

رَفَع

عبد الرحمن العنبري
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com

التصرف الإنفراقي

وأثره في بناء العقود والإلتزامات
في الفقه الإسلامي



الدكتور

عبد الله بن عبد العزيز آل سعود

مكتبة

التوبة

رَفَعُ

عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com

النَّصْرُفُ الْإِنْفِرَادِيَّ

وَأَثَرُهُ فِي بِنَاءِ الْعُقُودِ وَالْإِلْتِمَامَاتِ
فِي الْفِقْهِ الْإِسْلَامِيِّ

الدَّكْتُور
عبد الله بن عبد العزيز الزرعان

مكتبة
البؤبؤ

حقوق الطبع محفوظة للمؤلف

الطبعة الأولى

١٤١٣ هـ - ١٩٩٣ م

الرياض - شارع جرير - ص.ب. ١٨٢٩٠ الرمز ١١٤١٥
هاتف ٤٧٦٣٤٢١ - فاكس ٤٧٩٠٤٤٣ - المملكة العربية السعودية



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على رسولنا ونبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين .

وبعد، فقد جاء الإسلام والمجتمعات غارقة في فوضى من النظم والتقنيات الوضعية المختلفة، فمن عهد التقاليد والأعراف إلى عهد القانون الفرعوني وقانون بابل وأشور إلى شريعة اليهود المحرفة والقانون الروماني إلى غير ذلك من النظم والتقنيات القديمة، إلا أن القانون الروماني كان أظهر هذه القوانين والنظم من حيث العناية والاهتمام والتطوير حتى كان أظهر هذه النظم وأشهرها تاريخاً وتطبيقاً مما جعل معظم التقنيات الحديثة تنتمي إليه، إلا أن القانون الروماني مع ذلك كله بقي قاصراً في أصوله ومضطرباً في فروعه وتطبيقاته، ومن الملاحظ أن تلك النظم القديمة ظلت في صراع مع الإنسان والزمان من فكلما اجتهدت قرائح الوضعيين في إيجاد نظام قانوني يحكم المجتمعات وينظم سلوكها ومعاملاتها حتى إذا ما ظن واضعوه أنه وصل إلى صرح الكمال والتمام فإذا به يهوي في مواطن الضعف والهوان، ولهذا نجد أن كل نظام قانوني وضعي يأخذ في عمره مراحل مختلفة، كحياة الإنسان يبدأ طفلاً ثم يشتد عوده ثم يهرم ثم يموت، وتبدأ جذور القانون تنمو من جديد حتى تمر بنفس المرحلة التي مرت بها سابقة، وهكذا. وعلى هذا الأساس يمكن القول بأن النظم الوضعية المعاصرة تتفق مع النظم الوضعية القديمة في منشأها وتطبيقها وغايتها، أما ثباتها فهي دائماً في اضطراب وتبدل مستمر كسابقاتها.

أما أحكام الشريعة الإسلامية فلم تبدأ هذا المبدأ، ولم تمر بتلك المراحل وإنما ولدت أحكامها كاملة وافية محكمة جامعة مانعة حية يقظة نامية متطورة بأصولها ومبادئها، وقواعدها وكلياتها حتى صارت وعاءاً متجدداً يحوي متطلبات

المجتمعات وحاجة الجماعات وافية بكليات وجزئيات المعاملات بين أفراد الجماعات في كل العصور والبيئات، والمتبع لأحكام الفقه الإسلامي وأحكام الفقه الوضعي يتحصل له نتيجة حتمية هي أن القانون الوضعي لا يباثل الفقه الإسلامي ولا يساويه في شيء فلا يستقيم القياس في شيء مطلقاً لما بينهما من مفارقات شاسعة، فالفقه الإسلامي قام من أصل نشأته على مبادئ ثابتة وقواعد محددة فلم يكن نتيجة اجتهادات المجتهدين، وأنظار المنظرين، ولهذا جاءت في الفقه الإسلامي مبادئ فقهية منها ما لم تتوصل إليه اجتهادات المنظرين إلا مؤخراً، ومنها ما لم يتوصل إليه التنظير الفقهي المعاصر حتى الآن مع أن حياة التعامل بين الناس تقتضيه ضرورة الالتزامات في كثير من التصرفات تستدعيه ومن هذا النوع الموضوع الذي نحن بصدد، وهو «الإرادة المنفردة» بل إن القوانين الوضعية القديمة ما كانت تعرف الإرادة والرضا ولا تقيم لهما اعتباراً في الالتزامات والعقود منذ زمن طويل، وبعد أن جاء الإسلام وبدأ الاتصال بالحضارة الإسلامية عن طريق الأندلس بدأ الغرب في تصحيح مفاهيم فقهية كثيرة حتى اعترف بمبادئ كثيرة من الفقه الإسلامي ومع ذلك لانزال النقيصة مرتبطة بالقانون الوضعي حتى في كثير من التقنيات المعاصرة، فالإرادة المنفردة لاتزال محل صراع بين النظرية والتطبيق في كثير من الدراسات القانونية تتفق من الناحية العملية على ضرورة اعتبار الإرادة المنفردة مصدراً من مصادر الالتزام لكونها ضرورة لأجل استقامة حياة التعامل بين الناس، وفي نطاق البحث والدراسات المقارنة تثبت الحاجة إلى دراسة متكاملة لمواضيع بذاتها تتضح فيها الرؤية وتتجلى فيها عظمة الفقه الإسلامي وأصالته وإحاطته بجوانب الحياة العملية بين الناس، ولم أجد من بين تلك المواضيع بحثاً منفرداً عن الإرادة المنفردة تظهر فيه كقوة منشئة للعقود والالتزامات وإنما كان الكلام عنها متناثراً في بعض البحوث والدراسات الفقهية، فأقدمت على أن أدلي بدلوي مع علمي بضعف قدرتي عليه وقصور نظري عن إدراك دقائقه وجزئيات أحكامه، ولكني رجوت أن

يكون بادرة لمن هو عليه أقدر والوفاء به من جانبه أيسر.

أما منهجي في البحث فقد قسمت البحث إلى ثلاثة أبواب انفرد الباب الأول منها بالتعريف بالإرادة المنفردة ووسائل التعبير عنها وأجملت محتوى هذا الباب في أربعة فصول خصصت الفصل الأول منها في إعطاء فكرة مختصرة عن تاريخ الإرادة في القوانين الوضعية القديم منها والحديث ومراحل التطورات التي مرت بها الإرادة في تلك القوانين والنتائج التي ترتبت عليها، وفي الفصل الثاني عرفت الإرادة وحددت مدلولها الشرعي ثم تناولت الآثار الفقهية المترتبة على الخلاف بين الفقهاء حول مباني الأحكام المترتبة على كل لفظ، أما الفصل الثالث فقد تناولت فيه الإرادة العقدية والتقسيمات الأساسية للإرادة من حيث الخفاء والظهور والارتباط والانفراد، وأعقبت ذلك بالحديث عن مكانة الالتزام المترتب على الإرادة المنفردة، وأجملت ذلك في مبحثين خصصت المبحث الأول لمنشأ الاختلاف في التنظير للإرادة المنفردة في النظم الوضعية، والمبحث الثاني في طبيعة العمل بالإرادة المنفردة بين التقنين والتنظير، وفي الفصل الرابع تناولت وسائل التعبير عن الإرادة، وعند التعبير عنها باللفظ تكلمت فيه عن التعبير باللفظ الصريح والكنائي ومدى ترتب الرضا على ذلك، وأجملت عناصر التعبير الصريح عن الإرادة في العقود والالتزامات في ثلاثة عناصر، مع إيضاح ما يترتب عليها من آثار فقهية، وفي هذا الموضع وقفت عند تحديد وقت انقداح حكم العقد عند واقعة التصرف وتناولت اتجاهات الفقهاء في تحديد نشأة حكم العقد عند اللفظ، ثم أعقبت ذلك بالكلام عن التعبير بالكناية وبينت ما تدخله الكناية وما لا تدخله من العقود، وفصلت ذلك في ثلاثة أقسام طبقاً لظهور المراد أو عدم ظهوره، وأعقبت ذلك بالتعبير عن الإرادة بالواسطة كوسائل الاتصال الحديثة والتعبير بواسطة البذل ومدى قيام الأثر فيما يكون بإرادتين وما يكون بإرادة منفردة، وأنهت الكلام في هذا الفصل بالحديث عن التعبير بالسكوت وتحديد الأصل الشرعي له والوقائع المعترف فيها الرضا مع السكوت في الفقه الإسلامي.

أما الباب الثاني والثالث فقد تحدد الكلام فيهما عن قدرة الإرادة المنفردة على بناء الآثار الفقهية العملية أفردت الباب الأول من هذين البابين بالحديث عن قدرة الإرادة المنفردة على بناء الالتزام ، وجعلت ذلك في فصلين خصصت الفصل الأول عن التعريف بالالتزام وطبيعته الفقهية وقد تناولت في هذا الفصل العقبات التي اعترضت بعض أصحاب الدراسات المعاصرة عند محاولة التوفيق بين تعريف الالتزام في القانون الوضعي والآثار الفقهية المترتبة على الالتزام في الفقه الإسلامي .

أما الفصل الثاني فتناولت فيه أركان الالتزام ومصادره وتحديد مركز المشروعية فيه وختمته بالحديث عن قوة الالتزام المترتب على عمل الإرادة المنفردة .
أما الباب الثالث والأخير من هذا البحث فقد كان الحديث فيه عن قدرة الإرادة المنفردة على إنشاء العقود وقسمت الكلام في ذلك على ثلاثة فصول انفرد الفصل الأول منها بالحديث عن تعريف العقد ومدلوله الفقهي عند إطلاق الفقهاء لكلمة (عقد) كذلك تحديد قاعدة بناء العقد بالإرادة المنفردة والعناصر الأساسية في ذلك ، أما الفصل الثاني فقد كان الكلام فيه عن التصرف بما يزيل الحق بالإرادة المنفردة، تناولت في ذلك الإبراء من الحق بإسقاطه وعند ذلك تكلمت عن طبيعة الإبراء من الحقوق وأوردت خلاف الفقهاء في مبنى الإبراء عند من جعله تبرعاً ومن جعله إسقاطاً والآثار المترتبة على كل قول .

وفي الفصل الثالث تحدد الكلام عن التصرف بما ينشئ الحق بالإرادة المنفردة تناولت فيه قدرة الإرادة المنفردة على بناء العقود وأوردت التطبيق الفقهي لأحكام الإرادة المنفردة في عقود والتزامات التبرع كعقد الوقف ، وعقد الهبة ، والجعالة ، والوصية ، والكفالة ، والحوالة ، وطبيعة مقصود التعاقد في هذا النوع من العقود ثم أتناول طبيعة القبول في كل عقد على حده وأورد وصف وآراء الفقهاء في تحديد اشتراط القبول بين كونه شرط صحة لبناء العقد أم شرط نفاذ له ، وقد اقتصرنا في كل عقد مما أورده من عقود الإرادة المنفردة على طبيعة القبول في كل عقد وما

يترتب على ذلك من آراء فقهية وآثار عملية تترتب عليه على وفق كل رأي لأن ذلك هو القدر المقصود من البحث في بيان قدرة الإرادة المنفردة على بناء العقد وترتب آثاره عليه على القدر الذي يتساوى فيه مع القدرة التي تنشأ بها العقود بإرادتين .

وأُنهيَت البحث بخاتمة أجملت فيها النتائج التي توصلت إليها خلال تلك الدراسة، وأما منهجي في عرض الأحكام والآراء فإنني أعرض كل أثر من آثار الإرادة المنفردة وطبيعة ذلك الأثر المترتب عليها وأبرز آراء الفقهاء في ذلك والمبدأ الفقهي الذي يبني عليه كل رأي وأناقش ذلك ثم أعرض لذكر أوجه الشبه أو الاختلاف بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي متى كان لذلك حاجة تقتضيه .

وبعد فالحمد لله الذي وفقني لما هو حق وصواب وأستغفره عما أخطأت أو قصرت . وصلى الله على نبينا محمد وآله وصحبه ومن اهتدى بهداه إلى يوم الدين .
د . عبدالله الدرعان



رَفَعُ

عبد الرحمن العنبري
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com

الباب الأول

الارادة ووسائل التعبير عنها

رَفَعُ
عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com

الفصل الأول

تاريخ الإرادة في القوانين اللاتينية القديمة

لم تكن للإرادة قيمة في العقود والالتزامات القانونية القديمة، وكانت العقود والاتفاقات تفرغ في أنماط وأشكال طبقاً للأوضاع التي رسمها القانون الروماني، فالاتفاق إذا ما قام بتوافق إرادتين لا يكون ملزماً ما لم يكن محفوفاً بتلك الأوضاع الشكلية، فلو أقام أحد الطرفين دعوى يطالب فيها بإنفاذ أثر من آثار التعاقد لا تقبل ما لم يكن العقد المبرم بين الطرفين مستوفياً للشكليات المرسومة قانوناً، فلا تعد الدعوى قائمة على وجه صحيح لعدم لزوم العقد^(١)، وكان المبدأ القانوني الذي أنبت عليه الصيغة الشكلية هو أن انفصال ملكية الأشياء عن مالكيها بأي تصرف لا يتم إلا بعد اللجوء إلى إحدى طرق ثلاث^(٢) تتسم كل واحدة بأنماط وأشكال في أقوال أو أفعال أو كتابات على هيئات محددة، ولا يكون للعقد أي أثر بين الطرفين بدون ممارسة هذه الأوضاع لعدم انفصال المال عن مالكة، وبهذا يتبين أن مجرد اتفاق إرادتين على أي تصرف من التصرفات التعاقدية لا يكون عقداً ولا يولد التزاماً، وكان سبب ذلك هو قلة العقود، فالقانون الروماني لا يعرف من العقود سوى مجموعة قليلة نادرة تحفها أشكال غريبة. وبعد ذلك نمت أوجه الحضارة عند الرومان واتسعت بذلك علاقاتهم التجارية والصناعية

(١) وهذه الشكليات عبارة عن ألفاظ أو كتابة أو عمل يقوم به الطرفان أو أحدهما.

(٢) هذه الشكليات كانت تعرف في ثلاثة أنماط، من أبرزها طريقة التصرف بالسبيكة والميزان، وهي بمثابة حركات وتصرفات يصدرها الأطراف بما يسمى بالسبيكة والميزان المقصود منها إظهار التزام كل طرف بأثر التصرف الصادر منه، ويعتبر الإشهاد من أهم تطبيقاتها، والنمط الثالث ما يسمى بالاشتراط الشفوي، راجع كتاب أبحاث مبدأ سلطان الإرادة لصوفي أبوطالب، ص ٦.

والزراعية وأصبح هناك حاجة للتعاقد والالتزامات للحاجة إلى كثرة التبادل مما يستدعي السرعة في المعاملات، فاقضى ذلك التخفيف من الشكليات وإعطاء الإرادة قسماً من الأهمية في بناء العقود وبقي الشكل سبباً قانونياً فقط، إلا أن الإرادة لم تصل في تلك المرحلة إلى بناء العقد والالتزامات بمفردها^(١).

وبهذا يتبين أن القانون الروماني كان يجهل مبدأ سلطان الإرادة طيلة مراحل تطوره، حتى قامت فكرة إحياء القانون الروماني والبدء في تطويره في القرون الوسطى عندما اتصلت أوروبا بالحضارة الإسلامية عن طريق الأندلس.

تأثر القانون الروماني بالفقه الإسلامي :

مرت بالقانون الروماني عدة مراحل كانت تعد مراحل تطور ونمو ولكنه لم يقرر خلال تلك المراحل المتوالية مبدأ سلطان الإرادة في العقود بوجه عام، وظلت الأوضاع الشكلية هي التي تبني العقد وتمنحه القوة، وفي أوائل القرن الحادي عشر للميلاد ذهب مجموعة من الفرنسيين يتلقون العلوم في الأندلس الإسلامية، ومما تلقوه فيها أحكام الفقه الإسلامي، وكانوا يترجمون ما يتلقونه إلى لغتهم^(٢)، وقد نجحوا في إقناع ملوكهم بضرورة نقل الثروة الفقهية واشترط ملوكهم عدم نسبتها إلى المسلمين وأن تنسب إلى القانون الروماني حتى لا يكون ذلك سبباً في نفرة المسيحيين المتعصبين لدينهم^(٣). وبناء على هذه الصلة الوثيقة بالفقه الإسلامي والتي كانت الترجمة ونقل الحضارة الإسلامية هي عمادها، فقد تأثر القانون الروماني بمبادئ الفقه الإسلامي وقواعد أحكامه ومن بينها سلطان الإرادة في بناء الالتزامات والعقود، وبهذا وصل القانون الروماني في تطوره من

(١) راجع الوجيز في النظرية العامة للالتزامات للسنبوري، ص ٢٨.

(٢) راجع كتاب القانون الروماني لمحمود مصطفى ص ١٤٢.

(٣) راجع الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي للحجوي، ج ١، ص ١٤، وعادل بسيوني في

كتاب العلاقة بين الشريعة والقوانين الأوروبية، ص ١٤، ١٥.

حيث استقلال الإرادة إلى حد كبير بعقوده القضائية واتفاقاته الإلزامية حتى توسعت دائرة الاعتداد بالرضا في المعاملات، وفهم رجال القانون الروماني خطأ النظريات القديمة حتى أصبحت القاعدة أن كل ما في القانون الروماني يعد استثناءً^(١).

تطورات الإرادة في القوانين اللاتينية :

مرت الإرادة في القوانين اللاتينية بطورين متواليين، الطور الأول في القانون الروماني، والطور الثاني في القوانين الأوروبية التي كانت منبئية على أنقاض القانون الروماني، وعليه سنتكلم عن مراحل تطور الإرادة في القانون الروماني، ثم نتناول كذلك مراحل تطور الإرادة والحالات التي مرت بها في القوانين الأوروبية.

مراحل تطور الإرادة في القانون الروماني :

تمهيد :

مرت الإرادة في القانون الروماني بمراحل تاريخية طويلة استغرقت أكثر من ثمانية وعشرين قرناً من الزمان، كان تطور الإرادة خلالها في القانون الروماني بطيئاً بسبب طغيان الشكليات التي كانت تحيط بقواعد الالتزام في القانون الروماني، ويعزوا الدارسون ذلك البطيء إلى صعوبة انفكاك الأملاك من مالكيها في ظل القانون الروماني، فالمال ومعبود الأسرة كلاهما غير قابل للانفصال، ولهذا الصعوبة كان دور ظهور الإرادة والاعتداد بها في بناء الالتزامات دوراً استثنائياً تميز بالبطيء، وكان القانون الروماني خلال تلك المدة حبيس أنواع متعددة من الشكليات التي يتوقف عليها بناء الالتزام في المعاملات التجارية وغيرها وكان أي مساس بمراسيم الشكليات يلغي الاتفاق أياً كان نوعه، ولذلك كانت تلك

(١) راجع فضل الإسلام على الحضارة ترجمة حسين أحمد أمين ص ٤١ .

الشكليات التي أنبتت عليها قواعد المعاملات تشكل عقبة كبيرة. وكانت الإرادة شيئاً لا يعتد به لا في نطاق الالتزامات ولا في نطاق آداب التعامل، ولهذا فمجرد الاتفاق بين الطرفين لا يقوى على إنشاء أي التزام ولا تقوم عليه أي مطالبة بأي حق من الحقوق الناشئة بين أطراف التعامل^(١).

المرحلة الأولى : مرحلة ظهور فكرة الإرادة :

وتبدأ هذه المرحلة عند احتكاك الرومان بالشعوب المجاورة عن طريق الحروب التي أدت إلى انتصار الرومان ودخولهم لبلاد ذات حضارات ومدنيات كالحضارة الإغريقية، ومن ثم بدأ المجتمع الروماني يتحول من مهنة الزراعة فقط إلى امتهان أنواع من المهن كالتجارة مما أدى إلى نشاط التجارة نشاطاً كبيراً إلا أن قواعد المعاملات في القانون الروماني تشكل عقبة كبيرة عرقلت كافة وجوه النشاط التجاري بين الرومان ومجتمعات البلاد المفتوحة، وكانت الأنماط والأشكال في القانون الروماني تشكل عقبة كبيرة عرقلت كافة وجوه النشاط التجاري بين الرومان ومجتمعات البلاد المفتوحة، وكانت الأنماط والأشكال في القانون الروماني مدعاة إلى تفشي الخديعة والغش والتدليس، إلا أن الثقافة الإغريقية قد أمدتهم بأفكار جديدة في مجال العقود والتصرفات حالت دون استمرار العمل بقواعد شكليات التعاقد في القانون الروماني، فاطلع الرومان على مبادئ الثقة والأمانة والتزام جانب العدل والإنصاف ووجوب الوفاء بما يتعهد به الشخص فولدت هذه الأفكار ضرورة اعتبار الرضا المتولد عن الإرادة وظهور الاكتفاء بالتراضي في ترتيب الالتزام في عقود أربعة هي البيع والإجارة والشركة والوكالة، دون حاجة إلى الترتيبات الشكلية المتعارف عليها في القانون الروماني، إلا أن انعقاد هذه العقود الأربعة يكون استثناءً من القاعدة العامة التي تقضي بأن الاتفاق بين

(١) راجع هذه المرحلة بتوسع في كتاب الوجيز في القانون الروماني، صوفي أبوبال، ص ٢١، ٢٢، وكتاب نظرية الالتزام لشفيق شحاته، ص ١٧٦، وما بعدها.

الطرفين دون المراسيم الشكلية لا يولد التزاماً، ومعنى استثنائية هذه العقود الأربعة أنها ليست إرادة قانونية تقوى على بناء الالتزام وإنفاذه، وإنما يكون لها قوة بناء الالتزام فقط ولا تقوى على تنفيذه، فالبيع مثلاً يتم بمجرد توافق إرادتي المتبايعين عليه ولكنه يبقى عقدًا ضعيفاً موقوف التنفيذ حتى تلحق به الشكليات الرسمية فيكتسب بها الحماية من النقص ولزومية التنفيذ، وبهذا ترى بأن الإرادة والرضا في هذه المرحلة كانتا مجرد ظهور فكرة المبدأ لا لزوميته .

المرحلة التالية : مرحلة احترام الإرادة في ظل الإطلاق الكنسية :

وتبدأ هذه المرحلة بانتشار تعاليم الكنيسة المسيحية بين الرومان ومن يقع تحت سيطرتهم من الشعوب، ومن هنا بدأ احترام الإرادة يتسع، بعد أن كان مقصوراً على أربعة عقود اتسع ليشمل عدداً آخر كعقد الهبة والوعد والصلح كما ظهرت أيضاً العقود غير المسماة^(١)، إلا أن هذا الاتساع كان محدوداً إذ لم يكن الانعقاد المبني على الرضا قادراً على بناء الالتزام الناقل للملكية وإنما هو التزام لا ينتج أثره إلا في ظل عمل آخر يلحق به، كما يلاحظ أن مفهوم الإرادة في هذه المرحلة كان محدوداً فلم يتناول الإرادة المنفردة . وعندما انتشرت الديانة المسيحية بين الشعوب الرومانية نادى رجال الكنيسة باحترام العمل المبني على الإرادة والرضا استناداً إلى مبادئ الأخلاق في الديانة الجديدة كاحترام النذور والأيمان والابتعاد عن الكذب والخيانة، وبقي الاتفاق المبني على إرادة المتعاقدين فقط لا يعد ملزماً من الناحية القضائية، وإنما يتوقف الالتزام به بين الأطراف على مدى التزامهما بالأخلاق لا غير، ثم أدرك رجال الكنيسة أن مجرد التهديد بمخالفة الأخلاق لا يقوى على إنفاذ الالتزامات، فاتجهت الكنيسة إلى بسط سلطان الإرادة على رجال الكنيسة إلى أن تمثلت حماية الإرادة في الزواجر الدينية، ثم العقاب بالطرد من رحمة

(١) العقد غير المسمى في القانون الروماني هو العقد الذي لم يرد له ذكر في العقود الرسمية اللازمة وهذا النوع من العقود يتوقف لزومه حتى يبدأ أحد الطرفين في إنفاذه .

الكنيسة، ثم توسع مفهوم القانون الكنسي ليشمل أيضاً غير رجال الدين، ومع هذا كله بقيت الإرادة مجرد قوة أدبية لا قضائية، وبهذا بدء يزدهر سلطان الإرادة وكان ذلك في القرن السادس عشر وما أخذت الإرادة تظهر قوة ملزمة ذات آثار إلا بعد أن عبرت أحكام الفقه الإسلامي إلى القانون الروماني عن طريق الحضارة الإسلامية في الأندلس، وهذا ما سأتكلم عنه في الطور التالي:

مراحل تطور الإرادة في القوانين الأوروبية :

يبدأ دور تطور الإرادة في القوانين الأوروبية عندما بدأت مجتمعات أوروبا تتصل بالحضارة الإسلامية في الأندلس، وليس ذلك قاصراً على مبدأ الإرادة أو مبادئ الفقه فحسب، وإنما كان اتصالاً شاملاً لجميع وجوه الحضارة الجديدة في الأندلس، تلك الحضارة التي وجد فيها الغرب تصحيحاً لعدد من المفاهيم القانونية والفلسفية والاجتماعية، وقد حرص ملوك أوروبا ودور التعليم فيها على اغتراف معالم الحضارة الإسلامية عن طريق التعليم وترجمة الكتب ثم يارث الحضارة القائمة في الأندلس بعد خروج المسلمين منها عام ٨٩٧هـ^(١).

والذي يعيننا في هذا البحث هو دخول المبادئ الفقهية الإسلامية ومن بينها مبدأت الرضا أو سلطان الإرادة في بناء الالتزامات.

وقد مر هذا المبدأ في القوانين الأوروبية بثلاث مراحل هي:

(أ) المرحلة الأولى :

وهي مرحلة تصحيح مفهوم الإرادة وتقرير مبدأ سلطانها في العقود والتصرفات، وكانت هذه المرحلة قد بدأت باتصال أوروبا بالحضارة الإسلامية عن طريق الأندلس، وكان ذلك سبباً في ازدهار وجوه التعامل الاقتصادي في مجتمعات أوروبا وكان العامل في ذلك كله هو اتساع نطاق مبدأ سلطان الإرادة

(١) راجع فضل العرب على الحضارة الأوروبية لعادل بسيوني، ص ٤، وكتاب فضل الإسلام على الحضارة الأوروبية ترجمة حسين أحمد أمين، ص ٤.

وتحديد قاعدة بناء الالتزام على إرادة الأطراف في التعامل التجاري في المجتمعات الأوروبية .
(ب) المرحلة الثانية :

مرحلة طغيان سلطان الإرادة: وكانت هذه المرحلة قد بدأت بمناداة فلاسفة القرنين السابع عشر والثامن عشر بتوسعة نطاق الاعتداد بالإرادة وذلك عندما أدركت النظم الوضعية والفلسفية في أوروبا آثار سلطان الإرادة في الجانب الاقتصادي وازدهار الحركة التجارية فنادت الدوائر القانونية والاقتصادية بتوسعة نطاق الإرادة في جميع وجوه الحياة الأخرى، وقام على أثر هذه المناداة حركة بناء القانون الطبيعي^(١) وجعلوا من أولويات هذا القانون حرية الفرد واحترام إرادته واستقلالها باعتباره صاحب المصلحة المقصودة في سن القوانين ووضع النظم وأفرطت قواعد القانون الطبيعي في تطبيق هذه المبادئ حتى طغت على مصالح المجتمعات بالشكل الذي لحق معه بها الضرر والتعسف تحت شعار حرية الفرد واحترام إرادته .

(ج) المرحلة الثالثة :

مرحلة تحديد سلطة الإرادة، وتبدأ هذه المرحلة عندما ظهرت نظريات متطرفة أدت إلى نتائج ضارة على أفراد المجتمعات ظهر على أثرها احتكار صناعي وآخر تجاري وظهر أفراد اختصوا بامتلاك أنواع من الشركات ذات ثراء فاحش واستفحل التحكم في وسائل الإنتاج وانقسمت المجتمعات الواقعة تحت وطأة حرية الفرد واحترام إرادته إلى طبقات ذات ثراء فاحش أذهل أفراد المجتمع وأخرى فقيرة معدمة كادحة في الحياة لصالح غيرها^(٢) .

(١) يقصد بالقانون الطبيعي مجموعة القواعد العامة التي ترتبط بالأنماط الثابتة في حياة الناس وهذه القواعد يدركها الناس بعقولهم وما تقتضيه حياتهم وتعاملهم، وفكرة القانون الطبيعي مصدرها الفلسفة اليونانية، وقد انتقلت هذه الفكرة إلى الكنيسة الأوروبية وأضفت عليها صفة الأزلية حتى جعلتها قانوناً إلهياً. راجع المدخل للعلوم القانونية لتوفيق فرج، ص ٩٧، ٩٩.

(٢) راجع مبادئ تاريخ القانون، صوفي أبوطالب، ص ٣٨٦، والمدخل للعلوم القانونية لتوفيق حسن فرج، ص ١١٦، والوسيط في شرح القانون المدني للسنيهوري، ج ١، ص ١٠١، ١٠٢.

الفصل الثاني

تعريف الإرادة

التعريف اللغوي :

هي مصدر أراد يرود روداً^(١)، ومعناها: الطلب والاختيار، ومنه قوله ﷺ: «إذا أراد أحدكم أن يبول فليرتد^(٢) لبوله موضعاً»^(٣) أي يطلب ويختار، وقال في لسان العرب: أراد الشيء: شاءه، قال ثعلب: الإرادة تكون محبة وغير محبة، قال سيبويه: إرادتي بهذا لك، أي قصدي بهذا لك^(٤) وعلى قول سيبويه تكون بمعنى القصد، والإرادة إنما تكون من الحيوان^(٥) لأن مبعثها القلب^(٦).

(١) أصلها الواو لقولك: راوده، إلا أنها سكنت فنقلت حركتها إلى ما قبلها فانقلبت في الفعل الماضي الفاء، وفي المستقبل ياء، وسقطت في المصدر لإلتقاءها بالألف الساكنة وعوض عنها بالهاء في آخره، راجع الصحاح للجوهري ج ٢، ص ٤٧٨.

(٢) المراد المكان اللين أو المنحدر لثلاثا يرتد عليه بوله ويرجع عليه رشاشه قاله في اللسان.

(٣) الحديث أخرجه أبوداود في كتاب الطهارة باب الرجل يتبول لبوله، ج ١، ص ٢. وأخرجه الترمذي في كتاب الطهارة باب ما جاء أن النبي ﷺ، كان إذا أراد الحاجة أبعد في المذهب وقال هذا حديث حسن، ج ١، ص ١٧. والنسائي في كتاب الطهارة باب الإبعاد عند إرادة الحاجة ج ١، ص ١٧، ١٨.

(٤) ابن منظور في اللسان، ج ١، ص ١٢٥٣.

(٥) وأما الإرادة الواردة في قوله تعالى: ﴿فوجد فيها جداراً يريد أن ينقض فأقامه﴾ الكهف، الآية: ٧٧. فالمراد ظهور الهيئة الدالة على السقوط، فكان تهيؤه للسقوط قد ظهر للعيان كما تظهر أفعال المريدين من الحيوان، فنزل حال الجدار منزلة الإرادة الحقيقية بجامع الظهور والوضوح في تحقق الحصول، راجع تفسير الزمخشري ج ٢، ص ٤٩٤.

(٦) راجع كتاب طرح الشرب في شرح التقريب للعراقي، ج ٤، ص ٨٢.

وقال الراغب الأصفهاني^(١) «والإرادة في الأصل قوة مركبة من شهوة وحاجة وأمل، وجعل اسماً لنزوع النفس إلى الشيء مع الحكم فيه بأنه ينبغي أن يفعل أو لا يفعل»^(٢).

ويتحصل لنا من هذا: أن الإرادة تأتي بمعنى المشيئة والقصد والاختيار والطلب، والرغبة، والنية، والشهوة، والعزم، إلا أن بين هذه الألفاظ تفاوت في لخصوص والعموم، على ما سيأتي تفصيله إن شاء الله.

محلول الإرادة الشرعي :

يتحدد مدلول الإرادة الشرعي عند إطلاقها فإن كانت نسبتها إلى المخلوق فالمراد بها الاختيار والرغبة في الشيء في الابتداء فإنه قد يتحقق ما يريده المخلوق وقد لا يتحقق، أما إن كانت نسبة الإرادة إلى الله سبحانه وتعالى فهي بمعنى المنتهى وهو الحكم وهذا هو قول أهل السنة والجماعة في إرادة الله سبحانه وتعالى^(٣).

والمحققون من أهل السنة يقولون: الإرادة في كتاب الله نوعان: إرادة قدرية كونية خلقية، وإرادة دينية أمرية شرعية، فالإرادة الكونية هي المشيئة الشاملة لجميع الحوادث، كالإرادة في قوله تعالى: ﴿فمن يرد الله أن يهديه يشرح صدره للإسلام ومن يرد أن يضله يجعل صدره ضيقاً حرجاً كأنها يصعد في السماء﴾^(٤). وقوله تعالى: ﴿ولكن الله يفعل ما يريد﴾^(٥) وأما الإرادة الدينية الشرعية فهي

(١) هو أبو القاسم حسين بن محمد بن المفضل المعروف بالراغب الأصفهاني نسبة إلى أصفهان يعد من أئمة أهل السنة، وذلك لأنه في كتابه المفردات في غريب القرآن يذهب مذهب أهل السنة، كان ممن له علم باللغة وأدائها ونحوها وصرّفها، له كتاب الذريعة إلى مكارم الشريعة، مطبوع، وكتاب في التفسير لم يكمله وغير ذلك، توفي سنة (٥٠٢هـ).

(٢) المفردات في غريب القرآن، ص ٢٠٦.

(٣) راجع شرح العقيدة الطحاوية ص ٥٢.

(٤) سورة الأنعام، الآية: ١٢٥.

(٥) سورة البقرة، الآية: ٢٥٣.

المتضمنة للمحبة والرضا، ومن ذلك الإرادة الواردة في قوله تعالى: ﴿يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر﴾^(١) وقوله: ﴿يريد الله أن يخفف عنكم وخلق الإنسان ضعيفاً﴾^(٢)، فالإرادة هنا بمعنى المحبة والرضا من الله - سبحانه وتعالى - وهذا وقد دار خلاف كبير بين المتكلمين حول مدلول الإرادة العقائدي، فكل ينحى بمعنى الإرادة وما يترتب عليها على وفق منحاه في الاعتقاد^(٣) ولا حاجة لنا في هذا البحث إلى إيراد ذلك الخلاف وما يترتب عليه.

تعريف الإرادة عند الفقهاء :

يطلق الفقهاء لفظة الإرادة فيما يراد منه القصد إلى الشيء والاتجاه إليه^(٤).

الالفاظ المرادفة للإرادة :

هناك ألفاظ ذات صلة بالمعنى المترتب على لفظة الإرادة نذكر منها ما كانت له صلة وثيقة بالإرادة :

أولاً : القصد :

تعريف القصد : القصد هو إتيان الشيء، تقول : قصدته وقصدت له،

(١) سورة البقرة، الآية : ١٨٥ .

(٢) سورة النساء، الآية : ٢٨ .

(٣) راجع في هذه المسألة كتاب غاية المرام للأمدي، ص ٥٦، وكشاف مصطلحات الفنون للتهانوي، ج ٣، ص ٣٢، ٣٣ .

(٤) راجع في هذا التعريف الموسوعة الفقهية إصدار وزارة الأوقاف بالكويت، مادة إرادة ج ٣، ص ٥، وهذا المعنى هو ما أشار إليه التهانوي عندما قال : «وقد يراد بالإرادة مجرد القصد عرفاً ومن هذا القبيل إرادة المعنى من اللفظ . كشاف مصطلحات الفنون ج ٣، ص ٣٣ .

