



منشورات جامعة دمشق

كلية الشريعة



النظريات الفقهية



الدكتور

محمد فتحي الدريني

أستاذ في قسم الفقه الإسلامي وأصوله

الدكتور

بديع السيد اللحام

أستاذ مساعد في قسم علوم القرآن والحديث

جامعة دمشق

١٤٤١ - ١٤٤٢ هـ

٢٠١٩ - ٢٠٢٠ م



النَّظَرِيَّاتُ الْفَقْهِيَّةُ



السنة الرابعة

قسم الفقه الإسلامي وأصوله



جامعة دمشق

كلية الشريعة

قسم الفقه الإسلامي وأصوله

النظريات الفقهية

د. بديع السيد اللحام

أ.د. محمد فتحي الدريني

أستاذ مساعد في قسم علوم القرآن والحديث

أستاذ في قسم الفقه الإسلامي وأصوله

١٤٤٢ - ١٤٤١

جامعة دمشق

٢٠٢٠ - ٢٠١٩

المحتويات

١١	مقدمة
١٣	تعريف النظرية العامة
١٨	جهود المعاصرين في صياغة النظريات الفقهية
٥٧	نظرية الحق، والتعسف في استعماله ٢١
٢٣	المبحث الأول: تعريف الحق وتحليله
٣٥	المبحث الثاني: مصدر الحق في الفقه الإسلامي
٤٢	المبحث الثالث: أنواع الحقوق
٤٧	المبحث الرابع: مفهوم التعسف وتمييزه عن مجاوزة الحق
٥١	المبحث الخامس: معايير نظرية التعسف
١٠١	نظرية الظروف الطارئة ٥٩
٦٣	المبحث الأول: مضمون النظرية فقهاً
٦٨	المبحث الثاني: التكيف الفقهي للنظرية
٧٢	المبحث الثالث: أدلة تأصيلها
٧٢	أ - الأدلة الإجمالية
٨٢	ب - الأدلة التفصيلية الخاصة بالنظرية

٨٧	المبحث الرابع : المأل كَأَصْلٍ لِلنَّظَرِيَّةِ
	الباعِثُ وأثرُه في التَّصَرُّفَاتِ والعُقُودِ ١٠٣ ١٢٣
١٠٦	المبحث الأول : معنى الباعِثِ وخصائصه ومكانته
١١٠	المبحث الثاني : تطبيقات الباعِثِ في المذاهب الأربعة
١١٠	١ - مَذْهَبُ الْحَنْفِيَّةِ
١١٣	٢ - مَذْهَبُ الشَّافِعِيَّةِ
١١٥	٣ - مَذْهَبُ الْحَنَابِلَةِ
١١٧	٤ - مَذْهَبُ الْمَالِكِيَّةِ
١٢١	المبحث الثالث : أثر الباعِثِ في التَّبَرُّعَاتِ
	نظريَّة الضَّمانِ (المسؤوليَّة التَّقْصِيرِيَّة والعقدية) ١٢٥ - ١٦٠
١٢٧	الفصل الأول : تعريفُ الضَّمانِ وأدلةُ مشروعيَّته وأسبابُه
١٢٩	المبحث الأول : تعريفُ الضَّمانِ
١٣٢	المبحث الثاني : أدلةُ مشروعيَّة الضَّمانِ
١٣٧	المبحث الثالث : أسبابُ الضَّمانِ
١٣٩	الفصل الثاني : أركان الضَّمانِ
١٤١	المبحث الأول : الفِعْلُ الضَّارُّ تعدياً
١٤٨	المبحث الثاني : الضَّرَرُ

١٥١	المبحث الثالث : الإِفْضَاءُ أوْ عِلَاقَةُ السَّبَبِيَّةِ بَيْنَ الضَّرَرِ وَالتَّعْدِي
	نَظَرِيَّةُ الْعَقْدِ ١٦١ - ٣٩٠
١٦٥	الفصل الأول: مفاهيم تأسيسية
١٦٧	المبحث الأول: تعريف العقد
١٧٣	مَفْهُومُ النَّزْعَةِ الْمَوْضُوعِيَّةِ فِي الْفِقْهِ الْإِسْلَامِيِّ
١٧٤	المبحث الثاني: الفرقُ بين العقدِ وبين الالتزام ، والتَّصَرُّفِ ، والوَعْدِ
١٧٧	الفصل الثاني: المبادئُ العامَّةُ لنَظَرِيَّةِ الْعَقْدِ
١٧٩	المبحث الأول: مَبْدَأُ الرِّضَايَةِ فِي الْعُقُودِ
١٨١	الاستثناء من مَبْدَأِ الرِّضَايَةِ فِي تَكْوِينِ الْعُقُودِ وَإِنْشَائِهَا
١٨٥	المبحث الثاني: مَبْدَأُ حُرِّيَةِ التَّعَاقُدِ
١٩٧	الفصل الثالث: مقوِّماتُ العقدِ
٢٠٢	المبحث الأول : صِيغَةُ الْعَقْدِ
٢٠٥	الفرع الأول : مكونات الصِّيغَةِ
٢٠٧	الفرع الثاني: المادَّةُ اللَّغَوِيَّةُ، والصِّيغَةُ الزَّمَنِيَّةُ لِلْفِظِ
٢١٦	الفرع الثالث: التَّعْبِيرُ عَنِ الْإِرَادَةِ مِنْ دُونِ صِيغَةٍ
٢٣١	المبحث الثاني: شُرُوطُ الصِّيغَةِ (شُرُوطُ انْعِقَادِ)
٢٣٢	الفرع الأول - توافُقُ الْإِيجَابِ وَالْقَبُولِ صَرَاحَةً أَوْ ضَمْنًا

٢٣٣	الفرع الثاني - اتّصالُ القَبُولِ بالإيجابِ في مَجْلِسِ العَقْدِ
٢٣٧	خيارُ المَجْلِسِ
٢٤٠	الفرع الثالث: بقاء الإيجابِ قائماً حتى صُدورِ القَبُولِ
٢٤٣	المبحث الثالث: محل العقد
٢٤٤	الفرع الأول - تعريف المحل وطبيعته
٢٤٥	الفرع الثاني - شروطُ محلِّ العَقْدِ
٢٥٨	الفرع الثالث: وسائل تعيين المحلّ
٢٦٣	الفصل الرابع: آثار العقد
٢٦٧	المبحث الأول : العقد الصّحيح وغير الصّحيح
٢٧١	حكمُ العَقْدِ الباطِلِ (آثاره)
٢٧٢	حكمُ العَقْدِ الفاسِدِ (آثاره)
٢٧٨	المبحث الثاني : العَقْدُ النّافِذُ والعَقْدُ الموقوف
٢٨٠	المبحث الثالث: العَقْدُ اللاّزم وغير اللاّزم
٢٨٢	المبحث الرابع: أقسامُ العَقْدِ بالنّسبةِ لاتّصالِ أثره
٢٨٢	أولاً - العَقْدُ المُنَجَّزُ
٢٨٣	ثانياً - العَقْدُ المُضَافُ
٢٨٥	ثالثاً - العَقْدُ المعلق

٢٨٧	الفصل الخامس: عيوب الرضا
٢٩١	المبحث الأول: الغبن المجرد
٣٠١	المبحث الثاني: التدليس أو التغير
٣٠٧	المبحث الثالث: الغلط
٣٢٠	المبحث الرابع: الإكراه
٣٣٩	الفصل السادس: الخيارات
٣٤٢	المبحث الأول: خيار الشرط
٣٤٦	المبحث الثاني: خيار الرؤية
٣٥٦	المبحث الثالث: خيار العيب
٣٦٣	المبحث الرابع: خيار التعيين
٣٧٣	الفصل السابع: الإرادة المنفردة كمصدر للالتزام
٣٧٥	تعريف الإرادة المنفردة
٣٧٧	أ الجعالة
٣٧٨	ب الكفالة
٣٧٨	ج - الإبراء من الدين
٣٧٩	المبحث الأول: تولي الشخص الواحد طرفي العقد
٣٨٣	المبحث الثاني: الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة

نظريّة الحُكم في الإسلام ٣٩١ - ٤١٠	
٣٩٣	تمهيد
٣٩٥	أولاً - حُكم إقامة الدّولة وجهاز الحُكم في الإسلام
٣٩٧	ثانياً - مظاهر سيادة الدّولة في التّشريع الإسلاميّ
٣٩٨	ثالثاً - مكانة السّياسة والحُكم عند فلاسفة الإسلام
٤٠٠	رابعاً - الرّئيس الأعلى للدّولة في النّظام السّياسيّ في الإسلام
٤٠١	خامساً - مقومات الدّولة الأساسيّة
٤٠٢	سادساً - مفهوم العدل الشّامل
٤٠٦	سابعاً - سيادة التّشريع في النّظام السّياسيّ الإسلاميّ
٤٠٧	ثامناً - نوع نظام الحُكم في الإسلام
٤١١	تاسعاً - الدّستور وقواعد الحُكم الأساسيّة في الإسلام
٤١٤	عاشراً - العلاقات الدّولية في النّظام السّياسيّ الإسلاميّ
٤٢٣	حادي عشر - الأخلاق السّياسيّة في الإسلام
٤٢٦	ثاني عشر - الوجود الدّولي للفرد في النّظام السّياسيّ الإسلاميّ
٤٢٨	ثالث عشر - نظريّة الشّورى في التّشريع السّياسيّ الإسلاميّ
٤٣٥	ملحق : نصّ الصّحيفة المدنيّة (الدّستور)

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله وكفى ، وسلام على عباده الذين اصطفى .

وبعد :

فإن أصل هذا الكتاب مجموعة محاضرات ألقاها أستاذنا العلامة الدكتور فتحي الدريني رحمه الله تعالى في مقرر (النظريات الفقهية) قبل أكثر من أربعة عقود من الزمن ، وسبق أن طُبعت في حينها مرقونة على الآلة الكاتبة ، ولكن أستاذنا رحمه الله لم يُعِد النظر فيها مصححاً ومدققاً ومرتباً ، فاستخرتُ الله تعالى في العناية بهذه المحاضرات وإعادة طباعتها ، فقامت بدراستها دراسةً متأنيةً ساعدتني في إعداد خطة مناسبة لخدمة هذه المحاضرات ، وقد تمثّلت تلك الخطة بالتالي :

أعدتُ تقسيم مباحث كلِّ نظرية من النظريات المدروسة وفق تسلسلٍ منطقي ، وعنونت لكلِّ مبحثٍ بما يدلُّ على مضمونه ، وقد اقتضى ذلك شيئاً من تقديم بعض المباحث أو الفقرات ، وتأخير أخرى .

تكرّرت مجموعة من المسائل والقضايا قمتُ بجمع الكلام فيها في الموضع الأنسب لها .

كان من عادة أستاذنا رحمه الله الإطناب في العناوين وفي كثيرٍ من الفقر مع طولٍ في الجمل ، فقامت بإعادة صياغة ما يحتاج إلى صياغة جديدة مناسبة للمضمون .
وقد قمت بتوثيق النصوص والنقول التي أهمل أستاذنا توثيقها ، وقابلت النصوص والنقول التي وثّقها على طبعات جديدة محقّقة استطعت من خلالها تقويم عددٍ من النصوص التي وقع فيه شيءٌ من التشويش أو التحريف .

قمت بتخريج الأحاديث التي استدلت بها ، وقد تبين لي أثناء العمل وجود
أحاديث شديدة الضعف لا تصلح للاستدلال فحذفتها غير حديث واحد لم أعر عليه
في أي مصدر حديثي متوافر بين يدي علني أجد له أصلاً في قادم الأيام.
ولا أخفي أنني عانيت بعض المشقة في عملي أجد أسبابها متانة سبك أستاذنا
لعباراته.

هذا ولا بد لي من أن أقدم الشكر لكل من أسهم معي في هذا العمل بنصيب،
ومنهم زملائي الدكتور أحمد حسن ، والدكتور محمد خلف ، والدكتور عبد الرحمن
السعدي الذين اطلعوا على هذا العمل فأثفوني بتصويباتهم وملاحظاتهم، كما أشكر
الأخ الدكتور محمود رمضان الذي قرأ طرفاً من الكتاب وأبدى بعض الملاحظات التي
أفدت منها، وأخيراً ليس لي أن أنس شكر الزميل الدكتور عبد الهادي محمد منصور الذي
راجع الكتاب لغوياً.

أسأله تعالى أن يجزي الجميع خير الجزاء ، وأن ينفع بهذا الكتاب ، وأن يجعله في
صحيفة أستاذنا الدُرَيْني رحمه الله ، وفي صحيفة أعمال الصالحة يوم لا ينفع مال ولا
بنون.

وكتب

د. بديع السيد اللحام

بسم الله الرحمن الرحيم

تعريف النظرية العامة

النَّظَرِيَّةُ فِي الاصْطِلَاحِ الْحَقُوقِيِّ الْمُعَاصِرِ: مفهومٌ حقوقيٌّ عامٌ، يُؤلَّفُ نظاماً عاماً، تندرج تحته جزئيات تتوزع في فروع القانون المختلفة، كنظرية الالتزام، ونظرية الحق، ونظرية العقد، ونظرية الملكية...

وقد كتب فقهاء القوانين الوضعيّة أحكامهم القانونية في نظريّاتٍ، وحذا حذوهم ونهج نهجهم الفقهاء المسلمون المعاصرون، فقرّروا ما كتبوه في الجامعات، ودّرّسوه للطلاب، وانتفع به الكثيرون.

هذا؛ ولم نعثُر على تعريفٍ للنظرية العامة فيما بين أيدينا من مصادرِ الفقه الإسلاميّ لسببٍ بسيطٍ، هو أنّ الفقهاء لم يُعَنِّوا ببحثِ النظريّاتِ العامّةِ، بل كانوا يَجْتَهِدُونَ في تحريّ حكم الله تعالى في كُلِّ مسألةٍ أو واقعةٍ على حدةٍ، فيستنبطون لها الحكمَ الذي يقتضيه العدلُ من النصِّ إنْ وَرَدَ فيها، أو دلالةً بالاجتهادِ بالرّأي من قواعد التشريعِ أو معقولِ النصوصِ، آخذين في اعتبارهم ما يحتفُّ بكلِّ مسألةٍ أو واقعةٍ من ظروفٍ مُلابسةٍ، في كُلِّ عصرٍ، بحيث يُمعِنُونَ في تحليلِ الواقعةِ عِلْماً وواقعياً، من خلالِ ما احتَفَّتْ بها من قرائنَ يَرَوْنَ أَنَّ لها دَخَلاً في تشكيلِ علّةِ الحكمِ.

بُرهانُ ذلك وجودُ الاستثناءاتِ مِنَ الأقيسةِ العامّةِ، أو الرُّجوعِ عن الاستثناءِ إلى القياسِ العامِ.

ولكن ليس من معنى هذا ولا من مُقتَضاهُ، أَنَّهُ لا يمكن استخلاصِ نظريّاتٍ عامّةٍ من اجتهاداتهم في الفروع، سواء ما كان منها جارياً على سَنَنِ القياسِ أو مستثنىً منه؛

لأنَّ الاجتهادَ العلميَّ من المؤهَّلينَ له، في المسائل الفرعيَّة المُتجدِّدة، أو التي تغيَّرتْ ظروفها المُلَابسة، بما يقوم عليه من الاستدلال والمنطق التَّشريعيِّ، هو بطبيعته قابلٌ للتَّأصيل، إذ التَّفريع والتَّأصيلُ هما قوامُ الاجتهادِ التَّشريعيِّ كُلِّه.

وَمِنْ ثَمَّ فَإِنَّ ما صدرَ عَنْ فقهاءِ هذه الأُمَّة من اجتهاداتٍ في الفروع، وما استندوا إليه في ذلك من أدلَّةٍ جزئيةٍ وأُصولٍ عامَّةٍ، يُمكنُ أن تُستَخْلَصَ منه نظريَّاتٌ عامَّةٌ، تنفردُ كُلُّ نظريَّةٍ منها بمفهومٍ كليٍّ، ذي موضوعٍ معيَّنٍ، وأركانٍ وشرائطٍ هي ملاكُها وآثارُها التي تُبنى عليها^(١).

ذلك لأنَّ هذه الأحكام التَّفصيليَّة الفرعيَّة العمليَّة يتضمَّنُ كُلُّ منها ذلك المفهوم الكُلِّيَّ، إذ كُلُّ حكمٍ فرعيٍّ يندرجُ تحت قاعدةٍ عامَّةٍ، أو نظريَّةٍ عامَّةٍ يتضمَّنُ - في حدِّ ذاته - المفهومَ الكُلِّيَّ لكلِّ منهما.

وعلى هذا فإنَّ البحثَ في فروعِ النَّظريَّة العامَّة، مثل «نظريَّة الحقِّ» ونظريَّة التَّعسُّفِ في استِعمالِ الحقِّ» ونظريَّة العقد... وغيرها من النَّظريَّاتِ، يمكنُنا من تعريفِ النَّظريَّة العامَّة على النَّحو التالي:

النَّظريَّة العامَّة فقهاً هي:

«مفهومٌ كليٌّ قوامُه أركانٌ وشرائطٌ وأحكامٌ عامَّةٌ يتَّصلُ بموضوعٍ عامٍّ معيَّنٍ، حيث يتكوَّنُ من كُلِّ أولئك نظامٌ تشريعيٌّ مُلزمٌ يشملُ بأحكامه كُلَّ ما يتحقَّقُ فيه مناطٌ مَوْضوعيٌّ».

(١) إنَّ التَّأصيلَ في الفقه الإسلامي، وبناء نظريَّاتٍ عامَّةٍ على أساس من فروعهِ اجتهادٍ شاقٌّ ومُضنٍّ، يحتاجُ إلى كثيرٍ من الصَّبْرِ والأناة، بالنَّظرِ لتعقُّدِ أسلوبِ مصادره، فضلاً عن احتياجه إلى سعة الثَّقافة والتَّعمُّقِ في علمِ الأُصولِ باعتباره من أهمِّ أدواتِ الاجتهاد.

ومناطق النظرية مضمونها الموضوعي الذي ينهضُ به أركان معينة وشرائط لهذه الأركان، أمّا ما يُبنى على ذلك من أحكامٍ تترتب على تحقيق هذا المناط فهي آثارها.

تحليل التعريف وبيان محترزاته:

١ - النظرية العامة لا تتعلق بمسألةٍ خاصّةٍ تفصيليّةٍ فرعيّةٍ مُعيّنة بالذات، لذا قلنا: إنها «مفهوم كليّ» تندرجُ تحته وقائع لا تُحصى كثرةً، مما يتّصلُ بموضوعه، ويتحقّق فيه مناطه.

٢ - النظرية ليست «قاعدةً عامّةً»^(١)؛ لأنّه ليس للقاعدة أركان، كما أنّها ذات حكمٍ واحدٍ، بخلاف النظرية فإنّها تقوم على أركانٍ وشرائط لا بدّ منها لقيام هذه الأركان - كما أشرنا - ولذا من الممكن أن تقوم النظرية العامة على عدّة «قواعد كلية» أو معايير، يؤكد هذا قولنا في تعريفها: «وأحكام عامة» ومعلومٌ أنّ القاعدة ليس لها إلّا حكم واحد.

(١) القاعدة المستنبطة اجتهاداً يطلق عليها «القاعدة الفقهية» أو الأصل الفقهي العام، تميّزاً لها عن النظرية الفقهية، وعن الأصل التشريعي العام. و «الأصل التشريعي العام» هو كُلُّ أصلٍ عامٍّ نصّ عليه المُشرّع في القرآن الكريم، أو في السُنّة المطهّرة.

وأما النصّ الجزئي الذي وردَ بخصوص مسألة بعينها في القرآن أو السنة فهو أصلٌ تشريعيّ خاصّ، ويمكن أن يكون أصلاً يقاس عليه غيره إذا استنبطت علته وحدّدت، وتحقّقت في الفرع المقيس، وحينئذٍ يتّخذ الحكم في الأصل والفرع، لاتحادهما في العلة التي هي مبنى الحكم، وبذلك يكتسب النصّ التشريعيّ الخاص قوّة منطقيّةً تشريعيّةً بتعليقه؛ لأنّه يُصبح شاملاً لوقائع لا تُحصى بمعقوله وروحه (علته) ومحكومةً بالتالي بحكمه، بعد أن كان خاصّاً في منطوقه، أو بعبارة أخرى: يُصبح عامّاً بمعقوله وإن كان خاصّاً بمنطوقه.

فتلخص: أنَّ النَّظَرِيَّةَ الْعَامَّةَ تَفْتَرِقُ عَنِ الْقَاعِدَةِ الْعَامَّةِ، مِنْ حَيْثُ إِنَّ النَّظَرِيَّةَ قَوَامُهَا أَرْكَانٌ وَشُرَاطُطٌ لِهَذِهِ الْأَرْكَانِ يَتَرْتَبُ عَلَيْهَا أَحْكَامٌ، هِيَ حُلُولُ لُجُزِّيَّاتِهَا، وَلَيْسَ الْقَاعِدَةُ الْكُلِّيَّةُ كَذَلِكَ، الَّتِي تَنْطَبِقُ بِمَفْهُومِهَا الْكُلِّيَّ عَلَى مَعْظَمِ جُزْئِيَّاتِ مَوْضُوعِهَا.

٣- لِكُلِّ نَظَرِيَّةٍ عَامَّةٍ مَوْضُوعٍ مُعَيَّنٍ، فَإِذَا تَحَقَّقَتْ فِي جُزْئِيَّةٍ تَتَّصِلُ بِهَذَا الْمَوْضُوعِ الْأَرْكَانَ وَالشُّرَاطُطَ فَقَدْ تَحَقَّقَ مَنَاطُ هَذَا الْمَوْضُوعِ فِيهَا وَانْسَحَبَ عَلَيْهَا مَا يَنَاسِبُهَا مِنَ الْحُكْمِ الْمَنْصُوصِ عَلَيْهِ فِيهَا.

وإِنَّمَا قُلْنَا: «الْحُكْمُ الْمُنَاسِبُ» لِأَنَّ لِكُلِّ حَالَةٍ مِنَ الْحَالَاتِ الَّتِي تَتَّصِلُ بِمَوْضُوعِ النَّظَرِيَّةِ حُكْمًا يُعَدُّ حَالًا يَقْتَضِيهِ الْعَدْلُ فِيهَا.

فَقَدْ يَكُونُ الْحُكْمُ - فِيمَا نَحْنُ بِصَدَدِ الْبَحْثِ فِيهِ - فَسَخَ الْعَقْدَ بِالنِّسْبَةِ لِحَالَةٍ مُعَيَّنَةٍ، وَقَدْ يَكُونُ إِنْقَاصَ قِيَمَةِ الْإِلْتِمَازِ، أَوْ مَقْدَارَهُ بِالنِّسْبَةِ لِأُخْرَى، أَوْ إِرْجَاءُ تَنْفِيذِهِ، إِنْظَارًا لِلْمُعَسَّرِ، أَوْ تَوْزِيعَ عِبَاءِ الْخَسَارَةِ عَلَى طَرَفِيهِ ... وَهَكَذَا، فَلكُلِّ حَالَةٍ مَا يَقْتَضِيهِ الْعَدْلُ مِنَ الْحُكْمِ، دَرَاءً لِلضَّرَرِ بِقَدْرِ الْإِمْكَانِ، وَإِعَادَةَ التَّوَازُنِ مِنْ دُونِ فَسْخِ مَا أَمُكِنَ.

٤- أَمَّا كَوْنُ التَّشْرِيعِ الَّذِي تَضَمَّنَتْهُ هَذِهِ النَّظَرِيَّةُ إِذَا تَحَقَّقَتْ أَرْكَانُهَا وَشُرَاطُطُهَا (مَنَاطُهَا) مُلْزِمًا، فَلَأَنَّ هَذِهِ النَّظَرِيَّةَ إِنَّمَا تَضَافِرُ عَلَى إِثْبَاتِهَا وَتَشْيِيدِهَا أَحْكَامَ شَرْعِيَّةٍ تَفْصِيلِيَّةٍ لَا تُحْصَى كَثْرَةً، فَارْتَقَتْ أَحْكَامُهَا إِلَى مَسْتَوَى الْقَطْعِيَّةِ، أَوْ غَلْبَةِ الظَّنِّ عَلَى الْأَقْلِ، وَكُلْتَاهُمَا تَوْجِبُ الْإِلْزَامَ وَوُجُوبَ الْعَمَلِ.

وَلَأَنَّ غَلْبَةَ الظَّنِّ بِالْحُكْمِ الْاجْتِهَادِيِّ فِي فِرْعٍ مُعَيَّنٍ تَوْجِبُ الْعَمَلَ فَإِنَّ الْعَمَلَ بِمَا تَشْهَدُ لَهُ فِرْعٌ شَيْءٌ أَوَّلِي.

وَنَتَجَّ عَنْ ذَلِكَ مَا يَلِي:

أَوَّلًا - إِنَّ إِهْدَارَ مَضْمُونِ النَّظَرِيَّةِ - وَاسْتِخْلَاصَهُ مِنْ أَشَقِّ الْاجْتِهَادَاتِ الْفَقْهِيَّةِ أَوْ إِطْرَاحِ تَطْبِيقِ أَحْكَامِهَا، عَلَى جُزْئِيَّاتِ مَضْمُونِهَا، بَعْدَ تَحَقُّقِ هَذَا الْمَضْمُونِ أَوْ الْمَنَاطِ

فيها - إنما هو في الواقع إهدارٌ لتلك الأحكام التفصيلية التي نهضت بها، والثابتة نصاً أو دلالةً، وهذا لا يقول به عاقلٌ، فضلاً عن مجتهدٍ؛ لأنَّه مضادةٌ لإرادة المشرع الحقيقية، وإطراح للعمل بأصلٍ معنويٍّ عامٍّ ثابتٍ قطعاً أو في الغالب من الظنِّ.

والأصلُ المعنويُّ العامُّ كالأصل اللفظي العام، كما يقول الإمام الشاطبي، من جهة قوَّة الاحتجاج به، وصحَّة بناء الأحكام عليه^(١).

ثانياً - إن الشارِعَ الحكيم، إذ شرع تلك الأحكام التفصيلية نصاً، أو استنبط بعضها المجتهدون من معقول النصوص، أو أدلة الأحكام العامة، ثم استخلصت منها النظرية العامة اجتهداً فقد شهد لها بالاعتبار شواهد كثيرة، أو بعبارة أخرى: تعدد اعتبار الشارِع لمضمونها، وأحكامها بقدر ملاحظته لذلك المضمون في كُلِّ فرعٍ أو دليلٍ عامٍّ؛ لأنَّ كُلَّ فرعٍ من تطبيقاتها، ينطوي على مضمون النظرية كملاً، وإلا ما كان تطبيقاً لها، ولا تعدد اعتبار الشارِع لأساسٍ كُلِّ حكمٍ فيها.

ومن هنا كانت إرادة الشارِع فيها واضحة وحقيقية، مضموناً وحكماً مما يؤكد كونها مقصوداً للشارِع قطعاً. وهذا من جهة النظر العقلي المحض.

أما من جهة التطبيق والعمل، فإنَّ تحقيق مضمونها أو مناطها في الوقائع المعروضة، ليُبتنى عليها الحكم المناسب من أحكامها، تحقيقاً لمراد الشارِع، فقد أضحي واجباً شرعاً. على أنَّ الحكم التطبيقي العملي لا يشترط فيه أن يكون قطعياً، بل تكفي فيه غلبة الظن لوجوب العمل كما قدَّمنا.

هذا فضلاً عن الأصول العامة التي تستندُ النظرية إليها واستشهد بها الفقهاء في معرض استدلالهم في الفروع.

(١) راجع كتاب (أصول التشريع الإسلامي) للأستاذ الدكتور الدريني رحمه الله.

بعض من جهود المعاصرين في صياغة النظريات الفقهية:

كانت النواة الأولى في هذا المضمار للشيخ أحمد إبراهيم في مذكّرة جامعية في (بيان الالتزامات ، وما يتعلّق بها من أحكام في الشرع الإسلامي)

ثم كتب الشيخ محمود شلتوت شيخ الأزهر سابقاً في (المسؤولية المدنية والجناائية في الشريعة الإسلامية) وهو بحث قيّم قدّمه إلى مؤتمر لاهاي^(١).

ثم قدّم الشيخ شوكت العدوي رسالته في الدكتوراه بعنوان (نظرية العقد في الفقه الإسلامي).

وكتب الشيخ محمد أبو زهرة كتابه الجهير (الملكية ونظرية العقد).

وكتب الدكتور محمد يوسف موسى (الأموال ونظرية العقد).

وأما الشيخ مصطفى أحمد الزرقا فقد كان فارس هذا الميدان في كتابه العظيم (المدخل الفقهي العام) الذي تناول فيه نظريات (الملكية، والعقد، والعرف، والمؤيدات الشرعية، والالتزام العام) وقد كان كتابه مقررّاً في كليتي الشريعة والحقوق في جامعة دمشق.

(١) عقد في مدينة لاهاي سنة (١٩٣٨م) مؤتمر القانون المقارن مثّل فيه الأزهر، وقد أكّد فيه ممثلو الأزهر على نفي كلّ علاقة مزعومة بين القانون الروماني والشريعة الإسلامية، وذلك من خلال الأبحاث التي قدّموها ومنها بحث (المسؤولية المدنية والجناائية...)، وكان أنّ سجّل المؤتمر قراره التاريخي بالنسبة إلى فقهاء التشريع الأوروبيين، وجاء فيه:

١ - اعتبار الشريعة الإسلامية مصدراً من مصادر التشريع العام.

٢ - وأنها حيّة قابلة للتطور.

٣ - وأنها شرع قائم بذاته ليس مأخوذاً من غيره.

ينظر تاريخ التشريع الإسلامي للسبكي والسايس والبربري (٣٢٢-٣٢٣).

هذا وقد توالى التّأليفُ في النّظريّاتِ الفقهيّة، وكثرت الرّسائلُ الجامعيّة التي أسهمت في بناء هذا المنهج في تصنيفِ الفقه الإسلاميّ، ومنها رسائل ودراسات نُوقشت في كلية الشريعة بجامعة دمشق، أذكر منها:

- نظرية الأجور في الفقه الإسلامي: للزميل الدكتور أحمد حسن.
- نظرية المنفعة في الفقه الإسلامي: للدكتور تيسير برمّو.
- نظرية الربا في الفقه الإسلامي: للدكتور عبد العظيم أبو زيد.
- نظرية الفسخ وتطبيقاتها في الفقه الإسلامي: للدكتور حوران سليمان.
- النظرية العامة في تفسير النصوص في الفقه الإسلامي: للدكتور وائل يبرودي.



(نظريّة الحقّ، والتّعسف في استعماله)

في الفقه الإسلاميّ

المبحث الأول: تعريف الحقّ، وتحليله.

المبحث الثاني: مصدر الحقّ في الفقه الإسلاميّ.

المبحث الثالث: أنواع الحقوق

(الذاتي ، الغيري أو الوظيفي ، التقديري)

المبحث الرابع : مفهوم التعسف، وتمييزه عن مجاوزة الحقّ.

المبحث الخامس: معايير نظريّة التعسف في الفقه الإسلاميّ.

المبحث الأول

تعريف الحق وتحليله

١ - الحق لغة: يقول ابن فارس^(١): «حَقَّ: الحاء والقاف أصل واحد، وهو يدلُّ على إحكام الشيء وصحته. فالحقُّ نقيضُ الباطل، ثُمَّ يَرْجِعُ كُلُّ فَرْعٍ إِلَيْهِ بِجُودَةٍ الاستخراج، وحسن التلْفِيحِ، ويُقال: حَقَّ الشيء: وَجَبَ».

وقال الخليل^(٢): «حقَّ الشيء يحقُّ حقاً؛ أي: وَجَبَ وجوباً. وتقول: يُحقُّ عليك أن تفعل كذا، وأنت حقيقٌّ على أن تفعله. وحقيقٌّ فَعِيلٌ في موضع مفعول. وقول الله عزَّ وجلَّ: ﴿حَقِيقٌ عَلَى أَنْ لَا أَقُولَ﴾ [الأعراف: ١٠٥] معناه: محقَّقٌ، كما تقول: واجِبٌ». ويُطلق الحقُّ لغةً على المَلِكِ، والمالِ، والأمرِ الموجودِ الثَّابِتِ أو الثُّبُوتِ، مِنْ حَقِّ الشيء إذا ثبتَ ووجِبَ، ومنه قوله تعالى ﴿لَقَدْ حَقَّ الْقَوْلُ عَلَى أَكْثَرِهِمْ فَهُمْ لَا يُؤْمِنُونَ﴾ [يس: ٨].

وما وردَ من الاستعمالاتِ اللَّغَوِيَّةِ للكلمةِ يدورُ حولَ معنى الثُّبُوتِ والوجوبِ.

٢ - تعريف الحق عند الفقهاء:

لم يُعَنَّ الفقهاء بتعريفِ الحقِّ بمعناه العام في الشرع، اعتماداً منهم على المعنى اللَّغَوِيَّ للكلمة، ولعلَّهم رأوا أنَّه من الوضوح بحيث لا يحتاجُ إلى تعريفٍ^(٣).

(١) في معجم مقاييس اللغة (٢/ ١٥).

(٢) في معجم العين (٣/ ٦).

(٣) الحقُّ والذمة للأستاذ علي الخفيف (٣٦).

غير أن بعض الفقهاء عرّفه بتعريف يكتنفه الغموض، كما يلزم منه الدور، فقال: (الحق ما يستحقه الرجل)^(١) فلفظ (ما) عام، يشمل الأعيان والمنافع وال حقوق المحددة، هذا فضلاً عن إهامها، كما أن الاستحقاق الوارد في التعريف متوقف على تعريف الحق، وهذا يتوقف على معرفة الاستحقاق، فيلزم الدور، وهو عيب في التعريف كما يقول المناطق^(٢).

وقال البردوي^(٣): (الحق: الموجد من كل وجه، الذي لا ريب فيه في وجوده).

استعمالات الفقهاء للحق:

والمتبّع لكلمة الحق في استعمالات^(٤) الفقهاء يرى أنهم لم يطلقوا الحق على مفهوم واحد، بل على معانٍ متعدّدة مأخوذة من المعاني اللغويّة لكلمة (حق). أطلق الفقهاء كلمة الحق في بعض الحالات على جميع الحقوق الماليّة وغير الماليّة، فيقولون: (حق الله، وحق العبد)^(٥).

ويريدون أحياناً أخرى مرافق العقار، ك(حق المسيل، وحق الطريق). وأحياناً على ما ينشأ عن العقد من التزامات غير الالتزام الذي يُعتبر حكم العقد، فعقد البيع حكمه نقل ملكيّة المبيع، ولكنّ حقوقه تسليم المبيع، ودفع الثمن^(٦).

(١) البحر الرائق شرح كنز الدقائق (٦ / ١٤٨).

(٢) ينظر في الاستعمالات الفقهيّة، كتاب الحق والذمة، للأستاذ علي الخفيف (٣٤ وما بعدها) وأحكام المعاملات الشرعيّة للمؤلف نفسه (٣١ - ٣٢)، والمنار وحواشيه (٨٨٦/١).

(٣) كشف الأسرار شرح أصول البردوي (٤ / ١٣٤).

(٤) شرح المنار وحواشيه (٨٨٦/١) مقاييس اللغة (٢ / ١٥).

(٥) الحق والذمة (٣٤) أحكام المعاملات الشرعيّة (٣٠ - ٣٢).

(٦) الأشباه والنظائر (١ / ١٢١)، وراجع المدخل إلى نظرية الالتزام للأستاذ الزرقا (٢، هـ: ٣٩).

يَتَّضِحُ من هذه التَّعَرِيفَات - على ما فيها من إِبْهَامٍ وَبُعْدٍ عن تصوِيرِ ماهِيَّةِ الْحَقِّ - أنَّهَا تدورُ حول المعنى الواضِحِ لِلْحَقِّ بمعناه اللُّغَوِيِّ من الوجودِ والثُّبُوتِ.

نعم نقل ابنُ نجيم تعريفاً لحَقِّ الْمِلْكِيَّةِ عن (الحاوي القدسي)^(١) بأنَّه: (اختصاصُ حاجزٍ شرعاً، يُحوِّلُ صاحِبَه التَّصَرُّفَ إِلَّا لِمَانِعٍ) وهو تعريفٌ يكشفُ عن أَهَمِّ خَصِيصَةٍ لِلْحَقِّ بمعناه العام، ف(الاختصاصُ) جنسٌ في التَّعَرِيفِ، و(الاختصاصُ) جوهرٌ كُلُّ حَقٍّ، وهو عبارةٌ عن علاقةٍ أو رابطةٍ بَيْنَ شخصٍ وشيءٍ، أو بَيْنَ شخصٍ وشخصٍ، تمنَحُ صاحبها استِثْناءً على موضوعها^(٢).

٣- تعريفُ الْحَقِّ عِنْدَ الْأُصُولِيِّينَ:

عُنِيَ الْأُصُولِيُّونَ بتقسيمِ الْحَقِّ في بابِ الْحُكُومِ بِهِ - وهو فعلُ الْمَكْلَفِ الَّذِي يَتَعَلَّقُ بِهِ خِطَابُ الشَّارِعِ^(٣) - وقد قَسَّمُوهُ إلى قسمينِ رَئِيسِيَّينَ:

حَقُّ اللَّهِ: وهو (ما يَتَعَلَّقُ بِهِ النَّفْعُ الْعَامُّ لِمَجْمِيعِ الْعَالَمِ، فلا يَخْتَصُّ بِهِ وَاحِدٌ بَعِيْنَه)؛ وإِضافته إلى اللَّهِ تعالى لعَظِيمِ خَطَرِهِ وَشُمُولِ نَفْعِهِ.

(١) الحاوي القدسي، في فروع الحنفية، للقاضي جمال الدين أحمد بن محمد بن نوح القابسي الغزنوي الحنفي (ت: ٥٩٣هـ).

وتعريفه ل(حَقِّ الْمِلْكِيَّةِ) بأنَّه: (اختصاصُ حاجزٍ ... إلخ) يدلُّ على أَنَّ الاختصاصَ جنسٌ في التَّعَرِيفِ يندرجُ تحته كُلُّ أنواعِ الْحَقُوقِ. ينظرُ الْأَشْبَاهَ وَالنِّظَائِرَ لابنِ نَجِيمٍ (١/١٢١). على أَنَّ صَدْرَ الشَّرْعِيَّةِ الْأُصُولِيَّةِ الْحَنَفِيَّةِ قد عَرَفَ حَقَّ الْمِلْكِيَّةِ في كِتَابِهِ (وقاية الرواية في مسائل الهداية) بأنَّه: اتَّصَالٌ شرعي بين الإنسان وبين شيءٍ يكون مطلقاً لتصرُّفه فيه وحاجزاً عن تصرُّفِ الْغَيْرِ. فالإتصال هو علاقةٌ أو رابطة، جنسٌ في التَّعَرِيفِ، وهو جوهر كلِّ حَقٍّ؛ لأنَّه اتصال على سبيل الاختصاص، والاستِثْناء.

(٢) الْأَشْبَاهَ وَالنِّظَائِرَ (١/١٢١).

(٣) الْمَرآةُ عَلَى الْمَرْقَاةِ (٢/٤٢٩) الْمَنَارُ وَحَوَاشِيهِ (١/٨٨٦).

وحقُّ العبد - الفرد - : (وهو ما يتعلَّق به مصلحةٌ خاصَّةٌ)^(١).

غير أنَّهم لم يتعرَّضوا لتعريفِ الحقِّ بما يزيدُ من معناه اللُّغويِّ، فقالوا: الحقُّ في اللُّغةِ عبارةٌ عن الوجودِ من كُلِّ وجهٍ لا شكَّ فيه ، ومنه (هذا الدَّيْنُ حقٌّ) أي: موجود بذاته صورةً ومعنى، ول(فلان حقٌّ في ذمَّةِ فلان) أي شيء موجود من كُلِّ وجهٍ.

وعرَّفَهُ بعضهم بقوله^(٢): (الحقُّ: الموجودُ، والمراد به هنا حكم يثبت)

ويردُّ على هذا التعريف عدَّةُ أمور:

أولاً - أنَّه يُنبئ عن منشأ الحقِّ ومصدره؛ لأنَّ الحقَّ لا يُعدُّ حقًّا في نظرِ الشرعِ إلَّا إذا قرَّره الشارعُ، وتقريره إمَّا يكون بحكمٍ كما أسلفنا.

ثانياً - أنَّ الحكمَ إنَّ أُريدَ به خطابُ الله المتعلِّقُ بأفعالِ المكلفين اقتضاءً أو تخييراً أو وُضْعاً، فالحقُّ ليس هو نفسُ الخطابِ على ما هو الرَّاجحُ^(٣)، وإمَّا هو الأثرُ الثَّابتُ بالخطابِ، فعلاقةُ الحقِّ بالحكمِ هي علاقةُ المسببِ بالسببِ.

على أنَّه لو أُريدَ بالحكمِ الأثرُ الثَّابتُ بالخطابِ من الوجوبِ والحرمةِ والإباحةِ، كما هو مفهومُه عند الفقهاء، فالتعريفُ غيرُ مانعٍ؛ لأنَّ الأحكامَ الوُضْعِيَّةَ مما هو شرطٌ لمشروطٍ، أو مانعٌ لحكمٍ، أو سببٌ لمسببٍ، ليست حقًّا لأحدٍ مع أنَّها حكم ثابتٌ.

(١) المنار وحواشيه (٨٨٦) شرح التلويح على التوضيح (٥٥/٢) الموافقات للشاطبي (٣١٥/٢) وما بعدها (الفروق للقرايي (١٤٠/٢)، (الفروق الثاني والعشرون).

(٢) هو الفقيه عبد الحليم بن اللُّكنويِّ صاحب (حاشية قمرِ الأَقْمَارِ على نورِ الأنوارِ) (٢١٦/٢) وانظر نقدَ هذا التعريفِ أيضاً في كتابِ (الحقُّ والذمَّة) (٣٧) و(المدخل إلى نظريَّة الالتزام) (١٠)، وما بعدها).

(٣) فالقرايي يذهب إلى أنَّ حقَّ الله هو أمره ونهيه أي نفس الخطاب.

هذا ومن الأحكام ما هو واردٌ على سبيلِ التَّخْيِيرِ أو النَّدْبِ، وليس أي منهما حقاً بل رُخصة أو إباحة.

والخلاصة: فإنَّ هذا تعريفٌ بالأعم؛ لأنَّ كُلَّ حَقٍّ حكَمٌ، وليس كُلُّ حكَمٍ حقّاً.

٤- تعريفُ الحقِّ عند فقهاء المسلمين المعاصرين:

أوردَ بعضُ الفقهاء المعاصرين تعريفات (للحقِّ) مختارة لديهم، نذكر بعضها:
أولاً - الحقُّ: (مصلحةٌ ثابتةٌ للفرد، أو المجتمع، أو لهما معاً، يقرّها الشارعُ الحكيم)^(١).

أول ما يؤخذُ على هذا التعريف أنَّه عرّف الحقَّ بغايته، فالحقُّ بذاته ليس مصلحةً، بل هو وسيلةٌ إلى مصلحة^(٢).

على أنَّ صاحبَ التعريف يشيرُ إلى أنَّ علماء أصول الفقه يذكرون في باب (المحكوم به) - وهو الحقوقُ بمختلف أنواعها - أنَّه - أي الحق - فعلُ الإنسان الذي يتعلّق به خطابُ الشارع - أي ما يُطلَبُ من الإنسان القيام به من قِبَلِ المشرّع - وهو الله تعالى - لمصلحة الفرد، أو المجتمع، أو كليهما معاً^(٣).

فقوله: (لمصلحة الفرد) بيانٌ للغاية؛ لأنَّ اللام للتعليل، وهذه المقدمة لا توصله إلى ما انتهى إليه من نتيجة بقوله: (وإذن لنا أن نعرّف الحقَّ بأنّه مصلحةٌ ثابتةٌ للفرد...) ^(٤).

(١) الفقه الإسلاميّ للدكتور محمد يوسف موسى (٣١١).

(٢) إنَّ تعريفَ الحقِّ (بالمصلحة) خطأً شائعٌ لدى كثيرٍ من رجالِ الفقه والقانون على السواء، وكأنَّهم نظروا إلى ما يستهدفه الحقُّ من مصلحة، فعرفوه بها.

(٣) الفقه الإسلاميّ للدكتور محمد يوسف موسى (٢١٠ - ٢١١).

(٤) المرجع السابق.

هذا والواقع أنَّ وصفَ الأصوليين للحقِّ بأنَّه (فعلٌ) فيه تسامحٌ، إذ الفعل ليس هو الحقُّ، بل هو أثرُ للحقِّ، وهذه الآثار قسمان:

- بعضهما ينتجها الحقُّ في جانب من له الحقُّ، وهي مضمون الحقِّ من سلطات الاستعمال والاستغلال والتصرُّف.

- وبعضها الآخر التزامات ينتجها الحقُّ في جانب من عليه الحق. فهي موضوع الحقِّ لا مضمونه. فالأفعال إذن آثار الحقِّ، وليست هي ذات الحقِّ وجوهه^(١).

على أنَّ من الآثار ما يكون التزاماً بالامتناع عن عملٍ، ك(حرمة إتلاف مال الغير في جانب من عليه الحقُّ) إذ يقتضيه الكفُّ، أو الامتناع عن قربانه، تأكيداً لمصونية حقِّ الملكية.

وعلى أيَّة حال، فالأفعال - ما كان منها إيجابياً، أو سلبياً في جانب صاحب الحقِّ، أو من عليه الحقُّ - إن هي إلا آثارُ الحقِّ، وليست هي الحقُّ بالذات، وفرقٌ بين الشيء وغايته أو أثره.

والخلاصة: فإنَّ التعريف السابق تعريفٌ للحقِّ بغايته مع ذكر أقسامه.

ثانياً - وعُرفَ الحقُّ بأنَّه: (ما ثبت للإنسان استيفاءؤه)

يقصد: (ما ثبت بمقتضى الشرع)؛ وهو تعريف غير جامع، ولا مانع:

أ - فالتعريف غير جامع؛ لأنَّه لا يُظهرُ جوهرَ الحقِّ، بل موضوعه، فد الثابت استيفاءؤه شرعاً بمقتضى الحقِّ ليس هو الحقُّ بل موضوعه ومحله، وهو وإن أفاد التعميم في

(١) نفرق بين مضمون الحقِّ وموضوعه أو محله، فمضمونُ الحقِّ: ما يخوله الحقُّ لصاحبه من سلطات لممارسته. أما موضوع الحقِّ: فهو محله، كالتزام الدائن بأداء ما عليه من دين - مثلاً - في الحقِّ الشخصي.

موضوع الحق؛ لأنّ (ما) من ألفاظ العموم حتّى شمل جميع القيم والأشياء التي يستأثر بها صاحب الحقّ غير أنّه لم يُفدِ التّعميم من جهة أنواع الحقّ، إذ يثبت لغير الإنسان من الأشخاص الاعتبارية كـ(الشركات، وبيت المال، والوقف) حقوق مع أنّ التّعريف لا يشملها.

ولو استبدلنا كلمة (شخص) بـ(إنسان) لكانَ جامعاً، إذ الشّخص أعمُّ من أن يكونَ حقيقياً أو اعتبارياً.

ب - والتّعريف غير مانع أيضاً؛ لأنّه يشمل (الرخصة والإباحة)، إذ هي ما يثبت استيفاءه شرعاً كذلك، وإطلاق الحقّ بمعناه الدقيق على (الإباحة) تجوّز؛ لاختلاف كلّ منهما مفهوماً، والتّفريق بين الحقّ والرخصة لها أهميّتها في باب المعاملات لدى الأصوليين^(١) والفُقهاء ورجال القانون على السواء^(٢).

كما لا يشمل التّعريف (حقوق الأسرة) من مثل: (حقّ الوليّ في تأديب الصّغير)، إذ المصلحة عائدة على غير صاحب الحقّ؛ وهو المولى عليه.

ولو فسّرنا (ما) بسلطة أو مكنة أو قدرة، وقصرناها على هذا المعنى مع أنّ عمومها ينفي ذلك، لما أبان التّعريف ماهيّة المُعرّف أيضاً من قبل أن هذه الأمور أثر من آثار الحقّ.

ثالثاً - وعُرفَ بأنّه: (مصلحة مستحقّة شرعاً)^(٣).

(١) راجع هذه التّفريق مع الأمثلة وما يترتّب عليها من أحكام، الفروق للقراي (٢٠/٣-٢١).

(٢) مصادر الحقّ في الفقه الإسلاميّ للدكتور السنهاوي (١/٤ وما بعدها)، وأصول القانون للدكتور حسين كبره (٥٤٦ و٥٦٧)، ونظرية الحقّ للدكتور إسماعيل غانم (١٦٦) ط ٢.

(٣) الحقّ والذمة (٣٧)، وأحكام المعاملات الشرعية (٣٠-٣١)، وفيه: (والحقّ لا يعدو أن يكونَ منفعة أو مصلحة لشخص) وقد جرى كثيرٌ من رجال الفقه الإسلاميّ والقانون على تعريف الحقّ =

وَيَرُدُّ عَلَيْهِ مَا وَرَدَ عَلَى التَّعْرِيفِ السَّابِقِ؛ مِنْ أَنَّهُ جَعَلَ الْحَقَّ (مَصْلَحَةً).

كَمَا أَنَّهُ يَرُدُّ عَلَيْهِ مَا وَرَدَ عَلَى تَعْرِيفِ صَاحِبِ (الْبَحْرِ الرَّائِقِ) مِنْ لَزُومِ الدَّوْرِ.

وَلَكِنَّهُ يَبِينُ - بَعْدَ أَنْ أَتَى بِالتَّعْرِيفِ السَّابِقِ لِلْحَقِّ - مَا هُوَ الْحَقُّ فِي تَعْرِيفِ الْحَقِّ،
فَيَقُولُ: (وَالْحَقُّ اخْتِصَاصٌ بِمَصْلَحَةٍ أَوْ مَنْفَعَةٍ)^(١) وَلَوْ أَوْرَدَ هَذَا فِي التَّعْرِيفِ فَقَالَ:
(الْحَقُّ اخْتِصَاصٌ بِمَصْلَحَةٍ ثَابِتَةٍ شَرْعاً) لَكَانَ أَوَّلَى.

هَذَا وَقَدْ أَتَى بِتَعْرِيفٍ آخَرَ لِلْحَقِّ يُصَرِّحُ فِيهِ أَنَّ الْمَصْلَحَةَ غَايَةُ الْحَقِّ، إِذْ يَقُولُ:
(الْحَقُّ مَا ثَبَتَ لِلْإِنْسَانِ بِمَقْتَضَى الشَّرْعِ مِنْ أَجْلِ صَالِحِهِ)^(٢)، وَيَشِيرُ إِلَى أَنَّ الْفُقَهَاءَ
دَرَجُوا عَلَى اسْتِعْمَالِ الْحَقِّ بِهَذَا الْمَعْنَى. وَيَرُدُّ عَلَى هَذَا التَّعْرِيفِ أَنَّهُ غَيْرُ جَامِعٍ؛ لِأَنَّهُ لَا
يَشْمَلُ (الْحَقُوقَ الْغَيْرِيَّةَ)، مَعَ أَنَّ الْفُقَهَاءَ وَالْأَصُولِيِّينَ يُطْلِقُونَ عَلَيْهَا اسْمَ الْحَقِّ.

أَقْمْنَا الدَّلِيلَ فِيمَا سَبَقَ عَلَى أَنَّ الْحَقَّ فِي الشَّرِيعَةِ الْإِسْلَامِيَّةِ لَيْسَ طَبِيعِيّاً مِنْ كَوْنِهِ
صِفَةً ذَاتِيَّةً اقْتَضَتْهَا طَبِيعَةُ الْإِنْسَانِ، بَلْ هُوَ مَنَحَةٌ مِنَ الشَّرْعِ لِلشَّخْصِ؛ لِتَحْقِيقِ مَصْلَحَةٍ
مَعْيَنَةٍ، فَهُوَ إِذَنْ حَقٌّ (مَقْيَدٌ وَغَائِيٌّ).

تَأْسِيساً عَلَى هَذَا النَّظَرِ، يُمْكِنُ تَعْرِيفُ الْحَقِّ بِأَنَّهُ: (اخْتِصَاصٌ يُقَرُّ بِهِ الشَّرْعُ
سُلْطَةً عَلَى شَيْءٍ، أَوْ اقْتِضَاءٌ أَدَاءٍ مِنْ آخَرَ تَحْقِيقاً لِمَصْلَحَةٍ مَعْيَنَةٍ)

= ب(المصلحة) ومن هؤلاء: الدكتور محمد يوسف موسى في كتابه الموجبات والعقود (٣٥/١) والدكتور
عبد الرزاق السنهوري في مصادر الحق (٥/١). وهذا نظر منهم إلى موضوع الحق وغايته، لا إلى المعنى
في ذاته. على أن تعريف الحق (بالمصلحة) قال به الفقيه الألماني (اهرنج) صاحب النظرية الموضوعية أو
نظرية المصلحة. راجع: نظرية الحق، للدكتور إسماعيل غانم (١١)، ونظرية الحق، للدكتور شمس الدين
الوكيل (١٠)، وأصول القانون، للدكتور حسن كبره (٥٦٤ - ٥٦٧).

(١) الحق والذمة (٣٧)، راجع البحر الرائق (١٤٨/٦)، حيث يقول: (الحق ما يستحقه الرجل).

(٢) أحكام المعاملات الشرعية (٣٠ - ٣٢).

تحليل التعريف ومحترازاته:

- (الاختصاص): الانفراد والاستثاء، وهو علاقة^(١) تقوم بين المختص والمختص به:
- وقد يكون المختص بموضوع الحق هو الله تعالى، وهذه هي (حقوق الله تعالى).
 - وقد يكون شخصاً حقيقياً، وهو الإنسان.
 - وقد يكون شخصاً معنوياً، كالدولة، والوقوف، وبيت المال، وجماعة المسلمين، والشركات والمؤسسات، وغيرها من الشخصيات الاعتبارية (...).
- وقولنا: (اختصاص) يُخرج الإباحات، والحقوق العامة مما هو مباح للكافة الانتفاع بموضوعه على سبيل الاشتراك دون استثناء؛ أي: إن الإباحة تورث الأفراد مكنة الانتفاع بموضوعها على قدم المساواة.
- (يقرُّ به سلطة) قيدٌ يُخرج الاختصاص الواقعي دون الشرعي، ك(الغاصب، والسارق) فاختصاص الغاصب بالمغصوب حالة واقعية لا شرعية؛ أي: لا يقرُّ بها الشارع سلطة الغاصب على المغصوب، بل يوجب عليه ردَّ ما غصب، وكذلك السارق، فلا بُدَّ إذن من إقرار الشارع للعلاقة الاختصاصية حتى تكتسب صفة المشروعية.
- وإقرار الشارع للاختصاص يستلزم إقراره سلطةً للمختص على ما اختصَّ به، وتلك السلطة هي حرية التصرف في الحدود التي رسمها الشرع، كما يستلزم إباحة الأفعال اللازمة والملائمة لذلك الاستعمال والتصرف المشروع.
- (سلطة على شيء أو اقتضاء أداء من آخر): هذه السلطة التي هي قرين لا ينفك عن الاختصاص الذي أقره الشرع لصاحب الحق:

(١) وانظر التعليق على تعريف (الحاوي القدسي) ل(حق الملكية) بأنه: (اختصاص حاجز ... الخ)

- قد تكون منصبة على شيء، وهذا ما يسمى بـ(الحق العيني) كحق الملكية، وحق الحبس في المرهون، وحق الارتفاق بالشرب، وحق وضع الجذوع على حائط الجار.

- أو تكون سلطة لشخص منصبة على اقتضاء أداء من آخر، فالعلاقة هنا بين شخص الدائن، وشخص المدين الملتزم - وهو موضوع العلاقة - أداء التزام معين، كالثمن المؤجل، أو منفعة الأجير، أو الامتناع عن الانتفاع بالمرهون. وهذا هو (الحق الشخصي).

والأداء: قد يكون إيجابياً، كالقيام بعمل، أو سلبياً، كالامتناع عن عمل.

فالتعريف شامل لحقوق الله تعالى - كالعبادات والحدود وحق الجهاد - وحقوق الأشخاص، العينية والشخصية.

(تحقيقاً لمصلحة معينة) متعلق بقولنا: (يقرُّ به الشرع) أي: إن إقرار الشرع للاختصاص الذي أسبغ عليه صفة المشروعية، إنما كان من أجل تحقيق مصلحة معينة، مطلوب من صاحب الحق العمل على توحيها وتحقيقها شرعاً؛ لأن الاختصاص الشرعي وما يستلزمه من سلطة إنما مُنح وأقرَّ لذلك، حتى إذا اتخذ الشخص الحق لتحقيق غرض يتنافى مع غاية الحق التي منح من أجلها بأن اتخذ ذريعة للإضرار بالغير، أو لتحقيق أغراض غير مشروعة، كتحليل الربا عن طريق بيع العينة) أو (إسقاط الزكاة عن طريق الهبة الصورية قبيل انتهاء الحول) أو كل ما هو غشٍّ نحو الشريعة، وخرم لقواعدها بتحليل مُحَرَّم، أو إسقاط واجب، أو اتخذ الحق وسيلة للإضرار بالمجتمع بأن ابتغى تحقيق مصلحة خاصة، ولكنها تتنافى والمصلحة العامة، كالاختكار، انسلخت صفة المشروعية عن هذا الاختصاص الشرعي، وأصبح هو وجميع لوازمه من الأفعال غير مشروع؛ لأنه أصبح وسيلة لغير ما شرع له من مصلحة.

يستنتج من هذا التعريف:

- أولاً - مَيَّزَ التعريفُ بين الحقِّ وغايته، فالحقُّ ليس المصلحة، بل وسيلة إليها.
- ثانياً - هو تعريفٌ جامعٌ يشمل حقوقَ الله تعالى، وحقوقَ الأشخاص الطبيعية والاعتبارية بنوعيهما: العينية ، والشخصية.
- ثالثاً - بيَّنَ التعريفُ مدى استعمال الحقِّ بما أُلقي عليه من قيدٍ (تحقيقاً لمصلحة معينة) إذ فيه تعليلٌ لتقرير الشارع الاختصاص، ولوازمه.
- فكلُّ حقٍّ في الشرع موضوع لتحقيق غاية معينة، وتظل حماية الشرع مبسطة على هذا الاختصاص ما دام صاحبه يقصده إلى تحقيق تلك الغاية، وبهذا القيد يخرج التصرفُ المطلقُ الذي ينحرفُ عن غايته المرسومة شرعاً.
- فهذا تعريفٌ للحقِّ في مفهومه الشرعيّ، وهو في أصله مقيّدٌ بغايته المحدودة له شرعاً ضمن الإطار التشريعيّ العام.
- رابعاً - شملَ التعريفُ حقوقَ الأسرة، وحقوقَ المجتمع^(١)، وغيرها من الحقوق الغيرية، أو الوظيفية التي لا ترجع فيها المصلحة إلى صاحب الحقِّ، ولا إلى مباشره، بل إلى الغير^(٢)، غير أن الشريعة أتمتها حقوقاً.

خامساً - استبعدَ (المصلحة) من تعريفِ الحقِّ، كما استبعدَ (الإرادة)؛ لأنَّ الأولى غاية الحقِّ، والثانية لمباشرته، واستعماله، وفرق بين الغاية والشرط، وبين جوهر الحقِّ، وأنَّه

(١) انظر أحكام المعاملات الشرعية (٤٠ وما بعدها).

(٢) كحق الولاية على الصغير، فالمصلحة راجعة إلى المولى عليه لا إلى الولي صاحب الحقِّ والحدود، فهي حق الله ولكن المصلحة راجعة إلى المجتمع، وتباشرها السلطة العامة.

علاقة شرعية اختصاصية، وقد رأينا من الفقهاء من أبرز هذا العنصر الجوهرى في الحق، من مثل: (الحاوي القدسي) و(صدر الشريعة)، في تعريفهما لحق الملكية^(١).

وبذلك كان الفرد في الشريعة الإسلامية يتمتع بحق ذي صفة مزدوجة:

- صفة فردية باعتبار أنه حق شخصي أصلاً، وفي هذا تكريم لشخصية، واعتراف بكيانه الذاتي، وهذا الاعتبار يتصل بطبيعة الشريعة من حيث هي ذاتها رسالة دينية تعنى - أول ما تعنى - بالفرد، وذاتيته، وإصلاحه.

- صفة اجتماعية، ترعى حق الغير من الأفراد، والمجتمع.

وبهذا يتحقق التكامل الاجتماعي نتيجة حتمية، وتشريعية، أساسها مفهوم الحق.

وبذلك تكون الشريعة واقعية في تشريعها، لا تتجاهل أيّاً من المصلحتين، وتقدم المصلحة العامة عند التعارض، مع الاحتفاظ بالتعويض على الفرد إن كان له وجه رعاية للحقّين، ويضطلع بمهمة التقييد والتنسيق (نظريته التعسف في استعمال الحق) على ما سيأتي بيانه.

وهذا النظر من الشريعة الإسلامية يتفق والفطرة الإنسانية، فالفرد لا تُنكر فرديته كما لا تُنكر صفة الاجتماعيه.

(١) تقدّم أن الأول عرّف حق الملكية بأنها (اختصاص حاجز) وعرفها الثاني بأنها (اتصال شرعي) والاختصاص والاتصال جنس في التعريف وكلاهما علاقة ورابطة. وهذا التعريف ينظر إلى الحق من خلال صاحبه - الملكية في الإسلام للسيد أبي النصر أحمد الحسني (١٠).

المبحث الثاني

مصدر الحق في الفقه الإسلامي

إنَّ منشأ الحق (هو الحكم الشرعي) فلا يُعدُّ الحقُّ حقاً في نظر الشارع إلا إذا قرَّره الشارع نفسه، وتقريره إنما يكون بحكم، والحكم يُستفاد من مصادر الشريعة، فكانت مصادر الشريعة هي مصادر الحقوق، وبالتالي فإنَّ الحقوق ليست مثبتة بذواتها، بل يجعل الله لها مثبتة، ولذا بات من المقررات الشرعية أنَّ الأسباب جعلية؛ أي: ليست مؤثرة بذواتها، فعقد البيع - مثلاً - يؤثر في إثبات ملكية المبيع للمشتري، وملكية الثمن للبائع، غير أنَّ العقد ليس بذاته مثبتاً لذلك، بل يجعل الله له مثبتاً، فالحقُّ منحةٌ منه تعالى للفرد. وقد قرَّر الشاطبيُّ المعنى المتقدم بقوله: «ما هو حقٌّ للعبدٍ إنما ثبت كونه حقاً له بإثبات الشارع ذلك له، لا بكونه مستحقاً لذلك بحكم الأصل»^(١).

وبقوله: «إنَّ ما هو لله - أي من الحقوق - فهو لله، وما كان للعبد، فراجع إلى الله من جهة حقِّ الله فيه، ومن جهة كونه حقَّ العبد من حقوق الله؛ إذ كان لله أن لا يجعل للعبد حقاً أصلاً»^(٢).

نخلص من هذا إلى أن الشريعة هي أساس الحق، وليس الحق هو أساس الشريعة، وهذا الأصل تترتب عليه نتائج منطقية هامة، منها:

(١) الموافقات (٣/ ١٠٤). ويلاحظ أنَّ الشاطبي يرى أنَّ الحقَّ الفردي ليس حقاً خالصاً لصاحبه، بل هو مشوبٌ بحقِّ الله، فإذا فسّرنا (حقَّ الله) بالصالح العام، أو حقَّ الجماعة، كان معنى هذا أنَّ الحقَّ الفردي ليس حقاً محضاً على التحقيق بل هو مشترك.

(٢) الموافقات (٢/ ٥٣٥).

أولاً - منح الله تعالى الحقَّ لحكمةٍ هي مصلحةٌ قصدَ الشارعُ تحقيقها، ولو كان منح الحقَّ لغير غايةٍ لكان عبثاً، والله تعالى منزّه عن العبث^(١).

ثانياً - الحقُّ مقيدٌ بما يقيده به الشارعُ ابتداءً.

ثالثاً - ولَمَّا كَانَ الحقُّ ممنوحاً لمصلحةٍ قصدَ الشارعُ تحقيقها، تعيّن أن يكون تصرف الفرد بحقه مقيداً بما يحقّق تلك المصلحة، حتى يكون قصده في استعمال حقه موافقاً لقصدِ الله في التشريع، وإلا كان مناقضاً للشرع، ومناقضة الشرع باطلة^(٢).

رابعاً - منح الحقِّ فرعٌ عن وجوده، ففكره الحقُّ ثابتةٌ، ودعامة أساسية في الفقه الإسلاميّ بإجماع علماء الأصول والفُقهاء على هذا، واهتمامهم بتقسيمه وبيان أنواعه وإفرادهم له موضوعاً برأسه في علم الأصول يُسمّى بـ(المحكوم فيه).

خامساً - الحقُّ وسيلةٌ إلى مصلحةٍ شرّع الحقُّ من أجلها، ولو كان غايةً في ذاته لكان من حقِّ الفرد أن يتصرّف فيه وفق هواه ورغبته، لا يقصّد إلى غايةٍ أخرى يُحقّقها من وراء تصرفه، ولقد أتى على الناس زمنٌ كانت حقوقهم - في ظلّ تشريعاتهم الوضعيّة - غايات بذاتها، يُمارسها أصحابها بإراداتهم الحرّة دون أن يستهدفوا من وراء ذلك تحقيق مصلحةٍ معيّنة مرسومةٍ إلّا ما توحى لهم به أنانيّتهم ومصالحهم الذاتيّة.

سادساً - إنّ الفرد كالجماعة؛ كلاهما يختصُّ بحقه، ويُرشدنا إلى هذا تقسيمُ الأصوليين الحقَّ إلى قسمين أساسيين: (حقّ الفرد، وحقّ الله) وتفسير هذا الأخير بأنّه هو حقُّ الأمةٍ مما يتعلّق به مصلحةٌ عامّة.

(١) وقد جاء الشرع بهذه النتيجة، إذ قرّر جمهورُ الأصوليين أنّ الأحكام معلّلة بمصالح العباد.

(٢) أشار إلى هذا المعنى الشاطبي في (موافقاته): (٣٣١/٢).

سابعاً - إنَّ الفردَ ذو كيانٍ مستقلٍّ، وشخصيَّةٍ ذاتيَّةٍ في المجتمع، لا يُجرَّدَ عنصرٌ تكوينيٌّ، أو آلة اجتماعيَّة.

ثامناً - الدَّولة كالفرد؛ كلاهما يتلقَّى الحقَّ منه تعالى، فالله سبحانه الذي منح الفردَ حقَّه هو الذي منح الدَّولة حقَّ الطَّاعة على الرِّعيَّة.

وعلى هذا فلا تملكُ الدَّولة أن تمنحَ للفرد حقّاً، إذ ليس حقّها بأقوى من حقِّ الفرد إلّا في حالة الاعتداء على حقِّ الغير، وإذا لم تكن مانحةً للحقِّ، فليس لها أن تسلب الفردَ حقَّه رعاية حقِّ الفرد في حدود المصلحة العامّة، وتمكينه من التَّمتع به على وجه لا يضرُّ غيره من الفرد والمجتمع.

هذا وإذا تدخلت الدَّولة في شؤون الأفراد، فإنَّما تتدخل في حقِّ ثابتٍ مقرَّر من قِبَل الله تعالى، ولا يجوز إلّا في حدود رسمها الشَّارِع الحكيم، ترجعُ كُلُّها إلى مقتضيات الضَّرورة، وكفالة الصالح العام، وتطهير المجتمع من الاستغلال والفساد.

على أن الفرد - في نظر الشَّريعة - ليس هو ذلك الذي يدور في فلك الحرية المطلقة، فالشَّريعة إذ منحت الفرد حقوقه الشخصيّة - من الحرّيّة والعصمة والمالكيّة^(١) باعتباره إنساناً - قيّدت ذلك كله بما ألقت عليه من مسؤوليّة - دينيّة، ودينيّة - لتحديد من حرّيته بما يمنع الإضرار عن غيره، ولا ريب أن المسؤوليّة الفرديّة إذ تستتبع الحرّيّة تبرّرها - إذ لا مسؤوليّة حيث لا سلطة - فهي من جهة أخرى تقيدها بدائرة البرّ والصالح العام.

هذه المسؤوليّة تجدها واضحة في قوله تعالى: ﴿وَكُلُّ إِنْسَانٍ لِّزَمْنَاهُ طَائِرُهُ فِي عُنُقِهِ﴾ [الإسراء: ١٣] وقوله تعالى: ﴿مَنْ عَمِلْ صَالِحًا فَلِنَفْسِهِ وَمَنْ أَسَاءَ فَعَلَيْهَا﴾ [فصلت:

(١) ينظر التَّوضيح لصدر الشَّريعة: (١٦٢/٢).

٤٦]. وقوله: ﴿فَمَنْ يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ خَيْرًا يَرَهُ* وَمَنْ يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ شَرًّا يَرَهُ﴾ [الزلزلة: ٧-٨] وجلاها الرسول الكريم بقوله: «كُلُّكُمْ رَاعٍ، وَكُلُّكُمْ مَسْئُولٌ عَنْ رَعِيَّتِهِ ... الحديث»^(١).

فالفرد إذن في نظير الشريعة مرتبط بالجماعة ارتباطاً تعاونياً على البرِّ والصالح العام ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ﴾ [المائدة: ٢] وبذلك يكون ملزماً إيجابياً بالتعاون على الخير المشترك، وملزماً سلبياً بتجنب الإثم والفساد والإضرار، وهذه القاعدة - بوجهيها الإيجابي، والسليبي - تعتبر قاعدة عامة يقوم عليها التشريع الإسلامي كله فيما يتعلق بالأحكام الدنيوية والمعاملات، ولقد حكّمها الأئمة المجتهدون تحكيماً عاماً في سائر العقود - المعاولات والتبرعات - وفي الأحكام المتعلقة بالباعث غير المشروع الذي يحرك إرادة الفرد إلى إنشاء التصرف - فالفقهاء لا يجيزون التعاون على الإثم والعدوان بإطلاق بشق صورته بالاتفاق^(٢).

ومما يؤكد هذه القاعدة بوجهها السليبي، قوله عليه الصلاة والسلام: «لا ضرر ولا ضرار»^(٣).

(١) البخاري في الجمعة، باب الجمعة في القرى والمُدن (٨٩٣)، ومسلم في الإمارة، باب فضيلة الإمام العادل... (١٨٢٩)

(٢) الموافقات (٢٠٠/٤).

(٣) أخرجه أحمد في المسند (٢٣٠٧) وابن ماجه في الأحكام، باب مَنْ بَنَى فِي حَقِّهِ مَا يَضُرُّ بِيَارِهِ، (٢٣٤٠)، عن عُبَادَةَ بْنِ الصَّامِتِ، و(٢٣٤١)، عن ابْنِ عَبَّاسٍ رضي الله عنهما. وأخرجه البيهقي وغيرهم، وحسنه النووي في (الأربعين)، وصحّحه غيره.

وقال الزيلعي: حديث: «لا ضرار في الإسلام»، روي من حديث عُبَادَةَ بْنِ الصَّامِتِ، وابنِ عَبَّاسٍ، وأبي سَعِيدٍ الْخُدْرِيِّ، وأبي هُرَيْرَةَ، وأبي لُبَابَةَ، وَثَعْلَبَةَ بْنِ مَالِكٍ، وَجَابِرَ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ، وَعَائِشَةَ رضي الله عنهم. ينظر نصب الرأية لأحاديث الهداية (٣٨٤/٤).

هذه ثمرة المسؤولية الفردية من الناحية النظرية: لا تجعل من الفرد آلة اجتماعية تعمل لصالح المجتمع دون مصلحته الشخصية.

أما ثمرتها من الناحية العملية، فإنها تجعله أهلاً للتملك والتعاقد، ومن هنا كان إقرار الشريعة للملكية الفردية حقيقة ثابتة معلومة من الدين بالضرورة، وقاعدة أساسية في النظام الاقتصادي الإسلامي، وذلك مما يسائر الفطرة الإنسانية، وتقتضيه كرامته الإنسان فضلاً عن كونها وسيلة مثمرة لإذكاء الحافز الذاتي للفرد، وتنشيط مواهبه وملاكاته للعمل لصالحه وصالح المجتمع، وبدهي أن هذا عامل أساسي في تقدم المجتمع وازدهاره^(١).

هذا ومسؤولية الفرد قبل الجماعة مرجعها أنه مكلف برعاية مصالحها كما هو مسؤول عن تحصيل مصلحة نفسه سواء بسواء، فمن حق الجماعة على الفرد ألا يعبت بمصالحها تحت ستار ما منحه من حقوق، وأيدت الشريعة هذا الحق بأن أقامت من الجماعة نفسها رقيباً على تصرفات الفرد حتى في خالص حقه، وهو قوة مانعة له من إحداثه الإضرار بها قبل أن يقع ويستشري فسادها، بل فرضت عليه القيام بهذا الواجب رعاية لحقها من عبث الأنانية الفردية، ولعلّ أوضح ما ورد في هذا الشأن حديث السفينة^(٢).

(١) راجع مقال الأستاذ أبو زهرة في رسالة الإسلام (ع: ١٠، سنة: ١١)، والمرجع السابق.

(٢) الموافقات (٣٥٠/٢)، وحديث السفينة هو ما أخرجه البخاري (٢٤٩٣)، من حديث الثُّعْمَانِ بْنِ بَشِيرٍ رضي الله عنه، أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «مَثَلُ الْقَائِمِ فِي حُدُودِ اللَّهِ وَالْوَاقِعِ فِيهَا، كَمَثَلِ قَوْمٍ اسْتَهَمُوا عَلَى سَفِينَةٍ، فَأَصَابَ بَعْضُهُمْ أَعْلَاهَا، وَبَعْضُهُمْ أَسْفَلَهَا، فَكَانَ الَّذِينَ فِي أَسْفَلِهَا إِذَا اسْتَقَوْا مِنَ الْمَاءِ مَرُّوا عَلَى مَنْ فَوْقَهُمْ، فَقَالُوا: لَوْ أَنَا خَرَقْنَا فِي نَصِينَا خَرْقًا وَلَمْ نُنْذَرْ مَنْ فَوْقَنَا؟ فَإِنْ تَرَكَوهُمْ وَمَا أَرَادُوا هَلَكُوا وَهَلَكُوا جَمِيعًا، وَإِنْ أَخَذُوا عَلَى أَيْدِيهِمْ نَجَّوْا وَنَجَّوْا جَمِيعًا»..

على أَنَّ المصلحة العامة مقدّمة^(١) على المصلحة الفردية عند التعارض على ما هو مقرّر في الشريعة، ولو لحق الفرد من جراء ذلك ضرر؛ لأنّه ينجرُّ بالتعويض العادل، ولأنّ في رعاية المصلحة العامة وتقديمها رعاية للمصلحة الخاصة ضمناً، كما أشار إلى ذلك الحديث «بِحَوْأَ جَمِيعاً».

ومما يؤكّد ذلك أنّ الشارع حرّم الاحتكار وكلّ ما يؤدي إليه تأكيداً لنفي الإضرار عن الناس، ومن ذلك: تلقي السلع، وبيع الحاضر للبادي، كما أوجب التسعير الجبري إذا تعدّى التجار في أسعار ما يحتاج إليه الناس تعدياً فاحشاً، وهذا - لا شك - تدخل في أصل حقّ الملكية للمصلحة العامة.

كذلك أجاز الشارع نزع الملكية الخاصة - في ظروف معينة - للمصلحة العامة^(٢).

وقد بيّن المحقّقون من الأصوليين (طبيعة الحقّ الفرديّ) في الفقه الإسلاميّ، بأنّه حقّ مشترك وليس فردياً خالصاً، ذلك؛ لأنّ الصالح العام مُراعى في كلّ حقّ فرديّ، وهذا ما عبّر عنه الشاطبيّ بـ(حقّ الله) إذ يقول: "وأيضاً ففي العادات - وهي الحقوق والمعاملات - حقّ لله تعالى من جهة وجه الكسب ووجه الانتفاع؛ لأنّ حقّ الغير مُحافَظٌ عليه شرعاً أيضاً، ولا خيرة فيه للعبد، فهو حقّ لله تعالى صرفاً في حقّ الغير"^(٣).

وهذا الأصل يعدّ قوام الحقوق الفردية بما يلقي عليها جميعاً من قيد المحافظة على حقّ الغير، والامتناع عن الإضرار به.

(١) المرجع السابق.

(٢) ينظر الموافقات (٢/٣٢٣).

(٣) الموافقات (٢/٥٤٥).

كما أكد هذا المعنى الفقهاء في صدّد بحثهم في (فكرة الباعث) وأثره في التّصرّفات
كما قدّمنا آنفاً.



المبحث الثالث : أنواع الحقوق

أ - الحقوق الذاتية، والحقوق الغيرية أو الوظيفية:

الأصل في الحقوق أن تكون المصالح فيها ذاتية، يستأثر بها أربابها؛ لأنَّ الحقَّ اختصاصٌ بشخصٍ بمصلحةٍ ما - مادية كانت أم معنوية - غير أنَّ ثمة طائفة من الحقوق - كحقوق الأسرة مثلاً^(١) - لا تعود المصلحة فيها على من تقررت لهم؛ لأنها عبارة عن سلطات قررها الشارع لبعض أفراد الأسرة على بعضهم الآخر، تقتزن بواجبات مفروضة على صاحب الحق، والمصلحة فيها غيرية لا ذاتية، إذ لم تتقرر هذه الحقوق لأصحابها لرعاية أشخاصهم، بل لرعاية مصلحة الأسرة بمجموعها، ومن ورائها مصلحة المجتمع، فالمصلحة فيها عامة، كما ترى.

ف(حقُّ التأديب) للأب على طفله - مثلاً - لا يسعُّ الأب الامتناع عن القيام بما يفرضه عليه هذا الحق من واجب التأديب والتَّهذيب والتَّعليم، كما لا يسعه التَّقصير والإهمال فيه، فضلاً عن أن يتعمد الإساءة في توجيهه لأنَّه مأمورٌ برعاية الأصلح له، وإلَّا حرِّمَ هذا الحق، وعليه فيغلب على هذا الضرب من الحقوق صفة الواجب والوظيفة، يقول الشاطبي: «ألا ترى أنَّ الأب في طفله، أو الوصي في يَمِيَمِهِ، أو الكافل في مَنْ يَكْفُلُهُ، مأمورٌ برعاية الأصلح له»^(٢).

(١) وهي حقوق تستند في ثبوتها لأربابها إلى ما يوحّد بين الأفراد من صلات الرّوجيّة والقربة، ك(حقِّ التأديب): (تأديب الأب لصغيره، وتأديب الزوج لزوجته)، و(حقّ الولاية على المال)، و(حقّ الحضانة) و(حقّ الكفالة) راجع (الحقّ والذمة) للأستاذ علي الخفيف (١٨٩ - ١٩٠).

(٢) الاعتصام للشاطبي (٣/ ٢٣)، ويعبر بعض الفقهاء عن الأمر أو الوجوب بالطلب. يقول قدرى باشا في كتابه (الأحوال الشخصية) (مادة: ٣٦٥): (يطلب الوالد أن يعتني بتأديب ولده وتربيته وتعليمه... الخ). وانظر السرخسي (٢/ ٢٤٤)، وفتح القدير (٣/ ١٩٣، ١٩٦)، وتبيين =

والحكمة الغائية في التّأديب: أنّ الشرع قدّر أنّ مصلحة الأسرة بمجموعها، ومن ورائها مصلحة المجتمع، تقتضي أن يكون لبعض أفرادها سلطة على بعضها الآخر، وأنّ تؤيّد بتوقيع جزاءٍ مقدّر في حدودٍ معيّنة إذا ما انحرف أو خرج على الأسرة، وهي مصلحة ترقى إلى اعتبارها حقاً للمجتمع أو تربو على حقّ الخاضع للتّأديب في سلامة جسمه، وصونه عن الإيذاء والإيلام، وهو في الواقع استثناء من أصل عام مقرّر في الشريعة هو (عصمة الإنسان عن إيذائه وإيلامه).

فوضح إذن أنّه حقّ لم يتقرّر ميزةً للأب لتمكينه من استغلال أولاده في مصلحته الشخصية، وإلاّ كان متعسفاً ومُنحرفاً عن الغاية التي من أجلها مُنح هذه السلطة، وإنّما تقرّر من أجل مصلحة الأولاد أنفسهم التي تعود بالتالي على الأسرة بأكملها.

ونضرب لذلك مثلاً آخر: (حق الكفاءة) فهو يتعلّق بالنسب، وتأسيس القربات، فالمصلحة فيه عامّة تعود على الأسرة والمجتمع، ولذا لا يُجيزُ الشارعُ عضلَ الوليّ - أي: امتناعه عن تزويج من هي في ولايته من الكفاء - لما في ذلك من تعسفٍ يُلحق الضررَ بتلك المصلحة، إذ لم يتقرّر هذا الحقُّ لمصلحته الخاصّة، ولذا جازَ للمرأة أن ترفع أمرها إلى القاضي ليزوّجها ممن رضيت به إذا كان كفوّاً، صوناً لمصلحة البنت والأسرة على السواء، ودرءاً للتّعسف^(١).

= الحقائق للزّيلعي (١٣٠/٢ - ١٣٢)، جامع الفصول (٢٠/٢ - ٢١)، بداية المجتهد (١٤/٢)، والمدونة (٥/٤) كشف القناع (٣٧١/٣)، في الولاية على المرأة والصغير، وأنّها مقيدة بالنظر والمصلحة.

(١) راجع في (عضل الولي) أحكام القرآن للحصاص (٤٧٢/٢)، بداية المجتهد (١٣/٢)، تفسير الطبري (١٨/٥) أنفع الوسائل (٢٠)، الجامع لأحكام القرآن للقرطبي (١٥٧/٣).

وقد مُنِحَ وليُّ الأمرِ أو القاضي مثلَ هذا الحقِّ أيضاً في حالةِ عدم وجود وليٍّ خاصٍّ.

يقولُ السيوطيُّ في (الأشباه والنظائر)^(١): «لَيْسَ لَهُ - للإمامِ وَمِنْ بابِ أُولَى القاضي، وهو نائِبُهُ - أَنْ يُزَوِّجَ امْرَأَةً - أَي لا ولي لها - بغيرِ كُفٍّ، وَإِنْ رَضِيَتْ؛ لِأَنَّ حَقَّ الكَفَاءَةِ لِلْمُسْلِمِينَ، وَهُوَ كَالنَّائِبِ عَنْهُمْ، فَلَا يَقْدِرُ عَلَى إسْقَاطِهِ»^(٢) لَأَنَّهُ متعلِّقٌ بالنِّظامِ العامِّ، وتلك آية كونه حقّاً عامّاً.

وما قلنا في حقوقِ الأسرةِ ينسحب على الحدودِ؛ وهي التي سَمَّاها الأصوليون: (حقوقُ الله) تعظيماً لشأنها، لما يتعلَّقُ بها من النِّفعِ العامِّ، وإخلاءِ العالمِ عن الفسادِ، وصونِ أَمْنِ الجماعةِ، فالشارعُ أسندَها إلى أُولَى الأمرِ، ومن البَيِّنِ أَنَّ المصلحةَ فيها ليست راجعةً إلى من وكلَّ إليه ممارستها من رجالِ السلطةِ العامَّةِ في الدَّولةِ، ولا إلى فردٍ بعينه، بل إلى المجتمعِ كُلِّهِ.

وهي حقوقٌ مفروضة لا يُجيزُ الشرعُ إسقاطَها، أو التَّهاوُنَ في إقامتها بحالٍ^(٣).

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي، القاعدة الخامسة (تصرفُ الإمامِ على الرِّعيَّةِ منوطٌ بالمصلحةِ) (ص:

١٢١)، والأشباه والنظائر لابن نجيم، المادة الخامسة: (١٥٧).

(٢) علَّقَ الحموي على كلام ابن نجيم في هذه المسألة بقوله: (لَأَنَّ الحَقَّ للعامَّةِ، والإمامُ نائِبٌ عنهم فيما هو أنظرُ لهم، وليس من النَّظرِ إسقاطُ حَقِّهم) المرجع السابق. والتَّعَسُّفُ في هذا جاء من قِبَلِ أَنَّ الإسقاطَ لا مصلحةٌ فيه، فهو تصرفٌ على نحوٍ لا يُحقِّقُ المصلحةَ، بل فيه إهدارُها.

(٣) إلَّا في ظروفٍ خاصَّةٍ نصَّ عليها الفقهاء لمصلحةٍ راجحةٍ، فيجوزُ إرجاؤها، كما في قول الرِّسُولِ صلى الله عليه وسلم «لَا تُقَطَّعُ الأَيْدِي فِي العَزْوِ» [أخرجه الحاكم في المستدرك كتاب الحدود (٣٨٢/٤)] وقاسوا على حدِّ السَّرقةِ سائرَ الحدودِ خشيةً أَنْ يلحقَ المَحدودُ بالأعداءِ.

وإذا كانت هذه الحقوق (وظيفية) يقتزن فيها الحق بواجب مفروض الأداء، فهل تُعدُّ حقوقاً بالمعنى الصحيح، أو هي مجرد وظائف محدّدة؟

لا يعرف الفقه الإسلامي هذه التفرقة بين الحق الشخصي والحق الوظيفي، فسواء أكان الحق مقرراً لشخص معين لمصلحته الذاتية، أم من أجل مصلحة الأسرة، أم للسلطة العامة لمصلحة المجتمع، فهو الحق بالمعنى الفقهي، ولم نر في تقسيم الأصوليين للحقّ قسمًا خاصًا بالحقّ الوظيفي هذا، بل جعلوا حق الله قسيمًا لحق الفرد.

وقد أكّد هذا المعنى بعض الفقهاء المحدثين بقوله: (ويكفي في إطلاق اسم الحقّ على المصلحة أن يترتب عليها فائدة ولو لغير المنسوبة إليه)^(١).

ب - المنزلة الوسطى^(٢):

أشار القرائي في (فروقه) إلى منزلة وسطى بين الحق والرخصة، فصاحب هذه المنزلة هو: مَنْ جرى له سبب يقتضي المطالبة بالتّملك هل يُعدُّ مالِكاً أو لا؟

ذكر القرائي أنّه قد يُختلف في هذا الأصل في بعض الفروع:

ف(الشّفعي) - مثلاً - قد انعقد له سبب المطالبة بأن يتملك الشّقص المبيع بالشّفعة ولا خلاف في أنّه غير مالِك.

و(المجاهد) له حق المطالبة بالقسمة والتّملك إذا حيزت الغنيمة؛ لأنّه انعقد له سبب المطالبة، ولكن هذا هل يُعدُّ مالِكاً أم لا؟ قولان:

القول الأول: يملك بالحوز والأخذ، وهو مذهب الشّافعي.

(١) الحقّ والذمة، للأستاذ علي الخفيف (٣٧).

(٢) الفروق للقرائي (٣/٢٠-٢١).

القول الثاني: لا يملك إلا بالقسمة، وهو مذهب مالك^(١).
ويقابل القرائي ما بين المنزلة الوسطى هذه وبين الرخصة ...
فيقول عن صاحب الرخصة: (مَنْ مَلَكَ أَنْ يُمْلِكَ هَلْ يُعَدُّ مَالِكاً أَمْ لَا؟)
ويقول عن صاحب المنزلة الوسطى: (مَنْ انْعَقَدَ لَهُ سَبَبُ الْمُطَالَبَةِ بِالْمِلْكِ هَلْ
يُعَدُّ مَالِكاً أَمْ لَا؟).
وينكر على الأول أَنْ يَكُونَ مَالِكاً، ويجعل الثاني محلاً للنظر.

(١) المرجع السابق (٢٠-٢١)، ويقول الدكتور عبد الرزاق السنهوري (هي دون الملك وفوق الرخصة)، مصادر الحق (٨/١).

المبحث الرابع

مَفْهُومُ التَّعَسُّفِ وَتَمْيِيزُهُ عَنْ مُجَاوِزَةِ الْحَقِّ

لم يردَّ على لسانِ الأصوليين والفُقهاء كلمة: (إساءة) أو: (تعسف) في استعمال الحقِّ، وإنما هو تعبيرٌ وافدٌ إلينا من فقهاء القانون في الغرب، هذا ودرجُ الفقهاء المعاصرون على استعمال كلمة: (تعسف) وآثر بعضهم استعمال كلمة: (إساءة). نعم، ورد في بعض الأصول كلمة: «الاستعمال المذموم»^(١) تعبيراً عن التعسف، أو الإساءة في استعمال الحقِّ بالمعنى الذي نقصده اليوم.

هذا وقد وردت كلمة «المضارَّة في الحقوق» في كتاب (الطُّرق الحِكْمِيَّة)^(٢).

وأياً ما كان، فما المقصود بالتَّعَسُّفِ ؟

وهل ثَمَّة فرق بينه، وبين مجاوزة الحق ؟

المقصود بـ(التَّعَسُّفِ): أن يُمارِسَ الشَّخْصُ فعلاً مَشروعاً في الأصلِ بمقتضى حقٍّ شرعيٍّ ثبتَ له - بعَوْضٍ أو بغيرِ عَوْضٍ - أو بمقتضى إباحةٍ مأذونٍ فيها شرعاً، على وجهٍ يُلْحَقُ بغيره الإضرار، أو يخالف حكمةَ المشروعِية.

وبناءً عليه يمكننا أن نعرِّف التعسفَ في استعمالِ الحقِّ بالقول: إنه

(مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه شرعاً بحسب الأصل)

(١) الموافقات (٣/ ٥٠٧)، حيث يقول في التعسف في استعمال المباح: «فَلَمْ يَزَلْ أَصْلُ الْمُبَاحِ وَإِنْ كَانَ مَعْمُوراً تَحْتَ أَوْصَافِ الْاِكْتِسَابِ وَالِاسْتِعْمَالِ الْمَذْمُومِ».

(٢) الطرق الحِكْمِيَّة (٣١٠).

الفرق بين التّعسف، وبين مجاوزة الحقّ طبيعةً:

يمكننا توضيح الفرق بين (التّعسف في استعمال الحق) وبين (مجاوزة حدود الحق أو الاعتداء) من خلال الأمثلة التالية:

١- إذا أقام مالكٌ بناءً على أرضٍ غيره، أو زرعَ أرضَ غيره، اعتُبرَ غاصباً، أو معتدياً، ففعله غير مشروع أصلاً؛ لأنّه لا يستند إلى حقٍّ ولو كان فيه نفعٌ لغيره.

وأما إذا بنى رجلٌ في أرضه - ضمن حدودها - حائطاً عالياً، فسدَّ على جاره منافذ الضوء والهواء، حتى أصبح من المتعذّر على جاره الانتفاع بملكه على الوجه المعتاد، أو - بعبارة أخرى - تعطلّت بذلك المنافع المقصودة من الملك، وهو ما يسمى بـ(الضرر الفاحش)، فهذا المالك يعتبر متعسفاً في استعمال ملكه؛ لأنّه وإن تصرّف في حدود حقّه الموضوعيّة، لكن لزم عن هذا التصرّف أضرارٌ بينةٌ بالجار، فتصرّفه في الأصل مشروع؛ لأنّه يستند إلى ما يمنحه حقُّ ملكيّته من سلطان التصرّف المادي، والشرعي، والاستعمال، والاستغلال. ومأتى التّعسف هو ما آل إليه تصرّفه من أضرارٍ فاحشةٍ بغيره.

٢: إذا أوصى بما زاد عن الثلث، يُعتبر مجاوزاً حدودَ حقّه الذي منحه إياه الشرع - وهو التصرّف في حدود الثلث - ففعله غير مشروع في الأصل؛ لأنّه لا يستند إلى حقٍّ، والتّعسف فرغ وجود الحقّ، فهو إذن متعدّد لا متعسف.

أما إذا أوصى بالثلث، أو بما دونه، وقصد بذلك مضارّة الورثة مثلاً، وقامت الأدلّة والقرائن على هذا القصد، اعتُبر متعسفاً؛ لأنَّ أصل الفعل مشروع، لاستناده إلى حقٍّ ثابتٍ له في الشرع لحكمةٍ قصدها الشرع من تقريره هذا الحقّ له، ولكنّه استعمله لا

بقصد تحقيق تلك الحكمة، بل للإضرار بالورثة، إذ «لا ضرر ولا ضرار في الإسلام»^(١).
فاتّضح الفرق بين التعسف والمجاوزة.

ولا يقال: إنّ ثمة تناقضاً بين وصف الفعل بكونه مشروعاً في الأصل، ثم وصفه
بأنّه متعسف فيه؛ لأننا نقول: الجهة منفكة، فلا يلزم التناقض المزعوم، إذ المشروعية
منصبة على ذات الفعل، والتعسف منصب على كيفية استعماله إمّا بالنظر إلى الباعث
عليه، أو مآله، وعلى ذلك لا يلزم التناقض أو التضاد^(٢) لتعدد الجهة.

فوحدة الوصف الشرعي لكل من التعسف والمجاوزة، لا ينفي اختلاف حقيقة كل
منهما.

التفرقة بين التعسف، وبين مجاوزة الحق من حيث الجزاء:

مجاوزة الحق اعتداء وظلم، ويترتب عليه جزاءان: دنيوي، وأخروي، كما إذا صحبه
قصد إيقاع الضرر، ووقع الضرر فعلاً مهما كان قدره .

والجزاء الدنيوي يكون بإزالة آثار التعدي عينا - إن أمكن - والتعويض على
المضروب ما لحقه من ضرر، أو بكليهما معاً - حسب الأحوال - وقطع سبب الضرر
حتى لا يستمر وقوعه مستقبلاً.

أما الجزاء الأخروي - وهو الإثم والعقاب - فجزاء قصد الإضرار.

وقد يكون الجزاء دنيوياً فقط إذا وقع الاعتداء خطأ من دون قصد.

(١) أحمد (٢٣٠٧) وابن ماجه (٢٣٤٠)، و(٢٣٤١)، وتقدّم تمام تحريجه.

(٢) الموافقات (٢٥٨/٢) حيث يقول في صدد استعمال الحق على وجه يعلم صاحبه أنّ أدائه إلى
المفسدة قطعي عادة، مع أنّ له ندحة في استعماله على وجه آخر لا يلزم عنه ذلك المخطور، ولا تضاداً
في الأحكام لتعدد جهاتها.

أما التعسف في التصرفات القولية: فإذا كان نتيجة لباعث غير مشروع، لتحقيق مصلحة غير مشروعة، كأن يهب أمواله صورياً قُرْب نهاية الحول، لإسقاط الزكاة - مثلاً - فتمّة جزاءان:

دنيوي: بإبطال التصرف. وأخروي: وهو الإثم. وهذا هو الدور الوقائي للنظرية. وأما التعسف في التصرفات الفعلية: إذا كان نتيجة لقصْد الإضرار ووقع الضرر فعلاً أزيل الضرر بالتعويض؛ لأنّ الواقع لا يُرفع، وقُطِع سببه منعاً لاستمراره في المستقبل. أو بعبارة أخرى: إذا كان التعسف بالنظر إلى مآل التصرف ونتيجته من دون قصدٍ إلى ذلك المآل الممنوع، فالجزاء دنيوي فقط يمنع مباشرة سببه، وبإزالة آثار الضرر عيناً، أو تعويضاً حسب الأحوال، سواء أكان الاستعمال مُعتاداً أم غير مُعتاد. وعلى هذا فالجزاء الدنيوي:

في التصرفات القولية يكون بإبطال التصرف.

أما في التصرفات الفعلية فمن المحال إزالة الضرر عيناً؛ لأنّ الواقع لا يمكن رفعه، ولكن يمنع استمراره في المستقبل بقطع سببه، والتعويض عما وقع، كما في استعمال المالك عقاره على نحو يضرّ غيره ضرراً فاحشاً.

Damascus University

المبحث الخامس

معايير نظرية التعسف في الفقه الإسلامي

إنَّ نظرية التعسف في الفقه الإسلاميَّ تجمع بين معيارين رئيسين هما:

١- المعيار الذاتي أو الشخصي: وهذا يستدعي النظر في العوامل النفسية التي حرَّكت إرادة ذي الحقِّ إلى التصرف بحقه من الإضرار، أو الدافع إلى تحقيق مصالح غير مشروعة.

٢- المعيار المادي: الذي يعتمد ضابط التناسب بين ما يجنيه صاحب الحق من نفع، وما يلزم عن ذلك من مفسدة، ووسيلته في ذلك الموازنة، فإذا كانت المفسدة مساوية للمصلحة، أو راجحة عليها، مُنِعَ الفعل، وهذا الضابط يحكم التعارض بين الحقوق الفردية بعضها قبل بعض، والحق الفردي مع المصلحة العامة من باب أولى.

ونبحث في هذين المعيارين الرئيسين بالتفصيل.

المعيار الأول (الذاتي الشخصي): وله شقان

أ - الأول: تمحُّض قصد الإضرار.

ب - الثاني: الباعث غير المشروع.

أولاً - تمحُّض قصد الإضرار:

هذا المعيار هو أقدمُ معايير التعسف، وأصلها، بدليل وجوده في الشرائع القديمة، ومخالفاته لمبادئ ظاهرة، غير أنَّ الكشف عنه من العسر بمكان، لذا يُستعان بالأُمُور الظاهرة المادية، كالقرائن في تبيينه.

هذا والقصدُ إلى الإضرار بالغير ممنوعٌ في الشريعة، فيمنع الفعل الذي اتَّخذ وسيلةً للتعبير عنه أو لتحقيقه؛ لأنَّه يتنافى مع قصد الشارع من تشريعه للحقوق.

الفروع الفقهيّة في المذاهب تطبقاً لهذا المعيار

أولاً - في المذهب الحنفي:

ذهب أبو يوسف إلى منع مَنْ يستعمل حَقَّهُ بقصدِ الإضرارِ بغيره، فقد جاء في كتاب (الخراج) ^(١) ما نصّه: (وَسَأَلْتُ يَا أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ عَنِ الرَّجُلِ يَكُونُ لَهُ النَّهْرُ الْخَاصُّ، فَيَسْقِي مِنْهُ حَزْنَةً وَتَحْلَهُ وَشَجَرَةً، فَيَنْفَجِرُ مِنْ مَاءِ نَهْرِهِ فِي أَرْضِهِ فَيَسِيلُ الْمَاءُ مِنْ أَرْضِهِ إِلَى أَرْضِ غَيْرِهِ، فَيُغْرِقُهَا، هَلْ يَضْمَنُ؟

قال: لَيْسَ عَلَى رَبِّ النَّهْرِ فِي ذَلِكَ ضَمَانٌ مِنْ قَبْلِ أَنْ ذَلِكَ فِي مِلْكِهِ، وَكَذَلِكَ لَوْ نَزَلَتْ أَرْضٌ هَذَا مِنَ الْمَاءِ، فَفَسَدَتْ، لَمْ يَكُنْ عَلَى رَبِّ الْأَرْضِ الْأُولَى شَيْءٌ، وَعَلَى صَاحِبِ الْأَرْضِ الَّتِي غَرِقَتْ وَنَزَلَتْ أَنْ يُحَصِّنَ أَرْضَهُ.

وَلَا يَحِلُّ لِمُسْلِمٍ أَنْ يَتَعَمَّدَ أَرْضاً لِمُسْلِمٍ أَوْ ذِمِّيٍّ بِذَلِكَ لِيُهْلِكَ حَزْنَتُهُ فِيهَا، يُرِيدُ بِذَلِكَ الْإِضْرَارَ بِهِ؛ فَقَدْ نَهَى رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عَنِ الضَّرَارِ، وَقَدْ قَالَ: «مَلْعُونٌ مَنْ ضَارَّ مُسْلِمًا أَوْ غَيْرَهُ، مَلْعُونٌ» ^(٢).

وَعُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ رَضِيَ اللَّهُ تَعَالَى عَنْهُ كَتَبَ إِلَى أَبِي عُبَيْدَةَ يَأْمُرُهُ أَنْ يَمْنَعَ الْمُسْلِمِينَ مِنْ ظُلْمِ أَحَدٍ مِنْ أَهْلِ الذِّمَّةِ.

وَإِنْ عُرِفَ أَنَّ صَاحِبَ النَّهْرِ يُرِيدُ أَنْ يَفْتَحَ الْمَاءَ فِي أَرْضِهِ لِلْإِضْرَارِ بِجِيرَانِهِ، وَالذُّهَابِ بِعَلَانِيَتِهِمْ وَتَبَيَّنَ ذَلِكَ، فَيَنْبَغِي أَنْ يَمْنَعَ مِنَ الْإِضْرَارِ بِهِمْ. وهذا بيّن.

(١) الخراج لأبي يوسف (١١٢).

(٢) أخرجه الترمذي في البر والصلة، باب ما جاء في الحيانة والغش (١٩٤١)، وقال الترمذي: هذا حديث غريب.

ثانياً - في المذهب المالكي :

جاء في (تبصرة الحكام)^(١):

مَسْأَلَةٌ: لَوْ ادَّعَى غَضَباً عَلَى رَجُلٍ مِنْ أَهْلِ الْحَيِّزِ وَالِدَيْنِ، أُدِّبَ.

وَقَالَ أَشْهَبُ: لَا يُؤَدَّبُ، وَهَلْ يَخْلِفُ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ فِي هَذِهِ الصَّوَرِ أَمْ لَا؟

قالوا: إِنْ كَانَ الْمُدَّعَى بِهِ حَقّاً لِلَّهِ تَعَالَى لَمْ يَخْلَفْ، وَإِنْ كَانَ حَقّاً لِأَدَمِيٍّ فَعَنْ مَالِكٍ قَوْلَانِ مَبْنِيَّانِ عَلَى جَوَازِ سَمَاعِ هَذِهِ الدَّعْوَى، وَالصَّحِيحُ أَنَّهَا لَا تُسْمَعُ فِي هَذِهِ الصَّوَرِ، وَلَا يَخْلِفُ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ؛ لِأَنَّهَا يَتَطَرَّقُ الْأَرَاذِلُ وَالْأَشْرَارُ إِلَى أَذْيَةِ أَهْلِ الْفَضْلِ وَالْإِسْتِهَانَةِ بِهِمْ.

وهذا تخصيص لقوله صلى الله عليه وسلم: «الْبَيِّنَةُ عَلَى مَنْ ادَّعَى، وَالْيَمِينُ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ»^(٢)، بالمصلحة، وهي دفع الضرر، أو التَّعَسُّفِ قَضَاءً.

انقضاء المصلحة المشروعة قرينة على قصد الإضرار:

غير أنه لعسر تبين هذه النية يستعان بالقرائن، ومن ذلك أن لا يكون له منفعة في استعمال حقه، ومع ذلك يترتب عليه ضررٌ بغيره، فيمنع؛ لأنَّ ذلك قرينة على تمخض قصده الإضرار، ويُمنع من بابٍ أَوْلَى إذا استعمل حقه على وجهٍ سَلْبِيٍّ، بأن يمنع غيره من الارتفاق بأرضه - مثلاً - إذا ترتب على هذا الارتفاق نفعٌ لكليهما كما في قضية محمد بن مسلمة رضي الله عنه^(٣).

(١) تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام (٢/ ١٥٦).

(٢) أخرجه الدارقطني، والبيهقي، وابن عبد البر من حديث عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده، ورواه ابن عدي، والدارقطني من حديث أبي هريرة. ينظر التلخيص الحبير: (٤/ ١٠٧).

(٣) قضية محمد بن مسلمة رواها مالك عن عمرو بن يحيى المازني، عن أبيه أن الضحاك بن خليفة ساق خليجاً له من العريض، فأراد أن يمر به في أرض محمد بن مسلمة، فأبى محمد، فقال له =

ثالثاً - في الفقه الشافعي:

تقرّر في الفقه الشافعي أنّ حبس المدين المماطل عن الأداء شرع وسيلة لإكراهه على إظهار ما خفي من ماله وفاء لدينه، شريطة أن يكون قد غلب على الظن يساؤه، فيحبس بناءً على طلب الدائن، حتى إذا ثبت إعسار المدين، فلا يجاب الدائن إلى طلبه؛ لأنّ استعماله لحقه في هذه الحال لا يؤدي إلى المقصود، ويمكن أن يعتبر قرينة قاطعة على أنّه يقصد مجرّد إحداث الضرر بمدينه، والوسائل لم تُشرع لذلك؛ لأنّ الأصل أنّ أعمال المكلفين يجب أن يكون القصد فيها موافقاً لقصد الله في التشريع؛ أي: أن تستهدف المصالح التي شرعت لأجلها، وهو الأصل الذي بُنيت عليه الشريعة، وإلا كانت المناقضة والتعسف.

ويقول العز بن عبد السلام الشافعي: «إن ثبت عُسْرُهُ فَلَا يَجُوزُ حَبْسُهُ حَتَّى يَتَبَيَّنَ يَسَاؤُهُ»^(١).

رابعاً - في مذهب الإمام أحمد:

وجاء في (كشاف القناع) من تطبيقات هذا الأصل: أن صاحب الحائط الذي يستتر ملك جاره به لا يملك هدمه من دون عذر قوي، أو غرض صحيح، فالحق في

= الضحّاك: لم تمنعني، وهو لك منفعة تشرب به أولاً وآخراً، ولا يضرك، فأبى محمد، فكلم فيه الضحّاك عمر بن الخطاب، فدعا عمر بن الخطاب محمد بن مسلمة، فأمره أن يخلي سبيله، فقال محمد: لا، فقال عمر: «لم تمنع أذاك ما ينفعه، وهو لك نافع، تنقي به أولاً وآخراً، وهو لا يضرك» فقال محمد: لا والله. فقال عمر: «والله ليمرن به، ولو على بطنك» فأمره عمر أن يمر به، ففعل الضحّاك. الموطأ في الأقضية، باب القضاء في المرفق (٣٣). وراجع أدلة النظرية في فقه الصحابة، وتفصيل القول في هذه القضية كتاب (نظرية التعسف): (١٦٣).

(١) قواعد الأحكام للعر (١/ ١٢٠)، وينظر: الطرق الحكمية (٧٣)، معين الحكام (٢٣٣).

التَّصَرُّفِ هنا مُقَيَّدٌ بالألَّا يعودَ على غيره بالضَّرَرِ، واستعماله دونَ غرضٍ مظنة قصدِ الإضرارِ، فيُمنعُ، أمَّا إذا كانَ له غرضٌ صحيحٌ، فله ذلك؛ لانتفاء قصدِ الإضرارِ، ولأنَّه إذا كان له مصلحة ظاهرة في هدمه، فمنعه من تحصيلها مضرَّةً، والضَّرَرُ لا يُزالُ بالضَّرَرِ^(١).

وجاء فيه أيضاً^(٢): «وليسَ له - أي رب الحائط - منعه - أي منع جاره - من وضع خشبه - إذا لم يكن بناء السَّقْفِ إلَّا به - دونَ الإضرارِ بالحائطِ لما تقدَّم، فإنَّ أبا ربَّ الحائطِ تمكينه منه أجبره الحاكمُ عليه؛ لأنَّه حقُّ عليه»^(٣).

ثانياً: استعمال الحقِّ في غير المصلحة التي شرع من أجلها:

قلنا في تعريف التَّعَسُّفِ: إنَّه مناقضة قصدِ الشارعِ في تصرُّفٍ مأذونٍ فيه شرعاً بحسبِ الأصلِ، وهذا المعنى يتحقَّقُ في استعمالِ الحقِّ في غير الغرضِ، أو المصلحة التي من أجلها شرع؛ لأنَّ قصدَ ذي الحقِّ في العملِ هنا مضادٌّ لقصدِ الشارعِ في التشريع، ومعادنة قصدِ الشارعِ عيناً باطلةً، فيكونُ باطلاً بالضَّرورةِ كُلُّ ما أدَّى إلى ذلك، ولا خلاف بين العلماء في هذا؛ لأنَّه تحيُّلٌ على المصالح التي بُنيت عليها الشريعةُ، وهدمٌ لقواعدها، وإنَّما الخلافُ بينهم في أمرٍ آخر، هو الوسيلة التي يتوصَّل بها إلى كشف ذلك القصدِ، أو الباعثِ بم يَبْنَتْ؟

المعيار الثاني (المادي): الاختلالُ البينُ وانعدامُ التَّناسبِ في توازنِ المصالحِ:

وينطوي هذا المعيار على الصُّوابِ الآتية:

(١) كشف القناع (٣/٣٤٢).

(٢) المرجع السابق.

(٣) كشف القناع (٣/٤٣٢).

أولاً - الاختلالُ البيئي بين مصلحتين فرديتين، بحيث لا يكون ثمة تناسبٌ بينهما إطلاقاً.

ثانياً - الضررُ الفاحشُ للأحق بالجار من جراء استعمال المالك لعقاره.

ثالثاً - الضررُ العامُ للأحق بالجمع، أو بقطرٍ من أقطاره، أو بأهل بلدٍ من ذلك القطر، أو بأهل حيٍّ من ذلك البلد، أو جماعةٍ عظيمةٍ منهم من جراء استعمال الحق الفردي.

وهذه الضوابط الثلاثة يجمعها معيارُ اختلال التوازن بين المصالح المتعارضة.

هذا والمعيارُ الموضوعي مادي، ينظر إلى ثمرِ الأفعال ونتائجها في حد ذاتها، وهو مشتقٌّ من أصلٍ مستقرٍّ في أصول الفقه الإسلامي، وهو النظر في مآلات الأفعال الذي تفرّع عنه: (مبدأ سدّ الدرائع، والاستحسان، والاستصلاح، ومراعاة الخلاف) كما تأيّد به (القواعد المحكّمة)^(١).

هذا وضابطُ الضررِ الفاحشِ قد قرّره الفقه الإسلامي، لتنسيق المصالح الفرديّة المتعارضة، ولأسيما في العلاقات الجوارية، ولا شك أنّ في تنظيمها وتنسيقها، رعاية للصالح العام.

فقد رأينا أنّ حق المالك مقيّد في التصرف بملكه قضاءً بما يمنع الأضرار الفاحشة عن جاره - وهي المضار غير المألوفة - هو ما ذهب إليه المالكيّة والحنبلية، واستقرّ عليه رأي المتأخرين من فقهاء الحنفية.

أمّا الضررُ المألوف فلا بدّ من تحمّله والتّسامح فيه، إذ لو قيل بمنعه؛ لأدّى ذلك إلى تعطيل استعمال حقوق الملكية كافّة، وذلك يُخالف النصوص الواردة في ولاية

(١) راجع في الأصول والقواعد الفقهيّة المؤيدة للنظرية للتّعسف في استعمال الحق (٤٠٣).

التَّصَرُّفِ فِي الْمَلِكِ، كما أَنَّهُ مُخَالَفَةٌ لِلْإِجْمَاعِ وَالْمَعْقُولِ؛ لِعَدَمِ اسْتِقَامَةِ إِمْكَانِيَّةِ اسْتِعْمَالِ حَقِّ الْمَلِكِيَّةِ بِإِطْلَاقٍ.

هذا وقد حَدَّدَتْ (مَجْلَّةُ الْأَحْكَامِ الْعَدْلِيَّةِ)^(١) الضَّرَرَ الْفَاحِشَ بِأَنَّهُ: كُلُّ مَا يَمْنَعُ الْحَوَائِجَ الْأَصْلِيَّةَ - يَعْنِي الْمَنْفَعَةَ الْأَصْلِيَّةَ - الْمَقْصُودَةَ مِنَ الْبِنَاءِ - كَالسُّكْنَى - أَوْ يَضُرُّ بِالْبِنَاءِ، أَيْ: يَجْلِبُ لَهُ وَهْنًا وَيَكُونُ سَبَبَ اهْتِدَامِهِ.

ومن أمثلة الضَّرَرِ الْفَاحِشِ: الدُّخَانُ الْكَثِيفُ، وَالْأَصْوَاتُ الْمُقْلِقَةُ لِلرَّاحَةِ، وَتَلْوِثُ مِيَاهِ الْبَئْرِ بِالنَّجَاسَاتِ أَوْ الْقَاذُورَاتِ، وَالرَّوَائِحُ الْكَرِيهَةُ الضَّارَّةُ بِالصِّحَّةِ، وَمَنْعُ الشَّمْسِ وَالْهَوَاءِ وَالنُّورِ، ... وَغَيْرُ ذَلِكَ مِنَ الْأَضْرَارِ الْمَادِيَّةِ.

الأصلُ العام الذي ينتظم معايير التَّعَسُّفِ:

الواقع أَنَّ هذه المعايير التي ذكرناها للتَّعَسُّفِ من تَمَحُّضٍ قَصْدٍ لِإِضْرَارٍ، وَاسْتِعْمَالِ الْحَقِّ فِي غَيْرِ الْمَصْلَحَةِ الَّتِي شَرَعَ مِنْ أَجْلِهَا، وَاخْتِلَالِ التَّوَازَنِ الْبَيْنَ بَيْنِ الْمَصَالِحِ، وَالضَّرَرَ الْفَاحِشِ، وَتَعَارُضِ الْمَصْلَحَةِ الْخَاصَةِ مَعَ الْعَامَّةِ، كُلُّ هَذِهِ الْمَعَايِيرِ فِي الْوَاقِعِ يَنْتَظِمُهَا أَصْلٌ عَامٌّ وَاحِدٌ يُمَكِّنُ أَنْ يُعَدَّ مَعْيَاراً عَامّاً لِلتَّعَسُّفِ هُوَ: اسْتِعْمَالُ الْحَقِّ فِي غَيْرِ مَا شَرَعَ لَهُ.

(١) فِي الْمَادَّةِ (١١٩٩).

نَظَرِيَّةُ الظُّرُوفِ الطَّارِئَةِ

في الفقه الإسلاميِّ المقارن

تمهيد : في مظانِّ الأحكامِ التي اشتُقَّت منها النَّظَرِيَّةُ .

المبحث الأول : مَضمونُ النَّظَرِيَّةِ فقهاً .

المبحث الثاني : التَّكْيِيفُ الفِقْهِيُّ لِلنَّظَرِيَّةِ .

المبحث الثالث : أدلَّةُ تَأْصِيلِهَا .

المبحث الرابع : المألُّ كأصلٍ لِلنَّظَرِيَّةِ .

تمهيد في

مِظَانٌ^(١) الأحكام التي اشْتُقَّتْ منها نَظَرِيَّةُ الظُّرُوفِ الطَّارِئَةِ

يتضمَّنُ هذا التَّمْهيدُ مِظَانَ الأحكامِ التَّفْصِيلِيَّةِ التي اشْتُقَّتْ منها هذه النِّظَرِيَّةُ مَوْضُوعاً، وَأَرْكَاناً، وشَرَايِطَ لهذه الأَرْكَانِ، وَأَحْكَاماً.

إِنَّ مَا يُطْلَقُ عَلَيْهِ فِي الاصْطِلَاحِ : «الظُّرُوفِ الطَّارِئَةِ» فِي الْفِقْهِ الْوَضْعِيِّ، وَلَا سِيَّما فِي مُعْظَمِ قَوَانِينِ الْبِلَادِ الْعَرَبِيَّةِ الَّتِي تَبَنَّتْ هَذِهِ النِّظَرِيَّةَ مِنَ الْفِقْهِ الْإِسْلَامِيِّ قَدْ وَجَدَتْ فُرُوعَهَا ، وَتَطْبِيقَاتُهَا مِنْذُ الْقَدَمِ فِي الْفِقْهِ الْإِسْلَامِيِّ فِي الْمِظَانِ الْآتِيَةِ:

١- أَحْكَامُ فُسْخِ عَقْدِ الْإِجَارَةِ بِ(الْعُدْرِ)، فِي الْمَذْهَبِ الْحَنْفِيِّ^(٢)، سِوَاءَ أَكَانَ الْعُدْرُ - وَهُوَ الظَّرْفُ الطَّارِئُ - عَلَى إِبْرَامِ الْعَقْدِ لَاحِقاً بِالْمُؤَجَّرِ أَمْ بِالْمُسْتَأْجِرِ، أَمْ بِالْعَيْنِ الْمُؤَجَّرَةِ.

وَنَظَرِيَّةُ الْعُدْرِ هَذِهِ تَفَرَّدَ بِهَا الْمَذْهَبُ الْحَنْفِيُّ مِنْ دُونِ سَائِرِ الْمَذَاهِبِ.

٢- وَضَعَ الْجَوَائِحِ^(٣) فِي الزُّرُوعِ وَالثَّمَارِ فِي الْمَذْهَبَيْنِ الْمَالِكِيِّ وَالْحَنْبَلِيِّ، وَأَحْكَامُ الْجَوَائِحِ تَدَوُّرٌ بَيْنَ فُسْخِ الْعَقْدِ، وَبَيْنَ الْحَطِّ مِنَ الثَّمَنِ عَنِ الْمُشْتَرِي بِقَدْرِ التَّالِفِ مِنَ الثَّمَرِ

(١) الْمِظَانُ - بَفَتْحِ الْمِيمِ وَتَشْدِيدِ النُّونِ - جَمْعُ مِظَنَّةٍ - بَفَتْحِ الْمِيمِ وَكَسْرِ الظَّاءِ وَتَشْدِيدِ النُّونِ - وَمِظَنَّةُ الشَّيْءِ: مَوْضِعُهُ وَمَأْلَفُهُ الَّذِي يُظَنُّ كَوْنُهُ فِيهِ. مَخْتَارُ الصَّحَاحِ (٤٠٦).

(٢) رَاجِعَ بَحْثُ فُسْخِ الْإِجَارَةِ بِالْعُدْرِ فِي الْمَذْهَبِ الْحَنْفِيِّ: الْمَبْسُوطُ (٣/١٦)، بِدَائِعِ الصَّنَائِعِ فِي تَرْتِيبِ الشَّرَائِعِ (٤/١٩٧)، تَبْيِينُ الْحَقَائِقِ لِلزَّلِيلِيِّ (٥/١٤٦)، الْبَحْرُ الرَّائِقُ (٨/٣٥)، تَحْفَةُ الْفُقَهَاءِ (٢/١٧٤)، تَكْمَلَةُ فَتْحِ الْقَدِيرِ (٧/٢٢٢)، دَرَرُ الْحُكَامِ شَرْحُ مَجْلَةِ الْأَحْكَامِ عَلَيَّ حَيْدَرٍ (٧٣٧).

(٣) تُنْظَرُ أَحْكَامُ الْجَوَائِحِ:

فِي الْمَذْهَبِ الْمَالِكِيِّ: الزَّرْقَانِيُّ شَرْحُ مَوْطَأِ مَالِكٍ (٣/١٠٣)، بِدَايَةُ الْمُجْتَهِدِ (٢/١٦٣)، وَ(١٨٧) الْقَوَانِينُ الْفُقَهِيَّةُ (٢٦٨)، شَرْحُ الدَّسُوقِيِّ عَلَى الدَّرْدِيرِ (٤/٢٧).

، أو الزرع تبعاً لما أحدثته الجائحة^(١) من أثر استئصالاً، أو إنقاصاً، وفي هذه الحال يكون الثَّلَفُ كُلاً ، أو بَعْضاً من ضَمَانِ البائع وحده.

٣- أحكام خيار العيب في المعقود عليه: حيث يثبت حق الخيار للمشتري إذا كان المعقود عليه معيباً، وهو أساس صالح ليكون من مظان نظرية الظروف الطارئة.

٤- توزيع عبء الخسارة على طرفي العقد في حالة تقلب أسعار النقود^(٢) وتغير قيمها^(٣) - أي تعديل الثمن المسمى، لا فسح العقد - وهو ما يُسميه ابن عابدين: «الصِّلْحُ عَلَى الْأَوْسَطِ».

= وفي الفقه الحنبلي: المغني (٢١٦/٤)، كشاف القناع (٢٣٠/٣).

(١) (الجائحة) عند الحنبليّة: «كُلُّ آفَةٍ لَا صُنْعَ لِلْأَدَمِيِّ فِيهَا» أي: السَّامَوِيَّة. المغني (٢١٦/٤).
وأما في المذهب المالكي، ف(الجائحة) هي: «الآفَةُ السَّامَوِيَّةُ الَّتِي تُصِيبُ الثَّمَرَ، كَالْبَرْدِ، وَالْعَيْنِ، وَالذُّودِ، وَالْعَطَشِ» وهذا بالاتفاق، أما ما يكون من صُنْعِ الْإِنْسَانِ كَالسَّرِقَةِ فَفِيهِ خِلَافٌ، فَبَعْضُهُمْ رَأَاهُ جَائِحَةً، وَآخَرُونَ لَمْ يَرَوْهُ كَذَلِكَ عَلَى مَا سَيَأْتِي تَفْصِيلُهُ. بداية المجتهد (١٦/٢ و ١٨٧)، الزرقاني (١٠٣/٣).

(٢) رسائل ابن عابدين (٥٨/٢) (مسألة تنبيه الرقود على مسائل النقود).

(٣) قِيم: بكسر القاف وفتح الباء، جمع قيمة.

