاد الدين عن التركة، لأن الارث شرع سببا للملك لا للتعريم...

ووفق هذا، كان الارث سببا طبيعيا للملك ثابتا بحكم الشريعة، دون حاجة الى سابق اتفاق أو وصية، ولا يتوقف على قبول المورث بعد وفاة المورث، ولا يرد برده ورفضه كما ترد الوصية برد الموصى له، لأنه معدود من نظم الشريعة.

وهذا معنى قولهم: ان الارث جبري، فلا يسقط بإسقاط المورث، كما لا يؤثر فيه قصد المورث الى الحرمان. فلو أعلن انسان وسجل حرمان أحد ورثته، أو تفضيل بعضهم على بعض في النصيب الارثي لم يكن لحرمانه أو تفضيله من أثره...⁽²⁾

(1) نظرية الالتزام في القانون المغربي للدكتور البرعي (ص 188 بالهامش)
(2) المدخل الفقهي العام (434/1)، مصادر الحق (77/5).

وسلم انه قال: من مات عن حق فلو رثته*، وهذا اللفظ ليس على عمومه بل من الحقوق ما ينتقل الى الوارث ومنها ما لا ينتقل فمن حق الانسان أن يلاعن عند سبب اللعان وان يغىء بعد الإيلاء وان يعود بعد الظهار وان يختار من نسوة إذا اسلم عليهن وهن اكثر من أربع وان يختار احدى الأختين إذا اسلم عليهما... فجميع هذه الحقوق لا ينتقل للوارث منها شيء وان كانت ثابتة للمورث، بل الضابط لا ينتقل اليه ما كان متعلقا بالمال أو يدفع ضررا عن الوارث، في عرضه بتخفيف أله وما كان متعلقا بنفس المورث وعقله وشهواته لا ينتقل للوارث، والسر في الفرق أن الورثة يرثون المال فيرثون ما يتعلق به تبعاً له. ولا يرثون عقله ولا شهوته ولا نفسه فلا يرثون ما يتعلق بذلك.. وانتقل للوارث خيار الشرط في البيعات وقاله الشافعي رحمه الله تعالى. وقال ابو حنيفة واحمد بن حنبل: لا ينتقل إليه، وينقل للوارث خيار الشفعة عندنا وخيار التعيين وخيار الرصية إذا مات الموصى له بعد موت الموصى..⁽²⁾

ويخلص مما سبق، ان الأصل في الفقه الاسلامي - وكذا الفقه الغربي - أن ينتقل الحق من المورث الى الوارث، الا اذا استعصت طبيعة الحق على هذا الانتقال⁽³⁾.

ب) الموصى له:

- حكم الموصى له بجزء من مجموع التركة هو حكم الوارث:
ويعتبر خلفاً عاماً كالوارث الموصى له بجزء من مجموع التركة... أما

* الحديث ذكره المؤلف هنا بمعناه، ولفظه ثابت عند ابن ماجه وهو: أنا أولى بالمؤمنين من أنفسهم،

فمن توفي وعليه دين فعلي قضاؤه ومن ترك مالا فهو لورثته.. - السنن رقم 2415.

(2) الفروق (275-279) الفرق 197، يقابل بالقواعد لابن رجب الحنبلي (ص 315 القاعدة : 144).

(3) مصادر الحق (75/5).

المدين، بل هو وصف في الدين، فاذا مات الدائن أو المدين لم يحل الدين اذا كان الأجل لم يتقضى، ولم يخل الفقه الاسلامي من اقوال تنهيب الى ما نهى اليه الفقه الغربي من عدم حلول الدين المؤجل بموت المدين، فمالك يشترط لسقوط الأجل بالمرت شرطين:

أحدهما ألا يكون الدائن قد تسبب في موت المدين، فان استعجل موته قبل أوانه عوقب بحرمانه من سقوط الأجل فيبقى الدين مؤجلاً على ما كان. الثاني: ألا يكون المدين قد اتفق مع الدائن على عدم سقوط الأجل بموت المدين⁽¹⁾.

وفي المذهب الحنبلي روايتان كما جاء في المفتي: "فاما ان مات وعليه ديون مؤجلة فهل تحل بالمرت فيه روايتان: احدهما: لا تحل اذا وثق الورثة، وهو قول ابن سيرين وعبيد الله بن الحسن وإسحاق وأبي عبيد، وقال طاوس وأبو بكر بن محمد والزهرري وسعيد بن ابراهيم: الدين الى أجله، وحكي ذلك عن الحسن، والرواية الثانية انه يحل بالمرت وبه قال الشافعي والنخعي وسوار ومالك والثوري والشافعي واصحاب الرأي..."⁽²⁾

- الحقوق المالية المتصلة بمشيئة المورث:

وهناك حقوق مالية تتصل بمشيئة المورث، لا بماله وهذه أيضاً لا تنتقل إلى الورثة لأن المشيئة لا تورث تذكر من ذلك الخيارات وحق الأخذ بالشفعة عند الحنفية، أما عند المالكية والشافعية، فان حق الشفعة وكثير من الخيارات يورث⁽³⁾.

جاء في كتاب الفروق للقرافي: "يروى عن رسول الله صلى الله عليه

(1) مصادر الحق (62-65/5)، قابل بالفروق للقرافي (275/3).

(2) المفتي (485-487).

(3) البيائع (22/5)، بداية المجتهد (198/2)، مصادر الحق (66/5).

عينا على هذا الشيء، يكون خلفا خاصا له:

كالوصى له بعين معينة، والمشتري.. والمحال له.. والمرتهن.

متى ينصرف أثر العقد الى الخلف الخاص؟

ينصرف أثر العقد من السلف الى الخلف الخاص نتيجة لأمرين:

1- أن يكون السلف قد أبرم عقدا في شأن العين التي انتقلت الى الخلف.

2- أن يكون العقد الذي أبرمه السلف سابقا في التاريخ الثابت على العقد الذي نقل الشيء الى الخلف الخاص.

3- أن يكون الخلف الخاص عالما بحقوق والتزامات العقد السابق. وفي هذا المعنى نصت المادة 146 من التقنين المدني المصري على أنه: "إذا أنشأ العقد التزامات وحقوقا شخصية تتصل بشيء ينتقل بعد ذلك الى خلف خاص، فإن هذه الالتزامات والحقوق تنتقل إلى هذا الخلف في الوقت الذي ينتقل فيه الشيء إذا كانت من مستلزماته، وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشيء اليه"⁽¹⁾.

أما القانون المغربي للعقود والالتزامات، فلم يتعرض لهذا الشأن.⁽²⁾ ولتقريب المقارنة بين الفقهين: الاسلامي والغربي، نأتي بأمثلة لواحد من الخلفاء الخاصين السابقين وهو: الوصى له بعين معينة:

الموصى له بعين معينة :

يعتبر خلفا خاصا للموصى في هذا العين فهل يتحمل في الفقه الاسلامي، كما هو الأمر في الفقه الغربي، أثر العقد الذي أبرمه الموصى في شأن هذه العين، من حقوق تعتبر مكملة للعين والتزامات تعتبر محددة لها /

⁽¹⁾ مصادر الحق (5/17-15).

⁽²⁾ نظرية الالتزام... للدكتور البرعي (ص 192).

إذا كان موصى له بعين معينة بالذات، فيعتبر خلفا خاصا.

والموصى له عندما يكون خلفا عاما حكمه الوارث من ناحية

انصراف أثر العقد الذي أبرمه الموصى، فينصرف اليه أثر العقد فيما يتعلق بالحقوق التي تنشأ منه، وتبقى الديون التي تربت على العقد في التركة مع جميع الديون الأخرى، وهي مقدمة على الوصية، فلا يأخذ الموصى له الجزء الموصى به من التركة إلا بعد سداد هذه الديون، شأنه في ذلك شأن الوارث لا يأخذ نصيبه في الإرث إلا بعد سداد ديون التركة.

تطبيق عملي:

امرأة أوصت لابن بنتها بثلاث تركتها، وتركت وريثة لها زوجها وأخا. فابن البنت الموصى له يأخذ ثلث التركة بالوصية، والابن الباقي يأخذ الزوج منهما النصف: أي ثلث التركة باليراث، والثلث الباقي يأخذه الأخ باليراث. أيضا.

وينتج من ذلك أن كلا من الوارثين والموصى له يأخذ ثلث التركة، ويتساوى الجميع، لا في الأنصبة فحسب، بل أيضا في تحمل الحقوق والديون المترتبة على عقد أبرمته المورثة في حياتها. فلو فرضنا أن المورثة كانت قد باعت دارا ويبقى ثمنها ديناً على المشتري، انتقل هذا الحق الذي للتركة الى الموصى له والوارثين كل بقدر الثلث... ولو فرضنا أن الموصية قد اشترت دارا حال حياتها وبقي الثمن ديناً في ذمتها، فإن هذا الدين يبقى في التركة ولا ينتقل الى ذمة الموصى له والوارثين إذا تجاوزها⁽¹⁾

انصراف أثر العقد الى الخلف الخاص:

الخلف الخاص: هو من يخلف سلفه في عين معينة بالذات لا في مجموع من المال... فمن يتلقى من سلفه ملكية شيء معين بالذات أو حقا

⁽¹⁾ مصادر الحق (5/94-95).

حبس المبيع اذا كان لا يزال في التركة حتى يستوفي الثمن ؟

هنا يمكن القول كذلك، ان له حبس المبيع كما كان الموصي يفعل لو بقي حيا، ان الموصى له قد قام مقام الموصي في كل ذلك. ومن ثم ينصرف أثر العقد، من حيث الحقوق المكلمة للشيء، الى الخلف الخاص، الذي انتقلت اليه هذه العين، كما هو الحكم في الفقه الغربي.

4- أوصى شخص لأخر بدار مرهونة أو مستأجرة في حدود ثلث التركة، وبعد موته انتقلت العين إلى الموصى له. فالدار تنتقل إلى الموصى له مثقلة بحق المرتهن، أو بحق المستأجر، كما كانت في حياة الموصى، لأن الإنسان لا يعطي أكثر مما يملك، وهذا دليل على أن أثر عقد الرهن أو عقد الإيجار ينصرف من حيث ترتيبه للالتزامات تعتبر محددة للعين، إلى الخلف الخاص الذي انتقلت اليه العين، كما هو الحكم في الفقه الغربي.