وقصدت إليه نحوت نحوه^(١)، والمقصد بالكسر موضع القصد والمقصد بالفتح الوجهة^(٢)، ومن معاني القصد: الاعتقاد والأم^(٣) ويقال قصده وقصد له وقصد إليه^(٤). ومن هنا يظهر أن أبرز معاني القصد الإتيان والأم والوجهة والاستقامة، وهي معان لا تخرج في مجملها عن الاتجاه نحو الشيء وإرادته، وبهذا المعنى يتبين أن لفظ القصد هو أقرب الألفاظ ذات الصلة إلى معنى الإرادة، بل القصد أقوى في المطلوب من الإرادة.

تحديد وجه الارتباط بين الإرادة والقصد :

مر بنا تعريف الإرادة أنها القصد، والقصد هو التوجه إلى الشيء وإرادته، وبهذا يتبين أن القصد والإرادة متفقان في مدلول المعنى وأن القصد أقرب الألفاظ من حيث الصلة بالإرادة، بل القصد أقوى من الإرادة في فعل الشيء وقوة الرغبة في إنفاذه، فهو يوحى بصدق العزيمة وقوة الرغبة، وعليه فإن وجه تحديد الارتباط بين الإرادة والقصد يتمثل في أن الإرادة الرغبة في الشيء والميل إليه، والقصد هو الإرادة مع الباعث لحدوث المراد، أو هو الإرادة المقارنة للفعل، وقد أوما الإمام الغزالي إلى هذا الترابط وتحديد العلاقة بين الإرادة والقصد بأن انبعاث الإرادة دليل تحقق الميل إلى الشيء، فإذا تحقق الميل بانبعاث الإرادة انتهضت القدرة لتحريك الأعضاء^(٥)، وهذه المرحلة هي مرحلة القصد.

ثانياً : الرضا :

لِلرِضَا فِي اللُّغَةِ عِدَّةُ مَعَانِي، نَذَكُرُ مِنْهَا: الْاِخْتِيَارَ وَالْمُوَافَقَةَ عَلَى الشَّيْءِ وَهُوَ

(١) الصحاح للجوهري، ج ٢، ص ٥٢٤.

(٢) المعجم الوسيط ج ٢، ص ٧٣٨، والمصباح المنير ج ٢، ص ٦٠٨.

(٣) لسان العرب ج ٣، ص ٩٦، والمراد بالأم من الائتمام وهو القصد.

(٤) القاموس المحيط ج ١، ص ٣٢٧.

(٥) راجع إحياء علوم الدين ج ٤، ص ٣٣٤، وكتاب نهاية الأحكام ص ٧.

يقابل السخط، ومن معاني الرضا: الارتياح وطيب خاطر، والرضوان بكسر
الراء بمعنى الرضا لغة قيس وقيم.

الرضا والتراضي :

الرضا يأتي بالقصر (الرضا، ويأتي بالمد (الرضاء)، فالمقصود مصدر محض
معناه طيب النفس وارتياحها، وهو ضد السخط، والرضا والسخط من صفات
الذات^(٢)، وليس من معناه المشاركة، أما (الرضاء) بالمد فهو اسم مصدر لعملية
الرضا^(٣). أما لفظ «التراضي»، فلا يقوم إلا على حقيقة المشاركة، أي: توافق
رضائين فأكثر، لأنه مشتق من التفاعل^(٤). ومنه قوله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً
عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾^(٥)، يقول شيخ الإسلام ابن تيمية عن هذه الآية: «فاشترط
التراضي وهو الرضا من الجانبين فيجوز فسخ العقود إذا لم يحصل ما تراضيا
عليه»^(٦). والذي يتحصل لنا من ذلك هو أن الرضا بالمد أو القصر إنما يكون من
جانب واحد كالموجب أو القابل، أما التراضي فهو ما يقوم فيه الرضا على المشاركة
بين اثنين.

ثالثا: الإختيار لغة :

تفضيل الشيء على غيره^(٧) ومن معاني الإختيار الإيثار والانتقاء والتفضيل ومنه

-
- (١) راجع المصباح المنير للفيومي، ج ١، ص ٢٧٢.
 - (٢) النهاية في غريب الحديث والأثر لابن الأثير ج ٢، ص ٢٣٢.
 - (٣) راجع الصحاح للجوهري، ج ٦، ص ٢٣٥٧.
 - (٤) نحو تضاربا وتضاربوا، راجع شرح المفصل لابن يعيش ج ٧، ص ١٥٨.
 - (٥) سورة النساء، الآية: ٢٩.
 - (٦) نظرية العقد بتصرف ص ١٥٢.
 - (٧) راجع مختار الصحاح ص ١٩٤.

قوله تعالى: ﴿وَرَبِّكَ يَخْلُقُ مَا يَشَاءُ وَيَخْتَارُ مَا كَانَ لَهُمُ الْخَيْرَةُ﴾^(١) أي يصطفيه لرسالته^(٢) وقال تعالى: ﴿وَاخْتَارَ مُوسَى قَوْمَهُ...﴾ أي انتقى منهم ورأى أنهم أفضل لحضور الميقات^(٤). ومنه قوله ﷺ: «تَخَيَّرُوا لِنَفْسِكُمْ وَأَنْكَحُوا الْأَكْفَاءَ وَأَنْكَحُوا إِلَيْهِمْ»^(٥) والمعنى: اطلبوا ما هو خير المناكح وأزكاها وأبعد من الخبث والفجور^(٦).

الرضا والاختيار في اصطلاح الفقهاء :

اختلف الفقهاء في مدلول الرضا والاختيار فمنهم من يراهما مختلفين في المدلول الفقهي ومنهم من لم يظهر عنده تفرق بينهما في المدلول، ولكل من الفريقين توجيه للرأي وترتيب في الأثر المترتب على كل من اللفظين على النحو الآتي:

يذهب الحنفية إلى القول بالتفريق بينهما: فالاختيار عندهم: هو القصد إلى أمر متردد بين الوجود والعدم داخل قدرة الفاعل بترجيح أحد الأمرين على الآخر^(٧) وبهذا يتلخص مراد الحنفية في الاختيار بأنه القصد إلى الشيء وإرادته من بين شيئين، ثم قسموا الاختيار إلى اختيار صحيح واختيار فاسد، فالاختيار الصحيح هو ما وقع من الفاعل برضاه واختياره دون تأثير من أحد، وأما الاختيار الفاسد هو ما شابه تأثير الغير بتهديد وإكراه، ولكن التهديد والإكراه لا ينافي

(١) سورة القصص، الآية: ٦٨.

(٢) المفردات في غريب القرآن ص ١٦١.

(٣) سورة الأعراف، الآية: ١٥٥.

(٤) راجع المفردات في غريب القرآن ص ١٦١.

(٥) أخرجه ابن ماجة واللفظ له في كتاب النكاح، باب الإكفاء، حديث ١٩٦٨ ج ١، ص ٦٣٣، وأخرجه الدارقطني في سننه باب المهر الحديث رقم ١٩٨، ج ٣، ص ٢٩٩.

(٦) النهاية في غريب الحديث والأثر لابن الأثير ج ٢، ص ٩١.

(٧) راجع كشف الأسرار لعبدالعزیز البخاري، ج ٤، ص ٣٨٣، وتيسير التحرير لابن أمير بادشاه ج ٢، ص ٢٩٠.

القصد عند الحنفية لبقاء القصد في الحالين^(١).

وأما الرضا عندهم فهو: إثارة الشيء واستحسانه، قال في الكشف: (والرضا عبارة عن إخلاء الاختيار أي بلوغه نهايته بحيث يفضي أثره إلى الظاهر من ظهور البشاشة في الوجه)^(٢). وبعبارة أخرى لخصها ابن عبادين فقال: «هو إثارة واستحسانه»^(٣) أي إثارة الشيء واستحسانه، وعلى هذا الوجه فالرضا عندهم أخص من الاختيار فقد يتحقق الاختيار عند الإكراه ولا يتحقق الرضا، فالإكراه غير الملجئ لعدم الرضا ولا يعدم الاختيار عندهم بل أنه لا يفسده، وأما الإكراه الملجئ فهو يعدم الرضا ويفسد الاختيار^(٤). وبناء على هذا التحديد قامت عندهم قاعدة التفريق بين شرط الانعقاد وشرط الصحة، فالاختيار شرط في انعقاد العقد، والرضا ليس بشرط للانعقاد فينعقد العقد بدونه، وإنما هو شرط لصحة العقود التي تقبل الفسخ كالبيع والإجارة والهبة والصلح والكفالة وإبراء ذمة المدين من الدين والشفعة^(٥). فالتصرف في هذه العقود يتوقف على الرضا. أما العقود التي لا تقبل الفسخ كالنكاح والطلاق والرجعة والعتاق والنذر^(٦)، فليس الرضا بأثرها شرط لا لانعقادها ولا لصحتها، وبناء على هذه القاعدة صحت عندهم تصرفات الهازل والمكروه في العقود التي لا تقبل الفسخ كالنكاح

(١) راجع كشف الأسرار، ج ٤، ص ٣٨٣، أما الاختيار الباطل فهو ما كان فاعله ممن لا عقل له

كالمجنون والطفل غير المميز، راجع المرجع نفسه.

(٢) كشف الأسرار لعبد العزيز البخاري، على أصول البزدوي ج ٤، ص ٣٨٢.

(٣) حاشية نسمة الأسحار على شرح إفاضة الأنوار على متن أصول المنار ص ٢٦٢.

(٤) وهذا على وفق قاعدة التفريق بين الفاسد والباطل عند الحنفية.

(٥) فهذه العقود وما شابهها يشترط لصحتها تمام الرضا فلا تصح مع الهزل، فهذه تدخلها الإقالة،

راجع مختصر الطحاوي ص ٤٠٧.

(٦) وقد ألحق الحنفية بهذه العقود بعض التصرفات كالعفو عن القصاص والإيلاء والظهار واليمين

والتدبير والاستيلاء والخلع قياساً على العقود السابقة، راجع درر الحكام شرح مجلة الأحكام على

حيدر ج ٢، ص ٦٥٩.

ونحوه لحديث: «ثلاث جدهن جد وهزلن جد: النكاح والطلاق والرجعة»^(١).
فهذه التصرفات يكفي فيها الاختيار وتنعقد صحيحة لأنها لا تعتمد تمام الرضا
في صحتها، قال في الهداية: «وإن أكرهه على طلاق امرأته أو عتق عبده ففعل
وقع ما أكره عليه عندنا»^(٢)، أما لو انعدم الاختيار فالتصرف باطل سواء في هذا
النوع من العقود أو في النوع الذي قبله^(٣).

وخلاصة ذلك تتمثل في أن الحنفية جعلوا الاختيار أساساً لبناء العقد، وجعلوا
الرضا متوجهاً إلى آثار العقد فقط، فالهزل أو المكره إذا تكلم بما يفيد الإيجاب أو
القبول فقد أنشأت عبارته العقد وإن كان غير راض بآثاره، وسوف يتضح ذلك
أكثر عند الكلام على الأثر المترتب على ذلك في الأحكام.

أما جمهور الفقهاء فالمتبع لتعريفاتهم للرضا لا يلحظ عندهم هذا التفريق لا
في أصولهم ولا في فروعهم، ويعبرون عن الرضا بالاختيار تارة، وبالاختيار عن
الرضا تارة أخرى، ويقصدون منه القصد أو الإرادة أو النية دون أن يشوبه إكراه^(٤)

(١) الحديث أخرجه أبو داود في سننه كتاب الطلاق باب الطلاق على الهزل ج ٢، ص ٢٥٩، حديث
٢١٩٤، والترمذي في سننه باب ما جاء في الجد والهزل في الطلاق حديث ١١٩٥، ج ٢،
ص ٣٢٨، وابن ماجه في سننه ج ١، ص ٦٥٨، والدارقطني في سننه ج ٤، ص ١٩.

(٢) الهداية ج ٣، ص ٢٧٨.

(٣) ولهذا فرقوا بين الباطل والفساد في عقود المبادلات المالية، فالباطل هو غير المشروع لا في أصله
ولا وصفه، والفساد هو المشروع في أصله دون وصفه، أما في العبادات فلا فرق بين الباطل
والفساد لأن كلا منهما منهي عنه وكذلك الحق الحنفية عقد النكاح بالعبادات من حيث الأثر فلا
فرق بين باطله وفساده من حيث الأثر المترتب عليه (وذلك يرجع إلى ما في النكاح من الحل
والحرمة ومعنى التقرب به إلى الله فالتحق بالعبادات ولا فارق فيها بين الفاسد والباطل، لأن
كلا منهما منهي عنه، وإذا كان منهيًا عنه لم يتصور أن يكون طاعة مطلوبة فكانا سببان في الأثر)
أحكام المعاملات للشيخ علي الخفيف، ص ٣٥٦.

(٤) راجع على سبيل المثال الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف للمرداوي ج ٤، ص ٢٦٥.
ومواهب الجليل للحطاب ج ٤، ص ٢٤٥، وكتاب الأنوار لأعمال الأبرار في فقه الإمام الشافعي
للأردبيلي ج ١، ص ٣٠٨.

أثر هذا الاختلاف في الأحكام

لقد كان لهذا الاختلاف أثر كبير ترتبت عليه أحكام في أبواب العقود، فإذا كان الحنفية قد فرقوا بين الاختيار والرضا وجعلوا مجرد العبارة اختياراً يؤدي إلى انعقاد العقد، فإن الجمهور اعتبروهما شيئاً واحداً لا فرق بينهما، فإن هذا الافتراق بين نظرة الحنفية ونظرة الجمهور أدى إلى الاختلاف في الالتزامات في أحكام التصرفات العملية، وقد ظهرت آثار هذا الاختلاف بين الاتجاهين اختلافًا في فقه النظرين في تصرفات المكروه والهازل والمتظاهر والمخطيء والسكران، والمتلاعب والغافل والساهي، فقد تصدر العبارة منهم ولا يريدون حقيقة مؤداها إما لعدم مرادهم لأثرها كالمكروه والهازل والمتظاهر والمتلاعب، فهؤلاء جميعاً متى تكلم أحدهم بما يفيد في لفظه إنشاء عقد ترتب الإلتزام به أو إنهاؤه لصحة عبارته وقام العقد على هذا الأساس عند الحنفية، فإن كان من العقود التي لا تقبل الفسخ^(١) كالنكاح والطلاق انعقد العقد صحيحاً وإن تأخر الرضا، وإن كان من العقود القابلة للفسخ كالبيع والإجارة ونحو ذلك انعقد العقد فاسداً وبقي موقوفاً لفساده حتى تلحقه الصحة. وتأسيساً على ذلك فنكاح المكروه وطلاقه ينعقد صحيحاً لعدم افتقاره إلى الرضا، أما بيعه وشراؤه فينعقد فاسداً لافتقاره إلى الرضا الذي هو شرط للصحة، وقل مثل ذلك في تصرفات الآخرين، بل إن الحنفية ذهبوا إلى أبعد من ذلك في اعتدادهم بمجرد العبارة فقالوا: لو لقنت المرأة بما لا تفهم معناه فقالت: زوجت نفسي من فلان وقبل من يفهم معنى كلامها أو لا يفهم بحضرة شهود يعلمون معنى الكلام أو لا يعلمونه صح النكاح^(٢).

(١) ويراد بالفسخ كل ما يؤدي إلى فسخ العقد كالإقالة والخيار والرد بالعيب ونحو ذلك.

(٢) وهذا فيما يستوي فيه الجد والهزل كالنكاح والطلاق، أما البيع فلا لأنه مما يشترط لصحته الرضا،

راجع حاشية ابن عابدين ج ٣، ص ١٥.

وكانت معظم أدلة الحنفية وتوجيهاتهم تقوم على فقه النظر أكثر من فقه النص والأثر، ومما جاء في توجيهاتهم أن الشارع اعتبر بعض تصرفات الهازل صحيحة مع عدم الرضا فدل على أن الرضا ليس بشرط في إنشاء العقود وقاسوا عليه غيره من معدومي الرضا، وقالوا أيضاً: إن الإكراه لا ينافي الأهلية وثبوت الأهلية مع الإكراه يثبت صحة الاختيار والاعتداد به^(١)، وقد استطرد الحنفية في الاستدلال والتوجيه، إلا أن التركيز على القياس وتلمس مواطن علل الأحكام كان له الجانب الأقوى في توجيهاتهم وبخاصة في اعتبار الأوصاف الظاهرة مظان الأحكام^(٢)

(١) راجع تبين الحقائق للزليعي ج ٥، ص ١٨١.

(٢) إلا أن الباحث المنصف يستدعيه إيراد أقوال الحنفية تلك إلى أن يكون له وقفة مع القاعدة الأساسية التي تعد محور الاستدلال والتوجيه عند الحنفية، وهي مسألة «علة الحكم» أهي «المثنة» أم «المظنة» والمراد بال«المثنة» عند الأصوليين هي نفس الحكمة من تشريع الحكم، والحكمة عند جمهور الأصوليين هي: ما يترتب على تشريع الحكم من جلب مصلحة أو تكميلها، أو دفع مفسدة، أو تكميل دفعها، راجع غاية الوصول شرح لب الأصول لذكربا الأنصاري ص ١٤٤، ويراد بال«المظنة» الوصف الظاهر المنضبط الذي أمكن إدراكه في الحكم ضابطاً لحكمة مقصودة للشارع كالغرض من إباحة الفطر في رمضان، راجع الموافقات للشاطبي، ج ١، ص ٢٦٥ بالهامش، وإرشاد الفحول للشوكاني، ص ٢٠٧. وبناء على ذلك فمنشأ النزاع تحدد هنا وهو: هل يجوز التعليل بالحكمة أم لا؟ وقد طال الجدال بين علماء الأصول وافترقوا في ذلك إلى ثلاث فرق:

الفرقة الأولى: تمنع التعليل بالحكمة مطلقاً، وقال الأمدي هم الأكثر، راجع الأحكام ج ٣، ص ١٨٦.

الفرقة الثاني: تجيز التعليل بالحكمة مطلقاً، وهو قول البعض.

الفرقة الثالثة: تذهب إلى التفصيل: فأجازوا التعليل بالحكمة إذا كانت ظاهرة منضبطة بنفسها، ومنعوا التعليل بها إذا كانت مضطربة أو خفية، راجع الأحكام للأمدي ج ٣، ص ٢٩٠، ويعتبر الحنفية على رأس أصحاب الفرقة الأولى، فهم يتمسكون بالعلة، ومن هنا قرروا أن الأحكام الشرعية تدور مع عللها وجوداً وعدمًا، ومعنى هذا أن الحكم يوجد إذا وجدت العلة، وينتفي بانتفائها سواء وجدت الحكمة أو لم توجد، راجع عبد الوهاب خلاف في أصول الفقه ص ٦٦، ولكن هل هذا التحديد يؤدي إلى صحة إناطة الحكم بالأوصاف الظاهرة =

وليس من دواعي هذا البحث إبراز أدلة القوم ووجوه أقوالهم ورد المخالف عليها لعدم المقتضى لذلك .

رابعاً : النية :

النية بكسر النون وتشديد الياء المفتوحة أو فتحها في اللغة القصد وعزم القلب ، مأخوذة من قولك نويت كذا أي عزمت بقلبي قصده ونحوه والمراد عزم

= المنضبطة دون غيرها؟ وكيف يتم التوفيق بين ذلك وبين ورود الحكم في نصوص الشرع التي وقع التعليل فيها بالحكمة كقوله تعالى : ﴿وأعدوا لهم ما استطعتم من قوة ومن رباط الخيل ترهبون به عدو الله وعدوكم﴾ سورة الأنفال، الآية : ٦٠ . فالعلة هنا هي المصلحة من الإعداد وهو الإرهاب والإخافة للأعداء، ومثله قوله تعالى : ﴿ما أفاء الله على رسوله من أهل القرى فلله وللرسول ولذي القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل كي لا يكون دولة بين الأغنياء منكم﴾ سورة الحشر، الآية : ٧ . فالعلة هنا هي الحكمة والمصلحة من توزيع الفيء حتى لا يكون المال متداولاً بين الأغنياء فقط فيحرم منه الفقراء، وفي السنة نصوص كثيرة وقع التعليل فيها بالحكمة على هذا الوجه، أورد إمام الحرمين جملة منها وتكلم عنها في البرهان ج ٢ ص ٨٠٦ ، وفي هذا المعنى يقول الشاطبي : «وأما العلة فالمراد بها الحكم والمصالح التي تعلق بها الأوامر أو الإباحة والمفاسد التي تعلق بها النواهي ، فالمشقة علة في إباحة القصر والفطر في السفر، هو السبب الموضوع سبباً للإباحة . فعلى الجملة العلة هي المصلحة نفسها أو المفسدة لا مظنتها منضبطة أو غير منضبطة» الموافقات ج ١ ، ص ٢٦٥ ، وبهذا يتبين لنا أن منع التعليل بالحكمة مطلقاً لم يكن مراداً على إطلاقه، وإنما يتوقف المراد على واحد من ثلاثة ولربما عليها جميعها : الأول : أن موضع الخلاف هو تحديد مصادر العلة وطرقها، ويفصلون في أنواع النص على العلة من صريح وإيحاء وظاهر وقاطع .

الثاني : أن المنع من التعليل بالحكمة إنما جاء من ضرورة أملاها العمل بالقياس فاصطلحوا على معنى العلة وهو الوصف الظاهر على وجه العموم وذلك لتفادي نقض قد يرد على تلك العلة بواحد من فروع النقض للمحافظة على المذهب وقد أورد صاحب فتح القدير جملة من تلك الاحتمالات راجعه في ج ٥ ، ص ٢٧٨ ، ص ٢٧٩ .

الثالث : أن التعليل بالوصف الظاهر دون الحكمة إنما جاء من الفقهاء المقلدين والمناظرين خوفاً من نقض يرد عليهم في فروع المذهب مع إدراكهم لوقوع التعليل بالحكمة والمصلحة قطعاً وإنما =

القلب على عمل شيء^(١). وفي اصطلاح الفقهاء تباينت الأقوال في تعريفها^(٢)، ولكننا نأخذ من تعاريفها ما يكون إلى موضوع البحث أقرب، عرفها الإمام النووي بقوله: «وهي القصد وعزم القلب»^(٣)، وقال ابن رجب: «واعلم أن النية في اللغة نوع من القصد والإرادة» إلى أن قال: «والنية في كلام العلماء تقع بمعنيين أحدهما تميز العبادات بعضها عن بعض كتمييز صلاة الظهر من صلاة العصر» «أو تمييز العبادات من العادات كتمييز الغسل من الجنابة من غسل التبرد والتنظيف ونحو ذلك. وهذه النية هي التي توجد كثيراً في كلام الفقهاء في كتبهم»^(٤) والمتتبع لكلام ابن رجب يجد أنه لم يرد منه التعريف الاصطلاحي للنية، وإنما أراد من ذلك تحديد المراد منها وحصره في الأفعال، وأدق تعريف في نظري ما أورده صاحب كتاب نهاية الأحكام قال: «النية معناها لغةً وعرفاً: القصد الكلي الشامل للعزم والقصد المقارن للفعل»^(٥). قلت: وهذا أدق تعريف في نظري للنية لأنه يجمع بين مدلول الكلمة في اللغة والعرف الفقهي على معنى القصد والعزم، وهما معنيان يتفقان مع أحوال النية، وقد ورد «أن النية إن تعلقت بفعل مستقبل فهي عزم، وإن تعلقت بفعل حاضر سميت قصداً»^(٦).

= جاء المنع في موضع النزاع، وقد استطرده الدكتور محمد مصطفى شلبي في كتاب تحليل الأحكام في معرض التساؤل عن سر النزعة بها فهمه مما أوماً إليه إمام الحرمين في البرهان ج ٢، ص ٧٩٤، وهو عين ما أشرت إليه في الاحتمال الثاني في هذا الهامش.

(١) راجع المصباح المنير، ج ٢، ص ٧٧٥، ٧٧٦، والمعجم الوسيط ص ٩٦٥.

(٢) راجع بعض تعاريف النية في جامع العلوم في اصطلاحات الفنون ج ٣، ص ٤٢٨.

(٣) المجموع شرح المهذب ج ١، ص ٣٣٠.

(٤) جامع العلوم والحكم ص ٧.

(٥) نهاية الأحكام للحسيني، ص ٧.

(٦) نهاية الأحكام للحسيني، ص ٧.

تحديد العلاقة بين النية والإرادة :

سبق لنا تفسير معنى الإرادة بالقصد، وتبين لنا أيضاً أن القصد هو النية قبل تعد العزم على الفعل، وهذا فإن الإرادة والقصد والنية كلها تتفق في معنى واحد على وجه العموم، أما على وجه الخصوص فإن العلاقة بين النية والإرادة لا تقوم على أساس تفاوت في المدلول لكل لفظة من جهة الخصوص والعموم، فالإرادة هي القصد كما سبق تقريره، والنية هي القصد أيضاً، ولكن العلاقة بين النية والإرادة تتمثل في قصد الشيء مقترناً بفعله، فانبعاث القلب لفعل الشيء هو الإرادة ومتى انبعثت الإرادة تحركت القدرة للفعل وانتهاض القدرة بعزم هو القصد إلى فعل الشيء فصار في مرحلة هو فيها أقوى من مجرد انبعاث القلب، وقد ربط الإمام الغزالي^(١) بين اقتران انبعاث النية والفعل بقوله: «كل عمل لا يتم إلا بثلاثة أمور: علم وإرادة وقدرة. لأنه لا يريد الإنسان ما لا يعلمه فلا بد وأن يعلم ولا يعلم ما لم يرد فلا بد من إرادة، ومعنى الإرادة انبعاث القلب إلى ما يراه موافقاً للغرض، إما في الحال أو في المآل، فقد خلق الإنسان بحيث يوافق بعض الأمور ويلائم غرضه ويخالفه بعض الأمور فيحتاج إلى جلب الملائم الموافق إلى نفسه ودفع الضار المنافي عن نفسه، فافتقر بالضرورة إلى معرفة وإدراك للشيء المضر والنافع حتى يجلب هذا ويهرب من هذا» إلى أن قال: «فخلق الله تعالى له الميل والرغبة والإرادة» «فإذا انبعثت الإرادة انتهضت القدرة لتحريك الأعضاء، والقدرة خادمة للإرادة والإرادة تابعة لحكم الاعتقاد والمعرفة. فالنية عبارة عن الصفة المتوسطة وهي الإرادة وانبعاث النفس بحكم الرغبة والميل إلى ما هو موافق

(١) هو الإمام محمد بن محمد بن أحمد الطوسي الغزالي كان أبوه يغزل الصوف ويبيعه في دكان بطوس فاشتهر به، ولد سنة ٤٥٠هـ، وهو فيلسوف أصولي فقيه متصوف أكثر من التصانيف بما يقرب من مائتين أشهرها كتابه إحياء علوم الدين والمستصفي في الأصول، وقد تلقى العلم على شيخه إمام الحرمين الجويني توفي ببغداد سنة ٥٠٥هـ، راجع ترجمته على صدر كتاب إحياء علوم الدين.

للغرض، إما في الحال وإما في المآل^(١).

الفرق بين النية والقصد :

يتحدد الفرق بين النية والقصد في أمور نذكر منها مايلي :

- ا- النية انبعاث القلب وانبعاث القلب لا يتعلق إلا بفعل صاحبه، فلا يتصور أن ينوي الإنسان فعل غيره، أما القصد فقد يكون معلقاً بفعل الفاعل نفسه وبفعل غيره، فقد يقصد الإنسان فعل غيره ويريده.
- ب- إن القصد لا يكون إلا بفعل مقدر يقصده الفاعل، أما النية فإن الإنسان ينوي ما يقدر عليه وما لا يقدر عليه^(٢).



(١) إحياء علوم الدين ج ٤، ص ٣٣٤، ٣٣٥.

(٢) بدائع الفوائد لابن القيم بتصرف ج ٣، ص ١٩٠، وقد استورد ابن القيم في تخصيصه القول في النية والقصد فارجع إليه لتأم الفائدة.

الفصل الثالث الارادة العقدية

تعريف :

يراد بالإرادة العقدية تلك الإرادة التي يترتب عليها آثار وحقوق للغير يلتزم بها المراد في تصرفه، ويخرج بها الإرادة في التصرفات التي لا يترتب عليها آثار للغير كإرادة الإنسان في مأكله ومشربه مما هو من خاصة نفسه، وأما ما يتصرف به الإنسان بمقتضى التكليف الشرعي فليس مبناه الإرادة وإنما مبناه طلب الشارع، وهنا يلزم له النية لتحديد الاستجابة للطلب الشرعي لا الإرادة لافتراق النية عن الإرادة في هذا الموضوع^(١).

التقسيمات الأساسية للإرادة:

أ) أقسام الإرادة من حيث الخفاء والظهور:
تنقسم الإرادة من حيث الخفاء والظهور إلى قسمين: إرادة باطنة وإرادة ظاهرة:

أ) الإرادة الباطنة :

وهي الإرادة الحقيقية إذ هي مبعث الرغبة في الإقدام على تصرف من التصرفات وهي لب الإلزام والالتزام المترتب على التصرف المنشئ للأثر، إلا أن

(١) أي في أمور العبادات الواجبة، راجع ما أشار إليه الإمام القرافي حول هذا الموضوع في كتاب الأمنية في إدراك النية، ص ٨+ طبع دار الكتب العلمية - بيروت.

الإرادة في هذه المرحلة وهي مرحلة الخفاء والاستتار لا يقوم عليها أثر ولا يترتب عليها التزام إذ هي مجرد نية والنية محلها القلب ولا ينعقد عقد بين طرفين بمجرد النية المنطوية داخل ضمير كل واحد منهما أو أحدهما، فلو أن رجلاً نوى طلاق امرأته أو وقف داره فلا يقع له طلاق ولا يترتب له وقف لأن الطلاق والإيقاف من الأفعال والأفعال ذات الالتزام والإلزام فلا تترتب عليها آثارها بمجرد النية^(١). ولكن النية متى صاحبت فعلاً من الأفعال أو ترك فعل أو صاحبت قولاً فإنها تعد ذات أثر فيه تترتب عليه الأحكام اللازمة له بسبب النية المصاحبة له، فلو أن إنساناً أخذ لقطه فإن الوصف الشرعي لأخذه لها يتوقف على نيته، فإن كان في نيته الحفظ والتعريف لردها على صاحبها حل الأخذ وأصبح مندوباً إلى فعله، وإن أخذها بنية استملاكها والانتفاع بها، فإن أخذه لها حرام ويعد غاصباً لها^(٢). أما التعبير فهو وسيلة إظهار الإرادة وتحريك آثارها، وترتب الآثار لا يرتبط بالتعبير وإنما يرتبط بالإرادة التي كشفت عنها وسيلة التعبير وأظهرت حقيقتها، وقلنا بأن الإرادة الباطنة لا تحدث أي أثر لعدم العلم بها لكنها منطوية في ضمير ونفس الشخص فلما انكشفت أمكن العلم بها وأعمالها والحكم بها.

٢ الإرادة الظاهرة :

ليست هذه الإرادة خلاف الإرادة السابقة، ففي واقع الأمر ليس هناك إرادتان إحداهما باطنة والأخرى ظاهرة، وإنما هي إرادة واحدة تكون باطنة إذا لم يقترن بها ما يظهرها، وتكون ظاهرة إذا دل عليها ما يظهر حقيقتها من قول أو فعل يصدر من المتصرف يفهم معه ما يريد حدوثه ويرغب في أثره ومتى صدر ما يعد تعبيراً عن الإرادة فقد تترتب الآثار على وجه الالتزام بين المتعاقدين، لأن الإرادة على هذا الوجه هي قوام الأحكام الفقهية في باب العقود والالتزامات، سواء

(١) راجع الفروق للقرافي، ج ١، ص ١٧٩، والأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٤٨.

(٢) راجع المغني لابن قدامة، ج ٥، ص ٧٠٦.

تحدد الإرادة بالتصريح أو حداثها قرائن الأحوال والأعراف عند الحاجة إليها في تفسير العقد وتحديد حدوده وآثاره .

ب) أقسام الإرادة من حيث الارتباط والانفراد :

وتنقسم الإرادة بهذا الاعتبار إلى قسمين : إرادة مرتبطة وإرادة منفردة .

أ) الإرادة المرتبطة :

الأصل حرية الإرادة وعدم ارتباطها بأي شيء خارجي يؤثر على مبعثها عندما تنقذح في النفس حتى لا يترتب عليها ما لا يرغب الشخص فيه ، إذ هي في هذه الحال لا تكون إرادة صحيحة ، فالبايع يقوم بالتصرف بالبيع لرغبته في الثمن والمشتري يقدم على الشراء لرغبته في العين ، وليس لأحدهما أي تأثير على الآخر في انبعاث رغبة كل منهما فيما يرغب الإقدام عليه ، وهذا معنى الإرادة بالنظر إلى أساس انبعاثها عند كل شخص ، وأما وصفها بالارتباط فهو من جهة الأثر المترتب على الشخص نتيجة تصرفه في أي عمل لا يقوم إلا من طرفين يلتزم فيه أحدهما بشيء تجاه الآخر ، فعقد المبيع مثلاً يتكون من طرفين بائع وآخر مشتري ويشترط له الإيجاب والقبول ويشترط للإيجاب والقبول التراضي ، والتراضي مبعثه إرادة كل منهما المنبعثة من رغبته في التصرف فقام التصرف على إرادتين متفقتين على إحداث الأثر المترتب على إنشاء الالتزام بين الطرفين ، فالإرادة الواحدة لا تقوى على بناء العقد إذا ما تخلفت إرادة الطرف الآخر في التصرفات المبنية على طرفين كعقود المعاوضات وعقود الشركات ونحوهما مما لا يترتب أثره إلا بتوافق إرادتين توافق أحدهما الأخرى .

٢) الإرادة المنفردة :

إذا كانت الإرادة المرتبطة هي تلك التي لا تقوى على إنشاء الأثر الفقهي بمفردها فإن الإرادة المنفردة هي تلك التي تقوى على إنشاء الأثر الفقهي بمفردها والالتزام من جانب واحد سواء كان ذلك الأثر يتمثل في بناء حق كالوصية والهبة والوقف أو في إسقاط حق كالتنازل عن حق الانتفاع أو رهن أو ارتفاع ونحو ذلك أو إنهاء عقد كإنهاء عقد الوكالة بعزل الوكيل أو تنازله عن الوكالة، وقد تناوله بعض الفقهاء المحدثين بما هو أعم فجعله (إيجاب الإنسان أمراً على نفسه باختياره وإرادته من تلقاء نفسه)^(١).

مكانة الالتزام المترتب على الإرادة المنفردة في الفقه الإسلامي :

لم يرد في الفقه الإسلامي تفريق في الالتزام بين ما ينشأ بتوافق إرادتين وما ينشأ بإرادة واحدة فما يترتب بعمل إرادة واحدة من الالتزامات هو في القوة يماثل ما ينشأ بعمل إرادتين من طرفين، ومرد ذلك هو الأمر بالوفاء بالعقود في قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(٢)، والعقد في أصل وضعه اللغوي هو إلزام الشخص نفسه وهذا الإلزام لا يشترط له في مشروعية أحكام الالتزام تعدد الأطراف، إذ أن اللزوم ينشأ بما يرتبه الشخص على نفسه سواء أكان فيما تتقابل فيه الإرادتان أو ما يقوم بإرادة واحدة، وذلك أن مدلول العقد الوارد الأمر بالوفاء به في الآية يتناول العقد في أصل الوضع اللغوي وعليه فإن أصل الحق المترتب على العقد لكل طرف منشأه الإرادة ومصدر لزومه القبول به بموافقة إرادتي طرفيه، وهذا يؤيد القول بأن الالتزام بإرادتين هو في حقيقته التزام بإرادة واحدة^(٣)، ولأننا إذا ما دققنا النظر في فقه قاعدة الإلزام والالتزام نجد أن العقد

(١) الالتزامات في الشرع للشيخ أحمد إبراهيم بتصرف، ص ٢١.