المبحث الأول

مضمون النظرية^(١)

إن اعتبارات العدالة والإنصاف في معايير أحكام الفقه الإسلامي، أو شروطه، لا تتخلف من جهة تصوُّرها نظراً، أو تطبيقها عملاً في كلِّ فرع من فروع هذا الفقه، فلا يصدرُ حكمٌ عن الأئمة مُستخلصٌ من نصٍّ، أو مستنبطٌ اجتهاداً إلا على أساس استدلالٍ دقيقٍ قويٍّ مُحكمٍ، يربطُ الجزئيَّ بالكليِّ، والحكمَ بعَلَّتِهِ، والحكمة من تشريعِهِ، ولا يضعُ شرطاً إلا ليؤكدَ ذلك المقصد نظراً وعملاً، إذ الشُّروطُ ينبغي ألا تتنافى مع حكمة مشروعية الحكم، فلا نجدُ بينها تناقضاً أو تحالفاً ممَّا يؤكدُ المنطق المتسق لهذا التشريع العظيم.

وعلى هذا فمضمون النظرية - كما يُستخلص من تطبيقاتها في مظانها - أن ثمة حادثاً، أو ظرفاً، أو عذراً خاصاً^(٢)، أو عامّاً، قد طرأ بعد إبرام العقد، وقبل تنفيذه، أو أثناء سريانه، سواء أكان لاحقاً بشخصٍ أحد طرفي العقد^(٣) أو بمحلِّ العقد ممَّا لم يكن

(١) من الخطأ الظنُّ بأنَّ ما يُسمى بـ(نظرية الظروف الطارئة) في قوانين البلاد العربية، وبعض القوانين الأجنبية تُطابق في مضمونها، ومعاييرها، وأحكامها ما استقرَّ في الفقه الإسلاميِّ المقارن من تطبيقات لها، فثمة فروق واضحة في كلِّ أولئك، ممَّا تأبى الدقَّة العلميَّة في البحثِ إغفالها، فادَّعاء بعضِ الكاتبين المُحدثين هذا التَّطابق فيه شيءٌ كثيرٌ من التَّزويد.

(٢) اشتَرَطَتِ القوانينُ العربيَّةُ في الظرفِ أن يكونَ استثنائياً وعامّاً، لا خاصّاً بالمدَّين.

(٣) لا تعترفُ القوانينُ بالظرفِ الشَّخصيِّ، بل الموضوعيِّ الواقع على محلِّ العقد ممَّا يقصرُ أثره على اقتصادياته.

متوقعاً، ولا ممكن الدّفع غالباً^(١)، جعل تنفيذ الالتزام التعاقدى ضاراً بالمدين ضرراً زائداً أو فاحشاً^(٢)، وغير مستحق بالعقد؛ لأنّ منشأ ذلك الحادث لا ذات الالتزام، فهو خارج عن نطاق التعاقد، سواء أكان قوام الضرر:

- تفويت منفعة محل العقد كلاً ، أو بعضاً.

- أو تعذر استيفاء منفعة المَعقود عليه حساً^(٣) أو شرعاً^(٤) حتى يُصبح مُستحيلاً لا مُرهقاً فحسب^(٥) في بعض الحالات.

- أو كان ضرراً شخصياً راجحاً ، يلزم من المضي في تنفيذ موجب العقد (تنفيذ الالتزام) لظرف شخصي لا علاقة له بمحل العقد ، وسلامته، وكامل منفعته^(٦).
وأما الأثر ، أو الحكم الذي يترتب على مثل هذه الأضرار فيكون:

(١) بعض الظروف في تطبيقات هذه النظرية في الفقه الإسلامي ممكن التوقع والدفع، خلافاً للقوانين التي اشترطت ألا يكون متوقعاً، بل ليس في الوسع توقعه، ولا دفعه.

(٢) صرح بعض الفقهاء بمفهوم الزائد بأنه (فاحش).

(٣) الحادث الذي يمنع استيفاء المنفعة حساً، كالفيضان، أو الحرب التي تنشر خوفاً عاماً يحول دون إمكان زراعة الأرض في الأولى حساً، أو الوصول إلى العقار المؤجر في الثانية.

(٤) المانع الشرعي مثل عارض الطمث (الحيض) بالنسبة للمرأة المستأجرة لتنظيف المسجد، إذا اتفقت مدة الإجازة مع طرؤ هذا العارض، إذ يحرم عليها شرعاً دخول المسجد، فتتفسخ الإجازة بهذا الغدر، فالمانع شرعي إذ من الممكن أن تنظف المسجد لولا هذا المانع الشرعي.

(٥) تشتط القوانين العربية الإزهاق، فإذا بلغ حد الاستحالة دخل في (نظرية الظروف القاهرة).

(٦) لا تعترف القوانين العربية بالظرف الشخصي الطارئ الذي ينشأ عنه ضرر أرجح من منفعة العقد بعد الموازنة في النظرية العامة إلا استثناء في بعض التطبيقات في عقد الإجازة، كما يرى في نص المادة ٦٠٨ من القانون المدني المصري - مثلاً - وهذا الاستثناء في الواقع رجوع إلى أحكامها في الشريعة الإسلامية.

- إِذَا فُسِّحَ (عَقْدُ الْإِجَارَةِ) كَمَا فِي الْمَذْهَبِ الْحَنَفِيِّ.
- أَوْ الْحَطُّ مِنَ الثَّمَنِ بِقَدْرِ التَّالِفِ مِنَ الْمَبِيعِ، كَمَا فِي الْجَائِحَةِ، أَوْ الْآفَةِ الَّتِي
أَصَابَتْ الثَّمَرَ، أَوْ الزَّرْعَ، أَوْ الْخُضَارَ.
- أَوْ سَقُوطُ الثَّمَنِ كُلِّهِ إِذَا أَتَتْ الْجَائِحَةُ عَلَيْهِ وَاسْتَأْصَلَتْهُ فِي الْمَذْهَبَيْنِ الْمَالِكِيِّ
وَالْحَنَبَلِيِّ، وَتَحْمِيلُ الْبَائِعِ عِبَاءَ الْخَسَارَةِ كُلِّهَا.
- أَوْ تَعْدِيلُ قِيَمَةِ الْإِلْتِزَامِ التَّعاقِدِيِّ فِي الثَّمَنِ.
- أَوْ تَوْزِيعُ عِبَاءِ الْخَسَارَةِ عَلَى طَرَفِي الْعَقْدِ فِي مَسْأَلَةِ الْوَفَاءِ بِالتُّقُودِ عِنْدَ تَقَلُّبِ
قِيَمَتِهَا، وَأَسْعَارِهَا، وَهَذَا مَا يَسْمِيهِ ابْنُ عَابِدِينَ «الصُّلْحَ عَلَى الْأَوْسَطِ».
- أَوْ إِرْجَاءُ تَنْفِيزِ الْإِلْتِزَامِ عَلَى ضَوْءِ مَا تَقْتَضِيهِ الْعَدَالَةُ فِي كُلِّ حَالَةٍ عَلَى حِدَةٍ.
وَذَلِكَ هُوَ مَضْمُونُ النَّظَرِيَّةِ - بِإِجْمَالٍ وَإِيجَازٍ - فِي الْفَقْهِ الْإِسْلَامِيِّ الْمُقَارَنِ.

الْخُلَاصَةُ:

إِنَّ مَضْمُونُ النَّظَرِيَّةِ يَعْتَمِدُ عَلَى الْعُنَاصِرِ التَّالِيَةِ مِنَ الْأَرْكَانِ وَالشُّرُوطِ:

أَوَّلًا - وَجُودُ عَقْدٍ يَتَرَاخَى تَنْفِيزُهُ عَنْ وَقْتِ إِبْرَامِهِ

- سِوَاءِ أَكَانَ مِنَ الْعُقُودِ الْمُسْتَمِرَّةِ التَّنْفِيزِ، حَتَّى يُعْتَبَرُ الزَّمَنُ غُنْصَرًا مُلَازِمًا
لِلْإِسْتِيفَاءِ مِنْ قِبَلِ أَحَدِ الْمُتَعَاقِدَيْنِ لَا يَنْفَصِلُ عَنْهُ؛ لِأَنَّهُ مِغْيَاؤُهُ، كَمَا فِي عَقْدِ الْإِجَارَةِ
بِالنِّسْبَةِ لِلْمُسْتَأْجِرِ، أَوْ يُعْتَبَرُ عُنْصَرًا فِي الْأَدَاءِ بِالنِّسْبَةِ لِمَنْ عَلَيْهِ الْحَقُّ بِالنِّسْبَةِ لِلْمُؤْجِرِ.
- أَوْ كَعُقُودِ بَيْعِ الثَّمَرِ الْقَائِمِ عَلَى الشَّجَرِ، وَبَعْدَ بَدْوِ صِلَاحِهِ، فَإِنَّهُ تُقَطَّفُ بُطُوحُهَا
مُتَلَاحِقَةً عَلَى النَّظَارَةِ عَادَةً، فَيَسْتَمِرُّ تَنْفِيزُ الْعَقْدِ، وَلَا يَتَعَاَصَرُ مَعَ وَقْتِ إِبْرَامِهِ.
- وَمِثْلُ ذَلِكَ بَيْعُ الزَّرْعِ، وَالْخُضَارِ الَّتِي يَتَلَاخَقُ جَنْبُهَا.

- أو كان العقد عقْد بيع فوريّ التَّنفيذ فيما عدا الزَّرع والثَّمار والخضار، إذا كان الثَّمَن كُلُّهُ مؤجَّل التَّنفيذ بالاتِّفاقِ إلى أجلٍ مُسمًى، أم كان مُنحَماً على أقساطٍ.

وعلى هذا فلا بُدَّ مِنْ وجودِ عقْدٍ تراخى وقتُ تَنفيذه عن وقتِ إبرامه ليتصور تَطَرُّؤُ العُدْرِ، أو الحادثِ بعد الإبرام، وقَبْلَ التَّنفيذِ، أو أثناءه ممَّا يجعلُ تَنفيذَ الالتزامِ التَّعاقدِي ضاراً ضرراً زائداً نتيجةً للظَّرْفِ الطَّارِئِ.

ثانياً - أن يطرأ حادثٌ غير متوقَّع بعد إبرام العقد، أو لم يكن بالوسع توقُّعه، ولا يمكن دفعه والتَّحرُّرُ منه، وهذا في الأعمِّ الأغلبِ في التَّطبيقاتِ، كما أسلفنا، وسواء أكان الحادثُ سماوياً، كـ(الجوائح، والفيضان، والجراد، والعفن، والدَّود)، أم من الآدميين، كـ(الحربِ والفِتَنِ).

١- ويُشترطُ ألا يكونَ حدوثه بسببٍ من أيٍّ من المُتعاقدَيْن، وإلَّا كانَ مسؤولاً عن آثاره وحده، ولا ينتفع بأحكام هذه النُّظريَّةِ.

٢- كما يُشترطُ ألا يكونَ منه تقصيرٌ في دفعه، والتَّحرُّزُ منه، وإلَّا كانَ مقصِّراً، ويتحمَّلُ تبعه تقصيره، ولا يستفيد من أحكام هذه النُّظريَّةِ.

٣- يستوي أن يكونَ الظَّرْفُ عاماً أو خاصاً لاحقاً بشخصٍ أيٍّ من المُتعاقدَيْن.

ثالثاً - أن يحدث ضررٌ زائد، أو فاحش غير معتادٍ نتيجةً لهذا الظَّرْفِ، أو العُدْر الطَّارِئِ، لا نتيجةً للالتزام نفسه، ومُلازم حدوثه لتَنفيذِ موجبِ العقدِ، بحيث لا يمكنُ انفكاكه في الأعمِّ الأغلبِ.

رابعاً - يستوي أن يكونَ الضررُ مادياً اقتصادياً يُخلُّ بالتَّوازنِ بينَ الالتزامِ الناشئة عن العقدِ.

أو أن يكونَ ضرراً معنويّاً يمسُّ الاعتبارَ الإنسانيَّ.

أو أن يكون ضرراً شرعياً يمنع الشارع نفسه من تنفيذ العقد لطوارئ هذا الحادث، أو المانع الشرعي.

وقد يصبح تنفيذه - بسبب الطارئ - مستحيلاً لمانع حسي، أو لمانع شرعي كما أسلفنا^(١).

(١) هذا مما يُطلق عليه في الفقه الوضعي: (الظروف القاهرة) لا الطارئة، ويجعلون فيصل التفرقة بينهما أن تنفيذ موجب العقد إن أصبح مستحيلاً فذلك من جزئيات الظروف القاهرة، وإن كان ممكناً ولكن بضرر فاحش، فمن جزئيات ومضمون الظروف الطارئة.

المبحث الثاني

التكييفُ الفقهيُّ للنَّظَرِيَّةِ

يُقَصَّدُ بالتَّكْيِيفِ الفِقْهِيِّ لِلنَّظَرِيَّةِ وَصْفُهَا الَّذِي أَضْفَاهُ عَلَيْهَا الْفُقَهَاءُ فِي ضَوْءِ
الْآثَارِ الَّتِي تَرْتَبَتْ عَلَيْهَا.

وقد أشرنا إلى أَنَّ النَّظَرِيَّةَ ذاتَ أَحْكَامٍ وَآثَارٍ، يَطْبُقُ كُلُّ مِنْهَا عَلَى الْوَاقِعَةِ الْمَعْرُوضَةِ
بظروفها بما يَتَّفَقُ وَمُقْتَضَى الْعَدْلِ.

وعلى هذا يَخْتَلِفُ الْحُكْمُ، أَوِ الْحُلُّ بِاخْتِلَافِ طَبِيعَةِ الْوَاقِعَةِ وَظُرُوفِهَا الْمَلَابَسَةِ عَلَى
النَّحْوِ التَّالِي:

أ - ثُبُوتُ حَقِّ الْقَسْخِ لِلْمُتَعَاقِدِ الْمَضْرُورِ بِالْأَعْذَارِ فِي عَقْدِ الْإِجَارَةِ.

ب - الْإِنْفَسَاخُ التَّلَفَائِيُّ^(١) بِحُكْمِ الشَّرْعِ عِنْدَ تَعَذُّرِ اسْتِيفَاءِ الْمَنْفَعَةِ لِمَانِعٍ شَرْعِيٍّ.

ج - تَعْدِيلُ قِيَمَةِ الْإِلْتِزَامِ عِنْدَ تَغْيِيرِ قِيَمِ التَّقْوِدِ - ارْتِفَاعاً وَهَبُوطاً - وَتَوَزِيعِ عِبءِ
الْخَسَارَةِ عَلَى طَرَفِي الْعَقْدِ، وَهُوَ مَا سَمَّاهُ ابْنُ عَابِدِينَ: «الصُّلْحُ عَلَى الْأَوْسَطِ» لِإِعَادَةِ
التَّوَازُنِ بِقَدْرِ الْإِمْكَانِ.

د - تَحْمِيلُ الْبَائِعِ وَحْدَهُ عِبءَ الْخَسَارَةِ - كَلَاءً، أَوْ بَعْضاً - فِي جَائِحَةِ الثَّمَارِ
وَالزَّرْوَعِ، بِقَدْرِ التَّلَافِ، وَتَعْدِيلِ الثَّمَنِ عَلَى حَسَابِ الْبَائِعِ وَحْدَهُ.

التَّكْيِيفُ الْفِقْهِيُّ لِلنَّظَرِيَّةِ فِي ضَوْءِ الْحُلُولِ الْآنْفَةِ الذِّكْرِ:

تَتَّخِذُ النَّظَرِيَّةُ - فِي ضَوْءِ مَا تَقَدَّمَ - صُورَةً أَنْفَسَاخِ الْعَقْدِ شَرْعاً، أَوْ تَعْدِيلِ الْعَقْدِ،
أَوْ فُسْخِهِ بِإِرَادَةٍ مُنْفَرَدَةٍ هِيَ إِرَادَةُ الطَّرَفِ الْمَضْرُورِ.

(١) أي يفسخ العقد دون رضا المتعاقدين، ودون حاجة إلى رفع الأمر إلى القضاء.

هذا وحقُّ فسخِ العَقْد ثابتٌ هنا لا على أساسِ أَنَّ العَقْدَ فاسِدٌ، ولا على أساسِ خيارِ الشَّرْطِ، أو غيره من الخياراتِ، بل على أساسِ الضَّررِ الفاحشِ الناشئِ عن السَّببِ الطَّارئِ غيرِ المستحقِّ بالعَقْدِ^(١).

وعليه فإنَّ هذه النُّظريَّة في الشَّرِيعَةِ الإسلاميَّة لا تمثِّلُ:

أ - صورةٌ من صورِ «البُطلانِ» بدهاءة؛ لأنَّ المفروض أنَّ العَقْدَ صَحِيحٌ قائمٌ نافِذٌ لازمٌ، ثم طرأ العُدْرُ.

ب - ولا صورةٌ من صورِ «انقضاءِ العَقْدِ الذي يتمُّ تَنفِيذُ التزاماته المتبادلة»؛ لأنَّ المفروض أنَّ الالتزام المَهرَقَ لم ينفذ بعدُ إذا أصبح تَنفِيذُهُ بعد طُرُوءِ العُدْرِ، سَبَباً لأضرارٍ فاحشةٍ لاحتِجَّةٍ للمَدِينِ، وهو غيرُ مُسْتَحَقِّ بالعَقْدِ، فكان ثُبُوتُ الفَسْخِ للمُتعاقدِ المَضرُورِ ليدفع عن نفسه الضَّرَرَ، وليمتنع عن تحمُّلِ غيرِ المستحقِّ إن شاء.

ج - وليس صورةٌ من الفَسْخِ بالتَّرَاضِي (الإقالة)، ولا بسببِ الخيارِ الذي يتَّصل بعيوب الرضاء.

(١) اتخذت النُّظريَّة في قوانين البلاد العربيَّة صورةً واحدةً فقط، هي صورة «تَعْدِيلِ العَقْدِ» ويتولَّى ذلك القضاء وحده، فلا تعرف القَوَانِينُ العربيَّة - التي استقت النُّظريَّة من الشَّرِيعَةِ الإسلاميَّة - صورة «فسخِ العَقْدِ» بل أبقت على العَقْدِ قائماً على الرغم من طُرُوءِ الطُّرُوفِ، وجعلت للقاضي سلطة «تَعْدِيلِ العَقْدِ» فقط. غير أنَّ هذه القوانين اضطرت آخر الأمر في تطبيقات عقْدِ الإجازة، ولظروف طارئة شَخْصِيَّة لاحتِجَّة بالمستأجر إلى اللجوء إلى إثبات حقِّ الفَسْخِ، كما في (المادة: ٦٠٨ و ٦٠٩) من القانون المدني المصري، وهذا حكم مقتبس من الفقه الإسلاميِّ في بعض مذهبِهِ، كالمذهبِ الحنفيِّ، ولكن على سبيل الاستثناء من عموم حكم النُّظريَّة.

مَبْدَأُ تَدْخُلِ الْقَاضِي لِتَعْدِيلِ التَّزَامَاتِ الْعَقْدِ، أَوْ فُسْخِهِ :

في الواقع إنَّ الفقه الإسلامي - منذ القديم - وفي ضَوْءِ أحكام هذه النَّظَرِيَّة لم يجعل العَقْدَ شريعةً للمتعاقدين، يَقُومُ مَقَامَ القانون في إلزام كلٍّ من متعاقديه بكل آثاره وبنوده، وفي جميع الظُّروف المتغيرة، بل وضع «مَبْدَأُ إِعَادَةِ النَّظَرِ فِي الْعَقْدِ» من جديدٍ في ضَوْءِ آثارِ الظُّروفِ التي طرأت عليه بما تقتضيه العدالة، سواء أكانت إِعَادَةُ النَّظَرِ من قبل الْمُتَعَاقِدِ الْمَضْرُورِ - وهو صاحب الحقِّ الأول في هذه الحال - أو من قِبَلِ الْقَاضِي، وبذلك وَضَعَتِ الشَّرِيعَةُ «مَبْدَأُ تَدْخُلِ الْقَاضِي» في تَعْدِيلِ الْعَقْدِ فِي ضَوْءِ الظُّروفِ الْجَدِيدَةِ الطَّارِئَةِ، فلم تُعَدِّ وظيفته مقتَصِرَةً على مجرَّد تفسير العقد في ضَوْءِ نِيَّةِ عَاقِدِيهِ، أو بعبارة أخرى: يملك القاضي المجتهد وظيفتين وَفَقَ الْأَحْوَالِ:

- ١- وظيفة تفسير العقد في ضَوْءِ نِيَّةِ عَاقِدِيهِ لِيَتِمَّ تَطْبِيقُهُ تَطْبِيقاً سَلِيماً على مقتضى تلك النِّيَّةِ الْمُشْتَرَكَةِ لَطَرْفَيْهِ، وهذه هي وظيفته الأساسية.
- ٢- وظيفة تَعْدِيلِ الْعَقْدِ، أو تَعْدِيلِ قِيَمَةِ الْإِتِمَامِ، وأحياناً فُسْخِهِ - حسب الأصول - لتحقيقاً للعدالة، وهذا تَدْخُلٌ من القاضي، وخُرُوجٌ على مَبْدَأِ أصلِ لزوم العقد مِنْ جِهَةِ الظَّاهِرِ.

تَدْخُلُ الْمَشْرِعِّ لِلْحَكْمِ بَانْفَسَاخِ الْعَقْدِ تَلْقَائِيًّا:

ويتدخَّلُ المشرِّعُ أحياناً بحكمٍ مباشرٍ في حالات معيَّنة، فيقضي بانفساخ العقد تلقائياً مِنْ دُونِ حَاجَةٍ إِلَى إِرَادَةِ الطَّرَفِ الْمَضْرُورِ، أو إلى حكم القضاء، وذلك إِذَا كَانَ الطَّرَفُ الْمَانِعُ شَرْعِيًّا.

وهذا ممّا يُضَعِّفُ من مَبْدَأِ سُلْطَانِ الْإِرَادَةِ بلا ريب، إذ مقتضيات العدل هي التي ينبغي أنْ تَسُودَ جُزْئِيَّاتِهِ في الفقه الإسلاميّ، ولذا «لا بُدَّ في صِحَّةِ التَّصَرُّفِ مِنْ رِضَى الْمُتَصَرِّفِ وَمُوَافَقَةِ الشَّعْرِ»^(١).



(١) الفتاوى الكبرى (١٠٢/٦).

المبحث الثالث

أدلة تأصيل النظرية

لهذه النظرية مجموعتان من الأدلة؛ مجموعة الأدلة الإجمالية العامة، ومجموعة الأدلة

التفصيلية:

أ - الأدلة الإجمالية:

ترجع الأدلة الإجمالية التي تنهض بتأصيل هذه النظرية إلى :

(أصول تشريعية عامة، وقواعد فقهية)^(١)

أولاً - الأصول التشريعية العامة:

١ - قوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾ [البقرة: ١٨٨].

ووجه الاستدلال أن ما أتت عليه الجائحة - مثلاً - من الثمار أو الزروع المبيعة، ينبغي أن يُحطَّ ويُخَفَّض من الثمن بقدر التالف حتى تتم إعادة التوازن بين ما يُعطي كل من العاقلين، وما يأخذ، وإلا اختل هذا التوازن، فأخذ أحد المتعاقدين أضعاف ما أعطى، وهو ضرب من أكل أموال الناس بالباطل دون مقابل.

ذلك لأن ما استُفيد نتيجة للظروف، لا يقوم على سبب ثابت في نظر الشرع، وهذا هو الباطل^(٢) الذي لا يقوم على سبب شرعي معتبر، وكذلك إذا حال العذر الطارئ دون تمكن أحد طرفي العقد من استيفاء المنفعة مع كونها قائمة، أو إذا أدى إلى

(١) راجع في معنى كل من الأصل التشريعي، والقاعدة الفقهية ما تقدّم في أول الكتاب.

(٢) (الباطل): ضد الحق. والحق: هو الموجود الثابت من كل وجه.

فالباطل: ما لم يكن ثابتاً، ولا موجوداً في الشرع، وما لا يقوم على سبب شرعي معتبر.

فواتها، فينبغي أن تُحلَّ الرابطة العقدية إذا شاء الطرف المضرور؛ لأنَّ بقاء العقد، وتنفيذ الالتزام - على الرغم من آثار هذا العذر - يؤدي حتماً إلى أن يستوفي أحد المتعاقدين قيمة الالتزام كاملاً، وأن يُحرَم الآخر، أو ينقص من حقه - بفعل ذلك الظرف - من دون وجه حق، ولا سيما إذا لم يكن له يد في طروء هذا الظرف، ولا قيل له بدفعه، أو الاحتراز منه، ولم يثبت تقصيره، أو تفريطه.

وقد جاء هذا المعنى في قول النبي صلى الله عليه وسلم: «يَمَّ يَأْخُذُ أَحَدُكُمْ مَالَ أَخِيهِ؟»^(١) قَالَ الْإِمَامُ الْعِصْنِي فِي بَيَانِ هَذَا الْاسْتِفْهَامِ الْاسْتِنْكَارِي: «بِأَيِّ شَيْءٍ يَأْخُذُ أَحَدُكُمْ مَالَ أَخِيهِ إِذَا تَلَفَ الثَّمَرُ؛ لِأَنَّهُ إِذَا تَلَفَ الثَّمَرُ لَا يَبْقَى لِلْمُشْتَرِي فِي مُقَابَلَةٍ مَا دَفَعَ شَيْءٌ، فَيَكُونُ أَخْذُ الْبَائِعِ بِالْبَاطِلِ»^(٢).

وفي حديثٍ أخرجه مُسْلِمٌ فِي (صَحِيحِهِ) قَوْلُهُ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «يَمَّ تَأْخُذُ مَالَ أَخِيكَ بِغَيْرِ حَقٍّ؟». فِي رِوَايَةٍ: «إِنْ لَمْ يُثْمَرْهَا اللَّهُ فَيَمَّ يَسْتَحِلُّ أَحَدُكُمْ مَالَ أَخِيهِ؟»^(٣).

وَوَجْهُ الْاسْتِدْلَالِ بِالْأَحَادِيثِ ظَاهِرٌ، وَهُوَ أَنَّ الْبَائِعَ إِذَا تَمَسَّكَ بِالْعَقْدِ، وَطَالَبَ الْمُشْتَرِي بِالثَّمَنِ، فَلَا يَحِلُّ لَهُ أَخْذُهُ؛ لِأَنَّهُ بَاطِلٌ، وَبِغَيْرِ حَقٍّ، وَلَا يَحِلُّ. وَعَلَى هَذَا فَالْأَصْلُ التَّشْرِيعِيُّ الْعَامُّ، وَهُوَ قَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ

(١) أخرجه البخاري (٢١٩٨) ومسلم (١٥٥٥).

(٢) عمدة القاري شرح صحيح البخاري للعيني (٨/١١). وينظر النووي على مسلم (٢١٦/١٠)، ونيل الأوطار (٢٠٠/٥).

(٣) أخرجه البخاري في البيوع، باب إذا باع الثمار قبل أن يبدؤ صلاحها، ثم أصابته عاهة فهو من البائع (٢١٩٨) ومسلم في المساقاة، باب وضع الحوائج (١٥٥٥).

بالباطل» [البقرة: ١٨٨] شاملٌ بعمومه هذه الفروع التي جاءت السُّنَّة التفصيليَّة مؤكِّدةً لحكم الأصل العام.

فالإبقاء على العقد، وعدم فسخه، أو عدم تعديل قيمة الالتزام التي أثر فيها العُدْر الطارئ بما يُعيد التوازن، صار سبباً مُفضيًّا إلى ظلم أحد طرفيه، وانتفاع الآخر بما لا يحلُّ، أو بالباطل، ولم تُشرع العقود في الشريعة لتكون أسباباً مُفضيَّةً لذلك بالبداهة، أو لإيقاع الناس في الظلم من جراء تنفيذها في ظرف طارئ فأتى على قيمة الالتزام تأثيراً بيناً، فكان أثره ضرراً لازماً لتنفيذه، ولا ينفك عنه.

إذاً فعموم «لزوم العقد» ووجوب الوفاء بالتزاماته مُقيَّد بالأدلة الإجمالية التي تُحرِّم الظلم، وأكل أموال الناس بالباطل، وتمنع إيقاعهم في العنت والخرج، إذ لا يجوز الاجتزاء بأصل عام، وإطراح الأدلة الأخرى؛ لأنَّ التشريع الإسلاميَّ كلُّ لا يتجزأ تصوراً ووقوعاً، أو نظراً وتطبيقاً.

وهذا من باب تحقيق المناط الخاص^(١) كما علمت.

ذلك لأنَّ المناط العامَّ هو قيام عقد مُبرم صحيح نافذ لازم، مقرَّر في الظروف العادية التي لم يطرأ تغيير يترك أثراً في توازن آثار العقد والتزاماته، حتى إذا تغيرت الظروف الملايسة نشأت عنها دلائل تكليفية أخرى - كما ذكرنا - تتعلق بمآلاتها إذ لكلِّ حالة بظروفها حكم خاصُّ بها، يُحقَّق العدل والمصلحة المعتبرة فيها؛ ولأنَّ هذه المآلات لم يتمَّ التراضي عليها عند إبرام العقد.

(١) وهذا ما يُشير إليه الرسول صلى الله عليه وسلم حين طلب المشتري من البائع أن يقيله (بفسخ العقد) أو يضع عنه بقدر التالف، وحلف البائع ألا يفعل شيئاً من ذلك؛ لأنَّه أراد الإبقاء على العقد، فأنكر الرسول صلى الله عليه وسلم، وقال: «تألى - حلف - على الله ألا يفعل خيراً». وسيأتي الحديث مع تحريجه.

وأيضاً التَّعميمُ - أي تعميم حكم المناط العام - إنما يفترض التشابه في الظروف، أما وقد اختلفت، واختلفت بالتالي آثارها تبعاً لها، فقد غدا من الظلم سحب الحكم العام عليها بعد ذلك، بل لا بُدَّ لكل واقعة بظروفها من حكم خاص يُناسبها عدلاً - كما أسلفنا^(١) - نظراً للمال.

وتطبيقاً لمقتضى هذا الأصل الذي أصْلناه لك، فإن الآية الكريمة: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾ [البقرة: ١٨٨] أصلٌ تكليفيٌّ عام:

- أمّا أنه تكليفي: فذلك لمكان التَّهي الذي يوجب التَّحريم.

- وأمّا أنه عام: فلأنه يَشْمَلُ بِمَضْمُونِهِ وحكمه، كلَّ الوقائع وصور المعاملات التي يتحقَّق فيها أكلُ الأموالِ بالباطل؛ أي: من دونَ أساسٍ أو سببٍ شرعيٍّ ثابتٍ معتبرٍ، ولو عن طريق تنفِيزِ الالتزامات التَّعاقدية، لعموم النَّصِّ.

إذن، يتعلَّق هذا الأصلُ العامُ بنظريتنا هذه أساساً عاماً لحُكمِها في كُلِّ عَقْدٍ نشأ عن الظَّرْفِ الذي طرأ بعد إبرامه، وقبل تنفيذه أو أنثائه ضرراً مالياً زائداً غير مستحقٍّ بالعقد نفسه، يُلْزِمُ حدوثه تنفِيزَ الالتزام التَّعاقدِيّ في ظلِّ هذا الظَّرْفِ بالنَّسبةِ لأحدِ مُتعاقدَيْهِ، ويستفيد المُتعاقدُ الآخرُ حتماً من نتائج هذا الظَّرْفِ مِنْ دونِ وجهِ حقٍّ، أو سببٍ شرعيٍّ معتبر. فانتفاء السَّبَبِ الشرعيِّ لتحلُّلِ الضَّرَرِ الزائد، وما يلزم عنه من فائدةٍ زائدةٍ للطَّرَفِ الآخر هو الباطلُ بعينه.

فهذا الدَّلِيلُ التَّكليفيُّ العامُ الذي نشأ تعلُّقه^(٢) باختلال التَّوازن بين الالتزامات في مَضْمُونِ العَقْدِ اقتصادياً، أو إعدامها كُلياً حسب الأحوال، ليحكمه بحُكمه، حمايةً

(١) راجع بحث المناط الخاص في كتاب «الفقه المقارن» للدكتور الدريني رحمه الله.

(٢) نشوء تعلُّق هذا الدَّلِيلِ التَّكليفيِّ العامِ بأثر الظَّرْفِ الطَّارِئ عند طروئه بعد إبرام العَقْدِ؛ بسببِ ما أحدثه الظَّرْفُ من اختلال التَّوازن في مَضْمُونِ العَقْدِ واقتصادياته.

للطَّرَفِ الْمَضْرُورِ، قد عارض الحُكْمَ الْأَصْلِي لآثَارِ الْعَقْدِ، وهو اللُّزُومُ، أو وجوب الوفاء بهما، أو المُضْي في موجب العَقْدِ.

أو بعبارةٍ أُخرى: تعارضُ أَصْلَانِ في مثل هذه الحال بالنسبة لآثارِ العَقْدِ:

أحدهما: أصل اللُّزُوم؛ وهو وجوبُ الوفاء بالتزاماتِ العَقْدِ، لقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [المائدة: ١]^(١)، وهو أصلٌ عامٌّ في عقودِ المعاوضات كالباعِ والإجازة، مناطه العام قيامُ عَقْدٍ مُبَرَّمٍ صَحِيحٍ نافِذٍ، فيكون لازماً كما بيَّنا.

ثانيهما: أصلٌ تكليفيٌّ عامٌّ، نشأ عند طُرُوءِ الظَّرْفِ، وتعلَّقَ بِأَثَرِ هذا الظَّرْفِ ومُقْتَضَاهُ تحريمُ أَكْلِ أَمْوَالِ النَّاسِ مِنْ دُونِ سَبَبٍ شَرْعِيٍّ مُعْتَبَرٍ، أو مِنْ دُونِ وَجْهِ حَقٍّ؛ ذلك لأنَّ الضَّرَرَ الْفَاحِشَ الْلاحِقَ بِأَحَدِ الْمُتَعَاقِدَيْنِ نَتِيجَةٌ لِلظَّرْفِ الطَّارِئِ، هو في الواقع نفعٌ زائدٌ بالنسبة لِلطَّرَفِ الْآخَرِ، يستفيدُه لُزُوماً لا مِنْ العَقْدِ، والظَّرْفُ الطَّارِئُ لَيْسَ سَبَباً شَرْعِيّاً يَسُوِّغُ هذه الفائدة؛ لِأَنَّهُ نَفْعٌ مِنْ دُونِ عَوْضٍ وَمِنْ هُنَا كَانَ بَاطِلاً.

= غير أن الدَّلِيلَ لا يشمل إلَّا الأضرار التي تتعلَّقُ بِالمال فقط. ولا يشملُ الأضرارَ الجسمية والأدبية التي تشملها النُّظَرِيَّةُ بِمَضْمُونِهَا وَحُكْمِهَا.

(١) يقول الإمامُ القُرْطُبِيُّ في تفسِيرِ هذه الآية: (أَمَرَ اللَّهُ سُبْحَانَهُ بِالْوَفَاءِ بِالْعُقُودِ، قَالَ الْحَسَنُ (البصري): يَعْنِي بِذَلِكَ: عُقُودَ الدِّينِ، وَهِيَ مَا عَقَّدَهُ الْمَرْءُ عَلَى نَفْسِهِ مِنْ بَيْعٍ، وَشِرَاءٍ، وَإِجَازَةٍ، وَكَرَاءٍ، وَمُنَاكَحَةٍ، وَطَّلَاقٍ، وَمُزَارَعَةٍ، وَمُصَالَحَةٍ، وَتَمْلِيكِ، وَتَخْيِيرٍ، وَعِثْقٍ، وَتَدْبِيرٍ، وَغَيْرِ ذَلِكَ مِنَ الْأُمُورِ ... وَقَالَ ابْنُ شِهَابٍ: قَرَأْتُ كِتَابَ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ الَّذِي كَتَبَهُ لِعَمْرِو بْنِ حَزْمٍ حِينَ بَعَثَهُ إِلَى بَحْرَانَ فِي صَنْدَرِهِ: «هَذَا بَيَانٌ لِلنَّاسِ مِنَ اللَّهِ وَرَسُولِهِ» ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ فَكَتَبَ الْآيَاتِ فِيهَا إِلَى قَوْلِهِ: ﴿إِنَّ اللَّهَ سَرِيعُ الْحِسَابِ﴾ [المائدة: ٤] «وَقَالَ الرَّجَّاحُ: الْمَعْنَى: أَوْفُوا بِعَقْدِ اللَّهِ عَلَيْكُمْ، وَبِعَقْدِكُمْ عَلَى بَعْضِكُمْ. وَهَذَا كُلُّهُ رَاجِعٌ إِلَى الْقَوْلِ بِالْعُمُومِ، وَهُوَ الصَّحِيحُ فِي الْبَابِ» تفسير القرطبي (٦/ ٣٣)، وينظر: نيل الأوطار: (٥/ ٢٠١).

يُرشدُك إلى هذا أَنَّهُ لولا الظَّرْف الطَّارِئ لما نَشَأ الضَّرَرُ بالنَّسبة لأحدِ طرفي العَقْد،
ولما استفاد من ذلك الطَّرْف الآخر حتماً.

وإنَّما قُلنا: إِنَّ الْأَصْلَ التَّكْلِيفِيَّ العام - وهو قوله سبحانه: ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾ [البقرة: ١٨٨] - إِنَّمَا تَعَلَّقُ بِأَثَرِ الظَّرْفِ، لا بذاتِهِ، إِذِ الْأَحْكامُ تَتَعَلَّقُ
بِالْآثَارِ وَالْمَالَاتِ، وهي هنا الْأَضْرَارُ.

وأيضاً التَّعَلُّقُ بِالْأَثَرِ وَالْمَالِ إِنَّمَا كَانَ عِنْد طُرُوءِ الظَّرْفِ لا قَبْلَهُ، ذلك لَأَنَّ طُرُوءَ
الظَّرْفِ وَقَبْلَ خُدُوثِ أَثَرِهِ عَلَى آثَارِ العَقْدِ وَالتَّزاماتِهِ كَانَ واجِباً الْعَمَلُ بِحُكْمِ الْأَصْلِ، وهو
اللزُّوم، ووجوبُ الوفاءِ بِالتَّزاماتِ المتبادلةِ على كُلِّ من طَرَفَيْهِ لِتَحَقُّقِ مناطه العامِ في
الأحوالِ العاديةِ، وهو قيامُ العَقْدِ المبرمِ الصَّحِيحِ النَّافِذِ، كما أشرنا.

هذا ومن المعلوم أَنَّهُ إِذَا تَعَاوَرَ الواقِعَةُ دَلِيلانِ مُتَعَارِضانِ في مواقعِ الوجودِ وجب
الترجيحُ - كما يقول الإمام الشَّاطِبيُّ - إِذْ لَيْسَ لِلَّهِ تَعَالَى إِلَّا حُكْمٌ واحِدٌ فَقَطْ في كُلِّ
واقِعَةٍ مهما اختلفتْ ظروفُها، يجبُ على المجتهدِ تحريه وتَبَيُّنُهُ عِنْد التَّطْبِيقِ، وبِالترجيحِ
يرتفعُ التَّعارضُ الظَّاهِرِيُّ.

وقد رأينا الفُقهاءَ يُرَجِّحُونَ دَلِيلَ المَالِ على دَلِيلِ حُكْمِ الْأَصْلِ، فيحكمون بِحُكْمِ
المناطِ الخاصِّ لا العامِ حِمَايَةً لِلطَّرْفِ الضَّعِيفِ المَضْرُورِ فيحكمون:

- إِمَّا بِالْفَسْخِ، إِذَا تَعَيَّنَ طَرِيقاً لِرَفْعِ الظُّلْمِ، أو بِتَعْدِيلِ قِيَمَةِ الاتِّزامِ.
- أو بِإِجْراءِ تَنْفِيزِهِ فَتَرَةً مَعِيَّةً إِذَا كَانَ مِنَ المَتَوَقَّعِ زَوَالِ الظَّرْفِ في وَقْتٍ معقولٍ،
عملاً بِقاعدةِ المَيْسَرَةِ.

كُلُّ ذلكِ دَفْعاً لِلضَّرَرِ، ومنعاً لأحدِ طَرَفِي العَقْدِ أَنْ يَأْكُلَ مالَ أَخِيهِ بِالْبَاطِلِ
مُسْتَفِيداً من نكباتِ الظُّروفِ، إِذِ الظَّرْفُ الطَّارِئُ والخارجُ عن نِطاقِ التَّعاقدِ، لَيْسَ سَبَباً

شَرْعِيًّا يَثْبُتُ بِهِ حَقُّ امْتِلَاكِ أَمْوَالِ النَّاسِ؛ لِأَنَّهُ مِنْ دُونِ عَوَضٍ، وَإِذَا فُقِدَ السَّبَبُ الشَّرْعِيُّ، كَانَ امْتِلَاكُ مَالِ الْغَيْرِ بَاطِلًا مَشْمُولًا بِعَمُومِ الْآيَةِ الْكَرِيمَةِ.

هَذَا الدَّلِيلُ الْإِجْمَالِيُّ قَاصِرٌ عَنْ أَنْ يَكُونَ أَسَاسًا لِعَمُومِ مَنَاطِ النَّظَرِيَّةِ وَشُمُولِ أَحْكَامِهَا.

أَوْ بِعِبَارَةٍ أُخْرَى: إِنَّ هَذَا الدَّلِيلَ الْإِجْمَالِيَّ قَاصِرٌ عَنْ عَمُومِ الدَّعْوَى؛ أَي: قَاصِرٌ عَنْ أَنْ يَكُونَ أَسَاسًا لِعَمُومِ مَنَاطِ النَّظَرِيَّةِ، وَشُمُولِ أَحْكَامِهَا؛ ذَلِكَ لِأَنَّهُ لَا يَتَنَاوَلُ إِلَّا «الضَّرَرَ الْمَالِيَّ» فَقَطْ؛ أَي: لَا يَتَعَلَّقُ إِلَّا بِاقتصاديات العَقْدِ، لَكِنَّكَ قَدْ عَلِمْتَ أَنَّ مَضْمُونِ النَّظَرِيَّةِ يَتَسَبَّحُ لِيَشْمَلَ بِعَمُومِهِ وَقَائِعَ أُخْرَى، مِمَّا يَكُونُ فِيهَا الضَّرَرُ جَسِيمًا، أَوْ أَدْبِيًّا مَعْنَوِيًّا، وَهَذَا لَا عِلَاقَةَ لَهُ بِالْمَالِ أَصْلًا، وَلَا سِيَّمًا فِي عَقْدِ الْإِجَارَةِ، وَالْأَعْذَارُ الَّتِي تَطْرَأُ عَلَيْهِ، مِمَّا يَسْتَوْجِبُ فُسْخَهُ لَضَرْرٍ جَسَمِيٍّ أَوْ أَدْبِيٍّ، فَضْلًا عَنِ الْمَانِعِ الشَّرْعِيِّ.

وَعَلَى كُلِّ حَالٍ، فَإِنَّ هَذَا لَا يُخِلُّ بِصِلَاحِيَّةِ هَذَا الدَّلِيلِ لِيَكُونَ مَبْنًى وَأَسَاسًا لَكَثِيرٍ مِنْ أَحْكَامِ هَذِهِ النَّظَرِيَّةِ، إِذْ تَتَضَافَرُ عَلَى التُّهُوَصِ بِتَأْصِيلِهَا أَدَلَّةٌ أُخْرَى كَثِيرَةٌ إِجْمَالِيَّةٌ وَتَفْصِيلِيَّةٌ، عَلَى مَا سَيَأْتِي بَيَانُهُ.

٢- وَمِنَ الْأَصُولِ الشَّرْعِيَّةِ الْإِجْمَالِيَّةِ قَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ﴾ وَجْهُ الِاسْتِدْلَالِ: أَنَّ الْعَدْلَ هُوَ: الْمَسَاوَاةُ وَالذِّقَّةُ فِي الْاِقْتِضَاءِ فِي الْمَعَامَلَاتِ، وَالْإِحْسَانُ: تَجَاوُزُ الْعَدْلِ إِلَى الْفَضْلِ عَمَلًا بِقَوْلِهِ سُبْحَانَهُ: ﴿وَلَا تُسْأَلُوا الْفَضْلَ بَيْنَكُمْ﴾ [البقرة: ٢٣٧].

وَيَقُولُ الْإِمَامُ الْعِزُّ بْنُ عَبْدِ السَّلَامِ^(١): «أَجْمَعَ آيَةُ فِي الْقُرْآنِ لِلْحَثِّ عَلَى الْمَصَالِحِ كُلِّهَا، وَالزَّجْرِ عَنِ الْمَفَاسِدِ بِأَسْرِهَا قَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ وَإِيتَاءِ

(١) فِي قَوَاعِدِ الْأَحْكَامِ (٢/١٦١).

ذِي الْقُرْبَى وَيَنْهَى عَنِ الْفَحْشَاءِ وَالْمُنْكَرِ وَالْبَغْيِ يَعِظُكُمْ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ» [النحل: ٩٠].

والإحسان في المعاملات يُحَقِّقُ من حِدَّةِ المعادلة الدَّقيقة في الاقتضاء؛ أي: أثراً لتطبيق القواعد العامة، فيكون الاستثناء الذي يكون أقرب إلى روح التشريع في بعض الظروف والأزمات.

ووجوب الوفاء بالعقد عدلٌ، والله تعالى أمر به، ولكن جاء الأمر بالإحسان إذا لزم عن إيفاء العقد ضررٌ زائد في ظرفٍ طارئ.

وعلى هذا فالتشريع التفصيلي في قوله سبحانه: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [المائدة: ١] إذا أضحي تطبيقه في ظرفٍ من الظروف مؤدياً إلى ضررٍ راجح غير مستحقٍ بالنسبة لواقعة معينة، يوقف حكمه نفيًا للضرر اللازم له، لا لذاته، وتستثنى الواقعة، ويثبت لها حكم آخر يدفع الضرر.

وكذلك مضارة الدائن بمدينه بما نشأ له عن العقد من حق غير مشروع بمقتضى عموم قوله صلى الله عليه وسلم: «لا ضرر ولا ضرار»^(١) لأن هذا ضررٌ من المضارة في التصرف في الحق، وهو مُحَرَّمٌ.

ثانياً - القواعد الفقهية العامة التي تنهض بتأصيل النظرية:

١ - القاعدة الأولى: (الضرر يُزال)^(٢)

(١) أحمد (٢٣٠٧) وابن ماجه (٢٣٤٠)، و(٢٣٤١)، وتقدم تمام تخرجه.

(٢) مجلة الأحكام العدلية (المادة: ٢٠). وعلل شارح المجلة قاعدة «الضرر يُزال» بقوله: «لأن الضرر هو ظلمٌ وعَدْرٌ، والواجب عدم إيقاعه». ثم يبين أن الضرر قد يكون منشؤه قصد المضارة في التصرف في الحق بقوله: «لَوْ أَحْدَثَ شَخْصٌ بِنَاءً فِي مَلِكِهِ (حقه) وَتَسَبَّبَ عَنْ ذَلِكَ حُصُولُ الظَّلَامِ فِي غُرْفَةٍ =

وهذه القاعدة مُتَفَرِّعَةٌ عن قوله صلى الله عليه وسلم: «لا ضَرَرَ ولا ضِرَارَ».
والمعنى أَنَّ الضَّرَرَ غير المستحقِّ تحبُّ إِزالته شرعاً إِذا وقع أَيَّاماً كان منشؤه؛ لأنَّه ظُلِمَ.

ولا ريب أَنَّهُ إِذا كانت إِزالته واجِبَةً شرعاً - إِذا وقع - فَإِنَّ دَفْعَهُ قبل وقوعه واجبٌ من بابٍ أَوَّلِي، إِذ من المقرَّرات الشرعيَّة أَنَّ «الضَّرَرَ يُدْفَعُ بِقَدْرِ الإِمكانِ».
٢ - القاعدة الثانية: (الحاجة تُنْزِلُ مَنْزِلَةَ الضَّرورة، عامَّةٌ كانت أم خاصة).

وَإِذا كانت مَوَاقِع الضَّرورة مُسْتَثْنَاة من قواعدِ الشَّرْعِ دفعاً لها، فالحاجة كذلك تيسيراً على النَّاسِ، ورفعاً للعُسْرِ، والضَّيْقِ غير المألوفِ عنهم.
- والمَدِينُ بالالتزام المُرهَق - نتيجةً لعذرٍ طارئٍ - واقعٌ في الحاجة التي تقربُ من الضَّرورة، فيجب رفعُ الضَّيْقِ عنه، ولو استثناءً من قواعدِ الشَّرْعِ.

٣ - القاعدة الثالثة: (دَرْءُ الْمَفاسِدِ أَوَّلِي مِنْ جَلْبِ الْمَصَالِحِ)
أصلُ هذه القاعدة قولُ النَّبِيِّ صلى الله عليه وسلم: «ما نَهَيْتُكُمْ عَنْهُ فَاجْتَنِبُوهُ، وَمَا أَمَرْتُكُمْ بِهِ فَافْعَلُوا مِنْهُ مَا اسْتَطَعْتُمْ»^(١).

= جاريه بِصورةٍ لا تُسْتَطَاعُ مَعَهَا القِرَاءَةُ وَالكِتَابَةُ، وَمَا أَنَّ ذَلِكَ ضَرَرٌ فَاحِشٌ يُزَالُ». شرح المجلة لعلِّي حيدر (٣٣/١).

فَالْعَلَّةُ هي الضَّرَرُ الفاحشُ ولو كان منشؤه استعمالُ حقٍّ - كما ترى - فما نحن فيه كذلك؛ لأنَّ إِنْزَامَ الدَّائِنِ المَدِينِ بِتَنْفِيذِ التَّزامه لمصلحةِ الدَّائِنِ، ذلك التَّنْفِيذُ الذي تَسَبَّبَ عنه ضَرَرٌ فَاحِشٌ أَثَرًا لِلظُّرْفِ هو مُضَارَّةٌ فِي اسْتِعْمَالِ الْحَقِّ، وبما أَنَّهُ ضَرَرٌ فَاحِشٌ غَيْرُ مُسْتَحَقٍّ وَجِبَ أَنْ يُزَالَ.

(١) البخاري في الاعتصام بالكتاب والسنة، باب الاقتداء بسنن رسول الله صلى الله عليه وسلم، (٧٢٨٨) ومسلم في الحج، باب فرض الحج مرة في العمر، وفي الفضائل، باب توقيره صلى الله عليه وسلم وترك إكثار سؤاله ممَّا لا ضرورةَ إليه (١٣٣٧) عن أبي هريرة رضي الله عنه.

وجه الاستدلال: أَنَّ الرَّسُولَ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عَلَّقَ امْتِثَالَ الْأَمْرِ بِالْإِسْتِطَاعَةِ،
بينما سَدَّ بَابَ النَّهْيِ كُلَّهُ، فلم يُجْزَءْ أَبَدًا إِلَّا عِنْدَ الضَّرُورَةِ. ثم إِنَّ الْأَمْرَ يُفْعَلُ بِطَلَبِ الْفِعْلِ
ولو مرَّةً، والنَّهْيُ يُفْعَلُ بِطَلَبِ الْكَفِّ عَنِ الْفِعْلِ أَبَدًا.

وأيضاً الواجباتُ تؤثرُ فيها المشقَّةُ للتَّرخيصِ، ولو كانت من باب الحرجِ بخلافِ
المحرِّماتِ، فإنَّه لا يؤثرُ فيها إِلَّا الضَّرُورَةُ التي يُخشى منها على النَّفْسِ أو الدِّينِ، وسائرِ
الضَّرُوراتِ الخمسِ. ويقولُ الفقهاءُ: محلُّ هذه القاعدةِ إذا كانت المفسدةُ راجحةً، وكانت
في غيرِ ضَرُورَةٍ.

فإذا تعارضت مفسدةٌ ومصلحةٌ، قُدِّمَتِ المفسدةُ الرَّاجحةُ؛ لما قَدَّمنا من شدَّةِ
اعتناء الشارعِ بالمنهيَّاتِ أشدَّ من اعتناؤه بالمأموراتِ، للحديثِ المتقدمِ.

وبَيَّنَّا آنفاً أَنَّهُ تعارضَ في مسألتنا هذه أصلاً:

- مصلحة الأصل التي يقتضيها وجوبُ إيفاءِ العَقْدِ.

- ومفسدة أو ضرر ناتج عن الظُّرْفِ الطَّارِئِ، وهو بَيِّنٌ فاحشٌ، وغير مستحقِّ.

فيُقدَّمُ دفعُ الضررِ الرَّاجحِ غيرِ المستحقِّ بالقَاسِخِ، أو بالتَّعْدِيلِ حسب الأحوال^(١).

٤ - القاعدة الرابعة: (الضررُ الأشدُّ يُزالُ بالأخفِّ).

إذ يُراعى في تطبيقِ القواعدِ الآمرةِ في الشَّرْعِ، ألاَّ يلزمَ عن ذلك ضررٌ راجحٌ غير
مستحقٍّ بفعلِ الظُّرُوفِ؛ لأنَّه ظلمٌ، والظُّلمُ مُحَرَّمٌ قطعاً، وهذا شرطٌ ضمنيٌّ تتوقَّفُ عليه
سلامةُ التَّطْبِيقِ والنتائجُ عدلاً. ولعلَّ هذا هو مؤدَّى قولهم: (لا بُدَّ في العَقْدِ مِنْ رِضا
المُتَعَاقِدِينَ، وموافقةِ الشَّرْعِ)؛ أي: إنشاءً، وتطبيقاً، ونتائج.

(١) راجع: (الحقُّ ومدى سلطان الدولة في تقييده ونظريَّة التعسُّف في استعمالِ الحقِّ): (٤٦٤) وما
ليها، وراجع أيضاً من (٤٥٣)، وما بعدها، المرجع السابق.

ذلك أَنَّ التَّشْرِيعَ الْإِسْلَامِيَّ كُلُّهُ مُتَّسِقٌ، لَا تَتَنَاقَضُ جُزْئِيَّاتُهُ مَعَ كَلْبِيَّاتِهِ لَا فِي التَّصَوُّرِ، وَلَا فِي الْوُقُوعِ. يُؤَيِّدُ ذَلِكَ قَوْلُ الرَّسُولِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «مَنْ عَمِلَ عَمَلًا لَيْسَ عَلَيْهِ أَمْرُنَا فَهُوَ رَدٌّ»^(١).

ب - الْأَدَلَّةُ التَّفْصِيلِيَّةُ الْخَاصَّةُ بِالنَّظَرِيَّةِ:

دَلَّ عَلَى هَذِهِ النَّظَرِيَّةِ عِدَّةٌ مِنَ الْأَحَادِيثِ، ذَكَرَ بَعْضُهَا فِي سِيَاقِ مَا تَقَدَّمَ مِنْ اسْتِدْلَالٍ، وَنَزِيدَ هُنَا بَعْضًا مِنْهَا:

١ - قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «لَوْ بَعَثَ مِنْ أَخِيكَ ثَمَرًا، فَأَصَابَتْهُ جَائِحَةٌ، فَلَا يَجِلُّ لَكَ أَنْ تَأْخُذَ مِنْهُ شَيْئًا، يَمْ تَأْخُذُ مَالَ أَخِيكَ بِغَيْرِ حَقٍّ؟»^(٢).

٢ - عَنْ جَابِرٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَمَرَ بِوَضْعِ الْجَوَائِحِ^(٣).

و(الجائحة): هي الآفة السماوية التي تُصِيبُ الثَّمَارَ فتَهْلِكُهَا ... وَلَا خِلَافَ أَنَّ الْبَرْدَ وَالْقَحْطَ وَالْعَطَشَ جَائِحَةٌ، وَكَذَلِكَ كُلُّ مَا هُوَ آفَةٌ سَمَاوِيَّةٌ، وَأَمَّا مَا كَانَ مِنَ الْآذَمِيِّينَ، كَالسَّرَقَةِ، فَفِيهِ خِلَافٌ: مِنْهُمْ مَنْ قَالَ إِنَّهُ جَائِحَةٌ تُشَبِّهُهَا بِالْآفَةِ السَّمَاوِيَّةِ، وَمِنْهُمْ مَنْ لَمْ يَرَهُ جَائِحَةً لِقَوْلِهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فِي الْحَدِيثِ عَنْ أَنَسٍ: «أَرَأَيْتَ إِذَا مَنَعَ اللَّهُ الثَّمَرَ، يَمْ يَأْخُذُ أَحَدُكُمْ مَالَ أَخِيهِ؟»^(٤).

(١) الْبُخَارِيُّ فِي الصَّلَاحِ، بَابُ إِذَا اصْطَلَحُوا عَلَى صَلَاحٍ جَوْرٍ فَالْصُّلْحُ مَزْدُودٌ (٢٦٩٧) وَمُسْلِمٌ فِي الْأَقْضِيَّةِ، بَابُ نَقْضِ الْأَحْكَامِ الْبَاطِلَةِ (١٧١٨) عَنْ عَائِشَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا.

(٢) مُسْلِمٌ فِي الْمَسَاقَاةِ، بَابُ وَضْعِ الْجَوَائِحِ (١٥٥٤) وَانْظُرْ شَرْحَ النَّوَوِيِّ عَلَيْهِ (٢١٦/١٠).

(٣) أَخْرَجَهُ مُسْلِمٌ فِي الْمَسَاقَاةِ، بَابُ وَضْعِ الْجَوَائِحِ (١٥٥٤) وَوَضَعَ الْجَوَائِحَ مَعْنَاهُ: إِنْقَاصَ الثَّمَنِ بِقَدْرِ التَّالِفِ مِنَ الثَّمَرِ حَتَّى إِذَا تَلَفَ الثَّمَرُ كُلَّهُ، سَقَطَ الثَّمَنُ كُلُّهُ.

(٤) تَقَدَّمَ تَخْرِيجُهُ. وَانْظُرْ نِيلَ الْأَوْطَارِ: (٢٠٠/٥).

٣ - عن عَمْرَةَ بِنْتِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ، قَالَتْ: سَمِعْتُ عَائِشَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا، تَقُولُ: سَمِعَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ صَوْتَ خُصُومٍ بِالْبَابِ عَالِيَةٍ أَصْوَاتُهُمَا، وَإِذَا أَحَدُهُمَا يَسْتَوْضِعُ الْآخَرَ، وَيَسْتَرْفِقُهُ فِي شَيْءٍ، وَهُوَ يَقُولُ: وَاللَّهِ لَا أَفْعَلُ، فَخَرَجَ عَلَيْهِمَا رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فَقَالَ: «أَيُّنَ الْمُتَأَلَّى عَلَى اللَّهِ لَا يَفْعَلُ الْمَعْرُوفَ؟»^(١)، فَقَالَ: أَنَا يَا رَسُولَ اللَّهِ، وَلَهُ أَيُّ ذَلِكَ أَحَبُّ^(٢).

٤ - روى مالك^(٣)، عَنْ أَبِي الرَّجَالِ مُحَمَّدِ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ، عَنْ أُمِّهِ عَمْرَةَ بِنْتِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ أَنَّهُ سَمِعَهَا تَقُولُ: ابْتِغَاءَ رَجُلٍ تَمَرَّ حَائِطٌ فِي زَمَانِ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَعَالَجُهُ، وَقَامَ فِيهِ حَتَّى تَبَيَّنَ لَهُ النُّقْصَانُ، فَسَأَلَ رَبَّ الْحَائِطِ أَنْ يَضَعَ لَهُ، أَوْ أَنْ يُقِيلَهُ، فَحَلَفَ أَنْ لَا يَفْعَلَ، فَذَهَبَتْ أُمُّ الْمُشْتَرِي إِلَى رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فَذَكَرَتْ ذَلِكَ لَهُ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «تَأَلَّى أَنْ لَا يَفْعَلَ خَيْرًا» فَسَمِعَ بِذَلِكَ رَبَّ الْحَائِطِ، فَأَتَى رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فَقَالَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ هُوَ لَهُ. أَيُّ: لَهُ مَا طَلَبَ مِنَ التَّخْفِيفِ.

ووجوه الاستدلال بأحاديث الباب كما يلي:

أولاً - ما روي عنه صلى الله عليه وسلم أَنَّهُ أَمَرَ بِوَضْعِ الْجَوَائِحِ، وَالْأَمْرُ يَقْتَضِي الْوُجُوبَ، وَلَا يَصْرِفُ إِلَى الِاسْتِحْبَابِ، وَالنَّدْبِ، كَمَا وَرَدَ فِي رَوَايَاتٍ أُخْرَى مِنْ أَنَّ عَدَمَ وَضْعِهَا لَا يَحِلُّ، وَهُوَ أَكْلٌ لَأَمْوَالِ النَّاسِ بِالْبَاطِلِ، وَمِنْ دُونِ وَجْهِ^(٤).

(١) يطلب إليه أن ينقص من الثَّمنِ ، (يسترفقه): يطلب إليه الرفق بحاله، (المتألي): أي الحالف بالله.

(٢) البخاري في الصلح، باب هل يشير الإمام بالصلح (٢٧٠٥) ومسلم في المساقاة، باب استحباب الوضع من الدين رقم (١٥٥٧).

(٣) في الموطأ في البيوع، باب الجائحة في بيع الثَّمار (٦٢١ / ٢). (يقيله): يفسخ العقد بتراضيهما.

(٤) ينظر عمدة القاري للعيني (٨/١١)، ونيل الأوطار (٢٠٠/٥).

ثانياً - قوله صلى الله عليه وسلم: «أَيُّنَ الْمُتَأَلَّى عَلَى اللَّهِ لَا يَفْعَلُ الْمَعْرُوفَ؟» استفهامٌ يفيدُ الإنكارَ، وهو يفيد المنع والتَّحريمَ.

وأيضاً سَمَّى الشَّارِعُ وَضَعَ الجَوَائِحِ، أو الإقالة من العَقْدِ على الثَّمارِ التي أُصِيبَتْ بها: (مَعْرُوفٌ مَأْمُورٌ) «يَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ» [التوبة: ٧١] فَكَانَ وَاجِباً إِمَّا التَّخْفِيفُ، أو النِّقْصَانُ بِقَدْرِ التَّالِفِ، أو الإقالة وَالْفَسْخُ.

ثالثاً - فَهُمُ الصَّحَابِيُّ إِنْكَارَ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لَتَعْنِيهِ عَلَى أَنَّهُ يُفِيدُ التَّحْرِيمَ، وَلِذَا أَجَابَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ إِلَى مَا رَغِبَ، فَقَالَ: هُوَ لَهُ يَا رَسُولَ اللَّهِ. أَيْ: لَهُ الْخَطُّ مِنَ الثَّمَنِ أَوْ الْفَسْخِ، وَفِي رِوَايَةٍ: «وَلَهُ أَيْ ذَلِكَ أَحَبُّ»^(١).

وهذه الأحاديثُ تنهضُ بمجموعِها لتفيد وجوبَ الخطِّ مِنَ الثَّمَنِ، أَوْ الْفَسْخِ، وهو الرَّاجِحُ^(٢).

ولا بُدَّ من ذكر أقوالِ الفقهاء فيما إذا يَبِيعُ الثَّمَرُ بَعْدَ بَدْوِ صَلَاحِهِ، وَسَلَّمِهِ الْبَائِعِ لِلْمُشْتَرِي بِالتَّخْلِيَةِ، ثُمَّ تَلَفَتْ بِالْجَائِحَةِ قَبْلَ أَوَانِ الْجِذَاذِ.

فَقَالَ الشَّافِعِيُّ، وَأَبُو حَنِيفَةَ، وَغَيْرُهُ مِنَ الْكُوفِيِّينَ، وَاللَّيْثُ بْنُ سَعْدٍ: لَا يَرْجِعُ الْمُشْتَرِي عَلَى الْبَائِعِ بِشَيْءٍ، وَحَمَلُوا الْأَحَادِيثَ الَّتِي وَرَدَتْ بِوَضْعِ الْجَوَائِحِ عَلَى مَا إِذَا يَبِيعُ الثَّمَرُ قَبْلَ بَدْوِ الصَّلَاحِ بِغَيْرِ شَرْطِ الْقَطْعِ.

وَاسْتَدَلَّ الطَّحَاوِيُّ عَلَى هَذَا الْإِتِّجَاهِ بِحَدِيثٍ عَنْ أَبِي سَعِيدٍ الْخُدْرِيِّ، قَالَ: أُصِيبَ رَجُلٌ فِي عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فِي ثَمَارٍ ابْتِاعَهَا، فَكَثُرَ دَيْنُهُ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «تَصَدَّقُوا عَلَيْهِ»، فَتَصَدَّقَ النَّاسُ عَلَيْهِ، فَلَمْ يَبْلُغْ ذَلِكَ وَفَاءً

(١) ينظر المراجع السابقة.

(٢) نيل الأوطار (٢٠٠/٥) وما يليها.

ذَنِّهِ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لِعُرْمَائِهِ: «خُذُوا مَا وَجَدْتُمْ، وَلَيْسَ لَكُمْ إِلَّا ذَلِكَ»^(١).

ووجه استدلال الطحاوي بالحديث: أَنَّ دَيْنَ الْعُرْمَاءِ لَمْ يَبْطُلْ بِذَهَابِ الثَّمَارِ بِالْعَاهَاتِ، وَلَمْ يَأْخُذِ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ الثَّمَنَ مِمَّنْ بَاعَهَا مِنْهُ، فَدَلَّ عَلَى أَنَّ وَضَعَ الْجَوَائِحَ لَيْسَ عَلَى عَمومِهِ.

ويُجَابُ عَنْ ذَلِكَ بِأَنَّ لَيْسَ فِي هَذَا الْحَدِيثِ حُجَّةٌ عَلَى عَدَمِ وَضَعِ الْجَوَائِحِ، إِذَا لَا صِلَةٌ لَهُ بِمَوْضِعِ النَّزاعِ، وَلَمْ يُصَرَّحْ فِي الْحَدِيثِ بِأَنَّ ذَهَابَ ثَمَرَةِ ذَلِكَ الرَّجُلِ كَانَ بِعَاهَةٍ سَمَوِيَّةٍ.

وَأَمَّا مَا ذَهَبَ إِلَيْهِ الْإِمَامُ أَبُو حَنِيفَةَ، وَالْإِمَامُ الشَّافِعِيُّ فِي الْجَدِيدِ مَنْ حَمَلَ الْأَحَادِيثَ الَّتِي تَفِيدُ وَجُوبَ وَضَعِ الْجَوَائِحِ عَلَى مَا إِذَا بَيَّعْتَ قَبْلَ بُدْوَ الصَّلَاحِ، فَيُجَابُ عَنْهُ بِمَا أَجَابَ بِهِ الشُّوكَانِيُّ مِنْ أَنَّ: «التَّنْصِصَ عَلَى الْوَضْعِ»^(٢) مَعَ الْبَيْعِ قَبْلَ الصَّلَاحِ لَا يُنَافِي الْوَضْعَ مَعَ الْبَيْعِ بَعْدَهُ، وَلَا يَصْلُحُ مِثْلُهُ لَتَخْصِصِ مَا دَلَّ عَلَى وَضَعِ الْجَوَائِحِ وَلَا لَتَقْيِيدِهِ»^(٣).

ومفادُ كلامِ الْإِمَامِ الشُّوكَانِيِّ أَنَّ الظَّرْفَ فِي قَوْلِهِ: «قَبْلَ بُدْوَ الصَّلَاحِ» لَا يَصْلُحُ قَيْدًا تُقَيَّدُ بِهِ أَحَادِيثُ الْبَابِ، إِذْ لَا تَنَافِي بَيْنَ وَجُوبِ الْوَضْعِ قَبْلَهُ أَوْ بَعْدَهُ؛ لِأَنَّ هَذَا الْقَيْدَ غَيْرَ مَعْتَبَرٍ فِي تَشْرِيعِ الْحُكْمِ لِسَبَبٍ بَسِيطٍ؛ هُوَ أَنَّهُ يَتَنَافَى مَعَ حِكْمَةِ التَّشْرِيعِ، وَهُوَ دَفْعُ الضَّرَرِ وَالظُّلْمِ، وَذَلِكَ لَا يَخْتَلِفُ بِكَوْنِ الْعَاهَةِ قَبْلًا أَوْ بَعْدًا، فَالْمُشْرَعُ نَصَّ عَلَى الْقَبْلِيَّةِ لَا لِلتَّقْيِيدِ بَلْ لِلْوَاقِعِ، وَعَلَى هَذَا فَلَا مَفْهُومَ لَهُ؛ لِأَنَّ مَفْهُومَ الْمَخَالَفَةِ إِنَّمَا يُعْمَلُ بِهِ إِذَا لَمْ

(١) مسلم في المساقاة، باب استحباب الوضع من الدَّيْنِ (١٥٥٦) وينظر: نيل الأوطار (٢٠٠/٥).

(٢) وضعه الجوائح أو الخط من الثمن بقدر التالف من الثمر.

(٣) نيل الأوطار للشوكاني (٢٠١/٥).

يُثَبَّتُ مِنَ الْمُشْتَرِعِ إِرَادَةُ الْمَوَافَقَةِ فِي الْحَالَيْنِ؛ حَالَةَ ثُبُوتِ الْقَيْدِ، وَاتِّفَاقَهُ تَحْقِيقاً لِلْمَصْلَحَةِ وَالْعَدْلِ.

وَمِنْ شَأْنِ الْخِلَافِ:

- هَلِ التَّخْلِيَةُ قَبْضٌ كَامِلٌ، فَيَكُونُ الْهَلَاكُ مِنْ ضَمَانِ الْمُشْتَرِي؛ لِأَنَّ الْمَبِيعَ هَلَكَ بَعْدَ التَّسْلِيمِ الْكَامِلِ؟
- أَوِ التَّخْلِيَةُ لَيْسَتْ قَبْضاً كَامِلاً، فَيَكُونُ هَلَاكُ الْمَبِيعِ قَبْلَ التَّسْلِيمِ مِنْ ضَمَانِ الْبَائِعِ؟

وهذا اختلافٌ في تحقيقِ مناطِ التَّسْلِيمِ الْكَامِلِ فِي الْوَقَائِعِ الْمَعْرُوضَةِ.

وَالرَّاجِحُ مَا قُلْنَا مِنْ وَجُوبِ وَضْعِ الْجَوَائِزِ، وَهُوَ مَا أَكَّدهُ الْإِمَامُ أَبُو الْعَبَّاسِ الْقُرْطُبِيُّ عِنْدَ شَرْحِ حَدِيثِ «لَوْ بَعْتَ مِنْ أَخِيكَ ثَمَرًا، فَأَصَابَتْهُ جَائِحَةٌ، فَلَا يَحِلُّ لَكَ أَنْ تَأْخُذَ مِنْهُ شَيْئًا، بَلْ تَأْخُذْ مَا لَ أَخِيكَ بَعْدَ حَقِّهِ»^(١)، فَقَالَ فِيهِ «دَلِيلٌ وَاضِحٌ عَلَى وَجُوبِ إِسْقَاطِ مَا اجْتَنَحَ مِنَ الثَّمَرَةِ عَنِ الْمُشْتَرِي»^(٢).

(١) مسلم في المساقاة، باب وضع الجوائز (١٥٥٤).

(٢) المفهم لما أشكل من تلخيص مسلم (٤/٤٢٣)، وينظر نيل الأوطار للشوكاني (٢٠١/٥).

المبحث الرابع

(المال) بوصفه أصلاً للنظرية

مما يتضمّن مفهوم هذه النظرية، ومناطقها ما أتى به الحنفية من أحكام اجتهادية تتعلق بفسخ عقد الإجارة بالعدر، أو الظرف الطارئ، سواء أكان متعلقاً بـ(المستأجر، أو المؤجر، أو العين المؤجرة) إذ اعتمدوا فيما صدروا عنه من اجتهادات في هذا الصدد أصل النظر في المال على ما صرح به أئمة مذهبهم، في أوثق وأقدم مصادره ممّا نتاوله بالبحث والتحليل، والمقارنة بما ورد في المذاهب الأخرى من نظيره، أو متعلقاً بموضوعه، واستجلاء الفلسفة التشريعية التي تنهض عليها تلك الأحكام.

أصل النظر في مال الظرف، أو العذر الطارئ هو العلة في سلب صفة اللزوم في الحال عن (عقد الإجارة) وإثبات حق الفسخ للمضروب في اجتهاد أئمة الحنفية، إذا تعيّن طريقاً لدفع الضرر غير المستحق.

إنّ وجوب أصل النظر في مال العذر الطارئ، وهو «الضرر» الواقع، أو المتوقع، كان ملحظاً قوياً لأئمة المذهب الحنفي بوجه خاص فيما يتعلق بإثبات حق الفسخ بالعدر في عقد الإجارة؛ ذلك لأن «العذر الطارئ» يؤدي إلى الضرر «مألاً فيما لو مضى المدين الذي كان العذر في جانبه على موجب العقد»^(١)، ونفذ ما التزم به في

(١) الميسوط (٢/١٦ وما يليها)، وينظر: تبين الحقائق للزليعي (١٤٦/٥)، بدائع الصنائع

(١٩٧/٤، وما يليها). (الموجب): - بفتح الجيم - الآثار، أو الالتزامات التي تترتب على العقد،

والمضئ على موجب العقد، يعني: تنفيذ الالتزام.

ظلَّ هذا العُدْر، وهو ما صرَّح به الإمام السرخسي وغيره^(١) من أئمة الحنفية، بقوله: «وَعِنْدَنَا جَوَازُ هَذَا الْعَقْدِ - أي: عَقْدُ الْإِجَارَةِ - لِلْحَاجَةِ، وَلِزُومِهِ لِتَوْفِيرِ الْمَنْفَعَةِ عَلَى الْمُتَعَاقِدِينَ. فَإِذَا آلَ الْأَمْرُ إِلَى الضَّرَرِ أَخَذْنَا فِيهِ بِالْقِيَاسِ، وَقُلْنَا: الْعَقْدُ - عَقْدُ الْإِجَارَةِ - فِي حُكْمِ الْمُضَافِ فِي حَقِّ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ، وَالْإِضَافَةُ فِي عُقُودِ التَّمْلِيكَاتِ تَمْنَعُ الزُّوْمَ فِي الْحَالِ كَالْوَصِيَّةِ»^(٢).

فالملاحظ أنَّ أئمة الحنفية رأوا تحت تأثير أصل وجوب اعتبار «المال» إلى تكييف عَقْدِ الْإِجَارَةِ حالة طُرُوءِ الْعُدْرِ بِأَنَّهُ فِي حُكْمِ الْعَقْدِ الْمُضَافِ بِالنِّسْبَةِ لِلْمَعْقُودِ عَلَيْهِ، وَهُوَ الْمَنَافِعُ تَكْيِيفًا مُرَدُّهُ إِلَى أَنَّ «المنافع» - وهي محلُّ الْعَقْدِ - ليست بطبيعتها موجودة عند إبرام الْعَقْدِ، بل ستوجدُ مُسْتَقْبَلًا عند استيفائها - إذ هي في اجتهادهم - أَعْرَاضٌ تَحْدُثُ شَيْئًا فَشَيْئًا عند الاستيفاء، فَكَانَ عَقْدُ الْإِجَارَةِ عَقْدًا مُضَافًا حُكْمُهُ وَأَثَرُهُ إِلَى الْمُسْتَقْبَلِ بِالنِّسْبَةِ لِلْمَنَافِعِ، لَا أَنَّهُ عَقْدٌ مُضَافٌ حَقِيقَةً، فَأَشْبَهَ الْوَصِيَّةَ مِنْ هَذَا الْوَجْهِ، فَكَانَ الْأَصْلُ فِيهِ عَدَمُ الزُّوْمِ، وَلَكِنَّهُ اعْتُبِرَ لِإِجَارَةِ اسْتِحْسَانًا، وَالْأَصْلُ أَنَّ الْإِضَافَةَ فِي عُقُودِ التَّمْلِيكِ الَّتِي تَقْبَلُ بِطَبِيعَتِهَا الْإِضَافَةَ كـ(عَقْدِ الْإِجَارَةِ، وَالْمَسَاقَاةِ، وَالْمَزَارَعَةِ) تَمْنَعُ صِفَةَ الزُّوْمِ فِي الْحَالِ؛ بِسَبَبِ الْإِضَافَةِ هَذِهِ، فَيُثْبِتُ فِيهَا حَقَّ الْفَسْخِ، كَالْوَصِيَّةِ حَالِ حَيَاةِ الْمَوْصِي دَفْعًا لِلضَّرَرِ، وَلَكِنَّهَا مُسْتَثْنَاةٌ مِنْ هَذَا الْأَصْلِ الْعَامِ، وَاعْتُبِرَتْ لِأَزْمَةِ الْحَاجَةِ، كَمَا أَشْرْنَا. وَهَذَا الْأَسَاسُ الْفِقْهِيُّ عِنْدَ الْحَنْفِيَّةِ الْخَاصُّ بِمَسْأَلَةِ إِثْبَاتِ حَقِّ فَسْخِ الْإِجَارَةِ

(١) حاجة الناس إلى عَقْدِ الْإِجَارَةِ اقتضت:

١ - إجازة هذا الْعَقْدِ استحساناً، واستثناءً من القياس العام - وهو عَدَمُ الْجَوَازِ - لانعدام محلِّ الْعَقْدِ - وهو المنافع - عند إبرامه، ثم جعله لازماً لا يسعُ أحدُ طرفيه الاستبدادَ بفسخه دونَ رضا الطرف الآخر حتى يتمَّ تمكين طرفيه من الانتفاع بشمراة.

٢ - دفع الحاجة العامة الماسة عن طريقه.

(٢) المراجع السابقة.

بالعذر، ألجأ الحنفية إلى اعتماده مستنداً خاصاً لهذا الحق ووجوب العمل بمقتضى أصل النظر في المال، واعتباره في تطبيقات الفروع.

قياس العذر الطارئ على العيب في المعقود عليه قبل القبض أساس ثان^(١) يسوغ حق الفسخ:

أثبت الحنفية حق الفسخ بالعذر، قياساً على العذر الطارئ على العيب في المعقود عليه قبل القبض، بجامع أن كلاً منهما يحدث ضرراً زائداً لم يستحق بالعقد إذا مضى المدين الذي قام العذر في جانبه على موجب العقد؛ أي: قام بتنفيذ التزامه، وهذا المناط العام، أو الضابط الفقهي للعذر، يرويه متحققاً في العيب في المعقود عليه^(٢).

(١) أمّا الأساس الأول فهو أن عقد الإجارة في حكم العقد المضاف، كعقد الوصية وهو عقد تمليك مضاف إلى ما بعد الموت، لكنه غير لازم في حياة الموصي، وإنما يلزم في حقه بعد وفاته مُصرّاً عليها بشرط قبول الموصى له صراحةً، أو ضمناً بعد وفاة الموصي، إذ لا عبرة بقبوله في حياة الموصي؛ لما قدمنا من أنه عقد غير لازم ما دام حياً، وللموصى له أن يقبلها، أو يردّها بعد وفاة الموصي؛ لأنّها غير لازمة في حقه أيضاً، إذ لا يدخل شيء في ملك شخص دون إرادته إلا من قبل الشارع، كالإرث، دفعاً لضرر تحمل المنة، هذا والوصية لا تكون إلا مضافةً، ولا تقبل التّجيز. المراجع السابقة.

(٢) غير أنه يؤخذ على الحنفية أن العذر أوسع شمولاً من العيب اللاحق بالمعقود عليه؛ لأنّهم يعتبرون الأعذار الشخصية التي لا علاقة لها بالمعقود عليه، فيثبتون حق الفسخ بمقتضاها، ولو كان المعقود عليه قائماً سليماً، إلا أن يقال: إنّ العلة الجامعة هي مُطلق الضرر الزائد الذي لم يستحق بالعقد أيّاً كان منشؤه من العذر الشخصي بالمؤجر، أو المستأجر، أو بالمعقود عليه، وهذا النظر لم يوافقهم عليه سائر المذاهب الأخرى، على أن الأعذار الشخصية التي توجب حق الفسخ ليست مطلقة، بل هي أعذار شخصية مخصوصة.

ظهور العيب قبل القبض:

إنَّ ظهورَ العيبِ قبلَ القبضِ يوجبُ حقَّ الفسخِ للمضروبِ، وكذلك العُذرُ؛ وبيان ذلك: أنَّ العيبَ يوجبُ نقصاً في المعقودِ عليه، ممَّا يترتبُ عليه تفاوتُ الثمنِ أو الأجرة، بينَ حالتي المعقودِ عليه سليماً أو معيباً، وهو ضررٌ لم يستحقَّ بالعقدِ لأنَّ الأصلَ «سلامةُ المعقودِ عليه» من العيوبِ تحقيقاً للرِّضا الكاملِ بتحقيقِ التَّوازنِ ما أمكن. فكانَ بُبُوتُ حقِّ الفسخِ شرعاً، دعاً لهذا الضررِ الزائدِ غيرِ المستحقِّ بالعقدِ، واستعمالُ المدَّينِ لحقه في الفسخِ يكونُ - كما يقولُ أئمةُ الحنفيَّة - امتناعاً عن تحمُّلِ هذا الضررِ.

علَّةُ الضررِ وأثرها في ثبوتِ حقِّ الفسخِ:

هذا ويؤكدُ أئمةُ الحنفيَّةِ أنَّ الضررَ الزائدَ عن المستحقِّ بالعقدِ هو علَّةُ الحكمِ بثبوتِ حقِّ الفسخِ، وليس مجردَ العيبِ، حينَ قالوا: «ثمَّ الفسخُ بسببِ العيبِ لدفعِ الضررِ لا لعينِ العيبِ، فإذا تحقَّقَ الضررُ في إيفاءِ العقدِ يكونُ ذلكَ عُذراً في الفسخِ، وإنَّ لم يتحقَّقِ العيبُ في المعقودِ عليه»، وهذا تأكيدٌ لوحدةِ العلَّةِ بينَ العُذرِ والعيبِ، في المعقودِ عليه، وهو الضررُ الزائدُ^(١) أو إن شئتَ فقل: «وحدة المآلِ بينهما»، كما صرَّحَ السرخسيُّ.

أو بعبارةٍ أدق: إنَّ مُستندَ ذلك هو أدلُّه عَدَمُ مشروعِيَّةِ الضررِ، أو وجوبُ إزالتهِ إن وقع، أو دفعه قبل الوقوع، تلك الأدلَّة التي نشأت عن مآلِ الطُّروفِ المستجدة، وعارضت حكمَ الأصل، أو القياس العام، وهو وجوب الوفاء بالعقدِ، أو عارضت أصلَ اللزوم الثابت بقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [المائدة: ١] وقوله سبحانه: ﴿وَأَوْفُوا بِعَهْدِ اللَّهِ إِذَا عَاهَدْتُمْ وَلَا تَنْفُضُوا الْأَيْمَانَ بَعْدَ تَوْكِيدِهَا﴾ [النحل: ٩١].

(١) المبسوط للسرخسي (٢ / ١٦) وما يليها.

وعليه فإنَّ الحَنْفِيَّةَ لم يَحْرُمُوا قاعدة وجوب الوفاء بالعقد، ولا القياس العام في عقد المعاوضة، وهو اللزوم، بإثبات حق فسخ عقد الإجارة بالعذر بل أثبتوه على أساس القياس

وعند التحقيق يبدو لنا أنَّ الحَنْفِيَّةَ إذ قالوا: إِنَّ العُذر إذا طرأ وعجز المدين عن المضي في موجب العقد إِلَّا بتحمُّل ضرر زائد لم يستحقَّ بالعقد، لم يَحْرُمُوا القاعدة العامة من وجوب الوفاء بالعقد، والقياس العام من كونه لازماً ذلك. لأنَّهم أوجبوا على المتعاقد أن يتحمَّل الأضرار الناشئة عن موجب العقد نفسه، باعتبار أنه تمَّ التعاقد أو التراضي على ذلك، أمَّا الضرر الزائد الذي لم يكن منشؤه موجب العقد ذاته، وإنَّما كان مآلاً ونتيجة للعذر الطارئ الخارج عن نطاق العقد، فذلك أمر لم يلتزم بالعقد أصلاً، بل لم يتمَّ التراضي على أساس تحمُّله، ولذا قالوا: إِنَّ أثر العذر ضرر زائد لم يستحقَّ بالعقد. وممَّا يؤكِّد هذا وأنه خارج عن نطاق التعاقد، أنَّهم لم يقصروا أثر العذر على الضرر الاقتصادي، بل جعلوه شاملاً للضرر البدني، وللضرر الذي يمسُّ الاعتبار الإنساني، فضلاً عن الأعداء الشرعية الطارئة التي تجعل تنفيذ الالتزام محرماً شرعاً. وإذا ثبت أنَّ الضرر كان مآلاً لظرف طارئ على إبرام العقود، فلا يكون المدين إذن ملزماً به أصلاً، حتى يقال إنَّ عدم إلزامه بالوفاء استثناء من الأصل العام، وهو وجوب الوفاء بالعقود.

وهذا يُفهم صراحةً من أمرين:

الأول - تحديدهم لضابط العذر، من أنَّه العجز عن المضي على موجب العقد إِلَّا بتحمُّل ضرر زائد لم يستحقَّ بالعقد، ناشئ عن الظرف الطارئ، ويفترض أنه ملازم لتنفيذ الالتزام لا ينفك عنه فيتعيَّن الفسخ طريقاً لدفع الضرر، إذ لو أمكن تنفيذ الالتزام

مِنْ دُونِ هَذِهِ النَتِيجَةِ الحَتْمِيَّةِ مِنَ الضَّرَرِ، لَمَّا ثَبَتَ حَقُّ القَسْخِ، لِإِمْكَانِ انْفِكَاكِ هَذَا الضَّرَرِ الزَّائِدِ عَنِ تَنْفِيزِ الإلتِزامِ، وَذَلِكَ بِدَفْعِ العُذْرِ أَوْ التَّحَرُّزِ مِنْهُ^(١).

الثاني - تعليلُ الإمامِ السَّرْحَسِيِّ لثُبُوتِ حَقِّ القَسْخِ، حَيْثُ تَرَكَ الاسْتِحْسانَ وَعَادَ إِلَى القِياسِ العامِ، وَالْعَمَلَ بِهِ، وَعَلَّلَ ذَلِكَ بِأَنَّهُ آلُ الأَمْرِ إِلَى الضَّرَرِ الزَّائِدِ.

فَتَبَيَّنَ لَنَا، أَنَّ الحَنْفِيَّةَ لَمْ يَخْرُومُوا قَاعِدَةَ اللُّزُومِ العامَّةَ فِي عَقُودِ المَعَاوِضَةِ، بَلْ عَمِلُوا بِالأَصْلِ العامِ عِنْدَهُمْ فِي عَقْدِ الإِجَارَةِ خَاصَّةً مِنْ أَنَّهُ فِي «حَكْمِ العَقْدِ المِضَافِ» بِالنَّظَرِ لِلطَّبِيعَةِ الخَاصَّةِ لِلْمَنَافِعِ فِي اجْتِهَادِهِمْ كَمَا بَيَّنَّا. أَوْ لِأَنَّ المُتَعَاقِدَ المَضْرُورَ لَمْ يَكُنْ مُلْزَمًا أَصْلًا بِالضَّرَرِ الزَّائِدِ الَّذِي لَمْ يَسْتَحِقَّ بِالْعَقْدِ.

وإنَّما يَصُحُّ الاسْتِثْنَاءُ لَوْ كَانَ المُتَعَاقِدُ المَضْرُورَ مُلْزَمًا بِالضَّرَرِ الزَّائِدِ، ثُمَّ أُعْفِيَ مِنْهُ، غَيْرَ أَنَّ الاسْتِثْنَاءَ مِنْ أَصْلِ اللُّزُومِ فِي عَقُودِ المَعَاوِضَةِ عامَّةً، إِنَّمَا وَقَعَ فِي تَطْبِيقَاتِ وَضْعِ الجَوَائِزِ فِي الزَّرْعِ وَالتَّمَارِ فِي اجْتِهَادِ المَالِكِيَّةِ عَلَى مَا سَيَأْتِي بَيَانُهُ.

وَيُمْكِنُ تَعْلِيلُ اجْتِهَادَاتِ الحَنْفِيَّةِ وَالمَالِكِيَّةِ^(٢) - فِي إِثْبَاتِ حَقِّ القَسْخِ فِي عَقْدِ الإِجَارَةِ، وَعَقْدِ البَيْعِ فِي التَّمَارِ وَالزَّرْعِ بَعْدَ بُدْؤِ صِلَاحِهَا، إِذَا أَصِيبَتْ بِجَائِحَةٍ - بِأَسَاسِ فَقْهِيٍّ عامٍ مؤَدَّاهُ: أَنَّ المَقَرَّرَ شَرْعًا أَنَّ العَقُودَ لَمْ تُشْرَعْ إِلَّا لِلحَاجَةِ المَاسَةِ إِلَيْهَا فِي التَّعَامُلِ، وَتَبَادُلِ المَنَافِعِ، وَالتَّيْسِيرِ عَلَى النَّاسِ فِي طَرِيقِ كَسْبِهِمْ وَوَسَائِلِ مَعَايِشِهِمْ، مِمَّا يَرْفَعُ الضِّيقَ وَالْعَنَتَ وَالحَرْجَ وَالضَّرَرَ عَنْهُمْ^(٣)، وَلَمْ تُشْرَعْ قَطْعًا لِتِلْكَ المَالَاتِ وَالتَّنَائِجِ الضَّرَرِيَّةِ الَّتِي

(١) وَهَذَا فِي الأَعْمِ الأَغْلَبِ، وَإِلَّا فَإِنَّ بَعْضَ تَطْبِيقَاتِ الأَعْذارِ الشَّخْصِيَّةِ عِنْدَ الحَنْفِيَّةِ، مِمَّا يُمَكِّنُ دَفْعَهَا أَوْ التَّحَرُّزَ مِنْهَا، فَضْلًا عَنْ أَنَّهُا مِنَ المُمْكِنِ تَوَقُّعِهَا.

(٢) فَضْلًا عَنْ الأَدَلَّةِ التَّفْصِيلِيَّةِ وَالأَسَاسِ الفُقْهِيَّةِ الخَاصَّةِ.

(٣) سَيَأْتِي أَنَّ المَعَامِلَاتِ عامَّةً، بِمَا فِيهَا العَقُودُ إِنَّمَا شَرَعَتْ لِتَحْقِيقِ المَقَاصِدِ الحَاجِيَّةِ وَهِيَ الرِّبَّةُ الثَّانِيَّةُ مِنْ مَرَاتِبِ مَقَاصِدِ الشَّرِيعَةِ.

تُصبح العقود أو تنفيذها في ظرفٍ من الظروف، ذريعةً مفضيةً إليها، فهم هذا من تعليلهم، حيث قالوا: إِنَّ حَقَّ الْقَسْخِ لِلْعَيْبِ، لَا لذَاتِ الْعَيْبِ، بَلْ لِلضَّرُورَةِ، كَذَلِكَ الْعُدْرُ لَا يُفْسَخُ بِهِ عَقْدُ الْإِجَارَةِ لِذَاتِ الْعُدْرِ بَلْ لِمَالِهِ، وَهُوَ الضَّرَرُ غَيْرِ الْمُسْتَحَقِّ فِي حَدِّ ذَاتِهِ، أَيَّا كَانَ مَنْشُؤُهُ.

ولو افترض بقاء العقد قائماً ولازماً لطرفيه على الرغم من تلك النتائج الضرورية الحتمية لعادات العقود - إيجاباً وتنفيذاً - على أصل تشريعها بالنقض، كما يقول الأصوليون.

ومعلوم أنَّ الأصل في التكاليف والمشروعات أن تكون نتائج تنفيذها وتطبيقها عملياً، مطابقة لما رسم الشارع لها من مآلٍ نظرياً، حتى تتم المطابقة والمساواة بين التطبيق والتشريع؛ لأنَّ هذا هو مُراد الشارع قطعاً، وإلا وقعت المناقضة بين التطبيق والشرع، والمناقضة باطلة بالإجماع، فلا يُتسبَّب في المصير إليها، وعليه فلا ينفذ العقد إذا غلب على الظن أنه مُفضٍ إلى هذه المناقضة، بل هي مناقضة للمقاصد الحاجية العامة التي لم تُشرع العقود والمعاملات بوجه عام إلا لتحقيقها.

الغاية العامة للعقد والمعاملات تتصل بالمقاصد الحاجية غالباً^(١)، وهي المصالح التي لا بُدَّ منها لتيسير الحياة من دون مشقة غير معتادة ممَّا يتعلَّق بالاقتصاد والاجتماع وغير ذلك من وجوه المصالح التي ترفع الضيق والخرج عن الناس بتحقيقها، وهي من دون الضروريات، وأهمها عقود البيع والإجارة بجميع صورها.

على أنَّ بعض المعاملات قد شرع لتحقيق «المصالح الضرورية» وهذه أحكامها مستثناة من قواعد الشرع، من مثل شراء المضطر طعام غيره جبراً عنه لسدِّ الرمق بثلثي المثل إنقاذاً لحياته إذا لم يلحق المالك ضرر مثله.

(١) راجع (مقاصد التشريع) بمراتبها الثلاث، الضرورية والحاجية والتحسينية، في الموافقات الجزء الثاني.

المفهوم الاجتماعي والإنساني للعقد:

مما تقدّم ثبت أنّ العقد ذو مفهوم اجتماعي وإنسانيّ ممّا يجعله وسيلة أمن وعمل، وغايته العامة تيسير سبل الحياة على أيسر وجه اقتصادياً واجتماعياً بما يرفع العُسْر والخرَج والضيق والعنت.

أمّا كونه «وسيلة أمن» فلائّه مُقيّد بمنع «الضرر» عن الغير من الفرد أو المجتمع، ورعايته حقّ المجتمع من حقوق الله تعالى، أطلق عليها الإمام الشاطبي «جهة التعاون»، وقيد بها الحقوق عموماً، بل والحريات العامة^(١) أيضاً، أو قيد بها سلطان الإرادة الإنسانية في التصرف، إن شئت.

وأما أنّه «وسيلة عمل» فلائّه أهم أداة للتّعامل وتبادل المنافع بين الناس، ولولاه لتوقّف النشاط الاقتصادي والاجتماعي، ولأصابهما خلل كبير لا يستقيم معه أمر الحياة إلا بعسر ومشقة بالعين، وليس هذا من أسس التشريع الإسلامي قطعاً.

وأما «غايته» بوجه عامّ فلتحقيق المقاصد الحاجية غالباً، كما ذكرنا.

فلسفة حقّ الفسخ بين الحنفية وبين الشافعية:

هذا ولا بُدّ من تفصيل القول في مقارنة الفلسفة الحنفية في أصول حقّ الفسخ في عقد الإجارة خاصّة من واقع نصوص مذهبهم بما استقرّ عليه هذا الحقّ في المذهب الشافعيّ بوجه خاصّ^(٢)، كما ورد في مصادرهم، الأمر الذي ينعكس أثره على مفهوم

(١) الموافقات (٣/٢٥٨).

(٢) إذ المذاهب الأخرى لا تخالف عن أصله كثيراً، ولقائل أن يقول: إنّ الاختلاف الواقع بين المذهب الشافعيّ والحنفيّ من جهة أصل حقّ الفسخ لا يعكس لنا مفهوماً موحداً للعقد، والجواب على ذلك من وجهين:

١- أنّ ثمة أصولاً لحقّ الفسخ، دفعاً للضرر، في فقه المالكية على أساس وضع الجوائح. =

العقد بوجه عام، فيحدد طبيعته وأثره وغايته العامة؛ لأنَّ التطبيقات الجزئية تتضمن مناهِ الأَصْل العام وغايته. وإنَّما آثرنا أن يُحدَّد مفهوم العقد بأمثلة وتطبيقات تتصل بموضوع بحثنا في معظمهما، فضلاً عن التطبيقات الأخرى، حتَّى يكون هذا التمهيد مساعداً على تفهيم النظرية نفسها.

لقد بنى الحنفية ثبوت «حق الفسخ» في عقد الإجارة حالة العذر^(١) على أساسين فقهيين خاصين^(٢)

أحدهما - كون عقد الإجارة في حكم العقد المضاف.

ثانيهما - كون «العذر» بمثابة العيب في العقود عليه قبل القبض بجامع العجز عن المضي في موجب العقد^(٣) إلَّا بضرر زائد لم يستحقَّ بالعقد^(٤)، وهذا هو ضابط «العذر» ومناطه عند الحنفية، وهو متحقق في «العيب» فصَحَّ قياس العذر على العيب،

= كما أن هناك أصولاً لتعديل التزامات العقد في الوفاء بالتقوُّد التي طرأت ظروفٌ فغَيَّرَتْ مِنْ قِيَمِهَا.
٢- يجب الترجيح بعد المقارنة، بما هو أقوى دليلاً، وهذا يُعْطَى فِكْراً واضحةً بعد الترجيح عن مفهوم العقد في الفقه الإسلامي، وإلَّا لما كَانَ للبحث والدراسة المقارنة أي جدوى.
(١) الطَّرَف الطَّارِئ.

(٢) فضلاً عن الأصول العامة التي تَمَّ الكلام عنها فيما تقدَّم.

(٣) الأثر الثابت بالعقد وهو الالتزام، والمضي في موجب العقد أي تَنْفِيذُ الالتزام.

(٤) مفاد هذا: أَنَّ الضَّرَرَ الزَّائِدَ الذي يعجزُ المَدِينُ عن تَنْفِيذِ التزامه إلَّا بتحمُّله هو ضَرَرٌ ليس منشؤه الالتزام نفسه، وإلَّا لوجب تحمُّله؛ لأنَّه من موجبات (بفتح الجيم) العقد وآثاره، وهو داخلٌ = في نطاقه، والمَدِينُ قد دخلَ في العقد، وتَمَّ التَّراضِي (بالإيجاب والقبول) على أساس تحمُّل كُلِّ ما ينشأ عن التزامات العقد، ولكنَّ الضَّرَرَ الزَّائِدَ هنا - وهو غير المتوقَّع غالباً - ناشئٌ عن العذر الطَّارِئ بعد إبرام العقد والمدِين لم يلتزم أصلاً بما ينشأ عنه من ضَرَرٍ لأنَّه ليس من التزامات العقد، إذ هو حادثٌ بعد إبرامه، فَكَانَ هذا الضَّرَرُ خارجاً عن نطاق العقد، وغير متوقَّع غالباً.

والحكم هو ثبوت حق الفسخ للمدين المضرور، في كل منهما، لوحدة العلة في اجتهادهم.

وفي هذا رد على الشافعية الذين لا يقولون بحق الفسخ إلا بالعدر الذي يلحق المعقود عليه.

فالأساس الأول يمنع لزوم في الحال في عقود التمليك إذا كانت مما تصح مع الإضافة، كعقد الإجارة والمساقة والمزارعة للإضافة^(١)، فيثبت حق الفسخ ضرورة دفعاً للضرر، وهذا هو القياس العام^(٢)، وهو كونه في حكم العقد المضاف الذي يمنع صفة اللزوم في الحال.

والأساس الثاني يثبت حق الفسخ ضرورة، إذ «عقد المعاوضة يقتضي سلامة المعقود عليه عن العيب»^(٣) فهو شرطٌ ضمني ثابت شرعاً، في كافة عقود المعاوضة وإن لم يشترط في العقد صراحةً.

لقد كان دافع الحنفية إلى ابتناء ثبوت حق الفسخ في عقد الإجارة حالة العذر الطارئ على هذين الأساسين الفقهيين الخاصين - فضلاً عن الأصول التشريعية والفقهية العامة، ومباني العدل، وموجهاته، التي مر ذكرها - هو أصل وجوب اعتبار «المال» في

(١) يقول الإمام السرخسي في هذا المعنى: والإضافة في عقود التمليك تمنع لزوم في الحال كالوصية. المبسوط (٢/١٦).

(٢) ويقول الإمام السرخسي: «فإذا آل الأمر إلى الضرر أخذنا فيه بالقياس، وفُلنا: العقد في حكم المضاف في حق المعقود عليه، والإضافة في عقود التمليك تمنع لزوم في الحال كالوصية، ثم = = الفسخ بسبب العيب لدفع الضرر لا لعين العيب. فإذا تحقق الضرر في إيفاء العقد يكون ذلك عُدراً في الفسخ» المبسوط (٢/١٦).

(٣) تبين الحقائق شرح كنز الدقائق (١٣٤/٥).

حدّ ذاته؛ أي: الضّرر الواقع أو المتوقّع، سواء أكان ناشئاً عن «العيب» أو «العذر» مادام غير مستحقّ بالعقد والضّرر ووجوب إزالة الضّرر شرعاً إذا كان غير مستحقّ «الضرر يُزال» و «لا ضرر ولا ضرار في الإسلام»^(١).

والضرر المتوقّع يجب دفعه قبل الوقوع؛ لأنّ الدّفع أسهل من الرّفْع، عملاً بالقاعدة الفقهية المعروفة «يُدفع الضرر بقدر الإمكان» أي قبل الوقوع، وإنّما قلنا: إنّ الدّافع لأئمة الحنيفة إلى تلمس هذين الأساسين الفقهيّين الخاصّين، استخلاصاً من توجيه أئمة الحنيفة أنفسهم، للاستدلال بهذين الأساسين، فكان ذلك اعترافاً منهم بهذا الأصل العام^(٢) في الاجتهاد التشريعيّ في الفروع إبان التّطبيق، وتارة يسمّونه «مآلاً» وطوراً يسمّونه «استحساناً» ومن تحكيمهم له في استنباط الأحكام أيضاً وفقاً للظروف المتغيرة ذات الأثر في نتائج هذا التّطبيق.

يُرشد إلى هذا ردُّ الإمام السرخسيّ على الشافعية الذين لا يفسخون عقد الإجارة إلّا بالعيب في المعقود عليه؛ لأنّ عقد الإجارة في اعتبارهم، هو عقد بيع، وللمنافع في اجتهادهم «حكم الأغنيان» الموجودة، ومعلوم أنّ عقد البيع إذا تمّ كان لازماً فلا يفسخ إلّا بالعيب^(٣) من دون الأعذار الأخرى فيما عدا الأعذار الشرعية^(٤)، فقد وهنّ

(١) أحمد (٢٣٠٧) وابن ماجه (٢٣٤٠)، و(٢٣٤١)، وتقدّم تمام تحريجه.

(٢) أصله الإمام الشاطبي، بقوله: «النظر في مآلات الأفعال مُعْتَبَرٌ مَقْصُودٌ شَرْعاً» الموافقات (١٩٨/٤). وهو الأصل الذي تفرّع عنه مبدأ الاستحسان ومبدأ الدرائع، ومبدأ مراعاة الخلاف.

(٣) فضلاً عن إمكان فسخه شرعاً باقترانه بخيار الشّروط، أو بمقتضى حقّ الخيارات الثابتة شرعاً، كخيار الرؤية. وخيار الإكراه، وسائر الخيارات التي تتعلّق بعيوب الرضا.

(٤) الأعذار الشرعية تجعل استيفاء منفعة محلّ عقد الإجارة؛ أي: المنافع، متعذراً، وهذا متفق عليه بين المذاهب، كمن استأجر امرأة لتنظيف المسجد خلال فترة معينة فحاضت أثناء هذه المدة، فينفسخ العقد بحكم الشرع، لتعذر استيفاء المنفعة؛ لأنها مُحَرَّمَةٌ، في هذا الظرف، وهو عذر =

(السرخسي) حجة الشافعية بقوله: إنه ينبغي ألا يعتبر العيب في حد ذاته، بل «مآله» ونتيجته وهو «الضرر»، ولا شك أن «الضرر» مآل العذر أيضاً، فكان هو المعنى الجامع بينهما^(١)، وإذا اتحدت العلة وجب أن يتحد الحكم فيهما وهو الفسخ؛ لأن العلة مناطه، تأكيداً لمنطق التشريع المتسق، وتحقيقاً للعدل الذي يمثل الإرادة الحقيقية للمشرع، وإلا كانت المناقضة، ومناقضة المشرع باطلة.

هذا الرّد وتوجيه الاستدلال يؤكد اعتبار «أصل المآل» عند أئمة الحنفية، وتكييف الفعل بالمشروعية وعدمها على أساسه، وإليك نص السرخسي في تقرير مذهب الشافعي: «فالشافعي رحمه الله يقول: (عقد الإجارة إذا أطلقت فهي لازمة كالبيع إلا أن عندنا قد تُفسخ الإجارة بالعذر) وعنده لا تُفسخ إلا بالعيب، وهو بناء على أصله أن المنافع كالأعيان الموجودة حكماً فإن العقد عليها كالعقد على العين فكما لا يُفسخ البيع إلا بعيب. فكذلك الإجارة»^(٢).

هذا هو الأصل الذي بنى عليه الإمام الشافعي اجتهاده في حكم فسخ عقد الإجارة بالأعذار.

= شرعي بحق شخصي، إذ لا يجوز للحائض أن تدخل المسجد، فالمانع من الاستيفاء شرعي.

(١) المبسوط للسرخسي: (١٦ / ٢)، وينظر البدائع، وتبيين الحقائق - في فسخ الإجارة بالعذر - .

(٢) يُفهم من هذا أن جواز عقد الإجارة ولزومه إنما كان لأمرين:

أحدهما: دفع الحاجة العامة الماسة استثناءً من الأصل العام - وهو عدم الجواز - لانعدام العقود عليه (محل العقد) عند إبرام العقد، وبيع المعلوم - وهو المنافع - باطل، فأجيز استحساناً للحاجة. وثانيهما: توفير المنفعة للمتعاقدين وذلك لا يتم إلا إذا كان لازماً، إذ لو اعتبرناه غير لازم لاستقل كل من طرفيه بفسخه وفقاً لمشيئته وفي كل وقت، ودون رضا الآخر، فكان كل من طرفيه مهدداً بفسخه في كل لحظة، وبذلك لا يتوفر للمتعاقدين الانتفاع بالعقد، فلا المستأجر يمكنه أن يستوفي المنفعة المقصودة، ولا المؤجر يمكنه أن ينتفع بالبدل، إذا حصل الفسخ نتيجة لعدم اللزوم.

وقد ردَّ السرخسيُّ على الشافعيِّ بقوله: وَعِنْدَنَا - أي الحنفيَّة - جوازُ هذا العَقْدِ لِلحاجة - عَقْدُ الإجارة - وَلُزومُهُ لِتَوْفِيرِ الْمَنْفَعَةِ عَلَى الْمُتَعَاقِدَيْنِ. فَإِذَا آلَ الْأَمْرُ إِلَى الضَّرَرِ أَخَذْنَا فِيهِ بِالْقِيَاسِ^(١) - وهو عَدَمُ اللُّزوم - وَقُلْنَا: العَقْدُ فِي حُكْمِ الْمُضَافِ فِي حَقِّ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ والإضافة^(٢) فِي عُقُودِ التَّمْلِيكَاتِ تَمْنَعُ اللُّزومَ فِي الْحَالِ كَالْوَصِيَّةِ.

منشأ الخلاف بين الفريقين:

مِمَّا تَقَدَّمَ يَتَبَيَّنُ لَنَا أَنَّ مَنشَأَ الْخِلَافِ بَيْنَ الْحَنَفِيَّةِ وَالشَّافِعِيَّةِ فِي الْمَسْأَلَةِ رَاجِعٌ إِلَى:

- هل المنافع كالأعيان حُكْمًا، فيكونُ العَقْدُ عليهما لازِمًا كعَقْدِ الْبَيْعِ، وَلَا يُفْسَخُ إِلَّا بِمَا يُفْسَخُ بِهِ عَقْدُ الْبَيْعِ؟

- أَوْ أَنَّ الْمَنَافِعَ لَيْسَتْ كَالْأَعْيَانِ حُكْمًا بَلْ هِيَ أَعْرَاضٌ زَائِلَةٌ مَعْدُومَةٌ تَتَجَدَّدُ شَيْئًا فَشَيْئًا عِنْدَ الْاسْتِفَاءِ؟

(١) وَيُقْصَدُ بِهِ الْقِيَاسُ الْعَامُّ وَهُوَ «عَدَمُ اللُّزومِ» إِذْ عَقْدُ الْإِجَارَةِ فِي حُكْمِ الْعَقْدِ الْمُضَافِ وَالْإِضَافَةِ فِي عَقْدِ التَّمْلِيكِ الَّذِي يَصِحُّ مَعَ الْإِضَافَةِ كَالْإِجَارَةِ وَالْمَسَافَةِ، يَمْنَعُ اللُّزومَ فِي الْحَالِ كَالْوَصِيَّةِ - أَمَا الْوَصِيَّةُ فَإِنَّهَا لَا تَكُونُ إِلَّا مُضَافَةً بِطَبِيعَتِهَا لَا تَقْبَلُ التَّنْجِيزَ. الْمَبْسُوطُ لِلْسَرخَسِيِّ (٢/١٦).

- إِذْ «الْمَالُ» هُوَ الَّذِي غَيْرَ حُكْمِ الْعَقْدِ مِنَ اللُّزومِ إِلَى عَدَمِهِ، أَوْ مِنَ الْاسْتِحْسَانِ إِلَى الْقِيَاسِ.

(٢) الْعَقْدُ الْمُضَافُ: هُوَ الْعَقْدُ الَّذِي يَصْدُرُ بِصِغَةِ يَضَافُ فِيهَا الْإِيجَابُ إِلَى زَمَنِ مُسْتَقْبَلٍ سِوَا أَكَانَتِ الصِّغَةِ مُطْلَقَةً أَوْ مُقْتَرَنَةً بِشَرْطٍ، كَقَوْلِهِ: «أَجْرْتُكَ هَذِهِ الْأَرْضَ، مَدَّةَ خَمْسِ سِنَوَاتٍ ابْتِدَاءً مِنْ أَوَّلِ السَّنَةِ الْقَادِمَةِ» وَيَقْبَلُ الطَّرْفُ الْآخَرُ. وَحُكْمُ هَذَا الْعَقْدِ أَنَّهُ يَنْعَقِدُ عِلَّةً لِحُكْمِهِ، وَلَكِنْ يَتَأَخَّرُ سِرْيَانُ آثَارِهِ إِلَى الزَّمَنِ الْمُسْتَقْبَلِ الْمَحْدَدِ، فَلَا يَمْلِكُ الْمُسْتَأْجِرُ مَنَفْعَةَ الْأَرْضِ إِلَّا بَدَأَ مِنَ الزَّمَنِ الَّذِي أُضِيفَ إِلَيْهِ الْعَقْدُ.

- وَعَقْدُ الْوَصِيَّةِ لَا يَكُونُ إِلَّا مُضَافًا بِطَبِيعَتِهِ، وَكَذَلِكَ عَقْدُ الْإِيصَاءِ؛ لِأَنَّ طَبِيعَتَهُمَا تَقْتَضِي الْإِضَافَةَ، وَلَا تَحْتَمِلُ التَّنْجِيزَ، وَعَقْدُ الْإِجَارَةِ يَقْبَلُ التَّنْجِيزَ كَمَا يَقْبَلُ الْإِضَافَةَ، وَيَصَحُّ مَعَهَا؛ لِأَنَّ مَحَلَّهُ الْمَنَافِعَ، وَهِيَ تَوْجِدُ شَيْءٍ فَشَيْئًا، فَكَانَتِ الْإِضَافَةُ مُتَّفَقَةً مَعَ طَبِيعَتِهَا.

والواقع أنَّ اجتهاد الأئمة على موجب القياس أو الاستثناء منه، والعمل بموجب الاستحسان يدور - في الحالتين - مع مقتضى العدل، ودفع الضرر غير المستحق.

فإذا كان العمل بموجب القياس العام يؤول في ظرفٍ مُعيَّن إلى تحقيق العدل والمصلحة المعبرة، ودفع الضرر غير المستحق وجب المصير إلى هذا المال، تحقيقاً لذلك كله.

أما إذا كان العمل بهذا الموجب في ظرفٍ من الظروف يؤول إلى مالٍ ممنوع من الضرر الزائد غير المستحق^(١) وجب حينئذٍ إخراج المسألة من القياس العام، وتطبيق قاعدة أخرى تدفع هذا المال الممنوع وتحقق العدل، وهذا هو الاستحسان، أو المناط الخاص.

فالعدل إذن هو قطب الرّحى في التشريع الإسلاميّ، قياساً أو استحساناً، حسب الظروف والأحوال، وبذلك كانت معاييرهِ من الدّقة والإحكام بحيث تُقدّره على تحقيق مقتضى العدل والمصلحة، ورفع الحرج والضرر في الظروف المتغيرة، وفي كلّ واقعة تُعرّض.

وخلاصه ما تقدّم:

أنَّ الشارع الحكيم لا يُحمّل الملتزم فوق ما التزم فعلاً عند العقد. ويلزم عن هذا عقلاً، أنّه يُشترط أن تكون الظروف وقت إبرام العقد قائمة عند تنفيذه، إذا كان لتغيرها أثر في مال تنفيذه العقد ضرراً زائداً - وهو شرطٌ ضمنيٌّ فهم لزوماً عقلياً من التعليل السابق للأئمة ، وإن لم يُصرّحوا به، كما أسلفنا -.

فحق الامتناع عن المضي في موجب العقد؛ أي: الامتناع عن تنفيذ الالتزام من جانب المتعاقدين المدّين به بمقتضى حقّ الفسخ الثابت له شرعاً، لم تكن علته ذات

(١) ويقول السرخسي في خصوص مسألتنا: «لأنّه لا ضرر عليه في إيفاء العقد إلّا قدر ما التزمه».

الالتزام، ولا الضرر الناشئ عنه^(١) بل لوصفٍ مُلازمٍ للالتزام لا ينفكُّ، وهو الضرر الناشئ عن العذر أو الظرف الطارئ المُلايس، وهذا الضرر غيرٌ مستحقٌّ، إذ المُتعاقد ليس مُلزماً شرعاً إلا بالتزامات العقد التي نشأت عند إبرامه لا بعده؛ لأنّها خارجة عن نطاقه - كما أسلفنا - فثبت أنّ حقّ الفسخ لم يكن استثناءً من أصل قاعدة اللزوم عند الحنفيّة، بل هو القياس.

وأيضاً حقّ الفسخ يثبت إذا تعيّن طريقاً لدفع الضرر غير المستحقّ لأنّ تحمّله ظلمٌ.

فإشرافُ المُشرّع على تنفيذ العقود إبان الظروف المتغيرة، واضحٌ في تعليقات الأئمة وأسسهم الفقهية وتطبيقاتهم، ممّا لا يصحّ معه القول بأنّ العقود وآثارها في الفقه الإسلامي تخضع لسلطان الإرادة الإنسانية المُطلق، بل أشرف المُشرّع عليهما إبراماً وتنفيذاً، فجعل لمضمون العقد مفهوماً اجتماعياً وإنسانياً، بما يحقّق من التوازن والعدل في المعاوضات، ومشروعيّة الباعث، وبما هو وسيلة آمن وعمل وتعاون.

أما غايته العامّة (رفع الضيق والحرّج، وتمكين طرفيه من الانتفاع المتبادل في حدود الحقّ والعدل والمصلحة المشروعة).

(١) لأنّ ذلك واجب الوفاء به شرعاً، عملاً بقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [المائدة: ١] ولأنّ العقد عهدٌ، والله تعالى يقول: ﴿وَأَوْفُوا بِعَهْدِ اللَّهِ إِذَا عَاهَدْتُمْ وَلَا تَنْقُضُوا الْأَيْمَانَ بَعْدَ تَوْكِيدِهَا وَقَدْ جَعَلَهُ اللَّهُ عَلَيْكُمْ كَيْلًا﴾ [النحل: ٩١].

الباعثُ وأثره في التصرفاتِ والعُقودِ في الفقه الإسلامي

مدخل

المبحث الأول : معنى الباعث وخصائصه ومكانته

المبحث الثاني : تطبيقات الباعث في المذاهب الأربعة

١ - مذهبُ الحنفيَّة

٢ - مذهبُ الشافعيَّة

٣ - مذهبُ الحنابلة

٤ - مذهبُ المالكيَّة

المبحث الثالث : أثرُ الباعثِ في التبرُّعاتِ

مدخل :

كان للفقه الإسلامي فضلُ السَّبقِ في إرساءِ «مبدأ الرِّضائيةِ» في العقود تأسيساً على احترامِ سُلطانِ الإرادةِ، قبل أن تعرفه أوروبا بقرونٍ، ويقضي هذا المبدأ بأنَّ يتمَّ العقدُ وينتج آثاره بمجرد اتِّفاقِ إرادتين، مِنْ دونِ توقُّفٍ على شيءٍ من الإجراءاتِ والمراسيمِ الشَّكليَّةِ.

غير أنَّ هذه الإرادة قد يحركها باعثٌ لإنشاءٍ تصرفٍ هو في ظاهره مستكملٌ لأركانه وشروطه الشَّرعيَّةِ، من توافُرِ الإيجابِ والقبولِ، وأهلية تامَّةٍ للعاقدين، ومحليَّةٍ للعقد قابلة لحكمه، لتحقيق أغراضٍ غير مباشرة تُجاوزُ الحدودَ الأخلاقيَّةِ، أو المصلحة العامَّةِ، أو بعبارة أخرى: تُناقضُ مقاصدَ التشريعِ.

فوقايةً من تعسُّفِ الإرادة وما يؤول إليه طغيانها من تحقيق أغراضٍ غير مشروعةٍ أُرستِ الشَّريعَةُ فكرةُ الباعثِ كقيدٍ يَرُدُّ على تصرفِ الإرادةِ، أو على مبدأ الرضائيةِ، حتى لا تناقض مقاصد التشريع فيما تنشئ من تصرفاتٍ هي في ظاهرها جائزة، ولكن في تنفيذها - بالنَّظر إلى ما تهدف إليه من غاية نهائيَّةٍ غير مباشرة - ما يُسمَّى المصلحة العامة، أو يهدم مقاصد التشريعِ.

المبحث الأول

معنى الباعث وخصائصه ومكانته

أ - تحديد معنى الباعث:

يُقصدُ بالباعث: الدافع الذي يحرك إرادة المنشئ للتصرف إلى تحقيق غرض غير مباشر.

والمقصود هنا، الدافع إلى تحقيق غرض غير مشروع، يُجاوز الحدود الأخلاقية أو يمس المصلحة العامة، أو يناقض مقاصد التشريع، أو التحايل على إبطال المصالح الشرعية المعتمدة.

فَعقدُ البيع - مثلاً - من نتائجه المباشرة: انتقال ملكية المبيع للمشتري، وانتقال ملكية الثمن للبائع، أما الغرض غير المباشر الذي يمكن أن يكون باعثاً لأحد المتعاقدين، أو لكليهما، فنحو أن يتنهي المشتري اتخاذ المبيع لتحقيق غرض مُحرم، كمن يشتري عنباً ليتخذه خمراً مثلاً، فاتخاذ عصير العنب خمراً باعثاً حمل المشتري على إنشاء عقد البيع مع البائع، وهو دافع - كما نرى - غير مشروع؛ لأنه يرمي إلى تحقيق غرض يُجرّمه الشارع.

هذا؛ والباعث - كما هو واضح - أمر ذاتي خفي وخارج عن نطاق التعاقد لأنه ليس ركناً في التصرف داخلياً في ماهيته، ولا شرطاً يتوقف عليه وجوده، وإذا كان الباعث أمراً ذاتياً، فهو متغير؛ أي: يختلف باختلاف الأشخاص.

ب - خصائص الباعث:

إذاً؛ يمتاز الباعث بالخصائص التالية: بأنه ذاتي، وخارج عن نطاق التعاقد، وأنه متغير، وهذه نتيجة لكونه أمراً نفسياً ذاتياً.

وإذا تعددت البواعث فالعبرة عندئذٍ بالباعث الرئيسي.

ففكره الباعث إذاً وسيلة لإبطال التصرف الذي هو في ظاهره جائز ويُقصد به الوصول إلى أغراضٍ وغاياتٍ مُحَرَّمَةٍ، وهو بهذا المعنى يوافق الاحتياط على قواعد الشرع الذي أشار إليه الإمام الشاطبي في تعريفه للحيلة بقوله: «وَحَقِيقَتُهَا: تَقْدِمُ عَمَلٍ ظَاهِرٍ الْجَوَازِ لِإِبْطَالِ حُكْمٍ شَرْعِيٍّ وَتَحْوِيلِهِ فِي الظَّاهِرِ إِلَى حُكْمٍ آخَرَ»^(١) ثم يقول: «فَمَأَلُ الْعَمَلِ فِيهَا - أي الحيلة - خَرْمُ قَوَاعِدِ الشَّرِيعَةِ فِي الْوَاقِعِ»^(٢) أي هَدْمُهَا بِتَحْلِيلِ مُحَرَّمٍ أَوْ إِسْقَاطِ وَاجِبٍ، وكلاهما مُنَاقِضٌ لمقاصد التشريع.

ج - مكانة الباعث في الفقه الإسلامي

قدّمنا أن الفقه الإسلامي ذو نزعة مثاليّة يُقِيمُ للعناصر الخلقية والأدبية مقام الصدارة في تشريعه، لسبب بسيط، هو أنّه فقه ديني الصبغة.

وقد تظاهرت الآيات الكثيرة على توطيد ذلك، مِنْ مِثْلِ قَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ﴾ [المائدة: ٢]، وقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ﴾ [النحل: ٩٠]، وقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿قُلْ إِنَّمَا حَرَّمَ رَبِّي الْفَوَاحِشَ مَا ظَهَرَ مِنْهَا وَمَا بَطَنَ وَالْإِثْمَ وَالْبَغْيَ بِغَيْرِ الْحَقِّ﴾ [الأعراف: ٣٣]، وقَوْلِهِ تَعَالَى فِي وَصْفِ مَا جَاءَ بِهِ الرَّسُولُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ مِنْ تَشْرِيعٍ: ﴿يُحِلُّ لَهُمُ الطَّيِّبَاتِ وَيُحَرِّمُ عَلَيْهِمُ الْخَبَائِثَ وَيَضَعُ عَنْهُمْ إِصْرَهُمْ وَالْأَغْلَالَ الَّتِي كَانَتْ عَلَيْهِمْ﴾ [الأعراف: ١٥٧].

