

النظريّة القامّة

للمؤرّخين والباحثين
في التاريخ والعلوم

في الشريعة الإسلاميّة

بمقتضى مقارن في المناهج المختلفة والعقائد القديمة

المهاجر الدكتور صبحي محمصاني

عضو المجمع العلمي العربيّة

الأستاذ في كلية الحقوق الفرنيّة في بيروت

المجمع الأفرنجي

يبحث في التصرفات الشرعيّة بوجوبها
وفي التصرفات الفعلية والأعمال غير البتة

دار العلم للملايين

بيروت



كتابه المصنف في التاريخ والعلوم
والأدب والسياسة
رقم التسجيل 6077
رقم المكتبة 3 مدني

مقدمة الطبعة الثانية

كانت الغاية من تصنيف هذا الكتاب استخلاص النظرية العامة للائتمام في الشريعة الإسلامية على ضوء مذاهبها المختلفة ، وذلك بلغة النظريات المعاصرة وبجادة الأسلوب الفقهي الجديد ، تسهلاً للقارئة والقابلة بين التراث العربي القيم وبين مبادئ القانون الحديث .

وقد صدرت الطبعة الأولى من الكتاب منذ قرابة ربع القرن . وكان الإقبال عليها كبيراً ومشجعاً ، بحمده تعالى ، إذ نفذت نسخها بسرعة بعد بضعة سنوات .

ثم ازداد الالتجاح بطلب إعادة طبع الكتاب ، لا سيما في الآونة الأخيرة ، بمناسبة النهضة الفقهية والقانونية الجديدة في البلاد العربية ، على أثر استقلالها وإعادة النظر في تنظيماتها وتجديدها تشريعياً . وكذلك تزداد الطلب إلى سائر البلاد الإسلامية ، فنقل الكتاب إلى الإيرانية عام ١٩٦٨ .

هذا ما أوجب إخراج هذه الطبعة الثانية ، وقد حرص على بقائها كسابقتها ، من حيث الحجم والترتيب والمضمون ، محافظة على غايات الكتاب الأصلية ، وتورعاً من التطويل الذي قد يستر الإطلاع ويمطل الفائدة المنشودة ، وذلك طبعاً باستثناء بعض التنقيح البسيط أو الزيادة الطفيفة ، الذين اقتضتها إعادة الطبع .

ونرجو أن تسهم هذه الطبعة بعض الإسهام في إحياء العلوم الشرعية ، وإعطائها ما تستحقه من العناية ، وإظهار كمونها على وجهها الصحيح . أما الأعمال بالنيات . وكفى بالله علماً .

صباحي محصاني

بيروت في ٢٠ محرم ١٣٩٢

الموافق ٦ آذار ١٩٧٢

بمطبع مطبعة عمارة بيروت

الطبعة الثانية

١٩٧٢

مقدمة الطبعة الاولى

ليست الغاية التي قصدت اليها من تأليف هذا الكتاب ان اجمع في جامع واحد المذاهب الاسلامية في العقود والموجبات ، لان ذلك يتطلب مجاميع عديدة ومجلدات لا تحصى . انما الغاية من وضع كتابي هي استخلاص النظرية العامة للالتزام في الشريعة الاسلامية ، ومقارنتها بالنظرية العامة المعروفة في القوانين المدنية المصرية .

وانا لا ادعي ان المسلمين في دراساتهم الفقهية نظفروا من حيث الاسلوب الى نظرية عامة تشبه النظرية الحديثة . بل انهم على العكس لم يفعلوا ذلك لان هئذ النظرية رومانسية الاصل ، وان الفقه الاسلامي لم يتأثر مبدئياً ببقية الرومان ، كما اثبت في كتاب و فلسفة التشريع في الاسلام ، ، ولان للمسلمين اسلوبهم العلمي ونهيم الفهم الخاص .

غير ان هذا التباين في الاسلوب الشكلي لم يستتبع تبايناً كبيراً في الجوهر . وما غابني هنا الا ان اسمي الى جمع المبادئ العامة للالتزام في الشريعة الاسلامية ، والى اخراجها في لغة النظريات الحديثة او في حاة الاسلوب الحديث . ولا أنكر جهود من سبقني في هذا البحث الواسع الشاق . ولكن لا بد من الملاحظة ان تلك الجهود كانت محصورة بوجه عام في ناحية من النواحي فقط او في مذهب من المذاهب فمذهب . واني لا ارى البحث في مذهب واحد كافياً للوصول الى تصوير النظرية الاسلامية الحقيقية ، بل لا بد لذلك من الايام بالمذاهب المختلفة جميعاً ، حتى تصح بعدئذ مقارنة النظريات الاجنبية بالشريعة الاسلامية بكاملها لا بمذهب واحد منها .

والذين اقتصر بالكتابة لاجلهم .
 ولا شك في انه لا يجوز الحكم على شريعة من الشرائع الا بالنقاس الى الزمن
 والظروف التي وجدت فيها ، ولا يصح النظر الى شرائع الماضي بمنظار الحاضر ،
 كما انه لا يصح تقدير شرائع اليوم بمبار المستقبل . واني اعتقد ان في الشريعة
 الاسلامية ، بمجموعها وعلى اختلاف مذاهبها ، احكاماً عامة تصلح لان تكون
 اساساً لنظرية عامة في الائتوام . واذا كان في بعض المسائل الفرعية فراغ او نقص
 او خلاف ، فذلك سببه اختلاف الازمنة والامكنة واختلاف النهج الفقهي
 الاسلامي .

والحاصل ان هذه الشريعة الفراء ليست من الجود بحيث زعم بعض الجبهة . بل
 هي قابلة لان تسير التطور الاجتاعي وان تجاري كل مدينة وحضارة ، لانها بعبارة
 الفقهاء، شريعة كل زمان ومكان ، ولانه لا ينكر تغير الاحكام بتغير الازمنة
 والامكنة والاعداد .

ولست اقول ذلك تعصياً . مني للشريعة الاسلامية . انما اقوله لانه لا يجوز انتكار
 الحقائق العلمية الثابتة ، ولا طمس هذه الحقائق او تشويهها ، كما فعل نفر من الناس ،
 بضاعتهم بعض المصادر الناقصة أو المغلوطة . إذ يدعون معرفة هذه الشريعة ، بل
 يزعمون ان معرفتها وقف عليهم ، فيتخيلون الامام الأعظم أباً خيفة النهمان وغيره
 من الائمة مترجمين لفقهِ الرومان ، ويؤمنون ان ما يقنسه الشرق من قوانين الغرب
 الجديدة هو دليل على ان التاريخ يعيد نفسه في هذا المضار . ثم يكتبون
 ويستنجون كما تشاء أهواؤهم ، أو كما يليه عليهم اعتقاد المغلوط ، أو كما تؤهلهم
 له دراستهم السطحية .

وان كل هذا والله كان من العوامل التي دفعتني الى تأليف كتابي . وارجو
 ان اكون في النتيجة قد توفقت بعض التوفيق الى الغاية التي نشدتها . وحسي ان
 اكون على الاقل قد نقلت بعض ما خلفه العرب والمسلمون في ميدان العلوم الشرعية ،
 هذه العلوم التي تستحق منزلة سامية في تاريخ الانتاج الفكري في العالم بلا مرأ .
 وما توفيتني إلا بالله ، عليه توكلت واليه انيب .

بيروت ، ١٩٤٨

فوق ذلك فان في المقارنة والمقابلة بين المذاهب المتعددة ، كما في مقارنة
 نوع الحديثة ، ميداناً وسياً لسبرن الفكر الفقهي والبحث والاستفادة . ففي
 المذاهب جميعاً كثر لا يفتي من الآراء والنظريات ، المتوافقة حبناً والمتعارضة
 آخر ، والتي لا تخلو ابدأ من قيمة علمية وفلسفية عظيمة .

واني لا أنسى ولن أخفي ما وجدته في اثناء تصنيف هذا الكتاب من عقبات
 وريات ، وما اعتراني من بأس في بعض المسائل ، اما لعدم توافر المراجع فيها ،
 ناقص تلك المراجع . وكثيراً ما اختلفت الروايات في المذهب الواحد ،
 والبحث في التنقيب عن مصادرها وفي تحقيق اصحتها من الامور الصعاب .

ربما اوجب الزيادة في التدقيق والرجوع الى الكتب الاصلية المتوفرة في كل
 ب ماجاء في بعض كتب المقابلات في المذاهب الاسلامية ، لا سيما في المختصرات
 ، من اغلاط ربما نتجت عن عدم انتشار المراجع الاصلية او عدم طبعها او تعدد
 ال في المذهب الواحد . وأسف ان ارى بعض هذه المختصرات برغم اغلاطها
 جيت الى اللغات الاجنبية ، ونقل عنها المستشرقون ونفر قليل من الشرقيين
 سريين ، فكان ذلك سبباً للتشويش والضلل .

ولم يكن سبب الصعوبة قلة المراجع في بعض المسائل فحسب ، بل كان سببها
 : المراجع ايضاً في مسائل اخرى . حتى اقتضى الامر الرجوع الى اقدم تلك
 جمع واصحابها وضما جميعاً ومقارنتها بغيرها . ولن أنكر ما بذلت في هذا من
 ، وما لقيت من مشقة كادت تسير بي الى اليأس والقنوط .

ولست أقصد بكل ذلك الى ان أقدم أو أن أطلب فيما افقت من جهد
 دت من صبر ، ولا إلى ان أباسخ في قيمة عملي وتأنيبي . بل انما أقصد الى
 نذار عما قد يجده القاري الكريم من الخطأ أو النقص . وما العصة الا
 رحسده .

ولا يغتبر القاري . إذا ما ذكرت له بعض المسائل البديهية المعروفة في القوانين
 بته او في علم الحقوق او تاريخه ، لا سيما بعض احكام القانون الروماني او غير
 من المسائل التي لا تحتاج الى بيانه ولا توضيح . ولكن ذلك كان لا بد منه
 ، لتسهيل المقابلة التي هي اول مقاصد كتابي . وكان لا بد منه ايضاً لاجل تقريب
 ريات الحديثة الى بعض اخراني الشرقيين الذين لم يطلعوا عليها بتفصيل ،

هذا التعريف لم تأخذ به المجلة . ففيها والمال هو ما يبيل اليه طبع الانسان ، ويمكن اذخاره الى وقت الحاجة ، (المادة ١٣٦) . فلنتهم بهذا التعريف ، ولنعرفه الخلاف الواقع بشأنه في بعض المذاهب بزوي ان نخلل هنا الشروط المطلوبة في الشيء . ليكون مالاً عند الحنفيين ، او لتكون له ، كما يقولون ، صفة المالية . وهامي :
 اولاً - يجب الشيء ، بعبارة المجلة ، وان يبيل اليه طبع الانسان ، ، وبعبارة
 عصرية ، يجب ان تكون له ، كما قلنا ، قيمة تجارية . فيخرج من هذا ما ليس له مثل
 هذه القيمة ، كالخليفة او كالانسان الحر . وبمعناه قال الشافعي : « لا يقع اسم المال
 إلا على ما له قيمة يباع بها ويلزم مثله ^١ » . اما تعريف المجلة القريب ، فسيبه ربما
 كان لغوياً ، لقرب لفظ الميل من المال ، او ربما كان معنوياً ، لميل الانسان بطبعه
 الى المال والنموّل . وعلى كل فهذا التعبير منقول عن الكتب الفقهية الحنفية ^٢ .
 ثانياً - ينبغي ، كما جاء في تمة تعريف المجلة الذي ذكرناه ، ان يكون الشيء
 قابلاً للاذخار الى وقت الحاجة . وقد استنتج الحنفيون من هذا الشرط الذي
 أوجبه ان المنافع ، كحق السكنى والاستغلال وغيرهما ، لا تعد من الاموال
 لانها غير قابلة للاذخار . ولذا وضعوا في قواعد الكلية انه « لا تقوّم المنافع في
 نفسها » ^٣ . ولكنهم استثنوا من هذه القاعدة النفعة في عقد الاجارة ، واعتبروها
 مالا متقوماً . فخالقوا القياس في ذلك استثناءاً للضرورة والحاجة .

وتعليل هذه القاعدة نظري . قال السرخسي « ان صفة المالية للشيء ، انما تثبت
 بالنموّل ، والنموّل صيانة الشيء ، واذخاره لوقت الحاجة . والمنافع لا تبقى وقتين ،
 ولكنها امراض كما تخرج من حيز العدم الى حيز الوجود تتلاشى ، فلا يتصور فيها
 النموّل ، . ولكن هذا التعليل النظري غير عملي ، لان المذهب الحنفي يبي عليه
 قواعد اخرى ، فيها حرج كبير على الناس . منها ، كما سنرى في حينه ، ان الغاصب
 لا يضمن منفعة المنسوب . مثاله اذا استولى احد بدون عقد او بغير حق على دار
 او دابة لآخر ، فانه لا يجبر على اعطاء مالكها اجراً ولا تعويضاً ^٤ .

(١) كما نقله السويطي في كتاب الاشياء والنظام ، ص ١٩٧ .

(٢) راجع مثلا شرح المحوي على الاشياء والنظام ، ج ٢ ص ٢٠٩ .

(٣) راجع الجامع وشرحه ، ص ٣٢٩ .

(٤) راجع البسوط ، ج ١١ ص ٧٨ وما بعدها . استنتج المجلة من ذلك كما سنرى مال

الوقف ومال اليتيم والمال المد للاستغلال (راجع المواد ٥٩٦ - ٥٩٩) .

القسم الأول النصرفات الشرعية بوجه عام

الباب الأول كلمة عامة في المال وقصيمه

نصرف المال

ان علاقات الناس فيما بينهم في حياتهم الاجتماعية متشبكة معقدة . ولعل
 اكثرها اشتباهاً وتمقيداً المعاملات الشرعية المتنوعة .

وان هذه المعاملات بالجملة نرس ، عن بعد او عن قرب ، الافراد بذاتهم او بعلمهم .
 فالافراد ، سواء أنظر اليهم منفردين أم كجزء من العائلة او المجتمع ، يخضعون
 لطائفة من الاحكام تبين حقوقهم وواجباتهم ، وتسمى في الفقه الاحكام الاحوال
 الشخصية ، وهي خارجية عن دراستنا في هذا المقام .

أما اموال الناس وثروتهم فهي متصلة بموضوعنا عن النصرفات الشرعية ، بالنظر
 الى الحقوق المختلفة التي تركز عليها . فلا بأس إذن من ان نلم المأماً سريعاً بعناها
 وبأهم اقسامها .

وان المال في الفقه يختلف عن الشيء . فاذا كان كل مال شيئاً فليس كل شيء
 مالاً . فالشيء هو كل ما كان في الوجود . أما المال فهو الشيء المنصف بصفة او
 صفات معلومة .

ويطلق المال في تعريفه القانوني اليوم على كل ما كانت له قيمة تجارية . ولكن

مثل هذه الاشياء المحرمة مالا متقوماً ، لا بالنسبة الى المسلمين ولا الى غيرهم^١ . ولا شك في ان هذا الحكم تدبر في القانون العثماني ، يقتضى المادة ٦٤ المشار اليها .
 رابعاً - يشترط اخيراً للمال المتقوم ان يكون محرزاً . فان مالا يمكن احرازه ، كالمواشي والشمس والبحر وما اليها ، لا يمكن اعتباره مالا متقوماً . والسك في البحر غير متقوم لانه غير محرز ، ولكن اذا اصطد صار متقوماً بالاحراز (المجلة المادة ١٢٧) .

وقد أحسن الرومان بوضع الاشياء التي لا تقبل الاحراز خارج الاموال التي يملكها المرء وتؤلف ثروته ، واصابوا بوضعها في فئة خاصة ، تسمى « اشياء خارج الثروة »^٢ ، او الاشياء غير المملوكة .

والاول تقسم الى اقسام عديدة تختلف باختلاف القوانين وعصور التاريخ . وان يحثها المستفيض يقتضي مجالا اوسع من مجالنا هذا . لذا نكتفي منها بلهجة موجزة ، تبين اهمها وما ذكرته منها بحجة الاحكام المدنية . وهي : المتقولات وغير المتقولات ، المقدرات وغير المقدرات ، المثليات والقيميات ، الاعيان والمنافع .

المقولات وغير المقولات

المال نوعان : متقول وغير متقول .
 بالمقول في المجلة هو « الشيء الذي يمكن نقله من محل الى آخر ، فمثل النقود والعروض والحيوانات والمكيلات والموزونات » (المادة ١٢٤) .

وهذه الامثلة واضحة لا تحتاج الى بيان . فالحيوانات هي من الاموال المنقولة . وقد كانت من اهمها في القديم ، يوم كانت وحدها واسطة النقل والحمل والزراعة ، كما كان الامر عند الرومان الذين وضعوها في فئة الاشياء الثابتة^٣ ، وكما كان الامر عند العرب ، سواء في الجاهلية ثم بعدها ، اذ كانت الابل والحبل

(١) راجع البسوط (ج ١١ ص ١٠٢ - ١٠٥) ، والحلى لابن حزم (ج ٨ رقم ١٢٦٦) ، وشرح الخريزي على سيدي خليل (ج ٤ ص ٢٥٨) ، واختلاف الفقهاء للعربي (ص ١٦٠) ، والبيهقي (ج ٥ ص ٤٤٢) .

(٢) Res extra patrimonium . راجع كتاب غايوس النظم (القسم الثاني رقم ١) ، و Inst. G. II 1) ، وعمتاه في القانون المدني الفرنسي كتاب بلايول (ج ١ رقم ٢١٧٠) .

(٣) Res mancipi

لذلك لا غرو من ان نرى الامام الشافعي يخالف الحنفيين في هذه المسألة ، بر ان هذا الشرط الثاني في تعريف المال ليس بضروري ، ويرى « ان المنفعة مال رم فيضمن بالانلاف كالعين ، وبيان الوصف ان المال اسم لا هو مخلوق لاقامة لحنا به بما هو عندنا ، والمنافع منا او من غيرنا بهذه الصفة ، وانما تعرف مالية بالتمويل ، والناس معتادون نقول المنفعة بالتجارة فيها » . وقد ذهب الحنابلة المذهب ايضاً^١ .

وان الشافعي وابن حنبل واتباعهما كانوا على حق في هذا القول ، لانه اوفق بات الناس في الحياة الاجتماعية ، واقرب لمبادئ العدل والاقتصاد الصحيحة . افغ بلا ريب كانت ولا تزال من العناصر الرئيسية المعتبرة في تكوين قيسة نياه ، او هي كما قال عز الدين بن عبد السلام « الغرض الاظهر من جميع الوال »^٢ . فلا عجب من ان يكون لهذه المنافع من حيث هي قيمة مالية او المال المتقوم .

فاذن قد احسنت المادة ٦٤ من قانون اصول المحاكمات المحققة العثماني ، التي ت الجلة في هذه المسألة ، حيث نصت على ان « ما تعرف تدارله من الاعيان نافع والمحقوق على الاطلاق هو في حكم المال المتقوم » . وكذلك تعتبر المنافع الرومان^٣ وفي القوانين المصرية من الاموال ، ونسب الاموال غير الحسية بقها عن الاعيان او الاموال الحسية .

ثالثاً - من شروط المال المتقوم ان يكون ما يباح الانتفاع به (المجلة المادة ١) . فعند المسلمين ، لا يبعث الحر والحزير من الاموال المتقومة في حقهم ، لا يجل لهم الانتفاع بها . ولكنها عند الفقهاء كأبي حنيفة ومالك ان مالا في حق غير المسلمين ، كأهل الذمة ، الذين اعتادوا تداولها والاتجار . اما عند الشافعي وابن حنبل والبي نورد واتباع المذهب الظاهري ، فلا تعتبر

(١) انظر السرخسي في الموضوع المذكور ، والشرح الكبير (بذي القمعي ، ج ٥ ص ٤٣٩) .
 (٢) في كتاب قواعد الاحكام في مصالح الانام ، ج ١ ص ١٧٧ .

(٣) راجع كتاب النظم ليوسينيانوس (Inst. 2, 2) حيث جاء فيه : —
 « Res corporales quae tangi possunt, res incorporales quae tangi possunt »

كالتاج والقماش ، (المادة ١٣١) ، وكالتاج بعد قطعها ، وما الى ذلك .
 اما المال غير المنقول بلغة الجهة ، فهو العقار ، أي « ما لا يمكن نقله من محل
 إلى آخر كاللدور والاراضي » (المادة ١٢٩ من الجهة) ، أو ما لا يمكن نقله
 بدون ضرر أو تلف كالاشجار الواقعة قبل فصلها أو قطعها . ولكن البناء

والاشجار دون الأرض تعد من الاموال المنقولة ^١ .
 وقد قسمت الجهة العقار الى محدود وغير محدود . فالاول « هو العقار الذي
 يمكن تعيين حدوده واطرافه » (المادة ١٣٧) ، والثاني هو الذي لا يمكن تعيين
 حدوده واطرافه . ولكن هذا التقسيم لم يعد له اهمية كبيرة بعد اتباع نظام
 السجل العقاري في اكثر المناطق في لبنان وسوريا وفي معظم البلاد الراقية ،
 حيث مسحت المقارنات جميعاً وتحددت وتقيدت بصورة فيضية في سجل عقاري
 خاص ^٢ .

ومن الاشياء المنقولة ما يكون تابعاً ومخصصاً لمنفعة عقار ، كالحيوانات أو
 الادوات المدة للزراعة والمربطة بالاراضي الزراعية . فهذه الاشياء ، المنقولة في
 الحقيقة ، تعتبر في القوانين الحديثة في حكم المال غير المنقول ، توسعاً في تفسير معنى
 هذه الكلمة ، الذي اصبح يشمل أيضاً ما يكون من المنقولات منقلاً بغير المنقول
 اتصالاً اقتصادياً ، ان لم يكن مادياً . وتبرر هذا الحكم وحدة الغاية التي يشهد
 المالك عند ربط مساله المنقول بعقاره . فيفرض الاول بذلك تابعاً للثاني في وصفه
 وحكمه . وهذا جاء في قانون الملكية اللبناني السوري « ان المقارنات بالنظر الى
 الغاية المدة لها هي اشياء تعتبر بالنظر الى ذاتها كمنقولات ، غير انها تكون تابعة
 لذات المقارن . ويشترط فيها على كل حال ان تكون وذات المقارن المالك واحد ،
 وان تكون مخصصة لاستثمار العقار ، او بصورة اعم ، لمنفعة العقار الذي تكون هذه
 الاشياء تابعة له ، كالحيوانات المدة للزراعة والالات الزراعية الخ ... » ^٣ .

(١) انظر شرح علي جبير تحت المادتين ١٢٨ و ١٢٩ من الجهة .

(٢) راجع نظام السجل العقاري في سوريا ولبنان في القرارات ذات الارقام ١٨٦ - ١٨٩
 الصادرة في ١٥ اذار سنة ١٩٢٦ وتعدليتها في القرارات ٤٤ - ٤٦ ل . ر . الصادرة في ٢٠
 نيسان سنة ١٩٣٢ وغيرها .

(٣) المادة الثالثة من القرار ذي العدد ٣٣٣٩ .

الدواب عماد حياتهم الاقتصادية ، وكانوا يتفننون بها في اشعارهم وامثالهم ،
 كانت من ثم موضوع كثير من احكامهم ، وانثرت حولها مسائل عديدة ، واقعية
 فرضية ، كما سنرى في امثلة لاحصى وارده في المجلة وغيرها من الكتب الفقهية .
 ثم من اهم المنقول النقود . وهذه كانت ولا تزال عنوان الثروة واسطة
 لمباداة الاساسية .

ومن البيهيات التاريخية ان النقد بدأ بعد عهد المقايضة الفعلية ، وكان في اول
 الامر معدناً غير مسكوك ، يوزن عند كل معاملة كما نوزن السلع البسيطة
 لعادية . ثم عرف بعد ذلك النقد الرسمي المسكوك من المعادن المختلفة .

وقد بحثت المجلة في ذلك ، ونصت على ان « النقد جمع نقد ، وهو عبارة عن
 لذهب والفضة » (المادة ١٣٠) ، أي المسكوك منها . ونصت أيضاً على ان
 المسكوكات النحاسية الراجحة معدودة من النقود عرفاً ، (المادة ١٣٣٩) . اما
 نيز المسكوك من الذهب والفضة ، فقد عدته المجلة في حكم النقود ، اذا جرى
 التعامل به كواسطة للمباداة بين الناس عرفاً وعادة ، والا فهو في حكم العروض
 (المادة ١٣٤٠) .

هنا طبعاً في ايام المجلة وقبلها . اما اليوم ، وقد تغيرت الاحكام بتعبير الازمان ،
 ينطق النقد على جميع ما جرى التعامل به عرفاً او قانوناً كاداة للمباداة ، مهما كان
 نوعه . ولا شك في ان النقد الدارج في التجارة الداخلية أصبح رمزياً ، مؤلفاً من
 الورق الرسمي المطبوع ، حتى ان هذا النوع صار وحده مقبولاً في المعاملات في
 بعض البلاد ^١ .

وانواع أخرى من المنقولات هي المكبلات والموزونات ، اي التي تباع بالكيل
 والوزن ، كما سنوضح قريباً . فهذه بطبيعتها منقولة ، لان ما لا يمكن نقله لا يتصور
 فيه الكيل والوزن .

واخيراً العروض ، وهي جمع عرض (سكون الزاء او بتعريفها) . ومعناها
 لغة كل شيء سوى النقود ، واصطلاحاً كل ما بقي من الاموال المنقولة بعد ما
 ذكرنا . او بعبارة المجلة « هي ما عدا النقود والحيوانات والمكبلات والموزونات ،
 (١) منح الصائد بالنقد الذهب في لبنان بمقتضى القرار ذي الرقم ١٨ ل . الصادر في ١٦ ك ٢
 سنة ١٩٤٠ .

وقانون الاراضي والمعارات من أصعب الابحاث القانونية في معظم البلاد ،
بما في الشريعة الانكليزية ، وفي الشرائع الاخرى التي لا تزال في هذا الباب
: بالانظام الاقطاعي ^١ . وهي اقل تعقيداً في القانون الروماني والقوانين
روبية المأخوذة عنه . اما الشرع الاسلامي والقانون العثماني فقد اخذنا بنظام

لا يزال اثره الى اليوم رغم صدور قانون الملكية الجديد .
وتقسم المعارات في بلادنا بصورة عامة الى مملوكة وموقوفة واميرية ومتروكة

ات . ونحن نكتفي هنا بكلمة نعرف كلا من هاتين الاقسام ^٢ .

فالمملوكة ، او عقارات الملك ، هي ما كانت في ملك الافراد مع حق التصرف
لمنق بالمعين والنفقة . وقد حدها قانون الملكية الجديد بانها ، العقارات الكائنة
على مناطق الاماكن المبنية ، كما هي محدة ادارياً والقابلة للملكية المطلقة ،
مشتق من ذلك المعارات القائمة على اراضي حكومية جبل لبنان السابقة المستقلة ،
التي خاضة لاحكام العرف والعمادات المحلية ، (المادة ٥) .

والعقارات الموقوفة هي التي وقفها اصحابها وفقاً ذرياً او خيرياً ، بحيث لا تملك
تتها ، بل تصرف منفصلاً الى الجهات المعنية لها .

والعقارات الاميرية هي التي تكونت قبيلها للدولة ، ويعطى التصرف بها لطالبا
و دفع بدل ، يسمى قديماً رسم الطابو .

والاراضي المتروكة هي ، كما عرفتها المجلة ، و الاراضي القريبة من العمران ،
لك لاهالي مرعى ومختصلاً ومختطاً ، (المادة ١٢٧١) . وهي على نوعين المرفقة
لمجبة . فالاولى ، كما جاء في قانون الملكية الجديد ، وهي المعارات التي تخص
ولة ، ويكون بلجاعة ما حق استعمال عليها ، بميزات واتساع معينان وفاقاً
ادات المجبة او الانظمة الادارية ، (المادة ٧) . اما الثانية فهي و المعارات التي
من الدولة او البلديات وتكون جزءاً من الاملاك العامة ، (المادة ٨) .

واخيراً الاراضي الموات هي ، في المجلة ، و الاراضي التي ليست ملكاً لاحد ،

(١) لاجل الحصول على فكرة عامة عن مبادئ قانون الاراضي الانكليزي راجع كتاب
لقصة التاريخية لقانون الاراضي ، و (Holdsworth Introduction to Land Law) تأليف
ليوسورت Holdsworth ، طبع أكستورد ، سنة ١٩٢٧ .

(٢) راجع في تفصيل ذلك شروح علي جبير وعاطف بك على قانون الاراضي العثماني وكتاب
كلام الاراضي لديعيس المر (طبع القدس) وقانون الاراضي العثماني للعنلي (دمشق) .

ولا هي مرعى ولا مختطياً لقصة او قرية ، وهي بعيدة عن اقصى العمران ، يعني
ان جهير الصوت لو صاح من اقصى الدور التي في طرف تلك القصة لا يسمع منها
صوته ، (المادة ١٢٧٠) . وهي تصح ملكاً لمن يجيبها بالاذن السلطاني (المادة
١٢٧٢) . وقد خصصها قانون المصلحة بالاراضي الاميرية التي تخص الدولة ، ولا
تكون معينة ولا محدة ، فيجوز لمن يشئها اولاً ان يستحصل باذن الدولة على
حق افضلية ، ضمن الشروط المعينة في انظمة املاك الدولة ، (المادة ٩) .

المقدرات وغير المقدرات

تختلف الاموال في مقاديرها ، وتختلف في طريقة تعيين تلك المقادير . فتقسم
من هذه الناحية الى قسمين ، المقدرات وغير المقدرات . فالاولى تشمل اربعة انواع
من الاموال ، هي المكيلات والموزونات والمعدبات والمذروعات . والثانية تشمل
ما عدا ذلك .

فالمقدرات اذا هي الاموال التي تعرف مقاديرها بالكيل او الوزن او العدد او
الذراع . فيقال لا يكال الكيل والمكيل ، كبيض السائلات والمقولات التي تباع
كبيلاً . ويقال لا يوزن الوزني والموزون ، كالسكر والطعنين اليوم مثلاً . ويقال
لا يُعدّ العددي والعدود ، كالبيض وغيره . ويقال اخيراً لا يقاس بالذراع
الذري والمذروع ، كالقماش وما شابه ^١ .

ومن المقدرات ما لا يكون الا منقولاً ، كالكيكلات والموزونات كما قدمنا .
ومنها ما يكون منقولاً او غير منقول . فالمذروعات مثلاً تكون تارة منقولة ،
كالقماش ، وتكون تارة غير منقولة ، كالارض عندما تباع بالذراع او بشيئه من
مقاييس المساحة .

ولا بد من الاشارة الى ان العرف والعادة اهمية كبرى في تقسيم المقدرات .
فبينما كان البر والشهير من المكيلات في عهد النبي ، كما ثبت بالحديث الشريف الذي
ذكرناه في غير هذا الموضع ^٢ ، اذ بها اليوم من الموزونات في معظم البلاد .
وكذلك يباع اللبن في بعض البلاد وزناً فهو فيها من الموزونات ، ويباع في غيرها

(١) راجع المزد ١٣٢ - ١٣٦ من المجلة .

(٢) في كتابنا و فلسفة التشريع في الاسلام ، ص ٢١٢ .

بل فهو من الكيليات . واخيراً يعتبر البرتقال من العدديات فيباع بالعدد
خص مدن فلسطين مثلاً ، بينما هو من الموزونات في سوريا ولبنان .

وقد لاحظ القدماء هذه الظاهرة المرئية ، فروي ابن حزم ان وكل ذي عقل
ان حكم المبيعات يختلف في البلاد اشدة اختلاف . فما يوزن في بلدة بكال في
، كالعسل والزيت والدقيق والسنن . يباع الزيت والعسل ببغداد والكمرة
، ولا يباع شيء منها بالاندلس إلا كيلاً . ويباع السنن والدقيق في بعض
كيلاً ، ولا يباعان عندنا الا وزناً . والتبن يباع بوزن كيلاً ، ولا يباع
لبنه وقرطبة الا وزناً . وكذلك سائر الاشياء ،^١ .

والعرف والعادة أيضاً تأثروا على نوع المكاييل والموازين والمقاييس . فهذه جميعاً
باختلاف البلاد والاعصار . وهي من الظاهر الراسخة في معاملات الناس
بدم . فالانكليز مثلاً ، ولا غرو فهم من المحافظين المشهورين ، ينسكوت
نهم المألوفة في المقاييس مع اعترافهم بان القاعدة المترية اصح من قاعدتهم علمياً
ب منها علمياً . وكذلك في بلادنا كان الرطل والذراع والدمّة والقيوط اساس
ر المقدرات .

ولما اصدرت السلطة التشريعية في سوريا ولبنان القرار عدد ١٩١ ل.ر. بتاريخ
٢٦ سنة ١٩٣٥ بتقرير استعمال القاعدة العشرية والمترية للمبازات
كاييل والمقاييس ، بقي الناس يتعاملون سراً ، واحياناً جهراً ، بالمعايير القديمة
رودوها عن الاسلاف ، والتي لا بد من دمج طويلاً من الزمن لتقمها من
نعال ولاقرار القاعدة الجديدة مكانها .

الثلثيات و الفجيات

الاموال بعضها يشبه البعض الآخر قية ونوعاً ، وبعضها ينفرد عن غيره بقية
نوع أو بالقية والنوع معاً . فيقال اصطلاحاً الفئة الاولى الثلثيات والفجيات
ة القيسيات .

(١) الحجل ، ج ٨ ، رقم ١٤٧٩ من ٤٨٣ .
(٢) عم هذا القرار بقرار آخر رقم ١٩٢ ل.ر. الصادر بنفس التاريخ ، وعمل بالقرار
٢٢ ل.ر. الصادر في ٢٠ تشرين الاول سنة ١٩٣٦ .

وتعريف المال المتلي شرعاً هو كما جاء في المجلة و ما يوجد مثله في السوق بدون
تفاوت يمتد به (المادة ١٤٥) . وقال النزالي : المتلي هو ما تتفاضل اجزائه في
المنفعة والقيمة ،^١ . مثاله الكتب المطبوعة الموجودة في الاسواق ، والسيارات
المصنوعة من طراز وجنس واحد والمطروحة للبيع ، فكلها قابلة لبعضها بعضاً ، ولا
تتفاوت في القية تفاوتاً محسوساً ، فهي اذاً من الثلثيات .
و يدخل في هذه الفئة بصورة عامة العدديات والمكيلات والموزونات المتقاربة ،
اي ما كان من هذه الاشياء متشابهاً ومتقارباً في القية . وقد نصت المجلة بصورة
خاصة على ان : و العدديات المتقاربة هي المددوات التي لا يكون بين افرادها
وآحادها تفاوت في القية ، فجميعها مثليات ، (المادة ١٤٧) . مثاله الجوز او
البيض اذا كان من جنس واحد ، فهو يباع عادة بالعدد باعتباره واحداً في القية ،
لان التفاوت بين افراده زهيد لا يعبأ به .

اما تعريف المال القيمي ، فهو ما نظر اليه بجد ذاته ، باعتباره ذا صفة خاصة به
تعطيه قيمته . او كما قالت المجلة هو « ما لا يوجد له مثل في السوق ، او يوجد
ولكن مع التفاوت المعتد به في القية » (المادة ١٤٦) . فمن نوع القيمي الذي
لا يوجد له مثل في السوق الآثار القديمة والنادرة . ومن نوع القيمي الذي يوجد
مثله في السوق ولكن مع تفاوت في القية الكيليات والموزونات المتقاربة ،
اي ما كان منها يتفاوت باسماؤه . ويعد منها ايضاً بصورة خاصة العدديات المتقاربة ،
وهي و المددوات التي يكون بين افرادها وآحادها تفاوت في القية ، فجميعها
قيسيات ، (المادة ١٤٨) ، كالحلج والبقير من الحيوانات ، فهذه موجودة في السوق
باسعار تتفاوت باختلاف افرادها وآحادها .

وقد جمعت مجلة الاحكام المدنية اشلة قريبة سما ذكرنا وامثلة اخرى من
الثلثيات والقيسيات في مادة واحدة من باب القسمة ، لا نرى بأساً بتقلها كما وردت
زيادة في الايضاح . قالت المجلة : و الكيليات والموزونات والعدديات المتقاربة
كالجوز والبيض كلها مثليات . لكن الاواني الخشنة باختلاف الصنعة والموزونات
المتقاربة قيسية . وكذلك الخنطة الخشنة بالشعير وكل جنس مشابي خلط بخلاف
جنسه في صورة لا يقبل التفريق والسييز هو قيسي . والذرعسات ايضاً قيسية ،

(١) الوبيز ، ج ١ من ٢٠٨ .

كمن الجنس الواحد من الجوخ والبطائن من اعمال المصانع (الغابريقات) التي تباع على ان ذراعها بكذا قرشاً ولا يوجد التفاوت في افرادها ، هو مثلي . والحلويات والعدديات المتفاوتة ، التي يوجد بين افرادها تفاوت في القبة ، مثل البطيخ الاخضر والاصفر ، هي قبية . وكتب الحط قبية ، وكتب الطبع مثلية (المادة ١١١٩) .
ولتقسيم الاموال الى مثلي وقسمي اهمية قانونية ، نورد لايضاها مثلين من الجهة :
اولاً - في النصب : اذا نصب احد مال آخر ، اي اخذه وضبطه بدون حق ، ثم استهلكه او اخضعه او اتلفه ، كان ضامناً لذلك المال . فان كان المقصوب من المثليات ، وجب على الناصب اعطاء مثله . وان كان من القبيات ، لزمه دفع قيمته كما كانت عند حصول النصب ، اي في زمانه ومكانه (المادة ٨٩١) .

ثانياً - في القسمة : لو كان المال مشتركاً بين اثنين ، فتعتبر وجهة الافراز في المثليات واجبة ... وجهة المادة في القبيات واجبة . . ومعناه ان لكل واحد من الشركين اخذ حصته من المثليات في قبية الآخر وبدون اذنه ، ولا يجوز له ذلك في القبيات ، لان الاولى تعتبر كما لو كانت مفترزة ، والثانية لا تعتبر كذلك بل تجب المباداة فيها بالتراضي او بحكم القاضي (المادتان ١١١٧ و ١١١٨) .

هذا التقسيم بين المثليات والقبيات مبني على التفاوت بالنظر الى قيمة الاموال . ولكن اذا كان التفاوت فيها بالقياس الى الغرض المقصود منها ، فتقسم الى تقسيم آخر ، هو الجنس والنوع .

فالجنس عند الفقهاء ، كما جاء في الحجة ، هو ما لا يكون بين افراده تفاوت فاحش بالنسبة الى الغرض منه ، (المادة ١٤٠) . والنوع هو ما كان بين افراده تفاوت بالنسبة الى ذلك الغرض . مثاله ، القماش جنس فيه انواع عديدة مختلفة : قماش الصوف وقماش الحرير ، والقماش الابيض والاسمر والازرق ، والقماش الانكليزي والياباني والوطني ، وهم جراً . فجميع هذه الاقمشة لما غرض واحد متقارب يجمعها بكلمة الجنس القماش ، ولكنها متفاوتة في اوصافها فتفترق في انواع مختلفة شتى كما بينا .

الادعياء والنافع

الاموال في الاصل اشياء حسية تعرف بالحواس العادية ، كالنظر واللمس . ولكن

المنافع كما رأينا تعتبر اليوم اموالاً منقومة ، وتسمى الاموال غير الحسية . وهي لا تعرف بالحس بل بالفكر والمعنى . ويدخل فيها بصورة عامة ما جرى التداول به عرفاً من الحقوق التي لها قيمة اقتصادية ، كحقوق الارتفاق على العقارات وغيرها . هذا ما قالت به ايضاً ، كما ذكرنا آنفاً ، المادة ٦٤ من قانون اصول المحاكمات المحققة العثماني .

وتتطور الحياة الاقتصادية في يومنا الحاضر نشأت منافع جديدة ، اهمها الحقوق الادبية والعلمية والفنية والتجارية والصناعية المعترف بها للدوليين والموسيقين والمخترعين وغيرهم . فهذه لها قيمة اقتصادية هامة تأيدت جانبها باسم الملكية الصناعية او الادبية او الفنية في القوانين الحديثة الداخلية^١ ، وفي المعاهدات الدولية^٢ .

والاصطلاح الفقهي المتبع في الجهة والكتب الشرعية الاسلامية يستعمل كلمة « الاعيان » بوجه عام لتمييزها من المنافع . وهي جمع عين ، اي الشيء المعين الحاضر . وبعبارة المجتهدين المعين الشيء المعين للشخص كبيت وحضان وكسبي وصبرة حنطة وصبرة دراهم حاضرتين ، فكلاهما من الاعيان ، (المادة ١٥٩) .
ويعارض ايضاً كلمة المعين بالمعنى المذكور الدين . وهو ، بتعريف المجلة ، ما يثبت في الذمة ، كقedar من الدراهم في ذمة رجل ، ومقدار منها ليس بخاضر ، والمقدار المعين من الدراهم او من صبرة الحنطة الحاضرتين قبل الافراز فكلاهما من قبيل الدين ، (المادة ١٥٨) . وسيكون لنا في معنى الدين كلمة اخرى قريبة .

(١) راجع مثلاً في سوريا وبيان القرار عدد ٢٣٨٥ الصادر في ١٧ كانون الثاني سنة ١٩٢٤ ، وتعديلاته المختلفة ، كما في القرار عدد ٨٤ الصادر في ٣٠ كانون الاول سنة ١٩٢٦ والقرار عدد ٨ ل. ر. الصادر في ٢٦ كانون الثاني سنة ١٩٣٢ والقرار عدد ١٦٤ ل. ر. الصادر في ٨ كانون الاول سنة ١٩٣٨ ، وقانون ٣١ كانون الثاني سنة ١٩٤٦ .
(٢) راجع مثلاً في حاية الملكية الصناعية اتفاق باريس المعقود في ٢٠ آذار سنة ١٨٨٣ المعدل باتفاقات لاحقة عديدة ، منها المعقود في مدريد سنة ١٨٩١ وواشنطن سنة ١٩١١ ولاهاي سنة ١٩٢٥ . وراجع في حاية الملكية الادبية القبة اتفاق برن المعقود في ٨ ايلول سنة ١٨٨٦ باتفاقات لاحقة احدثها اتفاق روما سنة ١٩٢٨ .

والرهونات .
ويبني بجمع هذه الحقوق ، اذا كانت تتعلق بعقار محدود ومسوح في سوريا ولبنان ، ان تسجيل في السجل العقاري . وان التعاقد بشأنها لا يصح ولا ينفذ حتى بين المتعاقدين الا بهذا التسجيل^١ . ونحن هنا نعرف بعضها ، ثم نوضح ما يقابلها في المجلة والشرح الاسلامي .

اولاً - نبدأ بحق الملكية او الملك^٢ . وهو يكون على ما يملكه الانسان من عقار او منقول . وقد عرف قانون الملكية اللبناني السوري الملكية العقارية بانها « حق استعمال عقار ما والتمتع والتصرف به ضمن حدود القوانين والقرارات والانظمة ... » (المادة ١١) .

هذا الحق اكمل الحقوق العينية على الاطلاق . فهو يشمل ، كما سبق وحله الرومان ، حق استعمال الشيء . الملوک واستناره والتصرف به^٣ . ومعنى ذلك ان مالك العقار له ان يستعمله فيسكن به ، او ان يستنره ، فيؤجره . اذا كان معبداً للاجارة ، او يزرعه ويستغله اذا كان من الاراضي الزراعية ، وله اخيراً ان يتصرف به يمساً او هبة او اتلافاً او ما الى ذلك .

ثانياً - حق الانتفاع . وهو انقص من حق الملك ، اذ يعطي صاحبه حق الاستعمال والاستنثار على شيء . يخص آخر ، دون حق التصرف بالعين . أي ان حق الملك الكامل الذي وصفناه آنفاً ينقسم الى اجزائه الثلاثة ، فيخصص منه الاستعمال والاستنثار ، بالتمتع ، ويسمى حقه حق الانتفاع ، ويبقى للمالك ربة الملك وحق التصرف الحقيقي بعين الشيء^٤ .

ثالثاً - حق الارتفاق^٥ . وهو حق عيني لا يكون الاعقارياً . وتعرفه في قانون الملكية انه « تكليف مرتب على عقار معين لمنفعة عقار آخر معين هو للمالك

(١) وذلك بمعنى المادة العاشرة من قرار السجل العقاري رقم ١٨٨ الصادر في ١٥ آذار سنة ١٩٢٦ ، المجلة بالمادة الخامسة من القرار رقم ٤٥ ل.ر. الصادر في ٢٠ نيسان سنة ١٩٣٢ .

(٢) Dominium

(٣) Jus utendi, fruendi, abutendi. Usus, fructus, abusus

(٤) لذا يسمى حق الانتفاع عند الرومان حق الاستعمال والاستنثار . Ususfructus

(٥) راجع تعريف حق الانتفاع العقاري في المادة ٣٢ من قانون الملكية الجديد .

Servitus (١)

الباب الثاني الموجبات أو الالتزامات وصيادها

مخبره

المعاملات بين الناس محدودة باصول وقواعد تعين حقوق البض وواجبات رين . فالحق ، بمعناه القانوني ، هو كل مصلحة اقربها الشرع او القانون واجري بها .

والحقوق ، اذا كانت في الناحية المالية ، على نوعين . فاما ان تكون متعلقة رة بشيء معين ، كحق الملك ، فتسمى عينية لملاقتها بعين الشيء . واما ان ين رابطه شخصية بين دائن ومدين ، كالدين ، فتسمى الحقوق الشخصية او بيات .

وتقسم الحقوق الى عينية وشخصية روماني الاصل ، لا نجد له اثرأ في مجلة كلام المدنية . وقد اخذت به القوانين اللبنانية الجديدة ، فبحثت في الحقوق بالمقاربة في قانون الملكية ، وبحثت في الحقوق الشخصية في قانون العقود .

وموضوعنا هنا يقتصر على الفئة الثانية من هذه الحقوق ، ذلك نمر بالفئة الاولى فحين بكلمة سريعة عنها .

الحقوق العينية

هي تلك التي تتعلق بالتصرف والتمتع بالاعيان . واهمها عند الرومان وفي قانون كية الجديد^١ : حق الملكية وحق الانتفاع وحقوق الارتفاق والتأمينات

(١) راجع المادة العاشرة منه .

حقن المرور وحقن الشرب وحقن المسيل . وهي معرفة في اللمة هكذا : الاول « هو حقن الشيء في ملك الغير » (المادة ١٤٢) . والثاني « هو نصيب معنى معلوم من الثمر » ، او هو الانتفاع منه بسقي الحيوان والزرع (المادتان ١٤٣ و ١٢٦٢) . وحقن المسيل هو « حقن جريان الماء والسيل والتوكاف^١ من دار الى الخارج » (المادد ١٤٤) ، او هو ببساطة السرخسي « حقن سيل الماء في ملك الغير »^٢ .
مشتركا بين عدة مالكيين فهو الملك الشاع . وتعريف الشاع في اللمة هو « ما يحتوي على حصص شائعة . والحصصة الشائعة هي السهم الساري الى كل جزء من اجزاء المال المشترك » (المادتان ١٣٨ و ١٣٩) .

وملك المعين بمعناه الكامل يفترض ان يكون شاملا ومطلقا . فهو شامل لجميع ما يمكن الانتفاع به . فقديما قال الرومان : « ان من له الارض له حتى الى السماء والى اسفل الاعماق »^٣ . وجاء بمعناه في اللمة « كل من ملك عملا صارا مالكا ما فوقه وما تحته ايضا . يعني يتصرف في العرصه التي هي ملكه ، بالبناء والعلو كما يشاء . وسائر التصرفات » كحفر ارضها واتخاذها مخزنا ، ونشئها كما يشاء عمقا ، او يجعلها بنوا « (المادة ١١٩٤) . وكذلك في قانون الملكية « تشمل ملكية الارض ملكية ما فوقها وما تحتها . وعليه فيجوز لمالك الارض ان يعمرس فيها ما يشاء من الاغراس ، وان يبني ما يشاء من الابنية ، وان يجري فيها من الحفريات الى اي عمق شاء ، وان يستخرج من هذه الحفريات كل ما يمكن ان تنتج ، ضمن القييدات الناتجة عن القوانين والقرارات والانظمة » (المادة ١٣) .

فعلى اللمة ، ملك المعين مطلق في الاصل ، لا قيد له ولا شرط . انما لهذا الاطلاق تقيدت استثنائية ، هي الآتية :-

اولا - حقن الغير . فبعبارة اللمة « كل يتصرف في ملكه كيف يشاء . لكن اذا تعلق حق الغير به ، فينبغ المالك من تصرفه على وجه الاستقلال ... » (المادة ١١٩٢) . مثلا لو كان لاحد حق المرور على ارض الجار ، فليس له جار ان يبني في

(١) مصدر وكف ، اي تاطر وسال .

(٢) البسوط ، سج ١٤٠ س ١٧٠ .

(٣) في اللاتينية :

Cujus est solum ejus est usque ad coelum et ad inferos

مالك العقار الاول ... » (المادة ٥٦) . مثاله حق المرور المعطى لصاحب على ارض جاره . وهذا النوع من الحقوق يكون على العقار لمنفعة عقار آخر . انه يتبع العقارين ولا يسقط بتغير مالكها او مالك احدهما .

هذا النوع من التقسيم والتجليل لم يتبعه مجمله الاحكام المدنية ولا الكتب في الاسلاميه . بل اتخذت هذه كلمة الملك بمعنى الحق الذي يشمل اي نوع كان الانتفاع ، بما فيه الحقوق التي ذكرنا جميعا .

فقال ابن رجب : « انما مالك الاعيان خالفها سبحانه وتعالى ، وان العبادة لا ون سوى الانتفاع بها على الوجه المأذون فيه شرعا . فمن كان مالكا لمعوم يتناع فهو المالك المطلق . ومن كان مالكا لنوع منه فملكه مقيد ويختص باسم ن يتنازه ، كالسناجر والسمير وغير ذلك » .

وقالت اللمة « الملك ما ملكه الانسان سواء اعبانا او منافع » (المادة ١) . وهذا التعريف ، كما ترى ، ينظر الى ما يقع عليه حق الملك ، اي الى الشيء واذا او المنفعة المملوكة ، مع ان المهم في ذلك ليس الشيء ، او المنفعة بل الحق او حكم الشرعي الذي يكون عليهما . لذا كان التعريف الذي تقبله السيوطي عن السبكي اتم وأوضح من هذه الناحية . فقيه ، الملك « هو حكم شرعي يقدر في عين منفعة يقضي تمكن من ينسب اليه من انتفاعه والعوض عنه من حيث هو ملك »^٢ .

فاذن ، الملك يقدر في العين او في المنفعة . فاذا كان في العين ، فهو الملك بمعنى الكامل الذي عرفناه ، وهو المعنى الدارج . واذا كان في المنفعة ، دخل فيه الانتفاع وحقوق الارتفاق .

فمن نوع حق الانتفاع : الحق المعطى في الوقف المرتزة او الموقوف عليهم ، الذين وقف المال لصالحهم ، بان يتنعموا بسكنى الوقف او باستغلاله . وكذلك الحق في السكنى او في الاستئلال او في كلها المعطى للموصى له في الوصية - صافح .

ومن حقوق الارتفاق ما اسمه كتب الفقه بالرافق أو بالحقوق فحسب . مثاله

(١) كتاب الفوائد (القاعدة ٨٦ ، س ١٩٥) .

(٢) الاشياء والنظر للسيوطي ، س ١٩١ .

نحه ما يتبع او يعرقل هذا الحق . وكذلك ومن احدثت في داره بيتاً ، فليس ان يبوز زمرافه على هواء دار جاره . فان ابرزه ، يقطع القدر الذي جاء على

اه تلك الدار ، (المادة ١١٩٥) .

ثانياً - مراعاة القوانين والانظمة . للدولة ولاية عاممة منوطة بالصلاحة كما رى . فهذه الولاية تضع الدولة انظمة في بعض الاحوال تقصد بها الى المصلحة اممة ، ويكسون فيها احكاماً تقيد حرية الافراد ، او تقييد لحقوقهم في تلك موال . وذلك بمره المبدأ الكلي انه ويتعمل الضرر الخاص لدفع ضرر

، (المادة ٢٦ من المجلة) .

وامتة هذه الانظمة عديدة . منها استملاك العقارات كلها او بعضها ، لضما

يرتق العام ، او لتفمعة عامة اخرى ^١ .

ونسها انظمة الابنية . مثاله ما جاء في قانون الملكية انه لا يجوز لصاحب وان يكون له طاقات تطل ترواً على جاره او نوافذ او شرفات او غيرها من باء ثالثة مشاهة لها ، تطل على ارض مسورة او غير مسورة لصاحب العقار اور ، ما لم يكن متزان من المسافة فيما بين الحائط الذي تكون فيه تلك النوافذ . بن الارض المذكورة . واذا لم تكن هذه المسافة ، فلا يجوز له فتح النوافذ او بابيك الا على علو متوازن ونصف من ارض الغرفة المراد اضافتها اذا كان الطابق تخباً ، وعلو متو وتسعين سنتيمتراً من ارض البيت اذا كان الطابق علوياً ^٢ .

لادة ٢٦) .

ومنها ايضاً انظمة الحفريات والمناجم والمقالع والآثار ^٣ وما اليها . ثالثاً - عدم اساءة استعمال الحق . في المجلة وفي بعض المذاهب الاسلامية قوانين المدينة ، قيود اخرى تتعلق بنظرية سوء استعمال الحقوق ، انا فيها

- (١) راجع في الاستملاك المادة ١٢١٦ من المجلة ، وانظمة الاستملاك النهائية الصادرة في تشرين الثاني سنة ١٣٢٥ و ١٧ نيسان سنة ١٣٣٠ و ٢١ كانون الثاني سنة ١٣٢٩ ، او حاكم لبنان الكبير رقم ٢٩٩٩ الصادر في ٢١ شباط سنة ١١٢٥ ، والرسوم الاشتراعي التي رقم ٤٥ ل . الصادر في ١٣ تشرين الاول سنة ١٩٣٢ ، وقانون ١٢ سباط ١٩٦٤ وتعديلاته
- (٢) راجع المادة ٢٣٧ من قانون الملكية ، والقرار رقم ١٦٦ ل . و . الصادر في ٧ تشرين ثه سنة ١٩٣٣ المتعلق بالآثار ، والقرار رقم ٢٥٣ الصادر في ٨ تشرين الثاني سنة ١٩٣٥
- نص بالقتال ، والقرار رقم ١١٣ الصادر في التاسع من آب سنة ١٩٣٣ المتخص بالناجم .

كلمة مفهولة في محلها . فنكتفي هنا بنقل المبدأ الوارد في المجلة انه ولا يتبع احد من التصرف في ملكه ابدأ ، الا اذا كان ضرره لتغيره فاحشاً ، (المادة ١١٩٧) . وسنعود الى ابضاح ذلك فيما بعد .

والآن نص الى ابضاح الحقوق الشخصية او الموجبات .

معنى الموجب والالتزام

في اللغة ، وجب فعل معناه لزم . فيقال وجب عقد البيع وجوباً بمعنى لزم وتم . ومن مشتقاته : فعل أوجب ، واسما الفاعل والمفعول الموجب بكسر الجيم وتضمها ، وجمعها مواجب وموجبات . فالموجب بالكسر لغة الباعث او اسم لشهر الحرم عند القدماء . والموجب بالفتح عند النحاة هو من الكلام ما لا يكون نقياً ولا نهياً ولا استثناءياً ^١ .

اما في الاصطلاح الشرعي ، فقد وردت كلمة الموجب بمان ثلاثة : - فباعت اولاً بكسر الجيم بمعنى من يوجب او يعرض الدماقد ^٢ . والواجب هو الكلام الذي يصدر من احد العاقدين وبه يعرض التعاقد على الآخر ، حتى اذا قبله فهذا يرتبط الواجب بالقبول ، وحصل الرضى والانتقاد . وقد سمي بالواجب لان به ، كما قالت المجلة ، ووجب وربيت النصرف ، (المادة ١٠١) .

وجاءت الكلمة ثانياً بكسر الجيم بمعنى ما يوجب افعال الذمة بالضمان . فيقال مثلاً ان الائلاف موجب الضمان . والضمان كما سنرى هو واجب رد الشيء ، او اداء بدله بالمثل او بالقيسة ^٣ . فهو بكلمة اخرى مصدر الائتلاف الناشئ عن الائلاف او غيره من الاعمال الشبيهة .

واخيراً وردت كلمة الموجب بفتح الجيم بمعنى الحكم ولاثر الشرعي ، الذي يترتب على امر ما . فيقال ان موجب عقد البيع الصحيح هو انتقال المبيع من ملك البائع الى ملك المشتري ، وتسليم المبيع والثمن ، وتسليمها ، الى غير ذلك من النتائج التي يقتضها ذلك العقد . وهي تسمى موجب العقد لانها الحكم او الاثر

- (١) راجع قاموس محيط المحيط ولسان العرب لابن منظور تحت كلمة وجب .
- (٢) راجع مثلاً قواعد العرفين عبد السلام ، ج ٢ ص ١٤١ .
- (٣) راجع الوجيز للزلي (مصر ٣١٧ ج ١ ص ٢٠٥) ، وشرحه فتح العزيز (مسج المجموع ج ١١ ص ٢٤١) .

وجوباً لاداء شيء. الى الغير ، يقتضى قوانيننا المدنية ^١ . وهذا التعريف يهد اليوم ناقصاً ، لانه لا يذكر الا موجب الاداء ، دون موجبات العمل والامتناع . ولعل تعريف بولس ، احد فقهاء القرن الثالث للميلاد ، الذي نقله بونستيانوس في ومدونة الاجتهاد ^٢ ، اتم من هذه الناحية .

ولقد خلت معظم القوانين الاوروبية من تعريف الموجب . فليس في قانون نابليون سوى ما ذكر عنه كوضع للمقد ، عند تعريفه في المادة ١١٠١ منه . انما سد الفقهاء هذا النقص . فنجده في كتب الفقه الفرنسي تعريف الموجب بعبارات مختلفة في معناها ومنها . وهي عديدة يضيق المجال عن سردها . ومن احدها تعريف الاستاذ جورسان في مؤلفاته ^٣ ، وفي قانون الموجبات والمقود اللبناني الذي وضع مشروعه . ففي المادة الاولى من هذا القانون ، « الموجب هو رابطة قانونية ، تجعل لشخص أو لعدة أشخاص ، حقيقيين أو معنويين ، صفة المدين تجاه شخص أو عدة اشخاص ، يوصفون بالدائنين » .

ولا بأس بهذا الاصطلاح الجديد للموجب ، لولم يسبق هذه الكلمة معنى آخر في الاصطلاح الفقهي العربي كما قدمنا . فالعنى القديم هو الاتر الشرعي لامر ما ، فيكون تارة الموجب بالمعنى الجديد ، وتارة اخرى البطلان أو حكماً شريعياً آخر . وعلى كل حال ، فهذا الاستعمال الجديد افضل من استعمال كلمة التعمد التي جاءت في القانون المصري ، لان التعمد يفهم منه التعاقد وحده ، دون باقي المواجب . لذا استعمل بعض المؤلفين المصريين ، أمثال الاستاذ فتحي زغلول ^٥ والدكتور عبد الرزاق احمد السهري باشا ^٦ وغيرهم ، كلمة الالتزام عوضاً عن التعمد . وفي الواقع نرى ايضاً ان هذه الكلمة استعملتها المجلة بمعنى التعمد عند تعريف العقد ، فقاتت « العقد التزام المتعاقدين وتعهدهما أمراً الخ » . وهي معروفة عند العامة في

(١) Inst. 3,13 : Obligatio est juris vinculum quo necessitate adstringimur alieuius solvendae rei secundum nostrae civitatis iura

(٢) Digesta 44, 7, 3 (٢)

(٣) راجع كتابه « درس القانون المدني الوضعي الفرنسي » باريس ، ١٩٣٣ ج ٢ رقم ٢ .

(٤) راجع المادة ٩٠ من القانون المدني الاهلي .

(٥) في كتاب شرح القانون المدني ، طبع مصر ، ١٩١٣ ص ١٢٦ .

(٦) في كتابه النظرية العامة للالتزامات ، الجزء الاول ، نظرية العقد ، القاهرة ، ١٩٣٤ رقم ١ ، وفي كتابه الوسيط .

جه الشارع أو المتعاقدان . ونسب ايضاً مقتضى العقد اذا كان المقصد . اما اذا كان باطلاً فيكون موجب العقد البطلان عل خلاف مقتضاه ^١ . كلمة الموجب بكسر الجيم أو بفتحها اشتملت لأول مرة في قانون الموجبات اللبناني بمعنى رابع جديد . هو الحق الشخصي ، الذي يربط شخصين أو أكثر نوعي ، ويلزم احدهما (المدين) تجاه الآخر (الدائن) اداء شيء أو تقديم الامتناع عن عمل معين . فيكون هذا الرباط أو الارتباط حقاً شخصياً من الدائن وموجباً أو واجباً من جانب المدين . وهو يصدر كما سيأتي تفصيله بينها ، أو جرم موجب الضمان ، أو سبب شبيهه آخر .

ناصر الموجب هي : فريقان من الاشخاص ، احدهما الدائن أو الهائنون ، المدين أو المدينون . ثم الرباط القانوني الذي يربطهما ، ويعتبر بموجبه المدين نحو الدائن . واخيراً الموضوع ، وهو اما اداء شيء ، أو تسليم شيء ، أو عمل ، أو الامتناع عن عمل معين ^٢ .

سم الموجبات لذلك الى انواع ^٣ : اولها موجب الاداء ، وهو ما كلت ، اما دفع مبلغ من النقود أو الاشياء اخرى من التليات ، واما انشاء حق والثاني موجب التسليم ، مثاله تسليم البعير الواجب على البائع في عقد البيع . موجب العمل ، ومثاله تعهد زبد ان يضع لعمرو شيئاً أو ان يقدم له كالمحل والحياطة والحفمة وما الى ذلك . والرابع هو الموجب السلبي أو موجب ع ، مثاله لو تعهد تاجر ان يتنعم عن معاطاة تجارة او حرفة معينة بالقرب من غير محضى مزاجته ، كان على الاول موجب الامتناع عن العمل المطلوب .

لذا المعنى والتعريف الجديد مصدره القانون الروماني ايضاً . فتعريفه في كتاب « النظم » لبونستيانوس هو : « الرباط الشرعي الذي تنقيد به

(راجع في ذلك ما ذكره ابن الفرس في التوكة البرية ، كما نقلوه على ابن عابدين في منحة الخائق على البحر الرائق شرح كثر الدقائق ، ج ١ ص ٢٥٦ — ٢٥٧) . راجع من الجزء (ص ١٩٩) ، وكتاب القضاء في الاسلام لمونوس (ص ١٤٢ — ١٤٥) ، ٤٤٠ من مجلة الاحكام العدلية ، ورد المختار على الدر المختار (ج ٤ ص ٤٥٤ وما بعده) .

Dare , praestare , facere , non facere

(راجع بطأها المواد ٤٥ — ٥١ من القانون اللبناني .

(كلمة الوجب اللاتينية Obligatio معناها لفة الرباط وهي مشتقة من فعل ربط ob-ligare

نظام الدارجة بمعنى تعهد المشاريع، وهذا أخذ معبرو القانون اللبناني. فاستعملوا التزام المشاريع مرادفة لعقد اجارة الصناعة (المادة ٦٥٧) .
 مع ذلك كله ، فالالتزام ، وان كان فيه معنى التعاقد أكثر من غيره ، فليس مع لغة أو اصطلاحاً أن يدل على باقي أنواع الحقوق الشخصية المختلفة التي تثبت في امرى. نحو امرى. آخر .

اصطلاحات اخرى

ذا اردنا ان نقابل بين الموجب والالتزام بمعنى الحق الشخصي الذي حسدناه ما يقرب منها في الاصطلاح الفقهي الاسلامي لوجدنا في علم الاصول كلمة الموجب وفي علم الفروع كلمة الدين وكلمة الضمان .
 نعماء اصول الفقه يجهسوا في الواجبات والحقوق وينوا عليها نظرية قديمة .
 وها الى محدودة وغير محدودة . فالواجبات والحقوق غير المحدودة هي مسان غير متوزية في ذمة الانسان ^١ ، ومثاله الصدقات الطلقة وسد الخلاف يدفع الحاجات واعانة المهربين وانقاذ الغرقى والجهاد والامر بالمعروف والنهي منكر ^٢ . وبعبارة اخرى هي الواجبات الاخلاقية والادبية التي تهجد في مجال البر والاحسان والخير المطلق .

اما الواجبات والحقوق المحدودة فهي ما زمت ذمة المكلف ، وهي على ضربين .
 ما كان من حقوق الله ، كالصلاة والصيام والحج . والثاني ما كان ذنباً على ، ونحو امرى. آخر حتى يخرج عنه ، كالتفان المشتريات وقمع المتلفات ^٣ ، وما ذلك . وهذا الضرب الثاني أي الحق أو الواجب المحدود يقابل الحق الشخصي لموجب .

ويقابله من جهة اخرى، في اصطلاح علماء فروع الفقه الاسلامي ، كلمة الدين بالعام . وهذا المعنى مبين في حصد المجلة الذي ذكرناه في الفصل السابق ، ما يثبت في الذمة ، كققدار من الدرهم في ذمة رجل ، ومقدار منها ليس بر ، والمقدار المعين من الدرهم أو من صبرة الخطة الحاضرين قبل الافراز ،

(١) الذمة في الاصطلاح معناها ذات الانسان .
 (٢) هنا قول الشاطبي . راجع تفصيل ذلك في كتابه المواقف ج ١ من ١٥٦ - ١٥٧ .

فكلها من قبل الدين ، (المادة ١٥٨) .
 وتعريف شبيه بهذا ، بل قل أوضح منه ، هو تعريف القديسي في الحاربي .
 فقيه، الدين ، عبارة عن مال حكومي يحدد في الذمة ببيع أو استهلاك أو غيرها ^١ .
 ولا ينحصر الدين كما ترى بالمعقود ، بل هو كل ما ثبت في الذمة سواء انشأ عن عقد ام عن سبب آخر . وهذا المعنى العام ورد في آية الميراث ^٢ ، ومن بعد وصية يوصي بها أو دين ^٣ .

وبالنتيجة ، فالدين قريب من الموجب . ويؤيد ذلك تعريف الموجب ذاته في القانون اللبناني ، حيث قبل للاشخاص المرتبطين به دائنون ومدنيون ، وهاتان مشتقتان من الدين . ولكن الموجب والدين لا يتوادفان ، بل يختلفان لان الارل أهم من الثاني . فالدين ، كما ذكرنا في تعريفه ، هو المال الحكمي أو ما ثبت في الذمة من المال . أو بعبارة اخرى هو الموجب الذي يرمي الى اداء مال من النقود أو من الاشياء البشلية . فلا يشمل إذاً باقي أنواع الموجب ، كوجب العمل والامتناع . ولا تكفي هذه الكلمة وحدها من ثم للتعبير عن الموجب أو الالتزام . وعلى كل فالعرف لم يأت بهذا التوادف التام .

أضف الى ذلك ان للدين معنى آخر خاصاً . فالاصطلاح الدارج يستعمل الذين بمعنى عقد القرض ، يقال استسداً بمعنى استقرض . وهو اصطلاح قال به بعض الفقهاء المسلمين الذين جوزوا القرض الى اجل معين . وهو اخيراً ما جاء في احد الاقوال في تفسير الآية الكريمة واما الذين آمنوا اذا تداينتم بدين الى اجل مسمى فاكتبوه ... ^٤ .

أما كلمة الضمان فقد استعملت بمعنى مسؤولية التعويض بوجه عام ^٥ ، وبمعنى المسؤولية الجزئية بوجه خاص ، كما سنبينه في باب التصرفات القبلية . فهي اذا قريبة من معنى الموجب اذا كان موضوعه المطالبة بالتعويض ، ولكنها ، كما نرى ،

(١) كما نقله ابن نجيم في الاشباه والنظائر من ١٤٢ .

(٢) سورة النساء (٤) ، ١١ .

(٣) سورة البقرة (٢) ، ٢٨٢ . راجع تفسير الفخر الرازي (ج ٢ من ٣٦٣) ، والحلى لابن حزم (جزء ٨ من ٧٧ رقم ١١٩٠) .

(٤) راجع البائع (ج ٦ من ١٤٢) ، حيث قسم المنفوسون ، أي الشيء الذي يكون سبباً لمسؤولية التعويض ، الى دين وعين .

ل باقي انواع الواجب .
 لا بد من الاشارة اخيراً الى ان الاصطلاح الفقهي استعمل احباً كثيراً كقوله
 بمعنى الدائن . مثاله ذالت الحجة : و الطالب مخير في المطالبة ان شاء طالب
 ل وان شاء طالب الكفيل ، ، (المادة ٦٤٤) .

٤ النظرية العامة

نظرية الموجبات والالتزامات نظرية عامة ، وهي بلا ريب أهم ما ترك
 الزيون من نظريات وإجاث فقهية . فانها تشمل ناحية كبيرة من المعاملات
 ، وتضم القواعد التي تركز عليها جميعاً . ولا يخفى ما في ذلك من الفوائد
 ، والعملية . فدرس هذه الاحكام يضع الحجر الاساسي الذي تبنى عليه كل
 يلات الفرعية .

يوضح ذلك ان الموجبات المختلفة ، سواء أنتجت من العقود أم من الجرائم
 ، كالانلاف والغصب وغيره أم من باقي مصادر الضمان والالتزام ، كلها تشابه
 انجها ووسائل تنفيذها وأسباب سقوطها ، كالأبفاء والتنازل والتقدم بمرور
 ، وما الى ذلك . وسبب هذا الشبه ان جميع هذه المصادر تنتج أثراً شرعياً
 ، هو الرباط القانوني الذي وصفناه بالوجب أو بالالتزام .

فلا شك إذا في ان درسها كلها في كتاب واحد ونظرية واحدة يسأل فهمها
 ، ويوضح المقاصد الشرعية التي أوجبها والشروط التي تقتضيها . ولا خير
 ذلك من ان تدقق التفصيلات المائدة لكل من هذه المصادر على حدة ، دون
 يس جوهر الوعاء الشامل الذي يحويها على العموم .

ولا شك ايضاً في ان هذا النوع من البحث العلمي ينبع من الناحية العملية
 . او القواعد والضوابط التي تشمل جميع مصادر الموجبات . ففكرار هذه
 كلام العامة لا بد منه اذا لم يجمع معاً في نظرية واحدة ، واذا تركت للفصول
 بة بكل مصدر من مصادر الموجبات او بكل عقد من العقود .

ومن الاسف ان ثبت ان حجة الاحكام العديلية والكتب الفقهية التي نقلت
 لم تأخذ هذه النظرية العامة على ما ارضعنا . بل ان اكثر الاحكام المتعلقة بهذا
 نوع درست في ابواب مختلفة ، على طريقة خاصة بتقريب كتب الفروع

الفقهية ، حتى ان بعضها ايضاً لا نجد الا في كتب اصول الفقه .

ولا عجب من ذلك ، فالفقه الاسلامي لم ينشأ تاريخياً عن بحث علمي ، بل هو
 وليد القضاء العملية ، التي كانت اسباب نزول الآيات القرآنية وأسباب الستة
 القولية والنعمية والتقريبية ، والتي كانت ميداناً للاجتهاد والقياس والاستدلال
 والاستسكان . هذه القضايا العملية وجدت قبل ان توجد المبادئ العامة والقواعد
 الكلية . وان علم الفقه الاسلامي لم يُبِن على النظريات في بده نشوته ، بل كلف
 بناؤه على المسائل التي عرضت والمسائل التي افترضها الفقهاء على طريقتهم واصولهم
 وادلتهم .

ولا غرو ايضاً من القول ان الشريعة الانكليزية لم تتبع هذا التحليل الروماني
 ولم تأخذ بالنظرية العامة للموجبات والالتزامات . ويفسر ذلك ان هذه الشريعة لم
 تتأثر كثيراً بالفقه الروماني ، كما تأثرت به الشرائع الأوروبية وغير الأوروبية التي
 نقلت عنها . فبالحرى ان يكون الامر كما ذكرنا في الشرع الاسلامي ، وهو بعيد
 عن التأثير الروماني كما اثبتنا في غير هذا المعرض .

مصادر الالتزام والموجبات

ان للالتزام بالمعنى الذي عرفناه مصداق عديدة ، اختلف كثيراً في تقسيمها
 وتبويبها ، ولا نرى هنا فائدة من تعدادها . وقد فسها قانون الموجبات والعقود
 اللبناني الى اربعة اقسام . وهي : القانون ، والكسب غير المشروع ، والاعمال غير
 المباحة ، والاعمال القانونية (المادة ١١٩) .

فالموجبات التي تنشأ عن القانون تستمد منه مباشرة ودون سواء ، كالموجبات
 الكائنة بين ملاك متجاوزين ، او كديون الفققة التي يوجبها القانون على بعض
 الاقرباء او الانساب ، (المادة ١٢٠) . فهذا النوع يسمى في الاصطلاح الفقهي
 الاسلامي الفرض او الواجب الشرعي . مثاله نفقة الزوجة واجبة على الزوج ،
 بمقتضى الشرع وحده من دون اي مصدر آخر .

والكسب غير المشروع هو كل كسب جناه امرؤ بلا سبب شرعي . وهو من
 مصادر الموجبات في الشرع الاسلامي ، بالشروط والحدود التي يبيها في عملها .

(١) في كتاب فلسفة التشريع في الاسلام ، الفصل الخامس من الباب الرابع ، ص ٤٤٦ .

الاعمال غير المباحة هي الجرائم أو ايشاء الجرائم المدنية التي يرتكبها شخص
بعضها نتائجها ، كما نرى في الاطلاق مثلاً . اما الاعمال القانونية فهي الاعمال
تجري لاحداث الاثر القانوني ، وخاصة لانشاء الموجبات وأنها العقود
١٤٧٠ .

هذا التقسيم الحديث لم يكن متبعاً منذ القديم . فالتاريخ قد اثبت أن أول
الموجبات كانت الجرائم ، وأن أول رباط الزامي كان العلاقة التي توضع
المدني في حالة خنوع نحو المضرر الدائم .

يفسر ذلك ان الحياة الاجتماعية كانت في القديم البعيد فطرية ، وكان الفرد
كاد لا يذكر بالنسبة الى ما كان للعائلة والقبيلة من كبير شأن . وقد كانت
العلاقات ما نشأ عن الجرائم ، وأولى الموجبات ما نتج منها . وكانت ألواح
بن التي ابتكرها العقل البشري مليئة بما يتعلق بتلك الجرائم ويعقوباتها
مدة العاقبة .

ازاء هذا كانت التجارة فطرية أيضاً ، والمعاملات والمبادلات الاقتصادية
ذرة ومحصورة . فكانت العقود لذلك قليلة . وهي لم تأت كصدر الموجبات
بد وقت طويل ، مرت فيه بتدريج بطي ، ولكن بتقدم مستمر ، حتى
ت اليوم بلا ريب أعظم مصادر الموجبات على الاطلاق . وعلى هذا النمط كان
تاريخ الموجبات في الشريعة الرومانية ١ .

ثم ان الموجبات كانت عند الرومان على قسمين : أولها قسم الجرائم ، والثاني
العقود . انما بتطور التشريع ظهرت موجبات جديدة اخرى لم تكن تدخل في
قسم القديم . فادخل بعضها في القسم الاول وسمي بايشاء الجرائم ، وادخل الباقي
قسم الثاني وسمي بايشاء العقود ٢ . فأصبح التقسيم رباعياً في كتاب الاحكام
تيتانيوس ٣ ، بعد ان كان ثنائياً في كتاب غايوس ٤ ، ولا يزال اثر هذا

(١) راجع كتاب ماين Maine ، القانون القديم ، (طبع دنت ، لندن ،
١٠٠٠ ، ١٧٦٩) ، وكتاب جيمار القانون الروماني (باريس ، ١٩٢٤ ، ص ٤٠٨) .

(٢) Ex contractu , ex delicto

(٣) Quasi ex contractu , quasi ex delicto aut ex maleficio

(٤) Inst . III , 13 , 2

(٥) الكتاب الثالث ، عدد ٨٨ (G. III , 88) .

التقسيم في القوانين الحديثة كقانون نابليون ، بل حتى في الشريعة الانكليزية .
وتحس لانعروض هنا لبحث هذا التقسيم ولا التفاسيم الحديثة المختلفة ، وبينما تقسيم
القانون البناني الذي ذكرناه . والمهم من كل ذلك ان نفهم ان أهم مصادر الموجبات
جميعاً هي العقود والجرائم ، او بعبارة معرني القانون البناني هي الاعمال القانونية
والاعمال غير المباحة ، مع العلم بان الفئة الاولى تحوي مصادر اخرى غير العقود
كتصرف الفضولي وما اشبه .

وهذه المصادر جميعها الفقهاء المسلمون يعنون واحد هو التصرفات الشرعية .
فالتصرف في اصطلاحهم هو كل عمل ينشي . الالتزام وينتج أثاراً شرعية
والتصرفات الشرعية نوعان : قولية وفعلية . فالقولية تشمل العقود جميعاً
والتصرفات الاخرى الشبيهة ، كالوقف والندب وعمل الفضولي بعد الاجازة وما الى
ذلك . والتصرفات الفعلية هي الافعال التي تكون سبباً للضمان ، كاتلاف مال الغير
او غصبه ١ . فالنوع الاول مرادف لما اسماه القانون البناني الاعمال القانونية ،
والثاني مرادف للاعمال غير المباحة . ويشير النوع الاول من الثاني انه ينتج عن
عمل مشروع جرى بنية احداث الاثر الشرعي ، مع ان الثاني ينتج عن فعل مادي
غير مشروع . مثاله البيع بعقده البائع والمشتري بقصد نقل ملكية البيع والشئ
وما يتبعها من الموجبات ، وهو عمل مشروع يجري قصداً لانشاء الاثر الشرعي .
ولكن اتلاف مال الغير فعل مادي لا يبيحه القانون ، بل ينعمة ويحكم على فاعله
بالضمان اللازم .

وكلمة التصرف تفيد المعنى المطلوب ، على الرغم من انها اشتملت في قانون
الملكية بمعنى آخر ٢ . ولكن كلمة التصرفات القولية ربما فهم منها انها تحصل بالقول
فحسب ، مع انها تصح بالكتابة كما نرى في العقود الخطية المعروفة ، وتصح حتى
بالاشارة كما في عقد الاخرس ، وبالدلالة كالكسكوت في معرض الحاجة ، على ما
ستفصل في باب الرضى في العقود .

(١) راجع هذا التقسيم وتطبيقه في باب الحجر والاكره في البتائع (ج ٧ ص ١٧١) ،
والجملوع (ج ٩ ص ١٥٩) ، والادة ١٠٠٧ من مجلة .

(٢) اشتملت احياناً بمعنى وضع اليد بنية السالك (Possessio) ، واشتملت أيضاً بمعنى
حق استعمال الارض الاميرية واستغلالها (المادة ١٤ من قانون الملكية) .

ومع هذا ، فالتا لم نر ما يبور ترك هذه الاصطلاحات الفقهية العربية الثابتة رمة والاخذ بالمباراة العربية التي جاءت في القانون اللبناني .
وبعد ، فالصرفات القولية او الاعمال القانونية تنقسم الى قسمين : اولها بئرها هو قسم العقود ، وهو الذي ينتج عن اتفاق بين فرقتين او اكثر . والثاني ما كان ناتجاً عن فرقة واحد ، وهو لا يصح الا في احوال استثنائية . اهمها عمل ولي ضمن الحدود التي سنينها ، والوقف اذا كان الموقوف عليهم غير معين ، سقاطات المحضة التي لا تنوقف على القبول وان كانت ترسد بالرد ، كما سيأتي به جميعاً في محله .
واخيراً لا بد من الملاحظة ان استعمال الحقوق ، وان كان في الاصل منافياً ن ، الا انه يكون على خلاف ذلك في بعض الاحوال ، فينتج حينئذ بعض مبات كما سنوضح في الباب التالي .
ونحن ، بعد هذه الكمية العامة الوجيهة عن التصرفات الشرعية والموجبات سيم معادها ، نتكلم في الابواب الباقية من هذا القسم عن استعمال الحقوق ، الفضيولي والتصرف بالغير ، وعن الكسب غير المشروع . ثم نتكلم بعد في قسمين متتابعين عن الاعمال غير المباحة او التصرفات الفعلية وعن العقود التصرفات القولية . ولا نعرض لاحكام الوقف الخاصة ، ولا للواجبات الشرعية بة عن القانون او الشرع ، من نفقة وغيرها ، لملاقة بعضها بالاحوال الشخصية ، فة البعض الآخر بقانون الملكية او بابواب متفرقة اخرى من فروع الفقه .
- هذا كله نوضح في قسمين آخرين متاعبل الموجبات واسباب سقوطها عام .

الباب الثالث استعمال الحقوق

الفصل الاول

الجواز الشرعي ينافي الضمان

المبدأ

ان الحق يفهم من نفس تعريفه انه المصلحة التي يقرها الشرع او القانون بسلطته ، ويجبها بقوة . وهو معين الحدود والمدي ، بحيث يقدر صاحبه على استعماله ضمن تلك الحدود ، باسم القانون نفسه ودون معارضة احد من الناس .
وبدعي انه متى قبل ان الانسان يستعمل حقه فهم انه لا يستعمل إلا ما اولاه اياه القانون واجازه له . وبدعي ان هذه الاجازة القانونية ترفع عنه في الاصل كل تيمة تجاه الغير من جراء ما ينتج عن استعمال حقه ضمن حدوده القانونية .
فهذا المبدأ إذن هو من الأوليات الشرعية ، وهو لذلك من القواعد الكلية في جميع الشرائع .

فقدماً جداً قال الرومان « من استعمل حقه لم يضر أحداً » . فاخذ بذلك القانون الفرنسي ٣ وما اشتق منه من القوانين . وقدماً ايضاً قال الانكليز بمسلم الضمان لما ينتج عن استعمال الحق من الضرر ، لانه « ضرر بلا تعة » حسب

(١) لخص هذا الباب بكلمة الأستاذ عدنان القوتلي في كتابه الوبير في الحقوق المدنية

١٣ ص ٢٦٨ - ٢٧٦ .

(٢) Dig . Nemo damnnum facit , neminem laedit qui suo jure utitur .

39 , 2 , 20 .

(٣) كولان وكابان ، القانون المدني الفرنسي ، ج ٢ ص ٣٨٢ - ٣٨٤ .

النحو في غلوستر ، . وتلخص بأن معلمي في مدينة غلوستر ادعياً أن معلماً ثالثاً فتح مدرسة في تلك البلدة ، وأنه لحق بها من ذلك ضرر ناتج عن تدني دخلها . وقد ردت دعواها باعتبار ان الضرر لم يكن بدون حق .

ومن أمثلة عدم الضمان بسبب استعمال الحق ما جاء في جامع الفصولين انه و لو شكى أحد مديونه الى الوالي ففرمه السلطان ، لم يضمن الدائن ، ٢ .

تغييرات المبدأ

نعم ان الاصل كما قلنا ان استعمال الحق جائز ، وانه لا يوجب الضمان بمجرد ذاته ، ولكن هذا الاستعمال قد يسبب التغير أضراراً جسدية ، وقد يكون ناتجاً عن مجرد قصد الضرر بالتغير . فهل يمنع هذا الاستعمال المضر ، وهل يكون موجباً للضمان ؟

ربعبارة اخرى ، ان قاعدة « الجواز الشرعي بنافي الضمان ، مبدأ عام . أفليس لهذا المبدأ من مستثنيات ؟

هنا سؤال دقيق ، اختلف فيه الآراء والنظريات ، ونباتت المذاهب والقوانين . فاجاب فريق من جهة بالنفي وبعدم الضمان ، لان الحق مطلق . وبها قال الشافعي والخفيفون في ظاهر الرواية والقانون الانكليزي .

ومن جهة ثانية اجاب فريق آخر بالاجاب ، باعتبار ان الحقوق مبنية على مقاصد معينة ، وانها نسبية يقيد بعضها البعض الآخر ، وانه لا يجوز إساءة استعمالها . ومن هنا نشأت نظرية سوء استعمال الحقوق ، وهي نظرية اختلف ايضاً في النظر اليها . ففهم من بناها على النتيجة ، فمنع كل ضرر فاحش ينتج عن استعمال الحق بدون الالتفات الى النية . وهي النظرية المادية (objective) ، التي قال بها الامام ابو يوسف وجملة الاحكام المدنية وكثير من الفقهاء المسلمين . ومنهم من بناها على النية ، فمنع استعمال الحق الذي يقصد منه الاضرار المحض بالتغير . وهي النظرية المعنوية (subjective) ، التي قال بها بعض المالكيين والقانون البياني ومعظم القوانين العصرية الاوروبية .

(١) Gloucester Grammar Schools, 1411, Y. B. 11 Hen. 4 fo. 27 pl. 23.

(٢) جامع الفصولين ، ج ٢ ص ١١٥ .

لغلاصهم المنقول عن اللاتينية ١ .

وقديماً كذلك وجد الفقهاء المسلمون انه من التناقض ان يقال يتبعه امرى ٢ ، ما أجازته الشرع . فجاه في الجامع « جواز الشرع بنافي الضمان » ٢ ، وفي اعد الكلية من مجلة الاحكام المدنية و الجواز الشرعي بنافي الضمان ، مثلاً ، لو انسان في ملكه بئراً فوقع فيها حيوان رجل وهلك لا يضمن حافر البئر شيئاً ، لادة (٩١) . وسببه ان حافر البئر فعل ما هو جائز شرعاً ، وان الجواز الشرعي يرفع عن الضاعل مسؤولية الضرر الذي لحق بالحيوان بسبب وقوعه وهلاكه لسبب المحنورة .

ويكون الحكم نفسه فيما اذا وقع في البئر انسان وهلك وكان دخوله غير إذن لك ، او باذنه ولكن البئر بيئة مكشوفة والداخل بصير ٣ . وفي الكتب الفقهية والمجلة أمثلة لا حصر لها توضح هذه القاعدة العامة . فقد ات المجلة منها كثيراً ، ونحن نقطف هنا بعضها .

مثاله يجوز لسناجر الدابة ان يحملها المتفق عليه ، فاذا حملها ذلك ار ، او أقل منه ، وعطيت الدابة ، فلا ضمان عليه (المادة ٦٠٥) ، لانه فعل وجائز له .

وكذلك قالت المجلة : « لو فتح شخص دكاناً عند دكان أخرى وكسدت تجارة لى ، فلا تغلق الثانية » (المادة ١٢٨٨) . وقالت ايضاً بمناه : « اذا اشتغل بصنعة او تجارة في سوق ، فليس لارباب هذه الصنعة او التجارة ان يجبروه بوجه من اشتغاله بهذه الصنعة او التجارة ، فالتين انه طرأ على رجينا وكسبنا » (المادة ٩٦٥) . وتعليل ذلك ان حرية العمل حق لكل انسان . فاذا ما حل أحد هذا الحق ، فليس لتغيره منه ، ولا لطلب الضمان منه .

ويشبه هذا قضية طريفة حدثت في تاريخ القضاء الانكليزي في ايام الملك هنري ح في أوائل القرن الخامس عشر . وهي قضية معروفة باسم « قضية مدارس

(١) Damnum sine injuria . راجع كتاب بولوك ، قانون المرام المدنية ، Torts ،

١٥٢ وما بعدها .

(٢) راجع شرحه التالغ ص ٣١٨ .

(٣) المنفي ، ج ٩ ص ٥٧١ .

فأذن في المائة ثلاث نظريات مختلفة . ونحن في هذا الباب نفرده فصلاً خاصاً
لمح كل من هذه النظريات ، ونبين بصورة خاصة موقف المذاهب الإسلامية
والخلاف بينها . وسنسمى ما أمكن أن نستخلص منها المبادئ الرئيسية التي
تد إليها .

ولقد كتب الكثيرون في هذا الموضوع من ناحية التشريع الإسلامي . ولا
أهم أصابوا في ذلك ، لولا إيجاز في بعض ما كتب^١ ، كان منه عدم التفريق
المذاهب المختلفة والاكتماء . يذهب واحد هو في الغالب المذهب الحنفي ، ولولا
ع في البعض الآخر^٢ ، كان فيه الخروج عن الموضوع والذهاب الى مواضع
ي لا صلة لها باستعمال الحقوق ولا بأسماءه .

الفصل الثاني

نظرية الحق المطلق

المبدأ

هذه نظرية تسمى بالقاعدة الكلية و الجواز الشرعي ينسأ في الضمان و تمسكاً
شديداً ، وتعتبر الحق ضمن حدوده الشرعية نافذاً على اطلاقه ، لا يقيد به ولا
يحدده احد .

واقدم قال بها من المسلمين الائمة ابو حنيفة النعمان والشافعي واحمد بن حنبل
ودارد الظاهري وغيرهم . فهؤلاء وكثيرون من اتباعهم تعرضوا لهذا البعث بناسية
الملك وحق التصرف به وفي العلاقات الجوارية . ولا بأس هنا من ان نستشهد
ببعض فتاوحهم لايضاح ما ذكرنا .

قال ابو حنيفة ، وهو رئيس الكوفيين وامير القياس بلا ريب ، و من تصرف
في ملكه لا يمنع عنه وان كان ينصرف جاره به ،^١ . وحكي ان رجلاً تصد من
بئر حفراً جاره في داره ، فأتى الامام الاعظم شاكياً مستفتياً ، فلم ينكر الامام
على الجار فعده في ملكه ، بل هدى المستفتي الى حيلة بقوله : و احقر في دارك
بقرب تلك البئر بالوعة ، ففعل . وكلا الامرين كما ترى فيه ضرر واذى ، ولكنه
جائز لم ينكره ابو حنيفة . وبمعناه روى ابن الهمام عن التوازل انه لو اتخذ احد
داره حظيرة للغم فنادى الجيران من هذا العمل فليس لهم منه . وبذلك قال
الشافعي واحمد بن حنبل . وبه اخذ الحنفيون في ظاهر روايتهم والشيع الامام
ظهير الدين الرعيني في عملا بالقياس . اما ما روي عن ابي يوسف وبعض التابعين

(١) فتاوى قاضيخان (بهاش الهندية) ج ٢ ، ص ٢٥٦ .

(١) مثلا كتاب جوسران و روح الحقوق ونيتها ، (نظرية سوء استعمال الحقوق) ،
ص ، ١٩٢٧ من (De l'esprit des droits et de leur relativité) ،
روحة الاستاذ اميل جانج و التبعة الجبرية في الصرع الاسلامي « (بالفرنسية) ، بيروت ،
١٩٠٨ ، ص ٢١٨ .
(٢) راجع مثلا الاطرحة الفرنسية للسيد محمود فتحي « فكرة سوء استعمال الحقوق في الصرع
اسلامي »

(La notion de l'abus des droits dans la jurisprudence musulmane
نت اتيان ، ١٩١٢ .

هم قالوا بمكس هذا الرأي فهو استعسان ، كما سنوضحه قريباً^١ .
وقال محمد بن ادريس الشافعي في كتابه الام انه لا يجعل على رجل في
اله ما ليس بواجب عليه ، وان الرجل له ان يفعله في ماله ما له ان يفعله ولو اضر
لما يغيره ، بل ولو اضر بنفسه ايضاً . وقد ذكر من ذلك امثلة عديدة^٢ .
وقال ابن حزم الظاهري : « لا ضرر اعظم من ان يمنع المرء من التصرف في
مال نفسه مراعاة لضعف غيره ، فهذا هو الضرر حقاً ، فلهي و لكل احد ان يفتح
اشياء في حائطه من كوة او باب او ان يدمسه ان شاء في دار جاره او في درب
ير نافذ او نافذ ، ويقال لجاره : ابن في حقتك ما تاتر به على نفسك » . وهو قول
رواه ابن حزم عن استاذه ابي سليمان الظاهري ، وعن ابي حنيفة والشافعي ايضاً .
بمعناه قال : « لكل احد ان يبني بنيانه ما شاء ، وان منع جاره الريح والشمس ،
انه لم يباشر منعه بغير ما ابيح له . ولكل احد ان يبني في حقه ما شاء من حمام
وقرن او ريس او كمد (؟) او غير ذلك ، اذ لم بات نص بالمنع من شيء
من ذلك »^٣ .

وهذا الرأي الاسلامي شبيه بالنظرية الاوروبية التقليدية ، التي تنظر الى الفرد
حده والى حقوقه بحد ذاتها ، بالاستقلال عن حقوق الآخرين وعن حقوق المجتمع
الذي ينتسب اليه . فهي ترى حقوقه هذه مطلقة ، لا يكون استعمالها ابداً غير
شروع ، وتراها ثابتة لصاحبها يستعملها بحرية ، دون تغيير ودون التفات كبير
لي الغاية التي منحت لاجلها ، ولذلك كله سميت ايضاً هذه النظرية بالنظرية الفردية^٤ .
والنظرية الفردية هي التي تأثرت بها الثورة الفرنسية في القرن الثامن عشر ،
وهي التي بنيت عليها مبادئ حقوق الانسان الفرنسية . لذا لا غرو من ان نرى
لقانون المدني الفرنسي ساكناً عن مسألة سوء استعمال الحقوق ، ومن ان نرى
لمذهب التقليدي في فرنسا يسير مبدئياً على النظرية الفردية من هذه الناحية ، سواء
في اجتهاد القضاء القديم ام في المؤلفات الفقهية القديمة . ولا غرو ايضاً من ان
نسمع ، منذ مدة غير بعيدة ، عالماً كلاكاستاذ بلانبول يقول عن ايمان متين وعقيدة

(١) شرح فتح القدير على الهداية (ج ٥ ص ٥٠٦) ، والفتاوى الجبرية (ج ٢ ص ٢٠٢) .

(٢) الام ، ج ٣ ص ٢٢٢ .

(٣) المحل ، ج ٨ رقم ١٣٥٥ و ١٣٥٧ .

(٤) Individualiste

راسخة : « وان الحق ينتهي حينما يبتدى سوء الاستعمال ، فلا يمكن ان يكون
الحق ما استعمال سيء ، للجهة التي لا تدحض ، وهي ان العمل الواحد نفسه
لا يمكن ان يكون بان واحد موافقاً للعق وبخالفاً له^١ .
واخيراً لا بد من الاشارة الى ان النظرية الفردية كانت ولا تزال اقوى ما
تكون في القانون الانكليزي الاميركي . ففي هذا القانون لا يعتبر الفعـال الجائر
شروعاً موجباً لأي ضمان ، ولا يمكن منعه ولو حصل يدافع سيء . وبعبارة اخرى ،
لا ينظر في هذا القانون الى نية مستعمل الحق ، بل الى مدى دائرة استعماله له .
فاذا كان هذا الاستعمال ضمن الحدود المعبئة قانوناً ، فلا ضمان على مستعمله ، مهما
كان الباعث على استعماله حقه ، والعكس بالعكس . مثاله ، كما ورد في احد
الاحكام الانكليزية ، لو تصرف احد عن حسن نية في ملكه وكان تصرفه هذا
مشروعاً ، فلا يتقلب الى تصرف غير مشروع بانقلاب النية من حسنة الى سيئة^٢ .
ومن الطريف ان نذكر ان الانكليز حافظوا على هذه النظرية ، ويقومون
معارضين نظرية سوء استعمال الحقوق الى اليوم الحاضر^٣ .

مهور المبرأ

نعم ان الحق مطلق في هذه النظرية كما اوضحنا . لكن هذا المبدأ مقيد بشرطه ،
هو ان يكون استعمال الحق في حدوده الشرعية والقانونية . اما اذا جاز

(١) في كتاب مبادئ القانون المدني (ج ٢ رقم ٨٧١) وعبارته حرفياً هي :

« Le droit cesse où l'abus commence et il ne peut pas y avoir usage abusif d'un droit quelconque, par la raison irrefutable qu'un seul et même acte ne peut pas être tout à la fois conforme au droit et contraire au droit » .

(٢) كتاب الجرائم الدنية لبولوك ، (١٩٢٩) ، لندن ، صفحة ١٦٠ وما بعدها) ، وقضية

برادفورد ضد بكتزل سنة ١٨٩٥ (Bradford v. Pickles) في كتاب كني

English Law from the foreign (لندن ١٩٣٧ صفحة ٢٠٦) .

(٣) راجع ما كتبه الاستاذ غود هارت Goodhart تأييداً لهذا الرأي في تعليقه على حكم

صادر من محكمة لندن العليا لسنة ١٩٣٦

(Hollywood Silver Fox Farm v. Emmet, 1936, 2 K. B. 408)

ورده على مثاله الاستاذ هولـد سورت Holdsworth ، بمكس ذلك في مجلة القانون القضائية

Law Quarterly Review لسنة ١٩٣٦ ، صفحة ٤٦٠ ، ٤٦١ ، وتولـد لسنة ١٩٣٧ ص ٤٠١ .

مخالفة تلك الحدود ، وتعداها الى حقوق الغير ، فمقتضى يجب الضمان على الفاعل .
مواضع الضمان بسبب مجاوزة حدود الحق القانونية خارجة عن مسألة استعمال
حق ، اذ هي من التصرفات الفعلية والاعمال غير المباحة التي سنوضحها في محله .
بأن من ان تذكر بعض هذه المواضع على سبيل المثال ، لنبين الفرق بينها
غورها من الأمانة التي تكون ناشئة عن استعمال الحق المجرى ضمن حدوده ،
صاً وان هذين الضريبتين من الأمانة جمعاً مما احببنا ، دون تمييز ولا تفصيل ،
ملت المجلة وكثير من الكتب الفقهية .

نفي مجلة الاحكام العدلية وغيرها ذكرت احوال الضرر الفاحش في علاقات
ار . فمما ما كان ناشئاً عن استعمال الحق ، على ما سنبينه قريباً ، ومنها ما كان
أعليه . مثاله لو بنى احد في بيته تنوراً للخبز دائماً او رحى للطحن ، او لو
داره حماماً وتأذى جيرانه من الدخان اذى فاحشاً فانه يتبع من هذه التصرفات
سأ ١ . وبمعناه ورد في المجلة : (لو اتخذ في اتصال دار دكان حداد
ياحون فمن طرق الحديد ودوران الطاحون يحصل وهن البناء ، او باححدات
او معصرة لا يستطيع صاحب الدار السكنى فيها لتأذيه من الدخان ورائحة
رة ، فهذا كله ضرر فاحش ،، (المادة ١٢٠٠) . وحتى ان حرم نفسه ، وهو
شد انصار حرية التصرف الواسع ، قال : ولا يجوز لأحد ان يدخل على
، لانه اذى ، وقد حرم الله تعالى اذى المسلم ، ٢ .

ويوافق هذا كله ما جاء في القانون الانكليزي عن الضمان بسبب ما يسمونه
ذية ، ٣ . وتعريف الاذية يشمل جميع الضرر الذي يأتي من الغير في أثناء
بال ملكه او تصرفه فيه ، كالدخان او الضجة المتواصلة وما اليها ، التي تكون
لجوار وتضر بالصحة او تفتق الراحة .

وبالنسبة ، نرى الفرق بين مواضع انتقاماً ظاهراً في النظرية
نية . فمن جهة يعتبر المرء حرراً في استعمال حقه ضمن شروطه وحدوده ، كما لو

(١) رد المحتار (ج ٤ ، ص ٣٠٥) ، والقوانين الفقهية لابن جزي (ص ٣٤١)
(٢) المحلى ، ج ٨ ، رقم ١٣٥٧ .
(٣) راجع كتاب بولوك المذكور ، (ص ٤٢١ وما بعدها) .

بني أحد داراً ومدة بذلك النظر عن جاره . ولكن من جهة ثانية ، إذا خرج
الاستعمال عن حدوده المعتبرة ، كما في تصاعد الدخان وتتابع الاصوات المزعجة
للحوار ، فسيبها يكون حينئذ مسؤولاً ، لان هذه النتائج لم تعد محصورة في حقه
وملكه ، بل تجاوزت ذلك الى حقوق الآخرين وملكهم .

ومن اثر ذلك ايضاً لحقوق العديده التي منحها الشرع الجار ، كحق النفعه في بعض المناهب ، وحق منع الضرر الفاحش كما سنرى .

دره المفاسد

من البديهيات الشرعية قاعدة كلية ، قديه حديثة . قديه لانها نشأت بشروح الشرائع ، وحديثه لانها خالده باقيه ما بقيت الشرائع نفسها . هي ان الشرعيه سببه على مقاصد اصلية وغايات اساسية . وان هذه الغايات والمقاصد ترمي بوجه عام النفع للناس أو دفع الضرر عنهم . أو بعبارة الفقهاء ، هي ترمي جلب المصالح أو درء المفاسد . والشرعيه الاسلاميه ككل شريعه اخرى بنيت على هذه القاعده . ولقد كتب فيها الفقهاء المسلمون كثيراً^١ .

وكان من آثار هذه القاعده ما رأيناه في غير هذا العررض من التوسع في ادلة التشريع كالاتحسان عند الخفيفين ، والمصالح المرسله عند المالكيين ، والاتصلاح عند الغزالي ، وما الى ذلك .

وكان من آثارها ايضاً ان ينظر الى الحقوق نظره اجتماعيه خالصه ، وان يفهم منها انها شرعت لغايات معينه تمرد للمصلحه العامه ، وانها مقبده بهذه الغايات سريره بها .

وهذه القاعده تقصد ، كما قلنا ، الى جلب النفعه أو الى درء المنفعه . وهي تقصد أحياناً الى الاثنتين معاً . أما اذا تعارضت المنفعه والمنفعه في مسأله واحده ، وكانت المنفعه زائده على المنفعه ، قدم منفع المنفعه على جلب المنفعه^٢ . وبمعناه قالت مجله الاحكام العدليه : « دره المفاسد أولى من جلب النافع » (الماده ٣٠) ، أو أولى من جلب المصالح ، كما في عبارة كتاب الاشياء والنظائر^٣ .

الضرر الفاضل

ان قاعدة دره المفاسد هذه ، وان مبدأ حقوق الجوار عند العرب وفي الشرع

(١) راجع مثلاً قواعد الاحكام في مصالح الانام لعبد السلام ج ١ ص ١٠٤ و ١٠٥ و ١٠٦ .

(٢) الاحكام الآدمي ، ج ٣ ص ٤٩ .

(٣) لابن نجيم ص ٣٦ ، والسيوطي ص ٦٢ .

الفصل الثالث النظرية المادية لسوء استعمال الحقوق

الدهانات الجواريه

من العادات القديه الراسخه عند العرب رعايه الجوار وحب الجار . وقد رطوا في ذلك افراطاً شديداً ، حتى صار الجوار عندهم مرادفاً للمهد والذبيحة ، شاع ما يسوره عقد الجوار . وهو عقد كان يتولاه كبيرهم مع من استجار به ، من ناس . فيصبح بهذا جاراً له يجيره ويحميه .

وقد بقيت هذه العاده في الاسلام ، بل هي قويت ، بما كان للتشريع الاسلامي من قوة ، وبما كان فيه من مزيج بين الدين والقضاء . ومن ارتباط بين احكام مبادات والمعاملات ، وبما كان لهذا الارتباط وذاك المزيج من اثر ظاهر يتبين في راعد العدل وفروع الاحكام .

وتشجع وجوب الاحسان الى الجار القريب والبعد في الآيه الكريمة : « وبالوالدين صاناً وبذي القربى واليتامى والمساكين والجار ذي القربى والجار الجنب » ، في الحديث الشريف : « لا يؤمن أحدكم حتى يحب لاجنه أو لجاره ما يحب لنفسه »^٢ .

ومن اثر ذلك ، بعبارة حجة الاسلام الغزالي ، ان حق الجوار لم يكن كحق ذي فحسب بل احتال الاذى ، واطوار الرفق واسداه الجير والمعروف^٣ ، حتى بل في الامثال المأثوره : « الجار ولو جار » .

(١) سورة النساء (٤) ٣٦ .

(٢) صحيح مسلم ، ج ١ ص ٤٩ .

(٣) احياء علوم الدين ، ج ٢ ص ١٨٩ .

لاسلامي ، كل هذا ينس عليه بعض الفقهاء في العلاقات الجوارية ، نظرية خاصة سواء استعمال الحقوق ، تقول بنبع المراء من استعمال حقه اذا نتج منه ضرر فاحش جار ، لان منع الضرر الفاحش عن الجار اولى من ابقاء النعمة لصاحب الحق .
واول من قال بذلك الامام مالك بن انس ناظراً فيه الى المصلحة ، ثم صاحب
في حنيقة الامام ابو يوسف مخالفاً للقياس وظاهر الرواية في الامر ، ومتأثراً
لاستحسان وحاجات الحياة الاجتماعية العملية . وقد تسمى على رايه مشايخ بلخ
التأخرون من الحنفيين ، فقالوا انه اذا تصرف احد في ملكه وتضرر جاره بذلك
تبرراً يتيماً دائماً لا يمكن التعرض منه ، كان للجار ان يئمه ^١ .

وهذا المذهب افق مشايخ الاسلام في الدورة العثمانية من عهد ابن السعود
لهادي ^٢ . وعليه سارت مجلة الاحكام العدلية ، فثبت على انه لا يمنع احد من
لتصرف في ملكه ابدأ الا اذا كان ضرره لغيره فاحشاً ، (المادة ١١٩٧) . ثم
تصلت ذلك في المواد اللاحقة في باب المعاملات الجوارية ، فاستهنته بقولها : وكل
احد له التعلي على حائط الملك وبناء ما يريد وليس لجاره منعه ما لم يكن ضرره
ناحشاً ، (المادة ١١٩٨) .

فاذن ، في المجلة ، يدفع الضرر الفاحش بأي وجه كان (المادة
١٢٠٠) . وازالة الضرر الفاحش من فروع القاعدة العامة : ان الضرر يزال ،
وانه ولا ضرر ولا ضرار ، (المادان ١٩ و ٢٠) ، وهي قاعدة سيأتي ايضاحها في
باب التصرفات العقلمية والاعمال غير المباحة .

والضرر الفاحش ، كما عرفته المجلة ، هو كل ما ينعج الموانع الاصلية ويعني
المنفعة الاصلية المقصودة من البناء كالسكنى ، او يضر بالبناء اي يجلب له وهماً
ويكون سبباً لهدهامه ، . وينقسم قسمين كما مر آنفاً : اولها الضرر الفاحش
الذي فيه تجاوز على حقوق الآخرين ، كالدخان والصور التواصل او كحطرق
الحديد الذي ينعج السككى او يحدت وهماً في بناء الجار او ما الى ذلك ، وكله كما

(١) اللوة الكبرى (ج ١٥ ص ١٩٧) ، والتواين التقنية لان جزى (س ٣٤١) ،
وشرح الزيلعي على الكثر (ج ٤ ص ١٩٦) ، والتواين الحانية (بهاش الهندية ج ٢ ص
٢٥٦) ، وتتبع الفتاوى الحامدية (ج ١ ص ٣٦٧) ، وجامع الفتاوى (ج ٢ ص ٢٦٦) ،
والهبة شرح الصفة للسرولي (ج ٢ ص ٣٣٥ وما بعدها) .
(٢) وايض شرح علي حيدر على المجلة (تحت المادة ١١٩٧) .

وأما هو اضرار بالغير من دون حق وقد مرت الاشارة اليه . والثاني الضرر
الفاحش الذي يصيب الجار دون ان يخرج عن حدود استعمال الحق العادي . وامانة
ذلك عديدة ، نقطف بعضها من المجلة :

اولاً - (لو احدث رجل بناء مرتفعاً في قرب بيدير آخر وسدّ مهب ريحه ،
فانه يكلفه رفعه للضرر الفاحش) (المادة ١٢٠٠) .

ثانياً - (. . . سد الضياء بالكلية ضرر فاحش . فاذا احدثت رجل بناء فسدّ
بسيبه شباك بيت جاره وصار مجال لا يقدر على القراءة معها من الظلمة : فله ان
يكلفه رفعه للضرر الفاحش . ولا يقال الضياء من الباب كاف لان باب البيت
يحتاج الى غلقه للبرد وغيره من الاسباب . . .) (المادة ١٢٠١) .

ثالثاً - (رؤية الحبل الذي هو مقر النساء كصحن الدار والمطبخ والبئر تعد
ضراً فاحشاً . فاذا احدث رجل في داره شباكاً او بناءً مجدداً ، وجعل له شباكاً
مطلّاً على الحبل الذي هو مقر نساء جاره الملاصق او الفاصل بينها طريق ، فانه
يؤثر برفع الضرر ، ويصير ذلك الرجل مجبوراً على دفع هذا الضرر بصورة تمنع
وقوع النظر ، اما ببناء حائط او وضع طبسة ، لكن لا يجوز على سدّ الشباك
بالكلية . . .) (المادة ١٢٠٢) .

وبنفس المعنى جاء في المدونة الكبرى انه اذا فتح احد ابوابا وكوى في بناءه ،
يشرف منها على دار الجار وجعله فانه ينعج من ذلك . وقبل هذا موافق لكتاب
عمر بن الخطاب الى ابن لهيعة .

وكذلك جاء في المعنى انه لو اخطر احد الى طعام وشراب لغيره فطلبه
منه ، فمنعه اياه مع غناه عنه في تلك الحال ، فمات بذلك ، ضمنه المطلوب منه ، لما
روي عن عمر رضي الله عنه انه قضى بذلك ، ولانه اذا اخطر اليه صار احق به بمن
هو في يده وله اخذه قهراً ، فاذا منعه اياه تسبب الى هلاكه بمنعه ما يستحقه ،
فلازمه ضمانه كما لو اخذ طعامه وشرايه فهلك بذلك ^٢ .

ما ذكرناه هو حكم الضرر الفاحش ، وأما اذا لم يكن الضرر كذلك ، فانه
لا يمنع . مثاله : منع المنافع التي ليست من الموانع الاصلية كسد الهواء والنظارة

(١) اللوة الكبرى ، ج ١٥ ص ١٩٧ .

(٢) المعنى ، ج ٩ ص ٥٨٠ .

منع دخول الشمس ليس بضرر فاحش ، (المادة ١٣٠١) .^١ و إذا كان لواحد
بالفوق قامة الانسان فليس لجاره ان يكلفه سد . لاحتمال انه يضع سلباً وينظر
في مقر نساء ذلك الجار ، (المادة ١٢٠٣) .
واخيراً لا بد من الاشارة الى ان قاعدة «دوره الفاسد أولى من جلب المنافع ،
تضي بان يوازن بين المنفعة التي يجنيها صاحب الحق وبين الضرر الذي يصيب الغير .
إذا كان الضرر الناتج زائداً على المنفعة ، منع استعمال الحق . أما اذا تساوى
ضرر والمنفعة فتقدم المنفعة . مثاله : قلنا يجوز للمالك ان يجر بئراً في ملكه .
إذا حفرها وجذبت ماء بئر جاره ، فليس للجار منعه من الحفر (المادة ١٢٩١) ،
لا طلب الضمان منه . وسببه ان النفع والضرر تساويا فلا موجب لتقديم دوره
لتسدة على جلب المنفعة .

هذا في المبالغة ، أما عند الامام مالك ، فصاحب الملك يمنع من ان يجر بئراً
عزراً يبئر جاره ، سواء أكان الحفر في وسط ملكه أم في غير وسطه^٢ .
وعلى الجملة ، تلخص نظرية المبالغة بالقاعدتين الكلتين الوردتين في الجوامع .
هما ان «الافعال المبالغة انما تجوز بشرط عدم ابداء احد» ، وان «تصرف
لاسان في خالص حقه انما يصح اذا لم يتصرف به الجار»^٣ .

فان القاعدتان لم تذكرهما المبالغة بل اكتفت بالقاعدة العمامة ان «الجواز
شرعي بنا في الضمان» . وهي قاعدة ناقصة لا تمثل نظرية المبالغة الكاملة في المسألة ،
لا اذا استثنى منها الضرر الفاحش ، أي اذا صارت «الجواز الشرعي بنا في الضمان»
اخلا احوال الضرر الفاحش^٤ .
واخيراً نرى ان المبالغة لا تستلزم بالنية السبئية في الضرر الفاحش . أي انها لا
نظر الى نية مستعمل الحق ، بل الى النتيجة العملية الناشئة عن الاستعمال . فاذا
كانت النتيجة مضرّة ضرراً فاحشاً فانه يباح ، ولو كانت نية سببها حسنة . واذا
كان الضرر غير فاحش فانه يباح ، ولو كان حدوده ناتجاً عن نية الضرر المحض .
لذا كله ، سمّينا هذا المذهب بالنظرية المادية ، لتمييزه من النظرية المعنوية ، التي
نظر في استعمال الحقوق الى نية صاحبها كما سنوضح في الفصل الآتي .

(١) النوبة الكبرى ، في الوضع المذكور .
(٢) النوبة الكبرى ، في الوضع المذكور .
(٣) النافع شرح الجوامع ، ص ٣١٦ و ٣١٣ .

الفصل الرابع النظرية المعنوية لسوء استعمال الحقوق

فهرس الاضراس

هذه النظرية كالنظرية السابقة تقول بان الحقوق ليست مطلقة بل نسبية لا تجوز
اساءة استعمالها . وهي مثلها تنظر الى الحقوق من ناحية علاقتها المتبادلة بين افراد
الجموع ، وتراها مرتكزة على مصالح وغايات اجتماعية عملية .
فالنظريتان تتوافقان في وجوب تقييد حرية صاحب الحق ووجوب النظر الى
الغرض الذي يمنع لاجله هذا الحق . وهما تتوافقان ايضاً في انهما «صاحبان للنظرية
الفردية» ، التي تأخذ الحقوق على اطلاقها وتنتفي ان يكون لها سوء استعمال .
انما تختلف النظريتان في تعريف اساءة الاستعمال . فبينما ترى النظرية المسادية
السابقة لا تنظر الا الى النتيجة المادية للمعاملات ، ترى النظرية المعنوية هذه تعبر
نية مستعمل الحق . فاذا كانت هذه النية حسنة ، فلا سبيل الى منع صاحبها من
استعمال حقه ولو تضرر الغير منه ضرراً فاحشاً . اما اذا كان لا يقصد من استعمال
حقه الا الاضرار بالغير ، فهو ممنوع من ذلك ومسؤول بالضرمان .

فنية الاضرار^١ اذن هي وحدها الفاصل بين الفعل المباح والفعل المنوع ،
والفاصل بين حسن الاستعمال واساءته . ومثل يوضح ذلك : اذا بنى أحد في ملكه
حائطاً عالياً جداً ، بقصد دوره مفسدة أو تحصيل منفعة ، كمنع الممتدين او اللصوص
من الوصول الى ملكه أو كمنع النظر الى بيته حباً بالانفراد والراحة ، اذا كانت

(١) في اللاتينية Animus nocendi .

مفسر لغناه وولده .

ومن اوضح ما رأته في ذلك ما كتبه احد فقهاء الاندلس العربية في القرن الثامن للهجرة ، الموافق للقرن الرابع عشر للميلاد . وهو الفقيه القرطابي المالكي ابراهيم بن موسى اللخمي ، المعروف بابي اسحق الشاطبي ، المتوفى سنة ٧٩٠ هـ .^١

واسهر ما تركه الشاطبي كتاب الموافقات في اصول الشريعة^٢ . والكتاب غزير العبارة ، واسع الحجة ، وهو من دون شك من انفس ما كتب في علم الاصول وفي التشريع الاسلامي ، وذلك بشهادة الاستاذ الامام الشيخ محمد عبده نفسه والشيخ محمد الحضري^٣

وفي الموافقات تحقيق دقيق في مقاصد الشريعة والمصالح التي بيت عليها . وقد نجح الشاطبي في تجلبدل ذلك وايضاحه كله ببيان واسهاب . فاثبت انه « ليس في الدنيا مصلحة محضة ولا مفسدة محضة ، والمقصود للشارع ما غلب منها ، واذا تعارضتا نظر في التساوي والتوجيه » .^٤

وهكذا اوجب الشاطبي في الاحكام الشرعية ان تنفذ وفقاً للمقاصد السني وضعت لها . فقال : « كل من ابتغى في تكاليف الشريعة غيبير ما شرعت له فقد ناقض الشريعة . وكل من ناقضا فعمله في المناقضة باطل . فمن ابتغى في التكاليف ما لم تشرع له فعمله باطل . اما ان العمل المناقض باطل فظاهر . فان المشروعات انما وضعت لتحصيل المصالح ودرء المفاسد . فاذا خولفت لم يكن في تلك الافعال التي خولفت بها جلب مصلحة ولا درء مفسدة » .^٥

وما ينتج عن ذلك من جلب المصلحة او دفع المفسدة . فمضمون الافعال من هذه الناحية اقساماً ثمانية تختصرها في اربعة وتوجز حكمها كما يلي^٦ :

(١) انظر ترجمته في كتاب نيل الابتهاج بطريرك الديباج النيكفي (بهامش الديباج لابن فرعون) ، ص ٤٦ .

(٢) طبع هذا الكتاب حديثاً في اربعة اجزاء ، في الطبعة الراحانية بمصر ، مع شرح الشيخ عبدالله حوزان .

(٣) راجع كتاب اصول الفقه الحضري ، الطبعة الثانية ، ص ١٣

(٤) الموافقات ج ٢ ، ص ٣٠-٣٢ .

(٥) المصدر نفسه ص ٣٣٣ .

(٦) راجع في ذلك نفس المصدر ص ٣٤٨ - ٣٦٤ .

• لهذه الاسباب او لسبب شبيه مشروع آخر ، فهو جائز ، حتى ولو منع النور لضيء عن الجار . اما اذا كان ذلك الفعل لغاية الاضرار المحض بالغير ، فهو ممنوع . موجب المسؤولية والضمان .

عقد الرومات

هذه النظرية المعنوية عرفها الرومان . وهي وان لم بدرسها علماء كبرياء كرام منهم تركوا منها بعض الائمة السيرة ، التي تدل على انهم فكروا فيها ، وعلى كلات حينئذ في بدء نشوئها ليس الا .

فمن امثال الرومان الشهيرة ان « منتهى الحق منتهى الظلم »^١ . فهم قد عرفوا ، انه لا تناقض بين ان يقال في مسألة واحدة انها تنقل الحق والظلم بان واحد . وقد نقل بوستينيانوس في « مدونة الاجتهاد » المعروفة بالديجستنا جملة منسوبة مارسلوس . يقول فيها : « من يحفر في ملكه ويجذب بذلك الماء عن بئر جاره ، يكون ضامناً ، ولكن بشرط ان يفعل ذلك بنية تحمين ارضه . اما اذا فعله الاضرار بالجار ، فهو ضامن ومسؤول بدعوى الاحتيايل »^٢ .

في الشرع الاسلامي

رأينا ان الفقهاء المسلمين يوجه عام طائفتان . الاولى لا تقر نظرية سوء استعمال تموق . والثانية ، وهي التي اخذت الجهة برأها ، تنتمي الى النظرية المادية المبينة ، النتيجة والضرر الفاحش ، ولا تنظر في ذلك الى الانية او عدتها .

هذا يوجه عام ، ومع ذلك فقد شد من الفقهاء البعض ، وقالوا بشي ، يشبه نظرية المعنوية التي نحن بصددها شهباً كبيراً ، في وقت لم تكن فيه هذه النظرية عرفت وانتشرت كبرياء عام كما هي عليه الآن . وانما لا اريد ان ابالغ فيما كتب هذه المسألة ، بل اكتفي بان اضع ما عثرت عليه كما وجدته . والكلام نفسه

(١) Summum jus summa injuria

(٢) Denique Marcellus scribit , cum eo qui in suo fodiens vicini fontem avertit , nihil posse agi , ne de dolo actionem ; et sar non debet habere , si non animo vicino nocendi , sed suum agru meliorem facienti id fecit . » (D 39 , 3 , de aqua , 1 , § 12)

التشريع الاسلامي ، والمحدث الشريف و إنما الأعمال بالنيات وانما لكل امرئ ما نوى . ، ونرى أنها هي بعينها النظرية الحديثة لسوء استعمال الحقوق ، إبت لم تكن أرقى منها من حيث دقة التفصيل والتعميل ، لا سيما اذا نظر إليها بالقياس الى العصر الذي كتبت فيه .

الفراغين الحديثين

ان معظم القوانين الحديثة الاوروبية اعتنقت النظرية المعنوية لسوء استعمال الحقوق المبينة على القصد وعلى نسبة الحقوق . وهي آخذة في الانتشار والتوسع ، حتى يصح ان يقال انها اصبحت عامة شاملة ، لولا بعض الاستثناءات من الشرائع الخاصة ، كالشرعية الانكليزية الامبروكية .

ففي فرنسا اتبع القضاء هذه النظرية في اجتهاده الحديث واخذها علماء القانون ، وكثيراً فيها كتباً قيمة اشهرها كتاب خالص وضعه الاستاذ جوسران ، واسماه «روح الحقوق ونسبتها»^١ .

وجاء في المادة الثانية من القانون المدني التركي ، المقررة عن نفس المادة من القانون المدني السويسري ، ان «كل امرئ ملزم ان يستعمل حقه ، وان ينفذ موجباته ، وفقاً لقواعد حسن النية . وان سوء استعمال الحق الظاهر لا يقع تحت حماية القانون» .

ونص القانون المدني الالمانى على أنه «لا يجوز استعمال الحق اذا لم يكن القصد منه الا احداث الضرر بالغير» (المادة ٢٢٦)^٢ .

فانتم ترى في هذه النصوص وما إليها ، انه ينظر في استعمال الحقوق الى نية صاحبها . وكذلك ينظر في بعض القوانين الاخرى الى غاية الشارع ومقاصد الشريعة . مثاله جاء في مستهل القانون المدني السوفياتي الصادر عام ١٩٢٣ : «ان الحقوق المدنية في حتم القانون ، ما خلا الاحوال التي يكون فيها استعمالها غير

(١) De l'esprit des droits et de leur relativité . (théorie dite de l'abus des droits) .
 وقد طبع في باريس براياً .

(٢) Die Ausübung eines Rechtes ist unzulässig, wenn sie nur den Zweck haben kann, einem Anderen Schaden zu zufügen.

راجع نفس المادة ١٤٨ من القانون المدني الصيني .

اولاً - اذا كان الفعل جائزاً شرعاً لا يلزم عنه اضرار الغير ، فهو يبقى جائزاً ، وأصله من الاذن ، ولا إشكال فيه ، ولا حاجة الى الاستدلال عليه ، لسبوت دليل على الاذن ابتداءً .

ثانياً - اذا كان الفعل الجائز شرعاً يلزم عنه اضرار الغير ، وكان فاعله لا يقصد اضراراً باعد ، فهو يبقى جائزاً لمن ثبت حقه فيه شرعاً ، الا في حالتين : الاولى اذا ن الضرر عاماً فالفاعل يمنع بامره ، ولان المصالح العامة مقدمة على المصالح اصة . والثانية اذا كان الفعل بسبب ضرراً خاصاً من نوع المفسدة القطعية ، ان تركه لا يلحق بصاحبه ضرراً ، كحفر بئر خلف باب الدار في الظلام بحيث لا يداخل فيه بلا يد . فهنا ايضاً لا يمتنع الفعل جائزاً . وهذا الحكم كما ترى افق لقاعدة و دره المقاسد أولى من جلب المنافع .

ثالثاً - وهذا وما يليه بيت القصيد في النظرية المعنوية لسوء استعمال الحقوق . كان الفعل المأذون فيه شرعاً لم يقصد منه فاعله الا الاضرار بالغير ، فهذا يمنع دون شك .

رابعاً وأخيراً - تأتي مسألة الفعل الجائز شرعاً عند ما يحصل منه اضرار الغير ، كون فاعله قد قصد نفع نفسه و اضرار الغير معاً . مثاله المرخص في سلته فصدأ ب معاشه وللأضرار بالغير . فهنا ولا إشكال في منع القصد الى الاضرار من ث هو اضرار لسبوت الدليل على أن ضرر ولا ضرار في الاسلام . لكن النظر في هذا العمل الذي اجتمع فيه قصد نفع النفس وقصد اضرار الغير : يمنع منه فيصير غير مأذون فيه ؟ أم يبقى على حكمه الاصيلي في الاذن ، كون عليه إثم ما قصد ؟ فالجواب عن هذا السؤال يجتمل تفصيلاً . وهو أنه : ان يكون إذا رفع ذلك العمل ، أمكن تحصيل النفع للفاعل من وجه آخر ، نبتد ولا إشكال في منعه منه ، لانه لم يقصد ذلك الوجه الا لأجل الاضرار ، قل عنه ولا ضرر عليه . واما أن لا يكون له محيص عن تلك الجهة التي ضر منها الغير ، ففحق من ثبت له الحق مقدم ولا يمنع ابدأً من استعماله .

فبمباراة أخرى وجيزة ، يتلخص قول الشاطبي بان من ثبت حقه الشرعي في فانه يمنع من استعماله اذا لم يقصد من ذلك إلا الاضرار بالغير .

وبعد فنحن نرى ، على الجملة . أن هذه النظرية موافقة أكثر من غيرها لروح

تم لغايتها الاجتماعية او الاقتصادية .
 وأخيراً في قانون الموجبات البنائي ، وضع الاستاذ جوسران ، صاحب نظرية
 بية الحقوق الفرنسية ، نظريته هذه بعبارة واسعة صريحة . هي انه لا يتم
 موبض من بضر بالغير يتجاوزه ، في اثناء استعمال حقه ، حدود حسن النية أو
 رض الذي من اجله منح هذا الحق ، (المادة ١٢٤) .
 فهذا القانون اوجب اذن ان لا يتجاوز استعمال الحقوق الغاية التي شرعت لها ،
 النية الحسنة المفروضة في صاحبها . وهو قد اوجب ذلك كهدأ عام يشمل جميع
 ابع المعاملات والموجبات . ولا يقتصر على المعاملات الجوارية ، كما كان الامر في
 الاحكام المدنية . بل ان بعض المعاملات الجوارية اصبح مستثنى من هذا
 بدأ ، لان له احكاماً خاصة في قانون الملكية ، وقد مرّ معنا مثل منها في مسألة
 ح التوافد في الابنية ^١ .

وفي القانون اللبناني ، علاوة على المبدأ العام الذي ذكرنا ، امثلة عديدة لا بأس
 ، ان ننقل بعضها على سبيل الايضاح :
 اولاً - حق الفسخ . في بعض العقود يجوز لاحد المتعاقدين في الاصل ان يفسخ
 فقد بمجرد مشيئته وحده دون رضئ الفريق الآخر . ولكنه يستهدف لاداء
 ل العطل والضرر اذا اساء استعمال حقه في الفسخ ، اي اذا استعمله خلافاً لروح
 قانون او العقد ، (المادة ٢٤٨) . ففي اجارة العمل أو الخدمة ، و اذا فسخ احد
 فريقين العقد استبداداً ، اي بدون سبب مشروع ، يستهدف لاداء بدل العطل
 الضرر للفريق الآخر ، (المادة ٦٥٦) ^٢ .

وكذلك في الوكالة يجوز في الاصل للوكيل ان يعدل عن الوكالة ، ويجوز
 للموكل ان يعزل الوكيل متى شاء ، (المادتان ٨٠٨ و ٨١٠) . ولكن اذا فسخ
 وكيل أو الوكيل عقد الوكالة فجأة في وقت غير مناسب وبلا سبب مقبول ، جاز
 ان يلزم بضممان العطل والضرر للفريق الآخر بسبب اإساءة استعماله هذا الحق ،
 المادة ٨٢٢) .

(١) راجع المادة ٦٦ من القرار رقم ٢٣٣٩ .
 (٢) تعدلت هذه المادة بالمادة الثانية من قانون ٢٧ ايار سنة ١٩٣٧ ، بصورة تجمي حقوق
 مال من هذه الناحية . تم تعدلت بقانون العمل اللبناني

ثانياً - حق المدعاهة . في قانون اصول المحاكمات المدنية اللبناني ، و حق
 المدعاهة لدى القضاء مباح لكل شخص حقيقي أو معنوي ، لبنائي ، أو اجنبي ،
 لتثبيت حقوقه وصيانتها . ولكن الدعوى القائمة عن نية سبئية وبقصد ايقاع
 الضرر يجب ان ترد ، (المادتان ٢٩ و ٣١) ^١ .

(١) راجع ايضاً المراء ١٣٢ من قانون العقوبات ، ١٨٨ من قانون التجارة ، و ٥٨٤ من
 قانون الموجبات ، وكذلك المادة ١١٧ من قانون الاحوال الشخصية السوري .

اقامها ، كما جاء في الاشياء ، هكذا : ولا يجوز التصرف في مال غيره بتغير اذنه ولا ولاية ،^١

فعلبه ليس لاحد أن يستعمل مال غيره ، ولا ان يبيعه ، ولا ان يعضه ، ولا ان يتلفه ، ولا ان يغيره ، ولا ان يحسنه ، ولا ان يؤجره ولا ان يتصرف فيه تصرفاً آخر ، الا باذن من صاحبه او باذن من الشرع . وكل تصرف يخالف لهذه القاعدة لا يصح الا في الاحوال والشروط الاستثنائية التي سنبينها في باب الفصولي . فاذن ان التصرف في مال الغير لا يجوز في الاصل الا في حالتين : اذن صاحب المال ، او الولاية عليه . ونحن نوضح كلا منها بكلمة وجيزة .

الولاية

من دون شك يجوز لمن يملك حقاً غير مقيد ان يأذن غيره باستعماله والتصرف فيه . ويكون الاذن صراحة او دلالة . فهو صريح عندما يصرح صاحب الحق به ، كما في الوكالة او الاجارة او الاعارة .

ففي الوكالة يجوز للموكل ، في كل امر يقدر هو على اجرائه بذاته ، ان يفوضه الى آخر ، ليقوم به مقامه . فيكون هذا التفويض اذناً للوكيل بالتصرف في امور الغير . وتستعمل الوكالة في كثير من التصرفات الشرعية القولية ، واهمها المعاملات المالية ، كالوكالة بالشراء او بالبيع ، او بالاجارة ، او بالهبة ونحو ذلك^٢ .

وكذلك في الاجارة باذن المؤجر للمستأجر باستيفاء الثمن من المأجور ، لقاء اجرة تدفع له . فيصح هذا الاذن ما كان ممنوعاً بدونه . والاذن وحده هو معيار الاباحة ، فاذا جازته المستأجر ، كان ضامناً . مثاله في المجلة : لو استكرى احد دابة الى محل معين ، فليس له تجاوز ذلك المحل ، او الذهاب بالدابة الى محل آخر بدون اذن صاحبه^٣ .

(١) الاشياء والنظر لابن نجيم (ص ١١٣) . انتقد المصنف في شرحه على الاشياء (ج ٢ ص ٩٨) هذه العبارة مستتباً ان يقال : بغير اذن (لادنه) او ولاية ، . وقد وردت القاعدة في الدر المختار (ج ٢ ص ٥٦٠) « بلاذنه ولا ولايته » ، والاصح ان يقال ولاية عليه ، او ان يؤخذ بعبارة المصنف .

(٢) راجع للتاليفين ١٤٤٩ و ١٤٥٩ من المجلة .

(٣) للواد ٥٤٥ و ٥٤٦ و ٦٠١ و ٦٠٥ منها .

الباب الرابع الفضولي والتصرف بمال الغير

الفصل الاول

منع التصرف بمال الغير

المبدأ

البيهيات الشرعية حرة المره بان يتصرف في ماله دون معارضة الغير .

بديهيات واجب الغير ان يحتوم هذه الحرية وان لا يتعرض لها .

ستتبع هذه القاعدة انه لا يجوز لاحد ان يأخذ مال غيره ، او ان يتصرف دون حق . واذا فعل ذلك ،عدت ظلماً او غاصباً ، وكان فعله مظلمة او غصباً .

ايضاح ذلك في قسم التصرفات الفعلية ، وايضاح الضمان الذي يجب على

لهم في هذا المعرض ان نبين الحكم الشرعي الوضعي للتصرفات المخالفة لتلك ، من حيث صحتها او بطلانها ، فنبداً بكلمة عن منع التصرف بمال الغير في صل ، ثم نتبهم في الفصول التالية بالبحث في النظريات المختلفة لاحكام

في المجلة : « لا يجوز لاحد ان يتصرف في ملك الغير بلا اذنه » (المادة ٩٦) .
وت هذه القاعدة في المجامع بنفس العبارة . وهي كما ترى ناقصة يجب

ويعني هذه القاعدة ظاهراً لا يحتاج الى توسع في الايضاح . فمن لا يملك شيئاً ، لا يمكن ان يملكه غيره . ومن امثال العرب و فائد الشيء لا يعطيه ، وكذلك في الامتثال اللاتينية : و ما من احد يعطي ما ليس له ، و ما من احد يمكنه ان ينقل من الحقوق اكثر مما عنده هو ^١ .

الولاية

في اللغة عن الصحاح ، الولاية بكسر الواو معناها السلطان ، وينتج الواو وكسرهما معناها النصرة . وفي الشرع ، الولاية بالكسر او بالفتح هي ، كما عرفها المجري ، و نفاذ التصرف على الغير سواء . او ابن ^٢ . او هي ، بعبارة ثانية ، حتى التصرف في امور الغير بدون اذنه ، كما اذا تصرف الاب في الاموال ولده الصغير ، بصفته ولياً عليه . بل قل الولاية هي الاذن الشرعي ، اي الاذن الذي يفوضه الشارع الى الولي ، بان يتصرف في امور المولى عليه .

وتكون الولاية في النفس والمال معاً ، او في احدهما فقط . فالولي في النفس والمال معاً هو عند الحنفية الاب والجد . والولي في النفس فقط هو سائر العصبات والام وذوو الارحام . والولي في المال فقط هو الوصي الاجنبي ^٣ .

والولاية نوعان ، خاصة وعامة . فالخاصة هي التي يتولاها احد الافراد من الرعية على شخص معين او لامر معين ، كولاية المتولي على الوصي ، وولاية الاب واجده على الصغير ، او كولاية الوصي المتخار من قبل الولي او وصيه ، او كولاية الوصي المنصوب من طرف القاضي . وايضاح ذلك ان الصغير والجنون والمغترى محجور عليهم لذاتهم (المجلة مادة ٩٥٧) . فهم ممنوعون شرعاً من التصرف في اموالهم كما يشاؤون . وهم اذا لا يقدرزون على تعاطي امورهم بذاتهم ، فمن باب اولي لا يجوز لهم ان ياذنوا غيرهم بتعاطي ذلك عنهم . لذا يقام عليهم ولي شرعي او وصي مختار او منصوب لإدارة شؤونهم ضمن حدود وشروط معينة . فالولي

(١) Nemo dat quod non habet . Nemo plus juris transferre potest quam ipse habet .

(٢) في شرح الاشباه والفتاوى ، ج ١ ص ١٩٦ .

(٣) الاشباه لابن نجيم ص ٦٣ . راجع ترتيب اولياء الصغير في ماله في المادة ٩٧٤ من المجلة .

واخيراً في الاعارة ، كما في الاجارة ، بأذن المبيع للمستعير باستيفاء المنفعة ، من دون عوض .

فلولا اذن صاحب الحق أو المال في جميع هذه العقود ، لما كان للوكيل متاجر والمستعير ان يتصرف في حق الغير . والاذن ، كما رأيت ، صريح في من هذه الأمثلة .

ويكون الاذن دلالة في أمثلة أخرى . مثاله في المجلة : يسرع للشريك الحاضر يتنفع بقدر حصته من الملك المشترك في حال غيبة الشريك الآخر ، بوجهه لا الغائب . ويكون هذا من نوع رضى الغائب واذنه دلالة (المادتان ١٠٧٨ و ١٠٧٩) . وايضاً ، و إذا دخل شخص دار آخر باذنه ، فوجد إزاء معداً للشرب ،

مأذون دلالة بالشرب منه ، (المادة ٧٧٢) . وكذلك ، و إذا قيدت الوكالة بقيد ، فليس للوكيل مخالفة ... ولكن إذا تصرف فأنفذها أزيد في حق الموكل ، فلا تعد مخالفة معني . مثلاً لو قال أحد زير الدار الغلانية بمشرة آلاف واشتراها الوكيل ... بانقضى ، فيكون قدسها لها للموكل ... (المادة ١٤٧٩) . فهذا واضح أن الوكالة المقيدة تختوي أودلالة الاذن بالشراء بشئ من المعين ^١ .

وتعد ، أخيراً ، من نوع الاذن دلالة للمستنيات التي يصح عمل النضوي بإجازة كما ينوضح في الفصل التالي .

ولا بد من الإشارة إلى أنه يشترط، ليصح الاذن ، أن يكون صادراً ممن يملكه ، القواعد الكلية : و الامر بالتصرف في ملك الغير باطل ، وهي من القواعد أخذتها مجلة الأحكام العدلية (المادة ٩٥) عن كتاب مجامع الحقائق ^٢ .

وفي المجلة مثل عن ذلك . فقد قالت : و لا يجري أمر أحد إلا في حق ملكه . لو قال أحد لآخر خذ هذا المال وألقه في البحر ، فأخذته الأمور والقاه في مر ، حال كونه عالماً بأنه مال غير ماله ، فلصاحب المال أن يضمن الذي القاه ، من على الأمر شيء . ما لم يكن مجبراً ، (المادة ١٥١٠) .

(١) بمناه في قانون الموجبات البتاني بزم الموكل بما يفعله الوكيل خارجاً عن سلطته ، اذا بشرط اجزى فائقة من الشروط المعينة في التعليمات التي تلفهاها (المادة ٨٠٦) .

(٢) راجع شرحه مانع الدقائق صفة ٣١٣ .

ي يقوم مقامهم في كل ذلك ويتصرف في امورهم باسم الولاية أو الاذن .
وتصرفه ينفذ بحكم سواء أثاروا أم أبوا . وكذلك للوقف متولى يقوم بحسن حدود الشرع .

ولاية العامة هي التي ينزلها الامام أو القاضي الذي يتدبه باسم المصلحة فيسوجب هذه الولاية يجوز للسلطان ان يأمر عند الضرورة بالتصرف في ملكه دون اذنه . مثلاً لو وقع حريق في محلة جاز لولي الامر ان يأمر بهم الدور بها منعاً من تسرب النار (المجلة مادة ٩١٩) .

كذلك يقتضى الولاية العامة بكون الحاكم أو القاضي ولي السببه المبدئى المادة (٩٩٠) ، وولي الصغير عند عدم الاوصياء (المادة ٩٧٤) . وله ايضاً لوصياءه عند عدمهم ، ورافقتهم واعطائهم الاذن اللازم شرعاً في بعض الامور ، وعزلهم عند تحقق السبب الشرعي ، وتعيين وكيل الغائب ، ومحاسبة لوقف واعطائه الاذن باستبدال عقارات للوقف للضرورة أو للمصلحة ، وما لا من الامثلة الشبيهة .

ولاية العامة اذا هي تصرف الامام على الرعية لما فيه مصلحتهم . لذا كانت الولاية مقيدة بالمصلحة . فقبل في القواعد الكلية في الاشياء : و تصرف الامام بنية منوط بالمصلحة ، ١ ، وفي الجملة : و التصرف على الرعية منوط (المادة ٥٨) . وهذه القاعدة تستند الى الحديث الشريف : كلكم راع مسؤول عن رعيته ، الامام راع . ومسؤول عن رعيته ، والرجل راع . في ومسؤول عن رعيته ، والمرأة راعية في بيت زوجها ومسؤولة عن رعيته ، و راع في مال سيده ومسؤول عن رعيته ، ٢ .

ولي العام بطاخص كلاهما راعيان حافظان مؤتمنان . فعليهما تعهد ما قاما عليه بحرف في امور الغير بالعدل والصلاح . فالوليان كلاهما صنوان ، او كما قال ، و منزلة الامام من الرعية منزلة الولي من النبي ، ٣ . وهو قول يستند الى اثره فاه بما عمر بن الخطاب في خطبه عن التصرف في مال الرعية ، حيث

السيوطي (مس ٨٣) ، ولابن نجيم (مس ٤٩) .
رواه البخاري . راجع شرحه للشيخ ج ٦ ، ص ١٨٩ .
ذكرها السيوطي في الاشياء والنظار ، ص ٨٣ .

قال : و أنا وما لكم كولي النبي ، ١ .
والوليان ، العامة والخاصة ، وان كلنا تشايران من ناحية الحكمة التي بذنا عليها ، والمصلحة التي تقصدان اليها ، الا انها تختلفان من ناحية ثانية ، وهي القوة التي تكون لكل منهما .

فبينما تصرف الولاية العامة على الخاصة ، بمعنى ان الولي العام ، كما رأينا ، يملك عزل الولي الخاص ومراقبته ومحاسبته ، ولا يعكس ، اذ بالولاية الخاصة تقدم على العامة ، اذا اجتمعنا ، من جهة أولوية التصرف .

هذا معنى القاعدة الكلية الواردة في الاشياء والنظائر ٢ وفي مجلة الاحكام العدلية ، ونصها : و الولاية الخاصة اقوى من الولاية العامة ، فولاية المتولي على الوقف اولى من ولاية القاضي عليه ، (المادة ٥٩) .

واليك امثلة توضح ذلك : لو أجير المتولي عقار الوقف لزيد ، وأجره القاضي لعمرو ، فأجارة المتولي وحدها معتبرة دون اجارة القاضي ، لان ولاية الاول خاصة وولاية الثاني عامة . فتقدم الولاية الخاصة على العامة ، لان العامة لا تكون الا عند عدم الاولى . وهي لا تكون عند وجودها الا مشتملة لها ، ومشرفة عليها ليس الا . وكذلك ايضاً ، لا يزوج القاضي النبيم والبيبة ، الا اذا لم يكن لها ولي خاص . وهذا للسبب الذي بينا .

الفضولي والنظريات المختلفة

في اللغة والاستعمال الدارج ، الفضولي هو من يتعرض لما يعنيه . وبه النسبة في هذه الكلمة لم تدخل على الفرد ، بل دخلت خلافا للقياس على الجمع ، اي فضول جمع فضل ، ومعناه الزيادة .

اما في الاصطلاح الشرعي ، فالفضولي هو من يتصرف بحق الغير بدون إذن شرعي ، (المادة ١١٢ من المجلة) . أو هو بعبارة أخرى ، كل من يتداخل بامور غيره ويتصرف بها ، خلافاً للقاعدة العامة التي ذكرنا ، والتي تمنع التصرف بحق الغير بدون إذن أو ولاية .

(١) كما روى ابو يوسف في كتاب الخراج ، بولاق ، ص ٦٧ .
(٢) للسيوطي (مس ١٠٤) ، ولابن نجيم (مس ٦٣) .

قاله : لو باع زيد مال عمرو ، دون أن يكون وكيلاً عنه أو ولياً عليه ، فنقول من صاحب المال أو إذن من الشرع ، فهو بائع فضولي . فالنظرية في الحكم الشرعي لتصرفات الفضولي نظريات ومذاهب مختلفة . فالنظرية تقول بطلان أعمال الفضولي ، ولو وافق عليها صاحب المال . ففي مثلنا ، بيع زيد مال عمرو باطلاً ، وإن قبل به عمرو . النظرية الثانية تقضي باعتبار أعمال الفضولي متوقفة على رضى صاحب المال ، جازها صحت ونفذت ، وإن لم يجزها فسخت وبطلت . نظرية ثالثة ، أخيراً ، تحكم بسحة تصرفات الفضولي ، ولو لم يجزها صاحب ، إذا كانت مفيدة له ، وجرت بقصد الرجوع عليه . نحن ، في الفصول التالية ، نستعرض بإيجاز كلاً من هذه النظريات الثلاث ، موقف المذاهب الإسلامية منها ، مع ادائها ووجوه الخلاف والوافق فيها بينها .

الفصل الثاني

نظرية بطلان أعمال الفضولي

المبرر وتسميه

إن عقد الفضولي في هذه النظرية باطل ، لأنه لم يصدر عن ولاية أو إذن . وهذا العقد الباطل يبقى كذلك ، وإن وافق عليه صاحب الحق ، لأن أصل العقد محرم وباطل ، فلا يكون لاحد اجازة الحرم الباطل . إننا يجب لتصحيح عمل الفضولي أن يتراضى صاحب المال مع من تناقذ مع الفضولي ، وإن بعقد معه عقداً جديداً ، كأن العقد الأول لم يكن .

وإن هذا الحكم ، بعدم وقوف تصرف الفضولي على اجازة صاحب الحق وبعدم نقاذه بالاجازة ، يشمل البيع والشراء والتكاح والوقف وسائر العقود والتصرفات القولية .

ومن أوضح الامثلة على ذلك بيع المنسوب . فلو غصب زيد دابة عمرو وباعها من خالد ، والمتري يعلم أنها موصوبة ، فبيع زيد باطل . ولا يملك عمرو اجازة هذا البيع الباطل . إننا له أن يبيعه ابتداءً من خالد بعقد جديد صحيح ، يكون وحده المعتبر .

اتباع هذه النظرية

قال هذه النظرية من الفقهاء المسلمين ابو ثور وداود الظاهري ، من أصحاب المذاهب البائدة ، والامام احمد بن حنبل في احدى الروايتين عنه ، والامام الشافعي في مذهبه الجديد^١ . وليس في القوانين القبرية ، على ما نعلم ، ما يؤيد

(١) راجع المحلى (ج ٨ رقم ١٤٦٠) ، والام (ج ٣ ص ١٣) ، والروض المربع (ج ٢ ص ٥) ، والمجموع (ج ٩ ص ٢٦١ وما بعدها) .

هذه النظرية .

وحجة القائلين هما الحديث الشريف المروي عن حكيم بن حزام ، انه سأل النبي (ص) ، يا رسول الله ، يأتي الرجل فيريد مني البيع عندي ، أفأبائعه له من السوق ؟ ، فأجابته ولا تبع ما ليس عندك ، ١ . وقد استدلوا بهذا الحديث على بطلان بيع الفضولي ، أي بيع ما لا يملكه البائع . وهو ، كما ترى ، استدلال غير قاطع ، لا سيما إذا فُحص عليه بطلان سائر تصرفات الفضولي . وعلى كل ، فليس فيه ما يبدل على عدم جواز تصحيح عمل الفضولي بإجازة لاحقة . من طرف صاحب الحق .

أنصف إلى ذلك ، ان هذا النظر القاسي نظري محض ، لا يوافق حاجات الناس من الناحية العملية . فهو ، بمنه صاحب الحق من اجازة عمل الفضولي ، ويرفضه احياء العقود على هذا الوجه ، يورث المشقة والخرج ، ويقضي على روح السرعة والتنسيب والمرونة والمؤاخاة ، التي تستوجبها جميعاً المعاملات اليومية المتعددة .

الفصل الثالث

نظرية التوقف على الاجازة

المبدأ المعلوم من قبله

لا ريب في ان الوكالة إذن يجيز للوكيل ، كما رأينا ، أن يتصرف في ملك الغير . وهذا الاذن من طبعه أن يكون سابقاً لعمل الوكيل .

فإذا صح أن يكون الاذن سابقاً على هذا النوع ، أفيمكن ان يكون ايضاً لاحقاً ؟ وبعبارة أخرى ، هل لصاحب المال أن يوافق على تصرفات الفضولي التي جرت بدون اذنه السابق ، وان يصححها باذن لاحق ؟ نعم ، وهذا ما قالت به النظرية الثانية . ففيها يقوم الاذن اللاحق مقام الاذن السابق . أو كما جاء في القاعدة الشرعية ، الاجازة اللاحقة بمنزلة الوكالة السابقة ١ ، والاجازة في الانتهاء كالاذن في الابتداء ٢ .

ومعنى ذلك ان عقود الفضولي لا تعتبر باطلة أصلاً ، كما في النظرية الاولى . بل تعتبر متوقفة على رضی صاحب الحق ، أو على اجازته كما في التعبير الاصطلاحي . فإذا علم صاحب الحق بالعقد الذي أجراه الفضولي وأجازه ، أي رضی به ووافق عليه ، صار هذا العقد صحيحاً وثاقداً . وإذا لم يجزه ، فسخ العقد ، واعتبر كأنه لم يكن . لذا سمي عقد الفضولي موقوفاً ، لان صحته وبطلانه موقوفان على الاجازة أو عدمها .

وقد أخذ بهذه النظرية من القوانين الغربية القانون الانكليزي ، ومن الفقهاء

(١) الهداية ، ج ٣ ، ص ٥٥ .

(٢) الهدية (ج ٥ من ١٢٢) ، واللبوط (ج ٢٤ من ١٨٢) .

(١) رواه احمد وأصحاب السنن الاربعة . راجع سنن أبي داود (ج ٣ رقم ٣٥٠٣) ، والفتح الكبير (ج ٣ من ٣١٣) .

في حكم الوكالة السابقة . مثلاً ، لو باع أحد مال الآخر فضولاً ، ثم أخبر صاحبه فأجازته ، يكون كالمو وكأله أولاً ، (المادة ١٤٥٣) . ثم بحثت المجلة في احكام عقد الفضولي في فصولها المختلفة بمناسبة كل عقد على حدة .

فبيح الفضولي ذكرته بين البيوع التي تتعلق بها حق الغير ، والتي تنمقد موقوفة على اجازة ذلك الغير (المواد ١١١ و ٣٦٨ و ٣٧٧) . ونصت على ان هذا البيع و اذا اجازته صاحب المال او وكيله او وصيه او وليه نفذ ، والا انسخ (المادة ٣٧٨) . فلهذا اذا غاب احد الشركيين في البستان المشترك وباع الآخر حصته وحفظ ثمنها ، و يكون النائب عند حضوره مخيراً ، ان شاء اجاز البيع واخذ الثمن المحفوظ ، وان شاء لم يجوز وضمنه حصته ، (المادة ١٠٨٦) .

ولا بد من هذه الاجازة لنفاذ بيع الفضولي في المذهب الحنفي . فبدونها يبقى بيع مال الغير باطلاً ، ولو اكتسب البائع ، فبا بعد ، حق الملكية على البيع . مثاله ، لو باع احد مال ابيه ، بلا اذنه ، ثم ورثه ، لا ينفذ البيع السابق بلا تجديد العقد . ومثله ، لو باع الناصب المال المنسوب ، ثم اشتراه من صاحبه الحقيقي ، او اتصل اليه بالهبة ، فالبيع السابق لتاريخ ملكه باطلاً عند الحنفين ^١ .

ولكن الامر على عكس هذا في قانون الموجبات البناني (المادة ٣٨٥) . فبیه ينفذ بيع مال الغير ، اذا تملك الفضولي المبيع فيما بعد . وكذلك هو الحكم عند المالكيين ، ولكنه يجوز عندهم للفضولي البائع ان ينقض ما باعه ان ورثه ، لا ان اشتراه . والسبب في هذا التفصيل انه : اذا تعدى رجل على سلعة آخر فباعها ، ثم اشتراها من صاحبها ، فشرائها عمل اختياري منه ، ليس له اجراؤه لما فيه نقض لعتمه السابق والتحلل من صنيعه . اما اذا ورث الفضولي السلعة ، فله نقض البيع ، لان الميراث ليس بفعل ذاته ، ولم يجزّه هو الى نفسه ^٢ .

اما الشراء ، فحكمه كالبيع في المذهب المالكي ^٣ . ولكن فيه تفصيلا عند الحنفيين . فعندهم ، لو اشتري احد شيئاً لغيره ، كان العقد موقوفاً على اجازة هذا الغير المشتري له في حالتين : الاولى ، اذا اذاف المشتري الفضولي العقد الى ذلك

(١) جامع الفصولين (ج ١ ص ٣٢٣) ، والتاوى البرازية (ج ١ ص ٥١٧ ، بهاش

الهندية) .

(٢) مواهب الجليل شرح سيدي خليل الخطاب (ج ٤ ص ٢٦٦) .

(٣) ابن رشد في الموضع المذكور .

لمين الامام الشافعي في مذهبه القديم ، والامام احمد بن حنبل في احسدى وايتين عنه ^١ ، والامامان ابو حنيفة ومالك واصحابهما ، واهل الشيعة الامامية ^٢ . والى جانب التعليل العقلي الذي ذكرنا ، فقد استند القائلون بهذه النظرية من نهاء المسلمين الى النسبة والقياس .

ففي السنة اتملة عديدة من اجازة عمل الفضولي ، نكتفي هنا بواحد منها . وروى ابو داود والترمذي باستناد صحيح ، ان النبي (ص) اعطى غررة البارقي اراً يشتري به شاة ، فاشتري شاتين ، وباع احدهما بدينار ، وجاء بشاة ودينار . ل النبي (ص) : وبارك الله في صفقة يمينك ^٣ . فوجه الاستدلال بهذا الحديث غررة باع الشاة الثانية من غير اذن النبي (ص) ، أي كان بييمه فضولياً ، ثم اذنه النبي (ص) فصار صحيحاً .

اما القياس ، فهو على الوصية بما زاد على ثلث مال الموصي فهذه الوصية ليست لة ، بل هي موقوفة على اجازة الورثة ، ان اجازوها صححت ، ولا بطلت . فعمل فضولي شبيه بها . فالقياس عليها صحيح ، لما في ذلك من الحاجة والمصلحة لكل من اقدن وصاحب الحق ، ولعدم الضرر منه والمانع الشرعي ^٤ .

وهذا الحكم في النظرية الثانية ، وان كان يحتمه قد ورد في باب بيع الفضولي في تيز من الكتب الفقهية ، الا انه عام يشمل جميع عقود الفضولي وسائر تصرفاته ولية والقبلية . ونحن نذكر هنا بعض الامثلة ، مأخوذة من مجلة الاحكام دلية غالباً ومن مصادر اخرى .

في العقود المألية

لقد وضعت المجلة المبدأ العام في باب الوكالة . فقلت : و الاجازة اللاحقة هي

(١) خصوصاً اذا دعت الحاجة الى التصرف في مال الغير . راجع الروايات والاقتوال المختلفة المذهب الخليلي في كتاب القواعد لابن رجب (ص ٤١٧ وما بعدها) .

(٢) راجع آتون Anson (قانون العقد ، ١٩٢٩ ص ٤٠٨) ، وبنية الجهد ، وشد (ج ٢ ص ١٤١) ، وللمني (ج ٤ ص ١٦) ، وفتح العزيز شرح الوجيز ، نعمي (بتدليل المجموع ، ج ٨ ص ١٢٢) ، وشرايع الاسلام (ص ٩٩) .

(٣) راجع هذا مع امثلة اخرى في سنن ابي داود (ج ٣ رقم ٣٣٨٤ — ٣٣٨٧) .

(٤) فتح القدير على الهداية ، ج ٥ ص ٣١٠ .

(المصالح عنه) . فان اجاز ، يصح الصلح ويلزمه بدله . وان لم يجز ، يبطل الصلح وتبقى الدعوى على حالها . . هذا بشرط ان لا يضمن القضي هو بدل الصلح ، او يرضيه الى ماله ، او يشتر اليه ، او يسلمه الى العاقد الآخر الذي تعالج معه على ذلك البديل . ففي هذه الاحوال ، يكون المصالح متبرعاً كما سنرى (المادة ١٥٤٤) .^١

وكذلك نصت المجلة على انه و اذا اقترض المستودع دراهم الوديعة لآخر بلا اذن ، ولم يجز صاحبها ضمنها المستودع . . . (المادة ٧٩٣) . فالا-تمتثال من ذلك ان الوديع ليس مأذوناً بالتصرف في دراهم الامانة ، فاذا فعل كان قضيواً . مثاله لو عقد قرضاً بنلك الدرهم مع اجنبي ، فالعقود يتوقف على اجازة المودع صاحب المال ، فان اجازه صح بينه وبين المستقرض ، وان لم يجزه بطل .
ومثل الوديع الشريك المضارب . فهو لا يملك حق اقراض مال المضاربة بدون تفويض . فلو اقترض هذا المال ، فعهده موقوف على اجازة رب المال . فاذا اجازه وكان المال قائماً وقت الاجازة صح ونفذ ، وإلا فلا .^٢

في الاموال المتخصّص وفي سائر التصرفات القولية

لا تقتصر الامثلة عن تصرفات القضي على العقود المالية ، بل لدينا منها ايضاً كالزواج والخلع والطلاق والعناق والوقف ، وما الى ذلك .

ففي الزواج مثلاً ، لا تجوز الوكالة في بعض الشرائع ، كما نرى في القانون الفرنسي ، الذي يوجب حضور الزوجين بالذات في مجلس العقد ، إلا في بعض مستثنيات اقتضتها الضرورة لهلجة الجلود والبشارة التابعة للجبرش المحاربة .^٣ ولكن الامر على عكس ذلك في الشريعة الاسلامية . فيها يجوز للزوجين او لاحدهما ان يوكل وكيلًا بنوب عنه في عقد الزواج . وبما ان والاذن والاجازة توكيل ، كما جاء في المجلة (المادة ١٤٥٢) ، لذا كان الاذن اللاحق او الاجازة ،

(١) جامع الفصولين ، ج ١ ص ٣١٨ و ٣٢٣ .

(٢) ذات المصدر .

(٣) راجع بلايول ، القانون المدني الفرنسي (ج ١ رقم ٨٥٨) ، وطلون ١٩ آيت سيته ١٩١ .

(٤) يجوز ايضاً الزواج بواسطة الوكالة في القانونين الكنسي والارميتيني ، لا في القانون الانكليزي . انظر مجلة القانون الفصلي ، ١٩٤٨ ، ص ٧ .

، أي إذا اشترى المبيع باسم الغير صراحة . والثانية ، إذا كان المشتري القضي قاصراً أو محجوراً عليه . ففي هاتين الحالتين ، لا ينفذ الشراء على المشتري بولي ، بسبب التصريح في الحالة الاولى وبسبب عدم أهلية المشتري في الحالة الثانية ، بل يكون الشراء موقوفاً على اجازة الاجنبي المشتري له ، ان اجازة نفذ وإلا بطل . أما في الاحوال الاخرى ، فالعقد لا يتوقف بل ينفذ على القضي . . . مثاله ، لو اشترى أحد شيئاً باسمه الشخصي ، ثوباً شراءً لغيره ، دون ان منه ، فالشراء صحيح نافذ على القضي . ولا ينفذ عمسلي المشتري له بمجرد العقد ، بل لهذا الغير ان يشترى المبيع من المشتري القضي بعقد جديد معه .

يب في ذلك ان تصرف الانسان يكون في الاصل له لا لغيره . فاذا وجد نفاذاً في الحال ، كما في النخل الذي ذكرنا ، نفذ بدون توقف .^١ وفيما عدا هذا التفصيل في شراء القضي عند الحفيين ، تبقى قاعدة (الاجازة بقه بمنزلة الوكالة السابقة ، معتبرة في تصرفات القضي ، في المذممين المالكين لغني وغيرهما من المذاهب التي اخذت بالنظرية الثانية ، كما توضح الامثلة التي

(بيانا فيما يلي .

ففي المجلة ايضاً ، و تتمعد اجازة القضي موقوفة على اجازة التصرف . وان المتصرف صغيراً أو محجوراً ، وكانت الاجرة اجرة المثل ، تتمعد اجازة القضي بقه على اجازة وليه أو وصيه . . . (المادة ٤٤٧) .
وفي هبة القضي ، ورد انه . . . لو وهب أحد مال غيره لا تصح (الهبة) ، ان بعد الهبة لو اجازها صاحب المال تصح (المادة ٨٥٧) .

ومثله ، وقسه القضي موقوفة على الاجازة قولاً او فعلاً . مثلاً ، اذا قسم له المال المشترك بنفسه ، فلا تكون القسه جائزة . لكن اصحابه ، ان اجازوا ، بان قالوا احسنت ، او تصرفوا بالخصص المفرزة تصرف الملاك ، يعني بوجه رازم الملك كبيع وايجار ، فالقسه صحيحة نافذة (المادة ١١٢٦) .

وايضاً في عقد الصلح ، واذا صالح احد وهو قضي ، يعني بلا امر ، عن دعوى بين شخصين . . . فيكون (الصلح) موقوفاً على اجازة المدعي عليه

(١) البدائع (ج ٥ ص ١٤٨) ، وفتاوى الهندية (ج ٣ ص ٢٠٨) ، وجامع الفصولين

١ ص ٣١٧) .

القاعدة ان قبض الفضيدي دين غيره ، بدون اذنه ، يكون متوقفاً على اجازة الدائن . فلو بعث المدين دينه الى الدائن يسد رجل لا تفويض لديه بالقبض ، وجاء الغائب الى الدائن وأخبره به ، فوافق هكذا عليه وقال اشتر به شيئاً ، ثم هلك الدين ، فالملك يكون من مال الدائن لا من مال المدين ، لان رضاه بالقبض اجازة لحقت الفعل ، وقامت مقام التوكيل السابق ^١ .

وفي النصب ، لو أن رجلاً غصب ملك غيره وباعه من اجنبي او اعطاه اياه بسبب آخر ، ثم اجاز المالك تصرفه صح البيع كما رأينا سابقاً . ولكن هل ان هذه الاجازة تبرئ الناصب من واجب الضمان ، وبعبارة أخرى هل انها تلحق فعل الفضيدي ، وهو النصب كما لحقت عقده ، وهو البيع ؟ نعم يبرأ الناصب من الضمان ، عند محمد بن الحسن والامام مالك ، ويكون عليه دفع الثمن الذي قبضه الى المالك المبيز ^٢ .

اما الائلاف ، ففيه خلاف . فقد قال ابن البزاز ، ونقله عنه الترمذاني في التنوير وابن نجيم في الاشياء ، « ان الائلاف لا يتوقف حتى تلحقه الاجازة » ، « وان من اتلف مال انسان ، ثم قال المالك رضىت بما صنعت او اجرت ما صنعت ، لا يبرأ . ولكن الصحيح ، الذي عليه الفتوى عند الحنفيين ، هو ، كما نقل عن المعادية ، ان الاجازة تلحق الافعال ، ومن ثم الائلاف لانه من جملة الافعال ^٣ .

ملاحظة الاصل

على الجهة ، يستدل من الامثلة العديدة التي سردناها من العقود المالية والشخصية ، ومن التصرفات القولية والفعلية جميعاً ، ان توقف نفاذ اعمال الفضيدي على اجازة صاحب الحق ، في المناهب الاسلامية التي اخذت بالنظرية الثانية ، هو قاعدة عامة ، شاملة لجميع التصرفات الشرعية ، ولا تقتصر على عقد من العقود ، او تصرف من التصرفات فحسب .

(١) جامع الفصولين (ج ١ ص ٣٢٤) .

(٢) المدونة الكبرى (ج ١٤ ص ٥٤) ، وشرح الاشياء المعنوية نقلاً عن المحيط بالخبرة

(ج ٢ ص ٩٧ - ٩٨) .

(٣) الفتاوى البرازية (ج ٢ ص ٢٦٥ هاشم الهندية) ، والاشياء والنظائر لابن نجيم (ص ١١٣) ، والدر المختار شرح تنوير الابصار (ج ٢ ص ٥٥٩) .

له النظرية الثانية التي نحن بصددها ، بمنزلة التوكيل السابق في كل ما كلف كبل به مباحاً . ومن ثم جاز فيها تزويج الفضيدي ، وانعقد موقفاً على اذنه كباقي العقود . مثاله ، يجوز لرجل أن يزوج رجلاً امرأة بغير اذنه ، أو يزوج امرأة رجلاً بغير اذنها . وفي الحالين ، يتوقف العقد على اجازة من له ، فان اجازته نفذ ، وإلا لا . ولكنه لا يجوز لفضولي واحد أن ينولي طرفي الزواج عند أبي حنيفة ومحمد بن الحسن ، خلافاً لأبي يوسف الذي جوز ذلك . وقس على هذا طلاق الفضيدي وعناقه وخلعه ^٢ . والخلع هو الطلاق من جانب ج لقاء عرض من جانب الزوجة ^٣ .

ومن تصرفات الفضيدي أيضاً الوقف . فاذا وقف رجل أرض غيره وفقاً له على الفقهاء ، كان نفاذ الوقف متوقفاً على اجازة صاحب الارض . فاذا بلغه واجاز تصرف الفضيدي ، صح الوقف ونفذ ، وكانت له الولاية على الارض وقفة ، وفقاً للقاعدة والاجازة اللاحقة كالوكالة السابقة . والعكس بالعكس ^٤ .

في التصرفات الفعلية

ان الاجازة عند الامام الأعظم أبي حنيفة لا تلحق الا العقود وسائر التصرفات بية ، دون الافعال . ولكن صاحبه الامام محمد بن وهب المالكيين قالوا ، كس ، وطبقوا نظرية الاجازة على تصرفات الفضيدي الفعلية وعلى أفعاله ، بخص والنصب والائلاف ، وما البها .

مثاله : « الرضا بالقبض في الائتلاف . كالاذن بالقبض في الابتداء » . ومعنى هذه

(١) مجمع الانهر شرح ملقى الأبحر (ج ١ ص ٣٤٣ - ٣٤٤) ، والفتاوى الحامية (ج ١ ص ٣١١ هاشم الهندية) ، والفتاوى الجبرية (ج ١ ص ٢٧) .

(٢) فتح القدير (ج ٥ ص ٣١١ و ٣١٣) ، والحري على سيدي الخليل (ج ٣ ص ١) ، وجامع الفصولين (ج ١ ص ٣٠٩ وما بعدها) ، والفتاوى البرازية (ج ١ ص ١٤٩) .

هاشم الهندية) .

(٣) هذا في الذميين المالكين والحنفي . أما عند الشافعي فالخلع لا طلاق . ولا محمد بن رواياتان . راجع للسيوط (ج ٦ ص ١٧٣) ، والحري (ج ٣ ص ١٥٢) ،

(ج ٨ ص ١٨٠) .

(٤) الفتاوى الهندية (ج ٢ ص ٣٦٦) ، والفتاوى الطرسوسية (مطبعة الشرق بمصر ،

ص ١٤٩) .

نورد امثلة منها انما للامانة للامانة . ففي بيع الفضولي او اجارته ، يعتبر قبض الثمن او الاجرة من قبل المالك اجازة فعلية لعقد البيع او الاجارة الذي جرى بدون اذنه . ولكن لو قال المالك للفضولي ، بعد علمه بالبيع : واصبت واحسنت ، وقبل لا بعد كلامه اجازة قوية ، لانه ربما قصد به الاستهزاء ، ولكن الامام محمداً اعتبره اجازة استحضاراً^١ .

وقد اختلف الفقهاء في حكم السكوت . فمند الطنبيين والشافعيين والحنبليين ، لو باع فضولي ملك غيره بحضور صاحبه ، وهو ساكت ، فسكوته لا يبعد اجازة . ومثله لو كانت البيع بغيره ، وسكت بعد علمه به . وفي تزويج الفضولي كذلك ، لا يبعد قبول التهنئة وحده اجازة^٢ .

أما عند المالكيين وابن ابي ليلى ، فليسكوت حكم الاجازة . فمقدم ، لو باع احد مال غيره ، وكان المالك حاضراً مجلس البيع وسكت عنه ، او لو كان المالك غائباً ثم علم بالبيع وسكت عنه مدة طويلة ، قبل هي العام ، لزمه البيع وعده سكوته رضی واجازة ، إذا لم يكن ساكناً لعذر مانع كسطورة أو سلطان^٣ .

والنتيجة ان الاجازة ، لما كانت رضی وموافقة ، فالفروض ان تحصل بكل ما يدل على هذا الرضى والموافقة ، سواء كان ذلك صريحاً أم خفياً . فكان الاخرى بالفقهاء الذين اختلفوا في هذه التفصيلات ، ان يقصروا هذا المبدأ العام ، ثم يتكروا تطبيقه إلى تقديم القاضي وحكمته في كل قضية من القضايا الجزئية ، بحسب ظروفها الخاصة ووقائعها المادية .

والاجازة يجب أن تصدر ممن له الاذن بالنصرف . ففي إذا تكون في الاصل لصاحب الحق او لوكيله . وإذا كان هو صغيراً او مجنوناً او محجوراً عليه ، كانت الاجازة لوليّه او وصيه .

(١) الفتاوى المالكية ج ٢ ص ١٤١ (جماش الهندية) .

(٢) جامع الفصولين (ج ١ ص ٣١٢ و ٣١٥) ، والحنفية (ج ٣ ص ٢٠٨) ، والام

(ج ٧ ص ٩٣) ، والنبوط (ج ٣٠ ص ١٣٩ - ١٤٠) ، والشرح الكبير (بديل المفتي ،

ج ٤ ص ١٦) .

(٣) البيهقي شرح الصفة (ج ٢ ص ٦٩ - ٧١) ، والام في الوضوح المذكور .

ولقد اكثرنا من هذه الامثلة لاثبات هذه الحقيقة ، التي ربما غابت عن النظر ، بسبب تاثر امانتها في فصولها المختلفة من أبواب كتب الفقه الاسلامي . ولعل ما ذكرنا يكفي للوصول الى ما قصدناه .

ففي هذا المعرض ، وغالباً في غيره أيضاً ، لم يدرس الفقهاء المسلمون المبادئ . بل بطريقة تحليلية ، بمعنى استخراج الفروع الخاصة من الاصول العامة . بل وفي المسائل الفرعية اولا ، واستخلصوا من مجموعها المبادئ الفقهية الاساسية . لذا الاسلوب الاستقرارى يسره ما عرفناه من اصول التشريع الاسلامي ، ومن نه القدسة ، التي بنى عليها علم الفقه ، وتقيد بها الاجتهاد وفق المسائل التي اوجدها رب الحياة العملية ، أو التي استنبطها الفقهاء على سبيل الافتراض .

ومن جميع هذه المسائل ، تكونت بعد ذلك مجموعة غنية للبحث والتنقيب ، عنة كانت مبدائاً واسماً للتفكير والاستقراء ، وكانت واسطة توصل بها بعض خصصين من الفقهاء الى اثبات المبادئ العامة والقواعد الكلية . ومن ههنا دوى بلارب المبدأ العام ، المتبع في النظرية الثابتة ، لا سيما في المنهج الحنفي ، وان عقود الفضولي وتصرفاته تتوقف على الاجازة ، ان كان لما يجيز وقت إتمامها ، والابطال^١ . ونحن نتابع هنا باختصار بيات الاجازة وانواعها روطها .

الاجازة وانواعها

ان الاجازة ، كما قلنا ، هي الاذن اللاحق الذي يوافق به صاحب الحق على ما اياه الفضولي . وهو الذي يجعل تصرفه الموقوف نافذاً .

وكما تكون الاجازة بالقول تكون بالفعل . ومعنى هذا ان الاجازة تحصل لفظ او فعل يدل على الرضى^٢ . وفي هذا المعرض ، لم يكتب بعض الفقهاء مع هذه القاعدة ، بل تبسطوا في بيان الامور التي تعد كافية للدلالة على الاجازة ، فمور التي لا تكفي لذلك .

ونحن ، وان كنا لا نرى داعياً لهذه التفصيلات ، التي اوجدت الاختلاف بلا مبرور

(١) جامع الفصولين ، ج ١ ص ٣١٧ .

(٢) راجع بنفس المعنى كتاب آسوان المذكور ، ص ٤١٢ .

العقد بمنزلة انشائه ابتداءً ، وجب توافر شروط العقد الاساسية وقت حصولها .

وهالك ايضاح هذه الشروط :-

الاول والثاني - وجود الماعدين ، أي الفضولي ومن تعاقده معه ، فالاجازة

بعد وفاة أحدهما لا تصح .

الثالث - وجود المميز صاحب الحق . فلو توفي هذا ، لم يكن لوارثه أو ورثته

حتى اجازة العقد ، إلا في القسمة عند أبي يوسف . مثلاً إذا انقسم الشركاء ، التزك ،

وبعضهم غائب ، توقف نفاذ القسمة على اجازة الغائب . ولكن إذا مات الغائب

قبل الاجازة ، وأجاز ورثته عنه ، فلا تصح الاجازة عند الامام محمد عملاً بالقياس ،

ولكنها تصح استحساناً عند الامام أبي يوسف .^٢

الرابع - وجود المقود عليه موضوع العقد . ففي البيع مثلاً ، يقتضي لصحة

الاجازة بقاء المبيع ، وبقاء الثمن ان كان من العروض لا من النقود . فلو هلك

المبيع أو تغير تغيراً تاماً ، لم تصح الاجازة . وإذا كان هلاكه بعد تسليمه الى

المشتري ، كان المالك مختبراً ، ان شاء ضمن قيمته البائع الفضولي ، وإن شاء

ضمنها المشتري .^٣

ولكن جاء في جامع الفصولين : انه في بيع المماثلة من الفضولي ، اذا هلك

البديل الذي من جهة الفضولي ، ثم اجاز المالك المماثلة ، ينبغي ان ينفذ العقد .

وانه اذا باع الفضولي ثوباً بلا إذن صاحبه ، فخطأه المشتري فيما ، وأجاز المالك

البيع ، كان هذا البيع جائزاً وناذراً عند أبي يوسف ، لا عند زفر .

وفي عقد الاجازة ، كالبيع ، يقتضي لصحة الاجازة بقاء المأمور ، وبديل

الاجازة ان كان من العروض .

وهذه الشروط جميعاً اوجبتها مجلة الاحكام العدلية في بيع الفضولي وفي

اجازته . ففي البيع قالت : . . . يشترط لصحة الاجازة ان يكون كل من البائع

والمشتري والمميز والمبيع قائماً . فإذا كان أحد المذكورين هالِكاً ، فلا تصح

الاجازة . (المادة ٣٧٨) . وكذلك في الاجازة نصت على انه : (. . . يشترط في

(١) فتح القدير ، ج ٥ ص ٣٦١ .

(٢) جامع الفصولين (ج ١ ص ٣١٤) ، والبرزاري في الوضوح المذكور .

(٣) البائع ، ج ٥ ص ١٥١ .

(٤) في الوضوح المذكور .

الفسخ

عند عدم الاجازة يعتبر العقد مفسوخاً . وقس على العقد غيره من التصرفات .

كون الفسخ طبعياً لمن له حق الاجازة . فاذا رفض صاحب الحق أو وكيله أو

يه أو وليه اجازة عقد الفضولي ، انسخ ذلك العقد (مجلة المادة ٣٧٨) .

وكذلك يجوز فسخ العقد أيضاً ، قبل حصول الاجازة ، من جانب الشخص

ي تعاقده مع الفضولي . ولكن هل يجوز للفضولي هو ان يفسخ العقد وينقضه ؟

واب يحتاج الى تفصيل عند الحنفيين . فالفضولي يملك حق الفسخ في البيع ، وما

من العقود و دفماً المحقوق عن نفسه ، بشرط ان يكون ذلك قبل الاجازة ،

، العقد بعدها يصبح نافذاً ، لا مجال لفسخه . اما في التزويج ، فليس للفضولي

حق العقد الذي اجراه عند الامام محمد بن الحسن وعند الامام أبي يوسف في احد

ليه ، لان حقوق العقد لا ترجع اليه ، بل هو فيه ، كما قبل ، وهو محض ، أي

العبارة . وللفضولي الفسخ في الزواج ، كما في البيع ، في قول آخر

يا يوسف .^١

وان رأي الحنفيين في البيع مخالف لماورد في قانون الموجبات والعقود اللبناني

، انه لا يجوز للبائع ان يدعي بطلان العقد بمجرد ان البيع انقضى على ملك

بيوه (المادة ٣٨٥) .

شروط الاجازة

ان الاجازة لا تصح بعد الفسخ . مثاله (لو سعى المالك ان فلاناً أجر ملكه ،

ال لا اجيز هذا العقد ، ثم قال بعد ايام اجزته ، لا تعتبر الاجازة ، لان المفسوخ

يجاز .^٢

وعلاوة على هذا ، ينبغي لصحة الاجازة توافر شروط اربعة ، هي وجود كل

من الماعدين والمميز والمقود عليه . وسبب ذلك ان الاجازة ، لما كانت تصرفاً في

(١) الخانية (ج ١ ص ٣١٤) ، هاشم الهندية) ، والبرزاري (ج ١ ص ٥١٨) بنس

اشس) ، والهداية (ج ٣ ص ٥٥) ونسخها الخانية (ج ٥ ص ٣١٢) هاشم فتح القدير) .

(٢) البرزاري (ج ٢ ص ٣١) هاشم الهندية) .

هذه الاجازة قيام وبقاء أربعة أشياء : العاقدين والمال المقود عليه ، وبدل جارة ان كان من العروض . واذا اعدم هؤلاء فلا تصح الاجازة و المادة (٤٤٧) .

وحكم الاجازة اللاحقة كحكم الوكالة السابقة كما قدمنا . فاذا اجاز المالك بيع ضولي ، صار المبيع ملكاً للشعري ، مع الزيادة التي حدثت فيه بعد البيع قبل جازة ، وصار الثمن امانة للمالك في يد البائع الفضولي ^١ .

المستنبات من الاجازة : الولد وولده

في كتب الفقه ائمة عديدة من الاحوال التي يجوز فيها للمرء ان يتصرف في غيره بدون اذنه او بدون ولاية عليه . ويكون تصرفه فيها صحيحاً بلا اذنه ، خلافاً للقاعدة العامة . ونحن نورد من الكتب الحنفية أهم هذه المستنبات :
اولاً - يجوز للوالد او للولد ان يشتري من مال المريض ما يحتاج اليه هكذا بر اذنه ^٢ .

ثانياً - ليس للوديع في الاصل ان يتفق من مال الامانة على ائوي الوديع بلا نه او اذن القاضي . ولكن يجوز له ذلك اذا كان الوديع غائباً وكان الوديع ، كان لا يمكن فيه استطلاع رأي القاضي ^٣ .

ثالثاً - يجوز لرفقة السفر اذا مرض اقدم ان ينفقوا عليه من ماله بدون اذنه . شله يجوز لهم اذا مات اقدم ان يجهزوه من تركته بدون اذن الورثة . وروي جماعة من اصحاب الامام محمد بن الحسن ذهبوا الى الحرج ، مات اقدم في السفر ، خذ رفاقه ما كان معه وابعوه . فلما رجعوا اتملوا محمداً بالخبر ، فحبسوا ما فعلوا ، لا الآية الكريمة « والله يعلم المقصد من الصلح » ^٤ .

(١) الهداية (في الوضوح المذكور) ، والمطانية (ج ٢ ص ١٣٦) جاش الهندية .

(٢) ذكره ابن نجيم تقياً عن السراجية في الاشياء والنظائر (ص ١١٣) . انظر فتح القدير

ج ٣ ص ٣٥٤ .

(٣) ذكره الزيلعي تقياً عن الطائفة والنوادر في شرح الكفر (ج ٣ ص ٦٥) .

(٤) سورة البقرة (٢) ، ٢٢٠ . راجع الزيلعي في الوضوح المذكور . وروي عن محمد بن مائة

من الامثلة ، فباع محمد كتبه لجهيزه ، فقبل له انه لم يوص ، فسلا الآية المذكورة . انظر رد

نثار (ج ٥ ص ١٧٤) ، وفتح القدير في الوضوح المذكور .

رابعاً - اذا كان الولد البالغ الرشيد غائباً ، وكان ابوه فقيراً محتاجاً الى النفقة ، لم يكن للاب ان يبيع مال ولده لنفقته عند الصاعين محمد رأبي يوسف تقياً على القاعدة التي ذكرنا ، لأن ولاية الاب زالت ببلوغ الولد رشيداً . ولكن

ابا حنفية اجاز له استعمالنا في مثل هذه الحال ببيع عروض ابنه ، لا عقارانه ^١ .

خامساً - يجوز استعمالنا للورثة الكبار ان ينفقوا على الصغار من أموالهم اذا لم

يكن لهم وصي . وايضاً لو وجد مسجد بلا متول ، وله اوقاف ذات غلة ، جاز

لأهل الحلة شراء حصير للمسجد من تلك الغلة ، ولا يضمن المنفق في هذا ديانة ^٢ .

سادساً - لو هباً احد شيئاً ورضع به بصورة يقيم منها سبب التهيئة ، جاز

للإجنبي اجراء العمل المقصود من ذلك . مثاله ، لو أعد قصاب شاة وشدها للذبح

فمتر اجنبي وذبحها ، او لو ذبحها في ايها ولو لم تشد لذلك ، او لو وضع احد قدراً

فيه لحم على كانون ووضع الحطب تحته فأتى الاجنبي وأوقد النار وطبخ اللحم ،

او لو زرع المزارع زرعاً فسقاه الاجنبي ، فعمل الاجنبي في جميع هذه الأمثلة وما

اليها جائز لا يوجب الضمان ^٣ .

وكذلك ولو احضر (احد) فغلة فهدم داره ، فهدمه آخر بلا اذن ، لا يضمن

للمستحساناً ، إذ الاصل في جنسها ان كل عمل لا يتفاوت فيه الناس ثبت الاستمئانة

غيبه لكل احد ، ^٤ .

وفي الذهب الحنفي جاءت هذه المستنبات مخالفة للقياس واجيزت من باب

الاستحسان ، وهو كما نعلم من الأدلة الاصولية الخاصة لهذا المذهب . وتفسيرها ، على

الجملة ، يعود الى ضابط واحد : وهو ان اذن صاحب الحق يعتبر فيها موجوداً

دلالة ، او بعبارة أخرى يعتبر الاذن ضمنياً . فرفقة السفر ، اذا مرض احدهم

وانفقوا عليه من ماله ، مأذونون دلالة بحكم صحة السفر ، بان يفعلوا ذلك . ومثلهم

الاجنبي الذي يرى الشاة مشدودة ومهية للذبح ، مأذون بذبحها دلالة من طرف

القصاب . وقس على هذا باقي الامثلة .

(١) الزيلعي في ذات الوضوح .

(٢) رد المحتار في ذات الوضوح . سترى الفرقين في الضمان بين الديانة والقضاء في الجزء الثاني

(الفصل الخامس من الباب الاول من القسم الرابع) .

(٣) جامع الفصولين ، ج ٢ ، ص ٢٣٣ - ٢٣٤ .

(٤) مجمع الضمانات للبيضاوي ، الطبعة الحجرية بمصر ١٣٠٨ هـ ، ص ١١٤ .

تالاً - لو احترق أو هدم بيت مؤلف من طابقين كل منهما لملك ، وطلب صاحب الطابق الأعلى من صاحب الطابق الاسفل ان يبني طابقه ليتسكن هو من بناء الأعلى فوقه ، ورفض صاحب الاسفل ما طلبه منه ، ثم بنى الاول الطابقين ولو بدون اذن الحاكم ، فان له ، أي لمن بنى ، حق الرجوع على الآخر بما صرفه في بناء الطابق الاسفل ، وحق منع هذا الآخر من التصرف فيه حتى يبطئه حصة مصرفه . ويشترط في ذلك ، كما قلنا ، ان يراجع صاحب الاعلى او لا صاحب الاسفل ، ويتبع هذاعن البناء .

رابعاً - من أحكام الرهن ، ان بعض المصاريف اللازمة لاجل اصلاح الموهون وحفظه تقع على صاحبه الراهن . فلو كان هذا غائباً ، او كان حاضراً وتقع عن اجراء ما عليه ، فيحق للدائن المرهون ان ينفق ما يلزم على الموهون باذن القاضي ، وبدون اذنه أيضاً إن لم يكن في البلدة قاض أو كان هذا من قضاة الجور ، ويحق له بعد ذلك أن يرجع على الراهن بما أنفقه بقصد الرجوع عليه ^١ .

خامساً - ثم معنا ان الجملة (المادة ١٠٨٦) لم تجوز لاحد الشريكين بيع حصة شريكه الغائب ، وانما اعتبرت هذا البيع موقوفاً على اجازة هذا الغائب . ولكن ما منع في البيع جوز في الاجارة ، بالنظر للضرورة وللمنفعة المشتركة . فانه من الاوفق الشريكين تأجير العقار المشترك دفعة واحدة ، لا في ذلك من رفع المشقة الناتجة عن صعوبة تأجير حصة الحاضر الشائعة ، ولما فيه من المحافظة على حق الغائب . قالت الجملة : « أحد الشريكين الحاضر إذا أجرة الدار المشتركة فأخذ من اجرتها حصة ، وحفظ حصة الغائب جاز ، وحين حضور الغائب يأخذ حصته منه ، (المادة ١٠٨٤) .

سادساً - في حالة الرهن الواحد الذي يأخذه الدائن في مقابلة الدين الذي له بذمة اثنين ، اذا رغب أحد هذين المدينين في فك الرهن وكان الآخر غائباً ، فدفع الاول حصة الثاني من الدين بدون اذنه ، فلا يعمد متبرعاً بدفعه هذا ، بل له أن يرجع على الغائب بما دفعه عنه ، إذ أنه فعل ذلك إضطراراً لتخليص حقه ^٢ .

(١) راجع في هذه الامثلة المادة ١٣١٥ من الجملة ، واعلام الموقعين (ج ٢ ، ص ٣٢٦) ، ورد المختار (ج ٥ ، ص ٤٣١ - ٤٣٢) ، والقواعد لابن رجب (ص ١٤١) .

(٢) الفتاوى الحانية ، ج ٣ ، ص ٦٦١ - ٦٦٢ .

وقائدة هذا التفسير ان جميع احكام الفضي ، في النظرية الثانية السائدة في ربيعة الاسلامية ، تصح مجموعة تحت قاعدة واحدة . وهي انه لا يجوز لاحد أن يرف في حق أحد إلا باذنه أو باذن الشرع .

والاذن ، سواء أكان من صاحب الحق ام من قبل الشرع ، وسواء أكلت بما كما في الوكالة ام لاحقاً كما في اجازة عمل الفضي ، وسواء أخيراً أكان صريحاً في الوكالة والاجارة ام مستنبطاً بالدلالة كما في المشتريات التي يصح باعمال غويي بدون اجازة ، وهذا الاذن ، مهما كان نوعه ، هو وحده الذي يميز التصرف في حق الغير . وما دون ذلك فهو لا يصح ، ولا يمكن في الاصل ان يكون سبباً في حكم شرعي نافذ .

المشتريات من الاجارة بسبب الاضطرار

المشتريات التي مرت معنا ، والتي يصح فيها عمل الفضي بدون اجازة صاحب ل ، وان كانت مبنية على تمليل الاذن الضمني ، الا ان معظمها مبني ايضاً على ضرورة . والضرورة ، كما رأينا في غير هذا الموضع ، هي من أسباب التبشير . فمع المحظورات في الشرع الاسلامي ^١ وفي غيره من القوانين ^٢ . والى جانب هذه الدفعة من المشتريات ، توجد عند الحنفيين خاصة ، فئة أخرى تفسر بالاذن دلالة كما مر ، بل فسرت فقط باضطرار الفضي للوصول الى حقه للمحافظة على ماله .

وام أمثلة هذه الفئة الجديدة هي الآتية :-
اولاً - اذا قضى أحد الورثة دين الميت ليتوصل بذلك الى اخذ حقه من التركة قسمة ، فانه يرجع على التركة بما فضاء من الدين .

ثانياً - اذا اشترى اثنان شيئاً وغاب أحدهما ، فأدى رفيقه الحاضر جميع سخن الى البائع ليتسكن من تسلم المبيع ، كان للدافع حق الرجوع على الغائب عنه من التسن .

(١) راجع كتابنا « فلسفة الفضي في الاسلام » ، ص ٢٤٥ .
(٢) انظر بعض المشتريات من هذا النوع في الشريعة الاثنا عشرية في كتاب بولوك ، الجرائم المدنية (The Law of Torts) ، لندن ، ١٩٢٩ ، ص ١٧٤ - ١٧٦ .

كان عمله تبرعاً ، ولا رجوع له ببدل الصلح على المصلح عنه ، إذا لم يجز عمله
(المادة ١٥٤) .
سادساً - لو قضى أحد ديناً عن غيره أو لو كفله بدون امر أو تفويض ، عدّه
متبرعاً ، ولا رجوع له على المدين بما قضاه ، الا إذا أجاز هذا عمله^١ .
سابعاً - لو عمر أحد دار امرأته بلا اذنها ، عد متبرعاً بما أنفق به وكانت العمارة
لحسابه .

فإنه الامثلة وما كان من أشباهها كلها ترجع ، على الجملة ، الى خلاصة واحدة .
وهي القاعدة العامة في المذهب الحنفي انه : اذا أنفق فضولي من ماله شيئاً لحساب
غيره ، أو اذا أدى عنه واجباً بدون اذنه ، أو بدون اذن القاضي في بعض الاحيان ،
عد متبرعاً بما أنفق ، الا في بعض الاستثنائات المبينة على اذن صاحب الحق الضمني ،
أو على اضطرار الفضولي الناشئ ، عن سعيه للوصول بذلك الى حقه أو للمحافظة على
حاله .

(١) جامع الفصولين (ج ٢ ص ٢١٦) ، وتنقيح المندبية (ج ٢ ص ٢٦٣) ، وشرح
الزيلي (ج ٤ ص ١٥٥) .
(٢) جامع الفصولين ، ج ٢ ص ٢٢١ .

فإنه الامثلة ، وما كان من نوعها ، اعطت الاجنبي الحق بان تصرف في حق
ره بدون اذنه أو اجازته ، لان هذا التصرف ضروري لهذا الاجنبي حتى يصل إلى
قته أو حتى يحافظ عليه .

عود إلى القاعدة

ان القاعدة في المذهب الحنفي خلا بعض الاستثنائات التي أسلفنا هي أن الفضولي
ذي انفق من ماله شيئاً لحساب غيره بدون اذنه ، أو بدون اذن القاضي ، يعدّ
تبرعاً بما أنفق وليس له حق بالرجوع على من كان الاتفاق لحسابه .

ويوضح ذلك امثلة عديدة ، نكتفي ببعضها ، ما خلا ما ذكرناه من جملة
احكام المدلية :

أولاً - في عقد الاجارة ، التعميرات المتعلقة باصلاح الشيء المأجور وبصيانته
والاخلال بالنفقة المقصودة تعود على المأجور . فاذا أجرى المأجور هذه التعميرات
من اذن المأجور ، كان عمله من قبيل التبرع ، وليس له طلب المصروف من المأجور .
كذلك ، و نفقة المأجور على المأجور . مثلاً علف الدابة التي استكربت واسقاؤها
من صاحبها . ولكن لو اعطى المأجور علف الدابة بدون اذن صاحبها تبرعاً ،
من له أخذ نفقته من صاحبها بعد ، (المراد ٥٢٩ و ٥٣٠ و ٥٦١) .

ثانياً - من المصاريف التي تنفق على الشيء المرهون ما يقع على الرهن ، ومنها
يقع على الدائن المرتهن . و كل من الرهن والمرتهن ، اذا صرف على الرهن ما
من عليه بدون اذن الآخر ، يكون متبرعاً ، وليس له أن يطالب الآخر بما صرفه ،
المادة ٧٢٥ .

ثالثاً - و الوديعة التي تحتاج الى النفقة ، نفقتها على صاحبها . واذا كان صاحبها
تبرعاً ، فيرفع المستودع الامر الى الحاكم ... واذا أنفق عليها بدون اذن الحاكم ،
ليس له مطالبة صاحبها بما أنفق عليها (المادة ٧٨٦) .

رابعاً - و اذا عمر الشريك الملك المشترك بدون اذن من شريكه أو من
طامح كان متبرعاً . يعني ليس له أن يرجع على شريكه بمقدار ما أصاب حصته من
صرف ، سواء كان ذلك الملك المشترك قابل القسمة أو لم يكن ، (المادة ١٣١١) .
خامساً - اذا صالح احد فضولا عن دعوى لغيره ، ودفع بدل الصلح من ماله ،

فاذا اجاز صاحب الحق عمل الفضي ، اعتبرت الاجازة اللاحقة كالوكالة السابقة^١ . اما اذا لم يجز عمله ، وكان هذا العمل مقبداً ومنطقياً على قواعد حسن الادارة ، فهو ، اي صاحب المال ، ملزم تجاه الفضي ونجاء الغير أن يرفع عن الفضي تيمة ادارته وان يعوضه بما خسره او مما أسلمه من النفقات ، وفاقاً لاحكام عقد الوكالة (المواد ١٥٤ و ١٦١ و ١٦٤) .

وبعبارة أخرى ، تتفق هذه النظرية والنظرية الثانية التي أوضحناها في الفصل الماضي من ناحية اعتبارهما الاجازة اللاحقة كالوكالة السابقة . ولكنها تختلفان عند عدم الاجازة . فالنظرية الثانية تعتبر تصرف الفضي باطلاً ، وتعتبره هو متبرعاً في النفقات التي أسلفها ، الا في المستثنيات الضرورية التي ذكرناها . والنظرية الثالثة ، التي نحن بصدها ، تعتبر منفعة رب المال بمنزلة الاجازة . فيبقى الفضي فيها ملازماً بادارة العمل الذي بدأ به بصورة حسنة الى ان يصبح رب المال قادراً على اتمامه بنفسه ، ويكون رب المال ملازماً برفع التبعة عن الفضي والتعويض عليه بما أنفقه على وجه مفيد .

وقد اختلف في تفسير سبب الالتزام في مسألة الفضي . فمذ الرومان ، كان عمله يمد من نوع شبه العقد ، بالنظر للشبه بينه وبين عقد الوكالة^٢ . وبقى هذا الرأي متبعاً في بعض القوانين الاوروبية ، التي اشتقت من القانون الروماني ، كما يؤيده عنوان الباب الذي حوى أحكام الفضي ، في القانون المدني الفرنسي^٣ . انما هذا التعديل لم يجز من نقد محق . فعمل الفضي لا يركز على الرضى ، كما في العقد . فلا شبه اذاً بين الاثنين . والحقيقة ، كما هو الرأي السائد اليوم ، ان مصدر الالتزام في الفضي هو مشيئة الفضي وحدها^٤ .

(١) في اللاتينية : *Ratihabito mandato equiparatur* . وهو قول اوليانوس كما

ورد في الديجست (4 , 26 , 3) .

(٢) راجع الالتزامات المأدرة عن شبه العقد (*quasi ex contractu*) في كتاب النظم

ليوستيانوس (في الموضوع المذكور) ، وكتاب جيار (القانون الروماني ، ١٩٦٤ ،

ص ٦٤١ و ٦٥٦) .

(٣) في الباب الاول من القسم الرابع من الكتاب الثالث (*livre III, titre IV, chap. I*) ،

للمواد ١٣٧١ وما بعدها .

(٤) راجع كتاب جوسران (القانون المدني ، رقم ١٤٤٨) ، وللاذلة ١٤٤٨ (فترتها

الاخيرة) من قانون الموجبات البنائي .

الفصل الرابع

نظرية المنفعة

المبدأ : اصله وايضاه

هذه النظرية رومانية الاصل^١ . وقد تبنتها شرائع فرنسا والمانيا وغيرها من شرائع الاوروبية ، واخذوها عنها قانون الموجبات والعقود البنائي^٢ . ونحن دل فيها كلمة وجيزة ، مستهدين ما امكن مواد القانون البنائي .

فالفضوي ، في هذه النظرية ، هو كل من قام ، من تلقاء نفسه وبدون تفويض ، بذارة شؤون الغير ، عن علم ، بقصد العمل لحساب ذلك الغير . ويشترط ان يكون عمل بدون نية التبرع ، وان يكون عن علم . فاذا حدث ان شخصاً ادار مصالح شخص آخر عن غير علم ، لاعتقاده انه يدبر ملكه الخاص ، فالمسألة تكون حينئذ اخصه لاحكام الكسب بلا سبب ، للاحكام الفضي^٣ .