ويخلص من هذه الأمثلة ومثيلاتها، أن الخلف الخاص في الفقه الاسلامي... ينصرف اليه أثر العقد الذي أبرمه سلفه، من حيث الحقوق المكلمة للشيء، ومن حيث الالتزامات المحددة للشيء، كما هو الحكم في الفقه الغربي، ويمكن القول أن أن احكام الفقه الاسلامي في هذه المسألة تماثل في مجموعها احكام الفقه الغربي .⁽¹¹⁾

وللجواب عن هذا التساؤل، نفرض الفروض المختلفة الآتية:

1- اشترى شخص دارا، ثم أوصى بها - في حدود ثلث التركة - إلى شخص آخر، فإذا انتقلت الدار إلى الموصى له بعد موت الموصي، فهل يرجع الموصى له على البائع بضمان العيب وبضمان الاستحقاق، وبضمان الهلاك اذا كانت العين لا تزال في يد البائع، كما كان يرجع للموصي لو كان حيا ؟

الظاهر أنه يرجع، فيكون الخلف الخاص "، انصرف اليه اثر عقد البيع الذي أبرمه السلف في شأن العين التي إنتقلت إلى الخلف من حيث الحقوق التي تعتبر مكلمة للعين، كما هو الحكم في الفقه الغربي.

2- اشترى شخص دارا ولم يقبضها ولم يدفع ثمنها، فبقي الثمن دينا في ذمته، ثم أوصى بها إلى شخص آخر. هنا يختلف الفقه الاسلامي والفقه الغربي في هذه المسألة، في أنه -في الفقه الاسلامي دون الفقه الغربي عند موت الموصي يبقى الثمن دينا في التركة ولا ينتقل إلى ذمة احد من الورثة، ولا إلى ذمة الموصى له من باب أولى.

ولكن يبقى بعد ذلك أن نتساءل هل يتحمل الموصى له حبس البائع للدار حتى يستوفي الثمن، كما كان الموصي يتحمل ذلك حال حياته ؟ ولو كان للبائع خيار القند ولم يقبض الثمن في الأيام الثلاثة المشترطة فهل يتحمل الموصي له فسخ العقد كما كان الموصي يتحمل ذلك حال حياته ؟

للجواب عن هذين السؤالين، يمكن القول ان الموصى له يقوم مقام الموصي في كل ذلك...، ومن ثم ينصرف هنا أثر العقد إلى الخلف الخاص، من حيث الالتزامات التي تعتبر محددة للعين، كما هو الحكم في الفقه الغربي.

3- باع شخص دارا ولم يقبض ثمنها، فبقى الثمن دينا له في ذمة المشتري وأوصى بهذا الدين إلى آخر في حدود ثلث التركة، فبعد موته ينتقل هذا الحق إلى الموصى له، ويصبح هو الدائن بالشئ للمشتري، فهل يملك

(11) مصادر الحق (5/98-98).

2- الغش والتواطؤ⁽¹⁾.

اشتغال الفقه المالكي على الأسس التي تقوم عليها الدعوى البولصية⁽²⁾ جاء في (حاشية الدسوقي، على الشرح الكبير للدردير):

والحاصل أن الدين له ثلاثة أحوال:

الحالة الأولى: احاطة الدين بهالة قبل التغليس، فلا يجوز له في هذه الحالة اتلاف شيء من ماله بغير عوض فيما لا يلزمه، أي لا يجوز له هبة ولا صدقة ولا عتق ولا حبس ولا اقراء بدين لمن يتهم عليه. وإذا فعل شيئاً من ذلك، كان للغرماء ابطاله، ويجوز تصرفه إذا كان ذلك التصرف عوضاً مالياً...

الحالة الثانية: قيام الغرماء عليه فيسجنونه، أو يقومون عليه فيستتر منهم فلا يجدونه، فيحولون بينه وبين ماله، ويمنعون من التبرعات والتصرفات المالية بالبيع والشراء والأخذ والعطاء ولو بغير محاباة، ومن التزوج، ولهم قسم ماله بالمحاصنة⁽³⁾...

الحالة الثالثة: حكم الحاكم بخلع ماله للغرماء لعجزه عن قضاء ما لزمه ويتربى على هذه الحالة أيضاً منعه من التبرعات والتصرفات المالية، وقسم ماله بين الغرماء، وحول ما كان مؤجلاً من الدين... والحالة الثانية تسمى فلساً بالمعنى الأعم، والثالثة تسمى فلساً بالمعنى الخاص⁽⁴⁾...

ووفق ما ورد في الفقه المالكي، يتضح أن أسس الدعوى البولصية

⁽¹⁾ نفس المرجع (28-24/5)

⁽²⁾ أما المناهض الثلاثة: الحنفي والشافعي والحنبلي، فيسري تصرف الدين في ماله ولو عوضاً بحق دائنه، قبل الحجر عليه للأفلاس، ولذلك لا يوجد في هذه المناهض ما يقابل الدعوى البولصية في الفقه الغربي. (مصادر الحق (147/5-148).

⁽³⁾ المجلد الثالث (ص 264-265)

⁽⁴⁾ تحاض الغرماء: اقتسموا المال بينهم حصصاً: أي على قدر حصّة كل واحد منهم من الدين (المصباح)

كان يطلق عليها الفقه المصري قديماً خطأ، ذلك أن الدائن لا يبطل تصرف الدين، بل هو يطلب عدم نفاذ هذا التصرف في حقه، فإذا أجيب إلى طلبه لم يسر تصرف الدين في حقه، ولكنه يبقى قائماً بين الدين ومن صدر له التصرف.

ومعنى الدعوى البولصية، أن كلمة "البولصية" اشتقت من اسم البريطو ربولص، أي القاضي الروماني الذي كان أول من أدخلها في القانون الروماني، على ما في هذه النسبة من شك، هل هذا الشخص حقيقة، أم من نسج الخيال؟ وعلى كل حال فهي دعوى وقع اللجوء إليها لأجل حماية الدائن من تصرف الدين الضارب بحقه⁽¹⁾.

شروط الدعوى البولصية:

أولاً: الشروط التي ترجع إلى الدائن:

يشترط في الدائن أن يكون حقه مستحق الأداء، بمعنى أن يكون خالياً من النزاع، فلا يستطيع الدائن الذي يكون حقه متنازعا فيه استعمال الدعوى البولصية، وذلك كأن يكون حقه معلقاً على شرط واقف، أو يكون حقه مقترناً بأجل واقف.

ثانياً: الشروط التي ترجع إلى التصرف المطعون فيه:

يشترط في أعمال الدين التي يطعن فيها الدائن ثلاثة شروط:

1- أن يكون تصرف الدين تصرفاً قانونياً

2- أن يكون مقفراً

3- أن يكون تألياً في الوجود لحق الدائن.

ثالثاً: الشروط التي ترجع إلى الدين ترد إلى شرطين أساسيين وهما:

1- الاعسار.

⁽¹⁾ مصادر الحق (23-20/5)

هذا حقه قبل تنفيذ الوصية. فإذا كانت التركة مستغرقة بالدين لم تنفذ الوصية أصلاً، ولا نفذت في ثلث ما بقي من مال التركة بعد سداد الدين⁽¹⁾.

كيف يتم الحجر في الفقه الإسلامي؟

تتفق المذاهب الأربعة على أن الحجر يكون على مدين دينه الحالة أكثر من ماله، وعلى أن الحجر يكون بناء على طلب الدائنين، وعلى أنه لا يكون إلا بحكم القاضي، وهو حكم يحسن الإشهاد عليه وإعلانه للناس حتى يتجنبوا معاملة المدين الفليس.

هذا هو الجوهر الذي تتفق فيه المذاهب، وتختلف بعد ذلك في مسائل فرعية.

ويرتبط على الحجر للفليس، عل يد المدين المحجور عن التصرف في ماله، وبيع أمواله عليه لأجل أداء الدين، وترك ما يحتاج إليه ومن تلزمه نفقته... والمساواة الفعلية ما بين الدائنين عن طريق المحاصصة بينهم⁽²⁾.

وملخص هذا الموضوع في المقارنة بين الفقهاء: الإسلامي والغربي، أن المدين الذي أشهر إفلاسه في الفقه الغربي، هو المدين نفسه المحجور عليه في الفقه الإسلامي.

يتفق كل من الفقهاء، على أن عقوده وتصرفاته المالية، بعد إشهار إفلاسه والتحجير عليه، لا تسري آثارها على دائنيه، بل تثل يده في تنفيذها عليهم، لتعلق حقه في الضمان بجميع ماله، وذلك بشرط أن تزيد دينه على أمواله، ويطلب الدائنون التحجير عليه لأجل ديونهم وإشهار إفلاسه بحكم الحاكم. فيقسم ماله على الدائنين حسب حصة كل منهم تقابل دينه، بعد أن يترك له ما يفي بضرورة عيشه ومن يجب عليه نفقتهم⁽³⁾.

(1) مصادر الحق (99/5)

(2) حاشية السوقي على الشرح الكبير للربيع (263/3 وما بعدها) البسيط (164/24 - 166)، المغني (488/4 - 489)، مصادر الحق (137/5 - 138).

(3) مصادر الحق (39/5 - 40 و 140 وما بعدها).

المعروفة في الفقه الغربي قائمة في هذا الفقه الذي لا تنقيد تصرفات المدين فيه بعد الحجر فحسب، بل هي أيضاً تنقيد قبل الحجر ويقوم تنقيد تصرفات المدين قبل الحجر على نفس الأسس التي تقوم عليها الدعوى البولصية، وكل تصرف يصدر من هذا المدين يكن ضاراً بدائنيه لا يسري في حق هؤلاء الدائنين، ويشترط في المدين أن يكون عالماً بأعساره. ويشترط في التصرف أن يكون تصرفاً مفقراً مجرد المدين من ماله دون مقابل، وأن يكون سبباً في أعسار المدين، أو في زيادة أعساره...⁽¹⁾

التحجير على المدين للأفلاس، وشهر أعساره:

إذا توقف المدين عن دفع دين مستحق الأداء، جاز شهر أفلاسه في الفقه الغربي، وشهر الأفلاس للأعسار أعنف طريق ينقذ به الدائن على أموال مدينه... (الأشها: هو ما يقابل التحجير في الفقه الإسلامي)⁽²⁾

فعدنا أن مسائلتان:

- مسألة الحجر على المدين للأفلاس في الفقه الإسلامي، وهذه تقابل الإشهار للأعسار في الفقه الغربي.

- ومسألة عدم سريان تصرف المدين الضار بحق الدائن في مذهب مالك قبل التحجير، وهذه تقابل الدعوى البولصية في الفقه الغربي⁽³⁾.

متى يصبح الدائن "غيراً" في تصرفات المدين؟

يصبح الدائن غيراً في تصرفات المدين، في الفقه الإسلامي، إذا تصرف المدين تبرعاً في مرض موته، إذ يأخذ هذا التبرع حكم الوصية، وحق الدائن مقدم على الوصية، فلا تسري الوصية في حق الدائن، بل يستوفي

(1) شرح الحطاب (35/5)، شرح الخرخشي (263/5)، بداية المجتهد (214/2)، مصادر الحق (5/5).