كلُّ ذَلِكَ يَفْتَضِي أَنْ يُعْتَدَّ بِ(الباعث) الذي يقاسُ به شرف النوايا وطهارتها، فكانَ الفقه الإسلامي ذا نزعة ذاتية.

(١) الموافقات (٤/٣٠١).

(٢) المرجع السابق.

غير أنه إلى جانب ذلك ينزِعُ نزعةً ماديةً موضوعيةً، تعتدُّ بالعبارة الظاهرة في التصرفات، بمعنى أنَّ تمام التصرف وصحته وترتب آثاره عليه، كلُّ ذلك منوطٌ بالكيان التعبيري للتصرف الذي تُفصِّح عنه العبارة، ومقتضى هذه النزعة، ألا يُعتدَّ بما هو خارج عن نطاق التصرف من الأمور النفسية الخفية كالبواعث، وهو بهذه النزعة يقترب من الفقه الجرماني الذي لا يبحث فيما يتعلق بنشأة الالتزام أو صحته خارج نطاق العبارة المنشئة له، فلا يبحث عن غايات نهائية وأغراض غير مباشرة خارجة عن النطاق التعبيري الفني الذي هو مُظهر «للإرادة، بل هو الإرادة».

وهذا النظر يُضيق مجال فكرة الباعث وأثرها في التصرفات.

وقد بيّن الأستاذ السنهوري^(١) رحمه الله هاتين النزعتين في الفقه الإسلامي بقوله: «على الرغم من أنَّ الفقه الإسلامي تحاة نظرية السبب ذو نزعة موضوعية بارزة يعتدُّ بالتعبير عن الإرادة من دون الإرادة ذاتها أي يأخذ بمبدأ الإرادة الظاهرة لا بمذهب الإرادة الباطنة، حتى كان أقرب في هذه الناحية من الفقه الجرماني، إلاَّ أنَّه من جهة أخرى فقه تتغلَّب فيه العوامل الأدبية والخلقية والدينية، وهذا يقتضي أن يعتدَّ فيه بالباعث الذي يُقاس به شرف النوايا وطهارتها، فكان ينبغي أن يكون لنظرية السبب - وهي خلقية في المقام الأول - مكان ملحوظ يُضاهي مكانها في الفقه اللاتيني»^(٢).

وإذا كان الفقه الإسلامي - بحكم كونه ديني الصبغة - ينزِعُ نزعةً ذاتيةً تعتدُّ بالبواعث والنوايا، غير أننا لا نجد في أيٍّ من مذاهبه الفقهية نظريةً عامَّةً للباعث، ولكننا

(١) عبد الرزاق السنهوري (ت: ١٩٧١م)، كبير علماء القانون المدني في عصره، كان رئيساً لمجلس الدولة بمصر، ووضع قوانين مدنية كثيرة لعدة دول عربية، اشتهر بكتابه (الوسيط في شرح القانون المدني)، و(مصادر الحق في الفقه الإسلامي).

(٢) مصادر الحق في الفقه الإسلامي (٥٣/٤).

نجدُ تطبيقاتَ تفصيليّةٍ يُمكنُ عن طريقِ تحليلها ومن ثمّ تأصيلها، استخلاصُ (نظريّةِ الباعثِ).

أثرُ هاتين النّزعتين في المناهج الفقهيّة:

لا خلافَ بينَ العلماءِ في أنّ الباعثَ غيرَ المشروعِ إذا أسفرَ عنه التّعبيّرُ في صلبِ العقدِ يُبطله، لاقتِرانِ العقدِ حينئذٍ بشرطٍ محظورٍ مُحَرَّم^(١).
أمّا إذا لم يتضمّنهُ التّعبيّرُ، ولم يمكن استخلاصه من طبيعة محلّ العقدِ ضمناً، ففي الاعتدادِ به خلافٌ بين الفقهاء، وهو ما سنعرض إليه في المبحث الثاني .

(١) التّصوّفُ الانفرادي والإرادة المنفردة، للشيخ عليّ الحنيف (٩٣).

المبحث الثاني

تطبيقات الباعث في المذاهب الأربعة

١ - مذهب الحنفية

لا يعتد الحنفية بالباعث إلا إذا تضمنته صيغة العقد صراحةً، أو أمكن استخلاصه من طبيعة محل العقد:

جاء في (تبيين الحقائق) للزيلعي: «ولا يجوز - أي: الاستئجار - على الغناء والتَّوْح والملاهي) لأنَّ المعصية لا يُتَصَوَّرُ اسْتِحْقَاقُهَا بِالْعَقْدِ فَلَا يَجِبُ عَلَيْهِ الْأَجْرُ مِنْ غَيْرِ أَنْ يَسْتَحِقَّ هُوَ عَلَى الْأَجِيرِ شَيْئاً إِذِ الْمُبَادَلَةُ لَا تَكُونُ إِلَّا بِاسْتِحْقَاقِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَلَى الْآخَرِ، وَلَوْ اسْتَحَقَّ عَلَيْهِ لِلْمَعْصِيَةِ لَكَانَ ذَلِكَ مُضَافاً إِلَى الشَّارِعِ مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ شَرَعَ عَقْداً مُوجِباً لِلْمَعْصِيَةِ تَعَالَى اللَّهُ عَنْ ذَلِكَ غُلُوباً كَبِيراً...»^(١).

وفي (الفتاوى الخانية): «رجل استأجر فحلاً لينزى به، لا يجوز ذلك، ولا أجر فيه، وكذا النائحة والمغنية ... وإن استأجر المسلم ذميّاً، لبيع الخمر أو الميتة أو الدّم، لم يجز، لورود النهي عن ذلك»^(٢).

وفي (البدائع)^(٣): «ولا يجوز إجارَةُ الإمامِ لِلزَّنا؛ لِأَنَّهَا إجارَةُ عَلَى الْمَعْصِيَةِ». وهكذا نرى أنَّ الحنفية يعتدّون بمشروعية محل العقد، ما دام لم يرد في صيغته، أو لم يمكن أن يستخلص من محل العقد ما يُسْفِرُ عن الباعث صراحةً أو ضمناً.

(١) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق (٥ / ١٢٥).

(٢) الفتاوى الخانية (٢ / ٣٢٢).

(٣) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للكاساني (٤ / ١٩٠).

وعلماء الحنفية يجمعون على أنه لا يجوز التعاقد على ما يُفضي إلى الإثم والمعصية، ولكن الخلاف بين الإمام وصاحبه فيما تقوم به المعصية:

- فالإمام يرى أن الباعث ما دام لا يوجد ما يُسفر عنه صراحة لا يُعتد به، فيُنظر إلى محل العقد، فإذا قامت المعصية بذاته فلا يجوز العقد عندئذٍ، أما إذا لم تقم المعصية بعينه، فيجوز.

أما الصحابان فقد جاوزا المحل، ونظرا إلى الباعث غير المشروع وقالوا بالكراهية كما في التحايل على إسقاط الشفعة، وكما في بيع العينة.

جاء في (الجوهر النيرة)^(١): «ولا تُكره الحيلة في إسقاط الشفعة عند أبي يوسف؛ لأنه امتناع عن إيجاب حق عليه فلا يُكره. ويُكره عند محمد؛ لأن الشفعة تجب لدفع الضرر عن الشفيع، وفي إباحة الحيلة تنبيه الضرر عليه فلم يجز، ... وعلى هذا اختلفوا في الحيلة لإسقاط الزكاة».

فتعليق الإمام محمد صريح بأن الكراهة للتعسف؛ لأن في إسقاط الشفعة منافية لقصد الشارع، فإذا شرعت الشفعة لدفع الضرر، فإسقاطها عن طريق التحايل بأمر ظاهر الجواز يُفضي إلى الإضرار، وهو مناقضة لقصد الشارع، وكذلك إسقاط الزكاة.

وبوجه عام؛ فإن المذهب الحنفي لا يقيم كبير وزن للباعث غير المشروع بعد أن يكون محل العقد مشروعاً، لا تقوم معصية بذاته، فمن ذلك ما جاء في (تبيين الحقائق)^(٢): «(وَجَازَ بَيْعُ الْعَصِيرِ مِنْ خَمَارٍ)؛ لأن المعصية لا تقوم بعينه بل بعد تعييره، بخلاف بيع السلاح من أهل الفتنة؛ لأن المعصية تقوم بعينه فيكون إعانته لهم، وتسبيهاً،

(١) الجوهر النيرة (٩٩/٣).

(٢) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق (٦/ ٢٨ - ٢٩)

وَقَدْ تُهْمِنَا عَنِ التَّعَاوُنِ عَلَى الْعُدُوَانِ وَالْمُعْصِيَةِ؛ وَلَآنَ الْعَصِيرَ يُضْلِحُ الْأَشْيَاءَ كُلَّهَا جَائِزٌ
شَرْعاً فَيَكُونُ الْفَسَادُ إِلَى اخْتِيَارِهِ».

فَالنَّصُّ صَرِيحٌ فِي أَنَّ الْعِبْرَةَ بِمَحَلِّ الْعَقْدِ، وَتَوَافُرِ شُرُوطِهِ أَوْ فَوَاتِهَا وَلَا يُنْظَرُ إِلَى
الْبَاعِثِ غَيْرِ الْمَشْرُوعِ، وَلَوْ قَامَتِ الْقَرَائِنُ عَلَى وَجُودِهِ، فَكَوْنُ الْمُشْتَرِي خَمَّاراً قَرِينَةً فِي
الدَّلَالَةِ عَلَى الْبَاعِثِ غَيْرِ الْمَشْرُوعِ، وَهُوَ اتِّخَاذُهُ خَمَّاراً، وَمَعَ ذَلِكَ، لَمْ يَتَلَقَّتْ إِلَيْهِ.

وَلَا يُقَالُ: إِنَّ السَّلَاحَ فِي ذَاتِهِ لَيْسَ بِمُعْصِيَةٍ، فَلَمْ يَأْخُذْ حَكَمَ الْعَصِيرِ؛ لِأَنَّا نَقُولُ
إِنَّهُ أَمَكَّنَ اسْتِخْلَاصَ الْبَاعِثِ مِنْ طَبِيعَتِهِ، وَلِأَنَّهُ تَعَيَّنَ طَرِيقاً لِلْمُعْصِيَةِ فِي هَذِهِ الْحَالِ.

هَذَا وَيَعْتَدُّ بِالْبَاعِثِ غَيْرِ الْمَشْرُوعِ فِي الْمَذْهَبِ الْحَنْفِيِّ إِذَا نُصِّ عَلَيْهِ صِرَاحَةً عَلَى
سَبِيلِ الشَّرْطِ فَيَبْطُلُ الْعَقْدُ.

مِنْ ذَلِكَ مَا جَاءَ فِي (ابْنِ عَابِدِينَ)^(١): «(لَا تَصِحُّ الْإِجَارَةُ لِأَجْلِ الْمَعَاصِي مِثْلُ
الْغِنَاءِ وَالنَّوْحِ وَالْمَلَاهِي) وَلَوْ أُخِذَ بِلَا شَرْطٍ يُبَاحُ».

وَيُورِدُ الْإِمَامُ الْكَاسَانِيُّ تَطْبِيقاً فِيمَا يُمَكِّنُ اسْتِخْلَاصَ الْبَاعِثِ غَيْرِ الْمَشْرُوعِ مِنْ
طَبِيعَةِ مَحَلِّ الْعَقْدِ، وَحُكْمُهَا عَدَمُ الْجَوَازِ، فَقَدْ جَاءَ فِي (الْبَدَائِعِ)^(٢): «وَأَمَّا الْقِرْدُ - أَيْ
شِرَاءُ الْقِرْدِ - فَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَوَاتَانِ - فِي جَوَازِهِ وَعَدَمِ جَوَازِهِ -:

(وَجْهٌ) رَوَايَةُ عَدَمِ الْجَوَازِ أَنََّّهُ غَيْرُ مُنْتَفَعٍ بِهِ شَرْعاً فَلَا يَكُونُ مَالاً كَالْخِنْزِيرِ.

(وَجْهٌ) رَوَايَةُ الْجَوَازِ: أَنَّهُ إِنْ لَمْ يَكُنْ مُنْتَفِعاً بِهِ بِذَاتِهِ يُمَكِّنُ الْإِنْتِفَاعَ بِجِلْدِهِ.

وَالصَّحِيحُ هُوَ الْأَوَّلُ؛ لِأَنَّهُ لَا يُشْتَرَى لِلْإِنْتِفَاعِ بِجِلْدِهِ عَادَةً بَلْ لِلَّهْوِ بِهِ، وَهُوَ حَرَامٌ
فَكَانَ هَذَا بَيْعَ الْحَرَامِ لِلْحَرَامِ، وَأَنَّهُ لَا يَجُوزُ».

(١) حاشية ابن عابدين (رد المختار): (٦/ ٥٥).

(٢) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع (٥/ ١٤٣).

وهذا واضحٌ في أنَّ النَّظَرَ مُنْصَبٌّ عَلَى مَحَلِّ الْعَقْدِ ومشروعِيته لا إلى الباعث، إلا إذا كان جزءاً من صيغة العقد.

٢- مذهب الشافعية:

يأخذ الإمام الشافعي رحمه الله بالنزعة الموضوعية، فيذهب إلى أنَّ العقود والالتزامات لا تؤثر فيها البواعث النفسية الخفية فالسبب هو الإيجاب والقبول، وهما تامان، وأهلية التعاقد لا نزاع فيها، ومحلية العقد قابلة لحكمه، فلم يبق إلا الفصد المقرون بالعقد - أي الباعث - ولا تأثير له في بطلان الأسباب الظاهرة لأنَّ الباعث لا يؤثر في اقتضاء السبب حكمه.

تطبيقات على النزعة الموضوعية في الفقه الشافعي:

يقول الإمام الشافعي فيما يتعلّق بفكرة الباعث^(١): «أصل ما أذهب إليه أنَّ كُلَّ عَقْدٍ كَانَ صَاحِباً فِي الظَّاهِرِ لَمْ يُبْطَلْهُ بُتْهُمَةٌ وَلَا بِعَادَةٍ بَيْنَ الْمُتَبَايِعِينَ وَأَجَزْتَهُ بِصِحَّةِ الظَّاهِرِ وَأَكْرَهُهُمَا النَّيَّةَ إِذَا كَانَتِ النَّيَّةُ لَوْ أُظْهِرَتْ كَانَتْ تُفْسِدُ الْبَيْعَ، وَكَمَا أَكْرَهُهُ لِلرَّجُلِ أَنْ يَشْتَرِيَ السَّيْفَ عَلَى أَنْ يَقْتُلَ بِهِ وَلَا يَحْرُمَ عَلَى بَائِعِهِ أَنْ يَبِيعَهُ مَنْ يَرَاهُ أَنَّهُ يُقْتَلُ بِهِ ظُلْماً؛ لِأَنَّهُ قَدْ لَا يَقْتُلُ بِهِ وَلَا أُفْسِدُ عَلَيْهِ هَذَا الْبَيْعَ، وَكَمَا أَكْرَهُهُ لِلرَّجُلِ أَنْ يَبِيعَ الْعَنْبَ مَنْ يَرَاهُ أَنَّهُ يَغْصَرُهُ خَمْراً وَلَا أُفْسِدُ الْبَيْعَ إِذَا بَاعَهُ إِتَاءَهُ؛ لِأَنَّهُ بَاعَهُ حَلَالاً، وَقَدْ يُمْكِنُ أَنْ لَا يَجْعَلَهُ خَمْراً أَبَداً، وَفِي صَاحِبِ السَّيْفِ أَنْ لَا يَقْتُلَ بِهِ أَحَداً أَبَداً، وَكَمَا أُفْسِدُ نِكَاحَ الْمُتَعَةِ. وَلَوْ نَكَحَ رَجُلٌ امْرَأَةً عَقْداً صَاحِباً، وَهُوَ يَنْوِي أَنْ لَا يُمْسِكَهَا إِلَّا يَوْماً أَوْ أَقَلَّ أَوْ أَكْثَرَ لَمْ أُفْسِدِ النِّكَاحَ إِنَّمَا أُفْسِدُهُ أَبَداً بِالْعَقْدِ الْفَاسِدِ».

(١) الأم للشافعي (٣ / ٧٥)

وهكذا يُفسّر الإمام الشافعيّ الشريعة تفسيراً مادياً على الظاهر لا على ما بطن^(١).

ويقول في موضع آخر: «غَيْرَ أَنَّهُمَا إِذَا عَقَدَا النِّكَاحَ مُطْلَقاً لَا شَرْطَ فِيهِ فَالنِّكَاحُ ثَابِتٌ، وَلَا تُفْسِدُ النِّيَّةُ مِنَ النِّكَاحِ شَيْئاً؛ لِأَنَّ النِّيَّةَ حَدِيثُ نَفْسٍ، وَقَدْ وُضِعَ عَنِ النَّاسِ مَا حَدَّثُوا بِهِ أَنْفُسَهُمْ، وَقَدْ يَنْوِي الشَّيْءَ وَلَا يَفْعَلُهُ، وَيَنْوِيهِ وَيَفْعَلُهُ، فَيَكُونُ الْفِعْلُ حَادِثاً غَيْرَ النِّيَّةِ، وَكَذَلِكَ لَوْ نَكَحَهَا وَنَيْتُهُ وَنَيْتُهَا أَوْ نَيْتُهُ أَحَدِهِمَا مِنْ دُونِ الْآخَرِ أَنْ لَا يُمْسِكَهَا إِلَّا قَدَرٌ مَا يُصِيبُهَا فَيَحْلُلُهَا لِرُزُوحِهَا، ثَبَتَ النِّكَاحُ، وَسَوَاءٌ نَوَى ذَلِكَ الْوَلِيُّ مَعَهُمَا أَوْ نَوَى غَيْرَهُ أَوْ لَمْ يَنْوِهِ وَلَا غَيْرُهُ وَالْوَالِي وَالْوَلِيُّ فِي هَذَا لَا مَعْنَى لَهُ أَنْ يُفْسِدَ شَيْئاً مَا لَمْ يَقَعِ النِّكَاحُ بِشَرْطٍ يُفْسِدُهُ»^(٢).

«وهذه النصوص تدلُّ صراحةً على تشدّد الإمام الشافعيّ في تمسّكه بالظاهر، فهو لا يحكم على العقود من جهة الآثار والأوصاف العائدة إليها بحسب أغراض المتعاقدين ودوافعها التي لا تُذكر وقت العقد، وإن كانت بينة من أحوالهما»^(٣).

فلا يعتدُّ إلا بصيغة العقد وما تضمّنته عبارته، ولا يلتفتُ إلى القرائن وملايسات الأحوال، ولو كانت تدلُّ دلالةً قويّةً على أنّه اتخذ ذريعةً لأمرٍ محرّم، بل يحكم بصحّة العقد، وفي هذا يقول الإمام الشافعيّ: «تَبْطُلُ حُكْمُ الْإِزْكَانِ مِنَ الذَّرَائِعِ فِي الْبُيُوعِ وَغَيْرِهَا»^(٤)، ويحكم بصحّة العقد.

(١) الشافعيّ للأستاذ أبو زهرة (٣١٧ - ٣١٨).

(٢) الأم للشافعي (٨٦ / ٥).

(٣) الشافعيّ للأستاذ محمد أبو زهرة (٣١٧ وما بعدها).

(٤) الأم للشافعي (١٢٠ / ٤).

٣ - مذهب الحنابلة:

يأخذ الحنابلة بالتزعة الذاتية، فيعتدّ بالباعث غير المشروع ولو لم تتضمنه صيغته العقد، فإذا تبين ذلك أبطل به العقد، ما دام قد اتخذ العقد وسيلة إلى أمر غير مشروع؛ لأنّ في تنفيذه إعانته على المعصية والعدوان، وذلك منهى عنه بالنص.

ولا يشترط لإبطال التصرف في العقود، إذا تبين أنّ الباعث عليه غير مشروع سوى علم الطرف الآخر بهذا الباعث، ضماناً لاستقرار التعامل، يقول ابن القيم: «القصْدُ رُوحُ الْعَقْدِ، وَمُصَحِّحُهُ وَمُبْطِلُهُ، فاعْتِبَارُ الْقُصُودِ فِي الْعُقُودِ أَوَّلَى مِنْ اِعْتِبَارِ الْأَلْفَاظِ؛ فَإِنَّ الْأَلْفَاظَ مَقْصُودَةٌ لِعَظَمَتِهَا، وَمَقْاصِدُ الْعُقُودِ هِيَ الَّتِي تُرَادُّ لِأَجْلِهَا، فَإِذَا أُلْغِيَتْ وَاعْتَبِرَتِ الْأَلْفَاظُ الَّتِي لَا تُرَادُّ لِنَفْسِهَا، كَانَ هَذَا الْغَاءُ لِمَا يَحِبُّ اِعْتِبَارُهُ وَاعْتِبَاراً لِمَا قَدْ يَسُوغُ الْغَاوُهُ»^(١). ويقول في موضع آخر مؤكداً أعمال البواعث في التصرفات، وأنّ ذلك من قواعد الشريعة التي لا يجوز هدمها: «وَقَاعِدَةُ الشَّرِيعَةِ الَّتِي لَا يَجُوزُ هَدْمُهَا أَنَّ الْمَقْاصِدَ وَالْاِعْتِقَادَاتِ مُعْتَبَرَةٌ فِي التَّصَرُّفَاتِ وَالْعِبَارَاتِ كَمَا هِيَ مُعْتَبَرَةٌ فِي التَّقَرُّبَاتِ وَالْعِبَادَاتِ؛ فَالْقَصْدُ وَالنِّيَّةُ وَالْاِعْتِقَادُ يَجْعَلُ الشَّيْءَ حَلَالاً أَوْ حَرَاماً، وَصَحِيحاً أَوْ فَاسِداً»^(٢).

تطبيقات فكرة الباعث في المذهب الحنبلي

جاء في (كشاف القناع): «(وَلَا يَصِحُّ) بَيْعُ (سِلَاحٍ وَنَحْوِهِ فِي فِتْنَةٍ أَوْ لِأَهْلِ حَرْبٍ أَوْ لِقُطَاعٍ طَرِيقٍ إِذَا عَلِمَ) الْبَائِعُ (ذَلِكَ) مِنْ مُشْتَرِيهِ (وَلَوْ بِقَرَّائِنٍ) لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ﴾ [المائدة: ٢].

(١) إعلام الموقعين عن رب العالمين (٣/ ٧٨).

(٢) إعلام الموقعين (٣/ ٧٩).

(وَيَصِحُّ بَيْعُ السَّلَاحِ لِأَهْلِ الْعَدْلِ لِقِتَالِ الْبُغَاةِ، وَ) قِتَالِ (قُطَاعِ الطَّرِيقِ)؛ لِأَنَّ ذَلِكَ مَعُونَةٌ عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى»^(١).

وجاء فيه أيضاً: «(وَلَا يَصِحُّ بَيْعُ مَا قُصِدَ بِهِ الْحَرَامُ كَعَنْبٍ، وَ) كَ (عَصِيرٍ لِمُتَّحِدِيهَا حَمْراً) وَكَذَا زَيْبٌ وَخَوْهُ»^(٢).

وجاء في (المغني): «(وَيَبُحُّ الْعَصِيرُ مِمَّنْ يَتَّخِذُهُ حَمْراً بَاطِلًا)، وَجُمْلُهُ ذَلِكَ؛ أَنَّ بَيْعَ الْعَصِيرِ لِمَنْ يُعْتَقَدُ أَنَّهُ يَتَّخِذُهُ حَمْراً مُحَرَّمٌ ... وَلَنَا قَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى: ﴿وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ﴾ [المائدة: ٢] وَهَذَا نَهْيٌ يَقْتَضِي التَّحْرِيمَ - وَالْقَرِينَةُ حَالِيَةٌ - وَرَوَى عَنِ النَّبِيِّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - أَنَّهُ لَعَنَ فِي الْحَمْرِ عَشْرَةَ ... وَلَأَنَّهُ يُعْتَقَدُ عَلَيْهَا لِمَنْ يَعْلَمُ أَنَّهُ يُرِيدُهَا لِلْمَعْصِيَةِ، فَاشْتَبَهَ إِجَارَةَ أَمَتِهِ لِمَنْ يَعْلَمُ أَنَّهُ يَسْتَأْجِرُهَا لِيَزْنِيَ بِهَا، وَالآيَةُ^(٣) مَخْصُوصَةٌ بِصُورٍ كَثِيرَةٍ، فَيُخَصُّ مِنْهَا مَحَلُّ النِّزَاعِ بِدَلِيلِنَا.

وَقَوْهُمُ: تَمَّ الْبَيْعُ بِشُرُوطِهِ وَأَرْكَانِهِ. قُلْنَا: لَكِنْ وَجَدَ الْمَانِعُ مِنْهُ^(٤)، إِذَا ثَبَتَ هَذَا، فَإِنَّمَا يَحْرُمُ الْبَيْعُ وَيَبْطُلُ، إِذَا عَلِمَ الْبَائِعُ قَصْدَ الْمُشْتَرِي ذَلِكَ، إِذَا يَقُولُهُ، وَإِنَّمَا بِقَرَأَتَيْنِ مُخْتَصَّةٍ بِهِ، تَدُلُّ عَلَى ذَلِكَ.

(١) كشف القناع عن متن الإقناع (٣/ ١٨١-١٨٢). لاحظ كيف جعل فقهاء الحنابلة من قوله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ﴾ قاعدةً عامَّةً تُقَيِّدُ بِهَا الْحَقُوقَ سَلْبًا وَإِجْبَابًا، كَمَا جَعَلُوهَا قَيْدًا يَرُدُّ عَلَى الْعُمُومِيَّاتِ، تَحْرِيمًا لِمَقْصِدِ الشَّارِعِ، وَيَحْتَكِمُونَ إِلَيْهَا فِي خِلَافِهِمْ مَعَ فُقَهَاءِ الْمَذَاهِبِ الْأُخْرَى.

(٢) كشف القناع عن متن الإقناع (٣/ ١٨١).

(٣) أي قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾ [البقرة: ٢٧٥] وهي الآية التي تمسك بها أصحاب النزعة الموضوعية في تصحيح العقد إذا لم يرد في صيغة العقد ما يدل عليه.

(٤) وهو الباعث غير المشروع، وإذا اجتمع المقتضي والمانع قُدِّمَ المانع.

فَأَمَّا إِنْ كَانَ الْأَمْرُ مُحْتَمَلًا، مِثْلُ أَنْ يَشْتَرِيَهَا مَنْ لَا يَعْلَمُ، أَوْ مَنْ يَعْمَلُ الْحَلَ وَالْحَمْرَ مَعًا، وَلَمْ يَلْفِظْ بِمَا يَدُلُّ عَلَى إِرَادَةِ الْحَمْرِ، فَالْبَيْعُ جَائِزٌ^(١).

وَإِذَا ثَبَتَ التَّخْمِيرُ، فَالْبَيْعُ بَاطِلٌ، وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَصِحَّ ...

وَهَكَذَا الْحُكْمُ فِي كُلِّ مَا يُقْصَدُ بِهِ الْحَرَامُ، كَبَيْعِ السَّلَاحِ لِأَهْلِ الْحَرْبِ، أَوْ لِقُطَاعِ الطَّرِيقِ، أَوْ فِي الْفِتْنَةِ، وَبَيْعِ الْأَمَةِ لِلْغِنَاءِ، أَوْ إِجَارَتِهَا كَذَلِكَ، أَوْ إِجَارَةِ دَارِهِ لِبَيْعِ الْحَمْرِ فِيهَا ... فَهَذَا حَرَامٌ، وَالْعَقْدُ بَاطِلٌ؛ لِمَا قَدَّمْنَا^(٢).

«وَقَدْ نَصَّ أَحْمَدُ رَحِمَهُ اللَّهُ عَلَى مَسَائِلَ، ثَبَّهَ بِهَا عَلَى ذَلِكَ، فَقَالَ فِي الْقَصَابِ وَالْحَبَازِ: إِذَا عَلِمَ أَنَّ مَنْ يَشْتَرِي مِنْهُ، يَدْعُو عَلَيْهِ مَنْ يَشْرِبُ الْمُسْكِرَ، لَا يَبِيعُهُ، وَمَنْ يَحْتَطُّ الْأَقْدَاحَ لَا يَبِيعُهَا مِمَّنْ يَشْرِبُ فِيهَا. وَنَهَى عَنْ بَيْعِ الدِّيَاجِ لِلرِّجَالِ، وَلَا بَأْسَ بِبَيْعِهِ لِلنِّسَاءِ. وَرَوَى عَنْهُ لَا يَبِيعُ الْجُوزَ مِنَ الصَّبِيَّانِ لِلْقِمَارِ. وَعَلَى قِيَاسِهِ الْبَيْضُ، فَيَكُونُ بَيْعُ ذَلِكَ كُلِّهِ بَاطِلًا»^(٣).

٤- المذهب المالكي:

يرى الإمام الشاطبي عملاً بحديث «إِنَّمَا الْأَعْمَالُ بِالنِّيَّاتِ»^(٤) بأنَّ المقاصد معتبرة في التصرفات من العبادات والعادات، على تفصيل ذكره^(٥) وأورد الأدلة من الكتاب والسنة والمعقول على هذا الأصل.

(١) إذ لا قطع مع الاحتمال.

(٢) المغني لابن قدامة (٤/ ١٦٧-١٦٨)، وانظر إعلام الموقعين (٣/ ١٣٨-١٣٩).

(٣) المغني لابن قدامة (٤/ ١٦٨)، وينظر كشف القناع (٣/ ١٤٦).

(٤) أخرجه البخاري في بدء الوحي، كَيْفَ كَانَ بَدْءُ الْوَحْيِ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ؟

(١)، ومسلم في الإمارة (١٩٠٧).

(٥) الموافقات: (٣/ ١٣).

هذا والإمام مالكٌ يُعْمَلُ الباعِثُ غيرَ المشروعِ في التَّصَرُّفَاتِ، ولكن لا يُبْطَلُهُ إذا تبَيَّنَ الباعِثُ بل يحولُ دونَ أثره، كما يذهبُ إلى اعتبارِ ما يؤدي إليه التَّصَرُّفُ مِنَ المَحْظُورِ في الكثرةِ من الأحوالِ، ولم يصلِ أدأؤه إلى المفسدةِ في الغالبِ من الظَّنِّ، فضلاً عن القَطْعِ مظنةً للباعِثِ غيرِ المشروعِ، عملاً بالاحتياطِ والتَّحَرُّزِ عن الفسادِ؛ لأنَّ الشَّريعةَ قامتْ على الأخذِ بالحزمِ والاحتياطِ^(١).

وبذلك يختلفُ الإمامُ مالكٌ عن الشَّاطِئِيٍّ من حيث إنَّ الأولَ يعدُّ التَّصَرُّفَ صحيحاً، ولكن يرى وجوبَ إخراجِ المَلِكِ من المشتري، خلافاً للشَّاطِئِيٍّ الذي يرى بطلانَ التَّصَرُّفِ.

تطبيقاتُ فكرةِ الباعِثِ في الفقهِ المالِكِيّ:

جاء في (التَّبَصُّرَةِ)^(٢) في مسائلِ البيوعِ: «وَيُمنَعُ المُسْلِمُونَ مِنْ بَيْعِ آلَةِ الحَرْبِ يَعْنِي مِنَ الحَرْبِيِّينَ، ... وَيَلْحَقُ بِذَلِكَ بَيْعُ العِنَبِ لِمَنْ يَعَصِرُهُ حَمْراً». ويقولُ في مؤيِّدِ هذا المنعِ: «وَيُؤَدَّبُ مَنْ يَبِيعُ آلاتِ اللُّهُوِ وَيُفْسَحُ البَيْعَ وَيُكْسِرُ وَيُؤَدَّبُ أَهْلُهُ ذَلِكَ»^(٣).

هذا وجاء في (مواهبِ الجليل)^(٤) ما يُفيدُ أنَّ «بَيْعَ العِنَبِ لِمَنْ يَعَصِرُهُ حَمْراً، وَبَيْعَ ثِيَابِ الحَرِيرِ مِمَّنْ يَلْبَسُهَا، وَهِيَ لَا تَحِلُّ لَهُ غَيْرُ جَائِزٍ».

فهذا يقضي ببطلانِ الالتزامِ، بَيْنَا النَّصُّ السَّابِقُ لا يَجِيزُ استدامةَ آثاره، لما يترتَّبُ عليه من مفسداتٍ وآثامٍ.

(١) الموافقات (٣٢٣/٢)، وراجع كتاب مالك للأستاذ محمد أبو زهرة (٤١٢).

(٢) تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام لابن فرحون (٢/ ٢٠٠).

(٣) المرجع السابق.

(٤) مواهب الجليل في شرح مختصر خليل للحطَّاب (٤/ ٢٦٧).

وجاء في (المدونة)^(١): «يَحْرُمُ بَيْعُ السِّلَاحِ لِمَنْ يَعْلَمُ أَنَّهُ يُرِيدُ قَطْعَ الطَّرِيقِ عَلَى الْمُسْلِمِينَ أَوْ إِثَارَةَ الْفِتْنَةِ بَيْنَهُمْ».

كما لا يجوز في مذهب مالكٍ بَيْعُ الجاريةِ المملوكةِ مِنْ قَوْمٍ عاصينَ يَتَسَاخَوْنَ فِي الْفَسَادِ وَعَدَمِ الْعَيْرَةِ، وَهُمْ أَكِلُونَ لِلْحَرَامِ وَيُطْعِمُونَهَا مِنْهُ^(٢).

نستخلص من هذه النصوص فيما يتعلق بإعمال الباعث غير المشروع في المعاضات عند المالكية وجهتان من النظر:

الأولى: أن العقد لا ينعقد بتأثير الباعث غير المشروع إذا عُلِمَ من الطرف الآخر كما جاء عند الحطّاب.

الثانية: أن العقد ينعقد، ولكنه واجب الفسخ، إذا لم يعلم البائع بقصد المشتري، بل يُجبر هذا على إخراجه من ملكه.

فأراء فقهاء المالكية تتردد بين الأخذ بالنزعة الموضوعية والأخذ بالنزعة الذاتية.

والراجع أن المذهب المالكي أميل إلى الأخذ بالنظرية الذاتية لما يأتي:

أولاً - أن المحققين من أصوليّ المذهب المالكيّ، قد حملوا لواء النزعة الذاتية وأفاضوا القول فيها، وأقاموا الأدلة على أصالة هذا المبدأ في الشريعة، وهو الذي يتفق ومقاصدها الأساسية، ولم يقصروا أثر البواعث على العبادات، بل برهنوا على شمول أثره للعبادات والمعاملات، وأوجبوا - ليكون التصرف سليماً نافذاً - أن يكون قصد المكلف في العمل موافقاً لقصد الله في التشريع، ويقصد هنا ما يشمل الباعث.

(١) المدونة (٢٥٣/٤ - ٢٥٤).

(٢) ينظر مواهب الجليل في شرح مختصر خليل (٢٥٤ / ٤).

يُرْشَدُنَا إِلَى هَذَا إِقَامَتُهُمُ الْأَدْلَةَ عَلَى إِبْطَالِ نِكَاحِ التَّحْلِيلِ، إِلَى جَانِبِ إِقَامَتِهِمُ الْحَجَجَ عَلَى إِبْطَالِ بَيْعِ الْآجَالِ الَّتِي يُقْصَدُ بِهَا تَحْقِيقُ الرِّبَا - كَمَا فِي بَيْعِ الْعَيْنَةِ - وَيَتَنَوَّاهَا مَنَاقِضَةً قَصْدِ الْمَكْلَفِ لِقَصْدِ الشَّارِعِ فِي التَّحَايِلِ عَلَى إِسْقَاطِ الزَّكَاةِ عَنْ طَرِيقِ الْهَيْئَةِ قُرْبَ نَهَايَةِ الْحَوْلِ.

وَعَلَى هَذَا فَقَدْ شَمِلَ إِعْمَالُ الْبَاعِثِ غَيْرَ الْمَشْرُوعِ نِكَاحِ التَّحْلِيلِ، وَعَقُودَ الْمُعَاوَضَاتِ وَالتَّبَرُّعَاتِ عَلَى حَدِّ سَوَاءٍ^(١).

ثَانِيًا - إِنَّ الْمَذْهَبَ الْمَالِكِيَّ هُوَ أَكْثَرُ الْمَذَاهِبِ الْفَقْهِيَّةِ تَوْسُّعًا فِي تَطْبِيقِ مَبْدَأِ الدَّرَائِعِ^(٢)، وَهُوَ مَبْدَأٌ يَتَّجِهُ أَجْمَاهِينَ:

الأول: إِلَى الْبَاعِثِ عَلَى التَّصَرُّفِ.

الثاني: إِلَى مَالِ التَّصَرُّفِ.

فَكَيْفَ يَتَّفَقُ الْقَوْلُ بِأَنَّهُ مَذْهَبٌ مَوْضُوعِي النَّزْعَةِ مَعَ اعْتِبَارِهِ لِمَبْدَأِ سَدِّ الدَّرَائِعِ (مَبْدَأُ سَدِّ الدَّرَائِعِ) أَصْلًا هَامًّا لَا اسْتِنْبَاطَ الْأَحْكَامِ فِي فَقْهِهِ، حَتَّى صَارَ يُعْرَفُ فَقْهُهُ بِهِ.

ثَالِثًا - ذَهَبَ الْإِمَامُ مَالِكٌ إِلَى تَوْرِيثِ كُلِّ مُبَانَةٍ فِي مَرَضِ الْمَوْتِ، وَلَوْ لَمْ يَتَبَيَّنْ لَهُ الْبَاعِثُ غَيْرُ الْمَشْرُوعِ فِي كُلِّ حَادِثَةٍ عَلَى حِدَةٍ، وَهُوَ حَرَامُهَا مِنَ الْإِرْثِ، اِكْتِفَاءً بِهَذِهِ الْمِظَنَّةِ - وَهِيَ مَرَضُ الْمَوْتِ - إِعْدَامًا لِهَذَا التَّصَرُّفِ فِي ذَاتِهِ فِي هَذَا الظَّرْفِ، سَدًّا لِلذَّرِيعَةِ، وَاحْتِيَاظًا لِدَرءِ الْمَفْسَدَةِ، وَتَطْبِيقًا لِنَظَرِيَّةِ التَّعَسُّفِ فِي أَوْسَعِ مَدًى، بِنَاءً عَلَى الْمَقْصَدِ الْكُلِّيِّ مِنْ اعْتِبَارِ الْمَصَالِحِ فِي الْأَحْكَامِ.

(١) يَنْظُرُ الْمَوَافِقَاتِ (٢/٣٢٣، ٣٣١ - ٣٣٣).

(٢) الْمَوَافِقَاتِ (٤/٢٠٠ وما بعدها) عَلَى أَنَّ الْإِمَامَ الشَّاطِبِيَّ لَا يَجْعَلُ التَّحْيِيلَ مِنَ الدَّرَائِعِ، بَلْ يَجْعَلُ التَّحْيِيلَ قِسْمًا خَاصًّا. وَهَذَا يَدُلُّ عَلَى تَأَصُّلِ النَّزْعَةِ الذَّاتِيَّةِ فِي أَصُولِ مَذْهَبِ الْمَالِكِيَّةِ.

المبحث الثالث

أثر الباعث في التبرعات

اتَّفَقَ الفقهاء على أَنَّ عبارة المتبرِّع إذا تَضَمَّنَتْ ما يدلُّ على أَنَّ الباعث عليه أمرٌ محظورٌ، لا ينشأ الالتزام؛ لأنَّه التزامٌ مُحَرَّمٌ، وكلُّ مُحَرَّمٍ باطلٌ. فالوصيةُ بالمحظورِ كالوصيةِ بمالٍ يُشْتَرَى به خمرٌ، أو للتَّواحٍ، أو كالوصيةِ لمعابدِ الوثنيين^(١) باطلةٌ؛ لأنَّ هذا الالتزام الانفرادي تمحُّضٌ شرًّا، فيكونُ باطلاً.

أمَّا إذا لم تتضمَّنْه العبارة، فيجري فيه الخلاف الذي جرى في عقودِ المعاوضات على ما بيَّنا آنفاً.

غيرَ أنَّه فيما يتعلَّق بضابطِ الباعثِ غيرِ المشروعِ في التبرُّعاتِ، لا يُشترطُ فيه وجوب علمِ الطرفِ الآخر، كما في العقودِ ذاتِ الطرفين، بل لا يُتصوَّرُ اشتراطُه؛ لأنَّ التبرُّعَ التزامٌ انفراديٌّ من طرفٍ واحدٍ، وليس له طرفٌ آخرٌ تتوقَّفُ نشأته عليه، وليس مكلفاً بأداء التزامٍ مُقابلٍ.

ومن ذلك أيضاً: (وصيةُ الضَّرارِ) فإذا تبَيَّنَ أنَّ الموصي يقصدُ بوصيته الإضرارَ بورثته، بطلت وصيته؛ لأنَّ الإضرارَ بالورثة أمرٌ مُحَرَّمٌ محظورٌ.

فإذا ما صدرت وصيةٌ مثلاً، وجبَ البحثُ عن الباعثِ الذي دفعَ الموصي إلى الإيصالِ، وذلك بالنَّظرِ فيما اشترطه، وما صدر عنه من أقوالٍ، وما احتَفَّ بالتَّصرفِ من قرائن، فإذا تبَيَّنَ أنَّ الباعثَ مُنافٍ لمقصدِ الشرعِ، كانت الوصيةُ باطلة، وإذا كَثُرَت البواعثُ فالمُعَوَّلُ عليه هو الباعثُ الرَّئيسيُّ.

(١) المغني (٢/٣٣١).

وكذلك (هبة المال قُرب نِحية الحول، لإسقاط الزكاة)؛ لأنَّ الباعث عليها مناقضٌ لقصد الشارع.

ومع ذلك، إذا كان التبرُّع موجَّهاً إلى شخصٍ معلوم، لزم أن يكون بحيث يستطيع أن يعلمَ بذلك الباعث، وإن لم يكن عالماً به فعلاً^(١)، كما في إهداء المقترض إلى المقترض إذا لم تجر له بذلك عادة.

هذا وقد رأينا أنَّ الفقه الإسلاميَّ يكتفي في إعمال الباعث غير المشروع في بطلان عقود المعاوضات بمجرد العلم أو افتراضه أو مظنَّته البعيدة، فكانَ بذلك أكثرَ خصوصيةً، وأوسعَ مجالاً في تطبيق فكرة الباعث التي هي بدورها تطبيقاً لـ (نظرية التعسف) في مُعظم جوانبها.

والخلاصة:

فإنَّ فكرة الباعث تردُّ قيده على الإرادة أو على التصرف الإرادي محافظةً على مقصود الشرع، ومن أجل هذا كانت فكرة الباعث عند الذاتين حصبةً مثمرةً، تقيّد الإرادة في كلِّ تصرفٍ يُنتج نتيجةً غيرَ مشروعةٍ محافظةً على مقصود الشرع.

ولمَّا كانَ الباعث عاملاً نفسياً ذاتياً، يختلف باختلاف الأشخاص، وهو أمرٌ خارجٌ عن نطاق التعاقد، كانَ لابدَّ من وضع ضابطٍ له، حتَّى لا يكون سبباً في تزعزع المعاملات وعدم استقرارها.

ولذا رأينا الفقهاء مُختلفين في ضبطه، ف :

- منهم من اشترط أن يكون منصوباً عليه في صلب العقد، وهم الشافعية والحنفية كما رأينا.

(١) التصرف الانفرادي للشيخ علي الحنيف (١١١).

- ومنهم من لم يشترط النصّ عليه في صلب العقد، بل اكتفى بعلم المتعاقد الآخر، أو بوجود قرائن يُفترَض معها هذا العلم، وهذا هو مذهب الحنابلة والمالكية.

- ومنهم من اكتفى بمظنّة الباعث البعيدة، فلم يشترط وجود الباعث غير المشروع في كلّ معاملة من المعاملات التي يكثر فيها هذا القصد، اكتفاءً بالكثرة من دون غلبة الظنّ، عملاً بالاحتياط الذي يوجب اعتبار هذه الكثرة في مرتبة الأمور الظنيّة الغالبة^(١) كما قدّمنا.

(١) وهذا هو رأي الإمام مالك، توسّعاً منه في إعمال الباعث غير المشروع، باعتبار وجود مظنّته البعيدة. ينظر الموافقات (٣٦١/٢)، وما بعدها.

نظرية الضمان (المسؤولية التقصيرية والعقدية)

في الفقه الإسلامي

الفصل الأول

تعريف الضمان وأدلة مشروعيته وأسبابه

الفصل الثاني

أركان الضمان

الفصل الأول

تعريف الضمان وأدلة مشروعيته وأسبابه

المبحث الأول : تعريف الضمان

المبحث الثاني : أدلة مشروعية الضمان

المبحث الثالث : أسباب الضمان

Damascus University

المبحث الأول

تعريف الضمان^(١)

يتردد في الفقه القانوني المعاصر مصطلح (المسؤولية التقصيرية والعقدية) وهو مصطلح لم يأت الفقه الإسلامي على ذكره وإن كان معناه ومفهومه يندرج تحت ما عرف في الفقه الإسلامي بـ (الضمان). فإذا كانت المسؤولية تعني المؤاخذة، فإن الضمان - في أحد معانيه - يعنيها كذلك عند فقهاء المسلمين. ونورد فيما يلي المعاني الفقهية التي أطلق عليها الفقهاء لفظ (الضمان) في استعمالاتهم.

الضمان في اصطلاح الأصوليين والفقهاء^(٢):

يعيننا من تعريف الضمان في بحثنا هذا تحديد ناحيته المدنية، لا الجنائية، وقد حدده الحنفية بما يفيد شغل الدمة بأداء مثل ما أتلّف، إن كان من المثليات، أو بقيمته إن كان من القيميات، وهذا المعنى كما يتحقق في ضمان التصرفات الفعلية غير المشروعة - فيما يتعلق بالأموال - يتحقق كذلك، في ضمان العقود^(٣).

-
- (١) ينظر في هذا المبحث: الضمان في الفقه الإسلامي للشيخ علي الخفيف (ص: ٨ وما يليها).
- (٢) الضمان في اللغة، يعني الالتزام، تقول: ضمنت المال وبه ضماناً فأنا ضامن وضمين التزمت، ويتعدى بالتضعيف، فيقال ضمنت المال ألزمته إيّاه. المصباح المنير في غريب الشرح الكبير (٣٦٤/٢).
- هذا وللضمان معنى آخر، وهو الكفالة، والضامن هو الكفيل والمتبرم والغارم.
- وبأني الضمان أيضاً بمعنى التأكيد على خلو الشيء من العيوب. ينظر المعجم الوسيط.
- (٣) مجلة الأحكام العدلية (المادة: ٤١٦).

غير أنه فيما يتعلق بضمان العقود، كشغل ذمة البائع بمثل أو قيمة المبيع الهالك في يده قبل تسليمه، إنما هو أثر لازم لحكم العقد، من وجوب التسليم، عند أداء المشتري الثمن، وليس أثراً مباشراً للعقد، وكذلك ضمان الوديع مثل أو قيمة العين المودعة أثر لحكم عقد الوديعة، من التزامه بالمحافظة عليها، إذا هلك بتقصير منه أو تعدد، وعلى هذا كان الضمان في جانبه المدني لا الجنائي، عند الفقهاء على نوعين:

آ - ضمان الإتلاف. ب - ضمان العقد.

وقد عرّف الشوكاني الضمان، بأنه: (غرامه التالف)^(١).
وعرّفه ابن نجيم بقوله: (ردّ مثل الهالك، إن كان مثلياً، أو قيمته إن كان قيمياً)^(٢).

وعرّفه بعض المحدثين، ب(أنه التزام بتعويض مالي عن ضرر للغير).
وهي معانٍ متقاربة، تتسم بالوضوح والإيجاز.
غير أن بعض المحدثين قد عرّف الضمان بأنه: (شغل الذمة بما يجب أدائه من مال أو عمل، عند تحقيق شرط أدائه في الحال، أو في المستقبل المعين).
وهذا في الواقع تعريف بالأعم؛ لأنه:

- يشمل (الدين) ولا علاقة له بالتصرفات الفعلية التي تشكل اعتداءً على مال يتلقاه.

- كما يشمل (عقد الأجير المشترك والخاص)، ومحلّه العمل، وليس هذا من قبيل ما نحن فيه، من الاعتداء على الأموال بالإتلاف.

(١) نيل الأوطار (٥/ ٣٥٧) نقلاً عن ضوء النهار.

(٢) غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر (٤/ ٦).

نعم إذا امتنع الأجير عن أداء التزامه، من القيام بالعمل محل العقد، وكذا إذا امتنع البائع عن تسليم المبيع إلى المشتري عند أدائه الثمن، يُجبر قضاءً على ذلك، ويعزّره الحاكم وينفذه عليه إن أمكن، غير أن الشارع لا يلزمه بتعويض مالي عن تأخره أو امتناعه، فكان هذا التعريف غير مانع^(١).

وأيضاً، قد يكون الضمان بمعنى (الكفالة بالمال أو النفس)، وفي هذا النوع الأخير من الكفالة، محله إحضار شخص وهو عمل غير أن الامتناع عن ذلك لا يستوجب التعويض المالي^(٢) وإن لحق الدائن ضرر من جرّائه، وهذا ليس مما نحن بصدد البحث فيه أيضاً.

وهكذا نرى، أن الالتزام بعمل، سواء أكان حكماً وأثراً للعقد كما في عقد البيع، من مثل التزام البائع بتسليم المبيع، أم كان محلاً للعقد كما في عقد الأجير المشترك أو الخاص، فإن امتناع الملتزم عن الأداء لا يستوجب التعويض المالي عن التأخير، ولو لحق الدائن ضرر بسبب ذلك، وإنما يُجبر قضاءً على التنفيذ إن أمكن.

(١) الضمان للشيخ علي الحفيف (ص: ١٤).

(٢) استعمل الضمان بمعنى الكفالة كل من المالكية والشافعية والحنابلة. ينظر المهذب (٣٥٩/١)،

مغني المحتاج (٨٣/٣)، الأشباه والنظائر للسيوطي (ص: ٢٧٧)، المغني لابن قدامة (٥٤٣/٤).

المبحث الثاني

أدلة مشروعية الضمان

تنهضُ بمشروعية الضمان أدلة من الكتاب والسنة والقواعد الفقهية.

أولاً - أما الكتاب، ففيما يتعلق، بالإعارة والوديعة وكل شيء ائتمن صاحبه غيره عليه أو ألزم به الشارع من مثل:

١ - قوله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا﴾ [النساء: ٥٨].

ووجه الاستدلال: أَنَّ الله تعالى أوجب أداء الأمانة بصريح الأمر، وهذا يستلزم شغل الذمة به، وإلا كان توجه الخطاب بالطلب في غير مطلوب، وهذا لا يتصور، وشغل الذمة مما يتحقق به الضمان الذي يستوجب الأداء.

وعلى هذا فالضمان بنوعيه - ضمان الإتلاف، وضمان العقد - يشمله عموم الآية الكريمة، من حيث شغل الذمة به، ووجوب أدائه عند تحقيق شرطه.

هذا والأداء الكامل إما برد العين إن كانت قائمة، كما في رد المغصوب، وهو ما تقرره السنة، قال صلى الله عليه وسلم: «على اليد ما أخذت حتى تؤدي»^(١).

أو برد مثلها الكامل صورة ومعنى، إن هلك أو أثقلت وكانت من المثلثات. أو رد قيمتها التامة - وهو المثل المعنوي - إن كانت من القيميات، أو كانت من المثلثات وانقطع مثلها، تعويضاً وجبراً للتالف.

(١) أخرجه أبو داود في البيوع، باب في تضمين العارية (٣٥٦١)، والترمذي في البيوع، باب ما جاء في أنَّ العارية مؤداة (١٢٦٦)، وابن ماجه في الصدقات، باب العارية (٢٤٠٠).

٢ - قوله تعالى: ﴿فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ﴾ [البقرة: ١٩٤].

ووجه الاستدلال: أَنَّ الآيةَ الكريمةَ بعمومِها، تُقرِّرُ مبدأ المماثلة في الجزاءِ عدلاً والتَّعويضُ ضربٌ من الجزاءِ، والمماثلة الكاملة ما كانت صورةً ومعنى، إنَّ أمكن، وإلا فالمِثْلِيَّةُ معنى - وهي القيمةُ - مُجَرَّدَةٌ. غير أنَّ هذا الجبرُّ أو الجزاءُ، لا ينطوي على معنى العقوبة الرَّاجِعة، وإنَّما هو مجرَّد ردٍّ للبدلِ التَّالِفِ على صاحبه، لعصمة ماله فيقوم محلُّ المالِ التَّالِفِ.

٣ - قوله تعالى: ﴿وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عَاقَبْتُمْ بِهِ﴾ [النحل: ١٢٦]

ووجه الاستدلال: أَنَّ الآيةَ صريحةٌ الدَّلالة على وجوب تحقيقِ مُماثِلَةِ العقوبة للفعلِ الجُرْمِيِّ، وهذا وإن كان نصّاً في العقوبات الرَّاجِعة للعدوانِ على الأنفسِ، غير أنَّه يُستأنَسُ به في الاستدلالِ على مبدأ المُماثِلَةِ في العدوانِ على الأموالِ كذلك من قِبَلِ أَنَّ (المُماثِلَةَ) مبدأ عامٌّ يُقرِّرُ العدلَ في الجزاءِ على العدوانِ بإطلاقِ عقوبة أو تعويضاً وجبراً، إلّا ما استثنى بدليل، كما في ضَمَانِ العقدِ على ما سيأتي تفصيله^(١).

٤ - قوله تعالى: ﴿وَجَزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِثْلُهَا﴾ [الشورى: ٤٠]

وهذا تأكيدٌ لتقريرِ مبدأ المِثْلِيَّةِ في الجزاءِ عدلاً.

ووجه الدَّلالة: أَنَّ التَّعويضَ الماليَّ ضربٌ من الجزاءِ؛ لأنَّه من قِبَلِ إزالةِ الضَّرِّ الماليِّ الذي أحدثه المعتدي، وأمثلةٌ طريقٌ لذلك هو إحدَاثُ نقصٍ في مالِ المعتدي، بمِثْلِ الذي أحدثه في مالِ المعتدى عليه، ويُردُّ على هذا الأخيرِ جبراً وعوضاً، وهذا ضربٌ من الجزاءِ،

(١) سيأتي في الفقرة الأخيرة من هذه النِّظَرِيَّة أَنَّ ضَمَانَ العقدِ يتمُّ التَّقْدِيرُ فيه على أساسِ التَّراضي، بخلافِ ضَمَانِ الإِتْلَافِ فَإِنَّ مَبْنَاهُ على الجبرِّ والتَّعويضِ، وذلك أساسه المعادلةُ أو المماثلةُ، أو المساواةُ في المَالِيَّةِ والقيمةِ، إنَّ تعدَّرت المِثْلِيَّةُ صورةً.

ومما يؤكّد ذلك أنّه جبرٌ وتعويضٌ وجب شرعاً في مقابل انتهاك عصمة المال بالنسبة للمعتدى عليه، وهو نفسه انتهاك لعصمة مال المعتدي، جزاءً وفاقاً، وعلى هذا فإنّ عموم عصمة النفس أو المال مخصّصة بما قدّمنا من الآيات الثلاث بالنسبة للمعتدي.

ثانياً - الأدلّة من السنّة النبويّة:

١ - ما روي عن سمرة رضي الله عنه عن النبيّ صلى الله عليه وسلّم أنّه قال: «على اليد ما أخذت حتى تُؤدّي»^(١). ووجه الدلالة: أنّ المفتضى - بفتح الضاد - وهو المعنى اللازم^(٢) المقدّر الذي يتوقّف عليه فهم المراد من نصّ الحديث هو الضمان، على الرّاجح^(٣)، فيكون معنى الحديث: «على اليد ما أخذت حتى تُؤدّي»، ووجه كونه هو الرّاجح أنّ الحديث يوجب ردّ عين ما أخذت اليد إن كانت قائمة؛ لأنّه الواجب الأصلي، وإلّا فالضمان لأنّ الضمان غرامة التّألف، كما بيّنا.

٢ - ما روي عن أنس رضي الله عنه قال: أهدت بعض أزواج النبيّ صلى الله عليه وسلّم إلى النبيّ صلى الله عليه وسلّم طعاماً في قصعة، فضرّبت عائشة القصعة بيدها، فألقّت ما فيها، فقال النبيّ صلى الله عليه وسلّم: «طعام بطعام، وإناء بإناء»^(٤).

(١) تقدّم تخرجه.

(٢) راجع بحث المفتضى في كتابي (المناهج الأصولية)، و(أصول التّشريع) للدكتور الدريني رحمه الله.

(٣) وإنّما قلنا إنّ الرّاجح؛ لأنّ الاحتمالات ثلاثة في المفتضى: إمّا الضمان، أو الحفظ، أو الأداء. ومعنى الحديث على هذه التقادير الثلاثة للمفتضى (بفتح الضاد): على اليد ضمان ما أخذت أو حفظ ما أخذت أو تأديّة ما أخذت، ولا يصحّ هاهنا تقدير التّأديّة؛ لأنّه قد جعل قوله: «حتى تُؤدّي» غاية لها، والشّيء لا يكون غايةً لنفسه، فيبقى التّرجيح بين الاحتمالين (الضمان، والحفظ) والظاهر الضمان؛ لأنّ الحديث يوجب ردّ عين ما أخذت إن كانت قائمة، وإلّا فالضمان؛ لأنّ الضمان غرامة التّألف تعويضاً، كما بيّنا. ينظر نيل الأوطار (٢٩٩/٥).

(٤) أخرجه الترمذي في الأحكام، باب ما جاء فيمن يكسر له الشّيء ما يحكم له من مال الكاسر؟

ووجهُ الدَّلالة: أَنَّ الباءَ في الحديثِ لِلْعَوْضِ، فَأَوْجِبَ الرَّسُولُ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ طعاماً وإناءً على الْمُتَلَفِ، مثلَ الطعامِ والإناءِ الذي أَتْلَفَهُ، عَوْضاً وَجَبْراً. ومَعْلُومٌ أَنَّ القِيَمِيَّ يُضْمَنُ بِقِيَمَتِهِ، والمِثْلِيُّ بِمِثْلِهِ، هذا وفي روايةٍ بلفظٍ: «مَنْ كَسَرَ شَيْئاً فَهُوَ لَهُ وَعَلَيْهِ مِثْلُهُ»^(١)، وهذا عامٌّ.

٣ - ما روي عن النُّعْمَانِ بْنِ بَشِيرٍ رضي الله عنهما، قال: قالَ رَسُولُ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «مَنْ أَوْقَفَ دَابَّةً فِي سَبِيلٍ مِنْ سُبُلِ الْمُسْلِمِينَ أَوْ فِي سَوْقٍ مِنْ أَسْوَاقِهِمْ فَأَوْطَأَتْ بِيَدٍ أَوْ رَجُلٍ فَهُوَ ضَامِنٌ»^(٢) وهذا واضحٌ.

ثالثاً - الأدلة من القواعد الفقهية:

من المقررات الفقهية التي تنهضُ بمبدأ المسؤولية عن الضرر المالي، ما جاء في قواعد فقهية متفرعة عن القاعدة التشريعية التي أرساها الرسول صلى الله عليه وسلم: «لا ضرر ولا ضرار» وقد تقدّم تخرجه.

١ - «الضرر يُزال»: فهذه القاعدة توجب معالجة ما وقع من الضرر، بإزالة عينه إن أمكن، وذلك برد المال عيناً، إن كان قائماً، وإلا فالتعويض مثلاً أو قيمة كما ذكرنا .
٢ - «الضرر يُدفع بقدر الإمكان»: وهذه القاعدة تتضمن حكماً وقائياً يجب فيه الحيلولة حتى لا يقع الضرر؛ لأنّ الدفع أسهل من الرّفْع، أو الوقاية خيرٌ من العلاج، وهذا المعنى لا يصلح سنداً لموضوعنا.

= (١٣٥٩) وصحّحه، وينظر نيل الأوطار: (٣٨٦/٥).

(١) أخرجه ابنُ أبي حاتمٍ في العلل، رقم (١٤٠٠)، وأبو يعلى في المسند رقم (٣٣٣٩) والدارقطني في السنن، رقم (٤٣٠١).

(٢) أخرجه الدارقطني في السنن، رقم (٣٣٨٥) والدَّيْلَمِيُّ في الفردوس بمأثور الخطاب (٥٨٠١).

غير أنَّ قاعدة الدَّفع هذه يتحقَّقُ مناطُها العامُّ في الجبرِ بالمثلِ أو القيمة؛ لأنَّ هذا هو الممكنُ دفعُه^(١) من الضَّررِ.
فتلخَّصَ أنَّ مبدأ الضَّمانِ مستقرٌّ في الشرعِ قطعاً، بما قدَّمنا من الأدلَّةِ.



(١) وعلى هذا كان الدَّفع بمعنى الإزالة وتُضيفُ قاعدة الدَّفع معنى جديداً، وهو أنَّ يَكُونَ الدَّفعُ بقدرِ الإمكانِ.

المبحث الثالث

أسباب الضمان

ذكر الفقهاء للضمان أسباباً عدة في أبواب الفقه المختلفة، إذ لم يُجمع في باب واحد، ومن ذلك:

أ - إلزام الشارع بالضمان، مباشرة وبما يشغل ذمة المكلف المخاطب من التفقات بوجه عام، أو من أموال الزكاة، أو الكفارات في خصالها المالية، ويوجب الأداء أيضاً، وهذا لا يتضمن معنى التعويض عن مال أُتلف - كما ترى - وإنما هو:

- تكليفٌ يُحقق معنى التكافل الاجتماعي الملزِم في دائرة الأسرة أو المجتمع.

- أو عقوبة زاجرة عن عملٍ مُحَرَّم، كما في الفطر عمداً في رمضان دون عذر، أو الحنث في اليمين، من الخطايا الدينية، وهذا مما لا يدخل في بحثنا.

ب - وقد يكون سببه العقد، وهو ما يُطلق عليه الفقهاء «ضمان العقد» وسيأتي البحث فيه.

ج - وذكروا من الأسباب: (الإتلاف، والغصب، والتفويت، والتعيب، والتغير، والحيلولة بين المالك وماله، والشرط، واليد غير المحقة، والتسبب تعدياً) ويجمع هذه الأسباب جميعاً معنى واحد هو (الفعل الضار عند تحقق شرطه) وهو ركن من أركان الضمان التي نتاولها بالبحث فيما يلي.

الفصل الثاني : أركان الضمان

المبحث الأول : الفعل الضار تعدياً

المبحث الثاني : الضرر

المبحث الثالث : الإفضاء أو علاقة السببية بين الضرر

والتعدي

المبحث الأول

الفِعْلُ الضَّارُّ تَعْدِيًّا

أولاً - الفعل الضَّارُّ وأنواعه:

إنَّ الفِعْلَ الضَّارَّ ليس مَشْرُوعاً، بل هو فعلٌ مَحْظُورٌ^(١)، ولذا كان سبباً للتَّضْمِينِ بما يكونُ له من أَثَرٍ في إتلافِ المالِ، ولا يُشْتَرَطُ في فاعله أَنْ يتَوَافَرَ فيه الإدْرَاكُ، أو القَصْدُ إلى الإضرارِ، بل تنعقدُ سببِيَّةُ الفِعْلِ الضَّارِّ لَضَمَانِ ما يترتَّبُ عليه من ضَرَرٍ أو إتلافٍ للمالِ ولو كان فاعله فاعداً أهليَّةً، كـ(صبي غير مميّز، أو مجنون، أو غير مدركٍ ولا قاصدٍ كالنائم والنَّاسي) إذ ليست أهليَّةُ الأداءِ شرطاً في التَّضْمِينِ، ذلك لأنَّ أساسَ التَّضْمِينِ الماليِّ هو جبرُ المُتَلَفِ، صيانةً لعصمةِ مالِ الإنسانِ، ولذا كان العَمْدُ والخطأُ في إتلافِ المالِ سواء، وإن كان للعمدِ والخطأِ أثرٌ في العُدوانِ على الأنفسِ.

غير أنَّه يُشْتَرَطُ أَنْ يَكُونَ الفِعْلُ الضَّارُّ قد وقعَ تعدياً - أي مِنْ دُونِ وَجْهِ حَقٍّ وعلى سبيلِ الاعتداءِ أو المجاوزةِ على حقِّ الغيرِ - والتَّعْدِي لا يعني التَّعَمُّدَ ولا القَصْدَ.

ومن صورِ التَّعْدِي في الفِعْلِ الضَّارِّ أَنْ يَكُونَ فعلاً لم يُأْذَنْ به الشرعُ أصلاً.

وممَّا يَجْدُرُ الإشارةُ إليه أَنَّ الفِعْلَ المَشْرُوعَ في الأصلِ - لنشوئه عن حقٍّ - إذا أَدَّى استعماله الحاضرُ إلى ضَرَرٍ فاحشٍ أو راجحٍ بالغيرِ انقلبَ فعلاً ضارّاً غير مشروعٍ بالنظرِ إلى نتيجه، وهذا ضربٌ من التَّعَسُّفِ في استعمالِ الحقِّ، كما علمت^(٢).

(١) يفتح الميم - اسم مفعول - إذا لم يشترط أهليَّةُ الأداءِ، غير أنَّه لا بُدَّ من أهليَّةِ الوجودِ، إذ انتفاءُ الأهليَّةِ أصلاً لا يوجبُ المسؤوليَّةَ، كما في الحيوانِ؛ لأن جرح العجماء جبار.

(٢) وينظر تفصيل البَحْثِ في (نظريَّة الحقِّ والتَّعَسُّفِ في استعمالِهِ)، ولا يدخلُ في موضوعنا، =

الفرق بين الفعل الضار والفعل التعسفي في المسؤولية التقصيرية

الفعل التعسفي يشترط فيه أن يكون ما أدى إليه من «ضرر» فاحشاً أو راجحاً، لتثور المسؤولية التعسفية، وذلك لأن الفعل التعسفي مشروع في أصله. أما الفعل الضار فلا يشترط فيما يترتب عليه من ضرر أن يكون الضرر فاحشاً أو راجحاً، بل يكفي لتثور مسؤوليته أن يكون يسيراً. وذلك لأن الفعل الضار غير جائز في أصله.

أنواع الفعل الضار:

١- الفعل الضار الإيجابي (الوقوعي):

الفعل الضار الإيجابي حسي، فإذا ترتب عليه ضرر بالغير تعدياً، انعقد سبباً يستوجب التّضمن، سواء أكان ترتب ذلك الضرر عن طريق المباشرة أو التّسبب.

- ويكون بطريق المباشرة: إذا لم يفصل بينه وبين حدوث الضرر فعل آخر، أو كما تقول مجلّة الأحكام العدلية (المادّة ٨٨٧): «الإتلاف مباشرة هو إتلاف الشيء بالذات» كقطع الشخص أشجار غيره أو كسر إنائه.

- ويكون بطريق التّسبب: إذا فصل بين الفعل وبين الضرر فعل آخر أدى إليه فكان علّة لوقوع الضرر، أو كما تقول مجلّة الأحكام العدلية (المادّة ٨٨٨): «الإتلاف تسبباً: هو التّسبب لتلف شيء يعني إحداث أمر في شيء يُفضي إلى تلف شيء آخر على جزئ العادة»^(١) كما سيأتي تفصيله.

= لاستقلال نظريته ومعايره وأحكامه.

(١) ينظر ما ورد في جامع الفصولين من صورة المباشرة والتّسبب في الإتلاف (٢/١٢١-١٢٢).

٢ - الفعل الضار السلبي:

هو فعلٌ نفسيٌّ، لا حسيٌّ ماديٌّ، بمعنى الكفِّ أو الامتناعِ عن الفعلِ، وقد اختلفَ الفقهاءُ في كونه سبباً للتَّضمينِ شرعاً:

- فذهب الحنفيَّةُ والشافعيَّةُ^(١) إلى أنَّه ليس سبباً للتَّضمينِ شرعاً، وذلك، كمن رأى مالاَ لغيره يَحترقُ، وكان في وسعه إنقاذه ولم يفعل، فإنَّه لا يضمنُ؛ لأنَّه ليس مباشراً، ولا مُتسبباً، ولا تَضمينَ إلَّا عن طريقهما.

هذا والامتناعُ أمرٌ سلبيٌّ عَدَميٌّ، والمباشرةُ والتَّسبُّبُ لا يكونانِ إلَّا بأمرٍ وجوديٍّ وقوعيٍّ، والله سبحانه لا يؤخِّدُ على الفعلِ النَّفسيِّ مُجَرِّداً حتى يخرجَ إلى حيزِ الوقوعِ.

وذهب الحنابلةُ والمالكيَّةُ^(٢) إلى القولِ بالتَّضمينِ في هذه الصَّورة، ومستندهم في ذلك أنَّه تَرَكَ واجباً، وهو إنقاذُ مالِ أخيه المسلم، مع قدرته على ذلك، وأدَّى امتناعه عن أداءِ الواجبِ، إلى تَلَفِ المالِ المحترقِ تسبباً، فيكونُ مَسْئولاً وضامناً^(٣)، كمن وجدَ لُقْطَةً في الطَّرِيقِ ولم يلتقطها وهو يعلمُ أنَّها إذا تُركتْ تَلَفَتْ، كانَ ضامناً، فكذا هذا ولأنَّه ضربٌ من التَّسبُّبِ في تضييعِ المالِ.

والرَّاجحُ في رأينا هو ما ذهب إليه الحنبليةُ والمالكيةُ^(٤).

(١) البدائع (١٦٤/٧)، تبين الحقائق (١٤٣/٦، ١٤٦)، نهاية المحتاج (١٥١/٥) وما يليها).

(٢) كشَّاف القناع (٣٦٢/٢) وما يليها، بداية المجتهد (٢٦٢/٢) وما يليها، الفروق (٢٠٥/٢).

(٣) إلَّا إذا كانَ احتراقُ المالِ على مشهدٍ من صاحبه، إذ يسقطُ الواجبُ على غيره في إنقاذه. ينظر

القواعد لابن رجب (ص: ٢٢٢)، ومجمع الضَّمانات (ص: ٣٠٨).

(٤) راجع الضَّمان للشيخ علي الخفيف (ص: ٨٢ - ٨٣).

ثانياً - التَّعَدِي^(١)

قَدَمْنَا آنفَاءً أَنَّ «التَّعَدِي» فِي اصطلاح الفقهاء، لَا يَعْنِي التَّعَمُّدُ أَوْ الْقَصْدُ، وَإِنَّمَا يَعْنِي وَقُوعَ الْفِعْلِ الضَّارِّ مِنْ دُونِ وَجْهِ حَقٍّ أَوْ مَجَاوِزَةٍ إِلَى حَقِّ الْغَيْرِ، أَوْ عَدَمَ الْجَوَازِ الشَّرْعِيِّ أَوْ الْعُدْوَانِ^(٢)، كَمَا يَعْنِي الْإِهْمَالُ وَالتَّقْصِيرُ.

وَقَدْ اسْتَقَرَّتْ فِي الْفِقْهِ الْإِسْلَامِيِّ قَاعِدَةٌ مُؤَدِّهَا أَنَّ «الْجَوَازَ الشَّرْعِيَّ يُنَافِي الضَّمَانَ»^(٣).

وَعَلَى هَذَا فَلَوْ حَفَرَ بَرًّا فِي الطَّرِيقِ الْعَامِّ مِنْ دُونِ إِذْنِ وَلِيِّ الْأَمْرِ وَوَقَعَتْ فِيهَا دَابَّةٌ فَفَنَقَّتْ، ضَمِنَ الْحَافِرُ؛ لِأَنَّهُ تَسَبَّبَ فِي هَذَا الضَّرَرِ تَعَدِيًّا وَمِنْ دُونِ وَجْهِ حَقٍّ، بِخِلَافِ مَا لَوْ كَانَ الْحَفَرُ بِإِذْنِ مَنْ وَلِيَ الْأَمْرَ.

وَمِنْ ذَلِكَ مَا لَوْ نَشَبَ حَرِيقٌ فِي دَارٍ فَهَدَمَهَا الْجَارُ مِنْ دُونِ إِذْنِ صَاحِبِهَا قَطْعًا لِامْتِدَادِ الْحَرِيقِ إِلَى دَارِهِ، وَمِنْ دُونِ إِذْنِ وَلِيِّ الْأَمْرِ، ضَمِنَ؛ لِأَنَّهُ مُبَاشِرٌ لِلْإِتْلَافِ، عَلَى وَجْهِ التَّعَدِي^(٤).

(١) يُطْلَقُ الْمَالِكِيَّةُ «التَّعَدِي» عَلَى غَضَبِ الْمَنْفَعَةِ، أَمَّا الْاِسْتِيْلَاءُ عَلَى الْعَيْنِ عَدْوَانًا فَيَسْمَى عَنْدهُمْ = غَضَبًا. رَاجِعَ الْبَهْجَةُ شَرْحَ التَّحْفَةِ لِلتَّسْوِيلِيِّ (٣٤٤/٢-٣٥١).

(٢) الْمَوْجِبَاتُ وَالْعُقُودُ لِلْمَحْمُصَانِي (١/١٧٤).

(٣) مَجْلَةُ الْأَحْكَامِ الْعَدْلِيَّةِ (الْمَادَّةُ ٩١).

(٤) جَاءَ فِي مَجْلَةِ الْأَحْكَامِ الْعَدْلِيَّةِ (الْمَادَّةُ ٩١): «الْجَوَازُ الشَّرْعِيُّ يُنَافِي الضَّمَانَ» وَهَذِهِ الْقَاعِدَةُ لَيْسَتْ عَلَى إِطْلَاقِهَا، بِدَلِيلِ ضَمَانِ التَّعَسُّفِ، وَالْفِعْلُ الْمُتَعَسِّفُ فِي اسْتِعْمَالِهِ جَائِزٌ بِالنَّظَرِ إِلَى أَصْلِ تَشْرِيْعِهِ، وَلَكِنَّ الْمُتَعَسِّفَ يَضْمَنُ مَا تَرْتَّبَ عَلَى فِعْلِهِ مِنْ ضَرَرٍ لِحَقِّ بَغْيَرِهِ إِذَا كَانَتْ عَلَى قَدَرٍ مُعَيَّنٍ مِنَ الْجَسَامَةِ وَلَوْ بِدُونِ قَصْدٍ، وَعَلَيْهِ فَلَا بُدَّ مِنْ تَعْدِيلِ مَنْطُوقِ الْقَاعِدَةِ لِيَصْبِحَ: الْجَوَازُ الشَّرْعِيُّ الْمَقْيَدُ يُنَافِي الضَّمَانَ.

ونرى أنّه إذا تعيّن الهدم طريقتاً إلى إنقاذ داره وتعدّر استئذان صاحب الدار المحترقة لغيبته، أو تعسر استئذان السلطات في الوقت المناسب كان له أن يهدمها^(١)، ولا ضمان إنقاذاً لحقه، لأنّ واجباً عليه شرعاً ألاّ يتسبّب في ضياع ماله دون مقصد شرعيّ، ألا ترى أنّه لو رأى مال غيره يحترق وكان بإمكانه إنقاذه ولم يفعل كان ضامناً لتركه واجباً - كما قدّمنا - فأمواله أولى.

ويورد الإمام السرخسيّ صوراً من الأفعال الضارّة تعدياً ودون جواز شرعيّ ويتسبّب فاعلها في وقوع أضرار بالغير، من ذلك «إذا وضع الرجل في الطريق حجراً أو بنى فيه بناءً أو أخرج من حائطه جذعاً أو صخرة شاخصّة في الطريق أو أشرع كنيفاً أو حياضاً أو ميزاباً أو وضع في الطريق جذعاً فهو ضامن لما أصاب من ذلك؛ لأنّه (مُسَبَّبٌ) لهلاك ما تلف بما أحدثه وهو مُتَعَدٌّ في هذا التّسبّب فإنّه أحدث في الطريق ما يتضرّر به المارة أو يحول بينهم وبين المرور في الطريق الذي هو حقّهم»^(٢).

والتّعدي شرطٌ للتّضمنين فإذا انتفى الشرط انتفى المشروط، إذ لا يترتّب على الجواز الشرعيّ ضمان، للمنافاة.

هذا ولا يُنظر في «التّعدي» - كشرطٍ للتّضمنين في المُتلفات الماليّة - إلى التّعمد، فالتّعمد والخطأ في ذلك سواء، بل انتفاء التّمييز أو الإرادة أصلاً، لا يُخلّ بمبدأ

(١) أمّا إن أمكن إنقاذ داره بقطع امتداد الحريق إليها بالإطفاء وجب المصير إلى ذلك، وإلّا كان ضامناً بالهدم، على أي حالٍ لعدم الضّروية.

ومن قال بالتّضمنين ربما اعتمد على قاعدة: (الاضطرار لا يُبطل حقّ الغير).

وتُجاب عن هذا أنّ الخلاف بين الفقهاء جارٍ في أصل القاعدة نفسها فلا يكون الاختلاف عن باب تحقيق المناط.

(٢) المبسوط (٦/٢٧)، وينظر الموجبات والعقود للمحمصاني (١/١٧٥).

التَّضْمِينِ؛ لأنَّ الشَّرِيعَةَ تَقِيْمُ الضَّمَانَ عَلَى التَّعْدِي وَضَعاً مَادِيّاً لِلْمَحَلِّ^(١) وَلَمْ تَعْتَبِرْ أَيْتاً مِنْ الْعُنَاوَرِ الذَّائِيَّةِ، كَالْإِدْرَاكِ أَوِ التَّمْيِيزِ، أَوِ الْإِرَادَةِ، أَوِ الْقَصْدِ، أَوِ التَّعَمُّدِ، أَوِ الْخَطَأِ مَنَاطاً لِلضَّمَانِ، كَمَا أَسْلَفْنَا.

هَذَا وَلَا حَجَرَ فِي الْجَوَارِحِ فِيمَا يَتَعَلَّقُ بِإِتْلَافِ الْأَمْوَالِ^(٢)، فَعَلَى هَذَا الصَّغِيرُ غَيْرُ الْمَمِيزِ، كَالْكَبِيرِ الْبَالِغِ الْعَاقِلِ الْمُدْرِكِ فِي مَسْئُولِيَّةِ التَّضْمِينِ عَمَّا تَرْتَبُ عَلَى أَفْعَالِهِ الضَّارَّةِ مِنْ إِتْلَافٍ لِمَالٍ غَيْرِهِ، وَكَذَلِكَ الْمَجْنُونُ، وَالْمَعْتَوَةُ، وَالنَّائِمُ فِيمَا لَوْ انْقَلَبَ عَلَى مَالٍ أَثْنَاءَ نَوْمِهِ فَاتَّلَفَهُ؛ لِأَنَّ الضَّمَانَ لَيْسَ مِنْ بَابِ الْعُقُوبَةِ الَّتِي يُشْتَرَطُ فِيهَا الْقَصْدُ وَالْإِرَادَةُ بَلْ مِنْ بَابِ الْجَبْرِ وَالتَّعْوِيزِ الْمَالِيِّ.

وَالْمَقْصُودُ بِانْتِفَاءِ الْأَهْلِيَّةِ هُنَا، هُوَ أَهْلِيَّةُ الْأَدَاءِ، وَإِلَّا فَإِنَّ أَهْلِيَّةَ الْوَجُوبِ شَرْطٌ؛ لِأَنَّهَا مَنَاطُ الْإِنْسَانِيَّةِ وَقِيَامِ الذِّمَّةِ فِي ثُبُوتِ الْحَقُوقِ لِمُصَاحِبِهَا وَعَلَيْهِ، وَإِلَّا فَإِنَّ انْتِفَاءَ الْأَهْلِيَّةِ وَجُوباً وَأَدَاءً لَا ضَمَانَ مَعَهُ كَالْحَيَوَانِ؛ لِأَنَّ «جَرَحَ الْعَجْمَاءِ جُبَارٌ»^(٣).

هَذَا وَاعْتِبَارُ الْعَمْدِ وَالْخَطَأِ فِي التَّعْدِي فِي الْأَنْفَسِ لَا فِي الْأَمْوَالِ وَفِي الْإِثْمِ الْأُخْرَوِيِّ وَعَدَمِهِ^(٤).

(١) مَذْكُورَةٌ فِي الْمَسْئُولِيَّةِ التَّقْصِيرِيَّةِ، لِلدَّكْتُورِ مُحَمَّدٍ فَوْزِيٍّ فَيَضُ اللَّهُ رَحِمَهُ اللَّهُ.

(٢) الْمَحْجُورُ - سَوَاءٌ أَكَانَ عَاقِلاً أَمْ مَجْنُوناً أَمْ صَغِيراً غَيْرَ مَمِيزٍ - إِذَا أَتْلَفَ مَالاً ضَمِنَ إِذْ لَا حَجَرَ فِي أَفْعَالِ الْجَوَارِحِ، فَالْأَعْدَاؤُ لَا تَوَثَّرُ فِي عَضْمَةِ الْمَالِ.

(٣) أَخْرَجَ مَالِكٌ فِي الْعُقُولِ، بَابُ جَامِعِ الْعَقْلِ (١٢)، وَابْنُ خَالٍ فِي الرِّكَازِ، بَابُ: فِي الرِّكَازِ الْخُمْسُ (١٤٩٩) وَمُسْلِمٌ فِي الْحُدُودِ، بَابُ جَرَحِ الْعَجْمَاءِ جُبَارٌ، وَالْمَعْدُنُ وَالْبَيْتُ جُبَارٌ (١٧١٠)، وَاللَّفْظُ لِلْمَالِكِ.

(٤) لِلْعَمْدِ وَالْخَطَأِ فِي التَّعْدِي أَثَرٌ فِي الْإِثْمِ الْأُخْرَوِيِّ وَعَدَمُهُ فِيمَا يَتَعَلَّقُ بِالْإِتْلَافِ الْمَالِيِّ، لَا فِي الْحُكْمِ الدُّنْيَوِيِّ، إِذِ التَّعْدِي يَوْجِبُ الضَّمَانَ فِي كِلَيْهِمَا، فَالتَّمْيِيزُ وَالْإِدْرَاكُ وَالْقَصْدُ، لَيْسَ شَرْطاً فِي إِجْبَابِ الضَّمَانِ الْمَالِيِّ؛ لِأَنَّهُ تَعْوِيزٌ وَجَبَّ عَنْ مَالٍ مُتْلَفٍ وَلَيْسَ عِقُوبَةً زَاجِرَةً، كَمَا فِي الْعُدُوانِ عَلَى الْأَنْفُسِ.

معيّار التّعدي بمعنى الإهمال والتقصير:

قلنا إنّ التّعدي: هو المجاوزة إلى حق الغير، أو العدوان على ماله إتلافاً دون وجه حقّ.

وأما فيما يتعلّق بالتقصير والإهمال وقلة الاحتراس، فإنّ الضابط هو مخالفة السلوك المألوف للرجل العادي. ومن المقرّر عند أصحاب القواعد، أنّ كلّ ما ورد به الشرع مطلقاً ولا ضابط فيه في الفقه يُرجع فيه إلى (العرف).

الاستثناءات من قاعدة التّعدي:

استثنى الفقهاء من قاعدة التّعدي الحالات الثلاث الآتية:

١- حالة الدفاع الشرعي عن النفس أو المال، أو العرض.

٢- حال الضرورة.

٣- حال تنفيذ أوامر ذي الولاية الخاصّة، أو العامّة.

ففي هذه الحالات لا يُعدّ الفاعل متعدياً، في حكم الشرع ولو تحقّق في مناط التّعدي ظاهراً.

المبحث الثاني

الضرر

تعريف الضرر:

عرّف بعض الفقهاء الضرر بأنه: (كلّ خسارة في المال ينشأ عن نقص فيه أو في منفعته، أو زوالها مع أصلها جملة، أو زوال بعض أوصافه مما يؤثر في قيمته) وعلى هذا فالإتلاف أو الضرر قد يكون جزئياً، وقد يكون كلياً^(١)، والأول إفساد، والثاني استهلاك.

أنواع الضرر:

١ - الضرر المادي:

وهو ما يصيب مال الإنسان، فيتلّف بعضه، أو يصيبه بتعيبٍ يُنقص قيمته، أو يذهب بالمال كله أصلاً ومنفعة، فيجب التعويض على صاحبه بالمال بقدر التالف، ليحلّ مال مكان مال، جبراً وتعويضاً، ولهذا وجب التعويض بالمثل الكامل ليكون الجبر من كل وجه، صورة ومعنى، وإلاّ فيجب المساواة التامة من حيث المالّة وهي القيمة.

٢ - الضرر المعنوي:

وهو من مثل ما يصيب الإنسان في شرفه وعرضه من الأذى كما في (القذف والسب)، أو من إيذاء للشعور، أو امتهان في المعاملة، والأصل في الضرر المعنوي عدم

(١) القواعد لابن رجب (٢٢٢)، ومجمع الضمانات (٣٠٨).

التَّضْمِينِ؛ لِأَنَّهُ لَا يَخْضَعُ لِقَوَاعِدِ التَّعْوِضِ فِي الْفِقْهِ الْإِسْلَامِيِّ الَّتِي تَقْضِي بِأَنْ يَحْلَ مَالٌ
مَحَلٌّ مَالٍ أُتْلِفَ.

إِلَّا أَنَّ بَعْضَ الْفُقَهَاءِ قَالُوا بِتَعْوِضِ الْأَمِّ^(١) إِذَا لَمْ يَحْدُثْ أَثَرًا. وَقَالُوا: يُتْرَكُ تَقْدِيرُ
التَّعْوِضِ الْمَالِيِّ فِيهِ لِلْقَاضِي.

الضَّرُّ عِلَّةُ الضَّمَانِ:

تَبَيَّنَ مِمَّا تَقَدَّمَ أَنَّ الضَّرَرَ هُوَ عِلَّةُ الضَّمَانِ مُطْلَقًا، بَحِثْ لَا يُشْتَرَطُ فِي الْفَاعِلِ الَّذِي
أَحْدَثَهُ الْقَصْدُ أَوْ التَّعَمُّدُ، أَوْ الْإِدْرَاكُ وَالتَّمْيِيزُ.

ف(الصَّغِيرُ غَيْرَ الْمُمَيَّزِ، وَالْمَجْنُونُ، وَالْمَعْتَوْدُ، وَالْمَخْطُوعُ، وَالنَّائِمُ، وَالنَّاسِي) كُلُّ أَوَّلِكَ إِذَا
أَتْلَفَ مَالًا لِلْغَيْرِ، وَجَبَ عَلَيْهِ الضَّمَانُ فِي مَالِهِ لِأَنَّ الضَّرَرَ فِي ذَاتِهِ عِلَّةٌ لِلتَّضْمِينِ شَرْعًا،
بَلْ يُحْكَمُ بِالتَّضْمِينِ عَلَى مَنْ لَمْ يَحْدُثْ مِنْهُ فِعْلٌ نَشَأَ عَنْهُ الضَّرَرُ، كَالْتَلَفِ الَّذِي يَحْدُثُ فِي
مَالٍ هُوَ فِي يَدِ ضَمَانٍ، لَمَّا ذَكَرْنَا مِنْ أَنَّ الشَّرِيعَةَ اعْتَبَرَتِ الضَّرَرَ مُطْلَقًا عِلَّةً فِي تَشْرِيعِ
حُكْمِ التَّضْمِينِ، فَإِذَا وَجَدَتِ الْعِلَّةَ (الضَّرَرَ) وَجَدَ الْمَعْلُولُ وَهُوَ الْحُكْمُ حُتْمًا أَثَرًا لِلْعِلَّةِ،
وَعَلَيْهِ فَإِنَّ حُكْمَ التَّضْمِينِ مِنْ خِطَابِ الْوَضْعِ لَا مِنْ خِطَابِ التَّكْلِيفِ، وَهُوَ مَذْهَبُ
الْجُمْهُورِ وَرَأْيُ عِنْدِ الْمَالِكِيَّةِ^(٢).

وَإِذَا كَانَ الضَّرَرُ عِلَّةً فِي حُكْمِ التَّضْمِينِ كَانَ رُكْنًا بَحِثْ إِذَا انْتَفَى الضَّرَرُ انْتَفَى
الضَّمَانُ، وَلَوْ بَاشَرَ الْفَاعِلُ فِعْلًا ضَارًّا مِنْ شَأْنِهِ أَنْ يَنْشَأَ عَنْهُ الضَّرَرُ، أَوْ تَسَبَّبَ فِي
إِحْدَاثِ ذَلِكَ وَلَكِنْ الضَّرَرُ لَمْ يَقَعْ، فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ.

(١) عَلَى أَنَّ التَّعْزِيرَ بِالتَّعْزِيمِ الْمَالِيِّ عَقُوبَةٌ لَا يَدْخُلُ فِي مَوْضُوعِنَا لِأَنَّهُ لَيْسَ مِنْ بَابِ التَّعْوِضِ عَنْ مَالٍ
أَتْلَفَ، وَأَمَّا التَّعْوِضُ عَنْ الْأَمِّ فَقَالَ بِهِ أَبُو يُوسُفَ. الْمَوْجِبَاتُ وَالْعُقُودُ لِلْمَحْمَصَانِي (١/١٧٢).

(٢) الْخُرَشِي (٦/١٥١)، الْقَوَانِينُ الْفَقْهِيَّةُ لِابْنِ جُزَي (٣١٩) وَتَبْيِينُ الْحَقَائِقِ (٥/٢٢٢).

فلو ذَبَحَ شَاءَ لغيره لا تُرجى حياتُها فإنَّه لا يضمنُ قيمتها لعدمِ الضَّررِ، وإنَّ باسَرَ فعلاً ضاراً، بل قد أفادَ صاحبها.

أمَّا لو تركها دونَ ذبحٍ وهي مشرفةٌ على الهلاكِ وأدَّى امتناعه عن ذبحها إلى الإضرارِ بصاحبها إتلافاً، فقد ذهبَ بعضُ الفقهاءِ إلى أنَّه يضمنُ لأنَّ تركه لذبحها ضربٌ من التعدي في صورته السَّلبية - كما بيَّنا سابقاً -^(١).

والخلاصة: فإنَّ تحققَ الضَّررِ الماليِّ بالمضرورِ هو مناطُ التَّضمينِ الماليِّ تعويضاً أثراً لنقص في المال أو في منفعة، أو في قيمته، أو قيمة بعضه، أو لزوال المنفعة كُلِّها التي كانت تطلب منه عادة، وهذا الضَّررُ الكلي والجزئي قد يحدثُ عادةً نتيجةً المباشرة، أو التَّسبُّبِ^(٢) كما أشرنا.

(١) مجمع الضَّمَّانات (٣٠٨، ٣٦٠)، القواعد لابن رجب (٢٢٢).

(٢) نصَّ الفقهاءُ على ما يتحقَّق به الضَّررُ في الأموالِ بالإتلافِ ومعناه إخراج الشيء «عن أن يكون مُنتفعاً به منفعةً مطلوبةً منه عادةً، وهو:

إمَّا أن يكون تاماً - ويُسمَّى الاستهلاك - كقتل الحيوان أو حرق الثوب أو كسر الفخار وما إلى ذلك.

وإمَّا أن يكون ناقصاً - ويسمَّى الإفساد - كما في خرق الثوب، أو قطع رجل الدابة أو ما أشبهه».

ينظر البدائع (١٦٤/٧)، الموجبات والعقود للمحمصاني (١٧٠/١)، القوانين الفقهية (٣٣٢).

المبحث الثالث

الإفضاء أو علاقة السببية بين الضرر والتعدي

لا تنهض المسؤولية أو يُحكّم بالتّضمين إلّا بعد تحقّق العلاقة بين الفعل الضّارّ ونتيجته من الضّرر، إمّا عن طريق المُباشرة أو التّسبّب - وهي وإن كانت شرطاً يتوقّف عليه الحكم بالتّضمين غير أنّ الشرط يُعدّ من الأركان عند جمهور الفقهاء خلافاً للحنفية - وبانتفاء هذه العلاقة ينتفي الحكم بالضّمان.

ويقصد بالعلاقة «التّلازم» الذي لا انفكاك له بين السبب وبين ما أدّى إليه من نتيجة، أو بين العلة ومعلولها عند انتفاء المانع، وهذا التّلازم هو ما يُطلق عليه (الإفضاء).

أمّا السبب: فهو الفعل الضّارّ على وجه التعدي.

وأما النتيجة: فهي الضّرر، ولو لم يكن هناك تعدّد أو تعدّد أو قصدي.

الفرق بين السبب والعلّة

السبب: ما كان موصلاً إلى المسبب من غير تأثير.

والعلّة: هي ما شرّع الحكم عنده أثراً له.

فالعلّة تؤثر في الحكم؛ لأنّ الشارع عدّها أساساً في تشريع الحكم؛ لأنّها مظنة الحكمة أو المصلحة.

ويرى الأصوليون أنّ السبب الحقيقي لا بُدّ أن يتوسّط بينه وبين الحكم علّة

فيضاف الحكم عندئذٍ إلى العلة من دون السبب، إذ إيجاد العلة يُطلق عليه «المباشرة»

وإيجاد السَّبَبِ يُطْلَقُ عَلَيْهِ «التَّسَبُّبُ» والمُبَاشَرَةُ يجبُ تقديمُها على التَّسَبُّبِ إذا اجتمعا تبعاً للتأثير في الأول من دون الثاني، واستقرَّ هذا قاعدةً عامَّةً في الفقه الإسلاميِّ مؤدَّاها أنَّه: «إذا اجتمعَ المباشِرُ والمتسبِّبُ، أُضِيفَ الحكمُ إلى المباشِرِ»^(١).
هذا وتقدمُ المباشرةُ على التسبُّبِ مما انعقدَ عليه الإجماعُ^(٢).

المباشرةُ والتَّسَبُّبُ

تقدَّم أنَّ الإِتْلَافَ أو الضَّرَرَ هو عِلَّةُ الحكم في التَّضْمِينِ^(٣)، غير أنَّ التَّلَفَ قد يحصلُ عادةً بطريقِ المباشرةِ أو التَّسَبُّبِ.

والمباشرةُ: هي اتِّصالُ الفعلِ الضَّارِّ ذاته بالمالِ فيتلفه. أو هي إيجادُ عِلَّةٍ إِتْلَافِها، دون أنَّ يتوسَّطَ بينهما فعلٌ آخر يتسبَّبُ عنه الضَّرَرُ، فهذا ضَرَرٌ مباشرٌ، لا خلافَ في

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم (٦٤)، المجلة (المادة ٩٠).

(٢) جاء في قواعد ابن رجب ما نصه: (إذا استندَ إِتْلَافُ أموالِ الأدميينَ ونُفوسِهِم إلى مُباشرةٍ وسببٍ تَعَلَّقَ الضَّمانُ بالمباشرةِ دونَ السَّبَبِ إلَّا إذا كانتِ المباشرةُ مَبْنِيَّةً عَلَى السَّبَبِ وَناشِئَةً عَنْهُ) (القاعدة ١٢٧، ص ٢٨٤) وانظر في هذا المعنى الأشباه والنظائر للسيوطي (١٠٩)، الفروق للقرافي (٢٠٨/٢)، المجلة (مادة: ٩٢٥) تبين الحقائق (١٤٢/٦ وما يليها).

(٣) وهكذا ترى أنَّ مبنى الضَّمانِ في إِتْلَافِ المالِ هو جبرُ النَّقْصِ، لا عقوبةُ الزَّجرِ، أو هو بدلُ مالٍ، لا عقوبةُ أفعالٍ، ولذا لا حَجَرٌ على الصَّبِيَّانِ ومن إليهم من عَدِمِي الأَهْلِيَّةِ في أَفعالِهِم، بل الحجرُ عليهم في تصرفاتهم القَوْلِيَّةِ، كالْعُقُودِ لأنَّهم ليسوا أَهْلًا لِلإِلْزامِ والالتزامِ فيها، لانتفاءِ أَهْلِيَّةِ الأداءِ لمُمارسةِ الْعُقُودِ والالتزاماتِ بِخِلَافِ الجناياتِ على الأنفُسِ، فإنَّها تَعْتَمِدُ الْقَصْدَ والإِرَادَةَ في الجزاءِ، وهذا مَفْقُودٌ في عَدِمِ الأَهْلِيَّةِ لأنَّ حُكْمَها العقوبةُ الزَّاجِرَةُ، لا التَّعْوِيضُ الجابرُ.

ويقول صدر الشريعة في هذا الصَّدَدِ: «الحَجَرُ في الحُكْمِيَّاتِ، لا في الحَسِيَّاتِ» هذا وقد وَرَدَ في القرآنِ الكريمِ حُكْمُ قَتْلِ الْمُؤْمِنِ خَطَأً، من تَحْرِيرِ رَقَبَةٍ، وديةٍ مُسَلَّمةٍ، كَفَّارَةً، فهل الكَفَّارَةُ جَائِزَةٌ أم زاجِرَةٌ؟ الأرجحُ كونُها زاجِرَةٌ.

تَضْمِينٍ مِنْ بَاشِرُهُ وَأَحْدَثُهُ، وَذَلِكَ لِأَنَّ فَعْلَهُ عِلَّةُ التَّلَفِ بِدَلِيلِ نَسْبَتِهِ إِلَيْهِ، كإِحْرَاقِ الزَّرْعِ،
أَوْ قَطْعِ الشَّجَرِ، أَوْ هَدْمِ الْبُنْيَانِ، أَوْ قَتْلِ الْحَيَوَانِ، أَوْ إِحْرَاقِ الْمَتَاعِ، أَوْ تَمْزِيقِ الثَّوبِ.

وَلَيْسَ أَيُّ مِنَ الْأَهْلِيَّةِ، أَوْ التَّمْيِيزِ، أَوْ الْإِدْرَاكِ، أَوْ التَّعُمُّدِ شَرْطاً فِي حُكْمِ
التَّضْمِينِ، لَمَّا قَدَّمْنَا مِنْ أَنَّ الشَّرْعَ رَتَّبَ الضَّمَانَ عَلَى التَّعْدِي وَضَعاً مَادِيّاً لِلْمَحَلِّ، فَكَانَ
حُكْماً وَضْعِيّاً لَا تَكْلِيفِيّاً. وَعَلَى هَذَا فَالْمُبَاشَرَةُ فِي الْإِتْلَافِ ^(١) اتِّصَالُ الْفِعْلِ الضَّارِّ ذَاتِهِ
بِمَحَلِّ الضَّرْرِ مِنَ الْمَالِ مِنْ دُونِ أَنْ يَتَوَسَّطَ فِعْلٌ آخَرُ وَيُحْدِثَ فِيهِ تَلَفٌ أَوْ ضَرَرٌ، بَحِثِ
يُنْسَبُ هَذَا الْفِعْلُ عَادَةً إِلَى فَاعِلِهِ الَّذِي بَاشَرَهُ، أَوْ هِيَ إِيجَادُ عِلَّةِ التَّلَفِ ^(٢) كَمَا ذَكَرْنَا.

أَمَّا التَّسَبُّبُ، فَهُوَ اتِّصَالُ «أَثَرِ الْفِعْلِ» بِمَحَلِّ الضَّرْرِ - وَهُوَ الْمَالُ - لَا ذَاتِ
الْفِعْلِ وَحَقِيقَتُهُ فَيُوصِلُ ذَلِكَ إِلَى تَلَفِهِ، وَذَلِكَ بِأَنْ يُحْدِثَ أَحَدٌ أَمْرًا فِي شَيْءٍ يُقْضَى إِلَى
تَلَفِ شَيْءٍ آخَرَ عَلَى جَرَيِ الْعَادَةِ.

هَذَا وَالْإِتْلَافُ مُبَاشَرَةٌ أَوْضَحُ مِنْ أَنْ يَفْتَقِرَ إِلَى مَثَالٍ، فَقَطْعُ الْأَشْجَارِ فِي مِلْكِ
الْغَيْرِ دُونَ وَجْهِ حَقِّ إِتْلَافٍ مُبَاشَرَةٍ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ بِإِذْنِ الْمَالِكِ، حَيْثُ يُعَدُّ إِتْلَافاً
مُبَاشِراً بِحَقِّ، فَيُضْمَنُ فِي الْحَالِ الْأَوَّلَى دُونَ الثَّانِيَةِ، وَكَذَا لَوْ هَدَمَ جِدَاراً لِغَيْرِهِ دُونَ وَجْهِ
حَقِّ، أَوْ أَحْرَقَ زَرْعَهُ.

(١) جَاءَ فِي مَجْلَةِ الْأَحْكَامِ الْعَدْلِيَّةِ (الْمَادَّةُ ٨٨٧): الْإِتْلَافُ مُبَاشَرَةٌ هُوَ إِتْلَافُ الشَّيْءِ بِالذَّاتِ وَيُقَالُ
لِمَنْ فَعَلَهُ فَاعِلٌ مُبَاشِرٌ.

(الْمَادَّةُ ٨٨٨) الْإِتْلَافُ تَسَبُّبٌ هُوَ التَّسَبُّبُ لِتَلَفِ شَيْءٍ يَعْنِي إِحْدَاثَ أَمْرٍ فِي شَيْءٍ يُقْضَى إِلَى تَلَفِ
شَيْءٍ آخَرَ عَلَى جَرَيِ الْعَادَةِ.

(٢) أَوْ بَعَارَةً أُخْرَى (الْإِتْلَافُ مُبَاشَرَةٌ هُوَ الَّذِي لَا يَتَخَلَّلُ بَيْنَ فِعْلِ الْمُبَاشِرِ وَبَيْنَ تَلَفِ الْمَالِ فِعْلٌ
آخَرُ). دَرَرِ الْأَحْكَامِ شَرَحَ مَجْلَةُ الْأَحْكَامِ لِعَلِي حَيْدَر (٤٥٢/٢)، شَرَحَ الْأَشْبَاهَ وَالنِّظَائِرَ لِلْمَحَامِي
فَهْمِي الْحُسَيْنِي (١٩٦/١).

أَمَّا الْإِتْلَافُ تَسْبِيًّا، فَكَأَنَّ يَحْفَرُ أَحَدٌ حَفْرَةً فِي الطَّرِيقِ الْعَامِّ فَيَسْقُطُ فِيهَا حَيَوَانٌ أَوْ تُلْقَى بِهِ الرِّيحُ فِيهَا، فَيَتَلَفُ، ضَمِنَ الْحَافِرُ لَتَعْدِيهِ بِالْحَفْرِ، وَتَسْبِيهِ فِي الْإِتْلَافِ، وَلِنِسْبَةِ الْإِتْلَافِ إِلَيْهِ عَادَةً، سِوَاءَ سَقَطَ الْحَيَوَانُ مِنْ تِلْقَاءِ نَفْسِهِ، أَوْ بِفَعْلِ الرِّيحِ. فَهُوَ مُتَعَدٌّ لِأَنَّهُ حَفَرَ فِي الطَّرِيقِ الْعَامِّ، وَهُوَ حَقُّ الْعَامَّةِ مَنْ دُونَ إِذْنٍ مِمَّنْ يَمَثِّلُهُمْ، وَهُوَ وَلِيُّ الْأَمْرِ أَوْ نَوَّابُهُ.

وَهُوَ مُتَسَبِّبٌ لِأَنَّ الْحَفَرَ سَبَبٌ مُوَصِّلٌ إِلَى ذَلِكَ التَّلَفِ، عَلَى جَرَى الْعَادَةِ. وَبِذَلِكَ اجْتَمَعَ التَّسَبُّبُ وَالتَّعْدِي فَيَتَرْتَّبُ عَلَى ذَلِكَ حَكْمُ التَّضْمِينِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا حَفَرَ أَحَدٌ حَفْرَةً فِي أَرْضٍ يَمْلِكُهَا ثُمَّ سَقَطَ فِيهَا حَيَوَانٌ لغيره، فَتَلَفَ فَإِنَّهُ لَا يَضْمَنُ؛ لِأَنَّهُ وَإِنْ كَانَ مُتَسَبِّبًا لَكُنْهَ غَيْرَ مُتَعَدٍّ، وَالتَّسَبُّبُ لَا يَضْمَنُ إِلَّا إِذَا كَانَ مُتَعَدِّيًا. وَهَذَا وَيَشْتَرِطُ فِي ضَمَانِ الْإِتْلَافِ تَسْبِيًّا أَلَّا يَتَخَلَّلَ بَيْنَ فَعْلِهِ وَبَيْنَ الْإِتْلَافِ فَعْلٌ مُخْتَارٌ مُبَاشِرٌ وَذَلِكَ لِأَنَّ الْمُبَاشَرَةَ أَوْ الْعِلَّةَ مُقَدِّمَةً عَلَى السَّبَبِ فِي الْحَكْمِ، لَكُونَهَا مُؤَثِّرَةً فِي الْحَكْمِ دُونَ السَّبَبِ، وَمِنْ هُنَا كَانَ تَقْدِيمُ الْمُبَاشَرَةِ عَلَى التَّسَبُّبِ لِرُجْحَانِ الْعِلَّةِ بِالتَّأْثِيرِ الْمُبَاشَرِ، دُونَ السَّبَبِ لِأَنَّهُ طَرِيقٌ مُوَصِّلٌ إِلَى الْمَسَبِّ وَلَكِنْ دُونَ تَأْثِيرٍ.

إِذَا اجْتَمَعَ الْمُبَاشَرُ وَالْمُتَسَبِّبُ أَضِيفَ الْحَكْمُ إِلَى الْمُبَاشَرِ:

فَلَوْ حَفَرَ شَخْصٌ حَفْرَةً فِي الطَّرِيقِ الْعَامِّ، فَجَاءَ آخَرٌ وَأَلْقَى فِيهَا حَيَوَانًا أَوْ مَتَاعًا فَأَتْلَفَهُ، كَانَ الدَّافِعُ هُوَ الضَّامِنُ أَمَّا الْحَافِرُ فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ لِمُبَاشَرَةِ الْأَوَّلِ وَتَسَبُّبِ الثَّانِي. وَلِأَنَّ الْفِعْلَ الضَّارَّ، وَمَا تَرْتَّبَ عَلَيْهِ مِنْ تَلَفٍ، يُنْسَبُ عَادَةً إِلَى الدَّافِعِ^(١).

(١) المجلد (المادة: ٩٠)، الأشباه والنظائر لابن نجيم (٦٤) وللسيوطي (١٠٩) وقواعد ابن رجب (١٢٧، ٢٨٥)، والفروق للقرافي (٢/٢٠٨).

ولو دلَّ شخصٌ لصّاً على مالٍ فسرقه، فالضّمانُ على السّارق لأنّه مباشرٌ أمّا المُتسبّب وهو الدّالُّ فلا ضّمانَ عليه^(١).

وعلى هذا تُقدّمُ المُباشرةُ على التّسبّب إذا تعارضتا أو اجتمعا لقوةِ الأوّل بتأثيره؛ لأنّه علّةُ الإِتلافِ والعلّةُ هي أساسُ الحكم بالتّضمين.

الفرقُ بين المُباشرةِ والتّسبّبِ في الحكم:

أساسُ التّفريقِ بين المُباشرةِ والتّسبّبِ أنّ الأولى قوامها اتّصالُ الفعلِ الضّارِّ ذاته بمحلِّ الضّرر - وهو المأل - فكان علّةٌ مؤثّرةٌ في الإِتلافِ، وهذه العلّةُ من الظّهور بحيث لا تدعُ حاجةً إلى التّظنِّ إلى فاعلها، وقصده أو تعمّده لأنّ الفعلَ الضّارَّ المباشر يُنسبُ إلى فاعله، وقصده أو تعمّده لأنّ الفعلَ الضّارَّ المباشر يُنسبُ إلى فاعله عادةً لإحداثه إيّاه، فلا مناصَ من الحكم عليه بالتّضمين لذلك، وجوباً.

وهذا بخلاف المُتسبّب؛ لأنّ فعله لا يتّصلُ بذاته بمحلِّ الضّرر كالمُباشِر، بل بآثره، على ما فصلّنا، لذا لم يكن تسبّبه في إحداث الضّرر ظاهراً ظهوراً المُباشرة، ولا قوياً قوتها، إذ المفروض أنّه عند اجتماعهما قد تخلّل بين تسبّبه وبين التّلف أو الضّرر فاصِلٌ؛ هو فعلٌ مُختارٌ مُباشِرٌ أحدث الضّرر، فالضّررُ إذن قد تراخى حدوثه عن التّسبّب، ولكنّه حدث إثر المُباشرة، فكان السّببُ مجرّداً سبيلَ موصولٍ إلى الضّرر غير مؤثّر، بخلاف المُباشرة فإنّها علّةٌ مؤثّرةٌ في إحداثه ودون تراخ.

وبعبارةٍ أُخرى: إنّ سببيّةَ فعل المُتسبّب للضّرر أضعفُ وأخفى من المُباشرة، ومع هذا الضّعف والخفاء النسبي لا يرتفع إلى مستوى المُباشرة من حيث القوّة والظّهور، بدليل نسبةِ الفعلِ أو الضّررِ إلى المُباشِر عادةً دون المُتسبّب. لذا قُدّمت المُباشرةُ على

(١) وهذا على رأي بعض الفقهاء، ويرى فريق آخر الضّمانَ عليهما كما سيأتي، استثناءً؛ لأنّ الدّالَّ هنا يُعتبَرُ مساهماً في الفعلِ الضّارِّ.

التَّسْبُبُ عند اجتماعيهما، وأُضيفَ الحكمُ بالتَّضْمِينِ إلى المباشِرِ وليسَ إلى المُتَسَبِّبِ باتِّفاقِ المذاهبِ، لوجودِ مسوِّغِ التَّرجيحِ عند تعارضيهما، وهو قوَّةُ المباشِرةِ وظهورُها، في إحدَثِ الضَّرَرِ، فالفارِقُ واقعيٌّ.

غيرَ أَنَّهُ إذا ارتفعَ التَّسْبُبُ إلى مُستَوَى المباشِرةِ في بعضِ الحالاتِ من حيثِ القوَّةُ والظُّهورُ، حتى كان السَّبَبُ في معنى العِلَّةِ المؤثِّرةِ أُضيفَ حكمُ التَّضْمِينِ إلى المُتَسَبِّبِ وحدَه أو إليهما معاً على السَّوَاءِ، لانتفاءِ سببِ التَّرجيحِ، استثناءً من قاعدةِ تقديمِ المباشِرِ على المُتَسَبِّبِ وهو ما نتناوله بالبحثِ حالاً.

الحالات المستثناة من قاعدة (تقديم المباشرة على التَّسْبُبِ):

يُستَخْلَصُ ممَّا سبقَ، أَنَّ قاعدةَ تقديمِ المباشِرةِ على التَّسْبُبِ المتَّفَقِ عليها ليستَ على إطلاقِها، بل مقيَّدةٌ بالألَّا يُصْبِحَ السَّبَبُ في معنى العِلَّةِ، من حيثِ القوَّةُ والأثرُ، والظُّهورُ، وهو ما أشارَ إليه ابنُ رجبٍ في (القواعدِ)، بأنَّ تكونَ المباشِرةُ مبنيةً على السَّبَبِ، وناشئةً عنه سواءَ أَكانَ الفعلُ المُتَسَبِّبُ مُلْحِجاً إلى المباشِرةِ أو لا.

من ذلك ما إذا حكمَ القاضي بمالٍ لآخرَ فذهبَ به، بناءً على شهادةِ شهودٍ، ثمَّ رَجَعُوا عن شهادتهم، فالضَّمَانُ على الشُّهُودِ المُتَسَبِّبِينَ وحدهم لا على القاضي المباشِرِ للإِتِّلافِ، للأسبابِ الآتية:

- ١- لأنَّ الشُّهُودَ قد أَجَبُوا القاضي إلى الحكمِ الذي هو عِلَّةُ الإِتِّلافِ.
- ٢- ليس في عملِ القاضي تعدُّ، والتَّعدي شرطٌ في حُكْمِ التَّضْمِينِ.
- ٣- أن التَّعدي مع التَّسْبُبِ كانا مُتَوافِينِ في الشَّهادةِ، أمَّا التَّسْبُبُ فظاهِرٌ، وأمَّا التَّعدي فللرُّجوعِ، أو التَّرويرِ، مما أَجأ القاضي إلى الحكمِ بشهادةِ زورٍ.

لذا، كانت المباشرة كما ترى مبنية على التسبب، وكان ظهور التأثير وقوته في الشهادة لا في قضاء القاضي، فارتفعت إلى مستوى العلة من حيث الظهور وقوة التأثير، فكانت في معنى العلة، بل العلة - وهي المباشرة - مبنية عليها.

وهذا القيد قد استقر في فقه الحنفية والمالكية في الجملة أيضاً^(١)، حيث قالوا بتضمن الحافر حفرة في طريق حيوان يعلم أنه يمر فيها، ومن أراده فيها، إذ القصْد إلى الإثلاف من المُتسبب جعله بمنزلة الدافع الضمان على المباشرة والمتسبب كليهما. كذلك قالوا: يضمن من أمسك شخصاً لظالم، ليأخذ منه ما معه من الثَّغْوَر بعد فراره، فالضمان عليهما؛ لأنَّ المُتسبب بتعديده، وقصده إلى إثلاف المال، ارتفع إلى مستوى المباشرة، أو اعتُبر مُساهماً في الفعل المباشري^(٢).

وهكذا ترى أنَّ الضمان قد يلزم به المُتسبب وحده، أو مع المباشري.

شروط الضمان:

قدّمنا أنَّ الضرر أو الإثلاف المالي هو علة الحكم بالتضمن، ولا تحقّق لهذا المناط إلا في مالٍ مُتَقَوِّم مملوك، وهذا هو الشرط الأول.

فلا ضمان إذا كان المُتلف ليس مالاً أصلاً، ك(الميتة والدم)، أو ليس متقوماً ك(الخنزير والخنزيرة بالنسبة للمسلم)، أو ليس مملوكاً لأحد ك(المباحات).

هذا وقد اختلف الفقهاء في تضمين مغتصب المنافع:

(١) تبين الحقائق (٦/١٥٠)، مجمع الضمانات (١٧٧)، الشرح الكبير (٣/٣٤٤، ٢/٢٤٤) وما يليها.

(٢) المراجع السابقة. ولا يتسع المقام للتفصيلات الواسعة.

فذهب الحنفية إلى أن غصب المنافع لا يوجب تضمين غاصبها، لكونها ليست مالا متقوماً عندهم فلا يتحقق فيها معنى التعدي^(١).

وذهب الجمهور إلى أن التعدي على المنافع يتحقق في التعدي على مصادرها أو الحيلولة بين صاحبها وبين الانتفاع بها بأيّ حائل، أو بإخراجه من مصادرها وما إلى ذلك، والحيلولة نوع من التعدي، وحجتهم أنها تُقابل بالمال في عقد الإجارة، وتختلف قيمتها باختلاف الزمان والمكان والبيئات كالأعيان^(٢)، فتضمن بالتعدي.

الشَّرْطُ الثَّانِي: أَنْ يَكُونَ الْفِعْلُ الضَّارُّ واقِعاً على سبيل التعدي، بمعنى المجاوزة إلى حق الغير، دون جواز شرعي، أو دون إذن من المالك بالإتلاف، ولا يعني التعدي، التعمد والقصد، أو توفّر عنصر التمييز والإدراك في المتعدي سواء أكان الإتلاف بطريق المباشرة أو التسبب.

الشَّرْطُ الثَّالِث: أَنْ يَكُونَ الضَّرَرُ واقِعاً بطريق المباشرة أو التسبب ليس غير، وقد فصلنا القول فيهما.

الشَّرْطُ الرَّابِع: أَلَّا يَكُونَ الْفِعْلُ الضَّارُّ واقِعاً بأمرٍ ممن له الولاية على فاعله فيما له حق الأمر فيه، كأمر الرئيس بالنسبة لمرؤوسه الموظف.

الشَّرْطُ الْخَامِس: أَلَّا يَكُونَ الْإِتْلَافُ ناشئاً عن الدّفاع الشرعي عن النفس، وهذه هي (مسألة الصّائل المعتدي) كإتلاف سلاحه، وكراعه، ودابّته، وسائر أدواته، وكذلك إتلاف أدوات الباغي وسلاحه.

(١) هذا وقد استثنى الحنفية منافع الموقوف للسكنى أو للاستغلال، ومنافع ملك اليتيم، ومنافع المعدّ للاستغلال، فإنّ منافع هذه الأعيان مضمونة بالتعدي.

(٢) فصل الدكتور الدرزي - رحمه الله - القول في مالّية المنافع في بحث (حقوق الابتكار في الفقه المقارن) (ص: ٢٢ وما يليها).

الشَّرْطُ السَّادِسُ: أَلَّا يَكُونَ الْإِثْلَافُ بِحَكْمِ الشَّرْعِ، عَلَى سَبِيلِ التَّغْرِيمِ بِالْمَالِ عَقُوبَةً، مِنْ مِثْلِ كَسْرِ دِنَانِ الْخَمْرِ إِذَا اقْتَضَتْ إِرَاقَتُهَا ذَلِكَ، أَوْ كَانَ بِأَمْرِ مِنْ لَهُ الْوَلَايَةُ، تَغْلِيظًا لِلْعَقُوبَةِ.

هَذَا وَالشَّرْطُ الرَّابِعُ وَالْخَامِسُ وَالسَّادِسُ مِنَ الْمُسْتَثْنَايَاتِ مِنْ قَاعِدَةِ التَّضْمِينِ.

أخيراً: ما الفرق بين ضَمَانِ الْعَقْدِ وَضَمَانِ الْإِثْلَافِ وَبِدِ الضَّمَانِ^(١)؟

ضَمَانُ الْعَقْدِ فِي الْفِقْهِ الْإِسْلَامِيِّ يَعْنِي التَّعْوِيزَ الْمَالِيَّ عَنْ عَيْنٍ مَالِيَّةٍ تَلَفَتْ قَبْلَ تَسْلِيمِهَا إِلَى مُسْتَحَقِّهَا، فِي يَدٍ مِنَ التَّزَمَ بِذَلِكَ بِمَوْجِبِ عَقْدٍ، وَعَلَى هَذَا فَإِنَّ ضَمَانَ الْعَقْدِ لَا يَكُونُ - كَمَا يَقُولُ السِّيُوطِيُّ - إِلَّا فِي عَيْنٍ مُعَيَّنَةٍ فِي صُلْبِ الْعَقْدِ، كَالْمَبِيعِ، أَوْ الثَّمَنِ إِذَا كَانَ عَيْنًا مُعَيَّنَةً فِي عَقْدِ الْبَيْعِ، أَوْ الْأُجْرَةِ إِذَا كَانَتْ عَيْنًا مُعَيَّنَةً فِي عَقْدِ الْإِجَارَةِ، وَكَذَا بَدَلِ الصُّلْحِ إِذَا كَانَ عَيْنًا.

هَذِهِ الْأَعْيَانُ الْمَنْصُوصُ عَلَيْهَا فِي صُلْبِ الْعَقْدِ، تُعْتَبَرُ مَضْمُونَةً ضَمَانًا عَقْدِيًّا عَلَى مَنْ وَجِبَ عَلَيْهِ تَسْلِيمُهَا لِلطَّرَفِ الْآخَرِ، بِمَوْجِبِ الْعَقْدِ، إِذَا تَلَفَتْ قَبْلَ التَّسْلِيمِ.

وَيَخْتَلِفُ ضَمَانُ الْإِثْلَافِ عَنْ ضَمَانِ الْعَقْدِ، فِيمَا يَتَعَلَّقُ بِأَسَاسِ التَّعْوِيزِ فِيهِمَا، أَنَّ ضَمَانَ الْإِثْلَافِ يَقُومُ عَلَى الْمِثْلِيَّةِ صَوْرَةً وَمَعْنَى، أَوْ الْمِثْلِيَّةِ مَعْنَى وَهِيَ الْقِيَمَةُ، وَالْمِثْلِيَّةُ إِنَّمَا تَعْنِي الْمَسَاوَاةَ أَوْ الْمَعَادِلَةَ وَالتَّكَافُؤَ بَيْنَ الْعَوَضِ وَالْمَعْوُضِ عَنْهُ؛ لِأَنَّ الْفِعْلَ الصَّارَّ يَرُدُّ عَلَى الْعَيْنِ وَعَلَى أَوْصَافِهَا كَذَلِكَ، فَوَجِبَ مُرَاعَاةُ كُلِّ ذَلِكَ فِي التَّقْدِيرِ، وَهَذِهِ هِيَ الْمُمَازَاةُ النَّامَةُ.

(١) يَنْظُرُ الضَّمَانُ فِي الْفِقْهِ الْإِسْلَامِيِّ لِلشَّيْخِ عَلِيِّ الْخَفِيفِ (ص: ١٩).

أَمَّا ضَمَانُ الْعَقْدِ فَيَقُومُ عَلَى أَسَاسِ التَّرَاضِي، وَالْمَقْصُودُ فِيهِ الرِّبْحُ فَقَدْ يَقَعُ فِيهِ التَّفَاوُثُ بَيْنَ الْبَدَلَيْنِ، لَذَا فَلَا عَتَبَارَ لِلْمَسَاوَاةِ وَالْمُمَاثَلَةِ، وَلَا تُرَاعَى أَوْصَافُ التَّالِفِ عِنْدَ تَقْدِيرِ التَّعْوِضِ الْمَالِيِّ.