والفضوي ، بعلمه هذا ، يلتزم ، بمجرد مشيئته وبدون تعاقده مع صاحب الحق ، بتمّ العمل الذي بدأ به ، وان يعنى بعلمه عناية الرجل المحترم ، او كما قيل عناية لأب الصالح ، وان يتصرف وفاقاً لمشيئة صاحب الحق المعالمة او المقدرة ، وان ندّم الحساب ويرد ما وصل اليه عن طريق ادارته (المواد ١٥٦ - ١٥٨) .

(١) راجع بحث الفضي (*Negotiorum gestio*) ، في كتاب النظم ليوستيانوس (*Inst.* , 3 , 27) .

(٢) انظر في الفضي (*Gestion d'affaires , Geschäftsführung*) المواد ١٣٧٢

ما بعدها من القانون المدني الفرنسي ، والمواد ٦٧٧ وما بعدها من القانون المدني الالمانى ،

للمواد ١٤٨ وما بعدها من قانون الموجبات والعقود البنائي .

(٣) المادة ١٤٩ من قانون الموجبات البنائي والساداتان ٦٨٤ و ٦٨٥ من القانون

مدني الالمانى .

الى نتيجة قيمة عادة ملائمة لروح الشريعة الحقيقية . ونحن نوجزها بنصرف فيما يلي ،
تقلا عن كتابه الشهير ، اعلام الموقعين عن رب العالمين ، عاقلين ما أمكن على
نقل كلماته وعباراته ذاتها ، حتى لا تشتم بالمبالغة او التأويل .

قال ابن القيم : « فبين آدمى عن غيره واجباً ، انسه يرجع عليه ب » ، عملاً
بالكتاب والسنة . ففي الآية الكريمة ، « هل جزاء الاحسان الا الاحسان ؟ »^٢ .
فليس من الجزاء الصحيح العادل لمن يحسن الى غيره ويؤدّي عنه دينه ، ان يضع
عليه معروفه واحسانه ، وان يكون جزاؤه منه باضاعته ماله ، ومكافاته عليه
بالاساءة » .

وفي الكتاب الكريم ايضاً ، « والمؤمنون والمؤمنات بعضهم اولياء بعض »^٣ .
فعبارة ابن القيم ، « من آدمى عن وليه واجباً ، كلت نالته فيه ، بمنزلة وكيله ،
وولي من اقامه الشرع للنظر في مصالحه لضمفه أو لمجزه » .

ثم روى الحديث الشريف ، « من اسدى اليك معروفًا فكافوه ، وعلقت عليه
بقوله ، رأي معروف فوق معروف هذا الذي افنك انا . من اسر الدين ؟ واي
مكافاة افصح من اضاعته ماله عليه ودعا به ؟ واذا كلت الهدية ، التي هي تبرع محض ،
فقد شرعت المكافاة عليها ، وهي من اخلاق المؤمنين ، فكيف بشرح جواز ترك
المكافآت على ما هو من اعظم المعروف ؟ » .

وقد توسع ابن القيم الجوزية في ذلك ، وطبق هذا المبدأ على من « عمل في مال
غيره عملاً بغير اذنه ... حنطاً لمال المالك واحتراراً له من الضياع » . فانت من
يعمل ذلك يرجع على المالك باجرة عمله وبما خسره من النفقات . وان له هذا ، ولو
بدون وكالة سابقة او اجازة لاحقه . « فليس يقف الاذن فيما يقفه الواحد من هؤلاء
وغیرهم على صاحب المال خاصة ، لأن المؤمن والمؤمنات بعضهم اولياء بعض ، في
الشقة والنصيحة والحفظ ، والامر بالمعروف والنهي عن المنكر » .

واستشهد ابن القيم اخيراً بما نصّ عليه الامام احمد بن حنبل في عدة مواضع .
منها انه اذن للاجنبي ان يحدد زرع غيره في غيبته ، « على انه يرجع عليه بالاجرة

(١) في الجزء الثالث ٣٢٤ - ٣٢٩ .

(٢) سورة الرحمن (٥٥) ، ٦٠ .

(٣) التوبة (٩) ، ٧١ .

وقد قدمنا ان الشريعة الانكليزية اخذت بالنظرية الثانية السابقة . فهي ، ما كانت
مناثرة بالقانون الروماني تاثير باقي الشرائع الاوروبية ، لم تأخذ بنظرية الفصول
رومانية ، الا في بعض مستنبتات نادرة ، كمسألة التخليص والحائز البحرية^١ .

الشريعة الاصلانية

لقد رأينا ان الرأي الاسلامي السائد في مسألة الفضيولي يأخذ بالنظرية الثانية
نقض الالتزام عند عدم الاجازة من طرف صاحب الحق ، إلا في بعض المستنبتات
تستند الى الضرورة أو الى تعليل الاذن الضمني .

وهذا القول ، باشتراطه الاذن لكل تصرف في مال الغير ، لا يتجز من فائدة
اجتماعية . فهو ، باعتباره الفضيولي متبرعاً عند عدم الاجازة ، يقطع المنازعات
قد تنتج ، ويضع حداً للتدخل في امور الناس من قبل الاجانب ، بداعي
مي لتفتتهم ، او بجهة السهر على مصالحهم .

ولا بد من الاشارة الى امر ، وهو انه اذا وضعت النظرية الثانية مع مستنبتاتها
بداية التي يتبناها ، الى جانب النظرية الثالثة ، رأينا النظريتين قريبين جداً من
جهة العملية . والفارق الظاهر الذي يبقى بينها ، عند عدم الاجازة من طرف
صاحب المال ، هو ان الثانية لا تعتبر الاحوال الضرورية والاذن الضمني ، مع ان
ثمة تعدد المنفعة قائمة مقام الاجازة بصورة عامة .

وبالرغم من الرأي السائد هذا ، فقد كان من الفقهاء المسلمين من قال بنظرية
ب كثيراً من النظرية الثالثة ، ان لم تكن هي بعينها .

فقد الامام مالك ، خلافاً للشافعي والي حنيفة ، من آدمى عن غيره ديناً بغير
، لا يعتبر متبرعاً ، بل له حق الرجوع على المدين بما اداء عنه^٢ . وكذلك
القيم الجوزية ، الفقيه الحنبلي المجتهد ، الذي يرمي في غير هذا الموضع ايضاً عن
. الاثاب واجتهاده الثبر ، بحث في هذه المسألة ، بدون حمود ولا تقليد ، وتوصل

(١) Salvage . واجب الباب السادس من كتاب Admiralty Practice ، تأليف
Williams and Br

(٢) شرح الزيلعي على الكثر (جزء ٤ ، ص ١٥٥) ، وبتدوية المجتهد (جزء ٢ ، ص

٦) ، وتلخيص المائدة (ج ٢ ص ٢٦٢) .

وعلى الجملة ، فهذا التآخي والتعاون ، الذي أوجبه الشريعة الإسلامية بما فيها من مزاج بين الدين والقضاء وبين العدل والاحسان ، هو من ضرورات الحياة الاجتماعية . وهذه الناحية العملية التعاوية تراها ظاهرة هنا مرة أخرى ، كما رأيناها في باب سوء استعمال الحقوق ، وكما تراها في مواضع أخرى عديدة .

فإن القيم الجوزية وغيره ابتدؤوا من هذا الأساس نفسه ، وبنوا عليه وجوب التعويض على القضوي بما انفقته من الثعب والمال في سبيل المحافظة على مال غيره من الضياع . وهذا توصلوا الى نتيجة قريبة من النظرية الرومانية المتبعة في القوانين العصرية ومنها القانون البستاني . فاعطوا برهاناً ساطعاً جديداً على ان الشريعة الاسلامية قابلة للتطور والتبدل وفق كل زمان ومكان ، بما فيها من القواعد الاساسية المنبثقة ، وبما فيها من روح سامية واسعة .

نفقة . هذا كما قال ، من احسن الفقه . فانه لو ترك الزرع بلاحصاد ، بسبب ضن المالك أو حبه أو غيبته ، لملك وضاع . فاذا علم من يحصده له ان عمله ونفقته مبان ضياعاً ، لم يقدم على الحصاد . وفي ذلك من اضاعة المال والحق الضرب لك ما تأباه الشريعة الكريمة . فكان من اعظم حاسنها أن أذنت للاجنبي في تأده والرجوع على مالكة ، بانفق عليه ، حفظا لاله ومال المحسن اليه . وفي ذف ذلك اضاعة لالكبيها ، أو مال أحدهما .

وما ذكر ابن القيم عن امامه أيضا ، أنه لو انكسرت سفينة رجل فوقع فيها ، في البحر ، فخلصه له رجل آخر ، فهذا القضوي على صاحبه اجرة مثله . وهذا من أن يقال لا اجرة له ، فلا تطيب نفسه بالتعرض للثلف والمشقة الشديدة ، ذهب عمله باطلا ، أو يذهب مال الآخر ضائماً . وكل منها فساد محض . والمصلحة خلافه ظاهرة . والمؤمنون يرون فيبجاً أن يذهب عمل مثل هذا ضائماً ومال ا ضائماً ، ويرون من احسن الحسن أن يسلم مال هذا ، وينجح سمي هذا ، شه الموفق .

فاذن ، اذا كان في عمل القضوي منفعة لصاحب المال ، بالمحافظة على ماله لاحتراز له من الضياع ، كان هذا العمل مازماً للمالك ، ولو لم يجزه ، وموجباً به ان يعوض فاعله بما تكبده من المشقة ، او بما دفعه من النفقة . وتعليل ذلك الناس بسوء بعضهم على بعض ويتأذرون في المحافظة والنصيحة والمعروف . بما قال ابن القيم ايضاً : « لو علم المتصرف لحفظ مال اخيه ان نفقته تضيع ، وان سانه يذهب باطلاً في حكم الشرع ، لما أقدم على ذلك ، واضاعت مصالح الناس ، غبوا عن حفظ اموال بعضهم بعضاً ، وتمطلت حقوق كثيرة ، وفسدت اموال سية . ومعلوم أن شريعة من هبرت شريعته العقول ، وفاقت كل شريعة ، شملت على كل مصلحة ، وعطلت كل مفسدة ، تأبى ذلك كل الابه . »

وليس قول ابن القيم خاصاً به ، بل إنما يئيل الرأي المختار عند الحنبلين . وقد ضح ذلك ابن رجب بوجه عام ، وبين بانشئة عديدة انه يجوز للمرء ان يعمل عملاً . قيام بالمصالح العامة او فيه استنقاذ لمال معصوم من التهلكة ، وانه يستحق عالية بالعوض عن عمله هذا .

العقد، ووجه الشبه فيه ان الدفع خطأ يشبه القرض^١. فالدفع له خطأ يجبر على رد ما قبض كما يجبر المستدين على رد ما استدان.

ولكن عبارة « شبه العقد » ، وان تكن مستعملة في بعض القوانين الاجنبية إلى اليوم ، إلا أنها كانت موضع نقد حتى من الرومان أنفسهم . فكما قال بوسيتانوس ، ان من يدفع لا يقصد التعاقد، بل يقصد بالأحرى الانعتاق من العقد، أي الدفع لاستسقاط الموجب للمعوم^٢.

والحقيقة ان مصدر الالتزام هنا هو الكسب غير المشروع ، أو الاثراء بلا سبب ، نجد ذاته . وهذا المصدر لم يكن عاماً في البدء كغيره من المصادر ، بل كانت احواله محصورة معينة .

فمعد الرومان كانت هذه الاحوال عديدة ، وكان للتضرر فيها حق المطالبة بدعوى معينة ، كدعوى استرداد المدفوع خطأ ، ودعوى انقضاء السبب ، ودعوى الاثراء ، وغيرها^٣. وعلى الرغم من كثرة هذه الاحوال والدعوى ، فان القانون الروماني لم يتوصل إلى وضع مبدأ الالتزام في الاثراء بلا سبب كقاعدة عامة شاملة^٤. انما لم يفعل بعض الفقهاء الرومانيين عن اثبات هذا المبدأ على أساس طبيعي كلي . فقد قال بوميونيوس ، من فقهاء القرن الثاني للبلاد ، هذه الحقيقة الخفية : - « ان من قوانين الطبيعة والانصاف ان لا يجتري احد بدون حق كسباً يضر بالغير »^٥.

ومثله في فرنسا ، نص القانون المدني على أمثلة عديدة من الالتزام بسبب الكسب غير المشروع ، دون ان يضع هذا الالتزام كهدأ عام . وعلى الرغم من ذلك فالنظرية العامة في هذا الباب موجودة عندهم ، بسندها العرف القديم ،

(١) لتاسي *ممن الصراح المدفوع الخطأ شبه القرض (Mutuum et Promutuum)* .

(٢) *Nam qui solvendae animo pecuniam dat, in hoc dare videtur, ut distrahatur potius negotium quam contrahatur.* Inst. 3, 27, 6.

(٣) *Conditio sine causa, condictio indebiti, actio de in rem verso*

(٤) راجع هذه الدعوى وتطورها وانظرها التاريخي في كتاب القانون الروماني لبيمار ، ص ٦٤٢ - ٦٥٦ .

(٥) *Jure naturae aequum est neminem cum alterius detrimento et injuria fieri locupletiores.* Dig. , de regulis juris, 17,206 .

الباب الخامس الكسب غير المشروع

الفصل الاول

النظريات المختلفة

النظرية العامة

منذ القديم ، لاحظ الفقهاء ان بعض التصرفات والاعمال تنتج ضرراً لشخص ، كت كسب لصالح شخص آخر ، دون ان يكون لهذا الكسب وذاك الضرر من الاسباب المشروعة .

وأهم هذه الاعمال دفع ما لا يجب . مثلاً ، لو ظن أحد انه مدينون لآخر ، مع له خطأ مبلغاً من المال ، فهذا الدفع أضر بالدافع واكسب المدفوع له كسباً يورثه سبب من اسباب الكسب والتملك . فبديهياً ان يكون للدافع حق رداد ما دفع ، وان يكون المدفوع له مأزماً باعادة ما قبض .

ولكن ما هو سبب الالتزام فيما ذكرنا؟ أهو العقد أم الجرم ؟ أي هل هو ناق لانشاء الرابطة الالزامية ، أم هو العمل المضر الجرم ؟ لا هذا ولا ذلك . الالتزام لم يكن مصدره العقد ، لان العقد ركنه الرضى ، والخطأ هنا مانع ولم يكن مصدره الجرم ، لان الجرم يقتضى التعدي او العمل غير المشروع ، للدفع له لم يتقرب شيئاً منه .

وفي تفسير ذلك ، قال الرومان ان واجب رد ما دفع خطأ مبني على شبه

القانونه الانكليزي والنظريه المردوره

بوجه عام تعتبر الشريعتان الانكليزية والامريكيه واحده ، بسبب تشابه اصولها ومبادئها العامه . وعلى الرغم من ذلك ، فقد اختلفتا في امور قليله ، منها في الباب الذي نحن بصددده . فالاجتهاد القضائي في الولايات المتحده الامريكيه يميل الى النظرية العامه للكسب غير المشروع التي قدمنا بانها . اما الاجتهاد الانكليزي ، فانه لم يأخذ بها ، بل اتبع نظريه محدوده مسببه على شبه العقد أو على العقد الضمني^١ . ومنح حق المداعاة في حالات خاصه معينه .
مثاله لو دفع احد مالاً لآخر خطأ ، او لسبب معين لم يتحقق ، أو تحت تأثر غير الخداع أو الاكراه ، ففي جميع هذه الامثله يجب على الكاسب رد مسأله فيضه إلى المكتسب منه^٢ .

وكذلك ، لو تمهد أحد لآخر أن يقوم بعمل أو أن يقدم شيئاً ، فابتداءً بتنفيذ تعهده ، ثم تكلم عن انقائه ، أو لو أتم تنفيذه ولكن على وجه يختلف عن الوجه المشروط في العقد ، فانه لا يحق له المطالبة بالعوض المتفق عليه لقاء تعهده ، بسبب عدم التنفيذ حسب الانفاق . ولكن الاجتهاد القضائي توسع في الامر ، وأعطى المنفذ في مثل هذه الحال حق طلب تعويض المثل^٣ ، أي طلب التعويض الذي يستحقه العمل أو الشيء ، الذي قدم على تلك الصورة .
انما يشترط بان في هذه الاحوال وما البها ان تكون ظروف القضيه ووقائعها كافيه للاستنتاج بان في الامر عقداً جديداً ضمياً بين الطرفين ، ليكون أساساً للالتزام الناشئ . وفيما عدا ذلك ، أي اذا كانت ظروف القضيه لا تسمح بافتراض العقد الضمني ، فانه لا تحق المطالبة بشيء . على الاطلاق^٤ .
وقد بقبت نظريه العقد الضمني وشبه العقد رغم ما فيها من جمود وتضييق ،

(١) Quasi - contract or implied contract
(٢) انظر الحكم الصادر في قضية (Kelly v. Solari [1840] 9 . M & W 54) ، وكتاب آسون ، آسون ، قانون العقد ، صفة ٤٤٦ .
(٣) Quantum Meruit .
(٤) راجع الحكم الصادر في قضية (Sumpler V. Hedges [1898] 1 Q.B 673) ، وفي قضية (403 2K B. 1936) Craven Elliz V. Canons Ltd. ، وكتاب آسون (صفة ٣٨٣ - ٣٨٧) .

ما اجتهاد الفضاة ورأي رجال القانون^١ .
القوانين الحديثه ، فانما أقرت المبدأ بوجه عام في نص صريح . مثاله ، جاء في المدني الالماني : « من يجرز شيئاً على حساب الغير ، سواء باداه من هذا و بطريقة اخرى ، بدون سبب شرعي ، ملزم برده اليه^٢ » (المادة ٨١٢) .
شبه بما ذكرنا نص قانون الموجبات السويسري ، المعمول به في تركيا ، (٦٢) :
« أخيراً ، من الطبيعي ان نجد هذه النظرية العامه في قانون الموجبات والمقرود ، وهو كما تعلم ، مبني على أحدث الآراء الحفوقيه . فهذا القانون وضع المبدأ في فصل أول ، ثم اتبعه يبحث مسألة و ابقاء ما لا يجب ، في فصل ثان . ولا من ان تأتي بكلمة سريعة عن ذلك .

ل القانون الالماني : « من يجتني بلا سبب مشروع كسباً يضر بالغير يلزمه (المادة ١٤٠) . واشتروط لتحقيق الالتزام على هذا الوجه شروطاً هي : ان شخص كسباً ، سواء أكان مباشراً أم غير مباشر ، مادياً ام ادبياً ، وان هذا الكسب خسارة من جانب المكتسب منسبه ، وان لا يبور ذلك سبب ع ، وان لا يكون للكسب منه ، كي ينال مطلوبه ، سوى حق المداعاة على حصول الكسب (المادة ١٤١) .
او هذا الالتزام ان الكاسب يلزم بالرد بقدر ما اكتسب يوم الادعاء . ولا أكثر من هذا القدر الا اذا كان سيء النية ، او اذا نص القانون على خلاف (المادة ١٤٢) .

جاء القانون الالماني بعدئذ على بحث و ابقاء ما لا يجب ، . فقال : « من يظن بغيره ، فيورني ما ليس في ذمته ، على اثر خطأ قانوني او فعلي ، يحق له ان يطالب سب بالرد » (المادة ١٤٣) . ثم بين الحالات التي يجوز فيها الاسترداد والتي لا يجوز تان ١٤٤ - ١٤٥) . وصرح في الختام و ان القواعد للموضوعه للكسب غير و ع ، على وجه عام ، تسري احكامها على ابقاء ما لا يجب » (المادة ١٤٦) .

(١) كولان وكايتان ، القانون المدني الفرنسي (سنة ١٩٢٤ ، ج ٢ ، ص ٤١٧) .
(٢) « Wer durch die Leistung eines Anderen oder in sonstiger Weise auf dessen Kosten etwas ohne rechtlichen Grund erlangt , ist ihm Herantsgabe verpflichtet .

من الالتزام في هذا الباب الى يومنا الحاضر ، وذلك حتى في الاحوال التي لا اثر للعقد او لشبهه . وهو تفسير لا يبرره الا اسباب تاريخية تتعلق باصول المحاكمة كلزية القدية .

فاذن لا غرر من ان نرى بعض علماء القانون الانكليز ، قديماً كاللورد غيلد^١ ، وحديثاً كوتفيلد وفريدمان^٢ ، يسعون للتخلص من نظرية العقد في الضيقة ، وبطالبيون بان تستبدلها النظرية العامة للكسب غير المشروع^٣ . ولكن سعيهم لم يجد النجاح الذي يسمو به . بل على العكس لقي ، من القضاء ، رجال القانون معاً ، معارضة ترمي الى المحافظة على النظرية التقليدية^٤ .

الفصل الثاني

الشريعة الاسلامية

مبدأ منع افئذ مال الغير

إذا كان لا يجوز لاحد ان يتصرف في مال غيره بلا اذن او ولاية ، فمن باب اولى ان لا يجوز اخذ مال الغير بلا سبب شرعي . وتستند هذه القاعدة الاساسية الى ادلة مقدسة صريحة .

ففي الكتاب الكريم النبي القاطع : « لا تأكلوا اموالكم بينكم بالباطل »^١ . وفي الحديث الشريف الصحيح : « لا يأخذن احدكم متاع صاحبه لاعباً ولا جاداً »^٢ . وان اخذ عصا صاحبه فليردها عليه^٣ . وفيه : « على اليد ما اخذت حتى تؤده »^٤ . فعلى هذه الادلة بنيت القاعدة الكلية المذكورة في الجامع^٥ وفي مجلة الاحكام العدلية انه « لا يجوز لاحد ان يأخذ مال احد بلا سبب شرعي » (المادة ٩٧) . واسباب التملك تختلف باختلاف القوانين والمذاهب . ففي الجمة : « اسباب التملك ثلاثة : الاول الناقل من مالك الى مالك آخراً ، كالبيع والهبة . الثاني كون واحد خلفاً لآخر ، كالارث . الثالث احراز شيء مباح لا مالك له . وهذا اما حقيقي وهو وضع اليد حقيقة على شيء ما ، واما حكومي وذلك بتهبة سببه كوضع اناه لجمع ماء المطر او نصب شبكة لاجل الصيد » (المادة ١٢٤٨) . مثاله لو اشترى احد شيئاً ، حتى له اخذه بسبب الشراء . وكذلك لو مات رجل وترك مالا ، فورثته باخذونه

(١) سورة النساء (٤) ٢٩ .

(٢) رواه السيوطي عن احمد وابي داود والترمذي والمالك (الفتح الكبير ، ج ٣ ص ٣٥٠) .

(٣) رواه السيوطي عن احمد واصحاب السنن والمالك (الجامع الصغير ، ج ٢ رقم ٥٥٥٥) .

(٤) واجمع مع شرحه مناقع الدقائق ، ص ٣٢٩ .

Lord Mansfield (١)

P. H. Winfield, W. Friedmann (٢)

(٣) راجع مجلة القانون الفصلية Law Quarterly Review ، لسنة ١٩٣٧ ، ص ٤٥٣ - ٤٥٤ .

(٤) ذات المجلة ، لسنة ١٩٣٩ ، ص ٣٧ - ٥٢ و ١٦١ - ١٦٢ .

بب الميراث . وقس على هذا باقي اسباب التملك . ونحن على كل لا نتعرض
صليها الان .
فاذن لا بد من منب شرعي لأخذ مال الغير . ومتى كان اخذه بلا سبب لزوم
تخذه ، سواء أكان هذا الاخذ بقصد السرقة ، اى تستراً من غير الثمان
بقى ، ام بقصد الغصب ، اى اثبات اليد بغير حق^١ ، ام بقصد الغرل ، ام
ببجة اعتقاد تخطيء بان الشيء المأخوذ هو ملك الآخذ .
فالأخذ سرقة او غصباً هو من الاعمال غير المباحة . وسبأني بجنه مع سائر
زرائم المدينة والنصرقات القميلة في باب لاحق . انما ينحصر البحث هنا في
كسب غير المشروع ، بالمعنى الذي يفترض عدم وجود وسيلة اخرى للمساعدة
الكاسب .

فالقاعدة التي قدمنا أوسع ، كما ترى ، من النظرية العامة للكسب غير المشروع
ها تشمل جميع انواع الأخذ بلا سبب . فهل تقوم هذه القاعدة مقام تلك النظرية ؟
هذا سؤال دقيق . ونحن نرى قبل الجواب عنه ان نوجز أولاً ببيان الاحوال التي
عمل فيها هذا الكسب غالباً ، على ان نبعث بعد ذلك في المبدأ العام الذي يجمعها
في السؤال الذي نحن بصدده .

ولا بد من الملاحظة ان معظم الامثلة ، التي سنأتى على ذكرها ، مأخوذة من
ئلة ومن المذهب الحنفي . وهذه الامثلة ، وان كانت احياناً تختلف في حكمها
مذاهب أخرى ، الا انها كافية لنيل الغاية المقصودة منها ، وهي الاستشهاد المحض
لايضاح للمبدأ الذي تنطوي عليه .

دفع مال لا يجب

الدفع في الاصل يكون اداة لواجب شرعي صحيح . فعليه كان الدفع لغير
الواجب موجباً على المدفوع اليه ان يرد ما قبضه ، لانه أخذ مال الغير بلا
سبب شرعي . هذا معنى القاعدة الكلية المذكورة في الجامع ان دفع المرء ما
من بواجب عليه يسترد^٢ .

(١) هذا في التعريف الحنفي . سيأتي بحث الغصب في الفصل الرابع من الباب الاول من
قسم الثاني .

(٢) المتابع في شرح الجامع ، ص ٣٢٠ .

ويكون دفع ما لا يجب أما بنتيجة خطأ ، وأما لغرض لم يتحقق ، أو لغرض
غير صحيح . واليك أمثلة عن كل ذلك :
أولاً - الدفع خطأ : من قواعد المجلة المأخوذة عن كتاب الاشياء والنظائر
القاعدة الكلية : ولا عبوة بالظن بين خطأه^١ ، (المادة ٧٢) .
فلو ظن أحد أن عليه ذبناً فأداه ، ثم بان خلافة ، أي تبين انه غير مديون ،
فله استرداد ما دفع . ومثله لو أدى المدين الدين الى الدائن ، ثم أداه كقبليه ثم أخرى ،
دون ان يعلم بالاداء الاول ، كان للكفيل حق الرجوع على الدائن واسترداد ما
دفعه خطأ بدون موجب .

وكذلك ، لو ادعى أحد داراً في يد رجل آخر ، فصاحه هذا على بدل من المال
وسلمه اليه ، ثم برهن المدعى عليه انه كان اشترى الدار من المدعي قبل الصلح ،
بطل هذا الصلح ووجب على المدعي ردّ البذل^٢ .

وقس على هذه الامثلة غيرها من نوعها . وتعليقها جميعاً انه لا عبوة بما دفع خطأ
وان للدافع ان يسترد ما دفعه على هذا الوجه ، لانه دفع بلا سبب شرعي .

ومن الطبيعي ان يشترط للاسترداد وجود الخطأ ، لان دفع ما لا يجب فصدأ
يكون اما فضولاً عن الغير ، وحكمه مر في باب الفضيلى ، واما تبرعاً فلا موجب
فيه للاسترداد ، لان التبرع من أسباب التملك ، ولا رجوع عنه بعد القبض بعد
توافر شروطه في المذهب الحنفي ، وحتى قبل القبض ايضاً في مذاهب أخرى كما
سترى في حينه . وهذا يوضحه ما جاء في شرح الوهبانية لابن شعثه^٣ ، ان من دفع
شيئاً ليس واجباً عليه فله استرداده ، الا اذا دفعه على وجه الهبة^٢ .

ثانياً - الدفع بلا غرض صحيح : لا يكفي للدفع الصحيح ان يكون له سبب
او غرض ، بل يجب ان يكون هذا الغرض شرعياً صحيحاً . فاذا دفع أحد ما لا
لغرض غير صحيح ، كما في دفع الرشوة ، فان له حق استرداد ما دفع ، عملاً بالقاعدة
التي ذكرنا و دفع ما ليس بواجب عليه يسترد^٣ .

ثالثاً - الدفع لغرض لم يتحقق : جاء في الجامع ، ان الدفع اذا كان لغرض لا

(١) راجع الاشياء والنظائر للسيوطي (ص ١٠٦) ، ولاين نجم (ص ٦٣) ، والبرازية

(ج ٣ ص ٣٢ بهامش الهندية) ، وشرح علي حيدر على المادة ٧٢ من المجلة .

(٢) شرح الجوي على الاشياء ، ج ١ ص ١٩٤ .

(٣) الجامع وشرحه المتابع في الوضوح المذكور .

والحكم في استرداد دفع ما لا يجب ، سواء أكان الدفع خطأ أم لغرض محرم أم لغرض لم يتحقق ، هذا الحكم موافق لما ذكرنا في القوانين الأجنبية ، وشبهه خاصة بدعوى انتفاء السبب ' عند الرومان ، كدعوى استرداد المدفوع خطأ ، ودعوى السبب غير المتحقق أو غير الصحيح ^٢ .

تعويض المثل

المعوض نوعان : مسمى ومقدر . فالاول هو المعوض المتفق عليه في العقد . والثاني ، أو تعويض المثل ، هو التعويض المتعارف لمثل العمل أو الشيء الذي قدمه المدعي طالب التعويض . ويكون هذا عادة عند عدم وجود العقد ، أو عند زواله أو فساد ، أو عند عدم تسمية البديل فيه .

مثاله في الاجارة ، كما جاء في الجملة ، ' والاجر المسمى هو الأجرة التي ذكرت وتعيّنت حين العقد ، واجر المثل هو الأجرة التي قدرها أهل الخبرة السالين عن الغرض ، (المساداتان ٤١٥ و ٤١٤) . وإذا كان الاجر متفارقاً واختلف فيه المقومون ، وجب اعتداد الاجر الوسط ^٣ .

واقدر قدما ان الشريعة الانتكارية منعت ممن التزم شيئاً ونفذه ناقصاً أو على وجه مخالف لاتزامه حتى المطالبة بالمعوض المسمى في العقد . انا اعطته حق طلب تعويض المثل ، اذا كان يمكن الاستدلال من ظروف الحال على وجود عقد مؤول خفي ، ورفضت كل تعويض فيما عدا ذلك .

وفي الشريعة الاسلامية امثلة شبيهة عن تعويض المثل ، ولكنها لا تستند حتماً الى تمثيل العقد الضمني . واليك بعض الامثلة منها ، نقلاً عن المجلة وعن غيرها من الكتب الخلفية ، مرتبة بالتدرج حسب علاقتها بالعقد أو شبهها به . وعلى هذا النحو ، امكن تقسيمها الى فئات هي : العقد الضمني ، تعبد العقد السابق ، مخالفته العقد ، العقود الفاسدة .

(١) *Conditioes sine causa*

Conditio indebiti , *condictio causa data causa non secuta* .

(٢) *conditioes ob turpem vel injustam causa* .

(٣) الاشباه والنظائر لابن نجيم ، ص ١٤٧ .

وز استرداده ما دام هذا الغرض باقياً ^١ . انما اذا لم يتحقق الغرض أو السبب ، فنصود ، أو اذا زال بعد تحققه ، فنبتدئ بحق لمن دفع أن يسترجع ما دفعه كله في حالة الاولى ، أو جزءاً منه في الحالة الثانية .

مثاله ، قالت المجلة في عقد الاجارة : ' تلزم الاجرة بالتعجيل . يعني لو سلم ستاجر الاجرة نقداً ، ملكها الاجر ، وليس للمستاجر استردادها (المادة ٤٦٧) . تعليمه أن الدفع كان لغرض موجود . ولكن اذا فسخت الاجارة لعذر مانع ، كما استؤجر طبخ للغرس ومات أحد الزوجين ، أو لو استؤجرت مرضع لطفل ونوفي لطفل قبل انتهاء مدة الاجارة (المادة ٤٤٣) ، أو اذا كانت الاجارة فاسدة عند لتفتين ، فليستاجر استرداد ما دفعه بسبب فوات الغرض المقصود ، أو استرداد زاء من الاجرة عن المدة السابقة للسخ بسبب زوال هذا الغرض . وللمستاجر ضاً في الاجارة الفاسدة أن يجبس الشيء المأجور في يده حتى يستوفي الاجرة التي جملها للاجر ^٢ .

وما ذكرنا يشمل جميع احوال البطلان والنسخ في العقود بصورة عامة . ففي كل مرة يكون العقد فيها باطلاً أو مفسوخاً ، جاز لكل من العاقدين ان يسترد دفعه أو ما اكتسبه الآخر منه ، وذلك بشرط معينة تختلف باختلاف الاحوال المذاهب ^٣ . وأهم هذه الاحوال ابطال عقود القاصر أو المحجور عليه بسبب عدم بلية للعاقد . مثاله ، اذا كان العمي محجوراً عليه ، فانسه لا يصح اقراضه ولا يتراضه ، لما في ذلك من الضرر المحض في حقه . فان اقرضه الانسان شيئاً ، فما م عين الشيء باقياً كان لصاحب المال أن يسترده ^٤ . وكذلك اذا رفض الولي فارة بيع الشيء الصغير في المذاهب التي اعتبرت عقد الشيء موقوفاً على هذه الاجارة ، فليس للمشتري استرداد الثمن الا أن يكون العمي قد أنفق ذلك في صالحه التي لا بد منها ، فببتدئ يلزم الولي رد الثمن ^٥ .

(١) الشافعي في الوضغ المذكور .

(٢) البرازية (ج ٢ ص ١٨٠-١٩٠ هامش الهندية) ، وشرح علي حيدر تحت المادة ٤٦٧ .

المجلة .

(٣) بداية الجتهد ، ج ٢ ص ١٥٨-١٥٩ .

(٤) جامع احكام الصغار (بهاشم العنوليين) ، ج ١ ص ١٦٥ .

(٥) القوانين الفقهية لابن جزي ، ص ٣٧٠ .

تعويضاً بعدد الاجرة لثل عمله^١ .
 ثانياً في الجملة ، من يستعمل مالا لغيره معداً للاستغلال ، يلزمه دفع اجرة
 المثل لصاحب المال (المادة ٤٧٢) .
 فهذان المثلان ، وان كانا شبيهين بأحوال العقد الضمني الذي ذكرنا ، الا انه
 لا يمكن فيها تأويل العقد الحقيقي . فاذا صار تعليماً يبدأ الكسب غير المشروع ،
 كان هذا التعديل صحيحاً وقانونياً .

تحرير العقد السابق او مخالفته

في بعض الاحيان ينتهي العقد ، ولكن رغم انتهائه يتمسك أحد الطرفين به
 بسبب الاضرار ، ويتابع الانتفاع بأثاره . فبمثل هذه الحال ، يحق للطرف الآخر
 أن يطالب بتعويض المثل بدلا من هذا الانتفاع . وتكون النتيجة تنفيذ بعض آثار
 العقد السابق ، كما لو كان هذا العقد باقياً .
 إننا هذا التبريد ليس الا من باب التشبيه ، لأنه يكون في الحقيقة على قدر
 الاضرار فقط ، ولأن البديل الذي يحكم باعطائه على سبيل المرافعة ليس البديل
 المسمى في العقد ، بفرض وجوده ، بل هو بديل المثل . ونحن نرى أن الإيجاب دفعه
 لا يركز على العقد لعدم التجديد التام ، بل انه يفسر ببدأ الكسب غير المشروع .
 ويوضح هنا بعض الامثلة : ففي جملة الاحكام العدلية ، لو استأجر احد زورقاً
 لمدة معينة ، وانقضت المدة في أثناء الطريق فالاجارة تمتد حتى يصل المستأجر الى
 الساحل . ولكن يلزم المستأجر دفع تعويض عن الانتفاع بالزورق خلال المدة
 الباقية . وهذا التعويض لا يكون حثاً البديل المسمى ، بل يكون مهادلاً لأجر
 المثل (المادة ٤٨٠) .
 ومثله ، لو استأجر احد أرضاً وزرعها ، وانقضت مدة الاجارة قبل ادراك
 الزرع ، فليستأجر أن يبقى الزرع في الارض الى ادراكه ، ويعطي صاحب
 الارض اجر المثل عن المدة الزائدة (المادة ٥٢٦) . ويكون ذلك حتى ولو أسي
 المؤجر وأصر على قلع الزرع .

(١) الفناوى الهندية (ج ٢ ص ٤٢١) ، والمحبرية (ج ١ ص ١٣٠ و ١٤١ و ١٧٠) ،
 وتفتح الحمادية (ج ١ ص ٢٤١) .

العقد الضمني وما سببه به

في باب الاجارة من الجملة أمثلة عديدة عن العقود الضمنية التي تلزم فيها اجرة
 بل . وهاك أهمها^١ :
 اولاً - لو ركب احد في باخرة المسافرين او زورق المواني او دراب الكراء
 دون مقابلة ، ولم تكن الاجرة معلومة ، لزم على المستأجر اجر المثل ،
 المادة ٤٣٧) .

ثانياً - تلزم اجرة المثل ايضاً لمن خدم آخر بناء على طلبه او صنع له شيئاً
 ون عقد ، اذا كان العامل ممن يخدم بالاجرة او كان الصانع معروفاً بذلك الصنعة
 المادة ٥٦٣) .
 ثالثاً - من اعطى ولده لاشئاد ليعلمه صنعة ، من دون ان يشترط احدهما
 اجر اجرة ، فيعد تعلم الصبي ، لو طالب احدهما الآخر باجرة ، يعمل بعرف البلدة
 مادتها ، (المادة ٥٦٩) . فاذا كان العرف يشهد للاستاذ ، حكم له باجر مثل عمله .

فاذا كان يشهد للصبي ، فلهذا اجر المثل على الاستاذ .
 ففي جميع هذه الامثلة وما اشبهها ، وان كان لا يوجد عقد صريح واتفاق معين
 بالاجرة ، الا انه يوجد عقد ضمني حقيقي ، مبني على الإيجاب والقبول بالدلالة
 راء بالتعاطي الفعلي ام بالرجوع الى العرف والمادة . لذلك كان الإيجاب تعويض
 بل فيها مبنياً على العقد المؤول ، لا على سبب آخر من اسباب الالتزام .

إنما لا بد من التسليم بان هذا العقد الضمني جاء ضعيفاً او ناقصاً ، فلا بأس من
 عميه وتقويه بارت بنظر اليه من ناحية جديدة ، هي ناحية الكسب غير
 مشروع .

وعلى كل ، فنحن قد ذكرناه في هذا المعرض ، على سبيل المقارنة والمقابلة مع
 موالات اخرى شبيهة ، ليس فيها مبرر لتأويل العقد الحقيقي . ومن أمثلة هذه
 أحوال ما يأتي :

اولاً - اذا تعين أحد ناظر آ على الوقف ولم يشترط الواقف له اجرة ، فان له

(١) رابع فيها ، عند مواد الجملة التي سنذكرها ، الاضاه والنظار لاب نجيم (ص ١٤٦ -
 ١٤٤) ، وترجمه غفر عيون الصائر الحموي (ج ٢ ص ٢٢٠ - ٢٢١) ، واعلام الزرقيني
 ج ٢ ص ٢٢٤) ، والقواعد لابن رجب (القاعدة ١٥١ ص ٣٢٣) .

بأقل من اجر المثل^١ .
وهذه العقود بعضها ينقلب صحيحاً بالقبض ، كما في البيع والقرض^٢ . ففيها
اذا قبض المشتري المبيع او اذا قبض المستقرض الشيء موضوع القرض ، صح
العقد . وبعض هذه العقود الفاسدة يصح بالقبض قريباً من الصحيح في اكثر
احكامه ، كما في الرهن^٣ . ولكن البعض الآخر لا يمكن ان ينقلب كذلك ، كما في
الاجارة والشركة وما شابه . فما هو الحكم فيها اذا ؟ الجواب انه لا ينظر فيها الى
المعارضة المشروطة اى البديل المستسى ، بفرض وجوده في العقد ، بل ينظر الى
تعويض المثل ، بشرط ان لا يزيد على البديل المستسى .

ففي الشركة مثلاً ، اذا كانت صحيحة براعى شرط التفاضل في تقسيم الارباح .
ولكن يقسم الربح في الشركة الفاسدة على مقدار رأس المال . فلو شرط لاحد
الشريكين زيادة ، فبلا عبوة للشروط ، (المادة ١٣٦٧ و ١٣٦٨) . وكذلك اذا
فسدت المساقاة والمزارعة والمضاربة ، كان للعامل اجر مثله^٤ .

وفي الاجارة الفاسدة ، لا يجب دفع الاجر بمجرد القدرة على الانتفاع ، بل يلزم
الاجر فقط بالانتفاع الحقيقي . والاجر اللارم ليس البديل المستسى في العقد ،
بفرض وجود النسبة ، بل هو بدل المثل بشرط ان لا يجاوز الاجر المستسى . مثاله ،
ولو استأجر استاذ لتعليم علم او صحنه ، فان ذكرت مدة انتقلت الاجارة على
المدة ، حتى ان الاستاذ يستحق الاجرة بكونه حاضراً ومبشراً بالتعليم ، قرأ التلميذ
او لم يقرأ . وان لم تذكر مدة انعقدت اجارة فاسدة ، وعلى هذه الصورة ، ان
قرأ التلميذ فالاستاذ يستحق الاجرة ، والا فلا . (المادة ٥٦٨) . ويقصد هنا
بالاجرة اجر المثل ، بشرط ان لا يزيد على المستسى في العقد .

ومن الاجارات الفاسدة تأجير عقار الوقت او اليتيم بأقل من اجرة المثل .
ففي هذه الحال يلزم المستأجر دفع اجرة المثل الحقيقية (المادة ٤٤١) .

وان هذه الامثلة التي ذكرناها مأخوذة عن المجلة وكتب الحنفية . ولكن المبدأ
الذي نتطوي عليه لا يقتصر على المذهب الحنفي فحسب ، بل انما قال به أيضاً

- (١) المواد ٢١٣ و ٢٣٧ و ٤٤١ و ٤٥٠ وما بعدها من المجلة .
- (٢) المادة ٣٦٦ من المجلة ، وجامع الفصولين (ج ٢ ص ٧٦) .
- (٣) الدر المختار (ج ٢ ص ٦٨٢) ، ورد المختار (ج ٥ ص ٤٦٥) .
- (٤) الاشباه لابن نجيم ، ص ١٤٧ .

والحكم كذلك في المستعير الذي يزرع الارض . فاذا بقي الزرع بعد نهاية
رة ، فلمستعير ان يستحصله عند ادراكه باجر المثل . فهذا وجب الاجر على
مهر بالرغم من ان الاصل في الاعارة ان المستعير يملك منفعة العارية بدون
... (المادة ٨١٢) .

وهذا الحكم في المستأجر والمستعير قال به الحنفيون من باب الاستحسان ،
أ القياس الذي يقضي بطلع الزرع عند نهاية مدة العقد . ووجه الاستحسان هو
الضرر عن الزارع ، لاسيما وان الزرع له نهاية معلومة .

وطبيعي ان هذا الحق لم يعط للغائب الذي يزرع الارض ، لان فعله لا يستند
بقدر سابق بل وقع ظاهراً فيجب اعدامه لا تقريره^١ .

فواضح بما قدمنا ان الثابرة على تمديد الانتفاع من العقد بعد زواله هي مخالفة
من ناحية مدته المشروطة . ولكنه توجد احوال غيرها تكون مخالفة فيها
احية موضوع العقد . مثاله قال النسفي في الكنز ، لو أمر احد خياطاً ان يحيط
قبضاً ، فيخاطه قباء^٢ ، فلصاحب الثوب إمساً تضمن الخياط قيمة القميص
أخذ القباء ودفع اجر المثل للخياط . فاجر المثل تعويض لم يكن سببه العقد ،
فتضاء الاستحسان والانصاف .

العقود الفاسدة

في المذهب الحنفي بوجه خاص ، كما سنرى ، فئة من العقود ، لا تعد صحيحة
اطلة ، بل هي وسط بين القسيتين وتسمى العقود الفاسدة . وهي بصورة عامة
ذ الشريعة اصلاً لا وصفاً ، بمعنى انها صحيحة باعتبار ذاتها ، وفاسدة باعتبار
، او صافها الخارجية (المادة ١٠٩) .

ومن أهم اسباب الفساد في العقود حفة الجلالة في العقود عليه . فمن العقود
مدة مثلاً ، البيع الواقع على شيء غير معلوم او البيع بدون نسبة الثمن ، او
ارة التي لم تتعين فيها المنفعة او الاجرة بوجه مانع المنازعة ، او اجارة مال اليتيم

- (١) الزبيدي على الكنز ، ج ٥ ص ١١٤ - ١١٥ .
- (٢) فسر الزبيدي في شرح الكنز (ج ٥ ص ١٢٠) بانسه القرطبي ، وهو الذي يليه
لن سكان القميص .

الاكثر . يعني ان صاحب الارض التي قيمتها اكثر ضمن لصاحب الاقل قيمة ارضه وبتملكها . مثلاً لو كانت قيمة الروضة العليا قبل اهدائها خمسةائة وقيمة السفلى ألفاً ، ضمن صاحب الثانية لصاحب الاولى قيمتها وبتملكها . كما اذا منقذ من يد احد اولاد قيمته خمسون ، والنقطة دجاجة قيمتها خمسة ، فصاحب الاول يعطي الحمة ويأخذ الدجاجة (المادة ٩٠٢) .
 ويعتاد جاء في الفناوى الهندية انه اذا ابلع البعير لؤلؤة وكانت قيمتها اكثر من قيمته ، فصاحب اللؤلؤة ان يأخذ البعير بقيمته . واذا كان ثمن اللؤلؤة شيئاً يسيراً ، فلا شيء على صاحب البعير .
 ثانياً - الصنع . لو غضب احد شيئاً وغير بعض اوصافه بزيادة شيء عليه من ماله ، كما لو غضب ثوباً وصبغه ، والحكم يختلف باختلاف المذهب .

وفي المذهبين الشافعي والحنبلي ، يعتبر الغاصب والنصوب منه شريكين بنسبة قيمة كل من الشئين . وان بيع الثوب المصبوغ ، فتمسه يقسم بين المالكين بذات النسبة . هذا اذا بقيت قيمة الشئين دون تغيير . ولكن اذا زادت قيمتها فالزيادة لصاحب الشيء الذي زادت قيمته ، واذا نقصت كان النقصان على الغاصب ، وفي هذين المذهبين يجوز للغاصب ان يقلع الصنع اذا شاء ، ولكنه يضمن ما ينقص من قيمة الثوب .
 اما في المذهبين المالكي والحنفي ، فالنصوب منه محذور ان شاء ضمن الغاصب قيمة الشيء ، وان شاء استرد النصوب عيناً واعطى الغاصب قيمة الزيادة . فاعطاء قيمة الزيادة ، كما ترى ، هو من نوع التحويل عن الكسب غير المشروع .
 ثالثاً - البناء والغرس . لو غضب احد ارضاً وبنى عليها داراً او غرس فيها اشجاراً ، فعند احمد بن حنبل والشافعي لكل من الغاصب وصاحب الارض ان يطلب القلع بشرط التحويل عن نقصان الارض ، وليس لأحدهما ان يجبر الآخر على ابقاء البناء أو الغرس . ولكن اذا طلب صاحب الارض تملاك البناء أو الغرس وقبل الغاصب بذلك ، كان على صاحب الأرض ان يدفع لهذا الغاصب قيمة مساوية

(١) الهندية ، ج ٥ ص ١٤٨ .
 (٢) راجع الفقي (ج ٥ ص ٤٣١) ، وبداية الجهد (ج ٢ ص ٢٦٥) ، والهدب للجزاوي (ج ١ ص ٢٧٥) .
 (٣) راجع الحجة (المادة ٨٩٨) وشرح مواهب الجليل (ج ٥ ص ٢٨٧) .

من قبلاء المذاهب الاخرى ، مع تفصيل لا فائدة من بيانه في هذا المعرض . لا بد من الاشارة الى ان اسباب الفساد المبني على الجهالة في المذهب الحنفي مجلدة قد عدلتها المادة ٦٤ من قانون اصول المحاكمات الحقوقية العثماني ، كما سيأتي في العقود .
 على الجملة ، نحن نرى في العقود الفاسدة هذه ، كما رأينا في الاشارة السابقة عن النصفي أو الحالات المشبهة به وعن تمديد العقد أو مخالفته ، أن المبدأ الذي يما جميعاً واحد . وهو يرمي اعطاء من ليس له تحويل بمقتضى العقد ، بسبب ه أو زواله أو عدم اكتماله تعويضاً عادلاً . وهذا التعويض العادل هو تعويض الذي يستحقه مثل العمل أو الشيء الذي قدمه طالب التحويل نحو الكاسب . تعويض لا يبرره عقد ، ولا مصدر آخر للاتزام ، كما سيأتي ، سوى مبدأ سب غير المشروع .

الانضمام

من أسباب التملك المعروفة الانضمام الناتج من اتصال شئين للمالكين مختلفين مختلفهما بصورة لا يمكن مميّزهما وفصلهما ، او لا يمكن ذلك بدون ضرر ، كما ترى في البناء والغرس في أرض الغير ، أو ما الى ذلك . وتفسير الانضمام كجزء بصورة عامة على القاعدة الاساسية ان التابع تابع ، او ان الفرع يتبع للـ .
 وتفصيل هذا ، من ناحية التفسير الحاصل في ملكية الاشياء المنصبة أو المختلطة ، الى بحث اسباب التملك ، ومن ثم يخرج عن موضوعنا الحاضر . ولكن من سبب ملك غيره بالانضمام على هذا الوجه يتوجب عليه احياناً تعويض الحاضر فضلاً عن اختلاف الاحوال والمذاهب . ونحن نوضح فيما يلي بعضاً من هذه

بوال على سبيل التل :
 اولاً - في حجة الاحكام العدلية ، ولو خرج ملك احد من يده بلا قصد ، مثلاً سقط جبل بما عليه من الروضة على الروضة التي تحته ، يتبع الاقل في القسمة (١) انظر اشارة شبيهة في المذهب الحنبلي ، في كتاب القواعد لابن رجب (القاعدة ٤٧ ص ٦٧ - القاعدة ٧٩ ص ١٥٣) .

جاء في الجملة ، ولا ينظر الى مقدار ما صرف ، ولكن له أن يستوفي القدار الذي أصاب حصة شريكه من قيمة البناء وقت التعجير ، (المادة ١٣١٣) . وهذا هو بعينه الاثر ، بلا سبب مشروع ، وهذا هو معيار التعويض من الكسب الحاصل .
 رابعاً - الزرع ، في هذا الموضوع أيضاً خلاف بين المذاهب : فمنه لا تعرض له ، بل نكتفي برواية الحديث الشريف : « من زرع في ارض قوم غير اذهم ، فليس له من الزرع شيء ، وله نفقته »^١ . ومعناه ان الزرع يبقى لصاحب الارض ويكون للزارع ثمن البذر واجرة عماله ، الا ان يقبل صاحب الارض بتوك الزرع له لقاء دفعه اجرة الارض عن مدة الزراعة^٢ . وعند الحنفية اذا كان الزارع غاصباً ، فلصاحب الارض ان يأمره بقلع الزرع بعد نيته^٣ .
 ومنها اختلف المذاهب او تعددت التفصيلات في المسائل التي سردناها ، او غيرها من نظيراتها ، فالخلاصة التي لا شك فيها هي انه في كل مرة يكتب امرؤ شيئاً او بالا على حساب غيره بسبب الانضمام او الالتحاق ، كان على الكاسب بصورة عامة ان يحاسب الحامس بما اكتسبه منه على هذا الوجه .

عود الى المبدأ العام

هذه أهم الاحوال التي يكون فيها الكسب غير المشروع عادة . وهي ليست حصرية ، بل ان لمن نوعها كثيراً ، نجد مبعثراً في ابواب الفقه المختلفة : انما قد اكتفينا بما قدمنا اثلاً نخرج عن المبدأ العام ، الذي هو موضوعنا الاساسي ، الى التفصيلات والتفرعات التي لا حصر لها .
 ونحن نعود الى القاعدة العامة انه « لا يجوز لأحد ان يأخذ مال أحد بلا سبب شرعي » . وقد بينا آنفاً أسباب الكسب المشروعة ، ولا علاقة لنا بتفصيلها . اما واجب التعويض عن الكسب الحاصل فيكون مختلفاً باختلاف أسباب هذا الكسب .

- (١) رواه ابو داود (ج ٣ رقم ٣٤٠٣) . ودروي مع اختلاف في اللفظ في مستد احمد وسنن الترمذي وان ماجه (الفتح الكبير ، ج ٣ ص ١٩٥) .
 (٢) القوانين الفقهية لابن جزي (ص ٣٣١) ، وضع العزيز في الوضع المذكور ، واللفظ (ج ٥ ص ٣٩٢) .
 (٣) جامع الفوائد ج ٢ ص ١٠١ .

تملكه على هذا الوجه^١ .

اما عند مالك ، فصاحب الارض غير بين ان يأمر الغاصب بقلع ما بنسائه او غرسه ، وبين ان يتسلك الغرس او البناء مع اعطاء الغاصب قيمته مقابلها بعد طرح اجرة القلع^٢ .

ويقرب المذهب الحنفي في هذه المسألة من المذهب المالكي مع بعض الخلاف في التفصيل . فالكرخي وبعض الحنفيين المتأخرين أقروا بان لصاحب الارض ان يأمر الغاصب بقلع البناء أو الغرس اذا كانت قيمته أقل من قيمة الارض . اما اذا كانت قيمته اكبر ، فللغاصب ان يتسلكها ويدفع قيمتها دون ان يؤثر بالقلع^٣ .

ولكن هذا القول مخالف لما يقضى به . فالقول المختار في المذهب الحنفي هو ما اخذت به جملة الاحكام المدنية . ففيها ، « ان كان المغصوب ارضاً وكلت الغاصب انشأ عليها بناء او غرس فيها اشجاراً ، يؤمر الغاصب بقلعها . وان كان القلع مضراً ، فالمغصوب منه ان يعطي قيمته مستحق القلع ويضبط الارض . ولكن لو كانت قيمة الاشجار او البناء ازيد من قيمة الارض وكان انشأ او غرس يؤمر بسبب شرعي ، كان حينئذ لصاحب البناء او الاشجار ان يعطي قيمة قيمة الارض يتسلكها . مثلاً لو انشأ احد على العرصة الموروثه له من والده بناء بمصرف ازيد من قيمة العرصة ثم ظهر لها مستحق ، فالباقي يعطي قيمة العرصة ويضبطها »
 المادة ٩٠٦ .

وشبهه بهذا ما جاء في قانون الملكية اللبناني السوري ، مع بعض فرق في تفصيل فليراجع^٤ .

ولا بد من الملاحظة اخيراً ان الجملة اوجبت أيضاً التعويض عن الكسب غير المشروع في عمارة الملك المشترك الذي لا يقبل القسمة ، كالمطاحون والحمام . فان تمزق احد الشريكين باذن شريكه أو بأذن الحاكم ، فعلمه عرفناه في باب تقاضي . ولكن ان تمزقه بعد امتناع الشريك ومن غير اذن الحاكم ، فانه ، كما

- (١) الام (ج ٣ ص ٢٢٢) ، وضع العزيز (مع المجموع ج ١١ ص ٣١٣ - ٣١٤) ،
 اللفظ (ج ٥ ص ٣٧٩ - ٣٨١) .
 (٢) التاج والاكمل للمواق (بهاش المطالب ج ٥ ص ٢٨٧) .
 (٣) البرازية (ج ٣ ص ١٥٩ بهاش الهندية) .
 (٤) المواد ٢١٥ - ٢١٧ من القرار ذي الرقم ٣٣٣٩ .

وعلى الجلة ، فالالتزام بسبب الإثراء غير المشروع لم يوضع بشكل عام في الشريعة الإسلامية . ولكن فبإعدا بعض الاستثنائات المبنيّة في بعض المذاهب على اقتراض التبرع ، لست أرى في جوهر الشريعة الإسلامية وحقيقتها ما يمنع من تبني المبدأ العام الذي أوضحنه . فهذا المبدأ العام يناسب القاعدة العمامة انه لا يجوز لأحد ان يأخذ مال احد بلا سبب شرعي ، تلك القاعدة التي تشمل جميع انواع الأخذ على الاطلاق . فما الذي يجوز دون ان تشمل أيضاً هذا المبدأ من باب اولي؟ وهو بلا ريب مبدأ من احسن المبادئ، وأعدلها . وهو ايضاً موافق بمسماه ومبناه للآية الكريمة : « لا تأكلوا اموالكم بينكم بالباطل » . وأي باطل أظلم من الاكتساب على حساب الغير بلا مبرر شرعي؟ والشريعة ، كما صدق من قال ، « هي عدل كلها ، ورحمة كلها ، ومصالح كلها ، وحكمة كلها » .

فاذا كان الكسب ناتجاً عن سبب مشروع كالعقد وما أشبه ، كان العقد نفسه او السبب المشروع الآخر هو معيار التمييز اللازم ، فبمقتضى وجوده او عدم وجوده وبعين مقصداره وشروطه . واذا كان الكسب نتيجة عمل غير مشروع ، كالجرم والغصب ونظائرها ، فالعمل هذا هو بعد ذاته مصدر الالتزام والضمان . فالعقد والجرم اذن كلاهما مصدران مستقلان للالتزام ، سيأتي تفصيلهما في موضعها . ويكون الكسب ايضاً ناتجاً عن عمل الفضولي . وقد رأينا حكم هذا العمل واختلاف المذاهب والنظريات فيه ، ورأينا في بعضها مصدرأ من مصادر الالتزام ، سببه مشيئة الفضولي وحدها .

وفيما عدا هذه المصادر ، التي لما احتكامها الخاصة ولا علاقة لنا بها في هذا المرض ، توجد أحوال ينتج فيها كسب لا يبرره سبب مشروع ، ولا يكون فيها من سبيل آخر للدعاهة ضد الكاسب . فهل نثل هذه الاحوال في الشرع الاسلامي نظرية عامة تجمعها معاً وتكون بمنزلة المبدأ العام للالتزام بلا سبب؟ هذا هو السؤال الذي يجب بحته والجواب عنه في ختام هذا الموضوع المهم .

وقد قدمنا ان الشرع الاسلامي يعبر بلا شك الالتزام في احوال معينة عديدة من الاثراء غير المشروع ، كاسترداد المدفوع بدون وجوب ، وتعبيض المشل ، واحوال الكسب بسبب الاطلاق والانضمام ، وما الى ذلك . ولا بد من الاعتراف ايضاً بان الشرع الاسلامي رفض اعتبار الكسب في مواضع اخرى وعدة تبعاً من صدر عنه . وقد مرت معنا امثلة عديدة من ذلك في باب الفضولي وحكم تصرفاته في المذهب الحنفي .

وعلى الرغم من ان الحكم بالتبرع في هذه الاحوال لم تقبل به جميع المذاهب ، كما اوضحنا في ختام بحث الفضولي نقلاً عن ابن القيم وغيره ، فليس في ذلك خروج عن القاعدة الاسلامية العامة . فالمنوع هو اخذ مال الغير بلا سبب مشروع ، والتبرع كما نعلم من اسباب التملك المشروعة . واذا قبل ان هذا التبرع يفترضه الشرع افتراضاً دون ان يكون نتيجة الرضى الذي هو ركن عقد التبرع الحقيقي ، فلنا ان الشرع اقترض وجوده حكماً ، والشرع او القانون هو سبب من اسباب التملك ومصدر من مصادر الالتزام كغيره من المصادر او الاسباب الشرعية الاخرى .

تلك الاحكام وضعت لذلك العصر وحده، وانما ملائمة له دون غيره، وان غيرها من الاحكام ربما لا يتناسب وايامه أو لا يتناسب مع ظروفه وأحواله، ولا ينبغي على الاخص أن نقبس تلك الاحكام بعبارة أحكامنا ولا بطرؤف بيتنا، ولا أن ننظر إليها بنظار اليوم الحاضر^١.

فمن الخطأ على كل حال ان نقارن بين أحكام الماضي وأحكام اليوم، دون ربط كل منها بزمانه ومكانه، ودون حساب المسافات الشاسعة التي تفرقها والقرون الطويلة التي تباعدتها. فان الناس لم يعيشوا دائماً كما نعيش الآن، ولم يفكروا قديماً كما نريد ان نفكر اليوم. وايضاً فكما كان بينهم وبيننا، سيكون بيننا وبين غيرنا من سياتي بعدنا. فلا يمكن ان نتصور حياة المستقبل وضروراته، ولا ان نتكهن عما سيحدثي أحفادنا البعيدين، لتجري رؤيتي ما يرتضون لانفسهم ويفكرون لمصالحتهم ومساعدتهم. والذي يستحيل علينا اليوم تجاه احفادنا، قد استعمل طبعاً على اسلافنا تجاهنا.

وما كنت أطلب الكلام في هذه الحقيقة الواضحة، لولا انها ما غربت عن بال بعض الزملاء الافاضل الذين كتبوا في موضوع الجرائم في الشريعة الاسلامية. وما قصدت اذن من ذلك إلا تذكري هؤلاء همؤلاء بأنهم يقعون كثيراً في الحكم على بعض النظريات الفقهية، اذا ما قارنوها وانتقدوها بالقياس الى النظريات الحديثة، دون ردة كل فئة منها الى عصرها والى المجتمع الذي وجدت فيه^٢.

(١) ولقد صدق السيد عباس محمود العقاد عندما قال بأن أبناء العصور الفارسة « ليسوا أبناء عصورنا، وأنا مطالبون بأن نهمهم في زمانهم وليسوا هم مطالبين بأن يشبهونا في زماننا » (عشرية عمر، الطبعة الاولى، مصر، ١٩٤٢، ص ٢٤٢).

(٢) للاستاذ ادميل التيان، الرئيس الاول لحكمة الاستئناف اللبنانية، الطروحة عن التهمة الجرمية في الشريعة الاسلامية، قدمها ليل الدكتوراه من معهد الحقوق في ليون، طبعت في بيروت، عام ١٩٢٦، بعنوان:

« Le système de la responsabilité délictuelle en droit musulman ».

وهذه الطروحة لم تخل احياً من النظر القاسي الذي قدمنا (مثلا ص ٦٦ و ٦٨)، كما ان مؤلفها القاضل تشدد في قبول كثير من الاحاديث، واعتبر انها من وضع بعض الفقهاء الحديثيين (ص ٦٠ و ٧١ و ٨٢ و ٨٨ وغيرها). فنهج لا يمكننا ان نجساري حاضرة المؤلف في ذلك، لعدم اتيانه بالطرق العلمية الثبوتية في علم مصطلح الحديث. ولكن فبا عدا هذه الهفوات، فالطروحة قيمة جداً تدل على الاطلاع الواسع والتفكير المبدع.

القسم الثالث

المصرفات الفضلية أو الأعمال غير الربوية

الباب الأول

التعريفين الشرعي في الجنائيات والفصَب

الاصل الاول

معلومات عامة

تأثير الجاهة والجماعية

نحن نعلم ان الشرائع يظهر من مظاهر الحياة الاجتماعية، وتتأثر بها وفاقاً لناموس مقدر معلوم. ونحن نرى لذلك انما منفرة متغلبة، شديدة الثقل والتعبير كالجنس نفسه، حتى صارت قاعدة تبديل الاحكام بتبديل الاعصار والاعصار قاعدة كلية الزلية.

وان بعض النواحي الشرعية اكثر تعلقاً بتلك الحياة من البعض الآخر. وهي من ثم تحس اكثر من غيرها بأثر مظاهر المجتمع. ومن هذه النواحي، بدون ريب، احكام الجرائم على انواعها المتباينة. فهي متصلة، متينة الاتصال، بعادات المجتمع واخلاقه وتقاليدته. فلا عجب اذن من ان نرى هذه الاحكام مرآة للبلد الذي نشأت فيه، وصورة مصفرة للبيئة التي شرعت لأجلها.

ولا ينبغي ان ننسى، اذا ما درسنا احكام الجرائم في عصر من العصور، ان

على أساس عام. فلا تنظر في ذلك الى مصلحة الفرد فحسب بل تراعي المصلحة العامة والامن العام والسلامة الاجتماعية. فبرزت بذلك الناحية العامة لشرعية الجرائم واصبحت منفصلة عن الناحية الخاصة بصورة ظاهرة جلية.

وهذا التدرج في التطور لم يسر على وتيرة واحدة في جميع الأمم والبلاد، بل كان يسير على طرق مختلفة متباينة. ولكن الخلاصة التي لا سراء فيها هي انه كلما رجعنا الى الماضي في تاريخ شريعة الجرائم لسنا الناحية الخاصة أبرز واظهر منها في العصور اللاحقة. او بعبارة عصرية، كانت معظم الجرائم في القديم مدنية ترمي الى تعويض المتضرر، ولم تكن جزائية تقصد الى معاقبة الجرم باسم الدولة والحق العام.

ولا بد من التنبيه الى ان التفريق بين الجرم المدني والجرم الجزائي لم يكن دائماً واضحاً كوضوح اليوم. فمن أراد ان يدرس الجرم المدني في القديم لم يمكنه ذلك دون ان يتعرف الى الجنايات والجرائم الجزائية، بسبب اختلاط الفئتين وتشارك بعضهما ببعض.

العقوبة والتعويضات

من الطبيعي ان يقابل هذا التقسيم في الجرائم تقسيم شبيه في العقوبات والتعويضات. فأما الجرم الجزائي فيستحق عقوبة عامة تفرض باسم الدولة او الحق العام، وتنفذ بواسطة نائبها المدعي العام، ولا تسقط بعفو المتضرر ولا بالصلح. واما الجرم المدني فهو من مصادر الوجبات، وهو يلزم فاعله بضمان ازالة الضرر الناشئ، او دفع التعويض المناسب. ويكون واجب الضمان فيه من حق المتضرر يتولى هو طلبه، ويسقط بالإبراء أو بالصلح.

وعند تعدد الجرائم المنسوبة الى الفاعل ذاته، اذا كانت جزائية تداخلت عقوباتها العامة وادخلت بعضها في بعض، فلا يفرض منها الا عقوبة واحدة. اما اذا كانت مدنية فلا تداخل فيها، بل يجب التعويض عن كل منها.

وهذا الفرق بين العقوبة العامة والضمان المدني لم يكن دائماً كما هو اليوم. ففي

(١) راجع كتاب ماين و القانون القديم، (Maine's Ancient Law)، طبع لندن Dent & Sons، ١٩٢٧، ص ٢١٧ وما بعدها.

الناهيانه العامة والخاصة

تقسم الجرائم في القوانين الحديثة الى فئتين: احدهما الجرائم الجزائية، وهي الافعال المخترمة في قانون العقوبات، والتي يعاقب مقترفها باسم الحق العام تأديباً له، وجزأً لغيره، وحفظاً للامن والنظام. والفئة الثانية هي الجرائم المدنية، اي افعال التعدي المضرة التي تازم فاعلها بازالة الضرر وتعويض المتضرر بما اصابه منه. ويكون نفس الفعل احياناً جرمًا جزائياً وجرماً مدنياً بأن واحد، كالقتل او السرقة، كما انه يكون جرمًا جزائياً فقط، كعمل السلاح الممنوع، او جرمًا مدنياً فقط كالنكاح مال الغير.

لذا كان لشرعية الجرائم ناخيتان: احدهما عامة، تمثل وجهة نظر الدولة الى الحرية، وبما تقرضه من عقوبات لاجل المحافظة على الامن والنظام العام. والناحية الثانية خاصة، تتعلق بالفرد المتضرر من الحرية، وتقتل وجهة نظره اليها وحقه طلب التعويض هو او عائلته.

وقد كانت الناحية الخاصة في القديم اقوى من الناحية العامة. فانار او الانتقام الشخصي كان الاساس البارز لتشريع الجرمي القديم، وسببه ان سلطان الدولة لم يكن آنذاق قويا، بحيث يقوم بتاديب الجرم او بتعويض حق المتضرر. فقديمًا كان الحق للفرد، وكان المتضرر هو او قبيلته يحصلون حقهم بانفسهم، دون ان يوقف انتقامهم شي. سوى تنازلم عنهما بالعفو او بالصلح على مال معلوم.

ومن اقدم القوانين الجزائية قانون القصاص، عاقبه من بساطة ومساواة. وكان لكل جرم عقوبة من نوعه: النفس بالنفس، والعين بالعين، والسن بالسن، وهكذا. وقد كانت هذه القاعدة موافقة للمدل الفطري ولطابعات المجتمع القبلي، لذلك المجتمع الذي يتميز بشطف العيش وغنغ المعاملات وحب النار.

ولما بدأت شوكة الدولة بالنمو، اخذت هي بتنظيم هذا الامر. فاكتفت اولاً بتعيين بدل الصلح او التعويض الازامي. ولم يكن هذا البديل مجوي التعويض للمتضرر فحسب، بل كان فيه ايضاً ما يزيد على هذا التعويض ليكون بمنزلة العقوبة الخاصة، التي اعتبرت وحدها كافية لاطفاء ثورة الانتقام عند المتضرر ودرية.

وبعد شعور الدولة بقوتها المتزايدة، طفتت تعنى شيئاً فشيئاً بوضع الأحكام

الشريعة الإسلامية

قسمت الحقوق ، عند علماء أصول الفقه الإسلامي ، الى اربعة اقسام : حقوق الله الخاصة ، وحقوق العباد الخاصة ، وما فيه حق الله وحق العبد والاول واجه ، وما فيه الحيطان والثاني واسع . وقد انقسمت الفقه الاولي ، الى حقوق الله الخاصة ، الى ثمانية انواع تدور بين العبادات والذون وما كان مشتركاً بينها جميعاً أو كانت خاتماً بذاته . ونحن نكتفي هنا ، من هذه الأقسام ، بما يتعلق بالمعقوبات والضمانات الناتجة عن الجرائم دون غيرها^١ .

فبدأ اولاً بحقوق الله الخاصة . وهي بتعريف الاصوليين ما تعلق بها النفع العام ، من غير اختصاص بأحد . وهذه ، لما كانت عظيمة الخطر شاملة النفع ، وقد نسبت الى الله تعالى تعظيماً واجلالاً وتقديراً . ومن هذه الفقه من الحقوق المعقوبات الكاملة كالحدود الخاصة ، والمعقوبات الفاصرة كحرمان القتال من الميراث . وهي جميعاً تستوفى باسم النفع العام ، رغم عقو التضمر أو تنسازله بالصلح الا في بعض مستثنيات قليلة . وقد كانت اقامة الحدود ايام الدولة العباسية منوطاً بنصب صاحب الشرطة^٢ .

والقسم الثاني يشمل حقوق العباد الخاصة . وهي ما تعلق بها مصلحة خاصة لاحد الناس ، كحرمة مال الغير . فهذه ، خلافاً للاولى ، يجزى فيها الارث ، وتسقط بالصلح والعتق . وتدخل فيها الضمانات المدنية العادية . كوجوب دفع بدل المتلفات ، كما تدخل الضمانات التي فيها معنى العقوبة الخاصة ، كالدية والأرض وحكومة العدل ، على ما سنوضحه قريباً .

والقسم الثالث هو ما اجتمع فيه حق الله وحق العبد وكان حق الله غالباً ، كعقد القذف عند الجنيين اى عقوبة من يرمي الغير بشبهة الزنا . وهذا لا يجزى فيه الارث ولا يسقط بالعتق عندهم .

(١) راجع منار الانوار للشافعي ، وشرحه لان مالك ، وشرح ابن عيني بهامته (طبعة دار المائدة ، ١٣١٤ ، ص ٣١٢-٣١٦) ، ومنافع الدقائق شرح جامع الخفاف (ص ٢٧٨ - ٢٨٠) .

(٢) مقدمة ابن خلدون ص ٢١٨ .

تقديم كان بين الاثنين فئة وسطى تسمى العقوبة الخاصة . وهذه الفئة ، وان كان بها معنى العقوبة ، الا انها وضعت لمصلحة التضمر بتوقف تنفيذها على طلبه ، تسقط بتنازله عنها بالصلح او بالابراء .

انواع الجرائم المدنية والمبرأ العام

الجرائم الجزائية واحكامها وعقوباتها كلها خارجة عن موضوعنا . اما الجرائم المدنية ، او الناجية المدنية من الجرائم ، فهي وحدها تهتمنا في هذا البحث . وتكون الجرائم المدنية على انواع متعددة . فمنها ما كان واقعاً على شخص (انسان) ، كالقتل والضرب ، ومنها ما كان واقعاً على ماله ، كالنصب والاتلاف ، ومنها ما اصاب شرفه أو عرضه ، أو ما الى ذلك .

ولم يكن في القوانين القديمة نظرية عامة للجرم المدني، بل كانت احكام كل نوع من جرائم خاصة به ، وكانت الجرائم محدودة معينة. هكذا كان الأمر مثلاً عند الرومان . ولكن معظم القوانين المصرية وضعت نظرية عامة للجرم المدني ، كمنظرة عقود العامة ، وأقرت المبدأ العام الذي يضما جميعاً . فقانون الموجبات والعقود بناني مثلاً أخذ بهذا المبدأ ، وأثبت هذا النص : « كل عمل من أحد الناس ينجم له ضرر غير مشروع بمصلحة الغير ، يجبر فاعله ، اذا كان مبرراً ، على التعويض » المادة (١٢٢) . وهو نص شبيه بنص القانون المدني الفرنسي (المادة ١٣٨٢) ، القانون المدني المصري (المادة ١٥١) . ومعناه جاء في القانون المدني الالمانى : « من ادم قصداً أو تقصيراً على الاعتداء بغير حق على أمرى . ، في جسمه أو حياته أو حخته أو حريته أو في حق آخر من حقوقه ، يجبر على تعويضه من الضرر الناتج » المادة (٨٢٣) .

وعلى الرغم من ذلك ، فقد حافظت بعض الشرائع اليوم على النظرية القديمة . من هذه الشرائع الشريعة الانكليزية ، اذ ليس فيها حتى اليوم نظرية عامة للجرم مدني ، بل فيها فئات معدودة من الجرائم الخاصة ، لكل منها احكامها المعينة . لذا نرى هذا البحث في الانكليزية بقانون الجرائم بالجمع ، لا قانون الجرم بالفراد^١ .

(١) The Book of English law, not law of tort . راجع كتاب جيكس ، Law of tort ، ص ٤١١ .

مال وتعزير ،^١ .
 فالقتل جعل عقوبة اعظم الجنايات ، كالجناية على النفس او على الدين او على
 الامراض عند البعض ، وذلك حفاظاً لجياة الناس ، ونسماً لفساد الدين ولاختلاط
 الانساب ، وما تجر معها جميعاً من الفاسد العظيمة .
 وجعل القطع عقوبة السارق والحارب وقصاص جناية قطع الاعضاء . ووضعت
 الجلد عقاباً للزنا والشرب والقذف . ومن عقوبات الزنا ايضاً النفي والتعزير .
 اما تعزير المال فيكون في احوال عديدة ، اهمها متى كانت الغاية حرمان الجاني
 ومقابلته بتقيض قصده ، كعقوبة القاتل بجرمانه من ميراث مورثه ، وكعقوبة
 الزوجة الناشئة بسقوط نفقتها الواجبة على الزوج .
 واحيراً يأتي التعزير . وهو عقوبة غير مقدرة ، متروكة الى اجتهاد الامام ، لاسباب
 في الاحوال التي لا عقوبة اخرى لها .

وبعد هذه المقدمة الوجيزة عن تقسيم الجرائم من الناحيتين الجزائية
 والمدنية ، لا بد من الاشارة الى ان الفقهاء المسلمين لم يدرسوا الجرم المدني في نظرية
 عامة ، كالتي نراها في بعض القوانين الحديثة ، بل يحدسوا في الموضوع على النحو
 العملي الذي اتبعوه في المفقود . فاحكام الجرم المدني تراها مبثورة في ابواب مختلفة
 من الفقه ، اهمها الجنايات والحدود والنصب والاتلاف .
 وقد توسع بعض الفقهاء في باب الاتلاف وطبقوا احكامه على مسائل متنوعة
 عديدة . ونحن سنبحث فيه عن الاحكام العامة التي يمكن استخلاصها ، وما اذا
 كانت تصلح لان تكون اساساً لنظرية عامة للجرم المدني في الشريعة الاسلامية .
 انما لا بد قبل ذلك من كلمة سريعة في الجنايات والحدود والنصب ، لنلمح
 بفكرة عامة عنها ، ولنبيّن اثناء ذلك علاقتها بهذا الموضوع الخطير ، وكيف
 يمكن ان تكون مصدراً للاتهام وللضمان المدني .

(١) اعلام الموقعين ، ج ٢ ، ص ٦٤ وما بعدها .

والقسم الاخير يجمع ايضاً بين حق الله وحق العبد ولكن حق العبد فيه أغلب ،
 خاص . ففي هذه الفقه يجري الارت ويصح العفو او الصلح على مال معلوم .
 واذا أردنا ، على الجملة ، مقارنة هذا التقسيم وتفسيره بالاصطلاح المستعمل في
 ن الجزء الحديث ، وضعنا الحقوق والعقوبات المساومة معاداة لحقوق الله وما
 بها من عقوبات ، ووضعتنا الحقوق الخاصة مرادفة لحقوق العباد . فمن جهة تمتد
 رد بالتعمير الحديث من العقوبات العامة . ومن جهة ثانية ، يقابلها في فئة الحقوق
 الخاصة الخاصة كدفع بدل المتلفات ، والعقوبات الخاصة كالقصاص ، وما
 بنت فيه صفنا الضمان والعقوبة كالدبة والارث وحكومة العدل . اما التعزير
 وف في الشريعة الاسلامية ، فانه يكون ثارة من حقوق الله وثارة من حقوق
 د ، كما ستوضح في محله .

ويقصد من عقاب الجناة والمفسدين الى غايتين : احدهما رد عنهم حم عن ارتكاب
 الجرم والمفاسد ، والثانية جعلهم عظة لمن يريد ان يفعل مثل فعلهم وزجر الغير
 التشبه بهم^١ . وهاتان الغايتان ، الروح الفردية والزجر الاجتماعي^٢ ، هما اليوم
 من اسس العلم الجنائي الحديث .

والعقوبات ، سواء اكانت عامة ام خاصة ، هي في الاصل معينة مقدرة ، ولكنها
 وفقت نفسه متفاوتة متنوعة . وسبب ذلك ، كما قال ابن القيم ، انه و لما
 نت مراتب الجنايات لم يكن بد من تفاوت مراتب العقوبات . وكان من المعلوم
 الناس لو وكلاوا الى عقوبتهم في معرفة ذلك وترتيب كل عقوبة على ما يناسبها من
 اية جنساً ووصفاً وقدرأ ، لذهب بهم الآراء كل مذهب ، وانتعبت بهم الطرق
 مشعب ، ولعظم الاختلاف واشتد الخطب . فكيف ارحم الراحمين واحكم
 كمين مؤنة ذلك ، وازال عنهم كلته ، وتولى بحكمته وعلمه ورحمته تقديره
 وقدرأ ، ورتب على كل جنابة ما يناسبها من العقوبة ويليق بها من التكال .
 بل هذه العقوبات دائرة على سنة اصول : قتل وقطع وجلد ونفي وتعزير

(١) اعلام الموقعين عن رب العالمين ، ج ٢ ، ص ٧٠ .

(٢) او الاحتراز الخامس والاحتراز العام (Spezial- und General Prävention) . راجع

في غارو (Garraud) ، في الموجز في قانون العقاب (Précis de droit érininel) .

ص ١٥٢١ ، رقم ١٢١ .

في حد القذف عند بعض الفقهاء . فعليه إذا بلغ أمر الحد الحاكم ، فلن ينفع ندم الشاكي أو صفحه عن الجرم . ولكن سكوته قبل بلوغ الحاكم بإنع الحد ، عملاً بالحديث الشريف : « تعافوا الحدود فيما بينكم ، فما بلغني من حدٍّ فقد وجب »^١ . وقد اختلف الفقهاء في مسألة تعدد الجرائم التي تستوجب الحد ، كالسرقة أحد شيئاً وقيل إن يجد في ذلك سرقة مرة ثانية أو أكثر ، فهل يجب عليه حد واحد فقط ، أم عليه لكل جرم حد ؟ فالجواب عند جمهور الفقهاء أن الحد واحد إذا كان الجرم من نوع واحد ، لأنه لا يجب شي من الحدود بنفس الجرم حتى يثبت عند الحاكم ، ولأن النامية المطلوبة من الحدود ، وهي التأديب والردع والزجر ، لم تحصل قبل الحكم . وهذا ، كما ترى ، شبه يبدأ بتداخل العقوبات أو ادغامها المبرور في القوانين الجزائية الحديثة .

المسيرة في المبرور

قال أصحاب الذهب الظاهري البائد أن الحدود ، لما كانت حق الله ، لا تسقط إذا وجدت شبهة ، لقوله تعالى : « تلك حدود الله فلا تعتدوها »^٢ . ولكن الرأي السائد عند أصحاب المذاهب الأربعة أن الحدود تسقط بالشبهات . ودليلهم الأحاديث الشريفية : « ادروا الحدود بالشبهات . ادفعوا الحدود ما استطعتم . ادروا الحدود عن المسلمين ما استطعتم ، فإن كان له مخرج فخذوا سبيله ، فإن الامام أن يخطئ . في العقو خير من أن يخطئ . في العقوبة »^٣ .

ومعنى هذه الأحاديث صحيح . وهو أنه في العقوبات يراعى عند الشك جانب المتهم ، كما أقر ذلك العلم الجنائي الحديث .

وفي الشرع الإسلامي ، استنبعت هذه القاعدة بعض الفروع . منها أن الحد

(١) رواه أبو داود والنسائي في سننها والمحاكم في المنتزه . راجع الجامع الصغير للسيوطي (ج ١ رقم ٣٣٠٨) ، وصن ابن داود (ج ٤ رقم ٤٣٧٦) .

(٢) سورة البقرة (٢) ، ٢٢٩ .

(٣) روى الحديث الأول السيوطي عن الكامل لابن عسدي ، ورواه الحارثي في مسند أبي حنيفة . وأخرج ابن ماجه الحديث الثاني . أما الثالث فأخرجه الترمذي والمحاكم والبيهقي وغيرهم . وقد قال ابن حزم وغيره إن هذه الأحاديث أو بعضها ضعيف أو غير صحيح . راجع الإشباه والنظائر للسيوطي (س ٨٤) ، ونبيل الاوطار (ج ٧ س ٨٧-٨٨) ، والحلي (ج ١١ رقم ٢١٧٧) .

الفصل الثاني

الحدود والتعزير

المبرور بوجه عام

الحد لغة معناه المنع . وشرعاً هو اسم لعقوبة مقدرة تجب حقاً لله تعالى . وضمت هذه العقوبة رادعاً للمجرمين وراجرأ لائسائهم ، فسميت لذلك حداً لأنها مانعة من ارتكاب التواخس .

والحدود المرتبسة على الجنابات سبعة وهي : الرِّدة والبيعت والزنا والقذف سرقة وقطع الطريق وشرب الخمر . ولكل منها أحكام خاصة طوية ، نكتفي بكلمة وجيزة فيها ، بعد أن نبين أولاً بعض الأحكام العامة لجمعها^١ .

والحد ، كما قلنا ، عقوبة مقدرة أي معينة في الشرع ، خلافاً للتعزير الذي هو ترك لأمر الامام كما سنرى . وهو من حقوق الله ، فسلطاناً لا يسمى القصاص ، لأنه من حقوق العباد .

ويتروى على كون الحد من حقوق الله أنه لا يسقط بالعفو ولا بالصلح ، إلا (١) راجع في تفصيل الحدود واختلاف المذاهب فيها : البسوط (ج ٩ س ٣٦ وما بعدها) ؛ داية (ج ٢ س ٨٠) ، وفتح القدير (ج ٤ س ١١١) ، والبحر الرائق (ج ٥ س ٢) ، نتائج (ج ٧ س ٣٢) ، والزيتني (ج ٣ س ١٦٣) ، والختار وشرحه الاختيار للموسلي (ج ٣٥) ، والام (ج ٦ س ١١٥) ، والهدب (ج ٢ س ٢٨٢) ، والملمة الكبرى (ج ١٦ س ٢) ، والحري على سبدي خليل (ج ٥ س ٣٠٢) ، والحطاب والموثق (ج ٦ س ٢٧٦) ، وابن جزري (س ٣٥٣) ، والمفتي والشرح الكبير (ج ١٠ س ١١٩) ، والحلي (ج ١١ رقم ٢١٦٣ وما بعده) ، وبداية المجتهد (ج ٢ س ٣٥٩) ، والبرهان للشمساني (ج ٢ س ١٥٦) ، والروض المربع (ج ٢ س ٣٤٧) وطائفة البيهقري على ابن قاسم (ج ٢ س ٢٣٥) وغيرهما .

الحدود كلها بالتوبة ، قياساً على ما ذكرنا . ولكنه رجع عن قوله هذا في مصر ، والرأي الأظهر من مذهبه يقول بما يقول به الرأي السائد عند جمهور باقي المذاهب ، وهو انه لا يسقط بالتوبة من الحدود إلا حد الحارбин .

على من تقام الحدود

يشترط لاقامة الحدود ان يكون المتهم بالغاً عاقلاً . فعليه لا حدّ على الصغير الغاصر ، ولا على الجنون . وذلك عملاً بالحديث الشريف : « رفع القلم عن ثلاثة : عن النائم حتى يستيقظ ، وعن المتبلى حتى يبرأ ، وعن العبي حتى يكبر ، »^١ .
وعدا ذلك ، فالحد يصيب المرأة والرجل ، والحُر والرقيق ، والمسلم وغيره .
المسلم عند البعض ، والشريف والوضع ، مع تفصيل في كل ذلك . ونحن نبين منه بعض الاحوال الخاصة بصورة سريعة .

اولاً - العبيد . لم تزج ما يوجب التوسع في شأنهم ، لعدم الفائدة من ذلك في هذه الايام . فقد قالت طائفة قليلة ان حد العبيد كحد الاحرار . وقالت طائفة اخرى ان حد العبيد في الجلد كله على نصف حد الاحرار ، عملاً بالقول المأثور « من عظمت مرتبته كبرت صغيرته ، » . وعلى كل ففي المذاهب تفصيلات اخرى لا مجال لتذكرها .

ثانياً - المرضى . من الفقهاء من قال ان الحد يؤخر عن المريض حتى يبرأ ، ومنهم من قال يقام عليه الحد حسب وسعه وطاقته . وعند جمهور الفقهاء يؤخر الحد عن المرأة الحامل حتى تضع جنينها ، وعند بعضهم حتى يستغي الولد عنها . وفي القوانين الحديثة اليوم ، « يؤجل تنفيذ الاعدام بالحامل الى ان تضع حملها »^٢ .
ثالثاً - هل تقام الحدود على أهل الذمة ؟ أم أنها مختصة بالمسلمين ؟ في مذهبه المسألة أيضاً خلاف كبير . فقد روى ابن حزم عن علي بن أبي طالب ان احده

(١) أخرجه أحمد في مسنده ، وأبو داود والنسائي وابن ماجه في سننهم ، والحاكم في مستدركه . وأخرجه أبو داود والحاكم أيضاً بلفظ آخر : « رفع القلم عن ثلاثة : عن الجنون المألوف على عقله حتى يبرأ ، وعن النائم حتى يستيقظ ، وعن العبي حتى يكتم . » راجع الجامع الصغير (ج ١ رقم ٤٤٦٢ ، ٤٤٦٣) ، وسنن أبي داود (ج ١ رقم ٤٣٩٨ و ٤٤٠١) .

(٢) الفقرة الأخيرة من المادة ٤٣ ، من قانون العقوبات اللبناني . ومعاها المادة ١٨ من قانون الجزاء الثاني .

يسقط عن أصحاب شيئاً محرماً وهو جاهل بتعريمه ، اذا كان ذلك في موضع شبهة .
ثانياً أيضاً تشدد الفقهاء في الادة التي تثبت بها الحدود .

يوضح ذلك أن جمهور الفقهاء أجازوا لمن أقر في حد من الحدود ان يرجع عن قراره ، وذلك خلافاً لابن أبي ليلى وعثمان البتي وأنسباع المذهب الظاهري الذين شعروا الرجوع عن الاقرار مطلقاً ، وخلافاً للإمام مالك الذي لم يقبل الرجوع الا في الشبهة .

وفي الاقرار أيضاً ، قال الامام احمد بن حنبل ان حد الزنا لا يقام على المتهم بقمر الا اذا أقر على نفسه اربع مرات ، وزاد الامام أبو حنيفة أن هذا الاقرار يجب أن يحصل في مجالس متفرقة . وعن صاحبه ابي يوسف ، ينبغي في الاقرار أن يحصل مرتين في حد السرقة وحاد شرب الخمر . ولكن جمهور الفقهاء ، ومنهم الامامان مالك والشافعي ، قالوا بان الاقرار مرة واحدة يكفي في الحدود كما في غيرها ، لانه « اذا صح الاعتراف مرة أو الف مرة فهو كله سواء » .

وكذلك ترى في الشرع تشديداً بشأن الشهادة أو البيعة الشخصية المطلوبة في الحدود . فالنصاب المطلوب في الرأي السائد هو أربعة رجال في الزنا ، ورجلان في باقي الحدود . ولا تقبل شهادة النساء أبداً ، ما عدا بعض أقوال بانة للذهب الظاهري وغيره^١ . ومن التشديد في قبول الشهادة ما اشترطه أبو حنيفة وأصحابه بان دعوى الحدود لا تسمع بعد مضي المدة الطويلة ، الا اذا كان للشهود عند كيدهم عن بلد الحاكم ، او اذا تعلق بالامر حتى المبدى في القذف . ومنه أيضاً ما اشترطوه هم وغيرهم بان الشهود الاربعة في الزنا ينبغي ان يجيئوا معاً ويجتمعوا ويشهدوا في مجلس واحد .

ولا بد أخيراً من الإشارة الى ان من مسائل درء الحدود بالشبهات سقوط الحد بالتوبة أحياناً . فعد الحاربين يسقط بتوبتهم قبل القسرة عليهم ، عملاً بنص الآية الكريمة : « وإلا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم ، فاعلموا أن الله غفور رحيم »^٢ . وقد روي عن الشافعي في مذهب المرافى القديم ، انه قال يسقط

(١) راجع تفصيل ذلك في باب البيعت من كتابنا فلسفة التشريع في الاسلام ، ص ٣٠٤ وما بعدها .

(٢) سورة المائدة (٥) ، ٣٤ .

هذا القسم لم يكن صالحاً في ظروفه الخاصة ، او انه غير صالح حتى في اليوم الحاضر . فابداً يقطع بد السارق ، واكثر بانه كثيره من الحدود لا يطبق الا بعد التوري والتدقيق ، ولا يتوجب الا ببلوغ الحاكم ، ويسقط بالشبهات . ولا ريب في انه كان ضرورياً في المجتمع العربي ، وانه لا يزال نافعاً ومفيداً في كثير من الاقطار اليوم . يؤيد ذلك ما وردنا من اخبار البلاد الحجازية والهندية ان السرقة اصبحت نادرة فيها ، بعد ان اوجبت الحكومة السعودية تطبيق العقوبة الشرعية الاسلامية^١ . وان من له خبرة في الامور الجزائية يعلم بتأكيد ان مثل هذه العقوبة ضرورية لبعض اللصوص المحترفين في ايامنا الحاضرة ، على الاقل متى ثبت ان العقوبات المعصية ليست كافية لتأدية القصد المطلوب منها ، من ردد فردي أو زجر اجتماعي . فما بالك بلبس شهر محتوف بصيب من الاحكام العديدة ما لا يحصى ، ثم لا يلبث اذا دخل السجن حتى يفنخ بجمله اللصوصية امام زملائه ، ولا يلبث اذا خرج منه حتى يعود الى مهنته دون تردد ولا تأخير؟ فهل يصير المجتمع أو الانسانية أن تقطع أيدي هذا السرير الأثيمة وتغتمه من تكرار عمله المشين الخطر وتزجر غيره انماطاً به ؟ وهل تقسو الحياة الاجتماعية إذا حمت نفسها بهذه الصورة اضطراراً ، ورأساً من نأديب أمثال من ذكر ؟ أنا ادعي بعض الخبرة في هذه المسائل^٢ ، وأنا مقتنع بما قلت واثبت .

اما الجلد والضرب ، فلا بد من الملاحظة انه يكون بالسوط في جميع الحدود ، ويكون ايضاً في حد الخمر بكل ما يراه الحاكم حسناً . وتتفاوت صفة الضرب . فهو أشده في التعزير ثم في حد الزنا ، ثم في حد الشرب . وأخفه في حد القذف . وهذه العقوبة ، التي أسماها بعضهم « الموضة » عند محمد (ص) ، هي « الموضة » عند غيره ايضاً . فمعد الانكايث اليوم مثلاً ، وليس من ينكر حظهم من الرقي والتمدن ، يحكم بالجلد على اللصوص والتشردين وبعض المجرمين والأحداث ، وعلى غيرهم في احوال أخرى عديدة^٣ .

- (١) انظر كتاب نغلة العرب ، لجورج انطونيوس ، غريب الزكابي ، دمشق ، ١٩٤٦ ص ٣٧٩ وما بعدها .
 (٢) اخصها قضاء سبع سنوات في التعقيب الجزائي في بيروت .
 (٣) راجع أهم هذه الاحوال في كتاب Criminal Law of the Principles and Practice of the S. Harris ، لندن ، ١٩٢٦ ، ص ٤٢٠ .
 تأليف هاريس (S. Harris) ، لندن ، ١٩٢٦ ، ص ٤٢٠ .
 الذي الجلد في بريطانيا عام ١٩٤٨ .

على أهل الذمة في الزنا ، وعن ابن عباس أن لا حد عليهم في السرقة ، وعن ابه خبيفة ومالك أنهم لا يجردون في الزنا ولا في شرب الخمر ويجردون في القذف وفي السرقة ، وعن الشافعي وأهل الظاهر أن عليهم الحد في كل ذلك .
 رابعاً - الاشراف والاقراب . لم يفرق الشرع في الحدود بين طبقات الناس .

فالجميع سواء في ذلك . وانا الكبير من تكابر عن كبار الامم وصفائه ، والرابع من ترفع عن رذائل الاعمال . ففي الحديث الشريف : « اقبولوا ذوي الهبات عنواهم الا الحدود » . واقبوا حدود الله تعالى في البعيد والقريب ، ولا تأخذكم في الله لومة لائم^١ .

ونستنجع هذه المساواة كراهية الشفاعة في الحد . فقد روى البخاري ومسلم وغيرهما ان أسامة كرم النبي (ص) في المرأة الخزرجية التي سرفت . فقال النبي (ص) « انشفع في حد من حدود الله » ؟ ثم قام وخطب قائلاً : « يا ايها الناس انما ضل من فلكم انهم كانوا اذا سرق الشريف تركوه ، واذا سرق الضعيف فليم اقاموا عليه الحد . وابعث الله لو ان فاطمة بنت محمد سرفت لقطع محمد يدها »^٢ .

الجلد والقطع

من الحقائق التاريخية الثابتة ان العقوبات في الشرائع القديمة كانت بوجه عام صارمة جداً . ففي قانون الاوراج الاثني عشر الروماني مثلاً كانت عقوبة السرقة المشهودة الجلد والاسترقاق والاعدام . وسنرى قريباً في الشرع الاسلامي ان قطع اليد عقوبة السارق ، وان الضرب او الجلد هو عقوبة مقدرة في الزنا والقذف وشرب الخمر . وقبل بيان هذه الحدود مفصلاً ، لا بأس بكلمة موجزة في هاتين العقوبتين من الناحية الاجتماعية الحديثة .

وقبل هذه الكلمة ، لا بد من التذكير ثابته بان العقوبات لا يمكن ان توزن بيزان واحد ثابت . بل انها مرتبطة بالوقت الذي وضعت لاجله ، وبالمكان الذي طبقت فيه . وانه اذا كان قسم منها لا يروق لبعض الناس اليوم ، فهذا لا يعني ان

- (١) اخرجه ابو داود وغيره . راجع سننه ، ج ٤ رقم ٤٣٧٥ .
 (٢) اخرجه الشافعي . راجع الجامع الصغير ، ج ١ رقم ١٣٦٥ .
 (٣) صحيح مسلم (ج ٥ ص ١١٤) ، وشرح العيني على البخاري (ج ٢٤ ص ٢٧٦) .

وأنا أرى من الصواب إبقاء هذه العقوبة في القوانين العصرية لتأديب تلك الفئة من الجرمين ، أولئك الذين لا تتفهم العقوبات الجميلة العادية .

صدر الزنا

اتفق الفقهاء على ان الزنا هو كل وطء حصل بدون زواج صحيح ولا شبهة زواج ولا بلك بين . واختلفوا في تفصيل ذلك وتفسيره وفيما الحق به . وقد وقع الخلاف بصورة خاصة في مسألة تطبيق حكم الزنا على اللواط واتيان البهائم والتزوج بالخرمات من النساء وما أشبه . ولا مجال للتوسع هنا في كل هذه الامور .
وقد كانت عقوبة الزناة صارمة في السراغ القديمة . ففي الشريعة اليهودية كان عقاب الموت أو الرجم حتى الموت ١ . وجاء في القرآن الكريم : « الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة ، ولا تأخذكم بهما رأفة في دين الله إن كنتم تؤمنون بالله واليوم الآخر ، وليشهد عندهما طائفة من المؤمنين » ٢ . فهذه الآية قد خصصتها السنة بغير المحصنين من الزناة ، وأكملتها بعقوبة النفي . ففي الحديث الشريف ، الذي رواه مسلم وغيره ، : « خذوا عني ، خذوا عني ، فقد جعل الله من سبيلنا ، البكر بالبكر جلد مائة ونفي سنة ، والثيب (غير البكر) بالثيب جلد مائة والرجم » ٣ .

والمحصنون هم الاحرار البالغون العاقلون المتزوجون زواجا صحيحاً حقيقياً ، ويشترط ابو حنيفة ومالك ان يكونوا مسلمين . فهؤلاء المحصنون عقوبتهم الرجم بالمخارجة حتى الموت ، بدليل سنة النبي (ص) الذي رجم ماعراً والمرأة الغامدية ، وبدليل آية الرجم : « الشيخ والشبيبة اذا زنيا فارجمهما البتة ، نكالا من الله ، والله عزيز حكيم » ، وهي آية روي انها نسخت من سورة الاحزاب لفظاً لا معنى . وقد قال جمهور الفقهاء ، خلافاً لحسن البصري وداود الظاهري وغيرهما ، ان من وجب عليه الرجم لا يجلد قبل ذلك ، لعدم الغائبة .

- (١) راجع مثلاً العهد القديم ، سفر التثية (٢٢ ، ٢٣ - ٣٠) ، وقاموس الكتاب القدس للكاتب بوسن (بيروت ، ١٨٩٤ ، تحت كلمة زنا) .
- (٢) سورة النور (٢٤) ، ٢ .
- (٣) صحيح مسلم بشرح النووي ، ج ١١ ص ١٨٨ وما بعدها .
- (٤) تفسير الكشاف للبخاري ، ج ٣ ص ٢٢٥ .

واما غير المحصنين ، فمعاقبتهم جلد مائة سوط والتعريب أو النفي سنة كاملة . وقد اختلف في التعريب : فقال ابو حنيفة انه ليس حداً واجباً ، بل هو راجع الى رأي الامام ، فان رأى فيه مصلحة حكم به من باب التعزير ، والا فلا . وقال مالك والاوزاعي انه واجب على الرجل دون المرأة . ولكن جمهور الفقهاء قالوا بوجوب التعريب على الاطلاق . ودروي أيضاً عن عمر بن الخطاب أنه نفى ربيعة بن امية بن خلف فلفق بالروم ، فقال عمر ، لا تعزب بعدها احدآ ١ .
ورببت الزناة ، كما قلنا ، بالاقرار او بشهادة اربعة رجال ، مع الخلاف والشروط التي ذكرناها . اما لو ظهر الخلل بالمرأة لزوج لما وادعت انها استكرمت ، فلا حد عليها عند جمهور الفقهاء الا عند مالك ، فانه اوجب الحد عليها اذا لم تأت بامارة تدل على استكراها ، كحضورها مستغينة او ما الى ذلك .

صدر السرقة

السرقة شرعاً اخذ مال الغير خفية وظلماً بشروط معلومة . فيخرج عن هذا التعريف ، عند جمهور الفقهاء ، الغصب والاختلاس وجحد الوديعة وجحد العارية . ودروي ارف احمد بن حنبل واهل الظاهر اطلقوا جاحد العارية بالسارق واوجبوا عليه الحد .
والسرقة احكام وتفصيلات عديدة تتعلق بالسرقة والسارق والمعقوبة . وفي كل هذا وجدت فروق في المذاهب ودرويت احاديث كثيرة اختلف في صحتها وتفسيرها . ونحن لا نرى ان نذكر من كل ذلك الا المبادئ العامة ، وخاصة ما كان منها متفقاً عليه . فالسرقة يشترط فيه ان يبلغ نصاباً معيناً . والنجاب عند اهل العراق دينار او عشرة دراهم مضروبة ، وعند اهل الحجاز ثلاثة دراهم من الفضة او ربع دينار من الذهب . وما كان دون هذه القيمة لا عقاب عليه .

وكذلك يشترط في السرقة ، عند الجمهور خلافاً للظاهرية ، ان يكون في حرز . والحرز هو الموضع الذي يجرى فيه المسال عن ايدي اللصوص ، كالدار والصدوق او غيره بما جرت عادة الناس ان يحفظوا فيه مالهم . فعليه لاحد على سارق الشيء ، من غير حرز ، كالتسر الملقى وغيره .

(١) تفسير الفخر الرازي ، ج ٦ ص ٢١٧ .

مهر القذف

في اللغة القذف معناه الرمي والشم . وفي الشرع هو الاتهام برمي المحصن بالزنا . واحصان القذف عند جمهور الفقهاء هو ان يكون المقتدوف عاقلاً بالغاً حراً مسلماً عفيفاً عن الزنا .

ويكون القذف بصريح الكلام . ويكون ايضاً بالتعرض عند مالك ، وكذلك عند الشافعي ان نوى القاذف بتعريضه القذف وفسره به . ولكن لا يجد القاذف اذا كان المقتدوف أحد فروع كالولد وولد الولد ، وهذا عند جمهور الفقهاء ما عدا مالكا .

وعقوبة القذف معينة بالآية الكريمة : « والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بآية شهداء فأجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة ابداً وأولئك هم الفاسقون ، الا الذين تابوا من بعد ذلك واصلحوا فان الله غفور رحيم » . فاذن ، عقوبة القتري هي الجلد . وفوق ذلك ، اذا لم يتب ، ترفض شهادته عند جمهور الفقهاء . انما اذا اثبت القاذف صحة ما نسبته الى الغير من الزنا بآية شهود ، فلا شيء عليه .

ولو قذف أحد آخر مراراً ، فعلى القاذف حدة واحد بالافتقار ، عملاً بتقاعدة التداخل او ادغام العقوبة . ولكنه اختلف في حكم القذف الموجه الى جماعة ، فعند مالك وابي حنيفة ، ليس على القاذف الا حد واحد ، عملاً بنات القاعدة . وعند الشافعي ، على القاذف حد واحد لكل من المقتدوفين ، باعتبار حق العبد عنده هو الراجح في حد القذف . اما احمد بن حنبل فقد فضل قاتلاً : الحد واحد ان كان القذف بكلمة واحدة ، وتمدده ان كان القذف بكلمات متعددة كعدد المقتدوفين .

ولا خلاف عند الفقهاء في ان حد القذف يتعلق به حقان ، حتى العبد وحق الله . فعليه لا يقام هذا الحد الا بطلب القذف ، لتعلق حقه به ، وهو نفي العار عن نفسه . واذا كان القذف موجهاً الى ميت ، فيكون الطلب لمن يصيبه القذف في نسبه .

اما الخلاف فهو في ترجيح احد الحقيقتين على الآخر ، أحق العبد أغلب أم حق الله ،

(١) سورة النور (٢٤) ، ٤ - ٥ .

واخيراً تكون السرقة عند جمهور الفقهاء في كل شيء . متمول يجوز بيعه واخذ موصوف فيه . ولكن ابا حنيفة قال بانه لا قطع فيها بتسارع اليه الفساد ، كالذواكح رطبة والطعام ، ولا فيها كان اصله مباحاً ، كاصيد والحشيش والحطب .

اما السارق ، فيجب ان يكون بالغاً عاقلاً مختاراً ، سواء أكان حراً ام عبداً ، جلالة امرأة ، مسلماً ام ذمياً . واذا كان السارقون جماعة وكان المسروق يبلغ نابياً واحداً ، قطع الجميع عند جمهور الفقهاء . ولكن ابا حنيفة والشافعي قالوا لا قطع على السارقين المتعددين ، حتى يكون ما اصاب كل واحد منهم نصيباً .

ولا يقام الحد عند وجود الشبهة ، مثاله لا حد على السارق اذا كان أحد الزوجين له الجمهور ، او كان اباً للمسروق منه عند مالك ، او كان أحد الفروع والاصول له الشافعي واحد ، او كان قريباً ذا رحم محرم عند ابي حنيفة . وقد خالف في ذلك اتباع المذهب الظاهري ، فارجبوا الحد في هذه الاحوال كلها .

وكذلك عند الحنفية وفي احدى روايتي الشافعي واحمد بن حنبل ، يسقط الحد شبهة ايضاً اذا ادعى السارق ان المسروق او نسباً منه ملكه . ولهذا سماه الشافعي سارق القريب .

ولصاحب المال ان يعفو عن السارق قبل رفع الامر الى الحاكم لا بعده . ولكن اذا ملك السارق المسروق بعد اعلام الحاكم ، سواء بالارث او بالهبه او بالبيع او حسب آخر ، فلا يسقط عنه الحد الا عند الحنفية .

اما عقوبة السارق فهي القطع ، بدليل الآية الكريمة : « والسارق والسارقة اقطروا ايديهما » ، وبدليل السنة القولية والفعلية . فالسارق للمرة الاولى تقطع يده اليمنى من مفضل الكف بالافتقار . والسارق للمرة الثانية تقطع رجلاه اليسرى من مفضل الكعب عند جمهور الفقهاء ، خلافاً لاهل الظاهر الذين قالوا بقطع اليد اليسرى . ثم عند مالك والشافعي وفي احدى روايتي احمد بن حنبل ، تقطع في السرقة الثالثة يد السارق اليسرى ، وفي الرابعة رجلاه اليمنى ، وفي الخامسة يعزب يجلس . اما عند ابي حنيفة ، فلا قطع عليه بعد المرة الثانية ، بل يجلس في الثالثة حتى يتوب .

في الفروع التي تستخرج من ذلك . ففند الخنفيين والامام الاوزاعي ، حتى الله جح من حق العبد في القذف ، ولذا لا يسقط حدة بهفو المقدوف ولا براهه ، بطل بوته ، ولا ينتقل الى ورتته . ولكن عند جمهور الفقهاء ، يعتبر حق العبد لياً ، فلذا جاز للمقدوف ان يسقطه ، وإذا مات انتقل حقه الى ورتته .

مهر الشرب

شرب الخمر والسكرات محرم في الشريعة الاسلامية . وعلى شارب الخمر، قليلاً كثيراً ، الحد بلا خلاف ، عملاً بالمديث الشريف : « من شرب الخمر فاجلدوه »^١ . اما باقي السكرات ، فهي في حكم الخمر عند اهل الحجاز ، بدليل الاحاديث الشريفة : « ما سكر كثيراً فقلبه حرام »^٢ . كل مسكر خمر وكل خمر حرام^٣ . بل شراب اسكر فهو حرام^٤ . ولكن عند اهل العراق لا حد في غير الخمر إلا : اسكر الشارب منه باعتبار الاسكار علة التعرّف ليس إلا .

وفي السكر تعتبر اقصى غايته عند ابي حنيفة . وهي عنده الغلبة على العقل بان يميز المرء بين الأشياء ، فيصل الى درجة لا يعرف معها الارض من السماء ، الغرور من القياء ، والرجل من المرأة . ولكن عند صاحبيه ، تعريف السكر هو ان يختلط كلام الرجل فلا يميز حده من هزله^٥ . وعقوبة الشرب أربعون جلدة عند الشافعي وقانون عند الجمهور . وفي كلامه قولين ما يزيد من سنة النبي (ص) وعمل الصحابة . فقد روي عن النبي (ص) انه قال : « من شرب بصفة من خمر فاجلدوه ثمانين »^٦ . وروي مسلم عن علي بن ابي طالب انه قال : « جلد النبي (ص) أربعين ، وجدل ابو بكر أربعين ، ومهر ائيين ، وكل سنة ... »^٧ . وسبب تشديد عمر بن الخطاب تقضي الشرب في ايامه .

- (١) راجع اخراجه في الفتح الكبير للسيوطي ج ٣ ص ٢٠١ .
- (٢) اخراجه احمد واصحاب السنن الاربعه وغيرهم . راجع الجامع الصغير ، ج ٢ رقم ٧٨١٥ .
- (٣) صحيح مسلم ، ج ٦ ص ١٠١ .
- (٤) ذات المصدر (ص ٩٩) ، والبخاري وشرحه العيني (ج ٢١ ص ١٧٠) .
- (٥) للسيوطي ج ٩ ص ١٠٥ .
- (٦) نقله السيوطي عن الطبراني في الجامع الصغير ، ج ٢ ، رقم ٨٧٧٠ .
- (٧) صحيح مسلم ، ج ٥ ص ١٢٦ .

وقد استشار الصحابة في ذلك ، فاشار عليه علي بن ابي طالب بقياس الشرب على القذف ، لان المرء اذا سكر هذى ، واذا هذى افتوى^١ . ولتبوت الشرب ، فبا عدا الاقرار او اليقينة الشخصية ، تكفي راحة الخمر وحدها لوجوب العقاب عند مالك وفي احدى روايتي احمد بن حنبل ، لا عند باقي الائمة .

ولا بد اخيراً من التنبيه الى انه لا حد على الشارب الا اذا كان مختاراً ، علماً بما يشربه . فاذا كان مكرهاً او جاهلاً التعرّف ، فلا شيء عليه . اما شرب الخمر لتداوي او لدفع العطش فهو غير جائز عند جمهور الفقهاء الا اذا كان لدفع غصة . وسببه ، كما جاء في الحديث الشريف : « ان الله تعالى لم يجعل شفاءكم فيما حرم عليكم »^٢ . ولكن ابا حنيفة خالف ذلك ، وأباح الشرب في مثل هذه الحالات ، عملاً بقاعدة الضرورات تبيح المحظورات .

مهور الخمر

من الامور الهامة التي يسهى اليها اولو الامر في كل عصر وكان المحافظة على الامن الداخلي والخارجي ، ومعاقبة كل من يكدر صفو هذا الامن بعقوبات عمارة زاجرة . ومن الطبيعي ان نجد في الشريعة الاسلامية ما يمنع من الاعتداء على الدين وحرمه الناس ومن الخروج عن طاعة الامام ، وأن نجد ما يحمي الاسلام والدولة الاسلامية من الفتن والمناهي ومن كل عدوان غنيف . وقد وضعت الشريعة الاسلامية لهذه الغاية حدوداً وأحكاماً للمعاريين وقطاع الطريق والبقاء المرتدين والزنادقة والسحرة ومن الهم . وهذه الحدود والاحكام معينة بيينة ، يضيق المجال عن تفصيلها جميعاً . فلذا نكتفي بتعريف اجسامي عن اهمها :

أولاً - البغاة - وهم اهل النبي والظلم ، الذين يجربون عن طاعة الامام بأقول حتى أو ولاية . ويقابلهم في العصر الحاضر العصاة الذين يقارمون الدولة لسب سياسي بقصد الاستيلاء على الحكم أو تغيير شكل الحكومة أو دستورها .

- (١) اللقي ، ج ١٠ ص ٣٢٩ .
- (٢) السيوطي عن الطبراني ، الجامع الصغير ، ج ١ ، رقم ١٧٧٣ .

الشريف ، من بدل دينه فاقتلوه ^١ . وحده المرأة والرجل في ذلك سواء عند الائمة
 ما عدا ابا حنيفة ، فانه قال لا تقتل المرأة بل تخمس حتى تسلم ^٢ .

التعزير

الحدود التي قدما بيانها هي العقوبات العامة المقدرة شرعاً . انما توجد بعض
 الاحوال التي لا تدخل في فئة تلك الحدود ، ولكن الحاكم يحكم فيها بعقوبة تسمى
 التعزير . والتعزير لغة كالمعنى معناه النع . وشرعاً هو العقوبة التأديبية التي يفرضها
 الحاكم على جنابة او معصية لا حد فيها .

ويكون التعزير بصورة خاصة في الاحوال التي تكون شروط الحدود فيها غير
 متوافرة جميعاً . مثاله : لو سرق أحد شيئاً قيمته دون نصاب السرقة ، او لو
 اختلس أحد مالا او نكبه ، او لو قذف أحد بغير تمهية الزنا ، كما لو شتمه
 وقال له يا فاسق او قال للنبهه باحمار ، وما أشبه . ففي كل هذه الامثلة ونظائرها ،
 لا حد على السارق او الآخذ او التاذف ، لعدم توافر شروط الحد الشرعي .
 ولكن لما كانت هذه الافعال محرمة وكانت من المعاصي التي يابها الدين والآداب ،
 كان من المصلحة تركها بلا عقاب ، وكان من ثم من المستحسن بل من الضروري
 تعزير فاعليها .

وكذلك يكون التعزير في احوال أخرى ليس من جنسها حد على الاطلاق .
 وهذه الاحوال العديدة متنوعة لا حصر لها . مثاله لو صفع احد آخر صفعاً لا يوجب
 القصاص ولا الدية ، عزره الحاكم . وكذلك نقل ابن نجيم عن العيني انه اذا اشتر

(١) رواه البخاري واحمد واصحاب السنن الاربعة . راجع صحيح البخاري وشرحه للبيهي

(ج ٢ ، ص ٢٤٠ ، ٧٩) ، وسنن ابي داود (ج ٢ ، رقم ٤٣٥٩) ، والجامع الصغير للسيوطي (ج ٢
 رقم ٨٥٥٩) .

(٢) في لبنان توجد احكام خاصة لتعزير الذئب في نظام سجل النفوس الصادر في اول كانون
 الاول سنة ١٩٢٤ . وكذلك نس القرار رقم ٦٠ ل. ر. الصادر في ١٣ اذار سنة ١٩٣٦
 المنطبق بالطوائف الدينية (في المادة ١١) على انه يجوز لسلك راشد عقاب من يبدل مذهبه .
 ولكن هذا القرار لا يطبق على المسلمين عملاً بالقرار رقم ٥٣ ل. ر. المؤرخ في ٣٠ اذار
 سنة ١٩٣٩ . يراجع قانون ٧ كانون الأول ١٩٥١ .

فهؤلاء يتحرى الامام مظلمتهم أولاً ، ويسعى لإعادتهم إلى طاعته . فان
 شتموا أو خرجوا عن قبضته ، وكانوا في منعة من العدد والعدة ، جاز له قتالهم حتى
 يعودوا إلى الحق .

ففي الكتاب الكريم : « يا ايها الناس ، انا خلقناكم من ذكر وأنثى ،
 وجعلناكم شعوباً وقبائل ليعرفوا ، ان اكرمكم عند الله اتقاكم ، ان الله
 عليم خبير » . « وان طائفتان من المؤمنين اقتضوا فأصلحوا بينهما ، فان بعثت
 احدهما على الاخرى فقاتلوا التي تبغي حتى تفيء إلى امر الله ، فان فاتت فاصلحوا
 بينهما بالعدل وأقسطوا ، ان الله يحب المتقطين » ^١ .

ثانياً - قطاع الطرق والحماريون : - وهم الذين شهوروا السلاح ، وقطعوا
 الطريق للناس ، ومنعهم من المرور ، وقصدوا إلى سلبهم أو اخافتهم جهاراً ،
 خارج المصر أو داخل المدن عند جمهور الفقهاء ، مع قول ابي حنيفة وغيره ان قطع
 الطريق لا يكون الا خارج المدن .

وفي هؤلاء نزلت الآية الكريمة : « انما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ،
 ويسعون في الارض فساداً ، ان يقتلوا ، او يُصلبوا ، او يُنقطع ايديهم
 وارجلهم من خلاف ، او يُنقوا من الارض ، ذلك لهم جزاء في الدنيا ولهم
 في الاخرة عذاب عظيم . الا الذين تابوا من قبل ان يتبدلوا عليهم فاعلموا ان الله
 غفور رحيم » ^٢ .

وقد اختلف في تفسير النبي ، فمنهم من قال معناه الجلس ، ومنهم من قال
 معناه التعزير . وكذلك اختلف في ترتيب العقوبات المذكورة . فبعض الفقهاء
 قالوا ان الامام محبوس في تطبيقها . انما الرأي السائد يقول ان القتل لمن اقتصر على
 القتل ، والقتل والصلب لمن قتل واخذ المال ، وقطع اليد اليمنى والرجل اليسرى
 لمن اقتصر على اخذ المال ، والنفي لمن اخاف السبيل ولم يأخذ المال ^٣ .

ثالثاً - المرتد : - وهو من رجع عن الاسلام طوعاً ، بالقول او بالفعل .
 وحكمه ان يعرض عليه الاسلام ، فان لم يصب ، كان جزاؤه القتل ، عملاً بالحديث

(١) الحجرات (٤٩) ١٣ و ٩ .

(٢) سورة المائدة (٥) ٣٤-٣٣ .

(٣) تفسير الفخر الرازي ، ج ٣ ص ٣٩٧ .

رجل يابذا، الناس بشره وفساده وتزويره كان القاضي ان ينفيه عن البلد ، ونقل عن أبي الفضل ان القاضي ان يجلس اللص المعروف بالسرقة حتى يترب ١ . وايضاً قال ابن البرزبان انه اذا نشأتم المحبان عند القاضي فان له عيها وتزويرهما حتى لا يعودا الى مثله ٢ .

ولما كانت الغسابة من التعزير هي الزجر والتأديب ، وكان الناس في ذلك متفاوتين ، فمنهم من تركه الملامة والاشارة ، ومنهم من لا يقرع الا بالعصا ، وكان الحاكم في التعزير يخيراً بين التوبيخ والضرب والصفع والجلس والنفي ، وكان له عند أبي يوسف التأديب بأخذ المال ايضاً ٣ . ووردى ابن نجيم عن عمر بن الخطاب انه هدم بيت الخمار وأمر بتعزيب دار الفاسق ٤ .

وقد اختلف في عدد الضرب في التعزير . فقال بعضهم ، كأحمد بن حنبل في الرواية المشهورة عنه وأهل الظاهر ، ان لا يزيد التعزير على عشر جلدات ، ومملا بالجلدات الشريف : ولا يجلد فوق عشر جلدات ، او عشرة اسواط ، إلا في حد من حدود الله ، ٥ .

وقالت طائفة اخرى ان هذا الحد ممتنع ، لان الصعابة جاوزوا في التعزير عشر جلدات . ولكنها اعتبرت ان الضرب يجب ان ينقص عن ادنى الحدود ، وهو عند الحنفية اربعون سوطاً ، وعند الشافعي مثله للحر وعشرون سوطاً للعبد . ودليلهم الحدوث الشريف : « من بلغ حدّاً في غير حد فهو من المعتدين » ٦ . هذا إلى ان العقوبة على قدر الاجرام والمعصية ، والمعامي المنصوص على حدودها اعظم من غيرها فلا يجوز ان يبلغ في اهون الأجر عقوبة اعظمها ، ٧ .

(١) راجع رسالته الثالثة عشرة ، بعنوان « اقامة القاضي التعزير على القصد من غير توفيق على مدح » ، المطبوعة بآخركتاب غمز ميون البصار العموي ، ص ٤٦ .

(٢) الفتاوى البرزبان ، ج ٢ ، ص ١٩١ (بهاش الهندية) .

(٣) فتح القدير ، ج ٤ ، ص ٢١٢ .

(٤) الرسالة الثالثة عشرة المذكورة .

(٥) اخبره البخاري وسلم واحد واصحاب السنن الاربعة . راجع صحيح البخاري وشريمه للبيهي (ج ٢٤ ص ٢٣) ، وصحيح مسلم (ج ٥ ص ١٢٦) ، وشرحه النووي (ج ١١ ص ٢٢٢) .

وسنن أبي داود (ج ٤ رقم ٤٤٩١) ، والجامع الصغير للسيوطي (ج ٢ رقم ١٩٤١) .

(٦) نقله السيوطي عن البيهي ، في الجامع الصغير ، ج ٢ رقم ٨٥٦١ .

(٧) المغني ، ج ١٠ ص ٣٤٨ .

واخيراً قال البعض ، ومنهم مالك بن انس ، انه لا ضبط لعدد الجلدات ، وان للقاضي ان ينقصها او يزيدھا بالقياس الى تفاوت الجرمين والجرائم والى ما تقتضيه المصلحة من الزجر والتأديب . واراد اصحاب مالك حديث العشرة الاواط بأنه يخص بزمن النبي (ص) ليس إلا ، واستندوا ، فيما استندوا اليه ، إلى ما روي عن عمر بن الخطاب انه حكم على معن بن زائدة ، بسبب تزويره خاتم بيت المال ، بالجلد مائة وبالجلس وبالنفي . وهناك اقوال اخرى لا مجال لسردها ١ .

وصفة التعزير انه كالجود يتعلق به حقان ، حق الله وحق العبد . فاذا كان حق العبد اغلب ، كما في الشتم والضرب وما اليها ، سقط التعزير بمعفو المنضور . ولكن اذا كان حق الله اغلب ، كما في التزوير واعتقاد الفساد والاضرار بالناس وما شابه ، فلا تأثير للعفو ، بل يبقى حق السلطنة ، يستوفيه الحاكم لاجل التقويم والتهديب . والحاكم متى بلغته المعصية ، يجز على التعزير لا يخير ، وذلك عند جمهور الاثمة باعداد الشافعي ٢ . فالتعزير اذن ، وان كان بخلاف الحدود غير مقدر ، الا انه يشبه بها من ناحية كونه يستوفى في غالب الامر كمعقوبة عامة . وأنت ترى من ذلك ان التعزير في الشرع الاسلامي وسيلة عادة مبررة ، تقصح للاحكام الجاهل للعمل وفاقاً للمصلحة العامة ، التي تقضي بزجر المفسدين وتاديبهم ، حفظاً لراحة الاهل الذين في التجمع وصيانتهم من كل عبث وعدوان .

وعلى الجلة ، فهذا دليل آخر جديد على ان الشريعة الاسلامية ليست من الجود بحيث رماها به بعض الناس . بل هي على العكس قابلة للتطور والتبديل بحسب المصلحة في كل عصر وزمان . وانما التعزير ليس الا وسيلة كثيرها من الوسائل ، تجيز للقاضي ان يتوسع في تطبيق الاحكام الجزائية ٣ حسب كل واقعة وحسب كل

(١) راجع في اختلاف المذاهب في هذه المسألة : شرحي العمي والنووي المذكورين ، والمغني في الموضع المذكور ، والمحل (ج ١١ رقم ٢٣٠٥) ، والهداية (ج ٦ ص ٩٩) ، والقوانين الفقهية (ص ٣٥٨) ، والبيجوري على ابن قاسم الفزري (ج ٢ ص ٢٤٠) .

(٢) الاحكام السلطانية للماوردي (الطبعة المحمدية بمصر ، ص ٢٢٩) ، وفتح القدير (ج ٤ ص ٢١٢-٢١٣) .

(٣) راجع ما أوردناه من تدوير الاظهر الشريف في هذه المسألة امام مؤتمر القانون المقارن المنعقد في لهساي في آب عام ١٩٣٧ . في الندوة التمهيلية لجمعية التفرغ المقارن :

Bulletin trimestriel de la Société de législation comparée

(للسنة ١٩٣٧ ص ٣٥٦-٣٥٧) .

جعل التوصل الى الغاية المقصودة من كل عقوبة عامة ، وهي ردع المجرم وتزجر أمثاله عن تقليده . وهذا بلا ريب باب واسع لاقياس ما حسن من الجزائية المصرية اذا اقتضى الامر ، ولجأه تيار المدينة والحاجات المتغيرة .

الضمان في الجور

ما أوضحته في هذا الفصل بتعلق بالناحية العامة المختصة لبعض الأفعال بعضها من حقوق الله ، وتعلق بالعقوبات او الحدود التي تفرض على ، ولم يسمح لنا المجال بالتوسع اكثر ما توسعنا . بل ان ما ذكرناه عنها بالقياس الى موضوعنا الاصلي ، وهو الضمان او المسؤولية الناشئة عن اعمال المجرمة من ناحيتها المدنية الخاصة .

الطبيعي انه اذا كان الفعل الموجب للحد ليس فيه إلا حق الله الخالص العبد ، أي اذا كان ضرره عاماً فقط دون ان يصاب به أحد من الناس ، ترب الخمر والرذة العادية عن الاسلام ، فلا يكون لأحد ان يطالب الفاعل بتلى الاطلاق .

ذلك اذا اجتمع في الفعل الحرم حق الله وحق العبد ولم يكن الضرر مادياً بالمال ، كما في الزنا والقذف ، فالحد يعتبر كافيّاً كعقوبة عامة عن حق الله عن أدبي عن حق العبد المتضرر ، ولا ضمان على الفاعل غير ذلك .

لو كان الفعل الحرم الموجب للحد قد سبب خسارة مادية لأحد الناس فهل عليه تلك الخسارة ؟ مثاله في السرقة ، هل يجب على السارق عدا الحد ان يمسروق او ان يضمن قيمته اذا تلف ؟ الجواب يحتاج الى التفصيل بين حالة بقاء المسروق بعينه وحالة تلافه .

الحالة الاولى ، لا خلاف ولا شك في ان للمسروق منه ان يستعيد ماله ، فحديث الشريف : « من وجد عين ماله عند رجل فهو أحق به » ، واذا زيادة في المال ، فهي لصاحبه ايضاً . وكذلك لو كان السارق قد تصرف بالبيع او الهبة او بغيرهما من سبب التصرف ، فلصاحبه ان يسترده من ضمة من حديث رواه ابو داود السجستاني في سننه ، ج ٣ رقم ٣٥٣١ .

المشترى أو من الموهوب له أو من اتصل اليه . ولكن عند تغيير المسروق أو نقصانه أو اختلاطه بالآخر ، يكون حكمه كحكم المال المنصوب كما سنرى في محله . أما في الحالة الثانية ، أي اذا تلف المال المسروق بالهلاك أو بالاستهلاك ، فهل يجب على السارق ضمان مثله أو قيمته ؟ في المسألة خلاف بين الفقهاء ، يلخص في أقوال ثلاثة : -

اولها للشافعي واحمد بن حنبل وغيرهما . ففي هذا القول اذا تلف الشيء لمسروق ، يلزم السارق أن يعطي صاحبه مثله أن كان مثلياً وقيمه يوم السرقة ان كان فيسيباً . ولا يستفظ هذا الضمان باقامة الحد ، لان في السرقة حق الله وحق العبد ، فالحد استيفاء حق الله والضمان استيفاء حق العبد ، ولا يمنع وجود احدهما من لزوم الآخر . « وكذلك قاطع الطريق وكل من اتلف لانسان شيئاً ما يقطع فيه أو لا يقطع ، فلا فرق بين ذلك ، ويضمنه من اتلفه ، والقطع لله لا يستفظ غيره ما اتلف للناس » .^١

والقول الثاني ، وهو للامام مالك ، يوجب الضمان على السارق اذا كان موهباً ، متصل البسر من يوم السرقة الى يوم اقامة الحد . ولكنه ، خلافاً للقول الاول ، لا يوجب الضمان على السارق الممسوق ، « اذا لا يجتمع عليه عقوبات ، انبعاث ذمته وقطع يده » .^٢

والقول الاخير ، وهو الخثار عند الحنفيين والثوري وابن شبرمة وغيرهم ، لا يوجب مع الحد الشرعي اي ضمان على السارق عند هلاك المسروق او استهلاكه ، لان الحد والضمان أو القطع والقرم لا يجتمعان . ويعلمون ذلك بان السارق اذا ضمن المسروق يملكه ، منذ وقت الاخذ ويكون قد أخذ ملكه ، ومن ثم لا يجوز اعتباره سارقاً ولا اقامة الحد عليه . ويستندون ايضاً الى الحدوث الشريف : « لا يبرم السارق اذا اقيم عليه الحد » .^٣

(١) الام ، ج ٦ ص ١٣٦ . واجمع أيضاً للذهب (ج ٢ ص ٣٠١) . ونهي (ج ١ ص ٢٧٦) .

(٢) التاج والاسكندر لمختصر خليل للوقت ، بهاش المطاب ج ٦ ص ٣١٣ .

(٣) هذا لفظ رواية الشافعي كما نقله ابن حجر في بلوغ الرام (ص ٢٣٨) . وفي الهداية

عن العارضي جاء الحديث بلفظ آخر : « لا يبرم على السارق يمسد قطع يمينه » . واجمع الهداية وشرحها فتح القدير (ج ٤ ص ٢٦٧) .

انفسهم ، يجتمع الحد والضمان ، خلافاً لقواعدتهم في بعض المستثنيات ، كما لو زنى احد بجارية بكر لآخر او لو شرب خمر الدمى . فهنا عدا الحد الواجب في الحالتين ، بضمن الجرم نقصان البكارة في الحالة الاولى وبضمن قيمة الخمر في الحالة الثانية ^١ .
 واخيراً لا بد من الملاحظة ان ما قدمناه يتعلق بالافعال التي يعاقب عليها بالحد الشرعي . أما الافعال المحرمة الاخرى ، التي فيها اخذ مال الغير بدون حق ، سواء اكان عليها تعزير أم لم يكن ، فان الضمان فيها تابع لاحكام النصب والائلاف ، كما سنبينه في موضعه قريباً .

(١) تنقيح المائدة ، ج ١ ص ٢٩ .

وهذا القول الاخير ، كما ترى ، فيه حرج على الناس وضرر كبير ، فالحديث بضمة الكثيرون من الفقهاء ، ولم يرو على كل حال في الصحيحين ولا في سائري من كتب السنن . هذا الى ان النسائي يبين انه حديث منقطع ، وقال انه منكر ^١ . اما التعليل العقلي الذي استندوا اليه ، فهو مبني على اعتبار ان تلك السارق المسروق منذ يوم الاخذ . ولكن هذا الاعتبار غير وجيه ، لئلا ما يبور غلبك شيء بعد تائه وانعدامه ، ولا ما يفسر اثر الوجهي لهذا ك في الماضي .

لذا ارجو الحنفيون بعض المستثنيات لقاعدتهم القاسية ، واهمها :
 ١ - اذا هلك المسروق او استهلك ولم يحصل القطع لسقوط الحد بالشبهة او آخر ، كان على السارق ضمان المسروق .

٢ - اذا ارتكب السارق سرقات متعددة ، فانه لا يحتمل الا مرة واحدة كما واذا اقيم الحد على السارق بحضور احد المسروق منهم فقط وبغية الباقيين ، عيان ابو يوسف ومحمد بن الحسن بقولان بان السارق « ضامن السرقات كلها سرقة التي قطعت يده بالخصوصه فيها » ^٢ .

ثالثاً - « روى هشام عن محمد انه انما يسقط الضمان عن السارق قضاء لتعذر بالمائة . فاما ديانة فيفتي بالضمان ، بالحق الحسبان والنقصان لذلك من السارق » ^٣ .

رابعاً عدا السرقة نجد امثلة عن الضرر المادي في احوال اخرى من الحدود ، مثاله في البغاة من اموال اهل العدل في حال القتال . فهؤلاء البغاة لا يضمنون ما عند جمهور الفقهاء ، لان هذا احسان اليهم بغريم ويتألفهم على العودة بعة الامام ، بعكس تضمنهم فانه يعدم عن ذلك وينفهم عن الرجوع الى نعم . ولكن قيل في رواية عن الاماميين الشافعي واحمد بن حنبل ان اهل البغي وان ما يتلفون ، جزاء ام وعبرة لامثالهم ووعاية لحقوق الناس ^٤ .

كذلك أيضاً يجب الضمان في احوال اخرى من الحدود . فتمسك الحنفيين

١ - بلوغ النوام في الوضع المذكور .

٢ - اللبسوط ، ج ٩ ص ١٧٦ - ١٧٧ .

٣ - فتح القدير ، ج ٤ ص ٢٦٣ .

٤ - الفتاوى (ج ١٠ ص ٢٧) ، واللبسوط (ج ٩ ص ١٨٢) ، والبرهان للشمساني (ج ٢ ص ١٥٨) .

والقصاص قانون يقضي به العمدل الفرزي والمسارة الفطرية . وهل يرضي اهل القتل غير قتل القاتل ؟ وهل يكفيم غير القصاص لرد جرحهم الطبيعي ولاروا ظلمهم لئان ؟

ولكن ، بتطور الامم من حياة البداوة الى حياة المدنية والحضارة ، تغيرت صفة العقوبات ، فحذف عنصر النار شيئاً فشيئاً ، وقام مقامه عنصر الزجر والتأديب ، حتى ان هذا أصبح اليوم العنصر الاساسي لنظام الجزاء .

وكذلك كان من تاثير المدنية التدرج في تخفيف العقوبات جميعاً . ولما نرى اليوم من قانون القصاص الا الاعدام في القتل ، اى مقابلة القاتل بمثل فعله . أما في باقي الجراح والجرائم الجنائية ، فقد زال القصاص من الشريعة الجزائية وانحسرت مكانه عقوبات اخرى أخف منه ، أهمها الحبس والغرامة المالية .

القصاص في الشرع الاسلامي

ليس من مجهل ما كانت عليه العرب في جاهليتهم من حياة بسيطة ، عمادها القبيلة وقوتها . فكان اذا جنى احد افراد القبيلة على احد من قبيلة اخرى ، قامت قبيلة المعتدى عليه تطالب بدمه ونثار له ، حتى اذا اقتضت من الجاني أو من قبيلته هدايات واطمانت معتبرة ذلك وحده حافظاً لكرامتها ووافراً لمرضا ومكاتبها . ومن الطبيعي ان يستتبع هذا ما نقرأه عن تفاخر عرب الجاهلية بقوتهم وجبرهم للنار ، وعن اقتناهم فيما بينهم ، وعما يتذبح عن ذلك من عداوة وظلظة . ولم يكن عندهم للنار حسد ، بل لم يكن يوفى انتقامهم لقتيل واحد غير انشاء قبيلة بأسرها .

مكنا كانت حالة العرب عندما جاء النبي العربي (ص) برسالاته التشريعية . فلذا لا أفر القرآن الكريم قاعدة القصاص ، كان ذلك اوفق ما يكون حاجة العرب ، والجميع ما يكون لوضع نظام الجزايات على اساس عادل حامس للمنازعات . وبعد ان كان الامر قوضي في الاقتصاص ، أصبح مركزاً على مبدأ المائة وعلى الآية الكريمة : « فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم »^٢ ، وعلى

(١) شرح العناية على الهداية (بهاش فتح القدير) ج ٨ ص ٢٤٨ .

(٢) البقرة (٢) ١٩٤ .

الفصل الثالث الجنایات والجرائم الجنائية

مهمته

كلمة الجنایة او الجريمة في اللغة معناها الذنب . وفي الاصطلاح الفقهي هي كل اء على الجسد او العرض او المال . وقد خصصت كلمة الجنایة اليوم لمعنى بء الخطیرة التي يعاقب عليها بالعقوبات الارهابية^١ . وكذلك اطلقت هذه الءة في كتب الفقه بصورة خاصة على الجنایة الواقعة على الابدان او الاجساد ، كالقتل وقطع الاعضاء والجرح . ونحن نستعملها هنا للمعنى الخاص^٢ .

ولا مرء في ان الجنایات الجنائية يوقوعها على نفس الانسان كانت ولا تزال أهم الحسابات التي استنعت وتستحق اكبر العقوبات . ولقد كان النار او نقام الشخصي اساس النظام الجزائي في المصور القديمة . فلا غرو من ان نجد رابع القدية فاسية على الجاني ، لأجل زجره ، ولأجل حقن الدماء والمحافظة النفوس .

ومن البديهي في تلك الشرائع ان يكون قانون القصاص^٣ ، الذي يقضي الجاني بمثل ما جناه ، هو العقوبة التي تؤدي هذه الغاية من ناحية الزجر ومن اء اطفاء نوءة الانتقام . فبدءاً قال حكاه العرب : « التتل انفى للقتل » .

(١) راجع بيان هذه العقوبات في المادة الثالثة من قانون الجزاء الثاني والمادة ٣٧ من قانون يات البناحي .

(٢) مجمع الضالعات ، ص ١٦٥ .

(٣) Lex talionis

أغلاية من الاضائة بان هذه العقوبة الخاصة قربية من العامة من اوجه عديدة . أهمها الآتية : -

اولا - لم يكن أمر تنفيذ العقاص متروكا الى الاولياء عند جمهور الفقهاء ، بل ينط ذلك بالسلطان او توفد على اذن منه^١ . وايضا اذا لم يكن للقبيل وارث أو ولي يطلب استيفاء العقاص ، كان الحاكم هو الولي . وله قتل القاتل او الصلح معه ، ولكن ليس له العفو عنه ولا نه ضرر للعامة^٢ .

ثانياً - لا تأتو لاصح ولا للعفو عند مالك وعلماء أهل المدينة اذا كان القتل قد جرى غيلة ، اي بصورة خداع القتل وادخاله الى موضع وقتله خفية لاجل أخذ ماله . فعلى الرغم من الصلح والعفو ، للسلطان في هذه الحال ان يحكم على القاتل بالاعدام باعتباره من ذمة الحاربيين . ومنه في قطع الاطراف ، كما لو قطع أحد يد رجل او فقا عينه على وجه الغيلة ، فلحاكم ان يقتص من الجاني حتى يتوب^٣ . ثم عند مالك والاوزاعي وأهل المدينة ، من قتل آخر ممددا بدون غيلة فعفى عنه اولياء القاتل او تصالحوا معه ، فان الحاكم يجده مانسة موط ويجسه او ينفيه سنة^٤ .

ثالثاً - عرفنا من بحث الحدود والتعزير في الفصل السابق ان للحاكم رغم العفو او المصالحة ان يؤدب الجاني بطريق التعزير بالواحه المنهضة ، من تقييد ورموع وجلد وحبس ونفي . ولحاكم ايضا ان يقتل بطريق السياسة كل من تكرار منه القتل او سعى في الارض فساداً^٥ .

فهذه الادلة جميعاً وما اليها تزيد ما ذهبنا اليه من ان العقاص ليس بعقوبة خاصة محضة ، بل هو عقوبة شبه عامة ، بما فيها من الولاية العامة للسلطان ، اذ هو يستوفسها او يستبدل بها ما يقوم مقامها ، ليكون ذلك ذمراً للمجرمين والمفسدين وعظة وعبرة لمتألمهم .

(١) الاحكام السلطانية للدودي ص ٢٢٧ .

(٢) الدر المختار شرح تنوير الابصار (ج ٢ ص ٦٨٨) ، والنهي (ج ٩ ص ٤٧٦) .

(٣) الدرورة الكبرى (ج ١٦ ص ٢٢٩-٢٣٠) ، ومواهب الجليل (ج ٦ ص ٤٢٣) ،

ولام للشافعي (ج ٧ ص ٢٩٩) ، والقوانين القبية لان جزبي (ص ٣٤٦) .

(٤) اللغني (ج ٩ ص ٤٦٧) ، والحلي (ج ١٠ رقم ٢٠٦٩) ، وبنية الجند (ج ٢ ص ٣٣٥) .

(٥) الاختيار شرح المختار للدوسلي (ج ٣ ص ١٦١) ، والبسوط (ج ٢٦ ص ١٢٤) .

فرض صريحة هي : « يا ايها الذين آمنوا كتب عليكم القصاص في القتلى... »^١ . بما عليهم فيها ان النفس بالنفس . والعين بالعين والاذن بالاذن^٢ .

والسنة بالسنة والجروح بقصاص^٣ .

فان وضع القرآن الكريم القصاص للقتل والقطع والجراح . وقد خصصته بحصره في جنائيات المدد وفي المواضع التي تصح فيها المائاة ، على ما سيأتي .

١٠٤ .

من مقاصد القصاص الانتقام ونشفي الصدور ودرك النفيظ ، كما صرح بذلك فيعبارة السرخسي ، « ان الشرع أوجب القصاص بمعنى الانتقام ونشفاء الجاني ودفع الغيظ عنه »^٤ . ولكن القصاص ، وان كان فيه الشفوي او في هذا الوجه ، الا انه عقوبة تقصد في الاصل الى الارهاب والزجر للمصلحة . وبؤيد ذلك ما ورد في القرآن الكريم : « ولكم في القصاص حياة الاياب »^٥ .

سنة القصاص

صاح في الشرع الاسلامي عقوبة خاصة . فلذا جاز فيها العفو والصلح . في الكربة : « ... فمن عفي له من أخيه شيء فاتباع بالمعروف وأداء ضمان ، ذلك تخفيف من ربكم ورحمة ، فمن اعتدى بعد ذلك فله عذاب . وينفسر ذلك ما كانت عليه العرب من حياة قبيلية . فلم يكن من ترك العداوة والبغضاء بين القبائل المختلفة ولا التفاوضي عما يجز ذلك من والفتن . بل كانت المصلحة كل المصلحة في إيجاد الصلح بين تلك القبائل لزيادة الاحقاد ما أمكن ، حتى يتم الوفاء بينها وتوطد العلاقات الجوارية ، التي هي أساس الحياة الاجتماعية .

البقرة (٢) ١٧٨ .

ثالثة (٥) ٤٥ .

البسوط (ج ٢٦ ص ٦١) . راجع ايضا شرح الزبيدي على الكثر (ج ٦ ص ١٠٧) ،

(ج ٢ ص ١٩٦) .

البقرة (٢) ١٧٩ .

البقرة (٢) ١٧٨ .

تسبب ، وقتل بحق . ونحن نبدأ أولاً بقتل العمد . وهو ان يقصد الجاني في القتل فيقترب القتل بشي . يقتل في الغالب ويعتبر المضرور من ذلك .

وعقوبة هذا القتل القصاص أو الإعدام ^١ في الشرع الإسلامي وفي كثير من الشرائع القديمة والحديثة . والمدد معناه هنا القصد ، ولولم يكن فيه سبق تصور وتصميم . وكذلك في القانون الانكليزي ، لا يشترط التصور والتصميم في قتل القصد لاستحقاق عقوبة الإعدام ^٢ . ونحن نرى ان هذا عدل وأي عدل ، بل نراه ضرورياً لأجل تقليل جرائم القتل ولأجل حماية الناس في المجتمع . ولكن بعض القوانين الجزائية ، ومنها القانون العثماني (المادة ١٧٠) والبنيني (المادة ٥٤٩)^٣ اشترطت لإعدام القاتل أن يكون العمد بمعنى سبق التصور والتصميم .

ويشترط للقصاص شروط في القاتل والمقتول . ففي القاتل ، ينبغي أن يكون عاقلاً بالغاً ، وان لا يكون والداً للقتيل . فعليه لا فصاص على الصغير والمجنون والمعتمه . وكذلك لا فصاص على الوالد اذا قتل ولده ، لشبهة انه في الظاهر يقصد تأديبه لا قتله ، مع قول الامام مالك ان على الوالد القصاص اذا قتل ولده على وجه العمد المحض ، كما لو ذبحه أو شق بطنه ^٤ . ويجب في كل ذلك دفع الدية عند عدم القصاص .

وإذا كان القاتل مكرهاً على القتل ، أي مأموراً بمن يلزمه طاعته كالسلطان أو بمن يخافه ، فالقصاص على المكره والمكروه أو الأمر والأمور معاً عند مالك وأحمد بن حنبل وعند الشافعي في إحدى الروايتين عنه ، وعلى الأمر وحده عند أبي حنيفة وصاحبه محمد بن الحسن وعند الشافعي في الرواية الثانية عنه ، وعلى الأمور دون الأمر عند زفر وفي المذهب الظاهري . اما ابو يوسف فقد قال بان لا فصاص على احد منها ^٥ .

ويشترط في المقتول ان يكون دمه مساوياً لدم القاتل أو أعلى منه من حيث

(١) يقال للقصاص أيضاً القود ، لان الجاني يقاد به الى محل التنفيذ .

(٢) راجع كتاب حاريس ، قانون العقوبات ، ص ١٤٧ . تمدت عقوبة القتل بالقانون الانكليزي لسنة ١٩٥٧ .

(٣) التي هذا الشرط بنقطة بالقانون اللبناني الصادر في ١٦ شباط ١٩٥٩ ، المسمى بقانون ١٨ أيار ١٩٦٥ .

(٤) القوانين القديمة لان جزى ، ص ٣٤٦ .

(٥) المنفي (ج ٩ ص ٣٢٠ - ٣٢١) ، والمحل (ج ٨ رقم ١٤٠٣) ، والوجيز (ج ٢ ص ١٢٤) ، وجميع الصناعات (ص ٢٠٤) ، والهداية (ج ٣ ص ٢٢٤) ، والبدائع (ج ٧ ص ١٧٩) ، والفروق للقرافي (ج ٢ ص ٢٠٨) .

العقوبات الدفورية للجنايات

ان الجنايات الجنائية هي القتل وقطع الاطراف والجراح ، وان القصاص شرع في مجالة العمد في المواضع التي يصح فيها الجزاء بالمائة . وعند عدم القصاص ، على الجاني دفع الدية أو الأرش أو حكومة العمد .

فالدية هي ما يؤدى من المال بدلا من النفس . والأرش اسم لما يدفع في الجناية ما دون النفس ^١ . اما حكومة العمد فهي ما يقدره الحاكم ، في الاحوال التي تدبر فيها ، وفاقاً للاحكام التي سنينها . وجميع هذه العقوبات المالية ، فوق عقوبة خاصة ، يندرج فيها معنى الضمان للمضرور او لورثته .

ولا بد من الاشارة اخيراً الى ان الشرع الاسلامي ، لما كان مزيجاً من الدين ، رضاء ، بأن واحد كما نعلم ، قد اوجد عقوبات دينية الى جانب العقوبات المدنية ذكرناها . وهذه العقوبات الدينية هي الاثم والكفارة . ونحن طبعماً لا نعرض لها ، بل نكتفي فقط بكلمة سريرة عن احكام القصاص والديات ، لنعود بعد ذلك مسألة الضمان في الجنايات ^٢ .

القتل العمد

القتل انواع : عمد ، وشبه عمد ، وخطأ ، ومسا اجري مجرى الخطأ ، وقتل

(١) هذا تعريف الكافي كما ورد في الفتاوى الهندية ، ج ٦ ص ٢٥ .

(٢) راجع في الجنايات : البوط (ج ٢٦ ص ٢٧ و ٥٨ و ج ٢٧ ص ٨٤ وما بعدها) ، والهداية

٤ ص ١٢٨) ، وضع القدير (ج ٨ ص ٢٤٤) ، والبحر الرائق (ج ٨ ص ٢٨٦) ،

البحر (ج ٧ ص ٢٣٣) ، والزيلعي (ج ٦ ص ٩٧) ، والاشجار شرح المختار (ج ٣

١٥) ، والام (ج ٦ ص ٢) ، والمذهب (ج ٢ ص ١٨٤) ، والسيوري على ابن قاسم

٢ ص ٢٥٥) ، والندوة الكبرى (ج ١٦ ص ١٠٦) ، والحري على سيدي خليل

٥ ص ٢٤٤) ، والمطاب للروا (ج ٦ ص ٢٣٠) ، وابن جزى (ص ٣٤٤) ، والفي

رح الكبير (ج ٩ ص ٣١٨) ، والروض البرس (ج ٢ ص ٣١٩) ، والحلى (ج

رقم ٢٠١٨ وما بعده) ، وبداية المجتهد (ج ٢ ص ٣٢٧) ، واللبان للشراني (ج ٢ ص

١) ، ورد المختار على الدر المختار (ج ٥ ص ٤٦٦) ، ونجم الامير (ج ٢ ص ٦١٤) ،

جزى (ج ٢ ص ١٢١) ، ومنتاج الطالبين (ص ١٠٦) ، والمجمع الكبير (ص ٣٤٦) ،

منع الصغير لمحمد بن الحسن (ج ١ ص ١١٤) .

الحرية والدين ، الا عند اني حنيفة فانه يقول يقتل الحر اذا قتل العبد وبقتل المسلم اذا قتل الذي .

ويستوفى القصاص عند جمهور الفقهاء ، باعدام القاتل بنفس الطريقة التي قتل بها ، اذا كانت غير محرمة بهيئتها ، تحقيقاً للممانعة في العقاب . ولكن ابا حنيفة وابن حنبل في احدى الروايتين عنه فالان القصاص لا ينفذ الا بالسيف ، وفاقاً للعديد لسريفة ، لا كقوة الا بالسيف ، ٢ . وفي القصاص ، كما في الحدود على ما يتناه ، (ندم المرء الحامل المحكوم عليها بلا بعد وضع حملها .

والقصاص هو حق لأولياء القتل . وهم ورثته في قول جمهور الفقهاء ، عدا مالك ، فقد قال ابن الاولياء هم العصبه دون البنات والاخوات والزوج والزوجة . وللأولياء سقاط حقهم في القصاص ، بأن يعفوا عن القاتل ، أو أن يتصالحوا معه على الدية وعلى غير الدية . ولو عفا بعضهم دون البعض الآخر ، سقط القصاص لانه لا يتجزأ ، بقي حق من لم يعف مقصراً على نصيبه من الدية . ولا يجوز الصلح على الدية إلا ضمن القاتل عند أبي حنيفة ومالك . ولكن عند الشافعي وأحمد بن حنبل ، وللأولياء مختاروا إما القصاص واما الدية ، سواء أرضى القاتل بها أم لم يرض ، وذلك لاستناد الى الحديث (من قتل له قتيلاً فمؤمراً بالنظرين ، إذا ان يقاد وامسأ ب' يقدي ' ٣ .

بابي أنواع القتل

ما قدمنا كان في القتل العمد . ونحن نتابع الآن بيان باقي أنواع القتل ، وهي : أولاً - شبه العمد . وقد اختلف في تعريفه وحكمه . فهو بوجه عام أن صد الجاني بالضرب ، لا القتل ، بألة لا تنتل غالباً ، كالعصا الخفيفة ، وأن يموت ثمرب من ذلك . وحكمه كقتل العمد عند مالك ، خلافاً لباقي الأئمة ، إذ ان

- (١) يراجع الخديث « من قتل عبده فقتله » في الفتح الكبير ج ٣ ص ٢٢٢ .
- (٢) الخرج ابن ماجه (الجامع الصغير ، ج ٢ رقم ٩٩١٨) . وقطف عقوبة الاعدام اليوم في مختلفه . أمها : الشق كما في بلادنا وفي الكثير وبعض الولايات المتحدة الايركية ، والقطع سنة (الكيلوتين) كما في فرنسا ، والكروسي الكهروباقي كما في معظم الولايات الايركية التي اقترنت بالاعدام ، والرعي بالرماس كما في بعض القوانين العسكرية (في لبنان المادة ١٥٠ من قانونيات العسكري) .
- (٣) الخرج ابن ماجه والنسائي . ورواه السيوطي في الفتح الكبير (ج ٣ ص ٢٢٢) .

عندم لا فقصاص على القاتل بل عليه الدية المطلقة ، بالمنى الذي سنوضعه .

ثانياً - قتل الخطأ المحض . وهو ان يرمي الجاني الى شيء ، كالصيد ، فيصيب رجلاً ويقتله ، أو بعبارة أبي يوسف الخطأ هو ان يريد الانسان الشيء ، فيصيب غيره . فهنا لا فقصاص على الجاني ، بل تجب الدية العادة .

ثالثاً - ما أجري بحرى الخطأ . مثل النائم اذا انقلب على انسان او سقط عليه فقتله . فهنا النور شبه بقتل الخطأ وأعطي حكمه ايضاً .

رابعاً - القتل بسبب . وهو ان لا يقتل الجاني القاتل مباشرة ، بل بسبب يقتله تعدياً ، مثلاً لو حفر الجاني بئراً او وضع حجراً في غير ملكه فوقع انسان فيه ومات . فالعقوبة هنا ايضاً الدية لا القصاص ٢ . ويستوفى الفرق بين المباشرة والتسبب مفضلاً في باب الانلاف ، مع أمثلة اخرى عديدة .

ولكن اذا كان التسبب قد حصل تعدياً ، كما لو حرك الحاكم على رجل بالقتل ظلماً عاماً متعمداً واعترف بذلك ، او لو شهد شاهداً على رجل كذباً وتعمداً فأقدم بالاستناد الى شهادتهما ثم رجعا واعترفا بما فعلاه ، ففي ذلك القصاص على الجناة عند الشافعي وابن حنبل . والحكم كذلك عند مالك في مسألة القاضي المالكى انه لا في مسألة شهود الزور ، الا ما روي عن أنسب بن عبد العزيز القيسي المالكى انه قال بالقصاص في ذلك ايضاً . اما عند أبي حنيفة ، فلا قصاص فيها ذكرنا جميعاً ، لان الجناة لم يكونوا مباشرين ، بل متسببين كما في حفر البئر . وايضاً عنده لو حبس أحد آخر في بيت فطبق عليه الباب حتى مات لم يضمن شيئاً ولكن يعزر على ما صنع ، خلافاً لصاحبيه ابي يوسف ويحمد بن الحسن ، ففصدما يضمن الفاعل الدية لانه متسبب ٣ .

خامساً واخيراً - القتل بحق . ينبغي في جميع أنواع القتل التي قدمناها ان تكون قد حصلت بدون حق . اما اذا كان القتل بحق . كما في قتل الجلاذ للمحكوم عليه ، او في القتل ضرورة دفاعاً عن النفس او عن المال او عن العرض ان لم

- (١) كتاب المراج ، ص ٩٣ .
- (٢) الفتى (ج ٩ ص ٥٦٤) ، والاخبار (ج ٣ ص ١٥٨) ، وللدية الكبرى (ج ١٦ ص ٢٤٥) .
- (٣) راجع البسوط (ج ٢٦ ص ١٥٣ و ١٨١) ، والفتى (ج ٩ ص ٣٢٢) ، وشرح الحرشي على سيدي خليل (ج ٥ ص ٢٢٠ و ٢٢٢) .



معروفاً ، وجبت القسامة والدية على أهل الحجة ، أما إذا كان قاتله ثيباً بالبيسة أو بالاقترار أو كان معروفاً ، فلا قسامة ولا دية على أهل تلك الحجة . وكذا لو ادعى وارث القاتل على واحد معين من غير أهل الحجة التي وجد فيها القاتل بأنه قاتل مورثة ، سقطت القسامة والدية عن أهل تلك الحجة . ومثله أيضاً إذا ادعى الوارث على واحد معين من أهالي الحجة التي وجد فيها القاتل ، فسقطت القسامة والدية عن أهل تلك الحجة . وفي كتابنا الخاتمين لو شهد أهل الحجة للوارث بدواه هذه قاتل شهداتهم .^{١٤}

الفصل في الجنائيات على ما دونه النفس

ان الجنائيات الواقعة على ما دون النفس فتان : قطع الاعضاء او الاطراف ، والجراح . ويجب القصاص في بعض هذه الجنائيات ، ان اقتوتف عمداً وبشروط معينة . ولكن متى كانت على سبيل الخطأ او متى فقد منها احد الشروط المطلوبة ، كان على الجاني ان يدفع الدية او الأرض او حكومة العدل . وان شروط القصاص في هذه الجنائيات هي نفس الشروط المطلوبة في قصاص القتل . وهي ان يكون الجاني عاقلاً بالغاً مختاراً وليس والدّاً للميتي عليه ، وان يكون دم الجني عليه عند جمهور الفقهاء مساوياً لدم الجاني او اعلى منه لجهة الحرية والدين ، كما اوضحنا . وعلاوة على هذه الشروط العامة ، ينبغي لوجوب القصاص في جنائيات قطع الاعضاء ان تتوافر فيها بعض الشروط الخاصة ، تحميها للمائة بين الجنابة وعقوبتها . وهذه الشروط هي :

اولاً - يجب ان يكون العضو او الطرف قد قطع من منفصل كالكوع والرفق . فعليه لا قصاص فيما لا منفصل له او لا حد ينتمي اليه . والباعث على ذلك هو التأنيب والاحتياط في الاقتصاد من التلف او الزيادة والحيف .
ثانياً - يقتضي للمضرم المطلوب قطعه قصاصاً ان ياتل المضرم القطوع في الاسم والموضع . مثاله تقطع اليد اليمنى جزاءً لقطع اليد اليسرى ، وتقطع اليسرى باليسرى ، وهكذا .

ثالثاً - ينبغي عند اجزور استواء المضرمين الجني عليه والمقتص منه . فعليه لا

صل الدفاع الا بالقتل ، فليس في ذلك قصاص ولا دية ولا ضمان .^{١٥} مثاله لو رأى احد رجلاً يزني مع امرأته او أحد محارمه ، جاز له قتلها عند الجمهور .^{١٦} ومثله لو حكم الامام على رجل بالنزير جلداً وفاقاً للبيسة الشرعية فمات المضروب في ذلك ، فلا خلاف ان لا فصاص على الامام . وكذلك لا يجب عليه ولا على من المال دفع الدية لارثاء المقتول عند جمهور الفقهاء . ولكن الشافعي خالفهم وقال يجب الدية للورثة على عاقلة الامام . وقال بعض المشرفين يجب على من المال .^{١٧}

القصاص

قبل ختام بحث جنابة القاتل لا بأس بكلمة في مسألة اثباتها بالقسامة ، وذلك عندما يوجد في محلة قاتل لا يعرف قاتله . فالقسامة عند البعض هي ان يجلف اولياء قاتل حسين يميناً على صدق دعواهم ، وعند البعض الآخر هي ان يجلف المدعى عليه واهل المحلة حسين يميناً على برائتهم . وقد كانت القسامة معروفة في الجاهلية ، ثم تغيرت السنة . ومن بعدها اجماع الفقهاء ، ما عدا طائفة منها عمر بن عبد العزيز . هؤلاء قالوا بعدم جواز الحكم بها على الاطلاق . وعلى كل فقد اختلفت المناهج في شروطها واحكامها ، ونحن لا نرى مجالاً لتفصيل ذلك ، بل نكتفي بذكر ما ورد من القسامة في مذكرة جمعية مجلة الاحكام العدلية .

ونص المذكورة : - « اذا وجد قاتل في محلة مكان لا مالك له ، ولم يكن قاتله

(١) راجع عمدة القاري شرح صحيح البخاري للمبني (ج ١٣ ص ٣٣ - ٣٦) ، والفتي ج ١٠ ص ٣٢٤ و ٣٥١ - ٣٥٢) ، ومحتاج الطالبين (ص ١١٩) ، والام (ج ٦ ص ٢٠ - ٢٠) ، وكتاب الفروق للقرافي (ج ٤ ص ١٨٣ - ١٨٤) ، والخطي (ج ١١ رقم ٢١١٢) ، ويجمع الضمائم (ص ١٦٩) .

(٢) عمدة القاري (ج ٢٤ ص ٢١ - ٢٢) ، والفتي في الموضع المذكور ، ويجمع الضمائم (ص ١٧٢) . راجع خلاصه في الام (ج ٦ ص ٢٥) .

(٣) راجع لنبوط (ج ٩ ص ٦٤) ، والفتي (ج ١٠ ص ٣٤٩) ، والام (ج ٦ ص ١٧١) .

(٤) هذه الذكرة تأيدت بالارادة السنية الشامية الصادرة في ٣ رمضان سنة ١٢٩٣ هـ

(٥) ايلول سنة ١٢٩٢ مالية ، اوسنة ١٨٧٦ م .

تقطع مثلاً بد الجاني الصحيحة جزاء قطعه بدأ مثلاً ، ولكن العكس جائز .
ويقع القصاص بصورة خاصة في قطع أو قلع العين والآنف والأذن والجفن
الشفة واليد والرجل والاصبع والرفق ونحوها . ولا قصاص في كسر العظم لعدم
التأكد من المهاتة ، الا في السن ، فان قلع بقلع وان كسر بكسر بقدره بمنار
ر وهو بد .

اما الجروح وشجاج الرأس ، فقد اختلف في ترتيبها وتعريفها وحكمها .
بمارة ابن جوزي ، وهي عشرة : اولها الدامية وهي التي تدمي الجلد ، ثم الحارصة
هي التي تنشق الجلد ، ثم السحاق وهي التي تكشط الجلد ، ثم الباضعة
هي التي تنشق اللحم ، ثم المتيلاحة وهي التي تقطع اللحم في عدة مواضع ،
الملاطأة وهي التي يبقى بينها وبين انكشاف العظم ستر رفیق ، ثم الموضعة
هي التي توضح العظم ابي تطوره ، ثم الهاشمة وهي التي تهشم العظم ، ثم المنيقة
هي التي تكسر العظم ، ثم الأمومة وهي التي تصل الى أم الدماغ وهي مختصة
بالرأس ، والجائفة التي تصل الى الجوف وهي مختصة بالجسد ،^١ .

والرأي السائد عند الفقهاء هو انه لا قصاص في الجروح الا في الموضحة . وما
عداها ففيها إما أرتس معين ، واما حكومة عدل بقدرها القاضي .

الهربات

ان القصاص واجب عند جمهور الفقهاء في جنابات العمد ، سواء أوقعت على
نفس أم على ما دونها . وكذلك هو واجب في جنابات شبه العمد عند مالك ، كما
وضحنا . وعكسه في كل جنابة تكون عقوبتها القصاص اذا اقتربت عمداً ، تثبت
بها الدية اذا ارتكبت خطأ أي بدون عمد أو قصد . وهذا معنى الحديث الشريف :
العمد قودٌ والخطأ دية ،^٢ . ومعنى الآية الكريمة : ومن قتل مؤمناً خطأ
شعيراً رقية مؤمنة ودية مسلمة الى أهله ،^٣ .

فغلبه تكون الدية واجبة عند عدم العمد في القتل وفي قطع الاعضاء التي تصح

(١) القوانين القوية ، ص ٣٥٠ .

(٢) اخرج الطبراني في الكبير . ونقله السيوطي في الجامع الصغير ، ج ٢ رقم ٥٧٢٦ .

(٣) سورة النساء (٤) ، ٩٢ .

فيها المهاتة وفي الموضحة أي الجرح الذي يكشط اللحم عن العظم . ويجب الدية
أيضاً في جنابات العمد عند سقوط القصاص بالصلح على الدية أو بعدم توافر أحد
الشروط اللازمة ، كما في جنابة الوالد على ولده أو في جنابة القاصر والمجنون .
فالقاصر ومن كان في حكمه كالمجنون لا يمكن تصور العمد عندهم بسبب اتقائهم
التبني الكافي لتكوين القصد المطلوب للتكليف . ولذا جاء في الحديث : « عند
الصبي خطأ ،^١ ، وقال علي بن أبي طالب عن الصبي وعنده وخطفه سواء ،^٢ .
ومقدار الدية الكاملة مائة من الابل ، وهو تقدير يفسره مالك ان يزال لهذه
الجوانات من قبية في بلاد العرب . وانواع هذه الابل من حيث أعمارها وجنسها
معين ، وهو يختلف باختلاف الاحوال والمذاهب ، اختلفاً يضيق المجال عن
تفصيله ،^٣ .

وقبية الدية ، ان كانت من غير الابل ، الف دينار من الذهب ، او عشرة
الاف درهم من الفضة عند الحنفيين واثنا عشر الف درهم عند مالك وأبن حنبل . اما
عند الشافعي في مذهبه الجديد ، فالدية في الاصل مائة بعير ، واذا تعدت هذا الاصل
وجب بدله أي قبية المائة ابل مهما بلغت . واستدل على ذلك بما روي ان قبية
الدية كانت على عهد النبي (ص) ثمانمائة دينار أو ثمانمائة الف درهم ، وانما بقيت
كذلك حتى اختلف عمر بن الخطاب ، فأرأى أن الابل قد غلت فزاد الدية الى الف
دينار أو اثني عشر الف درهم ،^٤ . فاذن تكون قبية الدية منتقلة بتقلب قبية الابل
حسب كل زمان ومكان . وهو قول ، كما ترى ، وجيه مقبول .

ولا تجب الدية بشي غير ما ذكرنا عند ابي حنيفة ومالك . ولكن عند
الصاحبين وعند احمد بن حنبل وغيره من فقهاء المدينة يجوز دفع بدل الدية التي

(١) ذكره الموصلي وغيره من الفقهاء الحنفيين . راجع الاختيار ، ج ٣ ، ص ١٧٢ .

(٢) الزيلعي على الكفر ، ج ٦ ص ١٣٩ .

(٣) فقد أرى حنيفة مثلاً ، الدية العادية هي عشرون ابن غناس (أي في السنة الثالثة من العمر)
وعشرون بنت غناس وعشرون بنت لبون (أي في السنة الثالثة) وعشرون حقة (أي في الرابعة)
وعشرون جذعة (أي في الخامسة) . والدية المنقلة هي خمس وعشرون بنت غناس وثلثا بنت
لبون وحنق وحنق . (الزيلعي ج ٦ ص ١٢٦ ، وبل الاوطار للوكاني ج ٤ ص ١٠٨ و
١٠٩) .

(٤) الهذب ، ج ٢ ص ٢١٠ .

او ماننين من البقر او الحبل^١ . وكذلك هي كاملة في قطع بعض الاعضاء ، تكون الدية كاملة في جناية القتل . وكذلك هي كاملة في قطع بعض الاعضاء ، كف واللسان ، وفي ذهاب احد الجواس ، او ذهاب العقل والبصر والسمع والذوق والنطق . والدية كاملة ايضاً في قطع اليد والرجلين والعينين ذنين والشفتين ، ومن ثم يكون في كل واحد منهما . وايضاً تكون الدية كاملة في بون في الجفون الاربعة دية وفي الواحد منهما . وايضاً تكون الدية كاملة في اربع العشرة ، ويكون الارش لكل اصبع عشر الدية . واخيراً لكل سن ، فدره نصف عشر الدية .

ما في الجراح والشجاج ، فالارش هو ثلث الدية في جرح المأمومة او الجائفة ، ونصف العشر من الدية في جرح المتقة ، وعشر الدية في الخائفة ونصف في الموضحة .

وفي قطع الاعضاء والجراح تفصيلات اخرى لا مجال لسردها . فقد اختلف في كل كثيرة . منها مثلاً قطع عيب الاعور ، ففيها نصف الدية عند الشافعي والي والدية الكاملة عند مالك وابن حنبل . ومنها الخلاف في قطع لسان الاخرس اليد الشلاء ، وما الى ذلك .

وعلى كل حال ، ففي قطع الاعضاء والجراح التي تنقص المنفعة او الجمال والتي تجد فيها قصاص وليس لها دية او ارش مقدّر شرعاً ، تجب غرامة متروكة الى القاضي ونسب حكومة العدل . مثاله تجب هذبه في كسر غير السن من م ، وفي الجناية على كل عضو لا منقمة فيه ككسور الوجه وتعويج الرقبة ، الجراح البسيطة والحدوش التي تؤثر في جمال الانسان ، وما الى ذلك .

وحكومة العدل عند جمهور الفقهاء هي « جزء من الدية نسبتها الى دية النفس نقص الجناية من قيمته الجني عليه لو كان رقيقاً بصفاته التي هو عليها »^٢ . ذلك ان الجني عليه يقوم كالمو كان عبداً قبل الجناية ثم يقوم بعهدها ، كبرمة هي جزء من الدية بقدر الفرق بين القيتين . هذا ما قال به الطحاوي حنبلين . ولكن للكرخي قولاً غيره ، وهو ان يكلف القاضي طبيين عدلين

(١) بداية المجتهد (ج ٢ من ٣٤١) ، والتي (ج ٩ من ٤٨٢) ، والدموية الكبرى (١٧٧ من ١١٧) .

(٢) هذا كلام ابن قاسم الفري . راجع شرحه البيهقي ، ج ٢ من ٢٢٧ .

ليعتماً مقدار أهمية هذه الجناية بالنسبة الى ما يائنها او يقرب اليها من الجنايات التي لها ارش مقدّر ، ثم يحكم بالارش بنسبة هذا المقدار الى ارش الجناية المقدّر^١ . وان ما قدسمناه يتعلق بديات الرجال الاحرار المسلمين ، لان الاتوة والرق والدين اسباب تؤثر في نقصان الدية احياناً . فالرأة ديتها نصف دية الرجل في القتل بلا خلاف ، وفي باقي الجنايات الجناية عند الشافعي والي حنيفة .

ودية أهل الذمة مساوية لدية المسلم عند أبي حنيفة ، وهي على النصف منها عند مالك وابن حنبل ، وعلى الثلث عند الشافعي . وفي هذا اخرج البيهقي عن الزهري ان دية النصراني واليهودي كانت مثل دية المسلم في زمن النبي (ص) والي بصر وعمر وعثمان ، وان معاوية أخذ نصف هذبه الدية لبيت المال فبقي النصف لأهل القبيل ، وان عمر بن عبد العزيز قضى لهم ايضاً بنصف الدية والنمى حصة بيت المال^٢ . أما العبيد فديتهم هي فيهم ، بها بلغت عند جمهور الفقهاء ، مع اشتراط أبي حنيفة وتلميذه محمد بن الحسن وزفر وبعض الاثمة أن لا تزيد هذه القيمة على دية الحر . ووجه الجمهور ان العبيد مال وان اتلافه يوجب ضمان ذبته كباقي الاموال المملوكة^٣ .

واخيراً لا بد من كلمة عن دية الجنين . فان ضررت امرأة حامل وتباير الضرب خرج الجنين حياً ثم مات فيجب في ذلك دفع الدية الكاملة . ولكن اذا خرج الجنين ميتاً وبقيت الام حية ، كانت دية الجنين غرة أي رقيقاً قيمته نصف عشر الدية وهو خمس من الابل . والفرقة في الرأي السائد عند الاثمة الاربعة هي لورثة الجنين . وقال بعضهم كاليت وربيعة هي للام خاصة ، لأن الجنين شبه بعض من اعضائها^٤ .

من يدفع الديات

كان النظام القبلي أو العشائري عماد النظام الاجتماعي العربي في الجاهلية . وكان أهل القبيلة الواحدة متآزرين متعاضدين ، ينضرون بعضهم بعضاً ، ويتشاركون في

(١) البدائع ، ج ٧ من ٣٢٤ .

(٢) نيل الأوطار ، ج ٧ من ٥٥٥ .

(٣) اللقي (ج ١ من ٣٨٢) ، وبداية المجتهد (ج ٢ من ٣٤٣) ، والحلى (ج ٨ من ١٢٦٨) .

(٤) البسيط (ج ٢٦ من ٨٩٥) ، واللقي (ج ٩ من ٥٤٢) ، وبداية المجتهد (ج ٢ من ٢٤٥) .

معداً ولا عبداً ولا صلحاً ولا اعتقافاً^١ . وايضاً رفع عنها تحمل الدية والارش
في احوال اخرى . وهناك ايضاً جميعاً :-

اولاً - في جنابات المعمد ، بقي الاصل ان تدفع الدية او الارش من مال
الجاني الخاص .

ثانياً - يدفع الجاني لا عاقلته كل دية وجبت باختياره لا بنفس القتل ، كما في
الدية المصالح عليها مع اهل القتل ، اذ هي لازمة بالعقد والمقعد لا يسري الا على
عاقده ، وكما في الدية المحكوم بها بالاستناد الى اعتراف الجاني دون بيته اخرى ،
لان الاقرار حجة قاصرة تلزم المقر وحده دون عاقلته او ابي امرئ ، آخر .

ثالثاً - في جنابة العبد اذا وجبت الدية على المولى ، فهي من ماله وحده عند
جمهور الفقهاء .

رابعاً - يتحمل الجاني هو لا عاقلته الارش اذا كان دون ثلث الدية عند اهل
المدينة (مالك وابن حنبل) ، او اذا كان دون ما يجب في قلع السن او في جرح
الموضحة عند اهل العراق ، اي نصف عشر الدية وهو خمس من الابل . وقد
خالف الشافعي في ذلك وقال : « العقل عقلان ، فمقل المعمد في مال الجاني دون
عاقلته قل او كثر ، وعقل الخطأ على عاقلة الجاني قل ذلك العقل او كثر ، لان
من غرم الاكثر غرم الاقل »^٢ .

خامساً - ذهب بعض الفقهاء الى ابعاد ما ذكرنا تضييقاً لالتزام المعاقلة .
فالامام مالك اوجب دية شبه المعمد على الجاني . والامام الشافعي قال بوضع دية
ما جنه الصبي او الجنون في ماله . وروى ابن حزم عن عثمان النبي انه لم يتعرف الى
المعاقلة ، وروى غيره هذا القول عن ابي بكر الاصم^٣ .

وفي البدء كانت المعاقلة هي القبيلة . وقد بقي معناها كذلك في الرأي السائد
عند اهل الحجاز ، ومنهم مالك وابن حنبل في احدى الرايتين عنه . فان عاقلة

(١) اختلف فيها اذا كان هذا من كلام ابن عباس او من كلام النبي (ص) . وقد رواه الحنفيون
بلفظ آخر هو : « لا تعقل العاقلة معداً ولا عبداً ولا صلحاً ولا اعتقافاً ولا ما دون ارش
الموضحة » . راجع النبي (ج ١ ص ٥٠٣ - ٥٠٦) ، والبدايع (ج ٧ ص ٢٥٥) ، وبتداية
المجهد (ج ٢ ص ٣٤٢) .

(٢) الام ، ج ٧ ص ٢٩٥ - ٢٩٦ .

(٣) المحلى (ج ١٠ رقم ٢٠٢٤) ، والبدايع في الوضع المذكور .

والضراء . وبسبب هذه الاخوة والافاة والتعالف ، كانت الاموال في القبيلة
تكون مشتركة بين افرادها . فاذا اصاب احدهم جناية طالبوا جميعاً بمقتة ،
لك اذا حتى اعدمهم نصرته وعقلوا عنه ، أي ادوا عنه الدية . فلذا سميت القبيلة
و سميت الدية معقلة ، لانها تعقل أي تمسك الدماء عن أن تسفك ، وقيل

ابن الديات ندد بالمعقال في فناء ولي المقول^٢ .

وبما جاءت الشريعة الاسلامية وأقرت الدية كمعقوبة وضمان ، وجب في الاصل
تبع كفايي العقوبات والضمانات على الجرم في ماله هو ، لا أن تقع على أهله أو
و نأيد هذا الأصل بالآية الكريمة : « ولا تزرؤ وازرة و زرؤ اخرى »^٣ .
عاجزاً في الاحاديث التريفة : « لا يجني نفس على نفس » ، « لا يجني جان
على نفسه ، لا يجني والد على ولده ولا مولود على والده »^٤ .

وعلى الرغم من ذلك ، فالسنة واجماع الفقهاء ارجبا الدية على المعاقلة في جنابة
، ومنها اسقاط الجنين . وألحق جمهور الفقهاء بديات الخطأ الدية في شبه العمد
ية في جنابة الصبي والجنون . وقد عدل الفقهاء التزام المعاقلة هذا بما يجب عليها
عصرة أفرادها ودفع الضرر عنهم . وهو تعميل يؤيده تاريخ العرب في الجاهلية
استمروا عليه بعد ذلك من عادة التماون والنصرة .

ولكن التزام المعاقلة على هذا الوجه ليس الا مستثنى من الاصل الذي قدمناه .
طبيعياً ان يحصر هذا الالتزام في جنابات الدم دون ائلاف الاموال ، لان
ن في الائلاف كما سئرى لا يكون الا في مال الفاعل التالف . وكذلك ضيق
التزام المعاقلة حتى في جنابات الدم . فقد قال ابن عباس « لا تحمل المعاقلة

(١) منها العاقلة بالضرورة ، وهذا من تحريف العامة ، كما جاء في تفسير النار للسيد محمد رشيد
مطبعة النار ، ج ٥ (١٣٢٨ هـ) ص ٣٢٧ .

(٢) الزيلعي ، ج ٦ ص ١٧٦ .

(٣) وردت هذه الآية في سور عديدة هي : الانعام (٦) ، ١٦٤ ، والاسراء (١٧) ، ١١٥ .

(٤) (٣٥) ، ١٨ ، والزمر (٣٩) ، ٧ .

(٥) الحديث الاول اخرجه احد والشافعي . والثاني اخرجه احد والتميمي وابن ماجه . كما جاء
في الاوطار (ج ٧ ص ٧٠) .

(٥) المهذب (ج ٢ ص ٢٢٩) ، والبسوط (ج ٢٦ ص ٦٦) ، وج ٢٧ ص ١٢٥) .

الجاني عندهم هي العصابات أي أقرباؤه من قبل الأب . ولا يدخل فيها طبعاً النساء ولا الصبيان والجائنين ، ولأن حمل الدية على سبيل النصرة بدلاً مما كان في الجاهلية من النصرة بالسيف ، ولا نصرة في الصبي والمعتوه والمرأة ، . وبذلك أيضاً قال الشافعي ، باستثناء اقرباؤه الاصول والفروع . وقد استند أهل الحجاز في مذاهبهم هذا إلى ما تعارف عليه الناس في زمن النبي (ص) وابي بكر .

ولكن الامر تغير في عهد عمر بن الخطاب ، الذي نظم الجيش أو الدواوين من الرجال المقاتلين المكافئين الاحرار ، ثم وضع الديات على أهل الدوان ، باعتبارهم عاقلة كل واحد منهم . وقد ذهب هذا المذهب فقهاء مدرسة العراق . وفسر رد بان مسؤولية القية كانت تركز على النصرة والتعاون ، وانما لما انتقلت النصرة من القبيلة إلى الدوان قام الدوان مقام القبيلة في تحمل الدية . ولذا لا تجب الدية على القبيلة إلا إذا لم يكن اسم الجاني مقبداً لاحد الدواوين . ثم تنفس التعليل أيضاً ، إذا كان القتال ينتمي إلى طائفة تتناصر بالحرفة أو بالخلف ، فعاقلته هم أهل حرفته أو حلفه .

واخيراً ، لو كان الجاني لا عاقلة له فبیت مال المسلمين يتحمل دية ، وذلك عند جمهور الفقهاء ومنهم صاحب ابني خيفة . ولكن عند ابني خيفة وابن خنبل في إحدى الروايتين عنهما ، تجب الدية في مثل هذه الحال على الجاني في ماله لا على بيت المال .^١

أما بشأن استحقاق الدية ، فالرأي السائد يعتبرها حالة في الاصل ، أي واجبة الدفع حالاً ، إلا إذا اشترط تأجيلها بالصالحه ، أو إذا كانت على العاقلة في جنابة الخطأ أو ما كان في حكمها ، فمقدّم تكون مؤجلة في ثلاث سنين . وعلى الجلة ، نحن نرى من كل ما تقدم انه لم يعد للاتزام العاقلة في الشرع الاسلامي إلا نطاق صغير محدود . ويفسر ذلك حقه هذا الاتزام الاستثنائية بالقياس إلى القاعدة العامة الاساسية : ولا تزر وازرة وزر أخرى .

(١) راجع شرح الزواقي (هاشم المطالب ، ج ٦ ، ص ٢٦٦) ، والمذهب (ج ٢ ص ٢٢٨ - ٢٢٩) ، والفتي (ج ٩ ص ٥١٤ و ٥٢٤) ، والبنائس (ج ٧ ص ٢٥٦) ، والمبسوط (ج ٢٧ ص ١٢٥ - ١٣٢) ، وجمع الاظهر (ج ٢ ص ٦٨٩) ، والبحر الراسق (ج ٨ ص ٤٠٠ - ٤٠٢) .

الضمان في الخطايا الجرمية

في الحقيقة ان بحث الجنايات الجرمية وعقوباتها تتعلق بقانون الجزاء ، وهو خارج بطبعه عن موضوع كتابنا في الوجبات المدنية ومصادرها واحكامها . ولكننا لم نبدأ من الكلام سريعاً في هذه الجنايات ، كما تنكبتنا في الحدود في الفصل السابق ، بالنظر لما لها جسيماً من علاقة وثيقة بالضمان أو المسؤولية المدنية التي تقع على الجاني من جراء جنائمه . وعلى كل ، فان ايفاء البحث فيها يستلزم مجالاً طويلاً ، ولم يكن ما كتبناه إلا كلمة موجزة جداً بالقياس إلى ما جاء عنها في كتب الفقه والطولات .

ولقد رأينا ان جزاء الجاني في هذه الجنايات يكون ثلثة القصاص ، وثلاثة الدية أو الارش ، وثلاثة أخرى تعويضاً مالياً بقدره القاضي .

فالقصاص عقوبة لا تجتمع معها الدية ولا شيء آخر من الضمان أو المسال على الاطلاق .^١ وتعليل ذلك ان عقوبة القصاص ، وان كانت شبيهة بالعقوبة العامة من أوجه كما أوضحنا ، إلا انها في الاصل عقوبة خاصة وضمت ه ضماناً زاجراً ، واعتبرت تعويضاً مجرد ذاتها ، وان لم يكن هذا التعويض ذاتية مالية .^٢

وعند سقوط القصاص بوفاة الجاني ، لا تتوجب الدية ولا شيء آخر في تركته عند الحنفيين والمالكيين . ولكن عند الشافعي وابن خنبل تجب الدية في هذه الحال وتدفع من تركه الجاني اذا ترك مالا^٣ .

وعلى كل حال ، ففي الدية عند وجودها معنجان أو جفتان بأن واحد ، وهما العقوبة الخاصة والضمان . فصفة العقوبة للدية نفسر انها مقدرة تقديرية شرعياً معيناً ، وانه لا ينظر فيها إلى الضرر الحقيقي الواقع في كل قضية من القضايا ، إلا في ديات

(١) البائع ، ج ٧ ص ٢٣٩ .

(٢) كانت الضريبة الانكليزية القديمة تعتبر ان الجنايات الجرمية لا تسبب ضرراً مالياً للجمعي عليه ، وكانت تعتبر من ثم ان دعاوى التعويض الناتجة عنها تسقط بوفاة الجاني أو بوفاة الضرر نفسه : (Actio personalis moritur cum persona) . وهذه القاعدة قديمة عندهم ولا تزال باقية إلى اليوم ، على الرغم من استحداث المدينة التي ادخلت عليها . راجع في ذلك كتاب بولوك Tor's Law ، ص ٦٢ وما بعدها .

(٣) الشرح الكبير (بنيال الفتى ج ٩ ص ٤١٧) ، والمذهب للبيرازي (ج ٢ ص ٢٠١) ، والبديان (ج ٧ ص ٢٤١) .

يهد كما رأينا .
والدية عند جمهور الفقهاء هي من حق جميع الورثة . وإذا مات أحدكم انتقل
من أبي ورثته . ولذا جاز للمستحقين في الدية إسقاط حقهم أو الصلح عليه كما في
في الأموال^١ .
وأخيراً ، لما كان في الدية معنى الضمان والعقوبة الخاصة ، فهي تعدد بتعدد
الجنايات ، أي أنه لا يجزئ فيها التداخل المعروف في العقوبات العامة^٢ .
وما قلناه عن الدية وصفها بصدق على جزئاً أو الأرض المقدر شرعاً . أضف
ن هذا أن معنى الضمان بظهور في الأرض بوجه أوضح وأدل ، إذ نرى كما بينأنت
أرض لا يكون ابدأ في قطع الاعضاء التي لا تنفقه منها . أو بمسألة أخرى ، هو
يلزم حينئذ لعدم تحقق الضرر .

ولكن أظن ما يكون معنى الضمان والنمويض هو في حكومة العدل . فإنت
ندبر القاضي فيها شبهه بتقديره التنازلات من الأموال المضمونة^٣ . فهو يقوم الضرر
لخفي لجبر ما جناه الجاني . ولعل حكومة العدل هذه تصلح لأن تكون نواة لبدأ
م التعويض الحقيقي في الجنايات الجنائية التي لا قصاص فيها ولا دية ، على غرار
لبدأ العام الذي نراه في اتلاف الأموال^٤ .
ولا بد قبل ختام هذا الفصل من كلمة في مسألة الضرب أو الجراح التي لا تترك
تراً بعد بوطها . أفوجب فيها الضمان أم لا يجب ؟ الجواب في الرأي السائد عند
لفقهاء ، ومنهم أبو حنيفة ، هو أنه لا ضمان على الجاني لأنه لم ينقص بفعله منفعة ولا
جلا ، وأنه لا تعويض لمجرد الألم^٥ .

ولكن محمد بن الحسن قال بأنه يجب حكومة ، على الجاني بقدر ما لحق
بضره أو الجروح من الألم . وقال أبو يوسف بان للمعني عليه أن يرجع على

- (١) فتح القدير على الهداية (ج ٨ من ٢٧٦) ، والدموية الكبرى (ج ١٦ من ٢١٩) ،
التوازين الفقهية (ص ٣٤٧) ، والألم (ج ٦ من ٧٧) ، والمهذب (ج ٢ من ١٩٦) ،
الشمي (ج ٩ من ٤٦٢) ، والمحل لابن حزم (ج ١٠ رقم ٢٠٧٦) .
- (٢) فتح القدير (ج ٨ من ٢٨٢) ، وشرح المطالب على سيدي خليل (ج ٦ من ٢٦٤) .
(٣) البسوط ، ج ٢٦ من ٨٤ .
- (٤) وهذا أيضاً رأي الدكتور السهوري ، في كتابه نظرية العقد رقم ٦٦ من ٦٧ هاشم ٣ .
- (٥) الام (ج ٦ من ٧٣) ، والفهي (ج ٩ من ٦٦٣-٦٦٥) .

الجاني بما أنفقه من ثمن الدواء وأجرة الاطباء^١ . وكذلك قال محمد في الجامع
الصغير : « رجل ضرب رجلاً مائة سوط فبجرحه وبرأ منها ، فعليه أرض
الضرب^٢ » .
فواضح بما قدمنا ان قول الصاحبين قريب من المادي . الحدنة ، التي نوجب
على الجرم في مسائل الضرب والجراح ان يعرض الجاني عليه من كل ما تكبده من
ضرر مادي ومعنوي .
ومثل أخير بعناه بين ما توسع الفقهاء فيه من تفرغ المسائل وتدقيقها : ففي
جواهر الفتاوى انه لو جرح احد رجلاً فمجز الجروح عن الكسب ، وجب على الجراح
دفع النفقة والمداواة . وقد علق صاحب الحامدية على ذلك مفسراً ان المداواة
واجبة في كل حال ، واما النفقة اي الطعام والشراب والكسوة فانها لا تجب
الا للفقير العاجز عن الكسب حتى يبرأ من جرحه^٣ .

- (١) هذه رواية البسوط (ج ٢٦ من ٨١) . وقد وجدتها مكتوبة في معظم كتب الفقه ،
لا سيما كتب التأخرين . فقد جاء فيها ان ابا يوسف قال بزرع أرض الام ، وان محمداً
قال بزرع اجرة الطبيب وثن الدواوة . وجاء في شرح الطحطاوي ان ابا يوسف قصد بآرض الام
اجرة الطبيب والمداواة . راجع مثلاً الاختيار شرح المختار (ج ٣ من ١٧٥) ، وشرح الزيلعي
(ج ٦ من ١٣٨) ، وبدائع الصنائع في ترتيب الشرائع (ج ٧ من ٣١٦) ، والكتب اللاحقة
التي نقلت عنها او عن ائمتها ، كالخير والدر المختار وملحق الأبحر وغيرها .
- (٢) الجامع الصغير (بهامش كتاب الجراح لابي يوسف ، بولاق) ، من ١١٦ .
- (٣) تنقيح الفتاوى الحامدية ، ج ٢ من ٢٩٥ .

مال منقوم محترم قابل للنقل ، بدون اذن ، على سبيل المجاعة^١ ، فيشترط في الغصب اذاً شروط في فعل الغاصب ، وفي المال المنصوب ، وفي

صفة الاخذ وطريقته . وهالك ايضاحها بماجاء : -

اولا - فعل الغاصب . يقول الشيخان ابو حنيفة وابو يوسف ، على ما جاء في التعريف ، ان ركن الغصب يتضمن أمرين : اولهما ازالة يد المالك المحقة عن ماله والنسائي وضع يد الغاصب المبطله مكانها بالاستيلاء على المنصوب . ولا يتم الغصب عندهما الا بجناع هذين العنصرين في فعل الغاصب . ولكن محمد بن الحسن قال بأنه تكفي في الغصب ازالة يد المالك وان اثبات يد الغاصب مكانها ليس بشرط .

مدا في المذهب الحنفي . اما باقي المذاهب فانها لم تشترط ازالة يد المالك ، بل اعتبروا ركن الغصب إثبات يد الغاصب على ملك الغير بدون حق . وبعبارة اخرى ، ان الغصب في باقي المذاهب هو الاستيلاء على حق الغير عدواناً^٢ . وهذا الفرق في التعريف يستتبع خلافاً في بعض أحكام الغصب ، كما سنرى .

ثانياً - المال المنصوب . ينبغي ان يقع الغصب على مال منقوم محترم . فعليه من أخذ شيئاً غير منقوم كالخليفة ، وما أشبه ، او شيئاً غير محترم كمال الحارث ، لا بعد غاصباً . وكذلك اختلف في غصب الحجر . فجمهور الفقهاء ، يقولون بأنه اذا كانت الحجر لاسلم فلا يتصور غصبها لانها لا تمد مالا بحق السلم ، ومن ثم لا ضمان على متلفها . ولكن اذا كانت لذي ، فعلى الغاصب ان انطقاً دفع قيمتها عند مالك واني حنيفة ، لا عند الشافعي وابن حنبل واني تور واتباع المذهب الظاهري^٣ .

وكذلك لا يجوز غصب المنافع عند الحنفيين ، لان المنفعة لا تمد مالا عندهم ، خلافاً لجمهور الفقهاء كما رأينا . واخيراً يشترط في المذهب الحنفي الخثار ان يكون المنصوب قابلاً للنقل . فعليه يجزى الغصب في هذا المذهب في المال المنقول وحده

(١) المبسوط (ج ١١ ص ٥٤) ، والبدائع (ج ٧ ص ١٤٣) ، والبصير (ج ٨ ص ١٠٨) .

(٢) راجع شرح ابي قاسم على ابي حنيفة (هاشم البيهقي ، ج ١ ص ١١) ، وفتح العزيز للرافعي (بنبل المصنوع ، ج ١١ ص ٢٤٩) ، والبدائع (في الوضع المذكور) ، وشرح الحرشي على سبيني خليل (ج ٤ ص ٣٤٥ و ٣٤٧) .

(٣) انظر الرابع التي ذكرناها سابقاً في باب الاموال وشروط المال المنقول .

(٤) عند المالكيين ، يسمى غصب النافع عدواناً ويختلف حكمه عن حكم الغصب . راجع شرح الوفاق بهامش الخطاب (ج ٥ ص ٢٧٤) ، وشرح الصلحة للتوري (ج ٢ ص ٣٥١) .

الفصل الرابع

الغصب

التعريف

ان الملك كبقاقي الحقوق يقع في حيز القانون أو الشرع ، ولا يحل التعمدي عليه بوجه من الوجوه . ولقد رأينا ان حرمة الملك تستتبع منع التصرف في ملك الغير بدون اذن ، ومنع اخذ مال الغير بلا سبب شرعي . ومن تجاوز هذا الحد الشرعي عمداً ظالماً وعدة فعليه مظالمه .

فأذن ان اخذ مال الغير اما ان يكون بسبب مشروع فهو عندنا حلال جائز ، واما ان يكون بغير حق فهو محرم وآخذه آثم وظالم . ويستوي الأخذ سارقاً ، ان كان الأخذ استخفاء وبشرطه المعلومه . ويستوي محارباً ، ان كان الأخذ مكافئة في صحراء أو في داخل المصر عند البعض . ويستوي مختلفاً ، ان كان الأخذ اختلافاً من يد صاحبه . ويستوي خائناً ، ان كان الأخذ واقفاً على ما أئتمن عليه . ويستوي الأخذ أخيراً غاصباً ، ان كان الأخذ جهاراً وقهراً^١ . وكذلك يحرم اخذ مال الناس بطريق انكار الحق ، والنقض والرشوة والقهار وما الى ذلك^٢ .

وان الغصب لغة معناه الأخذ بدون حق . اما في الشرع ، فقد وقع في تعريفه اختلاف بين المذاهب . ففي مجلة الاحكام العدلية : ، والغصب هو اخذ مال أحد وضبطه بدون اذنه ، ويقال للاخذ غاصب ، وللمال المضبوط منسوب ، ولصاحبه منسوب منه ، (المادة ٨٨١) . ولكن هذا التعريف ناقص ، كما ترى . ففي الرأي الحنفي الخثار الغصب هو ازالة يد المالك المحقة ، واثبات اليد المبطله بالاستيلاء على

(١) اختلاف الفقهاء للطبري ، طبع كرن ، مسر ، ١٩٠٢ ، ص ١٤٦ .

(٢) القوانين الفقهية ، ص ٣٢٩ .

دون العقار ، لعدم التنكح من اخذه ونقله . ولكن محمد بن الحسن وزفر من الحنفيين ورافي أنه المذهب قالوا بإمكان غصب العقار بمجرد الاستيلاء عليه ^١ . وقد أخذت المجلة بالرأي الحنفي المختار ، بالرغم من التعبير الذي اعتمده في عنوان فصل غصب العقار . فمعنى الغصب في هذا الفصل هو المعنى اللغوي لا الشرعي الذي يبيّناه ^٢ .

وعلى كل يرجع في تعريف الاستيلاء أو اثبات اليد الى ما نعرف عليه الناس . فهو ، كما قال الغزالي ، يكون في المنقول بالنقل إلا في الدابة فيكفي فيها الركوب ، وفي الفراش الجلوس عليه فهو غابة الاستيلاء ، وفي العقار يثبت الغصب بالدخول وازعاج المالك ^٣ .

ثالثاً - صفة الأخذ وطريقته . لا يعد الأخذ غصباً إلا إذا كان بدون اذن المصوب منه ، أو قهراً بدون اختياره . وهذا ظاهر لا يحتاج الى تبين . وكذلك يجب أن يكون الأخذ جهاراً لا خفياً ، لتفريق الغصب عن السرقة ، وارت لا يكون مع الكابرة لتفريقه عن المحاربة ، كما أوضحنا في فصل الحدود .

وتعتبر الحياة أو سوا الأمانة من نوع الغصب عند جمهور الفقهاء . فمندان الحنفيين والشافعيين وغيرهم من جحد الوديعة والأمانة يعتبر غاصباً ^٤ . ولذا جاء في المجلة : **المال الذي هو مسار للغصب في ازالة النصرف حكمه حكم الغصب ، كما ان المستردع إذا أنكر الوديعة يكون في حكم الغاصب . وبعد الإنكار إذا تكلفت الوديعة في يده بلا تمتة يكون ضامناً** (المادة ٩٠١) . ولكن بعض المذاهب تعتبر جاحد العارية سارقاً كما مر في فصل الحدود .