(٢) سورة المائدة، الآية: ١.

(٣) وقد أشار إلى هذا الترتيب والنتيجة المترتبة عليه الدكتور/ عباس حسني في كتابه الاشتراط لمصلحة الغير في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي ص ١٩٣.

أو أي تصرف آخر يقوم على إلزام أحد الطرفين لطرف بحق تجاه الطرف الآخر، فما يلزم البائع تجاه المشتري خلاف ما يلزم المشتري تجاه البائع، وبهذا يكون لكل منهما حقوق وعليه حقوق بسبب الارتباط الناشئ بينهما، ولهذا يعبر عن العقد بأنه (التزام) لما في كلمة (التزام) من معنى المقابلة بين الأطراف تجاه بعضهم البعض، هذا هو أصل نشأة الحق وقاعدة بنائه في العقود والالتزامات وهي قاعدة اتسعت لجملة من الحقوق والالتزامات في أحكام كثيرة على اختلاف أنواعها، فالوقف عقد قامت عليه حقوق وأحكام ذات آثار ترتبت على وجه الالتزام لا تختلف عن أحكام البيع في شيء - إلا أن المصلحة في عقد الوقف ترتبت للغير ممن ليس بطرف في العقد ولا يتعلق به حكم من أحكامه، ومثل ذلك يقال في عقد الوصية والهبة والجعالة، ونحوها مما يقوم على الإرادة المنفردة.

وأما إنشاء الحق بالإرادة المنفردة في القوانين الوضعية فهو لا يزال متأثراً بالروابط القانونية الرومانية، ولم تدرك هذه القوانين أن الإرادة المنفردة تولد التزاماً حتى أبرزت وقائع التعامل الحاجة إلى اعتبار الإرادة المنفردة ذات قدرة على بناء الحقوق والآثار، وعند ذلك بدأت الدراسات القانونية تنظر في مرحلة التحول إلى مبدأ الاعتداد بقدرة الإرادة المنفردة على توليد الالتزام، ويتمثل هذا التحول في معالم النظرية الألمانية التي ذهبت إلى أن الإرادة المنفردة تنشيء التزاماً، وقال أصحاب هذه النظرية أن المتعاقد إنما يلتزم بالإرادة الصادرة منه لا بتوافق هذه الإرادة مع إرادة المتعاقد الآخر، وترتب على مقتضى النظرية الألمانية الجديدة هذه أن الإيجاب وحده ملزم، فلا يستطيع من صدر منه الإيجاب أن يعدل عنه، إلا أنه يلاحظ أن اعتبار الإرادة المنفردة مصدرًا من مصادر الالتزام، إنما هو في النظرية الألمانية وليس في القانون الألماني، فالقانون الألماني لم يجعل لها صفة المبدأ ويتخذها قاعدة عامة ضمن قواعد الالتزام تكون لها القدرة على بناء العقد، وإنما أخذ بها على سبيل الاستثناء، وهذا ما تضمنته المادة (٣٠٥) من القانون الألماني عند حصر الالتزام على العقد بإرادتين عدا الأحوال التي ينص فيها القانون على

خلاف ذلك^(١). إلا أن الدراسات الفقهية والاجتهاد في الوقائع العملية والقضائية المعاصرة تسعى إلى تعديل القانون بحذف الاستثناء وجعل الإرادة المنفردة قاعدة عامة من قواعد بناء الإلتزامات والعقود وقد تأثرت معظم الدراسات القانونية العربية بهذا المنحى فلم تعتبر الإرادة المنفردة ذات قدرة على بناء العقود والالتزامات .

أما النظرية الفرنسية فهي لاتزال متأثرة بروابط القانون الفرنسي والذي من تقاليد الارتباط بالقانون الروماني والقانون الفرنسي القديم^(٢)، وهما مما لا علم لهما بالإرادة المنفردة، إلا أن الذي يلفت النظر ويثير استغراب الباحث أن مجمل النظم الوضعية بما فيها نظرية الإرادة المنفردة الحديثة تتعامل مع الوقائع العملية في بناء الإلتزامات بما يخالف القواعد الشكلية، ولهذا نجد أن هناك فرقاً من الناحية النظرية بين النظرية الفرنسية والنظرية الألمانية، ولم نجد ذلك الفارق نفسه في الناحية العملية، وهذا ما أحاول إبرازه في الحديث التالي إن شاء الله .

(١) راجع نظرية العقد للسنهوري، ص ١٨٥، ١٨٨، والموجز في النظرية العامة للإلتزامات في القانون المدني للسنهوري، ص ٥٢ .

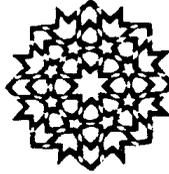
(٢) فقد ورث القانون الفرنسي القديم تقاليد القانون الروماني فأصبح من القواعد المقررة فيه أن مجرد الإرادة المنفردة لا تنشيء التزاماً، وقد أورد عبدالرزاق السنهوري في كتاب نظرية العقد أن أحد الدارسين للقانون الفرنسي أشار إلى أن للإرادة المنفردة محلاً في القانون الفرنسي القديم فقد أخذ بمبدأ الإرادة المنفردة ضمناً في الهبة، هامش صفحة ١٨٥، وهذه النسبة لم نجد لها ذكر في النظرية الفرنسية للإرادة في قواعد الإلتزام في القانون الفرنسي .

المبحث الأول

منشأ الاختلاف في التنظير للإرادة المنفردة في النظم الوضعية

ليس الاختلاف في التنظير للإرادة المنفردة في النظم الوضعية راجعاً إلى نظر فقهي دقيق يقوم على مقتضيات وقائع عملية أو قضائية بقدر ما يقوم على فكر اجتهادي قديم موروث من قواعد قانونية عتيقة، حتى وإن كانت النظرية الألمانية أقرب إلى مقتضى الحياة من النظرية الفرنسية فإن ذلك القرب ليس كافياً لاتساع متطلبات الحياة العملية والوقائع القضائية لإشباع مطالب المجتمعات في معاملاتها التجارية المعاصرة، وهذا الفكر الاجتهادي الذي تحكم في توجيه كل من النظريتين يقوم في أساسه على فكرتين مختلفتين، الفكرة الشخصية، وفكرة القيمة المالية، فالقانون الفرنسي يلتزم بالفكرة الشخصية في روابط العقد، ومؤدى هذه الفكرة هو جعل العلاقة في بناء الالتزام شخصية بمعنى أن مبنى الالتزام الصلة بين شخص وآخر في موضوع قام على تصرف من التصرفات التعاقدية، وهذا الاعتبار ذو صلة وثيقة باعتبار آخر وهو أن النظرية الفرنسية تقوم على مبدأ الاعتداد بالإرادة الباطنة وضرورة البحث عن نية المتعاقدين في العقود لا الوقوف على ظواهر الألفاظ وحرفية منطوقها، وبناء على ذلك لا يجوز أنصار هذا الرأي الالتزام بالإرادة المنفردة، أما النظرية الألمانية فترتكز على الفكرة المادية ذات الصلة بالقيمة المالية، ومؤدى هذه النظرية أن الالتزام يترتب على المال دون وجود طرف آخر ملتزم له به، أي أن الروابط التعاقدية تبنى على وجود الشيء الملتزم به، وهذا الاتجاه له صلة وثيقة باعتبار آخر وهو أن النظرية الألمانية قامت على الاعتداد بالإرادة الظاهرة دون الإرادة الباطنة ولزوم الوقوف عند حدود الإرادة الظاهرة عند

المتعاقدين دون النظر إلى ما تنطوي عليه نية كل منهما وما يضمّره في نفسه، وبناء على ذلك أجاز أنصار هذا الرأي الالتزام بالإرادة المنفردة، فقالوا بالالتزام المدين بإرادته المنفردة^(١)، ولو لم يوجد دائن يقبل هذا الالتزام، لأن الالتزام يترتب على المال أكثر من ترتبه على الصلة الشخصية بين فرد وآخر^(٢).



(١) ليس المراد بالمدين من يلتزم بدين معين في أجل معلوم، وإنما المراد به ما هو أشمل من ذلك وهو من كان ملتزماً بأي أثر من آثار تصرف قام به تجاه الغير.

(٢) راجع العناصر المكونة للعقد لفتحي عبدالرحيم، ص ٥٨، ونظرية العقد للسنيهوري، ص ١٨٦.

المبحث الثاني

طبيعة العمل بالارادة المنفردة بين التقنين والتنظير

يخيل لمن ينظر في توجهات النظرية الحديثة عن الإرادة المنفردة أن هناك فرقاً بين القوانين والنظرية الحديثة حول العمل بالإرادة المنفردة، والواقع هو أن ليس ثمة خلاف يذكر بين القوانين والنظرية حول طبيعة العمل بالإرادة المنفردة إذا ما دققنا الملاحظة في الفوارق الشكلية بين النظرية والقواعد القانونية، فالقانون لا يجعل الإرادة مصدرًا من مصادر الالتزام، إذ القاعدة فيه أن العقد لا يقوم إلا بتوافق إرادتين، ويعمل على مواجهة الوقائع العملية مما تقوم أحكامه على الإرادة المنفردة بالاستثناء من القاعدة العامة^(١). أما النظرية الحديثة فهي تجعل الإرادة المنفردة ذات قدرة على بناء الالتزام لكنها لا تعتبر ذلك متعادلاً في حقيقة بنائه وطبيعة عمله مع الالتزام المبني على إرادتين فهو عندهم التزام من نوع آخر، والنتيجة الحتمية التي تلتقي عليها النظرية الحديثة مع النظم القانونية هي عدم التوصل إلى العلم بقدرة الإرادة المنفردة على بناء العقد، ولهذا نجد أن هذه النظم لم تصل إلى حل فقهي منضبط للوقائع العملية على مقتضى الإلزام والالتزام على الوجه الذي تقوم عليه أحكام التصرفات بالإرادة المنفردة، فنجد أن الإيجاب عندما يصدر من البائع يكون ملزماً له فلا يحق للموجب أن يعدل عن إيجابه متى صدر منه لمن لم يكن حاضراً في مجلس العقد، إلا أن اللزوم في النظم الوضعية

(١) وهذه القاعدة هي اعتبار العقد من إرادتين وما كان بإرادة واحدة فلا يعد عقداً ولا التزاماً ضمن مصادر الالتزام.

ليس على وجه قاعدة بناء الالتزام العامة^(١)، وإنما جعلوه على وجه الاستثناء من القاعدة العامة في بناء الالتزام لأنه التزام بعدم العدول وليس التزاماً بعقد تم من قبل أحد طرفيه، وسيأتي لذلك مزيد إيضاح عند مناقشة هذا النوع من الالتزام . وكذلك في الالتزام في عقد الجعالة، وهو ما يعرف في الاصطلاح القانوني بـ(الوعد بجائزة) فالالتزام فيه يقوم على مبدأ الوعد، فللواعد حق الرجوع في وعده ما لم يقيم شخص بالعمل المطلوب، فإذا قام بالعمل فقد تم الالتزام بإرادتين .



(١) وهذا ما تضمنته المادة (١٤٨) والمادة (١٥٣) من القانون الألماني والمادة (٨) من قانون الالتزامات في القانون السويسري .

الفصل الرابع التعبير عن الإرادة

تهديد :

الإرادة شيءٌ كامن في نفس المرید لا سبيل إلى العلم بها إلا بما يظهرها من وسائل الإظهار التي تكشف عنها، وما لم تظهر تبقى نية مستترة في ضمير صاحبها، ومادامت في نطاق النية فلا أثر لها في أي تصرف من التصرفات العملية فيما بين الناس من تعامل، لأن التعامل بين الناس مما يلزم له ظهور يتطابق فيه القصد مع اللفظ^(١)، ولأنه لا عمل بالنية إلا في التكاليف المتعلقة بالقلب لا فيما بين الأدميين^(٢). ولهذا يتفق الفقهاء على أنه لا أثر للرضا المستكن في النفس في العقود التي تكون بين طرفين، ما لم يصدر من الشخص ما يدل على ما كان مستكناً في نفسه^(٣)، وقد أشار ابن القيم إلى هذا الإظهار بما يحدد ترتيب المقصود

(١) وقد قسم ابن القيم الألفاظ بالنسبة إلى مقاصد المتكلمين ونياتهم وإراداتهم لمعانيها إلى ثلاثة أقسام:

القسم الأول: أن تظهر مطابقة القصد للفظ.

القسم الثاني: ما يظهر بأن المتكلم لم يرد من اللفظ معناه المتبادر منه ولا يشك السامع في ذلك.

القسم الثالث: ما هو ظاهر في معناه ويحتمل أن المتكلم أراده أو أراد غيره، إعلام الموقعين بشيء من التصرف ج ٣، ص ١٤٠-١٤١.

(٢) تهذيب الفروق والقواعد السنوية في الأسرار الفقهية لمحمد علي حسين بهامش كتاب الفروق للقرافي ج ١، ص ٥٠.

(٣) يروى عن بعض المالكية أن للنية أثراً في بعض التصرفات المبنية على الإرادة المنفردة، أورده ابن العربي وعزاه إلى رواية أشهب عن الإمام مالك في ثلاث: في الطلاق والعتاق والندر، وقال فيما كان يملكه الواحد كالندر والطلاق والعتاق كفى فيه عزمه، وفسر العزم هنا بالكلام النفسي وجعله هو الكلام الأصلي، وقال فما كان من التصرفات بين اثنين لم يكن بد من ظهور القول، وقد تعقبه الخطابي بالنقض وأثبت أن النية والعدم سواء، واستدل على ذلك بثلاثة أدلة: =

الشرعي فيما تعارف عليه الناس من لفظ فقال: «إن الله تعالى وضع الألفاظ بين عباده تعريفاً ودلالة على ما في نفوسهم، فإذا أراد أحدهم من الآخر شيئاً عرفه بمراده وما في نفسه بلفظه، ورتب على تلك الإرادات والمقاصد أحكامها بواسطة الألفاظ ولم يرتب تلك الأحكام على مجرد ما في النفوس من غير دلالة فعل أو قول ولا على مجرد ألفاظ مع العلم بأن المتكلم بها لم يرد معانيها ولم يحط بها علماً»^(١)، والتعبير عن الإرادة إما أن يكون باللفظ، واللفظ على نوعين صريح وكناية، وإما أن يكون بالبذل ومنه التعاطي^(٢)، كبذل الشيء بمقابل أو بغير مقابل، وهو ما يقوم التصرف فيه بالإرادة المفردة، أو يكون التعبير عن الإرادة المفردة، أو يكون التعبير بالإشارة، أو بالكتابة، أو بوسيلة يقطع بصدقها في الدلالة، كوسائل الاتصال الحديثة، أما السكوت فهو لا يعد تعبيراً في الأصل، وإنما يعد تعبيراً، على نحو خاص في حالات استثنائية على خلاف قاعدة الأصل وسوف يأتي لذلك إيضاح في موضعه إن شاء الله تعالى.

= الأول: أن الإنسان لو عزم على الظهار في قلبه لم يلزمه الظهار بمجرد العزم إجماعاً.

الثاني: أنه لو حدث نفسه بالقذف لم يكن قاذفاً.

الثالث: أن حديث النفس في الصلاة لا يبطلها، والكلام يبطلها، وقال عمر - رضي الله عنه - إني لأجهز جيشي وأنا في الصلاة، فكل ذلك يدل على أن حديث النفس ليس بكلام ولا يأخذ حكمه في شيء، عمدة القاريء شرح صحيح البخاري للبدر العيني بتصرف ج ١٣، ص ٨٩، وتعقب الخطابي هذا لابن العربي هو الذي يتفق مع مباني الأحكام وقواعد الشريعة، وللمسألة زيادة إيضاح في تهذيب الفروق لمحمد علي حسين بهامش الفروق للقرافي ج ١، ص ٤٩، والمشهور عن المالكية هو عدم حدوث الأثر بالنية. قال ابن جزري المالكي (وإن طلق بالنية دون اللفظ لم ينفذ في المشهور) القوانين الفقهية ص ٢٥٥.

(١) إعلام الموقعين، ج ٣، ص ١٣٦، ١٣٧.

(٢) البذل هو العطاء من جانب، والتعاطي البذل من جانبيين أي أن يعطي كل واحد شيئاً مقابل شيء يأخذه من الآخر.

التعبير عن الإرادة باللفظ

اللفظ الصريح :

اللفظ الصريح : (هو اللفظ الموضوع لمعنى لا يفهم منه غيره عند الإطلاق)^(١). وكما قال الكاساني : «هو اسم لما هو ظاهر المراد مكشوف المعنى عند السامع»^(٢). وحكم اللفظ الصريح : هو القطع بإرادة ما يتبادر من لفظه عند المتكلم ، يقول القرافي (صرائح الألفاظ لا تحتاج إلى نية لدلالاتها قطعاً أو ظاهراً وهو الأكثر، والمعتمد أن الظهور مغن عن القصد)^(٣) هذا إذا لم تقم قرينة على تخلف الإرادة الباطنة عن اللفظ الظاهر، أما إذا قامت القرينة على أن اللفظ لم يكن يراد به ظاهره فيعمل بالإرادة الباطنة^(٤).

عناصر التعبير عن الإرادة في العقود والالتزامات:

ليست وظيفة التعبير باللفظ في الالتزامات هي الكشف عن الإرادة فقط ، فقد تكون الإرادة ظاهرة في اللفظ ظهوراً صريحاً لا لبس فيه ولكنه يجيء في صورة لا يتحقق معها مقصود التعاقد بما يتضمن الإنشاء، ولهذا فاللفظ الدال على ظهور الإرادة بالأخبار والإنشاء معاً يقتضي توفر ثلاثة عناصر أساسية هي :

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٢٩٣ .

(٢) بدائع الصنائع ج ٤ ، ص ١٧٩٤ .

(٣) شرح تنقيح الفصول في اختصار المحصول ص ١٢٠ .

(٤) راجع إعلام الموقعين لابن القيم ج ٣ ، ص ١٥٨ .

العنصر الأول :

إظهار الإرادة ظهوراً صريحاً، إما باللفظ الصريح وإما بما يقوم مقامه في الكشف عن الإرادة، فلولا العلم بحقيقة الإرادة ما قام أي أثر من آثار التصرف.

العنصر الثاني :

إنشاء ما يتولد عنه الأثر المطلوب، فليس المراد من التعبير هو الاستدلال على الإرادة الباطنة فحسب، فذلك يعد مجرد إخبار فقط وهذا لا يكفي وإنما المراد هو ظهور الإرادة بخبر منشيء، فعندما يقول الشخص بعت ويقول الآخر قبلت ففي لفظ كل منهما إخبار من جانب وإنشاء التزام من جانب آخر والقرينة العرفية هي التي تحدد مدلول هذا اللفظ بين الناس^(١).

العنصر الثالث :

إرادة إنشاء العقد في الحال، وهذا العنصر يرتبط بالعنصر الأول ارتباطاً وثيقاً فهما بمثابة الركن المادي للتعبير، فلو كان مراد المتكلم هو إظهار الإرادة مع إنشاء أثرها لكنه في زمن سابق أو في الزمن المستقبل فكلاهما لا يفيد شيئاً من الناحية

(١) وقد أورد الإمام القرافي في فروقه مميزات الإنشاء في إفادة الأثر بما يظهر معه الفرق بين صيغة الخبر وصيغة الإنشاء نورد منها ما يلي:

(أ) إن الإنشاء سبب لمدلوله بخلاف الخبر.

(ب) إن الإنشاءات يتبعها مدلولها فلا يقع الطلاق مثلاً إلا بعد وقوع لفظة الطلاق، أما الأخبار فتتبع مدلولاتها، فإذا قال طلقت أو بعت بصيغة الأخبار فهو يخبر عن شيء سابق وهو وقوع الطلاق أو البيع.

(ج) أن الإنشاء لا يتعلق به صدق ولا كذب، إلا فيما يترتب عليه في الحال، بخلاف الخبر فهو لا ينفك عنه أحد الاحتمالين الصدق أو الكذب، ويتحدد المقصود من كلام القرافي هذا بالنسبة لموضوعنا في النوع الأول الذي ربط فيه بين اللفظ والمدلول المترتب عليه، وهذا المدلول هو ما يظهر حدوث الشيء في الحال وليس الأخبار عنه في زمن سابق. الفروق بتصريف، ج ١، ص ٢٣.

الفقهية إذ يكون المراد مجرد إخبار عن إنشاء التزام سابق وفي المستقبل يكون بمثابة الوعد. فهذه العناصر الثلاثة متى صاحبت اللفظ الدال على التصرف بقصد فقد نشأ الأثر المترتب عليه وهو العقد المنشئ للالتزام بأحكام العقد وآثاره، ولكن متى ينقذح الأثر الذي هو حكم العقد، فالعقد تصرف من التصرفات المقصود منها إحداث أثر فهل يحدث ذلك الأثر قبل التصرف أم بعده أم أثناءه؟ والذي يستدعي إيراد هذه الحالة وبحثها هو وقت نشوء حكم العقد المبني بالإرادة المنفردة.

أراء الفقهاء في وقت انقذاح حكم العقد عند واقعة التصرف :

تناول الفقهاء تحديد الوقت الذي ينقذح فيه أثر التصرف سواء كان ذلك التصرف بالقول أو ما يقوم مقامه^(١)، وكانت لهم في ذلك أقوال مختلفة وتعليقات متعددة، وهذه الأقوال ذات صلة باتجاهين أصوليين لعلماء أصول الفقه الإسلامي وهما:

(أ) الاتجاه الأول: يذهب إلى أن العلة تصاحب المعلول وتقرانه، وعمدة أصحاب هذا الاتجاه هو قياس العلة الشرعية على العلة العقلية لاتفاق العقل والشرع وقالوا هو الأصل، لأن الأثر الشرعي ينقذح مع الوقوع المادي.

(ب) الاتجاه الثاني: يذهب إلى أن العلة تنقذح عقب المعلول وبعده لتأخرها عنه وعمدة أصحاب هذا الاتجاه هو التفريق بين العقلية والشرعية، فالعلة العقلية تصاحب المعلول، أما العلة الشرعية فتتأخر عن المعلول. لأن الأثر الشرعي ينقذح عقب الوقوع المادي، وهذا ما أخذ به الجمهور من علماء الأصول والفقهاء^(٢).

(١) والمسألة على هذا الوجه لها صلة بمسألة أصولية تناولها علماء الأصول عند الكلام عن الحكم الوضعي عند تحديد ما يظهر به الحكم الشرعي في مبحث العلة والسبب.

(٢) راجع المستصفي للغزالي ج ١، ص ٩٣، ٩٤، وأحكام الأحكام لابن حزم ج ٨، ص ٩٩ وروضة الناظر وجنة المناظر لابن قدامة مع شرحها نزهة الخاطر لابن بدران ج ١، ص ١٦٠، وشرح التلويح على التوضيح ج ٢، ص ١٣١، ١٣٢.

أحوال وقائع الأفعال مع تنفيذ الأحكام

ومع أن هذه المسألة ذات صبغة أصولية إلا أن الفقهاء تناولوها من الجوانب العملية وتكلموا عنها في حالات تنفيذ الأحكام قبل ثبوتها بحدوث أسبابها وبعده، وصنفوا وقائع الأفعال في ثلاث حالات هي :

الحالة الأولى :

ما يتقدم فيه أحكامه على أسبابه، ومثلوا له بتلف المبيع قبل قبض المشتري له، فإن المبيع يفسخ بالتلف قبل وقوع التلف تقديراً لتعذر اقتران التلف بالمبيع لأن وقوع التلف جاء بعد تمام البيع، وقالوا بذلك تقديراً لأن الفسخ رفع العقد ورفع العقد يقتضي إعادة الملك إلى بائعه وإعادة الثمن إلى باذلة، والإعادة متعذرة لتلف الملك، فتعين إذن تقدير حكم الفسخ قبل التلف وإنفاذ أثره بعده.

ومن بين ما مثلوا له به أيضاً قتل الخطأ وله حكمان :

الحكم الأول: ما يقترن فيه انقداح الحكم مع سببه مقترناً به ومثاله وجوب الكفارة على القاتل، فإن الوجوب يثبت عند تحقق الموت فلا لزوم إلى تقديره قبله.

الحكم الثاني: ما يتقدم فيه الحكم على سببه تقديراً. مثاله: وجوب الدية في القتل الخطأ، فإن انقداح وجوبها إنما يكون بعد زهوق الروح وتحقق الوفاة، ولكن تقدير الوجوب تم قبله لتدخل في ملك القاتل حتى تورث عنه وتقضى منها ديونه وتنفذ منها وصاياه ويجهز منها في حالة الحاجة إلى ذلك فهو أحق ببدل نفسه من وراثته، ومثله وجوب القصاص للورثة، فهل وجوبه ابتداء أم هو موروث عن الميت؟^(١)، يقال فيه ما قيل في المثال السابق.

(١) وللمسألة أمثلة كثيرة عند ابن رجب في القواعد، راجعه ص ٢٨٥، في القاعدة السادسة عشرة بعد المائة، والفروق للقرافي ج ٣، ص ٢٢٢.

الحالة الثانية :

ما قارنت أحكامه أسبابه، ومثلوا له بحياسة المباحات من الحطب والحشيش والمعادن والمياه والصيد، فإن تملكها ينقدح مع بدأ الحياسة لها فيكون الحكم مقارناً للفعل، كذلك مثلوا له بشرب الخمر وقطع الطريق والزنا فإن العقوبة تترتب على الفعل مع الدخول فيه ولا تتوقف على تممه ولا تجب قبله.

الحالة الثالثة :

ما يتوقف انقداح أثره على نوع صيغة بناء حكمه وتأتي صيغة بناء حكمه على نوعين:

(أ) ما يتوقف انقداح حكمه على عمل إرادتين متقابلتين، وذلك لأن بناء الحكم يقوم على صيغة محددة يتكون بناؤها من لفظين يكون أحدهما جواباً للآخر، ولا يترتب الأثر المطلوب من العقد الذي هو الحكم إلا بعد قيام لجواب المقابل، وهذا يتحدد في عقود المعاوضات، كالبيع والإجارة، والنكاح، فهذا النوع من العقود ينقدح حكمه عند آخر حرف من لفظ جواب الصيغة المعتبرة له، فإذا قال الموجب بعتك هذه السيارة بألف اقترن حكم العقد بآخر حرف من لفظ القبول، وهكذا.

(ب) ما ينقدح حكمه بعمل إرادة واحدة، وهذا ما يستقل به المتكلم بإرادته المنفردة، فهذا النوع ينقدح حكمه من تمام لفظ المتكلم به كالإبراء والطلاق قبل الدخول، والتطبيق الثالثة والعتاق والرجعة، فأحكام هذه التصرفات تثبت عند آخر حرف من لفظها^(١).

(١) راجع الفروق للقرافي ج ٣، ص ٢٢٢. وبهامشه إدرار الشروق على أنواع الفروق لابن الشاطب بنفس الصفحة، وبهامش الكتابين تهذيب الفروق والقواعد السننية في الأسرار الفقهية لمحمد علي حسين ص ٢٣٥، وشرح التلويح على التوضيح للفتنازاني ج ٢، ص ١٣٢.

ما تدخله الكناية وما لا تدخله من العقود :

الكناية تعبير يدخله الاحتمال في الدلالة على المقصود منه ، وهو وسيلة لا يقطع المراد منها لاحتمال الشيء واحتمال غيره ، وأحكام الفقه الإسلامي لا تقوم على الوجه الذي تترتب معه آثاره الشرعية إلا بما يقطع معه بثبوتها في محالها على الوجه الذي تتصف معه بالوصف الشرعي ، وتترتب أحكام العقود والالتزامات بالتعبير الكنائي على ثلاثة أقسام :

القسم الأول :

أحكام لا تترتب على محالها إلا بثبوت موجبها الشرعي ثبوتاً قطعياً كعقوبات الحدود والقصاص والكفارات ، فهذه الأحكام لا تترتب إلا على وجه القطعية ، وقد تولى الشارع تحديد طرق ثبوتها ووضع لهذه الطرق من القيود والضوابط ما يكفل سلامة ترتيبها من الشبهات والاحتمالات الواقعة والمتوقعة^(١) ، لأنه تعلق بوقوع الفعل حكم يتحصل بتنفيذه مقصود شرعي ، ويتعلق باحتمال الوقوع شبهة فعل يتحقق بعدم ثبوت حكمه مقصود شرعي ، ولكل من تحقق الفعل والاشتباه في الفعل قوة تظهر في حالة ضعف المقابل لها ، وترتيب العقوبة أو عدم ترتيبها بهذا النظر مما تحكمه قواعد السياسة الشرعية في الأحكام الجنائية في الإسلام .

القسم الثاني :

أحكام لا تترتب على محالها إلا بثبوت الرضا بموجبها ثبوتاً قطعياً ، وذلك فيما يتوقف انعقاده على الإيجاب والقبول مما يصدر من إرادتين متقابلتين ، كعقود المعاوضات وعقود الإطلاقات وعقود الشركات وعقود الضمانات ، فهذه العقود مما

(١) والمقصود هنا بالقطعية ما يدل على ظهور الحق وإبانه وليس المراد طرق الإثبات القضائية فذلك محل خلاف بين الفقهاء حول ما يقضي فيه بالقرينة وما لا يقضي فيه بها . راجع في ذلك تبصرة الحكام لابن فرحون ج ٢ ، ص ١١٧ والمغني لابن قدامة ج ٩ ، ص ٢١٦ .

يلزم لها الرضا بما يترتب عليها من آثار، وظهور الرضا أو الإرادة علامة القبول والالتزام بآثارها، والأصل عدم اللزوم بآثارها إلا بما يقطع معه بظهور كمال الرضا بصرائح التعبير عن الإرادة وبما أن مبنى العقود على القصد والإرادة فتحديد الصرائح والكنيات بما تنشأ به العقود فيما بين الناس أمر يصعب فعله لاختلافهم فيما يتعارفون عليه عند كل أهل زمان ومكان، ففي ترك تحديد المقصود من كل تعبير يعد كناية لمن عبر به مضيعة للحقوق والالتزامات فيما بين الأطراف، وهذا يؤدي إلى فوت ترتب الحقوق والأحكام الملزمة على هذا الوجه فكانت النتيجة في هذا القسم اعتبار الكنيات في تحديد المقاصد بما يعود تقديره للعرف واللغة فما كان المقصود من إيراده متفقاً مع العرف أو اللغة فهو معتبر في العقود وما لم يكن متفقاً فلا اعتبار له بين الأطراف^(١).

القسم الثالث:

أحكام لا تترتب على محالها إلا بتوفر النية والقصد في إنشاء آثارها وهذا النوع من الأحكام لا يترتب إلا على العقود التي تنشأ بإرادة واحدة، فمتى كان التعبير لإنشائها يحتمل المراد وغيره فالنية هي التي تحدد المقصود منه كما في إنشاء عقود التبرعات وعقود الإسقاطات وبعض عقود الضمانات كعقد الكفالة، فالكنيات متى صاحبها النية دلت على المراد منها لأنه إذا دخلها الاحتمال وتردد المراد منها تعين أحد الاحتمالين بالنية^(٢).

(١) لا تخلو هذه الحالة من خلاف بين الفقهاء فيما يحتاج إلى نية وما لا يحتاج إليها وما يكفي فيه بالدلالة على المراد منه لقريسته وما لا يكفي، وأكثر ما ورد الكلام على الكنيات في باب الطلاق والعتاق، راجع ما أورده ابن رجب في القاعدة التاسعة والثلاثين من كتاب القواعد ص ٥١.

(٢) وقد ورد العمل بين الصحابة - رضي الله عنهم - بالكنيات متى تحدد المقصود منها والوقائع في باب الطلاق والظهار كثيرة وهي مما تقوم آثاره بإرادة واحدة، راجع للمزيد من ذلك زاد المعاد لابن القيم ج ٤ ص ٨٠ وما بعدها.

التعبير عن الإرادة المنفردة بواسطة وسائل الاتصال الحديثة

إذا كان التعاقد يتم بين طرفين بواسطة وسائل الاتصال الحديثة فإن العقد يتم بإرادة واحدة ولو عن طريق إحدى الوسائل الحديثة للاتصالات كالبرق والهاتف والبريد وكل وسيلة تكون ناقلة للتعبير بطريق منضبط لا شبهة فيه، فلو أن إنساناً اتصل بالهاتف وأبلغ شخصاً أنه قد أهدى إليه شيئاً أو أنه تصدق عليه بشيء أو أبلغه أنه أوقف عيناً على الفقراء، أو أنه يكفل إنساناً أو أرسل خطاباً بواسطة أجهزة الاتصال الحديثة، يتضمن قيامه بأحد هذه التصرفات، أو أنه طلق زوجته فإن ذلك كافياً في بناء العقد وترتب الالتزام، فقد يدعي الشخص أنه لم يتم بشيء من ذلك كله أو ينفي شيئاً منه فذلك لا يتعلق بانعقاد العقد بواسطة هذه الوسائل وإنما ذلك يتعلق باحتمال التزوير وهذا شيء لا علاقة له بموضوعنا، فادعاء التزوير أو الكذب أو التحريف شيء وقيام العقد بالتعبير عن الإرادة بواسطة هذه الوسائل شيء آخر، والذي يعيننا هنا هو قيام الالتزام عند حدوث التعبير.

التعبير عن الإرادة بالبذل

التعبير بالتعاطي فيما يقوم به اذنين :

كما يكون التعبير عن الإرادة بالقول فكذلك يتم التعبير عنها بالفعل، فكما يعطي المشتري الخباز مقداراً من المال ويعطيه الخباز مقابله خبزاً وذلك بدون صدور أي لفظ منها فكذلك لو قال له بعتك وقال الآخر قبلت، ففي المعاطاة توفر عنصر الرضا وطيب النفس الذي يدل عليه الإيجاب والقبول فقام التعاطي

مقام اللفظ، إلا أن ذلك ليس محل اتفاق الفقهاء، فمنهم من منع انعقاد البيع بالمعاطة مطلقاً ومنهم من أجازها مطلقاً، ومنهم من توسط في ذلك:

المذهب الأول: هو مشهور مذهب الشافعية وهو عدم انعقاد العقود بالمعاطة لا في قليل ولا كثير ولا خطير ولا حقير^(١).

المذهب الثاني: هو انعقاد البيع بالبذل لدلالته على الرضا في الكثير والقليل والنفيس والخسيس، وهذا هو مذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والحنابلة وهو اختيار جماعة من الشافعية^(٢).

المذهب الثالث: مذهب المتوسطين ويقولون بانعقاد البيع بالمعاطة في المحقرات دون النفيس وهذا ما ذهب إليه الكرخي من الحنفية وابن سريج والغزالي من الشافعية والقاضي أبويعلى من الحنابلة^(٣) إلا أنهم اختلفوا فيما يعد حقيراً وما يعد نفيساً على أقوال متفاوتة، وقد قال الشعراني في الميزان (وضابط الخطير أن كل ما تحتاج الناس فيه إلى الترافع إلى الحكام فهو خطير، وكل ما لا يحتاجون فيه إلى ذلك فهو حقير^(٤)).

(١) وقيل يصح في المحقرات دون الخطيرات، واختار بعض الشافعية انعقاد البيع بالمعاطة فيما عده الناس بيعاً، راجع روضة الطالبين للنووي، ج ٣، ص ٣٣٦.

(٢) راجع بدائع الصنائع، ج ٦ ص ٢٩٨٥، وبلغت السالك ج ٢، ص ٣، والإيناص ج ٤، ص ٢٦٣.

(٣) راجع مجمع الأنهر ج ٢ ص ٥، وحاشية ابن عابدين ج ٤، ص ٥١٤، وإحياء علوم الدين للغزالي، ج ٢، ص ٦١، والإيناص في معرفة الراجح من الخلاف للمرداوي، ج ٤، ص ٢٦٣.