أَمَّا تَأْخِيرُ تَنْفِيزِ الْإِلْتِزَامِ، فِيمَا إِذَا كَانَ مَحَلُّ الْعَقْدِ أَوْ مَحَلُّ الْإِلْتِزَامِ عَمَلًا كَالْأَجِيرِ الْمُشْتَرِكِ أَوْ الْخَاصِّ، أَوْ تَسْلِيمِ الْمَبِيعِ إِلَى الْمُشْتَرِي عِنْدَ أَدَائِهِ الثَّمَنِ، فَلَا يُقَابَلُ هَذَا التَّأْخِيرُ بِتَعْوِضٍ مَالِيٍّ فِي الْفِقْهِ الْإِسْلَامِيِّ، إِذِ التَّعْوِضُ الْمَالِيُّ شَرْعًا، إِنَّمَا يَعْنِي قِيَامَ مَالٍ بِدَلِّ مَالٍ أُتْلِفَ وَتَأْخِيرُ التَّنْفِيزِ لَيْسَ بِمَالٍ فَلَا تَعْوِضُ فِيهِ؛ لِأَنَّهُ ضَرْبٌ مِنْ أَكْلِ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالْبَاطِلِ، وَعَلَى هَذَا فَالْمَسْئُولِيَّةُ الْعَقْدِيَّةُ فِي الْقَانُونِ لَا تَعْنِي ضَمَانَ الْعَقْدِ فِي الْفِقْهِ الْإِسْلَامِيِّ.

وَعَلَى هَذَا فَضَمَانُ الْعَقْدِ إِنَّمَا يَتَرْتَّبُ أَثَرًا لَازِمًا لِحُكْمِ الْعَقْدِ ذَاتِهِ، إِذْ وَجُوبُ تَسْلِيمِ الْعَيْنِ الْمَبِيعَةِ - مَثَلًا - التَّزَامُ نَاشِئٌ عَنِ الْعَقْدِ، وَالضَّمَانُ أَثَرٌ يَلْزَمُ عَنْ هَلَاكِ الْعَيْنِ قَبْلَ تَسْلِيمِهَا، فَلَيْسَ ضَمَانُ الْعَقْدِ حُكْمًا نَاشِئًا عَنِ الْعَقْدِ نَفْسِهِ.

أَمَّا ضَمَانُ الْيَدِ، فَهُوَ تَعْوِضٌ مَالِيٌّ عَنِ عَيْنٍ تَلَفَتْ فِي يَدِ ضَمَانٍ لَا يَدَ أَمَانَةٍ، بِسَبَبٍ لَا يَدَ لِمُصَاحِبِ الْيَدِ فِيهِ، وَيُرَاعَى فِي هَذَا التَّعْوِضِ الْمِثْلِيَّةُ الْكَامِلَةُ، أَوْ الْقِيَمَةُ الثَّامَّةُ لِلتَّالِفِ، عَلَى نَحْوِ مَا تَقَرَّرَ فِي ضَمَانِ الْإِتْلَافِ.

وَبِهَذَا تَبَيَّنَ حُكْمُ الضَّمَانِ فِي كُلِّ مِنْ ضَمَانِ الْإِتْلَافِ، وَضَمَانِ الْيَدِ، وَضَمَانِ الْعَقْدِ.

نَظَرِيَّةُ الْعَقْدِ فِي الْفَقْهِ الْإِسْلَامِيِّ

تمهيد في بيان أهمية نظرية العقد

الفصل الأول: مفاهيم تأسيسية

الفصل الثاني: المبادئ العامة لنظرية العقد

الفصل الثالث: مقومات العقد

الفصل الرابع: آثار العقد

الفصل الخامس: عيوب الرضا

الفصل السادس: الخيارات

الفصل السابع: الإرادة المنفردة كمصدر للالتزام

تمهيد

في بيان أهمية نظرية العقد

إنَّ بحثَ نظريَّةِ العقدِ من الأهميَّةِ بمكان، ذلك؛ لأنَّ على أحكامها مدارَ معظم «المعاملات» في الشريعة الإسلامية بل وفي كُلِّ تشريع، لذا كانت متشعبة الأطراف، تُقَصِّرُ هذه الدراسة المقررة عن استيعابها تفصيلاً، من أجل ذلك سنَقْصُرُ بحثنا على الأحكام الأساسية لهذه النظرية.

والباحث في الفقه الإسلامي يجد أن العقود المسماة ك: (البيع، والإجارة، والإعارة، والرهن...) قد بُحِثَتْ أحكاماً فروعية، فكلُّ عقدٍ فُصِّلَتْ أحكامه على حدة، ولا تجد فيه بحثاً يتناول «الأحكام العامة» التي تشتملُ هذه العقود جملةً، مما يُطلَقُ عليه اليوم «نظرية العقد».

غير أنَّ هذا لا يعني أنَّ المتقدمين من الفقهاء لم يتجهوا إلى تأصيل «الكليات» بل على العكس من ذلك، وجدنا فريقاً منهم يؤيِّل هذه «الكليات» اهتماماً بالغاً وعنايةً كبرى تركت آثارها في مُصنِّفاتهم التي تتسم بالدقة والسعة والعمق والشمول، من مثل كُتُب «القواعد»^(١).

غير أنَّ هذه «القواعد» لم تبلغ مستوى «النظرية العامة»، على الرغم مما تنطوي عليه من قيمة علمية قيِّمة، بما هي مَبَانٍ لأحكام العقد وأصول تفسيرها.

(١) من ذلك كِتَابِي «الأشباه والنظائر» للسيوطي، ولابن نجيم، وكتاب «القواعد» لابن رجب الحنبلي، وكتاب «قواعد الأحكام» لابن عبد السلام، وكتاب «الفروق» للقرافي.

وعلى الرغم من أن الفقهاء لم يتناولوا بالبحث (النظريات العامة) بما كانوا يتناولون
الفقه مسألة مسألة، ويحتكمون إلى منطق العدل في التشريع في حكم كل منها على
حدة، اعتقاداً منهم بأن تحكيم «المفاهيم الكبرى» في إنتاج الحلول لهذه المسائل المتجددة
قد يجافي منطق العدل أحياناً - أقول على الرغم من ذلك كله - فإنه من الممكن
استخلاص «أحكام عامة» لجميع العقود من هذا الفقه الفروع الغني، وهذا ما وقع
فعلاً في بحوث بعض المحدثين والمعاصرين.

أضف إلى ذلك أن من الفقهاء المتقدمين من أشار إلى بعض (معايير) نظرية العقد
في مقدمة بحث البيوع^(١).

(١) فتح القدير (٧٤/٥ وما يليها)، بدائع الصنائع (١٣٣/٥ وما يليها)، المغني (٥٠٣/٣) وما
يليها، الفتاوى الهندية (٤/٣ وما يليها)، الهداية (١٦/٣ وما بعدها).

الفصل الأول

مفاهيم تأسيسية

المبحث الأول

تعريف العقد

المبحث الثاني

الفرقُ بين العقدِ وبين الالتزام ، والتَّصرُّف ، والوَعْد

المبحث الأول

تعريف العقد

العقد لغة^(١): الرِّبْط بين أطراف الشيء حسيّاً، يُقال: عَقَدْتُ الحَبْلَ؛ أي: ربطت بين طرفَيْهِ. ويُطْلَقُ أيضاً على الإحكام - بكسر الهمزة - أي التَّقْوِيَةُ المعنويّة، أو الرِّبْط المعنويّ، فضلاً عن التَّقْوِيَةُ الماديّة، من ذلك «عَقْدَةُ اليمين» أي توثيقها، وعَزَمَ الحالِفُ على الالتزام بمقتضاها إيجاباً أو تَرَكَاً، ومنه قوله تعالى: ﴿وَلَكِنْ يُؤَاخِذُكُمْ بِمَا عَقَدْتُمُ الْإِيمَانَ﴾ [المائدة: ٨٩]. ومنه أيضاً توثيق الكلام بين طرفين.

العقد اصطلاحاً:

أُطْلِقَ مُجْمُوعُ الفُقَهَاءِ «العقد» على كُلِّ ما يُنْتِجُ التِّزَامَ شرعيّاً، سواء أكانَ هذا «الالتزام» ناشئاً عن اتِّفَاقٍ بين طرفين. أم كانَ نتيجةً لإِرَادَةِ الشَّخْصِ الواحدِ، وعَزَمِهِ المُبرَمِ على إنشاءِ التِّزَامِ شرعيٍّ مُعَيَّنٍ يُلْزَمُ به نفسه، كالوَقْفِ واليمينِ. وعلى هذا يدخلُ في مَفْهُومِ «العقد» عندهم التَّصَرُّفُ الانفرادي الذي يُنشِئُ التِّزَاماً يَخُصُّ الْمُتَصَرِّفَ نفسه وحده. فهذا هو العقد بالمعنى العام^(٢).

غير أن الدِّقَّةَ في تَفْصِيلِ الأحكامِ تَوْجِبُ التَّمْيِيزَ بين «العقد» بالمعنى الخاصِّ و«التَّصَرُّفِ الانفراديِّ» أو ما يُطْلَقُ عليه في القانون «الإِرَادَةُ الْمُتَفَرِّدَةُ»^(٣).

(١) ينظر القاموس المحيط (٣١٥/١)، المصباح المنير (٥٧٥).

(٢) وعليه العقد بالمعنى العام قريب من المعنى اللُّغَوِيِّ.

(٣) ومن هنا سُمِّيَتْ «اليمين» على فعل أمر في المستقبل «عقداً» عند الفُقَهَاءِ؛ لأنَّ الحالِفَ يُلْزَمُ نفسه به. أحكام القرآن للحَصَّاصِ (٢٩٤/٢)، هذا وأكثر ما نرى إطلاقَ العَقْدِ بالمعنى العام =

تَعْرِيفُ الْعَقْدِ بِالْمَعْنَى الْخَاصِّ:

عَرَّفَ بعضُ الفُقَهَاءِ الْعَقْدَ بِأَنَّهُ: «تَعَلُّقُ كَلَامٍ أَحَدِ الْمُتَعَاقِدَيْنِ بِالْآخِرِ عَلَى وَجْهِ مَشْرُوعٍ، يَظْهَرُ أَثَرُهُ فِي مَحَلِّهِ»^(١).

تحليلُ التعريف:

«التَّعَلُّقُ»: هو الارتباطُ الاعتباريُّ أو الحكميُّ، وارتباطُ كلامٍ أَحَدِ الْمُتَعَاقِدَيْنِ بِالْآخِرِ هو ارتباطُ الإيجابِ بالقَبُولِ - الصَّيْغَةُ -، و(الارتباطُ) هو الانعقادُ. وهذا الارتباطُ الحكمي هو «الانعقادُ» لا يُعَدُّ قائماً إِلَّا إِذَا كَانَ عَلَى وَجْهِ مَشْرُوعٍ^(٢) ويتحققُ شَرْعاً بما يَأْتِي:

= في الفقه المالكي، والشافعي، والحنبلي، وأقل منه في كتب الحنفية.

والعقد بالمعنى العام قريب من المعنى اللغوي. كتاب العقود (١٨، ٢٨).

(١) فتح القدير (٥/٧٤ وما يليها)، وفي التعريفات للجرجاني (ص: ١٥٣): «العقد رنطُ أجزاء التصرف بالإيجاب والقَبُولِ شَرْعاً».

وفي البحر الرائق (٥/٢٦٢): «العقدُ شَرْعاً رنطُ القَبُولِ بالإيجاب».

وقد جاء تعريفُ «العقد» في مجلة الأحكام العدلية (المادة: ١٠٤): «الانعقادُ تَعَلُّقُ كُلِّ مِنَ الإيجاب والقَبُولِ بِالْآخِرِ عَلَى وَجْهِ مَشْرُوعٍ يَظْهَرُ أَثَرُهُ فِي مُتَعَلِّقَيْهِمَا» والمتعلق - بفتح اللام المشددة - هو محلُّ العقد أو المعقود عليه الذي يُقَصَّدُ العقدُ لأجله.

وهذا التعريف لا يشملُ إِلَّا «العقد» بالمعنى الخاص؛ أي: ما كانَ بين طرفين، وهو ما أوضحته مجلة الأحكام العدلية (المادة ١٠٣)، إذ نصَّت على أَنَّ «العقد التزامُ الْمُتَعَاقِدَيْنِ وَتَعَهُدُهُمَا أَمراً وَهُوَ عِبَارَةٌ عَنِ اتِّبَاطِ الإيجابِ بِالْقَبُولِ».

(٢) ينظر شرح هذا المبدأ في كتاب «الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده» (٤٣٣ وما يليها).

أولاً: أَنْ يَكُونَ الْعَقْدُ مُسْتَوْفِياً مَقْوَّمَاتِهِ^(١) مِنَ الْأَرْكَانِ، وَشُرُوطِ الْإِنْعِقَادِ، وَكَذَلِكَ شُرُوطِ الصَّحَّةِ، خِلَافاً لِلْحَنْفِيَّةِ^(٢).

ثانياً: أَنْ يَكُونَ سَبَبُهُ مَشْرُوعاً، بِمَعْنَى أَنْ «الْبَاعِثُ» عَلَى التَّعَاقُدِ يَجِبُ أَنْ يَكُونَ مَشْرُوعاً أَيْضاً، حَتَّى لَا يَتَّخِذَ «الْعَقْدُ» أَوْ التَّصَرُّفُ الْمَشْرُوعُ فِي ذَاتِهِ وَسِيلَةً لِتَحْقِيقِ غَرَضٍ غَيْرِ مَشْرُوعٍ، يَهْدُمُ مَقَاصِدَ التَّشْرِيعِ، وَجَاءَ فِي (أَعْلَامِ الْمُوقَّعِينَ): «الْقَصْدُ رُوحُ الْعَقْدِ وَمُصَحِّحُهُ وَمُبْطِلُهُ»^(٣) هَذَا وَقَدْ اسْتَوْفِيَ الْكَلَامُ فِي هَذَا فِي (نَظَرِيَّةِ الْبَاعِثِ) فِي هَذَا الْكِتَابِ.

«عَلَى وَجْهِ مَشْرُوعٍ» أَي: «صُورَةٌ وَمَعْنَى» أَوْ مَقْصِداً مُبَاشِراً، وَغَيْرِ مُبَاشِرٍ مِمَّا يَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ عَلَى وَفْقِ مَقْصِدِ الْمُشْرِعِ فِي التَّشْرِيعِ، وَإِلَّا فَلَا يَتِمُّ «الْإِرْتِبَاطُ» أَوْ الْإِنْعِقَادُ شَرْعاً.

و«مَحَلُّ الْعَقْدِ»، هُوَ الَّذِي يَقْصِدُ بِالْعَقْدِ أَصَالَةً، وَهُوَ «الْمَعْقُودُ عَلَيْهِ»، وَسَيَأْتِي تَفْصِيلُ الْقَوْلِ فِي أَحْكَامِهِ فِي فِصْلِ مُسْتَقِلٍّ.

(١) سَيَأْتِي الْمَقْصُودُ بِالْمَقْوَّمَاتِ فِي فِصْلِ مُسْتَقِلٍّ.

(٢) إِذَا اخْتَلَّ شَرْطُ الصَّحَّةِ فَالْعَقْدُ مَنْعَقَدٌ عِنْدَ الْحَنْفِيَّةِ وَلَكِنَّهُ فَاسِدٌ يَسْتَحِقُّ الْفَسْخَ.

(٣) أَعْلَامُ الْمُوقَّعِينَ (٣/٢٤٠ وما يليها). وَرَاجِعٌ أَيْضاً شُرُوحُ الْقَاعِدَةِ الْفِقْهِيَّةِ الَّتِي تَقْضِي أَنَّ «الْأُمُورَ بِمَقَاصِدِهَا» (مَادَّة: ٣) مَجْلَةُ الْأَحْكَامِ الْعَدْلِيَّةِ فِي كِتَابِ الْحَقِّ وَمَدَى سُلْطَانِ الدَّوْلَةِ فِي تَقْيِيدِهِ (٤١٥ ، ٤٣٢). وَبَعْدَ هَذَا التَّحْقِيقِ فِي هَذَا الْأَصْلِ الْقَطْعِيِّ الْمَعْنَوِيِّ الْعَامِ الثَّابِتِ بِالِاسْتِقْرَاءِ وَتَأْصِيلِ الْمُحَقِّقِينَ مِنَ الْأُصُولِيِّينَ وَالْفُقَهَاءِ لَهُ، نَرَى بَعْضَ الْكَاتِبِينَ الْمُحَدِّثِينَ يَزْعُمُ أَنَّ لَا وَجُودَ لِهَذَا الْأَصْلِ فِي التَّشْرِيعِ الْإِسْلَامِيِّ وَلَا أَثَرُ لَهُ، إِذْ يَقُولُ: «الْوَاقِعُ أَنَّ الدَّافِعَ أَوْ الْبَاعِثَ. لَمْ يُعْتَبَرْ أَبَدًا عِنْدَ الْفُقَهَاءِ»، حَتَّى إِهْمَّ قَالُوا: «إِنَّ الْبَيْعَ يَصِحُّ وَلَوْ أَنَّ الْغَرَضَ الَّذِي سَيَسْتَعْمَلُ فِيهِ الْمُبِيعُ غَيْرُ مَشْرُوعٍ». وَهَذَا قَوْلٌ يَحُوزُ التَّحْقِيقَ عَلَى النُّحُوِّ الَّذِي رَأَيْتُ. رَاجِعِ النَّظَرِيَّةَ الْعَامَّةَ لِلاتِّزَامَاتِ فِي الشَّرِيعَةِ الْإِسْلَامِيَّةِ لِلدَّكْتُورِ شَفِيقِ شَحَّاتِهِ (ف: ٤٨).

والمراد بـ«الأثر» حكم العقد الأصلي، أو غايته النوعية^(١)، بالإضافة إلى الآثار الأخرى التي يُطلق عليها «حقوق العقد» وهذه الآثار الأخرى التي تسمى «حقوق العقد» هي عبارة عن الالتزامات المتبادلة بين طرفيه.

تحقيق معنى «الأثر» في تعريف العقد:

تنقسم آثار العقد إلى قسمين:

أ - الآثار الخاصة: وهي الأحكام والنتائج المترتبة على كل عقد بحسب موضوعه. ويسمى الأثر الخاص بـ(حكم العقد) أو (موضوعه) أو (غايته النوعية) أو (الأثر النوعي) ويكون واحداً في كل طائفة من العقود.

مثاله: نقل الملكية بعوض في البيع، وبغير عوض في الهبة وعقود التبرعات..

ب - الآثار العامة: وهي النتائج والأحكام التي تشترك فيها جميع العقود أو أغلبها، ومن تلك الآثار على سبيل المثال:

١ - الإلزام: ويراد به تكليف العاقدين بالواجبات (الالتزامات) الناشئة بسبب العقد.

وكل واجب يُقابلُه حق، فمن آثار البيع إنشاء التزام يقع على عاتق البائع وهو تسليم المبيع سليماً، وهذا الواجب يُقابلُه حق هو حق المشتري بتسلم المبيع على تلك الصورة.

٢ - اللزوم: وهو ألا يستطيع العاقد التحلل من التزامه بإرادته المنفردة، ويقابل العقد اللزوم العقد غير اللزوم، وسيأتي تفصيل ذلك في موضعه.

(١) الغاية النوعية أو الحكم الأصلي لعقد البيع - مثلاً - انتقال ملكية المبيع إلى المشتري، أمّا حق البائع في الثمن فهو من حقوق العقد وليس حكمه الأصلي.

٣ - النَّفَاز: ويعني أَنَّ الْعَقْدَ مَنِيحٌ لِآثَارِهِ شَرْعاً مِنْذِ انْعِقَادِهِ، وهذا - الْأَصْلُ - ويقابل العقد النافذ العقد الموقوف . وسيأتي تفصيل ذلك وبيانه في موضعه أيضاً ويؤخذ على هذا التعريف أَنَّهُ قَصَرَ الصِّيغَةَ الْمُنَشِئَةَ لِلْعَقْدِ عَلَى «الكَلَامِ» فِي حِينَ أَنَّ هُنَاكَ وَسَائِلَ أُخْرَى لِلتَّعْبِيرِ عَنِ الْإِرَادَةِ كـ «الْكِتَابَةِ»، أَوْ الْإِشَارَةِ الْمُفْهَمَةِ، أَوْ الْمِبَادِلَةِ الْفَعْلِيَّةِ الدَّالَّةِ عَلَى التَّرَاضِي - التَّعَاطِي - «فَالْتَّعْرِيفُ غَيْرُ جَامِعٍ كَمَا تَرَى. غير أَنَّهُ يُمَكِّنُ أَنْ يُقَالَ: إِنَّ التَّعْرِيفَ قَدْ نَصَّ عَلَى مَا هُوَ الْأَصْلُ فِي عُنْصَرِ التَّعْبِيرِ عَنِ الْإِرَادَةِ الْبَاطِنَةِ، أَوْ الْأَكْثَرُ وَقَوْعاً، وَلِهَذَا نَرَى أَنْ يُضَافَ إِلَى التَّعْرِيفِ عِبَارَةٌ: «أَوْ مَا يَقُومُ مَقَامَهُ»^(١).

والتَّعْرِيفُ إِذْ يَجْعَلُ جَوْهَرَ الْعَقْدِ «ارْتِبَاطَ إِنْجَابِ أَحَدِ الْمُتَعَاقِدَيْنِ بِقَبُولِ الْآخَرِ»^(٢)، يُخْرِجُ التَّصَرُّفَ الْقَوْلِيَّ الْإِنْفِرَادِيَّ الَّذِي يُنْشِئُ التَّزَاماً عَلَى صَاحِبِهِ وَحْدَهُ؛ لِأَنَّهُ يَتِمُّ بِإِرَادَتِهِ الْمُنْفَرَدَةِ مِنْ دُونِ تَوْقُفٍ عَلَى إِرَادَةِ آخَرٍ، كَالْوَقْفِ عَلَى جِهَةٍ بَرٍّ مَثَلًا. بِنَاءً عَلَى مَا تَقَدَّمَ نَسْتَطِيعُ التَّمْيِيزَ بَيْنَ الْانْعِقَادِ وَالْحُلِّ وَالْمَوْضُوعِ بِمَا يَلِي:

- ١- الارتباط الاعتباري المشروع، هو الانعقاد، وَيَكُونُ بَيْنَ طَرَفِي الْعَقْدِ فِي مَوْضِعِ الْعَقْدِ وَأَثَرِهِ. وَالْارْتِبَاطُ نَتِيجَةُ تَلَاقِي وَتَطَابُقِ الْإِنْجَابِ وَالْقَبُولِ عَلَى وَجْهِ مَشْرُوعٍ.
- ٢- وَحَلَّ الْعَقْدِ هُوَ «الْمَعْقُودُ عَلَيْهِ» الَّذِي يَقْصِدُ بِالْعَقْدِ أَصَالَةً كَالْمَبِيعِ فِي عَقْدِ الْبَيْعِ، وَمَنَافِعِ الْمَاجُورِ فِي عَقْدِ الْإِجَارَةِ، وَالْعَيْنِ الْمَرْهُونَةِ فِي عَقْدِ الرِّهْنِ.

(١) الرَّاجِحُ أَنَّ «الْعَقْدَ» يَنْعَقِدُ بِكُلِّ مَا يَدُلُّ عَلَى الْإِرَادَةِ الْبَاطِنَةِ مَا دَامَتْ الْأَدَاةُ بَيِّنَةً مُفْصِلَةً مَغْهُودَةً، وَسَيَأْتِي خِلَافُ الْمَذَاهِبِ فِي «الصِّيغَةِ» أَوْ مَا يَقُومُ مَقَامَهَا فِي الْمَبْحَثِ الْأَوَّلِ مِنَ الْفَصْلِ الثَّالِثِ (مَقُومَاتُ الْعَقْدِ).

(٢) يَنْظُرُ فِي حَقِيقَةِ الْإِنْجَابِ وَالْقَبُولِ عِنْدَ الْكَلَامِ عَلَى صِيغَةِ الْعَقْدِ، الْفَرْعُ الْأَوَّلِ.

٣- وموضوع العقد هو الغاية النوعية لذلك العقد، فإذا ثبت بتقدير حصول الارتباط الحكمي المشروع، كانت «أثراً» للعقد. فيثبت حق احتباس المرهون للدائن أثراً أصلياً للعقد، ويثبت انتقال الملكية إلى المشتري بقوة الشرع أثراً أصلياً لعقد البيع.

ف: (الموضوع) و(الأثر) و(الغاية النوعية) للعقد وحكمه الأصلي بمعنى واحد^(١).

وعلى هذا فينبغي عدم التخليط بين موضوع العقد، والمعقود عليه أو محل العقد. هذا والعقود الناقلة للملكية من قبيل العقود المنشئة للحق، على الرغم من أن نقل الملكية يتم بقوة الشرع وحكمه^(٢).

بمعنى أن المشتري قد نشأ له حق جديد بعد أن لم يكن.

(١) شرح القانون المدني السوري للأستاذ الزرقاء (٢٠-٢١).

- نقل ملكية المبيع في عقد البيع غاية نوعية لهذا العقد، أمّا في حالة التفاوض والمساومة فيطلق عليه «موضوع العقد» وبعد أن يتم الارتباط المشروع للعقد، أو يكون حكماً أصلياً له، وهو حق المشتري الذي ثبت له بمقتضى العقد.

- أمّا أحكام العقد الأخرى فتسمى حقوق العقد، من مثل: وجوب الثمن، ووجوب تسليم المبيع، وحق الرد بالعيب وغير ذلك فهي أحكام أو التزامات تثبت لا على وجه الأصاله، بل تبعاً.

(٢) ذلك لأن من المقرر في الفقه الإسلامي أن آثار العقد جعلية بمعنى أن الشارع هو الذي يرتب آثار العقد، وليس للمتعاقدین مدخل في ذلك لأن مجال إرادتهما مقصور على إنشاء العقد فحسب، وذلك خشية طغيان هذه الإرادة، أو تنكبها جادة العدل، أو اتجاهها إلى هدم مقاصد التشريع تحت ستار تصرفات ظاهرة الجواز.

فالعقد ينتج آثاره فور انعقاده صحيحاً، وبقوة الشرع، سواء أكانت آثاره نقل ملكية عقار أو منقول = كما في البيع، أو منفعة بعوض كما في الإجارة، أو ثبوت حق احتباس على عقار أو منقول دون انتفاع كما في الرهن.

أما بالنسبة للمعقود عليه فالملكية ثابتة له في الحالين، ولا جديد، وغاية ما في الأمر أن المالك قد تبدل.

مفهوم النزعة الموضوعية في الفقه الإسلامي

يُعدُّ الفقه الإسلامي ذا نزعة موضوعية؛ لأنه يأخذ بالإرادة الظاهرة التي تعني «الصيغة القولية، أو ما يقوم مقامها».

فصيغة العقد إما أن تكون بينة واضحة، أو أن تكون محتملة:

- فإذا تمحّضت الصيغة للحال فالأصل انعقاد العقد أخذاً بالإرادة الظاهرة.
- وإذا كانت صيغة العقد واضحة بيّنة ولكنها متمحّضة للاستقبال لم ينعقد العقد.

- وأمّا إذا كانت الصيغة محتملة، غير واضحة، بأن احتملت الحال والاستقبال تعيّن الأخذ حينئذٍ بالإرادة الباطنة، والرجوع إلى النية، فإن قصد بالصيغة الإيجاب انعقد العقد، وإلا لم ينعقد^(١)، وسيأتي مزيد بيان في بحث الصيغة.

- وليس معنى كون الفقه الإسلامي يعتدّ بالإرادة الظاهرة وأنه ذو نزعة موضوعية غالبية، أنه لا يعتدّ بالإرادة الباطنة، بل المراد أن ذلك هو الغالب السائد.

(١) البدائع (١٣٣/٥-١٣٤) الفتاوى الهندية (٤/٣ وما يليها) تبين الحقائق (٤/٤) مصادر الحقّ للدكتور السنهوري (١/٨٠ وما يليها).

المبحث الثاني

الالتزام، والتصرف، والوعد

والفرق بينها وبين العقد

١ - تقدّم معنا أنّ العقد بمعناه العام كلّ تصرفٍ يعبر عنه بالقول أو ما يقوم مقامه، لإنشاء التزام، سواء أكان قوامه إرادة منفردة تنشئ التزاماً دون أن يُقابلهُ التّزام من طرفٍ آخر، من دون أن يتوقّف على قبولٍ آخر، كالوقف واليمين والنذر والطلاق المُجرّد، أم كان قوامه ارتباطاً إيجابياً بقبولٍ لإحداث أثر شرعي في محل الالتزام. فالعقد بالمعنى العام ينتظم جميع الالتزامات الشرعيّة^(١).

غير أنّ إطلاق العقد بهذا المعنى العام الذي ذهب إليه بعض الفقهاء غير شائع في الاستعمال، بل الذي يدلُّ عليه لفظ «العقد» عند إطلاقه هو ما صدر من طرفين بارتباط إيجابٍ أحدهما بقبولٍ من الآخر. وهو المعنى الخاص السائد عند جمهور الفقهاء، على ما بيّنا.

٢ - أمّا الالتزام: فهو يُطابق العقد بمعناه العام؛ لأنّه تصرفٌ قوامه إرادةٌ إحداث أثرٍ شرعيّ، سواء صدر من جانب واحد، أم من طرفين بحيث تتلاقى إرادتهما على إحداث أثرٍ شرعي. فالالتزام بهذا المعنى أعم من العقد بالمعنى الخاص كما ترى^(٢).

- وعلى هذا فالعلاقة بينهما علاقةٌ عمومٍ وخصوصٍ مطلق فد(كلُّ عقدٍ التّزامٌ وليس كلُّ التّزامٍ عقداً).

(١) أحكام المعاملات الشرعيّة للأستاذ علي الخفيف (٢٠٠).

(٢) نظريّة العقد في الشريعة لمحمود شوكت (١)، بيان الالتزامات لأحمد إبراهيم (٢١، ٤١-٤٢).

- على أَنَّ بعضَ الفقهاءِ يُطلقُ الالتزامَ على التصرُّفِ بإرادةٍ منفردة، فيكونُ مقابلًا للعقدِ بالمعنى الخاص.

٣- أما التصرفُ: فإما أَنْ يكونَ قولياً أو فعلياً.

أ- والتصرفُ القولي نوعان:

- تصرفُ قولي لا يُنشئُ التزاماً، وذلك كالإقرار بحقٍّ لأنَّه إخبارٌ بثبوتِ حقٍّ للغيرِ على النفسِ نشأ بسببِ سابقٍ على الإقرار، وكرفعِ الدعوى، لا يرتبُ التزاماً. وكلاهما تصرفُ شرعي قولي بإرادةٍ منفردة.

- تصرفُ قولي يُنشئُ التزاماً: سواء أكان قوامه إرادة منفردة أم إرادتين وبذلك يشتملُ العقدُ بالمعنى الخاصِّ والالتزام.

- وعلى هذا فالتصرفُ القوليُّ بنوعيه أعمُّ من العقدِ ومن الالتزامِ اتفاقاً^(١).

- ف(كلُّ عقدٍ أو التزامٍ تصرفُ قوليٌّ ولا عكس).

ب- أما التصرفُ الفعلي فنوعان:

- مشروعٌ: ويرتبُ الشارعُ عليه حكماً إذا صدرَ من مميز كالاستيلاء على المال المباح وقبض الدين، والرجعة الفعلية.

- غير مشروع، كالغصب، والسرقة، والقتل.

- فالتصرفُ الفعليُّ مشروعاً كان أم غير مشروعٍ يرتبُ الشارعُ عليه أثراً ما^(٢).

(١) الملكية ونظرية العقد للأستاذ محمد أبو زهرة (١٨٣).

(٢) المدخل للفقهِ الإسلاميِّ للأستاذ محمد سلامٍ مذكور (٥٠٨-٥١٠). هذا والرجعة الفعلية يرتب

الشارعُ عليها آثاراً دون توقف على نيةٍ عند الحنفية والحنابلة. المرجع السابق.

- وعلى هذا فالْتَصَرُّفُ هو ما يَصْدُرُ من الشَّخْصِ المميز بإِرَادَتِهِ قولاً أو فعلاً
يرتب الشَّارِعُ عليه أثراً ما.

الفرق بين الوعد والعقد

أ- مِنْ حَيْثُ الْمَفْهُومُ:

الْوَعْدُ مُجَرَّدُ إِخْبَارٍ عَنِ إِنْشَاءِ أَمْرٍ فِي الْمُسْتَقْبَلِ دُونَ التَّزَامٍ لَهُ فِي الْحَالِ ^(١) كما لو
قال: (سأقرضك عشرين ألف ليرة سورية لو اشتريت بيتاً).

أما العقد فَإِنَّهُ: ارتباطٌ أَساسُهُ تراضٍ يُحْدِثُ التَّزَاماً فِي الْحَالِ.

ب- مِنْ جِهَةِ الْحُكْمِ أَوْ الْقُوَّةِ الْمُلزِمة:

العاقِدُ يجب عليه الوفاء بما التزم به بإِرَادَتِهِ الحَرَّةَ دِيانَةً وقضاءً، فيجبر قضاءً على
تنفيذ التَّزَامِهِ العَقْدِيِّ إِذَا امتنع بالإِجماع.

أما الْوَعْدُ فالإِجماعُ مُنْعَقِدٌ عَلَى أَنَّهُ يجب الوفاء به دِيانَةً؛ لَأَنَّهُ من مكارم الأخلاق.
أما قضاءً، فالجُمهُورُ عَلَى أَنَّ الواعِدَ لَا يُجْبَرُ عَلَى تنفيذ وعده، فهو مخير في الوفاء
بوعده، إِنْ شاءَ أَوْفَى وَإِنْ شاءَ أَخْلَفَ، وخالفَ ابنُ شبرمة من المالِكِيَّةِ وذهبَ إلى وجوب
الوفاء بالوعد قضاءً.

وللمالِكِيَّةِ قولٌ فِي حُكْمِ الوفاء بالوعد قضاءً، وهو أَنَّ الواعِدَ يُجْبَرُ عَلَى الوفاء
بوعده إِنْ كَانَ مَعْلَقاً عَلَى سَبَبٍ، وقام الموعد بتحقيقه، كمن وعد شخصاً بمنحه جائزة
إِنْ تَخَرَّجَ من الجامعة بمعدل عالٍ فحقق الموعد ذلك وَتَخَرَّجَ، فيلزم الواعِدُ بالوفاء بوعده.

(١) جاء في فتح العلي المالِك في الفتوى على مذهب الإمام مالك (١/ ٢٥٤): «وَأَمَّا الْعِدَّةُ -
الوعد - فَلَيْسَ فِيهَا إِلْزَامُ الشَّخْصِ نَفْسَهُ شَيْئاً الْآنَ، وَإِنَّمَا هِيَ كَمَا قَالَ ابْنُ عَرَفَةَ إِخْبَارٌ عَنْ إِنْشَاءِ
الْمُخَيَّرِ مَعْرُوفاً فِي الْمُسْتَقْبَلِ.

الفصل الثاني

المبادئ العامة لنظرية العقد

المبحث الأول

مبدأ الرضاية في العقود

المبحث الثاني

مبدأ حرية التعاقد

المبحث الأول

مَبْدَأُ الرِّضَائِيَّةِ فِي الْعُقُودِ

(في تكوين العقد)

— مستنده ودليله:

أرسي القرآن الكريم والسُّنَّةُ المطهَّرةُ هذا «المَبْدَأُ» بنصوصٍ صريحةٍ قاطعةٍ.
— قال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾ [النساء: ٢٩].

وقوله تعالى: ﴿فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا﴾ [النساء: ٤].

وقال صلى الله عليه وسلم: «إِنَّمَا الْبَيْعُ عَنْ تَرَاضٍ»^(١).

وقال صلى الله عليه وسلم: «لَا يَحِلُّ مَالٌ أَمْرِيٍّ مُسْلِمٍ إِلَّا بِطَيْبِ نَفْسِهِ»^(٢).

فالآيةُ الكريمةُ الأولى تَدُلُّ بعبارتها صراحةً على أن الأصل في ثبوت الحق في مال

الغير هو «رضا» صاحب هذا المال، إذا كان ذلك على سبيل التجارة والمعاوضة^(٣).

(١) أخرجه ابن ماجه في التَّجَارَاتِ، بَابُ بَيْعِ الْخِيَارِ (٢١٨٥).

(٢) أخرجه الدارقطني ٣(٢٥٠) كتاب البيوع رقم (٨٧) والبيهقي في السنن الكبرى (٩٧/٦).

(٣) في حُكْمِ الوفاء بالوعد في الفقه المالكِيّ خلاف نلخصه فيما يلي:

أولاً: لا يجب الوفاء به مُطْلَقاً.

ثانياً: أنَّه يجب الوفاء إذا كان معلقاً على سَبَب.

وهو ما أكدته السنّة القوليّة: «إِنَّمَا الْبَيْعُ عَنْ تَرَاضٍ».

فلا يثبت حقُّ المشتري فعلاً في ملكيّة المبيع، ولا تنتقلُ إليه، إلّا برضا صاحبه، ونظيرُ هذا أن لا يثبت حقُّ البائع في الثمن في ذمّة المشتري إلّا برضاه أيضاً.

فتراضي الطرفين هو الأساس في ثبوت الحقِّ لكلِّ منهما في مال الآخر على سبيل التبادل والمعاوضة، دون أن يتوقّف ذلك على شيءٍ آخر سوى التراضي.

والتجارة شاملة لكثير من التصرفات والمعاملات التي تنشئ التزامات.

والآية الكرّمة الثانية تدلُّ بعبارتها صراحةً أيضاً على أن الحق يثبت في مال الغير على سبيل الهبة برضا صاحب المال، وطيب نفسه.

فالمناط في حل الانتفاع بمال الغير هو طيب النفس.

هذا وثبوت هذا الحق «حل الانتفاع» برضا صاحب المال قد صرح به الحديث الشريف: «لا يَحِلُّ مَالُ امْرِئٍ مِّنْهُمْ إِلَّا بِطَيْبِ نَفْسِهِ»^(١).

والخلاصة: فإنَّ المناط في ثبوت الحقِّ في مال الغير، وحلِّ الانتفاع به مُعاوضةً أو منحةً، هو الرضا.

— معناه وأصله:

معنى العقد الرضائي أنَّ الشرع يحكم بتمام انعقاده بمجرد التراضي بين طرفيه. ومبدأ الرضائية هذا مهيمٌ على الأحكام العامّة للعقد، وهي التي يُطلق عليها نظريّة العقد.

= ثالثاً: أنّه يجب الوفاء به إذا كان معلقاً على سبب، ودخل الموعود في السبب جراء الوعد.

رابعاً: أن الوعد يجبر على الوفاء بوعده قضاء في جميع الأحوال إلّا لما منع بأن مات أو أفلس.

(١) أخرجه الدارقطني (٢٥/٣) (٨٧) والبيهقي في السنن الكبرى (٩٧/٦).

وهذا المبدأ مُتَفَرِّعٌ عن أصلٍ عامٍّ في التَّشْرِيعِ الإسلاميِّ هو مَبْدَأُ «سُلْطَانِ الْإِرَادَةِ الْعَقْدِيَّةِ».

- فالإرادة الإنسانية ذات سلطان في إنشاء التَّصَرُّفَاتِ فِي الْفِقْهِ الْإِسْلَامِيِّ فِي
مجالات ثلاثة:

- ١- في إنشاء العقد وتكوينه.
 - ٢- في استحداث عقود جديدة تقتضيها مصالح النَّاسِ فِي كُلِّ عَصْرِ وَبِئْتَةٍ.
 - ٣- في تحديد أو تَعْدِيلِ آثارِ العقدِ زيادةً أو نقصاً عَنْ طَرِيقِ الشُّرُوطِ الْمُقْتَرَنَةِ بِالْعَقْدِ تَقْيِيداً وَقَدْ بَيَّنَّا الْمَجَالَ الْأَوَّلَ.
- وسنعرض للمجالين التاليين، وجمعهما - في الواقع - مَفْهُومٌ وَاحِدٌ، هو: مَبْدَأُ حَرِيَّةِ التَّعَاقُدِ عَقُوداً وَشُرُوطاً.
- غير أَنَّهُ إِذَا كَانَ لِكُلِّ مَبْدَأٍ عَامٍ اسْتِثْنَاءٌ، فَلَا بُدَّ مِنْ أَنَّ نَعْرُضَ لِمَا وَرَدَ عَلَى الْمَبْدَأِ الْأَوَّلِ «مَبْدَأِ الرِّضَايَةِ» مِنْ اسْتِثْنَاءٍ.

- الاستثناء من مَبْدَأِ الرِّضَايَةِ فِي تَكْوِينِ الْعُقُودِ وَإِنْشَائِهَا:

قَدَّمْنَا أَنَّ الْأَصْلَ أَنَّ لَا شَكْلِيَّةَ فِي الْعُقُودِ^(١) بَلْ يَتِمُّ انْعِقَادُهَا بِمَجَرَّدِ تَرَاضِي طَرَفَيْهَا. غَيْرَ أَنَّ الشَّرِيعَةَ الْإِسْلَامِيَّةَ أَوْجَبَتْ أَوْضَاعاً وَشَكْلِيَّاتٍ مُعَيَّنَةً فِي بَعْضِ الْعُقُودِ، لِأَهَمِّيَّتِهَا، أَوْ تَعْلُقِ آثَارِهَا بِالْمَصْلَحَةِ الْعَامَّةِ، كَعَقْدِ الزَّوْاجِ مَثَلًا.

(١) أُلْغَتِ الشَّرِيعَةُ الْإِسْلَامِيَّةُ مَا كَانَ مَعْرُوفاً فِي الْجَاهِلِيَّةِ مِنَ الْعُقُودِ الشَّكْلِيَّةِ مِثْلَ: بَيْعِ الْحَصَاةِ وَبَيْعِ الْمُنَابَذَةِ وَبَيْعِ الْمَلَامَسَةِ، وَهِيَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عَنْهَا نَهَى تَحْرِيمًا. انظر في هذه البيوع البخاري وشرحه للعيني (١١/٢٦٦-٢٦٧). وراجع كتاب الدكتور الدريني «الفقه الإسلامي المقارن» ففيه بحثٌ مستفيضٌ فِي الشُّرُوطِ الْمُقْتَرَنَةِ بِالْعَقْدِ تَقْيِيداً.

أ- الشكليّة في عقد الزّواج:

- احتياط المُشرّع في أمر عقد الزّواج - لما له من صلةٍ بتأسيس القربات، وبالنّسب، وبناء أسرةٍ هي لبنةٌ في البناء الاجتماعيّ - فأوجب شرطاً لصحّته «الشّهادة»، وبذلك كان عقد الزّواج بمجرد التّراضي ومن دون شاهدين، عقداً فاسداً يجبُ فسخه لقوله صلى الله عليه وسلم: «لا نكاح إلا بوليٍّ وشاهدي عدلٍ»^(١).

وقد أوجبت بعض المذاهب الشكليّة في صيغة العقد من الإيجاب والقبول، بأن يكونا بلفظي (النكاح أو التزويج) خاصّة، دون سواهما من الألفاظ الأخرى التي تؤدي معناها مجازاً وبالقرينة.

- فقاعده: «العبرة في العقود للمعاني، لا للألفاظ والمباني» لا تشمل عقد الزّواج في نظر هذه المذاهب التي توجب «الشكليّة» في صيغته، وحجّتهم في ذلك: أن في عقد الزّواج معنى تعبدياً فلا بدّ من التزام ألفاظ مُعيّنة في التعبير عنه.

ولكنّ هذا الرأي مرجوح بالأدلة التي لا يتسع المقام للإدلاء بها لدحضه، وإثبات التعبير عن الإرادة في عقد الزّواج يجوز بكلّ لفظ ينبئ عنه ولو مجازاً إذا قامت القرينة على هذا المعنى^(٢)، على ما سيأتي بحثه في صيغَةُ العقد.

(١) روي من طرق أصحابها ما رواه ابنُ جَبَّان (٤٠٧٥). ينظر البدر المنير (٧/ ٤٧٤).

(٢) وهذا هو مذهب الحنفيّة، أمّا الشافعيّة فقد اشترطوا لفظي (النكاح أو التزويج)، ومشتقّاهما كما قدّمنا.

أمّا فيما يتعلّق بالشّهادة في عقد الزّواج؛ فالجمهور على أنّه شرطٌ صحّ، خلافاً للمالكية وفقهاء الإمامية، فقالوا: إنّهُ مُستحبٌّ ومندوبٌ إليه وليس شرطاً للانعقاد، وثمّة تفصيلات أخرى لا يتسع المقام لسردها. الهداية (١٤٩/١).

- على أنا نرى أن الشّهادة هنا اشترطت وسيلة للإثبات وخشية الجحود في مثل هذا العقد الخطير =

ب- شَكْلِيَّةُ التَّسْلِيمِ فِي الْعُقُودِ الْعَيْنِيَّةِ:

العقودُ العَيْنِيَّةُ - فِي الْفِقْهِ الْإِسْلَامِيِّ - خَمْسَةٌ هِيَ:

(الرِّهْنُ ، وَالْقَرْضُ ، وَالْإِعَارَةُ ، وَالْإِيْدَاعُ ، وَالْهَيْبَةُ) .

وَلَا تَظْهَرُ الْإِرَادَةُ فِي «الْعَقْدِ الْعَيْنِيِّ» بِمَجَرَّدِ الْإِجَابِ وَالْقَبُولِ بَلْ لَا بَدَّ مِنْ تَسْلِيمِ (العين) مَحَلِّ الْعَقْدِ، لِيَتِمَّ، وَلِهَذَا سَمِيَ عَيْنِيًّا .

فَلَا يَتِمُّ الْعَقْدُ الْعَيْنِيُّ، وَلَا أَثَرُ لَهُ بِالتَّالِي، قَبْلَ قَبْضِ «العين» مَحَلِّ الْعَقْدِ بِمَعْنَى أَنَّ عَقْدَ الرِّهْنِ - مَثَلًا - لَا يَتِمُّ وَلَا يَصْبَحُ مُلْزَمًا لِلرَّاهِنِ، إِلَّا إِذَا سَلَّمَ الرَّاهِنُ الْعَيْنَ الْمَرْهُونَةَ إِلَى الْمُرْتَهِنِ. فَإِذَا تَمَّ عَقْدُ الرِّهْنِ بِالْقَبْضِ فَلَا يَمْلِكُ الرَّاهِنُ بَعْدُذَلِكَ أَنْ يَسْتَرَدَّ «العين» دُونَ رِضَا الْمُرْتَهِنِ.

أَمَّا قَبْلَ التَّسْلِيمِ، فَلَا يَمْلِكُ الْمُرْتَهِنُ أَنْ يُجْبِرَ الرَّاهِنَ عَلَى تَسْلِيمِ الْمَرْهُونِ لِأَنَّ الْعَقْدَ لَمْ يَكُنْ قَدْ تَمَّ، فَلَا أَثَرُ لَهُ^(١).

وَكَذَلِكَ «الْهَيْبَةُ» لَا تَتِمُّ بِمَجَرَّدِ الْإِجَابِ وَالْقَبُولِ، بَلْ لَا بُدَّ مِنَ الْقَبْضِ^(٢)، وَهَذَا عِنْدَ جُمْهُورِ الْفُقَهَاءِ.

وَاسْتَدَلُّوا بِقَوْلِهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «لَا بَحْوَزَ الْهَيْبَةُ إِلَّا بِمُقْبُوضَةٍ»^(٣).

= الشَّأْنُ، وَلِذَا فَإِنْ الْإِمَامَ مَالِكًا يَرَى الْإِعْلَانَ. وَعَلَى هَذَا بَقِيَ الْمَبْدَأُ فِي ذَاتِهِ سَلِيمًا إِذِ الْعَقْدُ مُنْعَقِدٌ بِمَجَرَّدِ التَّرَاضِي غَيْرِ أَنَّهُ يُشْتَرَطُ قَبْلَ الدَّخُولِ لِلزَّوْجِ.

(١) الْمُدْخَلُ الْفَقْهِيُّ لِلْأَسْتَاذِ الزَّرْقَاءِ (١/٣٦٤).

(٢) وَهُوَ مَذْهَبُ الْإِمَامِ أَبِي حَنِيفَةَ وَالشَّافِعِيِّ وَالثَّوْرِيِّ وَغَيْرِهِمْ. وَبِهَذَا الرَّأْيِ أَخَذَتْ مَجْلَةُ الْأَحْكَامِ الْعَدْلِيَّةُ فَقَدْ جَاءَ فِي الْمَادَّةِ (٥٧) مِنْهَا مَا يَلِي: «لَا يَتِمُّ التَّبَرُّعُ إِلَّا بِالْقَبْضِ» وَفِي الْهَيْبَةِ نَصَّتِ الْمَادَّةُ (٨٣٧): تَنْعَقِدُ الْهَيْبَةُ بِالْإِجَابِ وَالْقَبُولِ وَتَتِمُّ بِالْقَبْضِ.

(٣) الْمَبْسُوطُ لِلْسَّرْحَسِيِّ (٢/٢٤٧) وَرَاجِعُ: الْمَغْنِي لَابْنِ قَدَامَةَ (٧/٤٣١).

وأيضاً فإنَّ عَقْدَ التَّبَرُّعِ عَقْدٌ ضَعِيفٌ فِي ذَاتِهِ، وَلِذَا لَا يَتَعَلَّقُ بِهِ صِفَةُ الزُّبْمِ. وَالْمَلِكُ الثَّابِتُ لِلوَاهِبِ قَوِيٌّ، فَلَا يَزُولُ بِعَقْدٍ أَوْ بِسَبَبٍ ضَعِيفٍ حَتَّى يَنْضَمَ إِلَيْهِ مَا يُؤَيِّدُهُ، وَهُوَ التَّسْلِيمُ بَعْدَ إِجْبَابِ عَقْدِ التَّمْلِكِ لِغَيْرِهِ^(١).

وَأَمَّا فِي عَقْدِ الرِّهْنِ فَقَدْ جَاءَ فِي (مَجْلَةِ الْأَحْكَامِ الْعَدْلِيَّةِ م: ٧٠٦) مَا يَلِي:
«يَنْعَقِدُ الرِّهْنُ بِإِجْبَابٍ وَقَبُولٍ مِنَ الرَّاهِنِ وَالْمُرْتَهِنِ فَقَطْ لَكِنْ مَا لَمْ يَوْجَدْ الْقَبْضُ لَا يَتِمُّ وَلَا يَلْزَمُ فَلِلرَّاهِنِ أَنْ يَرْجِعَ عَنِ الرِّهْنِ قَبْلَ التَّسْلِيمِ».

استثناء عَقْدِ الْوَصِيَّةِ مِنْ عُقُودِ التَّبَرُّعِ مِنْ جِهَةِ شُرُوطِ التَّسْلِيمِ:

طَبِيعَةُ عَقْدِ الْوَصِيَّةِ، مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ يُفِيدُ تَمْلِكاً مِضَافاً إِلَى مَا بَعْدَ الْمَوْتِ بِشَرْطِ قَبُولِ الْمَوْصِي لَهُ بَعْدَ مَوْتِ الْمَوْصِي، أَوْ عَدَمِ رَدِّهِ لِلْوَصِيَّةِ، فَتَنْتَقِلُ مِلْكِيَّةُ الْمَوْصِي بِهِ إِلَى الْمَوْصِي لَهُ، تَجْعَلُ شَرْطَ التَّسْلِيمِ مُسْتَحِيلًا بِالنَّسْبَةِ لِلْمَوْصِي الْمَتَوَقِّ، فَلِذَا اسْتُثْنِيَ مِنَ الْقَاعِدَةِ الْعَامَّةِ فِي عُقُودِ التَّبَرُّعِ، فَلَمْ يُشْتَرَطْ شَكْلِيَّةُ التَّسْلِيمِ لِتَمَامِهِ.

وَالْخُلَاصَةُ: إِنَّ الْأَصْلَ الْعَامَ هُوَ «الرَّضَائِيَّةُ» فِي تَكْوِينِ الْعَقْدِ وَإِنْشَائِهِ، وَإِنَّ الشَّكْلِيَّةَ اسْتِثْنَاءٌ فِي عُقُودٍ مُعَيَّنَةٍ.

(١) الْمَرْجِعُ السَّابِقُ. الْمَوْجِبَاتُ وَالْعُقُودُ لِلْمَحْمَصَانِي (٢/٢٨٥) الْمَدْخَلُ الْفَقْهِي لِلزَّرْقَا (١/٣٦٤).

المبحث الثاني

مبدأ حرية التعاقد

يَتَّخِذُ هذا المبدأ مجالات ثلاثة أيضاً:

المجال الأول: لا إكراه على عقدٍ ما مسمى كان العقد أم غير مسمى.

المجال الثاني: إنشاء عقودٍ جديدةٍ تَقْتَضِيهَا مَصَالِحُ النَّاسِ في كُلِّ عَصْرِ وبيئةٍ، فضلاً عن العقود التي سماها الشَّارِعُ ونظمت أحكامها، نُصوصاً واستنباطاً بطريق الاجتهاد.

المجال الثالث: تعديل آثاره زيادةً أو نقصاً عن طريق الاشتراط في صُلْبِ العقد، أو بعبارةٍ أُخرى «حرية الاشتراط في العقد».

أما المجال الأول: فالتَّشْرِيعُ الإسلاميُّ يقيمُ العقدَ على أساسِ «الرَّضا الكامل» بدليل أحكام الخيارات وسائر أحكام عيوب الرضا^(١).

أما المجال الثاني: وهو مبدأ «حرية التعاقد» عقوداً وشروطاً، فللفقهاء فيه رأيان:

الرأي الأول: وهو رأي الجمهور - على تفصيلٍ فيه - وهو جواز الأخذ بمبدأ حرية التعاقد وأنه مباح، حتى يردَّ دليلُ المنع، فكانَ من المقرَّر عند أصحاب هذا الرَّأي: «أنَّ المعاملاتِ طُلُقٌ حتى يَرِدَ المنعُ».

(١) خيار الشَّرْطِ، وخيار العَيْبِ، وخيار الوصف، وخيار التَّعْيِينِ، وخيار المجلس، وغيرها من الخيارات، بالإضافة إلى «عيوب الرضا» (الإكراه والغلط والتدليس والغبن) وسيأتي بحث ذلك كُلِّه في مقامه.

- راجع «أصول التشريع الإسلامي» ومناهج الاجتهاد بالرأي (٢٧١ و٢٧٢ ص وما يليها).

ومعنى قولهم: «المعاملات طلق» أي مباحة غير مقيد بقييد يمنعها، فالأصل مشروعيتها حتى يرد من الشارع دليل يمنعها^(١).

وبناء على هذا الرأي: فإنَّ كلَّ شرطٍ يشترطه المتعاقدان أو أحدهما في صلب العقد، بل كلُّ عقدٍ يحدثه الناس، ويطلقون عليه اسماً جديداً، جائز شرعاً ما لم يرد دليل من الشارع يجرمه، من نص أو قياس.

- هذا هو مذهب الحنابلة، وقريب منه مذهب المالكية^(٢) وحجتهم ما يلي:

أولاً - قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [المائدة: ١]

- ووجه استدلالهم بالآية الكريمة: أنَّها أمرت بالوفاء بالعقود أمراً عاماً وبإطلاق، من دون تعيين لنوع العقد أو الشرط، فدل ذلك على أنَّ الأصل في العقود - أو الشروط - جميعاً الإباحة، إلّا ما ورد من الشارع نهي عنه^(٣).

- فلو لم يكن الأصل في التعاقد هو الإباحة - عقوداً وشروطاً - لما أمر الشارع بالوفاء بها بإطلاق^(٤) من دون تقييد بنوع معين منها.

ثانياً - قوله صلى الله عليه وسلم: «المُسْلِمُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ»^(٥)

(١) أصول التشريع الإسلامي (٢٦٦) وانظر في أدلة هذا الأصل، ووجه الاستدلال بها.

(٢) ممن ذهب إلى هذا الأصل ودافع عنه صاحب كتاب «الفتاوى الكبرى» (٣/٣٢٩ وما يليها).

(٣) المرجع السابق.

(٤) بل عدَّ ناقضَ عهده منافقاً خالصاً، قال صلى الله عليه وسلم: «أَرْبَعٌ مَنْ كُنَّ فِيهِ كَانَ مُنَافِقًا خَالِصًا، وَمَنْ كَانَتْ فِيهِ خَصْلَةٌ مِنْهُنَّ كَانَتْ فِيهِ خَصْلَةٌ مِنَ النِّفَاقِ حَتَّى يَدْعَها، إِذَا أُوتِيَ حَانَ، وَإِذَا حَدَّثَ كَذَبَ، وَإِذَا عَاهَدَ غَدَرَ، وَإِذَا خَاصَمَ فَجَرَ» أخرجه البخاري (٣٤) ومسلم (٥٨).

(٥) أوردته البخاري معلقاً، في الإجارة، باب أجر السمسرة. وأخرجه ابن أبي شيبة موقوفاً عن علي رضي الله عنه، المصنف (٤/٤٥٠).

- يقضي هذا الحديث بظاهره لزوم الوفاء بشكل الشرط^(١) إلا ما خصّ بدليل مانع، إذ لا يكون المسلم عند شرطه إلا إذا لزمه الوفاء به، فإذا استجمع التصرف القولي مقوماته وشرائط صحته وقّع على الوجه الذي أنشأه، بأن كان أهلاً للتعاقد، وكان المحل قابلاً لأثره، وللعقد ولاية عليه^(٢).

- فالأصل هو الإباحة في حدود قواعد الشريعة ومبادئها، والمنع استثناء؛ لأنّ المستثنى من التصرفات يتنافى ومقتضى تلك القواعد، أو بعبارة أخرى: يخالف النظام الشرعي العام.

ثالثاً - قوله صلى الله عليه وسلم: «الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً أحلّ حراماً، أو حرّم حلالاً، المسلمون على شروطهم»^(٣)

- ووجه استدلالهم بهذا الحديث الشريف: أنّ الذي يحرم اشتراطه هو ما كان مناقضاً للشرع، وأصوله الثابتة، أو بعبارة أخرى: مناقضاً لما كان ثابتاً قطعاً من نصّ خاص^(٤) أو أصل من أصول النظام الشرعي العام؛ لأنّ مناقضة الشرع باطلة، إذ هي مضادة لإرادة الشارع فيما يؤدي إلى ذلك من الشرط يكون باطلاً.

- وعلى هذا فالشرط الذي يحلّ حراماً، أو يحرم حلالاً، باطل للمناقضة والمضادة.

- والشرط الذي يسقط ما أوجبه الله تعالى باطل أيضاً.

- فالشرط الصحيح إذن هو الذي يوجب ما لم يكن واجباً ولا حراماً.

(١) والعموم مستفاد من كلمة (شروطهم)؛ لأنّها من ألفاظ العموم، إذ من المعلوم أن الجمع المضاف يُنفى العموم على ما هو مقرر في علم الأصول.

(٢) البدائع للكاساني (٢٥٩/٥).

(٣) أخرجه أبو داود (٣٥٩٤).

(٤) بتناول المسألة عينها التي تناولها الشرط بحكم مخالف.

- وبدهي أن ما لم يكن واجباً ولا حراماً، هو المباح.
- والمباح هو ما استوى فيه طرفا الفعل والتترك، وجعلت الخيرة فيه للمكلف، يختار أيهما شاء، فإن شاء أقدم، وإن شاء أحجم، على ضوء من مصلحته الذاتية.
- إذا تقرر هذا فإن المتعاقد له أن يلزم نفسه بنفسه، وإرادته الحرة، بأحد طرفي المباح فيوجب الفعل على نفسه، أو يوجب التترك، ألا ترى أن «النادر» له أن يوجب على نفسه ما لم يكن واجباً عليه في الأصل، ويُعد ملتزماً شرعاً بنذره^(١)، بينما لم يكن ملتزماً بذلك قبل النذر، فكذلك الشرط.
- ولا مناقضة هنا؛ لأنَّ كُلَّ ما في الأمر أن الشارع لم يوجب المباح، وعدم الإيجاب لا يدلُّ على نفي الإيجاب، حتى يكون المشتراط مُناقضاً لإرادة الشارع.
- رابعاً: إن الله تعالى قد جعل «مناطق» الحل في التجارة والمعاملات، هو «التراضي» لقوله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾ [النساء: ٢٩] على ما أسلفناه.
- كما علّق جواز الأكل من المال الممنوح هبةً على طيب النفس، وهو الرضا بقوله تعالى: ﴿فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا﴾ [النساء: ٤].
- ولهذا ف«الأصل في العقود رضا المتعاقدين ونتيجتها هو ما أوجباه على أنفسهما بالتعاقد»^(٢).
- وهذا يؤكّد أنَّ الأصل هو الحل والإباحة في التعاقد، إلّا ما ثبت تحريمه.

(١) لقوله تعالى: ﴿وَلْيُوفُوا نُذُورَهُمْ﴾ [الحج: ٢٩] وهذا مذهب الحنابلة في حرية الاشتراط.

(٢) الفتاوى الكبرى (٣/٣٢٩) وينظر أصول التشريع للدكتور الدريني رحمه الله (٢٧٢).

- هذا وعدمُ التَّحريمِ دَلِيلُ الإِبَاحَةِ، وإِلَّا كَانَ التَّحريمُ بغيرِ دَلِيلٍ شَرعِيٍّ وهو تحريمُ ما لم يجرِّمه الله ورسوله، ولا يقولُ به أحدٌ.

خامساً: ما رويَ عَنْ قِضَاءِ عُمَرَ رضي الله عنه أَنَّهُ قَالَ: «إِنَّ مَقَاتِعَ الْحُقُوقِ عِنْدَ الشُّرُوطِ»^(١)

- فهذا الأثرُ يُفيدُ أَنَّ الحقوقَ تتحدَّدُ بالشُّروطِ، وهو بعمومه شاملٌ لكلِّ شَرَطٍ إلا ما خُصَّ بدليلٍ^(٢).

سادساً - الدَّلِيلُ العَقْلِيّ:

- إِنَّ عقودَ المعاوضاتِ الماليَّةِ، وما يقترنُ بها مِنْ شُرُوطٍ هي من قبيلِ المعاملاتِ^(٣) لا العباداتِ.

- والأصلُ في التَّصوُّصِ التي تنظِّمُ المعاملاتِ عُقُوداً وشُرُوطاً التَّعليلُ لتبينِ وَجْهِ المصلحة، وذلكَ لأنَّ الأصلَ في المعاملاتِ أَنَّها شُرِعتْ لمصالحِ النَّاسِ، فيلتفتُ فيها إلى المعاني، والعللِ، والمصالحِ، والأعرافِ المرعية في المعاملاتِ، والأعرافِ تستندُ أصلاً إلى المصالحِ وإلا ما تعارف النَّاسُ عليها، هذا فضلاً عن القياسِ والإجماعِ.

- فما لم يَرِدْ من الشَّارِعِ ما يُحرِّمُ الشَّرْطَ، أو يصطدم مع العرفِ، فهو جائزٌ، تحقيقاً لمصالحِ النَّاسِ التي شُرِعتْ من أجلها أحكامُ المعاملاتِ جملةً.

(١) روي أَنَّ امرأةً اشترطتْ على زَوْجِها في عقدِ زواجها بأنَّ تكونَ سُكَّانها في دارها، ولما أراد نقلها إلى داره رفضت، فتقاضيا إلى عمرَ رضي الله عنه فقال: لها شَرطُها، فقال الرَّجُلُ: إذن يُطلِّقنا، فأجابته عمرٌ بقوله: «مَقَاتِعُ الْحُقُوقِ عِنْدَ الشُّرُوطِ، وهما ما شَرَطْتَ». البخاري مَعْلَقاً في الشُّروطِ، باب الشُّروطِ في المهرِ. وأخرجه ابن أبي شَيْبَةَ في المصنَّفِ (٤٥١/٤).

(٢) إعلام الموقعين (٣٣٨/٣) كشاف القناع (٥٣/٣).

(٣) يُطلِّقُ الفُقَّهَاءُ على «المعاملاتِ» لفظَ (العاداتِ) اصطلاحاً تمييُزاً لها عن العباداتِ.

وَمِمَّا يَدُلُّ عَلَى أَنَّ الْأَصْلَ فِي الْمَعَامَلَاتِ الْإِبَاحَةُ أَيْضاً وَجُودُهَا قَبْلَ وَرُودِ الشَّرْعِ،
فِيحْكَمُ عَلَى كُلِّ تَصَرُّفٍ مُسْتَحْدَثٍ، أَوْ شَرْطٍ، بِالْإِبَاحَةِ اسْتِصْحَاباً لِهَذَا الْأَصْلِ، وَيَنْدَرِجُ
هَذَا الْعَقْدُ الْجَدِيدُ تَحْتَ الْأَحْكَامِ الْعَامَّةِ لِلْعُقُودِ، حَتَّى يَرِدَ دَلِيلُ الْمَنْعِ؛ فَالْمَنْعُ اسْتِثْنَاءٌ.

- وَعَلَى هَذَا فَلَا يُحْكَمُ عَلَى التَّصَرُّفِ الْجَدِيدِ، أَوْ الشَّرْطِ الْمُقْتَرَنِ بِالْعَقْدِ، بِالْمَنْعِ إِلَّا
بِأَحَدِ الشَّرْطَيْنِ أَوْ كِلَيْهِمَا.

الأول: مُنَاقَضَةُ الشَّرْعِ وَنِظَامِهِ الْعَامِّ بِأَنْ يَحِلَّ مَا حَرَّمَهُ اللَّهُ وَرَسُولُهُ.

الثاني: مَنَافَاةُ الشَّرْطِ لِمُقْتَضَى الْعَقْدِ.

وَمُقْتَضَى الْعَقْدِ شَرْعٌ وَقَانُونٌ، وَالْمَنَافَاةُ إِغَاءٌ لِهَذَا الْمُقْتَضَى أَوْ إِغَاءٌ لِلْعَقْدِ نَفْسِهِ، وَلَا
يَجُوزُ لِلتَّنَاقُضِ.

- وَالْوَاقِعُ أَنَّ الشَّارِعَ قَدْ حَدَّدَ لِلْعُقُودِ الَّتِي تَنْشِئُ التَّزَامَاتِ شَرْعِيَةً أَحْكَاماً عَامَةً
وخاصَّةً قَصْدَ بَهَا مَا يَأْتِي:

١- عَدَمُ إِفْضَاءِ التَّصَرُّفِ إِلَى النَّزَاعِ^(١).

٢- حِمَايَةُ الْمُتَعَاقِدِ مِنَ الْغَبَنِ^(٢).

(١) ذَلِكَ لِأَنَّ النَّزَاعَ يَحُولُ دُونَ تَنْفِيذِ الْعَقْدِ، وَتَحْقِيقِ غَايَتِهِ وَهِيَ الْمَصْلَحَةُ الْعَائِدَةُ إِلَى الْمَكْلُفَيْنِ، فَيَقَعُ
النَّاسُ فِي حَرْجٍ، أَوْ يَصْبُحُ التَّعَامُلُ عِبَثاً لَا جَدْوَى مِنْهُ.

وَقَدْ عَلِمَتْ أَنَّ أَصْلَ التَّعَامُلِ قَائِمٌ عَلَى أُسَاسِ تَحْقِيقِ مَصَالِحِ النَّاسِ وَرَفْعِ الْحَرْجِ عَنْهُمْ لِتُسْتَقِيمَ حَيَاتُهُمْ،
فَعَادَ «النَّزَاعُ» فِي التَّعَامُلِ عَلَى أَصْلِ شَرْعِيَّتِهِ بِالنَّقْضِ.

(٢) هُوَ التَّفَاوُتُ بَيْنَ الْقِيَمَةِ الْحَقِيقِيَّةِ وَالثَّمَنِ، وَقَدْ يَكُونُ فَاحِشاً يَتَجَاوَزُ ضَعْفَ الْقِيَمَةِ وَقَدْ يَكُونُ
يَسِيراً مُغْتَفَراً.

- هَذَا وَالْغَبْنُ قَدْ يَكُونُ مَظْهَراً مَادِيّاً لِلتَّدْلِيلِ.

- وَقَدْ يَكُونُ نَتِيجَةً لَاسْتِغْلَالِ نَاحِيَةِ ضَعْفِ فِي الْمُتَعَاقِدِ الْمَغْبُورِ مِنَ الْجَهْلِ بِالْأَسْعَارِ، أَوْ ظُرُوفِهِ =

٣- حماية المتعاقِد من الوقوع في «الغرر».

٤- توافر «الرضا الكامل» حتى لا يُلْزَم المتصرفُ بنتيجة عقده الرضائي على غير رضا منه واختيار.

٥- حمايته من الاستغلال، لظروفٍ عامّة، أو خاصّة، كما في تحريم الاحتكار^(١) والرّبا، واستغلال الاضطراب.

سابعاً: منع إفضاء العقد إلى إسقاط واجب، أو تحليل مُحَرَّم من جهة المآل باتخاذ العقد وسيلةً أو ذريعة إلى ذلك، حماية لمقاصد التشريع من أن يؤذيها أو يهدمها التصرف، إذ لم تشرع العقود ذرائع لهذا المآل الممنوع بداهةً.

- ومن المعلوم أن العقود أو الشروط المحرمة هي التي تتصل بالرّبا أو الغرر، أو يكون محلّها غير قابل لآثارها شرعاً، أو سببها والباعث عليها غير مشروع.

= من الحاجة أو الاضطراب، وهذا منهي عنه، فقد أخرج أبو داود (٣٣٨٢)، عن علي: «نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع المضطرّ»، ولقوله عليه الصلاة والسلام: «غن المسترسل ربا» أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٣٤٩/٥) عن علي رضي الله عنه، وقال الحافظ: سند هذا جيد. والمسترسل هو الجاهل بالأسعار.

- أو قد يكون نتيجة لاستغلال عدم الخبرة أو ضعف نفسي من طيش بين أو هوى جامع، كما يُعدُّ الفقه الوضعي.

(١) أجمع الفقهاء على تحريم «الاحتكار» إذا أفضى إلى الإضرار بالناس، وعده الإسلام جريمة اجتماعية، لتضايف الأحاديث على ذلك، فضلاً عن الأصول العامة اللفظية والمعنوية التي تنهض بهذا التحريم، بدليل الجزاء الأخروي الذي يرتبه الشارع عليها من مثل قوله صلى الله عليه وسلم: «من اختكر على المسلمين طعامهم، ضرب الله بالجدام والإفلاس» وهذا الوعيد الشديد لا يقل عن الوعيد على الرّبا. والعلة الجامعة بينهما أنّهما وسيلتا استغلال الظروف، خاصّة كانت أم عامّة. وقد أخرج الحديث ابن ماجه، في التجارات، باب الحكرة والجلب (٢١٥٥).

- وهذه عناصر تنهض بالنظام الشرعي العام في المعاملات^(١).
على أن دائرة النظام الشرعي العام في الفقه الإسلامي أوسع منها في الفقه الوضعي.

- ويترب على هذا: أن إشراف الشارع على إبرام العقود والاشتراط فيها أبعد مدى من المشرع الوضعي، وذلك تحقيقاً للعدل، والتوازن بين الالتزامات في مضمون العقد، أو اقتصادياته، مما جعل حرية الإرادة الإنسانية أو حرية التعاقد في الفقه الإسلامي أضيق منه في الفقه الوضعي^(٢).

الرأي الثاني (وهو مذهب الظاهريّة): ومؤداه عدم الأخذ بمبدأ «حرية التعاقد» فلم يُجيزوا إحداث أنواع من عقود جديدة لم يتناولها الشارع بعينها تسمية وتنظيماً على ضوء ما ورد من أدلة.

وكذلك لم يأخذوا بهذا المبدأ في «نطاق العقد» فلم يُجيزوا حرية الاشتراط لما في ذلك من تعديل للآثار التي رتبها الشارع على العقد، وآثار العقد «جعلية»^(٣) بمعنى أن الإرادة الإنسانية تنشئ التصرف فقط، وأما آثاره فبترتيب الشارع، لا بفعل المتعاقد، اللهم إلا إذا ورد بالشرط نص، أو انعقد عليه إجماع^(٤).

(١) ينظر النظام الشرعي العام في المناهج الأصولية (٢٣٨، ٢٥٩) وأصول التشريع (٢٥٦، ٣٠٧).
(٢) من المعلوم أنه كلما اتسعت دائرة النظام الشرعي العام الذي يحد حدوداً ويوصل قواعد لا يجوز مخالفتها أو الاتفاق على خلافها تحت طائلة البطلان، كان مجال حرية الإرادة فيه أضيق. مصادر الحق للسنيهوري (٨٠/١-٨١).

(٣) وسيأتي مزيد تفصيل في هذا الموضوع عند بحث الشروط المقترنة بالعقد، فالعقود أسباب جعلية وليست طبيعية، بمعنى أنها أسباب جعلها الشارع طريقاً لآثار رتبها هو عليها.

(٤) الظاهريّة لا يقولون بأصل «التعليل» ولذا لا يُجيزون القياس فلا يُعدونه أصلاً من أصول =

- وعلى هذا فالأصل المنع، حتى يَرِدَ الدَّلِيلُ المرضيُّ من الشَّارِعِ نصّاً أو إجماعاً.
- وهذا ما يقضي به أصلهم من التمسك بظواهر النصوص والوقوف عندها،
ورفض أصل التعليل وما تفرّع عنه من القياس والمصلحة المرسلة.
وأدلتهم في ذلك:

أولاً - قوله صلى الله عليه وسلم: «مَنْ عَمِلَ عَمَلًا لَيْسَ عَلَيْهِ أَمْرُنَا فَهُوَ رَدٌّ»^(١).
قالوا: فهذا النص صريح في اعتبار كلِّ عقد يحدثه الناس، ولم يَرِدْ من الشَّارِعِ نصٌّ
يبيحه بعينه، أو لم ينعقد على مشروعيته إجماع المجتهدين^(٢) باطلاً، والشرط كذلك؛ لأنَّ
الشروط عقود، والعقود شروطٌ إذ العقد يتضمّن التزاماً بنتائجه، فكذلك الشرطُ.
ثانياً - قوله صلى الله عليه وسلم: «ما بال رجال يشترطون شروطاً ليست في
كتاب الله، ما كان من شرط لئس في كتاب الله فهو باطل، وإن كان مئة شرط، قضاءً
الله أحقُّ، وشرط الله أوثق»^(٣).

= التّشريع ومعلوم أن القياس فرع التعليل. أمّا الإجماع فمرّدّه إلى دليل من الشَّارِعِ، إذ لا بُدَّ في
الإجماع من أن يكون له «مستند» من الكتاب و السُّنّة أو من أحدهما.
(١) أخرجه مسلم في الأقضية، باب نقض الأحكام الباطلة (٨٦٧). ومعنى قوله (رد): (باطل)
ومردود).

(٢) يقول ابن حزم في هذا الصّدّد: «فصح بهذا النصّ بطلان كلِّ عقدٍ عقده الإنسان والتزمه إلّا ما
صحَّ أن يكون عقداً جاء النصُّ أو الإجماع بإلزامه باسمه». الإحكام في أصول الأحكام (٣٧/٥)
فالأصل - كما ترى - المنع، والإباحة استثناء. وينظر في هذا الموضوع، بحث الدكتور فتحي الدبرني
رحمه الله في الشروط المقرّنة بالعقد تقييداً في كتاب «الفقه المقارن» طبعة جامعة دمشق ١٩٨٠.
(٣) أخرجه البخاري في المكاتب، باب ما يجوز من شروط المكاتب، ومن اشترط شرطاً لئس في
كتاب الله (٢٥٦١)، ومسلم في العتق، باب: إنّما الولاء لمن أعتق (١٥٠٤).

ووجه استدلالهم بهذا الحديث الشريف، أَنَّهُ صريح الدَّلالة على معناه مِنْ أَنَّ كُلَّ شَرْطٍ - ويشمل العقد - لم يَرِدْ في كِتَابِ اللَّهِ ما ينهضُ بمشروعِيَّتِهِ بعينه، أو لم يَرِدْ به إجماعٌ، باطل^(١).

وعلى هذا فالشَّرْطُ عندَ الظَّاهِرِيَّةِ إما صَحِيحٌ، وإما باطلٌ، ولا واسطة بينهما. وقالوا: إِنَّ الشَّرْطَ الباطِلَ يُبْطِلُ العَقْدَ أَيْضاً^(٢) إِذَا اقْتَرَنَ بِهِ، فَإِنْ لم يَقْتَرَنَ بِهِ فلا أَثَرُ لَهُ^(٣).

مُناقشة مَوْقفِ الظَّاهِرِيَّةِ من حَرِيَّةِ التَّعاقُدِ:

أولاً - إِنَّ الأصلَ الذي بنى عليه الظَّاهِرِيَّةُ مذهبهم في حَرِيَّةِ التَّعاقُدِ، بل وفي تفسيرِ الشَّرِيعَةِ بِوَجْهِ عامٍّ. وهو الوقوفُ عند ظواهرِ النُّصوصِ والجمودُ على ظاهرِ لُغَوِيَّتِها، وسدُّ بابِ الاجتهادِ في «التَّعْلِيلِ» لا يَتَّفِقُ وطبيعةِ التَّشريعِ نفسه؛ أي: تشريعِ كان، وإلَّا لما كانَ ثَمَّةَ فرقٍ بين الدَّرْسِ اللُّغَوِيِّ والاجتهادِ التَّشريعِيِّ.

- ذلك لأنَّ التَّشريعَ ليس مُجَرَّدَ نصوصٍ، بل هو «دلالات» ومعانٍ تَوْخِذُ بِطرائقٍ كثيرةٍ، منها عبارةُ النَّصِّ، وإشارتهُ، ومفهومه الموافقٌ ومفهومه المخالفُ، كما يُؤخَذُ مِنْ لَوازِمِ النَّصِّ العَقْلِيَّةِ^(٤) المُباشِرةِ، وغيرِ المُباشِرةِ، وعن طريقِ مَقاصِدِ التَّشريعِ العامَّةِ^(٥) التي هي أصولُ العَدَلِ ومبانيه، وموجَّهاتُه^(٦).

(١) الإحكام (٤١٢/٨ وما يليها، وص ١٢ وص ١٤) الفتاوى الكبرى (٣/٣٣٣ وما يليها).

(٢) المرجع السابق (٦/٥ وص ١٢ وص ١٤ وص ٣٢).

(٣) الإحكام لابن حزم (٤١٢/٨ وما يليها) و(٦/٥، ١٢، ١٤، ٣٢)، الفتاوى الكبرى (٣٣٣/٨).

(٤) من المقرر في أصولِ الفقه (أن النَّصَّ الدَّالَّ على المعنى الملزوم دالٌّ على المعنى اللازم عقلاً). أصول التَّشريع (٤٢٥).

(٥) اللَوازِمُ العَقْلِيَّةُ المُباشِرةُ ك(دَلالة الإشارة) وغيرِ المُباشِرة ك(دَلالة النَّصِّ، والدَلالة القياسية) إِذْ كُلُّ

- ولهذا لا يتفق أصلهم هذا وطبيعة التشريع نفسه، بل ولا تستقيم معه حياة الناس ومصلحهم.

ثانياً - وأما استدلالهم بقوله صلى الله عليه وسلم: «مَنْ عَمِلَ عَمَلًا لَيْسَ عَلَيْهِ أَمْرُنَا فَهُوَ زِدٌ»^(٢) فنحن نقول بهذا أيضاً، إذ لا نقر عقداً ولا شرطاً يحل ما حرّم الله، أو لا يتفق وأصوله التشريعية الثابتة، أو ينافي مقتضى العقد، أو نصاً خاصاً، ورد في محل الالتزام بالشرط بحكم مخالف.

- ولكن ليس معنى هذا أنه يجب أن يرد من المشرّع نص خاص يتعلّق بالعقد أو الشرط بعينه حتى يحله ويجيزه، فعدم ورود دليل التحريم كافٍ في الدلالة على الحل والمشروعية.

ثالثاً: وأما استدلالهم بنص الحديث: «ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل وإن كان مئة شرط»، فليس المقصود بكتاب الله هنا خصوص القرآن الكريم، بل شرع الله، وما فرضه، كتاباً وسنة، نصوصاً واستنباطاً ودلالات^(٣)، كما قدّمنا.

رابعاً: هذا وإذا كان «الأصل» أن الشارع قد منح الإنسان حرية التصرف فيما يملك من مال أو حق، وعده نافذاً شرعاً، وكان العقد أو الشرط في الوقت نفسه ضرباً

من المعنى العقلي المأخوذ عن طريقهما ليس لازماً عقلياً مباشراً، بل عن طريق العلة المفهومة لُغة في الدلالة الأولى، والمستنبطة اجتهاداً بالرأي في الدلالة الثانية. أصول التشريع الإسلامي (٣٢٨).

(١) أمّا «المقاصد» فهي المصالح العامة والخاصة التي هي غايات النصوص وأحكامها، بل هي المصالح التي شرعت تلك النصوص من أجلها، فكيف يُمكن إغفالها أو إطراحها؟

- لذلك كانت مباني للعدل وموجهاته في التشريع الاجتهادي. المرجع السابق (٢٨٨ وما يليها).

(٢) أخرجه مسلم (٨٦٧).

(٣) أحكام المعاملات الشرعية (٢٠٠ و ٢٤٠ وما يليها).

من التَّصَرُّفِ، نَتَجَّ عن هذه المقدِّمة، أنَّ الشَّارِعَ أَباحَ له حَرِيَّةَ التَّعَاقُدِ عُقُوداً، وشُرُوطاً، بمقتضى هذا الأصل، وليس لأحدٍ ولاية الحجرِ على المالك فيما يملك، إلَّا إذا أضرَّ بغيره من الفردِ أو المجتمع، ضرراً فاحشاً، أو صادَمَ نصّاً خاصّاً، أو ألغى مقتضى العقد، أو اتَّخَذَ من العقدِ وسيلةً لتحليلِ مُحَرَّمٍ أو هدمِ واجبٍ.

خامساً: إذا كان الأصل أنَّ العقدَ أو الشرطَ ضرباً من التَّصَرُّفِ في الملك كما قلنا.

- والتَّصَرُّفُ في الملك نافذٌ شرعاً، فلا يُمكنُ أَنْ يَكُونَ التَّصَرُّفُ نافِذاً إلَّا إذا أُبيحَ للمالك أن يتصرَّفَ فيما يملكُ عن طريقِ العقدِ أو الشرطِ، وإلَّا لم يكن لهذا النفاذِ من معنَى بل لم يكن للملكِ أو الحقِّ من معنَى لهذه الأدلَّةِ كانَ مذهبُ الجمهورِ هو الرَّاجِحُ.



الفصل الثالث

مقومات العقد

المبحث الأول

صيغة العقد

المبحث الثاني

شروط الصيغة (شروط انعقاد)

المبحث الثالث

حلُّ العقد

مَقُومَاتِ الْعَقْدِ^(١) هي ما يُطْلَقُ عليه بَعْضُ الْفُقَهَاءِ (أَرْكَانُهُ وَشُرَائِطُهُ) سِوَاءَ أَكَانَتْ شُرَائِطَ انْعِقَادٍ، أَمْ شُرَائِطَ صَحَّةٍ.

وَقَدْ دَرَجَ كَثِيرٌ مِنَ الْفُقَهَاءِ عَلَى حَصْرِ أَرْكَانِ الْعَقْدِ فِي «الصَّيْغَةِ» وَ«الْعَاقِدِينَ» وَ«الْحَلِّ».

وَقَدْ جَرَى فِقْهَاءُ الْقَانُونِ عَلَى إِضَافَةِ رَكْنٍ رَابِعٍ لِلْعَقْدِ هُوَ «الْبَاعِثُ» وَيُطْلَقُ عَلَيْهِ «السَّبَبُ» الدَّافِعُ إِلَى التَّعَاقُدِ.

غَيْرَ أَنَّهُمْ يَخْلِطُونَ فِيمَا يَبْدُو بَيْنَ شُرَائِطِ الْحَلِّ وَبَيْنَ «الْبَاعِثِ» خَلْطًا لَا يَنْبَغُ عَنِ الدَّقَّةِ فِي التَّمْيِيزِ بَيْنَ الْمَفَاهِيمِ، فَمِنْ ذَلِكَ أَنَّهُمْ يَعْتَبِرُونَ الْعَقْدَ بَاطِلًا لِعَدَمِ مَشْرُوعِيَّةِ السَّبَبِ إِذَا كَانَ اتِّفَاقًا بَيْنَ طَرَفَيْنِ عَلَى أَنَّ يَقُومَ أَحَدُهُمَا بِسَرِقَةٍ، أَوْ جَرِيمَةِ قَتْلِ، وَهَذَا لَيْسَ مِنْ مَعْنَى الْبَاعِثِ فِي شَيْءٍ، بَلْ هُوَ مِنْ قَبِيلِ شُرُوطِ «مَحَلِّ الْعَقْدِ» الَّذِي لَمْ يَتَوَافَرَ فِيهِ شَرْطُ كَوْنِهِ قَابِلًا لِحُكْمِ الْعَقْدِ وَأَثَرِهِ، وَهُوَ «الْمَشْرُوعِيَّةُ» إِذْ مَحَلُّ الْإِلْتِزَامِ هُنَا الْقِيَامُ بِعَمَلٍ، وَمِنْ شُرُوطِهِ أَنْ يَكُونَ مَحَلُّهُ مَشْرُوعًا، وَالْجَرَائِمُ لَيْسَتْ مَحَلًّا لِلإِلْتِزَامِ التَّعَاقُدِيِّ أَصْلًا.

(١) يُطْلَقُ كَثِيرٌ مِنَ الْبَاحِثِينَ فِي الْفِقْهِ الْإِسْلَامِيِّ عَلَى (مَقُومَاتِ الْعَقْدِ) اصْطِلَاحَ (أَرْكَانِ الْعَقْدِ) وَهَذَا الْإِطْلَاقُ لَيْسَ مُتَّفَقًا عَلَيْهِ بَيْنَ الْمَذَاهِبِ الْفِقْهِيَّةِ، فَالْحَنْفِيَّةُ يُطْلِقُونَ الرُّكْنَ عَلَى مَا كَانَ جُزْءًا مِنَ الْمَاهِيَّةِ، بَحْثٌ لَا تَحَقُّقٌ إِلَّا بِهِ، وَالْعَقْدُ لَا رُكْنَ لَهُ بِهَذَا الْمَعْنَى إِلَّا «التَّرَاضِي» أَوْ «صَيْغَةُ الْعَقْدِ» مِنَ الْإِجَابِ وَالْقَبُولِ وَمَا يَقُومُ مَقَامَهَا، وَمَا عَدَا ذَلِكَ فَلَوَازِمُ الْعَقْدِ لَا يُتَصَوَّرُ قِيَامُهُ إِلَّا بِتَوَافُرِهَا، وَهِيَ خَارِجَةٌ عَنِ مَاهِيَّتِهِ، وَلِذَلِكَ لَا يَتَحَقَّقُ فِيهَا مَعْنَى الرُّكْنِ عِنْدَ الْحَنْفِيَّةِ.

أَمَّا الْمَالِكِيَّةُ وَمَنْ مَعَهُمْ، فَيُطْلِقُونَ الرُّكْنَ عَلَى مَا هُوَ أَعْمُ مِنَ الْجُزْءِ الدَّاخِلِ فِي مَاهِيَّةِ الشَّيْءِ، إِذْ لَا تَتَحَقَّقُ ذَاتِيَّتُهُ إِلَّا بِهِ، وَعَلَى مَا يَتَوَقَّفُ عَلَيْهِ وَجُودُهُ، مِمَّا هُوَ خَارِجٌ عَنِ مَاهِيَّتِهِ، وَلِذَا أَطْلَقْنَا كَلِمَةَ «الْمَقُومَاتِ» تَلَاْفِيًا لِهَذَا الْخِلَافِ.

وأما الباعث فأمراً وراء ذلك، إذ يقصد به الدافع أو «العنصر النفسي» الذي يحمل المتعاقد أو كليهما على تحقيق غرض غير مباشر، فضلاً عن الغرض الأصلي للتصرف، وذلك باتخاذ التصرف المشروع في ذاته ذريعة أو وسيلة لتحقيق غرض مشروع، مع كون العقد في ذاته، صحيحاً مستكماً أركانه وشرائطه، صيغة ومحلاً وأهلية. وأياً ما كان، فالفقهاء قد تناولوا هذا «السبب» بالبحث، ولا سيما الإمام الشاطبي من الأصوليين، والفقهاء في الفروع - والحنابلة بوجه خاص - قد نصوا على ذلك تطبيقاً لفكرة الباعث بقولهم: «بيع العنب ممن يعصره خمراً باطل»^(١).

ومنشأ البطلان أو علته، هو حرم قواعد الشريعة، بإحلال محرم أو هدم واجب باتخاذ التصرف المشروع وسيلة إلى ذلك، وهذه مناقضة لقصد الشارع، فالمناقضة بين القصدين، قصد المكلف، وقصد الشارع، سبب مبطل للتصرف أو العقد بالإجماع، بما اتخذ وسيلة لتحقيق غرض غير مشروع، وهو ضرب من التعاون على الإثم، المنهي عنه بالنص.

غير أن «السبب» بهذا المعنى ليس ركناً في العقد، بل هو شرط انعقاد، أو شرط صحة، على رأي الجمهور، إذ لا يفرقون بينهما من جهة أثرهما في إبطال العقد عند انتفائهما، بمعنى أنه يشترط أن يكون «الباعث» مشروعاً.

هذا ولا خلاف بين الفقهاء والأصوليين^(٢)، في وجوب إعمال «الباعث» في التصرف أو العقد، بوجه عام، وإنما الخلاف في التطبيق؛ أي في تحقيق مناطه، فترى فريقاً

(١) المغني (٢٢٣/٤)، الفتاوى الكبرى (٤٠/٣) وما يليها) وانظر نظرية الباعث في هذا الكتاب.

(٢) خلافاً للحنفية الذين يفرقون بين شرط الانعقاد، وهو شرط تكويني، لا قيام للركن إلا به، فيؤثر انتفاؤه على قيام العقد وانعقاده، فيكون باطلاً، بخلاف شروط الصحة فتأثير انتفائه مقصور على إحداث خلل في وصف العقد من الفساد، دون البطلان كما تعلم.

منهم يكتفي بالقرائن دليلاً على تحقيق مناطه في الوقائع، وهذا أخذ بما يُسمى بالإرادة الباطنة فيبطل العقد ولو كان سليماً من جهة الشكل، وهؤلاء هم المالكيّة والحنابلة. وأمّا الفريق الآخر، فيأخذ بالإرادة الظاهرة، ولا يعبأ بالقرائن على عدم مشروعية الباعث، ليبطل العقد الصحيح من جهة الشكل والظاهر، بل يشترط أن يكون «الباعث» مصرحاً به في عبارة أو صيغة العقد ليعتبره، وهذا أخذ بالإرادة الظاهرة. وهكذا ترى أن الخلاف في تحقيق المناط، لا في أصل القاعدة^(١).

فتلخص أن مقومات العقد في الفقه الإسلامي أربعة: (الصيغة، المحل، العاقدان، السبب أو الباعث) وستناول بالبحث هنا المقومات الثلاثة الأولى، أمّا السبب أم الباعث فقد أفردناه بنظرية مستقلة في الكتاب.

(١) هذا فيما يتعلّق بالسبب، وقد آثرنا تقديم هذه الإشارة إليه لكي نحيله إلى «نظرية الباعث».

المبحث الأول

صِيْغَةُ الْعَقْدِ

الفرع الأول : مكونات الصيغة

الفرع الثاني: المادة اللغوية، والصيغة الزمنية للفظ

الفرع الثالث: التعبير عن الإرادة من دون صيغة

يُؤَصِّلُ الفقه الإسلامي قاعدةً عامَّةً مؤدَّاهَا أَنَّ «التَّرَاضِيَّ هُوَ أَسَاسُ التَّعَاقُدِ» بِمَعْنَى أَنَّ «العقد» لَا يَنْشَأُ شَرْعاً إِلَّا بِالتَّرَاضِيِّ، وَقَدْ ثَبِتَ ذَلِكَ بِالْكِتَابِ وَالسُّنَّةِ، وَهَذَا مَا يُطْلَقُ عَلَيْهِ الْيَوْمَ «مَبْدَأُ الرِّضَائِيَّةِ فِي الْعُقُودِ».

أَمَّا الْكِتَابُ، فَلِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾ [النساء : ٢٩]، وَالتِّجَارَةُ تَشْتَمِلُ سَائِرَ الْعُقُودِ وَالْمَعَامَلَاتِ.

وَوَجْهُ الدَّلَالَةِ أَنَّ الشَّارِعَ الْحَكِيمَ قَدْ جَعَلَ «التَّرَاضِيَّ» أَسَاسَ نُشُوءِ الْعَقْدِ وَحِلِّ انْتِفَاعٍ كُلِّ مِنَ الْمُتَعَاقِدَيْنِ بِمَالِ الْآخَرِ إِذَا اسْتَوْفَى سَائِرَ شُرَاطِهِ، وَعَبَّرَ بِهِ (الْأَكْلُ) لِأَنَّهُ مِنْ أَعْظَمِ ضُرُوبِ الْانْتِفَاعِ، لَا لِلتَّخْصِيصِ بِهِ، هَذَا فِي الْعُقُودِ التَّبادُلِيَّةِ الْمَالِيَّةِ.

وَأَمَّا فِي التَّبَرُّعَاتِ فَكَذَلِكَ، فَلِقَوْلِهِ سُبْحَانَهُ: ﴿فَإِنْ طِينٌ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا﴾ [النساء : ٤]؛ وَهَذَا صَرِيحٌ بِأَنَّ طَيِّبَ نَفْسِ الْمُتَبَرِّعِ هُوَ أَسَاسُ نُشُوءِ حَكْمِ حِلِّ انْتِفَاعِ الْمُتَبَرِّعِ لَهُ بِالْمُتَبَرِّعِ بِهِ مِنْ مَالِ الْمُتَبَرِّعِ.

يُؤَكِّدُ هَذَا قَوْلُهُ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «إِنَّمَا الْبَيْعُ عَنْ تَرَاضٍ»، وَقَوْلُهُ: «لَا يَحِلُّ مَالٌ أَمْرِيٍّ مُسْلِمٍ إِلَّا بِطَيِّبِ نَفْسِهِ»^(١).

غَيْرَ أَنَّ «الرِّضَا» أَوْ «طَيِّبِ النَفْسِ» عِنَصَرٌ نَفْسِيٌّ، لَا يُمَكِّنُ الْإِطْلَاعَ عَلَيْهِ، فَأَنَاطَ الشَّارِعُ حَكْمَ «العقد» بِمَا يَقُومُ مَقَامَ هَذَا الْعِنَصَرِ النَّفْسِيِّ الْحَقِيقِيِّ وَهُوَ «الصَّيْغَةُ» لِكُونِهَا أَمْرًا مَادِيًّا ظَاهِرًا مُنْضَبِطًا مُدْرَكًا مُحْسُوسًا؛ يُمَكِّنُ إِثْبَاتَهُ أَمَامَ الْقَضَاءِ عِنْدَ النَّزَاعِ، وَسَنُفِ^(٢) الشَّارِعِ فِي مِثْلِ هَذَا أَنْ يُقِيمَ السَّبَبَ الظَّاهِرَ الْمُنْضَبِطَ مَقَامَ الْأَمْرِ الْحَقِيقِيِّ مَنَاطًا لِلْحُكْمِ، كإِقَامَةِ السَّفَرِ مَقَامَ الْمَشَقَّةِ غَيْرِ الْمُعْتَادَةِ - لِحَفَائِهَا - رُخْصَةً لِلْفِطْرِ فِي رَمَضَانَ.

(١) تَقَدَّمَ تَحْرِيجُ الْحَدِيثَيْنِ.

(٢) السَّنُّ - بَفَتْحِ السِّينِ وَالنُّونِ - الطَّرِيقَةُ الْمَسْلُوكَةُ فِي الشَّرْعِ، أَوْ الْقَاعِدَةُ الْعَامَّةُ.

فَالصَّيْغَةُ إِذْنٌ أُقِيمَتْ مَقَامَ التَّرَاضِي لِحِفَائِهِ مُظْهِراً لَهُ وَدَلِيلاً عَلَيْهِ.

معنى الصَّيْغَةِ:

الصَّيْغَةُ هِيَ مَا يَصْدُرُ عَنِ الْعَاقِدِينَ، مِنَ الْإِيجَابِ وَالْقَبُولِ، أَوْ مَا يَقُومُ مَقَامَهَا، مِنَ الْكِتَابَةِ، وَالْإِشَارَةِ، وَالْمُبَادَلَةِ الْفَعْلِيَّةِ^(١)، قَرِينَةٌ دَالَّةٌ عَلَى التَّرَاضِي، أَوْ أَمَارَةٌ عَلَى الْإِرَادَةِ الْخَفِيَّةِ. وَبِعِبَارَةٍ أُخْرَى، مَا يَصْدُرُ عَنِ الْمُتَعَاقِدِينَ مِنْ قَوْلٍ أَوْ فِعْلٍ دَلِيلاً عَلَى الْإِرَادَةِ. وَصَيْغَةُ الْعَقْدِ هَذِهِ أَضَحَتْ هِيَ الْمَنَاطُ؛ لِأَنَّهَا عَلَلُهُ نَشْوءَ الْعَقْدِ وَسَبَبَ قِيَامِهِ، دُونَ الْإِرَادَةِ الْحَقِيقَةِ، لِحِفَائِهَا.

عَلَى أَنَّ هَذِهِ «الصَّيْغَةُ» تَصْلُحُ «مَظْنَّةً» لِلتَّرَاضِي، مَا لَمْ يَقُمْ دَلِيلٌ قَاطِعٌ أَوْ قَرِينَةٌ قَوِيَّةٌ تَنْقُضُهَا، وَتَدُلُّ عَلَى أَنَّهَا لَا تُفْصِحُ عَنِ الْإِرَادَةِ فَعِلاً، فَتَصْبِحُ حِينَئِذٍ مَفْرَغَةً مِنْ مَضْمُونِهَا، كَمَا إِذَا وَجَدْتَ «الصَّيْغَةَ» وَكَانَ أَحَدُ الْعَاقِدِينَ مَجْنُوناً، أَوْ صَبِيّاً غَيْرَ مُمِيزٍ، لَا انْتِفَاءَ الْإِرَادَةِ قَطْعاً، فَتَصْبِحُ «الصَّيْغَةُ» عِنْدئِذٍ غَيْرَ ذَاتِ مَوْضُوعٍ أَوْ مَضْمُونٍ فَتَبْطُلُ بِالتَّالِي سَبَبِيَّتُهَا لِنَشْوءِ الْعَقْدِ، لِقِيَامِ الدَّلِيلِ عَلَى انْتِفَاءِ أُسَاسِهِ وَهُوَ الْإِرَادَةُ.

وَعَلَى هَذَا فَالصَّيْغَةُ لَيْسَتْ دَلِيلاً قَاطِعاً عَلَى الْإِرَادَةِ، وَإِنَّمَا هِيَ مُجَرَّدُ قَرِينَةٍ تَحْتَمِلُ إِبْتَاتَ الْعَكْسِ، وَهَذَا مَا نَسْمِيهِ «الْمَظْنَّةَ» لِقِيَامِ احْتِمَالِ بُطْلَانِهَا بِالْدَّلِيلِ الْقَوِي.

هَذَا وَيُطْلَقُ عَلَى «الصَّيْغَةِ» مِنْ قَوْلٍ أَوْ فِعْلٍ، «الْإِرَادَةُ الظَّاهِرَةُ» بِاعْتِبَارِهَا مُظْهِراً تَعْبِيرِيّاً عَنِ الْإِرَادَةِ الْبَاطِنَةِ، أَوِ التَّرَاضِي النَّفْسِيِّ وَالْمَفْرُوضِ فِي الْإِرَادَةِ الظَّاهِرَةِ «الصَّيْغَةُ» أَنْ تَكُونَ مُطَابِقَةً لِلْإِرَادَةِ الْبَاطِنَةِ حَتَّى تَصْلُحَ دَلِيلاً عَلَيْهَا؛ لِأَنَّهَا مُظْهِرٌ لَهَا، وَقَائِمَةٌ مَقَامَهَا، كَمَا بَيَّنَّا.

(١) يُعَبَّرُ عَنْهُ بِالتَّعَاطِي.

هذا والأصل في «الصَّيْغَةِ» أَنْ تَكُونَ بِالْقَوْلِ؛ لِأَنَّهُ أدل على المراد، غَيْرَ أَنَّ الشَّارِعَ، أَجَازَ أَنْ تَكُونَ أداة التَّعْبِيرِ بِالْقَوْلِ، أو الكتابة أو الإشارة، أو الفعل، تيسيراً للناس ورفعاً للحرج عنهم واستجابة أحياناً لمقتضيات الضَّرورة، كما سيأتي تفصيله.

الفرع الأول : مكونات الصَّيْغَةِ

تتكون الصَّيْغَةُ في العقود التبادلية، أو ثنائية الطَّرَفِ، من الإيجابِ والقبولِ. الإيجابُ لغةً هو الإثباتُ، مِنْ أَوْجَبَ على نَفْسِهِ أي أثبتَ وألزمَ، وهذا هو معنى الالتزام^(١).

والقبولُ لغةً بمعنى التَّصديق والموافقة والرضا والإقرار والرَّغْبَةُ بمضمون الإيجابِ السَّابِقِ، بجميع عناصره، ورضاه هذا هو أساس التَّزامِهِ في مُقَابِلِ التَّزامِ الأوَّلِ، إذا استوفى شرائطه.

وَأَمَّا اصطلاحاً فلم تَتَّفَقْ كلمةُ الفُقَهَاءِ على معنى «الإيجابِ والقبولِ»:

أ- فذهبَ الحنفِيَّةُ^(٢)، إلى أَنَّ الإيجابَ هو ما صَدَرَ أَوَّلًا من أَحَدِ الْمُتَعَاقِدَيْنِ «المُتَمَلِّكُ» أو «المُتَمَلِّكُ»، دالًّا على إرادته الجازمة لإنشاء العقد في الحال، والرضا بالالتزام بآثاره.

وَأَمَّا والقبولُ «ما صَدَرَ ثانياً من الطَّرَفِ الآخر، معبراً عن إرادته الجازمة»^(٣) أيضاً في الموافقة على جميع ما تَضَمَّنَهُ الإيجابُ من عناصر، لتتم المطابقة بينهما».

(١) هذا والمعنى اللُّغَوِيّ لا يبعد عن المعنى الفقهِيّ؛ لِأَنَّ الموجب يُثْبِتُ على نَفْسِهِ مضمون قوله، ويلتزم به، إذا انضمَّ قبولُ الآخر إلى إيجابِهِ هذا وكان موافقاً له.

ينظر فتح القدير (٢/٢٤٤) والفروق للقراي: الفرق الثالث.

(٢) فتح القدير (٢/٢٤٤)، الفروق للقراي (ص: ٢)، الفرق الثالث.

(٣) التَّعْبِيرُ بالإرادة الجازمة هنا لنفي التردد، والوعد في المستقبل، أو التعليق الحقيقي على شَرْطٍ =

وعلى هذا فلو قال المشتري: اشتريت منك هذه الأرض، بمئة ألفٍ كان ذلك إيجاباً بضدوره أولاً، ولو كان الموجب هنا متمكناً وهو المشتري، حتى إذا قال البائع: رضيت أو قبلت، كان ذلك قبولاً، لضدوره ثانياً، ولو كان هو المملّك.

وتعليل ذلك، أنّه لا يتصوّر تقديم القبول؛ لأنّ التّقديم إنّما يكون للإيجاب، بقطع النّظر عن كون الموجب مملّكاً، فالصّادر أولاً هو الإيجاب.

هذا ولو قدم القبول لم يكن قبولاً، لانتفاء معناه، كما لا يتصوّر «تعاصر» الإيجاب والقبول، بل لا بُدّ من تعاقبهما، حتى لو تعاصرا لم ينعقد العقد^(١).

ب- وذَهَبَ غير الحنفية^(٢)، إلى أن:

الإيجاب هو ما يصدر عن المملّك (البائع)^(٣) دون المملّك ولو صدر متأخراً، إذ العبرة بمعنى التّملك والتّملك، لا بتقدم صدور العبارة وتأخرها.

والقبول: هو ما صدر عن المملّك (المشتري).

ولكننا نرى أنّ مذهب الحنفية أرجح، إذ القبول معناه أن شيئاً قد تقدمه، ثم تمت الموافقة عليه إطلاقاً للألفاظ على حقيقة مدلولاتها.

على أن كلمة «نعم» تكفي في الدّلالة على الموافقة والقبول، إذا تقدمها الإيجاب.

= في المستقبل، على خطر الوجود والعدم، أو بالأحرى لإخراج ما لا يُفيد إنشاء العقد في الحال جزماً.

(١) البحر الرائق (٢٦٢/٥-٢٦٣)، مجمع الأنهر (٤/٢).

(٢) ينظر نهاية المحتاج (٢٧/٢).

(٣) كالبائع مثلاً؛ لأنّه مالك المبيع، فكان عقد البيع لتملك المبيع للمشتري، من قبل مالكة وهو البائع.

الفرع الثاني

المادّة اللُّغَوِيَّة، والصِّيغَةُ الزَّمَنِيَّة لِلْفِظ

أ- المادّة اللُّغَوِيَّة: الأصل في التَّعْبِيرِ عن الإرادةِ هو اللَّفْظُ لسهولة، وقوة دلالاته، ولذا كان أكثر استعمالاً، وكان غيره من الكتابة، أو الإشارة، أو الفعل، قائماً مقامه.

وليس معنى هذا أنَّ الفُتُهَاءَ قالوا بتعيين «اللَّفْظ» أداة للتَّعْبِيرِ عن الإرادةِ بحيث لا يتحقَّقُ الإيجابُ والقبولُ إلَّا به، فهذا ما لم يقل به أحد، وإنَّما الذي ذهبوا إليه أنَّ كُلَّ لفظٍ واضح الدلالةِ بيِّنُ الإفصاحِ عن إرادةِ العاقدِين إنشاءً للعقدِ في الحالِ سواء أكان على سبيل الحقيقة أم المجاز، ما دام مَصْحُوباً بالقرينة الدَّالَّةِ، تتحقَّقُ به الصِّيغَةُ من الإيجابِ والقبول، وَيَنْشَأُ العقدُ شرعاً، لتوافُرِ رُكْنِهِ، فليس اللَّفْظُ شرطاً.

غَيْرَ أَنَّ الشَّافِعِيَّةَ والحنابلةَ استثنوا من هذا الأصلِ عَقْدَ الزَّوْجِ، فأوجبوا أنَّ تَكُونَ صيغَةُ الإيجابِ في هذا العقدِ بِلَفْظِي (النِّكَاحِ، والتَّزْوِيجِ، ومُشْتَقَّاتِهِمَا) دون غيرهما مِنْ الألفاظِ، ولو كانت واضحة الدلالة، حقيقة أو مجازاً، لقيام القرينة، ذهاباً منهم إلى أنَّ هذا العقد لخطورته، حيث يحل المرأة بعد أن كانت حراماً، وجليل آثاره من النسل وبناء الأسرة، جعل الغلبة للمعنى التَّعْبُدِي فيه، فأوجب ذلك الوقوف عند مادّة اللَّفْظ التي عبَّرَ بها القرآن والسنة، لإنشائه، وهو النِّكَاح والزَّوْج ومشتقاتهما، تعبداً.

أمَّا الحنفيَّةُ والمالكيَّةُ فلم يفرقوا بين عَقْدِ الزَّوْجِ وغيره في هذا الصدد، فكان اللَّفْظ الذي يتحقَّقُ به الإيجابُ في عَقْدِ الزَّوْجِ في فقههم أكثر يسراً، إذ أجازوا كُلَّ لفظ يدُلُّ على تمليك العين، ولو مجازاً، إذا قامت القرينة التي تدلُّ على معنى الزَّوْجِ، من تسمية المهر وقدره وإحضار الشهود، شريطة أن يكونَ الشهود على بينة من هذا المعنى أيضاً،

بحيث لا يعتريه لبس ولا إبهام، عملاً بمقتضى القاعدة: «العبرة في العقود للمعاني، لا للألفاظ والمباني»^(١).

وعلى هذا ينعقد الزواج بالكنايات من الصدقة، والجعل، والتأمليك والهبة، إذ يجمع بينهما معنى مشترك، هو «تمليك العين»^(٢) والقرينة تصرّفه إلى معنى الزواج المقصود، وهو ما لم يجزه الشافعية والحنابلة، كما ذكرنا، وهؤلاء وإن عملوا بمقتضى قاعدة «العبرة في العقود للمعاني» في إنشاء العقود، لكنهم استثنوا منها عقد الزواج لما بينا.

فلو قالت المرأة: وهبتك نفسي على مهر قدره عشرة آلاف. وقال مُريدُ الزواج: قَبِلْتُ أو رَضِيتُ. تمَّ العقد بلفظ «الهبة» لقيام القرينة، وهو تسمية المهر ومقداره على إرادة معنى الزواج مجازاً، والمعنى المشترك بين الهبة والزواج وهو «تمليك العين» في كُلِّ منهما، بما يسوّغ استعمال الهبة كنايةً عن الزواج، والعبرة في العقود للمعاني، وهذا المعنى ظاهر للشهود كذلك، خلافاً للشافعية والحنابلة، إذ لا يرون انعقاد الزواج بذلك، بل لا بدّ في اجتهادهم من استعمال لفظ (النكاح والزواج ومشتقاتهما) كما ذكرنا.

أما «القبول» في عقد الزواج فلا يُشترط أن يكون بلفظ الزواج أو النكاح، بل يصحُّ بكُلِّ لفظ يدلُّ على الموافقة والرضا، كقوله قبلت أو رضيت، إجماعاً.

وعلى هذا فالفقه الإسلامي - بوجه عام - لا يتعلّق بالشكليّة أو اللَّفْظِيّة في إنشاء العقود.

(١) مجلة الأحكام العدلية (مادة ٣).

(٢) ويلزم عن هذا أنه لا ينعقد النكاح بكُلِّ لفظ لا يُفيد ذلك؛ أي: تمليك العين، بأن كان لتمليك المنفعة، بعوض أو بدون عوض أو الاحتباس من مثل: الإعارة أو الوديعة، أو الإجارة ... أو ما إلى ذلك.

على أَنَّ الفقهاء استثنوا عَقْدَ الزَّوْاجِ - أيضاً - من الأصل العام، وهو جواز التَّعَاقدِ بالنُّطْقِ أو الكِتَابَةِ، أو الإشارة، أو المُبَادَلَةِ الفِعْلِيَّةِ فلم يُجِيزُوا التَّعَاقدَ فيه إِلَّا بالنُّطْقِ وحده، إِذَا كَانَ بين حاضرين، وذلك لمكان الشهود شَرْطاً في صحَّةِ عَقْدِ الزَّوْاجِ، إِذْ لَا يَأْتِي سماعهما للإيجاب والقبول في وقتٍ واحدٍ، إِلَّا إِذَا كَانَ التَّعَاقدُ باللفظ، مِنْ دُونِ غيره من الكِتَابَةِ وما إليها.

نعم، يَجُوزُ التَّعَاقدُ بالكِتَابَةِ في عَقْدِ الزَّوْاجِ بين غائبين لضرورة الغيبة، ولا ضرورة إِذَا كَانَ بين حاضرين.

هذا؛ وَنُرجِّحُ اجتهد الحنفية والمالكية فيما يَتَعَلَّقُ بالمادَّةِ اللَّفْظِيَّةِ التي يَتَحَقَّقُ بها الإيجاب والقبول في عَقْدِ الزَّوْاجِ، بحيث ينعقد - كسائر العقود - بكُلِّ لفظ يدلُّ عليه حقيقة أو مجازاً، إِذِ العبرة في العقود للمعاني كما ذكرنا.

يؤيِّدُ هذا أَنَّ القرآنَ والسُّنَّةَ المطهَّرة قد وردَ فيهما استعمالُ لفظِ «الهِبَةِ» و«التَّمْلِيكِ» تعبيراً عن الزَّوْاجِ مجازاً مع اصطحاب القرينة الدَّالَّةِ على ذلك، كما في قوله تعالى: ﴿وَأَمْرَأَةٌ مُؤْمِنَةٌ إِنْ وَهَبَتْ نَفْسَهَا لِلنَّبِيِّ إِنْ أَرَادَ النَّبِيُّ أَنْ يَسْتَنْكِحَهَا خَالِصَةً لَكَ مِنْ دُونِ الْمُؤْمِنِينَ﴾ [الأحزاب: ٥٠]^(١).

وكذلك في قوله صلى الله عليه وسلم: «أَذْهَبَ فَقَدْ مَلَكَتُكُهَا بِمَا مَعَكَ مِنَ الْقُرْآنِ»^(٢) وأما سائر العقود فيصِحُّ انعقادها بشكل لفظ يدلُّ على إرادة إنشائها،

(١) ولا يُقالُ أن لفظ «الهِبَةِ» في الآية الكريمة، إِنَّمَا كَانَ جواز استعمالها تعبيراً عن الزَّوْاجِ، من باب «الخصوصية» للنَّبِيِّ صلى الله عليه وسلم، ومعلوم أَنَّ ما كَانَ وارداً في الشَّرْعِ على سبيل الخصوصية فإن حكمه لا يعم، لا يُقالُ هذا؛ لِأَنَّ «الخصوصية» في الواقعِ إِنَّمَا كانت في إباحة الزَّوْاجِ للرسول صلى الله عليه وسلم بدون مهر، لا في استعمال لفظ مكان لفظ.

(٢) أخرجه البخاري في فضائل القرآن، بابُ القِرَاءَةِ عَنْ ظَهْرِ الْقَلْبِ (٥٠٣٠).

بالكتابة مطلقاً، بل وبغير ذلك من وسائل التعبير ، والقاعدة العامة في هذا أن «الكتاب كالخطاب»^(١).

وتأسيساً على هذا؛ فإن «اللفظ» وإن كان هو الأصل في التعبير عن الإرادة التعاقدية، بل عن المعاني النفسية عامة، وأنه أيسر، وأدق، من جهة كونه الإرادة الطبيعية العامة، بدليل أنه أكثر استعمالاً، غير أن الفقه الإسلامي لم يوجب استعمال «اللفظ» أو التطق سبيلاً متعيناً لإنشاء العقود، ولا استعمال ألفاظ معينة بذاتها خاصة بكل عقد على حدة من دون غيرها وعلى سبيل الحصر، تعلقاً بالشكلية أو اللفظية، بل كل لفظ بين الدلالة على هذه الإرادة، يصلح أداة للتعبير عنها، حسب عرف الناس في مخاطبتهم، وتعاملهم ويتحقق بها الإيجاب والقبول وينشأ العقد، كما يجوز بالكتابة وغيرها، مما تعارفه الناس وسائل للتعبير عن إرادتهم لوحدة المناط، على ما سيأتي بيانه. فلا شكلية ولا لفظية في إنشاء العقود والتصرفات في الفقه الإسلامي.

ب - الصيغة الزمنية للفظ الذي يتحقق به الإيجاب والقبول:

للفعل - كما هو معلوم - ثلاث صيغ زمنية: الماضي ، المضارع ، والأمر.

١- أما صيغة الماضي، فالأصل أنها للإخبار عن فعل حدث في الزمان الماضي وانتهى قبل زمن التكلم، غير أن الشارع اتخذها صيغة للإنشاء، في عرفه هو، والحقيقة الشرعية مقدمة على الحقيقة اللغوية في الاعتبار.

وبيان ذلك أن الحقيقة الشرعية للعقد هي (إنشاء معنى في الحال لم يكن حاصلاً من قبل)، وهذا المعنى لا يوجد في اللغة صيغة خاصة به تدل عليه؛ لأن الفعل الماضي إخبار عن حدث وقع في الزمن الماضي وانتهى قبل زمن التكلم، ولم يوضع أصلاً لإنشاء

(١) مجلة الأحكام العدلية (مادة: ٦٩).

معنى في الحال وعند التكلم، لذا اصطفى المشرع للدلالة على معنى الإنشاء صيغة الماضي^(١)؛ لأنها أدل على وقوع وتحقيق معنى إيجاد العقد في الحال، من دون غيرها من الصيغ الزمنية، فكان الماضي ذا حقيقة شرعية في عرف المشرع، فينقذ به العقد من دون حاجة إلى قرينة أو نية.

على أن عرف الناس قد جرى على استعمال صيغة الماضي في الإيجاب والقبول لإنشاء العقود في عصر الرسول صلى الله عليه وسلم بل قبل الإسلام، والمشرع باصطفائه هذه الصيغة حقيقة شرعية للتعبير عن إرادة إنشاء العقد في الحال يكون قد أقر هذا العرف الاستعمالي.

وأيّاً ما كان، فمرد صيغة الماضي مظهراً للتعبير عن التراضي، بحيث ينعقد بها العقد بذاتها، من دون توقف على أي شيء آخر، هو الشرع، اصطفاءً أو إقراراً، وكذلك في التصرف الفردي، من مثل: (طلقت، وخالعت، ووفقت، وأبرأت).

هذا وصيغة اسم الفاعل كصيغة الماضي، ينعقد بها العقد بذاتها من مثل: إني (موص، أو واقف، أو بائع) تعبيراً عن الإيجاب. وإني (مشتري، أو راض، أو قابل) تعبيراً عن القبول وما مثله. كل ذلك ينعقد به العقد، من دون توقف على نية أو قرينة.

على أن العرف في صيغ العقود مُحَكَّم.

وعلى هذا فإن صيغة الماضي للأفعال عُدَّت في حد ذاتها سبباً يَنْشَأُ العقد به، ولو أنّها في أصلها اللغويّ إخبار تقديماً للحقيقة الشرعية على الحقيقة اللغوية، كما أشرنا، وهذا مما انعقد عليه الإجماع.

(١) قد وردت في السنة أدلة تفيد استعمال الرسول صلى الله عليه وسلم صيغة الماضي في إنشاء العقد.

٢- صيغة المضارع: الفقهاء يؤثرون التعبير بصيغة الماضي؛ لأنها أدل على الإرادة الجازمة في إنشاء العقد حال التكلم، وتحقق معناه من سواها، فكانت أفضل، ولكنها ليست شرطاً لصلاحية الصيغة لانعقاد العقد بها فلو عبّر العاقدان بصيغة المضارع، وقامت القرينة على إرادة إنشاء العقد في الحال، انعقد العقد بها أيضاً، لكن لا بُدَّ من ثبوت النية أو قيام القرينة التي تثبت هذا القصد. ذلك لأنَّ (صيغة المضارع) ليست متمحضة الدلالة على الحال، في أصل وضعها اللغوي بل تحتلُّ الدلالة على المستقبل أيضاً، وترجيح دلالتها على الحال إنما يكون بالنية والقصد أو القرائن الملازمة.

فإذا قال: أبيعك هذا البيت بمبلغ كذا الآن. وقال الآخر: رضيت وقبلت. انعقد العقد بها، لقيام (النية) على إرادة إنشاء العقد في الحال، بقوله (الآن) وهي قرينة لفظية تقطع احتمال إرادة معنى الاستقبال الذي يُفيد الوعد بإنشاء العقد في المستقبل أو المساومة، مما يتنافى مع الإرادة الجازمة التي تتجه إلى إنشاء العقد في الحال لأنها أساس التعاقد، أو مناط الانعقاد.

وتفسير اشتراط النية أو قيام القرائن في استعمال (صيغة المضارع) هو كثرة استعمال هذه الصيغة في الاستقبال^(١) دون الحال، وهو مما يضاد معنى العقد وحقيقته، من جهة كونه إنشاء معنى في الحال، باتجاه الإرادة الحاسمة النهائية إلى ذلك، فلا ينعقد العقد بهذه الصيغة إلا بالنية، أو بالقرائن الملازمة التي تدلُّ على ترجيح إرادة الإنشاء في الحال، وقطع احتمال الوعد أو المساومة في المستقبل، وعلى هذا فإذا لم تثبت النية، أو القرينة، لا ينعقد العقد بهذه الصيغة، كما قلنا. ومن باب أولى، لا ينعقد العقد بهذه

(١) اتفق الفقهاء على أن «صيغة المضارع» إذا تمحّضت للدلالة على الحال، عرفاً، انعقد بها العقد، دون توقف على قرينة.

الصَّيْغَةُ (المضارع) إذا اقترن بها ما يدلُّ على تمحضه للاستقبال، من مثل السين أو سوف، حتى ولو نوى بها العاقد الإيجاب والقبول^(١).

فلو قال: «سأبيعك سيارتي هذه بمبلغ كذا، أو سوف أبيعها» لا ينعقد العقد، لتمحض هذه الصَّيْغَةُ للاستقبال الذي يُفيدُ الوعد أو المساومة، فلا تصلح دليلاً على الإرادة الجازمة لإنشاء العقد في الحال ولو نوى ذلك أخذاً بصريح دلالة الصَّيْغَةُ، أو العبارة أو ما يسمى بالإرادة الظاهرة.

علاقة العرف بالصَّيْغَةُ الزَّمَنِيَّةُ لِلْفَظِّ:

اتَّفَقَ الفُقَهَاءُ على أنَّ صيغة المضارع إذا تمحضت للدلالة على الحال عُرفاً انعقد بها العقد من دون توقُّفٍ على قرينة أو نية^(٢) وصارت كصيغة الماضي. فالمدار - كما ترى - على العرف في ترجيح أحد احتمالات الصَّيْغَةُ الزَّمَنِيَّةِ.

