



الأعمال الكاملة

للمرحوم أحمد إبراهيم بك

الإنشادات

في الشريعة الإسلامية



(٢)

أحمد إبراهيم بك



الأعمال الكاملة
للمرحوم أحمد إبراهيم بك

(٢)

الالتزامات في الشرع الإسلامي

أحمد إبراهيم بك

توزيع
دار الأنصار
٨١ شارع لبنان - بيروت
عسا بدوي ت ٩٣١٨٨١

الله وحده هو المستعان

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله والصلاة والسلام على سيدنا ومولانا محمد وعلى جميع
رسل الله (وبعد) فهذه مذكرة في بيان الالتزامات وما يتعلق بها من
الأحكام كتبتها بآديء ذى بدء لطلاب دبلوم الشريعة وطلاب القانون
الخاص بقسم الدكتوراه ، بكلية الحقوق بجامعة فؤاد المصرية . وهذا
هو العرض الأول لمسائل الالتزامات مجموعة ومرتبطة ببعضها ببعض
ارتباطا ينظمها ويرد كل شيء الى أصله . وأرجو أن يكون العرض
الثانى لها أحكم وضعاً وأتقن صنماً وأحسن نظاماً وأوفى بياناً من هذا
العرض الأول السريع . ومن الله وحده استمد المعونة فهو حسبي
وكنى .

ذو الحجة سنة ١٣٦٣ هـ

ديسمبر سنة ١٩٤٤ م

أحمد إبراهيم

الالتزامات في الشرع الاسلامي

مقدمة

في التعريف بالشرع الاسلامي

١ - هو أحكام كلية عامة تتناول كل ما تتناوله القوانين الوضعية من تنظيم شؤون الناس في معاشهم وارتباطاتهم القانونية وتقرير الامن ودفع الظلم وتطهير الأرض من الفساد بالقدر المستطاع على حسب الامتداد البشري . ويزيد الشرع الاسلامي على تلك القوانين بما يهذب النفوس ويذكرها ويحفظ العقل البشري ويصونه من كل ما يثوفه فانك بينما تجد القوانين الوضعية تقف عند حدود تنظيم الحياة المادية وتترك كل انسان حراً طليقاً في شؤونه الخاصة التي لا تضر بغيره - إلا في حالات خاصة تقضى بها الظروف أحياناً - تجد الشرع الاسلامي يسري بروحه الطيبة وما امتواه من الاخلاق الانسانية العالية والفضائل السامية ومراقبة الانسان ربه في كل أعماله وحركاته وسكناته سرّاً وجهرّاً في جميع نصوصه مما يسمو بالانسان إلى حياة روحية سامية تليق بمستواه الانساني فوق حياته المادية وبذا يكون إنساناً كاملاً تربطه بغيره المروءة والرحمة والاحسان فوق العدل وتسري في معاملاته مع غيره روح التسامح والأخوة والعطف والمحبة .

لذا كان مضمونا للشرع الاسلامى بمقتضى طبيعته تلك التى بيناها
أن يكون شرعا أبديا عاما . لأن الناس مهما أبعدتهم الأهواء عندنا
فهم عائدون اليه عود الطفل إلى أمه الرؤوم منى أجسوا بسوء ما صاروا
اليه وتبين لهم الخطأ فى انحرافهم عنه .

٢ - نصوص الشرع الاسلامى بعضها فى الكتاب وبعضها فى
السنة فهى وحدة مؤلفة من مجموعتين : وقد نمت كلتاهما قبل أن ينتقل
الرسول إلى الرفيق الأعلى - اليوم أكملت لكم دينكم وأتممت عليكم
نعمتى ورضيت لكم الاسلام ديناً .

فاما المجموعة الأولى وهى نصوص الكتاب فقد حفظت كلها
بكتابة القرآن وقد حماها الله تعالى من أن يضيع منها شيء (انا نحن
نزلنا الذكر وانا له حافظون)

وأما المجموعة الثانية وهى نصوص السنة فلم يتم جمعها والنظر فى
سند كل منها والفحص عن رجاله من حيث العدالة والثقة والحفظ وبذل
كل ما يلزم لذلك من مجهود تعنوا له جبابرة العقول وبنو حمله بالمصيبة
أولى القوة من الباحثين الجادين والمنقبين الدائبين المخلصين - إلا فى
القوت الثالث كما يظهر لك ذلك بالرجوع إلى موسوعاتها ودواوينها
فجزى الله رجال الحديث خير الجزاء ورضى الله عنهم أجمعين .

وبذا تدوركت المجموعة الثانية بالحفظ بعد أن غصت من جميع
نواحيها ومحضت أى تمحيص وغربلت ونقحت وهذبت أى تهذيب .

٣ - وقد كان الأمر قد احتاج إلى استنباط أحكام بطريق الاجتهاد
وقد تكثر بتكرار الحوادث واتساع رقعة البلاد الاسلامية وقد بدأ

ذلك من أول عصر الخلفاء الراشدين وصارت تلك الاحكام المستنبطة
مجموعة عظاممة فوجب ضمها إلى مجموعتي النصوص وصارت شرعا في
نظر الائمة المجتهدين الذين استنبطوها ومن اقتدى بهم سواء أقلنا ان
كل مجتهد مصيب أم قلنا ان المصيب واحد له أجران ، والمخطيء له
أجر واحد لأن الله لا يكلف نفسا إلا وسعها . وان في نصوص
الكتاب والسنة العامة والخاصة لتسعا لهذا الاستنباط تتوفيق الله
تعالى ونعمته .

٤ - غير أنه يلاحظ أن دور الاجتهاد العظيم قد انتهى في منتصف
القرن الثالث بوفاة الامام أحمد سنة ٢٤١ وقد تكونت المذاهب
الأربعة وصار لكل امام أصحاب وأتباع يحافظون على مذهبه
ويحوظونه بعنايتهم ويدافعون عنه ويجعلون له كيانا خاصا إمتاز
به عن غيره وكذا غير هذه المذاهب الأربعة المشهورة مما ظهر في
ذلك الوقت .

٥ - والحاصل أن المذاهب الفقهية قد تمت بحوث أصحابها قبل
أن يتم تمحيص مجموعة السنة على ما أسلفنا .

ولذا أرى أنه كان من الواجب الا يبت في شيء نهائيا إلا بعد
عرضه على المجموعة الشرعية بعد تمامها واعادة النظر فيها على ضوء
مجموعة السنة بعد تمحيصها وغربلتها وبناء التعديلات في كل مذهب
على أسس من منطق الفقه الصحيح والشرع القويم . وان يكون
رائد الجميع في ذلك الوصول إلى الحق والأرجح والراجح . إذا يكون
الشرع الاسلامي بمجموعاتها الثلاث وحدة قوية متينة الأسس يمكن

أن ينظم منها قانون شرعى عام أمتن وأحكم من ذلك الفقه المتفرق في مذاهب المجتهدين .

لكن اتباع هذه المذاهب لم يفعلوا شيئا من ذلك، بل اجتهد كل فريق منهم في تأييد مذهب امامه بكل ما أوتى من قوة وبالع بعمضهم في الثقة بامامه وأصحاب امامه إلى ما أفقد قائلهم الصواب في بعض ما يقول وكان ذلك تحت تأثير ظروف خاصة وتوجيهات وانجاءات غير موفقة .

٦ - وإذا كان هذا قد مضى وفات لأمر أراده الله فما كان ينبغي أن يفوت أولياء أمور المسلمين والمسؤولين أمام الله تعالى عن الامانة التي ائتمنهم عليها ماذا فعلوا بها أن يطلبوا إلى فقهاء منهم وضع قانون شرعى عام يرجع إليه في الحكم بين جميع المسلمين في جميع شؤونهم التي تدعو إلى التقاضى وتنظم أمور معاشهم وارتباطاتهم القانونية مع مراعاة تغير الأحوال وتقلبات الظروف. وان يترك ما وراء ذلك من شؤون العبادات ومسائل كل انسان في خاصة نفسه يرجعون فيه إلى مذاهب الفقهاء . كل بحسب ما تطمئن إليه نفسه . وإذا كان قد جاز أن يؤخذ برأى امام مجتهد واحد في الفتيا والقضاء أفلا يجوز بالأولى الاخذ بأراء جماعة من الأئمة المجتهدين يجتمعون كلجنة في وضع هذا القانون . ولقد حكى الجلال السيوطى أنه أدرك في مصر سبعين من المجتهدين أفلم تكن تكنى هذه الهيئة لوضع مثل ذلك القانون بعد رسم الخطة لهم . لاشك أن هذا اهمال مسؤول عنه أولياء الأمور والفقهاء جميعاً أمام ربهم ، لا أمام أئمة مذاهبهم .

ولئن فات هذا الأمر من سبقونا انه لا ينبغي أن يفوتنا ، ولعل
الباقى من أجل الدنيا أطول مما مضى . فقد صارت مستندات الشريعة
كلها ومراجعتها وما قيل من كل ما يخطر بالبال من تأويلات النصوص
مائلة أمام أعيننا وبين أيدينا وأهل الفقه والعلم متوافرون والحمد لله
تعالى وفي الامكان استقاء كل القوانين الشرعية على اختلاف موضوعاتها
من ذلك المعين الذى لا ينضب ، ووضعها وضعاً سليماً على أساس من
منطق الفقه سليم وبناء من منطق العقل صحيح لاتناقض فى تكوين
مسائله ولاضعف ولا وهن فيه . ولا عذر لنا اليوم فى ألا نقوم بهذا
الآن على الوصف الذى وصفت والقول الذى شرحت .

٧ - ان فى نصوص الكتاب والسنة ما يفتح الطريق وينير السبيل
فى كل زمان ومكان لكل فقيه موفق الى التماس ما فيه الصالح والاصح
لتنظيم قوانين شرعية تفي بمطالب الناس فى أمور معاشهم وتنظيم
علاقاتهم وإقامة العدل بينهم . قال الله تعالى « يريد الله بكم اليسر ولا
يريد بكم العسر » وقال : « اجعل عليكم فى الدين من حرج » وقال
« هو الذى خلق لكم ما فى الارض جميعاً » وقال « وسخر لكم
ما فى السموات وما فى الارض » وقال « ان الله يأمر بالعدل والاحسان
وليأثم ذى القربى وينهى عن الفحشاء والمنكر والبغى » وقال « ان الله
يأمركم أن تؤدوا الامانات الى أهلها وإذا حكمتم بين الناس أن تحكموا
بالعدل » وقال « قل من حرم زينة الله التى أخرج لعباده والطيبات من
الرزق » وقال « وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الاثم
والعدوان » وقال « وأمرهم شورى بينهم » وقال « كنتم خير أمة

أخرجت للناس تأمرون بالمعروف وتنهون عن المنكر وتؤمنون بالله ،
وقال « ولا تنسوا الفضل بينكم » وقال « ويؤثرون على أنفسهم ولو
كان بهم خصاصة » ومن يوق شح نفسه فاولئك هم المفلحون ، وقال
« يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود » وقال « وليوفوا نذورهم » وقال
« فن اضطر غير باغ ولا عاد فلا اثم عليه »

وجاء في السنة : لا ضرر ولا ضرار . إن هذا الدين يسر ولن يشاد
الدين أحد إلا غلبه . أحب الأديان إلى الله الخفيفة السمحة . يسروا
ولا تعسروا وبشروا ولا تنفروا . إنما أنا بشر مثلكم إذا أمرتكم
بشيء من أمر دينكم فخذوا به وإذا أمرتكم بشيء من رأيي فاعمأنا
بشر . أنتم أعلم بأمر دنياكم . دع ما يريبك إلى ما لا يريبك . ادرءوا
الحدود بالشبهات .

٨ - وقد تنبه فقهاؤنا قديما إلى أن تصرفات الناس في أقوالهم
وأفعالهم نوعان ؛ عبادات يصلح بها دينهم ، وعادات يحتاجون إليها
في دنياهم . وباستقراء أصول الشريعة تبين أن العبادات التي أوجبها الله
أو أباحها لا يثبت الأمر بها إلا بالشرع فالتمسنا أن ما أمور به لا يحكم
بأنه عبادة . وأما العادات ؛ فالأصل فيها عدم الحظر فلا يحظر منها إلا
ما حظره الله ورسوله وذلك بالنهي ، فالتمسنا منه أنه فهو مباح . تراجع
النصوص المذكورة آنفا

٩ - وقد كتبت في التمهيد الثاني من مقدمة كتابي في الوقف
جملة صالحة في ذلك ، أرى من المناسب ذكرها هنا وهي :
الأحكام الشرعية إما أن ترجع إلى العبادات كالصلاة والصوم

وأما أن ترجع الى العادات المتعلقة بالشؤون الدنيوية ، ومنها المعاملات
فما كان من العبادات وجب أن يوقف فيه عند حدود ما جاءت به
النصوص ، وذلك لأن العبادات حق للشارع سبحانه وتعالى خاص به ،
ولا يمكن معرفة حقه كما وكيفاً وزماناً ومكاناً إلا من جهته ، فيأتي به
العبد على ما رسم له ، ولأن غلام أحدنا لا يعد مطيعاً خادماً له إلا إذا
امتنل ما رسم له سيده وفعل ما يعلم أنه يرضيه ، فكذلك هذا .
ولا طريق لمعرفة ما تعبدنا الله به إلا من طريق الوحي على لسان
رسوله .

وأما ما كان من شؤون الناس في أمور معاشهم في هذه الحياة
الدنيا ، وعلاقات بعضهم ببعض وسائر ارتباطاتهم في معاملاتهم
القانونية فأساسه المصالح المرسلة المبنية على قوله ﷺ « لا ضرر
ولا ضرار »

ومصالح المكلفين في حقوقهم التي منحهم الله إياها ، فضلاً منه
ونعمة عليهم ، وقد كفّلها لهم بشرعه العادل الحكيم ، لطفاً منه
ورحمة بعباده .

وقد بين ذلك كله رسول الله ﷺ بكلمته الجامعة « لا ضرر
ولا ضرار » .

على أنه إذا خالف المصلحة النص أو الاجماع في وقت من الاوقات
أو حادث من الحوادث أو ظرف من الظروف وجب تقديم رعايتها
عليهما ، لا بطريق الافتيات عليهما والتعطيل لهما ، بل بطريق التخصيص
والبيان لهما .

ومن أجل ذلك خصص الفقهاء النص بالتعامل وفرروا أبناء الأحكام على العرف . وقال شيخ الإسلام ابن تيمية في أثناء كلامه على الفرر المنهى عنه وبيان أحكامه (١) أن تحريم ما تدعو اليه الحاجة أشد ضررا من ضرر كونه غررا - والضرر الأدنى يتحمل لدفع الضرر الأعلى - وقال إن رسول الله ﷺ قدم مصلحة جواز البيع الذي يحتاج اليه على مفسدة الفرر اليسير كما تقتضيه أصول الحكمة . ثم قال : كل ما احتاج الناس اليه في معاشهم ولم يكن سببه معصية هي ترك واجب أو فعل محرم لم يحرم عليهم لأنهم في معنى المضطر الذي ليس بياغ ولا عاد . وإن كان سببه معصية كالسافر سفر معصية اضطر فيه الى أكل الميتة ، والمنفق للمال في المعاصي حتى لزمته الديون فإنه يؤمر بالتوبة ويباح له ما يزيل ضرورته . فيباح له الميتة ويقضى عنه دينه من الزكاة . وإن لم يقب فهو ظالم لنفسه قال وهذه قاعدة عظيمة يخرج بها الانسان من الضيق والخرج اذا قضت ضرورة الناس وحاجاتهم في معاملاتهم وكل شؤون معاشهم به فإنه لا يحرم عليهم ارتكاب ما اضطرروا اليه ولا فعل ما احتاجوا اليه ما لم يؤد الأمر الى ارتكاب ما هو أعظم ضررا وأشد خطرا . وبالجملة فإن معاملات الناس

(١) الفرر هو المجهول العاقبة في البيع كييع الفرس الشارد فإن صاحبه إنما يبيعه مخاطرة فيشتريه المشتري بدون ثمنه بكثير فإن حصل له قال البائع قرنتي وأخذت مالى بثن قليل ، وإن لم يحصل له قال المشتري للبائع قرنتي وأخذت الثمن بلا مقابل له . ومن الفرر أيضا بيع ما سوجد ، وربما لا يوجد كنتاج الحيوان المستقبل .

يجب أن تسير ولا تعطل ويرتكب أخف الضررين إذا كان لا بد من أحدهما .

ومما بنى على معانى النصوص إسقاط سهم المؤلفة قلوبهم ، وتقرير الخراج - وهو فقه دقيق جدا وفق اليه عمر بالهام الله وهدايته . ومن ذلك أمره بعدم قطع يد السراق عام المجاعة ، وحكومته بتضعيف الغرامة وعدم الحد في قضية غلمان ابن أبي بلتعة .

(يوضحه) أن الشريعة الإسلامية عامة أبدية ، وعلى هذا أجمعت الأمة كلها ، وأنها كذلك مبنية على العدل واليسر والرحمة بعباد الله وإذ كان الأمر كذلك وجب أن تكون أحكامها مراعى فيها مصالح الناس في كل شؤون معاشهم في كل زمان ومكان على أساس المصلحة الراجحة . فان قيل ان الشرع أعلم بمصالح الناس فلتؤخذ الأحكام كلها من نصوصه قلنا ان هذا مسلم في العبادات التي تخفى مصالحها عن مجارى العقول والعادات . وأما ما يتعلق بأمور المعاش فلا شك ولا ريب أن الشارع العليم الحكيم أعلم بمصالح الناس منهم بها ، لكنه سبحانه وتعالى فضلا منه ورحمة قد جعل لهم طريقا الى معرفة مصالحهم وقد بينها لهم النبي ﷺ بقوله « لا ضرر ولا ضرار » وبهذا أصبحت مصالح الناس وما يساسون به معلوما لهم بحكم العادة والعقل بمقياس الضرر والنفع ورجحان أحدهما على الآخر ونصوص الشريعة طامها وخاصها أصدق شاهد على هذا

وبالجملة فأحكام الدنيا ينبغي أن تبنى على رعاية المصالح التي تظهر لنا بالتجارب والعادة مع الاحتكام إلى العقل والاصول الكلية للشرع .

وعلى هذا الأساس تبنى القوانين الشرعية الدنيوية
وأما العبادات فالأمر فيها حملة وتفصيلا إنما هو لمن تعبدنا بها .
فوجب علينا أن نقف عند نصوصه فيها هـ . بزيادة وحذف وبعض
تغييرات جزئية . وانظر رسالة المصالح المرسله لنجم الدين الطوفي
١٠ - الجدل بين الفقهاء بقدر ما حمل لنا من تعسفات ومكابرات
والتواءات في الجدل عن المذاهب المختلفة : كل يجادل عن مذهبه
بالحق والباطل تعصبا له ولو تبين له أن الحق في جانب خصمه : عنادا
ومكابرة - هو كذلك قد احتوى على حسنات وفوائد بحمله كل
مجادل على البحث بأقصى ما في وسعه في أدلة الشرع والعقل عما ينصره
على خصمه . وقد فتح الفقهاء بهذه المحاولات الدائبة وذلك النشاط
العظيم طرفاً يظل بها الفقه حياً دائماً ؛ ويظهر الحق بقوته من خلال
أقوال المتجادلين يراه المطلعون الفاهمون من غير التعمصين ويعلمون أنه
ليس وراءه حجة يقولها قائل أو يتوهمها متوهم
فاذا قال متعنت بعد ذلك ؛ لعل لآمام مذهبنا وأصحابه دليلاً
لا نعلمه بعد البحث والتنقيب ؛ وما علينا إلا أن نتبع المنقول عنهم
ولن لم يظهر لعقولنا
فيل له هذا لا يقال في حق إمام مذهب فقهي يخطئ ويصيب
فيما يقول وإنما يقال في حق نبي مرسل بوحي عن ربه لا يجوز عليه
الخطأ فيما يبلغه عنه لأنه معصوم .
وبعد فقد ترك لنا أسلافنا من الفقهاء تراثاً عظيماً وكنوزاً ثمينة
نتيجة مناظراتهم وفتاويهم وافضيتهم وتناج أفكارهم مانعبط عليه

وفيه الغناء لنا وان من الجهل به أن نمد أيدينا الى غيرنا من الاجانب
نقتبس الفقه منهم ، وعندنا ماهو خير مما عندهم بكثير كما يظهر ذلك
بالمقارنة وقد شهد بذلك العلماء المنصفون منهم .

١١ غير أني لا أترك فقهاءنا من المؤاخذة باشتغالهم بما كان لا ينبغي
لهم أن يلتفتوا اليه ولا أن يضيعوا شيئا من الوقت فيه من البحوث
التافهة والجدل في المسائل التي ما كانت لتخطر ببال أحد من الناس
لولا أنهم هم الذين أخطروها بتخيلاتهم بما يترفع عنه الشرع الحكيم
ومن أمثال ذلك ما يقولونه فيما يقع به الطلاق من الالفاظ . رأسك
طالق ، وجهك طالق ، ثلثك طالق ، أنت طالق ثلاثة أنصاف طلقه ،
انت طالق طلقة كالجبل ، كالسمسة الخ بل كان الواجب أن يكون الفقه
كله جديا منظورا فيه إلى الناحية الاجتماعية والخلقية في كل شيء
ولاسيما في الزواج الذي تتكون به الاسرة والطلاق الذي ينحل به
رباط الزوجية ، ولعل هذا بتدارك فيما بعد وتنقي الكتب الفقهية
من كل بحث نافه غير جدي ، والقرآن الكريم وهدى الرسول الاعظم
خير قدوة لنا في ذلك .

١٢ - قال في كتاب الفتوى في الاسلام نفلا عن كتاب المؤمل في الرد
إلى الأمر الاول ، للامام أبي شامة : كان الصحابة إذا نزلت بهم المنازلة
يحثوا عن حكم الله تعالى فيها من كتاب الله وسنة نبيه ، وكانوا يتدافعون
الفتوى ويود كل منهم لو كفاه إياها غيره . وكان جماعة منهم يكرهون
السلام في مسألة لم تقع ويقولون للسائل عنها أ كان ذلك ؟ فان قال لا
قالوا دعه حتى يتم ثم يجتهد فيه . كل ذلك يفعلونه خوفا من الهجوم

على ما لا علم لهم به : واشتغالا بما هو الام ، فاذا وقعت الواقعة لم يكن لهم بد من النظر فيها ا هـ .

أقول وقد كان هذا التحرج شأن جماعة من التابعين كذلك . حتى إذا اتسعت دائرة الفقه اضطر الفقهاء إلى التفريعات بحسب أخيلتهم لكن ما كان ينبغي أن يصل الامر الى مثل ما أسلفنا ، بل الى ما هو أبعد وأغرب منه ، بل كان يجب أن يقف عند حد ما جرت العادة بوقوعه من الناس فعلا ، لانوهما وتحيلا .

١٣ - وبعد فقد ترك الفقهاء من مجهوداتهم المحمودة مجموعة من القواعد الفقهية يستعين بها الناظر في الفقه وفي مقاصده وغاياته . ومنها ما يجب الاخذ به حتما ، ومنها ما يسترشد به ومنها مادون ذلك . وهاك بعض كتب تلك القواعد وفيها من الفروق والاشباه والنظائر مما هو مطبوع وموجود بين أيدينا بكثرة .

١ - كتاب قواعد الاحكام في مصالح الانام للشيخ عز الدين عبد العزيز ابن عبد السلام الشافعي المتوفى سنة ٦٦٠ هـ وهو مطبوع بمصر سنة ١٩٣٤ م . وهو كتاب نفيس جدا في القواعد الشرعية العامة التي تبنى عليها الاحكام . وقد صدره مؤلفه بأن الشريعة مبنية على جلب الصالح ودرء المفاسد ، واستوفى الكلام في ذلك اتم استيفاء . وقال فيه صاحب كشف الظنون انه ليس لأحد مثله .

ب - كتاب الفروق لشهاب الدين أبي العباس أحمد بن ادريس المالكي المتوفى سنة ٦٨٢ وقد طبع بتونس ثم طبع بمصر سنة ١٣٤٧ هـ ومعه حاشية ابن الشاطو هي حاشية مفيدة جدا أصلح بها الكتاب

خير اصلاح وكتاب تهذيب الفروق والقواعد السنية في الاسرار
الفقهية : فتكونت منها مجموعة نافعة جدا في القواعد الفقهية .

ج - كتاب القواعد للحافظ أبي الفرج عبد الرحمن بن رجب
الحنبلي المتوفى سنة ٧٩٥ هـ وقد طبع بمصر سنة ١٩٣٣ م . وهو من
الكنوز الفقهية الثمينة .

د - كتاب الاشباه والنظائر للامام جلال الدين عبد الرحمن بن
أبي بكر السيوطي الشافعي المتوفى بمصر سنة ٩١١ هـ وقد طبع بمكة
سنة ١٣٣١ هـ

هـ - كتاب الاشباه والنظائر للشيخ زين العابدين بن نجم الحنفي
المتوفى سنة ٩٧٠ الفه ورتبه على مثال كتاب السيوطي كما يظهر بالمقارنة
بينهما وقد طبع عدة مرات ومن أهم شروحه حاشية السيد أحمد
الحوي عليه .

هذا - وقد بلغني أن لبعض فقهاء الشيعة الإمامية المعاصرين
لنا كتابا ممتعا في القواعد الفقهية وهو مطبوع ولكن لم أظفر بنسخة
منه فاطلع عليه على أن في مكتبتى كتابا مطبوعا في بلاد فارس في
القواعد الفقهية .

وقد جاء في كشف الظنون أن للامام نجم الدين الطوفي الحنبلي
صاحب رسالة المصالح المرسلة المتوفى سنة ٧١٦ هـ كتابا في القواعد الفقهية
قال عنه أنه كتاب نافع من عجائب الدهر . وأنا لم أر هذا الكتاب
لامكتوبا ولا مطبوعا وبالتناظر بنسخة منه .

معنى الفقه

١٤ - الفقه فى اللغة معناه الفهم ، تقول فقه فلان المسألة (بكسر القاف) أى فهمها وفقه (يضم القاف أى صار الفهم مـكة له ولذا يقولون فلان فقيه النفس أى له ذوق فقهى بالمـكة لا بالصناعة . ويطلق الفقه على الفطنة والحدق . ومنه سمي ذلك العلم المعروف لأن معانى النصوص تستلزم فهما دقيقا وفطنة وحقا وكم تفاوتت فى ذلك الافهام . وقد حكوا من ذلك فى فقه بعض الصحابة فى فهم النصوص الشرعية العجيب العجيب كما قال ابن الرومى .

وخبيء القواد يعلمه العا قل قبل السماع بالايحاء
وظنون الذكى أنفذ فى الحق سهاما من رؤية الأغبياء

ومعنى الفقه فى الاصطلاح - العلم بالأحكام الشرعية العملية المستفاد من أدلتها التفصيلية . فالشرع نصوص نزل بها الوحي . والفقه علم بمعانى تلك النصوص وطرق الاستنباط منها . وهو علم مستنبط بالرأى والاجتهاد يحتاج فيه إلى النظر الدقيق والتفكير العميق . ولذا لا يجوز أن يسمى الله فقيها لأن علمه أحاط بكل شىء . ولا يسمى العلم بالنصوص الشرعية القطعية الثبوت والدلالة فقهيا لأنها لا تكلف الناظر أى عنهاء لمعرفة المراد منها ، والناس كلهم فى فهمها سواء .

١٥ - والمراد بالأحكام الوجوب والحرمة والتدبب والكرهية والاباحة ، والصحة والفساد . والمراد بالشرعية أى الموقوفة على خطاب الشارع ، ولا تدرك بدونه ، وطريق معرفتها الوحي ، والخبر لنا بذلك

هو الرسول . والمراد بالعملية أى المتعلقة بالافعال دون العقائد سواء
أ كان الفعل من عمل الجوارح كاليد واللسان أم كان من عمل القلب
كالنية . ولأدلة جمع دليل وهو ما يعرف به الشئ بطريق دلالة عليه
والمراد بالتفصيلية النصوص الدالة على نفس الحكم مباشرة دلالة كلية
كقوله تعالى « أقيموا الصلاة » على وجوب الصلاة وقوله « حرمت
عليكم أمهاتكم » على حرمة الزوج بالامهات .
والمناظرات بين الفقهاء إنما تكون فى الفقه أى فى فهم النصوص
الشرعية ، وكذا القواعد الكلية إنما تبني على هذا الأسس .

تعريف الالتزام

وبيان مصادره

تعريف الالتزام

وبيان الملتزم به والملتزم والملتزم له وما يتصل بذلك

تعريف الالتزام

يطلق الالتزام عندنا بطريق الاشتراك على أحد معنيين ، معنى خاص ، ومعنى عام .

فتعريفه بمعناه الخاص هو إيجاب الإنسان شيئا من المعروف على نفسه مطلقا أو معلقا . ولا يتم إلا بالحيازة ، وتبطله الموانع قبل الحيازة على ماسنبيهه فيما يلزم من العقود بالارادة المنفردة . وهو عام في جميع التبرعات على مذهب مالك .

وتعريفه بالمعنى العام - وهو المراد هنا - إيجاب الإنسان أمرا على نفسه اما باختياره وارادته من تلقاء نفسه ، واما بالزام الشرع إياه فيلتزمه لأن الشرع الزمه به ، امتثالا وطاعة لأمر الشرع وعرف الالتزام في الفقه القانوني بأنه حالة قانونية يرتبط بمقتضاها شخص معين بالقيام بعمل أو بالامتناع عن عمل . أقول ان القيام بعمل هو إبراز شيء من حيز العدم إلى حيز الوجود ، وان الامتناع عن عمل يراد به كف النفس عن إيقاعه اذا همت به - والكف فعل أيضا .

ومآل التعريفين شرعا وقانونا واحد لأن الالتزام على كليهما لا يخرج عن كونه فعلا إيجابيا أو كفا .

وسمى الالتزام في القانون المدني المصري بالتعهد ، جاء في المادة (٩٠) أهلى (١٤٤) مختلط ما نصه (التعهد هو ارتباط قانوني الغرض منه حصول منفعة لشخص بالزام المتعهد بعمل شيء معين أو بامتناعه عنه) . واعرَض على هذا التعريف بأن معنى التعهد أخص من معنى الالتزام لأن لفظ التعهد يفهم منه التزام مصدره العقد ، وعلى ذلك يكون التعريف غير جامع .

وأقول انه يعترض على هذا التعريف أيضا بأنه جاء فيه كلمة (التزم المتعهد) ومعرفة المتعهد متوقفة على معرفة التعهد ، وهذا عيب في التعريفات ، وأراجع كتب المنطق . ويعترض عليه أيضا من جهة اللغة بأن لفظ التعهد لم يستعمل في اللغة مرادا به الالتزام ، وإنما هو استعمال موله .

وعرف في القانون الفرنسي ضمن تعريف العقد في المادة (١١٠١) بأن العقد اتفاق يلتزم بمقتضاه شخص أو أكثر لشخص أو أكثر باعطاء شيء أو بالقيام بعمل أو بالامتناع عن عمل . ولوحظ على هذا التعريف أن كلمة (اعطاء شيء) يستغنى عنها بكلمة (القيام بعمل) وهذه ملاحظة في محلها لأن الثانية أعم من الأولى

وكل التزم يستلزم وجوده وجود ثلاثة أشياء . ملتزم به وملتزم (بكسر الزاى) وملتزم له (بفتح الزاى)

الشيء الملتمزم به

هو الفعل الإيجابي أو الامتناع عن الفعل . وهو واحد بالذات ، متعدد ومختلف بالاضافة والاعتبار . فهو بالاضافة الى الملتمزم دين عليه للملتمزم له وبلاضافة للملتمزم له حق وواجب له على الملتمزم .

والحقوق تنقسم إلى قسمين : حقوق عامة ، وحقوق خاصة . فالحق العام هو مامنحه الشرع (أو القانون) للناس كافة على السواء والزم كلا منهم باحترامه وعدم الاعتداء على ما هو لغيره . وذلك كحق الحرية وعصمة النفوس والاموال المملوكة والعرض والمسكن . والحق الخاص هو ما كان وليد التزام خاص لواحد من الناس أو لأكثر مع التعيين بالاسم أو بالوصف . فكل ملتزم مدين لصاحب هذا الحق واحدا كان أو أكثر متى التزمه بإرادته واختياره ، وأقره الشرع على التزامه : أو التزمه بالزام الشرع إياه لوجود سببه الشرعي الذي ناطه الشارع به أو لصلته بين البدائن والمدين كالقربة والزوجية وقد اقتضت حكمة الشارع أن يجعله سببا للالتزام :

ومتى وجد سبب الالتزام اختياريا كان أو جبريا وجدت بوجوده رابطة قانونية شرعية بين الملتمزم والملتمزم له بها يكون الاول مدينا والثاني دائنا بالالتزام . وهذا الحق المتولد من الالتزام للملتمزم له يسمى حقا شخصيا أي حقا لشخص الملتمزم له على شخص الملتمزم متعلقا بهذمه .

وتم حق آخر يسمى حقا عينيا وهو سلطة لشخص معين كسلطة

كل مالك على ملكه وهذه السلطة ثابتة لصاحب هذا الحق بحكم الشرع (أو القانون) وبها يكون للمالك أن ينتفع بملكه ويتصرف فيه كيف شاء في حدود ما أذن به الشرع (أو القانون). وهو بهذه السلطة يتمكن من منع كل متعرض له في ملكه ، والشرع من ورائه يحميه وبها يقدر أن يسترد ملكه إذا أخذ منه بطريق الاعتداء ولو تداولته الأيدي كما إذا غصب منه أو باعه تحت تأثير الإكراه .

ومفهوم مما يبينه أن الحق العيني ليس وجوده معلولاً لالتزام سابق عليه وإنما هو منحة آلهية قضت بها حكمة التشريع لاستقرار الأمور وحفظ النظام ومنع الفوضى والنزاع والحماية المجهودات البشرية في الحصول على الأشياء الأولية بوضع اليد الأولى وتشجيع النشاط في تحصيلها وفي الانتاج الدائم المستمر فهو من الحقوق العامة التي يجب على جميع الناس احترامها وعدم التعرض لأصحابها. والحاصل أن لكل من الحقيين الشخصي والعيني طبيعة خاصة فالأول ارتباط بين شخصين والثاني سلطة إنسان على مال ، كما أسلفنا .

ومع هذا فقد حاول فريق من فقهاء القانون الوضعي أن يدمج الحق العيني في الحق الشخصي حيث رأى أن الناس كافة ملتزمون لصاحب الحق العيني بعدم التعرض له . وبذا وجد ملتزم وهم الناس كافة ماعدا صاحب الحق ، وملتزم له وهو صاحب الحق العيني وبذا وجدت رابطة قانونية بين الطرفين ، صاحب الحق العيني من جهة ، والناس كافة ماعدا من جهة أخرى .

ومنشأ الاشتباه على هذا الفريق من رجال القانون هو قياسهم

الواجب العام الذى فرضه القانون فرضا على جميع الناس - على الواجب الشخصى الخاص الذى هو وليد رابطة شخصية بين طرفين محدودين جعلت أحدهما مدينا للآخر بفعل شئ، أو الامتناع عن شئ معين اتفقا عليه لمصلحة الدائن منهما خاصة ولا يلزم إلا المدين خاصة بمقتضى هذا الاتفاق واما غير المدين من سائر الناس فهو فى حل من هذا الالتزام الشخصى .

نعم إذا تعرض لصاحب الحق العيى متعرض خيئئذ فقط يلزم المتعرض - ولا بد أن يكون معيناً - بمنع تعرضه . وإذا تعدى على صاحب الحق متعدياً فانتزعه منه وجب استرداده منه بقوة القانون . وأوخذ المعتدى على ما فعل .

وفريق آخر حاول تقريب الحق الشخصى من الحق العيى وهم أصحاب المذهب المادى فى الالتزام وهاك جملة القول فى ذلك .

لفقهاء القانون فى الالتزام مذهبان هما المذهب الشخصى والمذهب المادى فالمذهب الشخصى يرى أن الأمر الجوهرى فى الالتزام هو أنه رابطة شخصية بين الدائن والمدين تخضع المدين للدائن وتقيده من حريته وتمتد إلى جزء من نشاطه .

والمذهب المادى ينظر إلى موضوع الالتزام وقيمه المالية دون أشخاصه من دائن ومدين ويربط به حق الدائن وبذا يخف الضغط بل يزول عن شخص المدين بهذا التحول .

والناظر فى كتب الفقه الإسلامى يرى المذهب الاول متجلبيا جدا عند أبى حنيفة وأصحابه فى ملازمة الدائن للمدين بنفسه أو بغيره .

حتى إذا حصل على شيء من المال أخذه منه إلى أن يستوفي دينه ، على ما هو مبين في كتب المذهب الحنفي .
وأما المذهب المادى فهو الذى يؤيده الكتاب والسنة وعمل كبار الصحابة وهالك جملة القول فى ذلك .

جاء الاسلام فى وقت كان فيه للدائن حق استرقاق المدين وبيعه فى دينه اذا لم يكن فى ماله وفاء ، فأبطل الاسلام ذلك بقوله تعالى (وان كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة) - ولعل ذلك كان آتيا من القانون الرومانى وقتئذ إذ كانت بلاد الشام المتاخمة لبلاد العرب خاضعة لدولة الروم (الرومان) الشرقية فسرى ذلك الى البلاد العربية خصوصا فى شمال الجزيرة . ولم يحبس النبي ﷺ طول مدته أحدا فى دين قط ، وقد قال لغريم الفليس الذى لم يكن له ما يوفى دينه خذوا ما وجدتم وليس لكم إلا ذلك . فدل الكتاب والسنة على أن الدائن ليس له سلطة على شخص المدين لا يحبس ولا بملازمة يضايقه بها فان كان معسرا فلينتظر عليه وان كان له مال فليأخذ ما يجده من ماله بقدر ما يوفى دينه وليس له إلا ذلك بنص الحديث . وبذا ترى أن حق الدائن ارتبط بمال المدين ولا علاقة له بشخصه فلا حبس ولا ملازمة . ولم يعهد فى عصر الخلفاء الراشدين أن مدينا حبس لأجل الدين . وكان على رضى الله عنه إذا جاءه الرجل بغريمه وقال لى عليه كذا . يقول له على اقضه فيقول ما عندى ما اقضته فيقول غريمه انه كاذب وانه غيب ماله فيقول له على هلم بينة على ماله يقض لك عليه ، فيقول انه غيبه فيقول استحلفه بالله أنه ما غيب شيئا من ماله فيقول الغريم لا أرضى بيمينه فيقول على

للغريم فما تريد فيقول الغريم أريد أن تحبسه لي : فيقول له على لا آمنك على ظلمه ولا أحبسه فيقول الغريم إذا أئزمه فيقول على إن لئزمته كنت ظالما له ، وأنا حائل بينك وبينه . وقضاء على هذا نظير قضاء النبي ﷺ في قضية الحضرمي والكندي في الحديث الذي رواه مسلم والترمذي . وهو حجة على عدم الملازمة والالزام بالكفيل .

وقد ذهب مالك والشافعي وأحمد إلى أن الدين إذا كان ناشئا عن غير عوض مالى كالائلاف والضيامن والمهر كان القول قول المدين في أنه لا مال عنده يئى به الدين مع يمينه على ذلك ، ولا يحل حبسه بمجرد قول الغريم انه ملىء غيب ماله . قالوا وكيف يقبل قول غريمه عليه ولا أصل هناك يستصعبه ولا عوض . وأما أصحاب أبي حنيفة فقد قسموا الدين إلى ثلاثة أقسام . قسم عن عوض مالى كالقراض وئمن المبيع ونحوها . وقسم لئزمه بالتزامه كالكفالة والمهر وبدل الخلع ونحوه . وقسم لئزمه بغير التزامه (الاختيارى) وليس في مقابلة عوض كبذل المتلف وارش الجناية ونفقة الأقارب والزوجات ونحوه . ففي القسمين الأولين يسأل الدائن المدعى عن اعسار المدين فان أقر باعساره لم يحبس له وان أنكر اعساره وسأل حبسه حبس لأن الأصل بقاء عوض الدين عنده ، والتزامه في القسم الآخر باختياره وبدل ظاهرا على قدرته على الوفاء . ثم انقسموا فمنهم من ذهب إلى أن بينة الاعسار لا تسمع إلا بعد حبسه : ومدة الحبس موكول تقديرها إلى رأى القاضى ، ومنهم من قال بسماع بينة الاعسار منه قبل حبسه ، وهذا أرفق به .

قال ابن القيم : والذي تدل عليه قواعد الشرع أنه لا يحبس في

شئ من ذلك إلا أن تظهر قرينة على أنه ملىء قادر على الوفاء لكنه
مماطل سواء أكان دينه عن عوض أم كان عن غير عوض ، وسواء لزمه
باختياره أم لزمه بغير اختياره . وذلك لأن الحبس جزاء المماطلة ،
والعقوبة إنما تسوغ بعد تحقق سببها ، فلا يجوز إيقاعها بالشبهة .
أقول : والحاصل أنه بنص الحديث وبما كان يصنعه على رضى الله
عنه لا حبس ولا ملازمة ولا طلب كفيل من المدين على سبيل الوجوب
والالزام ولا مضايقة لشخصه ، وإنما علاقة الدائن قاصرة على ماله
الموجود فقط ، وقد علمت مما بينا آنفا أن علة حبس المدين الواجد
المماطل إنما هي جزاء مماطلته فقط عند من يقول بذلك . على أنه يكفى
التنفيذ في ماله بحكم القاضى ويصرف النظر عن شخصه على ما هو مبين
في بابي الحجر والتفليس فتكون العلاقة بين الدائن ومال المدين فقط .
وقد قال فقهاؤنا بن ظنر بحبس حقه كان له أن يأخذه ويستولى عليه
ولو بدون حكم الحاكم ولو كان عند مدين مدينه ، ويكون بذلك قد
استعمل حقه في الوصول إلى حقه . ويزاد على ذلك أن حوالة الدين
من المدين إلى آخر ملىء يتحمل الدين عنه قد أجازها الشرع وأمر
الدائن بقبولها . وقبولها برضا الحال عليه فرض وواجب على ما ذهب
إليه ابن حزم وجماعة من الفقهاء ، ومندوب عند الجمهور . كذلك أجاز
حوالة الحق فيبيع الدين دينه لغيره أو يهبه له . وسنبين ذلك عند
الكلام في انتقال الالتزام . وبذلك صار المتطور إليه هو نفس الملتزم
به مجردا عن شخص الدائن الأصلى والمدين الأصلى .

الملتزم

هو المدين . ويشترط أن يكون معيناً بشخصه وذاته واحداً كان أو أكثر لأنه هو الذى توجه إليه المطالبة وتقع عليه المسؤولية فلا بد من أن يكون معيناً لأجل ذلك ، والدعوى لا تقام على مجهول لعدم الفائدة .

وهل يشترط أن يكون موجوداً وقت نشوء الالتزام ؟ ان كان سبب الالتزام اختيارياً كالعقد اشترط وجوده وقت نشوء الالتزام المسبب عن العقد مقارناً له مقارنة العلول لعلته أو الوجود عقبه مباشرة بدون فترة زمنية . وإن كان مصدر الالتزام الشرع فلا يشترط وجوده وقتئذ إذ ماله يكفى أن يكون محل الوفاء بالالتزام . وعلى هذا إذا صدر عن انسان فعل ماضى لا يراد به وقت صدوره عنه ارتباط قانونى بغيره ، ثم نشأ عن ذلك الفعل المادى هذا الارتباط بحكم الشرع فانه يكون مديناً لمن ارتبط به بسبب ذلك الفعل . مثال ذلك أن يحفر شخص حفرة بالطريق العام متعدداً فيتردى فيها حيوان فيموت فإن كان ذلك فى حياة ذلك الشخص طوّل بالضمان وإن كان بعد موته تعلق حق مالك الحيوان بتركته وصار من ضمن الديون التى عليه ، وذلك لمباشرته السبب الذى أوجب ذلك . وقد يمضى زمن على هذه الحفرة ولا يحصل منها أى ضرر لأحد حتى تروم .

كذلك يتعلق حق الملتزم له شرطاً بمال الملتزم . والملتزم موجود حكماً .

ومن أمثلة هذا وجوب نفقات أقارب الجنين عليه في ماله الموروث قبل أن يولد : على مذهب الامام احمد .

بل أقول ان حق الملتزم له قد يتعلق بمال الملتزم والملتزم لا يزال في طيات العدم لما يبرز إلى عالم الوجود لاحقيقة ولا حكما ولكنه يتوقع وجوده فيما بعد بحكم العادة ودلالة القرائن الظاهرة . ومن أمثلة ذلك أن يوصى زيد لأول مولود يولد لبكر بضيعة بما فيها من الماشية والأدوات وغيرها مما هو تابع لها ثم يموت زيد والوصية تخرج من الثلث قبل أن يولد لبكر ولد بل قبل أن يتزوج بكر : ثم يولد له ولد فالوصية صحيحة على مذهب الامام مالك . وتكون الضيعة ملكا لذلك المولود وكذا فوائدها ونعماتها التي حدثت بعد موت الموصي وقبل الولادة . فلو أنه في تلك الفترة أتلفت مواشى تلك الضيعة زرع بعض الناس فإن الضمان يستوفى من مال تلك الضيعة (راجع كتابنا التزام التبرعات) ففيه تمام الكلام في هذه المسألة .

(تنمة) مات مسلم وليس له مايكفن ويجهز به ، ولا من يجب عليه ذلك من أقاربه كان كفنه وتجهيزه في بيت مال المسلمين ، فإن تعذر ذلك أو تمسر فعلى أغنياء المسلمين وهذا من فروض الكفايات وقد يكون ذلك من مال موقوف . ويرى أبو محمد بن حزم أن هذا واجب على من حضر موته من المسلمين .

الملتزم له

هو الدائن صاحب الحق ويجوز أن يكون وقت نشوء الالتزام معينا بالشخص والذات أو معينا بالوصف ، واحدا كان أو أكثر ،

محصور العدد أو غير محصور العدد كما في الوصى لهم والموقوف عليهم .
وقد يكون حيوانا ويقضى له بحقه على الملتزم بالرام الشرع . انظر
كتابنا نظام النفقات صفحة ١٠٥ ، ١٠٦ وكتابنا الاهلية وعوارضها
في أوله وكتابنا التزام التبرعات في الوصية صفحة ١٥ و ٣٨ و ٣٩ ففيها
اتفاق الفقهاء على الوصية لغير الآدميين كالمساجد والمدارس والملاجئ
والمستشفيات والقناطر وسائر المصالح العامة . وعلف الدواب . ولما تلده
فرس فلان الخ وكذا الوقف على ذلك ، والوقف لأجل انشاء المساجد
والمدارس الخ .

كذلك يجوز أن يكون الملتزم له موجودا حقيقة أو حكما وقت
انشاء الالتزام أو يكون قد وجد من قبل ثم مات ، أو غير موجود
لكن يتوقع وجوده في المستقبل . وعلى هذا

١ - يجوز الوصية لميت علم الوصى بموته ، ويصرف الوصى
به في قضاء ما عليه من الديون فإن لم يكن عليه دين كان الوصى به
لورثته ، فإن لم يكن له ورثة بطلت الوصية ولا تكون لبنت المال .
وهذا هو مذهب مالك . ويجوز كفالة دين الميت المفلس لذانيه .
وقد أقر النبي ﷺ ذلك . وهذه كفالة عن الميت بطريق التبرع له .
٢ - كذلك يجوز الوصية للجنين ، وهو يرث بحكم الشرع ، ويجوز
الهبة له على مذهب مالك ، وكذا يجوز الوقف عليه .

٣ - كذلك يجوز الوصية لمن سيوجد والهبة له والوقف عليه
وانظر تفصيل ذلك كله في كتبنا (التزام التبرعات ، وكتاب الوصية
والوقف الجديدين المطبوعين عن سنة ١٩٤٣ و ١٩٤٤ .

٤ - وكذا بالأولى إذا كان الملتزم له موجودا وقت نشوء الالتزام
ثم إن كان الالتزام تعاقديا اشترط فيه الأهلية إن كان طرفا في العقد وإلا
ثم ذلك بواسطة من ينوب عنه . وإذا لم يكن تعاقديا ، بل حصل
بحكم الشرع أو بإرادة الملتزم المنفردة فلا تشترط فيه الأهلية أصلا.

مصادر الالتزام

مصدر الالتزام هو السبب الشرعى الذى أنشأ الالتزام . فالتزام المشتري بدفع الثمن مصدره عقد البيع . والتزام من صدر عنه فعل ضار قصداً أو خطأ بجبر الضرر باصلاح ما أتلفه أو بضمانه بمنته أو بقيمته هو فعله الضار بغيره . والتزام الأب بالنفقة على أولاده مصدره الشرع مباشرة .

تمهيد

يقول فقهاؤنا ان الأصل فى الانسان الحرية وبراءة الذمة . ويقول الله تعالى « وإذ أخذ ربك من بنى آدم من ظهورهم ذريتهم وأشهدهم على أنفسهم ألست بربكم قالوا بلى » . وهذا هو الأصل الذى ترجع إليه جميع الالتزامات فى الشرع الاسلامى .

يولد الانسان وهو شاهد على نفسه بلسان كونه ، ومقر بما كره فيه صانعه من العقل ، ومن الخصائص التى اختصه بها بعبوديته لربه ، وأنه مهياً لقبول جميع التكاليف التى يكلفه بها خالقه الذى بنى هيكله بيده ونفخ فيه من روحه فجعله بشراً سوياً . وبذا كانت ذمته منذ فجر ولادته مشغولة بما يجب عليه لربه . وهذه هى الأمانة التى عرضها الله تعالى على السموات والأرض والجيال فأبين أن يحملنها وأشفقن منها ، فخلوهن من النهى والامتداد لحملها كانت تنتظره منذ بداية وجوده فلما برز من عالم الغيب الى عالم الشهادة لصقت به ولازمته مدة الأجل المضروب له فى هذه الحياة الدنيا .