(٤) الميزان الكبرى ج ٢، ص ٧٢.

التعبير بالبذل فيما يقوم بإرادة واحدة

عرفنا أن انعقاد البيع بالبذل محل خلاف فقهي بين الفقهاء، وأن علة المنع والصحة هي تحقق الرضا بالانعقاد أو عدم تحققه فيما يقوم فيه العقد بإرادتين، فمن لم يجعل البذل دليلاً على الرضا منع انعقاد العقد به، ومن جعله دليلاً على الرضا قال بصحة العقد، هذا فيما يلزم لانعقاده توافق إرادتين، أما ما يقوم العقد فيه بالإرادة المنفردة فدلالة البذل عليه تكون أظهر لأن البذل أبرز مظاهر القصد إلى إنشاء الأثر المترتب على التصرف، إلا أنه وقع الخلاف بين الفقهاء فيما يتم بإرادة واحدة وذلك لاصطحاب كل مذهب أصله في عقد البيع وقاس عليه عقود الهبة والهدية والعطية والصدقة والوقف مما يقوم العقد فيه بإرادة واحدة، ويتحدد الخلاف في هذه العقود في ثلاثة أقوال ما بين مجيز ومانع ومتوسط، فالملكية والحنابلة يمثلون في هذه المسألة أوسع الأقوال في صحة بناء العقود بإرادة واحدة بالفعل أو البذل في عقد الوقف والهبة والهدية والصدقة قياساً على أصلهم في مسألة صحة عقد البيع بالتعاطي، ومع أن الحنابلة أوسع مجالاً من الملكية في ذلك إلا أنهم اشترطوا في عقد الوقف أن يكون مع الفعل قرائن تدل على إرادة الوقف لتظهر الإرادة مع هيئة التصرف في تحديد الدلالة^(١).

أما الحنفية فيتفق مذهبهم مع مذهب الحنابلة في عقد الهبة والهدية ووقف المسجد، فهذه صرحوا فيها بصحة العقد بالبذل لظهور الدلالة على الإرادة في تكوين العقد بخلاف الوقف على الفقراء فإنهم منعوا الوقف ومدى أبعديته وعدم

(١) وفي رواية عند الحنابلة لا يصح الوقف إلا بالقول دون الفعل، راجع الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف ج٧، ص٤٠٣، وج٤ ص٢٦٤، وراجع مطالب أولي النهى شرح غاية المنتهى للرحياني ج٤، ص٣٨٤٠، وراجع الخرشبي على مختصر خليل ج٧، ص٨٨، وحاشية الدسوقي ج٤ ص٨٤.

انقطاعه، وقالوا: «لو جرت به عرف اكتفينا بذلك كمسألتنا»^(١)، ومعنى هذا أن العرف لو قام مقام اللفظ في الدلالة على الوقف قام العقد بذلك^(٢).

أما الشافعية فيمثلون أضييق الأقوال في انعقاد عقود الإرادة الواحدة بالبذل أو الفعل قياساً على أصلهم في مسألة البيع بالتعاطي^(٣)، واختار صاحب المجموع صحة الهبة بالمعاطاة^(٤) ونفي أن يكون القول بالبذل في الهبة من باب الإباحة^(٥). أما عقود الوصية والكفالة فلا يتحقق قيام العقد فيها بالفعل أو البذل^(٦).

والمتبع لمباني هذه الأقوال في مسألة صحة ابتناء العقد بالبذل أو الفعل أو عدم صحة ابتائه يجد أن المنع أو التضييق في الصحة إنما قام على عدم القطع بتحديد صحة الإرادة في تلك التصرفات على إرادة الالتزام، ومن قال بصحة العقد فإنها نظر إلى اكتمال دلالة الفعل أو البذل على الإرادة في بناء الالتزام، والحق في نظري هو أن تحديد الإرادة في بناء الالتزام بالتصرف في البذل أو الفعل تحكمه وقائع الأحوال بين الناس وما يتعارفون عليه فما كان بذله أو فعله قام على الوجه الذي تعارف الناس على المراد من فعله فهو قام على المقتضى الذي يترتب عليه عرفاً لمن

(١) البحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم، ج ٥، ص ٢٤٨، ٢٤٩.

(٢) راجع فتح القدير ج ٥، ص ٦٢.

(٣) راجع المهذب للشيرازي ج ١، ص ٤٤٢.

(٤) راجع المجموع شرح المهذب تكملة محمد مطيعي ج ٤، ص ٢٨٤.

(٥) تعتبر الإباحة من باب الهبة على وجه العموم، أما على وجه الخصوص (فالإباحة ضد الحظر والمباح ما أجزى للمكلفين فعله وتركه بلا استحقاق ثواب ولا عقاب أو مأخذ فيه)، حاشية ابن عابدين ج ٦، ص ٣٣٦، والإباحة في الاستعمال الفقهي بمعنى الإذن في الشيء إلا أنها لا تحمل معنى التعاقد عليه فهي لا تحتاج إلى إيجاب وقبول، ومعنى هذا أن الإذن إباحة كالإذن للضيف في الأكل والشرب والمبيت وليس تمليكاً له، راجع في ذلك المحلى لابن حزم ج ٩، ص ١٦٣.

(٦) أما الوصية فهي تمليك لما بعد الموت ولا يتحقق فيها لا بذل ولا فعل من الموصي، وأما الكفالة فهي ضم ذمة إلى ذمة وضم الذمة على وجه الضمان لا يتحقق بالبذل أو الفعل وعليه خرج هذان العقدان من مبحث التعبير عن الإرادة بالفعل.

قدم شيئاً إلى قريب أو صديق أو أرسله إليه مما يتعارف الناس على إهدائه، أو كمن اقتطع جزءاً من أرضه وبناه مسجداً وأذن للصلاة فيه فهذا في عرف الناس أراد وقفه مسجداً، وأما من رأى صديقه أو قريبه تحت ظرف يحتاج معه إلى سيارة فقدم الصديق سيارته ليركبها المحتاج إلى عمله أو لينقل عليها متاعه فليس ذلك في العرف هدية تملك وإنما هي إعارة، ويمكن أن يقال ذلك في بقية العقود ذات الإرادة الواحدة.

التعبير عن الإرادة المنفردة بالإشارة

الإشارة صدور حركة من أحد أعضاء الإنسان يفهم منها عادة الرضا بالشيء أو الرفض، واستعمال هذا المظهر من مظاهر التعبير لا يخلو أن يكون في إحدى حالين:

أ) أن تكون الإشارة صادرة ممن لا يقدر على النطق.
ب) وإما أن تكون صادرة ممن له قدرة على النطق، فأما إن كانت من ذوي الصنف الأول كالأخرس فهي مقبولة منه وتقوم مقام النطق للقادر عليه للضرورة وذلك بلا خلاف عند الفقهاء^(١) في كل العقود، جاء في الأشباه والنظائر (الإشارة من الأخرس معتبرة، وقائمة مقام عبارة الناطق في جميع العقود كالبيع والإجارة والرهن والنكاح والرجعة والظهار، والحلول: كالطلاق والعتاق والإبراء وغيرها، كالأقارير والدعاوي واللعان والقذف والإسلام)^(٢) ما عدا الشهادة والحدود فلا تقوم بالإشارة^(٣).

(١) ذكر عدم ورود الخلاف في ذلك ابن قدامة في المغني، ج٧، ص٢٣٩، وفي ذلك خاصية من خصائص ساحة الإسلام واحترام كافة أفراد الإسلام وتيسير السبل لهم للحصول على ما أباحه الله لهم من وسائل التكسب في الحياة كل على قدره واستطاعة حاله.

(٢) السيوطي ص٣١٢.

(٣) لفظ الشهادة لا يتحقق من الأخرس فتكون الشهادة على هذا الوجه محل اشتباه لا يثبت معه =

أما إن كانت الإشارة صادرة من ذوي الصنف الثاني، وهو من له قدرة على النطق ففيها خلاف بين الفقهاء:

يذهب الحنفية إلى عدم قبول إشارة القادر على النطق، بل إنهم لم يعتبروا معتل اللسان في حكم الأخرس إلا في أربع مواضع الكفر والإسلام والنسب والفتوى^(١)، وهو صدور الفتوى من المفتي^(٢) أما الكفر فلأن للإسلام حماية بعد اعتناقه وهذه الحماية لاتزول مع قيام الاحتمال فلا يثبت الموجب للحد بمجرد احتمال الكفر، وأما الإسلام فلأن الدخول فيه حق يجب على كل فرد بلا استثناء، وهذا مما تقتضيه العقول الواعية والفطر السليمة، وهو الذي يتبادر إليه مقصود الإنسان بالإشارة أو العبارة والحكم بذلك لا يتأخر لرد أي احتمال كان، لأن الإسلام حق ظاهر ولا اعتبار لما يخالفه لا عند التحقق ولا عند الاحتمال، وأما النسب فلأن الشارع يتشوف إلى إلحاق الأنساب وربطها بين الناس، وأما الفتوى فقد ذكر صاحب غمز عيون البصائر أنه ليس اللفظ بها مما تقوم عليه أحكام تتعلق به، وإنما اللفظ طريق معرفة الجواب ومتى حصل ذلك بالإشارة المفهومة فإنه يقوم مقام اللفظ^(٣).

= تعيين، وهذا مذهب الحنابلة والحنفية، وعند المالكية والشافعية تقبل «إذا فهمت إشارته لأنها تقوم مقام نطقه في أحكامه كطلاقه ونكاحه وظهاره وإيلائه فكذلك في شهادته» المغني لابن قدامة ج ٩، ص ١٩٠، وأما إقراره بالحد بالإشارة المفهومة فقال بعض الفقهاء عليه الحد لأن من صح إقراره بغير الزنا صح إقراره به، وقال آخرون لا يحد لأن الإشارة محتملة ولا يحد إلا بما يقطع به فثارت احتمالات الشبه والاحتمال أن له شبهة لا يمكنه التعبير عنها، راجع المغني، ج ٨ ص ١٩٦. والأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٣٤٣.

(١) وأما معتقل اللسان ففيه خلاف عندهم قال ابن نجيم: «والفتوى على أنه إن دامت العقلة إلى وقت الموت يجوز إقراره بالإشارة والأشهاد عليه، ومنهم من قدر الامتداد بسنه» الأشباه والنظائر ص ٣٤٤.

(٢) راجع الأشباه والنظائر لابن نجيم، ص ٣٤٤.

(٣) راجع كلامه عن الإفتاء وظهور المراد منه في إشارة المفتي في ج ٣، ص ٤٥٦.

وبمثل قول الحنفية قال الشافعية والحنابلة، إلا أن الشافعية ألقوا معتقل اللسان بالأخرس في قبول إشارته المفهومة^(١).

وذهب المالكية إلى القول بالاعتداد بإشارة القادر على النطق، وأجازوا التعاقد بإشارة القادر على النطق في المعاملات المالية، وذكر الدردير أن البيع وما في معناه ينعقد (بما يدل على الرضا في قول أو كتابة أو إشارة منها أو من أحدهما)^(٢).

التعبير عن الارادة المنفردة بالسكوت

السكوت هو الصمت والانقطاع عن الكلام والساكت لا يترتب عليه أثر من الآثار التي تترتب على الألفاظ والأفعال مما يرتب التزاماً في التصرفات القولية والتعاقدية لأنه لا يظهر معه علاقة رضا ولا عدم رضا لعدم البيان بما في نفس الشخص، وفي هذه الحالة لا ينسب لساكت قول لا بصريح القول ولا بالكناية عنه، وأحكام الشريعة الإسلامية تقوم في مبانيها على وضوح وظهور المراد، ولهذا يمكن القول بأن القاعدة العامة في أحكام الإسلام أن السكوت لا يعد تعبيراً لا في باب العقود والالتزامات ولا في غيرها من بقية الأحكام.

إلا أن هذه القاعدة لها مستثنيات تقتضيها بعض وقائع الحياة العملية مما يستدعي من الشخص في موقف من المواقف أن يتكلم بشيء يلزمه التكلم عنه، لأن الكلام أو عدم الكلام كلاهما يحمل معنى تكون له دلالة فيما أن تكون دلالة ظاهرة في حالة التصريح وإما أن تكون دلالة ضمنية في حالة السكوت، وعلى هذه الحالات المستثناة قامت قاعدة فقهية تحدد الآثار المترتبة على السكوت في معرض الحاجة إلى الكلام، هذه القاعدة هي قولهم «السكوت في معرض الحاجة إلى البيان بيان»^(٣).

(١) راجع الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٣١٤، والمغني لابن قدامة ج ٣، ص ٥٦٦.

(٢) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج ٣ ص ٣.

(٣) هذه القاعدة تعد بمثابة قاعدة استثنائية من قاعدة عامة هي «لا ينسب لساكت قول» ويذكر أن =

الأصل الشرعي لقاعدة التعبير بالسكوت :

تعد قاعدة التعبير بالسكوت نوع من أنواع السنة التي هي الأصل الثاني من أصول التشريع النقلية بعد الكتاب الكريم، وعملاً بهذه القاعدة فقد وردت نصوص كثيرة في وقائع متعددة لم تكن في قول تلفظ به النبي ﷺ، ولا في فعل تصرف به وإنما جاءت فيما لم يقل فيه بشيء ﷺ، مع صدور الفعل أو القول من أحد أصحابه أمامه أو بنقله إليه لمعرفة حكمه منه ﷺ، والوقائع في ذلك كثيرة نذكر منها:

أ (ما رواه الإمام أحمد في مسنده وأبوداود في سننه عن عمرو بن العاص أنه لما بعث في غزوة ذات السلاسل قال: «احتلمت في ليلة باردة شديدة البرد فأشفقت إن اغتسلت أن أهلك فتيمنت ثم صليت بأصحابي صلاة الصبح فلما قدمنا على رسول الله ﷺ، ذكروا ذلك له، فقال: يا عمرو صليت بأصحابك وأنت جنب؟ فقلت: ذكرت قول الله تعالى: ﴿ولا تقتلوا أنفسكم إن الله كان بكم رحيماً﴾^(١) فتيمنت ثم صليت، فضحك رسول الله ﷺ، ولم يقل شيئاً»^(٢).

= أول من نسبت له هذه القاعدة هو الإمام الشافعي، وهي تعد مبدأ من المبادئ الأصولية التي دارت عليها جملة من الفروع في مذهب الشافعية، تمثلت عندهم في مسألة التعبير عن الرضا في التصرفات التي بنيت عليها الالتزام وهذا ما حدى بهم إلى منع صحة التعاقد بالمعاطة وما يقاس عليها مما هو في حكمها، راجع الأشباه والنظائر للسيوطي، ص ١٤٢، أما القاعدة الاستثنائية وهي قاعدة (السكوت في معرض الحاجة إلى البيان) ذكرها علماء الأصول من الحنفية، وجعلوا السكوت في معنى النطق في بعض المواضع التي تمس الحاجة فيها إلى البيان، إلا أن الحنفية أقاموا العمل بهذه القاعدة على ضوابط وحدود ثابتة تقوم عليها الأحكام المترتبة على السكوت، راجع في ذلك كشف الأسرار على أصول البيهقي لعبد العزيز البخاري، ج ٣، ص ١٤٨.

(١) سورة النساء، الآية: ٢٩.

(٢) الحديث أخرجه الإمام أحمد في المسند ج ٤، ص ٢٠٣، وأبوداود في السنن كتاب الطهارة، باب إذا خاف الجنب البرد أتيتم، الحديث رقم ٣٣٤.

ب) إقراره ﷺ، لمعاذ بن جبل على الاجتهاد بالرأي إذا لم يجد في القرآن ولا في السنة وقوله: «الحمد لله الذي وفق رسول رسول الله إلى ما يرضي الله ورسوله»^(١).

ومن السنة القولية ما ورد فيه النص الصريح عن رسول الله ﷺ، فيما رواه الإمام مسلم والنسائي من حديث عبدالله بن عباس أن النبي ﷺ، قال: «الأيمن أحق بنفسها من وليها والبكر تستأذن في نفسها وأذنها صماتها»^(٢). وفي الحديث دلالة صريحة على أن السكوت في هذه الحال يعد مظهرًا من مظاهر التعبير عن الإرادة.

تحديد قاعدة التعبير بالسكوت :

أكثر من توسع في أعمال القاعدة الاستثنائية هم الحنفية، ثم يأتي بعدهم في ذلك المالكية والحنابلة، إلا أنهم وضعوا لها من القيود والضوابط ما يحدد استعمالها على وجه صحيح فنراهم يقسمون السكوت البياني إلى نوعين:

أ (اعتبار السكوت كالتصريح لدلالة الحال :

قد يلتزم الشخص الصمت فلا يتكلم بشيء ينتظر منه أن يتكلم فيه في الحال للحاجة إليه، لكن صمته مصحوب بحال تظهر قرائنها على ظروف حاله وهو في داخل نفسه أيضًا تحدوه الرغبة في حدوث الأثر الذي سكت عن إظهار الرغبة فيه باللفظ، وبهذا فالسكوت مصحوب بدلالة واضحة على الحال، والسكوت هنا دليل الرضا، فيجعل ذلك كالتصريح^(٣). ومثلوا لذلك بسكوت الفتاة البكر عند

(١) الحديث أخرجه أبوداود في سننه كتاب الطهارة، باب اجتهاد الرأي بالقضاء ج٣، ص٣٠٣.

(٢) صحيح مسلم كتاب النكاح باب استئذان الثيب في النكاح بالنطق والبكر بالسكوت، ج٢،

ص١٠٣٧، وسنن النسائي، ج٦، ص٨٥.

(٣) راجع أصول السرخسي ج٢، ص٥٠، ٥١.

استثمار وليها لها قبل التزويج ، وكذلك سكوتها عند قبض مهرها ، وكذلك سكوت الوكيل عند التوكيل ، وسكوت المقر له بشيء^(١).

ب) اعتبار السكوت كالتصريح لضرورة دفع الغرور :

قد يتصرف الابن في مال أبيه ، أو العبد في مال سيده ، وذلك بمرأ العين من الأب أو من السيد فلم يمنع أحدهما ابنه أو عبده من التصرف ، ولم يتكلم بالرضا عما يفعله ، فسكوته مع حضوره دليل على الرضا بما يفعل الابن أو العبد ، فجعل الفقهاء السكوت في هذه احوال كالتصريح بالإذن لضرورة دفع الغرور ، وقالوا في توجيه بيان هذه الحالة إن تصرف العبد أو الابن بمثابة الإذن العام ، ومتى صدر الإذن على وجه العموم لا يصح الحجر الخاص والناس لا يستطيعون استطلاع رأي الأب أو السيد في كل حالة على حده^(٢) ، ومثلوا لذلك بسكوت الشفيع بعد علمه بالبيع وجعلوه بمثابة إسقاط الشفعة لضرورة دفع الغرور عن المشتري فإنه يحتاج إلى التصرف في العين ، وكذلك نكول المدعى عليه عن اليمين يجعله بمنزلة الإقرار منه لدفع الضرر عن المدعي^(٣).

ويتفق المالكية والحنابلة مع الحنفية في مبدأ العمل بالسكوت في الدلالة على الرضا بدلالة الأحوال ، كاعتبار سكوت البكر دليلاً على الرضا ، وسكوتها في تفويضها وليها في تولي عقد النكاح في حالة حضورها^(٤) ، وكذلك سكوت الشريك عن المطالبة بالشفعة مع علمه ببيع شريكه ، وكذلك سكوت المستأجر

(١) راجع لمزيد من الأمثلة الأشباه والنظائر لابن نجيم ، ج٣ ، ص ١٥٤ .

(٢) راجع كشف الأسرار على أصول البزدوي لعبدالعزیز البخاري ، ج٣ ، ص ١٥٠ .

(٣) راجع أصول السرخسي ج٢ ، ص ٥١ .

(٤) هذا هو معتمد القول عند المالكية ، راجع الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي ج٢ ، ص ٢٢٧ ،

وبلغة السالك ج٢ ، ص ٣٨ والمغني لابن قدامة ج٦ ، ص ٤٩٣ وج ٥ ص ٣٢٦ .

بمضي مدة تزيد عما في عقد الإجارة مما يلزم معه العقد بالسكوت لاستمرار الانتفاع بالعين .

أما الشافعية فهم يغلبون تطبيق القاعدة العامة أكثر من الخروج عليها بالاستثناء، لاسيما وأن الإمام الشافعي هو الذي تنسب إليه قاعدة (لا ينسب لساكت قول) وقد ظهر تأثير هذه القاعدة في عقود البيع بالتعاطي، فهم أشد الفقهاء تطبيقاً لتصحيح العقد بالمعاطاة، إلا أن ذلك لا يمنع إيرادهم لصور تعد خارجة على القاعدة العامة، ذكروا منها ما يلي:

- ١ - سكوت البكر عند النكاح .
 - ٢ - سكوت المدعى عليه عن الجواب بعد عرض اليمين عليه واعتباره ناكلاً وترد اليمين على المدعي .
 - ٣ - لو رأى السيد عبده يتلف مال الغير وسكت عنه فإنه يضمه .
 - ٤ - القراءة على الشيخ في حلقة العلم وهو ساكت ينزل منزلة نطقه^(١) .
- وقد قام بعض فقهاء المذهب الشافعي بجمع المسائل المستثناة من القاعدة العامة، وتوالى العمل في ذلك حتى أفردها بعضهم بمؤلف خاص^(٢) مما يدل على تزايد الصور المستثناة من قاعدة إمام المذهب .

وأما الظاهرية فيمثلون أضيق المذاهب في هذا الموضوع، فقد حصروا نطاق التعبير بالسكوت عن الرضا في موضعين فقط ذكرهما ابن حزم بقوله: «والسكوت ليس رضا إلا من اثنين فقط» وحددهما في سكوت الرسول ﷺ، باعتباره مصان من الباطل، وأن سكوته بيان يجب العمل بمقتضاه، وكذلك سكوت البكر عند نكاحها لورود النص بذلك^(٣) .

(١) نسبه ابن قدامة في المغني للخرقي صاحب المتن، راجع المغني ج ٥، ص ٤٤٦ .

(٢) ذكر هذه الصور وغيرها السيوطي في الأشباه والنظائر ص ١٤٢، ١٣٤ .

(٣) راجع المحلى لابن حزم، ج ٩، ص ٤٤٤ .

وعليه فإن المتتبع لأقوال الفقهاء في هذا الموضوع يجد أنهم أوردوا عدداً من الصور والجزئيات التي تخرج عن طوق القاعدة العامة، إلا أن هذا الخروج قام على دليل استثنائي من الشارع فمن هذه الصور ما كان بالنص، كحديث: «الأيّم أحق بنفسها من وليها والبكر تستأذن في نفسها وأذنها صماتها»^(١)، ومنها ما هو بالاعتبار من وقائع وقعت في عصر التشريع كتقريرات الرسول ﷺ، وعمل أصحابه من بعده، ومن هنا تفاوتت تقريرات الفقهاء في كثير من المسائل لدلالة الأحوال على الرضا مع السكوت، فمنهم الموسع ومنهم المتوسط ومنهم المضيّق في ذلك، إلا أنه مما يلاحظ أن الحنفية وهم يمثلون أوسع الأبواب في هذا الموضوع، قد عملوا على بناء قاعدة استثنائية تجمع الصور والجزئيات المتناثرة مما تقوم فيه الأحوال مقام المقال، وجعلوا لهذه القاعدة من الحدود والقيود ما تنضبط به أوصاف المسائل المستثناة بما يدل على التعبير عن الإرادة الباطنة بدلائل الأحوال الظاهرة مما يدل على الرضا في كثير من أحكام تصرفات الناس ووقائعهم.

التعبير عن الارادة المنفردة بالسكوت في القانون الوضعي

درج القانون الوضعي على المبدأ الذي قامت عليه أحكام السكوت في الفقه الإسلامي من حيث عموم القاعدة، فالسكوت المجرد في القانون الوضعي لا يكون تعبيراً عن الرضا، وكذلك في قاعدة المستثنيات، فهناك مستثنيات أقتضت وقائع الحياة العملية خروجها على القاعدة العامة، منها ما ورد النص عليه في القانون ومنها ما هو متروك للاجتهاد القضائي، ولكننا نجد في النظريات القانونية في العقود والالتزامات ما يبرز هذه الاستثناءات في قاعدة عامة محددة ذات أوصاف وضوابط تلتزم فيها جزئيات الوقائع المتشابهة ذات الدلائل المرتبطة بالأحوال والظروف المحيطة بالسكوت في تصرفات الأشخاص على غرار ما كانت

(١) الحديث سبق تخريجه على ص ٦٠.

عليه الحال في الفقه الإسلامي ، وكذلك لم نجد للمسألة تأصيل فقهي يرتبط بقواعد الحقوق ، ومعنى هذا أن يكون الاستثناء متروكاً لاعتبارات النظر الفقهي والاجتهاد القضائي أكثر من الارتباط بقواعد الحقوق ، فمثال ما ورد في النص القانوني سكوت الدائن عن مدينه المدة المحددة في القانون فإنه يسقط الحق بالتقادم بمضي المدة^(١) .

والحق في نظري هو أن السكوت في هذه الحالة لا يحمل على أنه تعبير عن الإرادة يترتب عليه حق للغير ينبي ثبوته أو عدم ثبوته على دلالة السكوت وقرائن أحوال القضية ، فليس هذا من السكوت الذي يتحدد فيه منشأ الحق أو الالتزام من مدلول اللفظ الصادر من الشخص ، فالحق هنا ثابت ولا شبهة في ثبوته في الذمة وتأخير المطالبة به لا يقوى على إضعاف قوة ثبوته ولا على إزالته ، أما إذا كان مضي الزمن مرتباً على دعوى في إثبات الحق فمتعلق التقادم سماع الدعوى في إثبات الحق أو الالتزام ، وهذا هو الذي تناوله علماء الفقه الإسلامي في أحكام القضاء فيما يرتبه ولي الأمر على وفق مصلحة الترتيب الإدارية فيما يتعلق بالنواحي الإجرائية^(٢) .

(١) راجع نظرية العقد للسهنوري ، ص ١٥٩ ، ودور السكوت في التصرفات القانونية للأستاذ عبدالرازق حسن ص ٣٥ وما بعدها .

(٢) وهو ما يعرف بعلم المرافعات وذلك لقطع ذريعة الدعاوى القديمة مما يكون ذريعة للدعوى الكيدية وحيل التزوير والتلاعب بالحقوق .

الباب الثاني

قدرة الارادة المنفردة على بناء الالتزام

الفصل الأول التعريف بالالتزام وطبيعته الفقهية

الالتزام في اللغة :

الإلزام والالتزام من فعل (لزم) بمعنى الثبوت والدوام ، ويتعدى بالهمزة فيقال ألزمته أي أثبته وأدمته ، ولزمه المال وجب عليه ، ويقال لزمه الطلاق وجب حكمه وهو قطع الزوجية ، ومنه الملتزم وهو ما بين باب الكعبة والحجر لأن الناس يعتنقونه أي يضمونه إلى صدورهم . ويقال لازمت الغريم ملازمة إذا تعلقت به ومنه قوله تعالى : ﴿ قل ما يعبا بكم ربي لولا دعاؤكم فقد كذبتم فسوف يكون لزاما ﴾^(١) أي عذاب لازم لكم لقاء تكذيبكم^(٢) والالتزام الاعتناق^(٣) وهو الارتباط بين شيئين على وجه اللزوم كارتباط الدين بذمة المدين .

الالتزام في اصطلاح الفقهاء :

لم يتعرض الفقهاء إلى تعريف الالتزام إذا ما استثنينا الخطاب من الملكية وكتابه «تحرير الكلام في مسائل الالتزام» وهذا ما صرح به الإمام الخطاب في مقدمة كتابه المذكور حيث يقول : «وبعد قد شاع على مذهب الإمام مالك - رضي الله عنه - الحكم بالالتزام ، وكثر السؤال عن ذلك عند التشاجر والخصام ولم يكن له في كتب أهل المذهب باب ولا فصل مقرر ، ولا علمت فيه مصنفاً يؤخذ حكمه منه ويحجر»^(٤) وليس معنى هذا أنه لم يكن لهم علم به أو بمقتضاه في الأحكام كيف

(١) سورة الفرقان ، الآية : ٧٧ .

(٢) راجع لسان العرب لابن منظور ج ٣ ، ص ٣٦٢ ، والمصباح المنير ج ٢ ، ص ٦٦٩ ، والقاموس المحيط ص ١٤٩٤ ، وكتاب التعريفات للجرجاني ص ٢٠١ .

(٣) الصحاح للجوهري ج ٥ ، ص ٢٠٢٩ .

(٤) الصحاح للجوهري ج ٥ ، ص ٢٠٢٩ .

وفقهاؤنا أرباب دقائق النظر في الأصول والفروع وترتب الأحكام على مقتضى النظر الفقهي الدقيق الذي بهر الباحثين والدارسين في النظم الوضعية وظهرت أحكام اجتهاداتهم سوابق لا تجارى تميزوا فيها بنظر لا يبارى، ورجال الفقه الإسلامي وإن كانوا لم يعنوا بالتقسيم والتبويب ووضع النظريات ودراسة مبادئ الأحكام دراسة شمولية كما فعل رجال القانون الوضعي إلا أنهم رتبوا فروع المسائل على أصولها وكانت اجتهاداتهم تصدر عن عمق في الاستنباط ودقة في الحلول وكل ذلك يرتبط بأصل من أصول الشرع أو قاعدة من قواعده أو مبدأ من مبادئه وكلياته العامة، ويقول الخطاب في مقدمة كتابه «تحرير الكلام في مسائل الالتزام» وهو في معرض الكلام عن عدم إفراد الالتزام بكتاب أو باب أو فصل في كتب الفقه الإسلامي: «بل مسائل متفرقة في الكتب كثيرة الشعب والاضطراد»^(١).

تعريف الخطاب للالتزام: «هو إلزام الشخص نفسه شيئاً من المعروف مطلقاً أو معلقاً على شيء بمعنى العطفية، وقد يطلق في العرف على ما هو أخص من ذلك وهو التزام المعروف بلفظ التزام وهو الغالب في عرف الناس اليوم»^(٢).

ويبدو من تعريف الخطاب أنه أراد احتواء مصادر الالتزام ويظهر ذلك من خلال الأمثلة التي أورد بها التعريف^(٣) إلا أن بعض ما أورده في الأمثلة لم يجمعه نص التعريف لأنه قام في مبناه على التبرعات دون المعاوضات، وبهذا أمكن القول بأن الإمام الخطاب لم يقصد في تعريفه التعريف الجامع المانع.

(١) ص ٦٦، من كتاب الخطاب المذكور.

(٢) تحرير الكلام في مسائل الالتزام ص ٦٨.

(٣) وذلك عندما ذكر عقب التعريف الصدقة والهبة والحبس والنذر والضمان والعارية وكذلك من التزام الإنفاق على شخص مدة معينة أو مدة حياته، إلى غير ما ذكره من الأمثلة راجع ص ٧١.

تعريف الالتزام عند أصحاب الدراسات المقارنة :

هناك من تناول تعريف الالتزام بعد بروزه في الدراسات القانونية الوضعية أمثال الشيخ أحمد إبراهيم والشيخ علي الخفيف ومصطفى الزرقاء وشفيق شحاته وعبدالحالقي حسن وغيرهم، إلا أن تعريفات هؤلاء له جاءت دائرة بين التأثير والتأثر في تلك الدراسات المقارنة، ونذكر بعضاً من هذه التعريفات بالقدر الذي يبين ما أوردته آنفاً:

أولاً : من التعريفات التي جاءت على وجه التأثير ما يلي :

أ (عرفه الشيخ أحمد إبراهيم بقوله: «يطلق الالتزام عندنا بطريق الاشتراك على أحد معنيين: معنى خاص ومعنى عام، فتعريفه بمعناه الخاص هو إيجاب الإنسان شيئاً من المعروف على نفسه مطلقاً أو معلقاً ولا يتم إلا بالحيازة، وتبطله الموانع قبل الحيازة»^(١) وتعريفه له إلى هذا الحد يقصره على الالتزام عن طريق التبرعات، إلا أنه أعقب ذلك التعريف الخاص بتعريفه له بمعناه العام فقال: «وتعريفه بالمعنى العام وهو المراد هنا إيجاب الإنسان أمراً على نفسه إما باختياره وإرادته من تلقاء نفسه وإما بإلزام الشرع إياه فيلتزمه لأن الشرع ألزمه به امتثالاً وطاعة لأمر الشرع»^(٢). وهذا التعريف يستوعب مصدرى الالتزام على وجه الإجمال وهما إلزام الإنسان نفسه أو إلزام الشرع له، كما أنه يتجه إلى إبراز الناحية الموضوعية للالتزام وهذا وجه تقريب الالتزام في الفقه الإسلامي إلى معناه في القانون الوضعي^(٣).

ب) وعرفه الشيخ علي الخفيف: «بأنه تعهد شخصي لا يسأل عنه غير الملتزم فكان قاصراً عليه حال حياته وعلى ما يتركه من أموال بعد وفاته إذا لم يؤثر

(١) الالتزامات في الشرع الإسلامي، ص ٢١.

(٢) الالتزامات في الشرع الإسلامي، ص ٢١.

(٣) راجع في محاولة الربط بين التعريفين نظرية الالتزام، عبدالناصر عطار، ص ٢٠.

فيه الموت بالسقوط ، وهو نوعان : قسري ؛ ما كان نتيجة الإلزام ممن له حق الإلزام ، وذلك كما في المطلوبات الدينية التي أُلزم الله بها عباده من زكاة وصدقة وحج وصلاة ونفقات . واختياري ؛ ما كان بإرادة الإنسان واختياره فيلزم نفسه ولم يكن مطلوباً منه من قبل»^(١) .

ويلاحظ أن ما أورده الشيخ الحفيف يعد وصفاً للإلزام وليس تعريفاً له^(٢) وقوله : «تعهد شخصي» محاولة من الشيخ علي الحفيف لتقريب التعريف إلى فكرة الإلزام في القانون الوضعي .

ثانياً : من التعريفات التي جاءت على وجه التأثير بالدراسات القانونية لنظرية الإلتزام ما يلي :

أ (ما عرفه به مصطفى الزرقاء بقوله : «كون الشخص مكلفاً بفعل ، أو امتناع عن فعل لمصلحة غيره»^(٣)) والتعريف بهذا الحد الذي ورد عليه لا يخرج عن مجمل تعريف الإلتزام في القانون الوضعي ، إلا أنه أسند مصدر الإلتزام إلى الشرع عند شرحه للتعريف ، ثم استطرد في التمثيل على مصادر الإلتزام وهي العقد أو الفعل الضار أو الإلتزام الشرعي .

ب) وعرفه الدكتور شفيق شحاته في كتاب النظرية العامة للإلتزامات في الشريعة الإسلامية ، بقوله : «الإلتزام في جوهره هو دائماً عبارة عن فعل مطلوب من شخص معين ، وعنصر الطلب هذا هو الذي يظهر أن الإلتزام يتضمن ارتباطاً بين شخصين ، وهذا الارتباط يسميه الفقهاء المطالبة»^(٤) ،

(١) نقلاً عن كتاب سبب الإلتزام وشرعيته للدكتور جمال الدين محمود ، ص ١٦١ .

(٢) فالتعريف ما كان مختصراً جامعاً مانعاً يتميز به المعرف عن غيره ، وهو ما سماه الغزالي بالحد الرسمي ، راجع المستصفي ج ١ ، ص ١٢ .

(٣) المدخل الفقهي العام ج ١ ، ص ٤٣٦ .

(٤) ج ١ ، ص ١٩٧ .

