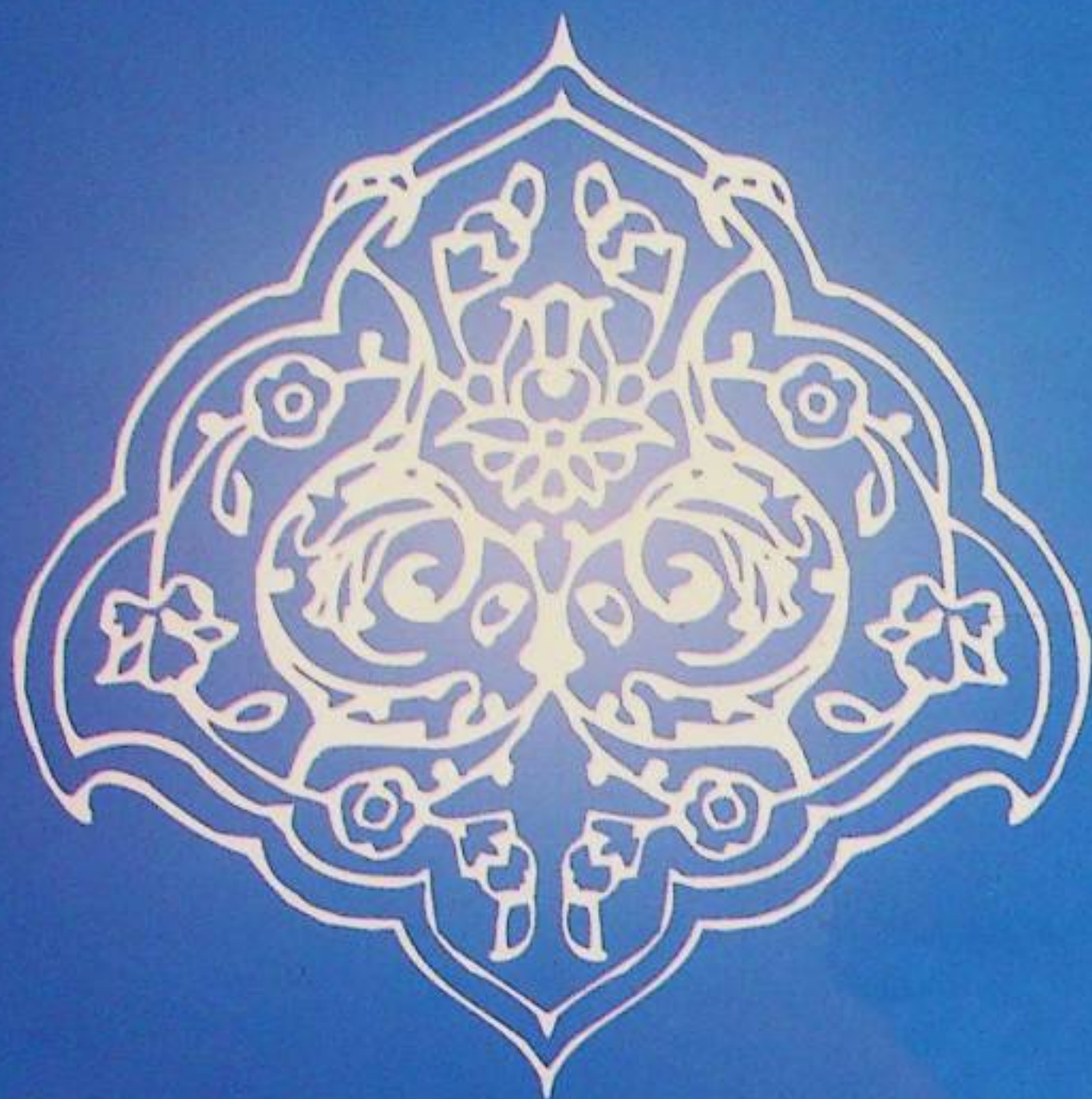


مَصَادِرُ الْحَقِّ

فِي الْفُقَّهِ الْإِسْلَامِيِّ

(١)

عبد الرزاق أحمد السنهوري



عنوان کتاب: مصادر الحق في الفقه الإسلامي: دراسة مقارنة با لفقه الغربي

پدیدآور[ان]: سنهوري، عبد الرزاق احمد

نام ناشر: خرسندی

جلد[ها]: 1

نام و نام خانوادگی کاربر: پژوهشگاه مطالعات فقه معاصر

منبع: noorlib.ir کتابخانه دیجیتال نور

تاریخ دانلود: 1404/7/23

تعداد صفحات دانلود شده: 136

مَصَادِرُ الْحَقِّ
فِي
الْفِقْهِ الْإِسْلَامِيِّ

مَصَادِرُ الْحَقِّ

فِي

الْفُقْهَ الْإِسْلَامِيَّ

دراسة مقارنة بالفقه الغربي

مركز البحوث والدراسات الإسلامية

(١)

مقدمة - صيغة العقد

عبد الرزاق أحمد السنهوري

دكتور في العلوم القانونية و دكتور في العلوم السياسية والاقتصادية
ودبلومه من معهد القانون الدولي بجامعة باريس

سرشناسه :	سنهري، عبدالرزاق احمد، ۱۸۹۵ - ۱۹۷۱ م. Sanhuri, Abd al-Razzaq Ahmad
عنوان و نام پدیدآور :	مصادر الحق في الفقه الاسلامي دراسة مقارنة بالفقه العربي / عبدالرزاق احمد السنهري.
مشخصات نشر :	تهران: خرسندی، ۱۳۹۱ -
مشخصات ظاهري :	ج.
شابک :	ج ۱: 978-600-114-194-2
وضعيت فهرست نویسی :	فبا
پادداشت :	عربی
پادداشت :	کتابنامه.
مدرجات :	ج ۱، مقدمه صیغه العبد
موضوع :	فقه تطبیقی
موضوع :	حقوق تطبیقی
رده بندی کنگره :	۱۳۹۱ م ۶۹۷/س ۷/۶۹۷/۷
رده بندی دیویی :	۲۹۷/۳۳۲
شماره کتابشناسی ملی :	۲۵۶۷۶۲۱



انتشارات خرسندی

تهران - خیابان انقلاب - خیابان ۱۲ فروردین

پائین تر از لبافی نژاد - کوچه مینا - پلاک ۲۰

تلفن : ۵-۶۶۹۷۱۰۳۴ و ۵-۶۶۴۹۰۵۸۴

پست الکترونیک: Khorsandy.pub@gmail.com

سایت اینترنتی: Khorsandypub.com

مصادر الحق في الفقه الاسلامي (جلد ۱) دراسة مقارنة بالفقه العربي

تالیف : دکتر عبدالرزاق احمد السنهري

چاپ اول : ۱۳۹۱ - شمارگان : ۵۰۰ جلد

قیمت : ۶۰۰۰۰ ریال

ISBN : 978-600-114-194-2

شابک : ۹۷۸-۶۰۰-۱۱۴-۱۹۴-۲

تمهيد

تحديد الموضوع وبيان أهميته :

مصادر الحق هي الأسباب التي تنشئ الحق قانوناً . والحق مصلحة ذات قيمة مالية يحميها القانون . فلا يدخل في بحثنا إذن لا الحقوق العامة ولا الحقوق المتعلقة بالأحوال الشخصية ، لأنها . وإن كانت حقوقاً . ليست بذات قيمة مالية . وينحصر البحث في الحقوق ذات القيمة المالية : وهي الحقوق الشخصية الحقوق العينية كما تسمى في لغة الفقه الغربي .

والموضوع بهذا التحديد بالغ الأهمية . فالتمييز بين الحق الشخصي والحق العيني تمييز جوهري في الفقه الغربي : بل هو بمثابة العمود الفقري في القوانين الغربية التي اشتقت من القانون الروماني . ومصادر الحق : سواء كان الحق شخصياً أو عينياً . من أدق الموضوعات وأكثرها غموضاً في الفقه الغربي . فنحن إذن نعمد إلى موضوع هو من أهم الموضوعات وأدقها في الفقه الغربي نحاول أن نعالجه في الفقه الإسلامي . وبذلك نضع الفقه الإسلامي إلى جانب الفقه الغربي فيما هو هام جوهري : وفيما هو دقيق خفي . ونعالج الفقه الإسلامي بأساليب الفقه الغربي فنبحث هل يوجد في الفقه الإسلامي حق شخصي وحق عيني بالمعنى المعروف في القوانين الغربية المشتقة من القانون الروماني ؟ وهل يمكن تقصي مصادر الحقوق الشخصية ومصادر الحقوق العينية ؟ وهل يمكن إرجاع هذه المصادر جميعاً إلى مصدرين اثنين ، هما التصرف القانوني (acte juridique) والواقعة القانونية (fait juridique) بالمعاني والحدود المعروفة في القوانين الغربية ؟

هذا ما سنحاول معالجته في هذا البحث . ولا شك في أن دقة الموضوع تقتضي إعادة البحث مرة بعد أخرى . فلن تكون هذه المرة الأولى إلا تمهيداً للمرات التي ستأتي بعدها بمشيئة الله .

خطة البحث :

ونراعى فى بحثنا هذا الأمور الآتية :

(أولاً) لا يعيننا أن نحشد طائفة من المعلومات الفقهية والقانونية أكثر من أن نرسم طريقة بحث علمية صحيحة .

(ثانياً) إذا كنا سنجرى فى بحثنا على أساليب الفقه الغربى ، فإن المصادر التى سنستند إليها هى المصادر الإسلامية ، بل هى المصادر الأولى فى الفقه الإسلامى ، فترجع إلى أمهات الكتب المعتمدة فى المذاهب المختلفة ، وننقل النصوص ذاتها كما وردت فى هذه الكتب ، ونرجع كذلك عند الحاجة إلى كتب الفقهاء المحدثين^(١) ، وبحوثهم وإلى المستشرقين ممن كتبوا فى الفقه الإسلامى^(٢) .

(ثالثاً) لن يكون هنا فى هذا البحث إخفاء ما بين الفقه الإسلامى والفقه الغربى من فروق فى الصنعة والأسلوب والتصوير ، بل على النقيض من ذلك سنغنى بإبراز هذه الفروق حتى يحتفظ الفقه الإسلامى بطابعه الخاص . ولن نحاول أن نصطنع التقريب ما بين الفقه الإسلامى والفقه الغربى على أسس موهومة أو خاطئة ، فإن الفقه الإسلامى نظام قانونى عظيم له صنعة يستقل بها ، ويتميز عن سائر النظم القانونية فى صياغته . وتقضى الدقة والأمانة العلمية علينا أن نحفظ لهذا الفقه الجليل بمقوماته وطابعه . ونحن فى هذا أشد حرصاً من بعض الفقهاء المحدثين ، فيما يؤنس فيهم من ميل إلى تقريب الفقه الإسلامى من الفقه الغربى ، ولا يعيننا أن يكون الفقه الإسلامى قريباً من الفقه الغربى ، فإن هذا لا يكسب الفقه

(١) نقصد بالفقهاء المحدثين الفقهاء الذين كتبوا فى الفقه الإسلامى فى عصرنا هذا وبسطوا مسائله فى لغة قريبة إلى مدارك هذا العصر ليقرّبوها إلى أذهان الدارسين . وهى مدرسة تنتظم طائفة من رجال الفقه أدوا إلى الفقه الإسلامى خدمة جليلة بما نشروا من متون وشروح وبحوث ولعلنا لا نخطئ إذا اعتبرنا المنفور له محمد قنديل باشا زعيم هذه المدرسة أهورائدها الأول .

(٢) علماء الغرب الذين كتبوا فى الفقه الإسلامى كثيرون . ولكن غالبيتهم مستشرقون من غير رجال القانون ، وقتلهم من رجال القانون غير المستشرقين ، ويندر أن نجد فيهم مستشرقاً من رجال القانون .

الإسلامي قوة ، بل لعله يبتعد به عن جانب الجدة والابتداع ، وهو جانب للفقه الإسلامي منه حظ عظيم .

(رابعاً) وسنحاول بقدر مايتيسر لنا من الأسباب أن نحدد اتجاه الاجتهاد الفقهي في مراحله المتعاقبة ، حتى نتبين من وراء ذلك سير هذا الاجتهاد: فتابعه في تطوره إلى حيث يقف بنا في آخر خطواته، ثم ننظر إلى أين كان يصل لو أنه تابع تطوره ، ونفعل ذلك في كثير من الأثناء والحرص .

وسنقدم لبحثنا هذا بكلمة في الحق الشخصي والحق العيني في الفقه الإسلامي واستقصاء مصادر كل منهما ، حتى نردها جميعاً إلى التصرف القانوني والواقعة القانونية . ثم نجعل البحث في قسمين ، نفرد القسم الأول منهما للتصرفات القانونية وأهمها العقد ، ونستعرض في القسم الثاني الوقائع القانونية .

مقدمة

الحق الشخصي والحق العيني ومصادر كل منهما في الفقه الإسلامي

الحق والرخصة في الفقه الغربي - منزلة وسطى :

سبق أن عرفنا الحق بأنه مصلحة ذات قيمة مالية يحميها القانون . وقبل أن نتقل إلى تقسيم الحق إلى شخصي وعيني ، نشير إلى الفرق بين الحق والرخصة . فالحق هو ما عرّفناه . أما الرخصة فهي ممكنة واقعية لاستعمال حرية من الحريات العامة . أو هي إباحة يسمح بها القانون في شأن حرية من الحريات العامة . ذلك أن الشخص ، في حدود القانون ، له حرية العمل والتنقل والتعاقد والتملك وغير ذلك من الحريات العامة . فإذا وقفنا عند واحدة من هذه الحريات ، حرية التملك مثلاً ، أمكن أن نقول ، في سبيل المقابلة ما بين الحق والرخصة : إن حرية التملك رخصة أما الملكية فحق . وما بين الرخصة والحق توجد منزلة وسطى . هي أعلى من الرخصة وأدنى من الحق . ونستقي مثلنا السابق وهو حرية التملك . فحق التملك وحق الملك ، الأول رخصة والثاني حق . وما بينهما منزلة وسطى هي حق الشخص في أن يملك . فلو أن شخصاً رأى داراً أعجبه ورغب في شرائها ، فهو قبل أن يصدر له إيجاب البائع ، بالبيع ، كان له حق التملك عامة في الدار وفي غيرها ، فهذه رخصة . وبعد أن يصدر منه قبول بشراء الدار صارت له ملكية الدار ، وهذا حق . ولكنه قبل القبول وبعد الإيجاب في منزلة وسطى بين الرخصة والحق بالنسبة إلى الدار . فهو من جهة ليس له فحسب مجرد رخصة في تملك الدار كغيرها من الأعيان التي لا يملكها ، وهو من جهة أخرى لم يبلغ أن يصبح صاحب الملك في الدار . بل هو بين بين . له أكثر من رخصة التملك وأقل من حق الملك :

له الحق في أن يملك . إذ يستطيع بقبوله البيع ، أي بإرادته وحده ، أن يصبح مالكا للدار .

ولم يصل الفقه الغربي إلى تبين هذه المتزلة الوسطى إلا حيث ارتقى ووصل في الرق إلى مرحلة بعيدة . نرى ذلك في الفقه الجرمانى الحديث . ويدعو الفقيه فون تور (Von Tuhr) ^(١) هذه المتزلة الوسطى « بالحق المنشئ » (droit formateur) ، ويعرفه بأنه « مكنة تعطى للشخص ، بسبب مركز قانونى خاص ، في أن يحدث أثرا قانونيا بمحض إرادته » ^(٢) . ويأتى بأمثلة لهذا الحق المنشئ يذكر منها : حق من وجه إليه الإيجاب ، وحق المسترد في أن يسترد الحصة المبيعة ، وحق البائع وفاء في أن يسترد المبيع ، وحق الشفيع في أن يأخذ بالشفعة .

هذه المتزلة الوسطى يعرفها الفقه الإسلامى :

نبه إلى وجود هذه المتزلة الوسطى في الفقه الإسلامى الأستاذ شفيق شحاتة في كتابه في « النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الإسلامية » ^(٣) ، إذ يستعرض المقبوض في الدين المشترك : وهو الدين الذى يملكه أكثر من دائن واحد فإذا قبض أحد الدائنين شيئا منه ، كان للباقي حق في المقبوض هو هذه المتزلة الوسطى . ويقول في هذا الصدد : « المقبوض هو إذن ملك القابض خاصة ، على أن للدائن الشريك حقا ثابتا في الشيء المقبوض ، وبموجب هذا الحق يستحق هذا الدائن الشريك بعضا مما قبض القابض ولو أنه لا يستطيع تتبع المقبوض بين يدي الغير .. هذا الحق هو إذن حق شبه عيني ، فصاحبه ليس له حق ملكية ، بل حق في أن يملك ، ولهذا الحق نظائر في الشرع » . وإذا كنا لا نشارك الأستاذ شفيق شحاتة في تكييف هذا الحق بأنه « شبه عيني » ، ونرى أنه ليس حقا بل هو متزلة وسطى بين الحق والرخصة كما أسلفنا القول ، إلا أننا نتفق معه فيما ذهب إليه من أن للدائن الشريك حقا ما في الشيء المقبوض ، ليس مجرد رخصة وليس حق ملك كامل ،

(١) جزء أول ص ١٩ - ص ٢١ .

(٢) وهذا ما يقول بلفظه .

"La faculté appartenant à une personne, en raison d'une situation juridique spéciale, de produire, par sa seule volonté un effet juridique".

(٣) ص ٢٦٥ - ص ٢٦٧ .

ولكنه حق في أن يملك نصيبه في الشيء المقبوض إذا هو أعلن إرادته في ذلك .
وقد وجد الأستاذ شفيق شحاتة نظائر لهذا « الحق » في الشرع الإسلامي . من ذلك
حق المجنى عليه في العبد الجاني ، فإنه يدفع العبد يصبح مملوكاً للمجنى عليه ،
على أنه إذا تصرف المولى في العبد قبل الدفع ينقلب حق المجنى عليه إلى مجرد
تعويض . ومن ذلك أيضاً من وقع في سهمه عبد قد أسره المشركون من رجل من
المسلمين كان ملكاً له ، فلمولاه الأول أخذه بالقيمة ، فإن تصرف فيه الذي وقع
في قسمه جاز تصرفه ولم يكن للمولى فسخه .

ومما يقطع في وجود هذه المنزلة الوسطى في الفقه الإسلامي أن القراني في
« الفروق » يقابل ، في عبارات صريحة ، ما بينها وبين الرخصة ، فيقول عن
صاحب الرخصة « من ملك أن يملك » وعن صاحب المنزلة الوسطى « من جرى
له سبب يقتضي المطالبة بالتملك » ، وينكر على الأول أن يكون مالكاً إطلاقاً
ويجعل الثاني محلاً للنظر . ونقل ما يقوله في هذا الصدد :

« اعلم أن جماعة من مشايخ المذهب رضى الله عنهم أطلقوا عباراتهم بقولهم
من ملك أن يملك هل يعد مالكاً أم لا ، قولان . . . وليس الأمر كذلك بل هذه
القاعدة باطلة . . . وبيان بطلانها أن الإنسان يملك أن يملك أربعين شاة ، فهل
يتخيل أحد أنه يعد مالكاً الآن قبل شرائها حتى تجب الزكاة عليه على أحد
القولين ! وإذا كان الآن قادراً على أن يتزوج ، فهل يجري في وجوب الصداق
والنفقة عليه قولان قبل أن يخطب المرأة لأنه ملك أن يملك عصمتها ! والإنسان
مالك أن يملك خادماً أو دابة ، فهل يقول أحد إنه يعد الآن مالكاً لهما فيجب
عليه كلفتها ومؤونتهما على قول من الأقوال الشاذة أو الجادة ! بل هذا لا يتخيله
من عنده أدنى مسكة من العقل والفقه . وكذلك الإنسان يملك أن يشتري أقاربه ،
فهل يعده أحد من الفقهاء مالكاً لقريبه فيعتقه عليه قبل شرائه على أحد القولين في
هذه القاعدة على زعم من اعتقدها ! بل هذا كله باطل بالضرورة . ونظائر هذه
الفروع كثيرة لا تعد ولا تحصى ، ولا يمكن أن نجعل هذه من قواعد الشريعة
البتة . بل القاعدة التي يمكن أن نجعل قاعدة شرعية ، ويجرى فيها الخلاف في بعض
فروعها لا في كلها ، أن من جرى له سبب يقتضي المطالبة بالتملك هل يعطى

حكم من ملك ؟ قد يختلف في هذا الأصل في بعض الفروع ، ولذلك مسائل :
 (المسألة الأولى) إذا حيزت الغنيمة فقد انعقد للمجاهدين سبب المطالبة بالقسمة والتملك ، فهل يعدون مالكين لذلك أم لا ؟ قولان ، فقبل يملكون بالحوز والأخذ وهو مذهب الشافعي رضي الله عنه ، وقبل لا يملكون إلا بالقسمة وهو مذهب مالك رحمه الله . . (المسألة الرابعة) الشريك في الشفعة إذا باع شريكه تحقق له سبب يقتضي المطالبة بأن يملك الشخص المبيع بالشفعة ، ولم أر خلافاً في أنه غير مالك . (المسألة الخامسة) الفقير وغيره من المسلمين له سبب يقتضي أن يملك من بيت المال ما يستحقه بصفة فقره أو غير ذلك من الصفات الموجبة الاستحقاق ، كالجهاد والقضاء والفتيا والقسمة بين الناس أملاكهم وغير ذلك مما شأن الإنسان أن يعطى لأجله ، فإذا سرق هل يعد كالمالك فلا يجب عليه الحد لوجود سبب المطالبة بالتمليك ، أو يجب عليه القطع لأنه لا يعد مالكا وهو المشهور ؟ قولان . فهذه القاعدة على ما فيها من القوة من جهة قولنا جرى له سبب التملك في تمشيها عسر لأجل كثرة النقوض عليها . أما هذا المفهوم وهو قولنا من ملك أن يملك مطلقاً من غير جريان سبب يقتضي مطالبته بالتمليك ولا غير ذلك من القيود ، فهذا جعله قاعدة شرعية ظاهرة البطلان لضعف المناسبة جداً أو لعدمها البتة . أما إذا قلنا انعقد له سبب يقتضي المطالبة بالتمليك ، فهو مناسب لأن يعد مالكا من حيث الجملة ، تنزيلاً لسبب السبب منزلة السبب ، وإقامة للسبب البعيد مقام السبب القريب ، فهذا يمكن أن يتخيل وقوعه قاعدة في الشريعة . أما مجرد ما ذكره فليس فيه إلا مجرد الإمكان والقبول للملك ، وذلك في غاية البعد عن المناسبة ، فلا يمكن جعله قاعدة ^(١) .

ويتبين مما نقلنا عن القراني أنه يميز بين أوضاع ثلاثة :

(أولاً) وضع من ملك أن يملك ، كمن ملك أن يملك أربعين شاة ومن ملك أن يتزوج ومن ملك أن يملك خادماً أو دابة ومن ملك أن يشتري أقاربه إذا كانوا عبيداً . هؤلاء جميعاً لا يملكون ، فلا يجب على الأول الزكاة ، ولا على الثاني الصداق والنفقة ، ولا على الثالث الكلفة والمؤونة ، ولا على الرابع

العتق ، وترجمة ذلك إلى لغة الفقه الغربي أن هؤلاء جميعاً ليس لهم حق الملك ، وإنما لهم رخصة التملك ، والرخصة ليست بحق .

(ثانياً) وضع من جرى له سبب يقتضي المطالبة بالتملك ، كما في حيازة الغنيمة بالنسبة إلى المجاهدين وفي بيع الشريك لنصيبه بالنسبة إلى شريكه الشفيع ، وفي بيت المال بالنسبة إلى المستحق لفقر أو جهاد أو غير ذلك . هؤلاء أيضاً ، على خلاف في الرأي ، لا يملكون بمجرد جريان السبب الذي يقتضي المطالبة بالتملك . فالمجاهد لا يملك الغنيمة إلا بالقسمة ، والشفيع لا يملك الشقص المبيع إلا إذا أخذ بالشفعة . والفقير لا يملك شيئاً من بيت المال إلا إذا طالب فأعطى وقبل ذلك إذا سرق وجب عليه الحد . وترجمة ذلك إلى لغة الفقه الغربي أن هذه هي المنزلة الوسطى بين رخصة التملك وحق الملك ، فهي دون الملك وفوق الرخصة .

(ثالثاً) وضع من جرى له سبب الملك ، كمن اشترى أرضاً أو شفع في دار ، فهذا هو الذي له حق الملك .

والذي يعنينا في بحثنا هذا هو الحق ذاته : لا الرخصة ولا هذه المنزلة الوسطى . ونبحث في هذا الصدد مسألتين :

- ١ - الحق الشخصي والحق العيني في الفقه الإسلامي .
- ٢ - حصر مصادر الحق في الفقه الإسلامي . شخصياً كان الحق أو عينياً .

§ ١

الحق الشخصي والحق العيني في الفقه الإسلامي

الحق : في الفقه الغربي المشتق من القانون الروماني . إما شخصي أو عيني . فالحق الشخصي أو الالتزام هو رابطة ما بين شخصين دائن ومدين ، بمقتضاها يطالب الدائن المدين بإعطاء شيء أو القيام بعمل أو بالامتناع عن عمل . والحق العيني هو سلطة يعطيها القانون لشخص على عين بالذات .

فهل في الفقه الإسلامي نظير للحق الشخصي وللحق العيني بالمعنى الذي قد مناه ؟ ننظر ذلك في مبحثين متعاقبين ، أولهما للحق الشخصي أو الالتزام والثاني للحق العيني .

أولاً : الحق الشخصي أو الالتزام

التعبير مستعار من الفقه الغربي :

الحق الشخصي أو الالتزام تعبير استعراه من الفقه الغربي ، وإلا فالفقه الإسلامي لا يرد فيه عادة هذا التعبير . وسنرى أن سبب ذلك يرجع إلى أن ما نسميه بالحق الشخصي أو الالتزام يشتمل في الفقه الإسلامي على عدة روابط قانونية متميزة بعضها عن بعض ، ولم يحاول علماء الفقه الإسلامي أن يدمجوا هذه الروابط في وحدة تنتظمها جميعاً فيعبروا عنها بالحق الشخصي أو الالتزام .

يستعمل فقهاء الشرع الإسلامي في بعض الحالات لفظ « الحق » ويريدون به جميع الحقوق المالية وغير المالية ، فيقولون حق الله وحق العبد . ويستعملون لفظ « الحقوق » ويريدون به في حالات حقوق الارتفاق ، وفي حالات أخرى ما ينشأ عن العقد من التزامات غير الالتزام الذي يعتبر حكم العقد، فعقد البيع حكمه نقل ملكية المبيع وحقوقه تسليم المبيع ودفع الثمن . ويستعملون أحياناً لفظ « الالتزام » ، ويريدون به غالباً الحالات التي يلزم فيها الشخص نفسه بإرادته المفردة ، ونادراً الالتزامات التي تنشأ عن العقد . أما الالتزامات التي تنشأ عن غير العقد أو التي تنشأ عن المسؤولية العقدية ، أي الالتزامات التي تنشأ عن المسؤولية بوجه عام ، تقصيرية كانت أو عقدية ، فتسمى بالضمانات .