فكيف مع هذا يقول فقهاء الشرع : ان الأصل في الانسان الحرية وبرامة الذمة : وهو قد ولد عبدا لله ، مشغولة ذمته بالايان بالله وبالاقرار بوحدانيته ، وبطاعته في كل ما يأمره به ، وينهاه عنه ؟

والجواب عن هذا أن فقهاءنا — وهم بلا شك ولا ريب مؤمنون بهذا — انما يريدون بقولهم هذا ان كل انسان يولد حرا بالاضافة إلى غيره من بنى جنسه ، وأن الجميع أمام خالقهم وبارئهم سواسية ، وأن ذمة كل منهم بريئة مما يشغلها بحق لغيره عليه الا بسبب يوجب ذلك شرطا . فن ادعى منهم على أخيه شيئا ولم يقر به المدعى عليه فعلى المدعى حمله اثبات ما يدعيه .

ثم هم كلهم بفضل الله تعالى ونعمته عليهم سادة لكل ما على البسيطة وما في باطنها وأعماق البحار من حيوان ونبات وجماد يتمتعون به بكل ضروب التمتع التي أذن الله لهم بها . وقد ألهمهم الخالق كل طرق الانتفاع والاستمتاع بها على حسب ما هيأ له كل مخلوق من هذه المخلوقات لنفع وخدمة بنى الانسان . فاذا خرجوا عما أذن الله لهم به كانوا هم المسؤولين أمامه عن ذلك بعد أن أراهم الطرق وأتار لهم السبيل ، فالحجة قائمة عليهم إذا خالفوا ، ولا عذر لأحد منهم بعد ذلك . والله الحجة البالغة .

تعدد مصادر الالتزام

الالتزامات المباشرة وارجاعها إلى أصلها

الاحداث الكونية مزيج من أعمال الانسان بجوارحه مباشرة أو بالواسطة : اختيارية كانت أو غير اختيارية ، ومن أعمال غيره من الكائنات الحية ، ومما يصدر عن الكائنات الأخرى المحيطة بالانسان المسخرات بأمر الله من الظواهر المختلفة للوجود والحياة .

إيقاعات تنلونها إيقاعات : ووجودات تتبعها وجودات : وأكوان تبرز من حيز العدم ثم تمحى ونحى بعدها أكوان . تحليل وتركيب : وكون وفساد ، وحركات مستمرات على الدوام تجعل ما أحتواه الكون كل يوم هو فى شان : على وفق ما أرادته مدبر الأكوان .

فأما أفعال الانسان فهى دائرة بين أن تكون مادية فقط كالأكل والشرب وبين أن تكون أفعالا تنبثق عنها التزامات وارتباطات قانونية كأن يصدر عن الانسان فعل ضار بنفسه غيره أو بماله قصداً أو خطأ أو فعل نافع لغيره . وكأن ينشئ الانسان التزاماً باختياره ، وقد يكلفه الشرع بما تقضى به حكمة التشريع والعدل الإلهى وحفظ كيان المجتمع الإنسانى على أحسن ما يكون كالنفقة على الأقارب ورعاية حقوق الجوار وما يقضى به التعاون العام لحماية نفوس وأموال الضعفاء ممن لا يقدر على النظر فى شؤون أنفسهم كالصغار وفاقدى الأهلية من الكبار وما إلى ذلك . كذلك الأحداث الكونية لها تأثير فى تغيير مجرى لالتزامات - إذا تقرر هذا أقول .

الطريق الأول

أن مصدرها اما عمل يباشره الانسان باختياره يوجب به حقا على نفسه لغيره . ويقره الشرع عليه ، فيجب عليه الوفاء به بحكم العقل وبحكم الشرع . واما أن يكون الايجاب ابتداء من الشرع بناء على حكمة يقتضيها التشريع والعدل الالهي ، أو ترتيبا على فعل صدر عن الانسان لم يرد به وقت صدوره عنه ترتيب أى التزام عليه لكن الشرع هو الذى يرتب الالتزام عليه ، وقد يكون الانسان بهذا الفعل دائئا لغيره شرعا .

فالأول يتناول العقد والارادة المنفردة - أو نقول - يتناول العقد بنوعيه على حسب تقسيمنا الآتى ، ويندرج فيه النذر والائمان ، ولكنى لا تعرض لشيء منهما فى هذه المذكرة بل اقتصر على العقد بنوعيه فقط .

والثاني يتناول شيئين أولهما ما أوجبه الشرع مباشرة كنفقات الاقارب وثانيهما ما كان سببه المباشر فعلا ضارا يصير به الفاعل ملزما بتعويض الضرر أو فعلا نافعا لغيره يصير به الانسان دائئا لذلك الغير بذلك الفعل شرعا . وعلى هذا تكون مصادر الالتزام اما اختيارية واما جبرية ، والاختيارية تشمل العقد والارادة المنفردة ، والجبرية يندرج فيها الفعل الضار الذى به يكون الفاعل مدينا شرعا لمن لحق به الضرر فاما أن يصلح ما أتلفه ويميده إلى حالته الأولى واما أن يضمه بالتل أو بالقيمة . والفعل النافع الذى به يكون الانسان دائئا لغيره وهو

المعنون له في كتب الفقه القانوني بالاثراء على حساب الغير (١) وما يقضى به القانون الشرعي ابتداء على ما أسلفنا . وانظر التطورات القانونية في بيان مصادر الالتزام وتلقيبها وما استقر عليه الأمر أخيرا فيها .

الطريق الثاني

أن مصدر الالتزامات كلها الشرع اما مباشرة أو بالواسطة على ما بينا .

(تمة) الفعل الضار إذا صدر عن غير ذي أهلية كالصبي غير المميز والمجنون والمعتوه فعلى مذهب مالك لاضمان عليه في ماله . وليقارن هذا بالقانون الفرنسي والمصري ومجلة الالتزامات التونسية (المادة ٩٣) . واما على مذهب أبي حنيفة وأصحابه فالـمـؤـولية واقعة على الفاعل مطلقا ولو كان غير مميز وفي هذه الحال تكون المسؤولية

(١) ومن أمثلة ذلك . أن يعمر شخص قناة لغيره ويصلحها بغير اذنه فان له الأجر على ما عمل وهو أجر المثل . وهذا مذهب مالك وأحمد . وهكذا كل من فعل فعلا يحفظ به مال غيره ويصونه كان له ان يرجع عليه باجرة مثله فيما عمل كالذي يحصد زرع غيره في غيبته بسبب مرض أو حبس أو غيرهما فانه يستحق الأجر على ما عمل ويرجع بما اتفق ، وهذا أحسن من أن يقال لاشيء له على ذلك فلا تطيب نفسه بالتعرض للمشقة ثم يذهب عمله باطلا ويذهب مال الآخر ضائعا أو يتلف ، والمصلحة في نفع الطرفين ظاهرة . وهكذا اذا انهدم السفل فبناء صاحب العلو عند امتناع صاحبه من بنائه فانه يرجع عليه بقيمة البناء على ما هو مبين في كتابنا المعاملات المالية الشرعية .

مالية فقط . والقاعدة عندكم في ذلك هي أن الاعذار الشرعية لاتنافي عصمة المحل ، وأن النفوس والأموال معصومة في دار الاسلام ، على ما هو مبين في موضعه . وهذا ما أنجبت اليه الآراء الحديثة في أوروبا .

العقد

العقد

عرف العقد في الفقه القانوني بأنه توافق ارادتين على انشاء التزام أو نقله . وعرف في القانون الفرنسي بأنه اتفاق يلتزم بمقتضاه شخص أو عدة أشخاص ، لشخص أو عدة أشخاص آخرين باعطاء شيء أو أو بفعله أو بالامتناع عن فعله . والفقه الشرعي يوافق الفقه القانوني على كل من التعريفين . والمراد في التعريف الاول بكلمة (أو نقله) حوالة الحق وحوالة الدين . وفي الحقيقة أن الاتفاق على نقل الالتزام بتغيير شخص الدائن أو شخص المدين ، أو كليهما هو عقد جديد جاء في المرتبة الثانية بعد العقد الذي أنشأ الالتزام ابتداءً إلا إذا كان مصدر الالتزام الاول غير العقد

ولم يتعرض كل من التعريفين القانونيين للعقد الحاصل بأرادة واحدة لأن القانون لا يعترف به عقداً وإنما يعتبره اداة منفردة أنشأت التزاماً على ما سأليناه بعد في بحث الارادة المنفردة . وكذلك العقد عند فقهاءنا حيث عرفوه بأنه ربط أجزاء التصرف : بعضها ببعض بالاجاب والقبول

وانما اعتبرت ما يتم بالارادة المنفردة عقداً أخذاً من كلام فقهاءنا فيها يصح تعليقه وما لا يصح تعليقه من العقود اذ عدوا من ذلك العتق والطلاق والوقف كما عدوا من ذلك البيع والاجارة الخ على ما سيأتي تفصيل الكلام فيه

لهذا أرى أنه لا مانع من تسمية ما يتم بالارادة المنفردة وحدها عقدا ، وعلى ذلك أقول

ان العقد في فقه القانون الشرعى يطلق بطريق الاشتراك على معنيين (الاول) توافق ارادتين متقابلتين على انشاء التزام أو نقله (الثاني) العزم الاكيد والارادة المصممة على فعل شيء أو تركه على أن العقد المكون من ارادتين متوافقتين متقابلتين هو في الحقيقة عقد مؤلف من عقدين بالمعنى الثاني. فيوجد العقدان البسيطان أولا أحدهما من ناحية الموجب وثانيهما من ناحية القابل ، ثم يؤلف منها العقد المركب بربط أحدهما بالآخر

واذا رجعنا الى اللغة وجدنا أن من ضمن معان العقد احكام الشيء وتقويته ، كما أن من ضمن معانيه عقد أطراف الأشياء وربطها بعضها ببعض . وبذلك يمكننا أن نساير ما قاله الفقهاء في كتبهم الفقهية ولا نقع في حيرة من تسمية مثل العتق والوقف عقدا . وقد سمى شيخ الاسلام ابن تيمية الطلاق عقدا بعبارة صريحة لا لبس فيها . والحاصل أن العقود تشمل كل ما انعقد به ارادتين متقابلتين ، كما تشمل الاسقاطات المحضة وغيرها

عمل الارادة

في تكوين العقد وانشائه وأسس سلطانها ومصدر قوتها قد تتجه نفس الانسان الى فعل شيء أو الامتناع عنه: وهي في بداية التفكير في الايقاع أو اللايقاع قد لا ترجح سلوك أحد الطرفين على سلوك الآخر بل تقف في حيز التردد بينهما. ثم يرجح عندها أحد الأمرين

لا اعتبارات تطوف بها فتسير في طريقها لا تلوى على شيء حتى ينتهي بها السير إلى إبراز ما صممت عليه إلى عالم الوجود الخارجي . أما فعلا وأما امتناعا بالسكف . فإن كانت حركتها هذه قد أدت إلى عمل غير قانوني فهذا مما لا شأن لنا به هنا . وإن كان الغرض منها عملا قانونيا يكفي لتحقيقه الإرادة المنفردة كالوفف والطلاق فهذا هو ما نعتيه بالعقد ذي الماهية البسيطة ، وإن كان عملا قانونيا يراد ربطه بعمل مثله من من جانب آخر ليتولد عنهما ارتباط ناشئ من العملين جميعا بالاتفاق فهذا هو ما نعتيه بالعقد ذي الماهية المركبة

و كلا العقدين مصدره الإرادة فهو وإيدها وحدها وبهذا جاء الشرع الاسلامي وأجمعت عليه الامة . فالإرادة في العقود لم تقيد في وقت ما ولم تبطل ويكتفى بأمر شكلية انقطعت الصلة بينها وبين نية العاقد وإرادته . والكتاب والسنة ناطقان بهذا « إلا أن تكون تجارة عن راض منكم » « لا يحل مال امرئ مسلم الا بطيبه من نفسه » « فإن طبن لكم عن شيء منه نفسا فكلوه هنيئا مريئا » ولم يخالف أحد من الامة في أن الرضا وحده كاف لتحقيق الالتزامات

أضف إلى ذلك أن الله تعالى أمر بالوفاء بالعقود والذود والعهود على وجه العموم - ولم يستثن منها الا ما كان محرما - ونصوص الكتاب والسنة في هذا لا تحضى سواء أكان العقدين طرفين ، أم كان بين العبد ورب ، أم كان منشؤه إرادة العبد المنفردة حتى لقد أمر المسلمين بوفائهم للمشركين بعهودهم . وبالجملة فأرادة الانسان في الشرع الاسلامي حرة في تصرفاتها - قانونية وغير قانونية - ولم تقيد الا

قيددين ، قيدها بهما الشرع والعقل ورعاية صالح المجتمع الانساني .
أولهما ما حرمه الله تعالى ونهى عنه فانه يجب الابتعاد عنه حتماً ويقابله
في القانون ما يخالف النظام العام والآداب العامة . وثانيهما ما فيه
اعتداء على حقوق الناس المكتسبة شرعاً . وعند تصادم الارادات
بحفظ التوازن يندبها بحكمة الشرع بالميزان الذي هو المعدل الالهي
فلسطان الارادة حق ثابت لها في كل عملها على ما ينبتا لم تسلبه وهو منحة
من الشارع استفادت به قوتها

وهذا بخلاف ما كان عليه الحال في القانون الوضعي فيما مضى من
الزمن في غير البلاد الاسلامية الى عهد ليس بالبعيد جدا .

يقول شراح القانون ما خلاصته : لم يعترف القانون الروماني
لارادة العاقد بسلطان ، بل بدأت العقود فيه تكون شكلية تحوطها
أوضاع معينة من حركات واشارات وألفاظ وكتابة فلا يتم العقد
بدونها . أما مجرد توافق ارادتين فلا يكون عقداً ولا يولد التزاماً .
فكان المدين يلتزم لا لسبب سوى أنه استوفى الأشكال المرسومة .
ثم انتقل القانون إلى أوروبا (١) وظل العمل به كذلك الى أن تغيرت
الأحوال والأوضاع القديمة شيئاً فشيئاً ونظمت حركة التجارة واتسع
نطاق التعامل مما اقتضى تضيق الخناق على هذه الشكليات وانتهى
الأمر إلى القرن السابع عشر الميلادي الذي تنفست فيه الارادة الصاعدة
وأحست بثبات قوتها وسلطانها . حتى إذا وضع نابليون قانونه على
(١) بعد أن اختفى زمناً طويلاً وظهر فجأة على ما قالوا حوالى القرن العاشر في
أوروبا . وتفصيل الكلام في هذا له موضع آخر .

أساس احترام حرية الفرد في ارادته وسائر تصرفاته تمتعت الارادة بحريتها كاملة . ثم هوجمت حينما تهورت ثم دوفع عنها حتى اعتدل الأمر واستقام تحت تأثير الظروف بالقدر المستطاع . وقد احتفظ ببعض الشكليات في بعض العقود لا على أنها أمور تعبدية بل لحكمة راعاها واضع القانون في ذلك كاشتراط رسمية عقد الهبة والرهن التأميني . قال لي قائل : أنا أفهم أن فقهاء القانون الوضعي قد تعرضوا للنظر في سلطان الارادة ومتى بدأ ذلك لأن الحال عندم قد تنقل من الشكليات المحضة التعبدية إلى حرية الارادة الكاملة بالتدريج ، لكنني لا أفهم تعرضك للكلام في هذا الموضوع - وقد ولدت الارادة في الشرع الاسلامي طليقة حرة لها سلطانها وقوتها في جميع العقود والتصرفات على ماقلت وإذا لا أرى كلامك في هذا إلا فضولا وتضييعا للوقت . فقلت له : ان ملقلته حق اذا نظرنا اليه من جهة واحدة فقط أما اذا نظرنا اليه من الجهة الأخرى وهي جهة المقارنة بين الشريعة والقانون الوضعي فلا وجه للاعتراض بل هذا هو الواجب - أولا - لدفع شبهة عن الشريعة في أنها اقنبت أحكامها من القانون الروماني ، كما يقول المجازفون الذين يهرفون بما لا يعرفون - ثانيا - لبيان سمو الشرع الاسلامي الذي رفع بأحكامه قدر الانسان وجعله في المستوى اللائق بانسانيته ولم يموه على الناس بأشكال وأوضاع وتقاليد كلها أوهام في أوهام (تنمة) للموضوع لا بد من ذكرها هنا .

يوجد في الشريعة الاسلامية عقود يرى أنها لا تتم بإرادة العقد وحدها بل لا بد فيها من ضمنية يتم بها العقد .

أولا : - عقد الزواج - لا بد لصحته من ولي وشاهدين . أو شاهدين ولا حاجة الى لولى إذا كانت الزوجة بالغة رشيدة ، على ما بين في موضعه .

ثانيا : عقود التبرعات وبعض عقود أخرى في مذهب مالك لانتم ولا تصح الا بالشهادة على ما حكاه شارح العاصمية .

ثالثا : عقود لانتم إلا بالقبض كالهبة والصدقة والقرض والرهن والعارية والوديعة والوقف . على قول

وهذا يدل على أن في الشريعة عقودا شكلية إذ الارادة وحدها لانكفى في تحققها وصحتها شرعا . وأقول جوابا عن هذا
أما أولا

فلأن عقد الزواج يعقد للدوام والبقاء وبه تتعلق أحكام خطيرة من ثبوت النسب وغيره من الحقوق المرتبطة بذلك فوجب الاشهاد عليه واعلانه ليشتهر بين الناس ويكونوا على علم به وتتقطع الالسنه عن التكلم في المحصنات بما لا يليق . وأما اشتراط الولي عند من اشترطه فليبيان رفعة قدر المرأة ولأنها عزيزة مطلوبة غالية فاذا باشرت عقد الزواج بنفسها وبدون حضور أو اياها كان في هذا مساس بكرامتها وكرامتهم والمرجع في هذا العرف والتقاليد .

واما ثانيا

فقد قال شارح العاصمية ما نصه : الاشهاد بشرط صحة في التبرعات من حيث هي وفي كل ما كان من غير عوض كالتوكيل والضمان ونحوهما

ولا يختص الاشهاد بالتبرع على الصغير فقط إذ لا معنى لكونه شرطاً في الصغير دون الكبير . وحيث إذا قال : حبست أو تصدقت أو وكلت أو أوصيت : ولم يقل أشهدوا على ذلك ، ولم يفهم من حالة أنه قصدتم الى الاشهاد عليه فانه لا يصح شيء من ذلك ، وكذا لو كتب بذلك ولم يشهدهم عليه فلا ينفذ شيء منه لأنه قد يقول أو يكتب وهو غير عازم على شيء من ذلك . انتهى بحروفيه . ويؤخذ من هذا أن الحامل على اشتراط الاشهاد في التبرعات هو التأكد والتنبيه من عزم المتبرع على ما تبرع به وأنه جاد غير هازل . فاذا طلب الاشهاد عليه وأشهد ؛ أو فهم من حاله بدلالة القرائن أنه عازم حقيقة على انفاذ تبرعه صح تبرعه . وإذا يكون الغرض من هذا الشرط هو تبين ارادته الظاهرة المدلول عليها بقوله أو كتابته لارادته الباطنة القائمة بنفسه وقد رأت لجنة الأحوال الشخصية أن تجعل هذا أسسلا لاشتراط رسمية عقد الوقف على ما بين في المادة الأولى من المشروع . وانظر شرحنا لهذه المادة في كتابنا صفحة ٦٣ وما بعدها

وأما ثالثاً

فلان توقف تمام هذه العقود - المسماة في اصطلاح القانون بالعقود العينية - على القبض فالادلة شرعية قامت على ذلك وهي مبينة في مواضعها لا يتسع المقام لاي رادها هنا .
والحاصل أن هذه القيود كلها ليست من الشكليات السخيفة المبينة على الاوهام بل هي كلها مما يقوى الارادة ويحققها .

تقسيم العقود

تنقسم العقود الى عدة مجموعات تنتظم كل مجموعة منها وحدة ذاتية تجعلها نوعا واحدا .

(١) مجموعة التمليكات

وهي نوع من أنواع العقد وجنس ينتظم المعاوضات والتبرعات (١) والمعاوضات هي نوع من أنواع التمليكات وجنس ينتظم ما يأتي :

(٢) مبادلة مال بمال ومبادلة مال بمنفعة ومبادلة مال بغير مال ولا منفعة بالمعنى المصطلح عليه عند الفقهاء . ويلتحق بها مبادلة منفعة بمنفعة : ومبادلة منفعة بما ليس بمال ولا منفعة في الاصطلاح الفقهي الشرعي فهي تشمل : البيع بجميع أنواعه من بيع مطلق ومقايضة وصرف وسلم والاستصناع : والصلح عن اقرار : وقسمة الاعيان والتخارج والهبة بشرط العوض ، على قول وحوالة الحق أى بيع الدين بالدين (١) .

(١) المال في الاصطلاح الفقهي الشرعي يطلق على الاشياء المادية المتقومة ولا يطلق على المنافع والحقوق اصطلاحا . والبيع المطلق هو بيع الاعيان المالية بالاثمان والمقايضة هي بيع عين بعين والصرف هو بيع النقد بالنقد والسلم هو بيع ما يتعلق بالذمة - غير النقدين - بمال يؤدي في الحال . والاستصناع هو طلب عمل شيء خاص مادته في الصانع كصنع الادوات المنزلية ونحوها . والصلح عن اقرار هو ما كان فيه المدعى عليه مقرا بالحق المدعى فينتقم مع المدعى على اعطائه شيئا بدل ما يدعيه

والإيجار . والمؤاجرة والجمالة والسباق والرى (١) والمبايأة (٢)
والزواج والخلع (٣).

(ب) التبرعات . وهى نوع من أنواع التملكات ، ويندرج تحتها
مايأتى :

تبرعات ابتداء وانتهاء . وتبرعات ضمن عقد معاوضة ، وتبرعات
ابتداء وقد ينتهى بها الأمر إلى أن تستمر تبرعات إلى النهاية أو تنقلب

بتراضيهما . وقسمة الأعيان تكون فى الأموال المادية وهى تتضمن الافراز والمبادلة
دائما سواء أكانت قسمة تفريق أم كانت قسمة جمع . وقد يكون جانب الافراز
أظهر كما فى المثليات المتقاربة ، وقد يكون جانب المبادلة أبين . والهبة بشرط العوض
على أحد الرايين . وكذا حوالة الحق على أنها بيع دين بدين أجز بطريق الاستثناء
للحاجة . والتخارج مبادلة بين الورثة فى أموال التركة وهو نوع من الصلح

(١) الإيجار يكون فى الأشياء كالأراضى والدور ، والمؤاجرة للأشخاص
ويندرج فيها الأجير المشترك والأجير الخاص ، وسائر الأجلات دائرة بين ذلك .
والجمالة كقولك من وجد ضالتي فله كذا والسباق والرى كالجمالة إذا كان الجمل
من أحد المتسابقين أو من السلطان من بيت المال أو من أحد من الرعية وكذا إذا
كان منهما للسابق منهما على أحد قولين . وانظر المذهب

(٢) هى مبادلة منفعة بمنفعة وهى قسمة المنافع وتكون اما مكانية واما زمانية
(٣) الزواج بالنسبة للبر جملة الفقهاء فى مقابل التمتع بالمرأة . وحقيقة الأمر
أن الزواج عقد انضمام وازدواج ومشاركة ، والمهر حكم من أحكامه شرعا فلا هو ركن ولا
شرط لصحة العقد . والخلع هو إزالة ملك الزواج بلفظ الخلع أو بما فمعناه وهو
يمين من جانب الرجل ومعاوضة وشراء للصحة من جانب المرأة

مفاوضات. فهي تشمل : الهبة والصدقة والوصية والاعارة (١) والقرض والكفالة ، وحوالة الدين المطلقة والمحابة في عقود المعاوضات والوقف والابراء من جهة كونها تمليكاً. والعمرى والرقبي والتحليل والاباحة (٢) والصلح عن انكلا (٣) والهبة بشرط العوض على قول .
(ح) الاسقاطات . وهي نوع من أنواع العقد : ويندرج تحتها ما يأتي :

اسقاطات محضة كالطلاق والعق و تسليم الشفعة واسقاط كل حق يجوز اسقاطه بلا مقابل . واسقاطات فيها معنى التبرع وهي الابراء

(١) الهبة والصدقة خاصان بتمليك الأعيان المالية بالصدقة فيما كان لقصد الثواب من الله ، والهبة فيما كان لقصد الثواب من الموهوب له أو لصدقة أو قرابة يثنون بين الواهب . والوصية بالعين أو المنفعة أو بجزء شائع في التركة بعد الموت . والاعارة تمليك المنافع مجاناً ، ويندرج في المنافع الثمرات والزوائد ، ولو كانت أعياناً مادية ولذا يندرج تحتها الاسكان والعريه وهي إعارة الشجرة للانتفاع بشعرتها والمنحة وهي إعارة الشاة (مثلاً) للانتفاع بلبنها ، والخدمة وهي إعارة العبد لذلك ، والارفاق في منافع العقار . والقرض تبرع استداء وهو معاوضة انتهاء وكذا الكفالة بأمر المدين ومثلها حوالة المدين حوالة مطلقة والمحابة من البائع بيع الشيء بأقل من قيمته كنصفها (مثلاً) ومن المشتري بشراء الشيء بضعف قيمته (مثلاً) والوقف والابراء باعتبارهما من التمليكات بدون عوض ، والصلح عن انكار المدعى عليه .

وليرجع إلى العمرى والرقبي والاباحة والتحليل في كتابنا التزام التبرعات وكذا الهبة بشرط العوض

من الدين ، والوقف على قول من يرى أنه إسقاط كابى يوسف وهو
مأليه العمل عتدنا فى محاكنا الشرعية .

(د) الاطلاقات . وهى تنتظم ماأتى :

الوكالة . الاذن للصبي المميز - ومثله العبد - بالتجارة ويندرج
تحتها كل أنواع الولاية على النفس أو المال كولاية الأب والجد والأقارب
والقاضى والأوصياء وإقامة امام أعظم للأمة فهو فى الحقيقة وكيل عنها
وكذا فروع الامامة العظمى من فضاة وولاية وسائر عمال الدولة . فهو لا
كلهم فى الحقيقة وكلاء عن الأمة شرعا .

(هـ) الشركات على اختلاف أنواعها ويدخل فيها المضاربة
والمزارعة والمساقاة وفيها شائبة الاجارة . وكل شركة تتضمن الوكالة
والمراد بها هنا شركة العقد لا الملك .

(د) عقود الاستيثاق مثل الكفالة والرهن .

(ز) عقود الاستحفاظ مثل الوديعة والحراسة .

البحث الأول من مباحث العقد

في تكوينه شرعاً وبيان ماله اتصال بذلك

نمهي

في الوجود الحسى والوجود الشرعى للعقد

قد يكون للعقد وجود حسى فقط كما إذا صدر من غير أهله .
أو فى غير محله ، وقد يكون له وجود شرعى من أول الأمر وهو
ما استوفى فيه كل أركانه وشرائطه وهو فى هذه الحالة الثانية لا بد له
من وجود حسى منما وهو ما يدل عليه ما يقع تحت الحس من سمع
وبصر من أقوال العاقدين أو كتابتهما ورؤية كل ما يصدر عنهما . فاما
الوجود الحسى وحده فلا يجعل للعقد أى اعتبار شرعى كأن يكون
أحد العاقدين غير مميز أو اخلل غير قابل كبيع مسجد أو جزء من
من الطريق العام مع بقاء المبيع على صفته بدون تغيير . ونظير هذا
الصلاة بغير طهارة والصوم مع التلبس بالحیض فان كلا من الصلاة
والصوم وان كان لهما وجود حسى ليس لهما وجود شرعى معتبر فلا
يزال الذمة مشغولة بهما . وإذا لا بد من معرفة الاركان والشروط
لتحقق الوجود الشرعى للعقد المستلزمة لترتب أثر العقد عليه

هذا - وقد قسمت فيما سبق العقد إلى قسمين ، عقد ذو ماهية بسيطة
وعقد ذو ماهية مركبة . وأما فى القانون الوضعى فالعقد لا بد فيه من توافق
ارادتين متقابلتين من الطرفين ولو حكماً . ولهذا ما وجدوا أن بعض

الالتزامات قد تم بإرادة منفردة لم يرضوا أن يسموا هذا عقداً له خصائصه كما فعلت بل اعتبروه صادراً عن إرادة منفردة وأحجموا عن تسميته عقداً وقد كن لي أن أمضي في سبيلي ولا أُلوى على شيء مما قالوه في الإرادة المنفردة لأن عندي ما اعتمد عليه في اعتبار التقسيم الذي ابتكرته على ما سأسمعك . لكن أردت أن أشرك معهم في بحثهم في الإرادة المنفردة لأطلعهم على كلام فقهاءنا في ذلك ولا تخلو المقارنة من الفائدة ، وإن شئت فهم هذا فضولاً من القول قالوا إنما مضطرون إلى القول بالإرادة المنفردة لإلزامهم بالقصور عن تعليل بعض أعمال قانونية لولا القول بالإرادة المنفردة لما استطعنا تعليلها ، من ذلك

١ - الجائزة التي يجمعها إنسان لمن عمل عملاً كرد ماله الضائع عليه فإذا عثر به إنسان ورده إلى مالكه استحق تلك الجائزة فعلى أي أساس يعتمد هذا غير الإرادة المنفردة من جاعل الجائزة لأنه ليس أمامه عاقد آخر قابل ويحجب عن هذا بأن واجد المال الضائع ورده إلى مالكه بعد علمه بالجائزة يعتبر بعمله في البحث عن المال الضائع . تعاقداً مع الواعد بالجائزة تعاقداً ضمناً . فلا حاجة إلى الاستناد إلى الإرادة المنفردة أقول وكذلك الحكم في مذهب الشافعي وعلى ما ذهب إليه ابن القاسم وغيره وقد زادوا على ذلك أن الواجد إذا كان من شأنه أن يبحث عن الضوال والأموال الضائعة ليردها إلى أربابها فالحكم كذلك ويعتبر هذا عقداً ضمناً

أما إذا كان الواجد قد وجد المال الضائع ورده بدون أن يعلم

بالجائزة ففريق قال لا يستحق الجائزة وهذا يوافق مذهب الشافعي وابن القاسم وهو الراجح من مذهب مالك - إلا إذا كان الواجد من حرفته وعمله البحث عن الضوال ، وفريق قال انه يستحق الجائزة ويعمل هذا بالارادة المنفردة وهذا هو مذهب ابن الماجشون وأصبغ وهو رواية عن مالك وعليه اقتصر ابن الحاجب . وهذا هو جملة ملجاء في كلام فقهاء القانون وفقهاء الشرع فقد توافقا في الجملة . والحاصل أن المذهب الغالب على الكثير من فقهاء فرنسا ومصر يوافق مذهب الشافعي ومذهب ابن القاسم ، والمذهب الألماني يوافق ماذهب اليه ابن الماجشون وأصبغ وهو رواية عن مالك . وهو الظاهر من مذهب الامام احمد لكن الواجب للواجد في هذه الحالة أجر مثل عمله على ما قاله ابن القيم

ب - التزام الموجب أن يثبت على إيجابه مدة من الزمن قبل قبول الطرف الآخر، وهذا لا يعمل إلا بان الارادة المنفردة لها قوة الالتزام لكن القضاء في مصر وفرنسا لا يلزم الموجب بعدم الرجوع قبل القبول فهو في ذلك كالشريعة ويعمل بان الموجب بعد صدور الإيجاب منه وقبل قبول الآخر - في مثل عقد البيع - قد جعل للطرف الآخر حق الملك في المبيع مع بقاء حقيقة الملك للموجب : ولا يخفى أن حق التملك أضعف من حقيقة الملك ولذا كان له حق الرجوع قبل القبول ويمكن تدارك الامر عندنا بان القابل يشترط في قبوله أنه بالخيار كذا يوم ما وعلى ذلك يلزم العقد بهذا الموجب ويكون القابل حرا في مدة الخيار

(ج) السند لحامله . وصورته أن يحرق سنداً يذكرفيه أن يلتزم بأن يدفع مبلغاً لمن يكون حاملاً لهذا السند ، كما تجده مكتوباً على أوراق البنكنوت . والظاهر أن الحامل على هذا هو تسهيل التعامل بين الناس ولا سيما في الأعمال التجارية . فهل يقال إن كاتب هذا السند قد التزم بإرادته المنفردة دفع هذا المبلغ وإذا يكون مصدر الالتزام هو إرادة المدين ؟ ربما يعترض على هذا بأنه التزام مجرد عن السبب والعرض بمعنى أن ثبوت بطلان الالتزام بدفع المبلغ لأي وجه من وجوه البطلان لا يؤثر في التزام من صدر عنه السند قبل أخامله . وعلى هذا لا يصح إسناده إلى الإرادة المفردة أيضاً لأن الالتزام الإرادي يرمى دائماً إلى غرض ويجب في هذا الغرض أن يكون دائماً صحيحاً مشروعاً . وبهذا يكون التزام مصدر السند ليست علقته إرادته بل إرادة الشارع أن تقع عليه المسؤولية حتى بعد خروجه من الأهلية . وبعد موته . والظاهر أن الباعث للشارع على هذا هو تسهيل التعامل كما أسلفنا (١) .

ولا أحسب أن فقهاءنا قد تكلموا في شيء كهذا . بل قد يقرب من هذا مسألة السفتجة إذا كتب المدين لحاملها إلى مدينه هو في البلد الذي يريد حامل السفتجة أن يسافر إليه : ادفعوا إلى حامل هذا مبلغ كذا . ومع ذلك فتسهيل المعاملات لا مانع منه شرعاً متى كان بعيداً عن الربا المحرم .

(١) انظر موجز الالتزامات للأستاذ السهري بك ص ٥٥ وأصول الالتزامات للأستاذ بهجت بدوي ص ١٢٠

(د) الاشتراط لمصلحة الغير . هو عقد يكون بين طرفين . يشترط فيه أحدهما على الآخر أن يلتزم بالقيام بعمل لمصلحة شخص ثالث (أو أشخاص) لم يكن (أو لم يكونوا) طرفا في العقد . وهذا هو المنتفع . ومثاله : صاحب مصنع يتعاقد مع شركة تأمين لمصلحة عماله الذين لم يكونوا طرفا في هذا العقد : فيتفق مع الشركة على أن تدفع تعويضا معيناً لكل عامل يصاب أثناء العمل في مقابل أقساط يدفعها صاحب المصنع (أصول الالتزامات)

وظاهر من هذا العقد أنه ملزم لطرفين فهو ليس تطبيقاً لنظرية الإرادة المنفردة غاية الأمر أن أحد الطرفين - وهو شركة التأمين - قد التزم بإيصال النفع إلى طرف لم يتعاقد معه ، والطرف الثاني - وهو صاحب المصنع قد التزم لمن تعاقد معه أن يدفع إليه أقساطاً شهرية لأجل هذا . وهذا استثناء من قصور حكم العقد على طرفيه : على ماسيأتي .

وقد وجدت في مذهب مالك أن الزوج لو تطوع بمؤونة ابن زوجته من غيره وأجرأ النفقة عليه من ماله طول مدة الزوجية بينهما لزمه ذلك لأنه من عمل المعروف . لكن لو اشترط عليها حظ شيء من مهرها في مقابلة ذلك فلا يصح . والمسألة مبسوطة هناك بحثنا تماماً . ووجدت فيه أيضاً : اتفق المضارب ورب المال على أن يكون الربح لغيرهما جاز ذلك وكان هذا هبة منهما جميعاً لمن شرطاً الربح له وهو جائز لأنه من عمل المعروف . وبلاحظ أن الموهوب هنا مجهول ولكن

ذلك لا يصرف في مذهب مالك لأن الغرر لا يضر في التبرعات ، على ماسنينيه في موضعه .

هـ - تعاقد الانسان مع نفسه أى تولى الشخص الواحد طرفي العقد بطريق الاصاله عن نفسه وطريق النيابة عن غيره . أو بطريق النيابة عن طرفين ربما يوم هذا أن العقد انعقد بإرادة واحدة . والحقيقة أن الإرادة وإن كانت واحدة بالذات هي متعددة بالاعتبار . على ماسنينيه بياناً وإيضاحاً فيما يأتي . فليس هذا من باب الالتزام بالإرادة المنفردة . وبعد فتحنا لسنا في حاجة بأن نزوج بأنفسنا في هذا المأزق الحرج لأن العقد عندنا ليس قاصراً على ما يكون بتوافق إرادتين كما هو الحال عند فقهاء القانون الوضعي بل يكون بذلك وبما يكون بإرادة واحدة حقيقية منفردة على ما قدمنا وعلى ما ستري .

أركان العقد (١)

العقد الذي يكفي لوجوده وتحققه إرادة واحدة ركنه الإيجاب

(١) ركن الشيء هو ما يقوم به ذلك الشيء . أى يكون قوامه به وبذا يكون داخلاً في بناء الشيء . وقد يكون قوام الشيء ركناً واحداً كأنه مصنوع كله من مادة البلور وثوب مصنوع كله من الحرير . ونظير هذا من المعنويات العقد ذو الماهية البسيطة . وقد يكون قوامه من أكثر من ركن واحد كأنه مركب من الذهب والفضة ، وثوب منسوج من الصوف والقطن . ونظير هذا في المعنويات العقد ذو الماهية المركبة . والصلابة أركان متعددة هي قوامها وهي مؤلفة منها على هيئة مخصوصة . والشرط هو ما توقف على وجوده وجود الشيء . شرعاً وهو خارج عن ماهية

فقط . والعقد الذى يحتاج وجوده إلى توافق ارادتين متقابلتين ركنه
الإيجاب والقبول معا .

والعقد الذى يكفى فيه الإيجاب وحده يندرج تحته الاسقاطات؛
بالاتفاق والتبرعات على قول مالك فقط من حيث لزومها فقط ،
على ماسترى .

ركن العقد الذى يتم بإرادة واحدة

الاسقاطات

بمجرد صدور الإيجاب من أهله فى محله لا يملك الموجب الرجوع عن إيجابه ،
ثم ان كان العقد من الاسقاطات المحضة فقد تم لأن الساقط لا يعود؛ وان
كان فيه معنى التملك فى الإبراء يرتد بالرد لأن الاسقاط متوقف عليه
فان رده المدين فى المجلس أو بعده ارتد ولم يسقط الدين . وذلك لأنه
نبين أن المدين لا يقبل منة الدائن عليه فى إبرائه من الدين . وإن لم
يرده لا فى المجلس ولا بعده - على اختلاف القوانين فى ذلك فقد رضى

كالظهارة يتوقف على وجودها وجود الصلاة الشرعية وهى ليست داخلية فى الصلاة .
وماهية الشيء هى ما يتعقله الانسان من القدر المشترك بين أفراد نوع واحد
كالانسان بصرف النظر عن الوجود الخارجى ومشتخصات كل فرد . والأمر المتعلق
من حيث أنه مقول فى جواب ماهو يسمى ماهية . فاذا قيل ما الانسان فالجواب
حيوان ناطق ، والمراد بالناطق المفكر بالقوة . واذا قيل ماهو العقد فالجواب هو
توافق ارادتين متقابلتين على عمل قانونى شرعى ، وقد يكون عن ارادة واحدة
كالوقف (مثلا) .

بسقوطه فيسقط . وأما الوقف فإن كان على غير معين كالفقراء (مثلا) فإنه يتم بالإيجاب وحده ولا يجوز الرجوع عنه وإن كان على معين ومن بعده على غيره وهكذا مؤيدا فرد الممين فلا يؤثر الرد إلا في استحقاقه فيسقط استحقاقه وأما الوقف فهو باق إلى الأبد (١) .

التبرعات

متى صدر الإيجاب فعلى قول أبي حنيفة وأصحابه - حاشا زفر - قد تحقق التبرع كالهبة (مثلا) فإن التبرع يتم من جانب واحد وهو الواهب المالك وأما القبول فهو شرط لنهوت الملك للموهوب له لأن أحدا لا يملك ادخال شيء في ملك غيره إلا برضاه وليس القبول شرطا لوجود نفس التبرع في ذاته . لكن المتبرع أن يرجع في تبرعه بعد الإيجاب وقبل القبول حتى بعد القبول أيضا إلى القبض على ما بين في مواضعه وإلا لم يكن متبرعا ، والفرض أنه متبرع وكذا الحكم عند جمهور الفقهاء .

وأما على مذهب مالك فإنه لا يجوز للموجب أن يرجع عن إيجابه بل يلزمه التبرع لكن لا يدخل في ملك المتبرع له ولا يكون له حق في الانتفاع به إلا بعد الحيازة قبل وجود مانع بعد الإيجاب وقبل الحيازة والموانع عندهم أربعة .

(١) والوصية إن كانت لغیر معين كالفقراء تتم بإيجاب الموصي وحده . وإن كانت لمعين فلا يتحقق فيها قبول الموصي له ولكنها ترتد برده . وقال رحمه الله في هذه الحالة أيضا تتم بالإيجاب وحده قياسا على الميراث . وهو قياس مع وجود الفارق . انظر كتابنا التزام التبرعات .

والقاعدة هي (أن المعروف عند مالك وأصحابه لازم لمن التزمه
مالم يوجد مانع قبل الحيابة أو ما يقوم مقام الحيابة من الطرف الآخر)
وسنشرح السبب في ذلك عند بيان قوة الوعد فيما سيأتى .
والموانع عندهم أربعة .

(الاول) الدين المحيط بمال المتبرع سواء أكان هذا الدين ثابتاً
وقت إيجاب التبرع أم حادثاً بعده . وبطلان التبرع في الحالة الأولى
بالاتفاق ، وأما في الحالة الثانية فبطلان التبرع إنما هو على القول
المشهور في المذهب .

وإنما كان أولى من التبرع لأن أدائه واجب بالنص والاجماع ؛
وأما التبرع فهو تفضل ، وغاية الأمر أنه يكون مندوباً إليه ،
والواجبات الشرعية في الرتبة الأولى في التقديم عند التزاحم والتعارض
انظر تزاحم الوصايا في كتابنا التزام التبرعات .

(الثانى) موت المتبرع وذلك لأنه بموته ينتقل الملك إلى غيره
وهو الوارث ولا يجبر الوارث على تنفيذ ما التزمه مورثه من التبرع
قبل تمامه ، ولأن حق الوارث في الميراث ثابت بالاجماع بخلاف حق
المتبرع له قبل الحيابة ، وهو المقصر في تراخيه في حقه حتى مات المتبرع
(الثالث) خروج المتبرع عن الأهلية بالجنون أو العته إذا اتصل
ذلك بموته فلا يجوز للمتبرع له أن يجوز ما تبرع له به حال جنون الواهب
أو عتهه ، بل يوقف الأمر فإن أفاق أفاق بينة كإن له في هذه الحالة أن
يجوز ما تبرع له به ، وتكون حيازته صحيحة وإلا فلا .

(الرابع) أن يمرض المتبرع بعد إيجابه مرض موت فلا يجوز

للمتبرع له حياة المتبرع به وقت ذلك المرض . فإذا شفى المريض شفاء
بيننا من مرضه كان له حياة ما تبرع له به

ويعوم مقام الحياة

أولاً أن يجد المتبرع له في طلب المتبرع به ليمحوزه بنفسه . والمتبرع
يماطله ويسوفه حتى يموت المتبرع فلا يبطل تبرعه بموته تنزيلاً لجمع
المتبرع له منزلة المحوز بنفسه ، فكأنه حازه فعلاً . ومن صور ذلك
أن يرفع دعوى على المتبرع يطالب بالتبرع به ثم يموت المتبرع
أثناء المرافعة .

ثانياً

أن يتصرف المتبرع له في العين المتبرع بها كالهبة : قبل أن
يمحوزها وقبل قيام أحد ألوان بما يخرج المتبرع به من ملكه كالاتفاق
والبيع فإن ذلك التصرف يقوم مقام حوزة وإن لم يشهد عليه

ثالثاً

إذا قبض المتبرع له الشيء المتبرع به قبل القبول ليتروى هل
الأحسن له القبول أو الرد حتى مات المتبرع فقبل المتبرع به بدموته
صح ذلك .

تنبيه - ما أسلفناه هذا عام في جميع التبرعات من هبة وصدقة
ووقف وغيرها حاشا الوصية فإنه للموصى أن يرجع في وصيته قبل
موته إلا إذا اشترط عدم الرجوع فإن يلزم بشرطه على أحد القولين
في مذهب مالك . وقبول الوصية بعد موت الموصى . ونرى تفصيل
ذلك في كتابنا التزام التبرعات وكتابنا الأخير في الوصية .

(نتمه) موت الموهوب له لا يبطل الهبة بل وارثه يقوم مقامه ولو كان الموهوب له قد مات قبل علمه بالهبة . هذا وانظر كتابنا التزام للتبرعات .

والمقصود هنا - هو أن لنا عقودا يكفي لوجودها شرعا ارادة واحدة وحكمها من حيث لزوم الإيجاب وعدم جواز الرجوع فيه قد بيناه آنفا . وقد جمعت أحكام المتعلقة بذلك في موضع واحد لتخلص منها .

ركن العقد

الذى يتوقف على توافق ارادتين متقابلتين لا بد في هذا العقد من الإيجاب والقبول معا ولا يجوز الرجوع عن الإيجاب قبل القبول للمعنى الذى قلناه في صفحة (٥٤) الإيجاب والقبول

من معاني الإيجاب في اللغة الإلزام والاثبات . ومن معاني القبول التصديق والموافقة . والمراد بالإيجاب هنا ما يصدر من أحد العاقدين أولا ، سمي إيجابا لاثباته ما يريد به الموجب . والقبول هو ما يصدر من العاقد الآخر بعد الإيجاب من الأول مصدقا وموافقا له . فلو قال شخص لآخر بعت لك داري الفلانية بألف جنيه مصري . فقال الآخر اشتريتها منك انفسى بهذا الثمن الذى ذكرته كان قول الأول « بعت » إيجابا وقول الثانى « اشتريت » قبولا . ولو أن المشتري قال أولا اشتريت وقال البائع بعد ذلك بعت كان قوله اشتريت إيجابا وقول

الآخر بعت قبولاً . وهكذا في سائر العقود وفي الحقيقة كل من الإيجاب والقبول اثبات غير أن الإثبات الثاني سمي قبولاً تمييزاً له عن الإثبات الأول ولأنه يقع قبولاً ورضاً بفعل الأول .

ربط القبول بالإيجاب

ولا بد من ربط القبول بالإيجاب ليتحقق معنى العقد . والربط في الماديات كربط طرف حبل بطرف حبل آخر مما يتحقق وجوده ويرى بحاسة البصر ، أما في المعنويات كربط القبول بالإيجاب فلا . وذلك لأن الإيجاب كلام ينطق به العاقد الأول . والقبول كلام ينطق به العاقد الثاني بعد أن ينتهى كلام الأول . وقد قالوا إن الألفاظ أعراض سيالة تنقضى بمجرد النطق بها فإذا جاء الكلام الثاني لا يجد شيئاً يرتبط به كما هو الشأن في الماديات على ما مثلنا آنفاً ولكن للضرورة اعتبر فيها الإيجاب قائماً وقت النطق بالقبول ولذا وجب أن يكون عقب النطق بالإيجاب فوراً . قالوا وهذا هو القياس وبه قال الشافعي . ولكن أبا حنيفة وأصحابه وجدوا أن هذا قد يكون فيه عسر بالقابل ولذا استحسنوا أن يجوز القبول مع التراخي لكي يتمكن القابل من التفكير والتروى وقيدوا هذا بالمجلس - أى في العقود التي يشترط فيها اتحاد مجلس الإيجاب والقبول وهاك جملة القول فيه

مجلس العقد

مجلس العقد هو مكان اجتماع العاقدين . وبعض العقود يشترط لوجوده شرعاً اتحاد مجلس الإيجاب والقبول ومن ذلك عقود المعاوضات

بالاتفاق ؛ وسائر عقود التمليكات على الخلاف في ذلك كالهبة على مذهب مالك فإنه لا يشترط فيها اتحاد المجلس . والوصية يستحيل فيها اتحاد مجلس الايجاب والقبول لان القبول لا يكون إلا بعد وفاة الموصى ، بل يكفي القبول فيها بسكوت الموصى له بعدم رده . والاطلاقات كالوكالة لا يشترط فيها اتحاد المجلس أيضا وللوكيل أن يباشر ما وكل به ويعتبر هذا قبولا منه دلالة . وكذلك العقود التي يكون فيها أحد الركنين يمينا والثاني معاوضة كالخلع فإن كان الايجاب من الزوج صح قبول الزوجة في مجلس آخر . وذلك لان الايجاب هنا بمعنى اليمين . أما اذا كان الايجاب من الزوجة فلا بد من أن يكون القبول في المجلس لان العقد في هذه الحالة بمعنى المعاوضة

والمجلس قد يكون مكانا منفردا وقد يكون متحركا كالسفينة والدابة . فلو تعاقدوا البيع (مثلا) وهما في بيت من دار أو في سفينة وهي تجري صح العقد ولا ينقطع المجلس بجريان السفينة ولوعقدها وهما يمشيان أو يسيران على دابتين أو دابة واحدة في محل واحد فإن خرج الايجاب والقبول منهما متصلين انعقد البيع وإن كان بينهما فصل وسكوت - وإن قل - لا ينعقد لان المجلس تبدل بالمشى والسير وإن قل . وقيل يجوز في الماشيين أيضا ما لم يتفرقا بأبدانهما . والاول هو ظاهر الرواية

ولما كان ربط القول بالايجاب واجبا على ما أسلفنا لزم لذلك اتحاد المجلس . وفي ذلك رعاية مصلحة الطرفين . أما الموجب فلكي يتبين ارادة القابل قبل أن يفترقا حتى يكون على بينة من الامر .