وتفسير ذلك أنَّ العُرفَ يُخْرِجُ الصَّيْغَةَ المحتملة عن أن تبقى مجالاً للشك أو الاحتمال، ويعيِّن لها معنى واحداً يجب المصير إليه والأخذ به لجريان العُرفِ على استعمالها فيه وحده، بحيث أضحت لا تدلُّ إلا عليه، لذا كان وجوب تقديم الحقيقة العرفية هذه، على الحقيقة اللغوية للصيغة، أو للفظ، أصلاً من أصول التفسير، إذ العُرفُ نفسه أصبح هو (القرينة) الدالة على ذلك المعنى المتعين فهمه من الصَّيْغَةُ حين استعمالها، واعتباره مراداً للعاقدَيْن من تلك الصَّيْغَةُ إذا استعمالها فيه، يُحكَمُ تواضع النَّاسِ عليها، فضلاً عن أنَّها دليل في الوقت نفسه على هجر النَّاسِ لسائر احتمالات معناها اللُّغَوِيَّ، وإلا ما جرى تعارفهم عليها واحتكامهم إليها عند النزاع.

(١) فلا تدلُّ حينئذ على إرادة إنشاء العقد في الحال، بل على الوعد مُستقبلاً، أو المساومة، وهذا مما يتنافى مع معنى العقد بدهاءة.

(٢) البحر الرائق (٢٦٤/٥) مجمع الأنهر (٤/٢) وقولنا «تمحضت» أي: تعينت وحدها دون سواها.

هذا والاستفهام لا ينعقد به العقد؛ لأنه ليس إنشاء للعقد، بل طلب الإجابة عن سؤال، ماعدا عقد الزواج، فإنه يتم بالاستفهام وبالمضارع، والأمر على السواء لانتفاء احتمال الوعد والمساومة فيه فضلاً عن انعقاده بصيغة الماضي فلو قال: هل تزوجني ابتك على مهر قدره عشرة آلاف؟ فقال الولي: قبلت، أو نعم، تم العقد.

٣- فعل الأمر: إن ما ذكر في (صيغة المضارع) من تفصيل ينطبق على (صيغة الأمر) أيضاً، فإذا أريد به الحال وثبتت النية أو القرينة التي تدل على ذلك انعقد العقد، وهذا هو رأي مالك والشافعي وأحمد، إذ ليس ثمة فرق - في اجتهادهم - بين المضارع والأمر.

فإذا قال: (بعتي هذا المنزل بمئة ألف) إيجاباً. فقال الآخر: (قبلت، أو رضيت، أو اشتريت) تم العقد.

أو قال مريد الشراء إيجاباً: (اشتريت منك هذا البيت بمبلغ كذا). فقال الآخر: (هات الثمن) انعقد البيع.

هذا إذا جرى العرف باستعمال صيغة الأمر في الإيجاب أو القبول، على السواء، للدلالة على إرادة إيجاد العقد في الحال، ولا يبحث عن القرينة أو النية؛ لأن العرف كاف، إذ هو القرينة أو الدليل على ترجيح معنى إرادة الإنشاء حالاً على أي احتمال آخر، ولا فرق بين عقد وعقد، وبذلك تحمل صيغة الأمر على معنى إرادة إنشاء العقد، أو على الإيجاب والقبول، بقرينة العرف، من دون معناها الأصلي، وهو طلب إيجاد المأمور به في المستقبل.

أما إذا لم يجر العرف بذلك، فلا ينعقد العقد، مع قيام احتمال المساومة أو الوعد فلا بُد من الترجيح بثبوت القرينة، كما قدّمنا في صيغة المضارع.

وأما الحنفية، فالواقع أنهم لا يخالفون هذا الأصل، غير أنهم قالوا فيما يتعلّق بعقد البيع خاصّة إن صيغة الأمر تحتلّ الدلالة على إرادة المساومة، أو الوعد؛ لأنّ هذه الصيغة - في أصل وضعها اللغوي - تفيد طلب إيجاد الفعل في المستقبل، ومع هذا الاحتمال لا تكون قاطعة الدلالة على إرادة إنشاء العقد حالاً، أو لم تعدّ متعيّنة الدلالة على ذلك، إذ مدار الأمر على تعيّن الدلالة، وأغلب الظنّ أن ما يلابس (عقد البيع) خاصّة من احتمال المساومة هو الذي حملهم على هذا الرأي.

يرشد إلى هذا أنهم قالوا بانعقاد الزّواج بصيغة الأمر، وعللوا ذلك بانتفاء احتمال المساومة فيه، إذ لا يكون الإقدام على عقد عادةً إلّا بعد الفراغ من الخطبة، ومن المفاوضة، والمشاورة، وتقدير المهر، وهذا قرينة على نفي احتمال المساومة، بخلاف (البّيع).

وعلى هذا فإنّ لازم مذهب الحنفية القول بانعقاد العقد - بصيغة الأمر، إذا انتفى احتمال الوعد أو المساومة، بأنّ جرى (العرف) باستعمال صيغة الأمر في إبرام العقود؛ لأنّ العرف ينقل الصيغة من معناها الأصلي، ليجعلها متعيّنة الدلالة على إرادة الإيجاب والقبول أو معنى الإنشاء في الحال، من دون أي احتمال آخر، وبذلك يلتقي الحنفية مع الجمهور في حكم استعمال صيغة فعل الأمر في إنشاء العقود، أمّا إذا لم يجر باستعمالها العرف، فحكمها عندئذ حكم صيغة المضارع المحتملة، لا ينعقد بها إلّا إذا دلت القرائن على ذلك^(١).

فتلخص أنّ المعوّل عليه في استعمال صيغة المضارع أو صيغة الأمر في إنشاء العقود، هو وضوح الإفهام أو تعيّن الدلالة على إرادة إنشاء العقد حالاً - إمّا بإثبات دلالة القرينة المصاحبة للتلفظ بها، إذا كانت الصيغة محتملة.

(١) راجع أحكام المعاملات الشرعيّة للشيخ علي الحنفي (٢٢٠ - ٢٢١).

- أو جريان العُرفِ باستعمالها في هذا المعنى وحده؛ لأنَّ العُرفَ - كما ذكرنا - يخرج الصَّيْغَةَ المحتملة عن أن تبقى محلاً للشك والاحتمال، ويجعلها متعينة الدَّلالة على إرادة إنشاء العقدِ حالاً، وبذلك ينزل الفقه الإسلامي (صيغ العقود) على عرف النَّاسِ في مخاطباتهم وتعاملهم، إذ هو الأساس في تَبَيُّنِ مقصودهم من صيغهم، تيسيراً لهم، ورفعاً للخرَجِ عنهم، وتحقيقاً لمصالحهم التي اتجهت رغائبهم إليها^(١).

الفرع الثالث

التَّعبير عن الإرادة من دون صيغة

الأصل في التَّعبير عن الإرادة هو (النُّطق) مُظْهِراً لها، كما نوهنا، غير أنَّ ثَمَّةَ وسائل أخرى تفصح أيضاً عن المعاني النفسية، تقوم مقام اللَّفْظ، ويتحقَّقُ الإيجاب والقبول بها، في الفقه الإسلامي، وهي: الكتابة، الإشارة، والمُبادلة الفعلية (التَّعاطي) الدَّالَّة على التَّراضي.

أ- الكتابة:

القاعدة العامة تقول: «الكتاب كالخطاب»^(٢)، ومفادُ هذا: أنَّ التَّعاقد بالكتابة، كالْمُشافهة والنُّطق في الحُكْم من جهة كونهما مُظْهِراً للإرادة، يُنْاطُ انعقاد العقد ووجوده شرعاً بهما، كما ينعقد بغيرهما أيضاً من الفعل والإشارة؛ ممَّا يقوم مقام التَّراضي - على ما سيأتي بيانه - لحفاء حقيقة الإرادة أو الرِّضا، دفْعاً للخرَجِ أو لقيام الضَّرورة.

(١) المرجع السابق.

(٢) مجلة الأحكام العدلية (مادة: ٦٩، ٢)، وإن كان النُّطق هو الوسيلة الأولى والأيسر استعمالاً، والأوضح تعبيراً وإفصاحاً ولذا كانت هي الأفضل.

وبما أَنَّ الكِتَابَةَ هِيَ أَدَاةٌ لِلتَّعْبِيرِ عَنِ الْإِرَادَةِ الْجَازِمَةِ، يَصِحُّ التَّعَاقُدُ بِهَا بَيْنَ حَاضِرَيْنِ، كَمَا يَصِحُّ بَيْنَ غَائِبَيْنِ عَلَى الْأَصَحِّ، لَوْحَدَةِ الْمَنَاطِ - وَهُوَ وَضُوحُ الدَّلَالَةِ وَقُوَّةُ الْإِفْهَامِ - وَهَذَا يَنْتَظِمُ سَائِرَ الْعُقُودِ.

وقد اسْتَنَى الْفُقَهَاءُ مِنْ هَذَا الْأَصْلِ (عَقْدَ الزَّوْجِ) فَلَمْ يُجِيزُوا التَّعَاقُدَ فِيهِ بِالْكِتَابَةِ بَيْنَ حَاضِرَيْنِ ضَرُورَةً تَمَكِّنُ الشُّهُودَ مِنْ سَمَاعِ الصَّيْغَةِ فِي وَقْتٍ وَاحِدٍ، إِلَّا عِنْدَ قِيَامِ الْعُدْرِ مِنَ الْعَجْزِ عَنِ النُّطْقِ بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ بَيْنَ غَائِبَيْنِ لَضَرُورَةِ الْعَيْيَةِ، فَيَجُوزُ بِالْكِتَابَةِ.

وَالْعَيْيَةُ ضَرُورَةٌ أَوْ عُذْرٌ اسْتَدْعَى جَوَازَ التَّعَاقُدِ بِالْكِتَابَةِ مُطْلَقًا، رَفْعًا لِلحَرَجِ وَسَوَاءٌ أَكَانَ الْعَقْدُ عَقْدَ مُعَاوَضَةٍ مَالِيَّةٍ، أَمْ عَقْدَ زَوَاجٍ، أَمْ تَصَرُّفًا انْفِرَادِيًّا؛ كَالطَّلَاقِ وَالزَّوْجَةِ غَائِبَةً، أَمْ غَيْرَ ذَلِكَ مِنَ الْعُقُودِ.

هَذَا وَإِذَا جَارَ التَّعَاقُدُ بِالْكِتَابَةِ بَيْنَ حَاضِرَيْنِ - عَلَى الْأَصَحِّ - كَالنُّطْقِ لَوْضُوحِهَا وَقُوَّةِ دَلِيلِهَا، فَلَا أَنْ جُوزَ بَيْنَ غَائِبَيْنِ مِنْ بَابِ أَوَّلَى، لِمَكَانِ عُذْرِ الْعَيْيَةِ.

وَالْقَاعِدَةُ تَقُولُ: الْكِتَابُ مِنَ الْغَائِبِ، كَالنُّطْقِ مِنَ الْحَاضِرِ.

شُرُوطُ انْعِقَادِ الْعَقْدِ بِالْكِتَابَةِ:

هَذَا وَيُشْتَرَطُ لَانْعِقَادِ الْعَقْدِ بِالْكِتَابَةِ مَا يَلِي:

١- أَنْ تَكُونَ الْكِتَابَةُ مُسْتَبَيِّنَةً: أَيَّ أَنْ تَكُونَ مَكْتُوبَةً عَلَى قِرْطَاسٍ أَوْ مَا شَابَهَ، لِيَتَبَيَّنَ وَتُسْتَقَرَّ.

٢- أَنْ تَكُونَ مَرْسُومَةً: بِمَعْنَى أَنْ يَكُونَ مَوْثُوقًا بِصُدُورِهَا مِنَ الْعَاقِدَيْنِ، وَأَنْ تُفَرَّغَ فِي صَيَغٍ قَدْ اعْتَادَ النَّاسُ اخْتِادَهَا لِلتَّعْبِيرِ عَنْ قَصْدِهِمْ لِمَضْمُونِهَا، عَلَى النَّحْوِ الَّذِي يَتَعَارَفُ عَلَيْهِ التُّجَّارُ - مَثَلًا - مَنْ صَيَغَ يَتَخَذُونَهَا فِي كِتَابَاتِهِمْ لُصُوكِ الدِّينِ، أَوْ صَيَغَ عُقُودِ الْإِجَارَةِ أَوْ بَيْعِ الْعَقَارَاتِ، وَمَوْقَعَةٍ فِي الْمَكَانِ الْمُعَدِّ لِلتَّوْقِيعِ، فَضْلًا عَنْ تَصْدِيرِهَا

بيان اسم كُلِّ من طَرَفِي الْعَقْدِ، إِذَا كَانَ ثَنَائِيًّا، بَحِثْ لَا يَكُونُ فِي كُلِّ أَوْلَاكَ مَحَلٌّ لِلشَّكِّ
أَوْ التَّرَدُّدِ أَوْ الْإِهْمَامِ.

٣- اتَّصَالَ الْقَبُولُ بِالْإِجَابِ فِي مَجْلِسِ قِرَاءَةِ الْكِتَابِ مِنْ قَبْلِ مَنْ وَجَّهَ إِلَيْهِ
الْإِجَابُ (المرسل إليه - القابل).

وعلى هذا؛ فإذا صَدَرَ الْإِجَابُ مِنْ أَحَدِهِمَا كِتَابَةً، وَصَدَرَ الْقَبُولُ مِنَ الْآخَرِ كِتَابَةً
أَوْ قَوْلًا فِي مَجْلِسِ الْعَقْدِ، وَهُمَا حَاضِرَانِ انْعَقَدَ الْعَقْدُ؛ لِاتِّصَالِ الْقَبُولِ بِالْإِجَابِ.

وكذلك الْحُكْمُ فِيمَا إِذَا كَانَ أَحَدُهُمَا حَاضِرًا وَالْآخَرُ غَائِبًا، فَكَتَبَ أَحَدُهُمَا: (إِنِّي
قَدْ بَعَثْتُكَ سَيَّارَتِي بِمَبْلَغِ كَذَا) فَإِذَا صَدَرَ الْقَبُولُ مِنَ الْآخَرِ إِثَرُ وَصُولِ الرِّسَالَةِ إِلَيْهِ وَقِرَاءَتُهَا
وَتَفَهُمُهُ لِمَضْمُونِهَا كِتَابَةً أَوْ قَوْلًا، انْعَقَدَ الْعَقْدُ لِاتِّصَالِ الْقَبُولِ بِالْإِجَابِ.

إِذِنْ مِنْ شُرُوطِ انْعِقَادِ الْعَقْدِ، اتَّصَالَ الْقَبُولُ بِالْإِجَابِ مُطْلَقًا سِوَاءَ أَكَانَ الْعَاقِدَانِ
حَاضِرَيْنِ أَمْ غَائِبَيْنِ.

وهذا الاتِّصَالُ لَا يَكُونُ إِلَّا فِي مَجْلِسِ الْعَقْدِ، عَلَى مَا سَيَأْتِي بَيَانُهُ، وَمَجْلِسُ الْعَقْدِ
بِالنِّسْبَةِ لِلْغَائِبَيْنِ الْمُتَعَاقِدَيْنِ كِتَابَةً هُوَ مَجْلِسُ قِرَاءَةِ الرِّسَالَةِ، فَلَا بُدَّ أَنْ يَتِمَّ اتِّصَالُ الْقَبُولِ
بِالْإِجَابِ فِيهِ وَقَبْلَ انْتِهَائِهِ، وَإِلَّا فَلَا يَتِمُّ الْعَقْدُ.

على أَنَّ (الْغَيْبَةَ) لَيْسَتْ شَرْطًا فِي صَحَّةِ التَّعَاقُدِ بِالْكِتَابَةِ، بَلْ يَصِحُّ التَّعَاقُدُ بِهَا
حَالِ الْحُضُورِ أَيْضًا عَلَى الْأَصَحِّ وَهُوَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيَّةِ. وَلَا يُجِزُّ الْحَنْفِيَّةُ التَّعَاقُدَ بِالْكِتَابَةِ
إِلَّا عِنْدَ التَّعَدُّرِ كَالْغَيْبَةِ.

التَّعَاقُدُ بَيْنَ غَائِبَيْنِ بِوَاسِطَةِ الرَّسُولِ:

لَا يَتَغَيَّرُ وَجْهُ الْمَسْأَلَةِ بَيْنَ أَنْ تَكُونَ الرِّسَالَةُ كِتَابِيَّةً، أَوْ بَرَقِيَّةً، أَوْ تَكُونَ شَفَهِيَّةً
يَحْمِلُهَا رَسُولٌ، ذَلِكَ أَنَّ الرَّسُولَ سَفِيرٌ وَمُعَبَّرٌ يَنْقُلُ إِجَابَ الْمُرْسَلِ مُشَافَهَةً، حَتَّى إِذَا وَصَلَ

الرَّسُولُ مَقَرَّ مِنْ وَجْهٍ إِلَيْهِ الْإِيجَابُ، وَبَلَغَهُ إِيجَابُ الْمُرْسَلِ مُشَافَهَةً، وَقَبْلَهُ الْمُرْسَلُ إِلَيْهِ فِي مَجْلَسِ التَّبْلِيغِ، انْعَقَدَ الْعَقْدُ فِي حُكْمِ الشَّرْعِ، وَاعْتَبِرَ الرَّسُولُ بِمَثَابَةِ الْمَوْجِبِ الْمُرْسَلِ نَفْسِهِ، وَبِذَلِكَ يَتِمُّ الْاِتِّصَالُ بَيْنَ الْقَبُولِ وَالْإِيجَابِ، وَهُوَ مِنْ شُرُوطِ الْاِنْعِقَادِ، كَمَا نَوَّهْنَا.

ب - التَّعَاقُدُ بِالْإِشَارَةِ:

الإِشَارَةُ الْمُفْهِمَةُ دَلَالَةٌ عَرَفِيَّةٌ خَاصَّةٌ، اقْتَضَتْهَا الضَّرُورَةُ بِالنِّسْبَةِ لِلْأُخْرَسِ أَوْ مُعْتَقِلِ اللِّسَانِ^(١)، وَاسْتَقَرَّتْ فِي ذَلِكَ قَاعِدَةٌ عَامَّةٌ فِي الْفِقْهِ الْإِسْلَامِيِّ مُؤَدَّاهَا أَنَّ «الإِشَارَةَ الْمَعْهُودَةَ لِلْأُخْرَسِ كَالْبَيَانِ بِاللِّسَانِ»^(٢).

أَمَّا أَهْمُ دَلَالَةُ عَرَفِيَّةٌ، فَوَاضِحٌ لَكُونِهَا لَا تَقُومُ عَلَى التَّعْبِيرِ اللَّغَوِيِّ أَصْلًا لَا نُطْقًا وَلَا كِتَابَةً؛ بَلْ عَلَى مَا اعْتَادَ النَّاسُ أَنْ يَفْهَمُوهُ مِنْهَا حِينَ التَّعْبِيرِ بِهَا، وَهَذَا مَعْنَى كُونِهَا مَعْهُودَةً، وَأَمَّا أَهْمُ خَاصَّةٌ، فَلَكُونُهَا عُذَّتْ حِجَّةٌ فِي الْإِفْصَاحِ عَنِ الْإِرَادَةِ الْبَاطِنَةِ، بِالنِّسْبَةِ لِلْعَاجِزِ عَنِ النُّطْقِ وَعَنِ الْكِتَابَةِ عَلَى وَجْهِ الْخُصُوصِ، فَإِشَارَةُ الْأُخْرَسِ الْمَعْهُودَةِ تَقُومُ مَقَامَ عِبَارَةِ النَّاطِقِ وَكِتَابَتِهِ، إِجْبَابًا أَوْ قَبُولًا، وَلَا يَعْتَدُ بِهَا فِي حَقِّ الْقَادِرِ عَلَى النُّطْقِ أَوْ عَلَى الْكِتَابَةِ، عِنْدَ الشَّافِعِيَّةِ وَالْحَنَفِيَّةِ فِي رَوَايَةٍ، وَهُوَ الْأَصَحُّ.

وَأَمَّا أَهْمُ ضَرُورِيَّةٌ (اِسْتِثْنَائِيَّةٌ) فَلَأَنَّ الْعَاجِزَ عَنِ النُّطْقِ وَالْكِتَابَةِ، لَا يَتِمَكَّنُ مِنَ التَّعْبِيرِ عَنِ إِرَادَتِهِ (إِجْبَابًا أَوْ قَبُولًا، إِلَّا بِإِشَارَتِهِ الْمَعْهُودَةِ، فَكَانَ الْعَجْزُ ضَرُورَةً اقْتَضَتْ اِعْتِبَارَهَا اِسْتِثْنَاءً، وَإِلَّا تَعَطَّلَتْ مَصَالِحُهُ طَوَالَ حَيَاتِهِ.

هَذَا وَ يُشْتَرَطُ فِي الْإِشَارَةِ أَنْ تَكُونَ مُفْهِمَةً قَدْ اعْتَادَ النَّاسُ إِدْرَاكَ الْمَقْصُودِ مِنْهَا عِنْدَ التَّعْبِيرِ بِهَا، وَإِلَّا كَانَتْ لَعَوًّا.

(١) مُعْتَقِلُ اللِّسَانِ هُوَ مَنْ كَانَ قَادِرًا عَلَى النُّطْقِ، ثُمَّ اِعْتَقَلَ لِسَانَهُ لِمَرَضٍ، بِخِلَافِ الْأُخْرَسِ الْأَصْلِيِّ.

(٢) مَجْلَةُ الْأَحْكَامِ الْعَدْلِيَّةِ (مَادَّةُ ٧٠).

هذا ويقبل الشافعية إشارة مُعْتَقِلِ اللسانِ كالأخرس، إذا كانت مُفْهِمَةً قَبُولاً أو إيجاباً، دون اشتراط المدة^(١).

بينما اشترط الحنفية - في رأي عندهم - أن إشارة مُعْتَقِلِ اللسانِ، لا يعتدُّ بها ما لم تستمرَّ عقلته مدَّة، ليتأتَّى أن تُصَبَّحَ مُعتادَةً في الإفهام، على خلافٍ في تحديدها من ستة أشهر، إلى سنة^(٢).

حُكْمُ إِشَارَةِ الْأَخْرَسِ إِذَا كَانَ قَادِرًا عَلَى الْكِتَابَةِ: تَسْتَوِي عِنْدَ الْجُمْهُورِ الْإِشَارَةُ وَالْكِتَابَةُ مِنَ الْأَخْرَسِ الْقَادِرِ عَلَى الْكِتَابَةِ مِنْ جِهَةِ الْاِعْتِدَادِ بِكُلِّ مِنْهُمَا شَرْعاً، بحيث يُخْتَارُ ما شاءَ مِنْهُمَا لِلتَّعْبِيرِ عن إِرَادَتِهِ، لاستوائيهما في الْحِجَّةِ، سواءَ عَبَّرَ بها عن الْقَبُولِ أم الإِيجَابِ.

وهذا مَبْنِيٌّ على أَصْلٍ استوائيهما مِنْ جِهَةِ كَوْنِ كُلِّ مِنْهُمَا أَدَاءً ضَرْوِيَّةً اسْتِثْنَائِيَّةً فَيَسْتَوِيَانِ لِذَلِكَ حُكْماً واعتباراً.

وَدَهَبَ الشَّافِعِيُّ^(٣) وفي روايةٍ عن الحنفية^(٤) أن الْأَخْرَسَ أو مُعْتَقِلَ اللِّسَانِ لا تُقْبَلُ إِشَارَتُهُ الْمُفْهِمَةُ إِذَا كَانَ قَادِرًا عَلَى الْكِتَابَةِ لِأَنَّهَا تَعَيَّنَتْ فِي حَقِّهِ، فلا يَصِحُّ الْعُدُولُ عنها إلى الإِشَارَةِ.

(١) الأشباه والنظائر، للسيوطي (٣٣٨) نهاية المحتاج (٣/٣٨٥).

(٢) هذا في أحدِ الرأيين عنهم، والرأي الآخر أنَّها لا يعتدُّ بها، ما لم تستمرَّ عقلته حتى الموت، وفي هذا حرجٌ كبيرٌ وتعطيلٌ لمصالحه طوال حياته، والشَّرْعُ يَأْبَاهُ، لذا كَانَ الرَّأْيُ الْأَوَّلُ أَرْفَقَ بِالنَّاسِ وأَدْفَعَ لِلحَرَجِ. ينظر الأشباه والنظائر لابن نجيم (٣/١٨٦-١٩٩)، وللسيوطي (ص ٣٣٤-٣٣٨).

(٣) نهاية المحتاج (٣/٣٨٥).

(٤) رُدُّ الْمُخْتَارِ (٥/٦٤٥) مجمع الأنهر (٢/٧٣٢)، الأشباه والنظائر: لابن نجيم (٣/١٩٩-٢٠٢)، الأشباه والنظائر للسيوطي (٣٣٨).

وعمدتهم^(١) في ذلك؛ أن (الكتابة) أدل على المقصود - إيجاباً أو قبولاً - وأن قصد البيان فيها معلوم حساً وعياناً، بخلاف الإشارة، لما يعترضها من الغموض والاحتمال، وهذا الاتجاه أقوى دليلاً كما ترى.

على أن مبنى التسوية بين الكتابة والإشارة في اجتهاد الجمهور من جهة أن كلاهما أداة ضرورية (استثنائية) منقوض، ذلك أن (الكتابة) تستوي على الأصح مع النطق من جهة قوة الإصحاح عن الإرادة، لا مع الإشارة، فكانت لذلك أداة أصلية، لا ضرورة تقوم على الأعذار والضرورات؛ لأن صلاحيتها الدلالية ذاتية، وهذا هو الراجح.

حكم الإشارة عند المالكية والحنابلة: ذهب المالكية والحنابلة إلى أن الإشارة حجة كالنطق والكتابة، على السواء^(٢) وعلى هذا فالإشارة ليست أداة استثنائية (ضرورية) تقوم على العجز أو الضرورة، بل هي أداة أصلية عريقة عامة، للتعبير عن الإرادة، بالنسبة للكافة، فضلاً عن العاجز عن النطق والكتابة فيما يصدر عنهم من التصرفات والعقود، ما عدا عقد النكاح، ذهاباً منهم إلى أن المناط هو الإفهام عرفاً، أو وضوح الدلالة، وهذا متحقق في الإشارة بداهة، فكانت لذلك حجة، ينعقد العقد بها، شأنها في ذلك شأن النطق والكتابة على السواء، والتمييز تحكّم.

هذا ويرون أيضاً أن الإشارة أبين دلالة من المعاطاة، فإذا جازت هذه أصالة، جازت تلك من باب أولى، هذا في اجتهاد المالكية والحنابلة.

ونحن نرجح رأي الجمهور، إذ لا ضرورة تقتضي الإشارة حيث تتحقق القدرة على النطق، أو الكتابة، إذ الدلالة فيهما صريحة، وفي الإشارة ضمنية، والصريح أقوى وأوضح في الدلالة على المقصود الضمني الذي يعترضه الخفاء والإبهام في كثير من الأحيان.

(١) فتح القدير (٣٥٠/٢)، البدائع (١٣٥/٥).

(٢) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٣/٣)، الخطاب (٢٢٩/٤) المغني (٥٦٢/٣).

أمّا القول بأن الإشارة أقوى دلالةً من المعاطاة، فعلى التسليم بصحّته، فنحنُ نُجيزُ التعاقدَ بالإشارة في مواطن الضرورة أولاً، وفي الحالات التي تقتضي طبيعتها سرعة الإنجاز أيضاً كما في بعض المعاملات التجارية التي جرى العرفُ بالاعتداد بالإشارة المتداولة فيها، من دون نزاع، ولا ضرورة في اتخاذها أداةً أصليةً عامة بالنسبة للقادر على النطق أو الكتابة، للتعبير عن الإرادة في عامة الأحوال، وفي سائر العقود والتصرّفات، جليها وضئليها، خطيرها وتافهها، على السواء، إذ من المعاملات ما تستدعي خطورة شأنه قوة أداة التعبير التي تناسبها فلا يعدل عنها إلى الأضعف، تحقيقاً للمصلحة، وضماناً للتيقن من الرضا الكامل، وسداً لباب النزاع في خطير الشأن من الأمور.

على أن القول بأن الإشارة أقوى دلالةً من المعاطاة فيه نظر، بل العكس أدنى إلى الصواب، ذلك لأنّ المعاطاة بما هي أخذ وعطاءٌ تنهض بالدلالة على تنفيذ العقد، وأداء التزاماته فعلاً وعياناً، وهذا يستلزم عقلاً وعرفاً سبق قيام العقد ووجوده، فكان هذا أدل من الإشارة التي يعتريها الإبهام والاحتمال.

ج - التعاقد بالدلالة:

بيّنا أن التعبير عن الإرادة قد يكون بالقول والكتابة والرسالة الشفهية والإشارة وبقي أن نبحت وسيلة التعبير بفعل لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالته على الرضا، وهذا الفعل - لا يصحبه إيجاب وقبول - ينطوي تحت صورتان: أولاهما: التعاطي (المعاطاة). الثانية: لسان الحال (دلالة الحال).

الصورة الأولى : التعاطي (المعاطاة)

التعاطي: وهو المبادلة الفعلية للعوضين والدالة على الرضا عرفاً، دون أن تقتصر بإيجاب وقبول.

وقد عَبَّرَ عنها الإمام الكاساني بِأَنَّهَا أَخَذَ وَعَطَا^(١).

وَيَنْشَأُ الْعَقْدُ بِهَا إِذَا تَعَارَفَ النَّاسُ عَلَيْهَا عِنْدَ الْجُمْهُورِ، سَوَاءَ أَكَانَتْ فِي عَقْدٍ بَيْعٍ أَمْ إِجَارَةٍ أَمْ هِبَةٍ أَمْ إِعَارَةٍ، أَمْ غَيْرِ ذَلِكَ، وَهُوَ مَذْهَبُ الْحَنْفِيَّةِ، وَرَوَايَةٌ عَنْ أَحْمَدَ وَالْمَالِكِيَّةِ، وَرَأْيُ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ^(٢).

هَذَا؛ وَذَهَبَ فَرِيقٌ مِنَ الْفُقَهَاءِ إِلَى أَنَّ الْمُبَادَلَةَ الْفِعْلِيَّةَ يَنْشَأُ بِهَا الْعَقْدُ فِي النَّفِيسِ وَالتَّافِهِ، مَا دَامَ قَدْ جَرَى بِهَا الْعُرْفُ، وَهَذَا هُوَ مَذْهَبُ الْحَنْفِيَّةِ، وَالْمَالِكِيَّةِ، وَالْحَنَابِلَةِ، خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ الَّذِينَ قَصَرُوهَا عَلَى التَّافِهِ دُونَ النَّفِيسِ.

وَقَدْ أَجَازَ مُتَأَخَّرُو الْحَنَابِلَةِ^(٣)، وَالْإِمَامُ مَالِكٌ، التَّعَاقُدَ بِالتَّعَاطِي مُطْلَقًا، فِيمَا جَرَى بِهِ الْعُرْفُ، وَمَا لَمْ يَجْرَ، إِذَا دَلَّ الْفِعْلُ عَلَى إِرَادَةِ إِنْشَاءِ الْعَقْدِ مِنَ الْجَانِبَيْنِ، وَسَوَاءَ أَكَانَ فِي النَّفِيسِ أَمْ التَّافِهِ مِنَ الْأَشْيَاءِ.

(١) البدائع (١٣٤/٥).

(٢) ينظر: فتح القدير مع العناية (٧٧/٥) الفروق للقرافي (١٧٧/٢) المغني (٥٦١/٣)، أحكام المعاملات الشَّرْعِيَّةُ لِلشَّيْخِ عَلِيِّ الْخَفِيفِ (١٩٣ - ١٩٤).

(٣) جَاءَ فِي الْقَوَاعِدِ النُّورَانِيَّةِ: «الْقَاعِدَةُ الْجَامِعَةُ الَّتِي ذَكَرْنَاهَا مِنْ أَنَّ الْعُقُودَ تَصِحُّ بِكُلِّ مَا دَلَّ عَلَى مَقْصُودِهَا مِنْ قَوْلٍ أَوْ فِعْلٍ، هِيَ الَّتِي تَدُلُّ عَلَيْهَا أَصُولُ الشَّرِيعَةِ».

هَذَا وَقَدْ اكْتَفَى الشَّارِعُ «بِالتَّرَاضِي فِي الْبَيْعِ فِي قَوْلِهِ: «إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ» [النِّسَاءُ: ٢٩]، وَطَبِيبِ نَفْسٍ فِي التَّبَرُّعِ «فَإِنْ طَبِنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا» [النِّسَاءُ: ٤] فِتْلَكَ الْآيَةِ فِي جِنْسِ الْمُعَاوَضَاتِ، وَهَذِهِ الْآيَةُ فِي جِنْسِ التَّبَرُّعَاتِ، وَلَمْ يَشْتَرِطْ لَفْظًا مُعَيَّنًا، وَلَا فِعْلًا مُعَيَّنًا يَدُلُّ عَلَى التَّرَاضِي، وَعَلَى طَبِيبِ النَّفْسِ، وَنَحْنُ نَعْلَمُ بِالاضْطِرَارِّ مِنْ عَادَاتِ النَّاسِ فِي أَقْوَالِهِمْ وَأَفْعَالِهِمْ أَنَّهُمْ يَعْلَمُونَ التَّرَاضِي وَطَبِيبَ النَّفْسِ بِطُرُقٍ مُتَعَدِّدَةٍ مِنَ الْأَقْوَالِ وَالْأَفْعَالِ». ينظر القواعد النورانية (ص: ١٦٠ - ١٦٢)

وعلى هذا فكل ما يُظهر إرادة المتعاقدين في اجتihad هؤلاء من قول أو فعل أو إشارة أو كتابة ينشأ العقد به، ويُعتبر أداةً طبيعية عامة للتعبير عن أساس التعاقد وهو التراضي في سائر العقود، ما عدا عقد النكاح، كما أسلفنا.

ويقول المالكية في هذا الصدد: «يَقَعُ الْبَيْعُ بِمَا يَعْتَقِدُهُ النَّاسُ بَيْعاً»^(١) وهذا بعمومه يشمل اللفظ والكتابة والإشارة^(٢) والفعل، وعقد البيع وغيره في هذا المعنى سواء، ما عدا عقد الزواج فلا ينعقد بالكتابة بين حاضرين، ولا بالإشارة ولا بالتعاطي إجماعاً، لخطورة شأنه، وعظيم أثره ولتمييزه عن المخاذنة والمعاشرة غير المشروعة.

العقود التي يجري فيها التعاطي:

أ - (التعاطي) في عقود المعاوضات المالية ك: (البيع، والإجارة، والصرف، والإقالة، والصِّلح على مال، والقسمة) لما تتضمن من معنى المعاوضة.

ب - (التعاطي) في غير المعاوضات ك: (الإعارة، والهبة)^(٣)، ومن ذلك الاشتراك في الهاتف والمياه والكهرباء، مما يُسمى «عقود الإذعان»^(٤)؛ لأن المؤسسات المختصة تقوم بتوصيل ذلك إلى المنازل بناءً على طلب من نماذج معدة ومرسومة.

ومن ذلك أيضاً شراء الجلات والصحف من دون إيجاب وقبول، وقطع بطاقات الركوب في وسائل المواصلات كافة جواً وبراً وبحراً، وما إلى ذلك مما يشكل جانباً كبيراً من حياتنا العملية الذي يقوم على التعاقد بالتعاطي^(٥).

(١) المغني (٣/٥٦١ - ٥٦٢)، المدخل للفقهاء الإسلاميين للأستاذ سلام مذكور (٥٤٠).

(٢) ما عدا الأخرس ومعتقل اللسان.

(٣) مجلة الأحكام العدلية (مادة ٨٠٤، و ٨٣٩).

(٤) المدخل الفقهي العام للأستاذ الزرقا (١/٣٥٣ - ٣٥٦).

(٥) الأصح أنه لا يشترط أن يكون التناول من الجانبين، لينشأ العقد بالتعاطي، فإذا جرى التناول =

ويجري التعاطي فيها في ضئيل المال وكثيره^(١).

هذا؛ وخالف في التعاقد بالتعاطي - فيما عدا التافه من الأشياء - الشافعي،
والحجة في ذلك ما يلي:

- أن الدلالة اللغوية هي الأصل؛ لقوتها ووضوحها في التعبير عن الإرادة - نطقاً
أو كتابة - وليس كذلك الفعل، لما يعتريه من الإبهام والاحتمال، ومن المقرر فقهاً أنه لا
يترك الأصل إلى البدل إلا لضرورة، والأداة اللغوية ممكنة، أمّا في المواطن التي تقتضي
الضرورة سرعة الإنجاز، فقد أجازوا التعاطي فيها دفعاً للحرج، وتحقيقاً لمصالح الناس، ولا
سيما في التجارة والأمور المعاشية اليومية.

وأيضاً، حرمة مال الغير ثابتة قطعاً، فلا تحل بالاحتمال والظن بل لا بد من تحقق
الرضا الكامل، وهذا لا يظهر إلا بالإرادة اللغوية نطقاً أو كتابة، لقوتها في الإفصاح
والإبانة، من دون احتمال، تحقيقاً للرضا الكامل ولا سيما في الأمور الخطيرة، وليس
كذلك الفعل.

= من أحد العاقدَيْن للمبيع أو الثمن، ثم العقد ولزم، وذلك بأن يأخذ المشتري المبيع برضا البائع بعد
أن يتفق معه على الثمن دون أن ينقد المشتري الثمن للبائع، أو أن يدفع المشتري الثمن للبائع، ثم
يذهب دون أن يقبض المبيع فالعقد يتم ويلزم في الحالين على السواء، ولو كان التناول من جانب
واحد، للمبيع، أو الثمن. البحر الرائق (٢٥٨/٥ - ٢٦٩ و ٢٧٠)، مجمع الأنهر مع الحاشية (٦/٢)،
خلافاً لبعض الحنفية الذين يذهبون إلى أن التناول من جانب مقصور على ما إذا كان المقبوض هو
المبيع لينشأ به العقد؛ لأنه الأصل في عقد البيع. المدخل الفقهي للأستاذ الزرقا (٣٥٤/١).

(١) الحسيس في الفقه ما كان ثمنه قليلاً، كالجرائد والصحف، وقطع الخلوى، والقواكير والخضار،
وسائر المواد الغذائية الاستهلاكية التي تجري المعوضة فيها يومياً، وما إليها.

والنفيس فمن مثل الذهب والفضة والسيارات والعقارات من الأبنية والأراضي على أن المعيار فيها
أمر نسبي.

ونحن نُرجِّحُ ما ذَهَبَ إليه الجُمهورُ، لما فيه من اليسر، ولتعلق مصالح النَّاسِ به،
وأما خشية المخالف من الاحتمال والإبهام فمدفوعٌ؛ لأنَّ الجُمهورَ لم يَعتدَّوا به بإطلاقٍ،
بل اشتَرَطُوا تحقُّقَ الرِّضا، حتى إذا قامَت القرائنُ على انتفائه بطلبِ حُجَّةِ الفِعلِ، فلا
يُنشَأُ به العقدُ لِفُقدانِ أساسِهِ، وهو الرِّضا.

شُرُوطُ صِحَّةِ التَّعاقُدِ بالتَّعاطي: يُشترط لصحة التَّعاطي أمران:

أولهما: أَنْ يَدُلَّ على تَحَقُّقِ التَّراضي.

الثاني: تَحَقُّقُ الفِعلِ الدَّالِّ عليه من المُبادَلَةِ أَخْذاً وَعِطَاءً، من الجانبين أو من
جانبٍ واحدٍ^(١)، على الأصَحِّ^(٢).

الصورة الثانية : دلالة الحال

ما سَبَقَ كانَ نَوْعاً من التَّعاقُدِ بالتَّعاطي الدَّالِّ على التَّراضي عُزْفاً، وقد اتَّخَذَ
وسيلة المُبادَلَةِ الفِعلِيَّةِ لِلْعَوْضِ.

(١) يَرى بَعْضُ الفُقهاء أَنَّ الأخذَ أو العطاء، من جانب واحد لا ينعقدُ به العقد، بل لا بُدَّ أَنْ تَكُونَ
مبادلة فعلية، باعتبارها قائمة مقام الإيجاب والقبول.

ويَرى فريق آخر أَنَّ العقدَ ينعقدُ إذا كانَ أَخْذاً أو عطاءً من جانب واحد، وكذلك لا يلزم فلا أَخْذاً أو
المعطي أن ينقض العقد (بمُسْخِهِ) ويرد ما أَخْذاً، أو يسترد ما أعطى، ويعقد عَقْداً جديداً إِنْ شاءَ
على شَيْءٍ جَدِيدٍ والأصحُّ أَنَّهُ ينعقدُ ويلزم ولو من جانب واحد كما بينا.

(٢) لا وجه لما ذَهَبَ إليه الإمام الشَّافِعِيُّ رحمه الله ومن معه، من قصر التَّعاقُدِ بالتَّعاطي على تَوافِهِ
الأشياء؛ أي: قليلة الثَّمَن أو العوض فليس ذلك شَرْطاً على الأصَحِّ، لحاجة النَّاسِ إلى جريانه في عامة
شؤونهم ومعاملاتهم، ما دام واضح الدَّلالة على المقصود، وهو تحقيق الرضا، ولا سيما أَنَّ هذا النوع
من التَّعاقُدِ قد أصبح يمثل جانباً كبيراً من حياتنا في التَّعامل، كما أشرنا.

وأما اشتراط أن تتحقَّق المُبادَلَةُ من الجانبين، فقد بينا ما هو وَجْهُ الحق فيه.

وأما دلالة الحال فينشأ بها العقد أيضاً؛ لأنها نوعٌ من التعاقّد عن طريق الدلالة العرفيّة، ولكن وسيلتها (السكوت) وهو أمرٌ سلبيّ لا فعل إيجابيّ كالتعاطي، على أن (دلالة الحال) لا تكون إلّا قبولاً، ولا تصلح للإيجاب، إذ الإيجاب لا يتأتى بالسكوت المجرد، بل لا بد من فعلٍ إيجابيّ، بخلاف التعاطي، فقد يكون إيجاباً وقد يكون قبولاً.

مثال ذلك (عقد الوديعة) ينعقد بلسان الحال؛ بأن يترك شخص متاعه بين يدي آخر ويذهب، وهذا الذي أودع المتاع عنده ساكتٌ لم يُبدِ رفضاً ولا تنصلاً، فينعقد العقد بذلك دلالةً، ويصبح مودعاً لديه مكلفاً بالحفظ، فإذا قصر أو تعدّى كان ضامناً^(١).

حُكْمُ السُّكُوتِ فِي التَّعْبِيرِ عَنِ الْإِرَادَةِ اسْتِثْنَاءً فِي الْفِقْهِ الْإِسْلَامِيِّ:

السُّكُوتُ فِي حَدِّ ذَاتِهِ، مُجَرَّدٌ عَنِ الْقَرَأَنِ وَالظُّرُوفِ الْخَارِجِيَةِ الْمَلَابَسَةِ، لَا يَصْلَحُ دَلِيلًا عَلَى الْإِرَادَةِ، وَلَا يُعَدُّ فِي حُكْمِ التَّعْبِيرِ أَصْلًا، فَلَا يَقُومُ بِالتَّالِي مَقَامَ إِيْجَابٍ وَلَا قَبُولٍ؛ لِأَنَّهُ عَدَمٌ، أَوْ أَمْرٌ سَلْبِيٌّ مُحْضٌ، بَلِ السُّكُوتُ هُوَ الْحَالُ الْأَصْلِيُّ الَّتِي يَنْتَفِي مَعَهَا الْبَيَانُ أَوْ الدَّلَالَةُ عَلَى شَيْءٍ يَقِينًا، وَعَلَى هَذَا اسْتَقَرَّتِ الْقَاعِدَةُ فِي الْفِقْهِ الْإِسْلَامِيِّ «لَا يُنْسَبُ لِسَاكِتٍ قَوْلٌ»^(٢).

ولذا فإنَّ اعتباره في حُكْمِ التَّعْبِيرِ وَالْبَيَانِ أَمْرٌ اسْتِثْنَائِيٌّ طَارِئٌ غَيْرُ يَقِينِيٍّ؛ لِأَنَّهُ خِلَافُ الْأَصْلِ، وَمَا كَانَ عَلَى خِلَافِ الْأَصْلِ فَلَا بُدَّ مِنْ دَلِيلٍ أَوْ قَرِينَةٍ تَدُلُّ عَلَيْهِ، أَوْ تَوْجِيهِ كَضَرُورَةٍ مُقْتَضِيَةٍ^(٣)، أَوْ دَفْعِ ضَرَرٍ عَنِ النَّاسِ، أَوْ تَحْنِيْبًا لَهُمْ مِنَ الْوُقُوعِ فِي الْعَرْرِ، أَوْ

(١) المدخل الفقهي العام (١/٣٥٨).

(٢) مجلة الأحكام العدليّة (المادّة: ٦٧).

(٣) تفصيل هذا البحث في مصادر علم الأصول، في «بيان الضّرورة» والمدخل الفقهي (٢ ف

لحالِ ثَلَاثِ السَّكَاتِ نفسه توجب اعتبار سكوته بياناً، وتجعله في حُكْمِ القول والتعبير، وقد يَكُونُ العُرْفُ من تلك العناصر المَوْجَّهَة، وهي التي أشار إليها الفقه الإسلامي في استدراكه على القاعدة السَّابِقَة: «لَكِنَّ السُّكُوتَ فِي مَعْرِضِ الْحَاجَةِ إِلَى الْبَيَانِ بَيَانٌ».

وهذا نظَرٌ سَدِيدٌ إِذْ لَا يُلْزَمُ السَّكَاتُ بِأَنْ يُبَيِّنَ قَبُولاً أَوْ رَفْضاً فِي الْمَوَاقِفِ وَالْأَحْوَالِ جَمِيعِهَا، وَإِلَّا اعتُبرَ قَابِلًا حُكْمًا، لما في ذلك مِنْ إلْزَامٍ لَهُ بِلا مَوْجِبٍ وَلَا مُسَوِّغٍ، وإِتِّقَاعِ النَّاسِ فِي ضَرَرٍ بِالْغِ وَمَشَاقِّ غَيْرِ مُعْتَادَةٍ وَكُلِّ مِنَ الضَّرَرِ وَالْحَرَجِ مَدْفُوعٍ فِي الدِّينِ.

هذا؛ والعناصرُ المَوْجَّهَة، أو القرائن والعُرْفُ، والأحوالُ المَلابِسةُ للسُّكُوتِ هي المقصودةُ في الاستدراك على القاعدة، والقائل: «فِي مَعْرِضِ الْحَاجَةِ» ومن معرض الحاجة ضرورة دفع الضَّرَرِ، أو العَرَرِ عن النَّاسِ، أو الحال المَلابسةُ للسَّكَاتِ نَفْسِهِ التي تقتضي ضرورة اعتبار سكوته بياناً، وقد يَكُونُ العُرْفُ - كما قلنا - قرينة على اعتبار السُّكُوتِ بياناً في كثير من المواطن، والدَّلالة العرفية - كما نعلم - معتبرة شَرْعاً فِي التَّعْبِيرِ عن الإرادة.

ومن تطبيقات هذه القاعدة:

١ - لو سَكَنَ شَخْصٌ فِي دَارٍ آخَرَ - مِنْ دُونِ عَقْدٍ - وهي غير معدَّةٍ للإيجارِ فَسَكَّتْ مَالِكُهَا لَا يُعَدُّ قَابِلًا بِإِجَارَةٍ وَلَا بَيْعٍ، وَلَا تُعَدُّ الدَّارُ بِالتَّالِيِ مُؤَجَّرَةً وَلَا مَبِيعَةً، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَتْ مَعْدَّةً لِلإِيجَارِ فَذَلِكَ قَرِينَةٌ تَجْعَلُ السُّكُوتَ ذَا دَلَالَةٍ عَلَى الْقَبُولِ^(١).

٢ - إِذَا كَانَ هُنَاكَ تَعَامُلٌ سَابِقٌ بَيْنَ الْمُتَعَاقِدَيْنِ، وَاتَّصَلَ الْإِيجَابُ مِنْ أَحَدِهِمَا بِهَذَا التَّعَامُلِ، كَانَ سَكُوتُ الطَّرَفِ الْآخَرِ قَبُولًا، لَا بِالنَّظَرِ إِلَى السُّكُوتِ فِي حَدِّ ذَاتِهِ، بَلْ

(١) شرح المجلة للأستاذ منير القاضي (١٣١/١)، الأشباه والنظائر لابن نجيم (١٨٤/١) وللسيوطي

(١٥٨-١٥٩) والمدخل الفقهي للأستاذ الزرقا (٢/ ف ٥٨١).

لقرينة التَّعَامُلِ السَّابِقِ. فلو أَنَّ صَاحِبَ مَطْعَمٍ - مَثَلًا - اعتَادَ شِرَاءَ المَوَادِّ الغِذَائِيَّةِ اللَّازِمَةِ لمَطْعَمِهِ مِنْ تَاجِرٍ مُعَيَّنٍ، وَقَدْ أَرْسَلَ إِلَى هَذَا التَّاجِرِ يَطْلُبُ كَمِيَّةً مِنْ هَذِهِ المَوَادِّ، فَسَكَتَ التَّاجِرُ، عُدَّ سَكَوتُهُ قَبُولًا، وَتَمَّ العَقْدُ بَيْنَهُمَا، لقرينة التَّعَامُلِ السَّابِقِ، وَأُجِبَ التَّاجِرُ عَلَى تَوْزِيْدِ تِلْكَ المَوَادِّ قَضَاءً إِنْ لَمْ يُرْسَلْهَا طَوْعًا، تَنْفِيذًا لِالتَّزَامِهِ النَاشِئِ عَنْ هَذَا العَقْدِ دَفْعًا لِلضَّرَرِ عَنْ صَاحِبِ المَطْعَمِ، وَلَوْ لَا هَذِهِ القَرِيْنَةُ لَبَقِيَ السُّكُوتُ عَلَى حَالَتِهِ الْأَصْلِيَّةِ، مِنْ عَدَمِ دَلَالَتِهِ عَلَى شَيْءٍ.

٣ - سَكَوتُ الشَّفِيعِ عَنْ طَلَبِ حَقِّهِ فِي الشُّفْعَةِ بَعْدَمَا عِلِمَ بِيْعِ العَقَارِ، يُعَدُّ بَيَانًا عَلَى إِرَادَتِهِ لِإِسْقَاطِ حَقِّهِ فِيهَا، ضَرْوْرَةٌ دَفْعَ التَّغْيِيرِ عَنِ المَشْتَرِي، إِذْ لَوْ لَمْ نَعْتَبِرْ سَكَوتَهُ بَيَانًا فِي مِثْلِ هَذِهِ الحَالِ لَطَالَبَ الشَّفِيعُ بِحَقِّهِ، وَقَدْ يَكُونُ المَشْتَرِي قَدْ بَنَى أَوْ غَرَسَ فِي العَقَارِ، وَهَذَا تَغْيِيرٌ لَا تَقْرَهُ الشَّرِيعَةُ، وَلَا عُدَّ لَهَا فِي التَّعَامُلِ، فَكَانَتْ هَذِهِ الحَالُ المَلَابَسَةُ ضَرْوْرَةً اقْتَضَتْ اعْتِبَارَ السُّكُوتِ بَيَانًا، دَفْعًا لِلضَّرَرِ كَمَا قُلْنَا، وَلِذَا يُطْلَقُ عَلَيْهِ الْأَصُولِيُون (بَيَانُ الضَّرُورَةِ).

٤ - سَكَوتُ الفَتَاةِ الْبَكْرِ بَعْدَ اسْتِئْذَانِ وَلِيِّهَا لَهَا لِتَزْوِجِهَا يُعَدُّ قَبُولًا أَوْ إِذْنًا لَضَرْوْرَةِ حَيَاتِهَا الَّذِي يَمْنَعُهَا مِنَ التَّصْرِيحِ بِالْإِذْنِ عَرَفًا، فَكَانَتْ هَذِهِ الحَالُ ضَرْوْرَةً اقْتَضَتْ اعْتِبَارَ سَكَوتِهَا قَائِمًا مَقَامَ الْإِذْنِ الصَّرِيحِ، فَكَانَ سَكَوتُهَا دَلَالَةً عَرَفِيَّةً أَوْ حَالِيَّةً عَلَى الْإِذْنِ، بِدَلِيلِ أَنَّهَا لَوْ لَمْ تَكُنْ رَاقِبَةً لَرَفُضَتْ صَرَاحَةً، إِذْ لَا تَسْتَحِي مِنَ الرَّفْضِ عَادَةً، وَلَوْ لَمْ نَعْتَبِرْ سَكَوتَهَا بَيَانًا لَمَا انْعَقَدَ زَوَاجُهَا حَتَّى آخِرِ حَيَاتِهَا، وَفِي هَذَا مِنَ الضَّرَرِ مَا فِيهِ. وَعَلَى هَذَا فَالسُّكُوتُ دَلَالَةٌ عَرَفِيَّةٌ فِي الْإِذْنِ لَا فِي الرَّفْضِ.

وَالْخُلَاصَةُ: السُّكُوتُ حَالُ أَصْلِيَّةٍ سَلْبِيَّةٍ تَنْتَفِي مَعَهَا الدَّلَالَةُ عَلَى شَيْءٍ يَقِينًا، وَإِنْ تَحَوَّلَ السُّكُوتُ إِلَى وَسِيلَةٍ لِلتَّعْبِيرِ عَنِ الْإِرَادَةِ، فَإِنَّمَا يَكُونُ بَعْنَاصِرَ مَوْجَّهَةً، أَوْ أَدَلَّةً

من قرينة، أو ظرف خارجي ملابس، أو عرف، أو ضرورة مقتضية لدفع غرر أو ضرر لأنَّ هذه الدَّلالة خِلاف الأصل^(١).



(١) أي أن اعتبار السُّكوت بياناً هو خلاف حالته الأصليَّة اليقينية، من أنَّه ليس بياناً لشيءٍ، لكونه أمراً سلبياً تَنَتَفِي معه الدَّلالة على شيءٍ، وخِلاف الأصل حالة استثنائية طارئة، لا بُدَّ لها من دليل يثبتها أو ينهض بها، وقد بينا تلك الأدلَّة التي توجب حالة الاستثناء من كونه وسيلةً للتَّعبير عن الإرادة.

المبحث الثاني

شُرُوطُ الصَّيْخَةِ (شُرُوطُ انْعِقَادِ)

الفرع الأول - توافق الإيجاب والقبول صراحةً أو ضمناً

الفرع الثاني - اتّصالُ القَبُولِ بالإيجابِ في مَجْلِسِ العَقْدِ

خيارُ المَجْلِسِ

الفرع الثالث: بقاء الإيجاب قائماً حتى صدور القبول

إذا كانت (الصّيغة) من الإيجاب والقبول، أو ما يقوم مقامها، هي الركن الوحيد للعقد، على التحقيق، وما عداها فلكوازم، فإن لهذه الصّيغة شروطاً لا ينعقد العقد إلا بتوافرها؛ لأنّها شروط انعقاد، أو عناصر تكوين، وهي:

أولاً: توافُق الإيجاب والقبول (صراحةً أو ضمناً).

ثانياً: اتّصال القبول بالإيجاب.

ثالثاً: بقاء الإيجاب قائماً في مجلس العقد، حتى صدور القبول عند الجمهور.

الفرع الأول - توافق الإيجاب والقبول صراحةً أو ضمناً^(١)

معنى التوافق: التوافق معناه تضمُّنُ القبولِ كُلِّ جُزْئِيَّاتِ^(٢) الإيجابِ بحيث إذا خالفه في جُزئيةٍ منها مخالفةً حقيقيّةً^(٣) لا ينعقد العقد، بل يكون رُفْضاً للإيجاب، يتضمَّنُ إيجاباً جديداً، يحتاجُ إلى قبولٍ جديدٍ من الطَّرَفِ الأول، سيأتي بيانه. ولا تشترط الموافقة الضمنية أو الحكميّة.

ومن الموافقة الصّريحّة أن تقول: بعثك هذه الأرض بمئة ألف.

فيقول مريد الشراء: قبلت شراءها بمئة ألف، أو قبلت.

أما الموافقة الضمنية، فكقولك: بعثك هذه السيارة بعشرين ألفاً.

فيقول: اشتريتها بخمسة وعشرين.

(١) فتح القدير (٧٧/٥ - ٧٨)، البدائع (١٣٧/٥)، نهاية المحتاج (٨٠/٣).

(٢) فلا بُدَّ في عقد البيع من التوافق بين القبول والإيجاب في محل العقد، ومقدار ثمنه، وفي الأجل إن وجد.

(٣) إذا كانت المخالفة ظاهريّة، لا حقيقية، فالعقد ينعقد؛ لأنّها تكون حينئذ متمحضّة لمنفعة الموجب، محقّقة لرضاه، وهذه هي الموافقة الضمنية كما في المتن.

لأنَّ هذا يَتَضَمَّنُ القَبُولَ بالعشرين من باب أولى، وفيه منفعة خالصة للموجب، فالمخالفة ظاهرية لا حقيقية؛ لأنَّها تَضَمَّنَتْ ما طلبه الموجب وزيادة، فَرِضاهُ ثابِتٌ قَطْعاً، وعلى هذا ينعقد العقدُ بالعشرين ولكن لا تجب الزيادة إلَّا إذا قبلها الموجب، حتى لا يَدْخُلَ شَيْءٌ في ملك أَحَدٍ إلَّا بإذنه، نفيًا للمِنَّة عن نفسه.

وما يُقَالُ في محلِّ العقدِ والثَّمَنِ^(١)، يُقَالُ في الأجل كذلك.

فإذا قال البائع: بعتك هذا المنزل بمئة ألفٍ حالَّةً.

فقال الآخر: قبلت بمئة ألفٍ مؤجَّلة؛ لا ينعقد العقدُ، للمُخَالَفَةِ الصَّرِيحَةِ في الأجل؛ لأنَّ من يَرْضَى بالثَّمَنِ حالاً قد لا يَرْضَى به مؤجَّلاً، بِخِلَافِ العكس؛ لأنَّه في مَصْلَحَةِ الموجب، فَرِضاهُ مُتَحَقِّقٌ فيه.

ومن هنا ندرك، أن اشتراط موافقة القبول للإيجاب في جميع ما يتضمَّنه الإيجاب من جزئيات، شَرْطاً للانعقاد أساسه أن (صِيغَةَ العَقْدِ) (الإيجاب والقبول) ليست مقصودة لذاتها، وإلَّا باعتبارها دليلاً أو قرينة على (التراضي) فما لم يحصل التَّطابُّق بين الإيجاب والقبول في جميع الجزئيات، لا يُمكن أن تُعْتَبَرَ مظنة على حصول التَّراضي الكامل الذي هو أساس التَّعاقد.

والرِّضَا الكامل لا يتحقَّقُ إلَّا إذا تَمَّ التَّطابُّق بين الإيجاب والقبول.

الفرع الثاني - اتِّصَالُ القَبُولِ بالإيجابِ في مَجْلِسِ العَقْدِ

تحديد معنى الاتِّصَالِ بين عنصري الصِّيغَةِ في فقه المذاهب (مجلس العقد)

(١) ولو كانت الصِّفَةُ متَّحدةً فلا ينعقد العقدُ إذا كَانَ القَبُولُ على بعضها لتفرُّق الصِّفَةِ، فلو قال البائع: بعتك هذه الأرض بمئة ألف، فقال: نصفها بخمسين، لا ينعقد العقدُ.

مَنْ الْمُتَّفَقِ عَلَيْهِ بَيْنَ الْقُضَمَاءِ، أَنَّهُ لَا بُدَّ - لِنَعْقِدِ الْعَقْدَ - مِنْ تَحْقِيقِ الْإِتِّصَالِ بَيْنَ الْقَبُولِ وَالْإِجَابِ، (عنصري الصَّيْغَةِ) هَذَا مِنْ جِهَةِ الْمَبْدَأِ، وَإِنَّمَا الْخِلَافُ فِي تَحْدِيدِ مَعْنَى الْإِتِّصَالِ، سَوَاءً أَكَانَ بَيْنَ حَاضِرِينَ أَمْ بَيْنَ غَائِبِينَ.

فَالْجُمْهُورُ عَلَى أَنَّ الْمُرَادَ بِالْإِتِّصَالِ اتِّحَادَ مَجْلِسِ الْعَقْدِ أَوْ الزَّمَنِ الَّذِي يَكُونُ فِيهِ الْمُتَعَاقِدَانِ مُقْبِلَيْنِ عَلَى التَّعَاقُدِ، إِذْ لَا إِتِّصَالَ مَعَ تَعَدُّدِ الْمَجْلِسِ بَدَاهَةً، فَلَا يُشْتَرَطُ أَنْ يَصْدَرَ الْقَبُولُ عَقِبَهُ مُبَاشَرَةً؛ لِأَنَّ (الْقَوْرِيَّةَ) فِي صُدُورِ الْقَبُولِ لَيْسَتْ شَرْطًا لِتَحْقِيقِ الْإِتِّصَالِ عِنْدَهُمْ دَفْعًا لِلخَرَجِ عَنِ النَّاسِ، وَتَحْقِيقًا لِمَصَالِحِهِمْ، وَإِنَّمَا يُشْتَرَطُ قِيَامُ مَجْلِسِ الْعَقْدِ أَوْ اتِّحَادِهِ، وَلَوْ كَانَ بَيْنَ الْإِجَابِ وَالْقَبُولِ فَاصِلٌ زَمَنِي.

ذَلِكَ لِأَنَّ الْجُمْهُورَ يَرَى أَنَّهُ لَا بُدَّ مِنْ وَجُودِ فِتْرَةٍ زَمَنِيَّةٍ بَعْدَ صُدُورِ الْإِجَابِ، لِيَتَسَنَّى لِلطَّرَفِ الْآخَرَ أَنْ يَتَرَوَّى فِي الْأَمْرِ، وَيُوزَنَ بَيْنَ مَا يُعْطَى وَمَا يُأْخَذُ، وَلَا يَتَسَرَّعَ، وَلِيَتَخَيَّرَ بَعْدَ ذَلِكَ بَيْنَ الْقَبُولِ وَالرَّفْضِ ضَمَانًا لِرِضَاهُ الْحَقِيقِيِّ الْكَامِلِ، وَلِهَذَا قَالُوا: (إِنَّ الْمَجْلِسَ جَامِعَ الْمُتَقَرِّقَاتِ).

وَعَلَى هَذَا لَوْ صَدَرَ الْقَبُولُ بَعْدَ فِتْرَةٍ زَمَنِيَّةٍ مِنْ صُدُورِ الْإِجَابِ - وَإِنْ طَالَتْ - تَحَقَّقَ الْإِتِّصَالُ، مَا دَامَ الْمَجْلِسُ قَائِمًا؛ أَي: لَمْ يَتَحَلَّلِ الْفِتْرَةُ مَا بَيْنَ الْإِجَابِ وَالْقَبُولِ إِعْرَاضٌ عَنِ التَّعَاقُدِ يَحُولُ مِنْ دُونِ الْإِتِّصَالِ بَيْنَهُمَا، أَوْ صَرَفَ أَحَدُهُمَا عَنِ التَّعَاقُدِ شَاغِلٌ آخَرُ.

وَبَيَانُ ذَلِكَ أَنَّ إِعْرَاضَ عَنِ التَّعَاقُدِ، أَوْ التَّشَاغُلَ بِعَيْزِهِ قَبْلَ الْقَبُولِ، يَنْهَدِمُ بِهِ الْمَجْلِسُ، فَيَنْهَدِمُ بِالتَّالِيِ الْإِجَابُ الَّذِي صَدَرَ فِيهِ، حَتَّى إِذَا صَدَرَ الْقَبُولُ بَعْدَ ذَلِكَ لَمْ يَصَادَفِ إِجَابًا قَائِمًا لِيَتَّصَلَ بِهِ، فَلَا يَنْعَقِدُ الْعَقْدُ، لِغَدَمِ تَحْقِيقِ الْإِتِّصَالِ.

عَلَى أَنَّ الْمَجْلِسَ يَنْهَدِمُ - فَضْلًا عَنْ ذَلِكَ - بِرُجُوعِ الْمَوْجِبِ عَنْ إِجَابِهِ قَبْلَ الْقَبُولِ، عَلَى مَا سَيَأْتِي.

ومن هنا نلاحظ، أنَّ الإيجاب يبقى قائماً حكماً - في اجتهاد الجمهور - ما دام المجلس قائماً، حتى إذا انهدم المجلس حقيقة أو حكماً، انهدم الإيجاب.

أمَّا انهدام المجلس حقيقةً فمن مثل خروج أحدهما - الموجب أو الموجَّه إليه الإيجاب - من المجلس بعد صدور الإيجاب، وقبل القبول أو رجوع الموجب عن إيجابه، أو رفضه صراحةً ممن وجه إليه.

وأمَّا انقضاؤه حكماً فمن مثل إعراض أحدهما عن التعاقد والتشاغل بغيره كقراءة صحيفة، أو التحدث مع الآخرين، قبل القبول أو بما يُعده العُرف إعراضاً ينقضي به المجلس.

على أن القبول الذي يعتد به إذا صدَرَ بعد انهدام الإيجاب يُعدُّ إيجاباً جديداً يحتاج إلى قبول جديدٍ من الطرف الأول ينعقد به عقدٌ جديدٌ.

إذن فمجلس العقد - في اجتهاد الجمهور - هو المكان الذي يجتمع فيه العقَّدان - إن كانا حاضرين - وتمتد فترته الزمنية من وقت صدور الإيجاب، وتنتهي بانعقاد العقد، أو بإعراض أحدهما عن التعاقد صراحةً أو دلالة.

أو هو الحال التي يكون فيها المتعاقدان مُقبِّلَيْنِ على التعاقد، مُنصَرِفَيْنِ إلى التَّكَلُّمِ فيه، وقد تطوَّل هذه الفترة التعاقدية أو تَقصُرُ، وأياً ما كانَ فالمجلس يُعدُّ قائماً ما دام العقَّدان مُقبِّلَيْنِ على التعاقد دونَ أنْ يَصْرِفَهُما عنه شاغلٌ آخرُ.

وأمَّا بالنسبة إلى الغائبين، فهما وإن كانا مختلفين مكاناً، فإنَّ مجلس العقد يتحدَّد بالنسبة إليهما بالوقت الذي يستغرق التعاقد أيضاً، سواء أكان بواسطة البرقية، أو الرسالة المكتوبة، أو الشفهية أو الهاتف، أو غير ذلك من الوسائل، فإنَّ مجلس العقد هو مجلس وصول الرسالة أو تبليغها، أو وصول البرقية، أو وقت المكالمة الهاتفية، وينتهي بقبول ما

تضمنه الإيجاب وانعقاد العقد، أو بإعراض من وجه إليه الإيجاب (القابل) صراحةً أو دلالة، أو برُجوع الموجب عن إيجابه قبل القبول.

أمّا الشافعية، فيشترطون (الفورية) لتحقيق الاتصال، بمعنى أنّ العقد لا ينعقد إلا إذا صدر القبول فور الإيجاب، وعقبه مباشرةً من دون فاصل زمني، ولو كان مجلس العقد قائماً، ولو لم يدر من أحد العاقدين ما يهدمه.

وأمّا (التروي) فأجاب الشافعية عنه، بأنه يمكن أن يتم بعد انعقاد العقد، حيث يثبت لكل من العاقدين، في عقود المعاوضات المالية خاصة حق فسخ العقد، إذا لم يره محققاً لمصلحته، ما دام المجلس قائماً، وهذا هو خيار المجلس.

إذن، فترة (التروي) يقر بها الفريقان، تحقيقاً للرضا الكامل، غير أنّ الجمهور يراها قبل انعقاد العقد، بالنسبة لمن وجه إليه الإيجاب (القابل)؛ أي: في الفترة الواقعة بين صدور الإيجاب وبين القبول، حيث يكون مخيراً بين القبول والرفض، وهذا هو (خيار القبول) حتى إذا صدر القبول، وانعقد العقد، لزم، ولا خيرة بعدئذ في فسخه لأي من العاقدين دون رضا الآخر، إلا من عيب أو عدم رؤية، وما إلى ذلك.

وأمّا الشافعية، فقد رأوا فترة (التروي) بعد انعقاد العقد؛ أي: في «خيار المجلس»، كما ذكرنا، ما دام المجلس قائماً، إذ لا يلزم العقد - عقد المعاوضة - في اجتهادهم إلا بعد انقضاء المجلس^(١).

(١) المذهب (٢٥٧/٢ - ٢٥٨).

خيار المجلس

هذا والشافعية يُثبتون خيار المجلس في عقود المعاوضات المالية خاصة، من دون سواها فلا يثبت هذا الخيار بالنسبة لعقد الزواج مثلاً؛ لأن فترة التروي في هذا العقد مُحَقَّقة في مقدماته من الخطبة، والتفاوض في المهر وما إليه عادة، فلطبيعة هذا العقد ولخطورته لم يقل الشافعية بثبوت خيار المجلس فيه.

أمّا الجمهور فلم يوافقوا الشافعية على ثبوت خيار المجلس لأي من المتعاقدين أصلاً في أي عقد من العقود.

وحجّة الشافعية في ثبوت خيار المجلس، قوله صلى الله عليه وسلم: «البَّيْعَانِ بِالْخِيَارِ مَا لَمْ يَتَفَرَّقَا»^(١).

ووجه الدلالة أن للعاقدين حق خيار فسخ العقد أو إمضائه؛ ما دام في المجلس، بصريح الحديث، ما لم يتفرق بأبداهما تفرقاً حسيّاً، ولا يتصوّر حق الفسخ إلا في عقد مُنْعَقِدٍ.

ولا يرى الحنفية في هذا الحديث حجة لإثبات خيار المجلس، ذلك أن (الخيار) في الحديث محمولٌ على (خيار القبول) بالنسبة لمن وجّه إليه الإيجاب، لا على (خيار المجلس).

أمّا (التفرق) فمقصود به التفرق والتخالف في الأقوال لا في الأبدان، وذلك بعدم موافقة القبول للإيجاب.

(١) أخرجه: البخاري في البيوع، باب إذا بَيَّ البَّيْعَانِ وَلَمْ يَكْتُمَا وَنَصَحَا (٢٠٧٩)، ومسلم في البيوع، باب الصدق في البيع والبيان (١٥٣٢).

وهذا تأويلٌ بعيد للحديث، كما ترى.

وَحُجَّةُ الْحَنْفِيَّةِ^(١) فِي نَفْيِ خِيَارِ الْمَجْلِسِ قَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾
[المائدة: ١].

وَجْهُ الدَّلَالَةِ أَنَّ الْآيَةَ الْكَرِيمَةَ تَوْجِبُ الْوَفَاءَ بِالْعَقْدِ إِثْرَ انْعِقَادِهِ وَإِبْرَامِهِ، وَهَذَا يَتَنَانَى
مَعَ ثُبُوتِ الْحَقِّ فِي فُسْخِهِ وَهُوَ مَا يَسْمَى بِخِيَارِ الْمَجْلِسِ.

وَقَدْ احْتَجَّ الْإِمَامُ مَالِكٌ عَلَى عَدَمِ اعْتِبَارِ خِيَارِ الْمَجْلِسِ بِعَمَلِ أَهْلِ الْمَدِينَةِ.

وَالرَّاجِحُ فِي هَذَا هُوَ اجْتِهَادُ الشَّافِعِيَّةِ لَصَرَّاحَةِ الْحَدِيثِ، وَلِعَدَمِ تَعَارُضِهِ مَعَ الْآيَةِ
الْكَرِيمَةِ، فَيُثْبِتُ خِيَارَ الْمَجْلِسِ لِأَيِّ مِنَ الْمُتَعَاقِدِينَ مَا دَامَ الْمَجْلِسُ قَائِمًا، وَلَوْ بَعْدَ انْعِقَادِ
الْعَقْدِ.

وَأَمَّا حُجَّةُ الشَّافِعِيَّةِ فِي اشْتِرَاطِ (الْفَوْرِيَّةِ) لِتَحَقُّقِ الْإِتِّصَالِ بَيْنَ عُضْوَيْ الصِّيْغَةِ
لِيَنْعَقِدَ الْعَقْدُ، فَمُؤَدَّاهَا أَنَّ الْإِجَابَ عَرَضٌ زَائِلٌ يَنْقُضِي إِثْرَ التَّكْلُمِ بِهِ، فَلَا بُدَّ مِنْ صُدُورِ
الْقَبُولِ عَقِبَهُ مُبَاشَرَةً لِتَحَقُّقِ الْإِتِّصَالِ وَهَذَا هُوَ الْقِيَاسُ.

أَمَّا الْجُمْهُورُ فَمَعَ اعْتِرَافِهِمْ بِأَنَّ طَبِيعَةَ الْإِجَابِ كَذَلِكَ، غَيْرَ أَنَّهُمْ عَدَّوهُ قَائِمًا
حَكْمًا، طَوَالَ مَدَّةِ الْمَجْلِسِ، تَحْقِيقًا لِمَصَالِحِ النَّاسِ، وَدَفْعًا لِلحَرَجِ، فَكَانَ ذَلِكَ اسْتِحْسَانًا
عَلَى خِلَافِ الْقِيَاسِ.

وَعَلَى هَذَا فَمَا دَامَ الْمَجْلِسُ قَائِمًا مُتَّحِدًا وَالْعَاقِدَانِ مُقْبِلَيْنِ عَلَى التَّعَاقُدِ، فَالْإِجَابُ
قَائِمٌ حَكْمًا وَاعْتِبَارًا، وَقَالُوا: إِنَّ مَجْلِسَ الْعَقْدِ يَجْمَعُ الْمُتَفَرِّقَاتِ لِلزُّرُورَةِ، بِمَعْنَى أَنَّ الْإِتِّصَالَ
يَتَحَقَّقُ بَيْنَ الْقَبُولِ وَالْإِجَابِ، وَلَوْ كَانَ بَيْنَهُمَا فَاصِلٌ زَمْنِيٌّ، لَوْحِدَةِ الْمَجْلِسِ الَّذِي صَدَرَ

(١) فتح القدير (٨١/٥)، المذهب (٢٥٧/١ - ٢٥٨).

فيه، ضرورة التيسير على الناس، وتحقيق مصالحهم، ودفع الحرج عنهم، وهذا هو سند الاستحسان ودليله، وهو ما نُرجّحه.

هذا ولا يتغير حكم المسألة سواء أكان التعاقد بين حاضرين أم بين غائبين. أما إذا كانا حاضرين فواضح؛ لأنّ اتحاد المجلس إنّما يعني الفترة الزمنية التي يكون فيها العقدان مُقبلين على التعاقد، كما بينا.

وأما إذا كانا غائبين، فإنّ التعاقد لا يتمّ بينهما إلّا بالواسطة من (البرقية، أو الرسالة الكتابية، أو الشفهيّة التي يحملها رسول، أو الهاتف) ومجلس العقد بالنسبة إليهما هو مجلس (العلم) بما تتضمنه البرقية أو الرسالة، أو بما يُبلّغه الرسول، أو تتضمنه المكالمة الهاتفية من إيجاب، ويبقى المجلس ممتدّاً إلى الزمن الذي يستغرقه العقد، وأياً ما كان فإذا صدرَ القبول في المجلس كتابةً، أو شفاهاً، أو هاتفياً على النحو الذي بيّنا، تمّ الاتصال بين الإيجاب والقبول، وانعقد العقد ولو كان بينهما فاصل زمني، ما دام المجلس قائماً^(١).

العقود التي لا يُشترط فيها تحقّق الاتصال:

قدّمنا أنّ الجمهور لا يُشترطون صدور القبول فور الإيجاب ليتحقّق الاتصال، بل اكتفوا باتحاد مجلس العقد، فينعقد العقد ولو لم يصدر القبول فوراً، بأن كان بينهما فاصل زمني، ما دام المجلس لم ينفض.

على أن شرط الاتصال بهذا المعنى عند الجمهور لا يُشترط في (الوصيّة، والإبراء والوكالة)، فينعقد العقد فيها باتحاد المجلس وبغيره، بل إنّ بعضها لا ينعقد إلّا إذا صدرَ القبول في مجلس آخر كالوصيّة.

(١) التعاقد بالهاتف بمثابة التعاقد بين حاضرين من حيث الزمان، وبين غائبين من حيث المكان، ويتمّ العقد بينهما إذا اتحد المجلس زمنّاً بالقدر الذي تستغرقه المكالمة الهاتفية التعاقدية.

وبيان ذلك أن الوصية تصرف مضاف إلى ما بعد الموت، فلا يكون قبول الموصى له معتبراً إلا بعد موت الموصي.

وكذلك الإيصاء لأن الموصى إليه بالقيام برعاية شؤون أولاد الموصي القصر لا يكون وصياً إلا بعد وفاته.

وأما الوكالة فهي من باب الإعانة، ولذلك صحَّ القبول فيها في المجلس وبعده.

الفرع الثالث - بقاء الإيجاب قائماً حتى صدور القبول

قدّمنا أنّ اتّصال القبول بالإيجاب، بوصفه شرطاً للانعقاد، يفترض سبق قيام الإيجاب واستمراره، حتى يصدر القبول، ليتّصل به.

وعلى هذا؛ فلا يتحقّق الاتّصال إذا سقط الإيجاب قبل القبول لأيّ سبب كان، فلا ينعقد العقد.

وهذا يقتضينا بحث الأسباب التي يسقط بها الإيجاب، فنعرضها فيما يلي:

أولاً: رجوع الموجب عن إيجابه، صراحةً أو دلالة، قبل القبول.

أما صراحةً فكقوله: رجعت عن إجابي.

وأما دلالةً فبانصرافه عن التعاقد إلى التشاغل بما لا يتعلّق بموضوع العقد، كالأكل والنوم والتحدّث بحديث آخر، كما قدّمنا.

وللفقهاء في هذه المسألة رأيان:

أ - أنّه يجوز للموجب أن يرجع عن إيجابه، ما دام لم يتعلّق به حقٌّ لأحد، إذ المفروض أنّه قبل صدور القبول، ويصير بالرجوع لغواً، فإذا صدر القبول بعد ذلك لم يصادفه، فلا يتحقّق الارتباط، ولا يتمّ العقد، وهذا رأي الجمهور وبعض المالكية.

وَحُجَّتُهُمْ فِي ذَلِكَ أَنَّ لِلْمَوْجِبِ حَقَّ الْمَلِكِ، وَبِإِجْبَائِهِ أَثْبَتَ لِلطَّرَفِ الْآخَرِ حَقَّ التَّمْلُكِ، فَكَانَ لِلْمَوْجِبِ أَنْ يَرْفَعَ هَذَا الْحَقَّ الَّذِي أَوْلَاهُ الطَّرَفُ الْآخَرُ؛ لِأَنَّ حَقَّ الْمَلِكِ أَقْوَى مِنْ حَقِّ التَّمْلُكِ، إِذِ الْأَوَّلُ ثَابِتٌ أَصَالَةً، وَالثَّانِي مُجَرَّدٌ وَلَايَةٍ مَمْنُوحَةٍ مِنَ الْمَوْجِبِ وَبِرِضَاهُ، وَلَوْ أَلْزَمْنَا الْمَوْجِبَ بِإِجْبَائِهِ قَبْلَ الْقَبُولِ لَكَانَ حَقُّ التَّمْلُكِ أَقْوَى، وَهَذَا غَيْرُ جَائِزٍ، لَمَّا قَدَمْنَا، بِخِلَافٍ مَا إِذَا رَجَعَ بَعْدَ الْقَبُولِ، إِذْ يَنْعَقِدُ الْعَقْدُ، وَلَا يَمْلِكُ الْمَوْجِبُ الرَّجُوعَ عَنْ إِجْبَائِهِ حِينَئِذٍ؛ لِأَنَّهُ تَعَلَّقَ بِهِ حَقُّ الْغَيْرِ.

نَخْلُصُ مِنْ هَذَا إِلَى أَنَّ الْمَوْجِبَ يَمْلِكُ حَقَّ الرَّجُوعِ قَبْلَ الْقَبُولِ، لَا بَعْدَهُ وَأَنْ رَجُوعَهُ قَبْلَ الْقَبُولِ يَحُولُ دُونَ تَحْقُوقِ الْإِتِّصَالِ، فَلَا يَنْعَقِدُ الْعَقْدُ.

ب - لَا يَمْلِكُ الْمَوْجِبُ الرَّجُوعَ عَنْ إِجْبَائِهِ، وَلَوْ قَبْلَ الْقَبُولِ، فَيَكُونُ مُلْزَمًا بِهِ، مَا دَامَ الْمَجْلِسُ قَائِمًا، وَلَا اعْتِبَارَ لِرَجُوعِهِ لَوْ وَقَعَ، وَلَوْ صَدَرَ الْقَبُولُ انْعَقَدَ الْعَقْدُ، وَلَا يَسْقُطُ الْإِجْبَابُ إِلَّا بِإِعْرَاضِ الطَّرَفِ الْآخَرِ، أَوْ انْتِهَاءِ الْمَجْلِسِ بِالْقَبُولِ، إِلَّا إِذَا قَيَّدَ الْمَوْجِبُ نَفْسَهُ بِمُدَّةٍ^(١) بِأَنْ حَدَدَ لِلطَّرَفِ الْآخَرِ مُدَّةً مُعَيَّنَةً يَقْبَلُ فِيهَا الْعَقْدُ أَوْ يَرْفُضُهُ، فَيَكُونُ الْمَوْجِبُ مُلْزَمًا بِمَا أَلْزَمَ بِهِ نَفْسَهُ، طَوَالَ هَذِهِ الْمُدَّةِ الَّتِي قَيَّدَ بِهَا نَفْسَهُ وَلَا يَبْطُلُ الْإِجْبَابُ بِانْتِهَاءِ الْمَجْلِسِ، بَلْ بِانْتِهَاءِ الْمُدَّةِ إِذَا لَمْ يَصَادَفْهُ قَبُولٌ، وَلَيْسَ فِي تَحْدِيدِ هَذِهِ الْمُدَّةِ مَنَافَاةٌ لِمَقْتَضَى الْعَقْدِ.

هَذَا وَيَتَقَيَّدُ الْإِجْبَابُ بِالْعُرْفِ، إِذَا جَرَى عَلَى تَقْيِيدِ الْمَوْجِبِ بِمُدَّةٍ مُعَيَّنَةٍ^(٢).

ثَانِيًا - مَوْتَ أَحَدِ الْعَاقِدِينَ أَوْ زَوَالِ أَهْلِيَّةِ بَعْضِهِمَا وَنَحْوِهِ، قَبْلَ الْقَبُولِ:

(١) مواهب الجليل (٤/٢٤١).

(٢) الدر المنتقى شرح الملتقى (بهاشم مجمع الأنهر) (٤/٢) والبحر الرائق (٥/٢٦٧) وانظر أحكام

المعاملات الشرعيَّة للأستاذ علي الخفيف (١٧٥).

موت الموجب أو خروجه عن أهليته بالجنون قبل القبول يبطل إيجابه، فإذا صدّر القبول من الطرف الآخر بعد ذلك، فلا ينعقد العقد إذا لم يصادف إيجاباً يرتبط به. وإنما سقط الإيجاب بذلك، ولم يورث، لاحتمال رجوع الموجب لو بقي حياً. وكذلك موت الطرف الآخر، أو خروجه عن أهليته، قبل قبوله يبطل الإيجاب، إذ لم تعد له فائدة، وهذا مبني على أن حق الإيجاب أو القبول لا يورث، وهو مذهب الأئمة الأربعة^(١).

وخالف في هذا الإباضية، فأجازوا للوارث، أو الولي أو القيم - حسب الأحوال - أن يقوم مقام الموجب أو القابل الذي توفي أو زالت أهليته^(٢).
ثالثاً: يبطل الإيجاب أيضاً برفض من وجه إليه الإيجاب (القابل) صراحةً أو دلالة^(٣).

رابعاً: هلاك محل العقد، كلياً أو جزئياً، أو تغييره، إذ التغير في حكم الهلاك الجزئي قبل القبول، بأن كان عصير عنب فتحمر أو صار خلاً.
إذن من شروط بقاء الإيجاب منتجاً لآثاره، وصالحاً للاتصال القبول به، بقاء محل العقد على الحال التي كان عليها قبل التعاقد.
خامساً: انتفاء مجلس العقد، حساً بالتفريق، أو معنى بالإعراض وذلك قبل صدور القبول، فإذا انقضى المجلس سقط الإيجاب الذي صدّر فيه ضرورة.

(١) الفتاوى الهندية (٧/٢).

(٢) وذلك بناء على أن هذا الحق يورث عندهم. ينظر: كتاب النيل (١١/٢).

(٣) فتح القدير (٥/٧٨، ٨١)، الخطاب (٤/٢٤٠).

المبحث الثالث

محلُّ العقد

الفرع الأول - تعريف المحلِّ وطبيعته

الفرع الثاني - شروطُ محلِّ العقدِ

الفرع الثالث: وسائل تعيين المحلِّ

Damascus University

الفرع الأول

تعريف المحل وطبيعته

محلّ العقد هو المَعقودُ عليه الذي يظهر أثر العقد فيه، فلا عقد بلا محل، وتختلف طبيعة هذا المحل باختلاف أنواع العقود، فقد يكون محلّ العقد من الأعيان المائيّة أو المنافع أو الأعمال.

فمحلّ العقد في عقد (البيع، والرهن، والهبة) عين مائيّة.

ومحلّ العقد في (الإجارة والإعارة) المنفعة والانتفاع.

وفي أيّامنا يجري التعاقد على حقوق الابتكار كحقّ التأليف، ومحلّ العقد فيه هو (الأفكار) وهي تصوّرات ذهنيّة أو أدبيّة، فكانت من قبيل المنافع، لقوله صلى الله عليه وسلم: «أَوْ عِلْمٌ يُنْتَفَعُ بِهِ»^(١).

ثم إنّ بعض العقود تقتضي طبيعتها أن يكون محلّ العقد موجوداً عند التعاقد، كعقد البيع والرهن، وبعضها الآخر لا تقتضي طبيعته ذلك كعقد الإجارة والإعارة والمساقاة والمزارعة.

ذلك لأنّ البيع محلّه الأعيان، فلا بُدَّ أن يكون موجوداً ليظهر أثره فيه، بخلاف المنافع، فإنّها أعراضٌ تظهر شيئاً فشيئاً عند الاستيفاء، لذا لا يُتصوّر وجودها عند التعاقد، وكذلك الأعمال توجد مُستقبلاً^(٢).

(١) رواه مسلم في الوصيّة، باب ما يلحق الإنسان من الثواب بعد وفاته (١٦٣١).

(٢) ومن الأعمال التي يجري التعاقد عليها، عمل الأجير المشترك أو الأجير الخاص، وأعمال ذوي الخبرة العلميّة من المهندسين والأطباء والزراعيين ومن إليهم.

الفرع الثاني

شُرُوطُ مَحَلِّ الْعَقْدِ

الشَّرْطُ الْأَوَّلُ: أَنْ يَكُونَ مَحَلُّ الْعَقْدِ قَابِلًا لِحُكْمِهِ شَرْعًا:

وهذا الشَّرْطُ قد انْعَقَدَ عَلَيْهِ الْإِجْمَاعُ.

وَلَا يَكُونُ مَحَلُّ الْعَقْدِ قَابِلًا لِحُكْمِهِ، وَبِالتَّالِي لَا يَنْعَقِدُ الْعَقْدُ فِي الْأَحْوَالِ الْآتِيَةِ:

١ - كَوْنُ مَحَلِّ الْعَقْدِ مَالًا مُتَقَوِّمًا مَمْلُوكًا، وَلَكِنْ طَبِيعَتُهُ تَأْبِي قَبُولَ حُكْمِ نَوْعِ مُعَيَّنٍ

مِنَ الْعُقُودِ، لَا لِغَدَمِ الْمَشْرُوعِيَّةِ فِي أَصْلِهِ:

ومثاله: الخضرَاوات والفواكه والتَّلَج، أَمْوَالٌ مُتَقَوِّمَةٌ لَمْ يَخْرِجْهَا الشَّارِعُ مِنْ دَائِرَةِ التَّعَامُلِ أَصْلًا، بَلْ أَخْرَجَهَا عَنْ نَوْعِ مُعَيَّنٍ مِنْهُ، كَعَقْدِ الرِّهْنِ، إِذْ طَبِيعَتُهَا لَا تَتَّفَقُ مَعَ حُكْمِهِ مِنَ الْإِحْتِبَاسِ طَوَالَ أَجْلِ الدَّيْنِ، لَكُونِهَا لَا تَدُومُ زَمَنًا طَوِيلًا وَالْمَقْصُودُ مِنَ الْعَقْدِ حُكْمُهُ وَآثَرُهُ. وَإِنَّمَا يَجْرِي عَلَيْهَا مِنَ الْعُقُودِ مَا يَتَّفَقُ وَطَبِيعَتُهَا، كَالْبَيْعِ وَالْهَبَةِ وَالصَّدَقَةِ؛ لِأَنَّهَا إِنَّمَا تَشْتَرَى أَوْ تَوْهَبُ أَوْ يُتَصَدَّقُ بِهَا، تَحْقِيقًا لِقَصْدِ الْأَكْلِ عَادَةً، أَوْ التَّبْرِيدِ الْمُؤَقَّتِ، فَلَا يَصِحُّ رَهْنُهَا، لَا لِأَنَّهَا غَيْرُ مَشْرُوعَةٍ فِي أَصْلِهَا، بَلْ لِمَا ذَكَرْنَا، بِدَلِيلِ صِحَّةِ بَيْعِهَا وَهَبَتِهَا.

٢ - أَنْ يَكُونَ حُكْمُ الْعَقْدِ لَا يَتَّفَقُ مَعَ مَا خُصِّصَ لَهُ مَحَلُّهُ مِنْ غَرَضٍ عَامٍّ يَتَعَلَّقُ

بِالْكَافَّةِ

وبيان ذلك أَنَّ يَكُونَ التَّعَامُلُ مِمَّا يَنْشَأُ عَنْهُ مَصَالِحُ فَرْدِيَّةٍ مُتَبَادِلَةٍ بَيْنَ الْعَاقِدِينَ، وَفِي مُقَدِّمَتِهَا حَقُّ الْمِلْكِيَّةِ الْفَرْدِيَّةِ، مِمَّا لَا يَتَّفَقُ مَعَ مَا خُصِّصَ لَهُ الشَّيْءُ مِنْ مَنَفْعَةٍ عَامَّةٍ مُشْتَرَكَةٍ لِلْكَافَّةِ، لَا لَطَبِيعَةِ الْمَحَلِّ نَفْسِهِ.

ومن ذلك الأوقاف والجسور والقناطر وغيرها من منشآت الدولة، والآجام والمراعي، وبنابيع المياه وآبار النفط، وعروق المعادن في الأرض، وما إلى ذلك مما يتنافى مع الغرض من أصل إنشائه، أو خلقه في الأرض، إجراء الملكية الخاصة عليه بالتعامل أو التعاقد.

غير أن عدم قابلية محل العقد للمحل هنا نسبي لا مطلق، فالوقف إذا كان لا يجوز امتلاكه، بعقد البيع أو الهبة أو الإرث استبعاداً له عن التملك الفردي الذي يتنافى مع الغرض العام من أصل تشريعه فإن إجارته جائزة، إذ تؤكد ذلك الغرض ولا تنافيه لصرف غلته إلى مستحقيه، وأيضاً جاز بيع الوقف على سبيل الاستبدال، إذا كان خيراً له، لا للتملك الفردي المحض، وذلك لموضع الضرورة.

والفرق بين هذا السبب وسابقه، أن الأول يرجع إلى طبيعة المحل وهذا إلى الغرض منه.

٣ - كون المحل ليس مالاً أصلاً، لنجاسته وضرره أو لكرامته، فأخرجه الشارع من دائرة التعامل، وعُدَّ كل عقد يرد عليه باطلاً.

فمن الأول: الميتة والدم لنجاستهما، ولما يشتملان عليه من ضرر محقق، وانتفاء منفعتيهما يستلزم انتفاء ماليتهما، إذ المالية قوامها المنفعة، وما لا منفعة فيه ليس بمال شرعاً، ومن هنا كان تحريمهما، فكيف إذا كان ضرراً محضاً، أو خبيثاً خالصاً.

ومن الثاني: الإنسان الحر، حيث لا يجوز أن يكون محلاً للتعامل أصلاً، ولا أي عضو من أعضائه، مسلماً كان أم غير مسلم، لآدميته التي هي منشأ كرامته، لقوله تعالى: ﴿وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ﴾ [الإسراء: ٧٠] بإطلاق.

٤ - كون محل العقد مالاً مُتَقَوِّماً ولكنه ليس بمتقوّم شرعاً، فلا يكون قابلاً لحكم

العقد، فيقع باطلاً

يُشْتَرَطُ فِي مَحَلِّ الْعَقْدِ أَنْ يَكُونَ مَالاً مُتَقَوِّماً، وَإِلَّا وَقَعَ الْعَقْدُ بَاطِلاً^(١)، فَهُوَ شَرْطُ
انْعِقَادِ، وَالْمَالُ الْمُتَقَوِّمُ هُوَ مَا تَوَافَر فِيهِ أَمْرَانِ:
الأول: إحرازه وحيازته فعلاً.

الثاني: جواز الانتفاع به انتفاعاً مُطْلَقاً فِي حَالِ السَّعَةِ وَالِاخْتِيَارِ، لَا فِي حَالِ
الْعُسْرِ وَالِاضْطِرَارِ.

وَتَأْسِيساً عَلَى هَذَا فَلَا يَجُوزُ التَّعَامُلُ فِيْمَا لَا مَنَفْعَةٌ فِيْهِ أَصْلاً، لِفَقْدَانِ الْعَقْدِ أَوْ
التَّعَامُلِ الْغَرَضَ الَّذِي شَرَعَ مِنْ أَجْلِهِ، وَهُوَ تَبَادُلِ الْمَنَافِعِ.

وَأَيْضاً مَا لَا مَنَفْعَةَ فِيْهِ يَجْعَلُ التَّعَامُلَ فِيْهِ عِبْتاً لِعَدَمِ الْفَائِدَةِ، وَكُلُّ عَقْدٍ يَخْلُو مِنْ
الْفَائِدَةِ بَاطِلٌ؛ لِأَنَّ الْعِبْتَ لَا يُشْرَعُ، فَكَانَتِ الْفَائِدَةُ شَرْطَ انْعِقَادِهِ.

وَأَيْضاً بِذَلِكَ الْمَالِ فِيْمَا لَا نَفْعَ فِيْهِ سَقَةً، وَأَخْذُ الْمَالِ مِنْ قِبَلِ الطَّرَفِ الْآخَرِ أَكْلٌ
لِلْأَمْوَالِ النَّاسِ بِالْبَاطِلِ، وَكِلَاهُمَا مُحَرَّمٌ.

وَذَلِكَ كَالْحَشْرَاتِ وَالسَّبَاعِ الَّتِي لَا يَنْتَفِعُ بِهَا فِي الْأَكْلِ، وَلَا فِي الصَّيْدِ وَلَا فِي غَيْرِهِمَا
مِنْ وَجْهِ النِّفْعِ الْمَعْتَادِ.

عَلَى أَنْ قَوَامُ مَالِيَّةِ الشَّيْءِ - كَمَا قَدَّمْنَا - الْمَنَفْعَةُ، وَهِيَ أَسَاسُ الْقِيَمَةِ، وَمَا لَا
مَنَفْعَةَ فِيْهِ لَا قِيَمَةَ لَهُ عَرَفْنَا، وَمَا لَا قِيَمَةَ لَهُ عَرَفْنَا، لَيْسَ مَالاً مُتَقَوِّماً شَرْعاً.

(١) البدائع (٥/٢١٠).

جاء في مجلة الأحكام العدلية (المادة ١٢٧): (المال المتقوم يستعمل في معنيين:

الأول: ما يُباح الانتفاع به.

والثاني: بمعنى المال المحرز فالسملك في البحر غير متقوم وإذا أصطيد صار متقوماً بالإحراز). وينظر

تبيين الحقائق (٤/١٤)، البدائع (٥/١٤٠).

ويستوي في ذلك أَنْ يَكُونَ لِلشَّيْءِ نَفْعٌ، ولكن الشَّارِعَ منع منه، وألَّا يَكُونَ له نفع أصلاً؛ لأنَّ المنفعة المَحْرَمَةَ كالمَعْدُومَةِ، إِذِ المَعْدُومُ شَرْعاً كالمَعْدُومِ حساً، ولا يَجُوزُ التَّعَامُلُ مع المَعْدُومِ. ومن ذلك آلاثُ المَلاهي، والفِسْقِ، والمعاصي، وما مائِلُها، أو الاستِجَارُ للغِناءِ، والرَّقْصِ، والتَّيَاحَةِ على الموتى؛ لأنَّ محلَّ العَقْدِ غيرُ مَتَقَوِّمٍ، بمعنى أَنَّ ما فيه من نَفْعٍ مُحَرَّمٍ، فلا يَجُوزُ استيفاءُه أو الانتفاعُ به، فصارَ كما لا نَفْعَ فيه أصلاً، كالخَمْرِ، فيكون العَقْدُ باطلاً لانتفاء ركنه، وهو المحل، أو شَرْطُ العَقْدِ، كما ذكرنا^(١).

وتَطْبِيقاً لِشَرْطِ التَّقَوُّمِ في العَقْدِ بمعناه الأوَّل - وهو الإِحْرَازُ في المباحاتِ - يَثْبُتُ المِلْكُ لِلْمُحْرَزِ، وليَتِمَّكَنَ من التَّسْلِيمِ، لا يَجُوزُ بَيْعُ السَّمَكِ في البَحْرِ، والطَّيْرِ في الهَوَاءِ، والحيوانِ في الآحَامِ، والكَلَأِ في المَرْعَى، والخطَبِ في الغاباتِ، والمياهِ في الينابيعِ، قبل إِحْرَازِها والاستيلاءِ عليها فعلاً، لأمرين:

الأول: لأنَّ التَّعَامُلَ تَمْلِيكاً، ولا يَتَأْتِي هذا المعنى في المباح قبل تملكه ومعلوم أن التَّمْلِكَ بالإِحْرَازِ، وقبله لا يَتَأْتِي تَمْلِيكٌ مِمَّنْ لا يملك. ولأنَّ العاقدين بالنَّسْبَةِ للمباحاتِ وهي في الطَّبيعَةِ على السَّوَاءِ مِنْ جِهَةِ وضعهما الشَّرْعِيِّ، فلا يُتَصَوَّرُ أن يَحُولَ التَّمْلِيكُ، وأَخَذَ العَوْضَ، بحيث يَصِيرُ أحدهما مالِكاً، وفي مركز أقوى، والآخر مَتَمْلِكاً، قبل الإِحْرَازِ؛ لأنَّ تَرْجِيحَ أحدهما على الآخر بلا مَرَجِّحٍ يسوغه تحكُّمٌ غير جائز.

الثاني: لِعَدَمِ القُدْرَةِ على التَّسْلِيمِ، وهو شَرْطُ لصَحَّةِ العَقْدِ، تنفيذاً لأحكامه، إِذْ هي الغرض من تشريع العقود.

فتلَخَّصَ: إنَّ المباحاتِ في الطَّبيعَةِ - قَبْلَ أَنْ يُحْرَزَها ويملكها أحدٌ - ليست مَحَلّاً للتَّعَامُلِ، إِذْ لا يعقل التَّمْلِيكُ مِمَّنْ لا يملك، وهذا هو التَّقَوُّمُ بمعناه الأوَّل عند الحنفِيَّةِ، وهو الإِحْرَازُ الفعلي الذي يكسب الملك.

(١) تبين الحقائق (٤/٤٤، ٤٨)، الخطاب (٤/٢٦٣)، المذهب مع المجموع (١/٢٣٨).

وَيُمْكِنُ أَنْ يَقَالَ: إِنَّهُ شَرْطُ (التَّقْوَمِ) يَنْطَوِي عَلَى شُرُوطِ ثَلَاثَةٍ فِي الْمَذْهَبِ الْحَنْفِيِّ:

أولاً: أَنْ يَكُونَ مَحَلُّ الْعَقْدِ مَالاً جَائِزَ الْإِنْتِفَاعِ بِهِ شَرْعاً بِحَالَةِ السَّعَةِ وَالِاخْتِيَارِ^(١).

ثانياً: أَنْ يَكُونَ مَمْلُوكاً (وَيَمْلِكُ الْمُبَاحُ بِالْإِحْرَازِ).

ثالثاً: أَنْ يَكُونَ مَقْدُورَ التَّسْلِيمِ.

فَتَلَخَّصَ أَنَّ مَحَلَّ الْعَقْدِ يُشْتَرَطُ - لَصَحَّةِ انْعِقَادِ الْعَقْدِ - أَنْ يَكُونَ مَالاً مُتَقَوِّمًا

مَقْدُورَ التَّسْلِيمِ^(٢) وَمَوْجُوداً وَقْتُ التَّعَاقُدِ عَلَى مَا سَيَأْتِي بَيَانُهُ.

الشَّرْطُ الثَّانِي: أَنْ يَكُونَ الْمَحَلُّ مَوْجُوداً وَقْتُ التَّعَاقُدِ

لَمْ تَتَّفَقِ اجْتِهَادَاتُ الْفُقَهَاءِ عَلَى هَذَا الشَّرْطِ، حَتَّى فِيمَا تَقْتَضِي طَبِيعَتُهُ وَجُودَ

الْمَحَلِّ، كَالْبَيْعِ وَالرَّهْنِ، وَهُوَ مِنَ الْأَعْيَانِ.

عَلَى أَنَّ الْفُقَهَاءَ قَدْ اتَّفَقَتْ كَلِمَتُهُمْ عَلَى أَنَّ التَّشْرِيعَ الْإِسْلَامِيَّ وَاقِعِيٌّ، وَباعتباره

تَشْرِيعاً قَائِماً أُسَاساً عَلَى تَحْقِيقِ مَصَالِحِ النَّاسِ، لَذَا، رَأَوْا أَنَّ هَذَا التَّشْرِيعَ - بِحُكْمِ وَاقِعِيَّتِهِ

- لَا يَتَصَوَّرُ أَنْ يَأْتِيَ بِحُكْمٍ صَرَاحَةً وَدَلَالَةً يَنَافِي هَذِهِ الْوَاقِعِيَّةَ الَّتِي تَقْتَضِي إِمْكَانِيَّةَ

التَّطْبِيقِ، وَتَحْقِيقِ مَصَالِحِ النَّاسِ.

وَعَلَى هَذَا اتَّفَقَ الْفُقَهَاءُ عَلَى أَنَّهُ لَا يُشْتَرَطُ وَجُودُ الْمَحَلِّ عِنْدَ التَّعَاقُدِ إِذَا كَانَ

بَطَبِيعَتُهُ مَعْدُوماً؛ لَا يَوْجَدُ إِلَّا مُسْتَقْبَلاً، أَوْ شَيْئاً فَشَيْئاً حَسَبِ الْاسْتِيفَاءِ كَالْمَنَافِعِ

وَالْأَعْمَالِ، فَاشْتَرَاوُهَا جَمَلَةً وَقْتُ التَّعَاقُدِ أَمْرٌ مُمْتَنِعٌ وَاقِعاً؛ لِأَنَّهَا أَعْرَاضُ زَائِلَةٌ كَمَا

قَدْ مَنَّا.

(١) يَجُوزُ الْإِنْتِفَاعُ بِالْمَحْظُورَاتِ مِمَّا لَيْسَ عِنْدَ الضَّرُورَةِ.

(٢) أَمَّا الْقُدْرَةُ عَلَى التَّسْلِيمِ فَيَعْدُهَا بَعْضُ الْفُقَهَاءِ شَرْطاً صَحَّةً، وَبَعْضُهُمُ الْآخَرَ يَعْدُهَا شَرْطاً لَزُوماً.

وعلى هذا؛ جازَ التَّعَاقدُ عليها، على وضعها الطبيعي الذي وجدت عليه؛ أي: على الرِّغْم من انتفائها وقت إبرام العقد استحابة لما تقتضيه طبائع الأشياء.

أما إذا كانَ المحلُّ عَيْنًا مَالِيَّةً مَعَيَّنَةً بِالذَّاتِ، ولم تكن موجودةً أَصْلًا وقت إنشاءِ العقدِ، وَقَعَ باطلاً إِجْمَاعًا، بَأَنَّ كَانَ مَوْجُودًا، وَلَكِنَّهُ هَلَكَ قَبْلَ الْبَيْعِ؛ لِأَنَّ الْمَبِيعَ مُعَيَّنٌ بِالذَّاتِ، وقد اتفقت إرادة المُتَعَاقِدَيْنِ على أَنَّ يَرِدَ هذا العقد على محلٍّ مُعَيَّنٍ بذاته يجب أَن يَكُونَ موجوداً وقت التَّعَاقدِ، فَوَقَعَ باطلاً، لِتَخْلُفِ رُكْنِهِ، مما جعل العقد غير مفيد لاستحالة تنفيذه^(١).

مذاهبُ الفُقهَاءِ في اشتراطِ وجودِ محلِّ العقدِ:

أ - ذَهَبَ الحَنَفِيَّةُ وَالشَّافِعِيَّةُ^(٢) إِلَى اشْتِراطِ وجودِ المحلِّ فِعْلاً وقت التَّعَاقدِ إِذَا كَانَ عَيْنًا مَالِيَّةً فِي كَافَّةِ الْعُقُودِ مِنَ الْمُعَاوَضَاتِ وَالتَّبَرُّعَاتِ، وَلَا يَكْفِي احْتِمَالُ وجودِهِ مُسْتَقْبَلًا لما في ذلك من العَرَرِ المنهِي عنه شَرْعًا، وَصُونَاً لِلْعَقْدِ مِنَ الْإِلْغَاءِ عِنْدَ فَوَاتِهِ، كَالثَّمَرَةِ الَّتِي لَمْ تَبْرُزْ أَصْلًا^(٣) لِاحْتِمَالِ عَدَمِ ظُهورِها، وَكَاللَّبَنِ فِي الضَّرْعِ لِاحْتِمَالِ أَن يَكُونَ انْتِفَاخًا، وَهَذَا مَا يُطْلَقُ عَلَيْهِ بَيْعُ «مَا لَهُ خَطَرُ الْعَدَمِ»^(٤) أَي: احْتِمَالُ وجودِهِ وَعَدَمِهِ، فَالْعَقْدُ عَلَيْهِ يَقَعُ باطلاً وَلَوْ وَجَدَ بَعْدَ إِبرامِهِ. وَحَجَّتَهُمْ، فِي هَذَا:

«أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ نَهَى عَنْ بَيْعِ الْعَرَرِ»^(٥).

(١) البدائع للكاساني (١٣٨/٥).

(٢) ينظر: مجمع الأنهر (٥٣/٢، ٥٨)، البدائع (١٣٩/٥)، الفتاوى الهندية (١٣٩/٥)، الأم

(٣) (١٦٢/٣)، نهاية المحتاج (٥٤/٣).

(٣) الفتاوى الهندية (١٠٦/٣)، وقد جاء فيها «بَيْعُ الثَّمَرِ قَبْلَ الظُّهورِ لَا يَصِحُّ اتِّفَاقًا».

(٤) الفتاوى الهندية (٢/٣).

(٥) مسلم في البيوع، بابُ بُطْلانِ بيعِ الحَصَاةِ والبيعِ الذي فيه غَرَرٌ (١٥١٣).

ونَهَى صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عَنْ بَيْعِ الْمُعَاوَمَةِ وَالسَّنَنِ^(١).

ونَهَى أَنْ يَبِيعَ الْإِنْسَانُ مَا لَيْسَ عِنْدَهُ^(٢).

ونَهَى عَنْ بَيْعِ حَبْلِ الْحَبَلَةِ^(٣).

لأنَّ بَيْعَ الْحَلِّ إِذَا كَانَ مَعْدُومًا وَقْتَ التَّعَاوُدِ قَدْ يُفْضَى إِلَى الْغَرَرِ بَلَّا يَوْجَدَ أَصْلًا، وكذلك إِذَا كَانَ عَلَى خَطَرِ الْوُجُودِ وَالْعَدَمِ؛ لأنَّ هَذَا الاحْتِمَالُ يُفْضَى إِلَى ذَلِكَ أَيْضًا، فلا بُدَّ أَنْ يَكُونَ مُحَقَّقَ الْوُجُودِ عِنْدَ الْعَقْدِ، نَفِيًّا لِلْغَرَرِ وَالتَّنَازُعِ، وَكِلَاهُمَا مُحَرَّمٌ، وَإِلَّا كَانَ الْعَقْدُ بَاطِلًا.

ومن تطبيقات ذلك:

- بَيْعُ الثَّمَرِ قَبْلَ أَنْ يَوْجَدَ، إِذْ قَدْ يَمْنَعُ اللَّهُ الثَّمَرَ.

- بَيْعُ مَا سَتَلِدُهُ الْأَنْعَامُ، أَوْ بَيْعِ الْأَحْمَالِ فِي بَطْنِ أُمَهَاتِهِنَّ كُلِّ ذَلِكَ بَاطِلٌ، لِعَدَمِ وُجُودِهِ أَصْلًا، أَوْ لَاحْتِمَالِ أَنْ يَوْجَدَ وَأَلَّا يَوْجَدَ، فَكَانَ عَلَى خَطَرِ الْعَدَمِ، إِذْ مِنْ الْمُحْتَمَلِ أَنْ يُولَدَ الْحَمْلُ مَيِّتًا فَيَكُونُ فِي الْعَدَمِ وَفِي احْتِمَالِ الْوُجُودِ غَرَرٌ.

(١) عَنْ جَابِرِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا: «أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ نَهَى عَنِ الْمُعَاوَمَةِ»

وَقَالَ: أَحَدُهُمَا: بَيْعُ السَّنَنِ. أَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ فِي الْبَيْعِ، بَابُ فِي بَيْعِ السَّنَنِ (٣٣٧٥)

(٢) عَنْ عَتَّابِ بْنِ أُسَيْدٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ لَهُ حِينَ أَمَرَهُ مَكَّةَ: «هَلْ أَنْتَ مُبْلَغٌ عَنِّي قَوْمَكَ مَا أَمُرُكَ بِهِ؟ قُلْ لَهُمْ: لَا يَجْمَعُ أَحَدُكُمْ بَيْعًا وَسَلَفًا، وَلَا يَبِيعُ أَحَدُكُمْ بَيْعَ غَرَرٍ، وَلَا يَبِيعُ أَحَدٌ مَا لَيْسَ عِنْدَهُ». رَوَاهُ الطَّبْرَانِيُّ فِي الْكَبِيرِ (١٧ / ١٦٢)، رَقْمُ (٤٢٥).

(٣) أَخْرَجَ الْبُخَارِيُّ فِي الْبَيْعِ، بَابُ بَيْعِ الْغَرَرِ وَالْحَبَلَةِ (٢١٤٣)، وَمُسْلِمٌ فِي الْبَيْعِ، بَابُ تَحْرِيمِ بَيْعِ حَبْلِ الْحَبَلَةِ (١٥١٣)، وَمَعْنَى بَيْعِ حَبْلِ الْحَبَلَةِ: بَيْعُ نَتَاجِ النَّتَاجِ مِنَ الْحَيَوَانِ بِأَنْ يَبِيعَ مَا سَوْفَ يَحْمِلُهُ الْجَنِينُ الَّذِي فِي بَطْنِ النَّاقَةِ، عَلَى تَقْدِيرِ أَنَّهُ يَكُونُ أُنْثَى، فَالْحَبْلُ الْأَوَّلُ: يُرَادُّ بِهِ مَا فِي بَطْنِ النَّاقَةِ، وَالثَّانِي: حَبْلُ الْأُنْثَى الَّتِي سَتَلِدُهَا النَّاقَةُ.

وفرّعوا عن هذا الأصل:

بُطْلَانُ الْعُقْدِ إِذَا وَقَعَ غَلَطٌ فِي ذَاتِيَّةِ الْمَبِيعِ، بَأَن انصَبَّ الْغَلَطُ عَلَى جَنْسِ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ، كَأَن يَشْتَرِيَ شَخْصٌ هَذَا الْخَاتَمَ مِنَ الذَّهَبِ - مُشِيرًا إِلَى خَاتَمٍ مِنْ نُحَاسٍ وَهُوَ لَا يَعْلَمُ أَنَّهُ نُحَاسٌ - أَوْ أَن يَشْتَرِيَ فَصًّا مِنَ الْيَاقُوتِ فَإِذَا بِهِ مِنْ زَجَاجٍ، إِذِ الْمَبِيعُ حِينَئِذٍ يَكُونُ مَعْدُومًا؛ لِأَنَّ مَا أَسْمَاهُ وَأَشَارَ إِلَيْهِ لَمْ يَكُنْ هُوَ الْمَعْقُودَ عَلَيْهِ^(١).

ب - ذَهَبُ الْمَالِكِيَّةِ^(٢) إِلَى اشْتِرَاطِ تَحْقُوقِ وَجُودِ الْحُلِّ عِنْدَ إِبْرَامِ الْعَقْدِ فِي عُقُودِ الْمُعَاوَضَاتِ الْمَالِيَّةِ خَاصَّةً، دُونَ عَقُودِ التَّبَرُّعَاتِ وَالتَّوْثِيقَاتِ كَالْوَقْفِ وَالْهَبَةِ وَالرَّهْنِ، بَلْ يَكْتَفِي فِي هَذِهِ الْأَخِيرَةِ أَنَّ يَكُونَ الْحُلُّ مُمْكِنَ الْوُجُودِ فِي الْمُسْتَقْبَلِ، وَهَذَا هُوَ مَذْهَبُ الْمَالِكِيَّةِ، إِذْ لَا غَرْرَ فِيهَا وَلَا نِزَاعَ؛ لِأَنَّهَا تَمَحُّضَتْ تَبَرُّعًا وَلَا عَوْضَ فِيهَا، أَوْ تَوْثِيقًا.

ج - ذَهَبُ الْعَرُ بْنُ عَبْدِ السَّلَامِ وَبَعْضُ مَتَأَخَّرِي الْحَنَابِلَةِ^(٣) إِلَى أَنَّهُ لَا يُشْتَرَطُ وَجُودُ الْحُلِّ وَقْتُ التَّعَاقُدِ فِي كَافَّةِ الْعُقُودِ، بَلْ يَصِحُّ أَنْ يَكُونَ مُحَلُّ الْعَقْدِ شَيْئًا مُسْتَقْبَلًا، إِذَا كَانَ مُحَقَّقَ الْوُجُودِ أَوْ مُمْكِنَ الْوُجُودِ عَادَةً، وَذَهَبُوا إِلَى أَنَّ عِلَّةَ النَّهْيِ هِيَ (الْعَرُ) وَلَيْسَ (المعدوميّة).

وعلى هذا فإنَّ الْمَعْدُومَ يَصْلُحُ أَنْ يَكُونَ مُحَلًّا لِلتَّعَاقُدِ؛ لِأَنَّ النَّهْيَ عَنْ بَيْعِهِ لَا لِلْوُجُودِ وَلَا لِلْعَدَمِ، بَلْ لِلْعَرْرِ، فَإِذَا أُمِكنَ وَجُودُهُ مُسْتَقْبَلًا صَحَّ التَّعَاقُدُ عَلَيْهِ، تَبْسِيرًا عَلَى النَّاسِ وَرَفْعًا لِلْحَرَجِ عَنْهُمْ وَتَحْقِيقًا لِمَصَالِحِهِمْ، وَقَدْ دَرَجَ عَلَى ذَلِكَ عَرَفُهُمْ، وَنَزَعُ النَّاسِ عَنِ

(١) عَلَى أَنَّ بَعْضَ الْفُقَهَاءِ الْمُخَدَّثِينَ قَدْ أَدْرَجَ هَذِهِ الْمَسْأَلَةَ فِي بَابِ عَيُوبِ الرِّضَا. انْظُرِ الْمَعَامَلَاتِ الشَّرْعِيَّةَ الْمَالِيَّةَ لِأَحْمَدَ إِبْرَاهِيمَ (٩١ - ٩٢)، وَكِتَابَ الْمَعَامَلَاتِ فِي الشَّرِيعَةِ الْإِسْلَامِيَّةِ لِأَحْمَدَ أَبُو الْفَتْحِ (١٨٤/٢)، وَأَخَذَتْ مَجْلَةَ الْأَحْكَامِ الْعَدْلِيَّةِ بِهَذَا الرَّأْيِ (الْمَادَّةُ ٢٠٨).

(٢) يَنْظُرِ الْخُرُشِيُّ (٦٦/٥)، بِدَايَةِ الْمُجْتَهَدِ (١١٢/٢).

(٣) يَنْظُرِ أَعْلَامُ الْمَوْقِعِينَ (١١٣/٢) وَمَا يَلِيهَا.

أَعْرَفِهِمْ إِلْقَاءَهُمْ فِي الْعَنْتِ، وَذَلِكَ غَيْرُ جَائِزٍ مَا دَامَ لَا يُوْرِثُ غَرّاً وَلَا نِزَاعاً مُشْكِلاً يَحُولُ دُونَ تَنْفِيذِ الْعَقْدِ عَادَةً.

وَالْخُلَاصَةُ: فَإِنَّ مَنَشَأَ الْخِلَافِ فِي اشْتِرَاطِ وُجُودِ الْمَحَلِّ وَقَتِ الْعَقْدِ إِذَا كَانَ عَيْنًا مَالِيَّةً يَرْجَعُ إِلَى تَخْرِيجِ مَنَاطِ النَّهْيِ عَنِ بَيْعِ الْمَعْدُومِ:

- أَهُوَ لِدَاتِ الْعَدَمِ؟ وَهَذَا مَا عَلَيْهِ اجْتِهَادُ جُمْهُورِ الْفُقَهَاءِ.
- أَوْ لِلْغَرَرِ فَحَسَبِ؟ وَهُوَ مَذْهَبُ بَعْضِ مُتَأَخَّرِي الْحَنَابِلَةِ وَابْنِ عَبْدِ السَّلَامِ مِنَ الشَّافِعِيَّةِ.

وَبِنَاءً عَلَى مَا تَقَدَّمَ يَتَرَجَّحُ الرَّأْيُ الْأَخِيرُ وَعَلَيْهِ يَصَحُّ الْعَقْدُ عَلَى مَا كَانَ مُحْتَمَلِ الْوُجُودِ مُسْتَقْبَلًا إِذَا كَانَ مَعْلُومَ الْوَصْفِ وَالْقَدْرِ، وَمَقْدُورَ التَّسْلِيمِ عِنْدَ وُجُودِهِ، لَانْتِفَاءِ (الْغَرَرِ) الَّذِي هُوَ عِلَّةُ النَّهْيِ، وَإِذَا انْتَفَى الْغَرَرُ انْتَفَى التَّحْرِيمُ وَصَحَّ الْعَقْدُ. وَأَمَّا إِذَا تَحَقَّقَ الْغَرَرُ كَانَ الْعَقْدُ بَاطِلًا، وَلَوْ كَانَ مَحَلُّ الْعَقْدِ مَوْجُودًا وَقَتَ الْعَقْدِ، كَبَيْعِ الْجَمَلِ الشَّارِدِ، وَالْمَالِ الْمَغْصُوبِ، وَالْمَسْرُوقِ، ... لِأَنَّهُ مَعْجُوزُ التَّسْلِيمِ. وَيُؤَيِّدُ هَذَا أَنَّ الْإِمَامَ مَالِكََ وَبَعْضَ أَئِمَّةِ الْحَنْفِيَّةِ يُحْيزُونَ بَيْعَ الْمَعْدُومِ مِنَ الثَّمَرِ وَالْبَقُولِ وَالْخَضَارِ تَبَعًا لِلْمَوْجُودِ إِذَا كَانَ مِنْ طَبِيعَتِهِ هَذَا التَّلَاحُقُ فِي الْوُجُودِ. وَاسْتَدَلُّوا :

- بِمَا وَرَدَ فِي عَقْدِ السَّلَمِ الَّذِي جَازَ بِالنَّصِّ وَالْإِجْمَاعِ.
- وَبِمَا وَرَدَ فِي عَقْدِ فِي الْاسْتِصْنَاعِ، وَالْإِجَارَةِ، وَغَيْرِهَا، وَمَحَلُّهَا مَعْدُومٌ، لِمَكَانِ الضَّرُورَةِ، وَالشَّارِعُ لَا يَتَنَاقَضُ.

عَلَى أَنَّ مَا ذَهَبَ إِلَيْهِ الْجُمْهُورُ مِنْ أَنَّ الْأَصْلَ تَحَقُّقُ وُجُودِ الْمَحَلِّ وَقَتَ التَّعَاقُدِ شَرْطًا لَصَحَّةِ الْعَقْدِ، وَمَا عَدَا ذَلِكَ إِنَّمَا جَاءَ عَلَى سَبِيلِ الْاسْتِحْسَانِ، كَدِ الْإِجَارَةِ وَمَا

إليها منقوضٌ - كما يقول العزُّ بن عبد السلام - بأنَّ الشريعة طافحةٌ بمسائل المعاوضة على المَعْدوم، ولا يستقيم اعتبار الأصل أصلاً إذا كانت الاستثناءات في جميع التصرفات أكثر مما يقتضيه، وفي هذا المعنى يقول العزُّ بن عبد السلام مُستنكراً رأى الجمهور: «والعجبُ ممن يَعتَقِدُ أَنَّ المُعَاوَضَةَ عَلَى المَعْدومِ عَلَى خِلَافِ الأصلِ مَعَ أَنَّ الشَّرِيعَةَ طَافِحَةٌ بِهَا فِي جَمِيعِ التَّصَرُّفَاتِ، بَلِ الأَمْرُ والنَّهْيُ والإِبَاحَةُ لَا تَتَعَلَّقُ إِلَّا بِكَسْبِ مَعْدومٍ، وَكَذَلِكَ مُعْظَمُ التَّدْوِيرِ والْوَعْدِ لَا تَتَعَلَّقُ إِلَّا بِمَعْدومٍ»^(١).