فإذا أردنا أن نورد تعبيراً فقهياً يقابل لفظ « الالتزام » بالمعنى المعروف في الفقه الغربي ، وجب أن نستعمل تعبيرين هما « الالتزام » و « الضمان » ، ولا نكون بعد ذلك قد استفدنا جميع الالتزامات التي تنشأ عن مصادرها المختلفة . فلنقتصر إذن على لفظ « الالتزام » بمعناه المعروف في الفقه الغربي .

الالتزام يشتمل على روابط قانونية متعددة :

قدمنا أن الالتزام يشتمل على عدة من الروابط المتميزة بعضها عن بعض في الفقه الإسلامي . ويمكن القول إن هذه الروابط لا تقل عن أربع . فهناك :

١ - التزام بالدين ٢ - والتزام بالعين ٣ - والتزام بالعمل ٤ - والتزام بالتوثيق .

الالتزام بالدين :

فالالتزام بالدين ، أو الدين فحسب ، هو التزام محله مبلغ من النقود أو جملة من الأشياء المثلية . وهذا هو الذي يتعلق بالذمة . وعرف صاحب « مرشد الحيران » الدين بأنه ما وجب في ذمة المدين بعقد استهلاك مال أو ضمان غصب (م ١٦٨) .

والصحيح أن مصادر الدين تزيد على ما ذكره « مرشد الحيران » . فهي أولاً العقد ، كالقرض يلتزم به المقرض أن يرد للمقرض مبلغاً من النقود أو أشياء مثلية يكون قد اقترضها منه ، وكالبيع إذا كان الثمن نقوداً أو أشياء مثلية يلتزم به المشتري أن يدفع هذا الثمن للبائع ، أما التزام البائع بتسليم المبيع إلى المشتري فهذا التزام بالعين كما سنرى . وهي ثانياً الإرادة المنفردة ، كالنذر والهبة والوصية ، إذا كان محل ذلك نقوداً أو مثليات . وهي ثالثاً العمل غير المشروع ، ولا يقتصر ذلك على الغصب كما ذكر صاحب « مرشد الحيران » . فكل ضمان ينشأ عن غير العقد ، كغصب أو سرقة أو إتلاف ، يكون محله عوض الشيء المضمون . وهذا العوض إما أن يكون مبلغاً من النقود هي قيمة الشيء المضمون إذا كان قيمياً ، وإما أن يكون جملة من الأشياء المثلية إذا كان الشيء المضمون مثلياً . وهي رابعاً الإثراء بلا سبب في بعض الحالات ، فمن دفع شيئاً ظاناً أنه واجب عليه فتبين عدم وجوبه فله الرجوع به على من قبضه بغير حق (م ٢٠٧ مرشد الحيران) ، فإذا كان هذا الشيء نقوداً أو مثليات كان الرجوع بدين متعلق بالذمة . وهي خامساً الشرع ذاته ، كالالتزام بالنفقة ومحله عادة مبلغ من النقود فهو دين متعلق بالذمة .

الالتزام بالعين :

والالتزام بالعين هو التزام محله عين معينة بالذات لتملكها أو تملك منفعتها أو تسليمها أو حفظها ، كتمليك أرض معروفة الحدود أو منفعة دار أو تسليم عبد أو حفظ حيوان .

ومن مصادر الالتزام بالعين الإرادة المنفردة كالوصية بعين معينة ، والعمل غير المشروع كغصب عين ينشئ التزاماً بردها ، أما إذا هلكت العين فإن الالتزام بها يتحول إلى التزام بدين هو رد القيمة أو المثل ، والإثراء بلا سبب كالوفاء بعين غير واجبة فعلى المستوفى رد العين . على أن أكثر حالات الالتزام بالعين يكون مصدرها العقد . فالبيع إذا وقع على عين معينة بالذات ينشئ التزاماً على البائع بتملكها للمشتري ، والأولى في الفقه الإسلامي أن يقال إن العقد ينقل الملك دون أن يسبق ذلك أي التزام . وإيجار العين ينشئ التزاماً على المؤجر بتملك منفعة العين للمستأجر . وكل من البيع والإيجار ينشئ التزاماً بتسليم العين المبيعة للمشتري أو بتسليم العين المؤجرة للمستأجر . والوديعة تنشئ التزاماً على المودع عنده بحفظ العين المودعة^(١) .

الالتزام بالعمل :

والالتزام بالعمل هو التزام محله صنع شيء معين بعقد استصناع أو أداء خدمة معينة بعقد إيجار .

فالاستصناع هو طلب عمل شيء خاص على وجه معين مادته من الصانع^(٢)

(١) وقد حدد صاحب مرشد الحيران حالات الالتزام بالعين التي يكون مصدرها العقد في المواد من ٢٦٣ إلى ٢٦٥ على الوجه الآتي :

م ٢٦٣ - يصح أن يرد العقد على الأعيان منقولة كانت أو عقاراً تملكها بمعرض أو بغير عرض .

م ٢٦٤ - يصح أن يرد العقد على الأعيان لحفظها وديعة ، أو لاستهلاكها بالانتفاع بها قرضاً ورد بدلها (ويلاحظ هنا أن الالتزام الناشئ من الاستهلاك بالقرض هو التزام بدين لا بعين) .

م ٢٦٥ - يجوز ورود العقد على منافع الأعيان للانتفاع بها بعرض إجارة ، أو بغير عرض إجارة ، ورد عينها لصاحبها (وقد أغفل صاحب مرشد الحيران النص على الالتزام بالتسليم) .

(٢) وقيل إنه ينبغي على العين لا على عمل الصانع ، فيكون التزاماً بعين لا التزاماً بعمل =

وتجوز إجارة الآدمي للخدمة أو لغيرها من أنواع العمل ، مع بيان المدة أو تعيين قدر العمل وكيفيته . والأجير قسمان ، خاص ومشترك ، فالأجير الخاص هو الذي يعمل لشخص معين مع اشتراط التخصيص عليه ، وليس له أن يعمل في مدة الإجارة لغير مستأجره . والأجير المشترك هو الذي يعمل لا لواحد مخصوص كالصانع والمقاول . فالأجير الخاص يؤجر كل وقته للعمل ، أما الأجير المشترك فيؤجر نفسه لعمل معين^(١) .

الالتزام بالتوثيق :

والالتزام بالتوثيق محله كفالة التزام ، ومصدره عقد الكفالة . وقد يكون الالتزام المكفول به التزاماً بالدين أو التزاماً بالعين ويدخل في ذلك الالتزام بالتسليم على الوجه الذي سنبينه فيما بعد . وهناك الكفيل بالنفس ، والمكفول به في هذه الحالة هو إحضار المكفول ، ويرأ الكفيل بتسليمه المكفول للمكفول له ، حيث تمكنه مخاصمته ولو في غير مجلس الحكم مالم يشترط تسليمه فيه . ومن ذلك نرى أن الالتزام بالتوثيق إما أن يكون التزاماً تبعياً لالتزام بدين أو بعين : وإما أن يكون التزاماً أصلياً في الكفالة بالنفس .

الدين والعين :

هذه هي أنواع الالتزام المختلفة ، يتميز بعضها عن بعض كما رأينا ، ولا يدمجها فقهاء الشرع الإسلامي في نوع واحد يسمونه الالتزام كما يفعل الفقه الغربي . ومن بين هذه الأنواع المتعددة ليس إلا الالتزام بالدين هو الذي يتعلق بذمة المدين ، أما الالتزامات الأخرى فلا تتعلق بالذمة إلا إذا تحولت إلى التزامات بدين على الوجه الآتي :

في الالتزام بتملك العين أو منفعتها ينتقل الملك في الحال ، فلا تتحقق

= حتى إن الصانع لو جاء بشيء من صنع غيره موافق للأوصاف ألزم به المستصنع . ولكن الصحيح أن المقتد ينمقد على عمل الصانع لا على الدين ، فهو التزام بعمل لا التزام بعين .

(١) انظر المادة ٢٦٦ من مرشد الجبران .

صورة تتعلق فيها الالتزام ديناً في الذمة . وقد قدمنا أن هذا لا يعد التزاماً في الفقه الإسلامي ، فالعقد هو بذاته الذي ينقل الملكية .

وفي الالتزام بتسليم العين أو بحفظها قد يتحقق سبب الضمان في بعض الحالات ، فيتحول هذا الالتزام إلى التزام بدفع قيمة العين ، فيكون ديناً متعلقاً بالذمة .

وفي الالتزام بالعمل قد يستأذن القاضي في بعض الحالات أن ينفذ الالتزام على نفقة المدين ، فيتحول الالتزام ديناً في الذمة بقدر هذه النفقة .

وفي الالتزام بالتوثيق إذا كانت الكفالة بدين كانت هي أيضاً ديناً يتعلق بالذمة ، وإذا كانت الكفالة بعين فإنها تتحول إلى دين بتحول الالتزام المكفول به . أما الكفالة بالنفس ، وهي التزام أصلي ، فلا تتحول إلى دين يتعلق بالذمة بل إن جزاءها ، إذا لم يحضر الكفيل المكفول ، أن يجبس الكفيل ما لم يظهر عجزه وعدم اقتداره على إحضار المكفول ، ولا يلتزم الكفيل بأداء الدين الذي في ذمة المكفول .

ونرى من ذلك أن الالتزام بالدين والالتزام بالعين هما الالتزامان اللذان يرد إليهما في النهاية كل التزام في الفقه الإسلامي . فنقتصر عليهما ، وندعوهما كما يدعيان عادة بالدين والعين .

التمييز بين الدين والعين غير التمييز بين الحق الشخصي والحق العيني :

وظاهر مما قدمناه أن التمييز بين الدين والعين غير التمييز بين الحق الشخصي والحق العيني . فالدين ليس كل الحق الشخصي ، بل هو صورة من صوره . والعين تستغرق الحق العيني وبعضاً من الحق الشخصي هو الالتزام بالعين . ومن ثم فالدين أضيق من الحق الشخصي ، والعين أوسع من الحق العيني .

وينحط بعض الفقهاء المحدثين عند ما يقررون أن الفقه الإسلامي قد ميز تمييزاً واضحاً بين الحق الشخصي والحق العيني ويوردون التمييز بين الدين والعين ،

أو بين الدين والحق العيني ، كأنه هو التمييز بين الحق الشخصي والحق العيني ^(١) .
وعندنا أنه لا حاجة إطلاقاً للقول بأن الفقه الإسلامي يعرف التمييز بين الحق الشخصي والحق العيني ، بل يجب على النقيض من ذلك إبراز أن التمييز بين الدين والعين وهو التمييز الذي يعرفه الفقه الإسلامي ، هو غير التمييز بين الحق الشخصي والحق العيني في الفقه الغربي المشتق من القانون الروماني ، فلكل فقه صناعته التي يتميز بها . وفي هذا دليل واضح على أن الفقه الإسلامي لا تربطه بالقانون الروماني صلة ، وإلا لانتقل التمييز بين الحق الشخصي والحق العيني إلى الفقه الإسلامي كما انتقل إلى كل قانون اشتق من القانون الروماني ^(٢) .

(١) من ذلك ما قرره الأستاذ مصطفى الزرقا في الجزء الثاني من كتابه « الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد » (دمشق سنة ١٩٤٩ طبعة ثانية) . فهو في موضع من هذا الكتاب (ص ٦٠ - ص ٦١) يجعل الالتزام شاملاً للالتزام بالدين والالتزام بالعين ، وهذا صحيح . ولكنه في موضعين آخرين يخلط تارة بين الحق الشخصي والدين . وطوراً بين الحق العيني والعين . فيقول في ص ١٦ : « وما تجب ملاحظته أن الحق العيني يجب أن يكون الشيء الذي هو موضوعه معيماً بذاته كي تنصب عليه سلطة صاحب الحق مباشرة بلا واسطة ، فإذا لم يكن موضوعه متميماً في الخارج بل ثابتاً في الذمة كالدائن لا يكون الحق عينياً بل شخصياً » . ويمثل لهذا الدين الثابت في الذمة الذي أورده في آخر عبارته بحق المنصوب منه على الناصب في أن يرد المنصوب إلى المكان الذي غصب منه . وهذا الحق في الفقه الإسلامي عين لا دين وجعله ديناً لإدخاله في نطاق الحق الشخصي هو ~~حصر~~ الحق الشخصي في الدين ، وقد رأينا أن الحق الشخصي أوسع نطاقاً . ثم يقول الأستاذ الزرقا في ص ٢٠ : « كثيراً ما ينقلب الحق العيني إلى شخصي .. كما في المنصوب ، فإنه مادام باقية عينه على حالها في يد الناصب فلذلك حق عيني فيه يسوغه طلب استرداده » . وهنا يبدو أن المؤلف رجع عن اعتبار حق المنصوب منه على الناصب في أن يرد المنصوب ديناً ، ولكن اعتبره حقاً عينياً . والصحيح أن هذا الحق شخصي لا عيني ، والذي أوقع اللبس فيه أنه عين لا دين فخلط بالحق العيني هنا ، ثم هو شخصي لا عيني ، فخلط بالدين هناك . انظر أيضاً ص ٢٠ من هذا الكتاب حيث يذهب المؤلف إلى أن الوفاء بمقابل يقلب الحق الشخصي حقاً عينياً ، والصحيح أن حق الدائن بقى حقاً شخصياً حتى انقضى بالوفاء ، ولم ينقلب إلى حق عيني .

وكل هذا يدل على غرابة التمييز بين الحق الشخصي والحق العيني على رجال الفقه الإسلامي ، حتى إن بعض هؤلاء عندما يذهبون إلى الأخذ بهذا التمييز قد تخطئهم الدقة أحياناً في تبنيه . وكان الأستاذ على الحفيف معتدلاً في نظريته عندما تناول هذا الموضوع في محاضراته لقسم الدكتوراه في « الحق والذمة وتأثير الموت فيهما » سنة ١٩٤٥ ص ٥٤ - ص ٨١ .

(٢) ومن رأينا أن اعتماد الفقه الإسلامي عن الأخذ بهذا التمييز بين الحق الشخصي والحق العيني ، وهو تمييز جوهري في القانون الروماني ، وعدم توسعه في الأخذ بنظرية الإثراء بلا سبب على الوجه الذي منبئ به فيما يلى ، وهي نظرية توسع فيها القانون الروماني إلى حدود بعيدة ، من أوضح الأدلة على أن الفقه الإسلامي لم يتأثر بالقانون الروماني (انظر كتابنا في نظرية العقد ص ٦٩ - ص ٢٧١) . هذا إلى أن نزعة الفقه الإسلامي موضوعية ونزعة القانون الروماني ذاتية ..

بروز التمييز بين الدين والعين في الفقه الإسلامى - نظرية الذمة :

فالتمييز بين الدين والعين إذن هو التمييز البارز في الفقه الإسلامى ، وعلماء هذا الفقه يحرصون على المقابلة ما بين الدين والعين إذا عرضت لهم مناسبة في ذلك ؛ وقيمون هذا التمييز على أساس الذمة . فيقولون إن الدين يتعلق بذمة المدين ، أما العين فلا تتعلق بالذمة ، بل يكون الحق ، عينياً كان أو شخصياً ، متعلقاً بالعين ذاتها . فالتعلق بالذمة أو عدم التعلق بها هو الذى يقوم عليه التمييز بين الدين والعين . ومن ثم وجب أن نستعرض ، في كلمات موجزة ، نظرية الذمة في الفقه الإسلامى .

نظرية الذمة في الفقه الإسلامى :

الذمة في الفقه الإسلامى هى وصف شرعى يفترض الشارع وجوده في الإنسان ، ويصير به أهلاً للإلزام والالتزام ، أى صالحاً لأن تكون له حقوق وعليه واجبات . ولما كانت هذه الصلاحية التى ترتبت على ثبوت الذمة يسميها الفقهاء بأهلية الوجوب ، إذ يعرفون هذه الأهلية بأنها صلاحية الإنسان للحقوق والواجبات المشروعة ، فإن الصلة ما بين الذمة وأهلية الوجوب صلة وثيقة ، فالذمة هى كون الإنسان صالحاً لأن تكون له حقوق وعليه واجبات وأهلية الوجوب هى هذه الصلاحية ذاتها . والذمة تلازم الإنسان ، إذ يولد الإنسان وله ذمة بحكم أنه إنسان ، ومن ثم تثبت له أهلية الوجوب . فأهلية الوجوب إذن ترتب على وجود الذمة . ولا يقتصر الفقه الإسلامى في الذمة على ما في الإنسان من الصلاحية لامتلاك والكسب ، أى على نشاطه الاقتصادى فحسب ، بل الذمة وصف تصدر عنه الحقوق والواجبات جميعها وإن لم تكن مالية كالصلاة والصيام والحج ، أو كانت مالية ذات صبغة دينية كالزكاة وصدقة الفطر والعشر والحراج . ومن ثم كان نطاق الذمة واسعاً في الفقه الإسلامى حتى قال فخر الإسلام البزدوى إن الذمة لا يراد بها إلا نفس الإنسان .

= وقد رأينا أن نبرز هذه الفروق بين الفقه الإسلامى والفقه الغربى حتى نحفظ للفقه الإسلامى بطابعه الخاص على النحو الذى أشرنا إليه فيما تقدم .

وتبدأ الذمة ببدء حياة الإنسان وهو جنين ، فتكون له ذمة قاصرة ، إذ يجوز أن يرث وأن يوصى له وأن يوقف عليه . ثم يولد حياً فتتكمّل ذمته شيئاً فشيئاً ، في المعاملات والعبادات والحدود ، حتى تصير كاملة . وتبقى ذمة الإنسان ما بقي حياً ، وتنتهي بموته . وانتهاء الذمة بالموت تختلف فيه المذاهب . فالمالكية وبعض الحنابلة يذهبون إلى أن الذمة تتلاشى بالموت . فإن ترك الميت مالا تعلقت ديونه به ، وإلا سقطت .

والشافعية والحنابلة الآخرون يذهبون إلى أن الذمة تبقى بعد الموت إلى أن توفي الديون . ويستشهدون على ذلك بأن الميت قد ترتب في ذمته ديون بعد الموت ، كما إذا كان قد باع وهو حي عيناً فردت بالعيب بعد موته فإن ذمته تشغل إذ ذاك بشحن البيع ، وكما إذا كان وهو حي قد حفر حفرة في الطريق العام فتردى بعد موته فيها شخص وتلف متاعه فإن ذمة الميت تشغل إذ ذاك بالضمان . ثم يرتبون على ذلك أن الدين بعد الموت يبقى متعلقاً بالذمة ، ولو لم يكن للميت مال ولم يكن بالدين كفيل ، فإنه يجوز في هذه الحالة كفالة الدين بعد الموت ، إذ هو باق متعلق بالذمة كما تقدم القول . ولا يحول ، في هذا المذهب ، بقاء الذمة بعد الموت وبقاء الدين متعلقاً بها دون أن تنتقل التركة إلى ملك الورثة بالموت في الحال .

والحنفية يذهبون إلى أن الذمة بعد الموت لا تتلاشى ولا يبيّ ، ولكنها تخرب ، ويقويها أن يترك الميت مالا أو كفيلًا بدينه . فإن لم يوجد مال ولا كفيل سقط الدين ، ولا يجوز في هذه الحالة كفالة الدين بعد الموت كما جاز في قول من يرى بقاء الذمة غير خربة . وتبقى التركة المستغرقة على حكم ملك الميت . أما التركة غير المستغرقة فقد اختلفت الحنفية فيها على أقوال ثلاثة : قيل تبقى التركة غير المستغرقة كالتركة المستغرقة على حكم ملك الميت ، وقيل بل تنتقل إلى ملك الورثة ، وقيل تبقى على حكم ملك الميت بقدر الدين وتنتقل إلى ملك الورثة فيما جاوز ذلك ^(١) .

(١) انظر في هذا الموضوع محاضرات الأستاذ على الخفيف في « الحق والذمة وتأثير الموت فيها » سنة ١٩٤٥ ص ٨٢ - ص ٩٥ . وانظر أيضاً « أحكام التركات والموارث » للأستاذ =

الدين والعين في نطاق نظرية الذمة :

ولما وضعت نظرية الذمة في الفقه الإسلامي على النحو المتقدم ، نظر الفقهاء إلى الحقوق المختلفة من هذه الناحية ، فوجدوا أن الحق العيني ولا الترام بالعين

محمد أبو زهرة . سنة ١٩٤٩ ص ١٧ - ص ٢٩ .

وهذه هي الخطوط الرئيسية لنظرية الذمة في الفقه الإسلامي . ونورد هنا الخطوط الرئيسية لنظرية الذمة في الفقه الغربي لعقد مقارنة بين النظريتين . فالذمة على النحو الذي صاغ به النظرية الفقهان المعروفان أوبري ورو ، هي مجموع الحقوق الموجودة أو التي قد توجد والالتزامات الموجودة أو التي قد توجد لشخص معين . ويستخلص من ذلك معنيان : (أولاً) أن الذمة مجموع من المال (ثانياً) أن الذمة هي الشخصية القانونية ، فإدام يدخل فيها الحقوق والالتزامات التي قد توجد ، فهي إذن القابلية لكسب حق أو ترتيب التزام ، وهذه هي الشخصية القانونية .

ويترتب على أن الذمة مجموع من المال النتائج الآتية :

١ - يكون للدائنين حق ضمان عام على هذا المجموع من المال لا على مال معين بالذات . وهذا يفسر أن الدائن يستطيع التنفيذ على مال المدين لم يكن موجوداً وقت نشوء الدين لأن هذا المال قد اندمج في المجموع فأصبح أحد عناصره . وبفسر أن الدائن لا يستطيع التنفيذ على مال كان موجوداً لذمة المدين وقت نشوء الدين ، وخرج من ملكه وقت التنفيذ ، لأن هذا المال قد خرج من المجموع فلم يعد محسوباً في عناصره .

٢ - ينتقل حق الدائنين بعد موت المدين إلى تركته كج مجموع من المال . ذلك أن ذمة المدين كج مجموع من المال بما يشتمل عليه من حقوق والتزامات ، تنتقل من المدين إلى ورثته فيصبح الورثة مسئولين عن التزامات المورث ، إما دون حد إذ تعتبر شخصية الوارث استمراراً لشخصية المورث ، وإما في حدود ما انتقل إلى الورثة من الحقوق بطريق الميراث ويتم هذا باستعمال الورثة لحق الانتفاع بالجرد . (bénéfice d'inventaire)

٣ - تقوم نظرية الحلول العيني على فكرة المجموع . فحيث يخرج مال من المجموع ويحل محله مال آخر . فتم حلول عيني ، ويصبح المال الجديد من عناصر المجموع مكان المال القديم . ومن أمثلة الحلول العيني في القانون الفرنسي ما يطرأ من حلول في مال الزوجية المشترك (communauté) ومال الزوجة الخاص (propre) ومال المهر (dot) والمال الذي كسبه الزوجة بعملها ، والتركة التي قبلها الوارث منتفعاً بحق الجرد ، والمال الموهوب أو الموصى به بشرط عدم التصرف فيه أو بشرط تحويله إلى مؤسسة أو بشرط أن ترثه أجيال محددة Substitutions permises ومن أمثلة الحلول العيني في القانون المصري ما يطرأ من حلول في تركة تحت التصفية ، وفي مال كسبه بماله صبي في السادسة عشرة ، وفي مال موهوب أو موصى به بشرط عدم التصرف . والرأي الحديث يذهب إلى أن الحلول العيني يقوم ، لا على فكرة المجموع بل على فكرة قيام نظام قانوني خاص (régime Juridique Spéciale) لمال خصص لغاية معينة (affectation à une but spéciale) سواء كان مجموعاً من المال أم مالا معيناً بالذات . ولهذا الرأي تطبيقات كثيرة ، منها استرداد الوارث الحقيقي لتركة من الوارث الظاهر ، واسترداد الغائب لماله من أقيم عليه وكيل ، وحلول التعويض أو مبلغ التأمين محل العين المرهونة عند هلاكها ،

ينصبان على عين معينة بالذات ، فأمكن أن يتعلق الحق بالعين . أما الدين فمحله كما قدمنا مبلغ من النقود أو جملة من الأشياء المثلثة ، ومن ثم تعذر أن يتعلق الدين بعين معينة بالذات ، فلم يبق إلا تعليقه بالذمة إذ هي محل الحقوق والواجبات جميعاً . فبرز التمييز بين الدين والعين وقامت المقابلة بينهما على هذا الأساس ، فالدين دون العين هو الذي يتعلق بالذمة .

= وحلول المفروض الذي آل بالقسمة محل المفروض ضمن عين شائعة وقع التصرف فيها ببيع أو رهن ، وحلول عين على أخرى في استبدال الوقف (انظر في هذا الرأي الحديث رسالة غير مطبوعة للدكتور إسماعيل غانم في الذمة المالية) .

ويترتب على أن الذمة هي الشخصية القانونية ما يقال عادة من أن الذمة لا بد لها من شخص ، ومن أن لكل شخص ذمة ، ومن أن الشخص الواحد لا تكون له إلا ذمة واحدة . فالذمة إذن كل لا يقبل التصرف ولا التجزئة . أما أن الذمة كل لا يقبل التصرف فهذا واضح ، لأن الذمة هي القابلية لكسب حق أو ترتيب التزام ، ولا يستطيع الشخص أن يتصرف في هذه القابلية . ويرتب أو يرى وروى على هذه الخاصية عدم جواز التصرف في التركة المستقبلية ، واستمرار شخصية المورث في شخصية الوارث فتنتقل جميع الديون إلى الوارث ويصبح السند القابل للتنفيذ في حق المورث نافذاً في حق الوارث وتضاف حياة المورث إلى حياة الوارث . فإذا أريد تحديد مسئولية الوارث عن ديون مورثه يقدر ما انتقل إليه من الحقوق بالميراث ، وجب أما افتراض بقاء المورث حياً بعد موته إلى أن تصفى ديونه ، وأما افتراض أن للوارث شخصيته الأصلية مزدوجة بشخصية المورث إلى أن تتم التصفية . وأما أن الذمة كل لا يقبل التجزئة فغير واضح ، بعد أن رأينا أن الشخص الواحد قد يفصل من ماله جزء يخضع لنظام قانوني خاص بسبب تخصيصه لغاية معينة . ولكن يمكن القول ، توجيهاً لهذا الرأي ، إنه حتى عند تعدد الذم المالية ، فإن كل ذمة منها لا تقبل التجزئة في ذاتها .