(2) مصادر الحق (35/5).

(3) مصادر الحق (98/5 - 99)، شرح الخرخشي على مختصر خليل (265-266).

وأحكام الاشتراط لمصلحة الغير ثلاثة كذلك وهي:

- 1- العلاقة بين المشتراط والمتعهد
- 2- العلاقة بين المشتراط والمنفعة⁽¹⁾
- 3- العلاقة بين المتعهد والمنفعة⁽²⁾

هذا بإيجاز هو التطور الذي وصلت إليه قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير، فانقلابت من استثناء محدود في القانون الروماني، ثم القانون الفرنسي القديم، إلى قاعدة عامة، وهذا ما عبر عنه التقنين المدني المصري الجديد في عبارة صريحة، فقال في المادة 152: أن العقد لا يرتب التزاما في ذمة الغير ولكن يجوز أن يكسبه حقا⁽³⁾.

فإذا توافرت الشروط السابقة، قام الاشتراط لمصلحة الغير، حتى ولو كان المنفعة لم يوجد وقت إبرام العقد، طالما يكون موجودا في الوقت الذي يرتب فيه الاشتراط أثره. مثل ذلك التأمين لصالح الزوجة أو لصالح الأولاد، فهو عقد صحيح حتى قبل الزواج أو قبل إنجاب الأولاد.. لذلك تنص أغلب القوانين الحديثة - كالقانون المدني المصري مادة 156 على جواز أن يكون المنفعة شخصا مستقبلا أو جهة مستقبلية، كما يجوز أن يكون شخصا أو جهة لم يعين وقت العقد متى كان تعيينهما مستطاعا وقت أن ينتج العقد أثره، كما في التأمين على بضاعة ضد أخطار النقل لمصلحة من يكون مالكا للبضاعة وقت الحادث المؤمن عنه.

أما المشرع المغربي، فقد أجاز في المادة 34 من ق. ل. ع. الاشتراط لمصلحة الغير ولو لم يعين وقت إبرام العقد، ولكنه سكت عن مصير الاشتراط لمصلحة الغير إذا كان المنفعة شخصا مستقبلا أو جهة مستقبلية⁽³⁾.

⁽¹⁾ مصادر الحق (50/5 - 57)، نظرية الالتزام د. البرعي (ص 102 - 106).

⁽²⁾ مصادر الحق (51/5 - 52).

⁽³⁾ نظرية الالتزام د. البرعي (ص 205)، مصادر الحق (51/5 - 52).

⁽¹⁾ سلوك هذا الغير، فهو بالخيار بين القبول والرفض.

- الحالة الثانية: الاشتراط لمصلحة الغير:

الاشتراط لمصلحة الغير: عقد يشترط أحد أطرافه (المشتراط) على الطرف الآخر (المتعهد) التزاما لصالح شخص ثالث (المنفعة)، فبنسبة من هذا العقد حق مباشر للمنفعة قبل المتعهد، وهو جائز في الفقه الغربي بعد التطور بشروطه.

والتطبيقات العملية للاشتراط لمصلحة الغير كثيرة منها: أن يشترط بائع العقار المرهون على المشتري أن يدفع للدائن أقساط الدين خصما من ثمن العقار، وأن يشترط الواهب على الموهوب له أن يدفع إيرادا مرتبا لثالث، وأن يشترط بائع المتجر على المشتري شروطا لصالح عماله من حيث الأجور أو ساعات العمل.

على أن أهم التطبيقات العملية للاشتراط لمصلحة الغير، توجد في عقد التأمين الذي كان السبب في تطور قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير، فيمكن للزوج أو الأب - مثلا - أن يشترط على شركة التأمين الانتفاع بالتأمين لصالح زوجته أو ابنه، فيكون الأب أو الزوج مشترطا، والشركة متعهدا، والإبن أو الزوجة منفعلا.

وشروط الاشتراط لمصلحة الغير ثلاثة:

- 1- أن يتعاقد المشتراط باسمه لا باسم المنفعة
- 2- أن يشترط المشتراط على المتعهد حقا مباشرا للمنفعة
- 3- أن تكون للمشتراط من وراء هذا الاشتراط مصلحة شخصية، مادية كانت أو أدبية.

أحكام الاشتراط لمصلحة الغير:

⁽¹⁾ مصادر الحق (47/5)، نظرية الالتزام د. البرعي (ص 197 - 199).

والفقه الإسلامي، في حدود الصور المألوفة فيه، يعرف صورة بيع ملك الغير تحت إسم بيع الفضولي، ولا يعرف صورة التعهد عن الغير، فالأوفق إذن عند مواجهة الفرض الذي نحن فيه في الفقه الإسلامي، أن يلجأ الشريك غير القاصر إلى بيع الفضولي، فيبيع كأصل نصيبه في الشيء الشائع، ويبيع كفضولي نصيب شريكه القاصر، على أن يجيز القاصر عند بلوغه سن الرشد بيع نصيبه.

ويختلف بيع الفضولي في الفقه الإسلامي على هذا النحو عن صورة التعهد في الغير في الفقه الغربي من الوجهة الآتية:

1- الشريك الفضولي يعقد بيعاً تاماً. أما التعهد عن الغير فيعقد مجرد التزام بعمل هو حمل الغير أن يعقد بيعاً تاماً.

2- إذا أجاز القاصر في صورة بيع الفضولي، فإنه يجيز عقد البيع نفسه الذي صدر من الفضولي، أما إذا أجاز في صورة التعهد عن الغير فإنه يبرم عقد بيع جديد..

3- إذا لم يجز القاصر في صورة بيع الفضولي، فالشريك الفضولي لا يكون مسؤولاً نحو المشتري، فإنه قد تقدم للمشتري كفضولي أنه على بصيرة من ذلك، أما إذا لم يجز القاصر في صورة التعهد عن الغير، فإن شريكه الذي تعهد عنه يكون مسؤولاً نحو المشتري عن التعويض أو عن تنفيذ التعهد بنفسه⁽¹⁾.

- مواجهة الاشتراط لمصلحة الغير في الفقه الإسلامي:

يبدو أن الاشتراط لمصلحة الغير على النحو المعروف في الفقه الغربي غير جائز في الفقه الإسلامي، وهذا ما يقره بعض الفقهاء الذين اشتغلوا بمقارنة الفقه الإسلامي بالفقه الغربي، فيقول الدكتور صبحي محمدي:

ب) أثر العقد بالنسبة إلى الغير في الفقه الإسلامي:

- لا يسري العقد في حق الغير في الفقه الإسلامي:

العقد في الفقه الإسلامي لا ينصرف أثره إلى الغير الأجنبي تماماً عن العقد.. ومن أمثلة ذلك إذا عقد العقد أحد الورثة - دون أن يمثل فيه التركة - لا يسري أثره في حق باقي الورثة. ويبع الفضولي لا يسري في حق المالك إلا إذا أجازته، ويبع المأجور والمرهون لا يسري في حق المستأجر والمرتهن..

إن، فالآثار التي تترتب على العقد في الفقه الإسلامي - التزاماً أو حقاً

- لا تنصرف إلى الغير. فلا يجوز في الفقه الإسلامي التعهد عن الغير بحيث يلتزم الغير بهذا التعهد، وفي هذا يتفق الفقه الإسلامي والفقه الغربي، كما لا يجوز الاشتراط لمصلحة الغير بحيث يكسب الغير حقاً بهذا الاشتراط، وفي هذا يختلف الفقه الإسلامي عن الفقه الغربي.

ومع هذا الاتفاق والاختلاف بين الفقهاء، نحاول أن ننظر كيف يمكن في الفقه الإسلامي مواجهة النظامين القانونيين اللذين يعرفهما الفقه الغربي نتيجة الحاجة إلى تطور التعامل. التعهد عن الغير والاشتراط لمصلحة الغير:

- مواجهة التعهد عن الغير في الفقه الإسلامي:

سبق في الفقه الغربي، أن الشريكين في الشبوع إذا أرا أحدهما التصرف في الشيء الشائع وكان الآخر قاصراً - أو - غائباً -، فإن الشريك مريد التصرف لأجل اجتناب الإجراءات المعقدة التي يستلزمها استئذان المحكمة في بيع نصيب الشريك القاصر - أو الغائب -، يستطيع أن يتعهد للمشتري بأن القاصر يبيع هو أيضاً نصيبه للمشتري إذا بلغ سن الرشد، فيكون الشريك البائع قد تعهد عن الغير، بأن يحمله على أن يبيع نصيبه للمشتري عند بلوغه سن الرشد، فيكون هذا تعهداً عن الغير أن يبيع في المستقبل، وليس يبيعاً لك الغير حاضراً، ومعنى ذلك أن تنفيذ هذا التعهد في حاجة إلى عقد جديد.

(1) مصادر الحق (158/5 - 161).

خاتمة:

تناولت هذا البحث (نظرية العقد في الفقه الإسلامي...) في تمهيد وثلاثة أقسام، عالجت في التمهيد تعريف العقد، وأقسامه، ومكانة عقد البيع بين بقية العقود...، فترصّلت إلى نتائج من بينها: أن عقد البيع المقصود منه أن يمر الموضوع من خلاله، يمكن أن يكون محور بقية العقود، وخصوصا منها عقود المعاوضات، كمرجع في الأسباب والأحكام العامة التي تنبني عليها نظرية العقد في الفقه الإسلامي، على غرار الفقه الغربي، بل بكيفية أوسع وأفضل... تلك النظرية التي لم تكن في الماضي محل اهتمام الفقه الإسلامي، حسب شكلها الحاضر في القانون الوضعي الحديث، إلا أنه مع ذلك بالإمكان أن تراعى وتتمى في الفقه الإسلامي، ببذل عناية جادة من جهة جماعات أو لجن من العلماء في الفقه والقانون تبحث مسائل الفقه وتقننه، إضافة إلى ما بذل من الجهد بالفعل في هذا السبيل من جانب نخبة من العلماء مقربين، حاولوا - جزأهم الله - باجتهاداتهم الشخصية أن يقدموا دراسات مقارنة مهمة أفادوا بها الفقه الإسلامي، غير أن الأمر ما يزال يحتاج إلى تكاتف الجهود بعمل جماعي، وتعاون منظم ومنسق.

وذلك بالرجوع إلى مصادر الفقه الأصلية الغنية بالمسائل والأفكار التي تسد الحاجة الملحة التي تقتقر إليها الأمة الإسلامية في العصر الحاضر، بتأليف وتنسيق هذه النظرية (نظرية العقد) ومثيلاتها، في شكل فصول ومواد، مثل ما عليه القانون الوضعي الحديث... وعلى غرار ما همدفت إليه المجلة العدلية العثمانية في محاولاتها تطوير الفقه الإسلامي وتقنيته... ومحاولات القانون المدني العراقي في التوفيق بين الفقه والقانون.

