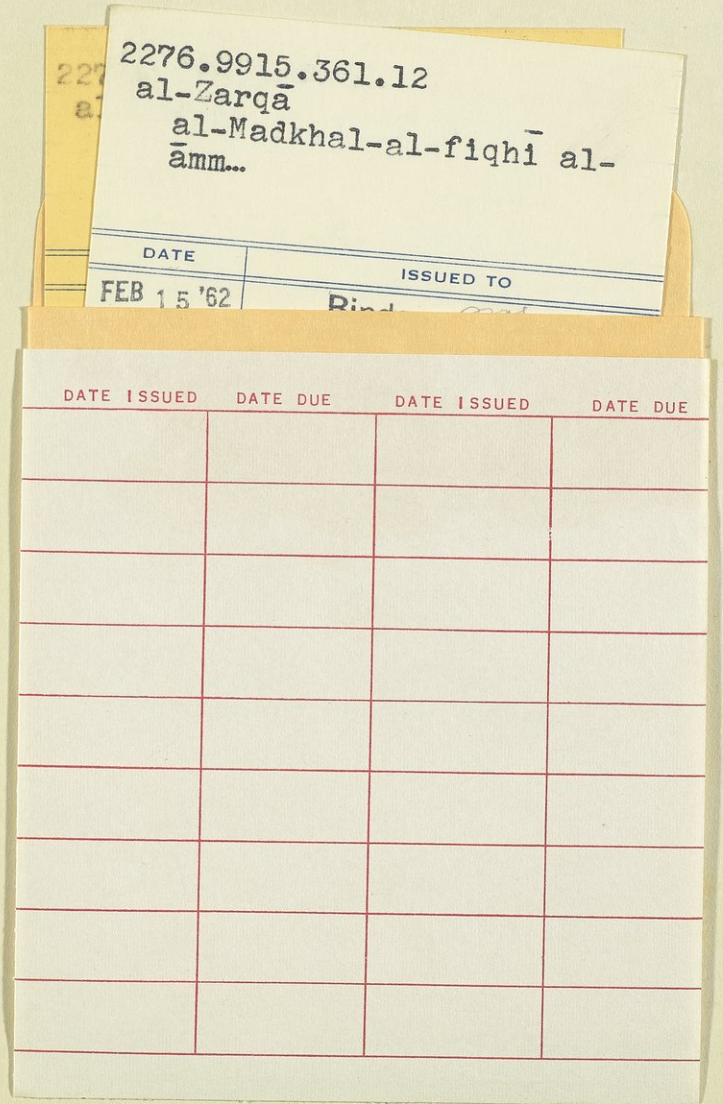
2276
.9915
.361
.12



Princeton University Library
32101 071969917

مصطفى أحمد الزرقاء
استاذ القانون المدني والشريعة الاسلامية
في كلية الحقوق من جامعة دمشق

الفقه الاسلامي في ثوبه الجديد

الجزء الأول

المدخل الفقهي العام

ثلاثة أقسام في مجلدين

- مقدمة تعريفية وتاريخية للفقه الاسلامي وأصوله
- النظريات الكبرى الاساسية في مباني الاحكام الفقهية
- القواعد الكلية مرتبة ترتيباً جديداً ، ومشروحة بايجاز

المجلد الاول

طبعة سابعة منقحة ومزيدة

مذيلة بفهارس عديدة ، وفهرس أبجدي هام

مطبعة جامعة دمشق
١٣٨١هـ - ١٩٦١م

al-Zarqā', Muṣṭafā
III

مصطفى أحمد الزرقاء
استاذ القانون المدني والشريعة الاسلامية
في كلية الحقوق من جامعة دمشق

الفقه الاسلامي في ثوبه الجديد

al-Madkhal

الجزء الأول

المدخل الفقهي العام

ثلاثة أقسام في مجلدين

- مقدمة تعريفية وتاريخية للفقه الاسلامي وأصوله
- النظريات الكبرى الاساسية في مباني الاحكام الفقهية
- القواعد الكلية مرتبة ترتيباً جديداً ، ومشروحة بايجاز

المجلد الاول

طبعة سابعة منقحة ومزيدة

مذيلة بفهارس عديدة ، وفهرس أبجدي هام

مطبعة جامعة دمشق
دمشق : ١٣٨٠هـ = ١٩٦١م

مقدمة الطبعة الثالثة

بمناسبة صدور القانون المدني السوري خلالها

بدأنا هذه الطبعة من هذا المدخل الفقهي العام ونحن في ظل سلطان مجلة الأحكام الشرعية المصوغة من فقه المذهب الحنفي ، والتي كانت هي قانوننا المدني العام ، ومرجعنا في كل ماليس فيه حكم قانوني بعدها يخالفها .

وقد كنا نبغي أن تكون هذه السلسلة الفقهية التي نصوغها وهي « الفقه الاسلامي في ثوبه الجديد » تمهيداً لقانون مدني حديث نخرجه في سورية مستمداً من الفقه الاسلامي في مختلف مذاهبه الغنية ، بحيث تقوم أسسه على أحسن مافي كل منها من النظريات والمبادىء الفقهية الخالدة ، وهي التي تعاقب على حراثتها وتحريرها عباقرة فقهاء الاسلام خلال ثلاثة عشر قرناً ، وأوجدوا في موضوعاتها وأبوابها - إلى جانب الأحكام التي أحكموا قواعدها ومبانيها - لغة ومصطلحات لم يعرف في تاريخ الحقوق لغة فقهية في مثل سعتها ودقتها وحسن انتقائها .

فامنيتنا أن ننشىء قانوناً مدنياً يصل تشريعنا الحقوقي وحاجاتنا الحديثة فيه بماضٍ فقهي مجيد زاخر واسع من الحاضر ، قابل - بعظيم

2276
.9915
.361

مبادئه ومرونة قواعده ومبانيه ـ أن يستجيب لكل ما تستدعيه حاجات المجتمع المدني الصالح وتطوراته الاقتصادية والاجتماعية والعرفية، كما سنرى شواهده في هذا المدخل.

وتوجيهاً الى هذا الطريق كتبنا في هذا المدخل بحثاً توجيهياً بعنوان «قانوننا المدني المنتظر، وفصل بنائه من الفقه الاسلامي» (انظر الفقرة/ ٨٣).

غير أننا ونحن في هذا الطريق، وابصارنا معلقة بنهايته، ووزارة العدل السورية تكلف الاخصائيين بوضع قانون مدني مستمد من الفقه الاسلامي وواف بالحاجات الزمنية الجديدة، فوجئنا باصدار القانون المدني السوري في عهد الانقلاب العسكري الأول الذي حدث لدينا في ٣٠ آذار ١٩٤٩ م، وكان هذا القانون بمساعي السيد أسعد الكوراني الذي ولاه زعيم الانقلاب وزارة العدل السورية. فقد اهتبل السيد الكوراني فرصة ذلك العهد الانقلابي والحكم الارهابي، واقنع زعيم الانقلاب الذي تولى السلطتين التشريعية والتنفيذية بأن اقامة قانون مدني اجنبي بدلاً من التشريع الاسلامي وفقهه في هذه البلاد هو خير وسيلة لخلود الذكر وعظيم المكانة في نظر الأجانب، وأوهمه أن هذا العمل يجعله كنابليون الذي كان القانون المدني الفرنسي أكثر تخليداً له من فتوحاته !!

وقد وجدوا أن القانون المدني المصري الجديد يحقق هذا الغرض لأنه أجنبي أوروبي المصادر، فأصدروه بين عشية وضحاها بجرة قلم

هدموا بها أعظم صرح فقهي في العالم ، وأقاموا بها قانوناً لا مرجع فيه لقاض أو محام أو دارس الا أصوله واصطلاحاته الاجنبية .

وقد فاتهم أن طريق الخلود ليس في أخذ قانون اجنبي لا أثر لنا فيه الا الانسلاخ من قوميتنا التي في كل ارض منها أثر ، وفي كل حضارة عنها خبر ، ولا نتيجة له الا تناسي الذات ، والتحول الى حياة على هامش الحياة ! وإنما طريق الخلود في أن ننشىء من جوهر فقهنا الذي ملأت آلاف مؤلفاته مكتبات العالم ، وأن نستمد من نبعه العذب المعين الهدار قانوناً جديداً يفي بحاجاتنا الحديثة ، فيكون أصله راسخاً في فقهنا وفرعه شامخاً في السماء ، كما كان يفعل فقهاؤنا الأعاظم في تخريجاتهم وتجديداتهم الفقهية ازاء حاجات كل عصر ومصر ، حتى بلغوا بالفقه الاسلامي هذه السعة التي جلت عن الحدود . نعم هذا هو طريق الخلود الذي اذا مشينا وانتجنا فيه كان كفيلا بان يرد مصر نفسها الى الجادة بعد ما خطئت وانساقت وراء التشريع الأجنبي ، تفني نفسها فيه ، وتبقى على هوامشه ضائعة الجهود ، مضيعة لمجد الجدود !!

ونحن لا نأبى الاقتباس ، فان الحكمة ضالة المؤمن ، ولكننا أثرياء في المادة . وانما نحن بحاجة الى اقتباس الاساليب الحديثة في البحث الفقهي وترتيبه ، والى بعض الاحكام الجديدة التي نظمتها التشريعات للاوضاع الحقوقية والاقتصادية الحديثة ، كشركات المساهمة وعقود التأمين ، على أن نخرجها على قواعد فقهنا تخريجاً يقيمها على أصوله ، ويدمجها فيه ، كما كان يفعل

فقهاؤنا الأعاظم تجاه الاوضاع والحوادث الجديدة التي كانوا يواجهونها.

أما إهمال ذلك الفقه الذي تعاقبت على خدمته عشرات الأجيال من عباقرة الفقهاء وجهابذتهم ممن انقطعوا اليه ووقفوا كل مواهبهم عليه ،واقامة قانون أجنبي كامل يربطنا بعجلة التشريع والفقه الأجنبيين، ويجعل تراثنا العظيم نسياً منسياً ، فهو اعلان افلاس ، وليس باقتباس، وهو عجز لا ابداع ،فلا يليق هذا بأمة لها ثروة فقهية كثروتنا ،وماض تشريعي جليل كما ضيعنا .

هذ وقد رأينا ان خير عمل لنا ، بعد تلك الجناية التي جنتها على مجد العروبة الفقهي أيد شعوبية أثيمة ،هو أن نتابع صياغة هذه السلسلة الفقهية الجديدة بتبسط وإحكام ، كي يعرف الجيل العربي الحقوقي الجديد ما أفاد وما أضاع ، فنفتح له طريق الرجوع بعد أن يملك من المعرفة ما يحكم به على تلك الجناية وجناتها .

فلذا عمدنا الى توسيع هذا المدخل الفقهي العام في طبعته الثالثة هذه التي صدر القانون المدني خلالها ، ليكون هو والاجزاء التي تليه حجة الفقه العربي الاسلامي لانصاره على أعدائه ، وموقظاً في الجيل العربي الناشىء غيرة على تراث فقهي ليس لأمة مثله في تاريخ التشريع .

وبهذه المناسبة نذكر أنه في مثل هذا اليوم من العام الفائت (الثاني من تموز ١٩٥١ م) عقدت شعبة الحقوق الشرقية من «المجمع الدولي للحقوق المقارنة» مؤتمراً في كلية الحقوق من جامعة باريس للبحث في الفقه الاسلامي

تحت اسم « اسبوع الفقه الاسلامي » برئاسة المسيو (ميو Milliot) استاذ التشريع الاسلامي في كلية الحقوق بجامعة باريس ، دعت اليه عدداً كبيراً من اساتذة كليات الحقوق العربية وغير العربية وكليات الازهر ، ومن المحامين الفرنسيين والعرب وغيرهما ، ومن المستشرقين . وقد اشترك فيه من مصر أربعة اعضاء : اثنان من جامعة فؤاد ، وعميد كلية الحقوق في جامعة ابراهيم [1] ، وأحد أعضاء هيئة كبار العلماء عن الأزهر ، واشتركنا فيه أنا والاستاذ الدكتور معروف الدواليبي عن كلية الحقوق السورية

وقد حاضر الاعضاء في خمسة موضوعات فقهية عينها مكتب المجمع الدولي للحقوق المقارنة قبل عام من زمر الحقوق العامة والخاصة (المدنيه ، والجنائية ، والادارية ، والاقتصادية) ومن تاريخ التشريع ووجهت الدعوة للمحاضرة فيها ، وهي (١) إثبات الملكية (٢) الاستملاك للمصلحة العامة (٣) المسؤولية الجنائية (٤) تأثير المذاهب الاجتهادية بعضها في بعض (٥) نظرية الربا في الاسلام . وكانت المحاضرات كلها باللغة الفرنسية ، وخصص لكل موضوع يوم . وعقب كل محاضرة كانت تفتح مناقشات مهمة مع المحاضر وبين المؤتمرين تطول وتقصر بحسب الحاجة ، وتسجل خلاصاتها .

وفي خلال بعض المناقشات وقف احد الاعضاء وهو نقيب محاماة سابق في باريس ، فقال :

---

(١) — اصبح اسم الجامعتين المذكورتين الآن في عهد الثورة المصرية : **جامعة القاهرة** ، **وجامعة عين شمس** ، كما اصبح اسم جامعة « فاروق » في الاسكندرية : **جامعة الاسكندرية** .

« أنا لاأعرف كيف أوفق بين ما كان يحكى لنا عن جمود الفقه الاسلامي وعدم صلوحه أساساً تشريعياً يفي بحاجات المجتمع العصري المتطور ، وبين مانسمعه الآن في المحاضرات ومناقشاتها مما يثبت خلاف ذلك تماماً ببراهين النصوص والمبادىء ».

وفي ختام المؤتمر وضع المؤتمرون بالاجماع هـذا التقرير الذي نترجمه فيما يلي :[1]

---

(١) — وهذا هو النص الفرنسي الاصلي للتقرير المذكور :

Les Congressistes,

Etant donné l'intérêt suscité par les problèmes évoqués au cours de la SEMAINE DE DROIT MUSULMAN, et par les discussions auxquelles ils ont donné lieu, dont il est résulté clairement que les principes du droit musulman ont une valeur indiscutable, et que la variété des écoles à l'intérieur de ce grand système juridique implique une richesse de notions juridiques et de technique remarquable qui permet à ce droit de répondre à tous les besoins d'adaptation exigés par la vie moderne.

Emettent le vœu que la SEMAINE poursuive ses travaux d'année en auneé.

Chargent le Bureau de le SEMAINE d'établir la liste des sujets qui, à la suite des discussion ayant eu lieu au cours de la SEMAINE, devront faire l'objet d'un examen au cours de la session prochaine.

Souhaitent qu'un Comité soit formé pour rétablir un dictionnaire de droit musulman destiné à faciliter l'accès aux ouvrages de droit musulman et constituant un répertoire des connaissances juridiques musulmanes, exposées suivant les méthodes modernes, Paris, 7 juillet 1951

« ان المؤتمرين ،

بناء على الفائدة المتحققة من المباحث التي عرضت أثناء « اسبوع الفقه الاسلامي » ، وما جرى حولها من المناقشات التي تخلص منها بوضوح :

أ) — ان مبادىء الفقه الاسلامي لها قيمة (حقوقية تشريعية) لا يمارى فيها

ب) — وان اختلاف المذاهب الفقهية في هذه المجموعة الحقوقيه العظمى ينطوي على ثروة من المفاهيم والمعلومات ، ومن الاصول الحقوقية ، هي مناط الاعجاب ، وبها يتمكن الفقه الاسلامي أن يستجيب لجميع مطالب الحياة الحديثة ، والتوفيق بين حاجاتها .

يعلنون رغبتهم في أن يظل اسبوع الفقه الاسلامي يتابع أعماله سنة فسنة ، ويكلفون مكتب المؤتمر وضع قائمة الموضوعات التي أظهرت المناقشات ضرورة جعلها أساساً للبحث في الدورة القادمة .

ويأمل المؤتمرون أن تؤلف لجنة لوضع معجم للفقه الاسلامي يسهل الرجوع الى مؤلفات هذا الفقه ، فيكون موسوعة فقهية تعرض فيها المعلومات الحقوقية الاسلامية وفقاً للأساليب الحديثة [1] .

---

(١) - وقد قامت الجمعية الدولية للحقوق المقارنة بتلخيص وقائع اسبوع الفقه الاسلامي هذا وما دار فيه من بحوث ومناقشات مع التعليق عليه بما يظهر اهميته الكبرى في عالم القانون ، ونشرت هذه الخلاصة في ثلاثين صفحة من مجلتها (المجلة الدولية للحقوق المقارنة: Revue internationale de droit comparé) في العدد الرابع من السنة الثالثة ، ايلول — تشرين الاول / ١٩٥١ ؛ كما نشر معهد الحقوق المقارنة بجامعة باريس نصوص المحاضرات التي القيت في هذا المؤتمر كاملة مع مناقشاتها في كتاب خاص اصدرته مكتبة مجموعة سيريه Sirey للبحوث القانونية سنة ١٩٥٣ باشراف المسيو ميو رئيس المؤتمر .

ولايخفى أن هذا الامل الأخير الذي أعرب عنه المؤتمر في تأليف موسوعة فقهية على طراز موسوعات الحقوق الاجنبية ، كموسوعة دالوز وغيرها ، هو المرحلة الجديدة التي يجب أن يجتازها تدوين الفقه الاسلامي لكي يظهر بها جوهره ، ويدنو بها ثمره . وهذا من أعظم مايجب أن تفكر فيه جامعة الدول العربية. ومن الممكن أن يعهد به الى لجنة تتألف من بضعة أشخاص من الفقهاء والقانونيين ، يتفرغون له مع عدد من المساعدين خلال بضع سنين . وإن كلفته لاتعد شيئاً بالنسبة إلى عظيم فائدته وأثره [1] .

والآن نترك المجال لهذا المدخل الفقهي أن يتكلم بلسانه العلمي الهادىء ، واسلوبه الجديد المبسط الموطأ ،وموازناته الفقهية المتواضعه فيترجم هو عن هذا الفقه العظيم لكل قارىء . وأسأل الله تعالى التوفيق الى خير طريق ، فهو الكفيل بالهداية الى سواء السبيل .

دمشق في ١٠ من شوال ١٣٧١ هـ = ٢ تموز ١٩٥٢ م

مصطفى احمد الزرقا

---

(١) — ان هذا الحلم قد اوشك ان يتحقق ، فقد أنشئت اول هذا العام الدراسي ١٩٥٤م في الجامعة السورية بعد الطبعة الثالثة من هذا المدخل كلية للشريعة الاسلامية . وقد تبنت هذه الكلية مشروع وضع موسوعة (دائرة معارف) للفقه الاسلامي بالصورة التي تمناها هذا المؤتمر ، ورصدت في ميزانيتها لهذا العام ١٩٥٦ مبلغاً للبدء بهذا المشروع العظيم ، وألفت له لجنة ، وباشرت اللجنة اتصالاتها بعلماء الاقطار لهذا الغرض .

بسم الله الرحمن الرحيم

واياه نستعين

خطبة الكتاب

وبعد فان الاحكام المدنية العامة لدينا ليست محصورة في مجموعة على نحو القوانين المدنية في الامم الأخرى ، وانما القانون المدني لدينا في سعة البحر المحيط : فهو مجلة الاحكام العدلية المختارة من فقه المذهب الحنفي [1] ، ومن ورائها سائر الاحكام الفقهية المنثورة في كتب ذلك المذهب مما لا نص عليه في المجلة ، ثم القوانين التي تناولت كثيراً من تلك الاحكام الفقهية بالنسخ أو التعديل .

وهذه الأحكام الشرعية المدنية مما في كتب الفقه والمجلة لدينا لم تعرض الى اليوم باسلوب البحث الموضوعي على نسق ما نشاهده في مؤلفات القانون المدني المهيأة للدراسة الجامعية في الامم الاجنبية ، ككتب «جوسران» و«كابيتان» مثلا في القانون المدني الفرنسي ، بل كانت جميع شروح المجلة والكتب الفقهية الأخرى قائمة على طريقة شرح المواد مفردة ، وسرد الأحكام المتفرقة .

---

(١) — نلفت نظر القارىء الى ان هذا الكتاب ومقدمته هذه قد وضعا وطبعا قبل الغاء مجلة الاحكام العدلية ، وحلول قانون مدني جديد اجنبي الاصول محلها في سورية سنة /١٩٤٩/ م كما بيناه في مقدمة الطبعة الثالثة السابقة .

والطالب الذي يتخرج من مدارس التحصيل الثانوي العام. فيدخل كلية الحقوق لا يستطيع فهم تلك الأحكام الفقهية وهضمها مادام يواجه فيها منذ البداية فروع المسائل التي يتوقف فهمها على قواعد وعلل ونظريات ومبادىء ولغة واصطلاحات فقهية يجهلها الطالب جميعاً ، فيضطر أن يحفظ تلك المسائل الفرعية وأحكامها حفظاً ، دون أسس تمسك بهذه الفروع في فكره ، ورابطة موضوعية تجمع بعضها إلى بعض

فالكتب الفقهية لدينا وشروح المجلة كلها في الحقيقة انما تصلح أن تكون موضوعة للمحاكم ، كجميع شروح القوانين ، لترجع اليها الحكام عند حاجاتها إلى معرفة ماحول كل مادة وحكم من ايضاح وتفصيل ، ولا تصلح أن تكون كتباً تعليمية في مجلة الاحكام العدلية الشرعية ومبادئها الفقهية لطلاب الحقوق في الجامعات .

ونحن بحاجة شديدة ، إلى كتب جديدة توضع على طريقة البحث الموضوعي في أحكام المجلة ومبادئها الفقهية ، لتصبح بالتبسيط والتركيز والتنسيق قريبة المتناول سهلة المأخذ على أفهام الطلاب وحفظهم ، حتى يتحقق في تأليف هذا العلم الدقيق الهام تمييز حسن بين الحاجة التعليمية في الجامعات ، والحاجة التطبيقية في المحاكم ، ويعرض الفقه الاسلامي في ثوب قشيب واسلوب جديد يساير ذوق العصر ولغته ، ولتمكن عندئذ مقارنة مباحثه بنظائرها من المباحث والنظريات القانونية ، فيظهر بذلك مافي فقهنا الجليل من مكنونات ثمينة في ميزان التشريع .

واني منذ أن عهد إلي بتدريس الحقوق المدنية التي أساسها مجلة الاحكام العدلية في كلية الحقوق السورية سنة (١٣٦٣ هـ = ١٩٤٤ م) وجهت همي وعقدت عزمي على أن أنهج في عرض فقه المجلة تدريساً وتأليفاً هذا المنهج الضروري اليوم، وان أتقرب من جادته ما استطعت فشرعت في وضع هذا الكتاب المتسلسل عن الالتزامات والعقود في الفقه الاسلامي لافتح به جادة جديدة لتدريس **الحقوق المدنية في البلاد السورية**، جامعاً في الاحكام المدنية العامة المعمول بها لدينا مما تضمنته مجلة الاحكام الشرعية وما يتصل بها من المباحث والمسائل الفقهية المهمة، مع الاشارة إلى التعديلات القانونية الطارئة على الاحكام الفقهية الاصلية منذ العهد العثماني في هذه البلاد السورية إلى اليوم.

وقد اتخذت فيه المذهب الحنفي في الفقه الاسلامي أساساً للبحث لأنه المعمول به في القضاء، مع الالمام بالمذاهب الاخرى في بعض المواطن بحسب حاجة البحث.

وهدفي فيه أن أقلب صياغة الفقه الاسلامي، فابني من قواعده ومبادئه نظرية عامة على غرار نظرية الالتزام العامة في الفقه القانوني الاجنبي الحديث[1] خدمة لفقهنا الاسلامي الجليل، كي يتجلى ما فيه من جوهر نفيس كان محجوباً بالاسلوب القديم الذي أصبح عسير الهضم على رجال العصر،

---

(١) — ينظر التعريف بنظرية الالتزام العامة الاجنبية في الجزء الثاني من هذه السلسلة ف/٥٣–٦٨

ووفاءً للحاجة إلى الطريقة التعليمية الحكيمة في الدراسة الجامعية لهذا العلم الدقيق المسائل ، المتشعب المباحث ، الواسع الآفاق ، العظيم الشأن والموقع . ذلك لأن الحقوق المدنية التي يطلق عليها أسم القانون المدني هي أس الدراسات والمدارك الحقوقية جميعاً ، وان الحاجة التعليمية فيها توجب طريقة موضوعية تسير من البسيط إلى المركب ، ولم يعد يهضم فيها الاسلوب الفروعي [1] القديم الذي لا تقام فيه الفروع على أصولها في نظرية كلية جامعة .

وقد كان من أعظم الاسباب في استغلاق الفقه على الطلاب خلال دراستهم الجامعية أن مسائله الفرعية تتصل باصول كلية ، ونظريات عامة أساسية ، يشترك في العلاقة بكل منها كثير من أبواب الفقه ،

---

(١) — تسوغ النسبة الى لفظ الجمع اذا صارت صيغته في الاستعمال كاسم العلم مثل (انصاري) في النسبة الى (الانصار) ؛ وكذا اذا كانت النسبة الى المفرد تلبس المعنى المراد بغيره كما هنا ، اذ لو قيل (فرعي) لما فهم منه معنى طريقة سرد الفروع ، بل يفهم منه مايقابل معنى (اصلي) .

ومثل ذلك في العرف القانوني اليوم كلمة (حقوقي) نسبة الى الحقوق بمعنى العلم ، فلو نسب الى المفرد فقيل : (حقي) لالتبس المعنى المراد بغيره .

وقد استعمل قدماء الفقهاء والاصوليين النسبة الى (الفروع) بصيغة الجمع ، فقالوا : «فروعي» إما باعتبار ان لفظ « الفروع » صار كاسم علم لمسائل الفقه ، واما لدفع الالتباس المذكور (انظر عبارة ابي اسحاق الشاطبي الآتية في الفقرة ٧٧). على انه يجوز في لغةٍ ان ينسب الى الجمع مطلقاً . (ر : حاشية الصبان على الاشموني)

ويتوقف على الاحاطة بها فهم مسائله وأحكامه، والطالب في بدء دراسته يجهلها جميعاً. وذلك كنظرية الملكية وانواعها واسبابها، ونظرية الارتباط التعاقدي، أي العقود، وماترتكز عليه من أسس عامة ؛ ونظرية الشروط العقدية من تعليق وتقييد وإضافة، ونظرية المؤيدات التشريعية، وما يتفرع عنها في الحقل المدني من قضية البطلان والفساد والتوقف ؛ ونظرية الاهلية ؛ ونظرية الضمان ؛ ونظرية العرف وسلطانه ، ونحو ذلك من المباديء الاساسية والنظريات الموضوعية الكبرى التي هي من أركان الفقه ودعائم احكامه ، وهي منثورة الاجزاء في غضون الابواب الفقهية يذكر منها في كل باب مايتعلق به ، ولكنها يمكن أن تقتطف اجزاؤها وتجمع من أماكنها ، وتصاغ منها سلسلة نظريات يصدر بها علم الفقه فتكون مفاتيح لاغلاق مسائله ، وتزود الطالب فيه بملكة في الفهم عاجلة كان يحتاج في اكتسابها الى بحث طويل في جميع فصول الفقه .

لذلك رأيت من الضروري أن أقدم بين يدي الكتاب مدخلا فقهياً عاما يشتمل على ثلاثة أقسام :

١) — مقدمة تعريفية وتاريخية عن الفقه الاسلامي ، ومصادره ونشأة المذاهب الاجتهادية فيه وأسباب اختلافاتها، وقيمة تلك الاختلافات في الثروة التشريعية، وحركة التدوين فيه ، وطبقات مؤلفاته إلى بروز المجلة ، وعن سعة هذا الفقه الاسلامي بمجموع اجتهاداته ، وعن صلوحه لوفاء حاجات العصور إذا أريدت الاستفادة منه، وجاد عليه الباحثون

المعنيون بخدمة جديدة وحراثة حديثة يجود على أثرها بما في مناجمه من ثروة دفينة ، ومعادن ثمينة .

٢) ـ النظريات الاساسية في مباني الاحكام الفقهية .

وهي المباني التأسيسية الكبرى التي تعتبر دعائم الفقه وأركانه واشرنا آنفاً الى ضرورة جمعها وتصدير الفقه بها .

٣) ـ القواعد الكلية التي صدرت بها المجلة مرتبة ترتيباً جديداً وموضحة بشرح موجز .

وقد جعلت للكتاب اسماً عاماً متسلسلا تشترك فيه جميع اجزائه وهو :

الفقه الاسلامي في ثوبه الجديد

ثم جعلت لكل جزء عنواناً خاصاً به يدل على موضوعه ومباحثه :

فالجزء الاول هو : **المدخل الفقهي العام** .

والجزء الثاني هو : **المدخل الى النظرية العامة للأحكام المدنية في الفقه الاسلامي**[1] وهو بمثابة باب تمهيدي لصياغة تلك النظرية العامة الجامعة ،

---

(١) ـ كان اسم الجزء الثاني « **نظرة عامة في فكرة الحق والالتزام والاموال والاشخاص في الفقه الاسلامي** » . وبما ان الجزء الثاني في ترتيب هذه السلسلة الفقهية هو باب تمهيدي الى نظرية الاحكام العامة الجامعة التي هي موضوع الجزء الثالث ، وهي في ترتيبنا هذا تقابل نظرية الالتزام العامة في الفقه الاجنبي ، لذلك رجحنا هذا الاسم الجديد للجزء الثاني ، فيكون الجزء الاول مدخلاً فقهياً عاماً ، والثاني مدخلاً خاصاً الى النظرية العامة للاحكام المدنية .

ويشتمل على ثلاثة فصول تلقي نظرة عامة على فكرة الحق والالتزام والأموال والاشخاص في الفقه الاسلامي .

والجزء الثالث هو : النظرية العامة للأحكام في الفقه الاسلامي على غرار النظرية العامة للالتزامات في الفقه الأجنبي .

وبتمام هذه الاجزاء الثلاثة ان شاء الله — وهي تتضمن المباحث والاحكام العامة - تبرز النظرية العامة للاحكام المدنية في فقهنا الاسلامي كاملة، وتقوم على قدميها موطأة الاكناف محبوكة الاطراف ، بمثل طريقتها المعروفة اليوم في الفقه القانوني الحديث ، مع مدخلين عظيمين هامين.

ثم في الأجزاء التي تتلو تلك الثلاثة من السلسلة ، نبحث في العقود المسماة مرتبة ومعالجة بالاسلوب الموضوعي الحديث مبتدئين من عقد البيع ، فتظهر أيضاً التطبيقات الفقهية لتلك المبادىء والاحكام العامة في العقود الخاصة.

وقد أخذت نفسي بعزو الاحكام إلى مصادرها الاصلية ومواقعها من كتب الفقه ، إلا ما كان مشهوراً غير محتاج إلى عزو ، وذلك لكي يتمكن القارىء من الرجوع إلى تلك المصادر الفقهية ، ولا يكون في هذا الاسلوب الجديد ما يجعل الطالب غير قادر على الرجوع الى المنبع الفقهي في كتبه القديمة الأساسية ، والاستفادة منه .

وان هذا العمل التجديدي في طريقة عرض الفقه الاسلامي بالانتقال من الشكل الفروعي الى الشكل الموضوعي يقتضي ان تتعاون عليه جهود جماعة من الاساتذة العلماء المطلعين على الفقه الاسلامي وعلى علم القانون

الحديث في مصادره وأساليبه الاجنبية ، كما يقتضي من الوقت مايروي الروية في التخطيط والاحاطة والترتيب والتهذيب والتنقيح .

وهذا عمل أجل واعظم من أن يقوم به فرد ، ولكن الحاجة الملحة إلى السرعة ومسابقة الزمن قضت بان أقدم على حمل هذا العبء الثقيل الذي ينوء بالعصبة أولي القوة ، فاجمع بين التهيئة والالقاء والتحرير والاخراج في مبدأ عملي بقدر طاقتي في جميع اجزاء الكتاب في وقت واحد ، سداً لحاجة الصفوف الثلاثة معاً في كلية الحقوق السورية .

ومن الله تعالى استمد العون ، وعلى الله قصد السبيل ، وهو حسبي ونعم الوكيل[1] .

دمشق في ٨ من صفر / ١٣٦٤ هـ = ٢٢ من كانون الثاني / ١٩٤٥ م

مصطفى أحمد الزرقا

---

(١) - قد احتجنا الى تجديد طبع هذا المدخل قبل تمامه حتى تم بالطبعة الثالثة .

وقد نقلنا في هذه الطبعة عن كتب حديثة ظهرت بعد الطبعة الثانية لهذا الكتاب ، أوظهرت قبيل ذلك ، ولكنني اطلعت عليها أخيراً ، ككتاب « أبو حنيفة » ، وكتاب « مالك » و كتاب « ابن حنبل » وكتاب « الملكية ونظرية العقد في الشريعة الاسلامية » للاستاذ المحقق الشيخ محمد أبي زهرة ، وككتاب « الحق والذمة » للاستاذ الجليل الشيخ علي الخفيف ، وكلاهما من أساتذة الشريعة الاسلامية في كلية الحقوق من جامعة القاهرة ، وككتاب « النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الاسلامية » للاستاذ المحامي الدكتور صبحي المحمصاني استاذ المجلة والقانون الروماني في الجامعة الاميركية ببيروت . =

الرموز والاصطلاحات

قد جعلنا مقاطع الكلام ومحطات البحوث مفصلة ومميزة بفقرات ذات أرقام متسلسلة إعانة للقارىء ، وتسهلا للاحالة والمراجعة .

واذا احتجنا عند تجديد الطبع الى زيادة فقرة أو أكثر نكرر رقم الفقرة السابقة مضافاً اليه رقم / ٢ / فصاعدا بحجم أصغر مفصولاً بخط مائل ، كيلا تتغير بالزيادة أرقام الفقرات القديمة فتختل الاحالة السابقة عليها .

فمثلاً لاضافة فقرات جديدة بعد الفقرة العاشرة نرسم هكذا : ١٠ / ٢ و ١٠ / ٣ ، وهلم جرا ...

وقد استعملنا في العزو والاحالة اصطلاحات نوضحها فيما يلي :

١ — حرف الراء المجردة هو فعل أمرٍ من الرؤية بمعنى أنظر .

٢ — حرف الفاء المتلو برقم هو رمز الى الفقرة ذات الرقم المذكور .

= هذا ، وبما ان القانون المدني السوري صدر خلال الطبعة الثالثة ايضاً ، لذلك نقلنا عنه وعزونا اليه أشياء مع أنه صدر سنة / ١٩٤٩ م بعد تأليف هذا الكتاب ، كما سبقت الاشارة اليه في مقدمة الطبعة الثالثة .

٣ — حرف الميم مسبوقاً باسم كتاب ذى مواد متسلسلة كمجلة الاحكام العدلية يراد به المادة ذات الرقم من الكتاب المذكور. وقد نستغني في هذه الحال عن الميم، مثل (ر: المجلة/٢٧٠)، أي انظر المادة/٢٧٠ من مجلة الاحكام العدلية.

٤ — حرف الجيم (ج) رمز للجزء من كتاب ذي أجزاء متعددة، وحرف الصاد (ص) رمز للصفحة. وقد نكتفي بذكر رقم الجزء ورقم الصفحة فقط مفصولاً بينهما بخط مائل هكذا مثلا: (البدائع ٥/٦٧) فالرقم الأول للجزء، والثاني للصفحة. واذا كان الكتاب جزءاً واحداً فالرقم بعده للصفحة.

٥ — حرف القاف مع الميم متلواً برقم هو رمز للقانون المدني السوري الجديد، والرقم للمادة المقصودة منه.

٦ — اذا ذكرنا في العزو والاحالة الى المواد أو الصفحات أو الفقرات رقمين بينهما خط افقي هكذا مثلا: (١٦ - ٢٠) فالمراد شمول الاحالة أيضاً جميع ما بين الرقمين المذكورين من ارقام متسلسلة.

٧ — حيثما عزونا الى صفحة من كتاب الدر المختار وحاشيته رد المحتار دون تعيين الطبعة فالمراد الطبعة الاولى الاميرية ذات القطع الكبير

واذا عزونا إلى تنقيح الفتاوى الحامدية فالمراد الطبعة الكاستلية سنة/ ١٢٨٠ هـ.

وإذا عزونا إلى كتاب الدرر شرح الغرر فالمراد طبعة اسطنبول.

٨ ــ عند تكرار العزو الى كتاب بعد فاصل قصير اذا وضعنا بعد اسم الكتاب كلمة (أيضاً) فمعناه : نفس الجزء والصفحة المعزو اليهما منه قبيل ذلك .

(مثال) ــ فاذا قيل مثلاً : (ر : ج ٢ ف/٢٧/ والمجلة /٢٥٠/ وقانون الأحوال الشخصية م /٥٠ ــ ٥٥/ ورد المحتار ٣/ ٢٠٠ وقم/ ٣٨٤) فمعناه :

انظر الفقرة/٢٧/ من الجزء الثاني من هذا الكتاب ، والمادة/٢٥٠/ من المجلة ، والمواد من ٥٠ إلى ٥٥ من قانون الأحوال الشخصية ، والصفحة/٢٠٠/ من الجزء ٣ من رد المحتار ، والمادة/ ٣٨٤/ من القانون المدني السوري .

★ ★ ★

القسم الأول

مقدمة تعريفية وتاريخية

للفقه الاسلامي

الباب الأول

معنى الفقه ، واقسام احكامه

المعنى الاول للفقه - أقسام احكامه - المعنى الثاني للفقه - الفقه الاسلامي نظام روحي ومدني - فكرة الحلال والحرام فيه - حكم القضاء وحكم الديانة .

١ — معنى الفقه الاسلامي :

للفقه الاسلامي معنيان :

أ) - فالفقه بالمعنى الاول هو : العلم بالاحكام الشرعية العملية مع أدلتها ، (المجلة/١) أي معرفة الانسان بها معرفة تفصيلية مستمدة من أدلتها ، فيكون الفقه صفة علمية للانسان يعتبر بها فقيهاً .

والمراد من (الاحكام) كل ما يصدره الشارع للناس من أوامر و نظم عملية تنظم حياتهم الاجتماعية وعلاقاتهم بعضهم ببعض فيها ، وتحدد نتائج

أعمالهم وتصرفاتهم . وذلك مثل كون الغاصب ضامناً للمغصوب إذا هلك ، وكون الأمين - كالوديع مثلاً - لا يضمن إلا إذا تعدى على الامانة أو قصر في حفظها .

والمراد من (الشرعية) المستفادة من أمر الشارع صراحة أو دلالة.

والتقييد بوصف (العملية) لاخراج المسائل الاعتقادية من أصول الايمان وفروعه ، فانها موضوع علم آخر .

ب) — وكما أطلق الفقه أولاً على المعرفة بالاحكام الشرعية، أطلق أيضاً بعد ذلك على تلك الاحكام نفسها .وهذا هو المراد في نحو قولك: درست الفقه الاسلامي .

وعلى هذا يعرف الفقه بأنه: مجموعة الاحكام العملية المشروعة في الاسلام وتعلم مشروعيتها بطريق النص الصريح في القرآن ، أو بيان الرسول صلى الله عليه وسلم وسنته ، أو بطريق اجماع علماء المسلمين ،أو باستنباط الفقهاء المجتهدين سابقاً ولاحقاً من دلائل نصوص القرآن ، والسنة النبوية ، وقواعد الشريعة ومقاصدها .

٢ — اقسام الاحكام الفقهية :

وهذه الأحكام الفقهية تنقسم إلى سبع زمر :

١ — الاحكام المتعلقة بعبادة الله تعالى من صلاة وصيام وغيرهما، وتسمى العبادات .

٢ ــ الاحكام المتعلقة بالأسرة من نكاح وطلاق ونسب ونفقة الخ ...، وتسمى بلغة اليوم : الاحوال الشخصية .

٣ ــ الاحكام المتعلقة بأفعال الناس وتعاملهم بعضهم مع بعض في الأموال والحقوق ،وفصل منازعاتهم ، وتسمى : المعاملات

٤ ــ الاحكام المتعلقة بسلطان الحاكم على الرعية ، وبالحقوق والواجبات المتقابلة بينهما ، ويسميها بعض الفقهاء : الاحكام السلطانية ، وهي من قبيل مايسمى ، السياسة الشرعية .

وهذه الزمرة تؤلف نوعين متميزين من الحقوق في الاصطلاح القانوني الحديث : الحقوق الادارية ، والحقوق الدستورية .

٥ ــ الأحكام المتعلقة بعقاب المجرمين وضبط النظام الداخلي بين الناس وتسمى : العقوبات .

٦ ــ الاحكام التي تنظم علاقة الدولة الاسلامية بالدول الأخرى.

وتؤلف نظام السلم والحرب ،وتسمى : السير (بكسر ففتح) جمع سيرة ، وتسمى في الاصطلاح القانوني : الحقوق الدولية .

٧ ــ الاحكام المتعلقة بالاخلاق والحشمة والمحاسن والمساوىء، وتسمى : الآداب .

والقانون المدني يتكون عادة من أحكام الزمرتين الثانية والثالثة ولكن مجلة الاحكام الشرعية لدينا جاءت مقصورة على الزمرة الثالثة أي قسم المعاملات فقط .

٣ ــ مما تقدم يتضح أن الفقه الاسلامي هو نظام روحى ومدني معاً ، لأن الشرع الاسلامي جاء ناظماً لأمور الدين والدنيا .

ومن هنا افترق الفقه الاسلامي حتى فى القسم المدني منه ــ وهو المعاملات ــ عن القوانين المدنية الوضعية (أي التي ليس لها صفة دينية ، بل هي من وضع الأمم لنفسها) .

ففي تلك القوانين الوضعية لا محل لفكرة الحلال والحرام ولا عبرة لبواطن الأمور ، بل العبرة للظواهر والصور ؛ فما أمكن منه القانون وقضت به الحكام كان حقاً سائغاً ، وما لم يمكن منه فليس بحق .

أما الفقه الاسلامي فللاعتبار الديني في مبناه كانت فكرة الحلال والحرام فيه رقيباً باطنياً ترافق الانسان وتنادى به في كل عمل .

والعبرة في تعلق الحقوق للحقائق وان كان القضاء يجري ضرورة على الظاهر .

فاذا قضي لانسان بحق بناء على سبب ظاهر وكان في الواقع غير محق : كما لو كان الشهود كذبة ، أو كان المقضي له يستند إلى وثيقة قد قبض في الواقع مبلغها أو ابرأ المدين منه ، أو قضي له برد دعوى خصمه بسبب التقادم ، أي مرور الزمان على الحق المدعى به ، وكان الحق لا يزال في ذمته ، فان القضاء في أمثال ذلك ــ وإن اعتبر نافذاً من الوجهة المدنية عملاً بالظاهر ضرورة ـ لا يحل حراماً ولا يحرم حلالاً ، لأن الحل والحرمة يجب أن يكونا مستندين الى سبب صحيح في نظر الشرع وفقهه .

والأصل في ذلك قول النبي عليه الصلاة والسلام :

انما أنا بشر ، وإنكم لتختصمون إلي ، وعسى أن يكون بعضكم ألحن بحجته من الآخر ، فاقضي له على نحو ما اسمع ؛ فمن قضيت له بشيء من حق اخيه فانما اقطع له قطعة من النار فليأخذها أو ليتركها [1]

فالقضاء في مثل هذا متى استوفى شرائطه و بذل الحاكم جهده هو قضاء حق ، لكن المقضي به ليس بحق ، و تبعته الدينية على المقضي له المبطل .

٤ — حكم القضاء وحكم الديانة :

وعن هذا كانت احكام المعاملات في الفقه الاسلامي ذات اعتبارين : اعتبار قضائي ، واعتبار ديانى .

فالقضاء يحاكم العمل او الحق بحسب الظاهر ، اما الديانة فانما تحكم بحسب الحقيقة والواقع . فالامر أو العمل الواحد قد يختلف حكمه في القضاء عنه في الديانة .

فمن طلق زوجته مخطئاً بأن جرى على لسانه لفظ الطلاق غير قاصد

---

(١) — روي هذا الحديث في صحيحي البخاري ومسلم وغيرهما بألفاظ مختلفة متقاربة .

ومعنى « الحن بحجته » : افطن واحسن بياناً لها (ر : العزيزي على الجامع الصغير ، والنهاية لابن الاثير) .

اليه ، بل الى لفظ آخر ، يعتبر الطلاق منه واقعاً قضاء ، أي يقضي القاضي بوقوعه عملا بالظاهر ، ولكنه لا يقع ديانة ، فيفتيه المفتي بجواز بقائه مع امرأته فتوى معلقة على ذمته في زعم الخطأ .

و كذلك لو أبرأ أحد مدينه ولم يخبره ، ثم ادعى عليه بالدين و كتم إبراءه وقضي له به ، فان له التنفيذ والاستيفاء قضاء لا ديانة .

وبناء على ذلك اختلفت في الأوضاع والترتيبات الشرعية مهمة القضاء عن مهمة الافتاء ، أي وظيفة القاضي عن وظيفة المفتي :

فالقاضي يجري على الاعتبار القضائي للاعمال والأحكام ، ولا ينظر إلى الاعتبار الديانى .

أما المفتي فيبحث عن الواقع وينظر الى الاعتبارين ، فإن اختلف اتجاهها أفتى الانسان بالاعتبار الديانى .

ومن ثم يذكر الفقهاء في كثير من المسائل التي يصورونها أن الحكم فيها قضاءً كذا ، وديانةً بعكسه ؛ كمن كان له دين جحده المدين وعجز الدائن عن إثباته أمام القضاء ثم ظفر بمال للمدين : فان الديانة تقر للدائن أن يأخذ منه قدر حقه دون إذن المدين أو علمه . ولكن لو وصل الامر الى القضاء لا يقر له هذا الاخذ لعدم إثبات حقه .

(ر : ف /١٠٨/ الحاشية الاخيرة ، ورد المحتار في كتاب القضاء ٤/٣١٥ وفي كتاب الحجر ٥/٩٥ وفي الحظر والاباحة ٥/٢٧١) .

وبهذه المناسبة نقول : إن الوازع الديني في صيانة الحقوق مهما ابتعدت

عنه الامم في نزعتها المادية بنظامها الاجتماعي اليوم فقد اضطرت اليه في تشريعها القانوني الوضعي المحض ، وبنت عليه نواحي من قضائها لم تستطع فيها إلا الالتجاء إلى الضمانة الدينية والوجدان الروحي .

ويتجلى ذلك في تحليفهم الخصم اليمين عند عجز المدعي عن إثبات دعواه ، وعند تذرع المدعى عليه وتمسكه بالتقادم التجاري القصير على سند مالي تجاري يدعى عليه به .

* * *

الباب الثاني

مصادر الفقه الاسلامي

الفصل الأول

المصادر الاساسية

الكتاب ـ السنة ـ الاجماع ـ القياس

٥ ـ رأينا في صدر الباب الاول السابق (ف/١) أن الفقه الاسلامي تكون أحكام مسائلة مستندة : إما الى النص الصريح في القرآن أو في السنة النبوية ؛ واما الى اجماع العلماء ، وإما إلى استنباط المجتهدين من دلائل النصوص وقواعد الشريعة .

ومن هنا عد العلماء مصادر الفقه ، أي منابعه التي يستقي منها ، أربعة هي : الكتاب ، والسنة ، والاجماع ، والقياس .

أ) ـ الكتاب

٦ ـ فاما الكتاب ، وهو القرآن ، فانه هو الأصل في التشريع

الاسلامي ؛ فقد بينت فيه أسس الشريعة وأوضحت معالمها في العقائد تفصيلاً ، وفي العبادات والحقوق اجمالاً .

وهو في الشريعة الاسلامية كالدستور في الشرائع الوضعية لدى الامم ؛ وهو القدوة للنبي نفسه صلى الله عليه وسلم فمن بعده ولذا كان هو المصدر التشريعي الاصلي .

غير أن الكتاب بصفته الدستورية إنما يتناول بيان الأحكام بالنص الاجمالي ولا يتصدى للجزئيات وتفصيل الكيفيات إلا قليلاً ، لأن هذا التفصيل يطول به ويخرجه عن أغراضه القرآنية الاخرى من البلاغة وغيرها فقد ورد فيه الأمر مثلا بالصلاة والزكاة مجملا ، ولم يفصل فيهما كيفية ولا مقادير ، بل فصلتهما السنة بقول الرسول عليه السلام وفعله .

وكذلك أمر القرآن بالوفاء بالعقود ، ونص على حل البيع وحرمة الربا إجمالاً ، ولكن لم يبين ماهي العقود والعهود الصحيحة المحللة التي يجب الوفاء بها ، وما الباطلة أو الفاسدة التي ليست محلاً للوفاء ؟ فتكفلت السنة أيضاً ببيان أسس هذا التمييز .

على أن القرآن قد تناول تفصيل جزئيات الاحكام في بعض المواضع أو المواضيع : كما في المواريث . وكيفية اللعان بين الزوجين ، وبعض الحدود العقابية ، والنساء المحارم في النكاح .

ولهذا الاجمال في نصوص القرآن مزية هامة أخرى بالنسبة إلى أحكام المعاملات المدنية ، والنظم السياسية والاجتماعية ، فانه يساعد

على فهم تلك النصوص المجملة وتطبيقها بصور مختلفة يحتملها النص ، فيكون باتساعه قابلاً لمجاراة المصالح الزمنية ، وتنزيل حكمه على مقتضياتها بما لا يخرج عن أسس الشريعة ومقاصدها .

وذلك كما ورد في القرآن من النص على الشورى السياسية دون تعيين شكل خاص لها ، فكانت شاملة لكل نظام حكومي يجتنب فيه الاستبداد ، ويتحقق فيه تشاور واحترام صحيح لرأي أولي الرأي والعلم في الأمة ، سواء أكان نظاماً جمهوريا ، أو نظام خلافة دستورية ، أو غير ذلك مما لا إستئثار فيه لفرد أو لفئة ، بحسب ما تمليه المصلحة العامة .

وكذلك أوجب القرآن إقامة العدل واحقاق الحق بين الناس بنصوص عامة كثيرة ، ولم يحدد طريقة القضاء الذي هو الاداة لذلك ، فمن حيث العدد يمكن أن تكون المحاكم محاكم فرد أو محاكم جماعة ، ومن حيث الدرجة يمكن أن يكون القضاء على درجة واحدة أو على عدة درجات (ر : ف ٢/٢٩) .

وعلى كل ، بهذا الاجمال في نصوص الكتاب كانت هذه النصوص محتاجة إلى البيان بالسنة النبوية ليمكن تطبيقها في الكيفيات والكميات ، ولتعرف حدودها في الشمول والاقتصار ، وتنزل عليها جزئيات الحوادث والأعمال .

لذلك جاء في القرآن إحالة عامة على السنة النبوية في هذه التفصيلات بقوله تعالى : « وما آتاكم الرسول فخذوه وما نهاكم عنه فانتهوا »

ومن ثم كانت السنة مفتاح الكتاب .

ب) ـ السنة

٧ ـ يطلق لفظ (السنة) على ما جاء منقولاً عن الرسول ﷺ من قول أو فعل أو تقرير[١] . وهي بهذا المعنى مرادفة للفظ « الحديث ».

وقد تطلق على معنى الواقع العملي في تطبيقات الشريعة في عصر النبوة، أي الحالة التي جرى عليها التعامل الاسلامي في ذلك العصر الاول[٢] .

والفرق بين المعنيين في النتيجة أنه قد ينقل عن الرسول عليه الصلاة والسلام حديث لفظي ، ولكن يثبت للعلماء تاريخياً أن عمل الناس في عصر النبوة أو في امتداد زمن الخلفاء الراشدين كان جارياً على خلاف مدلول ذلك الحديث المنقول ؛ فيقال عندئذ . جاء في الحديث (كذا) ولكن السنة على (كذا) .

وفي هذه الحال إذا كان كل من الحديث والسنة صحيح الثبوت يلجأ العلماء إلى التوفيق بين الحديث والسنة إن أمكن ، أو إلى ترجيح أحدهما باسباب مرجحة إن لم يمكن التوفيق ، كما إذا تعارض حديثان

---

(١) ـ المراد من التقرير ان يفعل امام النبي ﷺ فعل فيقره ولا ينهى فاعله

(٢) ـ وعلى هذا المعنى يقع مثل قول عبد الرحمن بن مهدي ، وقد سئل عن سفيان الثوري والاوزاعي ومالك : « سفيان إمام في الحديث وليس بامام في السنة ، والاوزاعي امام في السنة وليس بامام في الحديث ، ومالك امام فيهما جميعاً (ر : شرح موطأ مالك للزرقاني ، ومقدمة « تنوير الحوالك » شرح الموطأ ايضاً للسيوطي وكتاب « نظرة عامة في تاريخ الفقه الاسلامي » للاستاذ علي حسن عبد القادر ص/١١٦).

من قول الرسول صحيحا الثبوت ، فانها يعتبر أحدهما ناسخاً للآخر ، فيبحث عن الناسخ والمنسوخ منهما .

والسنة تلي الكتاب رتبة في مصدرية التشريع ، من حيث إن بها بيان مجمله ، وإيضاح مشكله ، وتقييد مطلقه ، وتدارك مالم يذكر فيه.

فالسنة مصدر تشريعي مستقل من جهة ، لأنها قد يرد فيها من الاحكام مالم يرد في القرآن ، كميراث الجدة ، فقد ثبت أن النبي ﷺ حكم بتوريث جدة المتوفى سدس المال. ولكن السنة من جهة أخرى يلحظ فيها معنى التبعية للقرآن ، لأنها ، علاوة على كونها بياناً وإيضاحاً له ، لا تخرج عن مبادئه وقواعده العامة حتى فيما تقرره من الاحكام التي لم يرد ذكرها في القرآن . فمرجع السنة في الحقيقة إلى نصوص القرآن وقواعده العامة .

والسنة بصورة عامة ضرورية لفهم الكتاب لا يمكن أن يستغنى عنها في فهمه وتطبيقه ، وان كان فيها مالا يتوقف عليه فهم الكتاب هذا التوقف .

هذا ، وبعد أن أصبحت السنة تنقل نقلاً بالرواية ، لانقضاء عصر الرسالة ، وانقطاع مشافهة الرسول بوفاته عليه السلام ، لا يقبل منها في تشريع الاحكام الفقهية إلا ما كان صحيح الثبوت بشرائط معينة شديدة. وقد تكفل علماء السنة بتمييز مراتب الاحاديث النبوية في الثبوت.

ج) ـ الاجماع

٨ ـ الاجماع هو اتفاق الفقهاء المجتهدين في عصر على حكم .

ولا فرق بين أن يكون هؤلاء المتفقون من فقهاء صحابة الرسولة عليه السلام بعد وفاته ، أو من الطبقات التي جاءت بعدهم .

والاجماع حجة قوية في اثبات الاحكام الفقهية ، ومصدر يلي السنة في الرتبة .

ودليل اعتباره في هذه المكانة من مصدرية التشريع مجموعة آيات وأحاديث تدل على اعتبار اجماع الكلمة من أهل العلم والرأي حجة .

فمن تلك الادلة على اعتبار الاجماع قوله عليه السلام : « **لا تجتمع امتي على الضلالة** » وفي معناه أحاديث كثيرة . فبتضافرها بعضها مع بعض ومع الآيات القرآنية التي تأمر بلزوم الجماعة وعدم الانشقاق عنها ، تؤلف دليلاً كافياً على حجية الإجماع في إثبات الاحكام .

والاجماع في ذاته إذا انعقد على حكم لا بد أن يكون مستنداً إلى دليل فيه ، وإن لم ينقل الدليل معه ، إذ لا يعقل أن تجتمع كلمة علماء الأمة الموثوق بهم تشبهاً بلا دليل شرعي .

ولذلك كان الاجماع إذا أراد المتأخرون معرفته إنما يبحثون عن وجوده وصحة نقله لا عن دليله ، إذ لو وجب البحث عن دليله لكانت العبرة للدليل لا للاجماع ، بينما هو في ذاته حجة .

والخلاصة أنه لا يخلو الاجماع عن دليل يستند اليه ، ولكن لايجب لاعتباره أن يكون دليله منقولاً معه ومعروفاً .

ومن أمثلة ثبوت الحكم بالاجماع ميراث الجد مع الابن فيما لو توفي شخص عن ابن وعن جد ، فان الجد عند عدم الاب يحل محل الاب في الارث ، فيرث - مع وجود ابن المتوفى - سدس المال كالاب ، ثبت ذلك بإجماع الصحابة.

وكذا حجب بني الاعيان والعلاّت ذكوراً وإناثاً بالاب .[1]

وكذا صحة عقد الاستصناع ، فقد انعقد عليها الاجماع[2] .

٩ ـ والاجماع نوعان : قولي وسكوتي .

ـ فالقولي يكون بتداول الرأي واتفاق صريح من العلماء .

ـ والسكوتي يكون بان يفتي أحدهم بحكم مع علم بقية علماء العصر ، فلا تعرف من أحدهم مخالفة ولا تأييد .

والاول القولي هو الحجة المسلمة ، اما الثاني السكوتي فمختلف

---

(١) ـ ر : « أصول الفقه » للخضري ، ص /٤٠٤/ ، وشرح السراجية للسيد الجرجاني باب مقاسمة الجد .

وبنو الاعيان هم الاخوة والاخوات لأب وأم .

وبنو العلات (بفتح العين وتشديد اللام) هم الاخوة والاخوات لأب .

وبنو الاخياف الاخوة والاخوات لأم .

(٢) ـ الاستصناع شراء ما سيصنع قبل صنعه . والقواعد تأباه لانه بيع المعدوم ، ولكن وقع الاجماع على صحته للحاجة اليه (ر : اصول فخر الاسلام البزدوي اول باب الاستحسان) .

جدا في اعتباره ، وفي درجة هذا الاعتبار وشرائطه .

وقد كان الاجماع في العصر الأول سهل الحصول لأن عمر في خلافته منع الصحابة أن يخرجوا من المدينة لتمكنه مشاورتهم فيما يحدث من امور العلم أو السياسة ، ولكنهم تفرقوا بعد ذلك أواخر خلافة عثمان في الامصار[1] ، ونشأ على أيديهم علماء وفقهاء في أماكن متنائية في الحجاز واليمن ومصر والعراق والشام وغيرها ، فلم يمكن بعد ذلك تحقق اجماع من المجتهدين لانقطاع إمكان الشورى العلمية العامة ، ولأن اتفاق علماء بلد واحد على حكم لا يعتبر إجماعاً .

لذلك كانت كل المسائل المستندة إلى الاجماع وحده انما يرجع تاريخها الى عصر الخلفاء الراشدين او الصدر الأول .

د) ـ القياس

١٠ ـ القياس هو : الحاق أمر بآخر في الحكم الشرعي لاتحاد بينهما في العلة .

والقياس يأتي في المرتبة الرابعة بعد الكتاب والسنة والاجماع من حيث حجيته في إثبات الأحكام الفقهية ، ولكنه أعظم أثراً من الإجماع في كثرة ما يرجع اليه من أحكام الفقه ، لأن مسائل الأجماع محصورة

---

(١) ـ ر : كتاب « تاريخ التشريع الاسلامي » للاساتذة السبكي والسايس والبربري المدرسين في كلية الشريعة الاسلامية بالازهر ، (ص/٩٦و١٣٧) .

ولم يتأت فيها زيادة ، لانصراف علماء المسلمين في مختلف الاقطار عن مبدأ الشورى العلمية العامه ، ولتعذر تحققه بمعناه الكامل فيما بعد العصر الأول كما أوضحناه . أما القياس فلا يشترط فيه اتفاق كلمة العلماء ، بل كل مجتهد يقيس بنظره الخاص في كل حادثة لا نص عليها في الكتاب أو السنة ، ولا إجماع عليها .

ولا يخفى أن نصوص الكتاب والسنة محدودة متناهية ، والحوادث الواقعة والمتوقعة غير متناهية . فلا سبيل إلى إعطاء الحوادث والمعاملات الجديدة منازلها وأحكامها في فقه الشريعة إلا طريق الاجتهاد بالرأي الذي رأسه القياس [1] .

فالقياس أغزر المصادر الفقهية في اثبات الأحكام الفرعية للحوادث

وقد جاء في كتاب عمر بن الخطاب إلى أبو موسى الأشعري (رض) يرشده الى أصول القضاء وطريقته المثلى :

« الفهم الفهم فيما تلجلج في صدرك مما ليس في كتاب الله ، ولا

---

(١) - يقول الشهرستاني في كتابه « الملل والنحل » :

« ان الحوادث والوقائع في العبادات والتصرفات مما لا يقبل الحصر والعد . ونعلم قطعاً انه لم يرد في كل حادثة نص ، ولا يتصور ذلك ايضاً . والنصوص اذا كانت متناهية ، والوقائع غير متناهية ، ومالا يتناهى لا يضبطه ما يتناهى ، علم قطعاً ان الاجتهاد والقياس واجب الاعتبار ، حتى يكون بصدد كل حادثة اجتهاد » اهـ .

(الملل والنحل للشهرستاني ، اول بحث الاختلاف في الاحكام الشرعية الاجتهادية).

سنة النبي صلى الله عليه وسلم . ثم أعرف الأشباه والامثال، فقس الأمور عند ذلك بنظائرها . واعمد إلى أقربها إلى الله ، وأشبهها بالحق »[1] .

---

(١) ـ هذا الكتاب ارسل به عمر الى ابي موسى بعدما ولاه . وهو يعد في نظر العلماء دستوراً عظيما في سياسة القضاء وفقهه .

وقد رأينا ان نثبته هنا بنصه، لاننا قد نحتاج الى الاستشهاد به في مناسبات أخرى ، وهو :

« بسم الله الرحمن الرحيم : من عبد الله عمر بن الخطاب امير المؤمنين إلى عبد الله بن قيس :

سلام عليك . أما بعد فان القضاء فريضة محكمة ، وسنة متبعة .

* فافهم اذا ادلي اليك، وانفذ اذا تبين لك، فانه لا ينفع تكلم بحق لا نفاذ له.

* آس بين الناس في وجهك وعدلك ومجلسك حتى لا يطمع شريف في حيفك، ولا ييأس ضعيف من عدلك .

* البينة على من ادعى ، واليمين على من انكر .

* والصلح جائز بين المسلمين الا صلحاً احل حراماً او حرم حلالاً .

* ولا يمنعك قضاء قضيته اليوم فراجعت فيه عقلك ، وهديت فيه لرشدك، ان ترجع الى الحق، فان الحق قديم، ومراجعة الحق خير من التمادي في الباطل .

* الفهم الفهم فيما تلجلج في صدرك مما ليس في كتاب الله، ولا سنة النبي ﷺ. ثم اعرف الاشباه والامثال ، فقس الامور عند ذلك بنظائرها ، واعمد الى أقربها الى الله ، واشبهها بالحق .

* واجعل لمن ادعى حقاً غائباً أو بينة ، أمداً ينتهي اليه، فان احضر بينته أخذت له بحقه ، والا استحللت عليه القضية ، فان ذلك أنفى للشك ، وأجلى للعمى ، وأبلغ في العذر . =

وقد كان من اسلوب النصوص المعهودة في الكتاب والسنة ان

= * المسلمون عدول بعضهم على بعض الا مجلوداً في حد، أو مجرباً عليه شهادة زور، أو ظنيناً في ولاء او نسب، فان الله قد تولى منكم السرائر، ودرأ بالبينات والايمان.

* وإياك والغلق والضجر والتأذي بالخصوم والتنكر عند الخصومات، فان الحق في مواطن الحق يعظم الله به الاجر ويحسن به الذخر.

فمن صحت نيته، وأقبل على نفسه، كفاه الله ما بينه وبين الناس. ومن تخلق للناس بما يعلم الله انه ليس من نفسه شأنه الله. فما ظنك بثواب عند الله عز وجل في عاجل رزقه؛ وخزائن رحمته، والسلام».

(ر: جمهرة رسائل العرب، للاستاذ احمد زكي صفوة ج ١ ص /٢٥٢/ رقم الرسالة /٢١٤/. واعلام الموقعين لابن القيم ج ١ ص /٩٩/ والكامل للمبرد، ج ١ ص /٩/، والبيان والتبيين بشرح السندوبي الطبعة الثانية ج ٢ ص /٣٧/).

وقد تولى ابن القيم شرحه باسهاب في مواطن عديدة من «اعلام الموقعين» (ج ١ ص /١٠٠/ و ج ٢ ص /٢٨٤-٢٩٠).

وقال ابن القيم بعد مانقل نص هذا الكتاب: «وهذا كتاب جليل تلقاه العلماء بالقبول، وبنوا عليه اصول الحكم والشهادة. والحاكم والمفتي أحوج شيء اليه والى تأمله والتفقه فيه».

شرح بعض الألفاظ فى كتاب عمر:

اذا ادلى إليك: من الادلاء بالحجة، وهو اقامة الدليل.

وأنفذ: من الانفاذ، أي سدد القضاء واجعله نافذاً. أي اتبع القضاء بالتنفيذ حتى يصل صاحب الحق الى حقه.

آس: أمر بالمساواة، اي اجعل بعضهم أسوة بعض بلا تمييز.

تلجلج: تردد وأشكل.

درأ: دفع ومنع، وفي الحديث النبوي: ادرأوا الحدود بالشبهات.

الغلق: بفتحتين، ضيق الصدر من غضب ونحوه.

تنص غالباً على علل الأحكام الواردة فيها، والغايات الشرعية العامة المقصودة منها، ليمكن تطبيق أمثالها واشباهها عليها في كل زمن. ونصوص الكتاب معظمها كلي عام اجمالي كما رأينا [1]، فانفتح بذلك طريق لقياس غير المنصوص على ما هو منصوص، واعطائه حكمه عند اتحاد العلة أو السبب فيهما

١١ ـ امثلة القياس :

ان وقائع القياس في فقه الشريعة الاسلامية لا يمكن حصرها، فان منها يتكون الجانب الاعظم من الفقه، ولا يزال القياس يعمل باستمرار في كل حادثة جديدة في نوعها لا نص عليها .

غير أننا نضرب للايضاح الأمثلة التالية :

١)ـ ورد في الشريعة الاسلامية نصوص وأحكام بشأن وصي اليتيم عينت وضعه الحقوقي ومسؤوليته وصلاحيته، فقاس الفقهاء على أحكام الوصي أحكام متولي الوقف للشبه المستحكم بين الوظيفتين، كما قاسوا كثيراً من أحكام الوقف نفسه على أحكام الوصية. فقرروا حجر الانسان عن أن يقف في مرض موته أكثر من ثلث ماله إلا باجازة الورثة، قياساً على هذا الحجر الذي ورد في الشريعة بشأن الوصية لأن كليهما تبرع؛ حتى قال الفقهاء : إن معظم أحكام الوقف تستقى من الوصية .

٢)ـ ورد في الشريعة نصوص كثيرة في أحكام البيع أكثر مما

---

(١) ـ ر : كتاب تاريخ التشريع الاسلامي للاستاذة السبكي والسايس والبربري ، ص/٦ .

ورد بشأن الاجارة ، فقاس الفقهاء كثيراً من أحكام الاجارة على أحكام البيع لانها في معناه ، اذ هي في الحقيقة بيع المنافع .

٣) ـ ورد في الشريعة نصوص تجيز الوكالة الخاصة بشأن مخصوص وتثبت لها أحكاماً معينة معروفة . فقاس فقهاء الحنفية عليها الوكالة العامة في الجواز والاحكام ، ولم يروا بأساً بعدم تعيين الاعمال الموكل بها وجهالتها عند العقد في هذه الوكاله العامة ، لان العموم يجعل المجهول كالمعلوم ويحسم النزاع بخلاف الوكالة الخاصة إذا جهل موضوعها ، كمن قال لآخر : وكلتك في بعض أعمالي ، فانها غير جائزة باتفاق الفقهاء .

٤) ـ وكذلك قاسوا أيضاً على عقد التوكيل اجازة الانسان تصرفاً فى بعض حقوقه صدر من آخر فضولاً عنه دون سابق توكيل منه ، فقرروا : ان اجازة اللاحقة تعتبر كالوكالة السابقة ، فيصبح بهذه الاجازة تصرف الفضولي [1] نافذاً على المجيز كعمل الوكيل بمقتضى وكالة سابقة .

٥) ـ ثبت في أحكام الشريعة أن الاجير مجبر على القيام بما استؤجر عليه . فقاس الفقهاء عليه حكم الوكيل بالاجرة ، فاعتبروه مجبراً على القيام بما وكل به ، لانه بتقاضيه الاجرة أصبح كالاجير ، وان كانت الوكالة في الأصل عقداً غير لازم ، أي لا يوجب إلزام الوكيل بالعمل .

٦) ـ ثبت بنصوص الشريعة أن من غصب شيئاً وجب عليه رد عينه مادام قائماً عنده ، فان تلف المغصوب يضمن الغاصب للمالك مثله أو قيمته ،

---

(١) ـ لمعرفه معنى الفضولي انظر ما سيأتي (ف ١٩٤/٣ سابعاً) .

وينتقل حق المالك إلى هذا التضمين عوضاً عن الأصل الهالك، وذلك بقوله عليه السلام : « على اليد ما أخذت حتى تؤديه »[1]

فقاس فقهاء الحنفية على هلاك المغصوب مالو أحدث فيه الغاصب تغييراً يحدث له به اسم جديد ، كما لو غصب قطعة فولاذ فصنعها سيفاً ، أو طحن الحنطة المغصوبة حتى صارت دقيقاً ، فاعتبروا هذا التغيير كالاستهلاك ، إذ قد تغير به الاسم فاصبح شيئاً آخر ؛ فقالوا ان حق المالك حينئذ ينقطع من عين المغصوب ، وينتقل حقه إلى تضمين الغاصب ، كحكم الاتلاف المقيس عليه .

٧) ــ ورد في الحديث النبوي بشأن التوكيل في عقد النكاح أن النبي عليه السلام قال عن الفتاة البكر البالغة « اذنها صماتها[2] » . أي إنها إذا استأذنها وليها بعقد نكاحها فسكتت يعتبر سكوتها توكيلا ، بمقتضى الدلالة العرفية ، لانها يغلب عليها في هذا المقام الخجل عادةً .

فقاس الفقهاء عليه مالو زوجها وليها فضولا دون استئمارها ــ أي استئذانها ــ ثم بلغها الخبر فسكتت ، فاعتبر الفقهاء سكوتها بعد العقد اجازةً منها دلالةً عرفية ، كما اعتبر سكوتها عند استئمارها إذناً منها .

٨) ــ ثبت في السنة تجويز اشتراط الخيار للمشتري في عقد البيع ، أي اشتراط حق الفسخ أو الابرام خلال مدة معينة ، ويسمى : خيار الشرط ، لأن المشتري قد يحتاج إلى التروي خشية الغبن ، فقد شكا أحد

---

(١) ــ ر : ف /٤٧ ب .

(٢) ــ الصمات ، بالضم : الصمت والسكوت .

الصحابة ، وهو حبان بن منقذ، إلى النبي عليه السلام أنه كثيراً مايغبن في البياعات ، فأرشده الى اشتراط الخيار بقوله : « إذا اشتريت فقل لاخلابة[1] ، ولي الخيار ثلاثة أيام » .

فقاس عليه الفقهاء جواز اشتراط الخيار المذكور للبائع أيضاً لأن حاجته الى ذلك كحاجة المشتري .

وقاسوا أيضاً على أصل خيار الشرط في الجواز حالة أخرى سموها: خيار النقد ، وهو ان يشترط البائع على المشتري المستمهل في دفع الثمن أنه ان لم يحضر الثمن خلال مدة معينة فلا بيع بينهما ، وذلك خوفاً من أن يغيب المشتري طويلا ويتأخر في الدفع ، وقد اصبح المبيع ملكاً له بالعقد لايستطيع البائع التصرف فيه ، فيتضرر البائع ويبقى معلقاً تحت رحمة المشتري . فبهذا الشرط يحتاج لنفسه .

ووجه قياسه على خيار الشرط أن في كليهما شرطاً يقتضي فسخ البيع بعد انعقاده دفعاً لحاجة مشروعة . (ر : الدرر شرح الغرر ٢/١٥٢).

هذه أمثلة قليلة ضربناها للتوضيح تعد غيضاً من فيض من وقائع القياس في الفقه الاسلامي ، فان معظم الاحكام الفقهية في النوازل الجديدة انما ثبت ويثبت بطريق القياس .

١٢ — مما تقدم يتضح ما للقياس من شأن عظيم في إثبات الاحكام

---

(١) ـ الخلابة ، بالكسر : الخديعة .

واستنباطها. فهو طريق ضروري هام لتوسيع دائرة النصوص المحدودة حتى تشمل ما لا يتناهى من الحوادث الجديدة.

ولا يغني عن القياس العموم في عبارة النص العام. لأن النص العام إنما يشمل عمومه جميع الافراد الداخلة في مفهومه فقط. أما القياس فانه يجعل النصوص - حتى الخاصة منها - شاملة لما لا يدخل في مفهومها من أنواع الحوادث وأفرادها، وذلك بطريق الالحاق للتشابه في العلة، فيضيف إلى مجموعة النصوص التشريعية الأصلية نصوصاً فقهية للعلماء المستنبطين لا تقف عند حد، وهي قائمة على أسس تلك النصوص الأصلية وقواعدها.

ثم إن تلك الأحكام الفرعية التي تثبت بطريق الاستنباط والقياس تصبح أصولاً للقياس يقاس عليها غيرها مما يشابهها في العلل، وهكذا إلى ما لانهاية. وهذا من سر سعة الفقه الاسلامي الشاملة لما كان وما يكون من الحوادث.

على أن هناك جماعة من فقهاء بعض المذاهب لم يقبلوا طريقة القياس واعتمدوا على ظواهر النصوص فقط، فسموا «الظاهرية»؛ ولم يكن لمذهبهم هذا حياة ووزن لمخالفته ضرورات الحياة التشريعية.

وقد لخص المزني صاحب الامام الشافعي فكرة القياس وحجته أبلغ تلخيص، فقال:

«إن الفقهاء من عصر رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى يومنا هذا، استعملوا المقاييس في جميع الاحكام في أمر دينهم.

وأجمعوا على أن نظير الحق حق ، ونظير الباطل باطل . فلا يجوز لأحد إنكار القياس ، لأنه التشبيه بالامور ، والتمثيل عليها » (ر : كتاب « مالك » للشيخ محمد أبي زهرة الاستاذ في كلية الحقوق بالقاهرة ، القسم الثاني ف/١٦٠) .

الفصل الثاني

المصادر التبعية

الاستحسان — الاستصلاح ، او (قاعدة المصالح المرسلة) — العرف .

١٣ — إن هناك مستندات أخرى شرعية لاثبات الأحكام الفقهية غير المصادر الأربعة الأساسية المتقدمة وقد دلت نصوص الكتاب والسنة على اعتبارها مستنداً صحيحاً لإثبات الاحكام .

غير أن تلك المصادر إنما هي في الحقيقة تبعية متفرعة عن تلك المصادر الأربعة الأساسية . فلذا لم يعدها معظم العلماء زائدة عليها بل اعتبرت راجعة إليها .

وأهم تلك المصادر الفرعية التبعية ثلاثة سنتولى بيانها ، وهي :

— الاستحسان

— والاستصلاح ، أو قاعدة المصالح المرسلة

— والعرف

الفرع الاول

الاستحسان

١٤ ــ الاستحسان هو : **العدول بالمسألة عن حكم نظائرها الى حكم آخر ، لوجه أقوى يقتضي هذا العدول .**

هذا مايعرفه به الامام ابو الحسن الكرخي من أئمة المذهب الحنفي. ولعله أفضل التعاريف المأثورة للاستحسان، وأشملها لأنواعه الآتي بيانها (ر : كشف الأسرار شرح اصول البزدوي، ج ٤ ص /٣/، و كتاب « ابو حنيفة » للاستاذ الشيخ محمد أبي زهرة ، القسم الثاني ، ف/١٧٤)

ومفاده : ان الاستحسان هو قطع المسألة عن نظائرها «فهو عكس القياس الظاهر الذي هو : الحاق المسألة بنظائرها في الحكم .

وبناء على نوع العلة التي تقطع لأجلها المسألة الاستحسانية عن نظائرها القياسية ينقسم الاستحسان الى نوعين : **الاستحسان القياسي ، واستحسان الضرورة** [1] .

---

(١) ـ يقسم علماء الاصول من الحنفية الاستحسان الى اربعة انواع ، فيزيدون نوعين هما : **استحسان السنة ، واستحسان الاجماع** . وسننتقد ذلك آخر البحث (ف/٢٠/ الحاشية) .

(أ) ــ الاستحسان القياسي

١٥ ــ وأما الاستحسان القياسي فهو أن يعدل بالمسألة عن حكم القياس الظاهر المتبادر فيها الى حكم مغاير بقياس آخر هو أدق وأخفى من الاول ، ولكنه أقوى حجة ، وأسد نظراً ، وأصح استنتاجاً منه .

ولشيوع هذا النوع من الاستحسان كثيراً في طريقة فقهاء الحنفية قد يقتصر بعضهم في تعريف الاستحسان على أنه هو « **القياس الخفي** » وهذا النوع من الاستحسان في الحقيقة انما هو ترجيح لأحد الأقيسة عند تعدد وجوه القياس وتعارضها في المسألة الواحدة ، فهو من القياس واليه .

١٦ ــ **امثلة الاستحسان القياسي :**

ومن أمثلة الاستحسان القياسي المسائل التالية :

١) ــ ان الدين المشترك[1] إذا قبض منه أحد الدائنين مقدار حصته لا يحق له الاختصاص بها ، بل لشريكه في الدين أن يطالبه بحصته من المقبوض . فاذا هلك هذا المقبوض في يد القابض قبل أن يأخذ الشريك الثاني حصته منه فقد كان مقتضى القياس الظاهر أن

---

(١) -- الدين المشترك هو ما ثبت لاثنين فأكثر في ذمة ثالث بسبب متحد ، كشيء يملكه شخصان مناصفة بينهما اذا باعاه صفقة واحدة بثمن مؤجل ، فثمنه يكون **دينا مشتركا** لهما على المشتري . وكذا لو لم يبيعاه بيعا بل أتلفه شخص ثالث ، فانه يضمن قيمته بسبب الاتلاف ، وتكون هذه القيمة دينا مشتركا لهما على المتلف .

فلو لم يكن سبب الدين واحدا ، كما لو اقترض شخص قرضين من شخصين كل قرض بعقد على حدة .

يهلك من حساب الاثنين ، لأنهما كما يتقاسمان المقبوض اذا سلم ينبغي ان يتحملا معاً تبعة هلاكه اذا هلك .

ولكن في الاستحسان يعتبر الهالك في يد القابض هالكا من حصته فقط ، وتكون الحصة التي لم تقبض هي للشريك الثاني . وذلك لانه في الأصل لم يكن ملزماً بمشاركة القابض فيما قبض ، بل له أن يترك المقبوض للقابض ويلاحق المدين بحصته .

٢) — من القواعد المقررة أن المرء مؤاخذ باقراره في حق نفسه لا في حق غيره . فلو أقر مثلاً أنه وأخاه مدينان بمبلغ يلزم هو بما يصيبه منه ، ولا يلزم أخوه إن أنكر . وعلى هذا ، لو ادعى شخص انه وكيل عن دائن غائب بقبض دينه ، فأقر المدين بوكالته ، يؤمر بدفع الدين اليه عملاً باقراره .

وبناء عليه ، إذا أودع أحد شيئاً عند آخر وغاب . فادعى شخص أنه وكيل الغائب في قبض وديعته ، فأقر الوديع له بالوكالة ، فان مقتضى القياس الظاهر على مسألة قبض الدين أن يلزم الوديع بتسليم الوديعة اليه .

لكن الاستحسان عدم الزام الوديع بتسليم الوديعة اليه ولو كان الوديع مقراً بوكالته ، لاحتمال ان يحضر صاحب الوديعة فينكر التوكيل ، وتكون وديعته قد ذهبت وربما لا يمكن استردادها ، وان حقه متعلق بعينها . بخلاف صورة الدين ، فان حق الدائن فيها متعلق بذمة المدين لا بعين المبلغ الذي يدفعه هذا المدين الى زاعم الوكالة بالقبض . فاذا

حضر الدائن فأنكر الوكالة يتبين أن الدفع السابق لم يكن قضاءً صحيحاً للدين ، لعدم ثبوت وكالة القابض، فيكون حق الدائن باقياً على حاله في ذمة المدين ، ويكلف بالدفع ثانية الى الدائن، وله حق الرجوع على القابض ليسترد منه مادفعه اليه .

وإيضاح ذلك أن عملية وفاء الدين في الواقع وبالنظر الفقهي هي أن المدين يدفع من مال نفسه ما يعادل الدين . فاقراره بوكالة القبض هو اعتراف منه بلزوم تسليم ماله الى مدعي الوكالة وفاءً لدين الدائن ، فهو اقرار على نفسه ، فاذا لم تثبت الوكالة فيما بعد كان هو المفرط في مال نفسه.

أما الوديعة فان حق مالكها متعلق بعينها ذاتها لا بذمة الوديع . فيكون اقرار الوديع بوكالة قبضها اعترافاً منه بلزوم تسليم مال غيره الى شخص ثالث . فهو اقرار على غيره لا على نفسه، فلو أنفذناه كان ذلك تفريطاً في حق المالك بمجرد إقرار غيره. (ر : الدر المختار وردالمحتار، باب الوكالة بالخصومة والقبض ٤ / ٤١٣ — ٤١٤) .

٣) — من المقرر فقهاً أن المرهون مضمون على الدائن المرتهن بما يعادل الدين ، فاذا هلك المرهون في يده وكانت قيمته مساوية للدين سقط الدين . حتى ان المرتهن لو كان قد استوفى الدين قبل هلاك المرهون يرد ما استوفاه :

وعلى هذا : لو أبرأ الدائن المرتهن ذمة المدين عن دينه ثم هلك المرهون قبل إعادته ، فان مقتضى القياس الظاهر أن يضمن المرتهن

للراهن قيمته قياساً لحالة الابراء على حالة الاستيفاء ، اذ يبقى المرهون مضموناً بعد استيفاء الدين حتى يعاد .

ولكن الاستحسان عدم ضمان المرهون بعد الابراء عن الدين ، واعتبار المرتهن بعد ابرائه للمدين كالفاسخ للرهن ، لأن الدائن المرتهن يستقل بفسخ الرهن ، إذ هو توثيق لحقه ، وإذا فسخه انقلب المرهون امانة في يده ، فلا يضمن هلاكه عندئذ الا بالتعدي عليه أو التقصير في حفظه (ر : رد المحتار ٥/ ٣٣٥ و ٣٣٨) .

(ب) ــ استحسان الضرورة

١٧ ــ وأما استحسان الضرورة فهو ما خولف فيه حكم القياس نظراً الى ضرورة موجبة أو مصلحة مقتضية ، سداً للحاجة أو دفعاً للحرج . فمحله عندما يكون اطراد الحكم القياسي مؤدياً لحرج أو مشكلة في بعض المسائل ؛ فيعدل حينئذ عنه استحساناً الى حكم آخر يزول به الحرج وتندفع به المشكلة . وذلك لأن المسائل التي يقاس بعضها على بعض ـ وان كانت من جنس واحد وقائمة على أسس مشتركة ـ قد تختلف نتائجها عدلاً وجوراً ، أو عسراً ويسراً ، باختلاف موضوعاتها وما يكتنفها من عوارض .

فالاستحسان يكون في مثل هذا طريقاً للفقهاء الى الاحكام المصلحية

التي تتفق مع المنطق الفقهي ومقاصد الشريعة ، عندما يلوح في اطراد القياس سوء النتائج .

وهذا النوع من الاستحسان يرجع في الحقيقة الى نظرية المصالح المرسلة الآتي بيانها في البحث التالي ، كما سنرى .

١٨ — امثلة استحسان الضرورة :

ومن أمثلة استحسان الضرورة المسائل التالية :

١) — من المقرر شرعاً أن الامين ، كالوديع مثلا ، اذا هلك لديه مال الأمانة بلا تعدٍ ولا تقصير في حفظه لا يضمن شيئاً من قيمته .

ويستمر القياس كذلك في كل أمانة بيد أمين ، كمال الشركة في يد أحد الشريكين ، والمأجور في يد المستأجر ، والعارية في يد المستعير الخ ... ومن ذلك مال المستأجر في يد الاجير ، فينبغي أن لا يضمن مطلقاً إذا تلف بلا تعد عليه من الاجير ولا تقصير منه في حفظه.

ولكنهم فرقوا في الاستحسان بين الأجير الخاص وهو الذي يبيع وقته جميعاً لمستأجره ليعمل عنده ولا يشتغل في فراغه عند سواه ، كالخادم والسائس ونحوهما ، وبين الاجير العام أو المشترك وهو الذي يبيع عمله في مهنة معينة لكل راغب ، كالصباغ والخباز والنجار الخ.. فقالوا : ان الأجير المشترك إذا هلك مال مستأجره لديه يضمنه

استحساناً ، إلا إذا كان التلف بسبب لايمكن التحرز عنه كالحريق الغالب . وذلك كي لا يتقبل من أعمال الناس أكثر من طاقته طمعاً في زيادة الربح ، فيعرض أموالهم للهلاك أو الضياع لديه بطول المكث.

وهذا الحكم قد أخذ به الاجتهاد المالكي أيضاً بداعي المصلحة [1]

٢) — من القواعد المقررة في الفقه الاسلامي أن من دفع من ماله شيئاً عن غيره بلا أمر منه في أداء نفقة، أو قضاء دين، أو وفاء أي حق مالي آخر ، فانه يعتبر متبرعاً فيما دفع عن غيره ، سواء أقصد التبرع أو لم يقصد ، وليس له الرجوع على المدفوع عنه إلا أن يكون

---

(١) — قال الاستاذ الشيخ محمد أبو زهرة في بحث **المصالح المرسلة** من كتابه « **مالك** » ف / ٢١٨ / نقلاً عن كتاب « الاعتصام » للامام الشاطبي ما نصه :

« واتفق الخلفاء الراشدون على تضمين الصناع مع ان الاصل أن أيديهم على الامانة ، ولكن وجد انهم لو لم يضمنوا لاستهانوا بالمحافظة على أمتعة الناس وأموالهم ، وفي الناس حاجة شديدة اليهم ، فكانت المصلحة في تضمينهم ليحافظوا على ما تحت أيديهم ، ولذلك قال علي رضي الله عنه في تضمينهم : « لا يصلح الناس الا ذاك » اه .

أقول : إن هذه المسألة ومسائل أخرى سواها قد ذكرها فقهاء المالكية مثالاً لقاعدة « **المصالح المرسلة** » عندهم، وذكرها فقهاء الحنفية مثالاً للاستحسان عندهم (ر : كتاب الاجارة من الدرر شرح الغرر ج ٢ ص / ٢٣٧).

وهذا يؤيد ماسنبه عليه في بحث المصالح المرسلة الآتي من أن نظرية المصالح عند المالكية هي نظير استحسان الضرورة عند الحنفية موسعاً .

الدافع مضطراً الى الدفع [1] .

وعلى هذا إذا سلم أحد إلى غيره مالاً وأمره أن يشتري له به شيئاً أو يقضي عنه به دينه ، أو ينفق له منه على عياله أو بنائه ونحو ذلك ، فأمسك المأمور عنده ما سلم اليه، واشترى أوقضى أو أنفق من مال نفسه فيما أمره الدافع ، بقصد أن يستوفي بعد ذلك مما دفعه اليه ، فمقتضى القياس الظاهر أن يعتبر المأمور متبرعاً بالدفع ، ويرد إلى الآمر ما اخذ منه .

ولكن قالوا انه في الاستحسان لايعتبر متبرعاً تيسيراً للمعونات ، ودفعاً للحرج في سبيلها ، فيجري التقاص بين مادفع من ماله وبين مافي يده من مال الآمر (ر : رد المحتار ، كتاب الوكالة ٤/٤١٥) .

٣) ــ ان الاموال الكيلية أو الوزنية تعد شرعاً من الأموال الربوية التي يجري فيها ربا الفضل : أي لايجوز إقراض شيء منها واستيفاء أكثر منه . وكذا لايجوز بيع بعضها بمقدار من جنسه أكثر منه.

ولكن فقهاء الحنفية حكموا بجواز استقراض الخبز عدداً بين

---

(١) ــ من صور الاضطرار الى الاداء عن الغير مالو كان مال الانسان مرهوناً باذنه في دين على غيره ــ وهي مسألة المستعار للرهن ــ والمدين لايفكه. فان للمالك ان يفك الرهن عن ماله بأن يدفع دين المدين ويرجع عليه ، ولايعتبر متبرعاً لاضطراره الى تخليص ماله (ر : الدر المختار ورد المحتار ٥ / ٣٣١).

الجيران ، وان تفاوت وزن الارغفة التفاوت المعتاد ؛ استحساناً على خلاف القياس ، نظراً للضرورة وحاجة الناس مع انتفاء فكرة الربا والاسترباح في هذه العملية، لأن هذا التفاوت من التوافه المهدرة عرفاً[1].

(ر : رد المحتار ٤/١٧٢ و١٨٧) .

وإلى هذا ذهب الاجتهاد المالكي أيضاً .

١٩ — هذه أمثلة هي قليل من كثير من المسائل الاستحسانية المنبثة في الفقه الحنفي من كلا النوعين ، أعني الأستحسان القياسي واستحسان الضرورة .

ومنها يتضح أن الاستحسان مقدم على القياس عند تعارضهما .

وعن هذا يقول الفقهاء : إذا ذكر في مسألة أن الحكم فيها كذا قياساً ، وعكسه استحساناً ، فحكم الاستحسان هو الراجح المعمول به دائماً . وذلك لأن الأستحسان في الحقيقة انما هو علاج لما قد يترتب على القياس من مشكلات الأحكام في بعض الأحيان .

---

(١) — ينبغي ان يعتبر مثل ذلك في صرف النقود الفضية ونحوها بأجزائها الصغرى عندما يكون وزن مجموع الاجزاء أقل أو أكثر من وزن القطعة المستبدل بها.

ويتردد اليوم بعضهم في ذلك غلواً وتشدداً محرجاً في الدين بلا موجب ، مع ان هذا الصرف أشد حاجة وأولى بالجواز الشرعي من استقراض الخبز عدداً بين الجيران ، لان الاجزاء المستبدلة والقطعة النقدية المستبدل بها متساويان قيمة وعرفاً ، ولا يصلح ذلك ذريعة للمراباة والاسترباح .

٢٠ — نقد التقسيم التقليدي للاستحسان :

هذا ، وبعد ان عرفنا مما سبق بيانه حقيقة معنى الاستحسان ورتبته في مصادر الاحكام وادلتها ، من حيث إنه في الحقيقة طريقة تعديلية لمعالجه ما يؤدي اليه اطراد القياس في بعض المسائل من غلو ومساوىء ، نقول :

إن معظم علماء أصول الفقه الحنفي يقسمون الاستحسان إلى أربعة اقسام ، فيزيدون على هذين النوعين المشروحين نوعين آخرين هما :

— استحسان السنة ، وهو لديهم عدول عن حكم القياس إلى حكم مخالف له ثبت في السنة .

— واستحسان الاجماع ، وهو عدول أيضاً عن مقتضى القياس الى حكم آخر انعقد عليه الاجماع ، كما في صحة عقد الاستصناع المتقدم ذكره في بحث الاجماع [1] .

ولا يخفى أن هذا التعميم والتنويع في معنى الاستحسان الاصطلاحي غير سديد ، وهو اقحام للشيء في غير محله .

---

(١) — ر : « **كشف الاسرار** » للعلامة الشيخ عبد العزيز البخاري شرح « **الأصول** » لفخر الاسلام البزدوي ، ج ٤ ص /٣ ، وكتاب « **أبو حنيفة** » للاستاذ الشيخ محمد أبي زهرة ، القسم الثاني ، ف /١٧٤ .

فمن الواضح بعدماسبق بيانه ان الحكم الثابت فيما يسمونه استحسان السنة أو استحسان الاجماع إنما يضاف ثبوته إلى السنة او الاجماع، أي إلى نص الشارع وما في حكمه ، لا الى قياس أو استحسان .

فالاستحسان المقصود انما هو عدول من الفقيه المستنبط عن حكم القياس حيث يجوز القياس لفقدان النص التشريعي. وان القرآن ثم السنة ثم الاجماع مصادر ثلاثة اساسية مقدمة في الرتبة على القياس ، فلا مجال لقياس ولا استحسان الا فيما لم يرد من الاحكام في احد تلك المصادر الثلاثة .

فاطلاق اسم الاستحسان على هذين النوعين هو حشر للشيء في غير زمرته ، وتوسع في لفظ الاستحسان يورث اشتباهاً في تمييز الحقائق [1].

على ان ماورد به النص منحرفاً عن قياس امثاله لمصلحة لحظها الشارع الآمر إنما هو في الحقيقة استحسان الشارع وليس الكلام فيه، وانما الكلام في استحسان الفقيه المستنبط الذي يطبق نصوص الشارع ويقيس عليها ويستحسن على وفقها ، مستلهما من غرض الشارع

---

(١) — ولعل السبب في هذا التساهل هو رغبة الاستحسانيين أن يقطعوا حجة مخالفيهم الذين يعتبرون طريقة الاستحسان قولاً بالرأي وبالهوى المجرد عن دليل شرعي، فأراد الاستحسانيون بهذا التوسيع لمعناه الاصلي ان يفهموهم ان من معناه الاستناد الى السنة او الاجماع أو القياس .

ومقاصد شريعته [١] .

٢١ ـ وقد اشتهر أبو حنيفة واتباعه من فقهاء مدرسته بطريقة الاستحسان وبناء الأحكام عليها، وبرعوا في الاستنباط الاستحساني براعة عدلوا فيها كثيراً من غلو القياس الظاهر عندما يؤدي إلى مشكلة في المصلحة التطبيقية [٢] .

وقد أخذ الاجتهاد المالكي أيضاً بطريقة الاستحسان وتوسع فيها أكثر من الحنفية علاجاً لغلو القياس . ولكن المالكية لايسمون

---

* (١) ـ والفرق بين استحسان الشارع واستحسان الفقيه المستنبط يشبه بعض الشبه الفرق في اصطلاح علماء القانون اليوم بين القرائن القانونية والقرائن القضائية.

والقرائن القانونية : هي التي عينها الشارع أو واضع القانون ورتب عليها حكماً خاصاً نص عليه لارأي للقاضي في تقديره . وذلك دلالته بنظر الشرع على الشك في الحق المتقادم حتى منع سماع الدعوى به .

والقرائن القضائية : هي من قبيل البينات والدلائل التي يعود للقاضي تقدير قوتها الاثباتية في وقائع الدعوى .

وشتان مابين النوعين ، فإن الاولى من أدلة الشارع التي يلحظها في تشريعه الآمر ، والثانية من أدلة القاضي المنفذ في تمحيصه للوقائع .

(٢) ـ المأثور عن أبي حنيفة رحمه الله انه كان يقيس ، حتى اذا قبح القياس وأدى الى غلو في الحكم استحسن ، أي عدل عنه الى الاستحسان .

وقد قال تلميذه الامام محمد بن الحسن الشيباني : « **كان ابو حنيفة اذا قاس نازعه اصحابه المقاييس، فاذا قال : أستحسن، لم يلحق به أحد** » (ر : كتاب « ابو حنيفة » للاستاذ الشيخ محمد أبي زهرة ، القسم الثاني ، ف / ١٧٢ / . وكتاب « مالك » له ايضاً ، القسم الثاني ف / ١٧٢) .

القياس الخفي استحساناً كما في اصطلاح الحنفية ، وإنما الاستحسان عند المالكية أن يترك القياس الظاهر لأحد أمور ثلاثة :

— إذا عارضه عرف غالب ، أي عادة شائعة ،

— أو عارضته مصلحة راجحة ،

— أو أدى إلى حرج ومشقة .

فيكون الحكم الاستحساني عندهم أيضاً من قبيل ترجيح مصلحة جزئية في حكم معين كانت تقضي القواعد القياسية بخلافه . وذلك لأن نصوص الشريعة الاسلامية تضافرت على وجوب رعاية المصلحة ودفع الحرج . كقوله تعالى : « يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر » .

وقوله أيضاً : « ما جعل عليكم في الدين من حرج » .

وقول النبي عليه الصلاة والسلام : « لاضرر ولا ضرار »

قال القاضي ابن رشد الحفيد المالكي في بداية المجتهد (٢/١٥٤):

«ومعنى الاستحسان في اكثر الاحوال هو الالتفات الى المصلحة والعدل» .

وهذا في الحقيقة نظير استحسان الضرورة في الاجتهاد الحنفي .

٢٢ — ومن الأمثلة التي يبرز فيها غلو اطراد القياس الظاهر وجوره ، واختلف الاجتهاد في معالجتها بالاستحسان، القضية المعروفة باسم « المسألة المشتركة » في الفرائض، أي في أحكام الميراث ، وهي أن تموت امرأة عن زوج ، وأم ، وأخوين لأم ، وأخوين شقيقين .

فالزوج والأم والاخوة لام هم من أصحاب الفرائض الارثية

المحدودة . أما الاخوة الأشقاء فهم من العصبات [1] . والقاعدة في الميراث هي : **أن العصبات انما يأخذون ما يزيد عن أصحاب الفرائض .**

فمقتضى القواعد القياسية في هذه الحادثة هو : أن يرث الاخوة لام ولا يرث الأشقاء ،لأن الفريضة الارثية للزوج هنا نصف التركة؛ وللام السدس؛ وللاخوة من الام الثلث. فلا يبقى شيء الاخوة الاشقاء وهم العصبات . وهذا يؤدي الى مشكلة من الغرابة بمكان ، إذ يرث عندئذ الأخ لام ، ويحرم الشقيق !! والى هذا ذهب بعض الصحابة، وعليه الاجتهادان الحنفي والحنبلي .

ولكن عمر بن الخطاب وفريقاً آخر من الصحابة (رض) ذهبوا الى اشتراك الأشقاء مع الاخوة لام في نصيبهم بالثلث استحساناً ، باعتبار أن الجميع أولاد أم واحدة ، فالأشقاء يشاركونهم في السبب من جهة الام .

وبذلك سن عمر سنة الاستحسان المقيم للعدالة ، الدافع للحرج . وإلى هذا ذهب الاجتهادان المالكي والشافعي ، وهو الاوجه .

ويروى أن عمر (رض) لما رفعت إليه هذه القضية ،فرأى فيها أولا

---

(١) – العصبة في اصطلاح علم الفرائض هو : **كل قريب ذكر يتصل الى الميت بمحض الذكورة**، اي لا يدخل في نسبته الى الميت انثى ،وذلك كالعم وابنه، وكالأخ وابنه، فانهم من العصبات. بخلاف العمة مثلاً لأنها انثى ؛ وبخلاف الخال وابنه لأن واسطة قرابتها الأم وهي انثى .

أن للاخوة من الام الثلث فريضةً ، فلا يبقى شيء للاخوة الاشقاء، قال له هؤلاء : « هب أن أباناكان حماراً ، ألسنا لام واحدة ؟ ! »

فرجع عمر وقضى باشتراكهم جميعاً في الثلث (ر : اعلام الموقعين لابن القيم ج ٢ ص /٤٨/ طبعة الكردي ، وبداية المجتهد لابن رشد ج ٢ ص /٢٩٠/ ، وشرح المنظومة الرحبية للسبط المارديني ، باب المسألة المشتركة) [١] .

الفرع الثالث

الاستصلاح ، والمصالح المرسلة

٢٣ ـ الاستصلاح : هو بناء الأحكام الفقهية على مقتضى المصالح المرسلة [٢] .

---

(١) ـ قد عدلت الحكومة المصرية بقانون خاص صدر سنة ١٣٦٥هـ=١٩٤٦م عن حكم المذهب الحنفي في المسألة المشتركة وأوجبت فيها العمل بحكم الاشتراك وفقاً لمذهب مالك والشافعي ، وحسناً فعلت .

وكذلك فعلت سورية أخيراً في قانون الاحوال الشخصية الجديد سنة ١٩٥٣م

(٢) ـ عبر الامام الغزالي في « المستصفى » عن استعمال قاعدة المصالح المرسلة في بناء الاحكام الشرعية باسم : « **الاستصلاح** » ، وهو تسمية جديدة في مقابل لفظ « **الاستحسان** » ، وهو افضل من تعبير غيره عن ذلك بلفظ « المصالح المرسلة » الذي لا يفيد الا معنى المصالح نفسها لا معنى **عملية بناء الاحكام على اساسها** .

والمصالح المرسلة : هي كل مصلحة لم يرد في الشرع نص على اعتبارها بعينها أو بنوعها .

فهي إنما تدخل في عموم المصالح التي تتجلى في اجتلاب المنافع ، واجتناب المضار ، تلك المصالح التي جاءت الشريعة الاسلامية لتحقيقها بوجه عام ، ودلت نصوصها وأصولها على لزوم مراعاتها والنظر إليها ولذا سميت « مرسلة » الحياة ، ولم يحدد الشارع لها افراداً ولا أنواعاً . في تنظيم سائر نواحي أي مطلقة غير محددة .

فاذا كانت المصلحة قد جاء بها نص خاص بعينها ، ككتابة القرآن صيانة له من الضياع ، وكتعليم القراءة والكتابة [1] ، أو كانت مما جاء نص عام في نوعها يشهد له بالاعتبار ، كوجوب تعليم العلم ونشره بوجه عام ، وكالأمر بكل أنواع المعروف ، والنهي عن جميع فنون المنكر ، فعندئذ تكون من المصالح المنصوص عليها عيناً أو نوعاً لا من المصالح المرسلة ، ويعتبر حكمها ثابتاً بذلك النص لا بقاعدة الاستصلاح .

٢٤ — ايضاح فكرة المصالح والمفاسد

وإيضاحاً لفكرة المصالح المرسلة في الاسلام إجمالاً نقول :

---

(١) — ثبت ان النبي ﷺ كان له كتبة للوحي يستكتبهم القرآن عند نزوله . وثبت أيضاً انه جعل فداء أسرى بدر من المشركين العالمين بالقراءة والكتابة ، ان يقوم كل منهم بتعليم عشرة من المسلمين الاميين القراءة والكتابة .

ان المصلحة عكس المفسدة . وكل منهما محل نظر من جهتين :

ـــ من جهة المعنى الذاتي للمصلحة والمفسدة .

ـــ ومن جهة اعتبارهما في نظر الشارع .

٢٥ — (أ) ـــ المعنى الذاتي للمصلحة والمفسدة :

فبالمعنى الذاتي تفسر المصلحة بالمنفعة، وتفسر المفسدة بالمضرة مطلقاً، سواء أكان النفع او الضرر شخصياً أو عاماً، غالباً أو مغلوباً ، عاجلاً أو آجلاً الخ ...

فالعلم والربح واللذة والراحة والمتعة والصحة ونحوها كلها مصالح في ذاتها نافعة لاصحابها بأي طريق حصلت .

والجهل والخسارة والألم والتعب الخ ... كلها مفاسد في ذاتها مضرة بأصحابها .

ولكن هذا النظر الذاتي في تحديد المصلحة والمفسدة هو نظر قاصر لا يكفي ، ولا يصلح لبناء الاحكام الشرعية عليه :

ـــ فان اللذة الوقتية مثلاً قد تعقب آلاماً أو مضار لصاحبها ولغيره في نفسه او شرفه او ماله ، كشرب المسكرات ؛ وان الراحة قد تعقب خساراً كبيراً وتعباً ؛ وان الربح في بعض صوره او طرقه قد يقوم على ظلم الغير او على طرق غير شريفة لها ضرر اكبر من الربح .

ـــ وبالعكس قد نجد بعض الآلام أحسن نتيجة من عدمها، كآلام

العلاج والمداواة ، وكذلك بعض المتاعب والمصاعب قد تتوقف عليها أطيب الثمرات . فالجهاد على ما فيه من ضرر بالانفس والاموال تتوقف عليه حياة الاجيال الحاضرة والمستقبلة في الامة ، وامانها من خطر اعدائها.

لذلك وجب أن يتخذ للمصالح والمفاسد التي يبنى عليها التشريع العام مقياس آخر يعتبر به الشارع مصلحة الفرد والمجتمع معاً ، ويوازن بين عاجل الحوائج وآجل النتائج ، فلا يُعتبر عندئذ مصلحة أو مفسدة إلا ما اعتبره الشارع كذلك ، قطعاً لفوضى المقاييس الشخصية وتضاربها ، فتكون العبرة في ذلك انما هي للاعتبار الشرعي .

٢٦ - (ب) - الاعتبار الشرعي للمصلحة والمفسدة :

ان المصالح والمفاسد التي تعتبر مقياساً للأمر والنهي في الشرع الاسلامي هي التي تتفق أو تتنافى مع مقاصد الشريعة . وان من أول مقاصدها صيانة الاركان الخمسة الضرورية للحياة البشرية وهي : **الدين** ، **والنفس** ، **والعقل** ، **والنسل** ، **والمال** ؛ ثم ضمان ما سواها من الامور التي تحتاج اليها الحياة الصالحة مما دون تلك الاركان الضرورية في أهميتها .

وتلك الاركان الخمسة قد اتفقت الشرائع الالهية ، بل والوضعية أيضاً ، على وجوب احترامها وحفظها . وقد ذكر الغزالي في «المستصفى» أن حرمتها لم تبح في ملة قط .

وعلى هذا نرى أن علماء أصول الفقه الاسلامي قسموا الاعمال والتصرفات التي تعد من المصالح بالنظر الشرعي ، وبحسب دلائل

نصوص الشريعة وأحكامها الى ثلاثة أقسام :

الاول) — الضروريات . وهي الاعمال والتصرفات التي تتوقف عليها صيانة الاركان الخمسة السالفة البيان .

والنظر الشرعي أن هذه الامور الخمسة لا بد منها للحياة الصالحة ، فاذا فقد بعضها انهارت الحياة الانسانية أو اختلت وفسدت .

ولذا شرعت العبادات ، وابيح بل وجب الاكل والشرب واللبس بما يصون الابدان ويستر السوآت ، كما نظمت أحكام المعاملات لصيانة الحقوق والاموال ، وشرعت العقوبات والتضمينات ، أي المسؤوليات المالية ، زجراً عن العدوان وجبراً للحقوق .

فأساس الاعمال التي تعد من المصالح الضرورية أن لا تقوم تلك الامور الخمسة التي هي من أركان الحياة البشرية الصالحة الا بمراعاتها .

الثاني) — الحاجيات . وهي الأعمال والتصرفات التي لا تتوقف عليها صيانة تلك الاركان الخمسة ، ولكنها تتطلبها الحاجة لاجل التوسعة ورفع الحرج ، كاباحة الصيد والتمتع بالطيبات التي يمكن أن يستغني عنها الانسان ولكن بشيء من المشقة ، وكتشريع عقد الاستئجار وكثير من أنواع المعاملات .

ففتح طريق الاستئجار في المعاملات المدنية يحقق للناس وفاء حاجة كبرى ، إذ يتمكن به كل منهم أن ينتفع بملك غيره لقاء عوض يسير بالنسبة إلى قيمة عين الشيء المأجور . ولو سد طريق الاستئجار

لما تعطلت حياة الناس وما فسدت أوضاعهم ، ولكن ينالهم حرج كبير : إذ يضطر الانسان أن يملك عين ما يحتاج اليه ولو حاجة موقتة.

الثالث) ــ التكميلات، أو التحسينيات . وهي التي لا تتحرج الحياة بتركها ولكن مراعاتها من مكارم الاخلاق أو من محاسن العادات، فهي من قبيل استكمال ما يليق ، والتنزه عما لا يليق ، كآداب الكلام والطعام والشراب ، وكالاعتدال في المظاهر، والاقتصاد في المصارف دون إسراف ولا تقتير ونحو ذلك .

وعلى هذا فالاحكام التي شرعت لصيانة الاركان الضرورية هي أهم الأحكام وأحقها بالمراعاة ، وتليها الأحكام المشروعة لضمان الحاجيات ، ثم الاحكام المشروعة للتحسين والتكميل .

ولا يراعى حكم تحسيني إذا كان في مراعاته إخلال بما هو ضروري أو حاجي ، لأن الفرع لا يراعى اذا كان في مراعاته والمحافظة عليه تفريط في الأصل . ولذلك أبيح شرعاً كشف العورة عند الاقتضاء لأجل تشخيص داء ،أو لمداواة أو عملية جراحية ضرورية ، لأن ستر العورة من الأمور التحسينية التي غايتها أدبية ،أما العلاج فمن الضروريات لأن به صيانة النفس أو العقل أو النسل . (ر : كتاب « أصول الفقه» للاستاذ الجليل الشيخ عبد الوهاب الخلاف ص/١٦٣/ الطبعة الثانية و « المدخل إلى علم أصول الفقه » للزميل الاستاذ المحقق الدكتور معروف الدواليبي ص/ ٤١٦ ــ ٤١٧/ الطبعة الثانية) .

هذه هي الأسس التي يعتبرها الشرع الاسلامي في وزن المصالح المرسلة أنواعاً ودرجات ، وهي ترسم مقاصد الشريعة كما تدل عليه دلائل نصوصها في شتى الموضوعات والقضايا والأحكام .

فكل ما يؤيد هذه المقاصد الشرعية ويساعد على تحقيقها فهو مصلحة مطلوبة طلباً قوياً أو ضعيفاً بحسب موقعها من تلك الأقسام الثلاثة . وكل ما ينافيها فهو مفسدة ممنوعة منعاً شديداً أو ضعيفاً بحسب نوع المقصد الشرعي الذي تخل به[1] .

ويتضح مما تقدم أن التحسينيات منها ما هو من المندوبات أي المطلوبة طلباً خفيفاً على سبيل الاولوية والافضلية كآداب الطعام ونحوها ، ومنها ما هو من الفرائض المطلوبة شرعاً على سبيل الحتم والايجاب كستر العورة ؛ لأن معنى كون الشيء من التحسينيات هو أن الناس يمكنهم الاستغناء عنه في حياتهم المادية دون حرج ، ولكنه قد يكون مما تقتضي الاعتبارات الادبية والمعنوية تحتيمه والزام الناس به .

---

(١) — اوضح الامام الغزالي في كتابه « المستصفى » في اصول الفقه أسس هذه المصالح المرسلة وأقسامها الثلاثة (الضروريات الخمس ، والحاجيات ، والتحسينيات) .

ثم جاء الامام ابو اسحاق الشاطبي المالكي فأفاض فيها تبياناً وتعليلاً وتحليلاً بما لم يسبق اليه في كتابه « الموافقات في اصول الشريعة » .

ثم تناولها في هذا العصر ببحث ماتع الاستاذ الشيخ محمد ابو زهرة بمصر في كتابه « مالك » .

٢٦/٢ – كل امر فيه جهتا نفع وضرر ؛ والعبرة شرعا للغالب :

هذا ، ومن المسلم به أن كل أمر من الأمور فيه جهة نفع وجهة ضرر متعادلتان أو متفاوتتان : فاذا كانت جهة النفع في الشيء هي الغالبة فهو مصلحة بالمعنى العرفي وإن اشتمل على ضرر مغلوب . واذا كانت جهة الضرر هي الغالبة فهو مفسدة بالمعنى العرفي وإن اشتمل على نفع مغلوب . ولذا كان الفعل ذو الوجهين منسوباً إلى الجهة الراجحة فيه من مصلحة أو مفسدة ، أي من نفع أو ضرر .

وعلى هذا فكل شيء أو فعل إنما يكون مشروعاً أو ممنوعاً بحسب رجحان نفعه او رجحان ضرره ، لا لأنه نفع محض أو ضرر محض. وتقدير ذلك الى نظر الشارع .

ومن المقرر في هذه الحال أن الجهة المرجوحة المغلوبة من نفع أو ضرر غير مقصودة للشارع في اوامره ونواهيه ، بل هي متغاضى عنها في سبيل الجهة الراجحة :

— ففي المطلوبات يكون الضرر المرجوح نظير الأشواك في الطريق الموصل إلى الغاية ، فهذه الأشواك غير مقصودة الوجود بالنسبة إلى السالك .

— وفي المكروهات يكون النفع المرجوح نظير الربح المادي في عمل شائن يأباه الانسان . فذلك الربح غير مقصود الترك لذاته ، بل مقصود الشخص في الترك إنما هو اجتناب العمل الشائن ، لا اجتناب الربح.

ومن المقرر ايضاً أن المصالح التي يعتبرها الشرع ويرعاها لاعبرة لكونها موافقة لاهواء المكلفين وشهواتهم او مخالفة ، وانما هي مايقيم

شأن الدنيا على ان تكون جسراً للآخرة ، فتبني حياة صالحة فاضلة متعاونة على الخير والبر .

وقد اوضح الامام الشاطبي هذا المعنى واستقصى الأدلة عليه، في « الموافقات » (ج ٢ ص/٢٦ و ٢٧/ وقال :

« وهذا النظر كله اساسه كون المصالح مشروعة لاقامة هذه الدنيا لا لنيل الشهوات ، ولا لاجابة داعي الهوى »

٢٧ — العوامل الداعية الى الاستصلاح :

يمكننا بعد ماتقدم بيانه أن نقسم العوامل والدواعي ، التي توجب على الفقيه الشرعي أو الحاكم الآمر أن يلجأ إلى قاعدة الاستصلاح في استحداث أحكام جديدة في ظل الشريعة الاسلامية ، إلى أربعة عوامل :

١) — جلب المصالح ؛ وهي الأمور التي يحتاج اليها المجتمع لاقامة حياة الناس على أقوم أساس ، كفرض الضرائب العادلة عند الحاجة لأجل تمويل الخدمات العامة ، والمشروعات الهامة المفيدة .

٢) — درء المفاسد ؛ وهي الأمور التي تضر بالناس أفراداً أو جماعات سواء أكان ضررها مادياً أو خلقياً .

ومقياس الفساد هو قواعد الشريعة ومقاصدها المستفادة من نصوصها الثابتة ، والتي يتألف منها نظام الاسلام .

٣) — سد الذرائع ؛ أي منع الطرق التي تؤدي إلى إهمال أوامر الشريعة أو الاحتيال عليها ، أو تؤدي إلى الوقوع في محاذير شرعية ولو عن غير قصد .

٤) — تغير الزمان ؛ أي اختلاف أحوال الناس وأوضاع الحياة العامة عما كانت عليه .

فكل واحد من هذه العوامل الأربعة يدعو الى سلوك طريق **الاستصلاح** ، باستحداث الأحكام المناسبة المحققة لغايات الشرع ومقاصده في إقامة الحياة الاجتماعية على أصلح منهاج ، ليكون منها في المجتمع أحسن نتاج .

فأما العاملان الأولان ، وهما جلب المصالح ، ودرء المفاسد فمفهومهما وأمثلتهما واضحة مما سبق . وسنرى مزيداً من أمثلتهما قريباً عند كلامنا على أنواع الأحكام التي تبنى على نظرية المصالح المرسلة .

وأما العاملان الآخران ، وهما سد الذرائع وتغير الزمان ، فنوجز فكرة اجمالية عنهما فيما يلي :

٢/٢٧ — سد الذرائع :

الذريعة معناها في اللغة الوسيلة التي يلجأ إليها الأنسان لأمر من الأمور .

كثيراً ما تكون الأعمال والتصرفات الممنوعة شرعاً ليست مقصودة لذاتها بالمنع في نظر الشارع ، بل انما منعت على خلاف مقتضى الأصل فيها لأنها قابلة أن تكون طرقاً مفضية إلى أمر ممنوع شرعاً ولو عن غير قصد ، أو أن تكون ذريعة ، أي وسيلة يمكن أن يتشبث بها الانسان عن قصد منه إلى ذلك الأمر الممنوع ، وذلك من قبيل مايسمى اليوم : **الاحتيال على القانون** .

فلذا يمنع شرعاً كل طريق أو وسيلة قد تؤدي ، عن قصد أو غير قصد ، إلى المحاذير الشرعية . ويسمى هذا الأصل في اصطلاح الفقهاء والاصوليين : مبدأ سد الذرائع . وهو باب واسع يتصل بسياسة التشريع ، ولذا يعتبر فرعاً من الاستصلاح .

ويشهد لمبدأ سد الذرائع من نصوص الشريعة شواهد كثيرة جداً في الكتاب والسنة .

فمن شواهده في الكتاب نهي القرآن العظيم عن سب أصنام المشركين كيلا يثير ذلك حنقهم ، فيسبوا الله تعالى جهلا وعدواناً ، فقال :

« ولاتسبوا الذين يدعون من دون الله فيسبوا الله عدواً بغير علم »

وكذلك حرم القرآن خطبة المرأة المعتدة بعد انقضاء زواجها بطلاقٍ أو بوفاة الزوج حتى تنقضي عدتها ، كي لاتؤدي خطبتها إلى إخلال بواجب العدة الخطير الذي يقتضيه نظام الأسرة وحقوق الزوجية السابقة . ولذا كان أيضاً عقد الزواج على المرأة المعتدة ، ولو بلا دخول ، غير منعقد شرعاً .

ومن شواهد مبدأ سد الذرائع في السنة النبوية أن النبي عليه السلام نهى عن بناء المساجد على القبور ، وذلك كيلا تفضي إلى عبادة الموتى من عظماء الناس .

وكذلك منع النبي الوصية للوارث كي لاتتخذ ذريعة إلى تفضيل بعض الورثة على بعض ، احتيالاً على نظام الارث ، فان هذا التفضيل

ممنوع شرعاً كما سنرى (ف/١٠٦) [1] .

و كذلك نهى النبي عليه السلام عن خلوة الرجل بامرأة أجنبية عنه، لأن هذه الخلوة ذريعة يمكن أن تفضي إلى الفساد، ومن الواجب درء المفاسد.

يتضح من هذه الأمثلة الملاحظات التالية :

١) — أن مبدأ سد الذرائع سلكته الشريعة الاسلامية في الأمور الدينية والمدنية على السواء . فالدينية كمنع بناء المساجد على القبور ، والمدنية كالوصية للوارث .

٢) — ان المنظور اليه في سد الذرائع ليس هو النية السيئة من الفاعل ، بل مجرد كون الفعل مما يفضي إلى النتيجة التي يأباها الشرع، ولو كان الفاعل حسن النية . ولذا نهى القرآن عن سب أصنام المشركين، وان كان الذي يسبها إنما يسبها إيماناً بالله تعالى ، وانتصاراً له .

والفقهاء المجتهدون ، بدلالة هذه النصوص وأمثالها المتصلة بحكمة التشريع وسياسته ، والتي ترشد إلى مبدأ سد الذرائع ، قد لجأوا إلى هذا المبدأ في احكام اجتهادية قرروها على اساسه :

أ) — فمن ذلك ماقرره الاجتهاد الحنفي من ان للزوجة المطلقة في

---

* (١) هذا رأي الجمهور . وذهب الزيدية والامامية الى القول بنفاذ الوصية للوارث كغير الوارث في حدود ثلث التركة بحجة ان قول الرسول ﷺ بعد نزول آيات المواريث : « **ألا لا وصية لوارث** » هو لنسخ وجوب الوصية للقريب الذي أصبح وارثا، إذ كان الوجوب هو المقرر بنص القرآن قبل تشريع الارث ، فيبقى الحكم على الجواز بعد نسخ الوجوب .

طلاق الفرار [1] حق الإرث من زوجها الذي طلقها ، لكيلا يتخذ من حقه في الطلاق ذريعة الى حرمان الزوجة ميراثها المشروع عند يأسه من الحياة بقصد المضارة .

وهذا من قبيل منع التعسف في استعمال الحق ، اذ ليس من المصلحة تمكين الناس من هذا التعسف .

و كذلك قرر الفقهاء أن البائع إذا شرط في عقد البيع أنه يتبرأ من ضمان العيوب الخفية التي يمكن أن تظهر في الشيء المبيع ، فانه عندئذ لا يكون مسؤولاً تجاه المشتري عما يظهر في المبيع من عيوب ، عملا بالشرط .

ولكن اذا كان البائع عالماً بعيب المبيع و كتمه عن المشتري عند العقد فان شرط البراءة من ضمان العيب لا يعفيه من هذا الضمان ، كيلا يتخذ مبدأ احترام الشروط التي يشترطها المتعاقدان ذريعة لأحدهما الى الغش تحت حماية الشرط .

بهذا قضى عثمان بن عفان رضي الله عنه في حادثة وقعت في عهده ، وعليه الاجتهاد المالكي . (ر : الجزء الرابع من هذه السلسلة الفقهية .

---

(١) — **طلاق الفرار** في اصطلاح المذهب الحنفي (وقد سماه قانون الاحوال الشخصية الجديد لدينا : **طلاق التعسف**) هو : أن يطلق الرجل زوجته طلاقاً بائناً دون رضاها في مرض موته ، او في حالة خطر يغلب على الظن هلاكه فيها . فاقدامه على طلاقها وهو على عتبة الفراق الابدي بالموت قرينة على قصد الفرار من حقها المشروع في الميراث وحرمانها منه . فاوجبوا لها الميراث اذا توفي وهي في العدة ، سداً لهذا الطريق ولو كان من المحتمل ان الزوج غير قاصد هذا المقصد . وهذا الحكم هو في الاجتهاد الحنفي .

وموضوعه « عقد البيع » ف /١٢٧/ وبداية المجتهد ٢/١٥٣-١٥٤)[1].

٣/٢٧ - تغير الزمان :

من أسباب تبديل الاحكام الاجتهادية في فقه الشريعة الاسلامية اختلاف الأوضاع والأحوال والوسائل الزمنية عما كانت عليه في السابق حينما قررت تلك الأحكام ؛ وذلك إما لتبدل الوسائل الحيوية كحدوث الكهرباء والمعامل الآلية التي غيرت مجرى الحياة كلها في عصرنا الحاضر ، وإما لفساد طارىء على أخلاق الناس العامة .

وقد قرر الفقهاء في هذا المقام تلك القاعدة الشهيرة القائلة :

« **لا ينكر تغير الأحكام بتغير الزمان** » .

وفي هذا الموضوع يقول العلامة ابن عابدين في رسالة « نشر العرف »

« ان كثيراً من الاحكام يبنيها المجتهد على ما كان في زمانه ، فتختلف باختلاف الزمان لتغير عرف اهله ، **او لحدوث ضرورة ، او لفساد اهل الزمان** ، بحيث لو بقي الحكم على ما كان عليه للزم منه المشقة والضرر بالناس ، ولخالف قواعد الشريعة المبنية على التخفيف والتيسير ودفع الضرر والفساد ، لاجل بقاء النظام على احسن إحكام .

---

(١) - يتفق هذا الحكم مع ما جاء به القانون المدني السوري في مواطن عديدة منها ان اشتراط البائع عدم ضمان عيوب المبيع ، او عدم ضمان الاستحقاق ، او شرط الانتقاص من هذا الضمان ، يقع باطلاً اذا كان البائع سيء النية ، أي كاتماً عيب المبيع او حق الغير فيه وهو عالم بهما (قم / ٤١٣ و ٤٢١) .

أما في الاجتهاد الحنفي فانهم يجوزون شرط البائع عدم ضمان العيب ويعفونه بمقتضاه من هذا الضمان ولو كان سيء النية ، أي كاتماً للعيب مع علمه به . ولا شك أن الاجتهاد المالكي في هذا اوجه واجرى مع حكمة التشريع .

ولهذا ترى فقهاء المذهب خالفوا مانص عليه المجتهد في مواضع كثيرة بناها على ما كان في زمنه لعلمهم بانه لو كان في زمنهم لقال بما قالوا به اخذاً من قواعد مذهبه . »

وقد أتى رحمه الله على ذلك بأمثلة كثيرة :

ـــ منها أنه في أصل المذهب الحنفي لم يكن يعتبر الاكراه معذرة للشخص المستكره (بفتح الراء) إلا إذا كان واقعاً من السلطان نفسه أو بأمره ، لأن قيام سلطة الحاكم تمنع الناس من أن يكره بعضهم بعضاً على فعل أو عقد، اذ يستطيع من يقع عليه الاكراه أن يلتجىء إلى الحاكم. أما اذا وقع الاكراه من السلطان نفسه فلا سلطة فوقه ، و بيده القوة .

لكن المتأخرين من الفقهاء لما رأوا فساد الزمان وتسلط بعض الناس على بعض تحت حماية بعض الحكام، ولحظوا فقدان الوازع، أفتوا بأن الاكراه يعتبر معذرة مؤثرة في مسؤولية المستكره عن الافعال والعقود التي باشرها تحت الاكراه ولو كان واقعاً من غير السلطان الحاكم .

ـــ ومنها أن الفقهاء المتقدمين أيضاً كانوا يجيزون ايجار عقارات الوقف مهما كانت مدة الايجار طويلة أو قصيرة .

ولكن المتأخرين لما رأوا كثرة غصب المتنفذين لأملاك الأوقاف وتواطؤ بعض المتولين على الأوقاف معهم، افتوا بمنع ايجار عقار الوقف أكثر من سنة واحدة في الدور والحوانيت المبنية ، وثلاث سنين في الأراضي الزراعية، خشية أن يدعي المستأجر في النهاية ملكية العقار، متخذاً من استمرار يده وتصرفه فيه زمناً طويلاً دليلاً على ملكيته .

فتجديد عقد الايجار في فترات قصيرة يحول دون ذلك .

(ر : مجموعة رسائل ابن عابدين ج ٢ ص/١٢٥ ـ ١٢٦).

هذا ، وسنعقد لموضوع تغير الزمان وأثره في تغيير الأحكام مبحثاً خاصاً نعالجه فيه بتفصيل وايضاح أوفى، بعد نظرية العرف آخر القسم الثاني من هذا المدخل ، لما بين العرف وتغير الزمان من صلة . فنجتزىء هنا بهذه اللمحة الاجمالية .

٢٨ ـ الوفق والفرق بين الاستصلاح والاستحسان :

ان الاستحسان عند الحنفية ، كما رأينا نوعان متباينان :

فأحدهما) ـ وهو الاستحسان القياسي ـ انما هو ضرب من القياس ، إذ هو ترجيح قياس خفي الملحظ قوي المبنى على قياسٍ ظاهر متبادر ، عند تعدد وجوه القياس وتعارضها في مسألة ما .

والثاني) ـ وهو استحسان الضرورة ـ هو في الحقيقة ضرب من الاستصلاح ، أي فرع من قاعدة المصالح المرسلة ، لأن فيه عدولاً عن مقتضى حكم القياس في قضية الى حكم آخر اذا كان ذلك القياس يؤدي إلى حرج غير عادي ، أو الى ضرر غالب ، أي ضرر أعظم من المصلحة المتوخاة . ذلك لأن منهاج الشريعة العام المقرر في نصوصها الاصلية يقوم على أساس نفي الحرج ، ودفع الضرر الغالب من طريق أحكامها .

أما عند المالكية فان الاستحسان هو دائماً فرع من نظرية المصالح لأن الاستحسان عندهم نوع واحد هو العدول عن القياس رعاية

لمصلحة تعارضه في مسألة معينة .

فهم لا يسمون القياس الخفي « استحساناً » وانما هو « قياس » باق على أصل اسمه .

غير أن هناك نقطة واحدة تعد هي الفارق بين الاستحسان وقاعدة المصالح المرسلة ، وهي ان الحكم الاستحساني في مسألة هو ما كان مخالفاً لمقتضى القواعد القياسية فيها على سبيل الاستثناء من تلك القواعد ، إما رعايةً لمصلحة عامة كتضمين الاجراء العموميين ما في أيديهم من أموال الناس (ر : ف/١٨) ، وكتعجيل انحلال الزواج بين المرأة وزوجها المفقود (ر : ف/٣٠)، وإما رعايةً لمصلحة حقوقية جزئية[1] .

أما المصلحة المرسلة التي يبنى عليها الاستصلاح فلا يشترط أن يكون فيها مخالفة لقياس يعارضها . فقد يكون الحكم الثابت بها من الشؤون

---

(١) – من الامثلة التي يذكرها المالكية للاستحسان المبني على رعاية مصلحة جزئية ما لو اشترى احد شيئاً على انه بالخيار في ابرام العقد وفسخه خلال مدة معينة – وهو المسمى خيار الشرط – ثم مات المشتري قبل انقضاء المدة المضروبة ، فاختلف ورثته : فرضي بعضهم بابرام العقد ورفض بعضهم ، ولم يقبل البائع تجزئة المبيع . فمقتضى القياس ان يبطل البيع في الكل . ولكنهم استحسنوا امضاء العقد على البائع اذا قبل من رضي من الورثة بأن يأخذ حصة من رفض . وذلك رعاية لمصلحة الوارث دون ان يتضرر البائع لانتفاء التجزئة .

وهذا الاستحسان في هذه المسألة لا يجري في الاجتهاد الحنفي لان من المقرر فيه ان خيار الشرط لا يورث ، فبموت صاحب الخيار خلال المدة المضروبة ينبرم العقد ويستقر ملك المشتري في المبيع نهائياً ان كان الخيار للبائع ، او يثبت الملك فيه لورثة المشتري ان كان الخيار له فمات (ر : المجلة /٣٠٦) .

العامة التي لا يوجد في الشريعة دليل على خلافها ، بل المصلحة فيها هي الدليل الوحيد ، كفرض الضرائب الالزامية عند الحاجة ، وتحديد عقوبات الجرائم منعاً لفوضى الأحكام باختلاف أنظار الحكام ، وكالزام الحكومة الناس بالقضاء بمذهب فقهي مخصوص ، أو تقنين أحكام مدنية مختارة من عدة مذاهب فقهية اجتهادية معتبرة ، لكي يعلم الناس مصير معاملاتهم وعقودهم ، ويعرفوا وجهة القضاء فيها سلفاً بصورة ثابتة مستقرة.

فكل ذلك وأمثاله مما تتجدد الحاجات فيه ولا تحصى لا يوجد في الشريعة دلائل قياسية كانت تقتضي خلافه ، وإنما هو استصلاح محض.

يقول الامام ابو اسحق الشاطبي في كتابه «الاعتصام» بعد ذكره مسائل من صور الاستحسان عند الامام مالك :

« فان قيل : هذا من باب المصالح المرسلة لا من باب الاستحسان؟ قلنا : نعم ، إلا أنهم صوروا الاستحسان تصوير الاستثناء من القواعد ، بخلاف المصالح المرسلة » اهـ (الاعتصام ، ج ٢ ص/٣٢٤)[1].

---

(١)– ويقول الاستاذ الشيخ محمد ابو زهرة في كتابه « مالك » تعليقاً على عبارة الشاطبي هذه :

« ومعنى هذا الكلام ان الاستحسان استثناء جزئي في مقابل دليل كلي يتخلف في بعض الاجزاء . اما المصالح المرسلة فانها تكون حيث لا يكون ثمة دليل سواها .

وانا نجد ان ايثار المصلحة الجزئية — اي الاستحسان — هو بلا ريب اخذ بمبدأ المصالح المرسلة . ولذلك يقول علماء المالكية : ان=

٢٩ — انواع الأحكام التي تبنى على نظرية المصالح المرسلة :

الأحكام التي تبنى بالاجتهاد الاستصلاحي على قاعدة المصالح المرسلة يمكن تصنيفها الى نوعين :

(النوع الأول) — الأحكام التي تتعلق بشؤون الادارة العامة المنظمة لمصالح المجتمع ، وهي التدابير التي يتوقف عليها تنظيم تلك الشؤون

= الاستحسان هو ايثار للاستدلال المرسل — أي للاستدلال بالمصلحة المرسلة — على الاستدلال بالقياس .

ومؤدى ذلك ان المصلحة تعمل في حالين :

(الحالة الاولى) — حيث لا يكون في الموضوع قياس محمول على نص. وحينئذ تكون المصلحة هي الدليل وحدها ، وهي عند مالك اصل مستقل قائم بذاته .

(الحالة الثانية) — اذا كان ثمة قياس يوقع اطراده في مشقة اوضيق ، أو ينافي مصلحة ظاهرة . فحينئذ يترخص في ترك القياس لهذا النفع المجتلب ، ولذلك الضرر المجتنب . وسمي هذا النوع الذي قوبل بالقياس « **استحساناً** » اهـ .

(عن كتاب « **مالك** » القسم الثاني ، ف /١٧٩/
باختصار وتصرف يسير)

أقول :

يتضح مما تقدم ان النسبة بين الاستحسان والاستصلاح هي من قبيل العموم والخصوص المطلق .

فالاستصلاح أعم ، والاستحسان أخص . فكل استحسان هو وجه من الاستصلاح خولف فيه القياس ، وليس كل ما بني من الاحكام على قاعدة المصالح المرسلة يعد استحساناً ، لان الاستحسان هو الطريق الذي فيه مخالفة للقواعد القياسية .

والمصالح العامة . وذلك كفرض الضرائب على المقتدرين عند الحاجة الى الاعمال العامة كتجهيز الجيوش ، وبناء الجسور ، وتخطيط الاراضي وإحصاء النفوس ، وتعبيد الطرق ، وانشاء المستشفيات ودور العجزة ، وسائر وجوه الضمان الاجتماعي الذي ينفي البؤس ، ويكفل العمل لمن يريده ويحقق لجميع الناس المستوى اللائق في المعيشة والمرافق الضرورية لحياتهم .

فكل تلك المصالح الحيوية وأمثالها مما هو معروف ومحتاج إليه ، أو سيتولد وتحتاج اليه الحياة العامة ، يجب أن يتعاون عليه أفراد المجتمع ويمولوه بحسب قدرة كل منهم وفقاً لاوامر الشريعة التي يقول قرآنها :

« وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الاثم والعدوان »

فإنشاء المؤسسات اللازمة لكل مشروع من هذا القبيل ، وتمويل تلك المؤسسات العامة بالضرائب والجباية العادلة بحسب الحاجة ، هو أحكام استصلاحية .

ومن هذا القبيل تحديد الأسعار ، كي لا يطغى الباعة فيها ويتحكموا بحوائج الناس .

ومن هذا القبيل أيضاً ما أحدثه عمر بن الخطاب الخليفة الثاني (رضي الله عنه) من إنشاء الديوان لضبط عطاء الجند وأرزاقهم ومدة خدمتهم الخ .. ثم عممت الدواوين في مصالح أخرى .

ومن هذا القبيل أيضاً في عصرنا الحاضر تنظيم السير في الطرق الداخلية والخارجية بأنظمة خاصة بعد حدوث السيارات الآلية ، منعاً

للدعس والاصطدام ، وصيانةً لأرواح الناس .

وكل ذلك هو من مقتضى الولاية العامة لصاحب السلطة العليا في الدولة من خليفة أو غيره ؛ فإن له ، أن ينظم الاوضاع ، ويؤسس المؤسسات ، ويسن الأنظمة اللازمة لانشاء هذه الأعمال وتمويلها وادارتها ، وأن يفرض العقوبات على المخالفين بحسب ما يجد من الدواعي الجديدة ، كل ذلك وفقا لقواعد الشريعة ومقاصدها .

النوع الثاني) — الأحكام التي تتعلق بالنظام القضائي والحقوق الخاصة.

واليك الأمثلة الواقعية في كلا الموضوعين :

٢٩/٢ - (أ) - في النظام القضائي

من الأمثلة الواقعية على هذا النوع التدابير والاحكام التالية :

١) — تخصيص القضاء من حيث الموضوع بحيث يكون لكل نوع من الدعاوي محكمة مختصة تنظر فيه ويمتنع عليها النظر في سواه ؛ كالمحاكم الجنائية لمحاكمة المجرمين ، والمحاكم الحقوقية للنظر في دعاوي الحقوق المالية ؛ الى غير ذلك من المحاكم المختصة بحسب الدواعي الزمنية ، وكثرة الدعاوي والأنظمة ، وحاجتها الى الإختصاء في العلم ، والاختصاص في توزيع العمل .

٢) — جعل القضاء والمحاكم على درجات (اثنتين أو ثلاث) بحيث يكون أمام المحكوم عليه طريق للطعن في الحكم الصادر عليه أمام محكمة أعلى تستطيع فسخه أو تعديله إذا وجدت فيه جوراً أو خطأً .

٣) ــ منع القضاة من سماع الدعاوي بحق قديم أهمل صاحبه الادعاء به زمناً طويلاً معيناً بلا عذر ، وذلك للشك عندئذ في أصل الحق وفي اثباته بعد التقادم ، ولتلخيص القضاء من الارتباك في نبش الوقائع القديمة ، ولحمل الناس على متابعة حقوقهم وعدم إهمالها . وهذا التدبير القضائي هو المعروف بقضية التقادم ، أو مسألة مرور الزمان التي أقرها متأخرو الفقهاء ،وصدرت بها الأوامر السلطانية في العهد العثماني (ر : ف/ ٢٠ الحاشية) .

٢٩ /٣ - (ب) - في الحقوق الخاصة

من أمثلة هذا النوع القضايا التالية :

١) - الحكم بانحلال الزواج بين المفقود[1] وزوجته بناء على طلبها وإن لم يثبت موته ، وذلك بعد مضي أربع سنوات على فقدانه في حال السلم ، أو سنة واحدة اذا فقد في حرب ، فعندئذ يسوغ لزوجته أن تتزوج غيره بعد أن يقضي القاضي بانحلال الزوجية ، وتمضي الزوجة عدتها الشرعية ، دفعاً لضرر الزوجة من بقائها معلقة مدى العمر ، ولو كان للزوج المفقود مال كاف لنفقتها .

بهذا قضى عمر بن الخطاب ، وعليه جرى الاجتهاد المالكي تبعاً لقضاء

---

(١) - المفقود هو الشخص الذي انقطعت أخباره ولا يعلم له مكان ،ولا يعرف هل هو حي أو ميت .

فاذا كان معلوم الحياة فهو عندئذ غائب لا مفقود .

عمر[١] ؛ وبه أيضاً أخذ قانون حقوق العائلة الصادر في العهد العثماني والذي كان معمولاً به لدينا[٢] ، وقانون النفقة والأحوال الشخصية

---

(١) — لم يأخذ الاجتهادان الحنفي والشافعي بهذا الحكم ؛ بل أوجبا تطبيق **قاعدة الاستصحاب العامة** في قضية المفقود بالنسبة الى زوجته وبالنسبة الى أمواله على السواء . لكن الاجتهاد الشافعي يسوغ لزوجة الغائب طلب التفريق لعدم الانفاق اذا لم يترك لها مالاً للنفقة .

وقاعدة الاستصحاب تقضي بأن « **الاصل بقاء ما كان على ما كان حتى يقوم الدليل على خلافه** » : فمن كان مديناً مثلاً يستمر مديناً حتى يثبت سقوط دينه . ومن كان غير مدين يستمر كذلك حتى يثبت شغل ذمته بالاستدانة أو بغيرها من اسباب الالتزام ؛ وهكذا ...

والمفقود كان حياً ، فالاصل استمرار حياته حتى يثبت موته ، أو حتى تموت أقرانه في بلده فيغلب على الظن عندئذ وفاته . وقبل ذلك لا توزع أمواله بين ورثته ، فكذلك تبقى زوجته على عصمته .

ولا يخفى أن هذا الاجتهاد — وإن كان من الوجهة النظرية منسجماً وجارياً على قاعدة قياسية — يؤدي الى حرج عظيم بالنسبة الى الزوجة . فان في الحقوق الزوجية اعتبارات تختلف عن الحقوق المالية . فاذا لم يكن في بقاء المال محتجزاً دهراً طويلاً ضرر أو مفسدة ، فان في بقاء الزوجة بلا زوج ضرراً عظيماً لها لا تقره مقاصد الشريعة ، وقد يؤدي الى مفاسد . فقياس الزوجية على المال قياس مع الفارق . ولمعالجة مثل هذه المشكلات فتح في اصول الشريعة طريق الاستحسان والاستصلاح لاجتناب نتائج غلو القياس ، وعلاجاً لمشكلات القواعد النظرية عندما يكون لبعض الحوادث اعتبارات وملابسات خاصة يؤدي معها تطبيق القواعد القياسية الى محاذير .

(٢) — كان هذا القانون معمولاً به لدينا حتى سنة ١٩٥٣ ميلادية حيث صدر في سورية قانون الاحوال الشخصية الجديد ، فنسخ قانون حقوق العائلة العثماني المذكور .

الذي أصدرته الحكومة المصرية/١٩٢٠ م تحت رقم/٢٥ .

٢) — فتوى المتأخرين من فقهاء المذهب الحنبلي ، ثم الحنفي بعدم نفاذ التصرفات المالية الصادرة من المدين بدين مستغرق ولو كان غير محجور عليه قضائياً الا فيما يزيد من أمواله عن وفاء الدين ،وذلك كيلا يلجأ بهذه التصرفات من هبة ووقف ونحوهما الى تهريب أمواله من وجه الدائنين . فاذا تصرف كان تصرفه موقوفاً على اجازة غرمائه الدائنين كما سيأتي إيضاحه في محله (ر : ف ١٩٤/٣ و ٥٤٣) .

٣) — الأحكام القانونية التي تقضي اليوم بان العقود العقارية لا تكسب المتعاقد حقوقاً عينية في العقار مالم تسجل في السجل العقاري، وذلك لمقاصد تنظيمية واصلاحية عديدة ، منها منع صاحب العقار من التلاعب والاحتيال على الناس بأن يبيع عقاره مثلا من عدة أشخاص على التعاقب ، أو يرهنه لديهم ويأخذ منهم جميعاً أثماناً أو ديوناً دون أن يدري اللاحق منهم بعقد السابق [1] .

= وقد قرر هذا القانون الجديد — الذي استمدت احكامه الشرعية من مختلف المذاهب الفقهية — في المادة/١٠٩/ منه أن للزوجة الحق في طلب التفريق بينها وبين زوجها اذا غاب عنها بلا عذر مقبول بعد سنة من غيابه ولو ترك لها مالاً تنفق منه .

فشمل هذا الحكم المفقود ، والغائب المعلوم الحياة .

(١) — القوانين العقارية اليوم في الدول تختلف في موقفها من العقود العقارية اذا اجريت بصورة عادية بين المتعاقدين دون ان تسجل في السجل العقاري :

— فبعض قوانين الدول تعتبر هذه العقود باطلة من أصلها لا تنشىء =

٤) ــ ومن هذا القبيل أيضاً المنع القانوني من اثبات الإقرار الذي يدعى وقوعه خارج مجلس القضاء الا ببينة خطية ، فلا يقبل اثباته بالبينة الشخصية ، أي شهادة شهود ، وذلك لكثرة حوادث تزوير الشهادة على الاقرار وسهولة هذا التزوير ، فتموت به الحقوق، وتردد دعاوي أصحابها .

فكل من ثبت عليه حق فانه لا يقبل منه أن يثبت اقرار صاحبه بخلافه خارج مجلس القضاة الا بوثيقة مكتوبة . وهذا المنع القانوني منذ العهد العثماني في هذه البلاد.[1]

= أثراً مابين العاقدين أنفسهما ولا تجاه الغير ، بحيث أن العاقد إذا نكل عن تسجيل عقده في السجل العقاري فليس للعاقد الآخر أن يلزمه بالتسجيل بقوة القضاء ، لبطلان العقد .

ــ وبعض القوانين تعتبر العقد غير المسجل في السجل العقاري منعقداً وملزماً لهما لكن لاتترتب عليه آثاره تجاه غيرهما مالم يسجل في السجل العقاري ؛ فاذا نكل احدهما عن التسجيل حق للآخر أن يقاضيه ويقضي عليه بالتسجيل . فاذا كان العقد بيعاً مثلاً فانه قبل التسجيل يبقى المالك بالنسبة الى المستأجر هو البائع ، فيدفع المستأجر الاجرة الى البائع لا المشتري . وعلى هذا جرى قانوننا المدني الجديد .

(١) - يلحظ في هذا المقام أن قانون البينات الجديد الصادر في سورية سنة ١٣٦٦هـ=١٩٤٧م أصبح يسوغ إثبات الاقرار الواقع خارج مجلس القضاء بالشهادة في الالتزامات غير التعاقدية مطلقاً ، وفي التعاقدية التي لاتتجاوز قيمتها مائة ليرة سورية ، ووفقاً لقواعد الاثبات العامة المقررة في القانون ، كما يظهر من المواد / ٥٢-٥٨ و ٩٥ و ١٠٢ / من القانون المذكور .

٢٩/ ٤ ـ كل ذلك انما هو من قبيل بناء الأحكام على مقتضى المصالح المرسلة في باب الحقوق الخاصة .

ويلاحظ هنا أن معظم أمثلة هذا النوع تعد أيضاً من قبيل الاستحسان لأنها تقوم على أساس الترخص في مخالفة قواعد قياسية كانت تقتضي خلاف هذه الأحكام .

فقد كان مقتضى القواعد القياسية صحة العقود العقارية وترتب آثارها عليها ولو عقدت سراً بين العاقدين أسوة للعقار بغيره من الأموال ؛ وكذا بقاء زوجة المفقود حتى تثبت وفاته أو يموت أقرانه ؛ وسماع الدعوى بالحق مهما تقادم .

فتلك الأحكام والتدابير الاستثنائية التي قررت في هذه الأمثلة وأمثالها هي استصلاح بالنظر الى المصلحة التي أوجبتها ؛ وهي في الوقت نفسه استحسان بالنظر إلى أنها قد خولفت فيها القواعد القياسية ، على ماسبق بيانه من الوفق والفرق بين الاستحسان والاستصلاح .

٣٠ ـ الاستحسان والاستصلاح في الموازين الاجتهادية :

اختلفت الانظار الاجتهادية في اعتبار الاستحسان والاستصلاح :

فقد فتح الاجتهاد الحنفي طريقة الاستحسان وسماها بهذا الاسم ، وأسسها على نظام مضبوط عندما لمس الحاجة إلى معالجة غلو القياس ومشكلاته بنظر مستمد من أساليب الشريعة نفسها في علاج المساوىء والطوارىء ، ومن مقاصدها العامة في العدل والاصلاح .

وقد رأينا في بحث الاستحسان أن الاجتهاد الحنفي يقسمه الى نوعين: الاستحسان القياسي ، والاستحسان الضرورة . فالاستحسان القياسي ليس مقصوداً هنا في هذه الموازنة لأنه ضرب من القياس كما تقدم ، وانما المقصود هنا هو استحسان الضرورة لأنه هو شقيق الاستصلاح .

وقد رأينا ايضاً هناك ان استحسان الضرورة عند الحنفية يستند الى رعاية المصلحة تعديلاً لطريق القياس عندما يؤدي القياس الى احراج ، لأن من قواعد الشريعة رفع الحرج . فهو ، أي الاستحسان عند الحنفية ، التفات الى مقاصد الشريعة العامة في ابتغاء الاصلح ، وكان يسمى هذا الالتفات باسم « الرأي » في العصر الأول ، ثم سمي باسم الاستصلاح فيما بعد ، أو المصالح المرسلة .

والظاهر من نظرية الاجتهاد الحنفي في الاستحسان ومن عبارات فقهائه انهم لا يعدونه مصدراً مستقلا زائداً عن المصادر الأربعة الاساسية ، وانما يرونه طريقاً متفرعاً من القياس المشروع باتجاه معاكس له يسلك لمعالجة ما يظهر من مساوىء القياس ، بناء على قاعدة الضرورة ورفع الحرج .

٢/٣٠ ــ ثم جاء الاجتهاد المالكي فابرز نظرية المصالح المرسلة في صورة أعم ، بحيث جعل الاستحسان فرعاً منها مخصوصاً بحال مخالفة القواعد القياسية عندما تقضي المصلحة بمخالفة تلك القواعد اجتنابا للمشكلة يؤدي اليها القياس كما تقدم ، بينما كانت فكرة المصالح في طريقة الاجتهاد الحنفي تعد هي فرعاً من الاستحسان ، لأن الحنفية اتخذوا من استحسان

الضرورة الذي يخالف فيه مقتضى القواعد القياسية نقطة انطلاق تؤدي حتماً الى اعتماد المصالح المرسلة التي لا مخالفة فيها لشيء من القواعد .

والمعروف عن الاجتهاد المالكي أنه يعتبر المصالح المرسلة مصدراً مستقلاً دلت على اعتباره نصوص الشريعة كما دلت على القياس ، فتبنى على أساسها الأحكام الشرعية عند فقدان النص التشريعي في الحادثة او فيما يشابهها ، فتكون المصالح هي الدليل عندما لا يكون دليل سواها ، كما يخالف بها القياس المستند الى نص في الحوادث المشابهة عندما يؤدي اطراد القياس إلى خلاف المصلحة . وهذه الحالة الاخيرة يبرز فيها النظر الى المصالح المرسلة في صورة الاستحسان المخالف لمقتضى القياس (ر : ف/٢٨/ الحاشية).

ومن هنا يلوح لنا وجه الاتفاق بين المذهبين الحنفي والمالكي في نظرية الاستصلاح : فالفكرة فيهما واحدة ، ولكن المذهب المالكي لتأخره عن الحنفي في التاريخ تركزت فيه الصياغة الفنية الفقهية لقاعدة المصالح المرسلة وشرائطها ، فبرزت فيه واشتهر بها .

٣٠/٣ — ثم ظهر الاجتهاد الشافعي بانكار نظريتي الاستحسان والمصالح المرسلة بحجة أن الشريعة الاسلامية قد تكفلت ببيان كل مايحتاج الانسان الى معرفته من الاحكام إما بالنص الصريح ، أو بالاشارة ، أو بطريق القياس المشروع ، وان الاستحسان لاضابطله

ولا مقاييس يقاس بها الحق من الباطل . فلو جاز لكل مفتٍ أو حاكم او مجتهد أن يستحسن لأصبح الأمر فُرطاً .

وقد عقد الامام الشافعي في كتاب « الأم » بحثاً خاصاً سماه « كتاب إبطال الاستحسان »[1] .

ويقول الشافعي فيما يؤثر عنه : « ليس للمجتهد ان يشرع ومن استحسن فقد شرع » . أي إن مهمة المجتهد هي أن يقرر أحكام الشريعة لا أن يشرع أحكاماً من عنده. فاذا لجأ الى الاستحسان فقد تولى التشريع. وهذا من الامام الشافعي رضي الله عنه فيما نرى غلو . فان من لجأوا من المجتهدين الى الاستحسان والاستصلاح انما سلكوا طريقاً فتحته لهم الشريعة ، ودلتهم عليه دلائل نصوصها وقواعدها ومقاصدها .

وكذلك عد الغزالي الشافعي في كتابه « المستصفى » الاستحسان والاستصلاح من الادلة الموهومة ، ويعتبرها من قبيل الحكم بالتشهي والهوى المجرد عن دليل شرعي (المستصفى ج ١ ص/ ١٣٧ - ١٤٤ / طبعة المطبعة التجارية سنة / ١٣٥٦ هـ) .

لكنه لم يرد بذلك مايشمل الاستحسان القياسي عند الحنفية ، وأحكام الضرورات الملجئة ، بل أقر ذلك إذ لا مجال للشبهة فيه. ولكنه

---

(١) — يلاحظ أن الاستحسان في تعبير الشافعي يشمل مايسمى في العرف الفقهي بالمصالح المرسلة والاستحسان عند الحنفية والمالكية (ر : كتاب « مالك » للاستاذ الشيخ محمد أبي زهرة ، القسم الثاني ف / ١٨٨ / الحاشية ، وكتابه « الشافعي » أيضاً ، ص /١٢١/ الطبعة الاولى) .

رده الى القياس [1].

٣٠/٤ — ثم جاء الاجتهاد الحنبلي فنحا منحى الاجتهاد المالكي في اعتبار المصالح أصلاً يعتمد عليه في تقرير الاحكام.

ففي هذا الاجتهاد يستطيع الفقيه ان يحكم بأن كل عمل فيه مصلحة غالبة يعتبر مطلوباً شرعاً من غير ان يحتاج الى شاهد خاص من نصوص الشرع لهذا النوع، وكل أمر ضرره وإثمه أكبر من نفعه فهو منهي عنه من غير أن يحتاج الى نص خاص.

---

(١) — وجواباً على النظر الشافعي من ان الاستحسان لا ضابط له وانه قول بالتشهي المجرد عن الدليل يقول الاستاذ الشيخ محمد أبو زهرة حفظه الله في كتابه «مالك» نقلاً عن كتاب «الاعتصام» للامام الشاطبي المالكي صاحب «الموافقات»:

«ولقد لاحظ الدارسون للمذهب المالكي المتعرفون لمناهج الاستنباط فيه أن استرسال مالك في الاخذ بالمصالح المرسلة كان يتجه فيه الى قيود تنفي محاذيره حتى لا يكون تقدير المصلحة تابعاً للاهواء والشهوات: وتلك القيود هي:

١) — الملاءمة بين المصلحة الملحوظة ومقاصد الشرع بحيث لا تنافي أصلاً من أصوله ولا دليلاً من أدلته القطعية، بل تكون من جنس المصالح الكلية التي قصد الشارع الى تحصيلها وان لم يشهد دليل خاص باعتبارها.