ومن هذا العرض يتبين أن الذمة في الفقه الإسلامي تختلف عن الذمة في الفقه الغربي . ويمكن تلخيص وجوه الخلاف فيما يأتي :

١ - الذمة في الفقه الإسلامي وصف تصدر عنه الحقوق والواجبات المالية وغير المالية . أما الذمة في الفقه الغربي فلا تشمل إلا الحقوق والالتزامات المالية .

٢ - وحتى في نطاق المال ، تبدأ الذمة في الفقه الإسلامي بالشخص ، ثم تنتهي إلى المال (وفي الديون دون غيرها) ، أما الذمة في الفقه الغربي فتبدأ بالمال ، ثم تنتهي إلى الشخص .

٣ - والذمة في الفقه الإسلامي لا تجمل المال مجموعاً تفنى فيه عناصره كما هي حال الذمة في الفقه الغربي ولا يكون المال مجموعاً في الفقه الإسلامي ، حتى عند الحبر أو مرض الموت وحتى بعد الموت . ففي هذه الأحوال الثلاثة تتعلق الديون بمالية الأعيان لا بذواتها كما في الرهن ، ولكن مال المدين لا يكون مجموعاً كما في الفقه الغربي . بل إنه لا يوجد تلازم بين الذمة والتركة في الفقه الإسلامي ، فقد تبقى الذمة قائمة وتنقل التركة مع ذلك إلى الورثة .

ويمكن القول بوجه عام أن الفرق الجوهرى ما بين الذمة في الفقه الإسلامي والذمة في الفقه الغربي هو أن الفقه الإسلامي ينظر إلى الذمة كشخصية قانونية لا كمجموع من المال . ومن ثم سهل على الفقهاء =

ومنذ تعلق الدين بالذمة استتبع ذلك عدة أمور : ١ - منها أن الالتزام بالدين يحتاج في استيفائه إلى وساطة المدين ، أما الالتزام بالعين فينصب على العين ذاتها ولا حاجة فيه إلى هذه الوساطة . ٢ - ومنها أن الدين تتبعه المطالبة . إذ أن وساطة المدين تقتضي مطالبته ، أما العين فلا وساطة فيها ولا مطالبة . ٣ - ومنها أن الدين يرد عليه الأجل وتنصح به المقاصة ويجوز فيه الإبراء ، أما الالتزام بالعين وهو متصل بها مباشرة فكالحق العيني لا يتصور فيه أجل ولا مقاصة ولا إبراء .

اختفاء التمييز بين الحق الشخصي والحق العيني في الفقه الإسلامي :

ومذ برز التمييز بين الدين والعين في الفقه الإسلامي لم يظهر التمييز بين الحق الشخصي والحق العيني . وسبب ذلك واضح فإن الالتزام بالعين اقترب من الحق العيني في خصائصه ، وابتعد عن الدين . فالالتزام بالعين كما رأينا ينصب كالحق العيني على العين بالذات ، وهو كالحق العيني أيضاً لا يحتاج إلى وساطة المدين ولا تتبعه المطالبة ولا يرد عليه الأجل ولا تنصح به المقاصة ولا يجوز فيه الإبراء . ولا كذلك الدين ، فهو لا ينصب على عين بالذات بل يتعلق بالذمة ، وهو يحتاج إلى وساطة المدين وتتبعه المطالبة ويرد عليه الأجل وتنصح به المقاصة ويجوز فيه الإبراء . ولما اقترب الالتزام بالعين من الحق العيني وابتعد عن الدين ، أمكن إدماج الالتزام بالعين في الحق العيني وإطلاق لفظ « العين » عليهما جميعاً ، وأمكنت بعد ذلك المقابلة بين العين والدين على النحو الذي قدمناه ، فبرز التمييز بين الدين والعين كما أسلفنا ، وستر بيروزه التمييز بين الحق الشخصي والحق العيني^(١) .

= المحدثين أن ينسبوا للذمة في الفقه الإسلامي الخصائص التي يفرعها الفقه الغربي على فكرة الشخصية القانونية، فيقولون إن الذمة لا تثبت إلا لشخص، وإن لكل شخص ذمة، وإن الشخص الواحد لا تكون له إلا ذمة واحدة (انظر المراجع السابق الإشارة إليها للأستاذة على الحفيظ، ومحمد أبوزهرة ومصطفى الزرقا والدكتور إسماعيل غانم ص ٢٦٨ وما بعدها) .

(١) و يملل الأستاذ شفيق شحاتة في كتابه « نظرية الالتزامات في الشريعة الإسلامية » (ص ١٩٧ - ص ١٩٩) عدم وضوح التمييز بين الحق الشخصي والحق العيني بالصيغة المادية التي اصطنع بها الحق الشخصي فقارب الحق العيني . ويمكن أن نرد ما قاله في هذه المسألة إلى النقاط الآتية :
١ - عنصر المطالبة هو الذي يميز بين الحق الشخصي والحق العيني . فهو الذي يظهر أن الالتزام يتضمن ارتباطاً بين شخصين . أما الحق العيني فلا يتضمن المطالبة إذ ليس هناك من يعترض صاحب الحق دون الشيء محل الحق .

هل تطور التمييز بين الدين والعين في الفقه الإسلامي إلى تمييز بين الحق الشخصي والحق العيني :

ولتتابع تطور الفقه الإسلامي إلى الغاية القصوى من مراحلها ، وهذه هي الخطوة التي قلنا إننا سنلتزمها في بحثنا هذا . يجوز أن نتساءل هل تطور الفقه الإسلامي ،

= ٢ - ومع ذلك لم تلتفت الفقهاء إلى عنصر المطالبة في الالتزام ، وأغفلت النظر إلى الرابطة الشخصية ما بين صاحب الحق والمدين بالحق أو بين الطالب والمطلوب ، ووجهت اهتمامها إلى موضوع الحق ، فصبت الالتزام بذلك صبغة ما دية بحثه .

٣ - وقد فعلوا ذلك في الالتزام بالعين حيث تكون العين في غالب الأحيان محلاً كذلك لحق عيني فيحجب الحق الشخصي ، وفي الالتزام بعمل وهو ليس في الواقع إلا عبارة عن التزام بتسليم شيء أو بصنع شيء أو الانتفاع بشيء .

٤ - بل فعلوا ذلك أيضاً في الالتزام بالدين ، فلم ينظروا إليه إلا على أنه شيء أرمال حكمي ، حتى إنهم قسموا الأموال جميعها إلى قسمين وهما الدين والعين .

٥ - وإذا صبغ الفقهاء الالتزام بمختلف أنواعه هذه الصبغة المادية ، وأبرزوا في كل من الدين والعين موضوع الحق دون الرابطة الشخصية ، فقد خلطوا ما بين الحق الشخصي والحق العيني ، ولم يكن لفكرة الالتزام بعد ذلك كله إلا أن تنطس انطاساً كلياً .

هذه هي حلقات السلسلة المنطقية التي ساقها الأستاذ شفيق شحاتة إلى القول بموضوع التمييز ما بين الحق الشخصي والحق العيني في الفقه الإسلامي ، وأبرزناها واحدة بعد الأخرى يسوق بعضها بعضاً ، حتى يتبين نظره في وضوح وجلاء .

ونحن نقره فيما ذهب إليه من غموض التمييز ما بين الحق الشخصي والحق العيني في الفقه الإسلامي . ولكننا نتردد كثيراً في أن نقول معه إن الفقهاء لم يبرزوا عنصر المطالبة أو الرابطة الشخصية في الدين ، وإنهم أبرزوا موضوع الحق في الدين والعين على السواء . ونرى أن التمييز ما بين الحق الشخصي والحق العيني إذ ظل غامضاً في الفقه الإسلامي ، فإن التمييز ما بين الدين والعين برز واضحاً كل الوضوح . وما نحن فوضح نظرنا في حلقات متسلسلة على النحو الذي أوضحنا به نظر الأستاذ شفيق شحاتة :

١ - أن عدم وضوح التمييز بين الحق الشخصي والحق العيني في الفقه الإسلامي سببه أن هذا التمييز قد ستره تمييز آخر أكثر منه وضوحاً هو التمييز بين الدين والعين .

٢ - فالدين يتعلق بالذمة ولا يتعلق بعين معينة ، ثم هو يتضمن عنصر المطالبة لأن المدين يطالب به ولا بد من وساطته في الوفاء . أما الالتزام بالعين فلا يتعلق بالذمة بل يتعلق بعين معينة ، ثم هو لا يتضمن عنصر المطالبة فلا حاجة لوساطة المدين في الوفاء .

٣ - ومن ثم اقترب الالتزام بالعين من الحق العيني وابتمد عن الدين ، إذ أن الخصائص الأساسية للالتزام بالعين تتلاقى مع الخصائص الأساسية للحق العيني ، وهي في الوقت ذاته عكس الخصائص الأساسية للدين . فكان من ذلك أن فصل الفقهاء الدين عن العين ، وجعلوا العين شاملة للالتزام بالعين والحق العيني جميعاً . فبرز التمييز بين الدين والعين ، واختفى التمييز بين الحق الشخصي والحق العيني . =

ولو إلى مدى محدود ، من التمييز بين الدين والعين إلى التمييز بين الحق الشخصي والحق العيني ؟ آية ذلك ، فيما نرى ، أن نجد الالتزام بالعين يدخل فيه عنصر المطالبة . ذلك أن المطالبة هي من خصائص الدين ، إذا أن الدين في الفقه الإسلامي يشتمل على عنصرين : أصل الدين ويتعلق بالذمة ، والمطالبة وهي تتبع الأصل^(١) . فإذا رأينا الالتزام بالعين يشتمل على عنصر المطالبة فقد اقرب من الدين ، وأمكن القول بوجود حق شخصي في الفقه الإسلامي يجمع كلا من الدين والعين . ولما كان عنصر المطالبة يظهر بوجه خاص في الحوالة والكفالة ، فقد اخترنا هذين العقدين لنرى ما إذا كانا يردان على العين كما يردان على الدين .

أما الحوالة فهي نقل الدين والمطالبة على رأى ، ونقل المطالبة وحدها على رأى آخر . وهي لا ترد إلا على الدين ، فلا تصح الحوالة بالأعيان القائمة لأنها نقل ما في الذمة ولم يوجد^(٢) . ونرى من ذلك أن اقتصار الحوالة على الدين ، وعدم

٤ - وقد حافظ الفقهاء على هذا النظر في الحوالة . فأجازوا حوالة الدين لأن الدين يتضمن عنصر المطالبة ، ولم يجيزوا حوالة العين لأن عنصر المطالبة منعدم في الالتزام بالعين .

٥ - ولكنهم في الكفالة أجازوا كفالة الدين والعين ، فقربوا هنا العين من الدين وأبعدوها من الحق العيني . عل أن الشافعي كان أكثر التزاماً لمنطق التمييز بين الدين والعين ، فلم يجز الكفالة في العين وأجازها في الدين .

(١) ونظير ذلك في الفقه الجرماني تحليل الالتزام إلى عنصرين : عنصر المديونية (Schuld) وعنصر المسؤولية (Haftung) .

(٢) البدائع جزء ٦ ص ١٦ . وننقل هنا ما جاء في البدائع في شأن نقل الحوالة لدين والمطالبة معاً أو نقلها للمطالبة وحدها : « واختلف مشايخنا المتأخرون في كيفية النقل مع اتفاقهم على ثبوت أصله موجباً للحوالة . قال بعضهم إنها نقل المطالبة والدين جميعاً ، وقال بعضهم إنها نقل المطالبة فحسب فأما أصل الدين فباق في ذمة المكيل . وجه قول الأولين دلالة الإجماع والمعقول . أما دلالة الإجماع فلاذا أجمعنا على أنه لو أبرأ المالك عليه من الدين أو وهب الدين منه صحت البراءة والمكة ، ولو أبرأ المكيل من الدين أو وهب الدين منه لا يصح ، لولا أن الدين انتقل إلى ذمة المالك عليه وفرغت ذمة المكيل من الدين لما صح الأول لأن الإبراء عن الدين وهبة الدين ولا دين محال ، ويصح الثاني لأن الإبراء عن دين ثابت وهبه منه صحيح وإن تأخرت المطالبة كالإبراء من الدين المرجل . وأما المعقول فلا أن الحوالة توجب النقل لأنها مشتقة من التحويل وهو النقل ، فيقتضى نقل ما أضيف إليه ، وقد أضيف إلى الدين لا إلى المطالبة ، لأنه إذا قال أحلت بالدين أو أحلت فلاناً بدينه فيوجب انتقال الدين إلى المالك عليه ، إلا أنه إذا انتقل أصل الدين إليه تنتقل المطالبة لأنها تابعة - وجه قول الآخرين دلالة الإجماع والمعقول . -

جواز ورودها على العين ، يؤكد أن العين لا يدخل فيها عنصر المطالبة ، وإلا لصلحت محلاً للحالة . ومن ثم يمكن القول إن الحالة لا تحمل أثراً لأى تطور يكون من شأنه تقريب العين من الدين تمهيداً لاندماجهما معاً في الحق الشخصي . بقيت الكفالة . وكان الواجب أن تكون كالحالة لا ترد إلا على الدين ، لأن الحالة ضرب من الكفالة^(١) ولأن الكفالة هي ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل في حق المطالبة بما على الأصيل . فإذا قدرنا أن العين لا يدخل فيها

— أما دلالة الإجماع فإن المحيل إذا قضى دين الطالب بعد الحالة قبل أن يزدى الحال عليه لا يكون متطوعاً ويجبر على القبول ، وأو لم يكن عليه دين لكان متطوعاً فينبغى ألا يجبر على القبول كما إذا تطوع أجنبي بقضاء دين إنسان على غيره . . . ولو كان له عليه دين يلتقيان قصاصاً كالكفالة سواء ، فدلّت هذه الأحكام على التسوية بين الحالة والكفالة . ثم إن الدين في باب الكفالة ثابت في ذمة الأصل ، فكذا في الحالة ، وأما المعقول فهو أن الحالة شرعت وثيقة للدين بمنزلة الكفالة ، وليس من الوثيقة إبراء الأول ، بل الوثيقة في نقل المطالبة مع قيام أصل الدين في ذمة المحيل (البدائع جزء ٦ ص ١٧ - ص ١٨) (١) أما أن الحالة ضرب من الكفالة فيدل عليه أمران :

أولاً - أن هناك رأياً ، تقدم ذكره ، يذهب إلى أن الحالة هي نقل المطالبة فحسب وأما أصل الدين فباق في ذمة المحيل . بل إن زفر يذهب إلى أن الحالة لا توجب براءة المحيل والحق في ذمة بعد الحالة على ما كان عليه قبلها كالكفالة سواء . وجه قوله أن الحالة شرعت وثيقة للدين كالكفالة ، وليس من الوثيقة براءة الأول ، بل الوثيقة في مطالبة الثاني مع بقاء الدين على حاله في ذمة الأول من غير تغيير كما في الكفالة سواء (البدائع جزء ٦ ص ١٧) . فلا تنقل الحالة ، في رأى زفر ، لا المطالبة ولا الدين بل يبقى الدين على حاله (مطالبة وديناً) في ذمة المحيل ، وتنشأ الحالة حق مطالبة جديداً في ذمة المحال عليه ، وهي في ذلك كالكفالة تضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل في المطالبة .

ثانياً - أن الحالة تنتهى بالتوى ، فلومات المحال عليه مغلماً بقى الدين ذاته في ذمة المحيل ، فكان الدين لم ينتقل من ذمة المحيل بالحالة ، بل ضمت ذمة المحال عليه إلى ذمة المحيل ، في المطالبة كما هي الحال في الكفالة . . ويؤيد ذلك ما جاء في البدائع : « حكم الحالة تنتهى بأشياء منها . . التوى . . لأن الدين كان ثابتاً في ذمة المحيل قبل الحالة ، والأصل أن الدين لا يسقط بالقضاء - إلا أنه الحق الإبراء بالقضاء في السقوط ، والحالة ليست بقضاء ولا إبراء ، فبقى الدين في ذمة على ما كان قبل الحالة . إلا أن بالحالة انتقلت المطالبة إلى المحال عليه المكن إلى غاية التوى ، لأن حياة الدين بالمطالبة ، فإذا توى لم تبقى وسيلة إلى الإحياء فمادت إلى محلها الأصل » (البدائع جزء ٦ ص ١٨) .

ويتبين مما تقدم أن الحالة صورة خاصة من الكفالة ، تتميز بأن الدائن يرجع أولاً على الكفيل (المحال عليه) ، فإذا توى الدين عنده رجع على المدين (المحيل) . أما في الكفالة العادية فالدائن بالخيار في الرجوع إما على الكفيل أو على المدين .

ويتبين من ذلك أيضاً ألا محل ، في رأينا ، للمناقشات الطويلة التي تدور حول جواز حالة الحق في الفقه الإسلامي كما جازت حالة الدين . فحالة الدين في الفقه الإسلامي غير حالة الدين في الفقه الغربي . كما لا يجوز أن يؤخذ من الحالة المقيدة دليل على جواز حالة الحق ، فالصحيح أن المحل في الحالة المقيدة =

عنصر المطالبة ، لوجب أن تقتصر الكفالة على الدين ، لأن المطالبة لا تكون إلا فيه . وهذا هو قول الشافعي ، فعنده أن الكفالة لا تصح إلا في الدين . ولكن الحنفية يذهبون إلى أن الكفالة تقع على الدين والعين . ويشترطون في الكفالة بالعين أن تكون مضمونة بنفسها . فلا تصح كفالة العين إذا لم تكن مضمونة كالوديعة والعارية والإيجار ؛ أو إذا كانت مضمونة بغيرها كالمبيع قبل القبض وهو مضمون بالثمن وكالرهن وهو مضمون بالدين . أما العين المضمونة بنفسها ، كالمفصوب والمقبوض بالبيع الفاسد والمقبوض على سوم الشراء ، فتصح كفالتها . والكفالة بالعين في هذه الحالة تكون كفالة بقيمتها أى كفالة بالدين إذا هلكت العين ؛ أما إذا بقيت قائمة فتكون كفالة بالعين ذاتها . وفي هذا إدخال لعنصر المطالبة في الالتزام بالعين ، وتقريب للعين من الدين . كذلك تصح عند الحنفية كفالة فعل التسليم في الجملة فتجوز الكفالة بتسليم المبيع والرهن لأن المبيع مضمون التسليم على البائع والرهن مضمون التسليم على المرتهن في الجملة بعد قضاء الدين ، فكان المكفول به مضموناً على الأصل وهو فعل التسليم فصحت الكفالة به ، لكنه إذا هلك فلا شيء على الكفيل لأنه لم يبق مضموناً على الأصل فلا يبقى على الكفيل (١) .

وقد يكون إدخال عنصر المطالبة في كل من الالتزام بالعين والالتزام بالتسليم وتقريب هذين من الدين في باب الكفالة ، مبدأ تطور لم يتم في جعل

= لم ينقل ملكية الدين الذي له في ذمة المالك عليه إلى المالك له . والأول أن يقال إن الفقه الإسلامي لا يعرف حوالة الحق ولا حوالة الدين بالمعنى المفهوم في الفقه الغربي (انظر المراجع السابقة للأستاذ شفيق شحاتة ص ١١٦ والأستاذ مصطفى الزرقا ص ٥٠ - ص ٥٨) .

(١) وهذا ما جاء في البدائع في هذا الشأن : « أن المكفول به أربعة أنواع ، عين ودين ونفس وفعل ليس بدين ولا عين ولا نفس . أما العين فذوعان ، عين هي أمانة وعين هي مضمونة . أما العين التي هي أمانة فلا تصح الكفالة بها سواء كانت أمانة غير واجبة التسليم كالوديعة ومال الشركات والمضاربات ؛ أم كانت أمانة واجبة التسليم كالعارية والمتأجر في يد الأجير ، لأنه أضاف الكفالة إلى عينها وعينها ليست بمضمونة . ولو كفّل بتسليم المتأجر والمتأجر عن المستعير والمتأجر جاز لأنهما مضمونا التسليم عليهما ، فالكفالة أضيفت إلى مضمون على الأصل وهو التسليم فصحت .

وأما العين المضمونة فذوعان ، مضمون بنفسه كالمفصوب والمقبوض بالبيع الفاسد والمقبوض على سوم الشراء . ومضمون بغيره كالمبيع قبل القبض والرهن . فتصح الكفالة بالذوع الأول لأنه كفالة =

الالتزام بالعين كالاتزام بالدين متعلقاً بالذمة ، فتنبه المطالبة . ولكن الأولى الوقوف عند التمييز بين الدين والعين ، فهو التمييز البارز في الفقه الإسلامي^(١) .
ومهما يكن من أمر تعدد أنواع الالتزام في الفقه الإسلامي وعدم اندماجها في وحدة تنتظمها جميعاً ، فإنه يمكن مع ذلك التقريب فيما بينها من ناحية المصدر . فهي أيّاً كان نوعها ، التزاماً بدين كانت أو التزاماً بعين أو التزاماً بعمل أو التزاماً بتوثيق ، تنقابل في المصادر التي تنشأ عنها . وهذه المصادر التي أشرنا إليها بإيجاز فيما تقدم هي التي سنستقصيها تفصيلاً فيما بعد .

== بمضمون بنفسه ، ألا ترى أنه يجب رد عينه حال قيامه ورد مثله أو قيمته حال هلاكه ، فيصير مضموناً على الكفيل على هذا الوجه أيضاً . ولا تصح بالنوع الثاني ، لأن المبيع قبل القبض مضمون بالثمن لا بنفسه ، ألا ترى أنه إذا هلك في يد البائع لا يجب عليه شيء ، ولكن يسقط الثمن عن المشتري ، وكذا الرهن غير مضمون بنفسه بل بالدين ، ألا ترى أنه إذا هلك لا يجب على المرتهن شيء ولكن يسقط الدين عن الراهن بقدرة . وأما الفل فلأنه وفل التسليم في الحيلة ، فتجوز الكفالة بتسليم المبيع والرهن ، لأن البيع مضمون التسليم على البائع والرهن مضمون التسليم على المرتهن في الحيلة بعد قضاء الدين ، فكان المكفول مضموناً على الأصيل وهو وفل التسليم فصحت الكفالة به ، لكنه إذا هلك لا شيء على الكفيل لأنه لم يبق مضموناً على الأصيل فلا يبق على الكفيل . (البدائع جزء ٦ ص ٧) .

(١) ويبدو من اشتراط أن تكون العين مضمونة بنفسها لجواز الكفالة بها أن العين في هذه الحالة تكون في حكم الدين من حيث الضمان ، ومن ثم جازت الكفالة بها . ولذلك لم نر أن نعلق أهمية كبيرة على هذا الحكم لنستدل به على أن هناك تطوراً . والشافعي يذهب إلى أن الكفالة بالعين أو بالفعل غير جائزة ولا يميز الكفالة إلا في الدين ، فرجع بذلك إلى الأصل المقرر ، ويقول الكاساني في ذلك : « ثم ما ذكرنا بالكفالة بالنفس والعين والفعل أنها صحيحة وما ذكرنا من التفريعات عليها مذهب أصحابنا . وقال الشافعي رحمه الله إنها غير صحيحة . وجه قوله أن الكفالة أضيفت إلى غير محلها فلا تصح ، ودلالة ذلك أن الكفالة التزام بالدين ، فكان محلها الدين فلم توجد ، والتصرف المضاف إلى غير محله باطل ، ولأن القدرة على تسليم المكفول به شرط جواز الكفالة والقدرة على الإعتاق لا تتحقق . ولنا . . . أن هذه الكفالة أضيفت إلى مضمون على الأصيل مقدور الاستيفاء من الكفيل فتصح كما تصح الكفالة بالدين ، وقوله الكفالة التزام الدين ممنوع ، بل هي التزام المطالبة بمضمون على الأصيل وقد يكون ذلك ديناً وقد يكون عيناً والعين مقدورة التسليم في حق الأصيل كالدين » . (البدائع جزء ٦ ص ٨) .

ثانياً : الحق العيني

حصر الحقوق العينية وتقسيمها إلى أصلية وتبعية :

قيام الحق العيني في الفقه الإسلامي أوضح من قيام الحق الشخصي . فقد رأينا أن الحق الشخصي ، أو الالتزام ، يشمل على روابط قانونية مختلفة استبقاها الفقهاء متميزة بعضها عن بعض ، دون أن تندمج في وحدة تنتظمها جميعاً وتسمى بالالتزام .

وصحيح أن الفقهاء لم يستعملوا لفظ « الحق العيني » ولكن المحدثين منهم يعالجون الحقوق العينية الأصلية جميعها في مكان واحد ، ويفرعوها على حق الملك . بل كثير منهم يسمونها بالحقوق العينية جرياً على اصطلاح الفقه الغربي . ثم إن الحقوق العينية الأصلية هي والحقوق العينية التبعية تنتظمها جميعاً فكرة واحدة هي أنها « حق في العين » ، أو « حق ثابت في المال » . ذلك أنه يمكن في الفقه الإسلامي ، كما أمكن في الفقه الغربي ، أن نقسم الحقوق العينية إلى حقوق عينية أصلية وحقوق عينية تبعية . وسواء كانت الحقوق العينية أصلية أو تبعية فلأنها تذكر على سبيل الحصر ، لا تجوز الزيادة فيها بخلق حق عيني جديد .

(١) الحقوق العينية الأصلية

حصرها وردّها إلى حق الملك :

على رأس هذه الحقوق حق الملك ، وجميع الحقوق الأصلية الأخرى متفرعة عنه . فحق الملك هو الحق العيني الكامل . وقد تتجزأ عناصره ، فتفرع عنه حقوق عينية تعتبر بالنسبة إلى حق الملك بمثابة الجزء من الكل . فالملك التام هو ملك الرقبة ومنفعتها معاً . ويتفرع عنه ملك المنفعة وحدها

وملك الرقبة وحدها ، وحقوق الارتفاق . وننقل في هذه الحقوق نصوص مرشد الحيران قصداً إلى الإيجاز .

حق الملك التام :

عرفته المادة ١١ من مرشد الحيران على الوجه الآتي :

« الملك التام من شأنه أن يتصرف به المالك تصرفاً مطلقاً فيما يملكه عيناً ومنفعة واستغلالاً ، فينتفع بالعين المملوكة وبغلتها وثمارها ونتائجها ، ويتصرف في عينها بجميع التصرفات الجائزة » .

ونرى من ذلك أن عناصر حق الملك في الفقه الإسلامي ، كما هي في الفقه الغربي ، ثلاثة : ١ - الانتفاع بالعين المملوكة ٢ - الانتفاع بالغلة والثمار والتناج وهذا هو الاستغلال ٣ - التصرف في العين .