وأن هذه الرابطة عند الفقهاء رابطة مادية، وحقيقة التعريف تتمثل في أنه لا يَعدُّ أن يكون شرحاً لمفهوم أطراف الالتزام عند الفقهاء، ثم يفهم منه أنه قصر مصادر الالتزام على مصدر واحد وهو ما كان الأثر فيه بسبب الارتباط وهو (العقد) كما أن صاحب التعريف ذهب لإيضاح طبيعة الأثر المترتب على الملتزم وذكر أنها طبيعة ذات صبغة مادية. وعندني أن هذا التعريف مضطرب في شكله ومضمونه، وما يظهر منه أنه اتجه إلى الاهتمام بطبيعة الأثر المترتب على الالتزام أكثر من إيضاح ماهية الالتزام نفسه والتعريف بالشيء خلاف التعريف بأثره^(١).

(ج) وعرفه الشيخ أحمد أبوسنة بأنه: «التصرف الاختياري الذي ينشئ حقاً كعقد الزواج والرهن أو نقله كعقد البيع والحوالة أو ينهيه كإقالة البيع والطلاق أو يسقطه كالإبراء عن الدين سواء كان نافعاً أم ضاراً وسواء كان الحق فيه عيناً أم ثابتاً في الذمة^(٢)».

وهذا في نظري أجمع تعريف للالتزام إذا ما وازناه بالتعريفين السابقين لولا أنه قصر الالتزام على التصرف الاختياري وهذا يخرج به ما كان نشوء الحق فيه من جهة الشرع كالتفقات والضمان بسبب الفعل الخطأ، وصاحب التعريف استدرك ما يكون منشأ المشروعية فيه التكليف الشرعي وترتب الحق فيه بسبب الخطأ أو السهو أو وقوع الضرر من غير عاقل كالمجنون وغير المميز والنائم بالنسبة لما يترتب عليه الضمان.

وبالنظر إلى واقع هذه التعريفات يلاحظ عليها أنها قامت على محاولة الجمع بين مفهوم الالتزام في منظور النظرية في القانون الوضعي، ومفهومه في منظور (١) إلا إذا قصر التعريف على وجه اللازم والملزوم عند المناطقة، وهو لا يستقيم على هذا الوجه أيضاً.

(٢) نظرية الحق وهو بحث ورد ضمن مجموعة بحوث في الكتاب الأول من أعمال لجنة تجلية مبادئ الشريعة الإسلامية (الفقه الإسلامي أساس التشريع) ص ٢٠٠.

التطبيق الواقعي في الفقه الإسلامي، وأبرز العقبات التي اعترضت التوفيق والجمع عند هؤلاء هي :

العقبة الأولى :

اللفظ ذاته في التعبير القانوني وهو كلمة (الالتزام) فهي تشعر باختيار وإرادة ومن ثم صرفوا التعريف إلى الأسباب التي برز فيها عنصر الاختيار كالعقد بأنواعه (المعاوضات، التبرعات، والإسقاطات . . .) ونحو ذلك مما يتطلب الإنشاء فيه إرادة المتصرف، وتراهم يلحقون بقية المصادر التي لا يتوقف اللزوم فيها على إرادة واختيار المكلف في الشرح الذي يتبعونه التعريف، وذلك لعدم ورود لفظ الحق الشخصي أو الالتزام في الفقه الإسلامي بالمعنى الذي ورد عليه في القانون الوضعي، وليس معنى هذا أن الفقه الإسلامي لا يعرف الالتزام على هذا الوجه، وإنما قام على ربطه في كل حكم من الأحكام الفقهية في جزئياتها المتناثرة في أبواب الفقه، ولم تظهر في نظرية تجمعها وتعمل على إدراجها في مجموعة من المبادئ المرتبطة والمتجانسة ذات الصلة الموضوعية في الأحكام المتشابهة في الأركان والشروط، وقد أنصف القول في ذلك الدكتور/ السهوري عندما قال : «الحق الشخصي أو الالتزام تعبير استعرناه من الفقه الغربي وإلا فالفقه الإسلامي لا يرد فيه عادة هذا التعبير وسنرى أن سبب ذلك يرجع إلى أن ما نسميه بالحق الشخصي أو الالتزام يشتمل في الفقه الإسلامي على عدة روابط قانونية متميزة بعضها عن بعض، ولم يحاول علماء الفقه الإسلامي أن يدجوا هذه الروابط في وحدة تنظمها جميعاً فيعبروا عنها بالحق الشخصي أو الالتزام»^(١) وليس مراده في ذلك أن هذا التعبير لم يرد في الفقه الإسلامي وإنما المراد، هو أن الفقهاء لم يستعملوه بالمعنى الذي احتوته عليه نظرية الالتزام في القانون الوضعي فهو يقول عن ذلك : «يستعمل فقهاء الشرع الإسلامي أحياناً لفظ الالتزام ويريدون به

(١) مصادر الحق في الفقه الإسلامي ج ١، ص ١٤.

غالبًا الحالات التي يلزم فيها الشخص نفسه بإرادته المنفردة ونادرًا الإلتزامات التي تنشأ عن العقد، أما الإلتزامات التي تنشأ عن غير العقد أو التي تنشأ عن المسؤولية، أي الإلتزامات التي تنشأ عن المسؤولية بوجه عام، تقصيرية كانت أم عقدية فتسمى بالضمانات»^(١). وقد أشار السنهوري في وضوح إلى مشكلة التوفيق بين الفقهاء بتعريف يوحد بين معنى الإلتزام في كل من الفقه الإسلامي والفقه الوضعي، واتجه إلى إثبات البقاء على الإلتزام بمعناه المعروف في الفقه الغربي^(٢)، والواقع أنه يصعب التوفيق في هذا الجانب بين فقهاء مختلفين في مصادر الإلتزام كاختلافهما في طبيعته.

أما العقبة الثانية :

فقد كانت تتمثل في غلبة العنصر الشخصي في الإلتزام في معظم الاتجاهات في نظرية الإلتزام، ولهذا نرى أن تعريف الإلتزام في معظم التقنيات الوضعية يستلزم وجود دائن ومدين لقيام الإلتزام بحيث لا ينشأ الإلتزام إلا إذا كان هناك مدين ودائن معينين، وهناك نظرة أخرى تعرف بالنظرة المادية أو الموضوعية، وهي تغلب في الإلتزام العنصر المادي الذي يتمثل في أداء ما يلتزم المدين بالوفاء به ويكفي لنشوء الحق طبقاً لهذه النظرية أن يكون هناك مدين به وهو الحق الملتزم به ولو لم يكن الدائن موجوداً إلا عند تنفيذه، وسواء كانت هذه النظرة أو تلك فإن للعنصر الشخصي رابطة قوية في إنشاء الإلتزام في القانون الوضعي^(٣).

يظهر ذلك من خلال تعريف الإلتزام في القانون الوضعي، إذ هو «حالة قانونية يرتبط بمقتضاها شخص معين بنقل حق عيني أو بالقيام بعمل أو بالامتناع

(١) مصادر الحق في الفقه الإسلامي ج ١، ص ١٤.

(٢) راجع المرجع السابق نفس الجزء والصفحة.

(٣) راجع مذكرات في نظرية الإلتزام للدكتور عبدالحى حجازي ج ١، ص ٤٣، والموجز في النظرية العامة للإلتزامات في القانون المدني للسنهوري، ص ٢، ٣.

عن عمل»^(١)، وورد في تعريف آخر أنه «رابطة قانونية بمقتضاها يلتزم شخص معين يسمى المدين بالقيام بأداء يمكن تقويمه بالمال بقصد تحقيق مصلحة مالية أو غير مالية لشخص آخر معين أو قابل للتعين اسمه الدائن يكون له الحق في أن يطالب المدين بالتنفيذ»^(٢)، وتعريف الالتزام على هذا الوجه يظهر الارتباط التقليدي في تعريف الالتزام يقول عبدالحى حجازي: «حرصنا على أن نعتد بالمذهب الشخصي في تعريف الالتزام فقلنا أنه رابطة قانونية، ضرورة أن الالتزام فيه من وجود شخصين أحدهما مدين والآخر دائن مادام قانوننا من القوانين المشتقة من القانون الروماني»^(٣).

والحق في ذلك كله هو أننا لسنا في حاجة إلى مجارات الفقه الوضعي في شيء، لأن لدينا في الفقه الإسلامي ثروة فقهية ذات نظر اجتهادي متميز قام على دقائق النظر الاجتهادي المرتبط بقواعد الشرع وأصوله وكلياته، وقد أكسبه هذا التأصيل مرونة في التطبيق استوعب بها وقائع الحياة ولم يجد الفقهاء حاجة في تطويع الواقع لتوافق مقتضى النظرية كما هي الحال في الفقه القانون الوضعي، ولعل أبرز مثال على ذلك هو عدم الإحاطة بمصادر الالتزام في القانون الوضعي، كما أحاطت بها أحكام الفقه الإسلامي في أبواب الفقه عامة.

التعريف المختار :

وبعد الوقوف على مجمل تعريفات الالتزام ومناقشتها يظهر في نظري تعريف مصطفى الزرقا أقربها إذا ما جرى تعديله على النحو الآتي:

الالتزام هو: «كون الشخص مكلفاً شرعاً بفعل أو الامتناع عن فعل أو إنهاءه أو إسقاطه لصالح غيره».

(١) الوسيط في شرح القانون المدني للسنهوري، ج ١، ص ١١٤.

(٢) عبدالحى حجازي في مذكرات في نظرية الالتزام، ج ١، ص ٤٣.

(٣) مذكرات في نظرية الالتزام ج ١، ص ٤٣.

شرح التعريف :

التكليف لا يسري إلا على الإنسان فقوله : «كون الشخص» يخرج غير الإنسان من الحيوانات والجمادات ، وقوله «شرعاً» أن يكون مصدر التكليف الشرع سواء كان عملاً أو امتناعاً بموجب الطلب الشرعي مباشرة كالمطلوبات الشرعية أو ما كان بسبب تصرف صدر من الإنسان نفسه كالعقود والضمانات ونحو ذلك ، و«الامتناع» أي الامتناع عن كل تصرف يورث الضرر سواء كان على نفس الإنسان أو جسمه أو كرامته أو ماله أو عرضه ، وقوله «أو إنهائه» كإنهاء عقد البيع بالإقالة أو الفسخ أو إنهاء عقد النكاح بالطلاق أو الخلع ، وقوله : «أو إسقاطه» كإبراء الدائن لمدينه بما يسقط الدين عن المدين ، قوله : «لصالح غيره» أي أن كل تصرف أو امتناع عن تصرف من الشخص المكلف إنما هو لصالح غيره ، أما ما كان لصالحه هو فلا يترتب على وجه اللزوم ، وهذا إذا ما استثنينا بعض العبادات من صلاة وصوم وحج ونحو ذلك^(١) أما البعض الآخر ففيه مصلحة للغير كالزكاة والكفارات المالية ونحوها ، مما تترتب المصلحة المقصودة فيه للغير.

(١) قد يقال إنها أيضاً لصالح الشخص نفسه ولكن نقول هذا إذا ما كان التكليف بموجب الحكم التكليفي ونحن اقتصرنا في التعريف على ما كان بموجب الحكم الوضعي وعليه فيكون المقصود من كلمة (مكلفاً) الواردة في التعريف هو التكليف الوضعي .

المبحث الأول

طبيعة الالتزام في الفقه الاسلامي

لم يتجه اجتهاد الفقهاء إلى بناء الأصول والقواعد العامة في مبادئ الفقه الإسلامي كما يفعل رجال التقنين الوضعي، فذلك مما تكفل بتشريعه الإسلام، ولكن اجتهاد الفقهاء اتجه إلى استنباط الأحكام العملية استناداً إلى مقاصد التشريع وما يهدف إليه الشارع في تشريع الأحكام، ولهذا لم نجد أن أحكام الالتزام أنبت من أصلها على نظريات يعصف بها التنازع كما هي الحال في النظريات الوضعية، فلم يرد في الفقه الإسلامي نظر يجعل الالتزام سلطة شخصية بحتة تشبه سلطة السيد على رقيقه يارسها الدائن على شخص المدين، ولا سلطة مادية بحتة يغلب فيها العنصر المالي مجرداً من ارتباط الحق بشخص المدين، وإنما أنبت طبيعة الالتزام في الفقه الإسلامي على قاعدة تتسم بالعنصرين معاً ولكن لا على سبيل المزج بينهما وإنما على وجه ينفرد فيها كل عنصر بسلطته في الموضع الذي تقتضيه المصلحة فيه، فسلطة العنصر المادي تتجه إلى محلها وهو المال وتثبت للدائن بثبوت الحق ضماناً للوفاء بحقه، أما العنصر الشخصي فهو سلطة تنفيذ وحماية تحول دون تلاعب المدينين بحقوق الدائنين إذ لولا هذه السلطة الشخصية لتعذر الوفاء، إما بالامتناع الصريح وإما بإخفاء المدين أمواله أو بتشاغله عن العمل الملتزم به في إجارة الأعمال، وهذه السلطة الأخيرة ليست مما يثبت للدائن بمجرد ثبوت الحق وإنما هي تثبت بثبوت سببها ومقتضاها وهو تعذر الوفاء، والحاكم هو الذي يقدر ثبوت السبب ويحدد مقدار ممارسة السلطة على المدين^(١) ولذا شرع في الإسلام الإكراه على الوفاء بالحبس

(١) وهي سلطة تتقدر بقدر مقتضاها فمن المدينين من يكفيه الإحافة بالحبس ومنهم لا ينفع معه إلا الحبس نفسه ومنهم من لا يجدي معه لا هذا ولا ذاك وإنما يضاف إلى الحبس التضييق، ومنهم =

والتضييق، وقد ورد في الحديث: «لي الواجد ظلم يحل عرضه وعقوبته»^(١) وفي الصحيحين: «مطل الغني ظلم»^(٢) فالإكراه بالحبس والإلزام على الوفاء إنما يكون فيمن ظاهر حاله الوجد واليسار والقدرة على الوفاء، أما المعسر فقد رغب الشارع في إنظاره ومداراته، قال تعالى: ﴿وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنُظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾^(٣).

أما قوام نظرية الالتزام في القانون الوضعي فهو اتجاهان متعارضان يصارع أحدهما الآخر في سبيل الغلبة والظهور، وكل اتجاه لا يصلح أن يكون بمفرده عنصراً نافعاً عند التنفيذ ولم يستطع رجال التنظير تلطيف أحد الاتجاهين في مقابلة الآخر أو الجمع بين العنصرين على وجه يمنع غلواء سلطة أحدهما في مقابل الآخر، حتى كانت النتيجة رد فعل معاكس في بعض المذاهب الحقوقية في أوروبا كالمذهب المادي الذي هاجم رجاله المذهب الشخصي الروماني ونقضوه نقضاً بتفريقهم بين عنصري المديونية والمسؤولية في المحل^(٤).

أما الإسلام فكان يمثل نقطة الاعتدال بين الاتجاهين فقد وضع السلطة المادية في موضعها وجعل ثبوتها متساوياً مع ثبوت الحق، ووضع السلطة الشخصية في موضعها وجعلها ضامناً في وقت الحاجة إليها، وكان هذا التنظيم سابقاً على الاتجاهين في نظرية الالتزام قروناً كثيرة.

= من يتولى الحاكم الوفاء من ماله، ومن الملاحظ أن معظم الاجتهادات القضائية في العصر الحاضر تخالف مقتضى هذه القاعدة بتغليب العنصر الشخصي تارة وعدم ملاحظة الترتيب الفقهي عند التطبيق تارة أخرى.

(١) الحديث أخرجه الإمام أحمد وأبو داود والنسائي وابن ماجه، راجع سنن أبي داود ج ٣ الحديث رقم ٣٦٢٨، والجامع الصغير للسيوطي، ج ٢، ص ٣٤.

(٢) راجع صحيح البخاري ج ٣، ص ٨٥، وصحيح مسلم ج ٥، ص ٣٤.

(٣) سورة البقرة، الآية: ٢٨٠.

(٤) راجع في هذا الموضوع الموجز في النظرية العامة في الالتزامات، ص ٦، ونظرية العقد،

ص ١٤، كلاهما للسنهوري، ومذكرات في نظرية الالتزام عبدالحى حجازي، ص ٤٣،

والزرقاء في المدخل العام، ج ٣، ص ٥٦.

المبحث الثاني

الفرق بين الالتزام وكل من التصرف والوعد والعقد

أ (التصرف والفرق بينه وبين الالتزام :

المراد بالتصرف : ما يصدر من الإنسان من قول أو فعل أو إشارة ويرتب عليه أثراً من الآثار، والآثر إما أن يكون مما يترتب عليه اللزوم كالعقود بجميع أنواعها، وإما أن يكون مما يترتب عليه مساءلة سواء كانت مما يترتب عليه الضمان وهو ما يعرف بالمسؤولية المدنية، أو ما يترتب عليه عقوبة وهو ما يعرف بالمسؤولية الجنائية، وإما أن يكون مما لا يترتب عليه التزام ولا مسؤولية كالتصرفات التي يكون الالتزام فيها أدبياً، وأما الالتزام فعرّفنا أنه تصرف يتضمن الالتزام بإنشاء حق أو نقله أو إنهاء الخ، سواء كان صادراً من شخص كالوقف والوصية والهبة ونحو ذلك أو من شخصين كالبيع والإجارة ونحو ذلك، ومن هذا يتبين أن التصرف أوسع نطاقاً وأشمل في المعنى من الالتزام إذ أن الالتزام نوع من أنواع التصرف وفرد من أفراده فكل التزام تصرف وليس كل تصرف التزام.

ب (الوعد والفرق بينه وبين الالتزام :

المراد بالوعد: إخبار عن معروف ينشئه الإنسان على نفسه لغيره مضافاً إلى المستقبل دون أن يكون على سبيل الالتزام في الحال^(١)، وبالنظر إلى هذا التعريف وتعريف الالتزام السابق يتبين الفرق بين الوعد والالتزام، فالالتزام ارتباط بحق، والوعد مجرد إخبار عن إنشاء التزام في المستقبل، هذا هو الفرق بين الوعد والالتزام من جهة المعنى لكل منهما، أما من جهة لزوم الوفاء بكل منهما حكماً

(١) راجع تعريف ابن عرفة فيما أورده عنه. الخطاب ي كتاب تحرير الكلام في مسائل الالتزام، ص ١٥٣، وهو ما تضمنه تعريف السهوري في مصادر الحق، ج ١، ص ٤٥.

فبينها فارق أيضاً وهو أن الالتزام يلزم الوفاء بالحق الملتمزم به ويجبر من ترتب عليه الالتزام بإنفاذه، أما الوعد فيتفق الفقهاء على الوفاء به^(١) استحباباً إذ أن هذا مما دعى إليه الإسلام وجعله من مكارم الأخلاق وحسن الآداب المرعية في الإسلام، أما مدى الحكم بلزوم الوفاء بالوعد فجمهور الفقهاء يذهبون إلى أن الواعد لا يجبر قضاءً على الوفاء بوعده^(٢)، وذهب ابن شبرمة^(٣) إلى لزوم الوفاء بالوعد حكماً^(٤) وهو قول المالكية من بين أربعة أقوال أشهرها عندهم إذا كانت على سبب ودخل الموعود في التزام بسبب الوعد، كمن قال أشتر دابة تنفعك في الركوب وأنا أعينك في ثمنها بمقدار كذا فاشتراها الموعود بناء على الوعد بجزء من ثمنها^(٥).

ج (العقد والفرق بينه وبين الالتزام :

العقد هو: توافق إرادتين على إحداث فعل مشروع على وجه يظهر أثره في المحل على وجه الإلزام، أما الالتزام فهو كون الشخص مكلفاً شرعاً بفعل أو الامتناع عنه الخ، وبهذا يتبين أن العقد أضيق دائرة من الالتزام فكل عقد التزام وليس كل التزام عقد.

(١) راجع تحرير الكلام في مسائل الالتزام للحطاب، ص ١٥٤.

(٢) راجع المحلى لابن حزم، ج ٨، ص ٢٨.

(٣) هو عبدالله بن شبرمة قاضي فقيه من التابعين كانت ولادته سنة ٧٢هـ، ووفاته ١٤٤هـ، قال حماد بن زيد: ما رأيت كوفياً أفقه من ابن شبرمة، يقول ابن شبرمة: إذا اجتمعت أنا والحارث يعني العكلي على مسألة لا نبال بمن خالفنا. طبقات الفقهاء للشيرازي ص ٨٤.

(٤) واستدل على ذلك بقوله تعالى: ﴿كَبُرَ مَقْتًا عِنْدَ اللَّهِ أَنْ تَقُولُوا مَا لَا تَفْعَلُونَ﴾ والحديث الذي رواه أبوهريرة عن رسول الله ﷺ، قال: «آية المنافق ثلاث: إذا حدث كذب وإذا وعد أخلف وإذا أئتمن خان» أخرجه البخاري في كتاب الآداب باب ما ينهى عن الكذب، ج ٧، ص ٩٥.

(٥) أما القول الأول عندهم: يلزم الواعد بإنفاذ وعده مطلقاً. والثاني: لا يلزم بذلك مطلقاً. والثالث: يلزم إذا ما دخل الموعود على سبب من قال أشتر كذا ولك مني إعانة كذا فلنلزم ولو قبل الدخول في الشراء. والرابع: ما ورد ذكره في صلب البحث، راجع تحرير الكلام في مسائل الالتزام للحطاب، ص ١٥٤.

الفصل الثاني أركان الالتزام

الأركان جمع ركن والركن الجانب الأقوى من الشيء، وأركان الشيء أجزاء ماهيته التي يتكون منها،^(١) يقال أركان الكعبة وأركان البيت أي الجانب الأقوى من الكعبة والبيت، ومنه قوله تعالى: ﴿لو أن لي بكم قوة أو أوي إلى ركن شديد﴾^(٢).

وفي الاصطلاح: هو ما لا يتم الشيء إلا به وهو داخل فيه^(٣)، والمراد هنا ما لا يقوم الالتزام بالحقوق وثبوتها إلا به كالملتزم بكسر الزاي، والملتزم له والملتزم به وهو الحق، فهذه أركان لا يترتب الحق على وجه الثبوت إلا بها^(٤). وسأتكلم عن كل ركن بالقدر الذي يبين مكانته في بناء الالتزام بالحقوق وترتيبها:

(١) راجع القاموس المحيط، ص ١٥٥٠، والمصباح المنير، ج ١، ص ٢٨٢.

(٢) سورة هود، الآية: ٨٠.

(٣) راجع المفردات للراغب، ص ٢٠٣، والتعريفات للجرجاني، ص ١١٧.

(٤) جرى الإمام الخطاب على جعل أركان الالتزام أربعة أركان الثلاثة المذكورة وزاد عليها الصيغة المنشئة للالتزام، وأما غيره ممن جاء بعده من المتأخرين ممن كتب عن الالتزام وتناول أركانه فقد قصر الأركان على ثلاثة فقط، وأخرج الصيغة من أن تكون ركنًا، أمثال الشيخ أحمد إبراهيم في كتاب الالتزامات في الشرع الإسلامي، ص ٢٢، فالخطاب جعل الأركان أربعة قياسًا على الهبة إذ أنه لا يقوم الالتزام فيها بدون الصيغة المنشئة عند من قال بذلك، وأما عند غيره فالصيغة لا تصلح ركنًا باعتبار أن من بين ترتب الالتزام أسبابًا تكون منشئة له دون توقف صيغة من الملتزم، وهذا هو الرأي الذي أرجحه وأرى لزوم الأخذ به على هذا الوجه، إذ أن السبب خلاف الركن، فالسبب ما يكون طريقًا للوصول إلى الشيء ولا يكون مؤثرًا فيه، والركن جزء من ماهية الشيء ومؤثرًا فيه وليس سببًا في وجوده فقد يوجد السبب ويتأخر الركن، وعلماء القانون الوضعي في =

الركن الأول :

الملتزم بكسر (الزاي) هو المدين ، ويشترط أن يكون ممن يصح تبرعه ، أو أن يكون ممن توفرت له أهلية المعاوضة^(١) ، وأن يكون موجوداً حقيقة أو حكماً^(٢) ، وأن يكون معنياً بشخصه الحقيقي أو الاعتباري^(٣) ، حتى تمكن مطالبته ، ويشترط وجود الملتزم وقت نشوء الالتزام إذا كان سبب الالتزام الاختيار كالعقود وسائر التصرفات التي تنشأ بإرادة واختيار ، أما إذا كان سبب نشوء الالتزام هو الشرع^(٤) ، فلا يشترط وجود الملتزم إذا ما ترتب عليه من حقوق مالية أو ما يؤل إلى المال يرتبط بالمال ويكون محلاً للوفاء بالالتزام^(٥) .

الركن الثاني : العلتزم به :

ويراد به كل ما له قيمة مالية أو أدبية ، إذ لا منفعة ترجى من ورائه ما لم يكن ذا منفعة ، فالقيمة المالية ما يترتب على الالتزامات التعاقدية ، والقيمة الأدبية

-
- = نظرية الالتزام يعتبرون السبب ركناً في الالتزامات العقدية لكنهم لا يريدون بالسبب المعنى الذي نريده نحن على هذا الوجه ، فهم يريدون به معنى آخر هو المقصد المباشر للالتزام بالعقد ، راجع نظرية الالتزام للسنهوري ، ص ٦ .
- (١) وذلك في حالة ترتب الضمان عليه ونحوه .
- (٢) الوجود الحقيقي ظهور الشخص بآهيته ، والوجود الحكمي كالجنين باعتبار قوة وجوده فإنه بناء على هذه القوة رتب الشارع نصيبه من الإرث وريع الأوقاف ، بل رتب عليه الحنابلة ، حقوقاً تؤخذ مما ثبت له من المال ، راجع القواعد لابن رجب الجنبلي ، ص ١٩٢ .
- (٣) الحقيقي كالأشخاص والاعتباري كالشركات والمؤسسات ونحوها .
- (٤) سواء ما كان منه ابتداءً كوجوب الزكوات والنفقات ونحوها ، أو ما كان بسبب يرتب أثراً يكون الشخص بموجبه مسؤولاً ، كمن حفر حفرة تلحق الضرر بالآخرين أو ترك سيارته في مكان يكون سبباً في إلحاق الضرر بالغير .
- (٥) راجع تحرير الكلام في مسائل الالتزام للحطاب ، ص ٦٩ ، والالتزامات في الشرع الإسلامي للشيخ أحمد إبراهيم ، ص ٢٩ .

كالتزام المرأة بطاعة الزوج والتزامه لها بحسن العشرة ونحو ذلك .

ومحل الالتزام الذي هو (الملتزم به) قد يكون موضوعه فعلاً كوفاء الدين ، أو تسليم العين ، أو العمل كما في الإجارة ، وقد يكون موضوعه امتناع عن عمل كالتزام الوديع بعدم التعدي على الوديعة ، والتزام المرتهن بعدم استعمال الرهن ، والتزام الشريك في العين بعدم استعمال العين في مصالحه الخاصة^(١) .

الركن الثالث : الملتزم له :

ويراد به الدائن ، أي صاحب الحق الملتزم به ، ويشترط أن يكون موجوداً حقيقة أو حكماً^(٢) ، ولا يشترط فيه التعيين بشخصه الحقيقي ، أو الاعتباري عند ابتداء الالتزام ، فيجوز بناء الالتزام لمجهول كما في الجعالة وتنفيذ الإمام في الجهاد . أما عند تنفيذ الالتزام فيشترط التعيين لأنه وقت الوفاء بالحق الملتزم به ولا يترتب إلا على وجه الانقضاء فلزم تعيين صاحب الحق عند إذ^(٣) .

(١) راجع المدخل الفقهي العام للزرقاء ج ٣ ، ص ٧٢ ، ٧٣ .

(٢) كالجنين كما سبق إيضاحه .

(٣) راجع الالتزامات في الشرع الشيخ أحمد إبراهيم ص ٣٠ ، وفتح العلي الملك للشيخ محمد عليش ، ج ١ ، ص ٢١٧ ، والمدخل الفقهي العام للزرقاء ، ج ١ ، ص ٧٩ .

المبحث الأول مصادر الالتزام في الفقه الاسلامي

المصادر جمع مصدر، والمصدر في اللغة اسم لموضع الصدور، والفعل صدر ومنه مصادر الأفعال أي الأصول التي تصدر منها^(١)، وهذا هو المراد هنا فمصادر الالتزام الأصول التي ينشأ منها الالتزام.

وفي الاصطلاح الفقهي: هو الواقعة أو التكليف الشرعي الذي ينشأ عنه الالتزام، والإلزام^(٢)، فالالتزام بين المتبايعين مصدره واقعة البيع وهو العقد، والالتزام بالتعويض مصدره الفعل الضار، والالتزام بالنفقة مصدره تكليف الشارع. ومصادر الالتزام بوجه عام خمسة مصادر هي: العقد، والإرادة المنفردة، والفعل الضار، والفعل النافع، والشرع، هذا إذا ما اعتبرنا الإرادة المنفردة مصدرًا مستقلًا عن العقد^(٣):

١ - فالعقد يعد مصدرًا من مصادر الالتزام، بل هو أوسعها وأكثرها في وجوه التعامل بين الناس، وقد أوردت الإرادة المنفردة لإظهارها هنا مصدرًا من مصادر الالتزام، باعتبارها عنوان البحث وقطب دائرته، وإلا فكل عمل ينبنى الالتزام فيه بإرادة واحدة يعد عقدًا من العقود وهو بهذا داخل في

(١) راجع المفردات للراغب الأصفهاني، ص ٢٧٦، والمصباح المنير، ج ١، ص ٣٩٦.

(٢) وهو قريب من تعريف الزرقاء إذ عرفه بالأمر أو الحادث الذي ينشأ عنه الالتزام)، المدخل العام ج ٣، ص ٨٤، ولكن التعريف بالتكليف الشرعي هو الذي يتفق مع عموم طلب الشارع عند علماء الأصول.

(٣) أخذًا برأي جمهور الفقهاء الذين يرون لزوم الهبة والعطية بالإيجاب فقط وكذلك الوصية إذا لم يرد الوصية الموصى له، وسيأتي لذلك مزيد من البحث والتفصيل عند نشوء الالتزام بإرادة واحدة.

مسمى العقد سواء كان ذلك من جهة مبنى الارتباط أو من جهة الأثر المترتب على ما ينشئه التصرف بالإرادة المنفردة، كالوقف والهبة والوصية والطلاق والعتاق، والإبراء والكفالة.

٢ - أما الفعل الضار فهو كل فعل أحدث ضرراً على الغير في ماله أو بدنه أو نفسه سواء كان بالفعل المباشر أو بالتسبب مما يورث الضمان.

٣ - والفعل النافع هو كل فعل وقع لمنفعة الغير ورتب ضماناً للفاعل كالإنفاق على اللقطة من قبل الملتقط، وكمن بذل مالاً أو عملاً لينقذ به مال الغير الذي أشرف على التلف بفعل حريق أو غرق ونحو ذلك، ويلحق بذلك عند الفقهاء من أنفق على الصغير حتى يحضر أبوه فإن الأب يضمن مقدار ما بذله المنفق، وهكذا.

٤ - وأما الشرع فهو كل ما جاء التكليف بفعله من الشارع ابتداء كنفقات الأقارب والزوجات والزكوات ونحو ذلك.



المبحث الثاني

تحديد مركز المشروعية لمصادر الالتزام

أورد بعض رجال الدراسات الفقهية المقارنة^(١) ما أشاروا به إلى خطأ بعض شراح نظرية الالتزام ممن يذهبون إلى رد جميع مصادر الالتزام إلى مصدر واحد هو الشرع أو القانون وقاس بعض رجال تلك الدراسات على هذا القول ما أوردوه عن بعض علماء أصول الفقه الإسلامي قالوا فيه: «إن مصادر الفقه الإسلامي الأربعة الكتاب والسنة والإجماع والقياس، يجب ردها إلى مصدر واحد وهو القرآن فقط لأنه هو الأمر باعتبار بقية المصادر»^(٢)، وقاسوا قول رجال القانون السابق ذكره على هذا القول اللاحق الذي أوردوه وسووا بين القولين في الحكم على النتيجة وخطأ النتيجة، والواقع أن المسألة لا تتفق في وجه من وجوه المقارنة التي أوردوها عليه لاختلاف الفقه الإسلامي عن القانون الوضعي في مباني الأحكام وقواعده العامة ومن بينها تحديد مركز المشروعية من مصادر الالتزام، والمسألة في الفقه الإسلامي ذات ارتباط بمسألة أصولية وهي ربط الأسباب بالمسببات فيما يكون فيه سبب لحكم هو أثر لفعل المكلف كالبيع فإنه سبب لإزالة الملك فنصب الشارع عقد البيع سبباً للزوم آثاره كتسليم المبيع ونحو ذلك بتحقيق سببه، ومثل ذلك يقال في بقية مصادر الالتزام، وعلى هذا تتحدد مشروعية الالتزام من مصادر الالتزام، ولا يستقيم تحديد السبب مع المسبب على هذا الوجه في نظرية الالتزام في القانون الوضعي، وتعد المقارنة بين القاعدتين خلطاً في المفهوم والغاية لا يتفق مع أصل القاعدة لكل من الفقه الإسلامي والقانون الوضعي^(٣).

(١) ومنهم على سبيل المثال الشيخ مصطفى الزرقاء في المدخل العام ج ٣، ص ٨٧، والدكتور عبدالرزاق السنهوري في الموجز في النظرية العامة للالتزامات، ص ١٨.

(٢) وهذا ما أوردته الأستاذ الزرقاء في المدخل الفقهي العام، ج ٣، ص ٨٧ بالهامش.

(٣) راجع كلام علماء الأصول في مسألة الأسباب والمسببات عند كلامهم على السبب كالإمام الشاطبي في الموافقات، ج ١، ص ٢٤٠، وما بعدها.

المبحث الثالث

قوة الالتزام المترتب على عمل الإرادة المنفردة

لم تكن الإرادة المنفردة في الفقه الإسلامي وليدة اجتهاد فقهي أو نتيجة تنظير افتراضي، ولكنها مبدأ عام من مبادئ الفقه الإسلامي التي تقوم عليها أحكام الالتزام وقاعدة أصيلة من قواعد بناء العقود وسائر أحكام التصرفات العملية في باب المعاملات في الفقه الإسلامي^(١) فأحكام الوصايا والهبات والعطايا وأحكام الأوقاف وأحكام الضمان والكفالات والحوالات وأحكام الجعالة، وعقود الأمان ونحو ذلك، كل ذلك يثبت بنصوص الشرع، وهي عقود تقوم أحكامها على التصرف بالإرادة المنفردة، ويترتب الالتزام المبني على عقود الإرادة المنفردة على قدر القوة المبنية على العقود ذات الإرادتين دون تمييز بين ما يقوم على إرادة واحدة وما يقوم على إرادتين، وكان تشريع هذه الأحكام في وقت لم يصل فيه القانون الروماني وهو أسبق التقنيات الوضعية وأوسعها انتشاراً في دول أوروبا وغيرها آنذاك لم يصل هذا القانون إلى تقرير مبدأ الرضائية في المعاملات بين الناس ولم

(١) وليس احترام الإرادة وإضفاء الحرية للإنسان يتمثل في باب المعاملات فحسب وإنما هو أصل من أصول الشرع وقاعدة من قواعد التشريع في الإسلام، ولهذا فالإسلام أوسع الأديان وسابق على النظم الوضعية في تحقيق مبدأ الحرية والإرادة، كما يلاحظ أن الإسلام أقام إرادة الإنسان وحرية على مبدأ التوازن في كافة جوانب الحياة العملية في المجتمع المسلم، وجعل مدار ذلك على الرضا كقاعدة عامة وربط الشارع حل الأموال واكتساب المنافع بجميع أنواعها وغاياتها على الرضا، قال تعالى: ﴿يَأْيُهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالِكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾ سورة النساء، الآية: ٢٩. وقوله تعالى: ﴿يَأْيُهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ سورة المائدة، الآية: ١، والنصوص في ذلك كثيرة.