ولا يبقى تحت رحمة الطرف الآخر . وأما القابل فلسكى يطمئن على أن الموجب لم يعدل عن إيجابه . لذا وجب ألا يتفرقا حتى يكون كل منهما على بينة من أمره . وانظر ما تقدم في صفحة (٥٤)

موافقة القبول للإيجاب

ولا بد لتحقيق العقد شرعا من توارد الإيجاب والقبول على محل واحد وإلا فلا وجود للعقد شرعا . فإذا قال شخص لآخر أجرتك دارى التى بالزمالك ، فقال الآخر قبلت ابستجار دارك التى بالجيزة فلا عقد بينهما لعدم توارد الارادتين على محل واحد . وكذلك لانعقاد فيما لو قال رجل لآخر زوجتك ابنتى فاطمة فقال الآخر قبلت زواج ابنتك عائشة .

غير أن مخالفة القبول للإيجاب إذا كانت الى خير مع اتحاد المحل فلا يمنع ذلك تحقق العقد شرعا . وذلك لوجود الموافقة ضمنا . ومن أمثلة ذلك ما إذا قال البائع للمشتري بعتك هذه الفرس بمائة جنيه مصرى فقال المشتري اشتريتها منك بمائة وعشرين ، فإن البيع انعقد بينهما بمائة . وأما العشرون التى زادها المشتري فلو قبلها البائع فى المجلس لزم المشتري أيضا . وكذا لو قال المشتري للبائع لشريت منك هذه الدار بألف فقال البائع بعتها منك بتسعمائة انعقد البيع بينهما بما قلله البائع ويعتبر أن البائع أبرأ المشتري من مائة . والابراء اسقاط يتم بالإيجاب وحده فلا يتوقف على القبول ، وإن كان يرتد بالرد لما فيه من معنى التملك ، على ما أسلفنا . ومن أمثلته أيضا ما لو قال الخاطب لخطوبته زوجتك بألفين فقالت قبلت زواجك بألف انعقد الزواج

٥٢ - الامتلاك

الزواج بينهما بألف على اعتبار أنها قبلت بألفين وحطت عنه الفاء
- والخط اسقاط - وكذا لو قالت له تزوجتك بألف فقال قبلت
بألفين انعقد الزواج بألف وأما الألف الأخرى التي زادها فلا تلزمه
إلا إذا قبلتها بالجلس

وانظر أحوال مخالفة الوكيل للموكل في كتابنا - التصرف
بطريق النيابة عن الغير - فهناك تجد أصل هذا الموضوع وتفرعاته
وكل ما يتعلق به (١)

(١) وما ينبغي ذكره هنا ما يتعلق بتفريق الصفقة في عقد البيع ونحوه : وهما
جملة القول في ذلك . إذا كان الموجب واحدا سواء أكان بائعا أم مشتريا وكان
المخاطب متعددا فلا يجوز تفريق الصفقة بقبول بعضهم دون بعض ، لما في ذلك من
الاضرار بالموجب . فلو قال زيد لكل من بكر وخالد ورجب بعتم دارى الفلانية
بكذا فقبل واحد منهم أو اثنان فقط فلا يجوز البيع إلا إذا أجزاه زيد البائع .
وكذا لو قال خالد لزيد وبكر وعمر الشركاء فى ملك دار لهم اشترت منهم تلك
الدار بكذا فقبل بعضهم دون بعض لا يجوز البيع أيضا إلا إذا رضى به المشتري
بعد ذلك ، دفعا لضرر تفريق الصفقة عنه ، ولأنه ربما لا يرضى بشريك له فى هذه
الدار . وإذا تعدد الموجب واتحد المخاطب لم يحز القبول فى حصة واحد دون الآخرين
للسبب المتقدم . وإذا اتحد كلاهما لم يحز القبول فى بعض المبيع دون بعض إلا إذا
أجزاه من يضره تفريق الصفقة من بائع أو مشتر بشرط أن يكون المبيع مما ينقسم
عليه الثمن بالأجزاء كأن يكون عينا واحدة قيمة أو من المثليات كالمكيل من بر
وشعير ونحوهما ، وحيث أن يكون القبول إيجابا ، والرضا قبولا ويبتل الإيجاب
الأول . مثاله أن يقول المشتري قبلت شراء نصف الدار بنصف الثمن المسمى أو قبلت

ما يعبر به عن الإيجاب والقبول

من المعلوم أن كل شيء يريد به الإنسان يكون أولا في نفسه
ثم يعبر عنه بما يدل عليه ليعرف المخاطب مراده ، كما قيل
أن الكلام لفي الفؤاد وإنما جعل اللسان على الفؤاد دليلا
والذي يعبر به عن العقود كافة واحد من ثلاثة اللفظ والاشارة ،
والكتابة وقد يكون العقد بغير ذلك على ما سيبين لك مما يأتي

شراء أردب من أردبين بنصف الثمن المعروض على . أما إذا كان المبيع متعددا
ولا يمكن انقسام الثمن عليه إلا بالقيمة لتفاوت قيم وحداته كدار وبستان ، أو
فرس وبقرة وجل فلا يجوز تفريق الصفقة فيه ولو رضى الموجب إلا إذا فصل الثمن
وكرر لفظ الإيجاب كأن يقول بعتك هذه الدار وهذا البستان ، بعتك الدار بكذا
وبعتك البستان بكذا أما إذا لم يفعل ذلك فالصحيح أن البيع لا يصح ولهذا الموضوع
بقية فلتراجع في الدرر المختار وغيرهما .

ومعنى الصفقة ضرب اليد على اليد . وقد كان من عادة العرب قبل الإسلام أن
يضرب المشتري يده على يد البائع إذا كان قد رضى بالبيع ، ثم سمي عقد البيع صفقة.
ويقال صفقة خاسرة و صفقة رابحة كما يقال ربحت صفقة فلان ، والمراد بتفريق
الصفقة في اصطلاح الفقهاء تجزئة العقود عليه بالرضا يعض دون بعض مخالفا في
ذلك القبول للإيجاب .

اللفظ

هو الأصل في التعبير عن الإيجاب والقبول ، بل هو الأصل في
تعبير كل انسان عما في نفسه في كل شيء ، وعلى هذا يصح العقد
بالقول سواء أكان باللغة العربية الصحيحة أم باللغة العامية أم بلغة
غير عربية مادام الكلام مفهوما للسامع يؤدي الغرض المطلوب .
والعبارات المستعملة في العقود إيجابا وقبولا لا يمكن حصرها ، بل
يرجع في ذلك الى العرف والعادة ، والسبب في هذا ان ما يعبر به ليس
من الامور التعبدية بل هو من الامور التي مرجعها الى عادات الناس
وعرفهم لانها من شؤون دنياهم ومتعلقة بحياتهم

الاشارة

يصح الإيجاب والقبول في جميع العقود بالاشارة المعروفة من
الأخرس للضرورة لئلا تتعطل معاملاته ويسلخ من إنسانيته
وهنا بحثان

(الأول) اذا كان الأخرس غير عارف بالكتابة صحت كل
عقوده بإشارته المعهودة التي تبين عن غرضه ، وهذا لا خلاف فيه بين
الفقهاء ؛ أما اذا كان عارفا بالكتابة التي يستطيع بها الابانة عن غرضه
فهل تصح عقوده بالاشارة في هذه الحالة أو لا تصح الا بالكتابة ؟
المعتمد أنها تصح بكل منهما وهو رواية الجامع الصغير ، وعليها جاءت
المادة العاشرة من كتاب الاحوال الشخصية لقدرى باشا ، لاطلاق

النص فيها ، ووجه هذا القول ان الإشارة من الاخرس مع تحريك شفثيه ونصويته بما يبين عن مقصوده أقرب الى اللفظ وأمس به من الكتابة فيجوز اداء الغرض بها ، ولا ينبغي اهمالها كما لا ينبغي اهمال اللفظ مع القدرة على الكتابة ، واختار بعض المحققين من الفقهاء في المذهبين الحنفى والشافعى ان مع قدرة الاخرس على الكتابة لاتصح عقوده ولا اقراراته الا بها ، لأنها أضبط وأبعد عن الاحتمال . وهذه هى رواية الاصل ، ولا شك أن القول الثانى أوجه من القول الاول الذى اعتمدوه لان وجهه أقوى ، ولذا اخذت به لأئمة المحاكم الشرعية المصرية فى اقرار الاخرس اذ جاء فيها مانصه « اقرار الاخرس يكون بإشارته المعهودة ، ولا يعتبر اقراره بالإشارة اذا كان يمكنه الاقرار بالكتابة » المادة (١٣٨)

(الثانى) غير الاخرس اذا كان معتقل اللسان لسبب ما يشترط لاعتبار اشارته دوام عقلته الى الموت ، وبعض الفقهاء قدر الامتداد الى سنة .

لكن الفتوى على القول الاول ، ولا يخفى ما فى هذين القولين من الحرج والخرج مدفوع شرعا ، والاولى عندى هو تصحيح تصرفاته بإشارته ، بل بإيمائه مع قيام اهليته اذا لم يكن قادرا على الكتابة للضرورة مع اخذ الاحتياط لذلك بكل ما فى الوسع فلا تعطل اعماله ومعاملاته ولا يلحق به الغبن والضرر فى أى تصرف من تصرفاته .

وأما القادر على النطق فلا تعتبر اشارته مطلقا لكانهم استثنوا

من ذلك اقراره بالنسب بشارته ، وذلك لأن النسب يحتاط في اثباته
حفظاً للولد من الضياع

قال في جامع الفصولين : صبي يهد رجل فقيل له أهذا ابنك
فأوما برأسه أى نعم ، يثبت نسبه منه اه
(تنبيه) على أحد القولين في مذهب مالك تصح الحوالة بالإشارة
ولو من الناطق ولينظر وجهه

الكتابة

كذلك يصح العقد بالكتابة ، وصورة ذلك ان يكتب شخص
الى آخر اني بعت منك أرضي الفلانية منك بكذا فاذا وصل الكتاب وعلم
مافيه وقال في مجلس وصول الكتاب اليه قيلت - وكان قبوله موافقا
لايجاب الموجب تماما - انعقد البيع بينها ، ويكون كأن الموجب حضر
بنفسه وخاطب المكتوب اليه بالإيجاب وقبل منه الآخر في المجلس
ولو رجع الموجب عن ايجابه قبل ان يصل كتابه الى المكتوب إليه
صح رجوعه ، وكذا لو وصل اليه الكتاب ورجع قبل أن يقبل ،
وبالجملة فالرجوع صحيح قبل قبول الآخر مطلقا ، أما رجوعه بعد قبول
المكتوب إليه فلا يصح لأنه جاء بعد تمام العقد وخروج الامر من
يده - والمسألة مسألة اثبات وقائم

ولو قبل عن الغائب شخص حاضر مجلس الايجاب صح القبول
موقوفا على اجازة الغائب فان اجازته لم والافلا ، وهذا حل آخر
لمسألة العقد بين حاضر وغائب وسيأتي هذا في الكلام في الفضالة
وكذلك الزواج - انظر كتابنا الاموال الشخصية - ومنه سائر

العقود .

الرسالة

الرسالة هي نقل كلام الموجب بواسطة الرسول كما ينقل كلامه بواسطة الكتاب

فالرسول إنما هو ناقل - فقط لكلام المرسل - وليس وكيل عنه -
انظر الفرق بين الرسالة والوكالة

وصورة الرسالة أن يرسل الشخص رسولا إلى شخص آخر غائب
عن المجلس يقول له : ان فلانا باع منك داره الفلانية بمبلغ كذا وانه
أرسلني اليك لا بلغك ذلك

فاذا ذهب اليه الرسول وبلغه الرسالة وقبل المشتري في المجلس
انعقد العقد بين المرسل والمرسل اليه بعبارتهما أنفسهما : عبارة
الموجب المنقولة على لسان الرسول ، وعبارة القابل . والشأن في ذلك
كالشأن في الكتابة . والفرق بينهما ان المنقول بالكتاب كلام مكتوب ،
والمنقول بالرسالة كلام ملفوظ والغاية في كل منهما واحدة

(تمة) لو قال شخص بعث دارى الفلانية من فلان الغائب
بكذا ، وأمر شخصا بتبليغه ذلك فتطوع بالتبليغ شخص آخر غير المأمور
فقبل الغائب البيع صح ذلك

وهذا بخلاف ما لو علم الغائب بإيجاب البيع بدون أن يأمر الموجب
أحداً بالتبليغ أصلا . والفرق بينهما انه في صورة الأمر بالتبليغ قد أظهر
الموجب من نفسه الرضا بالبيع . فكل من بلغ الغائب ذلك كان التبليغ
رضا الموجب ، فان قبل الغائب البيع صح البيع

أما إذا لم يأمر أحداً بالتبليغ فلم يظهر رضاه به فلم يصح ، حتى إذا قبل الغائب فلا عقد بينهما .

هذا - وقد يعرف كل من الإيجاب والقبول بطرق أخرى غير ما تقدم ومن ذلك :

المعاطاة

هي المناولة باليد ، والتعاطى هو تناول . يجوز أن يكون التعاقد من الطرفين بالفعل بدون كلام ولا إشارة ولا كتابة ويجوز أن يكون هذا من طرف واحد مادام الفعل دالا على الرضا بشهادة العرف والعادة وقرائن الأحوال . ومن هذا التهادى بين الناس ولا سيما المأكولات ، وكذا في إعطاء الصدقات وتناولها وفيما يخلعه الملوك والسلطين من الخلع والأوسمة على ماجرت به العادات وفي إعطاء المكافآت والشهادات العلمية وشهادات الشرف . وكذا في البيع والاجارة والهبة خصوصاً في المحقرات وهو ما كانت قيمته قليلة . وقيل يصح البيع بالمعاطاة في الخسيس والنفيس على ما هو المعتمد في المذهب الحنفى . وقال شيخ الاسلام ابن تيمية في بيان القول الثانى فيما تنعقد به العقود انها تصح بالأفعال فيما كثر عقده بالأفعال كالبيعات بالمعاطاة وكالوقوف في مثل من بنى مسجداً وأذن للناس بالصلاة فيه أو سبل أرضاً للدفن أو بنى مطهرة وسبلها للناس . وكبعض أنواع الاجارة كمن دفع ثوبه إلى غسال أو خياط يغسل بالاجرة أو ركب سفينة ملاح وكالهديّة ونحو ذلك .

فإن هذه العقود لو لم تنعقد بالأفعال الدالة عليها لفست امور

الناس ، ولأن الناس من لدن النبي ﷺ إلى يومنا هذا مازالوا يتعاقدون في مثل هذه الأشياء بلا لفظ ، بل بالفعل الدال على المقصود . وهذا قول الغالب على اصول أبي حنيفة وهو قول في مذهب أحمد ووجه في مذهب الشافعي ، بخلاف المعاطاة في الأموال الجلييلة فانه لا حاجة اليه ولم يجربه العرف اهـ

وصورة المعاطاة من جانب واحد أن يقول البائع للمشتري بعث لك هذا القدر بكذا ، فيدفع المشتري الثمن ، ويأخذ البائع بدون أن يتكلم

ومما يتصل بذلك ما إذا قال شخص لآخر وهبت لك هذه الساعة (مثلاً) وكانت الساعة حاضرة بمجلس العقد فيأخذها الموهوب له بدون أن يتكلم كان هذا جائزاً ولو بلا اذن الواهب وذلك لحصول الاذن من الواهب بالقبض دلالة . وكذا إذا قبض الموهوب له الشيء الموهوب باذن الواهب وهو غائب عن المجلس أما إذا قبض في هذه الحالة بغير اذن الواهب فالقبض غير صحيح . وعليه ضمانه إذا هلك . وفي هذا خلاف مالك .

وهنا أمر يجب التنبيه له جداً وهو ان الهبة وغيرها من التبرعات يتم الالتزام فيها بالايجاب وحده لكن الملك للمتبرع له أو الانتفاع لا ينتقل إلا بالحيازة على ما أسلفنا فلا تسه عن هذا

ويقاس على الهبة جميع العقود التي لا يتم حكمها الا بالقبض مثل الرهن والقرض والاعارة والوديعة فان القبض فيها يغني عن القبول قولاً لقيامه مقامه

(تتمة) إذا كان الشيء الذي هو موضوع العقد في يد الطرف الثاني وقت العقد فإن كانت يده عليه وقتئذ يد ضمان فلا حاجة إلى تجديد القبض اكتفاء بذلك القبض الحاصل وقت العقد . وإن كانت يده عليه يد أمانة ، فإنه ينظر ان كان القبض الواجب بالغبة قبض أمانة أيضاً فلا حاجة إلى إعادة القبض ثانياً ، وإن كان القبض الواجب بالعقد قبض ضمان فلا بد من إعادة القبض ثانياً .

مثال ذلك إذا كان شيء في يد بكر قد استعاره من زيد أو استودعه زيد إياه ثم وهبه له أغنى القبض الأول عن الثاني لأن كلا منهما قبض أمانة ، فهما متساويان . أما إذا باعه له فلا بد من تجديد القبض لأن الأول قبض أمانة والثاني قبض ضمان فلا يقوم الأول مقام الثاني لأنه قبض ضعيف والثاني قوى

أما إذا كان ذلك الشيء الذي هو مملوك لزيد في يد بكر بطريق الغصب (مثلاً) فباعه زيد لبكر أو وهبه له فإن القبض الأول يغنى عن القبض الثاني لأنه بالنسبة لقبض البيع مثله لأن كلا منهما قبض ضمان وبالنسبة لقبض الهبة أقوى منه لأن الثاني قبض أمانة ، والقاعدة انه إذا تجانس القبضان ناب الأول عن الثاني

فلا حاجة إلى قبض جديد . وإذا اختلف القبضان قوة وضعفاً ، فإن كان الأول هو الأقوى ناب عن الثاني مطلقاً ، وإن كان الأول هو الأضعف فلا بد من تجديد القبض (١) غير انه في حالة اغناء القبض

(١) يد الأمان ويد الضمان ويد الملك

الاول عن الثاني لابد من القبول بعد الايجاب لظهور الرضا بالعقد ،
ولذا لا يكتفى بالقبض وحده . فليكن هذا على ذكر منك
(السكوت)

وقد يقوم السكوت مقام القبول القولى أو الفعلى كما فى الوصية
فان الموصى له إذا سكت بعد موت الموصى عن القبول أو الرد حتى
مات تمت الوصية ويعتبر عدم رده قبولا لان الوصية تمت من ناحية
الموصى وقد مات وهو مصمم عليها فيجب تنفيذها تحقيقا لغرضه بعد
موته . وهذا هو مذهب أبى حنيفة وأصحابه . وقيل ينتقل حق
القبول إلى ورثة الموصى له . انظر كتابنا التزام التبرعات وكتاب
الوصية الأخير ، وكذلك يدل عدم الرد فى الإبراء وفى الوقف

اليد التى تحت حوزتها المال اما يد ملك وفى هذه الحالة يجوز لذى اليد أن يتصرف
فيه التصرف المأذون له ، به شرعا سواء كان الملك خالصا أم متعلقا به حق لغيره ، مع
مراعاة حق غيره . واما أن تكون يد ضمان كالمغصوب والمقبوض بشراء فاسد أو
على سوم الشراء أو بيع باطل على قول ، ومنه المبيع فى يد البائع بعا صحيحا قبل
تسليمه الى المشتري ، والرهن فى يد المرتهن . وأما أن تكون يد أمانة كما فى الوديعة
تحت يد المودع عنده والعارية والعين المستأجرة فى يد المستعير والمستأجر ومال
الموكل فى يد الوكيل وغلة الوقف فى يد الناظر ومال اليتيم فى يد الوصى . والضمان
اما أن يكون بالمثل أو القيمة أو بشئ آخر كما فى المبيع تحت يد البائع قبل تسليمه
الى المشتري والرهن تحت يد المرتهن . والضمان يكون عند هلاك الشئ ولو بآفة
سماوية (القضاء والقدر) وأما الأمانة فلا تضمن إلا بالتعدي أو الإهمال فى الحفظ
أو الجور .

هلى معين على الرضا بسكوت كل منهما عن الرد ، ويعتبر عدم الرد
قرينة على القبول

وقد يقارن السكوت قرينة تدل على الرضا عادة فيقوم السكوت
مقام القبول .

ومن أمثلة ذلك : سكوت النكر عند مشاورة وليها لها قبل
التزويج وبعده . وسكوتها عند قبض أيها أو جدها مهرها .
وسكوتها إذا بلغت بكرة عن اختيارها نفسها . وسكوت المتصدق
عليه قبول للصدقة لا الموهوب له . وسكوت الوكيل قبول ويرتد
برده . . ومنه سكوت من له نقود في مصرف عند تقديم الحساب له
وكذا سكوت من له أسهم مودعة في بنك أو غيرها من الودائع ؛
على ما جرت به العادة ، وتدل عليه القرائن ، حينما يقدم اليه
كشف بالبيان .

(تنمة) سكوت الواهب عن الموهوب له عند قبض الموهوب
وهو بمجلس عقد البيعة ليس من هذا القبيل لأن رضاه حاصل بإيجابه
والإذن بالقبض حاصل دلالة كما قدمنا . وانتبا نريد التكلم هنا
في بيان السكوت القائم مقام القبول . فلا ننس هذا . والسكوت
المجرد من كل قرينة لا يعمل عليه . والقاعدة هي : لا ينسب
لساكت قول .

الارادة الظاهرة والارادة الباطنة (١)

المقصود بالارادة الباطنة ما تنفق عليه النية ويمزم عليه القلب ،

(١) لانظير لهذا التعبير في الكتب الفقهية الشرعية . وانما يمرر عن الارادة

والمراد بالارادة الظاهرة ما يعبر به اللسان - أو ما يقوم مقامه -
ولما كان هذا الموضوع مما يدور فيه البحث فقد رأيت تبسيطه
بالقدر المستطاع
وهالك بيان ذلك :

١ - هل ينعقد بالارادة الباطنة عقد أو لا ينعقد ، قال جمهور
الفقهاء ان الارادة الباطنة لا تكفي وحدها لأن تكون مصدرا
للالزامات بل لابد أن يضم اليها التعبير عنها على ما سلفنا ، وروى
أشهب عن مالك ان الطلاق يقع بالنية وحدها ، وهو مروى عن
الزهري ، وتوقف ابن سيرين في وقوع الطلاق بها بدون تلفظ ، وقال
ابن رشد فيمن عزل لمسكين معين شيئا من ماله وبتله له يقول أو نية
فلا يجوز له ان يصرقه الى غيره ، وهو ضامن له ان فعل ، وسواء أكان
المال من عنده أو جعل له تفرقة ، ومعنى بتله أى جعله له من الآن
فاما فيما بينه وبين الله فان الله لا يخفى عليه خافية ، وأما فيما بينه وبين
زوجته وذلك المسكين فلا يمكن ان يعلمه أحدهما الا باخباره ، وبعد
فان حديث النفس معفو عنه للحديث الذى رواه ابن حزم « عني لامني
مما حدثت به أنفسها ما لم تخرجه بقول أو عمل ، وحجة مالك الحديث
الصحيح المتفق عليه « انما الاعمال بالنيات ، ولكن بالتأمل في هذا
الحديث يرى انه لا يصلح حجة له لأنه لم يفرد فيه النية عن العمل ،
فبقى وقوع الطلاق بالنية وحدها لادليل عليه

الباطنية بالنية وعن الارادة الظاهرة باللفظ وما قام مقامه . والمراد بالارادة الظاهرة
ما يدل عليه التعبير من المعنى

٢ - ان ينطق اللسان بما يعبر به من عقد من العقود كطالقت زوجتي فلانه : أو بعثت داري الفلانية لفلان ، وفي هذه الحالة اما أن يكون اللفظ جرى على لسانه بدون قصد منه للنطق بهذا اللفظ بل كان يريد ان ينطق بغيره فجرى هذا اللفظ على لسانه خطأ ، واما أن يكون قد قصد النطق باللفظ لكنه لم يرد معناه ولا أى معنى آخر لاحقيقة ولا مجازا ، واما ان يكون قصد اللفظ وقصد معناه المتبادر منه عند سماعه ، أو قصد معنى آخر للفظ يحتمله من جهة الوضع اللغوى أو المجاز

الحالة الاولى

حالة عدم قصد اللفظ والمعنى جميعا وهى حالة الخطأ ، والخطأ هو وقوع الشيء على غير ارادة من وقع منه فاذا أراد رجل ان يقول لامرأته انت عالة (مثلا) فجرى على لسانه على غير قصد منه أنت طالقة ، فقد اختلف الفقهاء في هذا فذهب ابو حنيفة واصحابه الى وقوع الطلاق عليه قضاء بناء على الظاهر لأنه قد باشر السبب فهو مختار في اللفظ طاهرا ، واما من جهة الديانة فلا يقع الطلاق لعدم النية وقال ابن حزم ان قامت عليه بينة قضى عليه بالطلاق : وان لم تقم عليه بينة لكن آتى مسفتيا لم يلزمه الطلاق برهان ذلك قول الله عز وجل « ليس عليكم جناح فيما أخطأتم به ولكن ما تعمدت قلوبكم » وقول رسول الله ﷺ « إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرئ ما نوى » فصح العمل الا بالنية ، ولا نية الا بعمل ، واما اذا قامت بذلك بينة فانه حق قد ثبت ، وهو في قوله لم أنو مدع بطلان ذلك الحق الثابت

فدعواه باطل اه يريد بحسب الظاهر لأن لكل مطلق ان يدعى أن
الطلاق جرى على لسانه بدون قصد منه فلا يقع طلاق أصلاً ، لكن
إذا وجدت قرينة تدل على عدم قصده الطلاق وكان الأمر في ذلك
جلياً جداً فإن الطلاق ينبغي ألا يقع لعدم مقارنة القول النية إذ لانية
للطلاق أصلاً ، جاء في المحلى وفتح القدير وحكاه ابن تيمية وابن القيم
أن امرأة قالت لزوجها سمى فسمها الطيبة ، قالت ما قلت شيئاً قال فها
ما اسميك به قالت سمى خلية طالق ، قال فانت خلية طالق ، فانت صر
ابن الخطاب فقالت ان زوجي طلقني ، فجاء زوجها فقص عليه القصة
فاوجع عمر رأسها وقال لزوجها خذ بيدها وأرجع رأسها اه
أقول قارن هذا بما جاء في كتب المذهب الحنفي من ان الطلاق
يقع من الزوج ولو كان غيرها غير عالم بمعناه ، ومثلوا لذلك بما لو قالت
امرأة لزوجها اقرأ على انت طالق ثلاثاً : ففعل وهو لا يعلم معناها
وقع عليه الطلاق قضاء (١)

(١) نقل في الفتح عن الخلاصة لو لقنت المرأة - زوجت نفسى من فلان ،
بالمرية - ولم تعرف معناها بمحضرة الشهود وهو يعلم معناها أو لا يعلم صح
النكاح كالطلاق ، وقيل لا كالباع اه فيؤخذ من هذا ومن مسألة الطلاق في قولها
اقرأ على أنت طالق الخ . أنه لا عبرة للنية ولا لفهم معنى اللفظ الذى يقال . والعائل
بذلك اعتمد على مسألة الهازل وهو قياس مع الفارق لان الهازل قاصد اللفظ عالم
بمعناه لكنه يريد ألا يترتب عليه الحكم (انظر الحالة الثانية) فاین هذا من يمدح
فيلقن لفظاً لا يعرف له معنى وكذلك الشهود ، فأى شيء هذا ؟ كذلك قياس المكره
على الهازل هو أيضاً قياس مع الفارق لان الهازل لا قصد له أصلاً إلى أى معنى أو

وأقول: ان النقل قد اختلف في هذا ، على ماهو مبين في فتح
 القدير . والله در صاحب الفتح اذ يقول مانصه : والحاصل انه اذا قصد
 السبب علما بأنه سبب رتب الشرع حكمه عليه أرادته أم لم يردده -
 الا ان أراد ما يحتمله ، وأما انه اذا لم يقصده أو لم يدر ماهو فيثبت
 الحكم عليه شرعا وهو غير راض بحكم اللفظ ولا باللفظ فما ينبو عنه
 قواعد الشرع .. وقد قال الله تعالى « لا يؤاخذكم الله باللغو في ايمانكم »
 وفسر بامرین أن يحلف على أمر يظنه كما قال مع أنه قاصد للسبب
 عالم بحكمه - فالغاؤه لغلطه في ظن المحلوف عليه ، والآخر أن يجري
 على لسانه بلا قصد الى اليمين ، كلا والله ، بلى والله ، فرقع حكمه
 الديوى في الكفارة لعدم قصده إليه فهذا تشريع لعباده الا يرتبوا
 الاحكام على الاسباب التي لم تقصد . وكيف ولا فرق بينه وبين النائم
 عند العلم الخبير من حيث انه لا قصد له الى اللفظ ولا حكمه ، وانما
 لا يصدفه غير العلم وهو القاضي اه

ونقل ابن حزم عن مالك قال . اذا قال الرجل لامرأته انت طالق
 البتة وهو يريد ان يحلف على شيء ثم بدأ له فترك اليمين فليست
 طالقاً لانه لم يرد ان يطلقها ، وهو قول الليث بن سعد ، اقول ومثله
 في اعلام الموقعين وهنا العبرة بالاداة الباطنة ، ثم نقل عن الشافعي
 عرض غير اللعب والمزاح ، وأما المكروه فقصد دفع الأذى عنه . كذلك رواية
 نصير وقوع طلاق الخطيء قضاء وديانه قال صاحب الفتح أن لا يعول عليها . وأنكرها
 ابن حزم وشنع على أبي حنيفة في هذا .
 وأقول : كيف يستقيم القول بوقوع الطلاق ربأنه مع قوله تعالى « ليس عليكم
 جناح فيما أخطأتم به ولكن ما تصمدت قلوبكم »

ماغلب المرء على لسانه بغير اختيار منه لذلك فهو كلا قول لا يلزمه طلاق ولا غيره اهـ .

والحاصل أنه من جهة الديانة لا يعمل على شيء مما ينطق به اللسان مخالفا للنية وأما من جهة القضاء فالظاهر التعويل على ما ينطق به اللسان ولو خطأ ما لم تقم قرينة قوية جدا على أن الإنسان لم يردده إذ لا يعلم معناه على ما أسلفنا . وصعوبة الأمر في هذه المسألة آنية من جهة أن القاضى لا يستطيع أن يطلع على الباطن . اللهم إلا إذا ساعدته على ذلك قرينة جلية جدا فينبغى له الاعتماد عليها . وإذا كان الخطأ قد جرى على لسان أحد المتعاقدين كما لو قال شخص لآخر بعث لك دارى الفلانية بكذا فقال الآخر قبلت ، فقال الأول أنا أخطأت لأنى أردت أن أقول أجرت لك فسبق لسانى بكلمة بعث لك . فالحكم أنه إذا صدق الطرف الثانى على ذلك انعقد البيع بينهما فاسدا لفقدان الرضا من الموجب وإذا لم يصدقه فى أنه أخطأ كان حكم إيجابه كحكم إيجاب القاصد لأنه لا يمكن اثبات الخطأ فى هذه الحالة بيينة ولا تقبل دعوى البائع فيه مجردة لأن كل انسان يمكنه أن يدعى ذلك ، فلا يستقر الحال ، فلم يبق إلا تصديق الطرف الآخر .

وأقول انه لا مانع من أن يحاول القاضى تعرف الحقيقة من ظروف الحادثة وقرائن الأحوال لعله يصل إلى ما تعلقن اليه النفس فى ذلك .

الحالة الثانية

أن يقصد النطق باللفظ غير مراده له معنى أصلاً . وهذا هو المسمى في الاصطلاح بالهزل . والهزل في اللغة ضد الجد . والمراد به هنا أن ينطق الانسان باللفظ راضياً مختاراً لكنه لا يريد معناه الحقيقي ولا المجازي ؛ بل يصدر عنه الكلام لعباً محضاً لا يقصد به أى معنى . وهذا بخلاف الخطأ فان المخطيء لا يريد أن ينطق باللفظ الذى أخطأ به . بل اللفظ جرى على لسانه بدون رضا واختيار منه ؛ على ما أسلفنا . وبخلاف الإكراه فان المكروه ينطق باللفظ تحت تأثير الإكراه دفعا للضرر عنه فله في النطق به اختيار فاسد لم يصدر عن ارادة صحيحة على ما سيأتى . والحاصل أن الهازل يتكلم بالإيجاب (مثلاً) مختاراً راضياً لكنه لا يختار ثبوت الحكم ولا يرضاه .

فالهازل ليس له نية (أى ليس له ارادة باطنة) أصلاً فما جرى على لسانه هو عمل بلا نية ، والأعمال بالنيات . وإنما اختيار النطق باللفظ الدال على طلاق أو بيع بحسب وضعه الشرعى يدل ظاهراً على أن له ارادة . ولا يقال في هذه الحالة بموافقة الارادة الظاهرة للارادة الباطنة أو بمخالفتها لها لأنه ليس له في الواقع إلا إرادة واحدة بحسب الظاهر .

والأمر الذى اتفق عليه الفقهاء والاصوليون إن الانسان متى باشر السبب أى سبب العقدة طائفاً مختاراً رتب عليه الشارع حكمه - متى صدر من أهله في محله - فللعبد مباشرة الاسباب فقط ، والرب هو الذى يرتب عليها مسبباتها فالبايع ينطق بلفظ البيع والشارع هو

الذى يرتب على ذلك نقل ملكية المبيع إلى المشتري ، والعبد ينطق بلفظ الطلاق والشارع هو الذى يرتب عليه الفرقة ، وهكذا . فسواء أراد الانسان ترتيب المسبب على السبب أم لم يردده فالمسبب يرتب شرعا على سببه شاء العاقد ذلك أم أبى بعد مباشرته السبب بلفظ صريح طائعا مختاراً على ما بينا آنفاً .

لكن لو تبين أن العاقد لم يرد ترتيب المسبب على السبب وقام الدليل على قصده هذا لا يعتبر ما صدر منه في حالة الهزل بل يعتبر قصده الحقيقي إلا في ثلاثة أشياء الزواج والطلاق والرجعة ، أو العتق بدل الرجعة لحديث ورد في هذا سنتكلم عليه بعد . ولذا قسم علماء الأصول انشاءات الهازل إلى قسمين . قسم يؤثر فيه الهزل فيفسده ، وقسم لا يؤثر فيه الهزل فيصح معه . وهاك جملة القول في ذلك .

القسم الأول : وهو ما يؤثر فيه الهزل فيفسده

كل ما يدخله خيار الشرط ويقبل الحكم فيه الانفصال عن السبب يفسده الهزل وذلك كالبيع وما الحق به بطريق القياس عليه - على ما سيأتى في موضعه .

قالوا أن الهزل وخيار الشرط بينهما وضع جامع وهو أن كلا منهما يراد فيه السبب ولا يراد الحكم في الحال ، لكن في الهزل لا يراد الحكم لافي الحال ولا في المآل ، كما تقدم ، وفي خيار الشرط قد يراد الحكم في المآل باجازه من له الخيار ، وقد لا يكون للاجلزة . وقت معين كخيار الشرط على التأييد ، على ما سيأتى . فناسب أن يكون بيع الهازل نحوه نظير البيع الذى اشترط فيه الخيار على التأييد . قال في شرح أصول

نفر الاسلام لما كان أثر الهزل أن ينافى اختيار الحكم والرضا به وجب
تخريج أحكام التصرفات مع الهزل على هذا الحد . أى على انقسامها
فى حكم الرضا والاختيار . فكل حكم يتعلق بالسبب ولا يتوقف ثبوته
على الرضا والاختبار يثبت مع الهزل كالزواج وأخواته وكل حكم يتوقف
على الرضا والاختيار كالبيع وأخواته لا يثبت مع الهزل

وعلى هذا يجوز اثبات المواضعة بين العاقدين على الهزل بشهادة الشهود
أو بالكتابة وإذا ثبت ذلك بطل العقد الحاصل بطريق الهزل على
ما هو مبين فى موضعه . وهذا لفقدان الرضا بذلك العقد الظاهر أمام
الناس ؛ وأنه عقد متواطأ عليه لغرض ما . وبالجملة فهذا القسم يدور فساد
وضحته على محور الرضا به فإذا انتفى الرضا بالعقد الظاهر لثبوت
المواضعة السابقة عليه ؛ عمل بالمواضعة وأبطل العقد الظاهر ؛ لأن
الهزل فيه أصبح دعوى بلا دليل فوجب العمل بالظاهر وإن لم تثبت
المواضعة عمل بالعقد الظاهر

القسم الثانى : مالا يؤثر فيه الهزل ولا يبطله . وهو الزواج
والطلاق والرجعة ، أو العتق بدل الرجعة . ومنته فى ذلك مالا يدخله
خيار الشرط ولا يقبل الحكم فيه الانفصال عن السبب كالنذر والصلح
عن دم العمد . وهاك بيان ذلك .

ذهب جمهور الفقهاء إلى أنه يصح مع الهزل كل من الزواج
والطلاق والرجعة ، أو العتق . فلا يشترط فى شيء منها الرضا بالحكم
مضى نطق الانسان بالسبب من زواج وطلاق الخ .

واستدلوا على ذلك بحديث « ثلاث جدهن جد وهزلهن جد
النكاح والطلاق والرجعة » (١).

وعلى هذا فلا يوجد إلا إرادة واحدة وأنه يكتفى بها عند التلفظ
بما يدل على عقد الزواج أو الطلاق أو الرجعة ، أو العتق على الرواية
الأخرى . وأما الإرادة الباطنة أي نية القلب فهذه لا وجود لها أصلاً
في حالة الهزل واللعب ؛ لأن هذا هو المفروض في المسألة ، وفي هذا

(١) وهذا الحديث مروي عن أبي هريرة . قالوا وفي إسناده عبد الرحمن بن حبيب
ابن أزدي وهو مختلف فيه وقال النسائي أنه منكر الحديث . وفيه عن فضالة بن
عبد الله عند الطبراني بلفظ « ثلاث لا يجوز فيهن اللعب والطلاق والنكاح والعتق »
وفي إسناده ابن لهيعة وهو لا يعمل عليه . وفي رواية أخرى بلفظ « ثلاث لا يجوز
اللعب فيهن الطلاق والنكاح والعتاق فمن قالهن فقد وجبن » وهو منقطع الإسناد .
وفي رواية من طلق وهو لاعب فطلاقه جائز ، ومن أعتق وهو لاعب فعتقه جائز ،
ومن نكح وهو لاعب فنكاحه جائز ، وفي إسناده انقطاع أيضاً . اهـ من نيل الأوطار .
وقال ابن حزم في أثناء الكلام في طلاق المكره : واحتجوا أيضاً بآثار منها « ثلاث
جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق والرجعة » ، وهي أخبار موضوعة وقدريناتها
من طريق عبد الرحمن بن حبيب بن أزدي وهو منكر الحديث مجهول لأن قوما قد
قالوا عن عبد الرحمن بن حبيب ، وقوما قالوا حبيب بن عبد الرحمن . ثم ساق أخباراً
في الموضوع وردّها كلها . وما تقدم يرى أن هذا الحديث وتلك الأخبار الأخرى
لا تصلح مستنداً لحكم شرعي لعدم توافر شروط السند على ما هو مبين في كتب
الاصول ، فضلاً عن الاسناد إليه في أمر خطير وهو بناء الأسرة وهدمها .

من الخطورة ما فيه على ما سأبينه .

وبعد فإن هذا الحديث إما أن يكون صحيح السند يصح بناء
الحكم الشرعي عليه وإما أن يكون غير صحيح السند فيجب أن يطرح
ولا واسطة بين هذين الأمرين .

وإن كان الأمر كذلك فما كان ينبغي أن تختلف الأقوال في
الصحة أو عدم الصحة بل كان يجب أن ينتظم الجميع حكم واحد . ولكن
لم يكن الأمر كذلك ، فانصت إلى أسمعتك . نقل في نيل الاوطار
ما يأتي :

إن من تلفظ هازلا بلفظ نكاح أو طلاق أو رجعة أو عتاق وقع
منه ذلك . أما في الطلاق فقد قال بذلك الشافعية والحنفية وغيرهم
وخالف في ذلك أحمد ومالك فقال أنه يفتقر اللفظ الصريح إلى النية .
وبه قال جماعة من الأئمة منهم الصادق والباقر والناصر .

واستدلوا بقوله تعالى (وإن عزموا الطلاق) فدللت الآية على
اعتبار العزم ، والهازل لا عزم له . ونقل عن صاحب البحر جواباً لذلك
ليس بذلك . وقال في أعلام الموقعين ما يأتي :

وأما طلاق الهازل فيقع عند الجمهور ، وكذلك نكاحه صحيح
كما صرح به النص . وهذا هو المحفوظ عن الصحابة والتابعين وهو
قول الجمهور وحكاة أبو حفص عن أحمد وهو قول أصحابه وقول
طائفة من أصحاب الشافعي . وذكر بعضهم أن الشافعي نص على
أن نكاح الهازل لا يصح بخلاف طلاقه . ومذهب مالك التي رواه

ابن القاسم عنه وعليه العمل عند أصحابه أن هزله النكاح والطلاق لازم بخلاف البيع .

وروى عن علي بن زياد أن نكاح الهازل لا يجوز . قال بعض أصحابه فإن قام دليل الهزل لم يلزمه عتق ولانكاح ولا طلاق ولا شيء عليه من المهر .

وأما بيع الهازل وتصرفاته المالية فإنه لا يصح عند القاضي أبي يعلى وأكثر أصحابه وهو قول الحنفية والمالكية . وقال أبو الخطاب في انتصاره يصح بيعه كطلاقه . وخرجها بعض الشافعية على وجهين ، ومن قال بالصحة قاس سائر التصرفات على النكاح والطلاق والرجعة اهـ .

وفي منح الجليل وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير مثل ما تقدم عن بعض أصحاب مالك من أنه إذا قام دليل الهزل لم يلزم الهازل شيء . وذلك كالمثل الذي يمثل مع زوجته أمام الجمهور حادثة طلاق ، أو مع أجنبية حادثة زواج والناس سامعون ومشاهدون . فاية فوضى هذه الفوضى ؟

وباليت شعري ما السبب في هذا الاختلاف فاما الصحة على فرض عدم صحة الحديث في الكل . في وأما عدم الصحة على فرض صحة الحديث ثم من أعجب العجب قياس البيع وسائر التصرفات المالية على الزواج وأخواته فأين ذهب قوله تعالى : « إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم » ، وابن ذهب حديث « إنما الأعمال بالنيات » وكيف يتم عقد أو تعاقد بدون الرضا ، وما قيمة الإرادة إذا في نظر هذا البعض من الشافعية

يقول ابن القيم تبعاً لشيخه ابن تيمية : والفقه فيه ان الهازل
أتى بالقول غير ملتزم لحكمه وترتيب الأحكام على الأسباب للشارع
للعاقبة . فإذا أتى بالسبب لزمه حكمه شاء أم أبي لأن ذلك لا يقف
على اختياره . وذلك أن الهازل قاصد للقول مرید له مع علمه بمعناه
وموجبه ، وقصد اللفظ المتضمن للمعنى قصد لذلك المعنى لتلازمهما
إلا أن يعارضه قصد آخر كالسكره والمخادع المحتال فأنهما قصداً
شيئاً آخر غير معنى القول وموجبه .

ألا ترى أن السكره قصد دفع العذاب عن نفسه ولم يقصد
السبب ابتداءً . والمحلل قصد إعادتها إلى المطلق وذلك مناف لقصده
موجب السبب . وأما الهازل فقصد السبب ولم يقصد حكمه ولا ما ينافي
حكمه فترتب عليه أثره .

ولما أحس بأن بيع الهازل يقال فيه مثل هذا فلم يختص الحكم
بالنكاح وإخوانه . أجاب بأن العقود في نظر الشارع تنقسم إلى قسمين :
ما لا يصح مع الهزل وما يصح مع الهزل ، ثم التمس مبرراً للثاني بأن
حق الله تعالى متعلق بالنكاح والطلاق والعتق والرجعة من حيث
الحل والحرمه . وأن الانسان لا يلحق به أن يهزل مع خالقه ، وإن جاز
له ذلك مع مثله في البيع ونحوه .

وبكفيينا مؤونة الرد بلا تطويل على كل من يقول أن هذه
العقود تصح مع الهزل وأن الأصل في كل عقد الرضا حديث «انما الاعمال
بالتيات» وأحاديث الباب مختلفة السند بل قيل أن بعض رواياتها منكر
الحديث فيجب فيها جميعاً في جميع ما أجازوه مع الهزل ووجوب اشتراط

الرضا في كل عقد كما هو مقتضى الشرع الحكيم الذي شرعه الله للناس لأجل مصالحهم في حياتهم وفي معاشهم ولا سيما في بناء الأمان وفي هدمه فيجب أن يكون البناء سليما متينا ولا يهدم إلا إذا لم يكن صالحا للبقاء . وحسبك قوله تعالى في بيان علاقة أحد الزوجين بصاحبه : (هن لباس لكم ، وانتم لباس لهن) كيف يكون هذا بين زوجين لم تتوجه ارادة أحدهما إلى ارتباطه بالآخر ، أو لم يرض كلاهما بأن يكون زوجا لصاحبه .

والناظر في الآيات الكريمة والأحاديث الشريفة المتعلقة بالزواج والطلاق ، جملة واحدة يتبين له من مجموعها شاهد ما قلناه ، وكان الواجب على الفقهاء ألا يغضوا النظر عن هذا بل يجعلونه موضع عنايتهم الكلية في تفريع أحكام الزواج والطلاق . والا فتفكر أرشدك الله والهتك الصواب في حكمك كيف تكون أسرة على غير رضا كل واحد من الزوجين بصاحبه وكيف تهدم أسرة لسبب واحد أو لغيره ما سبب والعلاقة فيها بين الزوجين على أتم ما يكون ولا سيما ان كان بينهما أولاد يعيشون بين عيني والديهم وسميها هذا هو الذي كان ينبغي أن يفكر فيه ويلاحظ عند تفريع الأحكام لا تلك القشور التي لالبت فيها . وان هذا الممكن استدراكه بفضل الرجوع إلى كتاب الله تعالى وهدى رسوله والتشبع بروح النصوص بالنظر إلى غاياتها ومراميها والتأمل في حكمتها ومعانيها (١) .

(١) ربما يقول قائل من يترجم هذا الكلام كيف يترك العمل بحكم شرعي قال به جمهور الأمة كل هذا الزمن أكان كل هؤلاء غشطين ؟ أقول - أولا - اني قد بينت

الحالة الثالثة

أن يكون قد قصد اللفظ أو ما يقوم مقامه لكنه لم يقصد معناه الشرعي المتبادر منه وإنما قصد معنى آخر يحتمله اللفظ بحسب وضعه . وفي هذه الحالة تعتبر الإرادة الباطنة (نية القلب) من جهة الديانة . وأما في القضاء فالمعول عليه هو المعنى المتبادر من اللفظ .

السبب في هذا فلا داعي إل التكرار ثم أقول - ثانيا - أن لجنة الأحوال الشخصية قد أجازت في مشروع قانون الوصية ، الوصية للوارث - انظر المشروع وشرحنا له ومذكرته الايضاحية وكتابنا التزام التبرعات . وحديث « لا وصية لوارث » مشهور لم يطلعن في سنده ولكن كان للاجتهاد مجال في فهمه وهو حديث مشهور وليس فيه ما ينافي مصالح الناس ولا يخل بنظام المجتمع ويمكن أن يعلل تعليلا معقولا بخلاف حديث « ثلاث جدهن جد ، على ما بينا فاذا جاز الاعتراض على ما قلته فالاعتراض على اجلة الوصية للوارث أولى منه وهو عمل لجنة من خيار رجال الشرع والقانون كذلك أخذت اللجنة بوجوب الوصية في بعض الحالات على ما هو مبين في المشروع ومذكرته وهو مخالف لما ذهب إليه جمهور الأمة . كذلك أخذ الرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ بوقوع الطلاق مقترنا بلفظ الثلاث طلقة واحدة ورجعية وهو مخالف لما اتفقت عليه المذاهب الأربعة وكذا عدم وقوع الطلاق المعلق إذا أريد به البين . فإن قبل أن ما أخذت به اللجنة قال به فريق من الفقهاء ، أقول وكذلك ما قلته أنا قال به ابن حزم الظاهري وأقام عليه الدليل وأن الحديث في سنده من شكر عليه ما يحدث به ، وقال بعض أصحاب مالك إذا قام دليل الهزل فلا زواج ولا طلاق ولا رجعة على ما بيننا ، ولذا -

فلو قال رجل لزوجته أنت طالق ثلاثا وقال أردت أنها طالق من
لوثاق أى غير مقيده فانه يصدق ديانة لا قضاء .

الحالة الرابعة

ان يكون قد قصد اللفظ أو مايقوم مقامه وقصد معناه للتبادر
منه شرعا . وفي هذه الحالة تطابق الارادة الظاهرة المفهومة من العبارة
الارادة الباطنة (نية القلب) تطابقا تاما . والأمر في هذا واضح، وهذا
هو ما اقتضت عليه الشيعة الإمامية .

والحاصل

١ - ان النية وحدها لا ينعقد بها شيء خلافا للزهري ومالك .
٢ - وان كان اللفظ وحده بدون قصد له ولا لعناه (وهو الحالة
الأولى) اختلف في بناء الحكم عليه ، وأما الارادة الباطنة فلا وجود
لها أصلا . وإذا بنى الحكم على الارادة الظاهرة المفهومة من اللفظ
ولو كان النطق به غير مقصود وقوفا عند الظاهر عند الفائلين ببناء :
الحكم على ظاهر اللفظ .

وأقول لو قامت قرينة على الخطأ وعدم ارادة اللفظ ولا الحكم
فانه يعمل بتلك القرينة ولا يبنى على العبارة شيء .