وليس حق الملك مطلقاً كما توهم عبارة مرشد الحيران ، بل هو حق مقيد بوجوب عدم الإضرار بالجار . وقد ورد هذا القيد في نصوص مرشد الحيران ذاتها ، فنصت المادة ٥٧ على أن « للمالك أن يتصرف كيف شاء في خالص ملكه الذي ليس للغير حق فيه . فيعلل حائطه ، ويبني ما يريد ، ما لم يكن تصرفه مضرراً بالجار ضرراً فاحشاً » . وعرفت المادة ٥٩ الضرر الفاحش بأنه « ما يكون سبباً لوهم البناء أو هدمه أو يمنع الحوائج الأصلية أي المنافع المقصودة من البناء . وأما ما يمنع المنافع التي ليست من الحوائج الأصلية فليست بضرر فاحش » . وبينت المادة ٦٠ حكم الضرر الفاحش فقالت : « يزال الضرر الفاحش سواء كان قديماً أو حادثاً » .

والملكية الشائعة معروفة في الفقه الإسلامي ، وإليها تشير المادة ١٢ من مرشد الحيران حيث تقول : « إذا كانت العين مشتركة بين اثنين أو أكثر ، فلكل واحد من الشركاء حق الانتفاع بمحصته ، والتصرف فيها تصرفاً لا يضر الشريك ، وله استغلالها وبيعها مشاعة حيث كانت معلومة القدر بغير إذن الشريك » .

حق المنفعة :

تعرفه المادة ١٣ من مرشد الحيران على الوجه الآتى : « الانتفاع الجائز هو حق المنتفع فى استعمال العين واستغلالها؛ ما دامت قائمة على حالها وإن لم تكن رقبته مملوكة » . فحق المنفعة يختص بعنصرين من عناصر الملكية الثلاثة : الاستعمال والاستغلال . وقد يقتصر على الاستعمال فتسمى المنفعة بحق الاستعمال وقد يقتصر الاستعمال على السكنى فيسمى ذلك بحق السكنى . ومن ثم يقرن عادة بحق المنفعة بحق الاستعمال وحق السكنى .

وأسباب ملك المنفعة ثلاثة : العقد والوصية والوقف .

أما العقد فقد يكون بيعاً ، فيبيع المالك المنفعة من آخر طول حياته أو لمدة معينة ، وفى الحالتين ينتهى حق المنفعة حتماً بموت المنتفع . ولكن بيع المنافع فى الفقه الإسلامى أكثر ما يكون بعقد الإيجار ، ذلك أن حق المستأجر فى الفقه الإسلامى هو حق منفعة . أقرب إلى الحق العيني منه إلى الحق الشخصى ، وهو على كل حال فى العين المؤجرة^(١) . وقد يكون العقد الذى يقع على تملك المنفعة فى الفقه الإسلامى هو عقد العارية ، فالمستعير عند المالكية يملك المنفعة دون عوض ، إذ العارية عندهم عقد لازم لا يملك المغير الرجوع فيه ، ومن ثم يكون حق المستعير حقاً فى العين . أما عند الحنفية والشافعية والحنابلة فالعارية عقد غير لازم ، وللمعير أن يرجع فيه متى شاء . وتأصيل ذلك عند الحنفية أن العارية عقد على المنافع وهى غير موجودة وقت العقد فيتجدد العقد آنأ فآنأ . وعند الشافعية والحنابلة أنها من قبيل الإباحة فلا يستفيد المستعير بها ملكاً ولم يستفد إلا مجرد الإذن .

وأما الوصية فكثيراً ما تردد على المنفعة فتملكها للموصى له بعد موت الموصى . وأما الوقف فيرد على العين فيجعل رقبته غير مملوكة لأحد من العباد وتبقى

(١) وعينية حق المستأجر ليست بفريضة على الفقه الغربى ، فقد قام فقيه فرنسى معروف هو الفقيه Troplong فى النصف الثانى من القرن التاسع عشر بمحاولة قصد بها إلى إثبات أن حق المستأجر فى القانون الفرنسى هو حق عيني ، ولكنها محاولة لم يكتب لها النجاح .

المنفعة للمستحقين . ولا يملك المستحق أن يتصرف في المنفعة ، بل هي موقوفة عليه طول حياته وتؤول من بعده إلى من يليه من المستحقين . ويجعل القانون المدني المصري (م ٥٢) الوقف شخصاً معنوياً . فإذا التزمنا هذا التصوير ، كانت رتبة العين الموقوفة للشخص المعنوي ، وكان للمستحق حق المنفعة طول حياته . ولكنه حق يقوم على الخصائص الآتية :

- ١ - هو حق لا يملك المستحق التصرف فيه .
- ٢ - ويؤول بعد موته إلى المستحق الذي يليه .
- ٣ - ثم إن المستحق لا يملك إدارته ، بل الذي يديره هو ممثل الشخص المعنوي الذي يملك الرتبة وهو ناظر الوقف . وللمستحق في ذمة الشخص المعنوي حق شخصي إلى جانب حقه العيني في المنفعة ، هو غلة هذه المنفعة يقبضها من ناظر الوقف ممثل الشخص المعنوي . والعين الموقوفة قد يترتب عليها حقوق عينية أخرى . كحق الحكر وحق الإجازتين وحق الإجازة الطويلة وحق الكدك وحق القرار إلى غير ذلك من الحقوق التي أنشأها العرف .

حق الرتبة :

ويوجد هذا الحق حيث ينتزع حق المنفعة من الملك التام ، فتبقى الرتبة على ملك صاحبها الأصلي ، ويملك المنفعة شخص آخر غير مالك الرتبة . وأكثر ما يكون ذلك بالوصية . فيجوز أن يوصى بمنفعة العين لشخص مع بقاء رقبته لورثة الموصي ، كما تجوز الوصية بالرتبة لشخص وبمنفعتيها لشخص آخر كلاهما أجنبي عن المتبرع ، ولكن لا يجوز استثناء منفعة العين من الوصية برقبته لشخص أجنبي لتبقى المنفعة على ملك الورثة (م ١٨ مرشد الحيران) . وذلك لأن بقاء المنفعة على مالك الورثة معناه تملكها لهم بطريق الميراث ، والمنفعة لا تورث . كذلك يجوز للمالك أن يبيع الرتبة ويستبقى المنفعة لنفسه مدة من الزمن أو طول حياته ، فإذا استبقاها طول حياته اشتبه بالبيع بالوصية .

ومالك الرتبة لا يجوز له أن ينتفع بالعين ولا أن يتصرف في منفعتها ، إذ

المنفعة في ملك غيره كما تقدم . وكذلك لا يجوز له أن يتصرف في الرقبة ذاتها إلا بإذن صاحب المنفعة . وعليه أن يسلم العين لصاحب المنفعة ليستوفي حقه من منافعتها . ولكن إذا انتهى حق المنفعة فإن مالك الرقبة يعود له الملك التام على العين .

حقوق الارتفاق :

وتسمى بالحقوق المجردة . وقد عرفت المادة ٣٧ من مرشد الخيران حق الارتفاق بأنه « حق مقرر على عقار لمنفعة عقار لشخص آخر » . ومن حقوق الارتفاق الشرب والمجرى والمسيل والمرور والتعلّي والحوار . فالشرب هو نوبة الانتفاع بالماء سقياً للأرض أو الشجر أو الزرع . وحق المجرى هو حق مرور مسي في أرض الجار لتصل إلى أرضه . وحق المسيل هو حق مرور مصرف في أرض الجار لصرف الماء الزائد عن الحاجة أو غير الصالح . وحق المرور هو حق مرور الإنسان إلى ملكه من طريق خاص في ملك غيره . وحق التعلّي هو أن يكون الإنسان محق في أن يعلو بناؤه بناء غيره ، ويتحقق ذلك في دار لها سفل لمالك وعلو لمالك آخر . وحق الحوار هو ألا يضر الجار بجاره ضرراً فاحشاً .

وحقوق الارتفاق محصورة عند الحنفية في الحقوق المتقدمة الذكر . وعند المالكية هي غير محصورة ، فيجوز إنشاء حقوق ارتفاق اتفاقيه بالعقد ، ويمكن على هذا النحو الاتفاق على ارتفاق بعدم العلو بالبناء إلى أكثر من بعد معين أو على ارتفاق بالبناء في رقعة محدودة .

حق التبع في الحقوق العينية الأصلية :

ويلاحظ في الحقوق العينية الأصلية جميعاً أن الحق العيني هو سلطة الشخص على عين بالذات . ولصاحب الحق أن يتبع حقه أينما كانت اليد التي انتقلت إليها العين ، بل إن حق التبع هذا في الفقه الإسلامي أقوى منه في الفقه الغربي . فصاحب الرقبة لا يملك بيع الرقبة إلا بإذن صاحب المنفعة ، والمؤجر لا يملك بيع العين المؤجرة إلا بإذن المستأجر ، أما في القوانين الغربية

فصاحب الرقبة يملك بيعها دون إذن المنتفع والمؤجر يملك بيع العين المؤجرة دون إذن المستأجر ، ولكن يبقى كل من حق المنتفع وحق المستأجر نافذاً في حق المشتري .

ومن ثم يبين في وضوح أن الحق العيني يتميز عن الحق الشخصي في أن صاحب الحق العيني يستعمل سلطته على العين دون وساطة أحد، أما صاحب الحق الشخصي ، إذا كان هذا الحق ديناً في الذمة ، فيحتاج في استعمال حقه إلى وساطة المدين . فوجب إذن تعيين العين في الحق العيني وتعيين المدين في الحق الشخصي .

(ب) الحقوق العينية التبعية

حقان عنيان تبعيان في الفقه الإسلامي :

ويعرف الفقه الإسلامي الحقوق العينية التبعية ، وهي حقوق ترتب على الأعيان ضماناً للديون . ويعرف من هذه الحقوق حقين : حق الرهن وحق الحبس .

حق الرهن :

ويقابل في الفقه الغربي رهن الحياة ، ويقع على العقار وعلى المنقول ، وينشأ من عقد الرهن . وعقد الرهن عقد به يحبس الدائن مالا للمدين ضماناً للدين فيستوفى منه حقه إذا لم يتم المدين بالوفاء . ونرى أن حق الرهن حق تبعى لأنه ضمان للدين ، وهو حق عيني لأنه يتعاق مباشرة بالعين المرهونة . وللدائن المرتهن في الفقه الإسلامي ، كما في الفقه الغربي ، حق التبع وحق التقدم .

أما حق التبع فهو هنا أقوى منه في الفقه الغربي كما رأينا ذلك في الحق العيني الأصلي . ذلك أن الراهن لا يستطيع أن يتصرف في العين المرهونة دون إذن المرتهن فإن لم يأذن فإن تصرف الراهن لا ينفذ . أما في الفقه الغربي فتصرف الراهن ينفذ ولكن المرتهن يحتاج ^{استاذكم} بحق الرهن في مواجهة من تصرف له الراهن . وإذا أقر المرتهن تصرف الراهن في العين المرهونة بالبيع ، نفذ البيع وأصبح الثمن هو

الرهن بدلا من المبيع . ويحول الرهن دون نفاذ إجارة المالك الراهن ، فإن أقرها سقط الرهن .

وأما حق التقدم فيكون عند استيفاء المرتهن الدين من العين المرهونة ، فتباع العين ويتقدم الدائن في استيفاء حقه من ثمنها على الدائنين العاديين الذين لا رهن لهم على العين .

وحق الدائن يتعلق بمالية العين لا بذاتها . ولذلك إذا هلكت العين المرهونة في يد المرتهن دون تعمد أو تعد . هلكت عليه بالأقل من قيمتها وقت القبض ومن الدين ، وما زاد من قيمتها على الدين هو أمانة في يد المرتهن لا ضمان فيه .

حق الحبس :

وهو أيضاً حق عيني تبعي ، يتركز في مال ضماناً للدين . وقد ينشأ حق الحبس من العقد . فللبائع أن يحتج بحقه في حبس المبيع لعدم دفع الثمن في مواجهة جميع الدائنين . وللمستأجر حق حبس المأجور إذا انفسخت الإجارة حتى يسترد ما عجله من الأجرة . وللمودع عنده حق حبس العين المودعة حتى يستوفي ما أنفق في حفظها بإذن القاضي . وللأجير المشترك الذي لعمله أثر في العين أن يحبس العين عن المستأجر حتى يؤدي إليه الأجرة . وللوكيل بالشراء أن يحبس المال الذي اشتراه عن الموكل حتى يدفع إليه الثمن .

وقد ينشأ حق الحبس بحكم الشرع من غير عقد . فلمن يأتي بالعبد الآبق أن يحبسه حتى يستوفي من المالك ما يستحق . وللملتقط أن يحبس اللقطة عن مالكتها حتى يستوفي ما أذن فيه القاضي من الإنفاق عليها ليرجع به . وللغاصب حبس المغصوب الذي زاد فيه زيادة متصلة من ماله حتى يدفع له المالك قيمة الزيادة .

مقارنة بالفقه الغربي :

ونرى مما تقدم أن الفقه الإسلامي يعرف أكثر الحقوق العينية التبعية التي يعرفها الفقه الغربي . فحق الرهن يقابل رهن الحياة ، وحق الحبس يقابل كلا من حق الحبس وحق الامتياز . ولم يبق إلا الرهن الرسمي وحق الاختصاص ،

فهذان لا يعرفهما الفقه الإسلامي . أما حق الاختصاص فالقوانين الغربية الحديثة تميل إلى حذفه . وأما حق الرهن الرسمي فهو تطور لرهن الحياة كان الفقه الإسلامي في طريقه إليه .

حق شخصي ينقلب إلى حق عيني :

ولكن الفقه الإسلامي يعرف نوعاً من الحق العيني كان في الأصل حقاً شخصياً ثم انقلب حقاً عينياً . ويتحقق ذلك في حالات الحجر ومرض والموت . ذلك أن المدين إذا حجر عليه أو مرض مرض الموت أو مات ، وكان له مال ، تعلقت ديونه بهذا المال . وانقلبت هذه الديون من حقوق شخصية إلى حقوق عينية ، إذ تكسب جميع خصائص الحق العيني وبخاصة خصائص حق الرهن . فهي تركز في أموال المدين ، وتعلق بماليتها لا بذوات أعيانها ، وللدائنين حق تتبع هذه الأموال في أي يد انتقلت ، ويتقدمون في استيفاء حقوقهم منها على جميع من لهم حق فيها ، الموصي لهم والورثة ، ولا يتقدم عليهم إلا من كان له حق رهن أو حق حبس على عين معينة بالذات وبالنسبة إلى هذه العين دون غيرها .

ويتبين من ذلك أن أموال المدين المحجور أو المريض مرض الموت أو الميت يتعلق بها حقان ، حق الغرماء ومحلها ماليتها ، وحق المدين أو ورثته ومحلها ذوات الأعيان . والحق الأول هو حق عيني تبعي شبيه بحق الرهن ، والحق الآخر حق عيني أصلي هو حق الملك وقد بقي للمدين وإذا كان حياً أو انتقل إلى ورثته إذا كان قد مات^(١) .

(١) وللأستاذ عل الحفيف بحث قيم في هذا الموضوع نشره في مجلة القانون والاقتصاد (سنة ١٢ ص ١٥٣ وما بعدها) فنقل منه ما يأتي :

« إذا أزم الدين شخصاً بسبب من الأسباب حل في ذمته نشأت به . . فإذا ما حجر على المدين بسبب دينه أو إصابة مرض الموت تعلق الدين بجميع ما يملك حال الحجر أو حال المرض ، كما يتعلق بما يرهنه به من أمواله ، وعندئذ يتقيد تصرفه فيه بالأيسر حقوق دائنيه كما يتقيد تصرفه في الأعيان المرهونة بإجازة المرتهن لها . هذا ما ذهب إليه الجمهور من فقهاء المسلمين ، وبالفهم في ذلك كثير من فقهاء المالكية فجعلوا للغرماء حق الاعتراض على تصرف المدين وإبطاله إذا ما كان ضاراً بحقوقهم ، كأن يتبرع وهو صحيح بشيء من ماله والدين محيط به وأو لم يسبقه حجر (ملاحظة : قارن في هذا =

تدرج الحقوق في الفقه الإسلامي من حيث تعلقها بالعين أو بالذمة :

ونستطيع أن نستخلص مما تقدم أن الحقوق ، في الفقه الإسلامي ، من حيث تعلقها بالعين أو بالذمة ، تتدرج مراتب خمساً :

المرتبة الأولى : حق يتعلق بذات العين ، وهو الحق العيني الأصلي كحق الملك وحق الارتفاق .

المرتبة الثانية : حق يتعلق بذات العين دون أن يكون حقاً عينياً أصلياً ، وهذا هو الالتزام بالعين .

المرتبة الثالثة : حق يتعلق بمالية العين دون ذاتيتها ، وهو الحق العيني التبعية من حق رهن وحق حبس .

المرتبة الرابعة : حق يتعلق بمالية أموال المدين لا بذوات أعيانها ويتعلق في الوقت ذاته بالذمة وهو حق الدائنين على أموال مدينهم الميت أو المريض مرض

= العدد الدعوة البوليسية في الفقه العربي . . . فالحنفية يذهبون إلى أن تعلق الديون بأموال المدين يبدأ من أول وقت يعتر به فيه مرض الموت . . . وإنما ابتداء التعلق من ذلك الوقت محافظة على حقوق الدائنين . . . فكان من ذلك أن تعلقت بالحقوق الواجبة بمال المريض كما تعلق بتركة المتوفى إذا مات . ألا أن التعلق بسبب المرض كان أضعف شأناً منه بسبب الوفاة ، فلم يفرض على المريض بسببه إلا ضرب من الحجر يحول بينه وبين أن يتصرف في أمواله تصرفاً يضر بدائنيه ، وإن يظهر هذا الأثر إلا بعد أن يتحقق من أن المرض مرض موت ، وذلك لا يكون إلا إذا اتصل الموت به فعلاً بخلاف التعلق الناشئ عن الموت فإنه تعلق استيفاء وسداد . . . وما ذكر يتبين لنا أن تعلق الديون بأموال المريض لا يمنعه من أن تكون شاغلة لذمة وقت مرضه ولا يحول دون استمرار ملكيته لأمواله إلى وقت وفاته ، بل تبقى ذمته مشغولة بديونه ، فإذا جاءه الموت غربت وضعفت أن تتحملها لولا وجود ما يقويها كمال يقره ، فعند ذلك تبقى ذمته قوية بذلك المال ويستمر ثبوت الدين فيها ، ولكنها تكون متعلقة بذلك المال ، مستحقة الوفاء منه ، واجبة الأداء في الحال كأن ذلك المال قد حل محل الذمة أو صار عوضاً عنها فتوفى منه كما يستوفى الدين من الرهن عند حلول أجله .

انظر أيضاً بحثاً قيمياً في الموضوع ذاته للأستاذ محمد أبو زهرة في كتابه « أحكام التركات والموارث » (ص ٧ - ص ١٦) .

هذا وقد قرن الأستاذ مصطفى الزرقا في « الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد » (جزء ٢ ص ٣٤) حق الشخص في أن يملك - وهو الحق الذي سبقت الإشارة إليه وقلنا إنه منزلة وسطي بين الرخصة والحق بحق الدائنين في تركة المتوفى المستفرقة بالدين ، وسمى هذه الحقوق جميعاً « بالحقوق شبه العينية » هل فرق ما بينها ، وعلى ما في التعبير « بالحق شبه العيني » من تصوير تعوزه الدقة .

الموت أو المحجور ، ويتأخر هذا الحق عن رهن أو حبس على عين من أموال المدين معينة بالذات وبالنسبة إلى هذه العين دون غيرها كما سبق القول .

المرتبة الخامسة : حق يتعلق بالذمة دون العين وهو الدين يتعلق بذمة المدين حال حياته إذا كان في صحته ولم يكن محجوراً .

§ ٢

حصر مصادر الحق في الفقه الإسلامي

سبق أن ذكرنا أن مصدر الحق هو السبب الشرعي الذي أنشأه . ولما كان الحق الشخصي أو الالتزام أقل بروزاً في الفقه الإسلامي من الحق العيني للأسباب التي قدمناها ، فإن مصادر الالتزام ، أي الأسباب الشرعية المنشئة له ، لم تجمع ولم تحصر على الوجه الذي نراه في أسباب الملك أي في مصادر الحق العيني لذلك نتبع خطتين مختلفتين في استقصاء مصادر الحق الشخصي ومصادر الحق العيني .

أما في استقصاء مصادر الحق الشخصي فنستعرض هذه المصادر في الفقه الغربي لنرى إذا كان يوجد ما يقابلها في الفقه الإسلامي .

وأما في استقصاء مصادر الحق العيني فنستعرض أسباب الملك وأسباب الحقوق المجردة أي حقوق الارتفاق ، ونضيف إليها أسباب حق الرهن وحقوق الحبس ، ونقابل ما بين ذلك وبين مصادر الحقوق العينية في الفقه الغربي . فإذا ما استقصينا على هذا النحو مصادر الحق ، شخصياً كان أو عينياً ، نظرنا في رد هذه المصادر إلى أصولها الأولية .

أولاً : مصادر الحق الشخصي أو الالتزام

نتعقب في الفقه الإسلامي ، كما قدمنا ، مصادر الالتزام المعروفة في الفقه الغربي ، وهي العقد والإرادة المنفردة والعمل غير المشروع والإثراء بلا سبب والقانون .

(١) العقد

استخلاص نظرية عامة للعقد في الفقه الإسلامي :

للعقد أظهر موضع من كتب الفقه الإسلامي ويستغرق من بحثه حيزاً كبيراً . وظاهر أنه أهم مصدر لإنشاء الالتزام ، سواء كان التزاماً بدين أو بعين أو بعمل أو بتوثيق .

وقد عرفه صاحب مرشد الخيران في المادة ٢٦٢ بأنه عبارة عن ارتباط الإيجاب الصادر من أحد العاقدین بقبول الآخر على وجه يظهر أثره في المعقود عليه . ثم ذكر أنه يترتب على العقد التزام كل واحد من العاقدین بما وجب به للآخر . ومن ثم يظهر بوضوح أن العقد مصدر للالتزام في الفقه الإسلامي .

ولم يحاول فقهاء المسلمين وضع نظرية عامة للعقد ، بل تناولوا العقود المسماة عقداً ، وبحثوا كل عقد في أركانه وفي أحكامه . فبحثوا البيع والهبة والإجارة بأنواعها والمزارعة والمساقاة والشركة والعارية والقرض والوديعة والكفالة والحالة والرهن والصلح . ومن الأحكام التي قرروها في هذا الصدد يستظهر الباحث القواعد المشتركة بين هذه العقود جميعاً ، فيستخلص منها نظرية عامة للعقد . وهذا ما فعله فقهاء الشريعة الإسلامية المعاصرون في مؤلفاتهم الحديثة . وهذا ما سنحاوله في بحثنا هذا عند الكلام في التصرف القانوني ، ونسير فيه على غرار نظريات الفقه الغربي لتيسير المقارنة بين هذا الفقه والفقه الإسلامي كما تقدم القول .

تقدم الفقه الإسلامي من حيث رضائية العقد :

وفي مناسبة رضائية العقد في الفقه الإسلامي كتبنا في مؤلفنا «نظرية العقد»^(١) ما يأتي :

والذي يلفت النظر في أحكام العقد قاعدة أساسية قررها الفقهاء تقضي بأن الإيجاب والقبول وحدهما كافيان في تكوين العقد ووجه الغرابة في ذلك أن

هذه القاعدة على بساطتها وكونها من بديهيات القانون الحديث ، لم يصل القانون الروماني على عراقته إلى تقريرها كقاعدة عامة حتى في آخر مراحل تطوره . ولعل السر في وصول فقهاء الشريعة الإسلامية إلى هذه القاعدة ما كان للدين من الأثر البالغ في تقرير قواعد الفقه أصولاً وفروعاً . ويمكن لترجيح هذا الرأي أن نذكر أن العقد في أوروبا لم يصبح رضائياً إلا تحت تأثير عوامل مختلفة من أهمها الدين المسيحي وقوانين الكنيسة ، وهي تحض على وجوب الوفاء بالعهد ، فصار تقييد الإنسان بكلمته متفقاً مع آداب الدين . ثم انتقل ذلك من الدائرة الدينية إلى الدائرة القانونية . وقد تم ما يعدل هذا في الشريعة الإسلامية ، فإن مشروعية العقد تستند عادة إلى القرآن والحديث قال الله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود » « وأوفوا بالعهد إن العهد كان مسئولاً » « وأوفوا بعهد الله إذا عاهدتم ، ولا تنقضوا الأيمان بعد توكيدها ، وقد جعلتم الله عليكم كفيلاً » ، وقال النبي صلى الله عليه وسلم : « لا أمان لمن لا أمانة له ، ولا دين لمن لا عهد له » .

(ب) الإرادة المنفردة

اتساع ميدان الإرادة المنفردة في الفقه الإسلامي :

للإرادة المنفردة في الفقه الإسلامي ميدان فسيح نراها فيه تنتج آثاراً قانونية متنوعة . فهناك أولاً تصرفات هي عقود في الفقه الغربي وتم في الفقه الإسلامي بإرادة منفردة^(١) . وهناك ثانياً تصرفات تم بإرادة منفردة في كل من الفقه الإسلامي والفقه الغربي . وهناك أخيراً آثار قانونية كثيرة غير إنشاء الالتزام تحلها الإرادة المنفردة شأنها في ذلك شأن الفقه الغربي .

(١) قارن ما جاء في « الملكية ونظرية العقد » للأستاذ محمد أبو زهرة (ص ١٩٠) « ومن هذا كله يتبين أن الإرادة المنفردة لها مكانها في الالتزامات الشرعية ، ولكن في التصرفات التي لا تمنعدها بإيجاب وقبول . أما ما يمنعدها بالإيجاب والقبول فالإرادة المنفردة ليس هي مناط الالتزام فيه » . ويبدو أن اللبس في هذا القول يرجع إلى تصور أن تكون الإرادة المنفردة هي مناط الالتزام فيما يمنعدها بالإيجاب والقبول ، ومهما يكن من أمر ذلك في الفقه الإسلامي ، فظاهر على كل حال أن منطقة الإرادة المنفردة غير منطقة العقد ، ولا يمكن أن يكون للإرادة المنفردة مكان غير المنطقة الأولى .