رد الاصل أو البديل

من المبادئ الشرعية الأساسية أن ترد الحقوق باعيانها عند الامكان ^٥ . وبعبارة أخرى ، يجب في الموجبات ايفاء الأصل ما دام مكنياً ، ولا يجوز ايفاء

- (١) البحر (ج ٨ ص ١١١) ، والشرح الكبير (بديل النبي ، ج ٥ ص ٣٧٥) .
- (٢) المادة ٩٠٥ وما بعدها ، وشرح على حيدر في المقدمة السابقة لهذه المادة .
- (٣) الوجيز ، ج ١ ص ٢٠٦ .
- (٤) البوط (ج ١١ ص ١١٧) ، ورد المختار (ج ٥ ص ١٥٥) ، والوجيز (ج ١ ص ٢٠٦) .
- (٥) قواعد الاحكام للشيخ عبدالسلام ، ج ١ ص ١٦٨ .

البديل إلا إذا تعدد الأصل . وهذا معنى القاعدة الكلية الواردة في المجامع ^١ ، وفي المجلة وهي : **إذا بطل الأصل بصار إلى البديل ، (المادة ٥٣٥)** .

فإبقاء الأصل يسمى في الاصطلاح الأداء ، وإبقاء البديل يسمى القضاء . والبديل هو إعطاء المثل إذا كان الأصل من الثليات ويسمى هذا القضاء الكامل ، أو هو إعطاء قيمته إذا كان من القبيات ويسمى هذا القضاء القاصر .

وتطبق هذه القاعدة في باب الغصب وفي أبواب أخرى من الموجبات كما سترى في دراستنا القادمة . فطبقه يلزم الغاصب في الأصل رد المصوب عيناً (المادة ٨٩٠ من المجلة) . وإذا استهلك الغاصب هذا المال أو تلف أو ضاع بتعديه أو بدون تعديه كان عليه إعطاء مثله إن كان من الثليات ، أي من الأشياء التي يوجد مثلها في السوق بدون تفاوت يعتد به ، وإعطاء قيمته إن كان من القبيات (المادة ٨٩١) .

ولما كانت قيم الأشياء وأسعارها تتقلب مع الزمان والأمكنة ، وجب تحديد الوقت والمكان اللذين ينظر بهما عند تعيين البديل الواجب على الغاصب . فإن كان المصوب من القبيات ، **يلزم الغاصب قيمته في زمان الغصب ومكانه** ، (المادة ٨٩١) عند الحنفيين والمالكيين ، وفي وقت تلفه في المذهب الحنبلي . أما عند الشافعي ، فيضمن الغاصب المصوب بأقصى قيمته من وقت الغصب إلى التلف ^٢ .

وإذا انتقل مثل الشيء المصوب ، أي تعدد وجوده في السوق ، كانت على الغاصب دفع قيمته كما هي يوم المقاضاة عندناي حليفة ، ويوم الغصب عند أبي يوسف ، ويوم الانتقاع عند محمد بن الحسن وفي المذهب الحنبلي . ولكن القيمة المتغيرة في أصح الاقوال في المذهب الشافعي هي أقصى القيم من يوم الغصب إلى يوم الاعواز أو الانتقاع . وقال أشهب المالكي واتباع المذهب الظاهري ، يجزئ المدعي بين أن يعمل الغاصب حتى يوجد مثل المصوب فيستوفيه منه وبسبب ان يأخذ قيمته في الحال ^٣ .

- (١) وجميع شرحه للمنفع ، ص ٣١٠ .
- (٢) الوجيز (ج ١ ص ٢٠٩) ، وشرح الخري على سيدي خليل (ج ٤ ص ٣٥١) ، والروض الربيع (ج ٢ ص ١١٥) .
- (٣) الروض المرم (في الوضع المذكور) ، والهداية (ج ٤ ص ٨) ، وشرح المواق على سيدي خليل (بهامش المطالب ، ج ٥ ص ٢٧٨) ، وضع الغزالي (بديل المجموع ، ج ١١ ص ٢٢٢) ، والحلي (ج ٨ رقم ١٢٥٩ ص ١٤٠) .

وفوق رد الأهل مع تعويض النقصان عند وجوده ، يلزم الغاصب أن يرد الزيادة المتولدة من المصوب . فلهي جاء في المجلة : « زوائد المصوب لصاحبه ، وإذا استهلكها الغاصب بضمها . مثلاً إذا استهلك الغاصب ابن الجيران المصوب أو فلهو الحاصلين حال كون المصوب في يده ، أو عمر البستان المصوب الذي حصل حال كون المصوب في يده ، ضمها حيث أنها أموال المصوب منه . كذلك لو اغتصب أحد بيت نخل العسل مع نخله وأسرة ما المصوب منه ، يأخذ أيضاً العسل الذي حصل عند الغاصب » (المادة ٩٠٣) .

قوات المنفعة

قد منا ان الغاصب يضمن مع رد الشيء زوائده ومقدار نقصه . وبعبارة ثانية ، هو يتحمل تعويض المالك من الخسارة إذا كانت مالا أو خسارة في عين الشيء . ولكن هل يضمن الغاصب قوات منفعة هذا الشيء ، أي هل يتحمل ما فات على صاحبه من المنفعة أو الربح بسبب الغصب ؟ مثاله : لو غصب رجل دابة أو داراً ، فهل عليه بدل اجارة لقوات انتفاع صاحبها من السكنى أو الركوب ؟
المنفعة ، ورفض المنفعة ذلك الا في بعض الاستثنائات ، واتخذ مالك رأياً وسطاً .
وهالك بيان هذه المذاهب باختصار : -
اولاً - المذهب الشافعي .

في هذا المذهب ، « تضمن المسافع بأجور الاثقال »^١ . وقد قال الشافعي : « اذا غصب الرجل من الرجل دابة فاستغلها او لم يستغلها ولم يملكها ، او داراً فسكنها او اكرهاها او لم يسكنها ولم يكرهاها ولم يملكها او كرهاها او شقياً بما لغته استغله او لم يستغله ، انتفع به او لم ينتفع به ، فعليه كراء مثله من حين أخذه حتى رده . الا انه ان كان أكرهاه بأكثر من كراء مثله ، فالمتغصب (منه) بالخيار في أن يأخذ ذلك الكراء ، لانه كراء ماله ، او يأخذ كراء مثله »^٢ .

(١) قواعد الاحكام ، ج ١ ، ص ١٦٨ .

(٢) الام ، ج ٣ ، ص ٢٢٢ .

وان ما قدمناه يطبق على استهلاك المصوب أو تلفه أو ضياعه ، سواءً حصل ذلك نتيجة زعم من الغاصب لم يدرن زعم ، لان الغصب يجد ذاته يتسبب تعدياً بموجب التسعة والضمان . وهذا الحكم يجري على غصب العقار عند من قال بالملكات غصبه . أما اوحشية وتلبسه أبو يوسف ، الذان فالأول يعلم تصور الغصب في العقار ، فقد اشترط التعمدي للضمان ، وقال من ثم بان الغاصب لا يضمن العقار ان تلف بدون جنابة منه ، كالسبل والحريق وما أشبهه^١ . وكذلك عند مالك ، اذا غصب احد منعمة شيء ، كالعقار والداية ثم هلك عين الشيء بأمر سحاري ، فالغاصب يدفع قيمة المنفعة التي تعدى عليها ، لا قيمة عين الشيء^٢ .

التضامن والزبارة

لا يكفي اداء الشيء المصوب عيناً وحده أحياناً . فاذا طرأ عليه نقصان بسبب تغير اسماؤه في السوق فلا ضمان على الغاصب^٣ . أما إذا كان النقص بسبب استعمال الغاصب او صنعه ، فعلى الغاصب ضمان مقدار هذا النقصان . وفي ذلك اختلاف وتفصيل في المذاهب لا نرى مجالاً لبيانها ؛ بل نكتفي بتمثال عنه نأخذه من مجلة الأحكام العدلية .

ففي المجلة : « إذا تافق سعر المصوب وقيمه بعد الغصب ، فليس لصاحبه أن لا يقبله وبطالب بقيته التي في زمان الغصب . ولكن إذا طرأ على قيمة المصوب نقصان بسبب استعمال الغاصب ، فيلزم الضمان . مثلاً إذا ضعف الجيران الذي غصب ورده الغاصب إلى صاحبه ، فيلزم ضمان نقصان قيمته . كذلك إذا شق الثوب الذي غصب وطرأ بذلك على قيمته نقصان ، فان كان النقصان يسيراً ، يعني لم يكن بالغاً ربع قيمة المصوب فعلى الغاصب ضمان نقصان قيمته . وإن كانت فاحشاً ، أعني إن كان النقصان مساوياً لربع قيمته أو أزيد ، فالمتغصب منه بالخيار ، إن شاء ضمته نقصان القيمة ، وإن شاء تركه الغاصب وأخذ منه تمام قيمته » (المادة ٩٠٠) .

(١) الحماية والبحر (في الواضع المذكورة) ، والقوانين العنقوية (ص ٣٣٠) .

(٢) شرح الخري ، ج ٤ ، ص ٣٥٧ .

(٣) شرح الخري (ج ٤ ص ٣٥٧) ، والادة ٩٠٠ من المجلة (فقرتها الاولى) .

(٤) راجع بداية الجهد ، ج ٢ ، ص ٢٦٣-٢٦٤ .

وتعليل ذلك ان المنفعة عند الشافعي ، كما رأينا ، مال منقوم مضمون بالنصب كباقي الاموال . وهذا الى انه لا يحل للغاصب ان ينتفع بالمنقوب او أن يترك له التمكن من ذلك لانه ظالم . وفي الحديث الشريف : « ليس لعرق ظالم حق »^١ . ولقد صدق عز الدين بن عبد السلام عندما قال ان الشرع قوم المنافع وتزلها منزلة الاموال ، لانها هي الغرض الاظهر من جميع الاموال . فمن غصب قربة أو داراً فبئسها كل سنة الف درهم ، وبقيت في يده سبعين سنة ينتفع بها منافع تساوي أضعاف قيمتها ، ولم تازمه قيمتها ، لكان ذلك بعيداً من العدل والانصاف ، الذي لم ترد الشريعة بمثله ولا بما يقاربه ،^٢ .

ثانياً - المذهب المالكي .

عند مالك بنظر الى المنفعة التي يجنيها الغاصب من الشيء المنقوب ، لا إلى فوات المنفعة التي يسببها للمالك . فعليه جاء في المدونة انه لا كراه على الرجل الذي يتغصب الحيوان او الجارية او الغلام لان عليه نفقتهم ، وهذه النفقة تعاضد المنفعة . وكذلك لا شيء على غاصب الدور أو الاراضي إذا لم يسكنها او يكرها أو يزرعها . ولكن إذا سكنها أو زرعها أو كرهاها ، فعليه دفع الكراء لصاحبها^٣ .

ثالثاً - المذهب الحنفي .

اتفق الاية في المذهب الحنفي الخثار على عدم ضمان المنافع الا عند وجود عقد أو شبه عقد . فعليه لا يضمن الغاصب منافع الشيء المنقوب ، لان المنافع ليست متقربة بذاتها ، أي انها لا تعد مالاً متقوماً عندهم كما رأينا^٤ . وقد استندوا بذلك إلى الحديث الشريف : « الحراج بالضان »^٥ .

وان مجلة الاحكام العدلية أخذت مبدئياً بالمذهب الحنفي في هذه المسألة كما في غيرها . فثبتت الحديث الشريف الذي مر وقسوته بقولها : « الحراج بالضان » .

(١) قطعة من حديث أخرجه احمد وابو داود والترمذي . راجع سنن ابى داود (ج ٣ رقم ٣٠٧٣) ، والجامع الصغير للسيوطي (ج ٢ رقم ٨٣٤٤) .

(٢) قواعد الاحكام ، ج ١ ص ١٧٢ .

(٣) المدونة الكبرى ، ج ١٤ ص ٦٢-٦٥ .

(٤) للسيوط ، ج ١١ ص ٧٨ .

(٥) رواه السيوطي في الجامع الصغير (ج ١ رقم ٤١٣٠) نقلاً عن كتب السنن الاربسة

وسند احمد وسند مالك . وهو حديث طعن ابن خزيمة على صحته في المحلى (ج ٨ رقم ١٢٥٩

ص ١٣٦) .

يعني ان من يضمن شيئاً لو تلف ينتفع به في مقابلة الضمان . مثلاً لو ردّ الشترى حيوياً بخيار العيب وكان قد استعمله مدة لا تازمه اجرة ، لانه لو كان قد تلف في يده قبل الرد لكان من ماله ، (المادة ٨٥)^١ . وكذلك قالت بمناء : « والاجر والضيان لا يجتمعان » (المادة ٨٦) . وهي قاعدة منقولة عن الجامع . ومن امتثلها كما جاء في شرحها : لو غصب أحد دابة او داراً واستعملها ، فلا يضمن منافعها بعد ضمان انفسها^٢ .

ولكن الاستحسان عند الحنفيين ، لا سيما عند المتأخرين منهم ، أوجب خلافاً للقباس ضمان المنافع في مواضع ثلاثة : مال البتيم والوقف وايضاً المال المعد للاستغلال ان لم يكن قد استعمل بتأويل ملك او عقد^٣ .

وهذا المعنى قالت المجلة : « ولو استعمل أحد مالا بدون إذن صاحبه ، فهو من قبيل الغاصب ، لا يازمه أداء منافع » . ولكن ان كان مال وقف او مال بيتيم ، فعلى كل حال يازم أجر المثل . وان كان معسداً للاستغلال ، فعلى ان لا يكون بتأويل ملك او عقد ، يازم ضمان المنفعة ، يعني أجر المثل . مثلاً لو سكن أحد في دار آخر مدة بدون عقد اجارة ، لا تازمه الاجرة . لكن ان كانت تلك الدار وقفاً او مال بيتيم ، فعلى كل حال ، يعني ان كان تم تأويل ملك وعقد او لم يكن ، يازم أجر مثل المدة التي سكنها . وكذلك ان كانت دار كراء ولم يكن تم تأويل ملك او عقد ، يازم اجر المثل . وكذلك لو استعمل أحد دابة الكراء بدون إذن صاحبها ، يازم أجر المثل ، (المادة ٥٩٦) .

فعلى المجلة ، ان ترى ان الشافعي قال بضمان المنفعة في جميع الاحوال ، وان اباحنيقة قال بعدمه في الاصل الا في بعض الاستثنيات ، وان مالكا قال بالضمان اذا تبين ان الغاصب انتفع بالمنقوب . ولا ريب في ان المذهب الشافعي أقرب الى القوانين الحديثة وإلى المعدل من المذاهب الاخرى . فلذا نقى على حيدر الدثاني الحنفي على فقهاء عصره ، وان يتشاوروا ويتخذوا قراراً بخصوص قبول مذهب الشافعي في عموم منافع الاموال وان يستعمل على ارادة سنية بالعمل به ،^٤ .

(١) مر معنا شرح هذه المادة في كتابنا فلسفة التشريع في الاسلام ، مع قاعدة الترم بالضم في باب القواعد العامة ، ص ٣٤٢ .

(٢) الجامع والنافع ، ص ٣١٠ .

(٣) فتح القدير (ج ٧ ص ٣٩٦) ، والاشباه والنظائر لابن نجيم (ص ١١٣) .

(٤) في شرح المجلة ، تحت المادة ٥٩٦ .

وعلى كل ، فقد بقيت القاعدة في البلاد المغاربية أن لا ضمان على الغاصب فيما عدا ما ذكرنا من المستنبتات ، وفيما عدا ما ورد في المادة ١٤ من قانون التصرف بالأموال غير المنقولة^١ ، التي أعطت التصرف في الأراضي الاميرية أو الوقفية حتى طلب اجرة المثل بمن ضبطها أو زرعتها بطريقة الفضول . وقد تبنى على ذلك اجتهاد المحاكم في هذه البلاد حتى صدور القوانين البنائية الحديثة^٢ .

بعض الطوارئ

إن في الغصب بعض الطوارئ، الفرعية ، كأحكام غاصب الغاصب وما أشبه . ونحن هنا لا نتعرض لتفصيلها جميعاً ، بالنظر لعدم أهميتها من حيث المبادئ العامة . ففي مسألة غاصب الغاصب ، نكتفي بذكر ما ورد في مجلة الاحكام العدلية . قالت المجلة : « غاصب الغاصب حكمه حكم الغاصب . فإذا غصب من الغاصب المال المغصوب شخص آخر ، فأزانه أو تلف في يده ، فالمغصوب منه مخير ان شاء ضمنه الغاصب الاول وان شاء ضمن الغاصب الثاني . وله أن يضمن مقداراً منه الاول والمقدار الآخر الثاني ، ويتقدير تضمينه الغاصب الاول يرجع على الثاني . واما اذا ضمنه الثاني ، فليس للثاني أن يرجع على الاول » (المادة ٩١٠) . « واذا رد غاصب الغاصب المال المغصوب الى الغاصب الاول ، يبرأ وحده . واذا رده الى المغصوب منه ، يبرأ هو والاول ، (المادة ٩١١) .

وأخيراً لا بد من الإشارة الى ان في الغصب طوارئ، أخرى ناتجة عن انضمام المغصوب بشي آخر ، كما في الاختلاط والصنع والزرع والغرس والبناء . ولكل من هذه الطوارئ، أحكام تفصيلية مختلفة باختلاف الاحوال والمذاهب . ولقد رأينا بعضاً من ذلك في باب الكسب غير المشروع ، من ناحية الكسب الحاصل والتعويض الواجب ، فليراجع في محله . ونحن لا نتعرض لتفصيل فروع هذه المسائل ، من ناحية التغيير الحاصل في ملكية الاشياء المنضمة أو المختلطة ، اصلتها بموضوع الملكية ، وأسباب اكتسابها ، وطرحها من ثم عن بحث الموجبات بوجه عام .

(١) الصادر في ٥ جمادى الاولى سنة ١٣٣١ هـ ، الوائق ٣٠ مارس سنة ١٣٢٩ مالية أو ١٩١٣ ميلادية .

(٢) راجع مثلا المحكم رقم ٦٦٢ الصادر من محكمة التمييز البنائية في ٢١ آذار سنة ١٩٣٧ (مجلة المحامي ، السنة الثانية ، القسم الاول ، ص ١٣٠) ، والقاضي بانه اذا غصب احد ارض غيره وزرعها فليس الهالك ان يطالبه باجر المثل ، بل له فقط تضمينه نقصان الارض .

الباب الثاني

الاعتداء على الاموال

والظرة القائمة للضرر والفضلة

الفصل الاول

معلومات عامة

المسؤولية الجزئية

التصرفات الشرعية التي تنشي ، الالتزام فنتان : احدهما فئة التصرفات القولية ، وهي التصرفات المباحة ضمن شروطها الشرعية ، كالمقرد وما الحق بها . والثانية فئة التصرفات الفعلية ، وهي الأعمال المحرمة أو الاعتداء على حقوق الناس . وهذا الاعتداء متنوع كتنوع الحقوق المختلفة . فهو يقع تارة على النفس والجسد ، وتارة على العرض والشرف والحرية ، وتارة أخرى على الاموال ، وما إلى ذلك . وفي الاصطلاح تطلق كلمة الجنابة أو الجرم أو الجريمة على كل اعتداء بوجه عام . مثاله يقال جنابة الحيوان لكل ما يتلفه الحيوان من نفس أو مال . وتطلق أيضاً كلمة الجنابة بوجه خاص على الجنابة الواقعة على الجسد والأبدان ، كما رأينا . والجنابيات والجرام ناجبتان : الناحية الجزائية والناحية المدنية . فالاولى ، وإن كانت خارجة عن بحث الموجبات الذي نحن بصدده ، إلا أننا اعطينا عنها لمحة موجزة في الباب السابق . أما الناحية المدنية فهي التي هنما وحدما في هذا الباب وهي التي تتصل وحدما بموضوع هذا الكتاب .

وان التصرف الفعلي أو الجرم من ناحيته المدنية معناه كل عمل ضار غير مباح ، وهو مصدر من مصادر الالتزام ، لانه يوجب على الفاعل تعريض المعتدى عليه من الضرر الذي ينتج عنه . فاذن ان موضوع الالتزام الناشئ عن الجرم هو واجب التعويض او هو بمعبارة اخرى النتيجة المسؤولية التي تقع على الفاعل من جراء جرمه .

ويسمى هذا الواجب في الاصطلاح ضامناً ، ويسمى الفاعل ضامناً . والضمان معناه في الاصل الكفالة ، ومعناه هنا اشتغال الذمة أو الالتزام بإداء مثل ما أنفق ان كان من التلبيات ، وفيه ان كان من القبيات (المادة ١٦٦) من المجلة . وكما يوجد ضمان في التعريفات الفعلية ، كذلك يوجد ضمان في العقود ، كما في الضمان الواجب على الوديع عند هلاك الوديعة بسبب تقصيره (المادة ٧٧٧) . لذا سمي الاول بضمان الائتلاف لتفرقة عن ضمان العقد ، وهو تفریق كما ترى شبيه بالتفریق الحديث بين المسؤولية الجزائية والمسؤولية العقدية .

لا ضرر ولا ضرار

قلنا في مقدمة الباب السابق انه يبدو ان نرى اليوم في القوانين المصرية بخصاً مفصلاً في كل جريمة من الجرائم المدنية المختلفة ، واننا نرى على العكس نظرية عامة تجمها كلها في قواعد واحدة بندرج تحتها عدد كبير من الامثلة الفرعية المتنوعة . وقد اوضحنا ايضاً ان الشرائع القديمة ، كالتقانون الروماني ، وبعض الشرائع الحديثة ، كالتقانون الانكليزي ، لا تقر هذه النظرية العامة ، بل تبحث في شكل جرمية على حدة ويزين احكامها الخاصة بها .

وان الشريعة الاسلامية تنتمي بوجه عام الى هذه الفئة الاخيرة . ويفسر ذلك ما نعرفه من ان الاجتهاد في الفقه الاسلامي لم يكن وليد النظريات ، بل كلت اساسه القضايا العملية والمسائل الحقيقية والفرضية التي عرضت على الفقهاء . ولذا لا غرو من ان نجد نظرية الجرم مبعثرة في ابواب من الفقه مختلفة باختلاف انواع الجرائم المعروفة . ولقد رأينا قسماً من ذلك في الفصول السابقة ، ابي في الحديث والمجذبات الجانبية والغصب . ونحن نتابع الآن في هذا الباب بحث القسم الباقي ، وموضوعه الاعتداء على الاموال ، او الائتلاف والافساد كما سمي في الاصطلاح

الفقهي

وعلى الرغم من هذا الاسلوب الذي اتبعه الفقهاء المسلمون في دراسة الجرائم ، فانهم توجهوا الى وضع قواعد تصلح في مجموعها لان تكون اساساً لمبدأ عام يشملها جميعاً . فلقد رأينا ، في الجنايات الجانبية التي لم يحدد لها الشرع قصاصاً ولا دية ولا ارضاً كيف توسع الفقهاء في حكومة العدل ، وكيف جعلوا منها مبدأ عاماً ، يقضي بان كل اعتداء ضار يصيب المرء في جسمه يلزم فاعله بالضمان حسب تقدير القاضي . وكذلك هم وضعوا مبدأ عاماً في باب ائتلاف الاموال يقضي بان كل عمل ضار

أوجب مال الغير بدون حق يوجب الضمان على المعتدي . وهذا المبدأ الذي نجد في باب الائتلاف بصورة خاصة قد تبسط الفقهاء فيه وأدخلوا تحته أمثلة خارجة عن الضرر المالي ، حتى سمي كل ضرر ائلافاً ، سواء أوقع على المال او على النفس . وقد كانت نتيجة كل ذلك تأسيس نظرية واسعة في الضمان وأسبابه وشروطه ، نظرية مبنية على قواعد كلية تشمل معظم الجرائم ان لم نقل جميعها .

ولقد جمع بعض الفقهاء مصادر الضمان وأنتبوا بصورة عامة دون التفریق بين أنواع الجرائم المختلفة . ففسروا أسباب الضمان ثلاثة أقسام : اولها المباشرة كالقتل والاحراق ، والثاني التسبب لائتلاف كعقر الآبار ورمي ما يلتقي الناس في

الطرفات ، والثالث اثبات اليد العادية وهو الغصب . فالغصب قد مرّت معنا احكامه . اما الفرق بين المباشرة والتسبب وما يتصل به من قواعد كلية فنسوضه قريباً . وسنرى ان هذه القواعد لم تحصر في ائتلاف الاموال فعسب ، بل جاوزت هذا الى أمثلة اخرى من الاعتداء على الجسم وغيره .

وهذا النوع من التعميم يؤيده الحديث الشريف : لا ضرر ولا ضرار ،^١ والحديث نقلته مجلة الاحكام المدنية (المادة ١٩) . وهو بلا ريب من القواعد الكلية

(١) القوانين الفقهية لابن جزي ، ص ٣٢٢ .
 (٢) راجع مثلاً البدائع ، ج ٦ ص ٢٨٢ .
 (٣) راجع كتاب قواعد الاحكام العزيز عبد السلام (ج ٢ ص ١٤٨) ، وكتاب التروقي للقرافي (ج ٢ ص ٢٠٦) ، والوجيز للقرافي (ج ١ ص ٢٠٥) .
 (٤) هذا حديث حسن أخرجه احمد في مسنده ومالك في الموطأ والحاكم في المستدرک والبيهقي وابن ماجه والدارقطني . راجع الجامع الصغير للسيوطي (ج ٢ رقم ٩٨٩٩) ، والانهج شرح الشهاج للسبكي (بتدليل شرح الاصبهاني ، ج ٣ ص ١٠٨) ، والاشباه والنظائر للسيوطي (ص ٥٩ - ٦٠) .

الاساسية في الشريعة الاسلامية . فعبارة ' لا ضرر ، ولا ضرر ' ، تعني منع كل اعتداء صار أو كل اضرار بالغير بدون حق ، كما ان عبارة ' ولا ضرر ' ، تقري ذلك وتزيد عليه معاني اخرى نبيها في فصل قريب ، اي في الفصل المتعلق باحكام الضمان .

شروط المسؤولية

ليس كل فعل جرمياً ، وليس كل ضرر موجباً للضمان . بل يجب ان يكون الفعل مصدراً للالتزام ان يستوفي شروطاً معينة . فهي البدائع قبل عن الاتلاف الموجب للضمان انه يجب ان يقع اعتداءً وإضراراً ، سواءً بالمباشرة او بالنسب ٢ . وهو تعريف فيه معنى الجرم كما ورد في القوانين الحديثة . مثاله في قانون الموجبات والعقود اللبناني : ' ه الجرم عمل يضر بصحة الغير عن قصد وبدون حق . وشبهه الجرم عمل ينال من مصلحة الغير بدون حق ولكن عن غير قصد ' (المادة ١٢١) . فيستخلص من هذا انه يشترط لوجوب الضمان او لتحقق المسؤولية الجزائية توافر بعض الشروط ، وهي : -

- اولاً - يجب أن يكون العمل مضراراً .
- ثانياً - يجب أن يحصل الضرر اعتداءً او تعدياً ، أي بدون حق .
- ثالثاً - يشترط أن يكون الضرر نتيجة الاعتداء مباشرة او تسيباً .
- رابعاً - يشترط في الشرع الاسلامي ، وان لم يظهر ذلك من التعريف ، ان يكون الجرم قد حصل تعمداً في بعض الاحيان ، وخاصة في حال التسيب او في احوال الضرر الناتج عن الحيوانات ، او الاشياء الجامدة . ولا بد من الملاحظة منذ الآن ان التعمد في هذا المرص لا يعني القصد فحسب ، بل يشمل التقصير وعدم التعذر .

و نحن ، بعد تعداد هذه الشروط ، نوضح كلا منها في فصل على حدة على الترتيب الآتي : العمل الضار ، التعمدي ، المباشرة والتسيب ، الخطأ الجرمي . ثم تتبعها بفصل أخير عن احكام الضمان الواجب وبعمد ذلك نبحث في الباب التالي في احوال خاصة من الضمان ، كالسؤولية عن عمل الغير ، وجباية الحيوان والجمامد .

(١) يقلبها في اللاتينية قاعدة ' Alterum non laedere ' .

(٢) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، ج ٧ ص ١٦٥ .

الفصل الثاني

العمل الضار

العمل

ان الضرر الذي يوجب الضمان يفترض وجود عمل يسببه . وهذا العمل يجب ان يفهم بأوسع معانيه . فهو لا يكون فعلاً مادياً فحسب ، بل يندرج تحته القول الضار ، والسلوك الاثم ، والخطاع وما أشبه . ولا بأس بامثلة وجيزة توضح هذه الانواع المختلفة من الاعمال غير المباحة .

فأولاً وغالباً يكون العمل بوساطة الفعل ، وأمثلة ذلك عديدة لا تحصى . فالضرب والقتل والاحراق وقطع الاشجار وما إليها ، كلها أفعال مادية ظاهرة الضرر ، لا تحتاج الى بيان .

وبكون العمل الضار بالقول احياناً ، كما في الشهادة الكاذبة . فلو رجع الشاهدان عن شهادتهما بعد الحكم في دعوى مالية وأقرا بانهما شهدا زوراً ، فان الحكيم لا يتقضى في الرأي السائد ، بل يفرم الشاهدان ما أصاب المدعى عليه من الضرر ، اي بضمنا المال المحكوم به ١ .

وكذلك احياناً يعتبر الامتناع عن اجراء ما يجب اجراؤه موجباً للضمان ، اذا نتج منه ضرر للغير . مثاله لو سقطت حاظظ مائل الى الانهزام بسبب امتناع صاحبه عن ترميمه ، وتضرر من سقطه أحد الناس ، كان صاحبه مسؤولاً عن الضرر ، بشروط سنذكرها في الباب القادم .

(١) راجع المادة ١٧٢٩ من المجلة والشرح الكبير (بديل الفني ، ج ١٢ ص ١١٣) . وتليق التنازل المأمدة (ج ١ ص ٢٧٣-٢٧٤) ، والبدائع (ج ٦ ص ٢٨٣) ، وقواعد الاحكام (ج ٢ ص ١٥١) .

ويكون السلوك أيضاً من أسباب الضمان ، سواء أكان هذا السلوك قولاً أو فعلاً أو امتناعاً أو مزاجاً من كل ذلك . مثلاً من أقام الدعوى على غيره افتراءً بغير حق ، ثم اقرّ بأنه مبطّل في دعواه ، فالحاكم يعزّره . وكذلك من سمى إلى الحاكم أو السلطان أو اشتمك إلى أحدهما بلا حق ، كان عليه ضمان ما غرّمه المدعى عليه في قول محمد بن الحسن الشيباني . ويقوله بقى في هذه المسألة ، زجرًا للفاسقون وصيانة لاموال الناس ^١ .

وأخيراً يعدّ من ائنة الاعمال الضارة الاكراه ، كما سيأتي في الباب القادم ، والحدّاع أو التغير ، كما سنوضحه في بحث العقود وعيوب الرضى .

الضرر المادي

لا بدّ من وجود الضرر لتوجب الضمان في التصرفات الفعلية المحرّمة . فطبيعي ان العمل الذي لا يضر احداً لا يكون سبباً للشكوى والتذمّر ، ولا للمطالبة بأي تعويض على الاطلاق .

ولا يشترط ان يكون الضرر فاحشاً في الاعمال غير المباحة ، بل يكفي فيها الضرر اليسير لاجاب الضمان . وذلك خلافاً لما قالت به النظرية المادية التي اتبعها المجتهد في الاعمال المباحة واستعمال الحقوق ، اذ لا يمنع في ذلك كما رأينا الا الضرر الفاحش .

وتستحق الضرر في الاموال بالاتلاف . ومعناه اخراج الشيء « من ان يكون منتقماً به منفعة مطلوبة منه عادة » . وهو إما ان يكون قائماً ويستحق الاستهلاك ، كقتل الحيوان ، أو حرق الثوب أو كسر الفخار أو ما الى ذلك ، وإما ان يسكرن ناقصاً ، ويستحق الافساد ، كما في خرق الثوب أو قطع رجل الدابة أو ما أشبه ^٢ .

ويجب في الاتلاف ان يكون الشيء المتلف مالاً ، وان يكون هذا المال منقولاً محترماً . وقد بينا ، في القسم الاول من هذا الكتاب ، معنى المال المنقول

(١) راجع تفهيم الفتاوى المادية (ج ١ ص ٣٦١ و ٣٧٣ ، و ج ٢ ص ١٩٠) ، وتعمق الضمانات (ص ١٥٤) .

(٢) القوانين الفقهية (ص ٣٣٢) ، والبدائع (ج ٧ ص ١٦٤)

والخلاف الواقع بشأته في المآهب الاسلامية . ولسنا نعود الى تكراره الآن . فعليه لضمان على من أتلف الجبينة مثلاً لأنها لا تعدّ مالا في الشرع . ومثله لا ضمان على متلف مال الحرابي لأنه مال غير محترم ، ولا على متلف الحجر أو لطمه - لاختير اذا كانا لمسلم لأنها غير منقوبة أي لا قبسة لها بمحمّد ، بخلاف ما اذا كانا لذي في مذهب بعض الفقهاء ، كالحنفيين والمالكيين ^١ .

وعلى العكس يكون الضمان واجباً على من أتلف مالاً منقولاً محترماً . مثاله : يحكم بالتعويض على من كسر حلية فضة في سيف أو ناج أو في غير ذلك ، وعلى من جنى على عبداً أو ما أشبه أو شيء آخر له صفة المالية المحترمة ^٢ .

الضرر المعنوي

إذا كان لا بدّ من الضرر المادي في الاتلاف ، فمـل يكفي الضرر الادبي في غيره ؟ نعم يكفي ذلك لاجاب الضمان في النظريات الحديثة . لذا ورد في قانونت الموجبات والعقود اللبناني ان « الضرر الادبي يعدّ به كما يعدّ بالضرر المادي » (المادة ١٣٤) .

أما في الشرع الاسلامي ، فلا ضمان في الاصل بسبب الضرر الادبي ، لان الضمان مال ، والضرر الادبي لا يمكن تقويمه بمال . فعليه قال جمهور الفقهاء أنه لو شتم أحد آخر فالله في نفسه ، أو لولطمه على وجهه أو جرحه ولم يتوك ذلك نواً أو لم يفتوت منقمة ، ففي كل هذا لا ضمان على الجاني ^٣ .

وبرغم ذلك ، كان من الفقهاء المسلمين من قال بلزوم التعويض بسبب الضرر الادبي في حالة الالم . فلقد مرّ معنا في فصل الجنائيات الجنائية ما قاله أحد اصحاب ابي حنيفة بهذا الشأن . وهو انه في الضرب أو الجرح الذي لا يتوك نواً يتوجب على الجاني « حكومة العدل » ، أي تعويض بقدره القاضي بقدر ما لحق المصروب أو الجرح من الالم .

(١) انظر تفصيل ذلك مع المراجع المتلفة به في الباب الاول من القسم الاول من هذا الكتاب ، وانظر كتاب الفتى ، ج ٥ ص ٤٤٢-٤٤٣ .

(٢) راجع المحل ، ج ٨ رقم ١٢٦٧ - ١٢٦٨ .

(٣) الفتى (ج ٩ ص ٦٦٥) ، والبسوط (ج ٢٦ ص ٨١) .

اضف الى هذا ان الضرر الادبي ، كما في الشتم مثلاً ، وان كان لا يوجب الضمان الاصل ، إلا أنه لا يتوكل بلا عقاب . بل هو يوجب التعزير على الجاني كما يقدره القاضي . وهذا العقاب المتوقف على شكوى المتضرر فيه تعويض أدبي كاف بماثل ضرر الأدبي .

ويؤيد هذا المذهب ما نراه اليوم من تردد عند بعض علماء القانون ، فيعضهم يرون موجبا للتعويض من الضرر الادبي ، ولا يرون للالم غنماً^١ . وكثير منهم يقولون على ان الضرر الادبي لا يوجب الا تعويضاً اسماً لعدم الحسرة الحقيقية ، اذ لا ينكر ان من يعتدى عليه بالشتم او بالصفع العادي لا يحسر بسبب ذلك ساء من المال^٢ . فلا عجب إذن في مثل هذه الاحوال من ان ترى الحاكم غالباً يحكم الا بفرتك او ببلغ زهيد آخر ، كتعويض رمزي ليس الا .

الفصل الثالث

التعدي

معنى التعدي

من الامور المعروفة في كل اللغات أن الكلمة الواحدة تستعمل أحياناً في معانٍ مختلفة . وهذا الاختلاف في الاستعمال لا يجب أن يفسر بالقوض ولا بالابهام . ومن أمثلة ذلك كلمة التعدي في اللغة العربية ، فانها استعملت في معانٍ عديدة ، ولكن في مناسبات مختلفة ، وهي كلها متقاربة سهولة الفهم . فلذا ينبغي ألا يعلق على هذا التعدد في الاستعمال أهمية شرعية كبرى ، كما حاول البعض ذلك .

فقد استعملت كلمة التعدي ، لا سيما عند الفقهاء المالكيين ، بمعنى الجناية أو الجرم بوجه عام . والتعدي بهذا الاصطلاح يقسم الى اقسام ، فيكون في الاموال كما يكون في النفوس والابدان وما الى ذلك^١ .

واستعملت هذه الكلمة عند المالكيين ايضاً بمعنى غصب المنفعة . فسمى الاستيلاء على رقة مال الغير غصباً ، ويسمى الاستيلاء على منفعة تعدياً . فهذا المعنى قال ابن عرفة التعدي هو « التصرف في شيء بغير اذن ربه دون قصد تملكه » ، وقال ابن عاصم في ارجوزته « تحفة الحكام » : « التعدي غاصب المنافع »^٢ .

ولكن الاستعمال السائد لهذه الكلمة في الفقه هو لمعنى الظلم والعدوان وبجوارزة الحقوق . فيقال عن العمل جرمى تعدياً ، بمعنى انه جرى بدون حق أو مجاوزة في حق الغير . وهذا المعنى ، كما ترى ، هو نفس المعنى اللغوي . ففي

(١) القوانين الفقهية ، ص ٣٣١ .

(٢) راجع البهجة شرح النسخة لتسولي (ج ٢ ص ٣٤٤ و ٣٥١) ، والتاج والاعلم للبرقي (بهاشم الخطاب ، ج ٥ ص ٢٧٤) .

(١) Pretium doloris .

(٢) راجع كتاب الجرائم لبولوك (ص ١٨٨) ، وكتاب القانون المدني الفرنسي لجوسون (ج ٢ رقم ٤١) ، وقرار مجلس الشورى الفرنسي الصادر في ٢٥ كانون الثاني سنة ١٩٥٢ المتطور في دالوز الأسيوعي عدد ٣١ تاريخ ٢٨ آب سنة ١٩٥٢ ص ٥٤٩ .

اللغة ، تعدى تعدياً أو اعتدى اعتداءً . معناه جارز ، فيقال تعدى الحق أي جارزه ، وكذلك تعدى أو اعتدى على المرء أو عدا عليه عدواناً يعني ظلمه و تجاوز الى حقه^١ . وهذا هو المعنى الذي نستعمله الآن في هذا الباب .
وختاماً ، نحن لا ننكر ان كلمة التعدي استعملت أحياناً بمعنى التعمد وعدم النحرز ، كما نلاحظ في بعض كتب الفقه . ولكن هذا الاستعمال مغلوط ، يجب الانتباه اليه^٢ .

التعدي في العمل الضار

ليس كل عمل ضار محرماً وبمعنى ، بل لا بدّ للنفع والتحرير من ان يحصل هذا العمل تعدياً ، أي بدون حق او جواز شرعي . فالقاعدة العامة في هذه المسألة كما رأينا ، هي ان « الجواز الشرعي ينافي الضمان » . لذا فالضرر الناتج عن عمل مباح أو عن استعمال حق لا يوجب التعويض ولا يمنع ، الا في مستثنيات درسناها في باب استعمال الحقوق .

والعمل الضار يكون مباشرة أو تسبباً كما سنرى في الفصل القادم . ولكن في كل حال ، يجب أن يحصل تعدياً ، أي بلا جواز شرعي . وامثلة ذلك عديدة ، نكتفي ببعض منها على سبيل الإيضاح .

اولاً - في الاعتداء مباشرة : تكلمت المجلة عن الضمان في مسألة قطع الاشجار في ملك الغير ، واشترطت ان يكون ذلك بغير حق (المادة ٩٢٠) ، لانه اذا كان بحق ، كما لو جرى باذن المالك مثلاً ، فلا ضمان فيه .

وكذلك لو عدم أحد داراً بلا إذن صاحبها لاجل وقوع حريق في الحلة وانقطع

(١) هذا في جميع القوانين الفعيرة . راجع مثلاً لسان العرب تحت فعل عدا ، في فصل العين من حرف الواو والياء .

(٢) جاء في الاشباه والنظائر لابن نجيم (ص ١١٣) ، وفي المجلة (المادتين ٦٢ و ٩٣) ، قاعدة « الماشر ضامن وان لم يتعمد ، والنسب لا يضمن الا بالتعمد » ، وسيأتي تفسيرها لاحقاً . ولكن اليناهي في « مجمع الضمانات » (ص ١٤٦) ، مع اقراره بأنه اخذ هذه القاعدة عن عن الاشباه ، فقد قلبها ببنارة مغلوطة وضع فيها كلمة التعدي مكان التعمد فباعت حكماً عن « الماشر ضامن وان لم يتعمد ، والنسب لا الا اذا كان متعمداً » . وربما كان هذا من اسباب اللطخ في عدم التمييز بين التعدي والتعمد عند بعض المتأخرين .

هناك الحريق ، فهو ضامن ان كان قد هدمها بنفسه دون إذن اولي الامر (المادة ٩١٩) . فهنا ، ببنارة أخرى ، جرى التعمد تعدياً بلا إذن من المالك او من اولي الأمر ، فكان من ثم سبباً للضمان .

ثانياً - في احوال جرائم التسبب . جاء في المجلة ايضاً : « يشترط التعدي في كون التسبب موجباً للضمان ، على ما ذكر آنفاً . يعني ضمان التسبب في الضرر مشروط بعمله فعلاً منضياً الى ذلك الضرر بغير حق . مثلاً لو حفر أحد في الطريق العام بئراً بلا إذن اولي الامر ، ووقعت فيها دابة لآخر وتلفت ، يضمن . واما لو وقعت الدابة في بئر كان قد حفرها في ملكه وتلفت ، فلا يضمن » (المادة ٩٢٤) .

ومن أمثلة التعدي في تسبب الضرر ما يحدث أحياناً في الطريق العام . فالاصل في ذلك ان لكل إنسان ان يمر في الطريق ، ولكن ليس له الجاوس فيه او وضع شيء او أحداً به . بلا إذن اولي الامر . فاذا فعل شيئاً من ذلك ، كان فعله تعدياً ويدون حتى او جواز شرعي ، وكان هو ضامناً لكل ضرر يتولد من هذا الفعل . « بناء عليه لو وضع احد على الطريق العام الحجارة وأدوات العمارة ، وعثر بها حيوان آخر وتلف ، يضمن . كذلك لو صب أحد على الطريق العام شيئاً يترقى به كالدهن ، ورتق به حيوان وتلف بضمن » (المادة ٩٢٧) .

وبمعناه قال السرخسي : « اذا وضع الرجل في الطريق حجراً ، او بنى فيه بناء ، او اخرج من حائطه حديداً ، او صخرة شائخة الى الطريق ، او أشرع شيئاً او حياضاً او ميزاباً ، او وضع في الطريق شيئاً ، فهو ضامن لما اصاب من ذلك ، لانه مسبب لهلاك ما تلف بما احدثه ، وهو متعمد في هذا التسبب . فانه احدث في الطريق ما يتضرر به المسارة او يحول بينهم وبين المرور في الطريق ، الذي هو حقهم »^٢ .

ففي كل ذلك ، كما ترى ، كان سبب الضمان التعدي ، وهو العمل بدون حق ولا جواز شرعي . وان اشتراط التعدي لوجوب الضمان يستتبع انتفاء الضمان عند عدم التعدي ، اي في كل مرة يكون العمل فيها جائزاً شرعاً ، وذلك عملاً بقاعدة

(١) جامع الفوائد ، ج ٢ ، ص ١٢٢ .

(٢) للبسوط (ج ٢٧ ص ٦) . انظر خلاف مالك والشافعي في مسألة المزاب في الفسي

(ج ٩ ص ٥٧٦) .

و الجواز الشرعي يتأفي الضمان ،
ويكون الجواز الشرعي في احوال متعددة متنوعة ، نورد اهمها ، على سبيل
التشديد والتبيين ، وهي استعمال الحق ، واذن الغير ، او اذن اولي الامر ،
والضرورة .

ففي استعمال الحق نحن نعلم ان من يستعمل حقه ، لا ضمان عليه في الاصل ،
ولو تضرر الغير من هذا الاستعمال ، وذلك فيما خلا المستثنيات التي رأيناها في باب
استعمال الحقوق . ونحن لا نعود الى تكرار ما قلناه بهذا الشأن .
أما باقي أنواع الضرر الجائر ، فلا بأس بكلمة وجيزة توضح كلا منها .

اثره صاحب الحق او اولي الامر

لا ريب في أنه لا ضمان على من يستعمل حق غيره باذنه . مثاله لو حفر أحد بئراً
و في ملك غيره باذنه ، فلا ضمان عليه لأنه غير متعمد بخرها ^١ .

ومثله يتنفي التمدي في الاصل بقبول التمدي عليه في اضرار الاموال وفي قطع
الأعضاء أو الجراح . وسببه ان عصمة هذه الاشياء تثبت حقاً لصاحبها ، فهي لذلك
تحمّل السقوط بالاباحة والاذن . فعليه لو أمر أحد آخر بان يقطع يده أو بان يتألف
ماله ، وفعل هذا ما أمر به ، فلا ضمان عليه . ولكن السكوت وحده لا يكفي .
مثاله من رأى الغير يشق زفه فسكت حتى سال ما فيه ، بضمن الشاق . أي ان
سكوت صاحبه لا يمدد قبولا وموافقة على اضرار ماله .

هذا في الاموال والجراح . أما في النفس فلا عبء بقبول الجس في عليه ، لأن
عصمة نفس الانسان بما لا تحتمل الاباحة بحال . ولذا لو قال احد لآخر اقتلني فقتله ،
فالضمان واجب ، أي ان الدية واجبة على القاتل رغم قبول القاتل واذنه ، وأيضاً
يجب القصاص في ذلك عند بعضهم كلاماً من زفر الحنفي ^٢ .

وشبهه بهذا الحكم ما نراه اليوم في القوانين العصرية من عدم تضييق الجاني
الضرر الحاصل إذا كان بموافقة التمدي عليه ، وذلك في اضرار الاموال ، وأيضاً
في الاعتداء على الابدان إذا كان هذا الاعتداء لا يؤثر على الامن العام أو على

(١) المغني ، ج ٩ ص ٥٦٦ .

(٢) البدائع (ج ٧ ص ٢٣٦ و ١٦٨) ، ومجمع الضمانات (ص ١٤٨) .

المصلحة العامة . مثاله يتنفي الضمان بالاذن في العمليات الجراحية وفي حفلات
اللاكمة النزجية ولعب كرة القدم (الفوتبول) وما أشبه ، ولكنه لا يتنفي في
المبارزة وما إليها ^١ .

ولا يشترط لتنفي التمدي ان يكون الاذن سابقاً ، بل يصح ان يكون لاحقاً
عند بعض الفقهاء . فلقد رأينا ان الاجازة تلحق التصرفات الفعلية ، أي ان اجازة
صاحب المال اللاحقة تنفي الضمان عن الغاصب في منهب الامام مالك ، والامام محمد
صاحب ابي حنيفة ، وتنفيه عن متلف مال الغير في القول المغني به عند الحنفين ^٢ .
وتعملل هذا الحكم يرتكز على قياس العكس من القاعدة الكلية انه لا يجوز
لاحد ان يتصرف في ملك الغير بلا اذنه . أو بعبارة أخرى يجوز التصرف في حق
الغير من كان باذن صاحبه .

وان السلطان أو من يقوم مقامه ، بحاله من الولاية العامة على مصالح الناس
وحقوقهم ، يعود اليه تدبير أمورهم العامة ، كمسائل الطريق وما أشبه .

فعليه جاء في كتب الفقه انه إذا احقر الرجل في سوق العامة بئراً أو بنى فيها
دكاناً باذن أولي الامر ، فهو غير ضامن لما عطف به من شيء ، لانه لم يكن متعمداً في
هذا التسبب والعمل ^٣ . وهذا شبهه بفعل الحافر في ملك الغير باذنه . ففي الخاتين
يرتكز الفعل على اذن شرعي ، ومن ثم يتنفي التمدي لان الفعل لم يحصل بغير
غير حق .

ولهذا أيضاً منعت مجلة الاحكام العدلية الضمان ممن هدم دار غيره . باذن أولي
الامر ، لاجل منع تسرب الحريق في المحلة (المادة ٩١٩) .

(١) راجع تطبيق قاعدة « Volenti non fit injuria » في كتاب بولوك المذكور ،

ص ١٦٣-١٦٦ .

(٢) انظر ما قلناه بهذا الشأن ، مع الراجع الي ذكرناها ، في بحث التفصيلي في الفصل الثاني
من الباب الرابع من القسم الاول من هذا الكتاب .

(٣) المبسوط ، ج ٢٧ ص ٢٥

(٤) المغني ، ج ٩ ص ٥٦٦ .

على القاتل ضمان قيمته ، لانه أنفق مال غيره لحياء نفسه . ولكن باقي أئمة المذاهب قالوا بعدم الضمان ، لان القتل كان ضرورياً لدفع شر البهيمه ^١ . وهو قول رجب ، لان لا كان يحق قتل الانسان دفاعاً عن النفس او المال او العرض بدور عقاب ولا ضمان ، فكان من باب اولي ان يحكم كذلك في قتل الحيوان الصائل .

ويستند مذهب جمهور الفقهاء الى القاعدة التي أوضعها ابن رجب ، وهي ان « من أنفق شيئاً لدفع أذى له لم يضمنه ، وان أنفق لدفع أذى به ضمنه » ^٢ . وهذا ما يفرق عند جمهور الفقهاء الحكم في مسألة أكل مال النير اضطراراً عن الحكم في مسألة قتل الحيوان الصائل .

وأخيراً ، وان كان دخول ملك النير لا يجوز في الاصل بدون اذنه او اذن اولي الامر ، الا ان ذلك جائز في احوال الاضطرار ايضاً . مثاله في حال الغزو يجوز للغزاة دخول ملك النير ، اذا كان هذا الملك مشرفاً على الميسر . وكان الدخول يسهل قتاله . وكذلك يجوز دخول ملك النير لاجل اصلاح دار الداخل ، او لاجل القاء القبض على الناهب اذا اختبأ فيه ، او ما الى ذلك من الامثلة ^٣ . وعلى الجملة ، فجميع هذه الامثلة من العمل الضار ، سواء اكلت بنتيجة اذن صاحب الحق او اذن اولي الامر ، ام بداعي الضرورة ، كل هذه لا ضمان فيها لانها كانت بحق وبدون تعد . وهي تثبت ما قلناه ان التمدي هو من شروط الضمان في الاعمال الضارة . والتمدي كما ترى ، يقف فارقاً ظاهراً بين الاعمال المباحة والاعمال المحرمة .

(١) الجامع (في الوضع المذكور) ، ولقني (ج ١٠ ص ٣٠٠-٣٥٠) ، والام (ج ٦ ص ١٧٢) ، والنورق (في الوضع المذكور) ، والنجلي (ج ٨ رقم ١٢٦٤) ، وبداية الجهد (ج ٢ ص ٢٦٩) .

(٢) القواعد لابن رجب ، القاعدة ٢٦ ص ٣٦ .

(٣) رد المحتار على الدر المختار ، ج ٥ ص ١٧٣ .

الضرورة

من القواعد الكلية الثابتة ، في مجلة الاحكام العدلية وفي كتب الفقه كالاتجاه والنظر ، ان الامر إذا خاف اتسع ، وان الضرورات تبيح المحظورات ، والمتعة تجلب النسيب .

وهذه القاعدة مبنية على ادلة شرعية ونصوص أصلية . ولكنها مقيدة بقعود ، وهي : ان الضرورات تقدر بقدرها ، وان ما جاز لعذر بطل بزواله ، وانه عند زمارض مصلحتين يختار أهون الشرين ، ويتحمل الضرر الخاص لدفع ضرر عام ، ويزال الضرر الاشد بالضرر الاخف ^١ .

ومن أهم هذه القيود القاعدة الكلية الواردة في الجامع ^٢ وفي الجملة ، وهي ان الاضطرار لا يبطل حق النير . يتفرع على هذه القاعدة انه لو اضطر انسان من الجوع فاكل طعام الآخر ، يضمن قيمته ، (المادة ٣٣٣) . وهذا الحكم منطبق عليه عند جمهور الفقهاء ، إلا عند الامامين مالك وابن حنبل في أحد قوليهما . فقد روي عنهما انها نيبا الضمان عن أكل مال النير جوعاً ، ولو جوب المساواة واحياء النفوس مع القدرة على ذلك ، والابتار بالفضل مع ضرورة المحتاج ^٣ .

وكذلك رأينا انه لو وقع حريق في محلة ، فهدم ريجل بيت جاره اضطرًا بجحوق بيته فلا ضمان عليه ، ان كان ذلك باذن اولي الامر (المادة ٩١٩) . ولكن ان كان المدم بدون هذا الاذن ، فالمدام يضمن قيمة بيت الجار ^٤ .

ومن أمثلة انتفاء التمدي والضمان احوال القتل بحق ، كما في قتل الجلاذ للمحكوم عليه ، او في القتل ضرورة دفاعاً عن النفس او عن المال او عن العرض ^٥ . وقد اختلف الفقهاء في مسألة الحيوان الصائل الذي يهجم على المرء ، ولا يقدر هذا عن الامتناع منه الا بضربه وقتله . فابو حنيفة واصحابه والنوري يقولون بان

(١) انظر تفصيل ذلك مع ادله ومصادره وانتائه في باب الضرورة والمصلحة من كتابنا في فلسفة التشريع في الإسلام ، ص ٢٦٩ وما بعدها . راجع ايضاً المادة ١٤٠ من قانون العقوبات اللبناني .

(٢) الجامع وشرحه الناقد ، ص ٣١٢ .

(٣) القروق القراني (ج ٤ ص ٩) ، واعلام اللوقين (ج ٣ ص ٨) .

(٤) الفتاوى البرازية (ج ٣ ص ١٦٥) ، هاشم الهندية) ، وجمع الضمانات (ص ٤٥٢) .

(٥) انظر ما جاء بهذا الشأن مع مراجعته في الفصل الثالث من الباب السابق من هذا الكتاب .

يتخالف بين فعله والتلف فعل مختار ،^١ مثاله في المباشرة من القلع والقتل وغيرهما ، يحصل الاتلاف و بايعال الآلة الى محل التلف ،^٢ ، دون ان يفصل بينها فعل آخر أو علة اخرى .

وتعريف التسبب هو : إحداث امر في شيء ، يقضي الى تلف شيء آخر على جري العادة ... ، (المادة ٨٨٨) . أو هو : إيجاد ما يحصل الهلاك عنده ، لكن بعلة اخرى ، إذا كان السبب ما يقصد لتوقع تلك العلة ،^٣ . ويشترط ، كما ترى ، ان يكون السبب و بما شأنه في العادة أن يقضي غالباً للاتلاف ،^٤ . أو بعبارة عصرية يشترط ان يكون الضرر الحاصل نتيجة عادية منتظرة من الجرم .

مثاله : د من قطع جبل فتدبل معلق يكون سبباً مفضياً لسقوطه على الارض وانكساره ، ويكون حينئذ قد أتلف الجبل مباشرة وكسر القوسيدل سبباً . وكذلك إذا شق احد طرفاً فيه سمن وتلف ذلك السمن ، يكون قد أتلف الطرف مباشرة والسمن سببياً ، (المادة ٨٨٨) .

وقد ذهب بعض المؤلفين المعاصرين الى ان التفرقة بين المباشرة والتسبب ، وما يتبعه من أحكام سنأتي على ذكرها فيما بعد ، هو تفرقة رومانية الاصل . ولكننا لا نقرهم على ذلك ، إنما نرى أن مجرد الشبه وحده ، يفرض وجوده في مسألة من المسائل ، ليس دليلاً كافيياً على التمسك اذا لم يؤيده دليل آخر مقنع . ولقد رددها على من قال بعكس ذلك في كتابنا و فلسفة التشريع في الاسلام ،^٥ .

ونحن نورد فيما يلي بعضاً من أسئلة الضمان في المباشرة والتسبب ، ومن أمثلة عدم الضمان عند انتفاها .

- (١) عن الرواجية من كتاب القسنة ، كما نقله الحموي في مختصر عيون البصائر شرح الاشباه والظواهر ، ج ١ ، ص ١٦٦ .
- (٢) البديع ، ج ٧ ، ص ١٦٥ .
- (٣) الوجيز ، ج ١ ، ص ٢٠٦ .
- (٤) الفروق للقرافي ، ج ٤ ، ص ٢٧ .
- (٥) في باب مصادر التشريع الخارجية ، ص ٢٤٦ وما بعدها .

الفصل الرابع علاقة الضرر بالجرم

المباشرة والتسبب

لا بد في المسؤلية الجرمية من ان يكون الضرر ناتجاً من الجرم . أو بعبارة ثانية لا بد للضرر من ان يكون مرتبطاً بالعمل ارتباط النتيجة بالسبب .

ومن هذه الناحية تنقسم الأضرار التي تتولد من الجرائم ثلاثة أقسام : أولها الأضرار المباشرة ، والثاني الأضرار غير المباشرة المتصلة بالجرم اتصالاً ظاهراً ، والثالث الأضرار غير المباشرة البعيدة . وبصورة عامة يسأل الجرم عن القسم الأول أي عن الأضرار المباشرة ، ولا يسأل عن القسم الثالث أي الأضرار غير المباشرة البعيدة . وكذلك لا يسأل من باب أولى عن الأضرار التي لا علاقة لها بالجرم :

أما القسم الثاني من هذه الأضرار فالرأي المقبول اليوم في القوانين المصرية يجعل الجرم مسؤولاً عنه ايضاً . مثاله ما جاء في قانون الموجبات والمعقود البياني ان الأضرار غير المباشرة يجب ان ينظر اليها بعين الاعتبار ، على شرط ان تكون متصلة اتصالاً واضحاً بالجرم أو يشبه الجرم ، (المادة ١٣٤ ، الفقرة الرابعة) .

والشريعة الاسلامية نظرية خاصة شبيهة من حيث النتيجة بالنظرية التي ذكرنا . ففيها يعتمد بالأضرار المباشرة وبالأضرار المسببة تسبباً عن الجرم . ولا ضمان في غير المباشرة والتسبب :

ففي الجهة و الاتلاف مباشرة هو اتلاف الشيء . بالذات . ويقال لمن فعله فاعل مباشر ، (المادة ٨٨٧) . فالفاعل المباشر هو من حصل و التالف بفعله من غير أن

وفي مسائل التسبب أو عدم التسبب وما يتبعها من وجوب الضمان أو عدمه أمثلة متنوعة لا تحصى حولها الكتب الفقهية . ولقد اختلف الفقهاء في اجتهادهم فيها أحياناً اختلافًا بيناً ، حتى استنتج البعض ان الجرائم وانتمائها في الشريعة الإسلامية غامضة ومتناقضة .

ولحن لا يشارك هؤلاء في قوتهم ، بل يخالفهم ويرى ان المذاهب المعروفة وجمهور الفقهاء متفقون في جوهر الموضوع وفي المبدأ العام الذي يرتكز عليه ، ألا وهو اشتراط المباشرة أو التسبب على ما عرفناهما . ولكن الخلاف كان في تطبيق المبدأ على المسائل الفقهية التي استعرضها الفقهاء . ففي المسألة الواحدة من هذه المسائل ، منهم من رأى وجود التسبب ، ومنهم من نفاه . وكل من الفريقين أدلى فأيداً لقوله بجهجه وبراھينه .

وهذا البيان في الاجتهاد هو عين البيان الذي نراه اليوم في اجتهاد المحاكم عند تطبيق المبادئ العامة على المسائل والقضايا المعروضة . فاذن في كلا الاجتهادين لا خلاف في المبادئ ، أو النقاظ الشرعية ، بل الخلاف كل الخلاف ليس إلا في تقدير الوقائع وتفسيرها واعطائها وصفها القانوني أو الشرعي .

ولا ريب في أن العبوة للحكم الشرعي لا للوقائع المادية الاجتهادية . فغلبه لا يصح ان يقال أن في الامر تناقضاً أو تخوضاً . ونحن سنرى في الفصل القادم طائفة كبيرة من أمثلة التسبب عند البحث في مسألة القصد أو التقصير المشروط . فنكتفي هنا باقتطاف بعض الامثلة من المسائل الخلافية الشهيرة ، واستعرضها لنصود معنى التسبب والاسباب الذي اتجه الفقهاء في تفهيمه . وأهم هذه المسائل تتعلق بالتسبب في ضياع الحيوان أو الطير وما لبيها ، وبالزرق ، وحسن المالك عن ملكه والمكس ، والفرع ونظائره .

التسبب في ضياع الحيوانه او الطير وما لبيها

في مجلة الاحكام العدلية : ١٠٠٠ لو فتح احد باب اصطلح لآخر وفرت حيواناته وضاعت ، او فتح باب قفصه وفر الطير الذي كان فيه ، يكون ضامناً ، (المادة ٩٢٢) . وهو قول محمد بن الحسن الحنفى ومالك وابن حنبل ، أي قول جمهور الفقهاء المسلمين . وحجتهم ان فتح القفص أو الاصطبل تسبب لضباع ما فيه ، لان الفرار

الاضرار مباشرة

من يتصفح كتب الفقه الاسلامي في باب الائلاف والتعددي يرا أنه الاضرار مباشرة أقل من أمثلة التسبب . ويفسر ذلك ان هذه الفئة من الاضرار بسيطة لا تحتاج إلى عناية وتوضيح ، ولم تكن من ثم ميداناً للخلاف والمناقشة .

ولا ينبغي ان يفهم من ذلك ان احوال المباشرة في الواقع أقل من احوال التسبب . فلقد رأينا في باب الحدود والجنايات على النفوس والابدان ان معظم الجرائم تحصل مباشرة . مثاله السرقة واحوال العمد وشبه العمد والخطأ في اقل وقطع الاعضاء والجراح وما لبيها تكون معظمها مباشرة لا تسيباً . وكذلك في ائلاف الاموال ، لا تنقل احوال الاعتداء المباشرة عن احوال

لاعتداء بالتسبب . مثاله يعتبر ذاعلاً مباشراً من قطع شجرة الغير ، أو ذبح حيوانه أو قطع أطرافه أو احرق ثوبه أو شقه ، أو هدم بناءه أو أحرقه ، أو كسر أو عطل ماله ، أو ما إلى ذلك مما لا يبعث ولا يحصى^١ .

فإذا كان من الخطأ ان يستنتج من قلة اهتمام الفقهاء باحوال المباشرة ان المسؤولية فيها استثنائية بالقياس الى المسؤولية في احوال التسبب . فلا الواقع يبرر ذلك ، ولا الفقهاء قالوا به ، وليس في اجرائهم او فواعدهم ما يزيد به .

الاضرار نسبياً

يوجد التسبب كما قلنا في كل مرة يكون فيها الضرر ناتجاً ليس عن السبب الاولي مباشرة ، بل عن علة اخرى متوقفة حدوثها غالباً من هذا السبب على جري العادة . وحينئذ وجدت المباشرة أو وجد التسبب كما أوضحنا ، توجد العلاقة المتصلة الظاهرة بين الضرر والجرم ، وتوجد من ثم المسؤولية الجزئية .

وبالعكس ينتفي الضمان عند انتفاء هذه العلاقة ، أي متى كان الضرر ناتجاً عن علة غير العلة المتوقفة عادة من السبب الاولي .

(١) انظر امثلة من هذا النوع في جامع الفتاوى (ج ٢٦ ص ١٢٦ و ١٢٧) ، والبدائع (ج ٧ ص ١٦٥) ، وشرح المرئسي على سيدي خليل (ج ٤ ص ٣٤٧) ، والبراد (٩١٢ و ٩١٣ و ٩١٨ و ٩٢٠ من مجلة الاحكام العدلية .

(٢) راجع ما قبل ينكس ذلك في اطروحة الدكتور البيان المذكورة ، ص ٢١٢ .

مبني المالك عن مالك والعكس

لا شك في أنه لو حبس أحد مملوكاً عن صاحبه حتى تلف ، كان الخائس ضامناً للاتلاف باعتباره غاصباً يضمن ملاك المقتسوب .
ولكن إذا حبس أحد رجلاً ، وشتمه بذلك عن ماشيته أو حال بينه وبين ماله حتى تلف هذا المال ، فالخائس لا ضمان عليه ان كان فصدده حبس المالك فقط ، إذ انه بعمله عندما لم يعترف في المال وانما تعترف في المالك . ولكنه يعتبر متسبباً وضامناً ان لم يكن قصده من حبس المالك الا شتمه عن ماله ^١ .
او في مكان لا يقدر فيه على طعام وشرب فهلك بذلك ، او هلكت بهيمة ، فعليه ضمان ما أتلّف به ، لانه سبب هلاكه ، ^٢ .

الفرع ونظائره

إذا بعث السلطان الى امرأة ليعرضها فأستقطت جنبها ميتاً ، فهل يضمنه ؟
دوي عن عمر بن الخطاب انه أرسل الى امرأة يدعوها اله ، فبيتها في الطريق فزوت واجهضت . فاستشار عمر الصحابة ، فأشار عليه بعضهم بليس عليك شيء ،
انما أزلت وال ومؤدب . ولكن علي بن ابي طالب خالفهم ، وقال لعمر : وان دبتك عليك ، لانك أنت أفرقتها وألقت جنبها في سبيلك ، .

وهذا الخلاف بين الصحابة انتقل الى الفقهاء . فقالت طائفة منهم كالشافعي وابن حنبل ، بقول علي بن ابي طالب ^٣ . وقال غيرهم بقول باقي الصحابة . ومن الطائفة الثانية اتباع المذهب الظاهري . فقد قال ابن حزم في هذه المسألة ان المرأة « بعث فيها محق ، ولم يباشر الباعث فيها شيئاً أصلاً ، فلا شيء عليه . وانما كان يكون عليه دية ولدها ، لو باشر عرضها أو نطقها . وأما اذا لم يباشر ، فلم يجز شيئاً أصلاً . ولا فرق بين هذا وبين من رمى حجراً الى العمدو ففرغ من هويه انسان ،

(١) فتح العزيز (ج ١١ ص ٢٤٧) ، والقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية (ج ٢ ص ١٨٠) .

(٢) القفي (ج ٩ ص ٥٨٠) .

(٣) القفي (ج ٩ ص ٥٧٩) ، والام (ج ٦ ص ١٧٢) .

من طبع الطير والحيوان . وهو اجتهد حسن وجبه .
ولكن ابا حنيفة وابا يوسف قالا بعدم الضمان في ذلك ، لأن الطير والحيوان يختاران في حركاتهما ، فلا يكون القتلح سبباً في ضياعهما . اما الشافعي واصحابه فقد اختلفوا قولاً وسطقاً ، وهو ان الضمان يتوجب إذا هرب الحيوان او طسار الطير من فوره ، او إذا اهاج الفاتح الطير او الحيوان على الفرار .

وان الخلاف الواقع في هذه المسألة واقع ايضاً بين الفقهاء في مسألة الضمينة إذا حل رباطها فدمغيت او غرقت ، وفي مسألة القن المارقل المربوط اذا حل واحد رباطه فهرب . ففي هاتين المسألتين يضمن الفاعل الضرر عند مالك واحمد بن حنبل ومحمد بن الحسن ، ولا يضمنه عند ابي حنيفة وابي يوسف والشافعي . فعند الثاليتين بالضمان يعتبر التسبب موجوداً ، لان الضرر فيما ذكرنا يجري عادة كنتيجة للفعل . وعند الآخرين لا تسبب في الامر ، لان الاتلاف لم يكن سببه فعل الحل ، بل كان سببه الربح في مسألة غرق الضمينة واختيار العبد في مسألة فراره .

الزوق والندفان ما فيه

لو فتح أحد زوقاً فيه شيء مانع كاذريت وما أشبه ، فاندفق هذا المانع وتلف ، فحسبوا الذنقها ، يعتبرون الفاتح مسؤولاً عن هذا الاتلاف . ولكن إذا كلف في الزوق شيء جامد فذاب بسبب حرارة الشمس والندفق ، او اذا كلف الاتلاف بسبب ريح او زلزال ، فبعضهم كالحنفيين قالوا بعدم الضمان مطلقاً ، وبعضهم كمالك وابن حنبل اوجبوا الضمان مطلقاً ، والشافعي قال بعدم الضمان في التلف بالربح او بالزلزال ويوجبونه فيما سوى ذلك . وجاء في جامع الفصولين نقلاً عن فوائد المحيط ان فاتح الزوق لا يضمن في الاشياء الجامدة اذا لم ينقله ، أما لو نقله إلى موضع آخر كان ضامناً لثقله ^١ . وتعليل الخلاف هنا شبيه بتعليله في الطائفة السابقة من الامثلة .

(١) راجع في هذه الامثلة وما قبلها : البدائع (ج ٧ ص ١٦٦) ، وجامع الفصولين (ج ٢ ص ١١٦) ، وشرح سيدي خليل للغرشي (ج ٤ ص ٣٤٨ - ٣٤٩) ، والقروق القرابي (ج ٤ ص ٢٧ - ٢٨) ، والقوانين الفقهية (ص ٣٣٢) ، وديانة الجهد (ج ٢ ص ٣٦٢) .
وفتح العزيز شرح الوجيز (بتدليل المجموع ج ١١ ص ٢٤٣ - ٢٤٧) ، والقفي (ج ٥ ص ٤٤٩ - ٤٥٢) ، والرووس الربيع (ج ٢ ص ١١٧) ، واليزان لشمس راني (ج ٢ ص ٩٧) .

الضمان في العم لا في الجوع ، لانه لا سبب للعم سوى الوقوع فيها ، واما الجرع والعطش فلا يختصان بالبر ،^١ . وكذلك لو ادخل (احد) انساناً بيتاً وسد عليه الباب حتى مات جوعاً ، فهو ضامن عند ابي يوسف ويحمد ، لا عند ابي حنيفة^٢ .

وعلى الجلة ، فالخلاصة التي لا شك فيها ، والتي تستنتج من كل ما تقدم ، هي أن جمهور الفقهاء توافقوا على وجوب الضمان عند التسبب وعلى انتفائه في النتائج البعيدة لعدم التسبب . ولكنهم اختلفوا في تقدير وجوب التسبب أو عدم وجوده في بعض المسائل والقضايا ، التي عرضت عليهم ، او التي استعرضوها في اجاباتهم ودراساتهم .

نقد ائاعلمين

كما يتعارن الناس على الخير والبر ، ويتشاكرون في تسخير شؤون معيشتهم وترتيب معاملاتهم في الحياة ، كذلك مع الاسف هم يتعارفون احبائاً على الشر وارثكاب الجرائم .

واذا ما تعدد الجرمون في جرم واحد ، وكانوا جميعاً من فئة واحدة ، بان كانوا جميعاً مباشرين او جميعاً متسببين ، فالمسؤولية والضمان عليهم بالاشتراك . مثاله في الجنائيات ، اذا قتل جماعة رجلاً واحداً ، كان القصاص عليهم جميعاً عند جمهور فقهاء الامصار^٣ . وايضاً لو اتلف اثنان شيئاً واحداً بدون حق ، كان الضمان عليهما بالاشتراك . وكذلك رأينا في الحدود انه اذا كان السارقون جماعة وكلف المسروق مبلغ نصاباً واحداً فقط ، عوقب الجميع عند مالك وابن حنبل . ولكن لا عقاب عليهم عند ابي حنيفة والشافعي ، الا ان يبلغ ما اصاب كلأ منهم نصاباً شرعياً تاماً .

هذا اذا كان عمل الفاعلين من نوع واحد . واما اذا اختلف عملهم ، ففي حكمه تفصيل واجتهاد . مثاله في السرقة ، لو اشترك رجلان في نهب حائط ، فدخل

(١) مجمع الامير (ج ٢ ص ٦٥٣) ، وكلمة البحر الرائق لطوري (ج ٨ ص ٣٤٨) .

(٢) مجمع الضمان ، ص ١٧٢ .

(٣) بداية الجهد ، ج ٢ ص ٣٣١ .

فهذا لا شيء عليه . وكذلك من بنى حائطاً فانهم لم يفرغوا من انبائه ، او بعبارة اخرى ، لا ضمان في كل ذلك لان الضرر غير مباشر وبعيد ، وليس مسبباً من الفعل الاصل بصورة منصفة لازمة .

ومن تظاهر هذه المسائل ما لو شرب احد سيفاً في وجه انسان او دلاء من محل شاطئ ففرغ ومات من روعته او ذهب عقله ، او لو صاح احد بصي او يحنون صيحة شديدة فوقع من سطوح او نحوه لمات او ذهب عقله وما اشبه ، ففي كل ذلك يقع الضمان على الفاعل لانه متسبب بما فعل^٢ . ولكن لو صاح احد على رجل كبير فمات من خوفه ، لا يضمن الا ان تكون الصيحة فيجاعة . وكذلك لو صاح احد على امرأة او لو دخل على دارها غفلة فهصل لها رعب واسقطت جنينها بسببه ، فلا ضمان في كل ذلك عند الحنفيين . وتعليقه ان الموت او الاسقاط لم يكن من الصباح ، بل من الخوف وهو لم يصد عن الصائح^٣ . او بعبارة ثانية ، ليس في هذا صلة تسبب واضحة بين العمل المشكوك منه وبين الضرر الحاصل .

واذا شرب انسان سيفاً على آخر فهرب منه ، وبينما هو هارب تلف بوقوعه من محل شاطئ او بالخساف سقط به ، او بسقوطه في بئر ، او بغرقه في ماء ، او بخرافه بنار ، او باقتراسه من حيوان او ما الى ذلك ، فهل في كل ذلك ضمان على شاهر السيف ؟ اختلف في الجواب عن هذا السؤال . فالبعض كالحمد بن حنبل يقولون بتضمين الفاعل مطلقاً ، سواء كان الهارب صيباً ام كسبياً ، اعنى ام بصيراً ، عاقلاً ام مجنوناً . والبعض الاخر كالشافعي يقولون بعدم الضمان اذا كان الهارب بالتمام عاقلاً بصيراً ، الا ان يكون هلاكه من الوقوع في بئر مغطاة^٤ .

واخيراً اختلف الفقهاء الحنفيون في مسأله من وقع في بئر حفرها انسان بلا اذن اولى الامر فمات جوعاً او غماً . فابو حنيفة يرى ان لا ضمان على حافر البئر ، لان الرجل الواقع « مات بفعل نفسه ، وهو الجوع والنعم ، والضمان انما يجب اذا مات من الوقوع . وعند محمد عليه الضمان في الوجوه كلها ، لان ذلك حصل بسبب الوقوع في البئر ، ولو لا ذلك لما مات جوعاً ولا غماً . وكذا عند ابي يوسف عليه

(١) الخلل ، ج ١١ رقم ٢١٢٠ .

(٢) جامع القصرين (ج ٢ ص ١١٢) ، والنفى (ج ٩ ص ٥٧٨) .

(٣) الفتاوى الخيرية ، ج ٢ ص ١٩٤ و ١٩٦ .

(٤) النفى (ج ٩ ص ٥٧٧) ، والوجيز (ج ٢ ص ١٤٩) .

أحدهما واخذ المال ، وثاره الآخر وهو ينتظره خارجاً ؛ فالعقاب على الداخل وحده عند جمهور الفقهاء لانه هو السارق حقيقة . ولكن اباحيفة قال بعدم مسؤولية الاثنين كليهما ، لان السرقة لا تتم إلا بالثقب والاخراج . ويفسر هذا الاحتياط ما نعلمه من شدة العقوبة في السرقة .

ومن مسائل الخلاف في الضمان ما لو جرح اثنان آخر جرحاً وجرحه فاعسل ثالث جرحاً ثانياً فمات المعتدى عليه من الجرحين ، أو لو وضع اثنان حجراً في الطريق بغير حق ، ووضع رجل ثالث حجراً آخر فمات الجرحين انسان وهماك . فعند البعض كابي يوسف والحنبلين في قياس مذهبهم ، يكون الضمان على الثلاثة ائلاً ، لان السب حصل منهم ائلاً . وعند غيره ، كالامام زفر الحنفي ، يكون الضمان مناصفة ، النصف على الفاعلين الاولين ، والنصف الآخر على الثالث الذي جرح الجرح الثاني او الذي وضع الحجر الذي ، وذلك باعتبار ان فعمل الثالث وحده مساو لفعل الاثنين معاً .^١

ولا بد من الاشارة اخيراً الى ان الاصل عند جمهور الفقهاء المسلمين ان كلاً من الفاعلين المسؤولين يتحمل ما يعنيه من الضمان دون ان يسأل الواحد من الآخر ، ودون ان يكون بينهم شكافل او تضامن . فالمتضرر يطالب كلاً منهم بما عليه ، ولا يطالبه به على الآخر . وهذا كما ترى موافق للبدا الذي رأيناه في باب الجسايات وهو : « ولا تزر وازرة وزر اخرى » .

ويستثنى من ذلك ما رأيناه في باب الغصب من ان الشيء المنصوب اذا تلف في يد شخص آخر غير الغاصب ، فصاحبه يخبر ان شاء ضمن قيمته الغاصب الاول وان شاء ضمنها الثاني . وفي حالة تضمين الاول ، يرجع هذا على الثاني با دونه . ولا يعكس .^٢

رابعاً في بعض الذاهب ، كالذهب الناصبي مثلاً ، اذا تلفت النار بفعل الجيش فان الواحد من أفراد يسأل عن فعل الجميع ، لان هؤلاء كالكلاء عن بعضهم بعضاً . وكذلك اذا تعدد السارقون او الغاصبون او المحاربون و فكل واحد منهم

(١) اللزبان للشراني ، ج ٢ ص ١٦٦ .
(٢) للفتي ، ج ١ ص ٥٦٥ - ٥٦٦ .
(٣) للاندان ، ٩١٠ و ٩١٢ من مجلة الاحكام العدلية .

ضامن لجميع ما أخذوه ، لان بعضهم قوي ببعض .^١ أما في بعض القوانين الحديثة ، فالضامن موجود بين الفاعلين . فيكون أحدهم مسؤلاً عن جميع الضرر تجاه المتضرر إذا طالبه بذلك . ولكن يشترط للضامن بعض الشروط . مثاله جاء في قانون الموجدات والعقود البناني انه « إذا نشأ الضرر عن عدة أشخاص ، فالضامن السليمي يكون موجوداً بينهم : اولا اذا كان هناك اشتراك في العمل ، ثانياً اذا كان من المستحيل تعيين نسبة ما أحدثه كل شخص من ذلك الضرر » (المادة ١٣٧) .

وان ما قدمنا يتعلق بما اذا كان الفاعلون من فئة واحدة . ولكنهم اذا لم يكونوا كذلك ، بل كان أحدهم مباشراً والآخر متسبباً ، فالأصل تقديم المباشر على المتسبب . ونحن سنوضح الآن هذا الاصل ، ثم ننبهه بمقتنياته .

قاعدة تقدم المباشر على المتسبب

في القواعد الكلية من كتاب الاشياء والنظر : « اذا اجتمع السبب والغرور والمباشرة ، قدمت المباشرة » ،^٢ أو « إذا اجتمع المباشر والمتسبب ، أضيف الحكم الى المباشر » ،^٣ . وقد نقلت المجلة هذه القاعدة وقالت : « إذا اجتمع المباشر والمتسبب ، يضاف الحكم الى المباشر . مثلاً لو حفر رجل بئراً في الطريق العام ، فألقى أحد حيوان شخص في تلك البئر ، ضمن الذيلقى الحيوان ، ولا شيء على حافر البئر » (المادة ٩٠) .

وردت في قواعد ابن رجب انه « اذا استند ائلاف اموال الأكديين ونفوسهم الى مباشرة وسبب ، تتعلق الضمان بالمباشرة دون السبب ، الا ان تكون المباشرة مبنية على السبب » .^٤

فلو حفر احد بئراً تعدياً ، وجاء انسان ودفع أكثر والقضاء في البئر فهلك ،

(١) شرح المطالب على سيدي خليل (ج ٦ ص ٣١٦ - ٣١٧) ، والبهجة شرح الصفة (ج ٢ ص ٣٣) .
(٢) عبارة كتاب السيوطي ، ص ١٠٩ .
(٣) عبارة كتاب ابن نجيم ، ص ٦٤ .
(٤) كتاب القواعد لابن رجب ، القاعدة ١٢٧ ص ٢٨٥ .

مسؤولاً مع المباشر ، وقارة مسؤولاً وحده . ونحن نبين هنا أهم هذه الاستنباتات :

أولاً - تضييق المنسب مع المباشر .

قال الفقهاء : « ان المنسب إنما لا يضمن مع المباشر اذا كان السبب شيئاً لا يعمل بانفراده في الانلاف ، كما في الحفر مع الاتقاء ، فان الحفر لا يعمل شيئاً بدون الاتقاء . واما اذا كان السبب يعمل بانفراده ويشتركان ، اي يشترك المنسب والمباشر .

وقد توسع الفقهاء في تطبيق هذا المذهب . وهناك بعض الامثلة من ذلك ، مقتطفة من المذاهب المختلفة . هذا فيما عدا مسائل الاكراه ، التي ستوضحها في الباب القادم ، والتي يكون فيها المنسب ضامناً مع المباشر عند بعض الفقهاء .

فلو فر رجل من ظالم فأمسكه او اخذه رجل آخر حتى ادر كه الظالم وغيره ، او لو دل احد الظالم عليه حتى قبض منه ماله ، فالضمان على الظالم وحده عند ابي حنيفة ودون الاخذ او الدال . اما عند صاحبه محمد فيضمن الجميع ، اي الظالم والمباشر والآخر او الدال المنسب^١ . ونظريه محمد كما ترى اوفق للمصلحة ، واقرب للنظريات الحديثة ، التي تعتبر الدلالة تدخلا فرعياً في الجريمة الاصلية ، سواء من الناحية المدنية ام من الناحية الجزائية .

وكذلك لو امسك احد شخصاً لآخر فقتله ، فالمسك يعد منسباً للقاتل مباشراً فمقد البعض ، كالشافعي ، يكون القاتل وحده مسؤولاً . وعند غيرهم ، كمالك واحمد بن حنبل ، يعتبر حكم المسك كحكم القاتل المباشر^٢ .

ورشبهه بذلك مسألة من حفر بئراً لشخص معين ، فرداه فيها شخص آخر ، فان الحافر المنسب والمردفي المباشر يتان في الضمان عند بعض الفقهاء ، ومنهم المالكيون^٣ .

واخيراً ، قلنا ان من دل سارقاً على شيء فسرقة ، فلا ضمانت على الدال .

(١) الزبيدي على الكثر ، ج ٦ ص ١٥٠ .

(٢) جامع القصول ، ج ٢ ص ١١٥ .

(٣) الاشباه والنظائر للسيوطي (ص ١٠٩) ، والفتي (ج ٩ ص ٥٦٦) ، وقواعد الاحكام لقر بن عبد السلام (ج ٢ ص ١٥٠) ، والقواعد لابن رجب (القاعدة ١٢٧ ص ٢٨٧) .

(٤) شرح الحرشي ، ج ٤ ص ٣٤٨ .

فالضمان على الدافع دون الحافر^١

وتفسير ذلك ان الدافع فيما ذكرناه هو الفاعل المباشر للقتل ، وليس حافر البئر الا منسبياً بالنظر لانتقال علة الحفر والهلاك . وقد غلبت هنا المباشرة على النسب ، لانها ارجح جهة ، ولان شأن الشريعة تقديم الراجح عند التعارض^٢ . وبمعناه جاء في الجملة انه ولو فعل احد فعلاً يكون سبباً لتلف شيء ، فعامل في ذلك الوقت . فعل اختيساري ، يعني ان شخصاً آخر اتلف ذلك الشيء مباشرة ، يكون ذلك الفاعل المباشر الذي هو صاحب الفعل الاختيساري ضامناً (المادة ٩٢٥) .

ومن هذا المبدأ امثلة اخرى عديدة ، لا بأس بإيراد بعضها انما للتوضيح :
 « ولو وضع رجل حجراً ، وحفر آخر بئراً او نصب كميناً ، ففتن بالطير (النسان) ووقع بالبر او على السكنين وهلاك ، فالضمان على واضع الحجر دون الحافر ونائب السكنين ، لان واضع الحجر كالدافع له ، واذا اجتمع الحافر والدافع فالضمان على الدافع وحده^٣ .

وايضاً لو دل احد لصاً على مال انسان فسرقة ، فالضمان على السارق لانه مباشر ، ولا شيء على الدال لانه منسب . وكذلك لو فتح احد باب دار فسرق اللص منه متاعاً ، لم يضمن الفاتح عند جمهور الفقهاء ، ويضمن عند مالك^٤ .

وكذلك اخيراً ، ولو كانت الدابة مربوطة ، والباب مغلق ، ففعل احد جهلها ، وانى غيره وفتح الباب فهربت ، فالضمان على الفاتح وحده لانه هو المباشر^٥ .

الاستنبات

ان لقاعدة تقديم المباشرة على النسب مستنباتات ، يكون فيها المنسب ثارة

(١) البحر (ج ٨ ص ٣٤٨) ، والوزير (ج ١ ص ٢٠٦) ، وشرح سيدي خليل للوقاي (بهامش المطاب ج ٥ ص ٢٧٨) ، وكتاب القواعد في الوضوح المذكور .

(٢) القروق للقرابي ، ج ٢ ص ٢٠٨ .

(٣) الفتى (ج ٩ ص ٥٦٥) . انظر ايضاً كتاب الحراج لابي يوسف (ص ٩٦) ،

والوزير (ج ٢ ص ١٥٠) ، وفتح الضمانات (ص ١٨٠) .

(٤) فتح العزيز (ج ١١ ص ٢٤٧) ، والاشباه والنظائر لابن نجيم (ص ٦٤) ، وشرح

الحرشي على سيدي خليل (ج ٤ ص ٣٥٦) ، وجامع القصولين (ج ٢ ص ١١٦) ، والقوانين

الغنية (ص ٣٣٢) ، وفتح الضمانات (ص ١٥٣) .

(٥) جمع الضمانات ، ص ١٤٨ .

هو الضامن مع انه منسب ، وذلك لعدم وجود مباشر مسؤول عن وضع الماء ، وكذلك أيضا لو عثر احد بحجر لم يعرف واضعه فوقع في بئر ، فلتعذر معرفة المباشر بكون حافر البئر ضامنا ، مع انه منسب ليس إلا .

وبعد ، فحين نرى من هذه الامثلة ان الاصل تقديم المباشر على المنسب عند اجتماعها ، وذلك لان المباشرة ارجح من المنسب . ولكن متى كان المنسب معادلا للمباشرة في قرنه ، كان الضمان على المنسب والمباشر كليهما . وكذا متى كان المنسب اقوى من المباشرة ، بسبب عدم وجود المباشر أو عدم مسؤوليته أو بسبب تعذر معرفته ، ففي كل ذلك يكون المنسب وحده ضامنا ، خلافا للاصل الذي أسلفنا .

(١) كتاب الخراج (س ٩٦-٩٧) ، ونجم الصحائف (س ١٨٠) .

ولكن لو كان الدال مسؤولا لسبب آخر ، فانه يبقى ضامنا مع السارق . مثاله لو دل الوديع السارق على الوديعة ، فيضمن الوديع ايضا . ولكن ضمانه هنا ليس بضمان اطلاق ، بل هو ضمان عقد نابع عن عقد الوديعة - وسببه التقصير في حفظ الامانة ^١ .

ثانيا - تضمين المنسب وحده .
هناك فئة من المستنبطات القاعدية تقدم المباشرة على المنسب ، يكون فيها المنسب وحده مسؤولا دون المباشر ، وذلك عند تعذر تضمين المباشر ، اما لانه غير مسؤول ، واما لانه غير موجود ، واما لانه غير معروف . ففي هذه الفئة من الاحوال ، يقدم المنسب على المباشرة ، باعتباره اقوى منها .

مثاله لو شهد شهود الزور با يوجب ضياع المال على المدعى عليه ، ثم اعترفوا بالكذب او بالجهالة ، فانهم يضمنون ما ائلقوه بشهادتهم . ولكن الحاكم الذي استند إلى شهادتهم الكاذبة لا يضمن شيئا ، مع انه هو المباشر وهم المتسبون .

وأيضا لو قدم احد ستما لآخر في طعامه فأكاه جاهلا به ، فواضع السم يتسبب وهو ضامن وحده ، مع ان المباشر لفنسل نفسه هو آكل السم ^٢ . وذلك الا اذا اكل السم باختياره ^٣ .

ومن نظائر هذه الامثلة ما لو احدث رجل شيئا على الطريق بدون حق ، فعثر به انسان ووقع على انسان آخر ومات الاثنان ، و فضمان ديتها على المحدث ... لانه بمنزلة الدافع ، فكأنه دفعه بيده على غيره ، ولا ضمان على الذي عثر لانه مدفوع في هذه الحالة فكان كالآلة ^٤ .

ولقد رأينا انه لو زلق احد بئره رجل في الطريق ، فوقع في بئر حفرها رجل آخر وعطب ، فالضمان على واضع الماء . ولكن وان كان الماء ماء السماء ، فزلق به رجل فوقع في البئر فعطب ، فعلى صاحب البئر الضمان . فها كان صاحب البئر

(١) الاشباه والنظائر لابن نجيم (س ٦٤) ، والقواعد لابن رجب (القاعدة ١٢٧ ص ٢٨٨) .

(٢) تنقيح الفتاوى الحامدية (ج ١ ص ٣٧٤) ، والقروق (ج ٢ ص ٢٠٨) ، والقواعد لابن رجب (القاعدة ١٢٧ ص ٢٨٥) .

(٣) الفتاوى البرازية (ج ٣ ص ٣٨٢) ، وفتاوى الحيدرية (ج ٢ ص ١٩٤) .

(٤) نجم الانهر ، ج ٢ ص ٦٥٢ .

كل عمل أو امتناع اختياري جرى بدون انقيا إلى نتائج المنظره منه .
ففي نظرية الخطأ ، يجب أن يكون الفاعل خاطئاً بالمعنى الذي ذكرنا ، حتى
يكون ضامناً . وإذا لم يكن كذلك ، لانقضاء القصد أو التقصير أو قلة الاحتراز ،
فلا مسؤولية عليه ولا ضمان .

أما في نظرية الخطأ ، فالمسؤولية تنوجب على كل امرئ ، أضر بغيره بدون
حق ، سواء أكان خاطئاً أم لم يكن . فهذه النظرية لا تنظر إلى التصرفات الشرعية
العملية كمدافعات بين الأشخاص ذوي المصلحة ، أي بين فاعل الجرم والمتضرر منه ،
بل تنظر إليها كأنها علاقات بين أموال الفريقين . فلذا لو وجد اثنان ، احدهما
ارتكب العمل المضر والثاني تضرر منه ، وكان الخلاف في الترجيح بينهما ، فالمدل
بعضي بتحميل الأول وحده نتيجة العمل الذي ارتكبه . هذا إلى أنه لما كان المرء
يذفع من عمله إذا كان مفيداً ، فكذلك عليه هو أن يتحمل ضرره إذا كان مضرراً .
فأعمال الإنسان إذن مخاطرة ، نارة تضر خيراً وتارة تضر شراً . وفي كلا الحالتين
على فاعلها أن يجني نتائجها ، سواء أكانت مقصودة أم غير مقصودة ، وسواء أكانت
منظرة ومنقومة أم لم تكن ^١ .

ولا شك في أن هذه النظرية الجديدة ليست بالنظرية السائدة اليوم . فالقانون
العصري تسمي بوجه عام إلى نظرية الخطأ ، كما نرى في فرنسا وانكلترا وألمانيا ولبنان
وغيرها . مثاله جاء في القانون المدني الفرنسي : « كل فعل من الإنسان سبب ضرراً
للغير يلزم من وقع الضرر بمخطئه أن يضمنه . وكل امرئ مسؤول عن الضرر الذي
يسببه ليس بفعله فحسب ، بل بتقصيره أو بعدم تحرزه أيضاً » ^٢ .
وعلى الرغم من ذلك فإن نظرية الخطأ كان لها تأثير ملوس في بعض البلاد ،
سواء في التشريع أو الفقه أو في الاجتهاد القضائي ^٣ .

(١) انظر كتابي القانون المدني الفرنسي : تأليف كولان وكايتيان (ج ٢ ص ٣٦٧) ،
وأيضاً بلايتول (ج ٢ رقم ٨٦٣ ثالثاً) .
(٢) الأذنان ١٣٨٢ و ١٣٨٣ منه . انظر أيضاً المادة ٨٢٣ من القانون المدني الألماني ،
والمادة ١٢٣ من قانون الوجبات والعقود البناي .
(٣) راجع مثلاً في فرنسا ، كتاب كولان وكايتيان المذكور (ص ٣٦٨ — ٣٧٢) ،
وواجب تردد الاجتهاد الفرنسي الأخير في مقال السيد هنري لالو ، المنشور في مجلة Les cahiers
du Droit (باريس ، نيسان ١٩٤٥ ، ص ١٥) ، وفي كتب مازور وسافاتييه وغيرهما .

الفصل الخامس

الخطأ الجرمي

التفاريات المختلفة

لقد قدنا إلى الآن شروطاً متعددة لازمة لتكوين الجرم . وهي العمل ،
والضرر والتمدي ، وعلاقة الضرر بالعمل . ولكن أنكمي هذه الشروط وحدها
لا يجاب المسؤولية الجرمية ، أم يجب علاوة عليها أن يكون الفاعل خاطئاً ، أي
أن ينتج الفعل عن قوه منه أو عن تقصير أو عدم تحرز ؟

في هذه المسألة نظريتان : احدهما توجب وجود الخطأ ، والثانية لا توجبها .
وقد سببت الأولى بنظرية الخطأ ، والثانية بنظرية الخطأ ^١ . ونحن نوضع كلاً
منها بكلمة وجيزة :

ولا بد من الملاحظة أن كلمة الخطأ هنا لا تعني عدم القصد ، كما في استعمالها
للقتل الخطأ لتفريقه عن القتل العمد . بل تعني الخطيئة والذنب والخطأ (بكسر
الحاء) ، فيندرج تحنها القصد والتمدد والتقصير وقلة الاحتراز .

وتعريف القصد هو الإرادة المتوجهة نحو الفعل ونتائجه ، كما في القتل باطلاق
الرصاصة بقصد الإصابة . وتعريف عدم التحرز هو الإرادة المتوجهة نحو فعل دون
حساب نتائجه ، كما في إجراء عمل خطر دون اكتراث كالسرعة الزائدة في سوق
السيارة وما أشبه . أما التقصير فهو إهمال أمر يجب اجراؤه والانتباه إليه ، كما في
تفويت حفظ شيء واجب في بعض الأحيان .

فالقصد إذن هو الإرادة المتوجهة نحو نتيجة معينة . وعدم التحرز والتقصير هما

ابيضاح معنى الخطأ

ان المسؤولية في القصد والتعمد ثابتة ظاهرة ، لا تحتاج الى برهان أو توضيح .
 لكن اذا كان الخطأ من نوع التقصير أو عدم التحرز ، فكيف يقدر ذلك ؟ وما
 مني التحرز الواجب على المرء ؟ وما هو الانتباه المقروض ؟ فالجواب عن هذه
 لائحة يتوقف على السبوك الذي يعتمد به القانون في هذه الامور .
 ولا مراء في أن الحياة الاجتماعية تفرض على الناس ان يسلكوا في اعمالهم
 سلوكاً ، يعينه العرف ، ويجدد معياره ، مستوى المجتمع الاخلاقي وحظه من
 الحضارة والتقدم .

وليس حال الناس في المجتمع على وتيرة واحدة بالقياس الى هذا السبوك
 المقروض . بل هم متبايزون في ذلك ، يختلفون في ميولهم ومشاربهم ، وطبائعهم
 واخلاقهم ، ومتباينون في درجة ثقافتهم وبنيتهم . فمن جوارز منهم
 معيار السبوك العرفي كان محمداً مشكوراً ، ومن قصر عنه كان مذموماً مدحوراً ،
 ومن اكتفى به وسار عليه كان معتدلاً التصرف مقبول السيرة .
 ويظهر اثر هذا الاختلاف في سيرة الناس من ناحية تقدير الخطأ في تصرفاتهم
 الفعلية . فهم لا يكفون ان يتبعوا المثل الاعلى في التبصر والانتباه وحسن السيرة ،
 ولا يؤمرون بان لا يجحدوا عن كل ذلك . بل هم يسألون عن المعيار الوسط الذي
 يحافظ عليه معتدل السيرة من الرجال العاديين .

فاذن ان الضابط في الانتباه والتبصر في التصرفات الفعلية هو ما يحافظ عليه
 الرجل ذو الحظ العادي من التحرز واليقظة والشعور . وان الضابط في مدى
 المسؤولية هو ما كان نتيجة مقولة ومثوقفة الحدوث في نظر من ذكرنا من الرجال .
 هذا ما توصل اليه علماء القانون اليوم ، لا سيما في فرنسا وانكلترا . وهذا
 ما نراه مطابقاً للعقل والنطق ، وموافقاً للعدل والانصاف .

(١) انظر ما قيل عن الرجل المتحرز (Homme diligent) في كتاب كولون وكابيتان

لتكوير (ص ٣٧٧) ، وما قيل عن الرجل البادي في النظر والقائمة والتحرز

(Man of ordinary sense , knowledge and prudence)

في كتاب بولوك (الجرائم المدنية ، ص ٢٧ وما بعدها) .

موقف الشرع الاسلامي

لم يكن موقف الشرع الاسلامي موقفاً مشابهاً لواحدة فحسب من النظريتين
 المتناقضتين اللتين اتينا على ذكرهما ، بل هو اخذ برأي وسط بينهما . فأرجب الخطأ
 في احوال التسبب ، ولم يوجب في احوال المباشرة

وتحسب اذ نقول ذلك لا نستقري ولا نستنتج ، بل نستند الى نص صريح عام .
 ففي القواعد الكلية من مجلة الاحكام العدلية : « المباشرة ضامن وان لم يعتمد ،
 والتسبب لا يضمن الا بالتمتع » (المادتان ٩٢ و ٩٣) .

وكانت هذه القاعدة معروفة قبل كتاب البغدادي في الضمانات ، خلافاً لما
 يفهم من قول احد مؤلفينا المعاصرين ^١ . فقد ذكرها ابن نجيم ، احد فقهاء المائة
 العاشرة بعد الفجرة في كتاب الاشباه والنظائر ^٢ . ولا شك في انها ليست من
 ابتكاره ، بل كانت معروفة قبله . وعلى الاقل فمعناها ومساثلها موجودة في اقدم
 الكتب المعهولة . وفوق ذلك نحن لا نرى ما يبرر اعتبارها من اجتهاد الفقهاء .
 المتأخرين ، لا سيما بعد توقف الاجتهاد في الذاهب كما نرى .

ف نظرية الشرع الاسلامي بالجملة تشترط وجود التعمد (الخطأ) في الاضرار نسبياً
 فقط ، ولا تشترطه في المباشرة . وبعكس ان سبب ذلك هو ان المباشرة منصفة
 بالفعل بدون فاصل ولا شبهة . فهي قوية الجهة ، كافية وحدها للضمان . اما التسبب ،
 فهو بعكس المباشرة بعيد عن الفعل ، ضعيف الجهة . لذا احتج الى التعمد (الخطأ)
 لتقويته ، ولوصفه بالفعل ، وتقريبه منه بصورة ملهوسة .

ولقد قلنا ان الفقهاء لم يستعملوا كلمة الخطأ بالمعنى الذي ذكرناه ، بل استعملوا
 مكانها كلمة التعمد . ولا ريب في ان معنى هذه الكلمة لا يتعصر هنا بالقصد فحسب ،
 بل يدخل فيه التقصير وعدم التحرز . فعلى الرغم من ان الفقهاء لم يصرحوا بذلك
 ولم يجحدوا معنى كل هذه الكلمات ، فالامثلة العديدة التي حصروها ودوزوها تكفي

(١) السيد بيان في اطروحة الدكتوراة ، ص ٢٠٧ .

(٢) ص ١١٣ . وعبارتها فيه هي : « المباشرة ضامن وان لم يعتمد ، والتسبب لا الا اذا كان

متعمداً » . وتلفت في الجامع ايضاً مع تغيير طفيف باللفظ (الجامع وشرحه الناقد ، ص ٣٣١) .

وقد ذكر البغدادي في جمع الضمانات (ص ١٢٦) انه نقل هذه القاعدة عن الاشباه ، ولكنه

نقلها ملهوسة كما ذكرنا آنفاً .

مال غيره يكون ضامناً (المادة ٩١٦) . فلو كان النعمد ، بعشاء الخاص الذي عرفناه ، من شروط المباشرة ، لما كان هذا الحكم مقبولاً ، اذ لا يتصور عند القاصرين وجود القصد أو التحرز والانتباه المفروض شرعاً أو عرفاً . انا لهذا الاصل بعض المستثنيات ، واهمها المستثنيات التي رأيناها لقاعدة تقديم المباشرة على النسب . ففي الاحوال التي يقدم فيها النسب على المباشرة لا يكون الضمان على المباشرة ، بل يكون على النسب لان الخطأ عليه وحده . ففي هذه المستثنيات وما إليها اعتبر ان الضمان على المباشرة لعدم خطئه ، علماً لقاعدة القائل ان المباشرة ضامن وان لم يتعمد .

النسب قصداً

ان احوال النسب في الضرر قصداً هي أقوى احوال النسب بلا مرأه . وإن المسؤولية فيها واضحة ظاهرة ، لم تستدع أن يكون فيها خلاف كبير . فلذا تقتصر على القليل من أمثلتها .

فلقد مر معنا أن شاهدي الزور بسببان بشاهدتها ضرراً للمحكوم عليه ، وانها اذا رجعا عن الشهادة وأقرا بكتبتها نجر ما ما أصاب الدماء عليه من الضرر . فعلى شاهد الزور كما ترى تسبب مقصود من الشاهد للاضرار بالشهود عليه . وأيضاً لو تجادب اثنان حبلاً ، وقطعه انسان بقصد إيقاعها ، فوقعها وماتا ، فالقاطع مسؤول لان عمله من نوع التسبب قصداً . ولكنه لا يكون مسؤولاً إن عمل ذلك بدافع المصاحلة^٢ .

ومن نظائر هذه الامثلة ما جاء في الجملة انه : ولو جعلت دابة أحد من الآخر ، وفرت فهاجت ، لا يلزم الضمان . أما اذا كان اجنلاً قصداً ، فيضمن . وكذا إذا جعلت الدابة من صوت البندقية التي رماها الصياد قصداً للصيد ، ف وقعت وتلفت ، أو انكسر احد اعضاءها ، فلا يلزم الضمان . أما اذا كان الصياد قد رمى البندقية بقصد اجفائها ، فيضمن (المادة ٩٢٣) .

و وكذا لو سدت احد مياه أو أرض آخر أو مائه وروسته ، ويبست مزروعاته

(١) في الفصل الثاني من هذا الباب .

(٢) مجمع الاظهر (ج ٢ ص ٦٦١) ، ومجمع الضمانات (ص ١٦٨) .

للاستنتاج بان المعنى المقصود منها جميعاً هو شبهه بمعنى الخطأ في النظرة الأورورية التي قدمناها .

ونحن نوضح هذه القاعدة ، ونرى تطبيقها اولاً في احوال المباشرة ثم في احوال النسب على اختلاف انواعها ، ونبين احياناً احوال عدم الضمان في جميعها . ولا بد من الملاحظة اننا اذ نورد الامثلة في هذا المعرض لا نكرر ما أوردناه منها في الفصول السابقة ، ولا نقصد الى ان تكون جامعة حاوية ، ولا الى بيان حكمها في جميع المذاهب . انا نكتفي باقتطاف أهمها من الجملة ومن الكتب الفقهية ، وان كان ذلك من مذاهب مختلفة . فالغاية التي تتوخاها هي تصوير المسلك الذي سلكه الفقهاء في درس القضايا وتدقيقها ، وفي تفهيمها والتفكير فيها . ولقد اثبتنا ، ونحن اثبت الآن بان الخلاف بينهم لم يكن غالباً في المبادئ ، بل كان في الفروع فقط ، على نحو الخلاف الذي نراه اليوم في اجتهاد المحاكم .

القاعدة في المباشرة

المباشرة ضامن وان لم يتعمد . هذا هو الاصل في احوال المباشرة . فعليه - قالت مجلة الاحكام العدلية : « اذا اُتلف أحد مال غيره الذي في يده او في يسه امينه قصداً او من غير قصد يضمن ٥٠٠ » (المادة ٩١٢) . ومن أمثلة هذه القاعدة ما جاء في الجملة أيضاً انه : « اذا راق أحد وسقط على مال آخر وأتلفه يضمن » (المادة ٩١٣) . وكذلك يجب الضمان اذا انقلب النائم على متاع (لهيئه) وكسره ، « او لو رمس (احد) سهماً الى هدف في ملكه فتهاوزته وأتلف شيئاً لغيره »^١ . ففي هذه الاحوال لم يكن الاتلاف مقصوداً ، ولكنه رغم ذلك كان موجباً للضمان ، لان القصد وما ألحق به ليس ضرورياً لازماً للفاعل المباشر .

ولنفس السبب لا يتوقف الضمان في الاتلاف مباشرة على العلم^٢ . فلذا ولو اتلف أحد مال غيره على زعمه انه ماله يضمن (المادة ٩١٤) .

وهذا يفسر أيضاً ما سنراه في الباب القادم من ان الصبي القاصر اذا اتلف

(١) مجمع الضمانات ، ص ١٤٦ .

(٢) البدائع ، ج ٧ ص ١٠١ .

ومعروضاته وتلفت بكون ضامناً (المادة ٩٢٢) .
وأخيراً لا شك في أنه يباح للانسان في الأصل ان يصب المساء في بئزابه .
ولكن لو علم هو ان تحت الميزاب متاعاً لغيره ، وصب الماء فيه ففقد المتاع ، كان ضامناً ، لانه تسبب بالاتلاف تعمداً ، اذ يعلم بوجود المتاع ورأى الماء يسيل بطبيعته .

التسبب تصهيراً

كثيراً ما يكون على المرء ان يراعي بعض الواجبات وان يتم بها . ومضى تواني عنها او اهملها عملاً مقصراً ومسؤولاً عن نتيجة نقصيره .

ومن أهم أمثلة التقصير التواني في حفظ من يجب حفظه من الصبيان ومن كان في قسطنطينية . مثاله لو نقل أحد صبياً صغيراً حراً من أهله ، فاقترسه سبع او حمية ، فهل على غاصبه الضمان ؟ قال بعضهم كالشافعي وزفر الحنفي بأن لا ضمان في ذلك ، إلا إذا وضع الصبي في مسبعة او في ارض تكثر فيها الأفاعي . وتعملل عدم الضمان ان الغصب لا يتحقق في الحر ، وان الملاك لم يكن بالنقل بل مباشرة الحيوانات واختياره . ولكن الرأي المختار عند الحنفيين بوجوب الضمان على الغاصب استحصاناً ، لأنه لم يفوت عن الولد حفظ اهله فحسب ، بل أهمل حفظه هو ، وكان تقصيره من ثم تسيباً لما اصابه . ويعتد بنزلة الصبي كل انسان حر كبير نقل وقيده واهل حفظه . وقد اختلف الحنفيون في مسألة الصبي الذي يأخذ الغاصب ويقصر في حفظه ، فيقتل الصبي نفسه او يرمي نفسه من الدابة بسبب هذا التقصير . فعمد أبي يوسف يضمن الغاصب الضرر في هذه المسألة ، وعند محمد بن الحسن لا يضمنه .^٢

وكذلك يرى الحنفيون في قولهم المختار ان الضمان واجب في احوال اخرى من هذا النوع عديدة . فقد قالوا مثلاً بأنه لو خرجت الام وتركت ولدها المحضون البالغ الثالثة من عمره ، فوقع هذا في النار ، فهي ضامنة لأنها قصرت في حفظه . ولكنها لا تضمن اذا كان الولد في السنة السادسة ، اذ هو بقدر عادة على حفظ نفسه من النار .

(١) البوط (ج ٢٧ ص ٢٢) ، وجامع الفصولين (ج ٢ ص ١٧٦) .

(٢) راجع في كل ذلك : البائع (ج ٧ ص ١٦٦ - ١٦٧) ، وجامع الاثر (ج ٢ ص ٦٦٦) ،

ووقع النير (ج ١١ ص ٢٤٧ - ٢٤٨) ، والبطوط (ج ٢٦ ص ١٨٦) .

ومثله لو تركت الام ولدها عند امرأة لتحفظه حتى تعود ، فوقع الولد في النار ، فعلى المرأة الدية للام ومائة الف درهم ، ان كان الولد من لا يحفظ نفسه . وايضاً لو بعث معلم صبية لنجي ، له بنار يعبر اذن ايها فاحتوت ، كان المعلم ضامناً ، وان كانت صغيرة بحيث لم يمكن حفظها ، والا فلا .^١ ومسألة شبيهة : « امرأة تصرع أحياناً فيحتاج الى حفظها اثلاً تقع في ماء أو نار وهي في منزل الزوج ، فعليه حفظها . فان لم يحفظها حتى ألقت نفسها في نار عند الصرع ، فعلى الزوج ضماناً » .^٢ وكذلك لو سلم أحد ولده الى سياح ليعلمه السباحة فغرق الولد ، كان السياح مسؤولاً . وسبب ذلك أنه تسلم الولد ليعتاط في حفظه ، فغرقه دليل التقصير في المحافظة الواجبة والتفريط في الانتباه المطلوب .^٣ ولكن في فتاوى خير الدين المنيف ، لو خاض المراهق مع معلمه وجماعة في مسيل ماء ، فغرق المراهق وقسم من الجماعة دون الباقيين ، فلا ضمان على المعلم ، لان المراهق خاض الماء باختياره . ونحن نرى الى ذلك ان غرق قسم من الجماعة مع المراهق لدليل على عدم تقصير المعلم . وأخيراً نورد مثلاً من نوع آخر : رجل ساق دابة فوقع سرجهاً أو لجامها أو شيء آخر من أدواتها التي تحمل عليها ، وأصاب هذا الشيء انساناً فمات ، فالسائق ضامن ، ولأن الوقوع بتقصير منه ، وهو ترك الشد والاحكام فيه .^٤

ولا بد من التنبيه الى انه يدخل ايضاً في امثلة التقصير ما سبناه في الباب القادم عن الحائط المائل ، الذي ينهدم بسبب الاهمال في ترميمه واصلاحه ، ويورث بذلك ضرراً للغير .

ففي كل هذه الامثلة وما إليها ، كان الضرر ناتجاً ومسبباً عن التقصير والاهمال وعدم السهر على ما يجب الاهتمام به ، فكان ذلك من ثم سبباً للثبته والضمان .

التسبب عن فله الاضرار

ان مسائل عدم التعرض في التسبب هي بلا ريب اكثر مسائل التسبب والاتلاف

(١) هذه الامثلة جميعاً من جامع الفصولين ، ج ٢ ص ١١٤ .

(٢) الفتاوى (ج ٩ ص ٥٧٧) . والوزير (ج ٢ ص ١٤٩) .

(٣) الفتاوى الخيرية ، ج ٢ ص ١٩٧ .

(٤) مجمل الاثر ، ج ٢ ص ٦٦١ .

ثانياً - مسائل النار والمياه

لو سقى رجل ارضه فتنزل الماء الى ارض جاره فاغرقها ، او لو اوقد ناراً في ملكه فطارقت شرارة منها الى زرع الجار او الى داره فاغرقها، ففي هذه الاحوال وما اشبهها ، يجب التدقيق والتفصيل .

فان كان الفعل بما جرت به العادة من غير تقرب ، فلا مسؤولية على الفاعل . ولكن ان كان الفعل مخالفاً للعادة ، او فيه تقرب وقلة تحرز ، كما لو كان الوقد في يوم ريح أو كانت النار قوية أو كان زرع الجار قريباً وملتصفاً بوضع النار او كان الماء زائداً على المعتاد والمعقول ، ففي كل ذلك يجب الضمان على الفاعل . فالسواء والنار اذاً ، وان كان وجودهما في بيت المرء مباحاً ، الا انها من الاشياء التي تسبب او تنتقل بطبيعتها ، فكان يجب التيقظ في استعمالها والتحرز لتأثيرها المعقول المتوقعة^١ . مثاله قال قاضيخان : ه رجل اراد ان يحرق حصاده ارضه ، فاوقد النار في حصاده ، فذهبت النار الى ارض جاره واغرقت زرعه ، لا يضمن الا ان يعلم انه لو حرق حصاده لتمتدى النار الى زرع جاره ، لانه اذا علم ذلك كان فاصداً اخر اراق زرع الغير . رجل اوقد في تنوره ناراً ، فالقن فيه من الخطب مالا يحتمله النور ، فاحترق بيته وتمتدى الى دار جاره فاحترق ، يضمن صاحب التنور . كما لو ارسل في ارضه ماء لا يحتمله ارضه ، فتمتدى إلى ارض غيره ، فافسد ما فيه من الزرع ، كان ضامناً ه^٢ .

ثالثاً - مسائل البر

لا يجوز لاحد ان يجفر بئراً في الطريق العام ولا في ملك الغير . فان فعل ذلك ووقع فيها انسان أو حيوان ، كان الخافق ضامناً . وقد مر معنا شيء من هذا .

(١) انظر في النار والمياه : المادة ٩٢٢ من المحبته ، والبسوط (ج ٧ ص ٢٣) ، وجامع الفصولين (ج ٢ ص ١٢٣ - ١٢٥) ، والقوانين القبية (ص ٣٢٢) ، والوجيز (ج ٢ ص ١٥٠) ، والنبي (ج ٥ ص ٤٥٣) ، والحلى (ج ١١ رقم ٢١١٧) ، وجامع الضمانات (ص ١٦١ وما بعدها) .

(٢) الفتاوى الحانية ، (بهاس الهندية) ، ج ٣ ص ٢٨٣ - ٢٨٤ . وجامع ما جاء عن هذه المسائل في القانون الانكليزي ، في كتاب برونك (ص ١٨٥ وما بعدها) .

في كتب الفقه . وهي جميعاً تندرج تحت الاعمال التي يقترفها الانسان اختياراً وقصداً ، دون التبصر الكافي في النتائج الضارة التي تنأثي منها ، ذلك التبصر الذي يثبته السالك الشرعي والعرفي على الناس في حياتهم ومعاملاتهم .

ونحن ، ان اردنا بعض الامثلة في هذا المعرض ، كما في كل معرض آخر نأثي عليه ، لا نقصد الى ان نثني هذه السطور بالخشو وكثرة الفروع ، بل انما نقصد الى جمع بعض المسائل المهمة المبعثرة في الكتب الفقهية تحت مبدأ عام ، يضمنها جميعاً في موضع واحد ، وبفسرها جميعاً بنفس التفسير والتعليل .

وهناك اهم هذه المسائل ، نوجز بياناً ونقدمها مرتبة بقدر الامكان حسب فئتها ومواضعها : -

اولاً - مسائل الطريق العام

لا شك في ان لكل انسان ان يمر على الطريق العام ، ولكن بشرط التحرز والاعتناء بان لا يضر هذا المرور بحقوق باقي الناس في المرور ايضاً . فمن جاوز هذا الحق ، او استعمله بدون التحرز الكافي ، كان ضامناً لا ينتج من المجاوزة او من عدم التحرز .

فهذا المعنى جاء في المحبته : ه لكل احد حق المرور في الطريق العام ، لكن بشرط السلامة . يعني انه مقيد بشرط ان لا يضر غيره بالحالات التي يمكن التحرز منها . فلو سقط عن ظهر الجمل حمل وانلف مال احد ، يكون الجمل ضامناً . وكذا اذا احترقت ثياب احد كان ماراً في الطريق الشرارة التي طارت من دكان الحداد حين ضربه الحديد ، فيضمن الحداد ثياب ذلك المار ه (المادة ٩٢٦) .

وجاء فيها ايضاً ، كما رأينا ، ان ه لبس لاحد الجلوس في الطريق العام ، ووضع شيء فيه ، واحداثه بلا اذن اولى الامر . واذا فعل فيضمن الضرر والحسار الذي تولد من ذلك الفعل . بناء عليه ، لو وضع احد على الطريق العام الحجارة وادوات المهارة ، واعتبر بها حيوان آخر وقلف يضمن . كذلك لو صب احد على الطريق العام شيئاً يترقى به كالدمن ، وزلق به حيوان وقلف ، يضمن ه (المادة ٩٢٧)^١ .

(١) راجع الوجيز ، ج ٢ ص ١٥٠ .

عدم خبرته .

ومن كان جاهلاً بما يرتبطه ، بحيث كان جهلاً ضرراً عاماً ، كالطبيب الجاهل والمفتي الماخذ ، فالشرع أجاز بل أوجب منه من مزاولة عمله والمضي في ضلاله وغيره . وليس هذا إلا من باب اتباع المصلحة العامة وتقديمها على المصلحة الخاصة ، وفق القاعدة الكلية القائلة : « يتحمل الضرر الخاص لدفع ضرر عام »^١ .

وفوق ذلك ، إذا ما احترف جاهل حرفة أو ناطق مهنة ، فسبب يجلبه ضرراً لإنسان ، فلا ريب في أنه يسأل عن هذا الضرر .

فقدماً قال بوستينيوس ، صاحب المدونات الرومانية ، في كتاب « الاحكام » :
« ان الجهل بعد خطيئة اجنبياً ، كما في الطبيب الذي يقتل رفيقك ، بافساد جراحته او باعطائه الدواء الملوّط »^٢ .

وحدثنا الحق علماء القانون الجهل وعدم المباشرة بعدم الاحتراز . وعللوا ذلك بان الجاهل ولا يسأل قانوناً لانه جاهل أو غير حاذق ، اذ أن الحكمة والمعرفة ربما كانتا فوق طاقته ، بل يسأل لانه مع جهله وعدم حذاقته قد تجرّؤ على تعاطي حرفة تتطلب صفات لا يجتازها »^٣ .

وهم جميعاً على حق في ذلك . فاقدم الجاهل على امر ، وهو عالم بجهله ومفروض فيه أن يعلم نتائج هذا الجهل ، تجازفة خطيرة ، هي عين عدم التبصر وعدم الاحتراز وعدم الاتنباه .

وبعد ان عرفنا هذه الحقيقة ، التي نكاد أن نكون من البهيميات التي لا تحتاج الى تركية ولا الى تبرير ، فلا غرو من أن نجد الفقهاء في الاسلام ، الذين لم يتزكروا باباً عملياً من الفقه الا وتعرضوه أو دققوا فيه ، قد تصدروا لهذا البحث ايضاً . واليك بعض الامثلة من ذلك ، دليلاً على ما نبيدي .

ففي الطبيب الجاهل ، جاء في الحديث الشريف : « من تطيب ولا يعلم منه

(١) راجع اللاتين ٢٦ و ٢٦٤ من الخلة .

(٢) Inst. 4,3,7 : « Imperitia quoque culpae adnumeratur , veluti si medicus ideo servum tuum occiderit , quod eum male secuerit aut perperam ei medicamentum dederit » .

(٣) كتاب سالوند (Jurisprudence) ، ص ٤١٢ ، وبولوك (ص ٤٥٧) . ومن أحدث ما كتب في الموضوع كتاب « المسؤولية الطبية » (La responsabilité médicale) تأليف Louis Kornprobst ، باريس ، ١٩٤٦ .

ولا ريب في أن التصدير في مثل هذه الاحوال يعتبر مفروضاً بوجه أكيد . ولكن لو كان الحرف في ملك الجائر نفسه ، فلا ضمان عليه ، الا أن يبث صدور ذلك عن فلة احتراز أو تبصر من جانبه .

واحسن ما رأيت في ذلك ما قاله العلامة موفق الدين بن قدامة ، وهو حرفياً : « إن حفر انسان في ملكه بئراً ، فوقع فيها انسان أو ذابة فهلك به ، وكان الداخل دخل بغير اذنه ، فلا ضمان على الجائر ، لانه لا عدوان منه . وإن دخل باذنه ، والبئر بينة مكشوفة ، والداخل يصير بصيرها ، فلا ضمان ايضاً ، لأن الواقع هو الذي اهلك نفسه ، فاشبه ما لو قدم اليه سيف فقتل به نفسه . وإن كان الداخل أعمى أو كانت البئر في ظلمة لا يبصرها الداخل ، أو غطي رأسها ، فلم يعلم الداخل بها حتى وقع فيها ، فعليه ضمانه . وبهذا قال شريح والشعبي والنسفي وحماد ومالك ، وهو أحد الوجوهين لأصحاب الشافعي ، وقال في الآخر لا يضمنه لانه هلك بفعل نفسه »^١ .

راباً - مسائل اخرى

من المسائل التي نعدت نسبياً بعدم التبصر مسألة السرعة بسبب فزع الحرز . مثاله لو ه فتح أحد حانوتاً لرجل فتزكته مفتوحاً فمسرّ ، ، فالقاتح ضامن عند مالك ، وذلك خلافاً لرأي جمهور الفقهاء ، كما رأينا آنفاً^٢ .

وبعد ، فهذا ما رأينا اقتطاه من القضايا المهمة في نسب الضرر بعدم التحرز والتبصر . وهو على الجملة يرينا ما توصل اليه الفقهاء المسلمون في هذا الموضوع ، ويثبت بوجه عام ان النتيجة التي احرزوها شبيهة جداً بالنظرية العامة الحديثة .

الجزء في الحرف والصناعات

ان مراس بعض الحرف والصناعات يتطلب علماً خاصاً او شيئاً من المعرفة معيناً . فعلى من يحترف حرفة من هذه الحرف او صناعة من هذه الصناعات ان يتقنها الاثقان الكافي ، ليكون الناس بذلك في مأمن من خطر جهله وشر

(١) اللثي ، ج ٩ ص ٥٧١ و ٥٦٤ . انظر ايضاً الوجيز (ج ٢ ص ١٤٩) ، وبداية

الجهيد (ج ٢ ص ٢٦٢) ، والنسوط (ج ٢٧ ص ١٤) ، والهادية (ج ٤ ص ١٥٦) .

(٢) راجع القوانين الفقهية (ص ٣٣٢) ، وما قلناه عن هذه المسألة في الفصل السابق .

الكمال والمعصية لله وحده ، ه وفوق كل ذي علم عليم ^١ .

عدم الخطأ والمسؤولية

بعد ان وضع لدينا ان لا مسؤولية ولا ضمان في الاضرار تسبباً الا اذا كانت الفاعل متعمداً أو خاطئاً بالمعنى الذي ذكرناه من الطبيعي ان لا يكون ثمة مسؤولية عند انتفاء التعمد أو الخطأ .
ولقد ورد معنا بعض الامثلة من ذلك فيما مر سابقاً . ولكن اوضح ما يكون انتفاء المسؤولية اذ هو في احوال خطأ المجني عليه ، أو خطأ شخص ثالث ، أو احوال القوة القاهرة . وهناك ابضاح ذلك بامثلة قليلة ، بخاترة من مواضع مختلفة ومذهب شتى .

اولاً - خطأ المجني عليه

ان العمل الذي يقوم به أحد الناس اذا اتاه فعل من آخر ، وكان هذا الفعل سبباً لتضرر هذا الآخر ، فلا ريب في ان فاعل العمل الاول غير مسؤول عن الضرر الحاصل .

مثاله لو قدم احد الى آخر سلاحاً فقتل نفسه ، فلا ضمان على صاحب السلاح .
ومثله ذكرنا آنفاً انه لو حفر أحد بئراً في ارضه وترك البئر مكشوفة ظاهرة ، ودخل الارض باذنه انسان بصير فوقع في البئر ، فلا ضمان على حافرها لأن الخطأ كان من الواقع ^٢ .

وكذلك لو حفر أحد بئراً في الطريق العام ، او رش فيها ماء يترقى به عادة ، ومروا انسان على البئر او على الماء عمداً ونفاق ، فليس على الحافر أو الراش شيء ، لان تسببه قد انقطع بباشرة المرور تمهداً من قبل المتضرر ^٣ .

ومن اشبه ذلك ما لو سار رجل على دابة في الطريق ، فنخسها انسان او ضربها ففقدته بوجها فقتلته . ففي هذا لا ضمان على صاحب الدابة أو راعيها ، بل يعتبر

(١) البقرة (٢) ٢٣٣ ، ويوسف (١٢) ٧٦ .

(٢) المغني ، ج ١ ص ٥٧١ .

(٣) الريلسي (ج ٦ ص ١٤٥) ، ونجم الامهر (ج ٢ ص ٦٥٥) ، ونجم الضمانات (ص ١٨٠) .

طلب فهو ضامن ^٤ . وجاء ايضاً : « إنما طبيب تطيب على قوم لا يعرف له تطيب قبل ذلك فاعنت فهو ضامن ^٥ » .

وقال الامام الشافعي : « اذا امر (احد) الرجل بحججه أو بخيتم غلامه أو ببطير دابته فتأمر من فعله ، فان كان فعل ما يفعل مثله ما فيه الصلاح للفعل به عند أهل العلم بتلك الصناعة ولا ضمان عليه ، وان كان فعل ما لا يفعل مثله من أراد الصلاح وكان عالماً به فهو ضامن ^٦ » .

وقال ايضاً : « إن استأجر الرجل الرجل أن يجيز له خبزاً معلوماً في تدوير أو قرن فاحترق الخبز ، سئل اهل العلم به ، فان كان خبزه في حال لا يجيز في مثلها ، باستيقاد التنوير أو شدة حرته أو تركه تركاً لا يترك مثله ، فهذا كله تعدد يضمن فيه بكل حال ^٧ » . ومثله قال مالك وغيره ايضاً ^٨ .

ويفسر هذا الحكم بتحقيق الجمل وعدم التبصر . فعليه لو انتفى ذلك ، لم يكن ما يبور الضمان . مثاله جاء في الفساروي ، ان عطارة طلب منه ثبيرة لوضع فدفغ اجزاء حاملة فسقاه أهله منها وقدم الله عزه ، وان طبيباً غير جاهل طلبت منه امرأة دواء لها فأعطاها الدواء وشربته ثم ماتت ، فكانت الفتوى في هذه المسائل ونظيراتها ان لا ضمان على العطار أو الطبيب مطلقاً ^٩ .

وختاماً لا بد من التوضيح بان الجمل المقصود في هذا المعروض هو الجمل الظاهر الفاضح ، او هو عدم المهارة والحيلة المألوفة في التعرف الرطب . اما الخطأ الطفيف او الخطأ العادي ، الذي لا بد منه في كل حرفة او مهنة او مهنة ، فلا يعتد به غالباً . فلذا صرح العلماء المتفكرون وغيرهم بان القاضي لو اخطأ في بعض احكامه سهواً أو نسبياً لا يضمن . انما هو يضمن لو تعدد الخطأ جوراً وظلماً ^{١٠} .
وعدا بلا مراء هو الصواب بعينه ، اذ لا تكلف نفس الا وسعها ^{١١} ، وان

(١) رواها ابو داود السجستاني . وروى الاول ايضاً النسائي وابن ماجه الحاكم في المستدرک .

انظر الجامع الصغير للسيوطي (ج ٢ رقم ٨٥٩٦) ، وسنن ابي داود (ج ٤ رقم ٤٥٨٦ و ٤٥٨٧) .

(٢) الام ، ج ٦ ص ١٦٦ .

(٣) الدعوة الكبرى ، ج ١٢ ص ٣١ .

(٤) التناوي الخيرية (ج ٢ ص ١٩٤) ، ونسج الفتاوى المامدية (ج ٢ ص ٢٩٨) .

(٥) التناوي الهدية ، ج ٣ ص ٢٧٨ .

دم النابض ، مدراً لأن ذلك تولد من تحسه فصار كأنه هو الذي جنى على نفسه ،^١ .
وأخيراً لو تعلقت أحد رجل وخاصة ، فسقط من هذا الرجل شيء وهو يراه ،
وامكنه ان يأخذه ولم يفعل حتى ضاع ، فلا ضمان على المتعلق^٢ ، لان تسببه قد
انقطع بتقصير صاحب المال .

ثانياً - خطأ شخص ثالث

ان ما قلناه في خطأ الجني عليه يسري ايضاً في خطأ الشخص الثالث . مثاله
لو فتح أحد رأس زق فيه شيء جامد ، وقرب انسان النار من هذا الشيء ، فذاب
بتأثير الحرارة والندف ، لم يكن الضمان على فاتح الزق ، بل على مقرب النار^٣ ،
لانه باشر شيئاً أقوى من سبب الفاتح . وهذا تذكير بما قلناه آنفاً عن قاعده
تقديم المباشر على المتسبب ، ولا نرى فائدة من تكرار أمثله تلك القاعدة .

ثالثاً - القوة القاهرة

ان الآفة السجارية في حد تعبير الفقهاء ، أو القوة القاهرة في الاصطلاح
الحديث ، هي ، كما سنرى في بحث العقود ، كل أمر عارض خارج عن تدخل
الانسان .
ولقد مر معنا انه اذا تلف الشيء المنصوب في يد الغاصب ، بسبب خطئه
او بسبب سجاوي ، كان الغاصب مسؤولاً^٤ . وتعلبه ان الغصب يفترض التعمد
عند الغاصب وانه عمل غير مباح بحد ذاته .

اما فيما عدا احوال الغصب ، فالالتلاف لا يوجب الضمان اذا كان محدوداً ناتجاً
عن سبب سجاوي . مثاله لو نقل أحد صبياً وذهب به بغير اذن اعله ، فمات الولد
فجأة أو بمرض ، فلا شيء على ناقله ، لان الموت لم يكن بفعله . ولكنه يضمن فيما

- (١) البسوط ، ج ٢٧ ص ٢ .
- (٢) مجمع الضمانات ، ١٤٦ .
- (٣) فتح العزيز ، ج ١١ ص ٣٤٥ .
- (٤) انظر للامدة ٨٩١ من الهبة ، ومجمع الضمانات ص ١١٧ .
- (٥) شرح المرعي على سيدي خليل ، ج ٤ ص ٣٦٤ .

اذا و نقله الى مكان تغلب فيه الحمى والامراض ، كالطاعون وغيره ،^١ .
وكذلك مر معنا في مسألة الزق ايضاً ، انه لو فسح رأسه انسان ، ثم سقط
الزق بأمر عارض كزوال او هبوب الريح او ما شاكل فاندفق ما فيه ، فلا ضمان
على فاتحه عند الحنفيين وعند الشافعي . ومثله لو وضع احد حجراً في الطريق فجاءه
السيل ودحرجه فكسر شيئاً ، فلا ضمان على واضع الحجر ، لان جثابته زالت
بالقاء والريح^٢ .

وأخيراً جاء في الفتاوى الخيرية انه لو وضع احد بندقيته ، وبعد استقرارها
وقع مشيخها على خزانها من تلقاء نفسه ، فخرج الرصاص وقتل انساناً ، فلا
ضمان على واضعها^٣ . ولا شك في ان هذا القول فيه نظر ، لان البندقيات من
الاشياء الخطرة التي تتطلب احترازاً خاصاً وانتبهاً زائداً في وضعها وحملها وحفظها ،
وان مشيخها لا يقع عادة من تلقاء نفسه الا ان يكون ذلك نتيجة عدم التحرز
أو التبصر . هذا الى انه لا يجوز أن تترك البندقية في محفل عادي ومشيخها
محمشاً .

فلذا نرى ، كما هو اليوم في النظريات الحديثة ، ان واضع البندقية خاطئ .
بعدم تحرزه وتبصره ، ويجب في القياس أن يكون مسؤولاً وضامناً ، وعلى كل
فان ما قلناه عن هذه القضية قد ورد في فتاوى المتأخرين من الحنفيين ، ولم أره
عند غيرهم ، ولا اعتنقه مقبولاً عند هؤلاء بالاتفاق .

المسؤولية المحققة وهو اولى الاصطلاح

لقد قدمنا الاحوال التي تكون فيها مسؤولية الداعل كاملة ، وقد مرنا ايضاً

- (١) مجمع الانهر ، ج ٢ ص ٦٧٦ . راجع خلاف زفر واهل الظاهر في ذلك (المجلد ج ١١
رقم ٢١١٤) .
- (٢) راجع ما جاء عن هذه المسألة في الفصل السابق ، ومجمع الضمانات (ص ١٤٩) .
- (٣) الفتاوى الخيرية (ج ٢ ص ١٩١) ، وفتح الفتاوى الحميدية (ج ٢ ص ٢٨٢) .
- (٤) انظر في القانون الانكليزي مثلاً : الحكم في قضية ديكسون ضد بل الصادر عام ١٨١٦
17 R.R. 308 , 5 M. & S. 198 , 1810 ، وكتساب بولوك المذكور
(ص ٥٢١) .

جميع ما تالف من الآخر ، من دية او تمويض غيره . ولكن عند زفر الحنفي وفي المدعيين المالكي والشافعي ، على كل من المصطدمين ضمان نصف ما تالف ، لانه التالف حصل بفعلها معاً ، و فكان الضمان منقسماً عليها .

وقبل ان الحنفيين قالوا ايضاً بتضمين كل من المصطدمين نصف ما تالف ، لو كانا عابدين في الاصطدام .

ولكن اذا حصل الاصطدام بين رحلين احدهما سائر والآخر واقف ، فعلى الاول وحده ضمان ما تالف للواقف ، وليس على هذا ان يضمن ما تالف للاول .

ثانياً - اصطدام سفينتين

اذا كان الاصطدام قد حصل بسبب تقربط من جانب ريان احدى السفينتين ، فالضمان عليه وحده ، ويعتبر الريان مفروطاً متى كان قادراً على ضبط (سفينته) او ردها عن الاخرى فلم يفعل ، او امكنه ان ينعها الى ناحية اخرى فلم يفعل ، او لم يكمل آلتها من الجبال والرجال وغيرها .

ثم اذا كانت احدى السفينتين سائرة والاخرى واقفة ، او كانت احدهما منحدرة والاخرى مصعدة ، ففي ذلك يكون الضمان على ريان السفينة السائرة او المنحدرة ، ان كان مفروطاً في الملاحة .

ولكن اذا كان الاصطدام بسبب هبوب الريح او العواصف ، ولم يكن بالامكان منعه على الاطلاق ، فلا ضمان على احد .

اما في غير ذلك من الاحوال ، أي اذا كان التقربط من جانب ملاح السفينتين ، فالخلاف بين المذاهب ههنا هو كالحلاف في اصطدام الفارسين ، كما بينا آنفاً .

وختاماً لا بد من ان نقابل ههنا بما جاء في قانون الموجبات البناني . فهذا القانون ، بعد ان اقر التبعة الوضعية ، أي التبعة بدون ايجاب الخطأ ، على حارس الاشياء الجامدة بصورة عامة كما سنوضح ، نص في احوال الضرر الناجم عن عمدة

(١) راجع في حوادث الاصطدام التي ذكرنا : كتاب الام (ج ٦ من ١٦٥ - ١٦٦) ، ولو جهز (ج ٢ من ١٥١ - ١٥٢) ، والفتي (ج ١٠ من ٣٦٠ وما بعدها) ، والشرح الكبير (بتدبير الفتى ، ج ٥ من ٤٥٦) ، والبحر الرائي (ج ٨ من ٣٥٩) ، وتبع الانهر شرح ملتقى الاخر (ج ٢ من ٦٦١) ، وتبع الفتايات (من ١٥٠) .

الاحوال التي تنفي فيها هذه المسؤولية ، وأوضحنا بصورة خاصة ان لا ضمان متى كان الضرر ناتجاً عن خطأ المتضرر نفسه .

وهناك ايضاً احوال تقع متوسطة بين تلك التي ذكرنا . وهي احوال يكون فيها الخطأ مشتركاً بين الفاعل والمتضرر ، ويكون من ثم واجب الضمان مخففاً على الفاعل .

وان هذا التخفيف بسبب اشتراك المتضرر في حدوث الضرر نجده بصورة مبدأ عام في بعض القوانين الحديثة . مثاله نص قانون الموجبات والعقود البناني على انه « اذا كان المتضرر قد اذتوف خطأ من شأنه ان يخفف الى حد ما تبعة خصمه لان يزيد لها ، وجب توزيع التبعة على وجه يؤدي الى تخفيض بدل العوض الذي يعطى للمتضرر ، (المادة ١٣٥) .

وهذا المبدأ ، وان لم يرد بصورة عامة في كتب الفقهاء ، إلا اننا نستنتج مما يقاربه من مجموع ما تركوه من القضايا والمسائل المتعلقة به .

ففي المجلة مثلاً : « لو جر أحد ثياب غيره وشتمها ، يضمن تمام قيمتها . وأما لو نشبت بها ، وانشتت بجر صاحبها ، يضمن نصف القيمة . كذلك لو جلس احد على ابدال ثياب ، ونص صاحبها غير عالم بجلبوس الآخر وانشتت ، يضمن ذلك نصف القيمة ، (المادة ٩١٥) . فالضمان هنا ، كما ترى ، لم يكن تاماً ، بالنظر لاشتراك الفاعل والمتضرر في الفعل والخطأ .

واظهر ما يكون هذا النوع من الاشتراك هو بلا ريب في مسائل الاصطدام . وهذه طبعاً لم تكن كما هي اليوم في حوادث السيارات والدراجات وما إليها ، لعدم وجود هذه الاشياء في ذلك الزمن . بل كانت حوادث الاصطدام معروفة بين المشاة والدواب والسفن . واليك حكمها بإيجاز : -

اولاً - اصطدام الماشيين او الفارسين

هذه المسألة تفترض حدوث اصطدام بين رحلين ماشيين أو راكبين على دابتين أو بين راكب وماشين ، وتفترض ان ينتج من ذلك تلف في النفس أو الدابة أو مال أو في هذه الاشياء جميعاً .

فالحكم في ذلك في المذهبين الحنفي والحنبلي ان كلا من المصطدمين عليه ضمان

اشياء كتصادم سيارتين مثلاً ، عدلى ان هذه الشيعة تزول ويرجع الى الشيعة العادية المبينة على الفعل الشخصي ، يعنى انه ينظر في ذلك الى سبب الضرر والى قياس الخطأ الذي ارتكبه كل من المصطدين^١ .

الفصل السادس

الضمان والتعويض

ازالة الضرر

بعد ان درسنا الشروط المطلوبة في العمل حتى يعد جرمًا مدنيًا في الشرع الإسلامي ، لا بد من كلمة في الاثر الشرعي لهذا الجرم . وهذا الاثر هو الضمان أو التعويض الواجب .

وإذ علمنا ان كل اعتداء ضار هو مخالف للشرع ، فمن الطبيعي ان يرجع الشرع رفع ما يخالفه . لذا قيل في القواعد الكلية ان « الضرر يزال » ، وهذه قاعدة من القواعد الأربع^١ ، التي قال عنها القاضي الحسين الشافعي^٢ ان مبنى الفقه عليها^٣ .

وهما يمكن من مبالغة في هذا القول ، فانه لا يراه في ان هذه القاعدة من القواعد المهمة ، التي نقلتها كتب الاشياء والنظائر ؛ ومجلة الاحكام العدلية (المادة ٢٠) ، وبنيت عليها قواعد اخرى ، فيها جميعاً من العدل والنفع الشيء الكثير .

ويرجع الفقهاء أصل هذه القاعدة الى الحديث الشريف : « لا ضرر ولا ضرار » ، وقد مر تخريجه في اوائل هذا الباب . وكذلك من معناه ان عبارة « لا ضرر ، فبترت بمعنى منع الاضرار بالغير بدون حق .

(١) مرت معنا القواعد الاخرى ، في كتابنا « فلسفة التشريع في الاسلام » .

(٢) هو ابو علي بن محمد بن احمد الزوردي ، التوفى سنة ٦٢٠ هـ ، (ابن خلدون ، ج ١ ص ١٤٥) .

(٣) كما نقله تاج الدين السبكي في جمع الجوامع ، راجع شرحه للسبكي ، ج ٢ ص ٣٧٣ .

(٤) للسيوطي ص ٥٩ ، ولابن نجيم ص ٣٤ .

وهي بوجه عام توجب اعطاء مثل الشيء ان كان من الثليات ، واعطاء قيمته ان كان من القبيبات او ان تعذر إيجاد المثل في الثليات ^١ .

ولكن تجب الملاحظة أن ضمان قيمة الشيء المتلف في الائتلاف بلا غضب يفارق الضمان في الغصب عند الحنفيين ، فبينما رأينا انه ينظر في الغصب الى قيمة المتلف يوم غضبه في القول المختصار ، نرى الآن في المتلف بلا غضب ان قيمته تعتبر يوم المتلف بلا خلاف ^٢ .

وتجب الإشارة أيضاً الى ان الضمان يكون في مال الجاني نفسه ، فلا تشملته قيمته او عاقبته ، كما هو الامر في بعض جنائيات الدماء ^٣ .

اما نوع التعويض والضمان فانه ، وان كان عادة من التقود ، الا انه لا يكون واجباً كذلك الا في ضمان القيمة في القبيبات . فاذن يجوز ان يكون التعويض من غير التقود في احوال عديدة . ففي الثليات يجب اعطاء المثل كما قدمنا . وكذلك عند جمهور الفقهاء ، يجب الضمان بازالة الضرر عيناً ، او بجبر المتلف واعادته صحيحاً كما كان ، متى كان ذلك ممكناً .

ومن أمثلة هذا اعادة بناء الحائط المهدم كما سنرى . وايضاً جاء في العلامة انه لو أفسد أحد تأليف حصيد أو فرقت اسنان سلم ، كلف اعادة ما أفسده الى ما كان عليه ، إن كان يمكن اعادته ^٤ .

وهذا التنوع في طرق التعويض قريب على الجملة بما ورد في قانون الموجبات والمعقود البنائي . فقد نص فيه انه « يكون التعويض في الاصل من التقود ، ويخص كبدل عطل وضرر . غير انه يجزى للقاضي ان يلبس شكلاً يكون اكثر موافقة لمصلحة المتضرر ، فيجعله حينئذ عيناً ، ويمكن ان يكون على الخصوص بطريقة النشر في الجرائد » (المادة ١٣٦) .

(١) راجع تفصيل ذلك في فصل الغصب من الباب السابق ، وللمادة ٤١٦ من الجملة ، والبياع (ج ٧ ص ١٦٨) ، ونبيل الاوطار (ج ٥ ص ٢٧٣ - ٢٧٤) ، وسنن ابي داود (ج ٣ رقم ٣٥٦٧ - ٣٥٦٨) .

(٢) الاشياء لا ين تحميم ، ص ١٤٦ .

(٣) الزيلعي على الكفاية ، ج ٦ ص ١٤٤ .

(٤) راجع جامع الفصولين (ج ٢ ص ١٣٠) ، وجمع الضمانات (ص ١٤٧) ، والعلل (ج ٨ رقم ١٢٦٧) .

أما معنى « لا ضرار » ، فمن الفقهاء من قال انها نفس معنى « لا ضرر » وتأكيده له . وبعضهم ، كابن عبد البر وغيره ، قالوا ان الضرر « ما ينفعك ويضر صاحبك . والضرار ما يضر صاحبك ولا ينفعك » ^١ . ومنهم اخيراً من فسّر الحديث بمعنى ان « لا يضر الرجل اخاه ابتداء ولا جزاء » ^٢ .

فهذا التعريف الثالث ، يكون معنى عبارة « لا ضرر » ان لا يضر احد آخر ابتداء واعتداء . ومعنى عبارة « لا ضرار » ان لا يضره جزاء ، أي ان لا يقابل ضرره بثلثه . ولذا قيل في القواعد السككية ايضاً : « الضرر لا يزال بالضرر » ^٣ . او بعبارة اخرى : « الضرر لا يزال بثلثه » (المادة ٣٥) .

وجملة ما نقوله في ازالة الضرر في مسائل الائتلاف وما اليها ان مقسدة الجرم في ذلك تندفع بتعريف الجاني نظير ما اتفاه ، لا باتلاف نظيره . وبعبارة اخرى ، لم يشرع القصاص في الاحوال كما شرع في الدماء . « ولا ريب ان هذا أقل فساداً واصلح للجنتين ، لان المتلف ماله اذا اخذ نظيره صار كمن لم يفت عليه شيء . وانفع بما اخذه عوض ماله ... ولا شك ان هذا أقرب بالمعقل وابلغ في الصلاح وأوفق للحكمة » ^٤ .

فعلبه لا يجوز للمتضرر ان يقابل الضرر بثلثه تشبهاً وانتقاماً ، بل عليه ان يراجع الحاكم ويطلب الضمان وازالة الضرر . ومعناه قالت المجلة : « ليس للظالم أن يظلم آخر بما انه ظلم . مثلاً لو اتلف زيد مال عمرو مقابلة ، بما انه اتلف ماله ، بكونه ظالم ضامنين . وكذا لو اتلف زيد مال عمرو ، الذي هو من قبيلة طيء ، بما ان بكرآ الذي هو من تلك القبيلة اتلف ماله ، يضمن كل منها المثل الذي اتلفه . كما انه لو اتخدع احد فاخذ دراهم زائفة من احد ، فليس له ان يصرقها الى غيره » (المادة ٩٣١) .

طرق الضمان

ان قواعد الضمان التي رأيناها في الغصب يجزى حكمها ايضاً في الائتلاف .

- (١) معنى الحكم بالطلبيسي (الطلبة البنية بصر ، سنة ١٣١٠ هـ ، ص ٢٤٤) ، والبيحة شرح النخعة (ج ٢ ص ٣٣٥) .
- (٢) الاشياء والنظائر لا ين تحميم ، في الوضع المذكور .
- (٣) نقلت عن السككي في الاشياء والنظائر ، السوطي (ص ٢١) ، ولا ين تحميم (ص ١٠٥) .
- (٤) اعلام الموقعين عن رب العالمين ، ج ٢ ص ٧١ - ٧٢ .

تقام القيمة ، وذلك في الرأي الختار ^١ ، خلافاً لما جاء في بعض الفتاوى من وجوب ضمان المثلث لا غير ^٢ .

بعض الامثلة والطروري

بعد ان اتينا على المبادئ العامة في الضمان واحكامه ، نرى من الفائدة ان نوضح بعض المسائل الفرعية المهمة التي عثرنا عليها في الجملة وفي بعض الكتب الفقهية :

اولاً - قطع الشجر

في الجملة : ولو قطع أحد الاشجار التي في روضة غيره بغير حق ، فصاحبها يحجر ان شاء . اخذ قيمة الاشجار قائمة وترك الاشجار المقطوعة للقاطع ، وان شاء حط من قيمتها قائمة بقيمتها مقطوعة واخذ المبلغ الباقي والاشجار المقطوعة . مثلاً لو كانت قيمة الروضة حال كون الاشجار قائمة عشرة آلاف ، وبلا أشجار خمسة آلاف ، وقيمة الاشجار القين ، فصاحبها بالخيار ان شاء ترك الاشجار المقطوعة للقاطع واخذ خمسة آلاف وان شاء اخذ ثلاثة آلاف والاشجار المقطوعة ، (المادة ٩٢٠) ^٣ .

ثانياً - هدم العمار

ورد في الجملة ايضاً انه : « اذا هدم أحد عمار غيره ، كالحاوت والخان ، فصاحبه بالخيار ان شاء ترك انقراضه للهادم وضمته قيمة مبنياً ، وان شاء حط من قيمته مبنياً قيمة الانقراض وضمته القيمة الباقية واخذ هو الانقراض . ولكن اذا بناه الماصب كالأول يبرأ من الضمان » (المادة ٩١٨) .

وفوق ذلك ، فان مذهب ابي حنيفة والشافعي والبي حنبل ودارود الظاهري وغيرهم يحجر من هدم حائطاً أو بناء لغيره أن يبني له مثله ، الا اذا تمزقت المائنة فيرجع الى قيمة المهدوم . وهذا من الاحكام الثابتة بالسنة . وفصل فصل الاسم محمد بن الفضل ؛ ذلك ، فقال انه اذا هدم رجل حائط انسان يضمن قيمته ان

(١) جامع القصولين ، ج ٢ ص ١٣٠ .

(٢) الفتاوى البرازية (بهاش الهندية) ، ج ٣ ص ١٦٨ .

(٣) راجع ايضاً جامع القصولين ، ج ٢ ص ١٢٧ - ١٢٨ .

(٤) هو ابو بكر الفاضل الكماري البخاري الحنفي ، التوفى سنة ٣٨١ هـ (عن الفوائد

الهيبة في تراجم الحنفية للكثيري ، ص ١٨٤) .

الانزلاف الجزئي

لا شك في ان ما قلناه عن احكام الضمان يتعلق بأحوال الانزلاف التام . ولكن اذا كان الانزلاف جزئياً ، او من نوع ما يسونه الافساد او النقصان ، فما هو الحكم الواجب ؟ ان الجواب عن ذلك يحتاج الى تفصيل .

فالاصل في النقصان او الافساد البسيط ، ان يدفع الجاني قيمة هذا النقصان بلا خلاف . لذا جاء في الجملة انه « لو أظراً احد على مال غيره نقصاناً من جهة القيمة يضمن نقصان القيمة » (المادة ٩١٧) . ومعنى ذلك ان الشيء 'يقوم صحيحاً ويقوم بعد النقصان . ثم يكلف الجاني ان يدفع الى صاحبه ما بين القيمتين ^١ .

هذا في النقصان البسيط . ولكن هل يجري نفس الحكم في النقصان الفاحش ؟ لقد رأينا سابقاً في النقصان الفاحش في قيمة الشيء المنصوب يعطي صاحبه الخيار ، إما أن يطلب قيمة النقصان ، أو أن يتروك الشيء للغاصب ويضمنه تمام قيمته (الجملة المادة ٩٠٠) . أما في الانزلاف بدون غصب ، فهل لصاحب الشيء هذا الخيار ؟

قال مسالك إنه اذا كان الافساد فاحشاً بحيث وذهب التهمة المقصودة من الشيء ، كقطع يد الدابة أو ما أشبه ، فصاحبه يحجر بين أن يأخذ قيمة النقصان أو أن يعطي الجاني الشيء المثلث ويغرمه قيمته كاملة . وروي أن أبا حنيفة والشافعي قالوا في الانزلاف بدون غصب بأن ليس لصاحب الشيء إلا قيمة النقصان ^٢ .

وعلى الرغم من ذلك ، فقد قال الحنفيون بما قاله مسالك في الانزلاف الجزئي الفاحش ، إن كان هذا الانزلاف شبيهاً في الواقع بالانزلاف التام . مثله لو قطع أحد أغصان شجرة غيره ، فان كان النقصان فاحشاً ضمن القاطع قيمة الشجرة ، ولا قيمة النقصان ^٣ . وكذلك لو أتلّف إنسان احد مصراعي الباب أو احد زوجي الخزاء ، فبأن الباقي لا فائدة منه وحده ، كان للمالك أن يسلمه للجاني ويضمنه

(١) الخلل (ج ٨ رقم ١٢٦٠) ، والام (ج ٣ ص ٢١٨) .

(٢) الهبة شرح النخلة (ج ٢ ص ٣٥٤ - ٣٥٤) ، وبداية المجتهد (ج ٢ ص ٢٦٤) .

والقوانين الفقهية (ص ٣٢٢) ، وشرح الحرشي (ج ٤ ص ٢٦٥ - ٣٦٦) .

(٣) مجمع الضمانات ، ص ١٤٧ .

كان الحافظ من خشب ار من طين قديم ، ولكنه يؤمر باعادة بنائه ان كان حديثاً جديداً^١ .

أولاً - قلع عين الجوراء

ان الحيوان كما تعلم من الاموال ، لذا كان اتلافه التام والجزئي تابعاً لاحكام اتلاف باقي الاموال . هذا هو الاصل ، ولكن الفقهاء اختلفوا في الضمان الواجب في مسألة خاصة ، هي قلع عين الدابة . فلائمة مالك والشافعي وابو يوسف وداود الظاهري قالوا في ذلك بان على الجاني ان يدفع قيمة نقصان الشئ .

ومثلهم قال الحنفيون في الحيوانات التي ينظر الى لحمها فقط، كالشاة وما أشبهه . وما في الحيوانات التي ينظر فيها الى مقاصد اخرى من حمل وعمل ودكوب وجمال وزيئة ، وهي البقر والابل والحيل والبعال والخيول ، فقد قالوا استحساناً ان ضمان ذئب العين الواحدة منها هو ربع الشئ . وبذلك اتفق الامام احمد بن حنبل في الحيل خاصة . وروى ان الخليفة عمر بن الخطاب والقاضي شريحاً قضيا ايضاً بربع الشئ ، وقبل ايها قضيا بالنصف . وعلى كل فقد شك ابن حزم في صحة هاتين الروايتين . واخيراً روي عن مالك وابن حنبل ايها قالوا لو قطع أحد ذئب حمار القاضي ، املكه ذئب قيمته الكاملة، لان الحمار لا يبقى صالحاً لحمل القاضي بعد ذلك^٢ . وهذا ، كما ترى ، قول فيه مبالغة ونظر . فلو فرض وكان الحمار لا يصلح لركوب القاضي يوماً لوفاره وكرامته ، فهو يصلح بلا شك لحمل غيره من الناس او الاشياء ، بينما من ثم ذات قيمة حقيقية في الاسواق . فكان أجدد وأولى ان يحكم في هذه المسألة بنقصان قيمة الحمار ، كما في غير ذلك من الجرائم على المالك والحيوان .

(١) كما نقله بدر الدين بن العربي عن الفتاوى الطبرية ، في عمدة القاري شرح صحيح البخاري ج ١٣ ص ٣٨ . انظر ايضاً المحلى ج ٨ رقم ١٢٦١ ، وشرح الاشباه والصوري ج ٢ ص ٩٧ .

(٢) الهداية ج ٤ ص ١٦٣ - ١٦٤ ، وضع العزيز شرح الوجيز ج ١١ ص ٢٥٨ ، بداية الجهد ج ٢ ص ٢٦٨ ، والمغلي ج ٨ رقم ١٢٦٨ ، والفتاوى الحافية (بهاش نواي الهندية ، ج ٣ ص ٤٧٧) ، وشرح الزرقاني على اللوطا (ج ٤ رقم ١٥٠) .

(٣) فتح العزيز في الوضوح المذكور ، والاعتصام للشاطبي ج ٢ ص ١٢١ .

الباب الثالث

أصول خاصة في الضمان

الفصل الاول

المسؤولية عن عمل الغير والاكراه وتبعية فاقدى الاهلية

النبذة الفردية والتبعية عن عمل الغير

« ولا تزر وازرة وزر اخرى » . هذه آية كريمة ، هي عماد الشريعة الاسلامية ، الشريعة الالهية التي وحدت بين الدين والقضاء في مبادئها واحكام كثيرة ، وبحث هذا المزيج اثر النظريات الجاهلية ، التي لم تفرق بين الفرد وقبيلته ولا بين مسؤوليته والمسؤولية القبلية . وكيف لا تكون هذه الآيه عماد الشريعة ، وهي تقر مبدأ التبعية الفردية الذي يوجب ان يكون الفرد مسؤولاً عن عمله لا عن عمل غيره ، وأن يكون مسؤولاً وحده عن ذلك ؟ وهل في هذا المبدأ الا ما يوافق العقل وبلائم العدل ، كل الموافقة وكل الملازمة ؟

فلا عجب إذن من ان ترى التبعية الفردية اليوم من الاورليات الشرعية في القوانين العصرية ، ومن ان ترى هذه القوانين شبيهة في هذا بالشريعة الاسلامية . على ان مبدأ التبعية الفردية ، كموظم المبادئ الاساسية ، لا يتخلو من مستثنيات يقتضيها العدل نفسه ويفرضها الانصاف . وان تطبيق هذه المستثنيات ، كتعديل غيرها ، يستند الى ما نشاهد مراراً من تعارض المصالح ، والى ما يجب في ذلك من

الترجيح بينها وتفضيل أهمها على المهم منها .
 ونحن نرى هذه المستثنيات اليوم متدرجة في فئة مستقلة من الأحوال ، يكون فيها الفرد أحياناً مسؤولاً عن عمل غيره . وهذه الفئة محدودة في أحوال معينة ، تكاد لا تخرج عنها . وهناك أهمها كما ورد في قانون الموجبات والعقود اللبناني ، في فصل التبعة الناتجة عن فعل الغير ، وهو كما نعلم قانون حوى أحدث النظريات وزيادة الأفكار العصرية .

جاء في هذا القانون : « ان المرء مسؤولٌ حتّى عن الأضرار التي يحدثها أشخاص آخرون ، هو مسؤول عنهم ، وعدمهم محددٌ محصور ، (المادة ١٢٥) . وهم الأولاد القاصرون والتلامذة والحُدم .
 « فالاصول والأوصياء مسؤولون عن كل عمل غير مباح بأثره الأولاد القاصرون المقيرون معهم والخاضعون لسلطانهم .

« والمعلمون وأرباب الصناعات مسؤولون عن الضرر الناجم عن الأعمال غير المباحة التي يأنبها الطلبة أو المتدرجون الصناعيون في طائفتها وجودهم تحت مراقبتهم ، على ان الحكومة هي التي تتحمل التبعة بدلاً من أعضاء هيئة التعليم الرسمي .
 « والتبعة تلحق بالأشخاص المشار إليهم ما لم يثبتوا انه لم يكن في وسعهم منع الفعل الذي نشأت عنه . وتبقى التبعة قائمة وان كان فاعل الضرر غير مسؤول لعدم ادراكه ، (المادة ١٢٦) .

وجاء فيه ايضاً : « ان السيد والولي مسؤولان عن ضرر الأعمال غير المباحة التي يأنبها الخادم أو المولى في أثناء العمل ، أو بسبب العمل الذي استخدماها فيه وان كانا غير حورن في اختيارهما ، بشرط ان يكون لهما سلطة فعلية عليها في المراقبة والادارة . » (المادة ١٢٧) .

وان هذه المستثنيات وما إليها ليست ، بوجه عام ، بعيدة عن مبدأ التبعة الفردية ، كما يظهر لأول وهلة . بل هي قريبة منه متصلة به . ففيها جميعاً يكون الفرد المسؤول عن غيره خاطئاً في غالب الأمر ، وقد يفترض القانون فيها أحياناً وجود الخطأ اقتراضاً . وهذا الخطأ ليس إلا التقصير في حفظ من وكل إليه أمره ، والتفريط في مراقبته وفي السعي لمنع من إتيان ما يؤخذ عليه .

وفي الشريعة الإسلامية طائفة من المستثنيات سنأتي على ذكرها في هذا الفصل .

وهي في هذا كما سنرى ليست رسيمة كسمة الشرائع الحديثة . ويفسر ذلك على ما نعتقد ، كما يفسر أيضاً غيره من مواضع الاختلاف والتباين ، ما نعلمه من خلاف في العصر والبيئة والأحوال الاجتماعية .

فهل كان عند العرب والمسلمين ، أو غيرهم في زمانهم ، المعامل والمصانع التي تخسر المئات والالوف من العمال ، حتى ينظر التشريع في أمر مسؤولية صاحب العمل أو الصناعة عن أفعال هؤلاء العمال ؟ وهل كان في العسائنة العربية ، التي اشتهرت بناتك أفرادها وتضامنهم ، ما نلمسه اليوم في الجنجج الحديث من تفكك في الروابط العائلي ومن تشتت في الحياة العائلية ، حتى نجبر الأرباب والأوصياء على التقرب من الذين يخضعون لولايتهم ورعايتهم ، وعلى التيقظ في حفظهم وفي السهر على شؤونهم ومصالحهم ؟

ونحن ، إذ نلبين هذا الخلاف في المستثنيات ، لا نرى بدأً من القول بان الشريعة الإسلامية ، وهي التي أنبتنا في مواضع اخرى عديدة أنها قابلة للتطور مع المدنية وملائمة لكل زمان ومكان ، هذه الشريعة ليس فيها ما يمنع من التوسع في هذه المسألة وفق حاجات العصر الحديث ، بل أنها على العكس تساعد على ذلك بروحها وباصولها ومبادئها .

وهل من ينكر الحديث الشريف : « كلكم راعٍ وكلكم مسؤول عن رعيته ، الامام راعٍ ومسؤول عن رعيته ، والرجل راعٍ ومسؤول عن رعيته . » ؟ أو ليس من ذكراً من المسؤولين عن عمل الغير الارعاة فيما طلب منهم وفبين وكل إليهم ؟ وهل في هذا الحديث الحكيم الا ما يؤيد ما قدمناه وببنت ما ذهبنا إليه ؟

تبع الصغار ومن كاله في حكمهم في النظر العصرية

ان ما قدمناه في الفصول السابقة يتعلّق بن كان عاقلاً بهيواً ، يدرك ما يجربه من الاعمال ويسأل عن نتائجه بوجه عام .

على ان من الناس من لا يفقه ما يعمل ولا يميز الخير من الشر ، كالصبي الصغير ، ومن كان مثله كالجنون والمجنون . فهؤلاء الناس محجور عليهم ، أي ممنوعون من التصرفات القولية كما سنرى في باب أهلية التعاقد من قسم العقود . ولكن ما هي (١) من نتيجته سابقاً في الفصل الاول من الباب الرابع من القسم الاول من هذا الكتاب .

مسؤوليتهم في التصرفات الفعلية أي في الاعمال الخفية التي تسبب ضرراً للغير ؟
أيضون الضرر في مالهم ، أم يكون عليهم مسؤولاً عنهم ؟

هذه أسئلة اختلفت القوانين في الجواب عنها . وهي تظننا للعودة الى موضوع الخطأ الجرمي وهل هو من شروط الضمان أم ليس منها .

فإذا اشتراط الخطأ انحقق المسؤولية الجرمية ، فهذا يستتبع حسناً اشتراط التمييز والادراك عند القاعس ، اذ لا يتصور فيمن لا يدرك ولا يميز ان يتعمد شيئاً أو ان يكون خاطئاً بالتفسير أو بعدم التبصر . فالتعهد والتبصر كلها أمور تنفذي العقل والفهم والتمييز .

فاذن في الرأي السائد اليوم في القوانين المصرية ، الذي ينتمي كما نعلم الى نظرية الخطأ في المسائل الجرمية ، لا يكون الانسان مسؤولاً وخائناً ، ان لم يكن يميزاً . فعليه لا يسأل الصبي الصغير غير المميز والجنون وما أشبه عن الاعمال الضارة التي يقترفونها عن غير ادراك .

غير ان اشتراط الادراك في التصرفات الفعلية قد يؤدي الى حرمان المتضرر من التعويض ، لولا الاحتياطات الآتية : -

اولاً - أوضحنا ان الرأي السائد اليوم يميل الى تحميل الاولياء والادوية نعمة الاعمال الجرمية التي يأتيا بالاولاد القاصرون المقيومون معهم والمخاضعون لولايتهم ، وان كان هؤلاء غير مسؤولين لعدم ادراكهم^١ .

ثانياً - نعم ، كما جاء في القانون البناني أيضاً ، وفاقدا الاهلية مسؤول عن الاعمال غير المباحة التي يأتيا عن ادراكه . الا انه اذا صدرت الاضرار عن شخص غير مميز ، ولم يستطع المتضرر ان يحصل على التعويض من نبطه بغير المحاذفة على ذلك الشخص ، فيحق للقاضي ، مع مراعاة حالة الفریقين ، ان يحكم على فاعل الضرر بتعويض عادل ، (المادة ١٢٢)^٢ .

موقف الشريعة الاسلامية من نعمة الصغار والشبابهم

ان هذه الشريعة ، بما انها اتخذت رأياً وسطاً في مسألة اشتراط الخطأ ، فهي

(١) المادة ١٢٦ من قانون الوجبات والعقود اللبناني ، المذكورة آنفاً .

(٢) راجع أيضاً المواد ٨٢٧ - ٨٢٩ من القانون المدني الاثاني .

ايضاً توسطت في ملهها بشأن القاصرين ومن كان في حكمهم ، وفضلت بوجه عام بين أحوال المباشرة وأحوال التسبب .

ففي أحوال المباشرة ، اتبع الفقهاء القاعدة ان المباشر ضامن وان لم يتعمد . مثله لعد رأينا في الجنابات الواقعة على النفس ان القاصرين ومن كان في حكمهم ، وان لم يجب عليهم القصاص ، الا ان الدية تكون واجبة على عاقبتهم او في مالهم . وكذلك في ائتلاف الاموال مباشرة ، يضمن هؤلاء هم الضرر الذي يباشرونه ، ولا يكون عليهم مسؤولاً عنهم . لذا جاء في مجلة الاحكام العدلية ، في فصل مباشرة الائتلاف ، انه : « اذا ائتلف حبي مال غيره ، فليزم الضمان من ماله . وان لم يكن له مال ، ينظر الى حال يساره ، ولا يضمن وليه » (المادة ٩١٦) .

ويكون الصبي في الائتلاف مباشرة مسؤولاً في ماله ، سواء اكان مميزاً أم غير مميز . ومن الطبيعي ان يجري هذا الحكم قياساً على باقي فائدي الاهلية غير المميزين ، كالجنون والمعتمود ومن اليهم . وهذا القول مقبول عند جمهور الفقهاء ، ما عسدا بعض التردد عند جماعة من المالكيين^١ .

فالصغير اذا والجنون والمعتمود هم جميعاً ، بعبارة المجبة ، محجورون لذاتهم . وهم وان لم يعتبر تصرفهم القولي ، لكن يضمنون حالاً الضرر والحسارة الذين نشأ من فعلهم . مثلاً يلزم الضمان على الصبي اذا ائتلف مال الغير ، وان كان غير مميزاً (المادة ٩٦٠) .

وتعمل هذا كله يرجع الى ما قلناه من ان التعمد لا يشترط في احوال المباشرة . اما في احوال التسبب ، فلا بد لوجوب المسؤولية من التمييز والادراك عند الفاعل . وان هذا القول ، وان لم يذكره الفقهاء صراحة ، لكنه يستند الى ما نعرفه من اشتراط التعمد في الاضرار تسبباً ، عملاً بقاعدة « التسبب لا يضمن الا بالتعمد » . ويستند ايضاً الى قياس العكس من ان ما ذكرته مجلة عن ضمان الصبي (المادة ٩١٦) ورد في باب الائتلاف مباشرة فقط . وهذا الى ان في كتب الفقه امثلة تؤيده ولا تقصر الا به .

(١) راجع البائع (ج ٧ ص ١٦٨) ، والقوانين الامتورية (ج ١ ص ١٨٠) ، ومجمع الضمانات (ص ١٧٠ و ١٧٣) ، والقوانين الفقهية (ص ٣٣٣) ، وشرح المطالب على سيدي خليل (ج ٥ ص ٢٧٨) ، وموطأ مالك بشرح البيهقي (ج ٢ ص ١٨٩) ، والتهاج للسبكي في شرح التهاج للبيضاوي (بتبيل نهاية السؤل للاسنوي ، ج ١ ص ١٠٠) .

أو أقطع أحد أعضائك ، وأتلف ذلك ، يكون الاكراه معتبراً ، ويلزم الضمان على الجبر فقط . وأما لو قال أتلف مال فلان ولا اضربك أو احبسك ، وأتلف ذلك ، فلا يكون الاكراه معتبراً ، ويلزم الضمان على المتلف فقط ، (المادة ١٠٠٧) . فإذن في أتلاف الاموال عند الخفيين ، يكون الاكراه المجهي أو الاكراه التام نافياً للضمان عن الأمور المكره ، ويكون الضمان على الأمر المكره وحده ، ولأن المتلف هو المكره من حيث المعنى ، وإنما المكره بتزلة الآلة على معنى انه مسلوب الاختيار ابتداءً وارتضاءً . . . وان كان الاكراه ناقصاً فالضمان على المكره ، لان الاكراه الناقص لا يجعل المكره آله المكره ، لانه لا يسلب الاختيار اصلاً ،^١ وكذلك عند الشافعي ، يكون الضمان على المكره الأمر وحده . اما في المنهب المالكى فبعضهم يرى وجوب الضمان على المكره وحده ، والا اذا كان عديداً ، فالضمان حينئذ يكون على الأمر المكره . ولكن الرأي المالكى المختار يقول بتضمين المكره والمكره معاً . واختيراً في المنهب الظاهري البائد ، يكون الضمان على الأمور المكره وحده ، لان الاكراه في هذا المنهب لا يبيح افساد المال^٢ . هذا الذي ذكرنا هو حكم الاكراه في أتلاف الاموال . اما الاكراه في الجنايات على النفس فقد مرّ حكمه سابقاً مع اختلاف المذاهب فيه ، ولا فائدة من تكرار بيانه^٣ .

حكم الاكراه

لم يكن وضع الاكراه في هذا الفصل من حيث انه يكون اجباناً شيئاً لسؤلية المكره عن عمل الغير كما فصلنا فعبس ، بل كان ذلك أيضاً بقصد مقارنته ببعض آخر قريب منه في غاية الاهمية في هذا العرض ، وهو بحث الأمر . والأمر هو من يأمر غيره بان يعمل عملاً في ملكه هو أو في ملك الغير . فإنت

(١) البدائع ، ج ٧ ص ١٧٦ .

(٢) الوجيز (ج ٢ ص ١٢٤) ، وبتأية الجتهيد (ج ٢ ص ٢٦٢) ، وشرح الحرشي على

سبدي خليل وبهاشيه حاشية المدوي (ج ٤ ص ٣٤٨) ، وشرح المطالب وبهاشيه شرح الواقي (ج ٥ ص ٢٧٨) ، والنحل (ج ٨ رقم ١٤٠٣) .

(٣) راجع الفصل الثالث من الباب السابق .

مثاله جاء في المبسوط انه : لو دسار الصبي على الدابة فارطاً انساناً فقتله ، فان كان هو من يستمسك عليها ، فدينه على عاقلة الصبي . وان كان بما لا يسير على الدابة لصغره ، ولا يستمسك عليها ، فدم القاتل هدس^١ . وبعبارة أخرى ، لم يكن الضمان واجباً على الصبي في الحالة الثانية ، لانه صغير لا يستمسك عادة على الدابة ، ولا بذلك التمييز والفهم اللازم لذلك . فهو من ثم لا يملك التعمد الذي يشترط في كل ضرر حصل نسبياً .

أما معنى التمييز والادراك ، ففيه اختلاف في المذاهب والقوانين . ففي بعضها اعتبرت سن التمييز سبع سنين ، وفي غيرها ترك الامر للقاضي . وعلى كل ، فمنهين سنين ذلك مفصلاً في باب الاهلية من قسم العقود .

ولا بد من الملاحظة ان الولي اجباناً يكون برجه استثنائي مسؤولاً عن عمل الصبي ، ان كان الولي قد أمره باجراء العمل ، وذلك بالشروط التي سنذكرها قريباً في بحث الأمر .

الاكراه

من الاجتات الفقهية ما يكون متعلقاً بابواب عديدة ، ولا يقتصر على واحد منها . ومن هذه الاجتات الاكراه ، فهو ذو علاقة بالتصرفات القولية ، وايضاً بالتصرفات الفعلية . ولذا نحن نرجي تفصيل تعريفه وادلته وشروطه واحكامه الى قسم العقود ، متعمداً من الترداد والتكرار . انما نكتفي هنا من احكامه بما هو خاص بالتصرفات الفعلية .

ويوجه عام ، ان و الاكراه هو اجبار احد على ان يعمل عملاً بغير حق من دون رضاه بالاخافة . . . (المادة ٩٤٨) . وهو عند الخفيين ، على قسمين : القسم الاول هو الاكراه المجهي ، الذي يكون بالضرب الشديد المؤذي الى أتلاف النفس أو قطع عضو . والثاني الاكراه غير المجهي ، الذي يوجب النعم والالم فقط ، كالضرب والحبس ، (المادة ٩٤٩) .

وفائدة هذا التقسيم في المذهب الحنفي ان الاكراه المجهي وحده يعتبر نافياً للضمان . فمليه ، كما جاء في المجلة ، ولو قال أحد أتلف مال فلان والا اقتلك

(١) البسوط ، ج ٢٦ ص ١٨٧ .

جناية العبد ، ومسألة الصبي والاجير بالمأمور . وهاك بايجاز ايضاحها جميعاً .

امر السلطان ومسؤولية الدولة عن عماله

إن امر السلطان ، الذي تجب طاعته ، او الذي يخافه الامور ان لم يتثل امره ، هو بمنزلة الاكراه ، وحكمه كحكمه تماماً ، فلا يلزم للتوقف عنده .^١ مثاله قال السيوطي الشافعي انه لو قتل الجلاذ رجلاً بامر الامام ظلماً وهو جاهل بذلك ، فالضمان على الامام لا على الجلاذ . وهذا موافق للمذهب الشافعي في الاكراه ، كما رأينا .

ويكون السلطان مسؤولاً احياناً عن اضرار عماله او اتباعه ، وان لم يكن في المسألة اكراه او امر . فقد روي ان ابا بكر وعمر بن عبدالعزيز كانا يعرضان من بيت المال الضرر الناتج عن اعمال الموظفين . مثاله ، روى ابو يوسف ان رجلاً أتى الخليفة عمر بن عبد العزيز ، وقال له : « يا امير المؤمنين زرعت زرعاً فمُرَّ به جيش من اهل الشام فأفسدوه ، فعرضه ابن عبد العزيز عشرة آلاف (درهم) .^٢ »

هذا وقد خالف آخرون في الحكم في مسألة جناية عمال الدولة . فروي ان عمر بن الخطاب كان يقتص من عماله ، ويقول واني لم آمرم بالتعمدي ، فهم اتناء عليهم بعمولهم لانفسهم لابي .^٣ »

الصبي المأمور

جاء في كتب الحنفيين خاصة انه لو أمر رجل ابنه البالغ ليرقد ناراً في أرضه ففعل وتمتت الى ارض جاره فانلقت شيئاً ، يضمن الأب ، لأن الأمر فيه صريح ، فانقل فعل الابن اليه ، كما لو باشر الأب .^٤ »

(١) الوجيز (ج ٢ ص ١٢٣ - ١٢٤) ، والفتي (ج ١٠ ص ٣٥٠) ، وجامع القسوين (ج ٢ ص ١٠٧ - ١٠٨) .

(٢) الاشباه والنظائر للسيوطي ، ص ١٠٩ .

(٣) كتاب المراج ، ص ٦٨ .

(٤) كما نقله الشيخ محمد سليمان ، في رسالته « أي شيء تخمك » ، بولاق ، ١٩٣٦ ، ص ٩٠ و ٩٦ .

(٥) رد المحتار على الدر المختار (ج ٥ ص ١٨٦) ، وجامع الصغائر (ص ١٦٢) .

ن العمل بالمأمور به في ملك الأمر ، فلا ضمان على فاعله المأمور ، لان الامر من الاذن الصريح ، والاذن كما نعلم يميز التصرف في ملك من صدر عنه .

وان كان العمل بالمأمور به واقعاً في ملك الغير ، فلا عبء به في الأصل ، لأننا أيضاً ان الأمر بالتصرف في ملك الغير باطل ،^١ لذا جاء في القواعد الكلية الاشياء والنظائر ٢ أن : « الأمر لا يضمن بالأمر » . وجاء في الجهة : « يضاف مل إلى الفاعل لا الأمر ، ما لم يكن مجبراً » ، (المادة ٨٩) .

ومعنى ذلك انه إذا أمر أحد آخر دون إكراه بأن يعمل عملاً ، فالفاعل وحده مسؤول عن نتائجه دون الأمر . مثلاً ، لو أمر أحد رجلاً كبيراً عاقلاً بأن يقتل سائناً أو بأن يحرق توبه ، فالضمان على الفاعل ، ولا شيء على الأمر .^٢

ويكون الفاعل المأمور مسؤولاً ، حتى وان كان المتضرر هو الأمر نفسه . له جاء في بعض الكتب الحنفية انه لو أمر رجل رجلاً آخر بوضع حجر في طريق ، ففتور به الأمر وعطب ، فالضمان على واضع الحجر . « وكذا لو قال مرع جناحاً من ذلك ، أو ابن دكاناً على بابك ، فعطب به الأمر أو غلامه ، كذا لو بين الأمر للمأمور بأمره ثم عطب به الأمر ضمن » .^٣

وسبب تسمية المأمور دون الأمر هو أن الأمر إذا لم يكن من نوع الاكراه لا يتر في اختيار الفاعل واراادته . فاذا عمل هذا ما كلف به فيكون قد عمله مختاراً ائماً ، ويكون مسؤولاً هو باعتباره مباشراً ، وفقاً لقاعدة تقديم المباشر على تسبب ، او تقديم التسبب الاقرب على التسبب البعيد .

فهذا التعليل يستتبع طبعاً مسؤولية الأمر ، إذا كان أمره من نوع الاكراه لتلقي كما اوضحنا آنفاً . وعلاوة على حالة الاكراه ، فانه يوجد في الشرع إسلامي احوال استثنائية يكون فيها المرء مسؤولاً عن عمل غيره ، وذلك بسبب « امر الشبه بالاكراه ، أو بسبب الامر للعادي احياناً ، أو بسبب خاص آخر . واهم هذه المستثنيات : امر السلطان ومسؤولية الدولة عن عماله ، والضمان في

(١) المادة ٩٥ من الجهة . راجع ايضاً المادة ١٥١٠ منها وما مر في شرح هاتين اللادتين في نصل الاول من الباب الرابع من القسم الاول من هذا الكتاب .

(٢) لا يابن تخم ، ص ١١٣ .

(٣) الفتاوى الحامية (بهاشم الهندية ، ج ٣ ص ٤٨٣) ، وجامع الصغائر (ص ١٥٦) .

(٤) كما نقله البغدادي ، في جامع الصغائر ، ص ١٨١ .

ونعتقد ان سبب ذلك هو ان امر الوالد بمنزلة الاكراه المعنوي على ولده ، بما لهذا نحو ابنه من واجب الطاعة والاحترام . فيكون في الواقع كأنه يجبر على عمل ما يؤمر به ، ويكون الوالد مسؤولاً عن نتائج امره .

ولقد قلنا ان الأصل في الشرع الاسلامي ، خلافاً للقانون اللبناني ، ان الصبي مسؤول في ماله عن عمله الجرمي . ولكن لهذا الأصل استثناء ، متى كان الصبي مأموراً باجراء هذا العمل .

فالضابط في ذلك عند الحنفيين ان الصبي المأمور اذا اتلف مال الغير ، يضمن هو الضرر ، ولكنه يرجع بما دفعه على الأمر^١ . فيكون هذا الأمر مسؤولاً عن عمل الصبي المضر ، لأن امره بالقياس الى الصبي يشبه بالاكراه ايضاً .

مثلاً 'نقل عن القنية انه لو امر أحد صبياً ليأني له بنار من مكان ، فبهاه بها -سقطت منه على حشيش ونعدت الى مال الغير فاحترق ، فالصبي ضامن ، ولكنه يرجع على الأمر بما يضمن^٢ .

وكذلك لو امر الصبي بقتل رجل أو بحرق ماله أو بقتل دابته ، كان الضمان على عاقلة المأمور في الحالة الاولى وعليه في ماله في المالتين الاخيرتين ، وكان للضامن في جميع هذه الاحوال ان يرجع على الأمر بما دفع^٣ .

ولكن يشترط في الامر ان يكون ذا علاقة منضلة بالانلاف . اما اذا كلف منفصلاً عنه ، فلا رجوع على الأمر . مثاله ، لو امر أحد صبياً ، مديراً قادراً عادة على ان يمسك على الدابة ، بان يسيرها ، فوطئت الدابة انساناً ومات ، فالضمان على عاقلة الصبي وليس لها حق الرجوع على الأمر ، لان هذا امره بالتسيير فقط ، والايطاء منفصل عنه^٤ .

الضمان في ظهير العبد

لسنا في معرض بسبح لنا بالتوسع في جنابة العبيد ، والجنابة عليهم وعلاقة

- (١) الاشياء والظواهر لابن نجيم ، ص ١١٣ .
- (٢) مجمع الضمانات ، في الوضع المذكور .
- (٣) الزيلعي على الكنتز (ج ٦ ص ١٥٩) ، والفتاوى الحامية (ج ٣ ص ٤٨٣) .
- (٤) مجمع الامهر ، ج ٢ ص ٦٦٤ .

السيد بهذه المسائل ، وخلاف المذاهب في كل ذلك . انفسا لا بد من كلمة سرية في مسؤولية السيد عن اعمال العبد التي توجب التعويض والضمان .

فالاصل في ذلك انه لو ارتكب العبد جرماً يوجب الضمان ، فالضمان يكون في ماله . واذا لم يكن له مال ، فالحكم عند جمهور الفقهاء ، أي في مذهب ابي حنيفة ومالك وابن حنبل ، ان السيد يجبر بين ان يسلم العبد المجني عليه وبين ان يدفعه بدفع الضمان عنه . ولكن الشافعي قال بان ضمان جنابة العبد تكون ديناً في رقبته ، يساع بسببه لاجل ابقاء ما يجب في ذلك ، الا ان يفككه المولى وبغض هذا الدين عنه . اما عند اتباع المذهب الظاهري ، فان لم يكن للعبد مال ، فالضمان يبقى دينياً في ذمته حتى يصبح لديه مال في رفته او بعد عتقه ، وليس على سيده فداؤه ولا يبعه ابداً^١ .

وان ما قدمنا يتفق بمسؤولية صاحب العبد ، سواء أكان قد امره بما فعل أم لم يكن . ولكن لو كان العبد مأموراً من قبل سيده أو من قبل غيره ، فهل يكون الأمر مسؤولاً لا يشك في مسؤوليته عند جمهور الفقهاء . ونحن نرى هنا ايضاً ، كما في مسألة الصبي ، ان تعليل نية الأمر يستند من جهة الى الاكراه المعنوي ، والطاعة الواجبة في العبد نحو آتوره ، لا سيما ان كان الأمر سيده ، ويستند من جهة أخرى الى لزوم مقابلة النفع الذي يجنيه الأمر من عمل العبد بالضرر الذي ينشأ عنه وفقاً لقاعدة 'الغرم بالغنم' .

والضابط في المسألة انه لو امر أحد عبد غيره بالأداء (الحرب) أو بقتل نفسه فالأمر يضمن . وكذلك اذا امره بالانلاف مال غير مال سيده ، فالضمان الذي يدفعه سيده يرجع به على الأمر . ومن باب أولى ، اذا أمر أحد عبده ليجني ، ففعل الأمر ضمان ما جنى ، ولكن اذا امر أحد عبده غيره بالانلاف مال سيده ، فلا ضمان على الأمر . هذا موجز ما وجدته في بعض الكتب الفقهية ، لا سيما كتب الحنفيين^٢ . ودروي بهذا المعنى ان غلطة طاطب بن ابي بلتمه سرقوا ناقة لرجل من مزينة ،

- (١) راجع البسوط (ج ٢٧ ص ٢٦) ، والهداية (ج ٤ ص ١٦٥) ، وشرح الزيلعي على الكنتز (ج ٦ ص ١٥٣) ، ومجمع الضمانات (ص ١٩٤) ، والفتي (ج ٩ ص ٥١١) ، والفتاوى الفقهية (ص ٣٥٢) ، والحلى (ج ٨ رقم ١٢٦٨) .
- (٢) الاشياء لابن نجيم (ص ١١٣) ، وشرحه للحموي (ج ٢ ص ٩٨) ، ورد المختار (ج ٥ ص ١٨٧) والفتي (ج ٩ ص ٥١٢) ، والحلى (ج ١١ رقم ٢١١٤) .

وتوجد أيضاً أمثلة أخرى يكون فيها سبب تضييق الأمر عدم معرفة الاجير او علم ظهوره . مثلاً لو استأجر أحد اجيراً ، ففصر له بتراً في الطريق العامة بغير إذن السلطان، فوقع فيها رجل ومات، هـ فالقياس أن يكون الضمان على الاجير، ولكن أبا يوسف قال استحصاناً بإيجاب الضمان على عاقلة المستأجر لعدم معرفة الاجير^١.

وبمعناه أيضاً ، لو أمر أحد ففعل لبناء دكان أو لإخراج جناح أو غيره ، فغضب بذلك إنسان بعد فراغ العمل ، فالضمان على الأمر استحصاناً^٢.

وأخيراً يعتبر فعل الاجير في كل الصنائع مضافاً لاستادة ، فما أتلفه الاجير بضمه الاستاذ ، إذ ه أنه يصير نائباً عنه كأنه فعله بنفسه . إلا إذا تمسك الاجير القصاد والضرر ، فحينئذ يضمنه هو لا الاستاذ^٣.

وعلى الجملة ، فمن كل ما تقدم نرى أن الشرع الاسلامي ، وإن كان قد أثبت التهمة الفردية مبدئياً ، إلا أنه أقر أيضاً لهذا المبدأ مستثنيات يكون فيها المرء مسزولاً عن عمل غيره ، وذلك في احوال الاكراه ، والأمر المجبر الصادر عن السلطان ، وشبه الاكراه في جنابة الصبي أو العبد المأمور ، وفي احوال الاجير الذي يعمل عملاً لا يعلم هو بتعديه ثم يكون نفعه للمستأجر وحده ، وفي احوال اخرى من نظيراتها .

(١) الحراج ، في الوضع المذكور .

(٢) مجمع الضمانات ، ص ١٧٨ .

(٣) الاختيار شرح المختار للدوسلي (ج ١ ص ٢٢٦) ، والدر المختار (ج ٢ ص ١١٣) .

شكاهم هذا الى عمر بن الخطاب ، فامر عمر بتعريم حاطب ضعفي قيمة الناقة . وقد اتق الإمام مالك على هذا الحكم في الوطأ بقوله : « وليس على هذا العمل عندنا تضييف القبيلة ، ولكن معنى أمر الناس عندنا على أنه يفرم الرجل قيمة البعير بالدابة يوم يأخذها »^١.

الاجير المأمور

ان الاجير اذا جنى جنسية أو أتلف مالا بأمر مستأجره ، أفكرن الضمان على الاجير أم على المستأجر؟ الجواب عن ذلك بوجه علم هو ان الاجير يضمن . ولكن حق الرجوع على المستأجر ، ان كان الامر يرمي الى اجراء عمل لا يعلم الاجير بخبره^٢.

مثاله لو أمر أحد آخر ان يذبح شاة لغيره ، او ان يحفر بآباً في حائط الغير ، رتباً في ارض الغير ، وفعل المأمور ما أمر به ، وهو بظن صحة الامر ويعتقد ان شاة والحائط او الارض للامر ، فالضمان في ذلك ، وان كان على الاجير المأمور ، لان للضامن حق الرجوع على أمره بما دفع^٣.

وايضاً لو استأجر أحد رجلاً ليعفر له بتراً في الطريق في قضاء المستأجر ، فوقع فيها انسان ، فالضمان على المستأجر ، ولان له ولاية الانتفاع بفنائه . واذ كان حفر في الطريق العامة ، وكان الاجير عالماً بذلك ، فالضمان عليه لا على الأمر^٤. ومثله لو أمر (أحد) اجيره برش الماء في فناء دكانه فرشاً ، فاقوتله منه بضمانه على الأمر . وان بغير امره فالضمان على الراس^٥.

ففي كل هذه الامثلة ، وما فيها ، كان الضمان على الأمر لانه هو الذي ينتفع بعمل الاجير ، فكان الغرم بالغرم . فلهذا لو أمر أحد آخر ان يتوضأ في الطريق ، رغب انسان بما الوضوء ، فالضمان على المتوضي ، لان منفعة الوضوء له ، ولا يفي على الأمر لعدم الانتفاع به^٦.

(١) الوطأ وشرحه للزرقاني ، ج ٤ رقم ١١٤ .

(٢) جامع الفصولين (ج ٢ ص ١٠٨) ، والفتي (ج ٩ ص ٥٧٠) .

(٣) البائع (ج ٧ ص ٢٧٧) ، ومجمع الضمانات (ص ١٧٨) .

(٤) كتاب الحراج (ص ٩٦) ، ورد المختار (ج ٥ ص ١٨٧) ، والفتاوى الحامية (هامش

العربية ، ج ٢ ص ٣٦٩) ، ومجمع الضمانات (ص ١٥٩) .

وبطرحونه خارج الحدود^١ .
على ان هذا لم يدم طويلا . فالشريعة الاسلامية والقوانين الحديثة جميعا لا ترى الحيوانات الا اشياء لا مسؤولية لها ، ولا توجب المسؤولية الا على صاحبها أو حارسها في بعض الاحيان ، وبشروط نبيها قريبا .

ولقد يقال احيانا ان للحيوان حقوقا ، كما تنادي بذلك جمعيات الرقن بالحيوان اليوم . ولقد يقمهم لأول وهلة ان هذا مخالف لما ائتمناه من ان الحقوق لا تكون إلا للانسان دون الجاد والحيوان . ولكن هذا هو الظاهر الحض ، والحقيقة بعكسه . وهالك بيان ذلك .

لا مبرية في ان معظم القوانين الحديثة تمنع معاملة الحيوان القاسية ، ونعاقب من يعذبه او يقسو في تاديبه . ولكن هذا في الواقع ليس حقا للحيوان ، بل هو حق المجتمع الذي لا يسمح بالأعمال العنيفة الشاذة ، ولا بالمظاهر الوحشية الزلثة^٢ . وشبهه بذلك ما جاء في الشريعة الاسلامية بأنه لا يجوز لأحد ان يضرب الحيوان على وجهه ، ولا ان يؤذبه على الكبرية والمثار ، وبأن للقاضي ان يمنع هذه القسوة وان يعزّر فاعلها . ولقد روي ايضا عن عمر بن الخطاب انه كان يضرب من يحمل دابته ما لا ينطبق^٣ . ويفسر ذلك من دون شك ما نعرفه من المزاج في الشريعة بين الدين والاحلاق والقضاء ، وما كان ينشئة هذا المزاج من تداخل وتأثير .

الضمائم الناتجة عن فعل الحيوان في النظرية العصرية

بعد ان نفينا المسؤولية عن الحيوان نفسه فيها يجنبه من الضرر ، لا بد من النظر في مسألة الضمان الواجب في ذلك على صاحبه او على حارسه .

ففي القوانين العصرية ، لا شك في ان صاحب الحيوان أو حارسه ، إذا ثبت خطأه بالمعنى الذي درسناه في الباب السابق ، يكون مسؤولا عن الضرر الناتج عن فعل حيوانه .

(١) كما نقله سالزبرغ في كتابه Jurisprudence و (علم الحقوق) ، ص ٤٣١ .

(٢) انظر القانون الفرنسي الصادر في ٢ تموز سنة ١٨٥٠ ، وكتاب غارو (الوجيز في قانون الجراء رقم ٣٨) ، وكتاب هاريس (قانون الجراء الانكليزي ص ٢٦٤) ، والواد ٧٦١ - ٧٦٢ من قانون العقوبات اللبناني المتعلقة بمناقبة من يسيء معاملة الحيوانات .

(٣) تنقيح الشاروي الحامدية (ج ٢ ص ٢٧٨) ، ورسالة الشيخ محمد سليمان المذكورة (ص ٢٨) .

الفصل الثاني

التبعة الناجمة عن فعل الحيوان

مبدأ الحيوانه

الناس والأشياء هما قسمت كحيوان ، لكل منهما احكامه القانونية الخاصة . فاناس وما الحق بهم من الاشخاص المعنويين كالشركات والدولة وما أشبهه ، لهم وحدهم الحقوق ، وعليهم وحدهم الواجبات .

أما الاشياء ، فلا يتصور ان تكون لها حقوق او ان تكون عليها واجبات . بل انما هي نفسها موضوع الحقوق والواجبات التي تكون للناس والاشخاص ، وعمل تقارس فيه .

وما الحيوانات والبهائم إلا ضرب من الأشياء ، ومن الطبيعي أن تكون كبقية الأشياء لا تكتسب حقا ولا تتحمل واجبا . ولم تكن لردة هذا الأمر الديني الواضح لو لم نجد ما يناقضه في بعض الشرائع القديمة .

ففي الشريعة الموسوية وغيرهما ، كانت الحيوانات إذا أذلت نفسا أو شيئا تخاطم كالجرب من بني الانسان ، كأنها مسؤولة عن أعمالها وعما ينتج من ذلك من الواجبات .

فقد جاء في العهد القديم : « إذا نطح نور رجلا أو امرأة فمات ، يرحم النور ولا يؤكل لحمه ... أو إذا نطح إنثا أو نطح ابنة ، فيحسب هذا الحكم بفعل به » . وكذلك جاء في قوانين افلاطون : « إذا تسببت دابة أو حيوان أكثر موت أحد فاهل القتل يداعونه بالقتل ، ويحاكمه حراس البلد . ثم يذبحونه بعد الحكم عليه » .

(١) المروج ٢١ (٢٨ و ٣١) .

وكذلك في بعض القوانين أيضاً لا يشترط اثبات الخطأ للضمان . مثاله ورد في نون المدني الفرنسي أنه « يال صاحب الحيوان ، أو من يستعمله في مسابقة تنعالمه له ، عن الضرر الذي يحدثه الحيوان ، سواء أكان في حراسه أم كان قد أو هرب »^١ . ويعناه نص قانون الموجبات والعقود اللبناني على « ان حارس حيوان مسؤول عن ضرر حيوانه ، وان يكن قد ضل أو هرب... » (المادة ١٢٩) .

وانت ترى ان هذه التبعة التي تقع على الحارس هي تبعة مادية محضة من نوع طرة التي لا تشترط الخطأ^٢ . أو هي مبنية على اعتبار ان الحراسة تقتضي حفظ الحيوان ، وان جنابة الحيوان تفترض خطأ الحارس بالقرينة القانونية^٣ . وبناء على التبعة المادية جاء في القانون اللبناني انه « ... لا ترفع التبعة عن الحارس الا اقام الدليل على قوة فاهرة أو على خطأ ارتكبه المتضرر » (المادة ١٢٩) ، أي يقى هذه القرينة ليس بانبات عدم خطئه هو فحسب ، بل بانبات خطأ المتضرر القوة القاهرة أيضاً .

وبركامة أخرى ، أصبحت التبعة الجزية وشبه الجزية الناشئة عن فعل زيوانات ، أو عن الجرامد كما سنرى في الفصل القادم ، مبنية في القانون اللبناني ، فكرة وجوب الحراسة . فتكون تبعة المالك أو الحارس مستمدة من القانون بشرط يقطع النظر عن كل خطأ يرتكبه^٤ .