٢) — أن تكون معقولة في ذاتها بحيث اذا عرضت على أهل العقول تلقتها بالقبول.

٣) — أن يكون في الاخذ بها رفع حرج في الدين، بحيث لو لم يؤخذ بتلك المصلحة المعقولة في موضعها لكان الناس في حرج، والله تعالى يقول: **«وما جعل عليكم في الدين من حرج»** اهـ (باختصار وتصرف يسير).

لذلك وجدنا أئمة فقهاء الشريعة الاسلامية مجمعين على رفض هـذا الغلو ؛ ورأينا أن الذين أخذوا بقاعدة الاستصلاح قـد أقاموا في طريق تمييز المصلحة من المفسدة ، وتحديد حدودها ، ضوابط كفيلة بهذا التمييز والتحديد مستمدة من مقاصد الشرع العامة التي تسمى اليوم : غرض الشارع ، وذلك لمنع الفوضى في الفهم والتقدير ، لأن المصلحة والمفسدة يجب تحديدهما وفقاً لنظر الشرع واعتباره ، لا للنظر الذاتي أو الفردي كما سلف بيانه (ر:/ف٢٥ ـ ٢٦) .

وقد رأينا ايضاً ان في طليعة تلك الضوابط التي أقيمت لمنع التخبط من طريق الاستصلاح ان تكون المصلحة المبني عليها الحكم مصلحة مرسلة ، اي لا يوجد في الشريعة نص عليها آمر او ناه ، يتناولها بعينها او نوعها وأن يكون فيها دعم لاحدى الزمر الثلاث من الاحكام المنظمة للحياة الاجتماعية وهي الضروريات ، والحاجيات ، والتحسينيات .

فاذا عارض المصلحة نص شرعي فالعلماء عندئذ لا يرجحونها على النص ترجيحاً مطلقاً (كما يريد الطوفى) ، بل لهم تجاهها موقف تفصيلي سنراه قريباً (ر:ف/٣١ـ٣٥) .

هذا مقام الاستحسان والاستصلاح في هذه الاجتهادات الاربعة[1] . ولا شك ان الأخذ بالمنهاج الذي سلكه فقهاء الحنفية والمالكية

---

(١) — مما يلحظ في هذا الشأن أن الامام الشافعي تلميذ الامام مالك ، وان الامام أحمد بن حنبل تلميذ الشافعي .

والحنابلة يجعل الشريعة الاسلامية خصبة مثرية منتجة مشبعة لحاجات الناس في كل عصر وفي كل مكان [1] (ر: كتاب « مالك » قسم ٢ ف/ ١٨٧ و ١٨٨) .

---

(١) — يقول القرافي المالكي في كتابه « تنقيح الفصول » ص /٢٠٠/ :

« المصلحة المرسلة غيرنا يصرح بانكارها ، ولكنهم عند التفريع تجدهم يعللون بمطلق المصلحة ، ولا يطالبون أنفسهم عند الفروق والجوامع بابداء الشاهد لها بالاعتبار ، بل يعتمدون على مجرد المناسبة — أي كون الشيء أنسب واوفق — ، وهذا هو المصلحة المرسلة »

(ر: كتاب « مالك » للاستاذ أبي زهرة ، القسم الثاني ، ف/ ١٧٤ و ٢٠٩) .

وقد اوضح الامام الشاطبي في كتابيه « الموافقات » و « الاعتصام » وكذا غيره من الفقهاء الاصوليين النظار ، أن أحكام الشريعة قسمان :

الاول) — مايتعلق بشؤون الآخرة ، وهو العبادات .

والثاني) — مايتعلق بتنظيم شؤون الدنيا ، وهو ماسوى العبادات من الامور العادية والتعاملية ونحوها .

— فالقسم الاول ، أي العبادات ، لايسوغ البحث فيه عن العلل والمصالح لربطه بها ، وانما الامر فيه مبني على الاتباع التعبدي .

— وأما القسم الثاني ، وهو الذي يتكون منه تشريع النظم التعاملية ، فانه معلل بمصالح العباد ، ومرتبط بالمعاني المصلحية في هذه الحياة كما تفيده نصوص الشريعة نفسها .

وقد توسع الامام مالك رضي الله عنه في النظر الى تلك العلل والمعاني المصلحية في هذا القسم ، حتى قال فيه بقاعدة المصالح المرسلة وبالاستحسان ، وثبت عنه أنه قال :

« الاستحسان تسعة أعشار العلم » (ر : الموافقات ٢ /٣٠٧) .

وكتاب الموافقات هذا للامام الشاطبي ابراهيم أبي اسحق الغرناطي المتوفى سنة /٧٩٠/ للهجرة هو أجل كتاب عرفناه في أصول الفقه ومقاصد الشريعة ، أتى فيه مؤلفه الموفق رحمه الله بعجائب التفكير السديد والبصر الفقهي والاسلوب المبتكر ، وهو أربعة أجزاء .

ولكن الحنابلة ، على التحقيق ، لا يعتبرون المصالح المرسلة مصدراً مستقلاً بذاته كما يعتبرها المالكية ، بل يراها الحنابلة ضرباً من ضروب القياس تابعة له وهي في مرتبته اعتباراً (ر : كتاب « ابن حنبل » للاستاذ ابي زهرة ايضاً ص /٣٠٣/ الطبعة الاولى) .

٣٠/٥ — وقد غالى بعض الشيعة ، وهو سليمان الطوفي ، في اعتبار المصلحة ، فجعلها مقدمة على النصوص القطعية اذا عارضتها [١] . وهذا رأي خطر جداً يؤدي إلى تعطيل النصوص التشريعية بنظر اجتهادي محض . ولو جاز أن تتقبل أمة من الامم هذا الرأي على اطلاقه في تشريعها وتسمح به لرجال الحقوق والقضاء في اجتهادهم لسادت الفوضى في العمل بالشريعة والقانون : فمن تراءت له مصلحة في القانون عمل به ، ومن تصور فيه مفسدة نبذه وفي ذلك منتهى الاضطراب والتخبط [٢]

---

(١) — نقل ذلك الاستاذ المحقق الشيخ محمد أبو زهرة في كتابه « مالك » الذي أصدره سنة /١٣٦٥/ هـ ، وعد فيه الطوفي من الحنابلة .

ثم لما أخرج الاستاذ أبو زهرة كتابه « ابن حنبل » حقق فيه أن الطوفي شيعي يقول في ذلك بما تقول الشيعة الامامية .

لكن الاستاذ الكبير السيد عبد الحسين شرف الدين شيخ علماء الشيعة الامامية في جبل عامل كتب مقالة في مجلة العرفان (عدد رجب /١٣٧٣/هـ) يبرىء فيه مذهب الامامية من رأي الطوفي ، ويعده من الغلاة (: « المدخل الى علم اصول الفقه » للزميل الاستاذ المحقق معروف الدواليبي ص / ٢١٦ — ٢١٧ / الطبعة الثانية .

(٢) — ر : « المدخل الى علم أصول الفقه » أيضاً ص / ٢١٦ — ٢١٩ .

٣٠/٦ ـ ملاحظة :

يقول الاستاذ الجليل الشيخ محمد أبوزهرة في كتابه « ابن حنبل » بان الحنفية كالشافعية لا يعتمدون المصالح المرسلة ، وليس لها في الاستدلال عندهم اعتبار ، وان كان الاستحسان عند الحنفية يفتح بابا قليلاً لها . (كتاب « ابن حنبل » ص/٣٠٣).

وقد سبقه الى هذا الآمدي في كتابه «اصول الاحكام »

ولكننا لانرى هذا الحكم صوابا . فالحقيقة بالنسبة الى الحنفية خلافه. وهم متفقون مع المالكية كما بينا عندما صنفنا الاجتهادات بالنسبة إلى الاستحسان والاستصلاح .

فقد تقدم أن الاجتهاد الحنفي قد أسس نظرية الاستحسان الذي هو كما رأينا خروج عن النظائر والقواعد القياسيه العامة لوجهة أقوى أو لضرورة تقتضي مصلحة أو تدفع مفسدة .

فاذا كان الحنفية يقولون باعتبار المصلحة ، والخروج لاجلها استحسانا عن طريق القواعد القياسية اذا عارضتها ، فانهم يوجبون اعتبار المصلحة المرسلة وبناء الاحكام على مقتضاها بطريق الاولوية عندما لاتعارضها القواعد القياسية . وهذا هو معنى الاستصلاح كما تقدم في الفرق بين الاستحسان والاستصلاح.

فلا يعقل أن من يقول بالاستحسان لايقول بالاستصلاح ، لأن

الاستحسان هو نهاية الشوط ؛ فمن بلغها فقد اجتاز مادونها حتما (ر : « المدخل الى علم أصول الفقه » ، للاستاذ الدكتور معروف الدواليبي ص/٢١٤ و ٢٨٧ - ٢٨٨/ الطبعة الثانية).

ولعل سبب هذا الاشتباه هو أن اسم المصالح المرسلة قدظهروشاع فى اصطلاح المالكية بعد أن ظهر وشاع اسم الاستحسان في اصطلاح الحنفية . فاختلاف الاسم كان مدعاة لهذا الاشتباه والظن .

فالفرق في نظرنا بين الحنفية والمالكية في هذا الموضوع انما هو اختلاف في الاصطلاح ، لاخلاف في الاستصلاح [1] .

٣١ — تعارض المصالح المرسلة مع نصوص الشريعة :

رأينا فيما سلف من تعريف المصلحة المرسلة أنها هي التي تتفق والمقاصد العامة للشريعة ، دون ان يكون هناك نص شرعي عليها او على ماياثلها بحيث يمكن ان تقاس عليه .

فالمفروض اذن في الامور والاحكام التي يبنيها الإجتهاد الفقهي على قاعدة المصالح انه لايوجد نص شرعي يأمر بها ، اويأمر بأمر

---

(١) — والتمثيل الصحيح في نظرنا بين الحنفية والمالكية في هذا الموضوع هو أن النظر الى المصالح في بناء الاحكام الشرعيـــة نظير طريق أحد رأسيه الاستحسان ، والآخر الاستصلاح ، بالمعنى المشروح فيهما :

فالحنفية دخلوا من باب الاستحسان الى الاستصلاح ، والمالكية بالعكس ، وكل منهما اشتهر بالباب الذي دخل منه .

له هـذا المقام ، وسنبحثه في محله من نظرية العرف ، كما سنرى هناك أنواع العرف وتقسيمه إلى لفظي وعملي .

٤٠ — اهم القواعد الفقهية في العرف والعادة :

هذا ، وقد اثبت الفقهاء قواعد في العرف والعادة كانت أسساً وضوابط لكثير من الأحكام الفرعية القائمة على العرف . وذكرت المجلة طائفة منها في المواد/ ٣٦ و ٣٧ و ٣٩ و ٤٠ - ٤٥ /

ومن أهم هذه القواعد الفقهية المتعلقة بالعرف القواعد التالية :

١ — « العادة محكمة »[1] (المجلة/ ٣٦)

٢ — « الحقيقه تترك بدلالة العادة[2] (م/ ٤٠)

٣ — « استعمال الناس حجة يجب العمل بها » (م/ ٣٧) .

٤ — « المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً » (م/ ٤٣)

٥ — « التعيين بالعرف كالتعيين بالنص » (م/ ٤٥)

٦ — « لا ينكر تغير الاحكام بتغير الأزمان » (م/ ٣٩)

وسيأتي شرح هذه القواعد ، مع بقية القواعد الكلية ، في القسم

---

(١) - محكمة : بتشديد الكاف المفتوحة ، اسم مفعول من التحكيم ، اي ان العرف يجعل حاكما في اثبات الاحكام الشرعية والالتزامات بين الناس على وفقه ، ويلزمهم بها قضاء .

(٢) - هذه القاعدة تتعلق بالعرف اللفظي الذي سيأتي بيانه في نظرية العرف . والمراد بالحقيقة هنا المعنى الاصلي للفظ في مقابل المعنى المجازي . اي ان الفاظ الناس في أقوالهم وتصرفاتهم تحمل على معانيها المتعارفة بينهم ، لا على معانيها الحقيقية في اصل اللغة .

الثالث الأخير من هذا المدخل .

وانظر في موضوع هذه القاعدة الاخيرة ما تقدم في بحث الاستصلاح (ف ٣/٢٧) وما سيأتي آخر نظرية العرف (ف/٥٣٩ - ٥٥٣) .

وعلى أساس هذه القواعد فرع الفقهاء وقرروا امالا يحصى من فروع الأحكام في مختلف الأبواب الفقهية والمعاملات :

أ) — فتقسيم مهر المرأة مثلاً الى معجل ومؤجل في الزواج ، ومقدار كل منهما اذا لم يبين في عقد النكاح يرجع فيه إلى العرف .

ب) — وتقسيم ثمن المبيع وأجرة المأجور اذا لم يصرح به العاقدان وكان فيه عرف جار في بلدة العقد ، يلزم فيه الطرفان بحكم العرف .

ج) — وما يعد في المبيع عيباً مسوغاً لفسخ البيع أولا يعد عيباً انما يحكم فيه العرف .

د) — وتجاوز المستأجر الحدود الجائزة له في استيفاء منفعة المأجور حتى يعتبر متعدياً ضامناً قيمته اذا تلف انما ميزانه العرف .

ه) — وكيفية حفظ الوديعة مما يعد به الوديع مقصراً في حفظها فيضمن ان ضاعت ، أو غير مقصر فلا يضمن ، انما يعتبر أيضاً فيه العرف .

و) — واختلاف المعلم مع التلميذ العامل في الصناعات أيهما يستحق على الآخر أجراً يرجع فيه الى عرف البلدة (المجلة/٥٩٦) .

ز) — وكذا في الاجارة كل ما كان من توابع العمل ولم يشرط على الأجير يعتبر فيه عرف البلدة (المجلة/٥٧٤) .

الى غير ذلك من القضايا التي لا تنتهي ، مما ملئت به فصول الفقه ، وجعلوا للعرف فيه السلطان المطلق في الحكم .

وغني عن البيان أن ما بني من الأحكام على العرف يتبدل بتبدل العرف . ولذا وضعت القاعدة السالفة الذكر : « لا ينكر تغير الاحكام بتغير الزمان » .

هذا ، وبما أننا سنفرد لنظرية العرف وما فيها من أصول وفروع بحثاً مستقلاً في القسم الثاني المخصص للنظريات الفقهية العامة من هذا الجزء ، لذلك نجتزىء هنا بهذه الفكرة الاجمالية عن العرف وموقعه في مصادر الفقه الاسلامي ، محيلين بالتفصيل على بحث نظريته في موطنها المشار اليه .

٤١ — هذه هي مصادر الفقه الاسلامي الاصلية ، وأهم المصادر التبعية ، عرضنا في هذه المقدمة ما يجب أن يعرف الطالب عنها .

فكل حكم فقهي مما دونه الفقهاء في مختلف المذاهب لا بد أن يكون مستنداً الى احدها .

هذا ، ومن العلماء من يرد المصادر كلها الى الكتاب والسنة باعتبار أن الاجماع في الواقع لا بد أن يستند الى أحدهما ، وأن القياس أيضاً يرجع الى علة النص في المقيس عليه ، فيدخل في دلالة ذلك النص .

بل منهم من يرد المصادر كلها الى الكتاب فقط ، لانه هو الآمر بتقبل السنة ، وهي لا تخرج عن أسسه .

وهذا الرأي صحيح في ذاته لكنه لا يلاقي مانحن بصدده ، فهو لاينظر الى نوع الدليل الخاص المباشر المستند إليه في إثبات الاحكام، وانما ينظر الى منشأ اعتبار هذا الدليل ؛ ولا شك أن منشأ الاعتبار في الجميع انما هو القرآن ، ومع هذا لا يصح أن نقول مثلاً : ان توريث الجد أو الجدة فريضة السدس انما ثبت بنص القرآن ، بل انما ثبتت فريضة الجد في الميراث مع الابن عند عدم الأب بالاجماع، وثبتت فريضة الجدة بالسنة ، لأن القرآن لم يتضمن شيئاً من ذلك كما تقدم (ف/ ٧ و ٨) .

الفصل الثالث

الترتيب التاريخي ، والاعتباري

لمصادر الفقه الاسلامي

٤٢ — (أ) - الترتيب التاريخي :

ان تلك المصادر الأربعة الأساسية للفقه الاسلامي لم تنشأ كلها معاً في تاريخ واحد .

فقد كان في عصر الرسالة مرجع الأحكام كلها الى الكتاب والسنة التي تتجلى في بيان الرسول وأقضيته عليه السلام. وكل اختلاف فمرده اليه. لذلك لم يكن ثمة من مجال لتصور اجماع .

أما القياس فقد كان يلجأ اليه بعض الصحابة فيما يحدث لهم وهم

بعيدون عن النبي في أسفارهم أو قبائلهم أو أعمالهم ، ويسمونه فهماً، أو رأياً ، أو اجتهاداً[١] ، كما سماه الامام الشافعي في رسالة الأصول . ولكنهم لا يلبثون أن يعرضوا أفهامهم واجتهاداتهم على النبي ﷺ أول ما يعودون اليه ، فيقرهم ، أو يخطئهم ويصحح لهم .

أما بعد عصر الرسالة فقد كان أبو بكر وعمر رضي الله عنهما يجمعان الصحابة في الحوادث ويشاورانهم . فان لم يعرف أحدمنهم فيها عن النبي ﷺ نصاً أو قضاء ، واتفقوا فيها على حكم أنه هو مقتضى قواعد الشريعة ، عمل الخليفتان فيها بما اتفقوا عليه .

وان لم يتفق الصحابة على حكم الحادثة اجتهد الخليفتان بآرائهما في الحكم الأصلح والأقرب شبهاً بأقضية الرسول ، عملاً بدلالة القياس أو المصالح .

ثم بعد ذلك حدث في العصور التالية حاجة الى تعرف ما اتفق عليه فقهاء الصحابة ليتخذ أساساً في فقه الشريعة .

ثم الحق به في الاعتبار ما يتفق عليه الفقهاء التابعيون[٢] من الثقات

---

(١) – عندما أرسل النبي ﷺ معاذ بن جبل الى اهل اليمن سأله : بم تحكم ؟ قال معاذ : **بكتاب الله** . قال فان لم تجد ؟ قال : **فبسنة رسول الله** . قال فان لم تجد ؟ قال : **أجتهد برأيي** . فضرب رسول الله ﷺ في صدره استحسانا وقال : الحمد لله ، الخ ... (ر : تفسير ابن كثير ، ج ١ ص /٣) .

(٢) – التابعون والتابعيون : من لم يدركوا النبي عليه السلام ، وانما ادركوا بعض صحابته .

وتابعو التابعين : من لم يدركوا احداً من الصحابة ، وانما ادركوا التابعين .

المجتهدين ، لأنهم هم الراسخون في علم الشريعة ، ومرجع فهمها اليهم .

فأصبح الاجماع بعد عصر الرسالة مصدراً من مصادر الأحكام.

فان لم يحصل هذا الاجماع ، أو لم يثبت نقله وروايته في موضوعٍ ما ، لم يكن بد لكل فقيه أن يلجأ الى الطريق التي كان يلجأ اليها الصحابة أنفسهم عندما يعوزهم النص ، وذلك طريق الاجتهاد والرأي الذي سمي فيما بعد : قياساً أو استحساناً .

فيتلخص من ذلك أنه لم يكن في عصر النبي ﷺ مصدر تشريعي سوى الكتاب والسنة ؛ وأن القياس كان موقتاً يعقبه استفسار وتصحيح ؛ وأن الاجماع متأخر عن القياس وجوداً ، وان كان مقدماً عليه رتبة واعتباراً كما سنرى فيما يلي .

٤٣ — (ب) — الترتيب الاعتباري :

هذا هو الترتيب التاريخي في نشوء مصادر الفقه الاسلامي .

أما الترتيب الاعتباري بينها فقد اتفقت أئمة الاسلام وعلماء أصول الفقه ان نصوص القرآن مقدمة في الاعتبار على كل ما سواها ، ثم نصوص السنة ، ثم الاجماع ، ثم القياس .

وإذا تعارض حكم القياس مع حكم بعض المصادر التبعية من استحسان أو استصلاح أو عرف ، يقدم في الاعتبار حكم كل من هذه المصادر الثلاثة على حكم القياس كما تقدم بيانه وامثلته .

الباب الثالث

بدء توسع الفقه الاسلامي وتطوره

٤٤ ـ لم يفارق النبي ﷺ هذه الحياة الا بعد أن تكامل بناء الشريعة بالنص الصريح على الاسس والكليات فيها، وتقييد النصوص المطلقة، وبيان المجملة، وتخصيص العامة، ونسخ ما اريد نسخه، الخ..

فاجتهاد الصحابة ومن بعدهم لم يكن تشريعاً، وانما هو تفريع وتطبيق.

(ر: كتاب تاريخ التشريع الاسلامي للاساتذة السبكي ورفقاه، ص/٧).

ولكن النبي ﷺ لم يترك لاصحابه فقهاً مدوناً، وإنما ترك جملة من الاصول والقواعد الكلية، ومن الاحكام الجزئية والاقضية، مبثوثة في القرآن وفي السنة.

وكان هذا يكاد يكفيهم لو لم يمتد سلطان الاسلام إلى ماوراء الجزيرة العربية، حيث لاقوا اموراً ووقائع وعادات لاعهد لهم بها، فاحتاجوا إلى تنظيمها، وإقامة القواعد لها، وانزالها المنازل اللائقة بها من أحكام الشريعة ومقاصدها.

وهذا مبدأ تطور الفقه الاسلامي .

وتلك الاسس التي احتواها القرآن كانت أصولا قابلة لأن تتسع مفاهيمها ،ويتطور فهمها ، باتساع الدوائر الفكرية ، وعند الحوادث الكبرى التي اتصل فيها الاسلام بأوضاع وثقافات أخرى .

(ر : كتاب « نظرة عامة في تاريخ الفقه الاسلامي »ص ٥٢- ٥٣)

وهنا فتح العلماء المسلمون باب التفكير في المسائل ، وأخذت تقنن في ضوء الدين أمور الحياة العملية . وكان التطور في نظمها نتيجة لعمل الخلفاء والتابعين لهم، بحسب ما تستلزمه الحال [١] .

وفي البلدان المفتوحة ، على أثر دخول الامم أفواجاً في الاسلام ، قامت حاجة كبرى إلى تعليمهم مايخفى عليهم ، وضبط الاحكام العملية الشرعية وتنسيقها ، لتنظيم المعاملات ومعرفة الحقوق .

وقد دعت أيضاً تلك الحروب المتوالية إلى التنظيم والتفريع في حقوق الحرب والمحاربين، وفي الحقوق المدنية والسياسة للشعوب في البلدان المفتوحة على ضوء الأسس الاسلامية [٢] .

---

(١) – انظر وصية عمر بن الخطاب لابي موسى الاشعري في القضاء عندما ولاه وقد تقدم نصها في بحث القياس (ف/١٠/ الحاشية) .

(٢) – من امثلة ذلك في الحقوق المدنيـة تسويغ التعامل بالخمر والخنزير لاهل الذمة – اي غير المسلمين – بينما التعامل بهما باطل في حق المسلمين .

وكذلك اقرارهم على مايدينون في أحوالهم الشخصية وحقوقهم العائلية ، كتصحيح انكحة نسائهم بلا عدة يقضينها على اثر وفاة أزواجهن اذا كان ذلك سائغاً لديهم .

والخلاصة أنه على اثر الحاجات الضرورية التي كانت تظهر تباعاً بصورة تدريجية أخذ الفقه الاسلامي يتطور ويتسع أفقه ، سواء في ذلك مايخص الحياة الداخلية ،ومايخص الحياة الخارجية للدولة الاسلامية. وهكذا تطور الفقه في الازمنة المتوالية ، وأخذت الاجيال

= ومن امثلة حقوق الحرب فتوى الامام الاوزاعي بعدم جواز قتل الرهائن السياسية اذا خان قومهم العهود مع المسلمين ونقضوا المواثيق ، لقوله تعالى في القرآن العظيم : «**ولاتزر وازرة وزر اخرى**» ، وقد كان المعتاد بين الامم قتلهم . (انظر مقدمة الامير شكيب ارسلان لرسالة «**احسن المساعي في ترجمة الامام الاوزاعي**» ص /١٤/ نقلاً عن تاريخ البلاذري) .

(**والرهائن السياسية** : اشخاص ذوو مكانة في قومهم يحجزون لدى قوم آخرين ضمانا للوفاء بالعهود بين الفريقين) .

ومن أمثلة الحقوق السياسية ايضاً ماروى البلاذري في كتابه « **فتوح البلدان** » (ص/٤٢٨) من انه : «لما ولي الخلافة عمر بن عبد العزيز جاءه وفد من أهل سمرقند ، فشكا اليه ان قائد الجيش الاسلامي قتيبة بن مسلم دخل بلدتهم غدراً ؛ فكتب الى عامله ان ينصب لهم قاضياً ، فان قضى القاضي باخراج المسلمين اخرجوا ؛ فنصب لهم **جميع بن حاضر الباجي** فحاكمهم والقائد ، وقضى باخراج الجيش الاسلامي ، وان ينذرهم القائد وينابذهم على سواء ، ثم يحاربهم ان أبوا ، فكره اهل سمرقند الحرب وأقروا بقاء الجيش .»

وبذلك كما ترى قرر عمر بن عبد العزيز مبدأ **اخضاع الجيش والسياسة للقضاء العادي** ، اخذاً من قواعد الشرع وكثير من نصوصه ، لان فكرة الحلال والحرام الدينية ، واعتبار الحق بالنظر الى الواقع لا الى الظاهر ، هي صبغة اصلية في التشريع الاسلامي وفقهه كما سبقت الاشارة اليه ؛ وهي معتبرة في نطاق الحقوق الخاصة والعامة على السواء (ر : ف ٢ — ٣) .

المتعاقبة في تنميته ، حتى أصبح بناء ضخماً هائلاً منظماً لكل أنواع المعاملات والعلاقات الانسانية تنظيماً دقيقاً .

هذا وصف اجمالي لنشأة الفقه الاسلامي وتعاظم بنائه ، وتباعد آفاقه واجوائه .

وسنتولى فيما يلي تقسيما وتفصيلا للادوار التاريخية التي تميزت في كل منها للفقه الاسلامي خصائص وأطوار .

الباب الرابع

ادوار تطور الفقه الاسلامي

ومميزاته في كل منها

٤٥ — ان التتبع التاريخي لحركة الفقه الاسلامي يوحي بتقسيم المراحل التطورية التي مر بها هذا الفقه الى سبعة أدوار :

الدور الاول — عصر الرسالة ، أي مدة حياة الرسول ﷺ .

الدور الثاني — عصر الخلفاء الراشدين فما بعده إلى منتصف القرن الاول الهجري ، حيث استتب الامر للامويين ، ونهج معظمهم

بسياستهم الداخلية على وفق اهوائهم في الحكم ، لا على وفق الاوامر الشرعية .

وهذان الدوران هما المرحلة التمهيدية للفقه الاسلامي .

الدور الثالث — من منتصف القرن الاول الى أوائل القرن الثاني ، حيث استقل علم الفقه واصبح اختصاصاً ينصرف اليه ، وتكونت المدارس الفقهية ، أي الاجتهادات المسماة : بالمذاهب .

وهذا الدور هو المرحلة التأسيسية في الفقه .

الدور الرابع — من أوائل القرن الثاني الى منتصف القرن الرابع حيث بلغ الفقه الاوج في الاجتهاد والتدوين والتفريع المذهبي ، وتم فيه وضع علم اصول الفقه ، وتكامل .

وهذا الدور هو دور الكمال في الفقه الاسلامي .

الدور الخامس — من منتصف القرن الرابع الى سقوط بغداد في أيدي التتار في منتصف القرن السابع ، وفيه نشطت حركة التحرير والتخريج والترجيح في المذاهب .

الدور السادس — من منتصف القرن السابع الى ظهور مجلة الاحكام العدلية التي تم وضعها على يد لجنة من الفقهاء وصدرت الارادة السنية السلطانية بالعمل بها في ٢٦ شعبان سنة /١٢٩٣هـ/ .

وهذا الدور هو دور الانحطاط الفقهي .

الدور السابع — من ظهور المجلة الى اليوم .

وسنفرد فيما يلي لكل دور من هذه الأدوار فصلا اجمالياً، ونشير إلى ماطرأ على حركة الفقه فيه من اتجاهات ،وما برز فيه من صفات ومميزات .

الفصل الأول

الدور الفقهي الاول

عصر النبوة

٤٦ — كانت سلطة التشريع والقضاء والفتيا في هذا الدور بيد الرسول وحده ﷺ ،فهو المرجع في كل ذلك .

وفي عهده تكامل بناء الشريعة في استيفاء نصوصها الاساسية كما تقدم وقد كان لفظ « الفقه » يطلق في عصر النبوة على كل ما يفهم من نصوص الكتاب والسنة ، سواء أكان من أمور العقيدة، أو التشريع العملي ، أو الآداب.

وكان الإسلام في مكة متجهاً إلى اصلاح العقيدة ومكافحة الوثنية. أما اتجاهه إلى التشريع العملي فانما كان في المدينة بعد الهجرة .

ولفظ « الفقه » و « العلم » في هذا العصر كانا مترادفين في العرف الإسلامي ، تدل على ذلك أحاديث عديدة .

والفقهاء أو العلماء من صحابة الرسول عليه الصلاة والسلام كانوا يسمون : القراء ، جمع ، : «قارىء» ، وهم حفظة القرآن غيباً ،لأن القرآن

هو المصدر الأصلي لعلم الشريعة، وقدكانوا يحفظون آياته مع أحكامها[١].
فلذا كان القراء هم علماء الشريعة وفقهاءها

ولم تكن اذ ذاك فكرة الاختصاص بالانصراف الى مسائل العلم المستفاد من الكتاب والسنة، بل كانت الجهود بصورة عامة منصرفة الى الجهاد والى العمل. وانما يأتي العلم في طريقهما من قراءة القرآن واستماع حديث النبي، واستيعاب الحوادث التي كان يفتي أو يقضي فيها.

وقد كان الفقه في هذا العصر واقعياً لا نظريا، فانما كان الناس يبحثون عن حكم الحوادث ويسألون عنها بعد وقوعها، أو يتقاضون فيها فتعالج بالحكم الذى تقتضيه الشريعة، ولم تكن الحوادث تفترض افتراضاً.

وقد أسلفنا البيان آنفا ان النبي عليه السلام لم يترك لأصحابه فقهاً مدوناً، بل جملة من الأصول والقواعد الكلية والأحكام الجزئية مبثوثة في القرآن وفي السنة، لكنها على أكمل مايتصور مرونة وعموماً واستيعاباً لشتى المفاهيم الكبرى التي يدعمها العقل الصحيح، وتؤيدها

---

(١) — روى الاعمش عن ابي وائل عن ابن مسعود انه قال: كان الرجل منا اذا تعلم عشر آيات لم يجاوزهن حتى يعرف معانيهن والعمل بهن.

وقال ابو عبد الرحمن السلمى: حدثنا الذين كانوا يقرئوننا انهم كانوا يستقرئون من النبي ﷺ، وكانوا اذا تعلموا عشر آيات لم يخلفوها حتى يعملوا بما فيها من العمل، قالوا: فتعلمنا القرآن والعمل جميعاً».

«ر: مقدمة تفسير ابن كثير ج ١ ص/٣».

المصالح الناطقة ،وفيها من قابلية التكيف في التطبيقات الجزئية على الحوادث الخاصة ، والتنقل فيها من فهم إلى فهم صحيحين مختلفين ، مايمكن أن يتولد منه فقه عجيب السعة لايحد ولاينضب .

٤٧ ــ أمثلة هذه القابلية في نصوص القرآن والسنة النبوية

وإذا أردت إيضاحاً بالأمثلة فانظر إلى هذه الشواهد التالية من الآيات القرآنية ، والأحاديث النبوية ، وإلى امثالها من نصوص الكتاب والسنة :

(أ) ـ من آيات القرآن :

«ولاتزر وازرة وزر اخرى »(الاسراء ١٥/١٧)[1]

« وأن ليس للانسان إلا ماسعى » . (النجم٥٣/٣٩)

« ياأيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود » (المائدة٥/١)

« ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل وتدلوا بها إلى الحكام لتأكلوا فريقاً من اموال الناس بالإثم وأنتم تعلمون » . (البقرة٢/٢٨٨)

« ياأيها الذين آمنوا لاتأكلو أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم » (البقرة ٢/٢٨٢)

« إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات الى أهلها واذا حكمتم بين الناس ان تحكموا بالعدل » (النساء ٤/٥٨)

---

(١) ــ الرقمان بعد اسم سورة من القرآن اولهما للسورة والثاني للآية فيها، فاذا كان بعد اسم السورة رقم واحد فهو للآية .

«ولا تقربوا مال اليتيم إلا بالتي هي احسن حتى يبلغ أشده واوفوا بالعهد إن العهد كان مسؤولاً» . ((الاسراء ١٧/٣٤)

«الطلاق مرتان فإمساك بمعروف او تسريح بإحسان» . (البقرة ٢/٢٢٩)

«وعلى المولود له رزقهن و كسوتهن بالمعروف لا تكلف نفس إلا وسعها لا تضارّ والدة بولدها ولا مولود له بولده (البقرة ٢/٢٣٣)

«وجزاء سيئة سيئة مثلها». (الشورى ٤٢/٤٠)

« وأشهدوا ذوي عدل منكم وأقيموا الشهادة لله» . (الطلاق/٢)

« ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فإنه آثم قلبه» . (البقرة/٢٨٣)

« وإن كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة » (البقرة ٢/٢٨٠)

« يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر (البقرة ٢/١٨٥)

« وما جعل عليكم في الدين من حرج » (الحج ٢٢/٧٨)

« فمن اضطر غير باغٍ ولا عادٍ فلا إثم عليه » (البقرة ٢/١٧٣)

إلى غير ذلك من الآيات الكثيرة الواردة في شتى المقاصد والمناسبات التشريعية .

(ب) — من الحديث النبوي:

«لا ضرر ولا ضرار».[1]

---

* (١) — رواه احمد في مسنده عن ابن عباس ، وابن ماجه في سننه عن عبادة ، وحسنه النووي في الاذكار ، وله شواهد تنتهي الى درجة الصحة (ر: « الجامع الصغير » للسيوطي /٩٨٩٩/ وشرحه « فيض القدير » للمناوي) .

«إنما الأعمال بالنيات »[١]

« على اليد ما أخذت حتى تؤديه ».[٢]

« إن الله تعالى وضع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه ».[٣]

« العارية مؤداة ، والزعيم غارم».[٤]

«الولد للفراش».[٥]

---

*(١) – رواه البخاري في سبعة مواضع ، ومسلم والترمذي في كتاب الجهاد ، وغيرهم ايضاً عن عمر بن الخطاب .

*(٢) – خرجه اصحاب السنن الاربعة (ابو داوود ، والترمذي ، والنسائي ، وابن ماجه) والحاكم في مستدركه ، كلهم عن سمرة ، وقرر الترمذي حسنه.

*(٣) – رواه الحاكم في مستدركه من حديث ابن عباس (ج٢ص /١٩٨) وصححه ، ووافقه الحافظ الذهبي في التلخيص على تصحيحه .

(٤) – الزعيم هو الكفيل – أي ان الكفيل يضمن ما كفل .

وهذا الحديث رواه احمد في مسنده عن ابي امامة ، ورواه أبو داوود في كتاب البيع ، والترمذي وابن ماجه في الوصايا . واختلف العلماء في تصحيحه وتضعيفه (ر : فيض القدير للمناوى / ٥٦٥٢) .

(٥) – رواه كثير من أئمة الحديث منهم البخاري و مسلم عن عدد من الصحابة بلغوا بضعاً وعشرين ، منهم عائشة (ر: الجامع الصغير للسيوطي/٩٦٨٨/ وشرحه فيض القدير) .

ومعنى هذا الحديث : ان الولد ينسب للرجل الذي بينه وبين المرأة الوالدة **فراش** مشروع زوجاً كان او سيداً .

والفراش كناية عن صلة الاستمتاع الجنسي المشروع بين الرجل والمرأة . فهذه الصلة المشروعة تكفي لالحاق النسب بالرجل دون البحث عن الحقيقة .

« لا وصية لوارث » .[١]

« المسلمون على شروطهم » .[٢]

« كل شرط ليس في كتاب الله تعالى فهو باطل »[٣]

« الشفعة كحل العقال » .[٤]

---

* (١) – رواه الدارقطني في سننه عن جابر . وهو مروي بطرق عديدة وباختلاف في بعض الالفاظ . وفي بعض طرقه كلام .

(ر : فيض القدير / ٩٩٣٣) لكن أئمة الفقه اعتمدوا صحته .

*(٢) – رواه أبو داود والحاكم في « المستدرك » وأحمد في البيع ورمز السيوطي في الجامع الصغير الى صحته . وقد حسنه الترمذي وضعفه النسائي ، ومشاه غيره (ر : فيض القدير / ٩٢١٣) .

ويروى من طرق أخرى : **« المسلمون عند شروطهم ما وافق الحق من ذلك »** .

(٣) – حديث صحيح أخرجه البزار في مسنده ، والطبراني في الكبير ، كلاهما عن ابن عباس ، واعتمده الفقهاء .

والمراد بما ليس في كتاب الله ما يتضمن مخالفة لأسس الشريعة التي قررها القرآن . فالتعاقد على ذلك واشتراطه باطل ، كما يعتبر اليوم في النظريات القانونية الحقوقية التعاقد على ما يخالف النظام العام والآداب العامة أو ما يخالف النصوص القانونية باطلاً .

ونظيره قول عمر المتقدم في وصيته القضائية لأبي موسى الاشعري : **« الصلح جائز الا صلحا أحل حراما ، أو حرم حلالاً »** . (ر : ف / ١٠ ح)

فكتاب الله هنا ليس معناه القرآن ، بل معناه : **ما كتبه الله وأوجبه** ، أي شريعته التي شرعها . فالكتاب هنا مصدر بمعنى اسم المفعول ، أي المكتوب بمعنى المفروض ، كما في قوله تعالى في القرآن : **« ان الصلاة كانت على المؤمنين كتابا موقوتا »** .

(٤) – الشفعة هي حق اولوية ممنوح للشريك في العقار يخوله رجحاناً في شراء حصة شريكه الآخر ان أراد هذا بيعها لشخص أجنبي .

ومعنى الحديث أن الاخذ بالشفعة يجب فيه على الشريك الشفيع سرعة =

« لا طلاق في إغلاق » .[١]

« البينة على المدعي واليمين على من أنكر »[٢]

الى غير ذلك من أحاديث الأحكام الجليلة الجزيلة.

٤٨ — فالناظر المتأمل في أمثال هذه النصوص التي هي دساتير في أفكارها ، مواقير[٣] في اثمارها ، يستطيع أن يتبين مدى ما يمكن أن تعطيه في التطبيقات الجزئية والتفريعات الفقهية العملية من أحكام وافهام مختلفة ، ضمن حدود النظر الصحيح المعقول .

= الطلب فور علمه بالبيع كسرعة الانسان في حل عقال البعير بجذب رأس عقدته ، وهي في العادة عقدة أنشوطة تحل بجذب طرف الحبل المعقود .

وهذا الحديث لم يبلغ سنده رتبة الصحة ، وقد احتج به الفقهاء على لزوم تحديد مدة قصيرة لطلب الاخذ بالشفعة كيلا يتضرر المشتري من الشريك بطول الانتظار.

(ر : بداية المجتهد لابن رشد ج ٢ ص / ٢٢٠ / آخر المسألة الثانية من الركن الرابع في الاخذ بالشفعة) .

(١) — اختلف العلماء في تفسير **الاغلاق** : فمنهم من فسره بالاكراه، ومنهم من فسره بالغضب الشديد الذي يفقد البصيرة بالعواقب ؛ ومنهم من فسره تفسيراً أعم بكل ما يغلق على الانسان ارادته وبصيرته من اكراه أو غضب أو نحوهما مما يؤثر في طبيعة التصور أو التبصر أو الاختيار ، وهو التفسير الاوجه .

والحديث رواه أحمد في مسنده، وأبو داود وابن ماجه والحاكم في المستدرك عن عائشة ، واختلفوا في صحته وضعفه (ر : فيض القدير / ٩٩٠٥).

(٢) — رواه البيهقي في السنن وابن عساكر عن ابن عمر . ولم تبلغ روايته درجة الصحة ، ولكن يشهد له الواقع العملي في أقضية الرسول والصحابة .

(٣) — الشجر المواقير : هي التي أوقرها الثمر من كثرته ، أي أثقلها حمله.

فحديث : « الشفعة كحل العقال » مثلا يصلح أساساً لفكرة التقادم (مرور الزمن) وتحديد المدة للمطالبة ببعض الحقوق ، ولاستعمال بعض الخيارات العقدية كخيار الرؤية والعيب ، ولمراجعة بعض الدرجات القضائية للاعتراض على الاحكام البدائية عندما تؤسس المحاكم على درجات كما في زماننا اليوم مما تقضي المصلحة تحديد مدة له تحت طائلة سقوط حق المطالبة القضائية عند اهمالها في المدة المحددة .

وقد بينا سابقاً من أسلوب القرآن الكريم في بيان شرائع الاحكام أنه يضع الاسس، وينصب القواعد الكلية ، ويجمل الاوامر ولا يتناول فروع الأحكام وتفصيل جزئياتها الا قليلا في بعض المسائل.

فهذه الكليات الاساسية والقواعد الصحيحة التي يقوم عليها بنيان العدل في الحياة الاجتماعية هي في الغالب دائماً فوق متناول الاختلافات النظرية الفرعية في جميع البيئات ، لأنها تتصل بالفطرة والادراك الانساني ، فجاء القرآن كاشفا عن قضاياها الثابتة فكان صالحاً لكل زمان ومكان . ولأنه لم يخض في التفصيلات كانت آيات الأحكام على قلتها دستورية شاملة جامعة ترجع اليها كل أحكام الشريعة وتفاصيلها .

ولذلك كان القرآن الكريم عند علماء الشريعة الاسلامية هو الحجة الكبرى والمرجع الأول ؛ بل عده بعض الفقهاء المصدر الوحيد للأحكام الشرعية ، وما غيره من المصادر إلا تفصيل لمجمله أو

توضيح له أو تخريج على أصوله أو استنباط لما فيه من حكم ومعان متماسكة متساندة كما تقدم .

(ر : ف/٦ و ٤١/ ومقدمة كتاب «الملكية ونظرية العقد في الشريعة الاسلامية » للاستاذ الجليل الشيخ محمد أبي زهرة ص/٨-٩)

الفصل الثاني

الدور الفقهي الثاني

عصر الخلفاء الراشدين فما بعده الى منتصف القرن الاول

٤٩ ــ قد انتقلت في هذا الدور حال علماء الصحابة من طور الى طور .

فهم في حياة الرسول ﷺ كان شأنهم تلقياً عنه ووعياً لما يلقيه اليهم . فلم تكن بهم حاجة الى اعمال الفكر في تفهم الأحكام المحتاجة الى تبصر ونظر ذلك الإعمال المسمى بالاجتهاد ، لأن حمل هذا العبء الفكري مع احتمال الصواب والخطأ فيه لا معنى له مع وجود من اليه المرجع في كل شؤون الشريعة وأحكامها .

فشأنهم في حياة الرسول استماع واتباع واستفتاء منه فيما يشكل عليهم ، وبتعبير آخر : اعتماد على الرسول في الفهم والتوجيه في كل شيء .

أما بعد وفاته عليه السلام فقد انتقلوا فجأةً من طور الاعتماد إلى طور الاجتهاد ، لزوال ذلك المرجع ، وحلول مخلفاته الدستورية — القرآن والسنة — محل بياناته الشفهية . فتولدت من ذلك الحين ضرورة الى الاجتهاد لا مناص منها تجاه طوارىء الحوادث ، ولا حدود ولا أمد لها .

فالمسلمون بعد وفاة النبي عليه السلام قد انسابوا فاتحين في ملك كسرى وقيصر ، لتحطيم الحواجز التي أقامها الملوك في وجه دعوة الإسلام ورسالته الاصلاحية في الأرض ، فكان تحت حكم المسلمين أمم ذات حضارات عريقة في مصر وفارس وسورية ثم شمال افريقية ، وماجت المدن الإسلامية الكبرى بأمشاج من الأمم وعناصر مختلفة الاجناس ، فكان لا بد إذن من أن يجدَّ في شؤون الاجتماع والسياسة أحداث تستدعي النظر فيما يصلح لها من الحلول الفقهية ، وأن يحتاج المسلمون الى نظم وأحكام من روح الاسلام لم يكن في عهد الرسول ما يضطرهم إليها ، ويدفعهم الى التفكير فيها .

لذلك كان لا بد لصحابة الرسول عليه السلام من الاجتهاد في حلول تلك الأمور المعقدة التي تعرض لهم .

وقد كانت طريقتهم في اجتهادهم هذا أن يلجأ الى كتاب الله ، فإن وجدوا فيه الحكم فيما يريدون تمسكوا به ، وان لم يجدوه اتجهوا إلى المأثور عن رسول الله ﷺ ، واستشاروا ذاكرات أصحابه فيما يحفظون عنه من حكم في القضية . فإن لم يكن بينهم من يحفظ حديثاً عن

رسول الله في الموضوع التجؤوا الى استعمال « الرأي » ، فاجتهدوا بآرائهم وحكموا افهامهم فيما يرونه أشبه بالمعروف من مقاصد الشريعة وقواعدها في اقامة العدل ، واستقامة المصالح التي أوضحت سبلها .

ومثلهم في ذلك مثل القاضي المقيد بنصوص قانون ، فاذا لم يجد في النص ما يحكم به في قضية بين يديه طبق ما يراه عدلاً وانصافاً .

٥٠ — معنى الرأي :

وقد أوضح ابن القيم في كتابه « اعلام الموقعين » (١/٧٦) معنى « الرأي » الفقهي على حد ما كان يفهمه الصحابة ، فأفاد أن الرأي هو :

« ما يراه القلب بعد فكر وتأمل وطلب لمعرفة وجه الصواب مما تتعارض فيه الامارات » .

والرأي بهذا المعنى أوسع من مفهوم القياس الفقهي الخاص، وهو « الحاق أمر غير منصوص على حكمه بامر منصوص على حكمه لعلة مشتركة جامعة بينهما » لأن الرأي بهذا المعنى يشمل القياس المذكور ويشمل أيضاً الاستحسان والاستصلاح اللذين تقدم بيانهما في بحث المصادر التبعية .

وقد قسم ابن القيم هذا الرأي الى صحيح وباطل ومشتبه ، وميز بين هذه الاقسام ، ونزل عليها بالتوزيع ماورد عن الصحابة من ذم الرأي تارة ، والعمل به تارة اخرى .

غير أن منهاج الفقه في هذا العصر الثاني لم يتبدل عن سابقه ، فقد ظل الفقه ، كما كان في عصر الرسالة ، واقعياً وعملياً تعالج فيه الحوادث بالتماس أحكامها بعد وقوعها ، على وفق ما ترشد اليه نصوص الكتاب والسنة ، وتوحي بفهمه المصالح الاسلامية التي رعاها الشارع .

٥١ — والشيء البارز الذي يتميز به هذا العصر يتعلق بمصادر الفقه أكثر مما يتعلق بالفقه نفسه ، وهو أمران :

الاول) — استعمال الرأي والقياس بصورة بارزة في استخراج الاحكام لما لم يسبق من الحوادث بسبب مواجهة الاجتهاد .

وقد كان الاجتهاد والرأي في حياة الرسول عليه السلام لايمارسه الصحابة الا قليلا وموقتاً كما سبق بيانه .

والثاني) — تولد الاجماع . إذ كان منهاج الخليفتين الأولين ابي بكر وعمر رضي الله عنهما جمع الصحابة في الحوادث ، واستفتاءهم ، والعمل بما يتفقون عليه كما تقدم .

٥٢ — *منهاج اجتهادات عمر بن الخطاب البارزة في هذا العصر*

وقد تميز هذا العصر أيضاً باجتهادات بارزة للخليفة الثاني عمر بن الخطاب في حوادث معينة تجلت فيها لهذا الخليفة العظيم عبقرية فقهية تصلح أن تكون دستوراً لمنهاج الفقه الواقعي . فمن ذلك :

١) — منعه عن الاشخاص المؤلفة قلوبهم من الموجودين في عهده ما كانوا يتناولونه من بيت المال من عطاء راتب مع أن سهم المؤلفة

قلوبهم في العطاء مقرر بنص القرآن ، وقد كان هؤلاء الاشخاص يأخذون بهذا العنوان منذ عهد الرسول عليه السلام .

لكن عمر نظر الى علة النص لا الى ظاهره فقد كانت علة اعطائهم تأليفهم لاتقاء شرهم عندما كان الاسلام ضعيفاً . فلما قويت شوكة الاسلام زال الداعي الى اعطائهم. والقرآن لم يوجب اعطاء اشخاص باعيانهم واسمائهم من هذا السهم [1] .

---

(١)— وليس معنى ذلك أن عمر رضي الله عنه قد أبطل أو عطل نصاً قرآنياً آمراً ، ولكنه رأى أن أولئك الاشخاص الذين كانوا يعدون من المؤلفة قلوبهم ويعطيهم النبي ﷺ هذا السهم من بيت المال لاحتياج دعوة الاسلام الى ترغيبهم وتأييدهم وتأليف قلوبهم لم يبق للاسلام حاجة في شراء تأييدهم بالمال بعد أن استتب له الامر ، وأصبحوا هم في حاجة الى الاعتزاز به .

فهو انما حبس العطـــاء عن هؤلاء الاشخاص بأعيانهم ؛ أما سهم التأليف والترغيب فحكمه في القرآن باق لم يتوقف .

فاذا تجددت الأمة حاجـة في زمان أو مكان آخر الى تأليف القلوب ، أو تأليب القوى لدفع عدو ، أو ترغيب من لا ترغبه الفضائل السامية كما يرغبه المال ، فانه يعطى من هذا السهم المرصود لهـذه الحاجة ، كشأن النفقات التي تخصصها الدول اليوم في ميزانياتها لاجل **الدعاية السياسية** . فاذا انقضت حاجة الدعاية في مكان أو في فئة لا يسوغ عندئذ صرف المال الى من لا تحتاج الدعاية اليه ، بل يوفر المال على خزينة الدولة ريثما تتجدد الحاجة . وقد يتغير وجه الحاجة بين عصر وعصر ، فيستغنى عن اعطـاء اشخاص كانوا يعطون لوجاهتهم ونفوذهم كما كان في الماضي ، ويحتاج الى اعطاء أرباب الصحف ، أو انشاء مجلات دعاية ، أو محطة اذاعة لاسلكية ، كما في عصرنا اليوم .

قال الامام أبو عبيد القاسم بن سلام في كتابه «**الأموال**» بمناسبة ما اشترطه النبي عليه الصلاة والسلام لبني ثقيف أهل الطائف عند دخولهم في الاسلام مانصه=

٢) ــ و كذا اجتهاد عمر في وقف تنفيذ حد السرقة على السارقين في عام المجاعة المسمى : « عام الرمادة » ؛ و اكتفائه بتعزير السارق بدلاً من قطع يده . وهذا من عمر ليس تعطيلاً لحد السرقة الشرعي بل هو اجتهاد حكيم منه في تطبيق شرائط هذه العقوبة ، لأن من شرائطها شرعاً أن لا يكون السارق مضطراً الى السرقة اضطراراً . فقد اعتبر عمر في ذلك شبهة عامة في أنهم كانوا يسرقون عن ضرورة ملجئة ، وقد قال النبي عليه السلام « ادرؤوا الحدود بالشبهات » .

٣) ــ و كذلك اطلاقه النكاح لزوجة المفقود بعد أربع سنين من فقده دون انتظار تحقق وفاته او موت لداته — أي اقرانه في العمر — كما سلف ذكره في بحث المصالح المرسلة . (ر : ف ٣/٢٩) .

٤) ــ و كذلك اجتهاد عمر في منع تقسيم اراضي سواد العراق

= « وفيه انه شرط لهم شروطاً عند اسلامهم خاصة لهم دون الناس ، مثل تحريمه واديهم ، وأن لا يدخله أحد يغلبهم عليه ، وأن لا يؤمر عليه الا بعضهم .

وهذا مما قلت لك : ان الامام ناظر للاسلام وأهله ؛ فاذا خاف من عدو غلبة لا يقدر على دفعهم الا بعطية يردهم بها فعل ، كالذي صنع النبي ﷺ بالاحزاب يوم الخندق . و كذلك لو أبوا أن يسلموا الا على شيء يجعله لهم ، وكان في اسلامهم عز للاسلام ، ولم يأمن معرتهم وبأسهم أعطاهم ذلك ليتألفهم به ، كما فعل رسول الله ﷺ بالمؤلفة قلوبهم الى ان يرغبوا في الاسلام ، وتحسن فيه نيتهم .

وانما يجوز من هذا ما لم يكن فيه نقض للكتاب ولا للسنة .

ويبين ذلك ان رسول الله ﷺ لم يجعل لهم فيما اعطاهم تحليل الربا ، الا تراه قد شرط عليهم أن لهم رؤوس أموالهم ؟ » .

(الاموال ، ج ١ ص / ١٩٣-١٩٤ / الطبعة الاولى بمطبعة الحجازي بالقاهرة)

واراضي مصر على المجاهدين الفاتحين لها الذين طالبوا بتقسيمها بينهم كما تقسم الغنائم الحربية بعد تخميسها ، محتجين بظواهر بعض نصوص القرآن والسنة في حقوق المجاهدين الغانمين في الغنيمة ؛ فانهم أرادوا اعتبار اراضي البلاد المفتوحة كالغنائم الحربية توزع على الجيش الفاتح.

وقد ذهب عمر الى خلاف رأيهم ، فاعتبر الاراضي من الفيء الذي تتعلق به حقوق المسلمين عامة حاضرهم وآتيهم ، رعاية لمصلحة الاجيال وحقوقها في بيت المال ، وفقاً لما ينبيء به النظر السديد الى مجموع النصوص القرآنية لا الى بعضها دون بعض.

فابقى عمر الارضين لأهليها ، وطرح عليها ضريبة الخراج ؛ لأن ذلك اصلح لاحيائها ، واعم وادوم لنفعها وريعها [1] .

---

* (١) — بيان ذلك انه قد وردت آية الغنائم في سورة الانفال تقول:

« واعلموا أن ماغنمتم من شيء فأن لله خمسه وللرسول ولذي القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل » .

فعينت الآية مصرف الخمس من الغنائم الحربية لجهات عامة ، وبينت السنة بفعل النبي عليه السلام كيفية توزيع الباقي بين الغانمين .

ثم جاءت آية الفيء في سورة الحشر تقول :

« ما أفاء الله على رسوله من أهل القرى فلله والرسول ولذي القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل كي لايكون دُولة بين الاغنياء منكم وما آتاكم الرسول فخذوه وما نهاكم عنه فانتهوا واتقوا الله ان الله شديد العقاب . للفقراء المهاجرين الذين أخرجوا من ديارهم » ... « والذين تبوؤوا الدار والايمان من قبلهم » ... « والذين جاءوا من بعدهم » الخ ... =

(تابع الحاشية)

= فأفادت هذه الآية ان الفيء يفيد منه جميع المسلمين حاضرهم وآتيهم ولا يختص بالمجاهدين الفاتحين ، بل يوضع في بيت المال .

والفرق بين الغنيمة والفيء في الاصطلاح الشرعي ان الغنيمة ما استخلصت من العدو المحارب بقوة السلاح ؛ والفيء ما تركه الاعداء عن رعب ، أو أدوه عن قهر وغلبة ، ولم يؤخذ منهم بايجاف الخيل وصولة الجيش في المعارك الحربية . فيشمل الفيء الضرائب التي تفرض عليهم كالجزية على الاشخاص ، والخراج على الاراضي .

وقد ثبت في السنة انه عندما فتح النبي عليه السلام خيبر - وقد فتحت عنوة لا صلحاً ، ونزل أهلها المحاربون على حكم الجلاء - عدت أراضيها من الفيء وعزل النبي نصفها ، (وقيل خمسها) ، فتركه للنوائب والنوازل ؛ وقسم الباقي بين الفاتحين

فلما فتح سواد العراق في خلافة عمر طالب الفاتحون بتقسيم أراضيه بينهم كالغنائم ، وكان رأي عمر عدم جواز تقسيمها ، فجمع الناس واستشارهم . فكان رأي عامتهم تقسيمها ، إلا علياً وعثمان وطلحة ومعاذ بن جبل ، فقد كان رأيهم كرأي عمر . وقال له معاذ :

« إنك ان قسمتها صار الريع العظيم في ايدي هؤلاء القوم . ثم يبيدون فيصير ذلك الى **الرجل الواحد او المرأة** ؛ ثم يأتي من بعدهم قوم يسدون من الاسلام مسداً - أي يكون لهم في الاسلام بلاء حسن ونفع - وهم لا يجدون شيئاً ، فانظر أمراً يسع أولهم وآخرهم » .

فألح الفاتحون في طلب تقسيم الارضين عليهم بعد تخميسها ، بحجة ما فعل النبي بخيبر ، وامتنع عمر عن تقسيمها ، فرأى ان البلاد المحيطة قد تم فتحها ، وان الاراضي فيء فلا يستحق الفاتحون ملك أعيانها ، بل للامام النظر فيها بما هو أصلح لاحيائها وأدوم نفعاً لجماعة المسلمين ؛ وانما قسم النبي عليه السلام ما قسمه من أرض خيبر اذ رأى المصلحة في ذلك لحاجتهم حينذاك الى الارض .

فمكثوا يتناقشون أياماً حتى قال عمر وجدت الحجة عليهم بآخر آية الحشر =

(تابع الحاشية)

= اذ قالت في بيان من يستحقون من الفيء : « والذين جاؤوا من بعدهم » فقال عمر « ما أرى هذه الآية الا قد عمت الخلق كلهم حتى الراعي بكداء » (**كداء « وزان سماء » : اسم جبل بأعلى مكة**) . ثم قال لهم عمر :

« تريدون أن يأتي آخر الناس ليس لهم شيء ؛ فما لمن بعدكم؟ ولو لا آخر الناس ما فتحت قرية الا قسمتها كما قسم رسول الله صلى الله عليه وسلم خيبر » .

فقرر عمر ان تبقى الاراضي والانهار لاهلها وعمالها، وان يفرض عليها الخراج.

ثم أمر ان يفعل كذلك باراضي مصر لما وقع فيها نظير هذا الخلاف بين الزبير ابن العوام وعمرو بن العاص امير مصر (**ر: كتاب الاموال للامام ابي عبيد القاسم ابن سلام ، الفقرات /١٤١ - ١٥٣/** ، وكتاب الخراج لابي يوسف ، وفتح الباري ، ج ٦ ص /١٣٨/ ، واحكام القرآن لابي بكر الجصاص في سورة الحشر) .

ومن الواضح ان هذا الاتجاه الحكيم من عمر في التمييز بين الغنائم الحربية المنقولة وبين الاراضي انما كان تمسكاً بدلائل النصوص ، وجمعاً بينها ، وإعمالاً لكل منها بتنزيله على منزله الذي يرشد اليه النظر الجامع السديد ، لا كما يوهمه كلام بعض المتوهمين اليوم من ان عمر خالف في هذه القضية نصوص الشريعة ، ويعدون هذه المخالفة بزعمهم عبقرية اجتهادية ! فقد رأيت بما نقلناه ان عمر كانت حجته النص القرآني نفسه الذي افحم به مخالفيه ، واثبت رجحان فهمه فيه ، وكان على رأيه كبار فقهاء الصحابة كعلي ومعاذ .

ومن هنا اختلفت الاجتهادات في حكم الاراضي التي يفتحها الجيش الاسلامي عنوة على ثلاثة مذاهب :

- مذهب يرى انها تقسم بعد الخمس على الجيش الفاتح كالغنائم المنقولة . والى هذا ذهب الاجتهاد الشافعي .

- ومذهب يرى انها تكون وقفاً حبيساً على جميع المسلمين ، فتوضع ثمرتها في بيت المال وتصرف الى مصالحهم وحاجاتهم العامة . والى هذا ذهب الاجتهاد المالكي .

- ومذهب يرى ان امرها يعود الى نظر الامام وتقديره بحسب ما يرى من =

هذا، وان عمر هو اول من انشأ منصب القضاء مستقلا عن غيره من الاعمال، وكان قبل ذلك تابعاً لولاية الامراء والعمال، ومن جملة وظائفهم.

= الحاجة والمصلحة : فان شاء عزل منها الخمس او اكثر منه لبيت المال، وقسم الباقي على الفاتحين ، كما فعل النبي عليه السلام بأرض خيبر ؛ وان شاء ترك الارضين لاهلها وطرح عليها ضريبة الخراج ، كما فعل عمر بسواد العراق ومصر . والى هذا ذهب الاجتهاد الحنفي . (ر : الاموال لابي عبيد بن سلام الفقرة / ١٤٩ و ١٥٣ ؛ وبداية المجتهد لابن رشد ١ / ٣٢٤ ؛ ورد المحتار ، ج ٣ باب المغنم وقسمته) .

تنبيه هام :

هذا ، ولا يخفى ان القرآن لم ينص على وجوب توزيع الغنائم الحربية حتى المنقولة منها بين المجاهدين الفاتحين ، وانما نصت آية الانفال على مصارف معينة لخمس الغنائم .

وتوزيع الاخماس الاربعة الباقية على الغانمين انما جاءت به السنة . وهذا النوع من السنة يعد ـ بحسب قواعد الشريعة ـ من **السياسة الشرعية** والتدابير المصلحية التي يفعلها النبي عليه السلام بصفة ولايته العامة في الحكم والادارة لا بصفة النبوة والتشريع ، فلا تفيد حقاً تشريعياً ثابتاً لا يتبدل كحكم النبي عليه السلام للجدة بفريضة السدس في الميراث ؛ بل ان لكل من يخلف النبي عليه السلام في هذه الولاية العامة أن يلجأ الى تدبير آخر عند الحاجة كما كان ذلك ممكنا للنبي نفسه ﷺ .

فاذا تبدلت الظروف واقتضت الحاجة نظاماً آخر للجندية تقوم فيه حقوق الجيش المجاهد لا على اقتسام الغنيمة ؛ بل على اساس اعاشة ووظائف مرتبة للجند ، وتكون الغنائم الحربية كلها للدولة ولا حق فيها للمقاتلين ، كما في زماننا وأنظمتنا اليوم ، فذلك سائغ شرعاً ، وهو من قبيل الاستصلاح في شؤون الادارة العامة (ر : ف / ٢٨) .

غير ان نظام توزيع الغنائم كان في صدر الاسلام هو التدبير الممكن من الوجهة المالية ، وهو الاصلح ايضاً لسياسة الجهاد بالنسبة الى العرب في ذلك الزمن من الوجهة العرفية .

وإن طريقة عمر الفقهية كانت حجة خالدة لمدرسة «أهل الرأي» في العراق من فقهاء الطبقات التالية التي سيأتي ذكرها، فقد تأثر هؤلاء بفقه ابن مسعود في الكوفة، وكان هو يسير على طريقة عمر.

الفصل الثالث

الدور الفقهي الثالث

من منتصف القرن الاول الى أوائل القرن الثاني

٥٣ — هذا الدور كان فاتحة عهد تأسيسي للفقه الاسلامي.

فقد رأينا أن علماء الصحابة في أوائل خلافة الخليفة الثالث عثمان بن عفان (رض) تفرقوا في الأقطار، واستوطنوا مختلف الأمصار، بعد أن كان عمر لا يمكنهم أن يبرحوا المدينة لكي يستشيرهم في النوازل.

وقد حمل هؤلاء الصحابة الى مواطنهم الجديدة في الحجاز واليمن والعراق ومصر والشام حديث رسول الله ﷺ واحكام الشريعة، وتخرج على أيديهم طبقة التابعين في مختلف البلدان.

وقال ابن القيم:

«الفقه انتشر في الأمة عن اصحاب ابن مسعود بالعراق، واصحاب زيد بن ثابت وابن عمر بالمدينة، واصحاب ابن

عباس بمكة (اعلام الموقعين لابن القيم ، ج ١ ص/ ٢٣) .

وكان لكبار الصحابة كعمر وابن مسعود وعلي (رض) أثر توجيهي في البلاد التي حلوا بها، فتكونت تبعاً لشخصياتهم واجتهاداتهم مدارس[1] الفقهاء المختلفة في البلدان على أيدي تلاميذهم من التابعين الذين أصبحوا قادة تلك المدارس وأئمتها ، كسعيد بن المسيب في المدينة وعطاء ابن ابي رباح في مكة ، وابراهيم النخعي في الكوفة ، والحسن البصري في البصرة ، ومكحول في الشام ، وطاووس في اليمن .

فهؤلاء وأمثالهم ومن تلاهم من تابعي التابعين دارت عجلة الفقه دورتها المذهبية . وكان كل منهم متأثراً بفقه من لازمه من الصحابة وطريقته الاجتهادية .

٥٤ — نشوء مدرستي اهل الحديث واهل الرأي :

وكان أهم تلك المدارس مدرستا المدينة والكوفة ، أي مدرستا الحجاز والعراق .

وقد سميت بعد ذلك المدرسة الأولى : « أهل الحديث » ، لكثرة رواية حديث الرسول ﷺ بينهم في الحجاز ، ولقلة حاجتهم الى استعمال الرأي في الاجتهاد ، لندرة الحوادث المدنية المعقدة لديهم .

وسميت المدرسة الثانية : « أهل الرأي » لقلة انتشار الحديث

---

(١)— في الاصطلاح العصري يراد بالمدرسة في هذا المقام الجماعة الذين يصدرون عن نظرية او مذهب واحد علمي او فلسفي ؛ وقد يراد بها المذهب نفسه .

النبوي في العراق بادىء الأمر ، ولتعقد الحياة المدنية فيه ، وتشعب الافكار ، وازدحام الاعراف ، وكثرة الحوادث التي لم يعرف فيها نص صريح مما كان يلجىء الى استعمال الرأي .

٥٥ — استقلال علم الفقه :

وفي هذا العصر استقل علم الفقه واصبح اختصاصاً ينصرف اليه من ينصرف من اولئك الأئمة التابعين كمن تقدمت أسماؤهم .

وكان من أكبر العوامل على هذا الانصراف الذي تم به تأسيس الفقه علماً مستقلاً ، رغم الفتن والثورات الداخلية التى كانت تعصف أعاصيرها وتقصف ، انحراف الخلفاء الامويين عن سيرة الخلفاء الراشدين الأولين في المثل العليا الدينية والعملية . فكان من جراء ذلك ان اعتزل أهل العلم الأتقياء الحياة العامة ، ولزموا تلك الأمصار — وخاصة المدينة — ينقدون الحكام ، وينشرون السنة النبوية والعلم .

وكما كان هذا دوراً تأسيسياً في الفقه ، كان في الوقت نفسه تمهيداً لاتجاه الفقه نحو الفرضيات التي صبغته بصبغة نظرية ابعدته فيما بعد عن الاستمداد من الحياة العملية التي كان يستمد منها في عهد الخلفاء الراشدين ، واصبح الفقه يثمر من النظر والافتراض اكثر مما يثمر من وقائع الحياه الفعلية [1] . فكان هذا العهد نقطة الارتكاز في تحول الفقه بعد ذلك عن صفته الواقعية .

---

* (١) — ر : كتاب « نظرة عامة في تاريخ الفقه » للاستاذ علي حسن عبد القادر ص / ١٠٨ .

٥٦ - شيوع طريقة الرأي في الفقه :

وفي هذا العصر شاع وكثر استعمال « الرأي » في الفقه بطريق القياس أو الاستحسان أو الاستصلاح ، لاستخراج الأحكام فيما ليس فيه نص يخصه ، والاستنتاج من دلائل النصوص وعللها ، رغم ما أورثته كثرة استعمال الرأي من رد فعل لدى أهل الحديث الذين توجسوا خيفة من أن تفشو طريقة الرأي فتؤدي الى التقول في الشريعة بحسب الهوى لا بحسب الدليل ، فناهضوا أهل الرأي مناهضة قوية ، حتى وجد بعد ذلك في العصر التالي من نفى جواز القياس في الشريعة وانكر طريقته ، كداوود الظاهري ومن تبعه من متأخري الظاهرية[1] كابن حزم .

غير أن نفاة القياس قد اضطروا أخيراً اليه تجاه الحوادث الجديدة. فقد قال أبو الفداء :

« وكان داوود يرفض القياس في الشريعة ثم اضطر اليه فسماه دليلا » .

وطريقة أهل الرأي من غير شك هي الطريقة الطبيعية المعقولة .

ويقول الاستاذ علي حسن عبد القادر في كتابه « نظرة عامة في تاريخ الفقه » عن طريقة الرأي :

---

(١) - **الظاهرية** : هم الذين يتمسكون بظاهر نصوص الكتاب والسنة ويطرحون اعتبار العلل والرأي والقياس . ورئيس مدرستهم ابو سليمان داوود ابن علي بن خلف ، المشهور باسم : **داوود الظاهري** .

« انها هي أشرف الطريقتين ، لان الاحاديث التي تؤخذ منها الاحكام قليلة غير كافية لتنظيم كل العلاقات وتقنينها. فاذا اريد ان لا تملأ بالاحاديث غير الصحيحة كل ثغرات الفقه فيجب ان يجتهد في القليل الموجود بكل طرق الاستنتاج الاولى لكي يبنى صرح الفقه.

والعالم النظري قد يستطيع بسهولة ان يرفض ضرورة الرأي فى مصدرية التشريع ،لانه لا يتصل بحوادث الحياة العملية. اما القاضي في بلد كالعراق فلا يمكنه ان يقوم بوظيفته دون القياس والرأي فى الحوادث والمسائل التي لاتخطر على بال الحجازيين » .

٥٧ — وفي هذا العصر افترق لفظ « العلم » عن لفظ « الفقه » في الدلالة ، فأصبح يراد من العلم : معرفة النصوص ؛ ومن الفقه: ملكة فهم الاحكام من تلك النصوص . و بتعبير آخر : انصرف العلم الى « الرواية » والفقه الى معنى « الدراية » كما افترق لفظ « السنة » عن لفظ « الحديث » في الدلالة على نحو ما بيناه في مطلع البحث عن السنة .(ف/٧)

وفي هذا العصر ظهر في العراق فقه الشيعة الذي يخالف فقه أهل السنة في نواح .

وإن أقرب الفقه الشيعي إلى أهل السنة فقه الزيدية المنسوبين الى زيد بن علي زين العابدين . وكان إماماً ذا شخصية علمية متعددة النواحي . وقد قيل أن أبا حنيفة كان من تلاميذه .

وقد وضع في الفقه الزيدي كتاب « المجموع » المنسوب الى زيد نفسه يرويه عنه ابو خالد عمرو بن خالد الواسطي. وقد طعن العلماء الثقات من القديم في صحة نسبة هذا الكتاب الى الامام زيد لأن راويه الأوحد

الواسطي متهم بالكذب . وعلى كل حال ان لم يكن المجموع أقدم كتاب في الفقه فهو من أقدم الكتب فيه .

الفصل الرابع

الدور الفقهي الرابع

من اوائل القرن الثاني الى منتصف القرن الرابع :

٥٨ — في هذا العصر تضخم الفقه جداً ، ونهض نهضته الرائعة بعد عهده التأسيسي السابق .

ونشأت في هذا الدور الواسع مذاهب واجتهادات فقهية جمة : منها المذاهب الاربعة ، وكثير غيرها[١]

---

(١) — المذاهب الاربعة هي المذهب الحنفي ، والمالكي والشافعي ، والحنبلي :

أ) — فالمذهب الحنفي ينسب الى إمامه أبي حنيفة النعمان بن ثابت ، وهو فارسي الاصل ، ويسمى : **الامام الاعظم** . ولد سنة /٨٠/ وتوفي سنة /١٥٠/ هـ وكان امام العراقيين . وقد انتقلت زعامة اهل الرأي اليه ، واستقرت عليه ، ووطد طريقة الاستحسان ، واشتهر بقوة الحجة وسرعة الجواب المفحم ، وعبقرية الفهم والاستنباط .

وأشهر تلاميذه اثنان :

الاول — ابو يوسف يعقوب بن ابراهيم الذي تولى سلطة القضاء في الدولة العباسية في عهد الرشيد ، وألف له كتاب « **الخراج** » .

والثاني — محمد بن الحسن الشيباني وهو من عباقرة الفقهاء الاذكياء ، ومن =

— تابع الحاشية —

= ائمة اللغة ايضاً . وابو يوسف ومحمد يلقبان « **الصاحبين** » . واليهما في الدرجة الاولى يعود الفضل في تدوين فقه أبي حنيفة ونشر مذهبه .

ب) — والمذهب المالكي ينسب الى امامه مالك بن أنس الاصبحي ، وكان عالم المدينة وامام الحجازيين . ولد سنة /٩٣/ وتوفي سنة /١٧٩/ هـ ويعتبر مذهبه وسطاً معتدلاً بين اهل الرأي والحديث ، لكثرة استناده الى الحديث اذ كانت روايته قد انتشرت ، ولا سيما في مدينة الرسول عليه السلام . على ان مالكاً يعد الى جانب ذلك من اهل الرأي ، ومذهبه واصوله الى الرأي أقرب نسباً .

وقد استفاد من مركزه في المدينة الاتصال الدائم بعلماء الآفاق كلها في موسم الحج ، واجتمع فيه بأبي حنيفة وناظره وقال عنه . « **انه لفقيه** » (ر : كتاب « **مالك** » للاستاذ الشيخ محمد ابي زهرة ، ص/١) .

ج) — والمذهب الشافعي ينسب الى امامه محمد بن ادريس الشافعي القرشي . وقد ولد سنة /١٥٠/ هـ في غزة ، وربي يتيماً ، ورحل الى العراق والحجاز ، فأخذ عن اصحاب ابي حنيفة وعن مالك . ثم استقر في مصر وترك آراءه القديمة وأسس مذهبه الجديد ، وتوفي سنة / ٢٠٤ / بالفسطاط . وكان جم المواهب ، ويعد مذهبه الى اهل الحديث اقرب . وقد انكر على شيخه مالك طريقة **الاستحسان**

د) — والمذهب الحنبلي ينسب الى امامه احمد بن حنبل الشيباني تلميذ الامام الشافعي وقد ولد ببغداد سنة /١٦٤/ هـ وعني بالحديث فبرع فيه واشتهر ، ولذا كان مذهبه اكثر اصطباغاً بالحديث توفي سنة / ٢٤١ .

وقد وجد سوى هؤلاء الاربعة مجتهدون اعاظم كثير عددهم متعاصرون ومتعاقبون ، كان لهم فقه جليل وآراء قيمة لايزال بعضها مسجلاً في الكتب التي دونت اختلاف الفقهاء . ولكنهم لم يكتب لمذاهبهم الخلود لاسباب ، منها انهم لم يرزقوا تلاميذ ذوي قدرة ونشاط يستطيعون حفظها ونشرها . =

وقد اشتد في أوائل هذا الدور الخلاف بين مدرستي الرأي والحديث، ثم استقر فيه اعتبار الرأي طريقة فقهية صحيحة بحدودها وأصولها الشرعية التي أوضحها أصحابها، ودفعوا بها عن هذه الطريقة الشبهات، بما يبعدها عن معنى القول بالتشهي والهوى المجرد عن الدليل الشرعي.

يقول الاستاذ الشيخ محمد أبو زهرة:

« لكن الفارق لم يستمر طويلاً بين اهل الرأي والحديث، فان الطبقة التي جاءت بعد الائمة اصحاب المذاهب وتلاميذهم قد تلاقوا مهما يختلف اساتذتهم:

فالامام محمد من اصحاب ابي حنيفة يرحل الى الحجاز ويدرس كتاب « الموطأ » للامام مالك.

والشافعي يتلقى عن محمد بن الحسن فقه اهل الرأي.

وابو يوسف نفسه يؤيد آراء كثيرين من اهل الرأي بالاحاديث.

ولذا نجد كتب الفقه المختلفة مملوءة بالرأي والحديث معاً، مما يدل على تلاقيهما وان اختلفت الفقهاء كثرة وقلة في الاخذ

= فمن اولئك المجتهدين شيوخ هؤلاء الائمة الاربعة، اي اساتذتهم، كحماد بن ابي سليمان شيخ ابي حنيفة؛ وابراهيم النخعي، والشعبي شيخي حماد؛ وكربيعة الرأي، وابن شهاب الزهري، ويحيى بن سعيد، من شيوخ مالك.

ومنهم ايضاً غير شيوخهم من معاصريهم الكثيرين، كجعفر الصادق وزيد ابن علي زين العابدين، والاوزاعي، وعبد الرحمن ابن ابي ليلى، وابن شبرمة المعاصرين لأبي حنيفة؛ وكالليث بن سعد بمصر من اكابر المجتهدين المعاصرين لابي حنيفة ومالك، وكان بينه وبين مالك مقابلات ومراسلات فقهية حفظت ونشرت (انظر الرسالتين المتبادلتين بين مالك والليث بن سعد في كتاب « مالك » للاستاذ الشيخ محمد ابي زهرة، القسم الاول ف / ١٠٢ / ص ١٠٣ - ١١٤).

باحدهما دون الآخر » (ر : مقدمة « الملكية ونظرية العقد » للاستاذ المشار اليه ، ف/١٦ ، ص/٣٧) .

وقد أصبح للحكومات في هذا الدور اتجاه مذهبي في القضاء والحسبة[1] والجباية وغيرها من الاعمال ، فكان مثلا فقه أبي حنيفة ومدرسته هو المذهب السائد في قضاء الدولة العباسية ، وارتبطت العادات والاعراف المحلية بالفقه ، وبنيت عليها الاحكام .

٥٩ — وفي أوائل هذا العصر بدىء بتدوين الفقه تدويناً علمياً مذهبياً . ومن أقدم كتبه كتب محمد بن الحسن الشيباني تلميذ أبي حنيفة الذي جمع مذهبه ، وكتاب « الموطأ » لمالك بن أنس ، وكتاب « الأم » للشافعي .

— وبدىء أيضاً في هذا الدور بتدوين علم اصول الفقه ، ضبطاً لقوانين استنباط الاحكام ، بعد فساد السليقة العربية في الالسنة .

وقد كان هذا العلم الجليل قبل ذلك أصولاً وقواعد غير مجموعة يعرفها الراسخون في علم الشريعة ، وتصدر عنها أفهامهم في فقههم .

وأول كتاب الف في علم أصول الفقه « رسالة الاصول » للامام الشافعي .

---

(١) — الحسبة (بكسر فسكون) : هي في الاسلام وظيفة تنفيذية لتأييد واجب الامر بالمعروف والنهي عن المنكر ، اي حماية المصالح العامة التي تسمى في الاصطلاح القانوني اليوم : « النظام العام » ، كقمع الغش والتشرد وكل فساد . والموظف الذي يقوم بهذه المهمة يسمى : المحتسب . (ر : كتاب « معالم القربة في احكام الحسبة » لابن الاخوة ، طبعة ليدن . الباب الاول) .

ولم يكن هو واضع هذا العلم وقواعده ، فان كل مجتهد انما يسير في اجتهاده على أصول يرعاها ويحاجُّ بها. وانما الشافعي هو أول من أملى ودون المسائل الأساسية الاولى في علم أصول الفقه .

ـــ وقد ظهرت في هذا الدور الاصطلاحات الفقهية الكثيرة التي كانت ثروة خالدة في لغة الفقه والحقوق. وقد اختلفت تلك الاصطلاحات باختلاف المذاهب وأماكنها .

ـــ وفي هذه المرحلة اشتدت الصبغة النظرية في الفقه ، وظهرت فيه طريقة افتراض الحوادث قبل أن تقع ، وتقرير أحكامها سلفاً ، مما كان له أعظم تأثير في تضخم الفقه وتوسعه وشحذ الافكار فيه .

ولكن كان فيما بعد للتعمق في ذلك من المساوىء أن ابتعد الفقه في كثير من أحكامه عن الحاجة العملية والمصالح الزمنية، ووجدت فيه طائفة من المسائل يكاد يكون وقوعها مستحيلا ، ودراستها إضاعة للوقت .

ـــ وفي حدود هذا الدور الواسعة كان تقعيد كثير من القواعد الكلية ، والضوابط الفقهية مستمدة من دلائل النصوص. وذلك كقاعدة « اليقين لا يزول بالشك » وقاعدة « الاصل براءة الذمة » وقاعدة « العادة محكمة »[1] وقاعدة « الضرر يزال » وقاعدة « المشقة تجلب التيسير » وغيرها من القواعد الكثيرة التي كانت تدور في اصول المذاهب ، فاخذت معانيها صيغاً لفظية ثابتة ذات شمول واسع . وسيأتي تفصيل

---

(١) محكمة : بفتح الكاف المشددة، صيغة مفعول من التحكيم (ر: ف/ ٤٠)

ذلك في القسم الثالث من هذا المدخل ، وهو القسم المخصص للبحث في القواعد الكلية وشرحها . (ر : ف/٥٦٠ — ٥٦٤) .

الفصل الخامس

الدور الفقهي الخامس

من منتصف القرن الرابع الى منتصف القرن السابع

٦٠ — في هذا الدور ركدت حركة الاجتهاد ، وأخلد الراغبون في الفقه الى العكوف على مذاهب اولئك المجتهدين السابقين ، وخاصة منهم الأئمة الأربعة . وتمركز كل مذهب من تلك المذاهب الاربعة في قطر أو أقطار . وتخرج في كل مذهب فقهاء عظام تناولوا المذهب بالتدوين والتنقيح والترتيب .

٦١ — اقفال باب الاجتهاد ونشاط حركة التخريج والترجيح المذهبية :

وفي النصف الأول من هذا الدور أفتى علماء المذاهب الأربعة باقفال باب الاجتهاد ، لقعود الهمم عن اكتساب مجموعة الصفات والعلوم اللغوية والشرعية بالقدر الذي يؤهل للاجتهاد في أحكام الشريعة . فقد ضعف تمييز العامة بين من يقتدى بهم ومن لا يقتدى بهم ، وخشي العلماء من الشذوذ الجاهل والتخبط الأهوج في الأهواء العلمية أن يهدم ما بناه

اولئك الائمة العظام من فقه الشريعة بناء علمياً صحيحاً .

ويرى الاستاذ الجليل الشيخ محمد أبو زهرة[1] أن من العوامل الفعلية التي وجهت أفكار رجال المذاهب إلى الافتاء باغلاق باب الاجتهاد الأسباب التالية :

١) – التعصب المذهبي

فقد تعصب التلاميذ لآثار أساتذتهم من الأئمة المجتهدين الذين أناروا العصر السابق، وكشفوا ظلمات المسائل بنور عقولهم الساطع.

ولا يخفى أن التعصب لفكرة يحمل الانسان على الجمود عليها والتعلق بأهدابها ، ودعوة الناس اليها دون سواها . وهكذا فعل اولئك الذين جاؤوا بعد الأئمة السابقين، فقد عنوا بدراسة مذاهبهم ونشرها بدلاً من السير على منهاجها ، والاجتهاد كما اجتهد أصحابها، فوثق الناس بالسابقين ، وشكوا في أنفسهم.

٢) – ولاية القضاء

فقد كان الخلفاء يختارون القضاة اول الأمر من المجتهدين لا من مقلديهم ، ولكنهم فيما بعد آثروا اختيارهم من المقلدين ليقيدوهم بمذهب معين ، ويعينوا لهم مايحكمون على أساسه، بحيث يكونون معزولين عن

---

(١)– ر : « الملكية ونظرية العقد في الشريعة الاسلامية » ص/٣٨-٣٩

كل قضاء يخالف ذلك المذهب[1] ، ولأن بعض القضاة المجتهدين كان

(١) – لاشك ان من المصلحة تقييد القضاء باحكام مقننة معينة لكي يعلم الناس سلفاً ما تخضع له معاملاتهم من الاحكام ، فيكونوا على بصيرة من صحتها او فسادها .

ولكن ذلك لا يقتضي ان تكون الاحكام المقننة للقضاء مختارة من مذهب واحد ؛ بل يختار من كل مذهب ما هو أسد دليلًا ، وانطق حكمة ، واجرى مع المصلحة ، فيكون مجموعة فقهية كقانون يتقيد به القضاء ؛ ثم يتجدد الاختيار من المذاهب تبديلًا وتعديلًا كلما دعت الحاجة واقتضت المصلحة بحسب اختلاف الزمان .

وهذا ما اشار به عبد الله ابن المقفع على الخليفة العباسي ابي جعفر المنصور ، ان يوحد ما يقضى به بين الناس في قانون يدونه ويختاره من آراء القضاة المجتهدين والفقهاء في ذلك العصر بعد تمحيصها والترجيح بينها .

فقد بين ابن المقفع في رسالته المسماة «**رسالة الصحابة**» حال اختلاف القضاة المجتهدين اذ ذاك ، وكيف ان الامر الواحد يقضي فيه احد القضاة برأي ، ويقضي غيره في نظيره بخلافه ، في الاموال والانكحة وغيرها ، ثم قال في خطابه للمنصور

« فلو رأى امير المؤمنين ان يأمر بهذه الاقضية والسنن المختلفة ، فترفع اليه في كتاب ، ويرفع معها ما يحتج به كل قوم من سنة او قياس ، ثم نظر امير المؤمنين في ذلك ، وامضى في كل قضية رأيه الذي يلهمه الله ويعزم له عليه ، وينهى عن القضاء بخلافه ، وكتب بذلك كتاباً جامعاً عزماً ، لرجونا ان يجعل الله هذه الاحكام المختلطة الصواب باخطأ حكما واحداً صواباً ، ورجونا ان يكون اجتماع السير قربة لاجتماع الامر برأي امير المؤمنين وعلى لسانه . »

(رسالة الصحابة ، لابن المقفع ، المنشورة في جمهرة رسائل العرب للاستاذ احمد زكي صفوة ، ج ٣ ، رقم الرسالة / ٢٦) .

وهذه فكرة من اجل الفكر لو انها نفذت اذ ذاك . =

يتعرض الفقهاء المذهبيون لتخطئته ، فيكون حكمه مثاراً لنقد الناس، لا سبب اطمئنان لهم .

وهكذا كان تقيد القاضي بمذهب يرتضيه الخليفة سبباً في اكتفاء اكثر الناس به واقبالهم عليه .

٣) — تدوين المذاهب

فان تدوينها قد سهل على الناس تناولها ، والناس دائماً يطلبون السهل اليسير دون الصعب العسير .

وقد كان يدفع الناس الى الاجتهاد في العصور السابقة ضرورة ملجئة الى تعرف أحكام حوادث وشؤون جديدة لا يعرفون حكمها الشرعي.

فلما جاء المجتهدون في الادوار السابقة ، ودونوا احكام الحوادث التي عرضت والتي يحتمل عروضها ، صار الناس كلما عرضت لهم مسألة وجدوا السابقين قد تعرضوا لها ، فاكتفوا بمقالهم في شأنها ، فسدّت حاجتهم بما وجدوا ، فلا حافز يحفزهم الى بحث جديد .

= ولقد هم ابو جعفر المنصور ، ثم الرشيد من بعده ، ان يختار مذهب الامام مالك وكتابه « **الموطأ** » قانوناً قضائياً للدولة العباسية فنهاهما مالك عن ذلك وقال :

« ان اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم اختلفوا في الفروع وتفرقوا في البلدان وكل مصيب » .

على ان حمل الناس على مذهب واحد معين بجملته لاي مجتهد كان ليس هو ما أشار اليه ابن المقفع ، وان كان تزول به مشكلة اختلاف الاقضية في الامر الواحد .

ولكن رأي ابن المقفع في ذلك اجل واسمى واعظم تحقيقاً لفكرة الاستفادة من ثمرات اختلاف الاجتهادات كما سنرى .

وساعد على ذلك ما للأقدمين من موقع علمي كبير جدير بالتقدير، وما يكسبهم تفوقهم على مضي الزمن من اجلال، وما يكون من عناية الامم بتكريم سلفها الصالح ليرتبط حاضرها بماضيها برباط متين.

لهذا كله انصرف الناس الى التقليد، اللهم الا في تعرف علل الأحكام المذهبية، أو ترجيح بعض الآراء في المذهب نفسه على غيرها.

ويسمى من أوتي القدرة العلمية على ذلك: «مجتهداً في المذهب»، أي انه ليس مجتهداً مطلقاً ذا مذهب مستقل، بل هو من أتباع امام مجتهد، ولكنه ذو رأي معتبر في ضمن مذهب إمامه، وفي البناء على اصوله.

ومما هو جدير بالاعتبار أن اكثر الأئمة قد روي عنهم انهم كانوا ينهون عن تقليدهم من غير اقتناع بأدلتهم[1].

فأبو يوسف صاحب أبي حنيفة يقول:

«لا يحل لاحد ان يقول قولنا حتى يعلم من اين قلناه».

والشافعي يقول:

«مثل الذي يطلب العلم بلا حجة كمثل حاطب ليل، قد يحمل حزمة حطب وفيها افعى تلدغه وهو لا يدري»

واحمد ابن حنبل يقول: «لا تقلد في دينك احداً».

وقد فرق احمد بين التقليد والاتباع، فقال:

«الاتباع ان يتبع الرجل ما جاء عن النبي صلى الله عليه وسلم وعن اصحابه، ثم هو في التابعين مخير».

---

(١) — ر: «اعلام الموقعين» لابن القيم ٢/٣٠١ — ٣٠٢.

٦٢ - اجتهاد الجماعة :

هذا ، واذا كانت صيانة الأحكام الاجتهادية التي وجد منها ثروة فقهية كافية في الماضي قد اقتضت سد باب الاجتهاد الفردي ، ففي هذا الزمن تغير وجه المصلحة بما جدَّ من عجائب الحضارة. فقد سخر الانسان فيه ماشاء من قوى الطبيعة الكونية حتى طار في الهواء وغاص مسافراً ومحار بأتحت الماء ، ثم حطم الآن الذرة واستخدم من قوتها ما حير العقول. واصبح بفلكة زرٍ من جهاز كصندوق صغير ، يرى فيه ويسمع من بلاد نائية. وغزا الفضاء فاطلق الاقمار الاصطناعية تدور حول الأرض. ثم هو يوشك أن يحقق حلم الرحلة الى القمر . واصبحت المواصلات بين مشارق الارض ومغاربها تتم في سرعة لمح البصر بقوة الكهرباء ، وترابطت علائق الامم الاقتصادية بعضها ببعض ، وتلاقت قوانينها وجهاً لوجه . لذلك أصبح من مصلحة الفقه الاسلامي نفسه ان يقوم فيه اجتهاد من نوع آخر ، هو اجتهاد الجماعة على طريقة الشورى العلمية في مؤتمرات فقهية تضم فحول العلماء من مختلف المذاهب والاقطار ، ليفوا حاجة العصر من هذا الفقه الاسلامي الفياض الذي لا ينضب معينه .

وهذه الشورى هي الطريقة التي كان يلجأ اليها الخلفاء الراشدون في المشكلات العلمية والسياسية كلما حزبهم أمر .

وقد كان لعمر بن الخطاب شورى خاصة ، وشورى عامة.

ـــ فشوراه الخاصة كانت تختص بعلية الصحابة من المهاجرين الاولين

وكبار الانصار . وهؤلاء يستشيرهم في صغير أمور الدولة وكبيرها

ـ وأما الشورى العامة فقد كان يجمع فيها ذوي الرأي من أهل المدينة اجمعين في الأمر الخطير من أمور الدولة ، فيجمعهم في المسجد النبوي ، واذا ضاق بهم جمعهم خارج المدينة ، وعرض عليهم الأمر ورأيه فيه.

فمن ذلك استشاراته لهم في أراضي سواد العراق عندما اختلف فيها مع رجال الجيش الفاتح الذين أرادوا اقتسامها كالغنائم المنقولة مما تقدم ايضاحه (ف /٥٢)، فقد جمع الصحابة وتناقشوا في ذلك، وتكرر اجتماعهم يومين أو ثلاثة حتى استقر الرأي على موافقة عمر في أنها فيء لا يقسم على الغانمين ، لأنه تتعلق بشمراته حقوق الأجيال القادمة أيضاً .

(ر: مقدمة «الملكية ونظرية العقد» للاستاذ ابي زهرة، ف/١٢/ص١٨)

وأصل هذه الشورى في القرآن قوله تعالى عن المؤمنين : «وأمرهم شورى بينهم » والأمر يشمل الشأن العلمي والسياسي .

وقد بين النبي ﷺ طريقة الشورى في الشؤون القضائية بجمع أهل العلم ومداولتهم ، والصدور عن رأي مجتمع مشترك .

فقد روى مالك بن أنس بسنده الى علي بن أبي طالب رضي الله عنه أنه قال :

« قلت ، يارسول الله ، الامر ينزل بنا لم ينزل فيه القرآن، ولم تمض فيه منك سنة ؟

فقال : اجمعوا العالمين من المؤمنين ، فاجعلوه شورى بينكم ، ولا تقضوا فيه برأي واحد » .

(ر : اعلام الموقعين لابن القيم ١ / ٧٣ ـ ٧٤) .

ولاريب أن هذا الرأي العلمي الذي يصدر عن الشورى المجتمعة والتمحيص والتحقيق المشترك يكون أضمن للصواب والمصلحة من الآراء الفردية .

وقد تقدم أن هذه الشورى العلمية في عهد الخلفاء الراشدين هي التي نشأ بها فعلاً مصدر الاجماع من مصادر الفقه الاسلامي .

وقد أخذ الاجتهاد المالكي بمبدأ هذه الشورى العلمية بين علماء كل زمن في تعديل الأحكام الفقهية عندما يتبدل فيها عرف الناس ومقاصدهم العملية .

وهذا هو اجتهاد الجماعة الذي نرى أنه لايسوغ انقطاعه[1] .

٦٣ ـ مزايا هذا الدور :

ـ كان لكثير من فقهاء المذاهب في مرحلة هذا الدور اجتهاد مقيد محدود ، أي آراء فقهية قائمة على أصول المذهب الذي ينتمون اليه قد يخالفون فيها إمام مذهبهم في بعض الأحكام مخالفة مستندة الى التخريج على أصوله نفسها بنظر آخر .(ر:ف/٦١) .

ـ وقد حل هذا الاجتهاد المقيد محل الاجتهاد المطلق الذي كان في طبقة أئمتهم .

ـ وقد بلغ النتاج الفقهي في مدى هذا الدور وسابقه على

---

(١) ـ انظر في هذا الموضوع المحاضرة التي كتبها ونشرها الاستاذ الكاتب المؤرخ الكبير رفيق بك العظم رحمه الله بعنوان « **قضاء الجماعة وقضاء الفرد** » .

أيدي كبار المؤلفين المذهبيين مبلغاً يجل عن التحديد والتصوير .

ـ وكانت في هذا الدور ، رغم توقف الاجتهاد ، جهود كبرى في تنظيم تلك المذاهب وجمع شتاتها ، ثم في تعليل مسائلها وتخريج الحوادث الجديدة على أصولها ، وفي ترجيح الآراء والاقوال التي يختلف فيها ضمن المذاهب .

ـ واتسع بذلك أيضاً علم اصول الفقه على أيدي كبار رجال تلك المذاهب . وكان اتساعه نتيجة لازمة لتلك التوسعات المذهبية التي يجب أن تستند اليه .

ـ ومما يمتاز به هذا الدور تشعب الآراء الفقهية في كل مذهب ، بسبب اتساع دائرته ، واختلاف آراء المخرجين فيه لاحكام الحوادث ، مضافاً ذلك الى اختلاف الروايات في كثير من الموضوعات عن امام المذهب نفسه ؛ إذ قد يكون له في الموضوع الواحد عدة آراء منقولة مختلفة .

وهذا ماأدى إلى استمرار حركة الترجيح والتصحيح لبعض الآراء والروايات ، والتضعيف لبعضها ، ليعتمد المفتون والقضاة على الاقوى منها .

ـ وقد ظهرت في هذا الدور كتب الفتاوى التي سنبحث عنها في الدور السادس .

٦٤ — المناظرات المذهبية :

وكانت في هذا الدور منافسات ومناقشات ومناظرات واسعة بين رجال المذاهب استمرت إلى ما بعد ذلك ، تسودها صبغة العصبية المذهبية أكثر من الغرض العلمي .

وقد وصلت تلك المناظرات في العصور التالية لدى المتأخرين من رجال المذاهب الى تشاحن بل تطاحن كريه ، وان كانت قد خلفت لنا كثيراً من الطرائف الفقهية ، واللطائف العلمية الدقيقة التوليد .

وكان المالكية أبعد من غيرهم عن معترك هذا الجدل المذهبي .

وان هذه العصبية المذهبية في فقه الاحكام لدى المتأخرين من اتباع المذاهب الأربعة كانت تغذيها عوامل زمنية قد وجهتها اتجاهاً معاكساً لروح التسامح والتقدير العلمي المتبادل المشهور بين أئمة تلك المذاهب أنفسهم . حتى لقد وصل بعض رجال المذاهب فيما بعد الى القول بأن من شرائط التقليد المذهبي أن يعتقد المقلد بأن مذهب إمامه كله صواب يحتمل الخطأ ، ومذهب غيره خطأ يحتمل الصواب !! مع أن تلك المذاهب الفقهية كلها تستمد استمداداً معتبراً من منابع الشريعة بأساليب صحيحة مختلفة مقبولة فى فهم نصوصها والتخريج على قواعدها

ويعد هذا الاختلاف ثروة عظيمة في الفقه الاسلامي ونظرياته ، كما سنرى في الباب الخامس الأتي .

وان الاخلاص للشريعة التي يظهر هذا الاختلاف المذهبي ما فيها من قابلية للخلود واتساع لشتى النظريات الفقهية يوجب على رجال كل مذهب أن يعتزوا بوجود المذهب المخالف ، ويتبادلوا التقدير كما كان يفعل أئمة مذاهبهم من قبل .

الفصل السادس

الدور الفقهي السادس

من منتصف القرن السابع الى ظهور المجلة سنة ١٢٨٦ هـ

٦٥ ــ في هذا الدور أخذ الفقه بالانحطاط . فقد بدأ في أوائله بالركود وانتهى في أواخره الى الجمود ، وان كان في بحر هذا الدور الواسع قد برز بعض الفحول اللامعين ، من الفقهاء والاصوليين .

في هذا العصر ساد الفكر التقليدي المغلق ، وانصرفت الافكار عن تلمس العلل والمقاصد الشرعية في فقه الاحكام الى الحفظ الجاف ، والاكتفاء بتقبل كل ما في الكتب المذهبية دون مناقشة .

وطفق يتضاءل ويغيب ذلك النشاط الذي كان لحركة التخريج

والترجيح والتنظيم في فقه المذاهب . وأصبح مريد الفقه يدرس كتاب فقيه معين من رجال مذهبه فلا ينظر الى الشريعة وفقهها الا من خلال سطوره ، بعد أن كان مريد الفقه قبلا يدرس القرآن والسنة ، واصول الشرع ومقاصده .

وقد أصبحت المؤلفات الفقهية — إلا القليل — أو اخر هذا العصر اختصاراً لما وجد من المؤلفات السابقة أو شرحاً له . فانحصر العمل الفقهي في ترديد ما سبق ، ودراسة ألفاظه وحفظها .

وفي أواخر هذا الدور حل الفكر العامي محل الفكر العلمي لدى كثير من متأخري رجال المذاهب الفقهية .

٦٦ — طريقة المتون :

وقد شاعت كنتيجة لذلك طريقة « المتون » في التآليف الفقهية وأصبحت هي الطريقة السائدة العامة ، وحلت كتب المتأخرين فيها محل كتب المتقدمين القيمة في الدراسة الفقهية .

وطريقة المتون هذه يعمد فيها المتأخرون الى وضع مختصرات يجمعون فيها أبواب العلم كلها في ألفاظ ضيقة يتبارون فيها بالايجاز ، حتى تصل الى درجة المسخ أو الالغاز ، وتكاد كل كلمة أو جملة تشير الى بحث واسع أو مسألة تفصيلية ، كمن يحاول حصر الجمل في قارورة ! ويسمى هذا المختصر « متناً »[1]

---

(١) — المتن (بفتح فسكون) : أصل معناه في اللغة مايكون في جانب =

ثم يعمد مؤلف المتن نفسه ، أو سواه ، الى وضع « شرح » على المتن لايضاح عباراته ، وبسط تفاصيل مسائله ، والزيادة عليها .

ثم توضع من قبل آخرين تعليقات على تلك الشروح تسمى «الحواشي»

ثم توضع على تلك الحواشي ملاحظات تسمى : تقريرات

وتتضمن تلك الشروح والحواشي والتقريرات كثيراً من المناقشات اللفظية في حل العبارات والالفاظ دون المقاصد الجوهرية في العلم . وقد يضيع الموضوع الواحد أو يتشتت ما بين المتون والشروح والحواشي والتقريرات .

ولا نعني بهذا خلو الحواشي من الفوائد العلمية ، بل هي مشحونة بكثير من التحليل والتحقيق والتمحيص والمباحث ذات الشأن ، ولكنها قد مزج فيها اللباب بالقشور ، وعانى الفقه فيها سقم الطريقة.

٦٧ ــ وتاريخ المتون في الحقيقة يرجع الى أقدم من هذا العصر . ولكنها عندما ظهرت قديماً كان الغرض منها حكيماً : وهو جمع المسائل الاولية البسيطة في متون صغيرة بعبارة سهلة لتكون مباديء لشداة[1]

= صلب الحيوان من لحم وعصب ؛ فالظهر متنان عن جانبي العمود الفقري . وقد يطلق المتن في الاستعمال على الظهر كله . (ر : المصباح المنير) .

وقد سموا به في الاصطلاح هذه المختصرات العلمية ، لانها تتضمن المسائل الاساسية التي يحمل عليها غيرها ، كما ان الظهر اساس للركوب والحمل .

(١) **الشادي** : المبتدىء الذي يأخذ طرفاً من العلم والادب ، جمعه **شداة** ، كقاض وقضاة ، واصله في اللغة : من يقتطع قطعة من الابل ويسوقها (ر : المصباح والقاموس) .

الفقه على نحو « الآجرومية » في علم النحو . وهذا الغرض يقضي بأن يبقى المتن مختصراً بسيطاً سهلا للمسائل الاولية مقصوراً عليها للغاية التعليمية ، فلا توضع عليه الشروح الواسعة ولا الحواشي المعقدة .

ولكن المتون انقلبت في العصر المبحوث عنه الى طريقة عامة تعقيدية في تأليف الفقه ؛ حتى أن من يريد أن يترك له أثراً وذكراً علمياً لا يفكر أن يخدم العلم بمؤلف مستقل يعمد به الى التجديد في أسلوب الفقه ولغته ، وفي تنقيحه وتقسيمه ، وترتيبه وتبويبه ، والرجوع بمسائله المشتتة في غير أبوابها الى أبوابها ومناسباتها ، فيضيف الى جهود المتقدمين الحميدة جهوداً جديدة [1] ؛ بل كان كل مؤلف متأخر يحصر جهده في وضع حاشية على شرح ، أو شرح على متن معقد ، أو يضع متناً على نسق سائر المتون الاختزالية اللغزية التي تقدمته .

من هنا نرى أن طريقة المتون بدأت قديما معقولة الفكرة والغرض لوضع مبادىء العلم البسيطة تسهيلاً على المبتدئين ، ثم أصبحت بالعوامل التقليدية على أيدي المتأخرين أشواكاً وتعاريج توعر بها طريق الفقه ، وأعتاص على غير ذوي الاختصاص ، وأصبحت

---

(١) - نذكر بهذه المناسبة ان من مفاخر المؤلفين في الفقه الحنفي الامام علاء الدين الكاساني المتوفى سنة /٥٨٧/ هـ . الذي وضع كتابه « **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع** » توسيعاً لكتاب « **تحفة الفقهاء** » لشيخه علاء الدين السمرقندي ، فقد نثر الكاساني في « بدائعه » فقه المذهب من الكتب ثم صاغه صياغة جديدة في سبعة مجلدات لاعلى مثال سبق ، باسلوب وترتيب موضوعي معجب ، فكان من المجددين حقاً في تدوين الفقه .

دوحة الفقه في أخريات هذا الدور تحمل الورق الكثير عوضاً عن الثمر اليانع .

٦٨ ـ مزايا هذا الدور :

وعلى كل يتميز هذا الدور الفقهي عن سواه بأمور ثلاث ذات بال:

٦٩ ـ (الامر الاول) ـ نشاط حركة التدوين في التطبيقات الفقهية ، وما انتجه من كثرة كتب « الفتاوى » التي كانت ظهرت قبل هذا العصر ولكنها كثرت فيه .

فان كثيراً ممن تقلدوا مهمة الافتاء الرسمية ، أو بلغوا من المكانة العلمية ماكانوا فيها مرجعاً للناس في استفتاءاتهم ، قد سجلوا فتاواهم في كتب خاصة ، ورتبوها غالباً على أبواب الفقه .

وكتب الفتاوى هذه تمثل الناحية التطبيقية العملية من الفقه ، وتظهر نتائج المبادىء النظرية والأحكام المقررة ، ومدى ملاءمتها للمصلحة التطبيقية عند وقوع الحوادث غير المتوقعة ؛ وهي أيضا مصدر صالح للوقوف على النصوص الفقهية في الحوادث المتوقعة كل وقت ، لأن الحوادث المتأخرة كثيراً ما تتشابه مع وقائع الماضي .

واسلوب كتب الفتاوى يجري غالباً على طريقة ذكر السؤال وإردافه بالجواب مع النصوص المذهبية التي يستند الجواب اليها . وقد يقتصر فيها على سرد أحكام الوقائع دون الاسئلة .

وقد وجد من كتب الفتاوى في هذا الدور ما كان ولايزال من أهم المراجع الفقهية ، كالفتاوى التتار خانية ، والخانية ، والبزازية ، والحامدية ، والهندية [١] .

٧٠ — (الامر الثاني) — صدور الارادات السلطانية في العهد العثماني في بعض المسائل الفقهية العملية ، كمنع سماع الدعاوى بعد مرور الزمن المعين ، وهو المسمى : التفاوم ، والى غير ذلك من التدابير الصادرة بارادات سلطانية .

والاجتهاد الاسلامي قد أقر لولي الأمر العام من خليفة أو سواه

---

(١) الفتاوى الهندية ، وتعرف ايضاً باسم « **الفتاوى العالمكيرية** » من اشهر الكتب المطولات في الفقه الحنفي . وهي منسوبة الى الملك « **محمد اورنك زيب** » وهو من السلالة المغولية التي حكمت في الهند دهراً طويلاً . ويلقب باسم « **عالمكير** » اي فاتح العالم . وكان ملكاً صالحاً ذا همة عالية وزهد ، قضى على عناصر الفساد في أسرته ، وأخضع الهند كلها تقريباً لحكمه ، فبسط سلطانه عليها من سنة / ١٠٦٩ / الى / ١١١٩ / هـ = (١٦٥٨ — ١٧٠٧ م) وكان يعيش من ثمن المصاحف التي كان يكتبها بخط يده .

وقد جمع هذا الملك لتأليف كتاب الفتاوى الهندية فقهاء الحنفية في عصره برئاسة الشيخ **نظام الدين** ، وأجرى عليهم النفقات ، ووضع تحت تصرفهم مكتبة عظيمة . فانتخبوا من جميع كتب المذهب الحنفي أصح مافيها من الاحكام ، وصاغوها في هذا المؤلف الجليل ، مع عزو كل حكم الى مصدره ، فاحتوى على ما لا يوجد في سواه . وقد طبع في مصر لاول مرة سنة /١٢٨٢/هـ في ستة مجلدات ضخمة . ثم طبع في المطبعة الاميرية ببولاق سنة /١٣١١/ هـ .

(ر : اكتفاء القنوع بما هو مطبوع ، ص / ١٤٦ / ، ومعجم المطبوعات العربية لسركيس ج ١ ص ٤٩٨) .

أن يحد من شمول بعض الاحكام الشرعية وتطبيقها ، أو يأمر بالعمل بقول ضعيف مرجوح اذا اقتضت المصلحة الزمنية ذلك ، فيصبح هو الراجح الذي يجب العمل به ، وبذلك صرح فقهاؤنا ، وفقاً لقاعدة المصالح المرسلة ، وقاعدة « تبدل الاحكام بتبدل الازمان » .

ونصوص الفقهاء في مختلف الابواب تفيد أن السلطان إذا أمر بأمر في موضوع اجتهادي (أي قابل للاجتهاد غير مصادم للنصوص القطعية في الشريعة) كان امره واجب الاحترام والتنفيذ شرعاً . فلو منع بعض العقود لمصلحة طارئة واجبة الرعاية ، وقد كانت تلك العقود جائزة نافذة شرعاً ، فانها تصبح بمقتضى منعه باطلة أوموقوفة على حسب الامر[1] (ر : رد المختار ١ /٥٥) .

---

(١) — جاء في كتاب الوقف من الدر المختار وحاشيته رد المحتار **نقلاً عن معروضات المولى ابي السعود** — (وهو مفتي المملكة العثمانية ثم قاضي القسطنطينية في عهد السلطانين سليمان وسليم ، ومن كبار رجال المذهب الحنفي المتأخرين المعول على فتاويهم وترجيحاتهم) — انه :

صدر الامر السلطاني بعدم نفاذ وقف المدين في القدر الذي يتوقف عليه تسديد الدين من امواله ، قطعاً لما يلجأ اليه بعض الناس من وقف اموالهم لتهريبها من وجه الدائنين .

وبناء على الامر صرح الفقهاء من بعده بعدم نفاذ مثل هذا الوقف شرعاً ؛ وقد كانت النصوص في اصل المذهب صريحة في نفاذ وقف المدين ولو كان دينه محيطاً بجميع امواله ، لان الدين إنما يتعلق بذمته لا بعين ماله .

(ر : رد المحتار ٣/ ٣٩٥ — ٣٩٦) .

ونص الفقهاء ايضاً على ان اللقطة — وهي المال الضائع يجده شخص — اذا =

وهذا من سماحة الفقه الاسلامي وسجاحته ومرونته التي أكسبته قابلية للوفاء بمصالح الازمان والاجيال .

٧١ — (**الامر الثالث**) — بدء حركة التقنين أواخر هذا العصر أي اصدار القوانين التي عدلت من الاحكام الفقهية الشرعية المعمول بها في المذهب الحنفي الذي هو مذهب الدولة العثمانية ، نظراً لما كان يلحظ من حاجات جديدة محلية ، واخرى ناشئة عن ارتباط العلائق الاقتصادية ببلاد اوروبا وقوانينها .

= كانت مما يحتاج الى نفقة ، كالحيوان مثلاً ، يأمر القاضي ببيعها وحفظ ثمنها ، او يأمر بايجارها ان امكن وينفق عليها من أجرتها ، كي لا تتراكم نفقتها ديناً على صاحبها. فاذا كانت اللقطة **عبداً آبقاً يكون هذا البيع نافذاً على مولاه** فليس للمولى نقضه اذا علم وجاء مطالباً . وهذا من ولاية القضاء .

هذا حكم عام في اللقطة وفقاً لنصوص الشريعة والقواعد الفقهية .

لكن نقل صاحب الدر المختار عن معروضات المولى ابي السعود ايضاً :

أن العبد الآبق اذا كان من عبيد العسكرية فقد صدر الامر السلطاني بمنع القضاة من بيعه كيلا يتخذ العبيد الآباق وسيلة للتخلص من خدمة الجيش .

ثم قال :

« وحينئذ لا يصح بيع هؤلاء العبيد بل يؤخذون من مشتريهم ويرجع المشتري بالثمن .

وكذلك بيع العبيد الآبقين من الرعايا اذا بيعوا بغبن فاحش ، وبذلك ورد الامر السلطاني ايضاً فليحفظ فانه مهم » اهـ .

(ر : كتاب الآبق في رد المحتار ج ٣ ص / ٣٢٥ — ٣٢٦) .

فانت ترى من هذه النصوص الصريحة ان الامر والمنع السلطاني بحسب المصلحة يقلب صفة العقد الصحيح النافذ في اصل الشرع ، فيصبح باطلاً في النظر =

(تابع الحاشية)

= الشرعي نفسه بمقتضى هذا المنع من ولي الامر .

والمهم جداً في هذه النصوص ليس هو الموضوعات التي وردت فيها ، بل **المبدأ الفقهي الذي تتضمنه** ، لما له من تأثير ذي بال في شتى الاحكام .

فاليوم — مثلا بعد صدور القوانين التي توجب تسجيل العقود العقارية من بيع ورهن ونحوهما في السجل العقاري ، وتقضي باعتبار ما يعقد من هذه العقود خارج المكتب العقاري باطلا ، او غير نافذ الاثر — يجب ان تعتبر هذه العقود في نظر الشرع ايضاً هكذا **باطلة او غير نافذة** على حسب النص القانوني ، لان هذا المنع صدر عن ولي الامر لمصلحة زمنية في تنظيم السجل العقاري يعود اليه شرعاً امر تقديرها .

فلا مجال لما يتوهمه بعضهم من ان هذه العقود العقارية تبقى صحيحة ونافذه شرعاً في الواقع ، وانه يجب تنفيذها ديانة وان كانت باطلة او غير نافذة قضاء بالنظر القانوني ، بحجة ان الشرع لم يشترط في شيء من هذه العقود تسجيلا ، وانما اكتفى بالايجاب والقبول اللفظيين .

ومثل ذلك يجب ان يعتبر في قضية التفريق بين الزوجين، بطلب المرأة بناء على قانون الاحوال الشخصية لدينا : فلا مجال لما يتوهمه بعضهم من ان المرأة تبقى في الواقع ديانة على عصمة زوجها الذي قضى بالتفريق بينها وبينه .

مثل آخر هام :

وهناك مثل آخر هام يتصل بهذا المبدأ أنقله هنا عن فقهاء المذهب الحنفي، لا على اساس التسليم بتفاصيله ، بل على سبيل عرضه للبحث :

ذلك انه قد ذكر صاحب الدر المختار في آخر « **باب القرض** » من كتاب « **البيوع** » ان شراء الشيء الرخيص بالثمن الغالي في مقابل الاستقراض من البائع جائز للحاجة . وقد سموه « **بيع المعاملة** » (وهي كما ترى طريقة احتيال للقرض بمنفعة) .

وذكرها ايضا صاحب الدر المختار نفسه قبل ذلك آخر باب المرابحة في البيع =

(تابع الحاشية)

= قبيل فصل القرض باسم « **المرابحة** » ، وهي ان يبيع الدائن للمدين شيئاً بأغلى من قيمته بحيث يحصل للبائع ربح يعادل الزيادة التي يريدها لقاء تأجيل الدين الى المدة التي يطلبها المدين .

وقد صرح في هذا المكان من الدر وحاشيته نقلاً عن فقهاء المذهب ، انه :

لو قضى المدين الدين قبل حلول اجله الذي عقدت من اجله المرابحة ، او اذا توفي المدين بعد المرابحة قبل نهاية الاجل ، فاستوفى الدائن دينه من تركة المدين لحلول الدين المؤجل بسبب وفاته ، فان الدائن لايستحق من المرابحة الا بنسبة ما مضى من الاجل ، واذا كان قد قبض الربح وجب عليه رد حصة ما بقي من الاجل .

ونقل ابن عابدين هنا عن صاحب القنية انه سئل الفقيه نجم الدين : اتفتي بهذا ايضاً قال نعم ، كما افتى به ايضاً الحانوتي ومفتي الروم ابو السعود والشيخ حامد العمادي في فتاواه الحامدية .

وقد نقل صاحب الدر المختار آخر فصل القرض انه ورد الامر السلطاني وفتوى شيخ الاسلام بان **لاتزيد المنفعة عن خمسة في المائة من مبلغ القرض** ، فاذا زادت يعاقب الشخص لمخالفة الامر السلطاني .

ونقل ابن عابدين ايضاً في حاشيته هنا عن كبار رجال المذهب كالخصاف ومحمد بن سلمة جوازه ، وعن بعضهم كراهته ، ثم نقل عن السائحاني « انه صدر امر سلطاني مبني على فتوى اخرى **برفع نسبة المنفعة الى خمس عشرة في المائة** وعليها العمل » لان الامر بها متأخر عن الاول فكان معدلاً له . وعلل ابن عابدين عقوبة من يخالف ويأخذ زيادة عن الحد المحدد في الامر السلطاني بأن « **طاعة امر السلطان بمباح واجبة** » .

وقد بحث ابن عابدين في ان مجرد مخالفة الامر السلطاني في عقد لا توجب فساد العقد . ولكن هذا يدل على ان الامر السلطاني **اذا تضمن النص على بطلان العقد** =

(تابع الحاشية)

=المخالف فانه يكون باطلاً حتما . (ر : الدر المختار ورد المحتار ج ٤ ص/١٧١ و ١٧٥) .

وقد ذكر ابن عابدين ايضاً في رد المحتار آخر الباب الاول من كتاب القضاء ان صاحب البحر **ابن نجيم** قد نقل عن ائمة المذهب « ان طاعة الامام في غير معصية هي واجبة ، **حتى لو امر بصوم يوم وجب صومه شرعاً** » (ر : رد المحتار ج ٤ ص / ٣٤٤) .

مشكلة اعطاء هذه الصلاحية لولاة الامور

والحل الصحيح لها

بقي ان يقال : ان اعطاء هذه الصلاحية لولي الامر العام يؤدي الى امكان ان يتصرف هذا الحاكم بحسب هواه في تغيير الاحكام الاجتهادية وتقييدها بأوامر او قوانين زمنية يصدرها ، وقد لا يهمه موافقتها لقواعد الشريعة ، وقد يكون هو جاهلاً او فاسقاً لا يبالي تهديم الشريعة . فكيف تجب طاعته شرعاً في هذه الاوامر ؟

والجواب :

ان هذه النصوص الفقهية مفروضة في احدى حالتين :

ـ اما ان يكون الحاكم نفسه من اهل العلم والتقوى والاجتهاد في الشريعة كما كان في الصدر الاول من العهد الاسلامي .

ـ واما ان لا يكون عالماً مجتهداً ، وعندئذ لا يكون لاوامره هذه الحرمة الشرعية الا اذا صدرت بعد مشورة اهل العلم في الشريعة وموافقتهم .

ولذلك كانت الاوامر القانونية التي تصدر في عهد السلطان سليم وسليمان القانوني فيما له مساس بالشؤون الشرعية انما تصدر غالباً على فتوى المولى ابي السعود ، وهو من اعظم الفقهاء المفتين . ثم في اواخر العهد العثماني كانت الاوامر السلطانية تصدر بموافقة دار المشيخة الاسلامية .

الفصل السابع

الدور الفقهي السابع

منذ ظهور المجلة الى اليوم

٧٢ ــ يمتاز هذا الدور الاخير بميزات ثلاثه لها شأن تاريخي هام في أسلوب الفقه الاسلامي وفي سيادته القصائية :

الاول) ــ ظهور مجلة الاحكام الشرعية بصفة قانون مدني عام من الفقه الحنفي .

الثاني) ــ اتساع دائرة التقنين الذي بدأ أواخر العصر السابق، وقيام بناء قانوني ضخم الى جانب صرح الفقه الشرعي .

الثالث) ــ الاتجاه العصري اليوم الى الاستفادة من فقه المذاهب الاجتهادية كلها .

وسنوضح هذه النواحي الثلاث فيما يلي :

(أ) ـ ظهور المجلة وسببه

٧٣ ـ ان الفقه الاسلامي احكامه منثورة في الكتب الفقهية في كل مذهب من المذاهب الاجتهادية .

وهناك أحكام كثيرة موجودة في غير مكان بحثها ، ومذكورة بالمناسبات الاستطرادية في غير أبوابها .

وهذه الكتب متفاوتة في استيعابها للاحكام العلمية والآراء المذهبية بحسب كونها مختصرة أو مطولة . فقد تجد في كتاب من الاحكام مالا تجد في آخر ، أو ما يخالف الآخر ، كما أنها متفاوتة في لغتها وعباراتها واسلوبها كتفاوت شروح القوانين اليوم في هذه الجهات .

وبما أن كل مذهب اجتهادي لايخلو من آراء وأقوال مختلفة في القضية الواحدة ، لاختلاف الروايات في أصل المذهب عن إمامه ، أو لاختلاف المخرجين لاحكام الحوادث الجديدة ، والمرجحين الذين سلف ذكرهم ، لذلك كانت درجة اعتبار كتب المذهب والآراء الفقهية المنقولة فيها تختلف وتتفاوت بحسب تفاوت المكانة العلمية التي لمؤلفي تلك الكتب ، أو أصحاب الآراء والاقوال المنقولة فيها .

فالبحث عن نصوص الأحكام الفقهية في تلك الكتب واستخراجها من مظانها وغير مظانها ، ومعرفة القوي الراجح من الضعيف المرجوح ، يحتاج الى قدرة ومرونة فقهية طويلة تصعب على الكثيرين .

ولما بديء بتأسيس المحاكم النظامية في الدولة العثمانية ، وأصبح يعود اليها اختصاص النظر في أنواع من الدعاوي كانت قبل ذلك ترجع الى المحاكم الشرعية ، ودعت الحاجة الى تيسير مراجعة الاحكام الفقهية على الحكام غير الشرعيين ، وتعريفهم بالاقوال القوية المعمول بها من الضعيفة المتروكة دون أن يغوصوا على ذلك في كتب الفقه الواسعة النطاق ، صدرت ارادة سنية سلطانية بتأليف لجنة لوضع مجموعة من الاحكام الشرعية التي هي أكثر من غيرها دوراناً في الحوادث .

فوضعت اللجنة في سنة /١٢٨٦/ للهجرة هذه المجموعة منتقاة من قسم المعاملات من فقه المذهب الحنفي الذي عليه عمل الدولة ، ورتبت مباحثها على الكتب والابواب الفقهية المعهودة ، ولكنها فصلت الاحكام بمواد ذات أرقام متسلسلة كالقوانين الحديثة ، ليسهل الرجوع اليها والاحالة عليها . فجاء مجموعها في /١٨٥١/ مادة .

وقد أخذت بعض الاقوال المرجوحة في المذهب للمصلحة الزمنية التي اقتضتها .

ومواضيعها ستة عشر كتاباً منقسمة الى أبواب ، والابواب الى فصول ، أولها كتاب « البيوع » وآخرها كتاب « القضاء » ، وهي بالترتيب التالي :

البيوع - الاجارات - الكفالة - الحوالة - الرهن - الامانات - الهبة - الغصب والاتلاف - الحجر والاكراه والشفعة - الشركات - الوكالة - الصلح والابراء - الاقرار - الدعوى - البينات والتحليف - القضاء .

٧٤ - وقد سمت اللجنة هذه المجموعة « مجلة الاحكام العدلية » وصدرتها بتقرير « لائحة الاسباب الموجبة »، أي المذكرة الايضاحية، ثم قدمتها بمقدمة تشتمل على مقالتين :

الاولى) - في تعريف الفقه وتقسيمه .

والثانية) - ذكرت فيها طائفة من القواعد الكلية التي تعتبر كل واحدة منها أصلا فقهياً تدور عليه أحكام كثيرة ؛ فاوردت منها تسعاً وتسعين قاعدة : اولاها قاعدة « الامور بمقاصدها » ، وأخراها قاعدة : « من سعى في نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه » .

وقد صدرت الارادة السنية السلطانية في شعبان سنة ١٢٩٣/ هـ بلزوم العمل بها وتطبيق أحكامها في محاكم الدولة .

فبذلك أصبحت هذه المجلة قانوناً مدنياً عاماً منتخباً من الاحكام الفقهية ؛ فما وجد فيه لا يعول على مايخالفه في كتب الفقه لاقترانه بالامر السلطاني ، وانما يرجع القضاة الى نصوص الفقهاء فيما لا نص عليه في المجلة التي هي القانون العام .

٧٥ - والشيء الجديد البارز في المجلة هو أنها قد تجلى بها التمييز

والتفريق في تأليف الفقه بين أسلوب المصادر العلمية أو التعليمية، وأسلوب المراجع القضائية، من حيث الترتيب، والترقيم، وتسهيل العبارة، والاقتصار على قول واحد يعمل به في كل مسألة دون ذكر اختلافات الفقهاء المستفيضة في كتب الفقه. وهذا من مقتضى الصياغة القانونية، فان القانون لا يجوز أن يشتمل على غير الحكم الواجب التطبيق؛ أما ميدان الآراء فانما هو الشروح التي توضع لتكون مصدراً علمياً أو تعليمياً.

وكانت المجلة حريصة جداً على رد المباحث والفروع إلى مناسباتها ومظانها، فعقد المضاربة يذكره الفقهاء في غير بحث الشركات، وقد ذكرته المجلة في الشركات، لأن المضاربة ليست سوى شركة عقد، رأس مالها من جانب، والعمل من الجانب الآخر. كذلك قسمت المجلة مسائل كل كتاب إلى مواضيع أساسية وفرعية، كالتعاريف، والشروط، والاحكام الخ.. ففصلتها بفصول مضبوطة التمييز، والحقت كل مسألة بموضوعها.

(ب) — اتساع دائرة التقنين، وعوامله

٧٦ — في هذا العصر الاخير اتسع نطاق التقنين اتساعاً لا حدود له، فصدرت القوانين في شتى المواضيع والنواحي في جميع البلاد الاسلامية، وكان التقنين في الفروع الثلاثة (المدني والجنائي والاداري) يسير سيراً حثيثاً.

وأهم نواحي التقنين المدني — الذي هو وحده ذو الصلة بهذا البحث التاريخي عن الفقه — تتجلى في ثلاث :

ـ القوانين التجارية .

ـ والقوانين العقارية .

ـ والقوانين الأصولية ، كقانون الاجراء ، وقانون المرافعات المدنية المسمى لدينا بقانون « أصول المحاكمات الحقوقية » .

وقد تغلغل واشتبك التشريع القانوني بجسم الفقه في مملكة الدولة العثمانية ، وفي البلاد المنفصلة عنها كسورية وفلسطين والعراق إلى درجة أنه قلما يوجد باب من أبواب الفقه لم يدخله التعديل أو النسخ القانوني في كثير أو قليل من أحكامه .

٧٧ ـ وقد كان من أهم العوامل على اتساع حركة التقنين الأمور التالية :

١) ـ تطور العلائق الاقتصادية داخلياً وخارجياً ، وتولد أنواع جديدة منها في هذه البلاد ، منها ما هو عرفي محلي ، ومنها المقتبس عن البلاد الافرنجية ، كأنواع الشركات القانونية ، والطرائق التجارية كتجارة التوصية (القوميسيون) والتأمين (السوكرة) ، والتعهدات الخ..

٢) ـ الحاجة إلى اعتبار الشروط العقدية التي يمنع أنواعاً منها الاجتهاد الحنفي المعمول به وبعض الاجتهادات الشرعية الاخرى .

٣) ـ الاتجاه الحكومي إلى ربط التصرفات والعقود العقارية

بنظم شكلية تجعل تلك العقود تحت مراقبة الحكومة لأغراض مالية وحقوقية وسياسية[١] ، مما أنشىء لأجله السجل العقاري وأنظمته ومكتبه ، واعتبرت العقود العقارية التي تعقد خارجه غير منتجة لآثارها .

٤) ــ الحاجة إلى تنظيم المراسم الشكلية ، أي الطرائق والاصول التي يجب اتباعها في المعاملات والمراجعات والدعاوى وفصل الخصومات وتنفيذ الاحكام وتسجيل العقود الخ .. مما وضعت لأجله قوانين المراسم ، كقانون أصول المحاكمات ، وقانون التنفيذ ، وقانون كتاب العدل .

٥) ــ ماصحب هذا التطور الاقتصادي المدني الكبير من جمود الفقه على أيدي المتأخرين ، وشلل حركته التوليدية مما أوضحناه في بحث الدور السابق ، فقد انقطعت فيه طبقات المجددين والمخرجين التي اتسع الفقه وسما على أيديها في الماضي ، ثم آل أخيراً الى دراسة حفظية نظرية ، لا انتاجية علاجية .

٦) ــ بناء مجلة الأحكام الشرعية من فقه المذهب الحنفي فقط ، فان المذهب الواحد مهما اتسع لا يمكن أن يفي بجميع الحاجات الزمنية والمصالح المتطورة التي قد يفقد علاجها التشريعي في ذلك المذهب ، ويوجد في غيره من الاجتهادات الاخرى .

---

(١) ــ **الغرض المالي** هنا هو فرض الضريبة على العقود العقارية . **والغرض الحقوقي** كمنع تلاعب مالك العقار بان يبيع عقاره من عدة مشترين على التعاقب ويقبض منهم اثماناً دون ان يدري كل منهم بشراء سابقه . **والغرض السياسي** كتحديد ملكية الاجانب للعقارات . فكل ذلك لايتم لولا النظم العقارية .

٨٧ ــ الرأي في ضرورة هذا التقنين وعدمها الى جانب الفقه

هذا ، وإن القوانين التي أوجدتها تلك العوامل والمقتضيات ، ككل القوانين التي يمكن أن توجد لدينا أو لدى غيرنا ، هي نوعان:

الاول) ــ قوانين الاحكام .

وهي التي توجب وتثبت لكل قول أو فعل موجبه وحكمه .

والثاني) ــ قوانين المراسم أو الأصول .

وهي التي ترسم وتبين الطرائق التي يجب سلوكها ، والأشكال التي يجب أن يصدر العمل على وفقها ، وتسمى أيضاً : «القوانين الشكلية» .

فجواز بيع عقار الصغير أو عدم جوازه مثلا يدخل قوانين في الأحكام .

أما لزوم إجراء عقده في المكتب العقاري وتسجيله في سجله فيدخل في قوانين المراسم .

ومن هذا القبيل أيضاً قانون « اصول المحاكمات » الذي يسمى اليوم أيضاً « قانون المرافعات » فان جميع أحكامه هي من الأحكام الشكلية .

٧٩ ــ ونخلص من هذا إلى رأي نراه ما بين الفقه الاسلامي والتقنين ، فنقول :

ان قوانين المراسم ضرورة لا بد منها لأنها لا تستند إلى مبادىء الحقوق وقواعد العدل الثابتة ، وانما هي تدابير تتصل بسياسة التشريع

وتنظيم تطبيقه أكثر مما تتصل بتلك المبادىء والقواعد .

وهذا التنظيم حق من حقوق أولياء الأمور العامة ومن صلاحيتهم الزمنية يحولون ويبذلون من مجاريه دائماً على حسب ما يرون أنه أصلح وأضبط . فقد يوجبون اليوم طريقة في توثيق العقود ، أو تقديم الدعاوى الى الحكام ، أو تسجيل الاحكام ، أو تنفيذها ، ثم يرون غداً ما هو أسهل وأحوط وافضل ، فيعدلون اليه .

وقد يعينون للتقادم (مرور الزمن) مدة ، ثم يرون المصلحة في زيادتها أو نقصها دون أن تتبدل أو تتغير المبادىء والنظريات الحقوقية التي تحكم في أصل الحق .

ولذلك لم يأت التشريع الاسلامي في أصله بشيء من أحكام المراسم إلا ما اعتبر فيه مصلحة ثابتة دائمة كلزوم الاشهاد في عقد النكاح ، وطريقة التلاعن بين الزوجين عندما يتهم الرجل امرأته بالزنى ، وكالارشاد العام إلى توثيق العقود بالكتابة أو الشهاد أو الرهن ، وكأصول القضاء الاساسية من استماع الدعوى ، وسؤال الخصم ، وتكليف البينة أو اليمين .

٨٠ ــ أما قوانين الاحكام فقد اغنى التشريع الاسلامي عن كل اقتباس اساسي فيها عن أمة أخرى وتشريع غريب بما في الفقه الاسلامي الواسع الافق من القواعد العامة المتنوعة ، والاسس الثابتة التي رسخت فيها فكرة احقاق الحق ، وازهاق الباطل ، ودرء المفاسد

وجلب المصالح، واحترام الارادات والعقود، ومنع الاكراه واسقاط ما يترتب عليه، وازالة الضرر، واعتبار الضرورات، ومسؤولية التسبب، وتنويع وتوزيع الضمانات بعدل متوازن، واعتبار العرف والعادات في العقود والاعمال والالتزامات، الى غير ذلك من المبادىء الاساسية الكثيرة المغنية في التشريع الاسلامي وفقهه.

وقد كان هذا الفقه الاسلامي ميداناً لاجتهادات واسعة النطاق ضمن حدود الشريعة قد أشرنا اليها فيما سلف، وهي لاتحصى عدداً ولاتضيق آراؤها ونظرياتها الحيه عن حاجة تشريعية أبداً، كما سنرى قريباً.

وأما مايجد حدوثه في التعامل مما لم يكن موجوداً، كشركات ضمان الاخطار المعروف اليوم باسم عقد التأمين، أو (السوكرة)، وشركات المشاريع الاقتصادية العظمى ذات السهام المتداولة التي تسمى « الشركات المغفلة »[1]؛ الى غير ذلك من المعاملات والاوضاع الاقتصادية التي أوجدها تطور الزمن والعلائق الاجنبية، فمن السهل جداً أن تخرج الاحكام اللازمة لها تخريجاً، وتولد توليداً من امهات

---

(١) - بضم فسكون، بصيغة اسم المفعول من « **الاغفال** ». سميت كذلك لانها يغفل فيها، اي يهمل، ذكر اسماء الشركاء؛ وانما يذكر في عنوانها اسم المشروع الذي اسست لاجله كشركة البترول، وشركة الغزل والنسيج، وشركة التبريد وشركة الكهرباء الخ ...

الأصول والقواعد الفقهية بطريقة القياس ، أو الاستصلاح ، كما قام الفقهاء قديماً بتخريج الأحكام وتوليدها لكثير من انواع التعامل التي جد حدوثها في ازمانهم، كبيع الوفاء، والاستصناع، والرهن المستعار[1] وغيرها من أساليب التعامل الحادثة التي فيها مشابه مركبة تحتاج أحكامها إلى تخريجات دقيقة على قواعد عديدة ؛ وكما عالجوا

---

(١) - إليك شرح هذه العقود الثلاثة بايجاز فيما يلي :

(أ) **بيع الوفاء** : هو ان يبيع المحتاج الى النقد عقاراً **على انه متى وفى الثمن استرد العقار** .

ويفترق عن الرهن في غايته من حيث ان غاية الرهن توثيقية فقط ، وغاية بيع الوفاء توثيق الدين وانتفاع المشتري الدائن بالعقار .

وقد حدث هذا البيع ببخارى أو اخر القرن الخامس الهجري . واستقر اخيراً رأي الفقهاء فيه على انه يشبه ثلاثة عقود : **البيع الصحيح ، والبيع الفاسد، والرهن**. فاعطى من كل واحد من هذه العقود ما يناسب غايته من الاحكام .

والدليل على هذا التاريخ الذي حددناه لحدوث بيع الوفاء ان الامام نجم الدين أبا حفص عمر بن محمد النسفي قال عنه في فتاواه : « البيع الذي تعارفه **اهل زماننا احتيالاً للربا** ، وسموه « بيع الوفاء » ، هو في الحقيقة رهن » الخ . . (ر : آخر البيوع من كتاب « الدرر ») .

ونجم الدين النسفي ولادته سنة /٤٦١/ هـ ووفاته /٥٣٧/ هـ .

(ب) - **والاستصناع** : هو شراء ماسيصنع وفقاً للطلب ، وهو معروف قبل الاسلام . وقد اشتبه امره اولاً على الفقهاء : هل هو **بيع السلف** (اي السلم ، فتجب فيه شروط السلم او هو بيع عادي ، او وعد بالبيع ؟ ثم هل المبيع فيه العين التي ستصنع او العمل ؟ الخ . . . وهل يجري فيه خيار الرؤية بعد الصنع كما في البيع العادي =

وخرجوا أحكاماً وافية لحقوق القرار المنشأة على عقارات الاوقاف بعرف حادث ، كالحكر ، والاجارتين ، والمرصد ، والكدك[1] والخلوّ الخ .. مما هو معروف في محله من أحكام الاوقاف .

(ج) — الاتجاه العصري

٨١- تبدو اليوم في مصر وسورية والعراق ، وفي بلاد اخرى من العالم العربي والاسلامي ، التفاتة نحو الفقه الاسلامي بأجمعه للاستفادة من مذاهبه. والمفكرون الذين درسوا الحقوق الحديثة واطلعوا على القوانين

= او لايجرى كي لا يتضرر الصانع لانه صنعه خصيصاً المستصنع ؟ كل ذلك قد اقر فيه الفقهاء احكاما تناسب القواعد والحوائج .

(ج) - **والرهن المستعار** : هو ان يستعير الانسان شيئاً من صديقه لا ليستعمله ، بل ليرهنه ويستدين به .

ومن المقرر ان الاعارة عقد تبرع غير لازم فيفسخه المعير متى شاء ، والرهن لازم صيانة لحق الدائن المرتهن ؛ كما ان العارية امانة لاتضمن بالهلاك ، والمرهون مضمون ، فلذلك كان في الرهن المستعار موجبات متضادة .

ولكن فقهاء الحنفية خرجوا له احكاماً من قواعد شتى ، فيها الدقة والمصلحة وصيانة حقوق الاطراف الثلاثة فيه . (ر : ج ٢ ف /٦٥/ والمجلة /٣٧٢) .

(١) — سيأتي شرح معاني هذه الحقوق العينية المنشأة على الاوقاف في الجزء الثاني من هذه السلسلة في بحث **انواع الحق العيني** ، فلتنظر هناك (ج٢ف/٢٣) .

الوضعية المحلية في هذه الاقطار العربية ، وعلى كثير من القوانين المدنية الأوربية ، عندما يلقون بأبصارهم الى أبعد من المذهب الحنفي أو الشافعي أو غيرهما ، ويقارنون تلك القوانين بما أوجدته مجموعة الأجتهادات الاسلامية من آراء ونظريات وفقه خصيب ، يجدون أن الضيق عن الحاجات التشريعية العصرية ليس هو في الفقه الاسلامي عامة ، وانما هو في كل مذهب فردي على حدة .

وما يضيق عنه المذهب الواحد ونظرياته ففي مذهب آخر سعة منه وعلاج . ولم يوجد تشريع كثرت فيه الاجتهادات واتسعت الآراء كالتشريع الاسلامي .

وهذه المذاهب ـ سواء منها الأربعة المدونة بكاملها التي سلفت ذكرها ، وما كان منها لم يدون بكامله ، وانما نقلت آراء أصحابه في كتب الاختلاف الفقهي نقلاً صحيحاً ـ هذه المذاهب كلها نسبتها الى الشريعة الاسلامية متساوية . فآراء فقهاء الصحابة ومن بعدهم من التابعين وتابعيهم ، كابن أبي ليلى ، وابن شبرمة ، ومكحول ، والأوزاعي ، والحسن البصري ، وسعيد بن جبير ، وكثير غيرهم ، لها من القيمة والاعتبار ما لآراء أبي حنيفة ، ومالك ، والشافعي وابن حنبل .

وليس من المحتم أن يأخذ كل قطر مذهب أحد المجتهدين بكامله ، بل يمكن أن يؤخذ من قواعد كل مذهب وأحكامه ما يرى أنه الأليق بالمصالح الزمنية .

وقد ظهرت هذه الحاجه الى فقه المذاهب الاخرى لجمعية المجلة نفسها.

ويشعر بذلك ماجاء في تقرير لائحة الأسباب الموجبة التي صدرت بها المجلة، من بحث الجمعيه المذكورة عن مذهب ابن شبرمة في اعتبار الشروط مطلقاً في العقود، ومن المناقشات التي جرت حول الأخذ بمذهبه، ثم ترجيحها الاقتصار في ذلك على المذهب الحنفي لتوسطه ولعدم الحاجة (في نظرهم) إلى الأخذ بمذهب ابن شبرمة، لأن الاجتهاد الحنفي يعتبر ويصحح كل شرط جرى عليه العرف.

٨٢ - بدء تنفيذ الفكرة في تقنين الاحوال الشخصية:

ثم بدء رسمياً بتنفيذ هذه الفكرة، فكرة الاستفادة من مختلف المذاهب الفقهية، عن طريق التقنين في احكام الأحوال الشخصية أواخر العهد العثماني، اذ وضعت الحكومة العثمانية قانون حقوق العائلة في سنة /١٣٣٣/ رومية، واخذت فيه من المذهب المالكي حكم التفريق الاجباري القضائي بين الزوجين عن طريق التحكيم المنصوص عليه في القرآن عند اختلافهما، وتوسعت فيه. وبذلك مكنت المرأة أن تتخلص من زوج السوء بطلبها التفريق، كما يتمكن الرجل أن يتخلص من امرأة السوء بالتطليق، كما اخذت احكاماً إصلاحية اخرى من مذاهب اخرى.

وقد أخذ القانون المذكور أيضاً من مذهب مالك اطلاق حرية الزواج لزوجة المفقود بعد اربع سنين من فقدانه، بينما يقضي المذهب الحنفي بانتظار وفاة جميع اقرانه في العمر، فتبقى زوجة المفقود معلقة حتى شيخوختها.

٨٣ — ثم حذت الحكومة المصرية في قضية التفريق وزوجة المفقود هذا الحذو في سنة /١٩٢٠/م

ثم في سنة /١٩٢٩/م خطت الحكومة المصرية خطوة واسعة في الأخذ من مختلف الاجتهادات مما وراء المذاهب الأربعة، فأصدرت قانوناً تحت رقم/٢٥/ الغت فيه تعليق الطلاق بالشرط في معظم حالاته، كما اعتبرت تطليق الثلاث أو الثنتين بلفظ واحد طلقة واحدة عملاً برأي ابن تيمية ومستنده الشرعي، وذلك باقرار مشيخة الازهر للتخلص من مآسي الطلاق المعلق وطلاق الثلاث، مما يرتكبه جهال الرجال وحماقهم في ساعات النزاع أو الغضب، فيخرجون عن حدود السنة والمقاصد الاساسية في الطلاق المشروع [1]، ثم يلتمسون المخرج منه بشتى الحيل والوسائل الدنيئة بعد الوقوع، مما يعرفه أهل العلم.

---

(١) - الطلاق قد شرع في الاسلام طريقاً لانحلال الزوجية عند تعذر العشرة الصالحة بين الزوجين.

فاذا علق الزوج الطلاق، بان قال مثلاً: ان لم يفعل كذا، وان لم يكن قد حصل الامر الفلاني فامرأته طالق، يكون قد استعمل الطلاق لتقوية عزيمته على فعل، او لتأكيد خبر، مكان القسم بالله، لان هذه التأكيدات قد شرع لها القسم بالله لا الطلاق.

فيكون الرجل بذلك قد اساء باستعمال الطلاق في غير ماشرع له، وخرج به عن مقاصده الشرعية.

ومعظم مآسي الطلاق انما يقع فيها الناس بطريق تعليق الطلاق على افعالهم=

٨٤ — ويري بعض المفكرين من علماء العصر أن مجموعة المذاهب الاجتهادية يجب أن تعتبر كمذهب واحد كبير في الشريعة ، وكل مذهب فردي منها كالمذهب الحنفي والمالكي والشافعي والحنبلي وغيرها يعتبر في هذا المذهب العام الكبير كالآراء والاقوال المختلفة في المذهب الفردي الواحد ، فيرجح علماء الأمة ويختارون منها للتقنين في ميدان

= او افعال نسائهم او غيرهن من اكل او شرب او ذهاب او إياب او زيارة او تكليم شخص او لبس ثوب الخ . . . لاجل الحمل على الفعل او المنع عنه ، بحسب كون الشرط المعلق عليه من هذه الافعال **سلبياً او ايجابياً** (نحو : ان فعلت كذا ، او ان لم افعل) . بل كثيراً ما يعلقون الطلاق على افعال بينهم وبين اصدقائهم او اعدائهم لا دخل لنسائهم فيها ، فيقع فعل الشرط المعلق عليه ، وتفاجأ المرأة بطلاق مشتت للاسرة لم تكن جانية لسببه ولا علم لها به ، وقد يكون الطلاق المعلق ثلاثاً لا بقاء بعده ولا لقاء .

وكل ذلك منشؤه انحراف الناس بالطلاق منذ القديم عن اسلوبه وهدفه الشرعيين ، واستعمالهم اياه معلقاً لتقوية العزيمة على فعل أو على ترك ، بدلاً من القسم بالله ، وذلك في غير ماشرع الطلاق لاجله ، بل في عكس غايته الشرعية التي تدل النصوص القرآنية على حدودها والعلماء عن ذلك غافلون ومستسلمون لهوج الناس وجهلهم في تغيير الطريق المشروع في اخطر موضوع .

وقد تخلصت البلاد المصرية من هذه المآسي بمنع الطلاق المعلق والغائه قضاء اذا كان لم يقصد بتعليقه سوى الحمل او المنع (اي الحث على فعل او ترك) .

وهذا التدبير في مصر لو لم يكن له مستند من المذاهب الفقهية القديمة التي نقلها ابن القيم في « **اعلام الموقعين** » عن كبار فقهاء الصحابة لوجب على علماء الامة اليوم ان يقرروه بطريق الاستحسان او الاستصلاح ؛ رداً للناس الى الجادة الشرعية في استعمال الطلاق ، وقضاء على مآسي جهالتهم فيه .

القضاء والفتيا ماهو أوفى بالحاجة الزمنية ومقتضيات المصلحة في كل عصر . وهذا رأي سديد[1] .

---

(١) - واخيراً صدر في سورية / ١٩٥٣ م (بعد الطبعة الثالثة السابقة من هذا المدخل الفقهي) قانون عام للاحوال الشخصية جامع لجميع احكام الاسرة في ابوابها الاربعة :

- **الزواج**، وما يتفرع عنه من نفقة ونسب وحضانة وطلاق وتفريق وعدة الخ . . .

- **الاهلية** ، وما يتفرع عنها من نيابة شرعية عن القاصرين في شتى صورها كالولاية ، والوصاية ، والقوامة الخ . . .

- **الوصية** ، وما يتعلق بها من شرائط واحكام .

- **الميراث** .

وقد كنت احد اعضاء اللجنة الرسمية التي عهدت اليها الحكومه السورية بوضعه فاستمددنا احكامه من الفقه الاسلامي بجميع مذاهبه وآرائه ، واقتبسنا جميع تلك الاحكام الاصلاحية التي اخذ بها قانون حقوق العائلة العثماني من قبل ، والقوانين المصرية المتفرقة التي تناولت قضايا مختلفة من احكام الاحوال الشخصية اشرنا الى بعضها آنفاً كقضية زوجة المفقود ، والطلاق المعلق ، وطلاق الثلاث ، ومدة الحمل ، وميراث الاخوة مع الجد ، والمسألة المشتركة (ر : ف / ٢٢)، وقاعدة ميراث ذوي الارحام، والقضية المعروفة بقضية « **ابن المحروم** » ، وغير ذلك فكان قانوننا هذا اول قانون كامل من نوعه في العالم الاسلامي كله بشموله تقنين جميع احكام الاحوال الشخصية ، وبما تضمنه فيها من احكام اصلاحية وخطوات تقدمية نيرة ضمن جادة الشريعة وحدودها .

وقد ، جاء هذا القانون في موضوعه خير برهان عملي على مافي الفقه الاسلامي بمعناه الواسع في مختلف مذاهبه وأصوله من كفاية وقابلية للاستجابة الى شتى الحاجات التشريعية الزمنية .

وقد أسلفنا الاشارة في بحث الاستصلاح الى هذا القانون وانه نسخ قانون حقوق العائلة العثماني لدينا وحل محله (ر : ف ٢٩ / ٣ ح) .

الباب الخامس

دفع توهم عن اختلاف الاجتهادات
وعن الصفة الدينية فى الفقه الاسلامي

الفصل الأول

ضرورة اختلاف الاجتهادات، وقيمته

٨٥ — بعض المتوهمين ممن لاعلم عندهم ولا بصيرة لهم يظنون أن اختلاف الاجتهادات في الفقه الاسلامي نقيصة، ويتمنون لو لم يكن إلا مذهب واحد.

وقد يذهبون إلى أبعد من هذا في أوهامهم فيرون أن اختلاف المذاهب قد يوهم تناقضاً في المصدر التشريعي!

ودفعاً لهذا الوهم الفاسد نقول: إن الاختلاف المذهبي الشائن

المستكره الذي ليس له في الامة إلا سيئات الآثار انما هو الاختلاف في العقائد .

أما الاختلاف الفقهي في الاحكام العملية المدنية فهو من المفاخر والذخائر ،لأنه ثروة تشريعية كلما اتسعت كانت اروع وانفع وانجع .

فان معنى هذا الاختلاف هو تعددالنظريات والمبادىء والطرائق الحقوقية في استمداد الاحكام وتقريرها . وهذا يجعل الامة في غنى من تشريعها لايضيق بها عن حاجاتها . وشأنها في ذلك شأن من له في بيته مقاعد من مختلف الاوضاع والارتفاع ، فاذا تعب من قعوده على أحدها استراح بالانتقال الى سواه . او كمن في بلده صيدليات كثيرة متفاوتة ، وكلها مستوفية للشرائط، فاذا لم يجد علاجه المطلوب في احداها وجده في أخرى .

فكذلك حال المذاهب الفقهية في التشريع الاسلامي .

يقول الامام ابو اسحق الشاطبي في كتابه« الاعتصام » (٣/١١):

مانصه :

(روى ابن وهب عن القاسم بن محمد أيضاً ، قال :

اعجبني قول عمر بن عبد العزيز :

« ماأحب ان اصحاب محمد صلى الله عليه وسلم لا يختلفون ،لأنه لو كان قولا واحداً لكان الناس في ضيق ، وانهم أئمة يقتدى بهم ، فلو أخذ رجل بقول أحدهم لكان سنة »

ومعنى هذا أنهم فتحوا للناس باب الاجتهاد وجواز الاختلاف فيه ، لأنهم لو لم يفتحوه لكان المجتهدون في ضيق فوسع الله على الامة بوجود الخلاف الفروعي فيهم ، فكان فتح باب للدخول في هذه الرحمة) انتهى كلام الشاطبي

ويقول الاستاذ محمد ابو زهرة تعليقاً على ذلك :

« ولقد كان اختلاف الصحابة في الفروع رائده الاخلاص . ولذا لم يكن بينهم تنازع في الفقه ولا تعصب ، بل طلب للحقيقة وبحث عن الصواب من أي ناحية أخذ ، ومن اي جهة استبان .
وان ذلك الاختلاف كان فيه شحذ للاذهان ، واستخراج للاحكام من القرآن ؛ واستنباط قانون شرعي عام ، وان لم يكن مسطوراً . . . ونحن لانرى الخلاف في الفروع الا ثمرات ناضجة لما بثه القرآن الكريم والسنة النبوية في نفوس الناس من البحث بعقولهم وتدبير شؤونهم بالشورى ومبادلة الرأي ، مستضيئين بسنة النبي صلى الله عليه وسلم ، ومستظلين باحكام القرآن » اه

(ر : مقدمة كتاب « الملكية ونظرية العقد » للاستاذ ابي زهرة ؛ ف / ١٣ / ص / ١٩ - ٢٠)

هذا ، واننا نرى اليوم علماء الحقوق من الافرنج يتباهون بما انحدر اليهم في تراثهم التشريعي عن الرومانيين من آراء ونظريات مختلفة مأثورة عن فقهاء الشرع الروماني وشراحه ، ولا يعدون تلك الآراء المختلفة من النقائص أو النقائض التي يتمنون ان لاتكون في ميراثهم القانوني ، بينما لا يعد الفقه الروماني على سعته الا شيئاً يسيراً ، وغيضاً من فيض بالنسبة الى ماأورثناه الاجتهادات من فقه الشريعة الاسلامية .

٨٦ ـ وهذا الاختلاف الفقهي نتيجة ضرورية لا يمكن أن لا تكون ما دام للعلماء نظرات لا تتحد ، وافهام لا تتفق .

وهو لا يدل على تناقض في المصدر التشريعي المستنبط منه ، كما لا تدل اختلافات آراء المحاكم في معنى مادة قانونية على تناقض فيها ؛ وإنما يدل على مرونة النص ، وسعة قابليته التطبيقية .

على أنه إذا كان الوضوح الصريح في المادة القانونية الفرعية أحسن وأصون ، فلا شك أن المرونة في المصادر الأساسية الدستورية التي تستند اليها المواد القانونية الفرعية هو الأفضل ، ليمكن أن تصاغ على أساسها القوانين والأحكام بحسب الحاجة .