وفي القسم الأول من البحث الذي خصصته لعقد البيع، اتضحت آثار وأحكام عامة من خلال معالجة أسباب انعقاد البيع وصحته ونفاذه، مما سمح

في كتابه: "النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية" (جزء 2 ص 229): أن الشريعة الإسلامية لم تقر ذلك (أي الاشتراط لمصلحة الغير).

ويعرض كثيرا في التعامل ما يستدعي الاتجاه إلى نظام الاشتراط لمصلحة الغير المعروف في الفقه الغربي... ونفرض مثلا أن شخصا يبيع عينا من آخر، ويشترط عليه أن يدفع الثمن لدائنه سداد الدين الذي عليه فكيف يمكن أن يتحقق ذلك في الفقه الإسلامي؟

يبين أنه يمكن تحقيقه عن طريق حوالة الدين، فيحقق كل من البائع والمشتري ودائن البائع على أن يحيل البائع دائنه على المشتري. ومن الواضح أن هناك فروقا بين حوالة الدين... وبين الاشتراط لمصلحة الغير، أظهرها أن الدائن في الحوالة يكون طرفا في العقد، بينما يكون أجنبيا في الاشتراط لمصلحة الغير⁽¹⁾ ..

وعلى كل حال، هذا الموضوع (التعهد عن الغير، والاشتراط لمصلحة الغير) قد تطور فيه الفقه الغربي، نتيجة لتطور ظروف التعامل بين الناس، أكثر من الفقه الإسلامي، فيمكن المقارنة بينهما في أمور منه، وعدم المقارنة في أخرى، حسب طبيعة كل منهما، كما سبقت الإشارة الموجزة إلى ذلك في الفقرات السابقة.

(1) مصادر الحق (1385/5 - 161).

يبتل... مع اضطراب القانون الوضعي إلى استثناء المالك للمحل في بيع الفسولي في أخذه الحكم له من جزاء العقد الموقوف فلا يتفقد عليه العقد حتى بجيرة، فكان جزاؤه معقدا مختلفا فيمن اشترك في العقد، أو له به علاقة وحق (ص: 336 من البحث).

– ويمتاز القانون الوضعي عن الفقه الإسلامي، في جعله الجزاء واحدا (قابلية العقد للإبطال)، في جميع عيوب الإرادة: الغلط، والتليس، والإكراه، والاستغلال (الغبين)... بينما جاء الجزاء عنها متفرقا مختلفا في الفقه الإسلامي، حسب اجتهادات المذاهب والفقهاء...

فالإكراه مثلا، جاء جزاؤه حائرا في المذاهب بين أن يكون البطلان عند الشافعية وفي قول بالمذهب الحنبلي، أو فاسدا في المذهب الحنفي عند الإمام وصاحبيه، أو موقوفا عند زفر بن الهذيل من الحنفية، أو عدم اللزوم في مذهب مالك وفي قول آخر بالمذهب الحنبلي (ص: 342 من البحث).

– وما اتفق فيه الفقهاء جملة الاستثناء من مبدأ الإلزام بتنفيذ العقد، للحوادث الطارئة في القانون الوضعي، وللعذر والجوائح في الفقه الإسلامي، رغم اختلافهما في بعض نتائج الجزاء وشروطه حسب منظور كل منهما، ووفق اجتهادات المذاهب الإسلامية. فقد اتفق القانون الوضعي في الجزاء مع المذهبين: المالكي والحنبلي في التعديل والتفويض من قيمة العقد حسب ظروف المضرون كما جاء في المادة 2/147 من القانون المدني المصري في جزاء الحكم "لنظرية الظروف الطارئة"، المقابلة لجزاء "فكرة وضع الجوائح" في الفقه الإسلامي، حيث قالت:

"جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول" (ص: 353 – 355 من البحث).

ولعل هذه النظرية في التعديل... المطابقة لفكرة وضع الجوائح في التفويض كالا أو بعضا من عيب قيمة العقد عن المدين المضرون في الفقه

بمقارنة هذه الأسباب والأحكام العامة ببقية العقود الماثلة للبيع في القسم الثاني.

وفي القسم الثاني، تناولت العقود المسايرة للبيع في الأسباب والأحكام العامة، بالمقابلة بين عقد البيع وبين بعض عقود المشابهة له في تبادل العوضين: كالإجارة، والشفعة، والقسمة، والصلح... فكانت نتائج هذه المقابلة سارة ومشجعة، لاستنادها إلى ملاحظات فقهاء الفقه الإسلامي، ورشائهم في مؤلفاتهم إلى هذا التمثال، يرد أحكام هذه العقود إلى أحكام البيع، في كثير من المناسبات.

أما القسم الثالث من البحث المخصص للمقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي في أحكام العقد العامة، فقد كانت نتائجه كثيرة...، اكثفي بإشارة موجزة مناسبة للخاتمة إلى بعضها:

– مقابلات بين مراتب تدريج العقد إلى اللزوم، في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي الحديث، حيث نجدتهما يتفقان في العقد الباطل أنه لا أثر له كاعتبار شرعي وقانوني، وإن ترتبت عليه أحيانا بعض الآثار كواقعة مادية.

ونجد العقد الفاسد عند الحنفية في الفقه الإسلامي، من دون مقابل يوازيه في الفقه الغربي، إلا صورة باهتة حديثة سميت بنظرية المظهر الخادع يحمي المخدوع، أو الغلط الشائع يولد الحق، قوبلت بآثر العقد الفاسد بعد فواته وعدم إمكان فسخه، خشية أن يتضرر من فوت إليه المحل من غير العاقد، أو يتضرر العاقد نفسه الذي فات محل العقد عنده بالتغيير عن حالته الأولى، أو بالهلاك أو الاستهلاك كما يمكن مقابلة حماية الغير، في أثر العقد الفاسد في الفقه الإسلامي، بنظام الشهر العقاري في الفقه الغربي (ص: 335 من البحث).

– وإذا انتقلنا إلى المقارنة بين العقد الموقوف في الفقه الإسلامي، وبين العقد القابل للإبطال في القانون الوضعي، تظهر لنا مزية العقد الموقوف أنه أفضل صناعة وشمولا ودقة في فوائده ونتائجه لصالح من وقف لأجله، حيث يعتبر غير نافذ حتى يجاز، بينما يعتبر العقد القابل للإبطال نافذا حتى

الإسلامي، إقتبسها القانون الوضعي من الفقه الإسلامي، كشأنه في نظرية السبب الباعث التي تل كثير من القرائن على اقتباسها من الفقه الإسلامي، حيث جاءت حسب اتجاهين في مذاهبه، ثم طورها القانون الوضعي إلى مرتبة الركن في العقد.

- وما يتفق فيه القانون الوضعي مع الفقه المالكي، الدعوى "البولسية التي ترفع ضد تصرف الدين قبل التحجير عليه من طرف الدائن حتى لا ينفذ تصرفه إذا كان ضاراً بدينه. وكذلك يتفق القانون الوضعي مع الفقه الإسلامي في مذهبه الأربعة في فكرة التحجير على الدين للإفلاس بنظرية الإشهار للإعسار (ص: 386 - 387 من البحث).

هذه محاولات متواضعة أنجزتها في هذا البحث، أرجو أن أكون موفقاً في بعضها، كما أتمنى أن يكون عملي فيه خالصاً لوجه الله الكريم، يعود علي وعلى من ساعدني فيه بالاجر والثواب والرحمة والغفران، "يوم لا ينفع مال ولا بنون إلا من أتى الله بقلب سليم"، وصلى الله وسلم على سيدنا محمد وآله وصحبه.. والحمد لله رب العالمين.

الفهارس العامة

- 1- فهرس الآيات القرآنية الكريمة
- 2- فهرس الأحاديث النبوية الشريفة
- 3- فهرس المصادر والمراجع
- 4- فهرس الموضوعات

1 - فهرس الآيات القرآنية الكريمة

الآية	الرقم والسورة	الصفحة
(1)		
أن يتبعوا بأموالكم.....	(24: النساء)	335
أن تكون أمة هي أربى من أمة.....	(92: النحل)	173
إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم....	(29: النساء)	159
إلا من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان...	(106: النحل)	350
(ج)		
حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير	(4: المائدة)	160
(د)		
رجال لا تلهيهم تجارة ولا بيع عن ذكر الله	(36: النور)	203
(ظ)		
ظهر الفساد في البر والبحر.....	(41: الروم)	141
(ف)		
فإذا أنزلنا عليها الماء اهتزت و ربت..	(39: فصلت)	173
فإن طلقها فلا تحل له من بعد	(228: البقرة)	79
فرهان مقبوضة.....	(282: البقرة)	18
فاسمعوا إلى ذكر الله وذروا البيع....	(9: الجمعة)	23

380	(91: النحل)	وأوفوا بعهد الله إذا عاهدتم.....			
380=10	(34: الإسراء)	وأوفوا بالعهد إن العهد كان مسؤولاً....	161	(4: المائة)	فمن اضطر في مخصصة غير متجانف لا ثم...
170	(226: البقرة)	وبعولتهن أحق بردهن.....	43	(5 و 7: الطلاق)	فليُنظر الإنسان مم خلق.....
-46	(6: النساء)	وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح....			
77	(3: المائدة)	وتعاونوا على البر والتقوى.....			
23	(20: يوسف)	وشروه بثمن بخس.....	62	(41: آل عمران)	(ق) قال رب اجعل لي آية.....
281	(127: النساء)	والصلح خير.....			
175	(24: الحديد)	ولقد أرسلنا رسلنا بالبينات.....			
56	(50: الأحزاب)	وامرأة مومنة إن وهبت نفسها للنبي	459	(7: الحشر)	(ك) كي لا يكون دولة بين الأغنياء منكم...
279	(28: القمر)	ونبيهم أن الماء قسمة بينهم.....			
50	(6: النساء)	ولا تأكلوها إسرافاً وبداراً أن يكبروا..			(ل) للرجال نصيب مما ترك الوالدان والأقربون
345=210=49	(5: النساء)	ولا توتوا السفهاء أموالكم.....	279	(7: النساء)	ليفسد فيها ويهلك الحرث والنسل
183	(109: الأنعام)	ولا تسبوا الذين يدعون من دون الله....	141	(205: البقرة)	الذين ياكلون الربا لا يقومون.....
407	(3: المائدة)	ولا تعاونوا على الإثم والعدوان.....	452	(275: البقرة)	
70	(229: البقرة)	ولا تمسكوهن ضراً را لتعتدوا.....			(م) من بعد وصية يوصي بها أو دين....
175	(39: الروم)	وما آتيتكم من ربا لتربوا في أموال الناس			
461	(2: الطلاق)	ومن يتق الله يجعل له مخرجاً....	289=104	(11 و 12: النساء)	
					(و) وأحل الله البيع وحرم الربا.....
47	(255: البقرة)	لا إكراه في الدين.....	174=24	(275: البقرة)	وإذا بلغ الأطفال منكم الحلم.....
289=117	(285: البقرة)	لا يكلف الله نفساً إلا وسعها....	178=175		وإن كان الذي عليه الحق سفيهاً....
			42	(57: النور)	وإن كنتم على سفر ولم تجدوا كتاباً....
			212	(281: البقرة)	
-380=10	(1: المائة)	يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود....	378	(282: البقرة)	