٣ - وان قصد النطق باللفظ هازلا ولم يرد أى معنى من المعاني
ففي العقود المالية كالبيع وأخواته يفسد العقد بذلك لفقدان الرضا .
وفي الزواج وأخواته يصح العقد مع الهزل على ماذهب اليه الجمهور
ولا عبرة بعدم الرضا . وقواعد الشريعة العادلة المبنية على الحكمة

ومصالح العباد قاضية بشروط النية والرضا في هذا القسم أيضا على ما أسلفنا .

وحيث أن الإرادة الباطنة لا وجود لها هنا فإنه يعمل - عند الجمهور - بالإرادة الظاهرة في الزواج وأخواته، وأما في البيع وأخواته فإن قام دليل المواضعة عمل بها وبطل العقد الحاصل مع الهزل وذلك لفقدان الرضا .

٥ - وإن كان اللفظ مقصودا ومعناه الشرعي مقصودا أيضا فقد وجدت المطابقة بين الإرادتين . والأمر واضح .

نظر رجال القانون إلى الإرادتين

الباطنة والظاهرة

النظر المنطقي المجرد يرى بناء الالتزام على الإرادة الباطنة لأنها هي التي تنشئ الالتزام وتحدده ويرتبط بها رضا العاقد التام . فيجب البحث والتفتيش عنها في مكان النفس وحنايا الضمير بكل الوسائل، ولا يعول على ما يعبر به العاقد من قول أو كتابة مما يدل ظاهرا على خلاف ما انطوت عليه نفسه متى قام الدليل على مخالفة إرادته الظاهرة لإرادته الحقيقية الباطنة ، ولذا لو أراد أن يتخلص مما التزمه بقوله أو بكتابه محتجا بأنه صدر عنه مخالفا لما كان في نفسه وقتئذ . وأراد تقديم الدليل على ذلك قبل منه الدليل . وهذا هو ما يراه الفقهاء الفرنسيون وهو أقرب إلى العدل والانصاف وتحقيق رضا العاقد . لكن فقهاء الألمان نظروا إلى المسألة من الناحية العملية وإلى الابتعاد عن التعسف والتخبط

في مطاوى النفس على غير هدى حدسا وتحمينا في الكثير الغالب ،
وانتهى بهم الأمر الى صرف النظر نهائيا عن الارادة الباطنة والتفتيش
عنها ، واعتبروا الارادة الظاهرة المدلول عليها بالقول أو الكتابة هي
الاصل المنشئ للالتزام . ووقفوا بذلك عند حد المحسوسات المدركة .
فلو أراد العاقد أن يقيم دليلا على مخالفة ارادته الظاهرة لارادته الباطنة
لا يلتفت اليه ولا يقبل منه ذلك الدليل العكسي لأن مدلول ما عبر به
اعتبر أصلا لا دليلا على ارادة باطنة يدعيها حتى يقبل منه دليل على دعواه
يرجح على الدليل الاول الظاهر .

ويجوز لنا أن نقول ان الرأي الاول هو القياس : والرأي الثاني
استحسان أريد به استقرار المعاملات . فقارن بين هذين وبين آراء
فقهاء الشريعة فيما اسلفنا .

(تنبيه)

قول فقهاءنا العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للالفاظ والمباني ،
مرادهم به أن اللفظ ان كان موضوعا لمعنى شرعى فعبر به عن معنى
شرعى آخر بطريق التجوز نظراً إلى جملة ما يدل عليه كلام العاقد ومقصده
منه فيصير هو المعتبر . وذلك كما اذا قال شخص لا آخرو هبت لك هذه
البقرة بجملك كان هذا عقد بيع ولا يمنع من ذلك التعبير بلفظ
(وهبت) .

ومن ذلك أن الكفالة المشروط فيها برائة ذمة المدين حوالة ،
والحوالة بشرط عدم برائة ذمة المدين كفالة ، ولا يقال للعاقدة يجب

أن تعسير في الاول بكلمة الحرالة وفي الثانى بكلمة الكفالة ، بل يقبل منه ما قاله نظرا الى معناه ومقصوده . وبما ضربوه مثلا لهذا أنهم اعتبروا بيع الوفاء رهنا نظرا الى المعنى وهذا هو القول المفتى به وان كانوا فوتوا بذلك على العاقدين غرضهما ، كما لا يخفى عند التأمل . ووراء هذا القول سبعة أقوال أخرى مما يدل على اختلاف نظرهم في تكييف بيع الوفاء ، وغرض العاقدين منه مفهوم .

محل العقد

محل العقد أى المعقود عليه هو مورد العقد ويجب أن يكون قابلاً لحكم العقد طبعاً وشرعاً . وقد تقدم أن العقد إما أن يراد منه تسليم شيء أو فعل شيء أو الامتناع عن شيء .

ويشترط لصحة عقود المعاملات المالية أن يكون كل من البدلين معيناً تعييناً نافياً للجهالة حتى لا يكون نزاع ولا خلاف عند التسليم والتسلم ، وتعيين المعقود عليه يكون بالإشارة إليه إذا كان حاضراً كقولك بعتك هذه الفرس بعشرين جنيهاً مصرياً ، أو بالإشارة إلى مكانه الخاص إن كان موجوداً فيه وقت العقد كقولك بعتك ما في هذا الأناء بعشرة قروش صاغ مصرية ، وقد يكون المعقود عليه غير معين بذاته وفي هذه الحالة يكون تعيينه ببيان وصفه مع بيان مقداره كيلاً أو عدداً أو وزناً أو مساحة أو بأى بيان تنتفى به الجهالة الفاحشة فإذا بقى بعد ذلك شيء من الجهالة فإنها تزول برؤية المشتري إياه .

والأشياء المعقود عليها بعينها يشترط أن تكون موجودة حتماً وقت العقد ولا يجوز أن يعلق العقد على وجودها في المستقبل لأن هذا من الغرر المنهى عنه شرعاً . وعلى هذا ينتظر حتى يوجد ثم يعقد عليه بعد وجوده . وأما مالا يوجد دفعة واحدة بل يوجد شيئاً بعد شيء كالشافع عرضية كانت أم مادية فهذه يجوز العقد عليها بطريق المعاوضة وبطريق التبرع . ولا يقال في هذه الحالة إن المعقود

عليه معدوم وقت العقد . والجواب عن هذا أنه لا يمكن أن يكون
الا هكذا بخلاف ما يوجد بعد أن لم يكن ويبقى حافظا لكيانه بعد
وجوده الأجل المحدود له فهذا من المخاطرة أن يكون موضوع العقد
عند عدمه وقت العقد اعتمادا على توقع وجوده في المستقبل . إذ ربما
لا يوجد . وهذا في المعاوضات بالاجماع أما في التبرعات فلا مانع من
أن يكون العقود عليه معدوما وقت العقد حتى اذا وجد في المستقبل
نقد الالتزام به ، وان لم يوجد فلا ضرر ، اذ لا غرر .

ولما كان الغرض من النهي عن بيع الغرر هو منع ما يثير النزاع
والشقاق ويؤدي الى أكل أموال الناس بالباطل ، ولا شك أن هذه
مفسدة كبيرة لكن اذا عارضتها مفسدة أكبر منها وجب دفع الكبرى
بالصغرى .

وقد أرشدنا الشرع الى هذا الأصل العظيم فانه لما ورد النهي عن
الربا واحتاج الناس الى العرايا أرخص لهم فيها وهذا ما تقتضيه أصول
الحكمة التي بعث بها ﷺ وعلماؤه . وبالجملة فكل ما احتاج اليه
الناس في معاشهم ولم يكن سببه معصية هي ترك واجب أو فعل
محرم لم يحرم عليهم لأنهم في معنى المضطر الذي ليس بيباغ ولا عاد .
وان كان سببه معصية كالسافر سافر معصية اضطر فيه الى الميتة ،
والمنفق للمال في المعاصي حتى لزمته الديون فالت يؤمر بالتوبة
ويباح له ما يزيل ضرورته فيباح له الميتة ويقضى عنه دينه من الزكاة ،
وان لم يتب فهو ظالم لنفسه وقد رجح أخيرا جانب النظر العملي لأجل
استقرار المعاملات حتى وصل الامر في بيع المعلوم تبعا للموجود أنه

إذا بدا صلاح في بعض أنواع جنس من الأجناس كنوع من النمر
اعتبرت الأنواع الباقية تابعة لما بدا صلاحه . بل زاد الامام الليث بن
سعد فقيه مصر على ذلك أن صلاح الجنس كالنفاح واللوز يكون
صلاحا لسائر أجناس الثمار لأن الحاجة تدعو الى ذلك

والحاصل أن الناس قد صارت لهم خبرة ومعلومات على حسب
العادة المستمرة وبذا صارت الاغلاط في التقديرات نادرة والحدس
والتخمين مع هذه التجارب والمشاهدات وكثرة المعاملات يكادان يفيدان
ظنا راجحا . ومن هنا يتبين لك أن الشرع الاسلامي بني على أساس
العدل ومنع الظلم ورعايه مصالح الناس واستقرارهم في معاملاتهم
وكثيرا ما يكون محل العقد فعلا مطلوبيا لأحد العاقدين من
الآخر . اما فعلا مجردا وبأخذ الأجر عليه . وقد تكون مادة
العمل من عند الصانع كما في الاستصناع وهو مستفيض منتشر
بيننا بكثرة .

ومن الحقوق التي تصلح محلا للتعاقد . حق الشفعة وحق التعلی
على مذهب مالك وحقوق الارتفاق على مذهب أحمد
ومن الامتناع عن فعل شيء التزام الموصى بعدم الرجوع عن
الوصية على قول في مذهب مالك . والتزام الوالدين عدم اعتصار ما وهبا
لولدهما على مذهبه أيضا واعطاء المرأة زوجها مقدارا من المال على ألا
يتزوج عليها في مذهب مالك أيضا

قلت لآخر ان امتنعت عن شرب الخمر وعن الفسق فلك كذا

صح هذا فاذا مضت مدة تبين فيها صلاح حاله واستقامته تبين
استحقاقه للمال .

السبب والباعث

(القصود فى العقود)

لكل عقد شرعى غاية اقتضتها حكمة الشارع لوصول الناس الى
أغراضهم من معاشهم ووضع لكل عقد ما يحقق ذلك على ما هو مبين
فى الكتب الفقهية .

فالعقد البيع (مثلا) الفرض منه نقل ملكية المبيع الى المشتري
فى مقابلة الثمن . وعند الاجارة الفرض منه انتفاع المستأجر بالعين
للمستأجرة وعقد الزواج الفرض منه حل كل من الزوجين للآخر
وهكذا .

فاذا قصد الناس من عقودهم هذه المعاني التى رتبها الشارع على
كل عقد واستوفى العقد كل الشروط المطلوبة لتحقيقه كان العقد
صحيحا . وقد يكون بناء على غرض لأحد العاقدين أو كليهما ينطوى
فى الواقع على أمر مخالف للشرع أو محرم ولكنه لم يعلن فهل يبطل
العقد لأجل هذا ، أو يحكم بصحته بناء على خلوه ظاهرا مما يبطله .
مذهب جمهور الفقهاء أن يكتفى بالظاهر فيحكم بصحة العقد ، ومذهب
فريق من الفقهاء المحققين أن العقد باطل لانطوائه على أمر محرما
ولا سيما ان قامت على ذلك شواهد لا يستطيع ردها بل يكون محاولة
ردها عنادا ومكابرة .

(مثال ذلك)

رجل طلق امرأته ثلاثاً ثم أراد أن يتزوجها ثانياً . فاتفق مع آخر - ويكون عادة من الوضعاء جداً - سافطى الأخلاق، على أن يعقد على تلك المطلقة ويبيت معها ليلة ثم يطلقها في الصباح فأنها بذلك يحل لزوجها الأول أن يعقد عليها مرة ثانية وهذا هو مذهب الجمهور مادام العقد سليماً مما يبطله أو يفسده . وذهب المحققون من علماء الشريعة إلى أن هذا العمل زنا محض . والأمر المدهش في هذه المسألة هي أن المطلق ومطلقاته وشهود العقد والجيران وأهل الحى بل أهل البلد كلهم يعلمون بحقيقة الأمر ولا يحجبهم ذلك الستار السخيف . عن معرفة حقيقة الأمر ومع ذلك فليس إلا المكابرة والمعاندة . وبعد فلهذه وصية طار ما كان ينبغي أن يقرها الفقهاء ويسكتوا عليها : والأمر فيها بين واضح .

(مثال آخر)

رجل أراد أن يقترض من آخر مائة جنيه (مثلاً) على أن يردها إليه بعد مدة معينة مائة وعشرين لكن الرجلين كليهما يتورعان عن صورة الربا فقط . فيتفقان على أن يبيع الأول للثاني شيئاً بمبلغ مائة وعشرين جنيهاً مؤجلة إلى مدة كذا . وبعد أن تم الصفقة يشتري الأول من الثاني ذلك الشيء بعينه بمبلغ مائة جنيه ويقبضه إياها في الحال تحقيقاً لقرضهما . والمحققون من الفقهاء قالوا يبطلانه لأنه ربا مستتر تحت صورة عقد بيع . وأما غير المحققين فلهم كلام كثير لا أدري على أى أسس شرعى فقهى قد بنى ؟

وبعد فإن رأيي في هذا الموضوع هو أن الأصل أن تحمل العقود على أسبابها الشرعية الظاهرة التي يظهر أنها غرض المتعاقدين حتى إذا قام دليل أو قرينة على أن حقيقة الأمر غير ظاهره وجب التمسك بالحقيقة والأمر في هذا موكول إلى القضاء وقد يكون الأمر واضحاً بيننا جداً لا مجال للتأويل فيه وقد يكون قريباً من ذلك وقد يدق .

اعتذار

قضت على ضرورة المرض أن أختصر فيما يأتي ورجائي في الله عظيم في تدارك الأمر بعد ذلك .

عيوب العقد المؤثرة فيه

يشترط لصحة العقد الرضا ، فاذا خلا من الرضا ، أو وجد في الرضا خلل ، فالعقد غير صحيح . والأشياء المفوتة للرضا ، أو المحدثه خلافيه : هي الاكراه ، والغلط ، والتدليس ، والغبن مع التفرير . وهاك جملة القول فيها :

الاكراه

هو إجبار شخص على أن يعمل عملاً بدون حق . وهو نوعان : « ملجئ » و « غير ملجئ » ، فالاكراه الملجئ هو ما يكون التهديد فيه باتلاف نفس ، أو عضو ، أو إتلاف كل المال . وغير الملجئ هو ما كان بغير ذلك مما يستطيع الانسان الصبر عليه عادة مع احتمال المشقة وليس له مقياس ثابت إذ هو يختلف باختلاف الأشخاص ، بل باختلاف حالات الشخص الواحد ، من صحه ، ومرض ، وقوة وضعف ، وغير ذلك ويختلف باختلاف الظروف المحيطة بالحادثه التي وقعت تحت تأثير الاكراه فالواجب هو النظر في كل حادثه نظراً خاصاً ليعرف إلى أي حد كان تأثير الاكراه فيها .

والاكراه الملجئ يفسد الاختيار ، وبعدم الرضا . وغير الملجئ بعدم الرضا فقط .

والرضا هو ارتياح الانسان للفعل الذي يفعله لرغبة له فيه . والاختيار هو ترجيح فعل الشيء على عدم فعله ، فان كان مبنيّاً على رغبة صحيحة ، واستقلال في الرأي ، كان اختياراً صحيحاً ، وإن كان قد حصل تحت

تأثير من الخارج ، وبدون استقلال في الرأي ، وإنما فعله ارتكاباً
لأهون الشرين فهو اختيار فاسد .

فإذا رغب انسان في بيع داره ، لغرض ما ، وترجح عنده بيعها ثم
باعها مستقلاً برأيه وهو عاقل راشد ، فهذا البيع مبني على رغبة صحيحة
ورضا تام واختيار صحيح (أى حر) ، وإذا كان للانسان أرض زراعية
وهو مسرور بكونه مالكها فقال له شخص آخر يعنى أرضك وإلا
قتلتك ، أو فقت عينك ، فاختار أهون الشرين وباعها فهذا البيع لم يصدر
عن رغبة ، ولا رضا ، ولا اختيار صحيح . وإذا قال لك قاتل : هبلى
ساعتك هذه . وإلا كسرتها فدهبتها له نحت تأثير الاكراه فقد فعلت
فعلاً بدون رغبة فيه ولا رضا به ، ولكن اختيارك صحيح ، لأنه إنما
أدخل عليك غماً بتهديده ، ولو نفذ ما توعد به ، لكان الضرر جزئياً
وذلك باتلاف بعض مالك .

شروط تحقيق الاكراه

يشترط أن يكون المكره قادراً على فعل ما هدد به ، وأن يقلب
على ظن المكره تنفيذ المكره لما هدد به . أخذاً من ظاهر حاله ،
والظروف التى هو فيها ، ويشترط أيضاً أن يفعل المكره الفعل الذى
أكره عليه بحضرة المكره . فإن فعله فى غيبته ، ولم يقلب على ظنه
عوده ، اعتبر راضياً مختاراً بما فعله .

حكم الاكراه على العقود

العقود كلها تفسد بالاكراه فيفسد به كل من البيع والشراوى الا بجا
والاستجار والهبة والصلح وتأجيل الدين وإسقاط الشفعة والكفالة

والحوالة والوقف ، وكذا الاقرار ، وإبراء الدائن مدينه ، وإبراء الكفيل
بنفس أو مال ، والوصية وسائر العقود .

وبناء على كون هذه العقود فاسدة يملك المشتري المبيع إذا قبضه
كما يملكه في البيع الفاسد بدون إكراه . ثم يكون المكره بالخيار بعد
زوال الإكراه عنه ، فإن شاء فسخ العقد ، وإن شاء أمضاه ، وبالأمر
يرول الفساد . ولا ينقطع حق المكره في الفسخ ، وإن كان المشتري
قد تصرف في المبيع وتداولته الأيدي

وقال زفر : إن العقود التي تقع تحت تأثير الإكراه ، تكون
موقوفة لعدم الرضا ، فلا تبتنى عليها آثارها إلا إذا أجازها المكره
بعد زوال الإكراه . وهذا الرأي في نظرنا أحسن من الأول لقوة دليله
الغاط

هو عدم معرفة وجه الصواب . وهو إما أن يكون في نفس
محل العقد ، أي في ذات محل العقد أي في ذات وجوهه العقود عليه
وإما أن تكون في وصفه . فإن كان الغلط في ذات محل العقد كان العقد
باطلاً ، وذلك لفوات محل العقد ، فيكون العقد قد ورد على لاشئ ،
أي على عدم ، والعقد على المعدوم باطل على ما قدمنا : مثال ذلك أن
تقول لشخص : بعتك هذا الخاتم من الماس بكذا ، فقبل . ثم ظهر
أن الخاتم من الزجاج

وإذا كان الغلط في الوصف فقط صح العقد ، ولكن يكون
للمشتري الحق في فسخه لسبب فوات الوصف المرغوب فيه ، مثال
ذلك : أن تقول لآخر : بعتك هذا الفص من الياقوت الأحمر بكذا ،

فيقبل منك ؛ وكان العقد ليلا فلما جاء الصباح تبين أنه أصفر ففي هذه الحالة يكون العقد صحيحا ، ويخبر المشتري بين أخذ ذلك الفص الاصفر بكل الثمن المسمى في العقد ، وبين فسخ العقد وذلك لفوات الوصف المرغوب فيه

والقاعدة في ذلك أنه اذا اجتمعت الاشارة والتسمية في عقد وكان المعقود عليه حاضرا ، ثم حصل غلط فتبين أن المشار اليه لا تنطبق عليه التسمية فاذا اختلف الجنس اعتبرت التسمية فيكون المعقود عليه هو المسمى ، وتلغى الاشارة وذلك كما في المثال الاول فيعتبر المعقود عليه هو خاتم ماس ، ومن حيث أنه غير موجود فالبيع باطل ، أما اذا اتحد الجنس فيكون المعقود عليه ، هو المشار اليه ويلغى الوصف ، واذا يكون العقد صحيحا كما في المثال الثاني ، لكن يثبت للمشتري الخيار لفوات الوصف المرغوب فيه

ومن أمثلة ذلك ما اذا باع فرسا على أنها من نسل الفرس الفلانية فتبين أنها ليست من نسلها فانه يكون للمشتري الخيار في الفسخ وذلك لفوات الوصف المرغوب فيه . وهكذا

أقول - وعلى هذا إذا أردت أن يكتب لك شخص معروف بجودة الخط مصحفا ، فتقاوت مع انسان ظننته الشخص المعروف فاذا به ليس اياه فالظاهر أن لك خيار الفسخ لفوات الوصف المرغوب فيه قياسا على المسألة المذكورة قبل هذه . وكذا لو أردت أن ترسم لنفسك صورة زيتية عند فلان الشعير باتقان هذه الصنعة وهكذا ، وبالجملة فكما يكون الغلط في المحل أو في وصفه كذلك

يكون في العاقد فيما يتفاوت فيه الاشخاص من الاعمال . فاذا فات الوصف المرغوب فيه فقط كان لمن من مصلحته هذا الوصف خيار الفسخ ، لان الوصف المرغوب فيه يستحق بالشرط والذي يتعاقد معه على عمل لمعنى في عمله لا يوجد في عمل غيره ، يكون عمله بمنزلة الوصف المرغوب فيه

التدليس :

هو اخفاء العيب ، واظهار المعقود عليه بصورة غير ما هو عليه في الواقع ، كالذى يبيع بقرة لاجل لبنها فيمتنع من حلبها مدة حتى يتجمع اللبن في ضرعها ، ثم يعرضها للبيع موها المشتري أنها حافلة باللبن فتظهر حقيقة أمرها للمشتري بعد أن يأخذها ، وهكذا من أنواع التدليس التي لا تحصى . وللمدلس عليه أن يفسخ العقد بسبب ما يجده من العيب في المبيع وغيره . أما المبالغة في القول في ترغيب الناس في السلع بقصد أن يقبلوا على الشراء مما جرت به العادة في الأسواق ، وفي الاعلانات المتنوعة التي تنشر ترغيباً للناس ، فليس شيء من ذلك تدليساً يعطى المدلس عليه الحق في فسخ العقد ، لأن العادة جرت بذلك ، والأمر فيها ظاهر ، لاخفاء فيه

وسياقي الكلام على خيار العيب في موضعه

(الغبن والتغريب)

الغبن هو النقص . وقد يكون قليلا ، ويسمى بالغبن اليسير . أو كثيراً ، ويسمى بالغبن الفاحش ، والحد الفاصل بينهما هو : أن ما يدخل تحت تقويم المقومين - أى تقدير المقدرين للقيمة - فهو اليسير ، وما

لا يدخل تحت تقويم المقومين ، فهو الفاحش . فلو بيعت دار بألف جنيه مصرى (مثلا) وقومها بعض أهل الخبرة بألف ومائة ، وبعضهم بتسعمائة وبعضهم بألف . وبعضهم بألف وخمسين ، وبعضهم بتسعمائة وخمسين كان الغبن فيها يسيراً . أما إذا قوموها جميعاً بأقل من ألف ، بحيث لم يصعد واحد منهم بالقيمة إلى الألف : كان في البيع غبن فاحش بالنسبة للمشتري . وإذا قوموها جميعاً بأكثر من ألف : بحيث لم يهبط واحد منهم إلى الألف ، كان في البيع غبن فاحش بالنسبة للبائع . ونرى آخر وهو أن الغبن الفاحش في العقار ما زاد على ٢٠ ٪ وفي الحيوان ما زاد على ١٠ ٪ وفي عروض التجارة ما زاد على ٥ ٪ وفيها له أثمان محددة في الأسواق ما خالف تلك الأثمان ؛ بأية زيادة أو أى نقص . والاساس الذى بنى عليه هذا هو ظهور القيمة ووضوحها وضوحاً يندر في بعض المبيعات ، وخفاؤها إلا على أهل الخبرة العارفين ببعضها كالعقارات ، وتردها بين إحقاق الظهور : وقد تكون إلى الخفاء أقرب كما في الحيوان أو إلى الظهور أقرب كما في عروض التجارة التى ليس لها أثمان محددة ، فللاحتياط جعلوا للغبن الفاحش هذه الحدود في الأشياء المذكورة بناء على تلك الملاحظة

والغبن بنوعيه لا يفتر ، ولا يتسامح في شئ منه بالنسبة لدائى التركت : فإذا باع المدين وهو مريض مرض الموت شيئاً من ماله بأقل من قيمته ، ثم مات وتركته مستغرقة بالمدين ، فللدائى في هذه الحالة أن يطلبوا من المشتري تكميل الثمن حتى يبلغ القيمة الحقيقية للمبيع وقت البيع ، فإذا أبى كان لهم الحق في فسخ البيع ، ورد الثمن الذى دفعه

المشترى اليه وينزع منه المبيع . وثم مواضع لا يغتفر فيها الغبن اليسير ، لا يتسع المقام لها هنا

والغبن الفاحش لا يغتفر في مال اليتيم ، ولا في مال الوقف ، ولا في مال بيت المال ، وهذا بالاجماع سواء صاحب الغبن تغير - أى خداع وغش - أم لم يصاحبه

وأما بالنسبة لغير هؤلاء المذكورين ففي المسألة ثلاثة آراء .

الاول - أن الغبن الفاحش : مطلقا ، يجعل للمغبون حق الفسخ

لأنه مظلوم

الثاني - أنه ليس للمغبون مطلقا حق في الفسخ لأنه مقصر

الثالث - وهو الرأي الذى عليه الممول : أن الغبن اذا صاحبه

تغير من العاقد الآخر ، أو من الدلال أو السمسار كان للمغبون الذى غر وخدع حق الفسخ ؛ وهذا بالاتفاق ، وذلك لأن لكل من البائع والدلال والسمسار مصلحة في تزويج السلع المعروضة للبيع . أما إذا كان المغرى شخصا أجنبيا أى غير المذكورين ، فقليل لاحق للمغبون في الفسخ لأن الاجنبى لا شأن له في البيع ؛ وقيل له حق الفسخ لاحتمال أن الاجنبى موعز اليه بذلك في مقابلة جعل يأخذه من البائع أو لغرض آخر

وهذا أشبه شيء ببيع النجش ، وصورته أن يتقدم شخص فيزيد في ثمن العين المعروضة للبيع لاجل أن يغرى شخصا آخر بشرائها . فإن اشتراها ذلك الشخص الآخر ، وكان في الشراء غبن فاحش بالنسبة له . فله حق الفسخ على أحد الرأيين ، وإن لم يكن

في الشراء غبن به فلاحق له في الفسخ ، بل يعتبر ما صنعه ذلك الشخص من باب تحسين السلع ؛ وترويج البضائع المعروضة للبيع ومما يناسب ذكره هنا « بيع المضطر » و « شراءه »

وصورة شراء المضطر هي أن يضطر شخص الى طعام أو شراب أو لباس أو غير ذلك مما يكون في حاجة اليه ، ولا يرضى البائع أن يبيع له إلا بأكثر من قيمة الشيء الحقيقية ؛ أو ثمنه المعروف ؛ بغبن فاحش ؛ فتضطره الحاجة الى الاخذ بما يفوله البائع . وحكم البيع في هذه الحالة أنه بيع فاسد ، فاذا قبض المشتري المبيع فلا يجب عليه للبائع إلا قيمته فقط

وصورة بيع المضطر هو أن يحتاج شخص الى نقود فيضطر الى بيع شيء من ماله ، والمشتري لا يرضى أن يأخذه إلا بغبن فاحش فاذا أخذه المشتري ووجد ما يمنع الرد وجبت عليه قيمته للبائع . كما هو حكم البيع الفاسد

والاضطرار كالاكراه في المعنى

الأهلية وعوارضها

أهلية الإنسان للشيء هي صلاحيته لصدور ذلك الشيء عنه :
وطلبه منه ، وهذا هو معناه اللغوي ، وهي في لسان الشرع عبارة عن
صلاحيته ومحليته للحقوق المشروعة له وعليه .
وتنقسم الأهلية إلى قسمين : أهلية وجوب ، وأهلية أداء .
فأهلية الوجوب هي صلاحية الإنسان لوجوب الحقوق المشروعة
له وعليه ، وملاك هذه الأهلية الذمة ، وهي خصوصية ميز الله تعالى
بها الإنسان على غيره من سائر المخلوقات ، وجعله بها موضع التكليف
دون غيره ، وهي ليست العقل وحده ، بل العقل معتبر فيها هو وسائر
القوى الإنسانية ، وبالجملة فالذمة هي خاصة من خواص الإنسان ترجع
إلى تركبه من بدن ونفس ناطقة وعقل وقوى ظاهرة وباطنة على هيئته
التي أقامه الخالق عليها ، وهي ثابتة للإنسان لا تفارقه لحظة ما حتى تفارقه
الحياة ، بل اعتبروها باقية حكما بعد موته ، حتى يستوفي ماله ويخلص
مما عليه من الحقوق الدنيوية (١) ، كما سترى هذا في عارض الموت .
ويرى بعض الناس أنه لا حاجة إلى افتراض أن للإنسان ذمة ،
وأنه لا معنى لأن يقال إن فلان في ذمة فلان قدر كذا من المال ، إذ

(١) إذا توجهت على الإنسان دعوى بعد موته فعلى ما ذهب إليه القدوري
يقضى على الميت بمحضرة وصيه ، وقيل يقضى على الوصي باعتباره وصي الميت ،
وعلى كلا التقديرين يكون نفاذ الحكم في مال الميت الذي تركه بعد وفاته ، ونظيره
ما إذا وجهت الدعوى من وصي الميت على مدين له .

يكفى أن يقال أن الشرع ممكن الدائن من مطالبة المدين بهذا القدر من المال : وهكذا جميع المطلوبات الأخرى : فلا داعى الى افتراض أمر زائد يقال له الذمة . وقد رد على هذا القول ردا قاسيا الشيخ عبد العزيز البخارى شارح أصول نثر الاسلام وقال ان الذمة ثابتة بالاجماع : فن أنكرها فهو مخالف للاجماع : ونقل عن القاضى الامام أبى زيد الدبوسى أن الذمة عبارة عن العهد فى اللغة : فالله تعالى لما خلق الانسان محل امانته أكرمه بالعقل والذمة حتى صار بهما أهلا لوجوب الحقوق له وعليه ، فنبت له حق العصمة والحرية والمالكية وسائر الحقوق التى منحها إياه فضلا منه ونعمة : وثبتت عليه حقوق الله تعالى التى سماها أمانة ، كما إذا عاهد المسلمون غيرهم وأعطوهم الذمة ثبتت لهم وعليهم حقوق المسلمين الدنيوية اه ملخصا . وأقول ان الخلط فى هذه المسألة سهل : فالانسان مكلف وله حقوق وعليه واجبات على كل تقدير : فافتراض وجود الذمة أو نفيها لا تأثير له فى شىء من ذلك وقد نكون المسألة اعتبارية ، وقد يكون للذمة وجود حقيقى مستقره الانسان كسائر عوارضه الذاتية التى لا تنفك عنه . وما أشبه اختلاف النظر فى هذه المسألة باختلاف نظر علماء القانون فى الشخص الاعتبارى أو المعنوى فقد يكون الداعى الى هذا الافتراض أمور شكلية محضة لتنزيل الأحكام على نظام أتم وأضبط ، بينما يرى الفريق الآخر أن لا داعى الى ذلك الافتراض : بل الواجب قص النظر على الحقائق النابتة وربط الأحكام بها . وبعد فالنتيجة من الحقيقة واحدة

وأهلية الأداء هي صلاحية الإنسان لصدور الفعل عنه على وجه يعتد به شرعاً ، ولا وجود لهذه الاهلية قبل أن يصير الإنسان مميزاً ، حتى إذا بلغ الإنسان سن التمييز وأصبح قادراً على فهم الخطاب والقيام ببعض الأعباء بما حصل له من نمو في عقله وقوة في بدنه اعتُـبر ذا أهلية للأداء قاصرة حتى يبلغ أشده وتكمل فيه قوة العقل وقوة البدن جميعاً ، حينئذ تم أهليته للأداء بتمام قدرته عقلاً وجسماً ، فتجب عليه كل التكاليف من بدنية ومالية وثبتت له كل الحقوق الشرعية .

وليس للتمييز ولا لتمام الاهلية سن معينة ، إذ قد يكران وقد يتأخران فإذا جعل المناط نفس التمييز وظهور الرشد في التصرفات ، كما تقتضيه حكمة التشريع ، كان المناط غير منضبط ، فن أجل ذلك أقيم البلوغ المحسوس مقام ظهور الرشد

واعتبرت سن التمييز سبع سنين ، لأنها السن التي تنتهي إليها حضانة النساء للصغير ، ويتولى القيام بعد ذلك بشؤونهم الرجال ، قال الامام حافظ الدين النسفي في شرحه على مناره مانعه : أصل العقل يعرف بدلالة العيان ، وذلك بأن يختار المرء ما يكون أنفع له في أمر دينه وعقباه ، ويعرف مستور عاقبة الأمر فيما يأتيه ويذرّه . وكذلك نقصانه يعرف بالتجربة والامتحان : بأن ينظر في أفعاله فإن كانت على سنن واحد كان معتدل العقل ، وإن كانت متفاوتة كان قاصر العقل وأحوال البشر متفاوتة في صفة كمال العقل ، فأقام الشرع اعتدال الحال بالبلوغ عن عقل مقلم كمال العقل في بنائه الزام الخطاب عليه تيسيراً على

المباد، ثم صار صفة الكمال الذى يتوهم وجوده قبل هذا الحد ساقط الاعتبار، وتوهم بقاء النقصان بعد هذا الحد كذلك. لما عرف أن السبب الظاهر متى قام مقام المعنى الباطن تيسيرا دار الحكم معه وجودا وعدما، ومما تقدم يستبين لك أن كلا من المحكوم له والمحكوم عليه بحق من الحقوق يجب أن يكون انسانا حقيقيا، إذ الحقوق والواجبات لا تثبت لغير الاناسى الحقيقيين، لكن يستدرك على هذا بمسألتين: الأولى: أنهم نصوا على أن المحكوم له وعليه قد يكون انسانا وقد يكون جهة. كبيت المال، وجهة الوقف، ولأجل تصحيح الشكل يجب أن تقام الدعوى من وكيل بيت المال، وناظر الوقف وعلى كل منهما، فإذا ثبت حق فهو لكل من بيت المال والوقف؛ وإذا قضى على أحدهما فالنفاذ يكون فى مال من يمثله كل منهما من بيت المال والوقف

ونصوا أيضا على أن الوصية تجوز للمساجد والمؤسسات والمدارس وكل وجوه الخير، ويصرف الوصى به فى مصالح هذه الاشياء، وعلى ذلك تكون المساجد ونحوها ذات أهلية يكون لها حق فى المال الوصى به. لكن النفع فى الحقيقة إنما يعود الى الناس بواسطة هذه الاشياء

الثانية: أن غير الانسان من سائر الحيوان كما أنه ليس عليها واجبات تلزم بها قضاء، كذلك ليس لها حقوق تطالب بها قضاء ففى ليست ذات أهلية للإيجاب والاستيجاب، لكن يجب الاحسان اليها فى المعاملة ديانة وإلى هذا ذهب أبو حنيفة وابن رشد من

المالكية . لكن ذهب جمهور علماء الشريعة إلى أن مالك الحيوان إذا امتنع من الانفاق عليه أو أساء إليه في المعاملة رفعت الدعوى حسبة فيأمره القاضي بكف الأذى عنه والانفاق عليه أو تركه يرعى أو يبيعه أو يسيبه في مكان آمن يجد فيه رزقه ، فإن لم يفعل باعه عليه القاضي فإن الحيوان مخلوق ذوروح محترم فيجب حفظه ولا يترك للملك يعذبه ، د وقد وفيت هذه المسألة حقها من البيان في كتابي نظام النفقات ، وعلى هذا يكون للحيوان حقوق يحكم له بها قضاء كما تجب له ديانة

الدور الأول : قبل أن يولد وهو جذين أى حمل في بطن أمه
الإنسان في هذا الدور له اعتباران ، فهو من وجه يعتبر جزءا من أمه حسا وحكما ، أما حسا فلانه ينتقل بانتقالها ويقر بقرارها كانه عضو من أعضائها ، وأما حكما فلانه يعتق بعقها ، ويرق برقها ويدخل في البيع تبعا لبيعها . وهو من وجه يعتبر مستقلا عنها ، لانه منفرد بالحياة وبعرض أن ينفصل منها ، ويصير إنسانا قائما برأسه ، فمن أجل هذا لم يجعل له الشارع ذمة مطلقة صالحة لكل من الوجوب له وعليه ، بل جعل له ذمة صالحة للوجوب له فقط رحمة من الشارع به فأوجب له الحق في العتق منفردا عن أمه ، والحق في ثبوت نسبه من أبيه ، وفي الميراث من مورثه وفي استحقاقه ما أوصى له به وفي وفي استحقاقه من غلة الوقف الذي هو من ضمن مستحققيه على ما هو

٢ — ٨ الالتزامات

مبين تفصيلا في الكتب الفقهية فاذا ولد حيا ولو حكما (١) ثبتت له كل هذه الحقوق وإن ولد ميتا حقيقة وحكما لم يثبت له شيء منها ، فقد غلغ الوقف الى غيره من المستحقين ، ويرد الميراث الى ورثة المورث الآخرين ، ويرد ما أوصى له به الى ورثة الموصى

ولما كانت الولاية إنما تبتدىء على الانسان بولادته كان الجنين لا ولاية لاحد عليه : وعلى ذلك لا يصح الشراء له ونحو ذلك مما يتوقف على وجود ولي ، أو يكون فيه الزام للجنين . وقد جاء في مذهب مالك جواز صحة الهبة للجنين على ما أسلفنا وكذلك يجب نفقة أقاربه الفقراء في ماله الموروث وقد ينال ذلك فيما سلف (٢)

(١) صورة ذلك أن يضرب رجل امرأة حبل فتسقط جنينا ميتا ، فهذا الجنين يعتبر حيا تقديراً ، وأنه مات بفعل الجاني فتجب على الجاني الغرة وهي خمسمائة درهم ، وتورث عن الجنين . وكذلك يكون الجنين من ضمن ورثة مورثه الذي مات قبله ، ويعطى نصيب الجنين من الميراث لورثة الجنين لا لورثة مورثه .

(٢) نص في قانون المجالس الحسينية القديم والقانون الحالي ، قانون ١٣ أكتوبر سنة ١٩٢٥ ، في المادة الثالثة على أن للمجالس الحسينية تعيين وصي للحمل المستكن . وجاء في منشور الحفائية الصادر في ٢١ ديسمبر سنة ١٩١١ مانعه ، تبين للنظارة من الاطلاع على كثير من القضايا والكشوف الاسبوعية أن بعض المجالس الحسينية يقرر بايقاف تعيين الوصي للحمل المستكن حتى يفصل ذلك الحمل . وحيث ان هذا مخالف من جهة النص المادة الثانية من الامر العالي الصادر في نوفمبر سنة ١٨٩٦ التي تقضى بالتعيين في مثل هذه الحالة ، ومن جهة أخرى فان إيقاف التعيين حتى يفصل

وليلاحظ أن ما يحجز للجنين من الميراث والوصية وغلة الوقف ليس للجنين ملك فيه على قول الجمهور خلافا لأحمد حتى يولد، ولذا يوقف الأمر فيه حتى يتبين الحال بولادته (١)

الدور الثاني : من الولادة الى سن التمييز

للإنسان بعد ولادته ذمة مطلقة. صالحة لوجوب الحقوق له وعليه ، لكن لضعف بنيته عن الأداء ، ونقص عقله عن فهم الخطاب وهو في أول أدوار حياته قبل أن يصير مميزا ، اقتضت حكمة الخالق الجليل ورحمته ألا يكلف وهو في تلك الحالة أداء شيء بنفسه ، وألا

الحمل فيه ضرر لمصلحة هذا الأخير لما يترتب عليه من ترك أمواله بلا حصر وتأجير وقبض وغير ذلك من الأمور الوقتية التي تقتضي السرعة الخ ، اهـ .

ولا يخفى أن ما يحجز للحمل في هذه الحالة سواء أ كان من ميراث أو غيره لا يتعين ملكا له حتى يولد حيا ، فما معنى إقامة هذا الوصي ؟ لكن في المسألة احتياط حسن ، على فرض ولادته حيا .

(١) نص في كتب مذهب الامام أحمد على أن الحامل المتوفى عنها زوجها يتفق عليها من نصيب الحمل اهـ . ويؤخذ من هذا وبما أسلفنا أن للحمل ملكا في الميراث قبل أن يولد ، لكن جمهور الفقهاء على خلاف ذلك ، انظر كتابنا نظام النفقات ،

ونص في كتب الشيعة الزيدية على جواز تزويج الجنين مطلقا ، ولتنظر أحكام ذلك تفصيلا في شرح الازهار . ويؤخذ من هذا أن الولاية على الجنين ثابتة في النفس ، فتكون ثابتة أيضا في المال . وجمهور العلماء على خلاف هذا . وقول الجمهور هو الموافق للعقل والشرع .

يؤاخذ بأقواله ولا بأفعاله مؤاخذه بدنية ، وألا يحمل مسؤولية عن فعل غيره ، وأن تلحق كل التزاماته بالعدم ، فلا يصح منه التزام أصلا ولا يعتبر قبوله لأي عقد من العقود .

ومن أجل ذلك لم يكلف بالإيمان ولا بالعبادات ، لأن تلك أشياء يراد من الإنسان أن يؤديها بنفسه لينظر أهو مطيع ممثّل للأمر أم هو مخالف عن أمر ربه ، والإنسان في هذا الدور ليس أهلا لذلك ، وحكمة الله تعالى ورحمته قاضيتان بألا يكلف الله نفسا إلا وسعها .

كذلك تهذر أقواله كلها ، ولا يلزم بأي شيء التزم به ، لأن عبارته غير معتبرة شرطا ، وكل التزاماته باطلة ، حتى لو كان تصرفه نافعا له نفعا محضا ، كقبول الهبة والصدقة ، فلا نصيب له إلا البطلان .

وإذا ارتكب ما يوجب الحد فلا حد عليه ، وكذلك إذا ارتكب أية جناية من الجنابات ولو القتل فلا يعاقب على ما ارتكبه عقوبة بدنية ، لكن تجب الدية في ماله إن لم تكن له عاقلة ، فإن كانت له عاقلة وجبت عليها الدية « انظر جامع أحكام الصغار للاستروشنى » . وإذا قتل الصبي مورثه فلا يحرمه ذلك القتل من أن يرثه لسقوط المؤاخذه عنه . وكل صلة لها شبه بالأجزية مثل تحمل الدية عن القاتل خطأ فليس الصبي أهلا لها ، لأنها لا تخلو عن صفة الجزاء مقابلا بالكف عن الأخذ على يد الظالم ، ولذا اختص به رجال العشائر دون النساء والصبيان ، لأنهم هم القادرون على ذلك .

وبالجملة فليس الصبي بأهل لوجوب الجزاء البدني عليه بأي حال من الأحوال ولا هو بمسؤول عما يجرمه غيره ، ولا يتحمل عنه شيئا ،

عدلا من الله ورحمة ويستمر هذا الحكم ثابتا له إلى أن يبلغ وتكمل أهليته فحينئذ توجه إليه المسؤولية كاملة .

لكن الواجبات المالية التي يمكن أن يؤديها عنه وليه أو وصيه هو أهل لها ، وذمته صالحة لوجوبها عليه ، سواء أكانت حقوقا لله تعالى أم حقوقا للعباد ، ولذا يجب عليه ما يأتي ابتداء من ولادته ، ويستمر عليه هذا الوجوب مدى حياته .

(أ) العشر في زرع ، والخراج في أرضه ، لأن كل واحد منهما مؤونة مالية .

(ب) زكاة الفطر على قول أبي حنيفة وأبي يوسف ترجيحاً لجانب المؤونة خلافاً لمحمد وزفر ترجيحاً لجانب العبادة .

وأما زكاة الأموال فلا تجب إلا على البالغ العاقل بشروطها عند أبي حنيفة وأصحابه جميعاً ، لأنها عبادة والمطلوب فيها أن يؤدي الإنسان المكلف بنفسه ليتبين أنه مطيع أم عاص . وذهب الأئمة الثلاثة مالك والشافعي وأحمد إلى وجوبها في مال الصبي والمجنون نظراً إلى جانب المال وأن النيابة جائزة فيه ، ولتنظر كتب الفريقين في ذلك

(ج) الأعراض مثل ثمن ما يشتره له الولي أو الوصي ، فيجب في مال الصغير ويؤديه وليه أو وصيه نيابة عنه .

(د) الغرم المالي كضمان المتلفات التي يتلفها بفعله ، لأن الأموال والدماء معصومة في دار الإسلام ، وعذر الصبي لا يرفع عنه مسئولية التعويض المالي عملاً بهذه القاعدة « الاعذار الشرعية لا تنافي عصمة

المحل ، : أى عصمة المال والنفس ، فلا يجوز أى يهدر شيء منهما ، وإنما تسقط العقوبة البدنية فقط عند قيام العذر المعتبر شرعاً كالصبا والجنون . وقد اختلف الطرفان وأبو يوسف فيما لو أتلّف الصبي ما اقترضه : أو ما أودع عنده بلا إذن وليه ، أو ما أعير له ، أو ما يبيع له بلا إذن ، فقالا لا يضمن : لأن الضمان فى هذه الصورة ضمان عقد ، والصبي ليس من أهل الزام ضمان العقود ، وقال أبو يوسف يضمن : لأن الضمان فى هذه الصورة ضمان فعل ، والصبي من أهل الزام ضمان الأفعال : فنشأ الخلاف من اختلاف وجهة النظر . والراجح قول أبى حنيفة ومحمد ، لأن المالك هو الذى سلب الصغير على اتلاف ماله بتسليمه اليه وتمكينه منه ، وهو ليس أهلاً لذلك (انظر الدرر ورد المختار) .

(هـ) الصلة التى تشبه المؤونة كنفقة الأقارب ، فإن القاعدة الكلية لذلك هى أن غنى الأسرة ينفق على فقيرها بالشروط المبينة فى نظام النفقات ، سواء أكان الغنى صغيراً أم كبيراً ، عاقلاً أم مجنوناً ، والفقير كذلك ؛ واعتبر المشرع نفقة الغنى على أقاربه الفقراء بما يدفع حاجتهم بمنزلة نفقته على نفسه ، وهذا صنيع حسن جداً يقضى به تضامن الأسرة كلها ، وبمراعاة ما اشترطه الفقهاء لذلك فى كل من المنفق والمنفق عليه تستقيم الحال (انظر كتابنا نظام النفقات)

(و) الصلة التى تشبه الأعواض كنفقة الزوجة ، فإنها تشبه الأعواض من جهة أنها وجبت على الزوج فى مقابلة احتباسه لزوجته ، أى جعلها خاصة به دون غيره ، ولذلك سقطت عنه نفقة زوجته الناشئة « انظر

أحكام نفقة الزوجة .

والصغير إذا لم يكن ذا مال على أبيه أو أقاربه حق النفقة والأرضاع والحضانة والصيانة ، وكل ما يحتاج إليه لقوام حياته على ما هو مبين في أحكام الأحوال الشخصية

ويقوم وليه أو وصيه نيابة عنه بإيفاء واستيفاء كل ماله وعليه من الحقوق المالية ، ومباشرة العقود والتصرفات المأذون بها شرعا ، حتى تزول عنه سلطة كل منهما ، على ما هو مبين في موضعه

(تنبيه) إذا أسامت زوجة الصبي غير المميز فلا يفرق بينهما ، بل ينتظر بلوغه من التمييز ، فيعرض عليه الاسلام حينئذ : فإن أسلم بقيت الزوجية ، وإلا فرق بينه وبين زوجته .

الدور الثالث من سن التمييز إلى البلوغ

إذا ترقى الصغير عن أولى درجات الصغر إلى ما بعدها ، وظهر فيه شيء من آثار العقل ، فقد أصاب بذلك نوعا من أهلية الاداء ، لكن لكون عقله لا يزال ناقصا لم ينضج بعد ، عومل في التزاماته وتصرفاته القولية معاملة وسطا بين الصغير غير المميز والبالغ العاقل ، وبقيت مؤاخذته البدنية على ما كانت عليه من قبل رحمة بصباه ، ولم يكاف شيئا من العبادات لضعف بنيته ، لكن لمكان تمييزه صح إيمانه وورده وما يترتب عليهما ، من الاحكام الدنيوية وقد قسموا معاملاته بناء على هذا إلى ثلاثة أقسام

الاول ما كان ضارا به ضررا محضا ، كان يهب ماله ، أو يطلق امرأته ، أو يعتق عبده ، أو يقرض ماله لغيره ، أو يتصدق به ، أو يقفه ، أو يكفل عن غيره ، فانه لا يملك شيئا من ذلك ولا أشباهه لما فيه من الضرر المحض له ، وكذا لا يملكه عليه غيره إلا القرض ، فقد قالوا إن القاضى يملك اقراض مال اليتيم صونا لذلك المال من الضياع وهو خير له من ابداعه ، لان الوديعة اذا هلكت وهى فى يد المودع بدون تعد ولا إهمال منه فى حفظها فانها تهلك أمانة : فلا تضمن بخلاف مال القرض فانه مضمون على كل حال وبما للقاضى من السلطة لا يخشى على مال القرض من الضياع (١)

الثانى ما كان نافعا له نفعا محضا : مثل قبول الهبة والصدقة فهذا النوع من التصرفات يصح منه ، وتكفى فيه أهليته القاصرة . ومن الاشياء التى اعتبروها نافعة نفعا محضا للصبي المميز ما اذا أجر نفسه ومضى فى العمل حتى أمته : وكان ذلك بدون إذن وليه ، فانه يجب له

(١) قد عنت المجالس الحسينية عندنا عناية عظيمة بالمحافظة على أموال القصر وعديمى الاهلية ، فأصدرت وزارة الحقانية منشورات متعددة بشأن إيداع الزائد من أموال هؤلاء على نفقاتهم اما فى صندوق التوفير بالهوستة وإما فى أحد المصارف المضمونة مع استثمارها بالطرق المشروعة والقرض من ذلك هو القرض من اقراض القاضى مال الصغير وزيادة . انظر مجموعة منشورات المجالس الحسينية . وقد منعت المادة الثانية والعشرون من قانون المجالس الحسينية الحال الاوصياء من اقراض واعارة وهبة أموال من هم فى رعايتهم . وهذا المنع موافق لما قاله فقهاء الشريعة .