الشَّرْطُ الثالث - أَنْ يَكُونَ المحلُّ مَقْدورَ التَّسْلِيمِ وَقَتَ إبرامِ العقدِ

أ - ذهب جمهور الفقهاء من الشافعية والحنفية إلى اشتراط القدرة على تسليم محل العقد عند التعاقد في عقود المعاوضات والتبرعات على حدٍّ سواء، فلا يصحُّ عندهم العقد إذا تخلف هذا الشرط، ولو كان المحلُّ موجوداً ومملوكاً للعاقِد كبيع سفينة عرقت في البحر، أو بيع بضاعة مستوردة من الخارج أتيام الحروب ولمَّا تصل إلى يد البائع، أو بيع الحيوان الضالَّ، فالعقد باطل^(٢).

ومن تطبيقات هذا الشرط:

- لا يصحُّ بيع اللَّبَنِ في الضَّرْع؛ لأنَّه لا يجتمع دُفْعَةٌ واحدة.
- لا يصحُّ بيع الصوفِ على ظَهْرِ الغنمِ لأنَّه ينمو ساعة فساعة، فيختلطُ الموجودُ وقتَ العقدِ بالحادثِ بعده على وجه لا يُمكنُ معه التمييز بينهما، فصار معجوز التَّسْلِيمِ^(٣).

(١) قَوَاعِدُ الأحكامِ فِي مَصَالِحِ الأَنَامِ (٢/ ١١٨).

(٢) مجلة الأحكام العدلية (المادة ٢٠٩)، تبين الحقائق (٤/ ٤٤ وما يليها)، البدائع (٥/ ٢١٠).

(٣) البدائع (٥/ ٢١٠)، الهداية (٣/ ٣٢ - ٣٣)، وانظر مجلة الأحكام العدلية (المادة ٢٠٨ و ٢٠٩).

وتعليل هذا الاشتراط أن الغرض من العقد تنفيذ أحكامه، ولاسيما حكمه الأصلي كانتقال الملكية في عقد البيع إلى المشتري، فإذا كان البيع معجوز التسليم لم يتحقق الغرض الأصلي للعقد، فيغدو عبثاً عديم الفائدة.

وكذلك الحكم - بل ومن باب أولى - إذا كان محل العقد مستحيلاً عادة أو شرعاً القيام به، أو إنجازه وتسليمه، من مثل الاتفاق مع الطبيب على شفاء المريض نظير أجرٍ معينٍ باطل؛ لأنَّ هذا يستحيل شرعاً إذ الشفاء بيد الله تعالى، فالعقد أوجب تكليفاً أو التزاماً لا يسعُ العاقد أن يوجده أو ينفذه، وبذلك كان غير مقدور التسليم.

ب - وخالف المالكية الجمهور فأجازوا تخلف شرط القدرة على التسليم وقت التعاقد في (التبرعات) فلم يشترطوه، فحوزوا هبة البعير الشارد وما إليه، والوصية بالمال المغصوب. وحجَّتهم في ذلك أنَّ النهي عن العرر إنما ورد في البيع خاصة، وهو عقد معاوضة مالية فيقتصر عليه، ويلحق به ما كان في معناه، ويُستثنى من ذلك التبرعات.

كما استدلوا بالمعقول فقالوا: إنَّ محل العقد في المعاوضات إذا كان غير مقدور التسليم فإنَّ بيعه يُفضي إلى المقامرة؛ لأنَّه يباع عادة بضمن أقل، فإذا قدر المشتري على أخذه يكون قد قمر البائع وخدعه وغلبه؛ لأنَّه أخذه بأقل من ثمنه، وإنَّ عجز عن ذلك يكون البائع قد قمره وغلبه لأنَّه أخذ مالاً من دون أن يُقدِّم عوضاً مكافئاً، وفي كلا الحالين غررٌ ومنازعة وهو ما لا يجوز المصير إليه، وهذا منتفٍ في عقود التبرع، إذ ليس المقصود فيها الربح، بل التواد والتواصل وإسداء الخير والإحسان إلى الغير^(١).

الشرط الرابع - أن لا يكون محل العقد مجهولاً وقت العقد

وذلك بأن يكون محل العقد معلوماً عند طرفيه عند التعاقد، علماً نافياً للجهالة الفاحشة المفضية إلى النزاع غالباً، تحقيقاً للرضى الحقيقي الكامل.

(١) ينظر المحلى لابن حزم (٨ رقم ١٣١).

وهذا الشرط متفق عليه في عقود المعاوضات المالية بما هي قائمة أساساً على تبادل العوضين فلا بُدَّ لكلٍّ من طرفي العقد أن يكون على بينة مما يأخذ ويعطي، ليتم رضاه كاملاً، وإلا فإن الجهالة الفاحشة لا يتحقق معها الرضا، وهو أساس التعاقد، وحل انتفاع كلٍّ من العاقدَيْن بمال الآخر، فضلاً عن أنَّها تفضي إلى المنازعة، مما يحول دون تنفيذ العقد، واجتناء آثاره، وما شرع التعامل في الإسلام لهذا المال الممنوع.

ومن تطبيقات ذلك:

- أن يقول: بعثك شاء من هذا القطيع، أو ثوباً من هذا الصندوق.
فلا يصحُّ هذا البيع لجهالة المحلِّ على نحو يُفضي إلى المنازعة.
وإنما نشأت الجهالة الفاحشة من التفاوت الفاحش بين أفراد المبيع^(١).
ثم إن هذه الجهالة مانعة من التسليم، فلا يتحقق المقصود من العقد^(٢)، بخلاف الجهالة اليسيرة فمغتفرة، تيسيراً للتعامل.

- وإذا كان محلُّ العقد يتعيَّن بالتعيين، أصبح واجب التسليم بذاته، ولو كان من جنسه وليس للعاقد الآخر أن يسلمه شيئاً آخر، ولو من جنسه، أو مثله، أو في مثل قيمته، أو أعلى قيمة منه^(٣).

- وتكفي الإشارة في تعيين محلِّ العقد إذا كان موجوداً في المجلس، ويحصل بها علم المشتري به.

(١) الخرشبي (٣/٣٧٢)، مجمع الأثر (٢/٥٨)، المهذب (١/٢٦٣).

(٢) البدائع (٥/١٥٦)، البحر الرائق (٥/٢٦٠).

(٣) نصَّت مجلة الأحكام العدلية على أنَّ البيع يتعيَّن بتعيينه في العقد، مثلاً لو قال: بعثك هذه السلعة - وأشار إلى سلعة موجودة في المجلس وقبَّل المشتري لزم على البائع تسليم تلك السلعة بعينها، وليس له أن يُعطيه سلعة غيرها من جنسها.

- أمّا إذا كان المحلُّ غائباً عن المجلس فيمكنُ تعيينه بالأوصاف التي تميزه عن غيره؛
ليحصل العلم على خلافِ بينِ الفقهاء في ذلك سيأتي تفصيله قريباً.
هذا في عقودِ المعاوضاتِ الماليّة.

أما في عقودِ التبرّعات فقد مضى المالكيّة على أصلهم في التيسير فيها، فأجازوا
الجهالة في محالّها ولو فاحشة، ك(الهبة، والوقف، والوصيّة) فقالوا بصحّتها.
هذا ولم يجز المالكيّة الجهالة الفاحشة في (المهر)^(١) في عقدِ زواج - وهو ليس
عقد معاوضة ماليّة، ولا عقد تبرّع - بل أجازوا اليسيرة كمن تزوّج وجعلَ المهرَ أثاثَ
بيت، ويحتكم في تعيين ذلك إلى العرف. وبذلك كان العرفُ عند المالكيّة سبيلاً إلى تحقيق إمكانية العلم حل العقد، ولو
كان في حدّ ذاته مجهولاً وقت التعاقد.

وتعليل هذا الرأي عند المالكيّة، أن عقود التبرّع، وكذا عقد الزّواج، ليس المقصود
منها الربح، أو العوض المالي، فالتبرّع لا يغرم شيئاً، وكذا عقد الزّواج، ليس المقصود أصالة
من إبرامه المال، ولذا كانت الجهالة فيه لا تخل بالمقصد الأصلي منه، والعرفُ كافٍ في
إزالة الجهالة التي تلبس المهر، صفة وقدرًا، فتغتفر الجهالة فيه بقدر أكبر من الجهالة في
عقودِ المعاوضاتِ الماليّة.

أمّا الشافعيّة، فقد اشتروا العلم بمحلّ العقد أيّاً كان ذلك العقد معاوضة أو تبرّعاً
على ما سيأتي تفصيله.

(١) الخرشي (٣/٣٧٨).

الفرع الثالث

وسائل تعيين المحلّ

أ - تعيين المثليات: إذا كان محلّ العقد من المثليات كـ (القمح والشعير، والزيت، والقطن...)، تعيّن بالوصف (جنساً، ونوعاً، وقدرًا) فلا يُغني في تعيين المثليات بيان الجنس من دون النوع والمقدار، أو الجنس والنوع من دون المقدار. وذلك في عقود المعاوضة المالية بالإجماع.

فلو قال: (بعثك من القطن السوري، من نوع كذا، مقدار كذا) تعيين المحل، وأصبح معلوماً لا جهالة فيه، فيصح العقد ويلزم.

ب - تعيين القيميات: إذا كان محلّ العقد من القيميات فلا بُدّ من تعيين بالذات بيان أوصافه الجوهرية، حسب طبيعته.

مثال ذلك ما لو باع داراً فلا بُدّ من ذكر موقعها، وبيان مساحتها، ومشتملاتها، وعدد طبقاتها وغرف كلّ طابق، ومساحة كلّ غرفة، وارتفاعها.

وإذا كان محلّ العقد سيارةً فيجب بيان نوعها، وشكلها، ومصدر صنعها، وتاريخه، ومدى جدّتها واستعمالها - إن لم تكن جديدة - وهكذا من كلّ ما هو ضروري لنفي الجهالة التي تورث النزاع.

ج - وإذا كان محلّ العقد القيام بعمل أو الامتناع عن عمل، فإنّه يجب بيان نوع العمل، وصفته، ومدته. فالتعاقّد على بناء دارٍ مثلاً، باطل لجهالة المحل جهالة فاحشة^(١).

(١) الجهالة الفاحشة: هي التي تفضي إلى النزاع، وهي ضرب من الغرر.

والامتناع عن عملٍ لا بُدَّ من بيان نوعه، ومدته، كالاتناع عن سُكْنَى المنزل الذي اشتراه مدة ثلاث سنوات من تاريخ العقد، بشرط مقتن بالْعَقْدِ لصالح البائع.

د - وفي المنافع يجب تعيين العين المؤجرة، ونوع المنفعة، والمدة، ومقدار العوض، تعييناً يمنع أسباب النزاع.

وإذا باع من الأنعام مما تتفاوت أفراده في القيمة تفاوتاً يعتد به عرفاً، فيجب تعيين المبيع بالذات؛ لأنَّ التَّفَاوَتَ الفاحشَ بين أفراده يجعل المبيع مجهولاً جهالة فاحشة مفضية إلى النزاع المشكل الذي يتعدُّ حسمه أمام القضاء^(١)، وهذا ضرب من العَرَرِ المنهي عنه، فلا بُدَّ من تعيين ذاتية المحل.

التعيين بالوصف^(٢):

ذهب الجمهور من المالكية والحنفية والحنابلة إلى اعتبار الوصف وسيلةً لتعيين المحل إذا كان عيناً غائبة عن مجلس العقد^(٣).

وخالف الشافعية^(٤) فلم يروا الوصف للغائب وسيلةً كافيةً لتعيين المحل، والعلم به ولو كان دقيقاً، فلا يصحُّ معه العقد، بل يرون أنَّ (الرؤية) شرط انعقاد، وعدوها الوسيلة

(١) فلا يصحُّ بيع دابة من الدواب، أو شاة من القطيع، أو أن يبيعه جميع ما في هذه الدار من الأثاث، والدواب، والثياب، والحبوب.

(٢) شرح المجلة لمحمد سعيد الغزي (٢٠٦/١)، ولمنير القاضي (٢٢٢ - ٢٢٤).

(٣) حكم العقد على المجهول في فقه الحنفية فاسد لا باطل، خلافاً للجمهور الذين لا يفرقون بين الفساد والبطلان. جاء في شرح المجلة (المادة ٢١٣): (بيع المجهول فاسد)

(٤) هذا مذهب الشافعية في الجديد، ورواية عن الحنابلة. بداية المجتهد (١٦٩/٢)، مغني المحتاج (٥٢٠/٣).

الوحيدة للتعين، سواء أكانَ المحلُّ قائماً في المجلس، أم غائباً عنه^(١)، فالأعيان الغائبة لا سبيل إلى العلم بها إلاَّ الرؤية.

وعلى هذا فليس في فقههم خيارٌ رؤية؛ لأنَّ هذا يستلزمُ سبق انعقادِ العقدِ غير لازم إذا لم تتم رؤية محلِّه عند إنشائه، وهم لا يقولون بانهِقادِه أصلاً في هذه الحال، فيقَعُ باطلاً، ولا خيار في العقدِ الباطل لانعدامه أصلاً وآثاراً ولأنه لا يقبل الإجازة.

وحجَّةُ الشَّافعيَّةِ قوله صلى الله عليه وسلم: «لا يَحِلُّ سَلَفٌ وَبَيْعٌ، وَلَا شَرْطَانِ فِي بَيْعٍ، وَلَا رِنْحٌ مَا لَمْ تَضْمَنْ، وَلَا بَيْعٌ مَا لَيْسَ عِنْدَكَ»^(٢).

ووجهُ الاستدلال، أن قوله صلى الله عليه وسلم: «وَلَا بَيْعٌ مَا لَيْسَ عِنْدَكَ»، محمولٌ على الغائب الذي لم تتم رؤيته.

هذا فضلاً عن احتجاجهم بـ(النهي عن العَرَرِ).

وبذلك منع الشَّافعيَّةُ العقد على الأعيان الغائبة، لِعدمِ تحقُّقِ شَرْطِ الرُّؤية، وهو رواية عن الحنابلة.

ولم يوافق الجمهور^(٣) على هذا التفسير، بل حملوه على بيع الإنسان ما لا يملك، بخلاف الغائب، فلا نهي عن بيعه إذا كان مملوكاً، ويتمُّ العلم به عن طريق الوصف إذا لم تمكن رؤيته، ومشاهدته، لِعُذْرِ الغَيْبَةِ وهي شَرْطٌ في جميع العقود، سواء أكانت من المعاوضات المَالِيَّةِ أم التَّبَرُّعات، ولا نزاع في أن (الرؤية) من أبلغ طرق العلم بمحلِّ العقدِ

(١) نهاية المحتاج (٣/٣٤).

(٢) أخرجه أبو داود في الإجازة، بابٌ في الرَّجُلِ يَبِيعُ مَا لَيْسَ عِنْدَهُ (٤/٣٥٠)، والترمذي في البيوع، بابٌ ما جاء في كراهيَّةِ بَيْعِ مَا لَيْسَ عِنْدَكَ (١٢٣٤) وقال: هذا حديثٌ حسنٌ صحيحٌ.

(٣) راجع في مذهب الجمهور: فتح القدير (٥/٩٠)، كشف القناع (٢/٦٧)، نهاية المحتاج (٣/٢٧) وما يليها). وانظر: مصادر الحق (٢/٦٣) وما يليها)، والمبسوط (١٣/٦٩) وما يليها).

إذا كان من الأعيان، عقاراً كان أم منقولاً، هذا ويتوقف شرط الرؤية على كون محل العقد عيناً مشخصة.

وأوجب المالكية الرؤية إذا كان المحل حاضراً في المجلس فإذا تمت الرؤية، لزم العقد. أما إذا كان غائباً، فالوصف الدقيق الذي تنتفي معه الجهالة يقوم مقامها، ويقع العقد لازماً إذا كان الوصف مطابقاً، وإلا فللمشتري خيار الوصف عند المالكية والحنابلة في رواية، بخلاف الحنفية حيث يثبت خيار الرؤية مطلقاً، فالعقد لا يكون لازماً عندهم إلا بالرؤية، ولو كانت أوصافه مطابقة لما تم التعاقد عليه.

واستدلوا بقوله صلى الله عليه وسلم: «مَنْ اشْتَرَى مَا لَمْ يَرَهُ فَلَهُ الْخِيَارُ إِذَا رَأَاهُ»^(١) بإطلاق، وقوله صلى الله عليه وسلم: «لَيْسَ الْخَبْرُ كَالْمُعَايَنَةِ»^(٢).

هذا ورؤية كُلِّ شيء بحسبه، فرؤية المشموم شمه، ورؤية المطعوم ذوقه، بخلاف السيارة، والدار، والأرض، والحيوان وما إلى ذلك.

ولا يشترط أن يرى محل العقد كمالاً، بل تكفي رؤية جزء منه إذا كانت أجزاؤه لا تتفاوت تفاوتاً يعتد به عرفاً، إذ (العلم بالجزء يستلزم العلم بالكُل).

هذا والأرجح ما ذهب إليه الجمهور، تيسيراً للتعامل، ولانتفاء الغرر.

وفي الجملة، فإنَّ التَّشَدُّدَ فِي شَرْطِ مَعْلُومِيَّةِ الْمَحَلِّ سَبِيلٌ إِلَى تَحْقِيقِ الرِّضَا الْكَامِلِ^(٣).

(١) أخرجه الدارقطني (٣/ - ٥)، والبيهقي في السنن الكبرى (٥/ ٢٦٨)، قال الدارقطني: هذا باطل لا يصح، لم يروه غير عمر بن إبراهيم الكردي، وإنما يروى عن ابن سيرين موقوفاً. ونقل النَّوَوِيُّ اتِّفَاقَ الْحَقَّائِ عَلَى تَضْعِيفِهِ، كما في المجموع (٩/ ٣٦٥).

(٢) أخرجه أحمد في المسند (٣/ ٣٤١)، وابن حبان الإحسان (٦٢١٣).

(٣) بداية المجتهد (٢/ ١٥٥)، فتح القدير (٥/ ٨٥ وما يليها)، مجمع الأنهر (٢/ ٥٨)، المذهب (١/ ٢٦٣)، مغني المحتاج (٣/ ٣٤)، منتهى الإرادات (١/ ٣٤٢٠)، أحكام المعاملات الشرعية، لعللي =

العلم بالإشارة:

هذا ويتم العلم بمحلّ العقد، أو تعيينه بالإشارة إليه أو إلى مكانه الخاصّ به، إذا كان المحلّ موجوداً في مجلس العقد، ولا تلزم الرؤية - عند فريقٍ من الفقهاء منهم الحنفية - في هذه الحال كأن يقول البائع: بعثك هذه السيارة مشيراً إليها، أو يقول بعثك ما في هذا الصندوق، أو ما في هذه الغرفة، أو الكيس ويشير إليه، شريطة أن يكون ما في كلّ منها معروفاً لدى المشتري قبل العقد على الأصحّ.

ودّهّب بعض الفقهاء إلى عدم اشتراط معرفة المشتري المسبقة.

والأصحّ الأول^(١)، إذ لا تنتفي الجهالة الفاحشة مع عدم العلم المسبق بما في المكان الخاصّ بالمحلّ، وبشرط ألا يكون قد مضى على علم المشتري مدة يتغيّر المحلّ خلالها عادة^(٢).

= الخفيف (٤٠٠ وما يليها).

(١) الاقناع (٦٥/٢).

(٢) والفقهاء الإسلاميّ يؤصّل في هذا قاعدةً عامّةً مؤدّاها أنّ (الوصف في الحاضر لغو، وفي الغائب معتبر).

الفصل الرابع

أثار العقد

المبحث الأول : العقد الصحيح وغير الصحيح

المبحث الثاني : العقد النافذ والعقد الموقوف

المبحث الثالث : العقد اللازم وغير اللازم

المبحث الرابع : أقسام العقد بالنسبة لاتصال أثره

آثار العقد نوعية، بمعنى أنَّها تختلف باختلاف طبيعة كلِّ عقدٍ.

فَعَقْدُ الْبَيْعِ - مثلاً - ينتج آثاراً معيّنة خاصّة به قد شرع من أجلها، كانتقال ملكيّة المبيع إلى المشتري، وملكيّة الثمن إلى البائع، وثبوت حقّه في المطالبة به إذا كانَ حالاً، والتزام البائع بتسليم المحل ...

وعَقْدُ الرّهن يوجب آثاراً مختلفة، فيثبت للمرتن استحقاق قبض المرهون، وحق احتباسه لاستيفاء دينه من ماله عند انتهاء الأجل، وعدم وفاء المدين ...

وأما عَقْدُ الإجارة فهو يوجب انتقال ملك المنفعة إلى المستأجر بعوض، واستحقاقه لقبض العين المؤجرة، ليتمكن من استيفاء منفعتها والتزامه بدفع الأجرة ...

هذا وقد يكون أثر العقد التزاماً بالقيام بعمل، كالأجير أو الوكيل مما يوجب على رب العمل أو الموكل التزاماً بدفع الأجر.

وعَقْدُ الزّواج يوجب من الآثار حلّ المتعة الزّوجيّة، والتزام الزّوج بالمهر والنّفقة والسّكن والعلاج الطّبي، والتزام الزّوجة برعاية حقّ الزّوج وطاعته ورعاية أولادها منه، والقيام بشؤون الأسرة.

وهكذا ترى أنّ آثار العقود متنوّعة تبعاً لتنوّع طبيعة كلِّ عقدٍ والغرض الاقتصادي أو الاجتماعي الذي شرع من أجله.

على أنّ هذه العقود أسبابٌ فعليّة، بمعنى أنّ الشّارع هو الذي جعلها أسباباً ليرتّب آثارها عليها، فالشّارع هو الذي منحها قوّة إنتاج آثارها بعد اتّخاذ العقّدين السّبب، وهو إبرام التّصرّف أو العقد على الوجه المّشروع.

فآثارُ العقدِ من ترتيبِ الشَّارعِ، لا من عملِ المُتعاقدَين وإرادَتَهما وهذا
يقتضينا تقسيمَ العقود، لتبين آثار كُلِّ قسم منها.



المبحث الأول

العقد من جهة ترتب آثاره

(العقد الصحيح وغير الصحيح)

يقصد بالعقد في هذا المقام معناه العام الشامل للعقد الثنائي الطرف كالإجارة،
والعقد بإرادة منفردة كالوقف والجمالة والوصية.

هذا ولا خلاف بين الفقهاء في تحديد مفهوم العقد الصحيح^(١) فهو ما كان
مشروعاً بأصله ووصفه، كما يقول الحنفية.
ومعنى أصله: ركنه، وشرائط ركنه أو انعقاده.
وأما وصفه: فهو شروط صحته.

ومقومات أصل العقد هي الصيغة، وما يقوم مقامها، وشروط هذه الصيغة من
التطابق، ووحدة مجلس العقد، وبقاء الإيجاب قائماً حتى يتصل به القبول، فهذه شروط
انعقاد أو تكوين.

وأيضاً العاقدان إذا كان العقد ثنائي الطرف، أو العاقد إذا كان تصرفاً فرادياً، إذ
لا يتصور قيام عقد من دون عاقد، كذلك شروط العاقد، من التمييز، وهذه هي الأهلية
وأن يكون ذا ولاية على إبرام العقد، أصالة أو نيابة، وهذه من شروط الانعقاد أيضاً عند
الجمهور.

(١) البدائع (٣٠٥/٥)، الأشباه والنظائر لابن نجيم (١٠٨).

وكذلك محلُّ العقدِ إذْ لا عَقْدَ بلا محل يترك فيه أثره، وشروط المحل مِنْ أَنْ يكونَ محققَ الوجودِ عِنْدَ الجُمهورِ، وَأَنْ يَكُونَ مَالاً مُتَقَوِّماً مَمْلُوكاً، مَعْلوماً، مقدورَ التَّسليمِ، كُلٌّ عند إبرام العقد.

وأصلُ العقد هذا ومقوّماتِه رُكْنانٌ وشروط انعقادِه، إذا اختلَّ واحدٌ منها وقعَ باطلاً بالاتِّفاق، لا يترتّب عليه أثرٌ مِنْ آثارِ العقدِ الصَّحيحِ ويُعدُّ مَعْدوماً شَرْعاً، وإنْ وجد صورةً؛ لأنَّ الخللَ في ماهية العقد حتى إذا توافر أصله، فقد وجدت حقيقته وماهيته عند جُمهورِ الفُقهاء^(١).

وأما وصف العقد فهي الأمور العارضة الخارجة عن ماهيته وأصله كشروط صحته، وخلوّه من الرِّبا، والغرر، وغيرهما مما نهي الشَّارِعُ عنه كاقترانه بشرطٍ فاسِدٍ. فالشُّهود - مثلاً - مِنْ شُرُوطِ صحّةِ عَقْدِ النِّكاحِ، وجهالة الثَّمَنِ في البيع أو جهالة الأجل، وصفان عارضان نهي الشَّارِعِ عنهما. فالوصف أمر عارض خارج عن الماهية.

وعلى هذا فالعَقْدُ الصَّحيحُ: هو ما توافرت فيه مقوّماتُه التي تتحقّقُ بها ماهيته وأصله، وتوافرت أوصافه كذلك، وهذا بالإجماع^(٢).

وإذا نشأ العقد صحيحاً مستكماً أركاناً وشرائط صحته، جميعاً أنتج آثاره التي ربّها الشَّارِعُ عليه فور انعقادِه، فالصَّحَّةُ هي استتباعُ الغايةِ والأثرِ. أما العَقْدُ غيرُ الصَّحيحِ: فقد وَقَعَ الاختلافُ في تحديد مفهومه فذهب الجُمهورُ إلى أَنَّهُ العَقْدُ الذي تطرّق إليه خللٌ في أصله أو وصفه، وعدَّ عقداً باطلاً.

(١) قد علمت أن الصَّيغَةَ هي ركنُ العقدِ عند الحنفية.

(٢) البدائع (٣٣٥/٥)، فتح القدير (١٨٧/٥)، الشرح الكبير (٧٠/٣).

أَمَّا الْحَنْفِيَّةُ فَقَدْ فَرَّقُوا بَيْنَ مَا إِذَا كَانَ الْخُلْلُ فِي الْأَصْلِ أَوْ فِي الْوَصْفِ؛ فَإِنْ كَانَ الْخُلْلُ فِي الْأَصْلِ فَهَذَا هُوَ الْبَاطِلُ، وَإِنْ كَانَ فِي الْوَصْفِ فَهُوَ الْفَاسِدُ. وَعَلَى هَذَا فَالْقِسْمَةُ عِنْدَ الْجُمْهُورِ ثَنَائِيَّةٌ، فَالْعَقْدُ إِمَّا صَحِيحٌ أَوْ غَيْرُ صَحِيحٍ وَلَا وَاسِطَةٌ، أَوْ إِنْ شِئْتَ قُلْتَ: صَحِيحٌ أَوْ بَاطِلٌ، وَيُطْلَقُونَ عَلَى الْبَاطِلِ (الْفَاسِدِ) إِذْ لَا فَرْقَ بَيْنَهُمَا عِنْدَهُمْ.

وَأَمَّا الْحَنْفِيَّةُ، فَيُرَوْنَ أَنَّ غَيْرَ الصَّحِيحِ قِسْمَانِ: فَاسِدٌ، وَبَاطِلٌ. فَالْفَاسِدُ مَا اخْتَلَّ وَصْفُهُ لَا أَصْلُهُ، فَكَانَ مَشْرُوعاً فِي أَصْلِهِ مِنْ دُونِ وَصْفِهِ، وَذَلِكَ كَالْبَيْعِ الْمَشْتَمِلِ عَلَى الرِّبَا، أَوْ الْعَرَرِ، أَوْ الْمُقْتَرَنِ بِشَرَطِ فَاسِدٍ. وَأَمَّا الْبَاطِلُ فَهُوَ مَا اخْتَلَّ أَصْلُهُ، مِنْ رُكْنِهِ أَوْ شَرُوطِ انْعِقَادِهِ. وَعَلَى هَذَا فَالْقِسْمَةُ عِنْدَ الْحَنْفِيَّةِ ثَلَاثِيَّةٌ: صَحِيحٌ، فَاسِدٌ، وَبَاطِلٌ. **وَالْخُلَاصَةُ:**

الْعَقْدُ الصَّحِيحُ: مَا كَانَ مَشْرُوعاً أَصْلاً وَوَصْفاً، وَهَذَا بِالْإِجْمَاعِ.
وَالْعَقْدُ الْبَاطِلُ: مَا اخْتَلَّ أَصْلاً وَوَصْفاً بِالْإِجْمَاعِ أَيْضاً.
وَالْعَقْدُ الْفَاسِدُ: مَا اخْتَلَّ وَصْفاً لَا أَصْلاً، عِنْدَ الْحَنْفِيَّةِ، وَهُوَ بَاطِلٌ عِنْدَ الْجُمْهُورِ.
هَذَا إِذَا كَانَ الْخُلْلُ فِي وَصْفٍ مُلَازِمٍ كَالرِّبَا وَالْعَرَرِ.
تَأْثِيرُ الْوَصْفِ الْمَصَاحِبِ لِلْعَقْدِ أَوْ الْمَجَاوِرِ لَهُ:

ذَهَبَ الْجُمْهُورُ إِلَى أَنَّ الْوَصْفَ إِذَا كَانَ مَصَاحِباً لِلْعَقْدِ، أَوْ مُجَاوِراً بِحَيْثُ يُمَكِّنُ الْإِنْفِكَاءَ عَنْهُ، كَدَلِ الْبَيْعِ وَقَتِ النِّدَاءِ، فَإِنْ ظَرَفَ الزَّمَانَ هَذَا هُوَ مَوْقِعُ النَّهْيِ حَتَّى لَا يَحُولَ الْبَيْعُ فِي هَذَا الْوَقْتِ مِنْ دُونِ السَّعْيِ إِلَى صَلَاةِ الْجُمُعَةِ، فَإِنَّ النَّهْيَ عَنْ هَذَا الْوَصْفِ يُفِيدُ الْكَرَاهَةَ لَا الْفَسَادَ وَلَا الْبَطْلَانَ، وَالْعَقْدُ صَحِيحٌ.

وَذَهَبَ الْإِمَامُ أَحْمَدُ فِي رِوَايَةٍ، وَالْإِمَامُ مَالِكٌ فِي رَأْيٍ عِنْدَهُ، وَالظَّاهِرِيَّةُ إِلَى الْقَوْلِ

بفساد العقد أو بطلانه في هذه الحالة.

منشأ الخلاف بين الحنفية والجمهور: هو أثر النهي في التصرفات الشرعية^(١)

فالجمهور على أن أثر النهي - سواء أكان لخلل في الأصل أو الوصف هو البطلان - لأن التصرف وحدة كاملة لا تتجزأ، فإذا كان الخلل في الأصل فواضح، وكذلك إذا كان في الوصف؛ لأن فساد الوصف يتسرب إلى الأصل فيبطل التصرف جملةً، فالتصرف المشروع وحدة كاملة أصلاً ووصفاً، والتلازم قائم بينهما، وقد انعقد الإجماع على هذا، بدليل احتجاج الصحابة والسلف بالنهي الوارد في النصوص على البطلان، لم يفرقوا في ذلك بين ما إذا انصب النهي على الأصل أو الوصف، فالخلل الذي استوجب النهي والحرمة سواء أكان في الأصل أو الوصف يوجب البطلان للتلازم. ويحتج الجمهور أيضاً بأن الحرمة لا تجتمع مع المشروعية في التصرف الواحد للتنافي، فلا يقال: إن الفاسد مشروع في أصله وغير مشروع في وصفه لأن في هذا اجتماعاً للمتناهين.

وأما حجة الحنفية: أن التصرف المشروع إذا سلم أصله فإن فساد الوصف العارض لا يقوى على إبطاله، فلا يقوى فساد الوصف على مشروعية الأصل، لقوة هذا الأخير، وصحة الأصل تستلزم المشروعية، بمعنى ترتب الأثر.

وعلى هذا فلا يقال: إن المشروعية لا تجتمع الحرمة للتنافي؛ لأن هذا يتجه علينا فيما لو قصدنا بالمشروعية (الحل)، ولكننا نقصد بالمشروعية (ترتب الأثر) الذي يوجب قيام الأصل، وهذا الأثر حكم دنيوي بترتيب الشارع نفسه، لقيام أصله سالماً عن

(١) فيما عدا العبادات لأنها يستوي فاسدها وباطلها إجماعاً؛ لأنها شرعت قربة إلى الله تعالى، ولا يتقرب إليه تعالى بالمنهي عنه؛ لأنه معصية، سواء أكان موقع النهي، الأصل أو الوصف، بخلاف المعاملات.

المُفسدة، ونحن مع ذلك نُراعي مَوْقِعَ الحُرْمَةِ في الوصفِ، فنقول: إِنَّ التَّصَرُّفَ الفاسِدَ لا يَجُوزُ الانتفاعُ بأيِّ أثرٍ مِنْ آثارِهِ بالنِّسبةِ للعاقِدِ، ولهذا قلنا: إِنَّهُ عَلَى الرَّغْمِ مِنْ انْعِقَادِهِ وَتَرْتُّبِ بعضِ آثارِ العَقْدِ الصَّحِيحِ عَلَيْهِ يستوجبُ الفَسْخَ حقًّا للشرعِ، لِمَكَانِ الحُرْمَةِ والمعصية فيه رَفْعاً لها.

وعلى هذا فقد راعينا قيامَ الأصلِ سالماً، وهذا يستوجبُ أَصْلَ المشروعِيَّةِ، بفعلِ الشارعِ، ولكنها مشروعِيَّةٌ ناقصةٌ لفسادِ الوصفِ، فتترتَّبُ عليه بعضُ آثارِ العَقْدِ الصَّحِيحِ، لنُقْصَانِ المشروعِيَّةِ، وراعينا أيضاً مكانَ الحرمةِ في الوصفِ لخللٍ فيه استوجبِ النَّهْيِ، فقلنا: إِنَّهُ يستوجبُ الفَسْخَ حقًّا للشرعِ على كِلَا طَرَفِيهِ، بل يَجِبُ التَّخَلُّصُ مِنْهُ، بِفَسْخِهِ أَوْ بِتَصَرُّفِ المشتري تصرُّفاً مشروعاً إلى الغير حسبِ النِّيَّةِ؛ لأنَّ انتقالَ المِلْكِ إلى الغير بسببِ جَدِيدٍ، يظهر محلَّ التَّصَرُّفِ الأولِ مِنْ شَوَائِبِ الفَسَادِ.

حَكْمُ العَقْدِ الباطِلِ (آثاره):

العَقْدُ الباطِلُ مَعْدُومٌ شرعاً، والمَعْدُومُ لا يترتَّبُ عليه أثرٌ مِنْ آثارِ العَقْدِ الصَّحِيحِ، وَإِنْ كَانَ مَوْجُوداً صورةً.

على أَنَّ العَقْدَ الباطِلَ مَعْصِيَةٌ، والمعصيةُ لا تَكُونُ سَبَباً فِي النِّعْمَةِ؛ لأنَّ نِعَمَ اللَّهِ تعالى - وهي آثارُ العَقْدِ الصَّحِيحِ - لا تُنَالُ بالمَحْظُورِ.

هذا وَكُلُّ تَصَرُّفٍ يَنبَنِي عَلَى العَقْدِ الباطِلِ يَكُونُ باطلاً، سواءً أَكَانَ سَبَبَ البُطْلَانِ راجعاً إلى الصِّيغَةِ، أم العاقدين، أم المحل.

فلو باعَ المشتري المبيعَ بيعاً باطلاً مِنْ آخَرِ وَقَع باطلاً؛ لأنَّ المشتري الأولَ لا يملكُ المبيعَ بالعَقْدِ الباطِلِ، ولَمَّا لَكَ المبيعَ أَنْ يَتَّبِعَهُ فِي أَيِّ يَدٍ وَقَعَ.

ولا تَلْحَقُ الإِجَازَةُ العَقْدَ الباطِلَ؛ لأنَّ الباطِلَ مَعْدُومٌ بِحُكْمِ الشَّارِعِ، والإِجَازَةُ تَصَرُّفٌ إِرَادِيٌّ لا يَمْلِكُ أَنْ يُوَجِّدَ مَا أَعَدَمَهُ الشَّرْعُ.

والبطلان مطلق، لا يقتصر على عاقيه، بل لكل ذي مصلحة أن يتمسك بهذا البطلان، جلباً للمنفعة أو دفعاً للضرر، ولورثة البائع التمسك بالبطلان؛ لأنّ لهم مصلحة في إبقاء المبيع باطلاً في التركة.

الضمان كآثر للعقد الباطل:

قلنا: إنّ العقد الباطل معدوم لا يترتب عليه أثر من آثار العقد الصحيح . غير أنّ بعض الحنفية رأوا أنّ العقد الباطل - كواقعة مادية - ينقل الضمان من البائع إلى المشتري بعد القبض؛ لأنّ يده يد ضمان، فإذا هلك المبيع باطلاً في يد المشتري كان عليه مثله أو قيمته؛ لأنّ المشتري قد قبض البائع باطلاً لمصلحة نفسه، فلا يكون أدنى حالاً من القبض على سؤم الشراء^(١).

ودهب آخرون من الحنفية إلى أنّه لا ينتقل الضمان؛ لأنّ يده أمانة فلا يضمن إلا بالتعدي؛ لأنّه قبضه بإذن مالكه، وقد بطل العقد فكان كالأمانة.

والمالكية يرون أنّه ينقل الضمان، ولكنّه لا ينقل الملك إلا بالفوات، بمعنى أن المبيع باطلاً إذا فات عند المشتري - بأن هلك - فإنّه يملكه في حال الفوات هذه من دون غيرها. وهو ملك ضروري قدر اقتضاء أو افتراضاً لتعذر إعادة الحال إلى ما كانت عليه، ولتصحيح تضمين المشتري بالمثل أو القيمة، حتى لا يجتمع البدلان في يد البائع لو أبقى المبيع على ملكه.

حكم العقد الفاسد (آثاره)

لا بد من التمييز بين حالتين:

أ- حكم العقد الفاسد قبل القبض (التنفيذ).

ب- حكمه بعد القبض (التنفيذ).

(١) رد المحتار لابن عابدين (٤/١٦٣).

أما حكم العقد الفاسد قبل القبض فهو حكم العقد الباطل، لا يترتب عليه أي أثر من آثار العقد الصحيح، لضعف تأثيره وإذا كان الفارق المميز بينهما أن العقد الفاسد منعقد لقيام أصله، وأن العقد الباطل معدوم، فيجب فسخ الأول إعداماً له، ورفعاً للمعصية أثراً للنهي الذي استوجبه سبب الفساد فيه من غرر، أو جهالة، أو ربا، أو تخلف شرط الصحة، أو اقتران شرط فاسد به.

هذا ووجوب الفسخ ثابت حقاً لله تعالى، لا يجوز النزول عنه إذ لا يجوز التهاون في أمره، فهو إذن ليس حقاً شخصياً تعود المصلحة فيه إلى صاحبه حتى يتصرف فيه وفق رغبته في ضوء صالحه الخاص، بل وجوب الفسخ حق عام، فكان نظاماً شرعياً عاماً وثابتاً، يتعلّق به العدل والمصلحة العامة في التعامل.

وكذا لا تلحقه الإجازة كالباطل، لكونهما منهيّاً عنهما، ولأن إرادة المشرّع تتجه إلى إعدامه، رفعاً للمعصية بدليل النهي، والإجازة تصرف إرادي من العاقد، يتجه إلى إيجاد أو إقراره، فتضاداً، ومضادة الشارع باطلة، فما يؤدي إليها - وهو الإجازة - باطل لا محالة.

هذا ولا يتوقف فسخ أحد العاقدين للعقد الفاسد على رضا الآخر ولا إلى حكم القاضي، بل يستقل كل منهما بفسخه دون رضا الآخر، وكذلك على القاضي فسخه إذا علم به لكونه حقاً عاماً^(١).

ينقلب العقد الفاسد صحيحاً بزوال سبب الفساد العارض، ما عدا عقد الزواج: تمكن سبب الفساد في العقد الفاسد في وصفه لا في أصله، ولذا كان منعقداً قائماً، لقيام أصله، سالماً عن المفسدة، حتى إذا زال سبب الفساد المتعلق بوصفه، وهو أمر خارج عن ماهية العقد وسلم عن المفسدة صحّ العقد، أصلاً ووصفاً، فأنتج كافة

(١) فتح القدير (٢٣١/٥).

الآثار التي ينتجها العقد الصحيح منذ إنشائه.

وليس كذلك العقد الباطل؛ لأنَّ الخلل في أصله، لا في وصفه العارض، فلم ينعقد أصلاً حتى يُمكن تصحيحه.

مثال ذلك: أنَّ يكون سبب الفساد شرط الرِّبا، أو جهالة الأجل أو الضرر الزائد بسبب التسليم - وكلُّ ذلك منهى عنه شرعاً، فكان معصية - فإذا أسقط شرط الربا من له المصلحة فيه، أو حدّد الأجل في مجلس العقد أو بعده، أو تحمّل الضرر من كان النّهي عنه من أجل صالحه، صحّ العقد ولزم، وترتبت عليه كافة آثار العقد الصحيح منذ إنشائه، لا من وقت تصحيحه، توفيقاً بين مصلحة المتعاقدين وبين ما يقتضيه الشرع ما أمكن، وهو خير من الإهدار والإبطال لأنّ قيام سبب الفساد في الوصف العارض، كان هو المانع من اقتضاء العقد حكمه، أو من ترتب آثاره عليه، فإذا زال المانع عاد الممنوع، أو وجد المقتضي وانتفى المانع، ما عدا عقد الزواج فيجب فسخه، للمعنى التّعبدية فيه، ولا ينقلب صحيحاً^(١).

حكم العقد الفاسد بعد القبض:

قدّمنا أنَّ العقد الفاسد مُستحقّ الفسخ بحكم الشرع قبل القبض والتنفيذ، غير أنّه إذا نُفد وتمّ فيه تقابض العوضين، بأن سلم البائع المبيع للمشتري، أو أخذه المشتري في مجلس العقد وسلم الثمن للبائع برضاها من دون إكراه أو غصب من أحدهما للبدل الذي يملكه الآخر فإن الملك ينتقل إلى المشتري؛ لأنّه تمّ بإذن البائع وتسليط منه، ولأنّ

(١) الضرر بسبب التسليم، هو الذي ينجم عن مثل بيع جسر في سقف أو ذراع من قطعة قماش، ففي تسليم الأول، ضرر غير مألوف ينجم عن هدم السقف كلّ أو بعضه، والشرع ينهي عن مثل هذا الضرر حماية للعقد، وأمّا الثاني، فكذلك إذا كان في تسليمه ضرر بقطعة القماش كلّها بحيث تغدو لا تصلح لشيء.

العقد الفاسد بالتنفيذ والتقاطض يقوى تأثيره؛ لضعف احتمال المنازعة أو الفسخ بين طرفيه لأن التقاطض قد تم برضاها.

غير أن المعنى في أحكام الشرع في هذا النوع من الملك يرى أنه ملك ضروري مفترض افتراضاً، بمعنى أنه قد اقتضته الضرورة، فلم يكن له حكم الملك الكامل الناشئ عن العقد الصحيح أصالة، بدليل أنه يجوز للمشتري أن يتصرف في المبيع بيعاً فاسداً إلى الغير تصرفاً ناقلاً للملك، تخلصاً من ملكية هذا المبيع؛ لأن السبب الجديد يظهر التصرف السابق مما عراه من أسباب الفساد كما ذكرنا، فكان هذا الملك ثابتاً افتراضاً واقتضاء ضرورة تصحيح تصرف المشتري، إذ لا يمكن تصحيح تصرف المشتري من بيع أو هبة إلا إذا كان مالكا، إذ لا يسع أحداً أن يملك غيره شيئاً ما لم يكن هو مالكا له أولاً، لذا أثبت الشارع للمشتري هذا الملك افتراضاً ضرورة تصحيح تصرف الناقل للملك، وما ثبت على سبيل الضرورة والاقتضاء والافتراض، لا يكون كالثابت على سبيل الأصالة والقياس. يرشدك إلى هذا أن المشتري لا يجوز له الانتفاع بالمبيع فاسداً؛ لأن هذا الملك الناشئ عن العقد الفاسد المنهي عنه ملك خبيث محرم يجب التخلص منه، إما بفسخ العقد، وإعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل التعاقد، وإما بالتصرف في المبيع نفسه تصرفاً ناقلاً للملك إلى الغير، تطهيراً له.

والشارع إذ حرّم على المشتري الانتفاع بما يملك على هذا الطرق المحرم بأي وجه من وجوه الانتفاع لم يكن مالكا حقيقة بل افتراضاً - كما ذكرنا - لأن المقصود من الملك الحقيقي الكامل بدهائه هو اجتناء ثمراته، وهذا ليس كذلك بل التصرف أو العقد نفسه ليس مقصوداً لذاته، بل لثمراته، فكان تحريم الانتفاع على المشتري بئراً للملك عن آثاره المقصودة شرعاً، حملاً للمشتري، إما على الفسخ، أو على التصرف إلى الغير تصرفاً ناقلاً للملك، للتخلص من هذا المبيع، لفساد ملكيته.

وعلى هذا فإنَّ العقدَ الفاسدَ يجب فسخُه قبل القبضِ وبعده حقاً للشَّرع، ما لم يتصرَّف المشتري في المبيع تصرفاً ناقلاً للملكِ إلى الغير فيسقطُ حق الفسخ عندئذٍ بالنسبة للبائع، حماية لحقِّ الغير حسن النِّيَّة لأنَّ أحكامَ الشَّرع تبنى على الظَّاهر، ويتقرَّر حقُّ البائع في المثل أو القيمة كما لو هلك المبيع في يدِ المشتري بعد قبضه. وإنَّما يُحكَّم بالمثل أو القيمة ولا يُحكَّم بالتَّمين المحدِّد المتَّفَق عليه في العقد لأنَّ فسادَ العقد يُفسد ما تضمَّنه من تحديد التَّمين والشُّروط الواردة فيه، فيُصار إلى البدل.

وكذا إذا هلك المبيع بعد القبض، أو تغيَّرت صورته - إذ التَّغيير كالإثلاف - أو زاد زيادةً مُتَّصلاً غير متولِّدة عنه، فيُصار إلى المثل أو القيمة لتعذُّر الشرط أو إعادة المبيع على الحال التي كان عليها قبل التَّعاقد، فيسقطُ حقُّ الفسخ لذلك.

والخلاصة:

العقدُ الفاسدُ قبل التَّنفيذ والتَّقباض كالباطل لا يترتب عليه أثر من آثار العقد الصحيح، فهو مُنْعَقِدٌ لكنَّه واجب الفسخ، ولا تلحقه الإجازة مُطلقاً.

وأما بعد التَّنفيذ والقبض - بإذن البائع وتسليط منه، أو في مجلس العقد - يقوى تأثيره فيه، فيُفيد الملك الضَّروريَّ أو الاقتضائي للمشتري، وضرورة تمكينه من التَّصرف فيه إلى الغير تصرفاً ناقلاً للملك، تخلصاً منه، بل حملة الشَّارع على ذلك بتَحريم انتفاعه بالمبيع بأي وجه من وجوه الانتفاع؛ لأنَّه ملكٌ حبيث، حتى إذا تصرَّف المشتري فيه تصرفاً شرعياً صحيحاً إلى الغير، انتقلت المِلْكِيَّةُ الكاملة إلى ذلك الغير، وسقط حقُّ البائع في الفسخ، حماية لحقِّ الغير، وانحصَرَ حقُّ البائع في المطالبة بالمثل أو القيمة، لا بالتَّمين المحدِّد المتَّفَق عليه في العقد؛ لأنَّ التَّسمية للتَّمين أو الأجرة أو المهر فسدت بفساد العقد، كذلك ما ورد فيه من الشُّروط، إذ فسادُ الشَّيْء يوجبُ فساد ما تضمَّنه^(١).

(١) فتح القدير (١٨٧/٥، ٢٣١)، البدائع (٣٠٥/٥) ردُّ المختار (١٣٦/٤). وإنَّما كان الملك =

وسُقُوطُ حَقِّ الْفَسْخِ إِنَّمَا يَكُونُ فِي حَالَةِ هَلَاكِ الْمَبِيعِ كُلِّيًّا أَوْ جُزْئِيًّا أَوْ تَغْيِيرِ صَوْرَتِهِ،
بِأَنْ كَانَ قَمْحًا فَطَحْنَهُ، أَوْ ثَوْبًا فَخَاطَهُ قَمِيصًا؛ لِأَنَّ التَّغْيِيرَ كَالْإِثْلَافِ، فَيَتَعَذَّرُ اسْتِرْدَادُ
الْمَبِيعِ عَلَى الْحَالَةِ الَّتِي كَانَ عَلَيْهَا وَقْتُ التَّعَاقُدِ، أَوْ لَتَعْلُقِ حَقِّ الْغَيْرِ الَّذِي اكْتَسَبَهُ بِطَرِيقٍ
شَرْعِيٍّ صَحِيحٍ، حِمَايَةً لَهُ، وَلِصَيَانَتِهِ عَنِ النِّقْضِ وَالْإِبْطَالِ.

= فِي الْعَقْدِ الْفَاسِدِ بَعْدَ الْقَبْضِ، خَبِيثًا؛ لِأَنَّ كُلَّ نَفْعٍ أَوْ كَسْبٍ طَرِيقُهُ الْعَقْدُ الْفَاسِدُ الْمَنْهِيُّ عَنْهُ، يَكُونُ
خَبِيثًا مُحَرَّمًا.

المبحث الثاني

العقد النافذ والعقد الموقوف

ينقسم العقد الصحيح عند الحنفية من جهة ترتب آثاره عليه فور انعقاده، ودون توقُّفها على إجازة أحد، إلى عقد نافذ وموقوف.

أ- العقد النافذ:

هو عقد صحيح أصلاً ووصفاً، صادر من أهله، مضاف إلى محله القابل لحكمه. ويقصد بكونه صادراً من أهله أي: ممن له أهلية كاملة، وولاية على محل العقد، بمقتضى مالكيته، أو بمقتضى النيابة عن ماله، بأن كان وكيلاً أو ولياً شرعياً، وأخيراً لم يتعلق به حق للغير.

حكم العقد النافذ:

العقد النافذ سبب صالح لترتب آثاره عليه فور انعقاده، ودون توقُّف على إجازة من أحد.

وذلك من مثل عقد بيع بالغ عاقل، وإجارته، وزواجه.

أو عقد الولي أو الوصي بالنسبة للقاصر.

أو عقد الوكيل مترسماً ما أملته إرادة موكله في عقد الوكالة.

ب - العقد الموقوف:

العقد الموقوف عقد صحيح عند الحنفية، لصُدوره من أهله، مضافاً إلى محله القابل لحكمه، غير أنه اعتراه سبب من أسباب وقف آثاره وتراخيها إلى وقت إجازته من صاحب الشأن.

- وقد يكون سبب الوقف نقص الأهلية، كعقد بيع صبيٍّ مميزٍ، فإنه موقوفٌ على إجازة وليه. أو عقد المحجور عليه لسفه أو عته.

- وقد يكون سبب الوقف عدم ولاية العاقد على محل العقد، بأن لم يكن مالِكاً له، وليس ذا صفةٍ، من الوكالة أو الولاية الشرعية، بأن كان فضولياً، فيتوقف نفاذ العقد وترتب آثاره على إجازة صاحب الشأن.

- وقد يكون السبب تعلق حق الغير بمحل العقد، فيتوقف نفاذه على إجازة صاحب الحق المكتسب بطريق شرعيٍّ صحيحٍ سابقٍ على تاريخ إبرام هذا العقد، كبيع الرّاهن العين المرهونة، أو بيع المؤجر العين المؤجرة.

وذهب الشافعية إلى أن العقد الصحيح لا يكون إلا نافذاً، فلا يعرفون العقد الموقوف، إذ يشترط لانعقاد العقد عندهم أن يكون العاقد ذا ولاية، فإذا لم يكن كذلك فقد تخلف شرط انعقاده لا شرط نفاذه، فيقع باطلاً.

ومنشأ الخلاف: هل الولاية على إصدار العقد شرط انعقاد أو نفاذ؟

قال بالأول الشافعية، وإلى الثاني ذهب الحنفية والمالكية.

فبيع الفضولي - مثلاً - باطلٌ عند الشافعية، إذ ليس للفضولي ولاية إصدار هذا العقد إذ ليس له ولاية على محله.

وهو موقوفٌ عند الحنفية فإذا لحقته إجازة صاحب الشأن كان صحيحاً من وقت إنشائه، وإذا لم تلحقه الإجازة كان باطلاً لا ترتب عليه آثاره.

المبحث الثالث

العقد اللازم وغير اللازم

أ- العقد اللازم: هو العقد الصحيح النافذ الذي لا يستقل أحد طرفيه مباشرة فسخه. وهو نوعان:

أولهما: العقد الذي يستحيل فسخه أبداً، ولو اتفق طرفاه على ذلك، بالنظر إلى طبيعته، كعقد الزواج.

هذا والطلاق ليس فسخاً له، بل إنهاء، فهو عقد لا يقبل الفسخ بحال.

والثاني: وهو ما يقبل الفسخ باتفاق طرفيه، ولكن لا يستقل أحدهما بفسخه دون رضا الآخر، وذلك كعقود المعاوضات من مثل البيع والإجارة والمساقاة فهي عقود نافذة تنتج آثارها فور انعقادها، ولازمة لا تفسخ إلا باتفاق طرفيها (الإقالة).

وهذا النوع لا يستقل أحد طرفيه بالفسخ إلا في أحوال أربع:

أولاً: أن يكون لأحدهما خيار المجلس. وذلك عند الشافعية والحنابلة.

ثانياً: أن يكون لأحدهما خيار الشرط.

ثالثاً: أن يثبت لأحدهما خيار الرؤية.

رابعاً: أن يكون لأحدهما خيار العيب.

ب - العقد غير اللازم: وهو ما يملك أحد طرفيه أن يستقل بفسخه دون رضا الآخر، وهو نوعان:

أولهما: أن يثبت لواحد معين من طرفيه حق الاستقلال بالفسخ لكونه غير ملزم في حقه، وإن كان لازماً بالنسبة للطرف الآخر وذلك كعقد الرهن، فإنه لازم بالنسبة للمرتهن، فيملك أن يفسخه في أي وقت شاء، ولو من دون رضا الآخر؛ لأنه إنما شرع

صيانةً لحَقِّهِ، وتوثيقاً له.

الثاني: وهو العقد غير اللازم بالنسبة لكلٍّ من طرفَيْهِ، فيملك أن يستقلَّ كُلٌّ منهما بالقسْخِ دونَ رضاء الآخر، ومن ذلك عَقْد الوكالة مِنْ دونِ أجر، والوديعة والعارية والشركة لأنَّهُما يُحكَمُ طَبِيعَتُهُمَا غير لازمة بالنسبة لطرفَيْهِمَا على السواء.



المبحث الرابع

أقسام العقد بالنسبة لاتصال أثره

أولاً - العقد المنجز

ثانياً - العقد المضاف

ثالثاً - العقد المعلق

الأصل أن العقد الصحيح يُنتج آثاره عقب انعقاده مباشرةً، واستثنى من هذا الأصل بعض العقود التي تترتب عليها فور صدورها بحكم طبيعتها، أو بإرادة العاقد تأخير هذه الآثار إلى فترة زمنية معينة، بل قد يعلق العقد كله على حدوث أمر آخر.

فنتج عن ذلك ثلاثة أقسام للعقود بالنسبة لاتصال الحكم (الأثر) بالصيغة:

العقد المنجز - العقد المضاف - العقد المعلق

أولاً - العقد المنجز:

هو العقد الذي صدرت صيغته غير معلقة على شرط أو مضافة إلى المستقبل.

حكمه: تترتب آثاره عليه فور انعقاده؛ لأن الأصل أن العقد سبب شرعي يُرتب الشارع عليه آثاره في الحال.

ويُستثنى من ذلك (عقد الوصية)؛ لأنها تملك مضاف إلى ما بعد الموت، فلا

يترتب آثارها إلا بعد وفاة الموصي، فكانت منجزة في ظاهرها ولكنها عقد مضاف إلى المستقبل في حقيقتها.

وكذلك (عقد الإيصاء) فهو تفويض الأب أو الجد التصرف في مصالح أولاده أو أحفاده القصر إلى الغير بعد وفاته.

هذا والعقد المنجز نوعان:

أولهما: العقد الذي لا يقتصر في ترتب آثارها فوراً إلى أي أمر آخر يتوقف عليه، كقبض محل العقد مثلاً، وذلك كعقد البيع وعقد الإجارة.

الثاني: ما يتوقف في إنتاج آثاره فور انعقاده على قبض محل العقد ك(عقد الهبة، وعقد القرض وعقد الرهن)^(١)، وتسمى عقوداً عينية.

حقيقة القبض: ذهب الشافعية إلى أن ماهية القبض تختلف باختلاف طبيعة محل العقد، فهو في العقار بالتخلية، وفي المنقول بإسلامه باليد إذا أمكن، وفي المكمل والموزون بالكيل والوزن.

وذهب الحنفية إلى أن القبض يتم بالتخلية بين الموقوف عليه والمتملك على وجه يستطيع معه التصرف فيه.

هذا والعقد المنجز قد يكون بصيغة مطلقة، وقد يكون بصيغة مقترنة بشرط، كعقد البيع الذي اشترط فيه تأجيل الثمن، فهذا لا يمنع التجيز، أو ترتب سائر آثاره عليه فور انعقاده، ما عدا الثمن المؤجل.

ثانياً - العقد المضاف

ما كان الإيجاب في صيغته مضافاً إلى زمن المستقبل، سواء أكانت الصيغة مطلقة

(١) تبين الحقائق (٢٥٧/٤) نهاية المحتاج (٢٦٨/٢).

أم مقترنة بشرط، كأن تقول: آجرتك أرضي هذه مدة ثلاث سنوات، ابتداء من السنة القادمة، أو تقول: وقفت داري هذه على اليتامى الفقراء، ابتداء من الشهر المقبل. وحُكِّمَ العقدُ المضافُ أنَّه ينعقدُ في الحالِ علَّةً لحكمه ولكن لا تترتَّب آثاره إلَّا عند حلول الوقت المضافِ إليه.

أقسام العقد المضاف:

ينقسم العقدُ المضافُ آثاره إلى المستقبلِ إلى ثلاثة أنواع:

الأول: عَقْدٌ مُضَافٌ بِحُكْمِ طَبِيعَتِهِ، إِذِ الإِضَافَةُ جُزْءٌ مِنْ مَفْهُومِهِ، وَذَلِكَ كَعَقْدِ الوَصِيَّةِ والإِيصَاءِ، فَإِنَّ آثارَهَا لَا تَظْهَرُ إلَّا بَعْدَ وَفَاةِ المَوْصِي.

الثاني: عَقُودٌ تَقْبَلُ الإِضَافَةَ بِإِرَادَةِ أَحَدِ الْمُتَعَاقِدِينَ، أَغْلِبُهَا مِنَ الْعُقُودِ الْمَنْجُزَةِ الَّتِي تَرِدُ عَلَى الْمَنْفَعَةِ، كَالِإِجَارَةِ، وَالْعَارِيَةِ، وَالْمَسَاقَاةِ، وَالْمَزَارَعَةِ، إِذِ الْمَنَافِعُ تَحْدُثُ شَيْئًا فَشَيْئًا، وَتَتَجَدَّدُ بِتَجَدُّدِ الزَّمَنِ، وَلَا يُمَكِّنُ اسْتِيفَاؤُهَا جَمْلَةً وَاحِدَةً، لِذَا كَانَتْ عَقُودًا يُمَكِّنُ أَنْ تَنْعَقِدَ مَنْجُزَةً، وَلَكِنَّهَا تَقْبَلُ الإِضَافَةَ بِحُكْمِ طَبِيعَتِهَا أَيُّ: بِالنَّظَرِ إِلَى مَحَلِّ الْعَقْدِ وَهُوَ الْمَنْفَعَةُ.

وَذَلِكَ كَعَقْدِ الإِجَارَةِ الَّذِي تُضَافُ آثارُهُ أَوْ يَحْدَدُ بَدْءَ جَرِيَانِهِ وَذَلِكَ إِلَى السَّنَةِ الْقَادِمَةِ، اعْتِبَارًا مِنْ أَوَّلِ كَانُونِ الثَّانِي مَثَلًا.

وَمِنْ الْعُقُودِ الَّتِي تَقْبَلُ الإِضَافَةَ: (الْوَكَالَةُ، الْكِفَالَةُ، الْحَوَالَةُ) حَيْثُ يُمَكِّنُ أَنْ تَكُونَ مَنْجُزَةً، أَوْ مُضَافَةً، وَكَذَلِكَ الإِسْقَاطَاتُ كَد(الطَّلَاقِ وَالْوَقْفِ).

الثالث: عقود لا تقبلُ الإضافة بحُكْمِ أَصْلِ وَضْعِهَا الشَّرْعِيِّ:

وَذَلِكَ كَعَقُودِ الْمَعَاضَاةِ الْمَالِيَّةِ الَّتِي مُحَلُّهَا أَعْيَانُ كَعَقْدِ الْبَيْعِ الَّذِي تَنْتَقِلُ مِلْكِيَّةُ الْعَيْنِ فِيهِ مِنَ الْبَائِعِ إِلَى الْمُشْتَرِي، فَوَرَّ الْإِنْعِقَادِ، وَالْإِبْرَاءِ مِنَ الدَّيْنِ، وَالْهِبَةِ، وَالشَّرَكَةِ.

ذَلِكَ لِأَنَّ هَذِهِ الْعُقُودَ إِنَّمَا شُرِعَتْ أَصْلًا لِتَتَرْتَّبَ آثَارُهَا عَلَيْهَا فِي الْحَالِ، فَإِذَا

أُضيفت كانت على غير وَضْعِهَا الشَّرْعِيِّ، ولهذا لا تَصْلُحُ مع الإِضافة، وكذلك الزَّوْجُ
لأنَّه يُفِيدُ الحِلَّ في الحال.

ثالثاً - العَقْدُ المَعْلَقُ

هو ما عُلقَ وجوده على وجودِ أمرٍ في المستقبل، بأداةٍ من أدوات الشرط أو ما في
معناها، كأن تقول: "إِنْ رُفِعَتْ عَلَيَّ قَضِيَّةٌ فَأَنْتَ وَكِيلِي أَمَامَ الحَكَمَةِ" فعَقْدُ الوَكَاةِ مَعْلَقٌ
على حدوثِ أمرٍ في المستقبل (شرط).

حكم العَقْدِ المَعْلَقِ: ينعقدُ عِلَّةً في الحالِ عِنْدَ الجُمهورِ، خِلافاً للحنَفِيَّةِ، وتتأخَّرُ
آثاره إلى وَقْتِ حُصولِ الشرطِ المَعْلَقِ عليه فَالتَّعليقُ لا يمنع الانعقادَ.

وذهب الحنفِيَّةُ إلى أن التَّعليقَ يمنع انعقادَ العَقْدِ سَبَباً في الحالِ، وإِنَّمَا يتأخَّرُ انعقادُه
إلى وَقْتِ حُصولِ الشرطِ المَعْلَقِ عليه، فينتج آثاره حينئذٍ، أو بِعِبارةٍ أُخرى: يتأخَّرُ انعقادُ
العَقْدِ وإنتاج آثاره إلى زمنِ حُصولِ الشرطِ مُسْتَقْبَلاً.

وثمرَةُ الخِلافِ تَظْهَرُ فيما لو عُلِقَ النَّذَرُ على حصولِ أمرٍ في المستقبل كأن يقول:
إن نَجَحْتُ في الامتحان، فله نذر أن أتصدق بألف ليرة سورية للفقراء، ثم تصدق بها
قبل وقوع الشرطِ، صَحَّ عِنْدَ الجُمهورِ وأجزأ عن النَّذْرِ؛ لانعقادِ النَّذْرِ في الحالِ، ولم يجزئ
عن النَّذْرِ عِنْدَ الحنفِيَّةِ لأنَّه لم ينعقد، فوجب عليه التصدق من جديد وفاء للنذر إذ لا
يصحُّ وفاء النَّذْرِ قبل انعقادِهِ نذراً.

شُرُوطُ صَحَّةِ التَّعليقِ:

١- أن يَكُونَ الأمرُ المَعْلَقُ عليه على خطرِ الوجودِ والعَدَمِ.

فلو كان مُحَقَّقَ الوجودِ في الحالِ كانَ منجزاً والتَّعليقُ صوريٌّ، أمَّا إن كانَ مُحَقَّقَ
الوجودِ مُسْتَقْبَلاً تحقُّقاً لا احتمال فيه، فهو إضافةٌ لا تَعْلِيْقٌ، كأن تقول: «إن جاء شهر

رمضان العام القادم فأنت وكيلتي» وهو آتٍ لا ريب فيه ولا احتمال، والتعليق يفترض الاحتمال لا التحقق.

٢- ألا يكون التعليق على مشيئة لا نعلمها، كمشيئة الله تعالى، كقوله لزوجته: أنت طالق إن شاء الله، لا يقع الطلاق.

هذا وعقود التمليكات المالية لا تقبل التعليق، فيما عدا الوصية سواء أكانت عقود معاوضة ك(البيع والإجارة)، أم عقود تبرع ك(الهبة، والقرض، والوقف).
وخالف المالكية في التبرعات، فأجازوا تعليقها، إذ لا يترتب على تعليقها عرر ولا ضرر.

أما عقود التمليكات؛ فلأن الشارع وضعها لتنفيذ الملك في الحال، والتعليق يتنافى مع وضعها الشرعي، فلا يصح مع التعليق للمنافاة.

وكذلك عقد الزواج لا يصح تعليقه؛ لأنه وضع شرعاً لإفادة الحل في الحال. ودَّهَب متأخرو الحنابلة إلى أنه يصح تعليق العقود والفسوخ والالتزامات والتبرعات بالشروط، ولا يمنع من ذلك مانع إلا ما ورد النهي عنه من الشارع^(١).

(١) أعلام الموقعين (٢/٢٨٨)، المدخل للفقهاء الإسلاميين، للشيخ عيسوي أحمد عيسوي (٥١٦ - ٥١٧).

الفصل الخامس

عيوب الرضا

المبحث الأول: الغبن المجرد

المبحث الثاني: التدليس أو التغرير

المبحث الثالث: الغلط

المبحث الرابع: الإكراه

فَدَمْنَا أَنَّ أَسَاسَ التَّعَاوُدِ الصَّحِيحِ الْمُنْتَجِ هُوَ التَّرَاضِي الْحَقِيقِي الْمَعْبَرُ عَنْهُ بِالْإِجَابِ وَالْقَبُولِ.

غَيْرَ أَنَّ الرِّضَا بِالنَّسْبَةِ إِلَى أَحَدِ الْعَاقِدِينَ، قَدْ يَقُومُ عَلَى أَسَاسٍ وَهْمِيٍّ غَيْرِ حَقِيقِيٍّ بِسَبَبِ الْعَلَطِ، أَوْ التَّدْلِيلِ وَالتَّغْيِيرِ، أَوْ الْغَبْنِ الْفَاجِحِ، حَتَّى إِذَا أَدْرَكَ الْعَاقِدُ عَدَمَ التَّطَابُقِ بَيْنَ مَا كَانَ يَتَصَوَّرُهُ فِي ذَهْنِهِ حِينَ رَضِيَ بِالْعَقْدِ، وَبَيْنَ هَذَا الْأَسَاسِ الْوَهْمِيِّ، ظَهَرَ لَهُ أَنَّ رِضَاهُ - وَإِنْ كَانَ قَائِمًا وَقْتَ التَّعَاوُدِ - لَكِنَّهُ وَلَدَ مَعِيًّا مِنْذُ نَشُوئِهِ وَتَكْوِينِهِ بِالنَّظَرِ لِمَا اعْتَرَاهُ مِنْ شَائِبَةٍ مِمَّا يُوْرِثُهُ خِلَافًا، وَلَا رَيْبَ أَنَّ الرِّضَا الْمَعِيْبَ قَائِمٌ بِالْفِعْلِ وَلَيْسَ مَعْدُومًا. وَعَلَى هَذَا فَإِنْ عَيُوبَ الرِّضَا لَا تَعْدُمُهُ، بَلْ تُوْرِثُهُ خِلَافًا فَحَسَبَ فَيَعْدُو نَاقِصًا غَيْرَ كَامِلٍ. هَذَا فِيمَا عَدَا عَيْبِ الْإِكْرَاهِ الَّذِي يَعْدُمُ الرِّضَا، لِلتَّضَادِ بَيْنَ طَبِيعَةِ كُلِّ مِنْهُمَا، إِذْ لَا رِضَا مَعَ الْإِكْرَاهِ أَصْلًا.

أَثَرُ عَيُوبِ الرِّضَا فِي الْأَهْلِيَّةِ:

إِنَّ مِمَّا يَنْبَغِي التَّنْبِيهِ إِلَيْهِ أَنَّهُ لَا عِلَاقَةَ لِعَيُوبِ الرِّضَا - بِمَا فِيهَا الْإِكْرَاهُ - بِأَهْلِيَّةِ الْوَجُوبِ، وَلَا بِأَهْلِيَّةِ الْأَدَاءِ، إِذْ لَيْسَتْ مِنْ عَوَارِضِ الْأَهْلِيَّةِ إِجْمَاعًا. وَالْوَاقِعُ أَنَّ مِنْ خِصَائِصِ عَوَارِضِ الْأَهْلِيَّةِ الْاسْتِمْرَارَ غَالِبًا، كَ(الْجَنُونِ، وَالْعَتَمَةِ) بِخِلَافِ عَيُوبِ الرِّضَا، فَإِنَّهَا أُمُورٌ وَقْتِيَّةٌ لَا تَتَعَدَّى وَقْتَ إِثْرَامِ الْعَقْدِ. وَأَيْضًا الْأَهْلِيَّةُ بِنَوْعِيهَا (الْوَجُوبِ، وَالْأَدَاءِ) لَا تَتَوَثَّرُ فِيهَا هَذِهِ الشَّوَابِثُ إِعْدَامًا وَلَا نَقْصَانًا.

فَمَنَاطُ أَهْلِيَّةِ الْوَجُوبِ إِنْسَانِيَّةُ الْإِنْسَانِ فَلَا يَسْتَأْصِلُهَا الْإِكْرَاهُ وَالْعَلَطُ وَمَا إِلَيْهِ.

ومناط أهليّة الأداء رُشدُ العقلِ أو التّمييزُ، وليس لتلك الشوائب أثرٌ فيهما، حتّى الإكراه، بدليل التّكليفِ إلى المكره الرّشيد كما يقول السّرخسي^(١).

وعيوب الرّضا^(٢) هي :

العَبْرُ، والتّدليسُ، والعلَطُ، والإكراهُ
ونتناولها بالبحث تباعاً.

(١) يُنظَرُ المبسوط (٣٩/٢٤). وإذا انتفى تأثيرُ الإكراهِ على الأهليّةِ فانْتَفَاءُ تأثيرِ غيره عليها مِنْ شَوَائِبِ الإرادةِ مِنْ بابِ أُولَى.

(٢) يُطْلَقُ بَعْضُ الفُقهاءِ على عيوبِ الرّضا (شوائبِ الإرادة)، أو (عيوبِ العقد) ويقصّدُ بِكُلِّ أُولَئِكَ ما يَحْتَلُّ به الرّضا، من: توهُّمٍ تلقائيٍّ كـ(العلَطِ)، أو إيهامٍ وخداعٍ مِنَ الغيرِ كـ(التّدليسِ أو التّغريزِ) عند نشوء الرّضا وتكوينه - أي وقت التّعاقدِ - فيولّدُ الرّضا مَعِيّاً ويكونُ العقدُ معه مَعِيّاً.

المبحث الأول

الغبنُ المجردُ

الغبنُ لغةً: النَّقصُ^(١).

وإصطلاحاً: عَدَمُ تَسَاوِي أَحَدِ الْعُوضَيْنِ الْآخَرَ فِي الْقِيَمَةِ، سواء أكانَ الْمُغْبُونُ البائعَ أم المشتري، قال ابنُ نجيم: غَبْنُهُ فِي الْبَيْعِ، وَالشَّرَاءِ غَبْنًا ... أَيِ نَقْصُهُ^(٢).
والغبنُ المجردُ: هو الغبن الذي لم يَصْحَبْهُ تَغْرِيرٌ أو خِدَاعٌ.

أنواعُ الغبنِ المجردِ:

يَنْقَسِمُ الْغَبْنُ الْمُجَرَّدُ إِلَى نَوْعَيْنِ: يسير وفاحش، وهذا بالاتِّفَاقِ، وإِنَّمَا الْخِلَافُ فِي تَحْدِيدِ مَعْيَارِ كُلِّ مِنْهُمَا.

وَلَا خِلَافَ فِي أَنَّ مَا كَانَ مَعْلُومَ الْقِيَمَةِ فِي السُّوقِ، لَا يُقَاسُ بِمَعْيَارِ الْيَسِيرِ وَالْفَاحِشِ؛ لِأَنَّ تِلْكَ الْقِيَمَةَ الَّتِي اسْتَقَرَّ عَلَيْهَا السَّعْرُ التَّلَقَّائِيُّ فِي السُّوقِ، أَصْبَحَتْ هِيَ الْمَعْيَارَ، بِدَلِيلِ رِضَا النَّاسِ بِهَا، وَتَدَاوُلِهِمُ الْبِيعَاتِ عَلَى أَسَاسِهَا، فَلَا تَقْتَرِفُ إِلَى التَّقْوِيمِ مَا لَمْ يَكُنْ ثَمَّةً افْتِعَالٌ أَوْ احْتِكَازٌ أَوْ تَلَاغُبٌ فِي الْأَسْعَارِ.

وَمَحَلُّ الْخِلَافِ فِي مَعْيَارِ الْيَسِيرِ وَالْفَاحِشِ مِنَ الْغَبْنِ فِيمَا لَمْ تُعَرَفْ قِيَمَتُهُ الْحَقِيقِيَّةُ، فَيَحْتَاجُ حِينَئِذٍ إِلَى التَّقْوِيمِ.

مَعْيَارُ كُلِّ مِنَ الْيَسِيرِ وَالْفَاحِشِ فِي فِقْهِ الْمَذَاهِبِ:

(١) المصباح المنير (غبن).

(٢) البحر الرائق (١١٥/٦) والمقصود بالغبن المجرد الغبن الذي لم يَصْحَبْهُ تَغْرِيرٌ أو خِدَاعٌ.

لم تتفق كلمة الفقهاء على تحديد معيار لليسير والفاحش، إذ لم يرد في الشرع دليل خاص ينص على تحديده.

- فذهب الحنابلة والشافعية إلى تحكيم العرف والعادة في تحديد معيار كل منهما، فقالوا: إن اليسير هو ما يتغابن الناس فيه عادةً بحكم طبائعهم، إذ تراهم يتساحون في هذا النوع من العبن، أو يجدون مشقة في التخلص منه في معظم معاملاتهم وعقودهم، أو لأن طبيعة التعامل نفسها تقتضي هذا التسامح.

أما الفاحش فهو الاستثناء، إذ هو ما لا يتغابن الناس فيه عادة^(١).

- وذهب جمهور الحنفية إلى أن العبن اليسير هو ما يدخل تحت تقويم المقومين من أهل الخبرة والبصر بشؤون البياعات في الأسواق، وبالسلع وأثمانها.

وأما العبن الفاحش فهو ما لا يدخل تحت تقويم المقومين، زيادة أو نقصاً^(٢).

وتفسير هذا المعيار أن المقومين (الخبراء) يضعون حداً أعلى، وحداً أدنى لثن السلة، فاليسير هو ما كان متراوحاً بينهما، لا يتعدى أيّاً منهما، علواً أو انخفاضاً، حتى إذا جاوز الحد الأعلى كان غبناً فاحشاً في حق المشتري، وإذا تدنى عن الأدنى كان غبناً فاحشاً ضاراً بالبائع^(٣).

(١) وهذه الخبرة مكتسبة من درايتهم بالصناعة، أو الزراعة، أو التجارة، ومن كثرة ترددهم على الأسواق، ووقوفهم على تموجات الأسعار فيها.

(٢) الشرح الكبير (٧٩/٤)، البدائع (٣٠/٦)، البحر الرائق (١٦٩/٧)، رد المختار (١٥٩/٤)، الفتاوى الأنقراوية (٢٥٨/١)، الخطاب (٤٧١/٤)، المغني لابن قدامة (٩٢/٤).

(٣) فإذا بيعت دار (بمئة ألف) - مثلاً - وقومها أهل الخبرة بمئة وعشرين ألفاً في حدها الأعلى، وتسعمئة ألف في حدها الأدنى، فالعبن يسير؛ لأن الألف بينهما، لا تتعدى أيّاً منهما علواً وانخفاضاً، بخلاف ما إذا كان تقويمها بمئة وعشرين ألفاً في حدها الأدنى، ومئة وأربعين ألفاً في حدها الأعلى، =

والمعياران عندَ الفريقينِ مُتَقَارِبَانِ - كما تَرى - لأنَّ ما لا يتغابَرُ النَّاسُ فيه عادةً - كما يَرى الحنابلة والشافعية - تَحْكِيمٌ لما اسْتَقَرَّ عليه العُرْفُ التَّعَامُلِيّ مِنَ النسبةِ زيادةً أو نُقْصاً، بناءً على السَّيَرِ التَّلَقَّائِيّ الحرِّ، والخبراءُ يعتمدون هذا الأصلَ في تقديرهم لأَثْمَانِ كُلِّ نوعٍ من السِّلَعِ.

غَيْرَ أَنَّ الخبرة تبدو أكثرَ دَقَّةً في تقديرِ ذواتِ القيمِ الطَّائِلَةِ التي قوامُها مواصفاتٌ دقيقةٌ صناعيّةٌ وفنيّةٌ، أو هندسيّةٌ، كما في السيارات والآلات الضخمة، والأجهزة الكهربائية، وكما في الأبنية والعمارات في أيامنا هذه، إذ الخبرةُ العِلْمِيَّةُ المتخصّصةُ هي التي ينبغي أن يُتَّكَمَ إليها وحدها، لتؤدي دورها في هذا التَّقديرِ العادلِ الذي يعجزُ غيرها عن إبداءِ الرَّأيِ فيه، إذ المفروضُ أَنَّ محلَّ النزاعِ هو ما لا قيمة له معلومة في السُّوقِ، أو للنَّاسِ، ليُصارَ إلى اعتمادها معياراً سائداً^(١)، تراضى النَّاسُ طواعيةً على التَّعاملِ على أساسها، كما قدَّمنا.

وقد أَضَحَّتِ الخبرةُ اليومَ غُنْصراً مهمّاً من عناصرِ العدلِ في التَّقْوِيمِ أو التَّسْعِيرِ، لتعقُّدِ الحياةِ نتيجةً للتَّقدُّمِ العِلْمِيِّ والتَّقْنِيِّ في وسائلِ الصَّنَاعَةِ والتَّجَارَةِ والزَّراعةِ، مما يفتقرُ إلى التَّخصُّصِ العِلْمِيِّ الدَّقِيقِ للوقوفِ على طبيعةِ خاماتها ومواصفاتها، وتقديرِ أَثْمَانِها التي

= فإنَّ العَبْرَ فاحشٌ؛ لأنَّ الألفَ قد جاوزت الحدَّ الأدنى تدنياً، فَكَانَ هذا غَبْنًا فاحشاً بالنَّسبةِ للبائعِ، وكذلك لو بِيَعَتْ بمئةٍ وَخَمْسِينَ ألفاً، فالعَبْرُ فاحشٌ؛ لأنَّه تجاوزَ الحدَّ الأعلى والمُعْبُوثُ هو المشتري في هذه الحال.

(١) لتذكَّرَ أَنَّ القيمةَ المعلومةَ السائدةَ التي تصلُّحُ معياراً عادلاً تلكَ التي لم تكن نتيجةً افتعال، أو احتكار، أو تواطؤٍ بين التُّجَّارِ للاستِغْلالِ أيامَ الأَزْمانِ، وإلَّا فإنَّ أهلَ الخبرةِ يتدخلون لتقويمِ السِّلَعِ على أساسِ القيمةِ الحقيقيةِ مع نسبةٍ مُعَيَّنَةٍ من الرِّبْحِ المعقولِ رُفْعاً لِلضَّرْرِ عن العامةِ، وهو واجبٌ شرعاً، كما في التَّسْعِيرِ الجَبْرِيِّ.

تختلف باختلاف مصادر الصناعة في العالم، جودة وإحكاماً حماية للناس من استغلال عدم خبرتهم، وهو معنى الاسترسال الذي أشار إليه الفقه الحنبلي^(١).

أساس الغبن اليسير عند جمهور الحنفية:

إنَّ أساس الغبن اليسير - في اجتهاد جمهور الحنفية - الاحتمال زيادةً أو نقصاً لا اليقين، فمع الاحتمال لا يتحقق الغبن الفاحش المؤثر، فاندراج الغبن تحت تقويم أهل الخبرة يجعله غبناً احتمالياً، إذ ليس ثمة ما يقطع بأنه فاحش، ولذا أسموه يسيراً وجعلوه معتقراً غير ذي أثر على العقد، إذ لا قطع مع قيام الاحتمال، فيُصار إلى الأصل في التبائع، وهو الحل والجواز، وهو ثابت لا ينقض بالاحتمال بخلاف ما إذا تعدى ذلك التقويم في حديه الأعلى والأدنى، بأن جاوزهما علواً أو انخفاضاً، إذ يتحقق الغبن الفاحش عندئذ، بقرينة المجاوزة هذه أو الخروج عن المعتاد في نسبة الزيادة أو الانخفاض.

فتلخص أن الغبن الاحتمالي - في اجتهاد جمهور الحنفية - يسيرٌ والفاحش ما كانت الزيادة فيه أو النقص متحققاً بمجاوزة تقويم المقومين علواً أو انخفاضاً، والأول جائزٌ معتقراً عملاً بأصل الحل الثابت الذي لا يُنقض بالاحتمال، والثاني استثناء غير جائزٍ ومؤثر في صحة العقد^(٢).

(١) يقول الإمام أحمد: المسترسل الذي لا يُحسُن أن يُماكس. وفي لفظ، الذي لا يُماكس. فكأنه استرسل إلى البائع، فأخذ ما أعطاه من غير مُماكسة، ولا معرفة بعينه. المغني (٣٦/٦). وقد أورد الحنابلة للاسترسال بحثاً خاصاً في مصادر فقههم، بعنوان (بيع المسترسل) وتبين أن مرادهم هو الجاهل بقيمة السلعة، وعلى هذا فالناس بالنسبة للسلع المعقدة، أو ذوات القيم الطائلة مسترسلون.

(٢) ثمة معايير أخرى تعرض إلى ذكرها الإمام الكاساني، بعضها نسبة ثابتة كنصف عشر القيمة الحقيقية، وهو ما قال به الإمام محمد بن الحسن، ويرد عليه أن النسب متغيرة تبعاً لطبيعة السلع =

والحقُّ أنَّ تحديدَ معيارِ العَبْنِ اليسيرِ والفاحِشِ، اجتهاديٌّ في جميعِ المذاهبِ.

شُرُوطُ العَبْنِ:

- يُشْتَرَطُ أَلَّا يَكُونَ الْعَاقِدُ عَالِمًا بِالْعَبْنِ الْوَاقِعِ عَلَيْهِ وَقَدْ تَعَاقَدَ فَإِنْ كَانَ عَالِمًا بِهِ، ثُمَّ أَقْدَمَ عَلَى التَّعَاقُدِ، وَأَتَمَّهُ، كَانَ رَاضِيًا بِالْعَقْدِ وَأَثَارِهِ، وَبِذَلِكَ يَكُونُ رِضَاهُ سَلِيمًا لَا مَعِييًا، فَيَصِحُّ الْعَقْدُ وَيَلْزَمُ.

وَدَهَبَ بَعْضُ فُقَهَاءِ الظَّاهِرِيَّةِ، إِلَى أَنَّ الْعَبْنَ الْفَاحِشَ مُؤَثِّرٌ بِذَاتِهِ سَوَاءٌ عَلِمَ الْعَاقِدُ بِهِ أَمْ لَمْ يَعْلَمْ؛ لِأَنَّهُ مُحَرَّمٌ فِي ذَاتِهِ، فَتَجِبُ حِمَاةُ الْمَعْبُونِ فِي كُلِّ حَالٍ^(١).

حُكْمُ الْعَبْنِ الْيَسِيرِ الْمُجَرَّدِ:

الأَصْلُ الْعَامُّ أَنَّ الْعَبْنَ الْيَسِيرَ مَغْتَفَرٌ غَيْرُ مُؤَثِّرٍ - كَمَا قُلْنَا - إِذِ الْنفُوسُ تَتَسَامَحُ فِيهِ عَادَةً، فَلَا يُؤَثِّرُ بِالتَّالِيِ عَلَى سَلَامَةِ رِضَا الْعَاقِدِ فَيَصِحُّ الْعَقْدُ بِهِ، وَيَلْزَمُ.

غَيْرَ أَنَّهُ يُسْتَثْنَى مِنْ ذَلِكَ بَعْضُ الْعُقُودِ الَّتِي تَتَأَثَّرُ بِالْعَبْنِ الْيَسِيرِ مِنْ مِثْلِ:

- عَقْدِ الْمَدِينِ الْمَحْجُورِ عَلَيْهِ بِدَيْنٍ مُسْتَعْرَقٍ.

- وَعَقْدِ الْمَرِيضِ مَرَضِ الْمَوْتِ، بَيْعًا أَوْ شِرَاءً.

فَعَقْدُهُمَا مَوْقُوفٌ عَلَى إِجَازَةِ صَاحِبِ الشَّأْنِ فَإِنْ أَجَازَهُ نَفَذَ، وَإِلَّا بَطَلَ^(٢).

= ومبلغ أثمانها ومقدار رواجها أو قوة الحاجة إليها. وبعضها الآخر متفاوت بالنظر إلى اختلاف السلع، ففي العروض التجارية نصف العشر، وفي الحيوان العشر، وفي العقار الخمس، فإذا تجاوز ذلك كان فاحشاً. المراجع السابقة.

(١) المحلى لابن حزم (٤٤٢/٨).

(٢) راجع مجلّة الأحكام العدليّة (المادّة ٣٩٤)، الفتاوى الأنقروية (٢٥٨/١ - ٢٥٩).

وتفسير ذلك أن تأثير العَبْنِ اليسير استثناء من الأصل العام في هذين العقدين، بأن جعلهما موقوفين غير نافذين، وإنما كانَ حماية لحَقِّ العَبْرِ، لا لخلل في رضا أي من عاقيه، فكانَ هذا في الواقع خارجاً عن بحث عيوب الرِّضا، فسَلِمَ الأصلُ العامُ مِنْ أَنَّ العَبْنَ اليسير غير مؤثر.

وأيضاً حقُّ الدَّائنين في الأول وحقُّ الورثة في الثاني قد تعلَّق بمالِيَّة محلِّ العقد وقيمتِه لا بعينه، فكانَ العَبْنُ في هذه القيمة مؤثراً ولو يسيراً، رعايةً لحَقَّهما فيها، والعاقد إنما يتسامح في حَقِّ نفسه، لا في حَقِّ غيره في القيمة كاملة.

أضف إلى ذلك أن المدين بدین مستغرق، وكذلك المريض مرض الموت، تصرُّفاتهما مَظَنَّةُ الحباة، - كما تعلم - فكانَ الاحتياط في اعتبار اليسير من العَبْنِ مؤثراً، لمكان التهمة^(١).

حكم العَبْنِ الفاحشِ المُجَرَّد:

اتَّفَقَ الفُقهاءُ على أن للعَبْنَ الفاحشِ المُجَرَّد تأثيراً على العقودِ المُتعلِّقة بِمالِ اليتيم، ومالِ الوقف، ومالِ بيتِ المالِ، ومالِ المحجورِ عليه لجنونٍ أو سَفَهٍ (بيعاً أو شراءً أو إجارةً) استثناءً مِنْ الأصلِ العام الذي يقضي بأنَّ العَبْنَ الفاحشِ لا يؤثِّرُ على التَّصَرُّفِ إِلَّا إذا صحبه تَغْرِيرٌ عند جُمهورِ الفُقهاءِ.

وتفسيرُ ذلك أنَّ ولايةَ الأوصياءِ والأولياءِ والقوَّامِ مقيَّدةٌ برعايةِ مصلحةِ المولَّى عليهم، ولذا كانَ الحقُّ الذي مُنحوه في التَّصَرُّفِ في أموالِ هؤلاءِ حقّاً وظيفيّاً لا شخصيّاً بمعنى أنَّ المصلحةَ في التَّصَرُّفِ تعودُ إلى غير المُتعاقدِ، وليس من المصلحة أن يكونَ

(١) وألْحَقَ الفُقهاءُ بذلك بيعَ الوصيِّ مِنْ مالِ اليتيم لمن لا تجوزُ شهادته له ك(زوجته، وابنه) بَعْبَن يسيرٍ لمكانِ التَّهمةِ، رعايةً لحَقِّ العَبْرِ؛ لأنَّ التَّصَرُّفَ تعودُ آثارُه إليه لا إلى الوصيِّ.

تصرفهم بعوض فيه غبنٌ فاحشٌ ولو مجرداً، فيقع العقد غير صحيح ابتداءً، وهذا قدر متفق عليه.

وإذا كانت (الولاية) على هؤلاء مغياة بالمصلحة التي هي أساس مشروعيتها، فإن مما ينقض هذا الأساس أن يكون التصرف منافعاً لتلك المصلحة؛ لأن من المقرر شرعاً أن (كل تصرف تقاعد عن تحصيل مقصوده باطل) ولا ريب أن التصرف بغبن فاحش ولو لم يصحبه تغير يعود على أصل مشروعية الولاية بالنقض لتنافيه مع المصلحة التي هي أساسها.

هذا وإذا كان الغبن الفاحش المجرد مبدئياً لا يخول المعبون حق الفسخ عند الجمهور، ذلك لأنهم عدوه نتيجة تقصير منه، والمقصّر يتحمل تبعه تقصيره، ولكن هذا بالنسبة لمن يقصر في حق نفسه لا في حق غيره، لذا كان الغبن الفاحش المجرد وحده مؤثراً في صحة التصرف في أموال هؤلاء القاصرين؛ لأن مغبة التقصير ليست راجعة إلى العاقد من الوصي أو الولي أو القيم، بل إلى المولى عليهم، ولا يجوز أن يتحمل أحد مغبة تقصير غيره، فكان الغبن الفاحش المجرد مؤثراً في التصرف في أموال القصر المولى عليها استثناءً من الأصل العام.

اختلاف الفقهاء في مدى هذا التأثير أو الجزاء

ذهب جمهور الحنفية إلى أن العقد يقع فاسداً، لصدوره من أهله مضافاً إلى محله غير أنهم يرون إمكانية إزالة سبب الفساد، وذلك بأن يكمل الغائب القيمة الحقيقية، فإن فعل صح العقد ولزم وإلا بطل، وهذا هو الرأجح في المذهب الحنفي.

وذهب بعض فقهاء الحنفية إلى القول بإطلاق هذا العقد.

وأما المالكية فلم يفرق قولان في الجزاء:

أولهما: حَقُّ الفَسْخِ لِلْمَعْبُودِ، أو مُطالَبَةُ الغائِبِ بتكملة القيمة الحقيقية يتخذ أيهما شاء.

الثاني: يُعطى الغائب الحق في تكملة القيمة إلى المعبود أولاً، فإن أوفى المعبود حَقَّهُ صَحَّ العقد ولزم، وإن رفض فللمعبد الحق في نقض العقد وإبطاله. وهكذا ترى أن الحق ممنوح للغائب أولاً، فإن تهاص به فيها ونعمت، وإلا فالحق للمعبد في الفسخ والإبطال^(١).

جزاء أو أثر العبن الفاحش المجرد في غير ذلك من العقود:

اختلف الفقهاء في أثر العبن الفاحش المجرد على العقد فيما عدا العقود التي تتعلق بمال القاصرين، على آراء أربعة:

الأول: ذهب بعض الظاهرية إلى القول بإبطال العقد^(٢)، لما في العبن الفاحش من تضييع المال وإتلافه أيّاً كان المعبود، وذلك منهي عنه بالنص، والنهي يقتضي البطلان. واستدلوا بالمعقول فقالوا: إن العبن ظلم، والظلم مُحَرَّم، والتحرّم يقتضي البطلان.

الثاني: ذهب الشافعية إلى أنه لا أثر للعبن الفاحش المجرد مطلقاً أيّاً كان مقداره، فالعقد معه صحيح نافذ لازم ولو صحبه تغرير؛ لأن العبن لا يكون إلا نتيجة التقصير^(٣)، والمقصّر يتحمل تبعه تقصيره، إذ كان بإمكانه الاستقصاء وأن يسعى لمصلحة نفسه باستشارة أهل الخبرة.

(١) تبين الحقائق (٧٩/٤)، رد المحتار (١٥٩/٤)، الناج والإكليل (٤٦٨/٤ - ٤٦٩)، الحطاب (٤٧١/٤).

(٢) المحلى (٤٤٢/٨).

(٣) مغبني المحتاج (٣٦/٢).

وَيَرُدُّ عَلَى هَذَا النَّظَرِ مَا قَدَّمْنَا مِنْ أَنَّ مَعْظَمَ النَّاسِ فِي أَيَّامِنَا هَذِهِ مُسْتَرْسِلُونَ لَتَعْقُدِ الْحَيَاةَ بِالتَّقَدُّمِ الْعِلْمِيِّ وَالتَّقْنِيِّ، فَالْمُتَعَاقِدُ الْمَتَمَلِّكُ لَا خَيْرَ لَهُ غَالِيًا، وَلَيْسَ مُقْصَرًّا، بِخِلَافِ مَا كَانَ عَلَيْهِ الْحَالُ فِي الْمَاضِي، لِسَهُولَةِ الْحَيَاةِ وَبَسَاطَتِهَا، فَكَانَ الْعَبْنُ الْفَاحِشُ فِي أَيَّامِنَا هَذِهِ اسْتِغْلَالًا لِلْأَسْتِرْسَالِ وَعَدَمِ الْخَيْرَةِ، وَلِذَا يَنْبَغِي عَلَى الدَّوْلَةِ أَنْ تَكِلَ أَمْرَ التَّسْعِيرِ الْجَبْرِيِّ الْعَادِلِ لِلْخُبَرَاءِ، حِمَايَةً لِمَعْظَمِ النَّاسِ مِنْ اسْتِغْلَالِ اسْتِرْسَالِهِمْ ظُلْمًا، وَهُوَ مَا سَارَتْ عَلَيْهِ الْيَوْمَ مَعْظَمُ دُولِ الْعَالَمِ.

الثالث: ذهبَ الحنابلةُ وابنُ حزمٍ من الظَّاهِرِيَّةِ وبعضُ المالِكِيَّةِ إِلَى الْقَوْلِ بِمَنْحِ الْمَعْبُونِ حَقَّ الْخِيَارِ إِنْ أَقَامَ الدَّلِيلُ عَلَى الْعَبْنِ الْفَاحِشِ الْمُجَرَّدِ. وهذا القولُ هو الرَّاجِحُ لما ذَكَرْنَا^(١).

الرابع: ذهبَ جمهورُ الحَنَفِيَّةِ وَالشَّافِعِيِّ وَمَشْهُورُ مَذْهَبِ الْمَالِكِيَّةِ^(٢) إِلَى أَنَّهُ إِنْ اقْتَرَنَ الْعَبْنُ الْفَاحِشُ بِالتَّغْيِيرِ وَالْإِحْتِيَالِ وَالتَّضْلِيلِ^(٣) أَثَّرَ فِي لُزُومِ الْعَقْدِ، فَجَعَلَهُ غَيْرَ لَازِمٍ، وَيَكُونُ حَقَّ الْقَسْخِ لِلْمَعْبُونِ حِمَايَةً لَهُ؛ لِأَنَّهُ مَغْرَرٌ بِهِ لَا مَقْصَر. أَمَّا إِنْ كَانَ مُجَرَّدًا، فَلَا أَثَرَ لَهُ عَلَى لُزُومِ الْعَقْدِ؛ لِأَنَّهُ أَمَارَةٌ عَلَى التَّقْصِيرِ، وَهَذَا لَا يَسْتَحِقُّ الْحِمَايَةَ، وَقَدْ بَيَّنَّا وَجْهَهُ نَظَرْنَا فِي الْعَبْنِ الْفَاحِشِ الْمُجَرَّدِ، وَأَنَّهُ يُوجِبُ الْقَسْخَ، فَإِذَا صَحَبَهُ تَغْيِيرٌ وَجِبَ ذَلِكَ مِنْ بَابِ أَوَّلَى.

(١) التاج والاكلیل (٤٦٨/٤) المغني (٨٤/٤) الخلی (٤٤٢/٨).

(٢) المراجع السابقة، رسائل ابن عابدين (٧٠/٢ - ٨٤) الفتاوى الأنقراوية (٢٥٩/١) وراجع مجلَّة الأحكام العدليَّة (المادَّة ٣٥٧) والأشباه والنظائر لابن نجيم (٥٨).

(٣) سواء وَقَعَ ذَلِكَ مِنْ قِبَلِ الْمُتَعَاقِدِ الْآخَرِ، أَوْ مَنْ يَعْمَلُ لِحَسَابِهِ كَالدَّلَالِ وَالسَّمْسَارِ.

كما أنَّ سائر المذاهب الإسلامية من الحنابلة والمالكية قد عدّوا الغبن الفاحش المُجرّد سبباً في فسخ العقد^(١)، في: (بيع الاسترسال، والنحش^(٢)، وتلقي الركبان) وفي البيوع العادية أحياناً إذا كان الغبن بدرجة يّنة.

وهذا الرَّاجح في عقود المعاوضات المالية جميعها، ولذا كان التسعير الجبري العادل من قبل الخبراء خيراً وسيلة للحماية.

(١) القوانين الفقهية لابن جزي (٢٦٨) شرح الخرشي (٤/٦٢)، الشرح الكبير (٤/٧٧، ٧٩) وانظر نيل الأوطار (٥/١٥٥ - ١٥٦) شرح الموطأ للزرقاني (٣/٣٤٢)، وراجع الموجبات والعقود (٢/٤٤٠).

(٢) راجع في حكم العقد مع النحش: بداية المجتهد (٢/١٦٧) المغني لابن قدامة (٤/٢٧٨) المحلى (٨/٤٤٨).

وذهب بعض الفقهاء إلى بطلان بيع النحش في رواية عن الإمام أحمد. وذهب الحنفية إلى صحّة العقد ولزومه؛ لأنّ النحش أمرٌ خارجٌ عن العقد مجاور له.

المبحث الثاني

التدليس أو التّغريّر^(١)

التدليس لغةً كتمان عيب السلعة عن المشتري^(٢).

وهذا المعنى اللّغوي أخصُّ من المعنى الفقهيّ.

فالتدليس اصطلاحاً هو: استعمال لوسائل قوليّة أو فعليّة مضلّلة للتأثير على الطرف الآخر وحمله على التعاقد.

فالتدليس ليس مقصوراً على كتمان العيب في السلع، بل هو أوسع مدلولاً، فهو يشمل كلّ الوسائل المضلّلة القوليّة أو العمليّة التي توهم الطرف الآخر غير الواقع واقعاً لتغريه وتحمله على التعاقد.

والتدليس كما يكون من البائع قد يقع من المشتري على ما سيأتي بيانه.

شروط التدليس:

أولاً - أن يكون التدليس صادراً من العاقد المستفيد منه أو من له صلة به، كالسمسار والدلال، شريطة أن يكون العاقد المدّلس عالماً به، ومتواطئاً معه^(٣).

(١) يُطلق فقهاء الحنفية على التدليس اصطلاح التّغريّر.

(٢) القاموس المحيط (٢/٢١٦) المصباح المنير (دلس).

(٣) ويدخل في هذا بيع النّجش، وهو:

- باطل عند الحنابلة؛ لأنّه منهى عنه، والنّهى يقتضي التّحريم، وهذا يقتضي البطلان. المغني

ثانياً - أَنْ يَكُونَ الْمَدْلَسُ عَلَيْهِ جَاهِلاً بِالتَّدْلِيسِ الْوَاقِعِ، إِذْ لَوْ كَانَ عالِماً بِهِ عِنْدَ التَّعَاقُدِ وَمَعَ ذَلِكَ أَقْدَمَ عَلَيْهِ لَكَانَ رَاضِياً بِالْعَقْدِ وَآثَارِهِ، وَلَمَّا شَابَ رِضَاهُ عَيْبٌ لِأَنَّهُ كَانَ عَلَى بَيِّنَةٍ مِنْ أَمْرِهِ.

وهذا الشَّرْطُ لَمْ يَأْخُذْ بِهِ بَعْضُ الشَّافِعِيَّةِ، فَأَعْطَوْا الْخِيَارَ لِلْمَدْلَسِ عَلَيْهِ وَلَوْ كَانَ عالِماً بِالتَّدْلِيسِ، ذَهَاباً مِنْهُمْ إِلَى أَنَّ التَّدْلِيسَ أَمْرٌ مُحَرَّمٌ، وَالْحَرَمَةُ حَقُّ اللَّهِ تَعَالَى، فَلَا يَرْفَعُهَا رِضَا الْعَاقِدِ أَوْ عَدَمُ رِضَاهُ^(١).

ثالثاً - أَنْ تَكُونَ الْوَسِيلَةُ الْمُضِلَّةُ أَوْ الْمُوْهِمَةُ قَدْ أَثَرَتْ فِعْلاً فِي الْعَاقِدِ حَتَّى حَمَلَتْهُ عَلَى التَّعَاقُدِ مُغَرَّراً بِهِ، حَتَّى يَكُونَ إِبْرَامُهُ لِلْعَقْدِ أَثَرًا لِلتَّغْيِيرِ، وَمُسَبِّباً عَنْهُ.

أنواع التَّدْلِيسِ :

التَّدْلِيسُ نَوْعَانِ: تَدْلِيسٌ فِعْلِيٌّ ، وَتَدْلِيسٌ قَوْلِيٌّ

أَمْثَلُهُ التَّدْلِيسُ الْفِعْلِيُّ:

- أَنْ يَكُونَ الْمَبِيعُ دَاراً قَدْ تَصَدَّعَتْ جُدْرَانُهَا فَيَسُدُّهَا ثُمَّ يَطْلِيهَا صَاحِبُهَا بِالْجِصِّ لَتُظْهَرَ فِي صُورَةِ الدَّارِ السَّلِيمَةِ فَيُقَدِّمَ الْمُشْتَرِيَ عَلَى التَّعَاقُدِ مُضِلَّاً عَنْ حَقِيقَةِ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ بِحِيلَةٍ فَعَلِيَّةٍ هِيَ الطَّلَاءُ.

- وَكَذَلِكَ السَّيَّارَةُ تَكُونُ قَدِيمَةً، فَيَدْنِيهَا صَاحِبُهَا، لَتَبْدُو كَأَنَّهَا جَدِيدَةٌ، أَوْ يُؤَخَّرَ عِدَادُ الْمَسَافَةِ، لِيَمُوَّهُ عَلَى الْمُتَعَاقِدِ أَنَّهَا لَمْ تُسْتَخْدَمْ فِي قِطْعِ مَسَافَاتٍ بَعِيدَةٍ.

= - وَصَحِيحٌ لَا يَزِمُ بِالثَبُوتِ الْمُتَّفِقِ عِنْدَ الْحَنْفِيَّةِ وَجُمْهُورِ الشَّافِعِيَّةِ. الْبَحْرُ الرَّائِقُ (١٠٧/٣).

- وَلِلْمَغْشُورِ الْخِيَارُ عِنْدَ الظَّاهِرِيَّةِ وَالْمَالِكِيَّةِ وَالْحَنَابِلَةِ وَبَعْضِ الشَّافِعِيَّةِ. بِدَايَةِ الْمُجْتَهَدِ (١٦٧/٢) الْمَغْنِي (٢٧٨/٤) (٢٧٨/٤) الْمَحَلِّي (٤٤٨/٨).

(١) الْمَهْذَبُ لِلشَّيْزَاوِيِّ (٢٨٤/١).

- أو أن يكون محل العقد ثوباً، وهو قدّم فيصبغه ليظهر جديداً.
- أو أن يكون المبيع من أنثى الحيوان، فيربط أخلافها^(١) مدّة يومين أو ثلاثة،
ليجتمع اللبّ في ضرعها، فينتفخ وتبدو كأنها غزيرة اللبّ - وهو ما يسمى بـ(التّصريّة) - .
ومما يدلّ على أنّ هذا من الإيهام والتضليل أنّ المتعاقّد المغرور، لو علم حقيقة
المعقود عليه لما أقدم على التّعاقّد، فكان رضاه وقت التّعاقّد قائماً على أساس موهوم^(٢)،
كما أشرنا.

أما التّدليس القولي فهو الكذب، وتزييف الكلام على الطّرف الآخر، بحيث يوهمه
أنّه الواقع، فيحمّله ذلك على التّعاقّد مغترّاً.

وغالباً ما يكون التّدليس القولي في الثّمن، أو سعر السوق، أو في إعطاء بيانات
مضللة، كأنّ يقول البائع للمشتري: إنّّه قد عرض عليه مبلغ كذا ثمناً للسلعة، فيغترّ
المشتري بقوله ويُقدّم على الشّراء، ويكون ما ادّعاه البائع غير صحيح، وثمنها - في الواقع
- أقلّ.

أو أنّ يقول المشتري للبائع: إنّّه قد عرض عليه ثمناً لهذه السلعة مبلغ كذا كذباً،
وثمنها في الواقع أكثر من ذلك، فيغترّ البائع بقوله المزيف، ويبيعه بالسّعر الذي ادّعاه.
وهكذا ترى أن المدّلس قد يكون البائع، أو المشتري.

وما أيسر ما ذكره الفقهاء من أمثلة للتّدليس القولي تجاه ما نراه اليوم من ألوان
الرّيف والكذب الشائع في أسواقنا، مما يقطع بأنّه ضربٌ من التّدليس بالغ الأثر في الخداع

(١) الأَخْلَافُ: الأَنْدَاءُ.

(٢) يبدو من الأمثلة أنّ من التّدليس الفعلي (إخفاء عيب السلعة) انظر بحث (خيار العيب).

والتَّضْلِيلِ، لم يعهد مثله فقهاؤنا القدامى فيما نظن، وهو محَرَّمٌ قطعاً، ولا مراءً أنَّ الكسب بهذه الوسائل المضلَّة كسبٌ خبيثٌ.

هذا والكذب على الرُّكبانِ في سعرِ السَّوقِ عند تلقِّيها ضرب من التَّدليسِ.
وكذلك الكذب على المُسْتَرسلِ، وهو ما أشارَ إليه الإمامُ الشَّافعيُّ^(١)،
والدَّردير^(٢)، فيثبتُ لَكِلَيْهِمَا الخيارُ رُفْعاً لِلْعَبْنِ.

هذا والتَّدليسُ على الرُّكبانِ من البدو في سعرِ السَّوقِ يوجبُ الخيارَ عند الشَّافعيَّةِ^(٣) والحنابلة^(٤)، خلافاً للحنفيَّةِ.

وأما التَّدليسُ بإعطاءِ بياناتٍ كاذبةٍ، فكأنَّ يدَّعي البائعُ أنَّ هذه الدَّارَ مبنيةً بالحجارة الصَّلدة، بينما هي في الواقعِ مبنية بالطوبِ الأحمرِ، وهذا يوجبُ الخيارَ بين الفسخِ والإمضاءِ بكلِّ الثَّمَنِ عند الحنابلةِ^(٥).

(١) بيَّن الإمامُ الشَّافعيُّ أنَّ تلقِّي الرُّكبانِ، والتَّدليسَ عليهم في سعرِ السَّوقِ مما يوجبُ الخيارَ لهم، إذا هَبَطُوا السَّوقَ ورأوا أنَّهم قد غُبِنُوا، بقوله: «لصاحبِها (أي السَّلعة) الخيارُ بعدَ قُدومِ السَّوقِ؛ لأنَّ شِراءَها مِنَ البَدويِّ قَبْلَ أنْ يَصِيرَ إلى مَوْضِعِ المُتساوِمِينَ مِنَ العَرَرِ بَوَجهِ النَّقْصِ مِنَ الثَّمَنِ فَلَهُ الخيارُ». مختصر المزني (ص: ١٨٧).

(٢) فقد أدخل بيع الاسترسال في مفهوم التَّدليسِ حيث قال: «إِلَّا أنْ يَسْتَسْلِمَ (المَعْبُونُ) وَيُخَيَّرَ بِجَهْلِهِ». وتفسيرُ الاستسلام، أنَّ يَقُولَ المُشْتَرِي لِلْبَائِعِ: «بُعني كما تَبِيعُ لِلنَّاسِ فَإِنِّي لَا أَغْلُمُ القِيَمَةَ»، أو يَقُولُ البَائِعُ: «اشْتَرِ مِنِّي كما تَشْتَرِي مِنْ غَيْرِي» ... أو يَسْتَأْمِنُهُ بِأنْ يَقُولَ أَحَدُهُمَا لِلآخَرِ: «ما قِيَمَتُهُ لِأَشْتَرِي بِهَا، أو لِأَبِيعَ بِهَا؟» فيَقُولَ لَهُ: «قِيَمَتُهُ كَذَا» والحالُ أنَّه لَيْسَ كَذَلِكَ. الشرح الكبير (٣/١٤٠). وبيع المُسْتَرسلِ يوجبُ الخيارَ أيضاً عند المالكيَّةِ. ينظر: البداية المجتهد (٢/١٦٩).

(٣) ينظر: الأم (٣/٨٢).

(٤) ينظر: المغني (٤/٢٨٣).

(٥) الشرح الكبير (٤/٧٩).

أما التَّدْلِيسُ بكتْمَانِ عَيْبِ السِّلْعَةِ فهو حَرَامٌ يَوْجِبُ الْخِيَارَ لِلْمَغْرُورِ بَيْنَ رَدِّ الْمَبِيعِ، وَإِمْضَاءِ الْبَيْعِ بِالثَّمَنِ كَامِلاً، وَهُوَ مَذْهَبُ الْأَئِمَّةِ الْأَرْبَعَةِ.

هذا وقد وردت السنة بِتَحْرِيمِ التَّدْلِيسِ بِالْكَتْمَانِ، قَالَ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «لَا يَحِلُّ لِمُسْلِمٍ بَاعَ مِنْ أَخِيهِ بَيْعاً فِيهِ عَيْبٌ إِلَّا بَيَّنَّهُ لَهُ»^(١).

أَثَرُ التَّدْلِيسِ عَلَى الْعُقُودِ (الْجُزْأِ):

أ- إِنْ كَانَ التَّدْلِيسُ فَعَلِيّاً أَوْجَبَ حَقَّ الْخِيَارِ لِلْمَغْرُورِ فَسَخاً لِلْعَقْدِ أَوْ إِمْضَاءً لَهُ، عِنْدَ الْجُمْهُورِ.

هذا ولا يعني المدَّلسُ مِنَ الْمَسْئُولِيَّةِ أَنْ يَكُونَ قَدْ اشْتَرَطَ بَرَاءَتَهُ مِنَ الْعُيُوبِ ابْتِدَاءً؛ لِأَنَّ هَذَا الشَّرْطَ يَصِحُّ مِنْهُ لَوْ لَمْ يَكُنْ مَدْلُساً سَيِّئَ النِّيَّةِ، وَالشُّرُوطُ لَمْ تَوْضَعْ شَرْعاً لَتَكُونَ مَخْلَصاً مِنْ تَبَعَةِ التَّصَرُّفِ بِسُوءِ نِيَّةٍ بَلْ يَنْبَغِي أَنْ يُعَامَلَ صَاحِبُهَا بِنَقِيضِ مَقْصُودِهِ، وَلِذَا يُلْغَى الشَّرْطُ، وَيَتَرْتَّبُ الْأَثَرُ وَالْجُزْأُ، وَهَذَا هُوَ (ضَمَانُ الْعَيْبِ) أَوْ (ضَمَانُ فَوَاتِ الْوَصْفِ)^(٢).

ب - وَإِنْ كَانَ التَّغْرِيرُ قَوْلِيّاً:

- فَإِنْ تَرْتَّبَ عَلَيْهِ عَبَثٌ فَاحِشٌ أَوْجَبَ حَقَّ الْخِيَارِ لِلْمَغْرُورِ؛ لِأَنَّهُ مَعْدُورٌ لَا مَقْصَرٌ فَكَانَ جَدِيراً بِالْحِمَايَةِ.

(١) أَخْرَجَهُ ابْنُ مَاجَهَ فِي التَّجَارَاتِ، بَابُ مَنْ بَاعَ عَيْباً فَلْيُبَيِّنْهُ (٢٢٤٦)، وَيَنْظُرُ رَدُّ الْمُخْتَارِ (١٠٣/٤).

(٢) هَذَا الْخِيَارُ يُسَمَّى خِيَارَ التَّغْرِيرِ (التَّدْلِيسِ) أَوْ فَوَاتِ الْوَصْفِ؛ لِأَنَّ فَوَاتِ الْوَصْفِ يَجْعَلُ الْمَبِيعَ فِي حُكْمِ الْمَعِيبِ. الْمَدْخَلُ الْفَقْهِيُّ الْعَامُّ لِلْأَسْتَاذِ الزَّرْقَا (٣٨٤/١).

- هَذَا وَقَدْ اخْتَلَفَ الْفُقَهَاءُ فِي حُكْمِ حَدِيثِ الْمَصْرَاةِ، فَذَهَبَ بَعْضُهُمْ إِلَى أَنَّ مَنَاطَ التَّدْلِيسِ مُتَحَقِّقٌ فِيهِ، فَأَخَذَ حُكْمَهُ مِنَ الْخِيَارِ، بَيْنَمَا لَمْ يَرِ بَعْضُهُمُ الْآخَرُ - كَالْحَنْفِيَّةِ - أَنَّهُ تَطْبِيقٌ لِمَعْنَى التَّدْلِيسِ.

- أَمَّا إِذَا لَمْ يَتَرْتَبْ عَلَيْهِ غَبْنٌ فَاحِشٌ بَلْ كَانَ تَغْرِيراً أَوْ تَضْلِيلاً مُجَرَّداً، فَلَا أَثَرَ لَهُ عَلَى الْعَقْدِ، فَيَصِحُّ وَيَلْزَمُ، إِذِ الْعَبْرَةُ بِأَثَرِ التَّضْلِيلِ لَا بِذَاتِهِ.



المبحث الثالث : العَلَطُ^(١)

لَمَّا كَانَ مَبْنَى التَّصَرُّفَاتِ الْقَوْلِيَّةِ مِنْ تَبَرُّعَاتٍ وَمَعَاوِضَاتٍ مَالِيَّةٍ هُوَ الرِّضَا، اسْتَلْزَمَ بَدَاهَةً أَنْ يَرِدَ عَلَى أَمْرِ مَعْلُومٍ لَدَى الْعَاقِدِ عِلْماً يَطَابِقُ الْوَاقِعَ، وَقَدْ إِنْشَاءُ الْعَقْدِ، فَإِذَا كَانَ تَصَوُّرُهُ لِمَا تَعَلَّقَ بِهِ رِضَاهُ غَيْرَ مُطَابِقٍ لِلْوَاقِعِ، كَانَ وَهْمًا، فَاحْتَلَّ بِالتَّالِي رِضَاهُ، لَقِيَامِهِ عَلَى أَسَاسٍ وَهْمِيٍّ أَوْ لَوُقُوعِهِ أَثَرًا لَذَلِكَ الْوَهْمِ، إِذْ لَوْ عَلِمَ الْعَاقِدُ الْوَاهِمَ حَقِيقَةً الْأَمْرِ عِنْدَ إِنْشَاءِ التَّصَرُّفِ لَمَّا أَقْدَمَ عَلَيْهِ.

تَعْرِيفُ الْعَلَطِ فَقْهًا:

لَمْ يُعَرِّفِ الْمُفَقَّهُاءُ الْقَدَامَى (الْعَلَطَ)، وَإِنْ كُنَّا قَدْ وَجَدْنَا مَسَائِلَهُ وَتَطْبِيقَاتِهِ، مَبْثُوثَةً فِي كَلَامِهِمْ عَلَى خِيَارِ الرُّؤْيَةِ، وَخِيَارِ الْعَيْبِ، وَخِيَارِ الْوَصْفِ، وَالْجَهْلِ بِذَاتِ الْعَاقِدِ الْآخَرِ، أَوْ بِصِفَةٍ مِنْ صِفَاتِهِ الَّتِي هِيَ مَحَلُّ اعْتِبَارٍ فِي الْعَقْدِ، وَالْجَهْلِ بِالْأَحْكَامِ الشَّرْعِيَّةِ إِذَا كَانَ مُتَعَلِّقًا مَحَلًّا لِلتَّعَاقُدِ، وَمَا إِلَى ذَلِكَ.

وَيُمْكِنُ أَنْ نَعْرِفَ الْعَلَطَ فِي ضَوْءِ تِلْكَ التَّطْبِيقَاتِ أَنَّهُ: «تَصَوُّرٌ قَائِمٌ فِي ذَهْنِ الْعَاقِدِ لِأَمْرِ جَوْهَرِيٍّ فِي التَّصَرُّفِ الْقَوْلِيِّ تَعَلَّقَ بِهِ رِضَاهُ وَقَدْ إِنْشَاءَهُ تَصَوُّرًا غَيْرَ مُطَابِقٍ لِلْوَاقِعِ حَمَلَهُ عَلَى التَّعَاقُدِ، وَلَوْ أَدْرَكَ حَقِيقَةَ الْأَمْرِ وَقَتْنَدَ لَمَّا أَقْدَمَ عَلَى إِبْرَامِ الْعَقْدِ».

الْفَرْقُ بَيْنَ التَّدْلِيسِ وَالْعَلَطِ:

التَّدْلِيسُ وَالْعَلَطُ كِلَاهُمَا مِنْ عَيُوبِ الرِّضَا، غَيْرَ أَنَّ التَّدْلِيسَ مَصْدَرُهُ أَحَدُ الْعَاقِدَيْنِ، بِخِلَافِ الْعَلَطِ فَإِنَّهُ تَوْهَمٌ عَفْوِيٌّ يَلْقَائِيٌّ نَاشِئٌ مِنَ الْعَاقِدِ نَفْسِهِ.

فَالْتَّدْلِيسُ: إِبْهَامٌ وَتَغْرِيرٌ مِنْ أَحَدِ الْعَاقِدَيْنِ لِلْآخَرِ، أَوْ مِمَّنْ لَهُ بِهِ صِلَةٌ تَقُومُ عَلَى التَّوَاطُؤِ، كَالنَّجَشِ.

(١) يَقْصَدُ بِالْعَلَطِ هُنَا الْمُجَرَّدُ غَيْرُ الْمَصَاحِبِ بِالتَّغْرِيرِ أَوْ التَّدْلِيسِ.

أما الغلط: فهو توهم^(١) ذاتي تلقائي، كما قدّمنا.

شُرُوطُ الغَلَطِ:

١- أَنْ يَكُونَ الغَلَطُ ظاهراً قد أَفْصَحَ عنه صاحبه في صيغة العقد وقت إنشائه أو كشفت عنه القرائن والظروف الملابسة للتعاقد، وبيان ذلك أَنَّ الرضا في الغلط معيبٌ لوقوعه أثراً لتصوّر وهمي غير مُطابقٍ للواقع.

غَيْرَ أَنَّ هذا الوهم أو الغلط الذي وَقَعَ العاقد تحت تأثيره، حتى اختل به رضاه وقت إنشاء العقد، لا تأثير له على العقد قضاءً ما دام منطقياً في نفس صاحبه ما لم يفصح عنه في صيغته العقد، لأنَّ نية الإنسان أو قصده لا يعرف إلا من جهته، أو أن تكشف عنه القرائن والأمارات والظروف الملابسة؛ ليعلم به الطرف الآخر، ويقف على حقيقة نيته ومقصوده.

وعلى هذا فالشريعة الإسلامية وإن جعلت مبنى التصرفات القولية من التبرعات وعقود المعاوضات المالية هو الرضا الكامل والنية الحقيقية، لقوله صلى الله عليه وسلم: «إِنَّمَا الْأَعْمَالُ بِالنِّيَّاتِ»^(٢) أي: الأعمال والتصرفات معتبرة بالنيات صحةً وفساداً، وإنَّ الخطأ والغلط يعيب هذا الرضا فيفسد العقد، أو يؤثر في قوته الملزمة فيجعله غير لازم، ويجعل للغالب حق الفسخ لينقض العقد ويطله إذا شاء، حماية له لعدم رضاه، عملاً بقوله صلى الله عليه وسلم: «رُفِعَ عَنْ أُمَّتِي الْخَطَأُ، وَالنِّسْيَانُ، وَمَا أَسْتُكْرِهُوا عَلَيْهِ»^(٣).