فالإرادة المنفردة من حيث إنشاء الالتزام ومن حيث إنتاج الآثار القانونية المختلفة لا تنقل في الفقه الإسلامي عنها في الفقه الغربي . بل هي في الفقه الإسلامي تزيد ، فقد قلنا أن هناك تصرفات لا تتم إلا بتقابل لإرادتين في القوانين الغربية ، وتم في الفقه الإسلامي بإرادة منفردة . وفوق ذلك فإن مذهب مالك - وقد بلغ في هذا مبلغ الفقه الحرمانى - قد جعل من الإرادة المنفردة مصدراً عاماً للالتزام . وها نحن نستعرض الأحوال الثلاث التي تولد فيها الإرادة المنفردة آثاراً قانونية

تصرفات هي عقود في الفقه الغربي وتم في الفقه الإسلامي بإرادة منفردة :

والتأمل في الفقه الإسلامي يستطيع أن يميز في هذا الصدد بين طوائف ثلاث من العقود أو التصرفات : الطائفة الأولى ويدخل فيها البيع والإيجار ، والطائفة الثانية ويدخل فيها الكفالة والقرض ، والطائفة الثالثة ويدخل فيها الهبة والعارية . أما البيع والإيجار فلا مشاحة في أن الركن في كليهما هو الإيجاب والقبول . وأما الكفالة والقرض فيبدأ في أمرهما الشك ، هل الركن هو الإيجاب والقبول أم هو الإيجاب فحسب . وقد ورد في الكفالة أن ركنها الإيجاب من الكفيل ، أما القبول من الطالب (الدائن) فليس بركن في أحد قولين لكل من أبي يوسف والشافعى . وعند الإمام ومحمد وقول لأبي يوسف وقول للشافعى قبول الطالب ركن في الكفالة . وجه القول الأول أن الكفالة ضم لغة ، والتزام المطالبة بما على الأصل شرعاً ، وليست بتملك . ومعنى الضم والالتزام يتم بإيجاب الكفيل فأشبه النذر . ووجه القول الثانى أن الكفالة ليست بالتزام محض بل فيها معنى التملك ، والتملك لا يتم إلا بالإيجاب والقبول كالبيع . وورد في القرض أن ركنه عند أبي يوسف في إحدى روايته الإيجاب من القرض ، أما القبول من المقرض فليس بركن . والقبول ركن في القرض عند محمد في إحدى الروايتين عن أبي يوسف .

بقيت الهبة والعارية . وفيها يتغلغل الشك أكثر مما رأينا في الطائفة الثانية من العقود ، ويرجع القول بأن الركن هو الإيجاب فحسب . فالهبة ركنها الإيجاب من الواهب . أما القبول من الموهوب فليس بركن استحساناً ، وهذا هو قول الإمام وصاحبيه . والقياس أن يكون القبول ركناً ، وهو قول زفر . وجه الاستحسان ، على

ما يقول الكاساني^(١) ، أن الهبة في اللغة عبارة عن مجرد إيجاب المالك من غير شريطة القبول وإنما القبول والقبض لثبوت حكمها لا لوجودها في نفسها ، فإذا أوجب فقد أتى بالهبة فترتب عليها الأحكام . ولأن المقصود من الهبة هو اكتساب المدح والثناء بإظهار الجود والسخاء وهذا يحصل بدون القبول . وثمرة الخلاف بين القولين تظهر فيمن حلف لا يهب هذا الشيء لفلان فوهب منه فلم يقبل ، أنه يحنث استحساناً وعند زفر لا يحنث^(٢) . وركن العارية الإيجاب من المعير . أما القبول من المستعير فليس بركن عند الإمام وصاحبيه استحساناً . والقياس أن يكون ركناً ، وهو قول زفر ، كما في الهبة ، حتى إن من حلف لا يعير فلاناً فأعاره ولم يقبل يحنث عند الإمام وصاحبيه ، ولا يحنث عند زفر .

(١) البدائع جزء ٦ ص ١١٥ .

(٢) وقد جاء في تكملة فتح القدير لقاضي زادة (جزء ٧ ص ١١٤ - ١١٥) ما يأتي : « قال صاحب النهاية أي تصح بالإيجاب وحده في حق الواهب وبالإيجاب والقبول في حق الموهوب له ، لأن الهبة عقد تبرع فيتم بالتبرع ، فصار هو عندنا بمنزلة الإقرار والوصية ، ولكن لا يملكه الموهوب له إلا بالقبول والقبض . وثمرة ذلك تظهر فيما ذكرنا في مسائل متفرقة من كتاب الإيمان في قوله ومن حلف أن يهب عبده لفلان فوهب ولم يقبل ، فقد برئ يمينه بخلاف البيع واعلم أن صاحب الكافي وصاحب الكفاية سلكا ههنا مسلكاً آخر ، فقالا وركنهما الإيجاب والقبول لأنها عقد ، وقيام العقد بالإيجاب والقبول ، لأن ملك الإنسان لا ينتقل إلى الغير بدون تملكه ، وإلزام الملك على الغير لا يكون بدون قبوله ، وإنما يحنث لو حلف ألا يهب فوهب ولم يقبل ، لأنه إنما يمنع نفسه عما هو مقدور له وهو الإيجاب لا القبول لأنه فعل الغير ، انتهى كلامهما . أقول هذا التقرير يرد عليه أن التعليل المذكور لحنث فيما لو حلف ألا يهب فوهب ولم يقبل يقتضي أن يحنث فيما لو حلف ألا يبيع فباع ولم يقبل ، لأن المقدور له في كل عقد هو الإيجاب لا القبول ، مع أنه لا يحنث في صورة البيع كما صرحوا به . والحاصل أن كلمات القوم في هذا المقام لا تخلو عن الانطراب . وعن هذا قال صاحب غاية البيان : وأما ركنها فقد اختلف المشايخ فيه . قال شيخ الإسلام جواهر زاده في مبسوطه هو مجرد إيجاب الواهب وهو قوله وهبت ، ولم يجعل قبوله الموهوب له ركناً لأن العقد ينمق بمجرد إيجاب الواهب ، ولهذا قال علماءنا إذا حلف لا يهب فوهب ولم يقبل يحنث في يمينه عندنا . وقال صاحب التحفة ركنها الإيجاب والقبول ، ووجهه أن الهبة عقد والمقدور هو الإيجاب والقبول ، إلى هنا انتهى كلامه . وقال صاحب البدائع : أما ركن الهبة فهو الإيجاب من الواهب ، فأما القبول من الموهوب له فليس بركن استحساناً ، والقياس أن يكون ركناً وهو قول زفر ، وفي قول قال القبض أيضاً ركن . وفائدة هذا الاختلاف تظهر فيمن حلف لا يهب هذا الشيء لفلان فوهب له فلم يقبل ، إنه يحنث استحساناً . وعند زفر لا يحنث ما لم يقبل . وفي قول ما لم يقبل ويقبض ، وأجمعوا على أنه إذا حلف لا يبيع هذا الشيء لفلان فباعه فلم يقبل أنه لا يحنث . »

ونحن نرى أن الأمر في هذه الطوائف الثلاث من التصرفات مرده إلى الاعتبار الآتى : الطائفة الأولى من التصرفات ، وفيها البيع والإيجار ، معاوضات ابتداء وانتهاء ، فيلتزم كل من المتعاقدين ، ومن ثم لا يتم العقد إلا بإرادة كل منهما ، فيكون الركن هو الإيجاب والقبول دون خلاف . والطائفة الثانية من التصرفات ، وفيها الكفالة والقرض ، تبرعات ابتداء معاوضات انتهاء ، فتسرب الشك فيما إذا كان يلزم قبول الدائن في الكفالة والمقرض في القرض مع أن التصرف بالنسبة إلى كليهما تبرع في بدايته . فغلب القول بأن هذا القبول لازم لأن التصرف معاوضة في نهايته ، ومن ثم كان الراجح أن الركن هو الإيجاب والقبول^(١) . والطائفة الثالثة من التصرفات ، وفيها الهبة والعارية ، تبرعات ابتداء وانتهاء ، فتغلغل الشك فيما إذا كان يلزم قبول الموهوب له في الهبة والمستعير في العارية مع أن التصرف بالنسبة إلى كليهما تبرع في بدايته وفي نهايته ، فغلب القول بأن هذا القبول غير لازم ، ومن ثم كان الراجح أن الركن هو الإيجاب فحسب^(٢) . ونستطيع أن نستخلص من هذا التحليل أن التصرف في الفقه الإسلامى يتم بإيجاب وقبول إذا كان من شأنه أن يرتب التزاماً في جانب كل من الطرفين ولو انتهاء ، أما التصرف الذى يرتب التزاماً في جانب أحد الطرفين دون الآخر فيتم بإيجاب الطرف الملتزم وحده . فكأن الالتزام يكفى في إنشائه لإرادة الملتزم وحدها ، وكأن العقد نفسه ، وهو إيجاب وقبول ، يقوم التزام كل طرف فيه على إرادته دون اعتبار لإرادة الطرف الآخر ، فإذا صح هذا النظر ، أمكن القول في الفقه الإسلامى إن الأصل في التصرفات هي الإرادة المنفردة لا العقد .

(١) وكالكفالة والقرض عقد الرهن . فنرى أن فيه خلافاً ، هل ينمقد بالإيجاب والقبول أم ينمقد بالإيجاب من الرهن وحده . ونرى أيضاً أن الراجح هو أنه ينمقد بالإيجاب والقبول ، ذلك لأنه إذا كان تبرعاً ابتداء فهو معاوضة انتهاء .

(٢) وهذا خير من التعليل الذى نقلناه عن صاحب البدائع . فإن الذى يتبرع لآخر تبرعاً محضاً يكفى في ذلك إيجابه ، أما قبول الآخر لتبرع لمحض مصلحته فغير مطلوب ، وإنما يرتد التصرف بالرد كما في الإبراء . وهذا هو عين ما وقع عندما صاغ واضعو قانون نابليون عقد الهبة ، فعرفوا الهبة في البداية بأنها (contrat) ، فأب نابليون ، مطارعاً في ذلك البداية ، إلا أن تكون تصرفاً (acte) . وعلى هذا الوجه الأخير ورد تعريفها في القانون المدنى الفرنسى .

تصرفات تتم بإرادة منفردة :

وهذه هي : (١) الالتزام . (٢) والوعد : (٣) والنذر .
فالالتزام يطلق في الفقه الإسلامي على الصورة العامة للالتزام بالإرادة المنفردة ،
فيقال المطلوبات المترتبة على الالتزام أى الالتزامات الناشئة عن الإرادة المنفردة .
فإذا التزم شخص بمال يعطيه لشخص آخر دون أن يتعاقد معه ، فهل يتقيد الملتزم
بإرادته المنفردة هذه أن يعطى المال الذى التزم بإعطائه ؟ ذهب الحنفية والشافعية
والحنابلة أن هذا من قبيل التبرع والتبرع غير ملزم عندهم . أما عند مالك فهو
ملزم ما لم يموت الملتزم أو يفلس ، ذلك أن الموت والإفلاس يسقطان هذا الالتزام ،
فلا يجب شيء للملتزم له ، لا في الركة ولا في التخليصة .

ويميز الفقهاء بين الالتزام والوعد . فالالتزام هو ما تقدم . أما الوعد فهو
ما يفرضه الشخص على نفسه لغيره بالإضافة إلى المستقبل لا على سبيل الالتزام
في الحال . وقد يقع الوعد على عقد أو حمل ، كأن يعد شخص آخر ببيعه أرضاً
أو بينائه داراً . وجمهور الفقهاء على أن الوعد ملزم ديانة لا قضاء . ولكن المالكية
اختلفوا فيه على أربعة أقوال : أولها أنه ملزم في جميع الأحوال ما لم يموت الواعد
أو يفلس . والثاني أنه غير ملزم ولا يقضى به في أية حال . والثالث أنه ملزم إن
كان على سبب ، دخل الموعود في السبب أو لم يدخل . والرابع أنه ملزم إن كان
على سبب ودخل الموعود من أجل الوعد في السبب . ونأى بمثال يوضح القولين
الأخيرين : يعد شخص آخر بمبلغ من المال ليعينه على الزواج ، فهذا الوعد ملزم
للواعد ، تزوج الموعود أو لم يتزوج على القول الثالث ، وهو ملزم للواعد بشرط أن
يكون الموعود قد تزوج على القول الرابع .

وإلى جانب الالتزام والوعد يوجد النذر ، هو التزام فيه قرينة لله تعالى بصيغة
تدل على ذلك . وحكمه عند الحنفية وجوب الوفاء به ، ولكنه يسقط بموت الناذر .
وحكمه عند المالكية والشافعية وجوب الوفاء به إذا علق على مرغوب فيه ، والتخبر
بين الوفاء والكفارة إذا علق على مرغوب عنه^(١) .

(١) أما الجمالة فلا تقوم على الإرادة المنفردة « والجمالة أو الحمل تكون في العبد الآبق يرده
الآخذ على صاحبه ، فيستحق جملاً دون شرط عند الحنفية ، وعند الشافعي لا يثبت الحمل إلا بالشرط .
وأما بيان قدر الحمل فينظر : إن رد العبد من مسيرة ثلاثة أيام فصاعداً فله أربعون درهماً ، وإن رده دون
ذلك فبحسابه ، وإن رده من أقصى المصر رخص له على قدر عذائه وتعبه ، لأن الواجب بمناقلة العمل فيقدره »

الإرادة المنفردة تحدث آثاراً أخرى غير إنشاء الالتزام :

وفي الفقه الإسلامي ، كما في الفقه الغربي ، قد تحدث الإرادة المنفردة آثاراً أخرى غير إنشاء الالتزام . فتارة تكون سبباً لكسب الملكية كالوصية . وتارة تكون إسقاطاً كالإبراء والوقف . ونذكر إلى جانب ذلك إجازة العقد ، وإقراره من الغير . واستعمال خيار من الخيارات المعروفة ، وعزل الوكيل ، وإجازة الوصية ، كل هذا وغيرها إرادات منفردة تحدث آثاراً قانونية مختلفة ، كل إرادة بحسب ما تقصد إليه .

(ح) العمل غير المشروع

لا توجد قاعدة عامة :

في العمل غير المشروع ، كما في العقد وكما في الإرادة المنفردة ، لا توجد قاعدة عامة في الفقه الإسلامي تجعله مصدراً للالتزام بوجه عام . ولكن هنا كهناك

ـ بقدره . . هذا إذا كانت قيمة العبد أكثر من الحمل ، فإن كانت مثل الحمل أو أنقص منه ينقص من قيمته درهم عند أبي حنيفة ومحمد ، وقال أبو يوسف له الحمل تماماً . (البدائع جزء ٦ ص ٢٠٣ - ص ٢٠٦) . ويتبين مما نقلنا عن البدائع أن الالتزام هنا لا يقوم على الإرادة المنفردة . فالحمل عند الحنفية واجب دون شرط ، وعند الشافعي لا يجب إلا بالشرط أي بالمقد لا بالإرادة المنفردة . ثم إن الحمل مقدر شرعاً لا بالاتفاق ، وهو عند الحنفية أقرب إلى أن يكون قائماً على قاعدة الإثراء بلا سبب ولا يقوم على الإرادة .

وكالجمالة نفقة الضالة ، فن وجدها وأنفق عليها بأمر القاضي يكون ديناً على مالكيها ، وإن أنفق بغير إذن القاضي يكون متطوعاً ، فينبغي أن يرفع الأمر إلى القاضي ينظر في ذلك ، فإن كانت بهيمة يحتمل الانتفاع بها بطريق الإجارة أمره بأن يزوجها وينفق عليها من أجرها نظراً لذلك . وإن كانت مما لا يحتمل الانتفاع بها بطريق الإجارة ونحش أن لو أنفق عليها أن تستغرق النفقة قيمتها أمره ببيعها وحفظ ثمنها (يقوم) مقامها (كما) في حكم الهلاك . وإن رأى الأصلح ألا يبيعها بل ينفق عليها ، أمره بأن ينفق عليها لكن نفقة لا تزيد على قيمتها ، ويكون ذلك ديناً على صاحبها حتى إذا حضر يأخذ منه النفقة . وله أن يحبس القطعة بالنفقة كما يحبس المبيع بالثمن . وإن أبي أن يؤدي النفقة باعها القاضي ودفع إليه قدر ما أنفق . (البدائع جزء ٦ ص ٢٠٣) .

ومن كل هذا يتبين أن نفقة الضالة كالجمالة ، إنما تقوم على مبدأ الإثراء بلا سبب ، ولا دخل فيها للإرادة ، فليس في الجمالة ولا في نفقة الضالة ما يقابل الوعد بمجانزة في الفقه الغربي وهو الوعد الذي يقوم على الإرادة المنفردة .

تغني التطبيقات عن القاعدة .

حق الله وحق العبد :

والأصل أن الحق نوعان : حق الله وحق العبد .

فحق الله ما يتعلق به النفع من غير اختصاص بأحد ، فينسب إلى الله تعالى لعظم خطره وشمول نفعه . وحقوق الله ثمانية : عبادات خالصة كالإيمان ، وعقوبات خالصة كالحدود ، وعقوبات قاصرة كالحرمان من الميراث ، وحقوق دائرة بين الأمرين كالكفارات ، وعبادات فيها معنى المأونة كصدقة الفطر ، ومؤونة فيها معنى العبادة كالعشر ، ومؤونة فيها شبه العقوبة كالخراج ، وحق قائم بنفسه كخمس الغنائم^(١) . ويتبين من ذلك أن منطقة حقوق الله منطقة واسعة ، يتلاقى فيها الدين مع القانون العام^(٢) ، ثم القانون الجنائي مع القانون المالي .

وحق العبد ما يتعلق به مصلحة خاصة كالدية والضمان . فحق العبد إذن يدخل في منطقة القانون الخاص .

وهناك ما يجتمع فيه الحقان وحق الله غالب كحد القذف ويلحق بحق الله ، وما يجتمع فيه الحقان وحق العبد غالب كالقصاص ويلحق بحق العبد^(٣) .

جزاء حق الله :

وجزاء حق الله عقوبة عامة ، وهي الحد والتعزير في حقوق الله والكفارة والحرمان من الميراث .

فالحد هو عقوبة مقررة حددها الشارع . والحدود خمسة : قطع اليد في السرقة ، والرجم أو الجلد مائة في الزنا ، والجلد ثمانين في الشرب (من شراب معين ولو لم يسكر) ، والجلد ثمانين في السكر (من أي شراب بشرط أن يسكر) ، والجلد ثمانين في القذف . يضاف إلى هذه الحدود حد قاطع الطريق ، وهو قطع

(١) التلويح والتوضيح ص ٧٠٥ .

(٢) والقانون العام في الفقه الإسلامي أقل تطوراً من القانون الخاص ، فهو لا يزال في مراحله الأولى لم يقطع شوطاً كافياً في ميدان التقدم . ويبدو أن السبب في وقوف القانون العام عن التطور يرجع إلى قيام حكومات مستبدة متعاقبة في الإسلام ، كانت مهتمتها لإخضاع أي حركة فقهية تقيم أصول الحكم على أسس من الحرية السياسية والحقوق العامة الديمقراطية . أما القانون الخاص في الفقه الإسلامي ، فقد تقدم تقدماً كبيراً ، لأن الحكومة المستبدة لم يكن يضيرها تقدمه .

(٣) التلويح والتوضيح ص ٧١٣ .

يده ورجله من خلاف إن أخذ المال ولم يقتل ، والقتل إن قتل ولم يأخذ المال ، والقتل والصلب بعد قطع اليد والرجل أو دون قطع إن أخذ المال وقتل ، والنفي إن أخاف دون أن يأخذ مالا أو يقتل نفساً .

والتعزير في حقوق الله يكون في جنابة في حق الله ليس لها حد مقرر في الشرع . ويجب إما بجنابة ليس في جنسها ما يوجب الحد ، وإما بجنابة في جنسها الحد لكنه لم يجب لفقد شرطه . ويقع بالحبس أو الضرب أو الكهر والاستخفاف بالكلام . ونرى من ذلك أن الجنابات في حق الله ، في غير الحدود المقررة ، متروكة تقديرها للقاضي من حيث تحديد الفعل ومن حيث تقدير العقوبة^(١) .

والكفارة عقوبة دائرة بين الخالصة والقاصرة ، وتجب في القتل الخطأ . والحرمان من الميراث عقوبة قاصرة . ويمكن مع القوانين الحديثة القول بأن الحرمان من الميراث عقوبة تبعية توقع ، إلى جانب العقوبة الأصلية ، على القاتل إن كان يرث من المقتول .

والعقوبة العامة ، أياً كانت ، تتميز بالخصائص الآتية :

(١) لا يجوز فيها العفو أو الإبراء أو الصلح .

(٢) ويفوض استيفائها للإمام .

(٣) ويجزى فيها التداخل ، أى لا يقام على الجاني إلا حد واحد ولو تكررت الجنابة .

(٤) وتنصف بالرق ، فالعبد يقام عليه نصف الحد الذي يقام على الحر ، ويجلد أربعين جلدة لا ثمانين في الزنا والشرب والسكر والقذف .

(٥) ولا يجري فيها الإرث ، فلا تنتقل إلى ورثة الجاني يعاقبون مكانه بعد موته ، ولا إلى ورثة المجنى عليه يطالبون باستيفائها بعد موت مورثهم ، إذ أن استيفاءها مفوض للإمام لا للمجنى عليه ولا لورثته كما سبق القول . وغنى عن

(١) وهذا يدل على أن القانون الجنائي في الفقه الإسلامي لم يتقدم في أصوله وأحكامه تقدم القانون المدني . بل بقى باب التعزير واسعاً يدخل منه التشريع والقضاء والفقه لتقرير المبادئ الحديثة في القانون الجنائي ، فإن الفقه الإسلامي في الحالة التي هو عليها لم يعرض لهذه المبادئ بإثبات أو نفي ، فهو لا يقرها ولا يعارضها .

البيان أن هذه الخصائص هي خصائص العقوبة الجنائية في الفقه الجنائي الحديث فالعقوبات العامة التي تقدم ذكرها هي إذن العقوبات الجنائية في الفقه الإسلامي .

جزاء حق العبد :

وجزاء حق العبد إما عقوبة خاصة أو ضمان أو جزاء يدور بين العقوبة والضمان .

العقوبة الخاصة :

والعقوبة الخاصة هي :

أولاً : التعزير في حقوق العبد . وهو كالتعزير في حقوق الله من حيث وجوبه في جنابة ليس لها حد مقرر في الشرع ، ومن حيث قدره من ضرب وجس وكهر مع استخفاف بالكلام . ولكن الجنابة التي يعزر فيها هنا تكون جنابة من حقوق العبد ، ولذلك كان التعزير عليها عقوبة خاصة .

ثانياً : القصاص . ويجب فيما تمكن فيه المماثلة بين المحلين ، وقد جاء في القرآن الكريم : « وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس » والعين بالعين والأنف بالأنف والأذن بالأذن والسن بالسن والجروح قصاص » . فهو يجب إذن :

(١) في القتل العمد ، والقصاص هنا إما من حق الميت والورثة خصوم في استيفاء حقه كما في المال ، وإما حق الورثة ابتداء وإلى ذلك ذهب أبو حنيفة . ويسقط القصاص بالعمو من المقتول قبل موته أو من أحد أولياء الدم أو بالصلح على الدية .

(٢) في الجنابة عمداً على ما دون النفس إذا أمكنت المماثلة بين المحلين في المنافع والفعلين . فمن قطع إصبع آخر متعمداً قطع إصبعه ، ومن قلع عيناً لآثر عن عمد قلعت عينه ، وهكذا .

والعقوبة الخاصة ، على عكس العقوبة العامة ، تتميز بالخصائص الآتية :

(١) يجوز فيها العفو والإبراء والصالح .

(٢) ويفوض استيفاؤها إلى المجني عليه أو وليه .

(٣) ولا يجري فيها التلاخل فتكرر العقوبة بتكرر الجناية .

(٤) ولا تنصف بالرق ، فعقوبة العبد مثل عقوبة الحر .

(٥) ويجرى فيها الإرث من جهة المجنى عليه ، ولكن لا يجري الإرث من

جهة الجاني .

ويلاحظ هنا أن عقوبة القتل العمد ، وهى القصاص ، تعتبر عقوبة خاصة فيجوز فيها العفو والإبراء والصلح ، بينما ترقى عقوبة القذف إلى مستوى العقوبات العامة فلا يجوز فيها شيء من ذلك . وهذا يدل مرة أخرى على وقوف القانون الجنائي في الفقه الإسلامي عن التطور . ويلاحظ أيضاً أن القانون الجنائي في الفقه الإسلامي لم ينفصل انفصلاً تاماً عن القانون المدني كما تم ذلك في الفقه الغربي . فالجرائم التي تعتبر اليوم في الفقه الغربي جرائم جنائية يعاقب عليها في الفقه الإسلامي تارة بعقوبات عامة أى بعقوبات جنائية كالحودود والتعزير في حقوق الله ، وتارة بعقوبات خاصة وهى التعزير في حقوق العبد والقصاص ، وتارة يجمع بين معنى العقوبة ومعنى الضمان كالدية ، وقد فصل الفقه الحديث بين المعنيين ويلاحظ أخيراً أن الجزاء في الفقه الإسلامي يتدرج من العقوبة العامة ، إلى العقوبة الخاصة ، إلى جزاء يدور بين العقوبة والضمان ، إلى ضمان محض . وفي هذا تدرج ملحوظ من العقوبة الجنائية إلى التعويض المدني .

الجزاء الذى يدور بين العقوبة والضمان :

هذا الجزاء هو :

أولاً : الدية - وهى مائة من الإبل أو ألف دينار أو عشرة آلاف من الدراهم

وتجب فى :

(١) القتل غير العمد^(١) . فإذا وجبت بنفس القتل الخطأ أو شبه العمد

(١) والقتل في الفقه الإسلامي أربعة أنواع : قتل هو عمد محض ليس فيه شبهة العمد ، وقتل هو شبهة العمد وهو المسمى بشبه العمد ، وقتل هو خطأ محض ليس فيه شبهة العمد ، وقتل هو في معنى القتل الخطأ ، أما الذى هو عمد محض فهو أن يقصد القاتل بحديد له حد أو طعن كالسيف والسكين والرمح والأشعار والإبرة وما أشبه ذلك ، أما ما يعمل عمل هذه الأشياء في الجرح والطعن كالنار والزجاج وليطة القصب والمروة والرمح الذى لا أسنان له ونحو ذلك . وكذلك الآلة المتخذة من النحاس ، وكذلك القتل بحديد لا حد له كالعمود ومنجعة الميزان وظاهر الفأس والمرو ونحو ذلك عمد في ظاهر الرواية . . . وأما شبه =

تتحملها العاقلة — وعاقلة الشخص قبيلته وهو منها — وإذا وجبت بغير ذلك وجبت في مال القاتل فلا تعقل العاقلة الصلح ولا الإقرار ولا العمد .

(٢) إبلخاية على ما دون النفس من غير عمد على عضو تمكن فيه المماثلة ، ويتبين من ذلك أن إبلخاية على النفس أو على ما دونها في عضو تمكن فيه المماثلة ، إذا كانت عمداً تستوجب القصاص ، وإذا كانت غير عمد تستوجب الدية .

ثانياً : الأرض — وهي جزء من الدية . فإذا تعدد العضو الذي تمكن فيه المماثلة وأصيب بعض منه ، فالدية تجب بنسبة ما أصيب ، وتسمى في هذه الحالة أرشاً . ومن ثم يجب نصف الدية في اليد الواحدة ، وربعها في أحد أشفار العين الأربعة ، والعشر في الأصبع ، ونصف العشر في السن .