موقف الشريعة الإسلامية

« جنابة العجّاه جبار » ، قاعدة من القواعد الكلية في مجامع الحقائق^٥ . وفي الاحكام المدنية (المادة ٩٤) . ومعنى العجّاه البهية التي لا تتكلم ، ومعنى جبار هدير . فيكون معنى القاعدة الحرفي إذاً أن جنابة الحيوان لا ضمان فيها . وأن هذه القاعدة مبنية على الحديث الشريف : « العجّاه جبار أو جرحهم »

- (١) المادة ١٣٨ منه . يقابلها في القانون المدني الاثاني المادتان ٨٣٣ و ٨٣٤ .
- (٢) كما في كتاب جوسران المذكور ، ج ٢ رقم ٥٢٣ .
- (٣) Présumption de faute . راجع كتاب كولان وكايتيان المذكور ج ٢ ص ٩٧ .
- (٤) انظر تقرير نائب رئيس اللجنة الاستشارية التشريعية اللبنانية المؤرخ في ٣١ كانون الاول ١٩٥٢ .
- (٥) للمجامع وشرحه التام ، ص ٣١٨ .

جبار ٤٠٠٠ . وهو حديث صحيح روي في الصحيحين البخاري ومسلم ، وفي كتب السنن الأربعة ، وفي موطأ مالك ، وفي اختلاف الحديث للشافعي ، وفي مسند أحمد بن حنبل ، وفي مصابيح السنة للبخاري ، وفي الكبير للطبراني ، وفي غيرها من الكتب المعتمدة^١ . ونحن لانرى بعد هذا ما يسمح بأدنى الرب في صحته ولا بأقل التورّد في قدره^٢ .

على أنه ينبغي ألا تؤخذ هذه القاعدة على علانها ، ولا يستنتج منها ان الأصل في الشرع الاسلامي عدم الضمان في جنابة الحيوان . بل يجب ان تخصص هذه القاعدة بأحوال عدم التعدي وعدم التعمد بالمعنى الذي عرفناه ، وينبغي ان يضاف اليها ويقوم منها ان فعل الحيوان المضر كقتل الانسان نفسه لا يكون سبباً للضمان إلا بشرط وجود التعدي ووجود الخطأ اللازم في جميع احوال الاضرار تسيباً .

وهذا بعيدنا الى نفس الشروط العامة المطلوبة في المسؤولية الجزية . فيكون القول بعد هذا بان الأصل عدم الضمان في جنابة الحيوان مغلوطاً ، كما لو قيل ان الأصل عدم الضمان في جنابة الانسان .

وإذا كان في بعض المسائل التي درسها الحنفيون او بعض المتأخرين منهم ما يحصل على عكس ذلك ، ففي كثير من المذاهب ما يؤيد ما قلناه سابقاً بصراحة ومن دون مرأ . ولا تردد . ونحن نكرر ههنا ما اثبتناه قبل الآن ان الخلاف بين المذاهب في المسائل الفرعية ، التي استعرضت في جنابة الحيوان ، ليس الا خلافاً في الفروع ، والفضايا الخاصة ، شبيهاً بما نشاهده اليوم في اجتهاد المحاكم من خلاف وتناقض وتباين .

- (١) انظر البخاري وشرحه لمر الدين بن النبي (ج ٩ ص ١٠١) ، وصحيح مسلم وشرحه للبرقي (ج ١١ ص ٢٢٥) ، وسنن أبي داود (ج ٤ رقم ٤٥٩٣) ، ومصابيح السنة للبخاري (ج ٢ ص ٥٥) ، وتوزيع الموطأ شرح موطأ مالك (ج ٢ ص ١٩١) ، واختلاف الحديث للشافعي (بهامش الام ، ج ٧ ص ٤٠٠) ، وتبيل الاوطار للشوكلي (ج ٤ ص ١٢٥) ، وج ٥ ص ٢٧٤) ، والمجامع الصغير للسيوطي (ج ٢ رقم ٥٦٧٦) .
- (٢) على الرغم من ذلك ، شك الأستاذ اميل تيان في صحة هذا الحديث . ثم انه في تفسيره استنتج بان الأصل في جنابة الحيوان عدم الضمان ، وانتقد بعض الشافعيين الذين خالفوه في ذلك . (راجع الطروحة المذكورة ، ص ٢٢٩ وهامشها و ص ٢٥١) . وعلى كل حال ، فعن نرى غير رأني حضرة المؤلف ، كما سنوضح في هذا الفصل .

شروط الضمان

أطلق الفقهاء كلمة جنابة الحيوان على ما يجده الحيوان من ضرر في النفس أو المال . وهذا المعنى نستعملها نحن أيضاً في هذا المعرض .
وان شروط الضمان في جنابة البهائم هي بوجه عام ذات الشروط التي أتينا على ذكرها في مسؤولية الإنسان عن عمل نفسه . وهذا ، وان لم يذكره الفقهاء صراحة ، الا انه يستنتج من الاشارة والمسائل التي استعرضوها .
فاذن يشترط وجود العمل الضار ، والتعدي ، وعلاقة المباشرة او التسبب ، والتمتع في الاضرار نسبياً . ولا بأس بكلمة نفتهر تطبيق هذه الشروط .

أولاً - العمل الضار

واضح ان الاضرار حيث لا ضرر . فلا حاجة في ذلك إذا إلى الابيضاح والتكرار .

ثانياً - التعدي

يجب في العمل الضار ان يكون بدون حق ، أي ان يجاوز حق الغير أو حق العامة . فعليه لا ضمان عند عدم التعدي .
مثاله في الجملة : « لا يضمن صاحب الدابة التي اضررت بيدنا أو ذيلها أو رجلها ، حال كونها في ملكه ، راكباً كان أو لم يكن ، (المادة ٩٣٠) . وكذلك إذا ادخل احد دابته في ملك غيره باذنه ، فلا يضمن جنابتها في الصور التي ذكرت في المادة آنفاً ، حيث انها تعد كالكلاب في ملكه . وان كان ادخلها بدون اذن صاحبه يضمن ضرر تلك الدابة وخسارها على كل حال ، يعني حال كونها راكباً أو سائفاً أو قائداً أو موجوداً عندها أو غير موجود ... » (المادة ٩٣١) .

وأيضاً : « لو اتلفت الدابة ، التي كانت قد ربطها صاحبها في ملكه ، دابة غيره ، التي أتى بها صاحبها وربطها في ملك ذلك بلا اذنه ، لا يلزم الضمان . وإذا اتلفت الدابة دابة صاحب الملك ، فيضمن صاحبها ، (المادة ٩٣٨) . وسبب هذا التفريق ان عمل الاول أي ربط الدابة في ملك نفسه جائز ، بخلاف العمل الثاني ، أي ربطها

ولكي لا تنهم بالمبالغة والتسرع ، لا نرى بدأ من تبيان بعض الادلة التي استندنا اليها فيما قدمناه . فقد جاء في الحديث الشريف ايضاً : « من وقت دابة في سبيل من سبل المسلمين ار في سون من اسواقهم فارطأت بيد او رجل فهو ضامن » .
ورد في عن النبي (ص) انه قضى على اهل الاموال حفظها بالهار وعلى اهل المواشي حفظها بالليل ، وان ما افسدت المواشي بالليل ضامن على اهلها ٢ .

وعلى الجملة ، فقاعدته « جنابة المعجم جبار » ، قاعدة مخصصة مقيدة . وهي معطوفة على غيرها من القواعد والاحاديث . وحاصلها جميعاً بدل ، كما قال الشافعي ، « على ان ما اصاب المعجم من جرح وغيره في خال جبار ، وفي حال غير جبار ... وفي هذا دليل على انه اذا كان على اهل المعجم حفظها ضمنوا ما اصاب ، فاذا لم يكن عليهم حفظها لم يضمنوا شيئاً بما اصاب » ٣ . ومعنى القواعد اذاً عند جمهور الفقهاء هو ، ان جنابة البهائم غير مضمونة ، ولكن المراد اذا فعلت ذلك بنفسها ولم تكن عقوراً ولا فرط مالكتها في حفظها حيث يجب عليه الحفظ ٤ . اختلف الى هذا ان الحنفيين انقسم فسررا كلمة للمعجم في قاعدة « جنابة المعجم جبار » بمعنى الدابة النفلتة وحدها كما سئرى مفضلاً ٥ .

فكل ذلك وما اليه يدل على ان الاصل في الشرع الاسلامي الضمان في جنابة الحيوان بشروط معلومة ، وبالتالي عدم الضمان عند فقدان احد هذه الشروط . على ان تطبق هذه القاعدة ، ومعرفة مواضع وجوب حفظ الحيوان على صاحبه وعدم وجوبه ، ومن ثم معرفة مواضع الضمان وعدمه ، كل هذا كان ميداناً للاجتهاد والاختلاف في المذاهب ، ولكنه اختلاف في الفروع لا في المبادئ ، او قل هو اختلاف في تطبيق القاعدة على القضايا العملية ليس الا ٦ .

(١) اخرج الدارقطني والبيهقي ، كما جاء في نيل الاوطار ، ج ٥ ص ٢٧٥ .

(٢) رواه مالك والشافعي واحمد وابو داود والسنائي وابن ماجه والدارقطني وغيرهم . انظر

سنة ابن داود (ج ٣ رقم ٣٥٦٩ و ٣٥٧٠) ، وتوزيع الحوايك شرح موطأ مالك (ج ٢ ص

١٢٣) ، واختلاف الحديث (في الموضع المذكور) ، ونيل الاوطار (في الموضع المذكور) .

(٣) اختلاف الحديث (بهامش الام ج ٧ ص ٤٠٢) .

(٤) نيل الاوطار ، في الموضع المذكور .

(٥) البيهقي ، ج ٢٦ ص ١٩٧ .

ملك الغدير ، فهو نعتٌ موجب الضمان .
ومثله أخيراً : « إذا ربط شخصان دابتيهما في محل لها حق الربط فيه ، فالتفت
سدى الدابتين الأخرى ، فلا يلزم الضمان . مثلاً لو انقذت دابة أحد الشريكين في
أرض دابة الآخر ، عندما ربطها في تلك الدار ، لا يلزم الضمان » (المادة ٩٣٩) .

مأثراً - المباشرة والنسب

إن جنابة الحيوان ، وإن كانت مباشرة بالقياس إلى الحيوان الذي لا يكون
سؤرلاً هو ابدأ ، إلا أنها تكون عادة تسيباً بالقياس إلى صاحبها أو راعيها .
على أنها تكون أحياناً مباشرة بالقياس إلى راعيها أيضاً ، كما في جنابة الدابة
لراكبها غير الجرح . ففي الجملة ، لو دامت دابة مراكبة لأحد على شيء ، يدهسها
ورجلها ، في ملكه أو في ملك الغدير ، وانلقت ، وبعد الراكب فسدت انف ذلك
شيء ، مباشرة ، فيضمن على كل حال ، (المادة ٩٣٦) .

وتفسر ذلك أن التلف حصل بتقل الراكب وتقل الدابة . « إلا أن الدابة
آلة له ، فكان الاتر الحاصل بفعله مضافاً إليه ، وكان هو من ثم متلفاً بالمباشرة » .
وكذلك قال الشافعي إن فائد الدابة وسائقها ، وراعيها ، إذا حملها على أن
تطأ شيئاً يضمن ، « لأن وطأها من فعله ، فتكون حينئذ كالأداة من أدائه حتى بها »
وإن الضمان لا يكون إلا في المباشرة أو النسب . فعليه لا ضمان عند عدم
المباشرة أو النسب . لذا قالت المجلة : « الضرر الذي أحدثه الحيوان بنفسه ، لا
يضمنه صاحبه » . (المادة ٩٢٩) ، « إلا إذا رآه وسكت ، أو كالت مفزطاً في
حفظه كما سنرى . مثاله قال فاضلخان « إذا أكلت هرة رجل دجاجة غيره ، لا يضمن
صاحب الهرة » ، « إلا في أحوال سببها » .

رابعاً - التعمد في النسب

قلنا إن التسبب لا يضمن إلا بالتعمد ، وقلنا إن التعمد معناه الخطأ الناتج عن

- (١) الباطم ، ج ٧ ص ٢٨١ .
- (٢) الام ، ج ٧ ص ١٣٨ .
- (٣) الفتاوى الحانية ، ج ٣ ص ٢٨٢ (بهاشم الهندية) .

التقصير أو التهور أو عدم التعرز ، وقلنا إن لا ضمان عند عدم التعمد . فهذا كله
يجري حكمة أيضاً في جنابة الحيوان .

ومثل من المجلة يوضح ذلك . فقها « لو كانت الدابة جوحاً ، ولم يقدر الراكب
على ضبطها ، واضرت لا يلزم الضمان » (المادة ٩٣٧) . وسببه « أن الراكب عند
الغلبة انقطع تسيبه » . ويشترط أن يثبت الراكب عجزه عن ضبط الدابة . فعليه
يضمن الراكب إن لم يثبت ذلك ، أو إن تبين أنه هو المحرك للدابة على الجرح .
ودروي عن إبراهيم النخعي أنه خالف في هذه المسألة ، وقال بأن من جمح به فرسه
فقتل انساناً يكون ضامناً ، كما لو رمى بسهمه طائراً فأصاب رجلاً فقتله » .
وبعد ، فنحن نذكر الآن بعضاً من الامثلة في التقصد والتقصير وعدم التعرز
مع اختلاف المذاهب فيها ، ثم نبعث بعد ذلك بإيجاز في مسألة من يلزمه الضمان .
ولا بد من التنبيه مرة أخرى إلى أمر وهو أن هذا التقسيم يوجه عام ليس من
ترتيب الفقهاء السابقين ، بل هو تقسيم حديث اتخذناه لأجل جمع المسائل والامثلة
المتنوعة وتسهيل درسها وتفهمها ، والاستبدال على العمل المبني عليها ، ثم مقارنتها
بما يقابلها من النظريات المصرية .

أحوال التقصد

إن أحوال التقصد في جنابة الحيوان ، كما في جنابة الانسان ، واضحة لا خلاف
فيها ولا غموض . فلذا لا مجال لإطالة الكلام فيها .
ومن أهم امثلة ذلك ما لو أضرم أو أشلى أحد كلبه على انسان أو على حيوان
فمقره ، فالضمان على المقرئ عند أبي يوسف وجمهور الفقهاء ، خلافاً لأبي حنيفة .
وكذلك لو القى أحد هرة إلى حمامة أو دجاجة فأكلتها من روميه ، ضمن
المقرئ .

وأخيراً أيضاً لو أرسل أحد بهيمة فأصاب في فورها شيئاً ، كان المرسل
ضامناً » .

- (١) الفتاوى الحانية (ج ٢ ص ٢٠٥) ، والحلى (ج ١١ رقم ٢١١٠ بآخره) .
- (٢) جامع الفصولين (ج ٢ ص ١١٨) ، والحلى (ج ١١ رقم ٢١١١) ، والفتاوى البزازية
(ج ٣ ص ٤٠١ بهاشم الهندية) ، والفتاوى الحانية (ج ٣ ص ٢٨٢ و ٢٨٤ ، بهاشم الهندية) .

حتى رباط حيسوان ، واتلفت دابة الرباط اولاً دابة الرباط مؤخرأ ، لا يلزم الضان . واذا كان الامر بالمكس ، فيلزم الضان ، (المادة ٩٤٠)^١ رابعاً - نذكر اخباراً احكام جنابة الحيوان اذا كان معه سائق أو راكب أو قائد . فلقد مرت معنا حالة الدابة المركوبة غير اللوح وجانبها في ملك راكبها أو في ملك الغير . ولكن ما الحكم اذا كان ذلك في الطريق العام ؟ معلوم ان لكل امرئ . حتى المرور في الطريق العام ، بشرط مراعاة حق الغير ايضاً والاحتراز من الاضرار به . غير ان الفقهاء اختلفوا في مواضع وجوب الاحتراز وعدمه ، وفي مقياس هذا الاحتراز ومواضع الضان في ذلك . ففي هذه المسألة نصت المجلة على ان لكل احد حق المرور في الطريق العام مع حيوانه . بناء عليه ، لا يضمن المار راكباً على حيوانه في الطريق العام الضرر والخسار اللذين لا يمكن التعرّض عنهما . مثلاً لو انتشر من رجل الدابة غبار أو طين ولوث ثياب الآخر أو رفست برجلها المؤخرة ، أو لطمت بذيها واضرت ، لا يلزم الضان . ولكن يضمن الراكب الضرر والخسار الذي وقع من مصادمتها أو لطمه يدها أو رأسها ، (المادة ٩٣٢) . والقائد والسائق في الطريق العام كالراكب ، يعني لا يضمنان الا ما يضمنه الراكب من الضرر ، (المادة ٩٣٣) .

وخلاصة المذهب الحنفي اذا هي ان راكب الدابة او سائقها او قائدها مسؤول عما تتلفه بالصادمة او يدها او فمها او رأسها ، وانه غير مسؤول عما تتلفه بالرجل او بالذيل . وهذا الرأي الوسط قال به ايضاً احمد بن حنبل في احدى الروايتين عنه . وقد علل اصحاب هذا المذهب التفصيل الذي قدمناه بأنه يمكن الاحتراز من جانب مقدمة الدابة لا من جهة مؤخرتها ، واستندوا ايضاً الى الحديث الشريف « الرجل جبار »^٢ ، اي ان جنابة رجل الدابة لا ضمان فيها ، ولكن هذا الحديث شك في صحته كثير من الفقهاء .

اما باقي الاثمة ، فبعضهم كداود الظاهري قالوا بعدم الضان في هذه الاحوال جميعاً ، وبعضهم كالشافعي وابن حنبل في الرواية الثانية عنه قالوا بوجوب الضان

(١) جامع الفصولين ، ج ٢ ، ص ١٢٠ .

(٢) رواه ابو داود السجستاني . انظر سننه ، ج ٤ ، رقم ٤٠٩٢ .

اهوال عدم التعرّض

تحت هذه الفئة تندرج احوال ومساائل مختلفة متنوعة يجمعها جامع واحد ، وهو ان صاحب الحيوان او واضع اليد عليه يقصد الى فعل في الحيوان دون ان يقصد الى ما يجذبه الحيوان من الضرر بسببه ، ولكن هذا الضرر يمكن الاحتراز منه والتبصر فيه . وهالك أهم أمثلة ذلك :-
اولاً - لو القى احد حية على قارعة الطريق فلذمت انساناً او حيواناً ، ضمن الملقى^١ . فالقاء الحية عمل مقصود ، ولكن الذرع وان لم يكن مقصوداً ايضاً يجد ذاته ، الا انه نتيجة منتظرة من القاء الحية على الطريق ، وكان بالامكان حساب هذه النتيجة والتعرّض منها .

ثانياً - لو نخس احد دابة فنفتت انساناً في فورها ، او نفرت وصدمت رجلاً ، فالضمان على الناخس ، لأنه قصد النخس ولم يجترأ بما ينتج منه ، ولأن الضرر الحاصل تولد من عمله ، فكان هو إذاً متسبباً به^٢ .

ثالثاً - من أمثلة اضرار الحيوانات بسبب عدم تحرز اصحابها او حراسها ما جاء في المجلة عن توفيق الدواب في الطريق العام ، او في محفل آخر ليس فيه حتى التعريف .

قالت المجلة : - ليس لأحد حتى توفيق دابته او ربطها في الطريق العام . بناء عليه لو وقف او ربط احد دابته في الطريق العام ، يضمن جنابها على كل حال ، سواء رفست يدها او رجلها ، أو جنت بسائر الوجوه . واما الحال التي اعتمدت لتعريف الدواب ، كسوق الدواب ومحفل وقف دواب الكراه ، فمستثناة ، (المادة ٩٣٤) .

وهذا الحكم ، كما ترى ، يستند الى الحديث الشريف الذي ذكرناه ونصه : « من وقف دابة في سبيل المسلمين أو في سوق من اسواقهم ، فاورطت بيد او رجل ، فهو ضامن » .

وشبهه بذلك ما في المجلة ايضاً : « لو ربط اثنان دابتهما في محفل ، ليس لهما فيه

(١) جامع الفصولين (ج ٢ من ١١٨) ، والناواري الخانية (ج ٣ من ٤٩٤) ، هاشم الهندية .

(٢) البسوط (ج ٢٧ من ٢٤) ، والهداية (ج ٤ من ١٦٤) ، والروض الربيع (ج ٢ من ١١٨) .

على الاطلاق . وقال مالك : والقائد والسائق والراكب كلهم ضامنون لما اصابته الدابة الا ان ترمع الدابة من غير ان يفعل بها شيء ترمع له ،^١ .
وان رأي الشافعي كما ترى أقرب الى القوانين العصرية والى العقل والمنطق ، وأوفق للعدل ولحاجات الناس في الحياة الاجتماعية . وهو بدون شك يفترض عدم التعرض في جميع هذه الاحوال ، ولا يرى ما يوجب التقريب بين مقدمة الدابة ومؤخرتها ، كما فعل الحنفيون ومن ذهب مذمهم .

هوال الفصير

ان التسبب بالتقصير ، كما نعلم ، يكون في الاحوال التي يعمل فيها الانسان اجراء . أمر كان يجب اجراؤه ، او يفرض في حفظ شيء كان يجب حفظه ، ثم ينتج من هذا الاهمال والتفريط ضرر للغير . وان احوال التقصير في جناية الحيوان كثيرة ، ولكن قد اختلف فيها في المذاهب الاسلامية اختلفاً كبيراً . وهاك بعضها :-

اولاً - رأينا ان الضرر الذي احدثه الحيوان بنفسه ، أي بدون مباشرة ولا تسبب من احد ، لا يضمنه صاحبه . ولكن لو استهلك حيوان مال احد ، ورآه صاحبه ولم يذمه بضمن ... (المادة ٩٢٩) .

وسبب مسؤولية صاحب الحيوان هنا هو تقصيره في منع حيوانه من متابعة الاضرار . وقد اتفق في هذا الحكم جمهور الفقهاء^٢ .

ثانياً - قالت المجلة : « من سبب دابته في الطريق العام ، بضمن الضرر الذي احدثته » (المادة ٩٣٥) . وما تسبب الدابة لإتراكها واهمالها والتقصير في حفظها .
ثالثاً - الحيوانات الخطرة :

- (١) انظر في هذه المسألة : البسوط (ج ٢٧ ص ٢) ، وأهـناية (ج ٤ ص ١٦٠) ، وشرح الزيلعي على الكنتر (ج ٦ ص ١٤٩) ، والفتاوى الحامية (في الوضغ المذكور) ، وشرح المعنى على البخاري (ج ٩ ص ١٠٣) ، وشرح الزرقاني على موطن مالك (ج ٤ ص ١٩٨ - ١٩٩) ، والدونة الكبرى (ج ١٦ ص ٢٤٤) ، وبداية المجتهد (ج ٢ ص ٢٤٥ - ٢٤٦) ، وكتاب الام (ج ٧ ص ١٣٨) ، والوجيز (ج ٢ ص ١٨٦) ، والذبي (ج ١٠ ص ٣٥٨) ، واليزان للشمراي (ج ٢ ص ١٧٨) .
(٢) الفروق للقرافي ، ج ٤ ص ١٨٦ .

من المعقول ان تتباير الحيوانات في درجة خطرها ، وان تتفاوت من ثم درجة الخطر المطلوب فيها . ومن المعقول ان يكون واجب الحفاظ في الحيوانات الخطرة اكثر منه في غيرها .

ولا شك إذاً في ان قاعدة « جناية المعجاء جبار » لا يجري حكمها في بعض الحيوانات الخطرة ، كالكلب المقهور ، والثور او الكبش النطوح ، والفرس الكدوم ، والجل العضوض ، والاسد والنسر والذئب ، وما إليها . ففي هذه الفئة من الحيوانات ، اختلف الفقهاء واختلفت الروايات عنهم كثيراً .

فقد روي عن القاضي شريح ان سائلاً أتاه وقال : « اني دخلت دار قوم ، فعمرتي كلهم وخرق جرابي » . فأثناء القاضي قائلاً : « ان كنت دخلت باذنتهم ، فهم ضامنون . وان كنت دخلت بغير اذنتهم ، فليس عليهم شيء » . وقال بذلك أيضاً بعض الفقهاء ، كالشمسي واحمد بن حنبل ، وحجتهم ان صاحب الحيوان فرط باذنته فهو ضامن ، الا ان يدخل انسان داره بغير اذنه فلا ضمان به^١ .

وقال آخرون ، كالحنفيين واهل المذهب الظاهري وغيرهم ، انه لو دخل انسان دار رجل عنده كلب مقهور او دابته مؤذبة ، باذنه او بغير اذنه ، فعمره الحيوان او أتلف ماله ، فلا ضمان على صاحب الدار .

الا ان الحنفيين اوجوا الضمان في حالة الاشارة على صاحب الحيوان وانذاره بالمحافظة على حيوانه الخطر . مثاله جاء في الجملة : « ... وبضمن صاحب الثور النطوح والكلب المقهور ما اتلفه » ، اذا تقدم احد من اهل عكته او قرينه ، بقوله حافظ على حيوانك ، ولم يحافظ عليه » (المادة ٩٢٩)^٢ .

اما مالك واصحابه واصحاب الشافعي فقد قالوا بتغريم صاحب الحيوانات الضارية او الخطرة ما اتلفته ان كان عالماً بانها مؤذبة ، او ان كانت معروفة بالافساد لان عليه في هذه الحال ربطها وحفظها^٣ . ثم انه لو اتخذ احد كلباً مقهوراً في

- (١) الغني (ج ١ ص ٣٥٨) ، والروض الربيع (ج ١٧ ص ١١٧) ، والحلي (ج ١١ ص ٢١١) .
(٢) انظر أيضاً الخطي في الوضغ المذكور ، والفتاوى الحامية (ج ٢ ص ٢٠٦ - ٢٠٧) ، والفتاوى البزازية (ج ٣ ص ٤٠٦) ، بهامش الحسنية) ، والفتاوى الحامية (ج ٣ ص ٢٨٢) ، بهامش الهندية) .
(٣) انظر الخطي في الوضغ المذكور ، وشرح النووي على صحيح مسلم (ج ١١ ص ٢٢٥) ، واليزان للشمراي (ج ٢ ص ١٥٢) .

ضع لا يجوز له التخاذله فهو ضامن لما جنى الكلب . ولكن اذا كانت في
ضع يسرع التخاذله فما جناه الكلب لا يوجب مسؤولية صاحبه الا بعد
اثره .
رابعا - جنسية الحيوان العادي الذي لا يكون معه سائق او قائد
راكب .

هل في هذه الجنابة تقصير من صاحب الحيوان وتسبب في الضرر الناشئ ؟
مسألة اختلف فيها الفقهاء ، ايضا .
فمنهم بعضهم ، كالحنفيين واتباع المذهب الظاهري ، لا ضمان على صاحب البهائم
جنته في مال أو دم ، ليلاً أو نهاراً على الاطلاق . فعليه نعت الجثة والكتف
نحية على انه لو انقلبت الدابة بنفسها ودخلت في ملك للغير ، واضرت بزوجه او
بآخر ، فلا ضمان على صاحبها (المادة ٩٣١) ، الا ان يكون ذلك بارسالها من
ن حافظ فيكون ضامناً .

اما باقي الائمة فقد فرفروا في اتلاف الزرع والاشجار وما لبيها بين ما تحده
بأنهم منه بالنهار وما تحده بالليل ، فقالوا بعدم الضمان فيما تلفه نهاراً ، الا ان
ط الراعي في حفظها بالضمان في ذلك عليه . ولكن فيما تلفه البهائم ليلاً ،
مض الفقهاء . كمالك وابن حنبل قالوا بتضمن صاحبها مطلقاً ، والبعض الآخر
لشافعي اشترطوا التضمن ، ان يكون مفرطاً في حفظها .

وقد استند جمهور الفقهاء ، في هذا التفريق الى قضاء القاضي شريح به ، والى
سنة النبوية التي رويناها سابقاً . وهي ان النبي (ص) قضى ان على أهل الحوائط
لبساتين (حفظها بالنهار ، وان على أهل الموائج حفظها بالليل ، وان عليهم ضمان
اوسده ليلاً . وبعبارة اخرى ، يعتبر انفلات الحيوان ليلاً دليلاً على التقصير
لاهمال في حفظه ، فيعد ما يتلفه بعد ذلك مسبباً عن هذا التقصير ، وموجباً
بان على صاحبه .

وأخيراً روي عن البيه وعطاء وسمنون انهم قالوا بتضمن صاحب الموائج ما
سدته ليلاً أو نهاراً ، بدون تمييز . وهو قول ، كما ترى قريب من النظرية

(١) المقدم النظم للحكام (بهامش نصرة الحكام) ، ج ٢ ، ص ٩٧ .

العصرية التي قدمنا .

على من يجب الضمانه في جنابة الحيوان

بعد ان فهمنا الاحوال التي توجب الضمان في جنابة الحيوان ، لا بد من معرفة
الشخص الذي يقع عليه هذا الضمان .
فالجواب بوجه عام ان المسؤول ليس مالك الحيوان بصفته مالكاً ، بل هو
الشخص الذي تسبب بتعمده أو تقصيره أو بعدم تحرزه في احداث الضرر سواء
أ كان هذا التسبب هو المالك ام غيره .

مثاله لقد رأينا في احوال التسبب قصداً ، ان ملقي الحية او مغري الحيوان
او مرسله هو المسؤول وان لم يكن مالكاً له وكذلك يسأل في عدم التحرز فانحس
الحيوان او من يوقفه في الحبل المنزوع . وايضاً في جنابة الحيوان المركوب أو
المسير ، يكون الراكب او القائد أو السائق هو المسؤول ، وان كان غير مالك له .
وبصورة عامة ، كل من كان واضعاً يده على الحيوان ، سواء أ كان مالكاً أم
وكيلاً للمالك أم مستعيراً أم ودعياً مستأجراً أم راعياً أم أجيراً أم غاصباً ، كل من
هؤلاء يعتبر ضامناً لجنابة الحيوان في الاحوال التي توجب ذلك ، لان الضمان يجب باليد
لا بالملك . ولا يكون المالك نفسه مسؤولاً الا بصفته راكباً او قائداً او
سائقاً ، أو واضعاً يده بصورة أخرى ، أو مقصراً في حفظ الدابة حيث ينبغي
حفظها .

وإذا كان على الدابة راكبان مترادفان ، فلاصل ان يكون الضمان على
الراكب الاول ، لانه هو المتصرف ، القادر على كفها ، الا ان يكون الاول

- (١) انظر في هذه المسألة : جامع الفصولين (ج ٢ ص ١١٤) ، وتبنيح الفتاوى الحامدية
(ج ٢ ص ٢٩٩ و ٣٠١) ، وشرح العيني على البخاري (ج ٩ ص ١٠٢ - ١٠٣) ، ونبيل
الأوطار (ج ٥ ص ٢٧٥) ، وشرح النووي على مسلم (ج ١١ ص ٢٢٥ - ٢٢٦) ، وشرح
الزرقاني على موطأ مالك (ج ٤ ص ٣٧) ، والفتاوى للقرافي (ج ٤ ص ١٨٦) ، والفتاوى
الغيبية (ص ٣٣٣) ، والروزي (ج ٢ ص ١٨٦) ، والنسفي (ج ١٠ ص ٣٥٦ - ٣٥٧) ،
والحلي (ج ٨ رقم ١٢٦٥) ، والبيان للشمساني (ج ٢ ص ١٧٧) .
(٢) راجع الفتاوى (ج ٥ ص ٤٥٥ - ٤٥٦) ، وجامع الفصولين (ج ٢ ص ١١٩) ،
وشرح النووي على صحيح مسلم (ج ١١ ص ٢٢٥) .

منها صغيراً أو مريضاً أو محوماً ويكون الثاني المتولي لتدبيرها فيكون الضارف عليه ،^١ أو ان يكون الرأكب المؤخر مسبباً للضرر بحركته أو بضره الدابة فيكون الضارف عندئذ على الراكبين جميعاً^٢ .

أما اذا اجتمع القائد والسائق والراكب ، أو اذا اجتمع اثنان منهم ، ففي توزيع الضمان عليهم تفصيل وخلاف لا نرى مجالاً لسرده^٣ .
وبعد ، فمنع نسيين من هذا ان جناية الحيوان لا تكوّن عادة الا نسبياً ، وانه يشترط في هذا التسبب ، وجود التعمد أو التقصير أو عدم الاحترار ، وان التسبب يكون في الاصل من واضع اليد ، سواء أكان مالكاً أم لم يكن . ونسبيته ايضاً ان وضع المسؤولية على واضع اليد في الشرع الاسلامي قريب من وضعها على الحارس في القوانين الحديثة ، لا سيما في قانون الموجبات والعقود اللبناني .

الفصل الثالث

التبعة الناجمة عن الجورامد

المبدأ العام

ان ما قلناه في جنسية الحيوان والخلاف فيها بين النظرية المعصرية والنظرية الاسلامية نجد الآن بوجه عام في الضرر الناشئ عن الأشياء الجامدة .

ففي القوانين الحديثة نلمس ان نظرية الخطأ ، التي لا تشترط اثبات الخطأ ، أو التي تفترض وجوده افتراضاً ، تطبق على الجورامد . فيكون حارس هذه الأشياء مسؤولاً عما تسببه من الأضرار للغير .

مثلاً نص قانون الموجبات والعقود اللبناني على و ان حارس الجورامد المنقولة وغير المنقولة يكون مسؤولاً عن الأضرار التي تحدثها تلك الجورامد ، حتى في الوقت الذي لا تكون فيه تحت ادارته أو مراقبته الفعلية ، كالسيارة وثالث السير أو الطائرة وقت طيرانها أو المصعد (الاسانسور) وقت استعماله . وتلك التبعة الوضعية لا تزول الا اذا قام الحارس البوهان على وجود قوة قاهرة أو خطأ من المتضرر . ولا يكفي ان يثبت الحارس انه لم يرتكب خطأ^١ .

وفي القانون الانكليزي ترى نفس القاعدة ايضاً ، ولكن في الضرر الحاصل من الأشياء الخطرة فقط . وتسمى هذه القاعدة بقاعدة قضية رابلاندس على فلائشر^٢ . وهي قضية صدر حكمها عام ١٨٦٨ وأثبت مبدأ عاماً مآله : ان من وضع في ملكه شيئاً شديد الخطر ، كان مسؤولاً عن الضرر الناشئ منه ، وان لم

(١) المادة ١٣١ منه ، المعدلة بالرسوم الاستثنائية عدد ٥١ المؤرخ في ٥ تشرين الثاني

سنة ١٩٣٢ .

(٢) . 330 L. R. 3 H. Fletcher v. Bylands

(١) الشفي ، ج ١٠ ص ٣٥٩ .

(٢) لدونة الكبرى ، ج ١٦ ص ٢٤٤ .

(٣) نظر المدونة الكبرى (ج ١٦ ص ٢٤٧) ، والشفي في الوضع المذكور ، والبدايح

(ج ٧ ص ٢٨٠) ، والتاوي الحاشية (ج ٣ ص ٤٩٥ بهامش الهندية) .

يكن واضعه مهملًا .
أما الشرح الإسلامي ، فإنه لم يقر مبدأ المسؤولية على هذا النحو ، بل اعتبر ان الاشياء لا يمكن ان توجب مسؤولية ما ، الا في حالة التسبب بالمعنى والشروط التي مرت معنا .

فهنا نرى ما رأيناه في جنابة الحيوان ، نرى ذلك تشبه لنفس الحديث الشريف الذي مر سابقاً في ذلك المعرض . وهو العجاء جبار ، والبيتر جبار ، والمدن جبار . . . ومن أمثله المنقولة عن شروحه انه لو حفر أحد بئراً او معدناً في محل يجوز له فيه ذلك ، فسقط في البئر او المدن شخص آخر ، فلا ضمان على الحافر . وكذلك لو استأجر أحد من يجفر له بئراً في ملكه فاهارت عليه ، فلا ضمان

على صاحبها^١ .
ولقد رأينا في الابواب السابقة امثلة من هذا كثيرة ، تتعلق بوضع الاشياء في الطريق العام ومسؤولية واضعها عن الضرر الذي تحدثه ، وتعلق باصطدام السفن وما أشبه ، وبالبناء والبريان وغيرها . ولا مجال لاعادتها تكراراً في هذا المعرض . وهي جميعاً من مسائل الاضرار تسبباً ، التي تشترط للضمان وجود العمد بعناه الخصوص .

وانما نكتفي هنا بدرس مسائل الضرر الناجم عن الخيطان والابنية ، او عن وقوع بعض الاشياء المنقولة ، دون غيرها الذي هو من نوعها ، والذي يمكن معرفة حكمه بالقياس على ما ذكرنا او على ما نذكر هنا .

الخطاه والاولية

و ان صاحب البنية مسؤول عن الضرر المتبب عن اهدائها ، اذا حدث ذلك نتيجة عدم التصليح او تبيحة العيب في بناءه . هذا ما قاله القانون المدني الفرنسي^٢ .

وشبه هذا النص ما نجد في الشريعة الاسلامية في فصل الحائظ المائل وما

(١) شرح العيني على البخاري (ج ٩ ص ١٠٢) ، وشرح النووي على مسلم (ج ٩١ ص ٢٢٦) .

(٢) المادة ١٣٨٦ منه . وتقالها المادة ٨٣٦ من القانون المدني الالائي .

يجده اهدائه من الضرر .

فلا خلاف بين الفقهاء والمذاهب ان من بني حائطاً مائلاً الى الطريق او الى ملك الغير ابتداءً ، أي مائلاً من وقت بنائه ، يكون مسؤولاً عما يجده سقوط هذا الحائظ من الضرر .

ويقرر ذلك ان البناء كان فيه عيب منذ الابتداء ، وكان فيه تعدد على حقوق الآخرين الذين لهم حق المرور بالقرب منه . فليس لأحد ان ينفع والبناء في هواء ملك غيره او هواء مشترك (ولا ان) يعرضه للوقوع في غير ملكه ، فاشبه ما لو نصب فيه منجلاً يصيد به^١ .

ويجزي هذا الحكم بوجه عام على جميع الابنية المائلة او الخارجة الى الطريق ، كاشراج الجناح ، اي و اشراج الجذوع من الجدار الى الطريق والبناء عليه ، و نحوه^٢ .

أما لو بني احد حائطاً مستقيماً ، ثم مال بعد حين ، فهل يضمن صاحبه ما يحصل من الضرر بسقوطه ؟ في هذه المسألة ، اختلف الفقهاء وذهبوا مذاهب ثلاثة .

فالمذهب الاول يقول بعدم الضمان في جميع الاحوال ، اي سواء طوب صاحب الحائظ بهمه ام لم يطالب به . وهو قول الامام الشافعي والي سيبويه الاصطخري . وسبب عدم الضمان ان صاحب الحائظ و بنائه في ملكه ووقع من غير فعله ، فاشبه اذا وقع من غير ميل^٣ .

والمذهب الثاني يقول بمسؤولية صاحب الحائظ المائل مما يتلفه بسقوطه في جميع الاحوال حتى وان لم يطالب بنقصه او هدمه . وقد قال بذلك ابن ابي ليلى والي ثور واسحاق وبعض اصحاب الامام ابن حنبل . وحقهم هي ان صاحب الحائظ و تمتد بتوكله مائلاً ، فضمن ما تلف به ، كما لو بناء مائلاً الى ذلك ابتداءً^٤ .

وبين هذين المذهبين مذهب ثالث وسط ، وهو مذهب جمهور الفقهاء . فقد روي هذا المذهب عن الامام علي بن ابي طالب وعن القاضى شريح والنخعي والشعبي وغيرهم من أئمة التابعين . وقال به الامام مالك واصحاب الامام ابن حنبل في

(١) القتي ، ج ٩ ص ٥٧١ .

(٢) درر الحكام (ج ٢ ص ١١١) ، والوجيز (ج ٢ ص ١٥٠) .

(٣) المذهب ، ج ٢ ص ٢٠٧ .

(٤) القتي ، ج ٩ ص ٥٧٢ .

القول المختار . اما المنفيون فقد اخذوا به استحساناً ، خلافاً للقياس الذي يقضي بعدم الضمان مطلقاً كالذهب الاول ^١ .

ويشترط هذا المذهب الثالث لاجل الضمان في هذه المسألة ان يتقدم احد اصحاب العلاقة وطلب المالك بهم الحائظ قبل سقوطه . فعليه لو سقط الحائظ قبل المطالبة ، وانفك إنساناً أو مالا^٢ أو أضر بها ، فلا ضمان على مالكة .

ويقال للمطالبة في الاصطلاح التقدم . وتعريفه في الجهة : « التنبية والتوصية بدفع الضرر للمعوز وازالته قبل وقوعه » (المادة ٨٨٩) . ويشترط في التقدم ان يسبق السقوط بوقت كافٍ للهم ، وان يكون صادراً من له هذا الحق . ويشترط احتياطاً الاشهاد على هذا التقدم ، حتى اذا انكروه صاحب الحائظ امكن اثباته بالشهود .

والبيك تفصيل ذلك ، كما جاء في الجهة : « لو سقط حائظ احد واورث غيره ضرراً ، لا يلزم الضمان . ولكن لو كان الحائظ مائلاً الى الابطال اولاً ، وكان قد نبه عليه احد ، وتقدم بقوله (اهدم حائظك) ، وكان مضى وقت يمكّن مهدم الحائظ فيه ، يلزم الضمان . ولكن يشترط ان يكون النبه من اصحاب حق التقدم والتنبيه . أي اذا كان الحائظ سقط على دار الجيران ، ويلزم ان يكون الذي تقدم من سكان تلك الدار ، ولا يقيد تقدم احد من الخارج وتنبيهه . واذا كان قد انهم على الطريق الخاص ، فيلزم ان يكون الذي تقدم من له حق المرور في ذلك الطريق . وان كان الابطال مدام على الطريق العام ، فكل احد حق التقدم ، (المادة ٩٢٨) .

واذا كان حق التقدم محصوراً بشخص أو أشخاص معينين ، بان كان الحائظ مائلاً الى ملكهم أو الى الطريق الخاص بهم ، فلهؤلاء بعد مطالبة المالك بالهدم ان يتباهوا أو ان يسقطوا حقهم في ذلك . ولكن هذا التأخير والاسقاط لا يجوزان في حالة ميل الحائظ الى الطريق العام ، لان حق التقدم فيه عام ايضاً ^٣ .

- (١) البسوط (ج ٢٧ ص ٩) ، والمغني في الموضع المذكور ، واللجنة الكبرى (ج ١٦ ص ٢٤٧) ، والبعث (ج ٨ ص ٣٥٥) ، والهداية (ج ١ ص ١٥٨) ، وفتح القدير على الهداية (ج ٨ ص ٣٤١) ، والفتاوى الحامية (ج ٣ ص ٥٠٢ - ٥٠٦ هـ هاشم الحنفية) .
- (٢) البسوط (ج ٢٧ ص ١١) ، والمغني (ج ٩ ص ٥٧٤) ، والفتاوى البرزلية (ج ٣ ص ١٤٤ هاشم الحنفية) .

وعلى كل حال ، فان الضمان عند وجوبه يقع على صاحب الحائظ . فاذا يشترط في المذهب الثالث ان تتقدم المطالبة اليه هو ، ولا تضع مطالبة المستوع والمستهير والمسناجر والمزمن ، لان ليس لهم ولاية النقص ^١ .

واذا كان الحائظ مشتركاً بين عدة مالكين ، وتقدم التنبيه الى احدهم ، « فالقياس ان لا ضمان على احد منهم ، لان احد الشركاء لا يتمكن من نقض الحائظ كما لا يتمكن من بناءه . ولكن في الاستحسان عند اني خشيته وفي الرأي السائد عند باقي الفقهاء ، يضمن من طوّل بالنقص بحجة نصيبه بما احده الحائظ ، لتسكينه من اصلاح نصيبه بطريق المرافعة الى القاضي . اما الصاحبان ابو يوسف ومحمد فقالا بان على هذا الشريك ضمان نصف الضرر ^٢ .

وكذلك حصل الخلاف بين الامة في مسألة الضرر الناتج من عدم رفع انقاض الحائظ المهدم . فلو طوّل صاحب الحائظ بالنقص فلم ينقض حتى سقط (الحائظ) الى الطريق فعثر بنقصه انسان فمطلب به ، « فالضمان على صاحب الحائظ عند محمد ابن الحسن ، ولكن لا ضمان عند ابني يوسف الا ان طوّل ايضاً برفع النقص بعد سقوطه ^٣ .

ولابد من الاشارة اخيراً الى مسألة تنفق الحائظ . فان كان النشئ لا يخشى منه السقوط فاطمئن فيه كما في الحائظ الصحيح . اما اذا كان يخشى منه الابطال ، مثل ان تكون الشقوق بالعرض ، فمكفيه حكم الحائظ المائل ، لانه يخاف منه التلف ، فأشبهه المائل ؛

وبعد ، فبالقارنة بين هذين المذهبين في مسألة الحائظ المائل ، اي الذي يبلى ويهدم بعد بناءه ، نجد ان المذهب الاول الذي يقول بعدم الضمان مطلقاً ، ضعيف لا يوافق العدل ولا المصاحبة . وان المذهب الثالث فيه تخفيف على اصحاب النباتات لانه لا يوجب مسؤولييتهم الا اذا كان تقصيرهم ظاهراً للعيان ومعروفاً الى حد يجعل الناس يوصونهم بالانتباه ومنع الضرر ، لان التقصير اليهم في هدم ما يخشى

- (١) البائع (ج ٧ ص ٢٨٤) ، والهداية (ج ٤ ص ١٥٦) .
- (٢) الرعي على السكندر (ج ٦ ص ١٤٨) ، وفتح القدير (ج ٨ ص ٣٤٣) ، والبسوط (ج ٢٧ ص ١٠) ، والمغني في الموضع المذكور .
- (٣) البائع والهديب في الموضع المذكور .
- (٤) المغني (ج ٩ ص ٥٧٤ - ٥٧٥) ، وفتح الضمانات (ص ١٨٤) .

ثانياً - ومساءلة اخرى من كتب الحديثين : (رجال وضع كل منها حجة في الطريق فتدحرجت احداهما على الاخرى ، فانكسرتا جميعاً ، بغم كل منهما ، وعند ابي يوسف ، قيمة حجة الآخر .

ولكن لو تدحرجت احدى الجزتين فقط فاعادت الاخرى فانكسرتا جميعاً ، فالضمان على صاحب الجزة القائمة ، لانها بمنزلة حجر وضع في الطريق ولا ضمان على صاحب المتدحرجة ، لانها بعبارة ابن الحسن «حين تدحرجت عن موضعها تدحرج صاحبها عن الضمان» ، وزال حكم فعله .^١

خاتمة في التصرفات الفعلية

لا يراء في ان هذا البحث كان طويلاً بالقياس الى ما جاء عنه في الكتب والقوانين التي نبتت النظرية العامة في المسؤولية الجزمية .

وكان الباعث على ذلك ما عرفناه من ان الشريعة الاسلامية لم تكن وليدة المبادئ النظرية والاستنتاج التعليلي ، بل كانت منبئة على القضايا العملية والخبرة والاستقراء . وهي لهذا السبب درست الجرائم المدنية ، كلاً على حدة ، كما ترى في الشريعة الانكليزية حتى اليوم .

وومر ذلك ، فهذا الاسلوب الفقهي لم ينعما ولم ينعج الأئمة المسلمين من استخلاص القواعد العامة الأساسية ، التي تركز عليها احكام الجرائم على اختلاف انواعها .

وتحسب بحسب اننا قد توفقنا الى اثبات انه يطلب للمسؤولية الجزمية في الشريعة الاسلامية بعض الشروط العامة ، واث هذه الشروط بوجه عام شبيهة بشروط النظريات الحديثة . واقد اثبتنا بصورة خاصة ان الخلاف بين الفقهاء لم يكن الا من نوع الاجتهاد في الفروع والمسائل ، ولم يكن في الاصول والمبادئ الا نادراً .

وعلى كل حال ، فالخلاصة التي لا شك فيها هي انه ، فإعداد احوال المباشرة ،

(١) جامع الفصولين في الوضع المذكور ، ومع الضمانات (ص ١٤٩) ، والفتاوى الحانية (ج ٣ ص ٤٩٨) .

رفوعه ، يتعلم به معنى العذر في حقهم ، وهو الجاهل بميل الخاطئ .^١
اما المذهب الثاني الذي يوجب الضمان بدون مطالبة سابقة بالمعلم ، فانه أشد المذاهب الاسلامية على اصحاب الابنية الخطرة . وهو يوجب عليهم هم الانتباه الى امورهم التي يخشى حصول الضرر منها ، لا تكليف الناس بالانتباه عنهم ومطالبتهم بازالة هذا الضرر .

فظاهر اذا ان هذا المذهب ، الذي يقضي باعتبار ميل الخاطئ وما الحق به من تشقق وغيره قدصيراً بحد ذاته كافياً للمسؤولية ، ويرى في هذا التصغير تسبباً للضرر الناجم عن سقوطه ، وهذا المذهب بلا ريب أقرب المذاهب الاسلامية الى النظرية المصرية ، وأرقها للمصلحة العامة . فهل من الاسهل ان يتقسط المرء ويتبصر في اموره هو أم ان ينظر الغير الى ذلك ويتنبهوه اليه ؟ وهل ينبغي للناس لاجل حماية انفسهم من الاخطار ان يفتشوا عن مواضعها وان يأخذوا بالحيلة في ذلك؟ لا ريب في ان الانسان ، الذي هو اجتماعي بطبعه ، بلزمه ان يتصرف في حياته تصرفاً اجتماعياً يرضى فيه اموره بتبصر وتيقظ ويحترز من الاضرار بغيره ما استطاع الى ذلك سبيلاً :

رفوع بعض الاسباب المتفردة

لست أرى ان أكرر ما قلته في التسبب بالاضرار من جراء وضع بعض الاشياء المنقولة ، كالقاع ، ما يلقى به في الطريق وما أشبه ، ولا ان احيط بجميع أمثلة هذه الاشياء . بل انما اذكر مسألتيين طرفيتين وجدتها في الكتب الفقهية وها همها :-

اولا - لو وضع احد حجرة أو حجراً على حائطه أو سطحه فومته الريح على انسان فقتله أو جرحه ، أو رمته على شيء . فاتفقه ، فلا ضمان على واضعه ، لانه لم يكن متعمداً بوضعه في ملكه ، لان الوقوع حصل من غير فعله .
ولكن لو وضع ذلك متطرفاً فوق الطريق العام أو فوق ملك الغير ، فهو ضامن لما يجدهه وقوعه من الضرر لانه متمتع في عمله ، كما لو بنى حائطاً ما تلا^٢ .

(١) البسوط ، ج ٢٧ ص ٩ .

(٢) جامع الفصولين (ج ٢ ص ١٢٢) ، والهدب (ج ٢ ص ٢٠٧) ، والفتي (ج ٨ ص ٥٧٧) .

لا بد من التعمد أو التقصير أو عدم التمرد في الإضرار تسيباً . وإن هذا الأصل لا يطبق على عمل المرء نفسه فحسب، بل يطبق أيضاً على فعل الغير إن فعل الجورم دون تفريق أو تمييز .

فهرست الجزء الاول

من كتاب النظرية العامة للوجبات والعقود في الشريعة الإسلامية

صفحة	المقدمة
٥	القسم الاول . التصرفات الشرعية بوجه عام
٨	الباب الاول — كلمة عامة في المال وتقسيمه
	الباب الثاني — الموجبات او الائتمانات ومصادرها
	الباب الثالث — استعمال الحقوق
٣٥	الفصل الاول - الجواز الشرعي بنافي الضمان
٣٩	الفصل الثاني - نظرية الحق المطلق
٤٤	الفصل الثالث - النظرية المادية لسوء استعمال الحقوق
٤٩	الفصل الرابع - النظرية المعنوية لسوء استعمال الحقوق
	الباب الرابع — الفضولي والتصرف بمال الغير
٥٦	الفصل الاول - منع التصرف بمال الغير
٦٣	الفصل الثاني - نظرية بطلان اعمال الفضولي
٦٥	الفصل الثالث - نظرية التوقف على الاجازة
٨٢	الفصل الرابع - نظرية المنفعة
	الباب الخامس — الكسب غير المشروع
٨٨	الفصل الاول - النظريات المختلفة

البعض العجائبي

يجب في نظرية العقدة في سنايسيل
الوجبات ونظمت الجا واستقولها

القِسْمُ الثَّالِثُ

نَظَرِيَّةُ الْقَعْدِ

الباب الأول

مَعْلُومَاتُ عَامَّةٌ

الفصل الأول

المشيئة المنقردة والمقود

المبكرة المقررة

ان التصرفات الشرعية هي بعبارة الفقهاء المسلين نوعان : القولية والقولية ،
أر هي بعبارة القانون الحديث الاعمال غير المباحة والاعمال القانونية .
ولا شك في ان التصرفات القولية كانت في الصرائع القولية اول مصادر
الاتزام ، ولكنها بتقدم الحضارة وازدياد المبادلات والمعاملات الاقتصادية أخذت
تتبادل في الأهمية شيئاً فشيئاً بالقياس الى التصرفات القولية ، وبالقياس بوجود
خاص الى العقود التي أصبحت اليوم أهم مصادر الاتزام بلا مراد .
فبعد ان درسنا في الجزء الاول التصرفات القولية او الجرائم كصدر من مصادر
الاتزام ، نبحث الآن في التصرفات القولية : وهي ، كما عرفنا ، كل عمل مشروع
يجري باتباع أحكام الأثر الشرعي .

كالمذهب الحنبلي والقول المختار من المذهب الشافعي ، تعتبر ان الإجراء كجوسج
 الاقطاعات يصح بدون قبول المدعي ورغم رده له ، فهو اذن يحصل في هذه الحالة
 بإرادة المقتط وحدهما ^١ .
 ونحن لا نتوسع في هذه الامور جميعاً ، لأن بعضها كما ترى يتعلق بالمبادات
 كالندور والايان ، أو بالأحوال الشخصية كالطلاق والعناق ، أو بالحكم الوقت
 والوصية ، ولأن البعض الآخر سيأتي تفصيده في محله من ابواب العقود والموجبات.

الوعد بالكتابة

من العادات المعروفة منذ القديم ان يعد احد الناس بتقديم الكتابة لمن يعمل
 له عملاً من الاعمال . ونحن نرى ذلك غالباً في احوال ضياع بعض الاموال ، حيث
 يعد صاحبها يدفع جائزة لمن يردّها اليه . فهل باتم الواعد يدفع ما وعده به ؟ اي
 هل يكفي ارادته المنفردة لوجوب ذلك ؟
 عند الرومان كان الوعد بالكتابة ملزماً للواعد ، وكان ذلك من الاجوال
 الاستثنائية التي يكون فيها المرء ملتزماً بإرادته المنفردة دون عقد وفاق . ومن
 أم أمثلة الوعد بكتابة من يرد العبد الحارب إلى صاحبه ^٢ .
 وشبه بذلك ما تجده في الشريعة الاسلامية في باب العبد الآبق أو الحارب وفي
 باب الجمالة ^٣ . والجمالة هي ان يحمل أحد شيئاً معلوماً لمن يعمل له عملاً ، كالو
 قال صاحب العبد الآبق ومن رده اليه فله خمسون درهماً ، مثلاً .

وتصح الجمالة عند جمهور الفقهاء ما عدا الحنفيين ، وتعتبر ضرباً من ضرب
 عقد الاجارة . ولا يشترط فيها قبول العامل ، وقبل ان المصلح الذي يقدمه يقوم
 مقام قبوله . وصفه الجمالة انها عقد جائز من الطرفين ، يعني انه يجوز لكل من
 الجاعل أو العامل ان يفسخها قبل اتمام العمل . ويشترط لاتزام الجاعل أو الواعد
 ان يكون الجامل أو الاجرة معلومة ، ويشترط أيضاً عند المالكيين ان يكون

(١) انظر في هذه المسألة الفصل الثالث من الباب الثاني من القسم الرابع من هذا الكتاب .
 (٢) راجع كتاب القانون الروماني لجبار (ص ٤٨٠) ، و مجموعة القوانين الرومانية
 (Textes de droit romain) له أيضاً (ص ٨٦٤) .
 (٣) بتلخيص الحكم وهي نفسها او نصفها او كسرها .

ولقد أروحننا سابقاً ان التصرفات القرولية أو الاعمال القاولية تنقسم تسبباً و
 اولها قسم العقود ، وهو الذي ينجم عن اتفاق بين فريقين أو أكثر . والثاني ما
 كان ناتجاً عن ارادة فريق واحد . فنحن في هذا القسم نستعمل تبادلي ، العامة
 لنظرية العقد في الشريعة الاسلامية ، بعد ان نمرّ سريعاً بالتصرفات القرولية
 الصادرة عن ارادة فريق واحد .

فهذه التصرفات الاخيرة فلهذا جداً بالقياس الى العقود ، بل هي لا تصح الا في
 احوال استثنائية . وهناك ام هذه الاحوال :-

- اولاً - تصرفات النضولي في الاحوال والشروط التي مرت معنا .
- ثانياً - الندور والايان ، وهي تتعلق بقسم المبادات من العقد الاسلامي .
- ثالثاً - الاقطاعات في الاحوال الشخصية ، كالطلاق والبناتق وما اليها .
- رابعاً - الوقف والوصية . فعند جمهور الفقهاء ككفي لصحتها ارادة الوقت
 أو المرصي وحدهما ، دون قبول الووق عليهم أو الموص لهم ، اذا كان هؤلاء
 غير معينين ، كالقراء والمكاتب . وما عدا ذلك فبغير خلاف بين الفقهاء ^١ .
- خامساً - عند بعض الفقهاء توجد فئة من التصرفات ، تعتقد أو تصح
 بإرادة منفردة من احد الطرفين دون قبول من الآخر . ومن هذه الفئة الاجراء
 وباقي الاقطاعات ، والكتابة ، مع بعض تفصيل بين المذهب .

ففي الجملة : و تعتقد الكتابة وتنفذ بإيجاب الكفيل وحده ، ولكن ان شاء
 المكفول له ردها فله ذلك ، وتصح الكتابة ما لم ردها المكفول له ... ، (المادة
 ٦٢١) . وفي الاجراء ايضاً : ولا يشترط في قبوله ، ولكن يرد بالرد .
 لانه اذا ابرأ احد آخر ، فلا يشترط قبوله . ولكن اذا ردة الاجراء في ذلك المجلس
 بقوله لا قبيل ، فيكون ذلك الاجراء مردوداً ، يعني لا يبقى له حكم ... ،
 (المادة ١٥٦٨) .

وبالتدقيق في هذه الفئة من التصرفات في المذهب الحنبلي ، نستبين ان القبول
 فيها موجود في الحقيقة ، أو ان وجوده مفروض فيها ، ويدل على ذلك انما ترد
 بالرد ، أي انها لا تصح اذا صرح الفريق الآخر بعدم قبوله . ولكن بعض المذهب ،
 (١) فتاوى السبكي (ج ٢ ص ٧٨) ، والاسماف في احكام الواك للتراشي (٢ - ٤٠٠)
 معصر ، ص ١٧٠ ، والنور للقرابي (ج ٢ ص ١١٧) .

هذا الجمل بسبباً ١ .
 أما عند الحنفيين ، فلا يجب الجمل المسمى . بل أهم فالتواضع في مسألة
 العبد الآبق أو الحارب بأن من يوده الى صاحبه يستحق عملاً فدره اربعمون درهماً ،
 ان رده من مساقاة سطر أي مسيرة ثلاثة أيام فصاعداً . وهذا المبلغ واجب الدفع ،
 سواء أوعده صاحبه به ام لم يعد ، وهو واجب عند أبي يوسف ، وان كانت قيمة
 العبد اقل منه . ولكن عند محمد ان كانت القيمة اقل من اربعين درهماً ، يقضى
 لمن رده بقيته الا درهماً واحداً .

ويجوز الصلح بين الطرفين على أقل من هذا المبلغ ، لا على الزيادة . واذا كانت
 المساقاة دون مسيرة سطر أي اقل من ثلاثة ايام ، فقد قيل ان الجمل يكون بحسبه
 لكل يوم تلك الاربعين اي ثلاثة عشر درهماً وتلك الدرهم ، وقيل انه يكون ما
 يتفق عليه الفريقان أو ما يقدره القاضي عند اختلافهما ٣ .
 وانحياً لا بد من الملاحظة ان قانون الموجبات والمعقود البنائي اقر أيضاً ان
 الإيجاب وحده يكفي للاتزام دون قبول أو اتفاق ، إذا كان سداً للإيجاب من
 نوع الوعد بمكانة (المادة ١٧٩ ، فقرتها الاخيرة) .

العقد وتصريفه

في اللغة معنى العقد ، بكسر العين ، القلادة ، ويقدمها الاحكام والشدة ، فيقال
 عقد الجمل أي شدة . واصطلاحاً العقد بمباراة الحق هو و التزام المتعاقدين وتعهدهما
 أمراً ، وهو عبارة عن ارتباط الإيجاب بالقبول . والامتداد تعنى كل من الإيجاب
 والقبول بالأكثر على وجه مشروع يظهر أثره في مصلحتها (المادتان ١٠٣ و ١٠٤) .
 وليس كل اتفاق عقداً . فالو اذني اتفاقان على تزعم أو على قضاء السيرة معاً ،
 فلا عقد بينهما . بل إذا العقد ، كما يدل معناه وتصريفه ، هو الاتفاق الذي له أثر

- (١) الوجيز (ج ١ ص ٢٤٠) ، وشهاب الطالبين (ص ٧١) ، والروض الربع (ج ٢ ص ١٣٧) ، والشوكة الكبرى (ج ١ ص ١٠٠) ، وشريح الحري على سبيل خليلي (ج ٥ ص ٥٩) .
- (٢) فنية بوزن سبعة مثاقيل .
- (٣) فتح القدر على الصاية (ج ٤ ص ٤٣٧-٤٣٨) ، والبحر (ج ٥ ص ١٦٠-١٦١) .

شخصي ، وهو العلاقة الاتزامية الناشئة عنه .
 هذا ما ذكره الحق في تعريفها ، وهذا ما انفقت عليه الشرائع الحديثة ١ . فقد
 جاء في قانون الموجبات البنائي ان العقد هو الاتفاق الذي يرمي الى انشاء علاقات
 الزامية (المادة ١٦٥) .

وان كلمة العقد تقرب لفظاً بمعنى من كلمة العهد ، فيقال عاقده او عاهدته
 بمعنى واحد . وفي الكلبيين كما ترى معنى الارتباط والاتزام ، وتوضح ان يكون
 اصلها واحداً ، لأنه ثبت في علم الفيلولوجيا العربية ان تشابه اللفاظ يقابله أحياناً
 التشابه في المعنى .

ولا شك في ان العقد من مصادر الموجبات والاتزام ، وان ايذاء المعقود
 والمعقود واجب وثابت بالقرآن الكريم ، حيث جاء فيه : *وأيما الذين آمنوا أوفوا
 بالعقود* ، ٢ و أوفوا بالعهد ان العهد كان مسؤولاً ، ٣ .
 وانحياً لا بد من الإشارة الى انه كما يشترط اتفاق الفريقين للاتقاد ، كذلك
 يجب اتفاقهما لرفع العقد واقائه . فلا يجوز لاحدهما منفرداً ان يرفع العقد بمجرد
 ارادته ، لانه كما تعلم و من سمى في نقص ما تم من جهة فسميه برودة عليه ، و
 (ثلاثة من الجهة) .

- (١) ويستعمل قائل لبون في كتابه احكام العقد (Law of Contract) من ص ٧) في العقد هو
 الاتفاق النفسي الاتزام Contract is agreement resulting in obligation .
- (٢) سورة المائدة (٥) ، ١ .
- (٣) الاسراء (١٧) ، ٣٤ .

مشروعاً لا باطله ولا يرضاه ، ومن أهم أسباب الفساد في العقود صفة الجهالة التي الموضوع المقفود عليه ، فمن العقود الفاسدة مثلاً ، البيع الواقع على شيء غير معلوم ، لانه كما قال الجلة ، بيع الجهول فاسد ، فلو قال البائع للشرطي بملك جميع الاشياء التي هي ملكي وقال المشتري اشتريتها وهو لا يعرف تلك الاشياء ، فالبيع فاسد (المادة ٢١٣) . وكذلك يعتبر فاسداً البيع بدون نسبة الثمن او بتمن مزبول الى مدة غير معلومة (المواد ٢٢٧ و ٢٤٨ و ٣٦٤) ، او الاجارة بدون تعيين التفعة او الاجرة بوجه مانع للتنازع (المادة ٤٩) وما بعدها . ويكون العقد فاسداً ايضاً لصفة خارجة اخرى ، كالتمن في اجارة مال اليتيم باقل من اجرة التل (المادة ٤٤١) .

وان العقد الفاسد يقارن العقد الباطل في نتائجها ايضاً . فبينما لا يكون للباطل حكم مطلقاً ولا ينقلب صحيحاً ابداً ، ترى العقد الفاسد يصبح نافذاً بزرالصفة الفساد ، ويبطل بفسده من قبل احد المتعاقدين قبل زوال هذه الصفة اذا كان المقفود عليه موجوداً . مثاله : لو لكل من المتعاقدين فسح البيع الفاسد الا اذا هلك المبيع في يد المشتري ، او استهلكه او أخرجه من يده ببيع صحيح او هبة من آخر ، او زاد فيه المشتري شيئاً من ماله ، كما لو كان المبيع داراً فتمرها او ارضاً ففرس فيها اشجاراً ، او تغير اسم المبيع بان كان حفنة فطعمها رجحها دقيقاً ، بطل حتى الفسخ في هذه الصورة ، (المادة ٣٧٢) .

وبصورة خاصة ، لقد مر معنا سابقاً ان بعض العقود الفاسدة تنقلب صحيحة بالقض كما في البيوع والقروض . فبينما اذا قبض المشتري المبيع او اذا قبض المستقروض الشيء ، موضوع القرض صح العقد . ومر معنا ايضاً ان بعض هذه العقود يصبح بالقض قريباً من الصحيح في أكثر احكامه كما في الرهن ، وكذلك رأينا ان بعض المقفود الفاسد كالاجارة والشركة وما اليها ، لا ينظر فيها الى المعاوضة المشروطة اي البدل المتى يقترض وجوده في العقد ، بل ينظر الى تعويض التل

(١) الاشياء في الترخيص المذكور . هذا هو المعنى الخاص للعقد الفاسد ، وان كان قد استعمل أيضاً ليرجع عام بمعنى العقد غير الصحيح ، سواء أكان باطلاً ام فاسداً ، كما جاء في الدر المختار (ج ٢ ص ٢٢٢) ، وقدر الحاكم (ج ١ ص ١٦٨) وغيرهما .

الفصل الثاني

اقسام المقفود

قسم الفقهاء والجله المقفود اقساماً عديدة . ونحن نذكر هنا أهمها وهي : العقد الصحيح والعقد الباطل ، العقد النافذ والعقد الموقوف ، العقد اللازم وغير اللازم ، عقد المعارضة وعقد التبرع ، عقد قبلك العين وعقد قبلك التفعة .

العقد الصحيح والعقد الباطل

ان العقد الصحيح ، بمساراة الجلة والفقهاء ، هو العقد والشروع ذاتاً ووصفاً (المادة ١٠٨) . أو بجملته اخرى هو الذي يجمع شروط الانفاذ والمعة التي سنتفصلها في الباب القادم ، والذي ليس فيه مفة تقع الغرض المقصود منه . وان العقد الباطل هو ، كما قال ابن نجيم ، ما لا يكون مشروعاً باصله . اي هو العقد غير المنفذ الذي لا يصح ولا يكون مشروعاً أصلاً (المادتان ١٠٧ و ١١٠) .

وسئل يوضح ذلك : البيع الذي يعقده المائل البائع بشروطه المطلوبة صحيح ، ولكن البيع يكون باطلاً اذا كان البائع مجنوناً ، او اذا كان المبيع غير مقدر

التسليم ، أو اذا فقد منه احد شروط الانفاذ (المادتان ٣٦٢ و ٣٦٣) . وبينما العقد الصحيح والعقد الباطل عند الحنفين وفي الجلة نوع ثالث من المقفود هو العقد الفاسد . وتعميره انه العقد المشروع أصلاً لا وصفاً . او بمساراة اخرى هو الذي يكون صحيحاً باعتبار ذاته او اصله ، وقاسداً باعتبار بعض أوصافه الخارجية (المادة ١٠٩) .

(١) الاشياء والفقهاء ، لابن نجيم ، ص ١٢٥ .

باطلاً ، بل بعدد متوقفاً على رضی صاحب الحق الذي يتعلق حقه به ، أو على إجازة كمال بقائه في الاصطلاح ، فإذا علم صاحب الحق بالمقدّم الموقوف وأجازته أي رضی به ووافق عليه ، صار العقد نافذاً . وإذا لم يجزه ولم يرض به ، فسبح العقد وعند كونه لم يكن . وبكائه أخرى ، سمي هذا الضرب من العقود موقوفاً لأن صحته وبطلانه ، أو نفاذه وعدم نفاذه ، يتوقفان على الإجازة أو عدها .

وأهم هذه العقود الموقوفة هي : -
 أولاً - عقد النفوس في النظرية الإسلامية المتخارة . وقد تكلمنا عنه من قبل ، فليراجع في محله .^١

ثانياً - بعض عقود الصغير المميز . سنرى في باب أهلية التعاقد ان الضمان لا يتكون الحرة التامة في التصرفات القولية . وانهم إذا كانوا من فئة الصغار المميزين بالمعنى الشرعي الذي سنعرفه ، يمكنهم اجراء بعض العقود . فتكون هذه العقود نافذة ، ولو بدون موافقة الولي ، إن كان لهم فيها تقع محض ، كقبول الهبة وما إلى ذلك . ويكون متوقفة على إجازة الولي إن كانت دائمة . بسبب النفع والضرر ، كالبيع والإجازة وما أشبهه .

مثاله ، لو باع الصبي المميز ماله بلا إذن وليه ، كان العقد موقوفاً ، أي إن نفاذ هذا البيع يتوقف على موافقة الولي . فالولي غير أن رأى العقد مفيد لمصلحة الصغير وافق عليه أو أجازته ، وصح العقد ونفذ ، والعكس بالعكس (المادة ٩٦٧) . ويلحق بالصغير المميز المغمور والسفيه كالمسمى (المادة ٩٧٨ و ٩٩٠) .

ثالثاً - التصرف بالرهون ، بالبيع أو الهبة أو ما شاكل . من المعلوم ان الشيء المرهون يمتنع به حتى الدائن المرهون وحق الدين المرهون جميعاً ، فلذا مثلاً اعتبر المطلقين والالكفيلين بيع المرهون موقوفاً ، يعني أنه إذا باعه أحدهما دون رضی الآخر ، كان العقد موقوفاً على رضی هذا الآخر . فإن أجازوه صح ونفذ ، وإن لم يجزه بطل وانفسخ .^٢ ويلحق بالرهن بيع الوفاء أيضاً لأنه بمنزلة رهناً - الوصية وما ألتحق بها . من أحكام الشرع الإسلامي ان الوصية لا تجوز

(١) في الجزء الأول من ٦٥ .
 (٢) راجع لمصلحة (لواء ٣٦٨ و ٧٤٦ و ٧٤٧) ، ونحن الخطيب على سبيل تخيل (ج ٤ ص ٢٦٩) .

بشرط ان لا يزيد عن البذل المستحق . مع انه لو كان العقد باطلاً في جميع هذه الأحوال لما كان له من اثر شرعي على الإطلاق . وهذا التقريب بين العقد الباطل والناسد لم يقبل به الامام الشافعي . فعنده الباطل والناسد متوادلان ، الا في بعض العقود ، كالوكالة والمساوية والشركة والقرض (المضاربة) والمخمس (من فرق الكساح) والكتابات (في الرق) وما شابه . وكذلك قال الامامان ابن حنبل وداود الظاهري بعدم التقريب بين العقد الباطل والعقد الفاسد .^٣

وعلى كل فان اسباب الفساد المبينة على وصف الجهالة في المذهب الحنفي وفي مجلة الاحكام العدلية قد انفصت شيئاً بالمادة ٦٤ من قانون اصول المحاكمات المحققة الماني ، التي اعطت القاضي حق تفسير نية المتعاقدين ، وازالة الوصف الفاسد . وهذا يستتبع إلغاء العقد الفاسد في معظم الأحوال المذكورة في الجهالة . ونص تلك المادة ، في فقرتها الاخيرة ، هو : « اذا انفق المتعاقدان على النكاح الاصلية من المفارقة ، عد العقد تاماً ، ولو لم تذكر النكاح الفرعية . وإذا لم يتفق المتعاقدان على النكاح الفرعية ، فتمتص المحكمة بعد الامعان في ماهية القضية ،

العقد النافذ والعقد الموقوف

من العقود ما كان خالصاً من حقوق الغير ، ومنها ما كان مرتبطاً به . فالعقد يسمى نافذاً اذا كان لا يتعلق به حق الغير ، وكان يفيد الحكم في الحال (المادتان ١١٣ و ٣٧٤) . مثلاً لو باع احد ماله العاري عن حقوق الغير ، وكان هو حائزاً شروط الاهلية لذلك ، كان يجه نافذاً .

والعقد الموقوف هو الذي يتعلق به حق الغير ، ولا يفيد الحكم الا عند اجازة صاحب الحق (المادتان ١١١ و ٣٧٧) . وهذا العقد مقبول في الرأي السائد عند الفقهاء ، وخصوصاً عند الحنفيين . وتفسير التعريف هو ان العقد الموقوف لا يفسد

(١) انظر ما ذكرناه آنفاً في بحث الكسب غير المشروع (الجزء الاول من ٩٧) ، وراجع النفوس (ج ٢ ص ٢٦٥ وما بعدها) .
 (٢) الاحكام والقضائر لسيرطس ، ص ١٧٨ .
 (٣) شرح التكميل (ج ٤ ص ٤٠٦) ، والحنفي (ج ٨ ص ٤٤٦) .

والفرض المقصود منها ، وهو مقبول في جميع المذاهب المتبصرة ، مع خلاف يسير فيها لجهة التردد في توزيع بعض العقود بين هذه الفئات المختلفة .
 فمن لا تدخل هنا في بيان مواضع الخلاف ، بل نكتفي عن كل من الفئات الثلاث بأداة متفق عليها عند الجميع ، أو على الأقل في الرأي السائد عندهم .
 أولاً - العقود اللازمة من الجانبين . وهي العقود التي لا يجوز لأحد من المتعاقدين بعد انعقادها ان يفسخها بدون رضى الآخر ، لان الفرض المقصود منها لا يتم الا بذلك .

وأم هذه العقود هي البيع ، والاجارة ، والهبه بمرض ، والهبه بدون مرض في بعض المذاهب ، والزواج الحالي عن الخيارات ، والمخلع بمرض وما أشبه .
 ففي البيع مثلاً ، جاء في الحجة انه و اذا كان البيع لازماً نافذاً ، فليس لأحد المتبايعين الرجوع عنه ، (المادة ٣٧٥) . وسببه ان غرض المتبايعين فيه ومعالجتها لا تتم الا بمرور العقد ، والتوثيق من بقاءه ، وعدم فسخه من قبل احدهما منفرداً .
 ثانياً - العقود الجائزة أو غير اللازمة من الجانبين . وهي التي يكون فيها لكل من المتعاقدين حق الفسخ دون رضى الآخر ، اذ ان في ذلك مصلحتها من حيث الفرض الذي يقصدان اليه .

وأم أمثلة هذه العقود الوكالة والشركة والمضاربة والوديعة والاعارة والوصية وما إليها ، الا أن تكون هذه العقود مقيدة بمدة معينة أو بموضوع معلوم ، في الاحوال التي يجوز فيها هذا التقييد ، فمعدتها يكون حق الفسخ مقيداً كما شرط .
 ثالثاً - العقود اللازمة من أحد جانبيها والجائزة من الجانب الآخر . وهي التي يجوز الفسخ فيها لأحد الطرفين وحده ، والتي تكون لازمة على الآخر ولا يجوز فسخها من جانب .

مثاله في الزمن والوكالة ، يجوز الدائش المرغن أو المكفول له ان يفسخ العقد ، بان يعيد الشيء المرغن الى صاحبه أو بان يبرئ الكفيل من كفاك ، لان العقد جاء لمصلحته وحده . ولكن ليس للكفيل ان يفسخ الكفالة دون موافقة المكفول (١) .
 راجع الاشياء والظهار لابن نجيم (ص ١٣٤ - ١٣٥) ، والفرق الدرالي (ج ٤ ص ١٣) ، وقواعد الاحكام العرفية عند السلام (ج ٢ ص ١٤١ وما بعدها) ، والفتاوى (ج ٤ ص ١١٢ وما بعدها) .

لورث الا ان يميزها باثني الورثة بمسند وفاة الموصي . فاذا ن تكون الوصية في مثل هذه الحال موقوفة على اجازتهم ، ان اجازوها صحت ، والا بطلت . ويلحق بالوصية من هذه الناحية الهبة وما كان شبيهاً بها من العقود التي يعقدها المرء في مرض موته ، كما سياتي بيانه .^١

وان ففة العقود الموقوفة لم يقبل بها بعض الفقهاء المسلمين . فقد روي عن الشافعي في مذهبه الجديد ، وعن ابن حنبل في إحدى الروايتين عنه ، وعن داود الظاهري واثني ثور من ائمة المذاهب البائدة ، اهم اعتبروا العقود الموقوفة باطلاً ، لانها صدرت في بدنها بدون موافقة الغير الذي تعلق حقه فيها ، اي كانت في أصلها محرمة وباطلة ، فلا يكون لأحد اجازة الحرم الباطل . غير ان هذا الاصل مستثنيات في الوصية و هبة المريض وما أشبه ^٢ ، ونحن لانرى مجالاً لتفصيلها الآن .
 ولقد بحثنا في هذه النظرية في باب تصرفات الفقهاء ^٣ ، وأرضعنا ما فيها من حرج وتضييق . وسنرى غير ذلك من الامثلة في دراستنا القادمة .

العقد الهزيم وغير الهزيم

ان العقود النافذة ، وان كانت صحيحة غير موقوفة ، لكن يكون فيها احياناً ما يسى في الاصطلاح الشرعي خياراً . ومعنى الخيار كون أحد المتعاقدين مخيراً في فسخ العقد أو في البقاء عليه (المادة ١١٦) .
 وتنقسم العقود النافذة من هذه الناحية قسمين . اولها العقد اللازم ، وهو العقد النافذ العاري عن الخيارات . والثاني الجائر أو غير اللازم ، وهو العقد النافذ الذي فيه أحد الخيارات (المادتان ١١٤ و ١١٥) .

وإذا نظرنا الى ماهية العقد النافذة من حيث لزومها ، رأينا انها ثلاث فئات :
 العقود اللازمة من الجانبين ، والعقود الجائزة أو غير اللازمة من الجانبين ، والعقود اللازمة من جانب وغير اللازمة من الجانب الآخر . وهذا التقسيم يفسره نوع العقود (١) .
 راجع في هذه الامثلة حتماً الفتاوى الخاتمة ، ج ٢ ص ١٤٣ - ١٤٤ (بياض الهندية) ،
 الاشياء والظهار لسيدوش (ص ١٧٧) ، والفتاوى لابن زجب (القادة ٥٣ ص ٨٩ وما بعدها) .
 (٢) في الجزء الاول ص ٦٣ .

له ، وليس للدين الرهن ان يفسخ الرهن دون موافقة المدين (المواد ٦٤٠ و ٧١٦ و ٧١٧) .

عقد المعاوضة وعقد البيع^١

ان عقد المعاوضة هو ماسا كان النفع فيه للمعاقدن جميعاً ، كالبيع والتقايفه والاجارة . ففي البيع مثلا ، فكما يكون النفع للمشتري بالبيع يكون ايضا للبائع بالتمن .

اما عقد التبرع ، فهو ما كان النفع فيه لاحد المتماقدن دون الآخر ، كالهبه والمارة . ففي هذين العقدين ، النفع هو للموهوب له وللمستعير دون الواهب والمعير . ولتسليم العقود الى معاوضة وتبرع اجمية في بعض المناهب . فالاصل في عقود المعاوضة انها تتم برضى المتماقدن دون اشتراط القبض . مثاله ، في عقد البيع ، يكفي الايجاب والقبول لتبوت الملك للمشتري في البيع والبائع في الشئ للمال ، ولو قبل القبض . وبعبارة اخرى ، ان القبض اى تسليم البيع والشئ ليس بشرط لعلم البيع ، كما انه ليس بشرط ايضا لعلم مائة عقود للمعاوضة^٢ .

اما عقود التبرع ، ففيها خلاف في المناهب والقوانين . مثلاً في عقد الهبة ، نجد ثلاث نظريات مختلفة ، لازى بأساً بكلمة وحيدة عن كل منها^٣ . فالنظرية الاولى تمد عقود التبرع بنزلة عقود المعاوضة ، اى انه يكفي فيها الايجاب والقبول . وقد قال بهذه النظرية من الفقهاء المسلمين الامة مالك زابون تور ودارد الظاهري ، وقالت بها بعض القوانين الحديثة . مثاله جاه في قانون المرجمات

(١) في المادة ١٦٦ من قانون الزوجات والعقود البناني ، استعمل مبروه اصطلاحاً آخر جديداً ، هو العقد ذو الموض والمقد الهباتي . ونحن نجيب لاختلاف الاصطلاحات الحديثة ، عند وجود الاصطلاحات العربية ، لاسيما اذا كانت هذه الاصطلاحات واصفة صحيحة راسخة .
(٢) راجع البائع (ج ٥ ص ٢٣٣) ، وللاذنين ٢٦٢ و ٢٦٩ من المادة .
(٣) راجع للبروط (ج ١٢ ص ٤٨) ، وشرح الحنابل على سيدي خليل (ج ٦ ص ٥٤) ، والوجيز (ج ١ ص ٢٤٩) ، والفتي (ج ٦ ص ٢٤٦ و ٢٥١) ، والفتي (ج ٩ رقم ١٦٢٩) ، ونبذة الخبيد (ج ٢ ص ٢٧٢) ، والام (ج ٣ ص ٢٨٥ - ٢٨٥) ، والمبشرين للفترياني (ج ٢ ص ١٠٧) .

والعقود البناني ان لا يتبرع الفرض لعلم الهبة ، بل يكفي زامسي القربين لتقبل ملكية الاموال الموهبة ، الا فيما يتعلق بالمعار او الحقوق العينية العقارية ، فالبهه كالبيع لا تتم الا بقيدما في السجل العقاري (المادة ٥٠٧ و ٥١٠) .

وفي النظرية الثانية ، لا تتم الهبة بالايجاب والقبول فحسب ، بل يجب فوق ذلك قبض الموهوب من قبل الموهوب له . وهذا هو مذهب الاقمة ابي حنيفة والشافعي والنوري وغيرهم . وبه اخذت مجتهد الاحكام المدنية في القاعدة الكلية « لا يتم التبرع الا بقبض » (المادة ٥٧) ، وفي باب الهبة حيث جاء : « تمتد الهبة بالايجاب والقبول وتم بالقبض » (المادة ٨٣٧) . ويستند هذا المذهب الى دليل شرعي رالى تعليق عقلي .

فالدليل الشرعي هو الحديث الشريف . فقد روى الحنفيون عن النبي (ص) انه قال : « لا تجوز الهبة الا مقبوضة »^١ . وروي عن النبي (ص) ايضا انه قال : « يقول ابن آدم مالي مالي . وهل لك من مالك الا ما آكلت فانقبت ، او لم يست فابليت ، او تصدقت فامضيت ؟ وما سرى ذلك فهو مال الراءث »^٢ . وانما الصدقة هو

انقاذها ، ولا يتم الانقاذ الا بقبض .^٣ فالدليل الشرعي هو الحديث الشريف . فقد روى الحنفيون عن النبي (ص) انه قال : « لا تجوز الهبة الا مقبوضة »^١ . وروي عن النبي (ص) ايضا انه قال : « يقول ابن آدم مالي مالي . وهل لك من مالك الا ما آكلت فانقبت ، او لم يست فابليت ، او تصدقت فامضيت ؟ وما سرى ذلك فهو مال الراءث »^٢ . وانما الصدقة هو

انقاذها ، ولا يتم الانقاذ الا بقبض .^٣ فالدليل الشرعي هو الحديث الشريف . فقد روى الحنفيون عن النبي (ص) انه قال : « لا تجوز الهبة الا مقبوضة »^١ . وروي عن النبي (ص) ايضا انه قال : « يقول ابن آدم مالي مالي . وهل لك من مالك الا ما آكلت فانقبت ، او لم يست فابليت ، او تصدقت فامضيت ؟ وما سرى ذلك فهو مال الراءث »^٢ . وانما الصدقة هو

(١) ذكره بعض الفقهاء في الوضع المذكور ، وهو غير موجود في كتب الحديث المشهورة . وقد روى صاحب الفتاوى (ج ٦ ص ٢٤٧) عن الرومي ان ابا بكر وعمر وعثمان وعلياً اتفقوا ان الهبة لا تجوز الا مقبوضة ، ولم يفسب هذا القول الى النبي (ص) . وكذلك لم يقل الشافعي عنه ان حنيفة شريف في الامم في الوضع المذكور .
(٢) رواه احمد والترمذي والشافعي وغيرهم . انظر الفتح الكبير ، ج ٣ ص ٤٤٠ .
(٣) البروط في ذات الوضع .

عقدت لهبة بشرط عوض ، ويكون حكمها حكم البيع بوجه عام ، كما ستري .
 ثالثاً - عقد تملك المنفعة بعوض ، كالأجارة . ففيها يتناك المستأجر منفعة
 الأجر لقاء الأجرة التي يدفعها الى المؤجر . وانت ترى ان هذا العقد هو أيضاً عقد
 تملك العين من جانب المؤجر ، لأنه يتناك الأجرة التي يقبضها بدلاً من المنفعة .
 رابعاً - عقد تملك المنفعة بلا عوض . مثلاً في الاعارة ، كما فالت المجسلة ،
 والمستعير يملك منفعة العارية بدون بدل ، فليس للمعير ان يطلب من المستعير اجرة
 بعد الاستعمال ، (المادة ٨١٢) . وكذلك في الوصية بالتنافع ، يتناك الموصى له
 منفعة الشيء الموصى به بدون بدل .

تستلزم لصحة الهبة ان يتكون بشكل معين ، كالملك امام الكتاب المعدل في القانون
 المدني الفرنسي (المادة ٩٣١) ، او كالمالك لدى الكتاب المعدل أو لدى المحكمة في القانون
 المدني الألماني (المادة ٥١٨) . ويفسر ذلك أن عدم المعاوضة في الهبة يقتضي عدم
 التساوي بين المتناضين ، ويوجب التوري من جانب الواهب والاحتياط لجأته من
 كل تسرع ، ويوجب أيضاً التحرز في صيغة العقد بشكل يرفع كل خلاف أو نزاع .
 ولا بد من الزيادة اختياراً ان الحفيين اشتراطوا القبض في عقد الاعارة ، كما في
 عقد الهبة ، باعتباره من عقود التبرع أيضاً . ولذا فالت المجلة : « القبض شرط في
 المعاوضة ، فلا حكم لما قبل القبض » (المادة ٨١٠) . وبمعناه نص قانون الوجبات
 والمقود البناني على انه : « تم الاعارة برضي الفريقين وتسلم العارية الى المستعير »
 (المادة ٧٣٢) .

عقد تملك العين وعقد تملك المنفعة

ان المقود منها ما يكون موضوعه نقل الملكية ، كالبيع مثلاً ، فهو يكسب
 المشتري ملكية البيع ويكسب البائع ملكية الثمن . ومنها ما لا يكون كذلك ،
 كالوكالة والوكالة وما أشبه .

وان كلمة التملك هنا لا تعني اعطاءه حتى الملك التام بالمعنى الخاص الذي عرفناه
 في اوائل الجزء الاول من هذا الكتاب ، بل هي تعني اعطاء المالك للمعنى العام الذي
 استعمله الفقهاء المسلمون . فاذن يقدر الملك في الاحيان أي الاموال الحسية ، وفي
 المنافع أي الاموال التي لا تعرف الا بالفكر والمعنى .

وعكذا تكون عقود التملك قسمين . اولها عقود تملك العين ، والثاني عقود
 تملك المنفعة . وكل من عين القسمين يكون اما بعوض ، او بلا عوض . واليك
 أمثلة من هذه الاقسام جميعاً .

اولاً - عقد تملك العين بعوض . مثاله البيع . ففيه يتناك المشتري عين البيع ،
 ويتناك البائع عين الثمن ، ويكون كل من البيع والثمن بدلاً من الآخر .

ثانياً - عقد تملك العين بلا عوض . مثاله الهبة ، وهي تملك مال الآخر بلا
 عوض ، (المادة ٨٣٣ من المجلة) . ففيها يتناك الموهوب له عين الشيء الموهوب ،
 ولا يدفع عوضاً عنه الواهب . ويجوز بلا تناك اشتراط العوض في الهبة ، وتسمى

وأياً - موضوع العقد ، وما يجب فيه من وجود تعيين وامكان وإباحة ،
خامساً - سبب العقد أو الغرض المقصود منه .

الاستلزام الشرعي الاستلزامي

لقد لاحظنا في غير هذا الموضع مراراً عديدة ان الفقه الاسلامي لم يبيح بوجبه
عام على الظروف ولا على الاسباب التحليلي . بل هو بصوره خاصة ولبد الاستلزام
والاستخلاص الذي توصل اليه الفقهاء من درس القضايا الفردية ، تلك القضايا التي
استعرضوها والتي كانت ميداناً لاجتهادهم وموضوعاً لاجتاهم .
فلا غرو اننا من ان نراهم يدرسون العقود كلاً على حدة ، ولا يفردون لها
نظريه عامة تشملها جميعاً . ومن الطبيعي ان تتبع حجة الاحكام المدليه هذا الاستلزام
الشرعي ، وان لا نجد فيها نظريه عامة للعقد . فلذا نرى المجلة تذكر شروط الاستلزام
وغيرها مبثوره في ابواب العقود المختلفه .

ونحن نسمى في هذا البحث ان نستخلص نظريه العقد العامة في الثريه الاسلاميه
من كتب الفقه المعتبره ، وخصوصاً من نصوص المجلة الوارده في العقود الخاصه
لاسيا في باب عقد البيع .

وقد قسمت المجلة شروط العقد ، نغلاً عن الكتب الفقهيه المختلفه ، الى اربعه
اقسام : شروط الانعقاد وشروط الصحة وشروط الزوم وشروط النفاذ .
شروط الانعقاد هي : الماقدان واعلنتها ، وصيغه العقد او الاجاب والقبول ،
وخل العقد أي الموضوع المقدر عليه . مثالها في المجلة : « يشترط في انعقاد
البيع صدور ركنه (أي الاجاب والقبول) من اهلي أي المتكفل المبرح واضافته
الى محل (مقدر عليه) قابل ملكه ، (المادة ٣٦١) . وقد مر معنا ان قدمان
احد شرط الانعقاد الاحايه هذه يجعل العقد مبدئياً باطلاً لا محالاً .

وشروط الصحة هي الشروط المتعلقة باوصاف العقد التجاريه ، بان يكون
مبتدأ على وجه مشروع ، وان يكون خالياً من شروط الفساد ، كالجهاه في
موضوع المقدر عليه . وقد اوضحنا أيضاً ان نتيجة انعدام احد هذه الشروط
هي فساد العقد ، وارضخنا حكم العقد النافذ عند الحقيقه .
أما شروط الزوم والنفاذ ، فهي ان يكون العقد لازماً وفاقلاً بالمسئلي الذي

الباب الثاني شروط انعقاد العقد وصحته

الفصل الاول

تعداد هذه الشروط

النظريه العامه

لا يجمل من يدرس القانون المدني اليوم ان العقد نظريه عامه تندرج فيها بعض
الاحكام العامه التي تطبق على جميع العقود ، ومن هذه الاحكام الشروط او
الاركان اللازمه لتكوين العقد وانعقاده .

ولا سرا في ان هذا النحو من الترتيب ذو فائده لا تقدر ، لانه يضع قواعد
العقد وضوابطها على اساس علمي ، ويجعلها في نظريه واحده ثانيه ، يكفي فيها
لتعليم معظم العقود في الشائنا والزوا وانشائها . ولا يبقى بعد دراسة هذه النظريه
الا الاحكام الخاصه بكل عقد من العقود .

وفي نظريه العقد توجد طائفتان من الاحكام تبين الشروط العامه لانعقاد العقد
على وجه صحيح نافذ ، وهذه الشروط بصوره عامه هي الآتيه ١ -
اولاً - شكل العقد في بعض الاحوال الاستثنائيه التي يطلب فيها هذا الشكل .
ثانياً - ورضي الطرفين او اتفاقها ، وهو ارتباط الاجاب بالقبول .
ثالثاً - اعلية الطرفين المتعاقدين ، من حيث العقل والسن وما اشبهه .

(١) راجع المادة ١٧٧ من قانون الوصيات اللبناني .

الفصل الثاني

شكل العقد

الشكل عند القدماء

لم تكن التجارة والمعاملات الاقتصادية بين الناس في القديم ما هي عليه اليوم من النمو والازدهار . ولم تكن في ذلك العصر مبنية على ما نعهد اليوم من الثقة المتبادلة والبساطة في التعاقد . بل ثبت في الرأي السائد عند الباحثين في تاريخ الشرائع ^١ ان العقود قديماً كانت شكلية معقدة ، وكان ينظر فيها الى الشكل واللفظ دون البنية والقصد . حتى ان الماديين اذا بسا قديماً شكلاً معيناً او الفاظاً معينة ، صح العقد ولزم ، وبالعكس كان قديماً في الحقيقة ، وبها كان في رضاهما من غير أو شواذب . وبالعكس اذا لم يراعِ الماديين ذلك الشكل وتلك الالفاظ ، بطل العقد ولم يكن صحيحاً . ويؤيد هذه الحقيقة التاريخية ما وصل اليه البشاشا من شرح لاحكام العقود في قديم

الشرعية الرومانية وفي عادات عرب الجاهلية .
 نقى اقدم عقد روماني معروف ، وهو عقد القرض الشكلي المسى دكسوم ، ^٢

(١) راجع في ذلك كتاب ماين والقانون القديم ، (Maine's Ancient Law) ، في الباب التاسع . ومن الطريف ان تذكر رأياً مخالفاً للرأي السائد ذهب اليه احد المؤلفين الاكاديميين المعاصرين ، وهو الأستاذ ديايوند (Diacond) ، في كتابه « قانون المصدر الاول » . (Primitive Law) ، طبع لندن ، سنة ١٩٣٥ ، ص ٣١١ وما بعدها .

(٢) Noxum . قال بعضهم كانوا يقولون (Nixibus) ان الشكسوم لم يكن عقداً ، بل كان نوعاً من طريقة الاشهاد (Manelpatio) التي استعملها الرومان لئلا يفتقدوا ، ولكن الرأي المختار يقول بان عقد ، وهو قول موشك (Mushke) وجيدار وغيرهم . انظر كتاب جيدار القانون الروماني (من ٥٠٠) ، وكتاب بلاكند (Blackland) ، القانون لشي الروماني (Manual of Roman Private Law) طبع كاتنبرج ، سنة ١٩٢٥ ، رقم ١٠٠ .

عرقناه ، أي ان يكون طارياً عن الخيارات وتغير موقفه على اجازة احد المتعاققين .

ولا شك في ان ما يتفق بيننا الان هو معرفة شروط انشاء العقد ، وهي بصورة عامة الشروط التي سميت بشروط الائتقاد والصحة . وقد اسماها بعض الفقهاء أركان العقد ، وان كان الخبيرون والمجلة قد استعملوا الركن بمعنى الاجاب والقبول وحدهما ^٣ .

وبكل حال ، فمن لا تقيد بهذه الاصطلاحات المختلفة ، فدعا لكل التماس ، بل نستعمل بوجه عام كلمة شروط الائتقاد ، الا اذا اقتضى الامر التوضيح والتفصيل .

(١) مجلة النظر باب البيع في الرجيز (ج ١ ص ١٣٢) ، وفي الفرائد العقبية لابن جزي (ص ٢٤٥) .
 (٢) راجع في الطبعة عنوان الفصل السابق للعدد ١٦٧ في البيع ، و ٣٣٢ في الاجازة ، و ٦٢١ في الكتابة ، و ٧٠٦ في الرهن ، و ٨٣٧ في الحبة ، و ١٤٥١ في الوكالة .

كان يجب ان يحضر القادمان مع حامل الميزان وخمسة شهود ، وكان يتلظق الباقدان بحضور من ذكر بالفاظ لاتينية تقليدية مرسومة تدل على رغبة الارتباط والتعاقد . وكان حضور حامل الميزان رمزاً تقليدياً بانياً من عسادة وزن النقود في اول العهد بالتعامل والمبادلة .

ثم نشأ عند الرومان بعد ذلك عقود شكلية اخرى شفهية وخطية . مثاله عقد المشاركة الشفهي ^١ . ففي ذلك العقد ، كما أوضحه غايوس كان الدائن يشاقه المدين ويسأله بلغة لاتينية معينة : « هل تتعهد او هل تعد ؟ » . فيجيبه المدين بالفاظ بالغة : « اتعهد أو أئعد » ^٢ . فيحصل نتيجة هذه المحادثة وهذه الماتلة بين الدئال والجواب انعقاد العقد والارتباط بين الدائن والمدين .

وعلى الجهة ، فان العقد الحالي من الشكل والافاظ المرسومة لم يكن عند الرومانيين القدماء ، فالأنا ولا ملزماً ، او كما قال بولس القبط الروماني : « ان حق المداعاة لا ينبع عن الاتفاق الجرد بين الزعابا الرومانيين » ^٣ .

ومن امثلة العقود الشكلية ما دوي لنا عن بعض البيوع التي كانت معروفة في اسواق العرب ايام الجاهلية . واهمها بيع اللامة ، وبيع النابذة ، وبيع الحماة . وهي جميعاً قد نفاها الاسلام ، ومن عنها النبي (ص) ، كما جاء في كتب الحديث المعتمدة . وقد اختلف في معرفة حقيقة هذه البيوع . ومالك أشهر تفسير لها ^٤ : - أولاً - بيع الحماة . وقد فسره ابن عبد البر انه بيع تكون فيه النسياب مباشرة ، فيقول المشتري للبائع : « أي توب من مسده وقفت عليه الحماة التي أرمي بها فهو لي بكدا » ، فيقول البائع نعم ^٥ . ويكفون ذلك ايضاً في بيع

(١) Stipulatio (١)
 (٢) راجع كتاب « نظم » ، الباب الثالث ، رقم ٨٧-٩٣ (93-87 Inst.) ، وكتاب (٣) وهي في اللاتينية الرومانية : (Dari spondes ? Spondio) ، وكتاب (Promittis ? Premitto . Dubis ? Dubo - Fidepromittis) (٤) مسائل بولس ، ١٤ ، ١١ ، ١٤ ، ١٤ ، ١٤ (Paulus . Sententiae) ، (٥) اعظم في منه البيوع : البخاري وشرحه لعبي (ج ١١ ص ٢٦٦ - ٢٦٧) ، وشرح مسلم (ج ٢ ص ٢٠٠) ، وشرح النووي (ج ١٠ ص ١٥٤ - ١٥٦) ، ودرر الأمام مالك شرح الروافد (ج ٣ ص ٢١٦) ، وراجع الأرب في معرفة احوال العرب محمود شكوي الايامي (مصر ، ١٩٣٠ ، ج ١ ص ٢٦٤ - ٢٦٦) . وكتابنا الإفصاح الشهريتها في القول العربي (بيروت ، ١٩٦٥ ، ص ٨٤ - ٨٦) .

الارض بأن يقول البائع للمشتري : « بعثك من هذه الارض من هنا الى ما انتهت اليه هذه الحماة » ، ثم يبيع قوله برب الحماة . ولهذا البيع تأويلات اخرى . منها ان يجعل الرمي بالحماة بيماً بنفسه . ومنها ان يكفون الرمي علامة انتهاء الحياض للمشتري . ولا مجال لاطالة الكلام في هذه التأويلات .

ثانياً - بيع اللامة ، وهو كما جاء في صحيح مسلم بيع يتم بان يمس كل من المتبايعين توب صاحبه بغير تأمل ، فيبيع كل منهما توبه بتوب الآخر بالمس بدون النظر . او كما قال مالك والشافعي ان يأتي البائع بتوب مطوي ، او ان يأتي به ليدلاً أو في طاعة ، فيلسه المشتري ، فيقول له البائع : « بعثك اياه بشن ككدا بشرط ان يقوم لمسك مقام نظرك » . وبيع اللامة تأويلات اخرى ايضاً . منها ان يجعل نفس اللس بيماً ، بان يقول البائع للمشتري : « اذا لمست هذا الشيء فهو بيع لك » . ومنها ان يجعل اللس غاية خيار المشتري ، أي علامة لزوم البيع عليه ، وانتهاء حقه بالرجوع عنه .

ثالثاً - بيع النابذة . وهو بيع له تأويلات عديدة ، اظهرها ما رواه مسلم ومالك والشافعي . وشكاه ان يئذ (بطرح) كل من المتبايعين توبه الى الآخر ، من غير نظر ولا تواضع ، ويقول كل واحد منهما : « هذا هبة » ، فيكون التئذ وحده هو البيع .

ففي هذه البيوع جميعاً ، لم تكن العبرة بالنية والرضى ، بسال كانت الالفاظ المنبئة على الوجه المرسوم ، والاشكال المنبئة ، من لس او بئذ او رمي بالحماة .

الفقر الروماني

كان الامر على ما قدسنا عند القدماء من الشوب ، غير ان ذلك تغير بتطور المدنية والحضارة وازدهار التجارة والمبادلات الاقتصادية . فئذ بسده التاريخ الميلادي ابتدا الرومان يخلفون عن عقودهم الشكل والتعقيد ، واخذوا يذمبون الباطلة فيها شيئاً فشيئاً ، حتى تحولوا الى اقراء من العقود ، هي البيوع والاجارة والشركة والوكالة ، سبقت بالعقود الرمانية ، لانها تعتمد برضى الطرفين وحسده .

ثم انتقل مبدأ العقد الرضائي كهداً عام الى القوانين الأوروبية وأصبح معروفاً

ولا بأس من ان نذكر هنا ما يستتبعه هذا الحديث الشريف وما حثت الاشارة اليه في غير هذا الموضع من ان شريعة الافعال والتصرفات والمقرود جميعاً مبنية على القاعدة الكلية ان الامور بتقاصدها ، التي ذكرها السبكي في جمع الجواهر وذكرها اصحاب الاشياء والنظائر ومصنف الجامع وغيرهم ، والتي نقلتها مجلة الاحكام المدنية في صدر مقدمتها (المادة الثانية)^١ .

وقد اختلف الفقهاء في مسألة ترجيح المعنى أو اللفظ أو في ترجيح النية أو الظاهر عند التعارض^٢ . ولكن الرأي السائد عند الحنفيين وغيرهم هو في جانب ترجيح المعنى على اللفظ ، الا اذا كان اللفظ صريحاً لا يحتمل التأويل . وهو أيضاً في جانب ترجيح النية على الظاهر ، الا اذا تعلق بالظاهر حتى الغيب أو تعذرت معرفة النية ، فحينئذ يعمل بالظاهر لظهوره وعلى سبيل الاستثناء .

وهذا ما أقرته مجلة في قواعدها الكلية ، حيث جاء فيها : « ان يحكم في الظاهر فيما يتعمس الاطلاع على حقيقته » (المادة ٦٨) ، وجاء في المادة الثالثة منها^٣ : « المبوءة في العقود للماقد والماني لا للاتفاق والبياني . ولذا يجري حكم الرهن في البيع بالوفاء . وتفسير هذا المثل ان البيع بالوفاء عقد يقصد منه الى اقباء المبيع تحت بد المشعري تأنيهاً لدينه . فهو ، وان كان لفظه بيعاً ، الا ان معناه الرهن . فيجري حكم الرهن فيه . »

وامتدأ اخرى من مجلة : معلوم في كفاية الدين ان الدائن يختار في المطالبة ان شاء طالب الاصل وان شاء طالب الكفيل... » (المادة ٦٤) ، أي ان المدين الاصل لا يبرأ بوجود الكفيل . فلهذا لو اشترط في الكفاية براءة الاصل تنقلب إلى الخوالة ، (المادة ٦٤٨) ، أي انه يجري فيها حكم الخوالة ، وان كان لفظها مكفالة .

وبعكسه : « الخوالة بشرط عدم براءة الخيل كفاية . فلو قال أحد للمدين أحل مالي عليك من الدين على فلان بشرط ان تكون انت ضامناً ايضاً ، فاحاله المدين على عدا الوجه ، فطالب ان يأخذ عليه من شاء ، (المادة ٦٤٩) . »

(١) راجع كتابنا « فقه الشريعة في الاسلام » ، في فصل العقد في الافعال ، وهو الفصل الثالث من كتاب المقاصد في القواعد الكلية ، ص ٢٧٩ .
 (٢) للسيوط (ج ٣٠ ص ١٧٢) ، وللأضياف والفتاوى السيوطي (ص ١١١) .
 (٣) والقاضيان واردان في سابقه الدقائق شرح جامع المطابق ص ٣١٠ و ٣١١ .

في فخرنا منذ القرن الثامن عشر للهجرة ، ثم رسخ ولبث وزاد في الرسخ والبيات ، حتى انه في اوائل القرن السابع عشر كتب لواريل الافرنسي في مجموعة القواعد العربية بلفظ أشغال ذلك العصر : « وان الرجوع الى ترتيب الكلام كما تربط البقر بالقرون ، وان الوعد والاتفاق المبسط بمثل المشاركات الرومانية^١ ، ولما جاءت الشريعة الاسلامية ، كان العرف التجاري العالمي قد نفذ في الفقه الفيرود الشككية ، فلا عجب ان من ان ترى هذه الشريعة قد نبذت الشكل ، وأخذت بجوهر العقود ، واعتبرت ان الرضى وحده هو في الاصل الركن الكفايي لانشاء العقد ، كما ستعرضه في الفصل القادم .

وهذا المبدأ لا يحتاج الى اثبات ولا الى انقراح ، فهو موجود في الجسلة وفي جميع الكتب الفقهية ، ومقبول في جميع المذاهب المعتمدة . ولا يشك عند البعض المستنبات أو أشباه المستنبات القليلة التي سنأتي على ذكرها قريباً .

وانما ترى هذا الاصل نفسه في قانون الموجبات البنائي ، حيث جاء فيه : « ان القواعد التي تطبق على صنع العقود هي معبئة لكل فئة منها . وحيث لا يوجد تعيين من هذا النوع يتم التعاقد بمجرد اتفاق الفريقين ، (المادة ٢٢٠) وفي الاصل تتكون العقود بمجرد رضى المتعاقدين الاختياري ، فلا يتم ابرازها في اية صفة رجعية الا بمقتضى نص من القوانين يوجب استثناءها ، (المادة ١٧١) . فحيث كنا الشريعتين اصل واحد هو الاتقاد بالاتفاق المجرد ، وفي كليهما لا يطلب الشكل الاستثناء . »

المعنى في تفسير العقود

ان مبدأ العقد الرضائي في الشريعة الاسلامية من اوليات الاحكام . وانه مبني على نص من السنة النبوية ، اصبح مثالا للتواتر ، وهو « اما الاعمال بالنيات واما لكل امرئ ما نوى » . وهذا النص الشريف رواه الصحاحان وكتب البيهقي الاثرية وسائر المسانيد والمصنفات الموثوق بها .

(١) راجع أيضاً كتاب جورمان المذكور (ج ٢ رقم ١٥٠) : Institutes Contumélires .
 Ite. III, tit. 1, sous 2. « On lie les banniés par les cornes et les hommes par les paroles, et autant vaut une simple promesse ou convenue que les stipulations du droit romain » .

ومن أمثاله ذلك أيضاً ما قاله ابن البراء إن الوصية بحسب حال حياته وكالته ، والوكالة بعد موته وصاية ، لأن المنظور المأمور به ، ومعناه إن إذا عين أحد غيره وصياً لمعاطي أموره في حياته يكون وكيلاً بحسب معناه ، لا وصياً بحسب لفظه ، لأن الوصاية لا تكون إلا لا بعد الموت ، مثله لو كان التميميين في الوصية بلفظ الوكالة ، فيعتبر المني ويكون المني وصياً لا وكيلاً رغم لفظ الوكالة . وكذلك العقد الذي جاء بالفظ العبة مع ذكر البديل يعتبر بيعاً ، والعقد الذي جاء بلفظ الاعارة مع اشتراط الاجرة المأجورة يعتبر اجارة . ففي هذه الاحوال وما الشبه ، يفسر العقد كونه معناه لا وفق لفظه .

وقد اختلف في عكس هذه الامثلة ، فقال الحنفيون وغيرهم ، استثناء من القاعدة التي ذكرنا ، ان البيع بدون ثمن باطل ولا يكون هبة ، وان الاجارة بدون اجرة باطلة ولا تكون اعارة . وقد عطل بعضهم ذلك في الاعارة مثلاً ان معنى الاجارة موجود فيها ، ولكن الاجارة ليس فيها معنى الاعارة ، ولاها قيد العوض ، والاعارة قيد عدمه ^٢ . ونحن لانرى مبرراً لهذه المستنبات ، ونرى ان يتوكل الامر الى تقدير القاضي في معرفة نية المتماثلين في جميع الاحوال على الاطلاق . فيكون ذلك أقرب الى روح الشريعة وحقيقتها . وعلى كل ، ففي هذه المستنبات نفسها خلاف وتردد عند بعض الفقهاء ^٣ .

وعلى الرغم من هذه التفصيلات الاجتهادية الفرعية ، يبقى العمل في الشريعة الاسلامية ان العقد مبناه القصد الحقيقي . واقتد صدق ابن القيم الجزرية في تصوير ذلك حينما قال : ان الاعتبار في العقود والاعمال بمخاتها ومقاصدها ، ودور الظاهر الفاظها واماها وان القصد روح العقد ومصححه وبطله ، فاقتصار القصد في العقود أولى من اعتبار الالفاظ . وان الالفاظ مقصورة الغيرها ، ومقاصد العقود هي التي تراد لنفسها وقد تظاهرت أدلة الشريعة وقواعده على انه

(١) القاموس البازية ، ج ٢ ص ٤٤١ (هاشم الطنبغية) .
 (٢) البازية (ج ٢ ص ١٠) ، والبحر الرائق (ج ٦ ص ٢٢٠) ، والاشباه والفتاوى لابن القيم (ص ٨١ - ٨٢) .
 (٣) الاشباه والفتاوى لسيوطي ، ص ١١٢ - ١١٣ .

القصد في العقود معتبرة ، وانما ينزل في صحة العقد وفائه وفي حياته وحريته . وان المتماثلين ، وان اظهرا خلافاً ما اتفق عليه في الباطن ، فالعبرة بما اظهرا وانفق عليه وقصداه بالمد ، وقد أشهد الله على ما في قلوبها ، مسلاً بنفوسها ترك التكلم به حاله العقد ، وهو مطلوبها ومقصودها ^١ . وبعد ، فاننا نرى ان هذا المبدأ هو هو ما أقرته القوانين العصرية وما نص عليه قانون الموجبات والعقود اللبناني من ان « على القاضي في الاعمال القانونية ان يقف على نية الملتزم (إذا كان الالتزام من جانب واحد) ، أو على قصد المتماثلين جميعاً (إذا كان هناك تماثل) ، لا ان يقف عند معنى النص الحرفي ، (المسادة ^٢) .

المستنبات الشكلية في الشريعة الإسلامية

ان من الاحوال ، خلافاً للاصل الذي فندنا ، ما يكون فيها الشكل ضرورياً لصحة العقد او تكرر العبوة فيها للفظ دون المعنى ، وذلك نظراً الى اهمية المقد في تلك الاحوال او الى اعتبارات اخرى خاصة . وهذه المستنبات نجدها في الشريعة الاسلامية كما نجدها في غيرها من القوانين . ونحن نكتفي هنا بماها : -

اولاً - عقد الزواج .
 ان الزواج اساس العائلة وركن المجتمع بلا منازع . وهو بما يترب عليه من نتائج شرعية ، كالنسب والنفقة وما الى ذلك ، يعتبر بحق من اهم العقود والمصرفات . فلا عجب ان من أن ترى معظم الشرائع قديماً وحديثاً تقضي به ، وتتطلب لصحته بعض الشروط الشكلية وغير الشكلية .
 وفي الروابي السائد في المذاهب الاسلامية ، لا يصح عقد الزواج الا بشهود ، ويجب لذلك عند الشافعي واحمد بن حنبل والاوزاعي والنعيمي والشيعة الزيدية وغيرهم شهادة رجاين ، ولا تقبل فيه شهادة النساء ، وعند الحنفيين والنعيمي تقبل شهادة رجاين ، او رجل وامرأتين . وقال أهل الظاهر لا يتم الزواج الا باغلافت

(١) اعلام الموقعين عن وجه العالمين ، ج ٣ ص ٨٧ و ٨٧ و ٨٦ .
 (٢) راجع معناه المادة ١١٤٦ من القانون المدني الفرنسي .

تجدوا آيات الله هزواً ، أضاف الى ذلك ان هذه التصرفات ، لا سيما الزواج والرجعة ، لا يتصور فيها الفزل في الواقع ، لما في الاستخدام عليها من عزم وثبوت .

وقد روي عن طائفة من الفقهاء ، اهم خالفوا في بعض المسائل . فقيل ان الشافعي في احدي الروايتين عنه قال بان التنكح لا ينعقد مع الفزل ٢ ، وقيل ان بعض الفقهاء ، قالوا بان طلاق المازل لا ينعقد ، واستدلوا بالآية الكريمة وان عزموا الطلاق ٣ ، والعزم يعني الجدل والمازل لا عزم منه ٤ .

ثالثاً - رأينا في الفصل السابق ان عقود النكاح في بعض المذاهب لا يتم بالاتفاق وحده ، بل يجب فيها القبض ايضاً . وكذلك يجب القبض في بعض العقود كالرهن مثلاً .

فقد جاء في الجملة انه وينعقد الرهن بايجاب وقبول من الراهن والمؤمن . لكن ما لم يوجد القبض لا يتم ولا يلزم ، فالراهن ان يرجع عن الرهن قبل التسليم ، (المادة ٧٠٦) . وكذلك في القانون اللبناني يجب التسليم لخم رهن الاشياء المادية ٥ .

رابعاً - سنرى في الفصل القادم ان شروط الصفة في الايجاب والقبول ليست بيدياً من الشكل والتعقيد بشي . غير انه في بعض الاحوال الاستثنائية يطلب لامتعاد بعض العقود والتصرفات المهمة ، كالزواج والرقن وغيرها ، الفاظ

(١) - سيرة البرية (٢) ، ٣٣١ ، انظر البصر (ج ٣) ص ٢٤٤ - ٢٤٥ ، وشرح الريني (ج ٢) ص ١١٥ ، وشرحي الخطاب والنواق (ج ٤) ص ٤٠ ، ٤١ ، والنوازل الفقهية لابن جزري (ص ١١٥ و ٢٣٠) ، والذهب (ج ٣) ص ٨٦ ، والمغني (ج ٧) ص ٤٣١ ، وج ٨ ص ٢٧٨ ، والروفي الشيرازي (ج ٤) ص ١٤٩ ، واعلم النورثين في الموضع المذكور ، وشرح المغني على البخاري (ج ٢٠) ص ٢٠١ ، (٢) - الوجيز ، ج ٢ ص ٥٦ ، (٣) - الفرة (٢) ٢٢٧ ، (٤) - نيل الاوتار ، ج ٦ ص ٢٠٠ ، (٥) - المادة الثالثة من الرسوم الامتراض ، في المصدد ٤٦ الصادر في ٢٠ تشرين الاول سنة ١٩٣٤ ، والنسخ قانون الزوجيات والرقن ، والنسخ بقرار القويش السامي ، في المصدد ١٥٥ للخروج في ٧ تشرين الثاني سنة ١٩٣٢ .

علم ، أو شهادة رجلين أو شهادة رجل وامرأتين ، أو شهادة اربع نسوة عدول .

وقد شدت عن جمهور الفقهاء ، الامام مالك وقضايا الشيعية الامامية وغيرهم ، وقالوا بان الاشهاد ليس من شروط الامتعاد في الزواج ، بل يستحب فيه الامتنان على سبيل التدب دون الاستتراط . وروي عن ابي ثور انه قال ايضاً بعزم لزوم الاشهاد لصحة هذا العقد ، وانه كالبيع وباقى العقود يصح من غير اشهاد ١ .

ثانياً - الفزل في بعض التصرفات .

ان الاصل في التصرفات والمقود ان الفزل لا عبء به ، لانه ينفي التصدق والنية . ولكن لهذا الاصل استثناءات هي الزواج ، والنكاح والطلاق والرجعة ٢ . فقد جاء في الحديث الشريف : « ثلاثٌ جسدٌ من جسدٍ وهزلٌ من جسدٍ : التنكح والطلاق والرجعة » ٣ . وروي عن النبي (ص) وعن الصحابة مثل ذلك ، مع اضافة المناق الى ما ذكرنا ٤ .

والمازل هو الذي يكتم بالكلام من غير قصد لموجبه وحقيقته ، بل على وجه اللعب ٥ . فاذا تزوج المازل او طلق زوجته او اعادها بعد الطلاق الرجعي او اعتق عبده ، ففي جميع ذلك يكون تصرفه صحيحاً لازماً كما لو كان جاداً . وقد قال بذلك جمهور الفقهاء المسلمين ، وعلاوا هذا الحكم بان هذه التصرفات تعلق فيها حق الله ، ولا يجوز فيها الفزل واللعب ، عملاً بقوله تعالى في كتابه الكريم : « ولا

(١) - راجع في هذه المذاهب المختلفة : الفاية (ج ١) ص ١٤٩ ، وشرح الخطاب وبهايته شرح النواق على سبني خليل (ج ٣) ص ١٠٨ ، والذهب (ج ٢) ص ٤٢ ، والمغني (ج ٧) ص ٣٤٠ - ٣٤١ ، والروفي الشيرازي شرح مجمع الفقه الكبير لثور الدين المهدي (ج ٤) ص ٢١ - ٢٢ ، والمغني (ج ٩) ص ١٨٢٨ ، والعمدة القويش الطباطبائي (ج ٢) ص ٣٤٤ - ٣٤٥ ، وشرائح الاسلام (ص ١٦٦) ، والسادة السابعة من القانون المصري للاحكام الشرعية في الاحوال الشخصية . (٢) - وهو عتق الارقاء وخرجه من الرق . (٣) - اعادة الزوج زوجته بعد الطلاق الرجعي . (٤) - رواد ابو داود والترمذي وابن ماجة . انظر سنن ابي داود (ج ٣) رقم ٤١٩٤ ، (٥) - والجامع الصغير لسبكي (ج ١) رقم ٣٤٥١ ، (٥) - اعلم الموقنين ، ج ٣ ص ١٠٤ .

بين المتعاقدين أيضاً ،
 وقد طُبق قانون الوجبات والمقود اللبناني هذا المبدأ على عقد البيع والرهن
 بالبيع (المادتان ٣٩٣ و ٤٩٨) ، وعقد الهبة والرهن بالهبة (المادتان ٥١٠ و ٥١١) ،
 ثم في عقد الإيجار أيضاً ؛ و إذا كانت مدة إيجار العقار تتجاوز ثلاث سنوات ، فلا
 تعتبر بالنظر الى شئ من ذلك الا اذا سجل عقد الإيجار في السجل العقاري ، (المادة
 ٥١٣ هـ) ، على الرغم من ان هذا المقيد لا ينتج حكماً عينياً .
 ثانياً - الرقوبات .

في الرأى المنظمي اختار لا يعمل بمجرد حجب الرقوب ولا بالرقوب المسجل في
 دفتر السجل العقاري بدون اثبات بالبيّة الشرعية ، لان الاصل ان لا يعتمد على الخط .
 ولكن الاستحسان جوز العمل بالرقوبات المرسومة في ديوان القضاء المعروف
 بالسجل . وهذا اخذت المحلّة ، حيث جاء فيها ؛ ولا يعمل بالرقوبات فقط ، ولكن
 اذا كانت مقيدة في سجل المحكمة الموثوق به والمصدق عليه ، فتكون معمولاً بها
 على ذلك الحال ، (المادة ١٧٣٩) .

وعلى اثر ذلك صدرت الارادة السنية العثمانية في ٤ جمادى الآخرة سنة ١٢٩٦
 بـشـر تـمـاـت مـعـيـنة ، نظمتها جمعية المحلّة بخصوص تنظيم السندات الشرعية التي
 يجوز العمل والحكم بضمونها بلا بيّة .
 واخيراً جاء في قانون الملكية السوري اللبناني ٢ انه لا يكون لوقف معمول
 قانوني الا ابتداء من يوم قيده في السجل العقاري (المادة ١٧٦) .

ثالثاً - الوصية لغير المحبين .
 ان الوصية ، هي التملك المضاف الى ما بعد الموت بطريق التبرع ، لا تخضع
 لشروط شكلية في الشرع الاسلامي . ولكن قانون الوصية اللبناني الصادر في ٧ اذار
 سنة ١٩٢٩ ، الذي امتاز لتغير المحبين خلافاً للشرع الاسلامي حرية الإيصاء من
 حيث جوز الوصية لارث ومن حيث المصلحة التي يجوز الإيصاء بها ، وهذا القانون
 اوجب لصحة الوصية ان تسجل او يصدق عليها من قبل الكاتب العدل او رئيس

(١) النشأري الشهيرة (ج ١ ص ١١٦ و ١٢٢) ، وتفتح المائدة (ج ١ ص ١٦٥) ،
 (٢) وهو القرار ذو العدد ٣٣٢٩ الصادر في ١٢ تشرين الثاني سنة ١٩٣١ .
 وكذلك لا تتناول ملكية الطائفة الا بالنسجيب في السجل المحروس ، وثالثاً المادة ١٠٤
 من قانون السجل العقاري .

معيّنة تعتبر ردهما كافية للدلالة على البية والتصدق . وهي معروفة ومفصلة في كتب
 المقود الخاصة ، ولا تتوقف عندئذ في هذا العرض .

المستثنات الشكلية في القوانين السماوية والدينية

ليس ينسج المجال لمصدر المقود الاستثنائية التي اوجب فيها القانون العقاري ثم
 القانون اللبناني شروطاً شكلية معينة . ولكن إذا كان هذان القانونان قد عدلا
 احكام المحلّة من هذه الناحية ، وكانا نافذين في هذه البلاد وغيرها أيضاً ، لم يترأساً
 من ان يأتي على ذكر أهم الاستثنائيات فيها ، دون حصر ولا اسباب .
 اولاً - الحقوق العينية العقارية .

لا شك في ان العقارات كانت ولا تزال اساس الثورة الثانية . لذا كان الاهتمام
 بها معقولاً وضرورياً . فالدولة العثمانية وضعت لما انظمة خاصة ، واشترطت لتقل
 الملك فيها شروطاً شكلية معينة . مثاله الارادة السنية العائدة في ٢٧ جمادى الآخرة
 سنة ١٣٢٠ هـ ، منعت سماع دعوى بيع العقار او شرائه اذا كان المقيد بسند عادي ،
 وأوجبت ان يكون البيع والشراء بسند طابو بعد معاملة رسمية في دوائر الدفتر
 الخاقاني للتسليك ٢ .

وكذلك في فرمان عام ١٨٦٤ ، المعروف بنظام جبل لبنان القديم ٣ ، لا عبوة
 بالهك العادي المتعلق ببراغ وانتقال العقارات ، بل يجب ليكون نافذاً ان يسجل
 في سجل محكمة القضاء ، وثالثاً لادة الثانية عشرة من هذا النظام .
 واخيراً نصت أنظمة السجل العقاري في سوريا ولبنان ؛ على ان العقود
 المتعلقة بالبناء او نقل او تغيير او استقاط الحقوق العينية الواقعة على عقار لا
 يكون لها مفعول حتى بين المتعاقدين الا من قديم قيسدها في السجل العقاري .
 وآتت ترى ان هذا الشكل لا يجب لتفاد المقدم تجاه الغير فحسب ، بل يجب لتفاد

(١) المرافق ١٧ ايلول سنة ١٣١٨ مائة ، أو ١١٠٢ مائة ، مائة .
 (٢) انظر شرح علي جعفر في الترملة السابقة لادة ١٦٦٠ من المحلّة .
 (٣) مو فرمان الصادر في ١٤ ربيع الثاني سنة ١٢٨١ هـ ، وطال من تأني عشرة مائة .
 (٤) المادتان ١١٠ و ١١١ من القرار ذو العدد ٩٨٨ الصادر في ١٥ آذار سنة ١٩٢٦ العمل
 بالقرار ٥٥ لدر . الصادر في ٢٠ نيسان سنة ١٩٢٢ .

الموجب من المنه أقدم له الجبار في الرجوع عن الإيجاب ، قبل أن يسقط به القبول ،
 وإن التاخر الآخر يحجز بقبول العرض أو برفضه . وذلك ابتغاء ذلك .^١

أولاً - إن الإيجاب يعتمد لا يكتمل إلا بموافقة ، لأن الشبهة المنزوعة لا تكون
 في الأصل شيئاً للاتزام ، إلا في المستثنيات التي حوت معناها شيئاً . فقبله يجوز دائماً
 لتعاقب الإيجاب في الشرع الإسلامي أن يرجع عنه قبيل تعلقه بقبول
 المتعاقد الآخر .

وهذا الأصل مقبول في معظم الشرائع القديمة والحديثة . على أن
 بعض الشرائع الحديثة ، كالقانون المسدي الألماني (المادة ١٤٥) ، اعتبرت أن
 من يعرض على آخر إنشاء عقد ملزم برفضه هذا ، إلا إذا اشترط لنفسه حرية
 الرجوع .

أما قانون الموجبات والعقود اللبناني ، فإنه ذهب منعياً رسطاً . فبعد أن
 نص على أن الإيجاب لا يلزم صاحبه في الأصل ، يعني أنه يستطع الرجوع عنه
 إذا شاء ، زاد على هذا النص بأن الأمر يكون على خلافه عندما يتعصل من ماعية
 الإيجاب أو من الظروف التي صدر فيها أو من نص القانون أن صاحب الإيجاب
 كان يتوي الزام نفسه ، كما في الإيجاب المقرون بثبوت صريحة ، أو الإيجاب بالمراسلة
 أو في الأمور التجارية ، أو إذا كان وعداً بمكافأة (المادة ١٧٩) .

ثانياً - إن الطرف الموجه إليه الإيجاب يحجز بقبوله ورفضه . ولم أرَ في
 الشرع الإسلامي استثناء من هذا الأصل على الإطلاق .

غير أن القانون اللبناني ، وإن كان قد أثبت المبدأ بأن يوجه إليه العرض
 حتى في رفضه ولا يتحمل تبعه ما يستتبعه عن التعاقد ، إلا أنه أقره باستثناء طريف ،
 متناوئاً في ذلك بنظرية سوء استعمال الخقوق . وهذا الاستثناء يتعلق بمخاطبة من يضع
 هو نفسه في معرض من شأنه استدراج العرض ، و كالتاجر تجاه الجمهور أو صاحب
 الفندق وصاحب المطعم ، أو رب العمل تجاه العمال . ففي هذه الحالة يجب أن
 يستد امتناعه عن التعاقد إلى أسباب حربية بالقبول ، وإلا كان امتناعه استناداً
 وجاز أن تفرقه الشبهة من هذا الوجه . (المادة ١٨١) .

(١) انظر في باب البيع مثلاً : الديلم (ج ٤ ص ١٢٤) ، والفتاوى (ج ٣ ص ١٧) .

إيجاباً ، ولا قبولا إذا استعملت بمعنى الاختيار عن أمر حصل في الماضي .
 الثالث - قالت الحجة أن الإيجاب هو الكلام الأول والقبول الكلام الثاني .
 فبمهم من ذلك إنما انقضت الحالة التي يكون فيها الإيجاب سابقاً للقبول . وقد
 استنتج شراحها بأنها اختار رأي الفقهاء الحنفية القائلة بأن العقد لا يتعقد إذا
 صدر الإيجاب والقبول في وقت واحد . وهو الرأي المروي عن القسطلاني^٢ ،
 وقد رجحه بعض المتأخرين من الفقهاء^٣ .

وإذا رأي آخر يقول بجواز صدور العرض والقبول بأن واحده ، وهو رأي
 مقبول لأن الأصل في العقود الرضى ، فتحصل الرضى بارتباط الإيجاب والقبول
 انعقد العقد ، سواء أكان بينهما فاصل أم لم يكن . وقد قال بهذا الرأي الثاني
 مصنف الخلاصة كما نقل في الفتاوى التنارخانية ، ورجح ابن نجيم وغبيري^٤ ،
 وذهب إليه بعض علماء القرب^٥ .
 رأت ترى أن هذا الخلاف نظري في الواقع ، لانه يصعب بل يتدر جداً أن
 يحصل الإيجاب والقبول بأن واحد . فالعقد تستلزم في غالب الأحيان مساوات
 متبادلة . ولا يتصور أن يقبل المرء ما لم يقبل أن يعطه ويفكر فيه . فمن الطبيعي
 والعتاد أن يكون العرض في الواقع سابقاً للقبول .

ارتباط الإيجاب بالقبول

إن الرضى هو ارتباط الإيجاب بالقبول . فإذا نكل من الإيجاب والقبول وثالث
 شطراً من الرضى ، ولا يلة من تعلق أحدهما بالآخر لأجل حصول الاتمقاد . ومن
 هذا التعاقب يتفرع أن كلاً من هذين الشطرين لا يكتمل وحده للاتمقاد ، وإن

(١) انظر شرح علي حيدر تحت المادة ١٦٧ ، ومن نقل عنه من الفرج .

(٢) راجع مثلاً في الإمبر . والامادة القدي (التوفى سنة ١٠٧٨ هـ) ج ٢ ص ١ .

(٣) راجع مثلاً في الإمبر . والامادة القدي (التوفى سنة ١٠٧٨ هـ) ج ٢ ص ١ .

(٤) انظر مثلاً في الإمبر . والامادة القدي (التوفى سنة ١٠٧٨ هـ) ج ٢ ص ١ .

(٥) انظر مثلاً في الإمبر . والامادة القدي (التوفى سنة ١٠٧٨ هـ) ج ٢ ص ١ .

(٦) انظر مثلاً في الإمبر . والامادة القدي (التوفى سنة ١٠٧٨ هـ) ج ٢ ص ١ .

(٧) انظر مثلاً في الإمبر . والامادة القدي (التوفى سنة ١٠٧٨ هـ) ج ٢ ص ١ .

(٨) انظر مثلاً في الإمبر . والامادة القدي (التوفى سنة ١٠٧٨ هـ) ج ٢ ص ١ .

Stephen's Commentaries of the Laws of England , Vol. II , p. 11 - 16 .

شروط القبول

ان القبول هو الشطر الثاني للرضى . فإرتباطه مع الإيجاب يجعل الانقضاء وبيع العقد، ولكن بشروط يجب استيفاؤها . وهذا هي : -
 أولا - ينبغي ان يصدر القبول قبل سقوط الإيجاب . وينقضي الإيجاب بمرجع صاحبه عنه أو وفاته أو بفقده أو اهله بالجنون أو الإغماء أو غيرها ، وذلك كله قبل قبول الطرف الآخر .

ويعد من نوع الرجوع الذي ترك الموجب مجلس المقعد فقبل قبول الآخر كما سنرى ، أو تكرار الإيجاب قبل القبول . مثله قالت المجلة في عقد البيع : و تكرار الإيجاب قبل القبول يبطل الاول ، ويعتبر فيه الإيجاب الثاني . فلو قال البائع للمشتري بعثك هذا الشيء ، فانه قرش ، ثم بعد هذا الإيجاب قبل ان يقول المشتري قبلت رجوع فقال بعثك اياه باثثة وعشرين قرشاً وفسل المشتري ، يملو الإيجاب الاول وينقذ البيع على مائة وعشرين قرشاً (المادة ١٨٥) .

وبصورة عامة ولو صدرت من احد المتعاقدين بعد الإيجاب وقبل القبول قول أو فعل يدل على الاعراض بطل الإيجاب ، ولا عبءة بالقبول الواقع بعد ذلك . مثلاً لو قال احد المتعاقدين بعث واشترت واشتغل الآخر قبل القبول بلو آخر أو بكلام اجزي لا تعلق له بعقد البيع ، بطل الإيجاب ، ولا عبءة بالقبول الواقع بعده ، ولو قبل انقضاء المجلس (المادة ١٨٣) .

وكذلك ينقضي الإيجاب بلاك المقدم عليه أو تغييره قبل القبول . وينقضي أيضاً برفض القبول مرة اولى ، بمعنى ان الطرف الآخر اذا رفض العرض الموجه اليه ، فلا يمكنه ان يقبل مرة أخرى الا بعرض جديد ، لان رفضه الاول اسقط الإيجاب ، و الساقط لا يعود .

ثانياً - في الرأى السائد ، لا يصح القبول الواقع بعد الإيجاب بخاص يحصل (١) واجه هذه الشروط لعقد البيع أيضاً : في اليداع (ج ٥ ص ١٢٠-١٢٧) ، والقبول المؤبدية (ج ٣ ص ١٠٠-١٠٣) ، وشرح المطالب على سببى خليل (ج ٤ ص ١٢٠-١٢٤) ، والجمهور شرح الذهب (ج ٩ ص ٦٩-١٧٠) ، ورفض الغزير شرح الوجيز (قبيل الجمهور ج ٨ ص ١٠٤-١٠٥) .

منه عدم التراضي .
 وقد اختلفت في تحديد هذا الفاصل . فالتأخيرون قالوا انه يجب ان يكون يسيراً . وقال المالكيون ان الفاصل الذي يقع الانقضاء هو الذي يتحصل منه الاعراض ولا يكون فيه القول جواً للإيجاب في العرف . وقال الحنفية لا بأس بالفاصل الطويل في نفس المجلس . مثله قالت المجلة في باب البيع : ولو أوجب احد المتبايعين البيع في مجلس البيع ، بان قال بعث هذا المال أو اشتريته . ولم يقل الآخر على الفور اشترت أو بعث ، بل قال ذلك متأخراً قبل انتهاء المجلس ، ينقذ البيع وان طالت تلك المدة (المادة ١٨٢) . وحججهم في ذلك ان القبول يحتاج عادة الى التامل والتفكير .

ومن فروع هذا الخلاف بين الفقهاء خلافتهم ايضاً في سآنة التبايع أثناء السير . ولكن جمهور الفقهاء قالوا بصحة ، بشرط ان يخرج الإيجاب والقبول متعاقبين . ثالثاً - يشترط ان يصدر القبول بمن وجّه اليه العرض لا من شخص آخر ، وان يعلم الماقدان كل منهما برضى الآخر .

رابعاً - من شروط الرضى ان يكون القبول موافقاً للإيجاب . فان اختلفا اندم الرضى واندم الارتباط . ومثل من المجلة في عقد البيع : و اذا وجب أحد المتعاقدين بيع شيء ، يلزم لصحة العقد قبول الماقد الآخر على الوجه المطابق للإيجاب ، وليس له تبيعش الشئ أو الشئ (المبيع) والفرقيها . فلو قال البائع للمشتري بعثك هذا الثوب باثثة قرش مثلاً ، فاذا قبل المشتري البيع على الوجه المشروع أخذ الثوب جميعه باثثة قرش ، وليس له ان يقبل جميعه أو اصفه بخسب قرشاً . و كذلك لو قال له بعثك هذين الثوبين بثلاثة آلاف قرش وقبل المشتري يأخذ الثوبين بالثلاثة آلاف ، وليس له ان يأخذ احدهما بالالف وخمسة (المادة ١٧٧) .

وبعداه ورد في قانون الموجبات والعقود اللبناني انه لا يكون القبول ذهباً منشأً للعقد الا اذا كان مطابقاً لكل المطابقة للعرض ، اذ انه جواب له . أمساً الجواب المطابق بشرط أو يقيد ، فيعد بتأدية رضى للعرض ومع اقتراح عرض جديد (المادة ١٨٣) .
 خامساً - يجب ان يكون القابل شخصاً غير الموجب ، أي غير من صدر عنه

الإيجاب ، لأنه لا يجوز للمضئ واحد ان يتولى طرفي العقد ، أو بمباراة البياتع ولا يصلح الواحد عاقداً من الجانبين .
 ولكن لهذا الاحل مستثنيات . ففي الاستحسان عند الحنفيين وفي قول بعض الشافعيين وغيرهم ، للاب ان يشترى مال ولده الصغير أو ان يبيع مال يثل قيمته أو ما يتغايير فيه الناس عادة . ويتم العقد في ذلك بإيجاب الوالد فقط ، ويقدم الإيجاب مقام القبول أيضاً ، باعتبار الاب أصيلاً في حق نفسه ، وثانياً عن طفله . ولكن يجب في الحالة الأولى ، أي حالة البيع ، ان ينصب القاضي و كيبلاً لقبض الثمن باسم الصغير .
 ويترد هذا الاستثناء ، ما يفترض في الأب عادة من حسن الاهتمام بولاده وكال شفقة محوم . وكذلك للاب ان يبيع مال احده ولديه الصغيرين من الآخر . ولكن لا يجوز ذلك للقاضي ولا لوصي الاب في الرأي المختار .^١

مجلس العقد

ان مجلس العقد هو الاجتماع الواقع لاجل التعاقد .^٢ ويعتبر قيام احد العاقدين عن هذا المجلس مبطلاً للإيجاب ، لان القيام دليل الرجوع اذا كان من جانب المرجب ، ودليل رفض القبول اذا كان من الجانب الآخر . وكما قلنا آنفاً ، يحق لكل من الطرفين ان يرجع عما عرضه على الآخر ، ما دام الآخر لم يقبل به ، ويستحق هذا خيار المجلس .

فلذا اشترط الفقهاء اتحاد المجلس في الإيجاب والقبول ،^٣ واشترطته الجملة في البيوع وفي عقد الاجارة ،^٤ ويمكن تجميع اشتراطه في جميع العقود المماثلة . هذا لا خلاف في بين المذاهب .^٥ انما الخلاف ، ففقهه كان في مسألة حتى

(١) قدر المحاكم (ج ٢ ص ١٤٣) ، والرد المختار وشرحه رد المحتار (ج ٤ ص ٢٤) ، والبياتع والخبوع (في التوضيح المذكور) ، وشيخ الصوابين (ج ٢ ص ١٠) ؛
 (٢) راجع في عقد البيع المادة ١٨١ من الجملة ؛
 (٣) البياتع ، ج ١ ص ١٢٧ .
 (٤) في الذميين ١٨٢ و ١٨٥ ، منها ؛
 (٥) المغني ، ج ٤ ص ٧٧ .

المعاقدين بالرجوع عن العقد بعد القبول وقبل تسليم ثبارة المجلس . ويعرود ذلك الى اختلاف الفقهاء في تفسير الحديث الشريف : « البيعتان أو المتبايعان باختيار ما لم يتفرقا » .^١ وهذا الحديث ، وإن كان وارداً في البيع ، الا ان حكمه ثابت في غير البيوع من عقود المعاوضة المحقة ، كالبيع والصدقة والعرف والاجارة واحداً أو الصالح والقسمة وما أشبه .^٢

فبعض الأئمة فسكروا بعض الحديث الحرفي ، وفسرورا كلمة التفرق الواردة فيه بمعنى التفرق بالإيدان ، واجازوا لكان من المعاقدين ان يرجع عن العقد بعد القبول ما دام لا يزالان في المجلس ، واستحو اعدا الخيار خيار المجلس أيضاً . وقد قال بذلك كثير من الصحابة والأئمة الشافعي وابن حنبل وأبو يوسف والشافعي وأهل الظاهر وغيرهم .

وقال بعض هؤلاء ان عقد البيع وما أطلق به من العقود لا تلزم الا بتفرق المرادين بايدانها أو بتخايرهما . ومعنى ذلك ، بمباراة ابن حزم : « وان لكل واحد منهما (قبل افتراقهما) ابطال ذلك العقد أحب الآخر أم كرهه ، ولو بقيا كذلك دهرهما ، إلا ان يقول احدهما للآخر ... اختر ان تقضي البيع أو تبطله . فإن قال قد أمضيته ، فقد تم البيع ، فترقا أو لم يتفرقا ، وليس لها أو لاحدهما فسخه » .^٣ والى هذا ايضاً ذهب الامام الاوزاعي ، ففسر التفرق بتفرق الايدان ، الا في مستثنات ثلاثة ، هي زيادة الغنايم وقسمة الميراث بين الورثة وقسمة التجارة بين الشركاء .

غير ان هذا المذهب الاول لم يقبل به الامام ابو حنيفة وثالبه محمد بن الحسن والامام مالك وربيعة والشعبي وغيرهم . فهم قد اعتبروا ان المقصود من التفرق هو التفرق بالاقوال ، واجازوا التفرق بين الرجوع عن العقد في المجلس حتى القبول ، ومنعوه بعد القبول ابدأ . أو بمباراة أخرى ينقطع عندهم خيار المجلس بارتباط الإيجاب

(١) حديث روي في الصحيحين البخاري (في شرح الترمذي ، ج ١١ ص ١٦٢) ، ومسلم (ج ١ ص ١٠) ، وابن أبي نود (ج ٣ رقم ٣٤٥٥ - ٣٤٥٦) ، والترمذي والشافعي وسند احمد (اظفر المانع للبيوع للسيوطي ، ج ١ رقم ٢٢٦٢) ، وفي ديوان مالك (شرحه لزيور الموالك للسيوطي ، ج ٤ ص ٧٦) ، وفي مسند الشافعي (جهاش الامم ، ج ٦ ص ١٤٥) ، وغيرهم .
 (٢) الرجوع (ج ١ ص ١٤١) ، والقروقي (ج ٣ ص ٢٦٦) ؛
 (٣) الخليل ، ج ٨ رقم ١٤١٧ .

بالرسالة . والدلالة تكمن بالإشارة أو بالفعل أو بالسكوت في معرض الحاجة . ونحن نوضح في الفصول الآتية هذه الطرق مع بيان اختلاف المذاهب فيها ، ونوضح أيضاً حكم المفرد الحاصلة بين فائزين ومكان انعقادها وتوابعه ، ومقارنته ذلك بالنظريات الحديثة .

وسنرى بأجلى وضوح تعمق الفقهاء المسلمين في هذه المسائل جلياً ، فهم لم يكفروا بوضع المبدأ العام القائل بوجوب التراضي في العقود ، بل طبقوا هذا المبدأ على شتى الرسائل ، التي يعبّر فيها المتعاقدان عن هذا التراضي .

وعاك بيان كل ذلك على الترتيب الآتي : -

اولاً - الاجاب والتقبل بالقول والفعل والاشارة .

ثانياً - حكم السكوت .

ثالثاً - المتكاتب والمراسلة .

بالتقبل .

رحمة من ذهب الى هذا الرأي الثاني من أن اثبات خيار المجلس لأحد المتعاقدين بعد التقبل يستلزم ابطال حتى الآخر ، ويناقض الآيات الكريمة التي امرت بالرفاه بالمعقود . ودوي عن مالك انه قال : « البيع كالكلام ، فاذا اوجبا (اي المتبايعان) البيع بالكلام وجب البيع ، ولم يكن لاحدهما ان يتنوع باقصد لزومه ، ودوي عنه ايضاً انه ترك العمل بالحديث الذي ذكرنا مستنداً بذلك الى اجماع اهل المدينة . وكذلك ادعى بعض اصحابه ان هذا الحديث منسوخ ، واخذوا روي عن ابي حنيفة انه قال ردّاً على اخصاه : « رأيت ان كلوا (اي المتعاقدون) في حنيفة ، فكيف يتفقون ؟ »^٢

ويعد ، فهذا الرأي الثاني عملي منطقي . وهو أقرب الى النظريات العصرية ، وارتقى لحاجات الناس في معاملاتهم . ولا شك في ان الاخذ بالرأي الاول بعيدنا التي عصر العقود الشككية ، لان يتمسك بوجوب التخيير الذي اوضحنا ، او يتمسك كما اشار ابن عمر^٣ بوجوب ترك المجلس قليلاً بعد التقبل ثم الرجوع اليه . وفي هذا كله ما فيه من المرجح والتقييد ومن عدم الفائدة العملية ؛

كيف يحصل الاجاب والتقبل

ان الغاية من الاجاب والتقبل اظهار القصد والرضي . فلو كان اظهار ذلك جائزاً صراحة أو دلالة ، بطرق شتى . فالصراحة تكون بالقول او بالكتابة او

(١) الفتوة الكبرى (ج ١٠ ص ٢٠) ، وشرح الزرقاني على موطأ مالك (ج ٣ ص ٢٢٠ - ٢٢١) .

(٢) الاقطاب لابن عبد البر ، مصر ، ١٣٥٠ هـ ، ص ١٤٨ .

(٣) مسند الامام الشافعي (ج ١ ص ١٥١) .

(٤) راجع في هذه المذاهب المختلفة ، علاوة على ما ذكرنا أولاً : فتح البدر وبها من شرح الغاية على الهداية (ج ٥ ص ٨١ - ٨٢) ، والام (ج ٣ ص ٥ - ٦) ، وفتح القير (ج ٨ ص ٢٩١ وما بعدها) ، والفتي (ج ٤ ص ٦ وما بعدها) ، واختلف الفقهاء للطبري (مصر ، ١٩٠٢ م ٢٤) ، وشرح النبي على البخاري (ج ١١ ص ١٦٥ - ١٦٦) ، وشرح النووي على مسلم (ج ١٠ ص ١٧٣) ، والنجيب (ج ٩ ص ١٨٤ - ١٨٨) .

قائماً - صيغة المضارع ،
في الجملة : « يتعمد البيع بصيغة المضارع أيضاً ، إذا أريد بها الحال كأبيح
واشتري ، وإذا أريد بها الاستقبال لا يتعمد » (المادة ١٧٠) .
قائماً - صيغة الاستقبال .

جاء في بيوع الجملة : « صيغة الاستقبال التي هي بمعنى الوعد المجرود ، مثل
أبيح وماشتري ، لا يتعمد بها البيع » (المادة ١٧١) .
وسببه ان الاستقبال ليس فيه معنى الانشاء ، بل هو من قبيل الوعد المجرود ،
وان هذا الوعد لا يلزم الوفاء به في الرأي السائد ، كما سئري في موضعه .
ولذا لم تقم الجملة صفة الوعد بالبيع ، خلافاً للقانون اللبناني ، ولعلول المادة
٦٤ من قانون اصول المحاكمات الجزائية المدنية .

رابهاً - صيغة الامر أو الطلب .
لو قال احد آخر : « يعني توبك ، فأجابه « بتك » ، فهل يتعمد البيع
بذلك ؟ في المسألة مذاهبان ، احدهما يقول بصحة العقد ، وهو قول مالك والشافعي .
والثاني يقول بعدم صحته في الاصل وهو قول الحنفيين ٢ .
فعلبه جاء في الجملة انه : « لا يتعمد البيع بصيغة الامر كبيع واشتر ، الا اذا
دل بطريق الاقتضاء على الحال ، فحينئذ يتعمد بها البيع ، فلو قال المشتري بعني
هذا الشيء ، بكذا من الدرهم ، وقال البائع بتك ، لا يتعمد البيع . اما لو قال
البائع المشتري خذ هذا المال بكذا من الدرهم وقال المشتري اخذته ، أو قال
المشتري أولاً اخذت هذا الشيء ، بكذا عرضاً وقال البائع خذ أو قال الله
ببارك لك وان شاء ، انعمد البيع . فان قوله خذ والله ببارك لك معناها بمعنى ما انا
بعت فخذ » (المادة ١٧٢) .

خاصاً - صيغة الاستقبال والفعل .
هاتان لا يتعمد بها العقد في الاصل لعدم وجود نية الالتزام فيها ٣ .

(١) انظر المادة ٤٩٣ وما بعدها من قانون الوجبات والقود ، والمادة ٢٢٠ وما بعدها من
قانون الكفيل .

(٢) لفتي ، ج ٤ ، ص ٣ .

(٣) لفتي ، ج ٤ ، ص ٤ ، واملح الترددين (ج ٣ ، ص ١١٠) ، والاشباه والنظائر لابن
عديم (ص ٩) .

البيع الثاني والقبول بالقول والفعل والاشارة

صيغة الإيجاب والقبول بالكلام

على الرغم من المبدأ العام بان المبرة في العقود المقاصد والمساكني لا للاتفاظ
والمباي ، الذي هو أساس شريعة العقد ، فان بعض الفقهاء والمذاهب وضروا
ضوابط خاصة لصحة العقد ، ودرسوا الانفاظ التي يحصل فيها الانعقاد
والتي لا يحصل . ونحن نرى أمثلة من ذلك كثيرة في ابواب العقود المختلفة من الجملة
وغيرها من الكتب الفقهية . واليك بعضها كما جاء في عقد البيع : -

اولاً - صيغة الماضي :
ذات الجملة : « الإيجاب والقبول يكونان بصيغة الماضي ، كبيع واشتريت .
وأي لفظ من هذين ذكر أولاً فهو إيجاب ، والثاني قبول . فلو قال البائع بعث
ثم قال المشتري اشتريت ، أو قال المشتري أولاً اشتريت ثم قال البائع بعث ،
انعمد البيع . ويكون لفظ بعث في الأولى إيجاباً واشتريت قبولاً ، وفي الثانية
بالعكس . وينعقد البيع أيضاً بكل لفظ ينهي عن انشاء التملك والتملك ،
كقول البائع اعطيت أو ملكتك ، وقول المشتري اخذت أو فلكنت أو رخصت
وأشأت ذلك ، (المادة ١٦٩) .

ويفسر ذلك ان صيغة الماضي استعملتها اللغة للعربية في الفاظ المعاملات بمعنى
الانشاء . فهذا الاستعمال اذا يستند الى الاصطلاح الثوري والشعري والى العرف
وللمادة ١

(١) قواعد الاستكام لقرين عبد السلام ، ج ١ ، ص ١٢٨ .

والمعاني لا الانفاظ والمباني ، بل هو على العكس يزيدنا وثيقها ، بل قسائل لا تحتاج هذه القاعدة الى التأييد ولا الى الاثبات ، لانها تركت على أساس شرعي متين ، هو الحديث الشريف : **« إذا اعمل بالنبات وإذا اكل ابري ، ما نوي »** .

الوشارة

تكتفي الاشارة للدلالة على الرضى أم لا تكتفي ؟ وما هو حكم عقود الأخرس ؟ وهل تكتفي اثاره بالتعبير عن ارادته ؟ هذه أسئلة دقيقة تعرض لما الفقهاء وجنوا فيها .

فالشريعة الاسلامية ، خلافاً للشريعة اليهودية^١ ، لم تحرم الأخرس من حتى التعاقد ، بل اعتبرت عقوده وتصرفاته جائزة بوجه عام . وهو يعبر عن رضاه فيها بالاشارة أو بالكتابة .

ففي الاشارة ، جاء في القواعد الكلية من الحجة ان والاشارات المعهودة للأخرس كالبيان باللسان ، (المادة ٧٠) . وجاء في الاشارة والنظائر ان والاشارة من الأخرس معتبرة وقائمة مقام العبرة في كل شيء ، . وقد طبقت المحقق هذا المبدأ في عقد البيع وعقد الاجارة والاقوار والبيعين^٢ . وهو معتبر أيضاً عند جمهور الفقهاء في جميع التصرفات والعقود ، ما عدا الشهادات والحلود ، لما في ذلك من وجوب الاحتياط والتحرز . وكذلك تعد كتابة الأخرس كأشارته . ولا يشترط للعمل باشارته ان يكون غير قادر على الكتابة .

ولكن هل تعتبر الاشارة من غير الأخرس ؟ الجواب هو بالنفي عند جمهور الفقهاء ، الا في بعض المستنبات^٣ ، او اذا كان المرء معتق اللسان . وتعليله ان اشارة الأخرس اعتبرت للضرورة ، ولا يضطر غير الأخرس الى استعمال الاشارة .

(١) كتاب المبادىء والفرائد لمحمد حافظ صبري ، تحت المادة ١٦٥ .
 (٢) المواد ١٧٤ و ٤٣٦ و ١٥٨٦ و ١٧٥٢ .
 (٣) هي عند الحنابلة الكفر والاسلام والنسب والاقفاء .
 (٤) وارجع لي فلكه الاشارة والنظائر لان تخيم (ص ١٣٧ - ١٣٨) ، وشريحه فتاوى عيون البصائر لصوري (ج ٢ ص ١٩٨) . والجورج شرح المنهوب (ج ١ ص ١٧١) .

والمعاني بوجه عام من هذه التفصيلات ان الايجاب والقبول في العقود بصحان بصيغة الماضي أو بصيغة المضارع إذا كان يدل على الحال ، لان في هاتين الصيغتين معنى الاتية في الاستعمال العربي التقوي والاصطلاحي . ولكن الايجاب والقبول لا يصحان بصيغة الاستقبال التي هي بمعنى الوعد الجرد ، ولا بصيغة الامر اذا لم تدل على الحال اقتضاء ، ولا بصيغة المازل والاستفهام .

فغير ان هذه التفاصيل ليست من الشكل ولا من التقييد بشي . ونحن ، وان كنا لا نقر الفقهاء عليها جميعاً ، الا اننا لانراه فيها الا مترجمين للعرف العربي في انفسهم . ولو كان العرف على غير ذلك ، لما كانوا تأخروا عن ترجمته كما كلف .

ويؤيد ذلك اهم رجوعنا أيضاً الى العرف في مسألة ما يجب استعمله من الكلام . مناه جاء في الحجة : **« الايجاب والقبول في البيع عبارة عن كل لفظ يستعملان لانشاء البيع في عرف البلدة »** (المادة ١٦٨) . وبعناء جاء ايضاً في عقد الكفالة : **« اجاب الكفيل ، أي الفاظ الكفالة ، هي التي تدل على التمدد والالتزام في العرف والمادة . مشللا لوقال كلف أو انا كفيل أو خامن ، تعقد الكفالة ، (المادة ٦٢٢) .**

أخف الى ذلك ان الرأي السائد عند جمهور الفقهاء كما سنرى لم يوجب الانفاظ في التعاقد ، بل أقر التعاقد بالكتابة والتعاطي والاشارة وحتى بالكوت في معرض الحاجة ايضاً . مثاله صرح الرافعي ، بعد ان قال بصحة بيع الأخرس وشرائه بالاشارة والكتابة ، بان **« هذا يبين ان الصيغة بخصوصها ليست داخلة في البيع نفسه ، .**

وعلى الحجة ، ليس اختلاف الفقهاء وتفصيلهم في هذا الباب مرة اخرى الا من نوع التفرع ومن نوع الفرضيات التي استمرضوها على عادتهم . ولم يقصدوا منها شيئاً الا الانتهاء الى معرفة نية المتعاقدين ، وحيث تكون هذه النية وحيث لا تكون .

فيما كلف لا نتموه من الشكل في العقود ، بل هو من باب تحريم الرضى الحائقي ، الذي يجب ان يكون من نوع الانشاء الاثامي ، لا من نوع الانحسار أو الوعد الجرد . وهو ، بكلمة ثانية ، لا يناقض قاعدة **« العبرة في العقود بالمقصد »** .

(١) فتح العزيز شرح الوجيز ، ج ٨ ص ١٠٥ .

من العقود^{١٤} . وهناك نص أمتة ذلك من الجملة : -
 أبو لا - في الإجارة : « تمتنع الإجارة بالتعاطي أيضاً ، كالتكوير في بلخنة
 المسافرون ووزارات المواني ودواب الكراء من دون مقارلة ، فان كانت الإجارة
 معلومة أعطيت والأفيرة المثل » (المادة ٤٣٧) .

ثانياً - في الوديعة ، قالت الجملة : « ... لو دخل شخص خائفاً ، فقال لصاحب
 الخان أين أربط دابتي ، فأراه عملاً فربط الدابة فيه ، امتنع الإيداع دلالة ... »
 (المادة ٧٧٣) .

ثالثاً - والإجارة تمتنع بالإيجاب والقبول والتعاطي . مثلاً لو قال شخص
 لأختر اعزتك مالي هذا أو قال أعطيتك إياه عطرية ، فقال الآخر فليت ، أو قبضه
 ولم يقل شيئاً ، أو قال رجل لانيان اعطني هذا المال عارية فأعطاه إياه ، امتنعت
 الإجارة ، (المادة ٨٠٤) .

رابعاً - وتمتنع المدة بالتعاطي أيضاً ، (المادة ٨٣٩) -
 خامساً - في عقد الوكالة ، نصت الجملة على أن « وكن التوكيل بالإيجاب
 والقبول ، وذلك بان يقول الموكل وكنتك بهذا المحرص . فإذا قال الوكيل فليت
 أو قال كلاماً آخر يعسر بالقبول ، تمتنع الوكالة . كذلك لو لم يقل شيئاً ونسب
 بإجراء ذلك المحرص ، يصح تصرفه لانه يكون قبل الوكالة دلالة ... »
 (المادة ١٤٥١) .

(١٤) انظر البياني (ج ٥ ص ١٣٤) ، وضع المطاب (ج ٤ ص ٢٢٨) ، والفتي (ج ٤
 ص ٤) ، والجمهور (ج ٩ ص ١٦٢ - ١٦٥) ، وضع الفريز (ج ٨ ص ٩٩ - ١٠١) ،
 والأشياء والظاهر للسيوطي (ص ١٧٤) ؛

مثاله قالت الجملة في الاقراض : « اقراض الاخرس باشارته المبرورة معتبر . ولكن
 اقراض الناطق باشارته لا يعتبر . مثلاً لو قال احد الناطق : مل لفلان عليك كذا
 درهم حتى ، فسدلاً يكون قد اقر بذلك الملحق اذا خفض رأسه ، (المادة
 ١٥٨٦) .

وقد خالف المالكيون في ذلك ، وقالوا إن : « وغير الاخرس كالاخرس ...
 اذا فهم عنه بالاشارة . وكل لفظ أو اشارة فهم منها الايجاب والقبول لزم بهما
 البيع وسائر العقود » . وهو قول حسن معقول ، لا يخرج فيه ولا تقبيد .

التعاطي

كما يكون الرضا صراحة بالقول ، كذلك يكون دلالة بالفعل . واشارة ذلك
 واضحة في عقود التعاطي . مثاله في البيع قالت الجملة : « وحيث ان المقصد الاصيلي
 من الايجاب والقبول هو تراخي الطرفين ، فيتمتع البيع بالمادة المدفوعة الدالة على
 التراضي ، ويسمى هذا بيع التعاطي . مثال ذلك ان يعطي المشتري الخناز مقداراً
 من الدرهم فيعطيه الخناز بها مقداراً من الخبز بدون تلفظ بإيجاب وقبول ، أو ان
 يعطي المشتري الثمن للبايع ويأخذ السلعة ويسكت البايع . وكذا لو جاء رجل الى
 بائع الخنطة ودفع له خمسة دنانير وقال بكم تبيع الدمن هذه الخنطة ، فقال بدينار ،
 فسكت المشتري ثم طلب منه الخنطة ، فقال له البائع اعطيك ايهاً غداً ، يتمتع
 ببيع ايضاً ، وان لم يصر بينهما الايجاب والقبول ... » (المادة ١٧٥) .

وعقود التعاطي صحيحة في القول السائد عند جمهور الفقهاء . وتسلم ان في
 المطاطة دلالة عرفية ، على الرضا وعلى طيب النفس . ولكن منذ الامام الشافعي
 عن الجمهور في مذهبه المشهور ، رحمة ان و الاقوال لا دلالة لها بالوضع وقصود
 الناس فيها تختلف ، وقد روي عن بعض الشافعيين كآب سريج وغيره ، وعن بعض
 الحنفيين كالقندوري ، انهم لم يجوزوا التماقيد في المطاطة الا في الاشياء الخسيسة
 دون النفيسة .

وعلى كل فالرأي السائد معقود التعاطي على الاحلاق ، في البيع وفي غيره

(١٧) شرح المطاب على سببتي خليل ، ج ٤ ص ٢٢٩ .

وقررتها اللامية لما ، ان السكوت معناه قبول شيء كان يجب رفضه أو كرك
 يجب الاعتراض عليه أو الامتناع له. ففي هذه الاحوال وحدها ، يكون السكوت
 معبراً عن ارادة صاحبه ، ويكون بمثابة القبول الضمني .
 هذا بوجه عام هو الرأي السائد اليوم في القوانين الحديثة وفي اجتهاد القضاة
 والداداء . ولكن تطبيق هذا الرأي على الفرع والوقائع لم يكن على نط واحد
 في جميع البلاد . فبعضها كان أكثر مثلاً حيث خبثت مجال السكوت كثيراً ، وبعضها
 ورفضه ، والبعض الآخر ذهب مذهباً وسطاً^٢ .

ويقال الى الفقرة الثالثة بصورة خاصة الاجتهاد القضائي الفرنسي في زعمته الاخيرة .
 فهو قد اقر ان القاضي ان يفسر السكوت بمعنى القبول اذا تحصل ذلك من ظروف
 القضية ، كما في علاقات التجار مثلاً^٣ . وشيبه به ما جاء في قانون الوجبات
 والمقود اللبناني ، ونصه : «وبعد عدم الجواب قبولاً حينما يكون العرض محتسماً
 يتعامل كأن موجوداً بين الطرفين . وبعد سكوت مشتري البضائع بعد تسلمها
 قبولاً للشروط المعتبرة في بيان الحباب (القانون) و (المادة ١٨٠) .»

اما الشرع الاسلامي ، فهو بدون شك من الشرائع التي جعلت للسكوت مجالاً
 وسيماً . فهو بعد ان اثبت مبدأ عدم اعتبار السكوت ، امتنع منه الاحوال التي
 يلزم المرء الكلام بها ، فحينئذ يكون السكوت بمثابة التعبير الضمني عن الارادة .
 ولا يشترط في هذه الاحوال وجود التعامل السابق بين المتعاقدين ، كما انتشر
 للقانون اللبناني . فهذه المستنبطات اذاً أوسع من المستنبطات اللبنانية ، كما سنرى
 من الامثلة التي سنحيناها .

وان القاعدة الاسلامية ذكرها المجلد بين قواعدنا الكلية ، وهي قوله لا يقبل
 الى ما كنت قول ، لكن السكوت في معرض الخطة بيان ، يعني انه لا يقبل

(١) راجع المحكي في قضية قتيوس ضد بتملي
 Peltouze v. Bindley . H.C.B.N. S. 800
 (٢) راجع عن معارضة القوانين الغربية في هذه المسألة : كتاب نظرية العقد للكثير المشهور
 باشا (رقم ١٦٠ - ١٦٦) ، ومقال الأستاذ الرئيس فرانسيس بنون في قضية السكوت القانوني
 الفرنسيين الاسلامية والبنانية في مجموعة Hurelmin
 Mélanges à la mémoire de P. Hurelmin ، ص ٤٦٠ - ٤٥٠ .
 سيراتي ، باريس ، ١٩٢٨ ، ص ٤٦٠ - ٤٥٠ .
 (٣) حوربان (ج ٢ رقم ٤٥) ، وكولان وكيتان (ج ٢ ص ٢٧٧ - ٢٧٦) .

البند الثالث حكم السكوت

كلمة عامة

لسنا بحاجة الى تعريف السكوت ، أي الصمت وعدم الكلام . ولكننا بحاجة
 الى معرفة احكامه في شريعة المعاملات ، لا سيما في التصرفات القولية والعقود .
 فهل يكون له اثر شرعي أو لا يكون ؟ وهل فيه دلالة على الرضى والقبول ، أم
 هو يدل على الرضا والانتكار ؟

هذه الاسئلة الحيوية ، التي شغلت علماء القانون الحديث ، هذه قد شغلت قلمهم
 فقهاء العرب والمسلمين ، وبنوا عليها نتائج عملية عديدة .

نعم قد جاء في الامثال الدارجة في الشرق والغرب ان « السكوت رد
 الجواب » ، وانه « اذا كان الكلام من فضة فالسكوت من ذهب » ، ولكن
 هذه الامثال التي تجلت السكوت والتي اعتبرته ذا معنى ومعزى ، لا تصدق دائماً
 في المسائل الشرعية .

فالسكوت لا عبارة به في مسائل الشرع بوجه عام ، وفي التصرفات والعقود
 بوجه خاص . ففي المقود وما أطلق ما يجب الرضى بشرطيه ، الإيجاب والقبول .
 فالإيجاب أو العرض عمل إيجابي بوجه الى الطرف الآخر ، فلا يمكن مطلقاً ان يدع
 من السكوت الجرد ، وهو عمل سلبي محض . وكذلك القبول ايضاً تمييز عن
 الارادة ، ولا يكون في الاصل ناتجاً من هذا السكوت .

على ان لهذا الاصل مستنبطات في الاحوال التي يستبان منها ، على ضوء ظروفها

(١) Qui non improbat approbat . Qui tacet consentit videtur . Qui
 se dit mot consent .
 (٢) في امثاله البناني ايضاً (ج ١ ص ٤٩١) : « قرب سكوتك اليك من كلام » .
 we dit mot consent .

طلباً - في الرافعة امام القاضي ، يسأل المدعى عليه عن جوابه (المادة ١٨١٦) ،
 فاذا أصر على السكوت ، ولم يقبل لا ولا نعم ، فبمقتضى السكوت التكرار
 (المادة ١٨٢٧) ، ولا بعد اقراء^١ .
 ثالثاً - ان الصبي والمعتوه مجبور عليهما نادماً ، أي بموجان من الضرورات ،
 فلو رأي القاضي احدهما يبيع ويشترى ، وسكت ، فلا يكون سكوته اذناً لها في
 التجارة^٢ .

المستثنات

عطفت المجلة على قاعدة لا ينسب الى ساكت قول ، ، خطاباً مستثنياً .
 وهو : « السكوت في معرض الطاعة بيان ، وهذه التهمة من فروع المدعى
 الكلية^٣ . واقد فسرتها المجلة بقولها : والسكوت فيما يلزم التكلم به اقراء وبيان ،
 أو بمسألة اخرى ، في الشرع الاسلامي احوال لا يجوز فيها اللبس ان يسكت ، بل
 يجب عليه ان يتكلم ويعين موقفه . وان لم يفعل ، كان سكوته اقراءاً خفياً أو
 تعبيراً خفياً عما كان يلزمه بيانه .
 وقد أرفضنا في غير هذا الموضع ما للسكوت من اهمية في اصول العقبة
 الاسلامي ، وكيف تحصل الدلالة من حصال الساكت . فمن ادلة الشرع التي لا
 خلاف فيها ما يستتبه التقريرة ، وهي ما استدل عليها من سكوت
 النبي (ص) عند أمر عاينه أو أمر حصل بعلمه ولم ينكره . وكذلك هو الحكم
 في سكوت الصحابة احياناً^٤ .
 وفي المعاملات الشرعية امتنة عديدة من أحكام السكوت . وقد ورد منها ثلاثون

(١) في قانون اصول المحاكمات المدنية اللبناني (المادة ٢١٦) ، اذا قرأ القاضي دعوة احد
 المتداعين لاستجوابه بالذات ، فرفض هذا على وجه صريح أو ما يفسر انشاء الجواب عن الامتنة
 الثالثة عليه ، فان القاضي ان يحسب في حكم التايب الامور التي تكون اساساً للامتنة المطلوبة .
 (٢) الاعشاء والنظام لان نعم ، في التوضيح المذكور .
 (٣) التامع شرح الجامع ، ص ٣٢١ .
 (٤) راجع كتابنا فقهنا الشريعة في الاسلام (ص ١٥٨ و ١٦٦) ، وشرح التاللان
 مالك (ص ٢٤٠ - ٢٤١) .

لساكت ان قال كذا ، لكن السكوت فيما يلزم التكلم به اقراء وبيان ،
 (المادة ٦٧) .
 فبمقتضى القاعدة ، كما هو ظاهر ، ذات شقين ، احدهما المبدأ ، والثاني مستثنياته .
 فحين نقول كلمة عن كل منها ، مع بعض أمثلة توضيحية ، ثم نتبع ذلك ببعض
 المسائل العامة أو الطريفة التي اختلف الفقهاء في حكم السكوت فيها .

المبدأ

ولا ينسب الى ساكت قول ، ، قاعدة كلية قلنا الامام الشافعي ، وتختلف عنه
 في كتب الاشياء والنظائر^١ وفي مجلة الاحكام العدلية . ولا ريب في أن عبارة هذه
 القاعدة بلغة موقفة ، لا فيها من الاجاز والبيان آية واحد .
 ففي القاعدة تصوير الساكت ولو ضمه اليه ، الذي لا تعبير فيه ولا دلالة .
 وفيها أيضاً تصوير للسكوت ، الذي لا يمكن ان يعطى جملة ذات معنى مبنياً أو
 لوثاً خامساً ، لانه يعود الى اسباب متعددة باطنية غير ظاهرة . فالساكت يسكت
 لعدم الانتباه ، أو لعدم الأكثرات ، أو على سبيل الاستهزاء ، أو بنية الموافقة ،
 أو بقصد الانكار أو الرفض ، أو ما اشبه من الاسباب التي لا تحصى .
 ويوضح ذلك بعض الامثلة من المجلة ومن كتب الخفيتين : -
 اولاً - ارف الاعارة لا تثبت بالسكوت . فلو استعار رجل من رجل
 شيئاً ، وسكت المالك ، فلا يعد سكوته قبولا^٢ . ومعناه قالت المجلة : وسكوت
 المغير لا يعد قبولا^٣ . فلو طلب شخص من آخر اعارة شيء ، فسكت صاحب
 ذلك الشيء ، ثم اخذه المستعير ، كان غاصياً (المادة ٨٥) .

ومن باب ارف ، لو طلب رجل من آخر أن يهبه شيئاً فسكت ، أو لو طلب منه
 ان يبيعه ، هذا الشيء ، أو ان يهبه له أو ان يهبه اياه ، أو لو طلب ان يكفاه ، وسكت
 الآخر ، ولم يصد منه عمل بنزلة القول أو لم يكن ذلك في ظروف يكون فيها
 السكوت كالاتفاق ، ففي ذلك جميعاً لا عبء بالسكوت ولا ينتج منه أي التزام .

(١) للسيوطي (ص ١٧) ، ولان نعم (ص ٦١) .
 (٢) الفاضل الحائلي (بهاشخ الخدية) ، ج ٣ ص ٤١٧ .

بإثارة في جامع القسوليين ، فنقلها ابن نجيم في الأشباه والنظائر وانضاف إليها نسخة من الكتب الخفية الأخرى . وكذلك توجد في المجلة مسائل أخرى . وهذه المسائل ليست جميعاً منعقدة والمعقدة والنصرفات القولية ، بل إن بعضها خارج عنها ، ورغم ذلك ، فمنعت نقضها لأنها من المجلة وعن الكتب الخفية ، وبورده بإيجاز ، ومع العلم بأن بعض ما تذكره يختلف حكمه في المذاهب الأخرى ؛ فالسكوت يكون فيقولاً في العقود أو في الإسهاطات ، أو يكون منقطعاً لبعض الحقوق أحياناً .

السكوت بمنزلة القبول في بعض العقود

قالت المجلة : و السكوت في الإجارة بعد قبولا ورواه ، مشغلاً لو استأجر وجعل حائزاً في الشهر بخمسين قرشاً ، وبعد أن سكن فيه مدة أشهر أتى الآخر وقال إن رضىت بستين فاسكني ولا فأخرج ، وردة المستأجر وقال لم أرض ، واستمر ساكناً ، بلزمه خمسون قرشاً كما في السابق . وإن لم يقل شيئاً ولم يخرج من الطائرت ، واستمر ساكناً ، بلزمه إعطاء ستين قرشاً . كذلك لو قال صاحب الطائرت مائة قرش ، وقال المستأجر قائم ، وأبقى المالك المستأجر ، وتبين هو ساكناً أيضاً ، بلزمه مائة قرش ، ولو أصر الطرفان في كلامها واستمر ساكناً بلزمه أجره المثل ، (المادة ٤٣٨) . وأيضاً في الوديعة : و ... إذا وضع رجل ماله في دكان ، فراه صاحب الدكان وسكت ، ثم ترك الرجل ذلك المال والنصرف ، صار ذلك المال عند صاحب الدكان وديعة ... (المادة ٧٧٣) .

والكفالة في المجلة تمنعده بإيجاب الكفيل وحده ، ولكنها توفد بره المكفول له (المادة ٦٢١) . ومعنى ذلك أن سكوت المكفول له وعدم رد الإيجاب قبول للكفالة .

وكذلك يكون التوكيل بالسكوت . معناه لو رأت البكر العسا أو من زوجها يقض المهر من زوجها وسكت ، كان سكوتها ذنباً وتقريراً بالقبض .

- (١) انظر جامع القسوليين (ج ٢ ص ١٩٣ - ١٩٤) ، والأشباه لابن نجيم (ص ٢٢) ؛
- والبدائع (ج ٧ ص ١٩٣) ، ودين الحكم لآلة الدين الطرابلسي (ص ١٩٦ - ١٩٧) ؛
- (٢) جامع القسوليين ، ج ٢ ص ١٩٣ .

رشتهر المجلة لاذن والأجازة فوكيلاً (المادة ١٤٥٢) ، وهذا الاذن يكون بالسكوت أيضاً . مثلاً بعدة سكوت المولى حين يرضى عنه ، يبيع ويشترى ذنباً في التجارة عند الحقيقة ، لا عند الشافعي^١ . ومن أشباه ذلك : و ... لو رأى الولي الصغير المبيع يبيع بشرطي ، ولم يبنه ، وسكت ، يكون قد أذنه دلالة ، (المادة ٩٧١) ، وذلك عند الحنفيين وعند الشافعيين أيضاً^٢ . وأخيراً في بيع التابذة ، وهو أن يتراضع اثنان على عقد بيع ، إذا قال أحد المتبايعين للآخر : وقد بدا لي أن اجعل هذا البيع صحيحاً ، وسكت الآخر بعد ما سمع هذا القول ، فيعد سكوته قبولا ، وليس له إبطال البيع بعد ذلك^٣ .

السكوت بمنزلة القبول في الإسهاطات

وأما سابقاً أن الإسهاطات لا تحتاج إلى القبول ، بل تردت بالرد ، فقلنا إن معنى ذلك في الحقيقة هو أن القبول في هذه الإسهاطات مفروض وجوده وينتج عن السكوت .

مثاله في الإبراء ، إذا أبرأ أحد آخر من دعوى أو من حق فلا يشترط قبوله ، ولكن الإبراء يردت بالرد ، أي هذا الأخير إن يصوح بعدم القبول (المادة ١٥٦٨) . وبعبارة أخرى ، إذا لم يصوح بالرد فسكوته قبول للإبراء ، حتى لو أبرأ بعد مجلس الإبراء ، إن يرفض لم يكن له ذلك ؛ وكذلك في الوفاء لمصلحة رجل معين ، لو سكت الموفوف عليه ولم يرد الوفاء كان سكوته قبولا^٤ .

- (١) الأشباه لابن نجيم والبدائع في الوضوح المذكور .
- (٢) شرح التلوي لابن مالك (ص ٢٤١) ، والأشباه للسيوطي (ص ١٩٨) ، والأشباه لابن نجيم والبدائع في الوضوح المذكور .
- (٣) جامع القسوليين في الوضوح المذكور ،
- (٤) الخفية ، ج ٢ ص ٣٦٠ .

مجرداً ، فقها جميعاً كان هذا السكوت أو هذا الموقوف الديني دلالة على أمر متصل بطرف الخلال ، ومعروف بالاشتقاق اللازم من تلك الظروف .
 على أن من مسائل السكوت طائفة طريفة ، اختلف الفقهاء في حكمها ، لانهم اختلفوا في تصنيفها وفي اذا كانت من أمثلة المبدأ القائل ان لا ينسب الى ساكت قول ، ، أم هي على العكس من فئة مستثنياته التي تكون في معرض الحاجة والتي يكون فيها السكوت بياناً . ومن أم هذه المسائل الخلافية اثنتان هما : مسألة بيع مال الغير بحضور صاحبه ، ومسألة سكوت الفتاة في الزواج . ونحن نوضح حكمها بإيجاز ، الزمى النحو الذي انتهاه الفقهاء فيها في آياتها من المسائل .

السكوت في بيع مال الغير

المسألة هي ان يبيع أحد مال غيره ، وصاحبه حاضر وساكت ، فهل يفسر سكوته بالقبول ؟ وهل يعتبر اجازة لعمل البائع الفوضوي ؟ ام لا يعتبر كذلك ؟ لقد مرّ معنا في باب الفوضوي الحكم في هذه المسألة . فعدد الحنفيين والشافعيين والحنبلين لا يعدّ السكوت اجازة . وحجتهم ان الصمت لا يكون رضى الرجال ، وانه محتمل ، قد يكون بطريقة الرضى ، وقد يكون بطريقة التهاون وقلة الانتباه الى تصرف الفوضوي ، وقد يكون بطريق التعجب ، أي لماذا يفعل هذا في ملكه بغير أمره . والى ماذا تزول عاقبة فعله ، والتخمين لا يكون حجة ،^١ وهذا أيضاً مذهب داود الظاهري وانباؤه^٢ .

اما عند المالكيين ، فليسكوت حكم الاجازة ، سواء أكان الساكت حاضراً مجلس البيع ام كان غائباً عنه ولكنه علم به وسكت مدة طوية ، الا ان يكون سكوته لعدم مانع كسطوة او سلطان فحينئذ لا يكون غير لا^٣ . وكذلك قال الامام ابن أبي ليلى بان - سكوت المالك اقرار بالبيع . وحجته ان السكوت دليل

(١) البسوط (ج ٣٠ ص ١٤٠) ، والام (ج ٧ ص ٦٣) ، وجامع القسولين (ج ١ ص

٣١٥) ، والشرح الكبير (بطل النبي ج ٤ ص ١٦) .

(٢) الخليل ، ج ٨ رقم ١٤٦٠ .

(٣) البهجة القسولي شرح الصفة لابن خاتم (ج ٢ ص ٦٩ - ٧٠) ، والمعدن النظم للحكام

(يواصل بحصرة الحكام ج ١ ص ٢٠٨) .

السكوت مسقط لبعض الظروف

كثيراً ما يعطى التبرع حقاً لازماً ، ويشترط عليه ان يارسد في وقت معينة أو في مهلة معينة . فاذا حان الحين ولم يارسد ، بل سكت عنه وتراضى عدّ سكوته تنازلاً عنه أو اسقاطاً له .

وامثلة ذلك عديدة ، منها لو علم التبرع ، أي صاحب حق التفرقة ، بالبيع وسكت عن المطالبة ، بطل حقه^١ . ومنها لو رأى البائع المشغور يقبل البيع قبل دفع الثمن وسكت ، يكون سكوته عن حق حبس البيع مسقطاً لذا المثل . ومنها أخيراً لو كان لصيبة عقق فسخ عقد الزواج باسئذونه خيار البلوغ ، وبطلت بكراً وسكت ، فيكون سكوتها مسقطاً لحق الفسخ^٢ .

وأخيراً يقرب من هذا ما لو عرض المدي السمين على المدعى عليه ، على براءة ذمته ، فكفاه الحاكم أن يخلفها ، فسكت عن الجواب بلا عذر ، عدّ سكوته نكولاً وكان للحاكم أن يعامله كالمو قال أرفض حلف السمين^٣ .

فصل في المستثنيات

وبعد ، فالخلاصة التي لا شك فيها هي ان هذه الامثلة ونظائرهما تتعلق باحوال خاصة ، كان يجب فيها على الساكت ان يبدي جواباً بأن يتبرع عن ارادته ، فسلم يؤد ما وجب عليه ، ولم يظهر ما يريد ، بل سكت وصحت وانكسرت مؤقلاً سليماً

(في هذا في الحجة (المادة ١٠٢٢) وعند جمهور الفقهاء السنين ، باعتبار ان حق التفرقة حق فوضوي (النبي ج ٥ ص ٤٧٧ ، والهداية ج ٤ ص ٣٠ ، والوجيز ج ١ ص ٢٢٠) . اما عند الامام مالك ، فلا تسلط التفرقة بحرم السكوت الفوضوي . بل يجب لذلك ان يحصل السكوت في ظروف خاصة ، كالسكوت بعد رؤية الشترى بدم الشترى أو بئتي فيه ، أو لأن يقضي على السكوت مدة شهيذة ان حضر التفرع عند الصراء وشهد عليه بخله ، أو لأن يقضي على السكوت مدة لم يحضر التفرع القعد أو لم يفرغ عليه (شرح المرعي على سبدي خليل ج ١ ص ٣٨٨) . وهذا الرأي الأخير عليه المدة اخذ مبدئياً قانون الملكية السوري اللبناني في المادة ٢٤٨ ، مع إمكان تفسير اللية بضرورة المادة ٢٤٧ من ذات القانون ، وذلك قبل تعديلها بطاؤون وخطا سنة ١٩٤٨ .

(٢) جامع القسولين في الوضوح للذكور ، والهداية (ج ١ ص ١٥٦) .

(٣) الاشباه السيوطي (ص ٩٧) ، وثالثة ١٧٥١ من الحجة .

والخيل والتبليس^١ ، وهذا التفصيل والحكم فيه كالتى ليس من ابتكار الخلق ولا من ابتكار ابن عابدين^٢ ، بل هو الرأى الحنفى المنطوق كما جاء في الكتب الطبقية المعتمدة ، ويؤيد ذلك التمسك في عبارة المجلة في هذه المسألة ونحوها :

« اذا باع أحد مالا على انه ملكه في حضور آخر لشخص وسلمه ، ثم ادعى الحاضر بانه ملكه ، مع انه كان حاضراً في مجلس البيع وسكت بلا عذر ، فينظر الى ان الحاضر هل كان من أقارب البائع ام لا . فان كان من أقاربه أو زوجها أو زوجته ، لا تسمع دعواه مطلقاً ، وان كان من الاجانب ، فلا يصحرون حضرته وسكوته في مجلس البيع فقط مانعاً لدعواه . بل بعد حضوره وسكوته في مجلس البيع بلا عذر ، ان تصرف المشتري في ذلك الملك تصرف الملاك بنه أو عمداً أو غرماً أو راءه الحاضر ، ثم بعد ذلك لو ادعى بقوله هذا ملكي أو لي فيه حصه ، فلا تسمع دعواه » (١٦٥٩) .

سكوت الفاتة في الزواج

جاء في الحديث الشريف : « النبييب أحق بنفسها من زوجها ، وبالبحر تنائم وانها سكونها »^٣ . وهذا الحديث يتعلق بزواج الفاتة الكبيرة ، وتفسيره يحتاج الى التفصيل بين النبييب والبكر . فالفتاة النبييب ، اذا استأذنت في الزواج ، لا يكون سكونها كافياً للتعبير عن قبولها ، بل يجب عليها الصريح في ذلك . ولا خلاف في هذا بين الفقهاء ،

(١) الفاروى البزازية (ج ٢ ص ٤٠٥ - ٦٠٦ ، مهامش الفتوى) ، والفاروى الخانية (ج ٣ ص ١١ ، مهامش الفتوى أيضاً) ، والاشباه لابن نجيم (في الوضع للذكور ، السابعة ٢٤) ، وشرحه الصوري ومجلس القسرين في الوضع للذكور .
(٢) خلافاً لما قد يتبادر الى ذهن القارىء من مقال الاستاذ شكوي بك القواعدى للذكور (ص ٥٩ - ٦٠) .
(٣) معنى النبييب المرأة غير البكر ، ومعنى تنائم تناسلت . وقد روى هذا الحديث مسلم في صحيحه (ج ٤ ص ١٤١) ، وأبو داود في سننه (ج ٢ رقم ٢٠٩٨) ، والنسائي (الجامع الصغير للسيوطي ج ١ رقم ٣٥٧١) ، وروى أيضاً بالفاظ اخرى مختلفة .

الرغى باعتبار المادة ، لان صاحب المال لا يسكت اذ يرى غيره يبيع ماله . هذا الى انه لا يحل له السكوت شرعاً والا كان غاراً وكان تغريه ، هذا مغشياً بالمشتري ، وان ه التردد حرام والضرر مدفوع^٤ ،

والحاصل ان بعض الفقهاء لم يوجبوا على صاحب المال الكلام ، فلم يكن لسكونه حكم عندهم ، والبعض الآخر اوجب عليه الكلام واعتبر سكونه اقراً . ونحن ، وان كنا نرجح الرأى الثاني ، نرى من الانسب ترك تقديم الامر الى القاضي لينظر في كل قضية بحسب ظروفها ، ويستبين منها المعنى الحقيقي للسكوت . وعلى كلى فعند الحنفيين ، لا يكون سكون صاحب المال اجازة لبيع ماله من قبل الذفوري . وهذا لا اشكال فيه حينما يكون البائع مقراً انه يبيع ملك غيره . ولكن لو باع احد مالا من آخر بزم انه هو المالك ، وكان في المجلس رجل ثالث قد سكت عند حصول البيع ، فبل يجوز لهذا الشخص الثالث ان يدعي فيما بعد وعلى الرغم من سكونه ان المبيع ملكه ، وبعبارة اخرى هل كان سكونه اقراً بان البائع مالك ام لم يكن ذلك ؟ وهل يسمع ادعاه ملك المبيع بعد سكونه ، ام ان سكونه مانع من سماع الدعوى ؟

فرق الفقهاء الحنفيون في ذلك بين حالتين : الاولى اذا كان البائع غريباً عن الحاضر الساكت ، والثانية اذا كان من اقربائه . ففي الحالة الاولى ، لا يكون سكونه مانعاً من سماع الدعوى ، الا اذا تصرف المشتري بالبيع بعد ثبوت زماً وسكت الحاضر ، فحينئذ لا تسمع منه دعوى املك^٥ .

اما في الحالة الثانية ، فقد اقر مشايخ بخارى بان السكوت لا يمنع من سماع الدعوى ، كما في الحالة الاولى . وقد رجح قاضيخان قولهم هذا . ولكن مشايخ سمرقند وشروزم اقروا بان سكون احد الزوجين عن بيع ماله من قبل الآخر أو سكونت القريب عن بيع ماله من قبل قريبه ، هذا السكوت اقرا بان المبيع ليس له وسبب مانع من سماع دعواه بالملك بعد ذلك . وقد رجح هذا القول ابن البراءز واساتذته وغيرهم ، ورجحه مجلة الاحكام المعدلية قطعاً ، والتزوير والاطلاع

(١) السيوطي في الوضع للذكور .
(٢) الاشباه لابن نجيم (ص ٦٢ والسابعة ٢٥) ، وشرحه الصوري (ج ١ ص ١٨٧) ، ورواية غيرت الاشباه بكتابه رد المحتار (ج ١ ص ٤٥٥) .

البند الرابع المكاتب والمراسلة

كلمة عامة

كثيراً ما يكون الإيجاب والقبول أو كلاهما بالمكاتب ، لا سيما إذا كان التعاقد بين غائبين . وهذا التعاقد بالمكاتب جائز ، كما لو كان بالمشافاة . فلذا ورد في الهداية وغيرها ، وفي القواعد الكلية من الجملة ان « الكتاب كالمخاطب » (المادة ٦٩) .

وأمثله ذلك عديدة ، ففي عقد البيع قالت الجملة : « كما يكون الإيجاب والقبول بالشافاة يكون بالمكاتب أيضاً » (المادة ١٧٣) . وقالت : « كما ان الاجارة تنقذ بالشافاة كذلك تنقذ بالمكاتب ... » (المادة ٤٣٦)^١ .

وبكون التعاقد أيضاً بالرسالة . وهو ان يرسل احد رسولاً الى آخر ليبلغه عرض التعاقد . فاذا قبل المرسل اليه هذا العرض في مجلسه تم العقد^٢ :

ومن المسائل الخلافية في القانون اليوم مسألة تعيين المكان والزمان اللذين يتم فيها العقد الحاصل بين غائبين بالمكاتب ، او بالرسالة . أتيم هذا العقد في مكان القابل دون القبول ؟ أم يتم في مكان الموجب دون القبول على القبول ؟

لا شك في أن لهذا السؤال أهمية عملية . فعلى مكان العقد يتوقف غالباً تعيين المحكمة الصالحة للنظر في النزاع الذي يقع بين المتعاقدين . وعسلى معرفة زمان العقد يتوقف تعيين لزومه وسع الرجوع منه . ويتفرع من ذلك أسئلة هي : هل يجوز للقابل ان يرجع من القبول قبل علم الموجب به ؟ وهل يجوز للموجب ان

(١) ج ٣ ص ١٧ .

(٢) في المادة ١٦٠٦ منها أيضاً ، « الاقرار بالمكاتب كالقرار بالمال » .

(٣) البدائع ، ج ٥ ص ١٣٨ .

لان النبي لا ينتم الحياء عادة من الكلام ، أما البكر ، فهل يكفي سكوتها للافصاح عن اذنها وقبورها ؟ نعم في قول جمهور الفقهاء . وحججهم في ذلك ان اكثر الفتيات جيلن على الانتعاش من النطق ، لما يلحقن به عادة من الحياء والحجل ، وخوفهن من الاتهام بالنيسال للرجال . وهو تعطيل يؤيدهما المشهور به المرأة العربية بصورة عامة والمرأة المسلمة بصورة خاصة من التخلف وعدم الاختلاط . وما اشتهر عن العرب من وضع اسنخياء النساء بين صفات المرودة ومحاسن العادات .

ولقد استحسن المالكيون قبل استئذان البكر اعلامها ان صحتها اذنت منها ، واستنوط بعضهم كان شعبان ان يكون الاعلام ثلاث مرات . ونقل الخفيف في المسألة : فقالوا ان صحت البكر يقوم مقام الرضى حينئذ يستأذنها ولها القريب ، ولا عبرة به حينئذ يستأذنها غيره ، بل لا بد حينئذ من تكلمها الاعراب عن رغبتها وقبولها . وهو قول روي عن بعض الشافعيين ايضاً ، خلافاً للقول المتشاور في مدغمهم^١ .

(١) راجع في ذلك : شرح النووي على صحيح مسلم (ج ١ ص ٢٠٤ - ٢٠٥) ، وبطل الاطلاق (ج ٦ ص ١٠٥) ، والهدى (ج ٢ ص ٣٩) ، والام (ج ٥ ص ١٥) ، وللصفي (ج ١ ص ١١٠) ، وشرح الخريفي على سبهي خليل (ج ٣ ص ٢١ - ٢٢) ، والفي (ج ٧ ص ٢٨٦) ، والروض الرابع (ج ٢ ص ٢٠٤ - ٢٠٥) ، وفتح القدير على الهداية ونهايته النجاشي (ج ٢ ص ٣١١ - ٣١٩) ، وفتح الاظهر (ج ١ ص ٣٢٤) ، والاقتضار شرح المختار (ج ٢ ص ١٥٤) ، والادب ٣ ص ٥٤ من قانون الاحكام الشرعية في الأحوال الشخصية .

وانها تقسم اجالا الى نظريات يبيع ، وهناك لجنة سرية عن كل منها ^١ .
 اولاً - نظرية التبليغ ^٢ ، وهي تقول بان العقد بالكتابة لا يتم الا عند ما
 يبلغ المرء فبول المرسل اليه . وهذا قول راجح ومعقول نظرياً ، لانه كما يجوز
 المرء على ابلاغ عرفه الى المرسل اليه كذلك يجوز هنا الاخر على ابلاغ قبوله
 الى المرسل ، ولا يتم ارتباط الاجاب بالقبول الا متى علم المتعاقدان كل منهما
 بوضعي الآخر .

وقد تبنت القانون هذه النظرية في كثير من البلاد اللاتينية ، كاسبانيا واطاليا
 والبرتغال ورومانيا وبعض دول اميركا الجنوبية ، وقد اتت اجراء الحاك في
 بلجيكا وغيرها .

ثانياً - نظرية التسلم ^٣ . هذه النظرية تقول بان العقد الجاري بالكتابة عندما
 يتسلم المرسل جواب العاقد الآخر ، ولو قبل الاطلاع على مضمونه . وقد قال
 بهذه النظرية القانون المدني الالمانى (المادة ١٣٠) ، الا اذا تنازل المرء عن حق
 التبليغ او اذا نص العرف على عدم لزومه ، فحينئذ يتم العقد عند ما يصبح المرسل
 اليه بقبوله (المادة ١٥١) .

ثالثاً - نظرية الارسال ^٤ . وهذه تقول بان العقد الجاري بالكتابة يتم عندما
 يرسل العاقد القابل قبوله ويضعه في البريد بحيث لا يتسكن بعد ذلك من استرداده .
 وقد اتبع هذه النظرية اجراء الحاك في انكلترا والولايات المتحدة الاميركية
 وبعض الممتلكات البريطانية .

وانت ترى ان هذا المذهب عملي ومفيد في المعاملات التجارية ، لان ارسال
 التحرير يدل بوضوح على ارادة القابل ، ويجعله غير قادر على استرداد قبوله . هذا

(١) راجع مقال الاسناد ونيلد (P. H. Winfield) بعنوان : بعض نواحي الاجاب
 والقول (Some aspects of offer and acceptance) في مجلة القانون الفصلية
 (Law Quarterly Review) لسنة ١٩٣٩ من ٤٩٦ وما بعدها ، وكتاب نظرية
 العقد للدكتور عبد الرزاق السايدي (رقم ٢٩٢ وما بعده) .

(٢) Theory of Information

(٣) Theory of Reception

(٤) Theory of Expedition

يرجع عن عرضه قبل ان يطلع على الجواب ؟ ام لا يجوز كل ذلك ؟
 ففي هذه المسألة اختلفت القوانين والنظريات ، فمن نيين اولا المرء الذي
 اتخذ الشرح الاسلامي فيها ، ثم تقارن ذلك بالنظريات العصرية المختلفة .

موقف الشريعة الاسلامية

قال صاحب الهداية : و الكتاب كخطاب ، وكذا الارسال ، حتى اعتبر مجلس
 بلوغ الكتاب اداء الرسالة . . ومعنى ذلك ان الكتاب يمثل الموجب ، فوصله
 الى المكتوب اليه يعتبر كما لو وصل مرسله بنفسه . وكذلك يعتبر الرسول مقبولاً ،
 مهماً عن كلام المرسل ، ناقلاً كلامه الى المرسل اليه . فكانه حضر بنفسه
 وأرجب البيع ، . فاذا اُعِين المكتوب اليه او المرسل اليه قبوله في مجلس وصول
 الكتاب او اداء الرسالة ، انعقد العقد في مجلس القبول وبوقت اعلانه . وهذا
 يتم ايضاً بشرط انعقاد المجلس المطلوب في العقود كما اوضحنا . وهو انعقاد حكمي
 كما ترى ، لا يعني في الواقع الا الارتباط الواجب بين كل اجاب وقبول لاجل
 حصول التعاقد .

فاذن تنتمي الشريعة الاسلامية الى نظرية اعلان القبول ، التي سنأتي على بيانها
 قريباً . ويستتبع ذلك ان الموجب الكتاب او المرسل لا يجوز له ان يرجع عن
 اجابه بعد هذا القبول . فاجروعه جائز قبل بلوغ الكتاب او الرسالة الى العاقد
 الاخر وقبل قبوله .

ولا يشترط علم المرسل اليه بيانا الرجوع ، أي ان قبول المرسل اليه لا يصبح
 بعد رجوع المرء ، سواء اُعلم بالرجوع ام لم يعلم ^١ .

مقارنة مع النظريات العصرية

ان آراء الفقهاء والقوانين اليوم اختلفت في هذه المسألة اختلافاً يديناً .