2 - فهرس الأحاديث النبوية الشريفة

الصفحة	الحديث	
	(1)	
24	أتملك شيئاً في بيتك؟ قال: حلس وقدح	144 (البقرة: 277)
188	أتى النبي صلى الله عليه وسلم بقلادة فيها ذهب وخرز	378 (البقرة: 281)
74	اجتنبوا السبع الموبقات	201 (الجمعة: 9)
24	أفضل الكسب بيع مبرور وعمل الرجل بيده	160 (المائدة: 92)
290	أنا أولى بالمؤمنين من أنفسهم فمن توفي وعليه دين فعلي قضاؤه	183 (البقرة: 103)
126	إن بعث من أخيك تمراً فأصابعته جائحة	360=172 (النساء: 29)
160	إن الله ورسوله حرم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام	453 (البقرة: 276)
183	إن من أكبر الكبائر أن يلعن الرجل والديه	
76	إنما الأعمال بالنيات	
174	إنما الريا في النسيئة	
	(ب)	
116	البيعان كل واحد منهما بالخيار على صاحبه مالم يفرقا	
	(ث)	
59	ثلاث جدهن جد، وهزلهن جد: النكاح والطلاق والرجعة	
69	الطيب أحق بنفسها من وليها	
	(ج)	
130	الخراج بالضمان	
	(د)	
177	الذهب بالذهب والفضة بالفضة، والبر بالبر	

- 239 من أقال مسلما أقالاه الله عشرته يوم القيامة
- 229=212 من بايعت فقل لا خلافة
- 180 من ابتاع طعاما فلا يبيعه حتى يستوفيه
- 163 من اتخذ كلبا الا كلب ماشية أو ضاريا
- 329 من حبس العنب أيام القطاف حتى يبيعه من يهودي أو نصراني
- 256 من اشترى شاة مصراة فهو بخير النظرين
- 201 من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد
- 234 من غش فليس منا

(ن)

192 نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيعتين في بيعة ...

- 192 الملازمة والنايذة " " " "
- 192 عن بيع الحصة وعن بيع الغر " " " "
- 193 عن بيع جبل الحبلية " " " "
- 194 عن بيع النخل حتى يزهر " " " "
- 195 عن بيع العريان " " " "
- 163 عن ثمن الكلب " " " "
- 162 عن أكل كل ذي ناب من السباع " " " "
- 201=181 عن المحاقلة والزانية والمعومة " " " "
- 185 عن سلف وبيع " " " "

- 176 الذهب بالورق ربا الا هاء وهاء
- (ر)
- 159 رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه
- 44=42 رفع القلم عن ثلاثة: عن المجنون المغلوب على عقله
- (ع)
- 42 عرضت على النبي صلى الله عليه وسلم يوم أحد، وأنا ابن أربع عشرة سنة
- (ق)
- 277 قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشفعة في كل ما لم يقسم
- (ك)
- 336 كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل ولو كان مائة شرط
- (ل)
- 77 لعن رسول الله صلى الله عليه وسلم في الخمر عشرا
- 174 لعن الله أكل الربا وموكله وكتابه وشاهده
- 495 المسلمون عند شروطهم فيما أحل
- (م)
- 197 ما بال اقوام يشترطون شروطا ليست في كتاب الله
- 40 مروا أولادكم بالصلاة وهم أبناء سبع سنين
- 161 مر رسول الله صلى الله عليه وسلم على شاة ليموتة
- 56 ملكاؤها بما معك من القرآن

3 - فهرس المصادر والمراجع

- 1- القرآن الكريم
- 2- أحكام القرآن، لأبي بكر محمد بن عبد الله المعروف بابن العربي، تحقيق علي محمد البجاوي - الطبعة الثانية عيسى البابي الحلبي وشركاه 1387 هـ - 1967 م.
- 3- أحكام القرآن، لأبي بكر أحمد بن علي الرازي المعروف بالجمصاص (ت 370 هـ). الناشر دار الكتاب العربي - بيروت.
- 4- إرشاد الساري لشرح صحيح البخاري، لأبي العباس شهاب الدين أحمد بن محمد القسطلاني (ت 923 هـ) ط. الأوفست - مكتبة المثنى - بغداد.
- 5- إعلام الموقعين عن رب العالمين، لابن الجوزية شمس الدين أبي عبد الله محمد بن أبي بكر (ت 751 هـ). بتعليق طه عبد الرؤوف سعد - دار الجيل - بيروت.
- 6- أصول التشريع الإسلامي، لعلي حسب الله، دار المعارف - مصر - الطبعة الرابعة (1391 هـ - 1971 م).
- 7- الإصابة في تمييز الصحابة، لشهاب الدين أبي الفضل أحمد بن علي ابن حجر العسقلاني (ت 852 هـ) - طبعة الأفيست - مكتبة المثنى - بغداد.
- 8- الأشباه والنظائر، لابن نجيم الحنفي زين العابدين بن إبراهيم - الطبعة الحسنية المصرية 1322 هـ - دار الكتب العربية العلمية - بيروت.
- 9- الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية، لجلال الدين عبد الرحمن السيوطي (ت 911 هـ) - دار الكتب العلمية - بيروت - الطبعة الأولى 1399 هـ - 1979 م.
- 10- الإعلام، لخير الدين الزركلي - الطبعة الثانية 1373 هـ - 1954 م.

(هـ)

528 هل ترك لدينه من قضاء ؟

(و)

وإن كل ريا موضوع، ولكن لكم رؤوس أموالكم لا تظلمون

453 ولا تظلمون

231 ولا تتاجشوا

(ز)

380 لإيمان لمن لا أمانة له

351 لا تصرفوا الإبل والغنم فمن ابتاعها فهو بخير النظرين

349 لا طلاق ولا إعتاق في اغلاق

527 لا وصية لوارث

235 لا يتلقى الركان لبيع، ولا يبيع بعضكم على بيع بعض

لا يحل سلف وبيع، ولا شرطان في بيع، ولا ربح ما لم تضمن ..

336

43 لا يقبل الله صلاة حائض إلا بخصار

- 22- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدريز، لشمس الدين محمد عرفة الدسوقي وبهامشه شرح الدريز المذكور - طبع دار احياء الكتب العربية - عيسى البابي الحلبي وشركاه.
- 23- درر الحكام شرح مجلة الأحكام، لعلي حيدر - منشورات مكتبة النهضة - بيروت.
- 24- الربا، لأبي الأعلى المودودي، مؤسسة الرسالة (1399 هـ - 1979 م).
- 25- سنن أبي داود، سليمان بن الأشعث السجستاني الأزدی (202 - 275هـ) بتعليق محمد محيي الدين عبد الحميد، نشر دار احياء السنة النبوية.
- 26- سنن ابن ماجه، الحافظ أبي عبد الله محمد بن يزيد القزويني 207-275 هـ). بتحقيق محمد فؤاد عبد الباقي (1372 هـ - 1952 م) - دار احياء الكتب العربية عيسى البابي الحلبي وشركاه.
- 27- سنن الترمذي (الجامع الصحيح)، لأبي عيسى محمد بن عيسى بن سورة (209 - 279 هـ) بتحقيق وشرح احمد محمد شاكر - الناشر المكتبة الإسلامية.
- 28- سيرة النبي صلى الله عليه وسلم، لعبد المالك بن هشام، بتعليق محمد محيي الدين عبد الحميد - دار الفكر.
- 29- شرح تنوير الحوالك على الموطأ، للسيوطي جلال الدين عبد الرحمن.
- 30- شرح التاودي بهامش البهجة، أبي عبد الله محمد. المسمى حلى المعاصم لبنت فكر ابن عاصم.
- 31- شرح الخرشي على مختصر خليل، لأبي عبد الله محمد الخرشي - الطبعة الثانية - المطبعة الأميرية - مصر، سنة 1317 هـ.
- 32- شرح الدريز الكبير على مختصر خليل، لأبي البركات احمد الدريز، بهامش حاشية الدسوقي - طبع دار احياء الكتب العربية - عيسى البابي الحلبي وشركاه.

- 11- الأم، للشافعي أبي عبد الله محمد بن ادريس (150 - 204 هـ) طبع دار المعارف - بيروت.
- 12- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، لعلاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي (ت 587 هـ) الناشر دار الكتاب العربي - بيروت.
- 13- بداية المجتهد ونهاية المقتصد، لأبي الوليد محمد بن احمد.. بن رشد الحفيد القرطبي الأندلسي (ت 595 هـ) - دار الفكر.
- 14- البهجة في شرح التحفة، لأبي الحسن علي بن عبد الله التسولي - مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر 1347 هـ.
- 15- تبصرة الحكام في أصول الاقضية ومناهج الاحكام، لبرهان الدين ابراهيم بن علي بن أبي القاسم بن محمد بن فرحون المالكي المدني (ت 709 هـ) الطبعة الأخيرة 1378 هـ - 1958 م، بهامش فتاوي عليش.
- 16- تفسير العظيم، لعماد الدين أبي الفداء اسماعيل بن كثير القرشي الدمشقي (ت 774 هـ) بإشراف وتصحيح لجنة من العلماء - دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع الطبعة الأولى - بيروت سنة 1385 هـ - 1966 م.
- 17- تهذيب الفروق والقواعد السننية في الأسرار الفقهية، للشيخ محمد علي ابن الشيخ حسين، بهامش الفروق - طبع دار احياء الكتب العربية بمكة المكرمة - الطبعة الاولى 1344 هـ.
- 18- التاج الجامع للأصول في احاديث الرسول، للشيخ منصور علي خائف - الطبعة الرابعة - مطبعة عيسى البابي الحلبي وشركاه.
- 19- التاج والاكيل لمختصر خليل، بهامش الخطاب، لأبي عبد الله محمد بن يوسف العبدري الشهير بالواق (ت 897 هـ) مكتبة النجاح - ليبيا.
- 20- التيسير بشرح الجامع الصغير، للشيخ عبد الرؤوف المناوي - مطابع المكتب الاسلامي - بيروت.
- 21- الجامع لأحكام القرآن، للقرطبي...