يكن للإرادة بنوعها ذكر لا من الناحية التأصيلية ولا من الناحية الاستثنائية، وعندما بدأ التنظير للرضائية في النظم الأوربية لم يصل المنظرون إلى تقرير مبدأ الإرادة المنفردة حتى وقت قريب، وما رأينا الكثير من المبادئ الفقهية في النظريات الفقهية تظهر في الدراسات القانونية إلا بعد نقل ثروة الفقه الإسلامي إلى دول أوروبا كما هو معروف.



المبحث الرابع

الوقائع العملية لبناء الالتزام بالإرادة المنفردة

تصنيف :

من الملاحظ على كثير من الدراسات الفقهية المعاصرة أنه عند الكلام عن قدرة الإرادة المنفردة على إنشاء الالتزام يتجه الكلام عنها في الالتزام على وجه العموم دون تحديد يتميز فيه مبنى الالتزام، وقد مر معنا أن العقد أخص من الالتزام، لاسيما وأن الدراسات المقارنة تقتضي هذا التمييز لتحديد الآثار على وجه يرتبط فيه كل أثر بأصله ومصدر إنشائه، وهذا ما يتفق مع المكانة التي أعتبرها الفقه الإسلامي للإرادة المنفردة وما يترتب عليها من أحكام وآثار باعتبارها مصدرًا من مصادر الالتزام والعقود، فزاهم يتحدثون عن الالتزام دون تحديد يفرقون فيه ما بين النوعين من خصوص وعموم، فيجعلون الإرادة المنفردة منشئة للالتزام في كل تصرف ينشأ عنه التزام يتم من غير إرادتين متوافقتين ويجعلون من عقود الإرادة المنفردة النتائج العملية لبناء الالتزام بالإرادة المنفردة.

ولكننا نلمس من واقع التصرفات العملية في الفقه الإسلامي فرقًا بين ما يتم بناؤه بعقد تترتب آثار حكمه على وجه له اعتبار في مقاصد التشريع كعقد الوقف وعقد الوصية، وعقد الكفالة، والجعالة، والهبة، وغيرها من العقود التي تنشئها الإرادة المنفردة، وبين ما لم يكن لآثار حكمه اعتبار في مقاصد التشريع مما ينبني عليه أثر حكمه نتيجة تصرف من التصرفات التي تحكمها قواعد الإلزام والالتزام في باب المعاملات بين الناس، كالتزام البائع بصدور الإيجاب قبل قبول المشتري بالعقد عند من يرى ذلك والتزام الزوج إذا ملّك زوجته حق طلاق نفسها منه، وكالاشتراط لمصلحة الغير، على ما يأتي تفصيله قريبًا إن شاء الله .

وإذا ما تناولنا الالتزام الذي تنشئه الإرادة المنفردة فيما عدا عقود التبرعات نجد

أن هذا النوع يترتب في كثير من التصرفات العملية^(١).
فلو تتبعنا فروع الأحكام في وقائع التعامل بين الناس ترتيباً على أبواب الفقه لطلنا بنا الحديث ونخرج بنا عن تحديد المبدأ الفقهي لنظرية الإرادة المنفردة إلى جزئيات الأحكام المختلفة، ولكننا نتناول أهم الأحوال التي يتمثل فيها بناء الالتزام بالإرادة المنفردة، على النحو الآتي:

أ (حكم رجوع الموجب عن إجابة قبل القبول :

إذا صدر الإيجاب من أحد طرفي العقد ولم يعقبه القبول من الطرف الآخر كان للموجب حق الرجوع عن إيجابه ولا يلزمه البقاء على إيجابه، فإذا رجع عنه فلا يلزمه حكم العقد لعدم انعقاده في حقه فيما لو قبل الطرف الآخر، وهذا عند جمهور الفقهاء وبعض المالكية^(٢).

وكانت حججهم في ذلك مايلي :

أولاً: أن الموجب له حق الملك، والإيجاب يعطي الطرف الآخر حق التملك بالدخول في العقد وحق الملك أقوى من حق التملك فلا يزول الأقوى بالأضعف.

ثانياً: إن إيجاب الموجب يعطي الطرف الآخر ولاية الأخذ والموجب هو الذي أثبت له هذه الولاية، فله أن يرفعها برجوعه عن الإيجاب. كالموكل في عزل الوكيل^(٣).

(١) وقد كان منهج الإمام الخطاب في كتابه «تحرير الكلام في مسائل الالتزام»، هو إيراد المسائل التي يترتب عليها أثر حكم الالتزام بها في التصرفات العملية في أبواب الفقه على وجه العموم.

(٢) راجع شرح فتح القدير، ج ٥، ص ٨٧، ومواهب الجليل للخطاب، ج ٤، ص ٢٤٠، وحاشية الإمام الرهوني على شرح الزرقاني، ج ٥، ص ١٩.

(٣) راجع شرح فتح القدير، ج ٥، ص ٨٧، وحاشية ابن عابدين ج ٤، ص ٥١٣.

وعند الملكية الإيجاب ملزم لمن صدر منه إذا ما أجابه الطرف الآخر بالقبول في المجلس ، فلا يجوز للموجب أن يرجع عن إيجابه ، ومعنى هذا أن الموجب إذا ما رجع عن إيجابه في المجلس ثم صدر القبول ، بعده قام العقد لبقاء الإيجاب حياً خلال المجلس ، ويلاحظ أن مبنى رأي المالكية هذا قام على الالتزام الذي أنشأته الإرادة المنفردة لتهيأ به قيام العقد على التراضي^(١) بين الطرفين وهذا يظهر اعتداد المالكية بالالتزام المبني على الإرادة المنفردة ، كما في الالتزام بالوعد الصادر من الواعد^(٢).

ب) الاشتراط لمصلحة الغير :

يقصد بالاشتراط لمصلحة الغير الشرط المقارن للعقد لنفع أجنبي كأن يرد في العقد اشتراط من أحد طرفيه لصالح شخص آخر خارج أطراف العقد ، وتعريفه بهذا الحد جرياً على ما اشتهر به عند الدارسين في الدراسات الفقهية المقارنة ، وليس المراد الوقوف عند ظواهر المصطلحات الفقهية وذلك لوجود أحكام تخالف منطوق المصطلح فيما يترتب فيه مصلحة للغير ، وليس الاشتراط لمصلحة الغير إلا نوع من أنواع الالتزامات التي تكون المصلحة فيها لغير الملتزم والملتزم له ، ولندكر هذه الأنواع حتى تتضح الصورة في ذلك .

مطلب : في أنواع المصلحة في العقود المترتبة على الغير :

تتنوع مصلحة الغير في العقود والالتزامات إلى نوعين أساسيين هما :

(١) وبهذا فالإيجاب صدر على وجه الالتزام بالإرادة المنفردة وبعد صدور القبول يتحول الرضا الانفرادي إلى تراضي بين الطرفين ويكون الرضا الانفرادي التزام ببناء العقد فيما قبل صدور القبول أما الرضا المتعدد فهو التزام بأحكام العقد وما يترتب عليه من آثار .

(٢) راجع مواهب الجليل للحطاب ، ج ٤ ، ص ٢٤٠ ، وحاشية الإمام الرهوني على شرح الزرقاني لمختصر خليل ، ج ٥ ، ص ١٩ .

النوع الأول:

ما يترتب على وجه تتمثل فيه مصلحة العقد للغير، والعقد في هذا النوع يأتي على فئتين هما:

- ١ - ما يقوم فيه العقد بإرادتين كعقد الظئر وعقد المعلم، وعقد الاستئمان للغير ونحو ذلك، فإن مصلحة العقد تترتب كلها للغير، ففي عقد الظئر تترتب مصلحة العقد للطفل، وفي عقد المعلم تترتب مصلحة العقد للمتعلم وكلاهما يعد أجنبياً لا علاقة له ببناء العقد.
- ٢ - ما يقوم فيه العقد بإرادة واحدة كعقد الوصية والوقف والهبة ونحو ذلك مما يأتي تفصيله إن شاء الله، فكل من الموصي والموقف والواهب تصرف في بناء العقد بإرادته المنفردة ورتب المصلحة فيه للغير.

النوع الثاني :

ما يترتب فيه جزء من مصلحة العقد للغير باشتراط أحد الطرفين له: كبيع العين واشتراط منفعتها مدة معلومة للغير، وكعقد العبد مع اشتراط منفعة للغير مدة معلومة عند بعض الفقهاء^(١)، والصور في ذلك كثيرة على ما فيها من خلاف بين الفقهاء^(٢).

ج) التزام الرجل بنفاذ طلاق المرأة نفسها إذا جعل لها ذلك :

إذا أعطى الرجل امرأته حق طلاق نفسها بأن قال لها أمرك بيدك فاختارت

(١) إجازة شيخ الإسلام ابن تيمية، راجع الفتاوى الكبرى ج٣، ص٤٧٤.

(٢) راجع: الفتاوى الكبرى لشيخ الإسلام ابن تيمية ج٣، ص٤٩٢، والمغني لابن قدامة ج٥، ص٣٠، ومصادر الحق للسنهوري ج٥، ص٤٦، وفي الموضوع بحث بعنوان الاشتراط لمصلحة الغير في الفقه الإسلامي والقانون المقارن للدكتور عباس حسني استوفى فيه معالم نظرية الاشتراط لمصلحة الغير، طبع شركة عكاظ.

طلاق نفسها منه وقع الطلاق بالإجماع^(١)، ومبنى ذلك هو جواز التوكيل في الطلاق وقد وكلها على طلاق نفسها بتفويضها فيه بدليل أن النبي، ﷺ خير نساءه بين تسريحهن والبقاء معه، قال تعالى: ﴿يَأَيُّهَا النَّبِيُّ قُلْ لَأُزَوِّجُكَ إِنْ كُنْتَ تَرْضَى الْحَيَاةَ الدُّنْيَا وَزِينَتَهَا فَتَعَالَيْنِ أُمْتَعَنَّ وَأَسْرَحَنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا، وَإِنْ كُنْتَ تَرْضَى اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَالْآخِرَةَ فَإِنَّ اللَّهَ أَعَدَّ لِلْمَحْسِنَاتِ مِنْكُمُ أَجْرًا عَظِيمًا﴾^(٢) ومتى صدر تفويض الرجل لامرأته على طلاق نفسها فطلقت نفسها منه ترتب الالتزام بالأثر وهو وقوع الطلاق ولزومه للرجل، وإنما الخلاف دار بين الفقهاء في مدة التفويض فمن الفقهاء من يرى أن ذلك يبقى بيدها أبدًا ما لم يفسخه الزوج، وهذا المروي عن علي بن أبي طالب - رضي الله عنه -، وبه قال الحكم وأبو ثور وابن المنذر، ومنهم من قيد مدة التفويض بالمجلس الذي صدر فيه التفويض ولا طلاق لها بعد انتهائه، لأنه تخير لها فكان مقصوراً على المجلس كقوله: اختاري، وهو قول الإمام مالك والشافعي والحنفية^(٣).



(١) ذكره ابن قدامة في المغني، ج٧، ص١٤١.

(٢) سورة الأحزاب، الآية: ٢٨، ٢٩.

(٣) راجع المغني لابن قدامة ج٧، ص١٤١.

الباب الثالث

قدرة الارادة المنفردة على بناء العقود

تعليد :

العقد تصرف من التصرفات التي تصدر عن الإنسان بإرادته، بقصد ترتيب أثر من الآثار المشروعة، وإذا كان العقد أحد التصرفات التي ينشئها الإنسان بإرادته فهل التصرف الانفرادي يأخذ وصف العقد وحكمه؟ أم أنه يلزم أن يتكون من جانبين تتوافق فيهما إرادتان متقابلتان يظهر فيهما الإيجاب والقبول، ولتحديد طبيعة عقود الإرادة المنفردة في بناء أحكام التصرف الانفرادي ومدى تسميته (عقدًا) يتعين تحديد حقيقة العقد اللغوية وكذلك حقيقته الفقهية.



الفصل الأول تعريف العقد ومدلوله الفقهي

التعريف اللغوي :

تطلق كلمة عقد في اللغة ويراد بها الشد، والعقدة هي موضع العقد من الحبل ويطلق على كل اتصال يجمع بين شيئين على وجه الأحكام والإبرام بقصد الربط أو الشد أو التقوية بينهما كالبيع والعهد^(١). ويطلق أيضاً بمعنى إحكام الشيء وتقويته ووجوبه وضمان لزمه^(٢). وللعقد معاني متعددة إلا أنه يجمعها معنى (الربط) و(التقوية) قال الطبري: «وأصل العقد: عقد الشيء بغيره، وهو وصله به كما يعقد الحبل بالحبل إذا وصل به شدا»^(٣) وقال الجصاص: «سمي اليمين عقداً لأن الحالف ربط نفسه بالمحلف عليه وألزمها به»^(٤)

ويتبين من مجمل التعريفات اللغوية أن الربط في بعضها حسي كالشد الذي هو نقيض الحل وفي البعض الآخر معنوي كالعهد والحلف والتأكيد والعزم^(٥).

العقد في الاصطلاح الشرعي :

إذا كان العقد في الإطلاق اللغوي شاملاً للمعنى الحسي والمعنوي فإنه على وجه الحقيقة (الربط) الشامل للحسي والمعنوي في إطلاقه على هذا الوجه

(١) راجع المصباح المنير، ج ٢، ص ٥٠٢، والمفردات للراغب الأصفهاني، ص ٣٤١.

(٢) راجع المعجم الوسيط، مادة تعد، ص ٣٨٣.

(٣) تفسير الطبري، ج ٩، ص ٤٥١.

(٤) أحكام القرآن للجصاص، ج ٢، ص ٢٩٤.

(٥) راجع تفسير القرطبي، ج ٦، ص ٣٢.

كليًا يشمل جميع أفرادها على سبيل الحقيقة وليس على سبيل المجاز^(١). وبناء على الإطلاق اللغوي على هذا التحديد المتصف بالحقيقة والشمول يدور مدلول العقد في اصطلاح علماء الشريعة وكان يدور حول معنيين أحدهما عام والآخر خاص، ولناخذهما بشيء من التفصيل:

المعنى العام والخاص للعقد :

المعنى العام للعقد: وهو يتناول كل التزام تعهد الإنسان بالوفاء به سواء كان في مقابل التزام آخر كما في البيع والإجارة ونحو ذلك، أو فيما كان الالتزام فيه من طرف واحد كاليمين والطلاق والنذر، وسواء كان الالتزام بحكم ديني كأداء الواجبات والفرائض وترك المحظورات، أو كان الالتزام بحكم دنيوي كأحكام المعاملات بين الناس، وهذا ما فسر به الإمام الشافعي والإمام أحمد وغيرهما قوله تعالى: ﴿يَأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(٢) فهو يشمل عقود الأيمان والنكاح والعهد والحلف والبيع كما يشمل الفرائض والواجبات والمحرمات^(٣)، وقال ابن العربي في أحكام القرآن: «ربط العقد تارة يكون مع الله تعالى وتارة يكون مع الآدمي وتارة يكون بالقول وتارة يكون بالفعل»^(٤)، ومن هذا يتبين أن العقد بهذا الإطلاق يشمل كل ما يلتزم به الإنسان سواء كان صادرًا من شخص واحد أو من شخصين، وهذا ما يتفق مع قاعدة الالتزام بالإرادة المنفردة، بل ويجعل الإرادة المنفردة ذات قدرة على بناء العقد، وهو ما صرح به الجصاص وأطلق القول فيه في وضوح عندما قال: «العقد ما يعقده العاقد على أمر يفعله هو، أو يعقد على غيره فعله على وجه إزمائه إياه، لأن العقد إذا كان في أصل اللغة الشد ثم نقل إلى الأيمان والعقود فإنما أريد به إلزام الوفاء بما ذكره وإيجابه عليه، وهذا

(١) وهذا ما أشار إليه ابن منظور أيضًا في اللسان، ص ٣٠٣١.

(٢) سورة المائدة، الآية: ١.

(٣) راجع تفسير الطبري، ج ٩، ص ٤٤٩، وتفسير ابن كثير، ج ٣، ص ٥، وأحكام القرآن لابن العربي، ج ٢، ص ٥٢٤.

(٤) ج ٢، ص ٥٢٦.

إنها يتناول منه ما كان منتظرًا مراعى في المستقبل من الأوقات فيسمى البيع والنكاح وسائر عقود المعاوضات عقودًا لأن كل واحد منهما قد ألزم نفسه الوفاء به، وسمي اليمين على المستقبل عقدًا لأن الحالف قد ألزم نفسه بالوفاء بها حلف عليه من فعل أو ترك» إلى أن قال: «وكذلك العهد والأمان» وكذلك كل شرط شرطه إنسان على نفسه في شيء يفعل في المستقبل فهو عقد وكذلك الذور وإيجاب القرب وما جرى مجرى ذلك»^(١).

المعنى الخاص للعقد: وهو ما يراد به الالتزام الصادر من طرفين يتمثل فيه الإيجاب والقبول، وهذا المعنى هو المراد في معظم الأحوال عند الفقهاء عندما يتكلمون عن العقد وأركانه وصيغته، إلا أن هذا الإطلاق ليس على وجه التحديد في كلامهم فقد يرد في الإطلاق عندهم إرادة المعنى العام وقد يرد في إطلاقهم له إرادة المعنى الخاص، وهذا ما يدعو الباحث إلى تحرير مفهوم العقد في مقصود الفقهاء عند إطلاقهم لكلمة العقد، وهو ما أتناوله في الحديث الآتي إن شاء الله.

تحرير مقصود الفقهاء عند إطلاق كلمة (العقد) :

سبق القول بأن الإطلاق لكلمة العقد في الاصطلاح الشرعي يأتي على معنيين أحدهما عام والآخر خاص وأن العام يتناول كل ما تعهد الإنسان به والزم نفسه الوفاء به، وأما الخاص فهو الالتزام الصادر من طرفين متقابلين، ولكننا نجد أيضًا أن المعنى العام والخاص يردان في سياق الإطلاق عند الفقهاء، فعندهم في إطلاق كلمة (عقد) معنى عام يقصدون به التوثيق واللزوم، وقد أورد كثير من الفقهاء لفظة (العقد) فيما يرد في هذا المعنى ومن ذلك أورد الجصاص عن الإمام أبي حنيفة أنه أطلق كلمة العقد على اليمين المتعلقة بالمستقبل^(٢) وأطلق الإمام

(١) أحكام القرآن، ج ٣، ص ٢٨٥.

(٢) راجع أحكام القرآن للجصاص، ج ٣، ص ٢٨٥.

الشافعي العقد على النذر^(١)، وأطلق السمعاني العقد على الطلاق^(٢)، كما أطلقه القاضي أبو يعلى وأبو الخطاب من الحنابلة على الطلاق والنذر^(٣)، وذكر صاحب جامع الفصولين أن الطلاق والعناق من أنواع العقود^(٤)، وذكر شيخ الإسلام ابن تيمية من ضمن العقود التي أوردتها: العتق وعقد الولاء والطاعة والنذر واليمين بل أنه أطلقها على المعاهدات بين المسلمين والكفار^(٥). كما ورد إطلاقها أيضاً عند المرادوي من الحنابلة في جملة العقود^(٦).

ومما سبق يتبين أن الفقهاء يطلقون على هذه الضروب تسمية العقد لما فيها من معنى اللزوم، ولكنهم عندما يتكلمون عن أحكام كل عقد ومصدر الالتزام المترتب عليه يتحدد إطلاق التسمية في ضرب محدد وهو الالتزام الصادر من طرفين متقابلين وهذا ما يتفق مع خصوصية التعريف اللغوي لكلمة (العقد) وهذا هو المعنى الذي يحدده بحثهم في أحكام العقد على ضوء الإيجاب والقبول بل أن نصوصهم تنحصر في ذلك المعنى عندما يتكلمون على تقسيمات العقود، كما هو ظاهر في تقسيم ابن قدامة وابن رجب من الحنابلة ولم يتطرقا إلى التصرف بإرادة منفردة^(٧)، ومثله ما يفهم من كلام السيوطي عندما تكلم عن أحكام الفسخ فجعل القبول شرطاً في العقود دون غيرها^(٨) والقبول بالفسخ لا يكون إلا فيما ينبي العقد فيه من طرفين، وقال ابن القاسم من الشافعية «العقد مجموع الإيجاب

(١) راجع أحكام القرآن للشافعي، ج ٢، ص ٦٦.

(٢) راجع أحكام القرآن للشافعي، ج ٢، ص ٦٦.

(٣) أوردته في كتاب الاصطلاح في الخلاف مخطوطة، ورقة ١٩٩.

(٤) نقله ابن رجب في القواعد في القاعدة التاسعة والثلاثين، ص ٥١.

(٥) راجع قاعدة العقود المسمى بنظرية العقد، ص ١٦، ١٨، ٢١.

(٦) راجع الإنصاف، ج ٤، ص ٢١١، ٢١٧.

(٧) راجع المغني، ج ٣، ص ٥٩٤، والقواعد لابن رجب في القاعدة الحادية والخمسين، ص ٧٤.

(٨) راجع الأشباه والنظائر، ص ٢٩٣.

والقبول»^(١)، ومثله جاء في تعريف الدردير من المالكية للبيع قال: «البيع عقد معاوضة ولا يكون العقد إلا بين اثنين بإيجاب وقبول»^(٢)، ونقل الألويسي عن الطبرسي في معرض التفريق بين العقد والعهد بأن العقد فيه معنى الاستيثاق والشد ولا يكون إلا بين اثنين، والعهد قد ينفرد به واحد، فهذه النقول لأقوال الفقهاء تدل على أن إطلاق كلمة العقد ينصرف إلى ما يتم بإرادتين وإيجاب وقبول^(٣)، وقبل ذلك تعددت أقوال الفقهاء الدالة على إطلاق كلمة العقد على كل ما تعهد به الإنسان وألزم نفسه بالوفاء به، بل إن من الفقهاء من أطلق العقد على كل التزام في معرض معناه العام وأطلقه أيضاً على ما يقوم بالإيجاب والقبول في معرض معناه الخاص، وعند التدقيق في معرض سياق الإطلاق وما يحدد مقصود الفقهاء لم نجد أنهم كانوا يقصدون الاحتراز من مدلول الكلمة وما يترتب عليها من الآثار الفقهية مما ينبني على مدلول العموم والخصوص في أصل التعريف الاصطلاحي وإنما نجد أن مرادهم للمعنى العام يأتي عند الكلام على التصرفات ذات الآثار الفقهية اللازمة فيدخل فيها جميع أضرب العقود، وقد تناول الإمام النووي الكلام عن أقسام العقود على هذا المنحى عند قوله: «العقد ضربان: ضرب ينفرد به الشخص، وضرب لا بد فيه من متعاقدين، أما الذي ينفرد به العاقد فسبعة: عقد النذر، وعقد اليمين، وعقد الطلاق، وعقد الضمان، وعقد الصلاة لا الجمعة»^(٤) وعقد الحج، وعقد العمرة^(٥)، وأن مرادهم للمعنى الخاص يتحدد عندما يتكلمون عن العقود ذات الارتباط بإيجاب وقبول كالبيع

(١) حاشية ابن القاسم على تحفة المحتاج، ج ٤، ص ٢١٤.

(٢) الشرح الصغير بهامش شرحه بلغة السالك، ج ٢، ص ٢.

(٣) روح المعاني، ج ٦، ص ٤٨.

(٤) لأنها لا تنعقد إلا بإمام وعدد معين من المأمومين.

(٥) أورده عنه زكريا الأنصاري في كتاب شرح التحرير، ج ٢، ص ٣، وتناوله الشرقاوي في حاشيته

على التحفة، ج ٢، ص ٣.

والإجارة والرهن، وعلى هذا الوجه فيكون إطلاق كلمة العقد على المعنى العام من باب إطلاق العموم لإرادة العموم، وهو عموم الالتزام مما ينعقد بتصرف من طرف واحد أو من طرفين، وإطلاق العقد على المعنى الخاص من باب إطلاق العام لإرادة الخصوص، وهو نوع من الالتزام لا يقوم إلا على طرفين متقابلين يتحدد الالتزام بينهما في الإيجاب والقبول، وعليه فالعقد في معناه اللغوي وفي مدلوله الاصطلاحي وفي أثره الفقهي هو ما أقدم الإنسان على إنشائه ملتزماً بإنفاذ حكمه وأثره سواء كان له طرف يقابله فيه أم كان إنشاؤه له بمفرده، والعقد بهذا الوصف يصدق على ما قام الالتزام فيه بمعناه العام كما ورد به القرآن الكريم في قوله تعالى: ﴿يَأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(١)، ولا يمكن لأحد أن يقول بأن الآية خاصة بما يتقابل فيه طرفان بإيجاب وقبول، وأن ما قام فيه الالتزام بإرادة واحدة لا يدخل ضمن مقصود الشارع في الأمر الوارد في الآية، لأن معنى العقد الوارد في الآية يعني الربط والتوثيق وهذا الربط يتحقق من الناحية الشرعية فيما يقوم الالتزام به بإرادة واحدة فأصبح داخلياً ضمن المقصود الشرعي الذي تناوله حكم الآية، وليس إبراز هذا الربط والتوثيق يتطلب شكلاً من الأشكال، فالالتزامات بمعناها العام في الشريعة الإسلامية تكتسب صفة اللزوم من الشارع في الأحكام الأمرة بالوفاء بالعقود والتعهدات إنفاذاً للالتزام بها في نصوص شرعية كثيرة، وكذلك في الأحكام الشرعية الناهية عن الحلف ونقض الالتزامات والتعهدات، فالمسلم يجد نفسه مسؤولاً مسؤولية مباشرة بإنفاذ ما يلتزم به لغيره امتثالاً لأمر ربه وطاعة لخالقه فيما أمره به، وهذا يدعونا للحديث عن موضوع آخر ترتبط به الصلة الموضوعية وهو قاعدة بناء الالتزام بالإرادة المنفردة.

(١) سورة المائدة، الآية: ١.

المبحث الأول

قاعدة بناء العقد بالارادة المنفردة

تمهيد :

تتسم قاعدة الالتزامات في الفقه الإسلامي باتساع المشروعية وعرضها فلا يتوقف بناء الالتزام في الفقه الإسلامي على أنماط من الشكليات أو أساليب من التعقيدات، وإنما جاءت القاعدة في نطاق واسع في قاعدة العقود فجعلت الأصل في العقود وسائر التصرفات الإباحة ما لم يرقم دليل من الشرع بالحظر، وهذه القاعدة أكسبت قسم المعاملات في الفقه الإسلامي أحكاماً اتصفت بالمرونة والحيوية بالقدر الذي احتوى مقتضيات تعامل الناس على مر الأزمان.

العناصر الأساسية لبناء قاعدة العقود :

تقوم قاعدة العقود في الفقه الإسلامي على ثلاثة عناصر أساسية هي :

- (١) الرضا وطيب النفس .
- (٢) مشروعية محل العقد .
- (٢) كون القاعدة ذات طبيعة مادية .

فأما الرضا فهو أساس متين لا يتحقق وجود أي التزام ولا تنفذ آثار العقود دون تحقق الرضا وأن يظهر ظهوراً صريحاً، وقد ربط الشارع مشروعية الالتزام به قال تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراضٍ منكم﴾^(١) وقال تعالى: في تعليق حل الأكل في مال الغير بطيبة نفسه: ﴿فإن طبن لكم عن شيء منه نفساً فكلوه هنيئاً مريئاً﴾^(٢)، وقال النبي ﷺ: «إنما

(١) سورة النساء، الآية: ٢٩ .

(٢) سورة النساء، الآية: ٤ .

البيع عن تراضٍ»^(١)، فاشتراط التراضي فيما يطلب منه التجارة، واشتراط طيب النفس فيما يبذل من جانب واحد، والرضا وطيب النفس كلاهما يدل على معنى واحد وهو انتفاء الإكراه، ومعلوم أن كلا من لفظي الرضا وطيب النفس يدل على كمال الإرادة وبلوغ نهاية حرية الاختيار، ومما يلاحظ في هذا الموضوع من كلمتي «التراضي وطيب النفس» أن التعبير بالتراضي فيما يقوم فيه التصرف من جانبين، وبطيب النفس فيما يقوم فيه التصرف من جانب واحد، والمقصود الشرعي من الاثنين واحد وهو أن مشروعية التصرف هو الرضا سواء فيما قامت أحكامه من جانبين أو ما كانت من جانب واحد، هذا من جهة أساس مشروعية الالتزام، أما من جهة ترتب الأحكام والآثار الفقهية على التصرف فمتعلق الحكم في المعاوضات التراضي لأنه يقوم على مصلحتين متبادلتين بين الطرفين إيفاءً واستيفاءً، وأما في التبرعات فمتعلق الالتزام بالحكم هو التبرع برضا وطيب النفس^(٢). وبهذا يلتقي النوعان في متعلق الحكم.

أما مشروعية محل العقد فيقصد به المعقود عليه، وهو ركن من الأركان الأساسية لبناء العقد بل هو أهمها إذ هو الغاية من العقد ومقصوده، وهو المحل الذي يترتب عليه أثر العقد وحكمه، والمحل إما أن يكون مالا عيناً كان أو ديناً، أو أن يكون منفعة أو عملاً^(٣)، وتبعاً لأنواع المحل تنوعت العقود، فإذا كان المحل عيناً مالية عقاراً كان أو منقولاً توارد عليه عقد البيع وعقد الرهن، وعقد الوديعة، وعقد الشركة^(٤)، وعقد القرض، وأما إذا كان المحل منفعة توارد عليه عقد الإجارة، وعقد الإعارة، وعقد النكاح، وعقد الاستصناع، وعقد المزارعة،

(١) الحديث رواه ابن ماجه بسنده عن أبي سعيد الخدري مرفوعاً، سنن ابن ماجه، ج ٢،

ص ٧٣٧، وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى، ج ٦، ص ١٧.

(٢) راجع تفسير الفخر الرازي، ج ٩، ص ١٨٨، وج ١٠، ص ٧٣ من المجلد الخامس.

(٣) مرشد الحيران لقدرى باشا، المادة ٣٠٢.

(٤) وينحصر عقد الشركة في هذا النوع في شركة العقد التي يكون محلها رأس مال.

والمساقاة، وعقد الوكالة، ونحو ذلك، ولكل عقد من هذه العقود أحكام وآثار تخصه ترد في بابه، وللمحل شروط لا يتصف بالمشروعية إلا بتحققها وهي أن يكون ممكناً غير مستحيل، ومعيناً غير مجهول، وموجوداً غير معدوم، ومباحاً غير محظور، ولكل شرط ما يتعلق به من أحكام على التفصيل مما تناوله الفقهاء في كل عقد على حده، وعلّة ذلك كله هي عدم أكل الأموال بالباطل سواء كان عن طريق احتمال الضرر المؤدي إلى فوات المصلحة، وفوات المصلحة يؤدي إلى وقوع الضرر بطرف وأكل المال بالباطل من قبل الطرف الآخر. وهذا العنصر يعد أساساً متيناً في بنية العقود بنوعيتها عقود المعاوضات وعقود التبرعات لأن الشارع حدد وصف المشروعية لأحكام العقود وما ينشأ عن كل عقد بما يمنع الغرر وينفي الضرر.

وأما كون قاعدة العقود في الفقه الإسلامي ذات طبيعة مادية بحتة فلأن هذه القاعدة تجعل أحكام العقد وآثاره ذات علاقة مالية محضة تتحد فيها قيمة العقد وما يترتب عليه من مصلحة، فليس له علاقة بالشخص من حيث ترتيب الآثار والأحكام، فالالتزام بأحكام العقد ذو صلة مالية لأنها مقصود المتعاقدين، وليس للالتزام صلة بشخص أي من الطرفين، فقد ثبت أن النبي ﷺ، لم يجبس أحداً في دين لمجرد عدم الوفاء، وقال لغرماء معاذ - رضي الله عنه - عندما أفلس: «خذوا ما وجدتم وليس لكم إلا ذلك»^(١). ويفهم من هذا الحديث أن استحقاق الغرماء يتجه إلى مال المدين فلما استنفذ المال بالوفاء نفى الرسول ﷺ، أن يكون لهم حق تتجه المطالبة به فيما سوى المال. وبالنظر إلى طبيعة هذه العناصر والأحكام المتعلقة بها في تكوين قاعدة بناء العقود لم يلاحظ أن هذه العناصر قد اتسمت في حكم من أحكامها الإجمالية أو التفصيلية فيما يتعلق بقاعدة العقود بالنزعة إلى العقود ذات الطرفين لا من جهة بناء الحكم ولا من جهة قوة الالتزام

(١) الحديث أخرجه الإمام مسلم في صحيح كتاب المساقاة، باب الوضع من الدين، الحديث رقم ١٥٥٦، ج ٣، ص ١١٩١.

بما يظهر التفاوت بين ما يقوم العقد فيه من طرفين بإرادتين متقابلتين وما يقوم فيه من طرف واحد بإرادة منفردة . هذا من جهة المبادئ الفقهية وقواعد الفقه العامة مما دلت عليه أصول التشريع الإسلامي ، وأما من جهة دلالة العقل فإن قواعد الشرع قد كفلت للإنسان العاقل الرشيد حرية التعامل بما شاء مادام في نطاق المشروع ، وأباح له الالتزام بما يشاء مادام يتم ذلك التصرف بإرادته ورغبته ولا فرق من جهة نظر الشرع من أن يقيد الإنسان نفسه بحكم من أحكام التعامل بما تتقابل فيه مصالح الطرفين أو ما يقوم فيه التقيد على بذل مصلحة بحثة من شخص لصالح الغير، مادام ذلك الشخص مكتمل العقل والرشد، ومادام الغرض مشروعاً، ثم أننا لو قلنا أن قوة الالتزام لا تتحقق إلا فيما قام التصرف فيه بإيجاب وقبول لكان ذلك التزاماً بشكل من الأشكال المفروضة على عقود المعاملات بين الناس، وضرب من ضروب القيود المفروضة على أحكام العقود، وآثارها المترتبة عليها، وهذا ما رفضه الإسلام وأبطله من عقود المعاملات في الجاهلية، وميزة تشريع الأحكام في الإسلام ومن بينها أحكام الفقه الإسلامي باعتبارها المقصودة هنا أنها لا تولد ضعيفة هزيلة ثم ترتبط في نشأتها بأدوار التطور من خلال التفكير والتنظير كما هي الحال في القانون الوضعي ، وإنما قامت أحكام الفقه الإسلامي على قواعد متينة كاملة ترتبط بها أحكامها ارتباطاً قوياً في كل الأعصار والأمصار، ومن بين هذه الأحكام سلطان الإرادة، فقد أقام لها الإسلام ما كفل لها غايتها المنطقية حتى أصبحت في مركز تستطيع معه من إحداث الأحكام والآثار التعاقدية دون الارتباط بأي شكل من الأشكال الواهية أو بوضع من الأوضاع المعقدة، كما هي الحال في معظم القوانين الموروثة .

المبحث الثاني طبيعة عقد الإرادة المنفردة

سبق لنا أن قلنا أن التعاقد بإرادتين أصل مبعثه إرادة واحدة، ولكن المقصود من بعض العقود بين الطرفين يقوم على المعاوضة مما يقتضي لبناء العقد وجود إرادتين متقابلتين، فمبعث إرادة البائع في العقد هو الحصول على الثمن، ومبعث إرادة المشتري هو الحصول على العين، فتوافقت الإرادتان على إنشاء العقد على وجه المعاوضة ويلتزم كل طرف بمقابل ما يلتزم به له الطرف الآخر، وهكذا، أما العقود التي يترتب اللزوم فيها من جانبين ويقوم بناء العقد فيها على التبرع فإن بناء العقد فيها قام بالإرادة المنفردة، إلا أن الملاحظ هو أن الإرادة التي أقامت العقد هنا هي تلك الإرادة التي وافقت على إقامة العقد هناك، واقتصر بناء العقد على إرادة واحدة في هذا النوع من العقود لانتهاء مقصود المعاوضة منه، وبناء عليه فإن القدرة على بناء العقد من جانبين لا تتأثر بالانفراد بالالتزام به من جانب واحد، لأن اجتماع الإرادتين في عقود المعاوضات ليس هو عنصر القوة في بناء العقد، وإنما هو عنصر تمام الرضا بالعوض المقابل لكل طرف من أطراف العقد، أما قوة بناء العقد فهي الرضا بالالتزام المترتب عليه والرغبة في نفاذه وهذا متحقق في عقود الإرادة المنفردة، وعلى هذا الاعتبار فالإرادة المنفردة ذات طبيعة شاملة لوجوه التصرفات بنوعيتها المنشئة والمسقطه، وهذا ما يتم الحديث عنه في الفصل التالي إن شاء الله .