الاجر استحسانا ، وذلك لانه بعد اتمام العمل لا يمكن رده وابطاله وعلى ذلك تصير الاجرة نفعا محضاله وان كن عقد الاجارة فى ذاته غير صحيح قياسا لما فيه من الضرر الذى يلحق الصغير بسبب قيامه بالعمل فكان الامر موقوفا على إذن الولى أو الوصى لترجيح الصالح للصغير وكذلك يصح أن يكون الصبي المميز وكىلا عن غيره فيما لا يملكه الصبي لنفسه ؛ كان بوكاه رجل بالغ عاقل بطلاق امرأته أو اعتناق عبده كما يجوز توكيله فى أمور التجارات ونحوها بدون أن يلزمه عهدة من مطالبته بتسليم المبيع ؛ والمطالبة بالثمن ؛ والمخاصمة فى العيب ؛ ونحو ذلك وإنما صححوا توكله فى هذه التصرفات لما فيه من التمرين له على ممارسة التعامل مع الناس فى ضروب المعاملات المختلفة ؛ فبذلك يهتدى إلى وجوه التصرفات ، ويدرك المنافع من الضار بالقدر الممكن له ، وهذا نفع محض له متى خلا من العهدة لكنهم نصوا على أن الولى لو أذنه بالتوكل لزمته العهدة ؛ وذلك لان قصور رأيه اندفع باذن الولى فصار أهلا لازوم العهدة . هذا وقد قال الله تعالى « وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح : فإن آنس منهم رشدا فادفعوا اليهم أموالهم » أى اختبروا عقولهم . وتعرفوا أحوالهم ومعرفتهم بالتصرف قبل البلوغ ، حتى إذا تبين منهم رشدا ، أى هداية ، دفعتم اليهم أموالهم ومن هنا جاء الاذن للصبي المميز بالتجارة (١)

(١) جاء فى المادة (٢٩) من قانون المجالس الحسنية أن الوصاية أو الولاية على المال تنتهى متى بلغ القاصر من العمر احدى وعشرين سنة ميلادية الا اذا قرر المجلس

الثالث ما كان دائراً بين النفع والضرر كالبيع والاجارة والنكاح
فان هذه الاشياء وأمثالها قد يكون فيها نفع وربح وفائدة للصغير

استمرارها ، ومع ذلك فتنى بلغ القاصر ثمانى عشرة سنة ولم يمنع من التصرف جاز
له تسلم أمواله ليديرها بنفسه ، ويكون للقاصر فى هذه الحالة قبض دخله مدة إدارته
والتصرف فيه ، والايجار لمدة لا تتجاوز سنة ووزارة أطيانه ، وإجراء ما يلزم للعقارات
من أعمال الحفظ والصيانة . ويعتبر القاصر رشيداً بالنسبة إلى هذه التصرفات ،
ويبقى قاصراً فيما عداها ، ويستمر الوصى فى أداء عمله بالنسبة إليها . وفى المادة (٣٠)
انه يجب على القاصر الذى لم يمنع من التصرف أن يقدم للمجلس فى آخر كل سنة .
وعلى الأكثر فى ٣١ مارس من السنة التالية ، حساباً عن إدارته وتصرفاته . وفى
المادة (٣١) أنه يجوز للمجلس أن يمنع القاصر من التصرفات المنصوص عليها فى
المادة (٢٩) إذا أساء التصرف ، أو قامت أسباب صحيحة تدعو لأن يخشى منه ذلك ،
ويكون المنع بناء على طلب الأب أو الجد أو الأم أو الوصى أو المشرف ، أو
بناء على طلب النيابة العمومية . ولا تفصل فى طلب المنع إلا بعد تحقيق تسمع فيه
أقوال القاصر وطالب المنع ا هـ .

وجاء فى المذكرة الإيضاحية فى تعليق ذلك أن الغرض هو جعل الفترة ما بين سن
الثمانى عشرة والحادية والعشرين مدة تجربة واختبار وتدريب للقاصر ، وأن لذلك
فائدتين ، زوال كل خوف من العبث برأس المال ، وأن يكون المجلس على علم تام
بأحوال القاصر بعد هذه التجربة حتى يقرر رفع الوصاية عنه فى سن الحادية والعشرين
أو يقرر استمرارها ا هـ

وهذا شيه بما رآه الفقهاء فى الاذن للصبي بالتجارة ، والحجر عليه بعد ذلك إذا أساء
فى التصرف ، أو عدم الحجر عليه اذا استبان رشده

المميز، وقد يكون فيها ضرر وخسارة . وهذا النوع من التصرفات يملكه الصبي المميز باذن الولى أو الوصى . وكذلك يجوز وينفذ بإجازة أحدهما ، لان الاجازة اللاحقة كالاذن السابق ؛ بشرط أن تستوفى الاجازة شروطها ؛ وألا يكون فى التصرف غبن فاحش لوقوعه حينئذ باطلا

(تنبيه) . إذا باع الصبي المميز غير المأذون له ماله يأكثر من قيمته لا ينفذ بيعه بل يتوقف على اجازة وليه أو وصيه ؛ ولا يقال ان فى هذا البيع نفعا ظاهراً فينبغى أن ينفذ بلا اجازة ؛ لأن العبرة فى كل تصرف باصل وضعه ؛ لا بما عرض له فى حادثة جزئية باتفاق الحال ، والبيع من حيث هو متردد بين الربح والخسارة ؛ بخلاف اعطاء الهبة فإنه تضييع للمال مجافاً فى كل صورة . بحسب أصل الوضع وبخلاف أخذ الهبة وقبولها ؛ فإنه استفادة للمال مجافاً فى جميع الصور فالعبرة لنوع التصرف لا لأشخاص التصرفات الجزئية التى يكتونها (انظر التبيين وحاشيته وحاشية الطحطاوى على الدر)

ومما تقدم تعلم أنه يجوز الاذن للصبي المميز بالتجارة تمريناً وتدريباً له فإذا أذن له ولى المال صح بيعه وشراؤه واجارته واستجاره ومزارعته ومسافاته ورهنه وارتهاؤه واقراره بما يتعلق بتجارته وتوكيله غيره فيما يملكه هو ، وبالجملة يصح منه كل ما هو من شؤون التجارة واستثمار المال وما يجوز للتجار عادة ، لكن التبرعات ، مثل الهبة والاقرض والكفالة ، لا تصح منه . وتفصيل الأحكام فى كتب الفروع .

وفي هذا المقام مسألة خلافية بين الامام وصاحبيه ، وهي ما إذا باع الصبي المأذون له بالتجارة بيعا بغبن فاحش لغير وليه أو وصيه ، فعلى ماذهب اليه أبو حنيفة يصح هذا البيع لأن الصبي لما صار مأذونا له بالتجارة التحق بالبالغ حكما ، وما كان يترأى من نقص عقله انجبر باذن الولي له ، وأما أبو يوسف ومحمد فقدأ بطلان بيعه بغبن فاحش لقصور أهليته قصورا حقيقيا ، والاذن لم يغير من حقيقته شيئا ، فكما أن بيع الصغير المميز بغبن فاحش لا يجوز أن يلحقه الاجازة باتفاق بل يحكم ببطلانه ، كذلك اذا كان مأذونا له بالتجارة ينبغي أن يكون حكم بيعه بغبن فاحش البطلان ، وقول الصاحبين هو الأظهر لما فيه من الاحتياط واليه ينظر ما جاء في المادة الحادية والثلاثين من قانون المجالس الحسبية الحالي وأما بيعه لوليه أو وصيه بغبن فاحش فذهب الصاحبين هو المتقدم ، وعن أبي حنيفة روايتان في المسألة : جواز البيع ، وبطلانه والمسألة مبسوطة في أصول نثر الاسلام وشرحه

وقد اختلف الأئمة في صحة وصية الصبي المميز فاجازها الشافعي وأهل المدينة في وجوه البر ، لما في ذلك من النفع المحض له بوصول ثواب الآخرة اليه ، ولا ضرر يلحقه في ماله ، لأن الوصية لا تنفذ إلا بعد وفاته . وأما أبو حنيفة وأصحابه فقالوا ببطلانها مطلقا ، لأن فيها اضرارا بوارث الموصي ، فكان في العدول عن الارث الى الوصية ترك للأفضل ، لكن الوصية شرعت في حق البالغ ليتدارك بها ما فاتهم من التقصير في واجباته ، ولم تشرع في حق الصبي لعدم حاجته اليها لأنه غير مكلف . وانظر كتابنا التزام التبرعات ففيه الكفاية

والبلوغ يكون بالعلامات الدالة عليه ، وقالوا انها تبتدىء في الغلام متى بلغ اثنتى عشر سنة ؛ وفي الجارية متى بلغت تسع سنين ، فان لم تظهر علامات البلوغ في هذه السن فانه يحكم ببلوغ الغلام متى بلغ خمس عشرة سنة ، وكذا ببلوغ الجارية على القول المفتى به ، وتعتبر المسافة من اثنتى عشرة الى خمس عشرة بالنسبة للغلام ؛ ومن تسع الى خمس عشرة بالنسبة للجارية سن مراهقة ؛ أى مقارنة من البلوغ . وعن أبي حنيفة روايات أخرى في سن البلوغ اذا لم تظهر العلامات فقل في الغلام ثمانى عشرة أو تسع عشرة سنة وللجارية سبع عشرة سنة (انظر التبیین) . والمذكور في الكتب الطبية أن البلوغ يختلف منه باختلاف الاوساط ففي البلاد الحارة يأتي مبكرا ؛ وفي البلاد الباردة ينجى متأخرا ؛ حتى انه قد لا تظهر العلامات إلا بعد ثمانى عشرة سنة ، وقد يبكر الحيض في أحوال شاذة قبل تسع سنين وقد اتفقت كلمة الفقهاء على جعل مناط التكليف البلوغ سواء كان بالسن أم بالعلامات ، وبه تنتهى الولاية على النفس والمال جميعا (١)

(١) نصت المادة التاسعة والعشرون من قانون المجالس الحسنية على انتهاء الوصاية والولاية ، متى بلغ سن القاصر إحدى وعشرين سنة . إلا إذا قرر المجلس استمرارها . وعلى ذلك فانهاء الولاية والوصاية عند بلوغ القاصر هذه السن ثابت بحكم القانون ، فان أريد مد المدّة فلا بد من قرار جديد . وأبو حنيفة يقول اذا بلغ الصغير خمساً وعشرين سنة انتهت الولاية المالية عليه سواء أنس منه الرشد أم لا ، ويعتبر كأنه رشيد حكماً متى بلغ هذه السن فيسلم اليه ماله حتماً ولا يجوز الحجر عنه على البالغ الا بسبب العته أو الجنون وقال الجمهور والصاحبان منهم : ينبغي

ويتوجه الخطاب الشرعى كاملا . لكن لاحظت بعض الدول الاسلامية كالدولة المصرية ؛ أن من المصلحة ألا يعجل اعطاء الصغير ماله بمجرد بلوغه الشرعى ، بل لابد من الانتظار حتى يبلغ أشده ، كما أنهم رفعوا من التمييز على حسب ما تراهي لهم من مقتضيات المصالح وجاء في الفصل الخامس من مجلة الالتزامات التونسية أن الصغير

ألا يسلّم مال الصغير اليه بمجرد بلوغه بل ينتظر حتى يؤنس منه الرشد ، أخذا بقوله تعالى : وابتلوا النامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشدا فادفعوا اليهم أموالهم ، ، فعاق دفع المال على ابتناس الرشد ، فلم يؤنس الرشد فلا يدفع إلى السفه ماله مهما بلغت سنه — وسياقى تنمى الكلام فى ذلك فى السفه ، وإذا لابد من ابتلاء اليتيم أى اختباره لنين حقيقة أمره من رشداً وسفه ، قالوا وكيفية اختبار اليتيم تكون بأن تفوض اليه التصرفات التى يتصرف فيها أمثاله ، فإن كان من أولاد التجار ففوض اليه البيع والشراء ، فإن تكررت منه فلم ينعن ولم يضيع ما فى يديه فهو رشيد . وإن كان من أولاد الأمراء والكبراء الذين بصان أمثالهم عن الأسواق دفعت لهم نفقة مدة لينفقها فى مصالحه ، فإن صرفها فى موضعها ، واستوفى على وكيله ، واستقصى عليه ، فهو رشيد ، والمرأة يفوض اليها ما يفوض الى ربة البيت من الشؤون المنزلية اللائقة بأمثالها ، فإن وجدت ضابطة لما فى بدنها مستوفية من وكيلها فهي رشيدة اهـ . بتصرف لفظى قليل من تقرير الرافى عن شرح الوهبانية للصنف . ومن لطيف ما رأيت من ذلك ما حكاه فى أدب الاوصياء عن الخلاصة أنه جاء الى القاضى شداد بن حكيم البلخى رجل ومعه صبي ، فقال : أنا وصى هذا الصبي ، وقد أدرك ، أفلا أرد اليه ماله ؟ قال شداد : حتى يؤنس منه الرشد ، فذهب ثم عاد وقال : أردت أن أتخذ له قيصا فابى وقال : إن هذه الايام أيام العيد ، والحباط يطلب لذلك جرا كثيرا ، فقال شداد رحمه الله . ادفع اليه ماله فإنه قد صلح اهـ

الذى لم يبلغ اثنتى عشرة سنة كاملة ليس له التعاقد إلا بواسطة من له النظر عليه ، كالرشيد الذى اختل شعوره بما أخرجه عن الادراك . وجاء فى الفصل السادس والثامن أن الصغير الذى عمره بين اثنتى عشرة سنة وثمانى عشرة سنة له أهلية مقيدة إذا عقد بدون مشاركة أبيه أو وليه ، وأن العقد لا يلزم إلا باجازة الأب أو الولى . وفى الفصل السابع أن من تجاوزت سنه ثمانى عشرة سنة يعتبر رشيدا ، لكن الأثنى تبقى فى قيد الحجر الى مضى عامين من تاريخ زواجها . (١)

وفى قوانين مجالسنا الحسبية كانت سن البلوغ ثمانى عشرة سنة هلالية ، ثم رفعت إلى إحدى وعشرين سنة شمسية فى قانون ١٣ أكتوبر

(١) سن البلوغ فى مذهب الامام مالك على القول المشهور ثمانى عشرة سنة ، لكن الأثنى لا يفك عنها الحجر الا إذا تزوجت ودخل بها زوجها ومضى على ذلك زمن قدر فى بعض الاقوال بعامين ، وعلى هذا جاءت مادة المجلة . ومن العلوم فى مذهب مالك أيضا أن الزوجة من أسباب الحجر على الزوجة فيما زاد على ثلث مالها فان تبرعت بالثلث فلا يجوز لها أن تبرع بشئ . من الباقي بدون إذن زوجها إلا بعد عام أو ستة أشهر ، على الخلاف فى ذلك (انظر منح الجليل) ، ومذهب الليث بن سعد فقيه مصر الحجر على الزوجة فى كل مالها ، فلا يجوز أن تبرع بشئ منه بدون إذن زوجها إلا شيئا نافها . والاصل فى هذا ما رواه أحمد والنسائى وأبو داود عن عبد الله بن عمرو بن العاص عن النبى ﷺ قال : لا يجوز لامرأة عطية إلا باذن زوجها اه فاستثنى الليث الشئ . النافه لما حرت به العادة ، واستثنى مالك الثلث لانه رأى قليلا ، وخالفهما الجمهور وأروا الحديث . والسألة مبسطة فى نيل الاوطار

سنة ١٩٢٥ ، وجاء في المذكرة الايضاحية مانصه :

من التعديلات المهمة التي أدخلها المشروع على التشريع الحالي رفع السن التي تنتهى فيها الولاية أو الوصاية من ثمانى عشرة سنة الى إحدى وعشرين سنة ، وهذا التعديل دفعت اليه التجربة فان الاختبار دل على أن سن الثمانى عشرة المحددة الآن لبلوغ الرشد وانتهاء الوصاية غير كافية بالنظر إلى الاحوال الاجتماعية الحاضرة فان غالب الشبان يكونون فى دور التعليم حين بلوغهم هذه السن ، ولذلك يكونون بطبيعة الحال قليلي الخبرة بالحياة العملية أضف إلى ذلك ما يحيط بالشباب الصغير من دواعى الاغراء بالاسراف والتبذير . وقد شوهد فى كثير من الاحوال أن شبانا رفعت عنهم الوصاية وسلمت اليهم أموالهم عند بلوغهم ثمانية عشر عاما فبددوها كلها أو معظمها فى قليل من الزمن . لهذا رأت الوزارة رفع السن التي تنتهى يبلوغها الوصاية من ثمانى عشرة سنة الى احدى وعشرين .

وقال المرحوم فتحى زغلول باشا فى شرحه للقانون المدنى مانصه :
المولود يولد فاقد الاهلية ، ويبقى كذلك الى أن يبلغ سن التمييز ثم يدخل فى دور جديد هو دور التمييز ؛ إلا أن عقله وملكانه لا يزالان غضين ، فلا يقوى على تقدير الافعال التي تصدر عنه ، أو التي يعتمد فعلها تقديرا صحيحا ؛ ثم هو لا يصل الى هذه المرتبة الا بعد أن تنضج فوته العاقلة ، ويكون له الخبرة حتى يؤمن على مباشرة أشغاله وادارة أمواله بنفسه .

ومعلوم أن بلوغ هذه المرتبة لا يتم للجميع بصورة واحدة ، ولا

في زمن واحد ، بل هم يختلفون في ذلك اختلافا كبيرا ، إلا أن منافع الناس وضرورة الأمن في المعاملات والحاجة إلى وضع حد ينتهي إليه حال الانسان ويخرج ببلوغه من دور التردد الى دور العمل ، كل ذلك قضى بتقدير الزمن الذي يخلص فيه كل واحد من ذلك الحجر ، ويتم له الأهلية

والشرائع مختلفة في تقدير هذا الزمن ، فمنها ما جعله اثنتي عشرة سنة للأنثى وأربع عشرة سنة للذكر ، كما فعل الرومان في البداية منذ كانت الأمة في نشأتها الأولى ساذجة الأخلاق قليلة العدد . أيام كانت المراقبة شديدة في تربية الأولاد ، والروابط العائلية قوية كافية لحمايتهم وتدارك ما قد يفرط منهم من الأعمال الضارة قبل استفحال الضرر . فلم يكن من باعث يحمل الشارع على الإبطاء بمنح الأهلية الكاملة والولد محاط بهذه العنايةات كلها

فلما ازدحم المجتمع بأهله ، وكثر المال ، وتنوعت الرغبات والمطالب وتشعبت أعمال الانسان ، وامتدت أطعماعه الى أبعد من داره وعشيرته ، وهي رباط العائلة بضغط تلك المؤثرات ، ظهرت مضار التعجيل بقرار الأهلية ، واضطر الشارع الى تأجيل زمانها ، فجعله خمسا وعشرين سنة ، ومن الشرائع ما وقفت عند الحادية والعشرين ، ومنها ما اقتصرت على تسع عشرة سنة . واختار القانون المصري سن الثامنة عشرة حدا فاصلا بين الصغر وبلوغ الرشد ، فقضى بانتهاء الوصاية اذا بلغ القاصر الثامنة عشرة من عمره ، إلا إذا قرر المجلس الحسبي استمرارها

٩٢ - للقرآن

«مادة ٨ لائحة المجالس الحسبية» ١هـ. والآن صارت السن إحدى وعشرين سنة كما قدمنا آنفا

وأقول انه لا مانع من أن ترفع سن الرشد الى خمس وعشرين سنة ، بل ينبغي ذلك للملاحظات التي جاءت في المذكرة الايضاحية لقانون المجالس الحسبية سنة ٢٥ ، ولما قاله المرحوم فتحي زغلول باشا : فقد تعقدت المعاملات واجراءاتها ، وتشعبت الى شعب لا تكاد تحصى وقد تدهورت الأخلاق ، وكثر تفنن المحتالين في سلب أموال الناس ، فكان لابد من تدارك الأمر ؛ وهذا لا ينافي الشرع الحكيم ، بل يوافقه كل الموافقة ، فقد قال الله تعالى (فان آتستم منهم رشدا فادفعوا اليهم أموالهم) : فجعل المناط في دفع أموال اليتامى اليهم هو إيناس الأولياء الرشد منهم : والرشد هو الاهتداء الى وجوه التصرفات النافعة والضارة . وتعرفها تعرفا يقى الانسان من الوقوع في الخسران ؛ وهذا يختلف باختلاف البيئات الاجتماعية وأحوال الجماعات والاشخاص ؛ وقاعدة الامر بالمعروف والنهي عن المنكر قاضية بذلك

بقيت هنا ملاحظة ينبغي ذكرها ، وهي سن البلوغ الشرعى على المفتى به خمس عشرة سنة ، وهو المعمول به في محاكم مصر الشرعية لانها مقيدة بالعمل بأرجح الأقوال من مذهب أبي حنيفة : ما لم ينص على خلاف ذلك . وعلى هذا فانه يصح شرعا أمام هذه المحاكم تبرعات الصبي الذي تجاوزت سنه خمس عشرة سنة من وقف وهبة ووصية وتزوج بأضعاف مهر المثل ونحو ذلك مما هو محجور عليه في قانون المجالس الحسبية ؛ كما يصح له أن يتزوج بدون تزويج الولي إياه وأن

يشهد وتقبل شهادته ، وإن يكون ناظر وقف ، وأن يكون وليا شرعيا على أولاده الذين يولدون له بعد الخمس عشرة سنة وقبل الحادية والعشرين الى غير ذلك . فهل تنقيد المحاكم الشرعية ، فيما يتعلق بالشؤون المالية . بما جاء في قانون المجالس الحسبية . أو تتمسك بما جاء في قانونها هي ولا تلتفت الى ما وراء ذلك ؟ الظاهر أنها تنقيد وإلا ضاعت الفائدة من المجالس الحسبية . فيجعل ما جاء في قانون تلك المجالس من تحديد الاهلية وقيودها من متعلقات النظام العام الذي لا تجوز مخالفته . بل تكون باطلة من تلقاء نفسها . وإلا فلامعنى لان يمنع الشخص من تسلم أمواله . مع اطلاق التصرف له فيها من وقف ونحوه . فهذا تناقض ظاهر . لكننى أرى أنه لا بد من نص صريح فى قوانين المحاكم الشرعية على هذا .

الدور الرابع

يبتدىء هذا الدور كما قلنا آنفا ببلوغ الانسان راشدا . والانسان فى هذا الدور تكون له أهلية كاملة . ويتوجه اليه الخطاب بجميع التكاليف الشرعية من الايمان والعبادات وغيرها . وتصح التزاماته الشرعية كلها . لكن قد يعرض لاهليته ما يذهب بها كلها أو بعضها أو يغير بعض أحكامها . فوجب إذن الكلام فى عوارض الاهلية . ولا تقتصر على ما يدعوا اليه المقام

عوارض الاهلية

للموارض جمع عارض ، أى أمر عارض ، أو جمع عارضة ، أى

خصلة عارضة ، مأخوذ من قولهم عرض له كذا أى ظهر له أمر يصده
ويمنعه عن المضي على ما كان عليه . والفعل من باب ضرب . وبعض
هذه العوارض يزيل أهلية الوجوب بالسكينة وهو الموت ، أو بالنسبة
لبعض الأحكام دون بعض ، كالجنون وبعضها يزيل أهلية الأداء ،
كالنوم . وبعضها لا يؤثر فى شيء من الأهليتين ، لكن يوجب تغييرا
فى بعض الأحكام كالسفه . وسميت الامور التى لها تأثير فى تغيير بعض
الاحكام مع بقاء الاهلية عوارض لمنعها الاحكام التى تتعلق بالاهلية
التامة من النبوت وابطالها بطلاننا كليا أو جعلها موقوفة على اجازة
من له الاجازة .

وتنقسم عوارض الاهلية الى قسمين . عوارض سماوية ، وعوارض
مكتسبة . فالعارض السماوى هو ما جاء من قبل صاحب الشرع بدون
اختيار للانسان فيه ، والمكتسب هو ما كان لاختيار الانسان فيه
مدخل .

وقد عدوا الصفر من العوارض السماوية ، فقليل كيف يكون
الصفر عارضا وهو ثابت للانسان بأصل الخلقة ، وأجيب عن ذلك بأن
الصفر ليس من لوازم ماهية الانسان . والمراد بعوارض الاهلية
الحالات التى تكون منافية للأهلية ، وليست هى من لوازم الانسان
من حيث هو انسان ، فهذا هو الذى نعنيه .

ولكنى لم أذكر الصفر فى العوارض اكتفاء بما تقدم فى أدوار
الأهلية منعا للتكرار بدون فائدة .

وهناك الكلام فيما نحتاج إلى معرفته من العوارض .

العوارض السماوية

الجنون والعتة

من الامور الثابتة أن الانسان قد يولد مجردا من العقل بالحكمة كالذي يولد أكمه فاقد حاسة البصر ، وقد يولد ومعه عقله ، ولكن يعترضه ما يقف العقل عن سيره في أول أدوار حياته ، أو بعد ذلك بقليل أو كثير من الزمن وقد يولد سليم العقل ، ويسير عقله جسمه في نموه حتى يبلغ رشيدا ، ثم يثاقل عقله بمرض يذهب به كله أو بعضه أو يذهب به في بعض الازمنة دون بعض ^(١) ، فإى شئ نسمى

(١) جاء في كتاب مقياس الذكاء للدكتور الفاضل حسن عمر : ان ضعف العقل هو وقوف نمو المخ عند حد معين يختلف باختلاف الأشخاص ، فهو ليس بمرض ينتاب المخ كالجنون ، اذ المجنون شخص اعتراه مرض أثر في مخه فتغير هذا الشخص عن حاله الطبيعية ، وحصل له اضطراب في قواه العقلية كلها أو بعضها . أما ضعف العقل فهو ذلك الشخص الذى نما مخه نموا طبيعيا الى حد ما . ثم وقف عندها الحد ووقف هذا النمو يعترى الطفل منذ حياته الاولى الى أن يبلغ الثانية عشرة هذا اذا كان ضعف العقل ناشئا عن حالة وراثية ؛ ورثها الولد عن والده . فاذا وصل ولد الى الثانية عشرة من عمره ولم يقف نمو عقله استمر ينمو ما لم يعترضه عارض خارجي يؤثر في نمو عقله . فضعفو العقول ينقسمون إلى طيقات ثلاثة :

(١) ضعفو العقول من المرتبة الدنيا ، وهم الافراد الذين ليس في مقدورهم أن يعملوا عملا ، فهو الطفل الذى بلغ الثانية من عمره سواء ، (٢) ضعفو العقل من المرتبة الوسطى ، وهم الافراد الذين يستطيعون أن يتعلموا قليلا ، وأن يعملوا ما يكلفونه من أعمال تملوها وأرشدوا اليها ، أو ربوا عليها من غير أن يتصرفوا في عملهم أدنى تصرف وادراكهم كادراك طفل تتراوح سنه بين الثالثة والسابعة .

هاتين الحالتين؟ جاء في الكتب الفقهية لفظان لذلك، هما الجنون والعته، لكن لم يبينوا للناس أيهما حقيقة واحدة تحتها نوعان، أم هما حقيقتان متغايرتان؟ فقد اختلفت عباراتهم في ذلك اختلافا عظيما، فالظاهر مما قاله علماء الأصول أنهما متغايران، وكذلك الشأن في كتب الفروع، لكنهم صرحوا في بعض الفروع بأن العته نوع من الجنون وفسروه به في بعض المواضع. كذلك صرح علماء الأصول بأن حكم المعتوه كحكم الصبي المميز لكن في بعض الفروع ما يدل صراحة على أن من العته ما لا يدرك صاحبه كالصبي غير المميز، ومنه ما يكون معه نوع ادراك كالصبي المميز، وفرق في التبئين بين الجنون والعته بأن الاول يصحبه اضطراب وهيجان، والثاني يلزمه الهدوء والحقيقة واحدة. ولذلك أقول:

(٣) ضعيفو العقل من المرتبة العليا، وهم الأفراد الذين يقوون على أن يتعلموا التعليم الابتدائي ويتصرفون تصرفا قليلا فيما يوكل اليهم من الأعمال، وادراكهم يعادل ادراك صبي تتراوح سنه بين الثامنة والثانية عشرة هـ. أقول ان الانسان في هذه الحالات الثلاث يكون معتوها لا مجنونا، وكذلك إذا مه ضعف في عقله بسبب شيخوخة أو حادث ألم به فأضعف إدراكه وأثر في عقله، وأما المجنون فهو ما صاحب عدم ادراكه الكلى أو الجزئ اضطراب، على ما اختاره في التبيين، وعلى ذلك يكون المعتوه نوعين، معتوه غير مميز، ومعتوه مميز، وأنه في حال عدم التمييز يلحق بالمجنون في كل أحكامه، وفي حالة التمييز يلحق بالصبي المميز، وهذا هو الموافق للفرع الفقهية الروية، غير أنه يلاحظ أن المعتوه إذا أطلق في الكتب الشرعية يراد به غالبا من هو في درجة الصبي المميز

ان فاقد العقل، أو ناقصه ، أو مختله . سواء أ كان هذا الوصف ثابتا له في أوائل حياته من وقت ولادته أو بعدها . أم كان طارئا عليه بعد بلوغه عاقلان كانت حالته حالة هدوء فهو المعتوه اصطلاحا ، وإن كانت حالته حالة اضطراب فهو المجنون . وأن المعتوه قسيمان : مميز . وغير مميز . هذا هو الذى يؤخذ من كلامهم . ولولا خوف الاطالة لذكرت كل ما يشهد لما أقول « انظر أصول نحر الاسلام . وشرحه والتبيين . والفتاوى الهندية . ورد المختار » . وبالجملة فآلعتة ضعف العقل والجنون اختلاله .

أحكام الجنون

للمجنون أهلية وجوب . كأهلية الصبي غير المميز تماما . وأحكامهما واحدة في كل شيء ، فكل المطالبات المالية التى تجب على الصبي غير المميز تجب على المجنون . والعقوبات البدنية منتفية عنه كلها . ولا يحرم من الميراث إذا قتل مورثه . ولا تلزمه تبعة بفعل غيره . وجميع تصرفاته القولية باطلة بطلانا كليا فلا تصح له عبارة أصلا . ولا يبنى عليها أى حكم من الأحكام . غير أنه إذا أسلمت زوجته فإن الاسلام يعرض على أحد أبويه . ولا تنتظر افاقة . بخلاف الصبي غير المميز وقالوا فى الفرق بينهما ان بلوغ الصبي سن التمييزات لا محالة . اذ له وقت معلوم . وأما افاقة المجنون فليس لها وقت معلوم . وقد لا تكون . فلا معنى للانتظار .

وقد يكون الجنون متقطعا غير مستوعب لكل الاوقات . فيصيب الشخص فى بعض الاحايين . أو فى بعض الاحوال دون

بعض . فأحكامه في حالة جنونه هي الاحكام المتقدمة . وأما في حالة
افاقته وزوال الجنون عنه بالكلية فإن تصرفاته تكون نافذة لانه عاقل
بالغ ؛ وان لم تكن إفاقته تامة ، بل كان يعقل بعض الأشياء دون
بعض فتصرفاته في حكم تصرفات المعتوه . هذا وقد جاء التعبير في
بعض معتبرات كتب المذهب « بالجنون المغلوب » فقل في تفسيره
انه هو الذى لا يفريق أصلا ؛ سواء أكان جنونه كلياً أو جزئياً ويقابله
من يحسن تارة ويفرق أخرى . وقيل هو الذى لا يعقل أصلا ، أى من
كان جنونه كلياً ، ويقابله من يعقل بعض الأشياء دون بعض . وقد
يقال لجنونه انه مطبق ، اما باعتبار استيعابه كل الأوقات ، واما
لكونه جنونا كلياً لا يعقل صاحبه شيئا هذه هي الخلاصة نقية صافية
وانظر التبيين وحاشيته والهداية وشروحها ورد المختار .

أحكام العته

ان كان المعتوه في ادراكه كالصبي المميز ، فحكمه حكم الصبي المميز
وان كان دون ذلك فأحكامه أحكام الصبي غير المميز ، على التفصيل
المتقدم .

قال في الفتاوى الهندية : المعتوه الذى يعقل البيع والشراء بمنزلة
الصبي يصير مأذونا باذن الأب والوصى والجسد دون غيرهم ، وحكمه
حكم الصبي ، كذا في حزانة المفتين . وان كان المعتوه لا يعقل البيع
والشراء فأذن له أبوه أو وصيه في التجارة لا يصح ، كذا في
البسوط اهـ

وإذا أسلمت زوجة المعتوه فان كان مميزا عرض عليه هو الاسلام

كما يعرض على الصبي المميز ، وإن كان غير مميز عرض الاسلام على أبيه ، كما يعرض على أبي المجنون ، وهذا لأن العته كالجنون لا حد له بخلاف الصغر ، وقد نص على ذلك في شرح أصول فخر الاسلام ، وقال بعد ذلك : ان العته يشابه الجنون ، وقال قبل هذا بصفحة ان العته نوع جنون .

أقول : وبالجمله لا ينبغي أن يثبت في أمر ضعيف العقل ومثله حتى يتمتع ويتحرى أمره : ثم يطبق عليه من الاحكام ما يليق به على البيان المتقدم ، وهذا هو القول الفصل في هذه المسألة .
السكر :

السكر معروف : وقد قيل في تعريفه انه سرور يغلب على العقل بمباشرة بعض الاسباب الموجبة له : فيمنع الانسان عن العمل بموجب عقله لكن يلاحظ على هذا التعريف أنه لا يتناول السكر في جميع أحواله ، إذ بعض السكر لا يصحبه سرور : كالذي يحصل من تناول بعض الادوية ، ولذا عرفه بعض العلماء بأنه غفلة تلحق الانسان مع فتور في الاعضاء بمباشرة بعض الاسباب الموجبة لذلك من غير مرض وعلة . وقيل هو غيبة العقل أو مغلوبته من تناول خمر أو ما يشابه الخمر والسكر لا يثبت شرعا إلا إذا اختلط كلام السكران وغلبه الهذيان ، وقد يرتقى الحال معه فيصبح لا يعرف الارض من السماء ، ولا الرجل من المرأة .

وأقول : قد اختلف نظر علماء الشريعة الاسلامية في أحكام ما يصدر عن السكران من قول أو فعل : فنظر فريق منهم إلى

السكر في ذاته فرأى أن ينافي استقامة القصد، وصحة الإرادة ،
فحكم بأبطال تصرفات السكران ولم يرتب آثارها عليها لفقدان
ركنها أو شرطها ، ولم يفرق بين سكر وسكر إذ حقيقة السكر
واحدة لا تختلف باختلاف الطرق المؤدية إليه ، والاحكام الشرعية
يجب أن ينظر فيها إلى حالة المتصرف في ذاته . وهذا القول في نظري
هو الاظهر . قال الامام ابن القيم رحمه الله : الصحيح أنه لا عبرة
بأقوال السكران من طلاق وعتاق وبيع وهبة ووقف وإسلام وزدة
وإقرار الخ ، لكنه مؤاخذ بضمان ما أتلفه وبجناياته (راجع أعلام
الموقعين) .

ونظر فريق منهم وهم الاكثر الطريق المؤدى إلى السكر ، فان
كان مباحا كسكر المكروه بأكره ملجئ ، وسكر المضطر ، وسكر
من شرب دواء فسكر به ، فالسكران معذور شرعا ، فلا يقام عليه
الحد وتلغى جميع تصرفاته من طلاق وعتاق وبيع الخ ويعتبر السكران
في هذه الحالة كالنائم والمغنى عليه في أحكام التصرفات لقيام عذره ،
واتقاء قصده .

وإن كان محظورا ، كأن يشرب الخمر ونحوها طائعا مختارا غير
مضطرو ولا مكروه فيسكر ، فان تصرفاته كلها تنفذ عليه عقابا وزجرا
له فيقع طلاقه ويصح بيعه الخ . وهذا هو مذهب أبي حنيفة وأصحابه
رحمهم الله : لكن الطحاوى والكرخى من أئمة المذهب قالوا بعدم وقوع
طلاق السكران ، ونقل ابن القيم أنه رواية عن أبي يوسف وزفر ،
وأن الشافعى نص على وقوع طلاقه ، وأن لبعض أصحابه قولا

بطريق الاستنباط بعدم وقوعه .

وأما أفعال السكران فإن كانت موجبة للضمان المالى فإنه مؤاخذ بها مطلقا ، كمؤاخذة الذائم والمغنى عليه ، وإن كانت موجبة للعقوبة البدنية كالحد والقصاص : فإن كان السكر بمباح فلا عقوبة لانتفاء القصد وعدم ارتكابه المحظور (انظر رد المحتار) ، وإن كان السكر بمحظور فلا تسقط عنه العقوبة زجرا وتأديبا له : فإذا قتل وهو سكران قتلا موجبا للقصاص اقتصر منه : وإذا زنى أقيم عليه الحد إذا سجا . ويصح اقراره ولو بما يوجب القصاص فيؤاخذ به إذا أفاق : غير أن اقراره بالحدود الخالصة : كأن يقر بالزنى أو بأنه شرب طائعا مختارا فسكر ، أو بأنه سرق ، فلا يؤاخذ باقراره بها لأن حالته مضطربة غير ثابتة فيكون في اقراره شبهة : والحدود تدرا بالشبهات : غير أنه يؤاخذ بالسرقعة بالنسبة للمسروق منه : لأنه حق العبد : وحقوق العباد لا تسقط بالشبهات . وكذلك ردة السكران لا تصح استحسانا لعدم لعدم ثباته ، فلا تبين منه امرأته : لكن اسلامه يصح اكتفاء بعمل لسانه وحرصا على ضمه إلى جماعة المسلمين . وإذا قذف انسانا وهو سكران أقيم عليه الحد إذا أفاق ، لعدم جواز الرجوع في ذلك رعاية لحق العبد .

قال في شرح المصنف على المنار: في شرح أصول نخر الاسلام : الاصل أن القدرة إذا عدت بأفة سماوية « كالجنون والعتة » لم يبق مخاطبا ، إذا لم يبق مخاطبا لكان تكليف ما ليس في الوسع ، وهو مردود بالنص . وإن عدت بمعنى من جهة العبد بقى مخاطبا ، وبجمل قدرته

باقية زجرا وتنكيلا ، فاذا كان سبب السكر معصية لم يعد عذرا فلا يوضع عنه الخطاب ، وتلزمه أحكام الشرع اه
أقول : ويؤخذ من التعايل أن السكر اذا كان من مباح فهو عذر .
وعليه فلا تعتبر القدرة باقية ، كما لو كان زوالها بأفة سماوية : على أنهم قد صرحوا بهذا فيما لو كان السكر ناشئا عن الأشرية المباحة مطلقا كالتخذه من الحبوب والفواكه التي لا تعاطى للتلهس بل للتقوية والتغذى (وانظر تفاصيل ذلك في أصول نثر الاسلام وشرحه : وفي كتاب الأشرية من الكتب الفقهية) .

تنبيه : أصبح طلاق السكران لا يقع عندنا عملا بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ، وأقول يجب أن يكون هذا قاصرا على السكران الذي يكثر هذيانه والاختلاط في كلامه ، وأما الذي يتناول المسكر ولا يهذى ولا يخلط في كلامه اقله ما تناوله أو لتعوده حتى صار لا يتأثر بما تناوله ، فهذا تصح كل تصرفاته ويقع طلاقه ، لأنه لا ينطبق عليه حد السكران ، ولا شرط السكر ، بل هو في الحقيقة صاح « انظر رد المحتار في طلاق السكران ،

السفه :

هو خفة تعترى الانسان فتحمله على العمل بخلاف موجب العقل والشرع مع قيام العقل حقيقة ، لكنه غلب في اصطلاح الفقهاء على نبذير المال واتلافه فيما لا يعود العقل من أهل الديانة غرضا صحيحا وأصل المسامحات في التصرفات ، والبر والاحسان مشروع . لسكن الاسراف حرام . ولو فيما أصله خير محض ، كبناء المساجد والمدارس

والملاجئ، ونحوها . فالسفة كما يكون في الشر يكون في الخير أيضا
والواجب هو الاعتدال والقصد في كل التصرفات لئلا يؤل الأمر الى
اضرار الانسان بنفسه ثم بغيره . قال تعالى : (والذين اذا أنفقوا لم
يسرفوا ولم يقتروا . وكان بين ذلك قواما)

والسفة لا ينافي الاهلية بنوعيتها . اذ عقل السفيه غير مؤوف .
لكنه مغلوب بهواه . والدليل على ذلك انه مكلف بالعبادات من
صلاة وصوم وحج وزكاة . ومؤاخذ بجناياته بالاجماع . وكان من مقتضى
هذا ألا يمنع ماله عنه . وألا يحجر عليه في التصرفات شأن كل مكلف
تام الاهلية . لكن جمهور الفقهاء قالوا بالحجر عليه في التصرفات
المالية التي تضره ، وبألا يسلم ماله اليه حتى يؤنس منه الرشد . وخالفهم
أبو حنيفة في بعض ذلك . وهماك جملة القول في هاتين المسألتين .
تسليم مال السفيه اليه :

اذا بلغ الصبي سفيها منع عنه ماله . فلا يسلم اليه شيء منه . قال
تعالى . (ولا تؤتوا السفهاء أموالكم التي جعل الله لكم قياما) . أى
لا تعطوا المبذرين والمسرفين أموالهم التي في أيديكم وأنتم قوامون عليها
بالحفظ والتصرف فيها لمصلحتهم ^(١) . ثم قال (فان أنستم منهم رشدا
فادفعوا إليهم أموالهم) . أى ان عرفتم ورأيتم فيهم صلاحا في العقل
وحفظا للمال فاعطوهم أموالهم فقال أبو حنيفة : ان منع المال عن مالكة
بهذا النص اما حكم غير معقول المعنى . اذ مالك المال انسان حر بالغ
(١) للآية تأويلات أخرى مفصلة في مطولات كتب التفسير والاصول
والفقه .

عافل مكلف بكل التكاليف الشرعية ولم يسقط عنه شىء من الواجبات فكيف يمنع عنه ماله . واما أن يكون منع ماله عنه تأديباً له . والانسان في أول أحوال البلوغ قد لا يفارقه السفه لقربه من زمان الصبا لكن بعد تطاول الزمن به لا بد من أن يستفيد رشد اما بطريق التجربة والامتحان . فحسبه حبس ماله عنه حتى تصل منه الى خمس وعشرين سنة . فاذا بلغ هذه السن فلا بد أن يكون حصل له نوع رشد . والشرط رشد نكرة . فيتحقق بأدنى ما يطلق عليه اسم الرشد وحينئذ يجب أن يسلم ماله اليه وكفاه عقوبة . ولا مخالفة في ذلك للنص كما عامت . وقال أبو سيف ومحمد لا يعطى السفه ماله حتى يتحقق رشده . ولو بلغت منه مبيعين أو تسعين سنة . لأنه تعالى علق الابتاء بایناس الرشد فلا يجوز قبله . ولا يلزم من بلوغ السفه سنا معينة أن يؤنس منه الرشد . بل لا بد من وجود الرشد حقيقة في أية سن كانت :

وعلى هذا الخلاف فيما اذا بلغ رشيداً ثم صار سفياً . فأبو حنيفة لا يرى منع ماله عنه خلافاً لصاحبيه .

الحجر على السفه .

قال أبو حنيفة لأحجر على السفه بل اعتبر تصرفاته صحيحة نافذة كغيره من سائر العقلاء . وذلك لأن النص انما ورد بمنع ماله عنه لا بالحجر عليه في التصرفات .

قال صاحبان : أى فائدة في منع ماله عنه مع اطلاق التصرف له . فهو يتلف بلسانه مامنع من تناوله بيده : فيهب لمن يشاء ويبيع

ومحايى من يشاء . وهكذا فلا أجل تمام النظر يحجب الحجر عليه كما
يجب منع ماله عنه . قال أبو حنيفة . ان السفه إنما يتلف ماله عادة
، التصرفات التى لاتتم الا باثبات اليد على المال كالضيافات والهبات
فاذا كانت يده مقصورة عن المال فلا يتمكن من تنفيذ هذه التصرفات
فحصل المقصود بمنع المال عنه وان كان لا يحجر عليه وأما قياس الحجر
على منع المال فهو قياس الأعلى على الأدنى . إذ غاية منع المال عنه ابطال
نعمة زائدة ، وهى اليد والحافة بالفقراء ، والفقر لا ينافى الاهلية ولا
الانسانية : أما الحجر عليه فهو إلغاء عبارته بعدم ترتيب آثارها عليها
وفى هذا ابطال ولايته وأهليته والحافة بالبهائم ، وتجريده من نعمة
أصلية هى أكبر النعم وأجلها ، وهى البيان الذى امتاز به الانسان عن
سائر الحيوان قال تعالى : « خلق الانسان ، علمه البيان » . فائن جاز
الحاق ضرر يسير به فى منع نعمة اليد عنه وهى نعمة زائدة والحافة
بالفقراء لتوفير النظر عليه - لا يجوز الحاق الضرر العظيم به بتفويت
النعمة الأصلية والحافة بالبهائم من أجل النظر .

قال الصاحبان : اتنا نقول بالحجر على السفه لأجل النظر له
وللناس كافة أما النظر له فلا أنه لم يخرج بسفه عن كونه أخالنا وله
حق علينا ، والأمر بالمعروف والنهى عن المنكر إنما شرعا بطريق النظر
للمأمور والمنهى حقاله علينا ، وأما النظر للناس فلا أن ضرر السفه
يعود اليهم ، فان السفه اذا أفنى ماله بالسفه والتبذير صار وبالاً على
الناس وعيالا عليهم يستحق النفقة فى بيت المال ، والحجر على الحر
لدفع ضرره عن العامة مشروح بالاجماع ، كما فى المفتى الماجن ، والطبيب

الجاهل ، والسكاري المفاىس . وأبضاً نحن اتفقنا جميعاً على الحجر على الصبي .
والصبي إنما حجر عليه لتوهم التبذير منه ، والتبذير من السفية محقق
فيجب الحجر عليه نظراً له .

والحاصل أن على قول الصاحبين بحجر على السفية نظراً له
وللناس ، وقد اختار فقهاء المذهب قولهما للفتوى لاقتضاء المصلحة
الأخذه .

وهما لا يقولان بالحجر على السفية في كل التصرفات ، بل التصرفات
التي يبطلها الهزل وتقبل الفسخ ، كالبيع والابارة وجميع التبرعات .
سواء أ كانت تبرعاً ابتداءً وانتهاءً أم تبرعاً ابتداءً فقط ، فتبرعات السفية
كلها باطلة بطلاناً كلياً ، ومعاوضاته متوقفة على اجازة القاضي فينفذ
مالاً ضرر فيه ويبطل ما فيه الضرر . والآن تقوم المجالس الحسبية
مقام القاضي ، فهي التي تعين القيم على السفية ، وقد قيدت تصرفاته
بالمادتين (٢١ و ٢٢) وجعلته خاضعاً لأحكام قانونها بما فيه النظر
للمحجور عليه .

وأما التصرفات التي تصح مع الهزل ، كالزواج والطلاق ، فالسفيه
غير محجور عليه فيها ، لكن المهر يجب ألا يزيد على مهر المثل ، بل
يلغى الزائد . لبطلان التزامه . لأنه تبرع . قال في شرح أصول فخر
الاسلام : وإنما لم يثبت الحجر في حق الطلاق والعناق والنكاح ونحوها
لأن المحجور عليه لسبب السفه في التصرفات كالهازل . فانه يخرج
كلامه على غير نهج كلام العقلاء لقصد اللعب دون ما وضع الكلام
له . لا لنقصان في عقله . فكل تصرف لا يؤثر فيه الهزل . كالنكاح

والطلاق ، لا يؤثر فيه السفه أيضا ، وكل تصرف لا يؤثر فيه الهزل ؛
وهو مما يحتمل الفسخ يؤثر فيه السفه اهـ

غير أنه استثنى وصية السفه في سبل الخير ووقفه على نفسه
وأولاده من بعده . قال في التبیین . وإن أوصى بوصايا في القرب
وأبواب الخير جاز ذلك من ثلث ماله إن كان له وارث ؛ وهذا استحسان
والقياس ألا تجوز وصيته كما في تبرعاته حال حياته . وجه الاستحسان
أن الحجر عليه لمعنى النظر له كيلا يتلف ماله ويبقى كلا على غيره ،
وذلك في حياته ، أما بعد موته فلا حاجة به الى المال ، ولا ضرر
بالوارث ؛ لأن حقه في ثلثي التركة وفي هذه الوصية ما فيها من الثواب
والذكر الحسن ، فإن كانت الوصية في غير سبل الخير فلا تنفذ اهـ
ملخصا . وفي رد المختار أن وقف السفه على نفسه ثم على ولده ثم
على وجهه بر لا تنقطع وقف صحيح لأنه لا ضرر فيه بل فيه صون
ماله له .