- 45- الفقه على المذاهب الأربعة، لعبد الرحمن الجزيري 1972 - دار الفكر - بيروت.
- 46- القواعد لابن رجب الحنبلي، أبي الفرج عبد الرحمن بن رجب (ت 795 هـ) في الفقه الإسلامي - الناشر دار المعرفة - بيروت.
- 47- القوانين الفقهية، لابن جزي أبي القاسم محمد بن أحمد.. اللكبي الغرناطي (693 - 741 هـ).
- 48- مجلة الأحكام العدلية، قانون أخذ من الفقه الحنفي... في الدولة العثمانية، بعد التقرير المرفوع إلى الصدر الأعظم عالي باشا سنة 1286 هـ.
- 49- مجلة دار الحديث الحسنية، العدد: 6.
- 50- مجموع فتاوي الشيخ أحمد بن تيمية، جمع وترتيب عبد الرحمن بن محمد ابن قاسم مكتبة المعارف - الرباط - المغرب.
- 51- مجمع الأمثال، للميداني أبي الفضل أحمد بن محمد النيسابوري (ت 518 هـ) بتحقيق محمد محيي الدين عبد الحميد - مطبعة السنة المحمدية.
- 52- مختار الصحاح، للشيخ محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي - دار القلم بيروت.
- 53- مدونة الأحوال الشخصية المغربية - مكتبة الرشاد - الدار البيضاء المغرب.
- 54- مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان، لمحمد قديري باشا - الطبعة الأولى، المطبعة الكبرى الأميرية - مصر سنة 1308 هـ.
- 55- معجم مفردات القرآن، للراغب الأصفهاني أبي القاسم الحسين بن محمد بن الفضل، تحقيق نديم مرعشلي - دار الفكر - بيروت.
- 56- مصادر الحق في الفقه الإسلامي، للدكتور عبد الرزاق بن أحمد

- 33- شرح النووي على مسلم بهامش القسطلاني لمحيي الدين يحيى بن شرف - طبع الأوفست - مكتبة المثنى بغداد (الطبعة السادسة) بالطبعة الكبرى الأميرية مصر 1304 هـ.
- 34- شرح الزرقاني على الموطأ، لمحمد الزرقاني، بتصحيح ومراجعة لجنة من العلماء (1355 هـ - 1936 م).
- 35- الشرح الكبير على المققن، بهامش المغني، لعبد الرحمن بن أبي عمر بن أحمد بن قدامة المقدسي (ت 682 هـ) - المكتبة السلفية: مكتبة المؤيد.
- 36- ضوابط العقد في الفقه الإسلامي، للدكتور عدنان خالد التركماني - الطبعة الأولى (1401 هـ - 1981 م) - دار الشروق - جدة.
- 37- عمدة القارئ شرح صحيح البخاري، لبدار الدين أبي محمد محمود بن أحمد العيني (ت 855 هـ) الناشر محمد أمين - بيروت.
- 38- عمر بن الخطاب قاضياً ومجتهداً، لمحمد عارف مصطفى فهمي - مكتبة النور طرابلس ليبيا.
- 39- غاية المنتهى، للشيخ مرعي بن يوسف بن أبي بكر الكرمي المقدسي الحنبلي (ت 1033 هـ) بمصر.
- 40- الفرر وأثره في العقود، للدكتور الصديق محمد الأمين...
- 41- فقه السنة، للسيد سابق - دار الكتاب العربي - بيروت. الطبعة الأولى (1389 هـ - 1969 م).
- 42- الفتاوى الكبرى، للشيخ أحمد بن تيمية، طبع دار المعارف - بيروت.
- 43- الفروق، لشهاب الدين أبي العباس أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن الصنهاجي المشهور بالقرافي - مطبعة دار أحياء الكتب العربية - مكة المكرمة الطبعة الأولى 1344 هـ.
- 44- الفقه الإسلامي وأدلته، للدكتور وهبة الزحيلي - دار الفكر - الطبعة الثانية 1405 هـ - 1985 م).

- محمد،، القدسي المشقي - المكتبة السلفية - مكتبة المؤيد.
- 67- الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، للدكتور احمد فراج حسين مؤسسة الثقافة الجامعية بالإسكندرية - الطبعة الأولى.
- 68- الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، للشيخ محمد ابي زهرة - دار الفكر العربي (1396 هـ - 1976 م).
- 69- الموافقات في أصول الأحكام، لأبي إسحاق إبراهيم بن موسى، الشاطبي بتحقيق محمد محيي الدين عبد الحميد - مكتبة محمد علي صبيح وأولاده مصر.
- 70- نظرية العقد، للدكتور عبد الفتاح عبد الباقي 1984.
- 71- نظرية العقد، للدكتور عبد الرزاق السنهوري، المجمع العلمي العربي الاسلامي، منشورات محمد الداية - بيروت.
- 72- نظرية العقد، للدكتور عبد المنعم فرج الصدة 1974 - دار النهضة العربية للطباعة والنشر - بيروت.
- 73- نظرية الالتزام في القانون المغربي، للدكتور احمد حسن البرعي - الشركة الجديدة دار الثقافة - الدار البيضاء - المغرب - الطبعة الاولى (1404 هـ - 1981 م).
- 74- نظرية الالتزامات، للدكتور مأمون الكزبري - الطبعة الثانية - بيروت 1972.
- 75- النظرية العامة للموجبات والعقود، للدكتور صبحي محماني دار العلم للملايين - بيروت.
- 76- نيل الأطار شرح منتقى الأخبار ل محمد بن علي بن محمد الشوكاني (ت 1255 هـ).

- السنهوري المجمع العلمي العربي الاسلامي - منشورات محمد الداية - بيروت
- 57- مغني المحتاج الى معرفة معاني الفاظ المنهاج، شرح الشيخ محمد الخطيب الشربيني على متن منهاج الطالبين، لأبي زكرياء شرف النووي - دار الفكر.
- 58- مقدمات ابن رشد الجدل، ابي الوليد محمد بن احمد (ت 520 هـ) طبع الأوفست دار صادر - بيروت.
- 59- مواهب الجليل شرح مختصر خليل، لأبي عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي المعروف بالخطاب (ت 954 هـ) مكتبة النجاش - ليبيا.
- 60- المبسوط، لشمس الدين السرخسي - الطبعة الثانية - دار المعرفة للطباعة والنشر بيروت.
- 61- المجموع تكملة شرح المهذب، لعلي بن عبد الكافي السبكي (ت 657 هـ) الناشر زكريا علي يوسف - مطبعة الامام بمصر.
- 62- المحلى، لابن حزم ابي محمد علي بن احمد.. القرطبي الأندلسي الظاهري، بتصحيح محمد خليل هراس عبد الحميد - مكتبة محمد علي صبيح وأولاده - مصر.
- 63- المدخل في التعريف بآلله الاسلامي، للدكتور محمد مصطفى شلبي (1401 هـ - 1981 م) - دار النهضة العربية للطباعة والنشر - بيروت.
- 64- المدخل الفقهي العام، للشيخ مصطفى احمد الزرقاء - الطبعة التاسعة - مطابع ألف باء- الأديب دمشق 1967 - 1968.
- 65- المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي، لأحمد بن محمد بن علي القرني الفيومي (ت 770 هـ) - المكتبة العلمية.
- 66- المغني في شرح الخرقى، لابن قدامة الحنبلي، عبد الله بن احمد بن

4 - فهرس الموضوعات

3	تقديم.....
5	افتتاحية.....
5	"نظرية العقد في الفقه الإسلامي من خلال عقد البيع".....
8	فصل تمهيدى:.....
8	نشأة العقد.....
9	تعريف العقد.....
10	للعقد معنيان: خاص وعام.....
10	المعنى الخاص.....
11	المعنى العام.....
11	الفرق بين العقد والالتزام والتصرف.....
12	مقارنة بين تعريفى العقد الفقهي والقانوني.....
14	تقسيم العقد وتصنيفه.....
14	أولاً: تقسيم العقد الى مشروع وغير مشروع.....
14	أ) العقد الصحيح.....
15	ب) العقد غير الصحيح.....
15	أنواع العقد الصحيح:.....
16	- النافذ.....
16	- الموقوف.....
16	أنواع العقد النافذ:.....
16	- لازم.....

القسم الأول:

31 الأسباب والأحكام العامة لعقد البيع في الفقه الإسلامي

33	الباب الأول:
33	أسباب صحة عقد البيع وآثاره
35	الفصل الأول:
35	أركان عقد البيع وشروطه .. وشروط نفاذه ولزومه
35	المبحث الأول:
35	أركان عقد البيع وشروطه
37	المطلب الأول: شروط العقد
37	1- أهلية التعاقد: مراحل: أهلية الإنسان حسب أطوار نشأته:
38	أ) مرحلة الجنين
39	ب) مرحلة الصغير غير المميز
39	ج) مرحلة الصغير المميز
41	د) مرحلة البلوغ
45	هـ) مرحلة الرشد
51	2- علم كل واحد من العاقدین بما صدر عن الآخر
51	3- صدور الإيجاب من طرف والقبول من طرف آخر
53	المطلب الثاني: شروط العقود عليه
53	1- أن يكون العقد عليه قابلاً لحكم العقد شرعاً
54	أ) أن يكون البيع موجوداً
54	ب) أن يكون البيع ملاً مقوماً
54	ج) أن يكون مملوكاً في نفسه
54	د) أن يكون مقدور التسليم عند العقد

17	- غير لازم
17	ثانياً: تقسيم العقود الى مسماة وغير مسماة:
17	- العقود المسماة
17	- العقود غير المسماة
18	ثالثاً: تقسيم العقود الى عينية وغير عينية
18	- العقود العينية
19	- العقود غير العينية
19	رابعاً: تقسيم العقد باعتبار اتصال الأثر به وعدم اتصاله
19	- العقد النجز
19	- العقد المضاف للمستقبل
20	- العقد المعلق على شرط
20	خامساً: تقسيم العقود بالنظر الى غاياتها وأغراضها
20	1- التملكيات
20	2- الاستقاطات
21	3- الاطلاقات
21	4- التقييدات
21	5- التوثيقات
21	6- الاشتراك
21	7- الحفظ
22	مكانة عقد البيع بين بقية العقود
22	- تعريف البيع:
24	- حكمة مشروعية البيع
25	- البيع من ضرورات الدنيا والدين
26	- البيع رأس عقود المعاوضات