(١) المدخل للأستاذ الزرقاء (٤٢٢/١).

(٢) البخاري (١)، ومسلم (١٩٠٧) وتقدم.

(٣) أخرجه ابن ماجه (٢٠٤٥ و ٢٠٤٦) وغيره من طرق كثيرة بلفظ: «إِنَّ اللَّهَ قَدْ جَاوَزَ عَنْ أُمَّتِي

... « وفي رواية: «إِنَّ اللَّهَ وَضَعَ عَنْ أُمَّتِي ...».

والرَّفعُ إمَّا هو لحُكمِ التَّصَرُّفِ وأثره لا لذاته إجماعاً؛ لأنَّ التَّصَرُّفَ إذا وَقَعَ ماديّاً لا يُرْفَعُ، غيرَ أنَّ الشَّريعةَ تشترطُ - لصحَّةِ الادِّعاءِ بالغلطِ، وتقريرِ حقِّ الحمايةِ للغلطِ - أنْ يَكُونَ الغلطُ ظاهراً غيرَ خفيٍّ، ليكونَ الطَّرَفُ الآخرُ على يَنِّةٍ منه، وعلى توقُّعٍ منْ نقضِ العقدِ المغيبِ، فلا يُفاجأُ بفسخِ العقدِ إذا وَقَعَ بخلافِ ما إذا كانَ خفياً لم يفصح عنه صاحبه، ولا دلَّت الأماراتُ والقرائنُ عليه، فإنَّ الادِّعاءَ بالغلطِ حينئذٍ، وفسخُ العقدِ على أساسه وإبطالُ آثاره ضارٌّ بالطَّرَفِ الآخرِ حسن النِّيَّةِ، وإذا لم يكن يعلم بالغلطِ الذي وَقَعَ فيه صاحبه أصلاً ولا كانَ منه تقصير في تبينه حتى يتحمل تَبِعَةً تقصيره، ويلقى هذا الجزاءَ منْ نقضِ العقدِ وإبطاله على غير توقُّعٍ فلا عبرة إذن بالظنِّ الخفيِّ المُستَكِنِ في نفس صاحبه، ولا يقبل منه ادِّعاؤه بالغلطِ بعد إبرامِ العقدِ، أو الطَّعنِ فيه، ولا يورثه حقُّ الفسخِ؛ لأنَّه لم يُبيِّنْ مُرادَه ليعرف غلطه أو لم يفصح عن قصده أو إرادته الباطنة وقت التَّعاقدِ، وذلكَ حمايةً للطَّرَفِ الآخرِ حسن النِّيَّةِ وعملاً بمبدأ استقرارِ التَّعاملِ^(١) الذي تتعلَّقُ به مصلحةٌ عامَّةٌ أيضاً تُزبِو على المصلحةِ الخاصَّةِ لمُدَّعي الغلطِ الخفيِّ، ولولا اشتراطُ ظُهورِ الغلطِ لأصبحتِ المعاملاتُ كُلُّها عرضةً للإبطالِ مما يستقرُّ معه التَّعاملُ، إذ يسوغُ لكلِّ متعاقدٍ حينئذٍ أنْ يُبطلَ تصرُّفه بادِّعاءِ أنَّه وَقَعَ تحت تأثيرِ الوهمِ أو الغلطِ وقت إنشاءِ العقدِ منْ دونِ أنْ يَكُونَ ثَمَّةَ دليلٍ يُثبِتُ ذلكَ لا منْ صيغَةِ العقدِ ولا من القرائنِ والأماراتِ والظروفِ الملازمةِ للعقدِ وقت إنشائه، وفي هذا من الضَّررِ ما فيه.

فالغلطُ إمَّا يَكُونُ نتيجةً للتباينِ أو الاختلافِ، بين ما يتصوَّره العاقد في ذهنه وبين

الواقع.

(١) مصادر الحق (٢/١٣٠)، المدخل للأستاذ الزرقا (١/٤٢١).

وبدهي أَنَّ رضاهُ إِنَّمَا تَعَلَّقَ بِالصُّورَةِ الَّتِي تَصَوَّرُهَا فِي ذَهْنِهِ وَقَدْ التَّعَاقُدُ، فَإِذَا تَبَيَّنَ أَنَّ تِلْكَ الصُّورَةَ الذَّهْنِيَّةَ غَيْرُ مُطَابِقَةٍ لِلْوَاقِعِ لَمْ يَكُنْ رِضَاهُ سَلِيمًا، بَلْ مُخْتَلًا^(١)، لَكِنْ يَنْبَغِي أَنْ يُفْصَحَ عَنِ تَصَوُّرِهِ وَمَقْصُودِهِ، لِيُمْكِنَ تَبَيُّنُ غَلْطِهِ قَضَاءً.

- فَتَلَخَّصَ أَنَّ الشَّرِيعَةَ وَإِنْ اعْتَدَتْ بِالرِّضَا، أَوْ الْإِرَادَةِ الْبَاطِنَةِ مَبْنًى وَأَسَاسًا لِلتَّصَرُّفِ الْقَوْلِي، غَيْرَ أَنَّهَا تَشْتَرِطُ أَنْ تَظْهَرَ تِلْكَ الْإِرَادَةُ لِتَكُونَ مُؤَثَّرَةً، حَتَّى يَسْتَقِرَّ التَّعَامُلُ، وَإِلَّا فَلَا أَثَرَ لَهَا؛ لِأَنَّ اتِّجَاهَ التَّشْرِيعِ الْإِسْلَامِيِّ مَوْضُوعِي، وَلِذَا جَاءَ فِي تَعْرِيفِ الْفُقَهَاءِ لِلْعَقْدِ كَمَا تَعْلَمُ بِأَنَّهُ إِجْبَابٌ وَقَبُولٌ، بِلَفْظَيْنِ أَوْ مَا يَقُومُ مَقَامَهَا مِنَ الْوَسَائِلِ الْمَادِّيَّةِ الظَّاهِرِيَّةِ تَعْبِيرًا عَنِ التَّرَاضِي النَّفْسِيِّ الْخَفِيِّ، أَوْ الْإِرَادَةِ الْبَاطِنَةِ.

وَقَدْ اسْتَقَرَّ هَذَا الْأَصْلُ عِنْدَ الْفُقَهَاءِ فِي قَوَاعِدَ فِقْهِيَّةٍ مِنْهَا: (لَا عِبْرَةَ بِالظَّنِّ الْبَيِّنِ خَطْؤُهُ)^(٢) هَذِهِ قَاعِدَةٌ عَامَّةٌ يَنْدَرُجُ فِي مَفْهُومِهَا الْكُلِّيِّ^(٣) الْغَلْطُ الظَّاهِرُ مِنْ قِبَلِ أَنَّ الظَّنَّ إِذَا كَانَ بَيِّنَ الْخَطَأِ كَانَ وَهْمًا، وَالْغَلْطُ قَوَامُهُ الْوَهْمُ لِعَدَمِ التَّطَابُقِ بَيْنَ التَّصَوُّرِ وَالْوَقْعِ. غَيْرَ أَنَّ هَذَا الظَّنَّ الْوَاهِمَ - فِي مَنْطِقِ الْقَاعِدَةِ - يَجِبُ أَنْ يَكُونَ بَيِّنًا ظَاهِرًا، حَتَّى يَكُونَ مُؤَثَّرًا.

(١) مَعَ مِلَاحَظَةِ أَنَّ الْاِخْتِلَافَ بَيْنَ التَّصَوُّرِ وَالْوَقْعِ إِذَا كَانَ مُتَعَلِّقًا بِجِنْسِ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ لَمْ يَنْعَقِدِ الْعَقْدُ أَصْلًا؛ لِأَنَّ اِخْتِلَافَ الْجِنْسِ فِي حُكْمِ انْتِفَاءِ الْعَيْنِ مَحَلِّ الْعَقْدِ، وَالْعَقْدُ لَا يَنْعَقِدُ بَدُونِ مَحَلٍّ، فَانْتَفَى الرِّضَا أَصْلًا لِانْتِفَاءِ مَا تَعَلَّقَ بِهِ، وَهَذَا النَّوْغُ مِنَ الْغَلْطِ لَيْسَ مِنْ مَوْضُوعِ بَحْثِنَا (عُيُوبُ الرِّضَا).

(٢) الْأَشْبَاهُ وَالنَّظَائِرُ لِابْنِ نَجِيمٍ (٦٣)، وَلِلْسَيُوطِيِّ (١٠٦) وَجِلَّةُ الْأَحْكَامِ الْعَدْلِيَّةِ (الْمَادَّةُ: ٧٢).

(٣) لَا يَقْتَصِرُ مَفْهُومُهَا الْكُلِّيُّ فِيمَا يَتَعَلَّقُ بِالتَّصَرُّفَاتِ عَلَى دَفْعِ مَا لَا يَسْتَحِقُّ لَاسْتِنَادَهُ إِلَى سَبَبٍ وَهْمِي لَا إِلَى سَبَبٍ حَقِيقِيٍّ شَرْعِيٍّ، حَيْثُ لَا عِبْرَةَ بِهِ فَيَجِبُ إِطْلَاؤُهُ وَاسْتِرْدَادُهُ، لَا بُتَأْنَاهُ عَلَى الْغَلْطِ، بَلْ يَشْمَلُ إِلَى ذَلِكَ التَّصَرُّفَاتِ الْقَوْلِيَّةِ بِالْإِرَادَةِ الْمُفْرَدَةِ، أَوْ الْعُقُودِ ثَنَائِيَةِ الطَّرَفِ إِذَا وَقَعَ الْعَاقِدُ تَحْتَ تَأْثِيرِ الظَّنِّ الْبَيِّنِ الْخَطَأِ.

فَظُهُورُ خَطَأِ الظَّنِّ حَتَّى يَنْقَلِبَ وَهْمًا تَبْطُلُ بِهِ الْحُجَّةُ إِنَّمَا يَكُونُ بِالذَّلِيلِ، وَذَلِكَ إِمَّا
بِتَصْرِيحٍ مِنَ الْعَاقِدِ الظَّانِ نَفْسَهُ يَفْصَحُ بِمَنْ قَصْدِهِ وَقْتَ إِنْشَاءِ التَّصَرُّفِ الْقَوْلِي، أَوْ
بِالْأَمَارَاتِ وَالْقَرَائِنِ الْمُخْتَفَةِ الَّتِي تَدُلُّ عَلَى مُرَادِهِ وَإِنْ لَمْ يَصْرَحْ بِهِ.

وَمُؤَدَّى الْقَاعِدَةِ - فِيمَا يَتَعَلَّقُ بِمَوْضُوعِنَا - مِنَ التَّصَرُّفَاتِ الْقَوْلِيَّةِ خَاصَّةً أَنَّ الظَّنَّ
إِذَا ثَبَتَ وَظَهَرَ خَطْؤُهُ بِالذَّلِيلِ الْمُعْتَبَرِ شَرْعًا لَا حُجَّةَ فِيهِ، وَكَذَلِكَ مَا بَنِيَ عَلَيْهِ مِنَ التَّصَرُّفِ
الْقَوْلِيِّ بِالنِّسْبَةِ إِلَى مَنْ وَقَعَ تَحْتَ تَأْثِيرِ هَذَا الظَّنِّ الْوَاهِمِ، فَلَا عِبْرَةَ بِهِ، وَلَهُ إِبْطَالُهُ^(١)،
وَتَطْبِيقًا لَذَلِكَ إِذَا اشْتَرَى شَخْصٌ ثَوْبًا يَظُنُّهُ مِنَ الْحَرِيرِ، وَلَمْ يَظْهَرْ مُرَادُهُ لِلْبَائِعِ، بَلْ بَقِيَ
مُسْتَتِرًا فِي نَفْسِهِ، ثُمَّ ظَهَرَ أَنَّهُ مِنَ الْكَتَّانِ أَوِ الْقُطْنِ لَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يَدَّعِي أَنَّهُ وَقَعَ فِي الْغَلْطِ
لِيُبْطَلَ الْعَقْدُ؛ لِأَنَّ غَلْطَهُ غَيْرَ ظَاهِرٍ، بِخِلَافِ مَا إِذَا أَفْصَحَ عَنْ مُرَادِهِ هَذَا فِي صِيغَةِ الْعَقْدِ
بِأَنْ قَالَ لِلْبَائِعِ: (اشْتَرَيْتَ مِنْكَ هَذَا الثَّوْبَ مِنَ الْحَرِيرِ) ثُمَّ ظَهَرَ أَنَّهُ مِنَ الْقُطْنِ أَوْ غَيْرِهِ،
كَانَ لَهُ أَنْ يَدَّعِي أَنَّهُ وَقَعَ فِي الْغَلْطِ لِعَدَمِ تَوَافُرِ الصِّفَةِ الَّتِي يَبْتَغِيهَا فِي الثَّوْبِ، وَكَانَ لَهُ
حَقُّ الْخِيَارِ بَيْنَ الْفَسْخِ وَالْإِمْضَاءِ؛ لِأَنَّ غَلْطَهُ ظَاهِرٌ، إِذْ أَفْصَحَ عَنْ مُرَادِهِ فِي صِيغَةِ الْعَقْدِ
وَقْتَ إِنْشَاءِهِ، فَالْعَلْطُ ظَاهِرٌ صَرَاحَةً.

ظُهُورُ الْغَلْطِ بِالْقَرَائِنِ لَا بِالْقَوْلِ الصَّرِيحِ:

قَدْ يَظْهَرُ الْغَلْطُ بِالْقَرَائِنِ، أَوْ بِطَبِيعَةِ الظُّرُوفِ الْمَوْضُوعِيَةِ الَّتِي تُلَابِسُ الْعَقْدَ وَقْتَ
إِبْرَامِهِ مِنْ دُونِ الْإِفْصَاحِ عَنْهُ صَرَاحَةً. فَمِنْ ذَلِكَ إِذَا اشْتَرَى شَخْصٌ مِنْ تَاجِرِ الْآثَارِ قِطْعَةً
ظَنَّنَهَا أَثَرِيَّةً، وَلَمْ يَفْصَحْ عَنْ قَصْدِهِ هَذَا فَإِنَّ مُقْتَضَى الْحَالِ أَوْ طَبِيعَةُ الظَّرْفِ الْمَلَابَسِ
لِلتَّعَاقُدِ - مِنْ أَنَّهُ يَشْتَرِي مِنْ تَاجِرِ آثَارٍ - دَلِيلٌ أَوْ قَرِينَةٌ عَلَى قَصْدِهِ هَذَا، وَذَلِكَ كَافٍ
فِي ظُهُورِ غَلْطِهِ، وَلَوْ لَمْ يَصْرَحْ بِمَقْصُودِهِ، فَإِذَا تَبَيَّنَ أَنَّ الْقِطْعَةَ لَيْسَتْ أَثَرِيَّةً، كَانَ لِلْمُشْتَرِي

(١) وَالْحُجَّةُ الَّتِي انْتَفَتْ هُنَا، هِيَ مَا يَقْضِي بِهِ الْأَصْلُ الْعَامُّ مِنْ وَجُوبِ الْوَفَاءِ بِالْعَقْدِ الثَّابِتِ بِقَوْلِهِ

تَعَالَى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [المائدة: ١].

الادعاء بالغلط، لظهوره بالقرينة، ويملك بمقتضاه حق الفسخ إن شاء حماية له، واحتراماً
لرِضاه وإرادته الباطنة، مادام قد قام الدليل على نيته التي تبين بها غلظه.
على أن حسن النية - الذي أوجبته الشريعة أن يسود التعامل - يقضي بأنه كان
على البائع أن ينبّه المشتري إلى أن القطعة ليست أثرية، إذا كان يعلم ذلك.

الغلط المفترض وقوعه:

على أن الغلط قد يكون منشأ ظهور من عيب في المعقود عليه لم يكن قد اطلع
عليه العاقد وقت التعاقد، فإن مجرّد ظهور العيب دليل على وقوع الغلط، ذلك لأن نية
العاقد المتملّك قد اتجهت إلى التعاقد على محلّه سليماً، تلك نية ظاهرة، ولو لم يصرح بها
في الصيغة؛ لأنّه من المقرّر عرفاً وواقعاً أن المتعاقد لا ينصبّ رضاه على شراء شيء
معيب تنقص به قيمته أو منفعته، ودلالة العرف قرينة معتبرة، فضلاً عن لسان الحال،
فكانت سلامة محلّ العقد من العيب شرطاً ضمناً^(١) في كلّ عقد معاوضة مالية ولو لم
يصرح به في العقد، إذ الأصل السلامة، وهذا هو (خيار العيب) كما بينا.

أنواع الغلط وقت إنشاء العقد: للغلط عند إنشاء العقد أنواع، هي:

الغلط في جنس المعقود عليه.

الغلط في وصف له يؤدي إلى تفاوت فاحش في القيمة أو المنفعة.

(١) وهذا ما أشار إليه الإمام الكاساني بقوله: «لأن السلامة شرط في العقد دلالة، فما لم يسلم
المبيع لا يلزم البيع، فلا يلزم حكمه، والدليل على أن السلامة مشروطة في العقد دلالة أن السلامة
في البيع مطلوبة المشتري عادة إلى آخره؛ لأنّ غرضه الانتفاع بالمبيع، ولا يتكامل انتفاعه إلا بقيد
السلامة، ولأنّه لم يدفع جميع الثمن إلا ليسلم له جميع المبيع، فكانت السلامة مشروطة في العقد
دلالة، فكانت كالمشروطة نصّاً، فإذا فاتت المساواة كان له الخيار». بدائع الصنائع (٥/ ٢٧٤).

الغلط في وصفٍ مرغوب فيه لا يؤدي إلى ذلك التفاوتِ الفاحشِ.

الغلط في العاقدِ الآخر ذاته.

الغلط في صفةٍ من صفاته التي لها اعتبار في العقدِ.

الغلط في الحكمِ الشرعي الذي يكون متعلّقةً محلّاً للعقدِ.

ونتناول هذه الأنواع بالبحث تباعاً:

١ - العَلَطُ في جنسِ المَعْقُودِ عليه: وذلك بأن يكون جنسُ المَعْقُودِ عليه في تصوُّرِ العاقدِ عند إنشاءِ العقدِ يُباينُ حقيقةَ المَعْقُودِ عليه الواقعي، كمن اشترى قنطاراً من القمح فإذا هو من الشعير، أو اشترى فصّاً من الياقوت فإذا هو من الزجاج، أو حقيقة من الجلد فإذا هي من الورق المقوّى (الكرتون). وهذا النوع من العَلَطِ - في الواقع - لا يتعلّق بصحّة الرّضا بل بوجوده؛ لأنّ تباين حقيقة المَعْقُودِ عليه في حكم انتفاء العين ذاتها، وإذا انتفى محلّ العقد انتفى الرّضا المتعلّق به أصلاً، وفرق بين عدم وجود أحدٍ مقوّماتِ العقد وبين توافرها جميعاً ولكن يشوب أحدها عيبٌ كالعَلَطِ، ففي الحالة الأولى العقد باطلٌ لانعدام محلّه، بخلاف الثانية، إذ العقد مُنْعَقَدٌ ولكنه مَعِيْبٌ في أحدٍ مقوّماتِهِ، وهو الرّضا. وعليه فإنّ العَلَطُ في جنسِ المَعْقُودِ عليه ليس داخلياً في موضوعنا أصلاً.

٢ - العَلَطُ في وصفِ المَعْقُودِ عليه المؤدّي إلى تفاوتٍ فاحشٍ في القيمة أو المنفعة: كأن يشتري منزلاً على أنّه مبنيٌّ من الحجارة فإذا هو مبنيٌّ من الطوب، أو سيارةً على أنّها تسيرُ (بالمأزوت) فإذا هي تسير بالبنزين. فالجنس متّحدٌ ولكن اختلاف الوصف يؤدي إلى تفاوتٍ فاحشٍ في القيمة أو المنفعة، وهذا الفارق الفاحش في الصّفة بمنزلة الفارق بين الجنسين، كما يقول الإمام الكاساني^(١).

(١) يقول الإمام الكاساني: « وَكَذَا لَوْ بَاعَ دَاراً عَلَى أَنَّ بِنَاءَهَا آجُرٌّ، فَإِذَا هُوَ لَبْنٌ لَا يَنْعَقِدُ؛ لِأَنَّهُمَا =

هذا والحكم واحدٌ وهو بطلانُ العقد^(١).

٣ - العَلَطُ فِي وَصْفِ مَرْغُوبٍ فِيهِ: العَلَطُ فِي هَذَا النَّوعِ يُؤَدِّي إِلَى فَوَاتٍ وَصْفٍ مَرْغُوبٍ فِيهِ، فَالْجَنْسُ مَتَّحِدٌ، وَالْوَصْفَانِ (الْمَتَصُورِ وَالْوَاقِعِي) مُتَسَاوِيَانِ مِنْ جِهَةِ الْمُنْفَعَةِ، وَغَايَةُ مَا فِي الْأَمْرِ، أَنْ رِضَا الْعَاقِدِ قَدْ تَعَلَّقَ بِوَصْفٍ يَرِغَبُ فِيهِ وَلَكِنَّهُ لَمْ يَتَحَقَّقْ، فَاخْتَلَّ رِضَا لِدَلِّكَ.

ومثال ذلك: أَنْ يَكُونَ مَحَلُّ الْعَقْدِ مُعَيَّنًا بِالذَّاتِ وَغَائِبًا عَنْ مَجْلِسِ الْعَقْدِ، أَوْ يَكُونَ حَاضِرًا فِيهِ وَلَكِنْ يَحُولُ الظَّلَامُ - مَثَلًا - مِنْ دُونِ إِدْرَاكِ وَصْفِهِ بِالْمَعَايِنَةِ، أَوْ أَنْ يَكُونَ الْعَاقِدُ أَعْمَى، فَلَوْ اشْتَرَى قِطْعَةً مِنَ الْجَوْخِ عَلَى أَنَّهَا مِنَ الصَّنْعِ الْإِنْكَلِيزِيِّ فَتَبَيَّنَ أَنَّهُ فَرَنْسِي الْمَصْدَرِ، أَوْ أَنَّهُ أَخْضَرُ اللَّوْنِ، فَإِذَا هُوَ أَسْوَدَ، فَإِنَّ الْمَشْتَرِي بِالْخِيَارِ بَيْنَ إِنْفَازِ الْعَقْدِ أَوْ فُسْخِهِ لِفَوَاتٍ وَصَفٍ فِي الْعَقْدِ اخْتَلَّ بِهِ رِضَا، وَهَذَا هُوَ خِيَارُ الْوَصْفِ.

هذا وَلَيْسَ ثَمَّةَ فَارَقٍ بَيْنَ اللَّوْنِ الْأَخْضَرِ وَالْأَحْمَرِ مِنْ جِهَةِ الْمُنْفَعَةِ فَالْعَلَطُ فِي الْوَصْفِ وَاضِحٌ؛ لِأَنَّهُ مَشْرُوطُ الْعَقْدِ^(٢).

الْعَلَطُ فِي وَصْفِ الْمُشَارِ إِلَيْهِ الْمَشَاهِدِ فِي مَجْلِسِ الْعَقْدِ لِعَوٍّ غَيْرٍ مُؤَثِّرٍ

= يَتَفَاوَتَانِ فِي الْمُنْفَعَةِ تَفَاوُتًا فَاحِشًا فَكَانَا كَالْجَنْسَيْنِ الْمُخْتَلِفَيْنِ». الْبَدَائِعُ (١٤٠/٥)، وَفَتْحُ الْقَدِيرِ (٢٠٦/٥).

(١) وَهَذَا النَّوعُ كَسَابِقِهِ، لَيْسَ مِنْ مَوْضُوعِنَا كَمَا تَرَى وَهُوَ اجْتِهَادُ جُمْهُورِ الْحَنَفِيَّةِ، عَلَى أَنَّ الْإِمَامَ الْكَرْخِي، قَدْ عَدَّ الْعَقْدَ فِي مِثْلِ هَذِهِ الْحَالِ فَاسْخًا لَا بَاطِلًا، وَحُجَّتُهُ أَنَّ الْبَائِعَ بَاعَ الْمَسْمُومَ فِي الْعَقْدِ وَأَشَارَ إِلَى غَيْرِهِ، فَصَارَ كَأَنَّهُ بَاعَ شَيْئًا بِشَرَطٍ أَنْ يَسْلَمَ غَيْرُهُ وَذَلِكَ فَاسِدٌ.

وَذَهَبَ الشَّافِعِيَّةُ، فِي رَأْيٍ عِنْدَهُمْ، وَكَذَا الْمَالِكِيَّةُ إِلَى أَنَّ الْعَقْدَ صَحِيحٌ وَلَكِنَّهُ غَيْرُ لَازِمٍ. وَعَلَى هَذَا النَّظَرِ يَدْخُلُ هَذَا النَّوعُ فِي مَوْضُوعِنَا، وَلَكِنَّهُ رَأْيٌ ضَعِيفٌ. الْمَرْجِعُ السَّابِقُ.

(٢) مَجْلَّةُ الْأَحْكَامِ الْعَدْلِيَّةِ (الْمَادَّةُ ٦٥)، الْمَدْخَلُ لِلزَّرْقَا (٤٢٧/١)، وَرَاجِعُ الْمَجْلَّةِ (الْمَادَّةُ: ٣١٠).

هذا والإشارة والمشاهدة أبلغ من الوصف في التعريف، ولذا كان العَلَطُ في الوصف مع تحقُّق الإشارة والمشاهدة ليس بعذرٍ، ولا عبرة به، فإذا باعه شيئاً مُعَيَّناً بالذات، حاضراً في مجلس العقد كالسيارة مثلاً، وأشار إليها، وهي مشاهدة أمام المشتري، وقال: بعتك هذه السيارة الحمراء، وهي خضراء، فالعَلَطُ هنا لا عبرة به، بل العبرة بالإشارة والمشاهدة؛ لأنَّهما أقوى في الدلالة والتعريف، ولذا استقرَّ في الفقه الإسلامي قاعدة عامة في هذا النوع من العَلَطِ غير المعتبر مؤداها أن (الوصف في الحاضر لغو وفي الغائب مُعْتَبَرٌ).

وعلى هذا فالعقد صحيح ولازم وليس للمشتري خيارٌ على الرِّغم من العَلَطِ في الوصف المرغوب فيه.

٤٥ هـ - العَلَطُ في شخص العاقد الآخر أو صفة من صفاته مما له اعتبارٌ في العقد: وهذا يكون في التبرُّعات، وفي عقود المعاوضات المالية، وفي التصرفات بالإرادة المنفردة. وذلك بأن يوصي أو يهب لشخص معيَّن يعتقد أنه فلان فإذا هو غيره؛ لأنَّ لذات الشخص الموصي إليه أو الموهوب له اعتباراً وأهمية.

وكذلك في عقود المعاوضات المالية، كالإجارة والاستصناع، فإذا اتَّفَقَ مع طبيبٍ لصفة ذات اعتبارٍ في العقد كـ(مهارته) على أن يُجري له عملية جراحية، يظنُّ أنه الطبيب المشهور فيظهرُ أنه طبيبٌ آخرٌ ليس في مستواه مهارةً فهذا غلطٌ في ذات المتعاقد الآخر، ممَّا له اعتبارٌ في العقد وأهمية، إذ هو الدافع الرئيسي إلى التعاقد، فالعَلَطُ مؤثِّرٌ.

وكذلك أن يتَّفَقَ مع النجار القلائي على أن يصنع له أثاثاً لمنزله، ثم يتبيَّن أنه غيره ممن هو دونه في الإتقان في المهنة، أمَّا إذا كان في مستواه مهارةً، فالمعتمد عند الفقهاء أن العقد صحيح لازم.

ومن ذلك أيضاً ما إذا استأجر ظفراً^(١) لإرضاع طفله، فتبيّن أن لبنها غير صالح لتغذيته، أو أنها فاجرة أو حَمَقَاءُ شَرِيسَة، كان ذلك غَلَطاً بَيْنَا في شخص المتعاقد الآخر، أو في صفة ذات اعتبار في التعاقد، إذ صلاحية لبنها للتغذية، أو حسن خلقها، مشروط في العقد دلالة، ولو لم يصرح العاقد بذلك لدلالة الحال، أو العرف.

وكذلك في (الوكالة، والكفالة) للمتعاقد الآخر اعتبار في العقد.

ف(الوكالة) إذا كانت بأجر ك(المحامة) فإن لذات المتعاقد الآخر (المحامي) اعتبار في العقد، لمهارته وحذقه مثلاً، أو لصدقه ونزاهته، فالغلط في شخصه مؤثّر، شريطة أن يكون الغلط واضحاً.

وكذلك في التصرفات القولية الانفرادية إذا كان لشخص العاقد أو صفة من صفاته اعتبار في التصرف وأهميته، وذلك من مثل حق الشفعة^(٢)، فإذا أسقطه صاحبه على ظن أن المشتري هو فلان، فإذا هو غيره، كان ذلك غلطاً موجباً حق الفسخ بالنسبة لمن وقع فيه، لما للشخص الذي من أجله أسقط حق الشفعة من اعتبار في هذا التصرف وأهميته، إذ على أساسه كان إسقاط هذا الحق، فكان لمن وقع في الغلط أن يرجع في هذا الحق.

وإذا كانت أحكام الغلط تجري في عقود المعاوضات المالية التي تقبل الفسخ، ك(البيع، والإجارة) كما تجري في التصرف القولي الانفرادي الذي يتعلق بالإسقاط والتملك، ك(حق الشفعة) أو (الوصية) أو (الهبة) من التبرعات، فإن عقد الزواج عند الجمهور لا يجري فيه حكم الغلط؛ لأنه لا يقبل الفسخ، وخالف في ذلك الإمام أحمد

(١) الميسوط (١٥/١٢٢، ١١٩). والظئر: المرأة تستأجر للإرضاع.

(٢) وهو حق أولوية يمنح للشريك في العقار ليقدم على المشتري الأجنبي بموجب هذا الحق؛ لأن الشريك أولى بتملك العقار المشترك من الأجنبي.

فَأَجَازَ فسخَ الزَّوَاجِ بِالْغَلَطِ لِفَوَاتِ وَصْفٍ مَرْغُوبٍ فِيهِ وَمَشْرُوطٍ فِي الْعَقْدِ، يَتَعَلَّقُ بِأَحَدِ الزَّوْجَيْنِ، فَإِذَا تَزَوَّجَهَا عَلَى أَنَّهَا مُتَعَلِّمَةٌ أَوْ عَلَى أَنَّهَا جَمِيلَةٌ، وَشَرَطَ ذَلِكَ فِي الْعَقْدِ، فَتَبَيَّنَ أَنَّهَا دَمِيمَةٌ، أَوْ جَاهِلَةٌ كَانَ لَهُ حَقُّ الْفَسْخِ، لاختِلَالِ رِضَاهِ.

هذا وينبغي أَنْ يَكُونَ لِلْغَلَطِ أَثَرُهُ فِي عَقْدِ الزَّوَاجِ وَلَوْ لَمْ يَكُنْ مِنْ عُقُودِ الْمَعَاوِضَاتِ الْمَالِيَّةِ؛ لِأَنَّ لَشَخْصِ الزَّوْجِ أَوْ الزَّوْجَةِ أَوْ صِفَةً مِنْ صِفَاتِ أَحَدِهِمَا اعْتِبَارٌ فِي هَذَا الْعَقْدِ الْخَطِيرِ الشَّانِ. فَإِذَا تَبَيَّنَ - مَثَلًا - أَنَّ فِي أَحَدِ الزَّوْجَيْنِ دَاءً غَضَالًا، أَوْ مَرَضًا جَنْسِيًّا يَتَنَافَى مَعَ الْغَايَةِ مِنَ الزَّوَاجِ كَانَ لِلْآخَرِ حَقُّ الْفَسْخِ، لِلْغَلَطِ فِي شَخْصِ الْعَاقِدِ الْآخَرِ، أَوْ فِي صِفَةٍ جَوْهَرِيَّةٍ، إِذِ الْأَصْلُ السَّلَامَةُ فَكَانَ هَذَا الْغَلَطُ مُوجِبًا لِحَقِّ الْفَسْخِ.

ه - الْعَلَطُ فِي الْحُكْمِ الشَّرْعِيِّ (الْجَهْلُ بِهِ)^(١): الْأَصْلُ أَنَّ الْجَهْلَ بِالْأَحْكَامِ الشَّرْعِيَّةِ لَيْسَ بِعُذْرٍ فِي دَارِ الْإِسْلَامِ، فَلَيْسَ لِمَنْ يَجْهَلُهَا أَنْ يَعْتَذِرَ بِالْغَلَطِ، فَلَوْ تَعَامَلَ شَخْصٌ بِالرَّبِّا مَثَلًا، ثُمَّ اعْتَذَرَ بِأَنَّهُ يَجْهَلُ تَحْرِيمَهُ، لَا يُقْبَلُ اعْتِذَارُهُ، لاسْتِيفَاءِ الْعَقْدِ، بَلْ يَبْطُلُ؛ لِأَنَّ مُحَلَّهُ أَمْرٌ مُحَرَّمٌ شَرْعًا، وَالْعَلَطُ فِي الْحُكْمِ الشَّرْعِيِّ الَّذِي تَعَلَّقَ بِهَذَا الْحِلِّ لَا تَأْثِيرَ لَهُ.

ولو خَارَجَ عَلَى حَصَّتِهِ مِنَ الْإِثْرِ وَهُوَ يَظُنُّ أَنَّهَا تُؤْنِ الثَّرَكَةَ - مَثَلًا - فَإِذَا هِيَ الرُّبُعُ لَا عِبْرَةَ بِغَلَطِهِ وَلَا تَأْثِيرَ؛ لِأَنَّ الْجَهْلَ بِالْحُكْمِ الشَّرْعِيِّ لَيْسَ بِعُذْرٍ فَيَصِحُّ الْعَقْدُ وَيَلْزَمُ. وكذلك لو تَزَوَّجَ شَخْصٌ امْرَأَةً مِنَ الْحَرَّمَاتِ وَهُوَ فِي دَارِ الْإِسْلَامِ ثُمَّ اعْتَذَرَ بِجَهْلِهِ، لَا يَقْبَلُ اعْتِذَارَهُ لِاشْتِهَارِ أَحْكَامِ الْحَرَّمَاتِ مِنَ النِّسَاءِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ فِي غَيْرِ دَارِ الْإِسْلَامِ، حَيْثُ يُعَدُّ جَهْلُهُ بِالْأَحْكَامِ الشَّرْعِيَّةِ عَذْرًا، لِغَدَمِ انْتِشَارِهَا وَشِيعِهَا، إِذْ تُطَبَّقُ فِيهَا غَيْرُ أَحْكَامِ الشَّرِيعَةِ.

(١) المنافع شرح الجامع (٣١٨) والغلطُ نوعٌ من الجهل.

مواضع تطبيق قاعدة (الجهل بالأحكام الشرعية ليس بعذر)

ليست هذه القاعدة على إطلاقها بل مقصور تطبيقها على الأحوال التي لا شبهة فيها، أو شاع العلم بها، وقد حدّد الإمام القرائي ضابطاً ما يُعدُّ عُذراً من الجهالات فيعفى عنه، وما لا يُعدُّ، بقوله: «وَضَابِطُ مَا يُعْفَى عَنْهُ مِنَ الْجَهْلَاتِ الْجَهْلُ الَّذِي يُتَعَذَّرُ الْاِحْتِرَازُ عَنْهُ عَادَةً، وَمَا لَا يُتَعَذَّرُ الْاِحْتِرَازُ عَنْهُ، وَلَا يَشُقُّ لَمْ يَعْفُ عَنْهُ»^(١) وعلى هذا فالأحكام الشرعية التي تدقُّ الإحاطة بها مما يتعلّق إدراكه بالمتخصّصين من العلماء يُعدُّ الجهل به عُذراً، إذ يشقُّ الاحتراز عنه عادةً، بخلاف ما لا يصعب، بدليل أن غالب النَّاسِ يَعْلَمُونَهَا، وفي هذا المعنى يقول الإمام الشُّيُوطِيُّ: «كُلُّ مَنْ جَهِلَ تَحْرِمَ شَيْءٌ مِمَّا يَشْتَرِكُ فِيهِ غَالِبُ النَّاسِ^(٢)، لَمْ يُقْبَلْ»^(٣).

فضابط الجهل الذي لا يُعدُّ عُذراً إذن هو الاشتهار، وما لا يشتهر من الأحكام التي لا يعرفها إلاّ الخواص يقبل فيه العُذر إذ يشق الاحتراز عنه، وهو مؤدى قول الشُّيُوطِيِّ أيضاً: «وَلَا يُقْبَلُ دَعْوَى الْجَهْلِ، بِثُبُوتِ الرَّدِّ بِالْغَيْبِ، وَالْأَخَذِ بِالشُّفْعَةِ مِنْ قَدِيمِ الْإِسْلَامِ لِاشْتِهَارِهِ، وَتُقْبَلُ ... فِي نَفْيِ الْوَلَدِ فِي الْأَظْهَرِ؛ لِأَنَّهُ لَا يَعْرِفُهُ إِلَّا الْخَوَاصُّ»^(٤).

على أن أحكام الشريعة التي يجري تطبيقها في القضاء لا يُقبل الاعتذار بجهلها لنشرها وإعلانها بالطرق الرسمية، ولا يشقُّ على النَّاسِ العلمُ بها، إذ بالإمكان أن يستعينوا برجال القانون والقضاء والحاماة لمعرفة ما، ولأن فتح باب الاعتذار بالجهل بحكم الشرع أو القانون، لا يستقرُّ معه التعامُّل، ولا يقول بهذا أحد، ويُحمل كلام الشُّيُوطِيِّ على

(١) الفروق (٢/١٥٠).

(٢) أي: مما يشترك غالب النَّاسِ في علمه والإحاطة به لاشتهاره.

(٣) الأشباه والنظائر (ص: ٢٠٠).

(٤) المرجع السابق.

الأحكام الدينيّة، أو على اعتبار اختلاف الزمن في وسائل النشر والإعلان الرسميّة، وعدم
التنظيمات القضائيّة على النحو الذي استقرّ في عصرنا.



المبحث الرابع

الإكراه

تعريف الإكراه وشروطه:

الإكراه هو: حَمْلُ الْغَيْرِ دُونَ وَجْهِ حَقٍّ بِوَسِيلَةٍ مُرْهَبَةٍ عَلَى إِثْرَامِ عَقْدٍ دُونَ رِضَاهُ^(١)،
والحامل قَادِرٌ عَلَى إِيْقَاعِ مَا هَدَّدَ بِهِ، بَحِثٌ يُخْدِثُ الرَّهْبَةَ فَعَلًا فِي نَفْسِ الْمُكْرَه.
وعَلَى ضَوْءِ هَذَا التَّعْرِيفِ، وَمَا وَرَدَ فِيهِ مِنْ مُحْتَزَّاتٍ، يُمَكِّنُ أَنْ نَسْتَنْبِطَ شُرُوطَ
الإِكْرَاهِ الَّتِي تَحَدَّدُ مَنَاطُهُ الَّذِي يَسْتَتِيعُ حَكْمُهُ فِي الْوَقَائِعِ، وَهُوَ (الْخَوْفُ أَوِ الرَّهْبَةُ)،
وَنُورِدُهَا فِيْمَا يَلِي:

أولاً: أَنْ يَكُونَ الْإِكْرَاهُ بَغَيْرِ وَجْهِ حَقٍّ، وَقَدْ انْعَقَدَ الْإِجْمَاعُ عَلَى هَذَا^(٢)، وَمِنْشَأُ
حَكْمِ هَذَا الْإِكْرَاهِ عَصْمَةُ الْغَيْرِ فِي نَفْسِهِ وَمَالِهِ.

(١) وَعَرَفْتُهُ مَجْلَّةُ الْأَحْكَامِ الْعَدْلِيَّةِ (مَادَّةُ ٩٤٨) تَعْرِيفًا عَامًّا يَشْمَلُ التَّصَرُّفَاتِ الْفَعْلِيَّةِ وَالْقَوْلِيَّةِ، حَيْثُ
نَصَّتْ عَلَى أَنَّ الْإِكْرَاهَ: (إِجْبَارُ أَحَدٍ عَلَى أَنْ يَعْمَلَ عَمَلًا بِغَيْرِ حَقٍّ مِنْ دُونِ رِضَاهُ بِالْإِخَافَةِ) وَالْعَمَلُ
يَشْمَلُ التَّصَرُّفَ الْقَوْلِيَّ وَالْفَعْلِيَّ.

وَعَرَفَهُ علاءُ الدِّينِ البُخَارِيُّ بِأَنَّهُ (حَمْلُ الْغَيْرِ عَلَى أَمْرٍ يَمْتَنِعُ عَنْهُ بِتَخْوِيفٍ بِقَدْرِ الْحَامِلِ عَلَى إِيْقَاعِهِ
وَيَصِيرُ الْغَيْرُ خَائِفًا بِهِ فَأَتَتْ الرِّضَاءُ بِالْمُبَاشَرَةِ) كَشَفَ الْأَسْرَارَ (٤/ ٣٨٣)، وَهَذَا التَّعْرِيفُ فَضْلًا عَنْ
عُمُومِهِ يَبْدُو أَكْثَرَ تَفْصِيلًا، بِمَا أوردَ فِيهِ مِنْ مُحْتَزَّاتٍ تَتَضَمَّنُ شُرُوطَهُ تَحْدِيدًا لِمَنَاطِهِ.

(٢) الْمَهْذَبُ (١/ ٢٥٧)، الشَّرْحُ الْكَبِيرُ لِلدَّرْدِيرِ (٣/ ٦)، الشَّرْحُ الْكَبِيرُ لِأَبِي الْفَرَجِ (٤/ ٥)، جَاءَ فِي
الدَّرْدِيرِ فِي تَقْرِيرِ هَذَا الشَّرْطِ مَا نَصَّهُ: «لَوْ أُجْبِرَ عَلَى الْبَيْعِ جَبْرًا حَالًا كَانَ الْبَيْعُ لَازِمًا كَجَبْرِهِ عَلَى =

ثانياً: أَنْ يَكُونَ الْمُكْرَهُ (بكسر الراء) قادراً على إيتاع ما هدد به، وبغير ذلك لا يحدث الإكراه (الرَّهْبَةُ) في نفس المُكْرَه، إذ بها يتحقق مناط الإكراه، ولو أقدم المُكْرَه على تنفيذ ما أُكْرَه عليه وهو يعلم أَنَّ المُكْرَه غيرُ قادرٍ على تنفيذ ما هدد به، لا يتحقق الإكراه، ولا يستتبع حكمه، لانتفاء ما تحدث به الرَّهْبَةُ والخوف^(١).

ثالثاً: أَنْ يَغْلِبَ عَلَى ظَنِّ الْمُكْرَه أَنَّ الْمُكْرَه (بكسر الراء) قادرٌ على إيتاع ما هدد به، جادٌ في تهديده، فإن لم يُساوِ هذا الظنَّ الغالب، لم يتحقق مناط الإكراه إذ غلبه الظنُّ بذلك هي التي من شأنها أَنْ تُحدث الرَّهْبَةَ في نفسه.

رابعاً: أَنْ تَكُونَ الْوَسِيلَةُ أَوِ الْأَمْرُ الْمُكْرَه به مِنْ شَأْنِهِ أَنْ يُحْدِثَ ضَرراً مُرهباً مُخَوِّفاً، سواءً أكان مادياً أو معنوياً، وهذه مسألةٌ نسبيةٌ تختلف باختلاف حالات الأشخاص^(٢)

= بَيْع الدَّارِ لِتَوْسِيعَةِ الْمَسْجِدِ أَوْ الطَّرِيقِ أَوْ الْمُقْبَرَةِ أَوْ عَلَى بَيْعِ سِلْعَةٍ لِفَوَاءِ دَيْنٍ أَوْ لِنَفَقَةِ زَوْجَةٍ أَوْ وَلَدٍ أَوْ الْأَبَوَيْنِ وَمِنْ الْجَبْرِ الْحَلَالِ الْجَبْرُ عَلَى الْبَيْعِ لِأَجْلِ وَفَاءٍ مَا عَلَيْهِ مِنَ الْحَرَجِ الْحَقِّ» الشرح الكبير للشيخ الدردير (٦/٣). ويُقصد بالجبر الحلال ما كان بوجه حق، ويشير الدردير إلى أَنَّ أساس كونه بوجه حق، أَنْ يَكُونَ أَدَاءُ حَقِّ اللَّهِ تَعَالَى، مما يَتَعَلَّقُ بِهِ مَصْلَحَةٌ عَامَّةٌ مشروعةٌ تُقْضَى عَلَى الْحَقِّ الْفَرْدِيِّ الْخَاصِّ، فَيُكْرَهُ عَلَى أَدَائِهِ قَسراً إِنْ لَمْ يَقُمْ بِهِ اخْتِياراً وَطَوْعاً، أَوْ أَدَاءُ حَقِّ شَخْصٍ يَوْجِبُ الْعَدْلَ إِصْبالُهُ إِلَى مَسْتَحَقِّهِ رَغْماً عَنِ الْمَدِينِ إِذَا تَعَنَّتْ فِي الْأَدَاءِ مَعَ كَوْنِهِ وَاجِداً قَادِراً عَلَيْهِ. هذا ولا يُعدُّ الإكراه بحقٍّ غُدرًا بل يُلْزَمُ الْمُتَصَرِّفُ بِأَثَارِهِ، وفيه إشارةٌ إلى أَنَّ حُكْمَ الإكراه بغيرِ حَقٍّ هو عَدَمُ الزُّومِ.

(١) ينظر: البدائع (١٧٦/٧)، الأم (٢١٠/٣)، المهذب (٧٨/٢)، المغني (٢٦١/٨).

(٢) اشترط بعضُ الحنابلة أَنْ يَكُونَ الإكراه بدنياً فحسب، ودونَ مُراعاةٍ لاختلافِ أحوالِ النَّاسِ. وهذا رأيٌ ضَعِيفٌ لما تَقَرَّرَ مِنْ أَنَّ مناطَ الإكراه هو (الرَّهْبَةُ) وهذه قد تَنشَأُ بِغَيْرِ الإكراه البدني، ولا ريب أَنَّ النَّاسَ - في الواقعِ - مُتَفَاوِتُونَ مِنْ حَيْثُ الْاِسْتِعْدَادُ النَّفْسِيُّ لِنُشْوءِ الرَّهْبَةِ. ينظر: المغني (٢٦١/٨).

وَأَعْمَارِهِمْ وَمَنْزِلَتِهِمْ، فَمَا يُرْهَبُ الْمَرْأَةُ قَدْ لَا يُرْهَبُ الرَّجُلُ، وَمَا يُرْهَبُ الشَّابُّ، وَمَا يَخْشَاهُ الْعُلَمَاءُ وَذَوُو الْمَكَانَةِ قَدْ لَا يَكُونُ لَهُ وَزْنٌ فِي نَفُوسِ الْعَامَّةِ، ... وَهَكَذَا.

وَلَا يَقْتَصِرُ هَذَا بِالْبَدَاهَةِ عَلَى الْوَسَائِلِ الَّتِي تُحْدِثُ ضَرراً بَدَنِيّاً، بَلِ الْإِكْرَاهُ النَّفْسِيّ أَوْ الْمَعْنَوِيّ مُعْتَبَرٌ أَيْضاً، إِذِ الْمَنَاطُ هُوَ الرَّهْبَةُ وَهَذَا رَهْبٌ بِاخْتِلَافِ الْأَحْوَالِ وَالْمَكَانَةِ الْاجْتِمَاعِيَّةِ عَادَةً، وَقَدْ أَشَارَ الْحَنْفِيَّةُ إِلَى ذَلِكَ فِي ضَبْطِهِمْ لَوْسِيلَةِ الْإِكْرَاهِ حَيْثُ قَالُوا: (كُلُّ مَا يَجْلِبُ غَمّاً وَيَنْعِدِمُ بِهِ الرِّضَا) وَهَذَا غَيْرُ مَقْصُورٍ عَلَى الْإِكْرَاهِ الْحَسِيِّ أَوْ الْبَدَنِيِّ مِنَ الضَّرْبِ وَالْقَتْلِ وَالْقَطْعِ وَمَا إِلَيْهِ، عَلَى أَنَّ ثَمَّةَ ضَابِطٍ عَامّاً يَتَّسِمُ بِالْمَوْضُوعِيَّةِ وَالْمَادِيَّةِ - لَا الذَّائِيَّةِ - لِلأَمْرِ الْمُكْرَهِ بِهِ وَهُوَ (الْقَتْلُ) أَوْ (بِتْرُ أَحَدِ الْأَعْضَاءِ أَوْ تَعْطِيلُهَا)، أَوْ (الضَّرْبُ) أَوْ (التَّعْذِيبُ) الْبَدَنِيِّ الشَّدِيدُ الَّذِي مِنْ شَأْنِهِ أَنْ يُفْضِيَ إِلَى ذَلِكَ، فَهَذَا مِمَّا يَتَحَقَّقُ بِهِ مَنَاطُ الْإِكْرَاهِ بِالنَّسْبَةِ لِلْكَافَةِ قَطْعاً، وَعَلَى هَذَا فَلَا يُشْتَرَطُ فِي الْمُكْرَهِ (بَكْسَرُ الرَّاءِ) أَنْ يَكُونَ بِالْغَا عَاقِلاً، فَلَوْ كَانَ صَبِيّاً أَوْ مُجَنُوناً يَتَحَقَّقُ مِنْهُ الْإِكْرَاهُ مَا دَامَتْ الْوَسِيلَةُ الَّتِي يُهْدَدُ بِهَا مِنْ شَأْنِهَا أَنْ تُحْدِثَ الرَّهْبَةَ، كَالْتَّهْدِيدِ بِإِطْلَاقِ النَّارِ مِنْ مُسَدَّسٍ يَحْمِلُهُ صَبِيٌّ أَوْ مَعْتَوَةٌ.

- وَلَا يُشْتَرَطُ كَذَلِكَ أَنْ يَكُونَ الْإِكْرَاهُ صَادِراً مِنَ السُّلْطَانِ أَوْ الدَّوْلَةِ - خِلَافاً لِأَبِي حَنِيفَةَ - بَلِ يَتَحَقَّقُ الْإِكْرَاهُ وَلَوْ كَانَ صَادِراً مِنْ غَيْرِهِ، كَمَا يَقُولُ الصَّاحِبَانِ، وَهَذَا اخْتِلَافٌ عَصْرُ وَزَمَانٍ.

- وَلَا يُشْتَرَطُ أَيْضاً أَنْ يَكُونَ الْأَمْرُ الْمُهْدَدُ بِهِ وَاقِعاً عَلَى الْمُكْرَهِ مُبَاشَرَةً إِذْ يَكْفِي فِي تَحْقِيقِهِ أَنْ يَقَعَ عَلَى أَحَدٍ وَالْأَمْرُ الْمُهْدَدُ بِهِ، أَوْ أَتْنَائِهِ، أَوْ زَوْجَتِهِ أَوْ ذِي رَحِمٍ مُحَرَّمٍ مِنْهُ.

أثر الإكراه على الأهلية:

أ- يرى الفقهاء^(١) أن ليس الإكراه عارضاً من عوارض الأهلية، فلا تنعدم به، لا من جهة أهلية الوجوب التي تثبت بإنسانية الإنسان إذ الإكراه لا يأتي عليها. ولا من جهة أهلية الأداء؛ لأنَّ مناطها (العقل والتمييز)، والإكراه لا يؤثر فيهما، بل المكروه سليم العقل قادرٌ على فهم الخطاب الشرعي بعد الإكراه، كما كان قبله. وعلى هذا فإن المكروه في فقه الحنفية، لا يسقط عنه الخطاب الشرعي، بل يبقى مكلفاً، فليس الإكراه إذن من عوارض الأهلية كالجنون والسفَه، ولا مانعاً من التكليف، وإنما ينعدم به الرضا اتفاقاً، ويفسد به الاختيار على الجملة، وفساد الاختيار يجتمع مع التكليف ولا ينافيه.

وهذا ما يقرّره الإمام السرخسي: «الإكراه: اسمٌ لفعلٍ يفعله المرءُ بغيره، فينتفي به رضاه، أو يفسد به اختياره من غير أن تنعدم به الأهلية في حق المكروه أو يسقط عنه الخطاب»^(٢).

ب - ويرى المالكية أن عقد المكروه غير لازم، مما يشعر بقيام التكليف، على الرغم من الإكراه، لكن تعليلهم لعدم اللزوم لا يستقيم، إذ يرون أن الإكراه يمنع التكليف، ومقتضى هذا البطلان لا عدم اللزوم^(٣).

(١) ينظر: المبسوط (٥٧/٢٤)، التلويح على التوضيح (١٦٩/٢)، مجمع الأنهر (٣٨٤/١)، البدائع (١٨٧/٧)، الخرشي (٣٦٥/٣)، الشرح الكبير (٦/٣)، البهجة شرح التحفة (٧٥/٢)، نهاية المحتاج (٣٨٧/٣).

(٢) المبسوط (٣٩/٢٤). هذا ويلاحظ أن الحنفية يفرقون بين الرضا والاختيار، كما سيأتي.

(٣) يقول التسولي: «فإذا خاف نزول شيء به من هذه الأمور حالاً أو مآلاً فباع، وأخرى لو نزل به بعضها بالفعل فإن بيعه غير لازم لعدم تكليفه». البهجة في شرح التحفة (١٢٤/٢).

ج - وَذَهَبَ الشَّافِعِيُّ إِلَى أَنَّ الْإِكْرَاهَ لَا يَعْدَمُ الْأَهْلِيَّةَ، وَلَكِنْ يَمْنَعُ التَّكْلِيفَ؛ لِأَنَّهُ يَعْدَمُ الْإِخْتِيَارَ^(١) وَهُوَ شَرْطُ انْعِقَادِ التَّكْلِيفِ حَتَّى إِذَا انْتَفَى الشَّرْطُ، انْتَفَى الْمَشْرُوطُ.

عَلَى أَنَّ مَفْهُومَ عَدَمِ التَّكْلِيفِ - أَثَرًا لِلْإِكْرَاهِ فِي فِقْهِ الشَّافِعِيِّ - لَا يَعْنِي عَدَمَ الْقُدْرَةِ عَلَى فَهْمِ الْخِطَابِ، إِذَا لَمْ تَسْقُطْ أَهْلِيَّتُهُ، بَلْ مَعْنَاهُ أَنَّ خِطَابَ التَّكْلِيفِ لَا يَتَوَجَّهُ إِلَيْهِ إِبَانِ الْإِكْرَاهِ، لِعَدَمِ اخْتِيَارِهِ إِذْ حَرَبِيَّةٌ أَوْ سَلَامَةٌ الْإِخْتِيَارِ، شَرْطُ تَوَجُّهِ التَّكْلِيفِ إِلَيْهِ، وَقَدْ انْتَفَتْ بِالْإِكْرَاهِ فَيَكُونُ هَذَا مَانِعًا مِنَ التَّكْلِيفِ، لِفَوَاتِ شَرْطِهِ، لَا عَارِضًا مِنْ عَوَارِضِ الْأَهْلِيَّةِ - كَمَا قَدَّمْنَا - وَتَأْسِيسًا عَلَى هَذَا لَا يُلْزَمُ الْمَكْرَهُ بِشَيْءٍ مِمَّا يَتَرْتَّبُ عَلَى تَصَرُّفَاتِهِ الْقَوْلِيَّةِ فِيمَا لَوْ كَانَ رَاضِيًا مُخْتَارًا اخْتِيَارًا حُرًّا، فَيَكُونُ عَقْدُهُ بِالْإِكْرَاهِ بَاطِلًا لِعَدَمِ الْإِخْتِيَارِ الْمَانِعِ مِنَ التَّكْلِيفِ وَالْمَسْئُولِيَّةِ.

وَتَوْضِيحُ ذَلِكَ: أَنَّ الْإِكْرَاهَ فِي اجْتِهَادِ الشَّافِعِيِّ إِذْ يَعْدَمُ الْقَصْدُ أَوْ الْإِخْتِيَارُ فَإِنَّ الْمَكْرَهَ حِينَ يَبَاشِرُ صِيغَةَ الْعَقْدِ تَقَعُ لَاغِيَةً؛ لِأَنَّهُ لَا يَقْصِدُ مَعْنَاهَا، وَلَا يَسْتَعْمِلُهَا فِيهِ لِيُنْشِئَ بِهَا عَقْدًا تَتَرْتَّبُ عَلَيْهَا أَثَارُهُ بِدَاهَةِ، فَلَا هُوَ قَاصِدٌ إِنْشَاءَ الْعَقْدِ وَلَا أَثَارُهُ، وَإِنَّمَا يَقْصِدُ مِنْ مَبَاشَرَتِهِ الصَّيْغَةَ تَحْتَ تَأْثِيرِ الْإِكْرَاهِ مُجَرَّدَ دَفْعِ الْأَذَى الْمَهْدَدِ بِهِ فَتَكُونُ لَغْوًا، إِذْ كَيْفَ يُلْزَمُ الْمَرْءُ بِأَثَارِ تَصَرُّفٍ لَمْ يَخْتَرَهُ، أَوْ يَكُونُ مُوَآخَذًا فِيمَا لَمْ يَقْصِدْهُ أَصْلًا؟ لِأَنَّ مِنَ الْمَقَرَّرِ شَرْعًا كَأَصْلٍ عَامٍّ يَقِينِي أَنَّ (الْإِنْسَانَ لَا يُلْزَمُ إِلَّا بِمَا أَلْزَمَ بِهِ نَفْسَهُ بِمَحْضِ اخْتِيَارِهِ وَكَامِلِ رِضَاهِ) ذَلِكَ لِأَنَّ الْإِخْتِيَارَ أَوْ الرِّضَا هُوَ مَبْنَى التَّصَرُّفَاتِ الْقَوْلِيَّةِ شَرْعًا، حَتَّى إِذَا انْعَدَمَ فَقَدْ التَّصَرُّفُ أَسَاسَ شَرْعِيَّتِهِ، فَكَانَ لَذَلِكَ بَاطِلًا، وَالْبَاطِلُ لَا وَجُودَ لَهُ شَرْعًا، لَا أَصْلًا وَلَا أَثَرًا.

(١) وَلَا يُفْسِدُهُ فَحَسَبَ، كَمَا يَذْهَبُ إِلَى ذَلِكَ الْحَنْفِيُّ، وَفَرَّقَ بَيْنَ الْفَسَادِ وَالْبُطْلَانِ عِنْدَهُمْ، بَلْ إِنَّهُمْ يَرَوْنَ فَرْقًا بَيْنَ الْفَسَادِ النَّاشِئِ عَنِ الْإِكْرَاهِ، وَبَيْنَ الْفَسَادِ الَّذِي مَنْشُؤُهُ خَلَلٌ فِي ضَعْفٍ مُلَازِمٍ لِلْعَقْدِ كَمَا سَيَأْتِي.

ذلك ما ترتَّب على اجتِهَادِ الشَّافِعِيَّةِ مِنْ ذَهَابِهِمْ إِلَى أَنَّ الْإِكْرَاهَ مَانِعٌ مِنَ التَّكْلِيفِ، وَإِنْ كَانَ لَا أَثَرَ لَهُ عَلَى الْأَهْلِيَّةِ بِإِطْلَاقٍ.

الْفَرْقُ بَيْنِ الْإِخْتِيَارِ وَالرِّضَا وَتَمَرُّهُ:

يَفْرُقُ الْحَنْفِيَّةُ بَيْنَ الْإِخْتِيَارِ وَالرِّضَا مَفْهُومًا وَأَثَرًا:

فَالِإِخْتِيَارُ هُوَ التَّمَكُّنُ مِنْ فِعْلِ الشَّيْءِ وَضَدُّهُ.

وَأَمَّا الرِّضَا فَهُوَ الرِّغْبَةُ فِي الشَّيْءِ وَالْإِثْبَاطُ إِلَيْهِ.

وَأَمَّا الْإِرَادَةُ فَهِيَ مُجَرَّدُ الْعِزَازِ عَلَى الْفِعْلِ وَتَنْفِيذِهِ، وَعَلَى هَذَا فَالِإِخْتِيَارُ أَعَمُّ، وَالرِّضَا أَخْصُّ.

وَمَعْنَى هَذَا أَنَّهُ يَلِزُّ مِنْ تَحَقُّقِ الرِّضَا وَجُودِ الْإِخْتِيَارِ، وَلَا عَكْسٌ؛ أَيُّ: لَا يَلِزُّ مِنْ وَجُودِ الْإِخْتِيَارِ تَحَقُّقُ الرِّضَا.

وَأَمَّا قُلْنَا: إِنَّ الْإِخْتِيَارَ بِالْمَعْنَى الَّتِي حَدَّدَهَا الْحَنْفِيَّةُ - بِمَعْنَى التَّمَكُّنِ مِنْ فِعْلِ الشَّيْءِ وَضَدُّهُ - وَقَدْ تَحَقَّقَ بِالنِّسْبَةِ إِلَى الْمُكْرِهِ؛ لِأَنَّهُ قَصَدَ إِلَى الصَّيِّعَةِ - وَهِيَ السَّبَبُ - وَلَوْ كَانَ قَصْدُهُ إِلَيْهِ لِمَجَرَّدِ دَفْعِ الْأَذَى عَنْ نَفْسِهِ؛ لِأَنَّهُ كَانَ بَوْسَعِهِ أَلَّا يَفْعَلَ وَيَخْتَارَ أَحْتِمَالِ الْأَذَى الْمَهْدَدِ بِهِ، لَكِنَّهُ آثَرَ اخْتِيَارَ الصَّيِّعَةِ عَلَى اخْتِمَالِ الْأَذَى - أَوْ بِالْأُخْرَى اخْتِيَارَ أَهْوَنِ الشَّرِّينِ، وَأَخَفَ الضَّرَرَيْنِ^(١) دُونَ الرِّضَا بِهَمَا - وَهَذَا هُوَ (التَّمَكُّنُ) مِنْ فِعْلِ الشَّيْءِ وَضَدُّهُ الَّذِي هُوَ مَنَاطُ الْإِخْتِيَارِ عِنْدَ الْحَنْفِيَّةِ فَقَدْ تَحَقَّقَ مَنَاطُ الْإِخْتِيَارِ فِي الْإِكْرَاهِ، وَلَكِنَّهُ اخْتِيَارٌ فَاسِدٌ لِمَكَانِ الْإِكْرَاهِ فِيهِ^(٢) غَيْرَ أَنَّ فُسَادَ الْإِخْتِيَارِ - كَمَا يَرَى الْحَنْفِيَّةُ - لَا يُعَدُّ أَصْلُهُ، فَأَصْلُ الْإِخْتِيَارِ قَائِمٌ مَعَ الْإِكْرَاهِ، وَلَا مُنَافَاةَ بَيْنَ اجْتِمَاعِهِمَا.

(١) رد المختار (٤/٧).

(٢) وهذا ما قرَّره الشَّافِعِيَّةُ أَيْضًا، يَقُولُ الْإِمَامُ التَّوَوِيُّ: «لَا يُشْتَرَطُ سُقُوطُ الْإِخْتِيَارِ، بَلْ إِذَا أَكْرَهَهُ =

هذا ويرى الحنفية أَنَّ شَرْطَ انْعِقَادِ التَّكْلِيفِ هُوَ أَصْلُ الاختِيَارِ لَا صِحَّتُهُ ^(١)، إِذْ يَكْفِي فِي انْعِقَادِهِ وَجُودُ أَصْلِهِ وَلَوْ فَاسِداً، وَعَلَى هَذَا فَلَيْسَ الْإِكْرَاهُ فِي اجْتِهَادِ جُمْهُورِ الْحَنْفِيَّةِ مَانِعاً مِنَ التَّكْلِيفِ، بَلِ التَّكْلِيفُ مُنْعَقِدٌ لَوْجُودِ شَرْطِ انْعِقَادِهِ، وَهُوَ أَصْلُ الاختِيَارِ وَلَوْ كَانَ فَاسِداً، فَكَانَ الْمُكْرَهُ مَسْئُولاً وَمُؤَاخِذاً وَمُكَلِّفاً عَلَى الرَّغْمِ مِنْ كَوْنِهِ مُكْرَهاً لهما. نَعَمْ الرِّضَا مُنْعَدِمٌ مَعَ الْإِكْرَاهِ وَهَذَا بِالِاتِّفَاقِ وَلَا نِزَاعَ فِيهِ، غَيْرَ أَنَّ الرِّضَا فِي اجْتِهَادِ الْحَنْفِيَّةِ شَرْطٌ لِلصَّحَّةِ لَا لِلانْعِقَادِ، حَتَّى إِذَا فَاتَ الرِّضَا بِالِإِكْرَاهِ فَسَدَ الْعَقْدُ وَلَمْ يَبْطُلْ عِنْدَ جُمْهُورِ الْحَنْفِيَّةِ ^(٢)، لِقَوَاتِ شَرْطِ صِحَّتِهِ، وَلِذَا كَانَ لِلْمُكْرِهِ أَنْ يُجِيزَ الْعَقْدَ بَعْدَ زَوَالِ الْإِكْرَاهِ إِذَا شَاءَ تَحْقِيقاً لِرِضَاهِ الْكَامِلِ، فَيَرْتَفِعُ الْفَسَادُ حِينَئِذٍ لِرِزَالِ سَبَبِهِ، وَيَصِحُّ الْعَقْدُ وَيَلْزَمُ، بِمَعْنَى أَنَّهُ تَتَرْتَّبُ أَثَرُهُ عَلَيْهِ مِنْ وَقْتِ إِبْرَامِهِ، لَا مِنْ وَقْتِ الْإِجَازَةِ، وَلَا يَسْتَقِلُّ أَحَدُ طَرَفَيْهِ بِفَسْخِهِ بَعْدَ ذَلِكَ، وَذَلِكَ آيَةُ مُؤَاخَذَتِهِ وَمَسْئُولِيَّتِهِ وَتَكْلِيفِهِ.

وتفسيرُ هذا أَنَّ الْفَسَادَ إِنَّمَا تَقَرَّرَ عِنْدَ جُمْهُورِ الْحَنْفِيَّةِ أَثَرًا وَجِزَاءً لِلِإِكْرَاهِ، لِفَسَادِ الاختِيَارِ وانعدامِ شَرْطِ صِحَّةِ التَّصَرُّفِ ^(٣) وهو (الرِّضَا)، إِذْ بِتَخَلُّفِ شَرْطِ صِحَّةِ الْعَقْدِ يَتَقَرَّرُ فُسَادُهُ ^(٤) حِمَايَةً لِحَقِّ الْمُكْرِهِ، فَيُمنَحُ حَقُّ الْإِجَازَةِ ^(٥) عِنْدَ زَوَالِ الْإِكْرَاهِ، تَحْقِيقاً لِرِضَاهِ

= عَلَى فِعْلٍ يُؤَثِّرُ الْعَاقِلُ الْإِقْدَامَ عَلَيْهِ حَدَرًا مِمَّا تَهَدَّدَ بِهِ، حَصَلَ الْإِكْرَاهُ» روضة الطالبين (٨/ ٥٩). وهذا الإِثَارُ صَرِيحٌ فِي اخْتِيَارِ أَحَدِ الْأَمْرَيْنِ، وَتَفْضِيلِهِ عَلَى الْآخَرِ وَلَا يَتَصَوَّرُ هَذَا إِلَّا بِالْتَّمَكُّنِ وَهُوَ مَنَاطُ الاختِيَارِ الَّذِي حَدَّدَهُ الْحَنْفِيَّةُ.

(١) المراجع السابقة.

(٢) خِلَافاً لِزُفَرٍ مِنَ الْحَنْفِيَّةِ إِذْ يَرَى أَنَّ الْعَقْدَ مَوْقُوفٌ لَا فَاسِدٌ. البدائع (٧/ ١٨٧ وما يليها) فتح القدير (٧/ ٢٩٢ وما يليها)، المبسوط (٢٤/ ٣٨ وما يليها).

(٣) المراجع السابقة.

(٤) وَأَنْتَ عَلِيمٌ بِالْحَنْفِيَّةِ يُفَرِّقُونَ بَيْنَ الْفَسَادِ وَالْبُطْلَانِ.

(٥) رَدُّ الْمُحْتَارِ (٧/ ٤) هَذَا وَذَهَبَ بَعْضُ الْحَنْفِيَّةِ إِلَى أَنَّ عَقْدَ الْمُكْرِهِ بَاطِلٌ غَيْرُ مُنْعَقِدٍ، وَهَذَا يَتَّفِقُ =

الكامِل الذي فات بالإكراه، وإذا توافر الاختيار والرضا كمالاً، صحَّ العقد ولزم في حقِّه، بخلاف ما لو كان باطلاً.

لكن يردُّ على هذا النظر، أنَّ العقد الفاسد لا تلحقه الإجازة كالعقد الباطل، بل هو واجب الفسخ رعايةً لحقِّ الشرع كما تعلَّم، ويُجاب عن هذا من قِبَل جمهور الحنفية أنَّ سبب الفساد في هذا العقد هو رعاية حقِّ المُكرِه شخصياً لا حقِّ الشرع^(١)، فهو فسادٌ من نوعٍ خاصٍّ منشؤه الغدوان على إرادته، فلا يتَّسم بخصائص الفساد الذي منشؤه حقُّ الشرع، - كالزُّبَا والجهالة الفاحشة - ومن خصائص الفساد الذي منشؤه الإكراه قبوله الإجازة، رعايةً للحقِّ الشخصي وهو حقُّ المُكرِه، لانعدام رضاه.

- هذا هو وجه استدلال جمهور الحنفية على ما ذهبوا إليه من الحكم على عقد المُكرِه بالفساد الذي يجوز رفعه بإجازة المُكرِه نفسه عند زوال الإكراه مع بقاءه مُكلفاً مسؤولاً على الرغم من وقوعه تحت تأثير الإكراه.

أمَّا الشافعية فيرون أنَّ عقد المُكرِه باطل، وعبارته لغوٌ بناءً على أنَّ الاختيار والرضا أمرٌ واحدٌ مفهوماً وأثراً، فهما مترادفان لا فرق بينهما، حتَّى إذا انتفى أحدهما انتفى الآخر ضرورةً، ومعلوم أنَّ الرضا مُنتفٍ بالإكراه إجماعاً، فينتفي الاختيار أصلاً ولا تكليف بلا اختيار فبطل العقد؛ لأنَّ الاختيار شرطُ انعقاده^(٢).

= مع رأي الشافعية. الأشباه والنظائر (٢٨٢)، مجمع الأنهر (٤٢٨/٢ ، ٤٣٧)، الأشباه والنظائر للسيوطي (٤٢٨ - ٤٣٧).

(١) المراجع السابقة، وراجع الأشباه والنظائر للسيوطي (ص ٤٢٨ - ٤٣٧) / مصادر الحق (١٦٨/٢) وما يليها و (٤٢٨/٤ ، ٤٣٧).

(٢) المهذب مع المجموع (١٦١/٩)، المغني (٢٥٧/٨).

واستدلَّ الشافعية على أن عبارة المُكرِه لغوٌ، وعقده باطلٌ بقوله تعالى: ﴿لَا إِكْرَاهَ فِي الدِّينِ﴾ ووجهه =

مَنْشَأُ الْخِلَافِ إِذْنُ بَيْنَ الْحَنْفِيَّةِ وَالشَّافِعِيَّةِ هَلِ الْاِخْتِيَارُ وَالرِّضَا أَمْرَانِ مُخْتَلِفَانِ مَفْهُومًا فَكَانَا لَذَلِكَ مُخْتَلَفَيْنِ أَثَرًا، وَغَيْرَ مُتَلازِمَيْنِ، أَوْ أَنَّهُمَا أَمْرٌ وَاحِدٌ مَفْهُومًا وَأَثَرًا، فَكَانَا مُتَرَادِفَيْنِ وَمُتَلازِمَيْنِ طَرْدًا وَعَكْسًا^(١)، فَالْاِخْتِيَارُ هُوَ الرِّضَا، وَالرِّضَا هُوَ الْاِخْتِيَارُ؟

بِالْأَوَّلِ قَالَ الْحَنْفِيَّةُ، وَإِلَى الثَّانِي ذَهَبَ الشَّافِعِيَّةُ.

هَذَا وَتَظْهَرُ ثَمَرُهُ التَّفَرُّقَةُ بَيْنَ الْاِخْتِيَارِ وَالرِّضَا فِي عَقُودٍ خَمْسَةٍ، هِيَ (الرِّوَاجُ، وَالطَّلَاقُ، وَالْعَتَاقُ، وَالرَّجْعَةُ، وَالْيَمِينُ) وَسَيَأْتِي بَيَانٌ عِنْدَ الْكَلَامِ عَلَى حُكْمِ عَقْدِ الْمَكْرَه.

أَقْسَامُ الْإِكْرَاهِ: يَرَى الْحَنْفِيَّةُ أَنَّ الْإِكْرَاهَ مِنْ جِهَةِ قُوَّةِ تَأْثِيرِهِ عَلَى نَوْعَيْنِ^(٢):

أ - إِكْرَاهٌ مُلْجِيٌّ أَوْ تَامٌّ^(٣):

وَهُوَ مَا يَكُونُ التَّهْدِيدُ فِيهِ بِمَا يَفُوتُ النَّفْسَ، أَوْ مَا فِي مَعْنَاهُ مِنْ بَشَرٍ غُضُوٍّ مِنَ الْأَعْضَاءِ، أَوْ بِمَا يُفْضِي إِلَى ذَلِكَ مِنَ الضَّرْبِ الشَّدِيدِ الَّذِي مِنْ شَأْنِهِ إِتْلَافُ النَّفْسِ، أَوْ تَعْطِيلُ غُضُوٍّ، أَوْ الْإِلْقَاءُ مِنْ مَكَانٍ مُرْتَفِعٍ، أَوْ عَمَلٍ مُهِينٍ لِدَى جَاهٍ.

= الاستدلال، أَنَّ الْآيَةَ الْكَرِيمَةَ تَنْفِي ذَاتَ الْإِكْرَاهِ وَهَذَا غَيْرُ مُرَادٍ قَطْعًا؛ لِأَنَّهُ وَاقِعٌ، فَكَانَ النَّهْيُ مُنْصَبًّا عَلَى حُكْمِهِ وَأَثَرِهِ حَالٌ وَقُوعُهُ عَلَى الْمَرْءِ لِيَدْخُلَ فِي الدِّينِ، بِمَعْنَى أَنَّ عِبَارَتَهُ لَاغِيَةٌ لَا أَثَرَ لَهَا شَرْعًا، فَدَلَّ ذَلِكَ عَلَى أَنَّ كُلَّ تَصَرُّفٍ مِنَ الْمَكْرَه لَا أَثَرَ لَهُ.

وَاسْتَدَلُّوا أَيْضًا بِقَوْلِهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «رُفِعَ عَنْ أُمَّتِي الْخَطَأُ وَالنَّسِيَانُ وَمَا اسْتَكْرَهُوا عَلَيْهِ» وَهَذَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّ حُكْمَ تَصَرُّفَاتِ الْمُكْرَهِ الْبُطْلَانُ؛ لِأَنَّ آثَارَهَا مَرْفُوعَةٌ وَلَاغِيَةٌ.

(١) طَرْدًا بِمَعْنَى أَنَّهُ إِذَا وَجَدَ الرِّضَا وَجَدَ الْاِخْتِيَارَ، وَعَكْسًا إِذَا انْتَقَى الرِّضَا انْتَقَى الْاِخْتِيَارَ.

(٢) هَذَا وَقَدْ عَرَفَ هَذَا التَّقْسِيمَ الشَّيْخَةُ الْجَعْفَرِيَّةُ؛ كَاشَفَ الْغَطَاءَ (١٥٦/٣)، مَصَادِرُ الْحَقِّ (٢١١/٢).

(٣) الْبَدَائِعُ (١٧٥/٧)، يَقُولُ التَّفْتَازَانِيُّ مَا نَصَّهُ: «الْإِكْرَاهُ ... إِمَّا مُلْجِيٌّ بِأَنَّهُ يَكُونُ يَفُوتُ النَّفْسَ أَوْ الْغُضُوَّ وَهَذَا مُعْدِمٌ لِلرِّضَا وَمُفْسِدٌ لِلْاِخْتِيَارِ وَإِمَّا غَيْرُ مُلْجِيٍّ بِأَنَّهُ يَكُونُ بِحَبْسٍ أَوْ قَيْدٍ أَوْ ضَرْبٍ وَهَذَا مُعْدِمٌ لِلرِّضَا غَيْرُ مُفْسِدٍ لِلْاِخْتِيَارِ» التَّلْوِيحُ عَلَى التَّوْضِيحِ (٣٩٢/٢).

ب - إكراهٌ غيرٌ مُلجئٍ أو ناقصٌ:

وهو ما يكون التهديد فيه بما لا يؤدي إلى إتلافٍ نفسٍ، أو فوات عضوٍ، أو تعطيله وذلك كالضرب^(١) والحبس، والتهديد بمنع ترقية إن كان موظفًا وهذا الأخير صورة من التهديد النفسي لا الحسي، وكالتهديد بالصَّفع أو الكلام النابي إذا كان موجهاً إلى شخصٍ يغتمُّ مثله بذلك. وإمّا كان هذا غيرٌ مُلجئٍ من قبيل أن بوسع مَنْ وَقَعَ عليه أو هُدِّدَ به أن يتجلَّد للأذى.

فالإكراه المُلجئُ بما يتضمَّن من وعيد يضطرُّ المُكرَّه إلى تنفيذ ما أُكِّره عليه، لما يحدث في نفسه من الرُّهبة، فكانَ مقهوراً، معدوم الرِّضا، فاسد الاختيار.

أمّا الإكراه غيرُ المُلجئِ فلا اضطرارَ فيه ما دام في الوسع تحمُّل الأذى، وما دام لا يؤدي إلى إتلافٍ نفسٍ أو ما في معناه، لذا لم يكن مُفسداً للاختيار وإن كان مُعدماً للرِّضا، إذ لا يجتمع رضا مع إكراهٍ في الطَّبع الإنسانيّ، لمكان الرُّهبة والإخافة التي تحمُّل على الشعور بالاضطرار^(٢).

منشأ تقسيم الإكراه إلى مُلجئٍ وغير مُلجئٍ

إنَّ منشأ تقسيم الإكراه إلى مُلجئٍ وغير مُلجئٍ في اجتهاد الحنفية هو تفرقتهم بين الاختيار والرِّضا، على النحو الذي بينا، خلافاً للشافعية الذين لم يفرّقوا بين الاختيار

(١) بشرط ألا يكون مما يؤدي إلى إتلاف نفس، أو تعطيل عضو وإلا كان من الإكراه المُلجئ، فكان الضرب نوعين بالنظر إلى ما يؤدي إليه. المبسوط (٣٩/٢٤)، البدائع (١٧٥/٧) وما يليها، كشف الأسرار (٣٠٧/٢) وما يليها، تبين الحقائق (١٨١/٥، ١٨٧)، مغنى المحتاج (٢٨٩/٣).

(٢) يقول التفتازاني: «يكون الإكراه إمّا مُلجئاً بأن يضطرَّ الفاعل إلى مباشرة الفعل خوفاً من فوات النفس أو ما هو في معناها كالعضو، وإمّا غير مُلجئٍ بأن يتمكّن الفاعل من الصبر من غير فوات النفس أو العضو». التلويح على التوضيح (٣٩٠ / ٢).

والرّضا، وعليه فالإكراه عند الشّافعيّة هو الإكراه الملجئ فقط، وأمّا غير الملجئ فليس إكراهاً لانتفاء علّة الاضطرار فيه الناشئة عن الرّهبة.

وحده أثر الإكراه بنوعيه، على التّصرّف القوليّ:

وأياً ما كان فالإكراه بنوعيه من الملجئ وغير الملجئ، سواء من جهة تأثيرهما على التّصرّف القابل للفسخ في فقه الحنفيّة كالبيع أو الإجارة إذ كلاهما يعدم الرّضا^(١)، فحكمهما واحد بالنسبة إلى هذا التّصرّف فيبطله، أو يفسده، أو يوقفه، أو يجعله غير لازم على الخلاف على ما سيأتي بيانه في فقه المذاهب.

الإكراه النفسي غير المباشر: هذا وذهب المالكيّة وبعض الحنفيّة إلى أنّ ثمة نوعاً آخر من الإكراه النفسيّ أو المعنويّ غير المباشر، وذلك بأنّ يقع الإكراه أو الوعيد به، على أحد والدي المكروه، أو كليهما أو ابنه أو زوجته، أو ذي رحم محرم منه، وهو معدم للرّضا^(٢).

حكم عقد المكروه في فقه المذاهب:

للفقهاء في حكم عقد المكروه آراء، هي:

الأوّل - مذهب الشّافعيّة ورأي عند الحنابلة: العقد باطل، وعبارة المكروه وصيغته لغو؛ لأنّ الباطل والفاسد والموقوف عندهم سواء.

(١) أمّا أن الإكراه بنوعيه الملجئ وغير الملجئ يعدمان الرّضا فذلك لأنّ بقاء الاختيار حتى في الملجئ، لأهون الشرين أو أخف الضررين يتم مع عدم الرّضا بأي منهما.

(٢) المبسوط (١٤٣/٢٤ - ١٤٤)، الخطاب (٢٥٠/٤ - ٢٥١)، ونصّت (المادّة ١٩٣)، من مُرشّد الحيران على أنّ «الإكراه يجسّس الوالدين والأولاد وغيرهم من ذي رحم محرم، أو بضربهم يعدم الرّضا».

الثاني - مذهب جمهور الحنفية^(١): العقد فاسدٌ يصح بالإجازة من المكره عند زوال الإكراه، ويرتفع بإجازته العقد فسادُه، تحقيقاً لِرضاه الكامل؛ لأنَّه تصرفٌ صادرٌ من أهله، مُضافٌ إلى محله، لكنَّه قاصِدٌ للسبب غير راضٍ بآثره.

الثالث - رأي المالكية ورأي آخر عند الحنابلة^(٢): العقد صحيحٌ نافذٌ لكنَّه غير لازم، قياساً للإكراه على سائر عيوب الرضا، من العَلَطِ والتدليس والعَبْنِ لأنها مفسدةٌ للاختيار لا معدمة له^(٣).

الرابع - مذهب زُفر من الحنفية^(٤): العقد موقوفٌ بمعنى أنَّه صحيحٌ مُنعقدٌ، ولكنَّه موقوفٌ الآثار فلا تترتب أحكامه وآثاره عليه، وذلك أنَّ الرضا شرطٌ لِعَدَمِ البيع لا لصحَّته، وهذه المرحلة تالية لصحَّة العقد فصار كالفضولي^(٥)، وعلى هذا فإنَّ عقد المكره موقوفٌ وقت إبرامه.

(١) البدائع (١٨٧/٧) وما يليها، المبسوط (٣٨/٢٤) وما يليها، مصادر الحق (١٨٧/٤) وما يليها) رد المختار (٧/٤).

(٢) البهجة شرح التحفة (٧٦/٢)، والشرح الكبير للدردير (٦/٣)، المغني (٢٥٧/٤)، هذا ورأي المالكية يتفق مع رأي الحنفية من حيث الإكراه يفسد الاختيار، ويعدم الرضا، غير أنَّ المالكية يرون الجزء عَدَمَ اللزوم في حين يراه الحنفية، الفساد لانتهاء شرط الصحة وهو الرضا.

(٣) تحصيل مما تقدّم أنَّ للحنابلة رأيان: أحدهما البطلان وهو قول الشافعية، والآخر عَدَمُ اللزوم وهو رأي المالكية، وفي هذا يقول المرداوي: «فإن كان أحدهما مكرهاً: لم يصح هذا البيع (بطل)، هذا المذهب بشرط، وعليه الأصحاب. وقال في الفائق؛ قلت: ويَحْتَمِلُ الصَّحَّةُ، وثُبُوتُ الخيارِ عند زوال الإكراه». الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف للمرداوي (٢٦٥ / ٤).

(٤) البدائع (١٨٦/٧)، المبسوط (٥٦/٢٤ ، ٥٩).

(٥) في حين يرى الإمام وصاحبه أنَّ فوات شرط الصَّحَّة لا يوجب انعدام الحكم والأثر كسائر العقود الفاسدة.

ورأي زفر هو الرّاجح فيما يبدو؛ لأنّ حُكْمَ العَقْدِ مرْتَبِطٌ بِحَقِّ المُكْرِهِ نَفْسِهِ لا بِحَقِّ الشَّرْعِ حتّى يكونَ باطلاً أو فاسداً، وذلك يَتَقَضَى الوَقْفَ على إِجازةِ صاحِبِ الشَّأْنِ حِمَايةً لِحَقِّهِ الخاص بعد زوال الإكراه لانعدام رضاه، فقد يراه في مَصْلَحَتِهِ فيمضيه، وقد يراه في غير مَصْلَحَتِهِ فينقضه.

- ثمَّ إنّ تعليلَ الحَنْفِيَّةِ لصَحَّةِ الإِجازة أَنَّهُ حَقٌّ شَخْصِيٌّ، لا يقتضي الفسادَ بل الوقفَ، حِمَايةً لِلْحَقِّ الخاصِّ، كما لا يَسْتَقِيمُ هذا مع القولَ بِعَدَمِ اللُّزومِ لأنَّ هذا مِنْ موجباتِ شَوَائِبِ الرِّضَا لا انعدامِهِ؛ لأنَّ مِنَ المَعْلومِ أَنَّ العَقْدَ غَيْرَ اللَّازِمِ عَقْدٌ صَحِيحٌ مُنْعَقِدٌ نافِذٌ، وهذا لا يُتَصَوَّرُ مع انعدامِ الرِّضَا بالإكراه.

- وأما قياسُ الإكراهِ على سائرِ شَوَائِبِ الرِّضَا مِنَ العَلَطِ والتَّدْلِيسِ والعَبْنِ فلا يَسْتَقِيمُ؛ لأنَّه قياسٌ مَعَ الفارقِ إِذِ الإكراهُ قَسْرٌ وإِجبارٌ يَنْعَدِمُ به الرِّضَا، بِخِلَافِ العَلَطِ والتَّدْلِيسِ والعَبْنِ فَأَصْلُ الرِّضَا قائمٌ فيها، وَلَكِنَّه مَشُوبٌ بِعَيْبٍ.

لهذا كانَ القولُ بالوقفِ كجزءٍ على الإكراهِ أَقْرَبَ إلى ما تقتضيه القواعد^(١).

العُقودُ المُستثناهُ من أثرِ الإكراهِ

ذهبَ الحَنْفِيَّةُ إلى أَنَّ عُقوداً خَمسةً تَقَعُ صَحِيحَةً نافِذةً لازمةً مع الإكراهِ كما لو كانَ مِنْ صَدَرَتْ عَنْه حَرّاً مُخْتاراً، وهي: (الزَّواجُ، والطَّلَاقُ، والعَتاقُ، والرَّجْعَةُ، واليَمِينُ) دَهَاباً مِنْهُمْ إلى أَنَّ الشَّارِعَ اسْتَثْنَاهَا، فَحَكَمَ بِصَحَّتِهَا ونفاذِها، والإلزامَ بِآثارِها مَعَ الهِزْلِ، واكتفى بِالاخْتِيَارِ مع انعدامِ الرِّضَا، والمُكْرَهُ كَذَلِكَ إِذْ هو مُخْتارٌ لِلصَّيْغَةِ، غيرَ راضٍ بِآثارِها، فَتَصَحُّحٌ وتَلَزُّمٌ ولو انعدمَ الرِّضَا، قياساً على الهِزْلِ، ولأنَّها مِنْ حَقوقِ اللَّهِ تعالى التي يَتَعَلَّقُ بِها مَصْلَحَةٌ شَرْعِيَّةٌ عامَّةٌ.

(١) البدائع (١٨٧/٧) وما يليها، المبسوط (٣٨/٤) وما يليها، فتح القدير (٢٩٢/٧).

ويلاحظ أنَّ هذه التصرفات القولية لا تقبلُ الفسخ.

فدليلُ الحنفية هو قياسُ الإكراهِ على الهزل، لقوله صلى الله عليه وسلم: «ثلاثٌ جدُّهنَّ جدٌّ، وهزُّهنَّ جدٌّ: الطلاقُ، والنكاحُ، والعَتاقُ»^(١) وفي بعضِ الروايات: «اليمينُ، والرجعةُ» وأمَّا ما عدا ذلك من العقود فلا تصحُّ ولا تنفُذُ وتُلزَمُ من أصدرها بآثارها، إلَّا إذا كانَ حرًّا مختاراً راضياً بآثارها.

وقالوا في توجيهِ استدلالهم بالحديث: إنَّه مادام لم يمتنع الوقوعُ مع وجودِ ما يضادُّ الجدَّ، فلا نَّ يمتنعُ بسببِ الإكراهِ أولى؛ لأنَّ الإكراهَ لا يضادُّ الجدَّ، فإنَّه إكراهٌ على الجدِّ وأجاب على ذلك، وإثماً ضدَّ الإكراهِ الرضا^(٢).

ولم يفرِّق جمهورُ الفقهاء من جهة أثرِ الإكراهِ بين حقٍّ وحقٍّ، ولا بين تصرفٍ وتصرفٍ، فلم يحكموا بصحة هذه العقود ونفاذها مع الإكراهِ على من أصدرها، وإلزامه بآثارها، بل سحبوا حكم الإكراهِ عليها كسائر التصرفات، على الخلافِ بينهم في حكم عقد المُكره، واستدلَّوا منهم بحديث الرسول صلى الله عليه وسلم: «رُفِعَ عَنْ أُمَّتِي الخطأُ، والنسيانُ، وما أُسْتُكْرِهوا عَلَيْهِ»^(٣).

(١) رواه أبو داود في الطلاق، باب في الطلاق على الهزل، (٢١٩٤) والترمذي في الطلاق، باب ما جاء في الجد والهزل في الطلاق، (١١٨٤).

(٢) ينظر المبسوط للسرْحسي (٤١/٢٤ - ٤٢).

(٣) أخرجه ابن ماجة (٢٠٤٥ و ٢٠٤٦) وتقدَّم الكلام عليه ص (٢٨٥).

ومقتضى هذا الحديث - كما يرى الإمام الشافعي - «أَنَّ يَكُونَ حُكْمُ كُلِّ مَا أُسْتُكْرِهَ عَلَيْهِ عَفْوَ، وَلَأنَّ الْقَصْدَ إِلَى مَا وَضِعَ لَهُ التَّصَرُّفُ شَرْطُ جَوَازِهِ، وَلِهَذَا لَا يَصِحُّ تَصَرُّفُ الصَّبِيِّ وَالْمَجْنُونِ، وَهَذَا الشَّرْطُ يَفُوتُ بِالْإِكْرَاهِ؛ لِأَنَّ الْمُكْرَهَ لَا يَقْصِدُ بِالتَّصَرُّفِ مَا وَضِعَ لَهُ، وَإِنَّمَا يَقْصِدُ دَفْعَ مَصْرَةِ السَّيْفِ عَنْ نَفْسِهِ». بدائع الصنائع (١٨٢/٧).

ومفاد هذا بطلان تصرفات المُكره بإطلاقي، ما كان من العقود الخمسة التي لا تحتلُّ الفسخ، =

وما ذهب إليه الجمهور هو الرَّاجح لقوة دليلهم، وضعف الحديث الذي استدلَّ به الحنفية.

وأما قياس الإكراه على الهزل الذي استند إليه الحنفية، فهو قياسٌ مع الفارق، إذ الهزل لا قسَر فيه من جهة اتخاذ السبب أو مباشرة الصيغة؛ لأنَّ الهزل حرٌّ مختارٌ في ذلك، ولكنه غير راضٍ بثبوت حكمه؛ لأنَّه عابث، وليس كذلك المكره لقسره على اتخاذ السبب، وللعُدوانِ على رضاه.

صحيحٌ أنَّ كلاً منهما غير راضٍ بحكم السبب غير أنَّ الهزل لا يَرْضَى به؛ لأنَّه عابثٌ، وللشَّارع أن يُلزِمه بالأثر جزاءً على هزله وعيبه، وحفاظاً على مصلحةٍ شرعيةٍ عامَّةٍ في الرِّوَج والطلاق وما إليهما، إذ ليست هذه محلاً للهزل في اعتبار الشَّارع، بدليل ورود الحديث نصّاً في ذلك، وليس كذلك المكره لأنَّه لم يَرْضَ بالأثر للإكراه لا للعبث، فلا يستحقُّ الجزاء، بل هو جديرٌ بالحماية للعدوانِ على حريّة اختياره ورضاه، وقد أيد هذا النّظر ورودُ حديث «رُفِعَ عَنْ أُمَّتِي الْخَطَأُ، وَالنَّسْيَانُ، وَمَا أُسْتُكِرَ هُوَا عَلَيَّهِ» نصّاً في هذا المعنى.

وأيضاً قصد الشَّارع من ترتيب حكم الهزل في التّصرُّفِ حمايةً مصلحةٍ شرعيةٍ عامَّةٍ، بينما قصده في رفع أثر التّصرُّفِ حال الإكراه حمايةً مصلحةٍ خاصّةٍ للمكره، فافترقا مفهوماً وأثراً ومقصدًا.

ثمَّ إنَّ اجتهاد الحنفية لا يستقيم في منطق الشَّرع الحنيف:

إذ كيف نلزم المكلفَ بآثار عقد زواجٍ قد أكرهه على إنشائه إكراهاً، حتى كان مسلوب الإرادة والرضا، وهما أساس التّصرُّفِ في هذا التّشريع؟

= وما عداها أيضاً. أعلام الموقعين (٤/٤٣)، والإكراه الملجئ هو الحمل على فعلٍ لا يقصده الفاعل.

وكيف نحمّله على إنهاء حياته الزوجية بالطلاق قسراً وإكراهاً، ونلزمه بآثار ذلك؟
ليس هذا مما يتسبّق وتشريع الله ورسوله قطعاً، ولو قالوا فيها بالفساد أو الوقف
تحقيقاً لحماية المكره لكان أولى وأجدر، وأقرب إلى روح التشريع ومقاصده^(١).

أنواع الإكراه:

يقسم الأصوليون والفقهاء الإكراه إلى قسمين أساسيين: إكراه بحق، وإكراه بغير
حق.

وللإكراه بحق أمثلة كثيرة، منها:

- إجبار القاضي المدين الواحد المماطل على بيع ماله أداءً لحق ثابت في ذمته،
مستحقّ لدائنه دفعاً لظلم المطل.

- إجبار المكلّف على أداء حقّ عامّ للدولة، كالخراج والزكاة.

- إجبار مالك الأرض أو الدار الملاصقة لمسجد أو لشارع عامّ على بيعها^(٢)
توسعه لهما، لما في ذلك من مصلحة شرعية عامة.

- إجبار المحتكر على إخراج السلع المحتكرة التي يحتاجها الناس، ولاسيما المواد
الغذائية، وعرضها في السوق، ثم بيعها عليه جبراً إذا امتنع، وبالسعر العادل الذي يحدّده
الإمام، دفعاً للضرر عن العامة.

(١) اتّجه الحنفية إلى تخفيف الأعباء المالية عن المكره حال إكراهه على الطلاق، وإنّزاهه بآثره،
فقالوا: يتحمّل عبء المهر، المكره (بكسر الراء) وقالوا أيضاً: إذا كان الإكراه صادراً من الزوجة
سقط مهرها. البدائع (١٨٨/٧).

ولكنّ عبء التبعة المالية أيسر وأهون من سائر آثار قطع العلاقة الزوجية، وهدم الأسرة.

(٢) وهو ما يُطلق عليه الاستملاك. المبسوط (١٠١/٢٤) وما يليها.

- جبرُ الولاية على بيع أموالهم لردّ ما جمعوهُ من النَّاسِ ظلماً بسُلطانِ الولاية، أو استغلالٍ لنفوذهم^(١). وغير ذلك كثير ...

فهذا النوعُ من الإكراه هو في حقيقته جبرٌ شرعيٌّ على تصرُّفٍ قوليٍّ، أو على التعاقد، أداءٌ لحقٍّ ثابتٍ في ذمّة المدين مستحقٌّ لدائنه إذا ماطل في أدائه، وهو قادر واجد، أو أداءٌ لحقٍّ الله تعالى، مما يتعلّق به مصلحة شرعية عامة، فليس عيباً من عيوب الإرادة أو الرضا. ذلك، أن مناط هذا الجبر الشرعيّ - كما ترى - هو ما يتأدّى به الحق والعدل، وتحقّق المصلحة الشرعيّة المعترية، وهذا قوام الشرع كله.

لكلّ ما تقدّم استقرّ الإكراه بحقٍّ مبداً عاماً في الفقه الإسلاميّ فيما يتعلّق بإجراء العقود والتصرّفات القوليّة، بوجه خاصّ، وقد عدّه المشرّع عملاً مشروعاً بل واجباً وتكليفاً بما هو وسيلةٌ إلى تحقيق غرضٍ مشروعٍ تقاعس المكلف به عن تحقيقه.

فمصدر الإكراه بحقٍّ هو الشرع، ومناطه العدل والمصلحة الشرعيّة المعترية فكان هذا النوع من الإكراه تكليفاً لازماً، لا مانعاً من التكليف لأنّه تعيّن طريقاً لتحقيق العدل والمصلحة المشروعة، حين تخلّفت حرّية الاختيار، وسلامة الرضا، تعتاً وظلماً، عن تحقيق ذلك، فكان ضرباً من التكليف الواجب أو الجبر الشرعيّ، إلزاماً بأداء الحق.

وإذا كان الإكراه الشرعيّ على الأداء عند الامتناع تعتاً أو من دون عذرٍ مما يستلزم دفع الظلم ودفع الظلم عدلٌ، فإن الإكراه بحقٍّ تعيّن وسيلةً لتحقيق غرضٍ مشروعٍ بدهاءه، فلم يعتبره الشارع مفسداً للاختيار، ولا معدماً فلا يفسد التصرف أو يبطله،

(١) الخرشي (٩/٥) الحطاب (٢٥٢/٤ - ٢٥٣)، المبسوط (١٠١/٢٤)، وراجع بحثاً مستفيضاً في التسعير الجبري في كتاب الفقه الإسلاميّ المقارن.

بدليل أَنَّ الشَّرْعَ جَعَلَ نِسْبَةَ التَّصَرُّفِ إِلَى الْمُكْرَهِ عَلَيْهِ صِغَةً وَآثَرًا، كَمَا لَوْ كَانَ حَرًّا مُخْتَارًا
كامل الرضا صحيح الإرادة^(١).

فلسفة التشريع الإسلامي فيما يتعلق بالإكراه بنوعيه

بإمعان النظر في فقه هذه المسألة أصوليًا، من الإكراه بحق، والإكراه بغير حق، نجد
أنهما وإن اختلفا حكمًا ووضعًا شرعيًا، إذ الأول جبر شرعي، والثاني جبر مُحَرَّم لا يجوز
الإقدام عليه، غير أنهما حُكْمَانِ قَدْ اتَّحَدَا غَرَضًا ومُقْصِدًا من العَدَلِ والمصلحة المعتبرة
التي هي مقصودُ الشَّرْعِ.

وتفسير ذلك أَنَّهُ إِذَا كَانَ الْإِكْرَاهُ بِغَيْرِ حَقٍّ عَمَلًا مُحَرَّمًا شَرْعًا^(٢) فَإِنَّ فِي نِسْبَةِ
التَّصَرُّفِ وَآثَارِهِ إِلَى الْمُكْرَهِ عَلَيْهِ مَعَ انْتِقَاءِ رِضَاهُ اعْتِدَاءٌ عَلَى عَصَمَتِهِ وَحَقُوقِهِ، لِذَا قُطِعَ
الشَّارِعُ عَنْهُ تِلْكَ النِّسْبَةُ سَبَبًا وَآثَرًا صَوْنًا لعصمته، ورعاية لحقوقه خشية أن تفوت مِنْ
دُونِ اخْتِيَارِهِ^(٣) بِخِلَافِ الْإِكْرَاهِ بِحَقٍّ، إِذْ لَيْسَ فِي نِسْبَةِ التَّصَرُّفِ وَآثَارِهِ إِلَى الْمُكْرَهِ عَلَيْهِ
إِنْشَائِهِ مَسَاسَ بعصمته، أو عدوان على حقوقه، بل فِي إِجْبَارِهِ عَلَى صِيَانَةِ عَصْمَةِ غَيْرِهِ
عَلَى النُّحُوِّ الَّذِي صِيغَتْ عَصَمَتُهُ وَمَنْعُهُ مِنْ هُضْمِ حَقِّ غَيْرِهِ، كَمَا رُوِعِيَتْ حَقُوقُهُ، فَاتَّحَدَا
غَرَضًا ومُقْصِدًا وَإِنْ اختلفا حكمًا، كما ترى.

فَتَبَدَّى لَنَا أَنَّ أَسَاسَ فِلَسَفَةِ التَّشْرِيعِ الْإِسْلَامِيِّ فِيمَا يَتَعَلَّقُ بِالْإِكْرَاهِ بِنَوْعِيهِ هُوَ
(العصمة) الَّتِي تَقَرَّرَتْ حَقًّا ثَابِتًا لِكُلِّ إِنْسَانٍ شَرْعًا لِأَنَّهَا إِذَا كَانَتْ تَقْضِي بِتَحْرِيمِ نِسْبَةِ
التَّصَرُّفِ وَآثَارِهِ إِلَى الْمُكْرَهِ عَلَيْهِ عَلَى إِنْشَائِهِ وَرَفْعًا لِلْعُدْوَانِ عَلَيْهَا، فَإِنَّ تِلْكَ (العصمة) بَعَيْنُهَا

(١) فَالتَّصَرُّفُ صَحِيحٌ نَافِذٌ مُنْتَبِجٌ لِآثَارِهِ وَلَا زِمٌ، مَعَ الْإِكْرَاهِ إِذَا تَأَدَّى بِهِ الْحَقُّ، الْمَوَاقِفُ (٤/٢٥٢)،
الخرشي (٩/٥).

(٢) التلويح مع التوضيح (٢/١٩٦-١٩٧).

(٣) المَرْجِعُ السَّابِقُ، وَكُشِفَ الْأَسْرَارُ (٢/٣٠٧ وما يليها).

هي التي تقضي كذلك بإجباره على أداء الحقوق الثابتة في ذمته، والمستحقة للغير من الفرد أو الأمة، إذا ما طُل أو امتنع عن أدائها، وهو قادر مليء لوحدة المناط وهو (العصمة) في حق الغير عدلاً وإنصافاً، ويُلغى اختيار المُكره ورضاه، حين تخلفاً - تعتُناً أو مماطلةً - عن أداء الحق المستحق أو تحقيق مقتضى العدل، من المصالح العامة المشروعة لتقوم مقامها إرادة الشرع المجبرة عن طريق القضاء أو سلطان الدولة تنفيذاً لهذا التكليف، مراعاة، إذ (الإكراه على دفع الظلم عدل).

وهكذا فإن اختلاف الحكم في الوسائل لا يوجب التباين في الغرض والمقصد، إذ لا تناقض في تشريع الله ورسوله.



الفصل السادس

الخيارات

المبحث الأول : خيار الشرط

المبحث الثاني : خيار الرؤية

المبحث الثالث : خيار العيب

المبحث الرابع : خيار التعيين

مدخل

الخيار اصطلاحاً هو: اختيار إمضاء العقد أو فسخه ورفع من أساسه، أو أن يختار شيئاً من اثنين أو ثلاثة.

ونتناول أهم الخيارات بالبحث وهي:

خيار الشرط وخيار الرؤية وخيار العيب وخيار التعيين

هذا والخيارات لا تكون إلا في العقود اللازمة، أما العقود غير اللازمة بطبيعتها فليست مجالاً للخيارات، إذ لا فائدة منها، كالوكالة والشركة.

هذا والخيارات قسمان:

الأول - خيارات شرطية : يثبت بالاشتراط، واتفاق المتعاقدين عليه، وذلك ك (خيار الشرط ، وخيار التعيين).

الثاني - خيارات شرعية : يُثبتها الشارع نفسه، وتوجد بوجود أسبابها، من دون اشتراط وذلك ك (خيار الرؤية ، وخيار العيب).

المبحث الأول

خيار الشَّرْطِ

خيار الشَّرْطِ ، من إضافة الشَّيْءِ إلى سَبَبِهِ ؛ أي: خيار سَبَبِهِ الشَّرْطُ. تعريفه: ما يُشترَطُ في صلبِ العقدِ، أو بعده، لأحدِ المُتعاقدَيْنِ، أو كليهما، أو لغيرهما، من إمضاءِ العقدِ أو فسخِهِ، في مدة مُعَيَّنة. حكم هذا الخيار: يصيرُ العقدُ اللازمُ بطبيعته غير لازم بالنسبة لمن شَرَطَ الخيار، وَذَهَبَ الإمامُ مالكٌ إلى أن شَرَطَ الخيار يَثْبُتُ بالشَّرْطِ أو العرفِ. والأصل في خيارِ الشَّرْطِ ما روي أَنَّ حَبَّانَ بْنَ مُنْقِذٍ بْنَ عَمْرِو الأَنْصَارِيِّ كَانَ يُعَبِّرُ في البيعاتِ، فَقَالَ لَهُ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «إِذَا بَايَعْتَ فَقُلْ: لَا خِلَابَةَ، وَلِي الْخِيَارُ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ»^(١).

وحكمة مَشْرُوعِيَّةِ الخيار الحاجة إلى التَّروِي، والمشاورة، أو استطلاع رأي أهل الخبرة، وهو يخشى فوات الصفقة ولذا شرع استحساناً لهذا الغرض، إذ القياس يقضي بَعْدَمَ تعليق عقود المعاوضات ويوجبُ أن ينعقدَ العقدُ لازماً، مراعاة لاستقرار التَّعاملِ، فإذا وجد المشتري المبيع يتفق مع مصلحته، أمضى العقد، وإلا نقضه من أساسه. هذا وأجازَ جُمهُورُ الفُقهَاءِ اشتراط الخيار بعد العقد وإن كان الأصل أن يُشترَطُ في صلبه.

(١) البخاري في البيوع، باب ما يُكْرَهُ مِنَ الخِدَاعِ فِي البَيْعِ (٢١١٧)، مسلم في البيوع، باب من يخدع في البيع (١٥٣٣)، وينظر: نصب الرأية (٤ / ٦).

مدة خيار الشرط: اتفق الفقهاء على جواز اشتراط هذا الخيار ثلاثة أيام فما دونها لصريح النص: «وَلِيَ الْخِيَارُ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ»، واختلفوا فيما زاد عن ثلاثة أيام.

١- فذهب أبو يوسف ومحمد بن الحسن، والحنابلة، إلى أنه يجوز الاشتراط إلى أكثر من ثلاثة أيام، ودون تحديد إذا اقتضت الحاجة ذلك، تحقيقاً لحكمة تشريعه.

٢- وذهب أبو حنيفة، وزفر، والشافعية، إلى عدم جواز الخيار إلى أكثر من ثلاثة أيام، لورود النص، ولأنه جاء على خلاف القياس، فلا يتوسع فيه، ولأنه شرع للضرورة، وهي تقدر بقدرها. ولكن هذا التعليل حجة عليهم، إذ قد تقتضي الضرورة أكثر من ثلاثة أيام.

أما المالكية فقد رأوا أن المدة إنما يكون تحديدها، تبعاً لنوع التصرف^(١)، فقد يقتضي اليوم، أو اليومين، أو الشهر، أو الأكثر^(٢) من ذلك، وهذا رأي سديد.

ومجال خيار الشرط العقود اللازمة القابلة للفسخ، كما تقدم.

حكم شرط الخيار في العقد:

أولاً - أنه غير لازم بالنسبة لمن شرط له، فتكون له سلطة فسخه خلال المدة الموعونة أو إمضائه، حتى إذا نقضه غداً كأنه لم يكن، وإذا أمضاه لزم في حقه منذ إنشائه. فإذا كان الحق للمشتري كان له وحده حق الإمضاء والفسخ.

وإذا كان للعاقدين كليهما ملك كل منهما حق الإمضاء والفسخ على استقلال، حتى إذا فسخ أحدهما العقد بطل، أما لو أمضاه أحدهما بقي حق الآخر فإن أمضاه لزم في حقه، وإن فسخه بطل.

(١) بداية المجتهد (١٧٢/٢).

(٢) المغني (٥٨١/٣)، والبدائع (٢٦٤/٥).

وإذا كانَ لغيرهما، نائباً عن أحدهما فإنه يملكه، كما يملك الأصل أيضاً.

ثانياً - أمّا الأثر الثاني لِشَرْطِ الخيارِ فهو مُنْصَبٌّ على حكمِ العَقْدِ، إذْ يَمْنَعُ انتقالَ أو خُرُوجِ العَوْضِ مِنْ مِلْكٍ مَنْ لَهُ شَرْطُ الخيارِ، فإذا كانَ للبائعِ لم يخرج المبيع عن ملكه، طوال مدّة الخيارِ، إذْ لا ينتقل الملك إلّا مع الرِّضا، والرِّضا هنا غير باتٍ أو هو متردّد، بل يَذْهَبُ بَعْضُهُمْ إلى أَنَّهُ معدومٌ.

وإذا كانَ شَرْطُ الخيارِ للمُشْتَرِي فكذلك لا يخرج الثَّمَن عن ملكه، طوال مدّة الخيارِ، لِعَدَمِ توافر الرِّضا الباتِ.

وإذا كانَ الشَّرْطُ لكليهما، فإنَّ العَوْضَيْنِ لا يخرجان عن ملكيهما بل يقيان على حكم الأصل.

هذا وإذا كانَ شَرْطُ الخيارِ مانِعاً من خروجِ العَوْضِ عن ملكٍ من شَرْطٍ له، فلا يمنع أن يخرج العوض عن ملك الطرف الآخر؛ لأنَّ العَقْدَ في حَقِّه لازم منذ إنشائه، ومعنى هذا أنَّ أثر خيارِ الشَّرْطِ على العَقْدِ هو عَدَمُ تَرْتُّبِ حكمِ العَقْدِ بالنسبة لمن شَرْطَ له.

وَذَهَبَ بَعْضُ الْمُفْهَمَاءِ إلى أَنَّ خيارَ الشَّرْطِ لا تأثيرَ له إلّا على لزومِ العَقْدِ، لا على نفاذه، فيبقى صحيحاً نافذاً تترتب عليه كآفته آثاره، غير أنَّه بالنظرِ لخيارِ الشَّرْطِ يَكُونُ لمن شَرْطَ له حقٌّ فُسْخِهِ، ومعلومٌ أنَّ العَقْدَ النَّافِذَ غيرَ اللَّازِمِ، تترتب عليه آثاره فوراً انعقاده^(١).

سقوط خيارِ الشَّرْطِ - يسقطُ خيارُ الشَّرْطِ بالأسباب الآتية:

١ - مضي مدة الخيار المحددة، مِنْ دُونِ إمضاء أو فسخ، ويلزِمُ العَقْدَ منذ إبرامه.

(١) فتح القدير (١٢١/٥).

٢ - الفسخ أو الإمضاء، صراحةً، أو دلالة^(١)، فإن فسخه عُذَّكَان لم يكن، وإن أمضاه لزم منذ إنشائه، ويُشترط أن يكون ذلك خلال المدة المحددة.

٣ - موت من له حق الخيار، فلا يورث؛ لأنه رغبة ومشية وعليه الحنفية والحنابلة.

ويرى المالكية والشافعية أن خيار الشرط يورث، فلا يسقط بموت من شرط له لأنه حق تعلق بالأموال، والحق قد يورث عندهم.

٤ - هلاك محل العقد، أو تغير صورته عما كان عليه وقت التعاقد بحيث يتعذر رده إلى الحال التي كان عليها عند فسخ العقد.

(١) والفسخ صراحةً؛ كأن يقول: «فسخت العقد، أو أبطلته، أو نفضته».

والفسخ دلالة كأن يتصرف البائع الذي شرط له الخيار بالمبيع، تصرفاً شرعياً ببيعه إلى الغير، أو تصرفاً مادياً كالزيادة فيه. والإجازة صراحةً؛ كأن يقول: «أجزت العقد». وكذلك المشتري، كأن يقول صراحةً: «فسخت العقد، أو أجزته».

= أمّا فسخه دلالة فكأن يتصرف المشتري بالتّمن إذا كان عيّناً، تصرفاً مادياً أو شرعياً.

أمّا الإجازة دلالة، فكأن ينقل المشتري الأثاث إلى الدّار التي اشتراها بشرط الخيار.

المبحث الثاني

خيار الرؤية

تعريفه: هو حقُّ العاقد في فسخ العقد أو إمضائه، عند رؤية محله، إذا لم يكن رآه وقت التعاقد أو قبله بمدة لا يتغير في مثلها عادة.

سبب ثبوته: يتبين من التعريف أنَّ سبب ثبوته هو عدم رؤية محلِّ العقد الرؤية نفسها، وهذا يظهر في حالتين.

أولاهما: عدم رؤية محلِّ العقد وقت إنشائه.

الثانية: أنَّ تكون رؤية سابقة لمحلِّ العقد قبل التعاقد بمدة، ثم يراه متغيراً عند التعاقد، إذ تعتبر تلك الرؤية كأن لم تكن؛ لأنَّها لم تعد وسيلةً صالحة للعلم بالمحل والإحاطة به مما يتحقق به مقصوده.

مَشْرُوعِيَّةُ خيارِ الرؤية: للفقهاء في أصل مَشْرُوعِيَّةِ خيارِ الرؤية رأيان:

أولهما: أن خيار الرؤية غير مشروع أصلاً، وهذا رأي الإمام الشافعي في الجديد^(١).

ووجهة نظره: أنَّ خيار الرؤية يفترض قيام عقد بيع صحيح لعين مُعَيَّنَةٍ بالذات غائبة وموصوفة، حتى يتصوَّر فسْخُؤه، وهذا النوع من بيع الغائب باطل، ولو كان محله موصوفاً، لفوات شرط من شروط انعقاده، وهو العلم بمحلِّ العقد علماً نافياً للجَهالةِ أو

(١) وأمَّا مذهبه القديم فيجيز بيع الغائب إذا بيَّن المُتعاقدُ جنسه ونوعه، دون بيان لما عليه من الأوصاف، وعلى هذا ثبت فيه خيار الرؤية، لكنَّه يتحدَّد في مجلس الرؤية. مغني المحتاج (١٨/٢).

الْعَرَرِ، وَلَا يَتِمُّ الْعِلْمُ بِالْأَعْيَانِ الْمُعَيَّنَةِ بِالذَّاتِ - فِي اجْتِهَادِ الْإِمَامِ الشَّافِعِيِّ - إِلَّا عَنْ طَرِيقِ الْمَشَاهِدَةِ وَالرُّؤْيَةِ، لَا الْوَصْفَ لِأَنَّ الْوَصْفَ لَا يَقُومُ مَقَامَ الرُّؤْيَةِ فِي إدْرَاكِ الْحُلِّ، وَالْعِلْمُ بِهِ عِلْمًا كَافِيًا نَافِيًا لِلْجَهَالَةِ وَالْعَرَرِ الْمُنْهِي عَنْهُ، فَإِذَا لَمْ تَتِمَّ الرُّؤْيَةُ عِنْدَ التَّعَاقُدِ - وَقَعَ بَاطِلًا، فَلَا وَجْهَ لِلْقَوْلِ عِنْدُنَا بِثُبُوتِ خِيَارِ الرُّؤْيَةِ، إِذْ لَمْ تَعُدْ ذَاتَ مَوْضُوعٍ، لَمَّا قُلْنَا مِنْ أَنَّ هَذَا الْخِيَارَ يَفْتَرِضُ قِيَامَ عَقْدٍ صَحِيحٍ، لِيَتَصَوَّرَ فَسْخُؤُهُ بِخِيَارِ الرُّؤْيَةِ، وَهَذَا الْعَقْدُ بَاطِلٌ؛ لِأَنَّهُ بَيْعٌ عَيْنِ مُعَيَّنَةٍ بِالذَّاتِ غَائِبَةٍ مِنْ دُونِ رُؤْيَةٍ سَابِقَةٍ، وَالْبَاطِلُ مَعْدُومٌ شَرْعًا، فَلَا يَتَأْتِي أَنَّ يَرَدَّ عَلَيْهِ إِمْضَاءٌ أَوْ فسخٌ بِخِيَارِ الرُّؤْيَةِ.

الثاني: ذهب الحنفية إلى مشروعية خيار الرُّؤْيَةِ، بل ثبوته من دون اشتراط حقاً للشرع بالنص، سواء وصف الحل أم لم يوصف^(١)، فخيار الرُّؤْيَةِ ثابتٌ بإيجاب الشارع، لا بإرادة المتعاقدين.

منشأ الخلاف: يفهم مما سبق أن منشأ الخلاف هو «مسألة بيع العين الغائبة إذا كانت معينة بالذات» كالأرض، والسيارة ... وغيرها من القيميات ولو كانت موصوفة، هل يصح التعاقد عليها أو لا؟ فالقائلون بصحته ذهبوا إلى مشروعية خيار الرُّؤْيَةِ، ومن قال ببطلانه نفى مشروعيته.

أدلة القائلين بعدم مشروعية خيار الرُّؤْيَةِ:

١ - استدلوا بما روي أن النبي صلى الله عليه وسلم: «نَهَى عَنْ بَيْعِ الْعَرَرِ»^(٢) وهو الجهالة المفضية إلى النزاع الذي يتعدّر حسنه والجهالة ثنائي العلم بالحل، وهو شرط انعقاد.

(١) تبين الحقائق (٤/٢٤)، وفتح القدير (١٣٧/٥).

(٢) أخرجه مسلم في البيوع، باب بطلان بيع الحصة، والبيع الذي فيه عَرَرٌ (١٥١٣).

٢ - واستدلوا بقوله صلى الله عليه وسلم: «لَا يَحِلُّ سَلَفٌ وَبَيْعٌ، وَلَا شَرْطَانِ فِي بَيْعٍ، وَلَا رِبْحٌ مَا لَمْ يُضْمَنْ، وَلَا بَيْعٌ مَا لَيْسَ عِنْدَكَ»^(١).

ومحط الاستدلال: أنهم حملوا قوله صلى الله عليه وسلم: «وَلَا بَيْعٌ مَا لَيْسَ عِنْدَكَ» على التَّهْيِ عن بيع العين الغائبة عن مجلس العقد؛ أي: العين التي لم يرها العاقد عند إنشاء العقد، والتَّهْيِ يقتضي التحريم، ولا مشروعية مع التحريم.

أدلة القائلين بالمشروعية:

١ - استدلوا بقوله صلى الله عليه وسلم: «مَنْ اشْتَرَى مَا لَمْ يَرَهُ فَلَهُ الْخِيَارُ إِذَا رَأَاهُ»^(٢)، وهذا نص في الموضوع، إذ يتناوله على سبيل الأصل، هذا ويستنبط من الحديث حكمان، كلاهما ينهضان بالمشروعية.

الأول: جواز شراء الإنسان ما لم يره.

الثاني: ثبوت الخيار له عند رؤيته.

٢ - واستدلوا بما روي أَنَّ عُمَانَ بْنَ عَفَّانَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ بَاعَ أَرْضاً بِالْبَصْرَةِ مِنْ طَلْحَةَ بْنِ عُبَيْدِ اللَّهِ، فَقِيلَ لِطَلْحَةَ بْنِ عُبَيْدِ اللَّهِ: إِنَّكَ قَدْ غُبِنْتَ، فَقَالَ: لِي الْخِيَارُ، لِأَنِّي

(١) أخرجه أبو داود في الإجارة، باب في الرجل يبيع ما ليس عنده (٣٥٠٦) والترمذي في البيوع، باب ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك (١٢٣٤) والنسائي في البيوع، بيع ما ليس عند البائع (٤٦١١)، وقال الترمذي: حسن صحيح.

(٢) تبين الحقائق (٢٤/٤)، وفتح القدير (١٣٧/٥). هذا وقد طعن بعض الفقهاء في هذا الحديث ونقل النووي اتفاق الحفاظ على تضعيفه، كما في المجموع (٣٦٥/٩)، والحديث وإن ورد في البيع، لكنه لا يُفيد الخصوصية، فيلحق به ما كان في معناه، لوحدة المناط، فينسحب حكمه على كافة عقود المعاوضات المالية إذا كان محلها عينا معينة بالذات، كالمقايضة، والصلح على مال، والقسمة في غير المثليات.

اشْتَرَيْتَ مَا لَمْ أَرَهُ، وَقِيلَ لِعُثْمَانَ: إِنَّكَ قَدْ غُبَيْتَ، فَقَالَ: لِي الْخِيَارُ، لِأَيِّ بَعْتِ مَا لَمْ أَرَهُ، فَحَكَّمَا بَيْنَهُمَا جُبَيْرَ بْنَ مُطْعِمٍ، فَقَضَى بِالْخِيَارِ لَطَلْحَةَ^(١)، وَكَانَ ذَلِكَ بِمَحْضَرٍ مِنَ الصَّحَابَةِ، وَلَمْ يُنْكَرْ عَلَيْهِ أَحَدٌ، فَكَانَ إِجْمَاعًا^(٢) مِنْهُمْ عَلَى جَوَازِ بَيْعِ الشَّيْءِ الْغَائِبِ، وَمَشْرُوعِيَّةِ خِيَارِ الرُّؤْيَةِ.

٣ - وَاسْتَدَلُّوا بِقَوْلِهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «لَيْسَ الْخَبَرُ كَالْمُعَايَنَةِ»^(٣).