الفصل الثاني التصرف بما يزيل الحق بالارادة المنفردة

حق الملكية حق يثبت بمقتضاه للمالك اختصاص التصرف، فله حق المنفعة وله حق التصرف بأي وجه من وجوه التصرفات الناقلة وغير الناقلة، والتصرف في الحق يتناول نقله أو إسقاطه، فالتصرف بنقل الحق مما يقوم على الإرادة المنفردة كالتصرف بوقف العين أو الوصية بها أو هبتها أو التصديق بها، وأما التصرف بإسقاط الحق فهو كإسقاط حق الشفعة، وإسحاق حق الخيار وكإسقاط حق الدين ونحو ذلك، فكل ذلك يتم بالإرادة المنفردة^(١)، ما لم يكن المراد إسقاطه عيناً

(١) الحق في اللغة هو الثابت الذي لا يسوغ إنكاره، وفي الاصطلاح أهل المعاني هو الحكم المطابق للواقع، وتعريف الحق يتفق في المدلول مع تعريف الملك، ولهذا تناول الفقهاء تعريف الملك ولم أقف على تعريف الحق بهذا المدلول لدى الفقهاء، وفي منتصف العصر الحديث عندما قامت الدراسات المقارنة تناوله معظم الدارسين بالتعريف، فعرفه الشيخ على الخفيف بأنه (مصلحة مستحقة شرعاً) مذكرة في الحق والذمة، ص ٣٦، وعرفه الشيخ الزرقاء بأنه (اختصاص يقرر به الشرع سلطة أو تكليفاً) المدخل الفقهي العام ج ٣، ص ١٠، وتعريف الملك في اللغة: (هو احتواء الشيء والقدرة على الاستبداد به)، القاموس المحيط ص ١٢٣٢، وقد استخلص له الشيخ أبوزهرة تعريفاً من مجمل تعريفه عند المقدسي في الحاوي وابن الهمام في فتح القدير فقال: (هو الاختصاص بالأشياء الحاجز للغير عنها شرعاً الذي به تكون القدرة على التصرف في الأشياء ابتداءً إلا لمانع يتعلق بأهلية الشخص) الملكية ونظرية العقد ص ٧١، وقد اختصره الزرقاء بقوله هو: «اختصاص حاجز شرعاً صاحبه التصرف إلا لمانع» المدخل الفقهي العام، ج ١، ص ٢٤١، وهو اختصار نخل بتعريفه، والتعريف المختار في نظري هو «اختصاص حاجز شرعاً يبيح لصاحبه الانفراد بالتصرف إلا لمانع».

أو يمنع مانع من إسقاط الحق^(١).



(١) يفرق الفقهاء بين الحق والملك في الإسقاط، فالأصل في الحقوق قبولها للإسقاط لأنها أوصاف تقوم بمحالتها ما لم يمنع مانع من إسقاطها، ومن موانع إسقاط الحق عدم وجوبه كإسقاط حق الشفعة قبل بيع الشريك، وإسقاط حق خيار الرؤية قبل رؤية المبيع، ومنها الحقوق التي رتبها الشارع على وضع محدد ترتبط به مصلحة مقصود كإسقاط الرجل حقه في الرجعة في الطلاق الرجعي، ففي إسقاط حق الرجعة تفويت مقصد من مقاصد الشارع في ترتيب حق الرجوع في هذا النوع من الطلاق، ومنها الحقوق التي يتعلق بها حق للغير فلا تسقط بالإسقاط كإسقاط الخاضنة حقها في الحضانة، ونحو ذلك، أما الأعيان فالأصل فيها عدم قبولها للإسقاط وإنما تقبل النقل، راجع رسائل ابن نجيم الرسالة الخامسة عشر ص ١٤١، والأشباه والنظائر ص ٣١٦، فلو أن إنساناً ترك سيارته على جانب الطريق والتطم بها أحد المارة ونفي صاحبها ملكيته لها بالإسقاط قبل حدوث الضرر منها فإن ذلك لا يعفيه من المسؤولية ويلتزم بنتائج الضرر المترتب بسببها.

المبحث الأول

الإبراء من الحق بإسقاطه بالارادة المنفردة

تعريف الإبراء :

الإبراء في اللغة : التخلص من الشيء ، يقال بريء من العيب إذا تخلص منه ، ويقال بريء من المرض إذا سلم منه ، ويقال بريء من الدين إذا تخلص منه^(١) . وإسقاط الشيء طرحه وإلقاؤه على الأرض لحقارته^(٢) ، والمراد به هنا طرح الشيء وإزالته لقلته الاعتداد به^(٣) .

والإبراء في الاصطلاح الفقهي : هو : «إسقاط الدين عن ذمة المدين وتفرغ لها منه»^(٤) ، والإبراء لا يدخل إلا الحقوق لأنه وصف يدخل على الذمة ، أما الأعيان فلا تقبله^(٥) ، لأن الإبراء إسقاط على هذا الوجه والإسقاط لا يدخل الأعيان كما سبق تقريره ، وإبراء الإسقاط نوعان عام وخاص : فالعام يشمل الحقوق والدعاوى التي تكون لشخص قبل آخر ، أما الخاص فهو إسقاط حق أو دعوى معينة على وجه التحديد فلا يتعداها إلى غيرها .

والإبراء من الحق عن طريق إسقاطه نوع من أنواع انقضاء الحق ، وإسقاط الحق تصرف يتم من جانب واحد يقوم به الدائن وحده دون مقابل ، ولكن

(١) راجع القاموس المحيط ، ص ٤٢ ، ومختار الصحاح ، ص ٤٥ .

(٢) راجع المعجم الوسيط ، مادة (سقط) ، ص ٤٣٥ .

(٣) راجع المفردات في غريب القرآن للأصفهاني ، ص ٢٣٥ .

(٤) راجع الموسوعة الفقهية ، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بالكويت ، ج ٨ ، ص ٥٢ ، وراجع

في تعريف الإبراء مجلة الأحكام العدلية ، المادة ١٥٣٦ .

(٥) راجع هذا التقسيم على درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ، ج ٤ ، ص ٩ .

الفقهاء اختلفوا في حقيقة ترتب الآثار والأحكام المترتبة على تصرف الدائن بإرادته وحده، فهل يقع الإبراء بإسقاط الدائن حقه في الدين عن المدين بإرادته المنفردة؟ أم لا بد من قبول المدين؟ والأقوال المترتبة على هذا التساؤل ترتبط في نزعتها بطبيعة الإبراء بإسقاط الدين أهو إسقاط محض أم تمليك محض أم أنه في منزلة تجمع بين معنى الإسقاط ومعنى التمليك؟ ولكي يتحدد دور الإرادة المنفردة في إسقاط الحق في إطار الخلاف الفقهي حول طبيعة الإبراء فإنه يتعين على الباحث تناول تحديد طبيعة الإبراء وماهيته، وهذا ما أتناوله فيما يلي:

طبيعة الإبراء من الحق دون مقابل :

الإبراء في حقيقته تصرف يتم من قبل صاحب الحق، ولكن طبيعة هذا التصرف محل خلاف بين الفقهاء وفقاً لتكييفهم له، فمنهم من يجعل مبناه على التبرع دون عوض وعليه فإن الأثر الذي يترتب على ذلك التصرف هو تمليك المدين الحق الذي في ذمته للدائن.

ومنهم من يجعل مبناه على الإسقاط، وبهذا يكون التصرف من قبل صاحب الحق مبنياً على إسقاط الحق من ذمة المدين كإسقاط حق الزوجة في عقد النكاح بالطلاق، وحق تملك الرقبة بالعتق وإسقاط حقوق الطلاق بالرجعة، وإسقاط حق القصاص بالعفو ونحو ذلك، وبناء على هذا التكييف لطبيعة الإبراء في نظر كل فريق اختلفت طبيعة الآثار المترتبة على الإبراء، فمن جعله تمليكاً جعله مفتقراً إلى القبول، ومعنى هذا الافتقار أن أحكام الإبراء على هذا الوجه لا تقوم من جانب واحد، وإنما تفتقر إلى إرادة أخرى تتمثل في القبول لأن الإبراء تمليك والتمليك لا يتم إلا بالإيجاب والقبول تتمثل فيه إرادتان متقابلتان، وهذا هو ظاهر المذهب عند المالكية^(١) وبناء على هذا القول لو أن المدين لم يقبل بإبراء

(١) راجع الفروق للقرافي، ج ٢، ص ١١١.

الدائن له من الدين لا تبرأ ذمته ويبقى الحق قائماً حتى وإن أصر الدائن على إسقاطه له .

أما من جعله إسقاطاً فلم يشترط له القبول من المدين لأنه مما تترتب عليه الآثار بالتصرف من جانب واحد بالإرادة المنفردة، وهذا هو قول الحنابلة والمختار من أقوال الشافعية، وعلى مقتضى هذا القول لو أبرأ الدائن مدينه من الدين فإنه يقع الإبراء ويسقط الحق حتى ولو لم يقبل المدين بالإبراء، لأنه إسقاط والإسقاط لا يفتقر إلى القبول كإسقاط حق القصاص وحق الشفعة^(١) وحق حد القذف، وكالعتق والطلاق، فهذه الحقوق تقبل الإسقاط ولا تفتقر إلى قبول من أسقطت عنه^(٢) لكونها مما يتم بإرادة منفردة من جانب واحد، ولأن الساقط متلاشٍ ولا يعود ولأن الحق الساقط خالص لم يختلط بغيره^(٣). وهناك رأي ثالث تبناه الحنفية جعلوا فيه الإبراء في منزلة وسطى بين منزلة التملك ومنزلة الإسقاط^(٤)، ومبنى هذا الرأي هو اشتمال الإبراء على المعنيين: معنى الإسقاط ومعنى التملك^(٥)، ويجعلون لكل معنى صلة بالإبراء ترتبط به على وجه يتحقق معه التوفيق بين طبيعة

(١) فلو أن القاتل لم يقبل بعفو أولياء الدم عن القصاص لا يعتد برده لإسقاط الحق لكون العفو منقذاً للنفس من الهلاك ومبقياً لها على الحياة، وهو مقصد من مقاصد الشارع في الأنفس، والقاتل بامتناعه عن قبول العفو ملقي بنفسه في الهلاك المحقق ولا يتفق ذلك الرد مع مقتضى العقول السليمة فتعين الحجر عليه بعدم الاعتداد برده للعفو. راجع ما أوماً إليه الزيلعي في تبين الحقائق، ج ٦، ص ٩٨، وكذلك لو أسقط الشريك حقه في الشفعة فلم يقبل المشتري بذلك فإنه لا يعتد برده له لكونه خالص حق الشريك، واحتمال النفع في إسقاط الشفعة معتبر كاحتمال الضرر على المشتري في الأخذ بها فلم يفتقر الإسقاط إلى القبول على هذا الوجه.

(٢) راجع المغني لابن قدامة، ج ٥، ص ٦٥٨، والأشباه والنظائر للسيوطي، ص ١٧١.

(٣) راجع جامع الفصولين لابن قاضي سمانه، ج ٢، ص ٣، والفروق للقرافي، ج ٢، ص ١١٠، وبهامشه تهذيب الفروق والأسرار الفقهية لمحمد علي حسين، ج ٢، ص ١٣٦.

(٤) راجع المبسوط للسرخسي، ج ١٨، ص ١٦٦.

(٥) راجع درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر عند شرح المادة ١٥٦٨، ج ٤، ص ٦٤.

الإبراء عند كل أصحاب اتجاه، وبينون على ذلك أثرًا فقهيًا يجمع في نظرهم بين نفي الضرر المحتمل على ذوي المروءات والأنفات نتيجة إلزامهم بقبول المن من هو دونهم وبين ترتب الآثار بالتصرف من جانب واحد، وفي نظري لا تستقيم تركيبة طبيعة الإبراء على هذا الوجه الذي ركبها عليه أصحاب هذا الاتجاه، لأن فقه المسألة على هذا الاتجاه لا يجمع بين منحى كل من الاتجاهين السابقين في تحديد مبدأ الإبراء عند كل منهما، بل إن التحقيق في المنزع الفقهي لأصحاب هذا الرأي يثبت أنهم ينزعون من منزع أصحاب الاتجاه الثاني وهو اعتبار الإبراء إسقاطًا لأنه في نظرهم لا يفتقر إلى القبول وهو هذا يقوم على الإرادة المنفردة لأنه عندهم إبراء إسقاط وإبراء الإسقاط إنشاء وليس إخبار^(١)، والإشياء لا يفتقر إلى القبول. ثم إن بناء معنى التملك في إبراء الإسقاط كان لقصد بناء قوة الارتداد بالرد وذلك لوقف نفاذ حكم الإبراء في حالة عدم القبول بدليل أنهم لا يريدون بالقبول القبول المترتب على الإيجاب وإنما يقصدون به قبول نفاذ الحكم أو عدم قبوله، وبنوا فقه المسألة في قولهم بالارتداد بالرد إلى جانب عدم الافتقار إلى القبول بالقياس على مسألة رد المقر له لإقرار المقر، وقالوا: إن رد الإقرار تكذيب للمقر والكذب غير معدود في الحجج^(٢).

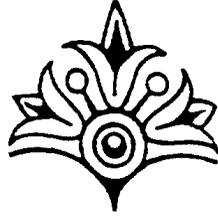
وقد أخذ التقنين المدني الوضعي المعاصر برأي الحنفية^(٣) فجعل الإبراء من الدين يتم بإرادة الدائن وحده متى وصل إلى علم المدين ويرتد برده، ومما تجدر الإشارة إليه أن القانون الوضعي رتب تمام الإبراء على إرادة الدائن وحده دون

(١) راجع المرجع السابق، ج ٤، ص ٦٤.

(٢) راجع كلام الحنفية في هذا التوجيه في درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ج ٤، ص ٦٤.

(٣) هذا هو التقنين المدني الجديد في معظم التقنينات الوضعية، وكان في التقنين الوضعي القديم لا يقوم الإبراء بإرادة الدائن وحده دون قبول من المدين، لأن طبيعة الإبراء على هذا الاتجاه ذات ارتباط بالالتزام والالتزام رابطة شخصية فلا بد في قضائها من تدخل الطرفين في الإبراء منه، راجع الوسيط في شرح القانون المدني للسنهوري، ج ٣، ص ٩٦٥.

ربطه بقبول من المدين ، وقد اقتبس التقنين الوضعي هذا التكييف المستحدث لطبيعة الإبراء من الفقه الإسلامي ، واعتبرها طبيعة مادية تستقل بالتصرف فيها إرادة الدائن وحده فيستطيع النزول عن الحق بإرادته المنفردة ، إلا أن التقنين الجديد أعطى المدين حق الرد متى وصل إلى علمه إبراء الدائن له من الدين ، وكان تعليل ذلك في التقنين الوضعي الجديد مستعاراً من الفقه الإسلامي وعلى وجه التحديد من المذهب الحنفي كما مر معنا آنفاً .



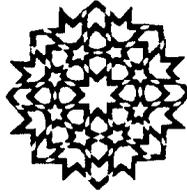
الفصل الثالث

التصرف بما ينشئ الحق بالارادة المنفردة

(قدرة الارادة المنفردة على بناء العقود)

تمهيد

يعتبر التصرف بما ينشئ الحقوق بالإرادة المنفردة من المبادئ التي لا يزال الفقه الإسلامي منفرداً بها، في حين لا تزال التقنيات الوضعية بنظرياتها ودراساتها الفقهية مضطربة في تحديد المبدأ الفقهي لنظام التصرفات المنفردة وما يترتب عليها من أحكام عملية، والفقه الإسلامي أقام المبدأ الفقهي لأحكام التصرفات المنفردة في أحكام الوقف، وأحكام الوصية، وأحكام الجعالة، ونحو ذلك، وكلها تنشأ أحكامها وآثارها على إرادة طرف واحد، فيجوز أن ينشئ الشخص حقوقاً والتزامات بإرادته المنفردة دون حاجة إلى قبول من تترتب عليه آثارها بالانتفاع.



المطلب الأول

قدرة الإرادة المنفردة على إنشاء عقد الوقف^(١)

يعد عقد الوقف مما تقوم أحكامه وآثاره بإرادة الواقف المنفردة دون افتقاره إلى قبول من الموقوف عليه، وهذا باتفاق الفقهاء في الوقف على غير المعينين كالفقراء والمساكين أو على أفراد قبيلة لا يحصون، أو كان الوقف على من لا يتصور منه قبول كالمساجد والمستشفيات ودور الأعمال الخيرية^(٢). أما الوقف على المعينين ممن يتحقق منهم القبول فقد اختلف الفقهاء في اشتراط القبول من الموقوف عليه ومنهم من لا يشترط قبوله، وكان منشأ اختلاف الفقهاء في اشتراط القبول أو عدم اشتراطه مبنياً على طبيعة القبول في نظر كل فريق، فمنهم من يجعله شرطاً لصحة العقد ومنهم من يجعله شرطاً لاستحقاق الموقوف عليه بمنافع العقد.

طبيعة القبول في عقد الوقف :

اختلف الفقهاء في تحديد طبيعة القبول في عقد الوقف، فمنهم من يجعل القبول شرطاً لصحة عقد الوقف، وهذا يكون القبول ركناً من أركان بناء عقد الوقف لا يقوم العقد إلا بتحقيقه، وذلك بتوافق إرادتين متقابلتين من الموجب

(١) الوقف في اللغة: الحبس، راجع مادة وقف في تهذيب اللغة للأزهري، ج ٩، ص ٣٣٣، ويقال وقف وهو المشهور ولا يقال أوقف فهي لغة شاذة، راجع لسان العرب، ج ١، ص ٢٧٦، وفي الاصطلاح: تعددت تعريفات الفقهاء للوقف تبعاً لاختلافهم في لزومه وانفكاك ملكية الواقف ونحو ذلك من الأحكام المختلف فيها، إلا أن تعريفاتهم في مجملها لا تخرج عما عرفه به ابن قدامة في المغني فقال هو: «تحبس الأصل وتسيب الثمرة»، ج ٥، ص ٥٩٧.

(٢) راجع المغني لابن قدامة، ج ٥، ص ٦٠١.

والقابل ، وإلى هذا القول أخذت طائفة من علماء الشافعية^(١) وهو أحد الوجهين عند الحنابلة^(٢) وبه قال مطرف من المالكية^(٣) .

أما جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة فيذهبون إلى أن القبول من الموقوف عليه شرط للاستحقاق وليس شرطاً لإنشاء العقد وصحته^(٤) ، ولهذا يصفون طبيعة العقد في بنائه بأنه إيقاع وليس عقداً^(٥) ، فهم بهذا يجعلون عقد الوقف تاماً من أصله بإنشاء الواقف له بإرادته المنفردة دون افتقاره إلى قبول الموقوف عليه ، فلو أوقف رجل داره على آخر فلم يقبل بالوقف الموقوف عليه لا يبطل عقد الوقف وإنما يبطل استحقاق الموقوف عليه لريع الوقف وقد استدل ابن حجر على عدم اشتراط القبول في الوقف بحديث أبي طلحة المروي عن أنس بن مالك قال لما نزلت : ﴿لن تنالوا البر حتى تنفقوا مما تحبون﴾^(٦) قام أبو طلحة فقال : يا رسول الله ، إن الله يقول : ﴿لن تنالوا البر حتى تنفقوا مما تحبون﴾ وإن أحب أموالي إلي بirschاء وإنما صدقة لله أرجو برها وذخرها عند الله فضعها حيث أراك الله فقال : «بخ ذلك مال رابع أو رايح - شك ابن سلمة - ، وقد سمعت ما قلت وإني أرى أن تجعلها في الأقربين» . قال أبو طلحة : «أفعل ذلك يا رسول

(١) قال الخطيب الشربيني (والأصح أن الوقف على معين يشترط فيه قبوله متصلاً بالإيجاب) مغني المحتاج ج ٢ ، ص ٣٨٤ .

(٢) راجع الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف ، ج ٧ ، ص ٢٧ .

(٣) عزاه إليه الدسوقي في حاشيته على الشرح الكبير ، ج ٤ ، ص ٨٨ .

(٤) راجع حاشية ابن عابدين ، ج ٤ ، ص ٣٤٢ ، وحاشية الدسوقي ، ج ٤ ، ص ٨٨ ، والمغني ج ٥ ، ص ٦٠٠ ، ومغني المحتاج ج ٢ ، ص ٣٨٤ .

(٥) والإيقاع مصدر وقع ، ووقع الشيء ثبوته ووجوبه بمباشرة من جانب واحد ، راجع المفردات في غريب القرآن للأصفهاني ، ص ٥٣٠ .

(٦) سورة آل عمران ، الآية : ٩٢ .

الله فقسّمها أبوطليحة في أقاربه وبني عمه»^(١)، قال ابن حجر: «وأن الوقف لا يحتاج في انعقاده إلى قبول الموقوف عليه»^(٢).

الترجيح :

الذي يترجح في نظري في طبيعة القبول في عقد الوقف هو أنه شرط استحقاق وليس شرط إنشاء لأن الوقف عقد إزالة ملك العين على وجه القرية فلا يفتقر إلى قبول، وحتى لا يلزم الغير على إدخال ملكه مالا يرغب في امتلاكه فإن الأولى أن يثبت له حق القبول بالاستحقاق أو الرد، ومتى رده انتقل إلى غيره لأنه قرية واشتراط القبول على وجه تترتب عليه صحة العقد يخالف مقصود الشارع في أعمال البر بين الناس، لذا فإن طبيعة الوقف تقتضي عدم افتقار عقده إلى قبول الموقوف عليه لأنه إما أن يكون لغير معين فلا يتصور له قبول كما سبق وإما أن يكون لمعين ولن بعده حق فيه، فيكون القبول أو عدم القبول تحكم في حق الغير، ولذا فإن طبيعة عقد الوقف تقتضي أن يكون من عقود الإرادة المنفردة.

(١) الحديث أخرجه البخاري واللفظ له، ومسلم في صحيحه، راجع نص الحديث في فتح الباري ج ٥، ص ٣٩٦، ومسلم بشرح النووي، ج ٧، ص ٨٥، وأخرجه النسائي في سننه، ج ٦، ص ٢٣١.

(٢) فتح الباري بشرح صحيح البخاري، ج ٥، ص ٣٩٧.

المطلب الثاني

قدرة الارادة المنفردة على إنشاء عقد الهبة^(١)

الهبة من حيث الأحكام العامة عقد ناقل للملكية العين من شخص لآخر^(٢)، وعقد الهبة من عقود التبرعات التي يقوم العقد فيها على غير عوض، وحكم عقد الهبة هو ثبوت الملك للموهوب له^(٣) بغير عوض^(٤).

طبيعة القبول في عقد الهبة :

جرى الخلاف بين الفقهاء في بعض الأحكام المترتبة على عقد الهبة، وكان خلافهم ناشئاً عن نظرهم إلى طبيعة القبول في عقد الهبة، فمنهم من يجعل ركن

(١) يقال وهب وهبة يقال وهب له المال إذا أعطاه إياه بلا عوض، راجع القاموس المحيط، ص ١٨٢، مادة «وهب». وفي الاصطلاح «عقد يفيد التمليك في الحياة بغير عوض» راجع المغني لابن قدامة، ج ٥، ص ٦٤٩، ومغني المحتاج، ج ٢، ص ٣٩٦، وقال في المفردات: «الهبة أن تجعل ملكك لغيرك بغير عوض» المفردات للراغب الأصفهاني ص ٥٣٣.

(٢) الهبة، والصدقة والهدية والعطية، معانيها متقاربة، قاله في المغني، ج ٥، ص ٦٤٩، فإن قصد منها التقرب إلى الله - سبحانه وتعالى - بإعطاء ذوي الحاجة فهي صدقة، وإن قصد منها التودد والتقرب إلى شخص فهي هدية، وإن لم يكن يقصد شيء من ذلك فهي هبة.

(٣) راجع بدائع الصنائع، ج ٨، ص ٣٦٩٨.

(٤) أما إذا اشترط الواهب العوض فقد اختلف الفقهاء في طبيعة العقد، فذهب الحنفية إلى أن العقد يعد هبة في الابتداء وبيعاً في الانتهاء لشبهة بالعقدية، راجع بدائع الصنائع، ج ٨، ص ٣٧٠٩.

عقد الهبة الإيجاب والقبول وعلى هذا فالقبول شرط لصحة العقد، فطبيعة القبول على هذا الوجه ذات أثر في بناء العقد من أساسه، والعقد بهذا الشكل مرتبط بإرادتين متقابلتين لا يقوم إلا بتوافقهما عليه، فمتى صدر الإيجاب من الواهب ولم يلحق به قبول من الموهوب له فلا ينعقد عقد الهبة ولا يترتب عليه أي أثر من الآثار.

وإلى هذا الرأي ذهب جمهور الفقهاء من معظم الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة^(١). قال ابن رشد: «وأما الهبة فلا بد من الإيجاب فيها والقبول عند الجميع»^(٢) قلت وأما دعوى أن ذلك قول الجميع فهي دعوى منقوضة بخلاف من خالف في ذلك مما سيأتي قريباً، وكان مبنى اشتراط القبول في عقد الهبة في نظر جمهور الفقهاء هو أنها عقد تمليك ينتقل به الملك من الواهب إلى ملك الموهوب له وهذا مما يقتضي الرضا منه فافتقر إلى القبول^(٣)، فيكون عقد الهبة عند جمهور الفقهاء مما يستلزم إرادتين متقابلتين لا يتحقق العقد بدون توافقهما عليه.

ولكننا نرى من الفقهاء من يجعل ركن عقد الهبة الإيجاب الصادر من الواهب فقط، ويجعل القبول والقبض شرطاً للزوم العقد ونفاذه، وإلى هذا الرأي ذهب عدد من الفقهاء منهم شيخ الإسلام ابن تيمية من الحنابلة، وظواهر زاده والكاساني والبابرقي من الحنفية^(٤)، ومبنى هذا الرأي هو أن الهبة عقد تبرع

(١) راجع حاشية الطحاوي على الدر المختار، ج ٣، ص ٣٩٣، والاختيار لتعليل المختار، ج ٣، ص ٤٨. ومواهب الجليل للخطاب، ج ٦، ص ٥٤، وشرح فتح الجليل لمحمد عليش، ج ٤، ص ٨٨، وأسني المطالب، ج ٢، ص ٤٧٨، والمغني لابن قدامة، ج ٥، ص ٦٥٤.

(٢) بداية المجتهد ونهاية المقتصد ج ٢، ص ٢٤٧.

(٣) راجع شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر، ج ٢، ص ٣٤٨.

(٤) راجع بدائع الصنائع، ج ٨، ص ٣٦٦٩، وراجع تكملة فتح القدير، ج ٧، ص ١١٦، وبهامشه شرح العناية، ج ٧، ص ١١٣.

وموجب التبرعات هو طيب النفس بخلاف المعاوضات فإن مبنى العقد فيها هو الرضا بين الطرفين، وعليه فإن عقد الهبة مما يترتب بصدور التبرع من الواهب فصارت الهبة بمنزلة الإقرار والوصية^(١)، وعلى مقتضى هذا القول يعد عقد الهبة من العقود التي تقوم بالإرادة المنفردة. وهذا هو الذي يظهر في نظري، فعقد الهبة عقد تبرع شأنه في ذلك شأن عقد الوقف والوصية فلم يشترط له القبول في بناء العقد لعدم افتقاره إليه في إنشاء الحق لأنه حق نشأ بطريق التبرع وبطيب النفس فترتب على وجه صحيح بخلاف عقود المعاوضات فاشترط في عقدها القبول حتى لا ينتزع ملك العاقد بغير رضاه وقبوله بالعوض المترتب له بموجب العقد، وإنما اشترط القبول والقبض للزوم العقد ونفاذه حتى لا يفرض على الموهوب له مالا يرغب في تملكه، وهذا هو الذي تقتضيه وقائع تصرفات التبرع بين الناس.



(١) راجع الفتاوى الكبرى لابن تيمية، ج ٣، ص ٤٨٥، ومجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر لدماد أفندي، ج ٢، ص ٣٥٣، ودرر الحكام، شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر، ج ٢، ص ٣٤٨.

المطلب الثالث

قدرة الإرادة المنفردة على إنشاء عقد الجعالة^(١)

سبق أن عرفنا أن الفقه الإسلامي تميز بخاصية ابتناء العقد بالإرادة المنفردة في فئة من العقود إلا أن معالم قدرة الإرادة المنفردة على إنشاء العقود تتجلى في عقد الجعالة أكثر من غيره، وذلك لتحدد منشأ الالتزام في العقد من جانب دون خلاف^(٢) هذا وقد أقام الفقه الإسلامي الجعالة على قاعدة العقود، فجعل لها عقداً ترتب عليه الأحكام والآثار شأنه في ذلك شأن سائر العقود، إلا أن عقد الجعالة حظى بأحكام خاصة قامت على مقتضى آخر ميزته عن الأحكام التفصيلية لقاعدة العقود في نظر الفقهاء، وقد اختلفت أنظار الفقهاء في الأركان الأساسية التي يقوم عليها عقد الجعالة، ومدى لزومها في هذا النوع من العقود،

(١) يقال الجعالة بكسر الجيم وفتح العين، ويقال الجعالة بفتح الجيم والعين معاً، ويقال الجعيلة بفتح الجيم وكسر العين، والجعل هو الأجرة، راجع لسان العرب لابن منظور، ج ١١، ص ١١. وفي اصطلاح الفقهاء: هي وعد البالغ العاقل بمبلغ معين على وجه التحديد لمن يقوم بعمل معين سواء كان من يقوم بالعمل معلوماً أو مجهولاً، راجع كشف القناع على متن الإقناع، ج ٤، ص ٢٠٣، والعدة شرح العدة للمقدسي، ص ٢٦٠، والجعالة مشروعة بالكتاب والسنة والجعالة على مقتضى القياس لا تصح لما فيها من الغرر إلا أن الشارع أجازها لما فيها من المصلحة وجعلها أصلاً في نفسها كالقراض والمساقاة، فلا يقاس عليها ولا تقاس على غيرها، راجع مقدمات ابن رشد، ج ٢، ص ٦٣٠، ٦٣١.

(٢) أي دون خلاف في قيام العقد بالإيجاب فقط، أما خلاف الحنفية الذي يأتي قريباً فهو خلاف في أصل العقد ومشروعيته، فلا يؤثر على ركن قيام العقد عند جمهور الفقهاء.

والفقهاء عندما رتبوا أحكام الجعالة رتبوها على وفق الأحكام التي تقوم عليها الإجارة وعليه اشترطوا في الجاعل ما اشترطوه في العاقد من الأحكام التي ينبنى عليها الالتزام في جانب الموجب^(١)، ولم يشترطوا ذات الأحكام التي تترتب على القابل عادة في سائر العقود لأن الأثر الذي يترتب عادة على الطرف الثاني في عقد الجعالة بعد القبول غير متحقق الحصول، فامتنع ترتبه لهذا المعنى، ولأن العامل قد يتمكن من إتمام العمل وقد لا يتمكن، فإن تمكن استحق الجعل بموجب العقد وإن لم يتمكن فلا يستحق شيئاً فانتفى الالتزام في حقه لهذا السبب، لأنه يغتفر في عقد الجعالة ما لا يغتفر في غيره من العقود، ولذا فالجهالة بالعامل لا تفسد العقد ولا تزيل الالتزام الصادر بالإيجاب من الطرف الأول.



(١) لم يصرح فقهاء الحنابلة باشتراط أهلية الجاعل إلا أن قياسهم لها على أحكام الإجارة يقتضيه، راجع الإنصاف للمرداوي، ج٦، ص٣٨٩.

طبيعة القبول في عقد الجعالة

يقوم عقد الجعالة على الرضا المنفرد (الإرادة المنفردة) إذ أن ترتب اللزوم فيه يبنى على إيجاب الجاعل برضاه وإرادته مع عدم توقفه على قبول من الطرف الآخر بل حتى ولو مع الجهل به، ويتحدد الطرف القابل وقبوله بالعقد عند البدء في العمل المجعول عليه، ويلزم العقد والأجرة بتمام العمل، وبهذا يتضح أن القبول في عقد الجعالة ليس شرطاً لقيام العقد كما أنه ليس بشرط للالتزام بين الطرفين قبل البدء في العمل، وإنما تترتب آثار القبول بأحكام العقد في حق القابل، متى بدء بالعمل، وهذا هو مذهب جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة^(١). أما الحنفية فهم يخالفون جمهور الفقهاء في أصل العقد ومشروعيته على مقتضى قاعدة العقود، لأن قياسه على عقد الإجارة يقتضي عدم مشروعيته إلا أنهم قالوا باستحقاق من يرد العبد الأبق للجعل استحساناً^(٢)، ومقتضى الاستحسان هو اتفاق الصحابة على أصل وجوب الجعل دون اشتراطه^(٣)، فعند الحنفية لا يقوم الجعل على مبدأ الالتزام بين الطرفين، وإنما قام الاستحقاق على الاستحسان

(١) راجع المدونة الكبرى، ج ٤، ص ٤٥٦، ومقدمات ابن رشد، ج ٢، ص ٦٣١، ومغنى

المحتاج، ج ٢، ص ٤٢٩، والمغني لابن قدامة، ج ٦، ص ٢٧، ٢٨.

(٢) الاستحسان هو العدول بحكم المسألة عن نظائرها لدليل خاص، والعدول هنا هو ترك

القياس الذي يقتضي عدم صحة الجعل والقول بالصحة للآثار الواردة عن الصحابة،

راجع المستصفي للغزالي، ج ١، ص ٢٧٤.

(٣) قال في كنز الدقائق: «ومن رده من مدة سفر فله أربعون درهماً» أي العبد الأبق، قال

ابن نجيم في البحر الرائق عند شرحه لعبارة الكنز «جعلاً له استحساناً يستحقها على

مولاه بلا شرط لأن الصحابة - رضي الله عنهم - أتفقوا على أصل وجوب الجعل إلا أن

منهم من جعله أربعين ومنهم من أوجب دونه» ج ٥، ص ١٦٠.

صيانة للمال من الضياع^(١)، وكان سند الاستحسان عندهم هو الأثر الوارد عن الصحابة^(٢)، ومعنى هذا هو أن الحنفية لا يقيمون مشروعية الجعالة على قاعدة العقود لمخالفتها للقاعدة في ركن عقد الإجارة في عدم تعيين الطرف الآخر والجهل بمقدار العمل المجعول عليه .

ولكن مخالفة الحنفية في بناء أصل المشروعية على قاعدة العقود لا تقوى على إضعاف بنائها على قاعدة العقود بالإرادة المنفردة لقيام الالتزام على هذا الوجه في أصل المشروعية من الكتاب والسنة، فمن الكتاب قوله تعالى: ﴿قالوا وأقبلوا عليهم ماذا تفقدون، قالوا نفقد صواع الملك ولن جاء به حمل بغير وأنا به زعيم﴾^(٣).