وبعد أن اتفق الصاحبان على الحجر على السفه اختلفا هل يثبت
بنفس السفه ، أو لابد من حكم القاضي ؟ قال محمد بالأول . لأن السفه
نظير الجنون والعتة والصغر والرق ، والحجر يثبت بنفس هذه الاشياء
من غير حاجة إلى قضاء القاضي فكذلك السفه وذلك لأن كل واحد
من هذه الاشياء علة للحجر ووجود العلة يستلزم وجود معلولها . وقال
أبو يوسف بالتأني فلا يصير السفه محجورا عليه الا بحجر القاضي ،
وذلك لأن الحجر عليه لمعنى النظر له . وهو متردد بين النفع والضرر
فكان لابد من قضاء القاضي لأجل الترجيح . يوضحه أن السفه
١٠٢ - الالتزام

ليس بشئ، محسوس، وإنما يستدل عليه بآثاره بخلاف الأشياء المقيس عليها، ولأن الحجر بالسفنة مختلف فيه بين العلماء فلا يثبت إلا بقضاء القاضى رفعا للخلاف. ولو كان الحجر من وقت السفنة لكان فيه اضرار بمن عاملوه قبل أن يتبين لهم حقيقة أمره، وهذا لا يجوز لما فيه من التغرير بالناس فكان لا بد من حجر القاضى عليه ليعلم الناس بذلك فيكفوا عن معاملته. ولا يرتفع الحجر عنه إلا برفع القاضى إياه خلافا لمحمد فانه قال بارتفاعه بزوال السفنة لأن العلة تدور مع معلولها وجودا وعدما. وقول أبى يوسف هو المعمول به لأنه اضبطوا في العمل به من منع الأضرار بالناس وعليه فجميع تصرفاته قبل حجر القاضى صحيحة نافذة وبعد الحجر تكون على التفصيل المتقدم من بطلان أو توقف على الاجازة حتى يرتفع الحجر برفع القاضى. وأما محمد فانه يجرى أحكام السفنة من ابتداء وجوده حتى يزول، فإذا زال عادت إلى التصرفات صحيحة ونفاذها بدون توقف على فعل قاض. والمجالس الحسبية هي التي تقوم الآن بالحجر على السفينة ورفع الحجر عنه، وليس هذا من باب القضاء بالمعنى المصطلح عليه لعدم وجود الخصرمة وطرفيها جميعا، وإنما ذلك في الحقيقة من مسائل الحسبة، والتعاون على البر والتقوى، والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر.

٧٠ — ولما كان منع الضرر عن الانسان والناس قد اتخذ أساسا للحجر قال صاحبان بالحجر على ذى الغفلة، وهو الذى لا يهتدى إلى التصرفات الراجحة، فيغيب في البياعات لسلامة قلبه مع كونه غير مفسد ولا قاصد للفساد كذلك قالوا بالحجر على المدين اذا طلب

ذلك غرماؤه . والتفصيل في كتب الفروع تصرفات المريض مرض الموت

تعريف المرض

المرض هو ما يعتري الاجسام الحية من خلل أو نقص قخرج
به عن حالة اعتدالها العادية : قليلا كان أو كثيرا ، وقد ينتهي به الامر
إلى القضاء على الحياة
مرض الموت

هو نوع من أنواع المرض اجتمع فيه وصفان (أولهما) أن يغلب
فيه الهلاك عادة . ويرجع في هذا إلى الاحصاءات الطبية وإلى الأطباء
في معرفة طبيعة الأمراض وفي حالة المريض نفسه وفي كل حادثة
جزئية اشتباه الأمر قبها (ثانيهما) أن يعقبه الموت متصلا به سواء
أكان الموت بسببه ظاهرا أم كان بسبب آخر أفضى إلى الموت كقتل
أو غرق أو حريق أو تصادم ، أو أى سبب آخر أفضى بالمريض إلى
الموت حال كونه مريضا . فإذا انتفى الوصفان كلاهما أو أحدهما فلا
يعتبر الانسان مريضا مرض الموت ، وحينئذ يكون حكم تصرفاته
حال مرضه كحكم تصرفاته حال صحته تماما بدون أى فرق بينهما .
فليكن هذا على ذكر منك ولا نسه عنه

الأمراض المزمنة

هي الأمراض التي يطول بها المدى وقد قدر ذلك بمضى الفقهاء
بسنة فأكثر . وبعضهم وكل أمر التطاول إلى العرف . وقد أخذ
بالقول الاول في المادة (١٥٩٥) من المجلة العدلية . وبه أخذ معظم المحاكم

في مصر (١) وعلى هذا اذا مضى على المريض مرضا مزمن سنة كاملة ولم يزد مابه من المرض في خلالها اعتبرت تصرفاته في تلك السنة كتصرفات السليم، أما إذا ازداد مرضه واشتد حتى مات، كانت تصرفاته تصرفات مريض مرض الموت . وفصل الخطاب في ذلك هو شهادة الأطباء عند الاختلاف (٢)

الاصحاء الذين هم في حكم المرضى

أورد الفقهاء في كتبهم حالات يلحق فيها الصحيح بالمرض في حكم تصرفاته . فمن ذلك راكب البحر إذا كان مضطربا هائجا وقد خيف الفرق ومنه من يقدم للقتل قصاصا أو غيره ، ومنه الأسير

(١) انظر كتاب تصرفات المريض للاستاذ الدكتور محمد كامل مرسى بك عميد كلية الحقوق سابقا والمستشار بمحكمة النقض الآن .

(٢) إذا ادعى الدائنون أو الورثة أن التصرف حصل حال المرض وادعى الطرف الآخر أنه حصل حال الصحة ، وأتى كل من الطرفين بيينة تشهد له ، قال فالراجح هو تقديم بيينة الصحة على بيينة المرض لأن الحادث يضاف إلى أقرب أوقاته والمرضى أقرب الأوقات إلى الموت فيكون الظاهر شاهدا للدائنين والورثة ، والبيئات شرعت لاثبات خلاف الظاهر ، وقيل تقدم بيينة المرض على بيينة الصحة لان الصحة أصل والمرضى عارض ، والبيئات شرعت لاثبات خلاف الأصل انظر كتاب القول لمن ، لنوعى زاده وكتابي ترجيح البيئات للسيد محمود حمزة والشيخ غانم البغدادى وتكملة رد المحتار . ثم قارن هذا بما في المادة ١٦٨ ، من لائحة المحاكم الشرعية الحالية

عند قوم إذا كان من عاداتهم قتل الأسرى ، والحامل إذا أخذها
المخاض (١) .

لماذا كان للمريض مرض الموت أحكام استثنائية في بعض تصرفاته؟
السبب في هذا على ما رآه فقهاؤنا هو أن الإنسان إذا مرض
مرضا مخوفا تبين فيما بعد أنه أفضى إلى موته ، أو اتصل به موته وكان
هذا المرض في شدة وتزايد اعتبر في حكم الميت لقيام سبب العجز به
فلا يقدر على السعى كما قد كان حال صحته ، وبذا تضعف ذمته عن
تحمل ما عليه من الديون لغيره . فيتعلق حق الدائنين بماله وكذا يظمر
تعلق حق ورثته بذلك المال أيضا فيجب حماية كل من الدائنين والورثة
من تصرفاته الضارة بكل فريق منهم ، فيبطل منها كل ما يفوت به
شيء من حقوق الدائنين كبيرا كان أو صغيرا ، وكذا كل ما جاوز ثلث
ماله الباقي بعد الديون حفظا لحق ورثته الشرعي ، وبالجمل فالمرضى في
هذه الحالة يكون محجورا عليه شرعا في كل ما يضر بدائنيه وورثته .
وعلى هذا فجميع التصرفات التي لا تمس حقوق الدائنين ولا الورثة
هي كتصرفاته وهو صحيح بدون أي فرق بينهما ، وذلك لقيام أهليته
بعد المرض على ما كانت عليه قبله ، وإنما كان الحجر عليه لأمر خارج
عن الأهلية وهو ما أسلفنا فلا تسه عن هذا (٢) .

(١) انظر الدرر والمختار والمحلى لابن حزم وكتاب تصرفات المريض
للاستاذ كامل بك مرسى وشرحي المجلة العدلية لعل أفندى حيدر وسليم أفندى يار
وجامع الفصولين .

(٢) وعلى هذا إذا كان المريض واقفا أو ناظر وقف يملك الشروط من ادخال

أما إذا كان عقل المريض قد إيف بسبب المرض أو بسبب آخر، فإن التصرفات في هذه الحالة لا تعتبر تصرفات مريض بجسمه وإنما تعتبر تصرفات مؤوف بعقله فتطبق عليها أحكام تصرفات المجنون والمعتوه ويصرف النظر عن النظر في مرضه لأن آفة العقل تؤثر في الأهلية وهي مناط صحة التصرف وبطلانه ، بخلاف آفة الجسم .

فليكن هذا على ذكر منك في هذا المقام .

مذهب المخالفين في حكم تصرفات المريض .

خالف جمهور الفقهاء في حكم تصرفات المريض أبو محمد بن حزم فجعل حكم تصرفاته وهو مريض كحكم تصرفاته وهو صحيح بدون أي فرق في شيء مافي كلتا الحالتين . وحكى عن أبي سليمان داود بن علي إمام أهل الظاهر أنه يوافق الجمهور في مسألة العتق فقط ، وأما فيما

واخراج وزيادة ونقصان الخ . فالمرض لا يسلبه شيئا من ذلك مادام عقله سليما لم يمسه ضعف أو خلل . وكذلك الحكم في كل ماله من ولاية على نفس أو مال ، مادام كل من حقوق دائنيه وورثته محفوظا مصونا . غير أن الفقهاء قد استثنوا من الحجر لحق الغريم والوارث نفقات المريض الضرورية كأجرة الطبيب و ثمن الاغذية والادوية والزواج بمهر المثل إذا دعت اليه الحاجة فان المريض قد يحتاج إلى من يخدمه أو يؤنسه ، والنفقة اللازمة له ولمن معه في عياله ، كل اولئك خارج عن نطاق الحجر . ومقدم الوفاء به على حقوق الدائنين والورثة وان ترتب على ذلك نقص تلك الحقوق وانظر كتابنا التركة والحقوق المتعلقة بها . ورأى ابن حزم في مسألة ايفاء الديون وتقديمها على كل شيء حتى على التجهيز والتكفين خلافا لما ذهب اليه جمهور فقهاء الشريعة بما ذكرناه هنا وهناك .

عدا العتق فقولهما واحد . وقد أول ابن حزم ما استدل به أبو سليمان وبين أنه لاجبة له فيه . وكذلك صنع مع الجمهور فيما احتجوا به وأورد أقوال الساف في الموضوع مما يخالف الجمهور ومما يوافقهم وضعف أدلتهم العقلية ، والمقام هنا يضيق عما قاله فارجد إليه في كتابه المحلى فهو واف جدا . هذا ولنبدا الآن في أحكام تصرفات المريض على ماعليه العمل عندنا الان مع اراد أهم اختلافات ، فأقول

إذا شئ المريض من مرضه ولو برهة من الزمن نفذت جميع تصرفاته التي صدرت عنه وهو مريض ، ولا اعتراض لأحد من الدائنين والورثة على شيء مما صنعه ، وذلك لزوال العلة التي أوجبت الحجر عليه . وليلاحظ مذهب مالك في التبرعات بالنسبة للدائنين على ما بيناه في أحكام الهبة في كتابنا التزام التبرعات أما إذا اتصل الموت بهذا المرض كان حكم تصرفاته التي صدرت عنه وهو مريض على هذا التفصيل .

(١) كل تصرف صدر عنه من التصرفات القابلة للفسخ كالهبة والكفالة والبيع مع المحاباة الخ ، يحكم بصحته ونفاذه في الحال متى استوفى التصرف شروطه الشرعية ، لأنها وقت أن صدرت عنه لم يمنع مانع من صحتها ونفاذها فلا مبرر لتوقفها . حتى إذا مات فحينئذ فقط يكون لمن لحقه الضرر من هذه التصرفات من دائن ووارث حق ابطاله بقدر ما يسلم له حقه المذكور آنفا ، كما أن له حق اجازته اذا شاء . وان ما قيل مخالفا لهذا فهو خطأ محض . وقد بسطنا ذلك فيما

٢- بناه في الهبة .

(ب) وكل تصرف غير قابل للفسخ كالاقتاق يقع على حق غريمه كأن يعتق المريض عبدا من ماله المستغرق بالدين ، أو يقع على حق الوارث كأن يعتق عبدا تزيد قيمته على ثلث التركة ، فحكم هذا العتق حكم التدبير ، فيكون عبدا في كل أحكامه قبل وفاة سيده ، وبعدها يسعى في كل قيمته بالنسبة للدين ، وفيما زاد على الثلث بالنسبة للوارث . وإذا لم يؤثر اعتاقه في حق غريم أو وارث نفذ العتق في الحال لعدم المانع .

ووقف المريض متى استوفى شروطه نافذ في الحال : لأن الوقف يجوز نفيه لأسباب متعددة ، فهو ليس كالعتق في عدم القابلية للفسخ فإذا مات الواقف المريض وتركته مستغرقة بالدين فللدينين إبطال الوقف واستيفاء ديونهم من ثمنه ، إذا لم يرثوه من الديون ، فإن كانت التركة غير مستغرقة بالدين وكان الوقف لا يخرج من ثلث الباقي كان للورثة حق الاجازة والابطال فيما زاد على الثلث ، حتى يسلم لهم الثلثان من باقى التركة ، وكذلك إن كانت التركة خالية من الديون فلهن ابطال الوقف فى الثلثين وليس لهن ابطاله فى الثلث . حتى لو كان الوقف ابتداء على بعض الورثة دون بعض ، وذلك لأنه فى المال يكون لغير الورثة حتما . ومن أجل هذا لزم فى الثلث بخلاف الوصية للوارث (أنظر ما كتبناه فى وقف المريض فى كتابنا «الوقف» فهو من أحسن ما كتب لاحاطته بكل الأحكام فى كل الصور مع دقة التعبير وسلامة العبارة وسهولة فهمها)

وقد جوز الشارع للمريض ، كما جوز للصحيح ، أن يوصى

للأجنبي الى ثلث ماله ، ومنعه من الوصية للوارث - على ماذهب اليه جمهور الفقهاء . على ما أسلفنا . وقد رأى أبو حنيفة رحمه الله أخذاً من هذا أنه لا يجوز للمريض أن يبيع عينا من أعيان ماله لو ارثه لما في ذلك من ايثاره على سائر الورثة بتلك العين التي باعه إياها وحقهم جميعاً ثابت في نفس أعيان التركة بخلاف الدائنين فإن حقهم متعلق بمالية التركة ، دون أعيانها ، بدليل أن الوارث إذا شاء أن يؤدي الدين من مال نفسه ويرجع بما أدى على التركة كان له هذا ، وليس للدائن أن يمتنع عن ذلك . وقال الساجد إبان إذا باع لو ارثه بأكثر من القيمة أو بمثلها فلا بأس بهذا ، لأنه ليس في فعله هذا إبطال حق الورثة الآخرين أو غيرهم . والفتوى على قول الامام .

وانظر ما جاء في القانون المدني بشأن ذلك في بيع المريض في المواد ٢٥٤ و ٢٥٥ و ٢٥٦ وما جاء في صلب القانون من الغلط في ذلك هذا حكم التصرفات الانشائية للمريض . أما إقراره فإن كان لأجنبي فهو صحيح ولو كان بكل ماله (١) ، وإن كان لو ارثه فإنه يتوقف على اجازة باقي الورثة بعد موت المقر ، وعللوا ذلك بأنه متهم في إقراره للوارث دون الأجنبي واستدلوا له بما رووه عن عمر أو ابنه رضي الله عنهما . وهو « إذا أقر الرجل في مرضه بدين لرجل غير وارث فهو جائز وإن أحاط ذلك بماله » وإن أقر لو ارثه فغير جائز إلا أن يرضى به

(١) وقيل لا يجوز إقراره بأكثر من الثلث . انظر كتابنا طرق الاثبات

الورثة (١)، وكذلك الحكم عند الامام احمد، وقد اقتصرنا على تعليل عدم صحته للوارث بالهمة .

والوراث عند أبي حنيفة وأصحابه هو من قام به سبب من أسباب الأثر وقت الاقرار، ولم يمنع من ارثه مانع وقت الموت . فاذا انتفى أحد الأمرين نفذ الاقرار غير موقوف على اجازة الورثة، كالذى يقر وهو مريض بدين لامرأة أجنبية منه : ثم يتزوجها بعد هذا الاقرار، ويموت عنها وهي وارثة له : وكالمريض الذى يقر بدين أو عين لأخيه وليس لذلك المريض ولد وقت الاقرار، ثم يولد له ابن ثم يموت عن ابنه وأخيه فان الاقرار لأخيه ينفذ لعدم توافر الشرطين جميعا وقت الوفاة (٢) . وأما عند الامام أحمد وأصحابه فالوارث هو من

(١) هذا الأثر على فرض صحته لا يخرج عن كونه قول صحابي . وقد اختلفت أئمة الشريعة في حجية قول الصحابي، فذهب أبو حنيفة وأصحابه إلى أن ذلك القول إن كان مما لا يدرك بالرأى كالمقدرات فهو حجة وكذا ما شاع من أقوال بعض الصحابة فسكت سائرهم عند استماعه ولم يعترضه أحد منهم، فهذا هو المسمى بالاجماع السكوتي وإن كان القول مما يدرك بالرأى ويكون للاجتهاد فيه مجال فقليل انه حجة وقيل لا يكون حجة . أما إذا اختلفوا فيه فهو ليس بحجة بالاتفاق وذهب جمهور الفقهاء إلى القول بعدم حجية قول الصحابي مطلقا، وهو الراجح عند المحققين من علماء الأصول (انظروا كتابنا في علم أصول الفقه) .

(٢) استثنى فقهاء المذهب الحنفي مسائل يستوى فيها الاقرار للوارث وعدمه . فقالوا بصحة الاقرار فيها ونفاذه بدون توقف على الاجازة لعدم الفائدة في ابطال الاقرار، وهم :

كان وارثا بحسب الظاهر وقت الاقرار ، سواء أ كان وارثا بالفعل وقت وفاة المقر أم لا ، فإذا أقر الرجل لأخيه ، وكان وارثا له وقت الاقرار ، ثم ولد له ابن ثم مات فورثه ابنه دون أخيه فلا ينفذ الاقرار للأخ ، بل يتوقف ، وذلك لأن العبرة عنده اقيام التهمة وقت الاقرار فقط وهذا بخلاف الوصية لو ارث فانه يكتفى بكونه وارثا عند وفاة المورث فقط .

وعند الشافعي رحمه الله (وكذا عند أهل الظاهر كما قدمنا) يقبل اقرار المريض بالدين وبالعين للأجنبي وللوارث جميعا كقرار الصحيح ويساوى اقراره البيينة في القبول ولا يفرق الشافعي بين دين صحة ودين مرض خلافا لأصحابنا وذلك لأن الظاهر من حاله أنه محق في اقراره

١ - أن يكون للوارث ودیعة معروفة عند مورثه فيقر مورثه المريض بأتم استهلاكها فينفذ اقراره . وذلك لأن الودیعة أمانة ، والامانة تضمن بموت الامين مجهلا — انظر كتابنا التصرف بطريق النیابة عن الغير — فاذا مات المريض مجهلا للودیعة كانت مضمونة علیه ، فالأقرار إذا لم یأت بشیء جدید .

ب - أن يكون للمورث ودیعة عند الوارث فيقر وهو مريض أنه قبضها منه فيصح اقراره وينفذ . وذلك لأنه لو مات فطالب بها ورثته الآخرون ذلك الوارث المودع عنده فقال انی سلمتها الى المودع صدق بلا یینه (انظر حکم الودیعة) .

ج - أن يكون المورث قد وكل أحد ورثته بقبض دين له من بعض مدینه ثم یقر وهو مريض أنه أخذ من وارثه ما وكله بقبضه ، فانه یصدق فی اقراره لأن الوکیل أمين .

ولا يقصد حرمان بعض الورثة فإنه قد انتهى إلى حالة يصدق فيها الكذب ، ويتوب فيها الفاجر . وهل لبقية الورثة تحليف المقر له أن المقر به كان يلزم المقر أن يقر لي به لكونه ديناً في ذمته فإن نكل حلفوا وبطل الاقرار ؟ قولان في المسألة ، والظاهر رجحان التحليف « انظر الروض وشرحه وحاشيته » .

وأما عند مالك رحمه الله فقد قال ابن جزى في قوانينه لا يقبل اقرار المريض لمن يتهم بمودته من قريب أو صديق ملاطف سواء كان وارثاً أم غير وارث إلا أن يجيزه الورثة ويقبل فيما سوى ذلك .

دين الصحة ودين المرض

ديون الصحة هي الديون التي شغلت بها ذمة الانسان حال صحته سواء أكانت ثابتة باقراره أم بالبينة . ويلحق بها في الحكم الديون التي ثبتت في ذمته وهو مريض وكان دليل ثبوتها البينة ، وأما ديون المرض فهي التي لزمته باقراره وهو مريض ، ولم يكن لثبوتها طريق سوى اقراره .

وديون الصحة وما في حكمها مقدمة على ديون المرض عند الإبقاء فإذا وفيت ديون الصحة وما ألحق بها وبقي شيء من التركة وفيت منه ديون المرض كلها ان وسعها . وأما إذا لم تف التركة بديون الصحة فإنها تقسم بين دائتي الصحة بالحصص على نسبة دين كل منهم . وكذلك الحكم إذا لم تكن ديون صحة وكان هناك ديون مرض فقط وصاقت عنها التركة فإنها تقسم بين دائتي المرض قسمة تناسبية على

ما تقدم . وإذا وفيت التركة بديون الصحة كلها ولم يف الباقي منها بكل ديون المرض قسم ذلك الباقي بين دائري المرض على ما أسلفنا ، والأمثلة ظاهرة .

النيابة في التعاقد

النيابة عن الغير في التعاقد اما أن تكون جبرية بحكم الشرع وهي نيابة كل من الأب والجد على أولادهما الصغار ومن في حكمهم من فاقدى أو ناقصى الأهلية من المجانين والمعتوهين في النفس والمال . وقد تكون النيابة بالوصاية باختيار الأب أو الجد للوصى أو بتعيين القاضى له . وأما النيابة الاختيارية فتكون بالوكالة وقد تأخذ الفضالة حكم الوكالة اذا أجازت اجازة معتبرة . وقد ينوب القاضى بحكم الشرع في تزويج اليتامى وفي بيع مال المدين لايفاء ماعليه من الديون . وسأقتصر هنا على الوكالة فقط وأرجى الباقي إلى الطبعة الثانية .

الوكالة

التوكيل هو إقامة الانسان غيره مقام نفسه ترفها أو عجزاً في تصرف جائز معلوم (١) ولو كان توكيلاً عاماً لأنه معلوم . والوكالة اسم من التوكيل

ركن الوكالة وشروطها واقسامها

تتعقد الوكالة بإيجاب وقبول ولا بد من علم الوكيل بالوكالة فإن ردها بعد عامه بها ارندت ولا يصح تصرفه بعد رده . ولا تصح الوكالة إلا إذا كان الموكل ممن يملك التصرف بنفسه بأن يعقل معنى العقد وأن يكون الوكيل كذلك . وهذا شرط أساسي في كل العقود كما هو ظاهر وقد يكون ركن التوكيل مطلقاً كوكلتك ببيع ساعتى هذه ، أو مقيداً ، كأذنتك باجارة دارى للسكنى كل شهر بكذا ، أو معلقاً بشرط « كذا بلغ سعر القنطار من القطن كذا جنياً فبيع ففطنى بهذا السعر » أو مضافاً إلى وقت مستقبل « كأمرتك بشراء كذا فى أول السنة الآتية » والاذن والأمر يعتبران توكيلاً وقد يكون الأمر من قبيل الرسالة ، والفرق يظهر بالقرائن ، والاجازة اللاحقة فى حكم الوكالة السابقة فإذا باع فضولى مال غيره بلا إذنه فأجاز صاحب المال البيع يكون كماله وكل الفضولى بالبيع أولاً ، وكل عقد جاز للموكل أن يعقده بنفسه جاز أن يوكل به غيره . وهذه قاعدة مطرده فيجوز لمن توافرت

(١) أى للوكل ، فلا يجوز توكيل الصبي غيره فى اعطاء الهبة لانه هو نفسه لا يجوز له أن يهب

فيه شروط الأهلية أن يوكل غيره بإيفاء ما عليه من الحقوق واستيفاء ماله منها وبالبيع والاجارة والهبة والخصومة الخ .
وقد تكون الوكالة خاصة أو عامة . فالعامة كأن يقول له أنت وكيل في كل شيء . والخاصة كوكلتك باجارة أرضي أو بيع فرسي .
ويصح تفويض الرأي للوكيل فيتصرف فيما وكل به كيف شاء ويصح تقييده بتصرف مخصوص حسبما يرى الموكل . فان كان الأمر مفوضاً لرأي الوكيل جاز له أن يوكل غيره ويعتبر الوكيل الثاني وكيلًا عن الموكل فلا ينعزل بعزل الوكيل الأول ولا بوفاته . وقد تكون الوكالة بأجر أو بدون أجر ففي الحالة الأولى يكون الوكيل أجيراً كالللال والسمسار ووكلاء دعاوى (المحامين) فيعطى حكم الاجير وفي الحالة الثانية يكون متبرعاً : فاذا لم يشترط الاجر في الوكالة ينظر فان كان الوكيل من الفريق الأول فله أجر المثل ، وإن كان من الفريق الثاني فلا أجر له .

ويجوز أن يوكل وكيلين بعقد واحد أو بعقدين فان وكلهما بعقد واحد فلا يجوز لأحدهما أن يتصرف فيما وكل به إلا إذا كان لا يحتاج فيه الى الرأي كإيفاء الدين أو كان لا يمكن اجتماعهما عليه كالخصومة فانه يجوز لكل منهما الانفراد وحده بشرط أخذ رأي الآخر في الخصومة دون حضوره ، وان وكلهما بعقدين جاز لكل منهما الانفراد بالتصرف مطلقاً .

حكم العقد وحقوقه في الوكالة

حكم العقد هو الأثر المترتب عليه شرعا المقصود من العقد للعاقدين . وحقوقه هي مستلزماته الأخرى المتممة لعمله ففي عقد البيع (مثلا) الحكم هو انتقال ملكية المبيع من البائع إلى المشتري في مقابلة الثمن والحقوق هي تسليم المبيع إلى المشتري ومطالبة الثمن . وحبس المبيع عنه حتى يؤدي الثمن إن لم يرض البائع بتأجيله ورد المبيع بالعيب والمخاصمة في ذلك و ضمان الثمن عند الاستحقاق وغير ذلك مما يحقق غرض العاقدين ويتم به مقصود كل منهما ويسلم له ما التزم به صاحبه وقد اتفقت الكلمة على أن حكم العقد يثبت للموكل بصنع

الوكيل

وأما الحقوق فتارة تكون للوكيل وعليه وتارة تكرر للموكل وينتهي عمل الوكيل بمجرد تمام العقد ويكون الوكيل في هذه الحالة في حكم الرسول من حيث ثبوت حكم العقد وحقوقه لكل من الموكل والمرسل

وقد تقع المخالفة من الوكيل فيثبت حكم العقد له وحقوقه كذلك ومثله في ذلك الرسول أيضا . وهالك جملة القول في هذه المسألة (الحالة التي ترجع الحقوق فيها إلى الوكيل)

متى توافرت في العقد الامور الاربعة الآتية رجعت فيه الحقوق إلى الوكيل .

الاول : أن يكون مما يتم بالقول .

الثاني : أن يكون من عقود المعاوضات المالية .

الثالث : أن يضيف الوكيل العقد إلى نفسه كأن يقول وكيل
البائع للمشتري بعت لك الدار الفلانية (وهي الدار التي وكل يبيعها)
وكان يقول وكيل المشتري البائع اشتريت منك دارك الفلانية بكذا
بدون أن يذكر الموكل في العقد . وكالبيع والشراء في ذلك الإيجار
والاستئجار والصلح الذي هو في معنى البيع .

الرابع : أن يكون الوكيل غير محجور عليه ،
فاذا توافرت هذه الأمور في عقد ثبت حكم ذلك العقد للموكل
ورجعت الحقوق فيه إلى الوكيل
(الأحوال التي ترجع الحقوق فيها إلى الموكل ولا يكون للموكل
فيها إلا مباشرة العقد فقط) .

ويكون ذلك فيما يأتي .
(أولاً) أن يكون العقد مما لا يتم إلا بالقبض . وهذا ينتظم الهبة
والصدقة والإعارة والقرض والإيداع والرهن .

فإن كان وكيلاً من جانب المعطى مطلقاً أي سواء أضاف العقد
إلى نفسه أم أضافه إلى موكله أو كان وكيلاً من جانب المعطى وقد أضاف
العقد إلى موكله ثبت الحكم والحقوق لموكله . مثال ذلك في الهبة أن
يقول الوكيل وهبت لك كذا ، أو وهب فلان لك كذا ، أو وهب
لفلان كذا . أما إن أضاف العقد إلى نفسه - وهو وكيل من جانب
المعطى فإن حكم العقد يثبت له وكذا حقوقه ، مثال ذلك أن يقول -
وهو وكيل عن غيره للواهب هب لي كذا . ففي ثلاث صور
يثبت الحكم والحقوق للموكل وفي صورة واحدة يثبت الحكم

والحقوق للوكيل ، ويخرج بهذا عن الوكالة . وليقس على الهبة غيرها من أخواتها .

(ثانيا) أن يكون العقد مما لا يدخله شرط الخيار فلا يقبل الحكم فيه الانفصال عن السبب كالزواج والخلع . فإذا قال الوكيل عن الزوج زوجت فلانة لموكلي فلان أو قال الوكيل عن الزوجة زوجت فلانا موكاتي فلانة ثبت العقد وحكمه للموكل ، وكان الوكيل سفيرا ومعبرا فقط . وباتهاء العقد تنتهي وكالته . أما لو قال ووكيل الزوج للمرأة زوجيني نفسك ثبت له حكم العقد وحقوقه ، وخرج بذلك عن الوكالة وكذا لو وكلت امرأة أختها (مثلا) بأن تزوجها من فلان فالت الأخت لفلان هذا زوجتك نفسي تم العقد بينهما وكانت الحقوق لهما . (ثالثا) أن يضيف الوكيل العقد الى الموكل كأن يقول ان فلانا باع لك كذا ، فالحكم والحقوق ترجع كلها الى الموكل .

(رابعا) أن يكون الوكيل - بعد كونه مميزا - محجورا عليه كالصبي ولم يكن مأذونا له من وليه أو وصيه ففي هذه الحالة تكون العهدة على الموكل

(تعليل الأحكام المتقدمة)

والسبب الذي جعل حقوق العقد في بعض الأحوال ترجع الى الوكيل وفي بعضها ترجع الى الموكل هو أننا حينما ننظر الى العقود نجدها تنقسم الى قسمين ، قسم لا يتم الا بالتبض كالهبة والرهن ، وقسم يتم بالقول كالبيع والزواج ، وبالنظر في القسم الثاني نجده ينقسم الى قسمين قسم يجوز أن يدخله خيار الشرط فيقبل الحكم فيه الانفصال عن السبب

بإخيه عنه كالبيع ، وقسم لا يجوز شرعا أن يدخله ذلك الخيار كالزواج فلا يقبل فيه الحكم الانفصال عن السبب ، وبذا صارت أقسام العقود على هذا الاعتبار ثلاثة أقسام . هذا من جهة ، ومن جهة أخرى نرى أن لتصرف الوكيل جهتين ، جهة حصول العقد بعبارة هو : وجهة نيابته عن الموكل . فلو راعينا جانب العبارة الصادرة عن أهلها في محلها لأثبتنا الحكم والحقوق للوكيل ، وبذا يبطل التوكيل مع أن الحاجة داعية إليه - ولو راعينا جانب الموكل فأثبتنا له الحكم والحقوق لألغينا عبارة الوكيل . فمن أجل هذا راعينا الجهتين فأثبتنا الحكم للموكل^(١)

(١) وطريق ثبوت الحكم للموكل على ما قاله أبو الحسن الكرخي أن الحكم يثبت للوكيل لتحقيق السبب من جهته ثم ينتقل إلى الموكل واعتراض على هذا بأن المشتري لو كان قريبا للوكيل لعق عليه بمجرد الشراء على هذا الاعتبار لكنه لا يعتق عليه . ويجاب عن هذا بأن الملك هنا غير مستقر ، وعق القريب بسبب شرائه إنما يكون في ملك مستقر .

وعلى ما قاله أبو طاهر الدباس أن الحكم يثبت للموكل ابتداء بطريق الخلافة عن الوكيل كما إذا وهب هبة لعبد أو اصطاد العبد شيئا فإن الملك يثبت لسيده ابتداء فيما وهب له وما اصطاده بطريق الخلافة عنه .

وعلى ما قاله أبو زيد الدبوسي أن الوكيل نائب في حق الحكم وأصيل في حق الحقوق فنثبت له ثم تنتقل إلى الموكل من قبله

ونقلوا عن الشافعي ومالك وأحمد أن الحقوق تتعلق بالموكل لأنها تابعة لحكم التصرف ، والحكم هو الملك يتعلق بالموكل فكذا نوابه (انظر الهداية وشروحا) .
(تمة) الحقوق نوعان ، حق يكون للوكيل ، وحق يكون على الوكيل . فالأول

لأنه هو المقصود من التوكيل ، أما الحقوق فجعلناها للوكيل في العقود التي تتم بالقول ويقبل الحكم فيها الانفصال عن السبب شرعا كالشراء والبيع والاستئجار والإيجار . ولم نستطع أن نجعلها له في العقود القولية التي لا يدخلها خيار الشرط ، ولا في العقود التي لا تتم إلا بالقبض . أما في الأول فلأن تلك العقود من قبيل الإسقاطات ، والإسقاط يضمحل في الحال ، ولا يتصور فيه التراخي عن سببه لاعتقلا ولا شرعا ؛ بخلاف البيع ونحوه . فإن المسبب فيه لا يعقب السبب إذا دخله خيار الشرط وهذا بصنع الشارع نفسه . وليس الزواج وأضراره كذلك ؛ فإن الشارع لم يجعل في شيء منها خيار الشرط ، فصار الحكم فيها هو الإسقاط ، وهو

كقبض المبيع والمطالبة بالثمن والمخاصمة في العيب والرجوع بثمن مبيع مستحق . ففى هذا النوع للوكيل ولاية هذه الأمور لكن لا تجب عليه فإن امتنع لا يجبره الموكل على هذه الأفعال لأنه متبرع في العمل ، بل يوكل الموكل بهذه الأفعال . وإن مات الوكيل فولاية هذه الأفعال لورثته ، فإن امتنعوا وكلوا موكل مورثهم . وعلى ما حكوه عن الشافعي يكون للوكيل ولاية هذه الأفعال بدون توكيل من الوكيل أو ورثته . وإثناي كتسليم المبيع إلى المشتري أن كان وكيلًا عن البائع وتسليم الثمن إلى البائع أن كان وكيلًا عن المشتري .

وفي هذا النوع يكون الوكيل مدعى عليه فللمدعى أن يجبره على تسليم المبيع والثمن . وبالمجلة أن كان الوكيل في مقام المدعى فالحق له ، وإن كان في مقام المدعى عليه فالحق عليه . وأقول اعتبار الوكيل متبرعا من النوع الأول محله إذا لم يكن التوكيل بأجر فإن كان كالدلال والسمسار فإنه يلزم بتسليم المبيع وتسليم الثمن (المادة ١٥٠٤) من المجلة العدلية .

ملازم للعقد لا يقبل الانفكاك عنه ، وكذا الحقوق . فثبتت الحكم
والحقوق لمن ثبت له العقد . ويكون الوكيل سفيرا ومعبرا إذا ثبت
العقد للموكل ؛ أما إذا خالف فثبت العقد له كان أصيلا في الحكم
والحقوق جميعا .

وأما في البيع وأضرابه فإنه لما أمكن شرعا انفصال الحكم فيها
عن العقد أمكن أن يتصور أيضا انفصال الحقوق عنه ، إذ العقد سبب
لكل منهما ، وعلى هذا يجوز أن يثبت الحكم لشخص ، وأن تثبت
الحقوق لغيره ، وبهذا يتوفر على كل من الوكالة وعبرة الوكيل حقها
وكان اللازم بمقتضى هذا أن الوكيل إذا كان صبيا مميزا غير مأذون
له أن تثبت الحقوق له لكن منع من ذلك كونه محجورا عليه غير
مأذون له ففي تحميل العهدة عليه ضرر به

وأما إذا أضاف الوكيل العقد من أول الأمر إلى موكله فقد آذن
موكله بأنه اعتبر نفسه رسولا ناظرا لكلامه فقط وأنه متنصل من
حمل عهدة العقد من الآن . فكانت الحقوق - لاجرم - عائدة إلى
الموكل هذا في العقود التي تم بالقول في قسميها

وأما في الثاني وهو العقود التي يتوقف تمامها على القبض كالهبة
فلأن الحكم فيها لما كان لا يثبت إلا بالقبض . والقبض يلاقي محلا غير
مملوك للعاقدة ، لم يكن من المتصور جعله أصيلا لأن العقد لم يتم بعبارته
وحدها . وإذا كان الأمر كذلك فالعقد يتم للموكل أن القبض وتثبت
الحقوق له تبعا لنسب الحكم . هذا إذا كان التوكيل من جهة المملك
وكذا إذا كان من جهة من يريد التملك وقد أضاف الوكيل العقد إلى

موكله . أما اذا أضافه إلى نفسه فقد حالف وإد اثبت الحكم والحقوق
تولى الشخص الواحد طرفى العقد

العقود التى يتوقف وجودها الشرعى على ارادتين كالبيع والزواج
ونحوهما لا بد فيها من تعدد العاقد فطرف للإيجاب ، وطرف للقبول ، وذلك
لظهور الارادة فى العقد من الطرفين ، لأن لكل منهما حقوقا قبل الآخر
هى آثار مرتبة على العقد ، وهذه الحقوق لا ينبغي أن يستقل بها واحد
لتدافعها ، فالبائع (مثلا) يطالب المشتري بتسليم الثمن اليه ، والمشتري
يطالب البائع بتسليم المبيع اليه وبخاصته فى العيب ، وعند ظهور استحقاق
المبيع الخ . غير أنهم استثنوا الأب والوصى المختار فأجازوا لكل واحد
منهما أن يستقل بالعقد وحده ، أما الأب فلو فور شفقتة وكمال عقله
وأما وصيه فلا أنه قائم مقامه ، وكذا القاضى بالنسبة لصغير (مثلا)
هما فى ولايته ، ومثله فى ذلك الوصى الذى يقيمه هو ؛ وقد يكون
طرفا العقد فى ولاية الأب أو الوصى المختار أيضا فينبوب عنهما فى
العقد بحكم الولاية عليهما ، وكذا الوكيل اذا كان موكلا من شخص
بييع شيء معين وموكلا من آخر بشراء ذلك الشيء بعينه له وكذا
فى عقد الزواج قد يتولى الشخص الواحد طرفيه معا بصفة واحدة كأن
يكون وليا أو وكىلا عن الطرفين ، أو بصفتين مختلفتين كأن يكون
أصيلا أو وكىلا بالنسبة لأحد الطرفين مع كونه وليا أو وكىلا بالنسبة
للطرف الآخر . وهذا متفق عليه . وقد يكون فضوليا بالنسبة
لطرف واحد ، وأصيلا أو وليا أو وكىلا بالنسبة للطرف الآخر ،
وإذا وهب الانسان لمن هو فى ولايته أو كنفه شيئا كفى بإيجاب

الواهب وحده فلا حاجة اذا لقبول أو قبض ، بل تم الهبة بالايجاب وحده .

وقد نصوا على أن الأب اذا كان عدلا أو مستورا الحال جاز له أن يبيع ماله لولده وأن يشتري مال ولده لنفسه بمثل قيمته أو بغير يسير ، لافرق في ذلك بين المنقول والعقار ؛ وأن يتولى هو طرفي العقد ، بعبارة واحدة ، لأن الغرض هو ظهور ارادته في عقد البيع والشراء ، أما اذا كان الأب سيء التدبير فاسد الرأي فلا بد من الخيرية للصغير - على ما سيأتي . ولا يبرأ الأب في الشراء من الثمن حتى ينصب القاضي لولده قima فيأخذ الثمن من الأب ثم يسلمه اليه ليحفظه لولده ، وان باع مال نفسه لولده فلا يصير قابضا له بمجرد البيع فاذا هلك قبل التمكن من قبضه فضمانه على الأب ، وأما الوصي المختار فلا يجوز له أن يبيع مال نفسه لليتيم ، ولا أن يشتري مال اليتيم لنفسه الا اذا كان في ذلك خير لليتيم ، والخيرية في العقار أن يشتريه بضعف قيمته ، وأن يبيعه لليتيم بنصف قيمته والخيرية في المنقول أن يشتري ما قيمته عشرة بخمسة عشر ؛ ويبيع ما قيمته خمسة عشر بعشرة . وفسر بعضهم الخيرية بالمنفعة الظاهرة لليتيم بيعا وشراء وان لم تكن على النسبة المتقدمة . وأما القاضي فاذا كان له ولاية على أموال يتيمين (مثلا) جاز له أن يبيع مال أحدهما للآخر . ولا يجوز له أن يبيع مال نفسه لليتيم ، ولا أن يشتري مال اليتيم لنفسه ، لأن فعله قضاء ، وقضاؤه لنفسه لا يجوز . وكذا الوصي الذي أقامه القاضي لا يجوز له أن يشتري مال اليتيم لنفسه ، ولا أن يبيع شيئا من

ماله لليتيم مطلقا ولو كان في ذلك خير لليتيم ، وذلك لأنه وكيل عن القاضى ، وفعل الوكيل كفعل الموكل ، فكما أن ذلك لا يجوز للقاضى لا يجوز لو كيله لكن اذا اشترى هذا الوصى من القاضى أو باع له جاز ذلك لتعدد طرفى العقد .

المبحث الثاني أوصاف صيغة العقد

صيغة العقد قد تكون منجزة أو معلقة أو مضافة الى المستقبل وفي كل هذه الاحوال اما أن يكون للعقد مدة محدودة (عقد مؤقت) واما أن لا يكون كذلك (مطلق أو مؤبد) . فهذه ست حالات . وفي كل حالة من هذه الحالات اما أن يكون العقد مقترنا بالشرط أو مجردا فتكون الصور المبينة لأوصاف الصيغة اثنى عشرة صورة . وهاك الأمثلة .

صور التنجيز

- ١ - منجز مجرد غير مؤقت (مطلق)
بعت لك دارى الفلانية . تزوجتك . أنت طالق . وهبت لك كذا .
- ٢ - منجز مجرد مؤقت .
أجرت لك دارى مدة سنة . أعرتك دابتي ثلاثة أيام .
- ٣ - منجز مقترن بالشرط غير مؤقت (مطلق)
بعت لك دارى على شرط أن أسكن فيها بعد العقد مدة سنة ..
تزوجتك على شرط أن تكون عصمتى يدي
- ٤ - منجز مقترن بالشرط مؤقت .
أجرت لك دارى مدة سنة على شرط أن تجعلها لسكنائك فقط .

أعرتك دابتي ثلاثة أيام على شرط ألا تحمل عليها أكثر من قنطار واحد.

صور التعليق

٥ - معلق مجرد غير مؤقت (مطلق)

ان نجحت في الامتحان وهبت لك دارى الفلانية :

٦ - معلق مجرد مؤقت

ان سافرت الى الاسكندرية في صيف هذا العام فقد أعرتك دارى لتسكنها مدة ثلاثة أشهر .

٧ - معلق مقترن بالشرط غير مؤقت (مطلق)

ان عدت من سفرى سالما وهبت لك دارى الفلانية على شرط أن تعطيني عوضا عنها .

٨ - معلق مقترن بالشرط مؤقت .

ان لم تجد دارا تسكنها فقد أعرتك دارى لسكنائك مدة ثلاثة أشهر على شرط ألا تسكن معك أحدا فيها غير عيالك .

مضاف الى المستقبل

٩ - مضاف مجرد غير مؤقت (مؤبد)

وقفت دارى من أول شهر يونيه الا تى ليعطى ريعها للفقراء والمساكين صدقة مؤبدة .

١٠ - مضاف مجرد مؤقت .

أجرت لك دارى الفلانية من أول شهر مايه الا تى مدة سنة .

١١ - مضاف مقترن بالشرط غير مؤقت (مؤبد)
جعلت أرضي الفلانية صدقة موقوفه على الفقراء والمساكين من
أول يناير سنة ١٩٤٦ ليصرف فاضل غلتها اليهم على شرط أن يقدم
فقراء قرابتي على غيرهم

١٢ - مضاف مقترن بالشرط مؤقت
أجرت لك أرضي الفلانية من أول أكتوبر الآتي مدة ثلاث
سنين على شرط ألا تزرع فيها نوع كذا .
العقد المنجز

هو ما صدر بصيغة غير معلقة على شرط ولا مضافة الى
المستقبل . وحكم العقد المنجز ترتب حكمه عليه في الحال بعد استيفاء
كل شروطه وأركانه ، كقوله تزوجتك وقولها قبلت . وكقوله بعثتك
داري الفلانية بكذا وقول الآخر اشتريتها بذلك . فالتكاح تثبت
أحكامه في الحال عقب القبول مباشرة ، والملكية في البيع تنتقل الى
المشتري عقب قبوله . وهكذا الشأن في كل العقود المنجزة . كقول
السيد عبدی فلان حر ، وقول الزوج زوجتي فلانة طالق الخ
وكل العقود يصح تنجزها الا مالا يقبل ذلك بطبيعته كالوصية
والايضاء ، فان حكم كل منهما لا يثبت الا بعد موت الموصي . ولو
كانت الصيغة منجزة ، كقوله أوصيت لفلان بكذا من مالي ،
وأقمت فلانا وصيا على أولادي
العقد المضاف

هو ما صدر بصيغة أضيف فيها الإيجاب الى زمن مستقبل ؛

وحكمه أنه ينعقد علة في الحال ، ولكن لا يترتب عليه أثره إلا عند مجيء الوقت الذي أضيف إليه . فلو قال أجرتك داري من أول شهر شوال الآتي لا يترتب لا يترتب على هذا العقد حكمه إلا من أول شوال المذكور . وكذا لو قال جعلت أرضي صدقة موقوفة لله تعالى بعد شهر ، لا تكون وقفا إلا بعد شهر . وكذا لو قال عبيدي حر أو زوجتي طالق في أول السنة القادمة لا يثبت كل من الحرية للعبد والطلاق للزوجة إلا في أول السنة القادمة ، وهكذا

العقد المعلق :

هو ما رتب وجوده على وجود أمر آخر ، فإن كان ذلك الأمر الآخر محقق الوجود في الحال ، كان تعليق العقد صوريا فقط ، وهو في الحقيقة تنجيز ، مثال ذلك أن تقول لابنك (مثلا) ان نجحت في امتحان هذا العام فقد وهبت لك كذا وكذا ، وقد كنت قلت ذلك بعد تمام الامتحان ، وقبل ظهور النتيجة ، ثم ظهر أنه كن ناجحا ، فالحبة منجزة ، وان كان العقد في الصورة معلقا . ومن ذلك أيضا ما لو قال رجل لآخر زوجتي بنتك ، فقال قد زوجتها من فلان ، قبل هذا ، فكذبه الخاطب ، فقال ان لم أكن زوجتها من فلان ، فقد زوجتها منك ، وقبل لآخر ، فظهر كذبه ، ينعقد هذا ، اذ التعليق بشرط كائن تحقيق ، ألا ترى أنه لو قال لزوجته أنت طالق ان كانت السماء فوقنا ، والارض تحتنا ، تطلق للحال ؟ (جامع الفصولين) . وان كان المعلق عليه مستحيل الوقوع عقلا أو عادة كان العقد باطلا ، اذ المستحيل لا يمكن وجوده . والا لم يكن مستحيلا . وهذا خلاف . الفرض . والمرب

وجوده . على وجود مالا يمكن وجوده يستحيل أيضا أن يتحقق وجوده أ. وإذا يكون غرض التكلم بتلك الصيغة هو إيدان المخاطب باستحالة الامر بضرب من ضروب التوكيد

أما إذا كان المعلق عليه على خطر الوجود . أى يجوز أن يوجد في المستقبل ويجوز ألا يوجد . فهذا هو التعليق المراد . وفيه لا يوجد العقد ولا يترتب عليه حكمه الا بعد وجود المعلق عليه . فلو قال لعبده إذا شفيت من مرضي فأنت حر ، فالعبد لا يعير حرا الا اذا وجد شفاء سيده من مرضه . وكذا لو قال لزوجته . أنت طالق ان كلمت فلانا . لا تطلق الا بعد أن تكلم فلانا المذكور . وهنا يجب التنبيه الى ثلاثة أمور :

(الاول) الفرق بين الاضافة والتعليق . وحاصله أن التعليق يمنع المعلق عن السببية للحكم . فان نحو (أنت طالق ان كلمت فلانا) منع انعقاده سببا للحال . وجعله متأخرا الى وجود الشرط . فعند وجوده ينعقد سببا مفضيا الى حكمه . وهو الطلاق . وأما الايجاب المضاف مثل (أنت طالق غدا) فانه ينعقد سببا للحال لا تنفاء التعليق المانع من انعقاد السببية . لكن يتأخر حكمه الى الوقت المضاف اليه . فالاضافة لا تخرجه عن السببية . بل تؤخر حكمه . بخلاف التعليق .

(الثاني) حقيقة التعليق عند كل من الامامين الشافعي وأبي حنيفة:

ذهب الشافعي إلى أن المعلق يكون علة في الحال، لكن يترأخى

الحكم الى وجود الشرط المعلق عليه ، وذهب أبو حنيفة إلى أن المعلق لا ينعقد علة إلا عند وجود الشرط وأما قبل ذلك فهو علة إما فقط من حيث اضافة العقد اليه بدون أن يكون له أى تأثير قبل وجود الشرط . فذهب الشافعى فى العقد للمعلق كذهب أبى حنيفة فى العقد المضاف ، من حيث انعقاد كل منهما سببا فى الحال مع تأخير الحكم الى وجود الشرط فى المعلق عند الشافعى ، ومجىء الوقت عند أصحابنا وعنده فى المضاف . وصورة ذلك أن يقول شخص (مثلا) ان ملكت فلانا العبد فهو حر وان تزوجت فلانة فهي طالق .