وأن تعدد الاحتمالات في معاني النصوص الأساسية في الشريعة مع تشعب وجوه القياس يجعلان اختلاف الاجتهادات أمراً حتماً مبرماً مع كونه ثروة قيمة[1] .

وإيضاحاً لضرورة هذا الاختلاف الفقهي ولقيمته نضرب المثلين

---

(١) ـ في مقدمة كتاب « **بداية المجتهد** » من المؤلفات القديمة للقاضي ابن رشد الحفيد بحث مختصر عن اختلاف الاجتهادات واسبابه وضرورته ، وفي كتاب « **فقه القرآن والسنة في القصاص** » من المؤلفات العصرية للاستاذ الشيخ محمود شلتوت عضو جماعة كبار العلماء بمصر ووكيل مشيخة الازهر اليوم بيان قيم مشبع عن ذلك ، فليرجع اليهما من يحب التوسع .

التاليين ، أحدهما لتعدد وجوه فهم النص ، والآخر لتعدد وجوه القياس في حكم القضية الواحدة :

٨٧ - (أ) - مثال نصي :

جاء في آية المداينة من القرآن ، بعد الارشاد الى توثيق الديون والعقود بالكتابة والشهود ، قوله تعالى :

وان كنتم على سفر ولم تجدوا كاتباً فرهان مقبوضة »

— فكلمة « مقبوضة » يحتمل أن تكون وصفاً يفيد معنى الشرطية ، فيدل على أن قبض المرهون شريطة شرعية لتمام عقد الرهن ، فلا يتم الرهن بدونه نظراً لغايته التوثيقية ، لأن الرهن غير المقبوض لا يوثق تحصيل الدين . وبذلك يفترق الرهن عن نحو البيع الذي يتم بمجرد العقد بلا حاجة الى قبض المبيع في مجلس العقد . (وإلى هذا المعنى ذهب الاجتهادان الحنفي والشافعي) .

ويحتمل أن تكون كلمة « مقبوضة » وصفاً يدل على استحقاق قبض المرهون لا على شرطيته في العقد ؛ فينعقد الرهن بدون قبض ، ويجبر الراهن قضاءً على تسليم المرهون إلى المرتهن إذا امتنع (وهذا ما عليه الاجتهاد المالكي) .

— ثم من جهة أخرى : هل الغاية من قبض المرهون في نظر الشرع استيثاقية محضة ، ككتابة صك الدين ، لأنه جعل في الآية تدبيراً احتياطياً لتوثيق الدين عوضاً عن كتابة الصك عند فقدان الكاتب ،

فيأخذ حكم الصك ، ويكون المرهون في يد الدائن المرتهن أمانة غير مضمونة ، فاذا تلف في يده لا يسقط شيء من الدين كما لا يسقط شيء منه بتلف الصك ؟ (وهذا ماعليه الاجتهاد الشافعي) .

— أو هل يعتبر في قبض المرهون معنى الاستيفاء إلى جانب الاستيثاق بسبب وضع الدائن المرتهن يده على مال المدين وامتيازه بتقدمه على سائر الغرماء الآخرين في استيفاء دينه منه ، فلا يكون مجرد أمانة بيده ، بل هو أمانة من وجه ومضمون من وجه . (وهذا ما عليه الاجتهاد الحنفي) . فاذا تلف المرهون في يد الدائن المرتهن وكانت قيمته أكثر من الدين يسقط الدين ، وما زادمن قيمة المرهون يكون أمانة غير مضمونة[1] .

فانظر في كلمة « مقبوضة » وفي سياق الآية ماذا ينشأ عنها من النظريات الفقهية والأحكام الفرعية المختلفة ، واعتبر مثل ذلك في كثير من نصوص الكتاب والسنة التي يطول بنا إيرادها إزاء الأفهام الاجتهادية التي خلفت لنا في الفقه الاسلامي أعظم ثروة تشريعية عرفت في التاريخ عن أمة من الأمم .

٨٨ — (ب) ـ مثال قياسي :

ومن الأمثلة القياسية التي اختلف النظر في وجه قياسها بين أئمة الاجتهاد الأولين لتعدد وجوه القياس فيها مسألة طريفة ، وهي مالو

---

(١) ـ انظر في هذه الاجتهادات « بداية المجتهد » لابن رشد ، كتاب الرهن .

تشارك شخصان ورأس مالهما ثلاثة دنانير، من أحدهما دينار ان ومن الآخر واحد، فاختلطت الدنانير الثلاثة فأصبحت لا يمكن التمييز بينها، ثم ضاع منها دينار ان فما حصة كل من الشخصين في الدينار الباقي ؟

ـــ سئل أبو حنيفة عنها فأجاب أن الباقي يكون بينهما أثلاثا، فثلثاه لصاحب الدينارين وثلثه لصاحب الدينار، جريا مع القياس الظاهر. فان الدنانير لما اختلطت بصورة لا تقبل التمييز أصبحت كلها مشتركة بين الشخصين بنسبة ما لكل منهما، فيكون كل دينار مشتركاً أثلاثاً بينهما، لأحدهما ثلثاه وللآخر ثلثه.

فما يهلك بعد ذلك من المال المشترك يهلك على الشركاء بنسبة حصصهم في المجموع، ويبقى الباقي مشتركاً بنسبة حصصهم أيضاً. وهذا هو قياس الحكم المسلم به في الشركة.

ـــ وسئل عنها ابن شبرمة فأجاب بأن الدينار الباقي يكون مشتركاً أنصافاً بين الشخصين، لكل منهما نصفه. لأن أحد الدينارين الضائعين هو من مال صاحب الدينارين بيقين فيهلك من حسابه فقط، ويبقى له دينار واحد كما لرفيقه. فالدينار الآخر الضائع هو المشكوك فيه أنه من مال هذا أو ذاك، فيهلك عليهما مناصفة؛ فيبقى الباقي بينهما نصفين.

(ر : ضحى الاسلام للاستاذ احمد أمين ج٢ ص/٨٨ الطبعة الثانية).

وهذا بخلاف مالو ضاع دينار واحد فقط، فان الباقي يكون بينهما أثلاثاً بالاتفاق، لاحتمال أن يكون الضائع كله عائداً لكل منهما.

فأبو حنيفة اعتبر الاختلاط سبباً للشركة في الملك قياساً على سائر أسبابها ، ثم لم يجعل الهلاك معدلاً للحصص ، لأنه وقع بعد ثبوت الشركة ، فاجرى فيه ايضاً قياس هلاك بعض المال المشترك .

وابن شبرمة نظر إلى ان هلاك دينار واحد يختلف عن هلاك الاثنين ، لما في هلاك الاثنين من علم يقيني بنصيب احد الشخصين في بعض الهالك ، والشك في البعض الآخر ، فيعطي اليقين حكمه في بعض الهالك وتعدل الحصص أولاً ، ثم يجري في البعض الآخر المشكوك على قياس هلاك المال المشترك .

هذان مثلان ، أحدهما نصي والآخر قياسي ، يعطيان فكرة واضحة عن اختلاف الاجتهادات في فروع الاحكام ، ويتبين منهما ان هذا الاختلاف واقع محتم لامناص منه وهو في الحقيقة ثروة ثمينة قيمة ، ولاسيما اذا أضفنا الى ذلك ماينشأ من اختلاف الأنظار الاجتهاديه في ميدان الاستحسان والمصالح المرسلة .

٨٩ — هذا وإن تلك الاجتهادات الفقهية ، على اختلافها الكثير ، نسبتها جميعاً الى الشريعة الاسلامية نسبة صحيحة معتبرة ، وان كانت تلك الاجتهادات في كثير من تفاريع الاحكام الفقهية متفاوتة في درجة قربها من الصواب ومسايرتها لحكمة التشريع .

واذا كان كثير من تفاريع الاحكام الفقهية في المذاهب انما هو من عمل الفقهاء انفسهم — كما يقول الاستاذ علي حسن عبد القادر في

كتابه « نظرة عامة في تاريخ الفقه » ص ٣ ــ فذلك لاينافي صحة نسبته ، على اختلافاته ، الى مبادىء الشريعة ، واشتقاقه منها ؛ فان عمل فقهاء الاسلام في ايجاد تلك الاحكام التفصيلية التي لاحد لسعتها في مختلف المذاهب انما هو اجتهاد أو تخريج على اصول الشريعة الاسلامية ودلائل نصوصها الاساسية كما رأينا من المثلين المتقدمين .

الفصل الثاني

مزية الصفة الدينية في الفقه الاسلامي

٩٠ ــ قدمنا أول هذا الكتاب أن الفقه الاسلامي هو نظام روحي ومدني معاً ، لأن الشرع الاسلامي جاء ناظماً لامور الدين والدنيا .

وبينا أن من نتيجة ذلك أن افتراق الفقه الإسلامي ، حتى في القسم المدني منه وهو المعاملات ، عن القوانين الوضعية بوجود فكرة الحلال والحرام فيه ، وان القضاء لأحد بطلب عندما يثبت مطلوبه بالمثبتات الظاهرة وتتوافر أسباب القضاء به لايجعل الباطل حقاً والحق باطلاً في الواقع ، ولا يبيح للانسان ديانة أن يتناول ماقضي له به إذا كان في الواقع مبطلا أو مزوراً ، وان كان تنفيذ القضاء واحترامه لازمين لما تقتضيه سياسة التشريع من وجوب بناء القضاء المدني على الظواهر وترك البواطن الى الدين . ومن ثم كانت أحكام المعاملات في الفقه الإسلامي ذات اعتبارين : اعتبار قضائي واعتبار ديانى (ر : ف/٢ــ٤) .

فهذه الصبغة الدينية في الفقه الإسلامي من حيث استمـــداده ومصادره الاساسية ، ومن حيث فكرة الحلال والحرام فيه، لم تكن لتمنعه عن أن يبني أحكامه المدنية على رعاية المصالح الدنيوية والاعراف السليمة ، وأن يؤسس وضعاً قضائياً مدنياً يبنى أحكامه على الظـاهر المحض كما تبنى سائر القوانين الوضعية . ولكن تلك الصبغة الدينية فيه أفاضت على أوضاعه المدنية هيبـة واحتراماً ، واورثتها سلطاناً على النفوس كان به الفقه الاسلامي شريعة مدنية ووازعاً اخلاقياً في وقت معاً ، لما فيه من قدسية المصدر القرآني الآمر ، ومن الزاجر الديني الباطن الى جانب القضاء الظاهر . فلا يحتاج الانسان الى قوة مصلتة عليه دائماً لتلزمه الخضوع لايجابه، ولا يجد في الافلات من سلطان حكمه غنيمة أن استطاع الافلات ، سواء أكان ملكاً عظيماً أو صعلوكاً ضعيفاً[1]

---

(١) — لهذه الصفة الدينية في احكام الفقه الاسلامي كثيراً ما كان الخلفاء في التاريخ الاسلامي يدعون الى مجلس القضاء الشرعي للمحاكمـة في دعوى لاحد الناس عليهم ، فيحضرون كعامـة الناس تاركين ابهـة السلطنـة على دست الحكم ، ويدخلون مجلس القضاء بكل توقير له ، وقد يحكم عليهم فيخضعون لحكم الشرع متباهين بهـذا الخضوع ، كما حكم محمد بن عمر الطلحي على الخليفـة المنصور العباسي للحمالين والمكارين ، وكما حكم ابو يوسف صاحب ابي حنيفة على الخليفة هرون الرشيد .

وقضية المنصور تلك قد رواها الاربلي في كتابه « خلاصة الذهب المسبوك المختصر من سير الملوك » فقال : =

(تابع الحاشية)

= « قال نمير المديني : قدم علينا المنصور المدينة ومحمد بن عمر ابن الطلحي في قضائه ، وانا كاتبه . فاستعدى الحمالون — اي ادعوا لدى القاضي — على امير المؤمنين في شيء ذكروه .

قال فأمر نميراً المديني ان اكتبْ الى امير المؤمنين كتاباً بالحضور معهم وانصافهم : فقلت : **تعفيني من هذا فانه يعرف خطي ! !** فقال : اكتب ، فكتبت ، ثم ختمه ، فقال : **لا يمضي به احد والله غيرك !**

فمضيت به الى الربيع ، وجعلت اعتذر اليه ، فقال : لا تفعل . فدخل عليه بالكتاب ثم خرج الربيع فقال للناس ، وقد حضر وجوه اهل المدينة والاشراف وغيرهم : **ان امير المؤمنين يقرأ عليكم السلام ويقول لكم اني دعيت الى مجلس الحكم ، فلا اعلم احداً قام الي اذا خرجت او بدأني بالسلام الا فتكت به .**

ثم خرج ، والمسيب بين يديه ، والربيع ، وانا خلفه ، في إزار ورداء : فسلم على الناس ، فما قام اليه احد . ثم مضى حتى بدأ بالقبر فسلم على رسول الله ﷺ ، ثم التفت الى الربيع فقال : ويحك يا ربيع اخشى ان رآني محمد بن عمر ابن الطلحي ان يدخل قلبه هيبة فيتحول عن مجلسه ، فوالله لئن فعل لا يولى لي على ولاية ابداً ! !

قال : فلما رآه — اي القاضي — ، وكان متكئاً ، اطلق رداءه على عاتقه ثم احتبى ودعا الخصوم والحمالين ودعا امير المؤمنين ، ثم ادعوا وحكم عليه لهم .

فلما دخل — اي المنصور — الدار قال للربيع : اذهب ، فاذا قام وخرج من عنده الخصوم فادعه . فقال يا امير المؤمنين ، ما دعا بك حتى فرغ من امور الناس جميعاً . =

٩١ — فمن قصر النظر مايتوهمه بعضهم من أن تلك الصفة الدينية في الفقه الإسلامي تقضي عليه بالجمود وعدم القابلية لأن يتسع لحاجات الازمان اتساع التشريع الوضعي الذي يمكن أن يتكيف بحسب الحاجة .

فقد رأينا أن الفقه الاسلامى قد أقام للاستحسان والمصالح العامة والأعراف اعتباراً لايقف في مجاراة الحاجات الزمنية عندحد سوى حد المصالح العامة نفسها والحرمات الاساسية التي جاءت الشريعة لاصلاح البشرية برعايتها ،صيانة للنفوس والعقول والأموال والأعراض في الحاضر والمستقبل .

يقول الاستاذ الجليل محمد أبو زهرة :

« ومن يحاول ان يفهم الشريعة الاسلامية على انها قوانين مجردة ومعالجات لاصلاح طوائف من المجتمع وتنظيم معاملاتهم من غير ان يربطها بالاسلام فلن يفهمها على وجهها الصحيح ، لان الفهم المستقيم ماقام على رد الفروع الى اصولها والنتائج الى مقدماتها ، والاحكام الى غاياتها والآراء الى مقاصد قائليها .

وان من يحاول هذه المحاولة كمن يتصور أن ثمراً يكون من غير شجر ، او ان غصوناً تقوم على غير جذوع .

= فلما دخل عليه ، فقال المنصور : جزاك الله عن دينك ونبيك ، وعن حسبك ، وعن خليفتك احسن الجزاء » .

(ر : خلاصة الذهب المسبوك المختصر من سير الملوك ، لعبد الرحمن سنبط الاربلي ، في بحث خلافة المنصور العباسي ص /٦٢-٦٣)

وليس في كون الفقه الاسلامي مستمدا ينابيعه من الدين وقائماً على اساسه غض من قيمته ، ونقص من قدر المستنبطين له المفرعين لفروعه ، لان اولئك الوعيل الاول من المسلمين رأوا بثقب نظرهم وقويم ادراكهم ان قوانين تستمد من الدين ويظلها بظله تكون امس بالوجدان ، وامكن في الضمير ، وأقر في النفس ، يطيعها الناس لا بعصا السلطان ولا بقهر الحكام ، بل بصوت من القلب ، ورهبة من الديان ، ورغبة في النعيم المقيم . فتكون الطاعة ارهافاً للاحسان وايقاظاً للمشاعر ، وتنمية لنوازع الخير ، وتطهيراً للنفس من نوازع الشر . ولا تكون الطاعة ضرباً من ضروب المسكنة والخنوع المطلق من غير ان يمس الوجدان بما في القانون من داعيات الخير ومرامي الاصلاح ، اذ ينفذ على انه ارادة الحكم ورغبة السلطان وهما واجبا الطاعة من غير أي نظر وراء ذلك .

وان جعل القوانين مستمدة من الدين من شأنه أن يقلل الفرار من احكامها . لان الناس يستشعرون الخشية من الله اذ يحاولون الفرار ، ويحسون من داخل نفوسهم مراقبة الله اذا ضعفت مراقبة الانسان .

وان ربط القانون الاسلامي بالدين جعله مرتبطاً كل الارتباط بقانون الاخلاق ، وبما تطابقت الجماعات الانسانية قاطبة على انه فضائل ؛ فلا تنأى فروع هذا القانون ولا قواعده عن الاخلاق الكريمة . فكانت الشريعة الاسلامية بحق هي اول قانون تلتقي فيه الشريعة بالاخلاق ، ويكونان صنوين متحدين متلاقيين . ومن قبلها كان ذلك حلماً للفلاسفة والمصلحين يحلمون به ، فان حاولوا تطبيقه ايقظتهم الحقيقة ، وأيأسهم الواقع المستقر .

وان استمداد الفقه الاسلامي ينابيعه من الدين جعله شاملا

في سلطانه للراعي والرعية ؛ وجعل القانون مسيطر على الحاكم والمحكوم . فكان من حق الناس ان يقولوا للحكام : انتم مقيدون باحكام الشريعة ، وانتم مسؤولون عن تنفيذها ، وذلك في ازمان كانت سلطة الحكام مطلقة بلا قيد يقيدها ، ولا نظام يضبطها ، فكانت الشريعة بارتباطها بالدين قيداً للحاكم وتهذيباً للمحكوم »

(مقدمة كتاب الملكية ونظرية العقد في الشريعة الاسلامية للاستاذ المشار اليه ص / ١ - ٢)

❀ ❀

الباب السادس

قانوننا المدني المنتظر (١)

وفضل بنائه من الفقه الاسلامي

المتسع لحاجات التشريع القويم

٩٢ ـ نحن اليوم بحاجة الى تجديد في بناء مجلة الاحكام العدلية الشرعية تصاغ به من الفقه الإسلامي بمعناه الواسع ، أي من مجموع اجتهاداته ، لا من الاجتهاد الحنفي فقط .

وبذلك يمكن أن نحصل على قانون مدني إسلامي يفوق أحسن القوانين المدنية المعروفة الى اليوم ، لما في تلك الاجتهادات المختلفة من مبادىء ومبان وأحكام تتسع لجميع الحاجات التشريعية الواقعة

---

(١) ـ بينا في مقدمة/الطبعة الثالثة انه في خلال تلك الطبعة في فترة الانقلاب العسكري الاول في سورية سنة / ١٩٤٩ م قد اخذت حكومة الانقلاب قانونا مدنياً اجنبي الاصول والمصادر هو القانون المدني المصري الجديد ، فقطعت بذلك صلتنا بالفقه الاسلامي الذي هو اعظم تراث محفوظ عربي الاصول ! !

وكان ذلك على ايدي اناس تعاونوا مع حكومة ذلك الانقلاب من الشعوبيين اعداء العروبة والاسلام .

وهذا الباب مكتوب في عهد المجلة قبل القانون المدني السوري المشار اليه ، فلا زلنا ننتظر قانوناً حديثاً مستمداً من الفقه الاسلامي على نحو مابينا في هذا الباب .

والمتوقعة ، وان مصادرها قريبة النسب منا وسهلة التناول علينا .

وفي هذا الوقت الذي تتوجه فيه نية أولي الامر في سورية الى وضع قانون مدني جديد يحل محل المجلة ، اذا استمد هذا القانون من التشريع الاسلامي مع اضافة الاوضاع الحقوقية الزمنية الجديدة وتخريجها على أسسه ومبانيه ، فان هذا الاستمداد - علاوة على مافيه من إحياء تراث لنا جليل — يحول دون تخبط في مشكلات لاحدود لها من اضطراب التطبيق فيما إذا استمد القانون من تشريع أجنبي . فالحوادث التي لاتتناولها صراحة النصوص ،وهي كثيرة الوقوع يرجع عندئذ في تخريج أحكامها الى مصادر إسلامية معروفة في المذاهب الاجتهادية المستمد منها ، عوضاً عن الرجوع إلى مصادر أجنبية مجهولة في محيطنا ونابية عن فهوم قضاتنا والأساليب التي الفوها .

وهذه مصر التي استمدت فيما مضى ،لأسباب سياسية ،قانونها المدني من التشريع الفرنسي تقوم فيها اليوم - إذ نبهها الرشد العلمي - صرخة من رجال القانون انفسهم تدعو الى وضع قانون مدني جديد مستمد من الفقه الإسلامي .

٩٣ - ولكي يتجلى لنا مدى قابلية الاجتهادات الإسلامية لوفاء الحاجات التشريعية الحديثة نأتي بأمثلة من أهم ماجاءتنا به القوانين في بلادنا السورية ، ونرى مايوافقها مما سبقت اليه الاجتهادات الإسلامية :

١) جاءت المادة/٦٤/ من قانون أصول المحاكمات الحقوقية العثماني

بقاعدة عدها واضعو هذا القانون فتحاً جديداً[١] تقربوا به من التشريع الاوروبي الحديث ، وهي قاعدة اعتبار الشروط العقدية في المقاولات والعقود ، والغاء الفساد بالشروط التي كانت تعتبر مفسدة للعقد بالنظر الفقهي الذي أقرته المجلة .

وإن ماجاءت به المادة /٦٤/ المذكورة من هذه الناحية هو موافق لمذهب ابن شبرمة الذي أشارت اليه لجنة المجلة نفسها في مذكرتها الايضاحية كما تقدم ، ولمذاهب أخرى ترى احترام الشروط التعاقدية وصحة العقود معها ، وترعى في هذا قول رسول الله ﷺ : « المسلمون على شروطهم ».

وهو الموافق للعرف العربي القديم قبل الإسلام ، وعليه المثل المأثور : « الشرط أملك ، عليك أم لك »[٢]

---

(١) — نلفت النظر الى ان المادة /٦٤/ المذكورة قد الغيت لدينا بالغاء قانون اصول المحاكمات الحقوقيه العثماني وحلول قانون جديد محله سنة ١٩٥٣ .

اما المبادىء القانونية التي تضمنتها المادة /٦٤/ المذكورة فقد استعيض عنها باحكام مماثلة في القانون المدني السوري الجديد الذي اشرنا اليه في الحاشية السابقة .

(٢) — يظن بعضهم ان هذه الجملة المأثورة هي من كلام ابن شبرمة في تعبيره عن مذهبه ، وبعضهم يظنها من كلام ابن ابي ليلى ، وليس كذلك ، بل هي مثل عربي اول من قاله الافعى الجرهمي في قضية احتكم اليه فيها ، وكان من حكماء العرب ، كما في مجمع الامثال للميداني . ولعل ابن شبرمة تمثل به .

اما ابن ابي ليلى فمذهبه في اعتبار الشروط هو عكس ذلك ، كما في المذكرة الايضاحية المثبتة في صدر المجلة ، وفي « فتح القدير » للكمال بن الهمام (ج٦/ص٧٦)

وهذا عين النظرية الحقوقية الحديثة القائلة: «ان عقد الانسان قانون له».

وقررتها المادة /١٤٨/ من قانوننا المدني الجديد إذ قالت: «العقد شريعة المتعاقدين».

وسنرى تفصيل ذلك في موطنه من بحث فساد العقود (ف/٣٨٨ و ٣٩٢)

٢) — ان المجلة لا توجب على الغاصب ضمان منافع المغصوب التي استوفاها أو عطلها على المالك مدة الغصب وفقاً للاجتهاد الحنفي بحجة أن الغاصب خاضع لضمان قيمة العين المغصوبة إذا هلكت.

وقد عدلت القوانين لدينا هذا الحكم، فأوجبت ضمان أجر مثل المغصوب على من يغصبه فيعطله أو يستوفي منه منفعة بلا عقد، وفي هذا المصلحة والصواب كما سنوضحه في الجزء الثاني من هذا الكتاب وهذا موافق للاجتهادين الشافعي والحنبلي.

٣) — الاجتهاد الحنفي أوجب انفساخ الاجارة بموت أحد العاقدين والمجلة في هذا ساكتة. وقوانين الاجارات قضت بعدم الانفساخ بالموت.

وهذا موافق للاجتهاد الشافعي.

٤) — القوانين العقارية استغنت عن إيجاب القبض في العقار المرهون، اكتفاء بوضع إشارة الرهن عليه في صحيفته من السجل العقاري.

وهذا موافق للاجتهاد المالكي في عدم اشتراط القبض لصحة عقد الرهن ولا للزومه. كما تقدم (ف/٧٩).

ثم في نتيجة ذلك أصبح العقار المرهون بلا قبض غير مضمون على المرتهن في حالة التلف بحكم القانون ، وهذا ايضاً موافق للاجتهاد الشافعي فى عدم ضمان المرهون .

٥) ــ قانون الملكية العقارية لدينا ذو الرقم /٣٣٣٩/[1] الغى شفعة الجوار التي أقرتها المجلة ، وهذا الالغاء موافق للاجتهاد الشافعي الذي لا يرى للجار شفعة ، بل يقصرها على الشريك.

كما أن قانون الملكية العقارية المذكور قد عدل أيضاً في المدد التي حددتها المجلة لطلب الاخذ بالشفعة ، فان اهمل الشفيع الطلب فيها سقطت شفعته .

وتلك المدد الجديدة موافقة لآراء منقولة في المذهب المالكي .

٦) ــ قانون الجزاء في معظم أحكامه موافق للمبدأ الفقهي في تفويض عقوبة ماسوى الحدود الى رأي الحاكم ، وهي المسماة بعقوبة « التعزير » فالقانون قد حدد لكل جريمة عقوبتها سلفاً ، وهذا التحديد من صلاحية ولاة الامر شرعاً .

هذه أمثلة قليلة من كثير ؛ والتتبع في هذا الموضوع لا ينتهي ؛ وهي تنبىء بالأمر الواقع الذي نريد أن يعلم ، وهو :

ان الاجتهادات الاسلامية لا يشذ عن مجموعها مبدأ حقوقي حكيم ، او نظرية معقولة

---

(١) ــ **ملاحظة** : هذا القانون ادمجت مواده أخيراً في القانون المدني الجديد واصبحت جزءاً منه وقد ألغى القانون المدني المذكور حق الشفعة بتاتا في سورية ! ! بينما اصله وهو القانون المصري ظل محتفظاً بها لمنفعتها .

٩٤ ــ على أن الراسخين اليوم في علم الحقوق من رجالات اوروبة اصبحوا يعترفون بان التشريع الاسلامي يعد في طليعة المصادر الصالحة لسد حاجات التشريع الحديث .

وينطق بذلك قرار مؤتمر القانون المقارن المنعقد بمدينة لاهاي في جمادى الآخرة سنة / ١٣٥٦ / هـ = آب سنة / ١٩٣٨ / م ، إذ دعي اليه الازهر فمثله فيه مندوبان من كبار العلماء حاضرا فيه (عن المسؤولية الجنائية والمسؤولية المدنية في الاسلام ، وعن نفي كل علاقة مزعومة بين القانون الروماني والشريعة الاسلامية) .

فقد سجل هذا المؤتمر على اثر ذلك قراره التاريخي الهام بالنسبة الى رجال التشريع الاوروبي . وقد جاء فيه :

١ ـ اعتبار الشريعة الاسلامية مصدراً من مصادر التشريع العام
٢ ـ وانها حية قابلة للتطور
٣ ـ وانها شرع قائم بذاته ليس مأخوذاً من غيره[١]

٩٥ ــ واليوم ، ونحن نطبع هذا الكتاب الطبعة الثالثة تطلع علينا انباء القرار الجديد لمؤتمر المحامين الدولي الذي انعقد الآن في مدينة « لاهاي » باوربة ما بين / ١٥ ـ ٢٢ / من شهر آب لهذا العام عام / ١٩٤٨ / م وقد اشتركت فيه ثلاث وخمسون دولة من مختلف الامم والاقطار ، وارسلت كل دولة من الاساتذة المحامين لديها من يمثلها فيه

---

(١) ــ تاريخ التشريع الاسلامي للاساتذه السايس والسبكي والبربري ، ص (٣٥٣ ــ ٣٥٤) .

وقد كان ممثل سورية فيه زميلنا الاستاذ في كلية الحقوق السورية الدكتور مأمون الكزبري الذي حاضر في هذا المؤتمر عن « الملكية العقارية في الشرع الاسلامي » فأثبت في محاضرته ان النظرية الاسلامية في الملكية هي أعدل النظريات القديمة والحديثة ، إذا اعتبرت الملكية حقاً نسبياً ليس ذا سلطان مطلق مثلما عليه بعض التشريعات الوضعية القانونية ، كالتشريع الروماني القديم والانكليزي الحالي ، وليس مغلولاً كما تريده بعض التشريعات الاجتماعية الحديثة اليوم .

وان هذا المؤتمر الاخير ، بناء على اقتراح من لجنة التشريع المقارن فيه ، وعطفاً على ما كان قرره مؤتمر القانون المقارن السابق سنة ١٩٣٧/م في مدينة لاهاي نفسها بشأن التشريع الاسلامي — مما ذكرناه آنفاً — قد اتخذ القرار التالي الذي ترجمته :

نظراً لما في التشريع الاسلامي من مرونة ، وماله من شأن هام ، يجب على جمعية المحامين الدولية ان تتبنى الدراسة المقارنة لهذا التشريع ، وتشجع عليها (١)

٩٦ — وهنا يحسن ان نشيد بالكلمة المأثورة عن الاستاذ العلامة

---

(١) — ان نص اقتراح لجنة التشريع المقارن في هذا المؤتمر باللغة الانكليزية التي صيغ بها ، كما وافانا به زميلنا الدكتور مأمون الكزبري عضو المؤتمر المذكور واقرته جمعيته العامة هو كما يلي :

Because of the recognized flexibility and importance of muslim law the comparative study by the international bar association must be adopted and encouraged.

الحقوقي الكبير عبدالرزاق السنهوري من مقال منشور في مجلة القضاء العراقية (في العدد الاول من السنة الثانية مايس / ١٩٣٦) ومنقول في العددين/٦-٧/للسنة الأولى من مجلة نقابة المحامين بدمشق ، اذ قال في صدر بحثه عن صلاح الشريعة الاسلامية للخلود في ميدان التطبيق المدني :

«لااريد الاقتصار على شهادة الفقهاء المنصفين من علماء الغرب كالفقيه الالماني كوهلر Kohler والاستاذ الايطالي دليفيشيو Delvechie، والعميد الاميركي ويكمور Wigmore وكثيرين غيرهم ممن يشهدون بما انطوت عليه الشريعة الاسلامية من مرونة وقابلية للتطور ؛ ويضعونها الى جانب القانون الروماني والقانون الانكليزي احدى الشرائع الاساسية الثلاث التي سادت ولاتزال تسود العالم وقد اشار الاستاذ لامبير lambert الفقيه الفرنسي المعروف في المؤتمر الدولي للقانون المقارن الذي انعقد في مدينة لاهاي سنة ١٩٣٢ الى هذا التقدير الكبير للشريعة الاسلامية الذي بدأ يسود بين فقهاء اوروبا واميركا في العصر الحاضر .

ولكني ارجع للشريعة نفسها لاثبت صحة ماأقرته :

ففي هذه الشريعة عناصر لو تولتها يد الصياغة فأحسنت صياغتها لصنعت منها نظريات ومبادىء لا تقل في الرقي والشمول وفي مسايرة التطور عن اخطر النظريات الفقهية التي نتلقاها اليوم عن الفقه الغربي الحديث .

واني آتي بأمثلة اربعة اضطررت الى الاقتصار عليها لضيق المقام :

يدرك كل مطلع على فقه الغرب ان من احدث نظرياته في القرن العشرين نظرية « التعسف في استعمال الحق » ونظرية «الظروف الطارئة» ، ونظرية « تحمل التبعة » و « مسؤولية عدم التمييز » .

ولكل نظرية من هذه النظريات الاربع اساس فى الشريعة الاسلامية لا يحتاج الا الى الصياغة والبناء » :

ثم أوضح الاستاذ السنهوري باسهاب أسس هذه النظريات الحديثة الاربع في الشريعة الاسلامية .

٩٧ — وبهذه المناسبة ننقل هنا عبارة جليلة جميلة عن واجب البلاد السورية في تشريعها الجديد المنتظر للاستاذ الفرنسي الكبير (دوندیو دوفابر Donnedieu de Vabres) من أعلام علماء الحقوق الجنائية في العصر الحاضر والاستاذ في كلية الحقوق من جامعة باريز ذكرها في مقدمته التي كتبها على رسالة زميلنا الدكتور انور ابراهيم باشا التي عنوانها « المسؤولية الجزائية فى الشريعة الاسلامية بنظر الاجتهاد الحنفي »

« De la responsabilité pénale en Droit Islamique d'aprés la Doctrine Hanafite »

وهي الرسالة التي نال بها شهادة الدكتوراه في الحقوق من الجامعة المذكورة، سنة /١٩٤٤/ خلال الحرب العالمية الثانية الماضية ، اذ يقول الاستاذ دوفابر ما ترجمته :

« عندما تضع الحرب اوزارها في يوم السلم القريب ستجد سورية نفسها امام ضرورة ملجئة الى ان تستبدل بالتشريعات المتنوعة السائدة في بلادها ، وخاصة منها المجموعة القانونية العثمانية لسنة /١٨٥٨/ م ، تشريعاً موحداً ملائماً للعصر .
وسوف تلجأ بلا ريب ، كما فعلت سابقاً ، الى نماذج اجنبية .
ولكنها يجب ان لا تهمل ماضيها التشريعي المجيد ، المنشىء للحضارة الرفيعة ، والمكون من تراثها الاسلامي .

وان مؤلف هذه الرسالة يساهم في اظهار صورة هذا الماضي مشخصة بارزة »[١]

هذا ولا اجد ختاماً اختم به هذه المقدمة أجمل وأمثل من كلمة ابن القيم المأثورة إذ يقول :

« ان الله ارسل رسله وانزل كتبه ليقوم الناس بالقسط ، وهو العدل الذي قامت به السموات والارض .
فاذا ظهرت امارات الحق وقامت ادلته بأي طريق كان فذلك من شرع الله ودينه ، ورضاه وامره »[٢]

---

(١) — النص الفرنسي لعبارة الاستاذ « دوفابر » هذه هو كما يلي .

au jour prochain de la paix, la Syrie se verra dane l'obligation urgente de substituer aux législations variées qui régnent sur son territoire, et, notemment au Code ottoman de 1858, un droit unifié et modernisé .

Comme précédemment, elle aura recours, sand doute, à des exemples étrangers

Mais elle ne saurait négliger le précédent illustre. et hautement civilisateur , que constitue sa tradition islamique .

L'auteur de ce livre aura, heureusement , contribué à mettre ce précédent en relief .

(ر : مقدمة الرسالة المذكورة ، الطبعة الاولى ، ص / ٥) .

(٢) — ذكر ذلك ابن القيم في اواخر كتابه القيم « **اعلام الموقعين عن رب العالمين** » (ج٣ص/٥٤٣)، خلال بحثه عن السياسة الشرعية وما تقتضيه من انشاء الاحكام للناس بحسب دواعي الحاجة والمصلحة ، وما يكون من تلك الاحكام السياسية المحدثة نافعاً موافقاً لروح الشريعة الاسلامية او مضراً مخالفاً . =

فبأمثال هذه الادمغة النضيجة والافهام الصافية نهض الفقه الاسلامي نهضته العالية ، وبرزت مكنوناته من اكنان الشريعة ، ولعل لتلك النهضة الفقهية عودة سريعة .

= وقد اتى رحمه الله تعالى في هذه المناسبة بكلام نفيس جداً عن مبدأ واسباب استحداث ما سماه : « **القوانين السياسية** » – اي الاحكام المسنونة بأوامر ولاة الامر بناء على دواعي السياسة الشرعية – وبين كيف ان طائفة من المدعين لانفسهم علم الشريعة ضيقوا نطاقها جهلاً منهم ، وسدوا على انفسهم طرقاً صحيحة من الطرق الشرعية لاقامة العدل وتنظيم مصالح العباد وحقوقهم ، وجعلوا الشريعة كانها قاصرة لاتقوم بمصالح العباد ، حتى رأى ولاة الامور أن الناس لايستقيم امرهم الا بشيء زائد على مافهمه هؤلاء من فهم ضيق في الشريعة المتسعة ، فأحدثوا لهم **قوانين سياسية** لتنتظم بها مصالح العالم وكان من هذه القوانين الصالح ومنها الفاسد . فتولد من تقصير اولئك في الشريعة وإحداث هؤلاء ما احدثوه من اوضاع سياستهم شر طويل وفساد عريض الخ ...

ثم قال رحمه الله :

« ولانقول ان السياسة العادلة مخالفة للشريعة الكاملة ، بل هي جزء من اجزائها وباب من ابوابها . وتسميتها « سياسة » امر اصطلاحي ، والا فاذا كانت عدلاً فهي من الشرع »

ثم ساق امثلة عن اعمال الرسول ﷺ وصحابته واحكامهم بين الناس بالسياسة الشرعية ، فلتنظر فيه .

وقد اعاد معظم هذا البحث في كتابه الطرق الحكمية (ص/١٢– ١٥)

وقد دل تعبير ابن القيم بلفظ « **القوانين السياسية** » على ان اطلاق « **القوانين** » على معنى الانظمة التشريعية الزمنية كان مستعملاً في اصطلاح الفقهاء قبل ابن القيم المتوفي سنة /٧٥١/ هـ .

القسم الثاني

النظريات الفقهية الاساسية

في مباني الاحكام

٩٨ — انتهينا من تلك المقدمة التعريفية التاريخية التي عرضنا فيها صورة كافية عن الفقه الاسلامي ومصادره وأطواره وأدواره التي مر بها منذ نشأته الى اليوم ، في ذلك القسم الأول من هذا المدخل الفقهي العام .

وننتقل الآن إلى القسم الثاني الذي سنعرض فيه مختلف النظريات الفقهية الأساسية في مباني الاحكام ؛ وهي النظريات التي يقوم في الواقع على أسسها صرح الفقه الاسلامي وتعتبر كالعنصر الهندسي في بنائه العظيم الخالد .

٩٩ — معنى هذه النظريات :

نريد من النظريات الفقهية الاساسية تلك الدساتير والمفاهيم الكبرى التي يؤلف كل منها على حدة نظاماً حقوقياً موضوعياً منبثاً في تجاليد الفقه الاسلامي كانبثاث اقسام الجملة العصبية في نواحي الجسم الانساني وتحكم عناصر ذلك النظام في كل ما يتصل بموضوعه من شعب الاحكام، وذلك كفكرة الملكية واسبابها ، وفكرة العقد وقواعده ونتائجه، وفكرة الاهلية وانواعها ومراحلها وعوارضها ، وفكرة النيابة واقسامها وفكرة البطلان والفساد والتوقف ، وفكرة التعليق والتقييد والإضافة في التصرف القولي ، وفكرة الضمان وأسبابه وأنواعه ، وفكرة العرف وسلطانه على تحديد الالتزامات ، الى غير ذلك من النظريات

الكبرى التي يقوم على أساسها صرح الفقه بكامله ، ويصادف الانسان أثر سلطانها في حلول جميع المسائل والحوادث الفقهية .

وهذه النظريات هي غير القواعد الكلية التي صدرت مجلة الأحكام الشرعية بتسع وتسعين قاعدة منها ، والتي سنتولى شرحها في القسم الثالث الأخير . فان تلك القواعد انما هي ضوابط واصول فقهية تراعى في تخريج أحكام الحوادث ضمن حدود تلك النظريات الكبرى .

فقاعدة « العبرة في العقود للمقاصد والمعاني » مثلا ليست سوى ضابط في ناحية مخصوصة من ميدان أصل نظرية العقد . وهكذا سواها من القواعد .

وسنجتهد في استخلاص تلك النظريات الأساسية وتجريدها وجمع شتات عناصرها من شتى الأبواب الفقهية المنبثة فيها ، لتبرز كل منها في صورتها النظامية كاملة ، وتتجلى حاكميتها في فروع الأحكام ، وتكون تمهيداً لصياغة نظرية عامة جامعة لقواعد الأحكام المدنية في الفقه الإسلامي ، كنظرية الالتزام العامة في الفقه القانوني الأجنبي .

وان مطالعة هذه النظريات الأساسية ، بعد طلوعها من مكانها وراء فروع الأحكام ، تعطي الطالب ملكة فقهية عاجلة تؤهل فكره وتعينه على مدارك الفقه ، وقد كان يحتاج في اكتسابها الى زمن طويل كما سلفت الاشارة اليه في خطبة هذا الكتاب .

وسنفرد لكل واحدة من هذه النظريات الفقهية الأساسية باباً نعرضها ونعالجها فيه ، مبتدئين من نظرية الملكية وأسبابها .

الباب الأول

نظرية الملكية

في الفقه الاسلامي

١٠٠ ـ يتفرع البحث في هذه النظرية الى الفروع التالية :

١ ـ تعريف الملك ، و بيان أسبابه .

٢ ـ تقسيم الملك وأسبابه .

٣ ـ خصائص الملكية .

٤ ـ الفرق بين التمليك والاباحة ، والفرق بين ملك المنفعة وحق الانتفاع .

وسنشرح فيما يلي نظرية الملكية في فروعها هذه وما يتشعب منها ، و نبين المبادىء الفقهية الأساسية فيها و نوضح نتائجها العملية التي تبرز في تفاريع الأحكام .

الفصل الأول

تعريف الملك وبيان اسبابه

أ) — تعريف الملك

١٠١ — الملك[1] في اللغة معناه احتواء الشيء والقدرة على الاستبداد به (لسان العرب) .

---

(١)— **الملك** مثلث الميم ، أي يجوز في ميمه الفتح والكسر والضم . ولكن يستعمل مكسور الميم ومفتوحها في ملك الاشياء ، ومضمومها في ملك السلطنة .

فيقال ملكت الشيء ملكاً (بكسر الميم) ؛ وملكت على الناس امرهم ملكا (بضم الميم) .

والوصف من الاول : مالك ، وجمعه ملاك (بضم الميم وتشديد اللام ، نظير كاتب وكتّاب) .

والوصف من الثاني : ملك (بفتح الميم ، وبكسر اللام أو تسكينها) ، وجمعه ملوك وأملاك (كما في المصباح) .

والملكة ايضاً (بفتحتين على وزن « حركة ») بمعنى الملك ايضاً ، يقال : له عليه ملكة ، اي ملك ؛ وما في ملكته شيء ، اي لا يملك شيئاً (كما في اللسان والمصباح) .

فلفظ « ملكية » بالياء المشددة الذي يستعمله العلماء يجوز فيه ان يقال بكسر فسكون ، من الملك ؛ او بفتحتين من الملكة .

أما في اصطلاح الفقهاء شرعاً فالملك هو :

« اختصاص حاجز شرعا يسوغ صاحبه التصرف الا لمانع »

وهذا أوجز وأجمع تعريف استخلصناه مركباً من عدة تعاريف ذكرها الفقهاء[1] ، في كل منها مزية ونقص ، فجاء جامعاً لمزاياها ومستدركاً لنواقصها .

والمراد بكونه حاجزاً أنه يحجز غير المالك عن الانتفاع والتصرف دون اذن المالك .

وأما المانع الذى يمنع المالك نفسه عن التصرف فيشمل حالتين :

ـ نقص الأهلية ، كما في الصغير اذ يتصرف عنه وليه .

ـ وحق الغير ، كما في المال المشترك والمال المرهون ، إذ تتقيد فيهما تصرفات الشركاء والراهن رغم ملكيتهم .

فوجود هذا المانع لاينافي الملك لأنه عارض .

وهذا التعريف يتناول جميع أنواع الملكية الآتي بيانها ، من ملكية الأعيان ، أو المنافع ، أو الديون .

---

(١) ـ نقل تلك التعريفات المختلفة للملك الاستاذ الشيخ محمد ابو زهرة في كتابه « الملكية ونظرية العقد في الشريعة الاسلامية » ، ف/١٥-١٦/ .

وجاء في كتاب البيوع من فتح القدير (ج٥ص/٤٥٦) :

« الملك هو قدرة يثبتها الشرع ابتداء على التصرف »

ومن هذا التعريف يتضح أن الملك هو عبارة عن علاقة الانسان بالمال وما في حكمه من المنافع ، فهو التصوير التشريعي لهذه العلاقة وثمرتها وحدودها .

وبذلك يتبين أن الملكية ليست شيئاً مادياً ، وإنما هي نوع من الحقوق. والحق نوع من الاعتبار الشرعي .

فحيثما أقر الشرع هذه العلاقة الاختصاصية بين الانسان والمال ثبت الملك ، وحيثما نفى الشرع هذه العلاقة انتفى الملك .

وذلك بخلاف المال فانه ذو مفهوم مادي يقع على الموجودات ذات المنافع ، حتى إن المال في الاجتهاد الحنفي يختص بالاعيان المادية ، فلا يشمل المنافع في نظر الحنفية ، كما سنرى في تقسيم الملك (ف/١١٣).

ب) — اسباب الملكية

١٠٢ — ان أسباب التملك التي أقرها التشريع الاسلامي تنحصر في أربعة :

١) — احراز المباحات .

٢) — العقود .

٣) — الخلافة .

٤) — التولد من المملوك .

وقد كان في جاهلية العرب ولدى الامم الاخرى أسباب للملكية

رفضها التشريع الاسلامي ؛ فبعضها شنعه واعتبره من أشد الجرائم ، وبعضها أباه واعتبره من المحارم .

فالاول — كالغزو الداخلي بين القبائل عند العرب وغيرهم ، وكاسترقاق المدين إذا عجز عن الاداء عند الرومان وفي جاهلية العرب .

والثاني — كالتقادم المكسب[1] الذي كان في أواخر التشريع الروماني ، وورثته القوانين الاوربية ولا يزال فيها .

فالفقه الاسلامي قد قبل قاعدة التقادم ، لا على أنه سبب مكسب للملكية ، بل على أنه مانع من سماع الدعوى بالحق الذي مر عليه الزمن المعين ، تدبيراً تنظيمياً للقضاء ، واجتناباً لعراقيل الاثبات ومشكلاته بعد التقادم ، وللشك في الحق الذي تقادم عليه الزمن دون مطالبة به . أما أصل الحق ، ان كان ، فباق في ذمة الانسان لصاحبه ، ويجب وفاؤه في حكم الديانة . ولذلك لو أقر الخصم بالحق انهدم مرور الزمن ، لزوال الشك

---

(١) — **التقادم** ، ويسمى ايضاً : **مرور الزمان** ، هو انقضاء زمن معين (كخمسة عشر عاماً ، او اكثر ، او اقل) على حق في ذمة انسان ، او على عين لغيره في يده دون ان يطالب صاحبهما بهما وهو قادر على المطالبة .

فهذا التقادم : اما ان يعتبر مانعاً لسماع الدعوى بالحق امام المحاكم ، مع اعتبار الملكية او الحق في الواقع باقيين على حالهما السابق ، وهذا هو **التقادم المانع** ، لانه منع الدعوى ؛ واما ان يعتبر سبباً لملكية صاحب اليد وانقطاع حق صاحب الحق المهمل بتاتاً ، وهذا هو **التقادم المكسب** ، لانه اكسب الانسان ملكية في شيء هو في الاصل لغيره .

وظهور الحق باقراره ، فتسمع الدعوى (ر :ف/٧١٤) .

وهذا من أثر التفريق في الشرع الاسلامي بين حكم القضاء والديانة كما سلفت الاشارة اليه أوائل المقدمة (ف/٣) .

وسنتولى فيما يلي إيضاح أسباب الملكية الأربعة التي أقرها الشرع الاسلامي :

١٠٣ — (أولا) احراز المباحات :

المباح هو المال الذي لم يدخل في ملك محترم ، ولا يوجد مانع شرعي من تملكه ، كالماء في منابعه ، والكلأ في منابته ، والاشجار في البراري غير المملوكة ، وصيد البر والبحر ، الخ ..

فلكل انسان ان يستولي على مايستطيع من هذه المباحات . وما استولى عليه بقصد التملك فقد ملكه وأصبح له دون سائر الناس. وهذا الاستيلاء بقصد التملك هو الاحراز .

فملكية المباحات بالاحراز تتوقف على شريطتين :

الاولى) — أن لايكون قد سبق إلى احراز المباح شخص سابق.

فلو جمع انسان ماء المطر في وعاء وتركه فليس لغيره أن يأخذه ، لأنه قد خرج عن حكم الاباحة باحراز الاول وأصبح مملوكاً له، لأن القاعدة أن « من سبق الى مباح فقد ملكه ».

وكذا لو جمع الانسان حطباً من البرية وتركه فليس لغيره أخذه، وهلم جرا ...

الثانية) ــ قصد التملك .

فلو حصل المباح في حوزة الانسان دون قصد منه لتملكه لا يملكه.

وعلى هذا لو نشر الصائد شبكته فوقع فيها الصيد : فاذا كان قد نشرها للتجفيف لا يملكه ، ولكل من يراه أن يأخذه ويتملكه ، إذ يعتبر الآخذ هو المحرز لا صاحب الشبكة. وان كان قد نشرها للاصطياد يكون هو المحرز لما يقع فيها ، فيملكه بمجرد الوقوع . وليس لغيره أخذه.

ومثل ذلك يقال فيما لو وضع اناء فاجتمع فيه ماء المطر ، أو بنى في البرية برجاً فعشش فيه الحمام بحيث يقدر على أخذه من غير اصطياد . فكل ذلك إن كان قد أعده لهذه الغاية يملك ما يدخله وإلا فلا ؛ وذلك وفقاً للقاعدة القائلة « الامور بمقاصدها » (م/٣) .

واحراز المباحات الذي هو من أسباب الملك المشروعة تدخل فيه الغنائم الحربية ، لأن أموال المحاربين تعتبر من المباحات ، إذ أن ملكيتهم عليها غير محترمة .

والشرع الاسلامي انما منع الغزو الداخلي ، فأما الحرب المشروعة مع الأعداء الخارجين فانها سائغة ، بل قد تكون واجبة حفظاً للكيان وصداً للعدوان ، وهي من أسباب التملك في العرف الدولي وقوانين الأمم.

١٠٤ ــ (ثانياً) ــ العقود :

العقود جمع عقد ، وهو في اصطلاح فقهائنا :

ارتباط ايجاب بقبول على وجه مشروع يظهر اثره في محله

وسيأتي معنى الايجاب والقبول . وايضاح هذا التعريف في نظرية العقود (ف/١٣٣) .

وفي اصطلاح رجال القانون هو :

اتفاق شخصين فاكثر على انشاء حق ، او على نقله ، او على انهائه

وذلك كالبيع ، والاجارة ، والهبة ، والكفالة ، والاقالة ، ونحوها. فمن كفل فقد أنشأ على نفسه حقاً للدائن في المطالبة . ومن باع شيئاً فقد نقل ملكية المبيع الى حوزة المشتري . ومن تقايلا عقداً بينهما فقد أنهيا حكمه ، وهكذا .

والعقود كلها تصرفات قولية يشترط فيها ، لتكون سبباً للملكية ، شرائط ، من أهمها : **الاهلية** ، **والاختيار** .

فالاكراه على العقد يسلبه حكمه . ونقص الاهلية ، كما في عقود الصغار ، يؤثر من نتائجها . وسنرى تفصيل ذلك في نظرية العقود ، ونظرية الاهلية .

والعقود ، بصورة عامة ، هي من أعظم أسباب الملكية ، وأعمها وقوعاً ، وأهمها شأناً في الاعتبارات المدنية والوزن القانوني ، لأن بها يتجلى الادراك والنشاط الانساني في المضمارين الاقتصادي والحقوقي ، بخلاف الأسباب الثلاثة الاخرى من أسباب الملك فانها قليلة الوقوع

بالنسبة الى العقود التي تستلزمها حاجات الانسان في معظم حركاته وحياته اليومية .

١٥٠ - العقود الجبرية والتملك الجبري :

ويدخل في العقود من حيث سببية الملكية حالتان :

الاولى) — العقود الجبريه التي تقوم باجرائها السلطة القضائية مباشرة وصراحة بالنيابة عمن تجب عليهم اذا امتنعوا عن إجرائها. وذلك كبيع مال المدين جبراً عليه لأجل وفاء الدين : من قبل القاضي في الترتيب الفقهي قديماً ، ومن قبل دوائر الاجراء اليوم ، وهي الفروع التنفيذية للقضاء ومحاكمه في الترتيبات القانونية الحديثة .

ومثل ذلك أيضاً بيع الحاكم للاموال المحتكرة على محتكريها[1] عندما يضر بالناس احتكارها . (ر : الدر المختار ، كتاب الحظر والاباحة ٥/٢٥٩) .

ففي هذه الحالة تستند الملكية الى عقد بيع صريح أجرته السلطة القضائية بالنيابة الجبرية عن المالك .

الثانية) — حالة التملك الجبري المسمى في الاصطلاح القانوني: نزع الملكية الجبري .

ولهذا التملك الجبري في الاحكام الشرعية والقانونية صورتان ، بحسب صاحب المصلحة فيه :

---

(١) — يقال : باع الحاكم على فلان ماله ، اذا تولى بيعه جبراً عنه (ر : المصباح مادة « بيع ») .

أ) — فالصورة الاولى هي الشفعة ،وهي حق ممنوح شرعاً لشخص أن يتملك العقار المبيع جبراً على مشتريه بما قام عليه من الثمن والتكاليف، ويسمى صاحب هذا الحق : « شفيعاً »[١] .

ويثبت حق الشفعة شرعاً للشريك والخليط والجار الملاصق[٢] .

ب) — والصورة الثانية هي الاستملاك لأجل المصالح العامة ، فقد أجاز الشرع الاسلامي استملاك الأرض المجاورة للمسجد جبراً على أصحابها إذا امتنعوا عن بيعها وضاق المسجد باهله واحتاج اليها ؛ كما أجازوا مثل ذلك لأجل توسيع الطريق إذا دعت حاجة الناس الى توسيعه ، وذلك بالقيمة التي يساويها العقار المستملك .

---

(١) — **الشفعة** (بضم فسكون) في الاصطلاح الشرعي مشتقة من لفظ «**الشفع**» (بفتح فسكون) بمعنى الضم لغة ، لان الشفيع يضم مال غيره الى ماله .

(٢) — **الشريك** من كان مشتركا في ملكية عين العقار .

— **والخليط** هو المشارك في الحقوق العقارية (ر : المجلة /٩٥٤/) ، اي من كان له في عقار غيره حق عيني بارتفاق جار على ذلك العقار ؛ كحق المرور او التسييل فيه ، وحق تحميل الجذوع على جدرانه الخ . . سواء أكان مستقلاً بهذا الحق العيني ، او كان الحق مشتركا بينه وبين غيره ، كما لو كان لعقارين ممر خاص ، او شرب مشترك بينهما ، فصاحب كل منهما خليط للآخر .

— **والجار الملاصق** هو من يتصل عقاره بعقـــار غيره من احدى الجهات اتصالاً مباشراً دون فاصل .

وقد جاء قانون الملكية العقارية لدينا ذو الرقم / ٣٣٣٩ / بالغاء شفعة الجار كما سلفت الاشارة اليه آخر المقدمة (ر : ف /٩٣/ خامساً) .

ثم جاء القانون المدني الجديد سنة /١٩٤٩/ م بالغاء حق الشفعة مطلقاً .

حتى لقد نص الفقهاء على أنه يجوز أن يؤخذ لتوسيع الطريق جانب من المسجد عند الحاجة (ر : رد المحتار ٣/٣٨٣ ــ ٣٨٤) .

وقانون الاستملاك للنفع العام لدينا يسوغ نزع الملكية الجبري عن كل عقار تقرر السلطة الادارية العليا وجود النفع العام في استملاكه لمصلحة من المصالح العامة ، كمدرسة أو مستشفى أو حديقة ، وذلك بقيمته التي تقدرها له لجنة خبراء .

فجميع هذه الاحوال تستند الملكية فيها فقهياً الى سبب العقد : فملكية الشفيع للعقار المقضي له بها في صورة الشفعة ، وملكية الجهة المستملك لحسابها في صورة الاستملاك ، تعتبر مستندة الى عقد شراء جبري يقدر وجوده بطريق الاقتضاء والاستلزام[1] ، فيفترض حصول البيع والشراء بين الطرفين بارادة السلطة الملزمة ، كنتيجة لقضاء القاضي بتمليك الشفيع ، أو لعملية الاستملاك الجاري من الجهة صاحبة الحق فيه ، وفقاً للأساليب والمراسم المشروعة .

هذا ما يقتضيه التخريج الفقهي لحالات التملك الجبري .

فيتضح ، بناء على ما تقدم ، أن العقد في سببية الملكية يكون تارة رضائياً ، وتارة جبرياً ، وأن العقد الجبري يكون تارة صريحاً ، وتارة مقدراً اقتضاءً .

---

(١) ــ يقول الفقهاء : إن اخذ العقار بالشفعة قبل تسليمه الى المشتري هو كشراء من البائع ؛ وأخذه بعد التسليم كشراء من المشترى (ر : الدرر شرح الغرر كتاب الشفعة ٢/٢١١) .

١٠٦ - (ثالثاً) - الخلفية :

الخلفية (بفتحتين مع تشديد الياء) هي : حلول شخص أو شيء جديد محل قديم زائل في الحقوق ، وهي نوعان :

- خلفية شخص عن شخص ، وهي الارث .

- وخلفية شيء عن شيء ، وهي التضمين او التعويض.

أ) - الارث

الارث خلفية يحل بها الوارث محل المتوفى في ملكية امواله المخلفة التي تسمى « تركة » وفي المسؤوليات المالية بتلك التركة .

فاذا لم يكن للمتوفى تركة ، أو كانت تركته أقل مما عليه من ديون ، لا يكون الوارث مسؤولاً بأمواله فيما زاد من الدين عن التركة ، لأن الارث شرع سبباً للملك لا للتغريم ، اذ لا يعقل ان يغرم انسان تبعات تصرف صادر من غيره لم يكن له به دخل ، ولم يتكفل به .

والارث سبيل تواردت عليه الشرائع الإلهية والوضعية ، وفيه من الحكمة والنفع ما فيه ؛ لأنه يحول نتائج جهود السلف الى الخلف من رأس مال ، وقوة انتاجيه ، ووسائل حيوية ، فيجعل حبل الانتاج والفعالية الاقتصادية متصلاً بنسبة من القوة مستمرة أو متزايدة ؛ فلا يحتاج الخلف الى إنشاء وسائل الحياة والانتاج من جديد مبتدئاً من نواتها الصغرى ، فيقضي معظم حياته في تكوين العدة الكافية .

وكما يتلقى الوارث هذه الخميرة الارثية عن سلفه يحيلها هو بدوره الى خلفه ، فتكون في الأغلب قوة مالية ثابتة دائمة ، وينشط كل انسان عادة الى تنميتها وزيادتها ، حرصاً على اعقابه وترفيهاً لهم .

وعن هذا كان الارث سبباً طبيعياً للتملك ثابتاً بحكم الشريعة دون حاجة الى سابق اتفاق أو وصية ؛ ولا يتوقف على قبول الوارث بعد وفاة المورث ؛ ولا يرتد برده ورفضه كما ترد الوصية برد الموصى له ؛ لأنه معدود من نظم الشريعة .

وهذا معنى قولهم : الارث جبري ، فلا يسقط باسقاط الوارث ، كما لا يؤثر فيه قصد المورث الى الحرمان .

فلو أعلن انسان وسجل حرمان أحد ورثته أو تفضيل بعضهم على بعض في النصيب الارثي لم يكن لحرمانه أو تفضيله من أثر ، وانما يستطيع المورث أن يتصرف باموال كلها بالهبة أو سواها من التصرفات المنجزة حال حياته ، وأن يوصي بثلث ماله فما دونه بعد موته لمن ليس بوارث ، اذ لا وصية لوارث ، كيلا تتخذ الوصية ذريعة الى التفضيل في الارث[1] .

ويتضح مما سلف ان شرط الملكية بالارث ان لا يكون على المتوفى دين مستغرق للتركة ، فان كان فانه يقدم استيفاؤه من التركة

---

(١) - تقدم ايضاح طريقة « **سد الذرائع** » وامثلتها في التشريع الاسلامي عند الكلام على الاستصلاح فلتنظر هناك (ف ٢٧ / ٢) . وتقدم ايضاً ذكر الحديث النبوي « **لا وصية لوارث** » وتخريجه آخر الفقرة / ٤٧ ب .

على الارث ويمنع تملك الورثة ، حتى لو باع هؤلاء شيئاً من التركة لا ينفذ البيع لأنهم باعوا ما لم يملكوا ، الا أن يشاء الورثة دفع الدين كله من أموالهم الخاصة ، فعندئذ تسلم لهم التركة ، إذ سلمت للغرماء ديونهم كاملة فلم يبق لهم في التركة علاقة .

واذا كان مبلغ الدين أكثر من التركة وأراد الورثة أن يدفعوا الى الغرماء من الدين ما يعادل قيمة التركة فقط ويتملكوها فليس لهم ذلك الا اذا رضي الغرماء ، (ر : الدر المختار ورد المحتار في كتاب القضاء ٤/٣٤٠) .

ب - التضمين ، او التعويض :

إذا اتلف أحد لآخر شيئاً ، أو غصبه منه فهلك أو فقد ، وكذا اذا ألحق بغيره ضرراً بجناية او تسبب ، ففي ذلك وأمثاله يجب عليه ضمان ما أتلفه ، وتعويض الضرر الذي باشره أو تسبب به .

وعندئذ يملك المعوض له ذلك العوض ملكا مستنداً الى سبب الخلفية ، لأن هذا العوض خلف عما تضرر فيه من مال أو منفعة أو عضو .

ويدخل في ذلك الدية ، وأرش [1] الجنايات ، فكل ذلك يملك بسبب الخلفية .

---

(١) - الارش (بفتح فسكون) : هو العرض المالي الذي يقدر ويجب على الجاني في غير النفس الاعضاء .

اما عوض اتلاف النفس او العضو فيسمى : دية (بكسر ففتح) .

١٠٧ – (رابعاً) – التولد من المملوك :

من القواعد المقررة ان مايتولد أو ينشأ من المملوك مملوك .

فمالك الأصل هو أولى بفرعه من سواه ، سواء في ذلك ماينتج بتسبب مالك الأصل وعمله ، وما يحصل بطبعه دون عمل مالك الأصل أو تسببه .

فثمرة الشجر ، وولد الحيوان ، وصوف الغنم ولبنها ، وأمثال ذلك ، كلها مملوكة لصاحب الأصل .

واذا تولد شيء من شيء مشترك فهذا المتولد الحاصل يكون مشتركا بين المالكين للاصل بنسبة حصصهم فيه .

ونتائج المغصوب تجري على هذا الاساس : فولد الدابة المغصوبة وثمر الكرم المغصوب ملك للمالك المغصوب منه لا للغاصب .

ولكن هل يسري حكم الغصب على الفرع المتولد في يد الغاصب ، فيعتبر غاصباً للفرع أيضاً منذ تولده ، فيضمنه اذا هلك ، أو لا يسري الغصب عليه الا بشرائط ؟

هذه قضية اختلفت فيها الاجتهادات ، كما هو مفصل في موضعه من كتاب الغصب في المؤلفات الفقهية ، اذ ان ثبوت ملكية الفرع لمالك الأصل لا يستلزم أن يعتبر غاصب الاصل غاصباً للفرع الذى لم يسلبه من المالك ، وإنما حصل في يده حصولاً .

وأما اذا زرع الأرض غاصبها فان المحصول له لا لمالك الأرض، لأنه نماء البذر وهو ملكه، ولكنه يضمن لمالك الارض نقصانها بالزرع ان نقصت به [١].

١٠٨ — هذا، وان المجلة قد حصرت بالمادة /١٢٤٨/ أسباب التملك في الثلاثة الأول، ولم تتعرض للتولد من المملوك.

وكذلك أرادت المجلة بالخلفية الارث فقط، ففسرتها بخلفية شخص عن آخر، متابعة في هذا البيان ما في بعض الكتب الفقهية [٢] دون نظر الى ماتدل عليه فروع الأحكام من أسباب شرعية للملك.

وقد رأينا من تتبع فروع صور الملكية أن من الضروري إضافة سبب رابع هو التولد من المملوك كما فعلنا، لأن الشيء المتولد من المملوك لاتستند ملكية صاحب الأصل فيه إلى احراز، إذ قد يكون

---

(١) — هذا الحكم الفقهي اصبح اليوم معدلاً لدينا بالمادة /٨٨٥/ من القانون المدني السوري الجديد، فقد قضت هذه المادة فيما اذا زرع الارض غير مالكها بأن يكون مالك الارض مخيراً بين امرين:

— اما ان يدفع للزارع قيمة البذر ويتملك محصوله بطريقة الالحاق بالارض.

— واما ان يترك الغلة للزارع ويأخذ منه اجر مثل الارض عن سنة كاملة.

هذا اذا كان قد فات موسم البذر؛ والا فلصاحب الارض — ان شاء — ان يكلف الزارع نزع بذره من الارض دون اي تعويض عن عمل الحراثة والبذر.

(٢) — ذكر ذلك ابن نجم في **الصيد والذبائح** من كتابه «الاشباه والنظائر» وتابعته المجلة فيه (ر: مرآة المجلة م / ١٢٤٨).

في يد غيره كنتاج المغصوب ، ولا تستند أيضاً إلى عقد او خلفية كما هو ظاهر . فوجب عد التولد سبباً مستقلاً .

أما ملك العوض في حالات التعويض أو التضمين فيبقى أيضاً خارجاً عن الاستناد الى أحد الأسباب الأربعة اذا فسرت الخلفية بالارث كما فعلت المجلة ومصادرها الفقهية .

لكننا استغنينا عن جعل التعويض سبباً خامساً بالتوسع في معنى الخلفية فجعلناها نوعين : خلفية شخص عن شخص ، وخلفية شيء عن شيء كما رأيت . وبذلك يصبح مطرداً تخريج جميع صور الملكية على هذه الأسباب الأربعة .

---

(١) — قد يتوهم ان ملك العوض في حالة التعويض يمكن رده الى سبب العقد ، باعتبار ان دفع العوض ان كان باختيار الجاني فهو عقد رضائي ، وان كان بالحكم عليه فهو عقد اجباري كما في حالة الاخذ بالشفعة .

ولكن هذا التوهم مدفوع بأن سبب الملك هو ماقارنه ثبوت الملك ، وان الفعل الضار منشىء لالتزام الفاعل بالتعويض منذ صدور الفعل عنه . فحق الشخص المتضرر في العوض عن ضرره ثابت بصفة دين له في ذمة الجاني قبل القضاء له به او دفع الجاني بدلاً عنه برضاه .

فمن اتلف لآخر مالاً اصبح مديناً لصاحبه بمثله او بقيمته ، بدليل ان المتضرر يحل له شرعاً اذا وقع في يده مال للجاني ان يستوفي منه قدر حقه هذا ويتصرف به كما تقدم . (ر : ف/٤) .

الفصل السادس

تقسيم الملك وأسبابه

أ) — تقسيم أسباب الملك

١٠٩ — يتضح بعدما أسلفنا بيانه عن أسباب الملكية الأربعة أن هذه الاسباب تقسم باعتبارين :

١) — باعتبار وجود الاختيار وعدمه فيها ،

= فهذا الدين في ذمة الجاني هو احد انواع الملكية كما تقدم بيانه ، فتحتاج هذه الملكية الى سبب مقارن تستند اليه منذ حصولها .

وليس دفع الجاني للعوض برضاه الا تفريغاً لذمته من دين مملوك قبل الدفع . وليس القضاء به عند التخاصم الا مظهراً ومثبتاً لحق المالك هنا لا منشئاً له .

وذلك بخلاف حال الشفعة فان المقرر شرعاً ان الشفيع لا يملك العقار الذي له فيه شفعة الا اذا اعطاه اياه المشتري برضاه او قضي عليه بالشفعة ؛ اما قبل ذلك فالعقار باق على ملك المشتري ، وانما للشفيع حق أرجحية شرعية عليه في شراء العقار المبيع . فالقضاء بالشفعة منشىء لملك الشفيع لا مظهر وان كان حقه في « **ان يتملك** » العقار المبيع ناشئاً ببيعه منذ انعقاده .

فلذلك امكن ان نعتبر ملك الشفيع في حال الشفعة مستنداً الى سببية عقد ضمني رضائي او قضائي ، ولا يمكن مثل هذا الاعتبار في الملك بالتعويض .

٢) ــ باعتبار أثرها النوعي .

أولا) ــ من حيث الاختيار وعدمه :

فمن حيث الاختيار تنقسم أسباب الملكية الى نوعين : اختيارية ، وجبرية .

أ) ــ فالاسباب الاختيارية هي ما كان الانسان مختاراً في ايجادها وهي سببان : احراز المباحات ، والعقود .

ب) ــ والاسباب الجبرية ما ليس له فيها اختيار ؛ وهي سببان أيضاً : الارث ، والتولد من المملوك .

ثانياً) ــ من حيث الاثر النوعي :

وأما من حيث الاثر النوعي فتنقسم أسباب الملكية أيضاً الى نوعين : أسباب منشئة للملك ، وأسباب ناقلة له :

أ) ــ فالاسباب المنشئة : هي التي توجد ملكا على شيء غير مملوك قبلها ؛ وهي احراز المباحات ، والتولد من المملوك .

ب) ــ والاسباب الناقلة : هي التي تتعلق بملك موجود قبلها ، فتنقله من حوزة الى حوزة وهي : الخلفية ، والعقود[1] .

---

(١) ــ يعرفون العقد في الاصطلاح القانوني بانه : « **اتفاق ارادتين على انشاء حق او على نقله او على انهائه** » كما تقدم (ر : ف /١٠٤) . =

ب) — تقسيم الملك

١١٠ — واما الملك نفسه فينقسم أيضاً باعتبارين :

١ — باعتبار محله ، أي الشيء الذي يرد عليه الملك ويتعلق به .

٢ — باعتبار صورته ، أي كيفية تعلقه بالمملوك .

١١١ — (اولا) — من حيث المحل :

فمن حيث المحل ينقسم الملك الى ثلاثة أنواع : ملك العين ، وملك المنفعة ، وملك الدين .

= وظاهر هذا التعريف يقتضي ان يعتبر العقد سبباً صالحاً لانشاء الملك تارة ، ولنقله تارة اخرى .

لكن يجب ان يلحظ في هذا المقام ان العقد لا ينحصر اثره في حق الملكية بل هو ايضاً سبب للالتزامات . وعلى هذا :

أ) — فبالنسبة الى سببية العقد في الملكية هو سبب ناقل ابداً لا منشىء لان العاقد او المعقود باسمه ، كالبائع او الموكل مثلا ، يجب ان يكون قبل العقد مالكا للشيء الذي يريد تمليكه ، فان فاقد الشيء لا يعطيه .

ب) — اما بالنسبة الى سببية العقد في الالتزامات فقد يكون ناقلا ، وقد يكون منشئاً .

— فالبيع كما ينقل ملكية المبيع الى المشتري ينشىء به البائع على نفسه التزاماً بتسليم المبيع ، وبضمان العيب الخ ...

— والكفالة تنشىء التزاماً جديداً على الكفيل بتأدية الدين المكفول عن غيره ، الى جانب التزام المدين الذي هو باق على حاله .

— والحوالة تنقل التزام تأدية الدين الى صاحبه عن عهدة المدين المحيل الى عهدة المحال عليه ، فيصبح هذا الاخير هو وحده المكلف بهذه التأدية تجاه الدائن .

أ) ــ فاما **ملك العين** ، ويسمى أيضاً : ملك الرقبة ، فهو أن تكون ذات الشيء ومادته مملوكة ، وذلك كملك الاموال المنقولة ،من متاع وحيوان ، وكملك العقار ، أي الاموال غير المنقولة ، من أراض ، ودور ، وحوانيت .

ب) ــ وأما **ملك المنفعة** فهو أن يملك الانسان حق الاستفادة فقط من الشيء مع المحافظة على عينه ، كقراءة الكتب ،واستعمال الآلات والادوات ، وسكنى الدور والحوانيت الخ .. بطريق الاجارة أو الاعارة ، أو بغيرهما من الاسباب المشروعة لتمليك المنافع .

هذا ، وان بين ملك العين وملك المنفعة تلازماً وتبعية في أحوال دون اخرى ، كما سنراه قريباً في خصائص الملكية (ف/١١٩) .

ج) ــ وأما **ملك الدين** فكمبلغ لأحد في ذمة آخر بسبب ما ، كثمن مبيع على مشتريه ، وبدل قرض على مقترضه ،وقيمة مال متلف على من أتلفه ، ونحو ذلك .

ولا يسمى ديناً الا اذا كان المبلغ **التزاماً في الذمة** .

فاما الوديعة من النقود المحفوظة لصاحبها لدى وديع فهي من قبيل ملك العين ، لأنها امانة متعينة يجب على الوديع حفظها ثم ردها بذاتها عند الطلب ، وليس له أن يأخذها ويرد مثلها .

فلو تصرف الوديع بها أصبح غاصباً ، وعندئذ يضمنها ، فيصير

مبلغها ديناً في ذمته كسائر الديون يوفى باداء مثله .

١١٢ - الملكية التامة ، والملكية الناقصة

هذا ، وبالنسبة الى العين والمنفعة ، تنقسم الملكية أيضاً انقساماً فرعياً الى نوعين :

- ملكية تامة ، وهي أن يتملك الشخص رقبة الشيء ومنفعته معاً

- وملكية ناقصة ، ولها شكلان :

الشكل الاول) - ان يملك الشخص منافع الشيء دون رقبته .

وهذا الشكل اكثر الحالات الواقعية للملكية الناقصة .

وتستفاد ملكية المنافع وحدها باحدى طرق اربعة ، وهي **الاجارة**[1] ، **والاعارة** ، **والوقف** ، **والوصية** لاحد بالمنفعة ، كسكنى دار أو

---

(١) - يلحظ هنا انه يدخل في الاجارة **حقوق القرار** التي تنشأ على عقارات الاوقاف بعقد خاص ، كعقد **التحكير** في الاراضي الموقوفة ، وكعقد **الاجارتين** في المباني الوقفية المتهدمة عندما لا يكون في **الوقف** امكان مالي لتعميرها .

فعقد الحكر والاجارتين يقوم كل منهما على اساس **اجارة طويلة** تمنح المستأجر حق الانتفاع الدائم بالعقار الموقوف لقاء اجرة معجلة تقارب قيمة العقار ، واجرة مؤجلة سنوية ضئيلة رمزية لحفظ علاقة الوقف ، كما سنرى في الجزء الثاني من هذه السلسلة الفقهية .

غلة كرم ، ونحو ذلك[1] .

والشكل الثاني) ــ عكس الاول وذلك بان يملك الشخص رقبة الشيء دون منافعه .

وهذا قليل وخلاف الاصل في ملكية الرقبة التي من خصائصها ان تستتبع المنفعة ،إذ لا فائدة من ايجاب ملكية جردت من حق الانتفاع كما سنرى في خصائص الملكية .

فلذا كان هذا الشكل الذي يجرد فيه ملك الرقبة من حق الانتفاع حالة استثنائية تثبت موقوتة ثم تؤول الى تبعية المنفعة للرقبة .

وهذا الشكل لا يكون الا بطريق الوصية ،في صورتين منها فقط وهما :

١) ــ اذا اوصى المالك لشخص بمنفعة شيء بعد وفاته مدة معينة ، أو مدة حياة الشخص الموصى له ، فان ورثة الموصي في هذه الحالة إنما يملكون بالارث رقبة ذلك الشيء فقط ،أما منفعته فيملكها الموصى له ، ويتأخر إرثها ، فيستوفيها الموصى له على حساب المورث لا على حساب الورثة ، وتعتبر العين كأنها محبوسة على ملك المورث في حق المنفعة الموصى بها .

---

(١) - يلحظ هنا ايضاً ان القانون المدني الجديد ، وقبله قانون الملكية العقارية ذو الرقم /٣٣٢٩/ لدينا قد سوغا انشاء حق انتفاع على العقارات بعقد خاص بين المالك والمنتفع مدى حياة هذا الاخير ، وقررا فيه بين الطرفين حقوقاً وواجبات مفصلة .

٢) — إذا أوصى مالك العين لشخص بمنفعتها مدة معينة أو مدة حياته ، وأوصى لآخر برقبتها ، فان الموصى له بالعين يكون مالكاً لرقبتها وحدها مدة انتفاع الموصى له بالمنفعة حتى تنقضي بانتهاء المدة المحددة له أو بموته .

وفي كلتا هاتين الصورتين يكون إنفكاك ملك الرقبة عن ملك المنفعة موقوتا بمدة استحقاق المنتفع للمنفعة . فمتى انتهت عادت المنفعة إلى تبعيتها للرقبة ، فيصبح مالك الرقبة مالكاً للمنفعة على حكم الأصل[1] .
(ر : البدائع ٧/٣٥٢ ــ ٣٥٤ ، والهداية والدر المختار أول باب الوصية بالخدمة والسكنى والثمرة)

١١٣ ــ وفقهاء الحنفية قد اعتبروا المنافع والديون أملاكاً ولم يعتبروها أموالاً . وبذلك فرقوا بين مفهوم «**الملك**» ومفهوم «**المال**» كما تقدم.
(ر : ف/١٠١/ وج ٢ ف/ ٦٩ ـ ٧٣ والمجلة/ ١٢٥ و١٢٦/ ، ورد المحتار اوائل البيوع ، وفتح القدير أول الشركة)

---

(١) — الاوضاع القانونية اوجدت انفكاك الانتفاع عن ملك الرقبة بصورة دائمة بالنسبة **لأملاك الدولة** ، كما في حق التصرف بالاراضي الاميرية ، فان رقبتها باقية لبيت المال ، وانما للناس فيها حق التصرف والانتفاع الدائم بكل الوجوه؛ كما أقرت هذا الانفكاك بصورة موقوتة بمدى حياة المنتفع بطريق التعاقد بعقد خاص ينشىء حقاً عينياً يسمى : **حق الانتفاع** .

فالملك بمعنى المملوك[1] هو أعم مفهوماً من المال، لأن المال عند فقهاء الحنفية يقتصر على الموجودات المادية ذات القيمة بين الناس ، أما المملوك فهو كل ما تتعلق به الملكية أي الاختصاص ، فيشمل الاعيان المالية والمنافع والديون ، لأن هذه المنافع والديون يجري فيها الاختصاص كما يجرى في الاعيان .

على أن الاجتهادين المالكي والشافعي يعتبران المنافع أموالاً كالأعيان بلا فرق .

وهذا هو الأوجه والموافق للانظار القانونية العامة الحديثة .

وسنرى في الجزء الثاني من هذه السلسلة الفقهية مزيد بسط وايضاح للتفريق بين المال والملك في النظر الفقهي ، وثمرة هذا التفريق (ر : ج ٢ ف/٦٩ - ٧٣) .

١١٤ — (ثانيا) من حيث الصورة :

ومن حيث الصورة ينقسم الملك أيضاً إلى نوعين : ملك متميز ، وملك شائع .

---

(١) — يلحظ هنا ان الفقهاء عندما يقولون بان المنافع والديون هي من قبيل الملك لا المال انما يريدون بالملك معنى اسم المفعول ، أي المملوك الذي يتعلق به الملك ؛ لان الملك بالمعنى المصدري أي الملكية انما هو علاقة اختصاصية للانسان بالاشياء من اموال ومنافع كما تقدم . فالمنافع ونحوها هي محل للملكية ، أي انها مملوكات ، وليست هي الملكية نفسها .

أ) ــ فالملك المتميز هو ما يتعلق بشيء معين ذي حدود تفصله عن سواه .

وذلك كما يملك انسان رأساً من الغنم ، أو كتاباً ، أو داراً بكاملها ، أو طبقة معينة من دار ذات طبقات ، ونحو ذلك .

ب) ــ والملك الشائع أو المشاع هو الملك المتعلق بجزء نسبي غير معين من مجموع الشيء مهما كان ذلك الجزء كبيراً أو صغيراً .

وذلك كما يملك انسان نصف دار ، أو ربع فرس ، أو جزءاً من مائة فأكثر من ارض ، ونحو ذلك .

وهذا ما يسمونه « الحصة الشائعة » في الشيء المشترك .

وبمقتضى نظرية الشيوع يكون كل جزء أو ذرة من المال المشترك غير مخصوص بأحد من أصحاب الحصص ، بل تتعلق به ملكيات جميعهم .

وعن هذا يعرفون الحصة الشائعة بأنها : « السهم الساري الى كل جزء من أجزاء المال المشترك » (المجلة ١٣٩) ، ويصفها الفقهاء بأنها : جزء منبث في الكل .

ومن الواضح أنه متى قسم المال المشترك بين الشركاء زال الشيوع من الملك ، وأصبحت ملكية كل واحد في حصته ملكية متميزة .

١١٥ - الشيوع في الديون :

إن الشيوع لا يختص بملكية الاعيان ، بل الديون أيضاً قد تكون

الملكية فيها مشتركة شائعة ؛ وعندئذ يسمى الدين : ديناً مشتركاً ، وهو الذي ينشأ لأشخاص متعددين في ذمة آخر بسبب واحد ؛ كما لو باع اثنان من آخر بعقد واحد شيئاً مشتركاً بينهما، أو أتلف هذا لهما شيئاً مشتركاً . فالثمن في حالة البيع ، و كذا القيمة[1] في حالة الاتلاف ، يكون ديناً مشتركاً لهما في ذمة الآخر ، أي ان حقوقهما في ذمته مختلطة اعتباراً كشيوع ملكية أصحاب الحصص في العين المشتركة .

فلو لم يكن سبب الدين واحداً كما لو باع كل شريك حصته من المال المشترك بعقد مستقل ، أو أتلف المتلف لكل منهما مالاً متميزاً غير مشترك ، لم يكن الثمن أو القيمة في ذمته ديناً مشتركا ، بل يكون دين كل منهما مستقلا عن الآخر .

وسنرى قريباً في الخاصة السادسة من خصائص الملكية النتيجة العملية لاعتبار الدين مشتركاً أو مستقلا (ر : ف/١٢٨) .

١١٦ - ازالة الشيوع :

تبين مما تقدم أن الملكية الشائعة إنما تكون دائماً في شيء مشترك .

---

(١) — يفرق الفقهاء بين القيمة والثمن :

فالقيمة هي : العوض الحقيقي الذي يساويه الشيء بين الناس .

أما الثمن فهو : البدل الذي يتفق عليه المتبايعان للمبيع ، سواء أكان اقل من قيمته الحقيقية او اكثر ، كما سنرى في « عقد البيع » من الجزء الرابع الخاص بالعقود المسماة .

فهذه الشركة إذا كانت في عين المال فقط دون الاتفاق على استثماره بعمل مشترك تسمى : « شركة ملك » .

وتقابلها « شركة العقد » وهي أن يتعاقد شخصان فأكثر على استثمار المال أو العمل ، واقتسام الربح ، كما في الشركات التجارية أو الصناعية .

وشركة العقد نافعة لأن فيها تقوية وتوسيعاً للفعالية الاقتصادية ، وتعاوناً بالمال والعمل على ايجاد القوة اللازمة في كثير من المشروعات الانتاجية التي يعجز عنها الفرد غالباً .

أما شركة الملك فهي قيد معرقل للتصرف ، لأن الشريك لا يستطيع ان يتصرف في حصته الشائعة من المال المشترك تصرفاً فعلياً يضر بشريكه كاستهلاك العين أو تغيير شكلها ونحو ذلك .

ومن ثم شرع في شركة الملك سبيل ازالة الشيوع من الاعيان المالية المشتركة [1] .

وان القسمة هي ذلك الطريق الاساسي شرعاً وقانونا لازالة

---

(١) ـ أما الديون المشتركة فلا تتأتى فيها ازالة الشيوع مادامت في الذمة ، وانما يمكن ذلك فيما يقبض منها ، فيقسم بعد قبضه بين الدائنين المشتركين فيه ، وتصبح ملكية كل واحد منهم ملكية مستقلة متميزة فيما خصه بعد القسمة ، كما هو ظاهر . وانظر ماسيأتي في الخاصة السادسة من خصائص الملكية (ف/١٢٨) .

الشيوع من المال المشترك ، واختصاص كل شريك بقسم متميز[١] .

فاذا أبى أحد الشركاء القسمة تقسم المحكمة جبراً عليه بطلب احد الشركاء إذا كان المال قابلا للقسمة ، لافرق في ذلك بين المنقول والعقار وفقاً للمواد ١١٢٣ / و / ١١٣٠ — ١١٥٢ / من المجلة .

وأما إذا كان المال المشترك غير قابل للقسمة فان فقهاءنا لم يوجبوا فيه البيع الجبري لازالة الشيوع عند اختلاف الشركاء ، بل تستمر بينهم شركة الملك و يتهايؤون ، أي يتناوبون في استعمال المال المشترك . وهذا حكم القياس ، لأن الانسان لايجبر شرعاً على بيع مايملك ، وان المهايأة هي في الحقيقة قسمة المنافع .

وقد بينت المجلة كيفية المهايأة الشرعية وأنواعها من زمانية ومكانية ، ومن رضائية وقضائية ، أي اختيارية وجبرية ، وفصلت أحكامها في المواد / ١١٧٤ — ١١٩١ / منها[٢] .

١١٦ / ٢ — غير أن قانون ازالة الشيوع لدينا الصادر في العهد

---

(١) — مما يجدر بالذكر ان الشفعة في العقار المشترك بين شخصين فاكثر عند بيع احد الشركاء حصته لغير شركائه تعد من التدابير المؤدية الى ازالة الشيوع او الى تخفيفه بتقليل عدد الحصص الشائعة وجمع بعض ملكياتها الى بعض .

فالشفعة تساهم في غرض ازالة الشيوع بطريق غير مباشر ، وان كانت لها غايات أخرى في نظر التشريع تقتضي جريان الشفعة في غير حالات شيوع الملك .

(٢) — سيأتي قريباً في الفقرة التالية / ١١٧ / ان المهايأة قد اصبحت ملغاة قانوناً في **العقارات الزراعية** .

العثماني باسم «قانون تقسيم الاموال غير المنقولة» قد أوجب إزالة الشيوع في العقار المشترك بطريق القضاء بناء على طلب أحد الشركاء جبراً على سائرهم، سواء أكان قابلا للقسمة أو غير قابل.

فان كان قابلا للقسمة يقسم بينهم قسماً، وفقاً للحكم الفقهي المبين في المواد/ ١١٤٧ - ١١٥٢/ من المجلة.

وان كان غير قابل للقسمة يباع بالمزاد العلني ويقسم ثمنه بين الشركاء.

وقد بقي المال المنقول المشترك، بمقتضى هذا القانون، على اصل الحكم الشرعي، لا إجبار فيه على إزالة الشيوع عند عدم قابلية القسمة.

وازالة الشيوع من العقار بمقتضى قانون تقسيم الأموال غير المنقولة المذكور هي من صلاحيات المحاكم الصلحية لدينا [1].

وأخيراً في سنة/ ١٣٦٦ هـ = ١٩٤٧ م/ جرى تعديل المادة/ ٣/ من قانون حكام الصلح لدينا بالقانون ذي الرقم/ ٣٥٣/ الصادر في ٣ حزيران/ ١٩٤٧ م/ فعمم في هذه المادة المعدلة حكم إزالة الشيوع الجبرية القضائية على المنقول ايضاً بالطريقة التي تتبع قانوناً في حق العقار المشترك، وذلك بقسمته ان كان قابلا للقسمة، وبيعه لو غير قابل.

وفي هذا مصلحة ظاهرة بازالة مشكلات شركة الملك كلما تولدت

---

(١) — أصبح اسمها بعد الوحدة بين مصر وسورية: المحاكم الجزئية.

باسبابها الطبيعية من إرث وغيره . وان مثل هذه المصلحة لا يأباها الاستحسان الفقهي ان أباها القياس .

١١٧ — ومما يجب ان يلحظ في هذا المقام انه بعد أن تقرر في القوانين طريقة إزالة الشيوع الجبري قضاء في العقار لم يبق موجب للمهايأة الجبرية بطريق التناوب في استيفاء منافع الشيء المشترك الا اذا ادعى أحد الشريكين بطلب المهايأة ولم يطلب الشريك الآخر إزالة الشيوع ، وذلك لأن كل ملك مشترك أصبح قابلاً لإزالة الشيوع منه قضاء على كل حال ، إن لم يكن بالقسمة فبالبيع واقتسام الثمن [1] .

---

(١) — نلفت النظر هنا الى ان المهايأة الجبرية قد أصبحت ملغاة في **العقارات الزراعية** بمقتضى المادة الاولى من القرار التشريعي ذي الرقم/ ١٧١ / الصادر عن المفوض الفرنسي في عهد الانتداب الافرنسي في العاشر من آذار سنة /١٩٢٦م/ بشأن « **حل الاراضي المشاعة** » **لاجل تحسين الزراعة** .

ونص المادة الاولى من القرار المذكور كما يلي :

« **ان القسمة الدورية بين الاشخاص الذين سيشغلون اراضي الفلاحة والبساتين والكروم والجنائن الخ . . . المملوكة مشاعاً خلافاً للتعليمات المذكورة في سندات الملكية او التي هي بدون سندات هي ممنوعة وتبقى ممنوعة** » .

والقسمة الدورية المعنية في هذه المادة هي المهايأة .

ووجهة النظر في المنع أن المهايأة تضعف الارض الزراعية بسبب حرص كل شريك في نوبته على ان يستنفد من الارض اقصى ما يستطيع من ثمرات كما أنه يضن عليها في نوبته بالحراثة والتسميد لأن بقاياها النافعة ستذهب الى الشريك الذي يليه في نوبة المهايأة . =

وتظهر فائدة المهايأة في حق ايجار الحصة الشائعة من عقار أومال منقول ، فان ايجارها ممكن شرعا وقانوناً ، (ر : ف/١٢٧) ولا سبيل الى تنفيذ عقد الايجار في حق الحصة المأجورة الا بطريق التهايؤ مع الشريك غير المؤجر مهايأة زمانية أو مكانية :

ـــ والمهايأة الزمانية هي أن ينتفع كل من الشريكين على التعاقب بجميع الشيء المشترك مدة معينة بنسبة حصته ، كما في أرض مشتركة أثلاثاً بين شخصين اذا تهايآ على ان يزرعها هذا سنة والآخر سنتين .

ـــ والمكانية هي أن يخصص لكل من الشركاء بعض من المال المشترك بنسبة حصته ، فينتفعون معاً في وقت واحد ، كالدار يسكن كل من الشريكين فيها قسما منها يعادل حصته وكحانوتين مشتركين بين شخصين يستعمل كل منهما واحداً . (ر : المجلة/١١٧٦ ـــ ١١٧٧) .

ومن الواضح أنه في نحو الحيوان الواحد مما لا يتجزأ لا تمكن المهايأة الا في الزمان .

ومن ثم جعل الفقهاء المهايأة نوعين زمانية ومكانية لتقتسم بها المنافع في كل شيء بحسبه .

= وظاهر ان هذا المنع مقصور على العقارات الزراعية ، وليس الغاء المهايأة بوجه عام كما يظن . ومما يشعر بذلك ايضاً ما جاء في اسبابه الموجبة من ان المقصود به تحسين الزراعة .

الفصل الثالث

خصائص الملكية

١١٨ ـ ان للملكية في مختلف أنواعها وصورها خصائص يختلف فيها بعض أنواع الملكية عن بعض .

وهذه الخصائص قابليات واعتبارات شرعية يقبل بمقتضاها بعض أنواع الملكية ما لا يقبله غيره من التصرفات والاحكام ، بحسب طبيعة كل نوع ، وما يرمي اليه النظر التشريعي فيه .

ولم يجمع الفقهاء هذه الخصائص للملكية في بحث مستقل ، وانما تظهر للفقيه الباحث من غضون الأحكام الفقهية التي أقرها الفقه في شتى المباحث والمناسبات التي تتصل بالملكية وأسبابها .

وسنعرض فيما يلي هذه الخصائص التي تدل عليها النصوص وفروع الأحكام الفقهية :

١١٩ ـ **الخاصة الاولى**

ان ملك العين يستلزم مبدئياً ملك المنفعة ولا عكس.

فملك العين يستلزم ملك المنفعة ، أي يستتبعها حالاً أو مآلاً . ولا عكس ،

أي ان ملك المنفعة لا يستلزم ملك العين، فان الشخص قد يملك منافع شيء دون عينه، كما في الاجارة والاعارة.

وذلك لأن ملكية الأشياء ليست مقصودة لذاتها، وانما الغاية منها هي منافعها؛ فليست ملكية العين بشيء لولا المنفعة المرجوة منها.

وانما أقر الشارع فكرة ملكية الرقبة لتكون سنداً لكمال الانتفاع الحر والتصرف المشروع ولو بالاستهلاك[1].

فاذا تصورنا انفكاك ملكية الرقبة في الشيء عن حق الانتفاع بصورة دائمة فذلك من العبث الذي ليس من شأن التشريع أن يقره. وانما يقره على سبيل الاستثناء في حالات عارضة موقتة تنتهي الى تبعية المنافع للعين، فتعود الى ملكية الرقبة ثمرتها المعقولة[2].

---

(١) — حتى ان بعض فقهاء المالكية يذهبون في فلسفة الملك الى نظريون فيه ان الملك لا يمكن ان يقع على ذوات الاشياء وجواهر مادتها، لان التصرف بجوهرها ليس في قدرة الانسان، وانما يقع الملك على منافع الاشياء بصورة تختلف سعة وضيقاً، واطلاقاً وتقييداً، وتوقيتاً وتأبيداً. وبحسب هذه الحدود تختلف العقود في اسمائها ونتائجها: فالبيع يعطي الملكية في المنافع مطلقة مؤبدة والاجارة تعطيها مقيدة وموقتة؛ وهكذا.

لكن جمهور الفقهاء، ومنهم الحنفية، على خلاف هذه النظرية، فيرون ان الملكية تقع على ذوات الاشياء واعيانها كما تقع على منافعها.

ولا نرى لهذا الخلاف النظري من ثمرة (ر: الملكية ونظرية العقد للاستاذ أبي زهرة، ف/١٧).

(٢) — انظر ما تقدمت الاشارة اليه من حال الاراضي الأميرية لدينا قانوناً (ف/١١٢ ح).

وعلى هذا الاساس لم يكن في الفقه الاسلامي من أسباب الملكية مايوجب امتلاك الرقبة وحدها دون المنفعة إلا في صورتي الوصية بالمنفعة المتقدمتين (ف/١١٢) ، وهما :

— اذا أوصى المالك بمنفعة شيء من ماله ، كسكنى داره أو ثمرة بستانه ، لشخص مدة محددة أو مدى حياته .

— واذا أوصى بعين المال لشخص ، وبمنفعته لآخر مدة محدودة.

فان الورثة في الصورة الاولى ، والموصى له بالعين في الصورة الثانية ، يملكون رقبة المال فقط دون المنفعة ، حتى ينتهي حق الموصى له بالمنفعة فيعود حق الانتفاع الى مالك الرقبة من وارث أو موصى له بالعين. فان لم يكونا أحياء فالى ورثتهم كما تقدم في تقسيم الملك .

والنظر الفقهي في صحة هذه الوصية ان انفكاك ملك الرقبة عن المنفعة موقوت غير دائم ، وسينتهي ملك الورثة أو الموصى له بالرقبة الى ملك تام في المآل ، فاغتفر هذا الانفكاك في الحال احتراماً للوصية ، لأنها مبنية على التسامح وعلى خلاف القياس في كثير من احكامها تشجيعاً على عمل البر في نهاية الحياة .

وعن هذا كانت الوصية بالمنافع وحدها أبداً لجهات دائمة لا لشخص معين تخرج عن معنى الوصية وتعتبر في معنى الوقف الدائم الذي تسقط به الملكية الخاصة عن رقبة المال ، وترصد أبداً لمنفعة الجهة الخيرية الدائمة التي خصصها لها الواقف .

فلو أوصى إنسان بثمرة كرمه أو غلة داره للمساكين أبداً ، أو لشخص معين ومن بعده للمساكين ، كان ذلك وقفاً مضافاً الى ما بعد الموت بحكم الضرورة نظراً إلى التأبيد ، وان كان بلفظ الوصية ، اذ لم يبق لملكية الورثة في الرقبة معنى مادامت المنفعة لغيرهم أبداً .

(ر : فتح القدير أوائل الوقف ٥/٤١٩ ورد المحتار ٣/٣٥٩).

١٢٠ — الخاصة الثانية :

ان اول ملكية تثبت على الشيء الذي لم يكن مملوكا قبلها اذا تكون دائماً ملكية تامة .

أي انها تكون شاملة لرقبة الشيء ومنافعه معاً . فلا يمكن أن تثبت الملكية الاولى على الشيء ناقصة مقصورة على رقبته دون منافعه ، أو على منافعه دون رقبته .

والملكية الأولى هى التي تثبت على الشيء بسبب منشىء ، أي بطريق احراز المباحات ، او بالتولد من المملوك .

ومتى ثبتت تلك الملكية الأولى على شيء بسببها المنشىء لا يتصور بعدها أن يتعلق بذلك الشيء ملك جديد إلا بالسبب الناقل للملكية دون المنشىء ، لأن كل ملك يثبت على شيء مملوك قبلاً انما يكون من قبيل تبدل المالك ، وهذا هو معنى نقل الملكية .

ثم إن المالك السابق إما أن تنتقل عنه ملكية العين والمنفعة معاً فتثبت لغيره ملكية تامة كما في البيع والهبة ونحوهما من الاسباب التي توجب ملكاً تاماً ، وإما أن تنتقل عنه ملكية المنفعة وحدها او

الرقبة وحدها ، فتثبت لغيره ملكية ناقصة بأحد أسبابها المشروعة التي تقدم بيانها في تقسيم الملك .

ويستنتج من ذلك ان الملكية التامة تتعلق بها الاسباب المنشئة والناقلة ، فتنشأ اولاً بالاحراز او التولد من المملوك ، ثم تنتقل بالعقود او الخلفية .

أما الملكية الناقصة فلا يتعلق بها من اسباب التملك إلا السبب الناقل عن مالك سابق ، لأن ملكية منافع الشيء وحدها او رقبته وحدها تكون مسبوقة دائماً بملكية تامة فيه .

١٢١ ـ الخاصة الثالثة :

ان ملكية العين لاتقبل التوقيت ، أما ملكية المنفعة فالاصل فيها التوقيت .

فملكية العين متى ثبتت بأحد أسبابها تثبت مؤبدة ، وإنما يتصور ان يطرأ عليها بعد ذلك انتقال بسبب جديد ناقل . فان لم يطرأ عليها ناقل من عقد جديد أو خلفية لاتنتهي الملكية التي سبق ثبوتها .

وعلى ذلك اثبت الرسول ﷺ في العمرى [1] الملك الدائم بقوله:

---

(١) ـ **العمرى** (بضم العين والالف المقصورة وزان « صغرى » : هي ان يهب انسان آخر شيئاً مدى عمره ، اي على انه اذا مات الموهوب له عاد الشيء الى الواهب .

ويكون ذلك بقوله اعمرتك اياه ، او اعطيتكه عمرى ، ونحو ذلك من العبارات .

« من اعمر عمرى فهي للمعمر له ، ولورثته من بعده »

وقد فرع الفقهاء على هذا المبدأ أن من شرائط صحة البيع عدم التوقيت ، فاذا وقت فسد (ر : رد المحتار ٤/٦).

ـ أما ملكية المنافع دون الاعيان فالاصل فيها التوقيت ، كما في الاعارة ، والاجارة ، والوصية بمنفعة شيء لشخص مدة محدودة . فمتى انقضت تلك المدة المحدودة انقطع حق الانتفاع .

وهذا التوقيت في تمليك المنفعة إذا كان في عقد معاوضة كالاجارة والصلح كان ملزماً للمملك ليس له ان يرجع عنه ، لأنه بمثابة بيع للمنفعة مدة معينة ، فقد صرح الفقهاء ان الاجارة هي في الحقيقة نوع من البيع من حيث انها بيع المنافع ، فى مقابل بيع الاعيان ، كما تقدم (ر :ف ١١/ثانياً ، ورد المحتار ٥/٢ و٢٩) .

وأما إذا كان التوقيت لملك المنفعة واقعاً في عقد التبرع وهو الاعارة فانه ليس بملزم للمملك ، بل يكون للمعير أن يرجع عن الوقت الذي حدده للمستعير إلى وقت أقصر منه ، كما يجوز له أن يرجع عن أصل الاعارة ويسترد العارية متى شاء[1] .

---

(١)– يلحظ هنا ان الوصية بالمنفعة ، وان كانت تبرعاً ، لايحق فيها لورثة الموصي بعد موته ان يرجعوا عن المدة التي حددها مورثهم لانتفاع الموصى له ، لان حق الرجوع انما كان لمورثهم المالك الموصي ، وقد مات ، فاصبحت الوصية بهذا العارض مبرمة لازمة في اصل المنفعة الموصى بها وفي وقتها المحدد لها ، وان=

١٢٢ — غير أن فقهاءنا لم يهملوا النظر إلى ما يمكن أن يسببه هذا الرجوع عن توقيت العارية من ضرر للمستعير، كما لو كانت العارية أرضاً أعارها صاحبها إلى غيره للزرع أو الغرس أو البناء مدة معينة، فزرع فيها المستعير أو غرس أو بنى، ثم رجع المعير وطلب استرداد الارض قبل انقضاء المدة المضروبة.

فقد قرر الفقهاء في ذلك تفصيلاً:

أ) — ففي صورة الزرع لا يحق للمعير استرداد الارض قبل استحصاد الزرع، لأن للزرع أمداً موسمياً ينتهي فيه.

ولا فرق في صورة إعارة الارض لاجل الزرع بين أن تكون هذه الاعارة موقتة أو مطلقة، بل يبقى الزرع إلى أن يستحصد على الارض بأجر مثلها عن المدة التي بين تاريخ الرجوع والاستحصاد. وفي ذلك حفظ حق المعير ومنع الضرر عن المستعير.

= كانت تبرعاً، لان الورثة انما ينتقل اليهم في هذه الحال ملك الرقبة فقط مدة انتفاع الموصى له، كما تقدم، والا لما استقرت وصية ابداً لو اعطي ورثة الموصي حق الرجوع.

ولهذا يصرح الفقهاء بان **انتفاع الموصى له بالمنفعة بعد الموصي انما يعتبر شرعاً على حساب ملك الموصي لا على حساب ورثته**، فيعتبر المال الموصى بمنفعته محبوساً على ملك المورث المتوفى في حق المنفعة الموصى بها. وهذا معنى كون الورثة انما يملكون في هذه الحال رقبة المال فقط، فلا يرثون المنفعة ايضاً الا بعد انقضاء مدة انتفاع الموصى له او موته كما تقدم (ر: ف/٩٩؛ والدر المختار ورد المحتار ٥/٤٤٢).

ب) ــ وفي صورتي الغرس والبناء يحق للمعير أن يرجع في الارض المعارة للغرس والبناء مطلقاً في أي وقت شاء ، سواء أكانت الاعارة مطلقة أو موقوتة . وعندئذ يكلف المستعير قلع الغراس أو البناء ، وتسليم الارض إلى المعير خالية عنه .

وذلك لأن الغرس أو البناء ليس لهما أمد ينتهيان اليه كأمد الحصاد للزرع .

ولكنها إذا كانت موقوتة فرجع المعير قبل الأجل الذي ضربه للمستعير الغارس أو الباني ، فان المعير يكون قد غرر بالمستعير تغريراً أضر به ، فيحق للمستعير تضمين المعير مقدار تفاوت قيمة البناء أو الغراس بين وقت القلع وانتهاء المدة التي كانت مضروبة للاعارة .

فلو كان البناء أو الشجر المقلوع ، قيمته حين الرجوع والقلع اثني عشر ديناراً ، وقيمته في ذلك الحين على أساس بقائه الى انتهاء الأجل المضروب للاعارة عشرون ديناراً ، يضمن المعير للمستعير ثمانية دنانير (ر : المجلة / ٨٣١ ـ ٨٣٢) والدر المختار ٤ / ٥٠٥)

١٣٢ ــ الخاصة الرابعة :

ان ملكية الاعيان لا تقبل الاسقاط ، وانما تقبل النقل

فلو أسقط أحد ملكيته عن شيء مملوك له لا تسقط ويبقى ملكاً له .

وعلى هذا الاساس منع الاسلام السائبة ، وهي الشيء يخرج عن ملك مالكه لا الى مالك جديد . وقد كانت العرب قبل الاسلام تعتاد التسييب في الابل في حالات خاصة ، فأبطله القرآن بالنص الصريح . حتى لو صيد الحيوان ثم أطلق يبقى على ملك صائده الأول . فلو وقع في يد شخص آخر وعرف فللاول استرداده منه .

وقد بنى الفقهاء على ذلك عدم صحة الابراء عن الأعيان ، لما في الابراء من معنى الاسقاط مشوبا بمعنى التمليك . فلو كان لأحد عند آخر شيء مغصوب أو مودع فأبرأه عنه لا يصح الابراء ، ويبقى الشيء لصاحبه .

أما لو تلف المغصوب في يد الغاصب حتى وجب عليه ضمان قيمته ، فأبرأه المالك عنها يصح ابراؤه ، لانتقال الحق الى الذمة ، والحقوق في الذمم تقبل الاسقاط .

١٢٤- استثناء الوقف :

ويستثنى من عدم قابلية ملكية العين للاسقاط الوقف ، على رأي من يرى الوقف اسقاطاً لملكية الواقف لا تبرعاً ؛ فقد خرجت به عين الموقوف عن ملكية الواقف لا الى مالك جديد .

لكن هذا لا يعد من السائبة ، لأن فيه الى جانب اسقاط الملكية تبرعاً دائماً بالمنفعة لجهة خيرية يتوقف على خروج العين الموقوفة عن ملكية الافراد . ولذا يعرف الفقهاء الوقف بأنه :

« حبس العين على حكم ملك الله تعالى ، والتصدق بالمنفعة »

والاوجه أن يعتبر في الوقف انتقال ملكية العين الموقوفة الى الجهة

الخيرية الموقوف عليها[1]، باعتبار أن تلك الجهة شخصية حكمية. ولذلك يجوز أن يستبدل بعقار الوقف غيره اذا دعت الحاجة والمصلحة الى الاستبدال به. فهذا التصرف بالعين استبدالاً هو من آثار ملكية الجهة الموقوف عليها المستبدل لحسابها.

١٢٥ ـ الخاصة الخامسة

ان الملكية الشائعة في الأعيان المادية هي، في الأصل، كالملكية المتميزة المعينة فى قابلية التصرف، الا المانع.

فيصح بيع الحصة الشائعة من شيء، والصلح عنها، ووقفها، والوصية، بها، سواء أكان البائع أو العاقد مالكاً لتلك الحصة المعقود عليها فقط، أو مالكاً للشيء كاملاً، لأن التصرف في بعض الشيء المملوك جائز كالتصرف فيه كله.

غير أنه يستثنى من ذلك ثلاثة عقود اعتبر الفقهاء في طبيعتها وشرائطها ما يمنع اجراءها على الحصة الشائعة، إما منعاً مطلقاً، أو في حال دون حال.

وهذه العقود المستثناة هي: **الرهن**، **والهبة**، **والاجارة**.

---

(١) ـ الوقف لا يصح الا أن يكون فيه جهة خيرية دائمة موقوف عليها حالاً او مآلاً؛ وذلك بأن يكون اما موقوفاً ابتداءً على الجهة الخيرية كالوقف على الفقراء مثلاً أو على مسجد أو مدرسة أو نحو ذلك من وجوه الخير، وهذا ما يسمى «**الوقف الخيري**»؛ واما موقوفاً اولاً على أشخاص معينين أو على الذرية ماداموا وتعاقبوا، ثم من بعد انقراضهم فعلى جهة خيرية دائمة، وهذا مايسمى: «**وقفاً ذرياً، او اهلياً**».

١٢٦ ـ وهذا المنع بالنسبة الى الرهن وجيه فان الرهن يتنافى مع شيوع المرهون في نظر الفقهاء ؛ لأنه ـ بحسب غايته وهي توثيق استيفاء الدين ـ يشترط فيه قبض المرهون ، ثم يقتضي ذلك استمرار حبسه في يد المرتهن . وهذا مانع من صحة الرهن في الجزء الشائع ، اذ لو رهن الانسان حصة شائعة ، كربع فرس أو نصف دار : فاذا احتبس المرتهن المال كله دائماً كان متجاوزاً على حق الشريك غير الراهن لحبس حصته من المال عنه بسبب الشيوع ؛ واذا تناوب المرتهن مع مالك الحصة غير المرهونة في الحبس والاستعمال ، بحيث يحتبسه بحكم الرهن مدة ، ويسلمه اليه مدة للاستعمال ، فانه يفوت عندئذ استمرار احتباس المرهون ، فيفقد الرهن قوته التوثيقية ويعدم غايته .

وهذا المعنى يقتضي أن يصح الرهن العقاري اليوم على الحصة الشائعة من العقار في البلاد التي أسست فيها سجلات ونظم عقارية توجب تسجيل كل عقد عقاري في تلك السجلات . وهذا ما قد قرره القانون المدني لدينا اذ نصت المادة /١٠٥٨/ منه على أن « كل عقار جاز بيعه جاز رهنه . » ولم تستثن الحصة الشائعة في العقار من هذا الجواز[1] .

وذلك لأن نظام السجل العقاري أغنى عن قبض العقار المرهون بمجرد وضع اشارة الرهن عليه في صحيفته من السجل العقاري لمنع

---

(١) ـ بينما كان قانون الملكية العقارية السابق لدينا ذو الرقم /٣٣٣٩/ يستثني الحصة الشائعة ، فينص صراحة في المادتين /٢٣/ و/١٠٤/ على عدم جواز رهنها .

الراهن من التصرف فيه ببيع ونحوه مع بقاء العقار المرهون في يد مالكه الراهن ، كما في الاقليم السوري[١] .

هذا ما يتعلق برهن الحصة الشائعة في نظر علماء الشريعة وفي القانون المدني[٢] .

---

(١) ـ وقد استقر أخيراً رأي محكمة التمييز السورية (محكمة النقض) واجتهادها على أن تسجيل العقد العقاري في السجل العقاري يعتبر تسليما قانونياً يقوم مقام التسليم الفعلي في نتائجه .

*(٢) ـ أما الشيوع في محل عقد الهبة والاجارة فلفقهاء الحنفية فيه تفصيل نلخصه فيما يلي :

(أ) ـ في الهبة :

اذا وردت الهبة على حصة شائعة من **مال قابل للقسمة** ، كهبة نصف دار كبيرة تحتمل أن تقسم الى دارين ، وهبة ربع قطيع من الغنم أو نصف صبرة من القمح ، ونحو ذلك مما لا تضره القسمة ، فان الهبة لاتصح في هذه الحصص الشائعة لانه يشترط لتمام عقد التبرع التسليم والقبض ، وان كمال القبض يكون بتمييز المقبوض من غيره . والحصة الشائعة لايمكن فيها الا التسليم الضمني تبعاً لتسليم جميع المال الذي هي جزء شائع فيه . فتسليمها على هذا الوجه يكون ناقصاً غير كامل . وما دام المال قابلاً لأن يقسم وتسلم منه الحصة الموهوبة متميزة تسليما كاملا لايكتفى بالتسليم الناقص .

اما اذا وردت الهبة على حصة شائعة من مال غير قابل للقسمة ، وهو ماتضره القسمة كاللؤلؤة ، والعقد من الحلي ، والكتاب الواحد ، والفرس ، والحمام ، والدار الصغيرة التي لاتحتمل أن تقسم منها الحصة الموهوبة ويبقى كل قسم داراً صالحة للسكن ، ففي كل ذلك وأمثاله تصح هبة الحصة الشائعة ، لأنه عندما لايمكن القبض الكامل في الهبة يكتفى بالقبض الناقص ، فيتسلم الموهوب له =

١٢٨ ـ الخاصة السادسة :

ان الملكية الشائعة في الديون المشتركة ، وهي متعلقة بالذمم ، لا تقبل القسمة .

أ) ـ فاذا قبضت تلك الديون المشتركة تعلقت الملكية عندئذ بعين

= الحصة الموهوبة في ضمن تسلمه للكل ، ويصبح شريكا في ملكية العين مع صاحب الحصة الاخرى .

(ب) — فى الاجارة

وأما الاجارة فقد منعها فقهاء الحنفية في الحصة الشائعة اذا كان الشيوع **مقارناً لعقدها** ، كما لو آجر أحد نصفا فقط من عقار ، أو من دابة ، أو من ثوب ، أو نحو ذلك .

فلو لم يكن الشيوع مقارناً لعقدها **بل طرأ طروءاً** ، كما لو آجر أحد الشريكين جميع العقار المشترك اصالة عن نفسه وفضولاً عن شريكه ، فرفض الشريك العقد ولم يجزه في حصته ، فان الاجارة تبقى صحيحة فى حصة الشريك العاقد ؛ إذ من المقرر أنه « يغتفر في البقاء مالا يغتفر في الابتداء »

هذا ما يقرره فقهاء الحنفية في هذا الشأن .

لكن لايخفى على المتأمل ان هذه الاستثناآت الفقهية المانعة من صحة التصرف في الحصة الشائعة بالرهن والهبة والاجارة ليست وجيهة متينة العلة في غير الرهن .

فان الهبة والاجارة لايظهر مانع من صحتها في المشاع وحلول الموهوب له أو المستأجر محل الواهب أو المؤجر في ملك الحصة الشائعة أو منفعتها ، بدليل أن فقهاءنا انفسهم قد تسامحوا بذلك فيما لايحتمل القسمة بالنسبة الى الهبة ، وفي الشيوع الطارىء بالنسبة الى الاجارة .

على ان الاحكام القانونية النافذة لدينا اليوم تقتضي صحة هبة الحصة الشائعة واجارتها في العقار وفي المنقول مطلقاً بلا تفصيل ؛ كما ان قوانين الايجار المتعاقبة لدينا تسوغ اجارة الحصة الشائعة من العقار .

المقبوض ، فأصبحت ملكية عين لا دين، فيقسم المقبوض بين أصحاب الحصص الشائعة فيه كما تقسم سائر الاعيان المشتركة القابلة للقسمة .

وعلى هذا لو استوفى أحد شركاء الدين المشترك مايعادل حصته من المدين لايختص هو بالمقبوض ، بل يكون لشركائه في الدين أن يقاسموه ماقبض ، فيأخذ كل منهم حصته منه ؛ إذ لو ساغ أن يستقل الواحد منهم بقبض حصته لوجب أن يعتبر الدين قد اقتسم وهو في الذمة ، وتميزت فيه حصص الدائنين، فلا يكون عندئذ مشتركاً، بينما هو مشترك .

حتى لو ابتاع أحد الدائنين في الدين المشترك شيئاً من المدين بحصته من الدين فجعلها ثمناً للمبيع ، يعتبر كما لو قبض من المدين المشترك ذلك القدر الذي اعتبر ثمناً . فالشريك الآخر في الدين عندئذ مخير : فان شاء استوفى من رفيقه حصته من جزء الدين الذي اعتبر ثمنا للمبيع ؛ وإن شاء ترك المبيع لرفيقه المشتري ، ويلاحق المدين بحصته وهي الباقي من أصل الدين .

ولو تعذر عليه تحصيل باقي الدين من المدين بافلاس ونحوه يبقى له حق الرجوع على رفيقه بحصته من ثمن المبيع . ولا يكون عدم إجازته قبلاً بمانع له من هذا الرجوع .

وليس له أن يختار مشاركة رفيقه في عين المبيع الذي اشتراه الا برضاه، بخلاف ما لو قبض رفيقه جانباً نفس الدين وجنسه فان للآخر أن

يشاركه في المقبوض (ر : المجلة /١٠٣/ وما بعدها) [١] .

ب)- أما الديون غير المشتركة فان كل دين منها يكون منذ تعلقه بالذمة متميزاً مستقلاً عن غيره ، فكل دائن يستقل بما يقبضه من المدين عن دينه ولا علاقة لغيره من الدائنين به الا اذا حكم بافلاس المدين أو مات مفلساً فان امواله تقسم بين غرمائه بنسبة ديونهم ، فيأخذ كل منهم نصف دينه مثلا أو ربعه أو اقل أو اكثر على حسب المال الموجود. وليس لأحد أن يأخذ أكثر من غيره نسبة ، وهذا ما يسمى عندئذ : قسمة الغرماء.

وقد بينا في الفقرة /١١٥/ متى يعتبر الدين مشتركاً ومتى يعتبر مستقلا غير مشترك ، فلينظر هناك .

---

(١) – في هذا الموضوع يفترق حكم الشراء عن الصلح ، وان كان من المقرر فقهاً **ان الصلح عن مال بمال يعتبر بمثابة البيع والشراء** .

فلو صالح أحد الشريكين المدين عن حصته من الدين المشترك على شيء من غير جنس الدين وقبضه منه صلحاً لا شراءً فان الخيار له عندئذ في ان يشرك معه رفيقه في عين الشيء المصالح عليه أو أن يدفع اليه حصته من مبلغ الدين المصالح عنه ، الا ان يشاء رفيقه ترك الشيء لشريكه المصالح وملاحقة المدين بحصته من الدين .

وذلك لان الصلح مبني على التسامح والحط من أصل الحق ، بخلاف البيع فانه مبني على المماكسة والتعادل .

فالعين المصالح عليها تكون في العادة اقل قيمة من الحق المصالح عنه ، فلو ألزم الشريك المصالح بأن يدفع الى رفيقه حصته من مبلغ الدين المصالح عنه لتضرر الشريك المصالح (ر : المجلة /١١٠٥-١١٠٦/ وشروحها للاستاذ الباز وغيره) .

وهذا كما ترى من الفروق التي تتجلى فيها دقائق الانظار الفقهية في رعاية **العرف والعادة والمبادىء النظرية معاً** ، ثم وزن فروع الاحكام على اساس ذلك بقسطاس العدل والانصاف وفكرة التوازن التي تتراءى في سائر مباني **الفقه الاسلامي** .

الفصل الرابع

الفرق بين التمليك والاباحة

وبين ملك المنفعة وحق الانتفاع

أ) ـ الفرق بين التمليك والاباحة

١٢٩ ـ يفرق الفقهاء بين حكم التمليك والاباحة :

فالاباحة هي الاذن باستهلاك الشيء أو باستعماله ؛ وهي لاتجعله مملوكاً ، بل هي دون التمليك .

فلو أباح انسان لآخر أن يأكل من طعامه أو من ثمرة بستانه لايملك المباح له شيئاً من الطعام أو الثمرة ، ولايحق له أن يبيع ولا أن يبيح لغيره ، وانما يحق له أن يأكل فقط ، إذ لايملك التمليك أو الاباحة إلا المالك ، والمباح له ليس بمالك .

وكذلك لو أباح انسان لآخر استعمال مايشاء من ادواته أو ملابسه ، فللمباح له أن يستعمل دون ان يعير او يبيح لغيره .

وبهذا يعلم أن مجرد الاباحة من مالك لغيره ليست بهبة ولا اعارة، وانما هي ترخيص وإذن (ر : المجلة/١٣٩) .

غير انه إذا قامت الدلائل على ان المراد بها الهبة أو الاعارة ، فعندئذ تنعقد سبباً لتمليك العين او المنفعة ؛ كمن استهدى من آخر شيئاً ، او طلب اعارته فأجابه بقوله : أبحته لك فخذه ، فان الاباحة قد عبر بها عندئذ عن معنى الهبة او الاعارة مجازاً ؛ ومن القواعد المقررة ان « العبرة في العقود للمقاصد والمعاني ، لا للألفاظ والمباني » .

ويتضح من ذلك مع ماسبق بيانه في احراز المباحات من اسباب الملكية ان للفظ « المباح » معنيين في الاصطلاح الفقهي :

١) ــ فبالمعنى الاول يطلق المباح على كل مالم يدخل في ملك خاص ولا مانع من تملكه شرعاً ، كحيوان الصيد ، وحطب البوادى ، وتلك هي : المباحات العامة . ومصدر اباحتها الشرع الذي سوغ للناس عامة ان يمتلكوها بالاحراز المستوفي لشرائطه الشرعية، كما تقدم . ومتى امتلكوها ساغ لهم ان يتصرفوا فيها تصرف الملاك بكل وجه .

٢) ــ وبالمعنى الثاني يطلق المباح على الشيء المملوك ملكاً خاصاً إذا اباحه مالكه لشخص ان يستهلكه او يستعمله ، وذلك هو : المباح الخاص الذي مصدر اباحته مالكه . واباحته بهذا المعنى لا تعني تملكه كما اوضحناه آنفاً .

ب) ــ الفرق بين ملك المنفعة، وحق الانتفاع

١٣٠ ــ وهذا التفريق بين التمليك والاباحة يؤدي الى فرق آخر يذكره الفقهاء بين « ملك المنفعة » و « حق الانتفاع ».

ان علماء القانون لا يفرقون بين ملك المنفعة وحق الانتفاع ، فهما في اصطلاحهم بمعنى واحد .

ولكن فقهاء المذاهب في الشريعة الإسلامية يفرقون بينهما ، وتدل نصوصهم على ان بينهما فروقاً من عدة نواح : (١) من حيث المعنى وحدوده (٢) ومن حيث المنشأ (٣) ومن حيث الأثر :

(أ) ــ من حيث المعنى : يفترق ملك المنفعة عن حق الانتفاع بأن ملك المنفعة فيه ذلك الاختصاص الحاجز الذي بيناه في تعريف الملك، كحق المستأجر في منافع المأجور ، وحق الموقوف عليه في منافع الوقف ، ففي كل ذلك معنى الملكية وقوتها .

اما حق الانتفاع المجرد فهو من قبيل الرخصة بالانتفاع الشخصي دون الامتلاك ، كحق الجلوس في الأسواق والمساجد ، واستعمال الطرق والأنهار فيما لا يضر العامة ، والمبيت في المضافات ، ودخول الأماكن التي يأذن اصحابها بدخولها ، وبتناول ما يسمحون بتناوله منها ، ونحو ذلك .

فملك المنفعة اقوى واخص لأن فيه حق انتفاع وزيادة .

(ب) — **ومن حيث المنشأ** : يفترقان بأن ملك المنفعة انما ينشأ عن عقد مملك .

فهذا الملك يكون بأحد عقود أربعة ، هي : **الاجارة ، والاعارة ، والوصية بالمنفعة ، والوقف** ، كما تقدم في تقسيم الملك (ف/١١٢) .

أما حق الانتفاع المجرد فهو أعم سبباً ، إذ يثبت ضمن ملك المنفعة بهذه العقود المملكة ، ويثبت أيضاً بسببين آخرين لا يوجبان الملك ، وهما :

١) — كون الاشياء المنتفع بها مخصصة لانتفاع الناس كافة أو لفريق منهم دون أن يملكها أحدهم خاصة ، كالانهر والطرق غير المملوكة ، والمصحات المخصصة للمرضى ، والمدارس المخصصة لطلاب العلم .

فما يتعلق بهذه الاشياء من الحقوق إنما هو من قبيل حق الانتفاع لا ملك المنفعة .

٢) — إباحة المنفعة من مالك خاص ، وقد سلف بيانها ، فانها تعطي رخصة واذناً ولا توجب ملكاً .

وقد قدمنا آنفاً أن الاباحة قد ترد على استهلاك عين كاباحة الطعام والشراب ، وقد ترد على استعمالها والانتفاع بها فقط (ر: ف/١٢٩)

فالصورة الثانية التي تباح فيها منافع الشيء لا عينه هي التي ينشأ عنها مجرد حق انتفاع .

(ج) — **ومن حيث الاثر** : يفترقان أيضاً بان ملك المنفعة يسوغ لصاحبه أن يتصرف في المنفعة تصرف الملاك في أملاكهم ضمن حدود

العقد الذي ملكه إياها ؛ فيحق له تمليك المنفعة التي استفاد ملكيتها .

وعلى هذا قرر فقهاؤنا أن للمستأجر أن يؤجر المأجور من غيره وأن يعيره، وكذا للمستعير أن يعير غيره شرعاً[1] إلا إذا كان الشيء مما يتأثر باختلاف المستعملين كالدواب والثياب فلا يجوز فيها ذلك.

ولكن ليس للمستعير أن يؤجر العارية مطلقاً ؛ وذلك لأن الاعارة عقد غير لازم فللمعير ان يرجع عنه ويسترد العارية متى شاء. أما الاجارة فعقد لازم ؛ فلو جاز للمستعير أن يؤجر العارية لامتنع على المعير الرجوع ؛ وهو حق مشروع له .

(ر : المجلة / ٥٨٦ و ٥٨٧ و ٨١٩ و ٨٢٣).

أما صاحب حق الانتفاع فليس له إلا أن ينتفع بنفسه دون أن يؤجر أو يعير أو يبيح لغيره[2] .

والقرافي المالكي في كتابه « الفروق » قد سمى هذا الحق : « تمليك الانتفاع » وفرق بينه وبين « تمليك المنفعة » بأن تمليك الانتفاع

---

(١) — هذا الحكم معدل بقوانين الايجار لدينا بالنسبة الى العقار فان قوانين ايجار العقار المتتالية كلها تمنع المستأجر من ان يؤجر لغيره الا باذن من المؤجر وفي ذلك مصلحة ظاهرة .

(٢) — ر : كتاب « **الفروق** » للقرافي المالكي ، في الفرق / ٣٠ /، وكتاب « **الملكية ونظرية العقد** » للاستاذ الشيخ محمد أبي زهرة ، ف / ٢٢-٢٣ /، وكتاب « **الحق والذمة** » للاستاذ الشيخ محمد علي الخفيف ، الطبعة الاولى ص / ٧٥ /.

يقتصر على الاذن للشخص في أن ينتفع بنفسه فقط ، فليس له تمليك غيره كما أوضحناه .

وعلى هذا يعتبرون وقف العقار لاجل سكنى الموقوف عليهم من قبيل تمليك الانتفاع فقط ، فيسكنون بأنفسهم ولايحق لهم أن يؤجروه ويستغلوه .

أما وقفه للاستغلال والسكنى جميعاً فانه من قبيل تمليك المنفعة لامجرد الانتفاع .

* * *

الباب الثاني

نظرية العقود

في الفقه الاسلامي

الفصل الأول

معلومات تمهيدية عامة

الفرع الأول

معلومات عن العقد

العقد والتصرف – انواع التصرف – تعريف العقد تحليل التعريف الفقهي وايضاحه – موازنة بين التعريفين الفقهي والقانوني – لمحة تاريخية عن العقد

١٣١ – العقد ضرب من تصرفات الانسان .

والتصرف بالمعنى الفقهي هو كل مايصدر عن شخص بارادته ، ويرتب الشرع عليه نتائج حقوقية .

وهو نوعان : **فعلي وقولي** .

ـ فالتصرف الفعلي هو ما كان قوامه عملاً غير لساني ؛ كاحراز المباحات ، والغصب ، والاتلاف ، واستلام المبيع ، وقبض الدين ، وما اشبه ذلك .

ـ والتصرف القولي نوعان : **عقدي** ، **وغير عقدي** .

فالتصرف القولي العقدي ، هو الذي يتكون من قولين من جانبين يرتبطان ، أي مايكون فيه اتفاق ارادتين كما سيأتي بيانه ، وذلك كالبيع ، والشراء ، والاجارة ، والشركة ، وما اشبهها .

وأما التصرف القولي غير العقدي فتحته نوعان :

١) ـ نوع يتضمن ارادة انشائية وعزيمة مبرمة من صاحبه على إنشاء حق او انهائه أو اسقاطه ، كالوقف والطلاق والإعتاق والابراء والتنازل عن حق الشفعة .

وهذا النوع قد يسمى « **عقداً** » ايضاً في اصطلاح فريق من فقهاء المذاهب لما فيه من العزيمة المنشئة او المسقطة للحقوق ، فهي في نظرهم عقود وحيدة الطرف كالعقود ذات الطرفين من حيث وجود الارادة المنشئة[1] .

---

(١) ـ ان اصطلاح فقهاء الحنفية جار على تخصيص العقد بما كان فيه ارتباط جانبين كما يشعر به تعريف العقد الآتي بيانه قريباً .

على أنهم قد يسمون « **الوقف** » عقداً في كثير من عباراتهم على سبيل التوسع في الاستعمال .

٢) - ونوع لا يتضمن ارادة منصبة على انشاء الحقوق أو إسقاطها، لكنه أقوال من أصناف أخرى تترتب عليها نتائج حقوقية. وذلك كالدعوى فانها طلب حق أمام القضاء ؛ وكالإقرار والانكار والحلف على نفي دعوى الخصم ، فإنها إخبار تترتب عليه مؤاخذات وأحكام قضائية مدنية .

وهذا النوع تصرف قولي محض ليس فيه أي شبه عقدي[1] .

---

(١) – يقول الاستاذ الجليل الشيخ محمد ابو زهرة :

« ان للفقهاء في معنى العقد نظرين :

١ – فمنهم من يخص العقد بما يتكون من ارتباط كلامين من جانبين، كالبيع والاجارة ، والشركة الخ ...

٢ – ومنهم من يتوسع في معناه فيطلقه على كل مايعقد الشخص العزم عليه ولو كان ينعقد بكلام طرف واحد – اي بالارادة المنفردة – ، كالطلاق والاعتاق والابراء » .

ثم يقول : « **ان العقد** » بهذا الاعتبار الثاني ، أي بالمعنى الواسع – يكون مرادفاً للفظ « **التصرف** » لان التصرف الشرعي هو كل مايكون من تصرفات الشخص القولية ، ويرتب عليه الشارع اثراً شرعياً في المستقبل » اه .

(ر : الملكية ونظرية العقد ، ف / ١٠١ – ١٠٢) .

هذا مايراه الاستاذ ابو زهرة حفظه الله ، ولكننا نرى ان التصرف أعم من العقد مطلقاً حتى بمعناه الواسع الشامل لعقود الارادة المنفردة ، وذلك :

١ – لان التصرف لا يختص بالاقوال ، بل يشمل الافعال ، وينقسم الى قولي وفعلي . والفقهاء في باب مرور الزمان وغيره يطلقون التصرف على مايشمل عمل الانسان في ملكه سواء أكان بعقد يجريه عليه أو **بالانتفاع المباشر فيه** =

هذا ، وإن العبرة في تمييز التصرف القولي عن الفعلي إنما هي لطبيعة التصرف وصورته لا لمبناه الذي بني عليه . فلذا كان دفع الثمن وتسلم المبيع تصرفاً فعلياً ولو أنه مبني على عقد البيع .

وهكذا سائر صور التنفيذ الفعلي للعقود .

فمما تقدم يتضح ان « التصرف » أعم من « العقد » مطلقاً ، لأن العقد من بعض أنواع التصرف ، اذ هو تصرف قولي مخصوص .

ومن المقرر في القواعد المنطقية أن الأخص يستلزم دائماً معنى الأعم ، ولا عكس . فكل عقد هو تصرف ، وليس كل تصرف عقداً .

وهذا ما يسمونه : « العموم والخصوص المطلق » بين الشيئين في علاقة أحدهما بالآخر ونسبته اليه .

١٣٢ ـ تعريف العقد :

العقد في أصل اللغة : الربط ، وهو جمع طرفي حبلين ونحوهما ،

= استعمالاً وهدماً وبناء الخ ... (ر : المجلة /١٦٦٠ - ١٦٦١/ وتنقيح الفتاوى الحامدية ج ٢ ص /٣-٤) .

٢ - ولان التصرف القولي نفسه يشمل أقوالاً لا تدخل في مفهوم العقد ولو بمعناه الواسع ، كالدعوى ، والاقرار ، فكل ذلك تصرفات قولية تترتب عليها احكام ، وهي لا تعد عقوداً بوجه من الوجوه ، كما اوضحناه .

فالمناسب مابيناه من ان « **التصرف** » أعم من « **العقد** » عموماً مطلقاً .

وشد أحدهما بالآخر ، حتى يتصلا فيصبحا كقطعة واحدة . والعقدة هي الموصل الذي يمسكهما ويوثقهما .

ومنه انتقلوا الى اطلاق « العقد » على اليمين ، والعهد، وعلى الاتفاق في المبادلات ، كالبيع ونحوه (ر : المصباح المنير) .

والعقد في اصطلاح الفقهاء الشرعيين كما عرفته المجلة (م/١٠٣ — ١٠٤) هو :

ارتباط ايجاب بقبول على وجه مشروع يثبت اثره في محله .

وفي عرف الحقوقيين بالاصطلاح القانوني كما سبق بيانه (ف/ ١٠٤) هو :

اتفاق ارادتين على انشاء حق ، او على نقله ، او على انهائه .

(ر : نظرية العقد للاستاذ السنهوري / ف /٧٧ ـ ٨٠)

والمقصود بالتعريفين الفقهي والقانوني متقارب، غير أن التعريف الأول الفقهي أحكم منطقاً وأدق تصوراً ، والثاني القانوني أوضح تصويراً وتعبيراً .

وقد تقدم ايضاح التعريف القانوني فيما سبق (ف/١٠٤)

أما التعريف الفقهي فإليك ايضاحه فيما يلي :

١٣٣ ـ تحليل التعريف الفقهي وايضاحه :

ان العقد هو من قبيل الارتباط الاعتباري في نظر الشرع بين شخصين نتيجة لاتفاق ارادتيهما . وهاتان الارادتان خفيتان . فطريق

إظهارهما التعبير عنهما ،وهو في العادة بيان يدل عليهما بصورة متقابلة من الطرفين المتعاقدين . ويسمى هذا التعبير المتقابل : **ايجاباً** ، **وقبولا** .

فالإيجاب هو أول بيان يصدر من أحد المتعاقدين، معبراً عن جزم ارادته في انشاء العقد ، أياً كان هو البادىء منهما .

وأما القبول فهو ما يصدر من الطرف الآخر بعد الإيجاب ، معبراً عن موافقته عليه .

فالبادىء بعبارته في بناء العقد دائماً هو **الموجب**،والآخر هو **القابل** سواء أكان البادىء مثلاً في عقد البيع هو البائع بقوله : بعت،اوهو المشتري بقوله اشتريت : أو كان البادىء في نحو الاجارة هو المؤجر بقوله : آجرت ، أو المستأجر بقوله : استأجرت . وهكذا في سائر العقود .. أول تعبير فيها عن الارادة العقدية من أحد الطرفين هو الايجاب ، وثانيهما من الطرف الآخر هو القبول (ر: المجلة/١٦٩).

فمتى حصل الايجاب والقبول بشرائطهما الشرعية اعتبر بينهما ارتباط هو في الحقيقة ارتباط بين الشخصين بموضوع العقد.(وموضوع العقد هو الأثر المقصود منه الذى شرع العقد لاجله ،) أي حكمه الشرعي . فيصبح كل منهما ملزماً بالحقوق التي التزمها بمقتضى عقده تجاه الطرف الآخر .

فالايجاب والقبول في عقد البيع ، وهما لفظا : « **بعت، واشتريت** » أو ما بمعناهما ، إذا صدر كل منهما من عاقد ذي أهلية شرعية لعقد البيع يرتبطان في نظر الشرع ارتباطاً يثبت له أثر في محل العقد وهو الأموال

التي يقصد المتعاقدان تبادل الحقوق فيها ، وذلك الأثر هو انتقال ملكية المال المبيع إلى المشتري ، واستحقاق البائع الثمن .

وعقد الرهن يثبت به أثر كنتيجة لارتباط ايجابه بقبوله هو حق للدائن المرتهن في احتباس المال المرهون حتى وفاء الدين ، كما يثبت عليه التزام بحفظه وصيانته مثلما يصون أمواله ، حتى يفك الرهن أو يباع المرهون لوفاء الدين .

فالمال المرهون هو محل العقد ، وحق الاحتباس موضوع العقد ، وهو الغاية النوعية التي تميزه عن غيره من انواع العقود . ثم بعد الانعقاد تثبت هذه الغاية فتكون حكماً شرعياً للعقد الواقع ، أي أثراً أصلياً يرتبه الشرع ويثبته على ذلك المال المرهون كنتيجة لعقد الرهن . وهكذا يقال في كل عقد[1] .

١٣٤ — موازنة بين التعريفين الفقهي والقانوني

فالعقد في نظر فقهائنا ليس هو اتفاق الارادتين نفسه ، بل الارتباط

---

(١) - يقول صاحب الدرر :

« المراد بالعقد ارتباط اجزاء التصرف الشرعي . مثلاً اذا قيل « **زوجت ، وتزوجت** » ، وجد معنى شرعي **هو النكاح** يترتب عليه حكم شرعي هو **ملك المتعة** . وكذا اذا قيل : **بعت واشتريت** ، وجد معنى شرعي هو البيع يترتب عليه حكم شرعي هو ملك اليمين »

(ر : الدرر شرح الغرر ، اول كتاب النكاح ١ /٣٢٦)

الذي يعتبره الشارع حاصلاً بهذا الاتفاق ، إذقد يحصل الاتفاق بين الارادتين دون أن تتحقق الشرائط المطلوبة شرعاً للانعقاد ، فلا يعتبر إذذاك انعقاد رغم اتفاق الارادتين ، وهي حالة بطلان العقد في نظر الشرع والقانون .

فالتعريف القانوني يشمل العقد الباطل الذي يعتبره التشريع لغواً من الكلام لا ارتباط فيه ولا ينتج نتيجة. ذلك لأن هذا التعريف القانوني انما يعرف العقد بواقعته المادية ، وهي اتفاق الارادتين . أما التعريف الفقهي فيعرفه بحسب واقعته الشرعية ، وهي الارتباط الاعتباري. وهذا هو الأصح ، لأن العقد لا قيمة فيه للوقائع المادية لولا الاعتبار الشرعي الذي عليه المعول في النظر الحقوقي .

وهذا التعريف الفقهي ايضاً قد امتاز في تصوير الحقيقة العقدية ببيان الأداة العنصرية المكونة للعقد . أي الأجزاء التي يتركب منها في نظر التشريع ، وهي الايجاب والقبول . فاتفاق الارادتين في ذاته لا يعرف وجوده ، وانما الذي يكشف عنه هو الايجاب والقبول اللذان يعتبران عناصر العقد الظاهرة بما فيهما من إعراب عن تحرك كل من الارادتين نحو الأخرى وتلاقيهما وفاقاً. فهذا التحرك والتلاقي هو المعول عليه في معنى الانعقاد ، اذ قد تكون ارادتان متفقتين على التعاقد ، ولا تتحرك احداهما نحو الأخرى فلا يكون عقد ، كما في حالة الوعد ببيع أو برهن أو بقرض مثلاً. فالتعريف القانوني يشمل الوعد أيضاً

لوجود اتفاق الارادتين فيه مع أنه ليس بعقد .

فالتعريف القانوني غير مانع .[1] فلذا قلنا ان تعريف فقهائنا للعقد أدق تصوراً وأحكم منطقاً ، وان كان التعريف القانوني أوضح تصويراً وأسهل فهما في طريق التعليم .

١٣٥ — لمحة تاريخية عن العقد :

أصل العقد عرفه البشر من أقدم العصور . وقد يأتي بعد احراز المباحات قدماً في أسباب التملك .

ومنشأ العقد وفكرته بين البشر هو من الماضي المجهول . فلا يعرف بعد كيف نشأت في البشر فكرة التعاقد على الالتزامات ، وعن

---

(١) — التعريف يجب أن يكون جامعاً مانعاً .

ومعنى كونه جامعاً أن يشمل جميع افراد الشيء المعرف فلا يخرج عنه مايجب ان يتناوله .

ومعنى كونه مانعاً أن تكون قيوده وحدوده مميزة للشيء المعرف عن غيره تمييزاً تاماً ، يخرج عنه كل ماليس من افراده .

فاذا لم يشمل التعريف بعض افراد المعرف كان غير جامع ؛ كتعريف المدرسة مثلاً بانها : «**بيت تقيمه الحكومة للتعليم**» ، فانه لا يشمل غير المدارس الحكومية.

واذا كان يشمل غير افراده كان غير مانع ؛ كتعريف المدرسة بانها « **بيت العلم** » ، فانه يدخل فيه دار الكتب والمطالعة .

واذا كان يخرج بعض افراده ويدخل غيرها كان غير جامع ولا مانع . وكل ذلك خلل في التعاريف .

أي العوامل تولدت إلا على سبيل الظن والتخمين استنتاجاً من سنة النشوء والارتقاء في الحياة الاجتماعية وإدراك نظمها .

ويرى بعض العلماء الباحثين في ذلك من الأجانب أن أول ما عرف البشر من التعامل هو التبادل الفوري . فعند الاحتياج كان الانسان يعطي ، ويأخذ بقدر مايعطي . أما التعاقد على الالتزامات التي يكون الانسان مسؤولاً بتنفيذها في المستقبل فلم يكن معروفاً في تلك العهود الأولى ، ثم تولد ذلك عن طريق فكرة دية القتلى. فقد كان الاعتداء يوجب الثأر الفعلي بالحرب بين الاسرتين . ثم عرف أخذ الدية مكان الثأر ، وقد لايجدها لديه المعتدي، فيستمهل لجمعها من اسرته أو قبيلته ، ويضع في مقابلها رهينة الى أجل .

وعلى هذا يكون الأصل التاريخي للتعاقد الالتزامي هو الاتفاق الذي يتم على اعطاء مهلة في دفع الدية .

ويرى آخرون أن أصل العقد هو اتفاق الخصمين على التحكيم بينهما . ولكن على كل تقدير قد كان للأديان أعظم الأثر في ظهور التعاقد واحترام الالتزامات .

(ر : « نظرية العقد » للاستاذ عبد الرزاق أحمد السنهوري في بحث سلطان الارادة ، ف/ ٨٩) .

والعقد من أهم الظواهر المدنية ومقاييس حرمة الارادة وحريتها.

وقد اعترت العقد أطوار مختلفة في تاريخ التشريع من حيث الشكلية، والحرية، وقوة الاعتبار.

وكلما تحرر العقد من قيود الشكلية فيما لا تتعلق به مصلحة عامة كان أقرب نسباً الى الرقي الانساني والحضارة الكاملة.

وقد كان العقد لدى بعض الأمم قبل الاسلام مطوقاً ومثقلاً بالشكليات:

أ)- ففي التشريع الروماني القديم كان لأنواع العقود من بيع ونكاح وغيرهما مراسم وأشكال لا تعتبر العقود اذا لم تمر بها.

فمن ذلك الطريقة المعروفة في البيع عند الرومانيين باسم «مانسيباسيو mancipatio»، وقد يسمونها أيضاً طريقة «النحاس والميزان» لانهم يوجبون فيها حمل الميزان والضرب بالنقد النحاسي عليه. وكان يشترط لديهم في البيع حضور المبيع في مجلس البيع، فلم يكن قابلاً للبيع الا الأموال المنقولة.

ولما سوغوا بيع الاراضي كان لا بد في عقد «المانسيباسيو» في أول الامر من احضار جزء من تراب الأرض رمزاً الى حضورها في مجلس العقد كالمنقولات.

فكانت العقود لديهم خاضعة لصور من الشكلية المادية الابتدائية[1].

---

(١) — انظر «الحقوق الرومانية Droit romain لكل من الاستاذين «مونيه» و «جيفار» الفرنسيين. =

ب) - وفي جاهلية العرب كانت بيوع تطغى فيها الشكلية على حرية احد العاقدين وارادته ، كبيع الملامسة ، والمنابذة ، والقاء الحجر ؛ فقد تعورف فيها ان المشتري اذا لمس المبيع ، أو القى عليه حجراً ، او نبذه اليه البائع فقد لزم العقد .

١٣٦ — وقد نهى النبي عليه السلام عن هذه البيوع ، وجاء التشريع الاسلامي على يديه باطلاق العقود من القيود السخيفة واخضاعها لمجرد الايجاب والقبول الصادرين بالتراضي والأهلية ، واعتبر فيها هذا التراضي هو الملزم دون الاشكال والمراسم .

حتى لقد اعتد الفقه الإسلامي بما يغني عن الايجاب والقبول في الدلالة على توافق الارادتين ، ذلك التوافق الذي هو الأصل في اعتبار العقود ، فسوغ التعاطي [1] في البيع ونحوه ، واعتبر به العقد منعقداً في

= ويقول الاستاذ الدكتور محسن البرازي في كتابه « الحقوق الرومانية » ج ٢ ص / ١٥٤ / :

« ان المراسم والاشكال ركن اساسي في الحقوق الرومانية التي تمتاز بهذا الطابع . ولئن صارت فيها بعض العقود تتم بالتراضي كالبيع والاجارة والشركة فما ذلك الا للضرورة على اثر اتساع الحياة الاقتصادية وكاستثناء من القاعدة » .

(١) — بيع التعاطي يكون بقبض المبيع بعد معرفة الثمن ، كما لو وجد انساناً متاعاً في حانوت مكتوباً عليه ثمنه ، او كان معروف الثمن ؛ فاخذه وناول البائع ثمنه ، فقبضه منه راضياً دون ايجاب وقبول باللفظ ، فان البيع ينبرم بينهما بذلك (ر : ف / ١٥٩ — ١٦٠) .

خسيس الأموال ونفيسها كما سيأتي . ولم يفرق في البيع بين المنقول والعقار ، ولا بين حضور المبيع وغيابه .

والتشريع الإسلامي لم يتقيد بشيء من الشكليات التي لا دخل لها في تحقق معنى العقد بين طرفيه الا اذا كان لها مساس بالغاية المقصودة من العقد ، كاشتراط القبض في عقد التبرع والرهن ، أو اذا كانت تتوقف عليها مصلحة ذات بال ، كاشتراط الشهود لصحة عقد النكاح [1] .

وقد صحح التشريع الإسلامي عقود الصغار المميزين والأرقاء اذا أذن لهم الاولياء والموالي في التجارة .

وكذلك سوى بين الرجل والمرأة في حرية العقود واحترام الإرادة في تصرفات الارادة ، من معاوضات ، وتبرعات ، والتزامات ، ونكاح .

---

(١) - الحكمة في اشتراط الشهود لصحة النكاح ان الاجتماع والمعاشرة بين الرجل والمرأة يمكن ان يكونا على اساس مريب غريب غير مشروع لولا اعلان النكاح ومعرفته ؛ فلو صح عقده سرا كما في العقود المالية لما تميز **السفاح عن النكاح** .

وقال ابن تيمية رحمه الله في فتاواه :

« ان الامر الشرعي بلزوم الشهود والاعلان في عقد النكاح انما هو لتمييزه عن السفاح ، وصيانة للنساء المحصنات عن التشبه أو الاشتباه بالبغايا ، ولذا شرع في النكاح الاحتفال بضرب الدف والوليمة مما يوجب الشهرة » .

(فتاوى ابن تيمية ٣ / ٢٧٠ - ٢٧١ / باختصار) .

وسيأتي لذلك مزيد بسط وايضاح (ر : ف / ١٦٠) .

ولا يعرف تشريع سبق التشريع الاسلامي في مضمار تحرير العقود من قيود شكلياتها المثقلة .

الفرع الثاني

خمسة الفاظ اصطلاحية يحتاج الى ايضاحها

بين يدي نظرية العقد

الركن - السبب - العلة - الشرط - المانع .

١٣٧ - لكي يفهم تكوين العقد فهما دقيقاً يتميز فيه أثر كل من العناصر التي يتوقف تكوينه وانشاؤه عليها يحسن ان نمهد بايضاح لبعض الفاظ اصطلاحية في اصول الفقه يحتاج الى معرفتها وتمييز مفاهيمها العلمية هنا وفي كثير من المباحث المستقبلة .

وهذه الألفاظ هي **الركن** ، **والسبب** ، **والعلة** ، **والشرط** ، **والمانع** .

١٣٨ - (أ) - **الركن** :

فركن الشيء في اللغة هو الجانب القوي الذي يمسكه ، كأركان البيت ، وهي زواياه التي تمسك بناءه .

والركن في اصطلاح الفقهاء والاصوليين هو :

ما يكون به قوام الشيء ووجوده بحيث يعد جزءاً داخلاً في ماهيته

(ر : المصباح المنير ، وتعريفات السيد الجرجاني)

ـ فمثلاً ركن القياس الذي يبنى عليه هو الاتحاد أو الشبه في علة الحكم بين المقيس عليه والمقيس ، لأن القياس يقوم بهذا الشبه كقيام البيت بأركانه الاربعة ، واذا فقد هذا الشبه لم يبق الأمر قياسياً ، بل هو اثبات حكم مبتدأ للحادثة الجديدة .

(ر : الكشف شرح أصول البزدوي أول باب ركن القياس ٣/٣٤٤).

ـ وركن العقد هو ما يعبر عن اتفاق الارادتين من ايجاب وقبول أو ما يقوم مقامهما كما سنرى ، لأنهما العنصران الذاتيان في ماهية العقد ومعناه ، فبارتباطهما الشرعي يقوم العقد ويتكون كما يتكون الماء من اتحاد عنصريه الكمياويين : مولد الماء ، ومولد الحموضة .

وفي امور العبادات يعد الركوع والسجود وقراءة القرآن أركاناً في الصلاة ، لان ماهيتها وحقيقتها انما تقوم بهذه الاعمال .

وعلى هذا لا يعتبر الفاعل ركناً في فعله بالمعنى الاصطلاحي للركن ، لأن الفاعل ليس جزءاً ذاتياً في معنى الفعل وماهيته ، وان كان لا بد لكل فعل من فاعل .

فالعاقد إذن لا يسمى ركناً في العقد . لكن بعض الفقهاء كالامام الغزالي يعد العاقد ركناً في العقد باعتبار أنه احد جانبين اساسيين في تكوينه . (ر : تعريفات السيد الجرجاني ، والمصباح المنير ، مادة : ركن)

والشهاب القرافي من فقهاء المالكية أيضاً قد عد في كتابه «الفروق»

من أركان العقد :العوضين ، والعاقدين (الفروق ، ج ٢ ، الفرق / ٧٠)

وهذا تساهل في التسمية ، وإن التحقيق ما قد بيناه . فالعاقدان والمحل المعقود عليه تعتبر من مقومات العقد ،ولكنها ليست أركاناً بالمعنى الاصطلاحي للركن . فالمقومات أعم من الأركان لانها تشمل كل مالا يمكن وجود العقد فعلاً بدونه من ركن ، أو عاقد ، او محل ،كما سنرى (ر : ف / ١٤٥).

١٣٩ - (ب) - السبب :

السبب في اصل اللغة الحبل الذي يتعلق به الانسان ويتشبث للارتقاء والانتقال . وسمي منهج الطريق سبباً ، تشبيهاً بالحبل الممتد .

ومن ثم يطلق السبب ايضاً على كل ما يتوصل به الى غيره ويفضي اليه. وعليه قوله تعالى: «وآتيناه من كل شيء سببا ». اي عرفناه بالذرائع التي توصل الى النتائج في كل أمر (ر : « مفردات الراغب ») .

والسبب في اصطلاح الفقهاء والاصوليين هو :

كل حادث ربط به الشرع امرا آخر وجوداً وعدماً ، وهو خارج عن ماهيته .

أي ان وجود السبب يستلزم وجود المسبَب ،كما أن عدم السبب يستلزم عدم المسبب .

مثال ذلك في الامور المدنية والجزائية أن اتلاف مال الغير سبب لضمانه وتعويضه ،وأن القتل العمد العدواني سبب للقصاص ،وأن القرابة

سبب للارث ؛ وان الشركة في العقار سبب لاستحقاق الشفعة في حصة الشريك الآخر إذا باعها . وكل عقد ينعقد أو تصرف يباشره وسبب شرعي لحكمه وآثاره الحقوقية التي رتبها الشرع عليه .

ويلحظ أن السبب يشبه الركن من حيث ارتباط مسببه (بصيغة المفعول) به وجوداً وعدماً .

ولكنه يفترق عن الركن من حيث ان سبب الشيء أمر خارجي عنه وليس جزءاً ذاتياً من ماهيته ؛ فان اتلاف مال الغير مثلا ليس جزءاً من مفهوم الضمان والتعويض ، وكذا القرابة ليست جزءاً من حقيقة الارث ، بل هما أمران منفصلان عن ماهية مسبباتهما . وهكذا كل سبب بالنسبة إلى مسبّبه وهو حكمه الذي ربط به .

ومن علامة السبب أن يضاف اليه غالباً حكمه المسبب عنه ؛ كقولنا : التزامات العقد ، وضمان الاتلاف ، وعقوبة الجريمة ، وصلاة الصبح ، وصيام رمضان الخ .. فالعقد ، والاتلاف ، والجريمة ودخول وقت الصبح وشهر رمضان هي أسباب لما أضيف اليها .