(١) الهداية في الموضع المذكور . وضع القدير (ج ٥ من ٧٩) ، والديانج (ج ٥ من
 ١٣٨) ، والقارن الجزائرية (ج ١ من ٤٠٨ - ٤٠٩ ، هاشم الخديوي) ، والجنونج (ج ٩
 من ١٦٧ وما بعدها) .

وفانها وظرفها^١ . غير انها رجعت مؤخراً عام ١٩٣٢ عن هذا الموقف الحازم ، واتخذت اجتهاداً صريحاً بتأييد نظرية الاعلان^٢ .
وعلى الجملة ، فالسراخ الاسلامية والبنانية والقرنسية متفقة في هذه المسألة الخلافية . وهي جميعاً ليست بعيدة من الناحية العملية عن الشريعة الاصلية الاصلية الاصلية .

واخيراً لا بأس بالاشارة الى حكم العقد الجاري بواسطة التجارة الماتقسية (التلون) . فقه كان الامر ولا يزال خلافياً . فمن الفقهاء والقوانين من قال بان هذا العقد يتم في مكان القابل ، ومنهم من قال بانه يتم في مكان الموجب ، ومنهم من ترك البت فيه الى حكمة القاضي وتقديره .

أما القانون البناني فقد ذهب الى حل مرن ، فنص على « ان العقد الذي ينشأ بالخاطبة التفوقية بعدة بنابة العقد المنشأ بين اشخاص حاضرين . وجائز تعيين محل اثنائه اما بتبشيرة المتعاقدين ، واما بواسطة القاضي وبحسب احوال القضية ، (المادة ١٨٥) .

(١) راجع القرار الصادر من لجنة الاستئنافات في محكمة التمييز الفرنسية بتاريخ ٢٦ كانون الثاني سنة ١٩٢٣ (1, 176) ، وجرسيان (ج ٢ رقم ٥١ - ٥٣) .
(٢) راجع القرار الصادر من لجنة ترقية بتاريخ ٢١ آذار سنة ١٩٣٢ (D. P. 1033, 1, 65) ، ولويس دالوز العملي (ملحق ١٩٣٨ ، ص ٣١٠ رقم ٤٠) .

الى ان وقت ارسال يمكن اتيانه بطابع البريد او شهادة حامل الكتاب او بالوصل الخفي المشهور^١ .

وقد ذك ، اذا رجع الموجب عن ايجابه ، فقد اشترط الاجتهاد الانكليزي ، خلافاً لما قلناه في الشريعة الاسلامية ، ان يصل بيلغ هذا الرجوع الى المرسل اليه قبل ان يعنى قبوله ، يعني ان العقد يتم ويتزم ان صدر قبول المرسل اليه قبلاً ، فتلزمه خبر الرجوع عن الايجاب^٢ .

وابعداً - النظرية المختلطة . وهي نظرية وسط بين نظرية التسليم ونظرية الارسال . فيها لا يبعد العقد تماماً الا من وقت تسليم جواب القبول الى الموجب ، ولكن بعد الاعتراف بعقد مقبول العقد سارياً منذ ارسال القبول . وقد اتبع هذه النظرية القانونان النمساوي والسويسري .

خامساً - نظرية الاعلان^٣ . وهي تقول بان العقد يتم وقت اعلان المرسل اليه عن رضيه في القبول ، وذلك قبل ارسال الجواب وقبل وصوله الى الموجب أو العلم به من قبله .

وقد رأينا ان الشرح الاسلامي اتبع هذه النظرية . وكذلك اتبعها قانون الموجبات والعمود البناني ، حيث ورد فيه : « اذا كانت المساربات تجارية بالمراسة ، أو بواسطة وصول بين غائبين ، فالعقد بعدة منتها في الوقت وفي المكان اللذين صدر فيها القبول من وجه اليه العرض ، (١٨٤) .

أما في فرنسا ، فقد كان الامر خلافياً في مؤلفات الفقهاء ، وفي اجتهاد المحاكم ، وكانت محكمة التمييز حتى وقت غير بعيد متمسكة عن اتخاذ موقف جازم في هذه المسألة ، معتبرة اباحاً مسألة بتوقف حلها على تقدير المحاكم في كل قضية حسب

(١) انظر مقال وشيخه المذكور ، وكتاب ستيفن « شرح القوانين الانكليزية » (The Laws of England) (Stephen's Commentaries of) (ج ٣ ص ١١) ، والمحكم في الفقهية مشهور عند فرايزر (2 ch. 27, 33) (Henthorn v. Fraser) .
(٢) راجع كتاب آنتون « قانون العقد » (Law of Contract) ، ص ٣٥ .
(٣) Theory of Declaration .

(٤) الامم ان يقال بالانكليزية ، لان المراسلة هي المختلطة بواسطة الرسول . كما جاء في الاصطلاح العربي .

عيني (وهذا موجب الاداء) ، (المادة ١٨٧) .
وعلى كل ، يشترط في حل العقد ، موضوعه شروط . وهي ان يكون ، كماً
غير مستحيل ، ومعيناً غير مجهول ، وموجوداً غير معدوم ، ومباحاً غير محرم .
وتحس في هذا البند تنكيرهم عن الشرطين الاولين ، عندئذ ان يبحث بعد ذلك في
الشرطين الآخرين كل منهما في بند خاص ، بالنظر الى ما يتعلق بها من تفصيل .

امطاة الموضوع

من المبادئ المسلم بها في علم اصول الفقه الاسلامي ان شرط التكليف القدرة
على التكليف ،^١ ، عملاً بالآية الكريمة : ولا تكلف الله نفساً الا وسعها ،^٢ .
وكذلك في العقود ، فانه يجب ان يكون المقود عليه كماً . لذا لا يصح
تهدمه عمل مستحيل ، او تهدم تسليم شيء غير مقدور التسليم .

مثاله قالت الجهة في البيع : (يلزم ان يكون البيع مقدور التسليم . فيصح ما
هو غير مقدور التسليم باطل) ، كبيع سفينة غرقت لا يمكن اخراجها من البحر ،
او حيوان نادر لا يمكن مسكه وتسليله ، (المادتان ١٩٨ و ٢٠٩) . ومن امثال
بيع غير مقدور التسليم ايضاً ، بيع السمك في البحر او الطير في الغراء قبل صيدها ،
الا اذا كان الطير له وكرر كطام بطير منه في الغراء ثم يرجع اليه ، فيجوز بيعه
حينئذ لانه يكون مقدور التسليم^٣ .

وليس هذا الحكم عتقاً بالبيع فحسب ، بل هو عام لجميع العقود ، وقد نصت
المجلة على امثلة عديدة منه . ففي الاجارة : ويشترط ان تكون المنفعة
مقدورة الاستيفاء . بناء عليه لا يصح اجارة الدابة القارة ، (المادة ٤٥٧) ؛
وشد في الاعارة ، ويشترط ان يكون الشيء المستعار صالحاً للائتمان به ، بناء
عليه لا تصح اعارة الحيوان النادر النادر ولا استثماره ، (المادة ٨٠٨) . وايضاً
يشترط لامتناع الزهن ان يكون الشيء المرهون مقدور التسليم في وقت الزهن

(١) الواقات الشاطي . ج ٢ ص ١٠٧ .

(٢) سورة البقرة (٢) . ٢٨٦ .

(٣) مجمع الامهر . ج ٢ ص ٥٥ ، والوجيز . ج ١ ص ١٣٠ ، والفتح الكبير (بتدليل للمؤلف)

ج ٤ ص ٢٤ .

الفصل الرابع

موضوع العقد

البند الاول

الموضوع وشروطه

مقدمة عامة

لا بد في كل عقد من موضوع يضاف اليه . وهذا الموضوع سماه في الاصطلاح
العربي محل العقد او المقود عليه . ولا شك في ان موضوع العقد بالتحقيق . هو
الاتزام الناشئ عنه . لذا جاء في قانون الموجبات والعقود اللبناني : (ان
الموضوع الحقيقي لكل عقد هو انشاء الموجبات) (المادة ١٨٦) .

غير ان هذا الموضوع يكون على انواع متعددة . مثاله الموضوع في البيع هو
انتقال ملك المبيع والتمن ، وفي اجارة العمل هو تقديم العمل ودفع الاجرة ، وفي
الاعارة هو الانتفاع بالعاية البيع ...

وقد جاء في مرشد الحيوان انه : لا بد لكل عقد من محل يضاف اليه يكون
قابلاً لحكمه ، ويصح ان يكون محل العقد مالا ، عيناً كان او ديناً ، او منفعة ،
او عملاً . ولكن هذه العبارة لا تظهر معنى الالتزام الناشئ ، ولا تذكر ان
الموضوع يمكن ان يكون الانتفاع من عمل معين . لذلك كانت عبارة القانون
اللبناني اوضح وأتم ، ونصها : (يمكن ان يكون الموضوع شيئاً (وهذا موجب
التمن) ، او امتناعاً (وهذا موجب الامتناع) ، او امتناعاً للملك او انشاء الحق

(١) محمد قنبري انشا . المادة ٢٠٢ .

(المادة ٧٠٩) ، وكذلك يشترط كون الوثيقة قابلة لوضع اليد عليها وسلطة القبض ، فلا يصح ابداع الطير في الهواء ، (المادة ٧٧٥) .
ومن امثلة التناقض على فعل مستحيل ما رواه ابن حزم وغيره من انه لا تجوز مشاركة الطبيب على البرء اصلاً لانه ... لا يقدر عليه الا الله تعالى ١ .
أما القانون اللبناني ، فقد نص على هذا الشرط بوجه عام ، فقال : « باطل كل عقد يوجب شيئاً او فعلاً مستحيلاً ، اذا كانت تلك الاستحالة مطلقة لا يمكن تدليها » (المادة ١٩١) . وشبهه بهذا النص العام ما جاء في المادة ٦٤ من قانون اصول المحاكمات المحترفة اللبناني ، وهو : « اذا كان العقود عليه غير ممكن الحصول ، ففسخ الدعوى بطلان العقد » .

تعيين الموضع

من شروط العقد ايضاً تعيين موضوعه ، بحيث يكون معلوماً عند المتعاقدين بصورة تافية للجهة .
وقد اشترطت المجلة ذلك في مواضع عديدة . ففي البيع ، قالت : « يلزم ان يكون المبيع معلوماً عند المشتري ، ويلزم ان يكون الثمن معلوماً » ، وفي الاجارة اشترطت تعيين المأجور والشئمة والاجرة بوجه مانع للزراع . وكذلك اشترطت تعيين العقود عليه في الكفالة بالنفس ، والوكالة ، والرهن ، والاجارة ، والعمرة ، والصلح ٢ . ولكن هذه القاعدة لم تحصل من مستنبطات . ففي مذهب ابي حنيفة ، خلافاً لمذهب الشافعي ، يجوز الاجراء الواقع على حقوقي مجردة ٣ . وان صفة الجهة الناشئة عن عدم تعيين الموضع نسبياً كافياً لا تكون تمييزها بطلان العقد عند الحنفيين ، بل هي تحمل العقد فاسداً فقط ، خلافاً للشافعي الذي يعتبر الفاسد والباطل مترادفين الا في بعض العقود ٤ .

(١) الحلبي ، ج ٨ رقم ١٣١٠ .
(٢) انظر المواد ٢٠٠ ، ٢٣٨ ، ٤١٦ ، ٤٥١ ، ٤٥٨ ، ٦٣٧ ، ٦٨٨ ، ٧٠٩ ، ٨١١ ، ٨٥٨ ، ٩٤٧ ، من مجلة الاحكام الدينية .
(٣) انظر الفصل الثالث من القسم الرابع من هذا الكتاب .
(٤) راجع الفصل الثاني من الباب الاول من هذا القسم من ١٢ .

منه قالت المجلة : « بيع الجوز فاسد . فلو قال البائع للشعري بعثك جميع الاشياء التي هي ملكي ، وقال الشعري اشتريتها ، وهو لا يعرف تلك الاشياء ، فالبيع فاسد » (المادة ٢١٣) .
وقد رأينا سابقاً ان العقد الفاسد يتقلب صحيحاً بزوال صفة الفساد . وايضاً في بعض العقود ، كالبيع والقرض والرهن ، يصح الفاسد بقبض الشيء المقصود عليه . مثلاً ورد في المجلة ان « البيع الفاسد يصير نافذاً عند القبض ، يعني بصير نصرف الشعري في المبيع جائزاً حينئذ » (المادة ٣٦٦) .
وكذلك في بعض العقود الاخرى ، كلاجارة والشركة وما اليها ، لا يكون العقد الفاسد بدون اثر شرعي ، بل يصح ولكن ينظر فيه الى بدل المثل ، عل ان لا يزيد هذا البدل على البدل المستحق في العقد ، بغرض رجوعه التسمية . مثاله : « الاجارة الفاسدة نافذة ، لكن الاجر تلك فيها اجر المثل ولا يتك البدل التسمية . وفساد الاجارة ينشأ بوضه عن كون البدل مجزولاً ، وبوضه عن فقدان باقي شرائط الصحة . ففي الصورة الاولى يلزم اجر المثل بالناس ما بلغ ، وفي الصورة الثانية يلزم اجر المثل بشرط ان لا يتجاوز الاجر المسس » (المادتان ٤٦١ و ٤٦٢) .
ولا شك ان نصوص المجلة في هذا المعرض اصبحت قابلة للاهمية بعد صدور المادة ٦٤ من قانون اصول المحاكمات المحترفة اللبناني ، التي خولت القاضي حتى تعيين النقاط الفرعية في العقد ، اذا سكت عنها المتعاقدان ثم حصل النزاع بينهما بشأنها . فقد جاء في الفقرة الاخيرة من هذه المادة :
« اذا اتفق المتعاقدان على النقاط الاصلية من المقالة ، عد العقد تاماً ولو لم تذكر النقاط الفرعية . واذا لم يتفق المتعاقدان على النقاط الفرعية ، فتمتعها المحكمة بعد الامعان في ماهية القضية » .

أما قانون المرجمات والعقود اللبناني ، فانه بعد ان نص على انه « يجب ان يتناول التعيين ماهية الموضع وقدره » ، زاد بانه « يكفي ان يعين نوع الشيء وان يتضمن العقد ما يمكن معه تعيين المقدار فيما بعد » (المادة ١٩٠) ، وذلك عملاً بالقاعدة القانونية ان « ما يمكن تعيينه بعد تنجزه المعبث » ١ .

(١) في الامثال اللاتينية : « Id certum est quod certum reddit potest » .

فاستأطر وجود العقود عليه إذن لا يتصور عادة إلا في العقود الواقعة على الأشياء ، ففي هذه لا يصح مبدئياً التعاقد على المعلوم ، مثلاً قالت الخجلة في البيع : ويلزم أن يكون المبيع موجوداً ، وبمع المعلوم باطل ، فيبطل بيع ثمرة لم يبرز أصلاً ، وكذلك في الهبة يشترط وجود الموهوب في وقت الهبة ، بناء عليه لا تصح هبة غيب بستان سيدرك أو ولد فرس سيولد ،^١ وتستند هذه القاعدة الى الحديث الشريف ، فقد روي عن النبي (ص) انه ممن عن بيع حمار الخبيثة^٢ ، وهذا بيع واقع على ولد الناقة وهو في بطن أمه ، فقد فهم عنه ، لان المبيع فيه معلوم ، وكذلك فهم عن البيع يشترط مزجها الى ان تلد الناقة ويولد لها^٣ .

وروي أيضاً عن حكيم بن حزام انه سأل النبي الذي (ص) : يا رسول الله يأتيني الرجل فيريد مني البيع ليس عندي ، فأقنائه له من السوق ؟ ، فقال : ولا تبع ما ليس عندك ،^٤ .

الأشياء المستنبهة

لستج بما قدنا ان التعاقد على اشياء مستنبهة لا يصح في الاصل ، لان هذه الاشياء مدمومة غير موجودة ، غير ان جمهور الفقهاء جزئياً بعض المستنبهات ، واهمها عقد الاستصناع وعقد السلم^٥ .

فمقد الاستصناع و عقد مقارفة مع اهل الصنعة على ان يعمل شيئاً ، قاله اهل صانع

(١) راجع الزاد ١٧٧ و ٢٠٥ و ٨٥٦ .
 (٢) بنج الباء ، مع حابل ، ككتبة جمع كاتب ، وقد روي هذا الحديث في الصحيحين وكتب السنن الاربعة وصند احمد وغيرهما . راجع صحيح مسلم (ج ٥ ص ٣) ، وشرح النووي (ج ١٠ ص ١٥٧) ، وشرح العيني على البخاري (ج ١١ ص ٢٦٥) ، وشن ابي طرد (ج ٣ رقم ٣٣٨٠ و ٣٣٨١) ، ونبيل الاوطار (ج ٥ ص ١٢٥) ، والمجمع الصغير للسيوطي (ج ٢ رقم ٩٤٣٦) .

(٣) وهو تفسير أكثر الحديث المذكور ، رواه ابن عمر ، انظر الراجح للذكورة آتياً .
 (٤) من تخريجه سابقاً في بحث الفدوي من هذا الكتاب الجزء الاول ص ٦٠ .

البند الثاني

وجود الموضوع

وهو المفقور عاين

ان الاصل في العقود انها لا تصح إلا إذا وقعت على موضوع موجود . لذا كان التعاقد على المعلوم باطلاً .

ولا شك في ان هذه القاعدة لا تطبق إلا إذا كان الموضوع شيئاً ، لا إذا كان عملاً أو منفعة . فان العقود التي تقع على منفعة أو على عمل تكون في الحقيقة على أمر مدموم وقت العقد ، وان كان هذا الأمر يحدث بعد ذلك شيئاً شيئاً .

واليك امثلة توضح ذلك : ففي عقد اجارة الأشياء ، يقع العقد على منفعة شيء ، والمنافع غير موجودة حين العقد ، بل هي مدمومة ، لا تتولد إلا باستئجاراً تدريجياً . فالقياس يقتضي بطلان هذه الاجارة ، لكن الاستصحاب جزئياً بالطرق الخاصة بالناس اليها ، ويشيرنا بالكتاب والسنة والاجماع^١ .

وكذلك هو الامر في باقي العقود الواقعة على المنافع ، كالاجارة ، او في العقود الواقعة على عمل ، كالوكالة واجارة العمل وكفالة الدين والحجالة عند من قال بصحتها ، وما الى ذلك .

واقدم صدق من الدين بن عبد السلام عندما قال : ذوالعجب ممن يعتقد ان الماوضة على المدموم على خلاف الاصل ، مع ان الشريعة طائفة همسا في جميع التصرفات ،^٢ .

(١) جمع الاصل ، ج ٢ ص ٣٦٨ .

(٢) انظر كتابه قواعد الاحكام في مصالح الانام ، ج ٢ ص ١١١ - ١١٣ .

صلاحها ، اذا كان البيع بشرط قطع المبيع في الحال وتسلمه جازاه ، وكان هذا البيع المقطوع منتظماً به كالمخبر . وانفقوا ايضاً على بطلان عسما البيع ، اذا كان بشرط التيقن ، أي بشرط ابقاء المبيع الى أن يبدو صلاحه . ولكنهم اختلفوا في حكم بيع النار مطلقاً بلا شروط القطع او التيقن .

فمنذ الامة الثلاثة مالك والشافعي وابن حنبل لا يجوز مثل عسما البيع ، وحيثهم في ذلك أن الحديث الشريف اشترط الصلاح ، وان الصلاح معناه ظهور النفع ويعدو الخلاوة . اما عند الحنفيين ، فهذا البيع جائز ، لان الصلاح عندهم معناه امن العادة والقضاء ، فمن يوز بعض الشر قد وجد الصلاح بهذا المعنى .^١

فلذا ورد في مجلة الاحكام العدلية : « ما يتلاحق امراده يعني ان المالا يبرز دفعة واحدة بل شيئاً بعد شيء ، كالفواكه والأزهار والورق والخضروات ، اذا كان يوز بعضها ، يصح بيع ما سببرز مع ما يوز تبعاً له بعقبة واحدة » (المادة ٢٠٧) .
ومما مأخوذ عليه ، ما لم يبرز بعد استحساناً على فئوى بعض الحنفيين ، كالحلواني

ومحمد بن الفضل ، خلافاً لظاهر المذهب الذي يبيع مثل هذا البيع .^٢
والخاص ان الشريعة الاسلامية ، فإما عدا هذه المشتبهات وظواهرها ، تعتبر المتأخذ على الاشياء المستتابة باطلاً ، باعتبار ان موضوعها معدوم حين العقد .

وعلى كل ، فقد تعدلت المجلة من هذه الناحية بالمادة الرابعة والسبعين من قانون اصول المحاكمات المحظورية المدنية التي ذكرناها آنفاً ، حيث جاء فيها : « . . . ان المتاورلات التي تعقد على اشياء متوجدة في المستقبل . . . معتبرة » .

والخبر ، لا يبد من الاشارة الى ان القاضون اللبناني ، وان اعتبر أن عدم وجود الموضوع يستلزم انقضاء وجود العقد ، الا انه مع ذلك يجوز ان يكون الموضوع شيئاً مستقبلاً ، باستثناء الحبة والتنازل عن الارث غير المستحق .^٣

(١) راجع في هذه الاحاديث والاختلاف في تفسيرها : صحيح مسلم (ج ٥ ص ١٢٤-١٢٥) ، وشرحه لتبوي (ج ١٠ ص ١٨٦) ، وشرح المبني على البخاري (ج ١١ ص ٢٩٨) ، وسنن ابى داود (ج ٣ رقم ٣٣٧٤-٣٣٧٥) ، وشرح الزرقي على موطأ مالك (ج ٣ ص ٢٦٠ - ٢٦٢) ، وفتح الاوطار (ج ٥ ص ١٤٦ وما بعدها) ، والام (ج ٧ ص ٤٣) ، والبيهر الرائق (ج ٥ ص ٣٠١-٣٠٢) ، والفتي (ج ٤ ص ٢٠٢) .
(٢) تبين الخلاف في شرح كبرى الفائق للرباعي (ج ٤ ص ١٢) .
(٣) للمادة ١٨٨ و ١٢٣ و منه .

والمشترى مستضعف ، والشيء مصنوع ،^١ فالشيء المصنوع نتيجة عمل رعين يقدمها الصانع ويزان موضوعاً مستقبلاً غير موجود وقت العقد ، وعلى الرغم من ذلك ، فقد جوز هذا العقد استحساناً واستناداً الى السنة والاجماع .^٢

وكذلك يجوز عقد السلم ، وهو « بيع مؤجل بمجل » ، أي بيع يكون فيه المبيع مؤجلاً والنسب معجلاً ، كما فيمن اسلف الفقرش على مائة كيل من الخطة .^٣ ففي هذا العقد ايضاً يكون المبيع معدوماً عند التعاقد . ولكنه يجوز بالنظر حاجة الناس اليه ، ويستند جوازها الى الكتاب والسنة والاجماع والاستحسان .^٤

وقد مسألة لها علاقة بهذا البحث ، هي مسألة بيع النار . فقد اتفق الفقهاء على جواز بيع الشرة التي برزت جميعها وهي على شجرها ، سواء اكانت مائة كيل للاكل أم لم تكن . وانفقوا ايضاً على بطلان بيع الشرة التي لم تبرز اصلاً .^٥ ولصحتهم اختلفوا في بيع الشرة التي برزت قبل بدو صلاحها .

فقد روي في الصحيحين وغيرهما ان النبي (ص) قال : « لا تبمعوا الشر حتى يبدو صلاحه » . وروي مسلم النيسابوري عنه (ص) انه نهن البائع والمشتري عن بيع النخل حتى يزهر وعن السنبل حتى يبيض ويامن العادة ، وانك قال ايضاً : « ولا تبمعوا الشر حتى يبدو صلاحه وتذهب عنه العادة » ، وقال « يبدو صلاحه حمرته وصفرته » .

ويجد تعليل هذا النهي في قول النبي (ص) نفسه ، كما رواه الامام مالك وغيره : « ارايت اذا منع الله الشرة ، فم يأخذ احدكم مال غيره ؟ » او بعبارة أخرى ان علة النهي هي الحرف من نكف الشرة قبل صلاحها وما ينتج عن ذلك من اكمل البائع مال المشتري بالباطل . وقد ورد النهي على المشتري نفسه ايضاً ، لانه بشراؤه ذلك يبيع ماله ويوافق البائع على الحرام .
وفي تفسير هذه الاحاديث اتفق جمهور الفقهاء على صحة بيع الشرة قبيل بدو

(١) اللقبة ١٢٤ من الحديث .
(٢) البيهقي (ج ١٢ ص ١٣٨) .
(٣) انظر المراء ١٢٣ و ٣٨٠ وما بعدها من الحديث ، والبراد ٤٨٧ - ٤٩٢ من فتاوى الموجبات والمطبوع اللبناني .
(٤) الحيازة (ج ٣ ص ٥٧) .
(٥) انظر اللقبة ٢٠ و ٢٠٦ من الحديث .

جهازاً وفرداً ، وقد نهب الشرع عن عقود الغرر جميعاً^١ .
ولكن يصح التنازل والتعاقد والصلح الحاصل بين الورثة بعد موت المورث ،
ويقال له التنازل في الاصطلاح الشرعي . ومن أشياء هذه القاعدة منع قبول
الوصية أو ردّها قبل موت الوصي ، وجواز قبولها بعد موته^٢ .
ومن الطريف أن تقارن هذا الذبح بإستساق العقد الآري^٣ ، أي العقد المتعلق
بالأرت غير المستحق ، الذي سمحت به بعض القوانين بشرط معينة ، ففي ألمانيا
مثلاً ، وإن كان الأصل منع التعاقد على التركة حال حياة المورث ، إلا أن العقد
الآري جاز أن صلح عن المورث وتنظيم أمام القاضي أو الكاتب العدل^٤ .

التركات المستقبلية

من المسائل الخلافية في القوانين مسألة التعاقد على التركات غير المستحقة ، وهي
أن يتنازل أحد عن حقه في تركة شخص لا يزال في قيد الحياة ، أو في شيء من هذه
التركة أو أن يعقد هو أو صاحب التركة نفسه عقداً يكون موضوعه التركة أو شيئاً
منها ، قبل استحقاقها بوفاء صاحبها ،
وقد كان القانون الروماني أول من حرم هذه العقود ، ورجعته في ذلك إلى
التعاقد على التركات المستقبلية مخالف للأخلاقي والمصلحة العامة ، لا يبد من المعاربة
على موت المورث ، ومن ثم تعجيل هذا الأرت . ولكن التجريم كان لمصلحة
المورث وحده ، لذا كان هذا التعاقد مباحاً إذا رضي هو به^١ .

وقد اقتبس القانون المدني الفرنسي (المادة ١١٣٠) هذه القاعدة الرومانية ،
ثم تشدّد 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 بحركته كيف شاء ، ومن شاء ، بل نظر أيضاً إلى مصلحة
الورث المتعاقد ، فمنعه عن المناجزة بتركة مستقبلية ، لتلا بغيره المورث بالاستئذنة
والمصارفة في شيء لم يستحق بعد ، ومن ثم لا يكون عرضة للبيوع
والإسراف .

وهذا المذهب المقبول أخذ قانون الموجبات والمعقود البيناني فقال : ه... لا
يجوز التنازل عن إرث غير مستحق ، ولا إنشاء أي عقد على هذا الإرث أو على
شيء من أشيائه ، ولو رضي المورث ، وإلا كان العمل باطلاً أصلاً ، (المادة ١١٨٨) .
أما الشريعة الإسلامية ، فقد قالت بفتح التعاقد على التركات المستقبلية أو
التنازل عن الإرث غير المستحق . وتعلل ذلك أن الإرث حق جبري لا يجوز
التنازل عنه ، ه وإن ما ثبت شرعاً من حق لازم لا يسقط بالإسقاط ، وإث
الإرث لا يستحق إلا بورت المورث ، فيكون التعاقد عليه إذاً مضافاً إلى محصل
معلوم . وفوق ذلك ، فإن التركة تكون عادة مجهزة ، ويكون في التعاقد عليها

(١) راجع جبار (ص ٤٦٤) ، وكودكس بوشينايوس (٢٠ ، De pactis ، C. 2 . 8)

(١) تلحق القاري المأمية (ج ٢ ص ٥٩) ، ونسج على جيسر تحت المادة ٢١١٣ من
الجدد ، والقاري المبرية (ج ٢ ص ٧٤) ، ودرر المكلم (ج ٢ ص ٣٥٤) .

(٢) تنوير الإبهام وترجمه الدر المختار ، ج ٢ ص ٧٤٥ .
(٣) Erbvertrag

(٤) المواد ٣١٢ و ٢٢٧٤ و ٢٢٧٦ من القانون المدني الألماني . انظر أيضاً المواد ٤١٤
وما بعدها من القانون المدني التركي .

قاعدة تحريم الربا . وهذا التحريم يستند الى الآلة الكبرية ؛ و أصل الله البيع وحرم الربا يحق الله الربا ويربي الصدقات ، ١ . ويستند الى احاديث نبوية عديدة ، لا مجال لذكرها في هذا الموضع . ويكون الربا عادة في الصرف ؛ وهو : و مباداة الائتمـان ببعضها ببعض ، ٢ . أو هو عبارة الجلة و بيع النقد بالنقد ،

(المادة ١٢١) :

وان الربا على نوعين : ربا النسبة و ربا الفضل . فالاول هو التأخير في التفاضل بين البديين في بعض العقود التي يشترط فيها القبض الفوري . والثاني هو التفاوت وعدم التساوي بين البديين اذا كان المقود عليه من جنس واحد ، كمباداة الذهب بالذهب . ٣

غير ان هذا ينوع اذا كان عن شرط . اما اذا لم يكن شرطاً ، وشرط المدبرون المستقرض عند قضاء ما عليه بان اعطى اكثر او اجود ما أخذ ، فهذا جائز مستحب عند جمهور الفقهاء ، لانه من باب حسن القضاء الذي حرض عليه النبي (ص) . وقد خالفهم في ذلك الامام مالك ، اذ اجاز ان يرد المدبرون افضل مما أخذوا لا اكثر . ولكن يشترط في كل حال قبول الدائن بالاجود او بالزيادة ، كما سئري في باب ابقاء الموجودات .

راباً - يكون الموضوع غير مسباح اذا وقع على بعض الاشياء . مثلاً اجمع العلماء على تحريم بيع السم الا اذا كان قليلاً تماماً للتداوي . وكذلك لا يجوز التعاقد شرعاً على ما لا يهدى الا بين الناس . ففي البيع ، قالت الجلة : و يلزم ان يكون المبيع مالا متقوماً . وقد مر معنا آتياً معنى المال المتقوم وخلاف المذهب فيه وفي مسألة التعاقد على الحجر والحجر عند المسلمين ، وقلنا ان المذهب الحنفي

(١) البقرة (٢) ، ٢٧٦-٢٧٥ .
 (٢) البسوط ، ج ١٤ ص ٢ .
 (٣) راجع تفصيل تحريم الربا في الصرف : البسوط في الوضع المذكور ، ولفصاحة (ج ٣ ص ٦٥) ، والبصر (ج ٦ ص ١٨٧) ، والام (ج ٣ ص ٢٦) ، والروض الربيع (ج ٢ ص ٣١ و ٣٢) ، وشرح البيهقي على البخاري (ج ١١ ص ٢٥١) ، وشرح النووي على مسلم (ج ١١ ص ٨) ، والزيترافي على الزوطة (ج ٣ ص ٢٨١) .
 (٤) الخليل ، ج ٨ رقم ١١١٨٣ .
 (٥) شرح المطالب على سيدي خليل (ج ٤ ص ٢٦٦) . وشرح الكبير (ج ٤ ص ١٦) ، والجلبوع (ج ١ ص ٢٥٦) .

المبدأ الثالث

باحثة الموضوع

شروطية المفتر عليه

ان الشرط الرابع والاخير للمقود عليه هو ان يكون مساحاً شرعاً . فاذ لم يكن كذلك ، كان المقدر باطلاً .

ولقد اختلفت القوانين والمذاهب في احوال عدم الاباحة . فلذا لا يمكننا ان نحصي هذه الاحوال ، ولا ان نأتي على قسم كبير منها . بل نكتفي على سبيل الايضاح ببعض الامثلة المهمة .

اولاً - في معظم القوانين والشرائع فئة من الاحكام تعتبر ذات صفة الزامية ، ليس لظروف المتماقدين ان يجعدها عنها أو ان يتناقضوا على ما يخالفها . ومن أمثلة هذه الاحكام في الشريعة الاسلامية احكام الارزاق ، و اعيان المتماقدين و احكام التكاثر والطلاق وغيرهما من الاحوال الشخصية ، و احكام الارث والفرائض وما الى ذلك . وهي كلها معروفة ومفصلة في اوقايها الخاصة .

ثانياً - في العقود احياناً توجد شروط يشترطها الطرفان . بعضها شروط ينطبق بها الاتفاق او ينطبق باسقاط العقد ، وتسمى شروط التعليق . وبعضها شروط تومي الى تعديل نتائج العقد المادة بالزيادة عليها أو بالتقصان منها ، وتسمى شروط التقييد . فهذه الشروط منها ما هو جائز ، ومنها ما هو فاسد ، ومنها ما يختلف حكمه باختلاف المقود . وكثيراً ما يكون أحد هذه الشروط محرماً ، فيكون الموضوع غير مساح والعقد باطلاً . ويستفصل احكام ذلك في باب الشرط والاجل . ثالثاً - من امثلة تقييد التعاقد وعدم اباحة الموضوع في الشريعة الاسلامية

يشي بينهما^١ ،
 وأخيراً جاء في مسألة الرضوخ الحرام نص عام في قانون الموجبات والمفرد
 اللبناني ، وهو : « باطل على عقد يوجب أمراً لا يبيعه القسائون ولا يطبق على
 الآداب ، والتي ، الذي لا يمد مسالاً بين الناس لا يجوز ان يكون موضوعاً
 للوجوب . غير انه يجب عند تطبيق هذه القاعدة ان ينظر بين الاشتياق الى ان
 الانجاز ذو معنى نسبي . فبعض الاسئلة مثلاً لا يصح ان تكون موضوع بعض
 المعاملات مع انها تصح ككل الصفة ان تدخل في معاملات اخرى ، (المادة ١٩٢) .

مهرية العاقد

لا شك في ان الاحوال التي يحرم الشرع فيها التعاقد احوال استثنائية ، وان
 الاصل في العقود الحرة والابحة . وهو اصل يمتدح به اليوم من المبادئ الاولية
 الاساسية في باب العقود ويستقى تبيها حرية التعاقد . ومعناه ان للتعاقدن ان
 يرتبوا عقودهم ونتائجها بحسب مشيئتهم . وبسبب ذلك ان منفعة التمتع تعود اليهم ،
 وهي منفعة خاصة بكنهم ان يعينوا مايعتبر وحدهم كما يرغبون . وليس لها من
 تقييد الا اني تعارضت مع النظام العام او الآداب العامة او الانظمة ذات
 الصفة الازلية .
 وان هذا المبدأ الذي نجده اليوم في قانون الموجبات والمفرد اللبناني
 (المادة ١٦٦) ، كان موجوداً ايضاً في المادة ٦٤ من قانون اصول المحاكمات
 المحقوقة العناني^٢ ، ونصها :

« ان الحكم جميع المخرجات والتعهدات اذا لم تكن ممنوعة بالتقنين والنظامات
 المخصوصة والتي لا تخل بالآداب العامة وبالاتظام العام ولا تخالف الاحوال الشخصية
 كالعلة المعاقدين والفرع والاحكام المتعلقة بالارث والانتظام والتصرف في

(١) رواد السويطي في الملحق الصادر (ج ٢ رقم ٧٢٥) ، فلا يصح استناد احد من جنس
 (٢) المصلحة قانون ١٥ جدي الآخرة سنة ١٣٣٢ هـ ، المؤقت ٢٨ نيسان سنة ١٣٣٠
 مصرية او ١٩١٤ ميلادية .

والناسكي بجرمان تداول الحجر والمخزوي بحق المسامين فقط خلافاً للتعاقب الشافعي
 والحنبلي والظاهرى ، فانها تحرم تداولها بالنسبة الى المسامين وغيرهم^١ .
 وكذلك اختلف الفقهاء في جواز بيع الكلب ، فالبعض ، كالك في قوله
 المشهور والشافعي وابن حنبل والازداعي ، حرموا بيعه مطلقاً سواء اكان الكلب
 معلماً ام لم يكن ، وسواء اكان ما يجوز اقتناؤه ام لم يكن . والبعض ، كعياض
 وعطاء والنخعي ، جوزوا بيع كلب الصيد دون غيره . وفي القول المتحارس عند
 الحنفيين يجوز بيع الكلب مطلقاً ، ولو لم يكن معلماً ، الا ما روي عن ابي يوسف
 انه منع بيع الكلب المقود لعدم المنفعة منه^٢ .

ومن اشارة خلاف الفقهاء ايضاً في الموضوع الحرام في العقود مسألة بيع آلات
 النهر ، فابو حنيفة وحده جوز هذا البيع ، خلافاً لاصحابه ولما في ائمة الفقهاء^٣ .
 وبراى ابي حنيفة قال ايضاً فقهاء المذهب الظاهري البانء^٤ .

خامساً - يكون العقد باطلاً ايضاً ، اذا كان موضوعه عملاً غير مباح . مثال لا
 تصح الاجارة على عمل محرم^٥ ، كارتكاب السرقة وما اشبهه .

ايضاً لا تخل الرشوة ، وهي ما يعطى لقاء عمل محرم كالملك والباطل أو كظلم
 انسان بوجه من الوجوه^٦ ، لان العمل وهو محل العقد غير مباح ، اما دفع المال
 فهو يخل ذاته موضوع مباح ، ولكنه مبني على غرض أو سبب غير مباح ، وغرض
 لهذا باطل ايضاً ، كما تنرى في الفصل القادم في بحث سبب العقد . ودليل تحريم
 الرشوة شرعياً احدثت الشريعة : « لعن الله الرافعي والذرتشي ، والرائش الذي

(١) راجع الجزء الاول من ١٧٠ .
 (٢) فتح القدير (ج ٤ من ٥٥٧) ، والقاروي الحنابلة (ج ٤ من ١٠٤) ، جاش القندية ،
 وشرح المطالب وسببناش الذائق (ج ٤ من ٢٦٧) ، ولام (ج ٣ من ١٠) ، والشرح الكبير
 (ج ٤ من ١٣) ، والتويزي على مسلم (ج ١٠ من ٢٣٢-٢٣٣) .
 (٣) القاروي الحنابلة (ج ٢ من ١٠٤) ، وشرح المغالب (ج ٤ من ٢٦٣) ، والروزي
 (ج ١ من ١٣٤) ، والروزي للربع (ج ٢ من ٤) .
 (٤) الخلى ، ج ١ رقم ١٠٦٥ .
 (٥) الاشياء والنظار لسويطي ، ص ١٧٧ .
 (٦) الخلى (ج ٩ رقم ١٦٣٦) ، والنجاشين وشرحه للذائق (ص ٥٢٠) ، واللسني
 (ج ١١ من ٤٣٧) .

التقود والعقارات الموقوفة والاموال غير الموقوفة ، هي مربية ومتمسكة في حق العاقدين ... ،

أما الشريعة الاسلامية ، فانها أقرت هذا المبدأ ايضاً . ولقد حمل ابن القيم الجوزية على من قال بعكس ذلك ، اولئك الذين اعتقدوا ان عقود الناس وشروطهم ومعاملاتهم كلها على البطالان حتى يقوم الدليل على الصحة ، فأفسدوا بذلك كثيراً من معاملات الناس . وانبت ابن القيم ان جمهور الفقهاء المسلمين ذهبوا الى خلاف قول من حمل عليهم ، ولان الاصل في العقود والشروط الصحة ، الا ما أبطله الشارع أو نهى عنه . وهذا القول هو الصحيح . فان الحكم ببطلانها حكم بالتعريم والتأنيث . ومعلوم انه لاحرام الا ما حرمه الله ورسوله ، ولا فائز الا ما أمّر الله ورسوله به فاعله ، كما انه لا واجب الا ما أوجبه الله ، ولا حرام الا ما حرمه الله ، ولا دين الا ما شرعه . فالاصل في العبادات البطلان حتى يقوم دليل على الامر ، والاصل في العقود والمعاملات الصحة حتى يقوم دليل على البطلان والتعريم .^١

وعلى الجملة ، فان الشريعة الاسلامية مبنية على مبدأ حرية التعاقد الا في المستثنيات التي حرمتها الشريعة نفسها . ولا ريب ان القضاء في مذاهبهم المتعددة اختلفوا في تطبيق هذا المبدأ على القضايا والمسائل الفرعية . فمنهم من توسع فيه ومنهم من توسط ، ومنهم من تشدد . فلهذا اختلفت المذاهب في تحريم بعض الامور ، أو في اباحها . ولكن ذلك التفرع وهذا الاختلاف لا ينفيان المبدأ الذي قدسنا ، ولا يثران في صحته بشئ .

(١) اعلام الزمخشري عن رب العالمين ، ج ١ ص ٢٩٩ .

الفصل الخامس

سبب العقد

البند الاول

النظريات الاجنبية

علمة عامة

ان مسألة السبب في العقود من المسائل الخلافية ، ومن أصعب المباحث التي شغلت رجال العلم ورجال القضاء اليوم . واتنا لا نرى بدأ من كدسة سرية في معنى السبب في الرأي السائد بين الفرائض الحديثة ، لنبعث بعكس ذلك في موقف الشرع الاسلامي من هذه المسألة الخفية .

ففي روما ، لم يكن السبب مطلوباً في العقود الشكلية ، وانما نشأ بشئ العقود الرخائية . ففي هذه العقود ، اذا انقضى السبب أو اذا كان غير مشروع من جانب أحد المتعاقدين ، فان القانون أو القاضي المعروف بالبروتود كلت يحمي هذا التعاقد باسبونه و دفع الخداع ، لأجل رفض تنفيذ العقد ، أو كان يعطيه حتى استرداده ما دفعه الى التعاقد الآخر .^٢

وقد تطورت هذه النظرية بعد ذلك ، فارتفعت الى أيدي الفقهاء الفرنسيين في القرون الوسطى ، ثم أقرها القانون المدني الفرنسي ، فقال : « ان الموجب بلا سبب أو بالسبب غير الصحيح أو غير المباح لا يمكن أن يكون له أي أثر »

Causa (١)

(٢) جيزار ، القانون الروماني ، ص ٤٧٦ - ٤٧٨ .

(المادة ١١٣٦) . ومن فرنسا انتقلت نظرية السبب بدورها الى بعض البلاد اللاتينية وغيرها التي اقبلت تشريع نابليون . وكذلك انتقلت ايضا الى قانون الهولندي والمقدون الهناني ، اما الشريعة الانكليزية ، فان لها نظرية خاصة في هذا المقام .

على ان نظرية السبب لم تخل من تعديل وانتقاد . فان بعض العلماء حملوا عليها ، وقالوا بعدم لزومها في العقود . وأشهر هؤلاء المهاجرين الامتداد الفرنسي بلايول ، فانه ادعى ان نظرية السبب منطوقة وغير لازمة ، وان العقد يصح بدون سبب اذا كان له موضوع مباح . ولكن قوله لم يقبل به القضاء الفرنسي ولا اكثره العلماء . ثم ان فئة من الشرائع الحديثة ذهبت مذمبةً وسطاً . مثاله في ألمانيا ، وان لم يشترط القانون وجود السبب لصحة العقود بصفة خاصة ، الا ان فيه من الاحكام ما يدل على ان السبب شرط في بعض العقود . وعلى كل ، فقد يجوز عدم التمسك بالجزء الذي لا يستند الى سبب ، ولكن بشرط ان يجري بصورة خطية ٢ .

ونحن ، لاجل تفهم معنى السبب بوجه عام ، لانرى بأما بكلمة موجزة في النظرية السببية الفرنسية ، ثم في النظرية البنائية المتبعة عنها ، على ان تقارنها بعد ذلك بالنظرية المتبعة في الشريعة الانكليزية .

النظرية السببية الفرنسية

ان قانون نابليون لم يعرف السبب . اما عرفه الفقهاء ، واختلفوا في تعريفه كثيراً . ولقد كتب فيه الامتداد هنري كايانان رسالة خاصة شهيرة ، كان ما فضل كبير في ايضاح هذا البحث ٣ .
فالسبب في هذه النظرية هو الغاية المباشرة ٤ من اجراء العقد . وتختلف هذه الغاية باختلاف فئات العقود . ففي العقود المأذنة للعاجزين المتماقدين ، سبب الالتزام لكل منهما هو تنفيذ هذا الالتزام من الجانب الآخر . وفي عقود التبرع يكون

(١) راجع كتاب القانون المدني ، ج ٢ رقم ٣٨٠ .

(٢) H. Capitant, De la Cause des Obligations, Paris, 1923.

(٣) H. Capitant, De la Cause des Obligations, Paris, 1923.

(٤) But immédiat .

السبب نية التبرع نفسها . وكذلك للفتحات الاخرى من العقود اسباب مقصورة معيضة .

وانت ترى ان السبب ، وان اختلف باختلاف فئات العقود المتعددة ، الا انه واحد في الفئة الواحدة منها . وهذا يوافق السبب الباعث الشخصي على التعاقد . ومثل يوضع ذلك : في البيع مثلا سبب الالتزام من جانب البائع هو دفع الثمن من قبل المشتري ، وهذا السبب أو الفرض المباشر من العقد هو واحد في جميع البيوع . ولكن الباعث الشخصي على البيع هو رغبة البائع في استعمال الثمن . وهذه الرغبة متنوعة ، وتختلف باختلاف الاحوال والاشخاص . فبعض من يبييع لانفاق الثمن ، وبعضهم من يرغب في هبته ، أو في ادخاره ، أو في شراء شيء آخر به ، أو في أمر آخر .

فالباعث اذن هو الفرض البعيد أو غير المباشر ١ ، أو هو بمقابلة البعض سبب السبب . وعلى كل فلا عبوة في الاصل بالباعث الشخصي في العقد ، بل العسيرة وحدها بالسبب أو الفرض المباشر .

غير ان الامر يكون على خلاف ذلك في بعض الاحوال ، عندما يكون الباعث معروفاً من الطرف الآخر ، أو عند ما يكون هذا الباعث هو الدافع الرئيسي للتعاقد ٢ . ففي مثل هذه الاحوال ، يبطل العقد اذا كان الباعث غير مباح ، كما في عقود اجارة الدور لاجل استعمالها لتعاطي الدعارة ، أو في عقود الفرض التمسك المقاصرة ، وما اشبه . وهذا التوسيع في فهم نظرية السبب قد اتبعه اجتهاد المحاكم في فرنسا بوجه عام ٣ .

ويشترط في السبب ان يكون موجوداً حقيقة ، وان يكون صحيحاً ومشروعاً . فان انعدم أو كان غير صحيح أو غير مباح اضر العقد باطلاً . وفوق ذلك ، فان فائدة نظرية السبب في الالتزام نجدها بصورة خاصة في العقود المتأذنة لتنفيذها . فلو أدى احد المتماقدين في احد هذه العقود ما يجب عليه دون العائد الآخر ، كما لو دفع المشتري الثمن ورفض البائع تسليم البائع ، فيحقق ان نفذ العقد ان يسترد ما

(١) Causa remota .

(٢) Cause impulsive et déterminante .

(٣) انظر جوميران ، ج ٤ رقم ١٤٩ وما بعده . تسهيل الدعارة في الاجور يفسخ العقد في الاجتهاد البناني (قرار محكمة بدايونيوت بصلتها الامتدادية رقم ١٨٨٧ بتاريخ ١٤/٢/١٩٠٤ ،

مجموعة ساتم ج ١ ص ١٠١) . خلافاً للاجتهاد الفرنسي (رالوز المعالي ، كلمة اجارة دورم ، ص ٥٠) .

الشكل المطلوب ، وهو الصك الختم . ولا يشترط فيها وجود السبب ، الا في بعض الاستثنائات ، كالشرط المقيّد بالحرية أو ما أشبهه . والصفة الثانية غير شكلية ، ينبغي ان تكون مبنية على سبب ، ليس في اصطلاحهم والاعتبار المتقوم ،^١ ٣ .

وان السبب أو الاعتبار المتقوم لا يعني الغاية المباشرة للعقد ، كما في النظرية الفرنسية ، بل هو الغرم الذي يكبده الدائن في الالتزام . وتعريفه انه العمل أو الانتفاع أو الحسارة أو تعهد احد هذه الامور ، الذي يكون ببقائه أو باعثاره تعهد العاقد للاخر . وفي هذه النظرية ، كما في النظرية الفرنسية ، يختلف الاعتبار ايضاً عن الباعث الشخصي .

ويشترط في الاعتبار المتقوم شروط هي :^٢ -

اولاً - يجب ان يكون الاعتبار ذا قيمة بنظر القانون . فلو تعهد احد اربى بنقد ما كان واجباً عليه شرعاً ، أو ما كان ملزماً به بقتض عقد سابق ، فلا يصح التعهد ، لان الاعتبار يعد عندئذ غير متقوم . ولذا لا تكفي نية التبرع وحدها في عقود التبرع ، بل يجب ان تتم هذه العقود بشكل الصك الختم . على انه لا يشترط في العقود المتبادلة وجود المعاملة والمساواة بين وجبات الطرفين .

ثانياً - يتوجب في الاعتراف ان يصدر من العاقد الآخر . فليس لا يصح التناقد لمصلحة الغير .^٣

ثالثاً - ينبغي ان يكون الاعتبار سافراً ، ولا يكفي ان يكون ماضياً .^٤ فلو تعهد احد ان يدفع مالا آخر اعترافاً بجهله لغرم ، أو لوجود دين طبيعي

(١) Contract under seal

(٢) انظر كتاب آتون ، قانون العقد ، ص ٦٣ .

(٣) Valuable consideration

(٤) In consideration of

(٥) آتون ، ص ٦٤ و ٨٨ وما بعدها ، وخصوصاً ص ٩٢ و ٩٦ و ١٠٢ و ١١٩ .

(٦) هذا مخالف للاجتهاد الفرنسي والقانون اللبناني (الفصل ٢٢٧) ، الذين يجوزان التناقد لمصلحة الغير (Stipulation pour autrui) ، في نفس الأحوال .

Past consideration (٧)

دفعة ، لان العقد يصبح عندئذ بلا سبب . ويسمى هذا الحق والدفع بمسهم تنفيذ العقد ،^١ .

المفهوم البنائي

ان قانون الموجبات والعقود اللبناني قد اقتبس النظرية السببية الفرنسية دون تعديل ، ومبني بسبب السبب والباعث الشخصي . فاسمى الاول سبب الموجب والثاني سبب العقد . ونحن نرى في هذه التسمية الجديدة المبكرة داعياً للاتباس والاشكال ، لان السبب المسمى سبب الموجب من شروط صفة العقد ، مع انه الباعث الشخصي المسمى سبب العقد لا يدره به الا اذا كان غير مباح (المادة ٢٠١) . وهالك تعريفها حرفياً :

اولاً - وان سبب الموجب يكون في الدافع الذي يحمل عليه مباشرة ، على وجه لا ينتهر . وهو يعد جزءاً غير متفصل من العقد ، كلوجب المقابل في العقود المتبادلة ، والقيام بالأداء في العقود المعنية ، ونية التبرع في العقود الجانبية . أما في العقود ذات العوض غير المتبادلة ، فالسبب هو الموجب الموجود من قبل ، مدينياً كان أو طبيعياً ، (المادة ١٩٥) .

والثو ذلك ه ان الموجب الذي ليس له سبب او له سبب غير صحيح أو غير مباح يعد كأنه لم يكن ، ويؤدي الى اعتبار العقد الذي يعود اليه غير موجود ايضاً . وما دفع يمكن استرداده ، (المادة ١٩٦) .

ثانياً - وان سبب العقد يكون في الدافع الشخصي الذي حمل الفریق العاقد على انشاء العقد ، وهو لا يعد جزءاً غير متفصل عن العقد ، بل يختلف في كل نوع من العقود ، وان تكن من فئة واحدة ، (المادة ٢٠٠) .

النظرية الانكليزية

ان العقود في الشريعة الانكليزية فتتان . الاول شكبة تكفي فيها مراعاة

Exceptio non adimpleti contractus (١)

البند الثاني الشريعة الاسلامية

مخبره

نحن ننتبه بما قدمنا ان مسألة السب ليست من الاجمات الواضحة الثابتة ، بل هي من المسائل الصعبة التي اختلفت فيها النظريات والقوانين كثيرا ، حتى ان اشتراط السب كركن ضروري في العقود لم يجمع عليه العلماء والقوانين ، ودفق ذلك ، فان الذين قالوا بضروريته لم يفتقروا على تعريف واحد واضح ، والخلاف فيه خلاف تخليقي نظري ، وهو على كل حال من الاجمات الجديدة في تاريخ الشرائع .

لذا لا غرو ان لم نجد مسألة السب بين المسائل التي درسها الفقهاء المسلمون كقضية عامة ، وهم كما تعلم لم يدروا غالباً ما درسوه من المسائل الفقهية الا على طريقتهم العملية واسلوبهم الاستقرائي .

على انه اذا فاتهم بحث السب كقضية عامة ، في العقود ، فانه لم يهتم بجهته بصورة علمية في علم اصول الفقه ، ولا بحث بصورة عملية في علم الفروع وفي ارباب العقود المختلفة . وليس من العجيب ان لا يهمل الفقهاء هذه المسألة الهامة . فانه اذا كانت نظرية السب ضرورية ، واذا كان السب ركناً حقيقياً للعقد ، فهل يعقل ان لا نجد شيئاً عنه في كتب الفقهاء المسلمين ، وهم كما التفتنا في مواضع اخرى عديدة لم يتروكوا قولاً مفيداً او غير مفيد الا وقالوا ، ولا باباً عملياً او فرضياً الا وطرقوه ؟ وهل من ينكر نعمتهم في الامور وعلاؤهم كعبهم في ميدان الفقه ، كل ذلك طبعاً مع اعتبار نسبة الزمان والمكان ؟

ولكن لا ينبغي ان نبالغ في اهمية ما كتبه ، وكل ما يزيد ان نوضحه ههنا ،

بذاته ، فلا يصح هذا التهميد .
وبعد ، فهذه القواعد والشروط المطلوبة لسبب في الشريعة الانكليزية انتهت مساري ، عديدة ، لان بعض العقود المفيدة اعتبرت غير صحيحة لعدم مراعاتها هذه الشروط جميعاً . ولقد انتبه رجال القانون لذلك ، فاقترحت اللجنة التشريعية ادخال بعض التعديلات على هذه النظرية التقليدية . إلا ان هذه الاقتراحات لم تشر ، لانها اثرت ضجة ومعارضة في بعض الارباط العلمية ٢ .

(١) اللوجيب الطبيعي مقبول في القانونين الفرنسي والبنالي (الثالثة ٢ وما بعدها) .
(٢) راجع تقرير لجنة تعديل القوانين السادس لسنة ١٩٣٧ .
6 th interim report of the law revision committee , 1937 , cond 3449
والخبر عن الشريعة القانون الانكليزي لسنة ١٩٣٧ ، ص ١٤٠ (Annual survey of English law) لسنة ١٩٣٨
ومقال الشرح ماسون في مجلة القانون الدولية (Law Quarterly Review) لسنة ١٩٣٨ ص ٢٢٢ .

وكذلك في الديون الثابتة في الذمة ، وهي كما نعلم من قلة المدعيات ، لا بد من سبب أو مصدر تتولد منه ، لذا قالت المجتة في دعوى الدين ان المدعي و يسأل عن سببه وجهته . يعني يسأل هل هو ممنوع ، أو اجرة ، أو دين من جهة اخرى ، والمحال يسأل من أي جهة كان ديناً ، (المادة ١٦٢٧) .

وبهذه المناسبة لا بأس بمعرفة ما يكون الحكم لو رفض المدعي بيان سبب الوجوب . أيجوز للقاضي على ذكره ، أم لا يجزوه ؟ اجاب بعض المتأخرين من الفقهاء الحنفيين ان الدعوى لا تسمع عند عدم ذكر سبب الوجوب ^١ . ولكن المجتة لم تتبع هذا القول ، لا هنا ، وان اعطت القاضي حتى سزال المدعي عن سبب الدين المسمى به ، الا انها لم تقل باجباره على ذلك . واولها موافق للذهب الحنفي المشار . فقد قال قاضيخان ان عامة الروايات تذكر ان القاضي لا يجزوه على بيان السبب ، وروى ما قاله الامام علي بن محمد البرزدي ^٢ ان المدعي قد يستغني عن بيان سبب الوجوب او يشق عليه بيان ذلك ^٣ .

ولا بد من الملاحظة ان السبب هنا ليس سبب العقد الذي سببته ، بل هو الدين بالمعنى العام . فالدين كما يكون سبباً عن عقد ، سبباً ايضاً عن غيره من مصادر الالتزام ، كالانكاف والنصب وما اشبه . والحاصل من ذلك ان لكل دين سبباً كما ان لكل التزام سبباً ، كما ان لكل حكم شرعي سبباً .

السبب في العتور

ان العقد سبب من أسباب الالتزام ، بمعنى السبب العام الذي قدمنا . ولكن هل للعقد نفسه من سبب ؟ أو بكلمة اخرى هل يطلب في العقد شروط خاص يسمى السبب ؟

في الجواب عن هذا السؤال ، لا بد من الإشارة الى ان الفقهاء لم يشترطوا

(١) راجع مثلاً الدر المختار شرح توتير الأبار ، ج ٢ ص ٣١٢ .

(٢) تولى سنة ٤٨٢ هـ . وقد ولي قضاء سمرقند ، وترك تصانيف شهيرة في أصول الفقه

وبروعه . اعتر الفوائد البهية في تراجم الحنفية للكنيتي ، ص ١٢٤ - ١٢٥ .

(٣) الفتاوى الحامية ، بهاشر الهندية ، ج ٢ ص ٣٧٨ .

بل كل ما يمكن ان ينتظر في مساندا المرض ، هو استخلاص موقف الشريعة الاسلامية من هذه النظرة القائمة ، وجمع ما يتعلق بها في ضوابط معلومة ، على قدر ما نجد الى ذلك من سبيل .

السبب في علم اصول الفقه

في كتب أصول الفقه نظرية واسعة في الاحكام الشرعية وما يتعلق بأمن النجاة . وبين هذه النجاة تحت طريف عن السبب .

وتعريف السبب في اصطلاح علماء الاصول هو وكل وصف منضبط دل الدليل الاسمي على كونه معر فآ حكم شرعي . أو هو بعبارة وجيزة عامة كل أمر تسبب عنه أثر شرعي . فالأرجح سبب حصول التوارث بين الزوجين ، والقتل أو الجرح سبب للقصاص ، والسرقة سبب للعد أو للعقوبة الشرعية ^١ .

وان السبب بمعناه العام يشمل عند الاصوليين جميع ابواب الفقه من عبادات وعتوات وملكيات ومعاملات . وهذا المعنى الراجح قبل عن الفوت وعن عقود التليك كما رأينا انما من الاسباب الشرعية التي تجوز اخذ مال الغير . وهذا المعنى اذن وردت ايضاً كلمة السبب في القاعدة العامة انه لا يجوز لاحد ان يأخذ مال احد بلا سبب شرعي ^٢ .

وكما يكون لذلك اسباب شرعية كذلك للموجب أو الالتزام اسباب . وسبب الالتزام بمعناه المصدر الذي ينتج منه . مثاله التصرفات الفولية والذمبية ، أي العتور والجرائم ، جميعاً تعتبر اسباباً للالتزام الذي يصدر عنها . وهذا المعنى كما ترى أهم من معنى السبب في العتور . بل انما العتور نفسها تمت هنا اسباباً ، ولاشأنها على تحصيل حكمتها في مسياتها بطريق المناسبة ^٣ . وقد ورد استعمال السبب بهذا المعنى ايضاً في القوانين الأجنبية ^٤ .

(١) الاحكام في اصول الاحكام لأتمدي (ج ١ ص ٦٦) ، والموافقات الشافعية (ج ١ ص ١٨٨) .

(٢) المادة ٩٧ من المجلة . اعتر ما قلناه ينطبق في الجزء الاول من مساندا الكتاب

ص ٩٣ .

(٣) الفروق للترالي ، ج ٣ ص ١٤٢ .

Causa obligatoris (٤)

وان هذه النظرية اوسع من النظرية السببية الفرنسية القديمة ، وأوسع من نظرية الشريعة الانكليزية. وهي قريبة من نظرية القضاء الفرنسي التي اتبعتها القانون اللبناني ، لأنها لا تعتبر في العقد السبب فحسب ، بل تعتبر أيضاً الباعث الشخصي اذا كان مقصوداً في العقد صراحة أو دلالة. فلذا قلنا في التعريف الذي استخلصناه ، والذي لم ينتكروا ، ان السبب هو الفرض المباشر المقصود في العقد ، لان الباعث يكون مقصوداً أحياناً بوجه واضح أكيد ، وسوى بعض الامثلة من كل ذلك قريباً .

والخلاصة التي زاعها هي ان النظرية السببية الاسلامية نظرية مدونة ، مبنية على تحريم الارادة والغرض والقصد . فلذا نحن بكل احترام لا نوافق كل المرافقة من قال من الامانة الافاضل بان نظرية السبب الاسلامية لا يمكن ان تكون إلا نظرية مادية ، ولا بان الشريعة الاسلامية تعهدت من الشرائع التي تتغلب فيها النظرية المادية ،^١ .
وفي تفصيل النظرية الاسلامية نلخص انه ينبغي في السبب تراثر بعض الشروط ، وهي : ان يكون السبب موجوداً ، ومباحاً ، وصحيحاً ، ونحن نوضح كلاً منها بكلمة ، بعد ان نبين حكم الوعد الجرد في الشريعة الاسلامية .

الوعد الجرد

ان الوعد الجرد هو التعهد الذي لا يستند الى سبب . ولقد قلنا انه مقبول في بعض الشرائع ، كما في المانيا مثلاً ، وانه غير مقبول بوجه عام في الشرائع التي اخذت بنظرية السبب .
أما في الشريعة الاسلامية ، فقد ورد في الحديث الشريف : « آه الناس آفتق ثلاث ، اذا حدثت كذب ، واذا وعد أخلف ، واذا اثنى خان » .^٢ وقد كان في تفسير هذا الحديث خلاف بين الفقهاء .

(١) نظرية العقد ، الدكتور عبد الزكاء السنهوري باشا ، رقم ٥٦٢ .
(٢) روي في الصحيحين وفي سنن الترمذي والنسائي . انظر شرح العيني على البخاري (ج ١ ص ٢١٨ - ٢١٩) ، وصحیح مسلم (ج ١ ص ٥٦) ، والجامع الصغير للسيوطي (ج ١ رقم ٢٥) .

ذلك بصورة واضحة جازمة ، بل انهم كثيراً ما خلطوا بين محل العقد وسببه . ويرغم هذا ، فانه يستتبع من بعض دراساتهم ما يقرب من النظرية السببية ، او ما يدل على تفكيرهم فيها بصورة ضمنية .

ويمكن الاستدلال على ذلك من القواعد الفقهية العامة ، فضلاً براه ان من سادى ، للشرح الاسلامي ، ان كل فاعل عاقل مختار انسا يقصد بعلمه عرفاً من الاغراض ،^١ . و ان المقصود في العقود متميزة ، وانما تنزير في صفة العقد وقصده وفي حله وحرمة ،^٢ . وللعقد سبب منحرب ملزم اذا اتفاد حكمه المقصود منه يقال انه صح ، وان تخلف عنه مقصوده يقال انه بطل ،^٣ .

فلذا ان لكل عقد عرفاً أو سبباً مقصوداً ، وان كل سبب لا يجعل مقصوده لا يشرع ،^٤ . وهذا الغرض او السبب يختلف باختلاف ذوات العقود . فعقد الزواج مثلاً سببه لتتماسل والتكاثرة والمودة ،^٥ . والمبسة وسببها ارادة الخير للواهب ،^٦ . والوقف سببه ارادة محبب النفس ،^٧ . والمقصود من البيع ونحوه انما هو انتزاع كل واحد من المتعارضين بما يعير اليه ، فاذا كان عدم المنفعة أو محرماً ، لم يجعل منه مقصوده ، فيبطل عقده والمارعة عليه ،^٨ .

او بعبارة اخرى ، لقد اعتبر الفقهاء ان السبب في عقود التبرع هو ارادة الخير والتبرع مجرد ذاتهما ، وان السبب في عقود المارعة هو الغرض من الانتزاع بالمارعة التي يقصد اليها كل من المتعاقدين .

وانما نستخلص من اقولهم ان تعريف السبب عندهم هو الغرض المباشر المقصود في العقد ، وهذا يزيد ما قلنا من الشاهد وما سلبين من النتائج . وان هذا كله يثبت على الجملة بدون تردد ولا مبالغة ان في الشريعة الاسلامية من الضوابط والاحكام ما يصلح اساساً لنظرية السبب .

(١) الرافعات ، ج ٢ ص ٣٢٧ .
(٢) اعلام الموقعين ، ج ٣ ص ٦٦ .
(٣) التلخيص للبرقي ، ج ١ ص ٦١ .
(٤) التروف ، ج ٣ ص ١٧١ .
(٥) الصغير عليه .
(٦) الدر المختار ، ج ٢ ص ٤٧١ و ١٤٨ .
(٧) التروف ، ج ٣ ص ٢٣٨ .

فإن عدا ذلك ، فيكون الوعد مجرداً ، ولا يلزم الوفاء به شرعاً .

وشبه بالوعد الجرد الاقرار الجرد . فهذا أيضاً لا يكون سبباً للاتزام ، لان حكم الاقرار هو ظهور المقر به ، لا حدوثه بحد ذاته ، أي ان الاقرار من هذه الجهة اخبار لا اثناء ، وبناء عليه لو ادعى المدعي على المدعى عليه شيئاً وجعل عليه اقراره فقط لا تسع دعواه ... وكذلك لو ادعى المدعي بقوله ان لي بدمية هذا الرجل كذا فورش من جهة القرض حتى انه هو كان قد أقر بأنه مدين لي في هذا المبلغ من هذه الجهة ، تسع دعواه . اما اذا ادعى بقوله ان لي بدمية هذا الرجل كذا فورش لانه كان قد أقر بأنه مدين لي بالمبلغ المذكور من جهة القرض ، فلا تسع دعواه ، (المادة ١٦٢٨) .

وجوه السبب

لقد بينا الآن ان الوعد الجرد غير ملزم في الرأي السائد عند الفقهاء ، وذلك لانه لا يستند الى سبب او غرض مقصود .

ولا بد من ان يكون السبب موجوداً حقيقة . مثله لو استأجر أحد اصديراً لاجراء عمل لقاء اجرة ، وكان هذا العمل فرضاً او واجباً على الاجير قبل العقد ، لم تصح الاجارة . مثلاً لو استأجر رجل وزوجته لتزويج طفلها لم يجز ، لان الارض مستحق عليها ديانة ،^١ وتعليقه ان مثل هذا العقد لا يستند الى سبب في الواقع . وهذا شبيه بما رأيناه في الشريعة الانكليزية بشأن والاخبار المتقروم ، ولا يشترط وجود السبب أو الغرض المقصود فحسب ، بل يجب دوامه اثناء العقد . فقلبه يكون الغرض هنا سبباً للعقد في حدوثه ، وهو يعين دوامه ما دام موجوداً ، ويسبب سقوطه عند زواله .

وبما يوضح ذلك قضية عرضت على مجلس المشاورين في قوطية . وخلصتها ان رجلاً استدان من زوجته ثلاثين ديناراً ، وامهنته لمدة خمس سنين . ولكنه طلبها بعد سنة ونصف . فتقاضته الزوجة تطالب بحال الدين وسقوط الاجل . فرغ القاضي أمرها الى ذلك المجلس فاتفق ابن عتاب لمصلحتها ، معللاً بان « هذا الائتمان كلف

(١) الفتاوى العنقية (ج ٤ ، ص ٤١٨) ، والعمارة (ج ٢ ، ص ٣٨) .

فالامام ابن شبرمة ، وهو صاحب أحد المذاهب البائدة ، قال بان الوعد كلف لازم ويقضى به على الواعد ويجبر . وقال الامام مالك رأي وسط ، وهو ان يجرد الوعد لا يلزم الوفاء به ، الا ان كان مقرراً بذكر السبب او بان ادخل الموعد بكافة ، فحينئذ يلزمه الوفاء به . مثاله « من قال لآخر تزوجك ولك كذا ، فتزوج كذلك ، وجب الوفاء به »^١ .

ولكن باقي الائمة المسلمين قالوا بان يجرد الوعد لا يلزم الوفاء به ، ولا يكون فرضاً من الجواز الوعد والعهد الا على من وعد بواجب عليه ، كاتصاف من دين او اداء حق فقط ،^٢ . فمفتدئ لا يكون القروم في الحقيقة من الوعد ، بل من الواجب السابق الموجود .

واليك بعض الاشارة من الجملة وغيرها من مراجع الحنفيين . قالت المجلة : « ولو أمر أحد آخر باداء دينه بقوله آذ ديني مقدار كذا من مالك ، فوعد بتأديته ، ثم امتنع من الاداء ، لا يجبر على اداته بغيره وعده ، (المادة ١٥١١) . وكذا ان من وعد بغيره بقضاء دينه لا يلزم بشيء »^٣ ، كذلك اذا وعد أحد غيره بان يطيه غلال ارضه القلانية ، فلا يلزمه الوفاء وعده شرعاً ؛ .

الا ان الامر يكون على خلاف ذلك اذا كان الوعد معلقاً بشرط . ففي الفتاوى الجزائرية ، قاعدة كلية تنقها المجلة وشرها هكذا : « الواعد باكتساب صدور التعلق يكون لازمة . مثلاً لو قال رجل لآخر بيع هذا الشيء فلان ، وان لم يعطك شيء فانا أعطيه لك ، فلم يعط المشتري الشئ ، لم يملك على الرجل اداء الشئ المذكور ، بناء على وعده المطلق » (المادة ٨٤) .

وبعبارة اخرى ، ان الوعد اذا اكس او لس صورة التعلق بشرط ، كما في تعهد الدفع للدائن عند فتح مدينه عن الدفع ، هذا الوعد يعتبر ككتابة لازمة . اما

(١) الفروق (ج ٤ ، ص ٢٠) ، وشرح العيني على البخاري (ج ١٣ ، ص ٢٥٧) ، والهي (ج ٨ ، ص ١١٢٥) .

(٢) المحلى في الوضع المذكور .

(٣) الفتاوى الجزائرية ، ج ٣ ، ص ٣ ، باش العنقية .

(٤) الاشباه لابن نجيم (ص ١١٥) ، وشرح الصوري (ج ٢ ، ص ١١٠) ، وتبيين الحامدية (ج ٢ ، ص ٤٧٢) .

(٥) الجزائرية في الوضع المذكور .

إلغاء السبب

لا يكفي أن يكون السبب موجوداً ، بل يجب أن يكون مباحاً أيضاً ليصح العقد ، فلو رأينا سابقاً أن الرشوة باطلة لأنها تقع على عمل أو موضوع محرم من جانب المرابي ، وهو العمل غير المشروع ، أما موضوع العقد من جانب الرابي ، أي المال ، فهو مباح بحد ذاته . ولكن الغرض المقصود منه غير مشروع ، لذلك كان دفع المال بقصد الرشوة باطلاً من جانب الرابي أيضاً ، لعدم ائحة السبب . ويحقق للراشي استرداد ما دفعه ، لأن الدفع جوي بلا غرض مشروع^١ .

وقد قال ابن رجب بمناء بأن أسباب العقود تعتبر في التملكيات ، وأن الامام ابن حنبل لم يجوز ذلك الهدية للقاضي حين لم تجر العادة بهديه له ، ولا الهدية لمن يشفع للعهلي بشفاعة عند السلطان ونحوه^٢ .
ولا شك في أن هذا التنصّل بين السبب والرخل ليس من كتب الفقه الاسلامي ، بل هو نتيجة التحليل الذي توصل اليه علماء القانون اليوم ، والذي زاه ينطبق على ما قاله الفقهاء من حيث الخلاصة^٣ .

ومن امثلة تحريم العقود لعدم ائحة الغرض ما جاءه في المذهب الحنفي والظاهرى وفي احد فواصي المذهب المالكي من بطلان بيع كل شيء يقصد به غرض محرم ، كبيع العصير او الثمر او المنب لمن يتخذ خمرا ، او بيع السلاح لاهل الفتنة أو لقطع الطريق ، أو بيع الخمر أو البيض للحيان لاجل اتخاذ وسيلة للتهار ، أو ما أشبه من البيوع . ويشترط بطلان البيع في همداء الامثلة علم البائع بقصد المشتري المحرم^٤ .

فهنا كان الغرض المقصود في العقد غير مباح ، فكانت نتيجة بطلان العقد . وانت ترى ان همداء الغرض المقصود ليس السبب بمناء الضيق ، بل هو الربايت

(١) انظر المراجع التي ذكرناها آتياً في فصل بوضوح العقد من ٨٠ .

(٢) الروايع ، القاعدة ١٥٠ ، ص ٣٢٢ .

(٣) راجع مثلا نظرية العقد كقول سبوري (روم ٥٢١) ، وجورسك (ج ١٤٠) .

(٤) لغني والفتح الكبير (ج ٤٠٠ - ٤١٠ و ٢٨٣ - ٢٨٤) ، والخصلى (ج ١٦٠) .

وقد (١٥٤٢) . وشرح الخطاب على سبدي خليل (ج ٢ من ٢٦٧) .

ملحوظاً فيه رد الزوجية واستدامة الصفة ، فاما وقد انقضت فقد زال السبب الموجب للتأجيل^١ ، وبكلمة أخرى ، كان الغرض الدافع لقبول الاجل في العقد حسن العلاقة الزوجية . فلما زال همداء الغرض ، أصبح الاجل بلا سبب ، ومن ثم لزم ان يتزول بزواله .

وبمناء ودي عن ابن حنبل وغيره انه قال في وهبة المرأة زوجها صداقاً اذا سألنا ذلك ، فان سببها استدامة النكاح ، فان طلقها فلها الرجوع فيها^٢ . وايضاً من اكثرى فندقاً أو حماماً فأجلى أهل البلدتة أو قل رآده ولم يجد من يسكنه فلا كراء عليه^٣ .

ومثل آخر بين فسخ العقد عند فوات الغرض المقصود منه . فقد ورد في الجملة انه : لو حدث عذر مانع لاجراء موجب العقد تنفسخ الاجارة . مثلاً لو استأجر طباح العرس ومات احد الزوجين تنفسخ الاجارة . وكذلك من كان في سنة ألم ، وقاول الطبيب على اخراجها بقرشاً ، ثم زال الألم بنفسه ، تنفسخ الاجارة . وكذلك تنفسخ الاجارة بوفاة العمي أو الظفر^٤ ، ولا تنفسخ بوفاة المستضعف ، (المادة ٤١٣) . فانت ترى من همداء ومن غيره من الامثلة ان الغرض المقصود يشمل بالتعبير الحديث السبب ، ويشمل ايضاً الباعث الشخصي اذا كان من حطب العقد .

وكما ان الغرض يشترط وجوده لدوام العقد ، كذلك ينظر الى الغرض ايضاً لتفسير العقد وتحديد مده . مثاله ينظر الى غرض الاثراء عند تعيين توابع المبيع في عقد البيع ، وان لم تذكر هذه التوابع صراحة في العقد . فلو بيع فقل دخل متناحه في البيع ، لان غرض الشراء لا يتبع بدونه (المادة ٢٣١) . فالسبب هنا مقدر وشخص له .

(١) انظر تبصرة المحكم لان فرجوت (مصر ، ١٣٠٢ ، ص ٢٦٨) ، وتطبيق الفسخ سليمان في رساله و باي شرح حكيم (روم ٣٢٧) .

(٢) القواعد لان رجب (القاعدة ١٠٠ من ٣٢٢) ، والهيبة شرح الفتحة (ج ٢ من ٦٠) .

(٣) الهيبة شرح الفتحة ، ج ٢ ص ٣٢٢ .

(٤) مني الناطقة على ولد الغير والزوجة له .

فباعتبار ذلك ، فيكون الوعد مجرداً ، ولا يلزم الوفاء به شرعاً .
 وشبهه بالوعد المجرى الأفراد المجرى . فهذا أيضاً لا يكون سبباً للاتزام ، لان
 حكم الأفراد هو ظهور المقر به ، لا حدوثه بتمامه ، أي ان الأفراد من هذه
 الجهة اخبار لا انشاء . و بناء عليه لو ادعى المدعي على المدعى عليه شيئاً وسجل
 عليه اقراره فقط لا تسع دعواه ... وكذلك لو ادعى المدعي بقوله ان لي بئسمة
 هذا الرجل كذا فورش من جهة القرض حتى انه هو كان قد اقر بأنه مدينون لي بهذا
 المبلغ من هذه الجهة ، تسع دعواه . اما اذا ادعى بقوله ان لي بئسمة هذا الرجل
 كذا فورش لانه كان قد اقر بأنه مدينون لي بالمبلغ المذكور من جهة القرض ، فلا
 تسع دعواه ، (المادة ١٦٢٨) .

موجبه السبب

لقد بينا الآن ان الوعد المجرى غير ملزم في الرأي السائد عند الفقهاء ، وذلك
 لانه لا يستند الى سبب او غرض مقصود .
 ولا بد من ان يكون السبب موجوداً حقيقة . مثاله لو استأجر أحد اجيراً
 لاجراء عمل لقاء اجرة ، وكان هذا العمل فرضاً او واجباً على الاجير قبل العقد ،
 لم تصح الاجارة . مثلاً لو استأجر رجل و زوجته لتوضيع طفلها لم يجز ، لان
 الارضاع مستحق عليها ديناً ،^١ . وتعليه ان مثل هذا العقد لا يستند الى سبب
 في الواقع . وهذا شبهه بما رأينا في التبرعة الاكثارية بشأن الاختيار المتقوم ،
 ولا يشترط وجود السبب أو الغرض المقصود فحسب ، بل يجب دراهم اتساع
 العقد . فلهذا يكون الغرض هنا سندا للعقد في حد ذاته ، وهو يعين دراهم ما
 دام موجوداً ، وبسبب سقوطه عند زواله .

وما يوضح ذلك قضية عرضت على مجلس المشاورين في قرطبة . وخلصتها ان
 رجلاً استدان من زوجته ثلاثين ديناراً ، وامهله لمدة خمس سنين . ولكنه طلقها
 بعد سنة ونصف . فتقاضته الزوجة تطالب حامل الدين وسقوط الاجل . فرجع القاضي
 امرها الى ذلك المجلس فاتفق ابن عتاب لمصلحتها ، معللاً بان هذا الائتلاف كلف

(١) الفتاوى الهندية (ج ٤ ، ص ٤١٩) ، والندبية (ج ٢ ، ص ٣٨) .

فالإمام ابن شبرمة ، وهو صاحب المذاهب البائدة ، قال بان الوعد كله
 لازم ويقضى به على الواعد ويجوز . وقال الامام مالك باي وسط ، وهو ان مجرد
 الوعد لا يلزم الوفاء به ، الا ان كان مقروناً بذكر السبب او ان ادخل الموعود
 بكافة ، فحينئذ يلزم الوفاء به . مثاله و من قال لآخر تزوج بك كذا ، فتزوج
 لذلك ، وجب الوفاء به ،^١ .

ولكن باقي الامة المسلمين قالوا بان مجرد الوعد لا يلزم الوفاء به ، ولا يكون
 فرضاً من اجزاء الوعد والمهد الا على من وعد بواجب عليه ، كاتساع من دين او
 اداء حتى فقط ،^٢ . فحينئذ لا يكون الزوم في الحقيقة من الوعد ، بل من
 الواجب السابق الموجود .

واليك بعض الامثلة من المجلة وغيرها من مراجع الحنفين . قالت المجلة : ولو
 أمر أحد آخر باداء دينه بقوله اذ ديني مقداره كذا من مالك ، فوعد بتأديته ،
 ثم امتنع من الاداء ، لا يجبر على اداة بغيره وعده ، (المادة ١٥١١) .
 وكذا ان من وعد غيره بقضاء دينه لا يلزم بشي .^٣ ، كذلك اذا وعد أحد
 غيره بان يطبه غلال ارضه الفلانية ، فلا يلزمه الوفاء بوعده شرعاً .

الا ان الامر يكون على خلاف ذلك اذا كان الوعد ملقاً بشرط . ففي
 الفتاوى البرازية قاعدة كلية نقلها المجلة وفسرتها هكذا : الواعد باكفائه
 صدور التعليق تكون لازمة . مثلاً لو قال رجل لآخر بيع هذا الشيء فلان ، وان
 لم يعطك فنه فانا اعطيه لك ، فلو يعط المشتري الشئ ، لزم على الرجل اداء الشئ
 المذكور ، بناء على وعده الملق ، (المادة ٨٤) .

وبمباراة اخرى ، ان الوعد الملق اكس او ليس صورة التعليق بشرط ، كما في
 تعهد الدفع للدين عند تسع مدينه عن الدفع ، هذا الوعد يعتبر كقناة لازمة . اما

(١) القروق (ج ٤ ، ص ٢٥) ، وشرح البيهقي على البخاري (ج ١٣ ، ص ٢٥٧) ، والمجلد

(ج ٨ رقم ١١٢٥) .

(٢) المجلد في الوصع المذكور .

(٣) الفتاوى البرازية ، ج ٣ ، ص ٣ ، يامش الهندية .

(٤) الاشياء لان نعيم (ص ١١٥) ، وشرحها لعمري (ج ٢ ، ص ١١٠) ، وتفتح

المطامنية (ج ٢ ، ص ٣٧٢) .

(٥) البرازية في الوصع المذكور .

بإحدى السبب

لا يكفي أن يكون السبب موجوداً ، بل يجب أن يكون سبباً ايضاً ليصح العقد . فلقد رأينا سابقاً أن الرشوة باطلة لانه تقع على عمل أو موضوع محرم من جانب المرتشي ، وهو العمل غير المشروع . اما موضوع العقد من جانب الرائي ، اي المال ، فهو سباح بحد ذاته . ولكن الغرض المقصود منه غير مشروع . لذلك كان دفع المال بقصد الرشوة باطلاً من جانب الرائي ايضاً ، لعدم اباحة السبب . ويحق للرائي استرداد ما دفعه ، لان الدفع يجري بلا غرض مشروع .^١

وقد قال ابن رجب بمضاه بان اسباب العقود تعتبر في التملكيات ، وان الامام ابن حنبل لم يجوز لذلك المدنية لتقاضي ممن لم يجر العادة بهدته له ، ولا المدنية لمن يشفع للمعطي بشفاقة عند السلطان ونحوه .^٢

ولا شك في أن هذا التفصيل بين السبب والغل ليس من كتب الفقه الاسلامي ، بل هو نتيجة التجليل الذي توصل اليه علماء القانون اليوم ، والذي نراه ينطبق على ما قاله الفقهاء من حيث الخلاصة .^٣

ومن امثلة تحريم العقود لعدم اباحة الغرض ما جاء في المذهب الحنفي والظاهرية وفي احد قولي المذهب المالكي من بطلان بيع كل شيء يقصد به غرض محرم ، كبيع العصبير او النسر او العنب لمن يشغفه خمرًا ، او بيع السلاح لاهل الفتنة أو اقطاع الطرق ، أو بيع الجوز أو البيض للصبيان لاجل اتخاذ وسيلة للقتال ، أو ما أشبه من البيوع . ويشترط لبطان البيع في هذه الاشياء علم البائع بقصد المستوي المحرم .^٤

فهنا كان الغرض المقصود في العقد غير سباح ، فكانت نتيجةه بطلان العقد . وان تروى ان هذا الغرض المقصود ليس السبب بمضاه الشيق ، بل هو الباعث

(١) انظر المرجع التي ذكرناها آتياً في فصل موضوع العقد من ٨٠ .
 (٢) القواعد ، القاعدة ١٥٠ ، ص ٢٢٢ .
 (٣) راجع مثلا نظرية العقد لـ الدكتور مستوري (رقم ٥٣١) ، وجورسان (ج ٢ رقم ١٤٠) .
 (٤) المعنى والنسج الكبير (ج ٤ ص ٤٠ - ٤١ و ٢٨٣ - ٢٨٤) ، والحسبي (ج ٦ رقم ١٥٤٢) ، وشرح الخطاب على سيدي خليل (ج ٤ ص ٢٦٧) .

معلوظاً فيه رد الزوجية واستدامة الصفة ، فاما وقد انقضت فقد زال السبب الموجب للتأجيل ،^١

وبكافة اخرى ، كان الغرض الدافع لقبول الاجل في العقد حسن العلاقة الزوجية . فلما زال هذا الغرض ، أصبح الاجل بلا سبب ، ومن ثم لم يزم ان يتحول بزواله .

ويعلمه روي عن ابن حنبل وغيره انه قال في دهبه المرأة زوجها صدقها اذا نالها ذلك ، فان سببها استدامة النكاح ، فان طلقها فلها الرجوع فيها .^٢ وايضاً من اکتوى فندقاً أو حماماً فانجلى أهل البلدت أو قل وارده ولم يجد من يسكنه فلا كراء عليه .^٣

ومثل آخر بين فسخ العقد عند فوات الغرض المقصود منه . فقد رده في الجملة انه : ولو حدث عند مانع لاجراء موجب العقد تنفسخ الاجارة . مثلاً لو استؤجر طباح للعرس ومات احد الزوجين تنفسخ الاجارة . وكذلك من كان في سنة ألم ، وقاوال الطبيب على اخراجها بجنسين قرناً ، ثم زال الألم تنفسخ الاجارة . وكذلك تنفسخ الاجارة بوفاة الصبي أو الظفر ، ولا تنفسخ بوفاة المسترضع ، (المادة ٤٤٣) . فانت تروى من هذا ومن غيره من الاشياء ان الغرض المقصود

يشمل بالتعبير الحديث السبب ، ويشمل ايضاً الباعث الشخصي اذا كان من طلب العقد .

وكما ان الغرض يشترط وجوده لعدم العقد ، كذلك ينظر الى الغرض ايضاً لتفسير العقد وتحديد مده . مثاله ينظر الى غرض الاشتراء عند تعيين نواع البيع في عقد البيع ، وان لم تذكر هذه النواع صراحة في العقد . فلو بيع فقل دخل مفتاحه في البيع ، لان غرض الشراء لا يتم بدون (المادة ٢٣١) . فالسبب هنا

مفسر ومتمم له .

(١) انظر نصرة المحاكم لابن فرحون (مصر ، ١٣٠٢ هـ ، ج ٢ ص ٦٨) ، وطيفي الشيخ سليمان في رساله و بأي شرح نعم (رقم ٣٧) .
 (٢) القواعد لابن رجب (القاعدة ١٥٠ ، ١٠١) ، والبيهقي شرح الصغلا (ج ٢ ص ٦٥) .
 (٣) البيهقي شرح الصغلا ، ج ٢ ص ٢٢٠ .
 (٤) هي العاطلة على ولد الغير والرشرة له .

تلك بطلاً .

ومن أمثلة السبب المتلوط أيضاً ما لو ادعى أحد داراً في بد رجل آخر ، فضايله هذا على بدل من المال وسله اليه ، ثم برهن المدعى عليه انه كان اشترى الدار من المدعي قبل الصلح . فهنا يبطل الصلح ، ويجب على المدعي رد البديل . وتعليل ذلك ان الصلح بني على سبب متلوط ، فيبطل بظهور حقيقة الامر .

اما السبب العمودي ، فقيه أمثلة مختلفة متناقضة ، سنرى بعضاً منها في مسألة عقود النابذة ، والآن نكتفي بتل واحد فقط . فقد مثل خير الدين المشيف عن رجل تزوج زوجة بغير فلهه مائة وعشرون باسهاد شرعي . ثم تواضع الطرفان وصرحا لدى المحكمة ان العقد جرى على سبعين فقط نهرياً من دفع بمحصول كبير ، فهبل العمرة بالمر الحقيقى أم بالنسبة النابذة السورية ؟ فاجاب ان العمرة بغير المائسة والاميرين ، لان الثاني ثبتت فيه المراضعة بالوجه الشرعي .

وختاماً ، هل يسمع الادعاء بعكس السبب المصرح به او بعدم اباحه ؟ يجوز ذلك في قانون المروجات والمعقود اللبناني ، ولكن السبب المصرح به يبقى صحيحاً

إلى ان يثبت عكسه (المادة ١٩٩) .
وبمنه جاء في شرح الرهبانية : « اذا اقر رجل با في صك راشهد عليه ، ثم ادعى ان بعض هذا المال قرض وبهته ربا ، فان اقام البينة على ذلك تقبل » . ولكن هذا القول ليس هو التخصار للفتوى ، بل الفتوى هي على قول الامام ابى يوسف بان البينة لا تقبل على عكس الاقرار المذكور ، وان ليس للقر لا تخلف المقر له البيين .^٣

والى هذا ذهبته الجملة ، فتصت على انه : « اذا ادعى أحد بكونه كاذباً في اقراره الذي رفع فيحلف المقر له على عدم كون المقر كاذباً . متلاً إذا أعطى احد سنداً آخر محرراً فيه انه قد استقرضت كذا كذا درهم من فلان ، ثم قال وان كنت اعطيت هذا السند لكنني ما اخذت المبلغ المذكور منه فيحلف المقر له بعدم كون المقر كاذباً في اقراره هذا » (المادة ١٥٨٩) .

(١) البازرية ، ج ٣ ص ٣٢ (بهائش القندية) .
(٢) القتاوى الجهرية ، ج ١ ص ٢٨ .
(٣) الدر المختار شرح تنوير الابصار ، ج ٢ ص ٤٣٥ .

الشخصي الظاهر والمتصور في العقد .^١

ويبطل العقد في الشرع الاسلامي لعدم اباحة الغرض في أمته اخرى . منها انه ولا يجوز لابي الزوجة او أحد أقاربها ان يأخذ من الزوج دراهم او أي شيء كان لغا تزويجها او تليسيها .^٢ وقد قال ابن التراز ان هذا من نوع الرشوة .^٣ وهو حكم منقح عليه عند الحنفيين وغيرهم ، ويطلق على الأقارب وغير الأقارب . فقد مثل صاحب النصارى الجهرية في رجل تزوج زوجة ، فتمرض له شخص يقول : هذه فلاحتي واطلب عليها خلعة ، هل يجوز ان يحكم بذلك ام لا ... ؟ فأجاب : يحرم عليه ذلك باجماع المسلمين .^٤

وشبهه بهذه المسألة ما استقر عليه اجتهاد الفقهاء في أوروبا من تحريم المسرة في أمور الزواج ، باعتبارها تركز على سبب غير مشروع ومخالف للأقارب .^٥

صحة السبب

يجب في السبب ، علاوه على الشروط السابقة ، ان يكون صحيحاً ، ولا يكفي إذا السبب المتلوط او السبب العمودي .

فلو ظن شخص وجوب النفقة عليه لمن يستحقها فالتزمها ، كالتزامها للزوجة الناشئة متلاً او التزام الجد نفقة اولاد ابنه مع وجود ابيهم المنصر ، فالتزام باطل ولا يلزم المستلزم بشي .^٦ وتعليله ان الالتزام بني على سبب متلوط ، فكأن

(١) من هذا الرأي الاستاذ الفراهي في كتابه الفرنسي « الشروط العامة للبيع » ، بيروت ، ١٩٤٥ ، ص ١١٤ .
(٢) هذه عبارة المادة التسعين من قانون المسائلة الثاني الصادر في ٨ المحرم سنة ١٣٢٦ هـ (الموافق ٢٥ تشرين الاول سنة ١٣٣٣ مالمية او ١٩١٧ ميلادية) ، المدبول به في الحاكم الشرعية الدينية اللبنانية ، غنظفي المادة ١١١ من الرسوم الاشتراكية على المدة ٤:١ للتوزيع ، تشرين الثاني سنة ١٩٤٢ . والمادة ٢٤٢ من قانون ١٦ تموز ١٩٦٢ .
(٣) القتاوى البازرية ، ج ١ ص ١٥٤ - ١٥٥ (بهائش القندية) .
(٤) القتاوى الجهرية ، ج ١ ص ٢٨ .
(٥) آتسون ، قانون العقد (ص ٢٣٩) ، وجوسبران (ج ٢ رقم ١٣٥) ، وكولان وكاتيان (ج ٢ ص ٣٠٠) .
(٦) كيار ، النسبة الفقهية ، ص ٤٥ - ٤٦ .

قاهراً بانه على استعمال حفره أو تاديه واجباته ،
وتكون اهلية الاداء متفارقة الدرجات ، فالطفل غير المميز ، او من كان في
حكمه كالمجنون ، عديم اهلية الاداء ، ثم الصبي المميز أو من كان من فئته كالمجنون
عليه السنة ، يكون ناقص الاهلية أو ذا اهلية قاصرة ، لانه اصل الاجراء بعض
التصرفات دون بعض ، واختيار الرجال العاقل المميز الرشد يعتبر كامل الاهلية ،
وغيره لا تتعرض هنا لتفصيل هذه الامور جميعاً ، ولا لبيان جميع العوارض ،
من مساوية او مكسبة ، التي تؤثر في الاهلية ، بل اننا نخصر البحث في اهلية
التعاقد بوجاه عام وفي العوارض التي تؤثر فيها :

المجنون

ان المجنون لغة معناه التبع والتضييق . واصطلاحاً معناه ، بمبارة المجتهدة :
منع شخص مخصوص عن تصرفه ، القولي ، ويقال لذلك الشخص بعد المجنون
مجنوناً ، (المادة ٩٤١) . وبكلمة وجيزة ، ان المجنون شرعاً هو عدم اهلية التعاقد
واجراء التصرفات القولية . وهذا هو المعنى الذي استعمل في كتب الفقه وفي مجلة
الاحكام المدنية ، والذي نستخدمه في هذا الفصل .
على ان هذه الكلمة اشتملت اصابتاً بعامها اللغوي . مثلاً جاء في المجلة أنه :
« المجنون على بعض الاشخاص الذين يضررون بالعمامة ، كالطبيب الجاهل . لكن المراد
هنا من المجنون المنع من اجراء العمل ، لا منع التصرفات القولية ، (المادة ٩٦٤) .
ويكون المجنون على نوعين : حكومي وقضائي . فالجانب الحكومي يشمل من كان
مجنوناً عليه لذاته ، دون حاجة إلى حكم القاضي . وأم اسبابه صغر السن والمجنون
والعته والرث وسرور الموت . فليجاء في المجلة ان « الصغير والمجنون والمعتوه
مجنونون لذاتهم ، (المادة ٩٥٧) :
أما الجانب القضائي فهو الذي يحكم به القاضي في بعض الاحوال . مثاله قالت
المجلة : « وللحاكم ان يجبر على السبب ... وعلى اللبون بطلب الترميم ، (المادة ٩٥٨
٩٥٩ -) .
وان المجنون عليهم طائفتان : فمنهم من هو قائم الاهلية بتمامها ، كالمجنون

الفصل السادس اهلية المتعاقدين

البند الاول

المجنون واسبابه

اهلية الوجوب واهلية الاداء

لا بد في العقود من عاقدين أو أكثر ، لان الاتفاقيات تنتج من ارتباط ارادتين
مستقلتين ، ولانه لا يمكن لشخص واحد ان يتعاقد مع نفسه كما اوضحنا . ولا بد
ايضاً من ان يكون كل من العاقدين اهلاً للتعاقد ، اي حائزاً القدرة الشرعية
لذلك .

وان الاهلية عند علماء اصول الفقه نوعان ^١ : اهلية الوجوب واهلية الاداء ^٢ .
ناهلية الوجوب هي « وصف يصير به الانسان اهلاً له وعليه » ، او هي
« صلاحية (المراد) لوجوب الحقوق الشرعية له وعليه » . وان هذه الاهلية تكون
في الاصل لكل آدمي بعد ولادته ، حتى أن الجنين نفسه كما سنرى له اهلية ناقصة
لوجوب .

ولكن اهلية الوجوب وحدها لا تكفي للتعاقد ، بل ينبغي ايضاً وجود اهلية
الاداء . وهي القدرة على استعمال الحقوق التي تكون للتعاقد . فالمراد بولد اهلاً
لوجوب ، ولكن قبل من التمييز يبقى غير اهلاً للاداء ، لان لا يكون حينئذ

(١) انظر شرح التار لابن مالك (ص ٣٣٣ - ٣٣٥) ، ومنايع الدقائق (ص ٢٨١ - ٢٨٣) .

(٢) بالفرنسية يقال للاهلية (Capacité de jouissance) وبالانجليزية (Capacity d'exercice) .

البنء الثاني

الصغر

الادوار المختلفة

ان اهلية الوجوب تنبدي في الاصل بالولادة ونتهي بالوفاء . وقد تكون احياناً للجنين قبل الولادة ايضاً . ولكن اهلية الاداء بوجه عام ، واهلية التعاقد بوجه خاص ، لا يكون دائماً مع اهلية الوجوب ، بل يشترط فيها وجود درجة من التمييز تعد شرعاً كافية لاجل التعبير عن الرضى الذي هو الركن الاساسي للعقود . ولجل تقديم هذه الاهلية ، لا بد من بحث الادوار المختلفة التي يمر بها المرء في حياته . فيكون بحسب تدرجه في هذه الادوار جنيناً ، فصغيراً غير مميز ، فصغيراً مميزاً ، فصغيراً مآذوناً ، قبالماً ، فراشداً .

الجنين

لا يكون الجنين ابداً اهلاً لاداء . وكذلك لا يكون اهلاً لوجوب الحقوق عليه . مثله لو اشترى الولي شيئاً له لا يجب عليه الثمن ، ولا تجب عليه ايضاً نفقة الاقارب ولا شيء من الواجبات ابداً .
ولكن الجنين اهل لوجوب الحقوق له ، كالارث والوصية والنسب . مثلاً لو مات رجل وامرأته حامل ، فالجنين يعد من الورثة . وتعلمه ان الجنين ، وان كانه قبل انفصاله عن الام جزءاً لها من وجه ، الا انه منفرد بطهارة وعمد للانفصال عنها .

(١) شرح النصار لابن مالك (ص ٣٣٤) ، والقواعد لابن رجب (الطبعة ٨٤ ص ١٧٨ وما بعدها) .

والطفل غير المميز . ومنهم من هو ناقص الاهلية فقط ، كالمجنون والسبي المميز . ولا شك في ان تحت الحجر والحجور عليهم يعود الى موضوع الاحوال الشخصية . فهو إذن خارج عن هذا الكتاب . لذا تقتصر ههنا على كلمة موجزة فيه ، وذلك من ناحية علاقته بانشاء العقود .

وان الحجر لا يتعلق في الاصل الابهلية التعاقدية أو اهلية التصرف القولي ، دون اهلية التصرف الفعلي التي مر الكلام عليها في الجزء الاول ، والتي تختص بالقضان او المسؤولية الناجمة عن الاعمال غير المباحة . فالحجور عليهم ، بعبارة المجلة : « وان لم يعتبر تصرفهم القولي ، لكن يضمون حالاً الضرر والحسارة اللذين نشأ من فعلهم . مثلاً يلزم الصنان على الصبي اذا اتلف مال الغير ، وان كان غير مميز ، (المادة ٩٦٠) .

وامم اسباب الحجر عند جمهور الفقهاء هي الصغر والجنون والعتة والرق والسفه والدين ومرض الموت . وقد ذكرت هذه جميعاً في المجلة ، ما عدا الرق لعدم القاندة منه في الواقع . أما قانون الموجبات والمعقود البنائي ، فانه لم يتعرض الا للصغر . ففي باقي الاسباب ، يجب الرجوع إذن في لسان اليوم الى احكام المجلة ، اذا لم يكن ما يناقضها او يخالفها في القانون الجديد . وكذلك عتد بعض الفقهاء الاثونة او الرومية بين اسباب الحجر كما سنرى .

(١) أنظر كتابنا المادي، الشرعية والقانونية، بيروت، ١٩٦٧، ص ٥٥ - ١٤٧ .

هو الذي لا يفهم البيع والشراء ، أي لا يعلم كون البيع سائباً لذلك والشراء جالباً له ، ولا يميز الدين الفاضل ، مثل أن ينشئ في العشرة بخسة ، من الدين اليسير . والطفل الذي يميز هذه المذمورات يقال له صبي مميز ، (المادة ٩١٣) .

وكذلك القانون اللبناني لم يجده سبباً معينة للتمييز . ولكن بعض القوانين اعتبرت سن التمييز سبع سنين فأكثر . ومن هذه القوانين قانون الاحكام الشرعية في الاحوال الشخصية المصري (١) ، والقانون المدني الاثلافي (المادة ١٠٤) . وهي أيضاً سن التمييز في امور الصلاة عند المسلمين (٢) .

وان ربي الصغير عند الشافعي هو الاب او الجده وهو عندنا هو الوصي المنصوب من جهتها ، وعند عدم الوصي تكون الولاية للقاضي أو لمن نصبه القاضي . والولي عند مالك هو الاب ثم وصيه ثم القاضي (٣) . أما عند الحنفيين فالرعي المختار يقدم وصي الاب أو وصي وصيه على الجد .

فعلبه جاء في الجملة : وربي الصغير في هذا الباب : اولا - ابوه ، ثانياً الوصي الذي اختاره ابوه ونصبه في حال حياته اذا مات ابوه ، ثالثاً الوصي الذي نصبه الوصي المختار في حال حياته اذا مات ، ورابعاً جده الصحيح أي ابو ابي الصغير أو ابو ابي الاب ، خامساً الوصي الذي اختاره الجد ونصبه في حال حياته ، سادساً الوصي الذي نصب هذا الوصي ، سابعاً القاضي أو الوصي المنصوب من قبله ، (المادة ٩٧٤) .

ولا بد من التنبيه إلى أن هذه الولاية تختص بال صغير فقط . أما الولاية على نفسه فتكون للابوة ، فالأختوة ، فالمعومة ، على ترتيب الارث ، ثم للقاضي . وتقدم قرابة الام على القاضي عند الحنفيين (٤) . وعلى كل حال ، فتقتضيه هذا ويثبت ملطحة الاولياء والاوصياء وما يجوز لهم تعاطفه وما لا يجوز ، كده يتعلق يبحث

(١) انظر المادة ٤٩٤ ، وشرحها الاثلافي (ج ٤ ص ٢٢٢) . وعلى هذا عنى الفصاء المصري ، انظر الاحكام المذكورة في كتاب الدكتور السيوري (رقم ٣٢٨ ، عدش اول) .
(٢) السنن ج ١ ص ٥٤ . والمنتقى من الضلال (الطبعة السادسة ، دمشق) ص ١٠٨ .
(٣) فتح البزيري شرح الوجيز (ج ١٠ ص ٢٩٠ - ٢٩١) ، وشرح الخريزي (ج ٤ ص ٢٠٧) .
(٤) انظر الوجيز (ج ٥ ص ٥٠) ، والمواد ٣٧ - ٤٣٣ من الاحكام الشرعية في الاحوال الشخصية .

لذا اعتبر اهلا للوجوب فيما يعود عليه بالتمتع (١) .

الصغير غير المميز

ان اغلبية الاداء عند الطفل لا يتبدى الا من وقت وصوله الى درجة التفهم والتمييز . ولكن بما ان اهلية الوجوب تكون منذ الولادة ، كان لا بد من تعيين وولي ينظر في مصالح الصغير غير المميز ويقوم عنه في اداها .

فلما جاء في الجملة انه ولا تصح تصرفات الصغير غير المميز القولية ، وان اذن له ووليه ، (المادة ٩٦٦) . وهذا المجرم يكون في جميع التصرفات ، سواء ما كان منها غير نافع كلبية أو الاعارة ، او ما كان نافعا كالاتمارة وقبول الدية ، أو ما كان متروداً بين هاتين الفئتين كالبيع والاجارة والشركة والصلح وما أشبه . فجميع التصرفات القولية الصادرة عن الصغير غير المميز باطلة ، لان العقل أو التمييز شرط لهعة الرضى أو لوجود الرضى الحقيقي ، الذي هو ركن لكل عقد او لكل تصرف قولي (٢) . وبمناها نص قانون الوجبات والعقود اللبناني على و أن تصرفات الشخص المجرم كل التبرع من قوة التمييز (كالصغير والمجنون) تعدت كالمثل لم تكن (٣) ، (المادة ٢١٦) .

اما معنى التمييز ، فهو غير مفترق بين مينة عند جمهور الفقهاء . فبعض عرف المميز بأنه الذي يفهم الخطاب ويرد الجواب ، ولا يتعبط بسن ، بل يختلف باختلاف الافهام ونحوه (٤) . والحنفيون عرفوه بأنه الذي يعرف ان البيع سالب لذلك والشراء جالب له ، ويعلم الدين الفاضل من اليسير ، ويقصد به تحصيل الربح والزيادة (٥) .

وهذا ما اخذت به جملة الاحكام المدنية ، فتعدت على ان الصغير غير المميز

(١) في الامثال اللاتينية يعتبر الجنين منزلة للورثه فيما كان فيه نفسه :
Infans conceptus pro nato habetur quoties de commodis ejus agitur
(٢) انظر شرح الخطاب على سبهي خليل (ج ٥ ص ٦٢) ، وجملة الاحكام المدنية (البلاد ٣٦١ و ٤٤٤ و ٤٥٨ و ٦٨٤ و ٧٠٨ و ٧٧٦ و ٨٠٩ و ١٣٣٢ و ١٤٣٣ و ١٤٤٣ و ١٤٥٧ و ١٤٥٨ و ١٥٣٩) .
(٣) شرح الخريزي على سبهي خليل (ج ٤ ص ٣٤٧) .
(٤) شرح الرزبلي على الكثر (ج ٥ ص ١٩١) .

باجراء هذه العقود ، له ايضاً ان يميزهما بعد اجراءه بدون إذن سابق ، وفق القاعدة القائلة بان الاجازة في الانتها ، كالاذن في الابتداء ،^١

وان القول باعتبار عقود الصغير المميز التي تدور بين النفع والضرر عقوداً موقوفة على اجازة الولي هو قول ابي حنيفة ومالك . وقال احمد بن حنبل ان هذه العقود تصح فقط اذا اذن بها الولي قبل عقدها . اما الشافعي فانه قال بعدم صحة هذه العقود اصلاً ، ولو اذن بها الولي ، لانه يعتبر جميع العقود الموقوفة باطلة ، كما مر معنا في باب الفسولي . وقال بوجه عام ان كل منقصة امكن تحصيلها مباشرة الولي لا يجوز تحصيلها من قبل الصغير المميز ، والعكس بالعكس . فقلبه لا يصح للصغير عنده ان يبيع ويشترى ، لان وليه قادر على القيام عنه بذلك ، ولكن تصح وصيته اذا كان يميزاً ، لان الولي لا يقدر على مباشرتها عنه^٢ . وتصح وصية الصغير المميز في باقي المذاهب ايضاً ، ما عدا المذهب الحنفي ، ففيه لا يجوز وصية المميز قبل بلوغه الا في امر تجهيزه ودفنه^٣ .

الصغير المميز المأذونه

ان فئة التصرفات الدائرة بين النفع والضرر ، التي يتعاطاها الصغير المميز ، تتوقف إذناً على اذن الولي أو على اجازته . ولكن هل للولي ان يأذن الصغير المميز بتعاطي التجارة او تعاطي العقود الشكورة ، دون الاقتصار على واحد منها ؟ وهل يصح تصرف المأذون على هذا الوجه ؟
قال الحنفيون والامام مالك والامام احمد بن حنبل في احدى الروايتين عنه يجوز ذلك . وقال يعقوب بن اسحاق جوازها الامام الشافعي والامام احمد في الرواية

(١) البسيط (ج ٤ ص ٢٤) ، والفتاوى الهندية (ج ٥ ص ١٢٣) .

(٢) فتح البزري (ج ٨ ص ١٠٦) ، ج ١٠ ص ٢٧٥ ، والقرئ (ج ٣ ص ٢٢٧) ، والبسيط (ج ٧ ص ١٧١) ، ونزهة المشركين ملك (ص ٣٢٧ - ٣٢٨) ، وشرح المطالب (ج ٥ ص ٦١) ، والنجيب (ج ١ ص ١٥٨) .

(٣) اهداية (ج ٤ ص ١٩١) ، والهديب (ج ١ ص ٥٦) ، والفتي (ج ٦ ص ٥٢٦) ، والفتاوى الهندية (ص ٤٠٥) .

الاحوال الشخصية ، ويخرج عن موضوعنا الآن .

الصغير المميز

ان اهلية الاداء عند الصغير المميز ناقصة ، لان ادراكه ناقص . فلذا اجاز له الشرع والقانون بعض التصرفات القولية دون البعض الآخر .

ففي قانون الموجبات والعقود اللبناني ، تعتبر تصرفات المميز قابلة للابطال بناء على طلبه ، ولكن بشرط اثبات وقوع التبع في العقد (المادة ٢١٦) . وهو قول يستند الى القاعدة المعروفة اليوم بان الصغير لا تفسخ تصرفاته لوصفه صغيراً بل توصفه مغيباً^١ .

وفي هذه المسألة تفصيل عملي لطريف في الجهة وعند جمهور الفقهاء . فقد قسمت التصرفات القولية الى ثلاث فئات وهي : التصرفات النافذة تماماً محضاً ، والتصرفات المظرة ضرراً محضاً ، والتصرفات الدائرة بين هاتين الفئتين .

ففيها جريماً قالت المجلة : « يعتبر تصرف الصغير المميز اذا كان في حقه نفع محض ، وان لم يأذن به الولي ولم يجزه ، كقبول الهدية والمبة . ولا يعتبر تصرفه الذي هو في حقه ضرر محض ، وان اذنه بذلك وليس واجازة ، كأن يهب لآخر شيئاً . واما العقود الدائرة بين النفع والضرر في الاصل ، فتمتصده موقوفة على اجازة وليه . ووليّه محبوس في اعطاء الاجازة وعدمها ، فان رآها مفيدة في حق الصغير اجازها ، والا فلا . مثلاً اذا باع الصغير مالا بلا إذن ، كان نفاذ ذلك البيع موقوفاً على اجازة وليه ، وان كان قد باعه بزيادة من ثمنه ، لان عقد البيع من العقود المتوردة بين النفع والضرر في الاصل ، (المادة ٩٦٧) .

وان هذا التقسيم العملي يرتكز على تعميل ومقول . ففي الفئتين الاولى والثانية ، تبقى مصلحة الصغير بقبول تصرفاته النافذة تماماً محضاً وبطلان التصرفات المظرة ضرراً محضاً . اما الفئة الثالثة الدائرة بين النفع والضرر ، كالبيع والشراء والاستحجار والاجارة والرهن والارتهان والاقتراض والاستقراض وما اشبهها ، اذا عقدها الصغير انعقدت موقوفة على اجازة الولي^٢ ، لان هذا الولي الذي له ان يأذن الصغير المميز

(١) انظر المادة ١٣٠ من القانون المدني الفرنسي . ومن الامثال اللاتينية :

Minor restituitur non tanquam minor sed tanquam loesus .

(٢) حاشية السلي على الزيني ، ج ٥ ص ١٩١ - ١٩٢ .

البائع ، فتكون عقوده التي هي كالبيع والشراء معتبرة ، (المادة ٩٧٢) .
ولكن ما هي هذه الحصرجات الداخلة تحت الأذن ؟ قال الخليليون والامام

زفر الحنفي ان الأذن توكيل واقبة - فلذا هو كالأذن قابل للتبديد والتخصيص ،
اي انه يجوز أن يكون عاماً شاملاً ، أو خاصاً مقيداً ، أمسا أبو حنيفة وجاهده
فقد اعتبر الأذن بمنزلة اسقاط حق الولي ، فالأذن لذلك لا يتبديد ، بل لا يكون
الاعاماً^١

وقد أخذت الجهة بالرأي الحنفي المختار ، فقال : لا يتبديد ولا يتخصص أذن
الولي بزمان وسكان ولا يتبوع من البيع والشراء . مثلاً لو أذن الولي الصغير المبيتر
يوماً أو شهراً بكون مآذوناً على الإطلاق ، ويبقى مستمراً على ذلك الأذن ما لم
يجزوه الولي . وكذا لو قال له بيع واشتر في السوق الفلانية ، يكون مآذوناً في
كل مكان . كذلك لو قال له بيع واشتر المسال الفلاني فله ان يبيع ويشترى كل
جلس من المال ، (المادة ٩٧٠) .

وان الأذن ، متى كان صريحاً لا يكون فيه مجال للخلاف . ولكن لو رأى
الولي الصغير المبيتر يتعاطى التجارة أو البيع والشراء وسكت ، فهل يعتبر سكتوه
أذناً ؟ ان هذا من المسائل الخلافية بين الفقهاء . ففند الخليليون وعند بعض الحنفيين
كلامهم زفر وصاحب الفتاوى الصغرى وغيرهم لا بعد السكوت اذناً . اما في
الرأي المختار عند الحنفيين ، والناكبين ، فسكوت الولي بعد الأذن ، لكن سكوت
القاضي لا بعد كذلك . وقال بعض المالكيين لا يكون السكوت اطلاقاً ليد
المجوز عليه ولا اخرجاً له من الحجر ، بل يكون اجازة للعمل بخصوص الذي
سكت عنه الولي ليس الا^٢ .

وطبيعة الحال أخذت الجهة بالقول الحنفي المختار ، فذكت على انه : وكما
يكون الأذن صراحة ، بكون دلالة ايضاً . ولو رأى الولي الصغير المبيتر يبيع
(١) الساعات (ج ٧ ص ١٢٧) ، والدر المختار (ج ٢ ص ٤٥٥) ، والشرح الكبير في
الوضع المذكور .

(٢) الفتاوى (ج ٤ ص ٨) ، والبايع (ج ٧ ص ١٢٢) ، وآداب الأوصياء (ص ٢٤٧) ،
والفتاوى الخانية (ج ٣ ص ٦٩٥) ، وشرح البراق على سيدي خليل (بهاشش
المطاب ج ٥ ص ٦٥) ، والشرح الكبير (ج ٤ ص ٤٢٤) ، والبهجة في شرح الصفة (ج ٢
ص ٢٩٤ - ٢٩٥) .

التابع عنه^١ .

ففي الأذن ورد في الجملة ان والولي أن يسل الصغير المبيتر مقيداً من ماله
ويأذن له بالتجارة لأجل التجربة ، فاذا تحقق رتده دفعه وسلم اليه باقي أمواله ،
(المادة ٩٦٨) . وان العقود المكررة التي تدل على انه قصد منها الربح هي اذن
بالاخذ والاعطاء . مثلاً لو قال الولي الصغير يبيع واشتر ، او قال له بيع واشتر
المال الفلاني ، فهو اذن بالبيع والشراء . وأما أمر الولي الصبي باجراء عقد واحد
قطط ، كقوله له اذهب الي السوق واشتر الشيء الفلاني ، فليس باذن ، بل : ففما
يعد من قبيل استخدام الصغير توكيلاً على ما هو المتعارف والمتبادر ، (المادة ٩٦٩) .
وكذلك يجوز والولي ان يجز الصغير بعد ماذنه ويبطل ذلك الأذن ،
ولكن يشترط ان يجزوه على الوجه الذي اذنه به . مثلاً لو اذن الصغير وليه اذناً
عاماً فصار ذلك معلوماً لاهل سوقه ثم اراد ان يجز عليه ، فيشترط أن يكون
الحجر ايضاً عاماً ، فيصير معلوماً لاكثر اهل تلك السوق . ولا يصح حجره عليه
بمحضر رجلين او ثلاثة في داره ، (المادة ٩٧٣) .

وان الولي في هذا الباب هو ولي الصغير في ماله ، على ما اوضحنا سابقاً . فهو
وحده يصح له أن يأذن الصبي . واما اذا اذنه أخوه ومحمه وسائر الاقارب ،
ان لم يكونوا اوصياء ، فاذنهم غير جائز ، (المادة ٩٧٤) .

وفوق ذلك ، وللحاكم أن يأذن للصغير المبيتر عند اشتع الولي عن الأذن ،
ولو كان اقوى منه ولاية ، وذلك اذا رأى في تصرفه نفعاً . وليس للولي ان يجز
عليه بعد ذلك ، (المادة ٩٧٥) .

وان الأذن يبطل بوفاة الولي الذي جعل الصغير مآذوناً ، ولكن لا يبطل اذن
الحاكم بوفاته ولا بعزله (المادة ٩٧٦) . وان الصغير المآذون من حاكم يجوز ان
يجز عليه من ذلك الحاكم او من خلفه . وليس لايه أو غيره من الاولياء ان يجز
عليه عند موت الحاكم أو عزله ، (المادة ٩٧٧) .

و لو أذن للصغير من قبل وليه كان في الحصرجات الداخلة تحت الأذن بمنزلة

كتاب آداب الأوصياء . لئلا ينيل الجملي الكبرى (بهاشش جامع الفصولين ج ٢ ص
٢٤٥) ، وشرح المطالب (ج ٥ ص ٦٦) ، والشرح الكبير (بتدليل الفتوى ج ٤ ص ٥٣٣) ،
والبائع (ج ٧ ص ١٢١ و ١٢٣) .

حديقة الغلام فقط . أما الفتاة فالتسن عنده هي سبع عشرة . وقد استند أبو حنيفة في ذلك إلى قول ابن عباس ، وإلى الآية الكريمة : « ولا تقربوا مال اليتيم إلا بالتي هي أحسن حتى يبلغ أشده »^١ ، والأشده لا يكون بتفسيره قبل تلك السن .

أما باقي الآية ، فقالتا أن سن البلوغ هي خمس عشرة سنة كاملة . وهذا فقال الشافعي وابن حنبل والأوزاعي وصاحبنا أبي حنيفة أبو يوسف ويحمد وابن وهب المالكي وغيرهم . وديلمام ما رواه البخاري في صحيحه والشافعي في سننه والترمذي في سننه وغيرهم عن ابن عمر أن النبي (ص) عرفه يوم أخذ^٢ وهو ابن أربع عشرة سنة فلم يجزده^٣ ، ثم عرفه يوم الخندق ؛ وهو ابن خمس عشرة سنة فأجازته . وقال المحمدي تابع : « فقدمت على عمر بن عبد العزيز ، وهو خليفة ، فحدثته هذا الحديث . فقال إن هذا الحد بين الصغير والكبير ، وكتب إلى عماله أن يفرسوا^٤ لمن بلغ خمس عشرة سنة »^٥ .

والى مذنب جمهور الفقهاء ذهب مجلة الأحكام العدلية ، فأعتبرت انتهى سن البلوغ خمس عشرة سنة ، ونصت على أن من أدرك هذه السن ولم ينظر فيه آثار البلوغ بعد بالتمام حكماً (المادة ٩٨٦ - ٩٨٧) .

غير أن الخنيزي والمجاهد اشترطوا لسبع دعوى البلوغ سنّاً لا تسع قبلها الدعوى ، وأسجوها من المراهقة أو مبدأ سن البلوغ ، وحددها بالسنة الثانية عشرة للغلام والثامنة للبنت (المادة ٩٨٦) .

ومعنا إذا ادعى الصغير البلوغ قبل أن يدرك مبدأ سن البلوغ فإنه لا يصدق . ولكنه يصدق إذا كان ادعائه بعد ادراكه هذه السن ، وكان ظاهر حاله يتحمل

(١) الإجماع (٦) ، ١٥٢ ، والأشراء (١٧) ، ٣٤ .
(٢) بزوة أحد كانت في السنة الثالثة من الهجرة . انظر زاد الناد في هدي خير البلاد ، لابن القيم ، ج ٢ ، ص ١٦٣ .

(٣) يعني لم يذهب في ديوان القائلين . ولم يقصر له رزقاً مثل أرزاق الأيتام . عن شرح العمري الآتي ذكره .

(٤) بزوة الخندق كانت في سنة خمس من الهجرة (زاد اللام في الوضع المذكور) .
(٥) يعني يقربوا لهم رزقاً في ديوان الجند .

(٦) البخاري وشرحه العمري (ج ١٣ ص ٢٣١ - ٢٤١) ، وسند الشافعي (بإشياء الام ج ٦ ص ٢٥١) ، والفتي (ج ٤ ص ٥١٤ - ٥١٥) ، وشرح المغتاب (ج ٥ ص ٥٩) ، وشرح العزري وجامع الأحكام العدلية في الوضع المذكور .

ويشعري ولم يفته وسكت ، يكون قد أدته دلالة ، (المادة ٩٧١) .

البلوغ

إن أهلية الإلزام تصبح كاملة إذا وصل الصبي إلى دور يفترض فيه أنه قد استكمل عقله . وهذا الدور يسمى بالبلوغ .

رائد الخنبل في سن البلوغ . ففي الشرائع القديمة ، كان البلوغ الشرعي يتم بالبلوغ الطبيعي . ولكنه اليوم يتم في سن متأخرة ، كما نوضح عند الكلام على الرشد .

ومعنا عند الرومان كان البلوغ الطبيعي مرادفاً للبلوغ القانوني . ولكن استنبات ذلك أوجد مشتقاً وحججاً . فلذا حدد البلوغ فيما بعد بسن معينة هي غلام السنة الثانية عشرة للفتاة وتمام الرابعة عشرة للفتي^١ .

وفي الشريعة الإسلامية أيضاً ، يعتبر البلوغ الطبيعي حداً للبلوغ الشرعي . وعلاماته باثبات الفقهاء هي الاحتلام للفتي والفتاة ، والاحتلام للفتي والحيل للفتاة . وهذا أخذت مجلة (المادة ٩٨٥) . ولكن البلوغ لا يثبت باثبات الشعر في الرأي المتحصار عند الحنفيين ، خلافاً للإمام أبي يوسف والأئمة مالك والشافعي وابن حنبل^٢ .

وعند عدم ظهور علامات البلوغ ، يجوز اثباته بالسن ، إلا ما روي عن داود الظاهري أنه قال لا حد للبلوغ من السن ، لأن ذلك يخالف الحديث الشريف : « رفع القلم عن الصبي حتى يحتلم »^٣ . فالبلوغ عنده إذا لا يكون إلا بالاحتلام . وقال الإمام مالك يتم البلوغ عندما يبلغ الصبي من السن ما يعلم أن مثله قد بلغ . وقال أصحابه أقوالاً مختلفة أشهرها أن سن البلوغ ثلثي عشرة سنة . وهذا قال أبو

(١) يوستينيانوس (الأحكام ، ١ ، ٢٢) : Inst. 1. 22.
(٢) الخنبار وشرحه الإخبار للموسلي (ج ١ ص ٢٦٦) ، وجامع الأحكام الصغار (بإشياء جامع الفصولين ج ١ ص ١١٩) ، والفتي (ج ٤ ص ٥١٣) ، وفتح العزيز (ج ١٠ ص ٢٢٧ وما بعدها) ، وشرح الحرثي (ج ٤ ص ٢٠١) .
(٣) والحديث كما هو : « رفع القلم عن ثلاثة : عن الجنون الثوب على عقله حتى يبرأ ، وعن النائم حتى يستيقظ ، وعن الصبي حتى يحتلم » . وقد روي في سند أحمد ، وسند مالك الحاكم ، وسنن أبي داود (ج ٤ ر ٤٠١) . انظر الجامع الصحيح لمسيوطي (ج ١ رقم ٤٤٦٣) .

وهنا سؤال دقيق : هل يزول الحجر عن الصغير بمجرد بلوغه ، أم يشترط لذلك تحقق رشده أيضاً ؟ وبعبارة أخرى ، هل نصح تصرفات البالغ وعقوده ، أم ينبغي إصحتها ان يكون رشيداً ؟ في هذا الخلف الفقهاء أيضاً . فقال الأئمة الشافعي وابن حنبل ومحمد بن الحسن صاحب أبي حنيفة ان الحجر يبقى على الصغير حتى يتجمع البلوغ والرشد معاً .

وقال الامام مالك ان الصغير اذا بلغ في حياة ابيه و يطلق من الحجر ببلوغه ما لم يظهر منه منه او يحجره ابيه ، و كذلك هو الحكم اذا بلغ بعد وفاة ابيه ولم يكن عليه وصي ، اما اذا كان عليه وصي ، فلا يطلق من الحجر الا بتوشيد الوصي بالإشهاد على نفسه او بتوشيد القاضي ، اي لا بد من ان يتكلم عنه الحجر بعد بلوغه رشيداً . وهذا عند مالك يختص بالفق ، دون الشناسة التي يأتي الكلام عليها قريباً .

اما عند الاماميين ابي حنيفة وابي يوسف فان الحجر يزول عن الصغير بمجرد البلوغ ، واذا كان البالغ غير رشيد ، فمند ابي يوسف يحجر عليه القاضي ، ولكن عند ابي حنيفة لا يحجر عليه بل يقع عند ماله الى خمس وعشرين سنة ، وبعد هذه السن يدفع اليه ماله في كل حال . وسبب ذلك ان ابا حنيفة لم يجز الحجر على الكبير الصغير كما سنرى .^١

وان الفقوى في المذهب الحنفي هي على رأي ابي يوسف . واليه ذهب المجتة كما يفهم من مدلول نصوصها . فقد جاء فيها انه : **و اذا بلغ الصبي غير رشيد فلا يدفع اليه أمواله ما لم يتحقق رشده ، ويتبع من التصرف كما في السابق ، (المادة ١٩٨٣)** . وعلى هذا سار أيضاً اجتهاد محكمة التمييز اللبنانية .^٢

(١) منابع القبح الصغير والفقيه الكبير لغير الدين الرازي (ج ٣ ص ١٤٥) ، والبسوط (ج ٢ ص ١٦٦) ، والزهبي على الكفاية (ج ٥ ص ١٩٥) ، والقوانين الفقهية (ص ٣٢١) ، شرح الحرشي (ج ٤ ص ٢٠٤) ، والفتي (ج ٤ ص ٥٠٣ و ٥٢٢) ، والام (ج ٣ ص ١٩١ - ١٩٢) ، ونصح النور (ج ١٠ ص ٢٧٧ و ٢٨٣) ، وحسب الناصم الحاردي (تباشير البيهجة ج ٢ ص ٢٩٦) .
 (٢) انظر القوانين رقم ٦٩٧ الصادر في ٢٩ آذار سنة ١٩٢٧ ، ورقم ١٤٥ الصادر في ٣٠ آذار سنة ١٩٢٨ .

هذا الادعاء ، والمكسب بالمكسب ، ولا بد من الإشارة أخيراً الى ان الدرلة اللبنانية أصدرت تعديلاً للجهة في هذا الباب . فوضعت الفقرة الثانية من المادة الثانية من نظام اموال الايتام^٢ على ان : **حكام الشرع ممنوعون من استماع دعوى البلوغ ممن لم يكملوا الخامسة عشرة من العمر ، وحينما أصبحت سن البلوغ حفاخس عشرة سنة بقتضى القوانين اللبنانية ، ولم يعد من معنى البلوغ الطبيعي ، ولا من مجال الادعاء به ، ولا من تأثير لملاماته الظاهرة قبل هذه السن .**

البالغ الراسد

نعم يكتب البالغ أهلية الاداء وأهلية التعاقد كاملة ، ولكن ذلك لا يعني انه يتسلم أمواله من الوصي . بل انما يتسلمها اذا بلغ راشداً ، عملاً بالأية الكريمة : **و فان آتسّم منهم رشداً فادفعوا اليهم أموالهم ،^٣** ولذا ورد في المجلة : **ولا ينبغي ان يستعمل في اعطاء الصبي ماله عند بلوغه ، بل يجزّب بالتالي . فاذا تحقق كونه رشيداً تدفع اليه حينئذ أمواله ، (المادة ٩٨١)** . وان وصي الصغير اذا دفع اليه ماله قبل ثبوت رشده فضايع المآل في يد الصغير او الثلثة ، يصير الوصي ضامناً ، (المادة ٩٨٣) .

وكان في معنى الرشد خلاف . فالامام الشافعي وابن عباس ويحاجهم والحسن وابن المنذر عرفوا الرشد بأنه الصلاح في الدين والمآل ، لأن الناسق غير رشيد ولأن افساده لدينه يمنع الثقة به في حفظ ماله ، كما يمنع قبول قوله . اما عند باقي الائمة ، فالرشد هو الصلاح في المآل فقط ، او كما قال ابن رشد هو : **حسن النظر في المآل ووضع الامور في مواضعها** .^٤ وحينما اخذت المجلة ، حيث جاء فيها : **والرشد هو الذي يتقيد بمراقبة ماله ويتوقى من السفه والتلبؤ** ، (المادة ٩٤٧) .

(١) انظر القانونين ٩٨٨ و ٩٨٩ من المجلة ، والقوانين الصغرى (ج ٤ ص ٦٨) .
 (٢) الصادر في ٤ ربيع الاول سنة ١٣٢٥ هـ ، الموافق ١٥ نيسان سنة ١٣٢٢ مالية ، الو ١٩٠٦ ملاحياً .
 (٣) الفناء (٤) ٦ .
 (٤) شرح الوالي ، تباشير الخطاب ، ج ٥ ص ٥٩ .

والخطوة في سن السابعة عشرة فأكبر، إلا أن يأذن الحاكم بأقل من ذلك، بشرط أن تكون هيئة الصغور تشمل الزواج، وأن لا يكون الماطل تحت السابعة عشرة، ولا الخطابة تحت التاسعة من العمر (المواد ٤ - ٧).

وفي تركيا اليوم حدد القانون المدني (المادة ١١) سن الأهلية بنام السنة الثامنة عشرة. وكذلك هو الأمر في لبنان. فقد ورد في قانون الموجبات والمقرود أن كل شخص أتم الثامنة عشرة من عمره هو أهل للائتمام، ما لم يعرض بهدم أهلية في نص قانوني، (المادة ٢١٥). ومن مستثنيات هذه القاعدة ما ورد في قانون العمل اللبناني من أنه لا يحق لمن لم يتم الحادية والعشرين من العمر أن يستعمل متدربين دون السادسة عشرة من العمر، (المادة ١٠).

وإن قانون التجارة اللبناني الجديد لم يبين سناً خاصة لمعاطة التجارة، ولكن المادة الثانية أوجبت الرجوع في هذا الشأن إلى أحكام قانون الموجبات. وأخيراً جاء في نظام المحاكم الشرعية الجديد^١ أنه يشترط في صحة الأقرار أن يكون المقر متماً الثامنة عشرة من عمره (المادة ٤٣). ولكن هذا النظام تعدل بقانون^٢ كانون الأول ١٩٤٦، فاكتمل بسن البلوغ الشرعي في الأقرار في مسائل الزواج والطلاق والنسب.

وفي مصر أيضاً نصوص خاصة بشأن الأهلية. فقد كان العمل أولاً بالشريعة الإسلامية في هذه المسألة. ثم صدر مرسوم ١٩ تشرين الثاني سنة ١٨٦٦ يحدد سن الرشد بأكمل الثامنة عشرة محصورة على التقويم المجري. وأخيراً حددوا القانون المصري بأحدى وعشرين سنة على التقويم الميلادي.

أما سن الأهلية في القوانين الأوروبية، فإنها تتراوح بحسب البلدان بين الحادية والعشرين والخامسة والعشرين. ففي إنكلترا وفرنسا وألمانيا وأيطاليا مثلاً، تحدت سن الأهلية بنام الحادية والعشرين من العمر^٣.

(١) الرسوم التشريعية رقم ٢٤١ الصادر في ٤ تشرين الثاني سنة ١٩٤٢.

(٢) انظر آتسون (ص ١٢٢) والقوانين المدنية، الفرنسي (المادة ٤٤٨) واللاتيني

(المادة الثانية)، والإيطالي (المادة ٣٢٣)، والمصري (المادة ٤٤) وقانون المجلس المسيحية المصري المؤرخ في ١٣ تشرين الأول ١٩٢٥، وقانون المحاكم المسيحية رقم ٩٩ لسنة ١٩٤٧.

فأذن يرتفع الحجر عن الصغور بالبلوغ، إلا أن يجع عليه القاضي إذا استبان عدم رشده. ولكن أمواله لا تدفع إليه إلا بعد تثبيت الرشد. فالأهلية شيء وتسلم المال شيء آخر. وثبت الرشد بانقراض الوصي. أما إذا أكرر الوصي رشد الصغور بعد بلوغه، فالرشي لا يؤمر بتسليم المال إليه ما لم يثبت هذا الصغور رشده بحجة شرعية^١.

مقدمة ومشارفة

هذه هي بإيجاز خلاصة أهلية الصغار في الشرع الإسلامي وفي مجلة الاحكام العدلية. ونحن نرى على الجملة أن البلوغ والرشد غير معددين دائماً بمعنى. وفي هذا ما فيه من الصعوبة للناس في معاملتهم مع الصغار، وما فيه من مجال للتزاح بين هؤلاء وأوصيائهم.

وفوق ذلك، فقد أصبحت الحياة الاقتصادية اليوم معقدة أكثر مما كانت في القديم، وصار لا بد فيها من خبرة وتجارب لا تكون في الغالب موجودة في سن البلوغ الطبيعي.

لذلك منعت الحكومة اللبنانية سماع دعوى البلوغ قبل السنة الخامسة عشرة كما أوضحتنا. وكذلك صدر امر سلطاني عام ١٨٧١ بفتح سماع دعوى الرشد من الصغور قبل بلوغ العشرين من العمر، وبنص على أن الحاكم إذا سمعها ونقض بها قبل هذه السن لا ينفذ حكمه. وضع نظام أموال الأيتام اللبناني لتسليم الصغور أمواله قبل اكاله سن العشرين (المادة ١٥ و٩٩).

ومن نظائر هذا التقييد ما جاء في المادة الثانية من قانون التجارة اللبناني من أن أهلية الاتجار تتم باكمال الحادية والعشرين من العمر، إلا إذا أعطت محكمة التجارة الإذن بالاتجار بعد الثامنة عشرة.

وأيضاً نص قانون العائلة اللبناني، المعمول به في لبنان كما يتبين سابقاً، أنه يشترط في أهلية التكاثر أن يكون الماطل في سن الثامنة عشرة فأكثر،

(١) النياح (ج ٧ ص ١٧١)، وتفتح طامدية (ج ٢ ص ١٧٠ - ١٧١).

(٢) من فني المصلحة سنة ١٢٤٨ م. المؤرخ ٢ شباط سنة ١٢٨٧ م. تالية.

بان الجهر لا يرفع عن الصغير الا بجناع البلوغ والرشد جميعاً^١ .
 والجنون معناه عدم العقل . وهو ، كما ورد في الجمل ، وعلى قسمين : احدهما
 الجنون المطبق ، وهو الذي جذونه يشوب جميع أوقاته . والثاني هو الجنون غير
 المطبق ، وهو الذي يكون في بعض الاوقات مجنوناً وينبثق في بعضهما ، (المادة
 ٩٤٤) . ويشترط في الجنون المطبق ان يند الى مدة معينة ، قيل هي شهر كامل
 وقيل هي سنة^٢ .

أما المعتوه فهو ناقص العقل لا عدته . وقد اختلف في تفسيره اختلافاً كبيراً .
 واحسن ما قيل فيه ، كما نقل الزيلعي^٣ ، انه « من كان فليس الهم ، مختلف
 الكلام ، فاسد التدبير . الا انه لا يضرب ولا يشتم ، كما يفعل الجنون » . وهذا
 التعريف نقله الجلة بقرباً : « المعتوه هو الذي اختلف شعوره ، بحيث يكون فيه
 قلباً ، وكلامه مختلفاً ، وتدييره فاسداً » (المادة ٩٤٥) .

وقيل ايضاً في الحد الفاصل بين العاقل والجنون والمعتوه : « ان العاقل من
 يستقيم كلامه واقفاله ، وغيره تادر . والجنون ضده . والمعتوه من يخلط كلامه
 واقفاله ، فيكون هذا غالباً وذلك غالباً ، فكلاهما سواء »^٤ .

امر الجهر

ان الجنون أو المعتوه المحجور عليه يقع تحت ولاية وليه . والولي في هذا
 الباب هو نفس الولي الذي عرفناه في مسألة الصغار^٥ .
 والجنون ، بما انه عدم العقل ، تعتبر تصرفاته كالتصغير فغير المميز في حال
 الطهارة . فهو مثله لا تصح تصرفاته ايضاً ، حتى ولو اجازها وليه ، او كان فيها نفع

(١) الخطاب في الوصم المذكور .
 (٢) راجع الاقوال المختلفة في هذه المسألة . في شرح علي حيدر تحت المادة ٩٤٤ من الجلة .
 (٣) في تبين الحقائق شرح كنز الدقائق . ج ٩ ص ١٩١ .
 (٤) جامع احكام الصغار ، لابي الدوح محمد الاستروشسي السمرقندي (جيلان جامع الفصولين ،
 ج ١ ص ١٠٦) ، والقانوي البرازية (ج ١ ص ١٩٤) ، جيلان اجتهادية) .
 (٥) فتح العزيز (ج ١٠ ص ٢٧٥ و ٢٨٦) ، والسيوط (ج ٢ ص ١٤٦) . وحاشية
 الصوري في الوصم المذكور ، والتي (ج ٤ ص ٥٢٦) .

البند الثالث

الجنون والغش

سبب الجهر

بعد ان عرفنا أن العقل اساس الرضى الحقيقي في العقود والتصرفات القولية ،
 وبعد ان عرفنا ان الصغير لا يملك اهلية الاداء بسبب نقصان عقله ، كان من
 البهي ان يقاس هذا الحكم بطريق التشبيه على كل ذي عقل معدوم او ناقص ،
 كالجنون والمعتوه والناثم والمغس عليه .
 وقد اثبت الشريعة الاسلامية الجهر على الجنون والمعتوه حفظاً لمصالحها .

فيها محجور عليها لذاتها (المادة ٩٥٧) بقضى الشرع ، دون حكم الحاكم بذلك ،
 الا في المذهب المالكي فانه يشترط ان يصدر الجهر من الاب او الوصي أو الحاكم ،
 وقيل الحاكم مقدم . وبيئت هذا الجهر سواء أكان الجنون او العته ناتجاً عن صرع
 أو وسواس وسواء أكان المحجور عليه رجلاً أو امرأة^١ . ويستند الجهر الى الحديث
 الشريف : « رفع القلم عن ثلاثة : عن الجنون والمغلوب على عقده حتى يبرأ ، وعن
 النائم حتى يستيقظ ، وعن العبي حتى يجتم »^٢ .

ولا يرفع الجهر عن المعتوه والجنون الا بالافاقة بما ارتكباه به . وان الافاقة تكفي
 دائماً لرفع الجهر في الجنون او العته الطاري ، بعد البلوغ . اما في الجنون او العته
 السابق للبلوغ ، فيجب بعد الافاقة اثبات الرشد ايضاً ، عند من قال من الفقهاء

(١) شرح الخطاب على سيدي خليل (ج ٥ ص ٥٨ و ٧٤) ، وحاشية العمري على شرح
 المرعي (ج ٤ ص ٢٠١) .
 (٢) من تحريته في البند السابق . وقد رواه بنسبه ايضاً بالاطلاق الخري .

البند الرابع

السفاهة

كلمة تمهيدية

لبس التفتير في اتفاق المال مندوماً وحده ، بل التفتير مندوم ايضاً . وليس الناس من هذه الناحية متساوين . بل هم متباينون في ذلك ، على درجات متفاوتة بين التفتير والتبذير . ولا شك في ان و خير الامور ارساطا ، كما قال العرب في أمثالهم ، بدليل امر الله تعالى في كتابه الكريم : « ولا تجعل يدك مغلولة الى عنقك ولا تبسطها كل البسط فتقعد ملوماً محسوراً »^١ .

وقد نهي عن البخل والتفتير . فأمر الدين بالاحسان والصدقات ، وأمر الشرع والقانون بالتفقات بين الاقارب واداء الزكاة والخراج والضرائب . وجاء في الآية الكريمة : « كلوا من ثمرات ما رزقناكم ، ولا كذلك نهي عن اخضاع المال وفساد التدبير ، فوضع الجبر على الصغار والمجانين ومن شبههم ، كما قدمنا .

على ان الخلاف كان في رجوع الجبر على الكبار السفاء ، وهم المبدرون ومن اخطى بهم ، بالامنى الشرعي الذي منعه . فهل يجبر عليهم ويقع تصرفاتهم المضررة بهم ؟ ام تترك لهم الحرية بصرفون في امورهم ومصالحهم كما يتباونون ؟ هذه مسألة اختلفت فيها الشرائع والمذاهب .

ففي شريعة الالواح الاتني عشر الرومانية كان يجبر على البئر وينصب عليه

(١) - سورة الاسراء (١٧) ، ٢٦ .
(٢) - سورة البقرة (٢) ، ٥٧ و ١٧٢ ، والاعراف (٧) ، ١٦٠ ، وله (٢٠) ، ٨١ .

لنفسه . وكذلك هو الحكم في تصرفات الجنون غير النظيف التي يجرها حال جنونه . ولكن تصرفاته في حال الافاقة صحيحة كتصرفات العاقل (المادان ٩٧٨ و ٩٨٠) . اما الممتوه فهو ناقص الفهم كالصبي المميز . فاذا تصرفاته حكمتها كتصرفات الصبي المميز ايضاً (المادة ٩٧٨) . فيبتغى الحجة مثلاً تكون تصرفاته القولية معتبرة اذا كان فيها نفع محض للممتوه ، وتكون غير معتبرة اذا كان فيها ضرر محض له ، وتكون موقوفة على اجازة وليه اذا كانت دائرة بين النفع والضرر .

مقارن

ان معظم الشرائع اليوم تعتبر عقود الجنون باطلة اذا حصلت في حال الجنون . ولاجل ابطال هذه العقود اشترطت بعض الشرائع ، كالشريعة الانكليزية مثلاً ، ان يكون الماقد الآخر الذي تصادق مع الجنون عالماً بجنونه^١ .

غير ان معرفة حال الجنون وتبينها من حال الافاقة من الامور الصعبة ، التي تترك مجالاً وسبباً للنزاع ، وتجهل العقود احياناً متروكة بين الصحة والابطال . فتمما لذلك ، وضع القانون في بعض البلاد ، كفرنسا والمانيا مثلاً ، نظاماً خاصاً لجبر الجنون من قبل القاضي . فيعد دستور حكم الجبر ، يقع المحجور عليه من التصرفات ، سواء اكانت في أثناء الجنون ام في حال الافاقة^٢ . وهذا شبيه بما رأيناه في المذهب المالكي .

(١) انظر بلاييون (ج ١ رقم ٢٠٧٤) ، وآسول (ص ١٤٢) .
(٢) انظر القانون المدني الفرنسي (المواد ٤٨٩ وما بعدها) ، والالاتي (المادة ١٠٤) .

فلهمنا وجب تجديده ،^١ .
 ووفق ذلك ، فإن الهيئة الاجتماعية من مصالحنا ، بل من واجبنا ، ان نحتمي
 من كان من افرادها ضعيفاً لا يقدر على تدبير اموره بوجه سديد ، وان نحتمي
 ايضاً عائلته من ضياع تروته ومن تبيدها على غير طائل .

موقف الشريعة الاسلاميه

كما كان الخلاف في هذه المسألة بين الشرائع ، كذلك كان ايضاً بين المذاهب
 الاسلامية . فقال ابو حنيفة النعمان بعدم جواز الحجر على السفية ، لان الحجر على
 الحجر باطل ، ولأن الحجر تصرف على النفس ، والنفس أعظم خطراً من المال^٢ .
 وبعبارة اخرى ، لم يرد الامام الاعظم ان خطر هلاك المال يبرر تقييد حرية الموه
 في تصرفاته ، لأن الحرية أعلى من المال .

وقد رددي هذا الرأي ايضاً عن ابن سيرين والنخعي ومجاهد وعبيد الله بن الحسن
 وجماعة من الصحابة . واليه ذهب الامام زفر تلميذ ابي حنيفة وداود الظاهري
 وأبانه . فقولاه جميعاً لا يرون الحجر على الحجر الكبير شيئاً ، بل يرون ان من
 بلغ مذبواً فهو على الحجر كما كان ، ومن رشد ثم ظهر تبديده فلا حجر عليه ،
 و لكن يتخذ من أعماله ما وافق الحق ، ويرد ما خالف الحق كغيره سواء ،^٣ .
 غير ان هذا القول لم يقبل به الرأي السائد عند جمهور الفقهاء . فالاشعة مالك
 والشافعي وابن حنبل والارزاعي وصاحبنا ابي حنيفة أبو يوسف ومحمد بن الحسن ،
 جميع هؤلاء الاثمة وغيرهم قالوا بان الحجر على السفية ، لو ظهر سفهاً بمسدد بلوغه
 ورشده . ولم على ذلك أدلة شرعية من الكتاب والسنة والاجماع والقياس^٤ .
 واليك خلاصتها : -

أولاً - ورد في الكتاب الكريم : ولا تبيدوا زليولاً ، ان المسجونون كانوا

- (١) البيهقي للتبرلي ، في شرح الصفة لابن عاصم ، ج ٢ ص ٣٠٨ .
- (٢) البائع (ج ٧ ص ١٧٠) ، والبسوط (ج ٢٤ ص ١٥٧) .
- (٣) الخليل (ج ٨ رقم ١٣٩٤) ، والبائع (ج ٧ ص ١٦٩) .
- (٤) البسوط (ج ٢٤ ص ١٥٦ - ١٦٣) ، واللؤلؤ الكبرى (ج ١٣ ص ٧٤) ، والام
 (ج ٣ ص ١٩٤) ، والفتي (ج ٤ ص ٥٢٤ وما بعدها) .

قيم^١ ، ليثوب مثابه في التصرفات المفسدة بصلحته^٢ . وبمسئلات اليوم بعض
 الفرائض المعاصرة ، كالتعاون المدني الاثافي مثلاً (المادتان ٦ و ١١٤) .
 وإلى جانب هذه الفئة من الشرائع فئة اخرى تقارنها تماماً ، وترى عدم الحجر
 على المبدّر الكبير وعدم تقييد حرته في تصرفاته ابدأ . بتدخل الشريعة الانكليزية
 في هذه الفئة^٣ .

وبين هاتين الفئتين فئة ثالثة لم تقل بالحجر ، ولكنها اتخذت تدابير متوسطة
 لحماية المبدّر . مثاله في فرنسا ، اجاز القانون المدني ان تصيب المحكمة على المبدّر أو
 الابن ناظرًا وقتائياً^٤ ، لاجل الاشراف عليه ومساعدته في بعض التصرفات
 الشرعية المهمة^٥ .
 وبعد ، فلا شك ان التبذير من الناحية الاقتصادية لا ضرر منه اذا كان لا يؤثر
 على الانتاج العام^٦ . ولا شك ايضاً ان في الحجر على المبدّر تضييقاً على حرته
 الشخصية وعلى حرية تصرفه في ملكه وحقوقه .

غير ان هذا لا يبرر ترك المبدّر والسلب بدون حجر أو تقييد . بل انما ينبغي
 النظر في أمره ، لان اثر التبذير لا يبقى محصوراً فيه وحده ، بل هو مضر بالصلحة
 العامة . وقد قال أحد الفقهاء : و اذا بدّر (أحد) ماله أو اتلته صار عالة على
 المسلمين ورجعت ثقته الى بيت مالهم ، فوصل ضرره بتبذيره الى جميع المسلمين ،

(١) Curator

- (٢) بوستيلياوس ، الاحكام (٣ ، ٢٤ ، ١) ، (٣ ، ١ ، 23 ، 3) ، و جبرار (س
 ، ٢٣٥ - ٢٣٨) .
- (٣) انظر كتاب « Conflict of Laws » في القضاة الآتية :
 Worans v. De Volder (1880 , 49 L. J. Ch. 261) , In Re Scot's Trust
 (1902 , 1 ch. 488) .
- (٤) ١٩٣٨ - ٢٨٨ (القسم الثاني ، ص ١٦٦) ، (101 ، 2 ، 1938 ، S.) .

(٥) Conseil Judiciaire . انظر المادتين ٤٩٩ و ٥١٣ من

- (٥) امديوت محكمة استئناف دوي (Donat) من اعمال فرنسا في ٢٩ حزيران سنة ١٩٣٧
 كما يقضي بنصب ناظر قضائي على رجل ثبت له انه سرق الاعمال وسهل الاقباد لطلبته ، الى
 درجة اصح معها اولاده يتفقون من تبيده وامضت تروته عرشه التبذير والتبيد . انظر هذا
 الحكم في مجلة سيرني لسنة ١٩٣٨ (القسم الثاني ، ص ١٦٦) ، (101 ، 2 ، 1938 ، S.) .
- (٦) جيد (Gite) ، فروس الانتصاف السياسي ، ١٩٣٦ ، ج ٢ ص ٤٨٢ .

كان شريكاً للزبير وهو من المشهور بالكمالة في التجارة .
ومن اجماع الصحابة ايضاً ما روي عن السيدة عائشة زوج النبي (ص) انها هربت
بيبع رباعها ، تتصدق بالنس . فبلغ ذلك عبدالله بن الزبير فقال : و لتدين عائشة
عن بيع رباعها ، أو لأحجرن عليها . وفي هذا دليل آخر على جواز الحجر عند
الصحابة ٢ .
رابساً - القياس . من حيث ان الحجر يكون على الصنوبر لنرم التبنير منه ،
فالقاس يكون الحجر اولي على كل من تحقق منه هذا التبنير في الواقع . وايضاً
اذا كان الحجر لا يوقع عن البالغ عند بعض الفقهاء ، الا اذا كان رشداً ، واذا كانت
أموال الصنوبر لا تدفع اليه من بلغ غير رشيد ، وكذلك القياس يجب الحجر على
الكبير اذا ظهر منه منه أو تبنير ٣ .

معنى الصنوبر

الصنوبر في اللغة هو الجاهل والاحمق ٤ . وشروعاً هو ، بعبارة الزبيدي ، من كانت
وعادته التبنير والاسراف في النفقة ، وان يصرف تصرفاً لا لغرض ، او لغرض لا
بعده العقلاء من اهل الديانة غرضاً ، ... (ومن كانت عادته) الفسبب الفاحش في
التجارات من غير محمدة ٥ .
وبهذا المعنى جاء في الجملة : ه الصنوبر هو الذي يصرف ماله في غير موضعه ،
ويبدل في مصارفه ، ويضيع امواله ويطلقها بالاسراف . والذي لا يزالون يفتنون في
أخذهم وعطائهم ولم يعرفوا طريق تجارتهم وشتمهم بحسب بلائهم وخذلوا قلوبهم
يعنون ايضاً من السفهاء ، (المادة ٩٤٦) .
ويستخلص من هذا التصريف ان الصنوبر يشمل المبدور والمصرف والمفتسل .
والصنوبر يستعمل في المشهور بمعنى الاسراف ، ولكن بينها فرقاً ، على ما اوضحه

- (١) جمع بيع وهو النزل او الدار .
- (٢) البسوط ، ج ٢٤ ص ١٥٨ .
- (٣) البسوط والام في الموضع المذكور ، وللادب ٩٨٢ و ٩٨٤ من الجملة .
- (٤) في النال العاصي : ه الصنوبر ككتيبة ٥ .
- (٥) بينان الحقائق شرح كنز الدقائق ، ج ٥ ص ١٩٢ .

التجارات الشاطين ١ ، وولا تزورا السفهاء اموالكم ٢ ، ففي هذا نهي عن
التبنير وعن تسليم الاموال للسفهاء .
وجه في القرآن ايضاً ، في معرض الكلام على كتابة المدينة المؤجلة باسلاء
من عليه الحق : و فان كان الذي عليه الحق سفهاً او ضعيفاً او لا يستطيع ان يؤجل
هو فليسلل وليه بالعدل ٣ . وهذا كما ترى تخصيص صريح على الصنوبر وولييه .
وهل من ولي او ولاية الا على مجبور او موكل عليه ٤ ؟ .
ثانياً - ورد النهي عن الاسراف في الحديث الشريف : و كلوا واشربوا والبسوا
وتصدقوا في غير اسراف ولا تجبة ٥ . وروي ان رجلاً كان ضعيفاً النعم يفتن في
البيع ، فأتى اهله النبي (ص) وطلبوا ان يحجر عليه فلم يردم ولم يقل بعدم جواز
الحجر ، بل من رحمتهم عن البيع . ولما أصر هذا على طلب الاذن لانه لا يصبر عن
البيع ، قال له النبي (ص) : و اذا بايعت فقل لا خلافة ٦ ، أي اشار عليه بان
يشترط عدم الخداع في بيوعه ٧ .

ثالثاً - اجماع الصحابة . ومنه ان عبدالله بن جعفر كان يفتي ماله في اتخاذ
الصنافات ، حتى انه اشترى داراً للضيافة بانه الف . ولما علم ان علي بن ابي طالب
كان يتوي ان يطلب من الخلفة عثمان بن عفان ان يحجر عليه ، ذهب الى الزبير
واشركه معه في تلك الدار حيلة منه لدفع الحجر عنه . فلما سأل علي عثمان ان يحجر
على عبدالله بسبب التبنير ، لم ينكر عثمان جواز الحجر ، ولكنه رفضه لان عبدالله

- (١) الاسراء (١٧) ، ٢٦ و ٢٧ .
- (٢) النساء (٤) ، ٥٥ .
- (٣) البقرة (٢) ، ٢٨٢ .
- (٤) البسوط (ج ٤ ص ١٥٧) ، والام في الموضع المذكور .
- (٥) رواه البخاري بدون اسناد ، واخرجه احد في مسنده ، والمالك في المشرك ، والنسائي
وابن ماجه في مستنها . انظر شرح المعنى على البخاري (ج ٢١ ص ٢٩٤) ، والجامع الصغير
للسيوطي (ج ٢ رقم ٢٤٠٠) .
- (٦) الملائكة المتتابع . رواه البخاري وسلم ومالك واحمد وابو داود والنسائي . انظر شرح
المعنى على البخاري (ج ١١ ص ٢٢٣) ، وسنن مسلم (ج ٩ ص ١١) ، وشرحه للتوي
(ج ١٠ ص ١٧٦) ، وموطأ مالك شرح الزرقاني (ج ٣ ص ٣٤٢) ، وسنن ابي داود (ج
٣ رقم ٣٥٠٠ و ٣٥٠١) ، والفتح الكبير (ج ١ ص ١١) .
- (٧) سيأتي تفسير هذا الحديث ايضاً في فصل التبرير في العقود .

نوع الحجر وشروطه

ان الرأي السائد عند الفقهاء لا يعتبر السفيه محجوراً لذاته ، خلافاً للمجتون والصغير ، بل لا بد من حكم الحاكم بالحجر عليه . وكذلك لا يزول الحجر عندهم الا بحكم الحاكم أيضاً . وقد شدّ عنهم الامام محمد بن الحسن : فقال ان السفيه محجور عليه لذاته دون حاجته الى حكم القاضي ، وأن الحجر يزول عنه من غير قضاء ايضاً ^١ . وكذلك روي عن بعض الفقهاء انهم جوزوا الحجر على السفيه من قبل ابيه ووجهه ، ولكن قولهم غير مشهور ^٢ .

وعلى كل ، فالحجر على السفيه يكون عاماً ، بمعنى انه لو كان احد الناس يعين في بعض التصرفات خاصة ، فالشهور انه لا يحجر عليه حجراً خاصاً في ذلك النوع من التصرفات ^٣ .

وتكون الولاية على السفيه المحجور للمعالم في الرأي السائد ^٤ . ويجوز للعالم طبعاً ان ينصب وصياً عنه ، كما في باقي الاحوال . وبهذا كله اخذت المجلة ، فنصت على انه : واذا اعطي الصغير ماله عند بلوغه ، ثم تحقق كونه سفياً ، يحجر عليه من قبل الحاكم ، (المادة ٩٨٤) . وان ... ولي السفيه الحاكم فقط ، وليس لايه ووجهه ووصيائه عليه حق ولاية ، (المادة ٩٩٠) . وانه وعند صلاح حال السفيه المحجور ينكح حجراً من قبل الحاكم ، (المادة ٩٩٧) .

ويشترط اعلان حجر السفيه ببيان سببه للناس ^٥ . ولا يشترط حضور من اريد حجراً من طرف الحاكم . ويصح حجراً غيباً ايضاً . ولكن يشترط وصول خبر الحجر الى ذلك المحجور . ولا يكون محجوراً ما لم يصل اليه خبر انه قد حجّر عليه . وتشكون عقوده واقاربوه معتبرة الى ذلك الوقت ، (المادة ٩٦٢) . ولا بد من الملاحظة ان شرط الاعلان عن الحجر واجب في نظام السجل

- (١) شرح الخطاب وبهاتمه شرح الوفاق (ج ٥ ص ٧٤) ، واللبوط (ج ٤ ص ١٦٣) ، والمني (ج ٤ ص ٢٥٥) ، واللبوة الكبرى (ج ١٣ ص ٧٥) .
 (٢) فتح العزيز ، ج ١٠ ص ٢٨٦ .
 (٣) فتح العزيز ، ج ١٠ ص ٢٨٨ .
 (٤) المنى ، ج ٤ ص ٢٦٦ .
 (٥) انظر المادة ٩٦١ من المجلة ، واللبوة الكبرى في الوضوح المذكور .

الكرمانتي في شرح البخاري ^١ ، وهو ان الاسراف صرف الشيء فيما ينبغي زائداً على ما ينبغي ، والشذير صرفه فيما لا ينبغي . والاثنان فيها معنى اطلاق المسال بانفاقه عن غير رشد . وقد الحق النقاه بها الفتنة ، وهي عدم الاهتمام الى التصرفات الراجعة بسبب البساطة والبلاهة . وفيها كاتري معنى اخاعة المال ايضاً ^٢ .

وكذلك يجوز جمهور الفقهاء الحجر على الشيخ الكبير الذي ينكر عقله . ويعني اذا كبير (المرء) واختل عقله حجر عليه بمنزلة المجنون لانه يعجز بذلك عن التصرف في ماله على وجه المروءة وحفظه ، فأشبه الصبي والسفيه ^٣ . وهو قول يفهم منه ان هذا الكبير يعصح منفلاً شبيهاً بالسفيه بمعناه الشرعي ^٤ .

فاذن سبب الحجر عند جمهور الفقهاء هو المحافظة على مال السفيه ، والسفه هو عدم الرشد وعدم الصلاح في المال . فلذا لا يمتد النسق او عدم الصلاح في الدين سبباً للحجر عندهم . مثاله ان شارب الخمر ، وان كان فاسقاً في دينه ، لا يحجر عليه اذا لم يكن مبدراً ومسرغماً . وبمعناه ورد في الجملة انه : ولا يحجر على الفاسق بمجرد سبب فسقه ، ما لم يبدر ويسرف في ماله ، (المادة ٩٦٣) .

ولكن الامام الشافعي في احدى الروايتين عنه وغيره من الفقهاء ، الذين قالوا ان الرشد معناه الصلاح في الدين والمال معاً ، قد اعتبروا الفاسق سفياً يجوز الحجر عليه ، لان سبب الحجر على السفيه عندهم ليس المحافظة على ماله بل هو الزجر والمعقبة والتأديب ^٥ .

- (١) كما نقل ابن عابدين في حاشيته رد المحتار عم الدر المختار ، ج ٥ ص ٦٦٤ .
 (٢) رد المحتار ، ج ٥ ص ١٢٦ .
 (٣) المنى (ج ٤ ص ٢٥٥ - ٢٦٦) ، وشرح الخطاب (ج ٥ ص ٧٤) .
 (٤) لقد حكمت مؤخرأ محكمة الاستئناف الشرعية السنية في بيروت بالحجر للسفه على رجل ثبت له انه لا يعاطى عملاً ولا مينة ، وانه باع عقاراً له وصرف ثمنه ، وانه سيطر بفتح الالف بترتيب شعره وقب اذنيه وتغير سوره وارثاءه . ملابس النساء (في حكمها الصادر في ٣٠ كانون الاول سنة ١٩٤٣ رقم ٥٢) .
 (٥) انظر في كل ذلك : البهجة في شرح الصحفة (ج ٢ ص ٣٠٨) ، واللبوة الكبرى (ج ١٣ ص ٧٤) ، واللبوط (ج ٢٤ ص ١٥٧) ، وفتح العزيز (ج ١٠ ص ٢٨٦) ، والمني (ج ٤ ص ٢٦٦) ، والروض الربيع (ج ٣ ص ٧٦) .

دوام وصرفنا في نفقتنا فلا يميز القاضي منها إلا ما صرف بالقدر المعروف ويبطل الزائد عليه^١ .
 هذا في المعاملات المالية التي تقع تحت الحجر . أما المعاملات التي لا تقبل الفسخ ، كالطلاق والعتاق ، فلا تأثير للحجر عليها . وكذلك لا تأثير للحجر على السكاح في المذهب الحنفي وفي رواية عن ابن حنبل ، خلافاً للشافعي الذي قال بعدم صحة زواج السفية . أما في المذهب المالكي ، فزواج السفية يتوقف على اجازة الولي كما في عقوده الدائرة بين النفع والضرر^٢ . وقد كان أيضاً في غير ذلك من العقود والمعاملات خلاف بين المذاهب ، لا نرى مجالاً لتفصيله .

(١) انظر الواد ١٩٦٢ و ١٩٦٤ - ١٩٦٦ .
 (٢) الفتاوى الهندية (ج ٥ ص ٦١) ، ونصح العريز في الوضع المذكور ، والقرابين الشعبية (ص ١٩٧) ، والفتي (ج ٧ ص ٢١٧) .

المقاري في سوريا ولبنان ، وأنه لا يتم بالنشر في الجرائد فقط . بل ان الاحكام القضائية بالحجر ، بما انها تقيد حرية المالك المحجور عليه بصرفه في عقاراته وحقونه المدنية العقارية ، ينبغي أن تسجل في صحيفة عقاراته المدونة في السجل العقاري ، حتى تكون ذا مغزول تجاه من يتعاقد معه من الناس^١ .

أثر الحجر

لا أثر للحجر على معاملات السفية السابقة لحكم الحجر . فلذا قالت المجتة :
 و تصرفات السفية التي تتعلق بالمعاملات القولية الواقعة بعد الحجر لا تصح . ولكن تصرفاته قبل الحجر كتصرفات سائر الناس ، (المادة ٩٩١) .
 وان السفية المحجور عليه لا يكون عديم الأهلية في التصرفات والمقود ، بل تكون أهلية ناقصة فقط . وهو بوجه عام يعتبر في المعاملات كالصغير المدبّر (المادة ٩٩٠) . وقد مرت معنا أحكام هذا الصغير والخلاف في ذلك بين الفقهاء . فاذن في المجلة ، تكون عقود السفية معتبرة دون اجازة الحاكم اذا كان فيها نفع محض ، وتكون غير معتبرة ولو اذن بها الحاكم اذا كان فيها ضرر محض ، واما ما كان دائراً بين النفع والضرر ، كالبيع مثلاً ، فلا يكون نافذاً الا اذا رأى الحاكم فيه منفعة واجازته (المادة ٩٩٣) ، وذلك خلافاً للشافعي فانه يعتبر هذه المقود باطلة أيضاً^٢ .

بناء عليه ، جاء في المجلة انه لا يصح اقرار السفية المحجور بدين لآخر مطلقاً . أما حقوق الناس التي هي على المحجور فتؤدى من ماله . وكذلك يفتق من مال السفية عليه وعلى من لزمته نفقتهم . ولكن اذا استعرض السفية المحجور عليه

(١) راجع المادة التاسعة من القراردي العدد ١٨٨ الصادر في ١٠ آذار سنة ١٩٢٦ (العدد بالمقتضية من القرار ٤٥ ل.بر. الصادر في ٢٠ نيسان سنة ١٩٣٢) ، والمادة السادسة من القرار ذي العدد ١٨٩ الصادر في ١٥ آذار سنة ١٩٢٦ ايضاً (المادة بالقرار ٣٦١ ل.بر. الصادر في ١٣ كانون الاول سنة ١٩٣٩) . وانظر بهذا المعنى اجتهاد محكمة الاستئناف المختلطة في بيروت في المحكمين رقم ٤٩ الصادر في ١٧ حزيران سنة ١٩٤٢ ، ورقم ١٣ الصادر في ١٣ شباط سنة ١٩٤٣ ، وكتابنا الياومي، الشرعية والقانونية من ١٢٣ وما بعدها ؛
 (٢) الوبيز (ج ١ ص ١٧٦) ، وشرحه فسخ العريز (ج ١٠ ص ٢٨٨) .

غير ان نفراً قليلاً من الفقهاء ، كالحسن والضحاك ويحامد وسعيد بن جبير وغيرهم ، قالوا بان النساء من تحت الحجر ، لانهم غيبر وشيدات ، ويبدلان في تعريف النساء المذكورين في الآية الكريمة : « ولا يزورا النساء أموالكم »^١ . وكذلك روي عن الامام مالك في قوله المشهور وعن اتباعه ان البنت لا تخرج من الحجر الا بالبلوغ والرشد . وانما تبقى في ولاية ابيها او وصيها ، حتى يونس وشيها او حتى تبقى بعد الزواج مدة اختلف في تحديدها بين العلم والسبعة أعوام . وانه يجوز لابيها لا لغيره ان يرشدها قبل الزواج ، اي ان يترك عنها الحجر اذا آتس منها الرشد . وروي ايضاً عن عمر بن الخطاب والقاضي شريح والشعبي واسحاق واحمد بن حنبل في رواية غير مشهورة عنه انهم قالوا بان الفتاة لا بدفع اليها مالاً بعد بلوغها حتى تتزوج وتلد او يضي عليها سنة في بيت الزوج .

الا ان هذا التضييق على أهلية المرأة لم يقبل به جمهور الفقهاء . فالأئمة ابو حنيفة والشافعي وابن حنبل في الرواية المشهورة عنه وابو ثور والثوري وعطاء وابن المنذر ودارود الظاهري والشافعي ، جميعهم قالوا بان الفتاة كالفتى في احكام الحجر والبلوغ والرشد ، وان المرأة في مالها ما للرجل في ماله ولا فرق في ذلك بينها وبينه في شيء ، ابدأ . وكتابة اخرى ليست الاثوتة محمد ذاتها سبياً للحجر عند جمهور الفقهاء المسلمين^٢ .

وهذا القول لا شك فيه من جهة أموال المرأة . ولكن من جهة نفسها وحققها بالزواج ويتولي عقد الزواج ، ففي الامر خلاف وتفصيل بين المذهب . فالحنفيون جمهوراً للفتاة او للمرأة الرشدنة تزويج نفسها ، خلافاً لباقي الأئمة ، فانهم قالوا بان

(١) النساء (٤) . ٥ . اظر تفسير الفجر الرازي (ج ٣ ص ١٤٣) ، وشرح النبي على البخاري (ج ١٣ ص ١٥٠) ، وتفسير اليربوع لابن مطرف الكنتاني او كنيته مشكل القرآن وتخريره لابن قتيبة (مصر ، سنة ١٣٥٥ م ، ج ١ ص ١١٥) ، والحلي لابن حزم (ج ٨ رقم ١٣٦٤ ص ٢٨٨) .
(٢) اظر في هذا البحث : الام (ج ٣ ص ١٩٢ - ١٩٥) ، والفتي (ج ٤ ص ٥١٧) ، وشرح المطالب على سيدي خليل (ج ٥ ص ٦٧) ، وشرح المرثي (ج ٤ ص ٢٠٦) ، والحلي (ج ٨ رقم ١٣٦٦) ، وج ٩ رقم ١٦٤٢) ، وببإضافة الجليل (ج ٢ ص ٢٣٣) ، والقرائين القلبية (ص ٣٢١) .

البند الخامس المرأة

أهلية المرأة بوجه عام

كانت المرأة في بعض الشرائع القديمة ، كالشريعة اليونانية والشريعة الرومانية في أول عهدها ، تحت الحجر الدائم طيلة حياتها^١ . وكان القدماء يملكون هذا الحجر بتفصان عقل المرأة . ويشهد بذلك ما رواه غايوس عن الاعتقاد الشائع في ايامه بان المرأة خفيفة العقل^٢ ، وقد انتقد الرازي هذا الاعتقاد وعده ظاهرياً لا حقيقياً^٣ . وعلى الرغم من ان الرأي السائد عند الفقهاء المسلمين لم يقل بالحجر على المرأة ابدأ ، فان القول بضعف عقلها نجده في بعض كتب الفقه لتعميل بعض الاحكام المختصة بها^٤ .

ونحن لن ندخل في بحث عقل المرأة ولا في مقارنته بعقل الرجل . ولكن اذا كانت السيدات يجتقن على هذا التعميل ، ومن على حق في ذلك ، فانهم لا يكرهون انهن أقل اخياراً من الرجال ، أو على الاقل انهن ككذلك في تلك المصوّر الغابرة .

ونحن نثبت ههنا ان الرأي السائد في الشريعة الاسلامية ، التي أقرت للمرأة حقوق الارث وحقوقاً اخرى كثيرة كانت محرومة منها في الجاهلية ، لم تفرق بين الرجل والمرأة في الاهلية بوجه عام .

(١) Tutela perpetua mulierum .

(٢) Levitate animi .

(٣) غايوس ، النظم (١٦٠:١) - (Gaius, 1.190) .

(٤) اظر مثلا الفروق القراني ، ج ٣ ص ١٣٦ .

في إيطاليا سنة ١٩١٩ ، وفي رومانيا سنة ١٩٣٣ . أما في النمسا وسويسرا ،
فالقانون المدني أمر المساراة التامة بين الزوجة والرجل من حيث أهلية التصرف
والتعاقد .^١

والى جانب هذه المعاملة الشاذة التي منيت بها الزوجة الأوروبية الى وقت ليس
ببعيد ، والتي لم تفسر الا بسلطة الزوج وولايته على زوجته ، كانت الزوجة في
الشريعة الاسلامية بوجه عام تتمتع بأهلية تامة دون ان ينقص الزواج منها شيئاً .
فقد قال جمهور الفقهاء بان المرأة الرشيدة التي تسلمت مانها فانه في مالها الرجل ،
- واء أكانت متزوجة لم لم تكن ، لأن الزوج ليس له ولاية على أموالها ابداً .

ولم يشذ عن الجمهور الا الامام مالك ، فانه اعتبر الزواج مقيداً لأهلية الزوجة
بوجه جزئي ، فعنده يجوز للمرأة بعد زواجها وتسلم مانها ان تنصرف فيه بهوض ،
كالبيع والشراء والاجارة وما أشبه ، ولو كرهه زوجها . ويجوز لها ان تتعاطى
التجارة بدون اذنه ، ولكن يجب ان يتعها من الخروج . أما التصرف بتسيير
عوض ، كالصدقة والهبة والعتق والكتابة والبيع باقل من فن الثقل ، اذا كان زائداً
على تلك مانها ، فانه لا يصح الا بأذن زوجها . واذا كانت المرأة قد اتممت زوجها
في مانها ، فليس لها التصرف فيما امتته فيه ، لا بهوض ولا بتغير عوض ، إلا باذنه .
وقد استند المالكيون في ذلك الى الاحاديث الشريفة : ولا يجوز لامرأة عطية
الا بأذن زوجها ،^٢ . وليس للمرأة ان تنهك شيئاً من مانها الا بأذن زوجها ،^٣ .

ولا يجوز للمرأة امرء في مانها اذا ملك زوجها بعضها ،^٤
هذا ما قال به مالك والشافعية ، وايضا احمد بن حنبل في رواية مشهورة
عن . وهو قول بقية أهلية المرأة في عقود البيع وما يبنيها ، وبطلانها في عقود
المعاوضة . اما باقي المذاهب فانها ساوت بين الرجل وزوجته من حيث أهلية التعاقد

- (١) انظر كولان وكايتان (ج ١ سنة ١٩٣٤ ص ٦٣٠ ، وج ٣ سنة ١٩٢٥ ص ١٠٦) ،
وستيفن (ج ١ ص ٤٤٣) .
- (٢) رواه ابو داود والبيهقي واحمد . انظر سنن ابي داود (ج ٣ ص ٣٥٤) ، والفتح
الكبير (ج ٣ ص ٣٥٤) ، ونبيل الاوطار (ج ٦ ص ١٦) .
- (٣) رواه القاري ، انظر الجامع الصغير (ج ٢ رقم ٧٦٥٣) .
- (٤) رواه ابو داود والحاكم . انظر سنن ابي داود (ج ٣ رقم ٣٥٤٦) ، ونبيل الاوطار
والفتح الكبير في التوضيح المذكور .

لا زواج الا بولي . وعلى كل فلا مجال للتوسع في هذه المسألة ، لانها تنطبق بوجه
خاص في بحث الأحوال الشخصية .

تأثير الزواج على أهلية المرأة

منذ الشريعة الموسوية^٢ وغيرها من الشرائع القديمة التي رقت غير بعيد في
معظم الشرائع الأوروبية ، كانت المرأة المتزوجة بوجه عام لا تملك أهلية التصرف
في مانها أو أهلية التعاقد الا بأذن زوجها .

ففي فرنسا ، نص قانون نابليون ، متأثراً بمبادئ المقاطعات السبالية ، على
عدم أهلية الزوجة ، وقال بانها تقع تحت السلطة الزوجية ، ولا تصح تصرفاتها
وعقودها الا بأذن زوجها أو بأذن القاضي . وهذا التضييق على الزوجة لم يكن
لانها امرأة بل لانها متزوجة . وفيها خلا بعض المشتبهات التي انت بها القوانين
الاحلامية ، كقانون ١٣ تموز سنة ١٩٠٧ الذي اعطى الزوجة حرية التصرف بما
تجنيه من كسب خاص ، فقد بقيت قاعدة عدم أهلية الزوجة موجودة في فرنسا ،
برغم نقصد الكتاب والفقهاء . ولم تلغ الا بقانون ١٨ شباط سنة ١٩٣٨ ، الذي
نص على أهلية الزوجة المدنية التامة . ولم يتروك للزوج الا حق الاعتراض اذا
تعاقدت زوجته حرقة او مهنة غير لائقة^٣ .

وكذلك في انكلترا ، كانت المرأة المتزوجة لا تملك أهلية التصرف في اموالها
بدون اذن الزوج . ولم يبلغ هذا التضييق الا في اواخر القرن التاسع عشر .
وايضاً في معظم البلاد الأوروبية ، كان الزواج حتى القرن العشرين سبباً لتقييد
أهلية الزوجة . فغير ان هذا التقييد الذي مؤخرأ فيها جميعاً الا فيما ندر . مثاله الذي

- (١) القرون ، ج ٣ ص ١٢٧ .
- (٢) كتاب العادات والعلائق ، لمحمد حافظ مصري ، للدفعة ١٦٥ .
- (٣) راجع اللاتين ٢١٥ و ٢١٦ من القانون المدني الفرنسي ، وبتجموعة قوانين سبالي
لسنة ١٩٣٨ ص ٧٢٢) ، وكتاب آنسل (Ancel) ، المطبوع في باريس سنة ١٩٣٨ بعنوان :
" Traité de la capacité civile de la femme mariée d'après la loi du
18 février 1938 .
- (٤) انظر مسودة قوانين اموال المتزوجات لسنة ١٨٧٠ لسنة ١٨٨٢ لسنة ١٩٣٥
Married Women's Property Act, 1870 and 1882 .
Law Reform (Married Women and Tortfeasors) Act, 1935 .

النساء الاكبرم وما اعانهن الا انبياء ... خيركم خيركم لسانه وبنائه ... استوصوا بالنساء خيراً ،^١ .
 وعلى كل ، فلهذه الناحية تعود الى بحث الاحوال الشخصية الذي يخرج عن بحثنا هذا .^٢

نصرف احد الزوجين في مال الآخر

بعد ان دروسنا اهلية المرأة لتصرف في اموالها ، لا بد من كلفة فيها يجوز لاحد الزوجين ان ينفق في مال الآخر . ولا ريب في ان العرف قد سمح لكل منهما بان يتماثل في امور الآخر كثيراً من التصرفات ، بالنظر الى مسا بينهما من مودة وشيالة وحياء مشتركة .

اولا - يجوز للمرأة في الرأي السائد عند الفقهاء ان تصرف في مال زوجها بأذنه الصريح . ويجوز لها ايضاً ان تنفق من ماله دون افساد ولا تبذير ، وفق ما جرت به العادة ، وعلم بالعرف رض الزوج الضمني به ، كما يكون في اشياء البيت من طعام وما شاكل . وقد جاء في الحديث الشريف : « اذا انفقت المرأة من طعام بيتها غير مفسدة كان لما اجرها بما انفقت ولزوجها اجره »^٣ .
 ومن اشياء ذلك ايضاً ما جاء في الجملة انه : « اذا طلب شخص من امرأة اعارة شيء هو ملك زوجها ، فاعارته اياه بلا اذن الزوج ففاسد ، فان كان ذلك الشيء مما هو داخل البيت وفي يد الزوجة عادة لا يضمن المسموع ولا الزوجة ايضاً . وان لم يكن ذلك الشيء من الاشياء التي تكون في يد النساء كالخمس ، فالزوج يخبر ان شاء ضمنه لزوجته ، وان شاء ضمنه للمسموع » (المادة ٨٢٢) .

ثانياً - اذا تصرف الزوج في مال الزوجة عملاً بأذنها الضمني أو عملاً بطراد

(١) المطامع الصغير للسيوطي ، رقم ٤١٠٢ و ٤١٠٨ و ٤١٠٢ و ٤١٠٢ .
 (٢) انظر مقال « ملكة المرأة في الاسلام » ، اذ انت هذا الكتاب ، للتدوير في محصلة الاديب (شباط ١٩٤٦ ، ص ٢٩) ، وفي القصة القضائية السابقة (١٩٤٦ ، ص ٣٥) .
 (٣) روي في الصحيحين وفي كتب السنن . انظر شرح العمري على البخاري (ج ٨ ، ص ٣٩) ، وصحيح مسلم (ج ٣ ، ص ٩٠) ، وشرحه للثوري (ج ٧ ، ص ١١١) ، والمطامع الصغير للسيوطي (ج ١ ، رقم ٤١٩٩) ، والاهل (ج ٨ ، رقم ١٣٩٧) ، والفتاوى القلبية (ج ٥ ، ص ٨١) .

واهلية التصرف في الاموال . فاذنارة تلك في مالها بالاستقلال ما ملك الرجل في ماله ، ويجوز لها ما يجوز له سواء اكانت متزوجة أم غير متزوجة . وان هذه المسألة ، كما بين الشافعي وغيره ، تستند الى ان الكتاب والسنة لم يفرقا في هذا الامر بين الرجل والمرأة ، وان القياس والمقول يقتضيان بعدم التفريق . اما الاجاديت التي ذكرت بمكس ذلك ، فانهم لم يقبلوا بها ، أو لم يفسروها كما فسرهما المالكيون .^١

ومن الغريب ان تذكر في هذا المعرض ان قانون التجارة اللبناني الصادر في ٢٤ كانون الاول سنة ١٩٤٣ نص على « ان المرأة المتزوجة ، معها تكن احكام القانون الشخصي الذي تخضع له ، لا تلك الاهلية التجارية الا اذا حصلت على رض زوجها الصريح او الضمني » (المادة ١١) . فهذا النص لا يتفق مع شريعة البلاد ، ولا يساو خضعا النسوة الحديثة .

ولا بد من التنبيه اخيراً الى ان ما قد سناه يتعلق باهلية المرأة من ناحية تصرفها في اموالها . اما من ناحية نفسها ، فلا ينكر حتى الزوج عليها وعلى العقود المتعلقة بذلك ، عملاً بالقاعدة الكلية الواردة في الآية الكريمة « الرجال قوامون على النساء » . مثلاً يجب على المرأة ان تطيع زوجها فيما هو مباح شرعاً ، وان تقم معه في السكنن الشرعي^٢ . ولذا جاء في بعض المتأخرين ان لبس للمرأة ان يؤثر نفسها للخدمة بعد عقد الزواج بدون اذن زوجها^٣ .

ولكن هذه القاعدة ، التي هي اساس المعاتق والكيان الاجتماعي قديماً وحديثاً ، مقدمة للمصلحة وبواجب الرجل ان يحسن معاملة زوجته ، عملاً بالآيتين « وعاشرهم بالمعروف » ، « وجعلنا بينكم مودة ورحمة » ، و عملاً بالاجاديت الشريفة « ما اكرم

(١) راجع في هذا البحث : الفتوة الكبرى (ج ١٣ ، ص ٧٢ و ١٣٣ - ١٣٧) ، والام (ج ٣ ، ص ١٩٥) ، وشرح النوائ على سيدي خليل (بياض الخطاب ج ٥ ، ص ٢٩) ، والفتي (ج ٤ ، ص ١١٨) ، والخصي (ج ٨ ، رقم ١٣٩٦ ، وج ٩ ، رقم ١٦٤٢) ، والقرابين القلبية (ص ٣٢٣) ، وشرح الاحكام الشرعية في الاحوال الشخصية للابائي (ج ١ ، ص ٢٨٢) ، ونبيل الاوطار (ج ٦ ، ص ١٦) ، وشرح العمري على البخاري (ج ١٣ ، ص ١٥٠) .
 (٢) سورة النساء (ج ٤) ، ٣٤ - انظر تفسيرها في التار للشيخ محمد عبده ، ج ٥ ، ص ٦٨ .
 (٣) انظر بنفس الفتى للاديب ٢١٣ و ٢١٤ من القانون المدني الفرنسي .
 (٤) الروض المربع ، ج ٢ ، ص ٩٧ .
 (٥) النساء (ج ٤) ، ١٩ ، والزوم (٣٠) ، ٢١ .

العرف في ذلك ، فان علة ماغا تكون لها ، الا اذا ارادت ان تهبها لزوجها او اذا كان الاستغلال على سبيل العلة والمعروف ، ولا يكون مكوتها وحده ابدأ دليلا على القية ^١ .

وكذلك في الرأي السائد ، يكون مهر الزوجة لها وحدها . وهو حقها هي ^٢ . فلا شيء منه لزوجها ، ولا لابنها ، ولا لاحد من اقاربها على الاطلاق ^٣ .

(١) البهجة في شرح الصلوة ، ج ٢ ص ٧١ - ٧٢ .
(٢) لقد طين بعض الطلبة ان كلمة حق هنا معناها التمس ، كما هو معروف في الاصطلاح الفارسي ، واستدلوا من ذلك ان المهر هو من الزوجية . كما كان الامر عند الرومان في بعض انواع الزواج .
(٣) الحلبي ، ج ٩ رقم ١٨٥١ .

البند السادس

مرض الموت

التعريف

وأنا فيما مضى كيف يكون مرض العقل سبباً للعجز أو لتقييد أهلية التعاقد والتصرفات القولية . ولا شك في ان مرض الجسم لا تأثير له مبدئياً على هسهه الاهلية . غير ان الامر يكون على خلاف ذلك فيما يسببه مرض الموت .

وان هذا المرض ، في الاصطلاح ، هو المرض الذي حكم الطب بكثرة الموت به . او هو المرض الذي يكون فيه خوف الملاك غالباً ، وبهجز الرجل عن القيام بمصالحه الخارجية ، و كميته النقيه عن الاتيان الى المسجد ويعجز السوفى عن الاتيان الى دكانه ، ، والذي يعجز المرأة عن اقامة مصالحها داخل بيتها . ولا يشترط في ذلك ان يكون المريض صاحب فراش .

وان مرض الموت مبني على علة وجود خوف الملاك . لذا يمتد من هذا المرض الى الحادة وذات الجنب وما أشبه ، لا الجرب والبرص والورد . أما المقصد والتلذذ فيها كالرجل الصحيح اذا لم يكن مرضها يزداد يوماً قيوماً .

وكذلك لم تخل بعض الامراض من خلاف ، فالسبب مثلاً يمتد بالتاليين من أمراض الموت . ولكن عند الحقيين إذا طال المرض ومارس المبول مجال لا يخاف به الموت ، فهو كالصحيح . وقد اختلف في معنى التطاول في هذه الحالة ونظيراتها ، فتوكله بعضهم الى العرف ، وقدره بعضهم بسنة ، والقنوى على الرأي الثاني . وبمسارة اخرى ، فالرأي الحنفي الخشار لا يمتد بتزلة مرض الموت المرض الذي يتبد الى أكثر من سنة ، الا اذا اشتد هذا المرض وتغير حال المريض . فمعدنند تحسب

يتصرف تصرفاً مضرراً بورتته ودائبه ، فمن المعقول إذاً ان ينظر الشرع بتعزز الى معالجة هؤلاء ، وان يحمي حقوقهم التي تتعلق في تركته بعد وفاته ^١ .

ولمذا اعتبر جمهور الفقهاء المسلبين ان المريض أو من أطلق به لا يملك الاعلانية التامة ، بل يعتبر محجوراً جزئياً عن بعض التصرفات المنفرة ، لا سيما الافرار وعقود التبرع وما شاكل . ونحن نبين بإيجاز اثر هذا الحجر في التصرفات والعقود المهمة ، مع امثلة مأخوذة من مجلة بوجا خاص ومن غيرها من الكتب الفقهية .

ولا بد من الإشارة هنا الى ان المريض اذا شفي من مرضه تعتبر جميع عقوده وتصرفاته التي اجراها في مرض الموت صحيحة ، كإلوا اجراها في حال الصحة .

وختاماً اذا قارنا بين هذا المذهب الاسلامي وبين القوانين الاوروبية ، وجدنا ان هذه القوانين ، وان كانت قد نظرت الى معالجة الغرماء وازورقة وحث معالجتهم من اوجه عديدة ، الا انها لم تعتبر مرض الموت مجسداً ذاته سبباً من اسباب الحجر ولا مبرراً لتقييد اعلية التعاقد .

وكذلك في المذهب الظاهري لا تأثير لمرض الموت على الالهيبة ابدأ . فقد قال ابن حزم ان كل ما انقذه المرضى في اموالهم من هبة او صدقة أو حيلة أو لعبه بيع أو اقرار ، سواء اكانت هذه التصرفات لو ايرت أو لتسوير وارث أو لبعض الغرماء دون بعض ، كل ذلك نافذ من رؤوس اموالهم كالو كالأوصياء آتئين ، فالمرض مرضاً يموت منه أو يبرأ منه ، والحامل مذ تحمل الى ان تضع أو توت ، والموقوف للقتل يحق في قود او حد او باطل ، والاصير عند من يقتل الاسرى أو من لا يتسلمهم ، والشرف على العطب ، والمقاتل بين الصدين ، كهم سواء وسائر الناس في اموالهم ، ولا فرق في صدقاتهم ويومئهم وتنتهم وحياتهم وسائر اموالهم ^٢ .

عقود المعاوضة

ان المريض مرض الموت غير ممنوع من التجارة ولا من تعاطي عقوده المعارضة

(١) التهورا (ج ١٨ ص ٢٦) ، والديانغ (ج ٧ ص ٢٢٤) .

(٢) الخلق (ج ١٢ ص ١٣٩٥) ، وج ٩ ص ٣٤٨ .

السة ابتداء من وقت الاشتداد والتعبير .

ولما كانت العاة في مرض الموت هي خوف الملاك على طريق الغلبة ، ، فإن القياس ألقت به احوال اخرى لوجود نفس العاة فيها . وأم هذه الاحوال الخروج لاجل المباشرة مع قوي أو كفوه ، والخروج لاجل تنفيذ القتل أو القطع ان خيف منه الموت ، والوقوف في ثم السبع ، وركوب البحر بعد انكسار السفينة .

وقد حصل خلاف في تحقيق غلبة الملاك في بعض الاحوال . مثاله بعد نزلة مرض الموت عند جمهور الفقهاء ، خلافاً للمالكية وركوب البحر بعد هياجه ونلاظهم الامواج ، وبعد أيضاً كذلك عند الجمهور خلافاً للحنفية النحاهم القتال أو الخضوع الى صفة أو الاسر والحبس عند خوف القتل .

وكذلك ألحق يمرض الموت حالة المرأة الحامل ، من وقت تحريك الطلق بها عند جمهور الفقهاء ، ومنذ الشهر السادس من الحمل في مذهب مالك ^١ .

وقد جمعت المجاه في تعريفها لمرض الموت خلاصة ما قلناه فنصت على ان : «مرض الموت هو المرض الذي يتطلب فيه خوف الموت ويعجز معه المريض عن رؤية مصالحه الخارجية عن داره ان كان من الذكور ، ويعجز عن رؤية المصالح الداخلة في داره ان كان من الاناث ، ويموت على ذلك الحال قبل مرور سنة ، سواء اكان صاحب فراش أو لم يكن . وإن امتد مرضه ، ومضت عليه سنة وهو على حال واحدة ، كان في حكم الصحيح ، وتكون تصرفاته كتصرفات الصحيح ، ما لم يشتد مرضه وتغير حاله . ولكن لو اشتد مرضه وتغير حاله ومات قبل مضي سنة بعد حالة اعتساراً من وقت التغيير الى الوفاة مرض موت ، (المادة ١٥٩٥) .

والخلاصة من هذا كله ان مرض الموت هو حالة العجز التي يكون فيها الملاك غالباً وكثير الاحتمال . ففيها يصبح المريض قريباً من الموت ، ويخش منه ان

(١) راجع في كل ذلك : الفتاوى البازية (ج ١ ص ٢٦٩) ، هاشم الغدبية ، والدر المختار (ج ١ ص ٣٨١) ، والبحر الرائق (ج ٤ ص ٤٦ و ٤٧) ، وجامع القسطين (ج ٢ ص ٢٢٨ - ٢٢٩) . ومختصر سيدي خليل (ص ١٩٢) . وشرحه فيخرشي (ج ١ ص ٢١٤ - ٢١٥) ، وشرحه الفتاوى (هاشم الخشاب ج ٥ ص ٧٨) ، وأصل (ج ١ ص ٢٥٢ - ٢٥٣) ، ودر المختار (ج ٢ ص ٧١٧) ، والشفاية (ج ١ ص ٤٩٢) ، وخطيبة البيهزوي (ج ١ ص ٢٨٢) ، والشرح الكبير (ج ٦ ص ٢٨٢ - ٢٩٢) .

ذلك هو ان المناقع لا تعدّ مالا في مذهبهم . فلا يعدّ التبرع بها في مرض الموت مقصراً بالقرءاء والورثة ، الذين تملك حقوقهم في عين تركته .

عقود التبرع

قال اصحاب المذهب الظاهري بان تصرفات المريض وتبرعاته جميعاً نافذة كصكومات الصحیح ، على ما اوضحنا سابقاً ١ . ولكن جمهور الفقهاء قالوا بعكس ذلك ، واعتبروا عقود التبرع التي يجريها المريض في مرض موته شبيهة بالوصية ، واعطوها من ثم نفس الحكم بوجوه عام ٣ . ويفسر ذلك ان مثل هذه العقود هي بطبيعتها مقصورة ضموراً محضاً بتسكك التبرع المريض ، التي تتعلق بها حق الورثة والقرءاء جميعاً .

فإذا اعتبر المريض جهة هذه العقود محجوراً عليه حجراً جزئياً . والضابط في ذلك انه لا يجوز تبرعه بشيء ، اذا كان عليه ديون تستغرق جميع ماله ، وانه لا يصح تبرعه لمصلحة الورثة الا باجازة باق الورثة بعد وفاة المورث ، وان هذا التبرع لا يصح ايضاً لمصلحة الاجنبي ابي غير الورث الا اذا لم يجاوز ثلث التركة ٣ .

ولاجل تفهم هذا الضابط ، لا بد من التوصل والتفريق بين احوال ثلاث : الاولى حالة استغراق ديون المريض ببيع امواله ، ولثانية حالة زيادة التركة على الديون دون وجود وارث او ورثة ، والثالثة حالة زيادة التركة على الديون مع وجود الورث . وهاك ابحاث صمد الاحوال مع بعض الامثلة من عقد الهبة وتبرع الهابة والكفالة والوقف ، مأخوذة من المجلة ومن غيرها : -

اولاً - استغراق ديون المريض ببيع امواله .

- (١) المجلد ١٦٠ ص ٣٤٨ .
- (٢) انظر بهذا المعنى المادة ٥٦١ من قانون الاحكام الشرعية لتشار البيا ، والنسخ الكبير (ج ١ ص ٢٩١) .
- (٣) المرسوم (ج ١٨ ص ٢٦ و ٢٦) ، وحاشية البيجوري في الموضع المذكور ، والنهاية شرح الثابة والقرءاء (ج ٢ ص ٤٤) .

المالية ، كالبيع والشراء والاجارة وما اشبه ١ ، لان هذه المعاوضة تنفي في الاصل وجود الضرر . واليك امثلة من هذه العقود ، مأخوذة من مراجع الحنفيين : -

اولاً - البيع .

ان الهابة في البيع ، ابي البيع بالعين ، شبيه بعقود التبرع ، وسياقي حكمه معها . ولكن هل يصح البيع او الشراء بشئ المثل ؟ لا ريب في صحته اذا كان معقوداً مع اجنبي ، ابي مع غير الوارث . ففي المجلة : « اذا باع المريض في مرض موته شيئاً لاجنبي بشئ المثل صح بيه ١٠٠٠ » (المادة ٣٩٤) .

وكذلك يصح البيع والشراء بشئ المثل عند صاحبي ابي حنيفة ويشهد جمهور الفقهاء ، اذا كان معقوداً بين المريض واحد ورثته . اما عند ابي حنيفة ، فالعقد لا ينفذ الا يرضى الورثة ٢ . ورواه اخذت المجلة فنصت على انه « اذا باع شخص في مرض موته شيئاً من ماله لاحد ورثته ، فيصير ذلك موقوفاً على اجارة - اثر الورثة . فان اجازوا بعد الموت ينفذ البيع ، وان لم يجيزوا لا ينفذ » (المادة ٣٩٣) .

ثانياً - الرهن .

قال ابن البرزاق : « يصح رهن المريض وبثت احكام الرهن ، ولا يكون هذا تبرعاً بما زاد على الدين ، لانه جعل المثل في يد الامة . ولكن لا يظهر صحة هذا الرهن في حق القرءاء ، لانه ابتداء بالاجزاء الحكمي ٣ » .

ومعنى ذلك ان الرهن يصح في مرض الموت ، ولكن لا يكون فيه للدائن الترتين ادنى افضلية على باقي القرءاء ، لتعلق حقوقهم في تركة المريض يوم مرضه . ثانياً - التصرف بالتامع .

تصح الاعارة في مرض الموت عند الحنفيين ، وتصح ايضاً هبة المريض بالتامع . وعليه تصح اجارته ومزارعته ، ولو بأقل من اجر المثل ؛ . ولا ريب في ان سبب

- (١) المرسوم (ج ١٨ ص ٢٦-٢٧) ، والدفنونة الكبرى (ج ١٣ ص ٥٩) ، وشرح المرصفي على سبدي خليل (ج ٤ ص ٢١٥) ، وشرح الوافي (بهاش الخليل ج ٥ ص ٧٨) ، وحاشية البيجوري في موضع المذكور ، والنسخ الكبير (ج ٦ ص ٢٩٨) .
- (٢) جامع القضاة (ج ٢ ص ٢٤٥-٢٤٦) ، والقفاوي الخانية (بهاش الخانية ج ٣ ص ٦٩٥) . والنسخ الكبير في الموضع المذكور .
- (٣) القفاوي البازية ، ج ٣ ص ٥٧ ، بهاش الخانية .
- (٤) جامع القضاة (ج ٢ ص ٢٤٦-٢٤٧) . وهذا مخالف للاجاء في الهابة في الاجارة والاستحجار في المادة ٥٦١ من قانون الاحكام الشرعية في الاحوال الشخصية .