قال الشافعى ان علة العتق وهي قوله « هو حر » وعلة الطلاق وهي قوله « هي طالق » ، موجودة الآن ، ومتى وجدت العلة وجب أن تؤثر فى محلها ليرتب على ذلك حكمها ، لكن فى صورة التعليق على الشرط ، وجد دليل على تراخى الحكم حتى يوجد الشرط ، فإن وجد ، وجد الحكم منه وجوده ، والا بطل عمل العلة لعدم الشرط وأما تأثير العلة فلم يقيم دليل على زواله ، وعدم وجوده عند وجودها ، وإذا فهو باق معها وموجود بوجودها ، والتأثير لا بد له من محل قابل وقت وجود العلة ، والا كان الكلام عبثا ولنغوا ، وفى المثالين السابقين لم يوجد المحل وقت وجود التعليق ، فبلغوا ، وعلى هذا اذا اشترى العبد بعد ذلك فلا يعتق ، وإذا تزوج المرأة فلا تطلق ، وهذا بخلاف ما لو كان العبد ملكه ، والمرأة زوجته وقت التعليق ، وقد علق العتق والطلاق على شرط غير الملك والزواج ثم وجد المعلق عليه ، فإن العبد يعتق والمرأة تطلق ، وذلك لوجود المحلية وقت التعليق وهو وقت عمل العلة

ونأثيرها ، لكن الحكم تراخى الى وجود الشرط ، نزولا على حكم الشرط .

ويقول الشافعي ان الكلام المعلق عبارة عن جملتين ارتبطتا بأداة الشرط ، الجملة الأولى « أنت طالق » ، والثانية « تزوجتك » أو « كلمت فلانا » ، وأداة الشرط هي ان أو ما في حكمها . والجملة الأولى وهي أنت طالق علة تعمل عملها على الاطلاق ، لكن لما ارتبطت بها الجملة الثانية بأداة الشرط منعت ترتب الحكم عليها في الحال . ونظير هذا خيار الشرط في البيع ، اذ لولاه لترتب على البيع حكمه في الحال لكن تراخى الحكم لوجوده بنص الشارع نفسه ، وللحاجة الى التروى والاستشارة ، ولا بد من وجود المبيع عند البيع والا خلا العقد من محله فيكون ييما باطلا : كذلك الحال في العلة المعلقة على شرط يتراخى فيها الحكم فقط ، ولا بد من وجود المحل عند وجودها .

وقال أبو حنيفة ان الحاجة الى عمل العلة انما تكون عند وجود الشرط : فاذا وجد الشرط تحقق وجود المحل في مثل ان ملكت فلانا فهو حر . وان تزوجت فلانة فهي طالق . فتعمل العلة عملها في ذلك الوقت . وأما ان كانت المحلية موجودة عند وجود التعليق . وكان التعليق على الشرط غير الملك والزواج . فالظاهر أن المحل يكون موجودا عند وجود الشرط بحكم الاستصحاب ولذا يصح التعليق . فان صادفت العلة وجود المحل عند وجود الشرط عملت عملها والا بطل التعليق أما اذا لم يكن المحل موجودا عند وجود التعليق وكان التعليق على غير السبب من ملك وزواج فان التعليق يكون باطلا فلا يترتب عليه شئ حتى

لو وجد الشرط المعلق عليه وعلى ذلك اذا قال لامرأة هي غير زوجته ان كلمت فلانا فأنت طالق . ثم تزوجها فكلمت فلانا فلا تطلق بالاجماع . وذلك لانعدام المحلية وقت التعليق ولعدم تحقق وجودها عند وجود الشرط . وان كانت قد توجد بطريق المصادفة والاتفاق وإذا قال لزوجه ان كلمت فلانا فأنت طالق ثم كلمته والمحلية قائمة وقت كلامها اياه وقع الطلاق بالاجماع ، فان لم تكن المحلية موجودة وقت وجود الشرط بطل التعليق بالاجماع . وإذا قال ان تزوجت فلانة فهي طالق ثم تزوجها فعلى قول أبي حنيفة واصحابه تطلق لتحقق المحلية عند وجود الشرط حتماً ، وقال الشافعي لا تطلق لعدم المحلية وقت التعليق ويقول أبو حنيفة ان الكلام المعلق هو جملة واحدة كالبدء والخبر فالتكلم به يريد أن يكون وجود العلة حقيقية وتأثيرها عند وجود الشرط ، وأما قبله فلا ويقول ان القياس على خيار الشرط لا يجوز لانه جاء مخالفاً للاصل ، اذ طبيعة العقد تقتضى أن يرتب عليه حكمه في الحال اذ المعلول لا يتخلف عن علته ، لسكتنا نزولاً على حكم الشارع قلنا بخيار الشرط اتباعاً للنص ، على أن العلل الشرعية هي علل جعلية لا حقيقية . ان شاء الشارع رتب عليها معلولاتها في الحال . وان شاء جعلها مترائية . وأذتنا بذلك ، وكل ما لم يرد فيه نص فانه يبقى على الاصل فيعقب المعلول علته متى وجدت كاملة اسماً ومعنى وحكماً (١) والحاصل أن نصوص الشارع يجب العمل بها متى ثبتت . وعند عدم النص يكون للاجتهاد مجاله . ونظير ذلك عندنا

(١) اي اضيف الحكم اليها وكانت مؤثرة فيه واعضاها الحكم في الحال

الآن تسجيل العقود الناقلة للملك فان عدم التسجيل يجعل الحكم متراجها حتى يسجل العقد بشروطه .

الثالث - في بيان الفرق بين تعليق العقد على شرط ، واقتران العقد بالشرط :

تعليق العقد على شرط قد تقدم تعريفه ، وأما اقترانه بالشرط فهو أن يزداد على العقد شرط فيه فائدة لأحد العاقدين أو لغيرهما ، وبالجمله يكون فيه أمر زائد على ما يقتضيه العقد ، وقد يكون الشرط من ملأئمت العقد أو مقتضياته ، على ماسياتي موضحا .

تقسيم العقود

من حيث تعليقها واضافتها

وما يصح من ذلك وما لا يصح

تنقسم العقود من حيث التعليق بالشرط الى ثلاثة أقسام :

(الأول) ما لا يصح تعليقه بالشرط مطلقا وهو يشمل ما يأتي :
(١) كل مبادلة مال بمال ، كالبيع والشراء والايجار والاستئجار والمزارعة والمساقاة والقسمة والصلح على مال . وكذا اجازة هذه العقود .
غير أنه استثنى من تعليق البيع صورة واحدة ، وهي أن يقول بعت هذا منك بكذا ان رضى فلان ، فانه يجوز ان وقته بمدة معينة ، وذلك لانه اشراط الخيار الى أجنبي : (أى غير العاقدين وهو جائز)
وهالك الأمثلة

بعتك دارى ان باع لى فلان داره .

أجرتك دارى الفلانية بكذا ان قدم فلان من السفر ولم يستأجرها
بأكثر من ذلك ، استأجرت منك دارك ببني سويف ان نقلتني الحكومة
اليها . زارعتك أو ساقيتك ان لم يؤجر فلان لى أرضه فى هذا العام .
قامتلك الدار التى يئنا ان جاء أبى من السفر ورضى بذلك . صالحتك
على مبلغ كذا ان ربحت الدعوى التى أقتها على فلان . أجزت بيع
فلان دارى الفلانية : ان لم يحضر لها مشر آخر فى أثناء هذه السنة .
(ب) كل ما كان مبادلة مال بغير مال كالزواج والخلع على مال
أمثلة :

تزوجتك ان رضى أبى . خالعتك على كذا ان رضى أبوك .
(ج) التبرعات كالهبة والقرض . أمثلة :
وهبت لك دارى ان نجحت فى الامتحان . إذا بعث لى دارك بألف
جنيه أقرضتك ألف جنيه أخرى .
(د) التقييدات ، كعزل الوكيل والحجر على الصبي المأذون له
بالتجارة . أمثلة :

ان قدم فلان فقد عزلتك ان جاء وكيلى فقد حجرت عليك .
(هـ) الرهن والاقالة . أمثلة :
رهنتك دارى ان اشتريت دار فلان . اذا قال البائع للمشتري بعد
ان تم البيع بينهما ولزم ، انك اشتريت دارى (مثلا) رخيصة ، فقال
له المشتري ان وجدت مشريا بالزيادة فبيع له ، فوجد فباع بأزيد لا يصح
البيع الثانى لعدم صحة الاقالة
(تنبيه) فى العقود المتقدمة فى مبادلة المال بالمال اذا كان المعلق

عليه موجودا وقت التعليق صحت كلها وكانت عقودا منجزة كما قدمنا .
وقد عللوا عدم صحة التعليق في العقود السالفة بأن في التعليق معنى القمار ، لأنه يجوز أن يوجد المعلق عليه ويجوز ألا يوجد ، فصورنا لأموال الناس من الضياع إذا دفع البديل كله أو بعضه وقت التعليق وقبل وجود الشرط ، ومنعنا لتعطيلهم عن النظر الى شيء آخر حتى يوجد الشرط ، ولا يدري هل يوجد أولا ، وإذا وجد فتي يوجد ، أولا ، وإذا وجد فتي يوجد . فلاجل هذا كانت محظورة .

(تنبيه) تعليق التبرعات وان لم يكن جائزا عند أبي حنيفة وأصحابه هو جائز عند مالك وذلك لا تنفاه معنى القمار .

(القسم الثاني) ما يصح تعليقه بالشرط الملائم فقط ، وهو ينتظم الكفالة والحوالة والاطلاقات كالاذن للصبي بالتجارة . أمثلة :

ان استحق المبيع فأنا ضامن للثمن . ان لم يؤد فلان مالك من الدين عليه الى ستة أشهر (مثلا) فأنا أؤديه عنه . متى ثبت لي قدرتك على البيع والشراء أذنت لك بالتجارة .

(القسم الثالث) ما يصح تعليقه بالشرط مطلقا ، ويشمل ما يأتي :

(١) الاسقاطات المحضة ، كالطلاق والعتاق وتسليم الشفعة بعد

وجوبها . أمثلة :

ان كلمت فلانا فأنت طالق . ان عاد أخي من السفر فأنت حر .

ان كان النوى اشترى الدار هو فلان لنفسه فقد سلمت الشفعة .

(ب) الالتزامات التي يحلف بها (١)، كاللحج والصلاة والصوم والصدقة ، أمثلة :

ان عوفيت من مرضى فله على أن أحج هذا العام ، أو أصلي مائة ركعة ، أو أصوم ثلاثة أيام (مثلا) . أو أنصدق على الفقراء بكذا .

(ج) الوكالة والايضاء والوصية . أمثلة :

ان حصل كذا فأنت وكيل أو وصي أو أوصيت لك بكذا .
ما يصح اضافته الى المستقبل ومالا يصح

(١) مالا يمكن تمليكك في الحال ، وما كان من الاسقاطات ، والاطلاقات ، والالتزامات ، يصح اضافته الى الزمن المستقبل . وذلك كالاجارة وفسخها ، والمزارعة ، والمساقاة ، والمضاربة ، والوكالة ، والكفالة ، والايضاء ، والوصية ، والقضاء والامارة ، والطلاق ، والعتاق ، والوقف ؟ والعارية ، والاذن في التجارة للصبي :

فالاجارة وفسخها والعارية والمزارعة والمساقاة والايضاء والوصية لا يمكن التملك فيها في الحال ، لأن الاجارة تملك المنافع وهي تتجدد شيئا فشيئا ، ومثلها العارية ، وذلك لا يتصور وجوده في الحال ، وفسخ الاجارة تابع للاجارة ، والمزارعة ، والمساقاة جعلتا في حكم الاجارة ، والايضاء الوصية لا يكون لهما حكم الا بعد الموت ، والمضاربة والوكالة من الاطلاقات ، والطلاق والعتاق من الاسقاطات ، أو من الاطلاقات ،

(١) أي تكون كالمؤمن بالله من حيث تقوية عزم الحالف على ما حلف عليه من فعل أو ترك .

والوقف اسقاط ، والكفالة التزام ، والقضاء والامارة اطلاق
وتفويض .

(ب) وما يمكن تمليكه في الحال لاتصح اضافته الى الزمان
المستقبل ، كما لا يصح تعليقه ، وذلك كالبيع واجازته وفسخه والقسمة
والشركة والهبة وعقد النكاح والصلح عن مال والبراء من الدين .
وهذا القدر يكفي هنا . وليراجع جامع الفصولين والدرر ورد المختار
والتبيين والبحر .

الأدوار التي يمر بها العقد

وبيان أحواله في كل أدواره

قد يمر العقد بعدة أدوار ، وقد يخرج سليما أو معيبا . وهالك جملة
القول في ذلك :

إذا وجد الإيجاب والقبول ، ولكن لم يتواردا على محل واحد ،
فلا يوجد عقد ولا انعقاد أصلا : كأن يقول شخص لآخر بعثك داري
التي بالاسكندرية بمبلغ ألف جنيه ، فيقول الآخر اشتريت أرضك
التي في الزمالك بثلاثة آلاف جنيه . وكأن يقول رجل لآخر
زوجتك ابنتي فاطمة الكبرى فيقول الآخر قبلت زواج ابنتك
عائشة الصغرى .

فاذا وافق القبول الإيجاب : ولو ضمنا (كما تقدم) فقد وجد العقد
والانعقاد : وهذا هو الدور الأول للعقد . فان لم يكن المحل قابلا للحكم
العقد كبيع المسجد أو القلاع والحصون أو الشوارع العامة ، أو كان
العقدان أو أحدهما غير أهل للعقد : فان العقد يكون باطلا لا يترتب

عليه حكمه . ويكون كأن الإيجاب والقبول لم يوجد ، أما لعدم صلاحية المحل فإن العلة تكون ضائعة لأعمالها ، أو لعدم اعتبار الإيجاب أو القبول لصدوره ممن ليس أهلا كالمجنون والصبي غير المميز مطلقا ، وكعدم البلوغ والحرية في التبرعات والاستقطاعات .

فإذا كان المحل صالحا لحكم العقد ، وأهلية العاقدين متحققة لكن وجد خلل في الشروط الأخرى ، كان العقد فاسدا ، كالبيع مع جهالة الثمن ، أو جهالة الأجل ، أو مع عدم الرضا .

فإن سامت أركانه وصفاته جميعا كان صحيحا . وبعد ذلك إن كان صادرا من مالك أهل للاستقلال بصدوره كالحرة البالغة العاقل ، أو من غير مالك لكن له ولاية إصداره كالولي والوصي والوكيل كان نافذا . وإن كان صادرا من مالك غير أهل للاستقلال بصدوره كالصبي المميز في عقود المعاوضات أو صادرا من غير ذي ولاية شرعية ، كالفضولي . كان صحيحا موقوفا ، فتلحقه الإجازة ممن يملكها من ولي أو وصي أو من الصبي بعد بلوغه ، أو من مالك هو أهل للاستقلال بصدور العقد . ولا تلحق الإجازة إلا العقد الصحيح الموقوف وأما الباطل والفساد فلا تلحقهما الإجازة بحال .

والعقد الصحيح النافذ تترتب عليه آثاره في الحال ، وأما الصحيح الموقوف فإن حكمه يترأخى إلى وقت الإجازة ، فإن أجاز إجازة معتبرة شرعا ترتبت عليه آثاره من وقت انعقاده ، أي يكون الحكم فيه مستتبدا ، أي له أثر رجعي فيثبت من مبدأ وجود العقد ، ولو طال الزمن بينه وبين الإجازة ، متى كانت الإجازة مستوفية شرائطها .

وبعد نفاذ العقد يكون اما غير لازم من الطرفين كعقد الوكالة ، أو لازما من الطرفين كعقد البيع ، أو لازما بالنسبة لأحد العاقدين كعقد الرهن فهو لازم بالنسبة للراهن المدين ، وليس بلازم بالنسبة للمرتهن الدائن . وللعاقدا الذى لم يلزم العقد بالنسبة له أن يستبد بفسخه ، ما لم يتعلق به حق الغير كما فى بعض صور الوكالة ، وأما العاقدا الذى لزم العقد بالنسبة له فلا يستقل بفسخه إلا اذا كان الخيار ثابتا له بالشرط أو بحكم الشرع كخيار الرؤية وخيار العيب . ومن جهة أخرى قد يكون العقد باتا أى قطعيا ، وقد يكون غير قطعى كبيع الوفاء على رأى من يقول بجوازه

والحاصل :

أن العقد الصحيح هو العقد المشروع ذاتا ووصفا ، والمراد بمشروعية ذاته أن يكون ركنه صادرا من أهله ، مضافا الى محل قابل للحكمه ، والمراد بمشروعية أوصافه أن تكون أوصافه صحيحة سالمة من الخلل وألا يكون مقرونا بشرط من الشروط المفسدة للعقد ، اذا كان من العقود التى تفسد بفساد الشرط كالبيع ونحوه .

والعقد الصحيح ينقسم الى قسمين : نافذ ، وموقوف ، وقد ذكرنا آنفا حكم كل منهما .

والعقد الفاسد هو ما كان مشروعا بأصله لا بوصفه ، أى أن يكون صحيحا باعتبار أصله لا خلل فى ركنه ولا محله ، لكنه فاسد باعتبار بعض أوصافه ، كأن يكون العقود عليه أو بدله مجهولا لجهالة فاحشة ، أو يكون مصحوبا بشرط يفسده ، أو من العقود المنهى

عنها لوصفها لا لذاتها كعقود الغرر . وحكم العقد الفاسد أنه لا يفيد الملك في العقود عليه ، إلا بقبضه برضا صاحبه . والمبيع مضمون على المشتري الذي قبض المبيع في البيع الفاسد إذا هلك في يده بمثله أو قيمته .

والعقد الباطل هو ما ليس مشروعاً لا بأصله ولا بوصفه ، أى ما كان في ركنه أو في محله خلل ، بأن يكون الإيجاب والقبول صادرين ممن ليس أهلاً للعقد ، أو كان المحل غير قابل لحكم العقد ، على أنه يكفي لبطلان العقد وقوع الخلل في ركنه أو محله فقط ، سواء سامت صفاته الخارجة أم لا . وحكم العقد الباطل أنه لا ينعقد أصلاً ، ولا يفيد الملك في الأعيان المالية ، ولو بالقبض . وهل يضمن المبيع باطلاً بالقبض ؟ قيل هو أمانة وقيل هو مضمون .

(تنبيه) قد يحكم ببطلان العقد مع سلامة ركنه وصلاحيته محله ، لاعتبارات أخرى : كما في الزواج بغير كفء على رواية الحسن ابن زياد ، وكنكاح المحلل على ما هو القول الحق من أقوال الفقهاء فيه .

والذى قدمناه من تقسيم العقد الى صحيح وفاسد وباطل هو رأى فريق من الفقهاء . منهم أبو حنيفة وأصحابه . وفريق منهم يقسمه إلى صحيح وباطل فقط . وهالك جملة القول في ذلك .

كل عقد من العقود لا يخلو من إحدى حالات ثلاث : (الأولى) أن تسلم أركانه ومحلّه وأوصافه . (الثانى) أن تسلم أركانه ومحلّه وتختل أوصافه فيما وراء ذلك ، كلها أو بعضها . (الثالث) أن تختل

أركانها أو محله أوها جميعا سواء سلمت أو صافه أم اختلفت ، أيضا .
ففى الحالة الأولى يكون للعقد ماهية شرعية موجودة متحققة بالاجماع
وفى الحالة الثالثة ، لا يكون للعقد ماهية موجودة بالكلية ، إذ وجود
الماهية انما يكون بوجود أجزائها كلها مسألة من أركان ومحل ،
والمفروض فى هذه الحالة أن الأمر ليس كذلك . وأما الحالة الثانية
فقد ألحقها أبو حنيفة ومن أخذ اخذه بالحالة الأولى ، وألحقها الامام
أحمد ومن حذا حذوه بالحالة الثالثة . وجهة نظر أبي حنيفة ومن وافقه
أن أصل الماهية يعنى الأركان والمحل سالم من الفساد والخلل لكن
الصفات ليست مسألة ، فلو قلنا بصحة العقد مطلقا لساوينا بين الماهية
السالمة فى ذاتها وصفاتها ، وبين الماهية المتضمنة للفساد فى صفاتها ،
وذلك غير جائز ، فان التسوية بين مواطن الفساد ، وبين السالم عن
الفساد ، باطلة عقلا وشرعا بالبداهة . فتعين حينئذ أن يقابل الأصل
بالأصل ، والوصف بالوصف ؛ فنقول أصل الماهية سالم عن الفساد ؛
والأصل فى التصرفات والعقود الصحة حتى يرد نهى وعلى هذا ثبتت
لأصل الماهية الأصل الذى هو الصحة وينبت للوصف الذى هو الزيادة
المتضمنة للفساد - أو أى وصف آخر مفسد - الوصف العارض
وهو نهى الشارع فيفسد الوصف دون الأصل . فسبب فساد العقد
والتصرف هو نهى الشارع عنه بنص خاص أو عام .

فان كان النهى متعلقا بذات المنهى عنه كبيع الخمر والخنزير فالعقد
باطل لأن الخلل دخل على الأصل فأفسده فلم يكن لماهية العقد وجود
شرعى ومثله تزوج الانسان بزوجة غيره وهو عالم بأنها زوجة غيره

وتزوج المسلمة بغير المسلم . وان كان النهي متعلقا بوصف النهي عنه كالنهي عن بيع وشرط وكعدم تعيين الثمن أو الاجل في عقد البيع فالاصل سالم والفساد في الاوصاف بسبب نهى الشارع فيما عدا في الحكم الامران جميعاً سلامة الاصل وفساد الوصف . ووجهة نظر الامام أحمد ومن قال بقوله أن الشارع اذا نهى عن أمر دل هذا النهي على فساد النهي عنه سواء أ كان النهي لذات النهي عنه أم لوصف ملازم له كما تقدم أم لوصف مجاور له كالنهي عن البيع اذا نودى للصلاة من يوم الجمعة وهذا مذهب أهل الظاهر أيضاً ونسبه ابن حزم إلى مالك أيضاً . وما احتج به لمذهب أبي حنيفة يرد عليه بأن الوصف اذا نهى عنه سرى النهي الى الموصوف لان الوصف لا وجود له مفارقا للموصوف فيؤول الامر الى أن النهي يتسلط على الماهية الموصوفة بذلك الوصف فيتسلط النهي عليه . واذا لا يكون فرق بين الحالتين الثانية والثالثة ويكون العقد اما صحيحاً أو غير صحيح لا غير

وفي الهداية ما ملخصه ان المبيع يباع فاسداً بملكه المشتري اذا قبضه بأمر البائع أو كان حاضراً بمجلس العقد وقبضه بحضرته لوجود الاذن منه دلالة وقبل القبض لا يثبت للمشتري ملك في المبيع كيلا يؤدي هذا الى تقرير الفساد ولضعف السبب (وهو العقد) عن افادة الملك حتى اذا اعتضد بالقبض تقوى على افادة الحكم . ومع ذلك فلكل من العاقلين فسخه رفعاً للفساد وهذا قبل القبض ظاهر لأنه لم يفد حكمه فيكون الفسخ امتناعاً منه وكذا بعد القبض اذا كان الفساد في صلب العقد - كما اذا كان يرجع الى الثمن لقوة الفساد كما

إذا كان الثمن خمرًا أو خنزيرًا (في المقايضة) وأن كان الفساد لشرط زائد فلمن له الشرط ذلك دون من عليه لقوة العقد إلا أنه لم يتحقق الرضا في حق من له الشرط : لأنه لم يتعاقد إلا على هذا الشرط . فان باعه المشتري نفذ بيعه لأنه ملسكه فله التصرف فيه ، وحينئذ يسقط حق استرداد البائع إياه لتعلق حق المشتري الثاني به ، ولم يكن السبب الداعي لنقض الأول إلا أنه حق الشرع ، لكن حق العبد عند معارضته لحق الله تعالى يقدم بأذن الله لغناه سبحانه وتعالى وسعة عفوه وجوده وفقر العبد واحتياجه . ولأن العقد الاول مشروع بأصله دون وصفه ؛ والعقد الثاني مشروع بأصله ووصفه ، فلا يعارضه مجرد الوصف ؛ ولأن البيع الثاني حصل بتسليط من جهة البائع ، وهذا بخلاف الدار المشفوعة لأن كل واحد منهما حق العبد ، ويستويان في المشروعية . ولأن تصرف المشتري لم يحصل بتسليط من الشفيع ، ولذا يكون للشفيع نقضه ، أهـ بإيضاح مع بعض زيادات من الفتح والعناية . وباقي أحكام البيع الفاسد هناك . وقال الشافعي ان المبيع يباع فاسدا لا بملكه المشتري بالقبض لأن البيع الفاسد منهي عنه ، وكل منهي عنه محظور وممنوع ، ولا ينبغي أن تنال النعمة - وهي هنا ملك المبيع - بالمحظور ، ولأن النهي نسخ للمشروعية : وذلك للتصاد بينهما ، إذ النهي يقتضي القبح والمشروعية تقتضي الحسن ؛ فبينهما منافاة ، فكيف يجتمعان ؟ وأجاب عن ذلك في الهداية بأن العقد الفاسد صدر من أهله في محله ، فوجب القول بانعقاده ، والنهي يقرر المشروعية ، لأنه إذا نهى عن عمل مشروع في الجملة كالنهي عن البيع في بعض صورته فهذا يقتضي أن البيع

المنهى عنه متصور الوجود شرعا ، فنفس البيع مشروع وبه تنال النعمة
وانما المحذور ما يجاوره من الوصف ، كالبيع وقت النداء لصلاة الجمعة
فهو صحيح مكروه ، وكأن هذا الجواب لم يعجب صاحب الفتح
فأجاب بجواب آخر ، فقال ماملخصه ، ما وضعه الشارع سببا لحكم اذا
نهى عنه على وضع خاص ففعل مع ذلك الوضع ، فقد رأينا من الشرع
أنه أثبت حكمه وانته . أصله الطلاق وضعه لازالة العصمة ، ونهى
عنه في وضع خاص وهو ما اذا كانت المرأة حائضا . ثم رأينا أنه أثبت
حكم طلاق الحائض فأزال به العصمة حتى أمر ابن عمر بالمراجعة رفعا
للعصية بالقدر الممكن ، وأثم المطلق . فصار هذا أصلا في كل سبب
شرعى نهى عن مباشرته على الوجه الفلانى ، اذا بوشر معه ينبت
حكمه ويعصى به . وأما قول الشافعى ان النهى نسخ للمشروعية ان
كان مراده به أنه لم يؤذن فيه مع ذلك الوصف المذكور فهو مسلم
لكن لانسلم أنه لا يفيد حكمه مع الوصف المقتضى للنهى كما في طلاق
الحائض اذ أوقعه الشارع مع نهيه عن الطلاق في هذه الحالة وان كان
مراده أنه لا يفيد حكمه فهذا هو محل النزاع اهـ .

أقول ما قاله صاحب الفتح ان جاز ان يصلح ردا على الشافعى لأنه
يقول بوقوع طلاق الحائض كما هو قول الجمهور لا يصح ردا على من
لا يقول بذلك كالشيعة الامامية وابن حزم وابن تيمية وغيرهم وفي
هذه المسألة كلام كثير جدا فليرجع اليه في فتح البارى ونيل الاوطار
وكتب الامامية .

والحاصل أن أبا حنيفة وأصحابه اخترعوا تقسيما للعقود

والتصرفات المنهى عنها فقسموها الى فاسدة وباطلة وجعلوا حكم الفاسد بين بين كما أسلفنا .

هذا وقد بالغ الامام أحمد ومثله ابن حزم في ابطال كل التصرفات والعقود والامور المشروعة التي نهى عنها الشارع في حالة خاصة ووقف بازائهما أبو حنيفة وأصحابه فلم يبطلوا الا ما كان النهى فيه لذات المنهى عنه فأما ان كان النهى لوصفه فقالوا بفساده مع حرمة مباشرته وما كان النهى فيه لمعنى مجاور قالوا بكراهته مع صحة أصله . والثاني قول الشافعي أيضا

المبحث الثالث

حكم العقد أى الآثار المترتبة عليه

بيننا فيما تقدم أن العقد ينقسم الى صحيح وغير صحيح ، وأن غير الصحيح اما باطل أو فاسد - على المذهب الحنفى - والصحيح اما موقوف أو نافذ . وأن العقد المكرره لوصف مجاور هو صحيح أيضا تترتب عليه آثاره كاملة خلافا لابن حزم واحمد ومالك على المشهور من مذهبه والآن سنجمل القول فى حكم كل نوع من هذه الانواع

العقد الباطل

العقد الباطل من حيث هو عقد لا يترتب عليه أى التزام لأحد الطرفين على الآخر ، وكذا لا يلزم به العاقد شئ ، إذا كان كافيا لوجوده شرعا إرادة واحدة منفردة كالطلاق . ولكن يلاحظ فى عقد الزواج أنه قد يترتب عليه فى بعض صورته غير الصحيحة بعض الآثار كوجوب المهر والعدة وثبوت النسب . وذلك لأسباب أخرى .

فالمهر يجب لاجل الدخول وعدم الحد لشبهة العقد والعدة تجب لعدم اختلاط الانساب والنسب يجب فى مثل النكاح بلا شهود لشبهة العقد ولأنه مختلف فيه (١) . وبالجمله فالعقد الباطل فى ذاته لا ينتج أثره من حيث هو عقد . وكذا على القول بضمان المبيع اذا

(١) انظر خلاف مالك وعثمان البتّى فى الاكتفاء بالاعلان (وهو خلاف مفيد) فى فتح القدير وقد ذكرت خلاصته فى كتابى (الاحول الشخصية) المطبوع

هلك في يد المشتري في العقد الباطل قياسا على المقبوض على سوم الشراء
ويقابل هذا القول قول آخر وهو أنه يهلك هلاك الأمانة ، والمسألة
محل نظر .

العقد الفاسد

فاسد النكاح كباطله لأن النهي عنه يقتضي الحرمة وحكم النكاح
الحل فهما متضادان . وهنا كلام كثير في هذه المسألة لا محل لإيراده
هنا وكل عقد فاسد لا يفيد حكما قبل قبض العقود عليه (١) . كما في
البيع ، مع وجوب الرد والفسخ إلا إذا طرأ مانع من الرد على ما أسلفنا
غير أن الرهن الفاسد إذا أخذه المرتهن الدائن قبل الدين فإنه يكون
لازما لأن الدين إنما أعطى لأجله منعا لضرر المرتهن مثال ذلك أن
يكون المرهون حصة شائعة من عقار

العقد الصحيح الموقوف

هو العقد الصادر عن فضولى ، أو الذى باشره المالك المميز غير
البالغ من عقود المعاملات المالية وكل ما يدور بين النفع والضرر وهو
يتوقف على اجازة المالك بعد بلوغه رشيدا أو على اجازة وليه كأبيه
أو وصيه بشرط ألا يكون فى العقد غبن فاحش بالصغير المميز العاقد
ومن هو فى حكمه كالمعتوه المميز . فان تعنت الولي أو الوصى وكان نفاذ
العقد فى مصلحة من عقده قام القاضى مقام المتعنت وأجاز العقد منعا

(١) التبض فى كل عقد بحسبه ففى البيع يكون بتسلم العين المبيعة وفى الاجارة
بتسلم العين المستأجرة والانتفاع بها باذن المؤجر وفى النكاح بالدخول بالمعقود
عليها ، وهكذا .

للظلم عنه . وهنا كلام كثير وخلاف بين الفقهاء في حكم تصرفات
الفضولي رأيت ارجاءه للطبعة الثانية وهو في كتابناه التصرف بطريق
النيابة عن الغير ،
العقد النافذ

هو الذى صدر عن مالك تام الاهلية غير محجور عليه أو صدر
عن ولى على المال كالأب والجد والوصى أو عن وكيل عن المالك أو
عن ولى المال ، وكان العقد مستوفيا كل شروطه الشرعية . وكذلك
العقد الموقوف الذى أجازة معتبرة من المالك أو الولى أو الوصى
أو القاضى .

وهذا العقد ترتب عليه كل آثاره الشرعية على وفق ما يتفق
عليه العاقدان ويجيزه الشرع
والعقد بعد نفاذه قد يكون لازما أو غير لازم ، وهاك جملة القول
فى ذلك .

تقسيم العقد النافذ الى لازم وغير لازم
من العقود ما يكون لازما فلا يملك أحد العاقدين فسخه على
انفراده كالبيع والاجارة بل لا بد من رضا العاقد الآخر . والفسخ يكون
بالاقالة ويشترط لذلك الإيجاب والقبول كعقد البيع وأن يكون
المبيع قائما عند المشتري على حاله وقت الاقالة . والاجارة تفسخ بالاعذار
أيضا . ومن العقود ما لا يقبل الفسخ كالزواج الا فى حالات خاصة
كخيار البلوغ على ما بين فى موضعه (انظر كتابنا الاحوال الشخصية
المطبوع سنة ١٩٢٥) وأما الطلاق فهو رفع لقيد النكاح فى المستقبل

منهما وإذا يتمكن من له الخيار من امضاء العقد ومن فسخه وهالك
جملة القول في ذلك

الخيارات جمع خيار ، وهو اسم من الاختيار ، والمراد به هنا هو
اختيار امضاء العقد أو فسخه . وتنقسم الخيارات الى قسمين : قسم
يتبث بالشرط ، ويقال له خيار الشرط ، أى الخيار الذى سببه الشرط
وقسم يثبت بسبب آخر ، والأسباب متعددة . وسنذكر كل هؤلاء
هنا تباعا ، على حسب ما يقتضيه المقام

فبما الشرط : ما يشترط في صلب العقد أو بعده لأحد العاقدين
أو كليهما من امضاء العقد أو فسخه ، وهو من اضافة الشيء الى سببه
والعقود بالنسبة لخيار الشرط تنقسم أولا الى قسمين : (الاول)
مالا يحتمل الفسخ كالزواج والطلاق والعق . (والثانى) ما يحتمله كالبيع
والوكالة . أما الاول فلا يدخله خيار الشرط ، وأما الثانى فان كان عقدا
غير لازم فكذلك ، لعدم الفائدة ، وهذا كالوكالة ، اذ لكل من الموكل
والوكيل أن يفسخ هذا العقد بدون توقف على رضا صاحبه ، الا في
بعض أحوال استثنائية بسبب عارض ، أما الوكالة في نفسها ، وبموجب
وضعها الاصلى فهى عقد غير لازم لكل من الطرفين . وان كان عقدا
لازما كالبيع والاجارة والصلح عن مال والمزارعة فهذا هو الذى
يصح فيه خيار الشرط ويكون له فائدة وهى تمكين من له الخيار من
فسخ العقد بسبب هذا الشرط .

والاصل فيه أن حبان بن منقذ الانصارى كان يغبى في البياعات
بسبب ضربة سيف أصابت رأسه فتقل بذلك نطقه ، وضعف ادراكه

وتميزه ضعفا ما ، فقال له رسول الله ﷺ : (إذا بايعت فقل لا خلافة
ولى الخيار ثلاثة أيام) . والخلافة هى الخداع . وعلى هذا القدر من المدة
اقتصر أبو حنيفة وقوفاً عند حد النص ، ومحتجاً بأن خيار الشرط مخالف
لمقتضى العقد اذ مقتضى العقد اللزوم ، وشرط الخيار ينفيه ، فينبغى
أن يفسد العقد ، ولكن وجب علينا ان نصحح العقد ، عملاً بالنص ،
وإذا لا ينبغى أن تتجاوز المدة التى جاءت فى النص . وقال صاحبان
يجوز الخيار الى أى مدة يسميها العاقدان ويتفقان عليها ، لأن الحاجة
تدعو الى ذلك أحياناً ، وقد روى عن ابن عمر أنه أجاز الخيار الى
شهرين . أما اذا كانت المدة مجهولة فإن العقد يفسد لما فى ذلك
من الضرر

ويجوز ان يكون الخيار لكل واحد من المتعاقدين أو لأحدهما
أو لأجنبي نيابة عن أحدهما ؛ فإذا جعل الخيار لكل منهما فلا يخرج
البدلان من ملكهما فى عقود المعاوضات المالية ؛ وان جعل الخيار
لأحدهما فلا يخرج ماله من ملكه ، وأما مال الآخر فعلى قول الامام
لا يدخل فى ملك من له الخيار كالمبيع لا يدخل فى ملك المشتري إذا كان
الخيار له وحده . بل يكون موقوفاً وأما على قول صاحبين فإنه يدخل
فى ملك من له الخيار كالمبيع يدخل فى ملك المشتري فى الصورة المتقدمة
استدلاً على قولهما بأنه اذا كان الخيار للمشتري وليس للبائع خيار فان
المبيع يخرج من يد البائع اذ المفروض أنه لا خيار له فإذا لم يدخل فى ملك
المشتري يكون كالسائبة بسبب زواله عن ملكه الاصلى . لا الى

مالك. وهذا لاعهد لنا به في الشرع فوجب اذا ان يدخل في ملك المشتري .
ورد على ذلك أبو حنيفة بأنه يترتب على ما ذهبوا اليه اجتماع البدلين
(الثمن والمبيع) في ملك واحد وهو ملك المشتري وهذا لاعهد لنا به في
الشرع وبأن المبيع ربما كان رحما محرما للمشتري . وقد اشتراه واشترط
لنفسه الخيار فلو قلنا بدخوله في ملكه لعتق عليه ولم يكن لاشراطه
الخيار لنفسه فائدة واذا يكون المبيع موقوفا في مدة الخيار بين المتعاقدين
فاذا أجاز المشتري العقد ثبت له ملك المبيع من وقت العقد واذا فسخه
رجع الى البائع . فهو ليس في حكم السائبة لأنه بينهما لا يعدوهما
واذا كان الخيار لهما فأجاز أحدهما العقد سقط خياره وبقي خيار
الآخر حتى يمضي العقد أو يفسخه . أو تمضي المدة فيسقط الخيار بمضيها
والعقد يفسخ اذا فسخه من له الخيار قولاً أو فعلاً في المدة المعينة له .
ويشترط علم الآخر في الفسخ القولى لا الفعلى . وقيل لا يشترط العلم
لأن حق الفسخ ثابت بشرط الخيار والمراد بالفسخ القولى أن يقول
من له الخيار فسخت العقد ونحو ذلك . والفعلى أن يتصرف البائع في
المبيع ببيع ونحوه قبذلك يوجد الفسخ حكماً . ولذا اتفقوا على جوازه .
ولو مع عدم علم المشتري بذلك (وفي المسألة بحث طويل)
ويتم العقد ويلزم اذا أجاز من له الخيار قولاً أو فعلاً في المدة
المعينة ومثال الفعلى أن يبيع المشتري المبيع . اذا كان الخيار له . أو يبنى
في الارض المبيعة ونحو ذلك مما يدل على رضاه بالعقد
واذا مات من له الخيار في أثناء المدة بدون أن يفسخ العقد فان
العقد يتم ويلزم بموته . ولا ينتقل الخيار الى وارثه . وقال الشافعى

ورث عنه ، لأنه حق لازم ثابت في المعقود عليه . فيجرب فيه الأثر كما في خيار العيب وخيار التعيين . وأجيب عن هذا بأن الخيار ليس إلا مجرد مشيئة واردة . ولا يتصور انتقال ذلك من شخص الى شخص آخر . والأثر لا يكون إلا فيما يقبل الانتقال وهذا بخلاف خيار العيب لأن المورث استحق المبيع سليما فكذا الوارث الذي يخلفه . وأما الخيار نفسه فلا يورث . وخيار التعيين يثبت للوارث ابتداء لا اختلاط ملكه الذي انتقل اليه بالأثر بملك الغير : وليس المعنى أنه ورث الخيار عن مورثه .

خيار الرؤية

هو من اضافة الشيء الى سببه أيضا ، أي الخيار الذي سببه الرؤية والأصل فيه حديث « من اشترى شيئا لم يره فله الخيار اذا رآه » ولأن تعريف المبيع بأوصافه وان كان نافيا للجهالة إلا أن رؤيته تفيد علما فوق ما يفيد وصفه فاشتترطت الرؤية ليتم بها الرضا الذي هو شرط أساسي في البيع . وقس على البيع ما مثله من عقود المعاوضات المالية لاتحاد الجميع في معنى واحد : وعلى هذا يتثبت خيار الرؤية من غير شرط في اربعة مواضع : (الأول) شراء الأعيان التي يلزم تعيينها ولا تنبت دينا في الذمة ، فلا يتثبت خيار الرؤية في عقد السلم ، (الثاني) الاجارة . (الثالث) قسمة غير المثليات . (الرابع) الصلح عن مال على شيء معين ، فمن اشترى شيئا لم يره من الأعيان المذكورة ، أو استأجر شيئا لم يره ، أو قاسم شريكه قسمة تراض مالا مشتركا من التقييمات المتعددة أو المختلفة الجنس ، أو صالح عن دعوى مال معين على شيء معين

لم يره، فهو بالخيار في هذه الصور كلها عند رؤية المبيع أو المستأجر أو الحصة التي أصابته في القسمة . أو بدل الصلح ، فإن شاء قبل وأمضى العقد وإن شاء فسخه وتقض القسمة . وله حق الفسخ والرد قبل الرؤية وبعدها ، فأما ثبوت حق الفسخ قبل الرؤية فلا أن العقد غير لازم قبلها وأما بعدها فبسببه الرؤية عملاً بالحديث : وقيل لاحق له في الفسخ قبل الرؤية قياساً على الاجازة ، لأنها لا تكون إلا بعد الرؤية قولاً واحداً ، إذ الشيء لا يجوز أن يسبق في الوجود وجود سببه ، غير أنه إذا وجد ما يبطل الفسخ قبل الرؤية أو بعدها أو يدل على الرضا بعد الرؤية كان العقد لازماً لا خيار فيه ، والذي يبطل خيار الرؤية هو تصرف من له الخيار في العين تصرفاً لا يحتمل الفسخ كالاتفاق : أو يوجب حقاً للغير كالرهن والاجارة ، سواء أكان هذا قبل الرؤية أم بعدها ، فإن تصرف تصرفاً لا يوجب حقاً للغير كالبيع بخيار البائع وكالهبة بدون التسليم فإن الخيار يبطل إذا كان هذا التصرف بعد الرؤية لدلالته على الرضا ، أما إذا كان قبلها فلا يسقط الخيار لأنه انما يثبت بنفس الرؤية فلا يوجد إلا بوجودها ، وإذا لا يسقط قبلها ، لأنه يسقط قبل وجوده ، وهذا باطل .

وخيار الرؤية غير مؤقت ، بل هو باق حتى يوجد ما يبطله ، وقيل أنه مؤقت بوقت إمكان الفسخ بعد الرؤية ، حتى لو وقع بصره عليه ولم يفسخ سقط حقه في الفسخ ، لكن الأصح هو القول الأول .
والمراد بالرؤية ادراك الشيء بالحوس فقد تكون بالبصر أو بالذوق أو الشم أو الجس ، وهكذا من كل ما يفيد علماً بطريق الحس والمشاهدة

والادراك المادى فى كل شىء بحسبه ، واذا كان من له خيار الرؤية أعمى فان المبيع ونحوه يوصف له ، وفى هذا الكفاية : لأن الادراك بالوصف فى المراثيات أقصى ما يصل اليه علم الأعمى . أما غير المراثيات من المذوقات والمشمومات ونحوها فانه يجوز أن يدركه بنفسه بعد التحقق من أن المبيع هو ما يشمه أو يذوقه أو يجسه . ومذهب الشافعى فى هذا هو أن يوكل الأعمى غيره فى رؤية المبيع ونحوه .

وقد كان أبو حنيفة يقول أولا بثبوت الخيار للبائع كما هو ثابت للمشتري . ويقس خيار الرؤية على خيار الشرط . وقد يكون البائع قد باع ما لم يره ، لكنه ترك هذا القول عملا بالحديث لأن الرؤية متعلقة بالشراء ، ولأن المبيع كان عند البائع وفى ملكه قبل البيع ، فكان يمتد منه أن يراه

وخيار الرؤية لا يورث لأنه مجرد ارادة ومشئنة كخيار الشرط (خيار العيب) : هو أيضا من اضافة الشىء إلى سببه أى الخيار الذى سببه العيب . وخيار العيب يثبت به حق الفسخ من غير اشتراط فى العقد ، ومحلّه عقود المعاوضات المالية . فمن عقد شراء أو اجارة أو اقتسم مع شريكه مالا مشتركا أو صالح عن دعوى مال على مال معين فله فسخ العقد ونقض القسمة بخيار العيب إذا وجد فيما اشتراه أو استأجره أو أخذه بدل صلح ، أو وجد فى الحصة التى أصابته فى القسمة عيبا قديما - بمعنى ان ذلك العيب كان موجودا قبل أن يتسلم المعقود عليه . ولو كان حدوثه بعد العقد وقبل التسليم - ولم يكن عالما به ، ولم يرجد منه ما يدل على الرضا به بعد اطلاعه ، أو لم

يشترط عليه العاقد الآخر أنه برىء من كل عيب فيه . فإن وجد شيء من ذلك (أى من رضاه بالعيب بعد اطلاعه عليه ، أو قبوله الشرط) سقط خياره ولزمه العقد ، والحصة التي أصابته في القسمة .

وأما ثبت خيار العيب لأن الأصل في المعقود عليه السلامة باتفاق الشرع والعقل . وعلى هذا تعامل الناس في كل زمان . ولا يبطل خيار العيب بموت من له الخيار ، بل يقوم وارثه مقامه في ذلك ، وذلك لأن المبيع (مثلاً) إذا كان معيباً فللمشتري رده وأخذ بدله سالماً ، فإذا مات قبل ارد فالذى انتقل إلى وارثه ليس هو ملكه بل ملك البائع . وأما ملكه هو فهو ما يلزم البائع أن يعطيه إياه بدل ذلك المبيع المعيب . وللوارث أن يطالب بكل ما هو مملوك لمورثه ، وعليه أن يرد ما ليس ملكاً له إلى مالكه ، هذا هو فقه المسألة .

ولا يدخل خيار العيب في الزواج إلا إذا وجدت المرأة زوجها عتيقاً أو مجبواً أو خصياً فإن لها طلب التفريق بينها وبين زوجها على ما هو مبين في موضعه . وأجاز محمد التفريق بسبب العيب إذا كان زوجها مجنوناً أو مجذوماً أو أبرص ، فجعل لها خيار الفسخ بسبب العيب في هذه الأحوال ، لأنها لا تطبق المقام معه على هذه الحالة ، بل جاء في بعض الكتب المعتبرة كالزيلعي والبدائع أن ذكر هذه الأشياء على سبيل التمثيل ، وإن كل عيب تتضرر به المرأة يجيز لها فسخ العقد . وللأئمة الثلاثة وغيرهم من الفقهاء الآخرين تفصيلات في التفريق بسبب العيب مبسطة في كتبهم . وقد ضبطت المسألة الإمام ابن القيم ضبطاً حسناً فقال : كل عيب يكون بأحد الزوجين

ينفرد الزوج الآخر منه ، ولا يحصل به مقصود النكاح من المودة والرحمة بوجب الخيار اه . ولم يكن التفريق بين الزوجين بسبب العيب معمولاً به في المحاكم الشرعية المصرية حتى جاء قانون سنة ١٩٢٠ فأجازه للمرأة دون الرجل ، وخيراً فعل . وهالك نص المادة التاسعة منه : للزوجة أن تطلب التفريق بينها وبين زوجها إذا وجدت به عيباً مستحكماً لا يمكن البرء منه ، أو يمكن بعد زمن طويل ، ولا يمكنها المقام معه إلا بصرر كالجنون والجذام والبرص ، سواء كان ذلك العيب بالزوج قبل العقد ولم تعلم به ، أم حدث بعد العقد ولم ترض به . فإن زوجته عالة بالعيب ، أو حدث العيب بعد العقد ورضيت به صراحة أو دلالة بعد علمها فلا يجوز التفريق اه والفرقة بالعيب طلاق بائن (المادة العاشرة) . ويستعان بأهل الخبرة في العيوب التي يطلب فسخ الزواج من أجلها (المادة الحادية عشرة) .