١٤٠ — (ج) — العلة :

— أما العلة فانها نوع خاص من السبب ، فهي :

السبب الظاهر المناسبة الذي يبني عليه الشارع الحكم .

فالاسكار مثلاً علة في تحريم الخمر . والعدوان على مال الغير بالاتلاف علة في تضمين المتلف . والعدوان على النفس المعصومة علة

في ايجاب القصاص . واضطراب الفكر عند الغضب علة في نهي النبي عليه السلام عن أن يقضي القاضي وهو غضبان .

وقد تسمى العلة بهذا المعنى سبباً ايضاً .

ـ وقد تطلق العلة على معنى الحكمة التشريعية في الحكم المشروع ، أي على المصالح والمفاسد التي تتعلق بها الاوامر والنواهي الشرعية ، فتكون بمعنى الغاية .

فالقمع والزجر وصيانة الانفس هي علل العقوبات بهذا المعنى .

(ر : الموافقات ج ١ ص/ ٢٦٥) .

١٤١ ـ (ر) ـ الشرط :

ـ الشرط ، بفتح فسكون ، وجمعه شروط ، تدل مادته بمختلف صيغها وحركاتها في اصل اللغة على معنى العلامة الدالة المميزة .

ومنه قيل : أشراط الساعة ، جمع شرط (بفتحتين) للحوادث الدالة على قربها .

ومنه الشرطي واحد الشرطة (بالضم) لافراد السلطة المكلفة بضبط النظام والامن الداخلي ، لانهم يمتازون بعلامات فى ألبستهم تميزهم عن سواهم .

والشريطة بمعنى الشرط ، وجمعها : شرائط (ر : المصباح ، ومفردات الراغب) .

ومنه أطلق الشرط لغة ما يشترطه الانسان في عقوده والتزاماته على نفسه أو على غيره لأنه كعلامة تميز العقد عن امثاله باحكام اضافية تخصه اتفق عليها الطرفان .

وقد عم هذا المعنى وشاع في اللغة واستمر ، وعليه يقع أشباه قولهم في المثل العربي المتقدم : « الشرط أملك ، عليك أم لك » (ر : ف/ ٨٤) .

ـ أما في اصطلاح الفقهاء والاصوليين ، فالشرط أو الشريطة هو :

كل امر ربط به غيره عدماً لا وجوداً ، وهو خارج عن ماهيته .

أي ان عدم الشرط يستلزم عدم الأمر المشروط له ، أما وجود الشرط فلا يستلزم وجود المشروط .

ـ مثال ذلك أهلية العاقد ، فانها شريطة في كل عقد ، ففاقد هذه الأهلية كالمجنون مثلاً لا ينعقد عقده .

وكذا قابلية المال المبيع للتمليك ، فانها شريطة لانعقاد البيع ، فاذا لم يكن المال المبيع قابلاً للتمليك لا ينعقد البيع ، كما في المال الموقوف ، فان بيعه باطل لعدم قابليته للتمليك .

وكذا كون المبيع مقدور التسليم ، فلو باع حيواناً شارداً منه لا يقدر على تسليمه فالبيع باطل (م/ ٢٠٩) .

ففقدان أحد الشروط قد اقتضى عدم انعقاد البيع شرعاً ، لكن

تحقق هـذه الشروط في المال لا يوجب وجود البيع .

ـــ وكل من هذه الشروط هو أمر خارجي عن معنى البيع فأهلية العاقد وقابلية المال ليسا أجزاء ذاتية في عملية العقد وماهيته ، لأن حقيقة العقد ايجاب وقبول ، وإنما المال محل له ، والعاقد فاعل .

وبهذه الصفة الخارجية يتشابه الشرط والسبب ، ولكنهما يفترقان من حيث أن الارتباط بين الشرط ومشروطه إنما هو العدم ، أما الارتباط بين السبب ومسببه فهو في الوجود وفي العدم .

ولذلك كان من المقرر أن السبب متى وجدوكان مستوفي الشرائط منتفي الموانع لابد أن ينتج الحكم المسبب عنه ، بخلاف الشرط فان وجوده لايوجب وجود المشروط .

ـــ والشروط بوجه عام إنما هي مكملات للامور المشروطة لها في نظر الشارع كتكميل الصفة للموصوف ، بحيث إن عدمها يخل بالمقاصد الشرعية من الاحكام .

(ر : الموافقات للشاطبي ج ١ ص/ ٢٦٢ ـ ٢٦٤) .

فالقدرة على تسليم المبيع مكملة لغاية البيع ، لأنه سبب للملكية وغاية الملكية الوصول الى الانتفاع ، فعدم امكان تسليم المبيع يخل بهذه الغاية المشروع لأجلها ، فلذا كانت هذه القدرة شرطاً في البيع .

وهكذا نظر التشريع في كل الشرائط التي يشترطها بالنسبة الى مشروطاتها .

١٤٢ -- والفقهاء يقسمون الشرط باعتبار مصدر شرطيته الى نوعين :

-- شرط يفرضه الشرع ، فيجعل تحققه لازماً لتحقق أمر آخر ربط به عدماً ،بحيث اذا لم يتحقق الشرط لم يتحقق ذلك الامر ،وهذا ما تقدم بيانه وأمثلته في الفقرة السابقة .

-- وشرط ينشئه الانسان بتصرفه وإرادته ، فيجعل بعض عقوده أو التزاماته معلقة عليه ومرتبطة به ،بحيث إنه إذا لم يتحقق ذلك الامر لا تتحقق تلك العقود والالتزامات .

وذلك كما لو علق الانسان كفالته بأمر يلائمها فقال لشخص دائن: إن سافر مدينك فلان اليوم ، أو إذا لم يعد من سفره اليوم ، فأنا كفيل بدينك الذي لك عليه ، فان سفر المدين أو عدم عودته من سفره يصبح شرطاً لثبوت الكفالة على القائل ، فلا يعتبر كفيلا ملتزماً بأداء الدين مالم يتحقق ذلك الشرط الذي شرطه للكفالة .

ومثله ما لو علق الرجل طلاق زوجته بفعل أو بعدم فعل ، فقال لها : إن فعلت كذا ، أو إن لم تفعلي كذا اليوم ، فانت طالق ، فان فعلها أو عدم فعلها يصبح تحققه شرطاً لوقوع الطلاق ، فلا يقع هذا الطلاق المعلق مالم يتحقق ذلك الشرط [1] .

---

(١) - يلحظ بهذه المناسبة ان المادة/٩٠/ من قانون الاحوال الشخصية لدينا الصادر سنة ١٣٧٣هـ=١٩٥٣م قد قيدت صحة تعليق الطلاق على شرط وابطلت=

ـ فالنوع الأول وهو الشرط الذي مصدره الشرع يسمى : **الشرط الشرعي** ؛ وهو غرض بحثنا هنا .

ـ والنوع الثاني ، وهو الذي مصدره إرادة الشخص يسمى : **الشرط الجعلي** . وقد سمي « جعلياً » لأن الأمر الذي صار شرطاً للالتزام لم تكن له هذه الصفة شرعاً ، وإنما جعله الشخص شرطاً معلقاً عليه في أمر كان له فيه حق التنجيز والتعليق .

وهذا النوع من الشرط له شبه بالسبب من حيث ارتباط مشروطه به وجوداً وعدماً : ففي صورة تعليق الكفالة مثلا بسفر المدين نرى أنه إن لم يسافر لا تثبت الكفالة وان سافر ثبتت . ومثل ذلك يلحظ في كل شرط جعلي .

وهذا الشرط الجعلي لا يدخل في بحثنا هنا ، لأننا سنتكلم عليه مفصلين أحكامه وما يصح تعليقه بالشرط من التصرفات وما لا يصح في بحث سلطان الارادة العقدية فى الفقه الاسلامي .

١٤٣ — (٥) — المانع :

ـ والمانع هو في اللغة اسم فاعل من المنع ، ومعناه : كل ما يمنع سواه ويكون حائلاً دونه .

= كل تعليق للطلاق اذا كان المقصود منه **مجرد الحث على فعل او المنع من فعل او توكيد الاخبار** . وبهذا التقييد المتفق مع ادلة واجتهادات شرعية زال كثير من المآسي العائلية الناشئة عن تعليق الطلاق بصورة غير مشروعة حمقاً وجهلاً من كثير من الرجال . (ر : ف /٨٣) .

ـ اما في اصطلاح الفقهاء الاصوليين فالمانع هو : كل ما يستلزم وجوده انتفاء غيره .

وبذلك يكون المانع عكس الشرط ، فان الشرط كما رأينا آنفاً يلزم من عدمه عدم غيره ، اما المانع فيلزم من وجوده عدم غيره .

ـ وذلك كالعيب القديم في المبيع ، والدين على المورث المتوفى ، وقتل الوارث مورثه ، ومرور الزمان على الحق ، أي تقادمه :

فظهور عيب قديم في المبيع يجهله المشتري هو مانع شرعي من لزوم البيع في حق المشتري دفعاً للضرر عنه ؛ فلا يصبح عقد البيع ملزماً له ، بل يثبت له الخيار في فسخ البيع ورد المبيع المعيب لأن ظهور هذا العيب مخل بالتراضي الذي هو أساس العقود ، فيكون الزام المشتري بالمبيع معيباً يلحق به ضرراً لا يقتضيه عقده ولم يرض به .

ووجود الدين على المورث المتوفى مانع شرعي من الارث فيما يعادل الدين من تركته .

وقتل الوارث لمورثه مانع شرعي يحرم به القاتل من الإرث رغم قيام سبب الإرث كاملاً وهو القرابة ، لأنه لو ورث لكان منتفعاً بطريق الجناية المحظورة ، وهذا ينافي الحكمة من ترتيب حكم الإرث.

ومرور الزمان بحده الشرعي على الحق هو مانع من سماع الدعوى بذلك الحق أمام القضاء ، لأن اهمال صاحب الحق طلبه دون عذر مدة التقادم يورث في الحق شكاً مانعاً .

— ومن المقرر في حكم المانع أن السبب مع وجود المانع يبقى سبباً صحيحاً في ذاته ، وانما وجود المانع كالحائل دون ثبوت الحكم المسبب [١] .

ومن ثم وضعت القاعدة القائلة : **اذا زال المانع عاد الممنوع** (م/٢٤) .

وذلك كما لو ارتفع الحاجز القائم فانه يظهر ماوراءه .

ففي التقادم ، اذا أقر المدعى عليه بالحق المدعى به يزول الشك فينهدم التقادم ، فتسمع عندئذ دعوى المدعي التي كانت ممنوعة بمرور الزمان ، لزوال المانع .

وفي خيار العيب اذا زال العيب قبل أن يفسخ المشتري البيع ، كما لو تبين في الدابة المبيعة مرض فشفيت منه ، يصبح العقد لازماً لزوال المانع من لزومه ، فيمتنع فسخه .

— ومن الواضح أنه ليس كل مانع قابلاً للزوال . فقتل الوارث مورثه مثلاً ، وهو من موانع الارث كما تقدم لايمكن أن تزول فيه عن

---

*(١) — وذلك بخلاف السبب الذي لم يتحقق شرطه الشرعي ، اذ لاتنعقد سببيته ما لم تتوافر شرائطه ، كعقد فاقد الاهلية ، فانه عقد باطل .

ومن هنا يظهر الفرق بين فقدان الشرط ، ووجود المانع .

واذا حدث عيب جديد في المبيع عند المشتري يكون مانعاً له من حق رد المبيع على البائع للعيب القديم . فاذا زال العيب الجديد يعود اليه حق رد المبيع للعيب القديم القائم فيه ، لزوال المانع الحادث (م/٣٤٧) .

الوارث هذه المانعية، لأنه ناشيء عن حادث وقع لايمكن رفعه ؛ بخلاف الدين الذي على المورث المتوفى ، وهو كما رأينا مانع من الإرث بمقدار الدين ، فانه اذا زال بابراء الدائن للمتوفى أو بوفاء الورثة للدين من أموالهم الخاصة يثبت لهم الارث في كامل التركة لزوال الدين المانع .

هذا عرض اجمالي موجز جداً لفكرة **الركن** ، **والسبب** ، **والعلة** ، **والشرط** ، **والمانع** ، وهي مفاهيم أصولية ضرورية لأنها محطات قائمة في طول الطريق التشريعي والمباحث الفقهية ، والطالب محتاج الى الاعتماد عليها في جميع خطواته العلمية [1] .

اصطلاحنا في الفرق بين الشرائط والشروط

١٤٤ ـ رأينا في بحثنا عن الشرط أن الشرط والشريطة هما بمعنى واحد لغة. وهو الواقع أيضاً في اصطلاح الفقهاء والأصوليين . فالشروط والشرائط في لسانهم جميعاً مترادفان على معنى واحد .

---

(١) ـ ترى مباحث هذه المفاهيم الاصولية موسعة مفصلة الانواع والاحكام والفوارق في مواطن شتى من امهات كتب اصول الفقه وقواعده ، كشرح **التحرير** للكمال بن الهمام ، والجزء الرابع من « **كشف الاسرار** » للشيخ عبد العزيز البخاري شرح أصول فخر الاسلام البزدوي وكلاهما حنفيان ؛ وفي الجزء الاول من « **الموافقات** » للشاطبي والجزء الاول من « **انوار الفروق** » لشهاب الدين القرافي وكلاهما مالكيان .

— غير أننا رجحنا في هذا الكتاب أن نصطلح على تخصيص لفظ « الشرائط » جمع « شريطة » بما يكون مصدره الشرع فيتوقف عليه وجود المشروط شرعاً ، كأهلية العاقد لأجل انعقاد العقد ، وتخصيص لفظ « الشروط » جمع « شرط » بما يكون مصدره ارادة الشخص ؛ وهي الشروط الجعلية والالتزامية (ر : ف/١٤٢) ، كتعليق الكفالة والطلاق ، والقيود والالتزامات التي يشترطها المتعاقدان على أنفسهما .

وقد رجحنا هذا الاصطلاح للتمييز بين الشرائط الشرعية والشروط العقدية في التسمية لأنهما موضوعان متميزان في مفهومهما وآثارهما ، لأن الأول من ارادة الشارع ، والثاني من ارادة العاقد ؛ فأحدهما تشريع ، والثاني تصرف ، فيجب أن يتميزا في التسمية .

وعلى هذا الاصطلاح سندرج في مستقبل مباحثنا .

١٤٤/٢ — بقي من المعلومات العامة بحث تصنيف العقود . وقد آثرنا ارجاءه الى الأخير ليسبقه من المعلومات ما يتوقف عليها حسن فهمه .

هذا ، وبعد ما تقدم من المعلومات التمهيدية العامة ننتقل إلى المباحث الأساسية في نظرية العقد .

ان مباحث نظرية العقد العامة تنقسم إلى ثلاثة فصول : (١) - تكوين العقد وما اليه (٢) - آثار العقد وما اليها (٣) - انحلال العقد .

وسنعالج فيما يلي هذه المباحث بهذا الترتيب :

الفصل الثاني

تكوين العقد، وما اليه

الفرع الأول

قوام العقد [1]

مقومات العقد :
العاقدان ـ محل العقد ـ موضوع العقد ـ أركان العقد .

١٤٥ ـ إن العقد، كما رأينا، هو سبب من الأسباب

---

(١) ـ قوام الشيء لغة، بالفتح والكسر، هو عماده الذي يقوم به وينتظم (المصباح المنير).

وقد استحسنا استعماله هنا بمعنى **المقومات الاساسية** التي لا يمكن أن يتصور وجود العقد دونها؛ سواء كانت ركناً بالمعنى الاصطلاحي، أي جزءاً ذاتياً في عملية العقد ومعناه كالايجاب والقبول، او كانت من اللوازم العقلية الاخرى كالعاقدين والمحل.

وهذه المقومات هي غير الشرائط الشرعية في العقد لان الشرائط انما هي =

الشرعية تترتب عليه أحكام ، وهذا معنى قولنا أن العقد مصدر من مصادر الالتزام .

وهو ، كما ظهر من تعريفه، عمل ارادي مشترك يقوم على التراضي، ويربط جانبين من الأشخاص باحكامه الشرعية ، وهي الحقوق والالتزامات التي ينشئها العقد في موضوع معين .

فقوام العقد انما يكون بمقومات أربعة لا بد من وجودها في كل عقد ، وهي :

- العاقدان ، ويسميان طرفي العقد .
- ومحل العقد ، ويسمى : المعقود عليه .
- وموضوع العقد .
- والاركان ، وهي العناصر الذاتية الانشائية التي يتكون منها العقد .

أ) العاقدان

١٤٦ - فأما العاقدان فقد يكون كل طرف منهما شخصاً

= اوصاف تكميلية اوجبها الشارع في تلك المقومات الاساسية للعقد ، كاهلية خاصة في العاقد ، وقابلية خاصة في محل العقد ؛ فالشرائط الشرعية امور يمكن في الاصل أن يتصور وجود العقد دونها لولا ان الشارع اشترط وجودها وجعل العقد متوقفاً عليها لمقاصد تشريعية يلحظها ، بخلاف تلك العناصر التي سميناها « مقومات » كالعاقد والمحل المتعاقد عليه ، فانها لا يمكن تصور وجود العقد دونها .

منفرداً أو متعدداً ، كما لو تخارج فريق من الورثة مع أحدهم ، أي تعاقدوا معه على أن يدفعوا اليه مبلغاً معيناً ويأخذوا حصته الارثية من التركة فيقتسموها بنسبة ما دفع كل منهم .

وقد يكون العاقدان أصليين أو نائبين عن غيرهما في العقد كالوكيلين والوصيين ، وقد يكون احدهما أصيلاً عن نفسه والآخر وكيلاً عن غيره .

ب) محل العقد

١٤٧ - وأما محل العقد ، أو المعقود عليه ، فهو مايثبت فيه أثر العقد وحكمه ؛ وذلك كالمال المبيع في عقد البيع ، والموهوب في عقد الهبة ، والمرهون في عقد الرهن ، والدين المكفول به في عقد الكفالة ، والمتعة المشتركة في عقد النكاح ، وهكذا ...

ج) موضوع العقد

١٤٨ - واما موضوع العقد فالمراد به غاية النوعية ، أي المقصد الأصلي الذي شرع العقد لأجله .

وهذا الموضوع واحد ثابت غير مختلف في كل افراد النوع الواحد من العقود وانما يختلف باختلاف نوع العقد .

فالموضوع في كل عقد بيع إنما هو نقل ملكية المبيع الى المشتري بعوض ؛ وفي كل عقد هبة انما هو تمليك العين الموهوبة مجاناً بلا عوض، وفي كل عقد اجارة انما هو تمليك منافع المأجور بعوض ؛ وفي كل عقد اعارة انما هو تمليك المنافع بلا عوض ؛ وهكذا .

ولذا قلنا ان موضوع العقد هو **الغاية النوعية** فيه[1] .

وبذلك تتميز الغاية النوعية عن **الباعث** الذي هو غاية شخصية للعاقد .

فان الباعث مثلاً لبعض الناس على بيع شيء من ماله قد يكون هو احتياجه الى الثمن ،أو كراهيته للمبيع ، أو رغبته في الربح ؛وقد يكون الباعث لغيره على البيع هو رغبته في تهريب المال من وجه دائن أو وارث أو غير ذلك .

فالباعث قد يختلف باختلاف كل عاقد ،أما الموضوع فانما يختلف

---

(١) – يلحظ في هذا المقام انه في بعض العقود قد يكون محل العقد مشتبهاً ما بين **المحل والموضوع والعاقد**،كما في عقد النكاح . فان محله في الحقيقة هو المتعة المشتركة بين الزوجين بغية التناسل . أما موضوعه فهو ملك هذه المتعة ،أي حل الاستمتاع . ولذا يعرفه الفقهاء بانه عقد موضوع لملك المتعة (ر : الدرر ، اول النكاح) .

وبما ان غرض هذه المتعة التي هي محل العقد انما هو الاستيلاد لذلك يقولون ان محل النكاح هو المرأة بهذا الاعتبار ، ولكن محله الحقيقي انما هو **المتعة الجنسية المشتركة لا المرأة**،وإلا كان في النكاح محل العقد والعاقد شيئاً واحداً .

باختلاف نوع العقد كما بيناه[1] .

---

(١) إن لمشروعية الغرض الباعث على التصرف أو عدم مشروعيته اعتباراً مؤثراً في كثير من أحوال العقود وأحكامها في نظر فقهائنا .

وهذا ما استقر عليه الاجتهاد القضائي الحديث في الفقه الفرنسي ايضاً .

(ر : نظرية العقد للاستاذ السنهوري ف /٥٤٤ — ٥٤٨) .

غير ان الاستاذ الدكتور شفيق شحاته في رسالته عن « النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الاسلامية » (ف/٤٨) يقول :

« والواقع ان الدافع او الباعث لم يعتبر ابداً عند الفقهاء ، حتى انهم قالوا ان البيع يصح ، ولو أن الغرض الذي سيستعمل فيه المبيع غير مشروع » .

ولا يخفى إن هـذا الحكم غير سديد على اطلاقـه حتى بالنسبة الى الاجتهاد الحنفي الذي اتخذه الاستاذ المشار اليه اساساً للبحث في رسالته هذه .

فقد نص فقهاء الحنفية على مسائل يتجلى فيها انهم يقررون تأثيراً هاماً لمشروعية الباعث وعدمها في مواطن من احكام العقود :

فمن ذلك ماصرحوا به في الاجارة ان الانسان لو استأجر عاملاً لهـدم بنائه ، ثم **بدا له العدول عن الهدم** ، فان له فسخ الاجارة بهذا العذر . اما اذا اراد فسخ الاستئجار **لانه وجد عاملاً ارخص اجراً ، او اراد ان يهدم البناء بنفسه** فلا يعتبر فسخه .

وكذلك نصوا في المزارعة — وهي نوع شركة زراعية تكون فيها الارض من جانب والعمل من آخر — أن من عليه البذر يحق له فسخ المزارعة قبل القاء البذر في الارض لان فيها اتلاف ماله وهو البذر فله الرجوع عنهـا ، كما سنرى في بحث العقود غير اللازمة (ف / ٢٠١ / ثانياً) .

لكن اذا اراد فسخ المزارعة **لانه وجد مزارعاً يرضى بنصيب أقل ، او اراد ان يعمل بنفسه** فلا يحق له الفسخ (ر : رد المحتار ج ٥ ص / ١٧٧) .=

(تابع الحاشية)

= فهذه الفروع الفقهية كما ترى من أوضح الصور على اعتبار الباعث ، وتأثير مشروعيته وعدمها في احكام العقود بنظر فقهائنا .

حتى ان عدم مشروعية الباعث على العقد قد توجب **بطلان العقد** في بعض المذاهب الاجتهادية ولو كان العقد في ذاته مشروعاً ، وهي قضية خلافية مشهورة في علم أصول الفقه الاسلامي ، وذلك كمسألة الزواج بالمرأة **المطلقة ثلاثاً** اذا كان الباعث على الزواج ليس رغبة في الحياة الزوجية معها ، بل **لاجل تحليلها** للزوج الاول ؛ وكمسألة بيع السلاح للعصاة والبغاة ؛ وبيع العصير لاجل اتخاذه خمراً ؛ الى غير ذلك من المسائل التي اختلف فيها الاجتهاد . وقد أوضح هذا المبدأ واختلاف الفقهاء الاصوليين في حدوده ومدى تأثيره الامام الشاطبي في مواطن عدة من كتابه « **الموافقات** » : (ر : الموافقات ، **المسألة السابعة** من النوع الثاني في الشروط ج ١ ص /٢٧٤ - ٢٨٠/ **والمسألة الثالثة** من بحث مقاصد المكلف ، ج ٢ ص /٣٣٣ - ٣٣٧) .

ويتصل هذا المبدأ بالقاعدة الفقهية القائلة : « **الامور بمقاصدها** » وهي مستمدة من قول النبي عليه السلام :

« **انما الاعمال بالنيات ؛ وانما لكل امرىء ما نوى** »

نعم ان لفقهاء المذاهب انظاراً مختلفة في حدود نظرية (**الباعث**) ومدى تأثيره فبيع المدين أمواله بقصد تهريبها من وجه الدائنين صحيح نافذ في الاجتهاد الحنفي اذا كان غير محجور عليه قضاء بالافلاس ، لان الدين متعلق بذمته ، اما اعيان ماله فهي حرة ؛ ولو كلف كل مشتر ان يعرف ماعلى بائعه من ديون لكان في ذلك حرج عظيم تأباه حكمة التشريع .

على ان متأخري الحنفية افتوا في الوقف **بعدم نفاذ وقف المدين** فيما يعادل الدين من امواله **الا اذا أجازه الغرماء** الدائنون ، كيلا يلجأ المدين الى وقف امواله بدافع تهريبها من سلطة الدائنين . (ر : ف/ ٧٠ الحاشية وف/ ١٩٤/٣ و ٤٦٢/٣ ورد المحتار ٣/٣٩٥ - ٣٩٦) .

١٤٩ — هذا ، ويتضح مما تقدم أن موضوع العقد من حيث المآل يتحد مع ما يسميه الفقهـــاء : **حكم العقد** ، أي الأثر الذي يترتب عليه .

فالموضوع ، والغاية النوعية والحكم ، هي مفاهيم جد متقاربة مآلاً ، وانما تختلف التسمية باختلاف وجهة النظر اليها .

فموضوع عقد البيع ، وهو نقل الملكية بعوض ، اذا نظرنا اليه من جهة العاقدين المتبايعين كان غاية لهما يسعيان الى تحقيقها بهذا النوع الموصل اليها من العقود .

واذا نظرنا اليه من جهة الشارع كان هو الحكم والأثر الذي يقره التشريع كنتيجة للعقد بعد وقوعه (ر : ف/ ١٣٣) .

د) أركان العقد

١٥٠ — واما اركان العقد ، اي الأجزاء التي يتكون منها ، فهي شيئان : **الايجاب** ، **والقبول** ؛ وهما ـ كما اتضح من المناسبات السابقة ـ العوامل الانشائية في بناء العقد .

فالايجاب والقبول هما العمل القانوني الذي يربط المتعاقدين ، فتصير به ارادتاهما شريعة ملزمة لهما في حدود حقوقهما .

والايجاب والقبول يسميان : **صيغة العقد** ، أي العبارات المتقابلة الدالة على اتفاق الطرفين . (: ف/ ١٣٣) .

وهذه الصيغة تتعلق بها مباحث فقهية هامة نفردها بالفرع التالي :

الفرع الثاني

صيغة العقد وما يبرمها

مايجب ان يتوافر في صيغة العقد اللفظية ـ انعقاد العقد في الكتابة ، وبالاشارة ، وبالدلالة ـ نوعا الدلالة : التعاطي ولسان الحال ـ العقود العينية .

أ ـــ صيغة العقد

١٥١ ـــ الأصل في معنى العقد اتفاق الارادتين ، أي التراضي ، وليست الألفاظ إلا ترجمة عنهما .

ولما كانت الارادة من الأمور الباطنة ، وكانت للعقود نتائج ذات بال في الأموال والأعمال ، أوجب الفقه الاسلامي ظهور الارادتين بشكل واضح بين لا شك فيه ، وذلك بأن تتوافر في الصيغة اللفظية المعبرة عنهما ، وهي الايجاب والقبول ، ثلاثة أمور أساسية :

- جلاء المعنى .
- وتوافق الايجاب والقبول .
- وجزم الارادتين .

واليك ايضاح هذه النواحي :

١٥٢ - (اولا) - جلاء المعنى في صيغة العقد :

المراد بجلاء المعنى في صيغة العقد أن تكون مادة اللفظ المستعمل للايجاب والقبول في كل عقد تدل دلالة واضحة عرفاً على نوع العقد المقصود للعاقدين . وذلك لأن العقود يختلف بعضها عن بعض في الموضوع والأحكام ، فاذا لم يعرف بيقين أن العاقدين قد قصدا عقداً بعينه لا يمكن الزامهما باحكامه الخاصة به .

ففي مبادلة المال بالمال يجب أن يستعمل لفظ « البيع » أو ما يؤدي معناه من تمليك الاعيان بعوض .

وفي المبادلة على المنفعة يجب أن يستعمل لفظ « الاجارة » أو ما يفيد معناها من تمليك المنفعة بعوض ، وهلم جرا .

ولا فرق بعد هذا بين أن تكون دلالة اللفظ على العقد المقصود دلالة حقيقية أو مجازية ، فان الجلاء والوضوح يتحقق في طريقي الحقيقة والمجاز .

ومتى احتمل اللفظ المستعمل في الايجاب أحد عقدين أحدهما أقوى وأكثر إلزاماً لأحد العاقدين ، والآخر أدنى ، فانه يحمل على الأدنى جرياً مع اليقين ، إذ لا يسوغ الزام أحد بالتزامات عقدية لم يتحقق قصده الى العقد الموجب لها . (ر : الدر المختار ج ٥ ، أول كتاب الايداع) .

وعلى هذا كانت الفاظ « الكنايات » في أحد العقود يحتاج في عقده بها الى قرينة ترجح أن العاقد قد أراد بها ذلك العقد ، لأن لفظ الكناية يحتمله كما يحتمل غيره ، فلا بد من مرجح ، وهو القرينة .

فينعقد البيع بلفظ الهبة[1] المقرون بالثمن ، بأن يقول أحد المتبايعين : وهبتك هذا بكذا دراهم ، فيقبل الآخر (ر : فتح القدير ، ٥/٤٥٨) .

وكذا ينعقد النكاح بلفظ الهبة أو الصدقة أو نحوهما مما يفيد الملك الدائم إذا قرن بالمهر ، بأن تقول المرأة للرجل مثلاً : وهبتك نفسي على مهر قدره كذا ، فيقبل الرجل . (ر : الهداية وشروحها ٣/١٠٥ - ١٠٨) .

وذلك لأن ذكر الثمن أو ذكر المهر قرينة تجعل لفظ الهبة جلي الدلالة على قصد البيع (في الحالة الاولى) أو على قصد النكاح (في الحالة الثانية) ، إذ إن العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للالفاظ والمباني ، كما تنطق به تلك القاعدة الذهبية المشهورة في الفقه الاسلامي (م / ٣) .

ولو قال انسان لآخر : حملتك على هذه الدابة ، او أسكنتك في هذه الدار ، أو أعنتك بهذا المبلغ فخذه ، لا يعتبر هذا هبة إلا إذا قامت قرينة على إرادة الهبة ، كما لو كان القائل ملكاً مثلاً ، وإلا كان

---

(١) - لفظ الهبة يعتبر صريح الدلالة لا يحتاج الى قرينة اذا استعمل في معنى التمليك المجاني بلا عوض . اما اذا استعمل في نحو البيع او النكاح فيعتبر كناية في الدلالة عليهما ، فيحتاج الى قرينة ترجح انه أريد به العقد المقصود بيعاً أو نكاحاً .

عارية في مثال الدار والدابة ، وقرضاً في مثال المبلغ من النقود ، حملاً على أدنى احتمالات اللفظ ، كما تقدم .

وكذا لو قال لآخر : خذ مني هذا الشيء ، فان ظهر غرض الهبة فهو هبة ، وإلا كان وديعة يجب حفظها لمعطيها .

١٥٣ - (ثانياً) - توافق الايجاب والقبول:

يجب أن يوافق القبول الايجاب من جميع الوجوه ؛ فاذا خالفه لا يعتبر قبولاً ، فلا ينبرم به العقد .

فلو أوجب البائع مثلا لبيع الشيء بثمن قدره مائة ، فقبل المشتري بتسعين ، أو أوجب المؤجر بخمسين ديناراً نقداً ، فقبل المستأجر بخمسين مقسطة أو مؤجلة ، لا ينعقد العقد بهذا القبول .

ويعد من المخالفة أيضاً تجزئة الصفقة بالقبول ، ولو مع المحافظة على نسبة البدل . فاذا أوجب البائع بيع ثوب من الجوخ ، أو كمية من القمح بثمن معين ، فقبل المشتري نصف المبيع بنصف الثمن لا ينعقد البيع لمخالفة القبول للايجاب ، اذ ربما كان البائع لا يوافقه بيع بعض المبيع دون بعض (ر : م/ ١٧٧) .

ولكن القبول المخالف لا يبطل ، بل هو صالح لأن يبنى عليه ، وقد يرضى به الطرف الآخر . فالقبول المخالف يعتبر ايجاباً جديداً يحتاج في انعقاد العقد على أساسه الى قبول من الطرف الآخر الذي

كان هو الموجب ، فيصبح القابل موجباً ، والموجب قابلاً .

على أنه اذا كانت مخالفة القبول للايجاب ، انما هي مخالفة الى خير من كل وجه بالنسبة الى الشخص الموجب لا تكون مانعة من الانعقاد لأنها في الحقيقة ليست مخالفة وانما هي عندئذ زيادة في الموافقة ، وليست العبرة للأشكال الصورية بل للمقاصد الجوهرية .

فلو أوجب المشتري بعشرة دنانير فقبل البائع بأقل منها ، أو أوجب البائع بعشرة فقبل المشتري بأكثر منها ، كان ذلك في الحقيقة قبولاً بالمبلغ الذي تضمنه الايجاب مع التزام حط منه او زيادة فيه لمصلحة الطرف الموجب . فينعقد البيع بالثمن الذي تضمنه الايجاب ، ويتوقف لزوم الحط أو الزيادة على رضى الطرف الموجب ، لأن القاعدة أن الحط من العوض والزيادة فيه لمصلحة الطرف الآخر يتوقف لزومهما على رضاه (ر : رد المحتار ٤ / ١٩) .

أما اذا لم تكن المخالفة الى خير وأفضل من كل وجه بل من وجه دون وجه لا ينعقد العقد الا بموافقة الطرف الآخر ، كما لو كانت المخالفة من كل وجه . وذلك كما لو اوجب البائع بعشرين ديناراً نقداً فقبل المشتري بار بعين نسيئة الى شهر مثلا ، فلا ينعقد العقد ، بل يعتبر القبول المخالف ايجاباً يحتاج الى قبول . ذلك لأنه وان كان الثمن المقبول أزيد مقداراً ، قد تكون حاجة البائع أو رغبته في النقد العاجل ، أي في الناحية التي خولفت ، فيفوت غرضه .

١٥٤ ـ (ثالثاً) ـ جزم الارادتين :

والمراد به أن تكون صيغة الايجاب والقبول مفيدة للبت فى العقد بصورة لا تردد معها ولا تسويف ، والا كانت نية الارتباط منتفية ، لأن التردد في حكم الرفض .

ومن الواضح أنه إذا انتفت دلالة الصيغة على وقوع الارتباط والتعاقد ، فلاعقد ولاالتزام . وعلى هذا يقرر الفقهاء أن الوعدبالبيع لاينعقد به البيع ولا يلزم صاحبه قضاء [1] .

ومن صورة الوعد أن تقترن عبارة الايجاب أوالقبول بأداة تأخير وتسويف ، كحرف السين أو سوف . فلو قال البائع لمن يستام الشيء : سأبيعكه بكذا ، أو قال المستام : سوف اشتريه ، فان البيع

---

(١) ـ يلحظ هنا ان المواد/ ٢٢٠-٢٢٧/ من قانون الملكية العقارية السابق لدينا ذي الرقم /٣٣٣٩/ قد قضت بان الوعد ببيع العقار ملزم للواعد اذا حصل بشرائط ومراسيم عينها القانون المذكور وهو موجب للتسجيل الجبري في العقار على اسم الشخص الموعود اذا ادعى هذا على المالك الناكل عن وعده .

فالحكم الفقهي في ان الوعد بالعقد غير ملزم أصبح في بلادنا معـــدلا بهذا القانون في حق العقار .

والواقع ان الوعد ببيع العقار كما رسمه القانون المذكور هو في الحقيقة تعهد من المالك بالبيع متى طلب راغب الشراء خلال مدة معينة ، وهذا التعهد يتفق عليه الطرفان ، وليس مجرد وعد .

ثم جاء القانون المدني السوري الذي صدر خلال الطبعة الثالثة السابقة من هذا المدخل ، فعمم هذا الحكم على كل وعد بعقد ، فاعتبره ملزماً للواعد اذا استوفى شرائطه التي قررها القانون المذكور مهما كان نوع العقد الموعود .

ومن الواضح ان عقد الزواج لايدخل تحت هذا التعميم ، لانه خاضع لقانون الاحوال الشخصية الذي لايجعل الوعد بالزواج ملزماً .

لاينعقد بذلك ولو قبل الطرف الآخر قبولاً باتاً[1] (ر: المجلة/١٧١).

١٥٥ — والصيغة العامة التي يرجحها الفقهاء في الايجاب والقبول للدلالة على الارادة الجازمة هي صيغة الماضي، نحو: بعت واشتريت، ورهنت وارتهنت، وزوجت وتزوجت، الخ...

ولفظ قبلت أو رضيت أو مافي معناهما، بعد ذكر الايجاب، يكفي ويغني عن اعادة ماتقدم في الايجاب.

---

* (١) — يلحظ في هذا المقام ان العقد قد يقع معلقاً وجوده على وجود شرط، كما لو علق الكفيل كفالته على سفر المدين بان قال: اذا سافر فقد كفلته.

وقد يعقد العقد مضافاً بدء حكمه الى المستقبل، كما لو آجر انسان داره سنة تبتدىء من اول الشهر القادم.

وقد يعقد العقد بخيار لاحد العاقدين، كما لو تبايعا على ان يكون المشتري مخيراً الى ثلاثة أيام، فيكون له خلالها حق في نقض البيع ورد المبيع، وهو المسمى: **خيار الشرط** (ر: ف/١١/ ثامناً).

فالتعليق او الاضافة في العقود التي تقبلهما، وكذا خيار الشرط في العقود التي يجري فيها، لاينافي الجزم الواجب وجوده في صيغة العقد، كما لايخفى.

فارادة العاقدين في العقد المعلق او المضاف أو المخير فيه مبتوتة ليست كارادة من يعد بالبيع وعداً أو يقول: **سوف أبيع**. ولكن العقد المعلق مجزوم به من قبل العاقد لا حالا، بل عند وجود الشرط الخارجي المعلق عليه؛ والعقد المضاف مجزوم به للحال، الا أن ابتداء حكمه مؤخر الى زمن معين؛ والعقد مع الخيار مبتوت أيضاً في أصل انعقاده، وليس الخيار الا حقاً ممنوحاً لاحد العاقدين في فسخ العقد القائم.

فكل ذلك لاينافي الجزم بالمعنى المقصود هنا في صيغة العقد.

على أن صيغة الماضي ليست بشرط ، وإنما هي أفضل من سواها لدلالتها في مقام العقود على الانشاء الجازم .

فلو عبر الطرفان بالمضارع مقصوداً به الحال انعقد العقد ، كما لو قال: أبيعك الآن ، فقال الآخر: أشتري الآن (ر : المجلة/١٧٠).

ومثل ذلك في الصلوح كل عبارة تظهر بوضوح ارادة العاقدين الجازمة في انشاء العقود بحسب موضوع كل عقد .

ففي عقد البيع لو أوجب المشتري بقوله : هذا علي بألف ، فقال البائع : قبلت ، أو أوجب البائع بقوله : هو لك بألف إن وافقك أو أعجبك أو إن أردت ، فقال المشتري : وافقني أو أعجبني أو أردت، ينعقد البيع بكل هذه العبارات (ر : « فتح القدير » للكمال ابن الهمام ٥/٤٥٨ - ٤٥٩) .

حتى ان الفقهاء قد اعتبروا صيغة الأمر وغيرها من العبارات كافية اذا كانت تنبيء عن إيجاب أو قبول مقدر يقتضيه المعنى ويستلزمه، كما لو قال : اشتريت منك هذا بكذا ، فقال المالك : « خذه » أو « يبارك الله لك فيه »، وذلك لانها في قوة قوله : بعتك فخذه . فقد بنوا على المدلول المقدر (ر : المجلة/ ١٧٢) .

أما الايجاب أو القبول نفسه فلا يكون أبداً بصيغة الأمر . فلو قال : بعني أو آجرني بكذا ، فقال : بعتك أو آجرتك ، لاينعقد

العقد بذلك حتى يقبل الآمر لأن الأمر هنا مجرد طلب وتكليف . (ر : المجلة / ١٧٢).

وقد استثنوا عقد النكاح خاصة فقرروا فيه انعقاد العقد اذا قال الرجل للمرأة: زوجيني نفسك ، أو قال لوليها أو وكيلها : زوجني فلانة ، فأجيب : زوجتك .

فمنهم من اعتبر الامر هنا ايجاباً على سبيل الاستثناء من القاعدة. ومنهم من اعتبره توكيلاً، فالطرف الثاني باجابته يكون قد تولى طرفي العقد بحكم هذه الوكالة .

على أنه لو عمم اليوم هذا الحكم فاعتبرت صيغة الأمر ايجاباً في جميع العقود كما في عقد النكاح لكان حسناً ، لاتجاه عرف الناس اليه، والعرف في ذلك معتبر شرعاً .

ب) ــ الكتابة ، والاشارة، والدلالة

١٥٦ ــ هذا ، وان النطق باللسان ليس طريقاً حتمية لظهور الارادة العقدية بصورة جازمة في النظر الفقهي ، بل النطق هو الاصل في البيان ، ولكن قد تقوم مقامه كل وسيلة أخرى اختيارية أو اضطرارية مما يمكن أن تعبر عن الارادة الجازمة تعبيراً كافياً مفيداً. وعلى هذا ، أقر الفقهاء أنه يقوم مقام النطق في الايجاب والقبول

احدى وسائل ثلاث أخرى ، وهي : الكتابة ، واشارة الاخرس ، والتعاطي (ر : المجلة/ ١٧٣ ـ ١٧٥) .

١٥٧ ـ (أولاً) ـ الكتابة :

فالكتابة بين الغائبين كالنطق بين الحاضرين ، وعلى هذا الاعتبار وضعت القاعدة الفقهية القائلة : « الكتاب كالخطاب (المجلة/٦٩)[1] » .

ويشترط في الكتابة لكي تعتبر أن تكون : مستبينة ، ومرسومة

ـ ومعنى كونها مستبينة أن تكون مكتوبة على شيء تظهر وتثبت عليه . فلا تعتبر الكتابة في الهواء ، أو على سطح الماء .

ـ ومعنى كونها مرسومة أن تكون مكتوبة بالطريقة المعتادة بين الناس في مراسم زمانهم وتقاليده ، وذلك بان تكون مصدرة باسم

---

(١) ـ المراد بالكتابة في هذا المقام الخطاب الذي تكتب فيه عبارة الايجاب او القبول موجهة من احد العاقدين الى الآخر ، بأن يكتب اليه مثلاً : اني اشتريت منك كذا بكذا ، فيكتب اليه الآخر : قد قبلت ، أو قد بعتك ماطلبت بما ذكرت من الثمن ، ونحو ذلك ؛ فيكون هذا كما لو تشافها بالايجاب والقبول نطقاً (ر : الاشبـــاه ، ج ٢ الفن ٣ ص/ ١٩٦ / ، وفتح القدير ج ٥ ص / ٤٦١ - ٤٦٢) .

وليس المراد كتابة الصك الذي يكتب المتعاقدان فيـه العقد ويوقعانه ، فان كتابة الصك ليست مما نحن بصدده ، لان الصك ليس من قبيل انشاء العقد بالكتابة ، بل هو اقرار خطي بوقوع العقد ، أي ان الصك هو وثيقة مثبتة ، وليس عبارة منشئة .

المرسل والمرسل اليه [١]، أو مختومة أوموقعةمن المرسل المتكلم ، وأن تكون في زماننا على قرطاس لاعلى نحو ألواح العظام وجلود الحيوان وأوراق الشجر مما كان يكتب عليه في الماضي القديم .

والرأي الفقهي في الايجاب والقبول بالكتابة أن حكمها لايبدأ منذ كتابة العبارة ، بل عقب وصول الكتاب وقراءته . فعندئذ تأخذ العبارة مفعولها ، فيعتبر الموجب موجباً والقابل قابلاً .

وهذا في العقود ،بخلاف التصرفات التي لاتتوقف على علم الطرف الآخر ورضاه ، كالطلاق والاعتاق ، فانها اذا كتبت كتابة مستوفية الشرائط ، أي مستبينةمرسومة، بأن كتب أحدإلى زوجته كتاباًيقول لها فيه : **انت طالق** ، فانها تأخذ حكمها فور الكتابة . فيقع الطلاق حالاً ، ولا يتأخر إلى وصول الكتاب وقراءته [٢].

---

(١) - يلحظ هنا أنه في زماننا يكتفى بتصدير الكتابة باسم المرسل اليه فقط مع توقيعها او ختمها باسم المرسل في نهايتها ، فانه المعتاد اليوم .

(٢) - أما إذا كانت الكتابة قد علق فيها الطلاق على بلوغ الكتاب بان كتب الرجل الى زوجته : **اذا وصلك كتابي هذا فانت طالق** ، فلا يقع الطلاق عندئذ الا بعد وصوله ، كما في العقود .

وانظر في أحكام الكتابة وشرائطها : (رد المحتار ٢ / ٤٢٨ / والاشباه لابن نجيم مع حاشية الحموي ج ٢ ، الفن الثالث ، ص / ١٩٦ - ١٩٧) .

١٥٨ — (ثانياً) — الاشارة:

وأما اشارة الأخرس فانها تقوم مقام النطق باللسان باتفاق الفقهاء اذا كان لا يعرف الكتابة، في جميع تصرفاته التعاملية القولية التي يكون له فيها اشارة معهودة مفهومة جرت عليها عادته ، سواء منها ما كان عقداً كالبيع والشراء والنكاح ، أو كان انشاء منفرداً في التمليكات كالوصية لجهة خيرية والوقف ، أو في الاسقاطات كالطلاق والابراء وإسقاط الشفعة ، او في غير ذلك كالدعوى والاقرار وحلف اليمين .

وعلى هذا الاساس وضعت القاعدة القائلة :

« الاشارة المعهودة للأخرس كالبيان باللسان » (م/٧٠) .

أما اذا كان الاخرس كاتباً فالرأي الراجح فقهاً أنه لا تصح تصرفاته إلا بالكتابة لأنها في الدلالة ، كالنطق من كل وجه . أما الاشارة فهي دون الكتابة دلالةً ، فلا تقبل مع إمكان الكتابة .

واذا كان الخرس غير أصلي بل طارئاً ، وهي حالة معتقل اللسان ، فالرأي المرجح عند فقهائنا أنه اذا كان لا يعرف الكتابة وتكونت له اشارات معهودة اعتادها للافصاح عن مراده ، تقبل اشارته هذه في تصرفاته اذا دامت عقلة لسانه الى الموت .

وعلى هذا تكون تصرفاته باشارته المعهودة موقوفة الى موته :

فاذا مات على عقلته نفذت تصرفاته مستندة الى تاريخ صدورها ، أي انها يكون لها أثر رجعي .

ومن الفقهاء من يرى الاكتفاء بدوام عقلته سنة ، فيصبح بعدها كالأخرس الاصلي ، وتقبل إشارته المعتادة ، ويكون لها نفاذ فوري.

وهذا أوجه وأدفع للحرج ، فان الرأي الأول فيه حرج عظيم ، فقد تمتد حياة معتقل اللسان عشرات السنين بعد عقلته ، فلا ينبغي وقف تصرفاته طوال ذلك مع انه قد تكونت له اشارة معتادة (ر : رد المحتار ٢ / ٤٢٥) .

وسيأتي إيضاح النظر الفقهي في إشارة الأخرس ومعتقل اللسان في كلامنا على القاعدة السالفة الذكر في القسم الثالث من هذا الجزء .

١٥٩ ـ (ثالثاً) ـ الدلالة :

وأما الدلالة فالمراد بها ان يكون الانعقاد مستفاداً بفعل من شأنه أن يترتب على العقد ، ويعبر عن تنفيذه ، أو مستفاداً من حال تستدعي انعقاده .

وتحت انعقاد العقد بالدلالة صورتان التعاطي ، ولسان الحال .

١٦٠ ـ (أ) ـ (التعاطي) :

فأما التعاطي فهو أخذ وعطاء ، أي مبادلة فعلية دالة على تبادل الارادتين والتراضي دون تلفظ بايجاب أو قبول (ر : المجلة / ١٧٥) .

وذلك كما لو وجد انسان متاعاً في حانوت مكتوباً عليه ثمنه ، او كان معروف الثمن ، أو سأل صاحبه عن سعره فبينه له ؛ فأخذه وناول البائع ثمنه ، فقبضه منه راضياً دون ايجاب وقبول لفظيين ، فان البيع ينبرم بينهما بهذا الأخذ والعطاء ، لقيامهما مقام الايجاب والقبول في الدلالة على تبادل الارادتين الجازم في عقد المعاوضة .

ويكفي في انعقاد العقد بالتعاطي ان يكون الاعطاء من جانب واحد ، اي ان يكون القبض واقعاً على احد العوضين فقط في عقد المعاوضة على الراجح من الآراء الفقهية ، كما لو سأل راغب الشراء عن سعر الشيء ثم دفع الثمن الى المالك فقبضه هذا منه ووعد بتسليم المبيع بعد ذلك ، فان البيع ينعقد ، ويكون كل منهما ملزماً ولو تحول السعر بعد ذلك (ر : المجلة / ١٧٥ / ، ورد المحتار ٤ / ١١) .

ويعد من التعاطي قبض البائع من المشتري عربوناً دون تلفظ بايجاب وقبول ، فينعقد به البيع ، فليس لأحدهما رجوع بعد ذلك ، لأن العربون يعتبر جزءاً من الثمن .

ويمكن ان تعتبر نوعاً من التعاطي اليوم الطريقة المعتادة في العقود التي تسمى بلغة الحقوق الحديثة : **عقود الاذعان** ، كالاشتراك في النور الكهربائي والمياه والغاز والهاتف ونحوها ، فانها تتم بتقديم طلب مكتوب وقيام المؤسسة المختصة ، من شركة او بلدية او دائرة حكومية ، بالتمديدات اللازمة وايصال المنافع المطلوبة .

ومثله اليوم ركوب الانسان في الحافلات (الترام) ، وقطع البطاقات للركوب في القطار او للدخول الى السينما ونحوها ، وكذا ارسال مجلة او جريدة الى طالبها .

ويجري التعاطي في خسيس الأموال ونفيسها ، أي في رخيص الثمن وغاليه . فكما يجوز في الخبز والفحم والحطب والحجر ونحو ذلك من الرخيص التافه يجري ايضاً في اللآلىء والاحجار الكريمة من الثمين الغالي .

فلو رأى انسان عقداً من الجوهر عند جوهري وفهم منه ثمنه ، فدفعه له وسلمه الجوهري العقد انبرم بينهما البيع بلا لفظ [1] .

---

(١) — اجتهاد الشافعية ، في الاصل ، أنه لايسوغ البيع بالتعاطي دون لفظ ، ثم جوزه متأخروهم لشيوعه والحاجة اليه في خسيس الاموال ، أي رخيصها ، دون نفيسها .

والاجتهادان المالكي والحنبلي كالاجتهاد الحنفي في التعاطي . وقد نقل عن مالك أنه قال : « **ينعقد البيع بما يعتقده الناس بيعاً** » .

وقال موفق الدين بن قدامة الحنبلي في الاستدلال الشرعي للتعاطي في كتابه « المغني » ما نصه :

« ولنا ان الله أحل البيع ولم يبين كيفيته . فوجب الرجوع فيه الى العرف كما رجع اليه في القبض والاحراز . والمسلمون في أسواقهم وبياعاتهم على ذلك . ولم ينقل عن النبي ﷺ ولا عن أصحابه ، مع كثرة وقوع البيع بينهم ، استعمال الايجاب والقبول ؛ ولو استعملوها لنقل نقلاً شائعاً ، ولو كان شرطاً لوجب نقله » اهـ .

وقد أتى ابن قدامة في هذا المقام بكلام وتفقه نفيس ، فلينظر **في المغني والشرح الكبير** ج /٤/ أول البيوع .

ويجري التعاطي عند فقهائنا في عقد البيع وما في معناه من المعاوضات كاجارة وصرف واقالة . ومثل ذلك ايضاً عقد الصلح على مال ، والقسمة ، فكلها في معنى المعاوضة .

ويجري ايضاً في غير المعاوضات كالاعارة والهبة (المجلة/٨٠٤ و٨٣٩)

غير ان الاجتهادات الاسلامية جميعاً مجمعة على عدم جريان التعاطي في عقد النكاح ، لأن للنكاح اعتباراً دينياً متصلاً بالعقيدة في طريق استحلال المتعة الزوجية لايغني فيه عن اللفظ شيء ، كما ان للشرع نظراً في تمييز الزواج المشروع بين الرجل والمرأة عن العلاقة الفاجرة تمييزاً لايجليه ويزيل الشبهة من سبيله إلا العقد اللفظي ، لأن التعاطي لو جرى في الزواج دون لفظ لما تجلى نوع العلاقة المقصودة فيه هل هي زواج او مخادنة كما سلفت الاشارة اليه . (ف/ ١٣٦ ج).

ويدخل في اللفظ الكتابة فتعتبر في العقد بين الغائبين كالمشافهة .

ولكن اللفظ في ايجاب عقد النكاح وقبوله قد يكون حقيقة او مجازاً : فينعقد النكاح مثلاً بلفظ الهبة ، وبكل لفظ يفيد معنى التمليك المؤبد كما لو قالت المرأة للرجل مثلاً : وهبتك نفسي على مهر قدره كذا ، فقبل الرجل بحضرة الشهود ، فان النكاح ينعقد كما تقدم (ر : رد المحتار ٢/ ٢٧١)[1] .

---

(١)- قد عقد العلامة شهاب الدين القرافي المالكي في كتابه «الفروق» بحثاً ضافياً في الفرق بين البيع والنكاح من حيث الانعقاد بالتعاطي في الاول دون=

(تابع الحاشية)

= الثاني ، وبين المذاهب الفقهية وأدلتها في ذلك ، وقال :

« فهذه نصوص العلماء على اختلافها لم يقل فيها احد بالمعاطاة في النكاح كما قالوه في البيع » .

وقد اسهب القرافي في « فروقه » ، وكذا صاحب « تهذيب الفروق » المطبوع على هامشه في تعليل هذا الفرق (ر : الفرق /١٥٧/ من كتاب « الفروق » ومن تهذيبه ج ٣ ، ص /١٤٣ - ١٤٥ / و / ١٨٠ - ١٨٢) .

أقول :

إن جوهر الحكمة الشرعية في عدم جريان التعاطي في عقد النكاح يظهر من الرجوع الى قاعدة يقررها الفقهاء هي :

« أن الاباحة والبذل إنما يجريان في الاموال لا في المتعة الجنسية » .

(ر : كتاب الدعوى في رد المحتار ٣٣٤/٣ والبدائع ٢٢٧/٦) .

وذلك لان الشريطة الشرعية في استحلال مال الغير هي رضى صاحبه ببذله إما مجانا أو بعوض . فلو أباح الانسان ماله لاحد حل هذا المال للمباح له .

بخلاف ما لو أباحت المرأة نفسها لرجل ، فان المتعـــة لا تحل بينهما بهذه الاباحة ، بل هي السفاح الممنوع .

وعلى هذا الاساس كان التعاطي كافياً في عقد المعاوضة المالية ؛ لان التراضي على البذل فيها هو المميز بين حالتي اخذ المال بالحق أو بالباطل ، وإن التعاطي يفيد هذ التراضي بصورة لا تقل دلالة عن لفظ الايجـاب والقبول ، فيحصل به المقصود الشرعي .

أما التعاشر الاستمتاعي بين الجنسين الرجل والمرأة فان له حالتين : إحداهما مشروعة ، وهي النكاح ، والاخرى جريمة ممنوعة ، وهي المخادنة والسفاح . =

١٦١ - (ب)- لسان الحال :

وأما الانعقاد بلسان الحال فكما لو ترك انسان متاعه بين يدي شخص آخر وذهب ، وذلك الآخر ساكت لم ينهه ولم يتنصل من حفظه ، فانه ينعقد عقد الايداع بينهما بدلالة الحال ، فيصير الشخص

= وجميع نتائج النكاح الخطيرة في الاموال والانساب وسائر حقوق الاسرة تثبت كلها في الحالة المشروعة ، وتنتفي في الحالة الممنوعة .

ومن الواضح ان الحالتين ، أي الزواج والمخادنة ، تشبه احداهما الاخرى في مظهرها ؛ وليس التراضي هو المميز بين الحالتين ، لانه موجود في كل منهما ، وهو غير كاف في هذه المعاشرة بين الجنسين ، فان التراضي إنما كان كافياً في المعاوضة المالية لان الاموال يجري فيها البذل والاباحة كما تقدم .

فلو جاز التعاطي في عقد الزواج - بان يدفع رجل الى امرأة مبلغاً من المال كمهر بقصد الزواج ، فتتابعه دون ان يتلفظا بعقد ، وتعيش معه ويتعاشران كازواج - لما كان في هذا التعاطي دلالة ظاهرة على اكثر من التراضي على المعاشرة ، أما قصد الزواج فلا يظهر للناظر بهذا التعاطي . وان مجرد التراضي على المعاشرة لايكفي في تمييز النكاح عن السفاح كما سلف بيانه ، بل لابد من ظهور التراضي على غرض الزواج المشروع وتحمل نتائجه الشرعية . ولا يظهر هذا الغرض بصورة لاشتباه فيها الا بالتعبير اللفظي .

فلذلك أجمعت الاجتهادات الاسلامية على عدم انعقاد النكاح بالتعاطي دون الايجاب والقبول اللفظيين ، كما كان عقد النكاح هو العقد الوحيد الذي أوجب فيه الشرع الاسلامي شيئاً من المراسم الشكلية لصحته بأن اشترط فيه الاشهاد عليه ، واستحسن شهره واذاعته كي يشيع خبره وتنتفي الريبة من اجتماع الرجل والمرأة على حياة مشتركة لايعرف اساسها ومبناها كما تقدم .

الموضوع أمامه وديعاً مكلفاً بالحفظ ومسؤولاً عنه اذا قصر فيه .

ولو وضع ماله أمام جماعة كذلك اصبحوا جميعاً مستودعين. فلو قاموا واحداً بعد آخر تعين حفظ الوديعة على الأخير. فاذا قام وترك المال حتى ضاع فانه يضمنه لصاحبه .

وكذا لو دخل انسان خاناً مثلا فسأل صاحبه : أين أربط دابتي، فأراه محلا فربطها فيه وذهب ، انعقد الايداع دلالة ، وأصبح صاحب الخان مكلفاً بحفظ الدابة ، ومسؤولا عن التقصير فيه . (ر : المجلة ، ومرآتها ، م/٧٧٣)[1] .

١٦٢ — والخلاصة أن العقد في الفقه الاسلامي ارتباط ارادي، أداته الطبيعية وطريقه الأصلية اللفظ المبين .

ولكن اللفظ فيه ليس مقصوداً لذاته على سبيل الشكلية في العقود، بل لأنه أفضل ترجمان عن الارادة بصورة واضحة .

---

(١) — تصرح هذه المادة /٧٧٣/ من المجلة ، وكذا يصرح الفقهاء ايضاً ، بانعقاد العقد في هذه الامثلة دلالة .

وقد سمينا نحن هذا النوع من الدلالة « **لسان الحال** » ، أخذاً من فحوى كلامهم . وقسمنا عندئذ الانعقاد بالدلالة الى قسمين : الانعقاد بالتعاطي ، وبلسان الحال ، كما رأيت ؛ لان التعاطي الذي يذكره الفقهاء هو أيضاً نوع من الدلالة بطريق المبادلة الفعلية (ر : المجلة / ١٧٥) .

وان الفقهاء عندما يبحثون في عقد من العقود ويذكرون الالفاظ التي تصلح لانشائه تراهم يصرحون غالباً بأن تلك الالفاظ انما تذكر على سبيل التمثيل ، وان للعاقدين أن يستعملوا غيرها مما يؤدي الى المعنى المطلوب .

حتى لو برز اتفاق الارادتين عن غير طريق اللفظ انعقد العقد دلالة كما في التعاطي ولسان الحال ، مما سلفت الاشارة اليه[1] .

---

* (١) — يقول الاستاذ شفيق شحاته في رسالته « النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الاسلامية » ، تحت عنوان « **نظرية اللفظية** » ، مانصه :

« في الاصل لاشكلية في التشريع الاسلامي . فالعقد ينعقد وتنشأ الالتزامات دون حاجة الى طقوس خاصة من حركات أو اشارات أو مراسم . ويعتبر هذا من المميزات الاساسية للتشريع الاسلامي ولكن هل معنى هذا ان الارادة وحدها تولد الالتزام في التشريع الاسلامي ؟

وقد أجاب المؤلف نفسه على هذا التساؤل بان الفقهاء لا يتقيدون بالفاظ مخصوصة في عقد العقود ، بل يسوغون استعمال كل لفظ يؤدي معنى العقد المقصود ، ثم قال :

« ومع هذا كله فان الواقع ان التعاقد لا يتم الا بواسطة الالفاظ **ويوجد في الفقه الاسلامي نوع خاص من الشكلية نسميه « اللفظية » ، وهو أثر من آثار ما كان يخص به اللفظ من التقديس في العصور الاولى ، حيث كان الناس يعتقدون بالتأثير السحري للكلمات المتلفظ بها .**

ولهذا السبب نجد الفقهاء على أشد الخلاف فيما يتعلق بحكم التعاطي » =

(تابع الحاشية)

= (ر : الرسالة المذكورة ، ف /١٢٣-١٢٧/ص / ١٣٠ - ١٣٢)

أقول :

ان هذا الحكم بلفظية العقد في الفقه الاسلامي وبانها من بقايا عقيدة التأثير السحري للالفاظ في القرون الاولى هو أشبه شيء بالخيالات ! !

ونحن الذين عرفنا في الاستاذ الدكتور شفيق شحاتة جودة البحث ودقة النظر والتحليل ، ونقدر في رسالته هذه جهداً جديداً يستحق التقدير على كل حال ، نستغرب منه مزيد الاستغراب هذه الفكرة التي يغلب ان تكون قد انزلقت اليه انزلاقاً من مصدر أجنبي لم يدرس الشريعة الاسلامية في منابعها ، ولم يعرف مباني أحكامها ، وانما ينظر اليها من بعيد كما ينظر الى شبح صرح ناء في صحراء ، فيتخيله شجرة أو بقرة قبل أن يتبينه !

فأين الشكلية اللفظية في نظرية العقد الاسلامية ، وقد رأينا أن الفقه الاسلامي قد أقر انعقاد العقود بالتعاطي الا في عقد النكاح الذي اشترط فيه اللفظ لغرض تشريعي لا يحققه الا اللفظ المبين عن غاية اجتماع الجنسين الرجل والمرأة ، تمييزاً للغاية المشروعة عن الممنوعة ، مما تقدم ايضاحه ر : ف /١٥٩) .

والخلاف الاجتهادي في التعاطي لم يكن على أشده - كما يظن الاستاذ شفيق شحاتة - بل كان من أيسر الخلافات الفقهية ، فقد خالف فيه الشافعية اولاً لشكهم في ظهور الارادة فيه ظهوراً بيناً ، ثم انتهى متأخرو فقهائهم الى اقراره للحاجة .

على اننا عندما نحكم على الفقه الاسلامي بحكم انما يجب ان ننظر الى اوسع مذاهبه في الموضوع لا الى أضيقها مادام الاوسع أيضاً يمثل تمثيلاً صحيحاً نظرية الشريعة من احدى وجهات نظرها الثابتة . وليس المذهب الاجتهادي الواحد الا فهماً لصاحبه لا حكماً على الشريعة . =

(تابع الحاشية)

= بل لقد نص فقهاؤنا على انعقاد العقد بما دون التعاطي دلالة من لسان الحال، كما تقدم بيانه (ف / ١٦١).

فاين هذه النظرية العقدية السمحة من عقيدة « **سحر الالفاظ فى العصور الاولى** » ؟!

وأما أن الفقه الاسلامي يعتبر اللفظ في عقد العقود أصلًا ، وما سواه من كتابة أو اشارة أو تعاط يعتبره خلفاً عن اللفظ ، فلأن الواقع ان اللفظ هو الطريق الطبيعية في اظهار الارادة الجازمة ، ولا يزال هو الطريق الطبيعية في ذلك . وهذا لايمنع أن تقبل طرق أخرى خلفاً عن النطق إما اضطراراً كاشارة الاخرس ، أو اختياراً كالتعاطي .

حتى ان الفقهاء قد بينوا صراحة في البيع انه ينعقد باحدى طريقتين : إما باللفظ وهو الايجاب والقبول ، وإما بالفعل دون ما لفظ ، وهو التعاطي .

(ر : الدر المختار ، او البيوع) .

وقد رأينا ان الفقه الاسلامي لم يشترط في عقد من العقود لفظاً ولا صيغة معينين ، بل جعل كل عبارة ، من حقيقة أو مجاز ، صالحة في كل عقد متى اعربت عن معناه النوعي المقصود . وإنما رجح الفقهاء استعمال صيغة الماضي في بناء العقد ترجيحاً لا إلزاماً ، لانها ادل على الجزم والتحقق . وكل ذلك يفيد أوضح افادة أن المنظور اليه فقهاً في عملية العقد إنما هو اظهار الارادة الجازمة ووضوح نوع العقد المراد بلا اشتباه ، ليحكم بثبوت احكامه والتزاماته بين المتعاقدين ، وليس اللفظ هو المنظور اليه لذاته .

ولا يخفى ان النية المجردة الباطنة لا ينشأ بها فعل وهي في حيز البطون ولو كانت عزيمة جازمة : فمن عزم الطلاق أو البيع لا يعتبر مطلقاً أو بائعاً ، بل لابد من وسيلة حسية تبرز الارادة بصورة يستطيع القضاء ان يمسك بها ويبني عليها . وهذا من بديهيات الفقه والقانون (ر : رد المحتار ٤ / ١٣) . =

(تابع الحاشية)

= فاللفظ في كل تشريع هو تلك الوسيلة الأصيلة في اخراج الارادة الى حيز الوجود الحسي . ولكن بعض الشرائع قد تضيف اليه مراسم شكلية صورية من حركات أو اشارات أو افعال تقليدية مخصوصة لا يعتبر العقد منعقداً بمجرد اللفظ دونها ، كما كان عند الرومانيين .

والكتابة اخت اللفظ تمتاز عليه بالثبات والضبط ، وتنحط عنه في الدلالة على جزم الارادة أحياناً ، لان الانسان قد يكتب للتجربة أو للاحتياط والتهيؤ وهو متردد بعد في الابرام والتنفيذ . (ر : الزيلعي ٦/٢١٨) .

ولكن ايجاب الكتابة في العقود بوجه عام حرج عظيم لا سيما في الحاجات التافهة اليومية ، بل قد تتعذر في محيط أو في زمن تغلب فيه الأمية . فليس من شأنها أن تكون هي الطريقة العقدية الاصلية في تشريع عام دائم يجب أن يبني على الممكنات الثابتة . فلذا بقيت الكتابة طريقة استثنائية في نظر الفقه الاسلامي تنوب عن النطق نيابة ، ويترك أمرها للازمنة والامكنة في شرائط اعتبارها .

ولكن قد تعتبر الكتابة في بعض الشرائع هي الاصل في **اثبات** بعض العقود ، ولا يخفى ان الاثبات غير الانعقاد .

وقد توجب النظريات الحقوقية وبعض القوانين المدنية اليوم كتابة بعض انواع العقود في صك لتأخذ احكامها وتوجب التزاماتها ، ولكن هذا ايضاً ايجاب شكلي استثنائي . على ان الصك ليس في الحقيقة هو العقد ، وانما هو اقرار خطي بوقوعه .

على أنه إذا لم يكن النطق هو الوسيلة الاصلية في عقد العقود ، وما سواه من الوسائل البيانية خلف ، فأي وسيلة سواه من اشارة أو تعاط أو غيرهما احسن افصاحاً عن الارادة الجازمة لتكون اولى بهذه الاصالة من النطق ؟

وأي تشريع قديم أو حديث إلى اليوم يرى أن الكتابة أو الاشارة أو أي وسيلة أخرى غير النطق هي الطريق الطبيعية الاصيلة في عقد العقود بوجه عام ، =

ج) — العقود العينية

١٦٣ — اتضح مما تقدم أن العقد في الشرع الاسلامي يتم وتثبت أحكامه بمجرد الايجاب والقبول .

غير أن هناك طائفة من العقود ، لا تعتبر تامة الا اذا حصل تسليم العين التي هي موضوع العقد ، ولا يكفي فيها الايجاب والقبول . وتسمى هذه العقود بلغة الحقوق اليوم : **العقود العينية** ، أي التي يتوقف فيها تمام الالتزام على تسليم العين ، وهي خمسة :

الهبة ، والاعارة ، والايداع ، والقرض ، والرهن .

ويعلل الفقهاء اشتراط القبض لتمامها بأنها تبرع .

وعلى هذا الاساس وضعت القاعدة القائلة : « **لا يتم التبرع الا بالقبض** » (م/٥٧).

فالعقد اللفظي في هذه المواضيع يعتبر قبل القبض عديم الاثر :

ففي الرهن مثلا لا يستطيع الدائن المرتهن اجبار المدين على تسليم الرهن بموجب العقد إن لم يسلمه طوعاً . ولكن اذا سلمه تم الالتزام ،

= وان النطق فيها خلف وفرع ، فلا يقبل من الانسان شراء خبزه ولحمه وثوبه وسائر حاجاته اليومية من أسواقها بلسانه إلا استثناء ؟ !

فطبيعة الحال في الاعراب عن الارادة الجازمة هي الداعية الى اعتبار النطق أصلاً في العقود ، **وليست هي عقيدة التأثير السحري للالفاظ ! !**

فلو استرده الراهن بعد ذلك بلا رضى المرتهن فليس له ان يجبره على اعادته.

و كذا الموهوب له لا يستطيع اجبار الواهب على تسليم الموهوب.

فالتنفيذ في هذه العقود العينية هو المولد لآثار العقد ؛ والارادة لا تعتبر ظاهرة باللفظ وحده دون هذا التنفيذ .

على أنه يستثنى من نظرية العقود العينية هذه **عقد الوصية** ، فهي هبة مضافة الى ما بعد الموت . فبمجرد وفاة الموصي وقبول الموصى له أو عدم رده بعد الوفاة تتم الوصية ويصبح المال ملكا له بلا حاجة الى تسليم ، لان الشخص المنشىء للوصية لم يعد يتصور منه بعد الوفاة تسليم ، فبنيت الوصية على التسامح والاستثناء من القواعد القياسية في كثير من أحكامها ، تسهيلا لاعمال البر والخير .

★ ★ ★

الفرع الثالث

الشرائط العامة لانعقاد العقود

التمييز بين الشرائط العامة والخاصة -
الشرائط العامة السبع وايضاحها -
نتيجة فقدان شيء من شرائط الانعقاد .

١٦٤ - رأينا في البحثين السابقين مقومات العقد ، وهي العاقدان ، والمحل ، والموضوع ، والاركان ؛ وألممنا بما يتصل بهذه المقومات من مباحث عامة .

وكل من تلك المقومات تشترط له شرائط شرعية يجب أن تتوافر فيه ليتم تكوين العقد وانعقاده .

وشرائط الانعقاد هذه في العقود نوعان :

- شرائط عامة ، وهي التي يجب أن يتوافر وجودها في كل عقد .

- وشرائط خاصة ، وهي التي يشترط وجودها في بعض العقود دون سواها ، فان بعض العقود قد اختصها الشرع بشرائط اضافية علاوة على الشرائط العامة ، كاشتراط الشهود لانعقاد النكاح دون غيره من العقود ، وكالتسليم في العقود العينية كما تقدم ، وكعدم تعليق العقد على شرط في المعاوضات والتمليكات كالبيع والهبة ، فان التعليق

يبطلها كما سنرى في بحث الشروط العقدية (ر : ف/ ٢٩١ - ٢٩٢) .

فتلك الشرائط الخاصة ببعض العقود تذكر معها في أبوابها .

أما الشرائط العامة التي هي موضع بحثنا هنا فسبع شرائط ، هي:

١ - أهلية العاقدين .
٢ - قابلية محل العقد لحكمه .
٣ - ان لايكون العقد ممنوعاً بمقتضى نص شرعي تحت طائلة البطلان.
٤ - ان يستوفي العقد شرائط انعقاده الخاصة به .
٥ - ان يكون العقد مفيداً .
٦ - بقاء الايجاب صحيحاً الى وقوع القبول .
٧ - اتحاد مجلس العقد .

واليك ايضاح هذه الشرائط فيما يلي :

١٦٥ - (اولاً) - اهلية العاقدين :

والمراد بها أن يكون العاقدان متمتعين بالصفات التي تسوغ لهما شرعاً مباشرة العقد .

فمن ليس بأهل أصلاً لممارسة العقود مطلقاً ، كالمجنون ، والصغير غير المميز ، لا ينعقد عقده .

وقد تنقص اهلية الممارسة نقصاناً ولا تكون معدومة ، فحينئذ تختلف آثار نقصانها في أنواع العقود .

وسنرى تفصيل ذلك في نظرية الاهليات التي سنفرد لها باباً خاصاً.

١٦٦ - (ثانياً) - قابلية محل العقد لحكمه :

فلا ينعقد بيع ماليس بمال شرعاً كالجيفة مثلاً ، ولا بيع المال

الموقوف ، لأن نتيجة البيع تمليك المال المبيع للمشترى ، وان المال الموقوف محجور عن التملك والتمليك الا في حالات خاصة على سبيل الاستبدال ، فلا ينعقد بيعه في غيرها لعدم قابلية المحل ، بخلاف الاجارة فان المال الموقوف يقبلها فتنعقد عليه .

وكذلك لا ينعقد رهن الأموال التي يتسارع اليها الفساد كالخضراوات الطازجة ، والجمد [1] (أي الجليد) ، لأن حكم الرهن احتباس المرهون لأجل استيفاء الدين منه عند عدم الاداء في ميعاده ، وهذه الأموال لا تقبل الحفظ والاحتباس مع بقاء منافعها .

١٦٧ ـ (ثالثاً) ـ ان لا يكون العقد ممنوعاً بمقتضى نص شرعي تحت طائلة البطلان :

وذلك لأن العقد الممنوع شرعاً تحت طائلة البطلان يعتبر في نظر الفقهاء غير مشروع من أصله ، أي منافياً للنظام الشرعي العام .

فلا تنعقد الهبة من مال الصغير القاصر ، ولا بيعه بغبن فاحش ، سواء أكان الواهب والبائع هو الصغير أو وليه أو وصيه أو القاضي نفسه بمقتضى سلطته العامة عند عدم الولي الخاص .

وذلك لان التبرع من مال الصغير لا يملكه أحد ، والبيع بغبن فاحش كالتبرع . فكان هذا العقد مما ليس لأحد سلطة عقده بحسب موضوعه ، فيصدر باطلاً . حتى لو بلغ الصغير فأجازه لا تعتبر اجازته ،

---

(١) ـ الجمد (بفتح فسكون) الماء المتجمد من البرودة .

لأن الباطل لايجاز (كماسنرى في بحث البطلان من نظرية المؤيدات) ، بل عليه أن يجددعقده بعد بلوغه ان شاء . والقاعدة الفقهية في ذلك :

ان كل عقد يصدر ، ولايوجد من يملك حق اجازته وانفاذه عند صدوره ، يكون باطلاً . (ر : البدائع ٥/١٤٩ - ١٥٠) .

والفقهاء يعبرون في تعليل بطلان هذا النوع من العقود : بأن **الولاية الشرعية** منتفية فيه . ويقصدون بالولاية الشرعية في هذا المقام أن يكون هناك من يملك شرعا سلطة ابرام هذا العقد ولو كان غير **الشخص الذي تولى عقده فعلا** . فاذا لم تكن هذه الولاية بهذا المعنى متوافرة كان العقد باطلا غير منعقد .

وهذا بخلاف **الولاية الشخصية** وهي أن يكون شخص العاقد ذا سلطة شرعية، بأن يكون مالكاً أونائباً عن المالك كالوكيل والوصي، فان هذه الولاية الشخصية ليست شريطة انعقاد ، بل ينعقد عقد الفضولي عن غيره ولكن يكون نفاذه متوقفاً على اجازة صاحب حق التصرف الشرعي .

ويلحظ في هذا المقام ان العقد الممنوع شرعا تحت طائلة البطلان قد يعود سبب المنع فيه الى طريقة العقد كبيع الملامسة ، والمنابذة ، والقاء الحجر ، مما منعه النبي عليه السلام في الماضي (ر : ف/١٣٦)؛ اويعود الى محل العقد كبيع المخدرات للاستعمال المحرم ، وكالاستئجار على فعل المعاصي أو ارتكاب الجرائم؛ اويعود الى موضوع

العقد كالتبرع من مال القاصر . فكل هذه العقود باطلة مهما كان سبب المنع الشرعي فيها بعد ان يكون المنع تحت طائلة البطلان صراحة في النص او استنتاجا او قياساً [١].

ومثل ذلك ايضاً لدينا في الاقليم السوري اليوم كل عقد يعقد بالنقود الذهبية ، فانه باطل بعد ان منع التعاقد بها بقانون خاص [٢] .

---

* (١) وقد كان مثل ذلك لدينا في الاحكام القانونية ، منذ العهد العثماني، العقود المنشئة للحقوق العينية على العقار من بيع أو رهن وغيرهما . فقد أوجب القانون العثماني اجراء جميع هذه العقود العقارية في دائرة المكتب العقاري وتسجيلها في سجله الرسمي تحت طائلة البطلان . فلا تعتبر العقود العقارية اذا عقدت خارج السجل العقاري ولو كتب بها صك ، ولا يلزم الناكل عن تنفيذها وتسجيلها ، لبطلانها .

وعلى هذا درج الاجتهاد القضائي لدينا في فهم نصوص قانون الملكية العقارية ذي الرقم / ٣٣٣٩ / الصادر في عهد الانتداب الفرنسي سنة / ١٩٣٠ / م .

غير ان الهيئة الجديدة لمحكمة التمييز السورية (محكمة النقض) قد عدلت اخيراً عن الاجتهاد السابق في فهم نصوص هذا القانون الاخير فقررت ان جميع هذه العقود العقارية تعتبر صحيحة في ذاتها ولو عقدت سراً ، ويصح الادعاء بها وتلزم عاقدها قضاء بالتسجيل ، ولكن لاتنتقل الملكية بهذا العقد بين العاقدين ، ولا يسري مفعول العقد على غيرهما الا من تاريخ التسجيل .

(ر : القرار التمييزي الصادر في ١٨ ربيع الاول /١٣٦٨ هـ = ١٧ كانون الثاني / ١٩٤٩ م ، تحت رقم / ٣ / اساس حقوق / ٤٦) .

وهذا ما أخذ به وقرره أيضاً القانون المدني السوري الذي صدر لدينا في سنة / ١٩٤٩/م خلال الطبعة الثالثة السابقة من هذا المدخل الفقهي .

*(٢) – هذا القانون قد صدر عن المفوض الفرنسي في ٢٦ كانون الثاني سنة ١٩٤٠ م تحت رقم / ١٨ ل ر / في عهد الانتداب الفرنسي على البلاد السورية =

ويجب ان يلحظ ايضاً في هذا المقام ان مجرد النهي الشرعي عن عقد من العقود ، ولو بنص خاص صريح ، لا يستلزم ان يكون العقد ممنوعاً تحت طائلة البطلان مالم تقم قرينة على هذه الطائلة (الجزاء) في قصد الشارع . فمجرد النهي الشرعي عن عقد في نظر الاجتهاد الحنفي تارة يكون أثره عدم الانعقاد ، وتارة يكون العقد منعقداً رغم مخالفة النص ، ولكنه مختل اختلالاً يسمى « فساداً » ، كما سنرى

= واللبنانية ، ولا يزال معمولاً به الى اليوم . فقد اعتبر التعامل بالذهب لاغياً ، واوجب في العقود السابقة ان يدفع مقابل الذهب الملتزم به ورقا نقدياً سورياً بمعدل السعر الرسمي الذي تذيعه المفوضية الفرنسية .

وقد جاء فيه التعبير والترجمة بلفظ « **التعهدات** engagements » المعقودة بالذهب .

وقد تخبط لدينا القضاء الاجنبي الزائل والوطني الحاضر كثيراً في تطبيق هذا القانون ، حتى قضى بعض الحكام بان الودائع الذهبية لا يكلف الوديع باعادتها عيناً بل باعادة مايعادلها من الورق النقدي بحسب التسعيرة الرسمية لا بسعر السوق . وبذلك يضيع على المودع اكثر من نصف قيمة الوديعة ، لان التسعيرة الرسمية لقيمة الذهب بالورق النقدي السوري أقل من نصف السعر الواقعي في السوق .

وهذا خطأ ، والصواب ان المراد بلفظ « **التعهدات** » الوارد في القانون المذكور انما هو التعهدات التي يكون تنفيذها ناقلاً للملكية ، كالبيع والاجارة والصلح ، حتى النكاح إذا عقد على مهر بالنقود الذهبية ، وسائر المعاملات التي فيها تعهد باداء مال يخرج من ملك ويدخل في ملك آخر .

فلا يشمل هذا عقد الايداع بل يجب أن تعاد الوديعة الذهبية عيناً ، لان التعهد باعادتها ليس فيه نقل ملكية ، بل هي واجبة الحفظ على ملكية صاحبها المودع ، بدليل ان القانون المذكور لم يعتبر الذهب مادة ممنوعة الاقتناء وواجبة المصادرة ، بل منع التعامل به . فمن كان يحق له اقتناء الذهب وحفظه بنفسه يحق له حفظه إيداعاً بواسطة غيره ، فيلزم الوديع رد عينه . وبذلك تزول بعض مظالم هذا القانون وسيئاته .

في بحث البطلان والفساد من نظرية المؤيدات التشريعية .

١٦٨ - (رابعاً) - ان يستوفي العقد شرائط انعقاده الخاصة به :

بينا أول هذا الفرع ان شرائط الانعقاد نوعان : عامة ، وخاصة (ر : ف/ ١٦٤) .

فيشترط بوجه عام لانعقاد أي عقد من العقود ان تتوافر فيه شرائط انعقاده الخاصة التي يتطلب الشرع توافرها فيه ان كان له شرائط خاصة به مطلوبة شرعا فيه دون غيره من العقود .

وذلك كالشهود مثلا في عقد النكاح فان الاشهاد شريطة فيه دون غيره . فلا ينعقد النكاح الا اذا توافرت فيه - الى جانب بقية الشرائط العامة - هذه الشريطة الخاصة به .

و كذلك العقد العيني مثلا ، فانه لا يتم انعقاده الا اذا حصل فيه ، علاوة على الايجاب والقبول، تسليم الشيء محل العقد . وهلم جرا .

١٦٩ - (خامساً) - كون العقد مفيداً :

فلا ينعقد الرهن مثلاً في مقابل الامانة كما لو اخذ المودع رهناً على الوديع لقاء الوديعة ، لان الوديعة امانة غير مضمونة على الوديع ، فاذا هلكت بلا تعد ولا تقصير منه في حفظها لا يحق لصاحبها المودع أن يستوفي قيمتها من الرهن ، فكان الرهن غير مفيد :

(ر : رد المحتار في الرهن ٥/٣١٧ وفي الوقف ٣/٣٦٧) .

و كذا لا يعتبر ، في قواعد الاجتهاد الحنفي ، التعاقد بين اثنين على عدم الاشتغال في التجارة مثلاً ، لأن حرية الانسان في اختيار

الوسيلة المشروعة لاكتسابه هي من النظام العام في الاسلام ، وهذا العقد لا يقيده ، فيكون غير مفيد .

وكذلك لايعتبر التعاقد على عوض يأخذه احد العاقدين لقاء أمر واجب عليه شرعاً بدون عقد ، كما لو تعاقد على أخذ عوض لقاء كفه وامتناعه عن فعل جريمة ، فهذا التعاقد باطل لا يستحق فيه العوض ، لأن الشخص ملزم شرعا بهذا الامتناع من غير حاجة الى عقد .

وعلى هذا يقرر الفقهاء في قواعد عقد الصلح أن الصلح على بقاء ماهو مستحق البقاء باطل ، فاذا دفع فيه بدل فللدافع استرداده .

(ر : « الفوائد البهية في القواعد الفقهية » للشيخ محمود حمزة ص/١٤٨) .

ويقررون أيضاً في الاجارة انه لاينعقد استئجار الرجل زوجته على خدمة بيت الزوجية وادارته باجرة شهرية لأن هذه الادارة يوجبها الشرع عليها ديانة بحسب استطاعتها دون تعاقد[1] . وبوجه عام يقررون عدم جواز استئجار شخص للقيام بشيء من الواجبات الدينية التي يجب عليه القيام بها قبل العاقد . وقد استثنوا من ذلك جواز الاستئجار على الاذان والامامة وتعليم القرآن للضرورة ، ولم يجيزوه على قراءة القرآن (ر : البدائع ٤/ ١٩١ ــ ١٩٢) .

١٧٠ ــ (سادساً) ــ بقاء الايجاب صحيحاً الى وقوع القبول :

فرجوع الموجب عن ايجابه قبل ان يقبل الطرف الآخر مبطل

للإيجاب ، فلا يعتبر القبول بعده . وكذا وفاة الموجب أو زوال أهليته قبل القبول .

وهذا قد يكثر في حالات التعاقد بالكتابة بين الغائبين ، فقد يرسل شخص كتاباً يتضمن إيجاب العقد من طرفه ، ثم يموت أو يجن قبل وصول الكتاب ، فلا يعتبر عندئذ قبول المرسل إليه عندما يصل اليه الكتاب ويقرؤه ، لانهدام الإيجاب المبني عليه بوفاة الموجب قبل وقوع القبول .

١٧١ ــ (سابعاً) ــ اتحاد مجلس العقد :

مجلس العقد هو الحال التي يكون فيها المتعاقدان مقبلين على التفاوض في العقد ، فيلغو الإيجاب اذا انفض المجلس قبل القبول ، ولا ينعقد العقد بالقبول بعد ذلك ، بل يعتبر هذا القبول إيجاباً جديداً يبدأ به مجلس جديد .

ونظرية مجلس العقد هذه تحدد أجلاً للقبول يكون للقابل فيه حق التروي ، فيقبل في خلاله ، دون اضطرار الى القبول فور الإيجاب .

وتعليل ذلك أن القبول في الأصل ، من الوجهة النظرية ، يجب أن يتصل بالإيجاب مباشرة وفوراً لينعقد العقد [1] .

---

(١) ــ وهذا ماذهب اليه الاجتهاد الشافعي ، فاشترط فورية القبول بعد الايجاب ليتحقق الارتباط الشرعي . وفي هذا ضيق وحرج ، ولكنه يقابله أن الاجتهاد =

ولكن لصعوبة ذلك جعل فقهاؤنا للعقد مجلساً تعتبر ساعاته وحدة زمانية.

وعن هذا قال الفقهاء : « ان المجلس يجمع المتفرقات » .

(ر : البدائع ٥/١٣٧ ، والهداية اول البيوع ٥/٤٦٠) .

ويحدد مجلس العقد بفترة تبدأ منذ الإيجاب ، وتنتهي إما بالاتفاق وانعقاد العقد ، وإما بافتراق الطرفين ، أو بإعراض أحدهما ، كما لو قام معرضاً أو اشتغل بشأن آخر .

ولا فرق بين إعراض الموجب وإعراض القابل في قطع المجلس ، لأن الإيجاب وحده لا يقيد الموجب ، فرجوعه قبل القبول مبطل للإيجاب[1] .

= الشافعي قد أخذ **بمبدأ خيار المجلس** لكلا العاقدين بعد العقد في البيع واشباهه من العقود اللازمة القابلة للفسخ ، فيثبت لكل من الطرفين حق فسخ العقد ماداما في اجتماعهما لم يفترقا عن المجلس ، كما سيأتي (ر : ف / ١٩٦) .

(١) ـ يتراءى من نصوص فقهاء المذهبين الحنفي والشافعي في تصوير مجلس العقد انهم يعتبرون فيه عنصرين : (احدهما) مكان العاقدين ، و (الثاني) وضعهما ، وهو حالة اقبال العاقدين على التفاوض . فيختلف مجلس العقد بتبدل احد هذين العنصرين :

(أ) ـ فاذا تبدل مكان العاقدين بين الايجاب والقبول يبطل الايجاب فلا ينعقد العقد بالقبول بعد ذلك ولو ظلا يتفاوضان .

(ب) ـ واذا انقطعت حالة التفاوض باعراض احدهما بعد الايجاب لم ينعقد العقد ايضاً بالقبول بعد ذلك ولو بقيا في مكانهما .

لكننا نرى انه لا يوجد دليل شرعي على العنصر المكاني فاقتصرنا هنا في تصوير مجلس العقد على العنصر الثاني وهو حالة التفاوض لانه هو الأقرب الى سماحة الشريعة ومقاصدها ، وهو الذي قد تشعر به نصوص فقهاء المذهب الحنبلي اذ يصرحون بأن : « **حالة المجلس كحالة العقد** » (ر : الشرح الكبير على المقنع ٤/٤) .

فإذا كان الإيجاب بالكتاب الى غائب فمجلس العقد إنما يبدأ منذ قراءة الغائب للكتاب ؛ فإذا قبل في مجلسه تم العقد واذا انقضى مجلسه بالإعراض بطل الإيجاب (ر : الهداية وشروحها ٥/٤٦١ ، والأشباه ج ٢ الفن الثالث ص/ ١٩٦) .

على أن لهذه القاعدة استثناءات :

أ) — فان قبول الموصى له أو رده يشترط وقوعه بعد وفاة الموصي ؛ ولا يعتبر قبوله ولا رده قبل الوفاة .

ويكفي لاعتباره قابلاً بعد الوفاة أن يسكت فلا يرد الوصية . حتى لو مات بلا قبول ولا رد بعد وفاة الموصي كان المال الموصى به ميراثاً لورثة الموصى له استحساناً .

ب) — وكذا في الوكالة والوقف اذا وكل غائباً ؛ أو وقف على غائب ، فانه يعتبر مجلس علم الوكيل أو الموقوف عليه ؛ فاذا لم يردا فيه الوكالة أو الوقف كانا مبرمين .

١٧٢ — خلاصة عن شرائط الانعقاد وشرائط الصحة :

بينا فيما سلف أن هذه الشرائط السبع التي أوضحناها يتوقف على تحققها جميعاً تكوين كل عقد فهي شرائط انعقاد عامة .

فاذا فقدت واحدة من هذه الشرائط في عقد من العقود كانت النتيجة عدم انعقاد العقد شرعاً وإن وجدت صورته حساً ؛ فيكون وجود العقد كعدمه في النظر الشرعي ، فلا تترتب عليه النتائج والالتزامات

التي رتبها الشرع على انعقاده .

وعندئذ يسمى العقد في اصطلاح الفقهاء : عقداً باطلاً .

وهناك شرائط شرعية سوى هذه تسمى : شرائط الصحة إذا فقد شيء منها لا يبطل العقد ، بل يكون منعقداً ، لكنه يعتبر مختلا في بعض النواحي الفرعية منه غير الاساسية . وذلك كجهالة أحد البدلين في عقد البيع ، او جهالة الأجل المشروط لبعض الالتزامات في العقد كما لو تبايع اثنان دون تحديد الثمن ، او تبايعا بثمن مؤجل دون تحديد الأجل ، اذ يوقع تنفيذ مثل هذا العقد في نزاع مشكل بين الطرفين يتعذر على القضاء حله ، لأن الجهالة حجة لكل من الطرفين في التمسك بالأكثر أو بالأقل ، على حسب مصلحته .

وعندئذ يكون العقد بنحو هذا الاختلال مستوجباً للفسخ ، ويسمى ، عقداً فاسداً ، في نظر الاجتهاد الحنفي .

وشرائط الصحة معظمها شرائط خاصة يشترط منها في كل عقد ما لا يشترط في غيره . وإن فهم مبانيها اجمالاً يتوقف على ايضاح فكرة الفساد و نتائجه مما سنراه في نظرية المؤيدات الشرعية ، فلذا لم نتعرض هنا لبحث شيء من شرائط الصحة .

على أن معظم الاجتهادات الاسلامية ، سوى الاجتهاد الحنفي ، لم تفرق بين البطلان والفساد ، فتعتبر العقد بين حالين فقط : إما منعقداً صحيحاً ، وإما باطلاً غير منعقد .

الفرع الرابع

الارادة العقدية

البحث الأوّل

اقسام الارادة

الارادة الظاهرة ـ الارادة الحقيقية الباطنة

١٧٣ — تنقسم الارادة الى قسمين : حقيقية ، وظاهرة .

فأما الارادة الحقيقية فهي الارادة الباطنة التي لا يطلع عليها .
وأما الارادة الظاهرة فهي التي تبرز بالتعبير أو ما يقوم مقامه كالتعاطي .

١٧٤ — (أ) — الارادة الباطنة الحقيقية :

فالارادة الباطنة وحدها لا تقوم مقام الافعال والانشاءات .
فلا ينعقد بمجرد النية عقد ولو تصادق الطرفان على وجود نيتهما .

ومن نوى طلاقاً أو وقفاً مثلاً لا يصبح بمجرد نيته وعزيمته مطلقاً ولا واقفاً . فكل ما كان فعلاً لا يتم بمجرد النية .

ولكن للنية تأثيراً توجيهياً معتبراً شرعاً في وصف ما تصاحبه ، فاذا صاحبت فعلاً أو تركاً صبغته بصبغة واكسبته صفة يترتب عليها حكم مدني مخصوص في نظر الشريعة[1] (ر : الاشباه والنظائر ، الفن الاول ، ص/ ٤٣) .

وعلى هذا فان السكوت لا يعتبر في الاصل قبولا ، وكان من القواعد انه : لا ينسب الى ساكت قول (المجلة / ٦٧) .

واذا كان الفقهاء قد انتهوا إلى تصحيح التعاقد في بعض الأحوال دون ما لفظ فما ذلك منهم إلا بعد الاستيثاق من وجود عمل ظاهري أو قرينة تقوم مقام اللفظ ، كما في بيع التعاطي الآنف الشرح ، فان

---

(١)— مثال ذلك ان نية التملك في احراز المباحات تجعل الاحراز مكسباً للملكية . وفي احكام الضمان قالوا ان الوديع اذا استعمل الوديعة المؤتمن على حفظها اعتبر معتدياً عليها فيضمنها إذا تلفت كالغاصب . فاذا تركها وأعادها الى الحفظ ناوياً ان يعود الى استعمالها يبقى غاصباً ضامناً لها اذا تلفت ولو كان تلفها بدون صنعه أو تقصيره .

وأما اذا تركها وحفظها بنية الكف عن استعمالها فانه تزول عنه صفة التعدي ويعود أميناً ، فلا يضمنها اذا تلفت .

وفي الجنايات تعتبر النية هي الاساس الشرعي في تمييز العمد من الخطأ ، ويجري فيها تحكيم القرائن (ر : المجلة /٢ وشروحها) ؛

فيه فعلا تنفيذياً أقام مقام اللفظ ؛ وكما في تجدد عقد الاجارة بالسكوت إذا عقد الطرفان الايجار كل شهر باجرة معينة ، حيث ينعقد على شهر واحد ؛ ثم كلما دخل شهر جديد ، وهما ساكتان دون فسخ ، تجددت الاجارة بينهما .

ولو أنذر المؤجر المستأجر بزيادة الاجرة اعتباراً من الشهر القادم فاستمر في السكنى حتى دخل الشهر وهو ساكت اعتبر قبولاً ، ولزمته الاجرة الزائدة (م/ ٤٣٨ و ٤٩٤)[1] .

وكذا سكوت الفتاة البكر اذا استأمرها — أي استأذنها — وليها في عقد نكاحها ، إذ يعتبر سكوتها اذنا وتوكيلاً بالعقد استناداً الى دلالة العادة والعرف ، لأن المعتاد من أمثالها الاستحياء عن اظهار الرغبة لا عن الرفض .

والقاعدة في السكوت أنه لا أثر له إلا في أنواع من الاسقاطات ، كسقوط حق الشفعة بالسكوت عن الطلب ، وسقوط خيار البلوغ بسكوت الفتاة عن فسخ النكاح ، كما يعرف في مواضعه .

١٧٥ — (ب) — الارادة الظاهرة :

وأما الإرادة الظاهرة ، وهي التعبير عن الإرادة الحقيقية بكلام

---

(١) — هذا مقيد لدينا اليوم بقوانين تمديد عقود الايجار التي تمنع المؤجر من حق التخلية أو زيادة الاجرة عن النسبة التي عينها القانون ، فلا يعتبر اليوم هذا السكوت قبولاً ملزماً .

أو بفعل صادر من المتعاقد المختار ، فهي العامل في العقد دون حاجة إلى البحث عن الإرادة الحقيقية الباطنة ، ما دامت تلك الإرادة الحقيقية مستورة لا يوجد دليل ينفيها ، فتبقى الإرادة الظاهرة هي المنفردة في ميدان البيان ، فتكون دليلاً كافياً على وجود الإرادة الحقيقية ، وتثبت أحكام العقد بهذه الإرادة الظاهرة التي تعتبر عندئذ هي العامل في أصل انعقاد العقد ، وفي تحديد حدوده وقيوده الالتزامية .

ويعد من الإرادة الظاهرة في حدود العقد وقيوده ما دلت عليه قرائن الحال ، أو عرف الناس وعاداتهم ، لأن للقرائن والأعراف دلالات اضافية ملحوظة يعتمد عليها المتعاقدان ويستغنيان بها عن التعبير والتصريح ، فيجب أن تعتبر دلالتها كالتعبير ، ولذا كان لها في نظر فقهاء الشريعة أثر بعيد المدى في تفسير العقد وتحديد حدوده والتزاماته :

— فعقد البيع الذي لم يبين فيه توابع المبيع يدخل فيه ما دلت الحال على دخوله .

ففي بيع البقرة الحلوب مثلاً يدخل ، بلا ذكر في العقد ، فلوها المحضر معها الى محل البيع .

— وعقد الاجارة اذا لم يبين فيه مبدأ مدة الإجارة تعتبر المدة من تاريخ العقد .

ـــ والتوكيل بالشراء يتقيد الوكيل فيه بثمن المثل .

ـــ وتوكيل الحمال غيره بشراء دابة يقع على دواب الحمل لا دواب الركوب .

ـــ وعقد البيع والإجارة ونحوهما اذا لم يبين فيه كيفية دفع البدل ، وكانت عادة الناس فيه التقسيط ، كان البدل مقسطاً على حسب عادتهم ؛ وهلم جرا ...

وذلك لأن الإرادة الحقيقية في جميع ذلك وأمثاله تعتبر ، بدلالة القرينة أو العرف ، ظاهرة غير باقية في حيز البطون والخفاء ؛ وان استيعاب الحدود والقيود عسير ، فيفترض فيه اعتماد العاقد على القرينة أو العرف .

* * *

البحث الثاني

خفاء الارادة الحقيقية ، و انتفاؤها ، والاشتباه فيها

الفرق بين خفاء الارادة الحقيقية وانتفائها والاشتباه فيها ونتائج ذلك :
(اولاً) ـ نظرية صورية العقود : الهزل والمواضعة او التلجئة ـ المواضعة في البدل ـ المواضعة في الشخص ، او قضية « الاسم المستعار » .
(ثانياً) ـ نظرية شوائب الارادة او عيوب الرضى .

١٧٦ ـ ان عمل الإرادة الظاهرة في انعقاد العقود ، وان لم يحتج فيه إلى البحث عن وجود الارادة الباطنة الحقيقية ، يتوقف تأثيره اذا ظهر معه انتفاء هذه الإرادة الحقيقية ، لأن الإرادة الحقيقية لم تبق مستورة في حيز الخفاء والإرادة الظاهرة هي المنفردة في التعبير عنها بل برزت أدلة أخرى تعارض دلالة الإرادة الظاهرة وتثبت انتفاء الإرادة الحقيقية أو الاشتباه والارتياب فيها .

فيجب أن يلاحظ الفرق في هذا المقام بين ثلاث حالات :

(١) خفاء الإرادة الحقيقية (٢) وانتفائها (٣) والاشتباه فيها .

ـ فخفاؤها لا عبرة له ، لأن الإرادة الظاهرة بالايجاب والقبول قامت مقامها .

ـــ وأما انتفاؤها فيفيد أن الايجاب والقبول لم يعبرا تعبيراً صادقاً عن القصد إلى العقد .

ـــ وأما الاشتباه فيها فهو حد وسط بين الخفاء والانتفاء عندما تكون الارادة الحقيقية مفروضة الوجود ولا دليل على انتفائها ، ولكنها مشوبة بعلة مؤثرة تجعلنا في شك من موقف العاقد في الاقدام على العقد لولا تأثر ارادته بذلك المؤثر .

وبناء على الحالتين الاخيرتين (انتفاء الارادة العقدية ، والاشتباه فيها) تولدت نظريتان :

ـــ نظرية صورية العقود .

ـــ ونظرية شوائب الارادة ، أو عيوب الرضا :

أ) ـــ فاذا كان اتفاق الطرفين في العقد ظاهرياً فقط ، وتحقق انتفاء الارادة الحقيقية في أصل العقد ، كان العقد صوريا ، أي ان فيه مظهر العقد وصورته فقط لا حقيقته وجوهره .

ب) ـــ واذا كانت الارادة الحقيقية لم يتحقق انتفاؤها ؛ وانما وجد مايجعلنا في شبهة وشك من أمرها كان العقد صحيحاً ، ولكن في ركنه علة قادحة تضعف الرابطة العقدية ، وتسمى في الاصطلاح القانوني عيوب الرضى .

وسنعرض احوال صورية العقود وعيوب الرضى وأحكامها في المطلبين التاليين :

المطلب الاول

صورية العقود

١٧٧ — تتجلى صورية العقود في حالتين :
(١) — حالة المواضعة أو التلجئة .(٢) — وحالة الهزل .

الشعبة الاولى

المواضعة

فأما المواضعة فهي أن يتفق المتعاقدان سراً على خلاف ماسيعلنان وتحتها ثلاث صور وهي : المواضعة في أصل العقد ، وفي البدل ، وفي الشخص .

١٧٨ — (أ) — المواضعة في اصل العقد :

هي أن يتواطأ المتعاقدان ويتفقا سراً قبل العقد على انهما سيعقدان العقد بصورة ظاهرية فقط ، ايهاماً لغيرهما ، دون أن يكون في الواقع منعقداً بينهما ، وذلك لمأرب لهما أو لأحدهما فيما يعلنان من العقد الكاذب.

وكثيراً مايحصل هذا من المدينين ، اذ يبيعون أموالهم مواضعة لتهريبها من وجه الدائنين ، أو يعقدون مداينات وقروضاً صورية

على انفسهم لبعض أخصائهم أو أقاربهم ليزاحموا الدائنين الحقيقيين في اقتسام مال المدين المفلس ، ثم يعيدونه سراً الى المدين الذي تواطؤوا معه على المداينة الكاذبة .

وقد يكون الباعث على المواضعة الخوف من جور سلطان ظالم أو غاصب متسلط ، ولا سيما في الأماكن أو العصور التي يسود فيها الاستبداد ويضعف سلطان القضاء ، فيلتجىء صاحب المال الى غيره ويتفق معه على أن يبيعه اياه بيعاً ظاهراً غير حقيقي .

وقد تكون المواضعة واردة على الإقرار بمبلغ أو بعقد لا على انشاء العقد ، فيقر المورث مثلا لبعض ورثته بدين أو بعقد ليكون ذلك وسيلة وذريعة لتفضيله في النصيب الإرثي على غيره من الورثة .

ولما في المواضعة من تواطؤ سري بين الطرفين تسمى : **مواطأة او تواطؤاً** . ولما فيها من التجاء الشخص إلى غيره بهذا التعاقد ، ليتخذ من العقد الصوري معه ستاراً ظاهرياً خوفاً من غاصب أو ظالم تسمى ايضاً في هذه الحال : **تلجئة** .

فهذا النوع من المواضعة ، سواء أكان متعلقاً بانشاء العقد أو بالاقرار به ، يجعل العقد والاقرار به باطلين في الواقع ، وان كانا قائمين في الظاهر ، وذلك لانتفاء الارادة الحقيقية من أصل العقد أو الاقرار .

وعند الاختلاف في أن العقد أو الاقرار مواضعة أو حقيقة يعتبر

حقيقياً ، ويؤخذ قضاء بقول من يتمسك به حتى يثبت الطرف الآخر المواضعة .

ولكل من الطرفين أن يدعي المواضعة ويثبتها ، أو أن يطلب تحليف خصمه على نفيها .

وللشخص الثالث المتضرر من المواضعة كالدائن أو الوارث أن يدعي أيضاً بها ويثبتها ، ويطلب التحليف على نفيها ، توصلاً الى اثبات بطلان العقد أو الاقرار الصوريين .

(ر : البدائع ٥/١٧٦ ــ ١٧٧ ، وتنقيح الفتاوى الحامدية ، ١/ ٢٣٠) .

١٧٩ ــ (ب) ــ المواضعة في البدل :

وقد تكون المواضعة انما تهدف الى مقدار البدل المتعاقد عليه دون أصل العقد. وعندئذ لا تبطل المواضعة العقد ، بل ينحصر تأثيرها في تعديل البدل الظاهر واعتبار ماجرت عليه المواضعة في السر .

فقد يتواضع الطرفان على بدل في السر أقل مما يتعاقدان عليه علنا وهذا كثير الوقوع في عقود الأنكحة ابتغاء الشهرة والسمعة بالمهر الكثير [1]

---

(١) ــ قد فشت في بلادنا هذه العادة السيئة في عقود النكاح ، فيعقدون على مهور غالية وهم متفقون على مهور سرية معتدلة أقل مما يعلنونه في العقد رياء وسمعة =

و كثيراً ما كان الناس يلجؤون الى ذلك في بيع العقار احتيالاً لمنع صاحب الشفعة فيه من أن يطلب أخذه بالشفعة عندما يرى ثمنه غالياً .

ولكن هذه الطريقة قد زالت اليوم من أساليب الناس في بلادنا منذ صدور قانون الملكية العقارية ذي الرقم /٣٣٣٩/ الذى تنص المادة /٢٥١/ منه على انه عند اختلاف الشفيع ومشتري العقار في الثمن الحقيقي الذي وقع به الشراء يتولى القاضي تحديد القيمة بواسطة خبراء[1] .

= وان اهالي الزوجات مندفعون الى ذلك بعاملين :

- عامل الرغبة في التساهل مع الرجل الكفء الخاطب ،
- وعامل الرغبة في سمعة غلاء المهر باعتبار انه من مظاهر الشرف ! !

وهذا في الحقيقة من فساد المقاييس الاجتماعية والعقلية ، فان التساهل في المهور اذا كان مطلوباً شرعياً وعقلياً واجتماعياً لتسهيل الزواج وإزالة العراقيل من سبيله فمن الواجب اعلانه ليقتدي الناس بعضهم ببعض في تخفيض مهور النساء ، ويألفوه ولا يجدوا حرجاً في ترك تقاليدهم الفاسدة الفارغة ، ويصبح التباهي والتشرف بهذا التساهل في المهور لا في التغالي ، ليكون المنظور اليه انما هو مزايا الزوج وفضائله لا كثرة ماله .

وان عادة المواضعة هذه في مهور السمعة كثيراً ما تنشأ عنها مشكلات قضائية تربك المحاكم في الاثباتات عند الاختلاف في حقيقة المهر بوفاة احد الزوجين او بوقوع الطلاق .

(١) - سبقت الاشارة الى أن حق الشفعة قد الغاه القانون المدني السوري الذي صدر خلال الطبعة الثالثة السابقة من هذا المدخل ، فلم يبق لدينا مجال لتطبيق هذا الحكم (ر . ف /١٠٥ الحاشية) .

وقد يتواضع المتعاقدان على بدل في السر أكثر مما يعلنان، ويحصل ذلك في بيع العقار بغية تخفيف رسوم الانتقال المطروحة على أساس البدل .

في جميع صور المواضعة على مقدار البدل يعتبر بدل السر المتواضع عليه اذا صرح الطرفان عند المواضعة بان البدل الذي سيذكر في العقد هو بدل صوري لاعبرة له .

واما اذا لم يصرحا بذلك عند المواضعة فالعبرة للبدل المتعاقد عليه علنا ، لأنه هو الأصل الظاهر الاعتبار ، إذ كثيراً مايتفاوض الطرفان على بدل ، ثم يتغير رأيهما فيتفقان في العقد على خلافه ، فلا يبطل اعتبار مقدار البدل الظاهر في العقد الا إذا كانا قد صرحا في المواضعة بعدم اعتباره (ر : البدائع ٥/١٧٧) [1] .

---

(١) — الشروط المتفق عليها قبل العقد اذا لم يصرح بهـــا بعد ذلك حين التعاقد ففي سريانها على العقد اختلاف الاجتهادات . والاصل في الاجتهاد الحنبلي سريانها . قال شيخ الاسلام ابن تيمية فى كتابه : « **قاعدة العقود** » :

« ان اصل المذهب ان الشروط المتقدمة على العقد كالمقارنة له ، فاذا تواطآ ثم عقدا العقد مطلقاً حمل على ماتواطآ عليه . واذا غير احدهما نيته كان قد عقد على خلاف ماشرط عليه . وهذا غدر ونكث لايلزم معه العقد » (ر : « قاعدة العقود » ص /٢٠٤/ الطبعة الاولى ، مطبعة السنة المحمدية) .

ونلفت النظر بهذه المناسبة الى ان هذا الكتاب « **قاعدة العقود** » لابن تيمية =

١٨٠ -(ج)- المواضعة في الشخص، او قضية « الاسم المستعار ».

وقد تكون الصورية المتواضع عليها في الشخص المتعاقد لا في أصل العقد، وذلك كما في الشخص المسخر الذي يتعاقد ويعمل ويكتب باسمه لمصلحته الشخصية في الظاهر ، ولمصلحة غيره في الباطن ، ثم يعلن ان كل عقوده وأملاكه أو بعضها هي في الواقع لذلك الغير ، وأن اسمه فيها مستعار عن اسمه ، وهي قضية : **الاسم المستعار** .

فالمواضعة هنا إنما هي بين العامل باسمه ظاهراً ، ومن يعمل لمصلحته باطناً ، فهي من قبيل الوكالة السرية يتواطأ الطرفان على اخفائها ، وظهور الوكيل بمظهر الاصيل.

فعندئذ يحل الشخص الحقيقي محل الشخص الصوري ، أي يحل المستعار له الاسم محل المعير ، فتكون ثمرات العقود والاكتسابات للمستعار له ، ضمن حدود وقيود شرعية وقانونية ترى في محلاتها ،

= قد نقلنا عن نسخة مخطوطة منه في الطبعة الثالثة السابقة من كتابنا هذا « المدخل الفقهي » في غير هذا الموضع .

ثم طبع هذا الكتاب بعد ذلك في مطبعة السنة المحمدية سنة ١٣٦٨/ هـ = ١٩٤٩م بمساعي واشراف الاستاذ الشيخ محمد حامد الفقي . ولكن هذا الاستاذ الناشر قد غير اسم الكتاب فسماه « **نظرية العقد** » لابن تيمية وقدم له مقدمة تشعر بانه قد غير اسمه لأن موضوعه هو مايسميه علماء القانون من الافرنج : « **نظرية العقد** ».

وقد عزونا نحن الآن الى النسخة المطبوعة باسمها الاصلي لاننا لانقر للاستاذ الناشر هذا التغيير في اسم الكتاب ، اذ لايجوز له ذلك لاسباب معلومة غنية عن البيان رغم مساعيه المشكورة في طبعه ونشره .

لصيانة حقوق الأشخاص الآخرين ، خوفاً من أن يتخذ اعلان عارية الاسم وسيلة لتهريب المال من بين يدي من تعلق به حقهم ؛ كما لو أقر بذلك المريض مرض الموت ، أو المفلس .

وقد تناولت المجلة مسألة الاسم المستعار و بينت حكمها إجمالاً في الفصل الثاني من كتاب الاقرار (المجلة / ١٥٩١ — ١٥٩٣) .

الشعبة الثانية

الهزل

١٨١ — الهزل ضد الجد (بكسر الجيم) ، وهو كلام العابث اللاعب ، أو المستهزىء الذي لا يقصد أن تترتب على كلامه أحكامه وآثاره الشرعية .

ويتحقق الهزل في التصرفات القولية بأحد طرق :

— إما بتصريح مقارن للعقد من الطرفين أو أحدهما بأن يقول مثلا : اني أبيع ، او أهب ، او أعير ، هازلاً .

— وإما بمواضعة سابقة ، بأن يتواضع الطرفان على أن العقد الذي سيعقدانه هو هزل أو لعب لا يراد حكمه ، ثم يعقدا متفاهمين على هذا الاساس .

— وإما بقرائن الحال التي تدل على ان المتكلم هازل أو مستهزيء .

فالهازل ، وان كان يتكلم بصيغة العقد باختياره ورضاه ، هو

عابث لا يريد الحكم ، بل يأباه .

ولذا يعتبر العقد بالهزل عقداً صورياً باطلاً غير منعقد ، فلا يترتب عليه حكم أصلاً . فلو كان بيعاً لا يفيد انتقال ملكية المبيع ولو قبضه المشتري ، لانتفاء الارادة الحقيقية منه[1] .

والظاهر من عبارات الفقهاء ، أنه عند الاختلاف بين العاقدين في كون العقد هزلاً أو جداً فالقول لمن يتمسك بالجد لأنه الأصل في الكلام ؛ ومن القواعد أن « اعمال الكلام أولى من اهماله » ؛ وللطرف الآخر إثبات الهزل ، كما تقدم بيانه في المواضعة ، لأن الهزل والمواضعة أخوان .

١٨٢ — هذا ، وان الصورية لباس يمكن أن تلبسه جميع العقود والتصرفات القولية ، فتفقد به اعتبارها وأحكامها ، إلا في ثلاثة

---

(١) — اختلف النظر الفقهي في عقد الهازل :

— فقيل هو منعقد فاسد ، لكنه لا يترتب عليه حكم . فالمشتري الهازل لا يملك المبيع بالقبض . والمستعير الهازل لا يجوز له الانتفاع بالعارية ، وهكذا .

— وقيل هو باطل غير منعقد ، لانتفاء الارادة فيه ، بالنسبة الى اصل العقد ، بدليل انه لا يترتب عليه حكم باتفاق آراء الفقهاء ، وهذه نتيجة البطلان .

والمحققون من فقهائنا على هذا الرأي الثاني ، فهم يذكرون في شتى المناسبات ان عقد الهازل باطل غير منعقد .

(ر : البدائع ٥/١٧٦ ، وفتح القدير للكمال بن الهمام ٥/٤٥٩ ورد المحتار ٤/٧)

وهذا هو الرأي الاوجه بالنظر الى المبادىء العامة التي اثبتناها عن الارادة العقدية وأقسامها وأحكامها ، فلذا رجحنا هنا البناء على اعتباره باطلاً ، وعددناه في العقود الصورية .

لم يقبل التشريع الاسلامي فيها صورية ، بل أعطي فيها التصرف القولي الظاهر نتائجه كاملة ، دون نظر الى الارادة الحقيقية . وهذه المستثنيات الثلاثة هي : النكاح ، والطلاق ، والعتاق ، لقول الرسول صلى الله عليه وسلم :

« ثلاث جدهن جد ، وهزلهن جد: النكاح والطلاق والعتاق » .

فعقد النكاح الجاري بالهزل أو بالمواضعة على صوريته يصح وينتج نتائجه بين المتعاقدين ، فيحل المتعة بينهما ، ويلزمهما بوجائبه .

المطلب الثاني

شوائب الارادة ، أو عيوب الرضى

١٨٣ — نريد بشوائب الارادة ، كما سلفت الاشارة إليه ، حالات لايحكم معها بانتفاء الارادة العقدية الحقيقية ، كما لا يحكم معها بسلامة هذه الارادة من كل شائبة ؛ بل يوجد آفة أصابت ارادة العاقد ، ولا يستطاع معها اعتبار رضاه صحيحاً كاملاً ملزماً .

وهذه الشوائب في نظر الفقه الاسلامي :

— إما أن تنشأ عن سبب قد رافق ولادة الارادة ، وأثر في تكوينها أو في توجيهها منذ البداية تأثيراً فاسداً ، كالوليد الذي يولد مشوه الخلقة ، كما يرى في حالة الاكراه على التعاقد ؛

ـ وإما أن تنشأ أحياناً عن سبب « طارىء » غير ملحوظ عند التعاقد يؤدي الى اختلال في تنفيذ العقد ، فتعتبر الارادة معه معيبة مؤوفة[1] لأنه لم يتحقق التراضي على أساس ، كما في حالة تلف بعض المبيع قبل التسليم ،فيختل رضى المشتري بالباقي وحده بحصته من الثمن وهي الحالة التي سنراها تحت عنوان : تفرق الصفقة .

فالسبب الطارىء على الارادة التي ولدت سليمة هو في مثل هذه الحال يرجع على الارادة ويعيبها كالسبب المرافق لولادتها[2] .

وهذه الشوائب التي تسمى في الاصطلاح القانوني الحديث : عيوب الرضى ، ترجع جميع صورها الى أربع حالات عامة هي :

الاكراه ، والخلابة ، والغلط ، واختلال التنفيذ .

وبعض هذه الحالات يعتبر أصلا تتفرع منه فروع عديدة .

ويمكننا تصنيف عيوب الرضى هذه إلى صنفين :

ـ الصنف الأول : العيوب المرافقة لتكوين العقد ، وهي الثلاثة الأول: الاكراه ،والخلابة ، والغلط.

ـ الصنف الثاني : ماينشأ من عيوب الرضى بسبب طارىء بعد تكوين العقد لكنه ذو تأثير في الرضى السابق ،وهو العيب الرابع : اختلال التنفيذ.

وسنتولى في الشعب التالية من البحث تفصيل هذه العيوب بصنفيها وتفاريعها ، وتلخيص أحكامها :

---

(١) ـ مؤوفة : بفتح فضم على صيغة المفعول ، أي مصابة بآفة .

(٢) ـ في الفقه الاجنبي لا يعتبر عيباً للارادة الا ما كان مرافقاً لها منذ تكونها.

الشعبة الأولى

في عيوب الرضى المرافقة لتكوين العقد

١) — الاكراه[1]

١٨٤ — ان الاكراه أهم عيوب الرضى في الفقه الاسلامي، لأنه يأسر الارادة ويقسرها مباشرة . والفقهاء يفردون له كتاباً خاصاً، وأحكاماً وآثاراً مفصلة، بالنسبة الى العقود والى سائر التصرفات القولية والفعلية، من مدنية وجزائية ودينية . والذي يهمنا منه هنا بالدرجة الأولى ما يتعلق بأثره في العقود .

وقبل بيان أحكامه يحسن إيضاح معنى كلمات ثلاث قد بنيت أحكام الاكراه على حدود معانيها وجوداً وعدماً . وتلك الكلمات الثلاث هي: **الارادة، والاختيار، والرضى:**

— فالارادة هي مجرد اعتزام الفعل، والاتجاه اليه .

---

(١) — نظراً لاتحاد الرسم الكتابي بين اسم الفاعل واسم المفعول من الاكراه وهو «**مكره**» (بكسر الراء في الفاعل وفتحها في المفعول)، ومنعاً لاشتباه النطق على القارىء كي لا يحتاج الى الاعتماد على المعنى في التمييز بينهما، قد التزمت في هذا الكتاب ان آخذ اسم الفاعل من «**الاكراه**» واسم المفعول من «الاستكراه» فنقول في الفاعل «**مكره**» (بكسر الراء) وفي المفعول «**مستكره**» (بفتح الراء) اقتباساً من الحديث النبوي القائل «ان الله وضع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استُكرهوا عليه» وقد تقدم ذكره (ر: ف /٤٧) .

ـ أما الاختيار فمعناه التمكن من ترجيح فعل الشيء أو تركه .

ـ وأما الرضى فهو الرغبة في الفعل ، والارتياح اليه .

ان جميع الأفعال الصادرة من الانسان لا تصدر منه إلا عن ارادة واختيار . فيعتبر المرء مريداً لفعله متي اعتزمه واتجه اليه. وكذا يعتبر مختاراً فيه ما دام متمكناً أن يمتنع عنه ولو أنه سيلحقه من جراء هذا الامتناع ضرر عظيم ، لأنه لم يقدم على الفعل إلا وقد رجحه على الامتناع اجتناباً للضرر ،وقد كان في امكانه أن يمتنع ويتلقى الضرر .

ولكن الاختيار قد يكون صحيحاً سليما ، وذلك إذا كان الفعل منبعثاً عن ارادة حرة،وقد يكون الاختيار الموجود فاسداً غير سليم ، وذلك اذا كان ترجيحاً لأهون شرين أو ضررين . ففي هذه الحال يكون الاختيار موجوداً ، والرضى مفقوداً [1] . فيتضح من ذلك :

أ) ـ أن الارادة أعم هذه الأحوال .

ب) ـ وان الاختيار هو مرتبة أخص من الارادة ؛ لأن المريد يكون متمكناً من خلاف ما يريد أو غير متمكن ،أي قد يكون مختاراً أو مجبراً .

ج) ـ وان الرضى مرتبة أخص من الاختيار ، لأن الانسان قد يأتي الفعل مختاراً ، أي متمكناً من عدمه،ولكنه غير راضٍ به ،

---

(١) ـ قال في التوضيح وشرحه (١٩٦/٢) مانصه : « وحقيقة الاختيار هو القصد الى مقدور متردد بين الوجود والعدم ، بترجيح احد جانبيه على الآخر . فان استقل الفاعل فى قصده فاختياره صحيح ، والا ففاسد » .

أي غير راغب فيه مرتاح اليه ، كمن يقاتل دفاعاً عن نفسه لا رغبة في القتال [١] :

ـ فمن دخل الجندية مثلاً في زمننا هذا طائعاً عندما جاء دوره في نظام اجباري لا يقبل فيه من الرعايا المكلفين بدل مالي عنها فهو مريد لهذا الدخول غير مختار فيه .

ـ فاذا كان البدل المالي مقبولاً منه عنها ، فرجح أن يدفعه دونها وهو كاره فهو في دفعه مريد ومختار ، لكنه فاسد الاختيار .

ـ فان تطوع في دخول الجندية في نظام غير اجباري أو تطوع في دخولها ثانية بعدما أداها في نظام اجباري ، رغبة في زيادة أداء الواجب فهو مريد مختار راض .

١٨٤/٢ ـ تعريف الاكراه وتقسيمه :

بعد هذه الملاحظة الايضاحية نستطيع تعريف الاكراه بأنه :

هو الضغط على انسان بوسيلة مرهبة ، او بتهديده بها لاجباره على فعل او ترك

يتبين من هذا التعريف ملاحظتان :

١) ـ أن للاكراه صورتين : إما أن يكره شخص شخصاً آخر بفعل مضر يوقعه به ، فيلتمس المستكره الخلاص عن طريق الاستجابة لما يطلب منه فعله رفعاً للضرر الواقع .

وإما أن يهدده تهديداً بايقاع هذا الضرر به إن لم يفعل ، فيطيع

---

(١) ـ ر : «اصول الفقه» للشيخ محمد الخضري ص /١٢٧/ الطبعة الاولى ، و «كشف الاسرار» (٤/٣٨٢) ومابعدها ، وكليات أبي البقاء مادة (الارادة) .

عندئذ تحت تأثير الرهبة دفعاً للضرر المتوقع في حالة الامتناع .

ويشترط الفقهاء في صورة الاكراه بالتهديد أن يكون من يقوم بالتهديد قادراً على التنفيذ ، وإلا لم يكن هناك رهبة ، وفي النتيجة لا اكراه .

والصورة الأولى (حالة الايقاع) يسميها القانونيون اكراهاً مسبباً ؛ والثانية (حالة التهديد) يسمونها : اكراهاً نفسياً . وهي تسمية حسنة.

٢) ــ ان الأمر المستكره عليه قد يكون إيجابياً أو سلبياً ، أي فعلا أو تركا :

ــ فمثال الفعل الاكراه على اجراء عقد .

ــ ومثال الترك اكراه شخص على عدم فسخ بيع مشروط له فيه الخيار الى مدة محدودة حتى مضت مدة الخيار .

ثم إن الاكراه ، بالنظر إلى شدته ودرجة تأثيره بحسب قوة الوسيلة المرهبة المستعملة فيه ، يقسمه فقهاؤنا الى نوعين :

ــ اكراه تام ، أو ملجىء : وهو ما كان فيه خشية إتلاف نفس أو تعطيل عضو ، أو كان فيه ضرب شديد مبرّح ونحوه ، أو حبس مديد ، أو قيد مديد[1] ، أو عمل مهين لذي جاه ، وأمثال ذلك من الوسائل الشديدة القوية التأثير ، سواء أكان على نفسه أو على من يحرص عليه كأبيه أو ابنه أو زوجه .

ــ واكراه ناقص ، أو غير ملجىء : وهو ما كانت وسيلته لا توجب

(١) ــ يفسرون المديد هنا بأنه ما تجاوزت مدته يوماً واحداً (رد المحتار ٥/٨١).

الا ألماً خفيفاً أو غماً يسيراً ، كضرب خفيف ، أو تهديد به .

وان شئت فقل في هذا التقسيم : **اكراه قوي ، واكراه ضعيف** . فالاكراه الملجيء ، أوالقوي، يعتبر مفقداً للرضى ، ومفسداً للاختيار . وغير الملجيء ، أو الضعيف ، يفقد الرضى ولا يفسد الاختيار .

ويختلف اعتبار الوسيلة مرهبة أو غير مرهبة بحسب حال الشخص : فما يرهب المريض أو المرأة ربما لا يرهب السليم أو الرجل .

ولا يشترط أن تكون الوسيلة مادية فقد تكون الوسيلة الادبية أكثر تأثيراً بالنسبة الى بعض الاشخاص. فلو هدد رجل زوجته بالطلاق حتى أبرأته من مهرها أو وهبته شيئاً كان هذا لها اكراهامعتبراً . وكذا لو منع ابنته من الزفاف لزوجها حتى اعترفت بقبض ميراثها من أمها (على خلاف في صورة الطلاق) (ر : رد : المحتار ٥/ ١٣٤-١٣٥).

١٨٥ ــ فالتصرفات القولية كافة يشترط لصحتها ولنفاذها الرضى بمعناه السالف الشرح. فلذا يؤثر فيها كلها الاكراه بنوعيه القوي والضعيف ، أي الملجيء وغير الملجيء ،فيسلبها قوتها الملزمة أو نفاذها، سواء أكانت من العقود ،أومن تصرفات الإرادة المنفردة ، كالابراء ، والإقرار ، وإسقاط حق الشفعة . فلو فعلها انسان مستكرهاً ، ولو باكراه ضعيف ، كان بعد زوال الاكراه مخيراً بين الامضاء والالغاء (م/١٠٠٦ ــ ١٠٠٧) .

ويشترط الفقهاء في الاكراه ليكون مؤثراً في العقد أن لا يكون

الاكراه مشروعاً ، وذلك عندما يكون مجرد عدوان على الارادة بلا حق . فلو كان الاكراه بحق ، أي مشروعاً ، فلا تأثير له ، كاكراه القاضي مديناً على بيع ماله الزائد عن حاجته لاجل وفاء الدين ، فان للقاضي حق اكراه كل متخلف عن تنفيذ واجب عليه وهو قادر .

وهذه الشريطة في الاكراه — وهي أن لا يكون مشروعاً — تتلاقى مع اشتراط علماء القانون في الاكراه أن تكون وسيلته وغايته غير مشروعتين . فلو كانتا كلتاهما مشروعتين ، كما لو هدد الدائن المدين برفع الدعوى عليه أمام القضاء حتى أكرهه بذلك على اعطائه رهناً ، فان هذا الاكراه لا يقدح في سلامة عقد الرهن .

يتضح من جميع ما تقدم بيانه أن الاكراه على اجراء عقد لا يمنع انعقاد ذلك العقد ، لأن الضرر فيه انما هو ضرر خاص مقصور على العاقد . فيكفي لحماية العاقد المستكره منحه الخيار ، أي حق ابطال عقده . فانه قد يرى بعد زوال الاكراه أن ما استكره عليه لا يتنافى مع مصلحته ؛ بل ربما يكون في الواقع راغباً ضمنا في اجراء ذلك العقد .

فلذلك لم تعتبر الارادة الحقيقية منتفية مع الاكراه كانتفائها في حالات صورية العقود ؛ بل اعتبر الاكراه شبهة ظاهرة تورث الارتياب في تحقق الارادة الحقيقية ، فيقتصر تأثيرها على جعل العقد غير ملزم لعاقده ، فيكون للعاقد بالاكراه الخيار بين تثبيت عقده وإبطاله .

وهذا الحكم محل اختلاف في الاجتهادات الاسلامية [1] .

---

* (١) - اختلف النظر الفقهي في نوع تأثير الاكراه في العقود ودرجته :

أ) — فذهب بعض الفقهاء الى ان الاكراه على عقد يمنع انعقاد ذلك العقد ، فيجعله باطلاً أصلاً .

ب) — وذهب أبو حنيفة الى ان الاكراه يفسد العقد افساداً فقط ، لا ابطالا ، وتترتب عليه الاحكام المقررة لفساد العقود (والعقد الفاسد عند الحنفية هو منعقد لا باطل ، لكنه مستحق الفسخ) إلا من ناحية واحدة ، وهي انه بعد زوال الاكراه لو أجاز المستكره العقد الذي عقده تحت الاكراه يصح هذا العقد ويصبح ملزماً ، لان الفساد انما كان صيانة لمصلحته وحقه الخاص لا لمصلحة شرعية عامة .

وقد سبق ان اشرنا الى ايضاح معنى الفساد إجمالاً (ف/١٧١) وسنرى تفصيل الفرق بين الفساد والبطلان عند الحنفية في موضعه من نظرية المؤيدات الشرعية (ف / ٣٦٢ / وما بعدها) .

ج) — وذهب ، زفر بن الهذيل ، تلميذ أبي حنيفة ، الى ان الاكراه يجعل العقد غير نافذ ، فهو كعقد الفضولي صحيح موقوف بالنسبة إلى المستكره ، فيتوقف على اجازته بعد زوال الاكراه : فان أجازه جاز ، وان أبطله بطل ، لان الاكراه انما يخل بحق المستكره ومصلحته ، فيكفي لحمايته جعل العقد موقوف النفاذ على رضاه بعد زوال الاكراه . ومن المتفق عليه في مذهب أبي حنيفة ان العقد المعقود بالاكراه إذا أجازه العاقد المستكره بعد زوال الاكراه يجوز ويلزم ؛ وهذا دليل توقف العقد لا فساده ، لان العقد الفاسد يفسخ فسخاً ولا يجاز اجازة. (ر : البدائع ١٨٨/٧ ، والهداية ورد المحتار كتاب الاكراه) .

والرأي المرجح في المذهب الحنفي رأي أبي حنيفة في فساد العقد بالاكراه. لكن رأي تلميذه زفر كما ترى أقوى دليلاً وأوجه وان المادة / ١٠٠٦ / من المجلة العدلية قد تشعر باختيارها رأي زفر وبناء حكمها عليه .

وهذا ما عليه النظريات القانونية في الفقه الاجنبي ، فان علماء القانون =

١٨٥/٢ ــ ويستثني الحنفية وحدهم من التصرفات القولية مالا يؤثر فيها الهزل ــ أي مالا تجري فيه الصورية على ما سبق بيانه في صورية العقود : وهو النكاح ، والطلاق ، والاعتاق (ر : ف/١٨٢) فان الاكراه عليها لاتأثير له في نفاذها ، بل تنفذ في حالة الاكراه كما في حالة الرضى عندهم . وهذا منهم قياس لحالة الاكراه على حالة الهزل الاستثنائية في هذه العقود والتصرفات .

ولكن في الاكراه على الطلاق مما فيه تبعة مالية ، يرجع الزوج على المكره

= يقررون ان العقد مع الاكراه صحيح قابل للابطال بطلب من العاقد المستكره ، كسائر العقود المشوبة بأحد عيوب الرضي .

د) ــ وقريب من هذا مذهب المالكية ، فان الاجتهاد المالكي على أن العقد بالاكراه منعقد صحيح لكنه غير ملزم ، بل للمستكره الخيار في ابطاله . ويسوون في ذلك بين الاكراه المباشر **والضغط** . وهو ، أي الضغط عندهم ، ان يقع الاكراه لا على العقد مباشرة ، بل على سبب آخر اضطر المضغوط الى العقد ، كمن اكرهه السلطان على دفع مال ظلماً فاضطر لبيع ماله حتى يؤديه . وهذا يسمى عندهم : **بيع المضغوط** . واختلفوا في اشتراط علم المشتري بضغط البائع ليجوز له ابطال العقد (ر : حاشية الحطاب ٤/٢٤٨/ والدسوقي ٣/٦) .

هـ) ــ أما الشافعية فقد أخذوا بنظرية البطلان فقرروا : ان العقود وسائر التصرفات القولية تعتبر مع الاكراه باطلة من اصلها ؛ لان الرضى عندهم شريطة انعقاد ، وان الاختيار والرضى في نظرهم مفهومان متلازمان ، فلا وجود لاحدهما دون الآخر ، والاكراه يسلبهما ؛ وان من يتصرف تحت الاكراه لم يقصد الى انشاء العقد وانما قصد الى انفاذ نفسه . فالالفاظ المعبرة عن الارادة تفقد في حالة الاكراه دلالتها ، لا فرق في ذلك بين النكاح والطلاق وغيرهما ، على خلاف رأي الحنفية الذي بسطناه في امكان انفكاك الاختيار عن الرضى (ر : « **الملكية ونظرية العقد** » للاستاذ أبي زهرة ف/٢٦٢-٢٦٣ ، **والمبسوط** للسرخسي ج ٢٤ ص/٥٦-٥٩/) .

بالمهر. واذا كان المكره للزوج على الطلاق هو الزوجة نفسها سقط مهرها[1].

رأي الجمهور في الموضوع :

غير أن جمهور المجتهدين خالفوا الحنفية ولم يقبلوا هذا القياس، ففرقوا بين الاكراه والهزل في هذه التصرفات الثلاثة التي لا يؤثر فيها الهزل، وقرروا أن الاكراه يؤثر فيها ويمنع صحتها أو لزومها (على الاختلاف بين الاجتهادات الاسلامية في أثر الاكراه) كما في سائر التصرفات. وذلك بخلاف الهزل، لأن الهازل مختار في مباشرة السبب لكنه لا يريد ثبوت حكمه، فيمكن اثبات الحكم رغماً عنه اذا اقتضت المصلحة التشريعية ذلك.

أما المتصرف بالاكراه فغير مختار، فلا يسوغ الزامه، ولا سيما أن نصوص الشريعة صريحة في عدم مؤاخذة الانسان بما استكره عليه.

ورأي الجمهور هذا في نظرنا أوجه وأجرى مع حكمة التشريع[2].

---

* (١) — هذا حكم الاكراه على التصرفات القولية في الاجتهادات.

أما التصرفات الفعلية التي فيها عدوان على الغير فرأي الحنفية فيها انها ان كانت مما يباح عند الضرورة، كغصب مال الغير واتلافه، فانها يؤثر فيها الاكراه القوي، أي الملجىء، فيبيحها، ويكون المكره الحامل هو المسؤول دون الفاعل. ولا يؤثر فيها غير الملجىء اذ يكفي للمسؤولية فيها الاختيار الصحيح، ولا يشترط الرضى. فلو فعلها انسان باكراه غير ملجىء يكون هو المسؤول بالمال دون الحامل المكره، لنقصان الاكراه غير الملجىء بالنسبة الى خطورة الفعل المكره عليه، لأنه ليس مفسداً لاختيار الفاعل.

وان كانت مما لا يباح عند الضرورة، كقتل الغير، فانه لا يبيحه الاكراه مطلقاً ولو اكره عليه بالقتل. لكن اذا اطاع الاكراه فقتل من يراد قتله فان العقوبة الخاصة وهي القصاص تكون على الحامل المكره لا على الفاعل.

(٢) — نلفت النظر إلى انه بعد الطبعة الثالثة لهذا المدخل الفقهي العام اصدر الاستاذ العلامة عبد الرزاق السنهوري الجزء الثاني من كتابه الجديد القيم =

٢) — الخلابة [١]

١٨٦ — الخلابة في العقد هي :

ان يخدع احد العاقدين الآخر بوسيلة موهمة قولية او فعلية تحمله على الرضى في العقد بما لم يكن ليرضى به لولاها .

وأصل فكرتها الفقهية ماورد في الحديث النبوي أن حبّان [٢] ابن منقذ بن عمرو الانصاري كان يغبن في المبايعات فقال له النبي عليه السلام: « إذا بايعت فقل : لاخلابة ، ولي الخيار ثلاثة أيام »[٣]

= «**مصادر الحق في الفقه الاسلامي**» وفيه مزيد بسط لنظرية الاكراه في فقه المذاهب الاسلامية ، ولعيوب الرضى بوجه عام ، مقارنة بالفقه الاجنبي فليرجع اليه من يريد مزيداً من التفصيل لا يتسع له هذا المدخل .

(١) — **الخلابة** : (بكسر الخاء المعجمة) معناها في اللغة الخديعة . وهي مصدر من «خلبه يخلبه» اذا خدعه بالقول اللطيف . ومنه قولهم **سحاب او برق خلّب** (بضم الخاء وتشديد اللام المفتوحة ، وزان : سكر) اذا كان يوهم انه ممطر وهو فارغ (ر : النهاية لابن الاثير) .

ونلفت النظر سلفاً هنا الى اننا اخترنا لفظ « **الخلابة** » عنواناً عاماً لجميع صور الخديعة التي يسميها علماء القانون في نظرية العقد ، وبعض فقهاء الشريعة الاسلامية « **تدليساً** » كما سننبه عليه في آخر بحث الخلابة ، مع بيان سبب ترجيحنا لفظها على لفظ التدليس .

(٢) — **حبان** : بفتح الحاء المهملة وتشديد الباء الموحدة .

(٣) — هذا الحديث رواه الحاكم في المستدرك من حديث محمد بن اسحق عن نافع عن ابن عمر ، وقد تلقى جميع فقهاء الشريعة هذا الحديث بالقبول واحتجوا به لصحة سنده ؛ ولكن اتجاهاتهم في الاستنباط منه مختلفة :

— فمنهم من يجعله وارداً في جواز خيار الشرط في المعاوضات المالية ، كما تقدمت =

فهذا الحديث النبوي قد تضمن جملتين :

— الاولى تمنع في المبايعة كل خديعة ، وهي الخلابة . وهي منع ثابت بحكم الشرع وان لم يشترطه المتعاقد، وانما ذكره للتنبيه والتحذير. ومقتضى هذا المنع ثبوت الخيار للمخدوع: فان شاء أمضى العقد وان شاء أبطله اذا ثبتت الخديعة . وظاهر أن غير البيع نظير البيع في هذا الحكم، لأن الخديعة ممنوعة شرعاً في المعاملات بوجه عام، وفي جميع الأحوال .

والمقصود من ايجاب هذا الخيار رفع الضرر الحاصل للعاقد من الخديعة .

— والجملة الثانية تنص على خيار التروي المسمى: خيار الشرط وقد تقدم ذكره في أمثلة القياس . وهذا يحتاج الى اشتراط لأن المقصود

= الاشارة اليه في بحث القياس (ر: ف/١١ ثامناً) وهذا ماذهب اليه الاجتهاد الحنفي (ر : الهداية وفتح القدير ، باب خيار الشرط ، من كتاب البيوع ٥/٤٩٨) وهذا الاتجاه تركيز للنظر على الجملة الثانية من الحديث المتضمنة الارشاد الى اشتراط الخيار مدة من الزمن للتروي .

— ومنهم من ينظر أيضاً الى الجملة الاولى على انها ذات دلالة مستقلة وهي منع الخلابة (أي الخديعة) في المعاملات ، ويتخذون منه دليلاً على ان كل خديعة يلجأ اليها احد المتبايعين تجاه الآخر ويترتب عليها زيادة في التزامات المخدوع او نقص من حقه فانها توجب له الخيار .

وهذا الاتجاه هو الظاهر في الاجتهاد الحنبلي (ر : المغني مع الشرح الكبير على المقنع ج ٤ ص/٦٩-٩٠ و /١١٣) .

منه أن يأخذ العاقد المحتاج الى التروي والمشورة فرصة كافية يتمكن بها من ذلك . وليس سببه أمراً ممنوعاً شرعاً كالخداع والغش . وليس كل عاقد يحتاج الى هذا التروي ، فلذا لا يثبت هذا الخيار إلا لمن يشترطه من العاقدين .

والخلابة حالة عامة من شوائب الارادة العقدية لا تنحصر في صور ووسائل معينة ، بل كل وسيلة من وسائل التمويه على العاقد وايهامه لحمله على التعاقد تدخل فى الخلابة .

وتتجلى الخلابة سافرة في عدة صور ووسائل شاعت بين الناس فخصها فقهاء المذاهب بالذكر ، وبعضها تناولته السنة النبوية بنهي خاص. فمن هذه الصور البارزة في الخلابة أربع صور مشهورة هي : الخيانة ، والتناجش ، والتغرير ، وتدليس العيب .

١٨٧ — (أولا) — الخيانة :

فالخيانة يصورها الفقهاء في بيوع الامانة [1] ، كما لو باع شيئاً بربح معين على رأس ماله المبين ، وكذب في بيان رأس المال فقال انه عشرة

---

(١) — البيع اما ان يحدد الثمن فيه بين المتبايعين بمفاوضة مستقلة غير منظور فيها الى رأس مال البائع ، وهذا هو « **بيع المساومة** » ؛ واما ان يحدد فيه الثمن على اساس رأس مال البائع ، وهذا هو « **بيع الامانة** » .

وعندئذ : ان كان البيع باضافة ربح محدود على رأس المال سمي : **مرابحة** ؛ وان كان بلا ربح سمي : **تولية** ؛ وان كان بخسارة محدودة سمي : **وضيعة** .

مثلاً ، وهو في الواقع أقل . فهذا من البائع خيانة قدخلب بها المشتري ليستخلص منه ربحاً أكثر مما اتفقا عليه . فلذا يمنح المشتري في رأي بعض الفقهاء حق ابطال العقد ، وفي رأي آخر يحط من الثمن مقدار الخيانة مع مقدار نسبتها من الربح : فاذا كان مقدار الخيانة ربع رأس المال يحط معها من الثمن ربع الربح المشروط أيضاً (ر : رد المحتار ٤/١٥٥)

١٨٧/ ٢ـ (ثانياً) ـ التناجش

وأما التناجش ، أو النجش[١] ، فهو أن يتواطأ صاحب سلعة مع شخص ليتظاهر هذا بالرغبة في شرائها ويدفع فيها أكثر من قيمتها وهو لا يريد شراءها ، بل ليوهم غيره مزاحمة تغريه بالشراء . وقد نهى النبي ﷺ عن التناجش ، لأنه من قبيل الخلابة .

والتناجش في نظر فقهاء الشريعة يعيب الرضى ، فيعطى المشتري بسببه حق ابطال العقد بشرط أن يؤدي الى غبن المشتري في الثمن غبناً فاحشاً[٢] . هذا ما عليه جمهور الفقهاء والمذاهب الثلاثة (المالكي ،

---

(١) ـ النجش (بفتح فسكون ، أو بفتحتين) في الاصل من أعمال الصيد . يقال : نجش الرجل الصيد ينجشه نجشاً ، إذا استثاره وحاشه لتحويله من مكانه الى مكان آخر يسهل فيه اقتناصه (لسان العرب) . ثم استعمل في استثارة حماس المساوم الى الشراء بالمزاحمة الكاذبة .

(٢) ـ الغبن (بفتح فسكون) هو أن تطغى مصلحة احد المتعاقدين على مصلحة الآخر بحيث لايكون توازن بين ما يأخذ وما يعطي . =

والشافعي ، والحنبلي) . أما في المذهب الحنفي فالتناجش لا يعيب الرضى فلا يسوغ ابطال العقد ، ترجيحاً لاستقرار التعامل ، لكنه مكروه ديانة[1] كراهة تحريمية (ر : الشرح الكبير ٤/٧٩ ورد المحتار ٤ /١٣٢)

= وأصله في اللغة من قولهم : **غبن الثوب** ، اذا ثناه فخاطه لأجل تضييقه أو تقصيره . ويمكن أن يقع الغبن من الطرفين في عقود المعاوضة كالبيع والاجارة والصلح والقسمة ، كما لو باع احد شيئاً باكثر من قيمة المثل أو بأقل ، فان البائع غابن في الاكثر ومغبون في الاقل .

والغبن بالنظر الى مقداره يقسمه الفقهاء الى قسمين : غبن يسير ، وغبن فاحش .

فالغبن اليسير : هو مالا يتجاوز حدود التفاوت المعتاد بين الناس في الاسعار ، كما لو بيع شيء بعشرة دنانير مثلاً ، ولو عرض على أهل الخبرة يقدره بعضهم بعشرة وبعضهم بتسعة . فالواحد المختلف فيه يعتبر غبناً يسيراً لأنه - كما يقول الفقهاء - **يدخل تحت تقويم المقومين** ، أي يتناوله تقدير بعضهم للقيمة .

وأما **الغبن الفاحش** : فهو ما يتجاوز حدود التفاوت المعتاد في الاسعار ، كما لو كان الشيء المبيع بعشرة يقدره بعض الخبراء بثمانية وبعضهم بتسعة أو سبعة بحيث لا تدخل العشرة في تقدير احد من الخبراء . فالفرق بين العشرة وبين أعلى تقدير من خبير أمين هو غبن فاحش .

على أن متأخري فقهاء المذهب الحنفي لجؤوا ، ضبطاً للمقاييس القضائية ، الى تحديد الغبن الفاحش بما يعادل **نصف عشر** القيمة في العروض المنقولة ، **والعشر** في الحيوان ، **والخمس** في العقارات . فما بلغ من الغبن هذه الحدود فهو غبن فاحش ، وما دونه يسير . وبهذا اخذت المجلة في المادة /١٦٥/ منها .

ويلحظ أن الغبن اليسير لا تأثير له في نظر الفقهاء غالباً ، لأنه لا يمكن التحرز منه . فمتى ذكر الغبن في المواطن التي له فيها تأثير يراد به الغبن الفاحش .

(١) - انظر معنى حكم الديانة وحكم القضاء في اول الكتاب (ف/٣-٤)

وفقهاء المالكية يجرون قياس التناجش في جانب المشتري أيضاً، كما في بيوع المزايدة اذا تواطأ المشتري مع منافسيه على أن يكفوا عن المزايدة ليتمكن من شراء السلعة بثمن بخس . ففي هذا ايضاً ينص المالكية على اثبات الخيار للبائع في ابطال العقد ، لأنه مناجشة من المشتري كمناجشة البائع. (ر: شرح الخرشي وحاشية العدوي ٥/ ٨٣)

١٨٧/ ٣ ــ (ثالثاً) ــ التغرير :

وأما التغرير فهو في اللغة ايقاع شخص في الغرر (بفتحتين) ، أي في الخطر (ر : لسان العرب) .

والمراد به هنا في اصطلاح الفقهاء : الاغراء بوسيلة قولية أو فعلية كاذبة ، لترغيب أحد المتعاقدين فى العقد ، وحمله عليه .

ان التغرير ينقسم الى نوعين :

ــ تغرير في السعر ، ويسميه فقهاء الشريعة : **تغريراً قولياً** .

ــ وتغرير في الوصف ، ويسمونه : **تغريراً فعلياً**[1] .

---

*(١) ــ ان فقهاءنا يقسمون التغرير الى **قولي وفعلي** ، ناظرين الى الوسيلة المستخدمة فيه .

ــ ويريدون بالقولي نفس ما أسميناه « **تغريراً في السعر** » لأن أسعار الاشياء ليست صفات منظورة فيها ، فالوسيلة الطبيعية للاغراء في السعر هي الكلام والبيان الكاذب ؛

ــ ويريدون بالتغرير الفعلي نفس ما أسميناه « **تغريراً في الوصف** » لأن=

(أ) ـ **التغرير في السعر :**

فا لتغرير القولي في السعر كما لو قال البائع أو المؤجر ،للمشتري أو للمستأجر : ان هذا الشيء يساوي أكثر ولا تجد مثله بهذا السعر ،أو دفع لي فلان فيه كذا فلم أقبل ، ونحو ذلك من المغريات الكاذبة .

فاذا صحب التغرير القولي في السعر غبن فاحش فقد أوجب الفقهاء للمغبون حق ابطال العقد دفعاً للضرر عنه نظراً الى أن رضاه بما حصل ليس سليما ، بسبب التغرير (ر : رد المحتار)

(ب) ـ **التغرير في الوصف :**

والتغرير الفعلي في الوصف ، يكون بتزوير وصف في محل العقد يوهم المتعاقد في المعقود عليه مزية مصطنعة غير حقيقية. وذلك كتوجيه البضاعة المعروضة للبيع ، بان يضع الجيد منها في الأعلى ليكون هو المنظور كالوجه لها ، ويجعل الرديء في الاسفل . وكذا اذا كان ماء الرحى (الطاحون المائي) قليلا ، فحبس بائعها الماء ثم أرسله عند عرضها على البيع ليوهم المشتري أن ماءها ـ وهو قوتها المحركة ـ غزير دفاق . ومن هذا القبيل اليوم في عصرنا تلاعب بائع السيارة المستعملة بعداد

= ايهام الشخص بصفة كاذبة في الشيء يكون بواسطة فعل يوهم في ذلك الشيء صفة مصطنعة .

فلذلك رجحنا نحن في التسمية والتقسيم النظر الى الغاية من التغرير ،لا الى الوسيلة ، فقلنا : **تغرير في السعر** ، **وتغرير في الوصف** ، لأنه أوضح واكثر انسجاماً بين الاسم والحكم .

المسافة فيها وارجاع أرقامه لايهام المشتري قلة استعمالها .

ومن أشهر أمثلة التغرير في دواب الحلب التي تقتنى لأجل اللبن تصرية هذه الدواب عند بيعها ، وذلك بان تكون الشاة أو البقرة أو الناقة قليلة اللبن أو ناضبته ، فيربط صاحبها أخلاف [1] ضرعها مدة حتى يجتمع لبنها ويحفل ضرعها ، أي يمتلىء ، ثم يعرضها للبيع إيهاماً بغزارة لبنها . فاذا حلبها المشتري أول مرة ظهر له بعدها نضوب اللبن . وهي معروفة عند الفقهاء بمسألة : **الشاة المصرّاة** [2] .

وقد نهى النبي عليه السلام عن تصرية الابل والغنم ، وثبت عنه أنه قال [3] : « **بيع المحفّلات** [4] **خلابة** » . وجمهور الفقهاء على أن هذا النوع من التغرير — أعني التغرير الفعلي في الوصف — يوجب للمغرور خياراً في ابطال العقد ولو لم يصحبه غبن ، لأنه قد يكون مقصوده تلك الصفة الموهم بها في المعقود عليه ؛ فهي صفة ملحوظة عند التعاقد ، فيوجب فواتها

---

(١) — **الأخلاف** : لضرع الناقة ونحوها كالحلمات لأثداء النساء ، مفردها : خلف (بكسر فسكون) .

(٢) — **المصراة** : (بضم الميم وتشديد الراء المفتوحة) : اسم مفعول من التصرية ؛ وهي في أصل اللغة حبس الماء بسد مجراه ، ثم استعمل لحبس اللبن في الضرع .

(٣) — روى هذا الحديث ابن ماجه وابن عبد البر (ر : الشرح الكبير على المقنع لابن قدامه طبعة المنار مع المغني ٤ / ٨٠) .

(٤) — **المحفلة** (بفتح الفاء المشددة) : اسم مفعول من **التحفيل** ، بمعنى التصرية والتجميع ، ومنه يقال لمجامع الناس : محافل .

الخيار للعاقد المغرور كفوات الصفة المشروطة .

(ر : المغني والشرح الكبير ٤/٨٠- ٨١)[1] .

---

*(١) - في قضية الشاة المصراة اختلاف وكلام طويل في فقه المذاهب الاجتهادية . فقد روي في الصحيحين عن النبي ﷺ انه قال :

لاتصروا الابل والغنم ؛ فمن ابتاعها فانه بخيرالنظرين بعد ان يحلبها : ان شاء أمسك ، وانشاء ردها وصاعاً من تمر».

وقد اختلفت الاجتهادات في ذلك :

فمنهم من اوجب ردها مع صاع من تمر مطلقاً دون نظر الى كمية اللبن المحلوب منها ، عملاً بظاهر الحديث .

- وذهب أبو حنيفة الى عدم ردها وانما يرجع المشتري بنقصان قيمتها ان كانت انقص مما اشتراها به .