الورثة الا باجازه الباقين بعد وفاة المورث، ونصح الاجنبي بسببه نكح التركة لاكثر .
مثاله في لدية قالت الجدة : و اذا وهب امرؤ في مرض موته شيئاً لاحد ورثته ،

وبعد وفاته لم يجز سائر الورثة ، لا تصح تلك الهبة . واما لو وهب وسلم نصيب
الورثة ، فان خرج الموهوب من ثلث ماله صحت الهبة ، وان لم يخرج ولم يجز الورثة
الهبة فانما تصح في ما يخرج من الثلث ويجوز الموهوب له طرد الباقي ، (المادة ٨٧٩).

ومثله بيع الحيازة . فهو لا ينفذ اذا كان بنقمة احد الورثة باجازه الباقين
(المادة ٣٩٣) . ويجوز اذا كان لاجنبي ولكن يعتبر من ثلث ماله ، فان كلف
الثلث واغنياً بها (أي الحيازة) صح ، وان كان الثلث لا يفي بها لزم المشتري اكمال
ما نقص من ثمن المثل واعطائه للورثة . فان اكمل لزم البيع ، والا كلف للورثة
فسخه . مثلاً لو كان شخص لا يملك إلا داراً تساري الفاً وخمسة فريش فباع للورثة
الذكورة في مرض موته لأجنبي غير وارث وألف فريش وسلمها له ثم مات ، فيها ان
ثلث ماله يفي باحسان به وهو خمسة فريش ، كان هذا البيع معتبراً ، وليس
للورثة فسخه حينئذ . واذا كان المريض قد باع هذه الدار بخمسة فريش وسلمها
للمشتري ، فيها ان ثلث ماله الذي هو خمسة فريش يعمل نصف ما حاسب به . وهو
الف فريش ، فيثبت للورثة ان يطلخوا من المشتري نصف ما حاسب به مورثهم وهو
خمسائة فريش . فان أداما للورثة لم يكن للورثة فسخ البيع ، وان لم يؤدها كان
للورثة الفسخ واسترداد الدار ، (المادة ٣٩٤) .

وكذلك في الكفالة ، لو كفل أحد من وارثه أو طلبه في مرض موته ، فلا
يكون الكفالة صحيحة . ولو كفل دين الاجنبي فيعتبر من ثلث ماله .
ومعلوم أن لوقف المريض ايضاً احكاماً خاصة ، لكن المجال لا يتسع لتفصيلها .
وبكلمة موجزة نقول ان المريض الذي استغرق دينه تركه اذا وقف مالا في
مرض موته لاجنبي فيعتبر من ثلث ماله . اي انه يصح اذا لم يجاوز الثلث ويتوقف

(١) انظر البيهقي في الوضع المذكور ، والجاسع الكبير لمحمد بن الحسن (ص ٣٦٨) ،
ويامع التصويلين (ج ٢ ص ٢٤٥ - ٢٥٠) ، وطبق القاضي الخاندقي (ج ٢ ص ٦٥) ،
وشرح المحرري (ج ٤ ص ٢١٦) ، وشرح الوفاق (ج ٥ ص ٧٨) ، والاشباه والنظائر
للبيهقي (ص ١٧٧) ، ومناجح الكرامية (ج ٥ ص ٢١٦) ، والشرح الكبير (ج ٦ ص ٢٩١) .
(٢) انظر المادة ١٦٠ من الحيازة ، ويامع التصويلين (ج ٢ ص ٢٤٧) .
(٣) هذه القاعدة مطبوعة قانون الاعراف الفقهية اللبناني الصادر في ١١ آذار ١٩٤٧ بصورة مغلقة ،
(٤) ولو كان الوارث غير مريض ، اذا تركه مضمونه ذرية أو زوجاً أو احد الوارثين الوارثين (٣٨-٣٨) .

ويباع ،^١ ومعناه ان للدائنين ان يطلخوا ابطال الوقت الذي اجراه مدينتهم
المريض ، وهم بيع الدار الموقوفة استيناء خلفهم .

وفي الهبة قالت الجدة : و اذا وهب من استغرقت تركته بالدين امواله لوارثه
أو لغيره وسلمها ثم توفي ، فلا تصح الديون ابطال الهبة واخذ مال امواله في نسبة
الغرماء ، (المادة ٨٨٠) .

وايضاً الحق بعقود التبرع ببيع الحيازة ، وهو البيع بفصل من ثمن المثل بما لا
يتغاين فيه الناس . ويفسر ذلك ما في الحيازة من التفاوت في المعاوضة ومن الضرر
على التركة وعلى حقوق الغرماء والورثة . ففي الجملة ورد انه و اذا باع رجل في
مرض موته ماله بأقل من ثمن المثل ، ثم مات مدينوناً وتركته مستغرقة ، كان
لأصحاب الديون ان يكافؤوا المشتري ابلاغ فسخ ما اشتراه الى ثمن المثل واكفاله
واداءه للتركة ، فان لم يفعل فسخوا البيع ، (المادة ٣٩٥) .

والخيار لا يجوز للمريض المدين ان يبرئ مدينه ، أي ان يسقط دينه الذي له
على آخر ٢ ، لما في هذا الايراد . والا فإلزام من ضرر على الغرماء . وكذلك تجب
المساراة بين الدائنين . فعليه و ليس لاحد ان يؤدي دين احد غرمائه في مرض
موته ويبتل حقوق باقيه . ولكن له ان يؤدي ثمن المال الذي اشتراه أو الغرض
الذي استغرضه وهو في حال المرض ، (المادة ١٦٠) .

ثانياً - حالة زيادة التركة على الدين دون وجود وارث .
هنا تصح عقود التبرع اذا بقي بعدها ما يكفي الدين ، لعدم الضرر من هذه
العقود على احد . فلذا ورد في عقد الهبة في الجملة انه : و اذا وهب من لا وارث له
جميع امواله لاحد في مرض موته وسلمها فيصح ، وبعد وفاته ليس لأبن بيت المال
المداخلة في تركته ، (المادة ٨٧٧) . وكذلك هو الحكم اذا وهب وسلم احد
الزوجين جميع ماله لآخر في مرض الموت ان لم يكن له وارث سواه (المادة ٨٧٨) .
ثالثاً - حالة زيادة التركة على الدين مع وجود الوارث .

نعم لا ضرر من عقود التبرع في هذه الحالة على الغرماء ، ولكن فيها ضرر
كبير على الورثة . فلذا اعتبرها الفقهاء بمنزلة الوصية ، وقالوا بانها لا تصح لاحد

(١) الفتاوى الخانية (ياش الخنسية ج ٣ ص ٣٤٨) ، ويامع التصويلين (ج ٢ ص ٢٤٤) .
(٢) الدر المختار شرح تنوير الاحكام ، ج ٢ ص ٢٧٧ .

أولاً - إقرار المريض عند عدم الدين والوارث :

جاء في الجملة ان إقرار المريض الذي لا وارث له سوى زوجة ، يعتبر بمنزلة الوصية . فإذا نفى هذا المريض المالك عن جميع ماله وأقر به غيره ، صح الإقرار وليس لابن بيت المال أن يتعرض لتركة المقر بعد وفاته (المادة ١٥٩٦) . وسبب ذلك ان الوصية جائزة في مثل هذه الحال ، فجاز الإقرار الذي هو بمنزلة الوصية .

ثانياً - إقرار المريض المدين بالنسبة للقرماء .
سوى قريباً حكم إقرار المريض بدين أو بعين لوارثه وحكم إقراره لتغير الوارث .

ولكن في الأحوال التي يكون فيها هذا الإقرار نافذةً وصحياً ، سواء أكان لصحة الوارث أم لتغيره ، لا بد من التنازل عما يكون حكمه بالتقياس إلى أرباب الدين السابقة لمرض الوارث . فكل تنازل ديون الصحة وديون المرض لم تقدم الأولى على الثانية ؟

في المذهب الحنفي ، كما جاء في الجملة ، تعتبر ديون الصحة مقدمة على ديون المرض . يعني أن الدينون المستفزة تركه بالدين تقدم ديونه التي تعلقت بذمته في حال صحته على الدينون التي لزمته بآثاره في مرض موته . فتستوفى أولاً ديون الصحة من تركه ، ثم تؤدى ديون المرض ان بقيت فضلة . ولكن الدينون التي تعلقت بذمة المريض بأسباب معروفة ، أي أسباب مشاهدة ومعلومة عند الناس غير الإقرار ، كالسراء والاستقراض وانتلاف المال ، فهي في حكم ديون الصحة . وإذا كان المقر به من الأعيان فحكمه على هذا التناول أيضاً . يعني إذا أقر أحد لأجنبي بأي شيء كان في مرض موته ، فلا يستحق المقر له مسألم تؤدى ديون الصحة أو الدينون التي هي في حكم ديون الصحة التي لزمت بأسباب معروفة كما ذكر آنفاً ، (المادة ١٦٠٢) .

وان قول الحنفيين في تقديم ديون الصحة على ديون المرض هو أيضاً قول النجفي والثوري وقول غير مشهور عن ابن حنبل . وأما باقي الأئمة فانهم اعتبروا الإقرار في الصحة والمرض سواً .

ثالثاً - إقرار المريض لصحة الوارث .

في المذهب الحنفي لا يصح الإقرار بدين أو عين لوارث ، لأنه منهم من ينظر

على اجازة الورثة فيما زاد على ذلك . اما اذا وقف المريض ، لا لصحة احد الورثة ، فالوقف يصح في حال اجازته من قبل باقي الورثة بعد وفاة الواقف . ولكن عند عدم الاجازة اذا كان المال الموقوف لا يجاوز ثلث التركة فهو صحيح ، الا ان الغلة تنقسم بين الورثة الموقوف عليهم ورافي الورثة على قدر حصتهم في الميراث حتى النقائص جميع الموقوف عليهم . واذا كان المال الموقوف أكثر من الثلث ، فان ما كالت دون الثلث حكمه كما ذكرنا ، وما زاد عليه فانه يقسم بين جميع الورثة فسة فثلث ولا يصح الوقف فيه .

إقرار المريض

إذ علمنا أن الوصية لا تجوز لوارث إلا بإجازة باقي الورثة ولا تجوز للأجنبي إلا من ثلث المال ، أدركنا ما لاقرار المريض بدين أو عين لصحة وارثه أو غير وارثه من أهمية وما فيه من تهمة الوصية المستترة . ولا بأس بكلمة مهنا في حكم هذا الإقرار ، مع الملاحظة بأن هذه الكلمة لا بد من أن تكون موجزة ، لأن الإقرار خارج عن بحث أهلية المتعاقد الذي نحن بصدده .

ويجب التفصيل في هذا المعرض بين حالات أربع وهي : إقرار المريض عند علم الدين والوارث ، وإقرار المريض المدين بالنسبة للقرماء ، وإقرار المريض لصحة الوارث ، والإقرار لصحة الأجنبي .

- (١) راجع جامع الصورين (ج ٢ ص ٢٤٣ - ٢٤٥) ، والتنازل العندية (ج ٢ ص ٤٣١ - ٤٤٢) ، وأصح الرسائل النفوس البخاري الطرسوسية (ص ١٠٠) ، والفتاوى (ج ٦ ص ٢١٦ - ٢٢٠) .
- (٢) انظر في ذلك : البسوط (ج ١٨ ص ٢٤ - ٣٣) ، والام (ج ٧ ص ١١٠) ، وكلمة فتح القدير وبهاية النية (ج ٧ ص ٧ وما بعدها) ، والبدائع (ج ٧ ص ٢٤٤ - ٢٤٨) ، وجامع الصورين (ج ٢ ص ٢٥٠) ، ودرر المحاكم (ج ٢ ص ٣٦٧) ، وفتح المائدة (ج ٧ ص ٦١ وما بعدها) ، والندوة الكبرى (ج ١٣ ص ٦٢ - ٦٣) ، والفتاوى (ج ٥ ص ٣٤٢ - ٣٤٧) ، ومفتاح الكرامة (ج ٥ ص ٣٠١) ، والبيان للنعالي (ج ٢ ص ٩٢) ، وقانون الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية (المادة ٢٣٣ و ٢٤٥) ، وشرحه للإيسائي (ج ٢ ص ٣٣٢) ، والربيع (ج ١ ص ١١٥) ، وشرحه فتح القدير (بديل المجموع ج ١١ ص ٩٦) .

الرأي السائد عند الفقهاء ، إلا إذا كان كذب المقر ظاهراً ، فعندئذ لا يعتبر اقراره الا من نكح ماله .

وهذا المعنى ورد في الجملة ان اقرار المريض في مرض موته بمسئلة أو دين لاجني ، اي لمن لم يكن وارثه ، صحيح وان أطاح بجميع ماله . ولكن اذا ظهر كذب المقر بان كان معلوماً عند كثيرين ان المقر به ملكه وقت الاقرار ، فلكه بسبب من الاسباب كالبيع والهبة او الانتقال اليه بالارث ، فيثبت بنظر ائمة لم يكن الاقرار في اتناء مذاكرة الوصية كان بمنى الهبة فلا بد من التسليم ، واثبت كان في اتناء مذاكرتها حمل على معنى الوصية ، وفي كنا الخائنين لا يشهر اقرار المقر الا من نكح ماله ، (المادة ١٦٠١) .

و كذلك في الجهة اذا اقر احد في مرض موته بأنه قد استوفى من اجني دينه الذي نشأ بذمة هذا الاجني في حال المرض ، فالاقرار صحيح ولكنه لا يسري على دائي الصحة ، اي على ارباب الديون الثابتة في زمن الصحة . ولكن اذا كان الدين الذي اقر باستيفائه يتعلق بذمة الاجني في حال الصحة قبل المرض ، فالاقرار يقبضه في حال المرض صحيح ومعتبر حتى تجاه دائي الصحة أيضاً (١٦٠٣) . ولا شك في أن هذا التفصيل الذي أتت به هذه المادة غير مقبول إلا في المذاهب التي قبلت بتقديم ديون الصحة على ديون المرض ، كما أوضحتنا .

أحوال أخرى

ما قدناه يتعلق بأهلية المريض لاجراء العقود والتصرفات المالية . لكن توجد عقود أو تصرفات أخرى لا علاقة لها بالمسأل ، أو لا تقبل الفسخ . ونحن نكتفي بتاليف من ذلك وهما الزواج والطلاق .

أولاً - الزواج :

قال الامام أبو حنيفة يجوز زواج المريض ، واشتراط فيه أن يكون المهر مهر التل لا أكثر . وبهذا الجواز قال الامام الشافعي أيضاً . وأما الامام مالك ،

الاقرار لجواز انه آثر هذا الوارث على الباقين ببل الطبع^١ . ولا يصح هذا الاقرار إلا بأجازة باقي الورثة بعد الموت ، أو بتصديقهم المقر في حال حياته ، أو إذا أفاق المريض من مرض بعد الاقرار ، أو إذا كان الاقرار ببعض الأمانة من وارثه ، أو بالتألف ودية معروفة للوارث ، أو بقبضه مساً قبضه له الوارث بالوكالة من مديونه^٢ .

ويعد اقرار المريض في حال مرض الموت بالأماناد إلى زمان الصحة في حكم الاقرار في زمان المرض . فلو أقر أحد في مرض موته بأنه قد استوفى طلبه الذي على وارثه في زمان صحته ، لا ينفذ اقراره ما لم يجزئه باقي الورثة . وكذلك لو أقر احد بأنه كان قد وهب ماله اللاني لفلان الذي هو من ورثته وكان سلمه اليه ، لا ينفذ اقراره ما لم يثبت بينه او يجزئه باقي الورثة ، (المادة ١٦٠٠) .

وان المراد من الوارث في هذا البحث هو الذي كان وارثاً للمريض في وقت وفاته . وأما الورثة الخاصة بالسبب الحادث في وقت وفاة المقر ولم تكن قبل فلا تكون مانعة لصحة الاقرار . كما اذا اقر احد نال لامرأة اجنبية في مرض موته ثم تزوج بها ومات فيكون اقراره نافذاً . وأما الاقرار لمن كانت وراثته قديمة ولم تكن حاصلة بسبب حادث فلا يكون نافذاً . مثلاً لو اقر من له ابن نكح بالاحمد اخوته من أبويه ثم مات بعد موت ابنته ، لا يكون اقراره نافذاً ، لان الاخاه يورثون من حيث كونه اشقاء له ، (المادة ١٥٩٩) .

وان ما قلناه عن المذهب الحنفي قال به ايضاً الامام حنبل والشافعي وشرع والنجمي ويحسب الانتصاري . وقال بملكه الائمة الشافعي في الرواية الشهيرة عنه وأبو ثور واسحق وعطاء والحسن . فتقدم بصح اقرار المريض لو ارث وان لم يجزئه الورثة . أما الامام مالك فإنه قال بعدم قبول اقرار المريض الا اذا لم يكن متنها فيه . مثلاً لو كان المقر بنت وابن اخ ، فأقر بدين لابن الاخ لم يتم بانثاره على ابنته ، وان اقر بذلك لابنته انهم بانثارها على ابن اخيه .

وأبياً - اقرار المريض لاجني .
ان اقرار المريض في مرض موته بدين أو عين لمصلحة غير الوارث صحيح في

(١) البديع ، ج ٧ ص ٢٢٤ .
(٢) الاشياء والطلاق لابن نجيم ، والذماتان ١٥٩٧ و ١٥٩٨ من الحلية .

وشبه بذلك ما نراه اليوم في القوانين الحديثة من الحجر القانوني - على بعض المحكوم عليهم ببعض العقوبات المبهمة - رسيب هذا نوع المحكوم عليه من السعي للفرار عن نفسه ، أو لخسارة المهرب من السجن - ويبرر الحجر أيضاً عبر المحكوم عليه في الواقع عن إدارة أمواله واحتجته الى من يتوب عنه في ذلك .

وتدرد هذا الحجر القانوني في قانون الجزاء اللبناني (المادة ٢٧) ، نقلاً عن القانون الفرنسي (المواد ٢٩-٣١) ، ثم في قانون العقوبات اللبناني ، حيث جاء فيه : - وكل محكوم عليه بالاشغال الشاقة او بالاعتقال يكون في خلال تنفيذ عقوبته في حالة الحجر وينقل بحراسة حقوقيه على املاكه ، ما خلا الحقوق الملازمة للشخص ، الى رصي وفاقاً لاحكام قانون الاحوال الشخصية المتعلقة بتعيين الارصياة على المحجور عليهم . وكل عمل او ادارة او تصرف يقوم به المحكوم عليه يعتبر بطلا بطلاناً مطلقاً ، مع الاحتفاظ بحقوق الغير من ذوي اليد الحسنة . ولا يمكن ان يسلم الى المحكوم عليه اي مبلغ من دخله ، ما عدا المبالغ التي يجيزها الشريعة او أنظمة السجن . وتعاد الى المحكوم عليه املاكه عند الافراج عنه ، ويؤدي له الرصي حساباً عن ولايته ، (المادة ٥٠) .

رخص قانون الموجبات البنائي على انه ، يحق لكل ذي شأن الاحتجاج بعدم اعلية المحكوم عليهم الموضوعة تحت الحجر القانوني ، (المادة ٢١٨) .

فانه لم يجوز ذلك في قوله المشهور () .
 تانياً - الطلاق .
 اتفق الفقهاء ، على صحة طلاق المريض في مرض موته ، ولكنهم اختلفوا في مسألة اوت الزوجة المطلقة إذا مات زوجها المريض من ذلك المرض .
 فقال الامام الشافعي بأنها لا تزنه ابداً ، لأن سبب الارث وهو رباط الزوجية ، قد انقطع قبل الموت . وقال الامام مالك بأنها تزنه دائماً ، وان انقضت عدتها وتزوجت .
 وبين هذين المذهبين المتباينين نوسخت باقي المذاهب . فقال الامام أبو حنيفة واث أبي ليلى بأن الطلقة في مرض الموت تزوت زوجها إذا مات وهي في العدة لا إذا مات بعد انقضاءها . وقال الامام ابن حنبل بأنها تزنه بشرط أن لا تتزوج بغيره قبل وفاته . ()
 وان من قال بعدم حرمان الزوجة من الارث يستند الى سابقات عمات بن عثمان ، وإلى أن الطلاق في مرض الموت يحمل على قصد حرمان الزوجة من الارث ، فلذا رد الشرح هذا القصد على صاحبه (٢) .

محرر المحكوم عليهم

قدمنا ان جمهور الفقهاء اُلحقوا بمرض الموت بعض الاحوال التي يغلب فيها خرف الملاك . ومن هذه الاحوال حالة المحكوم عليهم بالاعدام او بالقطع ان ينف من الموت . وكذلك ايضاً محرر المرتد عن الاسلام عند بعض الفقهاء (٣) .

- (١) انظر كلمة فتح القدير (ج ٧ ص ٣) ، وجامع التصولين (ج ٢ ص ٢٣٤) ، وشرح الخريفي (ج ٤ ص ٢١٦) ، والقوانين القنبية (ص ١١٧) ، وبداية المجهد (ج ٢ ص ٢٣٨) ، والوجه (ج ٢ ص ٥٩) .
- (٢) راجع المؤلف شرح الرقابي (ج ٣ ص ١٦٥) ، وجامع التصولين (ج ٢ ص ٢٣٨) ، والبحر الرائق (ج ٤ ص ٤٢) ، والدر المختار (ج ١ ص ٣٨١) ، والقوانين القنبية (ص ٢٢٨) ، وقانون الاحكام الشرعية في الاحوال الشخصية (المادة ٢١٩) ، وشرحه للإياضي (ج ١ ص ٢٧٩-٢٨٠) .
- (٣) القواعد لابن رجب ، ص ٥٠٨ .

يجوز للحاكم أن يبيع مال الدين، بل له أن يبيعه حتى يبيعه هو . ووجهه في ذلك ما جاء في الآية الكريمة ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراضٍ منك ،^١ وما جاء في الحديث الشريف ولا تجل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه ،^٢ . فبيع مال الدين بغير رضاه ليس بتجارة عن تراضٍ ولا بما تطيب نفسه به .

وقد ذهب إلى قول أبي حنيفة بعدم الطهر على الدين لئلا يذوق وأصحاب المذهب الظاهري وزيد بن علي والناصر . أما جمهور الفقهاء ، مالك والشافعي وابن حنبل وأبو يوسف ومحمد بن الحسن وغيرهم ، فقد قالوا بالطهر على الدين المفلس وبيع ماله من قبل الحاكم . واستندوا في ذلك إلى سنة النبي (ص) في حجره على معاوية بن جبل وبيع ماله في ديون كانت عليه ، وإلى سابقات عمر بن الخطاب وعمر بن عبد العزيز وغيرهما في بيع أموال الدين وقسمها بين الغرماء .

وان معظم الشرائع الحديثة وضعت أنظمة خاصة للائلاس والحجر على الدين المفلس . ولكن بعض هذه الشرائع خصت ذلك بالتجار كما في فرنسا ولبنان ، وبعضها لم يفرق بين التجار وغيرهم كما في السريين الإسلامية والانكليزية^٣ .

طلب الحجر وأسبابه

أخذت مجلة الاحكام العدلية برأي صاحبين أبي يوسف ومحمد . فصّدت على أن للحاكم أن يجبر على المدينون بطلب الغرماء ، (المادة ٩٥٩) . وطلب الدائنين شرط الحجر عند جمهور الفقهاء ، مما عدا ما روي عن الامام الشافعي أنه جوز الحجر على المدين قبل طلب الدائنين للمصلحة ، وجوز به بناء على طلب المفلس نفسه . وقول الشافعي موافق من هذه الناحية لما جاء في قوانين التجارة الحديثة .

(١) النساء (٤) : ٢٩ .
 (٢) الفتح الكبير ، ج ٣ ص ٣٥٩ .
 (٣) انظر قانون التجارة الصيني (المادة ١٤٧ وما بعدها) ، والنرسي (المادة ٣٧٤ وما بعدها) ، والياباني (المادة ٥٩٩ وما بعدها) ، وكتاب ستيفن (Stephen's Commentaries) ج ٣ ص ٦٦٧ .
 (٤) فتح العزيز (ج ١٠ ص ٢٠٠) ، وقيل الاوطار في الموضع المذكور .
 (٥) انظر مثلا المواد ٤٩١ - ٤٩٣ من قانون التجارة اللبناني .

البند السابع

المدين

الحجر على المدين

لا شك في ان حقوق الغرماء او الدائنين معرضة لخطر تذبذب الدين وتهربه - اماله بتصرفه على غير هدى أو غير امانة ، او باقتراره بديون غير صحيحة . فنادا نظرت الشرائع الى هذا الخطر ووضعت وسائل عدة لدبرته ولحماية الدائنين منه ، كما جرى في باب مغايل الوجبات . ولا يمتنا من هذه الوسائل الآن الا مسأله الحجر على المدين لما لها من علاقة بأعماله التعاقدية ، ومن تأثيره على صحة تصرفات المدين المحجور عليه .

ولقد وقع في هذه المسأله خلاف بين الفقهاء المسلمين^١ . فقال الامام ابو حنيفة بعدم جواز الحجر على المدين ، ولأن في الحجر عليه اهدار اهليته والحاقه باليهام ، وذلك ضرر عظيم ، لا يمكن تحمله لدفع ضرر خاص . وكذلك عند ابي حنيفة ، لا

(١) انظر في هذه المسأله : البسيط (ج ٤ ص ١٦٣ وما بعدها) ، وتكملة البحر الرائق (ج ٨ ص ٨٤-٨٤) ، والهداية (ج ٣ ص ٢٣٢-٢٣٢) ، ونتاج الاكثار تكملة فتح القدير (ج ٧ ص ٣٢٤ وما بعدها) ، والدر المنثور شرح المنقح (بهامش جمع الانهر ج ٢ ص ٤٤٢) ، والقنوازي المتدبر (ج ١٣ ص ٨٣ وما بعدها) ، ونباهة الجهد (ج ٢ ص ٢٣٥-٢٤٣) ، والموهبة الكبرى (ج ٥ ص ٣٢ - ٥٧) ، وشرح الخرش (ج ٤ ص ١٧٣) ، والقوانين والشرح المطالب (ج ٥ - ٣ ص ١٨٩-١٩١) ، والوجيز (ج ١ ص ١٧٠) ، الفقيهية (ص ٣١٨) ، والام (ج ٣ ص ١٩١-١٩١) ، والوجيز (ج ١ ص ١٧٠) ، وشرحه فتح العزيز (ج ١٠ ص ١٩٦ وما بعدها) ، والهديب (ج ١ ص ٣٢٠) ، والنسفي (ج ٤ ص ٤٥٥ وما بعدها) ، والخلي (ج ٨ رقم ١٣٩٤) ، والبيزن للمصراي (ج ٢ ص ٨٣) ، وقيل الاوطار (ج ٥ ص ٢٠٧) ، والروض النضير (ج ٣ ص ٤٦٥) .

ولاية في الحجر من الأشهاد عليه وإعلانه للناس ببيان سببه ، ليكون الجمع على بصيرة . ولاية من الإبلغ خبره إلى المدین ، الذي يقبض مشتقاً بأهليته التامة حتى يصل خبر الحجر إليه .

أما أسباب الحجر ، فهي الإفلاس الحقيقي عند جمهور الفقهاء ، والإفلاس الظاهر والمهاتمة عند بعضهم . وهناك إبطاح ذلك : -
أولاً - الإفلاس الحقيقي .

ومعناه الحالة التي تكون فيها أموال المدین مستغرقة بالدين . ولكن إذا كانت الاموال مساوية للديون فلا حجر عند جمهور الفقهاء ، خلافاً للجملة التي عرفت المدین المنقس بأنه من كان دينه مساوياً لماله أو يزيد منه . ففي هذه الحالة ، إذا تخاف الغرماء ان يضع المدین المنقس وماله بالتجارة أو أن ينجبه أو يجهله باسم غيره ، وراجموا الحاكم طالبين حجره عن التصرف في ماله أو عن إقراره بدين آخر ، حجره الحاكم وباع أمواله وقسمها بين الغرماء ... (المادة ٩٩٩) .

ثانياً - المهاتمة .

إن ما حل المدین المقنن في أداء دينه ، فهو كالفلس ظاهر . لذا جوز الرأى الحنفی المنجاز وبعض فقهاء المذاهب الأخرى ان يطالب الغرماء الحجر على المدین الماهل . وهو قول معقول مرافق لروح الشريعة الاسلامية والتحديث الشريف : « تطال الغني ظم » . وهو قريب أيضاً من التعريف الذي تبنته قوانين التجارة العصرية ، ومنها قانون التجارة اللبناني ، حيث جاء فيه ان التاجر المنقس هو من انقطع عن دفع ديونه التجارية (المادة ٤٨٩) .

الا انه لا كانت الديون في الحالة الثانية لا تحيط بجميع أموال المدین ، كان من الضروري ان لا يتابع أمواله جميعاً ، بل ان يباع منها ما هو أهون في حق المدین ،

(١) الهذب (ج ١ ص ٣٢١) ، والبحر في النوض المذكور ، والادنان ١٦١ و١٦٢ من الجلة .
(٢) الهذب في النوض المذكور ، والغني (ج ٤ ص ٤٨٨) ، ونوح المرشسي (ج ٤ ص ١٧٥) .
(٣) نتائج الافكار (ج ٧ ص ٢٢٧) ، وبنية الجهد (ج ٢ ص ٣٢٥ - ٣٢٦) ،

والهذب في النوض المذكور .
(٤) دراه الصحیحان وأبو داود . انظر شرح العین علی البخاري (ج ١٢ ص ٢٣٦) ، وصحیح مسلم (ج ٤ ص ٣٤) ، وصان ابی داود (ج ٣ رقم ٣٣٤٥) .

وان لا يبيع الحاكم المال الا بعد ان يتبع المدین من بيعة .
وهذا كله أخذت الجملة ، فقصت على انه : « لو ظهر عند الحاكم بماطلة المدین في أداء دينه مع قدرته على الوفاء ، وطلب الغرماء بيع ماله وراثية دينه ، حجر الحاكم ماله . واذا امتنع من بيعة وراثية الدين ، باع الحاكم وادى دينه . فيبدأ بما يبيع أهون في حق المدین . فيقدم النقود اولاً ، فان لم تف بالعرض ، وان لم تف العروض أيضاً فالعقار » (المادة ٩٩٨) .

ففي هذا الترتيب مراعاة لجانب المدین ، وهو شبهه بما جاء في قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني ، من انه اذا كانت ثروة المدین مؤلفة من أموال مختلفة ، فيبدأ بحجر الديون ، فالنقود ، ثم العقارات (المادة ٦١١) .

امر الحجر في تصرفات المدین

ليس الحجر على المدین عاماً يشمل جميع تصرفاته وجميع أمواله ، بل هو مقيد من حيث التصرفات ومن حيث الاموال .

فمن ناحية التصرفات ، اختلف الفقهاء في تأثير الحجر . فمنهم من منع التصرفات المالية جميعاً ، ومنهم من قصر الحجر على التصرفات المصرة بالغرماء فقط .
مثاله عند الحنفيين لا يعتبر تصرفات المحجور عليه المصرة بالغرماء ، كإدانة والصدقة والبيع بشئ اقل من ثمن المثل ، والاقراء بدين آخر ، وما الى ذلك . ولكن يصح قبول المدية وبيعه بشئ المثل ، وما أشبه ، لعدم الضرر من ذلك على الغرماء .
غير ان هذه التصرفات المشروعة لا تكون كذلك الا بالقياس الى أموال المدین الموجودة وقت الحجر . اما بالقياس الى الاموال التي يكسبها بعد الحجر ، فتكون هذه التصرفات معتبرة .

ويمنا كله أخذت الجملة وضعت على ان الحجر للدين يتر في مجال الدين الذي كان موجوداً في وقت الحجر فقط ، ولا يتر في المال الذي نلكه بلكه بعد الحجر ، (المادة ١٠٠١) . وان الحجر يتر في كل ما يؤدي الى ابطال

(١) القلبية (ج ٣ ص ٢٣٠) ، والغني (ج ٤ ص ٤٨٩) ، وبنية الجهد (ج ٢ ص ٣٢٧) ، والرتب (ج ١ ص ١٧٠) .

ولكن اذا كان الثمن ناقصاً لا يفي بها جميعاً ، فكيف تجري القسة ؟
ان الاصل في ذلك ان توزع الاموال بين الدائنين على قاعدة تقسيم الغرماء ،
ومعنى هذه القاعدة ان يأخذ كل دائن جزءاً من حاصل أموال الدين بعدل نسبة
دينه الى مجموع الديون . وان الغرماء ، متساوون مبدئياً في ذلك ، فليس لاحد منهم ،
حتى ولا طالب الحجر نفسه ، من امتياز على غيره في شيء .

غير ان لهذا المبدأ استثنيات ، وأهمها الآتية :-

اولاً - يقدم على سائر الديون المصروفات التي اقتضتها ، معالجة الحجر ، كحجرة

الحال والكيال ، وما أشبه^١ .

ثانياً - اذا كان الدين مؤتمناً برهن ، فالدائن المرتهن يأخذ دينه من ثمن الرهن
مبداً من الدين^٢ .

وميل غيره من الدائنين^٣ .
ثالثاً - في بعض الحالات بكون الدائن حق حبس ما في يده من مال المدين
حتى يقبض حقه . مثاله للبايع ان يجس البيع حتى يقبض الثمن . وسنرى في باب
مفاعيل الموجبات ان حق الحبس في الشريعة الاسلامية يعطى صاحبه امتيازاً
على سائر الغرماء .

رابعاً - جاء في الحديث الشريف : « من أدرك ماله بينه عند رجل او انسان
قد أفلس فهو أحق به من غيره »^٤ . فمن هذا الحديث استنتج جمهور الفقهاء ، انه
اذا وجد أحد الدائنين عين ماله عند المدين المفلس فان له ان يسترجعه ، ان شاء .
وقد شدّ عليهم ابو حنيفة وابن شبرمة ، فرفضوا هذا الامتياز وقالوا بان صاحب العين
يكون في دينه أسوة الغرماء الباقين^٥ . وكذلك أثبت جمهور الفقهاء حق الضمخ
هنا في غير البيع من عقود المبادعة كالاجارة والسكك ، فيكون الدائن في هذه
الاحوال امتياز على باقي الغرماء ، كما سنرى في باب فسخ العقود .

خامساً - في المذهب المالكي ، اذا أفلس او مات مستاجر الدابة او السفينة ،

(١) فتح البزير شرح الوجيز ، ج ١٠ ص ٢٠٩ .

(٢) المغني ، ج ٤ ص ٤٥٢ .

(٣) رواه البخاري وسلم ، واخرجه ابو داود بإسناد مختلف . انظر شرح التلبي على البخاري
(ج ١٢ ص ٢٢٧) . ومصحح مسلم (ج ٥ ص ٣١) ، وشرح النووي (ج ١ ص ٢٢١) ،
وسنن ابى داود (ج ٣ رقم ٣٥٣١ و٣٥١٦٥ وما بعده) .

(٤) انظر التلبي (ج ٤ ص ٤٥٦-٤٥٧) ، وغيره من الرازي المذكورة في مصدر هذا البند .

حتى الغرماء ، كالتب والصدقة وبيع مال بانقاص من ثمن مثله . بناء عليه لا
تعتبر تصرفات المدين المفلس وتبوعاته ورسائل عقوده المشرة بمحقوق الغرماء .
في حق امواله الموجودة وقت الحجر ، وان كان تعتبر في حق امواله التي اكتسبها
بعد الحجر . ولو اقر لآخر بدين لا يعتبر اقراره في حق امواله التي كانت موجودة
في وقت الحجر ، ولكن يعتبر بعد زوال الحجر ويبقى مدوناً بأدائها في ذلك
الوقت . وايضاً ينفذ اقراره فيما يكتبه بعد الحجر ويقضى دينه منه ،
(المادة ١٠٠٢) .

وختاماً ، لا بد من الاشارة الى ان قوانين التجارة الحديثة أشد من الجملة في
ذلك . ففي القانون اللبناني مثلاً ، لا يجوز للمفلس ان يدير امواله حتى ما كان منها
قد أحوزه بعد اعلان الافلاس ، ولا يمكنه ان يبيعها ، ولا ان يتعاقد أو يتعاظم
شيئاً من التصرفات ، ما عدا الاعمال الاختياطية والمحقوق المتعلقة بشخصه وما
شاكل (المادة ٥٠١-٥٠٢) .

فصل اموال المدين

بعد اعلان الحجر على المدين المفلس تباع امواله لاجل ايفاء الديون التي بدينه .
ولكن يستثنى من البيع ثبابة الضرورية ودار سكنه وأشياء أخرى خلافة لاجل
لتفصيلها .

مثاله جاء في الجملة انه يترك للمدين ومن الالبسة ما يحتاج اليه . وان كل
للمدين ثياب قيمة وكان يكتفي الاكتفاء بما دونها ، باعها (الحاكم) ، واشترى له
من ثيابا رخيصة ، وأعطى باقيا للغرماء ايضا . وكذلك ان كان له دار وكان
يمكن الاكتفاء بما دونها ، باعها واشترى من ثيابها داراً مناسبة لخال المدين وأعطى
باقيها للغرماء ، (المادة ٩٩٩) .

وكذلك لا يترك المفلس وعياله بدون نفقة في أثناء معاملات البيع والتوزيع .
بل يتفق في مدة الحجر عليه وعلى من لزمته نفقته بالمعروف (المادة ١٠٠٠) .
وبعد بيع اموال المدين المحجور عليه يقسم ثيابها بين الغرماء . فاذا كان الثمن
كافياً لإيفاء جميع الديون ، فيحتمل لا سبيل للخلاف ، اذ كل دائن يأخذ حقه .

البند الثامن

السكران

تقديم السكر ونهضته

حوت الشريعة الاسلامية السكر ، فانه من آفات صعبة واجتماعية .
 ونزلت فيه آيات التحريم تدريجياً . فنزلت الآية الكريمة : **وَبِالْوَلَدِكَ مِنَ الْخَمْرِ**
وَالْبَسْرِ ۗ قُلْ فِيهَا أَنْتُمْ كَبِيرٌ وَمَنَافِعُ لِلنَّاسِ ، وَإِنَّمَا كُنَّ مِنْ قَدَمِهَا ۗ . ثم
 نزلت الآية : **وَيَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَقْرَبُوا الصَّلَاةَ وَأَنتُمْ سُكَارَىٰ حَتَّىٰ تَعْلَمُوا**
مَا تَقُولُونَ ۗ . واخيراً ورد النهي بالآية : **وَيَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا ، إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ**
وَالْأَصْنَابُ وَالْأَزْلَامُ رِجْسٌ مِنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ ، فَاجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ . انما يريد
 الشيطان ان يوقع بينكم العداوة والبغضاء في الخمر والميسر ويعدكم عن ذكر الله وعن
 الصلاة ، فهل انتم متفكرون ، ؟ .

وكذلك ايدت السنة هذا التحريم ونسبته بالحدوث الشريف : **وكل شراب**
سكر فهو حرام ، وينظره من الاحاديث المتواترة الصحيحة .

(١) اظر صفح ابي داود (ج ٢ رقم ٢٦٦٠) ، وكهتساب التلخيص والشرح لابي القاسم
 ابي النصر (طبع مطبعة خديفة ، مصر ، ١٣١٥ هـ ، بهاش لسباب التزول للواحددي ،
 ص ٧٢ - ٨٢) .

(٢) الفهار .

(٣) -سورة البقرة (٢) ٢١٩ .

(٤) النساء (٤) ٤٣ .

(٥) المائدة (٥) ٩٠ - ٩١ .

(٦) روي في الصحيحين وفي كتب السنن الاربعة وفي موطأ مالك وسنة احمد وغيرها . اظر
 شرح النبي على البخاري (ج ٣ ص ١٨١ وج ٢١ ص ٧٠) ، وصحيح مسلم (ج ٦ ص ٩١) ،
 والوطأ بشرح البيهقي (ج ٢ ص ١٧٩) ، وسنة ابي داود (ج ٣ رقم ٣٦٧٩ وما بعده) .

والجمع الصفة (ج ٢ رقم ٦٣١٢) .

فان المزجور يكون أحق من باقي الثمرات ، با على المزجور من النضاع لاستيقا ما
 يشوب له من الاجرة ، وايضاً اذا اجر أحد أرضاً فزرعها المزجور ثم أقتل ،
 فالمزجور مقدم على باقي الثمرات ، في استيفاء الاجرة ، ثم يقدم بعده حتى ساقى الزرع ،
 ثم برزته ، ومثله اذا تسلم الصانع شيئاً فعضه ثم أقتل صاحبه او مات ، فالصانع
 أحق بالشيء المستوفى لاجرته ان كان هذا الشيء لا يزال بيده .^١

(١) اظر بداية المجلد لان رتبه الخبيث (ج ٢ ص ٢٤٠) ، وشرح الخريفي (ج ٤
 ص ١١٦ - ١١٧) . واجمع احوال الاستيفاء الواردة في القانون الثاني : قانون العمل (٤٨٦)
 وقانون الجوارك (٣٥١٢ وما بعدها) ، وقانون ١٥٥/٢٦ المتعلق باستيفاء عطارد
 الثامن (٣٩٤) وقانون ٩٦٣/٢٧ المتعلق باستيفاء بائع الثقول ، وقانون طراريء العمل
 (رقم ١٤٢٥) وقانون المحاكم المدنية (٧٩٧٢) وقانون التجارة (١١٦٢) .
 وقانون ضريبة الدخل . وقانون الوصيات (٦٨٦٢) وقانون ١١٢/٢٤ ١٩٦٢م الخ .

بالبيع ، وباع فلا ينفذ البيع على موكلاه ، ولكن السكر بسبب مباح ، كالشرب
التداعي او بناهين الاكراه او الضرورة ، هذا يجعل السكران بقوله المسمى عليه ،
ويجعل تصرفاته من ثم غير معتبرة .

وقد قال برآي الحنفيين أيضاً أو برآي قريب منه ، بعض التابعين والقهاء ،
كعميد بن المسيب وعطاء والحسن البصري وابراهيم النخعي وابن سيرين ومجاهد
ومعوية وابن شبرمة والثوري والشافعي وابن حنبل في احسدى الروابن
عنها والارزاعي وغيرهم ، مع بعض الخلاف في التفصيل احياناً .

فإن تصح تصرفات السكران وعقوده عند هؤلاء القهاء ، لا سجا عند
الحنفيين . فإلم تذكر مجلة الاحكام العدلية السكر مع اسباب الخمر ولا مع موانع
الاهلية . وبهذا المعنى جاء في قانون الاحكام الشرعية في الاحوال الشخصية المصري
ان و يقع طلاق السكران الذي سكر بمحظور ، طائماً بخناراً ، لا مكرماً
محظراً ، (المادة ٢١٨) .

وأنت ترى ان هذا القول فيه بعض القسوة والشدّة . وهو فوق ذلك يخالف
القياس الذي جعل العقل والتمييز ركناً لكل عقد أو تصرف . فلا غرو اذن من
ان نجد طائفة من القهاء المسلمين قد ذهبوا الى خلاف ذلك . فقد اثار بان تصرفات
السكران غير لازمة ، لان العقل شرط في المعاملات ، ولان السكران ليس من

ذوي الالباب . بل انما هو كالمعتاد لا يعقل ما يعقل ، ولا يعلم ما يعقد عليه .

وبهذا قال الامامان الشافعي وابن حنبل في الرواية الثانية عنها ، ومحمد بن
عبد العزيز والقاسم بن محمد وطائفة وربيعة والليث بن سعد واسحاق بن راهوية
وابو ثور ودودة الظاهري والمزني وغيرهم . وقال به من الحنفيين الكرخي

والطحاوي ومحمد بن سلمة .
وتجد ايضاً قانون العائلة العثماني قد اتبع هذا القول في مسألة الطلاق ، فنص
على ان طلاق السكران غير معتبر (المادة ١٠٤) . فمع بذلك ما كان يهدد العائلة
احياناً من التفكك والفرقة ، ووضع حداً لما كان يجري من طلاق السكراني
والفاسقين ، خلافاً لروح الشريعة الفراء التي جعلت الزواج نعمة مبنية على المودة
والرحمة ، والتي أبت ان تنقطع هذه النعمة بالطلاق بلا سبب مبرر .

(١) راجع غيره من السننات عند الحنفية ، في الاشياء والنظائر لابن نجيم ، ص ١٢٤ .

وقد اختلف الفقهاء في تعريف السكران ، فقال ابو حنيفة هو « من لا يعرف
السيا ، من الارض ولا الطول من العرض ولا المرأة من الرجل » . وهو قول
قاسم صعب التطبيق ، لا يفترضه من زوال التمييز بالكلية .

ثم عرفه مالك بانه « من استوى عنده الحسن والقيح » . وهذا ايضاً تعريف
نظري فيه من العوض بعض الشيء .

لما كان تعريف باقي الامة ، الشافعي وابن حنبل وصاحبي ابي حنيفة وأهل
الظاهر وغيرهم ، أوفق وأوضح . فالسكران بعبارة الشافعي « هو الذي اخطط
كلامه المنظوم وانفصح سره المكتموم » . أو هو بوجه عام من يخط في كلامه على
خلاف عادته ، فيأتي باللا يعقل .^١

اهلية السكران

لما كان العقل والتمييز أساس كل تكليف ، فقد اعتبر علماء اصول الفقه ان
السكران الذي لا يعقل غير مكلف ، لان تكليف من لا يعقل تكليف ما لا يطاق^٢
اما اهلية السكران في المعاملات ، فقد ذهب الفقهاء فيها مذاهب مختلفة ،
وروي عن بعضهم فيها روايات متعددة متناقضة^٣ .

فقال الحنفيون بوجه عام بان السكر بسبب محرم محظور لا تأثير له على الاهلية ،
لان السكران شرب خناراً ، وهو عالم بما يجز عليه الشرب من مفاسد . فأذنب
تصح عندهم تصرفاته وعقوده جميعاً ، الا في بعض المستثنيات ، كالوكر الوكيل

(١) فتح القدير (ج ٣ ص ٤٠) ، والاشباه والنظائر للسيوطي (ص ١٤١) ، ولان نجيم
(ص ١١٤) ، والفتي (ج ٨ ص ٢٥٧) ، والخليل (ج ١٠ رقم ١١٦٨) ، واليزان للشرابي
(ج ٢ ص ١٧٤) .

(٢) التتصلي (ج ١ ص ٥٤) ، والاحكام الآدمي (ج ١ ص ٧٨) ، واعلام التوفيق
(ج ٣ ص ٩٣) ، والاشباه شرح النهاج (ج ١ ص ١٠٠) .

(٣) راجع في هذه المسألة : فتح القدير (ج ٣ ص ٤٠ - ٤٢) ، ومجمع الامهر (ج ٢ ص
٢٩٠) ، وثكافة حاشية ابن عابدين (ج ٢ ص ١٨١) ، والام (ج ٣ ص ٢٠٩) ، والوجيز
(ج ١ ص ٥٧) ، والاشباه والنظائر للسيوطي (ص ١٤١ - ١٤٠) ، وشرح المطالب على
سيدي خليل (ج ٤ ص ٤٣) ، والفتي (ج ٨ ص ٢٥٤ - ٢٥٧) ، والخليل (ج ١٠ رقم
١١٦٨ ، وج ٩ رقم ١٥٢٢) .

البند التاسع الرق

الرق في الاسلام

كان الرق شائعاً عند الشعوب القديمة ومعروفاً في شرائعهم . وكان سببه الأول كثرة النزوات والحروب ، وما تسببه من استرقاق الاسرى . وكان فوق ذلك ينشئ مع النظم الاقتصادية القديمة ، ومع نظر تلك الشعوب الى العمل كشيء مهين لا يليق الا بالارقاء .

ويشهد بذلك ما تراء من احكام الرق في الشرائع اليونانية والرومانية والعربية والاسلامية وغيرها . وقد كان للرق تجارة مخصصة عند العرب في جاسهليتهم وبعدها ، واشتهرت لسواق هذه التجارة في بغداد في القرن العاشر وفي القاهرة بابل

المماليك في منتصف القرن الثالث عشر للميلاد^١ .
وام اسباب الرق في الشريعة الاسلامية الاسرى . فهو يجيز لادام فيما يجيزه له استرقاق الاسرى ، ما خلا من اسلم منهم قبل اسره ، اذ لا يجوز استرقاق المسلم بالاسر . ثم ان جمهور الفقهاء ، مع اعتبارهم ان عتق الاسرى العرب افضل من استرقاقهم ، اتفوا بان حكم الاسر النوبة به يشمل هؤلاء كما يشمل العجم^٢ . وان الشريعة الاسلامية ، وان لم تمنع الرق ، الا انها نظرت الى الرقيق نظرة عطاف

(١) انظر كتاب هايد W. Heyd تاريخ تجارة الشرق في القرون الوسطى ، الطبعة الفرنسية (Histoire du Commerce au Levant au Moyen Age) بتاريخ سنة ١٩٢٣

(٢) ص ٢٠٥ - ٥٦٣ .

(٣) شرح الفتاوى على البخاري (ج ١٣ ص ١٠٥ و ١٠٥) ، والفتاوى (ج ١٠ ص ٤٠٠ - ٤٠٣) .

ولقد كان من الفقهاء من توسط بين المذهبين الذين قدنا ، ومنهم الامام مالك . فهو وان رويت عنه روايات مختلفة ، الا انه في المشهور من مذهبه اعتبر ان الكران تازمه الجنابات والعتق والحدود ، ولا تازمه الاقراوات والعتود^١ .

اما القرابين العصرية ، فانها بوجه عام عدت عقود الكران غير صحيحة اذا كان سكره تاماً ، بحيث يفقد معه كل تمييز . وعلى هذا سار الرأي السائد اليوم في اجتهاد المحاكم وفي كتب الفقه في فرنسا^٢ . وكذلك في التسريفة الانكليزية ، يعتبر العقد قابلاً للابطال اذا كان أحد العاقدين يجالته سكر شديد يجعله غير قادر مما على الفهم ، وكان العائد الاثر عالمياً بهذه الحالة^٣ .

ولا بد من التذكير أخيراً بما سبقت الاشارة اليه في باب السفيه من ان الادمان على السكر والفسق يوجب الحجر عند الشافعي ، خلافاً للجهة والقول جمهور الفقهاء المسلمين ، الذين لا يعتبرون الفسق سبباً للحجر بحد ذاته ان لم يرافقه التبذير او الاسراف او الغفلة . اما الاجتهاد الفرنسي ، فقد الحق المدمن على السكر بضعف العقل اذا فسد تدبير هذا المدمن وعجز عن ادارة شؤونه ، وجوز لذلك نصب ناظر قضائي عليه لاجل مساعدته في بعض المعاملات والتصرفات . وكذلك نص القانون المدني الالمانى على حجر المدمن في مثل هذه الحال^٤ .

(١) شرح المطالب في الرضى المذكور .

(٢) فاموس دالوز السلي ، تحت كلمة عقود ، رقم ٢٥٥ - ٢٥٦ .

(R. P. D. , Vo. Contrats, 255 - 256)

(٣) آسبون ، ص ١٤٢ .

(٤) راجع ما ذكرناه عن هذه المسألة في بحث السفيه ، والذنين ٦ و ١١٤ من القانون المدني الالمانى ، وللمادة ٩٦٣ من الجبله ، وفاموس دالوز السلي تحت كلمة حجر رقم ٢١٦

(R. P. D. , Vo. Interdiction , 216)

السبيل^١ ،
 أوقف الى ذلك ما أمر به النبي (ص) من وجوب معاينة الأرفاء بالرفق ،
 ومعاملتهم بالحنن ، ومساواتهم في الطعام والكسوة . فقال : « ... لا يقبل
 أحدكم عبيدي امتي ويلقن فتاي وثقائي رغلاي »^٢ ، « للملوك طعام ، وكسوته
 ولا يكلف من العمل إلا ما يطيق »^٣ ، « ... فمن كان أخوه تحت يده فليطعمه
 بما يأكل ، وليلبسه بما يلبس ، ولا تكلفوه ما يعجزونهم ، فإن كلفتموه فاعينوه »^٤ .
 وقد كان للفقهاء قديماً أهمية عمدة كبرى . غير ان هذه الأهمية تلاشت شيئاً
 شيئاً ، بتأثير الحضارة ومبادئ الحرية . وهكذا التفت الرق ، وحرمت تجارته في
 الدساتير والقوانين والمعاهدات الدولية ، كصريح مؤتمر فيناتعام ١٨١٥ وغيره^٥ .
 فأصبحت الفائدة من بحث الرق ضئيلة ، بل لم يعد في الواقع الا بحثاً تاريخياً .
 فلماذا كان تكثفي مهنا من هذا البحث الواسع بدراسة سريرة عن الرقيق من ناحية
 أهليته للتعاقد .

فتترك جانباً في بديء الامر أهلية الرقيق في التصرفات الفعلية ، وما يلحقه
 من حدة أو قفاص أو ضمان ، لأن ذلك مر معنا سابقاً . وتترك جانباً أيضاً أهلية
 في الاموال الشخصية ، ولا نقول فيها الا ان الرقيق يوحه عام العمل للزواج
 بشرط موافقة سيده ، وأهل لطلاق ايضاً^٦ .

أما من ناحية أهلية التعاقد في المسائل المالية ، فيجب التفصيل بين الرقيق
 المأذون وغير المأذون . ولا بد قبل بحث ذلك من كلمة موجزة في أهلية الرقيق

(١) التوبة (٩) - ٦٠ .
 (٢) هو قصة الحديث الوارد في البخاري : « لا يدل أحدكم العلم ربك ورضي ، ربك اسق ربك
 ويلق سيدي مولاي الخ » شرح البيهقي (ج ١٣ ص ١١٢) .
 (٣) صحيح مسلم (ج ٥ ص ٩٤) ، والبلخ الصغير (ج ٢ رقم ٧٣٥٠) .
 (٤) صحيح مسلم (ج ٥ ص ٩٣) ، وشرح البيهقي على البخاري (ج ١٣ ص ١٠٧) ،
 وسنن أبي داود (ج ٤ رقم ٥١٥٨) .
 (٥) انظر مجموعة القضايا الدولية تأليف بيت كورت ، طبع لندن ، سنة ١٩٣١ ، ج ١ رقم
 ١٤٨ : Pitt Cobbett's Cases on International Law .
 (٦) الرقيب (ج ١ ص ١٥٢) ، والقاضي الضئيلة (ج ٥ ص ٨٠) ، وجامع احكام الصغار
 (بهاشم) جامع التصريف ، ج ١ ص ٣٩٦ .

واحسان ، فأمرت بحسن معاملته^١ ، ومثلت على تشجيع تحريره عن طريق العتق
 والمكاتبية والتدبير . ومعنى التدبير ان يعلق السيد تحريره عبده بوفاته ، بقوله لعبدته
 مثلاً : أنت حر أو مدبر بعد موثي^٢ . ومعنى المكاتبية اتفاق السيد مع عبده على
 تحريره لقاء مبلغ من المال يؤدى في أجل معين^٣ .

وقد جعلت الشريعة تحرير الرقاب أو الأرفاء ككفارة لكثير من الخطايا
 والذنوب . فهو مثلاً كفارة القتل في الآية الكريمة : « ومن قتل مؤمناً خطأ
 فتحرير رقبة مؤمنة »^٤ . وأيضاً هو كفارة الصيبي في الآية : « ولا يؤخذكم الله
 باللغو في أيمانكم ولكن يؤخذكم بما عقدتم الأيمان فكفارته اطعام عشرة مساكين
 من اوسط ما تطعمون اهليكم أو كسوتهم أو تحرير رقبة ... »^٥ .

وان النبي (ص) حض الناس على العتاق . ففي الحديث الشريف : « من
 لطم بملوكة أو ضربه فكفارته ان يعتقه »^٦ . وفيه ايضاً : « إيا امرى مسلم
 أعتق امرأ مسلماً استغنى الله بكل عُضُر منه عُضُرًا من النار »^٧ .
 وايضاً : « اما رجل كان له جاربه جاربه فادبها فاحسن تأديبها واعتقها وتزوجها فله
 أجران »^٨ .

وقد امر القرآن الكريم بالاحسان الى الرقيق ، أو ما ملكت يمين المرء .
 فقال : « وبالوالدين احساناً وبذي القربى واليتامى والمساكين والجار ذي القربى
 والجار الجنب والصاحب بالجنب وابن السبيل وما ملكت ايمانكم »^٩ . وجعل
 لهم تعديباً من الصدقات في الآية الكريمة : « انما الصدقات للفقراء والمساكين
 والعاملين عليها والمؤلفة - فليؤمهم وفي الرقاب والغارمين وفي سبيل الله وابن

(١) احباء علوم الدين القزالي ، ج ٢ ص ١١٥ - ١١٧ .
 (٢) الذي صحيح ١٢ ص ٢٣٣ و ٣٠٧ و ٣٣٨ .
 (٣) سورة النساء (٤) - ٩٢ .
 (٤) الثالثة (٥) - ٨٩ .
 (٥) أخرجه مسلم واحد وأبو داود . انظر صحيح مسلم (ج ٥ ص ٩٠) ، وسنن أبي داود
 (ج ٤ رقم ٥١٦٨) ، والفتح الكبير (ج ٣ ص ٢٢٧) .
 (٦) انظر صحيح مسلم (ج ٤ ص ٢١٨) ، وسنن أبي داود (ج ٤ رقم ٣٩٦٤) ، والجامع
 الصغير للسيوطي (ج ١ رقم ٢٩٩١) .
 (٧) شرح البيهقي على البخاري (ج ١٣ ص ١٠٨) ، والبلخ الصغير (ج ١ رقم ٢٩٩٧) .
 (٨) سورة النساء (٤) - ٣٦ .

وفصلوا جهة أهلية التعاقد بين العبد المأذون وغير المأذون .

أولاً - العبد غير المأذون .

اختلف الفقهاء فيما يجوز لهذا العبد اجراءه وما لا يجوز . ولكن الرأي السائد عندهم لا يبيح له ان يتصرف بأشياء سيئة الأبدان . وكذلك يشترط أدب السيد في الاصل لصحة عقود المعاوضة ، كالبيع والشراء . وعند عدم الأدب ، قال بعضهم بطلان التصرف ، وقال آخرون بأنه يعتمد موقوفاً على اجازة السيد ، ويصح وينفذ باجازته ، ويبطل بعدم الاجازة .

أما التصرفات المنقذة ، كقبول الهبة والوصية ، فهي صحيحة في الرأي السائد . ولكن يدخل ما يكسبه العبد منها في ملك سيده .

ثانياً - العبد المأذون .

السيد ان يأذن عبده بتعاطي التجارة . ويكون الاذن مقيداً بالنوع المأذون به عند الشافعي وابن حنبل . أما عند أبي حنيفة ومالك ، فان المجرى لا يتجزأ ، فاذا زال بعضه زال كله . فعليه اذا أذن السيد للعبد في نوع من التجارة ، كأن هذا مأذوناً في جميعها . وعند بعض الفقهاء ينتج الاذن اجازةً دلالة من حكمت السيد ، كما أوضحنا آنفاً في بحث الصغير المأذون .

ويوجه عام ، للمأذون ان يتعاطى جميع العقود والتصرفات الداخلة تحت الاذن بالتجارة ، كالبيع والشراء . وليس له ان يتعاطى عقود التبرع ، كالتبذير والصدقة وما إليها . وعلى كل يسوغ للسيد متى شاء ان يرفع عنه الاذن ويجوز على العبد تجديداً . أما ديون العبد ، فانها تقضى من ماله ، إن له مال . وان لم يبق ماله بدينه ، فقد اختلفت المذاهب ، ورويت في المذهب الواحد روايات متعددة . فمن الفقهاء من قال بان الباقي يضمه السيد اذا كان قد أذن عبده بالتجارة . ومنهم من قال بان هذا الباقي يتعلق بوقفة العبد ، يباع فيها اذا طلب الترميم ، ذلك . ومنهم من قال اخيراً بان الباقي يتعلق بنعمة العبد . ينبع به اذا اعتق وأيسر . ونحن لانرى الجبال كافيًا لتفصيل على ذلك .

والخلاصة ان الرقيق غير المأذون محجور عليه في الاصل ، لا يجوز تصرفاته بغير رضى مولاه . وان الرقيق المأذون ، على العكس ، أهمل لمحاظاة جميع ما يتعلق بالأذن من التصرفات والعقود .

التسلك .

أهلية التملك

اتفق جمهور الفقهاء وأئمة المذاهب الاسلامية على ان العبد سلعمة من السلع لا يملك شيئاً ، بل ان ما يملكه يكون لسيده كهيئته ، وانه لا يوث ولا يورث أصلاً . ولكن اتباع المذهب الظاهري قالوا بعكس ذلك ، وان العبد كالحر في التسلك ما لم ينتزع سيده ماله .

ثم اختلف جمهور الفقهاء في مسألة أخرى ، وهي : هل يملك العبد ما يملكه سيده اياه ؟ قال ابو حنيفة والشافعي في مذهبه الجديد وابن حنبل في الرواية المشهورة عنه والثوري وأصحابه بان العبد لا يملك ان يملك سيده شيئاً . وقال مجاز غلبه مالك والشافعي في مذهبه القديم وابن حنبل في الرواية الثانية عنه . وانت ترى على الجملة ان الآراء متخاربة في المسألة . فيعظم أهل الرقيق حرية التسلك كاملة ، وبعضهم حجبها عنه كاملة ، وبعضهم توسط بين اولئك وهؤلاء .

أهلية التعاقد

ذهب أهل الظاهر هنا ايضاً مذمماً مخالفاً لمذهب باقي الفقهاء . فقالوا بان العبد كالحر في جواز صدقاته وعبثه وبيعته وشراؤه . وحجبتهم في ذلك ارب النصوص لم تفرق في كل ذلك بين الحر والعبد ، وقاتلن فريق بينهما خطأ الا حيث جاء النص بالفروق بينهما .

غير ان باقي الفقهاء لم يقبلوا بهذا الرأي . فقالوا بان العبد محجور عليه في الاصل (١) انظر في هذا البحث : البداية (ج ٤ ، ص ١٠٧) ، والهدية (ج ٥ ، ص ٧٢ وما بعدها) ، والدر المختار (ج ٢ ، ص ٤٥٥) ، وجمع احكام النصار في الرضخ المذكور ، والفتاوى الكبرى (ج ١٣ ، ص ١٢٠ وما بعدها) ، وشرح المطالب وجهاهه الزاوي على سيدي خليل (ج ٥ ، ص ٧٥ وما بعدها) ، وشرح الحرشي (ج ٤ ، ص ٢١٠) ، والفتاوى النجفية (ص ٢١٠ - ٢٩١) ، والويزي (ج ١ ، ص ١٥١ - ١٥٢) ، وشرحه فتح العزيز (ج ٩ ، ص ١١٨ - ١٤٨) ، والتي (ج ٤ ، ص ٢٥٦ و ٢٩٧ - ٢٩٨) ، والروض للريح (ج ٢ ، ص ٧٩) ، والخلى (ج ٨ ، رقم ١٣٦٨) .

والخطأ هو نقيض العمد . وقد استعمل أيضاً بمعنى الجهل والغلط ، كما في جميعها من عدم النية والرضى . أما النسيان ، فهو الجهل البطاري . وكلاهما ، أي الخطأ والنسيان ، في حكم واحد عند علماء أصول الفقه . وهذا الحكم خلافى ، ولكن الرأي المنجس بمدتمهما من الاعتذار المقبولة في حقوق الله ، أي في العبادات والمعقوبات ، ولا يعدّهما كذلك في حقوق العباد . فإذا رأينا أن النسيان خطأ لا يوجب العقوبة والتقصير في الشرع الإسلامى ، ولكنّه يوجب النية . وكذلك رأينا في الائتلاف خطأ أن المنلف يكون ضامناً .^١

وهنا لا بدّ من كلمة في مسألة جهل القانون . فمن المبادئ المعروفة اليوم أنه : ولا يفترض في أحد أن جهل القانون ،^٢ . وبمعناه جاء في القواعد الكلية الإسلامية أن الجهل بالأحكام الشرعية في دار الإسلام ليس بعذر ،^٣ . غير أن هذه القاعدة لا يجوز أن تؤخذ على إطلاقها ، بل يجب أن تنحصر في الأحوال التي لا شبهة فيها . وإن ضابط ما يعنى عنه من الجهالات الجهل الذي يتعدى الاحتراز عنه عادة ، وما لا يتعدى الاحتراز عنه ولا يشتمل على عرف عنه ،^٤ . فقلبه وكل من جهل تحريم شيء ، ما يشترك فيه غالب الناس لم يعقل ،^٥ . ولنا نموذجه إلى أحكام الخطأ والجهل في التصرفات القلبية ، بل نحصر بمشتمل الآن في الجهل أو الغلط في التصرفات القولية بوجه عام ، ثم في العقود بوجه خاص .

الجهل في التصرفات القولية

قدّمنا أن النية أساس لكل تصرف . فهي بطبيعتها وتعمدها تستوجب العلم الكافي بما تقع عليه ، وتتعارض مع عدم العلم أو الجهل . والجهل هو عدم العلم عما شأنه العلم ،^١ . وإذا فارق الجهل اعتقاد النقيض

(١) شرح المعنى على البخاري (ج ١٣ ص ٨٧ - ٨٨) ، وأصول الفقه للفخري (ص ١١٩ و ١٣١) .

(٢) Nemo jus ignorare censetur .

(٣) الجامع وشرحه للناظم ص ٣١٨ .

(٤) الترويق للبرقي (ج ٢ ص ١٥٠) ، والبهجة في شرح النخعة (ج ٢ ص ٧٥) .

(٥) الاشباه والنظائر للسيوطي (ص ١٣٢) . انظر أيضاً الجامع وشرحه للناظم (ص ٢١٢ - ٢١٩) .

الفصل السابع

شواذب الرضى

البند الاول

الغلط أو الجهل

تمهيد

ان رضى المتأقدين ركن أساسي لكل عقد . وينبغي له ان يكون صافياً خالياً من الشواذب أو العيوب ، أي من العوارض التي تؤثر فيه وتعيبه . ومن شواذب الرضى عدم الاهلية اذا كان سببها انتفاء العقل أو النسيان ، كصغر السن والجنون والتمت وما أشبه . وأهم الشواذب الباقية هي الغلط والتفريط والغبين والاكراه . ونحن نتكلم عن الغلط في هذا البند ، على ان نتكلم عن الشواذب الاخرى في البند الآتية .

ان الشريعة الإسلامية بوجه عام أساسها القاعدة الكلية انما الاعمال بالنيات . فالنية بلا ريب ترتفع مجال الخطأ والنسيان . ففي الآية الكريمة : « ورتنا لا تؤاخذنا إن نسينا أو أخطأنا » ،^١ . وليس عليك جناح فيما أخطأتم به . ولكن ما تمددت فأنكبوا .^٢ . وبمعناه جاء في الحديث الشريف ، « ان الله تعالى تجاوز لي عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه »^٣ .

(١) البقرة (٢) ٢٨٦ .

(٢) الاحزاب (٣٣) ٥٠ .

(٣) أخرجه ابن ماجه والبيهقي والحاكم وغيرهم . انظر الجامع الصغير للسيوطي ، ج ١ رقم

١٧٠٥ و ٤٤٦١ .

المعقود عليه أو على صفاته الاحلية . وهناك ابضاح ذلك مع الامثلة : -
أولاً - التعلات في جنس المعقود عليه .

مثال : لو باع (أحمد) فصاً على أنه باقوت ، فإذا هو زجاج ، أو اشار الى
مئوك فقال بعتك هكذا الغلام فإذا هو جارية ، كان البيع باطلاً ، لانها جنسان
مختلفان ، ١ . وبغناه جاء في الجملة : و اذا باع (أحمد) شيئاً وبين جنسه ، فظهر
المبيع من غير ذلك الجنس ، بطل البيع ، فلو باع زجاجاً على أنه لئاس بطل البيع ،
(المادة ٢٠٨) . وكذلك يبطل البيع لاختلاف الجنس اذا اشترى أحد بغيراً على
أنه بغير بطبخ فظهر انه بغير قنصاء ، ٢ ، أو لو اشترى ثوباً على أنه نساوري فإذا
هو بخاري ٣ .

وقرب منه ما جاء في الذمب المالكى ان العلق في ذات البيع يكون سبياً
لابطال المعقود ، ان لم يتم المبيع باسمه عند المعقود ، مثلاً لو باع أحد شيئاً باسم باقوت
فإذا هو حجر فإن اشترى بده ، لان تسميته لم تكن صحيحة ، ومثله لو باع أحد
آخر يعني ثوباً ثوباً بدينار ، فأخرج له ثوباً اعطاه اياه ، ثم وجده من اذنان أربعة
وثنائير ، فإن للبايع التسخ واسترداد الثوب . وكذلك لو اشترى أحد فرطاً دون
تسميته فرطاً بظنه ذهباً ، فوجده نحاساً فإن له الرد ٤ .

ففي جميع هذه الامثلة ، وما اليها ، اختلف الجنس في الواقع عن الجنس الذي
كان في طين المشتري ، فوجد العلق ، وبطل المعقود بسببه .
ثانياً - العلق في الوصف المرغوب .

يوضح ذلك ما ورد في الجملة أيضاً انه : و اذا باع (أحمد) مالا يوصف مرغوب ،
فظهر المبيع خالياً عن ذلك الوصف ، كان المشتري مخيراً ، ان شاء فسخ المبيع
وان شاء اخذته بجميع الثمن المستحق . ويسمى هذا الجار خيار الوصف . مثلاً لو
باع بقره على انها حلب ، فظهرت غير حلب ، يكون المشتري مخيراً . وكذلك
لو باع فصاً ابلاً على انه باقوت احمر ، فظهر اصفر ، يجوز المشتري ، (المادة ٣١٠) .

- (١) التناوى المائية (ج ٣ ص ١٠٤) . انظر تأييد العلق في بيع الزائفة ، واختلف
لغالب في حكمه ، في التقي (ج ٤ ص ٢٦٤) ؛
- (٢) جامع الفصولين ، ج ١ ص ٣٥١ .
- (٣) الهامية ، ج ٣ ص ١١٦ .
- (٤) شرح المطالب على سبدي خليل (ج ٤ ص ٤٦٦) ، وشرح الحرشي (ج ٤ ص ٦٢) .

فهو مركب ١ . ومعنى ذلك ان الجبل اذا كان مرتبطاً بطن معاكس ، فهو ما
يسمونه العلق . وتعرفت العلق والجبل المركب هو والشعور بالشيء على خلاف
ما هو ، ٢ ، أو هو الظن الخطي ، أو التصور المنافي للحواس .

وان الفقهاء ، وان لم يدروا العلق بصورة عامة في العقود كعيب في الرضى ،
الا أنهم نظروا اليه من ناحية الجبل الثاني لنية الحقيقة ، واعتبروه سبباً لابطال
التصرفات في كثير من الاحوال والمنااتل . وهكذا يكون العلق نوعاً من الجبل ،
ولا بد لاجل تفهمه من دراسته مع الجهل بوجه عام .

ولقد مرت معنا القاعدة العامة ، المأخوذة عن الاشياء والنظائر ، والقائلة :
ولا عبوة باطلن البين خطيه ٣ . وينتج منها انه لا عبوة بائي على العلق في
التصرفات القولية . فلو ظن أحد أن عليه ديناً لأكثر فندمه اليه ، ثم تبين انه
خطيه في طنه ، فله استرداد ما دفعه ٤ . وبكافة ان له ابطال الدفع المبني على
هذا العلق .

ومثل آخر . قال فاضلخان : لو بلغ الورقة ان اباهم اوصى بوحايا ، ولا يعلمون
ما اوصى به ، فقالوا قد اجزنا ما اوصى به ... لا تصح اجازتهم ، وانما تصح ...
اذا اجازوا بعد العلم ٥ .

ولقد اختلف في حكم الخطأ أو الجبل في بعض التصرفات ، كالطلاق والمناق .
فبعض الفقهاء ، كالامام الشافعي ، قالوا بان الناسي والخطي . لا يصح طلاقها ولا
مناقها ، لانه لا اختيار لها . وبعضهم ، كالحنفيين مثلاً ، قالوا بصحة ذلك ٦ .

استدراك الجبل في العقود

- (١) الاشياء والنظائر لابن نجيم ، ص ١٢١ .
- (٢) الاشياء والنظائر في الوضوح المذكور .
- (٣) المادة ٧٢ من المجلة . راجع الجزء الاول من هدينا الكتاب ص ٩٥ .
- (٤) الاشياء والنظائر لسوطني (ص ١٠٦) ، ولابن نجيم (ص ٦٣) .
- (٥) التناوى المائية ، بهاشم الهندية ، ج ٣ ص ٩٤٤ .
- (٦) شرح العيني على البخاري (ج ١٣ ص ٨٧ - ٨٨) ، والاشياء لابن نجيم (ص ١١٨) .

تذكروا ١

والمهم ان ابطال العقد او خيار الفسخ مهنا بني على الجهل الموجود في العقد . فعليه يشترط في خيار العيب ان لا يكون المشتري عالماً بالعيب قبل الشراء . فلو كان عالماً به او كان العيب ظاهراً ، فلا مجال للخيار لعدم تصور الغلط الثاني للرضي . ولا يثبت خيار العيب في البيع فحسب ، بل هو يثبت ايضاً في الاجارة والشفعة والقسمة والصلح وغيرها من عقود المعاوضة ٢ . ومعنى العيب بصورة عامة ما يفوت الغاية المقصودة من العقد او ما يحل بها ٣ .

ثانياً - خيار تفريق الصفقة في البيع . في الجهة ، لو اشترى أحد شيئاً من الاشياء المعروفة بالمقدرات ، أي الموزونات والمكيلات والمدديات والمنروعات ، ثم ظهر المبيع عند التسليم ناقصاً ، فليشترى ما يسوونه خيار تفريق الصفقة . وهو الخيار بان يفسخ البيع او ان يقبل به . واذا اختار قبول العقد وابقائه ، فان له الحق بطلب الحظ من الثمن وانجزائه ، نقصان المبيع في الاحوال التي يكون فيها الثمن مفضلاً لافراد المبيع وانجزائه ، او في الاحوال التي يكون فيها المبيع قابلاً للتبعض والتجزئة بدون ضرر ، كالكيلاات والمدديات المتقاربة وبعض الموزونات والمنروعات ٤ . فهذا الخيار ايضاً كما ترى مبني غالباً على وجود الغلط في حقيقة مقدار المبيع . ويكون هذا الغلط سبباً لطلب ابطال البيع .



- (١) انظر التذيب (ج ١ ص ٢٨٢) ، والبيحة شرح العنقة (ج ٢ ص ٩٨-٩٩) ، وتواوين القبية (ص ٢٦٧) ، والفتي (ج ٤ ص ٢٤٠) ، والروض الربيع (ج ٢ ص ٢٣) .
- (٢) انظر الواد ٥١٣ و ١٠٣٧ و ١٠٤٤ و ١١٥٥ و ١٥٤٨ من الجهة ، وجمع التصارين (ج ١ ص ٣٣٩-٣٤٠) .
- (٣) انظر الاشياء والنظار السيوطي (ص ١٧٩) ، واللادة ٥١٤ من الجهة .
- (٤) راجع تفصيل ذلك في الجهة (الحاد ٢٢٣-٢٢٨) ، ودرر الحكم (ج ٣ ص ١٤٧-١٤٨) . انظر ايضاً القواعد لابن رجب (ص ٤٢١ وما بعدها) .

البند الثاني

التغريب

مخرجه

ان التجارة والمعاملات الاقتصادية اساهمنا المزاجحة ، وما تستتبعه من الوسائل التي ترمي الى ترويج العرض واستحلاب الطلب . ولقد اصبحت هذه الوسائل من الامور الضرورية في تجارة اليوم ، كما ترى في الاعلانات المختلفة وغيرها من طرق التنفق في النشر والترويج . ولا يخفى مسا في ذلك احكاماً من الوان الكذب وضرور الجيلة .

غير ان هذه الوسائل كثيراً ما تتخطى حدودها المعروفة في العرف التجاري ، وتجاوز الطرق الاقتصادية المشروعة ، فتتخذ صفة الخداع والتغريب ، ويكون لها أثرها في ابطال العقود التي بنيت عليها او في تضييق الخادع ما يسببه فعله من الضرر للناس . هذا الى ما في النش من تحريم ، على ما جاء في الحديث الشريف ، ليس منّا من غش ١ .

ومعنى التغريب لغة الخداع . وقد عرفته الجهة في باب البيع بأنه « توصيف المبيع للمشتري بغير صفته الحقيقية » (المادة ١٦٤) . وهو بعد من شوائب الرضى ، لما يدخله في ذهن المورود من الجهل والغلط .

ولا ريب في ان التغريب اغلب ما يكون في البيوع . فلذا نجد الجملة ومعظم كتب الفقه بحثت فيه مع عقد البيع . ولذا ايضاً ترى معظم امثله مأخوذة عن هذا العقد . ونحن نسمي مهنا لاستخلاص المادى العامة من كل ذلك على قدر الامكان .

(١) أخرجه احمد وابو داود وابن ماجه والحاكم وغيرهم . انظر سنن ابن طود (ج ٣ رقم ٣٥٥٣) ، والجامع الصغير للسيوطي (ج ٢ رقم ٧٦٨٧) .

وتشبه ببيع التفريز القملي أو التبدليس كتم العيوب الموجودة في العقود عليه وعدم اظهارها للعاقدين الاخر . وهذا الكتمان يعطي المصوغ خيار العيب . وقد ترمز معنا ايضا في البند السابق ، بنسبة الكلام على العيب الخالي من التفريز ، حيث اوضحنا خلاف المذهب فيه ، وبينان العقود التي يكون فيها . ويشترط لإبطال العقد بخيار العيب ان يكون العيب فاحشاً في المذهب المالك ، خلافاً للعقود غيرهم . فندعم بكمي ذلك العيب البسيط^١ .

فإذا كان خيار التبدليس والعيب سبباً للفسخ عند جمهور الفقهاء ، فإن التفريز القملي الذي ينتج من القول فقط لا يكون كذلك الا اذا واقف النبي القاضى بلمنى الذي نمرقه في البند الآتي . مثله ، قلت الجملة في البيع ان : واذا غر أحد المتبايعين الآخر وتحقق ان في البيع غيباً فاحشاً فالمتبايعون ان يفسخ البيع حينئذ ، (المادة ٣٥٧) .

اما اذا كان التفريز القملي بدون غيب فاحش فلا تأثير له في الاصل على صحة العقد . غير ان لهذه القاعدة مستثنيات في بيع المراجعة ونظائره . ففي هذه البيوع يكفي النقص بدون غيب فاحش لطلب الفسخ عند جمهور المذاهب .

وبيع المراجعة هو بيع الشيء برأس المال مع ضم ربح معين متفق عليه . ويقرب منه بيع الرضيمة والتولية . فالرضيمة بيع الشئ الذي حار الشيء به على البائع مع نقصان معلوم . والتولية بيع برأس المال دون زيادة ولا نقصان .

وان هذه البيوع جميعاً مبنية على الامانة ، لما فيها من اعتماد المشتري على صدق البائع لجهة بيان رأس المال وما ياحقه من الزوائد او ما يتفق به من العيوب والتقصلات . فاذا كذب البائع فيها ، او أخفى ما وجب عليه اظهاره ، عند خاتماً وسمي عمله خيانة .

وان هذه الخيانة ضرب من التفريز والنش . وقد اختلف الفقهاء في حكمها . ففي المذهب الحنفي للمشتري حق خيار الخيانة ، اي انه ان شاء فسخ البيع ، وان شاء اجازوه وقبله بجميع الشئ المسمى . وهذا الخيار قال به محمد بن الحسن في المراجعة والتولية ، خلافاً لابي يوسف الذي أعطى المشتري حق طلب حط الزيادة فيها . اما الامام ابو حنيفة فقال بقول محمد في المراجعة ، ويقول ابي يوسف في التولية .

(١) القوانين الفقيهية (ص ٢٦٧) ، والدر المختار (ج ٢ ص ٢١٢) .

ويكون التفريز ثارة سبباً لإبطال العقد ، وثارة سبباً للضمان أو التعويض ، وثارة أخرى لا تأثير له على الاطلاق . ولا بد للتفريز حتى يكون سبباً لإبطال العقد من أن يستوفي بعض الشروط لجهة حلة الغار بالفرور ، ولجهة حصة التفريز وظروفه . وهاك ايضاح هذه الشروط .

صفة التفريز وظروفه

ان التفريز على قسمين : قملي وقولي . فالتفريز القملي هو ما كان النش فيه ناتجاً عن فعل او تدليس ، كصنع الثوب القديم ليظهر انه جديد ، او كبيع شاة ما يستورنه المصراة .

ومعنى المصراة ، بمصارة البخاري ، والتي صرني لبنا رحنن فيه وجسح فلم يجلب أباناً . وبكلمة أخرى بيع المصراة هو بيع الابل او البقر او الغنم التي حبس لبنا مدة دون حلب ، حتى اذا رآها المشتري استنفر لبنا واغتر بها ، واستتراها بتأثير هذا التفريز .

لهذا التفريز القملي نهي عنه النبي (ص) بالحديث الشريف : ولا اغتروا الأبل والغنم . فمن ابتاعها بعد ، فانه يخبر الظنير بين ان يجنبها ان شاء . اسك وان شاء ردها وصاع قمراً^١ . وقد استند جمهور الفقهاء ، مالك والشافعي وابن حنبل وابي يوسف وغيرهم الى هذا الحديث ، وقالوا بان مشتري المصراة له الخيار بفسخ البيع مع رد صاع من الثور . ويستثنى هذا خيار التبدليس . ولكن ابا حنيفة ومحمد قالوا بان ليس للمشتري الرد ، بل له الرجوع على البائع بفرق الشئ ليس الا . وقولها هو الخيار للمشتري عند الحنفيةين^٢ .

(١) اخرجه البخاري ، ورواه مسلم وابي داود ومالك وغيرهم بزيادة مخالفة . انظر البخاري شرح المني (ج ١١ ص ٢٦١) ، وصحح مسلم (ج ٥ ص ١٤٤) ، وسنن ابي طرد (ج ٢ رقم ٣٤٤٣ وما بعده) ، والوطأ : شرح الزرقاني (ج ٣ ص ٣٢١) .
(٢) رد المختار على الدر المختار (ج ٤ ص ١٣٣) ، والذهب (ج ١ ص ٢٨٠) ، والدرية الكبرى (ج ١٠ ص ١١٨ ، ١١٩ وما بعدها) ، وشرح سيدي خليل للحطاب وبهاية الزواي (ج ٤ ص ٤٣٧-٤٣٨) ، والنهي (ج ٤ ص ٢٣٣) ، والشرح الكبير (بتبيل النسي ج ٤ ص ٨٠) ، وشرح البسي على البخاري (ج ١١ ص ٢٧٠) ، وشرح مسلم للدروي (ج ١٠ ص ١٦٧) .

الشرف : و لا تناجسوا ،^١
 أما مسألة صحة هذا البيع ، فقد اختلفت المذاهب فيها . ففي مذهب أبي حنيفة
 ومذهب الشافعي في أحد قولي ، وان كان بيع النجس مكروهاً ، إلا أنه صحيح .
 وعلى عكسه اعتبر المذهب الظاهري مهذباً بالبيع باطلاً بسبب الفس ، واعطى
 المشتري خیار فسخه . أما عند مالك وابن حنبل والشافعي في قوله الثاني ، فللمشتري
 الخيار بفسخ البيع إذا كان النجس قد جرى بعلم البائع ومواطأته^٢ .

التغريب سبب للضمارة

فقدّمنا الاحوال التي يكون فيها الفسخ والتغريب سبباً لإبطال العقد الذي
 جرى تحت تأثيره . غير أنه توجد احوال اخرى ، وان لم يكن التغريب فيها سبباً
 للإبطال ، إلا انه يكون سبباً لازماً للفسخ بتعويض المورود من الضرر الذي لحق
 به من جوانبه .
 ولقد مر معنا من هذه الاحوال امثلة في البيع اذا وجد فيه التبدليس او كتمان
 العيب او ظهور الخيانة . ففي تلك الامثلة رأينا ان بعض الفقهاء منعوا عن المورود
 خيار الفسخ ، واعطوه حق طلب تخفيض الثمن بنسبة ما احدثه التغريب من الضرر .
 وعلاوة على تلك الاحوال ، فقد ذكر الحنفيون احوالاً ثلاثة يكون فيها
 المورود سبباً للضمارة . وهذه الاحوال ، وان كانت تعود لاعتبارات وعقود مختلفة ،
 لا نرى بأساً من بيانها مع العلم بان الجملة ذكرت الاولى منها فقط . وهما هي كما
 وردت بدون تعليق^٣ .

(١) انظر البخاري شرح البيهقي (ج ١٥٥ ص ٢٥٨) ، وصحيح مسلم (ج ٥ ص ٤) ،
 وشرح ترمذي (ج ١٠ ص ١٠٩) ، وسنن ابى داود (ج ٣ رقم ٣٤٣٨) ، والرواية
 شرح البرقاوي (ج ٣ ص ٣٢٨ - ٣٤١) .
 (٢) فتح الباري على الهداية (ج ٥ ص ٢٣٩) ، وشرح الخريزي (ج ٣ ص ٤٣٨ - ٤٣٩) ،
 ونداية المجهد (ج ٢ ص ١٣٧) ، وللمصنف (ج ١ ص ٢٨٨) ، والشرح الكبير
 (ج ٤ ص ٧٨ - ٧٩) ، والمحلى (ج ٨ رقم ١٤٦٦) .
 (٣) انظر في هذا الموضوع : الفتاوى الحنابلة (ج ٢ ص ١٩٢) ، وجامع
 الصغائر (ج ٢ ص ١١٦) ، والاشباه والنظائر لابن نجيم (ص ٨٤ - ٨٥) ، وشرح
 العمري (ج ١ ص ٣٣٤) ، وشرح المحكم (ج ٢ ص ٣٠٥) ، والرد المحتار (ج ٢ ص
 ٢٤٧ و ٢٥٣) ، وورد الخيار (ج ٤ ص ٢٢١ - ٢٢٣) ، وفتح الصغائر (ص ٤٥٤) .

وكذلك أجاز الامام مالك للمشتري ان يطلب ابطال البيع بخيار الحياة ، الا
 اذا عرض عليه البائع ان يبيعه ، الشيء بشبهه الحقيقي ، فممنه لا يبرع له فسخ
 العقد .

أما الامامان ابن حنبل والشافعي في أحد قولي ، فانهم لم يربطوا المشتري بخيار
 الفسخ بل ليس له عندهما الا طلب حظ الزيادة التي كذب فيها البائع^١ .

سله الخيار بالمورود

يشترط في التغريب ليعيب الرضى ويؤدي الى ابطال العقد ، أن يكون صادراً
 عن أحد المتماقين . ومؤثراً في العاقد الآخر ، والبك تفسير ذلك : -

أولاً - يجب ان يكون العقد قد حصل بتأثير الخداع . مثاله لو كان المشتري
 غيباً لا خبرة له ، فخدعه البائع بتوصيف المبيع بأكثر من حقه ، فاشتراه الاولي
 ومنتوا بقوله ، أي مدفوعاً بتغريه ، كان العقد قابلاً للإبطال بشرط العيب
 الفاحش^٢ .

ثانياً - يشترط في التغريب حتى يكون سبباً للفسخ ان يكون صادراً من العاقد
 الآخر . فله لو كان المشتري قد غرره رجل اجنبي غير العاقد الآخر وغير الدلال ،
 فلا يثبت له حق الفسخ^٣ .

ولكن لهذا الشرط استثناء عند بعض الفقهاء فيما يسوره بيع النجس^٤ .
 وهو ان يزيد اجنبي في السلعة المروضة للبيع ، لا لرغبة في شرائها ، بل بقصد اغلاله
 الثمن وتغريب المشتري ليزيد ويشترها . فهذا لا بأس به اذا كانت السلعة لم تبلغ
 قيمتها بعد . ولكن النجس اذا كان يقصد الزيادة على قيمة المبيع فهو محرم بالهديث^٥ .

(١) انظر هذه المسألة : البوط (ج ١٢ ص ٧٨) ، والبر (ج ٦ ص ١١٠) ، والبر
 المختار (ج ٢ ص ٢٤٤) ، وورد الخيار (ج ٤ ص ٢١٥) ، والفتاوى الهندية (ج ٣ ص ٢١٦) ،
 والام (ج ٣ ص ٨٢) ، وشرح الخريزي على سيدي خليل (ج ٤ ص ٨١) ، وشرح الوافي
 (ج ٢ ص ٤١١) ، والفتاوى القلبية (ص ٢٦٣) ، ونداية المجهد (ج ٢
 ص ١٧٦) ، والفتي (ج ٤ ص ٢٦٠) ، والشرح الكبير (ج ٤ ص ١٠٠) .

(٢) غرر عيون البصائر شرح الاشباه والنظائر العمري (ج ٢ ص ١٩٥) .

(٣) رد المختار (ج ٤ ص ٢٢٠) .

(٤) يفتح الثمن وسكون المبيع .

عالمياً به ، فلا يكون سبباً لإبطال العقد ، بل يكون فقط سبباً للدعاء بيسدال
المطل والنصر ضد الخادع (المادتان ٢٠٨ و ٢٠٩) .
وشبه بما ذكرنا ما جاء في القانون المدني الفرنسي (المادة ١١١٦) ، والقانون
المدني الألماني (للمادة ١٢٣) ، والقانون الانكليزي فيما يستتبه التعرير المعد^١ .
ففي الخداع بهذا المعنى ، لا بد من ان يكون الخادع سيئ النية ، عالمياً بكذب
التوصيف الصادر عنه ، أو على الأقل مقصراً في اعتقاده بوجهه .
أما إذا كان التوصيف غير الصحيح صادراً من التعاقد الآخر ، وهو يعتقد عن
نية حسنة انه صحيح ، فالاصل في الشرائع الفرنسية والألمانية والبنانية أنه
لا يعد خداعاً ولا يوجب الإبطال بهذه الصفة^٢ . غير أن الاجتهاد الانكليزي قد
ذهب منعباً جديداً مختلفاً ، فتوصل الى اعتبار هذا التعرير البري^٣ سبباً
لإبطال العقد اذا كان هو الدافع على التعاقد^٤ .

⑤

- (١) Wilful misrepresentation .
- (٢) يجوز ان يكون سبباً للإبطال أو لطالب الفسخ اذا توافرت فيه شروط الغلط القانونية .
- (٣) Innocent misrepresentation .
- (٤) انظر آسبون (س ١٨٣ و ١٩٧) ، وجملة القانون العملية الصلبة Law Quarterly Review (لسنة ١٩٣٩ من ١٠٥-٩٠) .

أولاً - التعرور في عقود المعاوضة .
جاء في الجملة انه ولو غر أحد آخر في ضمن عقد المعاوضة بضمن ضرره . مثلاً
لو اشترى أحد عروسة وبني عليها ثم استخفت ، أخذ المشتري من البائع ثمن الارض
مع قيمة البناء - حين التسليم . كذلك لو قال احد لاهل السوق هذا الصغير
والذي بيعوه بضاعة فاني اذنته بالتجارة ، ثم بعد ذلك لو ظهر أن الصبي ولد غيره ،
فلاهل السوق ان يطالبوه بئس البضاعة التي باعوها للصبي ، (المادة ٦٥٨) .
ثانياً - التعرور في قبض نفعه الى الدافع ، كما في الوديعة ومال المخاربة
أو الشركة . فلو ادع احد ماله عند آخر وهلك الوديعة ، ثم ادعى شخص ثالث
أن الوديعة له واستحقها وحين الوديعة ، فلها الاختيار حتى الرجوع على المدع بما
دفعه . ولكن هذا الحكم لا يجري في عقود التبرع التي لا يعود نفعها الى الدافع ،
كلية والعارية .

ثالثاً - ضمان الفارصة للتعرور ، أو التعرور بالشرط .
مثاله لو قال الطحان لصاحب الخبزة ان يضما في دلي متقرب وهو عالم
بالثقب ، فوضعا صاحبها فذهبت في الماء ، كان الطحان ضامناً . ومثله لو قال رجل
لآخر اسلك هذا الطريق فانه آمن وأنا أمنن ما يؤخذ منك ، فسلك الطريق
وسلب ماله ، فعلى القائل الضمان لانه أصبح غاراً بهذا القول .

منازعة

بحث قانون الموجبات والعقود البناني في الخداع ، واعتبرة مميبة لسبباً للرضي
وسبباً الى ابطال العقد ، و اذا كان هو العامل الدافع اليه والخاص للخدوع على
التعاقد ، ولم يشترط وجود العيب الفاعش ، كما فعلت الجملة في التعرير القولي .
ولكنه اشترط ان يكون الخداع صادراً من التعاقد الآخر . فعليه اذا ارتكبه
شخص ثالث ، فلا يكون مؤثراً في صحة العقد ، الا اذا كان التعرير الذي استفاد
منه عالمياً به عند انشاء العقد .

أما الخداع المارض الذي افضى الى تغيير بنود العقد ولم يكن العامل الدافع
الى انشائه ، والخداع الصادر عن شخص ثالث اذا لم يكن التعاقد الذي استفاد منه

عقود المعاوضة . وتعتبره في قانون الموجبات والعقود اللبناني انه و التنازل وانتفاء التوازن بين الموجبات التي توضع لصاحبة فريق والموجبات التي تفرض على الفريق الآخر في العقود ذات العوض ، (المادة ٢١٣) .
فأذن في الاصل لا عبوة بالدين في العقود ولا تأثير له على محتواها . وهذا كما ترى ملائم لروح التجارة ، التي يجب ان تكون مبنية على حرية التعاقد وعلى النزاحة الاقتصادية .

انما محل ذلك كله هو في احوال التبادل المادي الذي لا تلاعبه ظروف استثنائية أو طرق فيوشروعة . ففي هذه الاحوال الاستثنائية ، يحتل التوازن الاقتصادي فيقع الظلم على احد الفريقين دون الآخر ، ويكون ذلك سبباً لمداخلة الشرع او القانون لاجل رفع هذا الظلم ، ومنع الدين الناتج عنه . وهناك أمثلة هذه الاحوال في الشرع الاسلامي : -
أولاً - احوال الربا .

لقد عرفنا معناه فيما مضى في بحث محل العقد ، ولربما نورد اليه ،
ثانياً - الاحسار .

وهو شراء الشيء واخضاره في وقت الحاجة اليه لبعائه . ويكون ذلك عادة في البلد المحصور أو في حال الضيق . وهو محرم لما فيه من الضرر على عامة الناس . فقال النبي (ص) : « لا يمشكر إلا خاطي » . وقال أيضاً : « الجالب مرزوق والحكمير ملعون » . وروي عن عمر بن الخطاب انه قال : « لا يحسرك في سوقنا » ، وعن عثمان بن عفان انه كان ينهى عن الحسرة .^١

وقد حصر الشافعي وابن حنبل ومحمد بن الحسن تحريم الاحسار في الاقوات وحدها . ولكن مالكاً وأبا يوسف حرما ذلك في كل ما كان الناس بحاجة اليه

(١) في الصلحة ٧٩ من معنا الكتاب .

(٢) احياء علوم الدين للزلي (ج ٢ ص ٦٦) ، وحجة الله البالغة لقمي (ج ١ ص ١١١) ، ومقدمة ابن خلدون (ص ٣٤٦) .

(٣) الخريجه احد وسلم وايد داود وغيرهم . انظر صحيح مسلم (ج ٥ ص ٥٦) ، وسنن أبي داود (ج ٣ ص ٤٧) ، والجامع الصغير للسيوطي (ج ٢ ص ١٩٥٦) .

(٤) رواه ابن ماجه ، الجامع الصغير ، ج ١ ص ٣٦١٠ .

(٥) اللوطا بشرح الزرقاني ، ج ٣ ص ٢٩٦ .

البند الثالث

الدين

الدين والنوازله الوثقاري

لا يبرية في ان المعاملات الاقتصادية بوجه عام ، والتجارة بوجه خاص تقصد الى الكسب ، وان كل عاقد فيها يسعى الى تحصيل الربح والمنفعة ما وجد الى ذلك سبيلاً .

ولا يبرية ايضاً في ان المبادلات ، او ما اسماه الفقهاء عقود المعاوضة ، يبتدئ فيها التنازلي في البدلين الذين يقدمها كل من المتعاقدين .

غير ان أصل المساواة هذا ليس الا نظرياً . فالمساواة لا تتحقق في الواقع اذا نظر الى قيمة الاشياء المطلقة ، اذ ان تقدير القيمة أمر نسبي يعتبر بالقياس الى افراد وحاجاتهم . فرب شيء له قيمة كبيرة في نظر طالبه لا تكون له هذه القيمة في الحقيقة . وعلى كل ، فقيمة الشيء الواحد هي في نظر طالبه اكثر منها في نظر البائع .

أخف الى ذلك ان عقود المعاوضة بطبيعتها خاضعة لقانون العرض والطلب الذي يحكم المعاملات الاقتصادية . فلا بد من بعض التنازل بين موجبات الفريقين اذا كان العرض زائداً على الطلب ، او كان الطلب زائداً على العرض .

فذلك اذا كان العاقدان يشتمان بالاطية الشرعية اللازمة ، فالشرع لا ينظر الى التنازلي في النفع الناتج لكل منهما ، ولا يكون الدين او عدم التنازلي في الاصل موجباً لإبطال عقد المعاوضة .

ومعنى الدين التقص في الشئ في البيع والشراء ، والتقص في البذل في باقي

(١) البصر الزائق ، ج ٦ ص ١١٥ .

وكان مضراً بالسوق .
 وبما انه يجعل الضرر الخاص لدفع الضرر العام ، فقد قال محمد بن الحسن ،
 خلافاً لأبي حنيفة ، بأن للامام ان يجبر المعسر على البيع اذا خاف العتاك على
 اهل المصر ، وعلى قوله جرت الفتوى عند الحنفيين ، وبه أيضاً قال مالك
 والشافعي .

اما تصدير الاشياء المحككة من قبل السلطان ، فقد اتى جمهور الفقهاء بعدم
 جوازها . وحجهم في ذلك ما روي عن انس انه قال : «غلا السعر على عبد رسول
 الله (ص) ، فقالوا يا رسول الله لو سعرت ، فقال : ان الله هو القابض الباسط
 الرازق المسعّر ، والي لا يرجو ان القى الله عز وجل ولا يطعنني احد بظلمة ظلمتها
 اليه في دم ولا مال »^١ . ولكن روي عن مالك انه اجاز التصدير للسلطان .
 وكذلك في الرأي المختار عند الحنفيين ، جرت التصدير اذا كان بشرة اهل الرائي
 والبصر ، وكان لا بد منه لمنع ارباب الطعام من تعدي القبة^٢ .
 ثالثاً - طرق التجارة غير المشروعة .

في التجارة احياناً طرق محرمة لما فيها من افساد الزراعة المألوفة المشروعة .
 ومن هذه الطرق المحرمة بيع النجش وبيع المصراة للذئان مرآ معنا في البد
 السابق . ومنها ايضاً ان يبيع اهل الحضر السلع لاهل البادية لقاء سمرة ، أو ان
 ينتظروهم خارج الاسواق لشراء بضاعتهم ورجعة ، أو ان يدخل اجني بين
 المتبايعين ويعرض ببيع سلعة بشروط احسن من شروط البائع .
 فهذه كلها يبيع فيها كثير من الدين ، وفيها استنثار لعدم خبرة الناس ، وخرق
 طرية المبادلات والصدق في المعاملات الاقتصادية . وهي مثل لنا ضرور التلاعب في
 التجارة بالقياس الى اسواق العرب يوم جاء النبي (ص) بشرعة الاسلام .
 وفي الحديث الشريف : « لا يبيع بعضكم على بيع بعض ، ولا يتلقوا السلع حتى

(١) رواه ابو داود والترمذي وابن ماجه وغيرهم . اظر سنن ابي داود (ج ٣ رقم ٣٤٥١) ،
 والجمع الصحيح (ج ١ رقم ١٨٠٦) .
 (٢) اظر في الاحتكار : التاوي الحنفية (ج ٣ ص ٢٧٧) ، ومهاسنيتها الثانية (ج ٢
 ص ٢٥٥) ، وللشوية الكبرى (ج ١٠ ص ١٢٣) ، والهديب (ج ١ ص ٢٩ - ٣١١) ،
 والفي (ج ٤ ص ٢٨٠ - ٢٨٢) ، والزيتراني في التوضيح للذكور ، وقيل الاوطار (ج ٥
 ص ١٨٦ - ١٨٨) . وشرح النووي على مسلم (ج ١١ ص ٤٣) .

يبيط بها الاسواق ، . وروي البخاري وغيره قول احمد الحذيفي : « كنا نلقى
 الركب ان فشتوي منهم الطعام ، فيها النبي (ص) ان نيمع حتى نبلغ به سوق
 الطعام » ، وتعمل النبي انه ربا عن الركب ان غنياً بيتنا ، فيلحق الضرر بهم وراهل
 البلد^١ . وهي التي (ص) ايضاً ان يبيع حاضر لباد ، وسمناه بتفسير ابن عباس
 ان لا يكون الحاضر لبادي سجاراً^٢ .
 رابعاً - يكون الدين اخيراً سبباً للإبطال في بعض عقود المعاوضة بشروط
 معينة . فبعض المذاهب اشترطت ان يكون الدين فاحشاً وان يجمع معه التفريغ ،
 بينما يكفي في مذاهب أخرى ان يكون شاذاً عن المعتاد وان يكون المغبون عديم
 الخبرة . واحياناً يكون الدين البسيط وحده كافياً للإبطال . ونحن نوضح ذلك
 في هذا البلد .

الدين في البيع عند الحنفيين

اختلف الحنفيون في مسألة تأثير الدين الفاحش في البيع . فقال بعضهم بأنه
 سبب لفسخ العقد بخيار الدين ، وقال البعض الآخر بأنه ليس سبباً لذلك . ولكن
 الرأي المختار عندهم هو ان الدين الفاحش لا يفسخ سبباً لفسخ الا اذا اجتمع
 معه التفريغ من العاقد الآخر^٣ .
 فلذا جاء في الاشياء والنظائر : « اذا غر البائع المشتري وقال له قبة متاعي
 كذا فاشتره ، فاشتره بناء على قوله ، ثم ظهر فيه غبن فاحش ، فانه يردّه وبسه
 يفتي ، ^٤ ويمنه فالت الخلة : « اذا غر احد المتبايعين الآخر وتحقق ان في البيع
 غنياً فاحشاً ، فاشترى ان يفسخ البيع حينئذ ، (المادة ٣٥٧) .
 وليس هذا الحكم خصوصاً بالمشتري ، بل و كما يكون المشتري مغروراً

(١) الفبي (ج ٤ ص ٢٨١) .
 (٢) صحيح البخاري شرح العيني (ج ١١ ص ٢٨٢ - ٢٨٧) ، وصحيح مسلم (ج ٥
 ص ٢ - ٦) ، وسنن ابي داود (ج ٣ رقم ٣٤٤٢ - ٣٤٤٣) ، وللرما شرح الزرقاني (ج ٣
 ص ٣٣٧ وما بعدها) .
 (٣) البصر (ج ٦ ص ١١٦) .
 (٤) الاشياء والنظائر لابن نجيم ، ص ٨٥ .

مات من غير بنين فاعش ، فلا تنتقل دعوى التمير الى وارثه . والمشتري الذي حصل له تمير ، اذا اطلع على الدين الفاعش ، ثم تصرف في البيع تصرف المالك ، سقط حق فسخه . واذا هلك واستهلك المبيع ، الذي بيع بغير فاعش أو غير ، أو حدث فيه عيب ، أو بنى مشتري العرصة عليها بناء ، فلا يكون للغير حق في أن

يفسخ البيع ، (المواد ٣٥٨ - ٣٦٠) .
ولا بد من الاشارة أخيراً إلى أن الأصل في الذهب المنفي ، الذي يشترط لإبطال البيع أن يكون الدين فاعشاً وأن يحصل بتأثير التمير ، هذا الأصل له مستثنيات يكفي فيها الدين الفاعش دون تمير ، أو يكفي فيها الدين البسيط وحده . وهناك امثلة من هذه المستثنيات : -

اولاً - في بعض الاحوال يكفي الدين البسيط لفسخ العقد . مثاله لا يجوز للبرص المدين ان يبيع ماله في مرض موته لأجنبي بخالة ، ولو بسيرة ، ولا يصح بيعه الا بشئ المثل .

ثانياً - يعتبر الدين الفاعش وحده سبباً لإبطال البيع ، ولو كان بدون تمير ، في مال البيم ومال الوقت وبيت المال . فقد ورد في الحجة انه : واذا وجد عين فاعش في البيع ، ولم يوجد تمير ، فليس للغير ان يفسخ البيع . الا انه اذا وجد الدين وحده في مال البيم ، فلا يصح البيع . ومال الوقت وبيت المال حكمه حكم مال البيم ، (المادة ٣٥٦) .

فقبله اذا باع الولي او الوصي مال البيم ، أو اذا باع متولي الوقت مال الوقت بحال الاستبدال متلاً ، أو اذا باع المأمور المأذون مال بيت المال ، بغير يسير صح البيع . اما اذا كان البيع ببن فاعش فلا يصح ، ولو لم يكن المشتري غاراً .

اموال اخرى من الدين في الجمل

ليس اثر الدين محصوراً في البيع والشراء . بل هو موجود ايضاً في غيرهما من عقود المعارضة . وقد ذكرت الجهة أمثلة من ذلك في الاجارة ، والقسمة ، والوكالة

(١) المادة ٣٩٤ من الحجة . انظر امثلة اخرى من ذلك في جامع الفصولين (في الوصع المذكور) ، وفي الفناوي الاتقوية (ج ١ ص ٢٥٨) .

يكون البائع كذلك ،

فاذن عند المدينين يكون البيع قابلاً للفسخ بشرطين ، وهما الدين الفاعش والتمير من العاقد الآخر . ولقد بينا معنى التمير في البند السابق . اما الدين الفاعش فهو ما لا يتقايئ الناس في مشله . وفسرته المتون بأنه ما لا يدخل تحت تقويم القومين ، أي الذي يخرج عن تقدير القوم المنظر ٢ . ونقل ابن نجيم عن السراج الوهاج ان ما يتقايئ الناس فيه قدره تصير بان يحس البلخي ٣ بأنه في العروص نصف العشر ، وفي الجيران العشر ، وفي العقار الخمس ، وما خرج عنه فهو ما لا يتقايئ الناس فيه ، وسبب تقريبه في الدين بين انواع الاموال هو ان التصرف فيها يختلف . فمقدار الدين يكون أكبر في الاموال التي يقل فيها التصرف . ومعلوم ان التصرف بكثير وجوده في العروص ، ويقال في العقار ، ويتوسط في الجيران ، وعلى هذا الأساس ، قدرت النسبة في الدرهم بربع العشر بالنظر الى قيم الأشياء الخفية .

ففي رأي ابن نجيم اذا ، الدين الفاعش أو ما لا يتقايئ الناس فيه هو ما زاد على القدر الذي عينه . أما اذا كان مادلاً له أو أقل منه فهو عين يسير . ولكن منظمي مجلة الاحكام العدلية أخطأوا وهم ذلك ، فاعتبروا الحد الفاصل ، الذي هو عين يسير عند ابن نجيم ، بدء الدين الفاعش ، فقصوا على ان الدين الفاعش عين على قدر نصف العشر في العروص ، والعشر في الجيران ، والخمس في العقار ، أو زيادة ، (المادة ١٦٥) . والأصح أن يقال ان الدين الفاعش هو ما زاد على القدر المذكور فقط ، لا ما كان مساوياً له .

وتسقط دعوى الدين الفاعش بموت المبرون له بلاك المبيع أو تمسكه ، أو بالسكوت والتصرف بالمبيع بعد العلم بالدين الفاعش . فقد جاء في المجلة انه : واذا

(١) البحر في الوصع المذكور .
(٢) هنا لا يمكن أن يعني ان الدين فهو كل ما كان أقل من العشر الذي عينه الجراء ، كما ينهم من ترجمة الاستاذ الرئيس الفراهي ، في كتابه الفرنسي والشروط القابلة للبيع ، ص ٧٠ .
(٣) توفي سنة ٢٦٨ هـ . عن الفوائد البنية (ص ٢٢١) .
(٤) البحر (ج ٧ ص ١٦٩) ، وجامع الفصولين وبنية الآلية القرية في الفوائد الجبرية (ج ٣ ص ٣١) ، والفناوي الجبرية (ج ١ ص ٢٢٠) .
(٥) شرح على حيدر علي المادة ١٦٥ من الحجة .

ومذهب الحنابلة في الوكيل بالبيع اخذته عن الامام الاعظم ، الذي قال بصحة بيع الوكيل بالذبح الا في الصرف ، أي بيع النقد بالنقد ، اما صاحباه ابو يوسف ومحمد ، فانها قالوا بان الوكيل بالبيع ، كالوكيل بالشراء ، لا يجوز تصرفه بتقصان

لا يتشأن الناس فيه ^١ ، وانما يتشأن الناجش حياً لفسخ العقد في اجارة أموال الصغير والوقف . فقد ورد في الحجة انه لو أجر الوصي او المتولي عقار اليتيم او الوقف بأنقص من اجرة المثل تكون الاجارة فاسدة ويلزم أجر المثل ، (المادة ٤٤١) .

ومعنى الذبح الناجش ، كما رأينا ، ما لا يتشأن الناس في مثله . وبمثل هذا الذبح الناجش بشهادة أهل البصر والامانة . ويكفي ان يكون الحبير واحداً عند الامام الاعظم رابي يوسف ، خلافاً لمحمد الشيباني ^٢ .

ثم انه في غير مال اليتيم او الوقف ، يكون حكم الذبح في الاجارة كحكمه في البيع . أي انه اذا غرّ احد العاقدين الآخر ، وكان في الاجارة ذبح فاحش ، فلهذا يفتنح فسخ الاجارة . وهذا ، وان لم تذكره الحجة ، الا انه متفق عليه عند الحنفيين ^٣ .

ثانياً - في القصة .

جاء في الحجة : ويلزم ان تكون القصة عادة ، أي ان تعدل الحصص بحسب الاحتقاق وان لا يكون باسداً ما نقصان فاحش . فذلك نسمع دعوى الذبح الفاحش في القصة ، (المادة ١١٢٧) .

ودعوى الذبح الفاحش هذه نسمع ، سواء أكانت القصة قضائية أم رضائية ، وسواء أكان الذبح بنتيجة تعزير أم بنتيجة غلط ^٤ .

ثالثاً - الوكيل بالشراء .

ان هذا الوكيل لا يجوز له ان يشتري بنفسه فاحش . فلو فسخ ذلك ، فلا ينفذ شراؤه على الموكل بكل حال ويبقى المال على ذمته ، (المادة ١٤٨٣) .
وبما يختلف الوكيل بالشراء عن الوكيل بالبيع المطلق . فلها الاخير وان يبيع مال موكله بالتمن الذي يراه مناسباً قليلاً كان او كثيراً ، (المادة ١٤٩٤) .

(١) الاشياء لا ينضم (ص ١٠٧) ، والمغالبية (ج ٢ ص ٢٩١) ، وانصح الرسائل للطبرسي (ص ١٧٢) .
(٢) شرح علي حيدر ، في مقدمة الباب الخامس من كتاب الاجارة ، ج ٢ ص ٤٨٤ .
(٣) الفتاوى الهندية ، ج ٥ ص ٢٥١ .

بالشراء . واليك بيان ذلك بايجاز : -
اولاً - في الاجارة .

يعتبر الذبح الفاحش حياً لفسخ العقد في اجارة أموال الصغير والوقف . فقد ورد في الحجة انه لو أجر الوصي او المتولي عقار اليتيم او الوقف بأنقص من اجرة المثل تكون الاجارة فاسدة ويلزم أجر المثل ، (المادة ٤٤١) .

ومعنى الذبح الناجش ، كما رأينا ، ما لا يتشأن الناس في مثله . وبمثل هذا الذبح الناجش بشهادة أهل البصر والامانة . ويكفي ان يكون الحبير واحداً عند الامام الاعظم رابي يوسف ، خلافاً لمحمد الشيباني ^١ .

ثم انه في غير مال اليتيم او الوقف ، يكون حكم الذبح في الاجارة كحكمه في البيع . أي انه اذا غرّ احد العاقدين الآخر ، وكان في الاجارة ذبح فاحش ، فلهذا يفتنح فسخ الاجارة . وهذا ، وان لم تذكره الحجة ، الا انه متفق عليه عند الحنفيين ^٢ .

ثانياً - في القصة .

جاء في الحجة : ويلزم ان تكون القصة عادة ، أي ان تعدل الحصص بحسب الاحتقاق وان لا يكون باسداً ما نقصان فاحش . فذلك نسمع دعوى الذبح الفاحش في القصة ، (المادة ١١٢٧) .

ودعوى الذبح الفاحش هذه نسمع ، سواء أكانت القصة قضائية أم رضائية ، وسواء أكان الذبح بنتيجة تعزير أم بنتيجة غلط ^٣ .

ثالثاً - الوكيل بالشراء .

ان هذا الوكيل لا يجوز له ان يشتري بنفسه فاحش . فلو فسخ ذلك ، فلا ينفذ شراؤه على الموكل بكل حال ويبقى المال على ذمته ، (المادة ١٤٨٣) .
وبما يختلف الوكيل بالشراء عن الوكيل بالبيع المطلق . فلها الاخير وان يبيع مال موكله بالتمن الذي يراه مناسباً قليلاً كان او كثيراً ، (المادة ١٤٩٤) .

(١) الاشياء لا ينضم (ص ١٠٧) ، والمغالبية (ج ٢ ص ٢٩١) ، وانصح الرسائل للطبرسي (ص ١٧٢) .
(٢) شرح علي حيدر ، في مقدمة الباب الخامس من كتاب الاجارة ، ج ٢ ص ٤٨٤ .
(٣) الفتاوى الهندية ، ج ٥ ص ٢٥١ .

الذبح في باقي المذاهب الاسلامية

روي في كتب الحديث ان رجلاً يدعى جبان بن منقذ كان ذميماً العقل ، وكان يتعاطى التجارة ، ويهين فيها . فبلغ خبره النبي (ص) ، فدعا وقال له : اذا بيعت فقل لا خلافة ^١ . أي تصح ان يشترط عدم وجود الذميمة ، حتى اذا ظهر الذبح كان له ان يرد التمن ويسترد المبيع .

(١) البحر ، ج ٧ ص ١٦٧ .
(٢) رواه مالك واحد البخاري ومسلم وابو داود والشافعي . انظر البخاري بفتح النبي (ج ١١ ص ٢٣٣) ، وصحيح مسلم (ج ٥ ص ١١) ، وسنن ابى داود (ج ٣ ص ٣٥٠) ، والوطواط بفتح الزرقاني (ج ٣ ص ٤٤٢) ، والفتح الكبير (ج ١ ص ٩١) .

والحاصل من كل ذلك ان الدين في البيع والشراء اذا كان زائداً على المألوف وكان المبيعون فيه قليل الخبرة، فهو يعطي هذا المبيعون خيار النسخ عند بعض الفقهاء . وهذا الرأي كما سنرى قريب من نظرية بعض القوانين العمومية . وختاماً لا بأس بالملاحظة ان الدين في المذهب الظاهري يعد سبباً لابطال البيع او الشراء اذا لم يكن المبيعون عالماً به عند العقد ، لان بيع الشيء - بقايل من قيمته او شراءه - باكثر منها ، كلامها اشاعة للعالم من جهة المبيعون ، واكمل لئال الدين بالباطل من جهة الدين .^١

مناقشة بعض القوانين العربية

ان معظم القوانين الحديثة توجه عام لا تنظر الى الدين كسبب لابطال العقود، الا في احوال استثنائية وبشروط معينة . فهي اذاً من حيث المبدأ شبيهة بالشريعة الاسلامية . ولكن هذه القوانين اختلفت في تفصيل هذه الشروط وتلك الاحوال . ففي القانون الفرنسي ، ليس الابطال بالدين مقبولاً الا في احوال قليلة محصورة . واما احوال القاصر المبيعون ، وبيع العقار المبيعون بنسبة اكثرو من نسبة السمة الى الاثني عشر ، والدين الزائد على الربع في القسمة ، او الزائد على النصف في قبول التركة ، والدين الزائد على الربع في بيع السواد ، او الزائد على الثلث في التنازل عن مؤسسة تجارية .^٢

ولكن هذه النظرية مادية ضيقة لا تنسع ، فبما خلا احوال المذكورة ، لحاجة من عين بتأثير الحاجة الماسة او الجبل وقلة الاختيار . وذلك خلافاً للقانون المدني الالمانى ، الذي اتخذ نظرية معنوية وسببية (المادة ١٣٨) ، ونص على ابطال العقد اذا كان فيه عين . ومن جداً بالقياس الى ظروف الحال ، وكان هذا الدين ناتجاً عن استثمار الحاجة او الطيش او عدم الخبرة .^٣

(١) الحلى ، ج ٨ ، رقم ١٤٦٣ .

(٢) انظر المواد ١١١٨ ، ١٣٠٥ ، و ١٦٧٤ و ٨٨٧ و ٧٨٣ و ١٠٧٦ من القانون المدني الفرنسي ، وقانوني ٨ تموز سنة ١٩٠٧ و ٢٦ حزيران سنة ١٩٢٥ .

(٣) Unter Ausbeutung der Notlage , des Leichtsinns oder der Unvernunft eines Anderen .

وقد كان هذا الحديث سبباً خلاف طريف بين الفقهاء في مسألة الدين في البيع . فبهم من قال بان الحديث خاص بمجان بن سنفذ لانه ضعيف العقل ، وبانه لا يبرز القياس عليه . والى هذا ذهب الحنفيون كما اوضحنا ، وذهب الشافعي ، فانظر طرا لنسخ العقد وجوبه التفرير الى جانب الدين . اما باقى الامة فقد توسعوا في المسألة ، واعتبروا الدين سبباً لنسخ بدون تفرير في احوال عديدة . وهاك بيانها بايجاز : -

أولاً - في بيع النجش ، الذي سر تقبوه في البند السابق ، بحق المشتري عند احمد ومالك ان يفسخ العقد اذا عين فيه غيباً يخرج عن العادة .

ثانياً - في تلقي الركبان ، الذي اوضحناه في اول هذا البند ، قال احمد بن حنبل بان للبايع الخيار بفسخ العقد اذا هبط السوق وعلم انه عين غيباً خارجاً عن المتاد .

ثالثاً - بيع الاسترسال . وهو البيع الذي يسترسل فيه احد المتبايعين الى الآخر ، لعدم خبرته بالمبايعه او لجهل الأسعار ، ففعله يجزه وبسأته ، ويتفق معه على الشراء او البيع بسعر ما يتبايع به باقى الناس . ففي هذا البيع اذا علم المسترسل بالعين يثبت له خيار الفسخ في المدين المالكى والحليلي .

رابعاً - في البيوع العادية احياناً ، اذا كان الدين فاحشاً بدرجه يتبناه وكان المبيعون لا خبرة له بقيمة السلع ، فلها حق الرد بالدين أيضاً عند بعض الخبايا . وفي رواية بعض البندادين عن المذهب المالكي . الا انه اذا علم احد المتبايعين بقيمة الشيء . قبل العقد ، فزاد عليها لغرض له او بدون غرض ، فهو كالأهلب او كالمشتري بعد علمه بالعيب في البيع .

أما معنى الدين الفاحش ، فقد قدره بعضهم بالثلث فأكثر ، وقدره غيرهم بالسدس . ولكن الرأي المتأثر عند المالكية والخبايا حدده بما لا يتغلب الناس به ، ثم ترك تقديره الى العرف والعادة . وبكتابة اخرى الدين الفاحش عندهم هو ما يخرج عن العوائد .

(١) انظر في هذا البحث : شرح الحرشي على سبهي خليل (ج ٤ ص ٦٢) ، وشرح الخطاب وبهامة الواق (ج ٤ ص ٤٦٨ وما بعدها) ، والقوانين الفقهية (ص ٢٦٨ -) ، وفتح العزيز شرح الوجيز (ج ٨ ص ٣١٠ و ٣٢٨) ، والشرح الكبير (ج ٤ ص ٧٧ - ٧٩) ، والرواس الربيع (ج ٢ ص ٢١ - ٢٢) ، ونبيل الاوطار (ج ٣ ص ١٥٥ - ١٥٦) ، وشرح النووي على البخاري (ج ١١ ص ٢٢٣ - ٢٢٤) ، وشرح النووي على مسلم (ج ١٠ ص ١٧٧) ، والنووي شرح البرقاني في البوضع المذكور ، والمدقق النظر للاحكام (بياض نسخة المحاكم ، ج ١ ص ٤١٢) .

وقد ذهب الى هذه النظرية الجديدة فانون الموجبات السويسري (المادة ٢١) ،
وقانون الموجبات التركي ، وقانون الموجبات والمعقود اللبناني ، وهي نظرية كما ترى
شبيهة بذهب المالكيين والحنبلين على ما اوضحنا .

واليك نص ما ورد في القانون اللبناني : « ان العيب لا يفسد في الاساس وضع
المعقود ، ويكون الامر على خلاف ذلك ويصبح العقد قابلاً للطلاق في الاحوال
الآتية :

اولاً - اذا كان المعقود قاصراً ،
ثانياً - اذا كان المعقود راشداً ، وكان للعيب خاصتان : الاولى ان يكون
فاحشاً وراثياً عن العادة المألوفة ، والثانية ان يكون المنقيد قد اراد استنثار
خيبق او طيش او عدم خيرة في المعقود ... » (المادة ٢١٤) .

فهذا القانون لم يحدد معنى العيب الفاحش ، بل ترك ذلك الى تفسير القاضي
حسب ظروف كل قضية . وعلى هذا التفسير ثبت الاجتهاد اللبناني ^٢ .
وعلى كل حال ، فالعيب عند تعديله يدل في غالب الاحيان على وجود عيب آخر
في الرضى . فتارة يحصل نتيجة التعديل ، وتارة بطريق العاطف ، وتارة اخرى تحت
تأثير الضغط او الاكراه المعنوي . وهذا يفسر ان الشريعة الانكليزية بحثت في
العيب في باب الاكراه المعنوي ^٣ .

(١) اختلف الحاكم اللبناني في تعريف العيب الفاحش . انظر اجتهادها المختلطة في مجلة الحلبي
(سنة ١٩٤٠ ، قسم ٢ ص ٥٣) .
(٢) انظر قرار محكمة الاستئناف الخاصة بتوحيد الاجتهاد ، الصادر في ٣ شباط ١٩٤٥ ،
تحت عدد ٢ .
(٣) Undue influence

البند الرابع

الاكراه

نظرة عامة

ورد في آيات القرآن اليتيات : ولا اكراه في الدين ، (١) ومن كفر بالله من
بعد ايمانه الا من اكراه وقلبه مطمئن بالايمان ، (٢) . ولا تكسرهم قساظتك على
اليماء ، ان اردن تحصنتم لتنفوا عرض الحياة الدنيا ومن يكرههن فان الله من
بعد اكراههن غفور رحيم ، (٣)
وقال النبي (ص) في حديث الشريف : « ان الله تجاوز لي عن امتي الخطأ
والنسيان وما استكرهوا عليه ، وروى البخاري وغيره قصة خنساء بنت
خديم الانصارية وان اباعا زوجها وهي تيب ، فكرهت ذلك فأتت رسول الله
(ص) فردت نكاحه ، (٤)

هذه النصوص وما اليها ، وما تنطوي عليه من عدل ومصالحة ، كل ذلك جعل
علماء الاصول يضمون الاكراه بين الاعذار الشرعية ، وجعل الفقهاء والمناهب
يعتبرون فيه كعقد في التصرفات الفعلية ، وكشأنية من شوائب الرضى في المعقود

(١) البقرة (٢) ٢٥٦ .

(٢) النحل (١٦) ١٠٦ . راجع قصة عمار بن ياسر ، الذي اكراه على الكفر وقلبه

مؤمن ، في تفسير الفخر الرازي (ج ٥ ص ٣٥٥) .

(٣) التور (٢٤) ٣٣ . زلت هذه الآية في عبدالله بن أبي ، الذي كان يكره جواره على الياء ،

طسماً كسبيين . راجع الخلاف في تفصيل سبب تزويجها في تفسير الفخر الرازي (ج ٦ ص ٢٧٢) ،

وفي سبب النزول الواحدي (ص ٢٤٥-٢٤٧) .

(٤) من ترجمته في البند الاول من هذا الفصل ص ١٦٤ .

(٥) شرح العيني على البخاري ، ج ٢٠ ص ١٢٦ ، وج ٢٤ ص ١٠١ .

وتحتم نوضح كلاً من هذه الشروط الأربعة ، ثم نبين بعد ذلك حكم الإكراه بالنتيجة متى توافرت فيه هذه الشروط جميعاً .

الشرط الأول : الإكراه بدون مهر

إن الإكراه المحرم هو ما كان بدون حق . وأما ما كان بحق فلا يمتد به لأنه إكراه شرعي ، ولا تأثير له على صحة التصرفات أبداً .
ومن أمثلة الإكراه الشرعي جبر المدين من قبل القاضى على بيع ماله لوفاء الدين ، أو جبر المنفق على النفقة الشرعية ، أو جبر المرء على دفع الخراج ، أو جبر المالك على بيع أرضه لتوسيع المسجد أو الطريق العام ، أو جبره على بيع الطعام أو الشراب للفقير ، وما إلى ذلك ^١ .

وأيضاً نص قانون الموجبات والمقود البنائي على أمثلة من الإكراه الشرعي ، فقال : « إن الخوف الناشئ عن احترام الأب والام أو غيرهما من الأصول لا يكفي لإنشاء العقد . وكذلك استعمال الوسائل القانونية ما دام هذا الاستعمال مشروعاً ، أي أن يكون القرض منه مجرد الحصول على ما يجب » ، (المادة ٢١٢) .

الشرط الثاني : فدية الجبر

لا بد في الإكراه من أن يكون الجبر قادراً على تنفيذ تهديده بالكره ، وأن يكون قاهراً لا يقدر على دفعه ، . وهكذا جاء في الخلة : « بشرط أن يكون الجبر مقتدرًا على اتباع تهديده ، بناء عليه لا يعتبر إكراه من لم يكن مقتدرًا على اتباع تهديده وإجرائه » (المادة ١٠٠٣) .
وعند الإمام الأعظم لا إكراه إلا من السلطان وحده . ولكن رأي صاحبيه ، الذي عليه الفتوى عند الحنفيين ، ورأي باقي أئمة المذاهب يقول بان الإكراه يتصور

(١) البسوط (ج ٢٤ ص ٥٧) ، ومجمل الأثر (ج ٢ ص ٢٣٠) ، والبهجة شرح الخلة (ج ٢ ص ٧٥) ، والمحرر (ج ٣ ص ٣٦٥) ، والنجوع (ج ٩ ص ١٥٩) ، والبرهان الرابع (ج ٢ ص ٢) ، والقواعد لابن رجب (ص ٣٢٠ و ٢١١) .

وسائر التصرفات القولية . ونحن لن نبحث حكم الإكراه في أصول الفقه ولا في المبادئ لمخرجه عما نحن بصدده ، ولأن نمود سرنا فخرى الى بحث حكمه في التصرفات القولية أو الجرائم بعد ان اتينا عليه فيما مضى ^١ . انما نكتفي ههنا ببيان احكام الإكراه في العقود وفي باقي التصرفات القولية . فننتدم بتعريفه ثم نوضح شروطه ، ثم نبرز حكمه واتوه في هذه التصرفات .

ومن المتبادر ان يبدأ في كتب الفقه بتعريف الكلمة لغة قبل تعريفها في الاصطلاح الشرعي . فمضى الإكراه لغة ، ببساطة بعضهم ، هو حمل الانسان على أمر يكرهه ^٢ . وفي الاصطلاح الشرعي وهو فعل يفعله المرء بغيره فينتهي به رضاه أو يفسد به اختياره ^٣ . او كما عرفته الخلة ، « هو اجبار أحد بالإلحاح على ان يعمل عملاً بغير حق ، من دون رضاه ، ويقال له الكره » (بفتح الراء) ، ويقال لمن أجبر بغيره ، ولذلك العمل مكره عليه ، والتي الموجب للخوف مكره به ، (المادة ٩٤٨) .

ولقد بحث القانون البنائي في الإكراه بمنزلة الخوف (المادة ٢١٠ وما بعدها) ، وبحث فيه بعض الفقهاء بمنزلة الضغط والاضطر : « وبفسر ذلك ان في الإكراه ضغطاً وشدة ، وان الخوف ليس الا نتيجة الإكراه والاضطر واتوهما في الكره . وان الإكراه بسبب هذا الخوف يجعل رضئ المكره بمدراً فيما يفعله تخلاً من العنف والتهديد الواقع عليه ، ويجعل اختياره متأزراً وفلساً ايضاً في غالب الاحيان . وهكذا بعد الإكراه من شوائب الرضى وعيوبه ، لا تعلمه من بناء الشريعة التراء والتصرفات جميعاً على القاعدة الذهبية وانما الاعمال بالنيات وانما لكل امرئ ما نوى » .

الا انه حتى يكون الإكراه من عداد عيوب الرضى ، لا بد من ان يتصرف بشروطاً وهي : الإكراه بدون حق ، وقسوة الجبر على ايقاع تهديده ، وخوف المكره الكافي للتأني للرضى ، وحصول الكره عليه بتأثير الخوف .

(١) في الجزء الاول ص ٢٢٤ .
(٢) مدار الحكم ، ج ٢ ص ٢١١ .
(٣) البسوط ، ج ٢٤ ص ٣٨ .
(٤) انظر علا البهجة شرح الخلة ، ج ٢ ص ٧٥ .

ان لم يفعل ما طلبه الجير منه . ولا بد من حصول هذا الخوف حتى يمتد بالاكراه .
وهذا ما ارجيته المجلة بقولها : « يشترط خوف المكره من وقوع المكره به . يعني
يشترط حصول ظن غالب للمكره باجراء الجير المكره به ان لم يفعل المكره عليه ،
(المادة ١٠٠٤) :

ولكن ما هو المقياس الذي يقاس به هذا الخوف ؟ أهو معيار قسمة معين يقاس
به جميع الناس ؟ أم هو معيار يتفاوت بتفاوت الناس في اجسامهم واحساسهم
وطبائهم وصفاتهم ، ومن ثم في حظهم من الشجاعة ودرجة نزوم بالاكراه ؟
قال الرومان انه لا يمتد الا بالاكراه الذي يؤثر على اشجع الرجال .^١ ولكن
هنا ، كما ترى ، قاس جداً ، اذ هو لا يقيس الا من اتصف بالشجاعة النادرة ،
ويتطلب من المرء ان يكون في اموره اليومية العادية وفي تصرفاته المعتدلة اقوى
واقدر بما هو عليه في الواقع وما فطر عليه بطبيعته .

فلذا احسن القانون المدني الفرنسي بأخذه مقياساً للاكراه طيبة الرجل العاقل ،
ويقوله بوجوب النظر في ذلك الى سن المكره وجنسه وحالته (المادة ١١١٢) .
واوسع منه من هذه الناحية ما جاء في قانون الموجبات والمسئول اللبناني من انه
للخوف على ماهرة الخوف « وتأييده يجدر الاعتداد بشخصية المكره » ، كالنظر الى
سنه او الى كونه امرأة او رجلاً والى درجة ثقله ومنزله الاجتماعية و (المادة
٢١١) . ويمتد بكل عنف جنائي او تهديد موجب الى شخص الدين او الى
اولاده او الى زوجه او أحد اصوله او قروعه (المادة ٢١٠) .

وبعد ، كيف كان موقف الشريعة الاسلامية من هذه المسألة ؟ هل ذهبت
مذهب الرومان المادى الجامد ، ام ذهبت متليفاً معنوياً على غرار القوانين
العصرية ؟ لا شك في انها اتبعت المذهب المعتزلي . ولا ترى بالأساليب تلك بقول
كثير من عبارات الكتب الفقهية ، حرصاً على دفع شبه التأويل او المبالغة .

فالت المجلة ، نقلاً عن كتب الحنفيين ؛ « الاكراه على قسدين : القسم الاول
هو الاكراه الماجهي الذي يكون بالضرب الشديد المؤذي الى اتلاف النفس او

6 D. quod metus causa , IV , 2 . Constantissimum virum . (١)

Homme raisonnable (٢)

من على متقلب قادر على الابتغاء والتهرب ، سواء أكان ساطعاً ام اصماً ام غيرها .
مثلاً ، كما قال ابن البرزاز ، يتكبر للاكراه ان يقع من الزوج على زوجته .^٢
وخلافاً لما رأينا في التعزير ، لا يشترط الشرع الاسلامي ان يكون الاكراه

في العقود صادراً عن التعاقب الآخر ، بل يعتمد به بوجه عام ، ولو صدر عن شخص
فالت اجنبي عن العقد . فعليه ، اذا اكتره أحد على بيع شيء ، فالعقد يعتبر قابلاً
للإبطال . وان هذا الحكم يطبق ، ولو كان الاكراه لم يصدر عن المشتري او لم
يكن هذا عالماً به ، كما يفهم من مدلول أقوال جمهور الفقهاء ، لا سيما في المذهب
الحنفي والقول المختار من المذهب المالكي وأحد قولي المذهب الشافعي . ولكن
يوجد بعض التردد فيما يسوره الاكراه على سبب البيع ، وهو ان لا يكتره الاكراه
على البيع مباشرة ، بل ان يكتره على اداء مال ظلماً ، فيضطر الى بيع شيء آخر
ليؤدي المطالب . فبما يصح البيع في القول المختار عند الشافعية والحنفية وعند
اتباع المذهب الظاهري ، خلافاً للمذهب المشهور عند المالكية .^٣

وفي هذا الموضوع ، وان نص القانون اللبناني على انه « ... لا حاجة للتبسيط
بين ان يكون (هنا) الضغط صادراً عن أحد التعاقبين او عن شخص ثالث او
عن احوال خارجة عن دائرة التعاقب ، الا انه يجوز في الحالتين الاخيرتين ان
يلزم المكره الرغبة في التناص من العقد باداء التعويض الى الفريق الآخر اذا
كان هذا الفريق حسن النية . ويكون هذا التعويض على نسبة ما يقضيه
الاتصاف » (المادة ٢١٠) .

الشرط الثالث : خوف المكره

ان الخوف بتعريف الفقهاء هو الظن الغالب في ذهن المكره بتزول الوعيد به
(١) الهداية (ج ٢ ص ٢٢٢) ، ومع الامهر (ج ٦ ص ٤٢٩) ، والهديب (ج ٢ ص ٨٣) ،
والنبي (ج ٨ ص ٢٦١) ، والبرزاق للشمالي (ج ٢ ص ١٢٩) .
(٢) التنازى البازية ، ج ٣ ص ١١٢ (بهاشم الخندية) .
(٣) شرح الخريشي على سيدي خليل (ج ٣ ص ٢٦٦) ، وشرح المطالب (ج ٤ ص ٢٤٨) ،
والجملوع (ج ٦ ص ١٦٠ - ١٦١) ، والخصل (ج ٩ رقم ١٥٢٩) ،
والبرزاقية في الوضوح المذكور .

و فوق ذلك ، لا ينظر الى الاكراه الموجه الى نفس المكره فحسب ، بل ينظر الى كل ما يسبب خوف الانسان على ماله كاه او بعضه لان المال و شقيق الروح .
 و يعمد كذلك استعمالات ، و خلافاً للقياس الذي قال به بعض الفقهاء ،^١ بالاكراه الناتج عن حبس الوالدين و الاولاد ، و زاده القهستاني الاكراه الناتج عن حبس غيرهم من المحارم^٢ .

وليس ما قد تناهنا هنا بخصوصاً بالحنفيين ، بل هو بالجملة قول جمهور الفقهاء المسلمين . ففقد ابن حنبل في احدى الروايتين عنه ،^٣ ان الوعيد يفرد اكراه ، . و عنده ان كان القهر السبوي راقماً و في حق من لا يبالي به فليس باكراه ، و ان كان من ذوي المراتب على رجة يكون احرافاً بصاحبه و غشاً له و شهرة في حقه فهو كالتضرب الكثير في حق غيره . و ان نوءد بتعذيب ولده ... الاولي ان يصكون اكرهاً ، لان ذلك عنده اعظم من اخذ ماله ، و الوعيد بذلك ، وكذلك هذا ؛^٤ و بعناه قال شارح ارجوزة ابن عاصم المالكي بان الاكراه يصكون و يحرف مؤلم من قتل او ضرب او سجن او قيد او حفر للذي مروءة بلاه او قتل ولده او اخذ ماله ... ، و الاذاعة المأزومة لمن لا يلقى به اكراه ،^٥ .

والخير اختلفت الاقوال في الذمب الشافعي ، وقد عدت منها السبوي سبعة ، و المشهور الذي ذكره الشيرازي ان الاكراه يكون بما يعلق الضرر بالمكره ، و كالتقل و الضرب المبرح و الحبس الطويل و الاستخفاف بين بعض منه ذلك من ذوي الاقدار ، لانه يصير مكرهاً . و انما الضرب القليل في حق من لا يبالي به ، و الاستخفاف بين لا يرضى منه . او اخذ القليل من المال ممن لا يبين عليه ، او الحبس القليل ، فليس بهكراه ،^٦ . و من الاكراه و التخريف يقتل الولد ،

(١) رد المحتار ، ج ٥ ص ١١٠ .
 (٢) كالتريفي في شرح الكفر ، ج ٥ ص ١٨٢ .
 (٣) و م الاقر . ذوو الرسم الحرم . انظر فتية ذوي الاحكام (بهامش دور الحكم ج ٢ ص ٢٧٠) ، و رد المحتار في الموضع المذكور .
 (٤) الفتى ، ج ٨ ص ٢٦١ - ٢٦٢ .
 (٥) البيهقي شرح النخعة ، ج ٢ ص ١٠٥ .
 (٦) التلبيب ، ج ٢ ص ٨٢ .

قطع عضو . و التناهي هو الاكراه غير الملبس . الذي يوجب النعم و الامن فقط ، كالتضرب و الحبس غير المبرح و الملبس ، (المادة ٩٤٩) .

و ان القسدين بفسدان الرضى ، و لكن الاول وحده يفسد الاختيار ايضاً ، لان لا يمكن احواله او التصبر عليه . و لقد رأينا اثر هذا التفريق عند الكلام على حكم الاكراه في التصرفات العقلية . و لكن في التصرفات القولية و المعنوية ، لا عبوة بالتفريق بين القسدين . فكلاهما يعتد بهما لانها بنفيان الرضى .

و لقد فهم بعض الافاضل من الاذلة المذكورة في تعريف الجملة ان الاكراه يجب ان يكون جنائياً ، و ان احكام الجملة في الاكراه اصبحت خارجة عن الاستعمال ، لانها لا تفترض حالة الضغط المعنوي التي تقع في الاغلب^١ . و لكن هذا كما يبدو استخلاص لا يمكننا الذهاب اليه ، لان حرف الكاف الذي ربطت به كلمة الضرب في المادة المبينة آتياً ليست الا لتشغيل ، كما يعرف من قواعد اللغة ، و كما ارضخه شروح المجلة المعتبرة^٢ .

و يزيد ذلك ما قاله الفقهاء المسلمون على اختلاف مذاهبهم في هذا الموضوع . فقد روي عن القاضي شريح انه قال : و القيد كره ، و الوعيد كره ، و الضرب كره ، و السجن كره ، . و صرح السرخسي في الضرب و الحبس بانه ليس فيهما حد لا يزداد عليه ولا ينقص منه ، و لان نصب القادير بالرأي لا يكون ، و لكن ذلك على قدر ما يرى الحاكم . فالاكراه في ذلك عنده و يختلف باختلاف احوال الناس ، . فلها جعل و هو كولا الى رأي القاضي ليني ذلك على حال من ابني به ،^٣ . مثاله : (من كان شريفاً يغمم بكلام مشتم فبعضه مثل مسداً في حقه اكرهاً ، اذ هو أشد له من ألم الضرب . و من كان رذيلاً فلا يغمم الا بضرب مؤلم او يحبس شديد ،^٤ . فالاكراه اذاً و يشل الوعيد بالقول ،^٥ .

(١) هذا رأي الرئيس شكري بك القرداسي ، في رسالته عن قانون الزوجيات اللبناني ، طبع بربس ، ١٩٢٢ ، ص ٥٢ .
 (٢) راجع شرح علي حيدر تحت المادة ٩٤٩ .
 (٣) السبوي ، ج ٢٤ ص ٥١ - ٥٢ .
 (٤) نصح الامير (ج ٢ ص ٤٢٠) ، قيل في افعال الغرب : « التبد يبرح بانفسا و الحرف تكويه الاشارة الى اللادة » . انظر نصح الامتال للبيداني (ج ١ ص ٤٢٦) .
 (٥) رد المحتار على الدر المختار ، ج ٥ ص ١٠٩ .

عونه، كان الاكراه معتبراً . وأما اذا فعله في غياب الجبر أو عونه ، فلا يعتبر لانه يكون قد فعله طوعاً . بعد زوال الاكراه . مثلاً اكراه أحد آخر على بيع ماله وذهب المكروه . باع ماله في غياب الجبر وعونه ، فلا يعتبر الاكراه ويكون البيع صحيحاً ومعتبراً ، (المادة ١٠٠٥) .

فعله ، لو فعل أحد شيئاً وأقر أنه فعله غير خائف على نفسه ، كان بائناً بما فعل ، لان الاكراه لم يكن هو الذي حمله عليه .

ولا شك في ان سبب ذلك هو انه يجب الاعتماد بالاكراه ان يكون قد أقر في الرضى وأفسده . فاذا زال الاكراه لم يبق ما ينشئ الرضى ، فيكون هذا الرضى من ثم صحيحاً لا ثانية فيه .

وهناك مسألة اختلف فيها . وهي ان المكروه على أمر اذا رضى به بعد زوال الاكراه ، فهل يعتبر رضاه ؟ او بكتة أخرى ما هو تأثير الاجازة للاعقبه ، على العمل المكروه عليه ؟ فقد روي عن الشافعي وابن حنبل انها فلا يبطلان عقد المكروه . ويعدم صحة اجازته .

اما الحنفيون ، فانهم اعتبروا التصرف أو التقصد الذي جرى بتأثير الاكراه موقوفاً على اجازة المكروه . بعد زوال هذا الاكراه . فاذا اجازته حينئذ صح العقد ونفذ . وهذا أيضاً أخذ المتعب المالكي . مثلاً في البيع باكراه يكون البائع بعد زوال الاكراه الجاراه اجازة البيع ورده .^١

وانت ترى ان القول الثاني معقول وموافق للحاجات العملية . فالاكراه ثلثية من شوائب الرضى ، والاعتناء به هو من حق المكروه وحده . فاذا رضى هذا بما جرى تحت ضغط الاكراه ، كان رضاه تنازلاً منه عن حقه ، وتلافياً للخلل الحاصل . فليس ما يقع بعد من نقاذ العقد ولزومه . وبعبارة عصرية ، لا بعد عقد المكروه باطلاً حكماً ، بل قابلاً للإبطال بناء على طلب هذا المكروه . وعلى هذا أيضاً سار قانون الموجبات والمعقود اللبناني (المواد ٢٣٣ - ٢٣٧) .

(١) الام ، ج ٣ ص ٢١٠ .

(٢) الفقرة الأخيرة من المادة ١٠٠٦ من الخطة ، وشرح الخطاب (ج ٤ ص ٢٤٩) ، والجميع (ج ٩ ص ١٦١) ، والهداية (ج ٣ ص ٢٢٢) .

أيضاً .

ومن أحسن ما كتب في هذا المقام القول الذي اختاره الامام النووي في الروضة . وهو ان الاكراه يحصل بكل ما يبرز العاقل الاقدام عليه حذراً مما هو عليه . وذلك بخلاف اختلاف الأشخاص ، والافعال المطلوبة ، والامور المحفوف بها . فقد يكون الشيء اكراهاً في شيء دون غيره ، وفي حق شخص دون آخر . فالاكراه على الطلاق يكون بالتخوير بالقتل والنزع ، والحبس الطويل ، والضرر الكثير والمتوسط لمن لا يتحمله ولم يعتده ، وبخوير ذري المردة بالصنع في الملا ونسويه الوجه ونحوه ، وكذا بقتل الوالد وان علا والولد وان سفل على الصحيح ، لا سائر المحارم ، واتلاف المال على الأصح . وان كان الاكراه على القتل ، فالتخوير بالهيبس وقتل الولد ليس اكراهاً . وان كان على اتلاف مال ، فالتخوير بجمع ذلك اكراه ،^٢ .

وبعد ، فمنه نكتين بما قدمنا ان الحنفيين بصورة خاصة وجمهور الفقهاء بصورة عامة اتبعوا النظرية المعنوية التي تجعل معيار الاكراه مختلفاً باختلاف احوال الناس والاقصاف المطالبة والامور المحفوف بها ، وانهم لم يوجبوا ان يكون الاكراه جنائياً ، بل تصوره معنوياً بالوعيد والقول والتهديد . وذلك كله موافق لما ورد في القوانين الحديثة ، ولكنه سابق عليه بزمن لم يكن معروفاً في تلك القوانين . ولقد اطلت البحث في هذه المسألة الدقيقة بقصد ايفاحها لشكلا بشكل فيها على الذين يهتمون بدراسة الفقه الاسلامي .

الشرط الرابع : عهدة الموكراه بالمكروه عليه

ينبغي ان يعمل المكروه تحت تأثير الخوف حتى يصح له الاعتذار بالاكراه . فلذا نص قانون الموجبات والمعقود اللبناني على ان الخوف لا يفسد الرضى الا اذا كان هو الحامل عليه ، (المادة ٢١١) .

ويعناه جاء في الفقرة انه : و ان فعل المكروه المكروه عليه في حضور الجبر او

(١) الوجيز ، ج ٢ ص ٥٧ .

(٢) كاشفة البيهقي ، في الاشباه والنظائر ، ص ١٢٦ .

المذهب الحنفي ، وان جرت تحت الاكراه .
 ولا ريب في ان رأي الجمهور بعدم التفريق اعدل وأقرب للصحة والبادي
 الشرعية العامة . فلا يعقل ان يكون الزواج او الطلاق بالاكراه صحيحاً ، والنية
 شرط فيها . هذا الى ما في ذلك من خطر على كيان العائلة والمجتمع جميعاً .
 فلذا قد أحسن المشرع العثماني في قانون العائلة عندما نصّ على عدم صحة زواج
 المكره وطلاقه^٢ . وصدق ابن حزم عندما صرح ان « من فرق بين الامرين (من
 التصرفات القولية) فقد ناقض قوله ، وقد قال رسول الله (ص) : انما الاممال
 بالنيات وانما لكل امرئ ما نوى »^٣ . وهذا وحده بطله بواقف الآيات الكريمة
 والاحاديث الشرعية التي صدقنا بها هذا البحث .

حكم الاكراه في التصرفات القولية

ان الاكراه ، اذا توافرت فيه شروطه التي اوضحناها ، بان كان بدون حق
 وكان الجبر فاقصده على تنفيذه وخالف المكره . مثلاً به خوفاً يفتي رضاه ، وهذا
 الاكراه يعدّ من عبوب الرضى .

فما معنى ذلك ؟ او بعبارة أخرى ، ما هو اثر الاكراه بعد توافر شروطه في
 تصرفات المكره القولية بوجه عام وفي عقود بوجه خاص ؟

الجواب عند جمهور الفقهاء ، الاثنية ، مالك والشافعي وابن حنبل والاوزاعي
 ودาวود الظاهري واتباعهم جميعاً وغيرهم ايضاً ، هو انه لا عبوة بالتصرفات القولية
 التي تجري تحت تأثير الاكراه . وان من اكراه على شيء منها ، ولم يتنزه بخياراً
 له ، فانه لا يلزمه .

ولا فرق في ذلك عندهم بين انواع العقود والتصرفات القولية ، سواء منها
 ما كان قابلاً للنسخ كالبيع والشراء والاجارة والهبه واشباهها ، او ما كان غير
 قابل للنسخ كالنكاح والطلاق والعتاق .

اما الخنفيرون فقد شذروا عن الجمهور ، وفرقوا في التصرفات بين ما يقبل النسخ
 وما لا يقبله . فالقائمة الاولى ، اذا جرت بتأثير الاكراه لم تصح . مثاله ورده في
 الهبة : ولا يعتبر البيع الذي وقع بالاكراه المنبر ، ولا الشراء والايجار والهبه
 والقرع^١ والصلح عن مال والاقرار والايراء وقاميل الدين واسقاط النفقة ،
 ملتبساً كان الاكراه او غير ما يمس . ولكن لو اجاز المكره ما ذكر بعد زوال
 الاكراه صح ، (المادة ١٠٠٦) .

فهي هذا اذا لا خلاف بين الحنفيين وجمهور الفقهاء . ولكن الخلاف كان في
 فئة التصرفات التي لا تقبل النسخ ، كالزواج والطلاق والعتاق . فهذه تصح في

(١) للازمي الاميرة والرفوفة .

(١) انظر تفصيل المذهب في حكم الاكراه في : البيوط (ج ٤ ، ص ٥٦) ، والحملية
 (ج ٣ ، ص ٢٢٢ - ٢٢٤) ، وشرح الزيلعي على الكستر (ج ٥ ، ص ١٨١ - ١٨٧) ،
 والام في الوضع المذكور ، والجمهور (ج ٩ ، ص ١٥٩) ، والوحيّ (ج ٢ ، ص ٥٧) ، وشرح
 المرعي (ج ٣ ، ص ١٧٥) ، والقوانين الفقهية (ص ٢٢٨) ، والنبهي (ج ٥ ، ص ٢٧٣) ،
 و ج ٨ ، ص ٢٥٩) ، والحلي (ج ٨ ، رقم ١٤٠٣ ، ١٤٠٦) ، والميزان للشمساني (ج ٢ ، ص ١٢٨) ،
 وقانون الاحكام الشرعية في الاحوال الشخصية للمصري (المادة ٢١٧) ، وشرحه للاياني
 (ج ١ ، ص ٢١٦ - ٢١٨) .

(٢) راجع للدين ٥٧ و ١٠٥ من هذا القانون ، وما سبقها من الاسباب الزوجية . وهذا
 القانون معمول به في لبنان بموجب المرسوم التشريعي رقم ٢٤١ الصادر في ٤ تشرين الثاني
 سنة ١٩٤٢ ، ثم بموجب قانون ١٦ تموز ١٩٦٢ .
 (٣) الحلي ، ج ٨ ، رقم ١٤٠٣ .

الباب الثالث ، الشرط والأصل

الفصل الاول

الشرط

مفهوم

ليست العقود جميعاً على وتيرة واحدة من ناحية تمييزها . بل هل متنوعة
كتنوع المعاملات الاقتصادية ومقاصد المتعاملين وحاجاتهم وظروفهم . فالعقود
لهذا ليست كلها بسيطة . فان بعضها منجر بالحال ، ولكن البعض الآخر يأتي اجاباً
معلقاً بشرط مستقبلية أو مقيداً بشرط معينة أو مضافاً الى المستقبل ومقترباً
بما يسمونه الاجل .

فالعقد المنجز هو العقد البسيط الذي لا يتعلق حكمه بتحقيق شرط ولا يتوقف
على اجل ، بل تقع مفاعله في الحال ، كما نرى في البيع الذي يتعقد بين البائع
والمشتري ويتسلم فيه الاول الثمن والثاني المبيع في الحال دون تأجيل ولا قيد أو
شرط . ومثل آخر : في الكفالة المنجزة يقتضى الجملة ، يطالب الكفيل حالاً ان
كان الدين ممجلاً في حق الاصيل (المادة ٦٣٥) . وهذا النوع من العقود لا
يحتاج الى زيادة في الايضاح .

ومن المعروف أن البحث الواحد كثيراً ما يكون ذا علاقة بابواب متعددة من
ابواب الفقه . مثاله رأينا الاكراه كيف يكون في التصرفات الفعلية ، ثم درسناه

الفرقان لا يعد شرطاً للمعنى المقصود ، في هذا البحث (المادة ٨١) .
ثانياً - ينبغي ان يكون الشرط « على خطر الوجود » ، أي ان يكون غير مؤكّد وممكناً . فإذا كان مؤكّد الحصول لم يكن شرطاً بل اجلاً ، كما سنوضح في الفصل الآتي . و كذلك يعتبر التعليق بالمستقبل باطلاً ١ . ومعنى هذا شبهه بما جاء في تعريف القانون البناني الذي ائتمناه .

وقد بين الفقهاء العقود والنصرقات التي يجوز تعليقها بالشرط والتي لا يجوز ، ونحن نسرد ما جاء في المسألة عند الحنفيين دون تفصيل لملافة ذلك بالفروع وبحث العقود الخاصة . فالضابط عندهم هو انه لا يصح التعليق بالشرط في التملكيات والتقييدات ، ويصح في الاسقاطات والالتزامات التي يخلف بها . واليك بعض الامثلة ، مع العلم بانها غير حصرية وانه وقع في بعضها او غيرها بعض الخلاف او بعض المستثنيات ، بما يضيق المقام عن تفصيله جميعاً .

فالتملكيات هي العقود وسائر النصرقات القولية التي فيها تملك للعين او للدنفه ، كالبيع والشراء ، والاجارة والاستئجار واللعبه والصدقة والنكاح والاقرار والاراء والوقف والاعارة واجازة العقد والتحكيم وما أشبه . والتقييدات هي النصرقات التي فيها تقييد ، كعزل الوكيل وحجر المأذون والرجعة .

ففي التملكيات والتقييدات جميعاً لا يصح التعليق بالشرط . مثلاً في الوقف لو قال الواقف « اذا كملت فلاناً او اذا تزوجت فلانة وما اشبهه فارضي هذه صدقة موقوفة ، يكون الوقف باطلاً ، لانه تعليق والوقف لا يجتمعا التعليق بالخطر لانه مما لا يخلف به » . وكذلك يبطل الاقرار المعلق ، كما لو قال « اقر بان لفلان علي ألف درهم ان هبت الريح » ، وهكذا .

اما الاسقاطات والالتزامات التي يخلف بها ، كالطلاق والعتاق وما اليها ، فيجوز تعليقها بالشرط مطلقاً . مثلاً لو علق المولى حرية عبده بدخول دار فلان صح التعليق ، فاذا دخل الدار اصبح العبد حراً .

وقد وقع في بعض العقود خلاف وتفصيل . مثلاً في الكفالة ، يصح التبايع بشرط متعارف ، نحو « اذا قدم فلان او اذا استحقك المبيع فانه ضامن » . ولكن اذا كان التعليق بشرط محض ، نحو « ان دخل فلان الدار او ان هبت الريح او

(١) الاشباه في ذات الموضوع .

في باب العقود مع عيوب الرضى . وكذلك الشرط والاجل ، فهما لا يتعلقان بالعقود فحسب ، بل يكونان في سائر انواع الموجبات .

ولكن أغلب استعمالها عادة هو في العقود . لذلك نتكلم عنها في قسم العقود والنصرقات القولية . فنبداً بالشرط في هذا الفصل ، ثم نتبعه بالاجل في فصل قادم . والشرط نوعان : شرط التعليق وشرط التقييد . واليك بيان كل منهما ١ .

شرط التعليق

ورد في قانون الموجبات والعقود البناني ان « الشرط عارض مستقبل غير

مؤكّد الحصول يتعلق عليه تولد الموجب أو سقوطه ... » (المادة ٨١) .

وشبهه به تعريف الفقهاء الشرط بأنه تعليق حصول مضمون جملة بحصول مضمون جملة أخرى مرتبطاً باداة الشرط ٢ . مثاله جاء في الجملة انه لو قال أحد الآخر « ان لم يبطاك فلان مطلوبك فانا اعطيكه » ، كان ذلك كفاة بالوعود المعلق (المادة ٦٢٣) ، أي تعهداً معلقاً بشرط عدم دفع الدين .

وينبغي في الشرط ليصح التعليق به ان يكون كما قال ابن نجيم ، « معدوماً على

خطر الوجود » ٣ . وهاك تفسير ذلك : -

اولاً - يجب ان يكون الشرط معدوماً عند العقد ، او بعبارة التعريف البناني ، يجب ان يكون عارضاً مستقبلاً . فاذا كان الامر الذي يرتبط به التعليق موجوداً فلا يعتبر شرطاً ، وبعد المعلق ثابتاً ومنجزاً في الحال . مثلاً لو قال الدائن لغريمه : « ان كان لي عليك دين فقد ابرأتك » ، وكان له عليه دين برى منه ، لان التعليق بامر كائن يعد تقييداً ؛

وبعبارة قال القانون البناني : « ان العارض الماضي او الحاضر ، وان جهله

(١) لن نبحث هنا في معنى الشرط في اصول الفقه وعلاقته بالاحكام الوضعية . اظن في ذلك

الاحكام في اصول الاحكام الامدي (ج ١ ص ٦٧) ، ونهاية السؤل في شرح مناهج الاصول

ونديه الانهاج (ج ٢ ص ٩٨ وما بعدها) .

(٢) الاشباه والنظائر لابن نجيم ، ص ١٤٨ .

(٣) الاشباه في الوضع المذكور .

(٤) جامع الفصولين (ج ٢ ص ٤) ، والاشباه في الوضع المذكور .

النية (المادة ٩٥ فقرتها الاخيرة) ، كافيًا لدرء مساوي. هذه النظرية من الناحية العملية .

أما الشريعة الاسلامية ، فلم تقبل بنظرية المفعول الرجعي لشرط التعليق الصريح . بل انما قالت بعكس ذلك في القاعدة الكلية الواردة في الجامع ان المعلق بالشرط يجب ثبوته عند ثبوته ، ومعدوم قبل ثبوت شرطه . ، مشألو علق الزوج طلاق امراته على دخول دار فلا تطلق امراته من هذا الطريق قبل الدخول الموقوف عليه ١ . وبعبارة جاء في المجلة ان المعلق بشرط يجب ثبوته عند ثبوت الشرط ، (المادة ٨٢) .

الان الامر يكون على خلاف ذلك في العقود والتصرفات التي تكون بحسب ماهيتها معلقة على شرط ضمنى . فحينئذ يكون لتحقق الشرط أثر رجعي . وتعليل ذلك ان الشرع يفترض في بعض الاحوال نتائج معينة بالاستناد الى شرط معين ، ومن ثم يعلق هذه النتائج بشرطها . فاذا تحقق الشرط نفذت النتائج منذ وقت بداية اسبابها ، واذا لم يتحقق سقطت وعدت كأنها لم تكن .

مثاله تصرفات المريض في مرض الموت . فان بطلانها معلق بشرط حصول الموت . فاذا مات المريض بطلت ، واذا برى . نفذت . وكذلك هو الحكم في جميع العقود الموقوفة ، فهي تنفذ بالاجازة وتعتبر صحيحة منذ انعقادها ، ولكنها تبطل بعدم الاجازة وتعد كأنها لم تكن ابدأ . ومن ذلك أيضاً اجازة الورثة لوصية المورت وباقي تصرفاته الموقوفة ، فانها تنفذ من وقت الوفاة لا من وقت الاجازة .

ومثل آخر: أن الجنين أو الحمل له اهلية الوجوب كما رأينا فيما يموده لتفقه ، فهو اهل لحقوق الارث والوصية والنسب . ولكن هذه الحقوق معلقة بشرط ولادته حياً . فاذا ولد حياً ثبتت له هذه الحقوق جميعاً منذ تاريخ سببها ، واذا ولد ميتاً بدون جنابة فلا ثبتت له شيء منها على الاطلاق ٢ .

(١) المجمع وشرحه النافع ، ص ٣٢٢ .

(٢) القواعد لابن رجب (القاعدة ٨٤ ص ١٧٨ و ٣٩٦) ، ولادة ٦٣١ من كتاب الاحكام الشرعية في الاحوال الشخصية .

ان جاء المظر ، ، تصح الكفالة ويبطل الشرط ١ .

مفعول شرط التعليق .

عند تحقق الشرط المعلق به العقد ، أثبت مفعوله منذ تاريخ حصوله ، أم مشد تاريخ العقد ؟ وبعبارة أخرى ، أثبت المعلق بالشرط من يوم تحقق الشرط ، أم يكون له أثر رجعي فثبت من تاريخ العقد في الماضي ؟

قال الرومان بان تحقق الشرط له مفعول رجعي . وهذا أخذ القانون المدني الفرنسي (المادة ١١٧٩) . ولكن اجتهاد المحاكم الفرنسية اجاز للطرفين المتعاقدين اشتراط العكس ، اي الاتفاق على ان تبدي مفاعيل العقد الشرطي من وقت تحقق الشرط فقط ٢ .

ونظرية الاثر الرجعي هذه قد انتقدتها بعض علماء القانون الفرنسيين ٣ . وهم على حق في تقدم ، لانها تخالف نية المتعاقدين في غالب الاحيان . لذا نرى الشرائع الحديثة ، كالتقانون المدني الالمانى (في المادتين ١٥٨ - ١٥٩) وقانون الموجبات السويسري (المواد ١٥١ - ١٥٤) ، قد نبذت النظرية الرومانية ، واعتبرت تاريخ تحقق الشرط وحده مبدأ لمفاعيل التصرفات الشرطية الا اذا اتفق الفريقان فيها على اثبات الاثر الرجعي .

ونحن ، اذ نرى القوانين الحديثة والمؤلفين المعاصرين يطعنون على نظرية مفعول الشرط الرجعي ، نعجب من ان نرى قانون الموجبات البناني يأخذ بها مبدئياً ، ولا نعتقد ان تحفظه بان لا يس تطبيقها لحقوق المكتسبة شرعاً لشخص ثالث حسن

(١) انظر تفصيل هذه العقود في : جامع الفصولين (ج ٢ ص ٢ - ٦) ، والدر المختار شرح تنوير الابصار (ج ٢ ص ٢٧٩ - ٢٨١) ، وبمجموع الاثر شرح ملقى الاجر (ج ٢ ص ١١١) ، والاشباه والنظائر لابن نجيم (ص ١٤٨) ، وشرحه عمز عيون البصائر للصوي (ج ٢ ص ٣٢٥) ، والاسناف في احكام الاولاد للطرابلسي (مطبعة هندية سنة ١٩٠٢ ، ص ٣٠) ، وسننم الدقائق شرح مجامع المفاتيح (ص ٣٢٢) ، ومعين المحاكم (١٩١١) .

(٢) انظر قرار غرفة الاستئنافات في محكمة التمييز الفرنسية الصادر في ١٠ شباط سنة ١٩٢٥ : (Reg. 10 Fév. 1925, S. 1925, 1, 61)

(٣) جيمار (ص ٤٩٩) ، وكولان وكابنان (ج ٢ ص ١٦٧) .

الوقف بحسب تعريفه أن يكون مؤبداً ، فإذا اشترط الواقف أن يكون موقفاً كان هذا الشرط فاسداً لخالفته مقصود الوقف^١ . وكذلك من مقتضيات البيع ان يتملك المشتري المبيع وينتفع به ، فإذا اشترط البائع ان لا ينتفع المشتري بالمبيع كان هذا الشرط باطلاً .

وعلى كل حال ، ففي التفريق بين الشرط الجائز والشرط الفاسد خلاف بين المذاهب المختلفة وتفصيل في العقود الخاصة ، ونحن لا نرى مجالاً للتوسع في ذلك ، فخرجوه عن بحثنا في المبادئ العامة للعقود والموجبات^٢ .

وأخيراً فصل الفقهاء في العقود والتصرفات بين التي تبطل بالشرط الفاسد والتي لا تبطل . فعند الحنفيين ، يفسد بالشرط الفاسد كل ما كان مباداة مال بالمال ، أو ما كان بمناه ، كالبيع والقسمة والأجارة والصلح عن مال والابراء عن الدين والمزاولة والمساقاة والوقف واجازة العقود الموقوفة والتحكيم عند أبي يوسف ، وما إليها .

وعلى العكس لا يبطل بالشرط الفاسد كل تصرف ليس فيه معارضة مالية ، كالتراض والهبة والوصية والطلاق والعتاق والرمن والنكاح وغيرها من التصرفات ، التي بلغت عند بعضهم ستة وعشرين ريف ، فهذه الفئة من التصرفات لا يبطلها الشرط الفاسد ، بل انما تصح هي ويبطل الشرط وحده^٣ .

وكذلك في الفئة الاولى التي فيها معارضة مالية ، يصح العقد ويلغو الشرط الفاسد اذا لم يكن لهذا الشرط نفع لاحد من المتعاقدين^٤ . مثلاً في الجملة : ه البيع بشرط ليس فيه نفع لاحد المتعاقدين يصح والشرط لغو . فيسح الحيوان على ان لا

(١) الاصناف ، ص ١٦ .
 (٢) انظر تفصيل ذلك في البيع مثلاً : الجملة (المواد ١٨٦ - ١٨٩) ، والدر المختار (ج ٢ ص ٢٣١) ، والروايات العاطلي (ج ١ ص ٢٨٣ - ٢٨٤) ، والفرائد الفقهية (ص ٢٥٧) ، والمهذب (ج ١ ص ٢٦٦) ، والمثني (ج ٤ ص ٢٨٥) ، ونهيه شرح الكبير (ص ٤٨) .
 (٣) انظر جامع التصولين (ج ٢ ص ٦) ، ودرر المحاكم (ج ٢ ص ١٩٩ - ٢٠٢) ، والدر المختار (ج ٢ ص ٢٧٩ - ٢٨١) ، ومجسع الامهر (ج ٢ ص ١١١ - ١١٥) ، والاشباه والنظائر لابن نجيم (ص ١٤٨) . انظر في تأثير الشرط الفاسد ايضاً المادة ٨٢ من قانون الموجبات والعقود اللبناني .
 (٤) مرشد المجران ، ص ٣٢٢ .

شرط التقييم

معلوم ان الشرع وضع احكاماً عامة لجميع العقود ، واحكاماً خاصة لكل نوع منها . غير ان هذه الاحكام وضعت في الغالب تفسيراً لنية المتعاقدين . فلذا جاز لمؤلا . اشترط شروط معينة تتوقف على علاقتهم وظروفهم .

ولما كانت هذه الشروط تقيد احكام العقد ، فقد سميت شروط التقييد . فشرط التقييد اذاً هو ما اتفق عليه المتعاقدان ، بدون استعمال اداة الشرط ، لتحديد علاقتهم ، وتعيين موجباتها ، وتفسير احكام العقد العادية زيادة أو نقصاناً . مثاله الشروط الخاصة بقسمة الارباح في عقد الشركة ، أو الخاصة بدفع الاجرة في عقد الاجارة ، او ما اشبه .

وان الاصل في ذلك القاعدة العامة الواردة في الجامع^١ وفي جملة الاحكام المعدلة (المادة ٨٣) ، وهي انه « يلزم مراعاة الشرط بقدر الامكان » . ويستخرج من هذه القاعدة الضابط المتواتر في مسائل الوقف انه شرط الواقف كدس الشارع^٢ . ومن أمثلة هذا الضابط شروط الاستبدال والادخال والاخراج والزيادة والنقصان وغيرها المعروفة في كتب الوقف .

غير انه ينبغي لمراعاة الشرط ان يكون جائزاً لا فاسداً . فالشرط الجائز هو ما كان موافقاً للشرع . ويعتبر كذلك كل شرط من مقتضيات العقد ، كاشتراط حبس المبيع حتى قبض الشئ في عقد البيع ، او كل شرط ملائم للعقد ، كاشتراط الرهن تأمناً لدفع الشئ ، او كل شرط متعارف بين أهل البلد ، كاشتراط تسيير القفل في الباب عند شرائه^٣ .

اما الشرط الفاسد ، فهو ما كان مخالفاً للشرع . ومن أهم أمثلة الفساد في الشروط ما كان منها غير ملائم لمقصد العقد أو التصرف القوي . مثلاً يجب في

(١) الجامع وشرحه النافع ، ص ٣٣٥ .
 (٢) وردت في الجامع ايضاً . انظر هذا الضابط ومستنياته المذكورة في شرحه النافع ، ص ٣٢١ - ٣٢٢ .
 (٣) راجع الشروط الجائزة في البيع عند الحنفيين ، وعندهما اثنان وثلاثون ، في الاشباه والنظائر لابن نجيم ، ص ٨٣ .

الا اذا كانت هذه الشروط محرمة بالشريعة نفسها . فحينئذ لا تصح وفق القاعدة الكلية ان « ما ثبت بالشرع مقدم على ما وجب بالشرع »^١ . ولقد ذكر ابن القيم الجوزية تأييداً لحرية الاشتراط أمثلة عديدة من النصوص واجماع الصحابة واقوال بعض الائمة ، لا سيما الامام ابن حنبل . ولقد صدق ابن القيم في تصوير هذا الاصل الشرعي العظيم ، واصاب في نقد من قال بعكسه . فاعطى بذلك بهاماً ساطعاً جديداً على نضج تفكيره وعلمى حسن تفهمه لمبادئ الشريعة ولاصولها الحقيقية .

قال ابن القيم بالحرف : « تعليق العقود والفسوخ والتبرعات والاتزامات وغيرها بالشروط امر قد تدعو اليه الضرورة او الحاجة او المصلحة فلا يستغني عنه المكاتب . والمقصود ان للشروط عند الشارع شأناً ليس عند كثير من الفقهاء . وانهم يلقون شروطاً لم يلغها الشارع ، ويفسدون بها العقد من غير مقصد تفضي فساده . وهم متناقضون فيما يقبل التعليق بالشروط وما لا يقبله . فليس لهم خاطب مطرد منعكس يقوم عليه دليل ... »^٢ .

« وهما قضيتان كليتان من قضايا الشرع الذي بعث الله به رسوله : احدهما ان كل شرط يخالف حكم الله ونافض كتابه فهو باطل كأنما ما كنت ، والثانية ان كل شرط لا يخالف حكمه ولا يناقض كتابه ، وهو ما يجوز تركه ، وفعله بدون شرط ، فهو لازم بالشرع . ولا يستثنى من هاتين القضيتين شيء . وقد دل عليها كتاب الله وسنة رسوله وانفاق الصحابة . ولا نعلم بالمسائل المدعيه ، والاقوال الآراية . فانها لا نهدم قاعدة من قواعد الشرع » .

« لمقاطع الحقوق عند الشروط . واذا كان من علامات النفاق اخلاف الوعد ، وليس بشروط ، فكيف الوعد المؤكد بالشروط . بل ترك الوفاء بالشروط يدخل في الكذب والخلف والحياة والعدو . وبالله التوفيق »^٢ .

(١) الاشباه والنظائر للسيوطي ، ص ١٠٢ .

(٢) اعلام الموقعين عن رب العالمين ، ج ٣ ص ٣٢٧ - ٣٤٠ .

يبينه الشنقري لآخر او على شرط ان يرسله في المرعى صحيح والشرط لغو ، (المادة ١٨٩) .

الشرط وهمة انعقاد

ان بحث الشرط بحسب مجلة الاحكام العدلية وفي كثير من المذاهب الاسلامية من الامور الصعبة ، لا فيه من ضوابط وتفاصيل ، من ناحية بيان المقصد الذي يصح ربطها بشرط التعليق او يصح اقرارها بشرط التقييد ، ومن ناحية تعريف الشرط الفاسد وتأثيره على تلك العقود . ولقد رأينا سابقاً في باب موضوع العقد^١ كيف تعدلت احكام المجلة في هذه المسألة بتعاون اصول المحاكمات الحقوقية العثماني (المادة ٦٤) ، وبقانون المرجحات والعقود البنائي (المادة ١٦٦) ، وكيف اصبحت الشروط خاصة لمبدأ حرية التعاقد ، ما عدا ما كان منها مخالفاً للقانون او للاداب او للنظام العام او ما كان متعلقاً ببعض الامور الالزامية .

ولا شك في ان مبدأ حرية التعاقد موافق لروح الشريعة الاسلامية ، ولما بنيت عليه من عدل وتيسير . فقد جاء في الكتاب الكريم : « يا ايها الذين آمنوا آوفوا بالعقود »^٢ . ومعلوم ان الشرط الجائز ، كما اوضح ابن القيم ، هو « بمنزلة العقد بل هو عقد وعهد »^٣ . وجاء في الحديث الشريف : « المسلمون على شروطهم الا شرطاً حرم حلالاً او احل حراماً »^٤ . وذكر البخاري بمعناه قول عمر بن الخطاب « ان مقاطع الحقوق عند الشروط ولك ما شرطت »^٥ . فاذن ، ان الشريعة الاسلامية تجوز الشروط المتعامل بها في عرف الناس^٦ ،

(١) في البند الثالث من الفصل الرابع من الباب الثاني من ٨١ .

(٢) سورة المائدة (٥) . ١ .

(٣) اعلام الموقعين ، ج ٣ ص ٣٤٠ .

(٤) رواه الترمذي وابو داود وابن حبان والحاكم وغيرهم . وقيل انه حديث ضعيف . اثار

بلوغ الرام لابن حجر (ص ١٧٩) ، وسنن ابى داود (ج ٣ رقم ٣٥٩٤) ، وقيل الاوطار

(ج ٥ ص ٢١٥) ، والجامع الصغير للسيوطي ، ج ٢ رقم ٩٢١٣ .

(٥) شرح المعنى على البخاري ، ج ١٣ ص ٢٦٨ .

(٦) شرح المعنى ، ج ١٤ ص ٢١ .

ملا على ان لا تتزوج . فهذا الشرط خلافي ، لما فيه من تقييد للحرية الشخصية .
 فلاجتهاد الفرنسي ببيزوه اذا كان الباعث عليه سبباً معقولاً ، كالاختام بصلحة
 الاولاد او غير ذلك من الاسباب الوجيهة . ثم بعده فاسد اذا لم يكن الدافع اليه
 الاحسد والغيرة ^١ .

وعلى هذا فتمشى قانون الموجبات اللبناني ، فنص على صحة شرط بقاء التوتمل
 و اذا وجد ما يضر به من الاسباب المشروعة ، وحق تقديرها يعود الى القاضي ،
 (المادة ٨٣ فقرتها الاخيرة) .

وعند الانكسار فرق الاجتهاد في شرط تقييد حرية الزواج بين النع الجزئي
 والنع التام . فالنع الجزئي ، كما لو وهب الزوج هبة الى زوجته بشرط ان لا
 تتزوج برجل معين ، يعتبر جائزاً اذا كان مبنياً على سبب معقول . ولكن شرط
 النع التام باطل في هبة الاشياء المنقولة مطلقاً ، وهو باطل ايضاً في هبة الاشياء غير
 المنقولة متى كان القصد منه تشجيع العزوبة ^٢ .

اما في الشرع الاسلامي ، فليس لهذا الشرط احكام خاصة ، بل انما هو خاضع
 للاحكام العامة لباقى الشرط . فان كان الشرط ملائماً لمقصد المقدم او التصرف
 القوي وكان فيه نفع لاحد الطرفين فهو جائز . مثلاً ان هبة الزوج على امهات الاولاد
 ... ما لم يتزوجن ... جائز ^٣ . وكذلك يجوز اشتراط الولاية في الوقف الى امرأة
 الواقفة ه ما لم تتزوج ، فاذا تزوجت فلا ولاية لها ^٤ .
 ولا خلاف بين الائمة في صحة الوقف على شرط عدم الزواج . اما الوصية على
 مثل هذا الشرط ، فهي صحيحة عند ابي حنيفة ومالك والزهري ، وباطلة في المذهب
 الظاهري ^٥ .

ولكن هذا الشرط لا يجوز اذا لم يكن فيه نفع لاحد الطرفين . مثلاً لو طلق

(١) كولان وكايتان ، ج ٣ ، سنة ١٩٢٥ ، ص ٦٤٩ .
 (٢) انظر كتاب قانون الاراضي تأليف تشاير ، لندن ١٩٣٣ ، ص ٥٢٥ .
 (Cheshire's Modern Law of Real Property)
 (٣) اي الجوردي اللواتي استولدهن سيدهن .
 (٤) الحانية ، ج ٣ ص ٣٥١ .
 (٥) الهندية ، ج ٢ ص ٤٠٨ .
 الحلبي ، ج ٩ رقم ١٧٦٦ .

بعض الشروط الخاصة

لا ريب في ان الشروط تختلف باختلاف العقود واختلاف الناس وحاجاتهم
 وظروفهم ودياناتهم ، وانه لا يمكن حصر هذه الشروط جميعاً في باب واحد وفي
 نظرية واحدة .

ويوضح ذلك ما نراه من اجات الشروط الحقيقية والفرضية العديدة التي تعرض
 لها الفقهاء في متونهم وشروحهم وحواشيمهم وفتاويهم ، وما نراه منها ايضاً في
 كتب القانون الحديث . وهذه كلها معروفة في البواب العقود الخاصة ، ولا مجال
 لبيناها في هذا المقام .
 غير ان لبعض تلك الشروط أهمية من الناحية العملية ، وطرافة من الناحية
 العلمية . واهما ما يسمونه اليوم الشرط الارادي المحض ، وشرط بقاء التوتمل ،
 والشرط المقيد لطرية العمل . ونحن نسوق ههنا كلمة سريرة عن كل منها :-
 اولاً - الشرط الارادي المحض .

ومعناه الشرط الذي يتوقف على مشيئة التعمد وحدها . مثاله ان يعلق البائع
 البيع على مجرد ارادته بقوله : و ابيعك بعد شهر ان شئت .
 ففي قانون الموجبات والعقود اللبناني ، ويكون الموجب باطلاً اذا جعل
 موقوفاً على ارادة الموجب عليه وحدها ، (المادة ٨٤) .
 وايضاً في الشريعة الاسلامية ، يمد مثل هذا التعمد باطلاً لسببين : اولها لانه

ليس فيه معنى الاجاب الحقيقي ، بل انما هو امن نوع الوعد في المستقبل ، وهذا لا
 يلزم الواعد كما اوضحنا فيما مضى . والثاني انه تعلق بالشرط ، وهو لا يجوز في
 جميع التسلكات والتقييدات كما ذكرنا ايضاً .
 مثاله قال قاضيان : ولو قال (احد) ارضي صدقة موقوفة ان شئت او
 احببت او هويت ، كان الوقف باطلاً ^١ .
 ثانياً - شرط بقاء التوتمل .

وهو ان يشترط الزوج عدم زواجه بغيره بعد وفاته ، كما لو وهبها

(١) الفتاوى الحانية (ج ٣ ص ٣٣٧ ، هاشم الهندية) ، والاسعاف (ص ٣٠) .

خيار الشرط

خلاقاً للشرط الإرادي المحض الذي أوضحناه ، يعتبر خيار الشرط أو شرط الحيار جائزاً . وهو أن يشترط الطرفان أن يكونا ، أو أن يكون أحدهما ، أو أن يكون شخص ثالث غيرهما في بعض المذاهب ، تخيراً في المقعد بعد انعقاده ، أما بفسخه أو بإجازه في مدة معينة .

مثاله جاء في الجملة أنه يجوز أن يشترط الحيار بفسخ البيع أو إجازته مدة معلومة لكل من البائع والمشتري أو لأحدهما دون الآخر . ، وإن كل من شرط له الحيار في البيع بصير تخيراً بفسخه في المدة المعينة للخيار ، وإن الفسخ أو الإجازة كما يكونان بالقول بصحان بالفعل أيضاً . وأنه إذا مضت المدة المعينة ولم يفسخ ولم يجز من له الحيار لزم البيع وتم . ، وذكرنا الحجة خيار الشرط أيضاً في الإجازة وفي قسمة الأجناس المختلفة وقسمة القسيات المتحدة الجنس .^١

وليس هذا الحيار جائزاً فبدأ ذكرنا من العقود فحسب . بل هو جائز أيضاً عند الحنفيين في جميع العقود التي تقبل الفسخ ، كالبيع والإجازة والصلح عن مال والكفالة والحوالة والأقالة والقسمة والرهن والخلع وتسليم النفعة وغيرها . ولكن غير جائز فيما لا يقبل الفسخ من العقود والتصرفات ، كالنكاح والطلاق والوكالة والاقرار والوصية والصرف والسلم وغيرها .^٢

هذا عند الحنفيين . أما عند غيرهم ، كالشافعيين والحنبلين ، فإن خيار الشرط لا يثبت إلا في عقود المعاوضة اللازمة التي لا يشترط فيها القبض في المجلس ، كالبيع والصلح وما أشبه .^٣

ويستند جواز خيار الشرط عند الفقهاء إلى السنة . فقد قال النبي (ص) إلى جبان بن مذيقر الذي سـر معنا ذكره فيما مضى : « إذا أنت بايعت فقل لا خلافة ،

- (١) انظر المواد ٣٠٠ وما بعدها ، و ٤٩٧ ، وما بعدها ، و ١١٥٣ - ١١٥٤ من الحجة .
 (٢) انظر الأشباه والنظائر لابن نجيم (٨٣) ، وشرحه غفر عبود البصار (ج ١ ص ٣٢٧ - ٣٢٨) ، والدر المنثور (بهامش مجع الانهر ج ٢ ص ٢٣) ، والبر (ج ٦ ص ٣) .
 (٣) المغني (ج ٤ ص ١١٩) ، وندبه النسخ الكبير (ص ٦٧) ، والهيون (ص ٩٠) (١٩٠) .

أحد أمراته على أن لا تتزوج ، فالطلاق معتبر والشرط باطل .^١ ومعلوم أن الطلاق ، كما رأينا ، لا يفسد بالشرط الفاسد .

وفي هذه المسألة نص قانون الاوقاف الذرية البناني الصادر في ١٠ آذار سنة ١٩٤٧ على أنه « إذا اقترن الوقف بشرط غير صحيح صح الوقف وبطل الشرط » ، وأنه « يعتبر باطلاً كل شرط يقيد حرية المستحقين في زواجهم أو اقامتهم أو استدانهم لغير مصلحة واجبة » (المادتان ١٢ و ١٣) .

ثالثاً - الشرط المقيد لحرية العمل .

هذا التقيد نوعان : تام وجزئي . فإذا كان تاماً ، كما لو تعهد أحد أن يمنع نفسه من ممارسة حقه في التجارة أو الصناعة أو العمل بوجه عام غير محدود ، من حيث الزمان ومن حيث المكان ، فهذا المنع العام باطل في القانون البناني وفي اجتهاد المحاكم الفرنسية والانكليزية .

أما إذا كان المنع جزئياً ، كأن يحبس فيه أحد الفريقين نفسه عن ممارسة صناعة أو مهنة ما في زمن معين أو مكان محدود ، فهو جائز في القانون البناني وفي الاجتهاد الفرنسي . ولكن الاجتهاد الانكليزي تشدد فيه ، ورفض أن يجيزه الا إذا كان معقولاً بالقياس الى علاقات المتعاقدين وكان غير مضر بالمصلحة العامة .^٢

وبعد ، فإني لم أر شيئاً عند الفقهاء في هذا البحث . ولكن يستنتج من الضوابط الأساسية التي وضعوها للعقود أن شرط تقيد حرية العمل لا يمكن أن يكون جائزاً الا إذا لم يكن فيه غرر أو جهالة . فالغرر والجهالة موجودان حينما في شرط التقيد التام ، ويحتمل وجودهما أيضاً في شرط التقيد الجزئي . أما عند عدم وجودهما في هذا الشرط الأخير ، فليست أرى ما يمنع صحته .^٣

(١) مجمع الانهر ، ج ٢ ص ١١٣ .

(٢) انظر المادة ٨٣ من قانون الموجبات والعقود البناني للمادة ١١١ من قانون العمل البناني ، وحكم محكمة السينالدية الفرنسية المؤرخ في ٢ آب سنة ١٩٣٨ (287) ، 1988 ، s. 1988 ، Civ.2 Août 1894 ، Ac. 635 .
 (٣) راجع ما ينسب ذلك في الاجازة وفي بيع الثمر : المادة ٥٦٢ من الحجة ، وبداية الجهد (ج ٢ ص ١٢١) ، والمجموع (ج ٩ ص ٢٥٧ وما بعدها) ، وغيرهما من المراجع التي ذكرناها في بحث موضوع العقد ص ٦٨ وما بعدها .

و يحق للفرقتين أو لأحدهما أن يحتفظ لنفسه حق التصريح في مهلة معينة بأنه يوسد البقاء على العقد أو فسخه . وهذا التحفظ لا يجوز اشتراطه في الاعتراف بالدين ولا في الهبة ولا في اسقاط الدين ولا في بيع السلم . وإذا لم يعين المهلة ... فكل فريق يمكنه ان يوجب على الفريق الآخر التصريح بقراره في مهلة كافية . وإذا انقضت المهلة ولم يصرح ذلك الفريق برغبته في فسخ العقد أصبح العقد نهائياً من تاريخ انعقاده . وإذا صرح جلياً للفريق الآخر برغبته في فسخ العقد عند الاتفاق كأنه لم يكن ، (المادتان ٨٤ و ٨٥) . وقد أجاز هذا القانون توريث خيار الشرط (المادة ٨٦) .

البند الجزائري

ان البند الجزائري ، كما اسماه القانون اللبناني نقلاً عن التعبير الفرنسي ، هو الاشتراط على انه بحالة تخلف المدين عن تنفيذ تعهده يلزم هذا باداء مبلغ معين الى الدائن لقاء العطل والضرر الناتج عن عدم تنفيذه .

فهذا الاشتراط لم تبحث فيه المهلة بل تركته لضوابط الشرط العامة . ولكن قانون اصول المحاكمات الحقوقية العثماني (المادة ١١١) ، على غرار القانون المدني الفرنسي (المادة ١١٥٢) ، بحث في البند الجزائري ، ونص على نفاذه وعلى انه ليس للدائن المتخلف أن يدفع اقل من المبلغ المشروط وليس عليه ان يدفع اكثر منه . غير ان هذا المبلغ كثيراً ما يكون فاحشاً بالقياس الى الضرر الواقع ، لا سيما عندما يكون البند الجزائي موضوعاً بقصد اكراه المدين على تنفيذ تعهده . لذا نظرت بعض الشرائع الحديثة ، كالتقانون المدني الالمانى (المادة ٣٤٣) ، والقانون اللبناني ، الى هذه الناحية ، فعمدت القاضي حق تخفيض البند الجزائي الفاحش . وهكذا نص قانون الموجبات اللبناني على ان : « للمتعاقدان ان يعينوا مقدماً

في العقد او في صك لاحق قيمة بدل العطل والضرر في حالة تخلف المدين عن تنفيذ الموجب كله او بعضه . ولقد وضع البند الجزائي لتعويض الدائن من الاضرار التي تلحق به من عدم تنفيذ الموجب . فلا يحق له ان يطالب بالأصل والغرامة معاً ، الا

(١) Clause pénale

ثم انت في كل سلعة ابتعتها بالجار ثلاث ليال ، ان رضيت فاسك ، وان سخطت فاردها على صاحبها ،^١ .

وان بعض الاثمة ، كأبي حنيفة وتلميذه زفر والشافعي وابن شهيرة والارزاعي ، استدلوا بهذا الحديث على انه لا يجوز ان تكون مدة الجار اكثر من ثلاثة أيام . ولكن الصاحبين ابا يوسف ومحمد بن الحسن والامام ابن حنبل وغيرهم تركوا للمتعاقدين حرية تعيين المدة باكثر من ذلك . ويرأهم اخذت مجلة الاحكام العدلية . اما الامام مالك فانه ، وان اجاز ان تزيد المدة على الثلاثة الايام ، الا انه حدها تحديداً بختلاف باختلاف الميعات^٢ .

وقد اختلف الفقهاء ايضاً في مسألة توريث خيار الشرط . فعند الحنفيين ، كما قالت المهلة ، وخيار الشرط لا يورث . فاذا كان الجار البائع ومات في مدته ملك المشتري المبيع . واذا كان للمشتري مات ملكه ورثته بلا خيار ، (المادة ٣٠٦) . وحجهم ، ان الجار ليس الا مشقة وارادة ، ولا يتصور انتقاله ، والارث فسجاً يقبل الانتقال ،^٣ ، وان القصد منه التامل لغرض من نفس صاحبه ، وان اهلية التامل تبطل بالوفاة^٤ . والى هذا ايضاً ذهب ابن حنبل والثوري^٥ .

اما مالك والشافعي ، فانها قالا بتوريث خيار الشرط ، لأنه حتى لازم فابت لاصلاح المال ، فهو ينتقل الى الورثة كباقي الحقوق المالية اللازمة^٦ . وختاماً ، أجاز قانون الموجبات والمعقود اللبناني شرط الجار ، فنص على انه:

(١) رواه البخاري في تاريخه وابن ماجه والدارقطني والبيهقي . انظر نيل الاوطار (ج ٥ ص ١٥٥) ، والفتح الكبير (ج ١ ص ٨٨) . وقد مر معنا تخريج هذا الحديث ، بمبارة و اذا بابت فقل لا خلافة ، ، في بحث السفيه وبحث الفريز .

(٢) انظر الهداية (ج ٣ ص ٢٢) ، وشرح المطالب (ج ٤ ص ٤١٠) ، والقوانين الفقهية (ص ٢٧٢) ، وبداية المجتهد (ج ٢ ص ١٧٢) ، والجموع (ج ٩ ص ٢٦٥) ، واعلام الوقيين (ج ٤ ص ١٨) ، والفتاوى (ج ٤ ص ٩٥) .

(٣) الهداية ، ج ٣ ص ٢٤ .

(٤) مجمع الأنهر ، ج ٢ ص ٢٩ .

(٥) الروض الربع (ج ٢ ص ٢١) ، والشرح الكبير (ج ٤ ص ٧٧) ، والتواعد لابن

رجب (القاعدة ١١٤ ص ٣١٦) .

(٦) المجموع (ج ١ ص ٢٥٥) ، وبداية المجتهد (ج ٢ ص ١٧٤) ، وشرح الواقي

(بهامش المطالب ، ج ٤ ص ٤٢١) ، والقوانين الفقهية في الوضع المذكور .

اذا كان البند الجزائي قد وضع لجرد التأخير او على سبيل اكراه المدين على الايفاء .
ويحق للقاضي ان يخفف غرامة الاكراه اذا وجدها فاحشة . والقاضي ان ينقص
البند المعين في البند الجزائي اذا كان قد تقدم قسم من الموجب الاصيل (المادة ٢٦٦) .
وقد ثبت الاجتهاد اللبناني ١ ، وفاقاً للاجتهاد الفرنسي ، على اعتبار عدم

لزوم اثبات الضرر ومقداره عند تطبيق البند الجزائي .
اما الاجتهاد الانكليزي فقد قيد حرية التعاقدين بهذا الشأن ، واهاز للقاضي
ان يدقق في المبلغ المشروط . فاذا كان قد وضع بقصد تحديد بدل الضرر الذي
يمكن وقوعه ٢ فهو معتبر وملازم للقرين ، وان كان في الواقع زائداً على الضرر
الحاصل . ولكن اذا وضع كغرامة ٣ بقصد اكراه المتعهد على التنفيذ ، او بقصد
مجازاته على عدم التنفيذ فلا يصح ، والقاضي ان يبنيده ويعين هو التعويض
الحقيقي .

(١) اظر قرار محكمة الاستئناف الخامسة بتوحيد الاجتهاد ، الصادر في ١٢ تشرين الاول

١٩٤٥ ، عدد ١٦٦ . اظر أيضاً

(٢) Liquidated damages

(٣) Penalty

(٤) In terrorem

(٥) اظر القرار الصادر في قضية :

Dunlop Pneumatic Tyre Co . v . New Garage Co . (1915) , A . C . 79

الفصل الثاني

الاجل

تعريفه ومصادره

ان العقد ، كما قلنا ، على انواع : منجز وشروطي ومقترن باجل . فالمنجز هو
الذي يتعقد ويقع حكمه في الحال . والشروطي هو الذي يكون معلقاً بشرط ،
فلا يتعقد في الحال ، بل يتوقف انعقاده على تحقق الشرط ، كما اوضحنا في
الفصل السابق .

اما العقد المقترن باجل فهو على نوعين ايضاً : المضاف والموقت . فالمعقد
المضاف هو الذي يكون منعقداً في الحال ، ولكن حكمه لا يقع قبل حلول
الوقت المضاف اليه . مثاله الاجارة المضافة ، كما عرفتها المجلة ، تتعقد في الحال ،
ولكن مفعولها بيتدي . اعتباراً من تاريخ معين في المستقبل (المادتان ٤٠٨ و ٤٤٤) .
والاجل في العقد المضاف سواء قانون الموجبات البنائي الاجل المؤجل ، لانه يؤجل
استحقاق الموجب ويوقف تنفيذه حين حلوله (المادة ١٠١) .

والنوع الثاني من العقود المقترنة باجل هو العقد الموقت . ومعناه العقد الذي
يتعقد ويقع حكمه في الحال ، ولكن هذا الحكم ينتهي بحلول اجل معين ، كما في
الاجارة الموقته لمدة معلومة . وبسبب هذا الاجل في القانون البنائي الاجل
المعطل (المادة ١١٧) .

وان جواز الاجل في الشريعة الاسلامية يستند الى الآلة الكريمة : واذله

تدانيتم بدین الى اجل مستی ... ، ١ ، والى الاحاديث المروية في بيوع السلم

(١) سورة البقرة (٢) ٢٨٢ .

يعتبر الالتزام نافذاً في الحال ، وبمعناه ورد في القانون اللبناني انه « اذا لم يكن ثمة أجل منصوص عليه او مستنتج من ماهية القضية فيمكن طلب التنفيذ حالاً ، »
(المادة ١٠١) .

ويوضح ذلك ما جاء في الجملة ان « البيع المطلق ينقصد معجلاً . أما اذا جرى العرف في محل على ان يكون البيع المطلق مؤجلاً او مقسطاً الى أجل معلوم ينصرف البيع المطلق الى ذلك الاجل . مثلاً لو اشترى رجل من السوق شيئاً بدون ان يذكر تعجيل الثمن ولا تأجيله لزمه اداء الثمن في الحال . أما اذا كان جرى العرف والمادة في ذلك المحل باعطاء جميع الثمن او بعض معين منه بعد اسبوع او شهر لزم اتباع المادة والعرف^١ في ذلك ، » (المادة ٢٥١) .

وكذلك في الاجارة : « وان لم يذكر ابتداء المدة حين العقد يعتبر من وقت العقد ، » (المادة ٤٨٦) . ومثل آخر : لو ان رجلاً عقد صلماً عن جنابة عمده ولم يذكر تأجيل بدل الصلح أو تعجيله فيكون البديل حالاً^٢ .

نصين العمل

لا بد في الأجل من ان يكون معلوماً بوجه ناف للجملة . وهذا كما ترى موافق لما قلناه في وجوب تعيين محل العقد على العموم . مثلاً في الجملة « يلزم ان تكون المدة معلومة في البيع بالتأجيل والنقسط . فاذا عقد البيع على تأجيل الثمن الى كذا يوماً أو شهراً او سنة او الى وقت معلوم عند العاقدين كيوم قاسم أو التسبوت^٣ صح البيع ، » (المادتان ٢٤٦ - ٢٤٧) . ولا شك انه يشترط في تأجيل الثمن الى التسبوت وما أشبه ان يعلم البائع والمشتري باقبي ذلك الاجل ، والا لم يصح البيع .