وتتبعاً للفائدة أذكر هنا خلاصة ما قاله ابن القيم رحمه الله فيما يتعلق بالخيار في الزواج نقلاً عن كتابي (الاحوال الشخصية) المطبوع سنة ١٩٢٥ قال ماملخصه كل واحد من الزوجين اما أن يشترط سلامة صاحبه من العيوب واما ألا يتعرض لهذا الشرط ، فإذا اشترط الزوج سلامة زوجته أو شرط جمالها فبانت شوهاه . أو شرطها شابة فبانت عجوزاً شمطاء ، أو شرطها بيضاء فبانت سوداء ، أو شرطها بكرًا فبانت ثيباً . فله الفسخ في ذلك كله فإن كان من قبل الدخول فلا مهر لها ، وإن كان بعده فلها المهر ، وهو غرم على وليها إن كان غره ، وإن كانت هي الغارة سقط مهرها إن لم تكن قبضته ، أو رجع عليها إن كانت قبضته ،

نص على هذا احمد في احدى الروايتين عنه ثم قال :
والذى يقتضيه مذهب الامام احمد وقواعده أنه لا فرق بين
اشراطه واشراطها ، بل اثبات الخيار لها اذا فات ما اشترطه أولى ؛
لأنها لا تتمكن من المفارقة بالطلاق فاذا جازله الفسخ مع تمكنه من
الفراق بغيره فلا ن يجوز لها الفسخ مع عدم تمكنها أولى ، واذا جاز
لها الفسخ اذا ظهر الزوج ذا صناعة دنيئة لا تسوءه في دينه ولا في
عرضه ، وإنما تمنع كمال لنتها واستمتاعها به ، فاذا اشترطته شابا جميلا
صحيحا فبان شيخا مشوها أعمى أطرش أخرس أسود فكيف تازم
به وتمنع من الفسخ ؟ هذا في غاية الامتناع والتناقض والبعد عن القياس
وقواعد الشرع ، وكيف يمكن أحد الزوجين من الفسخ بقدر العدسة
من البرص ، ولا يمكن منه بالجرب المستحكم المتمكن وهو أشد اعداء
من البرص اليسير وكذلك غيره من الداء العضال

واذا أطلق كل منهما فلم يشترط شيئا في صاحبه فالقياس أن كل
عيب ينفر الزوج منه ولا يحصل به مقصود النكاح من الرحمة والمودة
يوجب الخيار ، وهو أولى من البيع . كما أن الشروط المشروطة في الزواج
أولى بالوفاء من شروط البيع وغيره بمقتضى نص الحديث الصحيح
وما كره الله ورسوله مغرورا قط ولا مغبوبا بما غر به ، وغبن به ومن
تدبر مفاصد الشرع في مصادره وموارده وعدله وحكمته وما اشتمل
عليه من المصالح لم يخف عليه رجحان هذا القول وقربه من قواعد
الشريعة اهـ

وأقول ان الشريعة الاسلامية الحكيمة التي تأمر بالاحسان

ومكارم الاخلاق وتبحث على ذلك وترغب فيه أيمار غيب تقضى - على ما أرى - بأن الرجل اذا وجد في امرأته عيبا ولم يكن ظاهرا بينا معروفا للناس ، وكان في اعلانه وطلب الفسخ بسببه اضرار بها - وبسمعتها ، ولو من الوجهة الادبية فقط الا يمكن من اجابة طلبه الفسخ بسبب هذا العيب الخفى - الذى يسجله عليها القضاء - بل يأمر وينصح بالستر عليها وصيانة سمعتها مما يلحق بها الأذى في اعز شئ لديها وهو نفسها ، نزولا على حكم المروءة ومكارم الاخلاق واذا لم يطق المقام معها فليسرحها باحسان ، وجزاؤه على الله . وليعلم أن خسارة المال ولو عظم قدره ومال الله غاد ورائح أهون من قتل النفس التى حرم الله قتلها فان القتل الادبي أشد وآلم للنفس من القتل الحسى المادى ، يدوم الاول وتتجدد آلامه فى كل آن وتبمنه الذكري من مرقده واما الثانى فكما يوجد يزول ألمه وينتهى فليتق الانسان القوى ربه فى اخيه الانسان الضعيف . والحمد لله أن أخذ بهذا قانون المحاكم الشرعية سنة ١٩٢٠ واقتصر على التفريق بسبب عيوب الزوج كما اسلفنا وما أخذ به فى ذلك القانون هو ما اخترناه فى مشروع قانوننا سنة ١٩٢٧ راجع كتابنا الاحوال الشخصية المطبوع سنة ١٩٢٥

(خيار تفريق الصفقة) : لو استحق بعض المبيع قبل قبضه بطل البيع فى قدر المستحق ، ويخير المشتري فى الباقي ، سواء أورث الاستحقاق عيبا فى الباقي أم لا ، وذلك لتفرق الصفقة قبل التمام ، وكذلك لو استحق بعد قبض بعضه ، سواء استحق المقبوض أو غيره ، يخير المشتري كذلك للسبب المتقدم . ولو قبضه كله فاستحق بعضه

بطل البيع بقدره : ثم لو أورث الاستحقاق عيباً فيما بقي بخير المشتري ، ولو لم يورث عيباً فيه : كما إذا كان المبيع ثوبين استحق أحدهما ، أو كان كيلياً أو وزنياً استحق بعضه ولا يضر تبعضه : فالمشتري يأخذ الباقي بالاختيار ، لعدم الضرر ويسمى هذا خيار الاستحقاق .

وكذا إذا هلك بعض المبيع قبل القبض فإن المشتري يتخير في الباقي ، لتفرض الصفقة قبل التمام ، كما يتخير في الاستحقاق ، وفيما لو تعيب بعض المبيع قبل أن يقبضه . أما لو هلك بعد أن قبضه فهلاكه محسوب عليه ، لأنه هلك وهو في يده ، وهو ملكه . وإذا هلك المبيع كله قبل القبض فإن كان هلاكه بأفة سماوية (بالقضاء والقدر) . أو بفعل البائع أو بفعل المبيع فإن البيع يبطل ، ويجب على البائع رد الثمن إلى المشتري إن كان أخذه منه . وإن كان هلاكه بفعل شخص أجنبي خبر المشتري فإن شاء فسخ البيع ، وإن شاء أمضاه وضمن ذلك الأجنبي قيمته . وإن كان هلاكه بفعل المشتري كان محسوباً عليه ويعتبر أنه استوفى حقه . وما قيل في المبيع يقال مثله في المهر إذا هلك قبل أن تقبضه الزوجة ، وكذا استحقاقه على بعض تفصيل (ولراجع أحكام المهر) . وليلاحظ أن عقد الزواج لا يبطل بهلاك المهر ولا باستحقاقه بخلاف المبيع .

(خيار فوات الوصف المرغوب فيه) : اشترى بقرعة على أنها حلوب ، أو فرساً على أنه من خيل السباق ، أو فص خاتم على أنه ياقوت أحمر فإذا به ياقوت أصفر ، كان المشتري مخيراً في هذه الحالة بين أخذ المبيع بكل ثمنه أو رده على البائع ، وذلك لفوات الوصف

المرغوب فيه . ولو اصطلاح المشتري مع البائع على أن يعطيه البائع شيئاً من النقود في مقابلة الوصف الفائن وكذا في مقابلة النقص بالعيب جاز هذا واعتبر خطأ من الثمن . والخيار هنا كخيار العيب ، إذ فوات الوصف المرغوب فيه يجعل المبيع في حكم المعيب بسبب فوات ذلك الوصف . فاذا قبض المشتري المبيع ثم قام به ما يمنع الرد كتعيبه عنده فله أن يرجع في هذه الحالة بمقدار التفاوت فيقوم المبيع مع الوصف المرغوب فيه . ثم يقوم بدونه ، ويرجع من الثمن بنسبة ما بين القيمةين . فلو كانت قيمته مع الوصف عشرين ويدونه خمسة عشر ، وكان قد اشتراه بثمانية عشر فإنه يرجع عليه بأربعة ونصف . وهكذا

وكذا الحكم في المبيع معيباً إذا حدث به عيب جديد وهو في يد المشتري . فاذا مات من له الخيار قام وارثه مقامه في الرد والمطالبة بالفرق على ما تقدم وهو في ذلك كخيار العيب تماماً .

ولا يدخل خيار الوصف المرغوب فله في الزواج ، فلو وصفت الزوجة بأوصاف رغبت الزوج في زواجها ، ثم بانّت خالية من تلك الأوصاف فلا خيار للزوج على قول جمهور الفقهاء . وذهب بعضهم إلى أن له الخيار كما هو الشأن في وجود عيب به لم يعلمه الزوج ولم يرض به .

(خيار النقد) : إذا اشترى شيئاً على أنه إن لم ينقد ثمنه إلى مدة كذا فلا بيع بينهما صح ذلك . وللمشتري في هذه الحالة الخيار ، فإن شاء نقد الثمن في المدة المعينة وأخذ المبيع ، وإن شاء فسخ العقد . وكذا لو أعطى المشتري البائع الثمن على أن البائع إن رد الثمن في مدة كذا فلا بيع بينهما صح أيضاً ، والخيار في هذه الحالة للبائع . وهل

المدة مقدرة بثلاثة أيام فقط ، أو يجوز أن يتفقا على أى مدة يسميها ؟
فى ذلك خلاف نظير الخلاف المتقدم فى خيار الشرط . وهذا الخيار
جائز كخيار الشرط لان الحاجة قد تدعو اليه . وبعضهم جعل بيع
الوفاء داخلا تحت هذا الموضوع

(خيار التعيين) : اذا قال البائع للمشتري بعتك أحدهذه الأثواب
الثلاثة (مثلا) هذا بكذا . وهذا بكذا . وهذا بكذا ولك الخيار فى أيها
شئت أو على ان تأخذ أيها شئت جاز هذا ويكون المبيع واحدا من هذه
الثلاثة لا بعينه حتى اذا قبضها المشتري كان أحدها مبيعا مضمونا .
والاخر ان أمانة فى يده . وخيار التعيين جائز للحاجة أيضا لأجل
التروى وعرض الأمر على الغير . ولا يجوز فى أكثر من ثلاثة أشياء
لأن بها تندفع الحاجة لوجود الجيد والوسط والردىء فيها . ويجوز
أيضا فى اثنين بالاولى . ولا يكون خيار التعيين الا فى القيميات لأنها
هى التى يظهر فيها التفاوت بخلاف المثليات لعدم تفاوتها . وهل يشترط
لذلك الخيار مدة معينة ؟ قيل نعم . وفائدة التوقيت أن يجبر من له
الخيار على التعيين بعد مضي المدة دفعا للضرر عن الآخر اذا ماطل من
له الخيار فى التعيين . وقيل لا حاجة الى التوقيت لأن العقد لازم من اول
الأمر فى أحدها . وانما الخيار فى تعيينه فقط . وقد علمت جوابه مما
تقدم . فالصواب هو توقيت التعيين بمدة معلومة منعاً من اضرار
المشتري بالبائع . وقد يصاحب خيار الشرط خيار التعيين وقد لا يصاحبه
كأن يقول بعتك أحد هذين الفرسين هذا بكذا وهذا بكذا على أنى
بالخيار كذا يوما . وقد لا يشترط الخيار كما تقدم .

وإذا مات من له الخيار قام وارثه مقامه في التعيين لأن لورثه مالا ثابتا ضمن هذه الاشياء فوجب عليه أن يعينه ويررد ما ليس له الى مالكه ، ويؤدى الثمن من التركة ان لم يكن قد ادى حال الحياة .

خيار المجلس

قال به الشافعى واحمد ولم يقل به أبو حنيفة واصحابه فاذا اتم عقد البيع صحيحا ايجابا وقبولا ولم يكن ثم خيار آخر مشروط لزم العقد ولو استمر العاقدان في مجلسهما بعد هذا زمنا طويلا . وأما على قول الشافعى وأحمد فما دام العاقدان في المجلس لم يتفرقا بإبدائهما فلكل منهما الخيار في امضاء العقد وفسخه قبل التفرق عملا بالحديث الصحيح « المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا » والمراد التفرق بالابدان لأنه المتبادر من ظاهر اللفظ : وحمل أبو حنيفة واصحابه التفرق على التفرق بالاقوال فتى ثم الايجاب من احدهما والقبول من الآخر فقد افرقا باقوالهما . والمسألة مبسوسة في فتح البارى ونيل الاوطار ، وقد روى الحديث بعبارات والفاظ أخرى

هذا - وقد بقيت خيارات أخرى لم أر داعيا الى ابرائها هنا وربما ذكرتها في الطبعة الثانية مع التوسع فيما ذكرته هنا من الخيارات

اقتران العقد بالشرط

تقدم في صفحة (١٧٧) بيان الفرق بين تعليق العقد على شرط واقترانه بالشرط . والشرط المقترن بالعقد . وكذا الشرط المتفق عليه بين المتعاقدين قبل العقد لكنه لم يذكر في صلبه كلاهما يتضمن

اشتراط أمر زائد ، فيه فائدة لاحدهما او لغيرهما أو تقييد له فوق ما يقتضيه العقد بحسب وضعه الشرعى ، فالعقد بصيغته يقتضى حكمه كالبيع يقتضى ملكية المشتري للمبيع ملكا كاملا فى مقابلة ملك البائع للثمن ملكا تاما . والشرط يقتضى الزيادة المنصوص عليها فيه . وعلى هذا فكل عقد اقترن به شرط يقتضى التزامين اولهما ما يقتضيه العقد بصيغته وثانيهما ما يقتضيه الشرط وكل منهما يطلب الوفاء به

وهذا موضوع اختلفت فيه اقوال الفقهاء من حيث تأثير الشرط فى للعقد بطلانا أو فسادا ففى الأول يبطل الشرط وحده ويصح العقد ، وفى الثانى يؤثر الشرط فى العقد الفساد فيفسد العقد والشرط جميعا ، وكذا من حيث وجوب الوفاء بالشرط مع صحة العقد فيلزم حكم كل منهما ويجب الوفاء به

وقد تكلم شيخ الاسلام ابن تيمية فى هذا الموضوع كلاما كثيرا واحاط بالموضوع فى جميع اطرافه وأتى فى ذلك بما لم يبق بعده قولا القائل ، وتكلم فيه أيضا تلميذه ابن القيم ببيان موجز فى كتابه اعلام الموقعين

وجملة القول فى هذا هى ان كل عقد وكل شرط لم ينه عنه الشارع فهو جائز يجب الوفاء به ، فالاصل فى العقود والشروط الصحة حتى يقوم الدليل على البطلان كأن يكون الشرط قد تضمن ما حرمه الله تعالى بنص خاص أو عام فى كتابه التلو وهو القرآن أو على لسان رسوله فهو شرط منهى عنه شرطا لا يرتب عليه أثر ملزم وتحرم مباشرته . وما عدا ذلك فهو آت بمقتضى الاباحة الاصلية لان

الكتاب والسنة مكتنا عنه فلم يتعرض له أحدهما بالنهي لا بنص خاص ولا عام فهو إذا شرط مباح وكذا يقال في العقد فالعقد والشرط المسكوت عنهما هما في جانب الإباحة ، وعلى هذا فإذا عقد عاقد عقداً أو شرط شارط شرطاً فقال له قائل عقداً أو شرطك باطل أو فاسد فعلى مدعى البطلان أو الفساد الدليل ؛ وأما العاقد والشارط فليس على أحدهما عبء شيء من ذلك مادام كل منهما متمسكاً بالأذن العام .

هذا وليعلم أن المعاملات من قبيل العادات لا العبادات ، فالأصل فيها الإباحة إلا ما حرمه الله ونهى عنه - هذا من جهة - ومن جهة أخرى نحن نعتقد اعتقاداً لا شك ولا ريب فيه أن الشريعة الإسلامية عامة أبدية وأنها بالنسبة للأحكام الدنيوية منطبقة على مصالح الناس محققة لتسهيل وصولهم إلى ما يحتاجون إليه في معاشهم من أيسر طريق ، فضلاً عن الله ونعمة . ثم نحن نرى العالم في قلب مستمر والمجتمع البشري لا يستقر على حال ، وعلى هذا فإن حكمة الله تعالى وعدله قاضيان بصحة كل عقد وكل شرط لم يرد نهى عنه من الشارع أما ما نهى عنه الشارع فيجب أن تجنبه لأن الله أعلم بمصالحنا منا . وقد كان بودى أن أذكر أدلة القائلين بالخطر وأدلة القائلين بالإباحة فيما لم ينه الله عنه ، وأدلة الآخذين ببعض الشروط دون بعض ، لكنني رأيت إرجاء ذلك إلى الطبعة الثانية بمشيئة الله تعالى وعونه غير أنني سأذكر هنا خلاصة ما جاء في المذهب الحنفي وما لا بد منه من المذاهب الأخرى مع الإيجاز .

كل ما كان مبادلة مال بمال أو منفعة فانه يفسد بالشروط الفاسدة

وهي زيادة مالا يقتضيه العقد ولا يلائمه فيكون فيه فضل مال خال عن العوض ، وهذا هو الربا . ولا يتصور ذلك إلا في المعاوضات المالية كالبيع والاجارة . أما المعاوضات غير المالية كالنكاح والخلع والتبرعات فلا يتصور فيها هذا . وإذا لا تبطلها الشروط الفاسدة .

غير أن الشرط إذا جاء بجوازه الشرع كشرط تأجيل الثمن في البيع ، أو جرى به العرف فانه يجب العمل به كالذي يبيع لك ساعة ويشترط لك اصلاحها لمدة سنة مجاناً ، وكذلك الشرط المؤكد لمقتضى العقد كاشتراط الرهن أو الكفيل بالثمن وعلى ذلك فالشروط الجائزة هي التي يقتضيها العقد بحيث لو لم يصرح بها كانت واجبة بطبيعة العقد كاشتراط تسليم المبيع إلى المشتري بعد تأديته الثمن واشتراط الزوجة على زوجها أن يقوم بالانفاق عليها ، وأن يؤدي اليها مهرها . والشروط التي تلائم العقد وتؤكد موجهه كما مثلنا وكاشتراط المشتري على البائع الكفيل بالثمن عند ظهور مستحق للمبيع (ضمان الدرك) واشتراط الزوجة على الزوج احضار كفيل أو رهن بالمهر . وكذا الشروط التي ورد بجوازها الشرع كاشتراط تأجيل الثمن أو تقسيطه ، وتأجيل المهر كذلك ، وكذا الشروط التي جرى بها العرف كما مثلنا ، وهذا يختلف باختلاف الأزمنة والأمكنة .

وأما غير ذلك من الشروط إذا كان فيه منفعة لأحد العاقدين أو لانسان آخر غيرها فانها شروط فاسدة وتفسد عقود المعاوضات المالية كالبيع ونحوه لما فيها من معنى الربا على ما أسلفنا ، ولأن المطالبة بها تؤدي إلى النزاع لأن لها مطالباً معيناً من أهل الاستحقاق ، أما اذا كان النفع فيها

لغير إنسان فقد قالوا ان العقد صحيح والشرط باطل كما لو باعه فرسا واشترط عليه أن يطعمها طعاما معيناً والا يركبها الى مسافات طويلة ونحو ذلك ، فالبيع صحيح والشرط باطل لأنه شرط ليس له مطالب من أهل الاستحقاق . وليلاحظ أن الشروط التي يجيزها الشرع أو يجري بها العرف فيها منفعة لاحد العاقدين ، لكنها مستثناة شرعاً أو عرفاً . والعرف في الشرع له اعتبار

وأما في غير عقود المعاوضات المالية كالزواج والتبرعات كالهبة فالشرط باطل والعقد صحيح . وقد يصح بعض الشروط مع الهبة وغيرها على ما بين في موضعه .

والحاصل ان الشروط بالنسبة لعقود المعاوضات المالية ثلاثة أقسام شروط صحيحة فتصح هي ويصح معها العقد ، وهي الشروط التي يقتضيها العقد أو يلائمها أو ورد بها الشرع أو جرى بها العرف وشروط فاسدة في نفسها ، ويفسد بها العقد أيضاً . وهي الشروط المتقدمة إذا كان فيها نفع لاحد العاقدين أو لغيرهما من أهل الاستحقاق ولم تكن على الوصف المتقدم وشروط تبطل هي ويصح العقد وهي الشروط التي فيها منفعة لغير أهل الاستحقاق .

ويدخل تحت عقود المعاوضات المالية البيع ، والشراء ، والابجار ، والاستئجار ، والمزارعة ، والمساقاة ، والصلح عن مال ، واجازة هذه العقود .

وأما عقود المعاوضات غير المالية والتبرعات فانها تصح مع أي شرط كان .

وأما الشرط فإن كان من مقتضيات العقد أو ملائماً له صحح هو أيضاً والابطل وُحده .

ومن عقود المعاوضات غير المسالية الزواج والخلع على مال .
ومن عقود التبرعات الهبة والقرض والاعارة والوصية . هذا جملة ما جاء في المذهب الحنفي في الشروط المقارنة للعقد أي التي تكون في صلب العقد .

وأما الشروط التي تشترط قبل العقد ولا تذكر في صلبه ففيها خلاف بين الفقهاء . وهاك جملة القول في ذلك :

المشهور في مذهب الشافعي ومذهب أبي حنيفة وهو قول لأحمد أن الشرط المتقدم لا يعتبر كلقارن فلا تأثير له في العقد أصلاً وهو كالوعد المطلق لا يجب الوفاء به قضاء ويجوز العدول عنه ، وربما لا يتذكره العاقدان وقت العقد .

وذهب مالك وأحمد في قوله المشهور إلى أن الشرط المتقدم كالشرط المقارن ، فإذا اتفقا على شيء وعقد العقد بعد ذلك فهو مصروف إلى المعروف بينهما مما اتفقا عليه . وإلى هذا ذهب فقهاء الحديث . وذهب بعض أصحاب أحمد إلى أن الشرط المتقدم إذا كان رافعاً لمقصود العقد كالمواطأة على كون العقد تلجئة أو تحليلاً التحقق بالعقد فأبطله ، أما إذا كان مغيراً له كاشتراط أن المهر أقل مما يسمى في العقد أمام الناس بمقدار كذا فإنه لا يؤثر في العقد

هذا . وما يأذن به أحد العاقدين للآخر أو يبيحه له أو يهبه له بعد تمام العقد ولزومه بينهما فهو جائز بلا خلاف لانفصاله عن العقد ،

فهو تبرع محض وذلك كما اذا أذن الراهن للمرتهن أن ينتفع بالرهن
جاز ذلك ولا حرج فيه. أما اذا كان الشرط في صلب العقد فالرهن
صحيح والشرط باطل. وكذا لو وهب المقرض للمقرض شيئاً من ماله
بعد تمام العقد على ما أسلفنا

وبالجملة فالشرط المؤثر هو ما كان في صلب العقد بالاجماع ؛
وكذا ما كان سابقاً عليه على قول مطلقاً ؛ أو على تفصيل
في المسألة .

قوة العقد ومداه ومن أين استمدت ؟

العقد متى تم بشروطه ترتب عليه التزام كل من العاقدين
للاخر بما التزم به له بحكم العقل والشرع . وعلى هذا يكون كل واحد
منهما مدينًا ودائنًا لصاحبه ، مدينًا بما التزم به لصاحبه ، ودائنًا بما
التزم له صاحبه به . وعلى هذا يجب على كل منهما الوفاء لصاحبه بما
التزم فان لم يتم بذلك من تلقاء نفسه كان الحكم للشرع فيجبر القاضى
المتعنت منهما على الوفاء بحكم الشرع وقوته

وما وجب على كل منهما بمقتضى العقد لصاحبه ثابت عليه
وحده لا يعدوه إلى غيره ، لأنه التزمه باختياره ، وكذلك ما ثبت
له من الحق قبل صاحبه فهو له وحده لا يشاركه فيه غيره . وليلاحظ
ان المراد بالعاقدين هنا هما العاقدان الاصيلان إذا باشرا العقد
بأنفسهما ، أو باشره غيرهما لأجلهما ، على ما أسلفنا . وهذا ظاهر
لاخفاء فيه .

هذا - وليعلم ان الاجماع انعقد في الشريعة الاسلامية على أن الانسان إذا مات خلفه وارثه فيما ترك مما يورث عنه شرعا (١) مع استقلال كل منهما بشخصيته . فلا تندمج شخصية المورث في شخصية الوارث بل تزول وتنقطع بموته

وعلى هذا لا يلزم الوارث اداء شيء من ماله الشخصي وفاء لما كان على المورث من الالتزامات إلا إذا تفضل وتبرع من تلقاء نفسه . والواجب أولا تقديم تجهيز المتوفى وتكفينه من ماله الذي تركه ؛ ثم وفاء ما عليه من الديون ثم تنفيذ وصاياه في حدود ما أذن به الشرع والباقي بعد ذلك يكون للوارث على سبيل الصلة

. وقد استمد العقد قوته هذه من قول الله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود » وغيرها من الآيات الكريمة التي جاءت بهذا المعنى . وكذلك من حكم العقل بوجوب استفرار المعاملات ؛ إذ لو لم يكن للعقود قوتها لم تنتظم معاش الناس بل كانوا في حالة مستمرة من النزاع والشقاق ، يتعسر فيها وصول كل واحد إلى ما يقوم بحاجاته الضرورية في هدوء وطمأنينة

(١) انظر كتابنا التركة والحقوق المتعلقة بها . ففيه بيان أقوال الفقهاء فيما يكون تركه وما لا يكون مع ذكر أدلة كل فريق بمتنهي الاستيفاء ، مما لا يجده في غير كتابنا هذا . وفيها مسألة مطالبة الوارث بحقوق المورث التي التزم بها غيره له والقيام بما على المورث في ذلك لغيره ، مما لا يتسع له المقام هنا .

الوعد

هو انشاء المخبر به معروف في المستقبل ويفرق بينه وبين الالتزام بالعقد بالقرائن إذا كان الاخبار عن العقد بصيغة المضارع ، أما إذا كان بصيغة الماضي فلا يحتاج إلى قرينة والوعد يجب الوفاء به ديانة ومروءة بالاجماع ، وأما الوفاء به من جهة القضاء بأن يلزم القاضى الواعد بالوفاء بما وعد ، ففي ذلك ثلاثة مذاهب :

الأول : -

مذهب ابن شبرمة ان الوعد على أى صورة كان لازم ويقضى به على الواعد ويجبر على تنفيذه .
ودليل هذا المذهب قوله تعالى : « كبر مقتا عند الله أن تقولوا ما لا تفعلون » وقوله ﷺ : « أربع من كن فيه كان منافقا خالصا ، ومن كانت فيه خصلة منهن كانت فيه خصلة من النفاق حتى يدعها : إذا حدث كذب ، وإذا عاهد غدر ، وإذا وعد أخلف ، وإذا خاسم فجر . »

وفي حديث آخر صحيح : « من علامة النفاق ثلاثة وان صلى وصام وزعم انه مسلم : إذا حدث كذب ، وإذا وعد أخلف ، وإذا أوتمن خان . »

لكن الجمهور حملوا ذلك على الوفاء ديانة وان خير آله أن يفعل لكنه لا يجبر قضاء . وهذا هو المذهب الثاني وهو مذهب الجمهور .

الثالث :-

مذهب مالك - على القول الصحيح - ان الوعد يلزم الواعد
ويقضى به إذا دخل الموعد بسبب الوعد في شيء . مثال ذلك
أن يقول لك شخص اني اريد أن أهدم دارى ولسكن ليس عندى
من المال ما اعيد به بناءها ، فتقول له اهدم دارك وأنا أسلفك ماتبنيتها
به ، فيهدمها معتمداً على وعدك فانه يجب عليك الوفاء بما وعدته به ،
فان لم تفعل قضى عليك بما التزمته بوعدك ، لأنك أدخلته بوعدك
فيما فعل .

النذر

هو ايجاب الانسان على نفسه باختياره شيئاً من جنس ما أوجبه
الله عليه من العبادات تقريباً الى الله تعالى ، كأن يقول لله على أن
أتصدق على الفقراء بكذا أو أن أصلي كذا ركعة أو أن أصوم كذا
يوماً أو أن أحج . وقد يكون النذر بصيغة التعليق كأن شئ الله
مريضى فله على كذا الخ . والنذر عقد بين العبد والرب فيجب الوفاء
به كسائر العقود . قال تعالى : « وليوفوا نذورهم » وقال في مقام المدح :
« يوفون بالنذر »

وهل يدخل النذر تحت القضاء بمعنى ان من نذر نذراً فلم يف به
هل يلزمه القاضى ويجبره على الوفاء به ، كمقود الناس بعضهم
مع بعض ؟

قال الجمهور - لا - سواء أكان النذر لانسان معين ، كأن

يصرح بأن يتصدق على فلان أو كان لجماعة معينين . كأن يقول
ان شئ الله مريضى فله على أن أتصدق على فلان بكذا : أو على خدمة
المسجد الفلانى .

وعلموا ذلك بأن النذر قرينة ، ولا بد فيها من النية ، والالزام ينافى
نية القرينة ، فالوفاء بالنذر واجب بين العبد وربّه من جهة الديانة ، فان
فعل فقد أوفى بنذره ، والافعليه الاثم

وأما على مذهب مالك فان كان النذر لغير معين كالفقراء فلا
يقضى به على المشهور لعدم تعيين المدعى صاحب الحق فى النذر .
وان كان لمعين قضى له به كما هو الحكم عنده فى سائر ما يلتزم به
الانسان من التبرعات لغيره .

هذا - وقد استوفيت الكلام فى النذر فى كتابي التزام
التبرعات ، وفى هذا الذى ذكرته هنا الكفاية بالنسبة لموضوع
مذكرتنا المختصرة

تنمة

قال ابن حزم : ان الوفاء بحقوق الله تعالى واجب وهو مقدم
على الديون التى للناس ، فان قصر الانسان فى شئ منها ومات على ذلك
أخذ ما عليه من حقوق الله تعالى من تركته من رأس مال التركة ،
ولا شئ للغرماء حتى تقضى ديون الله كلها ثم ان فضل شئ فللغرماء ،
(انظر المحلى) وانظر كتابنا (التركة والحقوق المتعلقة بها) ففيه مذاهب
الفقهاء فى ذلك مستوفاة جدا .

المبحث الرابع

في

انتقال الالتزام

ويكون ذلك إما بحالة الحق ، وإما بحالة الدين .

ومعنى الحوالة في الأصل نقل الشيء من مكان إلى مكان . وعلى هذا الأساس سمي نقل الحق من دائن إلى دائن ونقل الدين من مدين إلى مدين بالحوالة .

والأصل في هذا الحديث المتفق عليه « مطلق الغنى ظلم ، وإذا أتبع أحدكم على مليء فليتبع » وفي لفظ لأحمد « ومن أحيل على مليء فليحتل » وفي رواية عن ابن عمر « مطلق الغنى ظلم ، وإذا أحلت على مليء فاتبعه . »

المطل هو تأخير ما استحق أداءه بغير عذر مع القدرة على الأداء . والحديثان يدلان على أنه يجب على من أحيل بحقه على مليء أن يقبل الحوالة عليه . وإلى هذا ذهب أهل الظاهر وأكثر الحنابلة . وحمله الجمهور على الاستحباب .

حوالة الحق

ومسورة حوالة الحق أن يكون خالد مدينا لبكر بمبلغ

مائة جنيه مصرى (مثلا) وبكر مدين بمنلها لزيد فيتفق بكر مع زيد على أن يأخذ زيد المائة التي لبكر عند خالد صحت هذه الحوالة وكانت بيع دين بدين وهو جائز عند الأئمة الثلاثة مالك والشافعى وأحمد ولا يشترط رضا خالد لأنه محل استيفاء فقط وللبيع أن يسلط المشتري على استيفاء المبيع من محله، وكذا الحكم لو كان الذى لبكر عند خالد عين مضمونة أو أمانة وجعلت موضوع الحوالة وكذا تجوز هبة الدين الذى لبكر فى ذمة خالد لخالد مدينه أو لزيد أو لشخص آخر غيرها . وبالجمله فله فيه التصرف كيف شاء

وأما عند أبى حنيفة فان هذا النوع من الحوالة لا يصح . لأنه بيع الدين بالدين ، وقد ورد النهى عنه ، وجواب هذا من قبل الأئمة الثلاثة أن الحاجة قضت باستثناء هذا .

أقول

روى عن ابن عمر « أن النبي ﷺ نهى عن بيع الكالىء بالكالىء »
رواه الدارقطنى . قيل فى تفسيره . بيع الدين بالدين وقيل بيع النسيئة بالنسيئة . وعلى فرض أنه بيع الدين بالدين فقد استثنى منه الأئمة الثلاثة حوالة الحق . ومع ذلك فهذا الحديث ضعيف السند جدا تفرد به موسى ابن عبيدة الريدى وقد قال فيه الامام أحمد لا تحل الرواية عنه عندى ، قال ولا أعرف هذا الحديث عن غيره . وقال الشافعى أهل الحديث يوهنون هذا الحديث لكن فى نيل الاوطار أن اجماع الناس على أنه لا يجوز بيع دين بدين

أقول هل نم دليل وراء ما تقدم يستند اليه هذا الاجماع

بعد ما سمعت ما قيل آتفا وإذا كان فلم لم يتمم به الشوكا في الموضوع بل
اكتفى بقوله ان اجماع الناس على هذا ؟
نحن لانكتفى منه ولا بمن هو أكبر منه إلا بإيراد ما يؤيد ما يقوله
من نقل أو عقل . وقد تكرر منه مثل هذا في عدة مواضع من كتابه
كما يعلم بالتتبع ، وخلاصة الكلام في حوالة الحق أنها عقد بيع بين اثنين
فيه كل واحد من المبيع والتمن دين - وقد يكون المبيع غير دين - كما
أسلفنا - فيستوفى المشتري المبيع من دين البائع ولا يشترط رضا المحال
عليه لانه محل استيفاء لا دخل له في العقد

حوالة الدين

هي احلال مدين محل مدين . فاذا كان لزيد على بكر دين مقداره
مائة جنيه (مثلا) فاحال بكر زيدا على خالد ليأخذ زيد دينه الذي له
على بكر من خالد ، فيكون هو المحيل وزيد هو المحال وخالد هو المحال
عليه . فان كان لبكر في ذمة خالد دين ، أو كان له عنده مال أمانة
أو مضمون وقيدت به الحوالة صحت وسميت بالحوالة المقيدة ، وانما
يكن لبكر دين في ذمة خالد ، ولا مال تحت يده مضمون أو أمانة
أو كان له شيء من ذلك ولكن لم تربط الحوالة به بل رضى خالد بأز
يلتزم بأدائها من ماله الخاص صحت الحوالة أيضا وسميت بالحوالة
ال مطلقة .

ولا بد من رضا الجميع في كلتا الحوالتين ، المقيدة والمطلقة ، فأم
المحال عليه (خاند) فلانه هو الملتزم بدفع دين الحوالة ، وقد يكون
من ماله الخاص ، وقد يضم عليه كما في أحوال التوى في الحوالة المطلقة

وأما المحال (زيد) فلائن فى الحوالة انتقال حقه إلى ذمة أخرى، والذمم متفاوتة . وأما المحيل (بكر) فلائن ذوى المروءات يأنفون من تحمل غيرهم ما عليهم من الدين فلا بد من رضاه. وقيل لا يشترط رضا المحيل (أى المدين الأصلى) لأن التزام الدين من المحال عليه تصرف فى حق نفسه (أى فى الحوالة المطلقة) والمحيل لا يتضرر بل فى ذلك منفعة له لأن المحال عليه لا يرجع عليه إذا لم تكن الحوالة بأمره، على ما بين فى موضعه :

ومن هنا يتبين لك بأجلى وأوضح بيان أن حوالة الحق أى حلول دائن محل دائن - على ما ذهب إليه الأئمة الثلاثة مالك والشافعى وأحمد - لا يشترط فيها رضا المحال عليه ، للسبب الذى بيناه هناك . وأن حوالة الدين وهى إحلال مدين محل مدين يشترط فيها رضا المحال عليه حتماً، لما بينا آنفاً . فليكن كل هذا على ذكر منك بعد هذا البيان الناصع
« أقول »

جاء فى المادة (٤٣٥) من القانون المختلط أخذاً من القانون الفرنسى مانصه « تنتقل ملكية الحق البيع من البائع إلى المشتري بمجرد تراضيهما »

فلم يشترط هنا رضا المدين تبعاً للقانون الفرنسى . ولم يتعرض القانون المختلط لحوالة الدين .

وجاء فى المادة (٣٤٩) أهلى مانصه « لا تنتقل ملكية الديون والحقوق المبيعة ولا يعتبر بيعها صحيحاً إلا إذا رضى المدين بذلك الخ »

فاشترط هنا رضا المدين وأن يكون كتابة الخ؛ قالوا ان هذا مأخوذ من الشريعة الاسلامية - أى اشتراط رضا المدين فى حوالة الحق. انظر المجموعة المدنية للاستاذ محمد كامل بك مرسى المطبوعة فى مارس سنة ١٩٤٠ ص ١٦٨ رقم ٤ هامش. وانظر موجز الالتزامات للاستاذ السهنورى بك صفحة ٥٢٨. وقد جاء فى صفحة ١٢٢ من مقالته (وجوب تفقيح القانون المدنى) مانصه: ويتطلب القانون الاهلى دون القانون المختلط رضا المدين فى حوالة الحق (م ٣٤٩) جريا على حكم الشريعة الاسلامية فى ذلك (م ٨٨٢) مرشد الحيران. وجاء فى الموجز ص ٥٢٨ مانصه: إلا أن القانون الأهلى متبعا فى ذلك أحكام الشريعة الاسلامية جعل حوالة الحق لا تتم إلا برضا المحال عليه (أى المدين) فاركان الحوالة فى هذا القانون إذا ثلاثة رضا المحيل ورضا المحال له ورضا المحال عليه. وقد أبى القانون الأهلى كما أثبتت الشريعة الاسلامية أن يتغير على المدين دائته فينتقل الحق الى دائن آخر دون رضا المدين وجاء فيه ص ٥٣١ مانصه: أما القانون المختلط فقد اقتضى أثر القانون الفرنسى لا الشريعة الاسلامية إذ هو لا يشترط رضا المدين المحال عليه، ويكتفى برضا المحيل والمحال له

ثم بين لنا فى كلامه فى حوالة الدين أن القانون الالمانى والقانون السويسرى كلاهما نظم حوالة الدين. وأورد جملة صالحة من ذلك ص ٥٤٩ وما بعدها. وقد جاء فى رسالة الدكتور شفيق شحاته ص ١١٦ مانصه: لا تنتقل الحقوق فى التشريع الاسلامى بين الاحياء الخ وقال فى ص ١٩٧ أما التحويل بالمعنى المعروف فى القوانين الحديثة فلا يصح أبدا

في التشريع الاسلامى . : وقد قال البعض ببطلانه ، وقال البعض
بفساده؟ انتهت عبارته بنصها . وقد كنت أود أن يريث فيما كتبه في
الحوالة وألا يتعجل لأن أمانة النقل تقضى بذلك
« ثم أقول »

إن الشريعة قد ظلمت في قضية الحوالة منذ وضع القانون المدني
الأهلى أى من مدة ٦٢ سنة وباليات الذين اشتغلوا بالقانون المدني
تطبيقا وشرحا قد تنبهوا إلى سبب هذه المشكلة التى خلقها ذلك
المحامى الفرنسى الذى وكل اليه اقتباس القانون الأهلى من القانون
الفرنسى .

وهاك بيان السبب فى منشأ الغلط

القانون المختلط تبعاً لأصله لم يشترط رضا المحال عليه فى حوالة
الحق وكذا مذاهب الأئمة الثلاثة مالك والشافعى وأحمد لم يشترط
فيها هذا الشرط للمعنى الذى يبناه هناك ، وهذه المذاهب من الشريعة
الاسلامية بلاشك ولا ريب فالقانون الفرنسى فى هذه المسألة لا يخالف
الشريعة الاسلامية ، وأن الحقوق فى الشرع الاسلامى تنتقل بين
الأحياء بطريق الحوالة ، وأن التحويل بالمعنى المعروف فى القوانين
الحديثة صحيح قطعاً فى التشريع الاسلامى قبل أن تستيقظ أوروبا من
سباتها وتفتح عينيها على ضوء المدنية الاسلامية الباهر شرقاً وغرباً منذ
القرن العاشر الميلادى .

هذا وليعلم أن مذهب مالك رضى الله عنه قد كان يضىء سناه
ويزخر بحموه فى بلاد الاندلس إبان العصور الوسطى التى عمت فيها

ظلمات الجهل أوربا كلها لولا قبس من نور العلم والعرفان كان يحمله طلاب العلم من إيطاليا وفرنسا وإنجلترا وغيرهما من جامعات الاندلس العديدة التي كانت أبوابها مفتوحة لكل طالب علم بلا شرط ولا قيد (انظر تاريخ الكنيسة لموسهم في مواضع متعددة منه) فلا عجب إذاً أن توجد موافقة بين القانون الفرنسي ومذهب الامام مالك . وإذا يجب اصلاح هذه الغلطة التي استحكمت الاحالة على المعاش لبلوغها السن القانونية بل تجاوزتها بسنتين فلا يقال بعد الآن أن القانون المختلط تبعاً لأصله القانون الفرنسي يخالف الشريعة الاسلامية في اشتراط رضا المحال عليه في حوالة الحق فالشريعة تشترطه والقانون الفرنسي لا يشترطه ، والحقيقة أن القانون والشريعة كليهما لا يشترطانه ، كما أوضحنا .

وأما القانون الأهلي فقد اقتبس واضعه اشتراط رضا المدين في الحوالة من مذهب الامام أبي حنيفة - ومن هنا جاء الغلط - أما أولاً فلا أبو حنيفة ولا أحد من أصحابه يقول بحوالة الحق بل المذهب الحنفي في هذا - قولاً واحداً - هو أن هذا عمل باطل لأنه يبيع الدين بالدين كما أسلفنا . وأما ثانياً فلا أن المذهب الحنفي انما يقول بجواز حوالة الدين ويشترط رضا المدين (المحال عليه) ورضا المحيل كما شرحنا ذلك فيما تقدم . فمنشأ غلط واضع القانون الأهلي أنه اقتبس شرطاً اشترط لحوالة الدين ، اقتبسه لحوالة الحق مع أن القائل بالاول (أبو حنيفة) يقول ببطالان حوالة الحق التي يقول بها القانون الأهلي ، وأما القائلون بحوالة الحق فلا يشترطون هذا الشرط ، وبهذا تبين

لك بياناً جلياً . بدأ الغلط . في هذه المسألة .

والحاصل أن كلا من نوعي الحوالة . حوالة الحق وحوالة الدين .
رجود في الفقه الاسلامي في كتب المذاهب الاربعة وغيرها وقد
وضعت قواعد كل من النوعين ، أحكامه بمنتهى الدقة والتفصيل وحسن
الترتيب والتقسيم . وفي الطبعة الثانية سأفرد لذلك باباً خاصاً آتي
فيه بكل ما يدعو اليه الحال عندنا مع استيفاء البحث الفقهي في
الموضوع كله . بعون الله تعالى ومشيتته .

المبحث الخامس

في

انقضاء الالتزام

رأيت أن أرجىء الكتابة في هذا الموضوع وبيان أحكامه
بالتفصيل الى الطبعة الثانية : وذلك لأن مما يتناوله الكلام موضوعات
كان يجب ان تذكر من قبل كتعدد الدائنين والمدينين ومسائل
التضامن والدين المشترك مما منع ضيق الوقت من ذكرها لكني سأشير
هنا الى أسباب انقضاء الالتزام مع ذكر بعض الأمثلة لاعطاء
صورة لكل سبب

١ - وفاء الملتزم بما التزمه

هو أن يقوم المدين بما التزمه كتسليم البائع المبيع الى المشتري
وأداء المشتري الثمن الى البائع . ورد المقرض الدين الذي اقترضه الى
المقرض وعمل الصانع ما اتفق معه على عمله - وفق الاتفاق تماماً - في

عقد الاستصناع وتسليمه الى الطرف الاخر . والقيام بما التزمته الزوجة من المال في مقابل امتناعه من التزوج بغيرها مع وفائه هو بذلك
٢ - عدم امكان التنفيذ لهلاك المعقود عليه أو تعذر الحصول عليه

٣ - ابراء الدائن مدينه مما ائتم به له
كأن يكون لزيد في ذمة بكر مائة جنيه ثم مبيع أو دين
قرض (مثلا) فيبرئه منها كلها فينتهى بذلك التزام المدين لفراغ ذمته
بالبراءة . واذا ابرأه من بعضها لم يبق له الامطالبتة بالباقي ومن ذلك
ابراء الدائن مدينه الاصلى فيبرأ بذلك كفيله بالدين ومن ذلك ابراء
الزوجة زوجها من مهرها كله أو بعضه

٤ - استبدال دين جديد بالدين الاصلى

مثال ذلك

ان يكون زيد مدينا لبكر بمائة أردب من القمح فيتفقان على
ان يلتزم المدين بشعير تساوى قيمته قيمة القمح بدلا منه ؛ وكأن يكون
زيد مدينا لبكر بمبلغ عشرين جنيها أجره منزل استأجره زيد مملوك
لبكر فيتفق معه على ان يبقى ذلك الدين بذمته على سبيل القرض

٥ - المقاصة

مثال ذلك إن يكون زيد مدينا لبكر بمبلغ خمسين جنيها مصريا
ذهبا ثمن مبيع اشتراه زيد من بكر ، وبكر مدين لزيد بخمسين جنيها
مصريا اقترضها منه فيكون كل منهما دائنا ومدينا للآخر فيلتقى الدينان
قصاصا لتساويهما ، وكذا اذا كان دين أحدهما بزيد على دين الاخر
فالقصاص يكون في القدر المشترك ويبقى أحدهما مدينا للآخر بما زاد

٦- اتحاد الذمة

إذا كان زيد مدينا لأخيه شقيقه بكر بمبلغ ألف جنيه مصري (مثلا) ثم مات بكر الدائن وأيس له وارث إلا أخوه زيد فيرث زيد من ضمن ما يرثه عن بكر هذا الدين وبذا يكون زيد مدنيا ودائنا لحلوله محل الدائن المورث فإذا طالب بالدين فهو أنا يطالب نفسه ليأخذه لنفسه وذلك لاتحاد ذمته فيسقط الدين لعدم الفائدة في المطالبة

٧- التقادم

عد في القانون التقادم في اسباب انقضاء الالتزام . وليس التقادم من اسباب انقضاء الالتزام في الشرع الاسلامي . وذلك لأن الحق قديم لا يسقطه تقادم الزمن بل هو لاصق بذمة من هو عليه لمن هو له حتى تبرأ ذمته بالاستيفاء أو الإبراء وإنما تقادم الزمن يؤثر في منع سماع الدعوى إذا كان المدعى عليه منكرًا للحق وقد توافرت أسباب المنع على ما بين في مواضعه بيانا مفصلا

هذا

وأرجو أن تكون السكتاة الثانية وافية جدا ومحرة ومنقحة . والحمد لله أولا وآخرا . وصلى الله على محمد وعلى آله وصحبه وسلم . والعود أحمد : والأمر كله بيد الله

انتهى

تنبیه

قد توجد في هذه المذكرة بعض أخطاء مطبعية لا نخفي
ولضيق الوقت لم أتمكن من مراجعتها

صفحة	
٤	مقدمة في التعريف بالشرع الاسلامي
١٧	معنى الفقه
٢١	تعريف الالتزام
٢٣	الشيء الملزم به
٢٩	الملزم
٣٠	الملزم له
	مصادر الالتزام
٣٣	تمهيد
٣٥	تعدد مصادر الالتزام
	العقود
٤١	تعريفه واطلاقه على الارادة المنفردة
٤٢	عمل الارادة
٤٥	هل يجب انضمام شيء الى الارادة ليتم العقد ؟
٤٨	تقسيم العقود الى مجموعات
٥٢	المبحث الاول من مباحث العقد في تكوينه شرعا وماله
	اتصال بذلك
٥٢	الوجود الحسي والوجود الشرعي للعقد
٥٢	استطراد في الارادة المنفردة قانونا وعملها

صحيفة	
	أركان القعد
٥٧	ركن العقد الذي يتم بإرادة واحدة
٥٩	ركن العقد الذي يتوقف وجوده على توافق ارادتين .
	ربط القبول بالإيجاب
٦٣	مجلس العقد
٦٥	موافقة القبول للإيجاب
٦٧	ما يعبر به عن الإيجاب والقبول . اللفظ . الإشارة . الكتابة
	الرسالة . المعاينة . السكوت
٧٦	الارادة الظاهرة والارادة الباطنة وبحث الموضوع بحثا
	وافيا
٩٢	حكم القانون في الارادتين
٩٥	محل العقد
٩٨	السبب والباعث (القصد في العقود)
١٠٠	عيوب العقد المؤثرة فيه
	الاكراه . الغلط . التدليس . الغبن
١٠٩	الأهلية
	أهلية الوجوب . أهلية الأداء . أدوار الأهلية الأربعة
١٣١	عوارض الأهلية
	الجنون . العته . السكر . السفه
١٤٧	تصرفات المريض بمرض الموت
١٥٧	النيابة في التعاقد

صفحة	
١٥٨	الوكالة
١٦٦	تولى الشخص الواحد طرفى العقد
١٦٩	المبحث الثانى فى أوصاف صيغة العقد
	تجزيز . تعليق . إضافة الى المستقبل . اقتران كل بالشرط
١٧٧	تقسيم العقود من حيث تعليقها وإضافتها الخ
١٨١	الأدوار التى يمر بها العقد وبيان أحواله فى كل أدواره
	باطل . فاسد . صحيح . وقوف ، نافذ . لازم
١٩٠	المبحث الثالث فى حكم العقد أى الآثار المترتبة عليه
	وبيان حكم كل من العقود المذكورة آنفا
١٩٣	الخيارات
	خيار الشرط . خيار الرؤية . خيار العيب . خيار تفريق
	الصفقة . خيار فوات الوصف المرغوب فيه . خيار
	النقد . خيار التعيين . خيار المجلس
٢٠٧	اقتران العقد بالشرط
٢١٣	قوة العقد ومداه ومن أين استمدت
٢١٥	الوعد وأقوال الفقهاء فيه
٢١٦	النذر
٢١٨	المبحث الرابع فى انتقال الالتزام
	حوالة الحق
	حوالة الدين
٢٢٥	المبحث الخامس فى انقضاء الالتزام

المؤلف في كلمات

١٣٦٤هـ - ١٩٤٥م

أحمد إبراهيم : فقيه باحث مدرس . من أهل القاهرة . تخرج بدارالعلوم
سنة ١٣١٥هـ . واحترف التعليم فكان مدرس الشريعة في مدرسة القضاء الشرعي ثم في كلية
الحقوق . وكان من أعضاء المجمع اللغوي . امتاز بأبحاثه في المقارنة بين المذاهب
والشرائع . له نحو (٢٥) كتاباً ، منها « أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية »
و « النفقات » و « الوصايا » و « طرق الإثبات الشرعية » في الفقه المقارن
و « أحكام الهبة والتوصية ونصرفات المريض »
وكان سمح الخلق أئوفاً

مرج النفس . (١)

الأعلام للمزكلي

(ج - ١)

(ص - ٨٦)

Bibliotheca Alexandrina



0582937