- وذهب أبو يوسف من اصحاب ابي حنيفه ، في رواية عنه ، الى ان المشتري يردها مع قيمة اللبن المحلوب لا مع صاع من تمر ، لأنه قد يكون اقل او اكثر قيمة . (ر : رد المحتار ٤/٩٦-٩٧) .

فأبو يوسف يحمل ماورد في الحديث من رد صاع تمر على ان النبي عليه السلام لحظ تكافؤه مع اللبن المحلوب في تلك الحادثة ، والتمر هو المال الميسور اذ ذاك فقضى به ، ولكن الاصل الواجب في التعادل هو القيمة .

ورأي أبي يوسف كما ترى ، في هذه القضية ، هو اعدل الآراء واوجهها فقهاً ؛ وهو الذي يجب التعويل عليه ، وهو احسن من قول إمامه أبي حنيفة بالرجوع بنقصان قيمة الدابة المصراة فقط دون فسخ العقد ، إذ قد يكون غرض المشتري انما هو الصفة الفائتة الموهم بوجودها في المبيع .

وان المجلة لم تبحث في هذه المسألة ، وكان عليها ان تتناولها وتختار رأي أبي يوسف .

وقد غلا بعض رجال المذاهب الاخرى ، ومنهم ابن القيم في كتابه «اعلام الموقعين ، في انتقاد قول أبي حنيفة بعدم رد الشاة المصراة . =

١٨٧/ ٤ ـ (رابعاً) ـ تدليس العيب :

وأما تدليس العيب فهو كتمان أحد المتعاقدين عيباً خفياً يعلمه في محل العقد عن المتعاقد الآخر في عقود المعاوضة ، كالبيع والاجارة.

وفقهاء الاسلام مجمعون على أن تدليس العيب يوجب للمتعاقد المدلس عليه حقاً في ابطال العقد يسمى : خيار العيب ، فيرد المبيع أو المأجور المعيب على البائع المدلس أو على المؤجر ، ويفسخ العقد .

وليس معنى ذلك أن المشتري ومن في معناه لا يثبت له خيار العيب اذا لم يكن البائع عالماً بالعيب عند البيع ، بل الخيار يثبت شرعاً للمشتري على كل حال اذا ظهر في المبيع عيب كان خفياً على المشتري ولو لم يكن البائع عالماً به عند البيع ، لأن المفروض في كل عقد أن

= والذي نراه لزوم حمل رأي أبي حنيفة على ما اذا كانت الشاة ، رغم التصرية ، ذات لبن كاف لوصفها عادة بانها لبون ، وانما التصرية فيها لايهام زيادة في لبنها .

أما اذا كانت بعد حلبها لا يجتمع لها لبن صالح لوصفها بانها حلوب ، فلا شك أن أبا حنيفة يقول بجواز فسخ العقد وردها ، لأن إلزام المشتري بها عندئذ ، ولو مع حق الرجوع بنقصان قيمتها ، ينافي قواعد مذهب أبي حنيفة نفسه في خيار فوات الوصف ، فانه يثبت الخيار بفوات الوصف المشروط شرطاً صريحاً او ضمنياً . ولا شك ان الصفة الظاهرة الناشئة من التصرية هي في قوة اشتراط كون الدابة لبوناً .

ومن قواعد مذهب ابي حنيفة ان « **المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً** » . ولا شك ان قواعد مذهب كل مجتهد هي التي يجب ان تحكم في تفسير وتفصيل بعض الآراء المروية عنه بصورة مجملة مطلقة .

رضى المتعاقد مبني على أساس سلامة محل العقد من العيوب، وأن المتعاقد الآخر مسؤول بكل عيب قديم يظهر في هذا المحل وضامن له ، ما لم يشترط في العقد براءة البائع من هذا الضمان .

ولكن البائع ومن في حكمه اذا كان عالماً بالعيب فكتمه كان مدلساً للعيب ، وداخلاً تحت حكم الخيرة . أما اذا لم يكن البائع عالما بالعيب فهو ضامن له أيضاً بمقتضى العقد ، لكنه ليس بمدلس .

فالفرق بين تدليس العيب وعدمه لا يظهر بالنسبة الى ضمان العيب، لان ضمانه حكم مشترك في الحالين ، وانما يظهر في بعض أحكام أخرى لها طابع الجزاء ، كالو شرط البائع في عقد البيع براءته من ضمان العيب، (أي عدم مسؤوليته عما يمكن أن يظهر من عيوب في المبيع) ، فرضي المشتري بهذا الشرط اعتماداً على السلامة الظاهرة ، ثم ظهر في المبيع عيب قديم :

أ) — في هذه الحال اذا كان البائع جاهلا وجود العيب في مبيعه، وانما شرط هذا الشرط للاحتياط ، فشرطه هذا صحيح مسقط لضمان العيب عن عهدته باتفاق المذاهب الاجتهادية . فيعتبر المشتري مشتريا على مسؤولية نفسه ، كما لو كان عالماً بعيب المبيع فاشتراه راضياً به .

ب) — أما اذا كان البائع عالماً بعيب المبيع فكتمه عن المشتري واشترط البراءة من ضمان العيب ليحمي بهذا الشرط سوء نيته، ففي اقوى الاجتهادات لا يصح شرطه هذا ، ويبقى خاضعاً للضمان، لأن شرطه هذا

للاحتيال لا للاحتياط، فهو سيء النية بشرطه هذا فلا يجوز أن يستفيد منه[1].

١٨٨ — خلاصة حكم الخلابة بوجه عام

بالنظر في جميع صور الخلابة التي نقلناها من المذاهب الاجتهادية في الفقه الاسلامي (الخيانة ، والتناجش، والتغرير ، وتدليس العيب) وفي صورها الاخرى المماثلة التي لم ننقلها وترى في مصادرها الفقهية من كتب المذاهب ، يمكن أن نستخلص للخلابة حكما عاماً في الشريعة الاسلامية نقرر فيه التفصيل التالي :

ان الخلابة بجميع صورها المتقدمة البيان ، وأمثالها من الصور والاساليب الخادعة التي يلجأ اليها أحد العاقدين ، تعيب رضى العاقد الآخر وتؤثر في القوة الملزمة للعقد ، فيثبت بها شرعاً للعاقد المخلوب خيارٌ يمنح بمقتضاه حق ابطال العقد في فقه المذاهب .

ولكن تارة يشترط مع الخلابة وجود غبن للعاقد المخلوب، وتارة لا يشترط الغبن، وذلك بحسب الغاية المقصودة من الخلابة :

أ) — فاذا كان هدف الخلابة زيادة السعر على المخلوب يشترط

---

(١) — بهذا قضى الخليفة الثالث سيدنا عثمان (رض)، وبهذا اخذ قانوننا المدني الحالي . والاجتهاد الحنفي على خلاف ذلك يصحح هذا الشرط ويعفي به البائع من ضمان العيب رغم علمه بالعيب وسوء نيته .

(ر : كتابي « عقد البيع في الشريعة الاسلامية » وهو الجزء الرابع من هذه السلسلة (ف /١٢٧/ وبداية المجتهد لابن رشد ٢ /١٥٣ - ١٥٤) .

عندئذ في الخلابة لكي تعيب الرضى وتسوغ ابطال العقد أن تكون مصحوبة بغبن فاحش . وذلك كما في صور التناجش ، والتغرير القولي في السعر . ففي كلٍ من هذه الحالات وامثالها انما يقصد الخالب استزادة البدل. فاذا ادت الى غبن فاحش اوجبت عندئذ للمخلوب الخيار والا فلا .

ويستثنى من ذلك الخيانة في بيوع الامانة (المرابحة واخواتها) فانها - وان كان هدفها استزادة البدل - توجب للمشتري على كل حال حق ابطال العقد ، أو حق الحط من الثمن بمقدار الخيانة (على اختلاف الآراء الاجتهادية في حكم الخيانة كما سبق بيانه في بحثها) ولو لم يحصل للمشتري معها غبن في سعر المبيع [1] . وذلك لأن البيع في المرابحة وأخواتها يقوم على أساس رأس المال باتفاق الطرفين . فكل كذب في بيان رأس المال يؤدي الى خلاف المتفق عليه بين العاقدين ولو لم يكن غبن

ب) - واما اذا كان هدف الخلابة خداع العاقد المخلوب في صفة المعقود عليه ، كايهامه بالجودة أو بأي وصف آخر ، فانها تعيب الرضى وتسوغ ابطال العقد ولو لم يصحبها غبن في السعر ، كما في الشاة المصراة اذا بيعت بثمن لايزيد عن قيمتها غير لبون ، وكالفاكهة الموجهة اذا

---

(١) - كما لو باع شيئاً بعشرة على ان رأس ماله ثمانية ، ثم تبين ان رأس ماله سبعة ، والشيء المبيع تساوي قيمته في السوق عشرة او اكثر ، فلا غبن على المشتري في هذه الحال رغم خيانة البائع ، ومع ذلك يحق للمشتري ابطال العقد .

بيعت بثمن لا يزيد عن سعر الرديء الذي تحت وجهها الجيد ، لما تقدم من أن العاقد المخلوب قد يكون مقصوده الصفة الموهم بها ، ففواتها يوجب له الخيار . (ر : المغني والشرح الكبير ج ٤ ص/ ٦٩ - ٨٠ و ٩٠ و ١١٣ / ورد المحتار ٤ / ٩٦ و ١٣١ و ١٥٥) [1] .

حكم الغبن المجرد ومستثنياته

١٨٩ — يتضح مما تقدم ان الغبن الفاحش وحده في العقود لا يعيب الرضى مالم يصاحبه شيء من الخلابة . وعلى هذا استقرت معظم الاجتهادات . ذلك لأن الغبن المجرد عن كل خديعة لا يدل إلا على تقصير العاقد المغبون في تحري الاسعار ومعرفة حد البدل العادل ، ولا يدل على مكرٍ من

---

(١) — **ملاحظـــة** :

الخلابة بمعناها الذي تقدم شرحه ، وبصورها المختلفة ، يقابلها تماماً في الفقه الاجنبي باللغة الفرنجية لفظ : (Le dol) ويترجمها القانونيون العرب في مصر بكلمـة (**التدليس**) . والتدليس كلمة استعملها فقهـــاء الاسلام قديماً في المذاهب الثلاثة : المالكي ، والشافعي ، والحنبلي ، تارة بهذا المعنى تماماً كما فعل القانونيون المعاصرون ، وتارة بمعنى كتمان البائع عيباً خفياً في المبيع ، وهو المعنى الاصلي للتدليس .

وقد رجحنا هنا استعمال لفظ « **الخلابة** » لانه أدل على معنى الخديعة المقصودة هنـا ، ولانه ورد كما رأيت في الحديث النبوي الذي احتج به جميع فقهـاء المذاهب ، وهو النص التشريعي في الموضوع نفسه . فاصبح لفظ التدليس مقصورا على معناه الاصلي وهو كتمان عيب المبيع ، فيكون تدليس العيب في المبيع ونحوه صورة من صور الخلابة بمعناها العام .

العاقد الآخر . ولكل انسان أن يطلب المزيد من المنفعة بالطريق الحر المشروع دون غش واحتيال ، ما لم يضر بالجماعة ، فحينئذ يحد من حريته وتحدد منفعته، كما في حالة احتكار المواد الضرورية ،وحالة تحكم الباعة بالأسعار ، حيث يبيع الحاكم المال المحتكر رغماً عن صاحبه ، ويلجأ الى التسعير على الباعة اذا تواطؤوا وتحكموا في الاسعار .

أما في التعامل العادي بين الناس في غير حالة الاحتكار والتحكم فليس من مهمة التشريع أن يمنع التغابن المجرد عن الغش والخديعة ، وانما من مهمته ان يقيم المتعاقدين على قدم المساواة في الأهلية والحرية، ثم على كل انسان أن يفتح عينيه ويحمي نفسه من الغبن .وان لكل انسان من حرصه على مصلحته دافعاً كفيلاً لتحري الأصلح له وتوقي سواه . وتبعة المهمل يجب أن تكون على حسابه .

هذا ما عليه جمهرة الاجتهادات الاسلامية في الغبن المجرد[1] مع ملاحظة الاستثناءات التالية :

١٩٠ ــ الحالات الاستثنائية التي يعتبر فيها الغبن المجرد عيباً في الارادة :

يستثني الاجتهاد الحنفي وغيره ثلاثة مواطن يمنع فيها الغبن الفاحش

---

(١) – وحجتهم من النصوص قول الرسول ﷺ : « **دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض** » . وفي المذهب الحنفي رأيان حول جواز فسخ العقد بالغبن المجرد ، والارجح عدم الجواز ما لم يصحبه تغرير (فتح القدير ١٠٧/٦ ورد المحتار ١٥٩/٤) .

ولو كان غبناً مجرداً لم تصحبه خلابة. وهذه المواطن الثلاثة المستثناة هي: **حقوق اليتيم**، **والوقف**، **وبيت المال**.

فالغبن الذي يقع بالتعاقد في مال احدى هذه الجهات الثلاث مردود شرعاً على الغابن، لأن هذه الجهات الثلاث تحتاج الى مزيد من الحماية عن طريق التشريع لكثرة تهاون القائمين عليها في صيانة حقوقها (ر: المجلة/ ٣٥٦).

ـــ على ان الاجتهاد الحنبلي يستثني أيضاً حالتين اثنتين يعتبر فيهما الغبن المجرد عن الخلابة عيباً في رضى المغبون يسوغه ابطال العقد، وهما:

١) ـــ حالة الشخص المسترسل،

٢) ـــ وتلقي الركبان[1].

أ) ـــ فأما **المسترسل** فهو من يستسلم من بائع او مشتر الى المتعاقد معه وهو جاهل بالسعر. فاذا غبنه في السعر كان للمسترسل خيار الابطال لقول الرسول عليه السلام: «**غبن المسترسل ظلم**»[2].

---

(١) ـ الركبان (بضم الراء) جمع (**راكب**) وهو من يركب البعير.

(٢) ـ للمالكية مباحث مسهبة في غبن المسترسل. وفقهاء المذهب المالكي مجمعون على ان غبنه اذا كان فاحشاً فانه يعيب ارادته ويوجب له خيار الإبطال.

لكنهم يفسرون المسترسل بانه: هو **الذي يستسلم من المتبايعين الى الآخر ويستأمنه في السعر بأن يعلن له أنه جاهل بالاسعار ويطلب اليه أن يبيعه أو يشتري منه بسعر السوق**. فاذا غبنه غبناً فاحشاً كان له الخيار.

اما اذا كان الشخص جاهلاً للأسعار لكنه **غير مسترسل** (أي لم يعلن =

فان كان عالماً بالسعر ، أو استعجل فجهل ما لو تثبت لعلم به لم يكن مسترسلا ، وليس له خيار ، لأن غبنه عند ئذ قد جاء من عجلته و تقصيره .

ب) — وأما تلقي الركبان فهو أن يخرج الشخص الى ضاحية البلد ليتلقى القادمين ببضائعهم من القرى و البوادي الى المدينة ، فيشتري منهم ما يحملونه الى السوق ، أو يبيعهم ما يريدون شراءه . فان غبنهم بالنسبة الى سعر السوق كان لهم الخيار في ابطال العقد في الاجتهاد الحنبلي ولو لم يتخذ معهم شيئاً من أساليب الخداع .

و حجة الامام احمد بن حنبل في ذلك ما ثبت في السنة النبوية و اخرجه الامام مسلم في صحيحه من أن النبي عليه السلام نهى عن تلقي الركبان وجعل لهم الخيار اذا هبطوا السوق فوجدوا أن من تلقاهم فباعهم أو ابتاع منهم قد غبنهم . (ر : المغني ، والشرح الكبير ٤/٧٧ — ٨٩ و ٩٠)

= لصاحبه ذلك) فغبنه ، ففي منح المغبون الخيار اختلاف بين فقهاء المذهب .

وأما اذا كان عالماً بأسعار السوق فلا خيار له اذا غبن باتفاق الفقهاء . (ر : الشرح الصغير للدردير المالكي في هامش الصاوي ٢/٦٣) .

وفقهاء الحنابلة لا يفسرون المسترسل بمن يعلن للآخر جهله بالأسعار و استئمانه له ، بل يكتفون في تحقق معنى الاسترسال بأن يكون جاهلاً مستسلماً لا يماكس .

والواقع ان اشتراط المالكية فيه ان يعلن استئمانه الى البائع في سعر السوق يلحق الموضوع ببحث التغرير من صور الخلابة ، لأنه غرره بقبول مبايعته على أساس سعر السوق حتى اطمأن اليه ، ثم اتخذ من ذلك ذريعة الى غبنه . وهذا هو التغرير القولي في السعر .

ج) — الغلط

١٩١ — تعريف وتمييز

الغلط هو : توهم يتصور فيه العاقد غير الواقع واقعاً ، فيحمله ذلك على إبرام عقد لولا هذا التوهم لما أقدم عليه .

وذلك كمن اشترى شيئاً يظنه جيداً وهو رديء ، أو يظنه يساوي الثمن الذي اشتراه به وهو لا يساويه ، أو باع سجادة مثلاً ظاناً أنها من السجاد المعتاد فاذا هي أثرية نادرة ، أو خارج[1] عن حصته الارثية يظنها السدس فاذا هي ثلث ، أو وهب احدى فرسيه وهو يظنها الاخرى ، أو كان له بيتان شرقي وغربي فآجر الشرقي وهو يظنه الأصغر فاذا هو الاكبر ؛ وهلم جرا ...

هذا ، وإذا رجعنا الى ما سبق بيانه آنفاً في بحث الخلابة نرى ان التوهم موجود لدى العاقد المخلوب أيضاً ، لأن في الخلابة إيهاماً من احد العاقدين للآخر في السعر أو في الصفة . فعنصر التوهم مشترك في كل من الخلابة والغلط ؛ ولكن الفرق بينهما هو أن الوهم الحاصل في الخلابة ناشىء من فعل فاعل مسؤول . أما في الغلط فان التوهم تلقائي ، أي ناشىء في خلد صاحبه من تلقاء نفسه ، لا من فعل العاقد الآخر .

---

(١) — **المخارجة هي** : بيع احد الورثة حصته الارثية من التركة لآخر .

عاملان متضادان : احترام الارادة ، واستقرار التعامل :

وفي هذا المقام ونظائره يقف الفقه والتشريع أمام عاملين متضادين كلاهما واجب الرعاية ، واعتبار أحدهما ينافي اعتبار الآخر ، وهما : احترام ارادة العاقد ، واستقرار التعامل .

أ) — فاحترام ارادة العاقد يستلزم أن نعتبر ارادة العاقد الحقيقية التي ينطوي عليها ضميره . فاذا جاء في تعبيره (وهو الإرادة الظاهرة) غلط فكانت هذه الإرادة الظاهرة من العاقد مختلفة عن ارادته الباطنة الحقيقية المتفقة مع تصوره وتوهمه وجب عندئذ أن تعتبر ارادته غير سليمة ، وأن يفسح له مجال إبطال العقد . هذا مايستلزمه مبدأ احترام ارادة العاقد لو أنه انفرد في الميدان .

ب) — ولكن هناك مصلحة عامة في ميدان التعامل تستلزم عكس ذلك تماماً ، وهي مصلحة استقرار التعامل .

ومعنى استقرار التعامل ان تكون تصرفات الإرادة التي يتعامل فيها الناس بعضهم مع بعض بطريق التعاقد الرضائي ذات نتائج ثابتة غير معرضة للانتقاض بأسباب يجهلها المتعاقد وليس هو المقصر في اجتنابها ، وذلك لكي يستطيع أن يبني أموره على نتائج معاملاته وهو مطمئن إلى استقرارها ، وعلى ثقة بثباتها . فهذا النظر إلى مصلحة استقرار التعامل يقتضي اعتماد الإرادة الظاهرة من الإيجاب والقبول ، وأن لا يكون لغلط أحد العاقدين تأثير في قوة هذا الارتباط العقدي

لأن العاقد يتعذر عليه معرفة غلط رفيقه ما لم تدل عليه دلائل واضحة. وكل عقد يمكن ان يكون أحد عاقديه غالطاً في ناحية منه ، فاذا ساغ له إبطال عقده بسبب الغلط كان ذلك مفاجأة للعاقد الآخر ، فينتفي اطمئنان كل عاقد الى نتائج عقده لاحتمال أن يكون رفيقه واقعاً في غلط .

لذلك ، وترجيحاً لمصلحة استقرار التعامل ، لم يهتم الفقه الإسلامي كثيراً بالغلط في العقد كما اهتم الفقه الأجنبي ، ولم يفرد فقهاء الإسلام نظرية الغلط ببحث يصوغها صياغة مستقلة كما صاغوا نظرية الإكراه ، لأن الفقه الإسلامي يعتمد الإرادة الظاهرة (الإيجاب والقبول) أساساً في بناء العقد [1] ما دامت الإرادة الباطنة الحقيقية خفية كما تقدم (ف/١٧٦) .

وهكذا كانت مسائل الغلط في الفقه الإسلامي غير مجموعة في بحث خاص ، بل متفرقة موزعة في موضوعات ومباحث شتى ذات صلة به ، كظهور العيب في المبيع ، وكفوات الوصف ، أو اختلاف الجنس في المعقود عليه ، وكخيار الرؤية ، كما سنرى .

ولذا كان على من يريد صياغة نظرية للغلط التعاقدي في الفقه الإسلامي على غرار نظرية الغلط في الفقه الأجنبي أن يتلقط مسائلها

---

(١) — ويظهر هذا جلياً من تعريف العقد . ففقهاء الاسلام لم يعرفوا العقد بانه : **اتفاق ارادتين** الخ ... كالتعريف القانوني ؛ وانما عرفوا العقد بانه : « **ارتباط ايجاب بقبول** » الخ ... كما تقدم بيانه في محله (ف/١٣٢) .

وقواعدها وأحكامها من تلك الفصول والمباحث ذات الصلة بها . وهذا ما نحاوله هنا بقدر الامكان ، وبقدر ما يتسع له هذا المدخل الفقهي .

١٩١/٢ــ متى يعتبر غلط العاقد عيباً في رضاه يجيز له ابطال العقد؟

بعد هذا التمهيد نقول : ان من يتتبع مسائل الغلط المتفرقة في فصول ومناسبات عديدة من فقه المذاهب الأربعة ، يخلص الى نتيجة هي ان فقهاء المذاهب لم يعتبروا الغلط العفوي من أحد العاقدين عيباً في رضاه يجيز له إبطال عقده إلا في الحالات التي يكون فيها الغلط واضحاً ليس فيه مفاجأة للعاقد الآخر .

ذلك لأن الغلط اذا لم يكن واضحاً فان الارادة الحقيقية للعاقد الغالط تكون في حيز الخفاء ، فمن الواجب عندئذ اعتماد ارادته الظاهرة . فإعطاؤه حق ابطال العقد عند ثبوت غلطه ، ــ وان كان فيه استنقاذ له ورعاية لحقه ومصلحته ــ هو في الوقت نفسه جناية على حق العاقد الآخر ومصلحته دون ان يكون منه تسبب أو تقصير ، وهذا ما يزعزع استقرار التعامل .

أما اذا كان الغلط واضحاً فان الارادة الحقيقية عندئذ تكون هي ايضاً واضحة . فاعطاء الغالط في هذه الحال حق الابطال هو الذي يفرضه مبدأ احترام الارادة العقدية ، ولا يخل باستقرار

التعامل ، لان العاقد الآخر يكون على بينة من غلط [1] رفيقه ، فلا يكون في الابطال مفاجأة له .

١٩١/٣ــ كيف يكون غلط العاقد واضحا :

والظاهر من تتبع نصوص الفقهاء أن غلط العاقد في عقده يعتبر واضحاً اذا كشف العاقد بنفسه عن مراده كشفاً صريحاً خلال التعاقد، أو كان مراده مكشوفاً ظاهراً من القرائن والدلائل . فهاتان حالتان:

١٩١/٤-(الحالة الاولى)- كشف العاقد عن مراده بنفسه كشفاً صريحاً:

فاما حالة كشف العاقد الغالط عن مراده بنفسه صراحة فكما إذا عين العاقد في العقد جنس المعقود عليه ، او اذا وصفه بصفة، ثم ظهر على خلاف ذلك . وفي هذه الحال للفقهاء حكم تفصيلي حول درجة تأثير الغلط في العقد :

(أ) - فاذا كان الغلط واقعاً في جنس المعقود عليه ، كما لو باع أو اشترى فص خاتم على أنه ياقوت ، فاذا هو زجاج ، أو اشترى كيساً من الارز فاذا هو قمح ، فان العقد لا ينعقد أصلاً في الإجتهاد الحنفي، لان اختلاف الجنس يجعل المحل المعقود عليه معدوماً ، وهو أحد

---

(١) - وهذا مايشترطه الفقه الاجنبي في اتجاهه الحديث بنظرية الغلط ، حيث يشترط علماء القانون لجواز ابطال العقد بسبب غلط احد العاقدين ان يكون العاقد الآخر على علم بغلط رفيقه .

(ب) ــ وأما إذا كان الغلط **في الوصف** فانه يميز في حكمه بين حالتين:

١) ــ إذا كان المعقود عليه معيناً بالذات لكنه غائب عن مجلس العقد، أو كان حاضراً فيه لكن العاقد لا يدرك وصفه بالمعاينة ، كما لو باع نسيجاً معيناً من الجوخ على أنه انكليزي المصدر ، أو باعه على أنه أحمر وكان المشتري أعمى ، أو كان البيع ليلا في الظلام ، ثم تبين أن المبيع على خلاف الوصف الذي سمي في العقد ، فان المشتري مخير في إبطال

---

*(١)ـ وهذا نظير ما يسميه علماء القانون «**الغلط المانع**» erreur obstacle أي الذي يمنع انعقاد العقد . ومن صوره عندهم ان يغلط العاقد في **ذات الشيء** المعقود عليه ، كما لو باع احدى فرسيه ، والمشتري يظن انه قد اشترى الاخرى.

وهذا النوع ، اي الغلط المانع ، لا يعد في عداد عيوب الرضى لأنه يمنع الانعقاد ، بينما ان عيوب الرضى كلها شوائب فرعية ينعقد معها العقد لكمال مقوماته ، ولكنها تجعل العقد قابلًا للابطال بمشيئة الطرف الذي شيب رضاه بأحد تلك الشوائب .

ويلحظ في هذا المقام ان **اختلاف الجنس** الذي يعتبر في الفقه الاسلامي من قبيل الغلط المانع لا يعتبر في النظر القانوني غلطاً مانعاً ، بل هو من الغلط الذي يعيب الرضى فقط ، فينعقد معه العقد قابلًا للابطال .

وعكس ذلك يلحظ في الغلط في ذاتية المبيع في المثال الآنف الذكر، (لو باع احدى فرسيه ، وهو او المشتري يظن انها الاخرى) فانه في الفقه القانوني غلط مانع لا ينعقد معه العقد ، وفي الفقه الاسلامي هو غلط غير مؤثر أصلًا، فينعقد معه العقد لازماً لا خيار فيه، لان الارادة الظاهرة بالايجاب والقبول لما وردت =

العقد ، لفوات وصف مشروط في محل العقد ، فلا يعتبر رضاه سليما بفواته . وهذا يسمى ، **خيار الوصف** .

٢) - واذا كان المعقود عليه حاضراً في مجلس العقد مكشوفاً مشاراً اليه تحت مشاهدة العاقد ، وكانت صفته مما يدرك بهذه المشاهدة كالألوان والحجوم ، بأن قال البائع مثلا : بعتك هذا المهر الابيض الصغير بكذا ، وهو حصان أسود كبير ، أو قال بعتك هذه الفرس المحجلة ، وهي غير محجلة ، أو هذه السيارة الخضراء وهي في الواقع سوداء ، فقبل المشتري انعقد العقد لازماً للمشتري لاخيار له في إبطاله ، لأنه غير معذور بهذا الغلط بعد المشاهدة والاشارة . واختلاف الوصف المسمى عن الواقع لاعبرة له في هذه الحال ، لأن الاشارة هنا في الشيء الحاضر أبلغ طرق التعريف وأقواها ، فاذا اجتمع معها وخالفها ماهو دونها تعريفاً وهو الوصف الكلامي فالعبرة للاشارة . ويقرر الفقهاء في هذا المقام قاعدة هي : **أن الوصف في الحاضر لغو ، وفي الغائب معتبر** (المجلة/٦٥) .

١٩١ - /٥-(الحالة الثانية) - كون مراد العاقد واضحاً من الدلائل

وأما حالة كون مراد العاقد الغالط مكشوفاً واضحاً بطريق الدلالة

= في العقد على واحدة معينة من الفرسين انصرف العقد اليها وبقي الغلط في حيز الخفاء ليس عليه دليل قائم ، فلا يؤثر ، حرصاً على استقرار التعامل .

بخلاف مسألة اختلاف الجنس ، فان تسمية الجنس المقصود في صلب العقد ، تجعل الغلط في الجنس المخالف غلطاً واضحاً ، فيؤثر في العقد . وبما ان اختلاف الجنس في حكم فقدان العين ، لا ينعقد العقد لعدم المحل .

دون تصريح منه فأمثلته كثيرة في فقه المذاهب .

ففقهاء المذهب الحنفي يذكرون أن من اشترى عبداً مشهوراً بأنه يحسن الكتابة أو الخبز فوجده ناسياً ذلك ، أو اشترى جارية كانت تحسن الطبخ أو الخياطة فوجدها ناسية ذلك ، فان للمشتري فسخ البيع ولو لم يشترط هذا الوصف فيهما عند العقد صراحة ، لأن الظاهر أنه انما اشترى رغبة في تلك الصفة ، فصارت مشروطة بطريق الدلالة (ر: ردالمحتار ، ج٤/ أواخر خيار الشرط ، والبحر الرائق لابن نجيم ٦/٣٦)

وفقهاء المذهب المالكي يصرحون بانه « إذا باع الشخص حجراً في سوق الجواهر دل ذلك على أنه انما يبيع جوهرة وان لم يصرح بجنس الحجر في العقد ، فاذا تبين أنه ليس بجوهر كان للمبتاع القيام [1] . وان باعه في غير سوق الجوهر لم يكن له قيام » (ر : شرح الخطاب على المختصر ٤/٤٦٦ ــ ٤٦٧) .

ومما يعتبر من الاوصاف مشروطاً دلالة ولو لم يصرح به في العقد سلامة المعقود عليه من العيوب في عقود المعاوضة . فمن حق المشتري أو المستأجر مثلاً أن يحسب المبيع أو المأجور خالياً من العيوب ، ومن واجب البائع أو المؤجر معرفة ذلك وتقديره . فاذا ظهر في المبيع أو المأجور عيب كان المشتري أو المستأجر غالطاً أو معذوراً في غلطه فله الرد . ولا يكون

---

(١) — القيام في اصطلاح المالكية في مثل هذا المقام معناه حق العاقد في الادعاء والرجوع على المتعاقد معه .

في ذلك مفاجأة للبائع أو للمؤجر ، لأن عليهما أن يتوقعا ذلك[1] .

هذه إجمالاً خلاصة الحالات التي يعتبر فيها غلط العاقد من شوائب

---

*(١) - يقول الاستاذ السنهوري في كتابه الجديد « مصادر الحق في الفقه الاسلامي » ج ٢ ص /١٣٠ الطبعة الاولى :

« سلامة الشيء من العيوب شرط ضمني في العقد تقتضيه طبائع الاشياء . فاذا ظهر عيب في الشيء ، تبين ان المشتري كان واهماً عندما اعتقد ان الشيء سليم من العيب . ومن هنا كان خيار العيب متصلاً اوثق الاتصال بنظرية الغلط ، بل هو ليس الا صورة من صوره المتعددة » .

ويقول الامام الكاساني من فقهاء الحنفية في كتابه « البدائع » في بحث خيار العيب (٥/٢٧٤) :

« السلامة مشروطة في العقد دلالة فكانت كالمشروطة نصاً ، فاذا فاتت المساواة كان له الخيار ... لان البيع عقد معاوضة والمعاوضات مبناها على المساواة عادة وحقيقة ... ولان السلامة لما كانت مرغوب المشتري ولم يحصل فقد اختل رضاه . وهذا يوجب الخيار لان الرضى شرط صحة البيع ... فانعدام الرضى يمنع صحة البيع ؛ واختلاله يوجب الخيار فيه ، اثباتاً للحكم على قدر الدليل » .

وهذا البيان من صاحب البدائع كما ترى صريح في أن حكم خيار العيب في الفقه الاسلامي مبني على اساس ان رضى المشتري قد اختل بظهور العيب في المبيع ، فهو من قبيل شوائب الارادة المسماة عيوب الرضى .

وقد قدمنا (ف ٤/١٨٧) ان تدليس العيب يدخل في صور الخلابة .

ونضيف هنا ان العيب الذي لم يدلسه البائع تدليساً على المشتري بل كان يجهله البائع نفسه يمكن عده من قبيل الغلط . وسنرى ايضاً أنه يمكن عده من صور اختلال التنفيذ والذي هو العيب الرابع الاخير من عيوب الرضى .

الارادة العقدية ، لأن غلطه واضح من حيث ان العاقد قد كشف عن ارادته بنفسه صراحة ، او ان ارادته مكشوفة بطريق الدلالة . فاذا خالف الواقع مراده المكشوف كان معذوراً في غلطه الذي عاب رضاه ، لوضوح الغلط بالنسبة إلى العاقد الآخر ، فلا يكون فسخ العقد مفاجأة له مخلة باستقرار التعامل .

١٩١/٦ – الغلط غير الواضح :

فاذا كان الغلط خفياً غير واضح بأن لم يكشف العاقد عن مراده ، ولم يكن مكشوفا من الدلائل والقرائن ، فان الفقه الاسلامي لا يعتد عندئذ بغلط العاقد ، لأن العبرة للارادة الظاهرة من الايجاب والقبول مادامت الارادة الحقيقية في طي الخفاء ، حرصاً على استقرار التعامل ؛ لأن التضحية بمصلحة العاقد الشخصية الجزئية عندئذ أولى من التضحية باستقرار المعاملات ، وباطمئنان المتعاقدين إلى ثبات نتائجها ، وثقتهم بها .

وعلى هذا الأساس يقرر الفقهاء أن من باع مصلى (سجادة) دون أن يذكر نوعه ، وهو يظنه من قطن أو كتان ، فتبين أنه من الخز فليس له خيار . وكذا لو اشتراه على ظن أنه خز فظهر خلافه ، فهو ملزم به ولا خيار له . نقل ذلك الحطاب عن مالك ، وهذا بخلاف ما لو اشترط المشتري في العقد شرطاً أنه من الخز فظهر من القطن ، حيث يكون له خيار الوصف فيحق له فسخ العقد إن شاء ، لأن ارادته عندئذ مكشوفة بالشرط ، فيكون غلطه معذوراً يعيب رضاه . وكذا من باع

أو اشترى بعيراً [١] وهو يظنه ناقة فاذا هو جمل . إلا أن يكون ظاهر حاله أنه يشتريها لأجل اللبن فعندئذ يكون غلطه واضحاً لأن ارادته مكشوفة بدلالة الحال (ر : البحر الرائق ٦/٢٦ ورد المحتار ٤/ أواخر خيار الشرط ، وشرح المختصر للحطاب ٤/٤٦٦) .

ومثل ذلك ما نقل الحطاب عن مالك فيمن باع حجراً (وسماه هكذا : ممرا) ثم تبين أنه ياقوت وهو يجهل أنه ياقوت ، ان البيع لازم ولا خيار له ، ولو كان المشتري يعلم أنه ياقوت . وذلك لأن الحجر اسم جنس عام يشمل الياقوت وغيره ، فقد سماه باسم يصلح له [٢] « أما لو قال المشتري لبائع الثياب : اخرج لي ثوباً مروياً [٣] بدينار ، فاخرج له ثوباً أعطاه إياه ، ثم وجده من أثمان أربعة دنانير ، فالبائع هنا يحلف [٤] ويسترد ثوبه » .

---

(١)- البعير اسم شامل للذكر والانثى من الابل ، كالغنمة من الشياه ، فانها شاملة للكبش والنعجة ، لان الهاء في « الغنمة » ليست للتأنيث بل للوحدة .

(٢)- فهنا وقع البائع في غلط لكن ارادته غير مكشوفة فكان غلطه غير واضح فلم يعتد به . بخلاف ما لو باع مبيناً انه غير ياقوت فتبين ياقوتاً ، أو اشترى ياقوتاً فتبين خلافه ، فان البيع لا يلزم البائع ، والشراء لا يلزم المشتري لان الارادة مكشوفة بالتسمية او الاشتراط فالغلط واضح (ر : مصادر الحق للاستاذ السنهوري ص /١٢٣) .

(٣) الثوب المروي : منسوب الى مرو (بفتح فسكون) بلدة من بلاد فارس مشهورة بصنع الثياب . والنسبة اليها في الاشياء : مروي ، وفي الاشخاص مروزي بزيادة زاي معجمة بعد الواو على خلاف القياس . (ر : المصباح) .

(٤) - اي يحلف انه قد غلط غلطاً في اعطاء الاغلى ظاناً انه الارخص .

قال الحطاب في تعليل ذلك :

« ووجه تفرقة مالك بين الذي يبيع الياقوتة جاهلاً ، وبين من قصد إخراج ثوب بدينار فأخرج ثوباً بأربعة ، أن الاول قد جهل وقصر إذ لم يسأل من يعلم ماهو ؟ والثاني قد غلط غلطاً لايمكن التوقي منه ، فيكون له أن يحلف ويأخذ ثوبه » .

وفي هذا التعليل الوجيه للتمييز في الحكم بين المسألتين المتشابهتين تتجلى لك خلاصة المبدأ الفقهي العام الذي استخلصناه وقررناه في الغلط ، من حيث كونه غلطاً واضحاً في ارادة مكشوفة فيعب الرضى اذ لايخل باستقرار المعاملات ، أوكونه غلطاً خفياً في ارادة خفية فلا يعتد به . فهنا يعلم كل من البائع والمشتري أن المبيع ثوب مروي بدينار. فاذا أخذ المشتري ثوباً باربعة دنانير فان فسخ العقد لايكون مفاجأة له إذا حلف البائع على غلطه واسترد ثوبه . (ر : مصادر الحق للاستاذ السنهوري ص/١٢٣) .

١٩١/٧ ــ حالة استثنائية يعتبر فيها الغلط عذراً ولو كان خفياً خيار الرؤية :

هناك حالة اعتبرها الشرع الاسلامي مظنة لغلط العاقد ، فمنحه فيها حق الابطال إن شاء لاحتمال غلطه ، وهي حالة شراء شيء لم يره المشتري فقد ورد في الحديث النبوي : « من اشترى ما لم يره فله الخيار اذا رأى ».

وقد أخذ الاجتهاد الحنفي بهذا الحديث فقرر أن من يشتري شيئاً معيناً بالذات لم يره فله حق الابطال اذا رآه فلم يوافقه . ويسمى هذا الحق : خيار الرؤية . ويسقط هذا الخيار بالرضى صراحة أو دلالة بعد الرؤية ، كما يسقط بكل تصرف يوجب حقاً للغير ، كما لو باع المشتري ما اشتراه قبل أن يراه .

ويعلل الفقهاء مشروعية هذا الخيار بأنه لدفع الضرر عن المشتري إذ قد يجد أن الشيء الذي اشتراه لاحتياجه اليه هو غير ملائم لحاجته لأنه لم يره ، فيتضرر بالزامه ، فاذا كان قد رآه حين التعاقد أوقبله بمدة لم يتغير خلالها فليس له خيار ، لأنه اشترى على علم .

ولا يثبت هذا الخيار للبائع إذا باع مالم ير ، لأن الحديث النبوي لم يثبته إلا لمن اشترى . ووجه ذلك ان غاية الشراء عادة هي استعمال عين الشيء في سد حاجة المشتري ، فقد يتبين غير ملائم لهذه الحاجة ، بخلاف البائع فان حاجته الى الثمن لا الى عين المبيع ، فلا يتأتى في جانبه هذا الاعتبار .

والمراد من الرؤية هنا الاطلاع في كل شيء بحسبه ، لاخصوص المشاهدة بالعين : فرؤية المسك مثلا وسائر العطور تكون بشمها لا بمشاهدتها ، ورؤية النسيج بلمسه مع المشاهدة ، ورؤية شاة اللحم بجسها ، ورؤية المطعومات بذوقها ، وهكذا ...

ويلحظ هنا في خيار الرؤية أن الشارع الاسلامي يقدر احتمال

الغلط بالنسبة إلى حاجة المشتري تقديراً عاماً ، فيثبت الخيار لكل من اشترى شيئاً معيناً لم يره ، ولا يجعل هذا الخيار متوقفاً على اثبات وقوع الغلط فعلا من المشتري . فقد اعتبر الشارع شراء ما لم ير مظنة عامة للغلط ، كما قلنا ، وترك الحكم في ذلك لرأي المشتري نفسه لأنه أدرى بحاجته .

ويلحظ أيضاً أن وصف الشيء غير المرئي عند بيعه لا يغني عن الرؤية ، ولا يمنع ثبوت الخيار للمشتري[1] .

وأهم مايلحظ بالنسبة إلى موضوع بحثنا هنا هو أن الغلط المحتمل الذي قرر لأجله خيار الرؤية في هذا الشراء هو غلط غير واضح بالنسبة إلى البائع . وقد كان مقتضى القاعدة التي استخلصناها في الغلط أن لا ينهض ذلك عذراً في إبطال العقد . ولذلك اعتبرنا خيار الرؤية حالة استثنائية من قاعدة الغلط .

ويجري خيار الرؤية في جميع عقود المعاوضات ، كالاجارة والصلح عن مال بمال ، قياساً على البيع . وله أحكام تفصيلية تخرج عن غرضنا هنا (وهو علاقة هذا الخيار ببحث الغلط) ، وترى في المواد /٣٢٠ــ ٣٣٥ من المجلة ، وفي كتاب البيع من مدونات الفقه الحنفي .

---

(١) – وهذا خلاف ما أخذ به القانون المدني في المادة /٣٨٧/ منه ، فقد اعتبر ان ذكر الاوصاف الاساسية للشيء المبيع في عقد البيع يمنع المشتري من حق ابطال البيع بحجة عدم العلم الكافي بالمبيع اذا جاء مطابقاً للاوصاف المذكورة .

* ١٩١/٨ ـ صور مختلفة من الغلط :

فيما تقدم كشفنا عن الخطوط الكبرى التي تسير فيها نظرية الغلط التعاقدي في الفقه الاسلامي ، وجمعنا هذه الخطوط المتفرقة لكي يظهر منها مخطط النظرية .

وقد عرضنا أمثلة ونصوصاً يدور الغلط فيها حول محل العقد (المعقود عليه) ذاتاً وجنساً وصفة .

وهناك في الفقه الاسلامي صور أخرى من الغلط في نواح أخرى من متعلقات العقد نظير النواحي التي يعتد بالغلط التعاقدي فيها الفقه الاجنبي ، كالغلط في شخص العاقد ، وكالغلط في القيمة ، وفي الحكم الشرعي . فنختم بحث الغلط ببعض أمثلة وايضاحات موجزة حولها استكمالاً للبحث .

* ١٩١/٩ الغلط في شخص العاقد :

قد يغلط أحد العاقدين في شخص المتعاقد معه ، فيظنه فلاناً وهو غيره ، أو يظنه ذا صفة خاصة من قرابة أو كفاءة أو غيرهما فيظهر بخلاف ذلك .

ولا شك أن الغلط في شخص العاقد انما تظهر أهميته عندما يكون لشخص العاقد اعتبار خاص في مبنى العقد بحيث يكون لصفة العاقد ارتباط بموضوع التعاقد .

أما اذا لم يكن كذلك فلا ينبغي أن يكون للغلط في شخص العاقد تأثير ، كتاجر يبيع شيئاً من مشتر طارىء يظنه فلاناً وهو غيره .

فهدف البائع بوجه عام هو قبض ثمن سلعته أياً كان المشتري ، فلا تأثير لمثل هذا الغلط[١] .

أما اذا كانت صفة العاقد ذات اعتبار في موضوع العقد فهنا موطن التأثير.

وقد نص فقهاء الاسلام في عقود و تصرفات عديدة نصوصاً تدل على اعتماد هذا المبدأ :

أ) – ففي عقد الزواج إذا ظهر في أحد الزوجين مرض يضر بالحياة الزوجية – جنسياً كان المرض أو غير جنسي – كالجنون والجذام ، وكان موجوداً قبل العقد ولم يعلم به الزوج الآخر ،فقد أقر الفقهاء لهذا الزوج الآخر خياراً في فسخ العقد ان شاء[٢] .

فهنا كما ترى قد غلط أحد الزوجين في صفة الآخر ، إذ ظنه سليماً وهو غير سليم . وللشخص في عقد الزواج اعتبار أساسي ، والصفة محل الغلط أساسية أيضاً بالنسبة لمقاصد الزواج.

ب) – وفي الأجارة نصوا على أنه لو استأجر شخص ظئراً[٣] لطفله ، ثم تبين أن الولد لا يأخذ ثديها ، أو أنه يتقايؤ لبنها ، أو أن لبنها غير صالح لتغذيته (كما لو كانت حاملاً مثلا) ، أو أنها حمقاء سيئة

---

(١) – وهذا المبدأ هو الذي يعتمده الفقه القانوني في قضية الغلط في الشخص.

(٢) – وبهذا اخذ قانون الاحوال الشخصية .

(٣) – الظئر (بكسر فسكون) المرأة المرضع تستأجر لارضاع طفل والقيام بمصالحه .

الخلق ، أو سارقة ، أو فاجرة فجوراً بيّناً[1] فان لأهل الطفل فسخ الأجارة قبل انتهاء الأجل ، لأن عكس هذه الصفات له اعتبار أساسي بالنسبة لمقاصد العقد ، فتكون هذه الصفات معذرة لهم في فسخ العقد .

ج) ـ وفي الشفعة[2] نصوا على أنه إذا أبلغ الشفيع أن المشتري فهرن ، فلم يطلب الشفيع الأخذ سقط حقه في الشفعة . فاذا تبين أن المشتري شخص آخر لا يرضى جواره يبقى على حقه في طلب الأخذ بالشفعة ، «لأن الناس يتفاوتون في المجاورة ، فرضاه بجواره لا يكون رضى منه بمجاورة غيره . فاذا تبين أن المشتري غير من سمي له فهو على حقه » (المبسوط للسرخسي ١٤/١٠٥)[3] .

---

(١) ـ لان السارقة يخشونها على امتعتهم ، والفاجرة تلتهي بفجورها عن القيام بمصالح الطفل ، وقد تحمل من الفجور فيفسد لبنها (المبسوط للسرخسي ١٥/١١٩ - ١٢٢) .

(٢) ـ الشفعة حق اولوية ممنوح شرعاً للشريك في العقار ، اذا باع شريكه حصته ، ان يحل محل المشتري في اخذها بثمنها الذي بيعت به ، دفعاً لسوء الجوار وجمعاً للحصص الشائعة . ويسمى الشريك صاحب حق الشفعة : **شفيعاً** . انظر ماتقدم في نظرية الملكية (ف /١٠٥) .

(٣) ـ يلحظ هنا ان رضى الشفيع بالمشتري ليس عقداً بل هو تصرف من تصرفات الارادة مسقط للحق ؛ وقد اثر فيه الغلط في الشخص كتأثيره في العقود . فهو يؤيد المبدأ الفقهي الذي استخلصناه في قضية الغلط .

١٩١/ ١٠ - الغلط فى القيمة :

الغلط في قيمة المعقود عليه انما يعيب رضى العاقد من حيث الغبن الذي يؤدي اليه .

ولذا يمكن القول أن جميع صور الغبن الفاحش المتقدمة في بحث الخلابة ، مما يمنح فيه العاقد المغبون حق ابطال العقد — في الحالات التي يشترط فيها التغرير أو لا يشترط — تعتبر من قبيل الغلط في القيمة .

ولكن بما أن بحثنا هنا انما هو في الغلط المفوي الذي يقع فيه العاقد من تلقاء نفسه دون خلابة وخداع من العاقد الآخر ، لذلك تكون حالات الغبن المجرد التي توجب حق الابطال بلا اشتراط التغرير - وهي الغبن الفاحش في مال بيت المال ، والوقف ، واليتيم - هي وحدها التي تعتبر هنا من أمثلة الغلط في القيمة فليرجع اليها (ف/١٩٠) .

١٩١ / ١١ - الغلط في الحكم الشرعي[1] :

الغلط في الحكم الشرعي معناه أن العاقد كان يجهل هذا الحكم عند التعاقد .

والأصل أن الجهل بالشريعة لا يعتبر عذراً مانعاً من تنفيذ أحكامها على الجاهل ، وإلا تملص معظم الناس من تنفيذ أحكام الشريعة على تصرفاتهم وأعمالهم بحجة أنهم جاهلون : فمن جنى جناية انفذت فيه

---

(١) — ويسميه علماء القانون : **غلطاً في القانون** . أما الغلط في جميع النواحي الاخرى من العقد فيسمونه : **غلطاً في الواقع** .

عقوبتها ، ومن عقد عقداً نفذت في حقه أحكامه ولو كان يجهلها .

وعلى هذا ، من خارج[1] على حصته من التركة بمبلغ قبضه وهو يظن أن حصته الربع مثلاً ، وهي في الواقع نصف التركة ، فالبيع نافذ لازم ، ولا خيار له.

ولكن هناك حالات يعتبر الفقهاء فيها جهل المكلف بالحكم الشرعي عذراً له اذا كان في وضع لا يعتبر فيه مقصراً بالجهل . وهذا كثير في غير العقود .

من ذلك ما يقرره الفقهاء أن من أسلم في غير دار الاسلام فشرب الخمرة جاهلاً بحرمتها لا يعاقب بحد الشرب لأنه معذور بهذا الجهل . بخلاف المسلم المقيم في دار الاسلام اذا شرب جاهلاً ، فانه يعاقب بالحد لاشتهار أحكام الاسلام ، فجهله بها تقصير وليس بعذر .

وهناك أمثلة أخرى كثيرة على المعذرة الشرعية بسبب الجهل[2] .

(ر : الاشباه والنظائر لأبن نجيم مع حاشية الحموي في أحكام الجهل ج ٢ ص /١٣٨) .

---

(١) — **المخارجة** : هي بيع احد الورثة حصته الارثية من التركة لآخر (ر : ف /٢٨٦) .

(٢) — **ملاحظة** : قد بحث الاستاذ السنهوري بحثاً مستفيضاً موفقاً عن الغلط التعاقدي في الفقه الاسلامي في الجزء الثاني من كتابه الجديد : « **مصادر الحق في الفقه الاسلامي** » الذي صدر بعد الطبعة الثالثة لهذا المدخل الفقهي .

وقد اعتمدنا على بحثه هذا في الغلط واقتبسنا منه في هذه الطبعة الجديدة لهذا المدخل .

الشعبة الثانية

في عيب الارادة الناشئ بسبب طارئ وهو اختلال التنفيذ

١٩٢ — تمهيد :

الأصل أن تنفيذ العقد هو مرحلة لاحقة مستقلة عن مرحلة تكوينه . فبعد تمام الانعقاد بالتراضي الصحيح يقوم كل من العاقدين بتنفيذ ما يلقيه العقد على عاتقه من التزامات . فاذا امتنع أحدهما أُجبر على التنفيذ بقوة القضاء بناء على طلب صاحب الحق . فتنفيذ العقد اذن هو من مباحث آثار العقد ومتعلقاتها ، لا من مباحث عيوب الرضى المتصلة بمرحلة تكوين العقد . ذلك لأن تنفيذ العقد الصحيح معناه تحقيق ما قد تم التراضي عليه سابقاً بصورة سليمة في ذلك العقد . فوجود الرضى وسلامته من الشوائب التي تعيبه انما هو ضروري في مرحلة الانعقاد . أما بعد ذلك فليس من الواجب أن يتم التنفيذ بالتراضي كما يتم الانعقاد ، بل كثيراً ما يقع التنفيذ بقوة القضاء جبراً على الطرف الممتنع بعد أن يكون رضاه عن التعاقد سليماً كما بيناه .

وهذا الاجبار القضائي على التنفيذ لا يخل بالرضى المطلوب في انعقاد العقود ، بل هو احترام لهذا الرضى الذي سبق وجوده سليماً ، وأنشأ بين المتعاقدين حقوقاً وواجبات ملزمة لهما شرعاً في حدود حقوقهما الخاصة التي يملكان التصرف فيها .

غير ان هناك حالات من اختلال التنفيذ لها صلة وثيقة بالتراضي

السابق . وذلك في حالات لا يستطيع فيها القاضي ان يحقق تنفيذ العقد بالشكل الذي وقع عليه التراضي اذا طلب إليه ذلك . فعندئذ يعتبر لاختلال التنفيذ — سواء أكان بتقصير من احد العاقدين ، او بسبب لا يد له فيه — تأثير في ذلك الرضى السليم السابق من العاقد المتضرر فيصبح غير سليم ، لأن ذلك الرضى لم يوجد منه الا على اساس الوصول الى تنفيذ العقد وفقا لحدوده المتفق عليها [1] .

واشهر حالات هذا النوع من اختلال التنفيذ الذي يعيب الرضى السابق أربع :

أ) — تفرق الصفقة .

ب) — ظهور عيب غير مدلس في المبيع .

ج) — ظهور المبيع مرهوناً او مأجوراً .

د) — امتناع العاقد عن الوفاء بشرطٍ لا يمكن الإجبار فيه على التنفيذ العيني . وايضاح ذلك فيما يلي :

١٩٢/٢ — (أ) — تفرق الصفقة [2] :

تفرق الصفقة معناه تجزئة العقد . ويكون ذلك في عقود

---

(١) — علماء القانون يفصلون فصلاً نهائياً بين **مرحلة الرضى** في العقد **ومرحلة تنفيذه** . وبحسب النظر القانوني لا يمكن رجوع شيء من حالات اختلال التنفيذ الى عيوب الرضى ولو تعذر **التنفيذ العيني** ، لانه يوجد في القانون عند تعذر التنفيذ العيني طريق اخرى لتنفيذ العقد جبراً هي : **التنفيذ بطريق التعويض** .

(٢) — **الصفقة** في لغة العرب تستعمل بمعنى العقد . واصلها انهم كانوا عند ما يتفق المتبايعان يضرب احدهما بيده على يد الآخر عنواناً على الاتفاق (ر : المصباح) .

المعاوضات المالية عندما يحدث مايستوجب هذه التجزئة، كما لو اشترى شخص شيئاً ، فهلك بعضه في يد البائع قبل التسليم . فالبيع في هذه الحال يبطل حتماً في حق الجزء الهالك من البيع لفقدان محل العقد ، اذ لا عقد بلا محل . وهكذا تتفرق الصفقة على المشتري لأنه اشترى الكل فلم يتحقق له الا بعضه ، فيضطر ان يتمم مطلوبه بصفقة اخرى ربما لا تتيسر له ، او تكلفه ثمناً اكثر . ففي هذه الحال يمنح المشتري خياراً في اخذ الباقي بحصته من الثمن او ابطال العقد (رد المحتار اول خيار الشرط ٤/٤٦) . ومعنى ذلك ان تفرق الصفقة — الذي هو اختلال في التنفيذ — قد عاد على الرضى السابق فعابه ، لأن المشتري لم يصدر منه ذلك الرضى الا على اساس شراء جميع المعقود عليه ، لا بعضه فقط .

ومثل ذلك يقال فيما اذا لم يحدث سبب تفرق الصفقة بعد العقد - كالهلاك - ، بل كان موجوداً قبل التعاقد لكنه كان خفياً فظهر بعد التعاقد ، كما لو بيع شيء محدد المقدار فظهر أنقص من القدر المسمى في العقد . فهذا ايضاً تفرق للصفقة يختل فيه التنفيذ ويعيب الرضى ، فيوجب الخيار للمشتري بطريق الاولوية (ر : المجلة /٢٢٣ — ٢٢٨/ ومرشد الحيران ٣٥٤ — ٣٥٨) ذلك لأن نقصان المحل مصاحب في الواقع تكوين العقد وان تأخر ظهوره ومعرفته . فهو اشبه بالغلط الواقع حين التعاقد ، بل يمكن اعتباره أيضاً صورة من الغلط .

ومثل ذلك ايضاً ما لو بيع شيء تضره التجزئة ، فظهر مستحق [1] لبعضه . فان المشتري يخير في حق الباقي ، لانتقاض التنفيذ في الجزء الذي استحق ، فيختل الرضى السابق لاختلال التنفيذ . (ر : الدرر أواخر باب الاستحقاق ٢/١٩٣ ومرشد الحيران /٤١٢) .

١٩٢/٣ — (ب) — ظهور عيب في المبيع غير مدلس :

تقدم أن العيب في الشيء المبيع اذا دلسه البائع على المشتري تدليساً فانه يعتبر من قبيل **الخلابة** ، ويوجب الخيار للمشتري .(ف١٨٧/٤) .

أما العيب غير المدلس — وهو الذي لم يكن البائع نفسه يعلم به — فقد تقدم انه يعتبر من قبيل **الغلط** ، ويثبت فيه الخيار ايضاً للمشتري ولو لم يوجد من البائع خلابة ، لان المفروض ان المشتري انما يشتري على أساس السلامة من العيوب الخفية فاذا تبين خلافه كان واهماً وواقعاً في غلط واضح ، لأن ارادته في قصد السلامة تعتبر مكشوفة ، ومن المقرر في القواعد : **ان العبرة في العقود للمقاصد** .

وهنا نرى ايضاً ان العيب غير المدلس ، كما يمكن عده في الغلط ، يمكن اعتباره ايضاً من قبيل اختلال التنفيذ - ولاسيما اذا حدث

---

(١) — الاستحقاق هو ان يدعي احد ملكية شيء موجود في يد غيره ، ويثبتها بالبينة ويقضى له بها . فاذا كان الشيء المستحق قد وصل الى ذي اليد بطريق الشراء ، يتبين ان البائع قد باع مالا يملك ، فينفسخ البيع ويرجع المشتري على البائع بالثمن ، كما يرجع هذا البائع على بائعه ايضاً ، وهكذا ...

والاستحقاق قد يقع على الشيء ، وقد يقع على بعضه فقط فيسمى : **استحقاقاً جزئياً** .

العيب في المبيع وهو في يد البائع بعد البيع قبل التسليم - لأنه اذا كان المفروض في العقد سلامة المبيع ، فبظهور العيب يختل التنفيذ اختلالاً لايمكن تلافيه قضائياً . ذلك لأن القاضي لا يستطيع بسلطته ان يحقق تنفيذ البيع وفقا لما تم عليه التعاقد ، فيعيد الشيء المعيب سليما . وبهذا الاختلال في التنفيذ يختل رضى المشتري ، نظير ماتقدم في حالة تفرق الصفقة ، فيمنح حق الإبطال المسمى : خيار العيب[1] . (ر : ردالمحتار ٤/٧٢ والمجلة/٣٣٦ — ٣٣٧) .

١٩٢/٤ — (ج) — ظهور المبيع مرهوناً ، او مأجوراً :

اذا باع شخص شيئاً ، ثم تبين ان المبيع مرهون لدى شخص آخر ، او مأجور له ولما تنقض مدة الاجارة ، والمشتري لا يعلم ذلك عند الشراء ، كان له الخيار . ذلك لأن المبدأ العام في العقود ان العقد بين اثنين لا يمكن ان تتأثر به حقوق مكتسبة لغيرهما ، لأن العاقدين لا سلطة لهما الا على حقوقهما الخاصة .

ففي مثالنا حق المستأجر في منفعة المبيع المأجور بقية مدة الاجارة ، وحق الدائن المرتهن في احتباس المبيع المرهون حتى وفاء الدين ، هما حقان مصونان لا ينقضهما بيع المالك المؤجر او الراهن .

---

(١) — نعيد هنا الى الذاكرة مانقلناه سابقاً عن الامام الكاساني في حاشية الفقرة (٦/١٩١ ص ٣٩٢) من قوله في تعليل خيار العيب : « ... **ولان السلامة لما كانت موغوب المشتري ولم يحصل ، فقد اختل رضاه** » .

ونتيجة ذلك ان المشتري لايستطيع المطالبة بتسليمه المبيع الذي اشتراه حتى تنقضي الاجارة ، او يفك الرهن . وبذلك يختل تنفيذ البيع ، ويختل تبعاً لذلك رضى المشتري الذي لم يشتر الا على اساس انه سيتسلم المبيع من فوره ، وهو لا يعلم انه مرهون او مأجور .

فلذا يعتبر الفقهاء هذه الحال عيباً يلحق رضى المشتري ، فيمنحونه خياراً يخير بموجبه : بين ان ينتظر انتهاء مدة الاجارة او فكاك الرهن لكي يتسلم المبيع ، او ان يطلب ابطال البيع ، (ر : المجلة /٥٩٠و٧٤٧) .

١٩٢/٥-(ر)- امتناع العاقد عن الوفاء بشرط لا يمكن الاجبار فيه :

اذا امتنع العاقد عن الوفاء بشرط صحيح اشترطه عليه العاقد الآخر في العقد ، فالأصل في ذلك ان يجبر الممتنع عن تنفيذ الشرط بسلطان القضاء ، كما تقدمت الإشارة اليه (ف/١٩٢) . وهذا ماعليه الاجتهاد الحنفي واجتهادات اخرى .

ولكن قد تعترض هذا النظر صور وحوادث لايمكن بحسب طبيعتها الاجبار القضائي فيها . وذلك كما لو باع شخص شيئاً بثمن مؤجل الى أجل ، واشترط على المشتري ان يعطيه رهناً معيناً أو أن يكفله كفيل معين ، وانبرم العقد على هذا الشرط ، ثم امتنع المشتري عن تقديم الرهن او الكفيل ، أو رفض الشخص الثالث ان يكفل .

فالرأي الفقهي الراجح في هذه الحال أنه لا يمكن اجبار المشتري قضائياً على اعطاء الرهن المطلوب . ذلك لأن الرهن عقد عيني كالتبرع ،

فلا يصير تاماً ولازماً في حق الراهن الا بالتنفيذ والتسليم . وهو على كل حال عقد لا ينعقد إلا بالتراضي ، ولا يمكن انتزاع الرضى جبراً على صاحبه . (ر : البدائع ٥/١٧١)[1] .

ومثل ذلك يقال فيما اذا امتنع المشتري عن تقديم الكفيل المشروط .

وعندئذ يختل تنفيذ البيع اختلالاً لا يمكن تلافيه عن طريق القضاء ، فيختل تبعاً له الرضى السابق من البائع ، لأنه لم يبع إلا على أساس تقديم الرهن أو الكفيل ، فيمنح حق إبطال البيع ان شاء .

وعلى هذا يجب التمييز بين اختلال التنفيذ ، والاخلال به :

ـ فاختلال التنفيذ هو ما يكون نتيجة لحادث لا مجال معه لتنفيذ العقد على الشكل الذي تم عليه التراضي ، وذلك كما في حالة تفرق الصفقة بهلاك بعض المبيع او استحقاقه . وهذا الاختلال يعيب الرضى دائماً ويسوغ ابطال العقد .

ـ أما الاخلال بالتنفيذ فهو الذي يكون امتناعاً من أحد العاقدين عن تنفيذ العقد بالشكل الذي تم عليه التراضي . أي انه تعنت من أحد العاقدين عن التنفيذ وهو قادر عليه .

---

(١) ـ هذا نظر أبي حنيفة وصاحبيه أبي يوسف ومحمد في هذه المسألة .

وذهب زفر بن الهذيل من اصحاب ابي حنيفة الى ان المشتري يجبر على اداء الرهن اذا امتنع ، لان الرهن اذا شرط في البيع صار حقاً من حقوق العقد يجبر على تنفيذها الطرف الممتنع (« البدائع » ايضاً) .

وهذا الإخلال من أحد العاقدين لا يؤدي دائماً وحتماً الى تعييب رضى الآخر وتخييره في ابطال العقد كما في حالة الاختلال ، بل يميز فيه بين حالين : إما ان يكون من الممكن اجبار الممتنع على التنفيذ العيني بقوة القضاء ، وحينئذ لا يعيب الرضى ؛ واما أن لا يمكن فيه اجبار الممتنع ، فيعود عندئذ هذا الاخلال بتأثير منعطف على الرضى السابق ، فيعيبه ويجيز إبطال العقد .

وهذا التفصيل الذي رسمناه هنا في حكم الاخلال بالتنفيذ هو الذي تقوم على أساسه نصوص المجلة وسائر النصوص الفقهية في المذهب الحنفي[1] .

ملاحظات

١٩٢/٦ ــ يتضح مما سلف بيانه في مباحث عيوب الرضى كلها الملاحظتان التاليتان :

١) ــ أن العقد في الفقه الاسلامي يقوم على أساس التراضي الحر وافتراض الصدق والامانة وحسن النية بين المتعاقدين في انشاء

---

(١) ــ النظريات القانونية في آثار العقد تقضي بأن يمنح العاقد حق فسخ العقد عند امتناع العاقد الآخر عن تنفيذ التزامه في العقود الملزمة لجانبين كالبيع والاجارة والصلح ، ولو كان من الممكن إجبار الممتنع على التنفيذ العيني قضائياً ، ويسمى هذا في اصطلاح علماء القانون : **حق الفسخ** (وهم يميزون في اصطلاحهم بين الفسخ والابطال : فحق **الفسخ** يستعمل في هذا المقام عند امتناع العاقد عن التنفيذ ؛ وحق **الابطال** يستعمل في حالات عيوب الرضى فقط) .

وحجة علماء القانون في حق الفسخ هي ان العاقد قد تفوت مصلحته في =

العقد ثم في تنفيذه كما تم عليه اتفاقهما ، وفاقاً لقول الله تعالى في القرآن العظيم :

« يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراضٍ منكم » .

وقد شرعت لتأييد هذا الاساس خيارات تمنح للعاقد فتعطيه حقاً في ابطال العقد كلما شابت إرادته شائبة يختل معها رضاه ، مما يسمى في لغة القانون : **عيوب الرضى** . وذلك إما لحماية العاقد من أن يذهب ضحية اطمئنانه الى واجب الصدق وحسن النية المفترضين في رفيقه اذا حاول رفيقه أن يستغل اطمئنانه هذا فيغدر به ، كما في صور الخلابة ، واما لاحترام الارادة السابقة من العاقد عندما يطرأ بعد العقد مايخالف مبناها ويوجب اعادة النظر فيها ولو دون تقصير

= التنفيذ العيني اذا لم يتم التنفيذ في الموعد المحدد في العقد ؛ فيجب ان يعطى مجالاً للتحلل من رباط العقد ان شاء ، (مع تضمين العاقد الممتنع عن التنفيذ تعويضاً عما لحق رفيقه من ضرر بسبب الامتناع الذي اضطره الى الفسخ) وبهذا اخذ قانوننا المدني الجديد في المادة /١٥٨/ منه .

والذي أرى ان هذا النظر القانوني وجيه وعادل . وهو مقبول في قواعد الشريعة الاسلامية وفقهها الذي من اهم أسسه قاعدة دفع الضرر المستمدة من قول الرسول عليه السلام : « **لاضرر ولا ضرار** » (ر : ف/٤٧و٥٨٦) واذا كانت نصوص المذهب الحنفي لا تتقبله ، فان في قواعد المذاهب الاخرى ونصوص فقهائها مايؤيده تمام التأييد كما ظهر لي من تتبع هذا الموضوع في فقه المذاهب .

من العاقد الآخر كما في حالة تفرق الصفقة[1] .

٢) — أن العبرة في بناء العقد وترتب أحكامه انما هي للارادة الظاهرة بالايجاب والقبول . فما دخل تحت دلالتها وحدودها فهو المعتبر دون المقاصد الباطنية في نفس أحد العاقدين مما هو مستتر عن العاقد الآخر ومعذور في جهله ، مالم يدل على شيء من هذه المقاصد دليل يجعلها واضحة بالنسبة الى العاقد الآخر ، فعندئذ تدخل تلك المقاصد في حساب العقد ، ويحتج بها على العاقد الآخر ، كما ظهر من الأمثلة التي اوردناها في الغلط الواضح ، وفي اختلال التنفيذ .

وبذلك يكون الفقه الاسلامي قد وفق في نظرية العقد توفيقاً جيداً بين مبدأ احترام الارادة ومبدأ استقرار التعامل ، فجمع بين المبدأين خير جمع ، ووزع اعتبارهما على الأحوال المختلفة خير توزيع .

---

(١) — الخيارات التي تمنح لأحد العاقدين فتعطيه حق ابطال العقد ، دفعاً للضرر عنه ، هي في الفقه الاسلامي اكثر عدداً مما رأيناه هنا في مباحث عيوب الرضى ، ولكن مارأيناه هنا هو اهمها .

ومنها مالا ينشأ عن عيب في الرضى ، كخيار الشرط ، المشروع لتمكين العاقد من التروي ولا يثبت للعاقد الا اذا اشترطه اشتراطاً في العقد .

وقد عدد الحصكفي في الدر المختار معظم هذه الخيارات في اول باب خيار الشرط من كتاب البيوع ، فبلغت **تسعة عشر** نوعاً (ر : رد المحتار ٤/٤٥-٤٦/ والمجلة /٣٠٠-٣٦٠) .

وسيأتي بحث اجمالي ايضاً عن الخيارات بوجه عام في آخر بحث « **الالزام** » من الآثار العامة للعقود فلينظر (ف /٢٠٣) .

الفصل الثالث

آثار العقد ، وما اليها

الآثار العامة للعقود

النفاذ ، والالزام

١٩٣ ــ للعقود آثار عامة ، وآثار خاصة تخص بعضها دون بعض .

ــ فالآثار الخاصة هي الأحكام والنتائج الحقوقية التي تترتب على كل عقد بحسب موضوعه .

فالبيع ينقل الملكية لقاء عوض ؛ والهبة تنقلها بلا عوض ؛ والاجارة تفيد تمليك المنافع بعوض أيضاً ؛ والرهن ينشىء حق احتباس مال المدين في مقابل الدين ؛ والوكالة تنيب الوكيل عن الموكل في التصرف ؛ وهكذا ... فكل عقد له أثر خاص به هو حكمه الشرعي ، ويبحث عنه في بابه المخصوص .

ــ وأما الآثار العامة فهي ما تشترك فيه العقود ، جميعها أو معظمها ، من

أحكام و نتائج ؛ وهي غرض مباحثنا هنا .

فللعقود أثران عامان يعتبران من النتائج الطبيعية الأصلية في معظم العقود والاتفاقات ، وهما : النفاذ والالزام .

وسنعالج كلاً منهما إجمالاً في بحث فرعي على حدة .

الفرع الأول

النفاذ

البحث الأوّل

معنى نفـــاذ العقود ـ نظرية التوقف ، أو عدم النفـاذ ـ انواع العقود الموقوفـة ـ انواع المانع من النفاذ ـ استناد النفاذ (أي أثره الرجعي) بعد زوال المانع ـ قاعـدة : « الاجازة اللاحقـــة كالوكالة السابقة » ـ ملاحظات .

١٩٤ — نفاذ العقود معناه ان العقد منتج نتـائجه المرتبة عليه شرعاً منذ انعقاده . أي ان حكم ذلك العقد وآثاره الخاصة في الحقوق والأموال التي ورد العقد عليها حاصلة بمجرد رضى عاقديه .

ـــ فنفاذ البيع مثلا معناه أنه بمجرد انعقاده صحيحاً قد نقل ملكية

المبيع الى المشتري وملكية الثمن الى البائع ، وأوجب بين الطرفين سائر الالتزامات الاخرى التي أنشأها، كوجوب التسليم والتسلم ، وضمان العيب في المبيع إن ظهر فيه عيب ، الخ ...

ـ ونفاذ عقد الزواج معناه أنه بمجرد انعقاده كذلك صحيحاً قد أحل المتعة الزوجية بين الزوجين ، واوجب على كل منهما الحقوق والالتزامات المتقابلة التي ينشئها العقد بينهما ، فأصبح الرجل مسؤولاً بنفقة المرأة بحدودها وشرائطها المشروعة ، واصبحت المرأة مسؤولة بمتابعته وطاعته المشروعة ، الخ ...

وهكذا يقال في كل عقد ، كالاجارة والصلح والقسمة وغيرها ..

فمتى كان العقد منتجاً نتائجه منذ انعقاده صحيحاً بالشكل المشروح سمي عندئذ : عقداً نافذاً (ر : المجلة/ ٣٧٤) .

وعكس النافذ هو الموقوف . فالعقد الموقوف لا ينتج حكمه منذ انعقاده ؛ بل انه ـ رغم انعقاده صحيحاً ـ تكون آثاره الخاصة النوعية وسائر نتائجه الحقوقية متوقفة ، أي معلقة محجوزة لاتتحقق ولا تسري لوجود مانع يمنع تحققها وسريانها شرعاً .

وذلك كما في حالة الاكراه ، فان من استكره على اجراء عقد لايريده يكون عقده موقوفاً حتى يرضى بنفاذه عليه بعد زوال الاكراه ،

كما تقدم في بحث عيوب الرضى [1] .

وكذا لو باع شخص ملك غيره بلا اذن منه ، أو زوّج الأب مثلاً ابنته الكبيرة الراشدة دون اذنها . فالعقد هنا يتجاوز حقوق عاقديه ويمس حقوقاً لغيرهما . وذلك الغير هو مالك الشيء المبيع في مثال البيع ، والبنت في مثال التزويج . فحقوق الغير هذه تعتبر مانعاً يمنع من ثبوت آثار هذا العقد فتبقى هذه الآثار معلقة مابقي هذا المانع ، فلا تتحقق ولا تسري حتى يزول .

ففي مثال البيع لا تنتقل الملكية ولا يستحق الثمن ؛ وفي مثال التزويج لاتحل المتعة ولا تثبت الحقوق الزوجية حتى يزول ذلك المانع ، بأن يرضى المالك بالبيع الواقع على ملكه ، وترضى البنت بالتزويج الذي أجراه أبوها دون اذنها ؛ فعندئذ ينفذ ذاك البيع وهذا

---

(١) — تقدم هناك ان هذا احد رأيين في المذهب الحنفي ، وهو رأي زفر بن الهذيل من اصحاب أبي حنيفة ، وهو الذي اعتمدناه ، والرأي الآخر ان الاكراه على عقد يجعله فاسداً لا موقوفاً ، وهو رأي أبي حنيفة نفسه (ر: ف/١٨٥ الحاشية)

وهنا تظهر ثمرة اعتبار الاكراه من اسباب عدم نفاذ العقود الى جانب اعتباره من عيوب الرضى كما تقدم . ذلك لأن من المقرر في نظرية الاكراه ان العقد المستكره عليه هو ، رغم انعقاده ، غير منتج لآثاره مالم يرض به الشخص المستكره بعد زوال الاكراه ؛ بينما ان سائر عيوب الرضى الاخرى لاتمنع ترتب الاحكام على العقود التي تعتريها تلك العيوب ، وانما يمنح فيها العاقد الذي عيب رضاه حق الابطال كما تقدم . ولذا وجب ان يعتبر في العقد بالاكراه معنى زائد على عيب الرضى هو التوقف .

الزواج ، أي تترتب عليه آثاره النوعية المقررة له شرعاً ، لأنه بزوال المانع يبرز الممنوع ، كما تقدم ، في بحث المانع (ف/١٤٣) .

هذه نظرية التوقف ، أو عدم النفاذ ، ترتكز كما ترى على نظرية المانع التي سلف شرحها آخر المعلومات التمهيدية المتقدمة في أول هذا الباب الثاني .

١٩٤/٢ ـ انواع هذا المانع :

لكي نستطيع حصر أنواع هذا المانع الذي يمنع نفاذ العقود ، ونردها الى مبادىء عامة كلية يحسن :

ـ اولاً : أن نعرض الأنواع الأساسية للعقد الموقوف في مختلف صوره وأشكاله ،

ـ ثانياً : أن نستخلص على ضوء ذلك العرض أنواع موانع النفاذ التي تتراءى من خلال أنواع العقد الموقوف . وهذا ما سنعالجه فيما يلي :

١٩٤/٣ ـ (أ) ـ انواع العقد الموقوف :

ان التتبع الفقهي يوقعنا على أنواع كثيرة للعقد الموقوف أوصلها فقهاء الحنفية الى ثمانية وثلاثين نوعاً (ر : الدر المختار ورد المحتار ، فصل الفضولي من كتاب البيع ٤/١٣٩) .

غير أننا نخص بالذكر والايضاح منها هنا سبعة أنواع نراها هي الأنواع الأساسية التي يكفي عرضها لمعرفة موانع النفاذ ، وهي :

١) ــ **العقد بالاكراه** ، على رأي من يرى أنه موقوف لا فاسد وهو رأي الامام زفر الذي اعتمدناه كما تقدم آنفاً . (ف/١٩٤)

٢) ــ **عقد الصغير المميز** اذا تصرف في أمواله تصرفاً يحتمل النفع والضرر ، كالبيع والاجارة والقسمة والصلح الخ ...ذلك لأنه قاصر ناقص الاهلية فهو محجور شرعاً حمايةً لحقوقه وأمواله . وإنما يتصرف عنه نائبه الشرعي من ولي أو وصي .

فاذا عقد الصغير المميز بنفسه عقداً محتملاً للنفع والضرر كان عقده غير نافذ ، لأن حق التصرف في ماله ليس له بل لنائبه الشرعي . فيتوقف عقده على اجازة نائبه ، فان رأى فيه المصلحة له أجازه فنفذ ، وان رده بطل ، كما سنرى في نظرية الأهلية والولاية[1] .

٣) ــ **عقد السفيه المحجور عليه** : والسفيه هو من يبذر أمواله ويبددها في طرق غير معقولة . فهذا يحجر عليه القاضي ، ولو كان كبيراً ، فيصبح بالحجر عليه قاصراً كالصغير المميز ، ويقيم القاضي عليه وصياً يتصرف عنه ، صيانة لماله وعياله .

فاذا عقد السفيه المحجور بنفسه عقداً محتملاً للنفع والضرر كان عقده موقوفاً على إجازة وصيه ، فان أجازه نفذ وان رده بطل .

---

(١) ــ سنرى هنا ان سن التمييز تبدأ شرعا وقانوناً في **تمام السنة السابعة** وتنتهي **ببلوغ سن الرشد** المحددة في قانون الاحوال الشخصية وفي القانون المدني .

٤) ـــ *حجر المدين بدين مستغرق* .

المدين اذا استغرقت ديونه أمواله جاز شرعاً للقاضي حجره، أي منعه عن التصرف في ماله، بناء على طلب غرمائه الدائنين صيانة لحقوقهم، كيلا يلجأ بالتصرف الى تهريب أمواله من وجوههم. وعندئذ لا يحق له بعد الحجر عليه أن يتصرف في أمواله .

فاذا عقد عليها عقداً كما لو باع أو وهب أو رهن شيئاً منها فعقده موقوف على اجازة الغرماء [1] .

٥) ـــ *تصرف المريض مرض الموت* [2] اذا تبرع بأي طريق كان

---

(١) - أما قبل الحجر عليه قضاء فقد كانت نصوص أئمة المذاهب الاجتهادية تقضي بنفاذ تصرفه باعتبار ان الديون **متعلقة بذمته** وعهدته ؛ اما اعيان ماله فهي حرة غير مثقلة بحق لأحد ، فينفذ فيها تصرفه . هـــذا هو المنقول في اصول المذهبين الحنفي والحنبلي .

ولكن المتأخرين من فقهاء الحنابلة لما كثر لجوء المدينين الى التصرف بأموالهم تهريباً لها، **أفتوا بعدم نفاذ التصرفات المالية من المدين** الا فيما يزيد من امواله عن وفاء ديونه بناء على قاعدة **المصالح المرسلة** .

ثم تبعهم متأخروا الحنفية فأفتوا أيضاً **بعدم نفاذ وقف المدين** غير المحجور الا فيما يزيد من امواله عن وفاء الدين بناء على قاعدة **الاستصلاح** ايضاً عندما كثر التجاء المدينين الى **وقف اموالهم** ليكيدوا الدائنين ويحرموهم من الاستيفاء .

والذي نرى ان نص متأخري الحنفية على عدم نفاذ وقف المدين **يدل بطريق الاولوية على عدم نفاذ تبرعاته وسائر عقوده المضرة بحقوق الدائنين** .

(انظر ماتقدم ف/٧٠/ الحاشية ، وسيأتي ايضاً ف /٥٤٣/ الحاشية) .

(٢) - مرض الموت هو المرض الذي يقعد الشخص عن عمله المعتاد ويتصل بالموت ، فان شفي منه فهو مرض عادي وليس مرض الموت . =

(بهبة ، أو بوصية ، أو ببيع مع المحاباة بالثمن) بما يزيد عن ثلث تركته . فتبرعه هذا لا ينفذ في القسم الزائد عن ثلث التركة ، لأنه محجور عنه شرعاً ؛ بل هو موقوف على إجازة ورثته ، فان أجازوه نفذ ، وان ردوه بطل . هذا اذا تبرع لغير الوارث ولم يكن عليه دين مستغرق لتركته .

فان تبرع لأحد ورثته كان تبرعه هذا موقوفاً على اجازة باقي الورثة مهما قل مبلغ التبرع ، لأن تبرعه المنجز في مرض موته هو في حكم الوصية المضافة الى ما بعد الموت ومن المقرر في أحكام الشريعة بين جمهور المجتهدين أنه : « لا وصية لوارث [1] » . (ر : ف/١٠٦)

وان كان عليه دين مستغرق توقف تبرعه على اجازة الدائنين .

٦) — تصرفات الرجل المرتد عن الاسلام ، من معاوضات مالية كالبيع ، أو تبرعات كالهبة والوقف والوصية . فان عقوده في حال ردته وسائر تصرفاته المالية من هذا النوع تعتبر موقوفة غير نافذة : فاذا عاد الى الاسلام نفذت ، وان مات ، أو قتل ، أو التحق بدار الحرب

= والشرع الاسلامي يطلق للشخص في مرض موته حق التبرع بثلث امواله على الاكثر ، ويحجره عن التبرع بما زاد عن الثلث ، صيانة لحقوق الورثة .
وسيأتي تفصيل نظرية مرض الموت في بحث عوارض الاهلية (ف ٢/٤٦٢) .

(١) - هذا نص حديث نبوي مختلف في درجته لكنه مروي بطرق عديدة يقوي بعضها بعضاً ؛ وقد تلقاه أئمة المذاهب بالقبول (ر : « نصب الراية » للزيلعي كتاب الوصايا ٤/٤٠٣ وشرح الجامع الصغير للمناوي تحت الحديث ٣/٩٩٣) .

وقضى القاضي باعتباره ملتحقاً بها بطلت تلك العقود والتصرفات[1] .

٧) ــ عقد الفضولي :

الفضولي في اللغة هو : المشتغل بما لا يعنيه (القاموس) .

وشرعاً هو : من تصرف في حقوق غيره تصرفاً قولياً دون تفويض مشروع .

فاذا كان يتصرف في حقوق غيره بتفويض مشروع لم يكن فضولياً، بل يكون نائباً عن ذلك الغير : إما نيابة شرعية كولي الصغير[2]، وإما نيابة قضائية كالوصي الذي ينصبه القاضي على اليتيم ؛ وإما نيابة عقدية كالوكيل .

أي أن التفويض يكون مصدره : إما الشرع، وإما القضاء، وإما التعاقد.

فمن لم يكن مفوضاً في التصرف عن غيره من أحد هذه المصادر فهو فضولي . وذلك كما لو باع شخص أو آجر ملك غيره ؛ أو عقد زواج

---

(١) ــ هذا نظر ابي حنيفة . اما صاحباه (ابو يوسف ومحمد) فيريان ان تصرفات المرتد نافذة ، لأن الردة لا تأثير لها في اهليته الثابتة . وحجة أبي حنيفة ان ردة الرجل جريمة عظمى توجب قتله شرعاً . فتجعل ملكه في امواله معلقاً على نتيجة امره ؛ وان نفاذ التصرفات في المال يستلزم ملكية ثابتة فيه للمتصرف.

أما المرأة فان ردتها لا توجب قتلها شرعاً بل تحبس مؤبداً . فملكيتها مستقرة بالاتفاق، فتصرفاتها نافذة بالاتفاق . (ر : رد المحتار باب المرتد ٣/٢٩٨ و ٣٠٠).

(٢) ــ مثل ابيه ، ثم جده عند عدم الاب . وسنرى في نظرية الاهلية والولاية مراتب الاولياء وتسلسلهم وصلاحياتهم . (ف /٤٦٦ - ٤٦٨) .

امرأة دون اذنها . وكذا لو باع أحد الشريكين أو آجر ،أو رهن ،او وهب المال المشترك جميعه ، اي حصته وحصة شريكه ،دون تفويض من الشريك ، فان العقد يكون موقوفاً بالنسبة الى حصة الشريك .

وان العاقد في كل ذلك وأمثاله يسمى في اصطلاح فقهائنا فضولياً، حتى ان الأب اذا عقد زواج ابنته الكبيرة الراشدة دون اذنها ، ولو كانت بكراً ، يعتبر أيضاً فضولياً ويتوقف نفاذ عقده على اجازتها .

ملاحظة :

ويجب ان يلحظ في هذا المقام ان الفضول لا يكون إلا في مرور التصرف القولي . أما اذا أعقب التصرف القولي بطريق الفضول تنفيذ فعلي ، كما لو باع شخص ملك غيره وسلمه الى المشتري ، فانه عندئذ يصبح غاصباً ، ويأخذ عمله حكم الغصب .

٩٤ ١/٤ - (ب) - انواع المانع من النفاذ :

بعد عرض تلك الانواع الاساسية المختلفة الصور للعقد الموقوف يتراءى من خلالها أن الموانع المختلفة التي تمنع نفاذ العقد وتجعله موقوفاً يمكن ردها جميعاً الى نوعين اثنين: الاكراه ، وحق الغير أي غير العاقدين

ـ فأما الاكراه فأمره واضح مما تقدم في بحثه الخاص من عيوب الرضى .

ـ وأما حق الغير فله ثلاثة أوجه :

١) ـ إما أن يكون حق الغير متعلقاً بعين المحل المعقود عليه ، كما

في بيع ملك الغير . ويدخل في ذلك أيضاً تبرع المريض مرض الموت بما يزيد عن ثلث أمواله ، فان التوقف فيه انما هو لحقوق الورثة .

وكذا تصرف المرتد ، فان التوقف فيه لحقوق الورثة أو بيت المال لأن عقوبة المرتد هي القتل وهو بأ مالم يرجع الى دين الاسلام .

٢) ــ وإما أن يكون متعلقاً بمالية المحل المعقود عليه دون عينه ، كما في تصرف المدين غير المحجور عليه بما يضر حقوق الدائنين ، فان حقوق الدائنين متعلقة بمالية أمواله لأجل استيفاء ديونهم وليست حقوقهم متعلقة بأعيان أمواله ؛ حتى انه لو استطاع أن يأتي بمال آخر يفيهم به حقوقهم نفذت تصرفاته الموقوفة في أمواله تلك التي تعاقد عليها . فلو كانت حقوقهم متعلقة بعين مال المدين كحقوق الورثة في أعيان التركة لما أمكن صرف الدائنين عن أخذ العين بدفع الدين اليهم نقداً .

٣) ــ وإما أن يكون متعلقاً بصلاحية التصرف نفسه لا بمحله المعقود عليه . ويدخل في ذلك تصرف ناقص الأهلية المحجور عليه حجراً شرعياً بسبب الصغر ، كالصغير المميز ، أو حجراً قضائياً بسبب السفه ، أو بسبب الدين المحيط .

فناقص الأهلية من صغير قاصر ، أو سفيه أو مدين محجورين ، لايملك حق التصرف في حقوقه وأمواله ، لأن حق التصرف انما هو لنائبه من ولي ، أو وصي ، أو حارس قضائي ؛ فهو الذي يتصرف عنه ، كما سنرى تفصيله في نظرية الاهلية والولاية . فاذا تصرف ناقص الاهلية

من تلقاء نفسه دون اذن من نائبه الشرعي كان متجاوزاً على حق هذا النائب وصلاحيته ولو أنه انما يتصرف في حقوقه وأمواله . فيتوقف تصرفه على إجازة ذلك النائب الشرعي صاحب حق التصرف : فان أجازه نفذ ، وان رده بطل .

١٩٤/٥ ــ النفاذ بعد التوقف يكون مستنداً دائماً:

يتضح مما سلف ان العقد غير النافذ يعتبر منعقداً صحيحاً قبل الاجازة أو الرفض في نظر الاجتهاد الحنفي . فالاجازة من صاحب الحق تكسبه النفاذ ، والرفض يلغيه .

وبناء على ذلك اذا وجدت الاجازة يكون لها استناد وانعطاف، أي تأثير رجعي . فبعد الاجازة يستفيد العاقد من ثمرات العقد منذ انعقاده ، لأن الاجازة لم تنشىء العقد انشاءً بل انفذته إنفاذاً ، أي فتحت الطريق لآثاره الممنوعة المتوقفة لكي تمر وتسري ، فتلحق تلك الآثار بالعقد المولدلها اعتباراً من تاريخ انعقاده لا من تاريخ الاجازة.

والنظرية الحاكمة في هذا الموضوع هي ان : **الاجازة اللاحقة كالوكالة السابقة** .

فبعد الاجازة يعتبر العاقد الفضولي كوكيل عن صاحب الحق قبل العقد . وبما أن تصرفات الوكيل نافذة على الموكل منذ صدورها يكون عقد الفضولي نافذاً على المجيز نفاذاً مستنداً الى تاريخ العقد .

والاجازة لا تنحصر في التعبير الصريح ، بل كل وسائل التعبير عن

الارادة من وسائل صريحة أو ضمنية ، وقولية أو فعلية ، مما يقبل في انشاء العقود ، تقبل في إجازة العقد الموقوف .

فمن بلغه بيع فضولي لماله ، فسلم الى المشتري ذلك المال طوعاً ، يعتبر تسليمه اجازة لعقد الفضولي .

واذا عقد فضولي زواج امرأة على رجل فبلغها العقد ، فطاوعت في الزفاف اليه ، كان ذلك منها اجازة .

ولصحة الاجازة بعض شرائط ترى في بحث الفضولي من كتاب البيع في مدونات الفقه الحنفي (ر : رد المحتار ٤/١٤٠ والمجلة/٣٨٧).

واهم تلك الشرائط أن لا يسبق الاجازة رفض من صاحب حق الاجازة ، لأنه اذا سبق منه رفض للعقد الموقوف بطل العقد ، فلا يقبل اجازةً بعد ذلك ، كما سنرى في بحث البطلان من نظرية المؤيدات .

١٩٤/٦ ــ ملاحظات :

يجب أن يلحظ على ضوء ما تقدم من المباحث الملاحظتان التاليتان :

١) ــ ان العقد الموقوف لا يكون دائماً متوقفاً نفاذه على اجازة شخص غير العاقد ، بل هذا هو الاغلب ؛ فقد يكون متوقف النفاذ لا على اجازة أحد ، بل على زوال حالة أوجبت عدم النفاذ . كما في تصرفات المرتد عن الاسلام . فان نفاذ تصرفاته تتوقف على عودته الى الاسلام في نظر ابي حنيفة : فاذا عاد الى الاسلام نفذت تصرفاته

الموقوفة، واذا مات على الردة، اوقتل، أو التحق بدار الحرب[1] بطلت.

٢) ـ ان الغاية الشرعية من نظرية التوقف ليست دائماً حماية حق الغير، بل قد تكون غاية التوقف في كثير من الحالات حماية حق المتصرف نفسه، كما في العقد بالاكراه، وعقد الصغير المميز.

كما يلاحظ أنه حتى في هذه الحالة (التي يكون فيها التوقف لحماية حق العاقد نفسه) يمكن ان يعتبر المانع من النفاذ هو حق الغير. وهذا واضح لاغرابة فيه بعد ان عرفنا أن حق الغير ليس من الضروري ان يكون متعلقاً بمحل العقد، بل قد يكون في صلاحية التصرف. فالمانع من النفاذ في عقود الصغير ناقص الاهلية هو حق الغير، اي حق نائبه الشرعي في التصرف عنه. أما الغاية الشرعية من وقف عقود هذا الصغير على اجازة نائبه الشرعي فهي حماية اموال الصغير المتصرف نفسه وحماية حقوقه من سوء تصرفه، لعدم رشده.

البحث الثاني

مدى نفاذ العقود على الاشخاص

١٩٤ / ٧ ـ رأينا ان العقد لايجوز ان يتجاوز على حقوق الغير،

---

(١) ـ دار الحرب في اصطلاح الفقه الاسلامي ليس معناها البلد الذي فيه حرب فعلية قائمة مع الدولة الاسلامية؛ بل كل بلد ليس للدولة الاسلامية عليه سيطرة تتمكن معها من اجراء احكام الاسلام فيه علنا هو دار حرب، لاحتمال قيام حرب بين أهله والمسلمين. ويلحق بدار الحرب البحار الملجة والمفازات التي لاسيطرة عليها لأحد (ر: رد المحتار آخر باب «المستامن» من كتاب الجهاد ٣/٢٤٤ و ٢٥٥).

فان تجاوز توقف وامتنع نفاذه ، كما في عقد الفضولي.

لكننا نرى أشخاصاً غير العاقد ينفذ عليهم عقد العاقد وتقيدهم التزاماته الحقوقية كما لو كانوا هم العاقدين ، فهم في حكم العاقد نفسه ، وليسوا اشخاصاً ثالثين ، بالمعنى المقصود من لفظ « الغير » . وذلك كما لو رهن شخص بعض ماله في مقابل دين عليه، ثم مات ؛فان هذا الرهن نافذ على ورثته ، وان لم يعقدوه هم . فلا يستطيعون أخذ المرهون من المرتهن واقتسامه بينهم مالم يوفوه الدين كملا ؛وان كانوا غير مجبرين على وفاء الدين من اموالهم الخاصة ان لم يكن في التركة وفاء .

لذلك وجب ان نعرف من هم الاشخاص الذين في حكم العاقد فتسري عليهم آثار عقده وتنفذ في حقهم ؛فيكون سواهم هو المقصود بكلمة (الغير) في قولنا : ان العقد لا ينفذ في حقوق الغير .

ان تتبع الاحكام الفقهية فيما يتعلق بالعقد وآثاره تدل على ان الاشخاص الذين لهم حكم العاقد نفسه من كل الوجوه أو من بعضها ، فتنفذ في حقهم وتسري عليهم آثار عقده ضمن حدود معينة ، هم الاصناف التالية:

١) — المنوب عنه في العقد المعقود بطريق النيابة ؛في جميع صورها (من ولاية ، او وصاية ، او وكالة)[1] .

---

(١) — الولاية هي نيابة شرعية ثابتة لبعض اقرباء الشخص القاصر كأبيه وجده بترتيب معين .

والوصاية هي نيابة قضائية لشخص ينصبه القاضي للتصرف عن ايتام قاصرين يسمى : وصياً .

والوكالة نيابة تعاقدية ؛كما تقدم في النوع /٧/ من العقود الموقوفة وهو عقد الفضولي.

فعقد النائب عن المنوب عنه نافذ على هذا الاخير كما لو باشره بنفسه وهو أهل لمباشرته . فالوكيل ببيع أو أجارة أو صلح أو تزويج أو تطليق أو بأي تصرف آخر اذا قام بهذا التصرف عن موكله ضمن حدود وكالته تسري على الموكل جميع الآثار النوعية لهذا التصرف من تمليك والتزامات واسقاطات وزوجية وفراق، بحسب نوع التصرف الموكل به .

وكذا الولي أو الوصي على صغير قاصر أو على كبير مجنون ، اذا أبرم عقداً لمصلحة الصغير أو المجنون ضمن حدود سلطة الولاية او الوصاية شرعاً ، كما لو اشترى لهما ما يحتاجان اليه أو باع ما يستغنيان عنه ، أو آجر مالهما أو استأجر لهما ، الخ ...

فكل ذلك نافذ ساري الآثار على الصغير أو المجنون . فيملكان ما اشتري لهما ، ويلتزمان بثمنه في اموالهما يوفيه بالنيابة عنهما الولي أو الوصي ، كما يخرج من ملكهما ما بيع من اموالهما .

ومن هذا القبيل العقود التي يجريها الحاكم على الافراد بمقتضى سلطته الشرعية وولايته العامة ، كبيع القاضي اموال المدين المماطل لأجل وفاء الدين ، وبيعه الاموال المحتكرة جبراً على محتكريها .

وهذا النفاذ المباشر في عقد النائب على المنوب عنه هو المميز الاساسي لعقد النائب عن عقد الفضولي كما تقدم .

٢) — المتفضل عليه [1] :

يوجد حالات استثنائية يعتبر فيها غير النائب كالنائب في تصرفه بشؤون غيره . وذلك كما لو كان شخصان مترافقين في سفر فمات احدهما ، فقام الثاني بتجهيزه ودفنه وجمع امواله ونقلها الى ورثته ؛ وفي سبيل ذلك باع امتعته واشترى مايحتاج اليه تجهيزه ودفنه . فان تصرفاته هذه تنفذ على اصحاب الحقوق في تركة الميت استحساناً ، ولا يعتبر الرفيق فضولياً ، ولا يضمن ما أنفق . وقد فعل ذلك الامام محمد ، اذ مات بعض تلامذته ، فباع محمد كتبه لتجهيزه فقيل له : « انه لم يوص » (أي انه لم يعين قبل وفاته وصيا على تركته لادارتها) فتلا محمد قوله تعالى : « والله يعلم المفسد من المصلح » .

---

* (١) — في الفقه القانوني عند علماء القانون لاتوجد نظرية **العقد الموقوف** كما في الفقه الاسلامي .

ولكن في مصادر الالتزام يبحثون فيما يسمونه « **الفضالة** » واسميناه نحن هنا فيما يتعلق بالعقود « **تفضلاً** » ويوسعون حق المتفضل في إلزام المتفضل عليه ونفاذ تصرفاته في حقه الى نطاق يعتبر في نظر الفقه الاسلامي **فضولاً** محضاً لا **تفضلاً** .

وقد رأينا ان لفظ « **الفضالة** » غير موجود في العربية ، فاستبدلنا به لفظ « **التفضل** » وآثرنا استعماله هنا في فقهنا عنواناً على الحالات الاستثنائية التي ينفذ فيها تصرف الشخص على غيره دون سابق اذن .

وبذلك نميز بين موضوعين يجب التمييز بينهما في الاسم ، وهما :

— « **الفضول** » الذي يتوقف فلا ينفذ .

— « **والتفضل** » الذي ينفذ على الغير ويلزمه .

فما كان على هذا القياس من التفضل فمقبول . وضابطه الذي تدل عليه الفروع الفقهية أن يكون التفضل مستنداً الى عرف ، او اضطرار. وله امثلة كثيرة مذكورة في كتاب الغصب من رد المحتار (٥/١١٧) ، وفي الاشباه والنظائر لابن نجيم ، كما سنرى في الجزء الثاني من هذه السلسلة الفقهية وهو (المدخل الى النظرية العامة للالتزام في الفقه الاسلامي ف/٦٥).

ومن هذا القبيل تصرف احد الشريكين في الانفاق على اصلاح العقار المشترك الذي لا يقبل القسمة اذا احتاج الى النفقة التعميرية الضرورية وامتنع الآخر عن الانفاق ، فان لشريكه ان ينفق هو ، ويرجع عليه بحصته من النفقة [1] .

فهنا ايضاً نفذت على الشريك عقود النفقة التي اجراها شريكه الآخر دون نيابة عنه أو اذن .

٣) — الوارث : فان جميع عقود مورثه التي يعقدها منجزةً في حال صحته وكمال رشده وينشىء بها لغيره حقوقاً عينية تتعلق بشيء من اعيان ماله ، أو ينشىء بها التزامات مالية على نفسه ، كل ذلك تعتبر تركته مثقلة به ، ويعتبر نافذاً في حق الوارث يحتج به عليه ، فلا

---

(١) — نصت المادة/١٣١٣/ من المجلة على ان الشريك المنفق في هذه الحال اذا انفق باذن الحاكم يرجع على شريكه بحصته من النفقة الفعلية . اما اذا انفق بدون اذن الحاكم فانه يرجع على شريكه بحصته من قيمة الابنية والتعميرات والفرق بينهما ان قيمتها مبنية تكون في العادة اقل مما انفق عليها فعلاً .

يخلص له من التركة شيء الا ما فضل منها عن وفاء هذه الحقوق .

فمثلاً لو ان المورث كان راهناً لبعض ماله فأراد الوارث ان يأخذ المرهون من المرتهن بحجة انه قد ملكه ارثاً ، لايحق له ذلك الا بعد وفاء الدين من التركة ، لأن للمرتهن حقاً في مالية المرهون ثبت له بعقد المورث قبل ثبوت ملك الوارث في التركة . وهكذا يقال فيما سوى ذلك من العقود .

٤) — الموصى له بعين معينة من تركة الموصي :

فان هذه العين الموصى بها اذا كانت لا تتجاوز ثلث التركة تنتقل الى الموصى له مثقلة بجميع الحقوق التي كان انشأها عليها الموصي بعقد صحيح .

فلو كانت العين مأجورة تكون الاجارة نافذة في حق الموصى له ، وسارية عليه ، فلا يستطيع أخذ العين إلا بعد انقضاء مدة الاجارة[1] .

---

(١) — الاجتهادات الاسلامية مختلفة في انفساخ عقد الاجارة بموت احد العاقدين او عدم انفساخه .

والراجح في الاجتهاد الحنفي الانفساخ ، وفي الاجتهاد الشافعي عكسه .

والمثل الذي اوردناه يتمشى على القول ببقاء الاجارة وعدم انفساخها بالموت ، وهو الذي عليه الاحكام القانونية لدينا .

ـــ يتضح من هذه الأحوال التي يسري فيها وينفذ عقد الشخص على غيره، ان هذا النفاذ على الغير يرجع الى احد سببين : **التمثيل** ، و**الخلفية** .

ـــ فالتمثيل هو كون العاقد انما يمثل شخص ذلك الغير ويقوم مقامه قياماً مشروعاً في التعاقد نفسه ، كما في حالتي النيابة والتفضل .

ـــ والخلفية هي أن يحل بعد التعاقد غير العاقد محل العاقد في ملكية امواله وحقوقه ، كما في حالتي الوصية والأرث .

وبما ان الخلفية ينتقل فيها الملك والحقوق انتقالاً عن العاقد الى غيره كان من الطبيعي ان تسري على الخلف آثار عقود سلفه ، لأن الشخص لا يستطيع تملك أكثر مما يملك ، وأموال السلف مثقلة بآثار عقوده النافذة عليه ، فتنتقل كما هي ، لأن الانتقال لا يلغي الحقوق المكتسبة الثابتة[1] .

---

(١) ـ يقسم علماء القانون في هذا المقام الخلف الى صنفين :

ـ **خلف خاص** ، وهو الذي يخلف العاقد في ملكية عين او اعيان مخصوصة من ماله ، كالموصى له بعين معينة من التركة .

ـ **وخلف عام** ، وهو الذي يخلف العاقد في جميع حقوقه وذمته ، وهو الوارث .

وللوارث في القوانين الاجنبية الاوروبية ان يقبل الارث او يرفضه . فان قبله التزم بجميع ديون المورث ولو زادت عن التركة ، كما انه يستحق جميع حقوقه وامواله . وهذا معنى كونه يخلفه في ذمته العامة .

اما في شريعة الاسلام فليس للوارث رفض الارث بل الارث جبري ، ولا يلتزم الوارث بديون المورث ، وانما تستوفى الديون من التركة قبل الارث كما تقدم (ر : ف /١٠٦) .

الفرع الثاني

الالزام واللزوم

١٩٥ — الالزام في اصطلاح نظرية العقد يقع على معنيين :

الاول) — معنى : انشاء الالتزامات . فيقال عقد ملزم بمعنى أنه ينشىء على العاقد التزاماً . (وسنرى قريباً معنى الالتزام).

والثاني) — معنى : عدم إمكان رجوع العاقد عن العقد بارادته المنفردة . فيقال : عقد ملزم ، بمعنى أن العاقد لا يحق له فسخ العقد إلا برضى العاقد الآخر . فكما لا يعقد العقد إلا بالتراضي لا يفسخ إلا بالتراضي .

وهذا المعنى يسمى أيضاً في اصطلاح فقهاء الشريعة الاسلامية : لزوماً ، فيقال عقد لازم لزوماً ، كما يقال : ملزم الزاماً ، بمعنى أنه لا يستطيع العاقد فسخه الا بالتراضي . وهذا التراضي على الفسخ يسمى عندئذ : اقالة ، أو تقايلا ، كما سنرى في الفصل الرابع الباحث في انحلال العقد .

واننا ، بغية الدقة في تحديد المفاهيم العلمية ومنع الاشتباه ، سنقصر لفظ الالزام ومشتقاته في العقود على المعنى الأول (انشاء الالتزامات) ،

ونقتصر في المعنى الثاني (عدم امكان الرجوع عن العقد) على لفظ اللزوم ومشتقاته .

وسنعرض — في بحثين متتاليين — بعض المعلومات الاجمالية عن الالزام واللزوم .

البحث الأوّل

الالزام

١٩٥ / ٢ — الالزام أثر عام لجميع العقود بلا استثناء . فما من عقد صحيح إلا وينشىء التزاماً معيناً على أحد عاقديه ، أو التزامات متقابلة معينة بينهما موزعة عليهما ، هي من الآثار الخاصة للعقد ، بحسب موضوعه والشروط التي يتفق عليها عاقداه ضمن الحدود الجائزة شرعاً .

إن البحث في أثر العقد الالزامي ، أي في انشائه للالتزامات ، يتناول النقاط التالية :

١) — تعريف الالتزام وتحديد أنواعه اجمالاً .

٢) — الفرق بين الالتزامات التي ينشئها العقد ، والحكم الاصلي للعقد .

٣) — كيفيه انشاء العقد للالتزامات ، ونظرية مقتضى العقد[1] .

وإليك إيضاح هذه النقاط فيما يلي :

---

(١) — المقتضى : بصيغة اسم المفعول بمعنى « الموجب » (بصيغة المفعول ايضاً) .

١٩٥/٣ — تعريف الالتزام ، وتحرير انواعه :

الالتزام هو : كون الشخص مكلفاً بفعل ، او بامتناع عن فعل لمصلحة غيره .

أ) — فضمان ما يتلفه شخص لآخر من أموال محترمة هو التزام يقع على عهدة المتلف لمصلحة صاحب المال . وكذا التعويض عن كل ضرر يلحقه شخص بآخر مباشرة أو يسببه له ، فانه التزام على المسبب لمصلحة المتضرر .

ونفقة الفقير العاجز على قريبه الغني في درجات معينة من القرابة هي التزام على هذا الغني لمصلحة قريبه الفقير .

وتسليم المبيع ، وضمان عيوبه الخفية ، هما التزامان على البائع لمصلحة المشتري . وكذا أداء الثمن ، وتسلم المبيع ، هما التزامان على المشتري لمصلحة البائع .

وكل من هذه الالتزامات في هذه الأمثلة هو تكليف بفعل . فهي التزامات ايجابية .

ب) — وعدم التعدي على نفس انسان أو جسمه أو ماله أو كرامته هو التزام يوجبه الشرع على كل مكلف .

وكذا عدم استعمال الوديعة ، وعدم التقصير في حفظها ، هما التزامان على كل وديع لمصلحة المودع يوجبهما عقد الايداع .

وكذا عدم تجاوز الحد المعتاد في استعمال العارية وفي استعمال

المأجور هما التزامان على المستعير وعلى المستأجر لمصلحة المعير والمؤجر، ويجبان بعقدي الإعارة والإجارة .

و كل من هذه الالتزامات في هذه الامثلة هو تكليف بامتناع عن فعل . فهي التزامات سلبية .

١٩٥/ ٤ — ويتضح من هذه الأمثلة ما يلي :

١) — ان الالتزام قد ينشأ عن عقد ، كالتزام المستأجر بالأجرة، والتزام البائع بضمان العيب . وقد ينشأ عن مصدر آخر غير العقد، كما في ضمان المتلفات و تعويض سائر الاضرار ، فان مصدره المباشر الذي نشأ الالتزام منه هو الفعل الضار ، وكما في الالتزام بنفقة الأقارب، فان مصدره الشرع .

فاذا كان الالتزام ناشئاً عن عقد سمي : التزاماً عقدياً .

واذا كان ناشئاً عن مصدر آخر سمي : التزاماً غير عقدي .

٢) — الفرق بين الالتزامات والعقود :

فالالتزام هو غير العقد ، ولا يجوز التعبير بالالتزامات عن العقود كما يفعل بعض الطلاب . فهذا التعبير خطأ فاحش ، فان العقد مصدر من مصادر الالتزام ، أي انه أحد الأسباب المولدة للالتزامات ، لأن الالتزام كما رأينا هو أثر حقوقي قد ينشأ عن عقد فيكون التزاماً عقدياً، وقد ينشأ عن سبب آخر كالغصب والاتلاف ، فانهما سببان لالتزام الغاصب والمتلف بالضمان المالي . (وسنرى في الجزء الثاني من هذه السلسلة الفقهية حصر مصادر الالتزام) .

والخلاصة أن بين العقد والالتزام الحاصل به ما بين المؤثر والأثر من العلاقة واختلاف المفهوم .

وبعد هذا التعريف والايضاح لمعنى الالتزام نعود فنقول :

— ان الالزام (أي انشاء الالتزامات بوجه عام بقطع النظر عن نوعها) هو أثر عام في كل عقد .

فلا يخلو عقد بين شخصين من انشاء التزام على أحدهما ، أو التزامات متقابلة عليهما . ذلك لأن الغاية من كل عقد إنما هي الوصول إلى نتيجة حقوقية رضائية لم تكن حاصلة بين المتعاقدين قبل العقد ، وإلا كان العقد عبثاً من قبيل تحصيل الحاصل .

— أما الالتزامات المعينة التي ينشئها عقد معين ، كالبيع والاجارة والرهن مثلا ، فهي آثار خاصة لذلك العقد الذي انشأها ، كالتزام البائع بتسليم المبيع والتزام المشتري بدفع الثمن نتيجة لعقد البيع ، وكالتزام المرتهن بعدم التقصير في صيانة المرهون وباعادته بعد وفاء الدين ، ونحو ذلك مما سبقت أمثلته .

١٩٥ / ٥ — الفرق بين الالتزامات العقدية والحكم الأصلي لكل عقد :

ان الالتزامات التي ينشئها كل عقد بين عاقديه هي غير الحكم الأصلي لذلك العقد . وايضاح ذلك أن كل عقد ينشىء نوعين من الآثار :

(١) — الحكم الأصلي لذلك العقد .

(٢) — والالتزامات المتنوعة التي ينشئها العقد .

أ) — فأما الحكم الأصلي فهو الأثر النوعي للعقد ، أو هو الغاية الحقوقية الاساسية التي شرع ذلك العقد ليكون طريقاً مشروعاً للوصول اليها .

وذلك كانتقال الملكية بعوض في عقد البيع ، وبلا عوض في الهبة . وكتمليك المنافع موقتاً بعوض في الاجارة وبلا عوض في الاعارة . وكحل المتعة الزوجية في عقد الزواج ، وسقوط أسباب النزاع القائم بين المتنازعين في عقد الصلح ، وهلم جرا ...

يتضح بذلك ان الحكم الاصلي لعقد هو الذي يعتبر موضوعاً لذلك العقد حين التعاقد ، بالمعنى الذي سبق شرحه للفظ « الموضوع » في الفصل الأول (ر : ف/ ١٤٨ — ١٤٩) .

ب) — وأما الالتزامات التي ينشئها العقد فهي كل تكليف بفعل أو بامتناع عن فعل يجب بمقتضى العقد على أحد العاقدين لمصلحة العاقد الآخر . كتسليم المبيع ، وضمان العيب ، وأداء الثمن ، وعدم استعمال الوديعة ، ونحو ذلك مما تقدمت أمثلته [1] .

---

*(١) — (ر : الدر المختار ورد المحتار ، أوائل كتاب البيوع ج ٤ ص/٦) .

وان هذا التمييز الذى ميزناه بين **الحكم الاصلي** للعقد وبين **الالتزامات** التي ينشئها العقد هو المستفاد من مجموع نصوص فقهائنا في مختلف العقود . فان فقهاءنا في مطلع البحث عن كل عقد بعد تعريفه وبيان شرائطه يبينون في الغالب حكمه الاصلي ، وكثيراً ما يميزون هذا الحكم الاصلي عن أحكام اخرى تنشأ بالعقد نفسه =

١٩٥/٦ - نتائج هذا التمييز :

لهذا التمييز بين الحكم الاصلي للعقد وبين الالتزامات التي ينشئها العقد نتيجتان :

النتيجة الاولى) — أن الحكم الأصلي يتحقق وينفذ بمجرد انعقاد العقد صحيحاً ، فلا يحتاج الى تنفيذ. فبمجرد انعقاد البيع صحيحاً تنتقل الملكية الى المشتري . وكذا بمجرد الانعقاد الصحيح في الاجارة والنكاح والصلح يملك المستأجر منفعة المأجور ، وتحل العشرة الزوجية بين الزوجين ، وتمتنع الخصومة القضائية في الحقوق التي

= ايضاً يسمونها **أحكاماً تابعة أو تبعية** . فقد قال صاحب الدر المختار شرح « تنوير الابصار » في اوائل كتاب البيوع ما نصه :

« وحكمه - أي حكم عقد البيع - ثبوت الملك » .

أي ان حكم عقد البيع هو ثبوت ملكية المبيع للمشتري انتقالاً عن البائع . قال ابن عابدين في حاشيته « رد المحتار » تفسيراً وتعليقاً على قول الشارح **« وحكمه ثبوت الملك »** مانصه :

« أي ثبوت الملك في البدلين : لكل منهما (أي المتبايعين) في بدل . وهذا حكمه الاصلي . والتابع (أي حكمه التبعي) وجوب تسليم المبيع والثمن ، وثبوت الشفعة لو المبيع عقارا . » الخ . .

فأفاد ، كما ترى ، ان للبيع حكماً اصلياً واحداً هو نقل الملكية بعوض ، وأحكاماً تبعية أخرى تابعة لذلك الحكم الاصلي . وهذه الاحكام التبعية هي مانسميه اليوم : **الالتزامات الناشئة بالعقد** ؛ وهي غير الحكم الاصلي .

وسنرى قريباً (ف ١٩٥/٧) أن هذه الالتزامات ما كان منها من ترتيب الشارع بحيث يثبت دون اشتراط من أحد العاقدين يسمى **مقتضى العقد** ، كوجوب تسليم المبيع والثمن بعد البيع .

كانت هي محل النزاع بين المتصالحين ، وهلم جراً ...

ذلك لأن كلاً من هذه الاحكام هو الغاية الاساسية التي شرع العقد طريقاً موصلا إليها ، فبمجرد انعقاده صحيحاً يوصل الى هذه الغاية .

أما الالتزام فلأنه تكليف على شخص لمصلحة آخر ، وكل تكليف يحتاج الى تنفيذ ، لذلك لا يتحقق مقتضاه بمجرد انعقاد العقد صحيحاً ، بل لا بد لتحقق مقتضاه من أن يقوم بتنفيذه بعد العقد ذلك العاقد الملتزم به .

ومن هذه النتيجة تنصب علامة فارقة لتمييز الحكم الأصلي عن الالتزام بين مجموع آثار العقد ، وهي :

ان ما يفهم الانسان حصوله بمجرد سماعه بوقوع العقد الصحيح هو الحكم الاصلي لذلك العقد . وما لا يفهم حصوله بالعقد ، بل يحتاج العلم بحصوله الى استفهام ، فهو التزام .

فمن سمع أن فلاناً قد باع سيارته يفهم ان ملكيتها قد انتقلت الى المشتري فأصبح هو مالكها ، ولكنه لا يستطيع أن يفهم من وقوع البيع الصحيح أن ثمنها قد دفعه المشتري ، وان البائع قد سلمها اليه ، لأن وجوب دفع الثمن و تسليم المبيع هما التزامان يحتاجان الى تنفيذ من قبل الملتزم ، ولا يتحقق مقتضاهما بمجرد العقد كما يتحقق به انتقال ملكية المبيع .

و كذا من سمع بزواج امرأة لا يفهم من مجرد وقوع العقد أن الزوج قد دفع المهر . ومن سمع بأن فلاناً أودع متاعاً عند آخر لا يفهم أن الوديع كان مدة الايداع قائماً بالتزامه في الامتناع عن استعمال الوديعة .

النتيجة الثانية) ــ أنه عند اختلاف المتعاقدين في تنفيذ بعض الالتزامات العقدية تعتبر تلك الالتزامات غير منفذة حتى يثبت الملتزم المكلف بها أنه قد نفذها .

فلو أنكر المشتري قبض المبيع ، كان على البائع اثبات التسليم .

ولو أنكر البائع قبض الثمن كان على المشتري اثبات الدفع .

وهكذا يقال في كل التزام .

١٩٥ /٧ ــ كيفية انشاء العقد للالتزامات ، ونظرية مقتضى العقد :

إن الالتزامات التي ينشئها العقد بين الطرفين نوعان :

أ) ــ فمنها التزامات يستلزمها العقد فيعتبر العاقد مكلفاً بها دون حاجة الى اشتراطها عليه صراحة من قبل العاقد الآخر . وذلك كالتزام البائع بتسليم المبيع و بضمان العيب ، والتزام المشتري بدفع الثمن في عقد البيع ؛ وكالتزام المؤجر بتسليم المأجور والتزام المستأجر بدفع الاجرة و بعدم التعدي على المأجور في عقد الاجارة .

فهذه الالتزامات وأمثالها في كل عقد قد نظمها الشرع آثاراً للعقد الذي ينشئها بحسب الحاجة ، تحقيقا للتوازن الواجب الرعاية بين العاقدين في الحقوق والوجائب . و بذلك يستغني العاقدان عن ذكر هذا النوع من الالتزامات في كل عقد ، اعتماداً على ما هو مقرر في النصوص الشرعية .

ومجموعة هذا النوع من الالتزامات في كل عقد تسمى في اصطلاح فقهاء الشريعة **مقتضى العقد**.

ومرجع معرفة هذا النوع هو نصوص الشريعة وآراء الفقهاء في الباب المخصوص لكل عقد من العقود :

ب) ــ وما سوى ذلك من الالتزامات العقدية لايجب على أحد العاقدين الا اذا اشترطه عليه العاقد الآخر في العقد. وذلك كما لو اشترط بائع الفرس أن يظل مستعملا لها بعد البيع بقية الشهر ، أو اشترط المشتري على البائع ايصال المبيع الى بيته ، أو اشترط الواهب على الموهوب له تعويضا عن الهبة . أو اشترط البائع عدم ضمان ما يظهر في المبيع من عيوب خفية، او اشترط المؤجر دفع الاجرة سلفاً عن مدة الاجارة كلها. فكل ذلك وامثاله ، مما لم توجبه نصوص الشريعة ولا اجتهاد الفقهاء ، لا يكون من مقتضى العقد ولا يترتب على العاقد الا بالشرط .

هذا وسنرى في بحث سلطان الارادة العقدية ما يجوز اشتراطه شرعاً من الالتزامات وما لايجوز .

البحث الثاني

اللزوم

١٩٥/٨ ــ ينقسم هذا البحث الى مطلبين :

الاول) ــ في بيان متى تثبت صفة اللزوم للعقد ؟

الثاني) — في نظرية عدم اللزوم ، والعقود غير اللازمة .

المطلب الاول

متى تثبت صفة اللزوم للعقد ؟

خيار المجلس واختلاف الاجتهادات فيه

١٩٦ — قلنا ان اللزوم معناه أن لا يستطيع أحد الطرفين بعد العقد التحلل من قيده مالم يتفقا على الاقالة ، فان العقد رابطة تقيد المتعاقدين ، وان ارادة أحد الطرفين لا تستطيع هدم العقد ولا تعديله.

واللزوم فكرة أساسية ضرورية في العقود ، ولولاها لفقد العقد أهم مزاياه في بناء الاعمال والحياة الاكتسابية .

وقد رأينا فيما سبق ان العقد يتكون من ارادتين جازمتين ، مظهرهما بالتعبير المعرب عنهما ، وهو ايجاب وقبول أو مايقوم مقامهما .

ومن مقتضى ذلك ان يتم العقد وينبرم بمجرد الايجاب والقبول أو مايقوم مقامهما فوراً دون توقف على فعل آخر . فتثبت آثار العقد ، ويصبح لازماً بمجرد تمامه ، فلا يكون لاحدهما ان يرجع في العقد بعد الانعقاد الحاصل من ارتباط الايجاب بالقبول .

وهذا ما أقره فقهاؤنا قاعدة في العقود ، لا يشذ عنها الا طائفة من العقود تقتضي طبيعتها عدم اللزوم ، وتسمى : « **العقود غير اللازمة** » ، وإلا ماوجب فيه خيار لأحد العاقدين باشتراطهما أو بايجاب الشرع ، مما سيأتي بيانه قريباً .

والاجتهادات الاسلامية متفقة على أن العقد متى اكتسب صفة اللزوم ليس لأحد العاقدين فيه رجوع إلا باتفاقهما ، لأن في نقض العقد تغييراً للوضع الحقوقي الذي استقر بين العاقدين ؛ فيتوقف النقض على التراضي ، كأصل العقد .

غير أن الاجتهادات الاسلامية مختلفة في الوقت الذي يكتسب فيه العقد اللازم صفة اللزوم :

— فذهب الاجتهادان الشافعي والحنبلي الى أنه في عقد البيع وسائر العقود اللازمة القابلة للفسخ ، كالاجارات والصلح عن مال بمال ، لا يكتسب العقد صفة اللزوم إلا بعد أن ينقضي مجلس العقد بتفرق العاقدين بأبدانهما ؛ أما قبل ذلك فلكل واحد من العاقدين أن يرجع عن العقد .

ومستند هذا الاجتهاد ماورد في الحديث الثابت عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال : « المتبايعان بالخيار مالم يتفرقا » .

وحكمة ذلك فسح المجال للتروي والتبصر كي لا يكون العاقد مأخوذاً ببديهته . ويسمون هذا الخيار « خيار المجلس » .

— وذهب الاجتهادان الحنفي والمالكي الى ان العقد اللازم متى انعقد أصبح مبرماً بمجرد تمام الايجاب والقبول أو مايقوم مقامهما من فعل أو دلالة ؛ وليس لأحد العاقدين رجوع إلا بموافقة الطرف الآخر . وعلى هذا يجري القضاء في جميع البلاد الاسلامية اليوم .

وأصحاب هذا الاجتهاد يؤولون ذلك الحديث الوارد في خيار المجلس تأويلا آخر ، وينزلون الخيار والتفرق الواردين فيه على معنى يتفق مع مذهبهم ؛ ويستدلون على اللزوم الفوري في العقود اللازمة ، ومنها البيع ، بأدلة أخرى من الكتاب والسنة والقياس . (ر : كتاب «الملكية و نظرية العقد » للأستاذ الشيخ محمد أبي زهرة ، ف/١٠٧) .

وهذا الاجتهاد يتفق والنظر الحقوقي الحديث،وهو أقطع للخلاف بين المتبايعين ، واجرى مع الحاجة العملية الى البتات السريع في مؤاخذة المرء بارادته الجازمة المنشئة في التصرفات المدنية ،ومتفق أيضاً مع نظرة الشارع الاسلامي في سائر العقود الاخرى التي هي أعظم من البيع شأناً واكبر خطراً كعقد النكاح ، اذلم يجعل في شيء منها خياراً طبيعياً بعد تمام القبول .

وخير تأويل نراه لذلك الحديث الوارد في خيار المجلس هو أن المراد بالخيار فيه هو خيار الطرفين خلال اجراء العقد في الفترة التي بين الايجاب والقبول ؛ وأن المراد بالتفرق هو انقضاء مجلس العقد سلباً أو ايجاباً : أي ان الموجب مخير في الاستمرار على ايجابه أو الرجوع عنه قبل القبول ، كما ان الطرف الآخر مخير في أن يقبل أو لا يقبل حتى يتفرقا ،أي حتى ينقضي مجلس العقد ،إذ يستلزم انقضاؤه تفرقهما.

وهذا التفرق يكون :

ـــ إما بالاعراض أو الرفض الصريح ؛فيبطل الايجاب ولا يصح ان يبنى عليه قبول .

ـــ وإما بالقبول ، فينبرم العقد ، ويلزم كل من الطرفين بمقتضاه[1] .

المطلب الثاني

نظرية عدم اللزوم ، والعقود غير اللازمة

(١) ـ عدم اللزوم بمقتضى طبيعة العقد : الانواع الثلاثة لهذا القسم ـ عقد الاستصناع .

(٢) ـ سلب اللزوم عن العقود اللازمة وحالاته :

أ) ـ حالة الفساد

ب) ـ حالة الاكراه

ج) ـ حالة الخيارات العقدية

١٩٧ ـــ إن اللزوم بوجه عام قد يتخلف عن بعض العقود ، فيستطيع كل من الطرفين أو احدهما فقط ان يتحلل من رابطة العقد ويفسخه بمجرد إرادته دون توقف على رضى الطرف الآخر .

وانتفاء صفة اللزوم هذه من العقد يكون تارة مطلقاً وتارة مقيداً بحال مخصوصة ؛ وهو يرجع الى أحد سببين :

ـــ إما لأن طبيعة العقد وغايته تقتضي عدم اللزوم ، وعندئذ يسمى

---

(١) ـ يصرح معظم ناقلي هذا الخلاف الاجتهادي في خيار المجلس بأن تأويل هذا الحديث الوارد في خيار المتبايعين عند الحنفية هو ان التفرق المذكور فيه محمول على تفرق اقوالهما بوقوع القبول وانبرام العقد . (ر : الهداية ، والكفاية ، اوائل البيع) .

لكن في ذلك شيئاً من التكلف في تأويل معنى التفرق .

فالأفضل مابيناه هنا ، فيكون غرض الحديث انما هو بيان مدة ذلك الخيار الثابت للمتبايعين كليهما بين الايجاب والقبول وتحديدها بانقضاء المجلس .

العقد : عقداً غير لازم ، إذ يكون عدم اللزوم صفة ملحوظة في نوع العقد .

ـــ وإما لعروض حالات عامة تستوجب سلب صفة اللزوم عن العقود اللازمة نفسها ، وتقتضي منح عاقدها الحق في فسخها ، فيصبح معها العقد اللازم غير لازم .

وعلى هذا ، يتشعب البحث في هذا المطلب الى شعبتين :

الشعبة الاولى

عدم اللزوم بمقتضى طبيعة العقد

١٩٨ ـــ وهذا في العقود التي تسمى : عقوداً غير لازمة ، لأن عدم اللزوم ، ولو في بعض الاحوال ، هو صفة ثابتة لها .

وهي تسعة عقود نقسمها إلى ثلاثة أنواع بحسب كون عدم اللزوم فيها مطلقاً أو مقيداً ، وكونه أصلياً أو استثنائياً :

١٩٩ ـــ **النوع الاول : عقود غير لازمة مطلقاً في حق كلا الطرفين.**

وجملة هذا النوع ثلاثة عقود :

١) ـــ الايداع

وهو عقد يرد على حفظ الشيء لدى غير صاحبه .

فلكل من الطرفين ، أعني المودع والوديع المكلف بالحفظ ، أن يفسخ

عقد الايداع بمحض ارادته. ذلك لأن المودع مستعين بغيره على الحفظ، فله أن يترك هذه الاستعانة متى شاء أو احتاج الى وديعته، ولأن الوديع ايضاً متطوع بالمعونة في هذا الحفظ، فله أن يتخلى عن هذه المعونة متى شاء.

وينبغي أن يلحظ هنا أن الايداع اذا كان على أجر مفروض للوديع يصبح استئجاراً على الحفظ لا إيداعاً، وعندئذ يأخذ حكم الاجارة الآتي بيانه في النوع الثالث من حيث اللزوم، فلا يستطيع الوديع الفسخ والتخلي متى شاء لأنه حينئذ أجير.

٢) ـــ الاعارة

وهي عقد يرد على تمليك المنفعة مجاناً، فهو تبرع بالمنافع.

فللمستعير أن يتنازل عن الانتفاع، فيفسخ العقد ويرد العارية متى شاء.

وكذا للمعير المتبرع أن يرجع ويسترد عاريته متى شاء، سواء أكانت موقتة بمدة لم تنته، أو غير موقتة.

لكن يلحظ هنا مايجب على المالك المعير في العارية الموقتة اذا رجع واستردها قبل الوقت المحدد في العقد، فانه يضمن للمستعير مايسببه له رجوعه من ضرر، اذ هو مغرور من قبله كما تقدم (ر: ف/١٢١ـ ١٢٢).

وفي المال المعار لأجل الرهن اذا رهنه المستعير في دينه ثم أراد المالك المعير استرداده، فان عليه أن يؤدي الى الدائن المرتهن الدين المرهون فيه، ثم يرجع المعير على المستعير بما أدى عن ذمته.

٣) ــ الشركة والمضاربة[1]

فانهما يحق فسخهما و تصفيتهما لكل من الشريكين متى شاء ، على أن يعلم الشريك الآخر ، فلا يسري حكم الفسخ الا من تاريخ علمه (المجلة/ ١٣٥٣ و ١٤٢٤) .

٢٠٠ ــ النوع الثاني

عقود ، الأصل فيها عدم اللزوم ، ولكنها تلزم في بعض الأحوال .

وجملة عقود هذا النوع أربعة هي :

١) ــ الوكالة

وهي عقد يفوض به الانسان غيره وينيبه عن نفسه في التصرف.

فلكل من الطرفين أن يفسخ عقدها متى شاء . فالوكيل يستطيع عزل نفسه ، كما أن للموكل أن يعزله ، لأن الوكالة استعانة وإعانة ، فللموكل ان يكف عن الاستعانة ، كما أن للوكيل ان يقف عن الاعانة.

ويلحظ انه لا يسري حكم العزل إلا من تاريخ علم الطرف الآخر (المجلة/ ١٥٢٣ ــ ١٥٢٤) .

ولكن الوكالة اذا تعلق بها حق شخص ثالث تصبح لازمة ويمتنع فيها العزل والفسخ بلا رضى ذلك الشخص ، وذلك في عدة حالات :

---

(١) ــ المضاربة : شركة بين طرفين ؛ على ان يكون رأس المال من أحدهما والعمل من الآخر . وتسمى ايضاً : **قراضاً** (بكسر القاف) .

فمن ذلك مالو رهن المدين مالاً ووكل وكيلاً بناء على طلب الدائن لبيع الرهن اذا لم يؤد الدين عند حلوله، فلا يملك الموكل ولا الوكيل فسخ هذه الوكالة دون موافقة الدائن المرتهن لتعلق حقه بهذه الوكالة تسهيلا لاستيفاء دينه.

وكذا لو أراد المدين السفر فطلب الدائن من الحاكم منعه أو يوكل وكيلا عنه ليتمكن من مخاصمته، فوكل المدين وكيلا بالخصومة بناء على هذا الطلب من الدائن، وسافر، فليس له عزل هذا الوكيل. (ر: المجلة/ ١٥٢١).

٢) — التحكيم

وهو أن يحتكم طرفان مختصمان الى شخص يختارانه برضاهما ليكون حاكما بينهما في دعواهما بدلا من القاضي.

فلكل من الطرفين أن يفسخ عقد التحكيم ويعزل المحكم قبل أن يحكم.

أما بعد صدر الحكم منه فلا، بل يصبح التحكيم لازما (ر: المجلة/ ١٨٤٧).

٣) — الوصية

وهذه من تصرفات الارادة المنفردة فيجوز للموصي فسخها والرجوع فيها مادام حيا. فاذا مات انقلبت لازمة في حدود ثلث ماله: ولا ينتقل حق الرجوع الى ورثته.

٤) — الهبة

ففي الهبة شيء من معنى عدم اللزوم، إذ يجوز الرجوع فيها واسترداد الموهوب مالم يمنع منه أحد موانع سبعة معروفة في بابها. فاذا وجد شيء من موانع الرجوع هذه تصبح الهبة معه لازمة لا يسوغ للواهب الرجوع فيها.

ومن تلك الموانع التي تصبح معها الهبة لازمة كون الموهوب له زوجا للواهب أو من أقاربه المحارم، وكذا هلاك المال الموهوب عند الموهوب له أو خروجه عن ملكه ببيع أو بغيره من الأسباب الناقلة للملكية.

وعلى كل يتوقف الرجوع في الهبة على القضاء أو الرضاء، فلا تعود الهبة الى ملك الواهب بمجرد رجوعه، بل حتى يرضى الموهوب له، أو يقضي القاضي الواهب بالرجوع عند انتفاء جميع موانعه[1].

---

* (١) - يجب ان يلحظ ان المال الموهوب لو كان عقاراً وسجلت الهبة في السجل العقاري وفقاً للمراسم التي توجبها النظم العقارية لديناً لا يكون هذا التسجيل مانعاً للواهب من الرجوع.

غير ان الدائرة المدنية في محكمة التمييز (محكمة النقض) قد ذهبت اخيراً الى عكس ذلك، فاعتبرت تسجيل الهبة في السجل العقاري مانعاً للواهب من الرجوع بحجة ان هذا التسجيل يقوم مقام القبض اللازم شرعاً لتمام الهبة في العقار الموهوب، وان قيود السجل العقاري تعتبر قطعية بالنظر القانوني، وخاصة بمقتضى المادتين /١٣ و ١٧/ من القانون ذي الرقم /١٨٨/ اللتين توجبان بقاء الحق العقاري المكتسب بالتسجيل لصاحبه وعدم قبول طعن يبطله إلا في حالات مخصوصة عينها التشريع العقاري نفسه.

(ر: قرار محكمة التمييز السورية الصادر في ١ جمادى الاولى /١٣٦٨هـ = ٢٨ شباط /١٩٤٩م، برقم /١٣/ أساس مدني /٩٩/؛ وكذا القرار الصادر قبله =

= في ١٠ صفر ١٣٦٧ هـ = ٢٣ كانون الاول ١٩٤٧، برقم /١٧٣/ أساس /٢٠١/.

ولا يخفى ان هذا الاعتبار غير سديد ، فان الرجوع في الهبة العقارية **ليس طعناً في قيود السجل العقاري**، وانما هو سبب جديد موجب **لاعادة نقل الملكية** الى الواهب بمقتضى حق الرجوع الذي منحه اياه التشريع .

وان المادتين /١٣ و ١٧/ المستند اليهما انما معناهما منع الادعاء ببطلان الحقوق العقارية المسجلة عن طريق الطعن في صحة اكتساب هذه الحقوق وتسجيلها ، لا منع الادعاء بمقتضى الاسباب الحادثة المشروعة في المعاملات ؛ مما يوجب حدوثه اعادة نقل الملكية .

فحق الواهب في الرجوع يشبه حق المشتري بخيار الشرط ، فان من اشترى العقار واشترط لنفسه الخيار مدة معينة وسجل العقد بهذا الشرط ، تنتقل اليه ملكية المبيع ، لان الخيار المشروط للمشتري لا يمنع انتقال الملكية اليه (ر : المجلة /٣٠٩) ، ومن البديهي انه يحق بعد ذلك للمشتري أن يستعمل حقه في فسخ البيع العقاري المسجل ، ولا يعتبر ذلك مخلاً بمبدإ قطعية القيود العقارية ، لانه ليس طعناً في هذه القيود ؛ وانما هو استعمال حق مشروع باعادة الملكية بمقتضى خيار الشرط المسوغ لفسخ العقد .

فأي فرق يمكن أن يرى بين خيار أوجبه الشرط السائغ ، وخيار اوجبه الشرع ؟ وليس تسجيل العقد العقاري الا من قبيل المراسم الشكلية التي اوجبها القانون ، ليصبح بها العقد على العقار في قوة العقد المنفذ على المنقول ، فلا يمنع هذا التسجيل أي حق مشروع بعد العقد ، ولذا لا يكون ايضاً بيع العقار وتسجيله مانعاً للمشتري من ان يستعمل خيار العيب او خيار الوصف مثلاً في فسخه بمقتضى الاحكام المدنية النافذة اذا ظهر فيه عيب قديم ، او ظهر فيه وصف مخالف للمشروط ، ولم يوجد مسقط من مسقطات الخيار ، فتأمل .

ولئن اعتبر تسجيل الهبة العقارية قائماً مقام قبض العقار الموهوب — كما علمت محكمة التمييز قراريها المبحوث عنهما — فان قبض الموهوب لا يمنع الرجوع في الهبة ، فكذلك التسجيل .

٢٠١ ـ النوع الثالث

عقود ، الأصل فيها اللزوم ، ولكن في طبيعتها شيئاً من عدم اللزوم في ظروف محدودة .

هذا النوع عكس النوع الثاني ؛ وجملة عقوده اثنان ، هما :

١) ـ الاجارة

فان الأصل فيها اللزوم في حق المتعاقدين « فيجبر الطرفان على تنفيذها ، غير أن فقهاءنا قرروا فيها جواز العدول والفسخ بالاعذار الطارئة ، إذ يكون تنفيذ الاجارة عندئذ إهداراً مالياً أو إضراراً غير معقول .

وذلك كما لو استأجر الانسان دابة للسفر ثم عدل عن السفر ، أو استأجر طباخاً لوليمة ثم صرف النظر عنها ، أو استأجر طبيباً لقلع ضرس أو لاجراء عملية جراحية ثم سكن ألمه فعدل عن اجرائها.

وعلى مثل هذا النظر قامت نظرية « الظروف الطارئة » في الفقه الاجنبي .

غير أن من المعقول فقهاً أن يلزم المستأجر عندئذ بتعويض الضرر على الطرف الآخر إذا فوجىء بالفسخ بعد أن كلفه ما كلفه التهيؤ للعمل من مال أو وقت أو تعطيل ؛ وهذا ما يوجبه النظر القانوني الحديث ، وان قواعد التسبب في فقهنا لا تأباه ، وان لم ينص فقهاؤنا عليه .

٢) — المزارعة

وهي نوع شركة على استثمار الارض بالزرع ، تكون فيها الارض من طرف ، والعمل من طرف آخر (المجلة / ١٤٣١) .

فيجوز للطرف الذي عليه تقديم البذر ان يعدل عن المزارعة ويفسخ عقدها ، ولكن ذلك قبل إلقاء البذر في الارض .

وملحظ الفقهاء في هذا ان إجباره على الاستمرار في المزارعة يقتضي إلزامه باتلاف ماله ، وهو البذر ، ولا يدري هل ينتج أو لا ينتج؟ فصار كما لو استأجر الانسان عاملاً لهدم داره ثم بدا له العدول عن الهدم ، فان له ذلك .

أما بعد القاء البذر في الارض فتصبح المزارعة لازمة حتى في حق صاحب البذر . (الدر المختار ورد المحتار ٥/١٧٧)[1] .

ويلاحظ ان الفسخ في هذه العقود غير اللازمة ليس له استناد (أي تأثير رجعي) :

---

(١) — يلحظ هنا ان صاحب البذر اذا اراد الفسخ قبل ان يبذره ، لا عدولاً منه عن المزارعة ، بل لانه وجد عاملاً ارخص من المزارع الذي تعاقد معه ، او لانه يريد ان يعمل بنفسه ، فليس له الفسخ بل يلزم بعقده مع المزارع الى المدة المتفق عليها .

ومثل ذلك يلحظ في مسألة استئجار العامل لهدم بناء ونحو ذلك اذا أراد المستأجر فسخ الاجارة : فلو عدولا منه عن العمل جاز ، ولو تبديلاً للعامل لم يجز ، (ر : رد المحتار في المحل المذكور) .

وذلك بالنظر الى مشروعية الباعث وعدمها كما تقدم : (ر : ف/١٤٨/الحاشية/٢) .

فعزل الوكيل لا ينقض تصرفاته السابقة ؛ ورجوع الواهب بعد ولادة الدابة الموهوبة لا يوجب للواهب أخذ ولدها معها ، بل يبقى للموهوب له لانه حصل في ملكه ، (ر : المجلة/ ٨٦٩).

وهكذا يلحظ في بقية المسائل .

٢٠٢ - عقد الاستصناع :

تلك هي العقود التسعة التي ينتفي فيها اللزوم انتفاءً مطلقاً أو مقيداً على اختلاف درجاته فيها .

وهناك عقد عاشر نفرده بالذكر في هذه المناسبة ، كان يعتبر في اصل المذهب الحنفي غير لازم ، فاصبح لدينا بمقتضى نصوص المجلة لازماً [1] وهو عقد الاستصناع .

فالاستصناع — وهو شراء ماسيصنع بطريق التوصية - يجوز لكل من الطرفين فسخه في أصل المذهب بلا خلاف مادام الشيء لم يصنع . أما بعد صنعه واحضاره فيكون للمستصنع حق في الفسخ من قبيل خيار الرؤية على الرأي الراجح .

غير أن المجلة في المادة /٣٩٢/ أخذت بلزوم العقد في حق الطرفين منذ انعقاده ، إلا اذا جاء المصنوع مغايراً للاوصاف المعينة في العقد [2] .

---

(١) — وكذا بمقتضى احكام القانون المدني الذي حل محل المجلة .

*(٢) — جاء في لائحة الاسباب الموجبة من مقدمة المجلة انها اختارت قول ابي=

وعندئذ يكون للمستصنع حق الفسخ بمقتضى خيار فوات الوصف المشروط لا بمقتضى عدم اللزوم في عقد الاستصناع .

الشعبة الثانية

سلب اللزوم عن العقود اللازمة

٢٠٣ ـ ان ماسوى هذه العقود التسعة السالفة البيان هو

= يوسف بعدم خيار المستصنع اذا احضر الصانع المصنوع بعد العمل موافقاً للشروط ؛ وذلك وفقاً لما تقضي به المصلحة الزمنية .

والمنقول في كتب المذهب ان ابا يوسف لا يقول بعدم خيار المستصنع الا بعد الصنع واحضار الصانع المصنوع موافقاً للاوصاف المشروطة . اما قبل الفراغ من صنعه او بعد الفراغ قبل احضاره فلا خلاف في ان المستصنع مخير ، كما في البدائع ورد المحتار وغيرهما .

لكن نص المادة /٣٩٢/ من المجلة جاء صريحاً في انه بعد انعقاد الاستصناع لا خيار لاحد من الطرفين الا اذا جاء المصنوع مغايراً للاوصاف المشروطة . فأفاد اطلاق نصها اللزوم بحق الطرفين قبل الصنع بعد انعقاد العقد ، وهو ليس قولاً لاحد في المذهب .

فهل تحمل المادة المذكورة على تفصيل قول ابي يوسف بناء على ماجاء في لائحة الاسباب الموجبة للمجلة من انها اخذت بقوله ؛ او يقال ان نصها صريح في اطلاق اللزوم وهي قانون آمر ، فيحكم بلزوم العقد مطلقاً ولو قبل العمل ، اذ ليس في نص المادة احتمال او غموض حتى يحمل على تفصيل رأي ابي يوسف الذي اشارت الى اخذه لائحة الاسباب الموجبة ؟

القضية محل نظر ؛ والا وجه الاعتبار الثاني ، لان الظاهر ان المجلة اتخذت نظرية ابي يوسف اساساً وتوسعت فيها بالتعديل في بعض نواحيها بحسب المصلحة الزمنية ، وقد اقترنت بالارادة السلطانية ، فاصبحت قانوناً فالعبرة لنصها لا للنصوص التي استمدت منها .

عقود لازمة لزوماً مطلقاً في جميع الاحوال العادية ، فلا يسوغ لاحد عاقديها أن يتحلل منها الا برضى الآخر ، كما بينا .

غير أن هناك أسباباً عامة يمكن أن تعتري العقود فتجعل للعاقدين أو لأحدهما حق الفسخ . فاذا وجد شيء من تلك الاسباب فى عقد لازم سلب منه صفة اللزوم مادام السبب الموجب لحق الفسخ قائماً .

وتلك الاسباب قد تقدمت الاشارة إلى بعضها في بعض المناسبات ، وهي ترجع إما إلى ضرورة احترام الشرائط الشرعية لصحة العقد ، وإما إلى ضرورة إحترام إرادة العاقد وصيانة حقوقه الناشئة من العقد .

وعن هذا كان سلب صفة اللزوم عن العقود اللازمة انما يتجلى في الحالات التالية :

٢٠٤ — (أ) — حالة الفساد :

فان العقد الفاسد يحق لكل من الطرفين وللحاكم أيضاً فسخه ما لم يمنع من الفسخ مانع شرعي ؛ فهو ، مادام قابلاً للفسخ ، عقد مسلوب اللزوم (ر : البدائع ٥/ ٣٠٠) .

وسنرى أيضاً معنى الفساد وحكمه في نظرية المؤيدات الشرعية (ر : ف/ ٣٧٧ و ٣٨١) .

٢٠٥ — (ب) — حالة الاكراه :

فان العقد الواقع بالاكراه يحق لعاقده المستكره عليه فسخه أو إمضاؤه بعد زوال الاكراه ، كما تقدم في موضعه ، فهو في النتيجة عقد مسلوب

اللزوم في حقه ، سواء اعتبر بالاكراه فاسداً أو موقوفاً ، على الخلاف الاجتهادي السابق الذكر في صفته (ر : ف/ ١٨٥ح) .

٢٠٦ — (ج) — حالة الخيارات العقدية :

فان ثبوت الخيار لأحد العاقدين في فسخ العقد معناه سلب صفة اللزوم من العقد اللازم في أصله .

ولذا اعتبر الفقهاء من شرائط لزوم العقود اللازمة أن لا يكون فيها خيار لأحد العاقدين (المجلة/١١٤ ـ ١١٦) .

وهذه الخيارات منها مايتوقف ثبوته على اتفاق ارادة العاقدين عليه ، فلا يثبت إلا باشتراطهما ، فيعتبر من قبيل الشروط العقدية ، وذلك خيار الشرط وخيار النقد اللذان سلف ايضاح معناهما في بحث القياس (ر : ف/١١/ ثامناً) .

ومنها مايثبت بايجاب الشرع لمصلحة أحد العاقدين صيانة لحقوقه ، فيكون نتيجة لبعض عيوب الرضى المتقدمة في بحث شوائب الارادة ، من خلابة ، أو تدليس عيب ، أو تجزئة صفقة الخ ... (ر : ف/ ١٨٦ ـ ١٩٢) .

فيحق لصاحب الخيار فسخ العقد أو امضاؤه ، ما لم يوجد مسقط للخيار أو مانع شرعي يمنع ممارسته ، مما هو معروف في مواطنه ومباحثه من الابواب الفقهية ، وفي المواد/٣٠٠ ـ ٣٦٠/ من المجلة .

هذا ، وان بعض تلك الخيارات العقدية يتوقف على القضاء ،فلا يثبت لصاحبه ولا يقبل منه الفسخ قبل قضاء القاضي ، كما في خيار العيب لأنه من المواطن التي تحتاج الى خبرة وتحقيق قضائي في وجود العيب المسوغ للفسخ .

وبعضها لايحتاج الى القضاء ، بل يستطيع صاحب الخيار بعد تحقق سببه في الواقع أن يمارس خياره في فسخ العقد ، ويكون فسخه نافذاً قبل أن يقضى به ، كما في حالة خيار الشرط ، وخيار تفرق الصفقة .

٢٠٧ ـ هذا ،ويجب أن يلاحظ في هذه الحالات الثلاث التي ينسلخ فيها اللزوم عن العقود اللازمة بسبب الفساد أو الاكراه أو الخيار ، أن فسخ العقد فيها يكون مستنداً لامقتصراً ، أي أنه يكون له انعطاف وتأثير رجعي ينسحب فيه الانفساخ على الماضي ، فيجعل العقد كأنه لم ينعقد من أصله . وذلك على خلاف حكم الفسخ بسبب عدم اللزوم في العقود غير اللازمة كما تقدم (ف/ ٢٠١) .

٢٠٨ ــ وهذه الخيارات العقدية التي تنشأ عن ظهور حالات تشوب إرادة العاقد بشائبة من عيوب الرضى وتسلب اللزوم من العقد اللازم هي كثيرة غير محصورة بما تقدم ذكره في بحث شوائب الارادة .

وقد أوصلها الفقهاء الى أكثر من عشرين خياراً . منها خيار

الكمية ، وخيار كشف الحال وغيرهما[1] .

وأحكامها مفصلة في مظانها ومناسباتها من كتب الفقه .

(ر : الدر المختار ورد المحتار أول باب خيار الشرط ٤/٤٥-٤٦ ؛ والأشباه والنظائر لابن نجيم بحاشية الحموي أول أحكام الفسوخ ، ج ٢ ، الفن ٣ ، ص/ ١٩٤ - ١٩٥) .

وقد تناولت المجلة من الخيارات بالبحث سبعة أساسية هي : خيار الشرط ، والوصف ، والنقد ، والتعيين ، والرؤية ، والعيب ، والغبن بالتغرير ؛ وفصلت أحكامها بفصول خاصة بمناسبة البيوع في المواد /٣٠٠ — ٣٦٠/ ، وبمناسبة الاجارة في المواد /٤٩٧ — ٥٢١/ ، وبمناسبات اخرى متفرقة كالقسمة وغيرها .

والفقه القانوني الحديث يتجه الى توسيع نطاق حق فسخ العقود اللازمة في الحالات الطارئة ، ولا سيما حالة إخلال أحد العاقدين بتنفيذ التزاماته في مواعيدها ، مما سلف بيانه . وهذا يتفق مع روح الفقه الاسلامي .

---

(١) - **خيار الكمية** : كما لو اشترى شيئاً بما في جيبه او حقيبته من النقود دون بيان مقدارها ، فان للبائع الخيار عندما يعرف مقدارها .

وخيار كشف الحال : كما في البيع بمكيال او بوزن حجر لا يعلم مقداره بالوحدات القياسية العرفية ، فان للمشتري الخيار متى علم مقدار سعة المكيال ووزن الحجر .

(ر : رد المحتار ٤/ ٢٢ و ٢٧) .

الفرع الثالث

سلطان الارادة العقدية

٢٠٩ - تمهيد :

تجلى لنا من المباحث السابقة أن للعقود آثاراً عامة كما ان لكل منها موضوعاً وأثراً خاصين يتميز بهما عن سواه .

ورأينا أيضاً أن من العقود عقوداً سمحت تولى التشريع تنظيم أحكامها وآثارها بين العاقدين بحيث تكون تلك الآثار نتائج أصلية ينتجها العقد دون أن يحتاج العاقدان الى اشتراطها وتعدادها .

إن مبدأ سلطان الارادة العقدية موضوعه حرية ارادة العاقد في أصل العقد ونتائجه وفي حدود تلك الحرية ، أي مدى اعتبارها في نظر الشرع .

فهذا المبدأ يتعلق بأربع حريات في النواحي الاربع التالية :

١) — حرية العاقد في أصل التعاقد مع غيره .

٢) — وحريته في انشاء العقود والالتزامات بمجرد التراضي ، دون تقييده بقيود شكلية ومراسم مخصوصة بحيث لا يعتبر تعاقده اذا لم تتحقق صورها .

٣) — وحريته في انشاء مايشاء من أنواع العقود في حدود حقوقه

الشخصية مهما كان موضوعها دون تقيد بانواع العقود المسماة التي أقرها التشريع .

٤) — وحريته في تحديد آثار العقد المسمى وتعديل نتائجه الاصلية بين الطرفين المتعاقدين باشتراط ما يشاآن من شروط بحسب ارادتهما .

هذه هي النواحي الاساسية التي يتعلق بها مبدأ سلطان الارادة العقدية.

٢١٠ — وقد مرت الارادة العقدية بأدوار في تاريخ التشريع لم يكن لها فيها سلطان ، بل كانت مغلولة شلاء ، لا ينظر فيها الى التراضي الحر الذي جعلته الشريعة الاسلامية دستور التعاقد وأقرت فيه لارادة العاقدين سلطاناً محترماً في كل ما لا يخل بمصلحة عامة . وان كانت الاجتهادات الفقهية مختلفة في حدوده كما سنرى .

أ) — فأما في الناحية الاولى فقد جاء التشريع الاسلامي بالقضاء على جميع عناصر الاكراه العقدي ، وأطلق حرية الارادة في تكوين العقد . وقد جعل القرآن والسنة رضى الانسان أساساً دستورياً في كل عقد سيلزمه ، حتى في زواج النساء اللاتي كان الناس يرون ويتعارفون أن الارادة في تزويجهن ليست لهن بل من حقوق أرباب الاسرة ، فقرر الاسلام أن الفتاة البالغة ولو كانت بكراً هي صاحبة الاختيار والارادة في زواجها وزوجها .