ثالثاً : حكومة العدل — وتكون في إبلخاية على ما لا تمكن فيه المماثلة ، عمداً كان ذلك أو غير عمد . ويترك تقدير الجزاء للقاضي ، وهذا هو معنى حكومة

العمد فتلاوة أنواع بعضها متفق على كونه شبه عمد وبعضها مختلف فيه . أما المتفق عليه فهو أن يقصد القتل بمصا صغيرة أو بحجر صغير أو لطة ونحو ذلك مما لا يكون الغالب فيه الهلاك كالسوط ونحوه إذا ضرب ضربة أو ضربتين ولم يوال في الضربات . وأما المختلف فيه ، فهو أن يضرب بالسوط الصغير ويوال في الضربات إلى أن يموت ، وهذا شبه عمد بلا خلاف بين أصحابنا رحمه الله تعالى ، وعند الشافعي رحمه الله هو عمد . وإن قصد قتله بما يغلب فيه الهلاك مما ليس بمجرح ولا طاعن كمنقة القصارين والحجر الكبير والمصا الكبيرة ونحوها ، فهو شبه عمد عند أبي حنيفة رضي الله عنه وعندهما ، وعند الشافعي هو عمد . ولا يكون فيما دون النفس شبه عمد ، فما كان شبه السم في النفس فهو عمد فيما دون النفس لأن ما دون النفس لا يقصد إتلافه بآلة دون آلة عادة ، فاستوت الآلات كلها في الدلالة على القصد ، فكان الفعل عمداً محضاً وأما القتل الخطأ ، فالخطأ قد يكون في نفس الفعل ، وقد يكون في ظن الفاعل . أما الأول فنحو أن يقصد صيداً فيصيب آدمياً ، وأن يقصد رجلاً فيصيب غيره ، فإن قصد عضواً من رجل فأصاب عضواً آخر منه فهذا عمد وليس بخطأ . وأما الثاني فنحو أن يرى إلى إنسان على ظن أنه حربي أو مرتد فإذا هو مسلم وأما القتل الذي هو في معنى الخطأ فنوعان : نوع هو في معناه من كل وجه وهو أن يكون على طريق المباشرة ، ونوع هو في معناه من وجه وهو أن يكون من طريق التسبب . أما الأول فنحو الزنا ثم ينقلب على إنسان فيقتله ، فهذا القتل في معنى القتل الخطأ من كل وجه لوجوده لا عن قصد لأنه مات بشقه ، فترتب عليه أحكامه من وجوب الكفارة والدية وحرمان الميراث والوصية ، لأنه إذا كان في معناه من كل وجه كان ورود الشرع بهذه الأحكام هناك وروداً ههنا دلالة ، وكذلك لو سقط إنسان من سطح على قاعد فقتله وأما الثاني فنحو جناية الحافر ومن في معناه من يحدث شيئاً في الطريق أو المسجد ، وجناية السائق والقائد ، وجناية الناحس ، وجناية الحائط . . . (البدائع جزء ٧ ص ٢٢٣ - ص ٢٣٤ ص ٢٧١ وص ٢٧٤) .

العدل . ويخلص من ذلك أن حكومة العدل في المسؤولية التقصيرية تعدل التعزير في المسؤولية الجنائية سواء كان التعزير في حقوق الله أو في حقوق العبد ، وذلك من حيث السلطة التقديرية المؤكدة للقاضي . ويخلص من ذلك أيضاً أن حكومة العدل ، وهي أكثر مرونة من القصاص والدية والأرش ، تكاد تضع مبدأ عاماً في الفقه الإسلامي يقضي بأن العمل غير المشروع الذي يصيب الجسم فيما لا يمكن فيه المماثلة - ويدخل في هذا أكثر الجراح والشجاج وأكثر ضروب الأذى - عمداً أو غير عمد ، يوجب التعويض بمقدار متروك تقديره للقاضي . وهذا المبدأ الجوهري المتعلق بالعمل غير المشروع الذي يصيب الجسم يكمل مبدأ جوهرياً آخر متعلقاً بالعمل غير المشروع الذي يصيب المال ، وهو الضمان وبخاصة في الإلتلاف والغصب . ومجموع هذين المبدأين الجوهريين يمثل المسؤولية التقصيرية في الفقه الإسلامي ، فتخلص لنا قاعدة تكاد تكون عامة ، هي أن أكثر الأعمال غير المشروعة التي تصيب الجسم أو المال تستوجب التعويض ، فهي إذن مصدر للالتزام .

الضمان :

وهذا هو التعويض المدني المحض . والضمان نوعان : ضمان العقد وهذه هي المسؤولية العقدية ، وضمان الفعل وهذه هي المسؤولية التقصيرية في خصوص المال ، وهي التي تعيننا هنا فنقف عندها . والضمان على هذا النحو ، أي ضمان الفعل ، لا يكون إلا في الجرائم التي تقع على المال . ولا توجد قاعدة عامة في الفقه الإسلامي تقضي بأن كل عمل غير مشروع يلحق ضرراً بالمال يوجب التعويض فيكون مصدر الالتزام . ولكن الفقهاء نصوا على الأحوال التي يجب فيها الضمان . ونذكر منها خمساً ، أهمها الحالتان الأخيرتان :

أولاً : بعض الجنايات التي تستوجب الحد أو تستوجب عقوبة عامة ، كالسرقة وقطع الطريق . والسرقة حكمان ، أحدهما يتعلق بالنفس وهو القطع ، والآخر يتعلق بالمال وهو الضمان . والشافعي يجمع بين الجزاءين ، وهذا يتفق مع الفقه الحديث يجمع بين الدعوى العمومية والدعوى المدنية . أما الحنفية فلا تجمع

بين القطع والضمان لأن المضمونات عندهم تملك عند أداء الضمان أو اختياره من وقت الأخذ ، فلو ضمننا السارق قيمة المسروق أو مثله لملك المسروق من وقت الأخذ ، فتبين أنه قطع في ملك نفسه وهذا لا يجوز . والضمان يكون إذا هلك الشيء المسروق فيلزم السارق مثله أو قيمته ، إذا بقي قائماً فيجب رده إلى صاحبه .

ولقطع الطريق كما للسرقة حكمان ، أحدهما يتعلق بالنفس وهو وجوب الحد ، والآخر يتعلق بالمال وهو وجوب الرد إن كان المال قائماً بعينه ، ولصاحبه أن يأخذه أينما وجدته ، في يد المحارب أو في يد من ملكه المحارب ببيع أو هبة أو غير ذلك ، وإن لم يكن المال قائماً ضمنه قاطع الطريق مثله أو قيمته .

ثانياً : الإكراه وهو حمل الغير ما يرضاه ولا يختار مباشرة . وهو إما ملجئ لعدم الرضا ويفسد الاختيار ، أو غير ملجئ لعدم الرضا ولا يفسد الاختيار . وأثر الإكراه في التصرفات القانونية أنه يفسدها ، ملجئاً كان أو غير ملجئ . أما التصرفات الفعلية ، أي الأعمال المادية ، فلا يفسدها إلا الإكراه الملجئ . وإذا أكره شخص آخر على الإتيان بعمل مادي ضار ، فحكمه أن يضاف الحكم إلى الحامل ابتداء لا نقلاً من الفاعل إليه . فلو أكرهه على رمي صيد ، فأصاب إنساناً ، فالدية على عاقلة الحامل والكفارة عليه . كذلك لو أكرهه على إتلاف المال ، اعتبر الحامل متلفاً بتسبب ، ووجب الضمان لوجود ركن التعدي^(١) .

ثالثاً : التغرير ويفسد العقد إذا تسبب عنه غبن فاحش . أما فيما بين المغرر والمغرر به فإن « الغرور لا يوجب الرجوع » ، فلو قال اسلك هذا الطريق فإنه آمن فسلكه فأخذه اللصوص ، أو كل هذا الطعام فإنه ليس بمسموم فأكله فمات ، لا ضمان إلا في ثلاث مسائل : الأولى : إذا كان الغرور بالشرط ، كما لو زوجه امرأة على أنها حرة ثم استنحت ، فإنه يرجع على المخبر بما غرمه للمستحق من قيمة الولد . الثانية : أن يكون في ضمن عقد معاوضة ، فيرجع المشتري على البائع بقيمة الولد إذا استنحت بعد الاستيلاد ، ويرجع بقيمة البناء لو بنى المشتري

ثم استحدثت الدار بعد أن يسلم البناء له . الثالثة : أن يكون في عقد يرجع نفعه إلى الدافع كالوديعة والإجارة ، حتى لو هلكت الوديعة أو العين المستأجرة ثم استحدثت وضمن المودع والمستأجر فإنهما يرجعان على الدافع بما ضمناه ، وكذا من كان بمعناهما ، وفي العارية والهبة لا رجوع لأن القبض كان لنفسه ^(١) .

رابعاً : الغصب وهو أخذ مال متقوم محترم بلا إذن من له الإذن على وجه يزيل يده بفعل في العين . فهذه قيود ستة :

(١) مال . (٢) متقوم . (٣) محترم . (٤) بلا إذن من له الإذن . (٥) على وجه يزيل يده . (٦) بفعل في العين .

خرج بالقييد الأول الحر والميتة لأنهما ليسا بمال . وخرج بالقييد الثاني حر المسلم لأنه مال غير متقوم ، وخرج بالقييد الثالث مال الحربى لأنه مال متقوم غير محترم . واحترز بالقييد الرابع عن الوديعة وغيرها مما يكون سبباً شرعياً في تسليم المال للغير لأن المال المتقوم المحترم أخذ بإذن صاحبه . أما القيدان الخامس والسادس فلا بد منهما على أصل الشيخين دون محمد . ففي القيد الخامس اعتبر الشيخان في الغصب إزالة اليد المحقة بإثبات اليد المبطلّة ، واكتفى محمد بإثبات اليد المبطلّة . ويتفرع على ذلك أن زوائد المغصوب غير مضمونة عند الشيخين ، لأن إثبات اليد المبطلّة غير مصحوبة بإزالة اليد المحقة ^(٢) . وفي القيد السادس أضاف الشيخان أن تكون إزالة اليد المحقة وإثبات اليد المبطلّة بفعل في العين . ويترتب على ذلك أن العقار لا يغصب عندهما لأن إزالة اليد المحقة وإثبات اليد المبطلّة لم يكن بفعل وقع على العين بل على الشخص ، حتى لو منع رجلاً من دخول داره ، أو لم يمكنه من أخذ ماله ، لا يكون غاصباً بذلك ، وكذلك لو منع المالك عن المواشى حتى ضاعت لا يضمن ، ولو نقلها من موضعها غاصباً . ولو جلس على البساط لا يكون غاصباً . فإن الجلوس عليه ليس بتصرف فيه ^(٣) .

(١) مجمع الضمانات ص ٤٥٤ .

(٢) كذلك اللقطة إذا أخذها شخص وقصد تملكها لا يصير غاصباً عند الشيخين ، لأنه إذا كان قد أثبت اليد المبطلّة فإنه لم يزل اليد المحقة .

(٣) هذا هو الغصب . وقد ياتسب بالسرقة ، فيجب التمييز بينهما في وضوح لأن السرقة فيها القطع =

ويجب على الغاصب رد المغصوب ، لو كان قائماً ، في مكان غصبه لتفاوت القيم بتفاوت الأمكنة ، وأجرة الرد على الغاصب . وإن هلك ، وأو بقوة قاهرة ، فعلى الغاصب رد مثله أو قيمته يوم غصبه . ولو غصب المغصوب من الغاصب ، فالمالك بالخيار إن شاء ضمن الغاصب وإن شاء ضمن غاصب الغاصب ، فإن ضمن الأول يرجع بما ضمن على الثاني ، وإن ضمن الثاني لا يرجع على الأول ، ولو اختار المالك تضمين أحد الغاصبين ليس له أن يطالب الآخر . ولو باع الغاصب المغصوب ، فالمالك مخير في تضمين من شاء ، فإذا ضمن المشتري رجع بما ضمن على البائع .

ولا حد في النصب ، وتتميز السرقة عن النصب بأنها أخذ من الحرز على سبيل الاستخفاء . ووضع لها صاحب البدائع حدوداً دقيقة فقال :

« أما ركن السرقة فهو الأخذ على سبيل الاستخفاء . . . ثم الأخذ على وجه الاستخفاء نوعان : مباشرة وتسبب . »

« أما المباشرة فهور أن يتولى السارق أخذ المتاع وإخراجه من الحرز بنفسه حتى لو دخل الحرز وأخذ متاعاً فحمله أو لم يحمله ، حتى ظهر عليه وهو في الحرز قبل أن يخرج به ، فلا قطع عليه ، لأن الأخذ إثبات اليد ولا يتم ذلك إلا بالإخراج من الحرز ولم يوجد . وإن رى به خارج الحرز ثم ظهر عليه قبل أن يخرج هو من الحرز ، فلا قطع عليه ، لأن يده ليست بثابتة عليه عند الخروج من الحرز ، فإن لم يظهر عليه حتى خرج وأخذ ما كان رى به خارج الحرز ، يقطع . . . ولو رى به إلى صاحب له خارج الحرز فأخذه المرمى له ، فلا قطع على واحد منهما ، أما الخارج فلأنه لم يوجد منه الأخذ من الحرز ، وأما الداخل فلأنه لم يوجد منه الإخراج من الحرز لثبوت يده الخارج عليه . . . السارق إذا نقب منزلاً وأدخل يده وأخرج المتاع ولم يدخل فيه هل يقطع ؟ ذكر في الأصل وفي الجامع الصغير أنه لا يقطع ولم يحك خلافاً . وقال أبو يوسف في الإملاء أقطع ولا أبال دخل الحرز أو لم يدخل . وعلى هذا الخلاف إذا نقب وجمع المتاع عند النقب ثم خرج وأدخل يده فرفع . وجه أقوله إن الركن في السرقة هو الأخذ من الحرز ، فأما الدخول في الحرز فليس بركن ، ألا ترى أنه لو أدخل يده في الصندوق أو الخزانة وأخرج المتاع يقطع وإن لم يوجد الدخول . ولهما ما روى عن سيدنا حل رضى الله عنه أنه قال : وإذا كان القص ظريفاً لم يقطع ، وقيل كيف يكون ظريفاً ، قال يدخل يده إلى الدار ويمكنه دخولها . ولم ينقل أنه أنكر عليه منكر ، فيكون إجماعاً . ولأن الحرز على سبيل الكمال شرط لأن به تتكامل الحناية ، ولا يتكامل الهتك فيما يتصور فيه الدخول إلا بالدخول ولم يوجد بخلاف الأخذ من الصندوق والخزانة لأن هتكهما بالدخول متذر . فكان الأخذ بإدخال اليد فيهما هتكاً متكاملاً ، فيقطع . ولو أخرج السارق المتاع من بعض بيوت الدار إلى الساحة لا يقطع ما لم يخرج من الدار ، لأن الدار مع اختلاف بيوتها حرز واحد . فلم يكن الإخراج إلى صحن الدار إخراجاً من الحرز ، بل هو نقل عن بعض الحرز إلى البعض بمنزلة النقل من زاوية إلى زاوية أخرى ولو نقب بيت رجل ودخل عليه مكابر ليل حتى سرقته متاعه يقطع ، لأنه إن لم يوجد الأخذ على سبيل الاستخفاء من المالك فقد وجد من الناس لأن النوث لا يلحق بالليل لكونه وقت نوم وغفلة : »

خامساً : الإلتلاف ويكون مباشرة أو تسبياً . فالإلتلاف مباشرة هو إلتلاف الشيء بالذات من غير أن يتخلل بين فعل المباشر والتلف فعل آخر . والإلتلاف تسبياً يكون بعمل يقع على شيء فيفضي إلى تلف شيء آخر . فن قطع جبل قنديل معلق ، فسقط القنديل على الأرض وانكسر ، يكون قد ألتف الجبل مباشرة وكسر القنديل تسبياً .

والقاعدة أن المباشر ضامن وإن لم يتعد ، والمتسبب لا يضمن إلا إذا كان متعمداً أو متعدياً . فإذا انقلب النائم على متاع وكسره وجب الضمان . ولو أن طفلاً يوم ولد انقلب على مال إنسان فألتفه ضمن ما ألتف . وكذا المجنون الذي لا يفيق إذا مزق ثوب إنسان يلزمه الضمان . ولو أن دابة يركبها إنسان داست شيئاً وألتفته عد الراكب أنه ألتف الشيء مباشرة وضمن . كل هؤلاء باثروا الإلتلاف فيضمنون ولو دون تعمد أو تعد^(١) . ولو حفر بئراً في ملكه فوقع فيها إنسان لم يضمنه ، لأنه متسبب لا مباشر ولم يتعد . ولو حفر البئر في غير ملكه ضمن ، لأنه متعد . ولو سعى إلى سلطان ظالم حتى غرم رجلاً ، فلو بحق لا يضمن ، لأنه لم يتعد ،

مركزية كليات العلوم الإسلامية

فتحققت السرقة وانه تعالى أعلم .

وأما التسبب فهو أن يدخل جماعة من المصوص منزل رجل ويأخذوا متاعاً ويحملوه على ظهر واحد ويخرجوه من المنزل . فالقياس ألا يقطع إلا الحامل خاصة وهو في قول زفر . وفي الاستحسان يقطعون جميعاً . وجه القياس أن ركن السرقة لا يتم إلا بالإخراج من الحرز ، وذلك وجد منه مباشرة ، فأما غيره فمبين له ، والحد يجب على المباشر لا على المعين كحد الزنا والشرب . وجه الاستحسان أن الإخراج حصل من الكل معنى ، لأن الحامل لا يقدر على الإخراج إلا بإعانة الباقي وترصدهم للدفع ، فكان الإخراج من الكل من حيث المعنى ، ولهذا الحق المعين بالمباشر في قطع الطريق وفي الفضيحة ، كذا هذا . ولأن الحامل حامل لهم ، فكانهم حملوا المتاع على حمار وساقوه حتى أخرجوه من الحرز . ولأن السارق لا يسرق وحده عامة بل مع أصحابه ، ومن عادة السراق أنهم كلهم لا يشتغلون بالجمع والإخراج بل يرصد البعض ، فلو جعل ذلك مانعاً من وجوب القطع لانسد باب القطع وانفتح باب السرقة ، وهذا لا يجوز ، ولهذا ألحقت الإعانة بالمباشرة في باب قطع الطريق كذا هذا ، وانه تعالى أعلم .

(البدائع جزء ٧ ص ٦٥ - ص ٦٦) .

(١) قارن الجرائم المنصوص عليها في قانون « اكلية Aquilia الروماني (جيران طبعة سادسة ص ٤٢٣) ولا يصح القول بأن هذا مبدأ يفضلح أساساً في الفقه الإسلامي لمسئولية غير المميز والمسئولية القائمة على تحمل التبعة ، لأن المسئولية هنا قائمة على فكرة مباشرة الإلتلاف دون واسطة . فلو كان الإلتلاف تسبياً لما ضمن الطفل ولا المجنون لانتفاء التعليل .

والسعاية الموجبة للضمان أن يتكلم بكذب أو لا يكون قصده إقامة الحسبة^(١) . وإذا أمر إنساناً بأخذ مال الغير فالضمان على الآخذ لأن الأمر لم يصح ، وفي كل موضع لا يصح الأمر لا يجب الضمان على الأمر^(٢) وإذا توافرت شروط الإلتلاف المتقدمة الذكر ووجب الضمان ، دفع المثل إلى صاحب المال المثل أو القيمة وقت الإلتلاف .

(د) الإثراء بلا سبب

مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الروماني والقانون الإنجليزي :

يعترف القانون الروماني في كثير من التوسع بمبدأ الإثراء بلا سبب ، ويقول جبرار^(٣) إن اعتراف القانون الروماني بمبدأ الإثراء بلا سبب قديم يرجع إلى المراحل الأولى من تطوره ، بل لعله أقدم من اعترافه بالعمل غير المشروع وبالعقد . وعلى العكس من ذلك القانون الإنجليزي ، فإنه لا يعترف بالإثراء بلا سبب مصدراً للالتزام إلا في حدود ضيقة ، وأوسع ما يعترف به في ذلك هو الالتزام الناشئ عن دفع غير المستحق ، بشرط أن يكون المال الذي يراد استرداده مبلغاً من النقود وأن يكون الغلط الذي وقع فيه الدافع غلطاً في الواقع لا في القانون^(٤) . أما مبدأ الإثراء بلا سبب ذاته فلا يعترف به القانون الإنجليزي إلا في تطبيقات خاصة^(٥) . وكذلك الفصولي ليس له الحق في استرداد ما أنفق من المصروفات إلا في

(١) مجمع الفسائات ص ١٥٤ .

(٢) مجمع الفسائات ص ١٥٨ .

(٣) ص ٦٢٥ - ص ٦٢٦ .

(٤) وقاعدة دفع غير المستحق بالقيدين المتقدمين اعترف بها القانون الإنجليزي تحت تأثير

القانون الروماني بعد تطور طويل (انظر دورد Woodward في قانون شبه العقد ، بوستن سنة ١٩١٣ ص ٢ - ص ٤) .

(٥) نذكر منها تطبيقين :

١ - إذا دفعت شركة تأمين مبلغ الحسارة المؤمن عليها فلها أن ترجع على المؤمن له بالتعويض

الذي أخذه من الغير عن هذه الحسارة .

حالات محدودة^(١) .

والفقه الإسلامى فى ذلك يبعد عن القانون الرومانى - كما بعد فى التمييز بين الحق الشخصى والحق العيى - ويقترب من القانون الإنجليزى . فهو يعترف بالالتزام عن دفع غير المستحق فى حدود واسعة ، ولا يعترف بمبدأ الإثراء بلا سبب ذاته إلا فى حدود ضيقة ، أما الفضولى فإنه يعتبر متبرعاً لا يرجع بما أنفق . ونستعرض هذه الحالات الثلاث فى الفقه الإسلامى : دفع غير المستحق ، والإثراء بلا سبب ، والفضالة .

دفع غير المستحق :

الظاهر من نصوص الفقه الإسلامى أنها تجعل دفع غير المستحق مصدراً للالتزام فى أوسع الحدود . فلو أن شخصاً ظن أن عليه ديناً فبان خلافه ، رجع بما أدى^(٢) . ومن دفع شيئاً ليس واجباً عليه ، فله استرداده ، إلا إذا دفعه على وجه الهبة^(٣) . وتطبيقاً لهذا المبدأ نصت المادة ٢٣٧ من التقنين المدنى العراقى على ما يأتى : « إذا أمر أحد غيره بقضاء دينه ، ثم إن الآمر قضى الدين بنفسه إلى دائته والمأمور دفعه إليه أيضاً ، فللمأمور أن يرجع بما دفعه على الآمر إن كان قد سبقه فى قضاء الدين . وإن كان الأمر هو الذى قضى الدين أولاً ، فللمأمور أن يرجع على القابض أو على الآمر »^(٤) .

بل إن الفقه الإسلامى يتسع لصور أخرى من دفع غير المستحق . فن دفع

== ب - إذا استوز أحد الشركاء فى الشيوع على أكثر من نصيبه فى غلة العين المشاعة ، التزم برد هذه الزيادة .

(١) منها حالة إنقاذ سفينة من الفرق وحالة الدائن المرتهن فيما يتحمله من النفقة لحفظ العين المرهونة .

(٢) الأشباه والنظائر جزء أول ص ١٩٤ .

(٣) شرح الأشباه والنظائر (غزيرىون البصائر) جزء أول ص ١٩٤ .

(٤) قارن مرشد الحيران م ٢٠٢ : « إذا أمر أحد غيره بقضاء دينه ، ثم إن الآمر قضى الدين بنفسه إلى دائته ، والمأمور قد دفعه إليه أيضاً فللمأمور أن يرجع بما دفعه على القابض لا على الآمر . فإن أقام المأمور البيئة على أنه أدى الدين بعد الأمر قبل أداء الآمر ، فله الرجوع بما له إن شاء على القابض وإن شاء على الآمر » .

رشوة له أن يستردها لأن العقد الذي دفع به الرشوة باطل ، وقد جاء في مجمع الضمانات^(١) في هذا الصدد : « قاض أو غيره دفع إليه سحت لإصلاح المهم ، فأصلح ثم ندم ، يرد ما دفع إليه . أبرأه من الدين ليصلح مهمة عند السلطان ، لا يبرأ وهو رشوة . المتعاشقان يدفع كل واحد منهما لصاحبه أشياء ، فهي رشوة لا يثبت المالك فيها ، وللدافع استردادها لأن الرشوة لا تملك » . ومن عجل الوفاء بالدين قبل حلول أجله استرد ما يقابل الأجل . وقد جاء في مجمع الضمانات أن « المراجعة التي لم تستحق ودفعت تسرد ، كما إذا قضى المدينون الدين المؤجل قبل حلول الأجل ، أو مات فأخذ من تركته ، فجواب المتأخرين أنه لا يؤخذ من المراجعة التي جرت المبايعة بينهما إلا بقدر ما مضى من الأيام . . . ولو أخذ المقرض المراجعة قبل مضى الأجل ، فللمدين أن يرجع منها بحصته ما بقي من الأيام »^(٢) .

الإثراء بلا سبب :

تقدم القول إن الفقه الإسلامي لا يعترف بوجه عام بالإثراء بلا سبب مصدراً للالتزام . فلو عمر أحد الشريكين الملك المشترك بلا إذن شريكه ، يكون متبرعاً لا رجوع له عليه بما صرفه على العمارة^(٣) . ولو أن زرعاً كان بين اثنين ، فغاب أحدهما وأنفق الآخر ، يكون متبرعاً^(٤) .

على أنه يستثنى مما تقدم أن يكون المفتقر مضطراً إلى الإنفاق ، إذ المضطر ليس بمتبرع . فلو بنى صاحب العلو السفلى بدون إذن صاحبه أو إذن الحاكم لا يكون متبرعاً ، ويرجع بقيمة البناء على صاحب السفلى ، لأنه مضطر إلى البناء إذ لو رفع الأمر إلى الحاكم فالحاكم لا يجبر صاحب السفلى على بناء سفله لعدم تعديه . وهذا بخلاف الزرع الذي غاب أحد صاحبيه فأنفق الآخر ، والفرق أن هذا غير مضطر لأن شريكه لو كان حاضراً يجبره القاضي على الإنفاق ،

(١) ص ٤٥٨ .

(٢) مجمع الضمانات ص ٤٥٩ .

(٣) مرشد الحيران م ٧٦٥ .

(٤) شرح المجلة لسليم باز ص ٧٠٥ عن جامع الفصولين .