81	المطلب الخامس: الشروط الراجعة الى العقد منها:
81	1- ألا يكون العقد ممنوعا بمقتضى نص شرعي تحت طائلة البطلان
82	2- أن يستوفي العقد شرائط انعقاده الخاصة
83	3- أن يكون العقد مفيدا
84	المطلب السادس: شروط صحة البيع
85	أ) الشروط العامة
87	ب) الشروط الخاصة
89	المبحث الثاني: شروط نفاذ البيع ولزومه
89	المطلب الأول: شروط النفاذ
89	1- الملك أو الولاية
89	2- ألا يكون في المبيع حق لغير البائع
90	المطلب الثاني: شروط لزوم البيع
91	1- أن يكون خاليا من أحد الخيارات
91	2- أن يكون غير مشوب بأحد عيوب الإرادة
93	3- أن يكون عقد البيع ... قد استوفى زمن خيار المجلس
95	الفصل الثاني: آثار عقد البيع وإحكامه
95	تمهيد: آثار العقد الخاصة والعامة
96	1- النفاذ
97	2- اللزوم
101	المبحث الأول: نطاق العقد
101	المطلب الأول: اشخاص العقد
102	أولا: العاقدان
102	ثانيا: النوب عنه

55	المطلب الثالث: صيغة عقد البيع وشروطها
56	أساليب الصيغة:
56	أولا: التعبير باللفظ:
56	ترتيب صيغ التعبير اللفظي لانجاز العقد
59	ثانيا: التعبير بالبائاتل عن الصيغة اللفظية
59	أ) التعاقد بالمعاطاة
62	ب) الاشارة
64	ج) الكتابة والرسالة
65	د) السكوت
70	شروط الصيغة
70	1) موافقة القبول بالإيجاب
71	2) اتصال القبول بالإيجاب، ويشترط لتحقيق معناه ثلاثة شروط فرعية:
72	- الشرط الاول: ان يكون الإيجاب والقبول في مجلس واحد
73	- الشرط الثاني: ألا يصدر من احد العاقدين ما يدل على اعراضه عن العقد
74	- الشرط الثالث: بقاء الإيجاب صحيحا الى وقوع القبول
75	المطلب الرابع: السبب الباعث على العقد
75	- السبب في العقود
77	- مشروعيته
78	- اتجاهان فقهيان في السبب بمعنى الباعث
78	أولا: الاتجاه الموضوعي
79	ثانيا: الاتجاه الذاتي

150	- تخلف احد اركان العقد
150	1- أن يكون احد المتعاقدين فاقد الأهلية
150	2- أن تكون الصيغة غير سليمة
150	3- أن يكون محل العقد غير قابل لحكم العقد شرعا
151	- تخلف شرائط أركان العقد
151	أ- تخلف شرائط الصيغة:
151	1- انعدام توافق الإيجاب والقبول
151	2- انعدام اقتران الإيجاب والقبول
153	أ) الا يتحد مجلس الإيجاب والقبول
154	ب) ان يصدر من احد العاقدين ما يدل على امراضه
154	ج) ان يرجع الموجب في ايجابه قبل قبول الآخر
156	ب- تخلف شرائط التعاقد:
156	1- تخلف الأهلية وأسباب فقدانها
157	2- تخلف ولاية التصرف او الملك عند الشافعية والحنبالية والظاهرية
158	3- عدم رضا التعاقد
159	ج- تخلف شرائط العقود عليه (محل العقد)
160	1- أن يكون العقود عليه غير طاهر العين
166	2- أن لا يكون العقود عليه موجودا ومعينا
169	3- أن يكون غير مقدور التسليم
169	4- أن يكون غير مملوك في نفسه
169	د- عدم مشروعية السبب:
171	المبحث الثاني: النهي الشرعي عن وصف خاص في العقد

103	ثالثا: الخلف العام في الحقوق الواجبة للعاقد
105	رابعا: الخلف الخاص
107	خامسا: الدائتون
108	سادسا: تصرفات تقتضيها الضرورة
109	المطلب الثاني: مضمون العقد
109	البند الأول: تفسير العقد
112	البند الثاني: تحديد مضمون العقد (أو الالتزامات العقدية)
115	المبحث الثاني: القوة للزمة لتنفيذ العقد
115	تمهيد: متى تثبت صفة اللزوم للعقد ؟
118	المطلب الأول: احكام تنفيذ العقد
124	المطلب الثاني: أثر العذر والجائحة على لزوم العقد
129	المبحث الثالث: المسؤولية العقدية
129	عناصر المسؤولية العقدية:
129	الخطأ العقدي -الضرر- سببية الخطأ في الضرر
130	أولا: الخطأ العقدي
133	ثانيا: الضرر المضمون بالعقد
135	ثالثا: سببية الخطأ في الضرر
139	الباب الثاني : أسباب بطلان عقد البيع وعدم نفاذه ولزومه
140	تمهيد: تعريف عقد البيع الباطل والفساد
144	- سبب الاختلاف في مرتبة الفساد
146	- مراحل تدريج العقد من البطلان الى الصحة
149	الفصل الأول: أسباب البطلان
150	المبحث الأول: خلل في الاركان والشروط

201	خامسا: تحريم البيع وقت النداء لصلاة الجمعة
205	الفصل الثاني: أسباب عدم النفاذ وال لزوم
205	تقديم:
207	البحث الأول: أسباب عدم النفاذ
207	المطلب الأول: ناقصو الأهلية
207	1- الصغير المميز
209	2- المعتوه المميز
209	3- السفه
211	4- ذو العقله
213	المطلب الثاني: عدم الولاية
213	1- عقد الفضولي
215	2- تعلق حق الغير بالمحل
216	المطلب الثالث: التصرف الضار بحق الغير:
216	أ) المديونية
218	ب) مرض الموت
223	البحث الثاني: أسباب عدم اللزوم
223	تقديم:
225	المطلب الأول: شوائب الإرادة
226	أولا: الإكراه عند المالكه
229	ثانيا: الخلابة
230	أ) الخيانة
231	ب) التناجش
233	ج) التعرير
235	ثالثا: الغلط

172	أولا: ان يكون العقد ممنوعا بقتضى نص شرعي تحت
172	طائلة البطلان
173	ثانيا: الربا:
173	- معنى الربا لغة وشرعا
176	- أقسامه
177	- الإجناس الربويه
177	- علة الربا في التقدين والمطعومات
178	- العقود التي يدخلها الربا
179	- الربا الجلي والخفي
182	- معنى سد الذرائع ودالاه
184	- أمثلة من الذرائع
189	ثالثا: الغرر
190	- دليل تحريم الغرر
191	- أنواع الغرر
192	- مسائل الغرر المنصوصة بنهي خاص
192	1- بيع الحصاة
192	2- بيع الملامسة والنايذة
193	3- بيع جبل الحيلة
194	4- بيع الثمار والحبوب قبل بدو صلاحها
195	5- النهي عن العريان
196	6- بيع الأعيان الى أجل
196	رابعا: الشرط المفسد للعقد والثنيا
196	أ) الشرط المفسد
200	ب) الثنيا

القسم الثاني:

المقود المسيرة لعقد البيع في الأحكام العامة

265	
266	 تقديم:
269	 الباب الأول: المقود المسيرة للبيع في أسباب صحته وآثاره
271	 الفصل الأول: المقود المسيرة للبيع في أسباب الصحة
273	 المبحث الأول: الإجارة
277	 المبحث الثاني: الشفعة
279	 المبحث الثالث: القسمة
281	 المبحث الرابع: الصلح
285	 الفصل الثاني: المقود المسيرة للبيع في الآثار والأحكام
285	 تقديم:
285	 - النفاذ
286	 - اللزوم
287	 المبحث الأول: نطاق العقد
287	 المطلب الأول: اشخاص العقد
288	 1- النوب عنه
289	 2- الخلف العام (الورثة والموصى له)
290	 - التمييز بين الحقوق الناشئة عن العقد والديون المترتبة عليه
290	 3- الخلف الخاص
291	 4- الدائتون
292	 المطلب الثاني: مضمون العقد
293	 - الوجه الأول: تفسير العقد
294	 - الوجه الثاني: الالتزامات العقدية

236	 - الغلط قسما: جلي وخفي
236	 - القسم الأول: الغلط الجلي
239	 - القسم الثاني: الغلط الخفي
240	 رابعا: الغبن
244	 المطلب الثاني: حالة الخيارات العقدية
244	 1- خيار الشرط
248	 2- خيار التعيين
251	 3- خيار الرؤية
255	 4- خيار العيب
260	 المطلب الثالث: حالة الفساد عند الحنفية
260	 أ- الأسباب الخاصة
261	 ب- الأسباب العامة
261	 1- الجهالة
261	 2- الغرر
261	 3- الإكراه
262	 أثر العقد الفاسد:
262	 أولا: بثوت الملك في المقود عليه، اذا اتصل به القبض
262	 ثانيا: على الماقدين فسخ العقد الفاسد قبل القبض وبعده

الفصل الثاني:

343	أسباب عدم النفاذ وللزوم في العقود المسايمة للبيع
343	المبحث الأول: أسباب عدم النفاذ
343	المطلب الأول: نقصان أهلية العقاد
345	المطلب الثاني: تعلق حق الغير بالعقد عليه
345	1- عقد الفضولي:
346	2- العقد على الشيء المرهون أو المأجور
347	المبحث الثاني: أسباب عدم اللزوم
347	- الحالة الأولى: شوائب الإرادة
348	1- الإكراه
350	2- الغلط في الوصف
351	3- التليس أو التغيرير
352	4- الغبن
353	- الحالة الثانية: الخيارات العقدية
354	1- خيار الشرط
356	2- خيار التعيين
357	3- خيار الرؤية
359	4- خيار العيب
361	- الحالة الثالثة: فساد العقد عند الحنفية
362	أ) الجهالة الفاحشة:
364	ب) الغرر
365	ج) الإكراه عند أبي حنيفة

297	المبحث الثاني: القوة الملزمة للعقد
297	المطلب الأول: أحكام لزوم العقد
299	- الفقرة الأولى: أحكام تنفيذ العقد
299	- الفقرة الثانية: أثر العذر والجاهة على اللزوم في العقود
319	المبحث الثالث: المسؤولية العقدية في العقود المسايمة للبيع
319	تقديم:
319	عناصر المسؤولية العقدية
320	أ) الخطأ العقدي
320	ب) الضرر المضمون بالعقد
321	ج) سبب الخطأ في الضرر
321	الباب الثاني:
323	أسباب بطلان العقود المسايمة للبيع وعدم نفاذها ولزومها
323	تقديم:
325	الفصل الأول
325	أسباب بطلان العقود المسايمة للبيع
325	المبحث الأول: خلل في أركان وشروط .. العقد
325	المسايمة للبيع
331	المبحث الثاني: تحريم العقود المسايمة للبيع بالنص
331	الشرعي
331	- الربا:
334	- الغرر والجهالة
336	- الشرط المفسد
340	- العقد وقت النداء يوم الجمعة