- (١) مثلاً عادة « السببية » ، اي الدفع يوم السبت ، عند تجار مدينة بيروت وغيرها .
- (٢) الجامع الصغير لمحمد بن الحسن (هاشم كتاب الحراج) ، ص ١٢١ .
- (٣) هي تعريب كلمة « التسبوت » الفارسية ، ومعناها اليوم الجديد . وكانت عند اول السنة التسمية عند الفرس القدماء . انظر بلوغ الارب في معرفة احوال العرب للابوسي (الطبعة الثانية) ، ص ١٤٨ .
- (٤) الفتاوى الحامية ، ج ٢ ص ٢٣٧ .

وبغيرها ، والى اجماع الفقهاء وتعامل الناس .
وصفة الاجل انه مؤكد الحصول ، وانه لا ينبع انعقاد العقد ، على ما سنبين قريباً . ربما يختلف الاجل عن شرط التعليق ، الذي هو غير مؤكد ، والذي يتعلق به انعقاد العقد الشرطي . مثاله رأينا في الجملة ان الكفالة تصح بالوعود المعلق ، أي تصح معلقة بشرط عدم دفع المدين الاصل . فالكفيل لا يطالب فيها الا عند تحقق الشرط ، أي عند عدم الدفع ، وهو امر يمكن لكنه غير أكيد الحصول . اما في الكفالة المضافة فان الكفيل يطالب متى حل الاجل ، وحلوه مؤكد لا محالة (المادتان ٦٢٣ و ٦٣٦) .

فاذن الاجل ، كما عرفه القانون اللبناني ، هو « عارض مستقبل مؤكد الحصول ، من شأنه ان يقف استحقاق الموجب أو سقوطه ، ولا يكون له مفعول رجعي ، » (المادة ١٠٠) . وهو تعريف حسن ينطبق بمعناه على ما جاء في الشريعة الاسلامية .

وليس الاجل مختصاً بالعهود فنسب . بل انما يكون في غيرها ايضاً . مثاله ما رأيناه في التصرفات العملية من تأجيل دفع الدية في ثلاث سنين ، اذا كانت واجبة في جنابة الخطأ او ما كان في حكمها^١ .
ولا بد من الاشارة اخيراً الى أننا لن نبحث هنا في الاجل المنوخ من قبل القاضي للمدين الممسر ، وفاقاً للآية الكريمة « وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة^٢ » . ولكن يشترط في هذا الاجل تحقق الاعسار ، فعند عدم الاعسار لا يجوز تأجيل القاضي لان الحق ليس له^٣ .

الاصل التعجيل

ينبغي في الاجل ان يكون منصوحاً عليه في العقد او مستنتجاً بالدلالة من ماهيته او من التعامل او للعرف . وعند عدم الصراحة او الدلالة على التأجيل ،

- (١) الجزء الاول ص ١٥٢ .
- (٢) البقرة (٢) ، ٢٨٠ . انظر ما قلناه في هذه المسألة في كتابنا فقهية التفرغ في الاسلام (الفصل الثاني من الباب الخامس ص ٢٧٢) ، وللمادة ١١٥ من قانون الوجبات البنائي .
- (٣) انظر الاشباه لابن نجيم (ص ٥٠) ، وتفسير الفخر الرازي (ج ٢ ص ٣٦١) .

لما في الإضافة من معنى القمار . وأهم هذه العقود هي البيع والهبة والقسمة والشركة والصلح عن مال والإبراء عن الدين والزواج والرجعة وما إلى ذلك ^١ .
 وأخيراً يجوز تأجيل كل دين في الذمة إلا بعض المستثنيات ، ومنها القرض لما فيها من خوف الربا ^٢ . وإن تأجيل الدين هذا جائز ، ولو كان نائباً عن عقد لا تصح إضافته إلى المستقبل . مثلاً يصح تأجيل دفع المهر في عقد الزواج مع أنه لا يصح إضافة عقد الزواج إلى المستقبل . وكذلك يجوز تأجيل دفع الثمن في البيع ، وتأجيل تسليم المبيع في عقد السلم ، وهكذا ^٣ .

مفاعيل الإرجل

• إن العقد المربوط بالاجل ، سواء أكان مضافاً أم موقفاً ، يعتبر منعقداً في الحال .

فالعقد الموقت هو بمنزلة النجس ، من حيث أن حكمه يجري في الحال . لكنه خلافاً للنجس ينهى بحلول الاجل . فعندئذ تنفد مفاعيله للمستقبل ، مع بقاء آثاره التي تمت قبل حلول الاجل صحيحة ومعتبرة .
 مثاله نصت المجلة على أنه لا يطالب الكفيل في الكفالة الموقفة الا في مدة الكفالة . مثلاً لو قال أنا كفيل من هذا اليوم الى شهر ، لا يطالب الكفيل الا في ظرف هذا الشهر ، وبعد مروره بمرأى من الكفالة ، (المادة ٦٣٩) . وكذلك في الاجارة المعقودة لسنة يجري حكمها حالاً ، ولكنها تسقط بمرور السنة ، وتظلم مفاعيلها بخلال تلك المدة صحيحة .

أما العقد المضاف الى المستقبل فهو ينعقد في الحال . انما تنفد مفاعيله حتى (١) جامع الفصولين (ج ٢ ص ٧) ، ودرر الحكم (ج ٢ ص ٢٠٢) ، والدر المختار (ج ٢ ص ٢٨١ - ٥٢٦ - ٥٢٢) .
 (٢) الفسأوى البرازية (ج ١ ص ٥٣٨ ، بهاش الهندية) ، وجامع الفصولين (ج ٢ ص ٢١٣ - ٢١٤) ، والجميع (ج ١ ص ٣٣٩) . انظر باقي المستثنيات في الاشياء والنظائر لابن نجيم (ص ١٠٥) .
 (٣) انظر للمادتين ١٢٣ و ٢٤٥ من المجلة ، ودرر الحكم (ج ٢ ص ١٩٤) ، والهناية (ج ١ ص ١٦٧) ، وشرح الزيلعي على الكنت (ج ٢ ص ١٥٥) .

أما اذا كان تأجيل الثمن الى مدة مجبولة أو غير معينة كإمطار السماء ، أو الى اجل غير معقول كالف سنة ، فالبيع يكبرن فاسداً ^١ . وكذلك هو الامر عند ابي حنيفة والشافعي في التأجيل الى الحصاد والدياس ^٢ وما أشبه . ولكن مالكا وابن حنبل جوراً ذلك ، لان الاجل معروف في مثل هذه الاحوال ^٣ .
 وأنت ترى ان مذهب الامامين مالك وابن حنبل أوفق لحاجات الناس من هذه الناحية . ولقد أحسن قانون اصول المحاكمات المحفوية العثماني بما أتى به من تعديل في هذه المسألة . ففيه لم يعد عدم تعيين النقاط الفرعية في العقد مفسداً له ، بل ان للفاضي أن يبرهن هذه النقاط وفقاً لظروف الحال (المادة ٦٤) . وبعبارة أيضاً اقر قانونت الموجبات والعقود البناني صحة الاجل غير المعين (المادة ١٠٠) فقرتها الاخيرة) .

العقد الذي يصح ربطاً بالرجل

ليست العقود جميعاً قابلة للتوقيت أو للاضافة . فالعقد الذي فيها معنى التملك والتأييد لا يمكن ان تكون موقفة ، أي مبروطة باجل مسقط . ومن أمثلة هذه العقود البيع والتكاح والهبة والوقف وما أشبه . ولكن العقود التي ليس فيها هذا المعنى تصح موقفة ، بل لا تكون في الاغلب الا كذلك ، كما نرى في الاجارة والاعارة والوكالة والكفالة وما إليها .
 وكذلك يجب التفصيل في العقود والتصرفات القولية لجهة جواز اضافتها الى المستقبل . ونحن نسوق ما جاء في ذلك عند الحنفيين .
 فالعقود والتصرفات التي لا تتضمن التملك في الحال تصح اضافتها وحدها الى المستقبل . وأهمها الاجارة والوكالة والكفالة والهبة والمضاربة والمزارعة والمساقاة والوقف والطلاق والعتاق .

أما العقود التي هي من نوع التملك في الحال ، فلا تصح اضافتها الى المستقبل ،

- (١) المادة ٢٤٨ من المجلة ، والجميع (ج ١ ص ٣٣٩) .
 (٢) يكسر الدال ، أي درس الزرع .
 (٣) الهداية (ج ٣ ص ٤٠) ، والجميع (ج ١ ص ٣٤٠) .

يكون حق الاستفادة من الاجل كما يكون باقي الحقوق المالية^١ .
 اما قانون الموجبات والمعقود البنائي ، فانه نص في هذه المسألة على : « ان وفاة المدين تجعل كل ما عليه من الموجبات ذات الاجل مستحقة الانباء ، ما عدا الديون المضمونة بتأمينات جنينة » (المادة ١١٤) . وهو بذلك قريب من مذهب جمهور الفقهاء المسلمين ، ويعيد عن اجتهاد المحاكم الفرنسية ، الذي ذهب كذهب ابن حنبل الى أن الاجل لا يسقط بوفاة المدين مبدئياً^٢ .
 تانياً - افلاس المدين .

هل ان افلاس المدين أو عجزه عن دفع ديونه يسقط الاجل ويعمل ديونه المؤجلة مستحقة حالاً ؟ اختلف الفقهاء في الجواب عن ذلك .

فقال الحنفزيون بانه لا تاتي لافلاس على الاجل . فعليه اذا كانت الديون التي بذمة الفلوس بعضهم حالاً وبعضها مؤجل ، فيقسم ماله بين الغرما الذين حلت ديونهم ، ثم عند حلول الاجل يشاركهم أصحاب الديون المؤجلة فيما قبضوا بالخصص^٣ . والى هذا ذهب أيضاً الامام ابن حنبل في الرواية المشهورة عنه ، وذهب اصحاب المذهب الظاهري^٤ .

ولكن هذا الرأي فيه حرج على اصحاب الديون المؤجلة ، وبنيته خطر على حقوقهم ، وغبن عليهم بالتفاس الى اصحاب الديون الحالية . لذلك كان رأي الامام مالك في هذه المسألة اوفق للمصلحة واعدل من ناحية المساواة بين الغرما . ففي مذهب هذا الامام ، تحل بافلاس المدين الديون المؤجلة التي عليه . وبهذا الرأي اخذ

(١) الدر المختار والام في الوضع المذكور ، والمذمة الكبرى (ج ١٣ ص ٨٦) ، وبداية المجتهد (ج ٢ ص ٢٣٧) ، والفتي (ج ٤ ص ٤٨٥ - ٤٨٧) ، والقواعد لابن رجب (القاعدة ١٤٤ ص ٣١٧ ، والقاعدة ١٤٩ ص ٣٢١) ، والمذهب (ج ١ ص ٣٢٨) ، وجامع الفصولين (ج ٢ ص ٢١٤) .

(٢) انظر قرار محكمة التمييز الدينية الصادر في ٢٣ آب سنة ١٨٧١
 (1. 131 . I . P . 71 . D . P . 23 Aout 1871) ، (Civ . 23) .

وقاموس دالوز العملي (تحت كلمة موجبات Obligations رقم ٢٢١) .

(٣) الفتاوى الهندية (ج ٥ ص ٧١) ، ورد المختار على الدر المختار (ج ٥ ص ١٣١) .

(٤) المحلى (ج ٨ رقم ١٢٨٠) ، والفتي في الوضع المذكور .

(٥) المذمة الكبرى وبداية المجتهد في الوضع المذكور .

حلول الاجل المدين . وقد اوضحت المجلة ذلك ، فقالت ان « الاجارة المضاة صحيحة وتلزم قبل حلول وقتها . بناء عليه ، ليس لأحد الماقدين فسخ الاجارة بمجرد قوله ما آن وقتها ، (المادة ٤٤٠) . فهذه الاجارة إذا معتبرة من وقت معين في المستقبل (المادة ٤٠٨) .

وهكذا يجوز للدائن في مثل هذه المعقود ان يتدبر بالوسائل الاحتياطية للمحافظة على حقوقه ، كما لتفوض في بحث التنفيذ ومفاعيل الموجبات^١ .
 ثم متى حل الاجل في العقد المضاف اصبح هذا العقد كأنه منجز ، فبتدري مفاعله من هذا الوقت .

سقوط العمل

ان الاجل مبدئياً يسقط بحلوله . وهو يسقط ايضاً باسباب اخرى ، أهمها وفاة المدين ، أو افلاسه ، أو تنازله . واليك ايضاحها مع الخلاف الواقع في بعضها . وقبل ذلك لا بد من الملاحظة بانه لا تاتي لوفاة الدائن أو افلاسه على الاجل مطلقاً . فعليه مثلاً لا يحل ثمن البيع المؤجل بوفاة البائع^٢ .
 اولاً - وفاة المدين .

ان جمهور الفقهاء المسلمين يقولون بحلول الاجل بوفاة المدين . ورجحتهم في ذلك أن ذمة المدين تعطلت بموته ، ولا ذمة للورثة لانهم لم يلتزموا الدين ولا رضي الدائن بذمتهم ، وان حق الدائن يتعلق بال التركة . فمن مصلحة الورثة انفسهم ان يحل الاجل لانه لا ميوات لهم الا بعد قضاء الدين .

ولم يشذ عن الجمهور الا نفر قليل ، كان حنبل . ففي المذهب المشهور عن هذا الامام لا يحل الدين المؤجل بوفاة المدين الا عند عدم الورثة أو عند تنوع هؤلاء عن توثيق الدين . أما إذا كان للدين ورثة وقبلوا بتوثيق الدين برهن أو كفاالة ، فانهم

(١) الفصل الاول من الباب الاول من القسم الرابع ، والمادة ٦٥٦ من المجلة ، والمادة ١١١

من قانون الموجبات والمعقود البنائي .

(٢) الفتاوى البرازية (ج ١ ص ٥٣٩) ، والدر المختار (ج ٢ ص ١٩٤) ، والام (ج ٣

ص ١٨٨) .

أما في الحالة الثانية ، أي إذا كان الحق من غير هذه الاموال ، كالذهب والفضة والنحاس وغيرها من العروض ، فالدائن يجبر على استيفاء حقه ولو قبل الاجل ، وبعد ، فواضح ان في المذهب الاخير كثيراً من الصحة والعدل . فالاجل ، وان كان في الاصل موضوعاً لمصلحة المدين ، الا انه يوضع اجاباً لمصلحة الدائن وحده أو لمصلحة الطرفين معاً . ونحن نرى ما يقرب منه في النظريات العصرية . مثله نص القانون اللبناني على انه لا يجوز اجبار الدائن على قبول الايفاء قبل الاجل ، إلا اذا كان الاجل موضوعاً لمصلحة المدين وحده . . . (المادة ٣٠٣) .

(١) الام ج ٣ ص ١٢١ ، والحلى في الموضع المذكور .

لايضاً قانون الموجبات البنائي (المادة ١١٣) ، وقوانين التجارة العصرية .
 اما الامام الشافعي فانه بعد ان استعرض المذهبين المتناقضين ، قال : والله تعالى اعلم ، دون ان يفاضل بينهما . ولكن اصحابه رجحوا المذهب الاول ، واعتبروا ان الاجل لا يجلب بالافلاس على الاصح .

ثانياً - تنازل المدين .

هل ان الاجل من حق المدين فيجوز تنازله عنه ؟ ام انه من حق الدائن فلا يجبر على قبول الايفاء قبل حواله ؟ ام انه يجب التفصيل باتباع مذهب وسط بين الاثنين ؟ انقسمت اراء الفقهاء في هذه المسألة ، وتفرقت بين هذه المذاهب المختلفة .

فقال طائفة ، كالظاهرية : « إن اراد الذي عليه الدين المؤجل ان يعمله قبل اجله باقل أو كثير لم يجبر الذي له الحق على قبوله اصلاً ، سواء في كل ذلك الدائير والدرهم والطعام كله ، والعروض كلها والحيوان ، إلا ان يكون التعميل برضى الدائن نفسه » .

وقالت طائفة اخرى ، كالحنفية ، بان « من له الاجل يستبد بأسقاطه لانه خالص حقه ، وان الاجل من حق المدين وحده ، فله اسقاطه وقضاء الدين المؤجل قبل حلول اجله واجبار الدائن على قبضه » .

واخيراً توسط بعض الفقهاء ، كمالك والشافعي ، وقالوا بان الدين ان كان بما لا مؤونة في حمله ونقله اجبر الدائن على قبضه ، والعكس بالعكس . وهكذا عند امتناع ذي الحق من أخذ حقه فرق الشافعي بين حالتين : -

الاولى ، اذا كان الحق من الطعام والحيوان أو ما أشبه . ففي هذه الحالة لا يجبر الدائن على قبض حقه قبل الاجل لان من مصلحة الرخص . فبعض هذه الاشياء ، كالاكل والشرب يتغير مع الزمن . وبعضها ، كالحيوان ، يحتاج الى رعي ونفقة .

(١) اظر قانون التجارة الثاني (المادة ١٥٤) ، وقانون التجارة اللبناني (المادة ٥٠٥) .

(٢) الام في الموضع المذكور .

(٣) الوجيز ، ج ١ ص ١٧٠ .

(٤) الحلى ، ج ٨ رقم ١٢٠٠ .

(٥) جامع الفصولين (ج ٢ ص ٣٢٢) ، والاشباه والنظائر لابن نجيم (ص ١٠٦) ،

وشرح الزيلعي على الكنتز (ج ٤ ص ١٦٦) .

الباب الرابع نفاجيل العقود وخصائها

الفصل الاول

مفاعيل العقود

تفسير العقود

بعد درس انعقاد العقد والشروط المطلوبة لذلك ، لا بد من بيان أثره الشرعي ، من ناحية ، وضوره ، من جهة ، ومن ناحية الاشخاص الذين يتأثرون به من ناحية اخرى
فمضمون العقد يختلف باختلاف نوعه ، فهو بيع أم اجارة أم هبة أم عقد آخر ،
ويختلف أيضاً باختلاف علاقات الطرفين المتعاقدين وما اشترطاه فيه من شروط وتعهدات .

وكثيراً ما يحتاج الامر لاجل تفهم هذا المضمون الى تفسير العقد وبيان بنية المتعاقدين الحقيقية ، وفق القاعدة الكلية « ان الامور بتفاصدها ، وان « العبوة في العقود للمقاصد والمعاني لا للانفاظ والمباني » (المادتان ٢ و ٣ من المجلة) ، تلك القاعدة التي بنيت على الحديث الشريف « انا الاعمال بالنسبات وانما لكل امرئ ما نوى » .

ويخضع العقد من هذه الجهة الى قواعد التفسد العامة التي تشمل جميع التصرفات الشرعية . وقد اوضحنا هذه القواعد بصورة مفصلة في غير هذا المعرض ،

لهم ، كالورثة والموصى لهم والغرماء ، فالورثة يتأثرون بعقود مورثهم ، فننتقل اليهم الحقوق التي يمكن توريثها ، ونحب عليهم التزامات المورث المالية ضمن حدود التركة . ونستوضح كل ذلك في باب انتقال الموجبات .

وكذلك تمت عقود المدين غير المحجور عليه معتبرة تجسأء دائنيه ، الا في بعض الاحوال الخاصة التي يجوز لهم فيها ان يطعنوا على تلك العقود ، كما ستوضح ايضاً في باب مغايل الموجبات بوجه عام .

المغايل لمصلحة الغير

ان العقد في الاصل ، كما قلنا ، ينحصر اثره في العاقدين أو من يقوم مقامهم . وفيما عداهم لا ينفذ هذا الاثر على الغير . ولكن هل يصح التعاقد لمصلحة الغير ؟ أي ان يفتق العاقدون على أن تعود مغايل العقد الى شخص ثالث اجنبي عنه ؟ وهل يعطى الاجنبي في مثل هذا التعاقد الحق بالاستفادة من العقد ومطالبة التمتع بتنفيذه لمصلحته ؟

ان الشريعة الاسلامية لم تقر ذلك . نعم في الوقت يجوز للواقف أن يشترط استحقاق الوقف لاشخاص معينين أو غير معينين أو غير موجودين . ولكن هذا له أحكامه الخاصة المعروفة في كتب الوقف ، وعلى كل حال ليس له علاقة بالعقود . وكذلك رأينا ان الشريعة الانكليزية توجب في العقود أن يصدر سببها ضمن العاقد الآخر ، فلا يجوز من ثم التعاقد لمصلحة الغير في هذه الشريعة ، الا في بعض الاستثنائات كمعقود الضمان (السيكورناه) ، وما أشبه .

وعلى العكس من ذلك ، فان هذا التعاقد لمصلحة الغير جزؤه الاجتهادي في فرنسا وسكوتلندا ، وجزؤه القانون في ألمانيا وليبيان وغيرهما من البلاد .

(١) انظر ما جاء في هذه المسألة في مادتين ٢٢٢ و ٢٢٣ من قانون الموجبات والعقوبات.

(٢) Stipulation pour autrui

(٣) كتاب آسبون المذكور ، ص ٩٦ .

(٤) جرسال (ج ٢ رقم ٢٧٠ وما بعده) ، وثالثة ٣٢٨ من القانون المدني الالائي .

ومثال الاستناد نورماند (W. G. Normand) في مجلة القانون الفصلية لسنة ١٩٣٩ (ص ٣٦٥) .

فلتراجع . ونحن لن نعود اذاً الى ايضاحها ، بل نكتفي بتلخيصها وبسرد ماجاء منها في الجلة ، على سبيل التذكير ليس إلا . وهما هي : -

اولاً - عند تعارض النية والظاهر يعمل بالنية ، الا إذا تعلق بالظاهر حق الغير أو إذا تعدت معرفة النية . فعينئذ يعمل بالظاهر اضطراراً وعلى سبيل الاستثناء . فعبارة الجلة ، « دليل الشيء في الامور الباطنة يقوم مقامه . يعني انه يحكم في الظاهر فيما يتعسر الاطلاع على حقيقةه » (المادة ٦٨) .

ثانياً - ان الاصل في الكلام ان يحتمل على حقيقة معناه . وهو لا يحتمل على المعنى المجازي الا اذا تعدت الحقيقة أو اذا كانت مهمة بدلالة العادة . ثم لا يعمل الكلام الا اذا تعدت اعماله ، اي جملة على معنى (المواد ١٢ و ٤٠ و ٦٠ - ٦٢) . ثالثاً - ولا عبوة بالدلالة في مقابلة التصريح ، و « المطلق يجري على اطلاقه ،

اذا لم يقدم دليل التقييد نصاً أو دلالة » (المادتان ١٣ و ٦٤) . رابعاً - ان بنود العقد تكمل وتفسر بما هو المهود عرفاً وعادة ، لانه المعروف عرفاً كالشروط شرطاً ، وان « التعمين بالمعرف كالنعمين بالنص » (المادتان ٤٣ و ٤٥) .

أثر العقد لجزء الأشخاص

معلوم أن العقد رابطة شرعية بين عاقدين أو اكثر ، وأن أساس هذه الرابطة هو التراضي بينهم . فكان طبيعياً أن يكون العقد ملازماً للتعاقدين دون غيرهم ، وأن يكون أثر العقد منحصراً فيهم بمتافعه وواجباته .

ولا ريب في اننا عندما نذكر التعاقدين نقصد التعاقدين الحقيقيين انفسهم ، لا من ينوب عنهم بالولاية أو بالوكالة . فواضح أن العقد الذي يجريه الاب بولايته على ابنه الصغير أو الذي يجريه الوكيل بوكالته عن موكله ، هذا العقد ينفذ حكمه على الصغير دون الاب في الحالة الأولى وعلى الموكل دون الوكيل في الحالة الثانية . وقد الحق بالتعاقدين من يقوم مقامهم ، أو بعبارة عصرية من كان خلفاً عاماً

(١) في الفصل الثالث ، من الباب الخامس من كتابنا « فلسفة التشريع في الاسلام » (ص ٢٧٩) ، وفي هذا الكتاب (ص ٢٨) .

وهناك ما ورد في قانون المراجعات والعقود البناني في هذه المسألة : -
و ان الصفة النسبية في العقود تحتل شذوذات من الوجه الاجباري ، فيجوز
للمرء ان يعاقد باسمه لمصلحة شخص ثالث بحيث يصبح هذا الشخص دائماً للماتزم
بمقتضى العقد نفسه . وان التعاقد لمصلحة الغير يكون حاطاً معمولاً به : أولاً -
حيناً يكون متعلقاً باتفاق ينشئه المعاهد في مصلحة الخاصة مالية كانت أو اديبية .
ثانياً - حيناً يكون شرطاً أو عبئاً لتبرع بين الاحياء او لتبرع في الايحاء ، رضي
به المعاهد لمصلحة شخص آخر (التبرع بشرط) ، (المادة ٢٢٧) .
و ان الشخص الثالث المستفيد من قبل ذلك التعاقد يصبح حالاً ومباشرة دائماً
للماتزم ، (المادة ٢٣٠) .
و ان المعاهد لمصلحة الغير يحق له الرجوع عن تعاوقده ما دام الشخص الثالث
المستفيد لم يقبله صراحة أو ضمناً ، (المادة ٢٣١) .

الفصل الثاني

حل العقود

اسباب الحل

ان الالتزام الناشء عن العقد هو كفاقي الالتزامات حق شخصي لا يكون
في الاصل ابدياً ، بل مؤقتاً ينتهي باسباب معلومة معينة ، اهمها الايحاء والابراء
والمقاصة وانحاد الذمة واستحالة التنفيذ والتجديد .
فهذه كلها ليست مختصة بالعقود فحسب ، بل هي اسباب عامة لسقوط جميع
الموجبات على ما سنين في القسم الآتي .
غير ان الالتزام العقدي اسباباً خاصة للسقوط ، تنتج عن حل العقد قبل تنفيذه ،
او في اثنائه ، او بسبب انتهاء مدته .
فلقد رأينا كيف يكون الاجل المسقط سبباً لانحلال العقد في العقود الموقته ،
كالاجارة وغيرها ، ولكن هذا لا علاقة لنا به ، لانه يحتاج بتنفيذ العقد نفسه .
وفيما عدا هذا توجد اسباب متعددة لانحلال العقد ، وهي تختلف باختلاف انواع
العقود التي مرت معنا . فمنها الافالة في العقود اللازمة . ومنها الفسخ في
العقود غير اللازمة بطبيعتها او بسبب وجود احد الجارات . ومنها البطلان او الفساد
في العقود غير الصحيحة . فنحن نغز بهذه الاسباب مرأ سريعاً ، ثم نوضح بعد ذلك
اثر عدم التنفيذ او استحالته على بقاء العقد اذا كان من فئة عقود المعاوضة .
وملاحظة : استعملت كلمة الفسخ في كتب الفقه اجاباً بمعنى رفع العقد من
اصله ، كما في الفسخ بسبب احد الجارات ، واستعملت ايضاً بمعنى رفع العقد
(١) تبين الحقائق شرح كثر الدقائق ، ج ٤ ، ص ١٩٧ .

ولقد درس الفقهاء والمجلة مسألة الاقالة في عقد البيع بصورة خاصة . واختلفوا
أهي فسخ لعقد البيع أم بيع جديد ؟ فقال جمهور الفقهاء انها فسخ للعقد الاول .
وشتد عنهم من الحنفيين الامام ابو يوسف ، فقال ان الاقالة بيع . وشبهه قال الامام
مالك الا في بيع الطعام والشئمة وبيع المراجعة ^١ .
اما شروط الاقالة ، فهي مبدئياً نفس شروط الانعقاد ، منيجاب وقبول
واتحاد مجلس وما أشبه . بناء عليه ، يلزم في اقالة البيع ان يكون المبيع قائماً . فاذا
تلف كله لا تصح الاقالة ، واذا تلف بعضه تصح في الباقي بخصته من الثمن المسمى .
ولكن ملاك الثمن لا يكون مانعاً منها ^٢ .
وكما يصح الانعقاد بالرضى الصريح او الضمني ، كذلك تصح الاقالة صراحة
او دلالة . ففي المجلة وعند جمهور الفقهاء تجوز الاقالة بالمعاطي العملي ^٣ . وايضاً
تجوز اقالة الاقالة بنفس الطريقة والشروط ^٤ .

الضخ في العنود الجائزة

قلنا في صدر هذا القسم ^٥ ان العنود النافذة تنقسم من حيث لزومها الى ثلاث
فئات . الاولى فئة العنود اللازمة ، وهذه قلنا الآن انها لا تنحل إلا بالاقالة وفي
الاحوال التي تشمل الفسخ فقط .
والثانية والثالثة هي العنود الجائزة او غير اللازمة من الجانبين او من جانب
واحد . فهذه العنود يجوز فيها الفسخ لمن كانت جائزة من قبله .

فالعنود الجائزة او غير اللازمة من جانب الفريقين يجوز فيها لكل منهما ان

(١) انظر في هذه المسألة : البدائع (ج ٥ ص ٣٠٦) ، والبحر في الوضوح المذكور ، والقنوق
البرازية (ج ١ ص ٤١٢ بهامش الهندية) ، والاقنوقية (ج ١ ص ٢٩٥) ، والدر المختار (ج ٢
ص ٢٤٠) ، ورد المختار (ج ٤ ص ١٩٨) ، وشرح الحرشي (ج ٤ ص ٧٦ - ٧٧) ؛
والاشباه للسيوطي في الوضوح المذكور ، وفتح العزيز (ج ٨ ص ٣٨٤) ، ولثني (ج ٤ ص
٢٢٥) ، والقواعد لابن رجب (ص ١٠٩ و ٣٧٩ - ٣٨٣) .

(٢) البواد ١٩٠ - ١٩٦ من المجلة .

(٣) جامع الفصولين (ج ٢ ص ٢١١) ، واللادة ١٩٢ من المجلة .

(٤) الاشباه والنظائر لابن نجيم ، ص ٨٤ .

(٥) الفصل الثاني من الباب الاول ص ١٦ .

المستقبل ، كما في احوال فسخ العنود الجائزة او غير اللازمة . اما قانون الموجبات
البناني ، فانه سمي حلّ العقد الغشاء اذا كان ذا اثر رجعي ، وسماه فسخاً اذ
اقتصر اثره على المستقبل (المادة ٢٣٨) .

الدولة

بعد انعقاد العقد الصحيح النافذ اللازم ، يلتزم المتعاقدان بتنفيذه . فلو ندم
احدهما واراد الرجوع عنه ، لم يجز له ذلك الا برضى الفريق الآخر وموافقتهم .
ويبرر هذا ان العقد انعقد بالتراضي ، فلا يحمله الا التراضي نفسه . او كما قال
الزيلعي : وان احسد المتعاقدين لا يتفرد بالفسخ كما لا يتفرد بالمقد ، لان العقد
حقها ^١ .

وانه لمن الامور المستحبة في الشريعة ان يتراضى الفريقان على الرجوع عن
العقد عند ندمها او ندم احدهما . وهذا ما يسمى الاقالة . فقد جاء في الحديث
الشريف : « من آقال نادماً آقاله الله يوم القيامة » ^٢ .

وتعريف الاقالة شرعاً هو رفع العقد وازالته بانقضاء الفريقين في العنود
اللازمة ^٣ . او قل هو الاتفاق على عكس مضمون الانعقاد . فلذا اسماء الرومان
رضى العكس ^٤ .

وتكون الاقالة في العنود اللازمة ، أي التي لا يستقل احد الفريقين بالرجوع
عنها دون موافقة الآخر . ويشترط ايضاً لصحة الاقالة ان تملك بمقد يقبل الفسخ
كالبيع والاجارة ونحوهما ، لا فيما لا يقبل الفسخ من العنود والتصرفات ، كالنكاح
والطلاق والعنق والايراء ^٥ .

(١) ذات المنبر ، ص ١٩٨ .

(٢) روه البيهقي . ورواه ايضاً ابو داود وغيره ببارات مختلفة . انظر سنن ابي داود (ج ٣
رقم ٣٤٦٠) ، والفتح الكبير (ج ٣ ص ١٦٨) ، ورد المختار (ج ٤ ص ٢٠٣) .

(٣) البحر (ج ٤ ص ١٠١) ، واللادة ١٦٣ من المجلة .

(٤) Contrarius consensus

(٥) الدر المختار (ج ٢ ص ٢٤١) ، والبحر في الوضوح المذكور ، والاشباه والنظائر

للسيوطي (ص ١٧٨ - ١٧٩) .

المتعاقدين ، كالعاطف والغبن والتعريو والاكراه ، فاذن يدخل في عداد هذه الخيارات خيار الوصف وخيار العيب وخيار الغبن والتعريو وخيار الرؤية وغيرها .

ولقد اوضحنا كثيراً من هذه الخيارات في اجازتنا الماضية . وعلى كل فتفصيل الخيارات جميعاً يخرج عن موضوعنا في المبادئ العامة ، ويرجع الى بحث العقود الخاصة وفروعها . هذا الى ان طائفة منها اثار خلافات بين المذاهب ، من حيث ثبوتها في بعض العقود دون الآخر ، ومن حيث احكامها ونتائجها .

ويوضح ذلك ما رأيناه في خيار الرؤية . فقد قبل به بعض الفقهاء الحنفيين ، ورفضه غيرهم كالشافعيين . وايضاً رأينا ان عقد المكره تجوز اجازته بعد زوال الاكراه في المذهب الحنفي ، ولا تجوز في المذهب الشافعي والحنبلي .

والخلاصة التي نقصد بها هي ان صاحب الخيار يقدر على امضاء العقد أو على حله ، كيفما شاء دون رضى الآخر ، وان خياره هذا يسقط بالاجازة الصريحة أو الضمنية ، أي بكل ما يدل على رضاه بامضاء العقد بعد بزوال سبب الخيار ، واذا امضاه على هذا الوجه يصبح بعدئذ لازماً .

فاذن العقد الذي فيه أحد هذه الخيارات لا يفسخ بنفسه ، بل يحتاج الى فسخ . ولكن هذا الفسخ في القول السائد يباشره العاقد بنفسه دون حكم الحاكم ، الا في بعض المستثنيات^٢ ، أو في الاحوال التي يجعل فيها نزاع بين الطرفين ، فيجئذ لا بد من حكم الحاكم لانبات الفسخ أو عدمه .

عدم الاجازة في العقود الموقوفة

من أسباب التحلل العقد عدم اجازة من يتوقف نفاذ العقد على رضاه في ذمة العقود الموقوفة .

مثاله رأينا في عقود الفسولي ان الرأي السائد عند الفقهاء المسلمين يعتبر عقداً موقوفاً على اجازة صاحب الحق . فان اجازة نفاذ ، والافسخ وعدد كأنه لم يكن .

- (١) انظر الخيارات التي ثبتت في البيع مثلاً في البحر (ج ٦ ص ٢) ، ومعين الحكام (ص ١٨٩) ، والاشباه للسيوطي (ص ١٨٠) .
(٢) القواعد لابن رجب (القاعدة ٦٣ ص ١١٦) ، والاشباه لابن نجيم (ص ١٣٥) ، والاشباه للسيوطي (ص ١٧٨) .

يفسخ العقد دون رضى الآخر . مثاله في الشركة يفسخ العقد بفسخ أحد الشركين . وايضاً في الوكالة يجوز لكل من الوكيل أو الموكل ان يفسخ العقد ، الا اذا تعلق بالوكالة حتى التغيير . وكذلك في الوديعة لكل من المودع والوديع فسخ العقد متى شاء ، وهكذا .

والمعقود اللازمة من جانب والجازة من الجانب الآخر يجوز فسخها باتفاق الفريقين ، أو بطلب الفريق الذي تكون جازة من جانبه ، كما في الرهن والكفالة . مثلاً في الرهن للراهن أو المرتهن ان يفسخ الرهن باتفاقهما ، وكذلك المرتهن ان يفسخه وحده . ولكن ليس للراهن هذا الحق بدون رضى المرتهن^٢ .

وان الفسخ في جميع هذه الاحوال لا يتوقف على حكم الحاكم^٣ ، ولا يكون له أثر رجعي . بناء عليه يعتبر الفسخ ابتداء من حينه ، دون ان يؤثر في مفعول العقد الذي تم قبل ذلك الحين . فاذا عزل الموكل الوكيل مثلاً ، وتشبه وكالته من وقت وصول خبر العزل اليه ، ولكن يبقى تصرفه صحيحاً الى ذلك الوقت (المادة ١٥٢٣) .

الفسخ بسبب اهدار الخيارات

ان العقود غير اللازمة التي ذكرناها هي على هذه الصفة بطبيعتها ويجب ماهيتها ، لان الفرض المقصود منها يقتضي ذلك .

غير ان العقد ، وان كان بطبيعته لازماً ، يكون احياناً غير لازم بسبب وجود احد الخيارات فيه . ومعنى الخيار ، كما اوضحنا سابقاً ، هو الحق المعطى لاحد العاقدين بان يختار فسخ العقد أو امضاه حسب ارادته .

ويثبت الخيار في العقد اما برضى المتعاقدين ، واما بدون رضاهما . فمن الفئة الاولى خيار الشرط ، وقد فسرتنا معناه واحكامه في الباب السابق .

ومن الفئة الثانية الخيارات التي تنجم عن وجود ثابتة أو عيب في رضى احد

- (١) للمواد ١٣٥٣ و ١٥٢١ و ١٥٢٢ و ٧٧٤ من الحجة .
(٢) المواد ٧١٦ - ٧١٨ منها .
(٣) القواعد لابن رجب ، القاعدة ٦٣ .
(٤) للروق ، ج ٤ ص ١٣ .

القريب ، ومن ثم يمكنه النزاع عند . وهو يقابل في الشريعة الإسلامية الفسخ في العقد غير اللازم بسبب احد الجارات ، والفسخ في العقد الموقوف والعقد الفاسد عند من قال بها .

أما البطلان المطلق ، فهو الذي ينجم عن فقدان أحد اركان تكوين العقد . فالعقد الموصوف بهذا البطلان المطلق لا ينتج الآثار القانونية التي يقصد اليها المتعاقدان ، ولا يمكن مبدئياً اجازته ، كما ترى في التعاقد على موضوع غير مباح أو بدون الشكل المطلوب قانوناً أو ما أشبه . فهذا العقد يشابه العقد الباطل في الشريعة الإسلامية .

ولا بد من الملاحظة ان الشريعة الإسلامية تعتبر العقد الذي يجزئه الجنون أو الصغير غير المميز عقداً باطلاً ولو اجازته الولي^١ . ومعلوم ان العقد الباطل في هذه الشريعة لا حكم له أصلاً ، ولا يجوز امضاؤه ولا اجازته . ولكن في النظرية الحديثة ، يعد مثل هذا العقد كباقي عقود عديمي الاهلية باطلاً بطلاناً نسبياً . فيبقى مستمراً على احوال مفاعيله ما دام الإبطال لم يعن قضائياً ، وهو يصبح صحيحاً بمجرد الزمان أو بالتأييد^٢ .

ولا بأس من الإشارة أيضاً الى أن بعض المؤلفين زادوا على ما ذكره في آخر من العقود غير الصحيحة ، وهي العقود المنعدمة أو غير الموجودة . وكذلك اختلفت التسمية في شرائع أخرى . ففند الانكليز مثلاً نوى التفريق بين العقد الباطل والمقد القابل للإبطال والعقد غير النافذ^٣ .

وعلى كل ، فالنتيجة التي تستخلص من هذا البحث هي ان العقود غير الصحيحة منها ما لا يصح تنفيذها وامضاؤها ابدأ ، ومنها ما يصح تنفيذها واجازتها . فالأولى لا تنعقد أصلاً ، والثانية تنعقد ولكن على خطر الإبطال بطلب من يتضرر من بقاها . هذه هي الفكرة العامة في التفريق . ولم يكن الخلاف الا في التفصيل والتسمية والاصطلاح .

(١) انظر المواد ٣٦٢ و ٩٦٦ و ٩٧٩ من الحجة .

(٢) انظر المواد ٢٣٣ - ٢٣٧ من قانون الزوجات والعقود اللبناني ، وكتاب جوسران (ج

٢ رقم ٣٤٠) ، وبلايول (ج ١ رقم ٣٤٠ و ١٦٣١) ، ونظرية العقد للدكتور السهوري (رقم ٥٧٨) .

(٣) unenforceable , voidable , void . انظر آسول ، ص ١٠ .

وكذلك أيضاً رأينا امثلة أخرى من ذلك في عقود الصغير المميز الدائرة بين النفع والضرب ، وفي التصرف بالنسيء الموهون ، وفي الوصية وما الحق بها من تصرفات المريض .

وقد اوضحنا احكام العقد الموقوف في موضعه ، وذكرنا ان بعض الفقهاء قالوا ببطلانه ورفضوا انفاذه بالاجازة . فلن نعود الى كل ذلك ، فليراجع في محله^١ .

بطلانه العقود وفسادها

ان العقد الصحيح هو المتعقد والمشروع ذاتاً ووصفاً . والباطل هو غير المشروع اصلاً ، كعقد الجنون مثلاً . والفاقد عند من قال به هو المشروع اصلاً لا وصفاً ، كالعقد الذي فيه جهالة او ما الى ذلك .

فالعقد الباطل لا حكم له مطلقاً ، ولا ينقلب صحيحاً ابدأ . ولكن الفاسد يصبح صحيحاً بزوال صفة الفساد . وقد اوضحنا تفصيل ذلك في موضعه^٢ .

وقد قال الفقهاء بانه لا يشترط القضاء في فسخ العقد الفاسد ، ومن باب أولى في فسخ العقد الباطل ، ولان الواجب شرعاً لا يحتاج الى القضاء ،^٣ ولكن ذلك عمله بلا ريب عند عدم النزاع بين المتعاقدين ، إذ انه عند حصول هذا النزاع لا بد من مراجعة القضاء .

مطابقته

اذا اردنا على الجملة ان نقارن بين هذا التقسيم في الشريعة الإسلامية وما يقابله في الشرائع المدنية الحديثة ، وجدنا ان هذه الشرائع بصورة عامة تفرق بين البطلان النسبي والبطلان المطلق .

فال**بطلان النسبي** هو الذي رضع لمصلحة فربق من التمتع اقدم دون الآخر ، بسبب عيب في رضاه أو عدم اهليته . فهذا لا يمكن الادلاء به الا من قبل هذه

(١) في بحث اقسام العقود ، وتصرفات الفترلي ، وتصرفات المحجور عليهم .

(٢) الفصل الثاني من الباب الاول من هذا القسم ، ص ١٢ .

(٣) درر الحكم ، ج ٢ ص ١٧٥ .

وهذا أخذ جمهور الفقهاء ، ولكنهم اختلفوا في المدة . فعدّوها بعضهم كالي حنيفة بثلاثة أيام ، وحدثها غيرهم بمدة مختلفة ، وتركها البعض الآخر كمحمد بن الحسن بدون تحديد . وهذا الرأي الاخير اخذت بمجته الاحكام العبدية . وقد شدّ عن الجمهور بعض الفقهاء ، كالشافعي وزفر ، فقالوا بعدم صحة خيار النقد مطلقاً .^١

شُرط الانفاء الضممي

ان ما مرّ معنا شبيه بما يسوره في بعض الشرائع شرط الانفاء الصريح .^٢ غير انه عند عدم وجود هذا الشرط ايضاً قدّرت بعض القوانين وجوده ضمناً . ويوضح ذلك نص قانون الموجبات والعقود اللبناني بهذا الشأن ، حيث جاء فيه : « يقدر وجود شرط الانفاء في جميع العقود المتبادلة اذا لم يقم أحد المتعاقدين بانفاء ما يجب عليه ولم يكن في وسعه ان يحتج باستحالة التنفيذ ، ما لم يكن تمه استثناء منصوص عليه في القانون .

« على ان المقدم لا يلغى حتّى في هذه الحالة . فان الفريش الذي لم تنفذ حقوقه يكون محوراً بين التنفيذ الاجباري على وجهه من الوجوه ، والغاء المقدم مع طلب التعويض .

« وفي الاساس لا يكون هذا الانفاء الا يحكم من القاضي ، فهو يبحث عند التنفيذ الجزئي عما اذا كان النقص في هذا التنفيذ له من الشأن والاهمية ما يصبّ الغاء المقدم . ويجوز للقاضي ، حتّى في حالة عدم التنفيذ ، ان ينجح المدينون مهلة تارة مهلة بحسب ما يراه من حسن نيته ... » (المادة ٢٤١) .

وانت ترى ان هذا الخيار بالنسخ لا يقيد بالقاضي ، بل يتروك له الحرية في اعضائه اذا قدر من ظروف الحال ما يستوجب ذلك .

وبعد ، نتساءل ما هو موقف الشريعة الاسلامية من هذه المسألة ؟ لا شك في ان هذا سؤال دقيق ، فالجواب عنه هو ان هذه الشريعة عند عدم الشرط الصريح

(١) انظر لواء ٣١٣ = ٣١٥ من المجلة ، والبحر (ج ٦ ص ٦ - ٧) ، والسيران

للشراني (ج ٢ ص ٦٩) ، والشرح الكبير (ج ٤ ص ٥٩) .

(٢) Lex commissoria

عدم التيقن وشُرط الانفاء الصريح

من المناسب في معرض الكلام عن حل العقود وفسخها ان نبعث في تكول أحد المتعاقدين عن تنفيذ ما التزمه في عقود المعاوضة وتأثير ذلك في موقف العاقد الآخر وفي بقاء مواعبه .

فلا شك في ان لكل من الطرفين ان يجبر الآخر على تنفيذ مواعبه العقدية قسراً بواسطة القضاء ، وان هذا التنفيذ يكون موضوعه أصل الموجب المتفق عليه ، وعند تعذر ذلك يكون بالبدل ، وفاقاً لقاعدة « اذا بطل الاصل بصر الى البدل » ، كما سيأتي بيانه في القسم القادم .

وغير ذلك ، يحق لكل من المتعاقدين ان يتنح عن التنفيذ اذا امتنع الآخر عن تنفيذ ما عليه . مثاله جاء في المجلة في عقد الاجارة انه لو شرط دفع الاجرة معجلاً ، فللمؤجر ان يتنح عن تسليم المأجور او عن اجراء العمل المتفق عليه الى ان يستوفي الاجرة (المادة ٤٦٨) . وكذلك للبايع ان يرفض التسليم المبيع حتّى يقبض الثمن (المادة ٢٧٨) . وسنرى أمثلة اخرى من ذلك في بحث حبس الدين .

وهذا شبيه بما يسوره في القوانين العصرية و الدفع بعدم التنفيذ ،^١ فالقانون الالاماني مثلاً نص على ان « من كان عليه التزام ناجم عن عقد متبادل يجوز له ان يتنح من الاداء حتّى ينال عوض المقابل ، الا اذا كان قد التزم بالاداء اولاً ، (المادة ٣٢٠) .

ولكن لو نفذ أحد المتعاقدين ما عليه وفتح الآخر عن التنفيذ ، فهل يجوز للاول ان يفسخ العقد ويسترد ما دفعه الثاني ؟ اي هل يجوز مثلاً للبايع الذي سلم المبيع ان يستردّه عند دفع الثمن ؟

لا شك في ان حق الفسخ ثابت بمال الشرط الصريح . فقد جوز الحنفيون في الرأي المختار المروي عن الامام الاعظم وصاحب محمد ما يسونه خيار النقد . وهو ان يشترط البائع على المشتري ان يؤدي الثمن في مدة معينة ، والا لغا البيع بينها . وكذلك للبائع ان يشترط انه اذا رد الثمن للمشتري في المدة المينة يفسخ البيع . وقد جوز ابو حنيفة هذا الخيار استحضاراً منعاً لماطة المشتري بدفع الثمن .

(١) Exceptio non adimpleti contractus

قبل الغرماء بان يدفعوا الى صاحب السلمة ما وجب له بئمة الفلاس .

ومثل بوضوح ذلك لو افلس المشتري بعد تسليم المبيع وقبل دفع الثمن ، فلرباع خيار الفسخ واسترداد المبيع اذا كان هذا المبيع لا يزال بميته في يد المشتري . وتعليل ذلك ، فوق نص الحديث الشريف الذي ذكرناه ، ان « العجز عن ايفاء الثمن يوجب حق الفسخ قياساً على العجز عن ايفاء المبيع ، والجماع بينهما ان (البيع) عقد معاوضة ومن قضيه المساواة » .

أما الحنفيون ، فانهم ذهبوا منهباً يختلف عن منهب الجمهور في هذه المسألة . فعبارة الجملة « اذا قبض المشتري المبيع ثم مات ، فمفساً قبل اداء الثمن ليس للبائع استرداد المبيع بل يكون مثل الغرماء » (المادة ٢٩٥) . وهذا شبيه بما تراه اليوم في قانون التجارة اللبناني ، حيث جاء فيه : « اذا كلف المشتري قد تسلم البضائع قبل افلاسه ، فلا يجوز للبائع ان يندرع بدعوى الفسخ ولا بدعوى الاسترداد ولا بامتياز ما » (المادة ٦١٢) .

وقد علل الحنفيون ذلك بان الثمن دين في الذمة ، وان وصفه هذا مانع من الفسخ . واستندوا الى حديث شريف آخر ونصه : « انا رجل افلس فوجد رجل عنده متاعه فهو أسوة غرمائه فيه » . ثم فسروا الحديث الذي ذكره الجمهور بأنه خاص بمجاله شرط خيار الفسخ للبائع . ولكن يظهر ان هذا التعليل فيه بعض الرغش من حيث النصوص ، إذ ان الحديث الاول صحيح رواه البخاري ومسلم وغيرهما وان عبارته عامة مطلقة ، فلا يجوز نقضه بمجرد آخر ضعيف لم ينعتر عليه في أي من كتب الحديث المعتمدة .

وليس خيار الفسخ مختصاً بعقد البيع عند جمهور الفقهاء ، بل هو ثابت ايضاً فيما كان من نوعه من عقود المعاوضة ، كالاجارة والقرض . بناء عليه لو استأجر أحد أرضاً أو دابة فأفلس قبل مضي مدة الاجارة وقبل دفع الاجرة ، فالمتوخر فسخ الاجارة لانه رجد عين ماله . ومثله لو استقرض احد مالا ثم أفلس فللمقرض حق الرجوع اذا كان عين ماله قائماً .

(١) انظر في هذه المسألة : فتح القدير ، بهامته النامية (ج ٧ ص ٣٣٠ - ٣٣١) ، وشرح الحرشي (ج ٤ ص ١٩١ - ١٩٣) ، وبداية المجتهد (ج ٢ ص ٢٣٧ - ٢٤٠) ، والهديب (ج ١ ص ٢٢٣ - ٢٢٧) ، وفتح العزيز (ج ١٠ ص ٢٣٣ - ٢٤٣) ، والفتحي (ج ٤ ص ٤٥٦ - ٤٦٠) ، والحلي (ج ٨ رقم ١٢٨٣) .

لم تقر كيداً عام حق الغاء العقد بسبب عدم التنفيذ . بل انما اقرت ذلك في احوال معينة ، حصل فيها اختلاف كبير . وهالك اهمها بايجاز : -

اولاً - ان حق الفسخ معترف به في بعض احوال استحالة التنفيذ ، على ما سنوضحه قريباً . مثلاً لو عجز البائع عن تسليم المبيع ، كان للمشتري خيار الفسخ . وكذلك في بيع السلم ، اذا تعذر تسليم المبيع عند حلول الاجل لعدمه ، فالمشتري مختار بين فسخ السلم واسترداد الثمن او الصبر الى العام المقبل .

ثانياً - يشترط احد الطرفين احياناً وجود مرغوب في عقود المعاوضة ، فاذا لم يوجد هذا الوصف كان للعاقدة الذي اشترطه حق الفسخ با بسوته خيار الوصف ، على ما مر معنا سابقاً .

مثلاً ورد في الجملة انه « اذا انعقد الاستصناع فليس لاحد العاقدين الرجوع . واذا لم يكن المنوع على الاوصاف المطلوبة المينة فكان المستصنع مخيراً » (المادة ٣٩٢) .

ثالثاً - يجوز الفسخ احياناً بحال الافلاس عند جمهور الفقهاء . وقد جاء في الحديث الشريف : « من ادرك ماله بعينه عند رجل او انسان قد افلس فهو احق به من غيره » .

وهذا الحديث الشريف استند اليه جمهور الاثمة ، ممالك والشافعي وابن حنبل وداود الظاهري واتباعهم ، لاجل اعطاء خيار الفسخ في عقود المعاوضة للعاقدة الذي سلم شيئاً معيناً الى الآخر بان يسترده منه بمجالة افلاسه اذا كان هذا الشيء لا يزال موجوداً عنده بعينه . وقد رأينا في بحث الحجر على المدين ان للدائن في مثل هذه الحال امتياز فيأخذ سلمته بعينها ولا يشارك فيها باقي الغرماء .

وقد اشترط الفقهاء ، لذلك شروطاً تفصيلية مختلفة باختلاف المذاهب ، فلا نرى مجالا لسردهما . ولكن بعض الفقهاء ، كالامام مالك ، منعوا حق الخيار بهذا اذا

(١) الناية (بهامش فتح القدير ج ٧ ص ٣٣١) ، والدر المختار (ج ٢ ص ٢٦٨) ، والفتاوى النونية (ص ٢٧٠) .

(٢) ص ١٦٧ . راجع ايضاً الشرح الكبير ، ج ٤ ص ٤٨ .

(٣) روي في الصحيحين وغيرهما . وقد مر ترجمته في بحث الحجر على المدين ، في البند السابع من الفصل السادس من الباب الثاني من هذا القسم ، ص ١٥٣ .

بل يشوق على تقدير القاضي وحكمته .

استحالة التنفيذ بأقد سماوي

ان تنفيذ العقد يعطىم احياناً باستحالة نشئة عن فعل الانسان او عن فعل خارج عنه . فالحالة الاولى سيأتي بحثها عما قريب . فنحصر بحثنا الآن في ايضاح الحالة الثانية .

وقد اختلف في نسبة هذه الحالة . ففي القانون الفرنسي اشتملت عبارة « القوة القاهرة » او « الاحوال الطارئة » ، وبقصد هذا التمييز الحوادث غير المنظرة التي لم تنشأ عن فعل المدين او عن خطئه . وقد اشتمل القانون اللبناني كلمة « القوة القاهرة » بهذا المعنى ايضاً^٢ .

وفي هذا الموضع اصطلح رجال الشريعة الانكليزية على استعمال عبارة « الحوادث الالهية »^٣ ، بمعنى الطارئ الذي يرجع الى اسباب طبيعية خارجة عن تدخل الانسان وعن كل تحرز معقول منه .

وشبهه هنا عبارة « الآفة السارية » التي وردت في الاصطلاح الفقهي العربي ، وتعريفها بوجه عام انها كل « امر من الله » ، او كل حادث « لا يصنع للادمي فيه » ، وبعد ، اذا اشتمل تنفيذ الالتزام في عقود المعارضة بسبب القوة القاهرة او الآفة السارية ، فما هو تأثير الاستحالة على العقد وعلى الموجب التمتع المتعاقدين ؟ ومن هو الذي يتحمل مخاطر العقد في مثل هذه الحال ؟ اهو المتعاقد الذي اشتمل التنفيذ عليه ام هو المنة قد الآخر ؟

فجواباً عن هذا السؤال ، وضع قانون الموجبات اللبناني مبدأ عاماً ، ماله انه في عقود المعارضة اذا اشتمل تنفيذ التزام احد المتعاقدين بسبب خارج عن فعله او خطئه سقط هذا الالتزام عند سقوط الالتزام المقابل عن المتعاقد الآخر . « او بعبارة

(١) Force majeure , cas fortuits

(٢) انظر قانون الموجبات والعقود اللبناني (المواد ٢٤٣ و ٣٤١ و ٣٤٢) ، وكولت

وكايتان (ج ٢ ص ١٠) .

(٣) انظر آندون ، ص ٣٢٧ .

(٤) الحرتي (ج ٤ ص ٦٩) ، والفتي (ج ٤ ص ٢١٦) .

رابعاً - ان حق الرجوع والاسترداد الذي اثبته جمهور الفقهاء في حال افلاس المدين الحلي ، قال به الامام الشافعي ايضاً في حال وفاة المدين اذا تبين انه مفلس . ولكن باقي الائمة خالفوه في ذلك^١ .

وان سبب الخلاف بين المذاهب يرجع الى اختلاف الروايات في الحديث الشريف ، اذ ورد فيه ما يؤيدها جميعاً . فقد روى الامام مالك وابو داود السجستاني عن النبي (ص) انه قال : « ايا رجل باع متاعاً ، فأفلس الذي ابتاعه منه ، ولم يقرض الذي باعه من ثمنه شيئاً فزجسه بعينه فهو آحق به . وان مات السجستاني عن النبي (ص) انه قال : « ايا رجل باع متاعاً ، فأفلس الذي ابتاعه في مسنده عن فاضلي المدينة عمر بن خلدة انه قال : « جئنا ابا هريرة في صاحب لنا قد أفلس ، فقال هذا الذي فضى فيه رسول الله (ص) و ايا رجل مات او أفلس فصاحب المتاع آحق بمتاعه اذا وجده بعينه »^٢ .

وعلى الجملة ، فيبين الشريعتين الاسلامية والبنائية فارق كبير يوجزه في جملتين : الاولى ان الشريعة الاسلامية باستثناء المذهب الحنفي ، وخلافاً لقانون التجارة اللبناني ، أقرت حق الفسخ والاسترداد في عقود المعارضة بحال الافلاس .

والثانية انه فيما عدا حال الافلاس ، أثبت قانون الموجبات اللبناني شرط الانعفاء الضمني كعبداً عام ، خلافاً للشريعة الاسلامية التي لم تعطِ حق الرجوع والاسترداد هذا إذا تعذر استيفاء الدين بامتناع المدين غير المفلس ، بل انما أعطت القاضي حينئذ حق اجباره على الايفاء ليس إلا^٣ .

وبرغم ذلك فان شرط الانعفاء الضمني ، وان كان غير معروف في الشريعة الاسلامية كعبداً عام ، الا ان في هذه الشريعة ما يقوم مقامه في الواقع بحال الافلاس ، وهي الحال التي يخشى فيها الدائش على ماله ، وتكون له فيها منقمة عملية من الفسخ . هذا الى ان شرط الانعفاء الضمني في القوانين التي قالت به ليس اجبارياً ،

(١) الفتى (ج ٤ ص ٥٥٥) ، والراجع المذكورة آتفاً .

(٢) تنوير الموالك شرح موثقاً مالك (ج ٢ ص ٨٣) ، وستن ابي داود (ج ٣ رقم

٣٥٢٠) .

(٣) مسند الشافعي (هاشم الام ج ٦ ص ٢٥٣) . وقد أخرجه ابو داود بلفظ مختلف

ايضاً في سنة (ج ٣ رقم ٣٥٢٣) .

(٤) الوجيز ، ج ١ ص ١٧٣ .

أخرى ، ان الخطاير تلحق المدينون بالشيء الذي اصبح مستصحباً ، فيصير الحسارة دون ان يستطيع الرجوع بوجه من الرجوع على معاقده (المادتان ٢٤٣ و ٣٤١) .

اما الشريعة الاسلامية ، فانها لم تضع مبدأ عاماً في هذه المسألة ، لان الفقهاء لم يدرسوا العقدة كقضية عامة كما نعلم . ولكنهم بحثوا في الآفة النصارية في مواضع عديدة ، أهمها بيع النار وما أشبهه والبيع العادي والاجارة . ونحن نلتم هذه العقود المأتمماً سريماً على سبيل الامثلة ، مع بيان خلاف المذهب فيها ومقارنتها بالقانون اللبناني .

اولاً - بيع النار .

لقد مررنا معنا سابقاً ^١ ان بيع النار عند جمهور الفقهاء يجوز بشرط القطع قبل بدو صلاحها ، ولا يجوز بشرط التيقن الا بعد بدو الصلاح .

فاذا بيعت الشجرة بعد بدو صلاحها ، فنلتف بافة سبارية او كما فيسبل بجائحة ، أفكركون من ضمان البائع أم من ضمان المشتري ؟ اختلف الفقهاء . في ذلك ، على عادتهم في الاختلاف .

فقال الشافعي في مذهبه القديم وابن حنبل ومالك وعمر بن عبد العزيز ان الجرائع من ضمان البائع ، وان للمشتري ان يرجع عليه بما احدثته من التلف . واشترط مالك ان يبلغ الجراح الثلث فاكثر . وقد استندوا في مذهبهم الى ما روي عن النبي (ص) انه قال : ولو بعت من اخيك ثمراً فاصابته جائحة فلا يجعل لك ان تأخذ منه شيئاً ، ثم تأخذ مال اخيك بغير حتى ؟ ^٢ .

وذهب ابو حنيفة والشافعي في مذهبه الجديد والليث بن سعد ودارد الظاهري وغيرهم مذهباً مختلفاً ، فقالوا ان الهلاك في النار من ضمان المشتري ، ولا رجوع له بشيء على البائع . واحتجوا بسنة النبي ايضاً ، وبأن الحديث الذي استند اليه اصحاب الرأي الاول خاص ببيع الشجرة قبل بدو صلاحها ^٣ .

اما معنى الجائحة ، فهي كل آفة ولا صنع للادمي فيها ، ولا يستطيع الدفع

(١) في بحث موضوع العقد ، ص ٧٤ .

(٢) رواه مسلم . ورواه ابو داود والنسائي بلفظ آخر . انظر صحيح مسلم (ج ٥ ص ٢٩) ، وستن ابي داود (ج ٣ رقم ٣٤٧٠) ، والفتح الكبير (ج ١ ص ٢٦٦) .

(٣) نيل الاوطار ، ج ٥ ص ١٥٠ .

لما والاكثر من منها . وهي ه كل ظاهر مفسد من مطر او برد او جراد او ريح او حريق ، وتشمل عند بعضهم ايضاً القننة والغصب والسرقفة وما شبهه ^١ .

ثانياً - البيع العادي .

في المذهبين الحنفي والشافعي لا ينتقل ضمان المبيع من البائع الى المشتري الا بالقبض . فعليه اذا هلك المبيع في يد البائع قبل ان يقبضه المشتري ، يصحرون هلاكه من مال البائع . فينسخ البيع ولا يلزم المشتري دفع الثمن . اما اذا كان الهلاك بعد القبض فانه يكون من مال المشتري ولا شيء على البائع .

غير ان هذا الرأي لم يقبل به الامامان مالك وابن حنبل . بل انها اعتبروا ضمان المبيع تابعاً لهلاكه ، فهو ينتقل من البائع الى المشتري مع ملك المبيع . وان ملعهما موافق لما جاء في القانونين الفرنسي واللبناني في هذه المسألة ^٢ .

فعلية يجب التفريق في هذا الرأي الثاني بين حالتين . الاولى هي عند ما يكون المبيع من المكبيلات او الموزونات او المدردات . ففي هذه الحالة ، يبقى ضمان البائع الى ان يتعين المبيع ويقبضه المشتري .

والحالة الثانية هي عندما يكون المبيع عيناً معينة ، اي غير مكبل ولا موزون ولا معدود . ففي هذه الحالة ، اذا هلك المبيع بافة سبارية ، كان الهلاك من ضمان المشتري . فهذا يبقى مسؤولاً عن الثمن رغم هلاك المبيع ، لان البائع ادان له بالقبض فصار المبيع في حيازة رلو لم يقبضه . وبمارة غيره . يكون المشتري في هذه الحال مالكاً للمبيع بمجرد العقد ، والخطاير تقع على المالك ^٣ .

(١) انظر في مسألة الجوائح : اللجنة شرح البهجة (ج ٢ ص ٣٣) ، والمدونة الكبرى (ج ١٢ ص ٢٥ وما بعدها) ، وشرح الحرشي (ج ٤ ص ٦٩) ، وشرح النووي على مسلم (ج ١٠ ص ٢١٦) ، وستن ابي داود (ج ٣ رقم ٣٤٧١) ، والهدب (ج ١ ص ٢٩٥) ، وفتح العزيز (ج ٦ ص ١٠٠ - ١٠٥) ، والليثي (ج ٤ ص ٢١٥ - ٢١٦) ، والخللي (ج ٨ رقم ١٤٢١) ، والقوانين الفقهية (ص ٢٦٢) .

(٢) انظر القانون المدني الفرنسي (المواد ١١٣٨ و ١٥٨٤ و ١٥٨٥) ، وقانون الزوجيات اللبناني (المواد ٣٨٨ و ٣٩٦ و ٣٩٧) ، واللجنة (المادتان ٢٩٤ - ٢٩٥) ، وشرح الحرشي (ج ٤ ص ٦٧ - ٦٩) ، والليثي (ج ٤ ص ٢١٧ - ٢١٩) ، وفتح العزيز (ج ٨ ص ٣٩٧ - ٣٩٨) ، والبيزان الشمراني (ج ٢ ص ٧٨) .

(٣) Res perit domino . في الذهب المالك مستثنيات قلية لهذه القاعدة ، انظر القوانين

الفقهية ، ص ٢٤٧ .

ثالثاً - عقد الاجارة .
 لو استتعال تنفيذ العقد من جانب المؤجر ، بسبب هلاك العين المأجورة ، وفوات المنفعة بها بالكلية ، كورت الدابة المستأجرة او نهزام الدار المأجورة أو ما الى ذلك ، فهل يفسخ العقد ؟

قال الامام ابو ثور ان الاجارة لا تنفسخ ، بل هي باقية الى اجملها والاجرة كلها واجبة للمؤجر على المستأجر ، .
 ولكن باقى الاية جيمماً ذهبوا الى خلاف مذهبه ، فأفتوا بان الاجارة تنفسخ في مثل هذه الحال ، ويكون التلف من ضمان المؤجر ، فيسقط التزام المستأجر المقابل فلا يجب عليه دفع الاجرة عن المدة الباقية . وهذا الرأي كما ترى موافق لما جاء في قانون الموجبات البنائي من ان غاظر الشيء الذي استتعال تنفيذه تقع على المدين وليس لهذا ان يرجع بشيء على الدائن مطلقاً .

وكذلك هو الحكم عند جمهور الفقهاء في استتعال التنفيذ بسبب العذر الطاريء الخارج عن فعل الانسان . مثاله لو استؤجر طباطح للمرس ثم مات أحد الزوجين ، او لو قارل المريض الطبيب على اخراج سبه ثم زال الالم ، او لو توفي الطفل الرضيع في اجارة الرضاعة ، ففي هذه الاحوال ونظائرهما جيمماً تنفسخ الاجارة لاستتعال التنفيذ . وملاحظة اخيرة ؛ بالنسبة نذكر ان نظام الاعشار العثماني^٢ نص على انه اذا نتج تاخير في تحصيل قسم كبير من محمولات ضريبة الاعشار بسبب القارة القاهرة ، كالخرب والعصيان وما اشبهه ، فان لانتزم تحصيل هذه الضريبة ان يطلب تخفيض مقدار الحسارة من أصل بدل الالتزام .

استتعال التنفيذ بفعل المدين

ان الاستتعال التي تكادنا عنها تكون بتعريفها خارجة عن فعل المدين او خطئه .
 (١) الجبة (المادتان ٤٤٣ و ٤٧٨) ، وقانون الوجبات البنائي (المادة ٢٤٣) ، والحمل (ج ٨ رقم ١٢٩٣) ، والقواعد لابن رجب (القاعدة ٥٩ من ١٠٧) ، واليزان للشتراني (ج ٢ من ١٠٢) .
 (٢) الصادر في ١٨ ربيع الآخر سنة ١٣٢٣ هجرية ، والواقف ٩ حرران سنة ١٣٢١ مالية ، ١٩٠٥ ميلادية .

فما هو الآن حكم استتعال التنفيذ الناجمة عن فعل المدين ؟
 في القانون البنائي واشباهه من القوانين ، يجوز بلا ريب للمقصد الذي سهرم العوض المنفق عليه بسبب فعل العاقد الآخر ان يطلب الغاء العقد مع بدل العطل والضرر الذي اصابه ، وفاقاً لشرط الالغاء الضمني الذي اوضحنا احكامه^١ .
 اما في الشريعة الاسلامية ، ففي المسألة تفصيل بين العقود والمذاهب . وهاك شرح ذلك في اهم عقود المعارضة ، البيع والاجارة .

اولاً - البيع .
 لو هلك المبيع بفعل البائع ، فما تاثير ذلك على العقد ؟ ذهب الفقهاء في حكم ذلك مذهبين كما في مسألة الآفة السارية ، احدهما لاني حنيفة والثاني ، والناسي لمالك وابن حنبل .

ففي المذهب الاول ، يفسخ البيع هلاك المبيع دون تقربق بين الآفة السارية وفعل البائع . ولذا لم تفرق الجلة في ذلك بين الحائنين . فاذن يعتبر المبيع مفقوداً بالشن ، فاذا اذله البائع سقط الشن^٢ .
 اما في مذهب مالك وابن حنبل ، فان البيع لا يفسخ ، بل للشتراني ان يجبر البائع على تسليمه ما ياتل المبيع ان كان من المثليات وعلى دفع قيمته ان كان من الغنيمات . وله عند ابن حنبل ان يفسخ البيع اذا شاء وان يسترد من البائع الشن الذي دفعه^٣ .

وانت ترى ان الفارق بين المذهبين واضح . فبمعال فسخ العقد يجبر البائع على رد الشن . اما مجال عدم الفسخ فيجبر على اعطاء مثل الشيء او قيمته الحقيقية . ولا شك في ان الشن لا يكون دائماً مساوياً للقيمة الحقيقية .
 ففي المذهب الثاني اذن معنى التعويض على المشتري بما يخسره او بقوته من الربح

(١) قانون اصول المحاكمات المحفوية العثماني (المادتان ١٠٨ و ١٠٩) ، وقانون الوجبات البنائي (المادة ٢٤١) ، ونظرية العقد للدكتور السنهوري (رقم ٦٤١) .
 (٢) الفتاوى البرازية (ج ١ ص ٥٢٨) ، والحلة (المادتان ٢٩٣ و ٢٩٤) ، والهدب (ج ١ ص ٢٩٤) ، وفتح العزيز (ج ٨ ص ٤٠١ - ٤٠٢) .
 (٣) المنفي (ج ٤ ص ٢١٨) ، وشرح المطالب على سيدي خليل (ج ٤ ص ٤٨٢) ، وشرح الحرثي (ج ٤ ص ٧٢ - ٧٣) .

ان لهذا المشتري ان يضي العقد وان يطالب المتلف بقيمة المبيع ان كان قيمياً وبشأنه ان كان مثلياً .

والمشتري ايضا عند جمهور الفقهاء ان يفسخ العقد ويسترد الثمن ، فحينئذ يجوز للبائع ان يطالب المتلف الاجنبي بمثل المبيع الذي اذنته او بقيمته ،
ثانياً - هلاك المبيع الجزئي .

اذا حصل هذا الهلاك بدون فعل المشتري وقيل ان يقبضه من البائع فللمشتري الخيار اما يفسخ العقد واسترداد الثمن ، او باعطائه . وفي الحالة الثانية يحق لهيذا المشتري ان يوجع على المتلف بقيمة نقصان المبيع ان كان الاتلاف بفعل البائع او الاجنبي . اما ان كان الاتلاف بأفة سارية ، واختار المشتري امضاء العقد ، ففي حقه بتخفيض الثمن خلاف لا نرى مجالاً لتقصيده .^(١)

رابعا - هلاك المبيع في بيع الخيار .

اذا كان في عقد البيع شرط الخيار بالفسخ لاحد المتبايعين ، وقبض المشتري المبيع ، ثم هلك في يده في زمن الخيار ، فما هو الحكم في هذه الحال ؟ وعلمى من يقع ضمان الهلاك ؟

اختلف في الامر .^(٢) فقال الشافعي ان البيع بخيار الشرط ، سواء اكلت الخيار للبائع أم للمشتري ، لا يعتبر تاماً . فاذا تلف المبيع في يد المشتري اثناء زمن الخيار فانه لا يلزم بضمه المتفق عليه ، بل يضمن قيمته يوم القبض .

وقال مالك والبيه والاوزاعي ان المبيع لا يخرج عن ملك البائع في زمن الخيار ، وان هلكه يكون من ماله ، وان المشتري كلابين لا يضمن بدون تقصير أو تعد .

اما الجهة وابو حنيفة وابن حنبل في احدى الروايتين عنه ، ففرقوا بين خيار البائع وخيار المشتري . فاذا ه شرط الخيار للبائع فقط لا يخرج المبيع عن ملكه ، بل يبقى معدوداً من جملة امواله . فاذا تلف المبيع في يد المشتري بعد قبضه لا

(١) انظر في هذه الاحوال الثلاثة : الوجيز (ج ١ ص ١٤٥) ، وفتح العزيز (ج ٨ ص ٣٩٩ - ٤٠٠) ، والبرزاني في الموضع المذكور ، والحري (ج ٤ ص ٧٠ - ٧٣) ، وسبكي (ج ٤ ص ٢١٨ - ٢١٩) .

(٢) انظر الام (ج ٧ ص ٩١) ، والشرح الكبير (ج ٤ ص ٧٥) ، والقوانين القويمة (ص ٢٧٣) ، وبداية المجتهد (ج ٢ ص ١٧٣) .

بسبب تلف المبيع بفعل البائع وهو مذموب قريب من نص قانون الموجبات البناني (المادة ٤١٥) .
ثانياً - الاجارة .

اذا لم يكن العقد طارئاً من النوع الذي يبناه في استحقاق التنفيذ بالآفة السارية ، يفسخ العقد ام لا يفسخ ؟

في المذهب الحنفي تنفسخ الاجارة بالاعذار ، كمرض المستأجر أو سفره او اقلامه أو سرقة ماله أو احتراق بضاعته . ولكن جمهور الفقهاء لم يقبلوا بذلك ، بل قالوا باستمرار العقد وبأنه ورغم هذه الاعذار يبقى المستأجر مجبراً على دفع الاجارة .^(١)

اموال خاصة في الريفلاك

قدنا حكم استحالة التنفيذ بسبب الآفة السارية او بسبب فعل المدين . ولكن بقي علينا احوال خاصة تتعلق بعقد البيع . وهي هلاك المبيع بفعل الدائن وهلاك بفعل الاجنبي ، والهلاك الجزئي ، ثم الهلاك في مدة شرط الخيار في العقد . واليك كلمة سريعة في كل من هذه الاحوال :-

اولاً - فعل الدائن .

لا تأثير لفعل الدائن على بقاء العقد ابداً . مثاله لو اشترى احد شيئاً وانلفه هو قبل قبضه ، فبعد اذنته بتركة القبض ولا يحق له الفسخ لانه انلف ملكه .

وهذا ظاهر معقول . ويعناه ورد في قانون الموجبات البناني انه و اذا هلك المبيع او ناله عيب قبل التسليم بفعل او خطأ من المشتري كان لازماً بتسليمه على حاله . ويدفع ثمنه كاملاً ، (المادة ٤١٦) .

ثانياً - فعل الاجنبي .

لو ان رجلاً اجنبياً عن العقد انلف المبيع قبل ان يقبضه المشتري ، فلا خلاف

(١) للبروط (ج ١٥ ص ٥٩) ، والروض الربيع (ج ٢ ص ١٠٢ - ١٠٣) ، وبداية المجتهد (ج ٢ ص ١٨٩) ، والخل (ج ٨ رقم ١٢٩٢) ، والذيان للشراني (ج ٢ ص ١٠١ - ١٠٢) .

يلزمة الثمن المسمى ، بل يلزمه اداء قبضته البائع يوم قبضه « (المادة ٣٠٨) . ففي هذه الحال وافق هذا المذهب مذهب الشافعي .
ولكن ، خلافاً للشافعي ، « اذا شرط الحيار للمشتري فقط خرج المبيع عن ملك البائع وصار ملكاً للمشتري . فاذا هلك في يد المشتري بعد قبضه يلزمه اداء ثمنه المسمى للبائع ، (المادة ٣٠٩) .
وبكلمة وجيزة ، فتحكم المصلحة في هلاك المبيع بعد القبض اثناء زمن الحيار ان المشتري يدفع الثمن المسمى اذا كان الحيار له ، ويدفع قيمة المبيع اذا كان الحيار للبائع .

مفاهيم الموجبات وانقضاءها وسقوطها

القسم الرابع

الباب الاول

مفاهيم الموجبات

الفصل الاول

التعريف

المصدر والبرهان

نحن نعلم ان من مبادئ الشريعة الاساسية ان ترد الحقوق باعبائها الى اصحابها ، كلما وجد الى ذلك سبيل . ونعلم ايضاً ان هذا المبدأ يستتبع وجوب ايفاء الالتزامات بعينها ما دام ذلك ممكناً ، ويستتبع ان ايفاء البديل لا يسوغ الا عند تعذر الاصل .

لذا جاء في القاعدة الكلية الواردة في الجامع وفي المجلة انه « اذا بطل الاصل يصار الى البديل » (المادة ٥٣) . وهي موافقة لما ورد في قانون الموجبات والعقود اللبناني من انه « يجب على قدر المستطاع ان توفى الموجبات عينياً ، اذ ان اللذان حقاً مكاتباً في استيفاء موضوع الموجب بالذات ، (المادة ٢٤٩) .

وقد اوضحنا هذه القاعدة قبل الآن ، وارضعنا ان الاصطلاح عند علماء الاصول يعني ايفاء العمل اداء ، وايفاء البديل قضاء ، وان القضاء قضائاً حقيقياً .

انه يحكم بالفائدة القانونية بدلاً عن التأخير ، ما لم يكن ثمة نص بخلاف في العقد او في القانون ، او ما لم يكن المدين سبي ، النسيئة فعدتذ يجوز ان يحكم عليه بمعوض اضافي (المادة ٢٦٥) .

وبعد هذه الكلمة الوجيهة في الادا ، والقضاء ، او في ابقاء الاصل والبدل ، لا بد من الاشارة الى ان الحقوق والواجبات تكون احياناً واضحة وتكونت احياناً اخرى مبهمه ، وان من الناس من يعترف بحق الغير فيعترمه ويؤدي له ما عليه وان منهم ايضاً من ينكر ذلك ويأطّل باءاء الحقوق .

لذلك احتاج الامر الى القضاء للفصل في المنازعات ولانبات الحقوق ، واحتاج الى سطوة الدولة لتحصيل الحقوق وتنفيذ الواجبات . ونحن نكتفي هنا بلهجة سريعه عن القضاء ، وولاية التنفيذ .

القضاء

كان القضاء ، من الوظائف الداخلة تحت الخلافة . وكان النبي (ص) والحلفاء الاولون يباشرونه بانفسهم . ولم يقدروه غيرهم وبفوضهم فيه الا منذ خلافة عمر بن الخطاب ^١ .

واليك كتاب عمر الى قاضيه ابي موسى الاشعري نثبته هنا ، لشهرته ولما فيه من حكمة ووعظة . ونصه : -

«أما بعد ، فان القضاء فريضة محكمة رسة منبهة . فافهم اذا أدب اليك ، فانه لا ينفع تكلم بحق لا نفاذ له . وآس بين الناس في وجهك وعدلك ومجلسك ، حتى لا يطع شريف في حيفك ، ولا يياس ضعيف من عدلك . البينة على من ادعى ، واليمين على من انكر . والصلح جائز بين المسلمين ، الا صلحاً أحل حراماً او حرم حلالاً . ولا يملك قضاء قضيتك امس ، فراجعت اليوم فيه عقلك وهديت فيه لشرك ، ان ترجع الى الحق . فان الحق قديم ، ومراجعة الحق خير من التادي في الباطل . الفهم الفهم فيما تلجج في صدرك بما ليس في كتاب الله تعالى ولا سنة نبيه (ص) . ثم اعرف الامثال والاشياء وقس الامور بنظائرها . واجمع - ل ابن

(١) . مقدمة ابن خلدون ، ص ١٩١ .

وقاصر . فالكامل هو اعطاء بدل الاصل من مثله ان كان من المتليات ، والقاصر هو اعطاء القيمة بدلاً من الاصل ان كان من القبيات ^١ .

وان ما قدمناه عن هذه القاعدة في باب ضمان النصب والائلاف من التصرفات الفعلية ليس مختصاً بذلك الضمان فنصب ، بل هو عام يشمل جميع الحقوق والالتزامات على الاطلاق . وهذا ما يبرز تذكيرنا بهذه القاعدة بعد ان اتينا عليها وعلى امثلة منها في تلك الابحاث ، التي لن نعود اليها فلتراجع ^٢

وكذلك اشيرنا في العقود ، لاسيما في امثلة البيع ، الى تطبيق هذه القاعدة عند تمنع أحد الماقد من تنفيذ ما عليه ، او عند استحالة التنفيذ بسبب فعله او خطئه . وعلى الجلة ، فان تنفيذ الاصل هو المقصود في الموجبات ، وان تنفيذ البديل

لا يصح الا عند تعذر الاصل . ولا شك ان في البديل معنى التعمير من الضرر او من بعض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ الاصل ، لما في هذا البديل من مثل او قيمة . غير ان مسألة التعمير من فوات الربح الناتج من عدم التنفيذ المعني مسألة خلافية . ولقد اوضحنا في بحث العصب والائلاف خلاف الفقهاء في مسألة تقويم المنافع ، وما جاء في بعض المذاهب من اعتبار هذه المنافع كالمال المتقومة واعتبار وجوب ايفاء بدلها ايضاً فوق بدل الاصل .

ولا بد من الملاحظة بانه فيما عدا مسألة فوات المنفعة هذه ، لم يبحث الفقهاء في التعمير بما يسببه التأخير في تنفيذ الالتزام من ضرر او خسارة او فوات ربح ، لما في ذلك على ما نعتقد من معنى الربا المحرم في الشريعة الاسلامية . وهذا ما يفسر سكوت المجلة عن هذه المسألة ايضاً .

ولكن المشرع العثماني لم يسكت عنها . بل نص على انه اذا كان موضوع الموجب مبلغاً من النقود ، وتأخر المدين عن دفعه ، وجب عليه ان يدفع الفائدة القانونية ، وقدرها تسعة بالمائة سنوياً ^٣ . وبمناه ورد في قانون الموجبات البنائي (١) الجامع وشرحه التاسع (س ١٥٦ - ١٥٧ و ٣١٠) ، وقواعد الاحكام لابن

عبد السلام (ج ١ ص ١٦٨) .

(٢) في الجزء الاول ، ص ١٥٨ و ٢١٤ .

(٣) المادة ١١٢ من قانون اصول المحاكمات المحفوية العثماني ، المطبوعة على قانون المراجعة الجديد المؤرخ في ٩ رجب سنة ١٣٠٤ هجرية ، الموافق ٣ نيسان سنة ١٣٠٣ مالية أو ١٨٨٧ ميلادية .

ولاية التبليغ

كان الخلفاء الاولون والقضاة في بادئ الامر يباشرون تنفيذ احكامهم واستيفاء الحقوق ، وكانوا ينظرون فيما يسمى المظالم . ثم أصبحت « ولاية المظالم » وظيفية مستقلة « متفرجة من سطوة السلطنة ونسفة القضاء » .

وكان يدخل في اختصاص والي المظالم أمور تعتبرها بلغة اليوم مشتركة بين سلطة الادارة وسلطة القضاء . وهي النظر في تعدي الولاة وعمال الجباية وعمال الدواوين ، والنظر في نظم المستزقة من نفص ارضهم أو تأخيرها عنهم ، ورد الاموال التي بعضها الولاة والمتغلبون الى اصحابها ، ومشاركة الاوقاف ، وتنفيذ ما عجز القضاة عن انفاذه من الاحكام ، والنظر فيما عجز عنه الناظرون من الحسبة في المصالح العامة ، ومراعاة المعاهدات الظاهرة ، والنظر بين المنشاجرين والحكام بين المتنازعين .

وان الفارق بين ناظر المظالم والقاضي هو ان الاول أقوى يسداً من الثاني . فيصفي ما عجز عن امضائه ، ويكون نظره اوسع منه في البيانات والتقارير واعتماد الامارات والقرائ وأخير الحكم الى استجلاء الحق وحمل الخصمين على الصلح واستحلاف الشهود وما الى ذلك .

وبعبارة أخرى ، كان اختصاص ناظر المظالم مزيجاً من الولاية القضائية والولاية الادارية ، وكان له في التحقيق سلطة واسعة شبيهة بما نراه اليوم في المسائل الجزائية وطرق التبليغ .

وكانت الحسبة « ايضاً من الوظائف الخادمة لمصعب القضاء في تاريخ الدول الاسلامية » . وهي « من باب الامر بالمعروف والنهي عن المنكر » . واختصاصها شبيه باختصاص الشرطة البلدية في ايامنا .

وبندرج في اختصاص المحاسب امور يتفرع عنها القاضي لعمومها وسهولة اغراضها . وهي النظر فيما يتعلق بالمش والتدليس في المايش وغيرها وفي المكابيل والموازين ، والزام العاطلين على تنفيذ الحقوق المتأخر بها . ويدخل في اختصاصه ايضاً وحمل الناس على المصالح العامة ، مثل النزع من المضايقة في الطرقات ، ومنع الخالين وأهل

ادعى حقاً غائباً او بيته امدأ ينتهي اليه ، فمن احضر بيته اخذت له بحقه ، والا استحلقت القضية عليه . فان ذلك انقضى للشك ، واجل للمعى . والمسلمون عدول بعضهم على بعض ، الا بجواداً في حد أو مجرباً عليه شهادة زور او ظنياً في ولاه او نسب . فان الله عفا عن الايمان ، ودراً بالبينات . واياك والقلق والضجر والتأفف بالخصوم . فان استقرار الحق في موطن الحق يعظم الله به الاجر ويحسن به الذكر . والسلام .^١

وان القضاء منصب وضعه الفصل بين الناس في المحصومات ، حسيماً للتداعي وقطعاً للتنازع ، وفاقاً لاحكام الشرعية . وبندرج في ولاية القاضي العامة ، كما ذكره الماوردي ، فصل المنازعات وقطع المنازاجر والمحصومات ، واستيفاء الحقوق بمن مطلق بها وايصالها الى مستحقها وتبوير الولاية على من كان يمتنع التصرف من القاصرين وغيرهم ، والنظر في الاوقاف ، وتنفيذ الوصايا ، وتزويج الايامى ، واقامة الحدود ، والنظر في مصالح عماله من الكفف عن التعدي في الطرقات ، وتصفح الشهود والامناء واختيار الثائبين ، والتسوية في الحكم بين القوي والضعيف والعدل في القضاء بين المشروف والشريف وعدم اتباع الهوى في تقصير الحق او مبالغة المبطل .^٢

(١) هذه عبارة الكتاب كما نقلها الماوردي في الاحكام السلطانية (س ٦٨) ، ومن نقل عنه كان خلدون في مقدمته (س ١٩٢) . وقد نقله غيرها ببارات اخرى ، فيها خلاف يسير . انظر البسوط (ج ١٦ ص ٦٠ وما بعدها) ، واعلام الولاة (ج ١ ص ٧٢) ، وعيون الاخبار لابن قتيبة (ج ١ ص ٦٦) ، والمقد التريد (ج ١ ص ٤٧) ، والاحكام الامدي (ج ٣ ص ٨١) ، وجمهرة رسائل العرب (نقل السيد احمد زكي صفوت ، ١٩٣٧ ، ج ١ ص ٢٥٤) ، وغيرها . وقد روى هذا الكتاب كثيرون من الفقهاء ، اما شك في صحته بعض الباحثين كابن حزم الذي ادعى انه موضوع . انظر كتابيه السيد في اصول الفقه الظاهري (س ٥١) ، والحل (ج ١ رقم ٩٩ مع الرد في الهراش) ، وكتاب تاريخ الفقه الاسلامي للدكتور عبد القادر (س ٧٠) .

(٢) الاحكام السلطانية (س ٦٨-٦٧) . انظر احكام القضاء وتاريخه : تاريخ القضاء في الاسلام للسيد محمود عزونوس (مصر ، ١٩١٤) ، والقضاء في الاسلام للسيد مشرفه (مصر ، ١٩٣٩) ، وتاريخ الامم الاسلامية للضري (مصر ، الطبعة الرابعة ، ١٣٥٤ هـ) ، وكتاب النظم الاسلامية للدكتور حسن ابراهيم حسن والسيد علي ابراهيم حسن (مصر ، ١٩٣٩ ، ص ٣٢٧ وما بعدها) . وانظر باب القضاء في المجلة (المادة ١٧٨٤ وما بعدها) وفي الكتب الفقهية كالبسوط (ج ١٦ ص ٥٩) ، وجامع الفصولين (ج ١ ص ١٣) ، ومعين الحكم (س ٦) ، واللؤلؤة الكبرى (ج ١٢ ص ١٤٤) ، والام (ج ٦ ص ١٩٩) ، والنهي والشرح الكبير (ج ١١ ص ٣٢٣) ، والقوانين الفقهية (س ٢٩٣) وغيرها .

وان جمهور الفقهاء المسلمين ، ومنهم أصحاب ابي حنيفة ، سوغوا للحاكم ان يحجز مال الدين المماطل ، وان يبيعه عليه لأجل ابقاء ديونه . وقد خالفهم في ذلك ابو حنيفة والناصر ، فقالا بان الحاكم لا يبيع على الدين ماله ، بل يجبسه حتى يبيعه هو ، الا الدرهم والدنانير فيأخذها بلا حبس^١ .
وكذلك يجوز في الرأي السائد حبس المسلمين الموسر لاكرامه ، على الدفع . ويجوز احبانا حبس ماله حتى ينفذ ما عليه . وهذا ما نراه فيما يلي .

(١) اظر الترح الكبير (ج ٤ ص ٤٥٨) ، والروض الصغير (ج ٣ ص ٣٦٨) ، واليسر (ج ٢ ص ٢٤٤) ، ونجم الانهر (ج ٢ ص ٤٣٠) ، والبهجة شرح التفتة (ج ٢ ص ٧٥) ، والجوهر شرح الهدى (ج ١ ص ١٥٩) ، والروض الربيع (ج ٢ ص ٣) ، والقواعد لابن رجب (القاعدة ٩٦ ص ٢٢١) .

السنن من الاكتثار في الجمل والحكم على اهل المباني المتداعية السقوط بهما وازالة ما يتوقع من ضررها على السابلة ، والضرب على أيدي المعلمين في المكاتب وغيرها في الاصلاح في ضرهم للصبيان والتعلمين^١ .
واخيراً لا بد من الاشارة دون تفصيل الى وظيفة صاحب الشرطة والوالي وغيرها من الوظائف التي عرفت في تاريخ الامم الاسلامية^٢ والى علاقة بعض هذه الوظائف بتنفيذ الاحكام .

طرق التنفيذ

من الامور الظاهرة في تاريخ الشرائع ان طرق التنفيذ على الدين كانت في المجتمع القديم فاسية شديدة القسوة . وكانت تقع بوجه اصلي على شخصه لا على ماله . ويوضح ذلك ما نقرأه عن اصول التنفيذ عند الرومان القدماء ، وما كان فيه من حتى للداش بوضع يده على جسم المدين^٣ وباسترقاقه وحبسه ومسا الى ذلك^٤ . ومثله كانت عادات العرب في الجاهلية تحجز الدائن ان يبيع مدينه استيفاء للدين ، حتى جاء الاسلام وحرم هذه المادة المحجبة^٥ .
غير ان هذا الأمر لم يبق على حاله . بل تطور بتطور المدنية والحضارة ، وخفضت القسوة شيئاً فشيئاً ، حتى أصبح التنفيذ في الموجبات المالية لا يصيب في الاصل الا مال المدين دون شخصه . وهذا لم يعد حبس المدين في الشرائع التي أقرته الا وسيلة للضغط على المدين الموسر ، واكرامه على الدفع ليس إلا .
ويوجه عام ، أصبح تنفيذ الموجبات أمراً سهلاً . ففي الامم الاسلامية كان التنفيذ يجري عينياً بواسطة ولاة القضاء والمظالم والحسبة ، كل من ضمن اختصاصه وولايته .

(١) مقدمة ابن خلدون (ص ١٩٣ و ٢٩٥-٢٩٦) ، والاحكام السلطانية (ص ٧٦ - ٨٠ و ٢٣٢-٢٣٣) .
(٢) مقدمة ابن خلدون ، ص ١٩٣ .
(٣) Manus injectio .
(٤) اظر التلوح الثالث من قانون الاصلاح الاتمني عشر (La. XII, tab. 3) ، والاحكام اناطوس (25 - 4, Gaius) .
(٥) مواهب الجليل لشرح سيدي خابلي العنطاب ، ج ٥ ص ٣٣ .

هو الحبس^١ .
ثانياً - السنة .

روي عن النبي (ص) انه حبس رجلاً في نيمة^٢ ، وانه قال : « لبي الواجد
يُجِلَّ عِرضه وعقوبته » . ومعنى اللَّيْلِي (بفتح اللام) المطال ، والواجد الغني ،
وبعبارة ابن المبارك « يجلس عرضه يغلظ له وعقوبته يجلس له » . وقال النبي (ص)
أيضاً : « مطال الغني ظلم »^٣ . ولا شك في أن امتناع المدين من قضاء الدين مسح
تلكه منه ظلم ، والظالم يجبس^٤ .

ثالثاً - الاجماع .

انعقد اجماع الصحابة والتابعين من الفضاة والفقهاء على جواز حبس المدين ،
فروي عن عمر بن الخطاب وعلي بن أبي طالب وعن كثير من فضلاء المسلمين ،
كشريح والشعبي وابن أبي ليلى وغيرهم ، انهم كانوا يجبسون المدينين الماطلين .
ولم يكن في عهد النبي (ص) رابي بكر سجين ، وإنما كانوا يجلسون في المسجد
و الدهايز وبالربط ، حتى اشترى عمر بن الخطاب داراً ؛ - كفة باربعة آلاف درهم
وانخذها حبساً . وكان أول من بنى الحبس في الاسلام علي بن أبي طالب . فقد بناه
ولا من القصب رساه ثامناً ، فلم يكن حبسناً فهرب منه طائفة من المساجين .
ثم نقضه وبناه من المدر^٥ ، رساه الخبث^٦ ، أي سكان التبغيس أو التبذيل .

شروط الحبس

إذا قلنا إنه لا حبس إلا الموسر من المدينين ، كان لابد من اشتراط مسألة البسار

- (١) تفسير الفخر الرازي ، ج ٣ ص ٣٩٧-٣٩٨ .
- (٢) سنن أبي داود ، ج ٣ رقم ٣٦٣٠ .
- (٣) رواه احمد وابو داود والنسائي وابن ماجه . انظر سنن أبي داود (ج ٣ رقم ٣٦٢٨) ،
والجامع الصغير للسيوطي (ج ٢ رقم ٧٧٤٣) ، ونيل الاوطار (ج ٥ ص ٢٠٤) .
- (٤) روي في الصحيحين وفي كتب السنن الاربعة . انظر صحيح البخاري بفتح الباء (ج ١٢ ص
١٠٩) ، وصحيح مسلم (ج ٥ ص ٣٤) ، وسنن أبي داود (ج ٣ رقم ٣٣٤٥) ، والجامع
الصغير للسيوطي (ج ٢ رقم ٨١٨٢) .
- (٥) للبسوط ، ج ٢٠ ص ٨٨ ، ج ٢٤ ص ١٦٣ .
- (٦) بالتحريك ، ومعناها قطع الطين اليابس والحجارة .
- (٧) بفتح الباء المشددة أو كرها .

الفصل الثاني

حبس المدين

مهور الحبس

لا يراه في أن المذاهب الاسلامية جميعاً منعت حبس المدين الفقير ، لأن
الحبس ليس الا وسيلة لاكرام الماطل على الدفع ، والفقير لا فائدة من اكرامه .
وهذا ثابت بنص القرآن الكريم : « وان كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة »^١ .
ولقد كان أيضاً من رجال المسلمين وفقهاءهم من قال حتى بعدم حبس المدين
الموسر . فروي عن الخليفة الصالح عمر بن عبد العزيز^٢ انه كان لا يجس الخرفي
دين الغرماء ، بل كان يقول لئن « يذهب فيهم في دينه خير من ان يجبس ، وانما
حقوقهم في مواضعها التي وضعها فيها صادفت عدماً أو ملاء »^٣ . والى مثل رأيه
أيضاً ذهب فقهاء المذهب الظاهري وعبيدالله بن جعفر والليث بن سعد^٤ .
الآن الرأي السائد عند الاثمة هو جواز حبس المدين الموسر « المتع من
دفع الحق الى مستحقه إلهاء اليه وحمل عليه »^٥ . ولهم في ذلك أدلة من الكتاب
والسنة والاجماع .

اولاً - الكتاب .

في الآية الكريمة : « أو يُنْفِقُوا مِنْ الْأَرْضِ »^٦ . وروى النفي عند جمهور الفقهاء .

- (١) البقرة (٢) ٢٨٠ .
- (٢) ولد سنة ٦٢ وتوفي سنة ١٠١ هجرية .
- (٣) للدونة الكبرى ، ج ١٣ ص ٥٥ .
- (٤) النفي (ج ٤ ص ٥٠٣) ، والحلى (ج ٨ رقم ١٢٧٥) .
- (٥) قواعد الاحكام للفر بن عبد السلام ، ج ١ ص ١١٠ .
- (٦) الثالثة (٥) ٣٣ .

مقارنة

بعد هذه الكلمة الوجيهة في موقف الشريعة الاسلامية ، لا بأس بلهجة سريعة في غيرها من الشرائع . ففي قانون الاجراء العثماني يسوغ حبس المدمن ، ولكن بشرط أن يثبت الدائن هو بسار مدينه وقدرته على الدفع ، أو أن يكون المدمن مزمعاً على الفرار ومنشغلاً عن تقديم الكفالة القوية ^١ .

وكان حبس المدمن معروفاً في كثير من الشرائع ، ولكنه الذي منها تدريجياً ، ولم يبق الا في بعض المستنابات . ففي فرنسا التي قانون ٢٢ تموز سنة ١٨٦٧ حبس المدمن ، ما عدا في الامور الجزائية . وكذلك في السكوترا التي قانون الغرماء لعام ١٨٦٩ ^٢ هذا الحبس بشأن الديون المادية ، وابقاه في بعض الاحوال الاستثنائية ^٣ . وأخيراً الذي حبس المدمن مدينياً في لبنان ، ما عدا في ديون العطل والضرر والنفقات المحكوم بها بسبب جرم جزائي أو جرم مدني مقصوراً ^٤ وديون النفقة ، والمهر المؤجل والبائنة ، وفي حال قمع المحكوم عليه عن تسليم الولد القاصر إلى من حكم له بحفظه ^٥ .

وبعد ، فان مسألة حبس المدمن الماطل من المسائل المهمة الجديرة التي تفتقر كثيراً في المداينات وفي المعاملات التجارية . فاذا اشتهرت كثرة المدينين في بلد من البلاد بالمطال والتسويق في أداء حقوق الناس ، فلا شك في ان حبسهم ليس جائزاً فحسب ، بل هو ضروري ، صورياً للعدل ، وواقعاً للمصلحة العامة ، وجزراً

(١) في الدتين ١٣٦ و ١٣٧ منه . انظر أيضاً المادة ٢٠٢ من قانون المحاكمات المقروية العثماني بشأن حبس الدعي عليه ، ان خيف فراره وأنى تعيين عمل اقامة أو تقديم كفالة .

(٢) Debtors Act, 1869

(٣) راجع بعض المستنابات في سقطين (ج ٣ ص ١١٧) ، وراجع تقرير اللجنة الاعلانية الصادر عام ١٩٣٤ في مسألة حبس المدمن :

(Report of the Departmental Committee on Imprisonment by Courts of Summary Jurisdiction in default of payment of fines and other sums of money, 1934, Cmd. 4649) .

(٤) انظر المادة ٨٠٩ من قانون اصول المحاكمات المدنية اللبناني النسخة والمعدلة بقانون ١٦ ايار سنة ١٩٣٥ ، وقانون ٧ حزيران سنة ١٩٣٧ ، وللرسوم الاشتراكي رقم ٤١ الصادر في ١٧ نيسان سنة ١٩٤٠ . تراجع أيضاً اللدوتان ٣٤ و ٣٤٣ من قانون الجمارك اللبناني .

والاعسار . فهل يحبس المدمن الى ان يثبت اعساره؟ أم لا يحبس حتى يثبت الدائن بساره؟ لا شك في أن الاصل في الناس عدم الغنى ، فلا يتوجب قياساً أن يثبت المدمن هذه الصفة ، لان البيئة لا تأتي على النفي . ولكن هذا الاصل قد انتسخ بالمعهود عن الناس ، إذ أنهم يتكسبون في الغالب . لذا يجوز للفقهاء حبس المدمن إلى أن يثبت هو اعساره فيخلى سبيله . ولا بد في بيئة الاعسار من ان يكون الشهود من العدول الخابرين بحال المدمن قبل حبسه ، لانه لا يكفي في ذلك المعرفة السطحية الظاهرة . ولكن طائفة من الفقهاء قالوا بان الحقوق اذا كانت من نفقات او صدقات او ضمان او جتسابة فالقول قول المدمن مع يمينه ، أي انه يصدق بيمينه في انه عديم ، ولا سبيل لحبسه حتى يثبت الدائن البسار .

وان من ثبت اعساره عند جمهور الفقهاء ، لا يجوز حبسه بعد ذلك حتى يثبت الطالب بساره . ومن كان يجوز الحال وطال حبسه ، جاز عند بعض الفقهاء اخراجه بعد مدة يقدرها الحاكم بالقياس الى مقدار الدين واختلاف الاشخاص . وايضاً يسوغ للدائن أن يلازم مدينه المومر وبطالبه ، إذ ان لصاحب الحق

مقلاً ^١ ، ولكن هل يجوز له ملازمة المدمن المعسر؟ قال ابو حنيفة بان له ذلك ، إذ قبل في الحديث الشريف « لصاحب الحق يد ولسان » ، أراد باليد الملازمة وباللسان التقاضي ^٢ . ولكن مالكا والشافعي زفر قالوا بعدم جواز الملازمة ، لان الدين يتعلق بدمه المدمن لا بجسده ، فاما مؤاجرة المدمن لا يجباره على التكسب ، فلا خلاف في تحريره عند جمهور الفقهاء ^٣ .

(١) حديث شريف رواه احمد . انظر الجامع الصغير للسيوطي ، ج ١ رقم ٢٣٩٩ .
(٢) الهداية ، ج ٣ ص ٢٣١ .

(٣) راجع في حبس المدمن فوق المراجع التي ذكرناها : البوط (ج ٢٠ ص ٨٨ - ٩٠) ، والهداية (ج ٣ ص ٨١ - ٨٢) ، والناويز الهندية (ج ٥ ص ٧٠) ، وشرح الزيلعي على الكثر وهيامنه حاشية الشلبي (ج ٤ ص ١٧٩ - ١٨٠) ، والدر المختار (ج ٢ ص ٣١٧) ، ورد المختار (ج ٤ ص ٤٣٥) ، والسنونة الكبرى (ج ١٣ ص ٥٤ - ٥٥) ، وشرحي الخطاب والوراق على سيدي خليل (ج ٥ ص ٤٧ - ٥٠) ، وشرح الحرشي (ج ٤ ص ١٨٦ - ١٩١) ، والام (ج ٣ ص ١٨٩) ، والوحييز (ج ١ ص ١٧٢) ، وفتح العزيز (ج ١٠ ص ٢٢٧) ، والنسفي (ج ٤ ص ٥٠٢ - ٥٠٥) ، والشرح الكبير (ج ٤ ص ٤٦٢) ، والروض النضير (ج ٣ ص ٤٦٩ - ٤٧٠) ، وقواعد الاحكام لابن عبد السلام (ج ١ ص ١١٠ - ١١٢) ، والحسلي (ج ٨ رقم ١٢٧٥ - ١٢٧٨) ، والبرازية (ج ٢ ص ١٩٣ بهامش الهندية) .

المطالبين الظالمين الذين لا يمتسزون بشيء من السارقين والخنسين والتخادعين والاحتالين .

إنما إذا كان المجتمع قد وصل إلى مستوى من الرقي والمدنية بحيث تكون فيه الثقة عماد المعاملات ، وتكون فيه الامانة أساس المداينات ، فيصنذ لا بأس بتبع حبس الدين ، وفاقاً لسابقات عمر بن عبد العزيز وغيره من الائمة المسلمين ، ووفقاً لروح التشريع الجديد . فالامر كل الامر راجع الى السياسة الشرعية ، التي تتأثر بالامصار المختلفة وبالعصار المتقلبة .

صنع المديرة من السفر

إن هذا البحث متصل بالبحث السابق . وهو يتعلق بمسألة المدين الذي لم يحل الدين عليه والذي ينوي الفرار أو السفر . فهل يجوز لدائته أن يبعه من ذلك إن لم يقدم كفيلاً أو رهناً ؟ اختلف الفقهاء في الجواب . فقال بعضهم ، كالشافعي ، بأن الدائن لا يملك المطالبة بالدين المؤجل ، وبأنه لا يملك من ثم مطالبة مديته بكفيل ولا منعه من السفر .

وقال آخرون كمالك وابن جنبل وبعض اصحاب الشافعي ، بأن من أراد سفراً وعليه حق يستحق قبل مدة سفره فلصاحب الحق منعه ، إلا أن يقدم بالحق كفيلاً ملبساً أو يدفع رهناً كافياً . وكذلك له منعه إذا كان السفر الى الجهاد أو ما أشبهه ، وإن كان الدين لا يستحق الا بعد رجوعه من السفر ، لما في مثل هذا السفر من

خطر الموت وفوات الحق .

أما في ظاهر الرواية عند الحنفين ، فليس الدائن يمنع المدين من السفر قبل حلول الدين ، بل إنما يسافر معه وبلازمة . ولكن أبو يوسف استحسن أخذ الكفيل من الزوج قبل سفره تأمناً لنفقة زوجته مدة شهر . وعلى قوله الفتوى في هذه المسألة عند الحنفين . وقد رأى بعض التأخرين من أئمة المذهب الحنفي ، كصاحب المحيط والصدور

(١) المغني (ج ٤ ص ٤٠٦ - ٤٠٧) ، والشرح الكبير (ج ٤ ص ٤٠٦ - ٤٠٧) ،
 وفتح العزيز (ج ١٠ ص ٢١٥ - ٢١٦) ، وشرح الخريزي (ج ٤ ص ١٧٣) .

الشهيد وصاحب المنقذ ومنظومة الحجة وغيره ، قياس الدين العادي على نفقة المرأة . ورجح رأيهم المغني أبو السعود في معروضاته وابن عابدين في حاشيته .

رحمتهم في ذلك انه ليس من الرفق بشيء ، وإن يقال لصاحب الدين سناناً مع (المدين) إلى أن يحل الاجل ، إذ ربما يصرف في السفر أكثر من دينه . وهكذا رأى ابن عابدين أثر الاقتناء بقوله هؤلاء التأخرين حسن ، وفيه حفظ لحقوق العباد من الضياع والتلف خصوصاً في هذا الزمان ،^١

والى هذا المذهب ذهب مجلة الاحكام العدلية ، حيث جاء فيها : « للمدين مؤجلاً ، لو أراد الذهاب الى ديار أخرى وراجع الدائن الحاكم وطلب كفيلاً يكون مجبوراً على اعطاء الكفيل » (المادة ٦٥٦) .

وقريب منه ما جاء في قانون الموجبات والعقود البنائي ونصه : « ان الدائن الى أجل يمكنه ، حتى قبل الاستحقاق ، ان يتوسل بكل الوسائل الاحتياطية لصيانة حقوقه وان يطلب كفالة او غيره من وجوه التأمين او أن يعدد الى الحجز الاحتياطي حين يجد من الاسباب الصحيحة ما يجمله على الحرف من عدم ملاة المدين او من افلاسه او من هربه » (المادة ١١١) .

فهذا النص يوجب على المدين ، إذا خيف من هربه ، ان يقدم كفالة أو تأمناً آخر بناء على طلب دائته . ولكن قبل تقديم ذلك ، هل ينع المدين من السفر ؟ نحن نعتقد بأنه ينع ، إذ كيف يتصور اجباره على تقديم الكفالة او التأمين بعد سفره وفراره ووقوع ما يقصد التحرز منه والاحتياط له ؟ ونحن لا نرى لهذا النص من معنى حقيقي ومن تطبيق في الواقع إلا هذا التفسير . وذلك على الرغم من منع حبس المدين في لبنان ، إذ ان الجلس شيء ومنع العرب قبل تقديم الكفالة شيء آخر . وإذا سلمنا بعكس هذا التفسير ، فنكون سلمنا بجواز الحكم على من

(١) الهداية (ج ٣ ص ٢٣١) ، والدر المختار (ج ٢ ص ٣٠٤) ، ورد المختار (ج ٤ ص ٣٩٤ - ٣٩٥) ، والهدية (ج ١ ص ٥٧٣) .

(٢) انظر بعض الاجتهادات المخالفة في المحكمين الصادرين في ٢٥ أيار و ٣١ تشرين الاول سنة ١٩٣٥ ، من قاضي الامور المستعجلة في بيروت (ر في مجلة المحامي ، السنة التاسعة ، القسم الثاني ، ص ٣٦ و ٣٢٥ و ٣٢٨) . انظر أيضاً المحكمين الصادرين من محكمة بداية بيروت ، الاول من الفرقة الجزائية بتاريخ اول آذار سنة ١٩٣٧ والثاني من الفرقة المخالطة بتاريخ ١٦ آذار سنة ١٩٣٧ (نفس المجلة ، السنة الثانية عشرة ، القسم الرابع ص ١٢ ، والقسم الثاني ص ١٦٨) .

يحتسب مهربه بتقديم الكفالة مع السماح له بالحرب قبل تقديمها . وهذا غير معقول ولا مقبول .
ولا بد من الإشارة الى ان الاجتهاد اللبناني يجوز المنع من السفر في الاحوال الاستثنائية التي لا يزال فيها حبس المدين جائزاً ، كما في تنفيذ بدل العطل والضرر الناتج عن جرم جزائي^١ .

الفصل الثالث

حبس العين

المبدأ العام وايضاها

إن حق حبس العين هو الحق المعطى لشخص في يده شيء، يخص مدينه بان يحتفظ بما لديه حتى يدفع له صاحبه الدين الواجب عليه . مثلاً البائع في البيع المطلق في معظم الشرائع الحق بحبس المبيع حتى يقبض الثمن من المشتري . وقد سمي هذا الحق في الاصطلاح العربي حق حبس العين لوقوعه على شيء، والتميز به من حبس المدين الذي أروضنا^١ .

وقد اختلف في الاحوال التي يجوز فيها حق الحبس هكذا^٢ . ففي نظرية اولي ضيقة ، لا يعطى حق الحبس الا عندما يكون الشيء المحبوس في حوزة الدائن بنتيجة العقد الذي نشأ منه الدين . وهذا يقع في عقود المعاوضة ، إذ لكل من العاقدين أن يمنع من اداء ما تعهد به الى أن ينفذ العاقد الآخر تعهده المقابل . وفي نظرية ثانية وسية يكون حق الحبس للدائن في جميع الاحوال التي يجاز فيها شيئاً ملك مدينه .

وقد نظرية ثالثة توسطت بين الاثنتين . وقد اخذ بها قانون الموجبات والعقود اللبناني ، نقلاً عن بعض القوانين الحديثة ، كالتعاون المدني الاثلاثي (المادة ٢٧٣) وغيره . فبمباراة القانون اللبناني لا ينحصر حق الحبس وفي من كان دائناً ومديوناً بموجب عقد متبادل ، بل يوجد ايضاً في كل حالة يكون فيها الدين منصلاً بموضوعه^٣ .

(١) يسمى في الفرنسية Droit de rétention ، وفي الانكليزية Lien .

(٢) انظر كوران وكايتان ، ج ٢ ، ص ٧٧٨ - ٧٧٩ .

(٣) Debitum cum re junctum

(١) انظر بهذا المعنى محكمة الاستئناف الدينية الصادرين الاول من الفرقة الرابعة (رقم ١٣٦٦) بتاريخ ١٣ كانون الاول سنة ١٩٤٦ ، والثاني من الفرقة الثانية بتاريخ ٢٠ آذار سنة ١٩٤٧ .

وعدم التمتع . ولكنه على خلاف ذلك لجهة الإفضلية ، فالأصل في الشريعة الإسلامية أن حق المجلس يعطى امتيازاً الدائن بالقياس إلى سائر الغرماء . مثله جاء في المجلة أنه إذا مات المشتري ، مطلقاً قيسل فحق البيع واداء الثمن ، كان للبائع حبس المبيع إلى أن يستوفي الثمن من تركه المشتري . وفي هذه الصورة يبيع الحاكم المبيع ، فوفي حق البائع بتمامه . وأن يبيع بالنقص من الدين الأصلي أخذ البائع الثمن الذي يبيع به ، وبكونه في الباقي كالغرماء . وأن يبيع بأزيد أخذ البائع الثمن الأصلي فقط ، وما زاد يعطى الى الغرماء ، (المادة ٢٩٦) .
وبعد هذه الكلمة العامة ، نسردهم هنا أهم أحوال حبس العيين المعروفة في الشريعة الإسلامية ، لا سيما في مجلة الأحكام العدلية . فبعضها ، على غرار التقسيم الحديث ، في فئات ثلاث هي : الحبس بالشرط ، والحبس في عقود المعاوضة ، والحبس للتلازم .

الحبس بالشرط

إن حبس العين يكون من حق الدائن أحياناً يقتضى اتفاق الطرفين . وأمثلة ذلك عقد الرهن . ففي المجلة للدائن المرتهن أن يحبس الشيء المرهون إلى حين فكه باستيفاء الدين^٢ . وكذلك له أن يحبس الزائد الذي يتولد من المرهون ، وفق قاعدة التابع تابع أو الذرع يتبع الأصل (المادتان ٤٧ و ٥٧) .
وإن لبيع الوفاء في المجلة حكم الرهن من هذه الناحية (المادة ٣) . وذهب بيع الوفاء هو البيع بشرط أن البائع متى رد الثمن يرد المشتري اليه المبيع ، (المادة ١١٨) . فعليه لا يجبر المشتري رفاً على رد المبيع قبل استرداد الثمن .
وملاحظة : أن هذا الضرب من الحبس أظهر من الضروب الأخرى ، من حيث امتياز صاحبه على باقي الغرماء . فالمرتهن أو المشتري ووفاءه أحق من سائر الغرماء باستيفاء الدين من المرهون أو من المبيع وفاء (المادتان ٤٠٣ و ٧٢٩) . وهذا موافق لما أوضحناه من أن حق حبس العين في الشريعة الإسلامية يعطى صاحبه امتيازاً .

(١) انظر أمثلة أخرى من حق الامتياز في هذا الجزء من ١٥٢ .

(٢) المادة ٧٢٩ منها ، والفني (ج ٤ من ٤٥٢) .

أي حيث يكون التلازم موجوداً بين الموجب المطلوب والدين المنخص بن يستعمل حق الحبس من أجل ذلك الموجب . فهو أي حق الحبس يعود مثلاً الى واضع اليد أو إلى المستثمر أو محرز الشيء . المرهون بدون أن يكون نمسمة تميز بين الاموال المنقولة وغير المنقولة ولا بين الحائس الحسن النية وسبئها . وإنما يحرم حق الحبس محرز الاشياء المنقولة أو المسروقة وحزر الاشياء التي انتزعت بالعنف من صاحبها الحقيقي ، (المادة ٢٧٢) .

فهذه النظرية الاخيرة تشمل كلاً الى احوال الامتناع عن تنفيذ الموجب في عقود المعاوضة ، كحق البائع في حبس المبيع حتى دفع الثمن . وتشمل فوق ذلك احوال اخرى ، أهمها عندما يكون حائز الشيء المحبوس قد تضرر بسببه أو انفق عليه بعض المصروفات . مثاله في القانون البناني وحق للصانع أن يحبس المنشأ وسائر الاشياء التي تتلها من صاحب الامر للقيام بالعمل ، إلى أن يدفع له البديل أو الاجر وما يكون قد اسلفه عند الاقتضاء ما لم يكن المقدم يقضي بالدفع في أجل معين ، (المادة ٦٧٧) .^١ وكذلك وللذرع ان يحبس الوديعة إلى أن يستوفي كل ما وجب بسبب الإيداع ، (المادة ٧١٨) .

غير أن كثيراً من الشرائع لم تضع مبدأ عاماً على غرار المذكور . بل إنما اكتفت باعطاء أمثلة من حق الحبس في احوال معينة . وهذا ما نراه في الشرائع الإسلامية والفرنسية والانكليزية^٢ .
وإن حق حبس العين بوجه عام يسقط بزوال الاحراز . فعليه لو سلم البائع المبيع قبيل قبض الثمن ، سقط حقه في حبسه ، وليس له استرداده من المشتري لهذه الغاية^٣ .

وفي قانون الموجبات البناني ، لصاحب حق الحبس رفض التخفلي عن الشيء المحبوس . ولكن ليس له حق تبيمه إذا خرج من يده إلى حيازة الغير ، ولا حق الإفضلية على باقي الغرماء في ثمن المحبوس (المادة ٢٧٤) ، إلا في الرهن وما أشبه . وكذلك هو الامر مبدئياً في المجلة والشريعة الإسلامية لجهة رفض التخفلي

(١) انظر أيضاً المادة ٤٩ من قانون العمل البناني .

(٢) كولاو وكابيتاز (ج ٢ من ٧٧٩ وما بعدها) ، وستيفن (ج ٣ من ١٧٦-١٧٨) .

(٣) المادة ٢٧٣ من قانون الموجبات البناني ، والمادة ٢٨١ من المجلة .

* الجبس في عقر و المعاوضة *

في الشرع الاسلامي وفي المجلة ما يدل على ان لأحد الماقدن في عقود المعاوضة ان يرض التنفيذ ما دام الآخر تاكلاً عن القيام بما عليه . ويوضح ذلك أمثلة من عقدي البيع والاجارة .

اولاً - عقد البيع .

لا شك في ان هذا العقد هو من عقود المعاوضة المبنية على التساوي بين التزامات الطرفين المتبادلة . ولكن بما انه يخشى فيه ان ينفذ احد الطرفين ما عليه ثم ينكسر الآخر عن الاداء ، فيختل بذلك مبدأ المساواة بينهما ، فقد وجب التساؤل عن طريقة تحقيق هذه المساواة من الناحية العملية ، وعمّن يجب عليه البدء في التنفيذ . ايلزم البائع تسليم البيع اولاً ، ثم يلزم المشتري دفع الثمن قبل تسليم البيع ؟ هذه مسألة أخرى من مسائل الفروع الخلفية في الشرع الاسلامي . وقد ذهب الفقهاء فيها مذاهب ثلاثة .

فالمذهب الاول لا يجبر أحداً من المتبايعين على التنفيذ قبل الآخر ، لان التزام الواحد منها مرتبط بالتزام الآخر . فعليه يجب التنفيذ عليها دفعة واحدة . وعند الاختلاف يكون ذلك بحضور القاضي او بحضور عدل ينتدبه . وهذا مذهب الامام الشافعي في احد اقواله ، ومذهب اهل الظاهر ، ومذهب الامام عبيد الله بن الحسن . وهو يشبه رأي الشريعة الانكليزية ايضاً .

والمذهب الثاني هو للامام ابن حنبل وللإمام الشافعي في القول المختار من مذهبه . وهو يجبر البائع على تسليم البيع اولاً لتعلق حق المشتري بهينه ، ثم يجبر المشتري على دفع الثمن . فعليه لا يجوز للبائع في هذا المذهب ان يجبس البيع ويتنعم من التسليم حتى يقبض الثمن ، واذا فعل ذلك عد غاصباً .

اما المذهب الثالث فهو مذهب جمهور الفقهاء المسلمين ، الاثنية ابي حنيفة ومالك والشافعي في احد اقواله واصحاب ابن حنبل . فمقدم يجبر المشتري على دفع الثمن اولاً ، وللبائع حبس البيع الى ان يقبض هذا الثمن . وحجتهم في ذلك ان البيع

(١) آتون ، ص ٣٤٩ - ٣٥٠ .

هو المحل الاصلي للبيع ، وهو يتعين بالتعيين ويدخل في ملك المشتري بقضى العقد ، مع ان الثمن ليس الا وسيلة للمبادلة ولا يتعين الا بالقبض . لذلك يجب تعيين هذا الثمن بالقبض اولاً حتى يصبح معيناً كالمبيع ، فتحصل المساواة بين المتبايعين . وبعبارة اخرى ، فان « عقد البيع يقضي استواءهما (الطرفين) في التسليم والتسلم ، ففي اجار البائع على التسليم قبل حضور الثمن وتعيينه من قبضه اضراً به » . وهكذا يبقى البيع في يد البائع « كالمعنى بالثمن » .

وبهذا المذهب الاخير اخذت مجلة الاحكام العدلية ، ونصت على انه « في البيع بالثمن الحال ، اعني غير المؤجل ، للبائع ان يجبس المبيع الى ان يؤدي المشتري جميع الثمن » (المادة ٢٧٨) . ومعناه جاء في قانون الموجبات الديني ان البائع لا يلزم بتسليم المبيع ما دام المشتري لم يدفع اليه الثمن (المادة ٤٠٧) . ولكن يشترط حتى الجبس في المجلة وفي المذاهب التي قالت بقولها ان يكون البيع من نوع البيع المطلق ، اي مبادلة المال بالثمن ، وان يكون الثمن حالاً ، وان يكون المبيع حاضراً . فعليه لا يوجد حتى الجبس اذا كان المبيع منقولاً ، غالباً ٢ ، او اذا كان البيع نسبةً اي بالثمن المؤجل (المادة ٢٨٣) ، او اذا كان البيع من نوع الصرف او المعاوضة (المادة ٣٧٩) .

وأخيراً اختلف في مسألة تأثير الزمن او الكفالة على حق الجبس . ففي المجلة (المادة ٢٨٠) والقانون اللبناني (المادة ٤٠٧) ، لا يسقط حق الجبس اذا أعطى المشتري رهناً او كسبلاً لتأمين دفع الثمن . اما في بعض القوانين ، كالتقانون المدني الالمانى (المادة ٢٧٣) مثلاً ، فانه يسقط بالتأمين المبني ولا يسقط بالكفالة . ثانياً - عقد الاجارة .

يقضى المجلة ايضاً لو شرطت الاجرة معجلة أي مستحقة حالاً ، ينهي للمستأجر

(١) انظر في تفصيل هذه المذاهب : الهداية (ج ٣ ص ٢٤) ، ورد الحصار (ج ٤ ص ٥٨) ، شرح الحرشي (ج ٤ ص ٦٩) ، والقوانين الفقهية (ص ٢٤٧) ، والهدى (ج ١ ص ٢٩٣ - ٢٩٤) ، وفتح العزيز (ج ٨ ص ٤٦١ وما بعدها) ، والشرح الكبير (ج ٤ ص ١١٣ - ١١٤) ، والروض المربع (ج ٢ ص ٢٧) ، واعلام الواعين (ج ٤ ص ٢٧ - ٣٠) ، والوارد (ج ١ ص ١٥١ و ٢٠٤ و ٢٤٣ و ٢٦٢ و ٢٧٨ وما بعدها من المجلة ، والمحل (ج ٨ ص ١٤٣٩) .

(٢) الاشياء لابن نجيم ، ص ١٥١ .

يستوفي ما دفعه من الموكل ^١ .
ثالثاً - حبس البناء .

من أمثلة المجلة أيضاً انه : ^٢ واذا تهدمت الابنية التي عازها لواحد وسفلها لآخر أو احترقت ، فككل واحد يعمر ابنته كما في السابق ، ليس لاحدهما ان يمتنع الآخر . ويقول صاحب العلو لصاحب السفل عمر ابنتك لاركب أنا بابنتي عليها . فان امتنع صاحب السفل ، يستأذن صاحب العلو الحاكم ويبنى السفل والعلو ويمنع صاحب السفل من التصرف حتى يعطيه ما أصابه من النفقة ، (المادة ١٣١٥) .

رابعاً - بيع المأجور .
لو استأجر احد داراً فباعها المؤجر بأجرة المستأجر قبل انتهاء مدة الاجارة ، فلهذا الأخير يقتضى المجلة ان يحبس المأجور ويمنع عن تسليمه حتى يستره الاجرة التي عجزها عن المدة الباقية من الاجارة (المادة ٥٩٠) .
خامساً - البيع الفاسد .

في البيع الفاسد وما اليه ، إذا فسخ البائع البيع وكان المبيع في يد المشتري ، فلهذا ان يحبسه ليرة البائع الثمن عليه ^٣ .

(١) الفتاوى الهندية ، ج ٣ ص ٦٦٢ .
(٢) البدائع (ج ٧ ص ١٧٥) ، والمادة ٣٧٢ من المجلة .

تسليمها الى المؤجر ، سواء أكان موضوع الاجارة شيئاً او عملاً . فلهوجر في اجارة الاشياء ان يمتنع عن تسليم المأجور ، وللأجير في اجارة العمل ان يمتنع عن العمل ، الى ان يستوفيا الاجرة (المادة ٦٨) . وهذا كما ترى مثل آخر من حق حبس الجبس في عقود المعاوضة .

مبس العين للالتزم

في المجلة وغيرها من كتب الفقه حالات يكون فيها للدائن حق حبس العين ، دون أن يكون هذا الحق من نوع الامتناع عن تنفيذ الموجب الاصيل في العقود المتبادلة ، بل انما يكون هذا الحبس واقعاً على شيء . ملك المدين استثناء لدن متصل بهذا الشيء . واليك بعض الامثلة من ذلك .
اولاً - اجارة العمل .

عند جمهور الفقهاء يصح للأجير الذي لعمله اثر ، كالحياط والصباغ والقصار ، ان يحبس المستأجر فيه لاستيفاء الاجرة التي له بذمة صاحبه . ولكن لا يصح ذلك للأجير الذي ليس لعمله اثر ، كالحلال والملاح وما أشبه . وقد شد الامام ابن حنبل عن الجمهور ، فمنع حتى الحبس عن الاجير في الحالة الاولى ايضاً ^١ .

فهما التزم الاجير بتقديم العمل والتزم المستأجر بدفع الاجرة . ولصكن اذا قدم الاول عمله وامتنع الثاني عن دفع اجرة ، فلاول حبس الشيء الذي وقع عليه العمل اذا كان هذا العمل له اثر في الشيء المستأجر فيه . فها لم يمتنع الاجير عن تنفيذ العمل ، او بعبارة اخرى هو لم يحبس العمل ، بل حبس شيئاً آخر متصلاً بالدين المطلوب .
ثانياً - الوكالة .

في عقد الوكالة بالشرء ، اذا أعطى الوكيل الثمن من ماله ، فله ان يحبس المال المشتري الى أن يتسلم الثمن من موكله (المادة ١٤٩١) . وكذلك في الوكالة بالاستئجار ، اذا دفع الوكيل الاجرة معجلاً ، فان له ان يحبس الدار المأجورة حتى

(١) انظر اعلام الموقعين (ج ٤ ص ٢٧ - ٢٨) ، وبداية المجتهد (ج ٢ ص ٢٤٠) ، والادب ٤٨٢ - ٤٨٣ من المجلة .

مستثنيات عدة . ومن أهم هذه المستثنيات تصرفات المدين المحجور عليه والمدين المريض ، على ما اوضحنا في اجاث الحجر ومريض الموت .

ولكن فيما عدا هذه المستثنيات ، فإن المدين الصحيح غير المحجور عليه تصح تصرفاته جميعاً عند جمهور الفقهاء ، ابي حنيفة والشافعي وابن حنبل . وكذلك من كان مديناً لجماعة بديون مختلفة فإن له ان يقدم في الايفاء . من اراد ويؤخر من اراد ، ولولاية الخي على نفسه وماله ،^١

وايضاً لو أن رجلاً غير محجور عليه ولا مريض وقف ملكه وكانت أمواله الباقية لا تكفي لايفاء ديونه ، فإن وقفه صحيح رجائز ، وإن فصد بوقفه هذا إلى ضرر الغرماء وإلى الماطلة في دفع الديون^٢ .

ولكن المتأخرين من الحنفيين أفتوا بان من وقف ملكه على أرلاده ومهره من الدائنين لا يصح وقفه ولا بلزم ، والقضاة بمنوعون من الحكم وتسجيل الوقف بتقدير ما شغل بالدين . وقد رجح هذه الفتوى الفتي أبو السعدود^٣ في معروضات والعلاني والشيخ اسماعيل الحلائك وابن عابدين وغيرهم^٤ . وبها ايضاً اخذت المشيخة الاسلامية ودايرة الفتوى وفتواخانه ، ومجلس الشورى في الدرة العنانية ، فصدر الامر السامي بالعمل بما بتاريخ ١٨ ربيع الاول سنة ١٢٩٨ هـ^٥ .

وان ما قدمناه خلاصة المذهب الحنفي ومذهب جمهور الفقهاء ، غير ان الامام مالكاً وبعض الائمة الحنبلية ، كابن تيمية وابن القيم الجوزية ، خالفوا الجمهور في ذلك ، وقالوا بان المدين اذا استغرقت أمواله بالديون فلا تصح عقوده التي فيها تبرع ، كالغبة والبيع بالمحاباة وما أشبه ، إلا ما جرت العادة بفعله ، وسواء في ذلك اكان المدين محجوراً عليه أم لم يكن . وإذا تبرع على هذا الوجه ، فللدائن ان

(١) الفتاوى البرازية (ج ٢ ، ص ٢٠ ، بهامش الهندية) ، وتفصح الحامدية (ج ٢ ، ص ٢٥٧) ،
(٢) تفصح الحامدية (ج ١ ، ص ١٢٩) ، والفتاوى الطرسوسية (ص ١٥٠) .
(٣) هو ابو السعود بن محمد بن مصطفى العماد ، ولد بشرية قريبة من الاسنانة سنة ٨٩٨ ، وتوفي سنة ٩٨٢ هـ . وكان قاضياً ثم مفتياً في أيام السلطان سليمان والسلطان سليم . عن القصد النظم (بهامش ابن خلدكان) ، ج ٢ ، ص ٢٨٢ وما بعدها .
(٤) تفصح الحامدية في الموضع المذكور .
(٥) الموافق ٢٧ شباط سنة ١٢٩٤ مائبة او ١٨٧٨ ميلادية . انظر ترجمة هندا الامر في

مروحة الطلاب ، ليخطايل عبد البستاني ، بيروت ، ١٩١٤ ، ص ٩١ .

الفصل الرابع

حقوق الغرماء

لمحة عامة

إن حق الدائنين يتعلق في مال مدينهم^١ . وهذا ما اسماه المشرع اللبناني حق الارتان العام ، نقلاً عن الاصطلاح الفرنسي . وهو كما ترى تسمية فيها من الاشكال بعض الشيء ، لا قد تجر كلمة الارتان من اختلاط معنى الرهن العادي المعروف .

وان الشريعة الاسلامية خولت الغرماء وسائل شتى لاجل تحصيل حقوقهم ، أو لاجل صيانتها من الضياع . فلقد قدمنا من ذلك في هذا الكتاب كثيراً من الامثلة . فربما بصورة خاصة مسألة الحجر على المدين الفليس والماطل ومنعه من التصرفات المضرة ، ومسألة الحجر على مال المدين وبيعه عليه تسديداً لديونه ، ومسألة حبس المدين وملازمته ومنعه من السفر ، ومسألة حبس ماله احياناً . فلن نعود الى هذه المباحث جميعاً .

وفوق ذلك ، نجد في معظم الشرائع وسائل اخرى منحت للدائنين لاجل المحافظة على حقوقهم . واهما المعارضة على بعض التصرفات المضرة بهم وطلب فسحها ، والمداعاة باسم المدين وما أشبه . ولكل كلمة سريرة في ذلك .

فصح عقود المرهية

معلوم ان عقود الدين تسري في الاصل على الغرماء . ولكن لهذا الاصل

(١) اعلام المؤمنين ، ج ٤ ، ص ٦ .

يطلب من الحاكم ابطال التصرف^١ .
ولقد أوضح ذلك ابن القيم بقوله ان حق الغرماء قد تعلق بال مديان ، وان
وفي تمكين هذا المديان من التبرع ابطال حقوق الغرماء . والشريعة لا تأتي بشل
هذا . فانما انما جاءت بحفظ حقوق ارباب الحقوق بكل طريق وسد الطرق المغيبة
الى اضعافها . وقال النبي (ص) : « من أخذ اموال الناس يريد اداؤها أدى الله
عنه ومن أخذها يريد اتلافها اتلفه الله »^٢ . ولا ريب ان هذا التبرع اتلاف لها .
فكيف يند تبرع من دعا رسول الله (ص) على فاعله ؟^٣ .
وان رأي مالك ومن قال قوله شبهه ، فمضمون ما هو مشهور اليوم باسم الدعوى
البولصية ، ، نسبة الى القاضي الروماني بولص ، الذي كان اول من منحها للدائنين
لفسخ عقود المدين التي اجراها بقصد الاضرار بهم^٤ . وهذه الدعوى معروفة في
معظم القوانين العصرية^٥ .

وكذلك أقر القانون اللبناني الدعوى البولصية ، وأسماها بالدعوى البولصية ،
وهي ترجمة حرفية غير موفقة . فكان الاولى ترجمتها بدعوى ابطال التصرفات او
ما أشبه . وبذلك تأتي الترجمة موافقة للمعنى وللاصطلاح العربي السابق .
واليك نص قانون الموجبات اللبناني في هذه المسألة ، نكتفي بتقله دون تعليق .

قال هذا القانون (المادة ٢٧٨) : -
« يحق للدائنين الذين أصبح دينهم مستحق الاداء ان يطلبوا باسماهم الخاصة
فسخ العقود التي عقدها المدينون لهم محرقهم وكانت السبب في احداث عجزه عن

(١) شرح المرشي على سيدي خليل (ج ٤ ص ١٧٣) ، وبداية المجتهد (ج ٢ ص ٢٣٦ -
٢٣٧) ، واعلام الموقعين (ج ٤ ص ٦ - ٧) ، والقواعد لابن رجب (القاعدة ١١ ص ١٤) .
(٢) رواه البخاري واحد وابن ماجه . انظر المعنى على البخاري (ج ١٢ ص ٢٢٦) ،
والجامع الصغير للسيوطي (ج ٢ رقم ٨٣٥١) .
(٣) اعلام الموقعين ، ج ٤ ص ٦ .

(٤) Actio Pauliana

(٥) انظر كتاب بي (Petit) ، اوليات القانون الروماني ، باريس ، ١٩٢٠ ، رقم ٧٨٦ ،
(D. , quae in fr. creditorum, XLII, 8) ، ونظرية العقد السنهوري (رقم ٧٢٧) .
(٦) راجع المادة ١١٦٧ من القانون المدني الفرنسي ، وكتاب الاراضي تأليف تشاير
(ص ٧٣١) .

الابناء ، او تقاض هذا العجز . أما المقود التي لم يكن بها المدينون الا مهملًا للكسب
فلا تنالها دعوى الفسخ .

« وهذه الدعوى المسماة بالدعوى البولصية ، يجوز ان تناول أشخاصاً عاقدم
المدينون خدعة . غير انه لا تصح اقامتها على الاشخاص الذين نالوا حقوقهم مقابل
عوض الا اذا ثبت اشتراكهم في التواطؤ مع المدينون . .

« ولا يستفيد من نتائج هذه الدعوى الا الشخص او الاشخاص الذين اقاموها ،
وذلك على قدر ما يجب لصيانة حقوقهم . اما فيما زاد عنها فيبقى المقعد قائماً ويستمر
على انتاج جميع مفاعله .

« وتسقط هذه الدعوى بمرور الزمان بعد عشر سنوات » .

الدعوى الصورية

ان ما قدناه عن دعوى ابطال التصرفات او الدعوى البولصية يفترض وجود
تصرفات او عقود يجريها المدين احببلا او بقصد الاضرار بالدائنين ، ونتيجتها تخرج
امواله فعلاً من ثورته ، فيصبح بسببها خامساً . ولكنها على كل حال تصرفات
وعقود حقيقية لا يختلف باطنها عن ظاهرها .

انما توجد احوال اخرى لا تكون فيها المقود او التصرفات حقيقية ، بل
تكون وهمية او صورية . وتكون الغاية من ذلك احببلاً شريفة ، كما لو خاف
المالك سطوة منتقب ظالم او ما أشبه ، فالتجأ الى بيع ماله في الظاهر من رجل
قوي يحميه . وتكون الغاية احببلاً غير شريفة ، كما لو تواضع المدين مع احد اقاربه
او غيره وباع منه امواله ظاهراً لتبرئها من وجه الغرماء او احدثا فيهم ، بحيث
لا يبقى لهم بعد ذلك ما يكفي لابقاء ديونهم .

ومن امثلة هذه التصرفات الصورية مسالة التلجئة التي يبحث فيها الفقهاء في باب
البيع ، مع ان حكمها يجري في جميع التصرفات التي تقبل الفسخ .

وفي التلجئة معنى الاجاء والاضطار . فيبيع التلجئة هو البيع الذي يضطر اليه
المروء ظالم او لسبب ضروري آخر . وهو بيع صوري ظاهر يخفي في باطنه
اتفاقاً مخالفاً . وقد اختلف الفقهاء في حكمه .

وكذلك في حال افلاس المدين الناجر ، أوجبت المادة الخامسة من قانون ٢١ جمادى الآخرة سنة ١٣٢٣ (٩ آب سنة ١٣٢١) ، لأجل اعتبار ديون بعض الأقرباء ، ان تكون سنداتهم مصدقة لدى الكاتب العدل وان تكون مقيدة في دفاتر المفلس ، وذلك منماً من الاحتيايل والتواطؤ .

واخيراً جاء في قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني : ، ان والتي المتعاقدين وخلفاءهم الخصوصيين الذين انشيء ، السند الظاهري احتيالياً للاضرار بهم يخفى لهم ان يقبوا دعوى اعلان التواطؤ وان يشتهر بجميع طرق الانتباة ، (المادة ١٦١) . ولكن المتعاقدين أنفسهم أو خلفاءهم المومنين لا يكتمهم اثبات صورية السند إلا بسند مبدئياً .

وبعد ، فان التصرفات الصورية المقصود بها هضم حقوق الدائنين ليست إلا من نوع الجبل الشرعية المحرمة عند جمهور الفقهاء ،^١ لان هذه التصرفات حصلت على أكل أموال الناس وعلى ابطال حقوقهم . وإذا كان أكل مال الغير محرماً بالآية الكريمة ، لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل ،^٢ ، كانت الجبل على اكله محرمة أيضاً . وانسب ، كما أوضح ابن القيم ، متى ثبت تحريم شيء . في نفسه ، يثبت تحريم الجبل والوسائل والدرائع الفضية اليه . ولو ابيحت هسده ، لكان ذلك نقضاً للتحريم واغراء للنفوس به ، ، وهذا ما لا يمكن القول به^٣ . ثم ان العقود الصورية باطلة أيضاً عملاً بالمذهب الشريف ، انما الاممال باليات وإنما لكل امري . ما نوى ، ، والمقصود ان المتعاقدين ، وان اظهروا خلاف ما اتفقا عليه في الباطن ، فالعبرة لما اضرأه وانفقا عليه وقصداه بالعقد ،^٤ . فاذن ، ان سماع دعوى صورية العقد بلاثم روح الشريعة ويرتكز على مبادئها الاساسية .

المراعاة باسم المبره

لا يكون اضرار المدين بدائنه بطريق التبرع والتلجئة فمغسب ، بل يكون

- (١) انظر في الجبل الشرعية وتحريمها وخلاف المذهب فيها كتابنا « فلسفة التفسير » في الاحلام ، الفصل الثاني من الباب الرابع ، ص ٢٢٠ .
- (٢) سورة النساء (٤) ٢٩ .
- (٣) اعلام الموقعين ، ج ٣ ص ١٢٠ و ٢٨٦ .
- (٤) المصدر ذاته ، ص ٨٢ .

فالو حسيئة في رواية عنه والشافعي قالان العبرة للبيع الظاهر ، لانه لاحق للاتفاق السابق وملغ له . وروي أيضاً عن ابي حسيئة انه قال بان بيع التلجئة معروف على اجازة المتبايعين ، فان اجازاه جاز وان رداه بطل^١ .

اما صاحبنا ابي حسيئة ، ابو يوسف ويحمد بن الحسن ، اللذان اخذ الحنفيون برأيها في هذه المسألة ، فقد فصلاً في بيع التلجئة ، وهو بهذا التفصيل على ثلاثة ضروب : الاول ان تكون التلجئة في نفس المبيع . مثلاً يقول رجل لآخر ، اني اظهر الي بيعت داري منك وليس يبيع في الحقيقة ، ، ويشهد على ذلك ، ثم يتبايعان في الظاهر . فهنا البيع باطل ، لانه كالمثل لانية فيه .

والثاني ان تكون التلجئة في بدل المبيع . نحو ان يتفق المتبايعان في السر على ان الثمن الف وان يتبايعا في الظاهر بالفين . فالثمن المتبرع منا هو المقصود في السر ، وبعد المتبايعان هازلين في الزيادة .

والضرب الثالث اخيراً هو ان تقع التلجئة في جنس الثمن . نحو أن يتواضع البائعان في الباطن على ان الثمن الف درهم وان يتبايعا في الظاهر بائة دينار ، ففي هذه الحالة قال محمد بن الحسن بان العقد باطل قياساً ، ولكنه يصح بائة دينار استحصاناً^٢ .

فيوجه عام اذا لا يصح بيع التلجئة في المذهب الحنفي التجار ، وكذلك لا يصح فيه الاقرار بالتلجئة^٣ . وقد ذهب الحنابلة أيضاً الى أن بيع التلجئة باطل^٤ . وبهذا المعنى نص " المشرع العثماني في الارادة السنية المؤرخة في ٢٥ كانون الثاني سنة ١٣٠٧ مالية (١٨٩١ ميلادية) على معاقبة من يصدق السندات ببلاكه للغير تواطؤاً ، سواء أكان ذلك بصورة البيع أم الهبة أم الاقرار بنفي الملك أم بغير ذلك من الصور . ونص أيضاً في الارادة السنية المؤرخة في اول كانون الاول سنة ١٣١٤ مالية (١٨٩٨ ميلادية) على منع المحكوم عليه بدين من بيع أمواله لاحد اقربائه خوفاً من التلجئة والتهرب .

- (١) المجموع شرح المذهب (ج ٩ ص ٣٣٤) ، والفتاوى الهندية (ج ٣ ص ٢٧٢) .
- (٢) الاختيار شرح المختار للموسلي (ج ١ ص ١٩٤) ، والهندية في الموضوع المذكور ، والفتاوى الانقروية (ج ١ ص ٢٩٢ - ٢٩٣) ، ورد المختار (ج ٤ ص ٣٣٩) .
- (٣) تنقيح الحامدية ، ج ٢ ص ٥٢ .
- (٤) الفتوى ، ج ٤ ص ٣٢٩ .

ايضاً بطريق الاجرام والتقصير في تحصيل ديونه وحقوقه وامواله التي له عند الغير .
فما حيلة الترميم . في ذلك ؟ هل لهم ان يطالبوا بديون مدينهم ويداعوا عند بدون
وكالة منه ؟

اجابت المجلة عن هذا السؤال بالنفي . فقد صرحت بان لا يكون مدينون
المدينون خصماً للدائن . فليس لمن كان له في ذممة المبت طلب ان يثبت طلبه في
مراجعة مديونه ويستوفيه منه ، (المادة ١٦٤٠) . وكذلك لا يجوز له اثبات دينه
بمراجعة الموصى له ، بل انما يصح اثباته على الوصي او الوارث ^١ .

ولهذه القاعدة امثلة شبيهة عديدة مذكورة في المجلة . ففيها لا يكون المشتري
من المشتري خصماً للبائع . مثلاً لو باع احد آخر مالا ، وبعد القبض بابه المشتري لآخر
ايضاً ، فليس للبائع الاول ان يطلب ويذمي بالتمن على المشتري الثاني ، بقوله ان
المشتري الاول كان اشترى مني هذا المال وقبضه بدون ان يدفع لي ثمنه فأعطني
ثمن المال او المال لاحد الى استيفاء الثمن ، ولا تسع دعواه هذه على المشتري
الثاني ، (المادة ١٦٤١) .

وايضاً ، لا يكون الوديع خصماً للمشتري ولا لدائن الوديع . فاذا ادعى
المشتري على الوديع بطلب تسليم البيع ، فلا تسع دعواه الا بوكالة من البائع
بالقبض . وكذلك ليس للدائن ان يذمي على الوديع بما له بدممة الوديع وان
يطلب استيفاء الدين من الوديع التي عنده . ويستثنى من ذلك ما لو غاب صاحب
الوديعة ولم يتروك نفقة لمن وجبت له النفقة ، فحينئذ يحق لهذا ان يذمي بنفقه على
الوديع لاختصاصها من دراهم الغائب التي هي امانة عنده ^٢ .

ولكن اذا ثبت دين الدائن بوجه الخصم الحقيقي ، اي بوجه مدينه الاصيلي او
من كان وكيله عنه او له ولاية لتمثيله ، ثم تبين للقاضي ان لهذا المدين مالا عند
آخر ، فللقاضي ان يأمر مدين المدين بدفع ما عليه للدائن دائته . واليك امثلة من
ذلك : -

اولا - لو ثبت ان رجل ديناً في تركة مدينه الميت ، ثم اقر رجل آخر عند
القاضي بان عليه لهذا الميت ديناً ، فللقاضي ان يأمر المقر بدفع ما عليه الى دائن

(١) جامع الفصولين ، ج ٢ ص ٣٥ .
(٢) المراد ٧٨٩ و ١٦٣٨ و ١٦٣٩ من المجلة ، والزميلي على التكثر (ج ٣ ص ٦٥) .

المبت ^١

ثانياً - متى طلب الدائن حبس مدينه ، وتحقق القاضي ان هذا المدين معسر ،
ولكن له على رجل آخر مالا ، فللقاضي ان يتقاضى الدين من مدين المدين ليدفعه
الى الدائن . وان تمنع مدين المدين عن الدفع ، وكان موسراً ، فللقاضي حبه ^٢ .
هذا ما ورد في المجلة وغيرها من كتب الفقه الحنفي . اما قانون الموجبات
والمعقود اللبناني ، فقد اقر (في المادة ٢٧٦) ، نقلا عن القانون المدني الفرنسي
(المادة ١١٦٦) ، ما سماه الدعوى غير المباشرة ^٣ . وهي تحول الدائنين حتى
استعمال جميع الحقوق وحق اقامة جميع الدعاوى المختصة بمدينهم ، ما خلا الحقوق
والدعاوى الخارجة عن ثروته والمتعلقة بشخصه فقط . وقد سميت هذه الدعوى غير
المباشرة ، لانهما تقام من قبل الدائنين باسم مدينهم ، لا باسمهم الخاص .

وايضاً منح القانون اللبناني للدائنين حق اقامة الدعوى المباشرة . وهي ان
يداعوا باسمهم الخاص مباشرة عن مدينهم في الحقوق والدعاوى المختصة به . واليك
بعض الامثلة من ذلك : -

في الاجارة ، لو تنازل المستأجر عن حقه لغيره او لو اجر المأجور لمستأجر ثان ،
فلمؤجر ، في جميع الاحوال التي يحق له فيها مقاضاة المستأجر الاصيل ، ان يقيم
الدعوى مباشرة على المستأجر الثاني او على المتنازل له ... (المادة ٥٨٨) .

ومثله في الاعارة ، « اذا تنازل المستعير عن استعمال العارية او تصرف فيها على
وجه آخر لصالحه شخص ما ، فلمعير ان يقيم على هذا الشخص مباشرة الدعوى التي
كان يحق له ان يقبها على المستعير ، (المادة ٧٤٣) .

وايضاً في الوكالة ، يكون نائب الوكيل مسؤولاً لدى الموكل مباشرة كالوكيل
نفسه (المادة ٧٨٤) .

(١) الفتاوى البرازية ، ج ٢ ص ٣٠٠ ، بهامش الهندية .
(٢) البرازية ، ج ٢ ص ١٩٣ - ١٩٤ .
(٣) Action oblique ou indirecte

وقد انتقلت فكرة الموجب الطبيعي الى بعض الشرائع التي تأثرت بالشرعية الرومانية ، وأهم هذه الشرائع الشرعية الفرنسية . ففي هذه الشرعية أمثلة عديدة من الموجب الطبيعي ، بعضها القليل نص عليه القانون المدني ، والبعض الآخر أقره اجتهاد المحاكم وتوسع فيه كثيراً ، مستوحياً بتطور المدنية وبيادى الشرف والوجدان^١ .

واخذ هذه النظرية ايضاً قانون الموجبات والعقود البنياني^٢ ، فنص على ان الموجب الطبيعي هو واجب قانوني لا يمكن طلب تنفيذه ، على ان تنفيذه الاختياري يكون له من الشأن والمقابل ما يكون لتنفيذ الموجب المدني « المادة الثانية » . ولكن القانون البنياني لم يعين أحوال هذا الموجب ، بل ترك للقاضي عند انقضاء النص ، ان يفصل فيما اذا كان الواجب المنوي يتكون منه موجب طبيعي او لا « المادة الثالثة » .

ومن أمثلة الموجب الطبيعي النصوص عليها في قانون الموجبات البنياني ما جاء في مرور الزمن والقامرة والمراهنة . فالمدون الذي سقط ديه بمرور الزمن ترواً ذمته من الوجهة المدنية ، ولكن يبطل مقبداً بموجب طبيعي يمكن تخاذه سبباً للإبقاء « المادة ٣٦١ » . وكذلك بعد دين القامرة او المراهنة موجباً طبيعياً ، لانه وان كان لا يحول الرابع حتى الداعاة بشانه ، لكن لا يحق للخاسر أن يسترد ما دفعه اختياراً (المادتان ١٠٢٤ و ١٠٢٦) . وايضاً نص قانون التجارة البنياني على ان الإبراء الناتج عن عقد الصلح البسيط الذي يعقده المفسس مع دائنيه يتروغ ذلك على عاتق هذا المفسس موجباً طبيعياً (المادة ٥٧٢) .

وأثر الموجب الطبيعي هو ان ما يفعله المدين عن علم لتنفيذه لا يصح استرداده ولا بعد تبرعاً ، بل يكون له شأن الإبقاء ، (المادة الرابعة) . وايضاً يصح تحويل هذا الموجب الى موجب مدني بتجديد التماقد (المادتان ٦ و ٣٢٢) .

غير انه فيما عدا ذلك لا أثر للموجب الطبيعي في الاجتهاد الفرنسي والقانون البنياني . فهو ، خلافاً لما كان عليه عند الرومان ، لا يسوغ ان يكون موضوع

(١) كولان وكايتان ، ج ٢ ص ٦٤ — ٧٤ .

(٢) انظر مقال الرئيس روسيه عن الموجبات الطبيعية ، في النشرة القضائية البنيانية ، ١٩٤٥ ،

ص ٢٣ و ٣٧ و ٤٥ .

الفصل الخامس

الموجبات الطبيعية

اصولها ومعناها

دومنا في الفصول السابقة من هذا الباب مفاعيل الموجبات وأوضاعها تنفذ قسراً ضد المدين الناكل والماطل . ولكن لهذا الاصل مستثنيات لا يكون فيها للدائن حق التنفيذ الجبري ، بل لا يمكن التنفيذ فيها إلا اختياراً من قبل المدين . وقد أسمى الرومان الموجب في هذه الاحوال بالموجب الطبيعي^١ ، لتفريقه عن الموجب العادي المدني^٢ .

وقد كان لهذه الموجبات أسباب تاريخية عند الرومان ، منها ان القانون اشترط للعقود شروطاً شكلية وشروطاً غير شكلية قاسية . فكان انقضاء أحد هذه الشروط سبباً لإبطال العقد ، وبالتالي سبباً لمنع تنفيذه . ولكن في بعض الاحوال كان من العدل والانصاف ان يكون تنفيذ المدين للموجبات الناشئة عن هذه العقود معتبراً ، وان لا يسوغ استرداد ما دفع بنتيجة هذا التنفيذ .

وكانت الموجبات الطبيعية عند الرومان فئتين : الاولى الموجبات التي تنشأ طبيعياً منذ بدايتها ، كمقود الأرقاء وبعض عقود القاصرين التي يجزونها بدون إذن وليهم وعقود افراد العائلة الواحدة فيما بينهم وغيرها . والثانية هي الموجبات التي تنشأ مدنية ثم تنقلب طبيعية لأسباب لاحقة ، كمقود اجر الصحيحة التي تصح طبيعياً اذا انتقصت شخصيته بدخوله في الرق او ما الى ذلك^٣ .

(١) *Naturalis Obligatio*

(٢) *Civilis Obligatio*

(٣) انظر جيرار ، ص ٦٧٤ — ٦٧٩ .

اولاً - سنرى في الباب الآتي ان مرور الزمان او التقادم من اسباب عدم سماع الدعوى . ففي الجملة لا تسمع دعوى الدين مثلاً بعد مرور خمس عشرة سنة . ولكن رغم عدم سماع الدعوى بعد هذه المدة ، لا يسقط الحق بتقادم الزمان . فعليه اذا اقر الدين بدينه بعد مرور الزمان او دفع من تلقاء نفسه صح الاقرار والدفع (المادتان ١٦٦٠ و ١٦٧٤ من الجملة) . وسنوضح كل ذلك قريباً .

ثانياً - رأينا في بحث الفضيحة^١ ان الحنفيين لم يعتبروا عقود الفضيحة نافذة بدمر اجازة صاحب الحق الا في بعض الاستثنائات . ومن هذه الاستثنائات : « لو انفق الورثة الكبار على الصغار ولا وصي لهم ، او قضى الرضي ديناً علمه على الميت بلا معرفة القاضي والورثة فلا ضمان في الكفل ديانة »^٢ .

ومعنى ذلك ان تصرف الفضيحة في هذه الاحوال ، وان لم يكن نافذاً فضاء لعدم الاذن أو الاجازة ، الا انه نافذ ديانة ، ولا ضمان على فاعله ، لانه انما عمل عملاً بنية التصحیح والمأذرة والمعروف .

ثالثاً - من معناه ايضاً ان الحنفيين ، خلافاً لجمهور الفقهاء ، قالوا برب السارق اذا عوقب بالحد الشرعي لا يجب عليه ضمان المثل المسروق عند تلفه او اتلافه^٣ . ولكنهم نظروا الى هذا الحكم من ناحية الديانة فوجدوه قاسياً . لذلك « روى هشام عن محمد (بن الحسن) انه انابسط الضمان عن السارق قضاء لتصدد الحكم بالماناة ، فلما ديانة ، فبقي بالضمان للحقوق الحسرة والنقصان للمالك من جهة السارق »^٤ . وهذا ، كما ترى ، شبيه بما لو قلنا بوجود الطبيعي على السارق ، اذ انه لا يجبر على الضمان قضاء بل انما يجبر ديانة . فاذا أدى التمريض بركى من الائم ، وليس له على ما نتفق ان يسترد ما اداه ولا يعتبر متبرعاً فيه .

رابعاً - كذلك رأينا ان جمهور الفقهاء قالوا بعدم لزوم الوفاء بالوعد المجرود . ولكن هذا الوعد يصح الوفاء به اختياراً . وبزويد ذلك ما جاء في الحامدية انه : « اذا وعد زيد عمرو ان يعطيه غلال ارضه الفلانية فاستغلمها وامتنع من ان يعطيه

(١) الجزء الاول ، ص ٦٥ .

(٢) رد المحتار ، ج ٥ ص ١٧٤ .

(٣) الجزء الاول ، ص ١٣٣ .

(٤) فتح القدير ، ج ٤ ص ٢٦٢ .

(٥) انظر هنا الجزء ، ص ٩٣ .

المقاصة ولا التأمين بكفالة او رهن ما دام موجباً طبيعياً (المادتان ٥ و ٧) . ولا بد من الملاحظة ان بعض الشرائع لم تتأثر بهذه النظرية ولم تأخذ بها . ففي الشريعة الانكليزية مثلاً ، حاول بعض القضاة ، كاللورد مانسفيلد ، ان يقرروا مبدأ الموجب الادبي او الطبيعي ، ولكن الرأي السائد في الاجتهاد نبذته ورفض الاعتراف به^١ .

موقف الشريعة الاسلامية

معلوم ان الشريعة الاسلامية الغراء شريعة آلهية في مصادرها واصولها واحكامها . فجمعت في علم واحد ، هو علم الفقه ، مبادئ العبادات والمعاملات ، او مبادئ الديانة والقضاء^٢ .

وقد كان لهذا الارتباط والتداخل اثر كبير في باب المعاملات . وكان من ثم لمبادئ الدين السامية تأثير عظيم في مسائل المعاملات ، حتى تشابك الاحكام بالعدل في القرآن الكريم وفي مواضع عديدة ، على ما اوضحنا في دراستنا السابقة لاسما في بحث سوء استعمال الحقوق .

فكان طبيعياً بعد ذلك ان يحد الفقهاء في الغالب بدرسون المسألة الواحدة من ناحيتها الدينية والمدنية . فاذا رأوا ان الحكم شبيه في الناحيتين اطأناوا الى نتيجة اجتهادهم . ولكن اذا رأوا خلافاً بين وجهتي النظر لم يتأخروا عن الجهر بهذا الخلاف وعن القول بان الحكم وان كان في القضاء على جانب فهو في الديانة على جانب آخر ، ولم يترددوا عن الافناء باتباع جانب الديانة .

ونحن نرى ان الفقهاء ، وان لم يقرروا الموجب الطبيعي كمنظريه عامة على غرار القوانين الرضوية ، الا انهم توصلوا بهذا التفريق بين القضاء والديانة الى نتيجة شبيهة . وهاك امثلة من ذلك تقتطفها من بعض كتب الحنفيين . وهي ليست حصرية ، بل انما نسردها على سبيل التمثيل لبس الا .

(١) انظر آستون (ص ١١٩ - ١٢٠) ، والقرار الصادر بدعوى استود ضد كينيون

عام ١٨٤٠ (Eastwood v. Kenyon, 1840, 11 Ad. & E 488) .

(٢) راجع ما قلناه في هذه المسألة في الباب الاول من كتابنا « فلسفة التشريع في الاسلام » ،

ص ٢٣ - ٢٤ .

من الفسلة شيئاً ، لا يلزمه الوفاء بوعده شرعاً ، وإن وفى فيها ونعمت . أي إن الإبقاء الاختياري مقبول ، لأن الخلف في الوعد حرام ،^١ في الديانة .

خامساً - في المذهب الحنفي ، ليس على الأم أن ترضع ولدها ، ولا تجوز على ذلك قضاء . ولكن والأرضاع مستحق عليها ديانة . فلذا لو استأجرها زوجها لترضع ولدها لم تجز الإجارة^٢ .

وبعبارة أخرى ، إن الأم لما أرضعت طفلها كان فعلها تادية لما يجب عليها ديانة ، فلا يصح لها أن تأخذ أجراً على ذلك ، كما لا يصح استرداد أداء الموجب الطبيعي في القوانين التي أخذت به .

وبهذه المناسبة ، نذكر أن استتجار الزوج زوجته لأرضاع طفلها لا يجوز أيضاً عند الإمام الشافعي في رواية عنه . أما في الرأي الحنبلي الخنجر ، فإن هـنـه الإجارة جائزة^٣ .

سادساً - رأينا أيضاً كيف يكون حكم عقود العبد ، وكيف تنفذ من ماله إن كان له مال ، وكيف يتعلق الباقي بوقته أو بدمته . فهذا أيضاً لا تصح هـنـه العقود أحياناً من ناحية القضاء ، ولكنها تصح ديانة وتنفذ على ما أوضحنا ، فلن نعود إليه فليراجع^٤ .

سابعاً - قال قاضيان : « رجل قال لآخر حلفي من كل حق لك علي ، ففعل وأبره . فإن كان صاحب الحق عالماً بما عليه يرى المديون حكماً وديانة . وإن لم يكن عالماً يبرأ في الحكم ولا يبرأ ديانة في قول محمد (بن الحسن) ،^٥ فاذن لو دفع المديون الدين اختياراً بعد هذا الإبراء ، صح الدفع ولا داعي لاسترداده .

ثامناً - يجوز في المذهب الحنفي للاب المحتاج أن يبيع عروض ابنه الصغير الغائب بقدر حاجته . ولكن لا يجوز له أن يبيع أمواله في غير دين النفقة . وإن فعل ذلك ضمن قضاء ، لا ديانة .

- (١) تنبيح الحامدية (ج ٢ من ٣٧٢) ، والأشباه والنظائر لابن نجيم (من ١١٥) ، وشرحه غرر معيون البصائر للصبوري (ج ٢ من ١٠٩ - ١١٠) ، والمجلد ج ٨ رقم ١١٢٥ - (١٢٥) .
- (٢) الهداية ، ج ٢ من ٣٨ .
- (٣) الدرر الكبير ، ج ٦ من ٣٤ .
- (٤) انظر هذا الجزء ، من ١٦٢ .
- (٥) الفتاوى الحامدية ، ج ٣ من ٢٩٢ ، بهاش المندبية .

تسماً - وختاماً مثل الأخير ، بين بوضوح ليس بعده وضوح تأثير الدين في المعاملات والقضاء . وهذا المثل يتعلق باليهاتم إذا تمتع صاحبها عن الاتفاق عليها . فهل يجوز هذا على الاتفاق ؟ نعم يجوز ديانة لا قضاء في ظاهر المذهب الحنفي المروري عن الشيعيين أبي حنيفة وأبي يوسف . أما عند محمد بن الحسن ، وعند بعض الحنفيين كأطحاري والكمال ، وعند باقي أئمة المذاهب الثلاثة ، فإنه يجب قضاء أيضاً . وينشر ذلك كله الدهي الشرعي عن تعذيب الحيوان وإضاعة المال^١ .

وبعد ، فظاهر من الأمثلة التي قدمنا وما إليها أن للشرعية الإسلامية نظرية خاصة في التفريق بين القضاء والديانة ، نظرية تتركز على فلسفة التشريع وأصوله وتشابك أحكام العبادات والمعاملات جميعاً ، في علم جامع مناسك ، ترتبط بديانته بنهايته ونهايته بديانته . وهذه النظرية على كل حال ، وإن لم يكن فيها نظرية الموجب الطبيعي الرومانية بعينها ، إلا أن فيها ما يشبه تلك النظرية كثيراً .

(١) الدرر المختار شرح تنوير الأبصار ، ج ١ من ٤٥٣ . انظر أيضاً الجزء الأول من هذا الكتاب ، من ٢٣٣ .

الباب الثاني

سقوط الموجبات

الفصل الاول

الايفاء

مخبرهم

أن الرابطة الشخصية التي تنشأ من الموجبات لا تكون أبدية ، بل إذا سقطت بسبب معينة . ولقد قدّمنا من هذه الأسباب فئة خاصة بالعقود ، كالفسخ والبطلان وما إلى ذلك ، ولسنا نعود إليها .

غير أن من هذه الأسباب فئة أخرى عامة تسقط بها الموجبات جميعاً ، بما فيها العقود . وهذه موضوع بحثنا في هذا الباب .

وأهم هذه الأسباب بلا ريب الإيفاء ، لأنه تنفيذ الموجب بعينه ، ولأنه الغاية الأصلية من كل موجب على الإطلاق . وإلى جانب الإيفاء توجد أسباب أخرى ، منها ما كان متوقفاً على رضى الفريقين الصريح أو الضمني ، كالأستبدال أو أداء العوض ، وتجديد الموجب ، والأبراء . ومنها ما كان خارجاً عن رضى الفريقين ، كمرور الزمان ، واتحاد الذمة ، والمقاصة ، واستحالة التنفيذ .

ونحن نبدأ في هذا الفصل بالبحث في الإيفاء ، على أن نبيّن في الفصول القادمة باقي أسباب سقوط الموجبات . وبشروط في الإيفاء توافر بعض الشروط ، لجهة من يجوز له الاستيفاء ، ومن يجب عليه الوفاء ، وجهة مكان الإيفاء وزمانه ومصرفاته ،

ممن يكونه الإبقاء

في الأصل يكون الإبقاء من جانب الدين ، ويكون أيضاً من جانب وكيله أو واهيه أو كفيله ، أو من كان بمنزلة الكفيل متضامناً معه ، مثل الشريك في بعض أنواع شركة العقد ، كمشركة المفارضة ومشركة الأعمال^١ . ولكل من هؤلاء جميعاً أن يرجع على الدين الأصلي ويحاسبه بما دفعه عنه^٢ .

وكذلك يجب الإداء على ورثة الدين بمجرد وفاته في الموجبات التي تنتقل بالأرث . فلو أدى أحد الورثة دين المورث من ماله الخاص ، كان له أن يرجع على باقي الورثة كل نسبة حصته في الأرث ، لكن شرط أن لا يزيد نصيبه في الدين على حصته في التركة ، وفاقاً لقاعدة « الغرم بالغنم »^٣ .

وأخيراً يسوغ الإداء من قبل الأجنبي ، أي غير الدين ومن يقوم مقامه ممن ذكرنا . وليس لهذا الأجنبي أن يسترد ما دفعه ، ولا لصاحب الحق أن يرفض عبثاً الإداء مبدئياً ، إلا في الائتمارات التي تكون بطبيعتها أو بمقتضى اتفاق القريبتين وإبجية على الدين شخصياً .

مثاله ، في اجارة العمل ليس للاجنبي امتياز على ائ عمل بنفسه ان يستعمل غيره . ولكن لو لم يكن هذا الشرط صراحة او دلالة ، بل اطلق العقد حين الاستئجار ، فللاجنبي ان يستتب غيره في العمل^٤ .

وان من أدى عن غيره واجباً أو فضي عنه ديناً بأمره كان له الرجوع عليه بالاتفاق . اما عند عدم الامر او التوقيض ، فان له الرجوع أيضاً عند ان حبس مالك ، ان كان عمله قد جرى بقصد الرجوع . ولكن عند أبي حنيفة والشافعي ، يعتبر الدافع متبرعاً بعمله ولا يرجوع له على الدين ، على ما اوضحنا في باب

- (١) المواد ٦٤٤ و ١٣٣٤ و ١٣٥٦ و ١٣٥٩ و ١٣٨٧ من الحجة .
- (٢) المواد ٦٥٧ و ١٣٣٤ وما بعدها من الحجة .
- (٣) المادة ٨٧ من الحجة ، والقواعد لابن رجب (القاعدة ٧٥ ص ١٤١) .
- (٤) اللدائن ٥٧١ و ٥٧٢ من الحجة ، والقواعد لابن رجب (القاعدة ٦٩ ص ١٢٣) ، والقروق للقرافي (ج ٢ ص ٢٠٥) .

وما الى ذلك . فمنه نوضح كل هذه الشروط ، ثم نبين مفاعيل الإبقاء وما يتعلق بها .

من استيفاء الائتمار

ارت استيفاء الدين والائتمارات يعود مبدئياً الى الدائن والى صاحب الحق وحده . ويعود أيضاً الى وكيله أو وليه أو وارثه أو الى الموصى له به^١ . وكذلك يجوز استيفاء الدين واقتضاء الائتمار من قبل احد الشركاء في بعض شركات العقد ، باعتبارها تتضمن الوكالة المشابهة بين اعضائها ، كما سنرى .

وعند تمتع الدائن او من يقوم مقامه عن استيفاء حقه يجوز للمدين ان يرجع على الحاكم حينئذ ان يأمر الدائن بالقبض او بالإبراء . فان اصر هذا على الامتناع ، فيض له الحاكم الدين ويرى المدين^٢ .

وهذا الشأن نص قانون الاجراء العثماني (المادة ٣٥) على ان المحكوم عليه ان يبرز لدائرة الاجراء الحكم الصادر عليه ، ويسلمها الدين المحكوم به على وجه الوديعة باسم الدائن ، فتقطع عنه بعدئذ فائدة الدين .

وايضاً ورد في قانون الموجبات والعقود البناني : « ان الدائن الذي يرفض لتغير سبب مشروع الإبقاء المعرض عليه بشروط منطبقة على الأصول ، يعد من جراه ذلك في حالة التأخر منذ تحقق رفضه بصك رسمي . ومن ذلك الحين يصبح خطر هلاك الشيء او تعيبه على عهدة هذا الدائن وينقطع حكم الفائدة عن الدين . وعلاوة على ذلك يحق عندئذ للمدين ايداع موضوع الموجب وتحميل الدائن عبء النفقة والمخاطر ، وتبرأ ذمته على هذا الوجه من الموجب » (المادة ٢٩٤) .

وقد اكمل هذا النص بقانون اصول المحاكمات المدنية البناني ، الذي اجاز للمدين ان يجري العرض الفعلي على يد الكاتب العدل ، ثم اجاز له ان يرفض الدائن هذا العرض ان يودع المبلغ او الشيء المتوجب عليه لدى مصرف او مؤسسة تقبلها الحكومية (اللدائن ٨٥٠ و ٨٥٣) .

- (١) البحث السادس من شرح علي حيدر بعد المادة ١١١٣ من الحجة .
- (٢) الام (ج ٣ ص ١٢١) ، والقواعد لابن رجب (القاعدة ١١٠ ص ٢٤٥) ، ومرشد الجليان (المادة ٢٠٩) .

باجرة معاملة، ولم يشترط المتعاقدان تعجيل الاجرة او تأجيلها ، فاستحق جميع الاجرة من وقت الانعقاد والتسليم ، لان المؤجر سلم المناجر وملك المناجر المنفعة ، فصارت موجودة حكماً ووجب بالقبلة تسليم الاجرة .

ولكن عند الامامين ابي حنيفة ومالك لا تلتزم الاجرة حالاً ، بل بعد استيفاء المنفعة ، الا ان يكون العرف او شرط المتعاقدين يقضي التمتع - أو ان يدفع المناجر الاجرة مقدماً برضاه . وهذا اخذت مجلة الاحكام المدنية (المواد ٦٦٦ - ٦٦٨) ، وقانون الموجبات البنائي (المادة ٥٦٩) .

وتعليل الحنفيين ومن ذهب مذهبهم في هذه المسألة ان عقد الاجارة لا يشترط شيئاً فشيئاً على حسب حدوث النافع ... ، والعقد معارضة من قبيلها المساراة، ومن ضرورة التراخي في جانب المنفعة التراخي في جانب البذل الآخر ،^١

واخيراً سؤال : أيجر المدين على الاداء قبل المطالبة أم لا ييجر ؟ لا ريب في أن الجواب يقضي التفصيل ، على ما أوضحه ابن رجب .^٢

فاذا كان الموجب موضوعه دين في الذمة ، كالنقود ، فإنه لا يجب ادائه بدون مطالبة المستحق . أما اذا كان موضوعه شيئاً معيناً ، فلا يجب زده عند العسر من اى صاحبها بدون مطالبة الا اذا كانت في يد المدين الماتزم بدون رضى صاحبها ، أو اذا تعهد الماتزم تسليمها بعد مدة ، كما في العارية التي تبقى في يد المستعير بعد استيفاء الغرض المستعار له . وفيما عدا ذلك من الاحوال ، لا يجب اداء الدين الا عطالة المستحق ، كما ترى في حالة المبيع الذي يبقى في يد البائع أو في حالة الوديعة الموجودة في يد الوديع برضى صاحبها .

ويشبه ذلك ما جاء في قانون الموجبات البنائي ، ولكن مع بعض الخلاف في التفصيل . ففي هذا القانون لا يعتبر المدين متأخراً عن الاداء الا بعد مطالبته بذلك خطياً ، ما عدا بعض المستثنيات ، كاستحالة التنفيذ ، او كما في الموجب الذي وضع فيه الاجل لمصلحة الدين ، أو في الموجب الذي يكون موضوعه رد شيء أو شيء آخره المدين بوجه غير مشروع (المادتان ٢٥٧ - ٢٥٨) .

(١) الهداية (ج ٣ ص ١٨٧) ، والبحر (ج ٧ ص ٣٠) ، والقوانين الفقهية (ص ٢٧٥) ، والفتي (ج ٦ ص ١١) ، وحاشية البيجوري على شرح ابن قاسم على متن ابي شجاع (ج ٢ ص ٣٠) .
(٢) القاعدة ٥٢ : ص ٥٣ - ٥٤ .

الفصولي^١

زمامه الاطوار

يختلف وقت الاداء باختلاف الموجبات . فمنها ما يكون معجلاً ، ومنها ما يكون مؤجلاً .

ولا بد للتأجيل من نص في العقد أو من دلالة مستنتجة من ماهية الموجب أو من التعامل أو العرف . وعند عدم الصراحة أو الدلالة على التأجيل يعتبر الموجب فائذاً في الحال ، لان الاصل في الموجبات التمتع ، على ما أوضحنا في بحث الاجل . وقد أوضحنا ايضاً في ذلك البحث ان الاداء يكون في الاصل يوم الاستحقاق ، وذكرنا خلاف المذاهب في مسألة تنازل الدين عن الاجل وحكم الايفاء قبل حلوله . فإلى نعود الى ذلك ، فليراجع^٢ .

ونحن لا نستطيع ان نلم هنا بكل انواع الموجبات لبيان زمان الايفاء فيها . انما نكتفي بخاتين من البيع والاجارة .
اولاً - في البيع .

ان عقد البيع المطلق يتعقد في الاصل معجلاً ، بمعنى ان دفع الثمن واجب الاداء دون تأخير ، الا اذا كان العرف او شرط المتعاقدين بعكسه . فحينئذ يكون الدفع في الاجل المعين^٣ .

ثانياً - في الاجارة .

اختلف في زمان دفع الاجرة في عقد الاجارة . فمذهب الامامين الشافعي وابن حنبل تجب الاجرة بنفس العقد . ومعناه انه لو استأجر احد منقصة لمدة معلومة

(١) اظر الجزء الاول من هذا الكتاب ص ٦٥ و ٨٢ ، واعلام الوقيين (ج ٢ ص ٣٢٦ و ٣٢٨) ، و بداية الخيبر (ج ٢ ص ٢٤٧) ، والزهري (ج ٤ ص ١٥٥) ، وتفتح المأمدية (ج ٢ ص ٢٦٣) ، وجامع الفصولين (ج ٢ ص ٢١٦) ، والديونة الكبرى (ج ١٣ ص ٦٨) ، والقواعد لابن رجب (القاعدة ٧٥ ص ١٣٧) ، والوحيير (ج ١ ص ١٨٥) ، ومرشد الحيران (المادة ٢٠٥) .

(٢) ص ٢٢٤ من هذا الجزء .

(٣) المادتان ٢٤٥ و ٢٥١ من المجلة .

الشخصية في محل إقامة الدين^١ ، وهو موافق أيضاً للقاعدة التي فندنا بشأن لزوم مطالبة المدين حتى يعد متأخراً عن الإيفاء .

ولكن الاجتهاد الانكليزي ذهب ملدنياً آخر في الحالة التي نحن بصدها ، وقال بان على المدين هو أن يتجرى الدائن ويدفع اليه الدين في استحقاقه^٢ . وهو قول وجهه فيه كثير من العدل والملائمة في المبادئ .

أما في الشريعة الاسلامية ، فلم أر نظرية عامسة . إنما يمكن استخلاص بعض القواعد من أحكام عقد القرض وأحكام دفع الدين في البيع .

ففي القرض ، يجب مبدئياً أن يحصل الإيفاء في مكان الاقراض . فإذا وجد المقرض المستقرض في بلد آخر وطالبه بالإيفاء ، وكان الدين لا مؤثرونه في حقه ، كالتقود ، لزم المستقرض الدفع ، لأن التسليم في هذا البلد وغيره واحد . أما إذا كان في محل القرض مؤثرونه وعرض المقرض دفع الثمن وأبى المقرض ، فإن له

ذلك ، لأن عليه ضرراً في قبضه ، ولأن المكان الذي يجب فيه التسليم هو البلد الذي حصل القرض فيه^٣ . وقيل ان الغصب كالقرض في هذه الأحكام ؛

وفي مكان دفع ثمن المبيع تفصيل طريف في كتب الحنفية ، تلخصه كما يلي : -
أولاً - إذا كان الثمن معجلاً ، فلا يجوز اشتراط دفعه في بلد آخر غير بلد المقعد ، والا كان المقعد فاسداً عند محمد بن الحسن . أما عند أبي يوسف فإنه يصح استحساناً فيما لم يلمه مؤثرونه ، ولكن للبايع ان يطلب الثمن حيث شاء .

ثانياً - إذا كان الثمن مؤجلاً وكان نقله يحتاج الى نفقة ، فبشرط فيه تعيين مكان الإيفاء .

ثالثاً - إذا كان الثمن مؤجلاً وكان نقله لا يحتاج الى نفقة ، فلا يصح تعيين

(١) راجع المادة ٩٠ من قانون اصول المحاكمات المدنية اللبناني .

(٢) To find out the creditor and pay him the debt when due

انظر آتون (ص ٣٤٢) . وستيفن (ج ٣ ص ٧٥) ، ولحكم الصادر في قضية والتون ضد مكول (158) . 13 M & W .

(٣) للمني (ج ٤ ص ٣٦٥) ، والدور المختار (ج ٢ ص ٢٥٣) .

(٤) الدناوي الاقروية ، ج ١ ص ٣٠٩ .

(٥) عند أهل الظاهر أيضاً لا يخل اشتراط إيفاء الدين او البيع في مكان مسمى ، على ما روى ابن حزم في المحلى ، ج ٨ رقم ١٤٥٥ .

مطلبه الإيفاء

في الموجبات التي يكون موضوعها من الاعيان المدينة يكون الإيفاء مبدئياً في المكان المنفق عليه في العقد . وعند عدم الشرط يكون الإيفاء في مكلف وجود الشيء ، وقت انشاء العقد .

هنا قال قانون الموجبات والمعقود اللبناني (المادة ٣٠٢) ، والقانون المدني الفرنسي (المادة ١٢٤٧) . وبه أيضاً أخذت المجلة في باب البيع ، حيث جاء فيها انه و اذا بيع مال على ان يسلم في محل كذا لزم تسليمه في ذلك المحل ، و اذا كان البيع مطلقاً لم يعين فيه مكان تسليم المبيع ، وجب التسليم في المحل الذي وجد فيه وقت العقد^١ .

وأيضاً في الوديعة ، و يعتبر مكان الإيداع في تسليم الوديعة . مثلاً لو أودع مال في استانبول يسلم في استانبول أيضاً ولا يجبر المستودع على تسليمه في أدرنه ، (المادة ٧٩٧) .

أما إذا لم يكن موضوع الموجب من الاعيان المدينة ، بل كان ديناً في الدمة ، كالتقود والاشياء المثلية قبل تعيينها ، فإن يكون الإيفاء عند عدم التعيين في العقد ؟ أياكون في محل إقامة الدين أم في محل إقامة الدائن ؟ وبكلمة ثانية ، هل على المدين أن يحضر الدين في استحقاقه إلى الدائن ، أم على الدائن أن يأتي للمقعد المدين أو يرسل رسولا عنه ليقبضه منه ؟ هذا سؤال له أهميته العملية ، لا سيما من جهة مخاطر النقل . وقد اختلفت النظريات فيه .

ففي القانون المدني الفرنسي (المادة ١٢٤٧) ، والقوانين التي نقلت عنه كقانون الموجبات اللبناني (المادة ٣٠٢) ، إذا لم يكن موضوع الموجب من الاعيان المدينة ولم يوضع شرط صريح أو ضمني في هذا الشأن وجب الإيفاء في محل إقامة المدين . ويستند ذلك إلى المبدأ القائل بان و الدينون تطلب ولا تحمل^٢ .

وهذا موافق لتواعد الصلحية في اصول المحاكمة ، التي توجب إقامة الدعوى

(١) للمادتان ٢٨٧ و ٢٥٨ منها ، والقناوي الهندية (ج ٣ ص ٣٧) .

(٢) Les dettes sont quérables et non portables . كولان وكايتان ، ج ٢

مكان الإيفاء ، وإن وجد مثل هذا التعمين ، عدّ باطلاً ، وجاز للبائع مطالبته المشتري بالنسب أين شاء .^١

وبعد ، نستخلص من ذلك ان البائع ان يطالب بالنسب حيث شاء ، إلا في الشئ المؤجل الذي يكلف نقله مؤونة ، فحينئذ يجب تعيين محل الإيفاء . وإن هذا بعبارة اخرى قريب من القول بان الإيفاء يكون في بلد الدائن اذا شاء . وهو قول بعيد عن قاعدة القانون اللبناني ، وشبهه بعض الشبه بالأجناد الانكليزي . ومع ذلك ، فمن نرى العكس في مسألة بيع السلم . ففي هذا البيع يجب ان يكون المبيع من الاشياء التي تقبل التعمين بالقدر والوصف ، اي من الاشياء المثلية ، ويجب تعيين مكان الإيفاء . ولكن اذا اختلف الطالب والمطارب ، اي الدائن والمدين ، في مكان الإيفاء ، ولم يكن لاحدهما يدنة على ادعائه ، فالقول قول المطارب مع يمينه عند اي خيفة ، أي ان التعمين يكون تعيين المدين .^٢

وأخيراً ، نذكر ما جاء في بعض المذاهب ، كالذهب الظاهري البائد ، انه لا يحل بيع سلعة مع نسبة مكان الدفع او التسليم . فهذه التسمية باطلة ، وللمشتري تسلم المبيع وايضا الشئ حيث يجد البائع او وكيله من بلاد الله .^٣

نقطة الإيفاء

في القانون المدني الفرنسي (المادة ١٢٤٨) ، وقانون الموجبات البنائي (المادة ٣٠٤) ، تكون نفقات الإيفاء على عاتق المدين . وهذا شبيه بما قالته الجهة وقها المذاهب المختلفة في بحث البيع .

فمؤونة واجبات المشتري ، كمد النقود ووزنها ، تنزم عليه . ومؤونة واجبات المبيع ، كالصاريف المتعلقة بأجرة الكيل والوزن ، تنزم البائع وحده ، ما عدا في بعض المستثنيات . ومنها الاشياء المبيعة جزافاً ، فان مصاريفها تنزم المشتري . ومنها ايضاً الاشياء التي تباع بمحولة على الحيوان فان مصاريفها تصكون جارية على

- (١) التناوب البرازية (ج ١ ص ٤٦٧ - ٤٦٨) ، والاقروية (ج ١ ص ٢٨٥) .
- (٢) البسوط (ج ١٢ ص ١٥٦) ، والادنان ٣٨١ و ٣٨٦ من الجهة .
- (٣) المحلى ، ج ٨ رقم ١٤٥٤ .

حسب عرف البلدة وعادتها .^١

وإن هذا الحكم يطبق ايضاً في جميع الاحوال التي يكون على المدين فيها واجب الإقباض ، كما في الاعارة والغصب والاشتراك وما أشبه . ففيها جميعاً ، تكون مؤونة الإقباض على المقبض ، او بعبارة اخرى تكون مصاريف الإيفاء على المدين .

أما في الاحوال التي لا يجب فيها على المدين الا تمكين صاحب الحق من القبض ، فمؤونة الإيفاء لا تقع على المدين . مثاله في الامانات والودائع لا يجب على الاين والوديع الا تمكين صاحب الامانة من اخذها ، ولا يلزمه الاقباض ولا دفع مؤونته .^٢

ولهذه القاعدة مستثنيات وضوابط خاصة في قانون الطوايع البنائي ، الذي يوجب دفع رسم الطوايع مبدئياً على من صدرت عنه الورقة او السند او الاعلان الخاص للرسم ، الا الوصولات وأوراق الإبراء ، فان رسمها يكون على من يأخذها .^٣

مهمة الإيفاء عند صدور البيور

إذا كانت بذمة المدين الواحد ديون متعددة لدائن واحد ، وأدى المدين قسماً منها ، ثم اختلف الائتان على تعيين جهة الإيفاء ، أفيؤخذ بقول الدائن ام بقول المدين ؟

قالت المجلة انه يعتبر تعيين المدين ، إذ نصت على أنه إذا أعطى من عليه ديون مختلفة لدائنه مقدراً من الدين ، فالقول له فيما إذا ادعى انه أعطاه محسوراً بدينه الفلاني ، (المادة ١٧٧٥) .

مثاله لو كان على المستاجر دين غير الاجرة ، فدفع مبلغاً ، وقال دفعتم عن الدين ، وقال الأجر عن الاجرة ، فالقول قول الدافع ، لانه اعلم بجهة الدفع .

- (١) للواد ٢٨٨ - ٢٩١ من الجهة ، والبحر (ج ٥ ص ٣١٦) ، واهدية (ج ٣ ص ٣٨) ، وشرح الحرشي (ج ٤ ص ٦٧) ، وضع العزير (ج ٨ ص ٤٥٤) ، والنسبي (ج ٤ ص ٢٢٠) .
- (٢) المادة ٧٩٤ من الجهة ، وقواعد الاحكام للمزين عبد السلام (ج ١ ص ١٧٩) .
- (٣) المادة الخامسة من الرسوم الاشتراعي رقم ١٣٠ ل الصادر في ٢٠ كانون الأول سنة ١٩٣٣ ، والادنان ٥٥٥ من الرسوم الاشتراعي رقم ٦٧ تاريخ ٥ آب ١٩٦٧ .
- (٤) جامع الفتاوى (ج ٢ ص ٢١٧) ، وتبليغ الخامدية (ج ٢ ص ٢٥٨) .

موضوع الإيفاء

إن الأداة يكون مبدئياً بتنفيذ موضوع الموجب بعينه ، ولا يجوز البديل إلا إذا بطل الأصل ، كما أوضحنا في غير هذا الموضع .

فإذا كان موضوع الموجب عينياً ، أي شيئاً معيناً ، فلا يصح الإيفاء إلا بأعطاء الشيء المعين دون غيره (مثاله ، لو تعين المبيع في عقد البيع لزم البائع تسليمه بعينه ، وليس له أن يعطي سلعة غيره من جنسه (المادة ٣٠٤ من المجلة) .

ولكن إذا كان موضوع الموجب دينياً ، أي بما كان ثابتاً بالذمة كقصدار من النقود أو من الأشياء المثلثة (فالإيفاء يكون بشئ الدين شيئاً وقدره ووصفاً ، لتعذر إيفاء العين وروافق القاعدة العامة و الديون تقضى بامتثالها ،^١

وهذا يستتبع طبعاً أن الدائن لا يجبر على قبول الانقضاء من المثل . ولكن من يجبر على قبول الجنس الاجود ؟ أفنى الحنفيون في الرأي المختار إنه لا يجبر على ذلك أيضاً .^٢ ولكن إذا قبل الدائن بالاجود ، وتطوع المدين بدهمه بدون شرط ، ولا يعتبر ذلك من باب الربا عند جمهور الفقهاء ، ما عدا مالكاً .^٣

والنقود في مسائل المدائبات احكام ترمى إيجاز بعضها على سبيل الفائدة ، أنفذاً عن كتب الحنفية بوجه خاص : -

اولاً - في العقد الذي لم يعين فيه النقد إلا بقدره ونوعه دون وصفه ، يتصرف مطلق العقد إلى النقد الغالب بدلالة العرف والمعادة . وهذا يجري في ثمن المبيع في عقد البيع ، ويجري أيضاً في الإجارة والصلح وما أشبهه .
ثانياً - في حال تعدد النقود وتساورها في الزواج والمالية ، يكون الخيار للمدين بتعيين نوعها . مثلاً في الجملة ، إذا جرى البيع على قدر معلوم من القروش كانت

(١) الاشياء لابن نجيم (ص ١٠٥) ، والمناقب شرح المجمع (ص ٢٢٠) .
(٢) البحر الرائق ويهاشمه منحة الخالق (ج ٦ ص ١٢٢) ، والهندية (ج ٣ ص ٢٦٦) .
والانقروية (ج ١ ص ٣١٠) . انظر بعض التفصيل في مذهب مالك في القوانين الفقهية لابن جزي (ص ٢٨٩) .
(٣) المحلى ، ج ٨ رقم ١١٩٣ .
(٤) البحر ، ج ٥ ص ٢٨١ - ٢٨٢ .

وقال ابن نجيم : « القول للمالك في جهة السلبك . فلو كان عليه (اي الدافع) دينان من جنس واحد ، فدفعت شيئاً ، فالتميم للدافع ، الا اذا كان من جنسين لم يصح تعيينه من خلاف جنسه » .^١ ومعنى ذلك انه يشترط في صحة تعيين جهة الإيفاء من جانب المدين ان تكون الديون متحدة الجنس ، لانه عند اختلاف الجنس يعتبر المال المدفوع من أصل الدين أو الديون التي من جنسه ، وليس للمدين حينئذ أن يعين ايفاءه من جنس آخر .

مثلاً ، لو حكم للمرأة على زوجها بالنفقة ، وكان لها عليه ايضاً بقية المهر ، فاعطاها شيئاً ، ثم اختلفا . فقال الزوج هو من المهر ، وقالت المرأة لا بل هو من النفقة ، فالقول قول الزوج ، لان الدافع أعلم بجهة الإيفاء . ولكن يشترط ان يكون المؤدى شيئاً من جنس الاشياء التي تعطى في المهر عادة . أما إذا كان شيئاً من جنس النفقة كالطعام وما أشبه ذلك ، فلا يقبل تعيين الزوج .^٢

وقد نص قانون الموجبات اللباني ايضاً على حق المدين مبدئياً في تعيين جهة الإيفاء عند تعدد الديون ، ثم قيد ذلك بشرط واكمله بتفصيلات كما يلي : -

اولاً - ان للمدين ان يصرح عند الإيفاء بالدين الذي يقصد إلى ايفائه ، وعلى انه لا يمكنه ايفاء رأس المال قبل الفوائد ولا ان يفضل ايفاءه من غير مستحق الاداة

على دين مستحق (المادتان ٣٠٧ و ٣٠٨) .
ثانياً - اذا لم يعين المدين جهة الإيفاء يكون الخيار للدائن ، شرط ان يبعد

البه بلا تأخير في سداد الإيفاء نفسه ما لم يعترض عليه المدين (المادة ٣٠٨) .
ثالثاً - « اذا لم يكن هناك تخصيص صريح من قبل احد المتعاقدين ، وجب أن يبعد الإيفاء مختصاً بالدين المستحق الاداة لا بالدين الذي لم يحل أجله . وإذا وجدت عدة ديون مستحقة الاداة ، فيخصص الإيفاء بالدين الذي يكون من مصلحة المدين ان يوفيه قبل غيره ، والا فبالدين الذي يكون أفضل عبثاً من سواه . وعند انتفاء كل سبب آخر للتقدير ، يشل الإيفاء الديون على اختلافها بنسبة مقاديرها » (المادة ٣٠٩) .

(١) الاشياء والنظام ، ص ١٠٥ .
(٢) الفتاوى الهندية ، ج ١ ص ٥٧٢ - ٥٧٣ .

للمشتري أن يؤدي الثمن من أي نوع شاء من النقود الواجبة غير المنوع تداولها ، وليس البائع أن يطلب نوعاً مخصوصاً منها ، (المادة ٢٤١) .

أما إذا اختلفت هذه النقود المتمدة في المالمية ، فقد أفتى المتأخرون من الحنفين بعدم تحجير المشتري ، وإن هذا يؤمر به بدفع المتوسط رخصاً لا الأكثر رخصاً ولا الأقل ، حتى لا يلزم اختصاص الضرر به ولا بالبائع . لكن هذا إذا حصل الرخص لجميع أنواع العملة . أما لو بقي منها نوع على حاله فينبغي أن يقال بالزام المشتري الدفع منه ، لأن اختياره دفع غيره يكون تعسفاً بقصد اضرار البائع مع إمكان غيره ،^١ .

وهذا ، كما ترى ، موافق لضابط العام الذي ورد في قانون الموجبات البنائي ، وهو أنه : « إذا كان الشيء لم يعين إلا بنوعه ، فلا يجب على المدين أن يقدمه من النوع الأعلى ، ولكن لا يجوز له تقديمه من النوع الأدنى » (المادة ٢٩٩) .

ثالثاً - عند تقلب أسعار العملة المتفق عليها في العقد ، سواء في ذلك الغلاء أم الرخص ، يقوم المدين في الرأي السائد بإيفاء ما بالمثل لا بالقيمة . فعليه إذا كسدت العمقيرة الدائن مثلاً ، وفاقاً لقاعدة الديون تقضى بامثالها .

غير أنه إذا منع السلطان تداول العملة الكلاسة وتركت المعاملة بها ، وجب حينئذ رد قيمتها في المدينين الحنفي والحنبلي . ولكن عند مالك والشافعي والبيهق ابن سعد ، ليس على المدين إلا المثل ايضاً^٢ .

ولا نزى من حاجة للقول بأن أثر الإيفاء هو إسقاط الموجب الأصلي ومتفرعاته . فإذا كان الموجب الأصلي مؤمناً برهن أو كفاة ، فإن سقوطه بالإيفاء . بوجب رد الرهن وبرائة الكفيل^٣ .

البوفاء بأداء العوض

- للمدين ان يؤدي شيئاً آخر عوضاً عن موضوع الموجب ، لكن شرط موافقة
- (١) رد الحمار على الدر الخنار ، ج ٤ ص ٣٦ .
 - (٢) الدر الخنار شرح توير الإبصار (ج ٢ ص ١٩٥ و ٢٥٢) ، والفتاوى الاقروية (ج ١ ص ٣١٠) ، و تحقيق الملمدية (ج ٢ ص ٢٦٢) ، والمبني (ج ٤ ص ٣٦٥) .
 - (٣) للتادقان ٦٦٢ و ٧٣١ من الجملة .

الدائن وشرط مراعاة قيود الربا المعروفة في الشريعة الإسلامية .
ويسمى هذا في الاصطلاح الفقهي الاستبدال^١ ، لأن الدين يستبدل به عوض آخر . وهذا الاستبدال جائز عن كل الدين إلا القليل منها ، كالثمن المسلم فيه ، في بيع السلم .

وإن الاستبدال ، كما ترى ، يكون أحياناً من نوع الصلح . ويكون غالباً من نوع البيع ، أو هو بيع الدين بالدين لا يجوز لا يجوز إلا من عليه الدين ، فهو تابع لأحكام البيع العادية^٣ .

- (١) استعملت كلمة الاستبدال بمعنى آخر في مسائل الرقب ، واستعملها قانون الموجبات والنقود البنائي بمعنى جديد في المادة ٣١١ وما بعدها .
- (٢) سئى في باب انتقال الموجبات أن بيع الدين بالدين لا يجوز إلا من عليه الدين .
- (٣) انظر الأشباه والنظائر للسيوطي (ص ١٩٩) ، والوجيز (ج ١ ص ١٤٦) ، وقصص الغرير (ج ١ ص ٤٣٧) ، والدر الخنار (ج ٢ ص ٢٤٩) ، والبيهق شرح الصفة (ج ٢ ص ٤٩) ، والمادة ١٥٤٨ وما بعدها من الجملة ، والمادتين ٣١٨ - ٣١٩ من قانون الموجبات البنائي .

شروط المقاصة

ان بحث المقاصة من الاجتاهات التي حصلت فيها تفصيلات فرعية في بعض المذهب . ففي مذهب مالك مثلاً ، فصل الفقهاء في المقاصة بين احوال اختلاف جنس الدينين وانتزاعها ، وفي حال انتزاعها فتصاها بين انواع الدين المختلفة ، أي بين كونها من الطعام أو من العروض أو من النقود . ونحن لا نرى مجالاً لسرد هذه التفصيلات جميعاً^١ .