ولم يقر الشرع الاسلامي عقداً يلزم شخصاً بتكليف لم يرض به رضى

بيناً ، إلا فيما توجبه قواعد العدالة ومصلحة الجماعة مما تمارسه السلطة الحاكمة باسم العدالة لا حقاق الحق ، كبيع أموال المدين المماطل في وفاء الدين ، وبيع الاموال المحتكرة على محتكريها عندما يضر احتكارها بالجماعة ، وكالاستملاك للمصالح العامة .

فأمثال هذه العقود الجبرية هي من المؤيدات الضرورية للتشريع العادل ، والغاية من قيام حكومة في دولة ؛ وقد أقرتها الشرائع الوضعية الحديثة التي أخذت بمبدأ سلطان الارادة العقدية المطلق .

ب) – وأما الناحية الثانية ، وهي المراسم الشكلية ، فلم تكن قبل الاسلام أمة ذات تاريخ تشريعي ثابت تعرف أن مجرد التراضي يولد عقداً ملزماً والتزامات دون أن تمر بصور وأنواع مختلفة من المراسم الشكلية ، سواء في ذلك التشريع الروماني وغيره ، حتى جاء الاسلام فألقى جميع تلك الاغلال والقيود عن أعناق العقود ، وجعل مجرد التراضي مولداً للعقد بأي طريق كان ظهوره بين العاقدين ، ولم يستثن إلا عقداً واحداً أخضعه لشكلية الاعلان بالاشهاد عليه ، وهو عقد النكاح كما تقدم (ر : ف ١٣٦/٢) .

وجميع الشرائع الوضعية الحديثة التي أقرت اخيراً مبدأ سلطان الارادة العقدية في الشرق والغرب قد مرت أصولها بمراحل طويلة من القيود الشكلية المختلفة في انشاء العقود ، إلا الشريعة الاسلامية فانها أنشأت قواعد العقد انشاءاً جديداً محرراً من جميع القيود الشكلية

التي كانت تفرضها الاعراف والعادات في جاهلية العرب ، وشرائع الامم المحيطة بها ؛ وقد كان هذا من الظواهر الغريبة غير المعهودة في تاريخ التشريع .

وهذه المزية التي تفرد بها الشرع الاسلامي مدينة لعامل واحد هام هو المصدر الديني فيه[1] .

ج) — وأما الناحية الثالثة وهي حرية العاقدين في انشاء عقود تخرج عن نطاق العقود المسماة التي قررها التشريع ، في موضوعها والتزاماتها ، فسنرى في أول بحث تصنيف العقود أن الفقه الاسلامي اقر نشوء عقود جديدة ، ثم ما لبث الفقهاء أن أسموها فانتظمت في سلك العقود المسماة ، وقررت لها أحكام خاصة .

وليس في الشرع الاسلامي ما يدل على أي حصر لانواع العقود وتقييد الناس بها . فكل موضوع لم يمنعه الشرع بالنص الصريح ولا تقتضي القواعد والاصول الشرعية منعه يجوز أن يتعاقد عليه الناس ويلزمون فيه بعقودهم ؛ وحينئذ يخضع التعاقد فيه للقواعد والشرائط العامة في العقود ، من أهلية العاقد ، وقابلية المحل الخ ...

---

(١) — هذا ما يراه الاستاذ العلامة السنهوري في تعليل هذه المزية الغريبة في الشريعة الاسلامية ، وهو الواقع . (ر : « **نظرية العقد** » للاستاذ السنهوري ، ف /٩٢ ص /٩٤ الحاشية /١) .

وقال الاستاذ عبد الرزاق السنهوري ايضاً في بحث التعاقد بالمراسلة :

« العقد في الفقه الاسلامي يبنى على توافق الارادتين دون تحفظ ، فهو رضائي الى حد جاوز فيه القوانين التي تأخذ برضائية العقد » (ر : « **نظرية العقد** » ، ف / ٣٠٣) :

د) ــ وأما الناحية الرابعة وهي مدى سلطان ارادة العاقدين على تحديد آثار العقد المسمى وتعديل أحكامه الاصلية في حقوقهما الخاصة بينهما بشروط يتفقان عليها في التعاقد ، أي إنشاء ما يشاآن من التزامات وقيود في العقد بارادتهما ، فهي أهم نواحي سلطان الارادة في نظر الحقوق الحديثة.

وموقف الفقه الاسلامي في هذه الناحية يختلف سعة وضيقاً باختلاف المذاهب الاجتهادية فيه ، لكن أوسع مذاهبه يتفق مع ما استقرت عليه النظريات القانونية في التشريع الحقوقي الحديث .

وسنعرض فيما يلي ، ببحثين متعاقبين ، خلاصة عن مبدأ سلطان الارادة العقدية فى الفقه الاسلامي ، ثم في الفقه الاجنبي .

البحث الأوّل

سلطان الارادة العقدية

في الفقه الاسلامي

٢١١ – ينقسم هذا البحث الى مطلبين :

ــ المطلب الأول : للبحث في سلطان الارادة العقدية بوجه عام في نصوص الشريعة والاجتهادات الاسلامية .

ــ المطلب الثاني : للبحث في أنواع الشروط العقدية .

المطلب الاول

سلطان الارادة العقدية في نصوص الشريعة

وفي الاجتهادات الاسلامية

(١) - نصوص الكتاب والسنة في نواحي سلطان الارادة وآثار العقود - عموم هـذه النصوص ومرونتهـا .

(٢) - موقف الاجتهادات الاسلامية من هذه النصوص

أ) - الاجتهادات التي ترى ان الاصل الشرعي تقييد حرية العاقدين ، وتأخذ بنظرية « مقتضى العقد » بحدود ضيقة - خلاصـــة الاجتهاد الحنفي في حرية الشروط العقدية .

ب) - الاجتهادات التي ترى ان الاصل الشرعي اطلاق حرية العاقدين في العقود انواعاً وشروطاً .

مزايا الاجتهـاد الحنبلي في ذلك ، ومبادئه الجديرة بالخلود .

الشعبة الاولى

نصوص الشريعة

٢١٢ - ان نصوص الكتاب والسنة التي هي أصل الاجتهادات الفقهية في الشريعة الاسلامية قد بلغت في شأن سلطان الارادة العقدية غاية العموم والمرونة .

ويمكن تصنيف هذه النصوص ، بحسب موضوعها ، في النواحي الأربع المتقدمة من سلطان الارادة :

٢١٣ - (أ) و (ب) - في حرية التعاقد وفي رضائيته المطلقة :

قد جاء في ذلك قول القرآن الكريم :

« ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراضٍ منكم »

وقوله في صَداق النساء وعدم هضم شيء من حقوقهن المالية :

« فان طبن لكم عن شيء منه نفساً فكلوه هنيئاً مريئاً »

فهذه النصوص وأمثالها تفيد ان الأصل في استحقاق مال الغير او استحلال شيء من حقوقه انما هو رضى صاحبه : إما على سبيل التجارة والتبادل ، أو على سبيل المنحة والتنازل ، عن طيب نفس واختيار[1].

---

(١) - يقول شيخ الاسلام ابن تيمية رحمه الله في كتابه « قاعدة العقود » تعليقاً على هاتين الآيتين :

« ففي التبرعات علق الحكم بطيب النفس ، وفي المعاوضات علق الحكم بالتراضي - وهو الرضى من الجانبين - لان كلاً من المتعاوضين يطلب ماعند الآخر ويرضى به ، بخلاف المتبرع فانه لم يبذل له شيء يرضى به ، ولكن قد تسمح نفسه بالبذل ، وهو طيب النفس » .

(ر : كتاب « قاعدة العقود » لابن تيمية ، فصل « الرضى في العقود ، ومن يجوز له الفسخ اذا لم يرض ») . =

أي ان العامل في ذلك هو ارادة صاحب المال الذي له شرعاً كمال الحرية في عقد المعاوضة أو المنحة .

٢١٤ - (ج) - في القوة الالزامية للعقد والتعهد:

وقد جاء في هذه الناحية ايضاً قوله تعالى في القرآن: «يأيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود» وقوله: «وأوفوا بالعهد إن العهد كان مسؤولا»

ومن الواضح أن العقد يتضمن تعهداً ضمنياً باحترام نتائجه والالتزام بها .

فهذه النصوص وأمثالها تفيد ان عقد الانسان وتعهده الذي باشره بارادته الحرة ملزم له بنتائجه ، ومقيد لارادته بإرادته ، كي تتولد الثقة والاطمئنان الى نتائج التعامل الاقتصادية ، ويعلم الانسان كيف يبني تصرفه ، لأن ذلك متوقف على الاستقرار في تلك النتائج بين المتعاملين ، كما تقدم [1] (ر : ف/ ١٩٦) .

= وهذا الكتاب القيم عندما نقلنا عنه كان غير مطبوع ، فنقلنا عن نسخة مخطوطة من مكتبة الاستاذ الجليل الشيخ حسن الشطي بدمشق . ثم طبعته الجماعة السلفية بمصر باشراف الشيخ حامد الفقي بعد صدور الطبعة الثالثة السابقة من هذا المدخل الفقهي . لكنهم غيروا اسمه فجعلوا عنوانه « **نظرية العقد لابن تيمية** » لبيان ان موضوعه يقابل نظرية العقد في الفقه القانوني ، لكن هذا التبديل لاسم الكتاب خطأ كبير من الناشرين ، لان النشر كالعلم أمانة ، فكان عليهم ان يحافظوا على اسمه ، ويقدموا له مقدمة يقارنون فيها ويشرحون ما يشاؤون .

(١) - يلحظ في هذا المقام انه تستوي في ذلك جميع العقود ، مايسمى منها في =

وهذا الالزام معناه تمام الاحترام لحرية العاقد ، وللحقوق الناشئة بعقده لغيره ، فان مقيد نفسه حر .

وإطلاق هذه النصوص يشمل العقود المسماة وغير المسماة[1] ، فيفيد عدم التقييد بأنواع محدودة من العقود .

٢١٥ — (د) — في حرية الشروط العقدية ، ومدى اعتبارها:

ورد في الشريعة أيضاً نصوص كثيرة من القرآن والسنة القولية والعملية تثبت للعقود المسماة التي أقرها الشرع آثاراً وأحكاماً والتزامات تربط الطرفين في كل عقد بحسب موضوعه .

فعقد النكاح يترتب عليه حل الاستمتاع بين الجنسين ، ووجوب متابعة المرأة للرجل ، ووجوب النفقة للمرأة على الرجل ، وثبوت

= اصطلاح الفقهاء « عقوداً لازمة ، أو غير لازمة » ، لان معنى عدم اللزوم في اصطلاح الفقهاء هو امكان رجوع العاقد عن الاستمرار على حكم العقد بحسب موضوع العقد وطبيعته ، لكنه قبل الرجوع ملتزم بالنتائج : فتصرف الوكيل قبل علمه بفسخ الوكالة ملزم للموكل ونافذ عليه ؛ وانتفاع المستعير بالعارية قبل رجوع المعير جار على حكم المجانية ليس للمعير ان يطلب عنه عوضاً ؛ وصدور الحكم من المحكّم قبل رجوع احد الخصمين عن التحكيم ملزم للطرفين ، وهلم جراً ... أي ان العقد الذي يعتبر غير لازم في اصله ليس للرجوع فيه اثر رجعي كما تقدم (ر : ف / ٢٠١) .

(١) — سنرى في بحث تصنيف العقود آخر نظرية العقد ان العقد المسمى هو الذي أقر الشرع له اسماً خاصاً ، ورتب له احكاماً ، كالبيع والإجارة والرهن .

النسب ، وحقوق الحضانة ، وحرمة المصاهرة ، والارث بين الزوجين ثم بينهما وبين الأولاد الخ ...

وكذا عقد البيع والاجارة والرهن والكفالة وغيرها ، كل منها قد ثبتت في الشرع له أحكام : منها ما بينه الكتاب والسنة القولية أو العملية مباشرة ، ومنها ما أضافه الاجتهاد استنباطاً .

مدى سلطة العاقدين على تعديل آثار العقود :

أما سلطة العاقدين على تعديل هذه الآثار التي قررتها النصوص للعقود : إما بالنقص منها ، وإما باضافة التزامات على أحد الطرفين المتعاقدين لا يستلزمها أصل العقد ، وذلك بشروط يشترطانها في التعاقد ، ومدى هذه السلطة ، فقد ورد حولها نصوص عامة وخاصة مختلفة :

١) ـــ في القرآن وردت آيات عامة ، منها الآيتان اللتان أوردناهما في الفقرة /٢١٣/ السابقة .

٢) ـــ وفي السنة النبوية جاء عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال : « المسلمون على شروطهم »[1] .

وقال أيضاً : « كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل »[2] .

---

(١) و(٢) ـ انظر في تخريج هذين الحديثين ما تقدم (ف/٤٧ ب الحاشية) .

والكتاب هنا مصدر (كتب) بمعنى اوجب وشرع : أي كل شرط ليس في حكم الله وشرعه فهو باطل ؛ وذلك بأن يكون الشرط منافياً لقواعد الشريعة أو مقاصدها ؛ هكذا فسره العلماء المحققون . =

(تابع الحاشية)

= (ر : المغني لموفق الدين ابن قدامة الحنبلي ٨ / ٤٤٨ وكشاف القناع ٣ / ٥٣) .

وليس معنى كتاب الله هنا القرآن ، لان القرآن انما بين اصول الشريعة ، ولم يتضمن تفصيل الشروط العقدية المقبولة والممنوعة كما تقدم بيانه هناك .

واستعمال الكتاب بالمعنى الذي بيناه كثير في لسان الشرع ، كما في قوله تعالى : « **إن الصلاة كانت على المؤمنين كتاباً موقوتاً** » اي فريضة محددة الاوقات . وكذا قوله تعالى في عدم جواز نكاح المرأة المعتدة : « **ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله** » أي حتى تنتهي العدة التي فرضها الشرع على المرأة بانحلال النكاح السابق .

وأصل هذا الحديث ان « **بريرة** » كانت امة رقيقة ، فأرادت عائشة أم المؤمنين (رض) ان تشتريها وتعتقها . ومن المقرر شرعاً بقول الرسول عليه السلام **ان المولى اذا اعتق عبده يكون للمولى المعتق حق الولاء** — أي حق الارث من عبده العتيق في مرتبة معينة من مراتب الميراث ، ترغيباً في اعتاق الارقاء — فأراد اصحاب بريرة ان يشترطوا على عائشة في البيع ان يكون ولاء بريرة لهم اذا هي اعتقتها بعد الشراء ، فأخبرت عائشة النبي عليه السلام بذلك ، فقال :

ما بال قوم يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله ؟ كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل » .

ووجه منافاة هذا الشرط لمقاصد الشريعة فيما يظهر ان الشرع الاسلامي يهدف الى ترغيب الناس في اعتاق الرقاب الرقيقة ، وقد فتح لذلك أبواباً منها الزامية ومنها اختيارية . ولذا جعل حق الارث بالولاء لمن اعتق ثم لعصبة ورثته من بعده ترغيباً في الاعتاق . فاذا اشترط على مشتري العبد أنه إن اعتقه فولاؤه للبائع كان هذا الشرط مما يحمل المشتري على الاحتفاظ بملكية العبد المبيع وعدم إعتاقه ، فيختل غرض الشارع وسياسته الشرعية في موضوع وحكم لهما اتصال بمقاصد الشريعة .

٣) — وروي أيضاً أن النبي عليه السلام : « نهى عن بيع وشرط » هكذا روي مجملاً بطريق الحكاية ، وليس هذا النص متفقاً على ثبوته وصحة إسناده الى النبي كما سنرى (ر : ف/٢٢٠) .

ومع هذا ثبت أيضاً في السنة العملية ان النبي عليه السلام اشترى في السفر من جابر بن عبد الله بعيراً ، وشرط لجابر ظهره الى المدينة ، أي انه اشترط له حق ركوبه بعد البيع حتى يصل عليه الى المدينة . (ر : بداية المجتهد ١٣٢/٢ وفتح القدير شرح الهداية باب البيع الفاسد ٧٦/٦).

٤) — وكذلك قرر النبي عليه السلام صفة الأمانة حكماً أصلياً في العارية بقوله : « ليس على المستعير غير المغل ضمان » [١]

ومع هذا ثبت في السنة العملية أنه عليه السلام استعار دروعاً وسلاحاً من صفوان بن أمية لحاجة المسلمين اليها في غزوة حنين ، واشترط له ضمانها بقوله : عارية مضمونة مؤداة » [٢] .

٢١٦ — فهذه النصوص وأمثالها مما ورد في السنة عن مدى اعتبار الشروط العقدية تفيد :

---

(١) — **المغل** (بضم الميم وتشديد اللام) اسم فاعل من « **الاغلال** » وهو الخيانة في الاموال (ر : النهاية ، والمصباح) .

(٢) — وهذا مافسح مجالاً لبعض الاجتهادات ان تذهب الى ان صفة الامانة في العارية هي الاصل ، ولكنها تصبح مضمونة اذا اشترط على المستعير ضمانها ، جمعاً بين الدليلين ؛ وهو احسن الاجتهادات واوجهها في صفة العارية وان كان =

أولاً ــ ان هناك شروطاً تعتبر ميداناً حراً لارادة العاقدين أطلق فيه الشرع لارادتهم سلطانها ضمن حدود حقوقهم في أحكام والتزامات تثبت بالعقد مبدئياً ، ويعتبر العقد المسمى قائماً بين الطرفين على أساسها مالم يشترط خلافها .

ثانياً ــ ان هناك شروطاً ممنوعة شرعاً لاسلطان لارادة العاقدين فيها ، لأنها تمس أحكاماً أساسية تعتبر من مقاصد الشريعة الاسلامية و نظامها العام .

الشعبة الثانية

الاجتهادات الاسلامية

٢١٧ ــ فتجاه مجموعة النصوص الواردة في هذه النواحي الأربع يجد الباحث عن موقف الاجتهادات الاسلامية انها متفقة في بعض هذه النواحي ومختلفة في بعض :

= غير المشهور ، وهو أحد رأيين في الاجتهاد الحنفي .

والمذاهب المشهورة فيها انها **امانة مطلقاً** عملاً بالحديث الاول ، وعليه الاجتهاد المالكي ؛ والرأي الراجح في الاجتهاد الحنفي ؛ أو **مضمونة مطلقاً** عملاً بالحديث الثاني ، وعليه الاجتهاد الشافعي والحنبلي .

(ر : كتاب العارية في « **المغني** » لموفق الدين بن قدامة الحنبلي ٥ / ٣٥٤ - ٣٥٦ / و « **بداية المجتهد** » ٢ / ٢٦٣ / و « **الكفاية** » شرح الهداية في الفقه الحنفي ٧ / ٤٦٨-٤٦٩) .

أ) — في الناحيتين الاولى والثانية اتفقت الاجتهادات على مبدأ حرية التعاقد ورضائيته ، وعلى القوة الالزامية للعقد المشروع .

ب) — وفي الناحية الثالثة ، وهي ترتيب آثار العقود ، تكاد تكون جمهرة الاجتهادات متفقة على مبدأ عام ، وهو أن ترتيب آثار العقود وأحكامها انما هو في الاصل من عمل الشارع لامن عمل المتعاقدين ، فالشارع هو الذي ينظم هذه العقود ونتائجها في حقوق الناس ، ويجعل كل عقد طريقاً الى نتائج معينة يرتبها عليه .

وللاجتهاد في هذا السبيل عمل متمم في التفريع على ما اثبتته نصوص الشريعة من أحكام العقود ، بالطرق التي فتحها الشرع نفسه أمام الاجتهاد في غير المنصوص عليه ، أي بطريق القياس أو الاستحسان أو الاستصلاح أو سد الذرائع ، على اختلاف الاجتهادات في بعض هذه الطرق كما تقدم ايضاحه في بحث الاستصلاح أول الكتاب .

ومبنى النظر الفقهي في كون ترتيب آثار العقود من عمل الشارع هو أن العقد سبب شرعي ، فهو طريق يرسمه الشرع ليصل بسالكيه الى نتائج حقوقية يقرها بينهم . فالى الشارع يعود تحديد هذه النتائج ؛ وانما تستمد ارادة العاقدين سلطانها منه بالمقدار والحدود التي يحددها لها . فان للشرع نظاماً عاماً يحميه ، فهو الكفيل باقامة الحدود بين الحقوق الخاصة وإرادات أصحابها من جهة ، وبين المصالح العامة وارادة الشارع من جهة اخرى ، كما أن الشارع أيضاً

هو الكفيل بتنظيم تلك الحقوق الخاصة بين الناس بناء على مباشرتهم لأسبابها ، حفظاً للتوازن ، ومنعاً للتغابن ، وضبطاً لنظام التعامل [١].

ج) — أما الناحية الرابعة ، وهي مدى حرية الشروط العقدية ، أو مدى سلطان الارادة في تحديد آثار العقد بين عاقديه ، فان الاجتهادات الاسلامية المشهورة على اختلاف أساسي واسع الشقة فيها [٢].

---

(١) — هذا خلاصة مايستفاد من عبارات الفقهاء الاصوليين في مبنى آثار العقود ومردها الى ارادة الشارع .

وانظر في هذا المعنى « **كشف الاسرار** » شرح اصول فخر الاسلام البزدوي ٣٥٨/٢ و ١٧١/٤ و « **المستصفى** » للغزالي ٩٣/١ و « **الموافقات** » للشاطبي ١٣١/١ و ١٥١ وفتاوى ابن تيمية ٢٣٦/٣ .

وقد استوفى نقل كثير من عباراتهم الاستاذ الجليل الشيخ محمد أبو زهرة في كتابه « **الملكية ونظرية العقد في الشريعة الاسلامية** » (ف/١٣٥-١٣٦)

(٢) — ان مبدأ **سلطان الارادة في آثار العقد** بحسب الاصطلاح القانوني الحديث هو نظرية **الشروط العقدية** في اصطلاح فقهائنا قديماً ، فان طريق ارادة العاقدين الى تعديل الآثار الاصلية للعقد المسمى بينهما انما هي الشروط التي يشترطانها في العقد ، إذ يضيف العاقدان بهذه الشروط الى نتائج العقد بينهما حقوقاً والتزامات لم يكن ليقتضيها اصل العقد لو خلا عما اشترطاه فيه .

هذا ، ويقول الاستاذ البحاثة الشيخ محمد أبو زهرة حفظه الله :

« ان آثار العقد في النظر القانوني تنشئها ارادة العاقدين الحرة بناء على القاعدة القانونية القائلة : « ان العقد شريعة المتعاقدين » . فكل مايرتضيه العاقد من احكام يكون صحيحاً واجب الوفاء .

أما في الشريعة الاسلامية فالارادة انما تنشىء =

ويمكن تصنيف الاجتهادات ـ ذات الشأن في هذا الموضوع ـ الى زمرتين:

١) ـ الاجتهادات التي تعتبر أن الأصل الشرعي في حرية الشروط العقدية هو التقييد ، وهي الاجتهادات التي تمسكت بنظرية مقتضى العقد .

= العقد فقط ، ولكن احكام العقود وآثارها تكون من ترتيب الشارع لامن العاقد .

(ر : « الملكية ونظرية العقد في الشريعة الاسلامية » ، ف /١٣٥) .

والذي أراه : أنه لا يصح القول في تشريعٍ ما بان احكام العقود وآثارها انما توجبها ارادة العاقد لا ارادة الشارع ، بل هي في ظل كل تشريع يجب أن تعتبر من عمل الشارع لامن عمل العاقد ، لان ترتب حكم العقد وأثره على العقد والزام العاقد به كشريعة له انما هو اعتبار تشريعي صرف . وكل إلزام للعاقد بنتيجة عقده لا يكون لولا ايجاب الشارع وارادته الملزمة . وهذا نظر فقهائنا كما سلف بيانه ، ولا يصح اعتبار خلافه في الشرائع القانونية الوضعية . فالعقد يعتبر شريعة خاصة بين العاقدين في الفقه الاسلامي ايضاً مادام فيه ان العقد قوة ملزمة شرعاً لعاقديه .

وليس الفارق بين التشريعين في هذا الموضوع الا مدى ما فوضه الشارع الى العاقدين من سلطان على تعديل الاحكام التي قررها التشريع مبدئياً في كل عقد . وهذا يعني مدى حرية الشروط العقدية المعدلة لتلك الاحكام ، وليس معناه ان العاقدين هما اللذان يشرعان آثار العقد ويوجبانها بينهما . فقد يخلو العقد من كل شرط ، وعندئذ لاشك في ان الاحكام التي تثبت انما هي ما قرره التشريع من آثار لهذا العقد ؛ فهل يعقل ان يقال : ان العقد تارة يوجب العاقدان آثاره بينهما ، وتارة يوجبها التشريع ؟ !

وسنرى ان الاجتهادات المختلفة في الفقه الاسلامي بعضها يضيق حرية الشروط العقدية ، وبعضها يوسعها توسيعاً على غرار ما استقرت عليه المبادىء القانونية الحديثة في ذلك .

٢) ـ والاجتهادات التي تعتبر أن الأصل الشرعي في تلك الشروط هو الاطلاق .

(اولاً)

الاجتهادات التي تمسكت بنظرية مقتضى العقد[1]

٢١٨ — هذه الاجتهادات ترى ان لكل عقد في الشرع احكاماً أساسية تسمى : «مقتضى العقد» ، نص عليها الشرع مباشرة ، أو استنبطها الاجتهاد وأثبتها حفظاً للتوازن بين العاقدين في الحقوق. فليس للعاقدين ان يشترطا من الشروط ما يخالف هذا المقتضى . فان اشترطا شرطاً مخالفاً له يفسد العقد ، كما لو اشترط الاجير العام من صباغ أو خياط مثلا أن لا يضمن ما يتلف بصنعه (ر : ف/١٨) .

وهذا مبنى الاجتهاد الحنفي في الشروط العقدية . ويقارب في ذلك نظر جمهور فقهاء المالكية ، ثم الاجتهاد الشافعي .

فهذه الاجتهادات قد اخذت مبدئياً بنظرية مقتضى العقد ، وتمسك أصحابها بفكرته اجمالا ثم اختلفوا في التفصيل وتشعبت انظارهم . والاجتهاد الشافعي أكثرها تشدداً وتضييقاً لحرية الشروط .

فمقتضيات العقود كلها في نظرهم انما تثبت بدليل شرعي . وليس للعاقد أن يخالفها أو يضيف اليها شيئاً أو يقيدها بقيد الا اذا قام دليل شرعي يجيز التزامه ويوجب الوفاء به ، كاشتراط تأجيل الثمن في البيع ،

---

(١) — انظر في معنى مقتضى العقد ماتقدم (ف ٦/١٩٥) .

وتأجيل المهر في النكاح (ر : ف/ ٢٥٨ ج الحاشية) .

وقد انفرد الامام مالك برأي في الشروط التي تفسد العقود ، وهو أن الشرط الذي ينافي مقتضى العقد ويفسده اذا تنازل عنه شارطه فلم يتمسك به صح العقد ولغا الشرط ؛ وهو يبني ذلك على نظرية المانع (ر : ف/ ١٤٣) فيعتبر الشرط المنافي مانعاً من صحة العقد ، فاذا زال المانع عاد الممنوع .

(ر : بداية المجتهد ٢/ ١٣٥ و « نظرية العقد » للاستاذ ابي زهرة ، ف/ ١٤٩) .

٢١٩ ـ موقف الاجتهاد الحنفي في هذا المقام

والاجتهاد الحنفي يعتبر كل شرط متضمن لمنفعة زائدة على أصل مقتضى العقد مخالفاً ومفسداً لعقد المعاوضة المالية ؛ كما لو اشترط في البيع حمل المبيع على حساب البائع ، أو إقراض احد المتبايعين للآخر قرضاً ، ونحو ذلك .

أما اذا كان ذلك الشرط في عقود غير المعاوضات المالية كالزواج فيلغو الشرط بنفسه ولا يؤثر في العقد .

ولكن الاجتهاد الحنفي يستثني من المنع ثلاثة أنواع من الشروط فيعتبرها صحيحة لازمة :

١) ـ الشرط الذي ورد الشرع بجوازه ، كاشتراط تأجيل ثمن المبيع ، واشترط الخيار لاحد المتبايعين ، وهو المسمى : « خيار الشرط » ،

وما يقاس على ذلك كخيار النقد ، وخيار التعيين[1] .

٢) ــ الشرط الذي يلائم العقد كاشتراط البائع على المشتري تقديم كفيل أو رهن بالثمن المؤجل ،لانه توثيق له (ر :ف١٩٢/٥).

٣) ــ الشرط الذي يجري به العرف المعتبر شرعاً ،فان العرف يصحح الشروط التي تعتبر في الاصل مفسدة للعقد .

فلو تعارف الناس في بعض الامكنة مثلا بيع البضاعة بشرط حملها على حساب البائع ، أو بشرط قيام البائع بتصليح الآلة المبيعة اذا اختلت ، صح ذلك .

والاجتهاد الحنفي يبني موقفه من حرية الشروط العقدية على شيء من المبالغة والتوسع في التمسك بمبدأ التوازن بين حقوق العاقدين الناشئة بالعقد ، فيرى ان اشتراط منفعة لجانب أحد العاقدين يخل بالتوازن الواجب ويؤدي الى النزاع ، لانها منفعة زائدة على أصل مقتضى العقد بلا عوض يقابلها ، فتشبه ربا الفضل الممنوع شرعاً. فاذا جرى العرف على اشتراطها يصبح العاقد على بصيرة من أمرها ، فيحسب لها حساب في العوض المقابل فيعود التوازن مضموناً ،ويكون التعارف نافياً للنزاع . (ر : رد المحتار ١٢٣/٤) .

---

(١) - تقدم معنى **خيار النقد وخيار الشرط** ، فلينظر (ف/١١/ثامناً) .

أما خيار التعيين فهو ان يقع البيع وما في حكمه من عقود المعاوضات ، كالصلح والاجارة ، على واحد غير معين من عدة اشياء بشرط أن يكون لأحد العاقدين حق تعيين مايختاره منها (ر : المجلة /٣١٦) .

ولا يخفى أن هذا التعليل ضعيف المبنى ، لان الواقع ان الانسان العاقل لا يشرط في عقده منفعة او التزاماً إلا وقد وازنه وحسب حسابه في المعاوضة ، سواء أكان متعارفا او غير متعارف .

وعلى كل حال قد كان استثناء الشرط المتعارف من المنع موسعاً من تضييق حرية الشروط في الاجتهاد الحنفي ، لأن العرف على الشروط قد عم (ر : مقدمة المجلة) .

بل لو قيل ،استناداً الى نظرية العرف هذه في الاجتهاد الحنفي، بأن تعارف الناس على اشتراط الشروط في العقود بوجه عام هو صحيح معتبر كتعارفهم على صور مخصوصة من الشروط في بعض العقود لكان ذلك تفقهاً حسناً . وعندئذ نستطيع القول بأن الشرط الفاسد قد زال من معاملات الناس بفعل الزمن ، وأصبحت الشروط في هذا العصر كلها صحيحة بمقتضى قواعد الاجتهاد الحنفي نفسه ، إلا اذا كان الشرط مصادماً لنص تشريعي خاص يمنعه ،أو منافياً لقواعد الشريعة ومقاصدها العامة ؛فان الناس اليوم قد اعتادوا ربط معاملاتهم كافةً بشروط يتفق عليها في كل عقد ،ولا سيما بعد أن أوجبت الاحكام القانونية احترامها .

وتكاد تكون هذه الاجتهادات سوى المذهب الحنبلي متفقة على أن عقد النكاح هو أبعد ما يكون عن سلطان ارادة العاقدين على آثاره وأحكامه ، لان أحكامه التي يقررها الشرع ليست من حقوق

العاقدين فقط ، بل هي من حقوق الاسرة و نظام المجتمع .

وهـذا ايضاً ما يقره التشريع الوضعي و نظرياته في القوانين الحديثة كما سنرى .

(ثانيا)
الاجتهادات التي ترى ان
الاصل في حرية الشروط العقدية هو الاطلاق

٢٢٠ ـ هذه الاجتهادات ترى أن الأصل الشرعي ، بمقتضى دلائل نصوص الشريعة والسنة العملية ، هو حرية العقود أنواعاً وشروطاً ، ووجوب الوفاء بكل ما يلتزمه العاقدان ويشترطانه ، ما لم يكن في نصوص الشريعة أو قواعدها ما يمنع من عقد أو شرط معين ؛ فعندئذ يمتنع بخصوصه ، على خلاف القاعدة ، ويعتبر الاتفاق عليه باطلاً ، كالتعاقد على الربا أو الشروط التي تحل حراماً أو تحرم حلالاً .

وهذا هو مبنى الاجتهاد الحنبلي ، بحسب نصوص فقهائه المختلفة ، وهو أوسع الاجتهادات الفقهية الاسلامية وأرحبها صدراً بمبدأ سلطان الارادة ، ويتفق جوهر نظريته فيه مع النظريات القانونية الحديثة في الفقه الاجنبي كما سنرى .

ومثله مذهب شريح القاضي (ر : ف/٢٣٤) ، ومذهب عبد الله

ابن شبرمة الكوفي [1] . وعلى هذا الرأي بعض فقهاء المذهب المالكي .

فكون هذه الحرية هي المبدأ الاصلي العام في العقود والشروط بنظر هذه الاجتهادات هو المستفاد من قول القرآن العظيم : « يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود » بمقتضى عموم لفظه واطلاقه ؛ ومن قول الرسول عليه الصلاة والسلام : « المسلمون على شروطهم » .

والقيد الاستثنائي المانع هو المستفاد من قول النبي عليه السلام في حديث بريرة المتقدم : « كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل » بالمعنى الذي سلف بيانه في تفسير هذا الحديث (ر : ف/٢١٥ ح) ؛ وكذا من قول عمر بن الخطاب في وصيته القضائية الى أبي موسى الاشعري : « الصلح جائز بين المسلمين ، الا صلحاً أحلّ حراماً أو حرم حلالا » (ر:ف/١٠ح) وكلام عمر هذا هو التفسير الصحيح للشرط الممنوع الذي وصفه الرسول ﷺ بأنه : « ليس في كتاب الله » .

---

(١) — **عبدالله بن شبرمة بن الطفيل** من كبار فقهاء الكوفة المجتهدين . عاصر أبا حنيفة ، وتوفي سنة /١٤٨/ هـ . ومذهبه في مدى سلطان الارادة والشروط العقدية لم نره مفصلًا كما نقل مذهب ابن حنبل ، ولكن ماتنقله كتب المذاهب الاخرى ، وما جاء في مقدمة المجلة عن مبدئه العام في ذلك ، يفيد انه كالإجتهاد الحنبلي في موقفه من سلطان الارادة وحرية الشروط العقدية (ر : فتح القدير ٦/٧٦ ، ومقدمة المجلة) .

ومن المفيد جداً البحث عما يمكن العثور عليه من آرائه الفقهية في كتب اختلاف الفقهاء . وقد قدمنا اختلافه في الفتوى القياسية مع أبي حنيفة في **مسألة ضياع بعض الدنانير المشتركة** (ر : ف ٨٨/ب) .

ويطعن هؤلاء في ثبوت ما يروى من ان النبي « نهى عن بيع وشرط » بأنه ضعيف السند في نظر علماء الحديث ، وعلى فرض ثبوته يحمل على الشرط المنافي لكتاب الله وشريعته كما في حديث بريرة فانه هو الثابت.

٢٢١ — في هذه الاجتهادات لا يعتبر للعقود مقتضيات ضيقة بحدود ثابتة تتحكم في شروط المتعاقدين ، بل يرون أن الشارع في الشريعة الاسلامية قد فوض الى ارادة العاقدين تحديد هذه المقتضيات ضمن نطاق حقوقهما في كل ما لا يصادم نصاً من نصوص الشريعة ، ولا ينقض أصلا من أصولها الثابتة .

ويقول ابن تيمية رحمه الله في تعليل ذلك :

« ان العقود انما وجب الوفاء بها لايجاب الشارع الوفاء بها مطلقاً الا ما خصه الدليل . على ان الوفاء بها من الواجبات التي اتفقت عليها الملل والعقلاء جميعهم ، وأدخلها في الواجبات العقلية من يقول بالوجوب العقلي (١) .

والاصل في العقود رضى المتعاقدين ، ونتيجتها هو ما أوجباه على انفسهما بالتعاقد . »

---

(١) — الذين يقولون **بالوجوب العقلي** هم فريق المعتزلة . ورأيهم في ذلك ان الامور التي تتصف بالحسن الذاتي ، كالايمان بالله تعالى وكالصدق والعدل ، يعتبر الناس مكلفين بها بحكم العقل ، ومحاسبين عليها عند الله تعالى دون توقف على ورود الشرائع الإلهية بها وتبليغها بواسطة الرسل .

وهذا خلاف ماعليه جمهور فقهاء المسلمين الذين يتمسكون بظاهر قوله تعالى: **« وما كنا معذبين حتى نبعث رسولا »** .

والمسألة معروفة في علم الكلام وعلم اصول الفقه بمسألة **« الحسن والقبح العقليين »**.

ثم أورد رحمه الله نصوص الشريعة الدالة على هذا المبدأ مما أوردناه في اول البحث . (ر : فتاوى ابن تيمية ٣/٢٣٩) .

٢٢٢ — موقف الاجتهاد الحنبلي من نظرية مقتضى العقد :

هذا ، وان الفقه الحنبلي لم يهمل نظرية مقتضى العقد التي تمسك بها من ضيق على نفسه من رجال المذاهب الاخرى . فكثيراً ما يمنع فقهاء الحنابلة بعض الشروط في بعض العقود ويعللون بمخالفة ذلك الشرط لمقتضى العقد .

ولكنهم أوسع نظراً في تفسير مقتضى العقد وحدوده . فهم لا يعتبرون كغيرهم ان كل مصلحة يشترطها احد العاقدين لنفسه مما لا يوجبها العقد بذاته تكون منافية لمقتضاه ؛ بل يعتبرون مصلحة العاقد من مصلحة العقد نفسه ما دامت مشروعة ، أي غير محرمة شرعاً . فلا يعتبر الشرط منافياً لمقتضى العقد في نظر المحققين من الحنابلة الا في النواحي الاساسية التي اذا شرط خلافها تعطلت الغاية الشرعية من العقد : فعندئذ قد يبطل العقد بالشرط ، وقد يبطل الشرط ويصح العقد ، وذلك على حسب حال الشرط ودرجة مناقضته لغاية العقد .

وعلى هذا الأساس قالوا :

— لو شرط في عقد النكاح أن لا تحل به المتعة الزوجية ، يبطل العقد بهذا الشرط ، اذ لا يبقى معه للزواج معنى ، بل يكون كالعقد الصوري .

— أما لو شرط فيه عدم ممارسة الاستمتاع الزوجي فان النكاح

يصح ويلغو الشرط لانه ينافي مقتضى العقد ، اذ لا يعقل ان يكون الاستمتاع حلالا بالعقد وممنوعاً بالشرط .

وانما لم يبطل العقد هنا لان غايته الشرعية ، وهي حل المتعة ، حاصلة ومتفق بين الطرفين على ثبوتها ، والشرط المذكور امر زائد غير جائز ، فيلغو هو دون العقد .

— وعلى هذا الاساس ايضاً قالوا : اذا شرطت المرأة في عقد النكاح ان لا يسافر الزوج معها اذا سافرت كان هذا الشرط باطلاً ، لان الشريعة لا تجيز لها السفر وحدها .

أما اذا شرطت ان لا يسافر زوجها بها إذا أراد السفر ، أو أن لا ينقلها من دارها ، فان شرطها هذا صحيح ، لانه مصلحة مشروعة لا تمنع المقصود من النكاح ، فيصح اشتراطها : ويثبت للمرأة خيار الفسخ اذا لم يف لها الزوج به .

٢٢٣ — وقد ردوا على من يرى ان مثل هذا الشرط ليس من مصلحة العقد رداً قرروا به ضابطاً فقهياً هاماً كان فيه حد الفصل بين نظريتهم السمحة و نظرية غيرهم الضيقة في حدود مقتضى العقد ، فقالوا :

« والقول بأن هذا الشرط ليس من مصلحة العقد قول مردود ، لان هذا الشرط من مصلحة المرأة ، وما كان من مصلحة العاقد [1] كان من مصلحة العقد ، كاشتراط الرهن في البيع » .

---

(١) — هنا قيد ملحوظ : أي من مصلحة العاقد المشروعة ، وهي التي لم يحرمها الشرع .

(ر : كشاف القناع شرح الاقناع ٣/٥٢ طبعة المطبعة الشرفية) .

وصرحوا في الرهن بأنه لا يصح فيه اشتراط أن لا يباع الرهن عند حلول الدين ، أو أن لا يستوفى الدين من ثمنه . وكذا لا يصح اشتراط الخيار للراهن ، ولا توقيت الرهن . وعللوا ذلك بأن « هذه كلها شروط فاسدة لمنافاتها مقتضى العقد . فان المقصود بعقد الرهن ، مع الوفاء بهذه الشروط ، مفقود » . واختلفوا هل يبطل الرهن بهذه الشروط ، أو يلغو الشرط فقط . (ر : المغني ٤/٤٢٩) .

وهكذا في معظم العقود يميزون في كل منها بين الشروط الصحيحة والشروط الفاسدة ، ويعللون فسادها بأنها تنافي مقتضى العقد بهذا المعنى الذي بيناه .

وقد يتوسعون احياناً في المنع ، فيحكمون بفساد شروط لا لأنها تنافي مقتضى العقد ، بل لان العقد لا يقتضيها ، كاشتراط منفعة الرهن للمرتهن (ر : المغني ايضاً) .

والظاهر أن منعهم هذا الشرط في الرهن لما فيه من شبهة الربا عن الحق المرهون فيه ، وإلا فان قواعدهم ونصوصهم في البيع وغيره تقتضي صحة اشتراط المنافع الزائدة على أصل مقتضى العقد .

٢٢٤ — وقد اختلفت الروايات عن أحمد في صحة اشتراط قلب مقتضى العقد من حكم الضمان الى حكم الامانة ، وبالعكس .

فقد قال شمس الدين بن قدامة المقدسي في الشرح الكبير :

« وان اشترط المستعير نفي ضمان العارية لم يسقط الضمان .

وكل ما كان أمانة لا يصير مضموناً باشتراط ضمانه ، لان مقتضى العقد كونه أمانة ، فاذا شرط ضمانه فقد التزم ضمان ما لم يوجد سبب لضمانه ، فلا يلزمه ، كما لو اشترط ضمان الوديعة أو ضمان مال في يد مالكه .

وما كان مضموناً لا ينتفي ضمانه بشرطه، لان مقتضى العقد الضمان ، فاذا شرط نفي ضمانه لا ينتفي مع وجود سببه ، كما لو اشترط نفي ضمان ما يتعدى فيه .

وعن أحمد أنه ذكر له ذلك فقال : « المؤمنون على شروطهم » ؛ وهذا يدل على نفي الضمان بشرطه ، ولكن الاول هو ظاهر المذهب » .

(ر : الشرح الكبير ، كتاب العارية ٤/٣٦٦ــ٣٧٧) .

فأنت ترى من هذا أن مسؤوليات العاقدين الأساسية الناشئة عن طبيعة العقد يتقبل الاجتهاد الحنبلي انقلابها بالشرط .

٢٢٥ ــ مزايا المذهب الحنبلي في سلطان الارادة اجمالاً

وهذا الاجتهاد الحنبلي ، وما على أساسه وغراره في فهم نصوص الشريعة حول مبدأ سلطان الارادة العقدية لا ينقضي منه إعجاب المتأمل؛ وهو الاجتهاد الجدير بالخلود . فهو في باب العقود والشروط كالأفق الفسيح واسع محدود ، ولكن حدوده هي الطبيعة نفسها !! ولا سيما

اذا عرفنا ان مبدأ سلطان الارادة الذي قرره الاجتهاد الحنبلي منذ اثني عشر قرناً ، استنباطاً من نصوص الشريعة الاسلامية الخصيبة وأصولها المحكمة الواضحة ، لم تكن لتعرفه او تفهمه الشرائع العالمية والفقه الروماني ، ولم تنتبه اليه الافكار التشريعية والاجتماعية في اوروبة إلا منذ قرنين كما سنرى ، مع ان الامام احمد بن حنبل صاحب المذهب (رض) معدود من فقهاء مدرسة الحديث لا من مدرسة الرأي (ر: ف/٥٨ الحاشية)[1].

على ان ابن تيمية رحمه الله يرى ان عمق اطلاع احمد وتمكنه في الآثار الثابتة من الحديث والسنة هو السبب في سماحة مذهبه التعاملي، اذ يقول:

« ليس في الفقهاء الأربعة اكثر تصحيحاً للشروط من احمد . وان عامة ما يصححه من العقود والشروط له دليل شرعي خاص من اثر أو قياس. فلا يعارض ذلك بأنه مخالف لمقتضى العقد. وقد بلغه في العقود والشروط من الآثار عن النبي ﷺ وعن الصحابة ما لم يجده عند غيره من الأئمة » .

---

(١) - يلحظ ان الاجتهاد الحنبلي في أمور العبادات وتطهير النجاسات والتورع هو غالباً أضيق من سواه ، مما جعله في نظر الناس عنواناً على التشدد في الدين ، عكس ما هو عليه من السعة والسماحة في أحكام التعامل بالعقود والشروط مما لم يتسع له غيره من المذاهب .

وهكذا ايضاً يرى الاستاذ الجليل الشيخ محمد أبو زهرة في كتابه « ابن حنبل » : أن علم أحمد بالآثار كان يسعفه في فتح أبواب للشروط ظن غيره ممن لا يعلم السنة كعلمه انها مغلقة. فدراسة احمد للآثار جعلته يفهم ان منطق الفقه الاثري يوجب الاطلاق والإباحة حتى يقوم دليل التقييد والمنع (ر: كتاب « ابن حنبل » ف/٢٢٨—٢٢٩) .

٢٢٦ — والاجتهاد الحنبلي قد سوى في الاعتبار بين الشروط المشروطة في صلب العقد ، والشروط المتفق عليها قبل العقد ، ولو لم يصرح بها حال التعاقد ، ما دام العاقد انما أعتمد عليها ؛ لأن الأمر بالوفاء بالشروط والعقود والعهود يتناول الحالين .

وهذا هو ظاهر مذهب احمد ، وجزم به في « المنتهى » ، وقال في « الانصاف » : انه الصواب الذي لا شك فيه . (ر : كشاف القناع ٣/٥٢) .

فقد اعتبر احمد الشرط الملحوظ كالشرط الملفوظ ، كما اعتبر المعروف عرفاً كالمشروط شروطاً .

٢٢٧ — النواحي التي تتجلى فيها مزايا المذهب الحنبلي في سلطان الارادة:

ومما يسترعي النظر من الاجتهاد الحنبلي في حرية الشروط ست نواح هامة من مبدأ سلطان الارادة تعرف قيمتها في ميزان الفقه القانوني الحديث ، وهي :

٢٢٨ ـ الناحية الاولى :

ان الاجتهاد الحنبلي لم يفرق بين عقد النكاح وغيره في حرية اشتراط الشروط وقوتها اللزومية ضمن حدوده العامة السالفة البيان . وسوغ للزوجين أن يشترطا ما يشاءان في عقد النكاح من الحقوق والمصالح والاحوال التي لا تنافي موضوع الزواج ونظامه الشرعي في الاسلام . فقد أجاز الامام أحمد بمقتضى هذا المبدأ أن تشترط المرأة عدم السفر مع زوجها ، أو أن لا ينتقل بها من دارها ، أو أن لا يتزوج عليها ، أو أن يشترط أحد الزوجين كون الآخر موسراً ، وغير ذلك .

وكل شرط صحيح يشرطه احد الزوجين اذا لم يتحقق يسوغ للزوج الآخر فسخ النكاح .

وانما يمنع من الشروط في النكاح ما يمنعه الشرع بنص خاص ، او ماينقص الحقوق والواجبات التي تعد من النظام الشرعي في النكاح ، كما لو اشترط توقيت النكاح ، أو عدم المهر ، أو عدم النفقة الزوجية ، أو عدم الاستمتاع الزوجي ونحو ذلك .

وتفصيل ذلك مبسوط في كتب المذهب (ر : المغني ، والشرح الكبير ، وكشاف القناع ، وكتاب « الفروع » وتصحيحه باب الشروط في النكاح) .

٢٢٩ ـ ويستند الاجتهاد الحنبلي في ذلك الى قول النبي عليه الصلاة والسلام .

« إن أحق الشروط أن توفوا به ما استحللتم به النساء » .

فهو لم يفرق بين شروط المهر المالية وغيرها من مصالح الزوجين المشروعة التي تتعلق بها ارادتهما ، بل اعتبر الشروط في النكاح أحق بالتمسك وأوكد من غيرها .

ويتمسك الحنابلة أيضاً في هذا المقام بما رواه الامام البخاري فى صحيحه فى قضاء عمر بن الخطاب (رض) ، أن رجلاً تزوج امرأة وشرط لها السكنى فى دارها ، ثم أراد نقلها ، فتقاضيا الى عمر ، فقال: « لها شرطها » . فقال الرجل : اذن يطلقنا !! فأجابه عمر بتلك الكلمة الدستورية الخالدة :

« مقاطع الحقوق عند الشروط ، ولك ما شرطت »

(ر : اعلام الموقعين ٣/٣٣٨ و كشاف القناع ٣/٥٣) .

وقد أجاز الاجتهاد الحنبلي أيضاً ، على خلاف بين فقهاء المذهب ، اشتراط الخيار في عقد النكاح مدة معينة كما في عقود المعاوضات ، فاذا مضت المدة دون أن يفسخ الزوج المخير يبرم النكاح .

(ر : كتاب « الفروع » وتصحيحه ٣/٦٠)

٢٣٠ ـ الناحية الثانية :

وقد تفرع عن تلك الناحية الاولى أن جاءنا الاجتهاد الحنبلي بمبدأ

جديد هام في قاعدة الشروط العقدية ، وهو أن الشرط قد يكون في ذاته وبحسب طبيعته غير ملزم شرعاً للمشروط عليه ، فهو في الشروط كالعقد غير اللازم في العقود ، ومع ذلك يصح اشتراطه ولا يلغو . فتكون ثمرة صحة اشتراطه ، رغم عدم لزومه ، ان الطرف المشروط لمصلحته يحق له فسخ العقد عند عدم وفاء الطرف الآخر بالشرط .

فني هذا النوع من الشروط يكون الطرفان مخيرين : فكما أن الطرف المشروط عليه مخير في الوفاء بالشرط وعدمه يكون الطرف المشروط له مخيراً بين الاستمرار وفسخ العقد في حالة عدم الوفاء بالشرط :

ـ وذلك كما لو اشترطت المرأة في عقد النكاح على الرجل « أن لا يسافر أو لا يتزوج عليها » ، فان الرجل حينئذ إنما يستحسن له شرعاً أن يفي بهذه الشروط ما استطاع ؛ لكن لا يجب عليه الوفاء ولا يجبر عليه قضاءً ، لأن الشرع أطلق له حرية السعي والسفر والانتقال ، إذ هو أعرف بمواطن رزقه وتتبع حاجاته ، كما اطلق له حق التزوج بحدود رسمها الشرع . ولكنه اذا لم يف بالشرط فسافر او تزوج غيرها كان لها فسخ النكاح بينها وبينه .

ـ حتى ان الحنابلة جوزوا على هذه الطريقة شروطاً مكروهة شرعاً تمس غير العاقدين ، مادامت النتيجة في هذا النوع من الشروط ليست هي الالزام بتنفيذ الشرط ، بل هي حق الفسخ عند عدم تحققه .

وذلك كما لو اشترطت المرأة الثانية في عقد النكاح على زوجها أن يطلق امرأته الأولى. فقد اختلفوا في صحة هذا الشرط، والمحققون على صحته[1]، لأنه من مصلحة المرأة الشارطة وان لم يلزم به الزوج، فيحق لها فسخ النكاح اذا لم يف الزوج بتطليق ضرتها كما شرط (ر : كشاف القناع شرح الاقناع، بحث الشروط الصحيحة في النكاح).

٢٣١ ـ النامية الثالثة :

ان الاجتهاد الحنبلي سوغ تقييد الملك المطلق عند مباشرة عقده بشروط تحفظية تمنع بعض تصرفات المالك، أو تقيد طرق الانتفاع، أو تستثني بعض الحقوق، أو توجب على المالك بعض الواجبات :

ـ فجوز لبائع الأمة الرقيقة ان يشترط على المشتري عدم بيعها بل يختصها بالتسري والاستيلاد، لأنها قد تكون عزيزة على البائع فيريد ان يحفظ لها الصيانة والكرامة.

ـ وكذلك جوز اشتراط البائع على المشتري أنه إذا أراد بيع المبيع فالبائع أحق باسترداده بثمنه، فليس للمشتري عندئذ أن يبيعه من غير بائعه.

---

(١) ـ ان موفق الدين بن قدامة المقدسي نص على عدم صحة هذا الشرط، لكن اكثر اصحاب المذهب الحنبلي على الصحة. وقواعد الترجيح في المذهب تعتبر قول الشيخ الموفق عند الاختلاف هو الراجح الصحيح.
(ر : تصحيح الفروع ٣/٥٦).

ـ وجوز أيضاً بيع الشيء مع شرط احتفاظ البائع بمنفعته مدة معينة ؛

ـ وجوز أيضاً بيع العقار على شرط أن يقفه المشتري ، وبيع العبد على شرط ان يعتقه ، ونحو ذلك .

وهذه الشروط وأمثالها لا تقبلها الاجتهادات الأخرى غير المذهب الحنبلي ، لانها عندهم تعارض ما يقتضيه عقد البيع ، وما يستلزمه الملك المطلق من حرية تصرف المشتري فيما اشتراه ، فان ثمرات الملك وحقوقه لا يرتبها العاقد ، وانما يرتبها الشرع ترتيباً يمنع تجاوز الانسان فيها على حقوق غيره .

ولكن نظر الاجتهاد الحنبلي في ذلك ان هذه الشروط الارادية لها تأثير في تحديد آثار العقد بسلطة منحها الشرع العاقدين ، وفوضهما بمقتضاها هذا التحديد بحسب مصالحهما . فلا يكون الملك المنتقل بعقد البيع مع هذه الشروط ملكاً مطلقاً بل مقيداً .

٢٣٢ ـ الناحية الرابعة :

ان الاجتهاد الحنبلي صحح طريقة البيع بما ينقطع عليه السعر ، أي بما يكون عليه سعر السوق في تاريخ معين ، دون تحديد للثمن عند العقد .

وهذا لم يقبله أحد من الأئمة الثلاثة غير أحمد ، لما فيه من جهالة الثمن عند العقد [1] .

---

(١) ـ ان متأخري الحنفية جوزوا من هذا القبيل النوع الذي أسموه : =

ولكن الاجتهاد الحنبلي اعتبر في هذا الاتفاق والشرط ما يضع أساساً صالحاً لتحديد الثمن ، ونفي الجهالة وحسم النزاع .

وقد دافع عنه ابن القيم وأيد نظريته من الوجهة الشرعية والمصلحة الواقعية بما فيه الكفاية (ر : اعلام الموقعين ، طبعة المطبعة المنيرية بمصر ، ج ٤ ص/ ٣)[1] .

وهذا غاية ما وصل اليه المنطق القانوني الحديث في شرائط التعاقد

= **بيع الاستجرار** ، للحاجة إليه ، واختلفوا في طريقة تخريجه (ر : رد المحتار ٤/ ١٢) .

وبيع الاستجرار : هو أن يأخذ الانسان حاجاته اليومية من عند اللحام أو البدال (البقال) اوغيرهما دون اتفاق على ثمن كل منها عند الاخذ ، ثم يحاسبه كل مدة . وهو يشبه ما يسمى اليوم : **الحساب الجاري** .

(١) - ويقول شيخ الاسلام ابن تيمية رحمه الله في كتابه « قاعدة العقود » :

« وقد نص أحمد على أنه يجوز أن يأخذ بالسعر ، فيجوز الشراء بالعوض المعروف والاستئجار بالعوض المعروف . وكذلك التزوج بالعوض المعروف . بل عوض المثل في البيع والاجارة أولى بالقبول ؛ فانه يوجد مثل المبيع والمأجور كثيراً ، ويعرف عوضه بكثرة العرف ؛ بخلاف المرأة ، فان مايشابهها فى صفاتها المقصودة من كل وجه متعذر » .

(ر : « قاعدة العقود » فصل : « حق المرأة في الفسخ اذا لم يسلم لها الصداق المشروط »)

وقد سبقت الاشارة الى ان هذا الكتاب من المخطوطات التي طبعت حديثاً (ر : ف/ ٢٥٣ ح) .

وما جاء به القانون المدني في احكام البيع من أنه : اذا لم يحدد المتبايعان ثمن المبيع حين العقد ولكنهما اتفقا على أسس صالحة لتحديد ثمن المبيع فيما بعد فذلك كاف لصحة عقد البيع[1] .

٢٣٣ - الناحية الخامسة :

ان الاجتهاد الحنبلي أجاز تعليق التصرف بشرط معلق في جميع أنواع العقود والفسوخ ، من بيع واجارة وكفالة واقالة وابراء وغيرها ، حتى عقد النكاح أيضاً ، وذلك على اختلاف في الآراء المذهبية في هذا التعميم .

وتعليق العقد هو انشاؤه بصيغة تفيد ارتباط وجوده بأمر آخر يعلق عليه ، وهو المسمى بالشرط الجعلي كما تقدم (ر : ف/ ١٤٢) .

وذلك كقولك : ان جاءت بضاعتي الفلانية اليوم فقد بعتكها بكذا ، وكقول المرأة : زوجتك نفسي على كذا من المهر إن رضي أبي أو أخي مثلا .

وجمهور الفقهاء قد أغلقوا باب التعليق في جميع العقود ولا سيما

---

(١) - يقول الاستاذ الجليل الشيخ محمد أبو زهرة في هذا الصدد : « **ولقد رأينا أحمد يتوسع في العقود توسعاً ما كنا نحسب انه سبق الفقه الحديث** » .
(ر : كتاب « ابن حنبل » للاستاذ المشار اليه ، ف/ ٢٢٣) .

التمليكات والنكاح، فاعتبروها بالتعليق باطلة . وإنما سوغوا تعليق الاسقاطات المحضة كالطلاق والاعتاق . وسوغ الحنفية تعليق عقود الالتزامات والاطلاقات كالكفالة والوكالة بالشرط الملائم دون غير الملائم كما سنرى (ر : ف/ ٢٥١) .

ومستند أحمد في تجويز تعليق العقود بوجه عام هو اطلاق قول النبي عليه السلام : « المسلمون على شروطهم » فانه لم يستثن منه إلا الشرط الذي ينافي كتاب الله تعالى ، وهو الشرط الذي يحل حراماً أو يحرم حلالاً ؛ فيستوي فيه الشروط التعليقية والشروط التقييدية [1] .

ويقول ابن القيم في تعليل ذلك :

« ان تعليق العقود والفسوخ والتبرعات والالتزامات وغيرها بالشروط أمر قد تدعو إليه الضرورة أو الحاجة أو المصلحة ، فلا يستغني عنه المكلف . وقد نص الامام أحمد على جواز تعليق النكاح بالشرط كما يتعلق الطلاق ، وعلى جواز تعليق البيع والابراء » .

(اعلام الموقعين ، طبعة المنيرية ٣/٢٣٧ ــ ٢٣٨ / باختصار) .

وصحة تعليق العقود بالشروط هو ما يقتضيه اليوم مبدأ سلطان

---

(١) — سيأتي التمييز بين الشرط **التعليقي والتقييدي** في المطلب الثاني من هذا البحث (ف /٢٣٨-٢٣٩) .

الارادة في القوانين الحديثة ، ومقتضى المادتين/ ٢٦٥ - ٢٦٦/ من قانوننا المدني .

٢٣٤ - الناحية السادسة :

ان الاجتهاد الحنبلي أجاز طريقة العربون ، وهي ان يبيع الانسان الشيء ويأخذ من المشتري مبلغاً من المال يسمى « عربوناً » لتوثيق الارتباط بينهما ، على أساس ان المشتري اذا قام بتنفيذ عقده احتسب العربون من الثمن ، وان نكل كان العربون للبائع .

وجمهرة المذاهب على أن ذلك غير جائز ، لأن فيه شرط مال يستحقه البائع بلا عوض ، وعليه الاجتهاد الحنفي والمالكي والشافعي .

ولكن أحمد ومحمد بن سيرين ونافع بن الحارث أجازوه تمسكاً بما روى نافع وهو عامل لعمر بن الخطاب على مكة : انه اشترى لعمر دار السجن بمكة من صفوان بن أمية ، وشرط له انه إن لم يرضها عمر فلصفوان مبلغ معين من المال . وقد أقر عمر شرطه هذا (ر : الشرح الكبير ، باب الشروط في البيع ٤/٥٨-٥٩/ ، وبداية المجتهد ٢/١٣٥) .

ومن المعلوم أن طريقة العربون هي وثيقة الارتباط العامة في التعامل التجاري في العصور الحديثة ، وتعتمدها قوانين التجارة وعرفها ، وهي أساس لطريقة التعهد بتعويض ضرر الغير عن التعطل والانتظار .

وقد أيد ذلك ابن القيم رحمه الله بما رواه البخاري في صحيحه في باب ما يجوز من الاشتراط ، عن ابن عون عن ابن سيرين أنه قال .

« قال رجل لكريه : ارحل ركابك ، فان لم ارحل معك في يوم كذا فلك مائة درهم ، فلم يخرج ، فقال شريح : من شرط على نفسه طائعاً غير مكره فهو عليه »[1]

(ر : اعلام الموقعين ، طبعة المطبعة المنيرية ٣ / ٣٣٩) .

وهذا النوع من الاشتراط المروي عن القاضي شريح في ضمان التعويض عن التعطل والانتظار هو ما يسمى في الفقه الاجنبي الحديث: الشرط الجزائي Clause pénale (ر : ف / ٣٩١) .

٢٣٥ — هذا ، ونحن إنما عرضنا في هذه النواحي الست أسساً ومبادىء من سلطان الارادة في آثار العقود والشروط العقدية موجودة في الاجتهاد الحنبلي ومروية عن إمامه .

ونلفت النظر الى أن في بعض هذه النواحي الاساسية اختلافاً بين فقهاء المذهب الحنبلي ، وان ما هو متفق عليه من الأسس يوجد

---

(١) — **الكري** بتشديد الياء ، وزان « غني »: هو المكاري الذي يؤجر دوابه للسفر .

و « **إرحل ركابك** » : أي شد على دوابك رحالها استعداداً للسفر .

وشريح (بصيغة التصغير) هو شريح بن الحارث بن قيس الكندي ، من اشهر القضاة الالمعيين ، والفقهاء المجتهدين في صدر الاسلام ، ولاه عمر بن الخطاب قضاء الكوفة واستمر فيه حتى استعفى في أيام الحجاج فأعفاه ، وكان ثقة في الحديث ، مأموناً في القضاء ، له باع في الادب والشعر ، وعمر طويلاً .

(ر : « **قاموس الاعلام** » للزركلي) .

في تطبيقاته الفرعية اختلاف كثير على الحدود والتفصيلات .

فجريان خيار الشرط في عقد النكاح مثلا ، وصحة تعليقه بالشرط المعلق ، هو خلاف المشهور في المذهب الحنبلي .

وكذا تعليق عقود المعاوضات المالية ، وطريقة البيع بما ينقطع عليه السعر مما تقدم بيانه ، لم تتفق عليها آراء فقهاء الحنابلة : فمنهم من حكم بجوازها ومنهم من حكم ببطلانها .

ولكن المهم هو أنها آراء فقهية قد اتسعت لها قواعد المذهب ونظرياته الأساسية ، وهي ثابتة الرواية والنقل عن امام المذهب أو كبار رجاله ولو أن بعضها لم يكن هو المشهور المرجح[1] .

---

(١) — يرجع فيما حررناه في هذا البحث الى المصادر التالية :

أ) — من الكتب القديمة في الفقه العام والفقه المذهبي :

١ — « بداية المجتهد » للقاضي ابن رشد الحفيد المالكي ، باب بيوع الشروط والثنيا ٢ /١٣٢-١٣٧ .

٢ — « فتح القدير » للكمال بن الهمام الحنفي شرح الهداية ، بحث الشرط الفاسد من باب البيع الفاسد ٦/٧٦-٧٧ ، وكذا غيره من كتب المذهب الحنفي .

٣ — امهات كتب المذهب الحنبلي كالمغني ، والشرح الكبير ، والمنتهى ، وكشاف القناع شرح الاقناع ، فصل الشروط في البيع والشروط في النكاح وفي غيرهما من العقود ، وخاصة هذين الفصلين في كتاب « الفروع » وتصحيحه ، ففيه مختلف الروايات المذهبية .

وكذا كتاب « الانصاف » للشيخ علاء الدين علي بن سليمان المقدسي ، فانه قد تكفل بتحرير هذه الروايات وترجيحاتها ، وقد نقلنا عن نسخة مخطوطة =

إن الآراء والنظريات الفقهية في المذاهب المعتبرة ، سواء منها الراجح والمرجوح ، كلها ثروة تشريعية قيمة يحتاج إليها . وقد يظهر تطور المصالح الزمنية وإعادة النظر أن ما كان من الآراء الفقهية مرجوحاً هو الذي يجب أن يكون الراجح ، وما كان يظن ضعيف المبنى هو في الحقيقة أقوى وأسد ، ولكن مرمى نظر صاحبه قد كان أمام قافلته بمسافات لاتدركها أبصارهم ،فيبقى غير معتمد عليه حتى تصل العصور بالأجيال الى مرمى ذلك النظر فاذا هو البصر الحديد، والفهم الرشيد !!

وفي كل مذهب أنظار فقهية شتى من هذا القبيل يمتاز فيها المذهب بما لم يدركه سواه من المذاهب .

= منه في خزانة الاستاذ الشيخ جميل الشطي بدمشق مفتي الحنابلة ، ثم طبعت في مطبعة انصار السنة في القاهرة .

٤ — بحث العقود والشروط للشيخ تقي الدين بن تيمية في الجزء الثالث من فتاواه .

٥ — « اعلام الموقعين » لابن القيم ، المثال ٦١ — ٦٢ من امثلة الحيل الجائزة ، طبعة المنيرية ٣/٣٣٦ — ٣٤٤ /وطبعة الكردي ٣/٢٨٧ - ٢٩٤ .

ب) — **من المؤلفات الحديثة :**

١ — رسالة «العقود والشروط» للعلامة الكبير المرحوم الشيخ احمد ابراهيم بك

٢ — كتاب « الملكية ونظرية العقد » للاستاذ الجليل الشيخ محمد أبي زهرة ، ف /١٣٥ — ١٥١ .

٣ — كتاب « ابن حنبل » للاستاذ المشار اليه نفسه ف/٢٢٤ — ٢٣٣ .

٢٣٦ ــ ولله در ابن القيم ــ وهو من أعلام فقهاء المذهب الحنبلي ــ فان له في هذا المقام كلاماً نفيساً مخلداً يعد من مفاخر الانظار الفقهية . فانه ، بعد أن استعرض في كتابه « اعلام الموقعين » بعض نصوص الشريعة وآثار السنة المروية في قاعدة الشروط ، والروايات الثابتة عن الامام أحمد في تعليق العقود وتقييدها بالشروط ، يقول ما نصه :

« والمقصود أن للشروط عند الشارع شأناً ليس عند كثير من الفقهاء . فان بعضهم يلغون شروطاً لم يلغها الشارع ، ويفسدون بها العقد من غير مفسدة تقتضي فساده . وهم متناقضون فيما يقبل التعليق بالشروط من العقود وما لا يقبله ، فليس لهم ضابط مطرد منعكس يقوم عليه دليل . فالصواب الضابط الشرعي الذي دل عليه النص ، وفيه قضيتان كليتان :

ــ احداهما : ان كل شرط خالف حكم الله وناقض كتابه فهو باطل كائناً ما كان .

ــ والثانية : ان كل شرط لا يخالف حكمه ولا يناقض كتابه ، وهو ما يجوز بذله وتركه بدون اشتراط ، فهو لازم بالشرط .

ولا يستثنى من هاتين القضيتين شيء ؛ وقد دل عليهما

كتاب الله وسنة رسوله واتفاق الصحابة . ولا تعبأ بالنقض بالمسائل المذهبية والاقوال الآرائية ، فانها لاتهدم قاعدة من قواعد الشرع » .

(اعلام الموقعين ، طبعة المطبعة المنيرية ، ٣/٣٣٩-٣٤٠/باختصار).

٢٣٧ — وبمناسبة كلمة ابن القيم هذه نعيد الى الذاكرة تلك الجملة الدستورية العظيمة لاستاذه شيخ الاسلام ابن تيمية رحمه الله وقد نقلناها سابقاً (ف/٢٢١) إذ يقول :

« والاصل في العقود رضى المتعاقدين ، ونتيجتها هو ما أوجباه على انفسهما بالتعاقد » .

فهذه العبارة الجليلة هي التي يجب أن تعتبر بحق دستور الفقه الاسلامي في مبدأ سلطان الارادة العقدية .

هذا ، وقد عنينا ببسط القول في الاجتهاد الحنبلي هنا لأنه هو الذي تتمشى أسسه في موضوع سلطان الارادة العقدية مع النظريات القانونية الحديثة ، وتصلح أن تكون أساساً للمقارنة بها [1] .

---

*(١) — يقول الاستاذ الجليل الشيخ محمد أبو زهرة في كتابه « ابن حنبل » بعد عرضه مذهب احمد ابن حنبل في حرية التعاقد والشروط العقدية مانصه :

« وهكذا ترى ذلك الامام الذي جعل آثار السلف استاذه ، فتخرج عليها واهتدى بهديها انتهى في العقود وفي كثير من معاملات الناس الى التوسعة بدل التضييق ، والاباحة دون المنع . =

المطلب الثاني

أنواع الشروط العقدية

التعليق ـ التقييد ـ الاضافة

٢٣٨ ـ ان التصرفات القولية ، ومنها العقود ، لها من حيث الاطلاق والتقييد ، حالتان عامتان :

أ) ـ فهي إما أن تصدر من المتكلم منجزة ومطلقة ، أي خالية عن كل قيد وشرط . وعندئذ يوجد التصرف أو العقد في الاعتبار الشرعي ، وتترتب عليه أحكامه وآثاره من فور انشائه . وذلك كما لو قال أحد العاقدين للآخر مثلا : بعتك فرسي هذه ، أو قال : آجرتك داري هذه سنة بكذا ديناراً ، وقبل الآخر ؛ فانه ينبرم العقد ويأخذ حكمه للحال . فيملك المشتري المبيع ، ويملك المستأجر المنفعة لقاء البدل المسمى الذي يستحق عليهما . وعندئذ يسمى العقد منجزاً مطلقاً .

= وبذلك قام الدليل على ان الناس الذين يزعمون ان الرجوع الى مسالك السلف الصالح فيه تضييق على الناس لم يعرفوا حقيقة هذه الآثار ، وكيف سلك الصحابة السبيل ، وكيف عالجوا المشاكل التي عرضت بروح الدين الذي جاء رحمة للناس ، ولم يجيء لإعناتهم والتضييق عليهم .

وهذه عقود تقوم عليها الاسواق العالمية اليوم قد كان في فقه احمد متسع لها ، وقد تبين أنه اهتدى في هذا بهدي السلف رضي الله عنهم » . (ر : كتاب « ابن حنبل » ف /٢٣٣) .

ب) ـــ وإما أن تصدر من المتكلم مربوطة بأمر يقصد به :

ـــ تعليق وجود العقد ، أي ربط وجوده بوجود شيء آخر بحيث لا يوجد العقد مالم يوجد ذلك الشيء ،

ـــ أو تقييد حكمه وآثاره ،

ـــ أو تأخير مفعوله الى زمن معين :

١) ـــ فلو قال البائع مثلا : بعتك حصتي من هذه الدار بكذا ان رضي شريكي ، فقبل المشتري ، يكون المتابعيان غير معتزمين تنجيز البيع ، وانما علقا وجوده وربطاه برضى الشريك الذي يمكن أن يرضى وأن لا يرضى ، فكان البيع تحت احتمال الوجود والعدم .

٢) ـــ ولو قال البائع : بعتك هذه السيارة بكذا ، على شرط أن أستعملها شهراً قبل التسليم ، أو بشرط أن اقوم بتصليحها كلما طرأ عليها خلل الى سنتين ، فقبل المشتري ، يكون الطرفان قد اعتمدا تنجيز البيع ، وانما أرادا تعديل آثاره بقيد قيداه به يحفظ للبائع حقاً في منافع السيارة مدة شهر بعد خروجها من ملكه ، أو يلزمه باصلاح ما يطرأ عليها من خلل . فقد كان مقتضى البيع لولا الشرط هو أن تنتقل ملكية السيارة ويستحق تسليمها فوراً ، ثم لا يكون للبائع حق في شيء منها أو في منافعها ، كما لا يكون مسؤولا عما يطرأ عليها من خلل حادث في يد المشتري .

٣) ـــ ولو قال المؤجر : آجرتك داري هذه سنة بكذا اعتباراً من أول الشهر القادم ، فقبل المستأجر ، يكونان قد أخرا حكم الاجارة

وأضافاه الى زمن مستقبل . ولولا هذا القيد المشروط لبدأ حكمها وثبتت حقوق المستأجر من فور العقد .

٢٣٩ — وبهذه الأمثلة الثلاثة يتضح ان الشروط التي يلتقي بها العاقد على عقده قيداً من القيود يعدل به عن طريق التنجيز والاطلاق هي ثلاثة أنواع :

الأول) — الشرط الذي يعلق انعقاد العقد ونحوه من التصرفات القولية ، فيجعل وجوده مرتبطاً بأمر آخر .

وهذا يسمى : تعليقاً على الشرط ، كما في المثال الاول .

الثاني) — الشرط الذي لا يعترض سبيل الانعقاد ، وانما يقيد حكم العقد تقييداً ، فيعدل آثاره الأصلية بإيجاب التزامات بين الطرفين لم تكن لتجب لو صدر العقد مطلقاً عن الشرط .

وهذا يسمى : تقييداً بالشرط ، كما في المثال الثاني . وقد يسمى : اقترانا بالشرط ، ويوصف العقد معه بأنه « مقيد بالشرط » في مقابل العقد « المطلق » .

الثالث) — الشرط الذي ليس فيه تعليق وجود العقد ، ولا تعديل مقتضياته وأحكامه الأصلية ، وإنما يقصد به تأخير سريان تلك الأحكام الى زمن مستقبل معين .

وهذا يسمى : اضافة ، كما في المثال الثالث .

وسنبين في الشعب التالية من البحث :

أولاً — مجمل الانظار والاعتبارات الفقهية في كل من هذه الانواع الثلاثة . (التعليق ، والتقييد ، والاضافة) .

ثانياً — الفوارق بين مقتضيات هذه الانواع .

ثالثاً — قابليات أنواع التصرفات والعقود لهذه الانواع من الشروط .

الشعبة الاولى

مجمل الأنظار الفقهية في التعليق والتقييد والاضافة

أ) — التعليق على الشرط

٢٤٠ — ان التعليق على الشرط ، كما تفيده تعاريف الفقهاء ، هو : **ربط حصول أمر بحصول أمر آخر** .

فهو عكس التنجيز الذي يكون فيه العقد مطلقاً ساري الحكم منذ صدوره .

فعندما يقول الانسان لآخر مثلاً : إن سافر مدينك فأنا كفيل بما لك عليه ، يكون القائل قد ربط انعقاد الكفالة بتحقق سفر المدين. فهذا تعليق للكفالة[1] .

---

*(١) — الفقهاء يعرفون التعليق بأنه :

« **ربط حصول مضمون جملة بحصول مضمون جملة اخرى** » .

او بأنه : « **ترتيب امر لم يوجد على امر لم يوجد** » .

ر : « الاشباه والنظائر » بحاشية الحموي ، الفن الثالث ج ٢ ص/٢٢٤) . =

٢٤١ ــ ويصاغ التعليق عادة باحدى الأدوات الشرطية التي تربط بين فعلين ، نحو « ان » و « اذا » و « متى » و « كلما » ؛ لأن الأمر المعلق عليه هو أفعال أو أحداث وقوعية ، وهذه الادوات الشرطية هي التي تدخل على الجملة الفعلية فتجعل وقوع الحدث الذي تتضمنه شرطاً لوقوع الامر المعلق المشروط .

فلا بد في التعليق من جملتين يربط بينهما بأداة شرطية .

فالجملة التي تدخل عليها الاداة الشرطية تسمى : **الشرط** ، أو **جملة الشرط** ، وتدل على الامر المعلق عليه . والجملة الاخرى تسمى : **الجزاء** ، وتدل على الامر الانشائي المعلق من عقد ونحوه .

ولا عبرة بتقدم إحدى الجملتين أو تأخرها ، نحو : « إن وصلت بضاعتي الفلانية اليوم فقد وكلتك ببيعها » ، او : « وكلتك ببيع بضاعتي الفلانية إن وصلت اليوم » .

٢٤٢ ــ ولكي يكون الكلام تعليقاً بالمعنى الحقيقي في اصطلاح الفقهاء يجب أن يكون الأمر المعلق عليه ، وهو الشرط ، **معدوماً على خطر الوجود** ، أي معدوماً محتمل الوقوع :

ــ فلو كان متحقق الوجود حين التعليق كان الكلام تنجيزاً في صورة

= ففي المثال المذكور قد رتب المتكلم الكفالة ، وهي مضمون الجملة الثانية ، على سفر المدين ، وهو مضمون الجملة الاولى . وكلاهما ، أي السفر والكفالة ، لم يتحققا في الوجود ، وانما التزم المتكلم الكفالة عند تحقق السفر المحتمل الوقوع . والتعريف الذي استخلصناه واعتمدناه هو أوجز وأوضح .

تعليق ، كقول القائل : « إن كنت حياً فقد بعتك هذا الشيء . »

ـ ولو كان مستحيل الحصول كان التعليق إبطالاً ، أي مبالغة في التعبير عن الامتناع وعدم الإرادة ، كقوله : إن عاش مدينك بعد موته فأنا كفيله . (ر : « الاشباه » لابن نجيم ، الفن الثالث ٢ / ٢٢٤) .

٢٤٣ ـ هذا ، وإن التعليق يقتضي وقوع الأمر المعلق عند تحقق الشرط المعلق عليه ، كما يقتضي دوام انتفائه مادام الشرط معدوماً : أي إن المشروط مرتبط بالشرط وجوداً وعدماً ، إذ يصير الشرط كالسبب للمشروط ـ بإرادة المتصرف ـ بعد أن لم يكن له به علاقة.

وعلى هذا الأساس وضعت القاعدة القائلة : *المعلق بالشرط يجب ثبوته عند ثبوت الشرط* (المجلة / ٨٢) .

فاذا قال الدائن للمدين : « إن وفيتني اليوم نصف ديني فقد أبرأتك من الباقي » ، أو قال لآخر : « إذا قضى القاضي لي على مديني فلان فقد وكلتك بقبض الدين منه » ، فان هذا التعليق يقتضي عدم براءة المدين عن الدين قبل دفع القدر المشروط في الموعد المحدد ، وعدم ثبوت الوكالة بقبض الدين قبل صدور حكم الحاكم به ؛ لأن القائل الذي له حق التصرف قد اشترط الدفع أو الحكم ، وجعله مناطاً لتحقيق الإبراء عن بقية الدين ، أو للتوكيل . ولذلك يسمى أيضاً الشرط المعلق عليه : شرطاً جعلياً ، في مقابل « الشرط الشرعي » كما تقدم في مناسبته (ر : ف / ١٤٢) .

ب) — التقييد بالشرط

٢٤٤ — وأما التقييد بالشرط ، أو الاقتران به ، فهو :

التزام في التصرف القولي لا يستلزم ذلك التصرف في حالة الطوارئ .

وذلك كما لو باع الإنسان بضاعة على شرط أن تكون محمولة على حسابه إلى محل المشتري . فالبائع هنا قد التزم بالشرط في ضمن عقده وجيبة حمل المبيع إلى محل المشتري . وهذا الالتزام لم يكن ليقتضيه البيع المطلق ، أي الخالي عن الشرط ، لأن البيع المطلق إنما يوجب انتقال الملكية بعوض ، ثم ان المالك الجديد المشتري هو المكلف بنقل مشتراه على حسابه[1] .

ومثل ذلك مالو وكل وكيلاً بشراء شيء على أن يكون الثمن مقسطاً أقساطاً عين له عددها ومددها .

---

*(١) — الفقهاء يعرفون الشرط التقييدي بأنه : « **التزام أمر لم يوجد في أمر قد وجد** » (ر : حاشية الحموي على الاشباه ، الفن ٣ ، ج ٢ ، ص /٢٢٤) .

ففي المثال المذكور قد التزم البائع أمراً لم يقع ، وهو حمل المبيع على حسابه وان التزامه هذا حصل في ضمن أمر قد وجد وانبرم ، وهو عقد البيع .

وهذا التعريف يقابل قولهم في تعريف الشرط التعليقي بانه : « ترتيب أمر لم يوجد على امر لم يوجد » كما تقدم (ف /٢٤٠/ الحاشية) .

والتعريف الذي وضعناه هنا أدق تصويراً لحقيقة الشرط التقييدي ، وأوضح صورة .

فالوكيل قد تقيدت وكالته بهذا الشرط فأصبح ملتزماً فيها أن لا يشتري لموكله إلا بحسب التقسيط الذي قيده به . فلو خالف يقع الشراء لنفسه ولا يلتزم به موكله . ولو كان التوكيل مطلقاً لكان للوكيل صلاحية الشراء للموكل نقداً وتقسيطاً .

وهكذا يقال في تخريج كل مثال من هذا القبيل .

فالمقيد هنا هو حكم العقد المنشأ . والقيد هو الشرط الذي التزم به العاقد ما التزم علاوة على الحكم الأصلي للعقد .

ويلحظ هنا أن العقد في حالة التقييد هو منجز مبرم ليس معلقاً وجوده على شيء ، لأن معنى التقييد يشعر بوجود الأمر المقيد[1] .

هذا ، وان التقييد يصاغ عادة بعبارة «على ان» أو «على شرط أن» أو «بشرط أن» ، ونحو ذلك مما يفيد معنى التقييد الآنف الشرح ؛ نحو: «وهبتك هذا الشيء على أن تهبني في مقابله كذا» ، الخ ...

ج) — الاضافة الى المستقبل

٢٤٥ — وأما الاضافة فهي :

تأخير حكم التصرف القولي المنشأ الى زمن مستقبل معين

وذلك كما لو قال المؤجر : «آجرتك هذه الدار سنة بكذا من أول

---

(١) - ومن ثم نرجح تسمية هذا النوع «**تقييداً**» كما هو اصطلاح الحنيفة لا «**اقتراناً**» كما يسميه بعضهم (ر : ف / ٢٣٩) ، لان **الاقتران** معنى ينطبق على التعليق والاضافة ايضاً ، فلا يدل على الخاصة التي يتميز بها هذا النوع .

الشهر القادم » ؛ أو قال الموكل : « وكلتك في جميع شؤوني منذ أول السنة الآتية » .

وقد يكون الزمن المستقبل ملحوظاً ، فيكون التصرف مضافاً دون تصريح بالاضافة ، كما في الوصية ، إذ يقول الموصي مثلاً : « أوصيت بثلث مالي لفلان ، أو للجهة الفلانية » . فان الوصية تفيد معنى الاضافة الى ما بعد الموت . أما التبرع المنجز في الحياة فهو الهبة أو الصدقة .

وتصاغ الاضافة عادة بذكر الزمن على سبيل الظرفية للتصرف الانشائي المضاف ، كما في الأمثلة السابقة .

فاذا صيغت الاضافة بطريق التعليق على مجيء الزمن ، واستعملت فيها بعض أدوات التعليق الشرطية السالفة البيان اعتبرت تعليقاً محضاً لا إضافة ، كما لو قيل : « اذا جاء الشهر الفلاني فقد آجرتك داري سنة بكذا » . فعندئذ تأخذ أحكام التعليق لا أحكام الاضافة ، لأن أصل انعقاد العقد حينئذ يكون معلقاً على مجيء الزمن المعين ومربوطاً به ارتباط المشروط بشرطه ، كتعليقه على أي حادث آخر ، وليس معقوداً للحال ومؤخر الحكم الى زمن مستقبل بالصورة التي سبق شرحها في معنى الاضافة الاصطلاحي . (ر : « الأشباه والنظائر » لابن نجيم ، الفن الثاني ، كتاب الطلاق ج ١ ص / ٢٥٥) .

الشعبة الثانية

الفوارق بين مقتضيات التعليق ، والتقييد ، والاضافة

٢٤٦ — رأينا أن التعليق يجعل التصرف المعلق مرتبطاً في وجوده بالشرط المعلق عليه الذي يمكن ان يوجد أو لا يوجد .

أ) — فالتعليق مقتضاه أن العقد المعلق بالشرط مهما كان نوعه هو عدم قبل وقوع الشرط المعلق عليه .

ب) — أما التقييد فإن مقتضاه أن يعتبر العقد المقيد بالشرط موجوداً مبتوتاً فيه بين الطرفين ، وإنما التزم في ضمنه حكم زائد معدل لموجبه الأصلي ؛ وان معنى التقييد يشعر بوجود العقد المقيد كما تقدم (ف/٢٤٤) .

وعلى هذا ، فمن علق البيع مثلاً تعليقاً بقوله لآخر : « ان جاءت سيارتي الفلانية اليوم من سفرها فقد بعتكها بكذا » ، ورضي المخاطب ، فانه بحسب اتفاق الطرفين أنفسهما لم يرد صاحب السيارة أن يكون بائعاً لها منذ تعليق العقد قبل مجيئها في ذلك اليوم ، وكذا لا يعتبره أحد بائعاً بانشاء هذا التعليق ، ولا سيما ان السيارة ربما لا تحضر في الزمن المعين فلا يتحقق الشرط الذي علق عليه البيع .

أما من قيد البيع بالشرط تقييداً بقوله مثلاً لصاحب سيارة : « اشتريت منك هذه السيارة بكذا على شرط أن تعلمني سوقها » ، ورضي

الآخر ، فان الطرفين يكونان متبايعين فعلاً بهذا التعاقد المقيد ، ويعتبر البيع بمقتضى اتفاقهما منجزاً مبتوتاً بينهما ، ويصير البائع ملتزماً بتعليم السوق ، ومكلفاً بتنفيذ التزامه [1] .

ج) — وأما الإضافة فهي تشبه التعليق من وجه ، لان حكم العقد المضاف مؤخر الظهور ، فلا يبدأ إلا في المستقبل المعين ؛ وتشبه التقييد من وجه آخر ، لأن الزمن المضاف اليه محقق القدوم ، وليس على خطر الوجود والعدم كما في الشرط المعلق عليه .

ولكن شبهها بالتقييد أقوى لأن المؤخر فيها ليس هو أصل العقد كما في التعليق ، بل حكمه فقط .

٢٤٧ — وعن هذا كان مقتضى الإضافة في نظر الفقهاء أن العقد المضاف ينعقد في الحال سبباً للحكم المستقبل ، فهو عقد قائم بين الطرفين منذ انشاء الاضافة كما في حالة التقييد ، وليس معدوماً للحال كما في التعليق .

وبناء على ذلك قرروا في العتق ان من أضاف عتق عبده إضافةً

---

(١) — ومن ثم يقول الفقهاء في التفريق بين التعليق على الشرط والتقييد بالشرط : إن الاول « **ترتيب** أمر لم يوجد على أمر **لم يوجد** » أما الثاني فهو : « **التزام** أمر لم يوجد في أمر **قد وجد** » ، كما سلف بيانه في تعريف التعليق والتقييد .

وقالوا : « ان الشرط التعليقي هو ما علق عليه اصل الفعل ، والشرط التقييدي هو ما جزم فيه بأصل الفعل وشرط فيه أمر آخر . (ر : حاشية الحموي على « الاشباه » الفن الثالث ٢/٢٢٥ نقلاً عن قواعد الزركشي) .

الى المستقبل، بأن قال له مثلاً : « انت حر غداً » ، لم يعد يملك بيعه رغم بقائه رقيقا قبل الغـد ، لأنه قد انعقد له سبب الحرية بهذه الاضافة . فيعتبر الإعتاق موجوداً ، ولكن ظهور حكمه مؤخر تأخيراً الى أجل مسمى. بخلاف ما لو علق عتقه تعليقاً بأن قال له مثلا : « إن عاد ابني من سفره سالماً فأنت حر » ، فانه رغم صحة التعليق لا يعتبر سبب الحرية منعقداً له في الحال ، بل يملك المولى بيعه قبل عودة ابنه ، لأن المعلق بالشرط هو عدم قبل وجود الشرط [1] .

٢٤٨ — يتضح مما تقدم أنه في حالة التعليق إذا وجد الشرط المعلق عليه فانما يثبت الحكم المعلق مقتصراً لا مستنداً ، أي إنما يعتبر موجوداً عند وجود الشرط لا منذ التعليق ؛ إذ لو اعتبر له بعد تحقق الشرط استناد إلى تاريخ التعليق ، أي أثر رجعي ، للزم ذلك تقدم العقد المشروط على شرطه ، وهو خلاف المعقول .

فلو علق انسان الوكالة مثلاً بقوله لشخص آخر : متى تسلمت بضاعتي الفلانية فقد وكلتك ببيعها ، فباعها المخاطب قبل تسليمها ثم تسلمها ربها ، لا ينفذ عليه البيع ، لان وكالة ذلك الشخص انما تثبت منذ تسلم البضاعة ، فقبل ذلك يكون فضولياً في بيعه .

---

(١) — مثل ذلك ما لو صيغت الاضافة بطريق التعليق على الزمن المستقبل كما لو قال المولى في المثال المذكور : « اذا جاء غد فأنت حر » ، فانه يملك بيعه قبل حلول الغد ، لان الاضافة عندئذ تصبح تعليقاً يربط فيه اصل العقد بمجيء الزمن المستقبل ر : ف /٢٨٦) .

الشعبة الثالثة

قابليات أنواع العقود لأنواع الشروط

٢٤٩ ـ ليست جميع أنواع العقود والتصرفات القولية في نظر جمهور الفقهاء قابلة لكل نوع من هذه الشروط العقدية الثلاثة: التعليق، والتقييد، والإضافة.

فمن العقود والتصرفات القولية ما يقبل هذه الشروط جميعاً، فيصح تعليقه وتقييده واضافته؛ ومنها ما يقبل بعضها دون بعض.

والمذاهب الاجتهادية على اختلاف في هذه القابليات؛ وإن أوسعها هو الاجتهاد الحنبلي كما تقدم.

وسنوجز فيما يلي قواعد الاجتهاد الحنفي في ذلك، وهو حد وسط بالنسبة الى بقية الاجتهادات.

٢٥٠ ـ فنظر الاجتهاد الحنفي في قابلية العقود للشروط يمكن تلخيصه في القواعد التالية:

يقسم فقهاء الحنفية العقود وسائر التصرفات القولية الانشائية في هذا المقام، بحسب ماهيتها وقابلياتها الشرطية، الى الاقسام الثمانية التالية:

١) ـ المعاوضات المالية: كالبيع، والقسمة، والصلح عن مال بمال، والاجارة.

٢) ـ النكاح؛ ويصفونه بأنه: معاوضة غير مالية. والأفضل ان يعد نوعاً مستقلاً

٣) - التبرعات ؛ أي التمليك بلا عوض، كالهبة والصدقة، والوصية والوقف . ويدخل فيها الإبراء عن الدين ، لمعنى التبرع فيه ، وإن كان في صورة إسقاط . فهو إسقاط غير محض ، بل فيه معنى التمليك .

٤) - الاطلاقات ؛ كالوكالة ، والاذن بالتجارة للصغير المميز [١] من قبل وليه ، فان فيهما إطلاق سلطة تصرفية للوكيل والصغير كانا محجورين عنها .

٥) - الولايات ؛ كتعيين الحكام والعمال وسائر الموظفين من فروع السلطة الادارية .

٦) - التقييدات ؛ كعزل الوكيل والموظف ، وحجر المأذون [٢] .

٧) - الالتزامات ؛ كالكفالة بأنواعها .

٨) - الاسقاطات المحضة ؛ كالطلاق ، والاعتاق ، واسقاط الشفعة .

٢٥١ — وبناء على ذلك يقررون في قابلية هذه العقود والتصرفات للشروط التفصيل التالي :

(١) — المعاوضات المالية ، والتبرعات، والنكاح ، لا تقبل التعليق ولا الاضافة مطلقاً ، بل يجب أن تعقد منجزة . فاذا علقت على شرط أو أضيفت الى زمن مستقبل بطلت ، حتى لو وجد الشرط المعلق عليه، أو جاء الزمن المضاف اليه ، لا ينعقد العقد .

---

(١) و (٢) — ويسمى هذا الصغير عندئذ : مأذوناً . ويجوز لوليه الآذن حجره بعد الاذن . وسيأتي تفصيل احكام المأذون وحجره في نظرية الاهلية والولاية (ف / ٤٣٧-٤٤٣).

فلو قال لآخر : « إذا ولدت فرسي هذه فقد بعتكها بكذا » او « وهبتكها » ، أو قال لامرأة بحضرة شهود : « تزوجتك اعتباراً من أول الشهر القادم » ، وتم القبول ، لا تصبح الفرس مبيعة أو موهوبة اذا ولدت ، ولا المرأة زوجة اذا حل الشهر المضاف اليه .

ولكن يستثنى من ذلك الوصية ، والوقف ، والاجارة ، والاعارة :

أ) ـ فالوصية ، والوقف ، يقبلان التعليق على الموت ، والاضافة الى ما بعده تسهيلاً لاعمال الخيرات والمبرات ، وتشجيعاً عليها .

ب) ـ والإجارة ، والاعارة ، يقبلان الاضافة الى المستقبل دون التعليق ، لأن معنى الاضافة موجود في طبيعتهما ، إذ لو كانت الاجارة والاعارة منجزتين تعتبران في قوة عقود مضافة متجددة مع آناء الزمن المستقبل ، لورودهما على المنافع المستقبلة المتجددة ، كما سنرى في بحث تصنيف العقود . (الصنف/١١) .

(٢) ـ الاطلاقات ، والولايات ، والتقييدات ، والالتزامات ، تقبل التعليق بالشرط الملائم دون غير الملائم . وتقبل أيضاً التقييد بالشرط ، والاضافة الى المستقبل .

والشرط التعليقي الملائم هو الذي يكون بينه وبين الأمر المعلق عليه مناسبة تستدعي ترتيبه عليه .

فلو قال الانسان لغيره : اذا وصلت بضاعتي الفلانية فقد وكلتك ببيعها ، أو اذا سافر مدينك فأنا كفيله ، صح التعليق ويصبح المخاطب

وكيلاً ، والقائل كفيلا عند تحقق الشرط المعلق عليه ، من وصول البضاعة . أو سفر المدين .

أما لو قال مثلاً: إن هبت الريح ، أو إن نزل المطر ، فأنت وكيلي ، لا يصح التعليق لعدم ملاءمة الشرط .

(٣) ـ الاسقاطات المحضة تقبل التعليق بالشرط مطلقاً ، ملائماً كان او غير ملائم ، كما تقبل أيضاً الاضافة الى المستقبل .

(٤) ـ المعاوضات المالية ، كالبيع والاجارة ونحوهما ، **تقبل التقييد بالشرط التقييدي الصحيح** ، ويلزم الوفاء بما أوجبه الشرط من التزامات[1] .

(٥) ـ أما فسخ العقود فالظاهر من عبارات الفقهاء أن فسخ كل عقد يعتبر كأصل عقده في قابليته لهذه الشروط من تعليق وتقييد واضافة . فقد صرحوا بأن فسخ البيع والاجارة يقبل من الشروط ما يقبله عقدهما (ر : الدرر ٢/٢٠٢) .

ويظهر لنا أن هذا نظر فقهي عام في فسخ كل عقد ، وليس خاصاً بفسخ البيع والاجارة .

٢٥٢ ـ هذه خلاصة عن تأثير الشروط في أنواع العقود

---

(١) ـ تقدم بيان **الشرط التقييدي الصحيح** في نظر الاجتهاد الحنفي ، وهو الشرط الذي ورد به الشرع كاشتراط الخيار في البيع ، أو جرى عليه عرف ، أو كان ملائماً للعقد كاشتراط البائع على المشتري تقديم كفيل أو رهن بالثمن المؤجل ، فان في هذا الشرط استيثاقاً بالتزامات العقد ، والعقد يلائمه الاستيثاق (ر : ف/٢١٩) .

وسيأتي في **نظرية العرف** مزيد بسط لتأثير العرف في تصحيح الشروط فلينظر (ف/٥٢٤ - ٥٣٠) .

والتصرفات في الاجتهاد الحنفي، أو جزناها ايجازاً لأنها لم يبق لها قيمة عملية لدينا، فان الأحكام القانونية في قانوننا المدني، وقبله المادة /٦٤/ من قانون أصول المحاكمات الحقوقية العثماني السابق لدينا، تقتضي صحة التعليق والتقييد والاضافة في جميع التصرفات والعقود.

وهذا التعميم القانوني موافق لآراء ومذاهب اجتهادية في الفقه الاسلامي، كما في المذهب الحنبلي على ما سبق بيانه (ر: ف /٢٢٠/ وما بعدها)[1].

البحث الثاني

سلطان الارادة العقدية

في الفقه الأجنبي

المطلب الأول

أصل النظرية وتطورها

٢٥٣ — ان المبدأ القانوني الذي استقر أخيراً في الفقه الأجنبي الحديث بأوروبة حول سلطان الارادة العقدية يتلخص بما يلي:

---

(١) — يرجع فيما حررناه من قابلية العقود للشروط في الاجتهاد الحنفي الى رد المحتار، والدرر شرح الغرر، والبحر الرائق، وغيرها من كتب المذهب الحنفي في باب (مايفسد في الشرط الفاسد ولا يصح تعليقه بالشرط) من كتاب البيوع ويلحظ الناظر في هذا الباب ان نظرية الفقهاء فيه مضطربة.

« ان السلطان الاصلي في انشاء العقد وفي تحديد التزاماته انما هو لارادة العاقدين ، ولكن في حدود معينة يحددها التشريع وفقاً للمصالح الفردية والاجتماعية والاقتصادية والسياسية » .

وقد ظلت الارادة العقدية في أوروبة شـلاء مغلولة بالشكليات والقيود الضيقة طوال العصور القديمة ، وقروناً عديدة من العصور الوسطى ، حتى بدأت تتحرر شيئاً فشيئاً ، ويقوم لها سلطان بالتدريج أواخر العصور الوسطى .

ثم كان في العصور الاخيرة لمبدأ سلطان الارادة بكامل نواحيه سيادة في الأفكار الاجتماعية والتشريعية ، وخاصة في عصر الثورة الفرنسية الذي كان متأثراً بفلسفة خاصة ثورية على سائر الأوضاع الاجتماعية ، وتفشت فيه نظرية « العقد الاجتماعي » الوهمية التي نادى بها « روسو » إذ ذاك ، حتى أصبح العصر مشبعاً بروح الحرية الفردية ، واستقلال ارادة الفرد ، واعتبارها مصدراً لكل نواحي الحياة الاجتماعية . وكان ذلك هبوباً واندفاعاً للخروج من وطأة العصور المظلمة في اوروبة .

فهذه الأفكار في الحرية المتطرفة قد تمخضت عن نظرية قانونية في مبدأ سلطان الارادة تقوم على أساس ان الارادة المجردة للشخص هي المصدر الوحيد لكل الحقوق والواجبات : فإليها ترجع ، وبها تحدد وتفسر جميع الالتزامات العقدية وغيرها ، حتى الالتزامات التي

مصدرها القانون في شؤون الاسرة والمصالح العامة ، لأن الفرد يعتبر قد قبل هذه الالتزامات باختياره حينما ضوى[1] طوعاً الى مجتمع قانوني يفرض على أفراده واجبات وتبعات .

ومن فروع ذلك ان ارادة العاقدين المحضة هي التي توجد العقد دون توقف على شيء آخر ، وهي التي يجب أن تحدد آثاره وأحكامه .

٢٥٤- ثم هوجمت هذه النظرية بردود قوية متينة فندتها تفنيداً على أيدي رجال المذهب الاشتراكي، ورجال مذهب التضامن الاجتماعي، وغيرهما من المذاهب المناهضة لمذهب « الفردية » المتطرف. فنكص على عقبيه مبدأ سلطان الارادة التعاقدية بين رجال المذاهب الاجتماعية والحقوقية ، ولا سيما أن نظرية سلطان الارادة المطلق تحول دون تقرير مبدأ مسؤولية الطفل والمجنون ، ومبدأ المسؤولية المادية[2] ، مما

---

(١) - **يقال ضوى يضوي ضويا** (بضم الضاد في المصدر وكسر الواو وتشديد الياء) وزان « **مضى يمضي مضيا** » اذا انضم الى جماعة أو مكان ملتجئاً (ر : القاموس المحيط) .

(٢) - نظرية **المسؤولية المادية** responsabilité objective تجعل الانسان مسؤولاً عن كل ضرر لغيره ينشأ مما في ملكه او تحت حراسته من الاشياء ، ولو لم يكن عن خطأ منه او تقصير .

وهي نظرية حديثة تحدوها عوامل اشتراكية غلا فيها اصحابها لحماية العمال من اخطار المعامل الآلية العصرية . وقد جاءت معاكسة لنظرية **المسؤولية الشخصية** respon . subjective التي بنيت عليها المادة /١٣٨٢/ وما بعدها من القانون المدني الفرنسي ، وهي تشترط لمسؤولية المالك او الحارس ثبوت الخطأ =

اتجهت القوانين الحديثة الى اعتباره ناحية أساسية في نظام العدالة .

ثم ما لبث مبدأ سلطان الارادة أن استعاد اعتباره على أسس جديدة.

وهكذا تردد مبدأ سلطان الارادة بين جزر ومد ، وأخذ ورد، وانتكاس وانتعاش ، حتى استقر أخيراً على تلك النظرية المعتدلة التي رسمناها آنفاً في صدر الكلام .

٢٥٥ — وكانت المادتان /١١٣٤ و ١١٣٥/ من القانون المدني الفرنسي متمسكا قانونياً للجميع :

— وقد تمسك فريق المتطرفين في مبدأ سلطان الارادة باولاهما التي تنص على ان العقد هو قانون في حق المتعاقدين .

— وتمسك الفريق الآخر بعد ذلك بالمادة التالية التي تصرح بأن إلزام المتعاقدين بما تضمنه عقدهما مقيد بما تقتضيه العدالة والعرف ، وبما يقرره القانون من أحكام ، وفقاً لطبيعة الالتزام .

فلا مجال اذن للقول بأن ارادة المتعاقدين وحدها هي التي

= او التقصير منه .

والقوانين الحديثة تتجه الى الاخذ بنظرية المسؤولية المادية في نطاق محدود كتشريع العمل ، وبقيود تحفظية .

(ر : كولان وكابيتان ج ٢ ف /٢٨٩/ و /٣٧٠/ ، و « الموجز في نظرية الالتزامات » للاستاذ السنهوري /٣٧٣ — ٣٧٥/ ، و « القانون المدني المقارن » للاستاذ محسن شفيق ص /١٢٤—١٢٧) .

تنشىء الالتزامات وتحدد آثارها ، بل يجب أن تخضع لحدود يتولى الشارع تعيينها .

٢٥٦ ــ وهذه الحدود والقيود التي يقيد بها التشريع مبدأ سلطان الارادة تختلف باختلاف أنواع الحقوق والعقود، وموضوعاتها:

أ) ــ ففي الحقوق العامة والالتزامات الناشئة عنها لا سلطان لإرادة الملتزم أصلاً ، بل للقانون وحده .

ب) ــ وفي عقد الزواج ونتائجه ينحصر سلطان إرادة العاقدين في أصل العقد ، أي في قبول التعاقد أو رفضه بمحض حريتهما .

أما القيود الشكلية في عقد الزواج ، وكذا آثاره والتزاماته بين الزوجين ، فيرتبها القانون على وفق ما يقتضيه تنظيم شؤون الاسرة والمصالح الاجتماعية التي مرجع تقديرها الى الشارع .

ج) ــ وفي الحقوق العينية العقارية يتسع مجال سلطان ارادة العاقدين في آثار العقد . أما تكوينه فيخضع لمراسم شكلية في التسجيل يفرضها القانون ، لارتباطها بسياسة التشريع في تنظيم الملكية العقارية ، وفي الضرائب الحكومية عليها ، وغير ذلك من الاعتبارات .

د) ــ أما الحقوق الشخصية والإلتزامات فهي الميدان الأوسع لمبدأ سلطان الإرادة العقدية ضمن حدود الآداب العامة ، والنظام العام ، والنصوص القانونية الخاصة عندما تكون آمرة بحكم إلزامي .

فلا يصح مثلاً عقد الاستئجار على ارتكاب جريمة ، أو على فعل ماينافي الآداب الإجتماعية :

ـــ ففي هذا الميدان وهذه الحدود يعقد الإنسان مايشاء من العقود ، ويحدد آثار عقده بإرادته المحضة .

ـــ وللعاقدين أن يخالفا باتفاقهما مارتبه القانون من احكام في العقود المسماة ، لأن الأصل فيها أنها غير إلزامية ، وإنما يفرضها القانون عند عدم الإتفاق على خلافها إلا ماكان من النصوص الآمرة التي ينص القانون أو يقوم فيه دليل على عدم جواز اتفاق المتعاقدين على خلافها[1] .

ـ وفي نطاق هذه المجموعة من القيود والحدود التشريعية يطبق المبدأ القانوني العام القائل : ان العقد قانون المتعاقدين ، أي ان العقد يلزم عاقديه في كل ما اتفقا عليه ، كما يلزم القانون سائر الناس .

(ر : « نظرية العقد » للاستاذ العلامة السنهوري ، ف/٩٤-١١٣).

---

(١) ـ مثال ذلك ان القانون المدني الجديد لدينا في بحث ضمان العيب من عقد البيع يجيز للطرفين ان يتفقا على عدم ضمان البائع للعيوب الخفية اذا ظهر منها شيء في المبيع ، فيكون المشتري حينئذ مشترياً على مسؤوليته . فضمان العيب حكم مقرر قانوناً على كل بائع مالم يتفق الطرفان على خلافه . لكن القانون ينص أيضاً على ان الاتفاق على خلافه انما هو جائز اذا كان البائع حسن النية . اما اذا كان البائع سيء النية بأن دلس العيب على المشتري تدليساً (أي كتمه عنه وهو عالم به) فان اشتراطه عدم ضمان العيب يكون باطلا ، ويبقى البائع خاضعاً للضمان القانوني ، كي لا يتخذ هذا الشرط ذريعة للاحتيال والغش (ر : ق م ٤١٣ و ٤٢١) وانظر ايضاً ماتقدم في بحث عيوب الرضى (ف ١٨٧/٤) .

هذه خلاصة موجزة جداً عن مبدأ سلطان الارادة في التشريع الاوروبي في مراحله التاريخية ، وما استقر عليه المبدأ أخيراً في الفقه القانوني والتشريع الوضعي الحديث .

ومما تقدم بيانه يرى أن ما استقر عليه مبدأ سلطان الإرادة في نهاية تطوافه في الحقوق الحديثة هو الأسس التي قام عليها اجتهاد عمر بن الخطاب رضي الله عنه ، والقاضي شريح ، وابن شبرمة ، والإجتهاد الحنبلي ، وما جرى هذا المجرى من الاجتهادات في الفقه الاسلامي ، مما سلف بيانه في البحث السابق .

المطلب الثاني

الشروط العقدية في الفقه الأجنبي

تعريف الشرط قانوناً ، وتقسيمه - الشرط الموقف ، والشرط الفاسخ - نقد النظرية الأجنبية في تقسيم الشروط

٢٥٧ - تعريف الشرط قانوناً :

إن علماء القانون في الفقه الأجنبي لهم في الشروط العقدية تقسيم آخر غير ما أوضحناه في الفقه الإسلامي :

فهم يعرفون الشرط بأنه : ربط نشوء الالتزام أو زواله بحادث مستقبل محتمل .

ومعنى كونه محتملاً أنه غير مؤكد الحصول في المستقبل ولا ممتنع .

وهذا ـ كما ترى ـ هو الشرط التعليقي في اصطلاح الفقه الإسلامي (ر : ف/ ٢٤٠ — ٢٤٢).

٢٥٨ ـ تقسيم الشرط قانوناً:

ثم هم يقسمون هذا الشرط إلى نوعين أساسيين تتفرع منهما صور فرعية، وهما:

١) ـ الشرط **الموقف**: condition suspensive وهو الذي يعلق نشوء الإلتزام، ويجعله متوقفاً على أمر مستقبل محتمل؛ مثل قول الموظف: آجرتك داري هذه سنة بكذا ان نقلت وظيفتي الى بلد آخر. فتكون الاجارة بين الطرفين معدومة قبل وقوع شرط النقل.

٢) ـ والشرط **الفاسخ**: c. résolutoire وهو الذي يرتب على وقوعه زوال الالتزام القائم؛ مثل: استأجرت دارك على شرط انني اذا نقلت وظيفتي الى بلد آخر انفسخت الاجارة. فتكون الاجارة قائمة بين الطرفين، ولكنها تفسخ بوقوع النقل.

والفارق الاساسي عندهم بين النوعين في الحكم هو أن الالتزام في الشرط الموقف معدوم محتمل الوجود؛ وفي الشرط الفاسخ موجود محتمل الزوال.

ويتفرع عن ذلك تفاصيل مبسوطة في مظانها من الكتب القانونية الفرنسية وما نقله عنها علماء القانون المصريون[1].

---

(١) ـ ترجم علماء القانون المصريون كلمة: La condition suspensive في القانون الفرنسي بالشرط **الواقف**. وعلى ذلك درج الاصطلاح القضائي في مصر =

(ر : « دالوز precis de droit civil » ج ٢ ف/ ٤١٥ — ٤٢٦/، و « الموجز » في نظرية الالتزامات للاستاذ العلامة السنهوري ف/ ٣٦٦ — ٤٨٠) .

٢٥٩ — نقد النظرية الأجنبية في الشروط :

إن شراح نظرية الالتزامات في الفقه الاجنبي لم يميزوا بين التعليق على الشرط والتقييد بالشرط كما ميز فقهاؤنا ذلك التمييز الدقيق المستند الى اختلاف ماهية هذين النوعين من الشروط على ما سبق بيانه ، بل خلط علماء القانون بينهما .

وأما تقسيمهم الشرط الى نوعين : **موقف** ، و**فاسخ** ، فليس في الحقيقة تقسيماً للشرط نفسه الى نوعين ، بل هو تقسيم للأمر المشروط : فإن كان المربوط بالشرط هو أصل الالتزام سمي الشرط عندهم موقفاً ؛ وإن كان المربوط به زوال الالتزام سمي الشرط فاسخاً . فالشرط في كلا الحالين نوع واحد من قبيل التعليق ؛ ولكن تعليق نشوء الالتزام يقتضي عدم وجود الالتزام بين الطرفين قبل تحقق شرطه المعلق عليه ؛

= غير اني ارجح هنا ان يقال . شرط « **موقف** » كما يسميه بعضهم ، اشتقاقاً من (**أوقف**) بزيادة الهمزة ولو انه خلاف الفصيح لغة في هذه المادة ، اذ الفصيح فيها الثلاثي المجرد (ر : المصباح والقاموس) ؛ وذلك كيلا يشتبه على الطالب اسم « **الشرط الواقف** » باسم « **شرط الواقف** » المستعمل لمعنى آخر بعيد عن هذا الموضوع في احكام الاوقاف ، وان كان التركيب الاول **وصفياً** والثاني **اضافياً** .

وتعليق زوال الالتزام يقتضي قيام الالتزام واستمراره بينهما الى حين وجود ما يفسخه .

وهذا ما أوهمهم انقسام الشرط نفسه الى نوعين مختلفي النتائج ، بينما اختلاف النتائج ناشىء من اختلاف نوع الأمر المشروط : هل هو نشوء الالتزام أو هو زواله ، لا من اختلاف في طبيعة الشرط و نوعيته.

ومما يلحظ عليهم أيضاً من حيث الترتيب انهم لا يبحثون عن الشرط في ضمن نظرية العقد من مصادر الالتزام ، بل يبحثون عنه في فصل على حدة كما لو كان الشرط حالة مستقلة من الاحوال العامة للالتزام نفسه ، بينما أن الشرط عنصر عقدي ولا يتصور له وجود الا تبعاً لعقد . فمحله الخاص المناسب إنما هو في نظرية العقد .

الفصل الرابع

انحلال العقد

٢٦٠ – يراد من انحلال العقد زوال الرابطة الحقوقية التي ربطت المتعاقدين بموضوع العقد . فالانحلال لا يكون الا بعد سبق الانعقاد .

ومن هنا يتجلى الفرق بين انحلال العقد وبطلانه . فان البطلان هو الحالة التي كان للعقد فيها وجود حسي فقط دون أن يكتسب وجوده الاعتباري في نظر الشرع ، أي أن العقد في حالة البطلان غير منعقد من أصله ، كمولود يولد ميتاً .

أما الانحلال فهو الحالة التي نواجه فيها عقداً منعقداً منتجاً لآثاره بين طرفيه ، ولكنه بعد الوجود يزول وينعدم بسبب غير ارادي ، أو بسبب ارادي . فهو كشخص حي تطرأ عليه الوفاة .

فاذا أزيل العقد إزالة بسبب ارادي مما سيأتي بيانه قريباً سمي ذلك : فسخاً .

واذا زال العقد بسبب طارىء غير ارادي سمي ذلك : انفساخاً .

٢٦١ - (اولاً) - الفسخ :

الفسخ هو حل رابطة العقد (الاشباه أول أحكام الفسوخ ج ٢ ص/١٩٥).

والنظرية العامة فيه تستمد حق الفسخ من فكرة اللزوم :

أ) - فالعقود اللازمة بحق الطرفين ، كالبيع ، والاجارة والصلح، فسخها كعقدها لا يكون الا باتفاق الطرفين المتعاقدين ، كما سنرى في تصنيف العقود . وعندئذ يسمى الفسخ اقالة .

وهذه الاقالة لها في النظر الفقهي اعتباران :

- فتعتبر بالنسبة الى العاقدين المتقايلين فسخاً محضاً ينحل به العقد المقال ، ويرجع بالعاقدين الى حالتهما الاولى قبل العقد .

- وتعتبر بالنسبة الى غير العاقدين (الشخص الثالث) كعقد جديد، صيانة لحقوقه المكتسبة من تآمر العاقدين على هدمها بالاقالة .

فالعقار الذي بيع وثبت فيه حق الشفعة للشفيع ، اذا تقايل المتبايعان فيه البيع وأعيد الى ملكية البائع يعتبر ذلك البائع مشتريا جديداً بالاقالة ، فيثبت للشفيع شفعة جديدة .

وكذا المشتري اذا باع المبيع ، ثم تقايل مع المشتري الثاني واسترد المبيع . فاطلع على عيب قديم فيه ، فليس له الرد على البائع الأول بالعيب ، لأن الاقالة كشراء جديد في حق البائع الأول. وان

من المقرر في أحكام تدليس العيب ان المبيع بعد خروجه من ملك مشتريه اذا عاد اليه بشراء جديد لا يرد بالعيب القديم على بائعه ، لأن تبدل سبب الملك يعتبر كتبدل عين الشيء المملوك ، فيستلزم تطهير الشيء من الحقوق السابقة . (ر : ف/٦٤٤ والمجلة/٩٨) .

وهذه قاعدة اتفق فيها النظر القانوني الحديث مع الفقه الاسلامي.

وكل عقد يقبل الاقالة سوى عقد الزواج .

هذا ، وان للاقالة شرائط شرعية مبسوطة في بابها من كتب الفقه [1] .

ب) — وأما العقود غير اللازمة بحق كلٍ من الطرفين ، كالشركة والوكالة ، فانها تفسخ بارادة كل منهما مالم يتعلق ببقائها حق للغير ، كالوكالة ببيع المرهون على ما تقدم بيانه . (ف/ ٢٠٠) .

ج) — والعقد اللازم بحق طرف دون طرف ، كالرهن ، يفسخ بارادة من ليس لازماً بحقه ، وهو الدائن المرتهن .

ومثل ذلك يقال في العقود اللازمة في الاصل بحق الطرفين ، إذا طرأ عليها من عيوب الرضى ما يسلخ عنها صفة اللزوم في حق أحد الطرفين ، كما في خيار العيب وغيره من الخيارات ، مما سلف بيانه ، فانها

---

(١) — يذكر الفقهاء الاقالة غالباً في باب فرعي من كتاب البيوع باعتبار ان اغلب ما تقع الاقالة في البيع . ولكن المناسب ان يعقد لها كتاب مستقل آخر العقود ، لما بينا انها يمكن ان تقع في كل عقد سوى الزواج .

تفسخ بارادة الطرف الذي شيبت ارادته ، وعيب رضاه [١] .
(ر : ف/ ٢٠٣ ــ ٢٠٦) .

د) ــ وتصرفات الارادة المنفردة اذا كانت غير لازمة تفسخ بارادة منشئها، كالوصية لجهة خيرية، فانها تفسخ بارادة الموصي نفسه[٢] .

٢٦٢ ــ (ثانياً) ــ الانفساخ :

ينفسخ كل عقد من نفسه اذا استحال تنفيذه ، وينفسخ العقد المستمر [٣] اذا فقد ما يعتمد عليه بقاؤه :

---

(١) ــ علماء القانون يميزون في تسمية زوال العقد بين حالتين :
أ) ــ حالة احد عيوب الرضى عند تكوين العقد . وهنا يسمون ازالة العقد بارادة من عيب رضاه : « **إبطالاً** » ويصفون العقد في هذه الحالة بانه **قابل للابطال** .

ب) ــ حالة وجود سبب طارىء يتعلق بتنفيذ العقد لا بتكوينه : وهنا يسمون الازالة « **فسخاً** ، **او انفساخاً** » بحسب الاحوال . وهو اصطلاح حسن.

(٢) ــ أما اللازمة كالوقف والطلاق فلا تفسخ فسخاً ، وانما تكون خاضعة لقواعد البطلان .

(٣) ــ سنرى في بحث تصنيف العقود (الصنف / ١١) أن العقد المستمر هو الذي يستغرق تنفيذه مدة ممتدة من الزمن كالاجارة والاعارة ، فان استيفاء المنافع المعقود عليها فيها يكون تدريجياً ، فيكون العقد المستمر بمثابة عقود متجددة مع الزمن .

ويقابله **العقد الفوري** ، وهو الذي لا يحتاج تنفيذه الى زمن ممتد يشغله باستمرار ، بل يتم تنفيذه دفعة واحدة كالبيع ، والصلح .

أ) ـ فينفسخ البيع بهلاك المبيع قبل تسليمه لاستحالة تنفيذ العقد بالتسليم بعد هلاك محله .

أما موت البائع قبل التسليم فلا ينفسخ به البيع ، بل يصبح لوارث مسؤولا بالتسليم مادام المبيع قائماً في التركة ، لأن العقد الفوري كالبيع ونحوه ، تثبت جميع آثاره جملة واحدة بمجرد انعقاده ، فبقاء العاقد بعد ذلك وموته سواء .

ب) ـ وتنفسخ الشركة والمضاربة [1] والمزارعة والمساقاة بموت أحد العاقدين ، لأن هذه العقود تنشىء التزامات مستمرة ذات آثار متجددة فيها انسحاب واستمرار يعتمد بقاؤه بقاء العاقد علاوة على بقاء المحل.

والاجارة على الراجح في الاجتهاد الحنفي كذلك تنفسخ بموت أحد العاقدين .

وقوانيننا اليوم على عدم انفساخ الاجارة بالموت ، وهو الاجتهاد الشافعي ؛ والمصلحة اليوم تقتضيه .

٢٦٣ ـ نتيجة انحلال العقد ، والاستمرار والاقتصار فيه : [2]

والمبدأ العام في نتائج انحلال العقد فسخاً أو انفساخاً أنه :

---

(١) ـ انظر في معنى المضاربة (ف : ٢٨٠) .

(٢) ـ في الاصطلاح القانوني الشائع اليوم في عصرنا يسمى انسحاب الاحكام على الماضي : **أثراً رجعياً** . ويستعمل هذا التعبير في رجعية احكام القوانين نفسها كما في آثار العقود على السواء . فيقال : **هذا القانون له اثر رجعي ،** =

يوجب اعادة العاقدين الى سابق وضعهما قبل التعاقد .

ويقول ابن نجيم في أحكام الفسوخ من كتابه « الأشباه والنظائر »: ان الفسخ يجعل العقد كأن لم يكن .

فاذا كان العقد من عقود المعاوضة المالية كبيع أو صلح أو قسمة مثلاً وتم تنفيذه، ثم انحل العقد باحد الاسباب الآتي بيانها، وجب التراد أي نقض التنفيذ الواقع ، فعلى البائع اعادة الثمن الى المشتري وعلى المشتري اعادة المبيع الى البائع . ومثل ذلك يقال في بقية العقود .

فاذا لم يمكن نقض التنفيذ مطلقاً ، لا كلياً ولا جزئياً، فيما تم تنفيذه من آثار العقد امتنع الفسخ . وان أمكن النقض والتراد عيناً في جزء من محل العقد دون آخر جاز الفسخ فيما يمكن فيه النقض والتراد دون مالا يمكن .

= **وذاك ليس له** ، كما يقال : ان بيع ملك الغير بدون اذنه اذا اجازه المالك يكون لاجازته اثر رجعي ، فيعتبر حكم العقد ساريا منذ انعقاده لا منذ اجازته .

وليس في لغة القانون اسم لعدم الاثر الرجعي .

اما الفقه الاسلامي الغني بلغته واصطلاحاته التي تتجلى فيها عبقرية فقهائه خلال العصور فيسمي عدم رجعية الآثار « **اقتصاراً** » ، بمعنى ان الحكم يثبت مقتصراً على الحال لا منسحباً على الماضي . ويسمى رجعية الاثر : « **استناداً** » ، وهو اصطلاح المذهب الحنفي . ويسميه المالكية : **انعطافاً** .

وقانوننا المدني الجديد قد اقتبس واضعو اصله المصري هذا الاصطلاح من الفقه الاسلامي ، فاستعملوا فيه لفظ **الاستناد** بمعنى الاثر الرجعي .

وعلى هذا الاساس تتفرع حالات امتناع الفسخ وجوازه، وحالات الاستناد والاقتصار فيه :

أ) ـ ففي العقود الفورية [1] يشترط الفقهاء قيام محل العقد اذا كان عيناً لتمكن اقالته . فاذا كان المحل ـ كالمبيع مثلا في عقد البيع ـ هالكاً أو مستهلكاً بعد التنفيذ لا تمكن اقالة البيع لعدم امكان التراد.

واذا كان بعضه هالكا جازت الاقالة في الباقي فقط .

ب) ـ وفي العقود الزمنية المستمرة اذا تم تنفيذها تماماً لا يمكن فسخها، كالاجارة بعد استيفاء كامل المنافع وانقضاء مدة الايجار، فانها حينئذ لا تقبل الاقالة لأن التراد فيها غير ممكن ، مادام الزمن عنصراً فيها ، والزمن لا يمكن رده .

ج) ـ وأما العقود المستمرة قبل تمام تنفيذها ، كالاجارة التي مضى من مدتها قسم وبقي قسم ، فانها تقبل الفسخ بالنسبة الى ما بقي من مدتها

---

(١) ـ سنرى في تصنيف العقود (الصنف / ١١) أن العقد نوعان : **فوري ، ومستمر** :

ـ **فالعقد الفوري** هو الذي لا يكون الزمن عنصراً في تنفيذه ، بل يمكن تنفيذه دفعة واحدة ، كالبيع والصلح والقسمة .

ـ **والعقد المستمر** ، (ويسمى ايضاً : **عقداً زمنياً**) هو الذي يكون الزمن عنصراً أساسياً في تنفيذه كالاجارة والاعارة ، لأن استيفاء المنفعة المعقود عليها لا يمكن ان يكون الا تدريجياً آناً فآنا . ولذا يقول الفقهاء : **ان الاجارة والاعارة هما بمثابة عقود متجددة مع الزمن .**

دون ما مضى . فان ما مضى يجري على حكم العقد ، ويكون للمؤجر حصة الزمن الماضي من الاجرة المتفق عليها .

٢٦٣/٢ ـ يتلخص مما تقدم أن انحلال العقد تكون نتيجته على أحد شكلين :

ـ فتارة يكون مستنداً ، أي ذا أثر رجعي منسحب على الماضي، فيوجب التراجع فيما نفذ من التزامات العقد .

ففسخ البيع بعد تنفيذه يوجب التراد في المبيع والثمن .

وكذا انفساخه بهلاك المبيع قبل التسليم يوجب رد الثمن المقبوض لأن الثمن فيه يصبح بلا مقابل .

ـ وتارة يكون الانحلال مقتصراً ليس له انعطاف وأثر رجعي، وانما يسري حكمه على المستقبل فقط من تاريخ وقوعه . وذلك في العقود الاستمرارية كالشركة والاجارة . فالفسخ او الانفساخ يقطعان تأثير هذه العقود بالنسبة الى المستقبل . أما ما مضى فيكون على حكم العقد .

وكذا انحلال الوكالة بالعزل لا ينقض تصرفات الوكيل السابقة[1] .

---

(١) ـ هذا التفصيل الذي رسمناه في استناد أثر الفسخ واقتصاره هو الذي يعلم بالرجوع الى أحكام كل عقد ، اذ يتجلى منها : ان بعض العقود يكون لفسخه استناد وانعطاف ، أي أثر رجعي منسحب على الماضي ينقض ما تم من أحكامه ؛ وبعضها يكون فسخه مقتصراً . =

هذا ونرى من المستحسن التمييز في تسمية انحلال العقد بين حالتي الاستناد والاقتصار ، فيسمى الحل والانحلال في حالة الاستناد : فسخاً وانفساخاً ، وفي حالة الاقتصار : انهاء وانتهاء .

٢٦٣/٣— اذا كان العقد ملزماً لجانبين كالبيع والاجارة والصلح وسائر عقود المعاوضات ، ونكل احد عاقديه أو تخلف عن تنفيذ التزامه الذي أوجبه عليه العقد ، كما لو امتنع أو تخلف البائع عن تسليم المبيع ، أو تخلف المشتري عن تسليم الثمن في حينه ، فان معظم فقهاء الشريعة الاسلامية في المذهب الحنفي وغيره لا يعطون العاقد غير المتخلف حقاً في فسخ العقد مادام يمكن إجبار المتخلف على تنفيذ التزامه عيناً

= وقد نقلنا آنفاً عن ابن نجيم في أحكام الفسوخ من كتابه « **الاشباه والنظائر** » ان الفسخ « **يجعل العقد كأنه لم يكن** » . ونقل تفسير ذلك عن فريق من العلماء بأنه يجعل العقد كأنه لم يكن بالنسبة الى المستقبل دون الماضي . فانه لو اعتبر العقد بالفسخ معدوماً في الماضي لوجب ان يعتبر فسخه ايضاً معدوماً ، اذ لا يتصور فسخ الا لعقد موجود ، فاعتبار عدم العقد في الماضي يستلزم عدم الفسخ الذي لحقه فيعود العقد ! !

(ر : « الاشباه وحاشية الحموي » ، ج ٢ ، الفن ٣ ، ص/ ١٩٥-١٩٦) .

ولكن لا يخفى ان الفقه انما يبنى على المصالح وما تقتضيه دواعيها من الاعتبارات لا على مثل هذه التوليدات النظرية . وكثيراً ما تفك في بناء احكامه اللوازم النظرية المجردة استناداً الى ما توجبه مصلحة التطبيق .

وان هذا الاشكال النظري ، على كل حال ، لا ينافي مارسمناه من انسحاب حكم الفسخ في بعض العقود على الماضي من جهة متفق عليها ، وهي وجوب التراد فيما تم تنفيذه من التزامات العقد ، كرد المبيع واسترداد الثمن .

بقوة القضاء ، لأن مهمة القاضي هي ايصال ذوي الحقوق الى حقوقهم فلا موجب للفسخ .

ولكن المبادىء والنظريات القانونية تعطي في هذه الحال العاقد غير المتخلف حقاً في طلب فسخ العقد بطريق القضاء الى جانب حقه في طلب التنفيذ العيني . فهو بالخيار : ان شاء طلب من القاضي اجبار العاقد الآخر على التنفيذ ، وان شاء طلب فسخ العقد والتحلل من التزاماته ورد ما نفذه منها مع طلب تعويض الضرر الذي لحقه من جراء ذلك .

وحجة علماء القانون في ذلك أن تنفيذ الالتزامات العقدية تختلف فيه مصالح العاقدين بحسب الوقت فقد تفوت مصلحة العاقد في التنفيذ العيني المتأخر عن وقته ، بسبب تخلف العاقد الآخر أو امتناعه عن التنفيذ في حينه ، فيجب أن يسوغ لرفيقه المتعاقد معه حق التحلل من الرابطة العقدية اذا وجد مصلحته في ذلك . ويتضمن ذلك معنى الجزاء بالنسبة للطرف المتخلف .

ونحن نرى ان النظر القانوني وجيه وأن قواعد الشريعة ومبادئها الفقهية تتسع له وتتقبله ، كما أن بعض المذاهب الأربعة نفسها قد أقره في بعض العقود صراحةً ولم ينفه في سواها .

أ) — فمن حيث القواعد والمبادىء الفقهية يشهد لحق الفسخ الحديث النبوي القائل : «لاضرر ولا ضرار» (ر : ف/٤٧ب و٥٨٦) فان

تنفيذ العقد في غير حينه المتفق عليه بسبب تخلف أحدعاقديهأو تمرده عن التنفيذ قد يلحق ضرراً كبيراً بالعاقد الآخر والضرر منفي بالنص. والقضاء لا يستطيع اعادة الزمن .

ب) ــ وفي المذاهب يصرح فقهاء المذهب الحنبلي في عقد النكاح أن المرأة اذا شرطت على الرجل في عقد الزواج شرطاً صحيحاً ملزماً فلم ينفذه كان لها حق فسخ الزواج .

قال العلامة موفق الدين عبد الله بن قدامة المقدسي في باب الشروط في النكاح من كتابه « المقنع » ما نصه :

« الشروط قسمان : شرط صحيح مثل اشتراط زيادة في المهر او نقد معين أو أن لايخرجها من دارها او بلدها ، او لا يتزوج عليها فهذا صحيح لازم ، ان وفى به ، والا فلها الفسخ » .

فانت ترى ان معظم هذه الشروط يمكن أن يجبر القاضي الزوج على احترامها وتنفيذها ، ومع ذلك اعطيت المرأة حق الفسخ .

واذا صح اعطاؤها لهذا السبب حق الفسخ في النكاح الذي هو أقل العقود قابلية للفسخ — ولذا لاتجري فيه الاقالة ــ ففي غير الزواج من العقود المالية المحضة يقبل الفقه هذا الحق بطريق الأولوية .

وجاء أيضاً في فصل الخيار السابع من كتاب البيع في « المقنع » لابن قدامة نفسه ما نصه :

« وان كان الثمن ديناً اجبر البائع على تسليم المبيع ثم يجبر المشتري على تسليم الثمن ان كان حاضراً . وان كان ـ اي الثمن ـ غائباً بعيداً ، او كان المشتري معسراً ، فللبائع الفسخ » الخ ...

وهناك ايضاً نصوص في المذهب المالكي يظهر منها للمتتبع ان اعطاء حق الفسخ لأحد العاقدين عند تخلف العاقد الآخر عن تنفيذ التزامه في حينه ان لم تقبله بعض المذاهب ففي سواها وفي قواعد الشريعة الاسلامية متسع له .

٢٦٤ – الفرق بين انحلال العقد وانقضاء الالتزام :

رأينا في أول نظرية العقود أن العقد أحد المصادر المنشئة للالتزام، وليس هو الالتزام نفسه ، بل الالتزام أثر له (ر : ف/ ١٣٥) .

ومن ذلك يتضح ان انقضاء الالتزام غير انحلال العقد. والفرق بينهما كالفرق بين زوال المؤثر وانتهاء الأثر. فتقابض المتبايعين في المبيع والثمن هو انقضاء للالتزام بتنفيذ العقد، وليس هو انحلالاً في العقد، وهكذا...

وايضاحا لذلك نقول :

ان انحلال العقد يجعل المتعاقدين في حل من الرابطة التي كانت بينهما. فهذا الانحلال يستلزم انقضاء الالتزامات التي كانت ناشئة بذلك العقد المنحل. ففسخ البيع مثلا ينهي التزام المشتري بدفع الثمن كما ينهي التزام البائع بتسليم المبيع . وهكذا كل عقد تنقضي بانحلاله الالتزامات الناشئة عن انعقاده .

بيد أن هذا الانقضاء للالتزامات السابقة المتولدة من العقد قبل انحلاله لا يمنع نشوء التزامات جديدة تتولد من الانحلال :

فانفساخ البيع مثلا اذا وقع بعد التقابض في العوضين يوجب

وجيبة جديدة هي التراد. فيصبح البائع ملتزماً برد الثمن ، والمشتري ملتزماً برد المبيع .

وانفساخ الاجارة بعد التقابض في المأجور والأجرة يوجب على المؤجر اعادة الاجرة المسلفة عن المدة الباقية من الاجارة ، كما يوجب على المستأجر اعادة المأجور الى الآجر بعد استعادة باقي الاجرة، لأن بقاء الوضع الحقوقي الناشىء بالعقد بين المتعاقدين قد أصبح بلا سبب شرعي بعد انفساخ العقد . فوجب اعادة العاقدين الى حالهما السابقة قبل التعاقد .

٢٦٥ ــ بناء على ما تقدم بيانه نقول: ان انقضاء الالتزام يكون بأحد طريقين أساسيين ترجع اليهما جميع صوره ، فهذا الانقضاء يحصل:

ــ إما بتنفيذ الالتزام ، اذ يصل كل ذي حق الى حقه .

ــ وإما بسقوط عهدة التنفيذ ، لزوال ما أوجبها ، كما في انحلال العقد بالنسبة الى الالتزامات العقدية .

فكل انحلال في العقد تنقضي به التزاماته السابقة ، ولا عكس: أي لا يلزم من انقضاء الالتزام انحلال العقد الذي أنشأه ، اذ قد يكون الانقضاء بتنفيذ الالتزام الذي أوجبه العقد ، لا بسقوط العقد الموجب كما تقدم .

التنفيذ الحقيقي والحكمي :

هذا ، وان التنفيذ الذي ينقضي به الالتزام قد يكون :

— إما تنفيذاً حقيقياً ، كوفاء الدين ، و كتقابض العوضين في عقد المعاوضة من بيع ونحوه .

— وإما تنفيذاً حكمياً ، أي اعتبارياً ؛ وذلك بحصول مايقوم مقام التنفيذ شرعاً ، كما في التقاص ، و اتحاد الذمة .

أ) — فالتقاص ، أو المقاصّة ، (بتشديد الصاد فيهما) ، هو أن يثبت للمدين على الدائن نظير ماللدائن عليه ،فتمتنع المطالبة بينهما قضاء لعدم فائدتها ، إذ لو طولب أحدهما حق له أن يطالب هو الآخر بالمثل. فكأنما كل من الدينين قد قص الآخر أي قطعه (ر : المصباح المنير).

ومن شرائطها أن يكون الدينان من جنس واحد ،ومستحقي الأداء في وقت واحد . فلو كان دين أحدهما دنانير ودين الآخر قمحاً مثلا ، أو كان دين أحدهما حالاً ودين الآخر مؤجلاً ،فلا تقاص بينهما .

ب) — وأما اتحاد الذمة فهو اجتماع صفتي مدين ودائن في شخص واحد بدين واحد كما لو مات الدائن وكان المدين هو الوارث له . فان المدين يرث فيما يرثه حق الدائن في ذمته ، فيصبح دائناً لنفسه ، فينقضي الدين باتحاد الذمة .

والفرق بين اتحاد الذمة والمقاصة أن الدين في حالة اتحادالذمة هو دين واحد ، وقد اجتمعت صفة المدين والدائن به في شخص واحد. أما في المقاصة فدينان متناظران لشخصين كل منهما دائن ومدين .

الفصل الخامس

تقسيم العقود ، وعرضها ، وتصنيفها

٢٦٦ — جرت عادة المؤلفين القانونيين في نظرية العقد أن يبحثوا في تصنيف العقود قبل البحث في الأحكام العامة .

وقد رأينا نحن أن نؤخر بحثنا في تقسيم العقود وتصنيفها الى ختام مباحث الأحكام العامة للعقد ، لكي يكون الطالب قد تزود بالمعلومات الكافية التي تساعده على فهم التقسيم والتصنيف .

الفرع الأول

تقسيم العقود

وعرض اجمالي لموضوعاتها واصطلاحاتها

٢٦٧ — العقود المسماة وغير المسماة :

العقود انواع كثيرة يختلف بعضها عن بعض في الأسماء والاحكام باختلاف موضوعاتها .

والعقد ، بعد أن تدعو اليه الحاجة ويشيع ، يضع له الناس أو الشارع أو العلماء اسماً يميزه عن سواه .

ومن هنا انقسمت العقود الى زمرتين :

— **العقود المسماة**، وهي التي أقر التشريع لها أسماء وأحكاماً خاصة[1] . ويقال لها أيضاً : **عقود معينة** .

— **والعقود غير المسماة** ، وهي التي لم تسم باسم خاص يميزها ، أو لم يرتب لها التشريع أحكاماً خاصة بها .

٢٦٨ — فأما العقود المسماة فالمشهور الأساسي منها في كتب الفقه خمسة وعشرون عقداً ، تضمنت مجلة الأحكام العدلية ثمانية عشر عقداً منها . وتختلف المجلة في بعض ترتيبها عن كتب الفقه ، كما تختلف الكتب الفقهية نفسها في ترتيبها .

وهذه العقود المسماة ، مما بحثت فيه المجلة أو لم تبحث ، هي :

(١) البيع (٢) الاجارة (٣) الكفالة (٤) الحوالة (٥) الرهن (٦) بيع الوفاء (٧) الايداع (٨) الاعارة (٩) الهبة (١٠) القسمة (١١) الشركة (١٢) المضاربة (١٣) المزارعة (١٤) المساقاة (١٥) الوكالة (١٦) الصلح (١٧) التحكيم (١٨) المخارجة (١٩) القرض

---

(١) — ولا يكفي لاعتبار العقد من العقود المسماة أن يكون له اسم اذا لم يقرر له التشريع أحكاماً خاصة به .

(٢٠) العمرى[1] (٢١) الموالاة (٢٢) الاقالة (٢٣) الزواج (٢٤) الوصية (٢٥) الايصاء .

والذي ورد منها في المجلة هو العقود السبعة عشر الأولى وعقد الاقالة فقط . واهملت المجلة البحث عن المخارجة والقرض إهمالاً ، مع أنهما من عقود المعاملات التي تشملها غاية المجلة ؛ أما العقود الخمسة الباقية فلم تبحث عنها لأنها من الأحوال الشخصية .

وليلاحظ أن بعض هذه العقود يشتمل على عقود كثيرة تعد من تفاريعه وتذكر في بحثه ، كالبيع والشركة مثلاً ، فان تحتهما أنواعاً عديدة من العقود المختلفة الأسماء تعد فروعاً منهما .

وسنعرض فيما يلي هذه العقود المسماة المعروفة في الفقه الاسلامي عرضاً مقتصراً على التعريف بكل منها ، وبيان الأسماء الاصطلاحية فيه ، وذكر أهم خصائصه الأساسية التي تعطي الطالب فكرة إجمالية عنه ، متبعين في عرضها هذا الترتيب الذي جرت عليه المجلة فيما ذكرته منها — إلا في عقدين اثنين ، بيع الوفاء والاقالة ، كما سننبه عليه ، ومشيرين في جانب كل عقد الى مواد المجلة التي يقع بحثه فيها :

٢٦٩ — (١) البيع (المجلة/ ١٠١ - ٤٠٣) .

هو عقد يقوم على اساس مبادلة المال بالمال ، فيفيد تبادل الملكيات

---

(١) — (العمرى) بضم فسكون وبالالف المقصورة في آخرها وزان «كبرى ، وصغرى» ، وسيأتي تفسيرها في محله (ف/ ٢٨٨) .

على وجه الدوام ، أي بلا توقيت في انتقال الملكيات بهذا التبادل .

وهو رأس عقود المعاوضات المالية ، وأحكامه اساس للقياس في كثير من أحكامها .

وقد استهلت به المجلة العقود المسماة ، وبحثت عنه في ثلاث وثلثمائة مادة بعد القواعد الكلية مباشرة من المادة ١٠١ إلى ٤٠٣ .

وهذا العقد يسمى في الأصل « بيعاً » و « شراء » بالنسبة الى كل واحد من طرفيه[1] .

لكن عرف الناس والفقهاء على تخصيص لفظي « البيع ، والبائع » بجانب باذل السلعة التي تتعلق بها حاجة الانتفاع والاستعمال ، وتخصيص لفظي « الشراء ، والشاري » بجانب باذل العوض المالي الآخر الذي يسمى أيضاً : « مشترياً ومبتاعاً » .

والسلعة أو الشيء الذي هو محل البيع يسمى : « مبيعاً » . والعوض المالي الآخر المتفق عليه ويبذله المشتري في مقابل امتلاك المبيع يسمى : « ثمناً » (بفتحتين) . وهذا يكون في الغالب من النقود .

---

(١) – بما ان كلا الطرفين في وضعين متماثلين من حيث المبادلة والمعاوضة ، لذلك كان لفظ البيع معدوداً من أسماء الاضداد ؛ وكذا لفظ الشراء ؛ فيسمى كل من طرفي عقده في اصل اللغة بائعاً وشارياً ؛ فيقال باع البضاعة ، او شراها ، اذا عقد على تمليكها او تملكها بعوض ؛ (ر : المصباح المنير) .

وفي القرآن العظيم حكاية عن يوسف عليه السلام : « **وشروه بثمن بخس دراهم معدودة وكانوا فيه من الزاهدين** » = أي باعوه .

وتحت عقد البيع أنواع فرعية كثيرة،كالسلم أو السلف (بفتحتين فيهما) ؛ وكالمقايضة ، والصرف ، والاستصناع ، وبيوع الأمانة (المرابحة ، والتولية ، والوضيعة)[1] ، وبيع الوفاء .

فكل هذه العقود يعدونها فروعاً خاصة لعقد البيع ، ويذكر كل منها غالباً في فصل خاص ضمن كتاب البيوع تعالج فيه احكامه .

وقد ذكرت المجلة ثلاثة من هذه الأنواع الفرعية في آخر كتاب البيوع ، وهي : بيع السلم ، والاستصناع ، وبيع الوفاء[2] .

غير اننا نرى ان بيع الوفاء يجب أن يعد عقداً مستقلاً ولا ينبغي ان يعتبر من فروع البيع ،لأنه عقد مستحدث مزيج من بيع ورهن . فسنفرده بالذكر بعد الرهن لأنه اقرب اليه في خصائصه كما سنرى .

٢٧٠ ـ (٢) الاجارة : (المجلة/٤٠٤ ـ ٦١١)

وهي عقد موضوعه المبادلة على منفعة الشيء مدة محدودة ، أي تمليكها بعوض . فهي بيع المنافع .

فالمالك الذي يبيع منافع ملكه يسمى : مؤجراً . والطرف الآخر يسمى : مستأجراً . والشيء المعقود على منفعته يسمى : مأجوراً . والبدل

---

(١) ـ انظر مانقدم عن بيوع الامانة في بحث عيوب الرضى (ف/١٨٧).

(٢) ـ ذكرت المجلة ايضاً بين هذه الانواع الفرعية « **بيع المريض** » ، وكذلك فعل قانوننا المدني .

لكني أرى أن محله المناسب في مبحث شرائط البيع ، لأن النوعية في العقد انما تختلف باختلاف في نوع موضوعه ، او طريقته لا بنقص أهلية العاقد .

الملتزم أداؤه لقاء المنفعة يسمى : أجراً واجرة (بفتح الهمزة في الأول وضمها في الثاني) .

وانظر المقارنة بين الاجارة والاعارة فيما سيأتي (ف/ ٢٧٦) .

٢٧١ ـ (٣) الكفالة : (المجلة/ ٦١٢ ـ ٦٧٢)

ويعرفونها بانها : « ضم ذمة الى ذمة في المطالبة » .

أي : إنها عقد يتضمن التزام شخص بحق واجب على غيره ، واشراك نفسه معه في المسؤولية به تجاه الطالب .

فالملتزم الجديد : كفيل . والملتزم الأصلي : مكفول ، أو : مكفول عنه . والطالب الملتزَم له : مكفول له . والملتزم به أو محل الطلب : مكفول به .

وهذه الكفالة أنواع متميزة في بعض الأحكام بحسب اختلاف موضوعها :

(أ) ـ فقد يكون موضوعها التزاماً مالياً ، وهذه تسمى : كفالة بالمال .

(ب) ـ وقد يكون موضوعها التزام الكفيل باحضار الشخص المسؤول الأصلي بالحق ، وهذه تسمى : كفالة بالنفس .

ثم ان الكفالة بالمال ثلاثة أنواع :

١) ـ فقد تكون التزاماً باداء دين في ذمة الغير ، وتسمى : كفالة بالدين .

٢) ــ وقد تكون بتسليم عين معينة موجودة في يد الغير ، كرد المغصوب إلى الغاصب ، وتسليم المبيع إلى المشتري ، وتسمى : كفالة بالعين ، أو كفالة بالتسليم .

٣) ــ وقد يكون موضوعها ضماناً لخلوص المال المبيع من كل حق فيه لغير البائع ، أي ضماناً لحقوق المشتري تجاه البائع إذا ظهر للمبيع مستحق ، كما لو تبين ان المبيع مملوك لغير البائع أو مرهون .

وهذا النوع الأخير يسمى : كفالة بالدرك (بفتحتين) ، أي بما يدرك المال المبيع ويلحق به من خطر بسبب سابق على البيع .

ولما كانت الكفالة تقوم على أساس اشتراك الكفيل وتضامنه مع المكفول عنه في المسؤولية ، لا على أساس نقل هذه المسؤولية من عهدة الأصيل إلى الكفيل ، كان للطالب المكفول له ان يطالب بحقه من يشاء من الأصيل أو الكفيل أو كليهما معاً .

على أن الكفالة بالنفس فقط ليس لها من نتيجة مالية ، وانما نتيجتها إجبار الكفيل بقوة القضاء على إحضار المسؤول الأصيل .

ولكن تعليق المسؤولية بالمال على عدم تنفيذ الكفالة بالنفس يجعلها كفالة بالمال أيضاً ، كما لو قال : إن لم أحضر لك المدين في الوقت الفلاني فعلي ماعليه ، فانه يكون كفيلاً بالدين الذي عليه ان لم يحضره في الموعد المضروب . (المجلة ٦٤٢ و ٦٥١) .

٢٧٢ - (٤) الحوالة : (م/ ٦٧٣ - ٧٠٠)

وهي عقد موضوعه : نقل المسؤولية بالدين عن المدين الأصلي الى غيره .

فالمدين : محيل . والدائن : محال . والشخص الثالث الذي التزم الدفع عن المدين : محال عليه . والدين الذي هو محل الحوالة : محال به .

وفي الحوالة ينحصر حق الدائن بمطالبة المحال عليه الذي يصبح هو المكلف باداء الدين المحال به . وبهذا يتجلى في الحوالة نقل المسؤولية بالدين . وبهذا النقل تفترق عن الكفالة التي تقوم على أساس ضم ذمة الكفيل الى ذمة الأصيل توثيقاً ، فيطالب فيها الدائن كلاً من الكفيل والأصيل المكفول عنه كما تقدم آنفاً .

٢٧٣ - (٥) الرهن : (المجلة/ ٧٠١ - ٧٦١)

وهو عقد موضوعه احتباس مال لقاء حق يمكن استيفاؤه منه .

فصاحب الحق ، أو الدائن آخذ الرهن ، هو : المرتهن . ومعطي الرهن ، أي الشخص المدين ، هو : الراهن .

وغاية الرهن توثيقية كالكفالة ، لكنه أقوى توثيقاً منها ، لأنه يوثق الاستيفاء باحتجاز مال يضعه المدين الراهن تحت يد المرتهن ؛ فيكون للراهن امتياز في استيفاء حقه منه . فلو أفلس المدين وليس له مال

سوى المرهون فليس لبقية الغرماء الدائنين مزاحمة المرتهن في المرهون؛ بل يكون للدائن المرتهن التقدم عليهم في استيفاء دينه منه . فان زاد شيء من قيمته عن حق المرتهن يدفع إليهم فيقتسمونه بنسبة ديونهم . بخلاف الكفالة ، فانها توثيق ذمة بذمة في المسؤولية ؛ فاذا أفلس كل من المكفول والكفيل لم يبق فيها ضمان مادي للتحصيل .

٢٧٤ ــ بيع الوفاء : (المجلة/١١٨ - ١١٩/ و/٣٩٦ - ٤٠٣)

وهو عقد توثيقي في صورة بيع على أساس احتفاظ الطرفين بحق التراد في العوضين .

فهو عقد مزيج من بيع ورهن: لكن أحكام الرهن فيه هي الغالبة:

أ) ــ ففيه من معنى البيع أحكام أهمها ان المشتري بالوفاء يملك بمقتضى العقد منافع الشيء المبيع وفاء . فله أن ينتفع به بنفسه ، وأن يستغله بايجاره للبائع ذاته أو لغيره . بخلاف الرهن فانه يقتضي احتباس المال المرهون عن كل تصرف ، فلو أوجر برضى المرتهن بطل الرهن ، لزوال الاحتباس الضامن لتوثيق الدين .

ب) ــ وفيه من معنى الرهن الأحكام التالية :

١ ــ أن المشتري لا يملك حق استهلاك المبيع ، ولا نقل ملكيته الى أحد بعوض ولا بغير عوض ، ولا أن يرهنه ، ولا أن ينشيء عليه حقاً عينياً لأحد ، بل يجب عليه حفظه وصيانته .

٢ ــ أن المشتري ملزم برد المبيع بالوفاء الى البائع متى رد هذا

اليه الثمن . وهذا معنى «الوفاء» في تسميته ، كما أن للمشتري متى شاء أن يطالب باسترداد الثمن واعادة المبيع كما يطالب كل دائن بدينه .

٣ ــ ان العقار المبيع وفاءً لا يؤخذ بالشفعة لأنه عرضة للرد الى بائعه .

٤ ــ اذا احتاج المبيع وفاءً الى النفقة والترميم فنفقته على بائعه ، لأنه باق على ملكه .

٥ ــ ان المبيع في يد المشتري مضمون عليه ضمان الرهن . أي انه اذا هلك في يده يضمن من قيمته بمقدار الثمن المدفوع ، كما يضمن المرتهن من قيمة الرهن الهالك بمقدار مبلغ الدين المرهون فيه فقط . ويجري التقاص بينهما على هذا الأساس :

ــ فاذا كانت قيمة المبيع وفاء مساوية للثمن المدفوع فيه سقطت بهلاكه عهدة رد الثمن عن البائع ، ولا رجوع للمشتري عليه بشيء .

ــ وإذا كانت قيمته أقل من الثمن سقط من الثمن قيمة المبيع ، ورجع المشتري على البائع بالباقي .

ــ وإذا كانت قيمته أكثر من الثمن المدفوع ، وهذا هو الأغلب عادة ، كان الزائد أمانة غير مضمونة على المشتري : فيسقط رد الثمن المقبوض عن عهدة البائع بسبب هلاك ما يقابله من المبيع وفاء عند المشتري ، وليس بعد ذلك للبائع أن يلاحق المشتري بالزائد من قيمة المبيع ، إلا اذا كان هلاكه بتعدي المشتري عليه أو تقصيره في حفظه .

٦ — ان البائع بالوفاء اذا لم يرد الثمن ويسترد مبيعه يحق للمشتري أن يطلب من القاضي بيعه عليه . فيبيعه القاضي على حساب البائع، ويوفي من ثمنه الجديد حق المشتري بالوفاء ، أي ثمنه القديم ، وان زاد منه شيء فللبائع ، وان نقص ثمنه الجديد عن القديم يكون البائع بالوفاء مسؤولا بالباقي .

فيظهر من هذا أن المبيع والثمن في بيع الوفاء لهما حكم المرهون والدين المرهون فيه ، لا حكم المبيع والثمن حقيقة .

وانما احتيج الى هذا العقد ولم يغن الرهن عنه ، لأن الرهن لا يفيد المرتهن حق الانتفاع به أو ايجاره في مقابل الدين ، واذا اذن المدين الراهن للمرتهن بالانتفاع فله أن يرجع عن هذا الاذن شرعاً . فاستحدثوا بيع الوفاء ليدخلوا به من أحكام البيع على أحكام الرهن حق الانتفاع للمرتهن بمقتضى العقد ، لأن الناس أمسكوا أموالهم عن اقراضها بلا منفعة، فتعورف هذا العقد في صورة شراء وانتفاع ، وفي معنى رهن، ليكون فيه للناس مندوحة عن الالتجاء الى المراباة .