ومن السنة ما ورد في حديث الرقية الذي رواه أبو سعيد الخدري - رضي الله عنه - والذي ورد فيه أن نفرًا من الصحابة نزلوا حيًّا من أحياء العرب فاستضافوهم فأبوا أن يضيفوهم فلدغ سيد ذلك الحي فأتوا إلى ذلك نفر من الصحابة فقالوا: «يا أيها الرهط إن سيدنا لدغ وسعينا له بكل شيء لا ينفعه فهل عند أحد منكم من شيء؟» فقال بعضهم: «نعم والله إني لأرقي ولكن والله لقد استضفناكم فلم تضيفونا فما أنا براقي لكم حتى تجعلوا لنا جعلاً» فصالحوهم على قطع من الغنم فانطلق يتفل عليه ويقرأ الحمد لله رب العالمين فكأنها نشط من عقال فانطلق يمشي وما به قلبه قال: فأوفوهم جعلهم الذي صالحوهم عليه . فقال بعضهم: «أقسموا» فقال الذي رقى: «لا تفلعوا حتى نأتي النبي ﷺ»، فذكروا له فقال: «وما يدريك أنها رقية»، ثم قال: «قد أصبتم أقسموا وأضربوا

(١) راجع بدائع الصنائع، للكسائي، ج ٨، ص ٣٨٧٤ .

(٢) راجع المبسوط للسرخسي، ج ٩، ص ٢٠٤، وكشف الأسرار لعبد العزيز البخاري،

ج ٤، ص ٣ .

(٣) سورة يوسف، الآية: ٦٩ .

لي معكم سهماً» فضحك رسول الله ﷺ^(١)، فقد دل هذا الحديث على مشروعية الجعالة، وليس ما ورد في الحديث من باب الإجارة من كل الوجوه، لأن أثر العمل فيه مجهول إذ قد يبرأ اللديغ وقد لا يبرأ فدل على أن الالتزام فيه قام على نوع آخر لمقتضى خاص به، وأما وجه ارتباطها بالإجارة فهو وقوع العوض في مقابل النفع الذي رتبته على نفسه الجاعل بإيجابه له^(٢)، وعليه فعقد الجعالة يعد من عمل الإرادة المنفردة، وأن طبيعة القبول فيه إنما هي لتحديد المجعل له عند بدأ العمل واستحقاق الجعل.



-
- (١) الحديث بتسامه أخرجه البخاري في كتاب الإجارة باب ما يعطي في الرقية، ج٣، ص٥٣، والقَلْبَة: الداء الذي يتقلب منه صاحبه على فراشه.
- (٢) راجع شرح منتهى الإرادات لمنصور البهوتي، ج٣، ص٤٦٨.

المطلب الرابع

قدرة الارادة المنفردة على إنشاء عقد الوصية^(١)

الوصية تشبه الوقف في معظم الأحكام العامة، ففي بناء العقد لا يفتقر عقد الوصية إلى قبول الموصي له إذا كان الموصي له غير معين كفقراء البلد واليتامى والمساكين ممن لا يحصون، فينقصد عقد الوصية بإرادة الموصي وحده، ويلزم العقد بالموت^(٢)، أما إذا كانت الوصية لمعين فقد اختلف الفقهاء في افتقار عقدها إلى قبول الموصى له، ومنشأ هذا الاختلاف هو اختلافهم في طبيعة القبول أهو شرط لصحة العقد أم شرط لنفاذه؟ وهذا ما يتم بحثه والكلام عليه في طبيعة قبول الموصى له فيما يلي.

طبيعة قبول الموصى له في عقد الوصية :

يذهب جمهور الفقهاء من الحنفية^(٣) والحنابلة في صحيح المذهب^(٤) والشافعية في أحد القولين المنصوص عليهما^(٥) إلى أن القبول شرط لصحة عقد الوصية، وعلى مقتضى هذا القول يعد القبول ركناً من أركان إنشاء العقد لا يقوم عقد

(١) يقال في اللغة أوصاه ووصاه توصية: عهد إليه والاسم الوصاة والوصاية والوصية، والجمع وصايا كعطية وعطايا، راجع القاموس المحيط، ج٤، ص٤٠٠، وفي اصطلاح الفقهاء: «التبرع بالمال بعد الموت» المغني لابن قدامة، ج٦، ص١.

(٢) راجع المغني لابن قدامة، ج٦، ص٢٥.

(٣) عدا زفر بن الهذيل، راجع البدائع للكاساني، ج١٠، ص٤٨٤١.

(٤) راجع المغني لابن قدامة، ج٦، ص٢٥، والإنصاف، ج٧، ص١١٨.

(٥) راجع المهذب للشيرازي، ج١، ص٤٥٢، وأسنى المطالب، ج٣، ص٤٣.

الوصية إلا بتحقق الإيجاب والقبول من الطرفين، فمتى صدر الإيجاب من الموصي ثم القبول من الموصى له بعد موت الموصي قام العقد على وجه اللزوم، وعلى مقتضى هذا القول لو تأخر قبول الموصى له فإن غلة الموصى به لا تدخل في ملكه، لأن انتقال الملك إليه قام منذ قبوله وليس قبله، وهو قول المالكية في غير المشهور عندهم^(١). وقد استدل أصحاب هذا القول بقوله تعالى: ﴿وَأَنْ لَيْسَ لِلْإِنْسَانِ إِلَّا مَا سَعَى﴾^(٢) وقالوا: في توجيه الاستدلال من الآية إنه لا يكون للإنسان شيء بدون سعيه فلو ثبت الملك للموصى له من غير قبول لثبت من غير سعيه، وهذا منفي إلا ما خص بدليل^(٣). وقالوا في معرض توجيه رأيهم أيضًا: إن القول بتملك الموصيت له للموصى به من غير قبول منه يؤدي إلى الإضرار به من أحد وجهين: إما بالمنة من الموصي، وإما أن يكون الموصى به شيئًا لا منفعة فيه بل قد يكون بما يتضرر به الموصى له^(٤). وبناء على هذا الرأي فالقبول ذو طبيعة أساسية في بناء العقد لا يتم إلا بإرادتين متقابلتين.

أما الرأي الثاني: فيجعل مبنى عقد الوصية مما يقوم بإرادة الموصي وحده، وبهذا فركن عقد الوصية عند أصحاب هذا الرأي هو الإيجاب الصادر من الموصي، إلا أن أصحاب هذا الرأي اختلفوا في ترتب تملك الموصى له للموصى به، فمنهم من يجعل تملك الموصى له للموصى به قائمًا بمجرد صدور الإيجاب من الموصي دون الحاجة إلى قبول ورضا الموصى له، وهؤلاء يجعلون العقد صحيحًا ونافذًا دون قبول من الموصى له، وهذا هو قول زفر من الحنفية^(٥)،

(١) راجع شرح فتح الجليل لمحمد عليش، ج ٤، ص ٦٤٥.

(٢) سورة النجم، الآية: ٣٩.

(٣) بدائع الصنائع، ج ١٠، ص ٤٨٤١.

(٤) راجع المرجع السابق، ج ١٠، ص ٤٨٤١.

(٥) راجع المرجع السابق، ج ١٠، ص ٤٨٤١.

ورواية عن الإمام أحمد^(١)، ومبنى هذا الرأي هو تشبيه الوصية بالإرث بجامع توقف انتقال الملك في كل منهما على الموت^(٢)، ومنهم من يجعل القبول شرطاً لثبوت الملك ونفاذ العقد وترتب أحكام الوصية، فهي تشبه الهبة عندهم من وجه أن الملكية لا تتم للموصى له إلا بعد قبوله مادام ممكناً، وتشبه الميراث من وجه أن ملكية الموصى به بعد القبول تتم من غير توقف على القبض^(٣).

وجعل بعض فقهاء الحنفية عدم الرد قائماً مقام القبول، قال في البدائع (وهذا أسهل لتخريج المسائل)^(٤) وعلى مقتضى هذا القول يتم إنشاء عقد الوصية بإرادة واحدة دون قبول من جانب آخر، ويكون القبول في هذا الرأي شرط نفاذ العقد وليس شرطاً لصحة العقد، وذلك لتحقق بنائه بإرادة واحدة هي إرادة الموصي فقط، ومتجه القول عند أصحاب الرأي الثاني سواء من جعل منهم الوصية بمثابة الإرث في انتقال الملك دون قبول من الموصى له، أو من اشترط القبول لثبوت الملك ونفاذ الوصية، فالوصية عند هؤلاء جميعاً تعد من عقود الإرادة المنفردة.

-
- (١) قال في الإنصاف: «قال في القواعد الفقهية: نص الإمام أحمد - رحمه الله - في مواضع على أنه لا يعتبر للوصية قبول فيملكه قهراً كالميراث»، ج ٧، ص ٢٠٣.
- (٢) راجع المغني لابن قدامة، ج ٦، ص ٢٦، والبدائع، ج ١٠، ص ٤٨٤١.
- (٣) فهي بهذا تشبه الهبة من كل الوجوه ولا تشبه الإرث من كل الوجوه.
- (٤) بدائع الصنائع للكاساني، ج ١٠، ص ٤٨٤١.

الطلب الخامس

عقد الكفالة يقوم بالارادة المنفردة

عند جمهور الفقهاء^(١)

الكفالة أو الضمان كلاهما يطلق على التزام يرتبه الكفيل على نفسه بضم ذمته إلى جانب ذمة المدين في الالتزام بمطالبة صاحب الحق ليكون ذلك أكثر طمأنينة على حقه، وقد اختلف الفقهاء في قيام عقد الكفالة بإرادة الكفيل بالإيجاب منه دون افتقار العقد إلى قبول من المكفول له، فذهب الإمام أبوحنيفة وصاحبه محمد بن الحسن والإمام الشافعي في أحد قوليهِ إلى اشتراط قبول المكفول له^(٢)، ولهذا اشترط الحنفية على مقتضى قول الإمام وصاحبه أن يكون المكفول له عاقلاً ممن يصح قبوله، فلا يصح قبول المجنون والصبي الذي لا يعقل لأنها ليس من أهل القبول^(٣).

(١) الضمان مشتق من الضم والمقصود به هنا هو ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في الالتزام بمطالبة المكفول له، والضمان هنا بمعنى الكفالة، وقد أخذ بمفهوم الضمان بمعنى الكفالة فقهاء المالكية والشافعية والحنابلة، ويظهر ذلك جلياً في تعريفاتهم لها، راجع الشرح الكبير للدردير ج ٣، ص ٣٢٩، ومغني المحتاج، ج ٢، ص ١٩٨، والمغني لابن قدامة، ج ٤، ص ٥٣٤.

(٢) راجع بدائع الصنائع للكاساني، ج ٧، ص ٣٤٠٤، وجمع الضمانات للبغدادي ص ٢٧٥، وروضة الطالبين للنووي، ج ٤، ص ٢٤٠.

(٣) راجع بدائع الصنائع، ج ٧، ص ٣٤١٤.

وذهب جمهور الفقهاء إلى القول بانعقاد الكفالة بالإيجاب من الكفيل وحده بإرادته المفردة دون افتقار العقد إلى قبول من المكفول له^(١)، وكان منشأ الخلاف في ذلك هو اختلافهم في النظر إلى طبيعة عقد الكفالة هل هو عقد تمليك؟ أم عقد توثيق والتزام؟ والكلام عن ذلك هو ما أتناوله فيما يلي:

طبيعة عقد الكفالة :

الكفالة عقد من عقود التبرعات، والمقصود من عقد الكفالة (تكثير محل المطالبة للمكفول له وتسهيل وصوله إلى حقه)^(٢). وقد اختلف الفقهاء في ركن بناء عقد الكفالة كما سبق وكان اختلافهم في ذلك مبنياً على اختلافهم في طبيعة عقد الكفالة فنظر بعضهم إلى أن عقد الكفالة عقد فيه معنى التمليك، وهو تمليك المطالبة من المكفول له للكفيل، وعليه لا يثبت الحق للمكفول له في مطالبة الكفيل إلا بعد القبول منه بالكفيل، وعليه فقيام عقد الكفالة على هذا الرأي لا يتم إلا بالإيجاب والقبول، لأنه إثبات مال في الذمة بعقد لازم فاشترط فيه رضاه كالثمن في البيع، وإلى هذا ذهب الإمام أبوحنيفة وصاحبه محمد بالحسن وبعض الشافعية^(٣)، وذهب جمهور الفقهاء إلى أن عقد الكفالة عقد توثيق و ضمان وليس عقد تمليك ولا معنى للتمليك على هذا الوجه، وقالوا في معرض استدلالهم لهذا القول إنه لم ينقل قبول صاحب الطلب في حديث أبي سعيد الخدري - رضي الله

(١) راجع المغني لابن قدامة، ج٤، ص٥٩١، والمهذب للشيرازي، ج١، ص٣٤٠، وشرح فتح الجليل لمحمد عlish، ج٣، ص٢٥٢، ومواهب الجليل للحطاب، ج٥، ص١٠٠.

(٢) درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج١، ص٦٢٧.

(٣) راجع بدائع الصنائع للكاساني، ج٧، ص٣٤٠٤، والهداية مع شرح فتح القدير، ج٦، ص٣١٥، وروضة الطالبين للنووي ج٤، ص٢٤٠، والمجموع شرح المهذب تكملة محمد مطيعي، ج١٣، ص١٣.

عنه الذي قال فيه : «شهدت جنازة فيها رسول الله ﷺ ، فلما وضعت سأل رسول الله ﷺ ، أعليه دين؟ قالوا : نعم فعدل عنها وقال : صلوا على صاحبكم ، فلما رآه علي تقضى قال : يارسو الله بريء من دينه وأنا ضامن لما عليه ، فأقبل رسول الله ﷺ فصلى عليه ثم انصرف» الخ^(١) .

وقالوا أيضاً أن الكفالة في اللغة الضم وفي الشرع الالتزام بالمطالبة بما على الأصل وليس هذا تملكاً للمكفول له فتم بإيجاب الكفيل وحده أشبه النذر من هذا الوجه كما يشبه الشهادة من وجه آخر وهو عدم اعتبار القبض فيها^(٢) ، وقالوا أيضاً : إنما تم اشتراط القبول في بعض العقود كالبيع والإجارة ، لأن كلا من الطرفين متعهد تجاه الآخر أحدهما بتسليم العين والآخر بتسليم العوض ، أما في عقد الكفالة فالتعهد يقوم من طرف واحد بلا مقابل^(٣) .

ولكن أصحاب هذا القول اختلفوا أيضاً في نفاذ عقد الكفالة بلا قبول من المكفول له ، فقال بعضهم ينفذ عقد الكفالة بدون قبول من المكفول له وله حق الرد ، وقال آخرون : ينعقد عقد الكفالة بإيجاب الكفيل ولكنها تكون موقوفة على قبول المكفول له ، فلو لم يقبل المكفول له بالكفالة بطل عقد الكفالة^(٤) ، والذي يترجح في نظري هو القول بانعقاد عقد الكفالة بالإيجاب فقط دون افتقاره إلى قبول من المكفول له ، فالكفالة لا تنقل الحق وإنما هي زيادة توثيق الوفاء بالحق ومبناه التبرع من الكفيل والتبرع مبناه إرادة الكفيل المنفردة .

(١) الحديث أخرجه الدارقطني واللفظ له ، ج ٣ ، ص ٧٨ ، وأخرجه أبوداود عن جابر - رضي الله عنه - بلفظ قريب من لفظ أبي سعيد ، راجع سنن أبي داود ، ج ٣ ، ص ٢٤٧ .

(٢) راجع بدائع الصنائع للكاساني ، ج ٧ ، ص ٣٤٠٤ ، والمغني لابن قدامة ، ج ٤ ، ص ٥٩١ .

(٣) راجع درر الحكام شرح مجلة الأحكام ، ج ١ ، ص ٦٢٧ .

(٤) راجع الفتاوى الهندية ، ج ٣ ، ص ٢٥٢ ، والبحر الرائق ، شرح كنز الدقائق لابن نجيم ، ج ٦ ، ص ٢٠٥ ، ودرر الحكام شرح مجلة الأحكام ، ج ١ ، ص ٢٢٨ .

الطلب السادس

عقد الحوالة يتم بإرادة المحيل

المنفردة عند الحنابلة والظاهرية^(١)

الحوالة عقد من العقود الناقلة للحق من ذمة إلى ذمة أخرى، ولا يقوم عقد الحوالة إلا بتوفر محيل ومحال ومحال عليه ومحال به، فالمحيل هو المدين، والمحال هو الدائن، والمحال عليه هو الطرف الثالث الذي تحول حق المحال إلى ذمته، ولا يتوقف انعقاد عقد الحوالة في صيغة انعقاده على لفظ معين بل ينعقد عقد الحوالة بكل لفظ دل على نقل الحق من ذمة إلى ذمة أخرى.

طبيعة عقد الحوالة :

الحوالة عقد من العقود يترتب عليه نقل الحق من ذمة إلى ذمة أخرى، إلا أن طبيعة هذا العقد محل خلاف بين الفقهاء : فالحنابلة والظاهرية يجعلون له طبيعة تتميز بالخصوصية، فهو عندهم عقد إرفاق ينبي على خصوصية لا تشاركه فيها سائر العقود، ولهذا نراهم يجعلون صيغة انعقاد الإيجاب الصادر من المحيل فقط دون غيره، ويرتبون لزوم العقد على ذلك دون رضا المحال ولا المحال عليه، وعليه فعقد الحوالة في نظر هؤلاء الفقهاء يعد من عقود الإرادة المنفردة، ومستندهم في ذلك هو ما رواه أبوهريرة - رضي الله عنه - عن النبي ﷺ، قال : «مطل الغني ظلم فإذا أتبع أحدكم على مليء فليتبع»^(٢)، وفسروا الأمر الوارد في

(١) الحوالة مشتقة من التحول من الشيء والانتقال منه إلى غيره، والحوالة بفتح الحاء مأخوذة من أحلته بديهية أي نقلته إلى ذمة أخرى، راجع مختار الصحاح للرازي، ص ١٦٣، وفي الاصطلاح : «تحويل الحق من ذمة إلى ذمة» المغني، ج ٤، ص ٥٧٦.

(٢) الحديث أخرجه البخاري في صحيحه، باب الحوالات، ج ٣، ص ٥٥، وأخرجه الإمام =

الحديث للوجوب وبناء عليه يجب على المحال والمحال عليه القبول لنفوذ العقد في حقها بمجرد الإيجاب الصادر من المحيل لأن اللزوم يترتب على العقد وقد انعقد بإرادة المحيل^(١).

أما عند الملكية والشافعية فعقد الحوالة يعد عقد بيع على الجملة، ولكن ليس من كل الوجوه، لأنهم يشترطون له من الشروط ما يبعده كثيراً عن قاعدة الشروط في العقود واعتبروه رخصة مستثناة من بيع الدين بالدين للحاجة إليه، ومن الملكية من جعل عقد الحوالة أصلاً قائماً بنفسه^(٢). أما الحنفية فهو في نظرهم عقد من العقود من جميع الوجوه، ولم يعتبروا له من الخصوصية والاستثناء ما اعتبره له جمهور الفقهاء، إلا ما اعتبره له الشارع وهو جوازه في الدين^(٣).

منشأ الخلاف حول طبيعة عقد الحوالة :

عرفنا أن الفقهاء اختلفوا في طبيعة عقد الحوالة، فمنهم من جعله أصلاً مستقلاً بنفسه لا تسري عليه أحكام وشروط العقود، ومنهم من ألحقه بالعقود من جميع الوجوه واعتبر له ما هو معتبر لسائر العقود، إلا ما رخص له فيه الشارع وهو جوازه في الدين، ومنهم من توسط فجعله عقد بيع إلا أنهم اشترطوا له من الشروط ما يخرج عن بعض الأحكام والشروط في قاعدة العقود، ولهذا الخلاف

= مسلم في باب تحريم مطل الغني الحديث رقم ١٥٦٤، ص ١١٩٧، والمطل هو التأخير والتسوية في السداد مع القدرة، والمليء هو الغني الواجد.

(١) راجع شرح منتهى الإرادات للبهوتي، ج ٢، ص ٢٥٦، ومنار السبيل.

(٢) راجع حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج ٣، ص ٣٢٥، وحاشية الرهوني على الزرقاني، ج ٥، ص ٣٩٣، وأسنى المطالب ج ٢، ص ٢٣٠.

(٣) راجع الاختيار لتعليل المختار للموصلي، ج ٣، ص ٣، ٤، وشرح فتح القدير، ج ٥،

ص ٤٤٣.

منشأ ينبنى عليه في نظر الفقهاء وهو هل الحوالة نقل للحق للاستيفاء؟ أم تقبيض على وجه المعاوضة؟ فمن قال بأنها نقل للحق للاستيفاء جعلها عقدًا خاصًا مستقلًا بنفسه لأنها مشتقة من التحول وهو نقل الحق من ذمة إلى ذمة، ولهذا لم يعتبروا لها ما يعتبر للعقود، فهي تتم بإيجاب المحيل بإرادته المنفردة دون قبول المحال، ووبراً المحيل بذلك فلا يملك المحال الرجوع عليه، ولا يدخلها خيار لأنها لم تبني على المغابنة بين الطرفين، وإنما هي استيفاء حق على وجه الإبراء، فكأن المحال استوفى الحق من المحيل وأقرضه المحال عليه. أما من جعلها تقبيضاً على وجه المعاوضة اعتبر لها ما يعتبر لعقد البيع، لأن المحيل يشتري ما في ذمته بما في ذمة المحال عليه، وأما جواز تأخير القبض فيها فهو رخصة من الشارع لأنها مبنية على الرفق، وعلى هذا الوجه يدخلها خيار المجلس عندهم^(١).

وهذا ما دفع ببعض المحققين من الفقهاء إلى أن يلحقها بالمعنين معاً لاشتمالها على الاستيفاء والاعتياض، وحصر الخلاف في أي المعنين أغلب عليها^(٢).

وعندي أن عقد الحوالة عقد قام من أصل التشريع على الإرفاق، مما أكسبه خصوصية الترخيص له في أحكام حظرها الشارع على عامة العقود، ولا ينكر أحد من الفقهاء هذه الخصوصية لعقد الحوالة، وبناء على ذلك فلا وجه لمحاولة ربطها بقاعدة العقود في الأحكام والآثار، ثم أن اشتقاقها يشعر بنقل الحق وليس ببيعه،

(١) راجع المبدع في شرح المقنع لابن مفلح، ج ٤، ص ٢٧٠، والإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف للمرداوي، ج ٥، ص ٢٢٢، والقواعد لابن رجب، ص ٣٣.

(٢) قاله الإمام الرافعي والغزالي من الشافعية أورده عنها النووي في الروضة وغيره من علماء الشافعية دون ترجيح، راجع الروضة، ج ٤، ص ٢٢٨، وأسنى المطالب شرح روض الطالب لذكري الأنصاري، وهامشه حاشية الرملي، ج ٢، ص ٢٣١، وما قاله الإمام الرملي والغزالي هو عين ما أوماً إليه المرادوي في الإنصاف، ج ٥، ص ٢٢٢.

وهذا ما يفهم من قوله ﷺ: «فإذا اتبع أحدكم على مليء فليتبِع»^(١)، وعليه يبقى عقد الحوالة من عمل الإرادة المنفردة، ويترتب بموجبه لزومها في حق المحال وليس له حق الرجوع على المحيل إذا كان المحال عليه مليئاً^(٢).



-
- (١) جزء من الحديث الذي سبق إيرادَه وتخرِيجَه .
(٢) وعدم اعتبار رضا المحال عند ملاءة المحال عليه يعد من مفردات المذهب الحنبلي التي انفرد بها من بين المذاهب الأربعة، راجع الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف للمرداوي، ج ٥، ص ٢٢٧ .

الخاتمة

هذه هي قدرة الإرادة المنفردة في بناء العقود والالتزامات وقد تبين أنها مصدر من مصادر الحقوق في بناء العقود والالتزامات في الفقه الإسلامي ، وأن التشريع الإسلامي أقامها على قاعدة متينة من بين قواعد ومبادئ المعاملات بما يفهم معه أن الفقه الإسلامي جاء في صورة متكاملة تامة في أصوله وقواعده ومبادئه ، وهذا ما جعل الاجتهاد الفقهي في استنباط الأحكام يترتب على وجه يتصف بالدقة والعمق في تأصيل الفروع على الأصول .

وقوام ذلك كله هو أن تلك الأصول والقواعد، التي تنبني عليها الأحكام تكفل بتشريعها القرآن والسنة فلم تكن نتيجة نظريات متصارعة يعصف بعضها ببعض ، وهذا ما جعل الإرادة ذات اعتبار في الإسلام لأنها مبنى الرضا وقوامه وبناء عليه جاءت الإرادة المنفردة مصدراً مستقلاً من مصادر بناء العقود والالتزامات في الوقت الذي عميت فيه عنها النظم والتقنيات الوضعية قديماً وحديثاً ولا زالت تلك النظم والتقنيات تتخبط في التلمسات بحثاً عن حلول تسد بها حاجة الحياة العملية بين الناس فيما يقوم فيه العقد والالتزام على الرضا الانفرادي ، وقد تبين لنا في الجانب التاريخي أن القانون الروماني وما زامنه من قوانين لم يكن على علم بالإرادة المنفردة بل لم تكن تلك القوانين في أزهى عصورها تقيم للرضا اعتباراً في بناء العقود، كما تبين لنا أن التعديلات والتطورات لم تطرأ على القانون الروماني إلا بعد اتصال طلاب أوروبا بالحضارة الإسلامية في الأندلس وقيام معظم هؤلاء الطلاب باعتراف معالم كتب الفقه الإسلامي عن طريق الترجمة، أما من جانب الأحكام العملية للإرادة المنفردة فقد تبين لنا أن القوانين الوضعية لم تعط الإرادة المنفردة المكانة التي تبوأتها في فقه المعاملات في

الفقه الإسلامي ، وكانت نتيجة ذلك حدوث اضطراب وتفاوت في الآثار المترتبة في كثير من التصرفات حتى أدرك المقننون أن الضرورات الاجتماعية وتأمين المعاملات وضرورة استقرارها يوجب الأخذ بالالتزامات المتولدة من نظرية الإرادة المنفردة، كما تبين لنا أن الفقه الإسلامي أقام عقود الإرادة المنفردة على نفس العناصر التي أقام عليها عقود البيع ونحوه، وجعل قاعدة العقود ذات طبيعة مادية بحتة وكانت هذه الطبيعة ذات أثر كبير على أحكام عقود الإرادة المنفردة .

وقد ظهرت هذه الآثار في أحكام عقود الإرادة المنفردة كعقد الوقف والوصية والهبة والجعالة والكفالة وغيرها من عقود الإرادة المنفردة .

ومن هذا كله يتضح جلياً أن الحياة العملية بين الناس قد خرجت عن طوق القيود التي فرضتها أحكام القوانين الوضعية، وبدأت تلك القوانين تميل إلى واقعية متطلبات حياة التعامل بين الناس ، وهذه الظاهرة دلالة صريحة على سمو التشريع الإسلامي وإحاطته بمتطلبات تعامل الناس طيلة حياتهم

وفي الختام نسأل الله - سبحانه وتعالى - الهداية والرشد والتوفيق . والحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات .

الدكتور

عبدالله الدرعان

فهرسُ الموضوعات

رقم الصفحة	الموضوع
٣	المقدمة
	الباب الأول
	الإرادة ووسائل التعبير عنها
	الفصل الأول
	تاريخ الإرادة في القوانين اللاتينية القديمة
٩	تأثر القانون الروماني بالفقه الإسلامي
١٢	تطورات الإرادة في القوانين اللاتينية
١٣	مراحل تطور الإرادة في القانون الروماني
١٣	تمهيد
١٤	المرحلة الأولى: مرحلة ظهور فكرة الإرادة
١٥	المرحلة الثانية: مرحلة احترام الإرادة في ظل الأخلاق الكنسية
١٦	مراحل تطور الإرادة في القوانين الأوربية
١٦	أ) المرحلة الأولى: مرحلة تصحيح مفهوم الإرادة
١٧	ب) المرحلة الثانية: مرحلة طغيان سلطان الإرادة
١٧	ج) المرحلة الثالثة: مرحلة تحديد سلطة الإرادة
	الفصل الثاني
	تعريف الإرادة
١٩	التعريف اللغوي
٢٠	مدلول الإرادة عند الفقهاء

٢١	تعريف الإرادة عند الفقهاء
٢١	الألفاظ المرادفة للإرادة
٢١	أولاً: القصد
٢٢	تحديد وجه الارتباط بين الإرادة والقصد
٢٢	ثانياً: الرضا
٢٣	الرضا والتراضي
٢٣	ثالثاً: الإختيار
٢٤	الرضا والإختيار في اصطلاح الفقهاء
٢٧	أثر هذا الإختلاف في الأحكام
٢٩	رابعاً: النية
٣١	تحديد العلاقة بين النية والإرادة
٣٢	الفرق بين النية والقصد

الفصل الثالث

الإرادة العقدية

٣٣	تمهيد
٣٣	التقسيمات الأساسية للإرادة
٣٣	(أ) أقسام الإرادة من حيث الخفاء والظهور
٣٣	١ - الإرادة الباطنة
٣٤	٢ - الإرادة الظاهرة
٣٥	(ب) أقسام الإرادة من حيث الارتباط والإنفراد
٣٥	١ - الإرادة المرتبطة
٣٦	٢ - الإرادة المنفردة
٣٦	مكانة الإلتزام المترتب على الإرادة المنفردة في الفقه الإسلامي
٣٩	المبحث الأول: منشأة الإختلاف في التنظير للإرادة المنفردة في النظم الوضعية
٤١	المبحث الثاني: طبيعة العمل بالإرادة المنفردة بين التقنين والتنظير

الفصل الرابع التعبير عن الإرادة

- ٤٣ تمهيد
- ٤٥ التعبير عن الإرادة باللفظ
- ٤٥ اللفظ الصريح
- ٤٥ عناصر التعبير عن الإرادة في العقود والإلتزامات
- ٤٦ العنصر الأول: إظهار الإرادة ظهوراً صريحاً
- ٤٦ العنصر الثاني: إنشاء مايتولد عنه الأثر
- ٤٦ العنصر الثالث: إرادة إنشاء العقد في الحال
- ٤٧ آراء الفقهاء في وقف انقداح حكم العقد عند واقعة التصرف
- ٤٨ أحوال وقائع الأفعال مع تنفيذ الأحكام
- ٤٨ الحالة الأولى: ماتتقدم فيه أحكامه على أسبابه
- ٤٩ الحالة الثانية: ماقارنت أحكامه أسبابه
- ٤٩ الحالة الثالثة: مايتوقف انقداح أثره على نوع صيغته
- ٥٠ ماتدخله الكناية ومالاتدخله من العقود
- ٥٢ التعبير عن الإرادة المنفردة بواسطة وسائل الإتصال الحديثة
- ٥٢ التعبير عن الإرادة بالبذل فيما يقوم بإرادتين
- ٥٤ التعبير بالبذل فيما يقوم بإرادة واحدة
- ٥٦ التعبير عن الإرادة المنفردة بالإشارة
- ٥٨ التعبير عن الإرادة المنفردة بالسكوت
- ٥٩ الأصل الشرعي لقاعدة التعبير بالسكوت
- ٦٠ تحديد قاعدة التعبير بالسكوت
- ٦٠ (أ) اعتبار السكوت كالتصريح لدلالة الحال
- ٦١ (ب) اعتبار السكوت كالتصريح لضرورة دفع الغرور
- ٦٣ التعبير عن الإرادة المنفردة بالسكوت في القانون الوضعي

الباب الثاني
قدرة الإرادة المنفردة على بناء الإلتزام
الفصل الأول
التعريف بالإلتزام وطبيعته الفقهية

- ٦٧ الإلتزام وطبيعته الفقهية
- ٦٧ الإلتزام في اصطلاح الفقهاء
- ٦٩ تعريف الإلتزام عند أصحاب الدراسات المقارنة
- ٦٩ أولاً: التعريفات التي جاءت على وجه التأثير
- ٧٠ ثانياً: التعريفات التي جاءت على وجه التأثير:
- ٧٤ التعريف المختار
- ٧٦ المحبث الأول: طبيعة الإلتزام في الفقه الإسلامي
- ٧٨ المحبث الثاني: الفرق بين الإلتزام وكل من التصرف والوعد والعقد
- ٧٨ (أ) التصرف والفرق بينه وبين الإلتزام
- ٧٨ (ب) الوعد والفرق بينه وبين الإلتزام
- ٧٩ (ج) العقد والفرق بينه وبين الإلتزام

الفصل الثاني
أركان الإلتزام

- ٨١ الركن الأول: الملتزم
- ٨١ الركن الثاني: الملتزم به
- ٨٢ الركن الثالث: الملتزم له
- ٨٣ المحبث الأول: مصادر الإلتزام في الفقه الإسلامي
- ٨٥ المحبث الثاني: تحديد مركز المشروعية لمصادر الإلتزام
- ٨٦ المحبث الثالث: قوة الإلتزام المترتب على عمل الإرادة المنفردة

٨٨	المبحث الرابع : الوقائع العملية لبناء الإلتزام بالإرادة المنفردة
٨٨	تمهيد :
٨٩	أ) حكم رجوع الموجب عند الإجابة قبل القبول
٩٠	ب) الإشتراط لمصلحة الغير
٩٠	مطلب في نوع المصلحة في العقود المترتبة على الغير
٩١	النوع الأول : ما يترتب على وجه تتمثل فيه مصلحة العقد للغير
٩١	النوع الثاني : ما يترتب فيه جزء من مصلحة العقد للغير
٩١	ج) إلتزام الرجل بنفاذ طلاق المرأة نفسها إذا جعل لها ذلك

الباب الثالث

قدرة الإرادة المنفردة على بناء العقود

٩٥	تمهيد
----	-------

الفصل الأول

تعريف العقد ومدلوله الفقهي

٩٦	التعريف اللغوي
٩٦	العقد في الإصطلاح الشرعي
٩٧	المعنى العام والخاص للعقد
٩٨	تحرير مقصود الفقهاء عند إطلاق كلمة العقد
١٠٢	المبحث الأول : قاعدة بناء العقد بالإرادة المنفردة
١٠٢	تمهيد
١٠٢	العناصر الأساسية لبناء قاعدة العقود
١٠٦	المبحث الثاني : طبيعة عقد الإرادة المنفردة

الفصل الثاني

التصرف بما يزيل الحق بالإرادة المنفردة

- المبحث الأول: الإبراء من الحق بإسقاطه بالإرادة المنفردة ١٠٩
تعريف الإبراء ١٠٩
طبيعة الإبراء من الحق دون مقابل ١١٠

الفصل الثالث

التصرف بما ينشيء الحق بالإرادة المنفردة

- تمهيد ١١٤
المطلب الأول: قدرة الإرادة المنفردة على إنشاء عقد الوقف ١١٥
طبيعة القبول في عقد الوقف ١١٥
المطلب الثاني: قدرة الإرادة المنفردة على إنشاء عقد الهبة ١١٨
طبيعة القبول في عقد الهبة ١١٨
المطلب الثالث: قدرة الإرادة المنفردة على إنشاء عقد الجعالة ١٢١
طبيعة القبول في عقد الجعالة ١٢٣
المطلب الرابع: قدرة الإرادة المنفردة على إنشاء عقد الوصية ١٢٦
طبيعة قبول الموصى له في عقد الوصية ١٢٦
المطلب الخامس: عقد الكفالة يقوم بالإرادة المنفردة عند جمهور الفقهاء ١٢٩
طبيعة عقد الكفالة ١٣٠
المطلب السادس: عقد الحوالة يتم بإرادة المحيل المنفردة عند الحناابلة
والظاهرية طبيعة عقد الحوالة ١٣٢
منشأ الخلاف حول طبيعة عقد الحوالة ١٣٣
الخاتمة ١٣٧
الفهرس ١٣٩

رَفَعُ

عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com

www.moswarat.com

رَفَع

عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com

الرياض - المملكة العربية السعودية - شارع حريم
هاتف ٤٧٦٣٤٢١ ص. ب ١٨٢٩٠ الرمز ١١٤١٥

مكتبة
التواضع