وايضاً في المذهب الحنفي تفصيلات ، ولكن يمكن استخلاص شروط المقاصة العامة منها . ونحن نسمى لبيانها ههنا ، مع العلم بان لها مستثنيات في بعض انواع الدين . وهاهي :-

اولاً - ينبغي في ديون المقاصة ان تكون متحدة الجنس والصفة . ففقد اختلاف الجنس أو الصفة بين الدينين ، لا تسوغ المقاصة الا بتراضي الفريقين^٢ . وقد الحق الفقهاء باختلاف الجنس اختلاف الفرة في الدين . مشكلاً قال ابن البراز : لو كان لرجل على امرأته دين ، وطلبت الزوجة منه النققة ، فلا يقع المقاصة بين النققة والدين بلا رضی الزوج بخلاف سائر الديون ، لان دين النققة اضعف ، فصار كاختلاف الجنس وأشبه ما اذا كان احد الحقيقتين جيداً والآخر رديماً^٣ .

ثانياً - لا تدخل في المقاصة الا الديون الحالية . ففعله اذا كان الدينان مؤجلين ، أو كان احدهما حالاً والثاني مؤجلاً ، فلا تصح المقاصة الا بالتراضي^٤ .

وهذان الشرطان لا بدّ منهما ايضاً في قانون الموجبات البنائي (المادتين ٣٢٩ و ٣٣٠) . ويجب فوزهما في هذا القانون (المادة ٣٣٠) ، كما في القانون المسدي الفرنسي (المادة ١٢٩١) ، ان يكون الدينان محررين ومعينين المقدار . ولكن

(١) انظر مثلاً القوانين الفقهية وشرح الحارثي في الوضوء المذكور ، وشرح المطالب على سيدي خليل (ج ٤ ص ٤٩٥) ، والبهجة شرح الصفة (ج ٢ ص ٥٠ - ٥٤) .

(٢) البصر (ج ٦ ص ١٩٩) ، والبرازية (ج ٢ ص ١٠٧ ، هامش الخندية) .

(٣) البرازية : ج ٢ ص ٤٨٦ .

(٤) البصر في الوضوء المذكور ، نقلاً عن الخندية .

الفصل الثاني

المقاصة

تعريفها

كثيراً ما يقع في المعاملات ان يكون احد الناس دائناً لغيره بدين ويكون مدينناً له بدين آخر من جنسه وصفته ، كما لو كان زيد مدينار بدينه عمرو وكان لعمرو بدينه زيد مائة وخمسون . أفتبينني حينئذ ان يدفع زيد المائة ويدفع عمرو المائة والحسين ؟ أم يطرح الدين الأول من الثاني فلا يدفع عمرو شيئاً ويدفع زيد الباقي وهو الخمسون ؟

لا شك في انه يجري هذا الطرح ، ويحصل ما يسمى في الاصطلاح بالمقاصة وفي هذا كاترى المساواة بين الفريقين في اداء الديون ، وفيه ايضاً مساواة في المعاملات ، لا سيما في حسابات التجار الجارية فيما بينهم .

وان المقاصة ، بتعريف ابن جزري ، « هي اقتطاع دين من دين »^١ . او بمعبارة ابن عرفة ، هي « متاركة مطلوب بمائل صنف ما عليه لاله على طالبه فيما ذكر عليها » ، أي في حال كون المائل الذي لاحدهما هو الذي على الآخر^٢ .

اما قانون الموجبات والعقود البنائي ، فانه لم يذكر تعريفاً ، بل اوضح المقاصة بقوله : « اذا وجد شخصان وكل منهما دائن ومدين للآخر ، حق لكل منهما ان يقاض الآخر بآله قبله على قدر المبلغ الادنى من الدينين » (المادة ٣٢٨) .

(١) القوانين الفقهية . ص ٢٩٣ . وتعريف ابن جزري شبيه بتعريف مودستينوس الروماني

وهو : « Compensatio est debiti et crediti inter se contributio . I D . XVI . 2 . »

(٢) شرح الحارثي على سيدي خليل ، ج ٤ ص ١٤٣ .

رابعاً - إذا عدل المدين مقدماً عن المقاصة .

كيف تحصل المقاصة

تقع المقاصة في القانون المدني الفرنسي (المادة ١٢٩٠) حينما يمتضى القانون نفسه ، وبدون طلب من احد الفريقين ، وحتى رغم ارادتهما ، باعتبار ان المقاصة ضرب من الايقاع الجبري .

ولكن في القانون المدني الالمانى ٢ ، وفي قانون الموجبات الالمانى ، ولا يجزى المقاصة حيناً ، بل بناء على طلب احد الفريقين ، (المادة ٣٣٢) .

وكذلك في الشريعة الاسلامية ، تقع المقاصة بطلب احد الفريقين . ولكنها تقع جبرية عندئذ ، بمعنى أنه إذا توافرت شروطها جميعاً ، لا يجب فيها رضى الفريق الآخر . وأثرها أنها تسقط الدين الاقل ومقدار ما يقابله من الدين الاكبر .

أما عند فقدان أحد تلك الشروط ، فلا تقع المقاصة إلا بتراضي الفريقين قبل أن يتفرقا . ولا شك في أن المقاصة تكون حينئذ اختيارية ، وهي بمنزلة الاستبدال أو الإيقاع بإداء عوض ٣ .

(١) هذا التفسير سببه الخطأ في ترجمة الكلمة اللاتينية « Ipsa jure » . راجع كوران وكايشان ، ج ٢ من ١١٧ .

(٢) المادة ٣٨٨ منه ، حيث جاء فيها : Durch Erklärung gegenüber den Anderen Teile .

(٣) الفتاوى الهندية (ج ٣ من ٢٩٥ - ٢٩٦) ، والبحر (ج ٦ من ١٩٦ - ٢٠٠) ، ورد المختار على الدر المختار (ج ٤ من ٣٢٢) ، والذاتان ٢٢٥ و ٢٢٧ من مرشد الميرزا .

القانون المدني الالمانى (المادة ٣٨٧) والفقهاء المسلمين لم يشترطوا هذا الشرط . فعند التحقنين تحصل المقاصة مثلاً بين الدين السابق والدين الحادث الناشئ عن ائلاف نال من ذات الجنس ١ .

واخيراً ، لا بد في الاصل من وجود الدينين موضوع المقاصة بين ذات الدائن والمدين ، كما يفهم من تعريف ابن عرفة الذي قدمنا . ولكن لهذا الاصل استثناءات . مثاله في الوكالة ، لو وكل احد آخر بقبض دينه من مدينه ، وكلت للدين بدمه الوكيل دين من مثله ، وقعت المقاصة بين الدينين ، وصار الوكيل مديناً للدوكل بما سقط عنه بالمقاصة ٢ .

احوال منع المقاصة

لا ريب في ان المقاصة لا تقع عند فقدان أحد شروطها التي بيّناها . وهي لا تقع أيضاً في احوال أخرى استثنائية ، هي الآتية : -

اولاً - اذا كان للدويع بدمه المودع دين من جنس الوديعة ، فلا تجزى المقاصة بينهما ، الا بالاجتماع والتراضي على ذلك .

ثانياً - لا تصح المقاصة ايضاً بين المال المصوب والدين الذي للغاصب بدمه المصوب منه ، وإن كان المصوب والدين من جنس واحد ، الا ان يتراضي الفريقان على المقاصة ويكرن المال المصوب في يد الغاصب ٣ .

وفي القانون الالمانى استثناءات ايضاً ، لا تجزى فيها المقاصة (المادة ٣٣١) :-

اولاً - عند المطالبة برد شيء بترفع بلا حق من يد مالكه ، وهذا شبيه بمسألة الغصب .

ثانياً - عند المطالبة برد وديعة أو عارية استعمال .

ثالثاً - اذا كان هناك دين غير قابل للعجز .

(١) الجبر في الزمزم المذكور ، والاقروية (ج ١ من ٣١١) ، والسادة ٢٣٠ من مرشد الميرزا .

(٢) البرازية - ج ٢ من ٤٦٥ و ٤٨١ .

(٣) البرازية (ج ٢ من ٤٨٦ - ٤٨٧ هاشم الهندية) ، والاشباه لابن نجيم ، (ص ١٠٦) ،

والاقروية (ج ١ من ٣١١) ، والذاتان ٢٢٨ و ٢٢٩ من مرشد الميرزا .

ابن عبد الله^١ .
 وهكذا كان الإبراء-جائزاً في جميع المذاهب . وهو مرادف عند جمهور الفقهاء ،
 لجنة الدين للدينين ، إلا عند الحنفيين . وسبب الفرق عند هؤلاء هو أن حق الرجوع
 جائز مبدئياً في الهبة بعد القبض وغيره جائز في الإبراء ، على حين أن باقي الأئمة لم
 يجوزوا هذا الرجوع في الحالين^٢ .

أنواع إبراء الاستقاط

ينقسم إبراء الاستقاط الى قسمين : عام وخاص . فالعام يشمل جميع الدائري
 والحقوق التي تكون لأحد بئمة الآخر . والخاص ينحصر في حق أو في دعوى
 معينة ، ولا يتعدى مفهومه هذه الدعوى أو ذلك الحق^٣ .
 وثمة مسألة طريفة وردت في كتب الحنفيين لا بأس بذكر حكمهم فيها . وهي
 تتعلق بالإبراء من بعض الدين بشرط تصجيل الباقي ، كما لو كان لأحد ألف درهم بئمة
 الآخر ، فقال له : وحططت عنك منها خمسمائة على ان تعطيني خمسمائة ، ففي هذه
 المسألة صور هالك تفصيلاً^٤ : -
 الأولى : ان يبويء الدائن مدينه من النصف على ان يدفع له النصف
 الآخر دون تعيين وقت الدفع . فهنا يقع الإبراء في النصف ، سواء أذفع المدين
 الباقي ام لم يدفع .

- الثانية : ان يقول الدائن للمدين : حططت عنك خمسمائة على ان تنقد لي اليوم
 (١) البيهقي على البخاري (ج ١٣ ص ١٦٠) ، وصحيح مسلم (ج ٥ ص ٣٠) .
 (٢) انظر منهاج الطالبين (ص ٦٨) ، والمغلي (ج ٩ رقم ١٦٢٤) ، وبداية المجتهد (ج
 ٣ ص ٢٧٦) ، والروض الراسع (ج ٢ ص ١٥٠) ، والاشباه لابن نجيم (ص ١٥١) ،
 والقوانين الفقهية (ص ٣٣٨) ، وشرح الخرشي (ج ٥ ص ١٠٣) ، والفتي (ج ٦ ص ٢٥٧) ،
 واللاذ ٨٤٧ من الهبة .
 (٣) انظر في هذا التقسيم وتربيته وإملائته : المراد ١٥٣٧ و ١١٣٨ و ١٥٦١ و ١٥٦٥
 من الهبة .
 (٤) انظر فيها الهداية (ج ٣ ص ١٥٩ - ١٦٠) ، والفتاوى الحانية (ج ٣ ص ١١١
 همامش الهندية) .

الفصل الثالث

الإبراء من الدين

ضريبة وإدائه

تنصت الجملة على انه : « إذا قال أحد ليس لي مع فلان دعوى ولا نزاع ، أو
 ليس لي عند فلان حق ، أو فرغت من دعواي التي هي مع فلان ، أو تركتها ، أو
 ما بقي لي عنده حق ، أو استوفيت حقي من فلان بالتمام ، فيكون قد أبرأه ، أو
 (المادة ١٥٦١) . »

والإبراء نوعان : إبراء استيفاء وإبراء اسقاط . فالاول اعتراف أحد بقبض حقه
 واستيفائه . وهو بالحقبة اقرار بالابفاء ، ولا علاقة لنا به .
 أما إبراء الاسقاط ، فهو « أن يبويء أحد الآخر باسقاط قام حقه الذي هو عند
 الآخر ، أو يحط مقدار منه عن ذمته » (المادة ١٥٣٦) . وأنت ترى أن إبراء
 الاسقاط من أسباب سقوط الدين والموجبات التي نحن بصدددها .

وإن إسقاط الحق كله ، أو بعضه نوع من التبرع والاحسان ، الذي خص
 الكتاب والسنة على فعله . ففي القرآن الكريم ، « إن الله يأمر بالعدل والاحسان » ،
 « وإن كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة وأن رةمتم فورا خير لكم إن كنتم
 تعلمون » .^١

وروي في الصحيحين وغيرهما عن النبي (ص) أنه كان يسمى مع الدائنين
 للاسقاط وللوضع من دينهم ، كما فعل مع مالك ومع دائني مورت جابر

(١) سورة النحل (١٦) ٩٠ .
 (٢) البقرة (٢) ٢٨٠ .

ثانياً - « باتزم ان يكون المبرأون معادين ومعينين . بناء عليه ، لو قال احد برأت كافة مدبوني أو ليس لي عند احد حتى ، لا يصح ابرأؤه . وأما لو قال ابرأت اهالي الحلة الفلانية ، وكان اهل تلك الحلة معينين وعبارة عن اشخاص معدودين ، فيصح الابراء ، (المادة ١٥٦٧) .
ولكن هل يجوز الابراء عن الحقوق المجهولة ؟ في المسألة خلاف . قال الشافعي لا يجوز ذلك مطلقاً ، وقال ابو حنيفة يجوز مطلقاً ، وتوسط ابن حنبل وقال تصح البراءة من الجهول عند الضرورة اذا لم يكن من سبيل الى معرفته ^١ .

حكم الابراء

من المسائل الخلافية بين الفقهاء مسألة ماعية الابراء . أموا استقاط ام تملك ؟ أم هو مزيج من ذلك جميعاً ؟
لا شك في ان الابراء يتضمن معنى التملك احياناً . فعلى هذا الاعتبار ، رأينا ان الابراء لا يمكن تعليقه بالشرط الصريح ، ورأينا انه في بعض المناهج يستوجب القبول عند البعض او يرتد بالرد عند البعض الآخر . فلو كان استقاطاً محضاً ، لوقع دون قبول المدين ، ولما بطل بشرط التعليق .
وعلى الرغم من ذلك ، فان صفة الابراء الاصلية هي الاستقاط . ولاحية الاستقاط هذه هي التي نهضنا في بحث سقوط الموجبات . فعليه ، « اذا أبرأ احد آخر من حتى سقط ذلك الحق ، ولم يبق له أن يدعي به » (المادة ١٥٦٢) ، وذلك رفاقاً للقاعدة الكلية ان « الساقط لا يعود » ^٢ .

وإذا كان الابراء ضمن عقد آخر ، يشترط ان يكون هذا العقد صحيحاً ليكون للابراء حكم الاستقاط . فان كان الابراء ضمن عقد باطل ، فهو باطل ايضاً ، ونفتى قاعده اذا بطل الشيء . بطل ما في ضمنه ، ^٣ مثاله واذ باع أحد مالا وقبض منه وبرا المشتري من كافة الدعاوى التي تتعلق بالمبيع ، والمشتري كذلك ابرأ البائع (تنقيح المسامدية (ج ٢ ص ٥٧) ، والفتي (ج ٦ ص ٢٥٧) ، وحاشية البيهقي (ج ٢ ص ٥١) .

(١) الاشباه لابن نجيم (ص ١٢٧) ، واللادة ٥١ من الحلة .

(٢) الاشباه لابن نجيم (ص ١٥٧) ، واللادة ٥٢ من الحلة .

وبعد ، فلا شك ان في الابراء مئة قدم تعظم لذوي المروءات والانفات ^١ . وان الابراء كما قال جمهور الفقهاء من نوع حبة الدين . لذا نرى ان قبوله من قبل المدين ضروري كتابي انواع العبات والانتقادات . وان هذا القبول كما يصحكون صراحة يكون بالدلالة ، وان عدم رد الابراء ، على ما اوضحنا سابقاً ، ليس في الحقيقة الا من نوع القبول الضمني

شروط الابراء

فوق شرط القبول الذي قدمنا ، يجب لصحة الابراء توافر شروط اخرى .
اولاً - لا بد من رضی الدائن في الابراء ، كما في باقي التصرفات القبولية . فعليه لا يصح ابراء المكره (المادة ١٠٠٦) ، لان الاكراه ينفي الرضى .
وبهذه المناسبة ، تسام بعض الفقهاء عما اذا كان وجود سند الدين في يد المدين دليلاً على براءته ، واجابوا على ذلك بالنفي ^٢ . ولكن قانون الموجبات البنائي نص على « ان التسليم الاختياري للسند الاصل الذي كان في حوزة الدائن يقدر معه حصول الابراء الى ان يثبت العكس » (المادة ٣٤٠) . والاصح ان يترك ذلك الى تقدير القاضي والى قوانين الاحوال العرفية .
ثانياً - بما ان الابراء من نوع التبرعات ، فان المبرئ ينبغي ان يكون اهلاً للتبرع . فعليه لا يصح ابراء المجنون والمعتوه ولا ابراء الصغير مطلقاً (المادة ١٥٤١) . وكذلك ليس للمريض مرض الموت حرية الابراء . فاذا كانت ديونه تستغرق امواله ، فلا يصح ابرأؤه مطلقاً . واذا لم تستغرق ديونه جميع امواله ، فان ابرأؤه من دين احد ورتته لا يصح الا باجازه الباقيين ، وان ابرأؤه من دين الاجنبي لا يصح الا من ثلث التركة ^٣ .

(١) الفروق ، ج ٢ ص ١١١ .

(٢) شرح المواق على سيدي خليل (بهاش المطالب ج ٥ ص ٥٥) ، وشرح الحرمي (ج ٤ ص ١٩٩) .

(٣) انظر اللادئين ١٥٧٠ و ١٥٧١ من الحية ، وما قلناه سابقاً في هذا الجزء ص ١٣٩ .

من كافة الدعاوى التي تتعلق بالثمن المذكور، وتعاطيا بينها وثائق على هذا الوجه، ثم استحق المبيع، فلا يكون الإبراء تأشير، ويستورد المشتري الثمن الذي كان اعطاه للبائع، (المادة ١٥٦٦).

ولا ريب في ان و الإبراء لا يشمل ما بعده . يعني اذا ابراء احد آخر ، فانما تسقط حقوقه التي كانت قبل الإبراء ، وله ان يدعي بحقوقه الحادثة بعد الإبراء ،

(المادة ١٥٦٣) .

وعلى كل ، فالإبراء يفسر بحسب نوعه وظروفه . فإبراء الاصيل يوجب براءة الكفيل ، لانه اذا سقط الاصل سقط الفرع ، ولكن ابراء الكفيل وحده لا يوجب براءة الاصيل .^١

وكذلك ، اذا ابراء احد آخر من دين ، فلا يجوز له ان يطالبه بالدين لنفسه . ولكن يجوز ان يدعي عليه به بالوكالة او بالولاية عن غيره .^٢

الفصل الرابع

مرور الزمان او التقادم

مخرجه

عرفنا الزمان كيف يكون عاملاً في تغير المظاهر الاجتماعية وفي تطور المدنية، وعرفناه كيف يكون مؤثراً من ثم في تقلب الشرائع وتبدل القوانين .

وان للتقادم أو لمرور الزمان فوق ذلك أثراً هاماً في الحقوق ، من ناحية اكتسابها وسقوطها . فهو تارة يكسب الحق من لم يكن له حق في نظر القانون ، فيسمى التقادم المكسب للحقوق ، وهو تارة أخرى يسقط الحق عن تركه طويلاً ، فيسمى التقادم المسقط للحقوق .

وان احكام مرور الزمان كثيرها من الاحكام تأثرت بتغير الزمان نفسه ، فاختلقت باختلاف عصور التاريخ باختلاف الشرائع . وكان لها في خلال ذلك اسباب خاصة وأخرى عامة لجمعها .

ويستند تأثير مرور الزمان في الحقوق بوجه عام إلى ما للظاهر أحياناً كثيرة من أهمية وعبرة . فاذا كان هذا الظاهر باقياً هادئاً عالياً ، مدة طويلة ، بدوت منازع يدعي عكسه ، أو بدوت عنده يبرره أو عيب يشوبه ، فمن الحكمة والصلحية ، بل من الضرورة أن يبقى القديم على قدمه ، ، محافظة على الاستقرار في المعاملات الاقتصادية وعلى الامن في الحياة الاجتماعية .

نعم قد يكون الظاهر مخالفاً للحقيقة ، وقد يكون الاعتداد بالتقادم سبباً خسارة حقوق الناس . ولكن ذلك نادر ، و العبرة للغالب الشائع لا النادر ، كما قالت اللجنة (المادة ٤٢) . وهذا النادر قد يكورت سببه قبول صاحب الحق

(١) المواد ٥٠ و ٦١ و ٦٢ من الحجة .
(٢) الفتاوى البرازية ، ج ٢ من ٣٤٣ (بهاش الهندية) .

وتنازله ، فلا بأس به في هذه الحال . وقد يكون سببه التقصير والاهمال ، فعندئذ نقول مع المثل اللاتيني : « إن القوانين عون الايقاظ لا النيام »^١ .
أضف إلى كل هذا ما للبحث في الحقوق التركة القديمة من صعوبة ، بسبب ضياع الادلة وتعدد الحصول عليها ، وبسبب ما قد يمر ذلك من التصنيع والتزوير وعدم الاستقرار في الحقوق المكتسبة والحالات الراهنة .

ومرور الزمان أو التقادم نوعان : مكسب ومسقط . والتقادم المسقط نوعان أيضا : أحدهما مسقط للحق نفسه ، والثاني مسقط للدعوى ومانع من سماعها فقط . ونحن بعد هذه الكلمة التمهيدية العامة ، نبحث في موقف الشريعة الاسلامية من هذا الموضوع الخطير ، فنأتي بلهجة سريعة في التقادم المكسب للحقوق العينية وفي التقادم المسقط للعقوبات ، ثم نبين بإيجاز التقادم المسقط للوجبات واختلاف المذاهب فيه بوجه عام واحكام المجلة بوجه خاص ، على ضوء قانون الوجبات البناني وغيره من القوانين المدنية .

ولا شك في أن البحث في التقادم المكسب للحقوق العينية والتقادم المسقط للعقوبات خارج عن موضوعنا الذي نحن بصدده . ولكننا لم نبدأ من كلمة سريعة فيه ، لارتباطه بموضوعنا الاساسي من حيث المبدأ الذي يجتمع مسأله مرور الزمن في الشريعة الاسلامية .

التقادم المكسب للحقوق العينية

في القانون الروماني والقوانين التي اخذت عنه ، كالقانون المدني الفرنسي وغيره ، يكون للتصرف مدة من الزمان بشروط معينة مفعول اكتساب الملك وغيره من الحقوق العينية . فلذا يسمى بالتقادم المكسب^٢ .

وهنا اخذ قانون الملكية السوري البناني ، نص على « ان الحق باجراء تسجيل في السجل العقاري يكتب فيما يتعلق بالمعارات والحقوق غير المسجلة في السجل العقاري بان يستولي الشخص على العقار أو على الحق العقاري امتلاء هادئاً

(١) Vigilantibus , et non dormientibus , jura subveniunt
(٢) Usucapio , prescription acquisitive

علياً مستمراً كأنه صاحب العقار مدة خمس سنوات هو بنفسه أو بواسطة شخص ثالث لحسابه ، بشرط ان يكون لدى واضع اليد سند صحيح . وإذا لم يكن لدى سند صحيح ، فتكون المدة خمس عشرة سنة » (المادة ٢٥٧) . ولكن لا تأخذ لمرور الزمان على الحقوق المسجلة في السجل العقاري^١ .

ولا شك في ان هذا النوع من التقادم لم يعرف في الشريعة الاسلامية ، وكل ما عرف فيها هو التقادم المانع من سماع الدعوى ، في المذهبين الحنفي والمالكي ، ففي المجلة وفي الاستحسان عند الحنفيين ، بعد مرور الزمان مانعاً من سماع الدعوى ، ولا فرق في ذلك بين دعاوى الملك ودعاوى الدين ، اي لا فرق بين الحقوق العينية والحقوق الشخصية . وان المدة المانعة من سماع دعوى الملك هي خمس عشرة سنة ، كما سنرى .

ولكن لهذا الاصل مستثنيات ذكرتها المجلة ، وهي : -
أولاً - ولا اعتبار لمرور الزمان في دعاوى الخال التي يعود نفعها للعموم ، كالطريق العام والنهر والمرعى . مثلاً لو ضبط احد المرعى المخصوص بقربة وتصرف فيه خمسين سنة بلا نزاع ، ثم ادعاه أهل القرية ، نسمع دعواهم « (المادة ١٦٧٥) .
ثانياً - ان الدعاوى المتعلقة في أصل الوقف ودعاوى الحقوق العينية في عقار الوقف ، كدعوى الطريق الخاص والمسبل وحق الشرب ، لا تسمع بعهد مرور ست وثلاثين سنة . مثلاً اذا تصرف احد في عقار ستاً وثلاثين سنة ، ثم ادعى سنوي احد الاوقاف ان هذا العقار من مستغلات الوقف ، فلا تسمع دعواه لمرور الزمان (المادتان ١٦٦١ و ١٦٦٢) .

ثالثاً - ان دعوى الاراضي الاميرية ودعوى حقوق الطريق الخاص والمسبل والشرب فيها لا تسمع بعد تركها مدة عشر سنين (المادة ١٦٦٢) .

هذا عند الحنفيين . أما في المذهب المالكي ، فالاصل ان حيازة الشيء مسددة معينة والتصرف فيه تصرف المالك في ملكه بدون منازع وبحضور صاحب الحق وعلمه وسكوته بلا عذر او مانع شرعي دليل على الملك . وان مدة مرور الزمن هي عشر سنين للعقار في القول بخيار ، وستة او ستانان او ثلاث للثياب والمروض

(١) المادة ١٩ من القرار ذي العدد ١٨٨ الصادر في ١٥ آذار سنة ١٩٢٦ ، والمادة ٢٥٥ من قانون الملكية المذكور . أنظر بخصوص مرور الزمن المكسب في الاراضي الاميرية المادة ٧٨٤ من قانون الاراضي ، المطبقة على تعليمات ٢٨ وجب ١٢٧٦ (١٨٤٤) المتعلقة بسندات الطابور والتي اوجبت ان يستند مرور الزمن الى أحد أسس التملك .

والدواب . وتكون هذه المدة عشرة أشهر فقط اذا كان المتصرف يجمل اصل الملك ، سواء اكان هذا الملك عقاراً ام منقولاً . وكذلك يعتبر التقادم مانعاً من سماع الدعوى في السكوت عن احداث الضرر في الملك ، كفتح الكوة وما أشبه . وحجة المالكيين في ذلك الحديث الشريف : « من حاز شيئاً عشر سنين فهو له » . واثار الحيازة عندهم انها لا تنقل الملك وحدها ، ومن ثم لا يعتبر التقادم مكسباً لذلك ، لأنه ، كما جاء في الحديث الشريف ايضاً ، « لا يبطل حق امرى مسلم وان قدم » . ولكن الحيازة دليل على انتقال الملك ، فتكون مانعة من سماع دعوى المدعي ومن سماع بينته ايضاً ^٢ .

وعلى الجهة ، فالشريعة الاسلامية لا تتعرف مبدئياً الى التقادم المكسب للملك ، لما في ذلك من ابطال حقوق المالك الحقيقي ، ولكنها تعتبر التقادم مانعاً من سماع دعوى المالك اذا تركها مدة معينة بشرط معينة . وان الفارق بين التقادم المكسب والتقادم المانع من سماع الدعوى ليس كبيراً ، ولكنه موجود على كل حال ، لا سيما عند اقرار المدعي عليه كما سنوضح قريباً .

التقادم المسقط للعقوبات

نحن نعلم بما قدمنا في بحث الجرائم ان في بعضها حق الله تعالى ، او ما نسميه في اصطلاحنا اليوم الحق العام ، وان العقوبات المقدرة شرعاً مثل هذه الجرائم تسمى الحدود . ونحن الآن نتساءل عن تأثير التقادم او مرور الزمان في هذه الحدود .

اختلف الفقهاء في ذلك ، وذهبوا مذاهب ثلاثة . فالمذهب الاول هو لجور الفقهاء ، الاثمة مالك والشافعي وابن حنبل والاوزاعي والثوري والشافق وداود الظاهري واتباعهم وغيرهم ايضاً . فهو لا . جميعاً قالوا بان الحدود ككسائر الحقوق لا تسقط بطول الزمان ابداً .

- (١) نحن اذا تخالف في هذه المسألة رأي الرئيس شكري القرداسي ، في رسالته عن قانون الموجبات البنائي المذكورة ، ص ٧٦ .
- (٢) شرح الحطاب على سيدي خليل (ج ٦ ص ٢٢١ - ٢٢٨) ، وشرح الحرشي (ج ٥ ص ٢٤٢ - ٢٤٤) ، والبهجة للشولي شرح تحفة المحاكم لابن عاصم (ج ٢ ص ٢٥٢ - ٢٥٣) وص ٣٤٢) .

والمذهب الثاني هو لابن ابي ليلى ، وهو يقول بان التقادم مسقط للحدود السقاطاً تماماً . فلذا لا يقبل في الحدود القديمة عنده لا الشهادة ولا الاقرار .

واخيراً ذهب الحنفيون منهياً ثالثاً ، وقالوا بان الحدود تبطل بالتقادم مبدئياً ، ما خلا بعض المستثنيات . ففي الاصل عندهم لا تسع الشهادة في الحدود القديمة ، وتعملل ذلك ان الحدود الخالصة حتى الله تعالى ، وان الشاهد فيها ، كما ارضعنا في محله ، هو بخير بين السر واداء الشهادة . فالاقدم على الاداء بعد التأخير يعمل على تخرج ضمنية او تحرك عداوة ، فيجعل الشاهد متهماً في شهادته .

وترتب على هذه العلة وجود مستثنيات لهذا المبدأ عند الحنفيين ، وهي : -

أولاً - حد القذف . ان هذا الحد يجمع الى جانب حق الله حتى العبد ايضاً ، فلا تقام الدعوى بشأنه الا بطلب المقذوف ، لاجل دفع العار عنه . فاذا نال تهمة في تأخير الشهادة ، لانها كانت موقوفة على دعوى المقذوف . ولذا تبقى الشهادة فيها مسموعة رغم التقادم .

ثانياً - ارت دعوى المال في السرقة ، ولو كانت قديمة ، تسع فيها البينة لانها من حق العباد .

ثالثاً - ان الاقرار يسع في الحدود القديمة ، لعدم التهمة فيه . وقد استفتي من ذلك حد الشرب عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، لا عند محمد بن الحسن .

اما تعريف التقادم ، فقد اختلف الحنفيون فيه ايضاً . فروي عن أبي حنيفة انه فوّقه الى رأي القاضي في كل عصر ، وأشار الطحطاوي الى ستة أشهر . أما في الرأي المتأخر المروي عن الصاحبين ، فقد قدر التقادم بشهر واحد ، الا اذا كان بين القاضي وبين الشهود مسيرة شهر او كان التأخير لعذر ظاهر . وهذا يجري في حد الشرب ايضاً عند محمد بن الحسن . ولكن عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، يقسدر التقادم في حد الشرب بزوال رائحة السكر ^١ .

وعلى سبيل المقارنة ، نلاحظ بان التقادم احكاماً خاصة في القوانين العثاني ، ففيه تسقط الدعوى الناشئة عن الجرائم الجزائية بخفي عشر سنوات في الجنسية ،

- (١) الجامع الصغير (بهامش كتاب الحراج ، ص ٦٥) . والبيوط (ص ٦٥ - ٦٦) .
والمدنية (ج ٢ ص ٨٩ - ٩٠) ، وفتح القدير (ج ١ ص ١٦٢ - ١٦٤) ، والفتاوى الفقهية (ص ٣٦٢) ، والفتاوى (ج ١٠ ص ١٨٧) ، والخطى (ج ١١ رقم ٢١٧٥) .

وثلاث في الجنة ، وسنة واحدة في القيامة .^١

مرور الزمان في دينه النفقة

سنرى قريباً ان مرور الزمان لا يسقط الحق في الشريعة الاسلامية ، بل انما يمنع من سماع الدعوى في بعض المذاهب منها . فهل إن هذا المبدأ يشمل دين النفقة ؟ وهل يسقط هذا الدين بالتقادم ؟

لا شك في أن دين النفقة لا ينتج عن عقد ولا عن جرم ، بل هو واجب مصدره الشرع وحده . فعليه اعتبر هذا الدين عند بعضهم ، لا سيما عند الحنفيين ، ودينياً ضعيفاً ، لا كسائر الديون . وقد رأينا اثر ذلك في مسألة المفاضة .

وكذلك هنا ، فان النفقة في المذهب الحنفي لا تجب الا بالتواضي أو بقضاء القاضي . وتسقط نفقة الزوجة بضي شهر دون مطالبة ، ولا يسقط ما دون الشهر . واذا قضى القاضي بها فلا تسقط بضي المدة ، خلافاً للنفقة المقتضى بها لتغير الزوجة ، فانها تسقط ايضاً بضي الشهر ، لانها نفقة ككتابة تسقط بحصول الاستغناء ، فيما مضى الا ان يأذن القاضي بالاستدانة فيها .^٢

وفي المذهب المالكي يسقط مضي الزمان نفقة الاقارب جميعاً ، ما عدا الزوجة ، حتى يقضي القاضي بهذه النفقة ، فصحت لا تسقط . وكذلك لا تسقط نفقة الزوجة ، ولو لم يقض بها القاضي .^٣ اما في المذهب الشافعي والحنبلي ، فلا تأثير للتقادم على دين النفقة ، فهو كباقي الديون يثبت في الذمة ولا يسقط بمرور الزمان أبداً ، سواء في ذلك ما وجب قبل قضاء القاضي أم بعده .^٤

وفي مسألة نفقة الزوجة ، نص قانون العائلة المغربي ان النفقة تستحق بالتواضي أو بحكم الحاكم من يوم طلبها وتسقط نفقة المدة التي تمر قبل تقديرها (المواد ٩٢ -

(١) المواد ٤٨١ و ٤٨٢ و ٤٨٤ من قانون اصول المحاكمات الجزائية المغربي .

(٢) الهداية (ج ٢ من ٣٥ و ٤١) ، وضع القدير وهما مشه العنابة (ج ٣ من ٣٢٢ و ٣٥٤) ، والدر المختار (ج ١ من ٤٥١) .

(٣) القوانين الفقهية (من ٢٢٣) ، وشرح الخري (ج ٣ من ٣٣٥ و ٣٤٤) .

(٤) الوجيز (ج ٢ من ١١٤) ، والروض المربع (ج ٢ من ٣٠٨) ، والبيان الشمراني (ج ٢ من ١٤٤) .

(٩٦) . اما في القانون المصري ، فان نفقة الزوجة تجب بلا توقف على قضاء أر رضاء ، ولا يسقط دينها الا بالاداء أو الابراء .

مرور الزمان في الديون والموجهات العارية

ان الشريعة الاسلامية أقرت القاعدة الكلية ان الحق لا يسقط بتقادم الزمان ، ويؤيد هذه القاعدة الحديث الشريف الذي مر معنا ، وهو « لا يبطل حق امرئ مسلم وان قدم » . وكذلك كان الامر ايضاً في بعض الشرائع القديمة ، كالقانون الكلداني في القرون الوسطى .^١

وقد أخذت المذاهب الاسلامية جميعاً بهذه القاعدة . غير ان بعضها ، كالذهبي والمالكي والحنفي ، وان أقرت ايضاً عدم سقوط الحق بالتقادم ، الا انها منعت المطالبة بالدين بعد مضي مسدة معلومة ، اي انها اعتبروا مرور الزمان مانعاً من سماع الدعوى فقط .

ففي المذهب المالكي اذا سكت صاحب الدين بدون عذر مانع مدة من الزمن ، فذرها بعضهم بشهرين والبعض الآخر بثلاثين سنة ، ثم طالب الدائن المدين بمسدة ذلك وادعى هذا انه دفع الدين ، فانه يصدق بقوله بدون بينة ولا تسمع دعوى المدعي .

وتعليل ذلك ان اثبات الدفع بعد هذه المدة مستدر لامكان موت الشهود أو نسيانهم . هذا إلى أن سكوت الدائن عن المطالبة بدون عذر « بعد كالأقرار المنطوق به من الطالب (الدائن) للمطالب (المدين) بانه لا حق له عليه ، ولان هذا السكوت يحمل على حصول الدفع « لان الطالب من الحال انه قضاء . وقد قضى بتغليب الاحوال عمر بن الخطاب ، وقاله مالك ،^٢ .

اما في المذهب الحنفي ، فعدم سماع الدعوى للتقادم مبني على استعسان أئمة المذهب المتأخرين . فروي ابن نجيم عن ابن الغرس عن المبسوط ان رجلاً ترك دعواه

(١) الصادر في سنة ١٩٢٠ عدد ٢٥ ، في المادة الاولى منه .

(٢) الاشباه لابن نجيم (من ٨٨) ، واللاذة ١٦٧٤ من الحجة .

(٣) انظر كتاب القانون القديم لابن (Maine's Ancient Law) ، من ١٦٨ .

(٤) شرح الخطاب ، ج ٦ من ٢٢٨ - ٢٣٠ .

بإسراع بعض المحصورات المينية فله ان يسرع المحصورات التي أدن بها وان يحكم فيها فقط ، وليس له استماع ما عداها والحكم بها . وكذلك لو صدر أمر سلطاني بالعمل برأي مجتهد في خصوص لما ان رأه بالناس أرفق ولمصلحة العصر أو قنق ، فليس للحاكم ان يعمل برأي مجتهد آخر منافٍ لرأي ذلك المجتهد ، واذا عمل فلا ينفذ حكمه (المادة ١٨٠١) .

وعلى الجملة ، فإن المذهبين الحنفي والمالكي أقرّا مبدأ عدم سماع الدعوى للتقدم في الديون والموجبات كما في الملك والحقوق العينية . وقد بدأ ذلك على الاستحسان وعلى الضرورات العملية ، وعلاوة بعدم سماع الظاهر بعد مني الزمان ، وبقرينة الإيفاء المستنتجة من السكوت ، ويقطع الجبل والتزوير ، وبضياح الأدلة ككسبان الشهود أو موثم أو غياهم أو ما اثنى ذلك . وبعد هذه الكلمة التمهيدية ، نبحث الآن في مدة مرور الزمان ، وطريقة حسابها ، والاعذار المانعة من مرور الزمان ، وأسباب انقطاعه ، وفي أثره ومفائده . ويوجه خاص نستشهد بما ورد في مجلة الاحكام العدلية .

مدة مرور الزمان

ان مدة التقدم المسقط للحقوق او المانع من سماع الدعوى لم تكن واحدة في جميع الشرائع ، بل كانت ولا تزال من المسائل الفرعية التي اختلفت ولا تزال مختلفة في القوانين . غير ان أمراً بقي ظاهراً ملبوساً اثناً ، هذا الاختلاف . وتطور القوانين واتجاهها نحو تقصير مدة التقدم .

قديمياً عند الرومان كانت الدعاوى غير مقبذة عدة على الاطلاق ، ولم يكن لمرور الزمان اثر فيها . ثم أصبحت مدة مرور الزمان ثلاثين سنة مبدئياً في قوانين بوسنيانوس و نابوليون (المادة ٢٢٦٢) ، وفي القانون المدني الالمانى (المادة ١٩٥) ، ما خلا مستثنيات عديدة .^٢ مثاله حدّد القانون المدني الفرنسي (المادة ١٣٠٤) مدة التقدم في دعاوى بطلان العقود بعشر سنين .

(١) جيار ، ص ٧٧٠ .
 (٢) انظر المبدأ ٢٢٧١ - ٢٢٧٧ من القانون المدني الفرنسي ، والذاتين ١٩٦ و ١٩٧ من القانون المدني الالمانى .

ثلاثاً وثلاثين سنة ولم يكن له عذر ثم ادعى بها لم تسع دعواه ، لان ترك الدعوى مع التمكن يدل على عدم الحق ظاهراً ،^١ .
 فاذا في بادى الامر كان حكم مرور الزمن عند الحنفيين مصدره اجتهاد الفقهاء واستصحابهم . وهؤلاء قدروا مدته بين الثلاثين سنة والست والثلاثين . ولكن هذه المدّة وجدها سلاطين آل عثمان طويلاً . فأمروا بعدم سماع الدعوى بعد خمس عشرة سنة الا في بعض المستثنيات ، وهذا اخذت مجلة الاحكام العدلية . وسبب هذا التهيؤ السلطاني قطع الجبل والتزوير .^٢

وان الحنفيين استندوا في تعجيل هذا الاستحسان والمنع السلطاني الى واجب طاعة السلطان ، لانه من اولى الامر ، وهؤلاء تجب طاعتهم وفقاً للآية الكريمة :
 و اطيعوا الله واطيعوا الرسول واولي الامر منكم ،^٣ . واستندوا الى ان ولاية القضاء مستمدة من السلطان ، وانها تختمل التخصيص ،^٤ ، وفق القاعدة الركنية ان القضاء يجوز تخصيصه بالزمان والمكان واستثناء بعض المحصورات ،^٥ .

وان هذه القاعدة وردت في الجملة مع ابضاها هكذا : القضاء يتقيد ويتخصص بالزمان والمكان واستثناء بعض المحصورات . مثلا الحاكم الامور بالحكم مدة سنة يحكم في تلك السنة فقط ، وليس له ان يحكم قبل حلول تلك السنة او بعد مرورها . وكذلك الحاكم المنصوب في قضاء يحكم في جميع اطراف ذلك القضاء ، وليس له ان يحكم في قضاء آخر . والحاكم المنصوب على ان يحكم في محكمة معينة يحكم في تلك المحكمة فقط ، وليس له ان يحكم في محل آخر . وكذلك لو صدر أمر سلطاني بان لا تسع الدعوى المتعلقة بالخصوص للفلاحي للاحظة عادة تتعلق بالمصلحة العامة ، ليس للمحاكم ان يستمع تلك الدعوى ويحكم بها . او كان الحاكم بمحكمة ما ذواتاً

(١) البحر ، ج ٧ ص ٢٢٨ .
 (٢) البحر في الموضع المذكور ، ونظر عيون البصائر للصوي (ج ١ ص ٣٥٣) ، وتفتيح المبدية (ج ٢ ص ٣ وما بعدها) ، ورد المختار على الدر المختار (ج ٤ ص ٤٧٥ - ٤٧٧) ، وقرة عيون الاختيار تكملة رد المختار (ج ١ ص ٤٥٤) .
 (٣) النساء (٤) ٥٩ .
 (٤) الاحكام السلطانية للاوردي ، ص ٣ و ٦٩ .
 (٥) كما نقل عن الخلاصة في الاشباه والنظائر لابن نجيم ، ص ٩٠ و ٩٣ . انظر أيضاً الدر المختار (ج ٢ ص ٣٢٧) ، وتفتيح المبدية (ج ١ ص ٣٤٩) ، والنفاوى الحيزية (ج ٢ ص ٦١) .

ولقد رأينا بعض المستثنيات المتعلقة بدعوى المحال العامة والوقف والاراضي الاميرية ، فلن نعود اليها . والمهم ههنا أن نعلم ان الديون المسادية وبأني انواع الموجبات لا تسع الدعوى بها بعد مرور خمس عشرة سنة على تركها بدون عذر ، وكذلك هي لا تسع من ورثة صاحبها بعد مماته (المادة ١٦٦٩) .

ولا بد من الإشارة الى أن فتاوى الفقهاء قد اختلفت في مسألة دعوى الارث . فقال بعضهم ، كالعلامة الجيروي وشيخ الاسلام علي افندي ايجالي والمفتي عبدالباقدي ، بأن هذه الدعوى غير مستثناة من النسي السطاني ، وانها لا تسع بعد تركها بلا عذر مسدة خمس عشرة سنة . وقال آخرون ، كيهن القضاة الاسلاف يعصر وشيخ الاسلام يحيى افندي النقاري والملائي صاحب الدر المختار وغيرهم ، ان دعوى الارث مستثناة . وروي عن آخرون ايضاً ، كالعلامة ابي السعود ومفتي دمشق احمد افندي المهنداري ، فتاوى متناقضة . وتعليل ههنا الاضطراب ان النبي السطاني كان يأتي تارة باستثناء دعوى الارث وتارة بعدم استثناءها^١ .

أما مجلة الاحكام العدلية ، فالها عدت دعوى الارث من الدعوى التي لا تسع بعد مضي خمس عشرة سنة . ولكن مصنف مرشد الجيوان^٢ اخذ بقول من اتى باستثناءها . وهو بذلك قريب من القانون الفرنسي^٣ ومن قانون الموجبات اللبناني (المادة ٨٤٣) ، حيث جاء فيها ان حكم مرور الزمان لا يطبق على طلب القسمة .

حساب مدة مرور الزمانه

إن العرف في البلاد الاسلامية اشتمر على استعمال التاريخ الهجري النبي عملي التقويم القمري . ومعالم ان السنة بحساب ههنا التقويم أقصر من السنة الشمسية

- (١) اظر الفتاوى الخيرية (ج ٢ ص ٧٠) ، وعمر عيون البصائر (ج ١ ص ٣٥٣) ، والدر المختار (ج ٢ ص ٣٢٧) ، وتبيين الحامدي (ج ٢ ص ٦-٧) ، ورد المختار (ج ٤ ص ٤٧٥ - ٤٧٦) ، والفتاوى الهيدية (ج ٢ ص ٦٢٣) ، وفتاوى علي افندي (طبع الحاج محرم البوسنوي ، ١٣٠٥ هـ ، ج ٢ ص ١١٢) .
- (٢) المرحوم فندري باشا ، في اللادئين ١٥١ - ١٥٢ .
- (٣) جوسراي ، ج ٢ رقم ٩٧٤ .

وكذلك في الشريعة الانكليزية مدة مرور الزمان عشرون سنة في الدعوى الناشئة عن عقود الصك المحتم ، وست سنوات في الدعوى العادية الناشئة عن العقود او عن الجرائم المدنية ما عدا بعض المستثنيات^١ .

واخيراً جعل قانون الموجبات والعقود اللبناني مدة مرور الزمان المسقط للموجبات عشر سنوات مبدئياً في الدعوى العادية وفي دعوى بطلان العقود ، واوجد لهذا الاصل مستثنيات عديدة تكون فيها المدة خمس سنوات او سنتين او أقل^٢ . وفي قوانين التجارة ايضاً احكام تتعلق بمرور الزمان وتنص على مددات قصيرة فيه^٣ .

وكذلك في الشريعة الاسلامية نجد نفس التطور والاتجاه . فبعد ان كانت التقادم لا اثر له في بادى الامر ، اصبح بعدئذ مانعاً من سماع الدعوى في الذهبين المالكي والحنفي على ما اوضحنا .

وقد حددت مدة التقادم المانع من سماع الدعوى في الديون العادية عند الامام مالك بثلاثين سنة ، وعند مطرف بعشرين ، وعند المناخرين من الائمة الحنفيين بثلاثين او ثلاث وثلاثين او ست وثلاثين سنة^٤ .

ثم وجد الخلفاء العثمانيون هذه المدة طويلاً من الناحية العملية ، بالظن الى نحو الحركة الاقتصادية وما تستتبعه من كثرة في المعاملات ونشعب في العلاقات . فصدر الامر السلطاني بقصر مدة مرور الزمان على خمس عشرة سنة ، قطعاً للجيل والتزوير . وهذا اخذت مجلة الاحكام العدلية . فهي لم تفرق في مرور الزمان بين دعوى الملك ودعوى الدين او الالتزام . فقد ورد فيها انه : « لا تسع دعوى دين والوديعة والملك والعقار والبيوت وما لا يعود من الدعوى الى العامة ولا الى اصل الوقف في العقارات الموقوفة كدعوى المقاطعة او التصرف بالاجارتين والشورية المشروطة والفئة بعد ان تركت خمس عشرة سنة » (المادة ١٦٦٥) .

- (١) مثاله المدة هي اربع سنوات في الاعتناء على النفس وسناتان في الامانة بالكلام . اظر آسون (ص ٣٩٩ - ٤٠٠) ، وبولوك (ص ٢١٢ - ٢١٣) .
- (٢) اظر المواد ٣٤٩ و ٢٣٥ و ٣٥٠ - ٣٥٢ منه .
- (٣) راجع مثلاً المادة ١٤٦ - سن قانون التجارة اللبناني ، والواد ٧٦ و ١٠٨ و ١٧١ و ٢٦٤ و ٣٠٥ و ٣٩٨ و ٤٤٢ و ٥١١ من قانون التجارة اللبناني .
- (٤) شرح الخطاب (ج ٦ ص ٢٢٩) ، وتبيين الحامدي (ج ٢ ص ٤ - ٤) .

مؤرخاً بهذا التاريخ .

اما المذهب الثاني ، فهو الذي قالت به مؤرخاً محكمة الاستئناف العادية ^(١) ، ثم تبنته محكمة الاستئناف الخاصة بتوحيد الاجتهاد ^(٢) ، إذ قررت ان مسئلة مرور الزمن في القضايا التي لا تزال خاصة لاحكام الجثة يجب ان تحسب على التقويم الهجري ، مهما كان التقويم المتبع من قبل الفريقين في المقعد موضوع النزاع .

وعند انتقال الحق من شخص الى آخر بالارث او البيع او الهبة يجري جمع مدة مرور الزمان ، فيدخل فيها ما كان سابقاً للانتقال وما كان لاحقاً له . مثاله : اذا ترك المورث الدعوى مدة وتركها الوارث ايضاً مدة ، وبلغ مجموع المدتين حد مد مرور الزمان ، فلا تسع ^(٣) .

وبعبارة الجلة : « يعتبر مرور الزمان من تاريخ وجود صلاحية الادعاء للدعي بالمدعى به . فمرور الزمان في دعوى دين مؤجل انا يعتبر من حلول الاجل ، لانه ليس للدعي صلاحية دعوى ذلك الدين ومطالبته قبل حلول الاجل . مثلاً لو ادعى أحد على آخر بقوله لي عليك كذا دراهم من غن الشيء الفلاني الذي بعثك اياه قبل خمس عشرة سنة مؤجلاً بثلاث سنين تسع دعواه لانه يكون قد مرت اثنتا عشرة سنة اعتباراً من حلول الاجل . كذلك لا ينسب مرور الزمان في دعوى البطلن الثاني بالوقف المشروط للاولاد بطناً بعد بطن الا من تاريخ انقراض البطلن الاول ، لانه ليس للبطن الثاني صلاحية الدعوى ما دام البطلن الاول موجوداً . وكذلك يعتبر مبدأ مرور الزمان في دعوى المهر المؤجل من وقت الطلاق او تاريخ موت أحد الزوجين ، لان المهر المؤجل لا يكون معجلاً الا بالطلاق او الوفاة ، (المادة ١٦٦٧) .

ومثله في قانون الموجبات البناني ، لا يبتدئ حكم مرور الزمان الا يوم يصبح الدين مستحق الاداء . ففي دعوى ابطال المقعد بسبب عيب في الرضى ، لا يبتدئ المهلة من تاريخ العقد القامد ، بل من تاريخ زوال العيب او العلم به (المادتان ٣٤٨ و ٣٥٥) .

(١) في قرارها ذي العدد ٢٨ المؤرخ في ٢ شباط سنة ١٩٤٣ .

(٢) في القرار ذي العدد الصادر في ١٧ شباط سنة ١٩٤٥ .

(٣) المادة ١٦٧٠ من الجلة . انظر ايضاً المادة ١٦٧١ منها ، ونتبع الحامدية (ج ٢ من ٤) ،

وقرة عبون الاخيار (ج ١ من ٤٥٤) .

المعروفة في التقويم الغربي الميلادي ببدء نزوح بين العشرة ايام والاثني عشر يوماً . وان الجلة لم توضح أي التقويمين يجب اتباعه في حساب مرور الزمان . لذا سئلت لجنة الجلة عن ذلك فاجابت بانه ينبغي حساب مرور الزمان على التقويم الهجري ، لانه موافق لعرف الشرعي المعتبر في الكتب الفقهية . وقد أصدرت نظارة العدلية اللبنانية منشوراً عاماً للعمل بمقتضى رأي اللجنة ^(١) . وهذا ايضاً اقتت المشيئة الاسلامية ^(٢) ، وعليه تسمى اجتهاد محكمة التمييز اللبنانية ^(٣) .

وقد جاء في جواب لجنة الجلة المنزه به انه « في المعاملات القليلة بزمان كتأجيل الدين والاجارة ، فالهجرة للتاريخ المنفق عليه بين المتعاقدين » . فاستدل بعضهم من ذلك ان مدة مرور الزمان تحسب على التاريخ الميلادي في السندات المحررة بهذا التاريخ . ولكن محكمة التمييز اللبنانية قضت على هذا التفسير ولوضحت بان مدة مرور الزمان تحسب على التقويم القمري في هذه الحال ايضاً ^(٤) . اما الاجتهاد البناني ، فانه لم يكن واحداً مستقراً في هذه المسألة ، بل كانت متردداً ومتنسباً بين مذهبين . فالاول ، وهو القديم ، ذهب اليه محكمة التمييز اللبنانية ^(٥) ، وذهب اليه بعد الغاء محكمة التمييز محكمة الاستئناف ^(٦) . وهو يقول بان مدة مرور الزمان يجب ان تحسب على الحساب الغربي اذا كانت عقد المدانية

(١) للشور مؤرخ في ١٥ ذي الحجة سنة ١٢٩٧ هـ الموافق ١٥ تشرين الاول سنة ١٢٩٦ مالية او ١٨٨٠ ميلادية . انظر ترجمته في شرح الجلة لياز ، تحت المادة ١٦٦٠ منها .

(٢) انظر فتوى شيخ الاسلام موسى كاظم ائدي المدرجة في الجريدة العلمية ، السنة الثالثة ، العدد ٣٢ الصادر في شوال سنة ١٣٣٥ هـ ، ص ٩٠٠ . ونصها : « مرور زمانه سنة تحسبه اياه سنة قمرية دن هانكسي معتبر اولور » ، الجواب في سنة قمرية معتبر اولور « .

(٣) راجع القرار المؤرخ في اول اغسطس سنة ١٣٢٧ رقم ١٣٠ ، للشور في مجموعة القرارات التمييزية المحقوقة (جزء ٦ جلد ١) ، حيث جاء ما ترجمه : « بان مسألة مرور الزمان مأخوذة من المسائل الفقهية ، واه عند الفقهاء اذا اطلق ذكر السنة انصرف الى السنة القمرية ، لذلك يجب حساب مبدأ مرور الزمان ونهايته على السنة القمرية » .

(٤) راجع قرارها المؤرخ في ٦ شوال سنة ١٣٠٥ هـ ، او ١٨٨٨ ميلادية ، للشور في شرح باز لقانون اصول المحاكمات المحقوقة اللبناني تحت المادة ١٧٩ .

(٥) في القرارين عدد ٦٥٧ الصادر في ٢٦ تشرين الاول سنة ١٩٢٦ ، وعدد ٣٦٩ الصادر في ٧ تموز سنة ١٩٢٨ .

(٦) القرية المدنية الاولى ، في قرارها عدد ٢١٦ الصادر في ٧ ايار سنة ١٩٤١ .

الاعتذار الموقوفة لمرور الزمان

لا أثر للتقادم على سماع الدعوى الا اذا كان بلا عذر . اما اذا وجد أحد الاعتذار الشرعية ، فانه يوقف حكم التقادم . وأهم هذه الاعتذار هي : كون المدعي فاقد الاهلية ، وكون المدعي عليه من المتغلبه او بحالة الافلاس ، وكون أحدهما غائباً . واليك ايضاحها جميعاً ، كما وردت في المجلة وكتب الحنفيين : -
أولاً - فقدان الاهلية .

لا يعتبر مرور الزمان اذا كان المدعي صغيراً او مجنوناً او معتوهاً ، ولا يتبدى الا من تاريخ تمام اهليته . مثلاً لا يعتبر الزمان الذي مرّ حال صغر المدعي ، واذا يعتبر من تاريخ وصوله الى حد البلوغ (المادة ١٦٦٣) .

وقد عدت المجلة فقدان الاهلية من الاعتذار التي توقف حكم مرور الزمان ، سواء في ذلك اكان لفاقد الاهلية ولي أم لم يكن . وهي بذلك اخذت بقنوى بعض المتأخرين الذين لم يفرقوا في الامر ، كالخير الزملي وشيخ الاسلام علي افندي الجمالي وغيرهما فقلّوا عن الحاروي للزاهدي ^١ ، وخالفوا الرأي السائد عند الحنفيين الذين اعتبروا العذر عند عدم وجود الولي فقط ^٢ . وهذا الرأي السائد موافق لما جاء في قانون الموجبات البناني (المادة ٣٥٥) .

ثانياً - الغيبة .

ان الغيبة التي تعد عذراً شرعياً في مسألة التقادم هي الغياب في ديار بمسندة مدة سفر ^٤ . ومدة السفر ، كما عرفتها المجلة ، « هي ثلاثة ايام ، اي مسافة ثمانية عشرة ساعة بالسير المعتدل » (المادة ١٦٦٤) ، على حساب المعدل اليومي للسير حسب ساعات .

وقد ذكرت المجلة غيبة المدعي صاحب الحق فقط (المادة ١٦٦٣) ، ولكن الفتوى المعتمدة تعتبر غيبة المدعي عليه ايضاً من الاعتذار المانعة لحكم مرور الزمان ^٣ .

(١) الفتاوى الجزيرية (ج ٢ ص ٧٠) ، فتاوى علي الفندي (ج ٢ ص ١١١) ، وشرح الاتامي على المادة ١٦٦٣ من المجلة في الجزء الخامس من ١٧٧ .

(٢) عزم عيون البصائر للصوري (ج ١ ص ٣٦٩) ، وتفتح الحامدية (ج ٢ ص ٣) ، وقررة عيون الاخبار (ج ١ ص ٤٥٣) .

(٣) الفتاوى الجزيرية ، ج ٢ ص ٧٠ .

واذا كان صاحب الحق وخصه ساكني بلدين بينها مسافة سفر بالمعنى الذي اوضحنا ، ولكنها يجتمعان في بلدة واحدة كل بضعة سنوات مرة دون ان يدهي الاول على الآخر ، فلا عبرة بعذر المسافة حينئذ (المادة ١٦٦٥) :

وشبهه بذلك ما جاء في القانون الانكليزي من ان غيبة المدعي عليه وراء البحار ^١ تعدّ من اسباب ايقاف حكم التقادم ^٢ ، وكذلك كانت غيبة المدعي قبل عام ١٨٥٦ ^٣ .

ثالثاً - التغلب .

كما كان خصم المدعي من المتغلبه ، كالا مير الجائر وغيره من ذوي النفوذ ، وكان المدعي يجسّى بطشه وامتداد تغلبه اذا ما ادعى عليه ، فعدتد لا تأثير للتقادم على سماع الدعوى ، لان الباعث على التأخر عذر شرعي . ولا عبرة بمرور الزمان الا من وقت زوال التغلب (المادة ١٦٦٣) .

رابعاً - افلاس المدعي عليه .

في المجلة : « لا يعتبر مرور الزمان في دعوى الطلب من المنس الا من تاريخ زوال الافلاس . مثلاً لو ادعى احد من نادى افلاسه خمس عشرة سنة وتحقق بساره بعد ذلك ، بانه قبل خمس عشرة سنة كان لي عليك من الجبنة الفلانية كذا دراهم طلب ولما كنت مفلساً من ذلك التاريخ الى الآن لم يمكن الادعاء ولا اقتدارك الآن على اداء الدين ادعي عليك به ، نسمع دعواه » (المادة ١٦٦٨) .

وبعد ، فهذه الاعتذار التي سردها المجلة وغربها من الكتب الفقهية ، ليست حصريه . فعرف الكفاف الذي ورد في المجلة ^٤ ، في معرض بيان الاعتذار الشرعية ، يدل على ان ما ذكر منها كان على سبيل المثل والتشبيه .

فاذن ليس ما يمنع من الاعتداد بغير ما قدمنا من الاعتذار الشرعية اذا كانت حرة بالقبول . مثاله افق المتأخرون بانه اذا منع الزوج زوجته صاحبة الحق من

(١) Absence beyond the Seas

(٢) نظر الحق الصادر عام ١٨٩٤ في قضية :

Musrus-Bey v. Gadban 1894, 2 Q. B. 352

(٣) The Mercantile Law Amendment Act, 1856

(٤) انظر في التذمب التاكدي شرح الخطاب على سيدي خليل ، ج ١ ص ٢٢٩ .

(٥) في عبارة ككون المدعي مغيباً الخ الواردة في المادة ١٦٦٣ .

اقامة الدعوى متىماً باتاً ، فيعد ذلك عدراً شرعياً لتوك الدعوى ، ومن ثم لا تدخل مدة المنع في حساب المدة اللازمة لمرور الزمان^١ .
 واخيراً نص قانون الموجبات البنائي على ان حكم مرور الزمان لا يسري بين الزوجين في مدة الزواج ، ولا بين الاب او الام وأولادهما ، ولا بين السيد والخدم في مدة عقد الاستخدام ، ولا بين فاقد الاهلية ووصيه أو ما أشبهه (المادة ٣٥٤) .
 وهذه الاعذار تبرها الاستحالة الادبية التي تنتج فيها من رابطة القرابة او الاحترام . وكذلك نص القانون البنائي على ان حكم مرور الزمان يقف بوجه عام لمصلحة كل دائن استحال عليه قطعه لسبب لم يكن هو فيه مختاراً (المادة ٣٥٦) .
 وانت ترى ان قبول الاعذار الشرعية ضروري ، لان وجودها ينفي تقصير صاحب الحق في تحصيله ، وينفي ان يكون سكونه تنازلاً منه عن حقه ، أو اقراراً بعدم حقه في الظاهر .

وان هذه الاعذار تمنع مفعول مرور الزمان حتى زوالها ، وتوقف هذا المفعول اذا حدثت بعد ابتدائه . ومتى زال العذر رجعت مرور الزمان الى مفعوله ، ورجعت المدة السابقة لبداية العذر الى المدة اللاحقة لزواله . وبعبارة أخرى ان العذر يوقف حكم مرور الزمان ، ولكنه لا يقطع هذا الحكم ، ولا يحو المدة التي مرت قبل حدوثه^٢ .

ويكون أثر العذر خاصاً بمن كان معذوراً فقط . فعليه ولو وجد مرور الزمان في حق بعض الورثة في دعوى مال الميت الذي هو عند الغير ولم يوجد في حق باقي الورثة لعذر كالصغير ، وادعى به وأثبته ، يحكم بحصته في المدعى به ، ولا يسري هذا الحكم الى سائر الورثة ، (المادة ١٦٧٢) .

انقضاء مرور الزمان

ان قطع مرور الزمان بسبب من أسبابه يحو ما مضى من المدة . وهو بهذا يفارق العذر الشرعي الذي يوقف حكم مرور الزمان لبس إلا .

(١) فتاوى علي اندي (ج ٢ ص ١١٧) ، وشرح المجلة لعلي حيدر (تحت المادة ١٦٦٣) .
 (٢) علي حيدر ، في شرحه على المادة ١٦٦٣ .

وينقطع مرور الزمان في الجملة باقرار المدعي بحق المدعي^١ .
 وينقطع ايضا باقامة الدعوى لدى القضاء قبل نهاية مدة التقادم . اما المطالبة خارج القضاء ، فلا عبء بها^٢ .
 وهكذا نصت المجلة على انه « اذا ادعى أحد على آخر خصوصاً في حضور الحاكم في كل بضع سنوات مرة ولم تفصل دعواه ، ومضى على هذا الوجه خمس عشرة سنة ، فلا يكورث هذا المرور مانعاً لاستماع الدعوى . وأما ما لم يكن في حضور الحاكم من الادعاء والمطالبة ، فلا يدفع مرور الزمان . بناء عليه اذا ادعى أحد خصوصاً في غير مجلس الحاكم وطالب به ، وعلى هذا الوجه وجد مرور الزمان ، فلا تسمع دعواه » (المادة ١٦٦٦) .

أما قانون الموجبات والمعقود البنائي ، فهو يختلف في هذه المسألة عن المجلة ، ففيه ينقطع حكم مرور الزمان باقرار المدعي ، ولو لم يكن خطياً . وينقطع عطالة الدائن للدين ، ولو لم تكن لدى القضاء ، بشرط ان تكون خطية ذات تاريخ صحيح . وينقطع ايضا بطاب قبول دين الدائن في نفيسة النفس ، او بعمل احتياطي يتناول املاك المدعي ، او بعريضة ترمي الى نيل الاذن في اجراء عمل من هذا النوع (المادتان ٣٥٧ و ٣٥٨) .

مطالعيل مرور الزمان

ان التقادم في الديون العادية لا يسقط الحق في الشريعة الاسلامية ، وفق القاعدة ان الحق لا يسقط بتقادم الزمان . ولكن التقادم يمنع من سماع الدعوى في المذهبين المالكي والحنفي . وهذا كما اوضحنا يستند عند الحنفيين الى الاستحسان واجتهاد الفقهاء ، وهي السلطان بما له من حق تقييد ولاية القضاء ، وذلك قطعاً للجل والتزوير . فاذا ان ما يسقط هو الدعوى وليس الحق نفسه .
 لذلك ، فالدعوى التي مر عليها الزمان لا تسمع أمام القاضي ، لانه ممنوع عن سماعها بالنهي السلطاني . ولكنها تسمع أمام الحاكم ، لانه غير ممنوع عن ذلك .

(١) مدلول الفقرة الاخيرة من المادة ١٦٧٤ .
 (٢) تنقيح الحامدية (ج ٢ ص ٨) ، ورد المختار (ج ٤ ص ٤٧٦) .

وأيضاً تسع الدعوى إذا اعترف الخصم بالحق المدعى به ، لانه لا تزوير مع الإفراز ،^١ وهذا كله اخذت به المجلة فقالت : « لا يسقط الحق بتقادم الزمان . بناء عليه ، اذا اقر واعترف المدعى عليه صراحة في حضور الحاكم بارت للدعي عنده حقاً في الحال في دعوى وجد فيها مرور الزمان بالوجه الذي ادعاه المدعي ، فلا يعتبر مرور الزمان ، ويحكم بتوجب اقرار المدعى عليه . وأما إذا لم يقر المدعى عليه في حضور الحاكم وادعى المدعي بكونه اقر في محفل آخر ، فكما لا تسع دعواه الاصلية كذلك لا تسع دعوى الافراز . ولكن إذا كان الافراز المدعى به قد ربط بسند حاو لحظ المدعى عليه او ختمه المرورين ، ولم تمر مدة مرور الزمان من تاريخ السند الى وقت الدعوى ، فعند ذلك تسع دعوى الافراز على هذه الصورة ، (المادة ١٦٧٤) .

وان نظرية سقوط الدعوى دون الحق ذهب اليها القانون الانكليزي^٢ . وذهب اليها أيضاً اجتهاد الحاكم الفرنسية ، الذي أقر ان مرور الزمان وان كان مسقطاً للدعوى الا انه لا يمنع من بقاء الحق ومن الادلاء به بطريق دفع الدعوى^٣ . اما في قانون الموجبات البناني ، فان « حكم مرور الزمن لا يقتصر على اسقاط حق الدائن في اقامة الدعوى ، بل يسقط أيضاً الموجب نفسه ، فلا يمكن بعد ذلك الاستفادة بوجه من الوجوه لا باقامة دعوى ولا بتقديم دفع . على ان المديون الذي أبراه مرور الزمن من الوجبة المدنية يظل مقيداً بتوجب طبيعي يمكن اتخاذ سبباً للإبقاء » (المادة ٣٦١) .

ونحن نرى انه من التناقض ان يقال بسقوط الحق مع بقاء الموجب الطبيعي . فالوجب الطبيعي ، كما نعلم ، هو الموجب الذي لا يمكن تفيذه الا اختياريّاً من قبل المدين^٤ . او بمساراة اخرى ، هو الموجب الذي لا تسع الدعوى به ، او

(١) تفتيح الملمدية (ج ٢ ص ٨٥) ، ورد الحمار (ج ٤ ص ٤٧٦) ، نقلاً عن ابي السعود اقدمي .

(٢) قال آل نون ، في كتابه « قانون المقدم » ، ص ٣٩٩ :

The remedies are barred, though the rights are not extinguished

(٣) Quae temporalia sunt ad agendum perpetua sunt ad excipiendum (٣)

انظر جوسران ، ج ٢ رقم ٩٩٥ ص ٥٢٤ .

(٤) المادة الثانية من قانون الموجبات البناني .

الموجب المدني مجرداً من حق المدعاة . فاذا كان الموجب الطبيعي كذلك ، وكان مرور الزمان يجعل الموجب المدني طبيعياً ، فانه يجزئه من حق المدعاة فيحسب . ومن ثم لا يمكن ان يقال بسقوط الحق او الموجب نفسه ، اذا انه ليس للساقط من اثر لا مدني ولا طبيعي .

وعلى كل ، فالخلاف بين الشرع الاسلامي او غيره من الشرائع القائمة بسقوط الدعوى فقط وبين القانون البناني او غيره من القوانين التي تقول بسقوط الحق مع بقاء الموجب الطبيعي هو خلاف نظري ليس إلا . فالنتيجة العملية في كلا المذهبين واحدة . وهي ان رد الدعوى يتوقف مبدئياً على حضور المدين وانكاره الدعوى وطلبه عدم سماعها لمرور الزمان ، كما سنرى .

الدولة، مرور الزمانه وانقضاء عنه

هل انه يتحتم عدم سماع الدعوى لمرور الزمان ، أم يجب الادلاء بذلك من قبل المدين ؟ أي هل على القاضي ان يرد الدعوى لتقادم من تلقاء نفسه ، أم يتوقف ذلك على طلب المدين ؟

تردّت محكمة التمييز العثمانية في هذه المسألة . فبعد ان ذهبت في بادىء الامر الى ان النهي السلطاني يمنع القاضي من سماع الدعوى ويوجب عليه ان يرفضها من تلقاء نفسه ، عادت فاجتهدت بانه يشترط حضور المدعى عليه الى المحكمة وانكاره الحق المدعى به وادلاؤه هو بمرور الزمان حتى يجرز للمحكمة ان ترفض سماع الدعوى لهذا السبب^١ .

وان هذا الرأي الاخير نمشت عليه محكمة التمييز البنانية^٢ ، خلافاً لمحكمة التمييز

(١) انظر في الاجتهاد القديم قراراتها الصادرة في ١٠ كانون الأول سنة ١٣٠٨ مائبة (١٨٩٢ ميلادية) ، و ٢٠ تشرين الأول سنة ١٣٢٦ مائبة (١٩١٠ ميلادية) ، وعند ١٧ المؤرخ في ٢٤ مارس سنة ١٣٢٧ مائبة (١٩١١ ميلادية) . راجع مجلة المحامي للاستاد فؤاد رزق (زحاة ، السنة الثانية القسم الاول ص ١٨٦) ، وشرح باقر لقانون اصول المحاكمات المحقورية العثماني تحت المادة ١٧٨ .

(٢) انظر مثلا القرارات رقم ٤٢٣ المؤرخ في ٢٢ شباط سنة ١٩٢٧ ، ورقم ٥٤ المؤرخ في ٨ تشرين الثاني سنة ١٩٢٨ .

السورية^١ . وهو أيضاً رأي القانون المدني الفرنسي (المادة ٢٢٢٣) ، ورأي قانون الموجبات والعقود اللبناني ، حيث جاء فيه : « ولا يجري حكم مرور الزمن . حتماً بل يجب ان بدلي به من تم في مصلحته . ويمكنه الادلاء به في جميع اطوار المحاكمة حتى في الاستئناف للمرة الاولى . ولا يجوز للقاضي ان يطبق من تلقاء نفسه احكام مرور الزمن » ، (المادة ٣٢٥) .

ولا شك في ان ذلك يستتبع ان للمدين ان يتنازل عن حكم مرور الزمان بعد الحصول عليه ، لا له من خيار الافرار بالدين ومن حق عدم الادلاء بمرور الزمان ، كما اوضحنا .

ولكن هل يجوز للمدين ان يتنازل مقدماً عن حكم مرور الزمان؟ لقد نص القانون اللبناني صراحة على منع ذلك^٢ ، كما انه حرم الاتفاقات على اطالة مدة مرور الزمان أو على تقصيرها . وهذا موافق لروح المذهب الحنفي الذي يبني عدم سماع الدعوى على النهي السلطاني . ونجد نفس المنع أيضاً في القانون المدني الالمانى ، الا في مسألة تقصير المدة ، فانها جائزة في هذا القانون (المادة ٢٢٥) .

الفصل الخامس

اسباب اخرى لسقوط الموجبات

اتحاد الذمة

يستعمل على المرء شريعاً أن يكون دائماً ومدينياً بنفس الدين . فعليه اذا انتقل الدين الذي على شخص الى ذلك الشخص نفسه ، فعندئذ تجتمع فيه ، بعبارة القانون الابناني (المادة ٣٣٧) ، الصفتان المتعارضتان ، صفة الدائن وصفة المدين . فهذا الاجتماع يسمى اتحاد الذمة ، اي اتحاد ذمة الدائن مع ذمة المدين ، وهو يسقط الدين أو الموجب بنسبة هذا الاتحاد .

وفي الكتب الفقهية امثلة عديدة من ذلك ، واليك اهمها : -
اولاً - اذا توفي الدائن وكان المدين وارثاً له بالمصر ، سقط الدين بكامله .
وإذا كان للدائن ورثة آخرون ، فالدين يسقط عن المدين الوارث بنسبة حصته في الارث^١ . مثلاً افنى قاضيخان بانه لو سرق رجس من ابيه مالا ثم توفي ابوه وهو وارثه ، فالدين ينتقل بالارث اليه ويسقط عنه^٢ .

ثانياً - لو توفي الدائن وانحصر ارثه بالمدين ، فان الكفيل يبرأ من الكفالة ، اذا ان المدين الاصيل يتحاد ذمته مع الدائن المورث بسبب الارث ببراءة من الدين ، وان براءة الاصيل توجب براءة الكفيل . امس اذا كان للدائن وارث آخر مع المدين المكفول ، فالكفيل يبرأ بنسبة حصة الوارث الآخر (المادة ٦٦٧) .

(١) ضاوى السكي (ج ١ ص ٣٢١-٣٢٠) ، حيث لحقت رسالته « منبه الباحث في دين الوارث » ، واضباه السوطي (ص ١٩٤) ، وشرح الحجة لابي حيدر (ج ١٠ ص ٨٨ في البحث الخامس الملحق بالمادة ١١١٣) .

(٢) الفتاوى الحاشية ، ج ٣ ص ٢٩١ .

(١) راجع مثلاً قرار حازم رقم ١٢٠ الصادر في ٣ شباط سنة ١٩٤١ ، والتدوير في المجلة القضائية للسيد يوسف صادر ، بيروت ، ١٩٤٤ ، ص ٢٢٤ .
(٢) ان المادة ٣٤٦ منه ذكرت خطأ كلمة الدائن عوضاً عن كلمة الدين ، وهذا الخطأ ظاهر ، لأن الذي يتنازل عن حكم مرور الزمان هو الذي يستفيد منه ، اي الدين لا الدائن .

ثم استحق الأجر فأدى أحد المدينين ما عليه وأدى الآخر البعض وبقي عليه مائة قرش ، فعامل الدائن بها وزاده عشرين قرشاً وأجل ذلك الى أجل معلوم من غير حضور الكفيل ، ففي هذه الحال التي مؤلف الحامدية بان عقود الكفالة انسخ بسقوط العقد الأول ، فلا يكون الكفيل ضامناً للبلغ الحاصل بالعقد الجديد ^١ . وهذا شبهه بما جاء في القانون اللبناني بان التجديد يسقط الموجب السابق اصلاً وفرعاً ، الا اذا قبل الكفيل بضمان الدين الجديد او اذا وجد نص صريح بالحاق التأمين السابق به (المادة ٣٢٥) .

ولكن هل يعتبر تغيير صك الدين عنصراً جديداً كافياً للتجديد ؟ ان القانون اللبناني اجاب بالنفي عن هذا السؤال (المادة ٣٢٤) . أما في الشرع الاسلامي ، فالظاهر المكس ، وفقاً للقاعدة ان اختلاف الصك يكون بمنزلة اختلاف السبب ^٢ . وعلى هذه القاعدة سار اجتهاد المحاكم اللبنانية ، في القضايا السابقة لتطبيق قانون الموجبات الجديدة ^٣ .

ومن امثلة التجديد الواردة في الجملة انه اذا تكرر عقد البيع بتبديل الشئ أو تزييده أو تنقيصه يعتبر العقد الثاني . فلو تابع رجلاً مالا معلوماً بائة عرش ثم بعد انعقاد البيع تباعاً ذلك المال بذهب من ذوات المائة أو بائة وعشرة أو بتسعين عرشاً يعتبر العقد الثاني (المادة ١٧٦) .

(١) تنقيح الحامدية ، ج ١ ص ٣٣٤ .

(٢) الفتاوى الخانية (ج ٣ ص ١٧٧) ، والتنقيح في الوضع المذكور .

(٣) انظر مثلاً الحكم الصادر من محكمة الاستئناف ، الفرقة المدنية الاولى ، بتاريخ ١٣ آب سنة ١٩٤٠ عدد ٢٦٢ .

ثانياً - في الحوالة ، اذا توفي الدائن الحال له وورثه المدين الحال عليه سقط حكم الحوالة (المادة ٧٠٠) ، لاجتماع صفتي الدائن والمدين في ذمة واحدة .

رابعاً - في الجلة وغيرها ، ولو ملك المستأجر عين المأجور بارت أو هبة يزول حكم الاجارة ، (المادة ٤٤٢) . وكذلك تفسخ الاجارة اذا تملك المستأجر المأجور بالشرء . وسببه اتحاد ذمة المؤجر والمستأجر ، إذا ان المستأجر يملكه المأجور يأخذ صفة المالك المؤجر ، فتعارض الصفتان في نفس الشخص وتسقط الاجارة . واذا تملك المستأجر بعض المأجور فقط ، سقطت الاجارة بقدر ما تملك ، وبقيت في الباقي ^١ .

تجديد الموجب

يسقط الموجب بتجديده وابداله بموجب آخر محل عمله . وقد افرد قانون الموجبات اللبناني فصلاً خاصاً لتجديد الموجب . فمرفق به انه استبدال الموجب الاول بموجب جديد ، واشترط لصحته وجوب ذموية التجديد وادخال عنصر جديد الى الموجب السابق . وهذا العنصر يكون بتبديل الدائن او المدين او موضوع الموجب او السند القانوني الذي يستمد منه الموجب (المادتان ٣٢٠ و ٣٢٣) .

وان بعض القوانين لم تذكر التجديد . فالقانون المدني الاثني مثلاً اكتفى بالاستبدال أو الإبقاء باءا العوض كوسيلة لتغيير الدين ، وبالحوالة كوسيلة لتغيير الدائن أو المدين ^٢ .

اما الفقهاء المسلمون ، فانهم لم يوردوا لهذا البحث باباً خاصاً ، بالنظر الى وجود الحوالة التي تعني عن التجديد الناتج من تبديل الاشخاص . ولكن برغم ذلك فان الشريعة الاسلامية لم تمنع هذا التجديد ، بل ان فيها ما يدل على وجوده ، كما يستدل من الكتب الفقهية ، وكما اوضحه معصف مرشد الجبران (المواد ٢٥٠ - ٢٥٢) . مثاله ، لو ادان رجل رجلين مبلغاً معلوماً مؤجلاً الى سنة وكفاها رجل آخر ،

(١) جامع الفصولين وبهاشمه الآلي ، الدرية (ج ٢ ص ٥٢) ، والفتاوى السبزيانية (ج ٢

ص ٩٤ هاشم الحديبية) ، والفتي (ج ٦ ص ٤٧ - ٤٨) .

(٢) انظر المادة ٧٨٣ وما بعدها من ذلك القانون .

الباب الثالث انتقال الوصيات

الفصل الاول

الانتقال بالارث

مصرى الفرماء في التركة

ان التركة هي مجموع ما يتركه المرء بعد وفاته من مال او حقوق مالمية .
ويتعلق بالتركة في الشرع الاسلامي حقوق اربعة مقدم بعضها على بعض وفق الترتيب التالي :-

اولا - يبدأ بتكفين الميت وتجهيزه ، أي بما 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 الوصايا من ثلث المال الباقي بعد الدين شرط ان تكون لغير الوارث . وقد تعدلت هذه القاعدة في لبنان بخصوص غير المسلمين بقانون الوصية لغير المهديين الصادر في ٧ آذار ١٩٢٩ ، الذي اجاز الوصية لوارث ولغير وارث ، حتى ولو باكثر من الثلث ، شرط ان تحفظ فروض بعض الورثة .

رابعاً واخيراً - يقسم ما بقي من التركة بعد التجهيز والدين والوصية بين ورثة الميت الذين ثبت ارثهم بالادلة الشرعية^١ .

(١) راجع شرح الصريف الجرجاني على السراجية في علم الفرائض (طبع صبيح بصر ، ص ٦-٧) ، والقوانين الفقهية (ص ٣٨٢) ، والفتوى (ج ٤ ، ص ٤٩٣) ، وقانون الاحكام الشرعية في الاحوال الشخصية (المادة ٥١٣ هـ) ، وقانون الموارث المصري الجديد الصادر في ٦ آب سنة ١٩٤٣ (المادة الرابعة) .

وغيرهما .

زيارة الديونة على التركة

لو فرض وكانت ديون الميت زائدة على ما تركه من الاموال ، فهل على الوارث ان يدفعها من ماله الخاص ؟^٢
نعم يجب عليه ذلك في بعض الشرائع القديمة ، كالشريعة الرومانية والشريعة العبرية ، وفي بعض الشرائع اللاتينية الحديثة ، كالقانون المدني الفرنسي . ففي هذه الشرائع يعتبر الوارث مكيفاً لشخص الميت ، فيقوم مقامه في اداء الديون ، وبإلزامه ايضاً من ماله الخاص ان لم تنف التركة بذلك . ولكن بعض هذه القوانين ، كالقانون الفرنسي مثلاً ، اجازت للوارث ان يتخلص من هذه المسؤولية الثقيلة برفضه التركة المستغرة أو بقبوله بها بعد تخريبها في لائحة تنظم خلال ثلاثة اشهر من الوفاة^٣ .

اما الشريعة الاسلامية ، فانها لم تجبر الوارث على ان يدفع من ماله الخاص ما زاد على التركة ، لان هذا الوارث بعد وارثاً للتركة لا لشخص الميت ، ولان الدين لا ينتقل من ذمة الميت الى ذمة الوارث ، بل يتعلق بالتركة او بمعنى التركة كما اوضحنا .
والى هذا ذهب ايضاً القانون الانكليزي والالمانى . ففيهما يعين القاضي قيماً على التركة ، تكون وظيفته تخريب التركة من الديون ، ثم توزيع المال الباقي على الورثة كل بحسب نصيبه^٤ .

(١) المادة ١٦٥٢ من الحجة .

(٢) كما يقال في اللاتينية : Ultra vires successiois اي فرق طاقة التركة .

(٣) اظر المواد ٧٢٤ و ٧٧٤ و ٧٧٥ و ٧٩٣ و ٧٩٥ و ٨٠٢ من القانون المدني الفرنسي ، وكولان وكابيسان (ج ٣ ص ٥٨٤ وما بعدها) ، وكتاب المدينة القديمة « La Cité Antique » تأليف ده كولانج F. de Coulanges (باريس سنة ١٩٢٣ ، ص ٧٧) ، وكتاب الفاربات والتقاليد لحمد حافظ صيري (المادة ٣٣١) .

(٤) جامع القوانين (ج ٢ ص ٢١٤) ، والجريدة (ج ٢ ص ٦٤ و ٧٣) . اظر نظام الايام الشهاني بشأن تخريب تركت الديون وغيرهم .

(٥) Administrator, Nachlasspfleger .

(٦) المادة ١٩٧٥ من القانون المدني الالمانى ، وكتاب تشاير المذكور (ص ٧٧١) .

وحنن لن نعترض فهذا الى تفصيل هذه الحقوق ، ولا الى بيان احكام الوصية والوارث في الشرع الاسلامي . فهذا كله خارج عن موضوعنا . ولكننا نقول كلمة عن حق الغرماء أولاً ومصير ديونهم بعد الوفاة ، وعن انتقال ما بقي من التركة الى الورثة .

نعم ان حق الغرماء يتعلق بذمة المدين . ثم بعد وفاته ينتقل حقه الى التركة ، فيتعلق بمعناها لا بصورتها^١ . أي انه لا يتعلق بشيء معين منها ، بل يتعلق بجموعها . فهي إذن تقوم مقام المورث اذا صح مثل هذا التشبيه .

ولكن ، لما كان حق الغرماء معلقاً بالتركة وكان مقدماً على حق الورثة ، فهل يتوقف تلك هؤلاء للارث حتى الى ما بعد ايفاء الديون ؟ ام انهم يملكونه بمجرد موت المورث ؟

في المسألة قولان . الاول يقول بعدم انتقال التركة الا بعد وفاة الديون . والثاني ، وهو المختار ، يعتبر ان الورثة يملكون الارث بمجرد موت المورث قبل وفاته الديون ، الا اذا كانت هذه الديون تستغرق التركة . فيستند لا يملكون شيئاً ولا ينفذ شيء من تصرفاتهم فيها ، كالوقف وما أشبه ، الا يرضى الغرماء^٢ . ومن ثم تكون ولاية بيع التركة المستغرة بالدين للقاضي لا للورثة^٣ .

وهكذا تنتقل الموجبات من المورث الى الورثة . فهم يقومون مقامه بطريق الخلافة^٤ . ويتنصب أحدهم وحده خصوصاً عن الباقيين في دعوى الدين التي تقام باسم الميت او عليه^٥ ، ويعدون مع مورثهم في حكم المتكلم الواحد في مسألة التناقص

(١) الهذب (ج ١ ص ٣٢٨) ، والبداغ (ج ٧ ص ٢٢٦) .

(٢) جامع القوانين (ج ٢ ص ٣٢) ، والقفاوى الحبرية (ج ١ ص ١٧٥ و ٢٢٤) ، والقفاوى البرازية (ج ٣ ص ٤٦٢) ، واشباه ابن نجيم (ص ١٤٠) ، واشباه السيوطي (ص ١٩٤) ، وقفاوى السبكي (ج ١ ص ٣٣١) ، والمغني (ج ٤ ص ٤٨٧) ، والقواعد لابن رجب (ص ٧٧ و ٨٨ و ١٩٣ و ٣٩٩) . اظر الخلاف الواقع في الاجتهاد المصري في هذه المسألة بين الحاكم المختطف والحاكم الوطنية في كتاب :

« The Study of Law » Goudby's Introduction ، ولندن ، ١٩٢١ .

(٣) تنقيح الحامدية (ج ١ ص ٣٤٨) ، والدر المختار (ج ٢ ص ٣٢٦) .

(٤) اشباه ابن نجيم ، في الوضع المذكور .

(٥) جامع القوانين (ج ٢ ص ٣٤) ، والمادة ١٦٤٢ من الحجة . التبت هذه القاعدة في لبنان بمعلوم المادة ٤٩٥ من قانون اصول المحاكمات المدنية ، والمادة ٧٦ من قانون الموجبات ، وقرار محكمة الاستئناف الخاصة بتوحيد الاجتهاد عدده ١٨ صادر في ١٢ كانون الثاني سنة ١٩٤٦ .

تورث الطور والاسوال

روي عن النبي (ص) انه قال : « اذا مات الانسان انقطع عنه عمله الا من ثلاثة ، الا من صدقة جارية أو علم ينتفع به أو ولد صالح يدعو له »^١ .

ولكن اذا انقطع عمل الانسان بموته ، فلا تنقطع بذلك ديونه وموجباته وحقوقه جميعاً . فقد اوضحنا كيف تتعلق الديون بالتركة ، واوضحنا ترتيب الحقوق الاخرى التي تتعلق بهذه التركة .

وفي الحديث الشريف أيضاً ان « من ترك مالا » (أو حقاً) « فثورته »^٢ . وان الضابط في ذلك ان الورثة يرون المال ويرثون من الحقوق ما كان يتعلق بالمال أو ما يدفع الضرر عنهم بتخفيف ألمهم . أما ما كان متعلقاً بنفس المورث وعقله وشهوته فانه لا ينتقل إلى ورثته^٣ . مثلاً لا يبطل البيع المطلق بموت البائع ، ولكن بيع الاستصناع يبطل بموت الصانع^٤ .

وان هذا الضابط المعقول لا يخلاف فيه من حيث المبدأ . ولكن الخلاف كان من حيث تطبيقه على الفروع . ونحن لا نتوسع هنا في الحقوق التي تورث والتي لا تورث . بل نكتفي ببعض الامثلة المهمة فقط .

أولاً - خيار الشرط .
رأينا في باب الشرط ان هذا الخيار يورث كباقي الحقوق عند جمهور الفقهاء وفي القانون اللبناني ، خلافاً للحنفيين . فعندم يسقط هذا الخيار بالوفاة ، لانه ارادة وشيئة تتعلق بأهلية التأمل ، وهذه الاهلية تبطل بالوفاة^٥ .

(١) رواه هذه العبارة مسلم في صحيحه (ج ٥ من ٧٣) . وقد اخبره أيضاً ابو داود في سننه (ج ٣ رقم ٢٨٨٠) ، والنسائي والترمذي واحمد والبخاري في الادب . وقال عنه السيوطي انه حديث ضعيف . انظر المجمع الصنبر (ج ١ رقم ٨٥٠) ، ونبيل الاوطار (ج ٦ ص ١٨) .
(٢) رواه احمد وابن ماجه . انظر الفتح الكبير (ج ٣ ص ١٧٨) ، والمغني (ج ٤ ص ٤٨٦) ، والفروق (ج ٣ ص ٢٧٥) .

(٣) الفروق ، ج ٣ ص ٢٧٦ .
(٤) اخبار ابن نجيم ، ص ٨٤ .
(٥) راجع تفصيل ذلك في هذا الجزء ، ص ٢١٤ . انظر أيضاً اللاديين ٣٢١ و ٣٥٨ من المجلة بشأن عدم تورث خيار الرؤية وخيار الفين والفرير ، وانظر امثلة اخرى عن الحقوق التي تبطل التورث في الفروع عند لابن رجب ، قاعدة ١٤٤ ص ٣١٥ - ٣١٨ .

ثانياً - الاجارة .

أنتسخ الاجارة ب وفاة أحد المتماقدين ؟ أم انها لا تنتسخ ، فننتقل حقوق النقد الى ورثة الموقوف ؟

اختلف في الجواب هنا . فقال مكيان النوري واللبث بن سعد وابو حنيفة النعمان ودارد الظاهري وانباغهم بان عقد الاجارة ينتسخ ب وفاة المؤجر أو المستأجر . وحجهم في ذلك ان الاجارة تنعقد ساعة فساعة حسب حصول المنفعة ، التي لا تحدث الا شيئاً بعد شيء . فاذا توفي المؤجر انتقل المؤجر الى وارثه مع منالته وأصبح العقد الذي اجراه المالك السابق باطلاً لانتهاء ملكه بالموت . واذا مات المستأجر ، فلا تنتقل حقوق العقد الى ورثته لان المنافع لا يتصور انتقالها قبل وجودها .

اما عند جمهور الامم ، مالك والشافعي وابن حنبل وغيرهم ، فان حق العقد في الاجارة من الحقوق المورثة . فاذا توفي احد المتماقدين لا تنتسخ الاجارة ، بل تنتقل حقوق المتوفى الى ورثته^١ . وبهذا الرأي الثاني اخذ نظام العقار العثماني^٢ ، وقانون الموجبات اللبناني ، حيث جاء فيه « لا ينتسخ عقد الاجارة بموت المستأجر ولا بموت المؤجر » (المادة ٦٥٠) .

ثالثاً - الشفعة .

ان حق الشفعة هو الحق المعطى للشفيع بان يتملك العقار المبيع بمقدار النصف الذي تقدمه المشتري . فهل ان هذا الحق خاص بالشفيع ، ام انه ينتقل الى ورثته بعد وفاته ؟

قال الامامان مالك والشافعي بتورث حق الشفعة قياساً على الاموال . وقال الامام ابن حنبل ان هذا الحق لا يورث الا ان يكون الميت قد طالب به قبل وفاته^٣ .

(١) الهداية (ج ٣ ص ٢٠١) ، وبداية المجتهد (ج ٢ ص ١٨٩) ، والحصل (ج ٨ رقم ١٢٩١) ، والروض المربع (ج ٢ ص ١٠٢) ، وحاشية البيهقوري (ج ٢ ص ٣٠-٣١) .
(٢) انظر المادة ١٧ من الازادة السنية الصادرة في ٢٨ جمادى الاولى سنة ١٢٩٩ هـ ، او ه نيسان سنة ١٢٩٨ مالية (١٨٨٢ ميلادية) ، العملة بتاريخ اول شباط سنة ١٣٢٩ مالية (١٩١٣ ميلادية) .
(٣) بداية المجتهد (ج ٢ ص ٢١٨) ، والمغني (ج ٥ ص ٥٣٦ - ٥٣٧) .

اما في المذهب الحنفي فان الشفعة لا تورث^١ . فعليه ، نصت المجلة على انه :
 ولو مات الشفيع قبل ان يكون مالكا للشفيع ينسب له بالتراضي مع المشتري
 او بحكم الحاكم لا ينتقل حق الشفعة الي ورثته ، (المادة ١٠٣٨) . وهذا ايضا
 اخذ قانون الملكية السوري اللبناني (المادة ٢٤٣) ، قبل تعديله في لبنان بقانون
 ه شباط سنة ١٩٤٨ ، الذي ينص على ان حق الشفعة ينتقل عند وفاة صاحبه الي
 ورثته .

الفصل الثاني

الانتقال بين الاجياء

البند الاول — انتقال دين الدائن

مترجم

معلوم ان الدين أو الموجب رابطة شخصية تعرف بالفكر لا بالخص . فبذا لم
 تكن الموجبات في الشرائع القديمة قابلة للانتقال . فلم يكن بإمكان الدائن ان
 ينقل حقه الى آخر ، ولم يكن بإمكان المدين ان يحيل الدائن بحقه على آخر .
 وقد كان الامر كذلك في القانون الروماني ، غير أن ضرورات الحياة المدنية
 اوجدت بعض الوسائل أو الجليل لنقل دين الدائن . فكان ذلك يحصل في يادى ،
 الامر بواسطة تجديد الدين مع تغيير شخص الدائن ، أو بواسطة الوكالة القضائية التي
 يعطيها المتفرغ إلى المتفرغ له لأجل تحصيل الدين مع اعفائه من محاسبة الموكل عن
 اعماله ، وهذا كما ترى من نوع الوكالة لصحة الوكيل^١ .

ولكن ذلك لم يكن وافياً بالقرض المنشود . فطريقة التجديد لا تنتج الانتقال
 الحقيقي لما لها من أثر اسقاط الموجب القديم . وكذلك في واسطة الوكالة ، لم يكن
 الوكيل المتفرغ له بأمن عن العزل من جانب الموكل . فلذا تعدل الامر في ايام
 الاباطرة ، فصار التفرغ جائزاً في الواقع بشرط ابلاغه الى المدين^٢ .

وقد اصبح التفرغ عن الدين من المسائل المباعة في قوانين اليوم . ففي قانون

Procuratio in rem suam (١)

(٢) جبرار ، ص ٧٧٨ — ٧٧٩ .

ثانياً - الوصية ، فللدائن أن يوصي يدينه لغيره من هو عليه .
 ثالثاً - الهبة مع التوكيل بالقبض .
 ان القياس ، الذي قال به الامام زفر صاحب ابي حنيفة ، بقضي بانه لا يجوز لأحد ان يهب لآخر ديناً له بذمة رجل ثالث ولو سلطه على قبضه منه ، ولان الدين ليس مال ... وان بيع الدين من غير من عليه الدين لا يجوز لانه عقده مشروع لتسليمك المال . فالهبة مثله أو اولى ، لان الهبة لا تتم الا بالقبض ، وقبض ما في ذمة الغير لا يتصور ، .

ولكن الاستحسان في ظاهر الرواية عند الحنفيين جوز ذلك . ووجه هذا الاستحسان ان البيع ليس نظير الهبة لانه بوجب الملك وقت العقد وقبل القبض خلافاً للهبة ، وان للواهب أن يهب للموهوب له في القبض منساب نفسه فيجعل قبض الموهوب له كقبض الواهب . وهكذا بصير الموهوب له قابضاً للواهب بحكم النيابة ثم بصير قابضاً لنفسه بحكم الهبة ، . أو بعارة اخرى ، يكون المتفرغ له هنا وكذا قابضاً للمتفرغ ثم لنفسه .

وقد اخذت المجلة بهذا الاستحسان ، ونصت على انه : « من وهب دينه الذي هو في ذمة أحد لآخر وادته صراحة بالقبض ، بقوله اذهب فخذ ، فذهب الموهوب له وقبضه تم الهبة » (المادة ٨٤٨) .
 فاذن ، يشترط تسليط المتفرغ له على القبض ، والا بطل المتفرغ . ولكن هذا يستتبع ان للمتفرغ ان يعزل المتفرغ له عن التسليط قبل القبض . وفي هذا ما فيه من خطر وعدم استقرار .
 رابعاً - الافرار بالاسم المستعار .

قالت المجلة : و اذا قال احد ان الدين الذي هو في ذمة فلان يجوز سند وهو كذا قرشاً ، وان كان قد تخرب باسمي ، الا انه هو فلان ، واسمي الذي تخرب في السند هو مستعار ، فيكون قد أقر بان المبلغ المذكور في نفس الأمر هو حق لذلك ، (المادة ١٥٩٣) .

ومعنى ذلك ان من كان اسمه معيناً كدائن في سند الدين اذا أقر أن اسمه فيه (انظر في هذه المسألة : البسوط (ج ١٧ ص ٧٠) ، والبرازية (ج ٣ ص ٢١٠ هاشم الحنابلة) ، والبيجر (ج ٧ ص ٢٨٤) ، والاشباه في الوضع المذكور .

الموجبات البنائي يجوز للدائن ان يتفرغ لشخص آخر عن دين له ، ولكن لا مفعول لهذا التفرغ تجاه المدين أو تجاه الغير الا بابلغ التفرغ الى المدين أو بقبول هذا المدين بالتفرغ في وثيقة ذات تاريخ مسجل . ويكون للتفرغ بعدئذ مفعول نقل الدين مع جميع ملحقاته (المواد ٢٨٠-٢٨٦) .

أما الشريعة الاسلامية ، فانها درست مسألة التفرغ عن دين الدائن في بحث بيع الدين وهبته . ولقد رأينا حكم بيع الدين عن عليه الدين في باب الاستبدال أو الافناء بآداء العوض ، ورأينا حكم هبة الدين من عليه الدين في معرض بحث الإبراء ، وأوضحنا انها جائزتان بشروط وتفصيلات مرت معنا .

ولكن بحثنا هنا يتعلق بالتفرغ عن دين الدائن ، ببيعه أو هبته الى غير الدين . وان هذا البحث يختلف حكمه باختلاف المذاهب . ونحن نبين نظر المذهب الحنفي اولاً ، ثم نظر باقي المذاهب الاسلامية ، بوجه موجز على قدر المستطاع .

المذهب الحنفي

في هذه المسألة ، كما في غيرها ، اصل ومستنبات . فالاصل هو ان تسليمك الدين من غير من عليه الدين باطل ، سواء أكان هذا التسليمك بالعوض واسمه بيع الدين أم بغير عوض واسمه هبة الدين . وتعليل هذا المنع هو المعجز عن التسليم ، لان الضابط في العقود هو ان يكون المقود عليه مقدور التسليم . وذلك بخلاف تسليمك الدين من عليه الدين ، إذ انه لا حاجة فيه الى التسليم .^٢

ولكن لهذا الاصل مستنبات ، وهي :^٣ -
 اولاً - الطوالة . وسوى حكمها في البند الآتي . مثاله قالت المجلة : « البائع له ان يتصرف بشئ المبيع قبل القبض . مثلاً لو باع ماله من آخر بشئ معلوم له ان يجبل بشئ ذاته » (المادة ٢٥٢) .

- (١) الاشباه والنظائر لابن نجيم (ص ١٤٤) ، والمجمع وشرحه للنفيع (ص ٣١٦) .
- (٢) البسوط (ج ١٢ ص ١٤٦) ، والبدائع (ج ٥ ص ١٤٨) ، وتفتح الحامدية (ج ٢ ص ٢٦٣) ، ورد المختار (ج ٤ ص ٢٣٠) .
- (٣) الاشباه في الوضع المذكور ، والدر المختار (ج ٢ ص ٤٨٣) ، ورد المختار (ج ٤ ص ٧١٧) .

الإشهاد على العبة ، وقبول الموهوب له ، وتسليم وثيقة الدين لهذا الأخير عند وجودها ، وإعلام الدين بذلك ، ويستحسن حضوره أيضاً .
ثانياً - بيع الدين .

يسوغ في المذهب المالكي بيع الدين لغيره من موعله بشروط هي : حضور المدين ، وإقراره بالدين ، وتعجيل الدين ، وأن لا يكون المبيع من نوع الطعام ، وأن لا يكون المشتري عدواً للمدين ، وأن لا يقصد بالشراء اغتات هذا المدين وضروده . وبشروط أخيراً أن يكون الدين من غير جنس المبيع ، لما في بيع الدين بجنسه من ربا محرم .

وكذلك يسوغ في المذهب المالكي بيع الدين بغياب المدين في المسألة المنقبة وكذا الرهن . وهي أن يكون بيد إنسان رهن في دين مؤجل ، فيحتاج إلى دينه قبل الاجل ، فيبيعه با ببيع به ، ويحل المشتري للدين محل بائعه ، في حقه . في الرهن . ويجري كتابة هذا التفريغ في ظهر وثيقة الدين .^٢

وعلى الجملة ، نحن نعتبر بما قدمنا ان انتقال دين الدائن جائز في المذهب المالكي بشروط معينة ، وان نظرية المالكيين في هذه المسألة قريبة من نظرية القانون اللبناني وغيره من القوانين المصرية . اما في باقي المذاهب الاسلامية ، فان التفريغ عن الدين لا يجوز إلا في الاحوال الاستثنائية العديدة التي أقرها الحنفية ، وفي الاحوال الاستثنائية القليلة التي اختارها بعض الشافعية .

(١) للدونة الكبرى (ج ١٥ ص ١٢٦-١٢٧) ، وشرح المطالب على سيدي خليل (ج ٧ ص ٥٢) ، وشرح الحرشي (ج ٥ ص ١٠٣) .

(٢) البيهقي في شرح الصلوة ، ج ٢ ص ٤٧-٤٨ .

إعادة وان الدين في الحقيقة لشخص آخر ، فان هذا الاقرار صحيح باعتباره اخباراً لا تملكياً ، وان للقر له بعدئذ ان يقبض الدين بدون تفويض من المقر . وانت ترى ما في هذا في الواقع من وسيلة لتعجيل على قاعدة منع نقل دين الدائن .^١

باقي المذاهب الاسلامية

من المذاهب الاسلامية فئة اخذت بالقاعدة التي قال بها الحنفية ، ولكن بدون القبول باستثنائها . ومن هذه الفئة المذهب الحنلي والظاهرية . ففيها لا يجوز التفريغ عن الدين لا بعوض ولا بغيره ، أي لا يجوز بيع الدين ولا هبته من غير من هو عليه على الاطلاق .

وتعليل هذين المذهبين شبيه بتعليل الحنفية ، وهو عدم القدرة على تسليم المقود عليه ، ولا لانه لا يدري ذلك الحق الذي له عند فلان في أي جوانب الدنيا هو ولعله في ملك غيره الآت .^٣

وهذا أيضاً اخذ المذهب الشافعي في القول بختار . الا انه استثنى من المنع بيع الدين الى غير من هي عليه ان كان الملك عليها مستقراً ، كبذل التعويض في الانلاف وبدل القرض ، لان الظاهر في ذلك ان البائع يقدر على تسليم ما يبيعه منها من غير منع ولا جحود .^٤

اما الامام مالك فقد خالف جمهور الفقهاء فيها ذكراً ، فجوز نقل دين الدائن بشروط ، هالك بيانها : -
اولاً - هبة الدين .

مثل مالك فيمن وهب لرجل ديناً له على آخر ، فأجاب بان ذلك جائز بشرط

(١) لدر الختار (ج ٢ ص ٤٨٣) ، وتفتح المأمدة (ج ٢ ص ٥٣) .

(٢) ذكر الحرشي (في غرر عيون البصائر ، ج ٢ ص ٢١٣) عن القبة انه يستثنى من القاعدة التي نحن بصدها المسألة التالية ، وهي : لو قال الاجنبي للدائن « هب لي الدين الذي لك بذمة فلان او حلاله لي او اجعل ذلك لي » ، ثم اجابه الدائن « قد فلت » ، فالدين يبرأ استحصاناً . ولكن هذه المسألة ليست في الواقع من المستثنيات ، لان ابراء المدين فيها يجعلها من نوع هبة الدين للمدين ، وهذا جائز كما رأينا في محله .

(٣) الحلي (ج ٩ رقم ١٥١٠ و ١٦٢٦) ، والفتي (ج ٦ ص ٢٥٧) .

(٤) المجموع شرح المذهب (ج ٩ ص ٢٢٢) ، وشرح الطالبين (ص ٦٨) .

ومن أجل على ملي، فليحتل^١، وليس من ينكر نأثر الغرب بمدينة العرب وبتقافتهم وبتجارهم، ومن أدلة ذلك ما نراه من الكلمات العربية الموجودة في اصطلاحهم التجاري والفقهية، ولعل السفنجة أو الحوالة التجارية كانت من أهم نواحي هذا التأثير.

فلقد أتت غراسهوف وغيره من الباحثين الغربيين ان السفنجة لم تعرف في أوروبا قبل القرن الثاني عشر للميلاد، على حين انها كانت معروفة عند العرب قبل ذلك بما لا يقل عن خمسة قرون، وانها لم تدخل أوروبا الا عن طريق الاندلس، يوم كان لا يزال بدأ عربياً، وعن طريق ايطاليا، بان الحروب الصليبية وحث تأثير العرب والمسلمين الذين دخلوا تلك البلاد، وكان لهم فيها شأن كبير، لا سيما في عهد فريديريك الثاني (١١٩٤ - ١٢٥٠ م)، يوم كان ملك صقلية، حيث قرأه^٢ اليه وولاهم وظائف ادارية وقضائية.

وليس أدل على هذا التأثير من كلمة الحوالة نفسها، التي لا تزال تستعمل في اللغة الفرنسية وغيرها بلفظ آفال^٣، بمعنى تظهير السفنجة بتوقيع شخص ثالث على سبيل الكفالة^٤.

ولم تكن لنسبته من ذكرنا لو لم تنمود من غيرهم انكار بعض الحقائق التاريخية والادعاء الجرد بان كل ما في شرائع العرب والمسلمين مقتبس من الرومان. ولو عرف الرومان السفنجة والحوالة لما احجم البعض عن مثل هذا الادعاء مهنا أيضاً.

التعريف

الحوالة لغة اسم من الاحالة أو من التصويل، أي النقل من مكان إلى آخر، والحوالة شرعاً، كما عرفتها مجله الاحكام العدلية، «نقل الدين من ذمة إلى ذمة اخرى»، (المادة ٦٧٣). أو بمساراة الموصلية هي «نقل الدين من ذمة المحيل إلى

(١) نيل الاوطار، ج ٥ ص ٢٠٠.

(٢) Avai

(٣) راجع ما نقله بول اوفلان (Huvelin) عن غراسهوف وغيره في مقاله عن تاريخ السفنجة، المنشور في مجلة «Annales de droit commercial» لسنة ١٩٠١، باريس، ص ٢٢ - ٢٦.

البند الثاني

انتقال دين المدين والحوالة

مخبره

ان الديون والموجبات علاقات شخصية بين دائن ومدين، فلا عجب من ان تراها في الشرائع القديمة غير قابلة للنقل والاحالة. وقد رأينا في البند السابق متى وكيف يجوز للدائن ان يتفرغ لغيره عماله بذمة المدين. والآن نرى متى وكيف يجوز للمدين ان ينسب غيره في التزامه نحو الدائن.

ولم تكن حوالة الدين حادثة في القانون الروماني. وكذلك في القانون الفرنسي لا ترى اليوم نظرية عامة للحوالة المدنية^١. وذلك خلافاً للقانون المدني الالمانى (المادة ٤١٤ وما بعدها)، وقانون الموجبات والعقود البينسالي (المواد ٢٨٧-٢٨٩)، اللذين أقرّا هذه الحوالة.

اما الشريعة الاسلامية، فانها اجازت حوالة الدين، وقد قال بذلك فقهاء المذاهب جميعاً بدون اختلاف. وهي، وان كانت من نوع بيع الدين بالدين الذي حرّمه كثير من الفقهاء على ما اوضحنا في البند السابق، الا انها جوزت والحاجة الناس مساحته وارقاقاً^٢، كما انها تستند الى الحديث الشريف الصحيح «مطل الغني ظلم فاذا أنسب احدكم على ملي، فليبيع^٣»، أو كما رواه الامام احمد الغني ظلم فاذا أنسب احدكم على ملي، فليبيع^٤، أو كما رواه الامام احمد (١) كولان وكايتان، ج ٢ ص ١٥٥ - ١٥٦.

(٢) فتح العزيز شرح الوجيز، ج ١٠ ص ٣٣٨.

(٣) روى في الصحيحين وفي كتب السنن الاربعة وغيرها. انظر البخاري بشرح البيهقي (ج ١٢ ص ١٠٩)، وصحيح مسلم (ج ٥ ص ٣٤)، وشرحه النووي (ج ١٠ ص ٢٢٨)، وسنن ابى داود (ج ٣ رقم ٣٣٤٥)، والجامع الصغير للسيوطي (ج ٢ رقم ٨١٨٢).

ذمة الحال عليه ،^١

ومثل بوضع ذلك : إذا كان يزيد على عمرو عشرة ولمعرو على خالدها ، فحال عمرو زيدا على خالد ، فيسمى عمرو المحيل ، أي المدين الذي حال ، وخالد المحال عليه أي الذي قبل الحوالة على نفسه ، وزيد المحال له أي الدائن ، ويسمى الدين أو المال الذي أحيل المحال به^٢ .

ولا بأس هنا بلحظة عن السنتجة^٣ . وهي تعرب كلمة سنفة الفارسية . وتسمى اليوم سند السعيب وتستعمل في الحوالة التجارية^٤ . وقد استعملها التجار العرب كثيراً . ولكن الفقهاء ، وإن لم يجر موها ، إلا أنهم عدوها مكروهة إذا كانت من نوع القرض الذي يجر منفعة . وصورتها أن يدفع احد في بلدة الى مسافر عرضاً ليدفعه الى صديقه او وكيله مثلاً في بلدة اخرى ليستفيد به سقوط خطر الطريق . فعليه اذا كان القرض بدون شرط ، ثم كتبت السنتجة ، فلا بأس بها حينذاك^٥ .

وينبغي لانقضاء الحوالة وصحتها شروط تتعلق بالرضى والاهلية والمعقود عليه . فنحن نبين هذه الشروط ، ثم نوضح مفاعيل الحوالة بين المتعاقدين جميعاً^٦ .

(١) الاختيار شرح المختار ، ج ٢ ص ٦٧ .

(٢) الواد ٦٧٤ - ٦٧٧ من الحاشية ، وضع العزيز (ج ١٠ ص ٣٣٧ - ٣٣٨) .

(٣) بضم السين وفتح التاء .

(٤) انظر المادة ٣١٥ وما بعدها من قانون التجارة اللبناني .

(٥) فتح القدير (ج ٥ ص ٤٥٢) ، ورد المختار (ج ٤ ص ٤١٠) .

(٦) انظر في الحوالة : الهداية (ج ٣ ص ٨٠) ، وفتح القدير (ج ٥ ص ٤٤٣) ، والديلمي على الكنتز (ج ٤ ص ١٧١) ، والبحر (ج ٦ ص ٢٤٤) ، والفتاوى الهندية (ج ٣ ص ٢٦٥) ، وبهاشمها الحاشية (ج ٣ ص ١٢٩) ، والبرازية (ج ٣ ص ٢١) ، ودرر المحاكم وبهاشمه الغنية (ج ٢ ص ٣٠٧) ، ونجم الانهر وبهاشمه الدر المنقى (ج ٢ ص ١٤٦) ، والدر المختار (ج ٢ ص ٣٠٧) ، ورد المختار (ج ٤ ص ٣٩٩) ، والسدوية الكبرى (ج ١٣ ص ١٣٨) ،

والقوانين القديمة (ص ٣٢٧) ، وبداية المجتهد (ج ٢ ص ٢٤٧) ، وشرحي الخطاب والوقا على سيدي خليل (ج ٥ ص ٩٠) ، وشرح الخريفي (ج ٤ ص ٢٣٢) ، والبهجة في شرح

الصفحة (ج ٢ ص ٥٥) ، والوجيز (ج ١ ص ١٨١) ، وفتح العزيز (ج ١٠ ص ٣٣٧) ، وحاشية البيهقوري (ج ١ ص ٣٩٠) ، والروض الربيع (ج ٢ ص ٦٤) ، والفتي وبذيله الشرح الكبير (ج ٥ ص ٥٤) ، والروض النضير (ج ٣ ص ٤٠٥) ، والحلى (ج ٨ ص ١٠٨) .

ركن الحوالة : الرضى

ان الحوالة كباقي العقود تتم بالاجاب والقبول . ويكون ذلك على الصور الآتية : -

أولاً - الحوالة برضى المجهل والمحال له والمحال عليه .

هذه الصورة تفترض رضى الثلاثة جميعاً . فرضى المحال له لا بد منه عند جمهور الفقهاء ، إذ ان الدين حقه وهو ينتقل من ذمة اى ذمة اخرى ، وان الذمم تختلقة والناس متفاوتون في القضاء والاقتضاء^١ .

وكذلك لا بد من رضى المحال عليه في هذه الصورة ، لانه هو الذي يلتزم الدين . ولكن لا يشترط حضوره مجلس الحوالة ، بل يكفي قبوله حين علمه بها^٢ . وقد نصت المجلة على هذه الصورة الاولى من الحوالة ، بقولها : « لو قال المجهل لدائنه احلتك على فلان وقبل المحال له والمحال عليه تنمقد الحوالة » (المادة ٦٨٠) .

ثانياً - الحوالة باتفاق المحال له والمحال عليه .

قالت المجلة : « يصح عقد الحوالة بين المحال له والمحال عليه وحدهما . مثلاً لو قال أحد آخر خذ مالي على فلان من الدين وقدره كذا فرشاً حوالة عليك ، فقال له الآخر قبليت ، أو قال له اقبل الدين الذي لك بدمية فلان وقدره كذا فرشاً حوالة علي فقبل ، تصح الحوالة . حتى انه لو ندم المحال عليه بعد ذلك لا تقيد ندامته » (المادة ٦٨١) .

فهنا اعتبرت المجلة ان رضى المجهل غير ضروري لعقد الحوالة ، وهو الرأى الحنفي المختار^٣ . ولكن باقي النماهب لم تقبل بذلك ، بل اشتطت رضى المجهل لانقضاء الحوالة^٤ .

ولا شك في ان صورة الحوالة بدون رضى المجهل نادرة في الواقع . وبرغم ذلك فهي مذكورة في قانون الموجبات البناني ، الذي اجاز انتقال دين المدين بالاتفاق

(١) الاختيار شرح المختار ، ج ٢ ص ٦٧ .

(٢) الفتاوى الحاشية ، ج ٣ ص ١٢٩ .

(٣) غنية ذوي الاحكام للشر بلائي ، بهامش درر المحاكم ، ج ٢ ص ٣٠٨ .

(٤) شرح الخطاب (ج ٥ ص ٩٠) ، وفتح العزيز (ج ١٠ ص ٣٣٨) ، والفتي (ج ٥ ص ٥٨) .

بين الدائن أي المحال له وبين من يأخذ الدين على عاتقه أي المحال عليه (المادة ٢٨٧).

ثانياً - الحوالة بالاتفاق بين المحيل والمحال له .
ان هذه الحوالة ، التي تحصل بين المحيل والمحال له وحدهما ، تكون في الجهة وفي المذهب الحنفي موقوفة على رضى المحال عليه . فان قبلها بعد العلم بها صحت ونفذت ، والا كانت باطلة (المادة ٦٨٢) . مثاله لو احوال زيد عمراً بدينه على بكر الغائب ، ثم قدم الغائب ولم يقبل الحوالة ، فلا تكون هذه الحوالة صحيحة .
اما عند باقي الاثمة ، مالك والشافعي في اصح القولين من مذهبه وابن حنبل ، فالحوالة باتفاق المحيل والمحال له بدون رضى المحال عليه صحيحة .
رابعاً - الحوالة بالاتفاق بين المحيل والمحال عليه .

هذه الصورة تتعقد في الجملة وعند الفقهاء الي حنيفة ومالك والشافعي موقوفة على قبول الدائن المحال له . فاذا قبلها نفذت ، والابطلت (المادة ٦٨٣) . وبهذا ايضاً اخذ قانون الموجبات البنائي ، حيث جاء فيه ان انتقال دين المدين بصح بالاتفاق بين المدين اي المحيل وبين من يأخذ الدين على عاتقه أي المحال عليه ، ولكن يبقى مفعول هذا الانتقال موقوفاً كما في الجملة على اجازة الدائن (المادة ٢٨٧) .

ولا ريب في أن اشتراط رضى الدائن المحال له يبرره تفاوت الناس في المعاملة والماطلة والاقتدار على الدفع . ولكن بعض الفقهاء ، كالامام ابن حنبل وداود الظاهري ، لم يشترطا قبول الدائن اذا كان المحال عليه ملبثاً ، أي انها قالوا بارت من احيل بحقه على ملي . فواجب عليه ان يقبل الاحالة .

الاهلية في الحوالة

ينبغي لصحة الحوالة ان يكون كل من المتعاقدين اهلاً له قدهما . وقد رأينا في

- (١) وردت خطأ في النص العربي « الدائنين » .
- (٢) تنقيح الملمدية ، ج ١ ص ٣٤٢ .
- (٣) بداية الجتسد (ج ٢ ص ٢٤٨) ، وضع العزيز (ج ١٠ ص ٣٣٩) ، والقوانين الفقهية (ص ٣٢٧) ، وشرح المطاب (ج ٥ ص ٩٠) ، والفتي (ج ٥ ص ٦٠ — ٦١) .
- (٤) المحل (ج ٨ رقم ١٢٢٦) ، والفتي (ج ٥ ص ٦٠) .

قسم بحث العقود اهلية التعاقف بوجه عام وخلاف المذهب فيها . ونحن لن نورد الى ذلك ، بل نكتفي بتطبيق تلك القواعد في مسألة الحوالة ، على ما اوضحتها نتيجة الاحكام المدنية . وهي تتعلق بالمحيل ، والمحال له ، والمحال عليه . واليك بيانها :

اولاً - اهلية المحيل .

لابد لانعقاد الحوالة من ان يكون المحيل عاقلاً ، فلذا عدت المجلة حوالة الصغير غير المميز باطلة (المادة ٦٨٤) .
وفوق ذلك ، لا بد لتنفيذ الحوالة بعد انعقادها من ان يكون المحيل بالغاً . بناء عليه ، لا تكون حوالة الصبي المميز نافذة ، بل تبقى موقوفة على اجازة وليه . فان اجازها نفذت ، وإلا فلا (المادة ٦٨٥) .

ثانياً - اهلية المحال له .

ان المحال له ، كالصغير ، يجب ان يكون عاقلاً لاجل انعقاد الحوالة ، ويجب ان يكون بالغاً لتكون الحوالة نافذة . فعليه فان قبول الصغير المميز الحوالة لنفسه يكون موقوفاً على اجازة الولي . ولا بد من اجازة الولي في قبول الحوالة من ان يكون المحال عليه أهلاً ، أي اثنى من المحيل (المادة ٦٨٥) .

ثالثاً - اهلية المحال عليه .

ينبغي ان يكون المحال عليه عاقلاً وبالغاً ليصح قبوله الحوالة . أي أنه لا يكفي لانعقاد الحوالة ان يكون المحال عليه كالمحيل عاقلاً فحسب ، بل يشترط ايضاً ان يكون بالغاً . ويفسر ذلك ان قبول الحوالة من المحال عليه بعدد من فئة التصرفات التي فيها ضرر محض ، فلا يجوز للقاصر قبولها ولو رضى بذلك وليه .
فعليه ، لا يصح قبول الحوالة من الصغير ، سواء أكان مبرراً أم غير مبرر أم محجوراً أم مأذوناً . واذا قبلها ، فيكون قبوله باطلا (المادة ٦٨٤) . ولكن اذا كان المحال عليه بالغاً وعاقلاً ، فيصح قبوله مطلقاً .

شروط المصروف عليه

ان الدين المحال به يجب ان يكون من الديون لا من الاعيان ، فالاعيان لا تصح حوالتها في الرأي السائد . وسبب ذلك ان الحوالة نقل حكمي ، فلا تنتقل به

المطالبة ، وإن أصل الدين يبقى المعجل .

الإان قول هذا الإمام بقي فريداً ، إذ إن المذهب الحنفي المختار وأئمة المذاهب الباقية ذهبوا إلى أن الحوالة تنقل الحق والدين بعينه ، وهذا أخذت الحجة في تعريف الحوالة نفسه الذي قدمناه وفي أحكام الحوالة التي سنأتي على ذكرها .

فأذن ، إن الأصل في الحوالة أنها تنقل الدين إلى المحال له من ذمة المجل إلى ذمة المحال عليه . ونحن نشرح هنا حكم الحوالة في علاقات هؤلاء الأشخاص فيما بينهم جميعاً ، فنرى علاقة المجل بالمحال له ، ثم علاقة المحال له بالمحال عليه ، وأخيراً علاقة المجل بالمحال عليه .

علاقة المجل بالمحال له

من مفاعيل الحوالة أن المجل يبرأ من الدين الذي كان مديناً به للمحال له ، إذ أن هذا قبل بالمحال عليه بدلاً عن مدينه الأصلي . وقد خالف في ذلك الإمام زفر من أصحاب أبي حنيفة ، فقال إن المجل لا يبرأ ولو كانت الحوالة . على شخص مولى .^١ وعلى كل ، فإنه يجوز عند غيره أن تكون الحوالة بشرط عدم برأه المجل ، أي أن يشترط المحال له الضمان على المجل . فتكون الحوالة عندئذ في حكم الكفالة ، ويكون للمحال له أن يطالب أباً شأ ، من المجل والمحال عليه .^٢ وبرأ ذمة المدين الأصلي تبرأ ذمة كفيه ، لأن برأه الأصلي توجب برأه الكفيل ، وإذا سقط الأصل سقط الفرع .^٣ وأيضاً إذا أحال الدائن المرتهن أحداً على مدينه الرهن ، فلا يبقى له حق حبس المرهون ولا صلاحية توقيفه (المسألة ٦٩٠) . وبكلمة ، فإن عقد الرهن يسقط تبعاً لبرأه الرهن الأصلي ، ويتوجب من ثم رد المرهون إليه .

(١) انظر البحر (ج ٦ ص ٢٤٤) ، والبدائع (ج ٦ ص ١٧) ، والوجيز (ج ١ ص ١٨١ - ١٨٢) ، وللمني (ج ٥ ص ٥٥) . وانظر أيضاً القوانين الفقهية في الموضوع المذكور بشأن احالة القطع .

(٢) فتح القدير ، ج ٥ ص ٤٤٥ - ٤٤٦ .

(٣) للمادة ٦٤٩ من الحجة ، وشرح الزيلعي على الكنتز (ج ٤ ص ١٥٣) .

(٤) اللواد ٥٠ ، ٦٦٧ و ٦٩٠ من الحجة .

الاعيان ، إذ يتصور فيها النقل الحسي .^١ ولا بد في الدين المحال به من أن يكون معلوماً لا مجهولاً ، وأن يكون مستقراً لازماً . وكذلك اشترط جمهور الفقهاء ، أن يكون المحال به بمثابة للدين المحال بسببه في الصفة والمقدار .^٢

ولكن لم تشترط المحالة أن يكون المحال عليه مدينساً للمجل . فاذن تصح الحوالة ، وإن لم يكن للمجل دين على المحال عليه .^٣

وتقسم الحوالة ، لجهة تعجيل المحال به أو تأجيله ، إلى مهمة وغير مهمة . فالمهمة هي التي لم يبين فيها تعجيل الدين المحال به أو تأجيله . وحكمها انه - إذا كان الدين فيها معجلاً على المجل تكون حوالة معجلة على المحال عليه ويلزمه الاداء في الحال . وإن كان الدين مؤجلاً تكون حوالة مؤجلة ويلزم الاداء مجلول الاجل ، (المادة ٦٩٧) .

أما الحوالة غير المهمة ، فهي التي تعين فيها تأجيل الدين المحال به أو تعجيله . وقد كان في هذه الحوالة بين الفقهاء خلاف وتقصيل لا تزي بجلا لبيانه ، بل تكفي بناجاء فيه عند الحنفين . فعند هؤلاء تجوز الحوالة بالدين المؤجل على المؤجل وبالدين المحال على الحال ، وتجوز حوالة الدين المحال على ان يكون مؤجلاً إلى أجل معين .

أثر الحوالة بوجه علم

هل ان الحوالة تنقل الدين المحال به إلى المحال له أم انها تنقل اليه حتى المطالبة فقط ؟ قال الامام محمد بن الحسن صاحب ابي حنيفة ان الحوالة لا تنقل الا حتى

(١) شرح الزيلعي على الكنتز (ج ٤ ص ١٧١) ، والبحر (ج ٦ ص ٢٤٧) .

(٢) راجع الرواد ٦٣ ، ٦٣١ و ٦٨٧ - ٦٨٩ من الحجة ، وشرح المطالب (ج ٥ ص ٩٢) ، والقوانين الفقهية (ص ٣٢٧) ، والوجيز (ج ١ ص ١٨١) ، وللمني (ج ٥ ص ٥٤ - ٥٧) .

(٣) للمادة ٦٨٦ من الحجة ، وفتح الحامدية (ج ١ ص ٣٤٣) .

(٤) انظر في باقي المذاهب : القوانين الفقهية في الموضوع المذكور ، وللمني (ج ٥ ص ١٥٥) ، والحلي (ج ٨ رقم ١٢٢٨) .

(٥) الفتاوى الهندية ، ج ٣ ص ٣٦٨ .

فأذن يقتضى الجملة ، الحوالة تعبري، ذمة المجهل ، وتسقط التأمينات العينية والشخصية . وكذلك هو الامر في القانون المدني الالمانى (المادة ٤١٨) .
 اما قانون الموجبات الديناني ، فانه اتخذ رأياً وسطاً ، فنص على « ان التأمينات العينية تبقى قائمه بعد انتقال الدين . أما التأمينات الشخصية فتسقط ، الا اذا وافق المسؤولون على الاتفاق الذي عقد » (المادة ٢٢٨) .

ولحاصل ان الاصل في الجهة براءة ذمة المجهل من الدين وملحقاته . ولكن هل لهذا الاصل من مستثنيات ؟ وهل يجوز للمحال له ان يرجع على المجهل ان لم يتسكن من تحصيل دينه من المحال عليه؟ ومتى يجوز ذلك؟ في هذه المسألة اختلفت المذاهب . فعند الاماميين الشافعي وابن حنبل ، لا يحق للمحال له ان يرجع على المجهل بوجه من الوجوه ، لان البراءة عندهما تحصل بصورة مطلقة ، فلا يعود الحق الا بسبب جديد او اذا اشترط المحال له الرجوع . وبهذا الرأي قال الامام مالك مبدئياً ، ولكنه أعطى المحال له حق الرجوع على المجهل اذا غره هذا وأحاله بدون علمه على عدم مفسس قبل الاحالة^١ . وذهب أصحاب المذهب الظاهري الى ان الحوالة لا تجوز الا على ملي ، وان اصرار المحال عليه إثر الاحالة لا عبرة به ولا يعطى المحال له من ثم حق الرجوع على المجهل^٢ .

اما في المذهب الحنفي فان الحوالة تبرئ المجهل مبدئياً . ولكن للمحال له الرجوع عليه اذا تبرئ أي مالك حقه ، اذ ان البراءة في هذا المذهب مقيدة بسلامة حق المجهل كما يتقيد البيع المطلق بسلامة المبيع . فلذا كان فوات وصف السلامة سبباً لفسخ الحوالة .

وقد استند الحنفيون في ذلك الى شرط الملاة المنصوص عليه في الحديث الشريف « من أحبل على ملي فليبيع » ، والى ما روي عن الخليفة عثمان انه قال في المحال عليه « اذا مات مطلقاً عاد الدين الى ذمة المجهل » ، وقال « لا توكى على مال امرئ مسلم » . واستندوا الى ما روي بعناه عن القاضي شريح ، والى عدم رواية ما يخالف ذلك عن الصحابة ، فكان هذا من ثم اجماعاً منهم .

- (١) الام (ج ٣ ص ٢٠٣) ، وضع العزيز (ج ١٠ ص ٣٤٤) ، واعلام الوصين (ج ٤ ص ٣٢) ، والروض المربع (ج ٢ ص ٦٥) ، والفتي (ج ٥ ص ٥٤ و ٦١) ، والقوانين العينية في الوضع المذكور، وشرح المطالب (ج ٥ ص ٩٥) ، والروض النضير (ج ٣ ص ٤٠٩) .
- (٢) الحل ، ج ٨ رقم ١٢٢٦ .

ويحصل التوكى باتفاق الآئمة الحنفيّة في حالتيه : الاولى ان يجعد المحال عليه الحوالة دون أن يكون للمحال له دينه عليه ، والثانية ان يموت المحال عليه مطلقاً . وقد زاد الصاحبان حالة ثالثة ، وهي حكم الحاكم بالفلاس المحال عليه حال حياته^١ .

عقدية المحال له بالمحال عليه

ان الدين ينتقل كما اوضحنا من المجهل الى المحال له ، فيثبت هذا حق مطالبته المحال عليه بالدين المحال به . ولا يبرأ المحال عليه من الدين قبل انتقاله له الا بسبب سقوط الدين المعروفة ، أي بالانقضاء ، أو الحوالة على آخر ، أو الاجراء من الدين ، أو هبة الدين ، أو اتحاد الذمة^٢ .
 ولم تأت الجهة على بيان أثر الحوالة في أسباب الدفع المنعقدة بالدين أو بشخص المدين . ولكن مدلول ما جاء فيها يزيد باعتقادنا ما ورد في قانون الموجبات الديناني بهذا الشأن . ونصه : « ان أسباب الدفع ووسائل الدفاع الملازمة للدين تنتقل من المدين الى من التزم الدين . اما الوسائل الخاصة بشخص المدين السابق فلا يحق للمدين الجديد أن يتدبرح بها ، بل يحق له ان يدي باسباب الدفع ووسائل الدفاع الخاصة بشخصه » (المادة ٢٨٩) .

عقدية المجهل بالمحال عليه

قلنا ان الجهة لم تشترط في الحوالة ان يكون المجهل مال عند المحال عليه ، فعمله ، تنقسم الحوالة في الجهة من هذه الناحية قسمين : المطلقة والمقيدة . فالاولى هي التي لم تقيد بان تعطل من مال المجهل الذي هو عند المحال عليه ، (المادة ٦٧٩) . وحكم هذه الحوالة هو انه اذا لم يكن للمجهل عند المحال عليه دين ، كان للمحال عليه ان يرجع على المجهل بعد الاداء . وإذا كان للمجهل دين على المحال عليه ، فان ما يؤديه المحال عليه يكون تقاصاً بدينه (المادة ٦٩١) .

- (١) للسيوط (ج ٢٠ ص ٥٢) ، والحماية (ج ٣ ص ٨٠) ، والبدائع (ج ٦ ص ١٨) .
- (٢) انظر الواد ٦٩٠ و ٦٩٩ و ٧٠٠ من الجهة .

المحال عليه أو في يده (المادة ٦٧٨) . ففي هذه الحالة ينقطع حق المجل بالمطالبة بالدين المحال به ، ولا يجوز للمحال عليه بعد علمه بالحالة ان يدفع هذا الدين للمجل ، وان فعل لزمه ضمانه . واذا توفي المجل قبل الاداء ، وكانت ديونه تزيد من تركته فليس لسائر الغرماء مشاركة المحال له بالدين المحال به ^١ .

وتتسم الحوالة المقيدة بدورها ثلاثة أقسام ، وهي ^٢ :-

أولاً - الحوالة المقيدة بالدين . وهي التي تقيد بان تدفع من الدين الذي يطلب للمجبل من المحال عليه ، كما في احالة البائع عن المبيع الذي له بذمة المشتري .
ثانياً - الحوالة المقيدة بالعين المودعة ، كاحالة المودع المال الموجود بيد المحال عليه امانة لحسابه .

ثالثاً - الحوالة المقيدة بالعين المضمونة ، كحوالة المال المضمون الموجود عند المحال عليه .

وتظهر فائدة هذه التقسيم في الجملة عند هلاك المال المحال به . فاذا كان هذا الهلاك بسبب ظهور مستحق له او بسبب تلف الامانة او ما أشبه ، بطلت الحوالة وعاد الدين على المجل . أما اذا كان المال مضموناً في يد المحال عليه كلال المضمون ، فان هلاكه لا يبطل الحوالة ، بل يبقى المحال عليه مسؤولاً ^٣ .

ولو اُحال احد مدائه على آخر على ان يبيع مالا معيناً له ويؤدي الدين من ثمنه وقبل المحال عليه الحوالة بهذا الشرط تصح ويجبر المحال عليه على بيع ذلك المال واداء دين المجل من ثمنه ، (المادة ٦٩٦) .

اما رجوع المحال عليه على المجل بمقتضى الجملة ، فانه لا يجوز قبل اداء الدين ابدأً . ويجوز بعده ولكنه يكون بحسب المحال به لا بحسب المؤدى . مثلاً لو اُحيل عليه بفضة وأعطى ذهباً يأخذ فضة وليس له ان يطالب بالذهب . كذلك لو اُدها بأموال وأشياء أُنقر فليس له الا أخذ ما أُحيل عليه ، (المادة ٦٩٨) .

(١) المادة ٦٩٧ من الجملة ، ودر مختار ورد مختار (ج ٤ ص ٤٠٧) ، وشرح المطالب (ج ٥ ص ٩٥) .

(٢) الفتاوى الهندية (ج ٣ ص ٣٦٧) ، ورد المختار في الوضع المذكور .

(٣) اظن الامانة والتفصيلات البينة في الراد ٦٩٣ - ٦٩٥ من الجملة .

الباب الرابع

الموجهيات المركبة

الفصل الاول

تعدد الدائنين

الدين غير المشترك

ليست الديون والموجهيات جميعاً بسيطة بحيث يكون الدائن واحداً والمدين واحداً . بل انما تكون هذه احياناً مركبة بسبب تعدد الدائنين أو تعدد المدينين . ونحن نرى تعدد الدائنين في هذا الفصل ، ثم ندبره بتعدد المدينين في الفصل القادم . ومعنى تعدد الدائنين ، لا تكون علاقتهم فيما بينهم أو علاقتهم بالمدين على وتيرة واحدة . بل ان ذلك يتوقف على نوع الدين أو الموجب ، أي يتوقف على كون هذا الدين مشتركاً أو غير مشترك أو على كونه مجزئاً نضماماً أو توكيلاً متساوياً بين الدائنين . ولكل من هذه الانواع والاحوال احكام خاصة نوجزها تباعاً ، على ان نخصر بحثنا بوجه خاص في الموجهيات التي يكون موضوعها ديناً في الذمة دون باقي انواع الموجهيات ، بالنظر لتفرغ احكام هذه باختلاف علاقتهم بالمتقرب والتصرفات والذاهب ^١ .

(١) للدكتور شفيق شحاته مصنف بالفرنسية عنوانه :

Essai d'une théorie générale de l'obligation en droit musulman .

صدر منه الجزء الاول (القاهرة ، ١٩٣٦) ، يجزئ بحثاً قيباً في تعدد الموجهيات في الذمة الجزئية (رقم ٢٨٦ وما بعده) .

فتبدأ بالدين غير المشترك ، وهو الاصل في الموجبات . وبعبارة اخرى ان كل دين أو موجب لا يدخل في فئة الديون المشتركة أو ديون النضام من بعد حتماً ديناً غير مشترك .

وان الدين غير المشترك ، بتعريف المجلة ، هو الدين الذي يكون لداينين أو أكثر في ذمة مدين واحد ، دون ان ينشأ من سبب واحد (المادة ١٠٩١) .

وأما ذلك عديدة ، نسوق اليك بعضها مأخوذاً من المجلة : -
ففي القرض ، « اذا أقرض اثنان آخر دراهم على طريق الانفراء كل على حدة ، فلا يكون الدين الذي في ذمة المستقرض مشتركاً بين الاثنين ، بل كل واحد دائن على حدة » (المادة ١٠٩٤) .

وابيضاً في البيع ، اذا باع اثنان مالهما المشترك مع تفريق حصة كل منهما بتعيين مقسداً لها او نوعاً ، او لو باع كل منهما حصته الشائعة بالانفراد ، فلا يكون ثمن المبيع مشتركاً بينهما ، بل يصبح كل من البائعين دائناً على حدة . ومثله ، لو باع اثنان مالهما غير المشترك بصفقة واحدة مع تسمية ثمن معلوم لكل من المالكين ، صار كل من البائعين دائناً على حدة (المادتان ١٠٩٥ و ١٠٩٦) .

وفي الدين غير المشترك ، يستوفي كل من الدائنين دينه على حدة من المدين . وان ما يقبضه كل واحد منها يحسب من دينه وليس للدائن الآخر ان يشاركه فيما قبض .^١

الربيه المشترك

ان الدين المشترك هو الدين الذي يكون لاثنتين فاكتر في ذمة مدين واحد والذي ينشأ من سبب واحد .

وأما توضح ذلك : اذا بيع مال مشترك دون تعيين حصة كل من الشركاء ، او اذا باع شخصان مالهما غير المشترك بصفقة واحدة وبشمن واحد ، فالبايعان شريكان في الشمن .

(١) المادة ١٠٩٩ من المجلة ، ونتيج المادية (ج ٢ ص ٢٥٧) ، والنفي (ج ٥ ص ١٦٨ - ١٦٩) .

وابيضاً ، لو استقرض أحد من شخصين مبلغاً مشتركاً ، او لو أنفد لها مالا مشتركاً ، فبلغ القرض او الضمان الذي يلزم ذمة المستقرض او التالف يكون مشتركاً بين صاحبي القرض او المال التالف .

وكذلك يعتبر ديناً مشتركاً لاتحاد سببه الدين الذي ينتقل بمرت السدائين الى دورته ، والدين الذي يؤديه الكفيلان عن المدين الاصيل او الذي يؤديه الأمران عن الأمر من مالهما المشترك بسبب كفالتها او بسبب الامر بالدفع .^١

وان حكم الدين المشترك هو ان لكل من الشركاء ان يطلب رقبض حصته من المدين . وليس له ان يطلب أو يقبض حصة الآخر الا اذا كان وكيلاً عنه . ولكن له ان يطلب حصة باقي الشركاء ، دون حق قبضها ، اذا كان الدين موروثاً .

وعلى كل ، فان ما يقبضه احد الدائنين من الدين المشترك لا يكون شخصياً به ، بل يكون مشتركاً بينه وبين شريكه ، ولهذا الآخر ان يأخذ حصته من المقبوض . وقد قالت المجلة بذلك ، وقال به جمهور الفقهاء ، ما عدا نفراً قليلاً كآبي العالية وابي قلابه و ابن سيرين وابي عبيد و ابن حنبل في رواية عنه . فمئذ هؤلاء ليس لاحد الشركاء اذ يأخذ حقه دون صاحبه ، وليس للاخر ان يشاركه فيما أخذه . وقال مالك انه اذا سافر احد الشريكين واقتضى دينه ، من المدين الغائب ، فليس للشريك ان يشاركه فيما قبض إذا كان قد عرض السفر معه فأبى . وان حكم القبض يسري أيضاً على العالج والاستبدال والاستيجار والمقاصة .

وابيضاح ذلك انه اذا صالح احد الشريكين المدين عن حقه منه على شيء وقبضه ، او إذا اشترى بحصته منه مالا ، فالدائن غير إن شاء اجاز تصرف شريكه وشاركه فيما قبض ، وإن شاء لم يجز . وطالب المدين بحصته . وفي الحالة الثانية لا يرجع على الدائن القابض الا اذا هلك الدين الباقي عند المدين بافلاسه .

وابيضاً ، اذا استاجر احد الشركاء المدين بقابضة حصة ، أو اخذ منه رهناً وتلف ، أو قبض حصة واستهلكها ، أو اذا اخذ شيئاً بحصته ، أو اجيل بها على شخص آخر ، أو اذا أنفد مال المدين وسحرت اذنته ، بحصته شيئاً لا التالف ، فني

(١) انظر في هذه الاشارة الواد ١٠٩٢ - ١٠٩٨ من المجلة ، وشرح الزيلعي على الكفر (ج ٥ ص ٤٥) ، والبحر (ج ٧ ص ٢٦٠) ، والنفي (ج ٥ ص ١٦٧) .
(٢) انظر الواد ١١٠٠ و ١٦٤٢ من المجلة .

جميع هذه الاحوال يحق للدائن الآخرون بحاسب شريكه بتقدير ما يصيب حصته هو بما قبض أو من الاجرة أو الرهن أو بما اخذ من الكفيل أو المحال عليه أو بما سقط بالمقاصة .

ولكن إذا وهب احد الشريكين حصته الى الدين ، أو ابرأ ذمته منها ، أو حصلت المقاصة بين حصته من الدين وبين دين يوجب بذمته نحو الدين قبل الدين المشترك ، أو اذا قبض حصته وتلفت في يده بدون تعدد منه ، فلا يضمن هذا الشريك حصه الآخر ، بل يكون لهذا ما بقي في ذمة الدين من الدين المشترك . ونصت المجلة على انه : « ليس لأحد الدائنين ان يؤجل الدين المشترك بلا اذن الآخر » (المادة ١١١٣) . وهذا المنع جاء مطلقاً يشمل تأخير احد الدائنين حصته ايضاً . وهو رأي الامام ابي حنيفة . اما ابو يوسف وجمهور أئمة المذاهب ، فقالوا بان لأحد الدائنين الشريكين تأجيل حصته من الدين المشترك . وهذا ايضاً قال الامام محمد بن الحسن كما ذكر السرخسي وصاحب العناية وغيرها ، خلافاً لما ورد في الهداية ^١ .

وأخيراً ، « إذا أودع رجلان مالا مشتركاً لهما عند شخص ، ثم جاء أحد الشريكين في غيبة الآخر وطلب حصته من المستودع ، فان كانت الوديعة من الثليات أعطاه المستودع حصته ، وإن كانت من الثيبات لا يعطيه إياها » (المادة ٧٩٦) .

نظام الروابنين

ان الاصل ، كما قلنا ، انه اذا تعدد الدائنون فكل لا يطالب الا بحصته ، وليس للدين ان يدفع لكل منهم الا حصته .

(١) راجع فيما ذكرنا : الواد ١١٠١ - ١١١٢ من المجلة ، والبنوط (ج ٢١ ص ٣٧ - ٤٣) ، والهداية (ج ٣ ص ١٦٠ - ١٦١) ، وضع القدير ونهايته العناية (ج ٧ ص ٤٦ - ٥١) ، والبنائع (ج ٧ ص ٦٥ وما بعدها) ، وشرح الزيلعي على الكفيل (ج ٥ ص ٤٥ - ٤٨) ، والبحر (ج ٧ ص ٢٦٠) ، والفتاوى للنازبة (ج ٣ ص ٢١١ هامش الهدية) ، ودرر الحكام (ج ٢ ص ٤٠٢) ، والدر المختار (ج ٢ ص ٤٤٣) ، ورد المختار (ج ٤ ص ٦٦٢) ، وتفتح الحامدية (ج ٢ ص ٢٥٧) ، والفتي (ج ٥ ص ١٩٧ - ١٩٩) ، والدموية الكبرى (ج ١٣ ص ٦٠ - ٦١) .

على ان لهذا الاصل مستثنيات يكون فيها النظام بين الدائنين ، بمعنى ان لكل من هؤلاء ان يطالب بكامل الدين وأن للدين ان يدفع الدين الى أي كان منهم . وأهم هذه المستثنيات تكون في بعض أنواع الشركات والوكالة . ولا شك في اننا لسنا في معرض يسمح لنا ببيان أنواع الشركات المختلفة ونعريفها وأحكامها وخلاف المذاهب فيها . ولكننا نكتفي الآن ببيان الشركات التي يكون فيها التضامن بين الشركاء الدائنين ، على أن نبين في الفصل القادم تضامن هؤلاء الشركاء . اذا كانوا مدينين ايضاً . واليك اوضح المستثنيات : -

اولاً - الوكالة .

معلوم انه يجوز للمرء أن يوكل غيره في استيفاء حقوقه وقبض ديونه ^٢ . فعليه اذا وكل أحد الدائنين الآخر بقبض حصته من الدين ، سواء أكان مشتركاً أم لم يكن ، صح هذا التوكيل وجاز للدائن الوكيل أن يقبض حصه شريكه وجاز للدين ان يدفع لهذا الوكيل كامل الدين الذي هو له وللموكل معاً .

ثانياً - شركة المفارضة في الاموال .

هذه الشركة هي الشركة المعقودة بين اثنين أو أكثر على أن تكون بينهم « شركة عامية » في جميع التجارات بقبض كل منهم أمر الشركة الى صاحبها ، على الاطلاق ^٣ .

وشركة المفارضة جائزة في المذهب الحنفي بشرط أن يتساوى الشركاء . مساواة تامة في رأس المال والربح . وهي جائزة في المذهب المالكي بدون شرط التساوي في رأس المال . أما عند الاماميين الشافعي وابن حنبل ، فهذه الشركة باطلة .

ثالثاً - شركة الاعمال .

وتسمى ايضاً شركة الابدان أو الصنائع أو النقل . وهي شركة رأس مالها عمل الشركاء الذين يقبلون المصل أو الضمعة ويقسمون الكسب الحاصل . وهي باطلة في المذهب الشافعي والظاهرى ، وجائزة في باقي المذاهب مع خلاف في بعض شروطها . فمقد ابي حنيفة ، لا تجوز هذه الشركة في الاخطاب والاصطياد ومسا أشبه ، خلافاً لما لك وابن حنبل . واشتراط مالك وابن حنبل في احدى الروابنين

(١) انظر احكام نظام الدائنين في قانون الوجبات اللباني ، في الواد ١١ - ٢٢ .

(٢) المادة ١٤٥٩ من المجلة .

عنه اتحاد العمل والمكان ، خلافاً لابي حنيفة . وهكذا .
رابعا - شركة الفارضة في الوجوه .

وهي الشركة المعقودة بدون رأس مال لاجل البيع والشراء بجاء الشركة . وثمة
التجار هم على أن يقتسوا الارباح ويكون كل منهم كقيل الآخر . فهذه الشركة
لا تجوز عند مالك والشافعي ، وتجوز عند ابي حنيفة وابن حنبل .

والمهم انه في المذهب التي قالت بصحة هذه الانواع الثلاثة من الشركة ،
يجوز لكل من الشركاء أن يشتر في كامل الدين أو الحظ الذي يجب للشركة ،
ويجوز للمدين أن يبرأ من الدين بدفعه الى أحدهم . مثاله ، نصت الحجة في شركة
الاعمال على « انه يجوز لكل واحد من الشريكين مطالبة المتاجر بتام الاجر ،
وإذا دفعه المتاجر أيضاً الى أي منها يرى » ، (المادة ١٣٨٨) .

ولا ريب في ان لكل من الشركاء ان يطالب الآخر بحصته من الدين المقبوض ،
وان يفرمه حصته من الحسارة التي تحملها . اما تعيين هذه الحصة فهي تختلف
باختلاف انواع الشركة وباختلاف المذهب ، ولا نرى مجالاً لتفصيله .

ويستند تفاسير الدائنين في الحالة الاولى الى الوكالة الصريحة ، وفي الاحوال الاخرى
الى الوكالة الضمنية المستنتجة من ماهية عقد الشركة . وشبهه بهذا التعليل ما ورد في
قانون الموجبات والمعقود البنائي من ان الدائن النضامن « بعد مفوضاً من قبل
سائر الدائنين في المحافظة على القسم الذي يجاوز مبلغ حصته وفي استيفائه من
المدينين » (المادة ١١) .

(١) انظر في سائل الشركة التي قدمنا : الحجة (المواد ١٣٣١ و ١٣٣٢ و ١٣٦٠ و ١٣٦٨ و ١٣٨٨ و ١٣٩٠ و ١٣٩٢) ، والبسوط (ج ١١ ص ١٧٤) ، والبدائع (ج ٦ ص ٦٨ - ٧٧) ،
والهداية (ج ٣ ص ٢ - ٩) ، وقصص القدير (ج ٥ ص ٦ و ٢٨) ، والقوانين الفقهية
(ص ٢٨٣ - ٢٨٤) ، وبداية الجهد (ج ٢ ص ٢١٠ - ٢١١) ، وشرح الخريشي (ج ٥
ص ٢٥٨ - ٢٧٠) ، والوجيز (ج ١ ص ١٨٦ - ١٨٧) ، والمهذب (ج ١ ص ٣٤٧ -
٣٤٨) ، ومنهاج الطالبية (ص ٥٣ - ٥٤) ، والفهي (ج ٥ ص ١١١ - ١٢٢) ، والروم
التعريف (ج ٣ ص ٣٦٥ - ٣٦٧) ، والحلى (ج ٨ رقم ١٢٣٧ - ١٢٣٨) .

الفصل الثاني

تعدد المدينين

المديونية العارضة

إن الاصل في الديون عند تعدد المدينين عدم التضامن بينهم . فكل مدين لا
يسأل مبدئياً الا بما يعود عليه من الدين . ونحن نسوق هنا بعض الامثلة مقتطفة
من الحجة بوجه خاص : -

اولاً - في البيع

قالت الحجة : « اذا باع احد مالا لثنتين ، فيطالب كل واحد منهما بحصته على
حدة . ولا يطالب دين احدهما من الآخر ما لم يكن أحدهم المشترين كقبلا
للاخر ، ١ » .

ثانياً - في الاجارة .

« يجوز اجار شي . واحد لشخصين . وكل منهما لو أعطى من الاجرة مقدار ما
ترتب على حصته ، لم يطالب باجرة حصة الآخر ما لم يكن كقبلا له ، (المادة ٤٣٢) .
ثالثاً - في شركة العنان .

وهي الشركة التي لا يكون فيها احد الشركاء مفوضاً عن الباقين بدون اذنه .
ففي هذه الشركة ، لا يطالب بالدين او بالاتزام الا الشريك الذي التزمه . مثلاً ،
لو اشترى احد الشريكين شيئاً للشركة طوالب هو بشئنه دون الآخر ٢ .

(١) المادة ١١١٣ . انظر أيضاً قواعد ابن رجب ، القاعدة ١١٥ ص ٦٣ .

(٢) انظر المادة ١٣٧٧ من الحجة ، والهداية (ج ٣ ص ٦) .

رابعاً - الحائظ المائل .
 قدنا في قسم التصرفات الفعلية انه اذا كان الحائظ المائل مشتركاً بين عدة مالكيين وتقدم التنبية الى أحدهم ، ثم تلف بوقوع الحائظ شي ، فالرأي السائد يضمن من طوبى بالنقض وحده بحصة نصيبه بما احده الحائظ ، ولا يسأل هذا عن حصة الآخرى ، وكذلك يسأل صاحب الحائظ عند الامام الشافعي بدون تنبيه ايضاً ^١ .

نظام الدينين

ان للاصل الذي ذكرنا مستنبتات يكون فيها كل من الدينين المتعددين ملزماً بكامل الدين نحو الدائن ، ويكون لهذا الدائن ان يطالب اياً شاء من الدينين الضامتين بكامل دينه .

وبالك أهم امثلة هذه المستنبتات : -

اولا - الكفالة العادية :
 نصت الجهة على ان الدائن او الطالب غير في المطالبة . ان شاء طالب الاصل وان شاء طالب الكفيل . ومطالبة أحدهما لا تسقط حق مطالبة الآخر ، وبعد مطالبته احدهما له ان يطالب الآخر ، وبطالبا معاً ، (المادة ٦٤٤) .
 ولا يحق للكفيل ان يطلب من الدائن مطالبة الاصل اولا ، الا اذا كانت كفالته معلقة بشرط عدم الدفع من قبل المكفول ، فيثبت لا يطالب الكفيل قبل المطالبة من الاصل (المادة ٦٣٦) . وهذا ، كما ترى ، مخالف لما جاء في قانون الموجبات البياني من ان الكفيل مبدئياً ان يطلب من الدائن مقاضاة الدين الاصيل اولا (المادة ١٠٧٢) .

وان التضامن الناشئ عن الكفالة له أحكام خاصة بهذا العقد ، ولا يسمح المجال ههنا بتفصيلها .

(١) البوط (ج ٢٧ ص ١٠) ، شرح الزبيدي على الكنتز (ج ٦ ص ١٤٨) ، وفتح القدير (ج ٨ ص ٣٤٣) ، والفتي (ج ٥ ص ٥٧١ - ٥٧٤) . انظر ايضاً الجزء الاول من هذا الكتاب ، ص ٢٤٨ .

ثانياً - في الرهن .
 في حالة الرهن الواحد الذي يأخذه الدائن في مقابلة الدين الذي له بذمة اثنين ، يجوز للدائن ان يجلس الرهن حتى يستوفي جميع ماله من الدين بدئتها ^١ .
 فاذن في هذه الحالة ، اذا رغب احد الدينين في فك الرهن ، فعليه ان يدفع دينه ودين الدين الآخر . واذا دفع دين هذا الآخر لأجل فك الرهن لم يكن متبرعاً بالدفع ، بل له هو ايضاً ان يجلس الرهن حتى يستوفي ما دفعه عن شريكه الى الدائن ^٢ .

ثالثاً - التزام التضامن .

لا ريب في ان الدينين المتعددين يقبلون اجاباً بالتضامن بمعنى انهم يلتزمون ذلك بالعقد ، فيكون كل منهما كفيلاً عن الآخر . ففندت ، للدائن ان يطالب كلا منهم بمجموع الدين . وقد قال بذلك جمهور الفقهاء ، خلافاً لابن شبرمة وداود الظاهري . ففندهما لا يجوز هذا التكفل ابداً .

ويمثل من هذا التكفل : اذا كان على اثنين دين من جهة واحدة ، ككالاجارة والشراء ، وقد كفل كل عن صاحبه ، بطالب كل منهما بمجموع الدين ^٣ .
 واذا أدى احدهما شيئاً من الدين ، فهل يرجع به على شريكه ، ومضى في الذمب الحنفي ، لا يحق لاحد الدينين الذي دفع شيئاً الى الدائن ان يرجع على شريكه بشي ، ما دفع حتى يزيد المدفوع على النصف ، فيرجع بالزيادة فقط . أما عند باقي الاثمة ، فانه يرجع بنصف ما أدى :

رابعاً - تعدد الكفلاء .
 عند تعدد الكفلاء ، يطالب كل منهم بقدر حصته من الدين ، ولا يسأل عن مجموع الدين الا اذا كانت كفالة كل منهم على حدة أو اذا كفل كل منهم المبلغ

(١) اللدائان ٧٢١ و ٧٤٠ من الجهة ، والفتاوى الحانية (ج ٣ ص ٦٦٠ هاشم الهدية) .
 (٢) الحانية ، ج ٣ ص ٦٦١ .
 (٣) الرواد ٤٣٧ و ١١١٣ و ٦٤٦ من الجهة .
 (٤) الهداية (ج ٣ ص ٧٨) ، وفتح القدير (ج ٥ ص ٤٣٦) ، والجامع الصغير للحميد بن الحسن (هاشم المراجيح ص ٨٩) ، والقوانين الفقهية ، (ص ٣٢٦) ، والفتي (ج ٥ ص ٩٢) ، والحل (ج ٨ رقم ١٢٣٣ - ١٢٣٤) ، ومرشد الميران (الرواد ١٨٩-١٩٠) ، وفتاوى الموجبات والمقود البياني (المادة ٢٣ وما بعدها) .

وهو ان الشيء المنصوب إذا تلف في يد شخص آخر غير الغاصب أو في يد غاصب الغاصب ، فصاحبه بخير ، إن شاء ضمن قيمته الغاصب الاول ، وإن شاء ضمنها الغاصب الثاني أو المتلف . وفي حالة نصيب الاول ، يرجع هذا على الثاني بما دفعه ، ولا يعكس^١ .

وأيضاً في بعض المذاهب ، كالذهب المالك متلاً ، اذا تلفت النار بقول الجلس ، فان الواحد من افراده يسأل عن فعل الجميع ، لان هؤلاء كالكفلاء عن بعضهم بعضاً^٢ . وكذلك اذا تعدد السارقون او الغاصبون او المعاربون ، فكل واحد منهم ضامن ببيع ما اخذره ، لان بعضهم قوي ببعض^٣ .

وفي هذه المسألة ، نص قانون الموجبات والعقود البنائي على انه : « اذا نشأ الضرر عن عدة اشخاص ، فالنظام السلمي يكون موجوداً بينهم :

١- اولاً - اذا كان هناك اشتراك في العمل .

٢- ثانياً - اذا كان من المستحيل تعيين نسبة ما اخذته كل شخص من ذلك الضرر ،

(المادة ١٣٧) .

(١) للدتان ٩١٠ و ٩١٢ من الحجة ، والبدائع (ج ٧ من ١٦٥) ، والبهجة شرح الصفة (ج ٢ من ٣٥١) .

(٢) البهجة ، ج ٢ من ٣٣ .

(٣) شرح الخطاب ، ج ٦ من ٣١٦ - ٣١٧ .

الذي لزم في ذمة الآخر . وبهذا قالت الحجة (المادة ٦٤٧) ، وقانونت الموجبات والعقود البنائي (المادة ١٠٧٥) ، وجمهور الفقهاء المسلمين ما عدا ابن شبرمة وداود الظاهري كما قدمنا .

وعند جمهور الفقهاء ، اذا أدى أحد الكفلاء شيئاً ، فهو بالخيار ، ان شاء رجع على الكفيل الآخر بنصف المؤدى ، وان شاء رجع بالجمع على الدين الاصيل المكفول عنه . واذا ابرأ الدائن أحد الكفيلين ، فان لهذا الدائن ان يرجع على الكفيل الآخر بجمع الدين^١ .

خامساً - الشركة .

في انواع الشركة التي ذكرناها ، وهي المفارضة في الاموال وشركة الاعمال ومفارضة شركة الرجوع ، يعتبر الشركاء في المذاهب التي جوزت هذه الشركات متكافئين متضامنين ، وللدائن ان يطالب ارباباً شاء منهم بجمع الدين .

ومنى آدمى أحد الشركاء دين الشركة ، فانه في المذهب الحنفي لا يرجع على باقي الشركاء الا اذا أدى اكثر بما يصيبه من الدين . ومثله في شركة العمل ، للمسأجر ان يطلب ابناء العمل الذي تقبله أحد الشركيين من ابناء اراد . وكذلك بنفسه اقرار أحد الشركيين في حق نفسه وفي حق شريكه ايضاً .

والشريك الذي دفع او عمل شيئاً عن الآخر او خسر شيئاً بسبب الشركة ان يرجع على شريكه بنصيبه ، على ما اوضحنا في التزام التضامن آنفاً^٢ .

سادساً - التضامن في التصرفات الفعلية .

إن الاصل ، كما ذكرنا في التصرفات الفعلية ، ان التضامن لا يكون بين الجرمين المتعددين . ولكن لهذا الاصل استثنيات ، اهمها ما رأيناه في باب الغصب .

(١) انظر المراجع المذكورة آنفاً ، والقواعد لان رجب (القاعدة ١١٣ من ٢٥٤) ، والاختلاف الفقهاء الطبري (ج ٢٠ من ٢٠ - ٢١) ، والفتي (ج ٥ من ٨٥) ، وشرح الخرشي على سيدي خليل (ج ٤ من ٢٤٧ - ٢٤٩) .

(٢) راجع الجامع الصغير لمحمد بن الحسن في الموضع المذكور ، والبيوط (ج ١١ من ٢٧٤) ، والبدائع (ج ٦ من ٧٢ - ٧٧) ، والهداية (ج ٣ من ٨ - ٧٨) ، وشرح الخرشي (ج ٤ من ٢٦١ و ٢٦٩) ، والفتي (ج ٥ من ١١٤ و ١٣٨) ، والروض الضيق (ج ٣ من ٣٦٧) ، والجملة (المواد ١٣٥٦ و ١٣٥٩ و ١٣٨٧ و ١٣٦٠ و ١٣٩٢ و ١٣٩٣) .

اهم المراجع العربية ١

مرتبة بحسب اسماء المؤلفين على حروف الطاء.

١- القرآن الكريم والسنة

- ابن القيم الجوزية - زاد المعاد في هدي خير العباد، مصر، ١٩٣٤، أربعة اجزاء.
ابن حنبل (احمد) - مسنده، المطبعة الميمنية، ١٣١٣ هـ، ستة اجزاء.
ابن حجر العسقلاني - بلوغ المرام من أدلة الاحكام، القاهرة، ١٣٤٧ هـ.
ابن مطرف الكتاني - تفسير القرطبي، آر كتاني مشكل القرآن وغريبه لابن قتيبة، مصر، ١٣٥٥ هـ، جزوان.
ابو النصر (هبة الله بن سلامة) - النسخ والمبسوط، بامش اسباب التزول للراحمدي.
ابو داود السجستاني (سليمان) - السنن، مطبعة مصطفى محمد، أربعة اجزاء.
البخاري - الجامع الصحيح، مطبعة الحلبي، مصر، نسخة اجزاء.
البعوي (حسين بن مسعود) - مصابيح السنة، مطبعة صبيح، مصر، جزوان.
الترمذي - السنن، مطبعة الحلبي، مصر.
الرازي (فخر الدين) - مفاتيح الغيب أو التفسير الكبير، مصر، ١٣٣٤ هـ، ثمانية اجزاء.
رضا (محمد رشيد) - تفسير المنار، مطبعة المنار، مصر.
الزرقاني - شرح الموطأ، مطبعة مصطفى محمد، مصر، ١٩٣٦، أربعة اجزاء.
الزخشري (محمد) - تفسير الكشاف، مطبعة مصطفى محمد، مصر، ١٣٥٤ هـ،
اربعة اجزاء.

(١) عدا المصادر الاخرى، لاسيما القوانين والجلدات والقرارات، التي ذكرت عرضاً في هوامش الكتاب.

- السبوطي - تنوير الحوالك شرح موطأ مالك ، مصر ، ١٣٤٨ هـ ، جزوان .
 السبوطي - الجامع الصغير من حديث البشير النذير ، مطبعة مصطفى محمد ، ١٣٥٢ هـ ، جزوان .
 السبوطي - الفتح الكبير في ضم الزيادة الى الجامع الصغير ، جمع الشهباني ، ١٣٥٠ هـ ، ثلاثة اجزاء .
 السبوطي - اللآلي المصنوعة في الاحاديث الموضوعة ، المطبعة الحسينية المصرية ، ١٣٥٢ هـ ، جزوان .
 الشافعي - اختلاف الحديث ومسند الشافعي ، هامش كتاب الام .
 الشوكاني (محمد) - نيل الاوطار شرح منتقى الاخبار ، طبع الحايي بمصر ، ١٣٤٧ هـ ، ثمانية اجزاء .
 الطبري (محمد بن جرير) - جامع البيان في تفسير القرآن ، مصر ، ١٣٢١ هـ ، ثلاثون جزواً .
 العيني (بدر الدين) - عمدة القاري شرح صحيح البخاري ، المطبعة النديرية ، مصر ، ١٣٤٨ هـ ، ٢٥ جزواً .
 الحلي (جلال الدين) والسبوطي - تفسير الجلائين ، مطبعة الحلي ، مصر ، ١٣٥٢ هـ ، جزوان .
 مسلم - صحيح الامام مسلم ، طبعة صبيح ، مصر ، ١٣٣٤ هـ ، ثمانية اجزاء .
 التستائي - السنن بشرح السبوطي ، المطبعة المصرية ، مصر ، ١٩٣٠ ، ثمانية اجزاء .
 التزوي (يحيى الدين) - شرح صحيح مسلم ، مطبعة حجازي بالقاهرة ، ١٣٤٩ هـ ، ١٨ جزواً .
 الواحدي النيسابوري (ابو الحسن علي) - اسباب النزول ، مطبعة هندية ، مصر ، ١٣١٥ هـ .

٢ - علم الاصول

- الأمدي (سيف الدين) - الاحكام في اصول الاحكام ، مطبعة صبيح ، مصر ، ١٣٤٧ هـ ، ثلاثة اجزاء .

(١) هذه هي التلمذة التي اعتمدها في بيان ارقام الآيات الكريمة الواردة في هذا الكتاب .

- الأمدي - منتهى السؤل في علم الاصول ، طبع صبيح ، مصر .
 ابن حزم - الاحكام لاصول الاحكام ، مطبعة السعادة ، مصر ، ١٣٤٨ - ١٣٤٥ هـ ، ثمانية اجزاء .
 ابن حزم - رسالة النبد في الفقه الظاهري ، مطبعة الانوار ، مصر ، ١٣٦٠ هـ .
 ابن عبد السلام (عز الدين) - قواعد الاحكام في مصالح الامام ، المكتبة الحسينية ، مصر ، ١٩٣٤ ، جزوان .
 ابن ملك - شرح المنار ، الاستانة ، ١٣١٤ هـ .
 الاسنوي - نهاية السؤل شرح منهاج الوصول ، طبع مع منهاج البيضاوي .
 البيضاوي - منهاج الوصول الى علم الاصول ، مطبعة التوفيق ، مصر ، ثلاثة اجزاء .
 الخادمي (ابو سعيد) - مجامع الحقائق ، طبع مع شرحه منافع الدقائق ، الاستانة ، ١٣٠٨ هـ .
 الحفصري (الشيخ محمد) - اصول الفقه ، الطبعة الثانية ، مصر ، ١٩٣٣ .
 السبكي (تقي الدين رفيع الدين) - الاجتهاد شرح المنهاج ، طبع مع شرح الاسنوي .
 السبكي (تاج الدين) - جمع الجوامع ، مع شرح الحلي وحاشية البناني ، مصر ، ١٣٥٤ هـ ، جزوان .
 الشاطبي (ابواسحق) - الاعتصام ، مطبعة مصطفى محمد ، مصر ، ١٣٣٢ هـ ، جزوان .
 الشاطبي - الموافقات في اصول الشريعة ، المطبعة الرحمانية ، مصر ، أربعة اجزاء .
 الشافعي - الرسالة في علم الاصول ، المطبعة العلمية ، مصر ، ١٣١٢ هـ .
 العيني (زين الدين عبد الرحمن) - شرح المنار ، هامش شرح ابن ملك .
 الغزالي (ابو حامد) - المستقصى من علم الاصول ، مصر ، ١٩٣٧ ، جزوان .
 الكور لخصاري (مصطفى) - منافع الدقائق شرح مجامع الحقائق ، الاستانة ، ١٣٠٨ هـ .

- الحلي (جلال) - شرح جمع الجوامع لسبكي ، مع حاشية البناني .
 النسفي (حافظ الدين) - منار الانوار ، طبع مع شرحه لابن ملك .

- باز (سليم رستم) - شرح مجلة الاحكام العدلية ، بيروت ، ١٩٢٣ .
 الباروني (محمد بن محمود) - شرح المعاني على الهداية ، هاشم فتح القدير .
 البستاني (مخايل عبد) - مرجع الطلاب ، بيروت ، ١٩١٤ .
 البغدادي (ابو محمد بن غانم) - مجمع الضافات ، المطبعة الخيرية ، مصر ، ١٣٠٨ هـ .
 البكري (المنلا فضيل الجمالي) - آداب الاوصياء ، هاشم جامع الفصولين .
 الجرجاني (الشريف) - شرح السراجية في علم الفرائض ، طبع صبيح ، مصر .
 الجمالي (علي) - فتاوى علي افندي ، طبع الحاج محرم البوسوي ، ١٢٨٩ هـ ،
 جزاءات .
 الحكيمى او الملايى (محمد علاء الدين) - تنوير الابصار وشرحه الدر المختار ،
 مطبعة الواعظ ، مصر ، جزاءان .
 الحاصكفي - الدر المنقى شرح المنقى ، هاشم مجمع الانهر .
 الحايى (ابراهيم) - ملئقى الانجر ، طبع مع شرحه مجمع الانهر .
 الحوي (احمد بن محمد) - غمز عيون البصائر شرح الاشياء والظواهر ، دار الطباعة
 العامرة ، ١٢٩٠ هـ ، جزاءان .
 الحصاف - كتاب احكام الاوقاف ، مصر ، ١٩٠٤ .
 الحصاف - كتاب الحيل ، القاهرة ، ١٣١٤ هـ .
 داماد افندي (محمد بن سايجان) - مجمع الانهر شرح ملئقى الانهر ، دار الطباعة
 العامرة ، ١٣٢٨ هـ ، جزاءان .
 الروسلى (خير الدين المنيف) - الفتاوى الخيرية ، دار السعادة ، ١٣١١ هـ .
 الروسلى - اللاكلى الدرية في الفوائد الخيرية ، بديل جامع الفصولين .
 الزيلامى (عناث بن علي) - تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ، بولاى ،
 ١٣١٣ - ١٥ هـ ، سنة اجزاء .
 السرخسى (شمس الدين) - المبسوط شرح الكفاى ، مطبعة السعادة ، مصر ،
 ١٣٣١ هـ ، ثلاثون جزاء .
 السمرقندى (ابو الفتح محمد الاستروشى) - جامع احكام الصغار ، هاشم جامع
 الفصولين .
 الشرنبلالى (حسن بن عمار) - غنية ذرى الاحكام ، هاشم درر الحكم .

٣ - فقه هنتي

- ابن البراز - الفتاوى البزازية او الجامع الوجيز ، هاشم الفتاوى الهندية .
 ابن الشحنة (ابراهيم محمد) - لسان الحكم ، هاشم معين الحكم للطرابلسي .
 ابن عابدين (محمد امين) - رد المختار على الدر المختار ، دار السعادة ، ١٣٢٤ هـ ،
 خمسة اجزاء .
 ابن عابدين (محمد امين) - حاشية منحة الخاتى على البحر الرائق ، هاشم البحر
 لابن نجيم .
 ابن عابدين (محمد امين) - العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية ، طبعة
 ١٢٧٨ هـ ، جزاءان .
 ابن عابدين (محمد علاء الدين) - قرة عيون الاخصار تكملة رد المختار ، دار
 السعادة ، ١٣٢٧ هـ ، جزاءان .
 ابن قاضي سماره او سمارنه (محمود بن اسماعيل) - جامع الفصولين ، المطبعة
 الازهرية ، مصر ، ١٣٠٠ هـ ، جزاءان .
 ابن نجيم (احمد بن زين العابدين) - الرسائل ، باخر غمز عيون البصائر للحوي .
 ابن نجيم (زين العابدين) - البحر الرائق شرح كنز الدقائق ، مصر ، ١٣٣٤ هـ ،
 ثمانية اجزاء .
 ابن الهمام (كمال الدين) - فتح القدير شرح الهداية ، بولاى ، ١٣١٥ - ١٣١٨ هـ ،
 ثمانية اجزاء .
 ابن وهبان - منظومة الوهبانية ، هاشم الحبية ، ١٢٩٦ هـ .
 الابياني (محمد زيد) - شرح الاحكام الشرعية في الاحوال الشخصية ، مصر ،
 ١٩٢٠ ، ثلاثة اجزاء .
 الابياني والسنجلى - شرح مرشد الحيوان ، مصر ، ١٩٠٨ .
 الاناسى (محمد خالد ومحمد طاهر) - شرح المجلة ، حصص ، ١٩٣٠ - ٣٧ ، سنة اجزاء .
 آصاف (يوسف) - مرآة المجلة ، مصر ، ١٨٩٤ ، جزاءان .
 الانقروى - الفتاوى الانقروية ، طبعة بولاى ، ١٢٨١ هـ ، جزاءان .
 ابويوسف - كتاب الخراج ، بولاى ، ١٣٠٢ هـ .
 ابو يوسف - كتاب الرد على الازاعى ، محمد آراد ، ١٣٥٧ هـ .

مسعود افندي - - مرآة مجله ، احكام عديله ، الاستقامة ، ١٢٩٩ هـ .
 الوصلي (عبدالله) - الخنار وشرحه الاختيار ، مطبعة حبيزي ، مصر ، ٣ أجزاء .
 الحوازمي (نجيب) - جامع الأدلة على مواد الحجة ، المحدث لبنان ، ١٩٠٥

٤ - فقه مالكي

ابن جزى - القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية ، فاس ، ١٩٣٥ .
 ابن سامون الكتاني - المقدم المنظم للحكام ، هاشم تبصرة الحكام لابن فرحون .
 ابن عاصم - تحفة الحكام ، مطبعة مصطفى محمد ، مصر ، ١٣٥٥ هـ ، جزء أول .
 ابن فرحون (ابراهيم بن محمد) - تبصرة الحكام ، مصر ، ١٣٠٢ هـ ، جزءان .
 الثاودي (ابو عبدالله محمد) - حلى المعاصم شرح تحفة ابن عاصم ، هاشم البهجة للتولي .

التولي (ابوالحسن) - البهجة في شرح التحفة ، مطبعة مصطفى محمد ، مصر ، ١٣٥٥ هـ ، جزأ أول .

الخطاب (ابوعبدالله) - مواهب الجليل شرح سيدي خليل ، مطبعة السعادة ،
 الحارثي (عبدالله) - شرح مختصر سيدي خليل ، المطبعة المسمرة ، مصر ،
 ١٣١٦ - ١٣١٧ هـ ، خمسة أجزاء .

خليل (سيدي) - المختصر ، مصر ، ١٩٣١ .
 العدوي - حاشيته على شرح الحارثي ، هاشم الحارثي .
 مالك (الامام) - المدونة الكبرى برواية سحرون ، مطبعة السعادة ، مصر ،
 ١٣٢٣ هـ ، ١٦ جزءاً .

المواق - الناج والاكمل لمختصر خليل ، طبع هاشم الخطاب .

٥ - فقه شافعي

ابن قاسم الغزي - شرح متن الغاية والتقريب لابي شعاع ، هاشم حاشية
 البيجوري .

الشلي (شهاب الدين احمد) - حاشيته على شرح الزيلعي على الكنز ، هاشم الزيلعي ،
 الشيباني (محمد بن الحسن) - الجامع الصغير ، هاشم كتاب الخراج لابي يوسف ،
 طبعة بولاق .

الشيبياني - الجامع الكبير ، مطبعة الاستقامة ، ١٣٥٦ هـ .
 الطرابلسي (برهان الدين ابراهيم بن موسى) - الاسعاف في احكام الارقاف ،
 مصر ، ١٩٢٢ .

الطرابلسي (علاء الدين) - معين الحكام ، المطبعة الميمنية ، مصر ، ١٣١٠ هـ .
 الطرسوسي (نجم الدين ابراهيم) - أنفع الوسائل الى تحرير المسائل ، المعروف
 بالفناروى الطرسوسية ، مصر ، ١٩٢٦ .

الطوري (محمد) - تكملة البحر الرائق لابن نجيم ، الجزء الثامن .
 عالمكبير - الفتاوى الهندية او المالكية ، المطبعة الميمنية ، مصر ، ١٣٢٣ هـ ،
 ستة أجزاء .

العالمي (محمد المهدي) - الفتاوى المهدية ، مصر ، ١٣٠١ هـ ، سبعة أجزاء .
 علي حيدر - شرح الحجة ، نقله عمن التركية فجمي الحسيني ، غزة وغيرها ،
 ١٩٢٥ - ١٦ ، ٣٦ جزءاً .

الغزي (محمد سعيد مراد) - شرح الحجة ، المطبعة البطريركية ، ١٣٣٨ هـ .
 قاضي زاده (احمد بن قودر) - نتائج الاكثار تمة فتح القدير ، ج ٧ و ٨ .
 فاضيلخان (حمود الاوزجنددي) - الفتاوى الحانية ، هاشم الهندية .

قدري باشا (محمد) - قانون الاحكام الشرعية في الاحوال الشخصية ، مصر .
 قدري باشا - قانون مرشد الجيران الى معرفة احوال الانسان ، مصر .
 قدري باشا - قانون العدل والانصاف للقضاء على مشكلات الارقاف ، مصر .

الكاساني (علاء الدين) - بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، مصر ، ١٣٢٧ -
 ٢٨ هـ ، سبعة أجزاء .

كسبار (الياس) - التمهة الفقهية ، بيروت ، ١٩١٢ .
 المرغيناني (برهان الدين) - الهداية شرح بداية المبتدي ، المطبعة الخيرية ،
 ١٣٢٦ - ٢٧ هـ ، اربعة أجزاء .

الحاشاني (محمد سعيد) - شرح الحجة ، دمشق ، ١٩٢٧ ، ثلاثة أجزاء .

- البصير (ابو الفضل ولي الدين) - النهاية شرح الغاية والتقريب لابي شعاع ، مصر ، مطبعة حجازي ، ثلاثة اجزاء .
- البيجوري (ابراهيم) - حاشية على شرح ابن قاسم على متن ابي شعاع ، مصر ، ١٣٤٣ هـ ، جزاءان .
- الرافعي - فتح العزيز شرح الوجيز ، طبع بديل كتاب المجموع لنوروي .
- السبكي (تقي الدين) - الفتاوى ، مصر ، ١٣٥٥ - ١٣٥٦ هـ ، جزاءان .
- الدبوطي - الاشياء والنظائر ، مطبعة مصطفى محمد ، ١٩٣٦ .
- الشافعي - كتاب الام ، بولاق ، ١٣٢٥ هـ ، سبعة اجزاء .
- الشيرازي (ابو اسحاق) - المهذب ، مطبعة الحلبي ، مصر ، ١٣٤٣ هـ ، جزاءان .
- الغزالي - الوجيز ، مطبعة المؤيد والآداب ، مصر ، ١٣١٧ هـ ، جزاءان .
- المنفي - المختصر ، طبع باماش الام .
- النوروي - المجموع شرح المهذب وتكملته انتقي الدين السبكي ، مصر ، ١٣٤٤ - ٥٣ هـ ، المطبوع ١٢ جزاء .
- النوروي - منهاج الطالبين ، المطبعة الحيدرية ، مصر ، ١٣١٩ هـ .
- الغزالي - المنقذ من الضلال ، الطبعة السادسة ، مطبعة جامعة دمشق .
- ٦ - فقه هنبلي
- ابن القيم الجوزية - اعلام الموقنين عن رب العالمين ، المطبعة المنيرية ، اربعة اجزاء .
- ابن القيم الجوزية - الطرق الحكيمة في السياسة الشرعية ، مصر ، ١٣١٧ هـ .
- ابن تيمية - مجموعة الرسائل الكبرى ، مصر ، ١٣٢٣ هـ .
- ابن تيمية - فتاوى ، مصر ، ١٣٢٦ - ٢٩ هـ ، خمسة اجزاء .
- ابن رجب (ابو الفرج عبد الرحمن) - القواعد في الفقه الاسلامي ، مطبعة الصدق الحيدرية ، مصر ، ١٩٣٣ .
- ابن قدامة (موفق الدين) - كتاب المغني ، مطبعة المنار ، مصر ، الطبعة الثانية ، ١٢ جزاء .
- ابن قدامة المقدسي (شمس الدين) - الشرح الكبير ، طبع بديل المغني .
- البيهقي (منصور بن بونس) - الروض المربع بشرح زاد المستقنع ، القاهرة ، ١٣٥٢ هـ ، جزاءان .

٧ - مذاهب افري ومطارات

- ابن حزم - المحلى ، مطبعة النهضة ، مصر ، ١٣٤٧ - ٥٢ هـ ، ١١ جزاء .
- ابن رشد (الحفيد) - بداية الجهد ونهاية المقصد ، مطبعة صبيح ، مصر ، الطبعة الاولى ، جزاءان .
- الجزيري (عبد الرحمن) - الفقه على المذاهب الاربعة ، مصر ، ١٩٣٣ - ٣٨ ، اربعة اجزاء .
- الحسيني العاملي (محمد الجواد) - مفتاح الكرامة ، مطبعة الشورى ، مصر ، ١٣٢٣ - ٢٦ هـ .
- الحلي المحقق (جعفر بن الحسن) - شرائع الاسلام ، مطبعة التبريزي ، ١٣٢٠ هـ .
- الحلي - الروض النضير شرح المجموع (فقه زيبدي) مع تنقحه ، مصر ، ١٣٤٧ - ٤٩ هـ ، خمسة اجزاء .
- الدمشقي - رحمة الامة في اختلاف الائمة ، طبع باماش الميزان الكبرى .
- الشعراني (عبد الوهاب) - كتاب الميزان الكبرى ، المطبعة الازهرية ، ١٩٣٢ ، جزاءان .
- صبري (محمد حافظ) - المقارنات والمقالات ، مصر ، ١٩٠٢ .
- الطباطبائي (آية الله الشريف) - العروة الوثقى ، صيدا ، ١٣٤٨ - ٤٩ هـ ، جزاءان .
- الطبري (محمد بن جبر) - اختلاف الفقهاء ، طبع كرن ، مصر ، ١٩٠٢ .
- القرافي (شهاب الدين) - الفروق ، مصر ، طبعة اولي ، ١٣٤٤ - ٦٦ هـ ، اربعة اجزاء .
- التماعي (رضوان شافعي) - الجنائيات المتعمدة في القانون والشريعة ، مصر ، ١٩٣٠ .
- محمصاني (صبحي) - فلسفة التشريع في الاسلام ، بيروت ، ١٩٦١ .
- محمصاني - المبادئ الشرعية والقانونية ، بيروت ، ١٩٦٧ .
- محمصاني - الاوضاع الشرعية في الدول العربية ، بيروت ، ١٩٦٥ .
- ٨ - فوائده وكتب مختلفة
- ابن خلدون - المقدمة ، المطبعة البهية ، مصر .
- ابن خلكان - وفيات الاعيان وبهاشيه الشقائق النعمانية والعقد المنظوم ، مصر ، ١٣١٠ هـ ، جزاءان .
- ابن عبد البر - الانتقاء في فضائل الثلاثة الائمة الفقهاء ، القاهرة ، ١٣٥٠ هـ .
- ابن عبد ربه - العقد الفريد ، مطبعة مصطفى محمد ، مصر ، ١٩٣٥ .
- اربعة اجزاء .

- عرونس (محمود) - تاريخ القضاء في الاسلام ، القاهرة ، ١٩٣٤ .
- الغزالي - اجزاء علوم الدين ، المطبعة العثمانية المصرية ، ١٩٣٣ ، اربعة اجزاء .
- القانون المدني الاهلي المصري .
- قوانين عثمانية : - قانون اصول المعاملات الخلقية ، قانون الاجراء ، قانون العائلة ، قانون الجزاء ، نظام ادارة اموال الايتام .
- قوانين لبنانية : - قانون الموجبات والعقود ، قانون اصول المعاملات المدنية ، قانون التجارة ، قانون العقوبات ، نظام المحاكم الشرعية (المرسوم التشريعي رقم ٢٤١) ، قانون المحكمة السوري اللبناني (القرار رقم ٣٣٣٩) ، قرارات السجل العقاري في سوريا ولبنان (ذات الارقام ١٨٦ - ١٨٩ وتعدلاتها) .
- الكتاب المقدس ، العهد القديم .
- الكنعوني الهندي (محمد) - الفوائد السنية في تراجم الخليفة ، مع التعليقات السننية ، مصر ، ١٣٢٤ هـ .
- المر (دعيس) - احكام الاراضي ، القدس ، ١٩٢٣ .
- المأوردى - الاحكام السلطانية والولايات الدينية ، المطبعة المحمدية التجارية ، مصر .
- مشرفة (عطية مصطفى) - القضاء في الاسلام ، مصر ، ١٩٣٩ .
- المبدائي (ابو الفضل احمد) - مجمع الامثال ، مصر ، ١٣٤٣ هـ ، جزوان .
- النشرة الرسمية للفرضية الفرنسية في سوريا ولبنان .
- النشرة القضائية اللبنانية .

- ابن قتيبة - الامامة والسياسة ، مطبعة مصطفى محمد ، مصر ، جزوان .
- ابن قتيبة - عيون الاخبار ، مطبعة دار الكتب المصرية بالقاهرة .
- ابن قتيبة - المعارف ، المطبعة الاسلامية ، مصر ، ١٩٣٤ .
- ابن منظور - قاموس لسان العرب .
- الاروسي (محمود شكري) - بلوغ الارب في معرفة احوال العرب ، مصر ، ١٩٢٤ ، ثلاثة اجزاء .
- انطونيوس (جورج) - بقظة العرب ، تريب الركلي ، دمشق ، ١٩٤٦ .
- باز (سليم رستم) - شرح اصول المحاكمات الخلقية ، بيروت ، ١٩٢٥ .
- بوست (جورج) - قاموس الكتاب المقدس ، بيروت ، ١٨٩٤ ، جزوان .
- النكعي (سيدي احمد بابا) - نيل الانبهاج بتطريز الديباج ، هاشم الديباج لابن فرحون ، مصر ، ١٣٥١ هـ .
- الجريدة الرسمية اللبنانية .
- الجريدة العلمية للشيخة الاسلامية العثمانية .
- حسن (حسن ابراهيم وعلي ابراهيم) - النظم الاسلامية ، مصر ، ١٩٣٩ .
- الحضري - محاضرات تاريخ الامم الاسلامية ، الطبعة الرابعة ، مصر ، ١٣٥٤ هـ ، جزوان .
- رزق (فؤاد) - مجلة الحامي ، زحلة .
- زغلول (احمد فتحي) - شرح القانون المدني ، مصر ، ١٩١٣ .
- سليمان (الشيخ محمد) - رسالة باي شرع مُحكم ، بولاق ، ١٩٣٦ .
- السنهوري باشا (الدكتور عبد الرزاق احمد) - النعمة العامة للاتزامات ، الجزء الاول نظرية العقد ، القاهرة ، ١٩٢٠ .
- صادر (يوسف) - المجلة القضائية ، بيروت .
- صادر - مجموعة القوانين ، بيروت .
- صغوت (احمد ذكي) - جهمرة رسائل العرب ، مصر ، ١٩٣٧ .
- عبد الرحيم الدهلوي (احمد شاه ولي) - حجة الله البالغة ، المطبعة النورية ، ١٣٥٢ هـ .
- عبد القادر (الدكتور علي حسن) - نظرة عامة في تاريخ الفقه الاسلامي ، الجزء الاول ، القاهرة ، ١٩٤٢ .

- HARRIS - Principles and Practice of the Criminal Law, London, 1926.
 HEYD (W.) - Histoire du Commerce au Levant au moyen âge, Leipzig, 1923.
 HIBBERT - Leading Cases in Conflict of Laws, London, 1931.
 HOLDSWORTH (W.S.) - Historical Introduction to Land Law, Oxford, 1927
 JENKS - The Book of English Law, London, 1932.
 JOSSERAND (L.) - Cours de droit civil positif français, T. II, Paris, 1933
 JOSSERAND - De l'esprit des droits et de leur relativité, Paris, 1927.
 KENNY - Cases on the Law of Torts, Cambridge, 1928.
 LAW Quarterly Review, esp. 1936-39.
 MAINE (H. S.) - Ancient Law, Dent & Sons, London, 1927.
 MELANGES à la mémoire de P. Huvelin, Paris, 1938.
 MILES & BRIERLY - Cases on the Law of Contract, Oxford, 1923.
 MDLLA - Principles of Mahomedan Law, Calcutta, 1938.
 PETIT (E.) - Traité élémentaire de droit romain, Paris, 1920.
 PITT COBBETT - Cases on International Law, London, 1932, 2 vol.
 PLANIOL - Traité élémentaire de droit civil, Paris, 9me éd., 3 vol.
 PLANIOL, RIPERT & ESMEIN - Traité pratique de droit civil français
 les Obligations, T. VI & VII, Paris, 1930-31.
 POLLOCK (F.) - The Law of Torts, London, 1929.
 SALMOND - Jurisprudence, London, 1924.
 SIREY - Recueil Général.
 STEPHEN - Commentaries of the Laws of England, 18th ed., London
 1925, 4 vol.
 TYAN (Émile) - Le système de responsabilité délictuelle en droit musul-
 man, Beyrouth, 1926.
 WILSON - Digest of Anglo-Muhammadan Law, Calcutta, 1921.

المصادر الأجنبية

- ABDURRAHIM - Muhammadan Jurisprudence, London & Madras, 1911.
 AGHNIDES - Muhammadan Theories of Finance, New York, 1916.
 ANCEL - Traité de la capacité civile de la femme mariée, Paris, 1938.
 ANNALES de droit commercial, Paris, 1901.
 ANNUAL Survey of English Law, London.
 ANSON - Law of Contract, Oxford, 1929.
 BUCKLAND (W. W.) - Manual of Roman Private Law, Cambridge, 1925.
 BULLETIN trimestriel de la Société de législation comparée, 1937.
 BURGERLICHES Gesetzbuch für das Deutsche Reich.
 CAPITANT (H.) - De la cause des obligations, Paris, 1923.
 CARDAHI (Ch.) - Code des obligations du Liban, Paris, 1932.
 CARDAHI - Les conditions générales de la vente, Beyrouth, 1945.
 CHEHATA (Ch.) - Essai d'une théorie générale de l'obligation en droit
 musulman, T. 1er, Caire, 1936.
 CHESHIRE - Modern Law of Real Property, London, 1933.
 CODE civil français.
 COLIN ET CAPITANT - Cours élémentaire de droit civil français,
 Paris, 1923 - 25, 3 vol.
 COULANGES (Fustel de) - La cité antique, Paris, 1923.
 DALLOZ - Répertoire pratique.
 DEMOGUE - Traité des Obligations en général, T. I-VII, Paris, 1927-1933.
 DIAMOND - Primitive Law, London, 1935.
 FATHY (Mahmoud) - La notion de l'abus des droits dans la jurispruden-
 ce musulmane, St-Etienne, 1912.
 GARRAUD - Précis de droit criminel, Paris, 1921.
 GIDE (Ch.) - Cours d'économie politique, 10me éd., Paris, 2 vol.
 GIRARD - Manuel élémentaire de droit romain, Paris, 1924.
 GIRARD - Textes de droit romain, Paris, 1923.
 GLASSON, TISSIER ET MOREL - Procédure civile, Paris, 1925-36, 5 vol.
 GOADBY - Introduction to the Study of Law, London, 1921.
 GOLDSCHMIDT (H. W.) - English Law from the Foreign Standpoint,
 London, 1937.

فهرست الجزء الثاني
من كتاب النظرية العامة للعقود والشروط في الشريعة الاسلامية

صفحة	القسم الثالث : نظرية العقد
٢٦١	الباب الاول - معلومات عامة
٢٦٦	الفصل الاول - المشيئة المنفردة والعقود الفصل الثاني - اقسام العقود الباب الثاني - شروط انعقاد العقد وصحته
٢٧٦	الفصل الاول - تعداد هذه الشروط
٢٧٩	الفصل الثاني - شكل العقد
٢٩١	الفصل الثالث - الرضى
٢٩١	البند الاول - الاجاب والقبول
٣٠٠	البند الثاني - الاجاب والقبول بالقول والافتاء والاشارة
٣٠٦	البند الثالث - حكم السكوت
٣١٧	البند الرابع - المكتبة والمراسلة
٣٢٢	الفصل الرابع - موضوع العقد
٣٢٢	البند الاول - الموضوع وشروطه
٣٢٦	البند الثاني - وجود الموضوع
٣٣٢	البند الثالث - اباحة الموضوع
٣٣٧	الفصل الخامس - سبب العقد
٣٣٧	البند الاول - النظريات الاجنبية

٦١٢	الفصل الثاني - حبس المدين	٣٤٣	البند الثاني - التبرعة الاسلامية
٦١٩	الفصل الثالث - حبس المدين	٣٥٤	الفصل السادس - اهلية المتعاقدين
٦٢٦	الفصل الرابع - حقوق الغروا،	٣٥٤	البند الاول - الحجر وانواعه
٦٢٤	الفصل الخامس - الموجبات الطبيعية	٣٥٧	البند الثاني - صغر السن
٦٤١	البند الثاني - سقوط الموجبات	٣٧٠	البند الثالث - الجنون والعت
٦٤٤	الفصل الاول - الايفاء	٣٧٣	البند الرابع - السفه
٦٥٤	الفصل الثاني - المقاصة	٣٨٢	البند الخامس - المراه
٦٥٨	الفصل الثالث - الابراء من الدين	٣٨٩	البند السادس - مرض الموت
٦٦٥	الفصل الرابع - مرور الزمان أو التقادم	٤٠٢	البند السابع - المدين
٦٨٥	الفصل الخامس - أسباب اخرى لسقوط الموجبات	٤٠٩	البند الثامن - السكران
٦٨٩	البند الثالث - انتقال الموجبات	٤١٣	البند التاسع - الرق
٦٩٥	الفصل الاول - الانتقال بالارث	٤١٨	الفصل السابع - شواذب الرضى
٦٩٥	الفصل الثاني - الانتقال بين الاحياء	٤١٨	البند الاول - الفلظ أو الجهل
٦٩٥	البند الاول - انتقال دين الدائن	٤٢٥	البند الثاني - التفرير
٦٩٥	البند الثاني - انتقال دين المدين أو الخوالة	٤٣٢	البند الثالث - الفبن
٦٩٥	البند الرابع - الموجبات المركبة	٤٤٣	البند الرابع - الاكراه
٦٩٥	الفصل الاول - تعدد الدائنين	٤٥٥	البند الثالث - الشرط والاجل
٦٩٥	الفصل الثاني - تعدد المدينين	٤٧١	الفصل الاول - الشرط
٦٩٥	المصادر العربية	٤٨١	الفصل الثاني - الاجل
٦٩٥	المصادر الاجنبية	٤٨٥	البند الرابع - مفاعيل العقود وحلها
٦٩٥	الفهرست	٤٨٥	الفصل الاول - مفاعيل العقود
			الفصل الثاني - حل العقود
			القسم الرابع : مفاعيل الموجبات وانتقالها وسقوطها
			البند الاول - مفاعيل الموجبات
			الفصل الاول - التنفيذ

THE GENERAL THEORY
OF
THE LAW OF OBLIGATIONS & CONTRACTS
UNDER ISLAMIC JURISPRUDENCE

A comparative study of the Islamic rites
from the modern standpoint

BY
DR. SOBHI MAHMASSANI

Member of the Arab Academies
Attorney-at-law
Professor at the French Law Faculty, Beirut

All rights reserved

DĀR EL-'ILM LIL - MALĀYĪN

1972