لو غائباً يأمر القاضي الحاضر به ليرجع على الآخر ، فلما زال الاضطراب كان متبرعاً^(١) . ولو هدماً حائطاً بينهما ، فإني أحدهما لإعادته يجبر ولو انهدم لا يجبر ولكن يبنى الآخر ويمنعه حتى يأخذ نصف ما أنفق لو أنفق بأمر القاضي ونصف قيمة البناء لو أنفق بلا أمر القاضي^(٢) . وجاء في رد المحتار^(٣) : « والذي تحصل في هذا المحل أن الشريك إذا لم يضطر إلى العمارة مع شريكه بأن أمكنه القسمة ، فأنفق بلا إذنه ، فهو متبرع . وإن اضطر وكان الشريك يجبر على العمل معه ، فلا بد من إذنه أو أمر القاضي فيرجع بما أنفق ، وإلا فهو متبرع . وإن اضطر وكان شريكه لا يجبر . فإن أنفق بإذنه أو بأمر القاضي رجع بما أنفق ، وإلا فبقية البناء » . ونطبقاً لهذا المبدأ ، وإلى جانب الحالة المتقدمة ، يكون الإثراء بلا سبب مصدراً للالتزام في الأحوال الآتية :

- (١) حالة من يضطر للقيام بخدمة للغير درءاً لمضرة عن نفسه ، كما لو قصى الولد دين أبيه وافتك ماله المرهون في هذا الدين ، لم يكن متبرعاً ويرجع بجميع ما قضى على أبيه لأنه مضطر إلى قضاء الدين ، إذ لا يمكنه الوصول إلى ملكه إلا بقضاء الدين كله ، وكما لو استعار من إنسان عبده ليرهنه بدين نفسه فرهن ، ثم إن المعير قضى دين المستعير وافتك الرهن ، إنه يرجع بجميع ما قضى على المستعير^(٤) .
- (٢) إذا اختلط ملكان قضاء وقدرأ ، فمالك الأكثر يملك الاثنين معاً ، ومالك الأقل يرجع بقيمته على مالك الأكثر ، إلا إذا اتفقا على غير ذلك . وإن كانت قيمة الشئين سواء ، يباع عليهما ، ويقتسمان الثمن^(٥) .
- (٣) إذا تعامل شخص مع ناقص الأهلية فالعقد باطل ، ولكن له الرجوع على ناقص الأهلية بمقدار ما أثرى^(٦) .

(١) مجمع الضمانات ص ٢٨٨ .

(٢) مجمع الضمانات ص ٢٨٨ .

(٣) شرح المجلة لسليم باز ص ٧٠٥ .

(٤) البدائع جزء ٦ ص ١٣٦ .

(٥) مجمع الضمانات ص ٤٤٥ - ص ٤٤٦ .

(٦) مجمع الضمانات ص ٤٤٨ . مرشد الحيران م ٢١٨ . ويلاحظ أن الزيادة المتصلة بالمنصوب

وجعل الآبق يرجع بهما دون أن يتحقق الاضطراب في هاتين الحالتين .

الفضالة :

والفضولي متبرع كما قدمنا ، إذ هو لم يكن مضطراً إلى العمل الذي قام به ، فلا يرجع بشيء على رب العمل . فلو كان للمدين الغائب مال في يد أجنبي ، فأنفق الأجنبي على أبوي الغائب بغير إذن القاضي ضمن ، وإذا ضمن لا يرجع على القابض^(١) . والمديون إذا أنفق على ولد رب الدين أو امرأته بغير أمره لا يبرأ من الدين ، ولا يرجع بما أنفق على من أنفق عليه^(٢) . ولو قضى دين غيره بغير أمره جاز ، فلو انتقض ذلك بوجه من الوجوه يعود إلى ملك القاضي لأنه تطوع بقضاء الدين ، ولو قضى بأمره يعود إلى ملك من عليه الدين وعليه القاضي مثلها^(٣) .

(هـ) القانون



التزامات مصدرها الشرع :

وهناك التزامات في الفقه الإسلامي مصدرها المباشر هو الشرع ، كالتزام بالنفقة ، والتزام الولي والوصي والقيم ومن إليهم .

تأثر الفقهاء المحدثين بالفقه الغربي :

رأينا فيما قدمناه أن مصادر الالتزام في الفقه الغربي لها ما يقابها في الفقه الإسلامي . ولكن ذلك ليس معناه أن الفقه الإسلامي يرتب مصادر الالتزام على النحو الذي بيناه . فالالتزام بالمعنى المفهوم في الفقه الغربي ليس معروفاً في الفقه الإسلامي كما سبق القول . ولو اقتصرنا على الدين ، وأردنا استقصاء مصادره دون أن نتأثر بترتيب مصادر الالتزام في الفقه الغربي ، لكانت هذه هي العقد (ويدخل

(١) مجمع الضمانات ص ٤٥٠ .

(٢) مجمع الضمانات ص ٤٤٩ .

(٣) مجمع الضمانات ص ٤٤٨ - ٤٤٩ .

ضمنه الإرادة المنفردة إذ الفقه الإسلامى لا يميز تمييزاً واضحاً بينها وبين العقد (والجناية على النفس (مثلة في الدية والأرش وحكومة العدل) والإتلاف والغصب والسرقة وقطع الطريق والإكراه والتغريب ودفع غير المستحق ووقائع أخرى مختلفة نص عليها الشرع . ولكن الفقهاء المحدثين ، متأثرين كثيراً بالفقه الغربى ، ينحون نحو هذا الفقه في ترتيب مصادر الالتزام . من ذلك ما قرره الأستاذ أحمد إبراهيم^(١) من أن مصادر الالتزام : إما عمل يباشره الإنسان باختياره يوجب به حقاً على نفسه لغيره ويقره الشرع عليه ، فيجب عليه الوفاء به بحكم العقل وبحكم الشرع ، وإما أن يكون الإيجاب ابتداء من الشرع . بناء على حكمة يقتضيها التشريع والعدل الإلهى ، أو ترتيباً على فعل صدر عن الإنسان لم يرد به وقت صدوره عنه ترتيب أى التزام عليه ، لكن الشرع هو الذى يرتب الالتزام عليه . وقد يكون الإنسان بهذا الفعل دائماً لغيره شرعاً . فالأول يتناول العقد والإرادة المنفردة . . والثانى يتناول شيئين ، أولهما ما أوجبه الشرع مباشرة كنفقات الأقارب ، وثانيهما ما كان سببه المباشر فعلاً ضاراً يصير به الفاعل ملزماً بتعويض الضرر ، أو فعلاً نافعاً لغيره يصير به الإنسان دائماً لذلك الغير بذلك الفعل شرعاً . وعلى هذا تكون مصادر الالتزام إما اختيارية وإما جبرية . والاختيارية تشمل العقد والإرادة المنفردة . والجبرية يندرج فيها الفعل الضار الذى به يكون الفاعل مدينماً شرعاً لمن لحق به الضرر ، فإما أن يصلح ما أتلفه ويعيده إلى حالته الأولى ، وإما أن يضمنه بالمثل أو بالقيمة ، والفعل النافع الذى به يكون الإنسان دائماً لغيره وهو المعنون له في كتب الفقه القانونى بالإثراء على حساب الغير ، وما يقضى به القانون الشرعى ابتداء على ما أسلفنا .

ومن يقرأ هذه السطور يخيل إليه أنه يقرأ كتاباً في الفقه الغربى لا صلة له بالفقه الإسلامى . وقد يكون من الخير ألا ننأثر إلى هذا الحد البعيد بترتيب مصادر الالتزام في الفقه الغربى ، وأن نبقى هذه المصادر في الفقه الإسلامى متفرقة على النحو الذى أسلفناه ، حتى نعود إلى تأصيلها هي ومصادر الحق العينى ، فزدها إلى مصدرين اثنين ، هما التصرف القانونى والواقعة القانونية .

ثانياً : مصادر الحق العيني

ترتيب البحث :

مهمتنا في حصر مصادر الحق العيني أيسر بكثير منها في حصر الحق الشخصي . فقد قدمنا أن الحق العيني في الفقه الإسلامي أكثر بروزاً وأوضح ذاتية من الحق الشخصي . والحقوق العينية في الفقه الإسلامي هي كما ذكرنا محددة على سبل الحصر . وقد عرفنا أنها حق الملك التام وحق المنفعة وحق الرقبة وحقوق الارتفاق وحق الرهن وحق الحبس .

وقد حصرت مصادر كل طائفة من هذه الحقوق في كتب الفقه الإسلامي ، وبخاصة في كتب الفقهاء المحدثين . فننقل عنهم :

أولاً : أسباب الملك ، وهذه هي مصادر حق الملك التام وحق المنفعة وحق الرقبة .

ثانياً : أسباب الحقوق المجردة ، وهذه هي مصادر حقوق الارتفاق .

ثالثاً : أسباب الرهن والحبس ، وهذه هي مصادر الحقلين .

ونؤصل بعد ذلك هذه المصادر هي ومصادر الحق الشخصي جميعاً ، فنردها إلى مصدرين ، التصرف القانوني والواقعة القانونية .

أسباب الملك :

حصرها صاحب المرشد الخيران في المادة ٧٢ على الوجه الآتي « أسباب الملك هي العقود الموجبة لنقل العين من مالك إلى آخر كبيع أو هبة أو وصية ، والميراث ووضع اليد على الشيء المباح الذي لا مالك له ، والشفعة » .

ويتبين من هذا النص أن مصادر الحقوق العينية الأصلية باستثناء حقوق الارتفاق خمسة :

(١) العقد كالبيع والهبة .

(٢) الإرادة المنفردة وهي هنا الوصية . (٣) الميراث .

(٤) وضع اليد على الشيء المباح الذي لا مالك له ويسمى في الفقه الغربي

بالاستيلاء . (٥) الشفعة .

وهذه هي نفس مصادر الحقوق العينية الأصلية في الفقه الغربي ينقصها مصدران : الالتصاق والحيازة . أما الالتصاق فقواعده موجودة في الفقه الإسلامي ، وهي منتشرة في جوانبه يعوزها التجميع . والحيازة كذلك شأن كبير في الفقه الإسلامي ، فالقبض سبب للملك في الهبة ، وهناك قواعد إجرائية في المرافعات الشرعية تحمي صاحب اليد من الخارج بما ينهي إلى جعل اليد عنوان الملك ، ثم إن عدم سماع الدعوى لمرور الزمان وهو ما ندعوه في الفقه الغربي بالتقادم ، قد عرفه الفقه الإسلامي في عصوره المتأخرة .

أسباب الحقوق المجردة أو حقوق الارتفاق :

قدمنا أن حقوق الارتفاق هي الشرب والمجرى والمسيل والمرور والتعلي والجوار . وهي جميعاً تابعة للعقار المرتفق تنتقل معه . ولذلك تكون أسباب كسبها تبعاً للعقار المرتفق هي نفس الأسباب التي يكسب بها هذا العقار ، أي نفس أسباب الملك التي تقدم ذكرها .

وقد تكسب ابتداء بالإذن والعقد والوصية والقدم وشراء العلو في حق التعلي والمجاورة في حق الجوار .

أما الإذن فيكون بسماع مالك العقار المرتفق به لمالك عقار آخر باستعمال حق من حقوق الارتفاق : شرب أو مجرى أو مسيل أو مرور . ويكون ذلك موقوفاً ببقاء الإذن ، إذ يجوز لصاحبه الرجوع فيه لصدوره على وجه التبرع ، وينقضي على كل حال بموت الآذن .

وأما العقد فيكون بأن يشتري مثلاً صاحب الأرض المرتفقة حق الارتفاق من صاحب الأرض المرتفق بها . ومثل البيع العقود التي من شأنها نقل الملكية كالهبة^(١) .

(١) ويقول الأستاذ محمد أبو زهرة في هذا الصدد ما يأتي : « قد اتفق الفقهاء على حواز بيع رقة الشرب والطريق والمسيل ، لأن رقة الشرب والطريق عقار معين محدود معروف المقدار لا جهالة فيه ولا غرر ، فجاز بيعه بيعاً صحيحاً مستوفياً الأركان والشروط ، وأما المسيل فلا يجوز بيع رقبته إذا كان مقدار ما يسيل فيه الماء غير معين للجهالة والغرر ، وأما إذا عين مقداره وعرفت حدوده فيجوز بيعه في هذه الحال لأنه مبيع معلوم المقدار محدود بالجهات فلا مانع من بيعه . ومثل البيع في هذا كله العقود التي من شأنها نقل الملكية كالهبة والوصية ، لأن التصرفات الواردة على الرقة لا تعدو التصرف في عقار مملوك ملاً خاصاً محدود المقدار » . (الملكية ونظرية العقد ص ٩٤) .

والوصية كالعقد يملك بها حق الارتفاق . فيصح أن يوصى مالك عقار لمالك عقار آخر بحق ارتفاق له على عقاره ، يثبت له بعد موته ، وينفذ في الثلث من التركة .

والقدم كما يقول الأستاذ على الخفيف^(١) : « ليس منشأ للحق ، وإنما نشأ الحق عن سبب مجهول كإذن أو صلح مثلاً ، ولكن لطول العهد تنوسى السبب وبقي الأثر معروفاً مقررأ دون أن يعرف له مبدأ ، فيحافظ عليه لقدمه وتقرره . والقديم على حاله لأن الظاهر أنه إنما كان السبب صحيح ، ما لم يظهر أنه لسبب باطل فيزال حينئذ . وبناء على ذلك إذا عرف سبب نشأته كان بقاؤه رهن صحة سببه ، وإلا حكم ببطلانه » .

وشراء العلو في حق التعلی ليس إلا عقداً . وهو عقد بيع ، يكسب به صاحب العلو حق التعلی على السفلى حتى لو انهدم العلو بقي الحق وأعاد صاحب العلو علوه ، ولو انهدم السفلى كان لصاحب العلو إعادة بناء السفلى ليتمكن من إعادة بناء علوه ويرجع على صاحب السفلى كما مر . وكالبيع الإجارة ، فإذا أجر صاحب الدار علوها كان للمستأجر حق التعلی ما دام يدفع أجر المثل^(٢) .

وحق الجوار يثبت بالجوار ذاته ، أى أن يكون العقار مجاوراً لعقار آخر ، فيثبت لكل عقار حق ارتفاق على العقار الآخر بألا يضر بجواره ضرراً فاحشاً على النحو الذى بيناه فيما تقدم^(٣) .

أسباب الرهن والحبس :

وهذه هى الحقوق العينية التبعية . أما الرهن فصدره العقد ، وهو عقد الرهن . وينعقد بالإيجاب والقبول من الراهن والمرتهن . وقبل يتم بالإيجاب من الراهن لأنه

(١) أحكام المعاملات الشرعية ص ٤٧ .

(٢) انظر أحكام المعاملات الشرعية للأستاذ على الخفيف ص ٤٨ .

(٣) وكسب حقوق الارتفاق ابتداء ليس معناه كسبها منفردة ، فهى تكسب ابتداء - أى تنشأ لأول مرة - ولكنها مع ذلك تكون تابعة للعقار المرتفق . . أما ما بحثه الأستاذ محمد أبو زهرة في كتابه الملكية ونظرية العقد (ص ٩٥ - ص ٩٦) من جواز بيع حق الشرب وحق الطريق منفردين ، أى غير تابعين لعقار مرتفق ، فهذا لا يكون حق ارتفاق .

عقد تبرع . والصحيح أنه لا يتم إلا بالإيجاب والقبول لأن في الرهن معنى المعاوضة حيث يصير المرتهن مستوفياً لدينه عند هلاك الرهن في يده ، فيتوقف تمامه على قبول المرتهن . ولا يلزم الرهن إلا بالقبض عند جمهور الفقهاء .

وقد علمنا أن لحق الحبس مصدرين :

(١) العقد ، وهو البيع في حبس المبيع لاستيفاء الثمن ، والإيجار في حبس المأجور لاسترداد ما عجل من الأجرة ، وفي حبس العين التي لعمل الأجير المشترك فيها أثر لاستيفاء الأجرة ، والوديعة في حبس العين المودعة لاسترداد ما أنفق في حفظها بإذن القاضي ، والوكالة في حبس الوكيل المال الذي اشتراه لموكله لاستيفاء ما دفعه فيه من الثمن .

(٢) الشرع في حبس العبد الآبق لاستيفاء ما يستحق على مالكة ، وفي حبس اللقطة لاستيفاء ما أذن فيه القاضي من الإنفاق عليها ، وفي حبس المغصوب لاستيفاء قيمة الزيادة المتصلة .



تأصيل مصادر الحق الشخصي والحق العيني وردها جميعاً إلى التصرف القانوني والواقعة القانونية :

الفقه الغربي : ونقتصر هنا على الفقه الفرنسي . فهذا الفقه لم يوفق حتى اليوم إلى وضع نظرية شاملة للتصرف القانوني والواقعة القانونية (act juridique et fait juridique) ليرد إليها مصادر الحقوق جميعاً .

ونعرف كلا من التصرف القانوني والواقعة القانونية تعريفاً مبدئياً . فالتصرف القانوني هو إرادة محضة تنجبه إلى إحداث أثر قانوني معين يرتبه القانون ، مثل ذلك البيع والوصية . والواقعة القانونية هي عمل مادي ، يقع باختيار الإنسان أو بغير اختياره . ويرتب القانون عليه أثراً قانونياً معيناً . مثل الواقعة الاختيارية العمل غير المشروع والحياة ، ومثل الواقعة غير الاختيارية ، الميلاد والموت .

وكان الفقه الفرنسي المدرسي ينحو نحو بوتيه (Pothier) في تقسيم مصادر الالتزام إلى خمسة : العقد وشبه العقد والجريمة وشبه الجريمة والقانون . وكان هذا

التقسيم ينطوي على عيين جوهريين :

(١) العيب الأول أنه يخلط ما بين التصرف القانوني والواقعة القانونية . فهو يجعل شبه العقد مبنياً على إرادة وهمية ثم على إرادة مفروضة ، فيخلط بينه وبين العقد ، مع أن شبه العقد هو عمل مادي أي واقعة قانونية لا دخل للإرادة فيها . ففي الفضالة يلتزم كل من الفضولي ورب العمل بمقتضى عمل مادي ، هو قيام الفضولي بشأن عاجل لرب العمل ، فيلتزم الفضولي بالمضي فيما قام به حتى يتمكن رب العمل من مباشرته بنفسه ، ويلتزم رب العمل برد ما أثرى به على حساب الفضولي . وفي دفع غير المستحق يلتزم القابض برد ما قبضه دون حق ومصدر التزامه عمل مادي ، هو دفع دين غير موجود . وفي الإثراء بلا سبب بوجه عام يلتزم المثري برد ما أثرى به على حساب المفقّر ومصدر التزامه هنا أيضاً عمل مادي ، هو الواقعة التي كانت سبباً في إثراء المدين واقتدار الدائن .

(٢) والعيب الثاني أن التقسيم المدرسي لمصادر الالتزام كان من شأنه أن يطمس فكرة التصرف القانوني والواقعة القانونية من وجهين :

(أ) بفصله بين مصادر الحق الشخصي ومصادر الحق العيني ، مع أن مصادر الحقين واحدة ، وترد جميعاً إلى التصرف القانوني والواقعة القانونية .

(ب) بجعله القانون مصدراً مباشراً للالتزام ، فحال القانون دون الكشف عن الواقعة القانونية التي تختفي وراءه وهي التي ترتب عليها الالتزام .

ثم جاء الفقه الفرنسي الحديث ، فهدم التقسيم المدرسي لمصادر الالتزام ، وأحل محله تقسيماً خماسياً آخر ، إذ جعل مصادر الالتزام خمسة : العقد والإرادة المنفردة والعمل غير المشروع والإثراء بلا سبب والقانون . وهذا التقسيم الحديث ينطوي هو أيضاً على عيين جوهريين :

١ - العيب الأول أنه يحجب وحدة التصرف القانوني ، إذ يفرق بين العقد والإرادة المنفردة في مصادر الالتزام ، ثم ينكر على العقد أن يكون بذاته سبباً لنقل الملكية فيقصّره على أن ينشئ التزاماً بنقلها ، وبذلك لا يعدو العقد أن يكون مصدراً للالتزام .

٢ - والعيب الثانى أنه يحجب وحدة الواقعة القانونية ، فالوقائع القانونية منتثرة بين مصادر الالتزام ومصادر الحق العينى على تبويب من شأنه أن يمزق هذه الوحدة . فن يستعرض فى مصادر الالتزام العمل غير المشروع والإثراء بلا سبب والقانون بما يحجم وراه من وقائع قانونية مختلفة ، ثم يستعرض فى مصادر الحق العينى الاستيلاء والميراث والالتصاق والشفعة والحيازة ، لا يستطيع أن يدرك أن هذه المصادر جميعاً إنما هى مصدر واحد مرده الواقعة القانونية .

الفقه الإسلامى : ويمكن فى الفقه الإسلامى رد مصادر الحق الشخصى والحق العينى إلى مصدرين اثنين ، هما التصرف القانونى والواقعة القانونية على النحو الذى رأيناه فيما تقدم .

بل إن الفقه الإسلامى أكثر مطاوعة لهذا التقسيم الثانى من الفقه الفرنسى ، وذلك لسببين :

(السبب الأول) أنه لا يحجب وحدة التصرف القانونى بالقدر الذى يحجبها الفقه الفرنسى . فهو من ناحية لا يفصل بين العقد والإرادة المنفردة فصلاً حاداً كما يفعل الفقه الفرنسى ، بل كثيراً ما يقع الخلاف فيما إذا كان تصرف معين يتم بالإيجاب والقبول أو يتم بالإيجاب وحده ويبقى التصرف موصوفاً بأنه عقد فى الحالين . وهو من ناحية أخرى يجعل العقد مصدراً للالتزام ، ثم يجعله ينقل بذاته الملكية ولا يقتصر على إنشاء التزام بنقلها .

(والسبب الثانى) أنه وإن كان قد نثر الوقائع القانونية متفرقة بين مصادر الحق الشخصى ومصادر الحق العينى ، إلا أنه لم يبوب هذه الوقائع تبويماً يعزل بعضها عن بعض كما فعل الفقه الفرنسى . فلا تستعصى هذه الوقائع على تبويب شامل يردّها جميعاً إلى الواقعة القانونية ، وليس يوجد فى الفقه الإسلامى تبويبات أخرى تتعارض مع هذا التبويب .

ونستعرض من الآن ، فى ضوء ما تقدم ، مصادر الحق الشخصى والحق العينى كما بسطانها فى الفقه الإسلامى لردّها جميعاً إلى هذين المصدرين : التصرف القانونى والواقعة القانونية . وهذا الاستعراض يؤدى بنا إلى النتيجة الآتية :

يعتبر تصرفاً قانونياً :

(أ) من مصادر الحق الشخصي : العقد والإرادة المنفردة .

(ب) ومن مصادر الحق العيني : العقد والوصية بالنسبة إلى أسباب الملك ، والإذن والعقد والوصية بالنسبة إلى حقوق الارتفاق ، والعقد بالنسبة إلى الحقوق العينية التبعية . فلا يعدو التصرف القانوني إذن أن يكون عقداً أو إرادة منفردة . فهو في الفقه الإسلامي كما هو في الفقه الغربي إرادة محضة تتجه لإحداث أثر قانوني معين يرتبه القانون . وسرى عند الكلام في العقد أن حكم القاضي في الفقه الإسلامي يحل محل الإرادة في بعض التصرفات .

ويعتبر واقعة قانونية :

(أ) من مصادر الحق الشخصي : الجناية على النفس والسرقة وقطع الطريق والإكراه والتغريب والإتلاف والغصب ودفع غير المستحق والإثراء بلا سبب في بعض تطبيقاته والقرابة .

(ب) ومن مصادر الحق العيني : الميراث ووضع اليد على الشيء المباح والشفعة والالتصاق والقبض (الحيازة) بالنسبة إلى أسباب الملك ، والقدم والجوار بالنسبة إلى حقوق الارتفاق ، ورد العبد الآبق والإنفاق على اللقطة بإذن القاضي واستحداث زيادة متصلة في المغصوب بالنسبة إلى الحقوق العينية التبعية . وكل هذه الوقائع ، على تنوعها ، أعمال مادية ، بعضها اختياري وبعضها غير اختياري ، يرتب عليها القانون إنشاء حق شخصي أو كسب حق عيني .

• • •

والذي ننهي إليه من كل ما تقدم ، أن مصادر الحقوق في الفقه الإسلامي ، كما هي في الفقه الغربي ، لا تعدو أن تكون مصدرين اثنين : التصرف القانوني والواقعة القانونية^(١) . فنتناول كلاهما بالبحث التفصيلي ، ونبدأ بالتصرف القانوني .

(١) وما يجمل التمييز بين التصرف القانوني والواقعة القانونية تمييزاً مقبولاً في الفقه الإسلامي . أن الفقهاء يميزون في كثير من المناسبات بين التصرفات القولية (وهذه هي التصرفات القانونية) والتصرفات الفعلية (وهذه هي الوقائع القانونية) . كما يميزون بين ضمان العقد (وهذه هي المسئولية العقدية) وضمان الفعل (وهذه هي المسئولية غير العقدية) .

القِسْمُ الْأَوَّلُ



الْفَقْهُ الْإِسْلَامِيُّ

ترتيب البحث

التصرف القانوني يشمل العقد والإرادة المنفردة . وكل ما نقرره من قواعد في العقد ينطبق على الإرادة المنفردة ، إلا ما تقتضيه طبيعة الإرادة المنفردة من أنها إرادة واحدة لا إرادتان متطابقتان . فنقصر بحثنا إذن على العقد ، وبخاصة أن الفقه الإسلامي كما قدمنا لا يعلق الأهمية التي يعلقها الفقه الغربي على التمييز ما بين العقد والإرادة المنفردة .

ونعهد للبحث بتعريف العقد وتحديد تقسيماته . ثم نبحث في الباب الأول أركان العقد ، وفي الباب الثاني آثاره ، وفي الباب الثالث انحلاله .

تمهيد

تعريف العقد وتقسيماته

١

تعريف العقد

أمور ثلاثة تستخلص من التعريف :

قدمنا أن صاحب مرشد الحيران عرف العقد في المادة ٢٦٢ على الوجه الآتي :
« العقد عبارة عن ارتباط الإيجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر
على وجه يثبت أثره في المعقود عليه » .

ويستخلص من هذا التعريف أمور ثلاثة :

(أولاً) أن العقد ، من حيث إنه يقوم على الإرادة ، يدخل في عموم التصرف
القانوني . (ثانياً) وأنه يتخصص ، بين التصرفات القانونية ، بقيامه على إرادتين
متطابقتين لا على إرادة منفردة . (ثالثاً) وأن تعريف العقد على الوجه المتقدم ينم
عن النزعة الموضوعية التي تسود الفقه الإسلامي .

أولاً : العقد يدخل في عموم التصرف القانوني : التصرف القانوني إرادة محضة
أو تعبير عن الإرادة كما قدمنا . وكذلك العقد الذي هو فرع عن التصرف القانوني .
ولا يختلط العقد ، وهو إرادة محضة ، بعمل مادي ، إلا إذا كان هذا العمل
هو الشكل الواجب في بعض العقود ، أو ما يقترن به من القبض في عقود أخرى ،
أو المظهر المادي للتعبير عن الإرادة في جميع العقود . .
وكل هذا يتفق مع نظرية التصرف القانوني في الفقه الحديث .