الرَّدُّ عَلَى النَّافِي لِمَشْرُوعِيَّةِ خِيَارِ الرُّؤْيَةِ وَمُنَاقَشَةُ أَدْلَتِهِمْ:

أما ادعاؤهم أن لا طريق للعلم بالحل إلا الرؤية - فيتَّجه عليه أن الوصف كافٍ للتعيين. وعلى التسليم بأن فيه جهالة لکنها لا تُفْضِي إلى نزاعٍ مُشْكِليٍّ؛ لأنَّه عند رؤيته يملك إمضاء العقد أو فسخه، وأنَّ الطَّرْفَ الْآخَرَ عَلَى بَيِّنَةٍ مِنْ أَنَّ لِلْمُشْتَرِي هَذِهِ السُّلْطَةَ، فَلَا جَهَالََةً وَلَا غُرْرَ وَلَا نِزَاعَ، فَلَا يَكُونُ هَذَا مَشْمُولًا بِالنَّهْيِ عَنِ الْعَرَرِ الْوَاردِ فِي الْحَدِيثِ.

هذا ولا نكران أن الحاجة ماسة إلى التعاقد على الأعيان الغائبة المُعَيَّنَةِ بِالذَّاتِ، بَعْدَ وَصْفِهَا وَتَعْيِينِهَا، وَقَدْ تَفَوَّتَ الصَّفَقَةُ إِذَا انْتَظَرَ حَتَّى الرُّؤْيَةَ - فَيَنْبَغِي دَفْعًا لِلْحَاجَةِ وَرَفْعًا لِلْحَرَجِ وَتَسْيِيرًا لِلتَّعَامُلِ - أَنْ يَكْتَفِيَ بِالْوَصْفِ فِي تَعْيِينِ مَحَلِّ الْعَقْدِ، إِذَا كَانَ غَائِبًا، وَمِنْ الْأَشْيَاءِ الْمُعَيَّنَةِ بِالذَّاتِ^(٤)، كَمَا قَدَّمْنَا.

(١) وَطَلْحَةُ هُوَ الْمُشْتَرِي الْمُتَمَلِّكُ، وَفِيهِ دَلِيلٌ عَلَى أَنَّ الْبَائِعَ لَيْسَ لَهُ خِيَارُ رُؤْيَةٍ. وَالْأَثَرُ أَخْرَجَهُ الْبَيْهَقِيُّ فِي السَّنَنِ الْكُبْرَى (٢٦٨/٥)، وَالطَّحَاوِيُّ مِنْ طَرِيقِ عَلْقَمَةَ بْنِ وَقَّاصٍ. وَيَنْظُرُ نَصْبُ الرَّايَةِ (٩/٤) - (١٠).

(٢) وَهَذَا إِجْمَاعٌ سَكُوتِيٌّ، أَوْ لَزُومِيٌّ.

(٣) أَخْرَجَهُ أَحْمَدُ فِي الْمُسْنَدِ (٣/ ٣٤١)، وَابْنُ حَبَانَ فِي الصَّحِيحِ (٦٢١٣).

(٤) خِلَافًا لِلْحَنْفِيَّةِ الَّذِينَ يَذْهَبُونَ إِلَى أَنَّ الْبَيْعَ بِالْوَصْفِ، وَإِنْ كَانَ نَافِيًا لِلْجَهَالََةِ لَكِنَّ الرُّؤْيَةَ تَفِيدُ =

وَأَمَّا تَأْوِيلُهُمْ لِقَوْلِهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «لَا تَبِيعَ مَا لَيْسَ عِنْدَكَ» بَأَن الْمُرَاد بِهِ،
التَّهْيِي عَنْ بَيْعِ الْعَيْنِ الْغَائِبَةِ عَنْ مَجْلِسِ الْعَقْدِ فَتَأْوِيلُ مُسْتَكْرَهٍ؛ لِأَنَّ الْمُتَبَادِرَ مِنَ «الْعُنْدِيَّةِ»
فِي الْحَدِيثِ الْمَلِكِ وَالْقُدْرَةَ عَلَى التَّسْلِيمِ لَا الْعَيْنِيَّةَ، عَلَى مَعْنَى «لَا تَبِيعَ مَا لَا تَمْلِكُ» وَلَا
تَقْدِرَ عَلَى تَسْلِيمِهِ، يُؤَيِّدُ هَذَا سَبَبُ وَرُودِ الْحَدِيثِ.

هَذَا فَضْلاً عَنِ النُّصُوصِ مِنَ السَّنَةِ الَّتِي أَثْبَتَتْ مَشْرُوعِيَّةَ خِيَارِ الرُّؤْيَةِ وَلِهَذَا نُرَجِّحُ
مَا ذَهَبَ إِلَيْهِ الْقَائِلُونَ بِالْمَشْرُوعِيَّةِ.

شُرُوطُ خِيَارِ الرُّؤْيَةِ:

قُلْنَا: إِنَّ خِيَارَ الرُّؤْيَةِ يَثْبُتُ لِلْمُشْتَرِي أَوْ مِنْ فِي مَعْنَاهُ مِنْ دُونِ اشْتِرَاطٍ عِنْدَ
الْحَنْفِيَّةِ، حَقّاً لِلشَّرْعِ، وَبِإِجَابٍ مِنْهُ بِالنَّصِّ، وَإِنْ تَحَقَّقَ الْأَوْصَافُ فِي الْعَيْنِ الْغَائِبَةِ لَا يَقْطَعُ
أَوْ يَسْقُطُ حَقُّ الْخِيَارِ هَذَا^(١)، لَكِنْ ذَلِكَ مُشْرُوطٌ بِمَا يَأْتِي:

أولاً: أَنْ يَكُونَ مُحَلُّ الْعَقْدِ (المعقود عليه) عَيْناً مَعِيناً بِالذَّاتِ، مِمَّا لَا يَثْبُتُ دَيْناً فِي
الدَّيْنَةِ؛ أَي: مِنَ الْأَمْوَالِ الَّتِي تَتَعَيَّنُّ بِالتَّعْيِينِ، فَلَا يَثْبُتُ خِيَارُ الرُّؤْيَةِ فِي الْمُسْلَمِ فِيهِ فِي عَقْدِ
السَّلَمِ مَثَلاً؛ لِأَنَّهُ مِمَّا يَتَعَيَّنُّ بِالْوَصْفِ لَا بِالذَّاتِ، فَيَكُونُ دَيْناً مُوصُوفاً فِي الدَّيْنَةِ، فَلَا يَثْبُتُ
فِيهِ خِيَارُ الرُّؤْيَةِ.

ثانياً: أَنْ يَكُونَ الْعَقْدُ مِنْ عُقُودِ الْمَعَاضَاتِ الْمَالِيَّةِ اللَّازِمَةِ الَّتِي تَنْفَسِخُ بِالرَّدِّ، وَهَذَا
شَرْطٌ تَقْتَضِيهِ طَبِيعَةُ الْخِيَارِ نَفْسَهُ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ كَذَلِكَ فَلَا يَثْبُتُ فِيهِ هَذَا الْخِيَارُ، لِعَدَمِ

= عِلْماً أَدَقُّ مِمَّا يُفِيدُهُ وَصْفُهُ، وَلِذَا فَإِنَّهُمْ يُثْبِتُونَ لِلْمُشْتَرِي أَوْ الْمُتَمَلِّكَ خِيَارَ الرُّؤْيَةِ، وَلَوْ وَجَدَ الْمُبِيعُ
مُسْتَكْبَلاً كَافَّةَ الْأَوْصَافِ الَّتِي اشْتُرِطَتْ فِي الْعَقْدِ، إِذَا رَأَاهُ غَيْرَ مُوَافِقٍ لِرَغْبَتِهِ وَمَقْصُودِهِ؛ لِأَنَّهُ أَدْرَى بِهَا،
وَلَا يَرُونَ تَوَافُرَ الْوَصْفِ قَاطِعاً لِحَقِّ الْمُشْتَرِي فِي خِيَارِ الرُّؤْيَةِ.

(١) خِلَافاً لِلْمَالِكِيَّةِ الَّذِينَ يَرُونَ أَنَّ الْوَصْفَ يَقُومُ مَقَامَ الرُّؤْيَةِ فِي الْعِلْمِ بِمَحَلِّ الْعَقْدِ عِلْماً كَافِياً.

الفائدة، وذلك كـ(الخُلْع، والنِّكَاح، والصُّلْح عن القصاص) إذ لا تحتَمِلُ الفسخ وإن كان محلها مما يتعيَّن بالذَّاتِ.

ثالثاً: عَدَم رؤية المَتملِّك محلَّ العقد عند إنشائه، أو قبله بفترة لا يتغير خلالها عادة.

رابعاً: وقوع الرؤية فعلاً، فلا يثبت الخيار قبلها.
هذا وثمة رأي يذهب إلى أن للمُتملِّك الحق في الفسخ قبل الرؤية؛ لأنَّ سببه هو عَدَم الرؤية لا الرؤية نفسها.

محلُّ خيار الرؤية: بيَّنا آنفاً أنَّه يُشترطُ في ثبوت خيارِ الرؤية:

- أن يكونَ العقد من المعاوضاتِ الماليَّةِ اللازمة.
- وأن يكونَ محله من الأعيان التي تتعيَّن بالتَّعين، لا بالأوصاف.
- وأن يحتمل الفسخ، ومن ذلك (عقد البيع) إذا كان محله من الأعيان المشخَّصة التي تتعيَّن بالذَّات، و(عقد الصُّلح على مالٍ)، و(القسمَةُ) إذا كان محلُّ الأوَّل عيناً مُشخَّصةً، ومحل الثانية أموالاً مشتركةً من القيميات لا المثليات، إذا لم يكن المشتري أو المَتملِّك قد رأى محلَّ العقد عند إنشائه.

لمن يثبت خيار الرؤية: يثبت خيارُ الرؤية للمشتري أو المَتملِّك، وأمَّا بالنسبة للبائع أو المَملِّك، فقد اختلفوا في ثبوته له، فكان أبو حنيفة يقول بذلك، كأن يرث البائع عيناً ويبيعهها قبل أن يراها، ثم رجع الإمام عن ذلك.

أمَّا إذا كان العقد «مقايضة» كأن يبيع أرضاً بسيارة، بحيث يكون الثمن عيناً مشخَّصة كالبيع، فإنَّ للبائع خيارُ الرؤية إجماعاً؛ لأنَّ كلاً من طرفي العقد، بائع ومشتري في آنٍ واحدٍ، فيثبت لكلٍّ منهما خيارُ الرؤية بوصفٍ كونه مشترياً لا بائعاً.

على أَنَّ الإجماعَ الشُّكوتي مُنْعَقِدٌ عَلَى ثبوتِهِ لِلْمَشْتَرِي مِنْ دُونِ الْبَائِعِ عَلَى مَا وَرَدَ فِي قَضَاءِ جَبْرِ بْنِ مَطْعَمٍ، كَمَا بَيَّنَّا.

هذا والأحكامُ الشرعيَّةُ تدور على ما يغلب وقوعه، لا على النادر، فالبائع يندر أَنْ يَبِيعَ شَيْئاً مِمَّا يَمْلِكُ مِنْ دُونِ أَنْ يَكُونَ قَدْ رآه، وعلم به، لوجوده تحت يده، فَكَانَ مُعَيَّناً لَدَيْهِ، أو من المفروض أَنْ يَكُونَ كَذَلِكَ، فإذا لم يفعل كَانَ مُقْصِراً، وعليه تبعة تقصيره، بِخِلَافِ الْمُشْتَرِي، فَإِنْ عَدِمَ رُؤْيَاهُ لِمَحَلِّ الْعَقْدِ مِمَّا يَكْثُرُ وَقُوعُهُ فِي التَّعَامُلِ، لَذَا جَاءَ نَصُّ الْحَدِيثِ خَاصّاً بِالْمَشْتَرِي، لِتَحَقُّقِ حَكْمَةِ تَشْرِيعِهِ بِالنِّسْبَةِ إِلَيْهِ دُونَ الْبَائِعِ فَيَكُونُ مُقْصِوراً عَلَيْهِ. وَأَيْضاً خِيَارُ الرُّؤْيَةِ جَاءَ عَلَى خِلَافِ الْقِيَاسِ فَلَا يُقَاسُ عَلَيْهِ غَيْرُهُ، بَلْ يَقتَصِرُ فِيهِ عَلَى مُورِدِ النَّصِّ.

ما المقصودُ بالرُّؤْيَةِ؟

ليس المراد بها خصوص الرُّؤْيَةِ البصريَّةِ إجماعاً، بل ما هو أعم من ذلك، فَتَخْتَلِفُ طَبِيعَةُ وَسَائِلِ الْعِلْمِ أَوِ الرُّؤْيَةِ، بِاخْتِلَافِ طَبِيعَةِ الْمَحَلِّ، وَهَذَا مَا عَبَّرَ عَنْهُ الْفُقَهَاءُ بِقَوْلِهِمْ «تُعْتَبَرُ الرُّؤْيَةُ فِي كُلِّ شَيْءٍ بِحَسَبِهِ» فَإِذَا كَانَ مِنَ الْمَشْمُومَاتِ كَالْعُطُورِ فَوْسِيلَةٌ تَعْيِينُهُ أَوِ الْعِلْمُ بِهِ الشَّمُّ، أَوْ مِنَ الْمَذُوقَاتِ كَالزَّيْتِ وَالسَّمَنِ، فَوْسِيلَتُهُ الذَّوْقُ بِاللِّسَانِ، أَوْ مِنَ الْمَنْسُوجَاتِ فَوْسِيلَتُهُ الْبَصَرُ وَاللَّمْسُ، أَوْ كَانَ مِنَ الْمَرِيَّاتِ كَالْبَسَاتِينِ وَالْأَبْنِيَةِ^(١) فَيُعْلَمُ بِالْمُشَاهَدَةِ.

(١) لَا يَكْفِي مُشَاهَدَةُ ظَاهِرِ الدَّارِ أَوِ الْمَنْزِلِ، بَلْ لَا بُدَّ مِنْ رُؤْيَةِ بَاطِنِهِ وَحِجَرَاتِهِ وَمُرَافِقِهِ، إِذْ تَخْتَلِفُ الْمَنَازِلُ فِي ذَلِكَ اخْتِلَافاً كَبِيراً، فَكَانَتْ رُؤْيَتُهُ مِنَ الْخَارِجِ لَا تَوْصِلُ إِلَى الْعِلْمِ بِحَقِيقَتِهِ عِلْماً دَقِيقاً كَامِلاً مُحِيطاً، وَقِيلَ: يُكْتَفَى بِمُشَاهَدَةِ الظَّاهِرِ. وَالرَّاجِحُ أَنَّهُ يُكْتَفَى بِمُشَاهَدَةِ الظَّاهِرِ، إِذْ كَانَ الْبِنَاءُ مِمَّا لَا تَخْتَلِفُ غُرْفُهُ وَمُرَافِقُهُ، بِأَنْ كَانَ عَلَى نَمَطٍ مُعَيَّنٍ مُرْسُومٍ، فَلَا اخْتِلَافَ إِذْنِ أَسَاسِهِ اخْتِلَافُ الْعَادَاتِ وَالْأَعْرَافِ فِي كُلِّ زَمَنِ. الْبَدَائِعِ (٢٩٣/٥).

هذا وإن كان من المكيلات أو الموزونات، وكانت أجزاؤه غير متفاوتة، فإن رؤية عينة منها كافية في معرفة الكل والعلم به، فيسقط خياره برؤية هذه العينة، ويلزم العقد، وإن لم ير الكل لعدم التفاوت، بخلاف ما إذا كانت أجزاؤه متفاوتة، بأن كان من العدديات، فإن رؤية بعضها لا تسقط خياره في سائرهما، للتفاوت، فلا تكون رؤية البعض مفيدة للعلم بالكل، فيبقى العقد في حقه غير لازم.

وعلى هذا فالمراد بكلمة «الرؤية» العلم بالمقصود^(١).

أثر خيار الرؤية في العقد: ينصب أثر خيار الرؤية على لزوم العقد فقط، ولا يؤثر على نفاذه، فيكون عقداً صحيحاً نافذاً غير لازم، وذلك بالنسبة للمشتري أو المملك، إذ يثبت هذا الخيار له وحده، كما قدمنا، من دون الطرف الآخر من البائع أو المملك؛ لأن العقد بالنسبة لهذا الأخير لازم، وهو الصحيح.

وعلى هذا فإن لمن يملك هذا الحق - وهو المشتري أو من في حكمه - أن يفسخ العقد أو يرضيه عند رؤية الحل، ولا يتوقف هذا الفسخ على رضا الطرف الآخر، ولا على حكم القاضي. وإذا كان العقد مع خيار الرؤية نافذاً فإن جميع آثاره تترتب عليه.

ويثبت الحنفية هذا الحق من دون اشتراط، لإثباته بإيجاب الشارع بالنص، ويجعلون لمن يملك هذا الحق فسخ العقد أو إمضاه عند رؤية الحل، ولو كانت الأوصاف المشروطة في العقد مُحَقَّقَة في هذا الحل، ذهاباً منهم إلى أن الرؤية تُفِيدُ علماً أدق من الوصف، فلا يسقط مُحَقَّقُ الوصف في محل العقد حق الخيار في الرؤية، ولأنه ثبت حقاً للشرع^(٢).

(١) فتح القدير (١٣٨/٥ وما يليها) رد المحتار (٤/٥٩٦، ٥٩٩) البدائع (٧/٣٦٠-٣٦١).

(٢) المراجع السابقة. وسيأتي أن الفسخ بخيار العيب يتوقف على رضا الطرف الآخر، أو قضاء القاضي، إذا كان بعد القبض عند الحنفية إذ قد يُنازع البائع في ادعاء المشتري فوات شرط السلامة =

أَمَّا الْمَالِكِيَّةُ فَيَرَوْنَ أَنَّ تَوَافُرَ الْوَصْفِ فِي مَحَلِّ الْعَقْدِ كَافٍ لِلْعِلْمِ بِهِ وَنَافٍ لِلجَهَالَةِ
فِيَلْزِمُ الْعَقْدُ، فَهُوَ قَائِمٌ مَقَامَ الرُّؤْيَةِ فِي الْعِلْمِ بِالْمَعْقُودِ عَلَيْهِ.

هَذَا وَالْفَسْخُ بِخِيَارِ الرُّؤْيَةِ يَصِحُّ دُونَ قَضَاءٍ، وَلَا رِضَاءٍ الطَّرْفِ الْآخَرَ - كَمَا ذَكَرْنَا
- وَهُوَ فُسْخٌ عَلَى كُلِّ حَالٍ، سَوَاءٌ قَبْلَ الْقَبْضِ أَوْ بَعْدَهُ، بِخِلَافِ خِيَارِ الْعَيْبِ بَعْدَ الْقَبْضِ
عِنْدَ الْحَنَفِيَّةِ.

هَذَا وَباعتباره حقاً للشَّرْعِ لَا يَسْقُطُ مَهْمَا طَالَ الزَّمَنُ؛ لِأَنَّ الْحَقَّ لَا يَسْقُطُ إِلَّا
بِانْتِهَائِهِ، أَوْ بِانْتِهَاءِ الْوَقْتِ الْمَحْدَدِ لَهُ، وَلَيْسَ لِهَذَا الْخِيَارِ وَقْتُ مَحْدَدٌ، فَيَبْقَى قَائِمًا مَا لَمْ
يَسْقُطْ صَرَاحَةً أَوْ دَلَالَةً، وَذَهَبَ آخَرُونَ إِلَى أَنَّهُ مُؤَقَّتٌ بِوَقْتِ إِمْكَانِ الْفَسْخِ بَعْدَ الرُّؤْيَةِ،
فَإِذَا تَمَكَّنَ مِنَ الْفَسْخِ وَلَمْ يَفْعَلْ سَقَطَ خِيَارُهُ بِمَضْيِ الْوَقْتِ، وَلَزِمَ الْعَقْدُ، وَلَوْ لَمْ يُجْزَعْ
صَرَاحَةً أَوْ دَلَالَةً. وَالصَّحِيحُ الْأَوَّلُ لِمَا بَيَّنَّا.

بِمَ يَسْقُطُ خِيَارُ الرُّؤْيَةِ؟

يَسْقُطُ خِيَارُ الرُّؤْيَةِ بِالْأَسْبَابِ الْآتِيَةِ:

١- رُؤْيَةُ مَحَلِّ الْعَقْدِ، وَالرِّضَا بِهِ، صَرَاحَةً أَوْ دَلَالَةً.

أَمَّا صَرَاحَةً، فَكَقَوْلِهِ: رَضِيتُ بِالْعَقْدِ، أَوْ أَجْزَتْهُ.

وَأَمَّا دَلَالَةً فَكَتَصَرُّفُهُ فِي الْمَحَلِّ إِلَى الْغَيْرِ تَصَرُّفًا يَدُلُّ عَلَى رِضَاهِ بِمَحَلِّ الْعَقْدِ، أَوْ
تَصَرُّفُهُ مَادِيًّا فِيهِ، بِأَنْ كَانَ سِيَارَةً فَسَافَرَ فِيهَا، أَوْ مَنْزِلًا فَسَكَنَهُ، أَوْ أَرْضًا فَزَرَعَهَا، عَلَى أَنْ
تَصَرَّفَ الْمُشْتَرِي فِي مَحَلِّ الْعَقْدِ بَعْدَ رُؤْيَتِهِ لِلْغَيْرِ تَصَرُّفًا شَرْعِيًّا نَاقِلًا لِلْمَلِكِ يُسْقِطُ الْخِيَارَ
سَوَاءً أَكَانَ هَذَا التَّصَرُّفُ يَوْجِبُ لِلْغَيْرِ حَقًّا لَازِمًا، كَالْبَيْعِ وَالرَّهْنِ وَالْإِجَارَةِ، وَالْهَبَةِ إِذَا تَمَّ

= فِي الْمَبِيعِ بَعْدَ الْقَبْضِ، وَعَلَى هَذَا فَلَا يَنْفَسِخُ الْعَقْدُ بِعِبَارَةِ الْمُشْتَرِي وَحْدَهُ. هَذَا عِنْدَ الْحَنَفِيَّةِ خِلَافًا
لِلشَّافِعِيَّةِ وَالْحَنَابِلَةِ، إِذْ يَتِمُّ الْفَسْخُ بِعِبَارَتِهِ وَحْدَهُ.

فيها القبض، أم كان لا يوجب للعير حقاً كالبيع بشرط الخيار لنفسه، أو عرض محل العقد للبيع للمساومة أو الهبة قبل القبض.

هذا إذا كان التصرف بعد الرؤية، فإنه يسقط الخيار مطلقاً.

أما إذا كان قبلها فلا يسقط الخيار إلا إذا كان يوجب للعير حقاً لازماً، ذلك لأن الحق اللازم يمنع الفسخ، رعاية للحق المكتسب بالنسبة للعير، وإذا امتنع الفسخ لزِم البيع، بطلان الخيار ضرورة، أما إن كان التصرف لا يوجب حقاً للعير، فلا يسقط خيار الرؤية؛ لأنه لو سقط لكان سقوطه باعتباره دلالة هذا التصرف على الرضا، ومعلوم أن صريح الرضا لا يبطل الخيار قبل الرؤية فدلالة الرضا لا تسقطه من باب أولى^(١).

٢- تعذر رد المعقود عليه بهلاكه هلاكاً كلياً، أو جزئياً قبل اختيار المشتري، ذلك لأن الهلاك الكلي يعدم المحل فيمتنع الرد، فيسقط الخيار، ويلزم العقد. وأما الهلاك الجزئي فيفرق الصفة على البائع برّد البعض دون البعض، وهذا إضرار به، ولا يجوز، فيسقط الخيار لذلك.

وفي معنى الهلاك تغيره تغيراً يخرجُه عن الصفة التي كان عليها وقت التعاقد. ٣- تعيب محل العقد في يد المشتري، أو الممتلك يسقط حقه في الرد، إذ يمتنع عليه أن يرده معيباً بعد أن استلمه سليماً، فيسقط الخيار لذلك.

٤- موت من له الخيار؛ لأن خيار الرؤية مجرّد رغبة ومشئمة، كخيار الشرط، لا يورث، سواء أكان موته قبل الرؤية أم بعدها، فيبطل خياره بموته.

٥- زيادة محل العقد زيادة متصلة غير متولدة عنه على النحو الذي بينا في خيار الشرط.

(١) فتح القدير (١٣٧/٥ وما يليها).

المبحث الثالث

خيار العيب

العيب في اصطلاح الفقهاء: ما يوجب نقصاناً في القيمة عند أهل الخبرة^(١).

خيار العيب اصطلاحاً:

هو الحق الثابت شرعاً للمتملك في فسخ العقد أو إفضائه إذا ظهر في محل العقد المعين بالذات عيب كان موجوداً عند التعاقد؛ أو التسليم، ولم يكن قد اطلع عليه وقت ذلك، مما يوجب نقصاً معتدلاً به في ماله عند أهل الخبرة، أو يُفوت غرضاً صحيحاً لديه^(٢).

سبب خيار العيب:

إن سبب هذا الخيار هو ظهور عيب في محل العقد؛ مما يتضرر به المالك؛ لنقصان في ماله في نظر أهل الخبرة، أو فوات شرط السلامة.

مشروعية خيار العيب:

إذا كان محل عقد المعاوضة المالية عيناً معينة بالذات، يكون هذا العقد قد انطوى على شرط ضمني هو «السلامة» من العيب؛ لأن إرادة المتعاقد المالك قد اتجهت قطعاً إلى ذلك، وإن لم يُصرح بها، بل هذا هو المتعارف بين الناس، إذ لا يقصد أحد إلى

(١) الفتاوى الأنقروية (٦٣/١ - ٦٤) البدائع (٣٦٢/٥)، المراجع السابقة.

(٢) و(العيب) في اللغة: ما تخلو عنه الفطرة السليمة. المصباح المنير.

تملك شيءٍ معيب، والمعروف عرفاً كالمشروط شرطاً، حتى إذا فات هذا الشرط بظهور العيب، فقد اختل الرضا، وهذا يجعل العقد غير لازم في حق من اختل رضاه؛ لأن الرضا الكامل شرط في صحة العقد، ولذا قرر الفقهاء أن كل عقد معاوضة مالية مشروط بالسلامة ضمناً، أو دلالةً.

على أن هذا الخيار ثابت بالأدلة الشرعية النصية، منها:
قوله صلى الله عليه وسلم: «لا يحل لمسلم باع من أخيه بيعاً فيه عيب إلا بينه له»^(١).

وقوله صلى الله عليه وسلم: «من عشنا فليس منا»^(٢) وكتمان العيب غش، وهذا يُفيد التحريم^(٣). وقوله عليه الصلاة والسلام: «من اشترى شاةً مُصرَّاةً فهو بخير النظرين إن شاء أَمْسَكَهَا، وإن شاء رَدَّهَا وَصَاعاً مِنْ تَمْرٍ»^(٤).

وثمة أحاديث كثيرة في هذا المعنى وإن اختلفت لفظاً، ولا سبيل إلى حماية المتعاقدين المضروب بسبب ظهور العيب إلا منحه حق الفسخ حماية له لاختلال رضاه. هذا؛ وإنما اختل رضاه بظهور عيبٍ يوجب نقضاً في مالية المحل؛ لأن مقصود المتعاقدين في المعاوضات المالية تحقيق مقاربة التساوي بين البدلين، والنقص في المالية ينافي هذا القصد بدهشة، ويُلحق الضرر بالتملك، فضلاً عن احتمال فوات غرضه الصحيح منه.

(١) أخرجه ابن ماجه في التجارات، باب من باع غنياً فليبينه (٢٢٤٦).

(٢) أخرجه مسلم في الإيمان، باب قول النبي صلى الله عليه وسلم: «من عشنا فليس منا» (١٠١).

(٣) نيل الأوطار (٢٣٩/٥).

(٤) أخرجه البخاري في البيوع، باب: إن شاء ردَّ المُصرَّاةَ وفي حَلْبَتِها صاعٌ من تمرٍ (٢١٥١)،

ومسلم في البيوع، باب حُكْمِ بَيْعِ المُصرَّاةِ (١٥٢٤) عن أبي هريرة رضي الله عنه.

شُرُوطُ خِيَارِ الْعَيْبِ:

لخيار العيب شروط هي:

١- أَنْ يَكُونَ الْعَيْبُ قَائِماً بِالْمَحَلِّ عِنْدَ التَّعَاقُدِ، أَوْ قَبْلَ التَّسْلِيمِ، فَيَكُونُ فِي ضَمَانِ الْبَائِعِ أَوْ الْمَمْلُوكِ، وَمَسْئُولِيَّتِهِ، بِخِلَافِ مَا لَوْ حَدَثَ بَعْدَ التَّسْلِيمِ فَيَكُونُ فِي ضَمَانِ الْمُشْتَرِي وَمَسْئُولِيَّتِهِ، لِحُدُوثِهِ فِي مَلَكِهِ وَحُوزَتِهِ، فَلَمْ يَكُنْ لَهُ حَقٌّ فِي رَدِّهِ؛ لِأَنَّهُ طَارِئٌ لَا قَدِيمٌ، وَلِأَنَّ الْمَتَمَلِّكَ قَدْ اسْتَلَمَ الْمَعْقُودَ عَلَيْهِ سَلِيماً، فَصَحَّ الْعَقْدُ، وَلِزِمَ لِتَوَافُرِ شَرْطِ السَّلَامَةِ.

٢- أَنْ يَبْقَى الْعَيْبُ قَائِماً فِي الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ إِلَى وَقْتِ الْفَسْخِ، حَتَّى إِذَا زَالَ قَبْلَ ذَلِكَ، لَمْ يَكُنْ ثَمَّةَ مَصْلَحَةٍ لَهُ فِي فُسْخِهِ، فَلَا يَجُوزُ؛ لِغَدَمِ تَحْقُوقِ مَوَاقِفِ حُكْمِ الْفَسْخِ.

٣- أَلَّا يَكُونَ الْمَتَمَلِّكَ قَدْ اشْتَرَطَ الْبَرَاءَةَ مِنْ عَيْبٍ مُعَيَّنٍ، أَوْ مِنْ عِيُوبٍ مُعَيَّنَةٍ، أَوْ مِنْ الْعِيُوبِ مُطْلَقاً، مِمَّا كَانَ مَوْجُوداً فِي الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ قَبْلَ الْقَبْضِ، حَتَّى إِذَا ظَهَرَ عَيْبٌ مِنْ ذَلِكَ، فَلَا يَكُونُ لَهُ الرَّدُّ، إِذْ بِاشْتِرَاطِهِ الْبَرَاءَةَ تَبَيَّنَ أَنَّهُ رَضِيَ بِالْعَيْبِ، فَلَا اخْتِلَالٌ لِرِضَاهُ، فَيَنْتَفِي الْخِيَارُ بِانْتِفَاءِ سَبَبِهِ.

٤- أَلَّا يَكُونَ الْمَتَمَلِّكَ قَدْ اطَّلَعَ عَلَى الْعَيْبِ وَقْتَ التَّعَاقُدِ، أَوْ قَبْلَ الْقَبْضِ، حَتَّى إِذَا كَانَ عَلِماً بِهِ عِنْدَ ذَلِكَ ثُمَّ أَقْدَمَ عَلَى التَّعَاقُدِ، كَانَ ذَلِكَ أَمَارَةً عَلَى رِضَاهُ بِهِ مُتَعَبِئاً، وَلَا خِيَارَ مَعَ سَلَامَةِ الرِّضَا عِنْدَ التَّسْلِيمِ.

٥- أَنْ يَكُونَ الْعَيْبُ مِمَّا يَنْقُصُ مِنْ مَالِيَّةِ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ، أَوْ يَفُوتُ غَرَضاً صَحِيحاً لِلْمَتَمَلِّكَ عِنْدَ أَهْلِ الْخَبَرَةِ^(١).

(١) ينظر البدائع (٣١٨/٧ و ٢٣٧)، فتح القدير (١٨٢/٥ - ١٨٣). هذا ولم نتمكن من التوسُّع في بحث الخيارات أكثر من ذلك؛ لمحدودية الصفحات المقررة في القوانين، واللوائح الجامعية.

مجال خيار العيب:

يَتَحَدَّدُ مَجَالُ خِيَارِ الْعَيْبِ بِاعْتِبَارِهِ يَوْجِبُ نَقْصاً فِي مَالِيَّةِ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ، وَرَدَهُ إِلَى الْمَمْلُوكِ بِعَقُودِ الْمَعَاوِضَاتِ الْمَالِيَّةِ الَّتِي مَحَلُّهَا عَيْنٌ مُعَيَّنَةٌ بِالذَّاتِ (مِنَ الْقِيَمِيَّاتِ) إِذْ هِيَ الَّتِي يَتَأْتِي فِيهَا الرَّدُّ، ذَلِكَ أَنَّ الْبَائِعَ مُلْزَمٌ بِتَسْلِيمِ عَيْنٍ مُعَيَّنَةٍ بِذَاتِهَا مِنْ دُونِ غَيْرِهَا، فَإِذَا ظَهَرَ فِيهَا عَيْبٌ كَانَ لِلْمُتَمَلِّكِ أَنْ يُرَدِّدَ هَذِهِ الْعَيْنَ، وَيَنْسُخَ الْعَقْدَ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ الْحُلُّ مِنْ «الْمَثْلِيَّاتِ» الَّتِي تَثْبِتُ أَوْصَافاً فِي الذِّمَّةِ، إِذْ لَا يُلْزَمُ الْبَائِعُ - مِثْلاً - بِتَسْلِيمِ عَيْنٍ مُعَيَّنَةٍ مِنْهَا، بَلْ مِنْ مِثْلِهَا، مِمَّا يَتَحَقَّقُ فِيهِ الْوَصْفُ، فَإِذَا انْتَفَى الْوَصْفُ انْتَفَى الْحُلُّ وَصَفَاءً، وَلِلْمُسْتَشْتَرِي أَنْ يَرْفُضَ الْاِسْتِلَامَ ابْتِدَاءً، إِذْ لَيْسَ هُوَ الَّذِي تَمَّ التَّعَاقُدُ عَلَيْهِ.

فَتَلَخَّصَ أَنَّ مَجَالَ عَقُودِ الْمَعَاوِضَاتِ الْمَالِيَّةِ الَّتِي مَحَلُّهَا أَعْيَانٌ مُشَخَّصَةٌ، مِنْ مِثْلِ:

- عَقْدُ الْبَيْعِ، وَعَقْدُ الْإِجَارَةِ إِذَا كَانَ مَحَلُّهَا دَاراً مُعَيَّنَةً لِلسُّكْنَى مِثْلاً.
- عَقْدُ الْقِسْمَةِ إِذَا كَانَ الْمَقْسُومُ فِيهِ قِيَمِيّاً.
- عَقْدُ الصُّلْحِ إِذَا كَانَ الْبَدْلُ عَيْناً مُشَخَّصَةً.
- عَقْدُ الْمَقَابِضَةِ الَّتِي يَكُونُ فِيهَا الْبَدْلَانِ - الْمَبِيعُ وَالشَّمْرُ - مِنَ الْأَعْيَانِ الْمُعَيَّنَةِ بِالذَّاتِ، كَشِرَاءِ أَرْضٍ بِسَيَّارَةٍ مِثْلاً، فَهَذِهِ يَتَصَوَّرُ فِيهَا خِيَارُ الْعَيْبِ.

حَكْمُ الْعَقْدِ مَعَ خِيَارِ الْعَيْبِ:

يُظْهَرُ أَثَرُ الْعَيْبِ فِي لُزُومِ الْعَقْدِ، فَيَكُونُ غَيْرَ لَازِمٍ، وَلَكِنَّهُ لَا يُؤَثِّرُ عَلَى نَفَاذِهِ، فَتَتَرْتَّبُ آثَارُهُ عَلَيْهِ بِالْعَقْدِ نَفْسِهِ كَمَا لَوْ كَانَ لَازِماً، إِذْ لَا أَثَرَ لِلزُّومِ وَعَدَمُهُ عَلَى النِّفَازِ، وَعَلَى هَذَا فَالْعَقْدُ الَّذِي ظَهَرَ عَيْبٌ فِي مَحَلِّهِ عَقْدٌ صَحِيحٌ نَافِذٌ، وَلَكِنَّهُ غَيْرُ لَازِمٍ بِالنِّسْبَةِ لِلْمُتَمَلِّكِ الَّذِي كَانَ لِلْعَيْبِ أَثَرٌ فِي اخْتِلَالِ رِضَاهِ مِنْ دُونِ الْمَالِكِ، إِذِ الْعَقْدُ لَازِمٌ فِي حَقِّ هَذَا الْأَخِيرِ مِنْذُ إِنِشَائِهِ؛ لِسَلَامَةِ رِضَاهِ.

هذا وعدٌ الزُّوم يورثُ المَتملِّك الذي اختلَّ رضاهُ الخيار بين أمرين:

أولهما: فسخُ العقد، ورُدُّ محلِّه المغيب إلى صاحبه فيبطلُ العقد، ويصبحُ كأنَّ لم يكن، واسترداد العوض إن كان قد دفعه إلى الطرف الآخر ما لم يمنع من الرَّد مانع من الموانع التي يتعدَّر معها الرَّد، فيسقطُ الخيار ويلزمُ العقد، وسنأتي على ذكرها.

الثاني: إمساكُ المَتملِّك المَعقود عليه، ورضاهُ به بكلِّ ثمنه، صراحةً أو دلالةً، على الرِّغم من قيام العيب فيه، ويصيرُ العقد حينئذٍ لازماً في حقه كما هو لازمٌ في جانبِ المَملِّك منذ إنشائه.

- وذهب الحنفية إلى أنَّه لا خيار للمُتملِّك في هذه الحال بين إمساكِ المَعقود عليه المغيب، وبين نُقصانِ الثمن بقدر ما نُقصَ من قيمته أثراً للعيب فيه؛ لأنَّ العيب وصفٌ تابعٌ للمَعقود عليه، لا يُقابله شيءٌ من الثمن ما لم يرضَ المَملِّك من تلقاء نفسه بدفع قيمة النقص في نظير عدم ردِّ المَعقود عليه المغيب، فإنه يجوز، ويُعدُّ ذلك خطأً من الثمن بمحض رضاه، وهو جائزٌ مشروع^(١).

- وذهب الحنابلة إلى أنَّ للمُتملِّك الخيار بين إمساكِ المَعقود عليه المغيب، وبين الرجوع بالنقص على المَملِّك إلزاماً وقضاءً، فيقومُ الحلُّ سليماً، ثم يُقومُ معيباً، والفرق بينهما يُسمَّى: نُقصاً أو أرشاً، فيخطُّ من الثمن بقدره شاء المَملِّك أم أبى^(٢)، وهو الأصح.

هل يتوقف فسخُ العقد بالعيب على رضا الطرف الآخر أو على حُكم القاضي؟

يُفرَّق في حُكم هذه المسألة بين حالتين:

(١) مجمع الأنهر (٥٢/٢)، فتح الوهاب شرح نهج الطلاب (١٧٢/١).

(٢) الإقناع (٩٦/٢ و ٩٩).

الأولى: قبل تسليم المعقود عليه المعيب، فلا يتوقف الفسخ على رضا، ولا قضاء

به.

الثانية: بعد تسليم المحل المعيب، فلا بُدَّ من الرضاء أو القضاء بالفسخ ذلك؛ لأنَّ المَتملِّك يدَّعي قَوَاتِ شَرْطِ السَّلَامَةِ، وقد ينازعه الطَّرَفُ الآخر في ذلك.

هذا ويُشترط في نفاذِ حُكْمِ الفسخِ عِلْمُ الطَّرَفِ الآخر به.

الأسبابُ التي تمنع الردَّ بخيار العيب، وتُسقطُ الخيار:

١- الرضا بالعيب بعد العلم به صراحةً أو دلالةً.

٢- إسقاط الخيار صراحةً، كأن يقول: «أَسْقَطْتُ حَقِّي في الخيار» أو دلالةً بأنَّ يُبرئ الطَّرَفَ الآخر مِنَ العيبِ.

ولا حقَّ للمُتملِّك في الرجوع بالنقصان في هاتين الحالتين عند الحنفية، بخلافاً للحنابلة، كما قدَّمنا.

٣- هلاك المحل كلياً أو جزئياً؛ لتعذر الرد، أمَّا في الأول فلاَّ المحلَّ معدوم، وأمَّا في الثاني فلتفرق الصفقة على الطَّرَفِ الآخر.

٤- تعيب المعقود عليه بعيب جديد في يد المَتملِّك بعد قبضه فضلاً عن العيب القديم، إذ يتعذر في هذه الحال ردُّ المعقود عليه على الحال التي كان عليها وقت التعاقد، فيسقط الخيار، ويلزم العقد، ولكن للمَتملِّك الرجوع بما يقابل النقصان، أثراً للعيب القديم على الطَّرَفِ الآخر، سواء أكان حدوث العيب الجديد بآفة سماوية، أم بفعل أجنبي، وكذلك إذا كان بفعل المَتملِّك^(١)؛ لأنَّ الطَّرَفَ الآخر لا يجبر على قبول الرد بالعيوب الجديدة.

(١) غير أنَّه إذا حصل الهلاك، أو التعيب بفعله قبل اطلاعه على العيب، كان له الرجوع بالنقصان.

٥- زيادة محل العقد زيادةً متصلةً غير متولدة من الأصل، كزراعة الأرض، أو غرسها، وكعزل القطن، أو ترميم الدار، وكذلك إذا كانت الزيادة منفصلة متولدة عن الأصل، كالشمر، وولد الحيوان، فإنها تمنع الردّ بسبب هذه الزيادة، غير أنّ للمتملّك في الحالتين الرجوع على الطرف الآخر بالتقصّان.

وتعليل ذلك في الحالة الأولى: أن في ردّ المعقود عليه إلى مالكه مع الزيادة المتصلة من دون مقابل شبهة الربا.

وفي الحالة الثانية: لو ردّ المعقود عليه دون الزيادة، لتملّكها الطرف الآخر دون مقابل، ولو ردّت مع الزيادة لملّكها مالك العين دون مقابل أيضاً، وفي الحالتين شبهة الربا، فامتنع الردّ لذلك، ولزم العقد.

وامتناع الردّ في هذه الأحوال للأسباب التي ذكرنا معناهُ سقوط الخيار، ولزوم العقد.

هل يسقط خيار العيب بموت صاحبه؟

لا يسقط بل يورث، ويقوم الوارث مقام مورثه في هذا الحق: فإن شاء الوارث فسخ العقد، وردّ المعقود عليه إلى مالكه، واستردّ البدل، فيبطل العقد.

وإن شاء أمسك المعقود عليه المعيّب، ورضي به بكُل الثمن، أو مع الرجوع بالتقصّان في بعض الحالات التي أشرنا إليها، فيلزم العقد في حقّه.

وتعليل ذلك: أنّ هذا حق مالي، وليس مجرد رغبة ومشية؛ لأنّ سلامة المعقود عليه من العيب أمر يتصل بماليّته، أو قيمته المائيّة من جهة الكمال والنقص، والوارث يخلف مورثه في حقوقه المائيّة إجماعاً.

المبحث الرابع

خيار التَّعِينِ

التَّعِينُ بِهِ:

هُوَ حَقٌّ لِلْمُتَمَلِّكِ - كَالْمَشْتَرِي - يَنْبُتُ فِي الْعَقْدِ الَّذِي مُحَلُّهُ وَاحِدٌ غَيْرُ مَعْلُومٍ مِنْ شَيْئَيْنِ، أَوْ ثَلَاثَةِ مَعْلُومَةٍ بِاشْتِرَاطِهِ فِيهِ صَرَاحَةٌ، بِحَيْثُ يَكُونُ لَهُ بِمَقْتَضَاهُ سُلْطَةٌ فِي أَنْ يَخْتَارَ وَاحِدًا مِنْهَا، لِيَصِيرَ مَعْلُومًا بَعْدَ أَنْ كَانَ مَجْهُولًا.

وَاضِحٌ مِنْ هَذَا التَّعَرِيفِ أَنَّ «خِيَارَ التَّعِينِ» ثَابِتٌ، اسْتِثْنَاءً مِنَ الْقِيَاسِ الْعَامِ فِي الْعُقُودِ، وَالَّذِي يَقْضِي بِوُجُوبِ أَنْ يَكُونَ مُحَلُّ الْعَقْدِ مُعَيَّنًا مَعْلُومًا كَشَرَطٍ لِلانْعِقَادِ يَبْطُلُ الْعَقْدُ بِفَوَاتِهِ - كَمَا بَيَّنَّا - وَهَذَا مَا ذَهَبَ إِلَيْهِ الْحَنْفِيُّ وَالْمَالِكِيُّ، مُسْتَنْدِينَ فِي هَذَا الْإِسْتِحْسَانِ إِلَى الْحَاجَةِ وَالْعُرْفِ مِمَّا يَنْهَضُ بِحُكْمِهِ تَشْرِيعُهُ.

وَوُجْهُ الْحَاجَةِ: أَنَّ الْإِنْسَانَ قَدْ يَفْتَقِرُ فِي الْبَيَاعَاتِ إِلَى التَّرْوِي وَاسْتِشَارَةِ أَهْلِ الْخَبَرَةِ لَمَّا يَلْتَبِسُ عَلَيْهِ اخْتِيَارُ الْأَوْفَقِ وَالْأَرْفَقِ^(١) مِنْ أَشْيَاءٍ مُتَفَاوِتَةِ الصِّفَةِ وَالثَّمَنِ، أَوْ يَكُونُ مِمَّنْ لَا يَسْتَطِيقُ الْأَسْوَاقَ، وَلَا يَتَرَدَّدُ عَلَيْهَا عَادَةً؛ لِقَلَّةِ خَبَرَتِهِ، أَوْ ضَيْقِ وَقْتِهِ، فَيُرْسِلُ نَائِبًا عَنْهُ يَتَوَلَّى شِرَاءَ حَاجَاتِهِ، فَتَمَسُّ الْحَاجَةَ إِلَى اسْتِطْلَاعِ رَأْيِ أَهْلِ الْخَبَرَةِ، أَوْ رَأْيِ هَذَا الْأَصِيلِ فِيمَا يَرِغَبُ فِي شِرَائِهِ مِنْ أُمُورٍ مُتَعَدِّدَةٍ مُخْتَلِفَةِ الصِّفَةِ وَالْمِمِيزَاتِ، فَخَشْيَةُ أَنْ تَفُوتَ الصِّفَةُ، شُرْعَ حَقُّ التَّعِينِ هَذَا اجْتِهَادًا، سَدًّا لِلْحَاجَةِ الْمَاسَّةِ إِلَى ذَلِكَ.

وَيَلْتَقِي هَذَا الْخِيَارُ مَعَ خِيَارِ الشَّرْطِ مِنْ جِهَةِ حِكْمَةِ التَّشْرِيعِ الَّتِي تَقُومُ عَلَى الْحَاجَةِ إِلَى التَّرْوِي، وَالِاسْتِعَانَةِ بِأَهْلِ الْخَبَرَةِ، وَحِكْمَةِ التَّشْرِيعِ الَّتِي مَقْصَدُهَا الْمَشْرِعُ.

(١) يَنْظُرُ رَدُّ الْمُحْتَارِ لِابْنِ عَابِدِينَ (٤/٥٨٥).

مَشْرُوعِيَّةُ خِيَارِ التَّعْيِينِ:

تَقُومُ مَشْرُوعِيَّةُ خِيَارِ التَّعْيِينِ عَلَى أَسَاسِ التَّيْسِيرِ وَدَفْعِ الْحَرْجِ فِي التَّعَامُلِ، إِذْ لَمْ يَرِدْ فِيهِ نَصٌّ خَاصٌّ، فَهُوَ مَصْلَحَةٌ حَاجِيَّةٌ تَصْلُحُ مَبْنَى لِلْحُكْمِ الشَّرْعِيِّ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَرِدْ فِي الشَّرْعِ مَا يُلْغِيهِ أَوْ يَنَافِيهِ، فَإِذَا أَضْفْنَا إِلَى ذَلِكَ «الْعُرْفَ» تَأْيِيدَ أَصْلِ الْمَشْرُوعِيَّةِ بِهِ، مَا دَامَ لَا يَعَارِضُهُ فِي الشَّرْعِ دَلِيلٌ أَقْوَى وَخَاصٌّ فِي مَوْضُوعِهِ، وَكُلُّ مَا لَمْ يَرِدْ فِيهِ نَصٌّ فِي الْعُقُودِ وَالتَّصَرُّفَاتِ يُصَارُ فِيهِ إِلَى الْعُرْفِ.

هَذَا وَتَلَمَّحَ فِي اسْتِدْلَالِ الْحَنْفِيَّةِ عَلَى مَشْرُوعِيَّتِهِ ابْتِنَاءً عَلَى الْقِيَاسِ عَلَى خِيَارِ الشَّرْطِ؛ لَوْحِدَةِ الْمَصْلَحَةِ أَوْ الْمَنَاطِ الَّذِي هُوَ سَنَدُ الْاسْتِحْسَانِ مِنَ الْقِيَاسِ الْعَامِ، كَمَا أَشْرْنَا، وَالْاسْتِحْسَانُ حُجَّةٌ فِي الْاسْتِنْبَاطِ فِيمَا لَا نَصَّ فِيهِ عَلَى الْأَصَحِّ، فَضْلاً عَنِ الْقِيَاسِ الْخَاصِّ.

وَعَلَى هَذَا فَالْأَسَاسُ الْفِقْهِيُّ لِهَذَا الْخِيَارِ هُوَ الْقِيَاسُ الْخَاصُّ عَلَى خِيَارِ الشَّرْطِ، أَوْ الْاسْتِحْسَانُ الْقَائِمُ عَلَى الْعُرْفِ.

وَذَهَبَ الشَّافِعِيَّةُ وَالْحَنَابِلَةُ إِلَى عَدَمِ مَشْرُوعِيَّةِ خِيَارِ التَّعْيِينِ، اسْتِدْلَالاً مِنْهُمْ بِالْقِيَاسِ الْعَامِ، إِذْ مِنْ شُرُوطِ الْإِنْعِقَادِ أَنْ يَكُونَ مَحَلُّ الْعَقْدِ مَعْلُوماً وَقَدْ تَتَعَاوَدَ؛ لِأَنَّ الْجَهَالََةَ تَبْطُلُهُ، وَخِيَارِ التَّعْيِينِ يَرُدُّ فِي عَقْدٍ مَحَلُّهُ وَاحِدٌ غَيْرُ مُعَيَّنٍ وَقَدْ تَتَعَاوَدَ، فَلَمْ يَصِحَّ لِذَلِكَ^(١).

وَلَكِنْ يَتَجَهَّ عَلَى هَذَا النَّظَرِ أَنَّ مَحَلَّ الْعَقْدِ وَإِنْ كَانَ مُجْهُولاً فِي هَذِهِ الْحَالِ عِنْدَ التَّعَاوُدِ فَتَرَّةٌ مُعَيَّنَةٌ لِلتَّرْوِي، وَتَحْقِيقاً لِلرِّضَا الْكَامِلِ، وَتَحْصِيلاًً لِلْمَصْلَحَةِ وَدَفْعِ الْحَرْجِ، غَيْرَ أَنَّ مَالَهُ «التَّعْيِينِ» بَعْدَ ذَلِكَ وَهَذَا لَا يَضُرُّ، نَظراً لِمَا يَتَرْتَبُ عَلَيْهِ مِنْ مَصْلَحَةٍ جَدِيدَةٍ

(١) المغني (١١٨/٤) نهاية المحتاج (٩٤/٣).

مشروعة عامة وراجحة، بدليل جريان العرف بذلك، والعرف في التعامل معتبر إذا لم يصادفه دليل خاص بموضوعه في الشرع وأقوى منه ينفيه، ولم يوجد، نعم ورد في الشرع النهي عن العرر للجهالة، ولكن هذه الجهالة موقوتة، ويسيرة غير فاحشة، ولا تفضي إلى النزاع عادة، فلا تدرج في حكم النهي لانتفاء العرر.

هذا ووحدة المناط أو المصلحة بين هذا الخيار وخيار الشرط بيّنة، تؤيد مشروعيته بالقياس الأصولي الخاص، وهو حجة عند الأئمة الأربعة، كما تعلم.

مثال خيار التعيين: أن يقول البائع للمشتري: بعثك هذه السيارات الثلاث؛ الأولى بمبلغ كذا، والثانية بكذا، والثالثة بكذا، على أن تختار أيها شئت في غضون ثلاثة أيام على رأي الإمام، أو في غضون شهر - مثلاً - على رأي الصّاحِبِ والمالكيّة، وقيل المشتري، صحَّ العقد والشرط، ويكون المبيع واحداً لا بعينه من هذه السيارات الثلاث المُعيّنة ذاتاً ووصفاً وثنائاً، والمتفاوتة جودة ورداءة، حتى إذا استلمها المشتري كانت إحداها لا بعينها، مبيعة ومضمونة، ويتعيّن ملكه فيها، والأخريان أمانة في يد المشتري؛ لأنّه استلمها بإذن مالِكها لا على وجه التّملك، فإذا اختار إحداها في المدّة المُعيّنة وبثمنها المحدّد لها، تعيّن محلاً للعقد ولزم، إذ باختياره هذا يتحقّق شرط الانعقاد، وهو العلم بمحلّ العقد كمالاً^(١).

العقود التي يجري فيها خيار التعيين: يجري هذا الخيار في عقود المعاوضات الماليّة التي تنقل الملك في الأعيان المُعيّنة بالذات، كالبيع وما في معناه، فتحدد نطاقه بذلك؛ لثبوته استحساناً، وعلى خلاف القياس فلا يتوسّع فيه.

(١) المبسوط (٥٤/١٣)، فتح القدير (١٣٨/٥ - ١٤١)، تبين الحقائق (٢١/٤) وما يليها)، ردّ المحتار (٥٨٥/٤) وما يليها).

وعلى هذا لا يجري هذا الخيار في المعاوضات التي محلها المنليات والمنافع، كما لا يجري في عقود التبرع.

هذا ولا يثبت إلا للمتملك - كالمشتري - لتحقيق حكمة التشريع فيه وحده من دون المملك - كالبائع - لأن حكمة التشريع أساس مشروعيتها كما علمت، حتى إذا انتفت - كما هو الشأن في البائع - انتفت مشروعيتها وعاد إلى الأصل العام الذي يقضي ببطلان العقد، لجهالة محله وقت التعاقد.

وإنما تنتفي حكمة التشريع في هذا الخيار بالنسبة للبائع أو من في معناه من قبل أن الأعيان التي يُريد بيعها قائمة في يده، ويُمكنه أن يتروى فيما يختار بيعه قبل الإقدام على البيع، بخلاف المشتري.

على أن ثمة اجتهاداً عند الحنفية في صحة هذا الخيار بالنسبة للبائع أيضاً، قياساً على المشتري^(١)، وهو ضعيف، إذ الحاجة إلى ذلك بالنسبة للبائع نادرة، فلا تقوى على مخالفة القياس العام من وجوب التعيين وقت التعاقد لضعف المصلحة ومحدوديتها، هذا ودليل ندرتها عدم جريان العرف بها.

شروط خيار التعيين : تتوقف صحة خيار التعيين على الشروط الآتية:

أولاً - ألا يزيد عدد الأشياء المعنية التي يجري الخيار بينها عن ثلاثة؛ لأنها تشتمل على الجيد والوسط والردىء، ولا حاجة لجريانه في أكثر من ذلك؛ لأن هذا الخيار ثبت للضرورة، والضرورة تقدر بقدرها.

ثانياً - أن يحدد ثمن كل منها على حدة، نفياً للجهالة في الثمن المفضية إلى النزاع.

المحرم.

(١) فتح القدير (١٣١/٥)، تبين الحقائق (٢١/٤)، الخطاب (٤٢٣/٤ - ٤٢٥).

ثالثاً: أن تكون هذه الأشياء الثلاثة المعيّنة متفاوتة في الصفة من الجودة والرداءة، وهذا يستلزم التفاوت في الثمن كذلك لأن اشتراط هذا التفاوت، مما تقتضيه طبيعته الخيار، إذ لو كانت متساوية في ذلك لما كان لهذا الخيار معنى ولا موضوع، بل ولما دعت الحاجة التي هي أساس مشروعيته إلى ذلك.

رابعاً: أن تُحدد المدة التي ينبغي أن يجري الخيار خلالها، وقد تعددت الأقوال في تحديدها: فأبو حنيفة حددها بثلاثة أيام اعتباراً بخيار الشرط، وأرجعه الصاحبان إلى اتفاق المتعاقدين، طالبت المدة أم قصرت.

وأما المالكية فتختلف المدة عندهم تبعاً لاختلاف طبيعة محل العقد على النحو الذي رأينا في مدة خيار الشرط في اجتهادهم.

هذا والقول بعدم التحديد فيه ضرر بالبائع من غير مسوغ يوجب، والضرر منفي في الشرع، فوجب التحديد.

حكم العقد مع خيار التعيين: اختلف الفقهاء في حكم العقد مع هذا الخيار:

- فذهب فريق منهم إلى أن أثر خيار التعيين ينصب على لزوم العقد، فيجعله غير لازم، فيكون لمن يملك هذا الخيار أن يمضي العقد بأن يختار واحداً منها أن ينقضه ويفسخه، ويرد الأشياء المخير فيها جميعها إلى صاحبها.

والفسخ هنا لا يتوقف على قضاء القاضي، ولا على رضا الطرف الآخر. على أن هذا الفريق قد وقع خلاف بينهم أيضاً، فبعضهم يرى أن عدم اللزوم هو أثر متمحض لخيار التعيين، ومن ثم لا يشترط اقترانه بخيار الشرط، ولا هو متضمن له، بينما يرى الآخر أن عدم اللزوم ليس أثراً متمحضاً لخيار التعيين، بل هو أثر لخيار الشرط الذي تضمنه هذا الخيار^(١).

(١) المبسوط (٥٤/١٣)، البدائع (٢٧٤/٥)، تبيين الحقائق (٢١/٤)، نهاية المحتاج (٩٤/٣).

- هذا وثمة فريق ثان يرى أَنَّ العقدَ لازمٌ، ولا أثرَ لهذا الخيارِ على لزومه، فلا يملك المشتري بالتَّالي أن يفسخَ العقدَ، ويرد الأشياءَ الثلاثةَ المخير فيها على صاحبها، وإنما ينحصر أثره في التَّعيين فقط، فيجبر على الاختيار.

وعلى هذا فالعقدُ نافذٌ لازمٌ في حقِّ المشتري على الرِّغم من قيام هذا الخيار، وإثماً أثره في وجوب أن يختارَ واحداً منها محلاً للعقدِ لِيتميّزَ عن غيره، فيصيرُ متعيّناً معلوماً، ويتعيّنُ ملكه فيه، وتنزولُ بذلك هذه الجهالةُ اليسيرةُ الموقوتة.

أما بالنسبةِ للمالك - كالبائع - فالعقدُ لازمٌ في حقه اتفاقاً. وعلى أي حال فإنَّ خيارَ التَّعيين لا أثرَ له على نفاذِ العقدِ بالاتِّفاق، فالعقدُ معه صحيحٌ نافذٌ، تترتَّب آثاره عليه من انتقال الملك في واحد لا بعينه، ولكنَّه ملكٌ غيرُ لازمٍ عندَ جمهورِ الحنفيةِ أثراً لخيارِ التَّعيين، حتى إذا مارسه صاحبه بأن اختارَ واحداً منها، تعين هذا الذي اختاره محلاً للعقدِ مضموناً، وانصبَّ حقُّ الملك فيه بعينه، وعليه ثمنه المحدَّد له، وأصبح العقد لازمياً، وكان الباقي في يديه أمانة لا تُضمَّنُ إلَّا بالتَّعدي؛ لأنَّه استلمها بإذن مالِكها لا على وجه التَّمليكِ حتى تكون في يده مضمونة^(١).

حكمُ انقضاءِ مدَّةِ خيارِ التَّعيينِ دونَ ممارسته:

- ذهبَ الحنفيةُ إلى أن انقضاءَ مدةِ التَّعيينِ مِنْ دونِ ممارسته يوجبُ لزوم^(٢) العقد، فلا يملك صاحبه نقضَ العقدِ بعدئذٍ، بل يلزمه تعيين أو اختيار أحدِ الأشياءِ المخير فيها تمييزاً له عن ملك غيره.

(١) البدائع (٥/٢٦١ وما يليها).

(٢) وهذا دليلٌ على رأي القائلين بأنَّ أثرَ خيارِ التَّعيين هو عَدَمُ اللُّزوم، ولا يأتي على رأي من ذهبَ إلى أَنَّ العقدَ لازمٌ، ولا أثرَ لخيارِ التَّعيين على هذا اللُّزوم. الخطاب (٤/٤٢٥).

- وذهب المالكيّة إلى أن انقضاء المدة من دون ممارسة هذا الخيار يوجب نقض العقد من أساسه، فيجب على صاحبه أن يردّ الأشياء التي كان مخيراً فيها إلى مالكيها جميعاً، ولسقوط حقه في الخيار ضرورة؛ لأنّ نقض العقد يتضمّن نقض كافة ما كان من مشتملاته.

- والراجح الرأي الأوّل منعاً من الإضرار بالبائع، إذ قد تفوت الفرصة عليه في صفقة أخرى بأن يبيعها من غيره، ولا سيما إذا لاحظنا أنّ المالكيّة لا يرون تحديد مدة خيار التّعين بفترة زمنيّة وجيزة، بل يتركون ذلك لما تقتضيه طبيعة محلّ العقد، وقد يكون من النفائس ذوات الأثمان، كالسيارات - مثلاً - مما يتطلب وقتاً طويلاً لاستشارة أهل الخبرة؛ لأنّ خيار التّعين يجري في ذوات القيم الطائلة غالباً ومن هنا نجمت حكمة مشروعيّته، وإلا فإن التّافه اليسير القيمة لا يستوجب مثل هذا الخيار عادة للتّروي، واستطلاع رأي أهل الخبرة.

وإذا كان إهمال من له الخيار في ممارسته خلال المدة المعيّنة، والكافية من شأنه الإضرار بالبائع، فمن البديهي أنّ خيار التّعين لم يشرع أصلاً ليكون وسيلة للإضرار بأي من طرفي العقد، ولا ريب أنّ التقصير، أو الإهمال الذي ينتج عنه ضرر بالغير، ينبغي ألا يعفي صاحبه من المسؤوليّة؛ لأنّه ضرب من التعسّف في استعمال الحقّ على وجه سلبيّ، وهو ممنوع ومحرّم شرعاً، لذا نرى أن على المقصر تبعه تقصيره، وخير جزاء على ذلك هو إلزامه بالعقد، ووجوب تعيين المعقود عليه دفعاً للضرر عن البائع، وهو ما انتهى إليه اجتهاد جمهور الحنفية.

ما يسنّط به خيار التّعين:

يسنّط هذا الخيار بأحد الأمور التالية:

أولاً - اختيار المملّك - كالمشتري - أحد الأمور المخير بينها صراحة أو دلالة.

أما صراحة: فكأن يقول: احترت، أو قبلت، أو رضيت هذا الشيء.
وأما دلالة: فكأن يتصرف في أحدها تصرف المالك قولياً، فيخرجه عن ملكه
بيع، أو يرب عليه حقاً للغير يتعارض مع حق المالك كالرهن والإجارة.
أو يتصرف فيه تصرفاً فعلياً مادياً، كأن يكون منزلاً فيسكنه، أو سيارة فيسافر فيها،
فيتعين ما اختاره محلاً للعقد، ويلزم، كما يتعين ملكه فيه وعليه ثمنه المحدد في العقد، ويسقط
بذلك حق الخيار، ويرد الباقي إلى مالكة.

ثانياً: هلاك أحد الأمور المخير بينها بعد القبض عند المتملك كالمشتري، فيتعين
الهالك محلاً للعقد، وعليه ثمنه، ويسقط الخيار، ولأنه في ضمانه.
وهذا بخلاف ما إذا كان مخيراً بين اثنين - مثلاً - فهلك أحدهما في يد المملك -
كالبائع - قبل تسليمه، فإن للمشتري خيار الوصف، لا خيار التعيين؛ لسقوطه ضرورة،
إذ لم يبق له محل، فبهلاك أحدهما تعين الآخر محلاً للعقد، وبالنظر لفوات الوصف في
المعقود عليه، إذ كان واحداً لا بعينه، فأصبح واحداً بعينه، يثبت للمشتري الخيار في أن
يأخذه بثمنه، أو يرده، وبذلك يسقط خيار التعيين في هذا الحال ضرورة ولزوماً، لا قصداً
واختياراً^(١).

ثالثاً: تعيب أحدها؛ لأن التعيب في حكم الهلاك الجزئي، فيتعدّر رده على الصفة
التي كان عليها وقت التعاقد، فيتعين هذا محلاً للعقد ضرورة لا اختياراً، ويرد الباقي إلى
صاحبه؛ لأنه أمانة في يده - كما أسلفنا - وبذلك ينتهي هذا الخيار في هذه الحال.
رابعاً: مضي المدة الموعّنة في العقد، يسقط هذا الخيار، فيلزم العقد على الرجح.

وراثة خيار التَّعِينِ^(١):

لا ينتهي خيارُ التَّعِينِ بموتِ صاحبه، بل يورث، ولكن يصيرُ العقدُ لازماً في حقِّ الورثة بعد أن كان غيرَ لازمٍ في حقِّ مورثهم، وهو ما أشارَ إليه الكاساني^(٢).

وتعليل ذلك: أنَّ هذا حقٌّ يتعلَّق بالملكِ الثَّابتِ للمورث، والوارثُ يخلُفه فيه، فكانَ عليه تعيينه ليتميَّزَ عن ملكٍ غيره، وبهذا يَخْتَلِفُ عن خيارِ الشَّرْطِ الذي هو مجردُ رغبةٍ ومشيئةٍ.

والفارقُ بين المورثِ والوارثِ في هذا الحقِّ أنَّ العقدَ بالنَّسبةِ للمورث غيرَ لازمٍ، فله أنْ ينقضَ العقدَ، ويردَّ الأشياءَ جميعاً إلى صاحبها بخلافِ الوارث، فإنَّ العقدَ يلزمُ في حقِّه بموتِ مورثه، فلا يملكُ نقضَ العقدِ، وردَّها جميعاً، بل يجبُ عليه تعيين محلِّ العقدِ، ليتعيَّنَ ملكه فيه.

هذا ويُمكنُ تفسيرُ لزومِ العقدِ بالنَّسبةِ للوارث أيضاً بأنَّ خيارَ التَّعِينِ يتضمَّنُ خيارَ الشَّرْطِ عندَ جُمهورِ الحنَفِيَّةِ، فكانَ - في الواقعِ - خيارين، وبالموتِ يسقطُ خيارُ الشَّرْطِ؛ لأنَّه لا يورثُ عندهم، فيلزمُ العقدُ، ويبقى خيارُ التَّعِينِ في حقِّ الوارثِ واجباً مع لزومِ العقدِ، فعليه أنْ يَخْتَارَ أحدها محلاً للعقدِ، وليتعيَّنَ ملكه فيه، فيتميَّزَ عن ملكٍ غيره، وليسَ له نقضُ العقدِ وردُّها جميعاً، لما قدَّمنا من لزومِ العقدِ في حقِّه^(٣).

(١) المرجع السابق.

(٢) إذ يقول رحمه الله: «وَلَا يَبْطُلُ هَذَا الْخِيَارُ بِمَوْتِ الْمُشْتَرِي، بَلْ يورثُ بِخلافِ خيارِ الشَّرْطِ؛ لِأَنَّ خيارَ التَّعِينِ إِنَّمَا يَثْبُتُ لِلْمورثِ لِثبوتِ الملكِ لَهُ فِي أَحَدِهِمَا غَيْرَ عَيْنٍ، وَقَدْ قامَ الوارثُ مقامَهُ فِي ذَلِكَ الملكِ فَلَهُ أَنْ يَخْتَارَ أَيُّهُمَا شاءَ دُونَ الْآخَرِ، إِلَّا أَنَّهُ لَيْسَ لَهُ أَنْ يَرُدَّهُمَا جَمِيعاً، وَقَدْ كانَ لِلْمورثِ ذَلِكَ». البدائع (٥/٢٦١ - ٢٦٢).

(٣) المرجع السابق.

الفصل السابع

الإرادة المفردة بوصفها مصدراً للالتزام

في الفقه الإسلامي

المبحث الأول:

تولي الشخص الواحد طرفي العقد

المبحث الثاني:

الإرادة الظاهرة، والإرادة الباطنة

يُعدُّ هذا المصدرُ فَرْعاً عَنْ مَبْدَأِ سُلْطَانِ الْإِرَادَةِ فِي الْفِقْهِ الْإِسْلَامِيِّ، غَيْرَ أَنَّهُ مُقَيَّدٌ بِالمصلحة العامة، وبعْدَمِ المساسِ بِحَقِّ الْغَيْرِ، أَوْ إلْحَاقِ الضَّرْرِ بِهِ مِنْ دُونِ وَجْهِ حَقٍّ، وبالشُّرُوطِ الَّتِي اشْتَرَطَهَا الْفُقَهَاءُ فِي الْعَقْدِ بِالمعنى الخاصِّ فِي الْجُمْلَةِ.

هذا والإِرَادَةُ الْمُنفَرَدَةُ، أَوْ التَّصَرُّفُ الْإِنْفِرَادِي اصطلاحٌ غَيْرٌ مَعْرُوفٌ فِي الْفِقْهِ الْإِسْلَامِيِّ، بَلْ فِي الْفِقْهِ الْوَضْعِيِّ، وَإِنْ كَانَ مَذْلُوعُهُ مُسْتَقَرّاً فِي فِقْهِنَا مِنْذُ نَشُوئِهِ، وَبِحَالِهِ أَوْسَعُ، وَيُطْلَقُ عَلَيْهِ (عَقْدٌ) بِالمعنى العام، أَوْ الْإِجْبَابُ الَّذِي يَتِمُّ بِصُدُورِهِ مِنَ الْمَوْجِبِ وَحْدِهِ عَلَى وَجْهِ مَشْرُوعٍ مِنْ دُونِ تَوَقُّفٍ عَلَى قَبُولِ طَرَفٍ آخَرَ، وَيَثْرُكُ أَثَرُهُ فِي مَحَلِّهِ.

تعريف الإرادة المنفردة كمصدر للالتزام:

(إيجاب على وجه مشروع، يصيرُ به المكلف ملتزماً بما يلزم به نفسه تجاه الله تعالى، أَوْ الكافة، أَوْ جهةٍ عامّةٍ، أَوْ شخصٍ معين، أَوْ غير معين، وَلَا يَتَوَقَّفُ نَفَاذُهُ عَلَى قَبُولِ طَرَفٍ آخَرَ).

مجال الإرادة المنفردة:

مجال الإرادة المنفردة الالتزامات الماليّة، والالتزامات غير الماليّة.

فمن الالتزامات الماليّة: الكفالة، الإبراء من الدّين، الجعالة، النّدْر... وغيرها.

ومن غير الماليّة، الإسقاطات: كالطلاق المُجَرَّد، وإسقاط حقّ الشفعة.

وعلى الجملة، فإن الإرادة المنفردة:

- إمّا أَنْ تَنْشِئَ التَّزَاماً مُعَيَّناً كَالْوَصِيَّةِ، وَالْوَقْفِ، وَالْكَفَالَةِ^(١).

- أَوْ تَحْجِيزَ تَصَرُّفاً، كَالْعَقْدِ الْمَوْقُوفِ.

(١) فَالْكَفَالَةُ تَتِمُّ وَتَلْزَمُ بِمَجَرَّدِ الصِّيغَةِ، كَقَوْلِكَ: كَفَلْتُ لَكَ دِينَكَ قَبْلَ فُلَانٍ، وَإِنْ لَمْ يَصْدُرْ قَبُولٌ مِنَ الدَّائِنِ عِنْدَ الْمَالِكِيَّةِ وَالْحَنَابِلَةِ وَأَبِي يُوسُفَ وَالزَّيْدِيَّةِ وَالْأَصْحَحَ عِنْدَ الشَّافِعِيَّةِ، خِلَافاً لِأَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ.

- أو تستقط حقاً كالشَّروط، وكالطلاق المجرَّد^(١).

وكلُّ ذلك يتمُّ ويلزم بمجرد الإيجاب وحده.

ويشترط في الإرادة المُنْفردة ألاَّ تحلَّ حراماً، ولا تحرم حلالاً:

- فلو قال شخصٌ: حرَّمت على نفسي هذا الطعام، لم يلزمه تحريمٌ.

- أو قال: أوجبْتُ على نفسي لبس الحرير، لم يلزمه حلٌّ ولا التزامٌ.

فالإرادة المُنْفردة في الفقه الإسلامي تنتج آثاراً شرعيةً معيّنة.

والإرادة المُنْفردة تصلح أن تكون سبباً للالتزام البات في بعض الأحوال المُعيَّنة عند الجمهور، وقد نصَّت عليها الشريعة، ك(الوقف، والوصية، والنذر، والإبراء، والكفالة، والجماعة) وهي مصدر للالتزام بالدين في هذه الأحوال.

وقد تكون مصدراً بغير الدين في أحوال مُعيَّنة أيضاً، من مثل: (الطلاق المجرَّد، وإسقاط حقِّ الشُّفعة) كما ذكرنا.

وذهب المالكية إلى أنَّها مصدرٌ عامٌّ للالتزام بالدين، لقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [المائدة: ١] وغير ذلك من النصوص التي توجبُّ الالتزام على الإنسان بما يصدرُ عنه من عهد.

أما في غير الالتزام بالدين، فلا تصلح مصدرٌ عاماً، بل تكون مصدراً للالتزام فيما نصَّ عليه الشارع.

أركان الالتزام الانفرادي: للالتزام الانفرادي ثلاثة أركان:

الإيجاب (الصيغة) - الملتزم (الموجب) - المحل (الملتزم به).

ويشترط في الملتزم أن يكون: (عاقلاً، بالغاً، مختاراً، غير محجور عليه لسفه أو دين،

(١) الطلاق المجرَّد: هو ما لم يكن على مال.

إن كَانَ محله المال، أو إسقاط المال؛ لَأَنَّهُ ضربٌ من التَّبَرُّع، فلا بُدَّ أَن يَكُونَ الملتزم من أهله.

ومن أبرز تطبيقات التصرف الانفرادي: (الجعالة)، و(الكفالة)، و(الإبراء من الدين)، وسنوجز القول فيها:

أ - الجُعَالَةُ:

الجُعَالَةُ: هي التِّزَامُ يوجبُهُ الشَّخْصُ على نَفْسِهِ بِإِرَادَتِهِ المُنْفَرِدَةِ بِمَالٍ مُّعَيَّنٍ معلوم لمن يَقُومُ له بعمل معلوم.

فالجُعَلُ إذن: التِّزَامُ بِمَالٍ مُّعَيَّنٍ نَظِيرَ عَمَلٍ مُّعَيَّنٍ، كأن تقول: من رَدَّ عَلَيَّ سيارتي المسروقة، أو من حفر لي بئراً في أرضي فاستنبط منها الماء، أو من يدلُّ علي مجرم، فله كذا، مما يتعلَّق بالمصالح العامَّة والخاصَّة.

هذا وقد يَكُونُ الإِجَابُ موجهاً إلى شخص مُّعَيَّنٍ أو غير معين؛ أي: إلى الكافَّة. ويلاحظ أن العَمَل الذي هو محل الالتزام في الجعالة قد تلابسه جهالة غير يسيرة، إذ لا يعرف مدى الجهد المبذول في سبيل تنفيذ الملتزم به، فهو غير محدَّد المدة، وقد لا يَكُونُ محدَّد المكان أيضاً، كما في رَدِّ الحِصَانِ الشَّارِدِ، أو المتاع الضَّائِعِ، غَيْرَ أَنَّ نشوء هذا الالتزام لا يَتَوَقَّفُ على قَبُولِ الطَّرَفِ الآخر، إذ قد يَكُونُ غير معين.

حُكْمُ الجُعَالَةِ: الجُعَالَةُ مشروعة في الفقه الإسلامي، ودليل ذلك قوله تعالى: ﴿وَلَمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ﴾ [يوسف: ٧٢] وهذه الجعالة وإيرادها في القرآن الكريم من دون نقضٍ لها، أو نكيرٍ عليها، يدلُّ على مَشْرُوعِيَّتِهَا.

شُرُوطُ الجُعَالَةِ:

١- أَن يَكُونَ العَمَلُ الملتزم به معيَّناً على الرَّغْمِ من ملابسة الجهالة غير اليسيرة،

وهذا يستلزم ألا يحدّد الزمن لإتمام تنفيذ^(١) الملتزم به، والمعمول به، والمعمول عليه هو حصول الجاعل على المنفعة.

٢- أن يحدّد الجعل أو العوض تحديداً يُفيد العلم به.

٣- ألا يعطى الملتزم العوض تحديداً يُفيد العلم به.

٤- ألا يكون واجباً على الملتزم ذلك العمل، فلو كان المتاع المطلوب رد بجعل موجوداً عنده، أو كان يعلم مكانه، وجب عليه رده، ولا يثبت له حق في الجعل.

على أنّ الفقهاء اختلفوا في بعض التصرفات، هل تتم بإرادة منفردة، أو هي عقد لا بد فيها من الطرف الآخر من مثل الكفالة، والإبراء من الدين.

ب- الكفالة:

ذهب المالكية وأبو يوسف من الحنفية إلى أنّ الكفالة التزام من جانب واحد، فكانت من قبيل الالتزام بالإرادة المنفردة.

أمّا الشافعية وبعض الحنفية يرونها عقداً يتوقّف انعقاده على قبول الطرف الآخر.

ج- الإبراء من الدين:

يرى الحنفية أنّ الإبراء من الدين التزام انفرادي يتم بالإيجاب وحده.

أمّا المالكية فيرون الإبراء من الدين عقداً لا بدّ فيه من قبول المدين، إذ الإبراء فيه معنى التمليك، وليس لأحد ولاية على غيره في أن يملكه شيئاً دون رضاه دفعاً للمنة.

(١) يرى المالكية أنّه لا يجوز تقدير زمن معين، إذ قد يستغرق العمل الملتزم به زمناً أطول، فيضيع على الملتزم ما قدم من جهد، قبل الفراغ من العمل، إلّا أن يكون قد اشترط عليه أن يترك العمل متى شاء، فإنه يجوز ضرب الأجل فيه، لحقّة الضرر. الخرشي (٤/٥٩-٦٦).

المبحث الأول

تولي الشخص الواحد طرفي العقد

العقد إيجاب وقبول، فلا بُدَّ لانعقاده من تعدد العاقد؛ لأنَّه يُنشئ حقوقاً والتزامات متقابلة، أو متباينة، فلا يتصور أن يكون العاقد واحداً.

فعقد البيع - مثلاً - يُنشئ حقاً للمشتري في تسلُّم المبيع، والتزاماً على البائع بتسليمه، ولا يتصور أن يكون العاقد الواحد مسلماً ومتسلاً، أو دائناً ومُلتزماً في آنٍ واحدٍ للتناقض.

ويرى الحنفية أن آثار العقد في المعاوضات المالية الخاصة تنصرف إلى العاقد لا إلى الأصيل، فلو كان العاقد وكيلًا عن الجانبين - مثلاً - انصرفت آثار العقد إليه هو لا إلى طرفي العقد الأصيلين، فيقع التناقض على النحو الذي قدّمنا، بينما يرى فريق من الفقهاء أن آثاره ترجع إلى الأصيل، وهذا هو منشأ الخلاف كما سنرى.

ولم يجز الشافعي أن يتولّى شخص واحد طرفي العقد إلا إذا كان ولياً شرعياً في عقد الزواج، وتولى عقد زواج حفيديه للضرورة، إذ لا يتأتى منهما التوكيل.

وأما زُفَر فلم يجز ذلك بإطلاق، وحجّته في ذلك قوله صلى الله عليه وسلم: «كُلُّ نِكَاحٍ لَمْ يَخْضُرْهُ أَرْبَعَةٌ فَهُوَ سِفَاحٌ؛ خَاطِبٌ، وَوَلِيٌّ، وَشَاهِدَا عَدْلٍ»^(١).

(١) قال ابن الملقن في البدر المنير (٢/١٩٠): رواه البيهقي من رواية أبي هريرة، وقال: في إسناده المغيرة بن موسى البصري، قال البخاري: منكر الحديث، وقال ابن عدي: ثقة. ورواه الدارقطني من رواية عائشة، وقال: في إسناده مجهول. قال الرافعي وروي موقوفاً. قلت (ابن الملقن): أخرجه كذلك =

فالشَّافِعِيُّ وزفر لا يُجيزونَ تولي الواحد طرفي العقد إلا إذا كانَ جدًّا وليًّا عن حَفِيدِهِ في عقدِ الزَّواجِ، كما قَدَّمنا فيجيزه الشَّافِعِيُّ لِلضَّرورةِ، وهذا هو الرأى الأول.

وذهَبَ الحنابلة والمالكيَّةُ إلى جواز أن يتولى الواحد طرفي العقد في كافة العقود الماليَّة منها وغير الماليَّة إذا كانَ ذا صفة شرعية من ولاية أو وكالة. وحجَّتْهم في ذلك؛ أن العبارة ما دامت صادرة عن شخص ذي صفتين شرعيتين، فإنَّها بمنزلة عبارتين من طرفي العقد، كأنَّ يكونَ وكيلًا عنهما، أو أصيلًا عن نفسه، ووكيلًا أو وليًّا عن غيره.

وأيضاً آثارُ العقدِ تتعلَّقُ بالأصيل لا بالوكيل العاقد، فينتفي التناقض، إذ ترجع إلى طرفيهِ الأصيلين.

وعلى هذا فإن كانَ العاقدُ أصيلًا منْ طرفٍ، ووكيلًا أو وليًّا عن غيره منْ طرفٍ آخر، كانت عبارته قائمة مقام الإيجاب باعتباره أصيلًا، ومقام القبول باعتباره وكيلًا أو وليًّا، وهذا لا تناقض فيه.

واحتمالات تولي الواحد طرفي العقد تنحصر فيما يلي:

١- أن يكونَ أصيلًا من جانب، ووليًّا من جانب آخر، كأن يبيع الأب مال ابنه من نفسه.

٢- أن يكونَ وليًّا من جانب، ووكيلًا من جانب آخر، كأن يوكله شخص أن يزوجه من ابنته الصغيرة.

٣- أن يكونَ وكيلًا من الجانبين، كأن يوكله في أن يُزوَّجه، وتوكَّله امرأةً أيضًا أن يُزوَّجها.

= البيهقي في خلافياته، عن ابن عباس، ثم قال: وله شاهد بإسناد صحيح فذكره. البيهقي (١٢٥/٧)، والدارقطني (٢٢٤/٣-٢٢٥).

٤- أَنْ يَكُونَ أَصِيلاً يَعْقِدُ لِنَفْسِهِ، وَوَكَيْلاً عَنِ الطَّرْفِ الْآخَرِ، كَمَا إِذَا وَكَلَتْهُ امْرَأَةٌ أَنْ يَزُوجَهَا مِنْ نَفْسِهِ.

٥- أَنْ يَكُونَ وَلِيّاً مِنَ الْجَانِبَيْنِ، بِأَنْ يَكُونَ جَدّاً وَلِيّاً شَرْعِيّاً عَلَى حَفِيدِيهِ مِنْ أَوْلَادِهِ، فَيَزُوجُ ابْنَ ابْنِهِ مِنْ ابْنَةِ ابْنِهِ الْآخَرَ (يَزُوجُهُ ابْنَةَ عَمِّهِ).

فَالصَّفَةُ الشَّرْعِيَّةُ الَّتِي يَصِحُّ بِهَا تَوَلِّي الْوَاحِدِ طَرَفِي الْعَقْدِ؛ إِمَّا أَنْ تَكُونَ وَلَايَةً، أَوْ وَكَالَةً، فَضْلاً عَنِ الْأَصَالَةِ، وَهَذَا هُوَ الرَّأْيُ الثَّانِي.

وَمِنْ هُنَا لَا تَصِحُّ (الْفَضَالَةُ) أَسَاساً لَصَحَّةِ تَوَلِّي الشَّخْصِ الْوَاحِدِ طَرَفِي الْعَقْدِ، فَلَا يَنْعَقِدُ، سِوَاءِ الْفَضَالَةِ مِنْ جَانِبٍ، أَوْ مِنْ جَانِبَيْنِ؛ لَانْتِفَاءِ الصَّفَةِ الشَّرْعِيَّةِ، وَكَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ، وَيَنْعَقِدُ مَوْقُوفاً عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ، أَمَّا جُمْهُورُ الْحَنْفِيَّةِ - فِيمَا عِدا زُفَرٍ - فَذَهَبُوا إِلَى عَدَمِ صَحَّةِ تَوَلِّي الْوَاحِدِ طَرَفِي الْعَقْدِ بِصِغَةٍ وَاحِدَةٍ فِي عُقُودِ الْمُعَاوَضَاتِ الْمَالِيَّةِ خَاصَّةً، بِنَاءً عَلَى أَصْلِ عِنْدَهُمْ مَقْتَضَاهُ أَنَّ (آثَارَ الْعَقْدِ - حَقُوقَهُ وَالتَّزَامَاتِهِ - تَرْجِعُ إِلَى الْعَاقِدِ، لَا إِلَى الْأَصِيلِ)، فَيَقَعُ التَّنَاقُضُ بِخِلَافِ عَقْدِ الزَّوَاجِ فَيَصِحُّ؛ لِأَنَّ آثَارَهُ تَرْجِعُ إِلَى الْأَصِيلِ فِي كُلِّ طَرَفٍ، وَالْوَكِيلُ مُجَرَّدُ سَفِيرٍ وَمَعْبَرٍ عَنِ إِرَادَةِ الْأَصِيلِ، خِلَافاً لِزُفَرٍ؛ لِلْحَدِيثِ الَّذِي رَوَيْنَاهُ، وَهَذَا الرَّأْيُ الثَّلَاثُ.

هَذَا وَاسْتَنْى الْحَنْفِيَّةُ مَا تَقْتَضِي الضَّرُورَةُ جَوَازَهُ اسْتِحْسَاناً، وَمِنْ ذَلِكَ:

- بَيْعُ الْأَبِ، أَوْ وَصِيهِ، أَوْ الْجَدِّ، مَالِ الصَّبِيِّ الَّذِي فِي وِلَايَتِهِ مِنْ نَفْسِهِ، أَوْ شِرَاؤُهُ مِنْهُ.

- بَيْعُ الْأَبِ مَالِ أَحَدِ وَلَدَيْهِ الصَّغِيرَيْنِ لِلْآخَرِ لِلضَّرُورَةِ؛ إِذْ لَا تَتَأَنَّى مِنْهُمَا الْوَكَالَةُ، وَإِلَّا ضَاعَتِ مَصَالِحُهُمَا، وَالْأَبُ مَوْفُورُ الشَّفَقَةِ بِالنِّسْبَةِ لِأَوْلَادِهِ، فَتَنْتَفِي مَظْنَّةُ الْإِضْرَارِ بِهِمَا.

- جَوَازُ بَيْعِ الْقَاضِي مَالِ قَاصِرٍ لِقَاصِرٍ آخَرَ لَا وَلِيَّ لَهُمَا.

- جواز بيع القاضي مال وقفٍ لوقفٍ آخرٍ إذا لم يكن لها متولٌّ عليهما؛ لأنَّ للقاضي الولاية العامة.

أما عقدُ الزَّواجِ فقد أجازَ الحنفيةُ أن يتولَّى واحدٌ ذو صفةٍ شرعيةٍ طرفي العقد، لما قدَّمنا مِنْ أنَّ آثاره ترجع إلى طرفيه الأصليين وأنَّ العاقدَ مُجرَّدُ سفيرٍ ومعبّرٍ عن إرادةِ الأصل.

والرَّاجحُ هو هذا الرأي الأخير.



المبحث الثاني

الإرادة الظاهرة، والإرادة الباطنة

قدّمنا أنّ أساس التّعاضد هو الإرادة أو الرضا، لكنّه أمر نفسي، فأقيم مقامه أمورٌ محسوسة مدركة ظاهرة منضبطة هي مظنة وجوده، ك(القول، والكتابة، والإشارة، والمبادلة الفعلية) وهي ما نطلق عليها: الصيغة، فكان ثمة إرادتان - كما يقال - إرادة باطنة، وأخرى ظاهرة.

فالإرادة الباطنة^(١) هي: القصد والرغبة في إنشاء العقد، والرضا بما يترتب عليه من آثارٍ.

أما الإرادة الظاهرة فهي: الإيجاب والقبول، أو ما يقوم مقامهما ممّا يدلّ على الباطنة، فكانت الظاهرة قرينة نشوء العقد على وجود الباطنة، وهي سبب نشوء العقد، لكنّها تقبل إثبات العكس إذا قام دليل قاطع، أو قويّ يثبت أنّها لم تعد مظنة، أو دليلاً على وجود الباطنة.

ويترتب على هذا أنّ الأصل أنّ الإرادة الظاهرة تدلّ على وجود الباطنة، وأنّهما متفقتان، ومتطابقتان، فيعقد العقد بالظاهرة ما لم يدلّ دليل على خلاف ذلك - على ما سيأتي تفصيله - فلا بُدّ من قيام الإرادتين، وتطابقهما لينشأ العقد.

وتأسيساً على هذا: لا ينعقد العقد بالإرادة الباطنة (التيّة) وحدها، ولا ينشأ بها التزام ما لم تخرج هذه الإرادة من حيز الحفاء إلى حيز الظهور، فمن نوى البيع مثلاً، لا

(١) الفقهاء يعبرون عن الإرادة الباطنة بالقصد أو التّيّة، وعن الظاهرة بالصيغة المنشئة.

ينعقد بيعه بمجرد النية، ومن نوى الطلاق من دون أن يظهر هذه النية لا يقع طلاقه.

وأيضاً لا عبرة بالظاهرة وحدها إذا قام دليل على انتفاء الباطنة قطعاً؛ بأن صدرت الصيغة أو الإرادة الظاهرة من مجنون، أو صبي غير مميز، أو من مكره أو من نائم أو سكران عند بعض الفقهاء، إذ لا يترتب عليها أثر؛ لأن الإرادة الباطنة أساسها التمييز، وهو منتفٍ في هذه الحالات، فانتفت بذلك الباطنة التي هي الأصل في إنشاء العقد ولم تعد الظاهرة وجهاً تصلح تعبيراً عن شيء، فكانت لغواً، والدليل على انتفاء الباطنة هو الجنون أو السكر أو النوم وعدم التمييز.

أما إذا لم تتفقا، أو لم تتطابقا، ففي هذه الحالة تفصيل نورده فيما يلي:

عدم تطابق الإرادتين:

ينجم عدم التطابق عن أسباب منها: أن يكون التلقظ بالعبارة بقصد الهزل، أو التعليم، والحفظ، أو التمثيل، أو تحت ضغط الإكراه عند بعض الفقهاء. وقد اختلف الفقهاء في حالات اختلاف الإرادتين من جهة تقديم إحدى الإرادتين على الأخرى:

- فمن قديم الظاهرة قال بانعقاد العقد، وترتب آثاره.

- ومن رجح الباطنة أ بطل العقد.

وليس ثمة قاعدة عامة التزمها الفقهاء في هذا الترجيح بل تختلف في كل حالة على حدة.

الحالة الأولى: أن تصدر العبارة ممن يقصد النطق بها، ويدرك معناها ويستعملها فيه، ولكنه لا يقصد إنشاء العقد، ولا ترتب آثاره عليه، بل يريد غرضاً آخر هو التعليم، أو الحكاية، أو الحفظ، أو التمثيل، فهذه تعتبر لغواً لا أثر لها، إذ القرينة دلت على انتفاء

الإرادة الباطنة لإنشاء العقد.

الحالة الثانية: أن يقصد العبارة التي ينطق بها، وهو مُدرك لمعناها، ولكنه لا يرغب في إنشاء العقد، وترتب آثاره، وإنما يريد عَرَضاً آخر، هو الهزل، واللعب، أو التظاهر بأنه يريد إنشاء العقد، كالمكره دُفعاً للضرر والأذى عن نفسه.

١- تصرفات الهازل:

هذا وقد اتفق جمهور الفقهاء في حالة الهزل على صحة التصرف في الأمور التي يستوي فيها الجِدُّ والهزل لدليل من الشارع، وذلك ك(الزَّوْج، والطلاق، والرجعة)، لقوله صلى الله عليه وسلم: «ثَلَاثُ جَدُّهْنَ جَدُّ، وَهَزْلُهُنَّ جَدُّ: الطَّلَاقُ، وَالنِّكَاحُ، وَالرَّجْعَةُ»^(١). وأيضاً هذه التصرفات يتعلّق بها حقُّ الله، وهذا ليس موضعاً للهزل، فيؤخذ بما نطق، وتلزمه آثاره، لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَتَّخِذُوا آيَاتِ اللَّهِ هُزْوَاً﴾ [البقرة: ٢٣١] ولا تُسمع دعواه بأنه كان هازلاً.

أمّا في غير ذلك من التصرفات فقد اختلف فيها الفقهاء على قولين: أولهما: الأخذ بالظاهرة، والحكم بصحة التصرف، وترتب آثاره عليه إلا إذا تضمنت الصيغة نفسها ما ينقض دلالتها على الباطنة، وهذا اتجاه موضوعي - كما ترى - يقصر النظر على العبارة نفسها؛ لأنّها هي المعول عليها في نشوء التصرف من دون اعتداد بالإرادة الخفية، أو استقصائها، والتحرّي عنها، ولا عبرة بالادّعاء بالهزل لما في ذلك من فتح لباب يُفضي إلى عدم استقرار التعامل بين الناس، وهدم الثقة فيما بينهم.

(١) أخرجه أبو داود في الطلاق، باب في الطلاق على الهزل (٢١٩٤)، والترمذي في الطلاق، باب ما جاء في الجِدِّ والهزل في الطلاق (١١٨٤) وابن ماجه في الطلاق، باب من طلق أو نكح أو رجع لا عباً (٢٠٣٩).

وَدَهَبَ جُمهُورُ الْمُفْهَمَاءِ إِلَى أَنَّ تَصَرُّفَاتِ الْمَازِل لَعَوُ إِذَا ذَلَّتِ الْقَرَائِنُ عَلَى انْتِفَاءِ الرِّضَا الَّذِي هُوَ أَسَاسُ التَّعَاقُدِ بِاسْتِثْنَاءِ الزَّوْاجِ، وَالطَّلَاقِ، وَالرَّجْعَةِ؛ لِتَعَلُّقِ حَقِّ اللَّهِ تَعَالَى بِهَا - كَمَا ذَكَرْنَا - وَلَا يُقَاسُ عَلَيْهَا غَيْرُهَا، فَلَا بُدَّ مِنْ تَحْقِيقِ الرِّضَا^(١).

وَالرَّاجِحُ مَا ذَهَبَ إِلَيْهِ الْجُمهُورُ.

هَذَا وَالشَّارِعُ يُشِيرُ إِلَى هَذَا؛ لِأَنَّ مَسَاوَاتِهِ بَيْنَ الْجَدِّ وَالْمُزَلِّ فِي الْأُمُورِ الثَّلَاثَةِ الْمَذْكُورَةِ دَلِيلٌ عَلَى أَنَّ الْأَصْلَ هُوَ التَّفْرِقَةُ بَيْنَ صُدُورِ الْعِبَارَةِ جَدًّا، وَبَيْنَ صُدُورِهَا هَزَلًا أَوْ عِبَثًا، فَالْأَوَّلَى تَنْشِئُ الْعَقْدَ لِتَوْفُرِ الرِّضَا مِنْ دُونِ الثَّانِيَةِ، وَإِلَّا مَا كَانَ لِلتَّسْوِيَةِ بَيْنَ الْجَدِّ وَالْمُزَلِّ فِي التَّصَرُّفَاتِ الثَّلَاثَةِ الْمُسْتَثْنَاةِ أَيْ وَجْهَ مَعْقُولٍ.

هَذَا وَالْإِعْتِدَادُ بِعِبَارَةِ الْمَازِل وَتَصْحِيحُ تَصَرُّفَاتِهِ يُوْدِي إِلَى أَكْلِ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالْبَاطِلِ؛ إِذْ لَا تَقُومُ عَلَى أَسَاسِ التَّرَاضِي، وَهَذَا مُحَرَّمٌ بِالنَّصِّ فَمَا يُوْدِي إِلَيْهِ بَاطِلٌ.

٢- تَصَرُّفَاتِ الْمُكْرَه:

أَمَّا الْإِكْرَاهُ عَلَى عَقْدٍ بَغَيْرِ حَقٍّ فَيُطْلَعُ عِنْدَ الْجُمهُورِ مُطْلَقًا؛ لِأَنَّ الْإِكْرَاهَ يَدْعُو إِلَى الْإِكْرَاهِ فِي الرِّضَا فِي اجْتِهَادِهِمْ، فَالْإِرَادَةُ الظَّاهِرَةُ نَفْسُهَا، أَوْ الصَّيْغَةُ مَعْدُومَةٌ مَعَ الْإِكْرَاهِ شَرْعًا، وَإِنْ وُجِدَتْ حَسًّا، وَكَيْفَ يَنْشَأُ عَقْدٌ بَغَيْرِ سَبَبٍ قَائِمٍ حَقِيقِي ظَاهِرٍ مُعْتَبَرٍ؟! خِلَافًا لِلْمَازِلِ، إِذْ تَلْقُظُهُ بِعِبَارَةِ الْعَقْدِ بِمَحْضِ اخْتِيَارِهِ.

وَهَذَا هُوَ رَأْيُ الشَّافِعِيَّةِ، وَالْمَالِكِيَّةِ، وَالْحَنَابِلَةِ.

وَحَجَّتُهُمْ فِي ذَلِكَ: قَوْلُهُ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «رُفِعَ عَنْ أُمَّتِي الْخَطَأُ، وَالنَّسْيَانُ،

(١) الْبَحْرُ الرَّائِقُ (٥/٢٦٠ - ٢٦١)، وَدَهَبَ بَعْضُ الْحَنْفِيَّةِ إِلَى أَنَّ عَقْدَ الْمَازِل فَاسِدٌ لَا بَاطِلٌ؛ لِأَنَّ اخْتِيَارَهُ قَائِمٌ بِقَصْدِهِ إِلَى التَّلَقُّظِ بِالصَّيْغَةِ، وَلَكِنْ تَخَلَّفَ الرِّضَا وَهُوَ شَرْطُ صِحَّةٍ، فَكَانَ فَاسِدًا. مَجْمَعُ الْأَنْهَرِ (٢/٦٥).

وَمَا أُسْتُكِرُّهُمَا عَلَيْهِ»^(١) والرفع مقصودٌ به رفع الحكم، فالمكروه لا يؤخذ بما صدر منه من قول، ولا يترتب عليه حكم، وهذه الحال لصريح النص، وأيضاً لا رضا مع الإكراه، والرضا أساس الانعقاد، وإنما نطق المكروه بالصيغة دفعاً للضرر والأذى، لا رضا بالعقد وآثاره، فافتقد التصرف بذلك أساس انعقاده.

وذهب الحنفية إلى أن عبارة المكروه صحيحة، ينعقد بها العقد، لكنه فاسد عند بعضهم، موقوف على زوال الإكراه عند الآخر، واستثنوا من ذلك العقود الخمسة، فإنها تقع صحيحة، لا فاسدة ولا موقوفة؛ لأنها وقعت صحيحة مع الهزل، فكذا مع الإكراه قياساً، إذ الشارع استثناهما، كما علمت.

وحجّتهم في ذلك: أن الإكراه لا يعدم الاختيار، وإنما يعدم الرضا، والاختيار كافٍ في الانعقاد؛ لأن الرضا شرط صحة، وتخلّفه يوجب الفساد لا البطلان، فيجب التفرقة إذن في الحكم على التصرفات بين الاختيار والرضا، فالمكروه مختار للصيغة دفعاً للأذى، واختياراً لأهون الشرين، ولكنه غير راض بأي من الشرين، ولا بآثار الصيغة. وبالاختيار ينعقد العقد، ولكنه فاسد لتخلّف شرط الصحة وهو الرضا^(٢).

منشأ الخلاف:

يرجع الخلاف إلى أن الإرادة الباطنة هل تتحقّق بالاختيار والرضا، أو تتحقّق بالاختيار من دون الرضا، ويكون الرضا شرط صحة لا أساس انعقاد؟ فالجمهور يرى أن الاختيار والرضا مترادفان، إذ حقيقتهما واحدة، فكانا متلازمين. ويعرفون الاختيار بأنه: (القصد إلى التلفظ بالعبارة المنشئة للعقد التي تفصح

(١) أخرجه ابن ماجة (٢٠٤٥ و ٢٠٤٦)، وتقدم الكلام عليه ص (٢٨٥).

(٢) أمّا زفر فيرى أن الرضا شرط نفاذ، لا شرط صحة، فينعقد العقد عنده صحيحاً موقوفاً.

عن الرغبة في آثاره) وهذا هو الرضا بعينه.

أما الحنفية فيرون أن الاختيار والرضا حقيقتان متباينتان، ولا تلازم بينهما، فقد يوجد أحدهما من دون الآخر، ويترتب عليه أثره.

فالاختيار هو: (القصد إلى التطق بالعبارة، أو الصيغة المنشئة للعقد، سواء أصحبت ذلك رغبة في تحقيق آثاره أم لا).

أما الرضا فهو: (الرغبة في تحقيق الآثار، والالتزام بها).

وفرق بين القصد إلى الصيغة والتلقظ بها، وبين الرغبة في آثارها.

وتأسيساً على هذا: فالمكره مختار للصيغة، غير راضٍ بالآثر، فينعقد العقد فاسداً عند الحنفية لتخلف الرضا، وهو شرط صحة ويقع باطلاً عند الجمهور؛ لأن تخلف الرضا يستلزم تخلفاً بالاختيار إذ هما حقيقة واحدة، كما قدمنا.

والراجح هو مذهب الجمهور، إذ لا رضا مع الإكراه، فلا يقع معه الطلاق، ولا ينعقد معه عقد زواج، ولا يقاس الإكراه على الهزل؛ لتباين حقيقة كل منهما.

الحالة الثالثة - عبارة السكران:

السكران: فاقد الوعي، زائل العقل إبان سكره من خمر، أو غيره، يتناول به باختياره مع العلم بحرمته.

وقد اختلف الفقهاء في الاعتداد بعبارته:

ذهب الجمهور إلى أنه مؤاخذ بعبارته عقوبة له، إذ لا ينبغي أن يكون السكر سبباً في إعفائه من التزاماته، ولأن المحرم لا يكون طريقاً إلى النعمة.

وذهب الحنابلة إلى أن عبارة السكران لا يعتد بها، ولا ترتب التزاماً؛ لفقدانه الوعي والتمييز، فزوال عقله ألحقه بالمجنون ففقد الإرادة، وأشبه المكره من هذه الناحية إذ كلاهما

مسلوب الإرادة، وإن كان السكران يزيد على المكره بأنه مسلوب العقل أيضاً.
وفرق بعض الفقهاء بين السكر بحلال أو بحرام، فيؤاخذ في الثاني من دون الأول.
والراجح أن عبارة السكران لاغية، لا يترتب عليها أثر؛ لأنه مسلوب العقل
والإرادة، وهما أساس التكليف، وصحة التصرف.

وأما عقوبته على جرميته فقد تقررت بالحد، ولا يراذ على ذلك إلا بنص.

الحالة الرابعة - عبارة المخطئ والناسي

ذهب الجمهور إلى أنه لا اعتداد بعبارة المخطئ أو الناسي، ولا يترتب عليها أثر.
وحجّتهم في ذلك قوله تعالى: ﴿وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُمْ بِهِ وَلَكِنْ مَا تَعَمَّدَتْ
قُلُوبُكُمْ﴾ [الأحزاب : ٥].

وقوله صلى الله عليه وسلم: «رُفِعَ عَنْ أُمَّتِي الْخَطَأُ، وَالنَّسْيَانُ، وَمَا أُسْتُكِرَ هُوَا
عَلَيْهِ»^(١). فإذا قام الدليل على الخطأ والنسيان، كانت العبارة لغواً، ولا يترتب عليها
التزامات لا قضاء ولا ديانة، بخلاف ما إذا لم يثبتا، فإن كان صادقاً في دعواه كان غير
مُلزَم ديانةً، وتبقى مؤاخذته أمام القضاء.

ثم إن المخطئ والناسي قد نطقا بالعبارة من دون قصد لها، فلا إرادة ولا رضا.
وذهب الحنفية إلى صحة عبارة المخطئ والناسي، عملاً بمبدأ استقرار التعامل،
وسداً لذريعة ادعاء الخطأ والنسيان^(٢).

وما ذهب إليه الجمهور أرجح؛ لانتفاء القصد والرضا بدهاه.

(١) أخرجه ابن ماجه (٢٠٤٥ و ٢٠٤٦) وتقدم الكلام عليه ص (٢٨٥).

(٢) رد المختار (٢٣٦/٢)، مجمع الأنهر (٣٨٤/١)، الأشباه والنظائر لابن نجيم (٢٤)، شرح الخرشي

وحاشيته (١٧٣/٣).

وأما استقرار التعامل فمحقق؛ لأننا لا نحكم بإلغاء عبارة المخطئ والناسي، بمجرد الادعاء بل بعد إقامة الأدلة على ثبوت ذلك.

الحالة الخامسة: أن يقصد العاقد إلى غرض ينافي قصد الشارع

أن يقصد العاقد بالعبارة إنشاء العقد ويرغب في ترتب آثاره، ولكنه مع ذلك يقصد إلى اتخاذ هذا التصرف المشروع في ظاهره ذريعة إلى تحقيق غرض آخر يناقض قصد الشارع من أصل تشريعه بإحلال محرم، أو هدم واجب، أو الإعانة على تحقيق غرض غير مشروع، وهو ضرب من التعاون على الإثم والعدوان، وهذا ما تناولناه تفصيلاً في نظرية الباعث.





١)

٢)

٣)

٤)









٢

٣

٤

٥

١)

٢)





ة



ة







والله اعلم





١)





١)

٢)









٤

١)

٢)















١)

٢)

٣)





١)

٢)



)
)
)







١)

٢)

ملحق

نصُّ الصَّحِيفَةِ المَدِينَةِ (الدُّسْتُور)

نقلاً عن مجموعة الوثائق السَّيَّاسِيَّة لِلْجُمْهُورِ

النَّبَوِيِّ وَالْخِلَافَةِ الرَّاشِدَةِ

(ص ٥٧ - ٦٢)

Damascus University

كتابہ علی اللہ علیہ وسلم بین المهاجرین والإنصار واليهود

وهو دستور الدولة النبوية بالمدينة

بسم الله الرحمن الرحيم

- (١) هذا كتاب من محمد النبي [رسول الله] بين المؤمنين والمسلمين من قريش و [أهل] يثرب ومن تبعهم فلحق بهم وجاهد معهم.
- (٢) إثم أمة واحدة من دون الناس.
- (٣) المهاجرون من قريش على رباعتهم يتعاقلون بينهم وهم يقدون عانيهم بالمعروف والقسط بين المؤمنين.
- (٤) وبنو عوف على رباعتهم يتعاقلون معاقلهم الأولى، وكل طائفة تفي عانيها بالمعروف والقسط بين المؤمنين.
- (٥) وبنو الحارث [بن الخزرج] على ربعتهم يتعاقلون معاقلهم الأولى، وكل طائفة تفي عانيها بالمعروف والقسط بين المؤمنين.
- (٦) وبنو ساعدة على رباعتهم يتعاقلون معاقلهم الأولى، وكل طائفة تفي عانيها بالمعروف والقسط بين المؤمنين.
- (٧) وبنو جشم على رباعتهم يتعاقلون معاقلهم الأولى، وكل طائفة تفي عانيها بالمعروف والقسط بين المؤمنين.
- (٨) وبنو النجار على رباعتهم يتعاقلون معاقلهم الأولى، وكل طائفة تفي عانيها بالمعروف والقسط بين المؤمنين.

(٩) وبنو عَمْرِو بْنِ عَوْفٍ عَلَى رِبَاعَتِهِمْ يَتَعَاقِلُونَ مَعَاqِلَهُمُ الْأُولَى، وَكُلُّ طَائِفَةٍ تَقْدِي عَانِيَهَا بِالْمَعْرُوفِ وَالْقِسْطِ بَيْنَ الْمُؤْمِنِينَ.

(١٠) وَبَنُو النَّبِيتِ عَلَى رِبَاعَتِهِمْ يَتَعَاقِلُونَ مَعَاqِلَهُمْ، وَكُلُّ طَائِفَةٍ تَقْدِي عَانِيَهَا بِالْمَعْرُوفِ وَالْقِسْطِ بَيْنَ الْمُؤْمِنِينَ.

(١١) وَبَنُو الْأَوْسِ عَلَى رِبَاعَتِهِمْ يَتَعَاقِلُونَ مَعَاqِلَهُمُ الْأُولَى، وَكُلُّ طَائِفَةٍ تَقْدِي عَانِيَهَا بِالْمَعْرُوفِ وَالْقِسْطِ بَيْنَ الْمُؤْمِنِينَ.

(١٢) وَإِنَّ الْمُؤْمِنِينَ لَا يَتَزَكَّوْنَ مُفْرَحًا مِنْهُمْ أَنَّ يَعْطُوهُ بِالْمَعْرُوفِ فِي فِدَاءٍ أَوْ عَقْلِ. (١٢ ب) وَأَنْ لَا يُحَالِفَ مُؤْمِنٌ مُؤْلَى مُؤْمِنٍ دُونَهُ.

(١٣) وَإِنَّ الْمُؤْمِنِينَ الْمُتَّقِينَ [أَيْدِيهِمْ] عَلَى [كُلِّ] مَنْ بَغَى مِنْهُمْ، أَوْ ابْتَغَى دَسِيعَةً ظَلَمٍ، أَوْ إِثْمًا، أَوْ عِدْوَانًا، أَوْ فُسَادًا بَيْنَ الْمُؤْمِنِينَ، وَإِنَّ أَيْدِيَهُمْ عَلَيْهِ جَمِيعًا، وَلَوْ كَانَ وَلَدٌ أَحَدِهِمْ.

(١٤) وَلَا يَقْتُلُ مُؤْمِنٌ مُؤْمِنًا فِي كَافِرٍ، وَلَا يَنْصُرُ كَافِرًا عَلَى مُؤْمِنٍ.

(١٥) وَإِنَّ ذَمَّةَ اللَّهِ وَاحِدَةٌ يُجِيرُ عَلَيْهِمْ أَذْنَاهُمْ، وَإِنَّ الْمُؤْمِنِينَ بَعْضُهُمْ مَوَالِي بَعْضٍ دُونَ النَّاسِ.

(١٦) وَإِنَّهُ مَنْ تَبَعْنَا مِنَ الْيَهُودِ فَإِنَّ لَهُ النَّصْرَ وَالْأُسُوةَ غَيْرَ مَظْلُومِينَ، وَلَا مُتَنَاصِرِينَ عَلَيْهِمْ.

(١٧) وَإِنَّ سِلْمَ الْمُؤْمِنِينَ وَاحِدٌ، لَا يُسَالِمُ مُؤْمِنٌ دُونَ مُؤْمِنٍ فِي قِتَالٍ فِي سَبِيلِ اللَّهِ، إِلَّا عَلَى سَوَاءٍ وَعَدْلٍ بَيْنَهُمْ.

(١٨) وَإِنَّ كُلَّ غَازِيَةٍ غَزَتْ مَعَنَا يُعْقَبُ بَعْضُهَا بَعْضًا.

(١٩) وَإِنَّ الْمُؤْمِنِينَ يُبَيِّئُ بَعْضُهُمْ عَنْ بَعْضٍ بِمَا نَالَ دِمَاءُهُمْ فِي سَبِيلِ اللَّهِ.

- (٢٠) وَإِنَّ الْمُؤْمِنِينَ الْمُتَّقِينَ عَلَى أَحْسَنِ هَدًى وَأَقْوَمِهِ.
- (٢٠ ب) وَأَنَّهُ لَا يُجِيرُ مُشْرِكٌ مَالًا لِقُرَيْشٍ وَلَا نَفْسًا، وَلَا يَحُولُ دُونَهُ عَلَى مُؤْمِنٍ.
- (٢١) وَإِنَّهُ مَنْ اعْتَبَطَ مُؤْمِنًا قَتَلًا عَنْ بَيِّنَةٍ فَإِنَّهُ قَوْدٌ بِهِ إِلَّا أَنْ يَرْضَى وَلِيُّ الْمَقْتُولِ [بِالْعَقْلِ] وَإِنَّ الْمُؤْمِنِينَ عَلَيْهِ كَافَّةٌ، وَلَا يَحِلُّ لَهُمْ إِلَّا قِيَامٌ عَلَيْهِ.
- (٢٢) وَإِنَّهُ لَا يَحِلُّ لِمُؤْمِنٍ أَقَرَّ بِمَا فِي هَذِهِ الصَّحِيفَةِ، وَأَمَنَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ أَنْ يَنْصُرَ مُحَدِّثًا أَوْ يُؤْوِيَهُ، وَإِنْ مَنْ نَصَرَهُ، أَوْ آوَاهُ، فَإِنَّ عَلَيْهِ لَعْنَةَ اللَّهِ وَغَضَبُهُ يَوْمَ الْقِيَامَةِ، وَلَا يُؤْخَذُ مِنْهُ صِرْفٌ وَلَا عَدْلٌ.
- (٢٣) وَإِنَّكُمْ مَهْمَا اخْتَلَفْتُمْ فِيهِ مِنْ شَيْءٍ، فَإِنَّ مَرَدَّهُ إِلَى اللَّهِ وَإِلَى مُحَمَّدٍ.
- (٢٤) وَإِنَّ الْيَهُودَ يُنْفِقُونَ مَعَ الْمُؤْمِنِينَ مَا دَامُوا مُحَارِبِينَ.
- (٢٥) وَإِنَّ يَهُودَ بَنِي عَوْفٍ أُمَّةٌ مَعَ الْمُؤْمِنِينَ، لِلْيَهُودِ دِينُهُمْ وَلِلْمُسْلِمِينَ دِينُهُمْ، وَمَوَالِيَهُمْ، وَأَنْفُسُهُمْ إِلَّا مَنْ ظَلَمَ وَأَثَمَ، فَإِنَّهُ لَا يَوْتَعُ إِلَّا نَفْسَهُ وَأَهْلَ بَيْتِهِ.
- (٢٦) وَإِنَّ لِيَهُودِ بَنِي النَّجَّارِ مِثْلَ مَا لِيَهُودِ بَنِي عَوْفٍ.
- (٢٧) وَإِنَّ لِيَهُودِ بَنِي الْحَارِثِ مِثْلَ مَا لِيَهُودِ بَنِي عَوْفٍ.
- (٢٨) وَإِنَّ لِيَهُودِ بَنِي سَاعِدَةَ مِثْلَ مَا لِيَهُودِ بَنِي عَوْفٍ.
- (٢٩) وَإِنَّ لِيَهُودِ بَنِي جُشَمَ مِثْلَ مَا لِيَهُودِ بَنِي عَوْفٍ.
- (٣٠) وَإِنَّ لِيَهُودِ بَنِي الْأَوْسِ مِثْلَ مَا لِيَهُودِ بَنِي عَوْفٍ.
- (٣١) وَإِنَّ لِيَهُودِ بَنِي ثَعْلَبَةَ مِثْلَ مَا لِيَهُودِ بَنِي عَوْفٍ إِلَّا مَنْ ظَلَمَ وَأَثَمَ، فَإِنَّهُ لَا يَوْتَعُ إِلَّا نَفْسَهُ وَأَهْلَ بَيْتِهِ.
- (٣٢) وَإِنَّ جَفْنَةَ بَطْنٍ مِنْ ثَعْلَبَةَ كَأَنْفُسِهِمْ.
- (٣٣) وَإِنَّ لِبَنِي الشَّطْبَةِ مِثْلَ مَا لِيَهُودِ بَنِي عَوْفٍ، وَإِنَّ الْبَرَّ دُونَ الْإِثْمِ.

(٣٤) وَإِنَّ مَوَالِي ثَغْلَبَةَ كَأَنْفُسِهِمْ.

(٣٥) وَإِنَّ بَطَانَةَ يَهُودٍ كَأَنْفُسِهِمْ.

(٣٦) وَإِنَّهُ لَا يَخْرُجُ مِنْهُمْ أَحَدٌ إِلَّا بِإِذْنِ مُحَمَّدٍ.

(٣٦ ب) وَإِنَّهُ لَا يَنْحَجِرُ عَلَى ثَأْرٍ جَرَحَ، وَإِنَّهُ مِنْ فَتَكَ فَبَنْفُسِهِ وَأَهْلٍ بَيْتِهِ إِلَّا

مَنْ ظَلِمَ وَإِنَّ اللَّهَ عَلَى أَعْيُنٍ هَذَا.

(٣٧) وَإِنَّ عَلَى الْيَهُودِ نَفَقَتَهُمْ، وَعَلَى الْمُسْلِمِينَ نَفَقَتَهُمْ، وَإِنَّ بَيْنَهُمُ التَّصَرُّعَ عَلَى

مَنْ حَارَبَ أَهْلَ هَذِهِ الصَّحِيفَةِ، وَإِنَّ بَيْنَهُمُ التُّصْحُحَ وَالتَّصِيحَةَ وَالْبُرَّ دُونَ الْإِثْمِ.

(٣٧ ب) وَإِنَّهُ لَا يَأْتُمُّ امْرُؤٌ بَحْلِيْفِهِ، وَإِنَّ التَّصَرُّعَ لِلْمَظْلُومِ.

(٣٨) وَإِنَّ الْيَهُودَ يُنْفِقُونَ مَعَ الْمُؤْمِنِينَ مَا دَامُوا مُحَارِبِينَ.

(٣٩) وَإِنَّ يَثْرَبَ حَرَامٌ جَوْفُهَا لِأَهْلِ هَذِهِ الصَّحِيفَةِ.

(٤٠) وَإِنَّ الْجَارَ كَالنَّفْسِ؛ غَيْرَ مُضَارٍّ وَلَا آثِمٍ.

(٤١) وَإِنَّهُ لَا بُحَّارَ حَرَمَةٍ إِلَّا بِإِذْنِ أَهْلِهَا.

(٤٢) وَإِنَّهُ مَا كَانَ بَيْنَ أَهْلِ هَذِهِ الصَّحِيفَةِ مِنْ حَدَثٍ، أَوْ اشْتِجَارٍ يُخَافُ

فَسَادُهُ، فَإِنَّ مَرَدَّهُ إِلَى اللَّهِ وَإِلَى مُحَمَّدٍ رَسُولِ اللَّهِ (صلى الله عليه وسلم)، وَإِنَّ اللَّهَ

عَلَى أَعْيُنِ مَا فِي هَذِهِ الصَّحِيفَةِ وَأَبْرَهُ.

(٤٣) وَإِنَّهُ لَا بُحَّارَ قُرَيْشٍ وَلَا مَنْ نَصَرَهَا.

(٤٤) وَإِنَّ بَيْنَهُمُ التَّصَرُّعَ عَلَى مَنْ دَهَمَ يَثْرَبَ.

(٤٥) وَإِذَا دُعُوا إِلَى صُلْحٍ يُصَالِحُونَهُ وَيَلْبَسُونَهُ فَإِنَّهُمْ يُصَالِحُونَهُ وَيَلْبَسُونَهُ، وَإِنَّهُمْ

إِذَا دُعُوا إِلَى مِثْلِ ذَلِكَ فَإِنَّهُمْ لَمْ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ إِلَّا مَنْ حَارَبَ فِي الدِّينِ.

(٤٥ ب) عَلَى كُلِّ أَنْاسٍ حَصَّتْهُمْ مِنْ جَانِبِهِمُ الَّذِي قَبْلَهُمْ.

(٤٦) وَإِنَّ يَهُودَ الْأَوْسِ مَوَالِيَهُمْ وَأَنْفُسَهُمْ عَلَى مِثْلِ مَا لِأَهْلِ هَذِهِ الصَّحِيفَةِ مَعَ الْبِرِّ الْمُخْضِ مِنْ أَهْلِ هَذِهِ الصَّحِيفَةِ، وَإِنَّ الْبِرَّ دُونَ الْإِثْمِ لَا يَكْسِبُ كَاسِبٌ إِلَّا عَلَى نَفْسِهِ، وَإِنَّ اللَّهَ عَلَى أَصْدَقِ مَا فِي هَذِهِ الصَّحِيفَةِ وَأَبْرَهُ.

(٤٧) وَأَنَّهُ لَا يَحُولُ هَذَا الْكِتَابُ دُونَ ظَالِمٍ أَوْ آثِمٍ، وَإِنَّهُ مَنْ خَرَجَ آمِنٌ وَمَنْ قَعَدَ آمِنٌ بِالْمَدِينَةِ إِلَّا مَنْ ظَلَمَ وَآثَمَ، وَإِنَّ اللَّهَ جَارٌ لِمَنْ بَرَّ وَاتَّقَى، وَمُحَمَّدٌ رَسُولُ اللَّهِ (صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ).



اللجنة العلمية

أ.د. محمد توفيق رمضان

د. أحمد حسن

د. محمد الخلف

المدقق اللغوي

د. عبد الهادي منصور

حقوق الطبع والترجمة والنشر محفوظة لمديرية الكتب والمطبوعات