وقد قدمنا فيما سلف بيان منشئه ، فلينظر (ف /٨٠/ الحاشية) .

وهذا العقد انما يجري على العقار ، واختلف اجتهاد الفقهاء في جريانه على المنقول .

ومن ثم يتضح أن بيع الوفاء يجب أن يعقد عقداً مستقلاً لا فرعاً من فروع البيع ، وأن يذكر في ترتيب العقود المسماة عقب الرهن ،

لأن فهمه يتوقف على فهم أحكام البيع واحكام الرهن معاً[1] .

---

* (١) - كانت النصوص القانونية المعول عليها لدينا في احكام بيع الوفاء هي المواد / ٩١ - ١٠٠ / من قانون الملكية العقارية ذي الرقم / ٣٣٣٩ / . وقد نصت المادة / ٩٥ / منه على ان منافع العقار المبيع بالوفاء تكون بمقتضى العقد للبائع لا للمشتري ، ويكون المشتري مسؤولاً وضامناً لكل ما يستفيده من ثمرات ومنافع المبيع ، فتطرح قيمتها من أصل الدين ، الا اذا اشترط الطرفان خلاف ذلك .

وبذلك لم يبق فرق يذكر بين رهن العقار وبيعه وفاءً في أحكام هذا القانون فيصبح ذكر بيع الوفاء فيه عبثاً وتكراراً محضاً لاحكام الرهن فيه باسم جديد .

وهذا من جهل واضعي هذا القانون بمبنى الفرق بين الرهن وبيع الوفاء ، بحسب منشأ هذا العقد . فان بيع الوفاء انما استحدث الى جانب الرهن على أساس أن يستحق المشتري فيه منافع المبيع **بمقتضى العقد** ، على خلاف حكم الرهن ، كما اوضحناه .

ولعل خطأ واضعي هذا القانون من هذه الناحية ناشيء عما يوهمه ظاهر المادة /٣٩٨/ من المجلة ، اذ تقول انه :

« اذا اشترط في بيع الوفاء أن يكون قدر من منافع المبيع للمشتري صح ذلك » .

فان ظاهرها يوهم ان المشتري لا يستحق منافع المبيع وفاء الا بالشرط .

لكنها يجب ان تفهم بانه اذا اشترط للمشتري بالوفاء جزء فقط من منافع المبيع ينحصر حقه في المشروط ، أما اذا لم يشرط في العقد شيء فالمنافع كلها للمشتري بمقتضى العقد ؛ وذلك بدلالة المادة /١١٨/ من المجلة نفسها . فقد صرحت هذه المادة أن بيع الوفاء انما يشبه البيع الصحيح ويفترق عن الرهن من جهة أن المشتري وفاء يملك منافع المبيع ، وهو الحكم الذي قرره الفقهاء في بيع الوفاء. =

٢٧٥ - (الايداع) : (المجلة / ٧٦٢ - ٨٠٣) .

وهو عقد موضوعه استعانة الانسان بغيره في حفظ ماله .

فصاحب المال : مودع (بكسر الدال) . والعاقد الآخر المؤتمن على المال الذي تعهد بحفظه : وديع . والمال المدفوع للحفظ : وديعة .

وقد يطلقون « الوديعة » على معنى عقد الايداع نفسه .

ومال الوديعة في يد الوديع يعتبر أمانة ، والوديع أمين .

ومعنى كونه أمانة في اصطلاح فقهاء الشريعة أنه لا يكون الامين ضامناً له ، أي إنه غير مسؤول بماله عما يصيبه من التلف فما دونه بآفة سماوية . وإنما يكون الأمين ضامناً للامانة اذا تعدى عليها أو قصر في حفظها حتى تلفت أو تعيبت .

وعقد الايداع يعتبر رأس عقود الامانات ، فانه العقد الوحيد

= وهذا ما حققه والدي الشيخ احمد الزرقاء رحمه الله تعالى في شرحه المخطوط على القواعد الكلية من المجلة .

وتفصيل النظر الفقهي في بيع الوفاء وأحكامه ، علاوة على ما ورد منه في المجلة ، يري في « الدرر شرح الغرر » ، وفي « رد المحتار » ، وفي « الفتاوى البزازية » أواخر كتاب البيوع ، وفي الفصل / ١٨ / من « جامع الفصولين » وهو أوفاها بحثاً .

وأخيراً جاء القانون المدني سنة ١٩٤٩ م ، فمنع بيع الوفاء ، واعتبره باطلاً ، استغناء عنه بالرهن (ر : ق م / ٤٣٣) .

الذي موضوعه ومقصده المباشر انما هو الائتمان على الحفظ . بخلاف العقود الأخرى التي يكون المال فيها بيد العاقد أمانة أيضاً ، فان لكل عقد منها موضوعاً آخر هو مقصدها المباشر غير مجرد الائتمان، كالاجارة والاعارة والشركة .

٢٧٦ ـ (٨) الاعارة : (المجلة / ٨٠٤ ـ ٨٣٢) .

وهي عقد يرد على التبرع بمنافع الشيء لاستعماله ورده . ففيه تمليك المنفعة مجاناً بلا عوض .

فصاحب الشيء : معير . وآخذه لاستعماله مستعير . والشيء الذي هو محل العقد : عارية (بتشديد الياء) .

وقد يطلقون « العارية » على معنى عقد الاعارة نفسه .

وعقد الاعارة يقابل الاجارة التي تقوم على أساس تمليك المنفعة بعوض : ففي الاجارة بيع للمنافع ، وفي الاعارة تبرع بها ، وانما الفارق هو العوض وعدمه .

ومن ثم وجب في الاجارة تحديد مدة الانتفاع ، لأن مقدار المنافع المقابل للأجرة إنما يحدده الزمن بخلاف الاعارة فانها ، وإن كان التوقيت ملحوظاً فيها لابتنائها على أساس الرد ، لايجب تحديد المدة في عقدها ، بل يصح فيها اطلاق الوقت والسكوت عنه ، لأنها

تبرع بالمنفعة يستطيع المعير الرجوع عنه متى شاء ، وليس فيه التزام بعوض يحتاج الى تحديد مقابله من المنافع بالوحدات الزمانية .

٢٧٧ — (٩) الهبة : (المجلة/٨٣٣ — ٨٨٠)

وهي عقد موضوعه تمليك الانسان ماله لغيره مجاناً بلا عوض.

فمعطي المال : واهب . وقابله : موهوب له . والمال محل العقد: موهوب .

والهبة تقابل البيع من حيث أن كليهما يرد على تمليك الأعيان المالية. لكن البيع تمليك بعوض ، والهبة تبرع بلاعوض ، كما تقابل الاعارة الاجارة في تمليك المنافع مجاناً أو بعوض .

ومن ثم كانت الهبة والاعارة من العقود العينية التي لاتتم إلا بالتسليم لأنهما تبرع غير ملزم ، وإنما يأخذ حكمه بالتنفيذ ، كما تقدم في بحث العقود العينية (ف/١٦٣) .

٢٨٧ — (١٠) عقد القسمة : (المجلة/١١١٤ — ١١٩١)

القسمة هي :إفراز الحصص الشائعة في الملك المشترك ، وتخصيص كل منها بجزء معين منه .

وعملية القسمة فيها عنصران :

— عنصر إفراز ، من جهة ،

— وعنصر مبادلة وبيع ، من جهة أخرى ،

وذلك لأن الملك الشائع في الشيء المشترك تعتبر كل ذرة منه مشتركة في الأصل (ر : ف/ ١١٤) .

فلو كان الشيء مشتركاً مناصفة مثلا فقسم نصفين ، يكون كل شريك إنما يملك في الواقع نصف النصف الذي عين له فقط ، وباقيه لشريكه الآخر . فيعتبر كل منهما آخذاً في قسمه المعين مايخصه من الأجزاء بطريق الافراز ، وآخذاً للباقي بطريق المبادلة على مايخصه في قسم شريكه .

والقسمة تكون تارة رضائية باتفاق الشركاء ؛ وتارة قضائية يجريها القضاء بطلب بعض الشركاء جبراً على باقيهم .

فالقسمة التي تعد عقداً من العقود الصريحة ، انما هي القسمة الرضائية.

أما القضائية فليست عقداً صريحاً ، بل هي إزالة للشيوع بطريق القضاء ، ولكن يعتبر فيها عقد ضمني مقدر اقتضاءً في عمل السلطة القضائية ، كما تقدم في نظرية الملكية (ر : ف/ ١٠٥) .

٢٧٩ - (١١) عقد الشركة : (المجلة/١٣٢٩ - ١٤٠٣)

وهو عقد بين شخصين فاكثر على التعاون في عمل اكتسابي ، واقتسام أرباحه .

والشركة في ذاتها قد تكون شركة في ملك مشترك بين عدة أشخاص ناشئة عن سبب طبيعي كالارث مثلا ، وقد تكون شركة عقد بأن

يتعاقد جماعة على القيام بعمل استثماري يتساعدون فيه بالمال أو بالعمل، ويشتركون في نتائجه .

فشركة الملك هي من قبيل الملك الشائع وليست من العقود ، وان كان سببها قد يكون عقداً ، كما لو اشترى شخصان شيئاً ، فانه يكون مشتركاً بينهما شركة ملك ، ولكن ليس بينهما عقد على استغلاله واستثماره بتجارة أو اجارة ونحو ذلك من وسائل الاسترباح كما تقدم بيانه في نظرية الملكية (ر : ف/١١٦) .

وأما شركة العقد التي غايتها الاستثمار والاسترباح فهي المقصودة هنا والمعدودة من أصناف العقود المسماة .

٢٨٠ — (١٢) **المضاربة** : (المجلة/ ١٤٠٤ — ١٤٣٠) .

وهي نوع من شركة العقد يتفق فيها على أن يكون رأس المال من جانب ، والعمل على استثماره من الجانب الآخر ، والربح مشترك .

فصاحب رأس المال يسمى : **رب المال** ، والعامل فيه : **مضارب** .

ويسمى عقد المضاربة أيضاً : **قراضاً** ، (بكسر القاف) يقال: قارضه ، وضاربه، اذا دفع اليه المال ليعمل فيه ، والربح مشترك بنسبة معينة يتفقان عليها .

لكن شاع لفظ « المضاربة » في اصطلاح فقهاء الحنفية ، ولفظ « القراض » في اصطلاح فقهاء الشافعية .

٢٨١ ـ (١٣) **المزارعة** : (المجلة / ١٤٣١ ـ ١٤٤٠)

وهي نوع شركة زراعية على استثمار الارض ، يتعاقد فيها الطرفان على أن تكون الأرض من أحدهما والعمل من الآخر ، والمحصول الزراعي مشترك بينهما بنسبة يتفق عليها .

والعامل في الارض بالمزارعة يسمى : **مزارعاً** . والطرف الآخر : **رب الارض** .

٢٨٢ ـ (١٤) **المساقاة** : (المجلة / ١٤٤١ ـ ١٤٤٨)

وهي أيضاً نوع شركة زراعية على استثمار الشجر ، يكون فيها الشجر من طرف ، والعمل في الشجر بتربيته وخدمته وسقيه من الطرف الآخر ، والثمرة الحاصلة مشتركة بنسبة متفق عليها .

فالعامل هو : **المساقي** . والطرف الآخر : **رب الشجر** .

٢٨٣ ـ (١٥) **الوكالة** : (المجلة/١٤٤٩ ـ ١٥٣٠)

وهي عقد تفويض ينيب فيه شخص شخصاً آخر عن نفسه في التصرف . فالمستنيب : **موكل** . والمستناب : **وكيل** . ومحل الوكالة ، وهو الامر المستناب فيه : **موكل به** .

وحقيقة التوكيل من قبيل إطلاق الصلاحية ، فان كل انسان في الأصل محجور عن أن يتصرف فيما يعود لغيره ، ولو تصرف كان

فضولياً لا ينفذ تصرفه ولا يسري حكمه على صاحب الحق المختص إلا إذا أجازه هذا الاخير .

فبالتوكيل يطلق الانسان لغيره سلطة التصرف عن نفسه ويستعين به ، لأن الانسان قد يعجز عن أن يقوم بجميع شؤونه وأعماله .

فبهذا الاطلاق والصلاحية المستمدة من الموكل يصبح تصرف الوكيل فيما وكل به نافذاً على الموكل ، كما لو باشره الموكل بنفسه .

وهذه نقطة الفرق بين الوكيل والفضولي .

لكن بعد صدور التصرف من الفضولي لو رضيه واجازه صاحب حق التصرف تكون هذه الاجازة اللاحقة كوكالة سابقة (أي يثبت حكمها مستنداً باثر رجعي) ، فينفذ عندئذ تصرف الفضولي من تاريخ صدوره كما لو كان وكيلاً حين التصرف (ر : ف ١٩٤/٥) .

والوكالة قد تكون عامة في كل أمر يقبل الانابة ، فيقوم فيها الوكيل مقام الاصيل في كل تصرف . وقد تكون خاصة في أمر أو أمور مخصوصة ، من بيع أو شراء أو نكاح أو طلاق أو خصومة أو صلح أو صرف أو قبض الخ... فتقتصر عندئذ صلاحية الوكيل وتتقيد بما حدده له الموكل ؛ فيكون فيما وراءه فضولياً لأن سلطته مستمدة من موكله .

٢٨٤ ــ (١٦) الصلح : (المجلة/١٥٣١ ــ ١٥٦٠) .

وهو عقد يتفق فيه المتنازعان في حقٍ على ما يرتفع به النزاع بينهما.

فكل واحد من عاقدي الصلح : **مصالح** . والحق المتنازع فيه : **مصالح عنه** . وما يؤديه احدهما أو يلتزم به لخصمه قطعاً للنزاع : **مصالح عليه** ؛ ويسمى أيضاً : **بدل الصلح** .

وعقد الصلح ليس له موضوع معين يميزه بطبيعة وقابلية خاصة ، لأنه يجري في كل نزاع ، غير أنه يتضمن عادةً تنازل المدعي عن بعض مطلوبه . فلذا لا يقبل من الولي أو الوصي أو المتولي صلح عن حق عائد لصغير أو لقاصر أو لوقف ، على بدلٍ أقل من قيمة هذه الحقوق ، لانه لا يجوز للقائمين على إدارة أموال القاصرين والاوقاف أن يتبرعوا بشيء من أموال هؤلاء أو يتنازلوا عن شيء من حقوقهم ، إلا إذا كان الخصم جاحداً ومستعداً لحلف اليمين وليس لدى الوصي أو الولي أو المتولي بينة يثبت بها الحق المتنازع فيه . فتسوغ لهم اذ ذاك مصالحة الخصم ، لأن الصلح حينئذ ربح . (ر : المجلة/١٥٣٩ - ١٥٤٠)[1] .

ولما لم يكن لعقد الصلح موضوع معين قرر الفقهاء أن الصلح يعتبر باقرب العقود اليه بحسب الشكل الذي يقع عليه .

فالصلح عن مال بمال يعتبر في حكم البيع . والصلح عن مال بمنفعة يعتبر في حكم الاجارة ، كما لو كان محل النزاع مالا معيناً ، فتصالحا على

---

(١) - انظر ما تقدم في كتاب عمر بن الخطاب الى ابي موسى الاشعري (رض) في القضاء ، من قوله : « **الصلح جائز إلا صلحاً أحل حراماً أو حرم حلالاً** » (ر : ف / ١٠ ح) .

أن يتركه أحدهما للآخر لقاء سكنى داره شهراً مثلا ، والصلح في دعوى الدين على أن يأخذ المدعي جانباً منه فقط ويترك دعواه ، يعتبر أخذاً لبعض الحق وإبراءً عن الباقي .

وثمرة ذلك أن تجري في الصلح أحكام العقد الذي اعتبر به من بيع أو اجارة أو غيرهما (ر : المجلة /١٥٤٨ - ١٥٦٠) .

٢٨٥ - (١٧) التحكيم : (المجلة / ١٨٤١ - ١٨٥١)

وهو عقد بين طرفين متنازعين يجعلان فيه برضاهما شخصاً آخر حاكماً بينهما لفصل خصومتهما . وقد يكون بين أكثر من طرفين .

فكل من الطرفين المتنازعين : محتكم . والشخص الذي اختارا تحكيمه حكم (بفتحتين) ، أو محكم (بتشديد الكاف المفتوحة)

ويفترق المحكم عن القاضي الرسمي بامور هامة منها أن سلطة القاضي وصلاحيته عامة على سائر الناس في منطقة قضائه . أما سلطة المحكم فمقصورة على المحتكمين اليه ، لأنه في الاصل ليس منصوباً للقضاء من مرجع له سلطة الالزام العام ، وانما جعل حاكما بارادة من اختاروه ، فلا ينفذ حكمه إلا في حقهم وفي الحدود التي قيدوه بها (المجلة /١٨٤٢) .

وقد قدمنا أن التحكيم عقد غير لازم قبل صدور الحكم ، فلكل من المحتكمين فسخ التحكيم وعزل المحكم ، مالم يصدر حكمه . (ر : ف /٢٠٠) .

٢٨٦ - (١٨) المخارجة او التخارج

وهي عقد يبيع فيه أحد الورثة حصته من تركة مورثه المتوفى فيخرج منها ويحل محله مشتريها .

يقال: تخارج الورثة اذا خارج بعضهم بعضاً. فدافع المال الذي سيحل في المخارجة محل الوارث في حقه الارثي هو : مُخارِج (بصيغة الفاعل). والوارث الذي أخذ البدل وخرج من التركة: مُخارَج (بصيغة المفعول).

فاذا كان بدل المخارجة مدفوعاً من التركة نفسها استحق الورثة المخارجون نصيب المخارج بنسبة سهامهم في التركة .

وإذا كان البدل مدفوعاً من أموالهم الأخرى الخاصة يكون نصيبه الارثي بينهم بنسبة ما دفع كل منهم .

وقد تجري المخارجة بين وارث وأجنبي عن التركة، فتكون بمنزلة بيع الوارث حصته الارثية لذلك الاجنبي ، فيحل هذا الاخير محله في نصيبه الارثي بين بقية الورثة .

والمجلة لم تبحث عن المخارجة مع أنها عقد مدني محض وان كان متعلقاً بحق ارثي من حقوق الاحوال الشخصية الخارجة عن موضوع المجلة.

والفقهاء يفردونها بفصل خاص من كتاب الصلح ،لأنها في الغالب تقع صلحاً بين ورثة متنازعين . ولكن الأليق بها كتاب البيع ، لان حقيقتها بيع ،وكثيراً ما تجري بين الورثة دون أن يسبقها نزاع بينهم. (ر : رد المحتار ٤/٤٨١ - ٤٨٣) .

٢٨٧ - (١٩) القرض

وهو عقد موضوعه أن يأخذ أحد المتعاقدين من الآخر مالا مثلياً استهلاكياً كالنقود ، والزيت ، والقمح ، على أن يرد اليه مثله فيما بعد[1] .

فدافع المال : **مقرض** (بضم فسكون) ، والآخذ : **مستقرض ومقترض** ؛ والمال المدفوع : **قرض** (بفتح فسكون) ، و**مُقرَض** (بصيغة المفعول) .

والقرض فيه معنى عقدين اثنين :

- معنى الاعارة ابتداء ، لأن فيه تبرعاً باعطاء مال على أساس رده الى معطيه .

- ومعنى المعاوضة والبيع ، لأن المال لا يؤخذ فيه على أساس استعماله والاحتفاظ بعينه واعادته بذاته ، كما في العارية ، وإنما يؤخذ على سبيل استهلاكه في حاجة المقترض ، ثم تأدية عوض عنه من مثله الى المقرض . فمتى قبضه يملكه ويصبح العوض المقابل ديناً عليه ثابتاً في ذمته .

---

(١) - يقال في اللغة : **استقرض** فلان من فلان ، اذا طلب قرضاً ؛ **واقترض** اذا اخذ قرضاً ؛ **واقرض** فلان فلانا اذا اعطاه قرضاً . **ولا يقال** بهذا المعنى : **قرضه قرضاً** ، من الفعل الثلاثي المجرد ، بل : **اقرضه اقراضاً** ، بزيادة الهمزة ، وانما يستعمل الفعل الثلاثي المجرد بمعنى القطع ، فيقال : **قرضت** الثوب ونحوه ، اذا قطعته **بالمقراضين** ، وهما المقص (ر : المصباح المنير ، والقاموس المحيط) .

ففي القرض من هذه الجهة مبادلة ومعاوضة ، وهو معنى البيع .

ولذلك لو استغنى المقترض عما اقترضه قبل استهلاكه، لا يكون ملزماً باعادته عيناً ولو أنه قائم في يده، بل له أن يمسكه لديه ويرد مثله.

وعن هذا كان القبض في القرض قبض ضمان لا قبض حفظ وأمانة. فبمجرد تسلم المقترض المال بيده مباشرة أو بيد وكيله بالقبض أو رسوله يصبح المال المقبوض مضموناً على المقترض ، أي إن كل آفة تصيب هذا المال بعد ذلك ، من هلاك فما دونه ، إنما تكون على مسؤوليته وحسابه كمسؤولية المشتري بعد تسلمه المبيع .

ومن ثم يفترق القرض عن العارية التي تبقى على ملك صاحبها المعير أمانة في يد المستعير لا يضمنها إلا بتعديه عليها أو بتقصيره في حفظها[1].

هذا ، وان المجلة لم تبحث عن عقد القرض ، وقد كان عليها أن لا تهمله كما سلفت الاشارة إليه . وبعض الفقهاء يذكرونه في فصل فرعي من كتاب البيوع .

(ر : فصل القرض في الدر المختار ورد المحتار ٤/ ١٧١ـ ١٧٦) .

---

(١) ـ في الفقه الافرنسي يعتبر القرض نوعاً من العارية ، فيجعلون العارية نوعين :

ـ عارية الاستعمال (prêt à usage) ، وهي العارية المعروفة لدينا .

وعارية الاستهلاك (Prêt de consommation) وهي القرض في اصطلاح فقهنا الاسلامي

وفوارق الاحكام بين النوعين في القانون الفرنسي مماثلة لما بيناه مما قرره فقهاؤنا

(ر : دالوز ، « Précis de droit civil » ج ٣ ف/ ٧٣١ .

٢٨٨ - (٢٠) العمرى [1]

وهي نوع من الهبة معتاد عند العرب ، بان يقول الشخص لآخر : أعمرتك هذا الشيء أو هذه الدار ،أو هي لك عمرى (أي على سبيل العمرى) .ومعناه أنها للمقول له مدى عمره ، فان مات عادت الى القائل .

ويسمى القائل : معمراً (بضم فسكون ، وبكسر الميم على صيغة الفاعل) . والمقول له : معمراً له (على صيغة المفعول) .

وقد اعتبر النبي عليه السلام فكرة الاسترداد بعد وفاة المعمر له باطلة ، فاثبت في العمرى ملك العين الدائم للمعمر له ، ثم من بعده لورثته كما تقدمت الاشارة اليه : (ر : ف/ ١٢١) .

٢٨٩ - (٢١) عقد الموالاة

وهي عقد بين شخصين أحدهما ليس له وارث نسبي ، فيقول للآخر : أنت مولاي ، أو أنت وليي ، ترثني اذا مت ، وتعقل عني اذا جنيت .

ومعنى " تعقل عني " : تدفع عني الدية الشرعية اذا وقع مني جناية خطأ من قتل فما دونه .

فبهذا التعاقد يثبت هذا الولاء بين المتعاقدين : فيلتزم القابل بالوجيبة المالية لجناية الخطأ إذا وقعت من القائل ، كما يستحق تركته كلها ارثا بمقتضى هذا العقد ان مات ، إلا اذا كان له زوج ، فيستحق القابل باقي التركة بعد ميراث أحد الزوجين ، بحسب كون القائل رجلاً أو امرأة .

---

(١) بضم العين المهملة وبالالف المقصورة ، وزان (صغرى وكبرى) .

ويشترط في ذلك بعض شرائط مبينة في محلها من كتاب الفرائض وكتاب الولاء في المؤلفات الفقهية . وهذا القابل الذي يرث في مقابل تعهده بضمان جناية الخطأ يسمى : **مولى الموالاة** .

ملاحظة هامة:

مقارنة بين عقد الموالاة وعقد التأمين اليوم (السوكرة)

٢٨٩/٢ ــ إن عقد الموالاة ، كما يبدو للمتأمل ، يصلح أساساً قوياً ومستنداً قياسياً لصحة عقد التأمين (السوكرة) الشائع اليوم في المعاملات التجارية ، والذي موضوعه وغايته التعويض عن الأضرار التي تلحق البضائع والأشياء (باسباب لايد للمتضرر صاحب هذه الأشياء في احداثها) بأن تدفع الشركة المؤمن لديها تعويضاً يتفق عليه عن الأضرار المعينة النوع في العقد اذا وقعت ، في مقابل أن يدفع صاحب المال الى شركة التأمين مبلغاً ضئيلاً .

واليوم يتردد علماء الشريعة ومفتوها كثيراً في صحة هذا العقد ، أو يعلنون تحريمه .

والذي أرى أنه عقد جائز لامانع منه في اصول الشريعة الاسلامية وفيه ترميم للاضرار وتعاون على احتمالها ، بدلاً من أن تنزل في رأس المصاب وحده . ولاسيما أن تجارة الاستيراد اليوم ، بهذه المواصلات السريعة ربطت أطراف العالم بعضها ببعض ، وكثرت أخطارها بقدر

مازادت سرعتها ،فلايمكن أن يطمئن التاجر فيها على كيانه المالي دون هذا التأمين ضد أخطار النقل والحريق ونحو ذلك .

وقد نص فقهاؤنا على صحة ضمان خطر الطريق في صور معينة ، كما لو قال شخص لآخر : « اسلك هذا الطريق فانه آمن ، وان أصابك شيء فانا ضامن » فاذا سلكه فاصيب يضمن القائل . (ر : رد المحتار كتاب الكفالة).

ونحن تجاه عقد التأمين لايجب أن نجد لجوازه نصاً صريحاً عليه في أصول الشريعة وفقهها ، لأنه عقد حديث ، بل يكفي أن نجد دلائل قياسية تؤيده . وفيما بيناه كفاية ؛ وان كان المرحوم ابن عابدين بحث في هذا العقد في حاشيته رد المحتار ونظر اليه من زاوية اخرى انتهى منها إلى عدم جوازه (ر : رد المحتار باب المستأمن من كتاب الجهاد).

٢٩٠ — (٢٢) **الاقالة** : (المجلة/ ١٩٠ ــ ١٩٦)

الاقالة لغة بمعنى الرفع .

وهي في اصطلاح الفقهاء : عقد يتفق فيه طرفان على رفع عقد سابق بينهما ، أي على فسخه وإلغاء حكمه وآثاره .

فالطرفان : **متقايلان** . وكل منهما : **مقيل** ، أو : **مقال** ، بصيغة الفاعل أو المفعول نظراً الى فعله أو الى فعل رفيقه . والعقد المفسوخ بالاقالة : عقد **مقال** أيضاً .

ومجال الاقالة انما هو العقود اللازمة سوى عقد النكاح .

فالعقد غير اللازم ، كالوكالة والاعارة، يفسخ بارادة أحدالعاقدين المنفردة دون حاجة الى اتفاق ، كما تقدم (ف/ ٢٦١) .

وعقد الزواج بعد انعقاده صحيحاً لاتجري فيه الاقالة والالغاء، ولكنه يقبل الانهاء بطرق أخرى كما سنرى في تصنيف العقود (ر : ف/ ٣٠١) .

فتلك العقود اللازمة ، اذا لم يطرأ عليها ما يسلخ عنها صفة اللزوم ويجعل لأحدالطرفين خياراً فيها،لايمكن رفعها وإلغاؤها بعد انعقادها إلا بالطريقة التي عقدت بها ، وهي اتفاق الارادتين ،لأن هذا الالغاء سيوجب انتقاضاً في الملكيات أو الحقوق الثابتة بالعقدالسابق المراد فسخه بعد استقرارها ، فلا بد فيه من الاتفاق بسائرمقوماته العقدية وشرائطه من لفظ أو ما يقوم مقامه ، ومن وحدة المجلس ، وقيام المحل الشرعي .

فلا تصح اقالة البيع مثلاً بعد هلاك المبيع في يد المشتري ، إذ لا مجال لاعادة نقل الملكية بعدفوات المحل .

وكذا لاتصح إقالة الابراء عن الدين ، لأن الابراء يسقط الدين من الذمة ، ومن القواعد أن : «الساقط لا يعود» ، لأنه معدوم (ر : المجله/ ٥١)،فبزوال الدين لا يبقى محل يقع عليه عقد الاقالة .(ر : رد المحتار ٤/ ١٤٦ و ١٥١) .

والفقهاء انما يذكرون الاقالة في كتاب البيع على انها عقد متفرع

عنه ،لأنها اكثر ماتقع في عقد البيع ،ولأنها عندما يفسخ بها عقد البيع السابق تعتبر عندئذ بالنسبة الى الشخص الثالث كبيع جديد ،كما تقدم في بحث انحلال العقد (ر : ف / ٢٦١)[1].

وهكذا أيضاً فعلت المجلة ،فجعلت الاقالة فرعاً من مباحث كتاب البيوع وعرفتها - تبعاً لأكثر الفقهاء - بانها :رفع لعقد البيع (المجلة/ ١٦٣) وهذا كما ترى تعريف لاقالة البيع ، لا للاقالة بوجه عام .

ولكن المناسب أن تعتبر عقداً مستقلاً تختم به عقود المعاملات لأن الاقالة لاتختص بالبيع ، بل تجري في جميع العقود اللازمة سوى الزواج.

والتحقيق في تعريفها بوجه عام انها : « **عقد يرفع به عقد سابق** » .

(ر :باب الاقالة من كتاب البيوع في «الجوهرة» وفي « رد المحتار»)

فكما يرفع بالاقالة عقد البيع يرفع أيضاً عقد الاجارة والكفالة والصلح والمخارجة الخ .. فيعود بها العاقدان الى حالهما وحقوقهما قبل العقد المقال .

حتى ان الاقالة نفسها تقبل الاقالة ، فباقالة الاقالة يستعاد اعتبار العقد المقال بين المتقايلين ، ويرجع ارتباطهما بأحكامه وآثاره كأنه لم يفسخ (ر : الدر المختار وحاشيته ٤ / ١٥٠) .

---

(١) — وتقدم هناك ان هذا الاعتبار المزدوج في الاقالة (اي كونها فسخاً بالنسبة للعاقدين ، وبيعاً جديداً بالنسبة الى الشخص الثالث) انما هو لصيانة حقوق الغير التي نشأت بالعقد السابق المقال .

٢٩١ — (٢٣) الزواج ، او النكاح

وهو عقد بين رجل وامرأة غايته استحلال المتعة الجنسية بينهما بغية التناسل وتأسيس الاسرة بالطريق المشروع والتعاون في حياة مشتركة.

فكل من الرجل والمرأة بعد العقد يسمى : زوجاً للآخر ، وقد يقال للمرأة زوجة ، بعلامة التأنيث ، على خلاف الافصح لغة .

وعقد الزواج لا بد فيه شرعاً من مهر (بفتح فسكون)، وهو مقدار من المال يلتزم به الرجل للمرأة، ويسمى ايضاً : «صداقاً» (بفتح الصاد المهملة).

واختلفت الاجتهادات في الحد الأدنى للمهر ، والاجتهاد الحنفي على أنه لا يقل عن عشرة دراهم من الفضة أو ما يعادل قيمتها .

ويشترط لصحته الاشهاد على عقده بغية اعلانه لازالة الريبة من اجتماع الرجل بالمرأة في حياة مشتركة، كما تقدم في مناسبته (ف ٢/١٣٦) .

والزواج، علاوة على ما يثبت به من حل الاستمتاع بين الزوجين، ينشىء حقوقاً وواجبات متقابلة بينهما من مالية وأسرية : منها نفقة الزوجة على الزوج بحدود وشرائط معينة ، ووجوب متابعتها له وطاعتها إياه في غير إثم ومعصية شرعية ، وإرث أحد الزوجين من الآخر .

وينحل الزواج وينتهي بالطلاق، وبوفاة أحد الزوجين ، وببعض أسباب أخرى .

وبانحلال الزوجية بأحد أسبابه تجب على المرأة عدة، وهي تربص

مدة معينة من الزمن لايجوز لها خلالها أن تتزوج ، وذلك لمقاصد شرعية أهمها أن يعرف فراغ رحمها من الزوج السابق منعاً لاختلاط الأنساب واشتباهها .

٢٩٢ — (٢٤) عقد الوصية

الوصية هي أن يوجب انسان في حياته تبرعاً من ماله لغيره بعد وفاته.

فالموجب صاحب المال : مُوص . والطرف الآخر : موصى له . والمال المخصص لذلك : موصى به أو وصية .

فالوصية تبرع من الانسان في حياته مضاف حكمه الى ما بعد مماته، وهو الوقت الذي تتعلق فيه حقوق الورثة بالتركة .

فالشرع الاسلامي قد أطلق للانسان هذا الحق في حدود ثلث ماله تشجيعاً على عمل الخير في سبيل البر بجزء من ماله ، وحفظاً لحقوق الورثة في الباقي .

فاذا تجاوزت الوصية قدر الثلث نفذت في الثلث ،وتوقفت الزيادة فقط على اجازة الورثة : فان أجازوها نفذت ، وإلا بطلت وضمت إلى ميراثهم .

فالوصية إذا كانت لشخص معين كانت عقداً ملكاً ذا طرفين كالهبة . ولكن ، لكونه تمليكاً مضافاً إلى ما بعد الموت ، يكون القبول أو الرد فيه مؤخراً اعتباره إلى ذاك الحين . فلو رد الموصى له

الوصية بعد موت الموصي بطلت الوصية وبقيت في تركة الموصي لورثته.

لكن يغني عن القبول فيها عدم الرد كما تقدم في مناسبته ، حتى لو مات الموصى له بعد موت الموصي دون أن يعرف منه قبول أو رد كانت ملكاً لورثة الموصى له (ر : ف/ ١٧١) .

أما إذا لم تكن الوصية لشخص معين ، بل كانت لمصلحة جهة من الجهات العامة كالمعابد والمدارس والجهاد والفقراء ،فانها عندئذ لا تعد من العقود ذات الطرفين ، بل من تصرفات الارادة المنفردة،فتكون نافذة بمجرد وفاة الموصى مصراً عليها ، ولا يتأتى فيها قبول أو رد .

٢٩٣ ـ (٢٥) عقد الايصاء أو (الوصاية)

وهي عقد يوجب به الانسان في حياته نيابةً عنه بعد وفاته لشخص آخر في تنفيذ وصية المتوفى، وإدارة حقوق أولاده القاصرين. يقال: أوصى فلان إلى فلان ، إذا عهد اليه بالوصاية .

فالموجب : موصٍ . والشخص المعهود اليه بالوصاية ، رجلاً كان أو امرأة : وصي (بتشديد الياء) .

وللوصي قبول الوصاية وردها بعد وفاة الموصي أيضاً كما في عقد الوصية المالية ، لكن ممارسته لأعمال الوصاية تقوم مقام القبول .

ومتى قبل أصبح نائباً شرعياً ، فيكون هو صاحب الصلاحية في تنفيذ الوصية المالية ،وإدارة أموال القاصرين ، وحفظها ، والانفاق

الضروري عليهم ، حتى يبلغوا رشدهم .

وليس له أن يعزل نفسه عن الوصاية متى قبلها بعد وفاة الموصي ، ولا للقاضي أن يعزله إذا كان كفياً أميناً ، لأنه منصوب بارادة الميت لا بارادة القاضي (ر : الدر المختار أول باب الوصي). ولكنه إذا كان عاجزاً ، أو خان في عمله المؤتمن عليه أو قصر ، يعزله القاضي عزلاً ، ويضمنه ما خان فيه أو قصر من حقوق القاصرين أو الوصية .

وهذا الوصي الذي اختاره المتوفى في حياته يسمى **الوصي المختار** ، وهو الذي يكون العهد اليه من الموصي عقداً كما بيناه .

فاذا لم يعهد الانسان في حياته بوصاية إلى أحد ، وترك وصية مالية أو أولاداً ، ينصب القاضي بمقتضى صلاحيته العامة وصياً لتنفيذ الوصية المالية ، وإدارة أموال الأولاد . فيسمى عندئذ **وصي القاضي** ، ويكون نصبه هذا من أعمال القضاء الادارية ، لا عقداً بالمعنى الاصطلاحي في هذا المقام .

ويفترق الوصي المختار عن وصي القاضي بأحكام تتسع فيها صلاحية الأول عن الثاني .

ولادارة أموال الأيتام نظام خاص في بلادنا منذ العهد العثماني قيدت بـه صلاحيات الأوصياء ، وألزموا فيه بطرائق قانونية تحت إشراف مجلس يسمى : **مجلس الايتام** مرتبط بالمحكمة الشرعية ، وذلك حفظاً لحقوق الأيتام من التلاعب . ثم صدر لدينا قانون الأحوال

الشخصية سنة /١٩٥٣ م/ فنظم هذه الاحكام من جديد .

وترى في كتاب « الاحكام الشرعية في الاحوال الشخصية » للمرحوم قدري باشا المصري أحكام الوصاية وصلاحيات الأوصياء ومسؤولياتهم مفصلة في المواد/ ٤٢٥ ــ ٤٨١/ منه ؛ وأحكام الوصية في المواد/ ٥٣٠ ــ ٥٥٨/ ؛ وأحكام الزواج وما يتفرع عنه من طلاق ونسب ونفقة وولاية وغيرها في المواد (١ ــ ٤٣٤) .

وكذا في المواد / ١٧٦ ــ ١٩٩ / من قانون الأحوال الشخصية السوري كما ترى في أبوابها الخاصة من سائر الكتب الفقهية الأخرى .

هذه صورة خاطفة تصور للطالب حقيقة كل عقد وموضوعه ومميزاته .

وهذه الخلاصات ، اذا كانت بالنسبة الى العلماء الحقوقيين تعد من البديهيات ، فانها بالنسبة الى طالب الحقوق في بدء دراسته تعد ضرورية نظراً للغاية التعليمية التي يهدف اليها هذا الكتاب . فهذه العقود ستمر اسماؤها أمام الطالب في شتى المناسبات والامثلة قبل ان يصل الى أبوابها الخاصة ، فيجب تزويده بفكرة اجمالية ومعلومات أساسية عن كل منها .

الفرع الثاني

تصنيف العقود

٢٩٤ — ان العقود بوجه عام يختلف بعضها عن بعض في الاساس الذي تقوم عليه ، والموضوع الذي تهدف اليه ، والخصائص التي تمتاز بها ، والصفات والاحكام التي تعتريها ، وغير ذلك من الاعتبارات الشرعية .

وقد تشترك كل طائفة وزمرة منها في ناحية تجمعها من بعض الوجوه والاعتبارات ، وان كانت بينها مباينات وفوارق من نواحٍ ووجوه أخرى .

فالايداع والاعارة والاجارة والشركة مثلا تشترك في أنها من عقود الأمانات : بمعنى أن محلها وهو المال الذي يرد عليه العقد والتنفيذ يعتبر في يد الوديع أو المستعير أو المستأجر أو الشريك أمانة لا يكون مسؤولاً عما يصيبها من تلف فما دونه بغير تعديه عليها أو تقصيره في حفظها . أما البيع والقسمة والصلح والقرض مثلاً فتعتبر من عقود الضمانات ، فبمجرد تنفيذها بالتسليم يصبح المال الذي نفذت فيه مضموناً

على العاقد القابض له . فما يصيب ذلك المال من تلف فما دونه ولو بآفة سماوية يكون على مسؤولية العاقد القابض وحسابه .

وفي الوقت نفسه نجد أن هذين الصنفين المختلفين في ناحية الضمان قد تجمع بين افراد منهما معاً جامعة من ناحية أخرى .

فالايداع والإعارة والقرض هي من العقود العينية التي لا تتم الا بالتنفيذ والتسليم كما تقدم ؛ بينما البيع والقسمة والصلح والاجارة والشركة ليست عقوداً عينية ، بل تتم وتثبت أحكامها دون توقف على تنفيذ ، فيملك المشتري المبيع والمستأجر المنفعة بمجرد الايجاب والقبول .

فمن ثم وجب تصنيف العقود الى أصناف بمختلف الاعتبارات التي يميز بها بين صنف وصنف ، مما يكون التمييز فيه أساساً لنتائج وأحكام شرعية مختلفة ، أو أساساً لترتيب هذه العقود على وجه يحقق التناسب والتناسق بينها تنظيما لدراستها ومعالجة أحكامها .

فالعقود تصنف الى أصناف مختلفة باعتبارات عديدة ، كما يلي :

٢٩٥ - (اولاً) — بالنظر الى التسمية وعدمها

تصنف العقود بهذا النظر صنفين :

أ) — عقود مسماة ، وهي التي أقر التشريع لها اسماً يدل على موضوعها الخاص وأحكاماً أصلية تترتب على انعقادها ، كالبيع والهبة

والاجارة والشركة غيرها مما تقدم بيانه في الفرع السابق .

ب) — وعقود **غير مسماة** ، وهي التي لم يصطلح على اسم خاص لموضوعها ، ولم يرتب التشريع لها أحكاماً تخصها .

والعقود غير المسماة كثيرة لا تنحصر لأنها تتنوع بحسب حاجة العاقد والموضوع المتفق عليه ضمن الغايات المشروعة ، ويجمعها اسم « **العقد** » أو « **الاتفاق** » .

وقد نشأت في الفقه الاسلامي عقود جديدة كثيرة في عصور مختلفة ، وسماها الفقهاء باسماء خاصة وقرروا لها أحكاماً فأصبحت عقوداً مسماة ، كبيع الوفاء ، وكعقد « الاجارتين » و « التحكير » في الأموال الموقوفة [1] ؛ وكبيع « الاستجرار » الذي يعتبر فرعاً

---

*(١) - **عقد الاجارتين** : هو ان يتفق متولي الوقف مع شخص على أن يدفع مبلغاً يكفي لتعمير عقار الوقف **المبني المتوهن** عند عجز الوقف عن التعمير ، على ان يكون لدافع المال حق القرار الدائم في هذا العقار باجر سنوي ضئيل .

وعقد التحكير : هو الاتفاق على اعطاء **أرض الوقف** الخالية لشخص لقاء مبلغ يقارب قيمتها باسم اجرة معجلة ليكون له عليها حق القرار الدائم ويتصرف فيها بالبناء والغرس وغيرهما كتصرف المالكين ، ويرتب عليه ايضاً اجر سنوي ضئيل .

وهذان العقدان التجىء اليهما لعدم جواز بيع الوقف . وحق القرار الناشىء بهما يورث عن صاحبه ويباع . وقد نظمت القوانين لدينا أحكاماً تفصيلية لتحديد الحقوق بين الوقف وأصحاب حق القرار .

ولم نذكر هذين العقدين فيما عرضناه من العقود المسماة لانهما ليسا من العقود الاساسيه بل من العقود الفرعية المتفرعة عن الاجارة .

من البيع وهو من قبيل ما يسمى اليوم باسم « الحساب الجاري » (ر : رد المحتار ٤/١٢) .

وقد تبقى بعض العقود زمناً بلا أسماء الى أن يصطلح لها على اسم . فمن ذلك في القديم بيع الوفاء الذي يتردد اعتباره بين البيع والرهن كما تقدم (ف/ ٢٦٦ و ٢٧٣) .

وكذلك الاستصناع الذي كان يتردد اعتباره بين البيع والوعد والاستئجار .

ومن ذلك في هذا العصر عقد النشر والاعلان في الجرائد أو سواها من الوسائط . وكذا عقد « المضايفة » (النزول في الفنادق بالطعام والشراب) فانه مركب من عقدين ، فهو اجارة بالنسبة الى المكان ، والخدمة ، وبيع بالنسبة الى الطعام والشراب ؛ فهذا العقد لما يوضع له اسم خاص رغم شيوعه وضرورته [1] .

وكذلك عقود التعهد والالتزام . فقد بحث فيها قانون أصول

---

(١) — في مشروع القانون الايطالي الفرنسي الذي وضع ليكون قانوناً مدنياً موحداً لايطاليا وفرنسا سمي هذا العقد باللغة الفرنسية « Hôtellerie » اشتقاقاً من كلمة « Hôte » بمعنى الضيف التي منها كلمة Hôtel بمعنى الفندق لانه يتقبل ضيوفاً للمبيت لقاء أجرة .

وقد رأيت أن نسميه بالعربية « مضايفة » على سبيل الاشتقاق المماثل ، لان فيه بذلا ماليا متقابلا اساسه الضيافة .

المحاكمات الحقوقية السابق لدينا ، وهو القانون العثماني ، وبقيت تحت ذلك العنوان العام ، أي « التعهد والالتزام » مهما كان موضوعها حتى جاء القانون المدني السوري الجديد فسماها : مقاولة[1] .

وكذلك عقود الشركات مع الدول التي تمنحها امتيازاً للتحري في أراضيها عن منابع الزيت والمعادن مما يدخل اليوم تحت عنوان « اتفاقيات » .

والشرع الاسلامي لم يحصر التعاقد في موضوعات معينة يمنع تجاوزها الى موضوعات أخرى ، وليس في نصوص الشريعة مايوجب تحديد أنواع العقود أو تقييد موضوعاتها الا بان تكون غير منافية لما قرره الشرع من القواعد والشرائط العامة في التعاقد .

والمبدأ العام في هذا الشأن قول القرآن الكريم :

« ياأيها الذين آمنوا أوفو بالعقود »

وهذا ما استقر عليه النظر القانوني الحديث

وقد كان للتمييز بين العقود المسماة وغير المسماة نتائج هامة قديماً في القانون الروماني ، اذ كان ذلك القانون انما يقر للتعاقد قوة ملزمة في العقود

---

(١) — وهي تسمية غير موفقة لأنها لاتدل على موضوعها . وقد عرف القانون المدني في المادة /٦١٢/ منه المقاولة بأنها :

« عقد يتعهد بمقتضاه احد المتعاقدين ان يصنع شيئاً ، أو ان يؤدي عملاً ، لقاء اجر يتعهد به المتعاقد الآخر » .

التي اعترف بها القانون وسماها ، دون غيرها من الاتفاقات المختلفة الا ضمن قيود وشرائط ضيقة عندما يقوم أحد الطرفين بتنفيذ ماتم عليه الاتفاق .

وفي ظل الاحكام القانونية الحديثة اليوم ، لم يبق من ثمرة قانونية لهذا التمييز لان للمتعاقدين أن يتعاقدوا على كل موضوع ضمن حدود حقوقهما الخاصة وحدود الآداب والنظام العام . وانما تخضع العقود غير المسماة في تكوينها وأحكامها للقواعد العامة التي قررها التشريع لجميع العقود[1] .

وما ثمرة تسمية العقود بناء على ذلك إلا ثمرة تسهيلية محضة . ذلك أن العقد المسمى كثير الشيوع بين الناس في معاملاتهم ، فيخص في التشريع والاجتهاد بنصوص تفصل أحكامه تسهيلا للأمر على المتعاقدين حتى لايحتاجا الى الخوض في تفاصيل مقاصد العقد والتزاماته الاساسية ، بل يعتمدان على ما نظمه التشريع فيها من أحكام .

(ر : « نظرية العقد » للاستاذ السنهوري ، ف/١٢٤ ــ ١٢٨)

هذا ، وان لقضية العقود المسماة وغير المسماة ارتباطاً وثيقاً بمبدأ

---

(١) ــ وهذا هو مقتضى أحكام القانون المدني السوري ، وقبله مقتضى المادة /٦٤/ من قانون أصول المحاكمات الحقوقية السابق لدينا ، كما تقدمت الاشارة اليه (ر : ف /٢٥٦) .

سلطان الارادة وحرية الشروط التعاقدية كما تقدم بيانه هناك ، فلينظر (ف/٢٠٩و٢١٠) .

٢٩٦ — (ثانياً) — بالنظر الى المشروعية وعدمها

تصنف العقود بهذا النظر صنفين :

١) — عقود **مشروعة** ؛ وهي ما أجازها الشرع وأذن بها ، كبيع المال المتقوم ، والرهن ، والهبة .

٢) — وعقود **ممنوعة** ؛ وهي التي منعها الشرع ونهى عنها ، كبيع الأجنة في بطون امهاتها ، وبيع الملاقيح والمضامين [1] ، مما كان معروفاً في جاهلية العرب فمنعته الشريعة الاسلامية .

وكذا عقد التبرع من مال القاصر ، والعقد على ما ينافي الآداب العامة من الفواحش ، أو على مايخالف النظام العام ، كالاستئجار على ارتكاب جريمة ، ونكاح المتعة . فكل ذلك عقود ممنوعة غير مشروعة .

---

(١) — **بيع الملاقيح** : هو بيع ما ستحمل به إناث الحيوان .

وبيع المضامين : هو بيع ما سيتولد من فحول الحيوان (رد المحتار ، ١٠٢/٤) .

وقد كان ذلك معهوداً في الجاهلية تسليفاً على نتاج الأنساب المستجادة من الابل والخيل ، فنهى عنه النبي عليه السلام فيما نهى لما فيه من غرر . فيجب أن ينتظر النتاج حتى يجوز بيع المواليد .

ونتيجة عدم مشروعية العقد أن يعتبر باطلا غير منعقد ، لفقدان احدى شرائط الانعقاد كما تقدم (ر : ف/١٦٤ و ١٧٢) .

٢٩٧ — (ثالثاً) بالنظر الى صحة العقد وعدمها

تصنف العقود بهذا النظر صنفين أيضاً .

١) — عقود صحيحة ، وهي ماتوافرت فيها جميع شرائطها الشرعية العامة والخاصة ، في أصلها وفي نواحيها الفرعية ، كبيع المال المتقوم بثمن معلوم نقداً أو نسيئة الى أجل معلوم ، وكإجارة الشيء المعين باجر مبين مدة محددة .

٢) — وعقود فاسدة ، وهي التي اختلت بفقدان بعض شرائطها المتعلقة ببعض نواحيها الفرعية ، كبيع الشيء بثمن مجهول ، أي غير محدد ، أو بثمن معلوم لكنه مؤجل الى أجل مجهول . وكذا الاجارة مع جهالة الأجرة أو المدة[1] .

وسنرى ايضاح معنى الفساد وحكمه في نظرية «المؤيدات التشريعية» .

٢٩٨ — (رابعاً) — بالنظر الى الصفة العينية

تصنف العقود بهذا النظر صنفين أيضاً :

---

(١) — لم نصنف العقود الى منعقدة وباطلة ، لان الباطل معدوم شرعاً ، فلا يعتبر صنفاً .

١) — عقود عينية ، وهي التي يشترط لتمامها شرعاً تسليم الشيء المعقود عليه . فلا يتم عقدها ولا يأخذ حكمه الا بتنفيذها . وهذه هي العقود الخمسة المتقدمة (ف/ ١٦٣) .

٢) — وعقود غير عينية ، وهي التي تتم وتأخذ حكمها بمجرد عقدها كسائر العقود الاخرى .

٢٩٩ — (خامساً) — بالنظر الى الشكلية

تصنف العقود بهذا النظر الى صنفين أيضاً :

١) — عقود شكلية تخضع في عقدها لشيء من الشرائط الشكلية والمراسم التي يفرضها التشريع ، كعقد الزواج إذ يشترط لصحته الاعلان بالاشهاد عليه كما تقدم[1] ، وكالعقود المنشئة للحقوق

---

*(١) — في البلاد التي أخذ تشريعها الوضعي بطريقة الزواج المدني كفرنسا وسويسرة وغيرهما من البلاد الغربية تكون علنية عقد الزواج بطريق التسجيل في السجل المدني لدى ضابط الأحوال المدنية . ولا يعتبر الزواج دون هذا التسجيل ولو كان مشهوداً ومشهوراً .

وفي فرنسا توجب المادة / ٧٥ / من قانونها المدني حضور الخطيبين بالذات أمام ضابط الأحوال المدنية لإعلان زواجهما بحضرته والتوقيع على محضر العقد ، ولا تقبل الوكالة في عقد الزواج .

(ر : دالوز ، موجز القانون المدني Précis de Droit Civil ج ١ ف/ ١٠١) وقد أخذت تركيا الحديثة (بعد إعلان حكومتها اللادينية) بمبدأ الزواج المدني =

(تابع الحاشية)

= في قانونها الحديث . ولكن عامة الشعب لم تستطع التقيد بالطريقة المدنية ، نظراً الى أن الطريقة الشرعية في اعلان الزواج بالاشهاد تفيد الحل الديني في هذا الموضوع الذي له ارتباط بالعقيدة . فكانت النتيجة أن أصبحت الحكومة التركية الآن أمام مشكلة كبرى : هي وجود جيش لجب من الاولاد الذين يعتبرون غير شرعيين في نظر القانون والقضاء ولا ثابتي الانساب ولا متمتعين بالحقوق الأسرية التي تتفرع عن النسب ، بينما هم شرعيون بنظر الشرع الاسلامي الذي يدين به المتعاقدون من أفراد الشعب التركي المسلم .

وهذا من نتائج التقليد الأعمى في أخذ القوانين الاجنبية غير الملائمة في مبانيها للبيئة والشعب والعقيدة والاوضاع الاجتماعية .

وفي بلادنا السورية أوجب قانون حقوق العائلة الصادر في عهد الحكومة التركية العثمانية ، وكذا قانون النفوس ، اجراء عقد النكاح بمعرفة المحكمة الشرعية وتسجيله في سجل الأنكحة فيها وفي سجل النفوس (الأحوال المدنية) ، وذلك لأجل التحقق من انتفاء الموانع الشرعية والصحية وتنظيم الاثبات في الزواج وما يتفرع عنه من حقوق عند الاختلاف ، ولتنظيم أحوال النفوس وقيود المواليد والاحصاآت بصورة مضبوطة . غير أن عقد الزواج المعقود وفقاً لشرائطه الشرعية خارج إشراف المحكمة ودون تسجيل هو معتبر بمقتضى هذه النصوص القانونية لدينا ، وينتج جميع النتائج والحقوق الاسرية والمدنية التي تتفرع عنه متى أعلنه الزوجان امام المحكمة الشرعية أو اثبته احدهما . ولكن اجراء عقده هكذا دون واسطة المحكمة يعتبر مخالفة تستوجب عقوبة معينة على الزوجين ومن تولى اجراء العقد بينهما وعلى الشهود .

وهذا ما أقره قانون الاحوال الشخصية لدينا ، وهو أصلح التدابير في هذا الموضوع واعدلها وهو مقبول شرعاً .

وترى بذلك أن عقد الزواج في الشريعة الاسلامية هو أيسر وأقل شكلية منه في غيرها حتى في احدث الشرائع الوضعية البحتة .

العينية على العقار من ملكية أو رهن أو ارتفاق الخ ... إذ يشترط في الأحكام القانونية تسجيلها في السجل العقاري: وذلك إما لأجل انعقادها، وإما لكي تسري آثارها، ويحتج بها على غير العاقدين، بحسب ما يتجه اليه التقنين من هذه التدابير على ما سلف بيانه (ر : ف/ ١٦٨) .

٢ — وعقود رضائية غير شكلية وهي التي لا تخضع في انعقادها الا لمجرد التراضي ، كمعظم العقود[1] .

٣٠٠ — (سادساً) — بالنظر الى النفاذ

تصنف العقود بهذا النظر صنفين كذلك :

١) — عقود نافذة . وهي الخالية من كل حق لغير العاقدين يوجب توقفها على إرادته ، ومن كل مانع آخر يمنع نفاذها .

٢) — وعقود موقوفة . وهي التي فيها تجاوز على حق لغير عاقديها يوجب توقفها على ارادته وإجازته ، كعقد الفضولي ، أو فيها مانع آخر يمنع نفاذها ، كالاكراه ، مما تقدم بيانه في بحث عدم النفاذ (ر : ف ١٩٤/٤) .

---

(١) — شكلية العقود تسير الى اتساع في الاحكام القانونية اليوم في كل ماله صلة بسياسة التشريع ونظام القضاء ، او بالضرائب المالية .

والوكالة بالخصومة لا تعتبر أمام القضاء الا اذا كانت مسجلة ومصادقاً على صكها بطرق مخصوصة .

وعقد الشركة القانونية لا ينعقد الا بصك مكتوب وفقاً للمادة / ٤٧٥ / من القانون المدني .

٣٠١ ـ (سابعاً) ـ بالنظر الى اللزوم وقابلية الفسخ

تصنف العقود بهذا النظر أربعة أصناف

١) ـ عقد لازم بحق الطرفين ولا يقبل الفسخ بطريق الاقالة ، وهو عقد الزواج ؛ فانه لا يرتفع بالتقايل ، كما تقدم (ف / ٢٩٠) . اي إنه لا يقبل الالغاء الاتفاقي ، ولكنه يقبل الانهاء بطرق شرعية مخصوصة ، كالتطليق ، والمخالعة ، وكالتفريق القضائي والفسخ عند وجود أسبابها الشرعية ، مما هو مبين في مواطنه من كتب الفقه ، وفي المواد / ١١٩ ـ ١٣٠ / من قانون حقوق العائلة العثماني السابق ، وفي فصل انحلال الزواج من قانون الأحوال الشخصية لدينا[1] .

٢) ـ وعقود لازمة بحق الطرفين ولكنها تقبل الفسخ والالغاء

---

(١) ـ من الأدلة على أن التطليق وبقية أسباب الفرقة بين الزوجين ليست من قبيل الغاء العقد في النظر الشرعي ، بل من قبيل الانهاء كما أوضحناه هنا ، أن حرمة المصاهرة الثابتة بالنكاح لا ترتفع بالتطليق او التفريق ؛ فأم الزوجة مثلاً تبقى محرمة على صهرها زوج ابنتها ابداً ولو طلقها .

وقد استشكل صاحب جامع الفصولين قول الفقهاء : « **ان النكاح لا يحتمل الفسخ** » بأن النكاح ينفسخ بعد تمامه بالردة ، وبما اذا ملك احد الزوجين الآخر اذا كان رقيقاً . (جامع الفصولين ، الفصل / ٢٥ في الخيارات ج ١ ص / ٣٣٤ / =

بطريق الاقالة أي باتفاق العاقدين ، كالبيع والصلح وسائر العقود اللازمة الأخرى .

٣) ــ وعقود لازمة بحق أحد الطرفين فقط ، كالرهن والكفالة ؛ فانهما لازمان بالنسبة الى الراهن والكفيل . وغير لازمين بالنسبة الى الدائن المرتهن والمكفول له ، لأنهما لمصلحته الشخصية توثيقاً لحقه ، فله التخلي عن توثيق دينه متى شاء بفسخ الرهن والكفالة .

٤) ــ وعقود غير لازمة أصلاً بحق كلا الطرفين ، وهي التي يملك كل منهما فيها حق الرجوع والالغاء ، كالايداع والاعارة والوكالة ، مما تقدم بيانه في بحث اللزوم من الآثار العامة للعقود (ف/١٩٧-٢٠٢) .

٣٠٢ ــ (ثامناً) ــ بالنظر الى تبادل الحقوق

تصنف العقود بهذا النظر ثلاثة أصناف :

١) ــ عقود المعاوضات ؛ وهي التي تقوم على أساس انشاء وجائب متقابلة بين العاقدين يأخذ فيها كل من الطرفين شيئاً ويعطي في مقابله شيئاً . وذلك كالبيع والاجارة ، والصلح عن مال بمال .

٢) ــ وعقود التبرعات ، وهي التي تقوم على أساس المنحة أو المعونة من أحد الطرفين للآخر ، كالهبة والاعارة .

= طبعة المطبعة الأزهرية) .

ويزول هذا الاشكال بما بيناه من التمييز بين الانهاء والالغاء . فمعنى قولهم لا يقبل الفسخ : أنه لا يقبل الالغاء .

٣) — وعقود تحوي معنى التبرع ابتداء ، والمعاوضة انتهاء ؛ كالقرض والكفالة بأمر المدين ، والهبة بشرط العوض :

— فالمقرض متبرع باسعاف المقترض بالمال الذي يعوزه .

— والكفيل بالأمر متبرع بالتزام أداء الدين عن المدين .

— والواهب الذي يهب على شرط أخذ عوض عن هبته متبرع أيضاً بما يعطي .

ولكن عندما يسترد المقرض نظير ما أقرض ، ويرجع الكفيل على المدين بنظير ما دفع عنه ، ويأخذ الواهب من الموهوب له شيئاً مقابلاً لهبته ، يؤول العقد وينتهي إلى معاوضة .

ونتيجة ذلك أن تطبق على العقد في ابتدائه شرائط التبرع ، وفي انتهائه أحكام المعاوضة . فتشترط في هذه العقود أهلية العاقد للتبرع : فلا تقبل الكفالة من القاصر مثلاً ، ويجري حكم البيع في عوض الهبة فيرد بالعيب مثلاً ، ويؤخذ بالشفعة إن كان عقاراً . (المجلة/٦٢٨ و١٠٢٢).

فلو كانت الكفالة بدون أمر المدين ، بأن تطوع شخص بالكفالة عنه بلا تكليف منه ، تكون تبرعاً من كل وجه ، إذ ليس للكفيل عندئذ حق الرجوع على المدين بما يدفع عن ذمته من دينه (ر : الدر المختار ٤/٢٧١ — ٢٧٢) .

٣٠٣ - (تاسعاً) - بالنظر الى الضمان وعدمه

تصنف العقود بهذا النظر ثلاثة أصناف :

١) - عقود ضمان ، وهي التي يعتبر المال المنتقل ، بناء على تنفيذها ، من يد إلى يد مضموناً على الطرف القابض له . فمهما يصيبه من تلف فما دونه ، ولو بآفة سماوية ، يكون على مسؤوليته وحسابه .

وهذه العقود هي : البيع ، والقسمة ، والصلح عن مال بمال ، والمخارجة ، والقرض ، وإقالة هذه العقود .

٢) - وعقود أمانة ، وهي التي يكون المال المقبوض في تنفيذها أمانة في يد قابضه لحساب صاحبه . فلا يكون القابض مسؤولاً عما يصيبه من تلف فما دونه إلا اذا تعدى عليه أو قصر في حفظه .

وهذه العقود هي : الإيداع ، والاعارة والشركة بأنواعها ، والوكالة والوصاية .

٣) - وعقود مزدوجة الاثر ، فتنشىء الضمان من وجه ، والأمانة من وجه .

وهذه العقود هي : الاجارة ، والرهن ، والصلح عن مال بمنفعة .

فالاجارة يعتبر فيها المال المأجور أمانة في يد المستأجر ، لكن منافعه المعقود على استيفائها مضمونة على المستأجر بمجرد تمكنه من استيفائها . فلو ترك المأجور دون أن ينتفع به حتى مضت مدة الاجارة

يكون ما فات من المنافع فائتاً على حسابه ، وتلزمه الاجرة التي هي قيمة تلك المنافع (المجلة/٤٧٠) .

والصلح عن مال بمنفعة يعتبر في حكم الاجارة كما تقدم في بحث تقسيم العقود (ر : ف/٢٨٤) .

فالمال الذي يقدمه أحد المتصالحين لتكون منفعته خلال مدة معينة بدلاً متصالحاً عليه في عقد الصلح يعتبر كالمأجور في يد المستأجر . فمنافعه تمضي مضمونة على حساب القابض ، فيعد بمضيها مستوفياً لبدل الصلح . أما عين المال فأمانة في يده .

والمال المرهون مضمون منه على المرتهن ما يعادل الدين ، والزائد أمانة في يده كما تقدم (ر : ف/٨٧) .

٣٠٣/٢ – ضابط التمييز بين عقود الضمان وعقود الامانة :

والمبدأ الشرعي الذي يقوم على أساسه التمييز بين عقود الضمانات وعقود الأمانات ، بحسب ما يوحي به استقراء الاحكام واستنطاق عللها الفقهية في شتى المناسبات ، هو أن فكرة الضمان في العقد تدور مع معنى المعاوضة فيه ولو نهاية ومآلاً . وحينئذ يكون العقد عقد ضمان في الناحية التي تتعلق بها المعاوضة . ويكون القابض ضامناً في هذه الناحية . اما فيما سوى ذلك فيعتبر العقد عقد أمانة ؛ وتنفيذه بالتسليم

والتسلم يجعل القابض أميناً على المال المقبوض .

وتخريجاً على هذا المبدأ نرى :

أ) ــ ان عقد البيع يعتبر عقد ضمان مطلقاً . وكذا عقد الصلح عن مال بمال . ذلك لأن قبض المال المعقود عليه فيهما انما هو قبض على أساس الاستيفاء لما استحقه القابض في مقابل عوض .

وكذلك عقد القرض، لأن المال انما يقبض فيه امتلاكا على أساس الايفاء برد مثله عوضاً عنه . فهو معاوضة انتهاء ومآلا كما تقدم .

ب) ــ أما عقد الاجارة فان المعاوضة فيه انما هي بين الاجرة والمنفعة دون عين المأجور ، وليس تسليم العين إلا وسيلة ضرورية لاستيفاء منفعتها . فتعتبر الاجارة عقد ضمان بالنسبة الى الاجرة والمنفعة لأنهما محل المعاوضة ومتعلقها . ويكون المؤجر ضامناً للاجرة التي يتسلمها ، والمستأجر ضامناً للمنافع التي تصبح تحت تصرفه .

أما عين المأجور في يد المستأجر فالعقد في حقها عقد امانة .

وكذلك عقد الرهن . فان قبض المرهون انما هو قبض على أساس الاستيفاء عند الاقتضاء الى جانب معنى الاستيثاق كما تقدم (ف/٨٧) .

والاستيفاء هنا معاوضة . لكن الاستيفاء من المرهون محدود بمقدار الدين ، فيكون الزائد من المرهون أمانة ، اذ لا معاوضة بالنسبة اليه .

ج) — وأما عقود الاعارة ، والوكالة ، والشركة ، ونحوها فانها خالية خلواً تاماً من معنى المعاوضة ، فتعتبر عقود أمانة . ويكون مال الموكل في يد وكيله ، ومال القاصر في يد وصيه ، ومال الشريك في يد شريكه ، والعارية في يد مستعيرها ، كل ذلك أمانة محضة غير مضمونة بمقتضى العقد ، كالوديعة [1] .

٣٠٤ — (عاشراً) بالنظر الى غاية العقد

تصنف العقود بهذا النظر خمسة أصناف :

---

(١) — جاء في آخر بحث شركة العنان من « الهداية » ما نصه :

« ويد الشريك في المال يد أمانة ، لأنه قبض المال **باذن المالك لا على وجه البدل والوثيقة** ، فصار كالوديعة » اهـ .

(ر : الهداية وفتح القدير ٥/٤٠٤) .

فأفاد بمفهومه ان القبض المضمون هو ما كان واقعاً على ملك للغير بلا إذنه ، كقبض المغصوب ؛ أو كان واقعاً تنفيذاً لعقد مبادلة أي معاوضة كقبض المبيع ؛ أو على سبيل التوثيق كقبض المرهون .

وقد وجدنا في هذا النص خاصةً ، وفي الاحكام المقررة لكل عقد بوجه عام ، مستند هذا الضابط الذي ذكرناه للتمييز بين عقود الضمان وعقود الامانة . وبما أن بحثنا عن عقد الضمان لا عن قبض الضمان فلا حاجة الى ذكر الاذن وعدمه .

وقد رأينا امكان الاستغناء بعلة « **المعاوضة** » عن علة « **التوثيق** » ، لان المقصود بذكر التوثيق تعليل ضمان الرهن وما في حكمه ، وهذا يمكن رده الى ما في الرهن من معنى المعاوضة مآلاً ، كما أوضحناه .

١) — ما غايته التمليك ؛ كالبيع ، والهبة ، والوصية ، والاجارة ، والاعارة .

٢) — وما غايته الاشتراك ؛ كالشركة ، والمضاربة ، والمزارعة .

٣) — وما غايته التوثيق ؛ كالرهن ، والكفالة .

٤) — وما غايته التفويض والانابة ؛ وهو الوكالة ، والوصاية .

٥) — وما غايته الحفظ ؛ وهو عقد الايداع .

٣٠٥ — (حادي عشر) — بالنظر الى الفورية والاستمرار تصنف العقود بهذا النظر صنفين أيضاً :

أ) — عقود فورية . وهي التي لا يحتاج تنفيذها الى زمن ممتد يشغله باستمرار ، بل يتم تنفيذها فوراً دفعة واحدة في الوقت الذي يختاره العاقدان ، كالبيع ولو بثمن مؤجل ، والصلح ، والقرض ، والهبة . فان تنفيذ هذه العقود باستيفاء كل عاقد ما يسوغه العقد استيفاءه يتم وتنقضي به الالتزامات في آن واحد .

ب) — وعقود مستمرة . وهي التي ، بحسب موضوعها ، يستغرق تنفيذها مدة ممتدة من الزمن بحيث يكون الزمن عنصراً أساسياً في تنفيذها . ولذلك تسمى أيضاً : عقوداً زمنية . وذلك كالاجارة ، والاعارة ، وشركة العقد ، والوكالة . فان تنفيذ هذه العقود وأمثالها باستيفاء منافع المأجور والعارية ، وبممارسة أعمال الشركة والوكالة ، يحتاج الى وقت متسع يسري حكم العقد فيه باستمرار .

ويعتبر من هذا القبيل اليوم في النظر القانوني عقد الاشتراك في الصحف الدورية من جرائد ومجلات ،والتعهد بتقديم بعض الارزاق والاطعمة يومياً الى صاحب مطعم أو فندق أو مستشفى مثلا ، فانه يعتبر عقداً مستمراً ولو كان في الحقيقة من قبيل البيع . ويسمى في الاصطلاح القانوني : عقد التوريد .

(ر : نظرية العقد للاستاذ السنهوري ف/١٤٧ — ١٤٨) .

نتائج التمييز بين العقود الفورية والاستمرارية :

وان لهذا التمييز بين العقود الفورية والعقود الاستمرارية نتائج هامة اتفق فيها النظر الشرعي الاسلامي والنظر القانوني الحديث ، أهمها أمران :

١ — أن العقد الفوري كالبيع مثلا اذا فسخ يكون فسخه مستنداً الى الماضي ، فيوجب الترادفيما نفذ من التزامات العاقدين .

أما العقد المستمر ففسخه يكون مقتصراً غير مستند كما سنرى في بحث انحلال العقود (ف/٢٦٣).

٢ — ان الالتزامات المتقابلة في عقد المعاوضة المستمر انما تثبت بصورة متناظرة بين الطرفين شيئاً فشيئاً . فما تم منها في جانب يتم مايقابله في الجانب الآخر .

ففي عقد الايجار الذي تتقابل فيه المنفعة بالاجرة انما يتحقق ويستقر

التزام المستأجر بالاجرة تدريجياً كلما انتفع ، وبقدر ما انتفع .

(ر : نظرية العقد للاستاذ السنهوري ، ف/١٤٧ ــ ١٤٩) .

حتى انه اذا اشترط تعجيل الاجرة لا يستقر الالتزام بها في ذمة المستأجر ـ ولو استحق عليه تعجيلها ــ الا مجزأً بحسب ما يمضي من منافع المأجور تدريجياً على حساب المستأجر .

فلو فسخ العقد قبل انقضاء مدة الاجارة يسترد من الاجرة ما أسلف عن المدة الباقية .

وقد صرح فقهاؤنا ان الاصل في الاجارة أن يستحق المؤجر المطالبة بالاجرة لحظة فلحظة . ولكن لصعوبة ذلك وتعذره جعل له حق المطالبة باجرة الدار يوماً فيوماً ، وبأجرة الدابة مرحلة فمرحلة ، الا أن يكون هناك شرط أو عرف مخالف .

(ر : الهداية وشرحها ٨/١٦ ـ ١٧/ ورد المحتار ٥/٩)

٣ ــ ان عقد المعاوضة المستمر يعتبر في النظر الفقهي بمثابة عقود متجددة في المدة التي يستغرقها تنفيذه .

وعلى هذا كان عقد الاجارة يحق للمستأجر فسخه بطروء العيب الحادث على المأجور وهو في يده ، كما يحق له فسخه بظهور العيب القديم فيه . وهذا بخلاف عقد البيع الفوري ، فانه لا يحق للمشتري فسخه بالعيب الحادث في المبيع بعد قبضه اياه ، بل بالعيب القديم الموجود فيه قبل التسليم . (ر : المجلة /٣٣٧ و ٣٣٩ و ٥١٥) .

فباعتبار التجدد في عقد الاجارة مع آناء الزمن يصبح العيب الحادث في المأجور عيباً قديماً بالنسبة الى المستقبل .

٣٠٦ — (ثاني عشر) — بالنظر الى الأصلية والتبعية

تصنف العقود بهذا النظر صنفين أيضاً :

أ) — عقود أصلية ؛ وهي كل عقد يكون مستقلا في وجوده غير مرتبط بامر آخر على سبيل التبعية له في الوجود والزوال . وذلك كالبيع ، والاجارة ، والايداع ، والاعارة الخ ...

ب) — وعقود تبعية ؛ وهي كل عقد يكون تابعاً لحق آخر ومرتبطاً به في وجوده وزواله كاتصال الفرع باصله . وذلك كالرهن ، والكفالة .

فالرهن والكفالة كلاهما توثيق لغيره ، فلا ينعقدان ابتداء اذا لم يكن في مقابلهما حق آخر ثابت أو متوقع .

وينعقد الرهن في مقابل دين موعود . كما لو وعد انسان آخر بان يقرضه مبلغاً ، وأخذ منه رهناً سلفاً في مقابله .

وتنعقد الكفالة في مقابل ما سيثبت من دين ؛ كما لو قال لآخر : بايع فلاناً ، وما ثبت لك عليه فانا كفيل به . (ر : الدر ٢/٢٥٢و٢٩٨) .

وكما لا ينعقدان ابتداء الا في مقابل حق آخر ، يزولان بزوال

ذلك الحق المقابل كما يسقط كل فرع بسقوط أصله . فلو أبرأ الدائن المدين الاصيل سقطت الكفالة أيضاً عن الكفيل تبعاً لسقوط الدين . ومثل ذلك يقال في الرهن ، فانه يبطل بابراء الدائن المدين[1] .

---

(١) — جاء في كتاب « نظرية العقد » للاستاذ العلامة السنهوري (ف/ ١٥٠) تعريف العقد التبعى بأنه :

« هو العقد الذي يكون تابعاً لعقد اصلي وجد قبله » .

ويتضح مما بيناه أن هذا التعريف لا يستقيم للملاحظات التالية :

١) — لأن الرهن والكفالة قد يعقدان توثيقاً لدين ناشىء عن فعل لا عن عقد أصلاً ، كالكفالة والرهن في مقابل ضمان الاتلاف .

٢) — ولأن الديون الناشئة عن عقد ، كثمن المبيع وبدل الصلح وأجرة المأجور ، لايكون الرهن والكفالة في مقابلها تابعين للعقد الذي أنشأ الحق أو الالتزام ، بل تابعين للحق الناشىء بذلك العقد . ولذا لو أبرأ البائع المشتري عن الثمن يبرأ الكفيل بالثمن ويسقط الرهن المأخوذ به أيضاً مع بقاء عقد البيع نافذ الحكم .

٣) ولأن العقد التبعي قد تكون تبعيته لحق سيوجد بعده ، وليس من الضروري أن يكون **قد وجد قبله** . وذلك كالرهن لقاء الدين الموعود ، والكفالة بما سينشأ ويثبت للمكفول له على المكفول من حقوق ، على نحو ما بيناه آنفاً .

فالصواب تعريف العقد التبعي ، كما فعلنا ، بأنه :

« هو العقد الذي يكون تابعاً لحق آخر » .

الباب الثالث

نظريات المؤيدات الشرعية
في الفقه الاسلامي

الفصل الأول

منشأ المؤيدات ، وتعريفها ، وتقسيمها

أ) — منشأ المؤيدات

٣٠٧ — الشرائع انما تؤسس لتنظيم علاقات الناس ، ولصيانة مصالحهم العامة والخاصة ، واقامة العدل ، ومنع العدوان بينهم .

ومن أهم خصائص التشريع العملي أنه الزامي يجب أن يخضع له المكلفون ، ويحترموا أوامره ونواهيه ، ويلتزموا الجادة التي خطها لهم في أعمالهم ومعاملاتهم المولدة للحقوق والالتزامات بينهم .

— والمراد بالأعمال جميع الأفعال المادية التي تصدر عنهم ، كالسير ، والكلام ، والأكل ، والشرب ، والركب ، والاستعمال ، والاستهلاك ، والحيازة الخ ... مما يمكن ان ينشأ عنه حق ولو لم يقصد الفاعل بفعله الى انشاء هذا الحق .

— والمراد بالمعاملات التصرفات المدنية ، أي التي يقصد بمباشرتها إنشاء

الحقوق والالتزامات أو إسقاطها بين شخصين فأكثر ، سواء أكانت من تصرفات الارادة المنفردة، كالطلاق،والابراء ،والوقف،أو كانت من العقود ذات الطرفين ، كالبيع والشركة .

٣٠٨ ــ ففي جميع الأعمال والمعاملات يجب أن يراعى نظام التشريع ، وتحترم أوامره ونواهيه :

أ) ــ ففي الاعمال العادية اذا سار الانسان مثلا ساعياً في شؤونه وحاجاته يجب أن يتقيد بنظام السير ،وأن لا يتخذ أرض غيره طريقاً.

ومن كلم سواه او تكلم عنه يجب أن لا يجرح كرامته وحرمته باهانة أو سب أو قدح .

ومن أكل أو شرب أو استعمل أو استهلك أو احتاز واستولى يجب ان ينحصر عمله في نطاق ماله وحقوقه،أو نطاق سلطته وصلاحيته، فلا يمس في ذلك شيئاً من مال غيره أو حقوقه ، وهلم جرا ...

ب)ــ وفي المعاملات من العقود وسائر التصرفات المدنية يجب ان يتقيد الانسان بالطرق والمراسم والأشكال وسائر الشرائط التي يحددها التشريع ويوجبها ، لأنه لم يوجبها إلا لمصلحة قدرها الشارع ، ولمنع مشكلات يلحظ انها تنشأ من عدم مراعاتها .

فيجب مثلا في العقد ان يحصل تبادل الارادتين بصورة جازمة واضحة ، وان يكون العاقد ذا أهلية للعقد ،وان يكون المعقود عليه معلوماً ليمكن التنفيذ وقطع النزاع بلا إشكال ، وأن لا يكون

موضوعه عملاً أو امراً يمنعه الشرع ، وان يجري وفقاً للمراسم الشكلية التي يفرضها التشريع القائم ؛ بأن يكون العقد مثلا معلناً بحضرة شهود فيما يجب فيه الاشهاد كالزواج ، وان يكون مسجلا بالطرق المخصوصة فيما يجب فيه التسجيل كبيع العقار والوكالة بالخصومة اليوم في مثل بلادنا ، وذلك لأن هذه القيود والشرائط والمراسم انما فرضها التشريع تنظيما ، وضبطاً ، ودفعاً لمحاذير ، ورعاية لمصالح ؛ فيجب ان يتقيد بها الناس في معاملاتهم لكي تنتج هذه المعاملات النتائج التي جعل التسجيل طريقاً مشروطاً فيها .

ج) ـ وبوجه عام يجب أن يفعل الانسان المكلف كل ما أوجب عليه الشرع فعله فلا يهمل واجبا ، وان يجتنب كل ما نهاه عنه الشرع فلا يرتكبه ، ومن ذلك اجتناب كل عدوان على الفرد أو الجماعة .

٣٠٩ ـ فلكي يكون التشريع التنظيمي محترماً مطاعاً في امره ونهيه يجب ان يكون الى جانبه من الأحكام والترتيبات ما يضمن له هذه الحرمة ، ويلجىء الناس الى طاعته . وذلك بأن يرتب الشارع على المخالفة لأمره ما يجعل الطريق المخالف وعر المسالك ، عقيم المساعي ، بحيث لا يجد الانسان الثمرة التي يبتغيها من عمله ومسعاه إلا في سلوك الطرق التي عينها الشارع . وإلا فان التشريع يكون فاقداً صفته الالزامية ، فيكون عندئذ أشبه بالمواعظ الارشادية منه بالقوة الملزمة ، فتسهل على الناس مخالفته اذا كانت مخالفته كطاعته من حيث النتيجة في تحصيل الثمرة التي يسعى إليها الفاعل .

فتلك الأحكام التي تشرع، لا لتنظيم علاقات الناس ومصالح الجماعة، بل لتأييد اصل التشريع الناظم لتلك العلاقات والمصالح، وإلجاء الناس الى طاعته في امره ونهيه، هي ما تسمى في اصطلاح الحقوق الحديثة: **مؤيدات**[1]. ذلك لأنها تؤيد التشريع، أي تكسبه القوة اللازمة. وقد تسمى أيضاً: **ضوامن**، جمع ضامن، لأنها تضمن هذه الطاعة للشرع القائم وتتكفل بها. وفقهاء الاسلام يسمونها: **زواجر**، لأنها تزجر عن تنكب جادة الشرع ومخالفة أوامره[2]. وهي جميعا من قبيل **الجزاء**.

---

(١) - **التأييد** في اللغة هو التقوية، ومنه قولهم: أيدك الله تأييداً. وهو مشتق من «**الأيد**» (بفتح فسكون) بمعنى القوة الشديدة، ومنه ما جاء في القرآن العظيم: «والسماء بنيناها بأيد» (ر: المصباح، ومفردات الراغب) ويقال: رجل «**أيد**» بتشديد الياء المكسورة وزان «**سيد**» أي قوي. فالمؤيدات التشريعية: هي الأحكام التي تكسب التشريع قوة وتجعله مهيباً مطاعاً. ويقابلها في اللغة الفرنسية كلمة: sanctions، ومعناها العقوبات والمكافآت التي تمنع مخالفة القانون وتكفل تنفيذه (معجم لاروس).

(٢) - ان للإمام أبي إسحق ابراهيم الشاطبي الغرناطي في كتابه «الموافقات في أصول الشريعة» بياناً نفسياً له صلة بهذا المقام نرى أن نلخصه هنا لفائدته. فقد قسم المصالح والأحكام التي تشرع لصيانتها الى ثلاثة أقسام: **ضروريات، وحاجيات، وتحسينيات**، أي كماليات، وقد تقدم بيانها (ر: ف / ٢٦ - ٢٧)، ثم قال ما خلاصته:

«ان الضروريات ضربان:

(**أحدهما**) فيه حظ للانسان عاجل مقصود، كقيام المرء بمصالح نفسه وعياله في الاقتيات واتخاذ المسكن واللباس، وما يستدعيه ذلك من المتممات كالبيوع والاجارات والأنكحة وغيرها من وجوه الاكتساب التي تقوم بها الهياكل الانسانية - أي الوجود الانساني -. =

وهي تتصل بموضوع حكمة التشريع ، وتعد من أهم مباحثه .

= (والثاني) ليس فيه حظ عاجل مقصود للمكلف ، كالتعليم والجهاد وعدم التعدي الى حقوق الغير ، ونحو ذلك من الامور التي شرعت عامة لمصالح عامة اذا فرض ترك الناس لها انخرم النظام .

وسياسة التشريع الاسلامي في تحقيق طاعة نظامه الذي يرمي الى حمل الانسان على اقامة هذه المصالح أنه :

— **في النوع الاول** ، وهو ما فيه حظ عاجل ، لايؤكد الشرع على الانسان الطلب بالنسبة الى نفسه — أي لا يرتب عليه ما يقتضيه التأكيد من الضوامن الزاجرة عن المخالفة — بل يقف التشريع موقفاً أقرب الى الاباحة منه الى الطلب المؤكد . كقوله تعالى « **أحل الله البيع** » ، وقوله « **كلوا من طيبات ما رزقناكم** » ، وما أشبه ذلك ، مع أن العالم لايقوم إلا بالتدبير والاكتساب . فهذا الموقف من الشارع كالحوالة على مافي جبلّة الانسان من الدوافع الباعثة على الاكتساب .

— وأما في **النوع الثاني** ، وهو ماليس للانسان فيه حظ مباشر ، فان الشرع يؤكد الطلب فيه ويوجبه ايجاباً ، لانه ليس له في طبع الانسان داع اليه يخدمه ويحمل الانسان على فعله . بل هو على الضد من ذلك — أي إن في نفس الانسان ما يدعوه الى المخالفة — فلذا يؤكد الطلب فيه ويكف عن المخالفة بالزجر والتأديب . وذلك كالنهي عن قتل النفس والزنى والسرقة والخمر وأكل الربا وأكل أموال الناس بالباطل وأشباه ذلك ، لأن الطبع النازع بالانسان الى طلب حظوظه ومصلحته ودرء مضرته يدعوه الى الوقوع على هذه الاشياء ، فاحتاج الى الزواجر عنها » اهـ (« الموافقات » بتلخيص وتصرف من النوعين الأول والرابع من أنواع مقاصد الشارع ، ج ٢ ص ٨ — ١٢ و ١٨٠ — ١٨٣) .

ب)ـ تعريف المؤيدات

٣١٠ ـ بناء على ما تقدم يمكننا تعريف المؤيدات الشرعية بأنها هي :

كل ما يشرع من التدابير لحمل الناس على طاعة أحكام الشريعة الاصلية .

وبعد ما سبق بيانه يصبح هذا التعريف واضحاً بلا حاجة الى ايضاح . فالتشريع الكامل يتضمن دائماً نوعين من الاحكام :

ـ أحكاماً أصلية ، وهي التي يتكون منها نظام الشريعة الناظم للمصالح والعلاقات والمعاملات والواجبات والمحظورات . وهذه الاحكام تجب حماية حدودها من تجاوز الناس عليها .

ـ وأحكاماً تأييدية ، لأجل حماية تلك الأحكام الأصلية .

فالنظام الاصلي الذي شرعت المؤيدات لتأييده هي الاحكام المحمية. والمؤيدات الشرعية هي الاحكام الحامية. وهي كالشرطة بين الناس. فهي شرطة الأحكام .

ومن وراء هذه الشرطة القضاء الذي هو المؤيد الأعظم . فهو كالجيش بالنسبة الى البلاد ومصالحها : يذود عنها ، ويحمي حدودها ، وينكل بمن يتجاوز عليها. واذا فقد الجيش الحامي أو اضمحلت قوته استبيحت البلاد وزال سلطان الدولة . فكذلك اذا فقدت المؤيدات التشريعية هتكت حرمة الشريعة ولم يبق لها سلطان .

ج) ــ تقسيم المؤيدات

٣١١ ــ المؤيدات الترغيبية والمؤيدات الترهيبية

إن المؤيدات الشرعية تنقسم الى نوعين أساسيين متعاكسين ؛ وذلك بحسب كون المقصود الشرعي بها هو حمل الناس على فعل ، أو منعهم عنه .

وهذان النوعان الاساسيان هما : المؤيدات الترغيبية ، والمؤيدات الترهيبية :

أ) ــ فعند ما يكون غرض الشارع تشويق الناس الى فعل مرغوب التحصيل ، وتنشيطهم اليه ، وحملهم على تحمل مشاقه وأعبائه، يرتب على الاقدام عليه مكافأة ومنحة ترغبهم فيه .

وذلك كما تعفي القوانين المالية اليوم المنشآت الزراعية والصناعية من الضرائب المطروحة على أمثالها عدة سنوات منذ إنشائها ؛ وكما تسن أنظمة لمنح المساعدات المالية وغيرها للمتزوجين من الشباب ، وكالتعويضات العائلية التي توظف لهم وتقرر على عدد أولادهم في بعض الدول ترغيباً في الزواج .

ومن هذا القبيل في الاسلام نصيب المؤلّفة قلوبهم في بيت المال (ر : ف/٥٢) . وكذا التنفيل المشروع في معارك الجهاد الحربي . والتنفيل هو حق الامير أو القائد في أن يعلن للجند أن من قتل

قتيلاً من الاعداء فله سلَبه ، ترغيباً للجند وتقوية لعزائمهم ؛ كما فعل النبي عليه السلام في غزوة « حنين » . وعندئذ يستحق كل مجاهد أسلاب قتيله فتكون منحة خاصة له .

وتجري هذا المجرى أيضاً الطريقة التي أوجبها الاسلام في ضريبة الزكاة على المواشي ، إذ أخذ فيها بطريقة النسبة النازلة ، لما في تربية المواشي من مشقة ونفع عام يقتضيان التشجيع عليها . فخفف ضريبتها بنسبة تتناسب عكساً مع كثرة ما يقتنيه الشخص منها ، الى أن تثبت الضريبة على نسبة واحدة فيما فوق القدر الذي يستطيع الشخص العادي اقتناءه والعناية بتربيته .

هذا ، وبما ان الاسلام نظام اصلاحي لنواحي الحياة الثلاث : الروحية ، والمادية ، والمدنية معاً ، لذلك كانت المؤيدات الترغيبية الاخروية في الاسلام كثيرة جداً ، ولاسيما فيما يتصل بأعمال الخير ، واخلاص العمل ، واصلاح الاحوال ، والتضحيات الواجبة ، وإيثار المصلحة العامة على المصلحة الشخصية الخاصة عند التعارض .

ومن هذا القبيل ما جاء عن النبي عليه الصلاة والسلام : أن من همّ بحسنة ولم يتيسر له فعلها كتبت له حسنة واستحق ثوابها الاخروي عند الله تعالى ؛ ومن همّ بسيئة ولم يفعلها لم تكتب عليه شيئاً (ر : « الترغيب والترهيب » للحافظ المنذري ، والجامع الصغير للسيوطي ، رقم/١٧٦٣) .

وهذا مؤيد ترغيبي للحمل على نية الخير ، والاقلاع عن نية السوء قبل تنفيذها .

ب) ــ وعندما يكون غرض الشارع منع الناس من مخالفة أمره ونهيه يرتب على المخالفة جزاء زاجراً يكون هو المؤيد الترهيبي الضامن لمنع المخالفة .

٣١٢ ــ تنوع المؤيد الترهيبي

وهذا المؤيد الترهيبي الزاجر نوعان: تأديبي، ومدني (أي حقوقي). ذلك لأن حكمة التشريع تقتضي تنويع المؤيد الترهيبي بحسب أنواع المخالفات تبعاً لموضوع النظام التشريعي الذي تنتهك المخالفة حرمته :

أ) ـ فاذا كان الفعل المخالف من قبيل الجرائم العدوانية التي تخل بأمن المجتمع ونظام الجماعة ، فالجزاء المؤيد يجب أن يكون تأديباً بمعاقبة قامعة ترهب الناس من الاقدام على ما يوجبها .

وهذا النوع هو المؤيد التأديبي ، أو العقوبة ؛ ويتألف منه نظام العقوبات في تشريع الدولة .

وهذه العقوبة قد تكون بدنية ، أو مالية ، أو حاجزة للحرية كالحبس والنفي ، أو معنوية كالتشهير بالشخص وتجريسه . وقد تكون مركبة من عنصرين فأكثر .

ومن الواضح أن هذا النوع من المؤيدات لا يضمن منع المخالفات وقطع دابر الاجرام بحيث ينتفي من المجتمع ؛ لكنه كل المستطاع في

التشريع ، لأن أفعال الناس المادية لا يمكن السيطرة عليها سيطرة تامة. فقد يقدم الانسان على الجريمة ويفاجىء بها بحيث لا تمكن الحيلولة دونها ، وهو راض بالعقوبة ولو كانت موتاً .

ب) ــ واذا كان الفعل المخالف من قبيل إهمال الشرائط التي يفرضها التشريع في النظام المدني لأنواع معاملات الناس وتصرفاتهم الحقوقية من عقود وغيرها ، فان المؤيد لمنع المخالفة ينبغي أن يكون حرمان المتصرف من النتائج التي يبتغيها من تصرفه . وذلك بأن يعتبر عمله في نظر التشريع لغواً ، أي مسلوب الحكم والنتيجة ،فلا يكسب صاحبه الحق المطلوب ، ولا يحتج به أمام القضاء عند الاقتضاء .

وهذا النوع هو المؤيد المدني ، او الحقوقي . وينشأ عنه نظرية البطلان وقابلية الابطال وتفاريعهما في التشريع المدني .

ومن الواضح أن هذا النوع من المؤيدات هو أقطع لدابر المخالفة من المؤيد التأديبي ، لأن ترتيب النتائج الحقوقية على التصرفات ليس هر أثراً مادياً لفعل محسوس ربما لا تمكن الحيلولة دونه ، بل هو أمر اعتباري منوط باعتبار الشارع : فاذا سلب الشارع عن التصرف المخالف لنظامه الشرعي نتائجه كلها أو بعضها لم يستطع الفاعل بوجه من الوجوه أن يكتسب أمام السلطة القضائية ما نفاه الشارع من الحقوق ما دام القضاء انما هو مطبق ومنفذ لشريعة الشارع .

٣١٣ — درجات الالغاء

وهذا الالغاء لحكم التصرف المخالف ليس في درجة واحدة :

١) — فقد يكون إلغاء كلياً ، وذلك اذا كانت المخالفة لنظام التعامل واقعة في ناحية أساسية . وعندئذ يسمى المؤيد : بطلاناً .

٢) — وقد يكون إلغاء فرعيا من بعض الوجوه ، وذلك اذا كانت المخالفة في ناحية فرعية ، وعندئذ يسمى المؤيد : فساداً .

٣) - واذا كان التصرف يمس حقاً محترماً للغير ، كمن باع مال غيره بلا اذنه ، فان العقد يكون معتبراً في ذاته اذا استوفى شرائطه ، لكنه متوقف من حيث الحكم والثمرة حتى يرضى صاحب الحق الممسوس أو يرفض : فان رضي بالعقد نفذ ، وان رفضه بطل . وهذا يسمى : توقفاً ، وهو حماية لحق الغير .

٤) - واذا كان في التصرف المدني إخلال بالتوازن العقدي الواجب بين حقوق المتعاقدين المتقابلة ، بحيث يكون مظنة لطغيان مصلحة احدهما على مصلحة الآخر دون تحقق رضاه ، فان المؤيد الضامن لاعادة التوازن أو سلامة الرضى يكون بمنح الطرف الذي تعرض حقه للضرر خياراً في إبطال العقد ان شاء . وهذا المؤيد يسمى : تخييراً ، وهو من مباحث شوائب الارادة العقدية أو عيوب الرضى . وقد تقدم تفصيله في نظرية العقود (ر : ف ٦/١٩٢) .

فعلى هذه الأسس والاعتبارات تتنزل في الفقه الاسلامي نظرية المؤيدات الشرعية العامة التي هي من ضرورات كل تشريع ولوازم فكرته .

الخلاصة

٣١٤ — يتلخص من ذلك ان المؤيدات هذه في الشريعة الاسلامية ، كما في كل تشريع كامل ، تنقسم الى قسمين : المؤيدات الترغيبية ، والمؤيدات الترهيبية .

والقسم الثاني الترهيبي يتفرع ايضاً الى فرعين :

الاول) — المؤيدات التأديبية ، وهي العقوبات المشروعة للزجر عن ارتكاب الجرائم .

والثاني) — المؤيدات المدنية أو الحقوقية ، وهي ما يرتبه الشارع على مخالفة نظام المعاملات من سلخ بعض النتائج أو كلها ، بتجريد التصرف المخالف عن اعتباره الشرعي تجريداً كلياً أو جزئياً ، فيفقد بذلك كل نتائجه المدنية أو بعضها .

وهذه المؤيدات المدنية تتناول أربعة تدابير ، وهي :

البطلان ، والفساد ، والتوقف ، والتخيير

وسنتناول بالبحث فيما يلي أحكام المؤيدات الترهيبية في كلا فرعيها

التأديبي والمدني ، ولكننا نقتصر في القسم التأديبي على رسم خطوطه الاجمالية وأحكامه العامة بمنتهى الايجاز ، لأن موضوع هذا الكتاب هو القسم المدني من الفقه الاسلامي، وانما نبحث عن المؤيدات التأديبية بالتبعية تنويراً للاذهان في بعض نواحيها ، واستكمالا لفروع البحث في نظرية المؤيدات العامة .

* * *

الفصل الثاني

المؤيدات التأديبية

او : نظام العقوبات

٣١٥ ـ ان المؤيدات التأديبية في الشريعة الاسلامية ، وهي العقوبات الزاجرة ، تنقسم الى نوعين اساسيين :

الاول) ـ عقوبات *مقدرة* ؛ وهي التي حددها وقدرها الشارع نوعاً ومقداراً بالنص الصريح ، ولم يترك لولاة الأمر رأياً في التصرف بانواعها ومقاديرها ، لما للجرائم التي توجبها من خطر اجتماعي في نظر الشارع . وتسمى أيضاً : عقوبات *نصية* ؛ نسبة الى نص الشارع .

الثاني) ـ عقوبات *مفوضة* ؛ وهي التي لم يحدد التشريع الاسلامي في شيء منها نوعاً ولا مقداراً معيناً ، بل فوضها لولاة الامور . فيعاقبون المجرمين في كل جريمة بما يرونه متكافئاً معها ، وكافياً للزجر والاصلاح.

وهذا يختلف في نوع العقوبة وقدرها بحسب الازمنة والامكنة والاشخاص ودرجة التهذيب الاجتماعي . ولذا فوضه الشرع الى ولاة الامور ، أي الى السلطة الحاكمة .

وهذه العقوبات المفوضة تسمى في لسان الفقه الاسلامي : *تعزيراً*:

وسنتكلم بايجاز على كل من هذين النوعين في فرع على حدة .

الفرع الاول

العقوبات المقدرة

٣١٦ ـ ان العقوبات المقدرة النصية في الشريعة الاسلامية صنفان : **الحدود** ، **والقصاص** .

البحث الأوّل

الحدود[١]

٣١٧ ـ فالحدود خمس عقوبات ؛ وهي : حد الزنى ، وحد القذف[٢] ، وحد السرقة ، وحد الحِرابة[٣] ، وحد شرب الخمر .

---

(١) ـ **الحدود** : جمع « **حد** » (بفتح الحاء وتشديد الدال)
وهو في اللغة بمعنى المنع ، وبمعنى الحاجز المانع . وسميت هذه العقوبات شرعاً بذلك لأنها تمنع الناس عن الجرائم الموجبة لها .

(٢) ـ **القذف** في اللغة : الرمي . وفي اصطلاح الشرع : هو ان يرمي الشخص غيره بالزنى ، كقوله : **يازان ، او يازانية ، او لست لابيك** ، فان هذا القول الاخير قذف لأم المخاطب .

(٣) ـ **الحرابة** : (بكسر الحاء) هي قطع الطريق للسلب والنهب والقتل .

والحدود الاربعة الاولى جاء بها القرآن . أما حد شرب الخمر فلم يذكر في القرآن وإنما جاءت به السنة .

وهذه الحدود كلها عقوبات بدنية ، أدناها الجلد بالسوط ، واعلاها القتل :

أ) ـ فحد القذف ، وحد شرب الخمر ، ثمانون جلدة بسوط متوسط مفرقة على نواحي البدن سوى المقاتل .

ب) ـ وحد الزنى مائة جلدة ، وهو ما ورد به القرآن. وقد ورد في السنة أيضاً رجم الزاني بالحجارة اذا كان محصَناً .

والمقصود الاساسي بالاحصان هنا ان يكون الشخص متزوجاً مع الدخول .

ومما يشترط ليكون الشخص محصناً بالزواج أن يكون حراً عاقلاً بالغاً ، وأن يكون الزوج الآخر أيضاً حراً .

ج) ـ وحد السرقة قطع اليد من الرسغ .

د) ـ وحد الحرابة هو ما فصله القرآن العظيم في سورة المائدة بقوله:

« إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون في الأرض فساداً أن يقتّلوا أو يصلّبوا أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلافٍ أو ينفَوا من الأرض ، ذلك لهم خزي في الدنيا ولهم في الآخرة عذاب عظيم ، إلا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم فاعلموا ان الله غفور رحيم »

فقيل في تفسيرها يتخير الامام بين هذه العقوبات الاربع في حق قاطع الطريق ، كما يفيده ظاهر الآية ، مع ملاحظة ان الامام يجب عليه ان يختار ماتقتضيه مصلحة القمع والزجر ، فلا يتساهل باختيار ادنى العقوبة لاشد حالات الجريمة .

وهذا تفسير يفسح مجالاً لمراعاة ظروف الحال في تطبيق العقوبة.

ولكن الرأي الفقهي السائد ان هذا التفصيل موزع على حالات:

— فالقتل هو لقاطع الطريق اذا كان قاتلا .

— والتصليب مع القتل هو لمن قتل وسلب المال .

— وقطع اليد والرجل من خلاف ، أي اليدااليمنى والرجل اليسرى ،هو لمن أخذ مالاً يعادل نصاب السرقة دون أن يرتكب قتلا.

ويشترط للقطع أن تكون أطرافه الاخرى سليمة كي لايبقى عديم المنفعة .

— والنفي لمن قبض عليه قبل أن يباشر قتلا أو سلباً .

وهذا هو الاجتهاد الحنفي أيضاً ، وقد فسروا فيه النفي بالحبس .

(ر : أحكام القرآن لأبي بكر الرازي الجصاص ، وتفسير الفخر الرازي) .

وتوبة قاطع الطريق قبل القبض عليه تسقط عنه الحد . ولكن اذا كان قاتلا يجري عليه حكم القصاص الآتي بيانه ، وان كان سالباً يجب عليه رد المال المسلوب أو ضمانه :

وهناك بعض شرائط تفصيلية تعرف بالرجوع الى ماقرره الفقهاء في باب قطع الطريق (ر : رد المحتار ٣/٢١٢ ــ ٢١٥) .

٣١٨ ــ شرائط الجرائم الموجبة للحدود

والجرائم الموجبة للحدود يشترط في صفة كل منها و كيفية وقوعها لكي يجب بها الحد شرائط عديدة اختلفت فيها الاجتهادات ، وهي مفصلة في مواطنها من كتب الفقه : فحد السرقة مثلا من جملة شرائطه ان يكون المسروق نصاباً معيناً من المال ، وأن يؤخذ خفية من حرز حريز . فيخرج عنه الغصب ، والأخذ جهراً ، وجحد الوديعة أو العارية .

٣١٩ ــ تأثير الشبهات في درء الحدود :

ويشترط أيضاً في الحدود جميعاً بوجه عام أن لا يكون لمرتكبها شبهة تجعل له معذرة ؛ كما لو زنى أو سرق أو شرب الخمر جاهلا بالتحريم ؛ أو سرق الدائن من مدينه مايعادل دينه ولو كان الدين مؤجلاً ؛ أو سرق أحد الزوجين من الآخر ؛ أو سرق الشخص من أحد أقاربه المحارم ، لأن الخلطة بينهم عادة ودخول بعضهم بيوت بعض يجعلان شبهة في تحقق شريطة الحرز .

ومرجع ذلك الى قول النبي عليه السلام «ادرؤوا الحدود بالشبهات» . وقال أيضاً :

« ادرؤوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم . فان وجدتم للمسلم مخرجاً فخلوا سبيله . فان الامام لأن يخطىء في العفو خير من أن يخطىء في العقوبة » .

(ر : الجامع الصغير للسيوطي ، رقم/٣١٣ — ٣١٤) .

ومعنى هذا أنه يراعي عند الشك جانب المتهم . وهذا ما أقرته نظريات العلم الجنائي الحديث وقوانينه .

وقد توسع فقهاؤنا في نطاق الشبهة المسقطة للحدود نظراً لدلالة الآثار المروية عن النبي عليه السلام في ذلك ، حتى قالوا : ان مجرد ادعاء الشبهة في مظنتها من مرتكب الجريمة الموجبة للحد يسقط الحد دون حاجة الى اثباتها (ر : الدر المختار ٣/١٥٠) .

٣٢٠ — شرائط الاثبات في هذه الجرائم :

ويشترط أيضاً في اثبات هذه الجرائم الموجبة للحدود أمام القضاء شرائط خاصة تختلف في بعضها عن بعض ، لاتشترط في غيرها من الحقوق . وهي مفصلة في مباحث الشهادات من كتب الفقه .

وجريمة الزنى بصفاته وشرائطه الموجبة للحد عسيرة الاثبات جداً ، ولا سيما ان مدعيها اذا لم يتمكن من إثباتها يعتبر قاذفاً ، ويحد حد القذف ، إلا اذا كان زوجاً وأصر على تهمته لزوجته وعجز عن الاثبات ، فلا يحد حد القذف بل يجري التلاعن بينهما أمام القضاء بطلب المرأة ، وينتهي اللعان الى تفريق القاضي بينهما .

واللعان أيمان معينة متعددة يقسمها الرجل على صدقه في تهمة زوجته، وتقسمها المرأة على كذبه.

٣٢١ — ومتى ثبتت هذه الجرائم بمثبتاتها المقبولة شرعاً ووجبت حدودها لايجوز فيها عفو من المجني عليه، ولا تسامح من ولي الأمر الحاكم، لأنها من حقوق الشرع التي تسمى: **حقوق الله**، اذ تتعلق باقامتها صيانة ناحية اساسية من نظام المجتمع الاسلامي، وهي حفظ الضروريات الخمس: **الدين، والنفس، والنسل، والعقل، والمال**.

الا أن حد القذف من بين هذه الحدود يفترق عن سائرها بأن الاجتهادات الاسلامية تكاد تكون متفقة على أنه ليس حقاً خالصاً للشرع، بل فيه حق شخصي وحق شرعي. ولذلك يشترط في اقامته الادعاء الشخصي من المقذوف لو حياً، اومن أحد اصوله أوفروعه ان كان المقذوف ميتاً حين القذف، ويسقط الحد بعفوهم[1].

---

(١) — يقول الاستاذ المحامي الدكتور صبحي المحمصاني في بحثه عن العقوبات في الشريعة الاسلامية ما نصه:

«لابد من التذكير ثانية بان العقوبات لايمكن ان توزن بميزان واحد ثابت؛ بل انها مرتبطة بالوقت والمكان اللذين وضعت وطبقت فيهما. واذا كان قسم منها لايروق بعض الناس اليوم فليس معنى ذلك انه غير صالح حتى في اليوم الحاضر.

فقطع يد السارق، كغيره من الحدود، لايطبق الا بعد التروي والتدقيق وبلوغ الحاكم، ويسقط بالشبهات. ولا ريب في انه كان =

(تابع الحاشية)

= ضرورياً في المجتمع العربي، وأنه لايزال نافعاً ومفيداً في كثير من الاقطـــار اليوم . يؤيد ذلك مايردنا من اخبار البلاد الحجازية ان السرقة اصبحت نادرة فيها بعد ان اوجبت الحكومة السعودية تطبيق العقوبة الاسلامية .

(انظر كتاب « يقظة العرب » لجورج انطونيوس، تعريب الاستاذ الركابي من دمشق ص /٣٧٩/ وما بعدها) .

والخبير في الامور الجزائيـــة يجزم بان مثل هـذه العقوبة ضرورية للصوص المحترفين في ايامنـا الحاضرة متى ثبت ان العقوبات العصرية لاتؤدي الى المقصود منها .

فما بالك بلص شهير محترف تتوالى عليه الاحكام وهو يفتخر بحيله اللصوصية ، ثم اذا خرج من السجن لايلبث ان يعود دون تردد ؟ فهل يضير المجتمع الانساني ان يخسر هذه اليد الاثيمة ، ويمنع صاحبها من التكرار والاستمرار ، ويزجر به غيره ؟

وهل تعد الهيأة الاجتماعية قاسية اذا حمت نفسها بهذه الصورة اضطراراً ويأساً من تأديب أمثال من ذكر ؟

انا ادعي بعض الخبرة بذلك (اخصها قضاء سبع سنوات امضيتها في التحقيق الجزائي ببيروت) . وانا مقتنع بما قلت .

اما عقوبة الجلد والضرب التي اسماها بعضهم « الموضة » عند محمد (ص) فهي « الموضة » عند غيره أيضاً من متمدني اليوم . فعند الانكليز اليوم، على حظهم من الرقي والتمدن ، يحكم بالجلد على اللصوص والمتشردين وبعض المجرمين والاحداث، وعلى غيرهم في احوال اخرى عديدة (ترى اهم هذه الاحوال في كتاب =

٣٢٣ - تنبيه :

هذا ويجب التنبه الى أمر هام ، وهو أن سقوط الحد معناه سقوط نوع عقوبته الخاصة لاسقوط الحق العام في أصل العقاب . فسقوط الحد لاينافي معاقبة الفاعل بعقوبة أخرى أخف من الحدعلى سبيل التعزير اذا كان سقوط الحد لشبهة يبقى معها الفاعل مستحقاً للتأديب .

فالحدود في نظر علماء الشريعة الاسلامية فيها حقان :

- حق الجماعة العام في أصل العقاب للتأديب والانزجار عما يتضرر به العباد من أنواع الفساد .

- وحق الله تعالى ، أي حق الشرع في نوع العقوبة المقدرة .

(ر : رد المحتار ، اول الحدود ٣/١٤٠ نقلا عن شرح الاشباه للبيري) .

= Principles and practice of the criminal Law تأليف هاريس S.Harris ، لندن ١٩٢٦ ، ص / ٤٢٠) .

وانا ارى من الصواب ابقاء هذه العقوبة في القوانين العصرية لتأديب تلك الفئة المجرمة التي لاتنفعها العقوبات الحليمة » اه .

(عن كتاب « النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الاسلامية » للاستاذ المحمصاني ج ١ ص /١٢٠-١٢٣/ باختصار يسير) .

فسقوط نوع العقوبة لا يستلزم سقوط أصلها الذي يتعلق به حق عام لمصلحة الجماعة . وهذا نظير ما سيأتي في القصاص (ر :ف/٣٣٠).

البحث الثاني

القصاص

٣٢٣ ـ القصاص (بكسر القاف) في اللغة مأخوذ من اقتصاص الاثر بمعنى اتباعه وتعقبه . ثم غلب استعماله في معنى قتل القاتل لما فيه من تتبع أثر الدم بالعقاب (ر : المصباح ، ومفردات القرآن للراغب الاصفهاني) .

ويسمى القتل على سبيل القصاص أيضاً : قوَداً (بفتحتين)[1]، إذ كانت العادة ان يقاد القاتل بحبل أو نحوه الى القصاص (ر : رد المحتار ٥/٣٤٠) .

والقصاص في لسان الشرع هو :

معاقبة الجاني على جريمة القتل والقطع والجرح عمداً بمثلها .

---

(١) – يقال : أقاد الحاكم القاتل بالقتيل ، اذا قتله به قوداً أي قصاصاً . واستقدت الحاكم من القاتل ، فأقادني منه ، أي اقتص لي منه ، (المصباح)

وقد جاء القرآن العظيم بشريعة القصاص في النفوس[1] بقوله تعالى:

« يأيها الذين آمنوا كتب عليكم القصاص في القتلى »

ثم بين حكمته وثمرته الاجتماعية بقوله:

« ولكم في القصاص حياة يأولي الالباب لعلكم تتقون »

فأفاد ان نماء الحياة الاجتماعية الطيبة بحقن الدماء وصون النفوس والاجسام من العدوان يتوقف على القصاص الذي فيه تحقيق للعدالة الكاملة، وحماية للبنية الانسانية من ان يستهان بالعدوان عليها، كي يعلم المعتدي على حياة غيره أو جسمه أنه كأنما يعتدي في النهاية بنظير ذلك على نفسه عن طريق القصاص. فعندئذ يتهيب الاقدام على هذا الجرم الهدام حرصاً على نفسه. وان الواقع المستمر ينبىء بأن كل العقوبات غير المتكافئة مع هذه الجريمة الفظيعة من حبس أو تغريم أو غيرهما إنما تسهل ارتكابها، لاطمئنان المجرم الى أنه سيكون في النهاية سليما راتعاً ممتعاً، كما أنها ايضاً تبقي في النفوس حزازاتها، فتحمل أهل القتيل على تبييت فكرة الانتقام الشخصي، فتكون للجناية ذيول جرارة.

فمن فقئت عينه أو قطعت يده عمداً وعدواناً من معتد جان أثيم كيف يطيق أن يرى الجاني يحملق بعينين، أو يتمتع بيدين !!

---

(١) — اما قصاص الاعضاء فقد اختلف العلماء في مصدر ثبوته هل هو القرآن او السنة ؟ وسبب الاختلاف ان الآية القرآنية التي تضمنته انما تحكي عما شرعه الله في التوراة. وهذا مبنى على القاعدة الخلافية المشهورة: هل شرع من قبلنا يعتبر شرعا لنا اذا قصه الله علينا بلا إنكار ؟

وفي الجاهلية كان قتل شخص يؤدي الى إفناء قبائل بأسرها ثأراً، فجاء نظام القصاص علاجاً شافياً واقعياً مانعاً من التجاوز .

واذا قيل — كما ترى بعض النظريات الاجنبية الحديثة — إن الجناية على الانسان تهديم للبنية الانسانية يجب ان نرمم فيه ما تهدم بقدر الامكان ، لا أن نضيف اليه تهديماً آخر نفعله بارادتنا قصاصاً ، فالجواب ان التهديم التالي لايجتنب بترك القصاص بل يزداد ،ولكن بأيدي الجناة أنفسهم . فخير لنا ان نتفادى التهديم الكثير الجائر الذي يحصل على أيدي الجناة بالقليل الذي نحدثه بأيدي العدالة على سبيل العقاب المماثل الذي لا سبيل للوقاية إلا به ، فانه لا يمنع الرامي شيء كيقينه بان سهمه سينعكس الى صدره (ر : ف/ ٣٢٦ ح) .

٣٢٤ — انواع القصاص وشرائطه :

يتضح من تعريف القصاص أنه نوعان :

قصاص في النفس ، وذلك في جريمة القتل ؛ وقصاص في الأعضاء وذلك في جريمة القطع والجرح .

ويشترط في الجناية بوجه عام لتكوين جريمة موجبة للقصاص شرائط ثلاث : العدوان ، والعمد ، وامكان المماثلة بين الجريمة وقصاصها [1] :

---

(١) — ومن هنا يسمى القصاص « امتثالاً »، فيقال في اللغة : امتثل الحاكم من فلان لفلان اذا اقتص له منه .

ـ فاذا انتفى العدوان فلا جريمة ولا قصاص ، كالقتل بحق في الدفاع المشروع ،

ـ واذا انتفى العمد كان خطأ ، وموجبه ضمان مالي لا قصاص كما سنرى .

ـ واذا لم تكن المماثلة ممكنة أو كانت مشكوكاً في إمكانها بان كان يخشى ان يزيد القصاص على الجناية في الكيفية او الكمية انتفى القصاص أيضاً وانتقل الحكم الى عقوبة تعزيرية غير مقدرة، مع الضمان المالي الآتي بيانه (ر : ف/٣٢٧) .

٣٢٥ ـ وشريطة المماثلة هذه تتجلى نتيجتها في قصاص الاعضاء فانه لا يجري الا فيما يمكن فيه تحقيق هذه المماثلة كفقء العين ، وقطع اليد من المفصل ، وقلع السن . بخلاف نحو كسر العظم وقطع اليد من غير المفصل لعدم امكان ضبط القصاص بحيث لا يزيد في نتيجته عن الجناية .

و كذلك مثلاً لا تقطع يد سليمة قصاصاً بيد شلاء لعدم التساوي في منفعتيهما .

وشريطة التماثل هذه قد اختلفت المذاهب الاجتهادية كثيراً في حدودها .

ومن ثم كانت الاحوال المتفق على جريان قصاص الاعضاء فيها ضيقة جداً . واضيقها ما في الاجتهاد الحنفي . ولا يقتص فيها إلا بعد برء المجني عليه لتعرف نتيجة جراحته .

أما قصاص النفس فالاجتهاد الحنفي فيه أوسع الاجتهادات في شريطة التماثل هذه . فهو يرى جريانه بين جميع الانفس المعصومة عصمة مؤبدة دون تمييز بسبب حرية أو جنس أو دين ، متى كان القتل عمداً عدواناً . فيقتل الحر بالعبد ، والرجل بالمرأة، والمسلم بغير المسلم، والعاقل بالمجنون، والكبير بالطفل الوليد، والجماعة بالواحد ، للتساوي في حرمة الشخصية الانسانية .

(ر : بداية المجتهد ٢/ ٣٣١ ــ ٣٤٢/ ورد المحتار ٥/ ٣٤٢ ـ ٣٤٤ و /٣٥٣ ــ ٣٦٠) .

٣٢٦ ــ معنى العمد :

ومعنى العمد شرعاً في هذا المقام هو مجرد القصد الى الجناية الواقعة ولو لم يكن عن سابق تصور وتصميم . فالعمد في القتل ان يقصده القاتل المعتدي بآلة وصورة تفضيان اليه ، ويموت المجني عليه من ذلك. فهذا يكفي في استحقاق الجاني عقوبة الاعدام قصاصاً ، سواء أكان مبيتاً في نفسه فكرة الجريمة وعازماً عليها بسابق تصور وتصميم ، او كان قصده اليها آنياً مرتجلا حين ارتكابها[1] .

---

(١) ــ يقول الاستاذ المحقق الدكتور صبحي المحمصاني في بحثه عن القصاص :
« **والعمد في القتل معناه القصد ولو لم يكن فيه سبق تصور وتصميم** .
وعقوبته القصاص في الشرع الاسلامي ، وفي كثير من الشرائع القديمة =

(تابع الحاشية)

= والحديثة . **وكذلك في القانون الانكليزي لايشترط التصور والتصميم السابق في قتل القصد لاستحقاق عقوبة الاعدام .**

(راجع كتاب هاريس ، قانون العقوبات ، ص /١٤٧)

ونحن نرى ان هذا عدل وأي عدل ، بل نراه ضرورياً لاجل تقليل جرائم القتل ، ولاجل حماية الناس في المجتمع .

ولكن بعض القوانين الجزائية ، ومنها القانون العثماني القديم ، (م/ ١٧٠) واللبناني الجديد (م/ ٥٤٩) اشترطت لاعدام القاتل ان يكون العمد بمعنى سبق التصور والتصميم » اه

(عن كتاب « الموجباب والعقود في الشريعة الاسلامية » للاستاذ المشار اليه ١/١٤١) .

اقول :

ان قانون الجزاء العثماني، والقانون اللبناني ، قد قلد واضعوهما في ذلك القانون الافرنسي وبعض القوانين الاجنبية الاخرى بلا حجة سوى التأثر ببعض النظريات الاجنبية العشواء الجامحة . وبناء على ذلك ميز القانون بين **العمد والقصد**. فاشترط في العمد لاستحقاق الاعدام **تبييت العزم** على الجريمة في نفس الجاني بتصور وتصميم سابق . اما اذا قصد القتل **بعزيمة آنية مرتجلة** فيكون قصداً لاعمداً .

وقد جعل القانون عقوبة القتل قصداً حبس خمسة عشر عاماً . وبذلك فتح مجالاً لانتشار جناية القتل بأوسع نطاق لأتفه الاسباب . واصبح كل مجرم سفاك يتهدد من يشاء علناً بأنه «**سيقتله وينام خمسة عشر عاماً في السجن على جنب واحد**»!!

ومن المؤسف أن قانون العقوبات السوري الجديد الذي صدر الآن في/٢٦ من شعبان سنة/١٣٦٨ هـ = ٢٢ من حزيران سنة ١٩٤٩ م/ قد أخذ واضعوه ايضاً بهذه النظرية الخاطئة في التمييز بين العمد والقصد ، في المواد/ ٥٣٣ - ٥٣٥ / منه . ولم تكف تجارب/٩٥/سنة في ظل القانون السابق العثماني للتعريف بان هذا التمييز كان العامل الاكبر في جعل جريمة القتل اهون على اصحابها من شرب الماء ، =

٣٢٧ ــ وكل جناية بغير حق على نفس او جسم اذا امتنع فيها القصاص لانتفاء بعض شرائطه يستحق فاعلها التعزير بعقوبة غير مقدرة ، بل مفوضة الى رأي السلطان بما يراه كافياً لاصلاح الجاني ، ويجب عليه فيها ضمان مالي : دية أو أرش ، أو حكومة عدل، وذلك بحسب نوع الجناية[1] .

ــ فالدية (بكسر ففتح) هي : مايؤدى من المال بدلاً عن النفس.

ــ والأرش (بفتح فسكون) هو : مايؤدى بدلا عن الاعضاء. أي انه دية العضو. وكل من دية النفس ودية العضو محدد المقدار شرعا.

ــ أما حكومة العدل فهي : مايقدره الحاكم بمعرفة الخبراء العدول من

= ولا سيما مع آمال المجرمين المبنية على الواقع المستمر في انه قلما يقضي سجين كل مدته دون ان يسقط عنه جانب كبير منها بالعفو المتكرر في شتى المناسبات الوطنية الكثيرة ، فيخرج القاتل يسعى كالافعى أمام أهل فريسته التي يذهب دمها كالهدر ! .

ولكم دعت هذه النتائج الى أن يعمد أهل القتيل الى الانتقام بأيديهم . وكل ذلك من جراء استبدال القانون في قتل القصد عقوبة حبس موقت بدلاً من القصاص الشرعي الذي قال عنه القرآن الحكيم : « **ولكم في القصاص حياة يا اولي الالباب لعلكم تتقون** » .

(١) ــ على أن قتل الخطأ قد أوجب فيه القرآن ، علاوة على هذا التعويض المالي ، جزاء تعبديا آخر من قبيل المؤيد الديني يسمى : « **كفارة** » .

والكفارة عبارة عن اعتاق رقبة مؤمنة . فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين . وهي واجب ديني لا سلطان عليه للقضاء ، بل هو متروك لذمة الانسان ، تكفيراً ، أي تغطية لذنب التقصير الذي لايخلو عنه الخطأ ، وتطهيراً للشخص منه .

تعويض مالي عما ليس فيه دية مقدرة شرعاً من جرائم العدوان على الجسم ، من جرح و تعطيل وغيرهما .

وهذه العقوبات المالية تنطوي ايضاً على معنى تعويض الضرر للمجني عليه أو لورثته .

٣٢٨ ــ طريقة تنفيذ القصاص

لا عبرة في القصاص لما يكون قد فعله الجاني القاتل من تعذيب للقتيل او تمثيل به . بل يقتصر في القصاص على اماتة القاتل بقطع العنق ضرباً بالسيف . وهذا هو الاجتهاد الحنفي والحنبلي .

ولا يوجد مانع شرعي من استعمال ما يظهر من وسائل أخرى اذا كانت مساوية للسيف كالمقصلة ،أو أسرع وأسهل قتلا . فيعود الى السلطة الحاكمة أمر اختيار الوسيلة مما لا عنف فيه ولا تعذيب ولا وحشية ، عملا بقول الرسول عليه الصلاة والسلام :

« ان الله كتب الاحسان على كل شيء ،فاذا قتلتم فأحسنوا القتلة ، واذا ذبحتم فأحسنوا الذبحة[1] ».

٣٢٩ ــ ويحق لولي الدم الشرعي ، ان شاء ، أن يكون هو الجلاد الذي يكلف من قبل صاحب السلطان بتنفيذ حكم الموت على القاتل المحكوم عليه تحت إشراف السلطة المنفذة .

---

(١) ــ ر : الجامع الصغير للسيوطي ، الحديث/١٧٦١/ وشرحه للمناوي . والقتلة ، والذبحة (بكسر فسكون فيهما) هي الصورة والكيفية في القتل والذبح .

وأولياء الدم هم الورثة على ترتيب الارث والحجب ، حتى الزوجان.

وهذا تدبير أشفى لألم المصاب دون ضرر بالمحكوم عليه أو النظام الاجتماعي ، إذ لا بد من جلاد لتنفيذ حكم الاعدام ، فليكن هو ولي الدم ان شاء .

وفي هذا أيضاً من السياسة الشرعية أسلوب حكيم : فكما أنه أشفى لألم المصاب هو أيضاً أدعى لرحمة ولي الدم وإشفاقه من التنفيذ ، فلعله عندما يقف موقف الجلاد بنفسه يتهيب اراقة الدم فيعفو ؛ وعندئذ يسقط حق القصاص ، وينتقل الحكم الى عقوبة مفوضة غير مقدرة ، كما سنرى .

هذا حكم الاسلام بحق ولي الدم في تنفيذ القصاص ، لا كما يزعم بعض الدساسين أو الجاهلين ان الشريعة الاسلامية توجب تسليم القاتل الى ولي الدم يفعل به ما يشاء .

٣٣٠ — صفة القصاص ، وهو ولي الدم في العفو

يختلف القصاص عن الحدود في ناحية أساسية ، هي أنه قد شرع فيه للمجني عليه ثم لأولياء دمه حق العفو ؛ ويسقط القصاص بعفوهم. أما في الحدود فالعفو ممنوع .

ومن ثم اعتبر الفقهاء أن القصاص ينطوي على حقين في العقوبة :

— حق عام للشرع في اصل العقاب ، زجراً للأنام ، وضماناً للأمان في المجتمع .

ـ وحق خاص للمجني عليه في نوع العقاب أن يكون قصاصاً للجاني مماثلا لجنايته . وهذا الحق ينتقل عن المجني عليه الى أولياء دمه ، وهم الورثة .

ومن ثم كان القصاص (أي العقاب النوعي) يتوقف الحكم به وإنفاذه على الادعاء والطلب من صاحب الحق الخاص . فاذا عفا عن القصاص سقط ، لأن هذا النوع من العقوبة هو حقه ، فيبقى الحق العام الشرعي للسلطة الحاكمة في عقاب الجاني مما تراه كافياً للردع . فتصبح عقوبة الجناية عقوبة تفويضية غير مقدرة ، فتدخل عندئذ في حظيرة التعزير الآتي بيانه .

فاذا لم يكن للقتيل وارث كان حق القصاص الى الحاكم يستوفيه باسم العامة ، وليس له العفو لأنه ضرر بهم (ر : الدر المختار ٥/٣٤٦).

وبذلك تكون الشريعة الاسلامية قد انتهجت نهجاً وسطاً في أمر القصاص الذي اختلفت فيه الشرائع تشدداً وتساهلاً لما له من خطر .

٣٣١ ـ على أن الاجتهادات في هذه الناحية مختلفة ، فقد ذهب بعضها الى أن عفو ولي الدم مسقط للعقوبة مطلقاً . وعلى هذا يكون الحق العام للشرع في عقوبة القاتل تابعاً للحق الخاص فيها .

وهذا ما أوهم أناساً اليوم أن هذه الشريعة العظمى قد قصرت عن إدراك فكرة الحق العام في عقوبة القتل !!

وهذا خطأ كبير، فان احد الاجتهادات المختلفة لايمثل حتما نظرية الشريعة، إذ لا يتعين به الصواب في فهم نصوصها، وانما يمثل رأي صاحبه في الناحية المختلف فيها.

والصواب في هذه القضية ماعليه الاجتهادات الأخرى مما أوضحناه آنفاً: أن حق ولي الدم انما هو في نوع العقوبة. أما أصلها فحق الشرع لا يسقطه عفو المجني عليه أو وليه، لأن سقوط نوع العقوبة لا يستلزم سقوط أصلها، كما تقدم (ف/٣٢٢).

هذا ما تشهد له قواعد الشريعة ومقاصدها العامة التي يجب تنزيل النصوص الخاصة على منازلها منها. ولذا لو لم يكن للقتيل وارث كان حق القصاص الى الحاكم وليس لهذا الحاكم حق العفو كما تقدم بيانه.

وان نصوص الفقهاء صريحة مستفيضة في أن القصاص يشتمل على حق خاص للشخص، وحق عام للشرع (ر: كشف الاسرار شرح أصول البزدوي ٤/١٦١).

ومن المقررات البديهية في فقه الشريعة أن حقوق الشرع العامة لاتسقط باسقاط أحد. ولذا لا يسقط حد السرقة مثلاً بعفو المسروق منه، وكذا غيره من الحدود، لأنها حق عام.

وسنرى قريباً أن العقوبة التعزيرية على الضرب والشتم ونحوهما اذا عفا فيها المعتدى عليه لا يكون عفوه في نظر الفقهاء مسقطاً لحق السلطان في عقاب الفاعل بما يكفي للتأديب والزجر باسم المصلحة العامة

(ر: ف/٣٣٦) ، ففي جناية القتل يكون ذلك بطريق الاولوية .

ثم ان الاجتهادات التي اتجهت هذا الاتجاه السديد قد اختلفت بعد ذلك في تحديد عقوبة القاتل أو تفويضها اذا عفا عنه ولي القصاص. فذهب مالك والليث بن سعد وأهل المدينة الى أنه يعاقب بعد العفو عنه بالجلد والسجن . وحجتهم في هذا التحديد أنه المروي عن عمر ابن الخطاب .

وذهب غيرهم الى أن عقوبته بعد العفو مفوضة للإمام فيما يراه كافياً من العقوبات .

(ر : بداية المجتهد ، آخر بحث موجب القصاص ٣٣٨/٢ والمغني لابن قدامة الحنبلي ٤٦٨/٩) .

وهذا الرأي الأخير هو مقتضى قواعد المذهب الحنفي [1].

---

(١) — يقول الاستاذ الكبير الشيخ عبد الوهاب الخلاف استاذ الشريعة الاسلامية في كلية الحقوق بالقاهرة في محاضرة له عنوانها (الشريعة الاسلامية مصدر صالح للتشريع الحديث) ما نصه :

« النظرية الشرعية في هذا — أي حق ولي القتيل في العفو عن القصاص — مبنية على أن جريمة القتل وقعت على المجني عليه وذويه وعلى الهيئة الاجتماعية وقوانينها . ولهذا كان عقاب القاتل حقاً لهما، وهذا معنى قول الاصوليين : « القصاص فيه حق العبد وحق الله ». وبناء على هذا اذا ثبت القتل العمد العدوان وطلب ولي المقتول القصاص من القاتل وجب القصاص منه . واما اذا عفا سقط حقه في =

(تابع الحاشية)

= القصاص ، ولكن لم يسقط حق الحكومة في عقاب القاتل بما تراه .
ورأيي ان النظرية الاسلامية في هذا هي النظرية الفطرية التي تؤيدها غرائز الناس . لأن المجني عليه وأولياءه وقعت عليهم الجريمة مباشرة ، فليس من العدل إهمال جانبهم . بل العدل مراعاة شعورهم : فان طلبوا القصاص كان فيه شفاء صدورهم ، وإطفاء نار حقدهم : وان طلبوا العفو كان طلبهم جديراً بالنظر والتقدير لأنه لابد من ضرورة دعتهم اليه .
واسقاطهم حقهم لا يمنع الحكومة من استيفاء حقها بعقاب القاتل انتقاماً للمجتمع ونظمه .
واما النظرية التي بنيت على ان الجريمة وقعت على المجتمع وحده ، ولا نظر الى شخص المجني عليه ، فهي نظرية خيالية بعيدة عما فطرت عليه النفوس . ومن العدل ان نراعي جانبي اولياء المقتول والحكومة التي تمثلها النيابة العمومية . وفي هذا توفيق النظريتين » اه
(انظر المحاضرة في مجلة القانون والاقتصاد المصرية ، السنة العاشرة ، العدد/٣)

هذا ، ولينظر في تفصيل مباحث القصاص من المؤلفات العصرية المستوعبة كتاب « القصاص في الشريعة الاسلامية » للدكتور احمد محمد ابراهيم ، وهو رسالة قيمة نال بها شهادة الدكتوراه من كلية الحقوق بالقاهرة ، وكتاب «القصاص في فقه القرآن والسنة » للاستاذ العلامة الجليل الشيخ محمود شلتوت عضو جماعة كبار العلماء بمصر ، ثم شيخ الازهر .

الفرع الثاني

العقوبات المفوضة ، أو التعزير

٣٣٢ ـ التعزير في أصل اللغة : المنع والتأديب [١] .

وفي الاصطلاح الفقهي هو : *معاقبة المجرم بعقاب مفوض شرعاً الى رأي ولي الأمر نوعاً ومقداراً* .

وذلك في جميع أنواع الجرائم والأعمال الممنوعة التي تقتضي الزجر والتأديب ، غير موجبات الحدود والقصاص .

والنظر الشرعي في ذلك أن الجرائم لا تنحصر ، وقد يجدّ منها أنواع لم تكن معهودة من قبل. والجريمة الواحدة المعهودة قد تحدث لها صور وأساليب تستدعي تدابير أخرى في قمعها . فلذلك تناول الشرع بالتخصيص من تلك الجرائم الشائعة ما هي أشد إخلالاً بنظام الاسلام الاجتماعي الاساسي فقدر عقوبتها ، وترك ما وراءها مفوضاً ترتيبه وتقديره الى أولياء الامر العام ، يقدرونه في كل جريمة بحسبها

---

(١) ـ ويأتي بمعنى النصرة لأن فيها منعاً وقمعاً للعدو ؛ وعليه ما في القرآن : « **فالذين آمنوا به وعزروه ونصروه واتبعوا النور الذي أنزل معه اولئك هم المفلحون** » (ر : مفردات الراغب والمغني، لابن قدامة الحنبلي ١٠/٣٤٧) .

تبعاً لاختلاف الأزمنة والأمكنة والاشخاص ودرجة التهذيب الاجتماعي .

فمن الناس من ينزجر بالتنبيه والزجر اليسير . ومنهم من لا يكفيه ويكفه إلا العقاب الكثير . ومن ثم كان للحاكم أن يعاقب على النوع الواحد من الجرائم بعقوبات متفاوتة بحسب تفاوت الأشخاص ودرجة تأثرهم بالعقاب (ر: فتح القدير، وشرح الكنز للزيلعي باب التعزير، والدر المختار ورد المحتار ٣/١٧٩) .

٣٣٣ — ويكون التعزير بكل ما يراه الحكام مناسباً من أنواع العقوبات المشروعة، وهي التي فيها تأديب بلا تعذيب، من جلد وحبس ونفي وتغريم مالي [1]، وهو المسمى اليوم: « الجزاء النقدي »، حتى الاعدام .

---

(١) — اختلف الفقهاء قديماً في جواز التعزير بأخذ المال أي الجزاء النقدي، خوفاً من أن يتسلط به الظلام من الحكام على أموال الناس فيأخذوها باسم العقوبة ثم يأكلونها . وذهب القاضي ابو يوسف الى جوازه (رد المحتار ج ٣ ص/١٧٨).

وقد نقل محمد بن محمد القرشي المعروف بابن الاخوة من فقهاء الشافعية ان الامام الشافعي أوجب بعض تغريمات مالية معينة في العقوبة على اقتراف بعض المنكرات. وقد استدل ذلك بما روي عن النبي ﷺ انه قال بشأن زكاة الابل :

« في كل أربعين من الابل السائبة بنت لبون ، من أعطاها مؤتجزاً فله أجرها ، ومن منعها فأنا آخذها وشطر ماله ، عزمة من عزمات ربنا ليس لآل محمد فيها شيء » =

فقد صرح فقهاء الحنفية بأن أدنى التعزير نظرة شزر من الحاكم الى المذنب أو أن يقول له : « بلغني عنك كذا » ، اذا كان الذنب هفوة صغيرة والمذنب من ذوي الشرف والمروءات الذين يكفيهم للردع هذا القدر ؛ وأن أعلى عقوبة التعزير القتل اذا كان الجرم خطيراً وتحتاج سياسة قمعه بين الناس الى هذه الشدة .

وعلى هذا استقر اجتهاد الحنفية (ر : رد المحتار ١٧٩/٣) .

وقد روي عن عمر بن عبد العزيز (رض) أنه قال :

« سيحدث للناس أقضية بقدر ما أحدثوا من الفجور »[1] .

وأحدث علي بن أبي طالب كرم الله وجهه السجون لحبس المجرمين.

٣٣٤ — وقد نقل الفقيه الجليل الإمام أبو الحسن الماوردي الشافعي آراء لبعض المجتهدين ولرجال مذاهبهم في تحديد مقادير

= (ر : الباب الخمسين من كتاب « **معالم القربة من احكام الحسبة** » لابن الاخوة ، وهو أوسع وأهم ما رأيناه من مؤلفات الفقهاء في الحسبة ، رتبه مؤلفه الجليل على سبعين بابا . وقد نشره المستشرق روبين ليوس ، وطبعه بمطبعة دار الفنون في مدينة « كمبردج » بانكلترة وقدمه بمقدمة ضافية باللغة الانكليزية).

أقول :

لاشك اليوم انه بعد ما اصبحت عقوبة التغريم المالي يسجل الحكم بها ويخضع تنفيذها للمحاسبة ، وتدخل الخزينة العامة رأساً ، لم يبق فيها ذلك المحذور .

(١) — ر : « **معين الحكام** » للشيخ علاء الدين الطرابلسي الحنفي ، القسم الثالث في القضاء بالسياسة الشرعية ص / ٢١٧ .

ويروى نظير هذه الكلمة ايضاً عن زياد في خطبته البتراء المشهورة .

العقوبات التعزيرية في بعض الجرائم والتهم بحسب قوة الجريمة وقوة التهمة ، ثم قال في ذلك :

« وهذا الترتيب ، وان كان مستحسناً في الظاهر ، فقد تجرد الاستحسان فيه عن دليل يتقدر به » اهـ

(ر : « الأحكام السلطانية » للماوردي ، فصل التعزير) .

ومعنى ذلك أن تقدير الفقهاء فيه لبعض تلك العقوبات التعزيرية التي ذكرها هو من قبيل إنارة الطريق للحكام وولاة الامر ، وليس تحديداً إلزامياً مستنداً الى دليل في أصل الشريعة ، فان حق التقدير في التعزير عائد شرعاً الى ولاة الامر بحسب المصلحة الزمنية .

غير أن عقوبة الضرب خاصة قد حدد لها شرعاً حد أعلى لايجوز تجاوزه . فقد صرح الفقهاء بأنه : لا يجوز أن يبلغ بالضرب أقل الحدود [1] ، بل ينقص عنه ولو جلدة واحدة ، لقول الرسول عليه السلام : « من بلغ حداً في غير حد فهو من المعتدين » .

ولكن يمكن التغليظ باضافة عقوبة أخرى الى الضرب كالحبس والتغريم مثلا .

وقال الامام مالك بجواز زيادة التعزير عن الحد اذا اقتضت ذلك

---

(١) — اقل الحدود اربعون جلدة ، لانها حد القذف والشرب للارقاء ، فان عقوبتهم في هذه الحدود شرعاً نصف عقوبة الاحرار .

حاجة القمع. واستدل بما روي من أن معن بن زائدة [1] قد زور خاتم بيت المال وأتى به الأمين فأخذ به منه مالاً، فعلم عمر بن الخطاب (رض) بالأمر فضرب معن بن زائدة مائة سوط. فكلم فيه فضربه مائة أخرى وحبسه. فكلم فيه من بعد فضربه مائة أخرى ونفاه.

(ر: «المغني والشرح الكبير»، باب التعزير ١٠/٣٤٨ و ٣٥٧ وفتح القدير شرح الهداية للكمال بن الهمام ٥/١١٦ والاصابة ٣/٥٢٨ وفتوح البلدان للبلاذري ص/٤٤٨ وسيرة عمر بن الخطاب للاستاذ علي الطنطاوي وأخيه ص/٣٣٧).

٣٣٥ — ضابط ما يوجب التعزير:

إذا كانت المصلحة قد قضت بأن تترك العقوبة التعزيرية مفوضة

---

(١) — هكذا ورد الاسم في هذه المصادر الفقهية والتاريخية التي نقلنا عنها. والظاهر ان في الاسم تحريفاً وصوابه (**معن بن اوس**)، وهو شاعر متين من مخضرمي الجاهلية والاسلام، وله مع عمر بن الخطاب اخبار، وهو **معن بن اوس بن نصر ابن زياد**. فكأنه ورد في مصادر الاخبار الاولى: (**معن بن زياد**) منسوبا الى جده الاعلى، فظنه الناقلون ابن زائدة لشهرة هذا، ولم ينتبهوا الى ان ابن زائدة من مخضرمي الدولتين الاموية والعباسية وقد توفي سنة (١٥٠) هجرية، كما في شذرات الذهب لابن العماد الحنبلي، وقاموس الاعلام للزركلي، ولم يذكر احد أن ابن زائدة أدرك عهد عمر.

وقد روى القصة صاحب الاصابة في القسم الرابع، واستشكل هذا الاشكال، وذكر احتمال ان يكون معن بن زائدة شخصاً آخر بهذا الاسم. ويؤيد ذلك وروده في عدد من الروايات بعبارة: «**رجل اسمه معن بن زائدة**» كما في الرواية التي نقلها الاستاذ علي الطنطاوي في سيرة عمر.

شرعاً الى رأي الحكام دون تحديد ثابت ، فان من اللازم تحـــديد السبب ، أي تحديد الحالة الجرمية التي يستحق الانسان بها التعزير . وهذا مافعله الفقهاء . فقد نصبوا لما يوجب التعزير ضابطاً عاماً فقالوا :

« الضابط أن كل من ارتكب منكراً ، أو آذى غيره بغير حق ، بقول أو فعل أو إشارة ، يلزمه التعزير »

(ر : الدر المختار ورد المحتار ٣/١٨٢ و ١٨٥) .

فيدخل في عموم هذا الضابط جميع الجرائم المخلة بالنظام ؛ سواء أكانت عدواناً من بعض الناس على بعض في النفس أو المال ، كالضرب والشتم والارهاب والتزوير وشهادة الزور والغش والاحتيال وما شاكلها ، او كانت انتهاكاً للحرمات الدينية وجهراً بالمعاصي ، كافطار رمضان ، والاستهزاء بالدين ، والدعوة الى الزندقة ، والاخلال بالآداب العامة ، وما أشبه ذلك .

ويدخل أيضاً في ارتكاب المنكر اهمال الواجبات الدينية ، ومن جملتها التعليم والتعلم . فاذا قصر العالم في واجب التعليم ، أو قصر الجاهل في تعلم القدر الواجب شرعاً من العلم استحقا عقوبة التعزير على التقصير .

فان النبي عليه الصلاة والسلام قال :

« طلب العلم فريضة على كل مسلم [1] »

---

(١) - روى الحافظ المنذري في **« الترغيب والترهيب »** أن رسول الله ﷺ خطب ذات يوم فأثنى على طوائف من المسلمين خيراً ، ثم قال :

« مابال أقوام لايفقهون جيرانهم ، ولا يعلمونهم ، ولا يعظونهم =

٣٣٦ ـ صفة التعزير ، وأثر العفو فيه :

اذا كان الجرم الموجب للتعزير من قبيل انتهاك الحرمات الدينية المحضة دون عدوان على احد من الناس كانت عقوبة التعزير حقاً للشرع خالصاً . واذا كان فيه عدوان على شخص بضرب أو شتم أو غير ذلك كان في التعزير حقان : حق للشخص في الانتصاف له من الفاعل ،

= ولا يأمرونهم ، ولا ينهونهم؟ وما بال أقوام لا يتعلمون من جيرانهم ولا يتفقهون ، ولا يتعظون ؟ والله ليعلمن قوم جيرانهم ، ويفقهونهم ، ويعظونهم ، ويأمرونهم ، وينهونهم ؛ وليتعلمن قوم من جيرانهم ويتفقهون ، ويتعظون ، أو لاعاجلنهم العقوبة في الدنيا » .

فقال قوم : من ترونه عنى بهؤلاء؟ قالوا : عنى الاشعريين ، هم قوم فقهاء ، ولهم جيران جفاة من أهل المياه والاعراب . فبلغ ذلك الاشعريين ، فأتوا رسول الله ﷺ ، فقالوا : يا رسول الله ، ذكرت قوماً بخير ، وذكرتنا بشر ، فما بالنا ؟ فأعاد عليهم إنذاره . فقالوا : يا رسول الله ، أنفطن غيرنا ؟ فأعاد قوله عليهم . فأعادوا قولهم : أنفطن غيرنا ؟ فأعاد أيضاً قوله عليهم . فقالوا يا رسول الله أمهلنا سنة . فأمهلهم سنة ليفقههم ، ويعلموهم ، ويعظوهم . ثم قرأ رسول الله ﷺ قول الله تعالى في القرآن :

« لُعنَ الذين كفروا من بني اسرائيل على لسان داوود وعيسى ابن مريم ؛ ذلك بما عصوا وكانوا يعتدون . كانوا لا يتناهون عن منكر فعلوه ، لبئس ما كانوا يفعلون » .

(الترغيب والترهيب ١/ ٦٠-٦١/ طبعة مطبعة داراحياء الكتب العربية بمصر)

أقول :

ان هذا الموقف العظيم في اعتبار التقصير في التعليم والتعلم جريمة اجتماعية يستحق مرتكبها العقوبة الدنيوية موقف لم يرو التاريخ له مثيلاً قبل النبي عليه الصلاة والسلام ولا بعده !!

وحق للشرع في التأديب والقمع :

فمتى كان فيه حق لشخص معتدى عليه وهو يطالب بالانتصاف فليس للسلطان الحاكم ان يعفو عن العقوبة ، لأنه ليس له اسقاط حقوق الناس.

واذا عفا المعتدى عليه ، أو كان التعزير في قضية من حقوق الشرع الخالصة ، فعلى الحاكم ان يعاقب للتأديب رغم عفو صاحب الحق الشخصي . ذلك لان صاحب الحق ، كما يقول الفقهاء ، انما يملك العفو عن حقه ، « فيبقى حق السلطنة في التقويم والتهذيب » .

(ر : « الاحكام السلطانية » للماوردي ، فصل التعزير) .

ولذا صرح الفقهاء بانه اذا ضرب شخص غيره فضربه المضروب يعزر الاثنان كلاهما (ر : رد المحتار ٣/١٨١) .

وقد روى الطبري :

«ان امير المؤمنين علياً كرم الله وجهه سمع وهو في الطريق صوت مستغيث . فأسرع وهو يقول: أتاك الغوث . وتبين الأمر فاذا رجل باع لآخر ثوباً بتسعة دراهم ، فأراد البائع رد بعض الدراهم لعيبه ، فأبى المشتري ولطمه حين لازمه . فطلب علي البينة على اللطم . فلما شهدت أقعد المشتري، وقال للبائع : دونك فاقتص . فقال البائع : اني عفوت يا أمير المؤمنين . فقال علي : انما اردت الاحتياط في حقك. ثم ضرب الرجل تسع درّات[1]، وقال : هذا حق السلطان » .

(ر : « تاريخ الامم والملوك » للطبري ٦/٩٠) .

٣٣٧ ــ على انه في حال عفو المتضرر ، أو خلو التعزير عن حق لشخص ،

(١) ــ الدرة (بكسر الدال المهملة وتشديد الراء) : هي السوط .

يجوز للحاكم ان يعفو اذا تحقق انزجار الفاعل ورأى أن العفو أصلح له.
(ر : الاحكام السلطانية ايضاً ، ورد المحتار ٣/١٨٦ - ١٨٧) .

ومن الواضح انه لا يعتبر منح الشرع لولي الامر حق العفو في التعزير دون تحتيم العقاب مخلاً بفكرة الحق العام ؛ لان هذا المنح مقيد بمقتضى المصلحة كما رأينا .

على ان النظريات والقوانين الجزائية الحديثة لدينا ولدى أرقى الامم في التشريع القانوني اليوم تمنح رئيس الدولة حق العفو الخاص حتى في أعظم الجرائم من القتل فما دونه بعد القضاء بها اذا وجد في العفو مصلحة . ولم يعتبر هذا مخلاً بفكرة الحق العام .

وان طريقة الحكم بالعقاب مؤجل التنفيذ ، وهي المعروفة في التشريع الفرنسي باسم sursis ، والمعدودة من ارقى طرائق التشريع الجزائي الحديث التي جمعت بين المحافظة على الحق العام واعتبار الحيثيات الشخصية وسياسة المصالح ، ليست تلك الطريقة الا لوناً من العفو المعلق الذي فوضه الشرع الاسلامي لولاة الامر الحاكمين يستعملونه بحسب المصلحة .

٣٣٨ — يتضح مما سلف بيانه ان قاعدة التعزير الاسلامية هي قانون جزائي عام مرن غير مقيد ولا محدود . بل هو صالح لأن يلبس في كل عصر ما يقتضيه من صور العقوبات ومقاديرها .

ومن ثم يعتبر الفقهاء التعزير داخلا في نطاق السياسة الشرعية التي يعرفونها بانها :

فعل شيء من الحاكم لمصلحة يراها، وان لم يرد به دليل شرعي خاص.

فالسياسة الشرعية هي من قبيل الاستصلاح الذي سلف بيانه في المصادر التبعية لأحكام الشريعة.

وقد قالوا: ان باب التعزير هو الضامن المتكفل لأحكام السياسة الشرعية. (ر: رد المحتار ٣/١٤٨/ نقلا عن البحر الرائق لابن نجيم).

٣٣٩ـ تقنين العقوبات اليوم يدخل في نظام التعزير الاسلامي:

واذا كانت عقوبة التعزير في الاسلام مفوضة لآراء الحكام دون تحديد فان هذا لاينافي ولا يمنع تقدير العقوبات وتحديدها بقانون لمختلف أنواع الجرائم، ضبطاً للاحكام وجرياً مع الدواعي الزمنية، كما يحصل في قوانين العقوبات في العصر الحاضر. لأن هذا التحديد داخل في ذلك التفويض.

فقانون العقوبات لدينا اليوم تدخل معظم أحكامه في نطاق التعزير المشروع بالنظر الاسلامي، سوى مافيه من اهمال للحدود، وإخلال بالقصاص في بعض مواطنه.

وان وضع حدين أدنى وأعلى في قوانين الجزاء الحديثة لعقوبة كل جريمة هو اعتماد على نظر القضاة من جانب السلطات التي تسن القوانين، وتفويض اليهم بمقدار لا بد منه لاقامة العدل والانصاف نظراً لاختلاف ظروف القضايا والوقائع.

فالشرع الاسلامي جعل هذا التفويض هو الاساس في نظرية

التعزير ولكن بنطاق أوسع، وترك التحديد لولي الامر يتصرف فيه في كل زمان ومكان بحسبهما. فيكون تحديد العقوبات في التقنين الجزائي إنما هو تنفيذ من أولياء الأمر للنظرية الاسلامية فيه، واستعمال منهم لسلطتهم الشرعية في هذا التحديد ولكن بصورة مسبقة قبل وقوع الجرائم، منعا للتفاوت الكبير في العقوبات على جريمة معينة، وليكون كل انسان على بينة من العقوبة قبل الفعل. ومن البديهي أن هذا التحديد المسبق داخل في الصلاحيات والسلطة المفوضة شرعاً الى أولياء الأمر في هذا الشأن.

٣٤٠ — هذا، ونختم البحث في المؤيدات التأديبية بكلمة للاستاذ المحامي الدكتور صبحي المحصاني علق بها على ما عرضه من قاعدة التعزير فقال:

« وانت ترى من ذلك أن التعزير في الشرع الاسلامي وسيلة عادلة مرنة، تفسح للحاكم المجال للعمل وفقاً للمصلحة العامة التي تقضي بزجر المفسدين وتأديبهم.

فهذا دليل آخر جديد على ان الشريعة الاسلامية ليست من الجمود بحيث رماها بعض الناس؛ بل هي على العكس قابلة للتطور بحسب المصلحة في كل عصر. وانما التعزير وسيلة كغيرها من الوسائل تجيز للقاضي أن يتوسع في تطبيق الاحكام الجزائية حسب كل واقعة، وحسب كل مجرم، للتوصل الى الغاية المقصودة من كل عقوبة عامة، وهي ردع المجرم وزجر امثاله عن تقليده.

وهذا بلا ريب باب واسع لاقتباس ما حسن من القوانين الجزائية العصرية اذا اقتضى الامر، ولمجاراة تيار المدنية والحاجات الاجتماعية المتقلبة » اه.

(كتاب «النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية» للأستاذ الدكتور صبحي المحمصاني ١/١٣١)[1] .

أقول : اننا مع تقديرنا لهذا الدفاع عن الشريعة الاسلامية من قبل الدكتور المحمصاني نراه دفاعاً ضعيفاً ، لأن فيه - عن غير قصد منه - شبه تسليم بان في الشريعة جموداً لكن ليس بالدرجة التي يزعمونها ! وكذلك القول بانها قابلة للتطور ، فانه شبه تسليم بالنقص في أصلها .

والواقع ان هذه الشريعة السمحة التي طبقت آفاق الارض بنظامها القانوني الرائع قد استغنت عن التطور بأنها جاءت بمبادىء قانونية ذات قيم ثابتة خالدة في نصوص عامة مرنة ، كما أوضحناه في مناسبات سابقة.