398		ب) شرط وجود العقود عليه (المحل) في الفقه الإسلامي
402		2- المحل معين أو قابل للتعين
402		أ) في القانون الوضعي
404		ب) في الفقه الإسلامي
409		3- صلاحية المحل للتعامل فيه
409		أ) عدم صلاحية المحل للتعامل فيه في القانون الوضعي
412		ب) عدم صلاحية المحل للتعامل فيه في الفقه الإسلامي
415		المطلب الثالث: نظرية السبب في القانون والفقه الإسلامي
415		- تعريف سبب الالتزام وسبب العقد في القانون
416		- ركنية السبب وشروطه
417		- لمحة تاريخية عن نشأة نظرية السبب
419		- النظرية التقليدية في السبب
423		- نظرية السبب الحديثة
426		- فكرة السبب في الفقه الإسلامي
426		- اتجاهان فقهيان في فكرة السبب
427		أ) أمثلة للاتجاه الموضوعي
429		ب) أمثلة للاتجاه الذاتي "الذاتي"
433		المبحث الثاني: مقارنة القانون الوضعي بالفقه الإسلامي في عيوب الرضا
434		- عيوب الإرادة بين الفقهاء

367		القسم الثالث: المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي في أحكام العقد العامة
-----	-------	---

369		الباب الأول: أحكام العقد من حيث تكوينه
369		تقديم: نظرية العقد وتعريفه في الفقه والقانون
369		1- المقصود بنظرية العقد
370		2- معنى العقد في الفقه والقانون
377		الفصل الأول: العقد وأركانه وشروطه
377		المبحث الأول: أركان العقد وشروطه في الفقهاء الإسلامي والوضعي
378		المطلب الأول: التراضي (أو الصيغة) بين الفقهاء
380		1- التعبير الصريح
381		2- التعبير الضمني
381		3- السكوت
382		- صيغة العقد في الفقه الإسلامي
386		- نطاق الإيجاب والقبول
388		- نظرية مجلس العقد في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي
393		- متى يتم التعاقد بين الغائبين في الفقهاء؟
395		المطلب الثاني: محل العقد بين الفقهاء
396		1- وجود المحل أو إمكان وجوده:
396		أ) وجود المحل أو إمكان وجوده في القانون الوضعي

463	أ) فكرة الفرر في الفقه الإسلامي: عقد الاستصناع
464	وعقد السلم
467	ب) فكرة الفرر في الفقه الغربي:
467	المبحث الثاني: الشروط المقترنة بالعقد:
467	أ) الشرط الصحيح والشرط الفاسد في الفقه الإسلامي
468	ب) الشروط في الفقه الغربي:
470	المبحث الثالث: الربا
470	- نظرة عن تحريم الربا في الديانات السماوية
475	- الفقه الإسلامي، وتطور التعامل بالربا
478	- اتجاهان متعارضان في الربا
480	الاتجاه المحافظ بأحكام المذهب الفقهية في الربا
484	الاتجاه المتحرر من أحكام المذهب الفقهية في الربا
486	- موقف الفقه الإسلامي من الربا في العصر الحاضر
487	- موقف التقنيات الحديثة العربية من الربا
491	الفصل الثالث: مراتب تدريج العقد إلى الصحة وللزوم بين الفقهاء الإسلامي والغربي
491	تقديم:
491	المبحث الأول: العقد الباطل
493	المبحث الثاني: العقد الفاسد، ونظرية المظهر الخادع يحمي المخدوع
497	المبحث الثالث: العقد الموقوف، والعقد القابل للإبطال
503	المبحث الرابع: العقد غير اللازم في الفقه الإسلامي وما يقابله في الفقه الغربي

434	المطلب الأول: الغلط
434	أ) الغلط في القانون الوضعي
436	- النظرية الحديثة في الغلط
437	- من شروط وجود الغلط في القانون الوضعي
439	ب) الغلط في الفقه الإسلامي
440	- أنواع الغلط في الفقه الإسلامي
441	مقارنة الفقه الإسلامي بالقانون الوضعي في الغلط المانع
443	والفقه الغربي
446	المطلب الثاني: التدليس
446	أ) التدليس في الفقه الغربي
450	ب) التدليس أو التعرير في الفقه الإسلامي
452	التدليس الصادر من الغير
453	المطلب الثالث: الإكراه في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي
455	- عناصر الإكراه
457	- مكانة الإكراه في الفقه الإسلامي
458	- الإكراه لا يتحقق إذا كان لفرض شرعي
461	الفصل الثاني: قيود تقتضي بالعقد، فيعاقب النظر إلى تأثيرها في بطلانه وصحته في الفقه الإسلامي والفقه الغربي
463	تقديم:
463	المبحث الأول: فكرة الفرر في الفقهاء: الإسلامي والغربي

فكرة العذر والجوائح في الفقه الإسلامي، وحالة الظروف الطارئة في القانون المعاصر	523
المطلب الثاني: شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة	524
المبحث الثالث: المسؤولية العقدية	527
المطلب الأول: المسؤولية العقدية في القانون الوضعي	528
- أركان المسؤولية العقدية	528
1- الخطأ العقدي	528
2- الضرر	529
3- علاقة السببية بين الخطأ والضرر	530
المطلب الثاني: المسؤولية العقدية في الفقه الإسلامي	531
1- الخطأ العقدي	531
أ) أمثلة من الالتزام بتحقيق غاية في الفقه الإسلامي	532
ب) أمثلة من الالتزام ببطل عناية في الفقه الإسلامي	536
2- الضرر في الفقه الإسلامي	541
- الخراج بالضمان	542
- الأجر والضمان لا يجتمعان	542
- متى يعرض عن الضرر في الفقه الإسلامي ؟	543
- اتجاه ملحوظ في الفقه الإسلامي نحو التعويض عن المنفعة	545
3- علاقة السببيين الخطأ والضرر	546

504 - الخيارات الأربعة	504
504 - العقد غير اللازم والعقد القابل للإبطال في عيوب الإرادة بين الفقهاء	504
505 إشارة موجزة إلى مقابلات أخرى في الصناعة الفنية بين الفقهاء	505
الباب الثاني	
508 آثار العقد بين الفقهاء الإسلامي والغربي من جهة الموضوع والأشخاص	508
508 تقديم:	508
509 الفصل الأول: آثار العقد بالنسبة إلى الموضوع	509
509 المبحث الأول: تفسير العقد وتحديد نطاقه	509
المطلب الأول: تفسير العقد في الفقهاء الحديث والإسلامي	509
509 1- تفسير العقد في القانون الحديث	509
512 2- تفسير العقد في الفقه الإسلامي	512
المطلب الثاني: تحديد نطاق العقد في الفقهاء الإسلامي والوطني	516
516 1- تحديد نطاق العقد في الفقه الإسلامي	516
518 2- تحديد نطاق العقد في القانون الوضعي	518
519 - مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي	519
المبحث الثاني: الزام العاقد بتنفيذ العقد في جميع ما اشتمل عليه	521
المطلب الأول: القوة الملزمة للعقد وأمر مستثناة منها	521

- 561الخاص ؟
- 561 - الوصى له بعين معينة
- 565 المبحث الثاني: الدائنون
- 565 - كيفية انصراف أثر العقد الذي يبرمه المدين الى الدائن
- 565 - الدعوى "البولصية"
- 566 - شروط الدعوى "البولصية"
- 567 اشتغال الفقه المالكى على الأسس التي تقوم عليها الدعوى "البولصية"
- 567 - التحجير على المدين للإفلاس، وشهر اعساره
- 568 - متى يصبح الدائن غيرا في تصرفات المدين ؟
- 569 - كيف يتم الحجر في الفقه الإسلامي ؟
- 571 المبحث الثالث: أثر العقد بالنسبة الى الغير
- 571 (أ) أثر العقد بالنسبة إلى الغير في الفقه الغربي ..
- 571 - الحالة الأولى: الإلتزام عن الغير بشرط إقراره إياه :
- 574 - الحالة الثانية: الإشتراط لمصلحة الغير
- 576 ب) أثر العقد بالنسبة إلى الغير في الفقه الإسلامي
- 576 - لا يسرى العقد في حق الغير في الفقه الإسلامي
- 576 - مراجعة التعهد عن الغير في الفقه الإسلامي

- 546 (أ) السبب الاجنبي في الفقه الاسلامي
- 546 - القوة القاهرة أو الآفة السماوية
- 547 - خطأ الضرور
- 547 - خطأ الغير
- 548 ب) أثر السبب الأجنبي في الضمان:
- 548 - التمييز بين يد الأمانة ويد الضمان في الفقه الإسلامي
- 549 - السبب الأجنبي يبقى الضمان في يد الأمانة لا في يد الضمان
- 551 الفصل الثاني: آثار العقد بالنسبة الى الأشخاص في الفقهاء الاسلامي والوضعي
- 551 تهديد: من ينصرف اليه أثر العقد ؟
- 552 المبحث الأول: الخلف العام والخلف الخاص
- 552 (أ) الورثة
- 553 - التركة وممتلكاتها في الفقه الاسلامي
- 554 - هل تنتقل ديون المورث الى الوارث ؟
- 557 - استثناءات الحقوق التي لا تنتقل الى الوارث
- 557 - الحقوق غير المالية
- 558 - الحقوق المالية المتصلة بمشئنة المورث
- 559 ب) الوصى له:
- 559 - حكم الوصى له بجزء من مجموع التركة هو حكم الوارث
- 560 - انصراف أثر العقد الى الخلف الخاص:
- 560 - متى ينصرف أثر العقد الى الخلف

577	مراجعة الاشتراط لمصلحة الغير في الفقه الإسلامي
579	خاتمة البحث
583	الفهارس العامة
585	1 - فهرس آيات القرآن الكريم
589	2 - فهرس الأحاديث النبوية الشريفة
593	3 - فهرس المصادر والمراجع
601	4 - فهرس الموضوعات

2609

احمد بن طلالين
استاذ في الحقوق

A.8.1

رقم الإيداع القانوني: 1994 / 62

رقم.ك : 5 - 06 - 826 - 9981

مطبعة فضالة

3 رتبة ابن زيد بن المحمدي (المغرب)
الهاتف : 32.46.45 / 32.46.43 (03)
تليكس M 24910 — فاكس : 32.46.44 (03)