فالذي يحتاج الى التطور ليس هو الشريعة الاسلامية ذاتها بل هو (أولاً) الادراك العقلي والتجريبي لدى خصومها الجاهلين . وهو (ثانياً) وسائل التطبيق الزمنية وفقه الفقهاء. فقول القرآن العظيم مثلاً : **«ان الله يأمركم أن تؤدوا الامانات الى أهلها واذا حكمتم بين الناس ان تحكموا بالعدل .**

وكذا قول الرسول ﷺ : « **لا ضرر ولا ضرار** » هما مبدآن تشريعيان خالدان لا يمكن ان يتطورا الى أكمل منهما في موضوعهما ، وانما تتطور وسائل تطبيقهما والقضاء بهما .

---

(١) - انظر في موضوع المؤيدات التأديبية محاضرتي عن « **الحق العام في الاسلام** » المنشورة في « **الجريدة الحقوقية** » التي تصدر بحلب (العدد / ٢٥ / السنة / ٢٠) وفي «**مجلة معهد الحقوق السوري**» بدمشق (العدد/٣/السنة الاولى) .

الفصل الثالث

المؤيدات المدنية

٣٤١ — بينا فيما سلف في الفرع الأول أن المؤيدات المدنية لنظام المعاملات تبرز في التشريع بصور أربع : **البطلان ، والفساد ، والتوقف ، والتخيير** .

ورأينا ان التوقف هو مؤيد يقصد به - غالباً - حماية حق لشخص عندما يمسه تصرف صادر من غيره دون نيابة عنه ؛ وأن التخيير هو أيضاً مؤيد يمنح الشرع بمقتضاه أحد العاقدين خياراً لضمان التوازن الارادي عندما يختل بين الطرفين بسبب طغيان مصلحة أحدهما على مصلحة الآخر دون تحقق رضاه (ر : ف/ ٣١٣) .

وبما أن التوقف والتخيير قد سلف بيانهما مفصلاً في نظرية العقود عند البحث في شوائب الارادة ، وفي الآثار العامة للعقود في نظريتي **عدم النفاذ ، وعدم اللزوم** ، لذلك نكتفي هنا بهذه الاشارة الى موقعهما من نظرية المؤيدات ، اجتزاء بما تقدم عنهما ، ونحيل القارىء عليه .

وسيقتصر كلامنا في فروع البحث التالية على نظريتي ، **البطلان والفساد** .

الفرع الأول

نظرية البطلان

(١) تعريف البطلان لغة واصطلاحاً .
(٢) الوجود الحسي والوجود الاعتباري .
(٣) تطبيق ذلك على التصرفات القولية والفعلية .
(٤) تحديد سبب البطلان .
(٥) تجزؤ البطلان .
(٦) الفرق بين بطلان العقد وانفساخه .
(٧) نتيجة البطلان الاساسية وما يتفرع عنها :
أ) النتيجة الاساسية السلبية للبطلان .
ب) الحالات الاستثنائية التي يكون للعقد الباطل فيها اثر معتبر .
ج) النتائج المتفرعة عن النتيجة الاساسية في البطلان .

(١) — تعريف البطلان لغة واصطلاحاً

٣٤٢ ـ البطلان في أصل اللغة سقوط الشيء لفساده .
ويقال : بطل دم القتيل ، إذا ذهب هدراً بلا ثأر ولا دية . ومنه قيل للشجاع بطل (بفتحتين) ، لأنه يعرض دمه أو دم منازله للبطلان.

ـ والباطل مالا ثبات له عند الفحص عنه، ومنه قيل لخلاف الحق « باطل » وعليه قول كعب بن زهير :

ومن دعا الناس الى ذمه ذموه بالحق وبالباطـــل

وعليه يقع ماجاء في القرآن من نحو قوله تعالى :

« إن هؤلاء مُتبّر ماهم فيه وباطل ما كانوا يعملون » (الاعراف / ١٣٩) .

ومنه تعبير « أكل المال بالباطل » ، أي بغير حق .

وإبطال الشيء إفساده وإزالته ، حقاً كان الشيء في ذاته أو باطلاً . (ر : المصباح ، ومفردات القرآن للراغب الاصفهاني) .

ـ ثم جاء القرآن باستعمال البطلان في معنى ديني اعتقادي محض ، وهو أن لا يترتب على العمل الحسن في ذاته ثوابه الموعود في الآخرة، لما يصاحبه من سوء . وعلى هذا قوله تعالى :

« يا أيها الذين آمنوا لا تبطلوا صدقاتكم بالمن والأذى » .

ـ ثم لما بدأت تتكون لغة الفقه الإسلامي واصطلاحاته ، أخذ البطلان في لسان الفقهاء معنى عملياً تشريعياً جديداً ، فاستعملوه بمعنى عدم صحة العمل ذي الأثر الشرعي عندما يكون ذلك العمل غير معتبر في نظر الشارع ، بحيث يعد وجوده كعدمه ، لمخالفة ناحية يوجب الشارع مراعاتها فيه . فلا يترتب عليه أثره الشرعي الخاص من نشوء حق أو سقوط تكليف .

ويجري ذلك في العبادات الدينية والاعمال والمعاملات المدنية على السواء:

فبطلان الصلاة والصيام مثلاً هو عدم اعتبار صحة لهما . فلا يبرئان ذمة المكلف بهما عن الواجب ؛ بل يبقى مكلفاً بإعادتهما .

وبطلان التصرف الشرعي من بيع وشراء ، وزواج وطلاق ، وإقرار وإبراء ، وأخذ وعطاء ، وسائر المعاملات المدنية ، هو عدم حصول آثارها المقررة لها شرعاً بين الناس ، من امتلاك وانتفاع ، واستباحة واستمتاع ، وسائر الحقوق والثمرات والمصالح التي جعل ذلك التصرف سبيلا إليها وسبباً منشئاً لها .

هذا محصل نظر الفقهاء وكلامهم في ذلك (ر : « الموافقات » للشاطبي ١/٢٩٢ — ٢٩٦) .

وهذا هو البطلان المطلق نفسه بالمعنى القانوني في الاصطلاح الحقوقي الأجنبي (ر : « الموجز في الالتزامات » للاستاذ السنهوري (ف/١٦٤) .

التعريف الاصطلاحي المختار للبطلان :

وعلى ذلك يمكننا تعريف البطلان في الاصطلاح الفقهي بأنه :

« عدم اكتساب التصرف الوجود الاعتباري في نظر الشرع »

(٢) — الوجود الحسي ، والوجود الاعتباري

٣٤٣ — وإيضاح ذلك أن كل تصرف من الانسان له ناحيتان في الوجود :

ـــ وجود حسي ، وهو وقوعه بحركته وصورته المادية .

ـــ ووجود اعتباري ، وهو ان يعتبر الشارع له ، بعد وقوعه، صفة الصلوح لأن تترتب عليه أحكامه ، وهي آثاره المقررة له شرعاً .

ومن الواضح أن كل ما كان له صفة اعتبارية متوقفة عليها أحكامه فان عدم اعتباره يجعل وجوده كعدمه . فهو كصورة جامدة لا روح فيها ولا تأثير لها ، وإنما الاعتبار الشرعي هو الذي ينفخ فيها الروح ، ويهبها الحياة والفعالية .

وهذا نظر عام يصدق على جميع التصرفات المدنية من قولية وفعلية . أي ان البطلان بمعناه المدني يلحق الأفعال كما يلحق الأقوال.

(٣) ـــ تطبيق ذلك على التصرفات القولية والفعلية

٣٤٤ ـــ (أ) ـــ بطلان التصرفات القولية

إن التصرفات القولية تكون عقدية وغير عقدية كما تقدم (ف/١٣١)

أ) ـــ فالعقود ، كالبيع والاجارة والهبة ، وجودها الحسي هو صدور الايجاب والقبول ، أو ما يقوم مقامها مما تعقد به العقود عادة:

ووجودها الاعتباري ، هو كونها رابطة منعقدة تربط المتعاقدين بحقوق والتزامات رتبها الشرع على انعقاد هذه الرابطة بينهما .

فاذا وجدت هذه العقود مستوفية مقوماتها وشرائطها الأساسية في نظر الشارع اعتبرت منعقدة ، أي موجودة شرعاً كما وجدت حساً ،

وترتبت عليها أحكامها ونتائجها التي رتبها الشارع على انعقادها من تمليك أو غيره .

وأما اذا وقعت غير مستوفية لأركانها وشرائطها التي جعل الشارع وجودها الاعتباري متوقفاً عليها في نظره ، كما لو صدر البيع من مجنون ، أو حصلت الهبة والتبرع من مال وقف أو مال قاصر صغير ، فان العقد ، رغم وجوده حساً ، يكون معدوماً اعتباراً ، أي غير منعقد . فلا يترتب عليه حكمه من تمليك أو التزام . وهذا معنى بطلان العقد . (ر : البدائع في الاجارة ٤/٢١٨ وفي البيوع ٥/٣٠٥) :

ب) ــ ومثل ذلك يقال في غير العقود من التصرف القولي ، سواء أكان إخباراً كالاقرار ، أو كان انشاء كالدعوى بطلب الحق .

أ ــ فالاقرار هو : إخبار من المرء بحق عليه لغيره (المجلة/١٥٧٢). فاذا صدر الاقرار من شخص مستوفياً شرائطه يؤخذ به المقر ، لأن من القواعد العامة أن المرء مؤاخذ باقراره : فمن اقر بعقد لزمه حكمه . ومن أقر بفعل كاتلاف ونحوه لزمه موجبه من الضمان والمسؤولية (المجلة/٧٩ و ١٥٧٧) .

لكن اذا نقص الاقرار بعض شرائطه الشرعية كما لو صدر من غير ذي اهلية له كالصغير ، أو صدر من ذي أهلية لكنه ظاهر الكذب كمن أقر بأنه قطع يد فلان ، واليد قائمة سليمة ، فانه لا يعتبر شرعاً ،

فيكون وجوده الحسي كعدمه ، فلا يؤاخذ به المقر . وعندئذ يقال: ان الاقرار باطل .

٢ -- والدعوى هي : طلب انسان حقاً على غيره لدى الحاكم (المجلة ١٦١٣) .

ويشترط لاعتبارها شرعاً كي يستمع اليها القاضي ويتقبلها شرائط معروفة في بابها ، منها العقل في المدعي ، ومعلومية الشيء المدعى به ليمكن تنفيذ القضاء فيه .

فاذا كان المدعي مثلا صغيراً دون سن التمييز ، أو كبيراً مجنوناً ، أو كان الشيء المدعى به مجهولا أو مستحيلا عقلا أو عادة ، فان الدعوى في كل هذه الاحوال تكون غير معتبرة الوجود شرعاً وان وجدت بالفعل امام القضاء . وعندئذ يقال : انها دعوى باطلة ، فلا يستمع إليها القاضي ، ولا يسأل عنها الخصم .

٣٤٥ -- (ب) -- بطلان التصرفات الفعلية

وكذلك يقال في التصرفات الفعلية ، سواء أكانت مستقلة كاحراز المباحات ، أو كانت مستندة الى عقد كقبض المبيع مثلاً . فان هذه التصرفات هي افعال حسية تترتب عليها نتائجها التي قررها لها الشارع عندما تستوفي شرائطها التي يتوقف عليها اعتبارها الشرعي .

فاذا لم تستوف شرائطها لا يكون لها اعتبار ، فلا تترتب عليها آثارها .

أ) — فاحراز الشيء المباح مثلا ينشىء عليه شرعاً ملكية لمحرزه اذا استوفى الاحراز شرائطه التي منها ان يكون واقعاً بقصد التملك (ر:ف/١٠٣) .

فاذا لم يقع بهذا القصد كان وجوده كعدمه ، لانه لم يكتسب الوجود الاعتباري في نظر الشارع . فلا يترتب عليه حكمه وهو الملكية لمحرزه ، بل يجوز لغيره أخذه .

ب) — وتسليم المبيع الى المشتري ، لكي يعتبر تنفيذا صحيحاً لعقد البيع ، يجب فيه تسليم المبيع خالياً غير مشغول بحق لغير المشتري. فلو سلم البائع الوعاء المبيع من كيس ونحوه مشغولاً بأشيائه كان التسليم باطلا . فلا يترتب عليه حكمه وهو انتقال ضمان المبيع الى عهدة المشتري ، بل يبقى البائع هو المسؤول الضامن لهلاك المبيع كأنه لايزال في يده حكماً دون تسليم ، لأنه هو الشاغل له .

ومثل ذلك ما لو سلم البائع الارض المبيعة مشغولة بزرعه، أو سلم الدار المبيعة مشغولة بأمتعته ؛ إلا أن يأذن البائع للمشتري بقبض مافيها من أمواله ، فيعقد بذلك ايداع . وعندئذ يصح التسليم ويعتبر المشتري متسلماً للمبيع بحكم البيع ، ولما فيه من مال البائع على سبيل الوديعة .

ويدخل في شغل المبيع بحق الغير المانع من صحة التسليم فى نظر الفقهاء ما لو كانت الدار المبيعة مأجورة ، لأنها عندئذ تحت سلطة المستأجر صاحب اليد المشروعة عليها . فلا يصح تسلم المشتري

لها وأن كان بيعها صحيحاً . وليس للبائع مطالبة المشتري بالثمن لعدم تهيئة المبيع للقبض [1] .

ويمكن أن يعتبر نظير ذلك من التصرفات الفعلية الباطلة ما لو أن المشتري في البيع الصحيح قبض المبيع دون رضى البائع قبل اداء الثمن المستحق . فقد صرح الفقهاء أن قبضه هذا لا يعتبر شرعاً ، ولا يسقط به حق البائع في احتباس المبيع . بل يحق للبائع أن يسترده فيحتبسه عنده الى أن يدفع المشتري جميع الثمن المستحق (ر : المجلة/٢٧٧-٢٧٨)

وكذا لو قبض الموهوب له المال الموهوب دون اذن الواهب لأن الهبة من العقود العينية التي لا تتم الا بالقبض المأذون ، كما تقدم في نظرية العقود (ف/ ١٦٣) .

---

(١) — يجب الانتباه اليوم الى انه في البلاد التي يوجد فيها سجل ونظام عقاريان ، بحيث تكون قيود السجل هي المعتبرة في ثبوت الحقوق العقارية وانتقالها كما في بلادنا ، يعتبر تسجيل بيع العقار في صحيفته من السجل العقاري في حكم التسليم الكافي ، ولو كانت الدار مشغولة بامتعة البائع أو بحقوق مستأجر . ذلك لان قيد السجل عندئذ يغني عن التسليم الفعلي ويقطع علاقة البائع فيصبح اجنبياً . وعلى هذا استقر اجتهاد محكمة التمييز السورية .

واذا ظل بائع العقار شاغلاً له بعد التسجيل وممتنعاً عن تفريغه وتسليمه تنزع يده عنه بقوة القضاء ، كما لو شغله غصباً بلا حق بعد التسليم .

فيبقى هذا الحكم الفقهي ، **بالنسبة الى الاموال غير المنقولة** ، مقصوراً على الاماكن التي ليس فيها سجل ونظام عقاريان من هذا القبيل .

ولكن الأظهر أن يفهم من قول الفقهاء بعدم اعتبار قبض المبيع والموهوب في هاتين الحالتين وما يشبههما ان القبض موقوف لا باطل، بدليل ان هذا القبض غير المعتبر يقبل الاجازة من البائع والواهب، فيصبح معتبراً ويفيد حكمه؛ بينما أن الباطل لا يقبل الاجازة، كما سنرى في نتائج البطلان (ر : ف/٣٥٩) .

وعندئذ يكون قبض المبيع والموهوب في هذه الحال مثالاً لجريان نظرية التوقف في الأفعال كما في الأقوال .

ونظرية التوقف، أو عدم النفاذ، قد تقدم بيانها في نظرية العقود (ف/١٩٤ وما بعدها) وأشرنا اليها مع مطلع البحث عن المؤيدات المدنية (ف/٣٤١) .

(٤) ـ تحديد سبب البطلان

٣٤٦ ـ يستنتج مما تقدم بيانه أن البطلان في جميع حالاته وصوره يمكن رده إلى سبب واحد، هو مخالفة التصرف لنظام الشرعي في ناحية جوهرية .

وبذلك يتجلى في البطلان معنى المؤيد الحامي لأحكام الشريعة الأصلية كما تقدم (ر : ف/٣١٠) .

ومن ثم يقول الفقهاء في تعريف العقد الباطل : هو العقد الذي ليس مشروعا بأصله (ر : الدرر ٢/١٦٨ وفتح القدير ٦/٤٢)

وهم يريدون من عدم مشروعية العقد بأصله انه قد وقع مخالفاً لناحية جوهرية من النظام الشرعي فيه .

٣٤٧ - ماهية الناحية الجوهرية

نريد بالناحية الجوهرية التي توجب مخالفتها البطلان كل ناحية أو شريطة أساسية ، سواء أكانت ذاتية ، أي متعلقة ببعض الأوصاف المشروطة شرعاً في مقومات التصرف وأركانه ، أو كانت شكلية محضة.

فقد رأينا في نظرية العقود مثلاً أن لكل عقد مقومات لا بد من وجودها لكي يتحقق وجوده الفعلي ؛ ومن هذه المقومات أركانه (ر : ف/١٤٥) .

ثم ان لكل من هذه المقومات شرائط ، أي صفات مشروطة شرعاً لا بد من تحققها فيه حتى يتكون قوام العقد بمقوماته الصحيحة ، ويكتسب وجوده الاعتباري (ر : ف/١٧٢) .

ورأينا أيضاً ان هناك عقوداً شكلية يخضع تكوينها لمراسم معينة من تسجيل أو اشهاد أو كتابة ، بحيث تعد تلك المراسم الشكلية في نظر التشريع من شرائط تكوينها ، كالاشهاد في عقد الزواج شرعاً ، وكالتسجيل في عقد الوكالة بالخصومة قانوناً (ر:ف/٢٩٩/وحواشيها).

وهناك أيضاً عقود عينية يعتبر فيها تسليم الأعيان التي يرد عليها العقد شريطة لتمامها ، كالقرض والوديعة (ر : ف/١٥٣) .

فجميع تلك المقومات العقدية ، وشرائطها الاساسية — ومن جملتها المراسم والشكل في العقود الشكلية ، والتسليم في العقود العينية — انما تعبر دائماً عن تلك النواحي الأساسية في نظر الشارع وتحددها : إما بمقتضى نصه الصريح ، وإما بطريق الاجتهـــاد في فهم نصوصه والقياس عليها . وذلك لكي يكون المكلف المتصرف على بصيرة من مصير عمله .

ومن ثم تسمى تلك الشرائط في العقود شرائط الانعقاد ، لأن كلاً منها يعبر عن ناحية من تلك النواحي الجوهرية التي اذا فقدت لم ينعقد العقد :

— فعدم أهلية العاقد لصغره أو جنونه مثلا يوجب بطلان العقد لمخالفته ناحية جوهرية في نظام التعاقد من النواحي الذاتية . وكذا عدم قابلية محل العقد للتصرف الوارد عليه ، كبيع المال الموقوف ، وكزواج الرجل بمن لاتحل له من النساء .

— وعدم الاشهاد في عقد النكاح ، وعدم التسجيل فيما يوجب القانون لانعقاده التسجيل في مقام رسمي ، كل ذلك يوجب بطلان العقد لمخالفته ناحية جوهرية من النواحي الشكلية . وهكذا ...

على انه قد تختلف الأنظار الاجتهادية في بعض النواحي من النظام التشريعي هل هي جوهرية أساسية يترتب على مخالفتها بطلان كلي ، أو هي فرعية لاتوجب بطلان التصرف من أصله ، وانما توجب خللا

آخر يسمى فساداً يكون العقد معه مستحقاً للابطال ، كما سنرى في البحث الثاني[1].

(٥) — تجزؤ البطلان

٣٤٨ — والبطلان قابل للتجزؤ في نظر فقهائنا ، فقد يكون العقد أو التصرف الواحد بعضه باطل و بعضه معتبر بالنسبة الى ناحية دون اخرى من محله . وذلك لأن الاعتبار الشرعي قدتتوافر شرائطه في جزء دون آخر من المحل ، فلا مانع من تجزؤ الاعتبار[2].

فقد نص الفقهاء على أنه اذا جمع انسان بين ماله ومال موقوف

---

(١) — من هذا القبيل اختلاف الاجتهادات في معلومية العوضين في عقود المعاوضات كالبيع والاجارة والصلح عن مال بمال .

فقد ذهب الاجتهاد الشافعي الى ان كل جهالة في العقد تورثه بطلاناً كلياً ، لان معلومية المحل والبدل ومايتصل بهما ناحية اساسية في نظره .

وذهب الاجتهاد الحنفي الى ان معلومية المحل والعوض المقابل في العقود انما هي ناحية فرعية لاتوجب مخالفتها بطلاناً كلياً ، وانما توجب الفساد .

(٢) — وبهذا النظر الفقهي في قابلية البطلان للتجزؤ جاء القانون المدني السوري ؛ اذ نصت المادة /١٤٤/ منه على انه :

« اذا كان العقد في شق منه باطلا او قابلا للابطال ، فهذا الشق وحده هو الذي يبطل ، الا اذا تبين ان العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلا أو قابلا للابطال ، فيبطل العقد كله » .

فباعهما صفقة واحدة صح البيع في ماله بحصته من الثمن ، وبطل في الموقوف (ر : الدر المختار ورد المحتار في البيع ٤/١٠٤) .

وكذا لو جمع في النكاح بين امرأة تحل له واخرى لاتحل فتزوجهما بعقد واحد ، صح النكاح في حق من تحل له ،وبطل في حق الأخرى.

أما إذا كان البطلان في بعض غير معين ولا سبيل إلى تعيينه فان البطلان يعم، وذلك كما لو جمع الرجل بين اختين في عقد زواج واحد. فان كل واحدة منهما يصح زواجه منها على انفراد،وإنما الممنوع الجمع بين الاختين ومن في حكمهما . ولا مرجح لتصحيح العقد في واحدة بعينها ، ولا فائدة لتصحيحه في واحدة غير معينة ، فيبطل العقد في حقهما .وذلك بخلاف مالو تزوجهما بعقدين على التعاقب ، فان العقد الثاني عندئذ يكون هو الباطل ، إلا إذا نسي الأول منهما فيبطلان كلاهما أيضاً لعدم المرجح ، وعدم امكان التنفيذ مع الجهالة. (ر : «الهداية» وشروحها في النكاح ٣/١٢٣ ، و « الدرر » ١/٣٣١و٣٣٣).

(٦) — الفرق بين بطلان العقد وانفساخه

٣٤٩ — ان الانفساخ الذي تقدم بيانه في بحث انحلال العقد آخر نظرية العقود هو شبيه بالبطلان.وقد يعبرون عنه أحياناً بالبطلان تسامحاً في التعبير .

لكن الواقع ان بين البطلان بالمعنى والسبب اللذين سلف ايضاحهما وبين انفساخ العقود ، فرقاً بيناً :

أ) — فبطلان العقد يكون عن مخالفة لنظام التشريع من ناحية أساسية في عملية العقد . فالعقد عندئذ يكون من أصله باطلاً ، أي معدوماً اعتباراً . فاذا انعقد العقد على وجهه الصحيح لا يتصور بعد ذلك فيه مخالفة في عملية العقد لأنها قد انقضت ، الا ان يتبين أنه قد كان هناك مخالفة مستورة توجب البطلان ، فعندئذ يسترد الاعتبار ، فيعتبر باطلا منذ نشأ .

وبهذا يتجلى في بطلان العقد كونه مؤيداً مدنياً لنظام التعاقد كما سلف بيانه .

فاما الانفساخ فانما يكون بعد تمام الانعقاد الصحيح لسبب طارىء يمتنع معه بقاء العقد بعد وجوده ، كهلاك البيع عند البائع بعد العقد قبل التسليم . فالعقد هنا لا مخالفة فيه ، وهلاك المبيع بعد ذلك ليس مخالفة لنظام التعاقد ، ولكنه حادث يتعذر معه تنفيذ العقد فينفسخ . ومثل ذلك يلحظ في الاجارة إذا هلك المأجور ، وفي الشركة إذا هلك رأس المال المخصص لها .

ب) — ويفترق أيضاً بطلان العقد عن الانفساخ من ناحية أخرى هي أن البطلان يكون العقد معه معدوماً من أصله أبداً . أما الانفساخ فقد يرفع العقد من أصله فيكون الانفساخ مستنداً باثر رجعي كما في

هلاك المبيع قبل التسليم ، وقد يقع مقتصراً غير مستند ، فيزول به الارتباط التعاقدي اعتباراً من وقت الانفساخ أما مامضى فيبقى على حكم التعاقد ، كما في انفساخ الاجارة والشركة ونحوهما من العقود المستمرة ، على ماسلف بيانه في محله (ر : ف/٣٠٥)

(٧) ـ نتائج البطلان

٣٥٠ ـ ان البطلان نتيجة أساسية سلبية تجرو وراءها عدة نتائج أخرى عملية تتفرع عنها . وسنبين فيما يلي على التعاقب والترتيب :

أ ـ تلك النتيجة الاساسية السلبية .

ب ـ ثم الحالات الاستثنائية بالنسبة اليها .

ج ـ ثم النتائج المتفرعة عن تلك النتيجة الاساسية .

أ) ـ النتيجة الاساسية للبطلان

٣٥١ ـ ان للبطلان نتيجة سلبية عامة وهي :

أن البطلان يفقد به التصرف سببيته لحكمه ، فلا يترتب عليه ذلك الاثر النوعي المقرر له شرعاً في حال صحته .

فاذا كان التصرف الباطل عقداً لاتنشأ به التزاماته . واذا كان اقراراً لم يؤاخذ به صاحبه . واذا كان إبراء لم يسقط به الالتزام وهلم جرا ... وهذا نظر عام في بطلان جميع التصرفات على الاطلاق .

وبهذا يتضح معنى قول الفقهاء : **ان العقد الباطل لايترتب عليه حكم اصلا** (ر : البدائع ٥/٣٠٥) .

وبعض المعاصرين اليوم قد استشكل ذلك بأن عدم اعتبار العقد الباطل هو حكم شرعي له، فهو حكم سلبي يقابل الحكم الايجابي الإنشائي للعقد المنعقد. فكيف يصح القول بأن الباطل لا يترتب عليه حكم؟

وهذا نظر صحيح في ذاته، لكن مراد الفقهاء أن العقد الباطل لا تترتب عليه الاحكام والنتائج التي قررها الشارع لحالة انعقاده واعتباره كما أوضحناه فيما سلف من بيان. ومنشأ الاشكال والاعتراض من تنكير كلمة (حكم)، فانه يوهم نفي أي حكم كان، لا الحكم الخاص المقرر للعقد الصحيح.

ب) — الحالات الاستثنائية التي للعقد الباطل فيها أثر معتبر.

٣٥٢ — على أن هذا المبدأ العام في النتيجة السلبية للبطلان تشذ عنه حالات استثنائية يكون فيها للعقد الباطل تأثير في وصف ما يبنى عليه من فعل، فتترتب عليه بعض الآثار الفرعية التي تترتب على حالة انعقاده. وسنرى ذلك في الحالات الثلاث التالية:

٣٥٣ — أولا — في عقد النكاح.

ففي النكاح تتجلى اظهر الحالات التي يكون للعقد الباطل فيها بعض الآثار الفرعية للعقد الصحيح.

فالنكاح الباطل لا يثبت حكمه الاصلي من حل الاستمتاع والنفقة والتوارث بحال من الاحوال. ولكنه اذا أعقبه دخول فان المرأة تستحق مهراً، ويثبت به نسب الولد من الرجل، وتجب فيه على المرأة

العدة من تاريخ المفارقة . ذلك لأن الشرع يحتاط في اثبات الأنساب وايجاب العدة بمجرد الشبهة ، ويستلزم ذلك لزوم المهر ، فان اتصال الرجل بالمرأة في شريعة الاسلام لا يمكن أن يخلو عن احدى نتيجتين : أما عقوبة الحد إذا كان زنى محضاً ، وأما المهر اذا كان بنكاح صحيح أو بشبهة . والعقد ـ وان لم يكن صحيحاً ـ يورث شبهة تثبت بها هذه الأحكام الاحتياطية .

حتى انه لو لم يكن فيه محل لشبهه لا تثبت فيه هذه الأحكام ، كما سنرى (ر : ف/٣٦٨ ح) .

ويلحظ هنا أن هذه الأحكام الاستثنائية في النكاح الباطل لم تترتب إلا بناء على فعل الدخول ، لا على مجرد العقد . ولكنها لم تكن لتثبت لولا هذا العقد الباطل ، اذ يكون الاتصال عندئذ بين الرجل والمرأة مجرد زنى لا تأويل فيه لولا استناده إلى هذا العقد . ومن ثم اعتبرت أثراً للعقد الباطل .

٣٥٤ ـ ثانيا ـ في ضمان المبيع المقبوض في البيع الباطل :

والبيع الباطل إذا قبض فيه المشتري المبيع فقد اختلف الفقهاء في حكمه :

ـ فمنهم من يرى أن المبيع يكون أمانة في يد المشتري غير مضمون عليه إذا هلك دون تعد منه أو تقصير في حفظه ، كالوديعة في يد الوديع . وحجة ذلك ان البيع لما كان باطلاً لم يبق سوى مجرد القبض باذن البائع . وهذا لا يوجب الضمان على القابض إلا بالتعدي أو التقصير .

فيبقى المبيع على ملك البائع أمانة في يد المشتري . وبهذا الرأي أخذت المجلة (م/٣٧٠) .

ـ ويرى آخرون أن المبيع يكون في يد المشتري مضموناً عليه بمثله إذا كان مالاً مثلياً ، وبقيمته إن كان قيمياً[١] . وحجتهم أنه مقبوض على سبيل المعاوضة المقصودة بالعقد . وبطلان البيع انما يمنع انتقال الملكية به ، ولكنه لا يلغي فكرة المعاوضة الثابتة فيه ، والتي لم يسلم البائع المبيع الا على أساسها . ومن المقرر أن القبض على سبيل البدلية يوجب الضمان[٢] . ومن المقرر أيضاً أن الشيء المقبوض على سوم الشراء[٣] بلا عقد هو مضمون على قابضه بالمثل أو القيمة إذا بين له ثمن عند المساومة ، لدلالة ذلك على أن صاحبه لم يسلمه إلا على أساس المعاوضة

---

(١) ـ المال المثلي هو الذي له امثال في السوق مساوية له في الصفات بحيث يمكن ان يقوم بعضه مقام بعض في الوفاء دون فرق يعتد به ، كالسكر والزيت والقمح من نوع واحد ، وكالورق واواني البلور وألواحه ونحوها من المصنوعات المتماثلة اليوم .

اما المال القيمي فهو ما ليس له امثال مساوية كالحيوانات والدور والمصوغات . فلكل واحد منها قيمة تختلف عن الآخر من جنسه باختلاف الصفات المميزة له (ر : المجلة / ١٤٥ - ١٤٦) .

ويرى تفصيل نظرية المثلية والقيمية في الجزء الثاني الذي اسميناه « المدخل الى نظرية الالتزام في الفقه الاسلامي » ف / ٨٢ - ٩٥ .

(٢) ـ انظر ماتقدم في تصنيف العقود ، ف/٣٠٣ ح

(٣) ـ القبض على سوم الشراء هو أن يأخذ الانسان شيئاً من صاحبه على انه ان أعجبه اشتراه (ر : م/٢٩٩) .

والضمان . فالمبيع المقبوض في البيع الباطل ليس بأدنى حالاً منه، وهذا النظر هو المرجح في الاجتهاد الحنفي ، وبه قال الأئمة الثلاثة الآخرون أيضاً (ر: رد المحتار ٤/١٠٥)

وبذلك نرى أن البيع الباطل ، وان لم يترتب عليه حكمه ، قد كان له في قبض المبيع أثر وصفي جعله مضموناً .

٣٥٥ ـ ثالثاً ـ في انقلاب العقد

ومما يتصل بالآثار الاستثنائية للعقد الباطل ما يكون من انقلاب هذا العقد أحياناً الى عقد آخر صحيح في بعض الانظار الفقهية . فان العقد الذي يعتبر باطلا في موضوعه الخاص قد يتضمن عناصر عقد آخر لا يتنافى مع غرض العاقدين ، فينصرف اليه ، وان اعتبر باطلا في موضوعه المتعاقد عليه .

مثال ذلك أن فقهاءنا حكموا ببطلان البيع والإجارة إذا صرح في عقدهما بنفي الثمن والأجرة صراحة ، بأن قال العاقد : بعتك هذا الشيء بلا ثمن ، أو قال : آجرتك إياه بلا اجرة . وذلك لأنهما من عقود المعاوضة التي تقوم على أساس بدلين متقابلين . فاذا نفي الثمن صراحة انتفت حقيقة العقد [1] :

---

(١) ـ بخلاف ما اذا كان الثمن او الاجرة مسكوتاً عنهما في العقد دون أن ينفيا صراحة ، كما لو قال : بعتك هذا الشيء أو آجرتكه ، وقبل الآخر . فان الثمن أو الاجرة يعتبر حينئذ ملحوظاً ، ولكنه مجهول لعدم بيانه . فيفسد العقد فساداً ، كما سنرى في البحث الآتي عن الفساد .

ثم اختلفوا بعد تقرير بطلان البيع والإجارة :

ـ هل ينقلب العقد فينعقد البيع هبة ،والإجارة إعارة !

ـ وهل ينقلب البيع اعارة أيضاً إذا كان فيه توقيت مع نفي البدل كما لو قال : بعتك منفعة هذا الشي شهراً بلا ثمن ، أو لاينقلب العقد في شيء من ذلك ؟

ذهب فريق من الفقهاء الى هذا الانقلاب تنزيلا على القاعدة العامة القائلة : العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للالفاظ والمباني (ر: ف/١٥٢) .

وذهب آخرون الى عدم هذا الانقلاب ، بحجة أن العقد الاصلي هنا باطل فهو معدوم ، والانقلاب لايكون في معدوم . وهذاهو الرأي الظاهر الترجيح في الاجتهاد الحنفي (ر: رد المحتار ج ٤ و ٥ أول كتابي العارية والاجارة) .

ولكننا نرى أن الرأي الاول أوجه ، والقواعد الفقهية تؤيده ، فإن من القواعد المقررة أن : « أعمال الكلام أولى من اهماله » ما أمكن (المجلة/٦٠) ومن صور اعمال الكلام حمله على المجاز اذا تعذرت الحقيقة (المجلة/٦١) . فيعتبر التعبير بالبيع والإجارة مجازاً عن الهبة والاعارة . وان المجاز في العقود معهود . حتى لقد صرح الفقهاء في النكاح ، على خطورة موضوعه أنه ينعقد بلفظ البيع على سبيل المجاز في

التعبير (ر : الهداية وشروحها ٣/١٠٧)[1] .

ج) ـ النتائج المتفرعة عن النتيجة الاساسية للبطلان

٣٥٦ ـ قلنا ان تلك النتيجة الأساسية السلبية للبطلان قد تفرعت عنها عدة نتائج عملية أخرى .

فهذه النتائج المتفرعة هي النتائج التالية :

٣٥٧ ـ (أولاً) ـ **ان بطلان الشيء يستلزم بطلان ما في ضمنه وبطلان ما بني عليه .** (ر : المجلة/٥٢) .

وعلى هذا قرر الفقهاء أنه :

أ) ـ إذا باع الانسان شيئاً بيعاً باطلاً ، واشتمل البيع على شروط

---

(١) - والنظر القانوني الحديث في الفقه الاجنبي يتجه الى هذا فيما يسمونه : **نظرية تحول العقد** ، وهي نظرية حديثة في الفقه الالماني . حتى ان اصحابها يتوسعون فيها فيقولون بانقلاب البيع الى هبة ولو كان الثمن مذكوراً في العقد ، اذا كان تافهاً يسيراً بالنسبة الى المبيع بحيث يدل على قصد التبرع .

(ر : « الموجز في الالتزامات » للاستاذ السنهوري ، ف /١٦٨/ الحاشية و « نظرية العقد » له ايضاً ، ف /٥٩٤/ ومابعدها) .

وبهذا أخذ القانون المدني السوري وأصله القانون المصري الجديد . فقد صرحت المادة /١٤٥/ منه بان :

« العقد اذا كان باطلا او قابلا للابطال ، وتوافرت فيه أركان عقد آخر ، فانه يكون صحيحاً باعتباره ذلك العقد الذي توافرت فيه اركانه ، اذا تبين ان نية العاقدين كانت تنصرف اليه » .

وحدد فيه الثمن ، بطلت مع البيع الشروط التي اشترطها العاقدان فلا تلزمهما ، وبطلت ايضاً تسمية الثمن المسمى . فهذا مثال لبطلان ما تضمنه الباطل .

ب) — واذا جرى التقابض بين الطرفين في المبيع والثمن على سبيل التنفيذ لهذا البيع الباطل لا يعتبر هذا التقابض بيعاً بالتعاطي ، لأنه انما قصد به الطرفان البناء على العقد الباطل ، فيكون باطلاً ايضاً . ويبقى ما قبضه كل منهما ملكاً لصاحبه . وهذا مثال بطلان ما بني على الباطل[1] .

وسنرى في النتيجة التالية ثمرة بطلان تسمية الثمن ، وثمرة بطلان تنفيذ العقد الباطل .

وكذلك لو أقر أحد لآخر بمبلغ أو أبرأه ولو ابراءاً عاماً ، وكان الاقرار أو الابراء مبنياً على عقد أبرمه الطرفان . كبيع أو صلح ثم تبين بطلان العقد ، فانه يبطل الاقرار والابراء المترتبان عليه (ر : رد المحتار ، باب الاستحقاق ٤/ ١٩٩ — ٢٠٠ وكتاب الصلح ٤/٤٧٣ و٤٧٩ /والمجلة /١٥٦٦) .

٣٥٨ — (ثانيا) — اذا بطل التصرف الفعلي لزم نقضه واعادة الاوضاع الى سابق عهدها قبل التصرف .

---

(١) — اما اذا لم يكن التقابض على سبيل التنفيذ للعقد الباطل والبناء عليه بل اجراه الطرفان بقصد جديد ، عدولا عن العقد الباطل الى تعاط مستوف شرائط الانعقاد ، كان هذا التعاطي عقداً جديداً مفيداً لحكمه ، كما لو جدد الطرفان العقد الباطل تجديداً صحيحاً باللفظ .

وذلك لأن التصرف الفعلي يحدث أثراً ماديا على كل حال ، سواء أكان التصرف صحيحاً أو باطلا . و بذلك يختلف عن التصرف القولي الذي يكون أثره اعتبارياً محضاً. فلا بد من إزالة الأثر الذي أحدثه التصرف الفعلي الباطل لتعود الاوضاع الحقوقية الى ما كانت عليه من سابق حالها .

و بناء على ذلك لو تقابض المتبايعان المبيع والثمن فى البيع الباطل يلتزم كل قابض برد ماقبضه ، لبطلان القبض المبني على عقد باطل[1].

فلو استهلك المشتري المبيع فى هذه الحالة يضمن للبائع مثله اذا كان مثلياً ، وقيمته اذا كان قيمياً ، سواء أكانت قيمته فى السوق أكثر أو أقل من الثمن المسمى فى العقد . ذلك لأن البيع لما كان باطلاً كانت تسمية الثمن فى ضمنه باطلة أيضاً . والأصل فى ضمان الأموال التعادل . والمعادل للمال المستهلك هو مثله أو قيمته . وإنما حل الثمن المسمى محلهما بسبب العقد . فاذا بطل الاتفاق على الثمن لأنه جزء من العقد الباطل رجع الضمان إلى أصله بالمثل أو القيمة .

وهذا بخلاف مالو كان البيع منعقداً صحيحاً . فقبض المشتري المبيع دون رضى البائع قبل دفع الثمن المستحق ، وهلك المبيع فى يد

---

(١) – وهذا يدخل في نطاق نظرية **الاثراء بلا سبب** مشروع . وهي نظرية تعبر عن مبدأ قد أقر الفقه الاسلامي فكرته في نطاق وشرائط أضيق مما في الفقه الاجنبي .

المشتري أو استهلكه ، فانما يضمن للبائع الثمن المتفق عليه فى العقد ، لاقيمة المبيع ، لأن المبيع قد انتقلت ملكيته الى المشتري بمجرد تمام البيع الصحيح لقاء ثمن معين حل محل القيمة بالتراضى . ولم يبطل هذا التعيين للثمن ، وانما الذي بطل هو القبض غير المستحق. فيهلك المبيع في يد المشتري وهو مملوك له بالثمن المسمى لا بالقيمة التي قد تكون أكثر أو أقل منه .

وعلى هذا الأساس يتنزل أيضاً مالو قبض الموهوب له المال الموهوب دون رضى الواهب صراحة أو دلالة . فان هذا القبض باطل لأن الهبة من العقود العينية التي لاتتم الا بالقبض المأذون فلو هلك المال المقبوض في يد الموهوب له في هذه الحال كان مضموناً عليه بالمثل لو مثلياً ، وبالقيمة لو قيمياً .

٣٥٩ — (ثالثاً) — العقد الباطل لايقبل الاجازة :

فالاجازة انما هي في الحقيقة ارادة منفردة يقرر بها الانسان ويمضي تصرفاً قائماً جعل الشرع له فيه حق التقرير والرفض .

فالنظر الفقهي أن محل الاجازة انما هو العقد المنعقد الموقوف الذي يمس حقاً لغير العاقدين ، فلذلك الغير أن يجيزه ان شاء فينفذ عليه أو أن يرفضه فيبطل ، وعلى كل حال يعتبر العقد الموقوف عقداً صحيحاً لكنه معقول محتبس عن السريان. فباجازة صاحب العلاقة يحل عقاله، فيجتاز محبسه وينفذ الى هدفه ، فكأنه رسول ساع الى غاية بينه وبينها

أرض محمية الحدود ، فاذا أذن له صاحبها اجتازها بالاجازة وان منعه عاد أدراجه . (ر : « البدائع » ٥/١٤٨ــ١٤٩) .

والعقد الباطل ، كما رأينا ، ليس قائماً متوقفاً ليمكن انفاذه الى غايته بالاجازة ، بل هو لغو عديم الاعتبار في نظر التشريع ، فكأنه لم يوجد أصلا (ر : البدائع ٥/٣٠٥) . فاذا ما اريدت إجازته لينفذ الى الغاية الحقوقية المقصودة به يجب ايجاده بانشاء جديد على وجه معتبر[١] .

وعلى هذا قرر الفقهاء ان العقد اذا بطل لعدم أهلية العاقد ، كما لو باع المجنون أو وهب الصغير شيئاً من ماله ، ثم عقل المجنون أو بلغ الصغير فأجاز العقد لايجوز ، لأنه صدر باطلاً فلا يقبل الاجازة ، فعليه ان شاء أن يجدد إنشاءه[٢] .

و كذلك لو تبرع من مال الصغير وليه أو وصيه ، أو باعا شيئاً

---

(١) ــ وبهذا اخذ القانون المدني السوري اذ صرحت المادة /١٤٢/ منه بان البطلان لايزول بالاجازة .

(٢) والفرق في النتيجة بين تجديد العقد واجازته ظاهرة :

أ) ــ فان تجديد العقد يتوقف على توافق الارادتين ، بخلاف الاجازة فانها ارادة منفردة .

ب) ــ والعقد المجدد انما يبدأ اثره من تاريخ تجديده أما الاجازة اذا صحت فتستند بأثر رجعي الى تاريخ العقد المجاز ، فيعتبر بها حكم العقد المجاز نافذاً من تاريخ صدوره ، كما تقدم بيانه في نظرية العقود .

من ماله بغبن فاحش ، ثم بلغ الصبي فأجازه وأمضاه ، فانه لايمضي ، لأنه صدر من أصله باطلا .

وعلى هذا أيضاً لو باع فضولي أو اشترى لغيره كان عقده موقوفاً على الاجازة . فلو رفض ذلك الغير العقد عندما بلغه ، ثم عاد فأجازه لا يعود منعقداً ، لأنه قد بطل بالرفض السابق ، فلم يعد يقبل الاجازة ، بل يجب انشاؤه من جديد ان اريد . (ر : الدر المختار ، فصل الفضولي ٤/١٤١) .

ونظيره مالو أوجب احد المتعاقدين العقد فرفض الآخر ، ثم عاد فقبل ، فان العقد لا ينعقد ، لأن الايجاب بطل بالرفض فلم يعد يلحقه قبول بل يعتبر القبول ايجاباً جديداً يحتاج الى قبول (: ف/١٥٣ و ١٧١) .

٣٦٠ ــ (رابعاً) ــ العقد الباطل لايحتاج الى فسخ ، ولا يحتج به امام القضاء .

أ) ــ فأما كونه لايحتاج الى فسخ فلأن الفسخ انما يحتاج اليه في عقد قائم يكون لاحد طرفيه الخيار في التحلل من رابطته أو إبقائه . ثم قد يستقل الطرف المخير عندئذ في الفسخ ، كما في خيار الشرط في البيع اذ يفسخه صاحب الخيار خلال المدة المشروطة له دون حاجة الى رضاء او قضاء ، وقد يحتاج الفسخ الى رضاء أو قضاء ، كما في خيار العيب . وعلى كل حال اذا لم يفسخ العقد المستحق للفسخ يبقى ساري الحكم نافذ المفعول .

أما العقد الباطل فهو معدوم لم يوجد ، وازالة المعدوم تحصيل

للحاصل ، وهذا عند علماء المعقول مستحيل .

فلكل من العاقدين أن يعتبر العقد الباطل معدوماً ، ويتصرف بناء على هذا الاعتبار :

— فاذا كان العقد الباطل بيعاً مثلاً فللبائع بيع العين المبيعة ثانية أو استعمالها واستهلاكها لأنها لاتزال على ملكه .

— واذا كان العقد الباطل زواجاً فللمرأة ان تتزوج زوجاً آخر[1] . فان أقام المشتري أو الزوج في العقد الباطل دعوى أمام القضاء فطالب المشتري فيها بالعين ، أو طالب الزوج المرأة بالمتابعة أمكن الطرف الآخر ان يدفع دعواه دفعاً ببطلان العقد . وهكذا يستغني المتمسك بالبطلان عن تجشم اقامة الدعوى لابطال العقد الباطل ، ويكتفي شرعاً وقانوناً بموقف سلبي يكون به دافعاً لدعوى خصمه اذا هو جم بها .

على أنه ، اذا كان من الناحية النظرية لاحاجة بمن يتمسك بالبطلان الى اقامة دعوى لأجل الابطال ، فمن الناحية العملية قد يحتاج الى اقامة الدعوى لتقرير البطلان ، ولا سيما اذا كان العقد الباطل قد تم تنفيذه . وذلك كما لو كان بيعاً أعقبه تسليم المبيع ويريد البائع استرداده . فهو مضطر في هذه الحال الى التقاضي إذا لم يستطع الاسترداد بالتراضي .

---

(١) — يلحظ هنا أنه إذا اعقب الزواج الباطل دخول فانه تترتب على الدخول عدة على المرأة . فلا يجوز لها الزواج حتى تنقضي عدتها ، ليعرف فراغ الرحم منعا لاختلاط الانساب . (ر : ف ٣٥٣) .

و كذا إذا كان سبب البطلان فيه خفاء و اشتباه ،فان الطرف المتمسك بالبطلان يحتاج الي المبادرة بالادعاء ليطمئن الى رأي القاضي و تقديره كي لا يبني تصرفه على تقدير البطلان ،ثم تحكم المحكمة بخلافه فينقض تصرفه .

لكن يلحظ في جميع هذه الأحوال التي قد يحتاج فيها المتمسك بالبطلان الى اقامة الدعوى به أن القاضي **لا يبطل العقد في هذه الاحوال ابطالا** كما يفسخ العقد المستحق للفسخ بحيث اذا لم يفسخه يكون قائماً نافذاً في الواقع ، وانما يقضي القاضي في هذه الحال بان العقد **قد صدر باطلا من أصله** . أي ان القضاء بالبطلان عند التنازع فيه لاينشىء الابطال ، بل يظهر البطلان ويقرره تقريراً .

ب) ـ وأما كون العقد الباطل لايحتج به أمام القضاء فذلك نتيجة لازمة لبطلانه في ذاته دون حاجة الى ابطال .

ويترتب عليها أن القاضي يرد الاحتجاج بالعقد الباطل اذا ادعى أو تمسك به ذو مصلحة لديه ولو لم يدفع الخصم بالبطلان ولم ينتبه اليه. ذلك لأن الباطل اذا كان لايحتاج الى ابطال ، فتقرير بطلانه عند التمسك به لا يتوقف على طلب .

٣٦١ ــ (خامساً) ــ البطلان لا يسري عليه حكم التقادم

التقادم هو مرور الزمان الذي تقدمت الاشارة اليه في عدة مناسبات[1] . فلا يمتنع التمسك ببطلان العقد الباطل لمنع تنفيذه ولو

---

(١) ــ ر : ف / ٤٨ و ١٠٢ .

مضت على العقد مدة التقادم، وهي خمسة عشر عاماً ؛ ذلك لأن الباطل معدوم . والعدم لا ينقلب وجوداً بطول الأمد .

فلو فرض في البيع الباطل مثلا أن المشتري لم يكن قد قبض المبيع حتى انقضى خمسة عشر عاما ، ثم رفع البائع الدعوى على المشتري ليلزمه بتسلم المبيع وأداء الثمن ، فان للمشتري ان يدفع دعوى البائع بحجة بطلان البيع . وكذا لو رفع المشتري الدعوى على البائع طالباً بتسليم المبيع بعد التقادم فان للبائع أن يدفع دعواه ببطلان البيع . ويقبل من كل منهما هذا الدفع رغم تركه الادعاء بالبطلان مدة التقادم . ذلك لأن كلا منهما في الاصل غير مكلف بالادعاء والتقاضي لابطال العقد، لما قدمنا أن الباطل لايحتاج الى ابطال .

وذلك بخلاف ما لو كان البيع الباطل قد تم تنفيذه بالتقابض ، ومضت مدة التقادم ، ثم رفع البائع الدعوى بعد خمسة عشر عاماً بطلب استرداد المبيع بحجة بطلان البيع . فان المشتري في هذه الحال أن يدفع دعوى البائع بتقادم العين في يده دون أن يعترف بانه تلقاها منه بشراء باطل . وعندئذ يقضى برد دعوى الاسترداد ، لانه اذا كان البيع الباطل لايحتاج الى دعوى لابطاله فان استرداد المبيع بعد تنفيذ البيع بالتسليم يحتاج الى دعوى كما سلف بيانه . فيخضع حق الاسترداد للتقادم ، لأن ترك الدعوى - فيما تجب فيه من الحقوق الخاصة - مدة التقادم يمنع سماعها . فيعتبر حكم التقادم هنا سارياً على دعوى الاسترداد ، لا على بطلان العقد .

ومثل ذلك يقال فيما لو رفع المشتري الدعوى على البائع في هذه الحال طالباً استرداد الثمن لبطلان البيع بعد مضي مدة التقادم على اداء الثمن ، فان للبائع أن يدفع الدعوى بتقادم الحق المدعى به .

ويظهر الفرق جلياً بين سريان حكم التقادم على حق الاسترداد وعدم سريانه على بطلان العقد ، فيما لو تأخر التقابض في البدلين عن تاريخ العقد حتى مضت مدة التقادم على العقد الباطل ، ولم تمض على التقابض . ففي هذه الحال يحق لكل من المتبايعين أن يطلب استرداد ما سلمه بحجة بطلان العقد ، وليس للطرف الآخر أن يدفع بمرور الزمان على العقد ، ذلك لأن البطلان لا يؤثر فيه التقادم ؛ وحق الاسترداد لم يتقادم [1] .

---

(١) — جاء في المادة /١٤٢/ من القانون المدني السوري ، وفي المادة /١٤١/ من اصله المصري ان « **دعوى البطلان تسقط بمضي خمس عشرة سنة من وقت العقد** » .

والمراد بدعوى البطلان **رفع** الدعوى به لا **دفعها** . فان الادعاء بالبطلان بعد تنفيذ العقد الباطل لاسترداد ماوقع عليه التنفيذ هو الذي يخضع لحكم التقادم . اما الدفع بالبطلان في وجه من يدعي بطلب تنفيذ العقد فلا يؤثر فيه التقادم شرعاً ولا قانوناً كما اوضحناه . وهذا ما استقر عليه الرأي وصيغ على وفقه هذا النص عند مناقشته في لجنة المراجعة من المجلس النيابي المصري .

(ر : كتاب « التقنين المدني المصري » للاستاذ جمال الدين العطيفي . ج ١ ص / ٢٦٥ الحاشية / ٢)

الفرع الثاني

نظرية الفساد

(١) معنى الفساد لغة واصطلاحاً
(٢) منشأ نظرية الفساد والاختلاف فيها
(٣) التصرفات التي يفترق فيها الفساد عن البطلان
(٤) تعريف الفساد
(٥) اسباب الفساد
(٦) نتيجة الفساد
(٧) موقف القانون من الفساد
(٨) مقارنة نظرية الفساد بالبطلان النسبي في الفقه الاجنبي

(١) ـ معنى الفساد لغة واصطلاحا

٣٦٢ — الفساد في أصل اللغة هو تغير الشيء عن الحال السليمة وخروجه عن الاعتدال. فهو ضد الصلاح. يقال فسد اللبن واللحم والفاكهة والهواء إذا اعتراه تغير أو عفونة حتى أصبح غير صالح.

ثم استعمل لغة في جميع الأشياء والأمور الخارجة عن نظام الاستقامة، كالبغي والظلم والفتنة. وعليه قوله تعالى: «ظهر الفساد في البر والبحر» وقوله: «والله يعلم المفسد من المصلح».

(ر: مفردات الراغب الاصفهاني، والمصباح، والقاموس المحيط، وأساس البلاغة).

ثم لما نشأت الاجتهادات الفقهية واصطلاحاتها اطلق فقهاء الحنفية الفساد على معنى تشريعي مدني جديد . فاستعملوه للدلالة على حالة يعتبرون فيها العقد مختلا في بعض نواحيه الفرعية اختلالا يجعله في مرتبة بين الصحة والبطلان . فلا هو بالباطل غير المنعقد ،لان مخالفته لنظامه الشرعي ليست مخالفة في ناحية جوهرية كما في حالة البطلان ؛ ولا هو بالصحيح التام الاعتبار ، لان فيه إخلالا بنظام التعاقد ولو ان هذا الاخلال في ناحية فرعية غير جوهرية .

ولفظ الفساد يشعر بذلك لأنه ينبيء بمعنى التغير والاختلال في شيء موجود .

(٢) ــ منشأ نظرية الفساد والاختلاف فيها

٣٦٣ — إن نظرية فساد العقود حنفية المنشأ ، كما أشرنا إليه ، فإن الاجتهاد الحنفي هو الذي قررها وانفرد بها من بين سائر الاجتهادات الأخرى التي لم تجعل بين البطلان والصحة مرتبة ثالثة .

فالعقد عند جمهور المجتهدين ـ بالنسبة إلى وجوده الاعتباري وعدمه ـ هو بين حالتين اثنتين : إما صحيح ، وهو المنعقد ؛ وإما باطل أو فاسد ، وهو غير المنعقد ، وذلك عندما يخالف العقد الأمر والنهي الشرعيين في نظام التعاقد .

غير أن الاجتهاد الحنفي لحظ أن صور المخالفات ليست في درجة واحدة، بل منها مخالفات أساسية ،ومنها فرعية. فلا ينبغي أن تكون النتيجة

واحدة في الحالين ، لأن قوة الجزاء المؤيد يجب أن تتناسب مع درجة المخالفة للنظام . والعقد المخالف لنظامه في ناحية فرعية فقط هو موافق للنظام المشروع في جميع النواحي الأساسية ، وتوافرت فيه أركانه وسائر مقوماته وشرائطها ، فيجب أن يكون في مرتبة بين البطلان والصحة .

٣٦٤ ـ سبب الاختلاف في مرتبة الفساد

وأصل ذلك أنهم اختلفوا في مقتضى النهي الشرعي عن التصرفات ذات الوجود الاعتباري كالعقود .

ـ فذهبت بعض الاجتهادات وخاصة الحنبلي ، إلى أن مقتضى النهي البطلان ، لأنه ينافي مشروعية الفعل المنهي عنه مطلقاً ، دون تمييز بين النواحي التي يتعلق بها النهي . وعلى هذا حكموا ببطلان عقود الربا ، للنهي القرآني فيها بقوله تعالى :

«يا أيها الذين آمنوا اتقوا الله وذروا ما بقي من الربا ان كنتم مؤمنين»

وحكموا كذلك ببطلان العقد المقترن بشرط ممنوع للنهي عنه في السنة النبوية . وقد يبطلون الشرط دون العقد .

ـ وذهب الاجتهاد الحنفي إلى أن مجرد النهي عن الفعل لا يدل على عدم مشروعية أصله حتماً ؛ بل قد تجتمع مشروعية أصل الفعل مع النهي عنه ، كما يظهر من التفصيل التالي :

٣٦٥ ـ اختلاف آثار النهي الشرعي باختلاف أسبابه

فما نهى عنه الشارع من التصرفات نهياً دون أن ينص على بطلانه

نصاً ، فان نتيجة النهي تختلف فيه باختلاف سبب النهى ، أي باختلاف نوع المخالفة فيه للنظام الشرعي :

أ) — فقد ينهى الشرع عن الفعل لأنه ليس بمشروع من أصله ، إذ يكون من المفاسد القبيحة في ذاتها - كالزنى والقتل والغصب .

وفي مثل هذا يعتبر الفعل المنهي عنه باطلاً محضاً لا يفيد صاحبه ثمرة أو منفعة . وعلى هذا لا يثبت في الزنى المحض نسب ولا مهر ، ولا يرث القاتل من قتيله ، كما لا يملك الغاصب المغصوب .

ومن هذا القبيل النهي الوارد في السنة النبوية عن بيع « الملاقيح والمضامين » كما تقدم في نظرية العقود (ر : ف/٢٩٦ ح) ، فان الشرع لم يعتبر فيها محلاً صالحاً للعقد . وكذا النهي عن بيع الملامسة والمنابذة (ر : ف/١٣٥ و ١٣٦) لانه لم يعرب عن تراض صحيح . فتكون هذه العقود فاقدة بعض مقوماتها من محل أو ركن فتعتبر باطلة .

ب) — وقد ينهى الشرع عن الفعل المشروع الأصل ، فينصرف النهي إلى وصف يستقبحه الشارع فيه ويريد تجريده عنه . ذلك لأن الاصل لما كان مشروعاً لم يبق إلا الوصف هدفاً للنهي . وذلك كالنهي الشرعي عن الربا . فان عقد الربا بيع أو قرض ، فهو مشروع الاصل . ولكن فيه وصفاً زائداً يستقبحه الشارع هو اشتماله على فضل بلا عوض .

وكذلك النهي عن اشتراط بعض شروط خاصة في عقد البيع والاجارة ، فان عقدهما في أصله مشروع ، ولكن الشرط هو وصف غير مشروع .

فالعقد المنهي عنه اذا كان من هذا القبيل - أي **مشروع الأصل** - لا يفيد النهي بطلانه كغير المشروع أصلاً ، بل يعتبر منعقداً انعقاداً فاسداً ، أي مختلاً في ناحية فرعية منه اختلالاً يجعله مستحقاً للإبطال ، مالم يمنع من ابطاله مانع . فاذا منع من ابطاله مانع ، كما سنرى ، استقر اعتباره وثبت حكمه .

أما الباطل فانه لا يترتب عليه شيء من نتائج العقد الصحيح كما تقدم.

وهذا معنى قول الفقهاء في تعريف العقد الفاسد : انه « **هو العقد المشروع بأصله لا بوصفه** » . بخلاف العقد الباطل ، فإنه عندهم غير مشروع بأصله ولا بوصفه كما تقدم في بحث البطلان (ف/٣٤٦)[1] .

---

(١) - ولتمييز عدم مشروعية أصل العقد عن عدم مشروعية وصفه ينظر الى مقومات العقد الخمسة ، وهي : **العاقدان ، والمحل ، والموضوع ، والركن ،** (الركن هو الايجاب والقبول المعبران عن التراضي أو ما يقوم مقامهما في هذا التعبير) :

فاذا كان النهي منصباً على أحد هذه المقومات ومؤثرا في صلوحها أفاد عدم المشروعية في أصل العقد فيبطل . واذا كان منصباً على ناحية اخرى فرعية من العقد ، وكانت مقوماته هذه كلها سليمة ، فالعقد حينئذ **مشروع الاصل غير مشروع الوصف** . وهذا يستوجب الفساد لا البطلان .

وعلى هذا ، فالنهي عن بيع **الملاقيح والمضامين** قد تعلق **بالمحل** وهو المبيع.

والنهي عن بيع **الملامسة والمنابذة** قد تعلق **بالركن** وهو التراضي ، لعدم قيام طريقة المنابذة والملامسة مقام الايجاب والقبول في نظر الشارع .

وبما أن **المحل والركن** هما من مقومات العقد كان النهي مفيدا عدم مشروعية أصله فيبطل .

وكذلك **عقد المجنون** مثلاً ؛ فان عدم اهلية العاقد كعدم العاقد ، وهو =

ج) — وقد ينهي الشرع عن **الفعل المشروع** الذي ليس في أصله أو أوصافه الذاتية أية مخالفة لنظامه ، وتكون علة النهي أمراً خارجياً محضاً ، كالنهي القرآني عن البيع وقت أذان الجمعة .

فهذا النهي لا يوجب بطلاناً ولا فساداً ، لأن البيع - من حيث انه عقد مدني - هو تام المقومات والشرائط الذاتية ، وانما النهي لمعنى خارجي هو الالتهاء بالعقد عن العبادة الواجبة . فمقتضاه مجرد الحرمة الدينية ، كما لو اشتغل الانسان بمبايعاته عن صلاة اخرى حتى فات وقتها . فإن ذلك محرم ديانة ولكنه لا يؤثر في صحة عقوده التي مارسها عوضاً عن العبادة في وقتها .

ومن هذا القبيل النهي الوارد في السنة النبوية عن خطبة الإنسان على خطبة أخيه ، وسومه على سوم أخيه ، إلا أن يأذن له[1] ، وامثال

= من المقومات فيبطل عقده بطلانا .

وهذا بخلاف عقد الربا فان المقومات فيه كلها سليمة من عاقديه ومحله وركنه وموضوعه الذي هو بيع او قرض . ومتعلق النهي فيه انما هو الفضل في احد العوضين ، وهو **ناحية فرعية زائدة عن المقومات الخمسة** . فيكون عقد الربا مشروعاً بأصله ؛ وانما افاد النهي التشريعي عدم مشروعية ما اشتمل عليه من زيادة خالية عن عوض ، وهي من اوصافه . فيفسد العقد فسادا ولا يبطل بطلانا .

(ر : « الفروق » للقرافي المالكي ، ج ٢ الفرق / ٧٠)

(١) — **خطبة الانسان على خطبة اخيه** : هي أن يكون رجل خاطباً امرأة للزواج ، فيأتي غيره فيزاحمه عليها ويخطبها لنفسه قبل انقطاع المفاوضة مع الاول . =

ذلك من صور النهي . فلا يوجب هذا النهي في النكاح والشراء الواقعين كذلك بطلاناً أو فسادا من الوجهة المدنية القضائية ، وانما يوجب كراهة دينية لمعنى أخلاقي خارج عن عناصر تكون العقد .

ونحن إذا ساوينا بين النتائج في جميع حالات النهي دون نظر الى علة النهي وهدفه ، نكون قد ساوينا بين ماهية عقدية كاملة سليمة واخرى ناقصة .

٣٦٦ — هذا محصل نظر الاصوليين والفقهاء في مبنى نظرية الفساد التي ذهب إليها الاجتهاد الحنفي ، عرضناه هنا بتبسيط وتوضيح[1] .

وقد قال القرافي المالكي في كتابه « الفروق » عن مبنى هذا التمييز بين الفساد والبطلان في نظرية أبي حنيفة « انه فقه حسن » .

والاجتهاد المالكي والشافعي ، خلافاً للحنبلي ، قد تابعا في مواطن دون اخرى التمييز الحنفي بين نهي مفسد لماهية الفعل ونهي

= **وسوم الانسان على سوم اخيه** : هو نظير ذلك في الشراء . اي ان يتقدم الى استيام شيء ليشتريه بينما يستامه شخص آخر . وقد روى الامامان البخاري ومسلم في صحيحيهما أن النبي عليه السلام نهى عن ذلك .

(ر : الهداية وفتح القدير ، فصل البيع المكروه ٦ / ١٠٧ ، ورد المحتار ٤/١٣٢ ، و « نصب الراية لاحاديث الهداية » للزيلعي ، كتاب البيوع ، ج ٤ الحديث/١٤)

(١) — ر : اصول فخر الاسلام البزدوي وشرحه « كشف الاسرار » باب النهي ١ / ٢٥٦ — ٢٩١ / وخاصة الصفحات / ٢٥٨ و ٢٦٦ و ٢٦٨ و ٢٧٠ و ٢٨٠ و ٢٩٠ / وفتح القدير شرح الهداية باب البيع الفاسد ٦ / ٤٢ و ٥٥ و ٩٣ / والبدائع أيضاً ٥ / ٢٩٩ — ٣٠٠)

متعلق بأمر خارج عنها فلا يفسدها . لكنهما على كل حال ، كغيرهما من الاجتهادات ، لم يميزا بين الفساد والبطلان في المعنى والنتائج .

(ر : « الفروق » للقرافي ج ٢ الفرق/٧٠) .

وبذلك يتضح ماتقدمت الإشارة اليه أن العقد الفاسد في نظر الفقهاء يعتبر في مرتبة بين البطلان والصحة ، فلا هو بالباطل المعدوم الاعتبار ولاهو بالصحيح التام الاعتبار . وذلك عندما يكون العقد مستوفياً شرائط ركنه وسائر مقوماته ، وهي الشرائط الاساسية الضرورية لانعقاده ، ولكنه مخالف لنظام التعاقد من حيث اشتماله على ماكان يجب أن يخلو عنه كالشروط الممنوعة ، أو من حيث خلوه عما يجب أن يشتمل عليه كمعلومية محل العقد ، فانه اذا لم يكون معلوماً فسد العقد .

(٣) — التصرفات التي يفترق فيها الفساد عن البطلان

٣٦٧ — رأينا في البحث السابق أن البطلان يجري فى جميع أنواع التصرفات من فعلية وقولية ، عقدية كانت أو غير عقدية.

(ر : ف/٣٤٣ — ٣٤٥) .

أما الفساد فمجاله أضيق من ذلك ، فان التمييز بين البطلان والفساد لايشمل جميع التصرفات ، بل أن منها ماليس له الا مرتبتان : الصحة والبطلان ، فلا فرق فيه بين فاسد وباطل في عدم الاعتبار الشرعي.

غير أن فقهاء المذهب الحنفي الذي أسس نظرية الفساد إلى جانب البطلان في نطاق المؤيدات الشرعية لم يضع فقهاؤه إلى اليوم ضابطاً يقيم حداً واضحاً بين مايجري فيه هذا التمييز بين البطلان والفسادوما لايجري. ولكنهم قد فصلوا أسباب الفساد وأحكامه تفصيلامستوعباً في الفصول التي ميزوا بين بطلانها وفسادها ، كالبيع والاجارة والهبة والمخارجة وغيرها .

وهم يصرحون في بعض الفصول الاخرى أنهالافرق فيهابين فاسد وباطل ، كما في العبادات ، من صلاة وصيام وحج وايتاء الزكاء فانها جميعاً تكون: إما صحيحة مبرئة لذمة المكلف، أو غير صحيحة فلا يسقط بها الواجب . وفي هذه الحال يقال انها فاسدة و باطلة بمعنى واحد.

(ر : رد المحتار ، ج ١ ، أول باب مفسدات الصلاة).

٣٦٨ — ضابط مايجري فيه نظرية الفساد ، ومالايجري .

هذا ، وباستقراء نصوص الفقهاء والأصوليين وتتبع مباحثهم في التمييز بين البطلان والفساد في شتى الفصول الفقهية من الاحكام المدنية يظهر لنا في محل هذا التمييز الضابط التالي :

ان التمييز بين الفساد والبطلان لايجري الا في العقود المالية التي تنشىء التزامات متقابلة ، او تنقل الملكية .

أ) — فيدخل في هذا الضابط عقود البيع والاجارةوالرهن والحوالة والصلح عن المال والمخارجةوالقسمة والشركة والمزارعة

وأمثالها ، لأنها تنشىء التزامات متقابلة .

ويدخل أيضاً عقد القرض والهبة ، لأنهما ينقلان الملكية .

فكل ذلك ، مما يتميز فساده عن بطلانه ، يعتبر مع الفساد منعقداً .

ب — ويخرج عن هذا الضابط جميع التصرفات الأخرى التالية :

١ً — التصرفات الفعلية مطلقاً .

٢ً — التصرفات القولية التي ليست من قبيل العقود ، بل من تصرف الارادة المنفردة كالطلاق ، والاعتاق ، والوقف ، والابراء ، والكفالة ، وكذلك الاقرار .

٣ً — العقود غير المالية كالزواج والوكالة والوصاية والتحكيم فان الوكالة والوصاية والتحكيم عقود تفويض .

٤ً — العقود المالية التي لا تنشىء التزامات متقابلة ، ولا تنقل الملكية ، كالايداع والاعارة .

حتى ان الفقهاء لا يصورون الفساد في الاعارة إلا عندما تكون لقاء عوض فتأخذ حكم الاجارة .

فكل هذه الأنواع من التصرفات التي تخرج عن ذلك الضابط لا يعتبر لها إلا مرتبتا وجود وعدم ، او صحة وبطلان . وليس لها بينهما مرتبة ثالثة هي الفساد . بل إن فسادها و بطلانها بمعنى واحد في الدلالة على عدم وجودها الاعتباري في نظر الشرع[1] .

---

(١) — يلحظ هنا ماسبق بيانه في بحث البطلان من ان النكاح الباطل قد تترتب عليه بعض آثار النكاح الصحيح من نسب و مهر وعدة اذا اعقبه دخول =

وقد عدد الفقهاء في بعض المناسبات التصرفات التي يعتريها الفساد تعداداً يختلف زيادة و نقصاً ، فاوصلوها الى واحد وعشرين، و نظموها شعراً . وصرح بعضهم بتساوي معنى الفساد والبطلان في الوكالة والوصاية والوقف والاقالة والصرف (ر : الدر المختار ورد المحتار باب المهر في النكاح ٢/٣٥٢ - ٣٥٤) .

غير أننا نلاحظ على ذلك ملاحظتين :

١) — انهم لم يستوعبوا جميع ما يستوي فيه الفساد والبطلان .

٢) — ان عدهم الاقالة والصرف مما يستوي فيه الفساد والبطلان غير مسلم به . بل الفرق فيهما بين الفاسد والباطل هو الموافق للقواعد .

= ذلك لانه يعتبر فيه شبهة كافية لاثبات النسب الذي يتوسع الشرع في اثباته احتياطاً . ويتبع ذلك المهر والعدة (ر : ف/٣٥٣) .

وهذا الاثر هو مادعى بعض الفقهاء الى ان يميزوا بين فاسد النكاح وباطله ، لا من حيث **الانعقاد وعدمه** ، **فكلاهما غير منعقد** ، بل من حيث **ثبوت** هذه الآثار **وعدمها** .

— **فالنكاح الفاسد** عندهم هو ذلك الذي يصلح أن يكون فيه شبهة استحلال للمتعة يثبت معها النسب والمهر والعدة وان لم يكن النكاح منعقداً ؛ كالنكاح بلا شهود، ونكاح المعتدة قبل انقضاء عدتها ، وزواج الرجل بمطلقته بعد ثلاث طلقات قبل تحقق اسباب حلها الجديد .

— أما النكاح **الباطل** فهو الذي لا شبهة فيه أصلاً، كالو تزوج رجل احدى محارمه كبنته أو اخته عالماً بالحرمة ، فانه كالزنى المحض بل أفظع . فلا يترتب عليه أثر من نسب أو مهر . وتجب فيه عقوبة الحد على ارجح الآراء المذهبية (ر : رد المحتار في باب المهر ٢/٣٥٠ — ٣٥١/ وفي حد الزنى ٣/٣٥٣ - ٣٥٤) .

٣٦٩ — ملاحظة :

ان العلامة المرحوم علي حيدر افندي قد أجرى نظرية الفساد هذه في الدعوى قياساً على العقود . فقسم الدعوى في كتابه « أصول استماع الدعوى » الى ثلاثة أقسام :

١ — صحيحة ، وهي الدعوى المستوفية جميع شرائطها وتتضمن طلباً مشروعاً ، كطلب ثمن مبيع أو استرداد مغصوب . وهذه يترتب عليها سير المحكمة في اجراءاتها من تكليف الخصم بالجواب عنها ، وتكليف المدعي باثبات مدعاه اذا انكر خصمه الخ ...

٢ — وفاسدة ، وهي الدعوى المستوفية شرائطها الاساسية بحيث تكون صحيحة من حيث الاصل ، ولكنها مختلة في بعض أوصافها الخارجية (أي فيما سميناه ناحية فرعية) ، وذلك كما اذا كان المدعى به مجهولاً بأن ادعى أحد على آخر بدين مثلاً لم يبين مقداره . فهي على هذا الوجه غير صالحة لأن تسير فيها المحكمة ، ولكنها قابلة للاصلاح . وهذه لايجوز ردها فوراً ، ولا السير فيها وتكليف الخصم الجواب عنها . بل يكلف المدعي أولاً تصحيحها بتحديد مدعاه . فاذا صححها واستكمل نواقصها ، والا ردتها المحكمة . ولا يستلزم هذا الرد سقوط الحق بتاتاً ، بل للمدعي أن يجددها على وجه صحيح متى شاء .

٣ — وباطلة ، وهي الدعوى غير المشروعة في أصلها ، كمن ادعى على أحد بطلب صدقة ، أو بطلب تنفيذ عقد باطل . وهذه لا يترتب

عليها حكم ، بل يردها الحاكم عفواً لعدم امكان إصلاحها (ر: « أصول استماع الدعوى » ، ص/٤٣ ـ ٤٥) .

وهذا تفقه حسن وقياس جيد . وان نصوص الفقهاء ـ وان لم تقسم الدعوى غير الصحيحة الى فاسدة وباطلة ، ولم تميز فيها هذا التمييز من حيث الاسم ـ هي مؤيدة له من حيث الحكم والعمل .

وان المادة /٥٠/ من قانون الاصول الحقوقية العثماني تنص على انه اذا كان في الدعوى ابهام تستوضح المحكمة من المدعي لازالة ابهامها ، ولم توجب ردها رأساً .

والتعامل القضائي لدينا في ظل قانون اصول المحاكمات العثماني السابق ، ثم في ظل القانون الجديد ، جار على أن الدعوى المشروعة الاصل لا ترفض لخلل فرعي قابل للتدارك ـ كالجهالة في ناحية فرعية مثلاً ـ الا اذا عجز المدعي عن استكمال نقصها . بخلاف الدعوى غير المشروعة أصلاً ، ولا سيما بعد أن أصبحت الدعوى خاضعة لرسوم مالية ومراسم قانونية ، وردها يضيع على المدعي تكاليف وجهوداً .

فيجب التمييز في الدعاوى غير الصحيحة بين دعوى مشروعة في أصلها قابلة للتصحيح ، فتكون فاسدة فساداً ، ويكلف صاحبها تصحيحها ، وبين دعوى غير مشروعة أصلاً لفقدان شريطة أساسية ، فتكون باطلة بطلاناً .

وبناء على ذلك تضاف الدعوى الى زمرة ماتجري فيه نظرية الفساد ،

وتعتبر مستثناة من الضابط الذي نصبناه ، فانها من التصرفات القولية غير العقدية ، ومع ذلك يميز فيها بين الفساد والبطلان .

(٤) ـ التعريف الاصطلاحي للفساد

٣٧٠ ـ أشرنا فيما سلف الى أن فقهاء المذهب الحنفي الذين أسسوا نظرية الفساد الى جانب البطلان في المؤيدات المدنية ، يعرفون العقد الفاسد بأنه : هو العقد المشروع بأصله لا بوصفه (ر : ف/٣٦٨) .

ونرى أن هذا التعريف لا يعطي صورة واضحة عن حقيقة الفساد ، وانما يكشف عن سببه فقط ، كما أن فيه غموضاً يورث كثيراً من الاشتباه . وبناء على ما تقدم يمكننا أن نعرف الفساد في العقد بمعناه المقصود في اصطلاح الفقه الحنفي تعريفاً آخر بأنه :

هو اختلال في العقد المخالف لنظام الشرعي في ناحية فرعية منهيّ يجعله مستحقاً للفسخ .

وهذا التعريف ، بعد ما سلف من بيان ـ أصبح واضحاً . وهو يمتاز :

١ً ـ بأنه يصور حقيقة الفساد التي هي خلل اعتباري في العقد ، ويشير الى سببه الموجب له وهو مخالفة نظام التعاقد في ناحية فرعية .

٢ً ـ بأنه يصف تأثير الفساد في العقد بأنه يجعله مستحقاً للفسخ والابطال ، فيشير الى نتيجة الفساد التي سنبحث عنها قريباً .

٣ً ـ بأنه يفيد أن العقد الفاسد منعقد . وذلك من طريق وصفه

باستحقاق الفسخ ، اذ لا يستحق الفسخ الا ماكان منعقداً ذا وجود اعتباري قائم في نظر الشرع .

هـذا ، وان استحقاق الفسخ لا يفيد معنى تحتيم الفسخ في جميع الأحوال ، بل يتلاءم هذا التعبير مع الحالات التي يمتنع فيها فسخ العقد الفاسد شرعاً بمانع في بعض الاحوال ، كما سنرى في بحث نتيجة الفساد .

هذا ، ومن تعريف الفساد يفهم تعريف العقد الفاسد .

(٥) ـ أسباب الفساد

الاسباب العامة والخاصة

٣٧١ ـ ان حالات الفساد ، كما يفهم من تعريفه ، ترجع الى سبب عام هو :

مخالفة العقد لنظام الشرعي في ناحية فرعية مهمة

وهذا السبب العام يبرز في العقود بصور عديدة يمسك بها الفقهاء ويحددونها في كل عقد ، فتعتبر هي السبب المباشر في فساده .

وهذه الصور المختلفة للمخالفة الموجبة للفساد منها ماله تأثير مفسد عام في العقود التي يعتريها الفساد ، ومنها ما يختص ببعض هذه العقود دون بعض .

ومن ثم تنقسم أسباب الفساد الى نوعين : عامة وخاصة .

فأما الأسباب الخاصة فيرجع في معرفتها الى شرائط الصحة في كل عقد على حدة من كتب الفقه، ولا مجال لعرضها هنا في هذا البحث العام.

فالشيوع مثلا يفسد الرهن ، ولا يفسد البيع (ر:ف/١٢٤-١٢٥).

والاشتراط الممنوع ، المسمى بالشرط المفسد ، يفسد عقود المعاوضات ولا يفسد الهبة (ر:ف/٢٥١) وهلم جراً ...

وتلك الأسباب العامة للفساد، فيما يظهر لنا بالاستقراء، لا تعدو ثلاثة: الجهالة ، والغرر ، والاكراه ، على رأي من يرى الاكراه موجباً لفساد العقد لا لتوقفه . (ر:ف/١٨٥ ح و ١٩٤ ح) .

وسنشرح هذه الأسباب الثلاثة العامة فيما يلي :

أ) — الجهالة

٣٧٢ — الجهالة المفسدة للعقود في الاجتهاد الحنفي انما يراد بها الجهالة الفاحشة وهي التي تؤدي الى نزاع مشكل. والنزاع المشكل هو الذي يتعذر حسمه لتساوي حجة الطرفين فيه استناداً الى تلك الجهالة .

(ر : البدائع في الاجارة ٤/٢٠٧) .

وذلك كما لو باع انسان شاة غير معينة من قطيع غنم: فالبائع قد يريد اعطاء الرديئة بحجة عدم التعيين . والمشتري كذلك يريد الجيدة بحجة عدم التعيين أيضاً .

وكذا لو تعاقدا إجارة باجرة مجهولة ، أو مزارعةً دون بيان

حصة كل منهما من الحاصل ولا يوجد عرف في مكان العقد ليرجع اليه.

وكذا لو عقد أشخاص شركة دون بيان كيفية تقسيم الربح بينهم (ر: المجلة/١٣٣٦).

فكل ذلك وأمثاله من صور الجهالة مفسد للعقد.

أما الجهالة التي لا تؤدي الى نزاع مشكل فلا تضر بالعقد. وذلك كما لو باع الانسان كل مافي صندوقه أو مافي بيته دون معرفة مافيه. فيصح العقد لأن المبيع، وان كان مجهولا، هو معين بالذات بحد حاصر له متفق عليه وهو الصندوق أو البيت. وهذا التعيين حجة صالحة لالزام كلا المتبايعين وحسم النزاع: فانه اذا ظهر أكثر مما يظن البائع فحجة المشتري عليه راجحة؛ واذا ظهر أقل مما يظن المشتري فحجة البائع عليه راجحة. (ر: رد المحتار ٤/٢١).

وعلى هذا جوز الاجتهاد الحنفي أيضاً اشتراط خيار التعيين في عقود المعاوضة، كما لو بيع أحد أشياء معينة على أن يكون لأحد المتعاقدين من بائع أو مشتر حق تعيين الواحد الذي ينصرف اليه البيع.

وقد أقر الاجتهاد الحنفي اشتراط خيار التعيين هذا قياساً على خيار الشرط (ر: ف/١١ ثامناً) لحاجة المتعاقد الى التروي والمشورة فيهما. وقالوا لا يضر مافيه من جهالة المبيع عند العقد، لانها غير مفضية الى نزاع مشكل، فان تفويض التعيين الى أحد المتعاقدين قد فتح

طريق ازالة هذه الجهالة ، وجعل ارادة المفوض في التعيين ملزمة للآخر برضاه . وهذا صالح لحسم النزاع قضاءً دون تجاوز على ارادة أحد العاقدين .

(ر : الدرر شرح الغرر » كتاب البيوع ٢/١٥٤).

٣٧٣ – الجهات التي تتعلق بها الجهالة المفسدة :

هذا ، وان الجهالة المفسدة للعقد انما ترجع غالباً الى أربع جهات :

١ً — الجهالة في المعقود عليه . وذلك كجهالة المبيع في عقد البيع ، أو المأجور في الاجارة ، أو المصالح عنه في الصلح ، أو الموهوب في الهبة ، وهكذا .

٢ً — جهالة العوض في عقود المعاوضات المالية . وذلك كجهالة الثمن في عقد البيع ، وجهالة البدل المصالح عليه في عقد الصلح .

٣ً — جهالة الآجال في كل مايجري فيه أجل ملزم . وذلك كجهالة المدة المتعاقد عليها في عقد الاجارة ، وجهالة موعد استحقاق الثمن المؤجل في عقد البيع ، أو موعد استحقاق البدل المؤجل في عقد الصلح .

أما الأجل غير الملزم فلا تضر جهالته كمدة استمرار عقد الشركة . فان الشركة عقد غير لازم في الاجتهاد الحنفي . فلو حدد لها أجل جاز للشريك فسخها قبله . فلا حاجة الى معرفة أجلها سلفاً ، بل تستمر حتى يوجد ماينهيها من فسخ قصدي أو موت .

٤ً — جهالة وسائل التوثيق المشروطة في العقد . وذلك كما لو اشترط

البائع على المشتري تقديم كفيل أو رهن بالثمن المؤجل . فيجب أن يكون الكفيل والرهن معينين ، وإلا فسد البيع .

هذا ، ويلحظ في هذا المقام ان الفقهاء في بحثهم عن الجهالة المفسدة يصفونها بانها « الجهالة المفضية الى النزاع » .

هكذا يطلقون التعبير بالنزاع ، وانما مرادهم النزاع المشكل الذي يتعذر حسمه لتساوي حجج الطرفين فيه على نحو ما أوضحناه ، وذلك بدلالة الفروع التي يذكرونها . وإلا فان مطلق النزاع لا يمكن اجتنابه بعد التعاقد ولو كان التعاقد صحيحاً . فالقضاء هو الكفيل باحقاق الحق وحسم النزاع وفقاً لنصوص العقود وقواعد الأحكام . وانما المشكلة عندما يكون في العقد جهالة تصلح متمسكاً لكل من الطرفين في ارادته ، فيتعذر على القضاء حل النزاع دون استبداد وتجاوز على الارادات .

ب) — الغرر

٣٧٤ — الغرر (بفتحتين) هو في اللغة بمعنى التغرير ، أي الايهام والتوريط (ر : القاموس) .

والمراد به عند الفقهاء أن يعتمد التعاقد على أمر موهوم غير موثوق . وسمي كذلك لأن ظاهره يغر العاقد ويورطه في نتيجة موهومة .

وأصله ماثبت في السنة أن النبي عليه الصلاة والسلام « قد نهى عن بيع الغرر » . (ر : النهاية لابن الاثير ، والجامع الصغير ، رقم

/٩٤٣٩/ وشرحه « فيض القدير » للمناوي).

والاجتهاد الحنفي يميز في هذا الصدد بين نوعين من الغرر :

الاول — غرر في أصل المعقود عليه . وهذا يوجب بطلان العقد، وذلك كبيع الحمل في بطن أمه ، فانه باطل لاحتمال أن يكون انتفاخاً، أو أن يولد ميتاً . و كبيع ضربة القانص والغائص ، أي ماسيخرجه الصياد في شبكته ، والغائص في غوصته من السمك أو الدرر . فلا ينعقد البيع في شيء من ذلك للغرر ، فانه أشبه بالقمار . ولذا كانت المباحات لايجوز بيعها قبل احرازها .

والثاني) — غرر في الاوصاف والمقادير ونحوها من النواحي الفرعية . وهذا يوجب فساد العقد ، وهو المقصود هنا .

وأكثر ما يذكر الفقهاء الفساد للغرر في البيوع والشركات :

— ففي البيوع : لو باع شخص بقرة واشترط انها تحلب كذا رطلا ،فالبيع فاسد للغرر ،إذ يمكن أن لاتحلب هذا المقدار تماماً . وهذا بخلاف مالو باعها على أنها حلوب أو غزيرة اللبن . فهذا وصف لاغرر فيه : فاذا تبين أنها لالبن لها تسمى به حلوباً أو غزيرة اللبن في العرف، يحق للمشتري الفسخ بخيار فوات الوصف المشروط .

و كذا لو باع شاة على أنها حامل، أو حامل ذكراً . فالبيع فاسد للغرر .

— وفي الشركات : لو اشترط المتعاقدان في عقد الشركة أن يكون لأحدهما دنانير أو دراهم معينة من الربح فان ذلك غرر ، لاحتمال أن

لاتربح الشركة سوى هذا القدر أو اقل أو لاتربح أصلا أو تخسر . فيشترط لصحة الشركة أن يكون الربح موزعاً بين الشركاء حصصاً شائعة نسبية ، كالنصف أو الربع ، أو كذا في المائة . فاذا شرط لأحدهم مقدار مقطوع فسدت الشركة (ر:م ١٣٣٦)[1]

قال ابن المنذر : « لاخلاف لأحد من أهل العلم في عدم جواز هذا الاشتراط » (ر : فتح القدير ٥/٤٠٢)

ـ وفي **المزارعة والمساقاة** : اذا اشترط كذلك لأحد الطرفين قدر معين مقطوع من محصول الأرض أو ثمر الشجر فسدت المزارعة للغرر . فيجب لصحة العقد أن تكون الحصص من الحاصل شائعة نسبية .

ج) ـ الاكراه

٣٧٥ ـ واما الاكراه فقد اختلف الرأي في الاجتهاد الحنفي

---

(١) ـ يلحظ هنا ان المجلة قد عبرت في هذه المادة **ببطلان** الشركة اذا اشترط فيها مقدار مقطوع من الربح لاحد الشركاء . لكن المراد **الفساد** ، كما تصرح به نصوص الفقهاء في الشركة وهو الموافق للقواعد (ر : الدر المختار ٣/٣٤٤) .

وكثيراً مايتساهل الفقهاء في التمييز بين البطلان والفساد فيطلقون الفاسد على الباطل ، وبالعكس (ر: باب البيع الفاسد في الدر المختار ، وفي الدرر ، وفي الهداية) .

وقد نبه أيضاً على هذا التساهل في التعبير الاستاذ شفيق شحاته في رسالته « نظرية الالتزامات في الشريعة الاسلامية » ، ف/١٦٣) .

حول أثره في العقود اذا عقدت بالإكراه : هل يفسدها افساداً ، أو يجعلها موقوفة ؟

— فذهب الإمام أبو حنيفة الى أن الإكراه يفسد العقد افساداً ، وتترتب عليه جميع أحكام العقد الفاسد . حتى انه لو كان الإكراه في بيع أو هبة مثلا تنتقل فيه ملكية البيع أو الموهوب اذا تم تنفيذ العقد بالتسليم ، وفقاً للاحكام العامة في العقد الفاسد ، كما سنرى في نتائج الفساد .

— وذهب زفر بن الهذيل من كبار أصحاب ابي حنيفة الى أن العقد مع الاكراه صحيح موقوف لا فاسد . فلا يفيد حكمه بالتنفيذ ، بدليل أنه يقبل الاجازة بعد زوال الاكراه باتفاق الآراء . وهذا من دلائل التوقف لا الفساد ، فان الفاسد يفسخ فسخاً ولا يرتفع فساده بالاجازة . فالاكراه مانع للنفاذ لا للصحة .

وقد تقدم ايضاح ذلك في مبحث شوائب الارادة من نظرية العقود فلينظر (ف/١٨٥ متناً وحاشية).

فعلى رأي من يرى الإكراه مفسداً للعقد افساداً يكون الإكراه من أسباب الفساد العامة . وعلى الرأي الآخر يخرج الإكراه عن هذا الموضوع اذ يكون من موانع النفاذ .

وقد بينا هنا أن رأي زفر أوجه من رأي الإمام فيما يظهر . وان المادة /١٠٠٦/ من المجلة يشعر ظاهرها بانها قد اختارت رأي زفر إذ صرحت

بان « العقود الواقعة بالاكراه غير معتبرة ، ولكن اذا أجازها العاقد المستكره بعد زوال الاكراه عنه تعتبر ».

فعدم الاعتبار يفيد عدم ثبوت حكم العقد ولو تم تنفيذه . وهذا انما يتمشى على رأى زفر بالتوقف ، لأن العقد الموقوف هو الذي لا يفيد حكمه قبل الإجازة ولا تنتقل فيه الملكية اذا كان ناقلا لها ولو تم تنفيذه . أما أبو حنيفة فيقول بانتقال الملكية في العقد المعقود بالاكراه اذا تم تنفيذه ، ككل عقد فاسد ، وانما للمستكره حق الفسخ كما أسلفنا بيانه.

٣٧٦ — هذه هي *الاسباب العامة* الثلاثة للفساد في الاجتهاد الحنفي.

ويليها في العموم *الشرط المفسد* ، وهو الشرط التقييدي الممنوع الذي تقدم بيانه في بحث الشروط العقدية من نظرية العقود (ف/٢٥١). فان الشرط المفسد يفسد جميع عقود المعاوضات كالبيع والاستصناع والاجارة والصلح والقسمة والمخارجة ، وكذا عقود الشركة والمزارعة والمساقاة .

وما سوى ذلك فاسباب خاصة ينحصر تأثيرها في بعض العقود : فالشيوع مثلا يفسد الرهن . والتوقيت يفسد البيع . وعدم التوقيت يفسد الاجارة . وعدم التقابض في مجلس العقد يفسد عقد الصرف ... الى غير ذلك مما يرجع في معرفته الى شرائط الصحة في كل عقد على حدة.

(٦) — نتيجة الفساد

٣٧٧ — رأينا فيما سلف أن العقد الفاسد يعتبر منعقداً (ف٣٦٨)

ورأينا في تعريف الفساد : أنه يجعل العقد مستحقاً للفسخ (ف/٣٧٠).

ومن الواضح أن انعقاد العقد يستوجب أثراً له لان العقد الذي لا يترتب عليه اثره اصلا هو الباطل .

واستناداً الى هذا النظر تقرر في الاجتهاد الحنفي ان فساد العقد - بالمعنى الاصطلاحي للفساد وهو أنه مرتبة متوسطة بين الصحة والبطلان - نتيجته هي :

أن يصبح العقد مستحقاً للفسخ بارادة كل من الطرفين وبارادة القاضي[1] .

أي أن العقد الفاسد يفقد قوته الالزامية . فاذا طولب أحد الطرفين بتنفيذه دفع عن نفسه بالفسخ ، وهذا ينافي ترتب الأحكام الأصلية على العقد الفاسد بمقتضى انعقاده . فترتب الحكم نتيجة للانعقاد واستحقاق الفسخ نتيجة للفساد . بحسب التفصيل التالي في هاتين النتيجتين :

(اولا) — ترتيب الحكم على العقد الفاسد :

٣٧٨ — فاما ترتب الحكم على العقد الفاسد بمقتضى انعقاده فانه لا يثبت بمجرد العقد : كما في العقد الصحيح ، بل يتأخر حتى تنفيذ العقد الفاسد : فاذا كان بيعاً فاسدا مثلا لا يملك المشتري المبيع بتمام الايجاب والقبول . بل متى تسلمه فعندئذ يملكه وينفذ تصرفه فيه .

---

(١) — (ر : البدائع ٥/٣٠٠) .

وكذا الهبة الفاسدة بالنسبة لامتلاك الموهوب ، والصلح الفاسد بالنسبة لامتلاك البدل، والقسمة الفاسدة بالنسبة لامتلاك الأقسام، وهلم جراً. (ر : المجلة /٣٦٦ و ٣٧١) .

وفي الاجارة الفاسدة يثبت حكمها وتلزم الاجرة باستيفاء المنفعة فعلا (المجلة /٤٧١) .

ووجهة نظر الفقهاء في تأخير ثبوت حكم العقد الفاسد الى تاريخ التنفيذ أنه ، مادام مستحقاً للفسخ وهو عرضة للابطال حتى بارادة الحاكم اذا علم به دون طلب من احد الطرفين ، فليس من المصلحة الشرعية تعجيل بناء حكم على عقد يوجب الشرع نقضه ، لأن الدفع أسهل من الرفع. ولكن اذا وقع التنفيذ ، والعقد منعقد ، لم يبق مناص من اثبات حكم العقد (ر: الدرر شرح الغرر باب البيع الفاسد ٢/١٧٤) .

٣٧٩ ــ غير أن هذا الحكم الذي يثبت في العقد الفاسد عند تنفيذه لاتثبت فيه الحقوق المتقابلة بحدودها التي حددها العقد . بل يرد الفساد هذه الحقوق المتقابلة الى قواعدها الاصلية التي توجب التعادل في التبادل ، لأن الحدود الاتفاقية في العقد قد فسدت بفساده (ر : البدائع ٤/٢١٨) .

وعلى هذا قرروا في البيع الفاسد انه اذا تم تنفيذه بالتسليم حتى انتقلت الى المشتري ملكية المبيع، وجبت عليه قيمته يوم القبض. والقيمة هي سعر السوق لا ثمنه الاتفاقي المسمى في العقد (ر : المجلة/٣٧١).

وفي الاجارة الفاسدة يستحق المؤجر بتنفيذها أجر المثل كقيمة للمنافع المستوفاة ، لا الاجر المسمى في العقد[1] .

---

* (١) — لكنهم في فساد الاجارة قد اعتبروا الاجر المسمى حداً أعلى ، فيجب اجر المثل على ان لايتجاوز به الاجر المسمى ، الا اذا كان فساد الاجارة ناشئاً عن جهالة الاجرة بسبب عدم تحديدها في العقد ، فيجب فيها عندئذ أجر المثل بالغاً مابلغ (ر : المجلة/٤٦١ — ٤٦٢) .

وهذا بخلاف قيمة المبيع في البيع الفاسد ، فانها تثبت ولو تجاوزت الثمن المسمى فيه .

ويعلل فقهاء الحنفية هذا التفريق منهم بين البيع والاجارة الفاسدين بان الشيء المبيع **ذو قيمة بذاته** . فتجب في حالة الفساد قيمته المعادلة له مهما بلغت .

اما المنافع فهي في الاجتهاد الحنفي **غير متقومة فى ذاتها** ، وانما يقومها العقد . فاذا حدد الطرفان الاجر باتفاقهما لايجوز تجاوزه (ر : البدائع آخر فصل حكم الاجارة ٤/٢١٨) .

غير ان النظرية الحنفية **في عدم تقوم المنافع بذاتها** هي نظرية ضعيفة . وهي عرضة للنقد المر في المذاهب الاجتهادية الاخرى التي تعتبر **المنافع كالاعيان في** التقوم الذاتي ، كما سنرى في الجزء الثاني (المدخل الى نظرية الالتزام العامة) في بحث العين والمنفعة من فصل الاموال .

وقد كان ينبغي في فساد جميع العقود ان يعتبر في الحقوق الثابتة فيها ماحدده العاقدان ، لان فساد العقد لا يعدم الرضى بالحقوق المتقابلة المحددة فيه ، اللهم الا اذا كان فساد العقد ناشئاً عن **جهالة البدل ، او عن الاكراه** عند من يرى الاكراه مفسداً للعقد لا موقفاً لحكمه ؛ فعندئذ يجب ان يثبت العوض المعادل في العقد الفاسد بالغاً ما بلغ .

وقد علمت ان نظرية الفساد بكل مافيها من قواعد واحكام هي اجتهادية **حنفية المنشأ** . فهي أكثر من غيرها قابلية للتعديل بحسب المصلحة او اختلاف الانظار التي يعود تقديرها للاجتهاد ولولي الامر استناداً الى رأي الفقهاء الثقات .

وفي الشركة الفاسدة اذا كانت شركة أموال فالربح الحاصل فيها يستحقه الشركاء بنسبة حصصهم في رأس المال ، لابحسب اتفاقهم في عقد الشركة (ر : المجلة/١٣٦٨).

وإذا كان رأس المال من أحد الطرفين ، كما في شركة المضاربة ، فالربح لرب المال ، وللمضارب أجر مثل عمله ، على أن لا يتجاوز المقدار المشروط له في العقد (ر : المجلة/١٤٢٦).

٣٨٠ ــ ملاحظة : في عقد الرهن لافرق بين صحيح وفاسد :

تستوي في نظر فقهائنا نتيجة الفساد والصحة في عقد الرهن . وهكذا يكون الرهن طرفاً مقابلاً للعقود التي يستوي فيها الفساد والبطلان.

فقد صرحوا بأن الرهن الفاسد تثبت فيه — بالنسبة الى الاستدانة التي تمت بسببه — أحكام الرهن الصحيح ، من حق احتباس المرهون والامتياز في استيفاء الدين منه ، ولو أن الراهن فسخ الرهن بمقتضى الفساد . ويكون المرهون في حالة الفساد مضموناً على المرتهن الدائن بما يعادل الدين كما في الرهن الصحيح تماماً ، وذلك على الراجح من الآراء المذهبية . وذلك لأن الراهن المدين لم يتوصل الى الاستدانة إلا على أساس التوثيق بالرهن . فاذا فسخ الراهن الرهن فعليه إعادة الدين قبل استعادة المرهون . وإن حق احتباس مال الغير لاستيفاء الحق منه قد يثبت شرعاً في حالات كثيرة، دون رهن عقدي، كالوكيل

بالشراء اذا اشترى للموكل ماوكله بشرائه ، فان له احتباسه عن الموكل حتى يؤديه الثمن ، ولو لم يكن الوكيل قد دفع الثمن من ماله ، لأنه عرضة للمطالبة (ر : المجلة/ ١٤٩٠ - ١٤٩١).

فلم يبق فرق بين صحيح الرهن وفاسده من حيث النتيجة ، في حق الاستدانة التي وقعت بسبب هذا الرهن الفاسد . بخلاف الاستدانة السابقة التي تمت خالية عن الرهن ، ثم رهن شيء في مقابلها رهناً فاسداً ، فانه لاتثبت له احكام الرهن الصحيح .

أما الرهن الباطل فإنه لاينعقد أصلاً ، ولا يثبت فيه شيء من أحكام الرهن الصحيح على كل حال[1] .

(ر : الدر المختار ورد المحتار ، آخر كتاب الرهن ٥/٣٣٨-٣٣٩) .

---

(١) - مثال الرهن الفاسد المخالف لبعض شرائطه الفرعية المتممة رهن **الحصة الشائعة** في مقابل دين . فان المرهون فيه هو مال محترم قد رهن في مقابل حق مضمون واستوفى شرائطه الاساسية فينعقد . لكن الشيوع يخل بالقبض اللازم فيكون فاسداً . (ر : ف/١٢٥)

ومثال الرهن الباطل المخالف لبعض شرائطه الاساسية مالو كان الراهن غير ذي اهلية كالمجنون ، أو كان المرهون غير قابل للارتهان كالمال الموقوف . وكذا لوكان الحق المرهون في مقابله غير مضمون ، كالرهن في مقابل الوديعة ؛ فان الوديعة امانة لاتضمن بالهلاك عند الوديع دون تعد او تقصير منه ، فيكون عقد الرهن عبثاً غير مفيد ، اذ لو هلكت الامانة لايستوفى شيء من الرهن عنها . (ر : الدر المختار ورد المحتار ، آخر كتاب الرهن)

ثانياً) — استحقاق الفسخ

٣٨١ — وأما استحقاق الفسخ بمقتضى الفساد فهو مقيد بشريطتين :

الاولى) — بقاء المعقود عليه على حاله بعد تنفيذ العقد .

فيمتنع فسخ البيع الفاسد اذا هلك المبيع عند المشتري أو استهلكه أو غير شكله تغييراً يتبدل به اسمه ، كما لو كان قمحاً فطحنه ، أو كان دقيقاً فخبزه . وكذا اذا أحدث فيه زيادة كما لو كان المبيع داراً فعمرها ، أو أرضاً فغرس فيها شجراً ، أو كان ثوباً فصبغه .

وامتناع الفسخ في جميع هذه الأحوال وأمثالها يترتب عليه أن تستقر الملكية أو الحكم الذي ثبت بتنفيذ العقد الفاسد .

الثانية) — أن لا يؤدي فسخ العقد الفاسد الى إبطال حقوق قد اكتسبها غير المتعاقدين في المعقود عليه ؛ وإلا كان الحق الناشىء للغير مانعاً شرعياً من فسخ العقد السابق بمقتضى الفساد .

وعلى هذا لو تسلم المشتري المبيع في بيع فاسد حتى اعتبر مالكاً له بالقبض ، ثم باعه أو وهبه أو رهنه بعقد صحيح أو وقفه ، امتنع فسخ البيع واستقر الحكم الذي ثبت بتنفيذه . (ر : المجلة/٣٧٢/ والدر المختار ورد المحتار في أحكام البيع الفاسد ٤/١٢٥-١٢٧ و ١٣٠-١٣١ والبدائع ٥/٣٠٠ - ٣٠٢) .

وغاية الفقهاء من منع الفسخ رغم الفساد عند عدم توافر هاتين

الشريطتين انما هي الحرص على استقرار التعامل، وصيانة الحقوق المكتسبة.

٣٨٢ – لمن تكون سلطة الفسخ في العقد الفاسد ؟

وسلطة الفسخ تثبت لكل من العاقدين ، شريطة أن يكون بمحضر الآخر مهما كان سبب الفساد في نظر أبي حنيفة . و كذا للقاضي هذه السلطة (ر : البدائع ٥/٣٠١) .

لكن ذهب صاحبه الامام محمد الى أن الفساد اذا كان ناشئاً عن شرط مفسد مشروط لمصلحة أحد الطرفين على الآخر فحق الفسخ ينحصر بالطرف الذي كان الشرط المفسد مشروطاً لمصلحته ، لانه هو القادر على تصحيح العقد بحذف الشرط ، فلو ساغ للآخر الفسخ لأبطل حقه في التصحيح و تثبيت العقد (ر : البدائع ٥/٣٠٠) .

٣٨٣ — يقول الاستاذ شفيق شحاتة في بحثه عن الفساد ما خلاصته:

« ان القول بانتقال الملك الى المشتري بالقبض في البيع الفاسد هو تصوير حنفي بحت ، وهو جوهر نظرية الفساد . وان المقصود منها في الواقع حماية حقوق الغير ، فلا يصح الاحتجاج بفساد العقد تجاه هذا الغير ، وليس لمالك الشيء الذي خرج من ملكه بعقد فاسد أن يسترده اذا تداولته الايدي ؛ اذ لوصح له ذلك لتزعزعت العلاقات التعاقدية .

فأسباب الفساد كثيرة ، وليس في الفقه الاسلامي طرق لشهر التصرفات [1] ، فيبقى الغير جاهلا لعيوب ملكية من نقل اليه الملك

---

(١) – **اقول** : بل ليس في الفقه الاجنبي الحديث ايضاً طرق لشهر التصرف في الاموال المنقولة بحيث يعلمه من يشاء ، بل لايمكن ذلك في المنقولات . ولذا اقتصرت طرق الشهر القانوني اليوم على التصرفات العقارية بتسجيلها في صحيفة العقار من السجل العقاري ، لامكان ان يكون لكل عقار سجل ، بخلاف المنقولات .

فاذا اشترى كان ملكه متقلقلا .لهذااوجدالفقهاء قاعدة عظيمة الفائدة يمكن بواسطتها الاستغناء عن طرق الشهر ،ذلك انهم اعتبروا التصرف في العين يطهرها من العيوب التي تشوب ملك المتصرف .

ولكن كيف يتيسر لشخص تمليك اكثر مما يملك هو ؟

يظهر ان هذا الاشكال دعا الفقهاء الى تصور انتقال الملك الى المشتري بقبض العين المبيعة في البيع الفاسد ، وان له ان ينقل ملكيتها الى غيره او يرهنها . وعندئذ لايستطيع المالك[1] في هذه الاحوال ان يستردها من الغير . بل له فقط مطالبة المشتري الاول بالعوض ، وهو قيمة الشيء المبيع ».

(ر : رسالة « النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الاسلامية » للاستاذ شفيق شحاته ، ف/١٧٢ - ١٧٣) .

وهذا كلام جيد وفهم سديد في نظرية الفساد[2] .

---

(١) - المراد بالمالك هنا البائع باعتبار ما كان ، لأن ملكيته قدانتقلت .

*(٢) يرى الاستاذ شفيق شحاته آراء أخرى في تحليل نظرية الفساد لانقره عليها ؛ فمن ذلك أنه يرى :

« ان الفساد هو في الحقيقة بطلان ، وان العقد الفاسد هو في الواقع باطل لاأثر له فيما بين العاقدين لان الفقهاء قد نصوا على ان للكفيل ،اذا دفع بمقتضى عقد كفالة فاسد،ان يسترد مادفعه الخ... وتنفيذ العقد الفاسد لايزيل الفساد .

واما قول الفقهاء :« ان القبض ينقل الملكية في البيع الفاسد» فليس الا مجرد تصوير يقصد به تصحيح تصرف المشتري في العين المبيعة ، فتتحقق بذلك حماية حق الغير .

ومما يؤيد عدم انتقال الملك الى المشتري في البيع الفاسد ان العقار المبيع لايؤخذ بالشفعة رغم حصول القبض » اه =

٣٨٤ — الفساد لا يرتفع بالاجازة :

هذا ويجب أن يلحظ ان فساد العقد كبطلانه لا يرتفع بإجازة أحد العاقدين أو كليهما ، لأنه ناشيء عن مخالفة نظام العقد ، وليس

= (الرسالة المذكورة ، ف/١٦٩ — ١٧٠/ بتلخيص)

أقول : يتضح بعد ما اسلفناه من مباحث الفساد المؤيدة بالنصوص ان هذا النظر من الاستاذ شفيق شحاته غير مستقيم الاسباب التالية :

١ — ان الفساد ، كما أوضحناه هو مرتبة ثالثة بين الصحة والبطلان (ر : البدائع ٥/٢٩٩) فالعقد الفاسد لا يمكن ان يعتبر باطلا ، ولا فيما بين المتعاقدين . كيف وإن نصوص الفقهاء تصرح ان العقد الفاسد منعقد ، والباطل غير منعقد !!

٢ — ان الكفالة من التصرفات التي لا يميز فيها بين فاسد وباطل . ففسادها في اصطلاحهم بمعنى البطلان ، كما قد بيناه سابقاً (ر : ف/٣٦٨)

٣ — اذا كان تنفيذ العقد الفاسد لا يزيل فساده ، فهذا لا يستلزم أن يكون باطلا بين المتعاقدين . فان مقتضى الفساد هو استحقاق العقد للفسخ ، وهذا لا يمتنع بالتنفيذ ، بل يمنعه تعلق حق للغير في المعقود عليه .

٤ — أن العقار المبيع بيعاً فاسداً لا يؤخذ بالشفعة من المشتري لا لعدم انتقال ملكيته اليه بالقبض ، بل لان ملكيته فيه عرضة للانتقاض بفسخ البيع للفساد . فبائعه لم ينقطع حقه في استرداده . حتى انه اذا امتنع الفسخ باحد موانعه التي بيناها يحق عندئذ للشفيع من جار أو شريك ان يأخذ بالشفعة . وبذلك صرح الفقهاء في تعليل هذه المسألة (ر : مرشد الحيران ، م/١٠٦ و ١١٥)

بل لقد صرحوا بأن مشتري العقار في البيع الفاسد يصبح هو شفيعاً فيما يبع بجانبه بمقتضى **انه اصبح مالكا** ، ولو ان ملكيته في العقار الاول المشفوع به عرضة للفسخ بحكم الفساد !!

(ر : رد المحتار باب البيع الفاسد ٤/١٢٤ — ١٢٥)

لأحد أن يقر هذه المخالفة . بل يبقى العقد الفاسد مستحقاً للفسخ ولو أجازه المتعاقدان :

ولكن الفساد يمكن ان يزول بإزالة سببه، كما لو كان الفساد لشرط ممنوع مفسد فتخلى الطرفان عن الشرط في مجلس العقد . وكذا لو كان الفساد لجهالة أحد العوضين في البيع ، أو لجهالة نسبة الأرباح في الشركة، فعين الطرفان العوض أو الربح المجهول . فعندئذ يزول الفساد وينقلب العقد صحيحاً ،فان من القواعد المقررة أنه :« **اذا زال المانع عاد الممنوع** » (ر : ف/١٤٣).

٣٨٥ ــ هذه هي نظرية الفساد في الفقه الإسلامي مفصلاً فيها مبناه النظري وأسبابه ونتائجه . وهي ترينا أن الفساد في المؤيدات المدنية مرتبة ثالثة بين مرتبتي الصحة والبطلان يكون العقد معها منعقداً مختلاً ، فيستحق الفسخ . وتثبت له قبل الفسخ آثار بصورة تختلف عما في حال الصحة (ر : البدائع ٥/٢٩٩ وما بعدها) .

٣٨٥/٢ - ترتيب احوال العقد بحسب انواع المؤيدات المدنية :

ويجب أن يلحظ في أحوال العقد بحسب تلك المؤيدات المدنية جميعها الترتيب التالي :

ــ العقد : إما منعقد ، وإما باطل .

ــ والمنعقد : إما صحيح ، وإما فاسد .

ـ والصحيح : إما نافذ ، وإما متوقف[1] او موقوف .

ـ والنافذ : إما لازم ، وإما مخير أو غير لازم .

(ر : المجلة/ ١٠٥ ـ ١١٥ ورد المحتار ٤/١٠٠) .

ويجب الانتباه الى هذا التقابل بين أسماء هذه الاحوال وأسماء المؤيدات المقابلة لها في اصطلاح الفقهاء :

ـ فالانعقاد يقابله : البطلان .

ـ والصحة يقابلها : الفساد .

والنفاذ يقابله : التوقف .

ـ واللزوم يقابله التخيير ، او عدم اللزوم .

ولا يجوز استعمال أحد هذه الالفاظ في غير موقعها ، ولا مقابلتها بغير مايقابلها ، لما يترتب على ذلك من خلط وإيهام ، لاختلاف كل حالة عن الاخرى في المفهوم والاحكام .

(٧) ـ موقف القانون من الفساد

٣٨٦ ـ الفقه القانوني لم يعرف نظرية الفساد التي أسسها الاجتهاد الاسلامي كما عرف نظرية البطلان .

---

(١) ـ العقد النافذ هو مالا يتوقف على اجازة غير العاقدين لعدم تعلق حق لاحد غيرهما فيه . والعقد المتوقف هو مايحتاج الى اجازة غير العاقدين لمساسه بحقه ، كما تقدم في بحث الآثار العامة للعقد في نظرية العقود . (ر : ف/١٩٤)

والاجتهاد الحنفي الذي جاء بنظرية الفساد، وكان عليه قضاء الدولة العثمانية، قد كان من الاجتهادات التي ضيقت من حرية سلطان الارادة في الشروط العقدية، وان كان يعتبر متوسطاً بالنسبة الى غيره كما تقدم (ف/٢١٩ و٢٤٩) وما بعدها .

ومن ثم كان الشرط الذي لا يجوز اشتراطه في العقد يعتبر مفسراً للعقد .

ولما كانت هذه الشروط كثيرة أصبحت حوادث الفساد في العقود كثيرة أيضاً .

وفي أواخر العهد العثماني اتسعت في الدولة التجارة الخارجية مع أوروبا . وتطورت أيضاً أساليب التجارة الداخلية والصناعة . وتولدت في العصر الحديث انواع من الحقوق لم تكن معهودة، كامتياز المؤلف والمخترع وكل ذي أثر فني جديد في استثمار كتابه أو مخترعاته أو آثاره الفنية، مما سمي بالملكية الادبية والصناعية . واحتاج أصحاب هذه الحقوق والامتيازات الى بيعها والتنازل عنها لغيرهم من القادرين على استثمارها . وظهرت في التجارة الخارجية أيضاً حاجة قوية الى عقود التأمين التي عرفت باسم (السوكرة) [1] لضمان الاخطار على البضائع المشحونة ولا سيما في النقل البحري، واتسع مجال عقود الاستصناع

---

(١) - انظر ماتقدم (ف/٢٨٩) .

في التعامل بطريق الايصاء مع المعامل والمصانع . وكذا عقود التعهد بتقديم اللوازم والارزاق والمواد الاولية الى الدوائر الحكومية والشركات والمعامل والمدارس ، مما سمي « عقود التوريد » . وكل ذلك يعتمد على المشارطات في شتى صورها .

وقد ازدادت أيضاً قيمة الزمن في الحركة الاقتصادية . فأصبح تأخر أحد المتعاقدين أو امتناعه عن تنفيذ التزاماته في مواعيدها المشروطة مضراً بالطرف الآخر في وقته وماله أكثر مما قبل .

فلو أن متعهداً بتقديم المواد الصناعية الى صاحب معمل تأخر عن تسليمها اليه في الموعد المضروب لتعطل المعمل وعماله . ولو ان بائع بضاعة لتاجر تأخر في تسليمها حتى هبط سعرها لتضرر التاجر المشتري بخسارة قد تكون فادحة . وكذا تأخر الاجير عن القيام بعمله في وقته ، وكل متعاقد اذا تأخر أو امتنع عن تنفيذ عقده في موعده .

ولا يعوض هذا الضرر القضاء على الملتزم بتنفيذ التزامه الأصلي ، لأن هذا القضاء انما يضمن أصل الحق لصاحبه ، ولا يجبر ضرر التعطل أو الخسارة الذي يلحقه من جراء تأخر خصمه عن وفاء الالتزام في حينه تهاوناً منه أو امتناعاً .

وهذا قد ضاعف احتياج الناس الى أن يشترطوا في عقودهم ضمانات مالية على الطرف الذي يتأخر عن تنفيذ التزامه في حينه .

ومثل هذا الشرط يسمى في اصطلاح الفقه الاجنبي : **الشرط الجزائي** Clause pénale .

وهكذا تضافرت الاسباب والدواعي ، وتمخضت العوامل الزمنية في تطور الحياة الاقتصادية العامة ، فولدت حاجة ملحة الى حرية في أساليب التعاقد أوسع مما كان في قواعد المذهب الحنفي الذي كان هو المذهب المعمول به في قضاء الدولة .

وكانت بعض قواعد نظريتي البطلان والفساد في هذا المذهب بحدودها القديمة ، وخاصة فساد الشروط العقدية ، حائلا دون الاستجابة الى هذه الحاجة .

لذلك ظهر الضيق في حرية التعاقد بسبب الفساد في الشروط وما تفرضه قواعده من قيود ، مع ازدياد حاجة التعامل التجاري والصناعي الى سعة مجال الاشتراط في الحقوق والالتزامات التعاقدية .

٣٨٧ — وقد كانت العصبية المذهبية وضيق التفكير الفقهي اذ ذاك حائلين دون التماس العلاج مما في صيدليات المذاهب الفقهية الاخرى ومستودعاتها من فقه خصيب ، ونظريات سمحة لا تضيق عن حاجة تشريعية اذا ضاق عنها المذهب الواحد ، فلم تأخذ جمعية المجلة في الشروط العقدية بغير المذهب الحنفي من المذاهب التي وسعت في حرية الشروط العقدية توسعة لم تأت القوانين الحديثة بأكثر منها ، كالمذهب الحنبلي . ومذهب ابن شبرمة مما تقدم بيانه في بحث سلطان

الارادة من نظرية العقود [1] .

لذلك شعرت الدولة العثمانية بالحاجة الى وضع نص قانوني جديد يوسع حرية التعاقد ، والشروط العقدية ، وقابلية المحل المعقود عليه ، مادامت المجلة — وهي بمثابة القانون المدني الشرعي العام — لم تحل هذه المشكلة ، لأنها لم تأخذ من غير الاجتهاد الحنفي .

---

(١) ـ وهكذا انقلبت نظرية الفساد **مشكلة** بعد ان كانت **علاجا** . فان الاجتهاد الحنفي انما أسس نظرية الفساد ليقيم بها حاجزاً دون تردي العقد في هاوية البطلان كلما خالف نظامه المشروع كما في بعض المذاهب . فميز الاجتهاد الحنفي بين انواع المخالفات ودرجاتها ، وحصر المخالفات المبطلة في نطاق ضيق . فكانت اصل الفكرة من عبقريات الاجتهاد الحنفي في المنطق الفقهي . وكان من الجيد فيه ان يعتبر الاشتراط الممنوع مفسداً للعقد المشروع الاصل ، لا مبطلا . ولكن دائرة هذه الشروط الممنوعة في الاجتهاد الحنفي لاتزال واسعة ، وحرية المشارطة فيه ضيقة ، رغم انه يعتبر متوسطاً في ذلك بين المذاهب الاخرى التي سلف بيانها في بحث سلطان الارادة .

ومما يلحظ ان الاجتهاد الحنبلي قد شدد جداً في نظرية البطلان ، فاعتبر كل مخالفة للنصوص الآمرة في نظام التعاقد الشرعي ، وكل شرط ممنوع ، سبباً لبطلان العقد . لكنه ضيق دائرة الشروط الممنوعة ففتح لحرية الاشتراط مجالا واسعاً .

اما الاجتهاد الحنفي فقد ضيق نطاق نظرية البطلان بتأسيس نظرية الفساد . لكنه جعل في دائرة الشروط الممنوعة واسعة ، فأورث ضيقاً محرجاً في حرية التعاقد .

وكل من الاجتهادين اوجه من ناحية . فلو يؤخذ من الاجتهاد الحنفي نظريته في التمييز بين البطلان والفساد ، ومن الحنبلي نظريته في سلطان الارادة والشروط العقدية ، لكان منهما احكم نظام مدني في العقود .

٣٨٨ ـ لكن الحكومة العثمانية لم تشأ أن تجابه مجلة الاحكام الشرعية بالتعديل المباشر ، فالتجأت الى قانون اصول المحاكمات الحقوقية الذي لاصلة له بهذا الموضوع ، فاستبدلت باحدى مواده الباحثة عن بعض اجراءات المحاكمة (وهي المادة /٦٤) مادة اخرى جديدة أزلقتها محلها بقانون صدر في ١٥ جمادي الآخرة سنة ١٣٣٢ هـ وقررت فيها المبادىء القانونية الثلاثة التالية :

١) ـ ان كل ماتعورف تداوله من اعيان ومنافع وحقوق يعتبر محلا صالحاً للتعاقدعليه ، ككل مال متقوم . وكذا الاشياء التي ستوجد.

٢) ـ ان كل اتفاق او اشتراط يعتبر ملزماً للمتعاقدين مالم يكن مخلا بالآداب العامة ، اوالنظام العام ، او مخالفاً لنص قانوني خاص ، او لاحكام القوانين العقارية ، اولاحكام الاوقاف ، اولاحكام الاحوال الشخصية ، كالارث والانتقال ، واهلية العاقدين ، وحقوق الاسرة . فهذه ست نواح مستثناة تعتبر احكامها الزامية لايجوز الاتفاق على خلافها .

٣) ـ اذا اتفق المتعاقدان على النقاط الاصلية ـ اي النواحي الاساسية ـ يعتبر العقد تاماً ، ولو لم تذكر النقاط الفرعية . ثم عند الاختلاف في هذه النواحي الفرعية تحددها المحكمة بحسب طبيعة القضية .

٣٨٩ ـ (أ) ـ تحليل المبدأ الاول

فالمبدأ الاول من هذه المبادىء قد جاء تعديلا لبعض أسباب البطلان فيما يتعلق بمحل العقد . فانه جاء بتوسيع قابلية المحل للتقوم .

وهذه القابلية هي من شرائط الانعقاد العامة ، فجعل في ذلك عرف الناس هو الاساس في التقوم ، بينما كان أساسه في نظر فقهائنا هو حل الانتفاع شرعاً : فالخمر كانت تعتبر من الاموال غير المتقومة في حق المسلمين ، فلا ينعقد بيعها وشراؤها ، ولا يضمن متلفها [١] ، فاصبحت في حكم هذه المادة مالا متقوماً ومحلاصالحاً للتبايع وسائر العقود [٢] .

وكذلك الحقوق المجردة كحق الشرب للاراضي ، وحق التعلي في طوابق البناء ، وكالديون في الذمم ، وكالامتيازات في بعض الحقوق القانونية الحديثة مثل حق الملكية الصناعية ، وحق الملكية الادبية للمؤلفين في الطبع والنشر ، وامتيازات اصدار الصحف الدورية من جرائد ومجلات ، وأسماء هذه الصحف ، وأسماء المحلات التجارية

---

(١) ـ أما في حق غير المسلمين فتعتبر الخمر مالا متقوماً شرعاً ، فيجوز تعاقدهم عليها . فيضمن المسلم ما أتلفه من الخمر لغير المسلم ، لان الاسلام أوجب معاملتهم بما يدينون . وهذا من مزيد سماحة الشريعة الاسلامية (ر : رد المحتار ٤/١٠٤)

(٢) ـ بخلاف الحشيش والأفيون ونحوهما من المواد المخدرة التي يمنعها القانون بنص خاص ، فانها بقيت غير متقومة بالنظر الشرعي والقانوني وفقاً للمبدأ الثاني ، فلا تنعقد بيوعها ، بل تجب مصادرتها ويعتبر اقتناؤها جريمة يعاقب القانون عليها .

فنظرية عدم التقوم في المال موجودة أيضاً في النظر القانوني ، لكن مبناها فيه هو المنع القانوني من تداول المال ، لا التحريم الشرعي . وسنرى تفصيل ذلك في فصل الاموال من الجزء الثاني الذي اسميناه « المدخل الى نظرية الالتزام العامة » .

(ر : ج٢ ف/٨٠/ وكتاب « الملكية ونظرية العقد » للاستاذ الشيخ محمد ابي زهرة ف/٤) .

المشتهرة التي يرغب الناس اليوم في شراء اسمائها من أصحابها للاستفادة من شهرتها .

فكل ذلك أصبح بمقتضى هذه المادة القانونية قابلا للبيع وسائر العقود .

ويلحظ أن كل ما يتفرع عن هذا المبدأ من نتائج هو سهل التخريج على قواعد الفقه الاسلامي ، سوى التعاقد على الخمر ونحوها من المحرمات الشرعية .

٣٩٠ — (ب) تحليل المبدأ الثاني

والمبدأ الثاني تضمن تعديلا لبعض أسباب البطلان الاخرى ، وبعض أسباب الفساد ، مما يتعلق بحدود سلطان الارادة في انشاء الحقوق واسقاطها ، وفقاً للقاعدة القانونية القائلة : ان العقد شريعة المتعاقدين .

١) — فبالنظر الى اسباب البطلان نجد ان العقود التي كان يبطلها التعليق على الشرط ، كالبيع والاجارة وسائر المعاوضات والتبرعات قد اصبحت قابلة للتعليق ، وفقاً لاتفاق العاقدين كما تقدم في بحث سلطان الارادة العقدية (ر: ف/٢٥٢) .

وكذلك التعاقد على الالتزامات السلبية ، كعدم الارتفاع بالبنيان أمام الجار أكثر من حد معين ، وعدم تشغيل صاحب معمل لمعمله ، وعدم متاجرة أحد التجار بصنف معين من البضائع ، تخفيفاً للمزاحمة الصناعية أو التجارية .

فكل ذلك وأشباهه قد أصبح التعاقد عليه معتبراً وملزماً بعد أن كان باطلاً في قواعد الاجتهاد الحنفي .

٢) — وبالنظر الى أسباب الفساد قد الغى هذا المبدأ الشرط المفسد ، وهو من أسباب الفساد الخاصة بعقود المعاوضات . فجميع الشروط العقدية اصبحت صحيحة ملزمة ، الا ما كان مخلا بالنواحي الست المستثناة ، وهي النظام العام ، والآداب العامة الخ ..

٣٩١ — وبناء على ذلك اصبح من الجائز قانوناً أن يتفق المتعاقدان ، في العقود المسماة ، على خلاف ماقرره التشريع من احكام في كل عقد منها ، مالم يمنع من مخالفته نص قانوني آمر . فالاصل في تلك الاحكام التشريعية للعقود هو أنها غير الزامية ، وانما ينظمها التشريع والاجتهاد سلفاً ليعتمد عليها العاقدان ، ويستغنيا بذلك عن تفصيلها في العقد . ونتيجة ذلك انها تثبت بين المتعاقدين مالم يتفقا في العقد على خلافها (ر : ف/٢٩٥) .

فلو اتفق المتبايعان على عدم انتقال ملكية المبيع الى المشتري قبل أداء جميع الثمن المؤجل أو المقسط ، أو على عدم ضمان البائع اذا هلك المبيع عنده قبل التسليم ، فذلك على ما اتفقا . وقد كان مثل هذا الاشتراط مفسداً للعقد في نظر الاجتهاد الحنفي ، لان الاصل فيه أن أحكام العقود الزامية ، فاشتراط خلاف مقتضى العقد مفسد له إلا فيما نص على جواز مخالفته .

ومما يدخل أيضاً في شمول هذا المبدأ التعهد بالضمان المالي جزاء للنكول أو للتأخر عن تنفيذ الالتزام، مما يسمى في الاصطلاح القانوني الحديث : الشرط الجزائي clause pénale كما تقدم (ف/٣٨٦) .

والشرط الجزائي هذا يتخرج على مذهب القاضي شريح ، فقد روي عنه نظيره ، كما سلف بيانه (ر:ف/٢٣٤) .

وهذا المبدأ الثاني بجميع نتائجه هو من صميم مبدأ سلطان الارادة. واذا ضاقت عنه قواعد المذهب الحنفي واشباهه من الاجتهادات في حدود حرية الشروط العقدية، ففي الفقه الاسلامي متسع له من المذاهب التي أخذت بالنظر الواسع في حرية الاشتراط ، مما تقدم بيانه في البحث عن سلطان الارادة العقدية في الفقه الاسلامي .

٣٩٢ — (ج) — تحليل المبدأ الثالث

وأما المبدأ الثالث فقد جاء تعديلا لسبب آخر من أسباب الفساد، وهو الجهالة . فانه لم يعتبر الجهالة مضرة في تكوين العقد وصحته اذا كانت في ناحية فرعية منه ، وكانت النواحي الاساسية معلومة متفقاً عليها منذ التعاقد ، أو اتفق العاقدان على أساس صالح لتحديدها فيما بعد . مثال ذلك مالو تبايع اثنان واتفقا على أن يكون ثمن المبيع هو سعره في السوق ، او السعر الذي سيستقر له في ذلك اليوم ، أو اشتراه مرابحة بزيادة عشرة في المائة على رأس ماله بحسب تعريفة رأس المال

التي ستصل الى البائع . فالنواحي الاساسية في كل هذه الامثلة متفق عليها ، فان المبيع معلوم ، والثمن متفق على مقياس تحديده . فلا ضير من عدم معرفة مبلغ الثمن حين التعاقد .

فهذه الجهالة كانت مفسدة للعقد في الاجتهاد الحنفي ، ومبطلة له في بعض الاجتهادات الأخرى . ولكن هذا المبدأ الثالث في المادة /٦٤/ المبحوث عنها قد كتفى لتصحيح العقد بمعلومية النواحي الاساسية اذا اتفق عليها الطرفان . وقد جعل تعيين النواحي الفرعية عند اختلاف المتعاقدين الى المحكمة ، فتعينها بمعرفة الخبراء متخذة من تلك الاسس المتفق عليها مقياساً لتحديد النواحي الفرعية المختلف عليها .

وهذا المبدأ أيضاً قوي المبنى ، وهو مقبول في قواعد الاجتهاد الحنبلي الذي أقر فقهاؤه البيع بما ينقطع عليه السعر ، كما سلف بيانه في نظرية العقود (ر : ف/٢٣٢) .

أما اذا كانت بعض النواحي الاساسية في العقد مجهولة غير متفق عليها ولا على أساس صالح لتحديدها فانها بمقتضى هذا المبدأ تبقى مفسدة للعقد وفقاً للحكم الشرعي في الاجتهاد الحنفي . وذلك كما لو كان المبيع مجهولا ، أو تبايعا او تشاركا على أن يتفقا على الثمن أو على نسبة الارباح فيما بعد ، فهذا عقد فاسد بمقتضى المادة /٦٤/ نفسها ، لأنها لم تصحح من العقود المشتملة على جهالة الا ما كانت الجهالة فيه

فرعية ، وكان متفقاً فيه على النواحي الاساسية أو على أساس صالح لتحديدها فيما بعد [1] .

٣٩٣ ـ موقف القانون المدني السوري الجديد

ان قانوننا المدني السوري الذي صدر ونحن نطبع هذا الكتاب قد أخذه مصدروه عن القانون المدني المصري الجديد الذي نفذ في مصر أيضاً هذا العام ، وهو مستمد من مجموعة قوانين مدنية أجنبية .

وسنرى قريباً ان الفقه الاجنبي خلو من نظرية للفساد تقابل نظريتنا الفقهية .

ومن ثم جاء قانوننا المدني ، وكذا اصله المصري القديم ، خلواً من كل اثر لنظرية الفساد ، غير أنه قد جاء مؤيداً للمبادىء الثلاثة التي كانت اتتنا بها المادة /٦٤/ من قانون اصول المحاكمات الحقوقية العثماني السالفة البيان :

أ) ـ فالمادتان /٨٣ و ١٣٢/ من هذا القانون المدني الجديد أقرتا المبدأ الاول المتعلق بتقوم الاموال وقابليتها :

---

*(١) ـ ان جمهور رجال القانون لدينا الى اليوم يظنون أن المادة /٦٤/ من قانون الاصول الحقوقية المذكورة قد الغت نظرية الفساد الغاء كلياً . وهذا خطأ ، فانها انما الغت الفساد بالشرط المفسد مطلقاً ، فحكمت بصحة الشروط العقدية جميعا إلا ما نصت على منعه استثناء ، وألغت أيضاً الفساد بالجهالة الفرعية فأصبح العقد معها صحيحاً . وبقيت الجهالة الاساسية على اصل الحكم الفقهي مفسدة للعقود .

فقد نصت المادة /٨٣/ على ان « كل شيء غير خارج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون يصح أن يكون محلا للحقوق المالية » .

ونصت المادة /١٣٢/ على « جواز أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلا » فشملت صحة بيع المعدوم الذي سيوجد وما في معناه ، كالثمار قبل مواسمها ، والاجنة في بطون امهاتها .

ب) — والمادتان /١٤٨ و ١٤٩/ منه تضمنتا المبدأ الثاني بشأن حرية الشروط .

فان المادة /١٤٨/ صرحت بمبدإ « ان العقد شريعة المتعاقدين » .

والمادة /١٤٩/ صرحت بانه « يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه ، وبطريقة تتفق مع مايوجبه حسن النية » .

وقد استثنى القانون المدني أيضاً مايتعلق بقواعد الارث والنظام العام والآداب العامة من الاتفاقات المخالفة لها (انظر المواد /١٣٧ و ١٤٦) .

وقد نظم - في القسم الاخير منه - الاحكام العقارية التي لايجوز الاتفاق على خلافها ، كما ترك لاحكام الشريعة الاسلامية بقية الاحوال الشخصية من نكاح وطلاق وغيرهما ، سوى ماجاء فيه من بعض أحكام بشأن أهلية الاشخاص وتسميتهم وموطنهم وما الى ذلك ، فهذه عمد الى تنظيمها في المواد /٣١ - ٥٣/ .

ج) — والمادة /٩٦/ منه تضمنت المبدأ الثالث ، فصرحت بأن

الاتفاق على جميع المسائل الجوهرية كاف لتمام العقد . ثم اذا قام اختلاف بين الطرفين على المسائل الفرعية التفصيلية، فان المحكمة تفصل فيها طبقاً لطبيعة المعاملة وأحكام القانون والعرف وقواعد العدالة .

وبذلك تكون جميع المبادىء القانونية الثلاثة التي تضمنتها المادة /٦٤/ من قانون اصول المحاكمات الحقوقية قد استوفاها القانون المدني الذي هو المحل الطبيعي لهذه النصوص . وقد كان المحل المناسب لها في السابق إنما هو المجلة التي هي القانون المدني الشرعي . ولكن الحكومة العثمانية قد دستها دساً في قانون أصول المحاكمات كما اشرنا اليه .

٣٩٤ ـ رأينا في نظرية الفساد :

وصفوة القول : ان نظرية الفساد في الفقه الاسلامي متينة المبنى، وهي في ذاتها من مزاياه القيمة المفيدة التي انفرد بها في نظام المؤيدات التشريعية ، فجعل منها في طريق البطلان محطة نافعة .

وأما الحرج الذي لوحظ في تطبيقها قبل وجود المادة /٦٤/ من قانون أصول المحاكمات الحقوقية العثماني فلم يكن ناشئاً من نظرية الفساد نفسها ، بل من ضيق حرية المشارطات العقدية في المذهب الحنفي الذي يرى الاصل في معظم احكام العقود انها إلزامية ، فاشتراط خلافها في العقد مفسد له .

على انه لولا نظرية الفساد لكان مثل هذا الاشتراط مبطلا للعقد ، كما في بعض المذاهب الاخرى . فنظرية الفساد قد وجدت لتكون

فرجاً لا حرجاً . ولكن نظرية الشرط الممنوع المفسد حملت عليها سيئاته . فكان الناس بينهما كمن يجلس في الهواء الطلق البارد فيمرض ، فالمرض إنما جاءه من البرد المصاحب لا من الهواء الطلق ؛ او كمن يكثر من علاجٍ نافع له فيؤذيه ، فالذي ضره هو الاكثار لا نوع العلاج !!

وقد بينا ان نظرية الفساد اجتهادية قابلة لان يتصرف فيها الاجتهاد بالتعديل في أسباب الفساد وأحكامه بحسب الحاجة والمصلحة التشريعيتين

ورأينا أيضاً كيف ان تطبيق نظرية الفساد على الدعوى قد كان له أحسن الاثر في الاصول القضائية (ر:ف/٣٦٩) ؛ حتى ان القضاء الاجنبي لم يستغن عن فكرة التمييز بين دعوى ناقصة مختلة قابلة للتصحيح ، ودعوى باطلة غير مشروعة من اصلها ، فترد رأساً ولا تقبل تصحيحاً . فقد طبقوا نظرية الفساد في الدعوى عملياً ، وان لم يعرفوها بهذا الاسم .

وقد أفاد قانون حقوق العائلة العثماني لدينا من تطبيق نظرية الفساد في النكاح ، وفقاً لرأي من يميز في النكاح بين فاسد وباطل من حيث الاثر ، وإن كانا سواء في عدم الانعقاد . فاعتبر القانون المذكور الزواج المخالف لشرائطه الشرعية والقانونية :

ـ فاسداً اذا كان يثبت فيه بالدخول نسب للولد وعدة على المرأة رغم عدم انعقاده : كنكاح المحارم في رأي أبي حنيفة ، والنكاح

بلا شهود ، ونكاح من دون السن التي اشترطها القانون .

ـ وباطلاً إذا كان عديم الاثر لا يثبت معه نسب، كزواج المسلمة بغير المسلم :

(ر : قانون حقوق العائلة ، لائحة الاسباب الموجبة عن بطلان النكاح وفساده ، والمواد /٥٢ ـ ٥٨/ و / ٧٥ ـ ٧٦ منه) .

وهذا تمييز حكيم يفيد في إزالة التناقض النظري من إثبات بعض أحكام لعقد موصوف بالبطلان ، ويقوم على التوسع في معنى الفاسد بحيث يشمل غير المنعقد . وتكون نقطة الافتراق بينه وبين الباطل هي ثبوت بعض آثار التصرف الصحيح أو عدم ثبوت شيء منها .

فجدير بالتقنين الحديث ان يلتفت الى نظرية الفساد مع التعديل في أسبابه وفقاً لمبدإ سلطان الإرادة العقدية ، فيفيد منها كثيرا .

* (٨) ـ نظرية البطلان في الفقه الاجنبي

عرض ، ونقد ، ومقارنة بنظريتي البطلان والفساد في الفقه الاسلامي

٣٩٥ ـ نرى من المفيد ـ بعد بحثنا هذا في نظريتي البطلان والفساد في الفقه الإسلامي ـ أن نلم بعرض موجز لنظرية البطلان في الفقه الاجنبي نخلص منه الى مقارنتها بما رأيناه من ذلك في فقهنا

الإسلامي، ويكون هذا ختام البحث في نظرية المؤيدات الشرعية .

٣٩٦ - تقسيم البطلان الى مطلق ونسبي في الفقه الاجنبي

إن علماء القانون الفرنسي يجعلون بطلان العقود لديهم على نوعين:

البطلان المطلق Nullité absolue .

والبطلان النسبي Nullité relative .

أ) - فأما البطلان المطلق فنظريته لديهم متفقة كل الاتفاق مع نظرية البطلان في الفقه الاسلامي بالفكرة والقواعد والاسباب والنتائج ، حتى لتكاد تكون في احكامها نسخة طبق الاصل عما في الفقه الاسلامي .

فالعقد الباطل بطلاناً مطلقاً عندهم ايضاً ، وان وجد فعلاً ، هو معدوم اعتباراً ، أي غير منعقد . وسبب هذا البطلان فقدان أحد مقومات العقد أو بعض شرائطها . ويترتب على ذلك :

- أن العقد الباطل لا يفيد حكمه وآثاره، ولا يقبل الاجازة، ولا يحتاج الى ابطال من قبل الحاكم .

- واذا تمسك به أحد الطرفين وادعى بطلب تنفيذه فللقاضي من تلقاء نفسه أن يقرر البطلان ويرد الدعوى ، لان العقد في الواقع معدوم فليس بحجة أمام القضاء . وكذا لكل ذي مصلحة غير الطرفين المتعاقدين كالوارث والدائن أن يتمسك بهذا البطلان .

ـــ والدفع بالبطلان المطلق في وجه المدعي لا يسري عليه حكم التقادم .. الى غير ذلك مما سلف بيانه في نظرية البطلان .

وهذا التوافق التام في النظرين الفقهيين الاسلامي والاجنبي في هذا الشأن ناشىء فيما نرى عن الاتفاق على فكرة أن الباطل معدوم اعتباراً في نظر التشريع . فالنتائج الاعتبارية للعدم بعد ذلك تصبح لوازم عقلية لا تختلف فيها الانظار ، الا في حدود بعض الامور المتفرعة الخارجة عن الاعتبار الذاتي في العقد الباطل، وذلك كحدود حماية حق الغير المكتسب بنية حسنة على الشيء بعد العقد الباطل، مثل حق المرتهن من المشتري شراء باطلا .

(ر: الموجز في الالتزامات للاستاذ السنهوري، ف/١٦٥ ـ ١٧٩).

٣٩٧ ـ أما البطلان النسبي في الفقه الاجنبي فهو أن ينعقد العقد على حالة من حالات شوائب الارادة العقدية التي تسمى: «عيوب الرضى» كالتدليس والغلط والاكراه.

ويدخل في البطلان النسبي عندهم حالة نقص الأهلية ، كما في عقد الصغير المميز .

فالعقد هنا في حالة البطلان النسبي منعقد صحيح وموجب لجميع وجائبه الالتزامية بين العاقدين في نظر التشريع، ولكنه قابل للابطال بين العاقدين،

مالم يمس هذا الابطال حقاً قد اكتسبه غيرهما فى المعقود عليه .

والفرق بين البطلانين المطلق والنسبي لديهم هو الفرق نفسه بين البطلان المطلق والصحة ، سوى هذه القابلية للابطال : فالعقد في حالة البطلان النسبي يبقى صحيحاً نافذا الاحكام الى ان يقضى القاضى بابطاله بناء على طلب الشخص الذي شرع حق الابطال لحماية رضاه ومصلحته، كالمشتري المدلس عليه . والعقد بعد ذلك قابل للاجازة ، فينبرم نهائياً باجازته. ويسقط بها حقه فى ابطاله ، ولو كانت اجازته ضمنية كما لو قام بتنفيذ العقد طوعاً بعد علمه بسبب البطلان .

أما الطرف الآخر فليس له حق طلب الابطال لأن العقد في حقه لازم . وكذا ليس للقاضي ،عند الادعاء لديه بتنفيذ العقد ، أن يقرر الابطال من تلقاء نفسه دون طلب صاحب المصلحة ، ككل حق خاص لانسان لا يقضى به دون طلب صاحبه. ومن ثم سمي البطلان : نسبياً لأنه مفروض بالنسبة الى أحد الطرفين المتعاقدين .

وذلك بخلاف حالة البطلان المطلق ، فان العقد فيها معدوم فى الواقع الاعتباري لا يحتج به. فاذا اريد تنفيذه فلكل من يضره التنفيذ أن يتمسك بالبطلان ، وللقاضى ان يقرره من تلقاء نفسه كما تقدم (ر : « الموجز فى نظرية الالتزامات » للاستاذ السنهوري ف/١٦٣ — ١٦٦/ و كولان وكاپيتان droit civil francais ج ٢ ف/٢٥٩ — ٢٦٠)

٣٩٨ - نقد هذا التقسيم الاجنبي

يتضح من ذلك ان البطلان النسبي في الفقه الاجنبي ليس فيه من معنى البطلان شيء لا كثير ولا قليل . بل ليس لحقيقة البطلان فيه ظل. وكل مافيه انما هي قابلية الابطال annulabilité الممنوحة قانوناً لاحد الطرفين صيانة لحقه الخاص .

ومن الواضح أن مجرد قابلية الابطال شيء ، والبطلان شيء آخر. فلا يجوز أن يوصف العقد هنا بالبطلان ولو نسبياً ، لأن العقد القابل للابطال صيانة لحق خاص هو عقد قائم كامل الوجود ، معتبر من كل الوجوه ، منتج لجميع احكامه . أما قابليته للابطال حماية لاحد الطرفين وصيانة لحقه الخاص فانما تسلبه قوته الالزامية فقط ، ولا تسمه بالبطلان قط .

أفلا يرى أن قابلية الابطال للعقد الملزم قد تثبت لأحد الطرفين أو لكليهما بالشرط ، كما اذا اشترط أحد المتبايعين حق فسخ البيع الى مدة معينة ، فانه يثبت له هذا الحق [1] ويكون البيع قابلاً للالغاء

---

(١) - وهذا يسمى في فقهنا : « **خيار الشرط** » ، كما تقدم في مناسبات عديدة (ر : ف /١١/ ثامناً) وفي اصطلاح الفقه الاجنبي يدخل هذا فيما يسمونه : « **شرطاً فاسخاً** » (ر : ف / ٢٥٧) .

بارادة المشترط دون توقف على قضاء القاضي بالالغاء ، ومع ذلك يعتبر العقد قبل إلغائه صحيحاً من كل وجه ، وليس مقبولا في المنطق الحقوقي وصفه بأي لون من ألوان البطلان . ولم يعد الفقه الاجنبي هذه الحالة من صور البطلان النسبي رغم قابلية الابطال القائمة في العقد بمقتضى الشرط .

فأي فرق بين سلب القوة الالزامية عن العقد بمقتضى الشرط ، وبين سلبها بحكم الشرع لشائبة مفروضة تقديراً في رضى أحد الطرفين كي يفسح له المجال أن يقرر رضاه بالعقد او يرفضه إن شاء .

٣٩٩ – يتضح مما سلف أن البطلان ، بالتعبير الصحيح ، لايكون إلا نوعاً واحداً هو البطلان المطلق ، وأن الحالات التي يسمونها بالبطلان النسبي ، ليست من معنى البطلان في شيء .

فهذه الحالات بعضها ، وهو الناشيء عن نقص الاهلية يعتبر في نظر فقهائنا من قبيل التوقف او عدم النفاذ ، فيسمى العقد معه : موقوفاً ؛ كما في بيع الصغير المميز فانه متوقف على اجازة وليه أو وصيه (ر : ف ٣/١٩٤) .

أما باقي الحالات الناشئة عن سائر عيوب الرضى فتعتبر من قبيل سلب اللزوم عن العقود اللازمة ، أي من قبيل التخيير الثابت في حالات عيوب الرضى للعاقد الذي شيب فيها رضاه .

والعقد في هذه الحالات يوصف بانه : **مسلوب اللزوم** ، أي قابل للابطال بارادة الطرف المتضرر الذي شيب رضاه . فيصبح هذا الطرف مخيراً بين الابطال والامضاء ، كما قدمناه في بحث الالزام من نظرية العقود (ف/ ٢٠٣ — ٢٠٨) .

وقد قرر فقهاؤنا قديماً في حالات سلب اللزوم جميع الاحكام التي قررها الفقه الاجنبي الحديث فيما يسميه : البطلان النسبي .

أما الفقه الاجنبي فقد خلط في ذلك بين عدم النفاذ وسلب اللزوم، ثم زج الحالتين في نظرية **البطلان** . فأصبح التعبير **بالبطلان النسبي** عن هذه الحالات يتجلى فيه خداع العناوين !! فاذا عرف القارىء ماتحته من حالات يتبين فيه سوء التسمية واختلاط الفكرة .

وقد كان فقهاؤنا في هذه التقاسيم أدق نظراً وتمييزاً ، وأصح لغة واصطلاحاً [1] .

---

(١) — يلحظ ان القانون المدني السوري ، تبعاً لاصله المصري الجديد، قد استعمل فيه لفظ «**قابلية الابطال**» ترجمة حرفية لكلمة : annulabilité بدلاً من **البطلان النسبي** رغم ان القانونين يعتمدان في الدرجة الاولى الفقه الفرنسي الذي تبنى في الاصل تلك التسمية القانونية الخاطئة .

وقد نبهت مجموعة الاعمال التحضيرية للأصل المصري تحت المادة/١٤٢/ ص/٢٥٨/ وكذا الاستاذ جمال العطيفي في حواشيه على المذكرة الايضاحية تحت المواد/ ١٣٨—١٤١ / الى هذا العدول في التسمية عمداً في المشروع النهائي للقانون. فقد لوحظ ذلك الخطأ في اسم « **البطلان النسبي** » فعدل عنه .

٤٠٠ ـ اختلاف ما يسمونه البطلان النسبي عن الفساد

بعد ماسلف بيانه نخلص الى القول بأن نظرية الفساد في فقهنا الاسلامي ليس لها مقابل أصلا في الفقه الاجنبي . فالبطلان النسبي عندهم لايقابل الفساد عندنا . وانما يقابل حالات سلب لزوم العقد كما أشرنا اليه . وهو يختلف عن الفساد في الغاية والاحكام [1] :

أ) ـ فمن حيث الغاية الشريعية يختلفان اختلافاً أساسياً ، لأن نظرية الفساد انما هي مؤيد حام للنظام الشرعي العام في التعاقد يقصد به تقسيم طريق البطلان ، وايجاد مرتبة ثالثة بينه وبين الصحة يقف عندها العقد المخالف لنظامه ، وذلك للتمييز بين المخالفة الجوهرية الموجبة للبطلان كفقدان ركن العقد ، وبين المخالفة الفرعية كجهالة مفضية الى نزاع مشكل ، على ماسلف بيانه .

قال الامام الكاساني في البدائع ٥/٢٩٩ :

---

(١) ـ يقول الاستاذ الدكتور شفيق شحاته :

« ان هذه التفرقة الهامة ـ بين البطلان والفساد ـ هي من ميزات الفقه الحنفي » وهي تختلف اختلافاً تاماً عما هو معروف في القوانين الحديثة بالبطلان المطلق والبطلان النسبي » .

(رسالة « النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الاسلامية » ف/١٦٣) .

« الفاسد عندنا قسم آخر وراء الجائز والباطل » اهـ .

أما البطلان النسبي في الاصطلاح الاجنبي ـ او سلب لزوم العقد في اصطلاحنا ـ فليس مرتبة ثالثة بين الصحة والبطلان[1] ، وانما هو حق في ابطال العقد الصحيح ممنوح لأحد العاقدين حماية له من ضرر محتمل لم يتحقق رضاه به . وهو موجود في فقهنا الى جانب نظرية الفساد تحت اسم « **سلب اللزوم** » ، كما بيناه . فهو مؤيد لحماية حق خاص ، لا للنظام التشريعي العام كما في نظرية الفساد .

فالفساد بالجهالة المفسدة مثلا لا يقصد به حماية أحد العاقدين ، بل حماية نظام التعاقد الذي يوجب معلومية محل الالتزام وسائر النواحي التي يتوقف عليها تنفيذه ضمن حدود الارادات المنشئة له .

ب) — ومن حيث **الاحكام** قد رأينا أن الفساد لا يزول باجازة

---

(١) — جاء في المذكرة الايضاحية للقانون المصري الجديد عن قابلية العقد للابطال في الحالات التي تسمى بالبطلان النسبي :

« ان هذه القابلية يكون للعقد فيها مرحلتان فقط : مرحلة **الصحة** المنتجة لجميع آثار العقد ، وذلك **قبل ابطاله** ؛ ومرحلة **البطلان** الماحي لآثار العقد من وقت نشوئه ، وذلك **بعد ابطاله** . فليس ثمة مراحل ثلاث : الصحة ، وقابلية البطلان ، والبطلان »

(ر : التقنين المدني المصري) للاستاذ جمال الدين العطيفي تحت المواد / ١٣٨ — ١٤١) .

الطرفين عند فقهائنا ، بل يبقى العقد مستحقاً للفسخ ، ويجوز لكل من الطرفين أن يتمسك بالفساد فيفسخ العقد .

وحكم العقد الفاسد ، أي أثره ، يتأخر فلا يثبت الا بالتنفيذ .

والعوض الواجب بالتنفيذ إنما هو العوض المعادل أي القيمة أو اجر المثل ، لا العوض المسمى في العقد الفاسد كما تقدم(ر : ف/ ٣٧٨ — ٣٧٩/ و/ ٣٨١ — ٣٨٤) .

أما البطلان النسبي في الفقه الاجنبي فنتائجه بعكس ذلك كله كما رأينا .

❀ ❀ ❀

من آثار المؤلف

أ ـــ سلسلة الفقه الاسلامي في ثوبه الجديد

١) ـ الجزء الأول : المدخل الفقهي العام (في مجلدين احدهما هذا)
٢) ـ الجزء الثاني : المدخل الى نظرية الالتزام العامة في الفقه الاسلامي
٣) ـ الجزء الرابع : العقود المسماة في الفقه الاسلامي (عقد البيع)

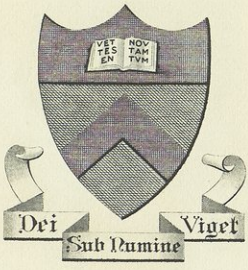
ب ـــ كتب شرعية واسلامية أخرى

١) ـ احكام الاوقاف
٢) ـ « في الحديث النبوي » رسالة مختصرة مبسطة لطلاب الجامعة

ج ـــ كتب قانونية

١) ـ شرح القانون المدني السوري (نظرية الالتزام العامة)
٢) ـ شرح القانون المدني السوري في العقود المسماة (عقد البيع والمقايضة)
٣) ـ نظرية العقد في القانون المدني السوري (محاضرات ألقيت على طلاب معهد الدراسات العربية العالية في القاهرة) .

Library of



Princeton University.

Princeton University Library
32101 071969917