ثانياً : العقد إرادتان متطابقتان لا إرادة منفردة : العقد بحسب التعريف
المتقدم ارتباط إيجاب بقبول . فهو إذن إرادتان مترابطتان متطابقتان وليس إرادة

واحدة . وبمخلص لنا من ذلك نتيجتان منطقيتان :

١ - أن كل إرادتين متطابقتين عقد .

٢ - وأن الإرادة المنفردة ليست بعقد .

على أن هاتين النتيجتين لم يخلصا في الفقه الإسلامي إلا بعد جهد ، بل إن النتيجة الثانية لم تخلص خلوصاً تاماً .

أما أن كل إرادتين متطابقتين عقد ، فقد كانت هناك فكرة بدائية تعترض هذه الفاء . تنص بأن التصرف الذي يتم تنفيذه بمجرد انعقاده بحيث لا يتخلف عنه أثر لا يكون عقداً ، وإنما العقد هو الذي يرتب أثراً يبقى مدة من الزمن قبل أن يتم تنفيذه . ومن ثم لا يكون بيع التعاطى - وهو البيع الذي يتم بقبض المشتري المبيع وقبض البائع الثمن في الحال - عقداً لأنه قد تم تنفيذه بمجرد انعقاده فلم يتخلف عنه أثر باق . ويقول سعدى جلبي ، أحد فقهاء الحنفية ، في هذا المعنى ما يأتي : « العقد قول يكون له حكم المستقبل ، فلا عقد في صورة التعاطى »^(١) . ويقول الشيرازي أحد فقهاء الشافعية : « فأما المعاطاة فلا ينعقد بها البيع »^(٢) . ويقول العامل أحد فقهاء الشيعة : « المعاطاة في البيوع والإجازات ونحوها ليست من العقود قطعاً ، لأنها إباحة محضة لا يشترط فيها شيء من شروط البيع ، لا كما توهمه الشهيد »^(٣) . ولكن هذه الفكرة البدائية لم تسد في الفقه الإسلامي ، وفقهاء الحنفية عامة يميزون العقد بالتعاطى . وسنعود إلى بيع التعاطى بتفصيل أوسع عند الكلام في صيغة العقد .

وأما أن الإرادة المنفردة ليست بعقد ، فهذه قاعدة لم يكن حظها من التحرير حظ القاعدة الأولى كما أسلفنا القول . يوجد حقاً فريق من الفقهاء يلتزمها في كثير من الدقة ، من ذلك ما يقوله الدسوقي أحد فقهاء المالكية : « العقود هي ما تتوقف على إيجاب وقبول ، وأما غيرها من الطلاق وما بعده فهي إخراجات ولا تتوقف على

(١) حاشية سعدى جلبي على شرح العناية على الهداية جزء ٥ ص ١٧٢ .

(٢) المهذب للشيرازي جزء أول ص ٢٥٧ .

(٣) مفتاح الكرامة للعامل جزء ٤ ص ٣ . ويشير الأستاذ شفيق شحاتة في كتابه « النظرية العامة

للتزامات في الشريعة الإسلامية » (جزء أول ص ١٢٤) إلى هذا المعنى .

إيجاب وقبول^(١) . ويقول النجفي أحد فقهاء الشيعة : « العقد شرعاً قول من المتعاقدين أو قول من أحدهما ، وفعل من الآخر رتب الشارع الأثر المقصود عليه . وتعريف الأولى (العقود) بأنها المشتعلة على الإيجاب والقبول أو بأنها المشتعلة على رضا الطرفين أو بأنها المتضمنة لقصد من الجانبين ، وتعريف الثانية (الإيقاعات) بأنها إيجابات أو بأنها قصد من جانب واحد أو بأنها رضا^(٢) . وجاء في تفسير الألوسي : « أصل العقد الربط محكماً ، ثم تجوز به من العهد الموثق . وفرق الطوسي بين العقد والعهد بأن العقد فيه معنى الاستيثاق والشد ولا يكون إلا بين اثنين ، والعهد قد يفرد به واحد^(٣) . ولكن هذا التحري في تمييز العقد عن الإرادة المنفردة لم يمنع عامة الفقهاء من إطلاق لفظ العقد على كل من الاثنين دون تمييز بينهما ، ويعممون اللفظ ليشمل كل تصرف « استبد به واحد أو اشترك فيه أكثر من واحد » . فيتكلمون في عقد الوصية ، ويناقشون هل عقود الهبة والعارية والقرض والكفالة والرهن تنعقد بإيجاب وقبول أم تنعقد بالإيجاب وحده . وعندما يعرضون لبيان ما يصح تعليقه من العقود وما لا يصح ، وما تبطله الشروط الفاسدة وما لا تبطله ، يتناولون كل التصرفات دون تمييز بين عقد وإرادة منفردة ، فيذكرون الطلاق والعق والإبراء والوقف كما يذكرون البيع والإجارة والقسمة والنكاح والخلع^(٤) .

(١) السوق على الشرح الكبير .

(٢) النجفي في العقود ص ٢ .

(٣) تفسير الألوسي جزء ٢٢ ص ٢٣٩ .

(٤) وجري بعض الفقهاء المحدثين مجرام . فيقسم الأستاذ أحمد إبراهيم ، في كتابه « المعاملات الشرعية المالية » (ص ٨١ هامش رقم ١ و ٢) العقود إلى عدة مجموعات هي : ١ « المداوضات ويندرج فيها جميع أنواع المبادلات ، سواء كانت مالا بمال كالبيع ، أم مالا بمنفعة كالإيجارات ، أم مالا بغير مال ولا منفعة كالزواج والخلع . فالمهر ليس ركناً في عقد الزوج بل هو من أحكامه ، وبطل الخلع لأجل أن تملك الزوجة عصمتها وتخلص من قيد الزوجية . ٢ « التبرعات كالهبة والوصية والإعارة والإبراء من الدين المحاباة في البيع والشراء والكفالة والحوالة في بعض صورها . ٣ « ما يكون تبرها ابتداء ومعاوضة انتهاء كالإقراض والكفالة بأمر المكفول عنه والحوالة في بعض صورها . ٤ « الإسقاط كالوقف والطلاق والمناق والإبراء من الدين وتسليم الشفعة بعد ثبوتها . ٥ « الإطلاقات كالإمارة والقضاء والوكالة والمضاربة والطلاق والمناق والإيصاء والإذن للصبي بالتجارة . ٦ « التقييدات كعزل الوكيل والحجر على الصبي .

وهذه جملة من التصرفات تدل على أن الفقه الإسلامي يوافق في نظرية التصرف القانوني أحدث =

على أن هناك طائفة من التصرفات في الفقه الإسلامي تتم بالتراضي أى بإيجاب وقبول ، ولكن إذا امتنع من وجه إليه الإيجاب عن القبول حل القاضي محله في ذلك ، فيتم التصرف إما بالتراضي أو بالتقاضي . من ذلك الرجوع في الهبة ، يتم بتراضي الواهب والموهوب له ، أو بإرادة الواهب مقترنة بحكم القضاء . ومن ذلك الأخذ بالشفعة يكون بتراضي الشفيع والمشتري أو بإرادة الشفيع وحكم القاضي ، ومن ذلك نفقة الزوجة ، لا تصبح ديناً صحيحاً إلا بالتراضي أو بقضاء القاضي ، ومن ذلك نفقة الأقارب ، لا تصبح ديناً صحيحاً إلا بالتراضي أو بالتقاضي مع الإذن في الاستدانة ثم الاستدانة فعلاً . وبيع مال المدين جبراً عنه يحل فيه قضاء

المذاهب الفقهية الغربية ، فن هذه التصرفات ما هو عقد ، ومنها ما هو إرادة منفردة ، ومنها ما هو قرار إداري ، ومنها ما هو حكم قضائي .

ويناقش الأستاذ أحمد إبراهيم ، في مقال له في العقود والشروط والخيارات (مجلة القانون والاقتصاد السنة الرابعة ص ٦٢٢ - ص ٦٤٥) المسألة على الوجه الآتي : « فهل تسمى هذه التصرفات التي تتم بالإيجاب وحده من إعتاق وطلاق وإبراء ونحوها عقوداً أو لا تسمى بذلك ؟ لاشك في أنها عقود بالمعنى الأعم للعقد ، إذ هي أمور وقعت في نفس الملتزم أولاً وعقد عليها نيته وعزم عليها عزماً أكيداً ، ثم أبان عنها باللفظ أو بما يقوم مقامه . وإذن يكون للعقد معنى عام يشاغل جميع التصرفات والالتزامات التي تترتب عليها آثار شرعية وقد تتم بإرادة واحدة أو بأكثر ، ومعنى خاص قاصر على ما لا يتم فيه العقد إلا بإيجاب وقبول كما في عقود المعاوضات ، وهي في الحقيقة التزامات معلقة على التزامات أخرى ومتوقفة على وجودها وتحققها ، فالالتزام فيها - ماضٍ من الطرفين ، كل يلتزم للآخر بما ألزم به نفسه . »

هل أن بعضاً آخر من الفقهاء المحدثين ، ولملح تأثر في ذلك بالفقه الغربي ، يحرص على التمييز ما بين العقد والإدارة المنفردة ، من هؤلاء الأستاذ علي الخفيف ، قال في كتابه « أحكام المعاملات الشرعية » (ص ١٣٨) : « ومن هذا يتبين أن المناط في وجود العقد على وجه الإجمال هو التحقق من وجود إرادتي العاقدين وتوافقهما على إنشاء التزام بينهما بما يدل على ذلك من عبارة أو كتابة أو إشارة أو فعل وعلى ذلك فالعقد عند الفقهاء لا يكون إلا بين طرفين ولا يكون بين طرف واحد . وإذا كان من طرف واحد لم يكن عقداً وإنما يسمى التزاماً أو تصرفاً ، وقد يسمى عقداً تسمية لغوية . فالوقوف على هذا ليس بعقد لأنه يتم من المالك وحده دون أن يشاركه فيه شخص آخر ، كذلك الطلاق المجرد عن المال ليس عقداً ، وكذلك العتق والتنازل عن الحقوق كالتنازل عن حق الشفعة والتنازل عن حق المرور أو حق المسول أو عن رد المبيع بسبب عيب يظهر فيه ، كل ذلك لا يسمى عقداً وإنما يسمى تصرفاً أو التزاماً من طرف واحد إن كان ملزماً ، فإن لم يكن ملزماً كان وعداً كأن يقول لك صديق بأقرضك عشرين جنيهًا مثلاً (انظر أيضاً الأستاذ محمد أبو زهرة في الملكية ونظرية العقد ص ١٧١ - ص ١٧٣ - وقارن الأستاذ محمد يوسف موسى في الأموال ونظرية العقد في الفقه الإسلامي ص ٢٥٠ - ص ٢٥٣) »

القاضي محل إرادة المدين^(١) .. وهناك تصرفات تتم بإرادة منفردة ولكنها ترد بالرد . كالإبراء والوصية . فالتدرج ملحوظ في الفقه الإسلامي بين الإرادتين المتطابقتين ، ثم الإرادتين اللتين قد يحل محل إحداها قضاء القاضي ، ثم الإرادة المنفردة التي ترد بالرد ، ثم الإرادة المنفردة المحضة . هذه كلها تصرفات ينزل بعضها عن بعض انزالاً تاماً ، مع تدرج هو غاية الإبداع في الصناعة الفقهية .

ثالثاً : تعريف العقد يتم عن النزعة الموضوعية التي تسود الفقه الإسلامي :

تعريف العقد الذي نقلناه عن مرشد الحيران يتم عن النزعة الموضوعية التي تسود الفقه الإسلامي دون النزعة الذاتية^(٢) . فالعقد هو ارتباط الإيجاب بالقبول ، لا من حيث إنه ينشئ التزامات شخصية في جانب المتعاقدين وهذا هو المعنى البارز في النزعة الذاتية^(٣) ، بل من حيث إنه يثبت أثره في المعقود عليه أي يغير المحل من حالة إلى حالة ، وهنا تبرز النزعة الموضوعية التي أشرنا إليها^(٤) . وسرى أن هذه النزعة الموضوعية التي سادت الفقه الإسلامي لها أثر كبير في مبادئه الأساسية وفي تفصيلات أحكامه ، وهي التي جعلته يأخذ بالإرادة الظاهرة دون الإرادة الباطنة^(٥)

(١) وكذلك القسمة تكون بالتراضي أو بالتقاضي . ويقرب ذلك مما أسلفناه عن المنزلة الوسطى بين الرخصة والحق . أما الرجوع بالنفقة التي أذن فيها القاضي في القطة والرديعة وبعض أحوال الإثراء بلا سبب فيختلف عما تقدم في أن مصدر الالتزام هنا واقعة قانونية لا تصرف قانوني .

(٢) والنزعة الموضوعية هي التي تسود أيضاً الفقه الألماني والفقه الإنجليزي ، بخلاف الفقه اللاتيني المشتق من القانون الروماني فإن النزعة الذاتية هي التي تسود .

(٣) وعلى هذا جرى تعريف العقد في القوانين اللاتينية .

(٤) ويشير الأستاذ شفيق شحاتة إلى هذا المعنى في كتابه « النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الإسلامية » ص ١٢٣ - ١٢٤ ، فيقول : « وإذا رجعنا إلى التعريف الشائع في كتب الفقه لا نكتفي منه أن العقد مصدر من مصادر الالتزامات . فليس التعريف على أنه توافق إرادتين منشئ للالتزامات ، بل على أنه توافق إرادتين يظهر أثره في المعقود عليه ، أي يؤدي إلى تحويل شيء من حال إلى حال . وتعريفه بهذه الكيفية أثر من أثار النزعة الشبكية أو المادية ، في الفقه الإسلامي . وهذه النزعة جعلت الفقهاء ينظرون هنا إلى النتائج الأخيرة للعقد ، ويتخبطون النتائج الأولى لانعتاد العقد . وكثيراً ما يشبه هذا التعريف ، التعريف الذي أورده بولوك للعقد في الفقه الإنجليزي » .

(٥) وقد جرى التفتين المدنى المراقى الجديد الفقه الإسلامى فى تعريفه للعقد . فنصت المادة ٧٣ =

٢

تقسيمات العقد

العمود المذكورة في كتب الفقه الإسلامي :

لم يضع فقهاء الشريعة الإسلامية تقسيماً للعقد في ذاته ، بل تناولوا عقود أسموها عقداً عقداً ولم يراعوا في ترتيبها فكرة معينة أو صلة ظاهرة بين متقدم ومتأخر . ويكفي أن نورد على سبيل المثال كتاباً فقهياً يعتبر من أبرز كتب الفقه الإسلامي ، وهو كتاب البدائع للكاساني في الفقه الحنفي ، نراه قد تكلم في العقود على الترتيب الآتي :

(١) الإجارة . (٢) الاستصناع . (٣) البيع . (٤) الكفالة . (٥) الحوالة . (٦) الوكالة . (٧) الصلح . (٨) الشركة . (٩) المضاربة . (١٠) الهبة . (١١) الرهن . (١٢) المزارعة . (١٣) المعاملة (المساقاة) . (١٤) الوديعة . (١٥) العارية . (١٦) القسمة . (١٧) الوصايا . (١٨) القرض .

وإذا وقفنا عند هذه العقود التي أوردها الكاساني ، كان علينا أن نجيب على سؤالين :

(السؤال الأول) كيف نرتب هذه العقود ترتيباً منطقياً تلتزمه في إبرادها عقداً بعد عقد ؟

(والسؤال الثاني) ألا يوجد في الفقه الإسلامي عقود أخرى غير هذه العقود ؟ وبوجه عام هل عرف الفقه الإسلامي مبدأ حرية التعاقد ، فيجوز بإيجاب وقبول ، التعاقد على أي أمر لا يخالف النظام العام ولا الآداب ؟

== من هذا التقنين على أن العقد هو ارتباط الإيجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه . ولم يعرف التقنين المدني المصري ولا التقنين المدني السوري العقد تجنباً لتعريفات الفقهية . أما تقنين الالتزامات والمقود البناني فقد جرى على خطة القوانين اللاتينية ونزعها الشخصية في تعريفه للاتفاق والعقد ، فنص في المادة ١٦٥ على أن « الاتفاق هو كل توافق لإرادتين يقصد به إحداث آثار قانونية ، فإذا كان الاتفاق يرضى إلى إنشاء رباط ملزمة سمي بالعقد » .

(انظر أيضاً المذكرة الإيضاحية لمشروع التقنين المدني المصري وما ورد فيها بصدد تعريف العقد) .

الترتيب المنطقي المفقود :

للفقهاء في هذا الصدد تقسيمات متعددة يقفون في كل تقسيم منها عند اعتبار معين .

فتارة يقفون عند اعتبار العوض وجوداً وعلماً ، فيقسمون العقود إلى عقود معاوضة وعقود تبرع وعقود هي تبرع ابتداء ومعاوضة انتهاء ، فيدخل في عقود المعاوضة الإجارة والاستصناع والبيع والصلح والشركة والمضاربة والمزارعة والمساقاة والقسمة . ويدخل في عقود التبرع الهبة والعارية والوديعة . ويدخل في عقود التبرع ابتداء والمعارضة انتهاء الكفالة والحالة والوكالة والرهن والقرض^(١) .

وتارة يقولون بتقسيمات أخرى كالودائع (الوديعة والعارية والرهن والشركة) والوكالات (الوكالة والشركة والمضاربة) والتوثيقات (الكفالة والحالة والرهن) .

وأخيراً قد يقفون عند المحل الذي يقع عليه التعاقد . وهذا في نظرنا خير معيار للتقسيم . وقد لجأ صاحب مرشد الحيران إلى هذا المعيار كما رأينا ، فنص في المادة ٢٦٣ على أنه « يصح أن يرد العقد على الأعيان منقولة كانت أو عقاراً لتمليكها بعوض أو بغير عوض » . ونص في المادة ٢٦٤ على أنه « يصح أن يرد العقد على الأعيان لحفظها وديعة أو لاستهلاكها بالانتفاع بها قرضاً ورد بلها » . ونص في المادة ٢٦٥ على أنه « يجوز ورود العقد على منافع الأعيان للانتفاع بها بعوض إجارة أو بغير عوض إعارة ورد عينها لصاحبها » . ونص في المادة ٢٦٦ على أنه « يصح أن يرد العقد على عمل معين من الأعمال الصناعية أو على خدمة معينة »^(٢) .

(١) ومن الفقهاء من يضيف إلى هذا التقسيم أنواعاً أخرى من التصرفات ، هي الإسقاطات والإطلاقات والتقييدات ، ويستعملون المقيد بمضاء الأم ، أي بمعنى التصرف القانوني حقيقاً كان أو إرادة منفردة (انظر كتاب المعاملات الشرعية المالية للأستاذ أحمد إبراهيم ص ٨١ هامش رقم ١ وقد سبقت الإشارة إلى ذلك) .

(٢) وقد نقل التقنين المدني العراقي الجديد هذا التقسيم عن مرشد الحيران ، فنصت المادة ٧٤ على أنه « يصح أن يرد المقيد : ١ - على الأعيان منقولة كانت أو عقاراً لتمليكها بعوض بيعاً أو بغير عوض هبة ولحفظها وديعة أو لاستهلاكها بالانتفاع بها قرضاً ٢ - وعلى منافع الأعيان للانتفاع بها بعوض إجارة أو بغير عوض إعارة ٣ - وعلى عمل معين أو على خدمة معينة » .

أما التقنين اللبناني . للالتزامات والمقود فقد لجأ إلى تقسيمات الفقه الغربي ، فقسم المقود ، في المادة ١٦٧ إلى عقود ملزمة لجانب واحد وعقود ملزمة للجانبين ، وإلى عقود معاوضة وعقود تبرع ، وإلى عقود رضائية

مبدأ حرية التعاقد في الفقه الإسلامي :

بقى السؤال الثاني وهو الأهم : هل العقود في الفقه الإسلامي مذكورة على سبيل

الحصر ؟

يبدو لأول وهلة أنها كذلك . ففي كتب الفقه لا نجد نظرية عامة للعقد ، بل نجد على النقيض من ذلك عقوداً مسماة تأتي عقداً بعد عقد على ترتيب غير منطقي . ويختلف هذا الترتيب في كتاب عنه في كتاب آخر . حتى ليظن الباحث أن الفقه الإسلامي لا يعرف إلا هذه العقود المسماة ، وأن أي اتفاق لا يدخل تحت عقد من هذه العقود لا يكون مشروعاً .

ولكن هذه النظرة إلى الفقه الإسلامي نظرة سطحية . فإن الباحث يلمح من خلال الأحكام التي يقرها الفقهاء في صدد هذه العقود المسماة أنهم يسلمون بإمكان أن يمتزج عقدان أو أكثر من هذه العقود في عقد واحد ، يجمع بين خصائص العقود التي امتزجت فيه . بل يلمح أن هناك قاعدة فقهية مسلمة ، هي أن المسلمين عند شروطهم ، وأن كل اتفاق تتوافر فيه الشروط التي يقرها الفقه الإسلامي يكون عقداً مشروعاً . ويمكن أن نشير إلى ما جاء في البدائع في هذا الصدد : « وروى عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال : المسلمون عند شروطهم ، فظاهره يقتضي لزوم الوفاء بكل شرط إلا ما خص بدليل ، لأنه يقتضي أن يكون كل مسلم عند شرطه وإنما يكون كذلك إذا لزمه الوفاء به . . . وهذا لأن الأصل أن تصرف الإنسان يقع على الوجه الذي أوقعه إذا كان أهلاً للتصرف والمحل قابلاً وله ولاية عليه »^(١) .

= وعقد شكلية ، وإل عقود مساهمة وعقود إذعان ، وإل عقود فردية وعقود جماعية ، وإل عقود كسب وعقود توثيق ، وإل عقود مساهمة وعقود غير مساهمة .

ولم يورد التقنين المدني المصري والتقنين المدني السوري تقسيمات ما ، إذ هي - كما تقول المذكرة الإيضاحية للتقنين المدني المصري - أدخل في باب الفقه منها في ميدان التشريع . ولكن التقنينيين أوردوا العقود المسماة على ترتيب منطقي وفقاً فيه عند المحل الذي يقع عليه التعاقد . فهناك عقود تقع على الملكية وهي البيع والهبة والشركة والقرض والصلح ، وعقود تقع على الانتفاع بالشئ وهي الإيجار والعارية ، وعقود ترد على العمل وهي المقاولة وعقد العمل والوكالة والوديعة والحراسة ، وهناك عقود الفرر وهي المقامرة والرهان وعقد التأمين ، وهناك عقد توثيق وهو الكفالة ، وترك عقد الرهن إلى جانب سائر التأمينات للعينية .

ومن ثم فما ذكره الفقهاء من العقود المسماة ، إنما هي العقود التي يغلب أن يقع بها التعامل في زمنهم فإذا استحدثت الحضارة عقوداً أخرى توافرت فيها الشروط المقررة فقهاً ، كانت عقوداً مشروعة . وعلى هذه السياسة الشرعية جرى التقنين المدني العراقي الجديد . فقد عدت المادة ٧٤ منه أنواع العقود تبعاً لمحلها كما وردت في نصوص مرشد الحيران التي سبق ذكرها . ثم أعقب ذلك نص عام ، هو المادة ٧٥ ، وقد جرت على الوجه الآتي : « يصح أن يرد العقد على أي شيء آخر لا يكون الالتزام به ممنوعاً بالقانون أو مخالفاً للنظام العام أو للآداب » .

على أن دائرة النظام العام في الفقه الإسلامي أوسع منها في الفقه الغربي . فتحریم العقود الربوية وتحريم عقود الغرر بوسعان كثيراً من هذه الدائرة في الفقه الإسلامي . كذلك نظرية الشرط المقترن بالعقد تزيد في توسيع الدائرة إلى حد بعيد . فالأصل إذن في الفقه الإسلامي هو حرية التعاقد في حدود النظام العام ، إلا أن كثرة القواعد التي تعتبر من النظام العام تضيق من هذه الحرية^(١) .



(١) انظر في هذه المسألة - النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الإسلامية - للأستاذ شفيق

الباب الأول

أركان العقد



أركان العقد في الفقه الغربي هي التراضي والمحل والسبب ، ويعقب ذلك نظرية البطلان . فنستعرض كل هذا في الفقه الإسلامي .

الفصل الأول

الراضى

وجود الراضى وصحته :

يُميز الفقه الغربى بين وجود الراضى وصحته . فنستعرض ذلك فى الفقه الإسلامى .

الفرع الأول

وجود الراضى

صيغة العقد وتطابق الإرادتين :

نستعرض هنا :

(١) صيغة العقد . (٢) تطابق الإرادتين فى مجلس العقد .

المبحث الأول

صيغة العقد

عناية الفقهاء بصيغة العقد :

يكثُر الفقهاء من الكلام فى صيغة العقد . فقد عُنوا بهذه المسألة عناية كبيرة . ذلك أن الفقه الإسلامى نزعته موضوعية *objectif* كما قدمنا . وأول أثر لهذه النزعة أنه يقف عند الإرادة الظاهرة دون الإرادة الباطنة .

ولما كانت الإرادة الظاهرة هى المظهر الخارجى للتعبير عن الإرادة الباطنة ، فقد وقف الفقهاء عند هذا المظهر الخارجى . والمظهر الذى يعتدون به فى الأصل هو اللفظ . فاللفظ أولاً - قبل الكتابة وقبل الإشارة وقبل أى مظهر خارجى آخر نستخلص منه الإرادة - هو الذى يعبر عن الإرادة الباطنة . فاللفظية والإرادة الظاهرة تمتزجان معاً فى صيغة العقد ، ويخلص منهما أن اللفظ هو أول أداة يعول

عليها في هذه الصيغة ، وأن اللفظ يؤخذ بمعناه الظاهر ، فإذا كان هذا المعنى واضحاً فلا محل بعد ذلك للبحث عن النية أو عن الإرادة الباطنة . واللفظ — لا في صيغة العقد وحدها بل أيضاً في الإثبات حيث الشهادة تعلو على الكتابة — هو الشيء الثابت الذي يقف عنده الفقه الإسلامي ، ويؤثره على الكتابة وغيرها من مظاهر التعبير عن الإرادة مما لم يكن في حضارة العصور الماضية ثابتاً مستقراً ، إذ لم تكن الكتابة منتشرة في تلك العصور ، وما كان يتداول منها لا يؤمن فيه الزيف أو الزلل . فلننظر الآن في نصوص الفقه الإسلامي كيف يكون التعبير عن الإرادة باللفظ ، ثم بغيره من مظاهر التعبير الأخرى .

المطلب الأول

التعبير عن الإرادة باللفظ

صيغة العقد اللفظية

مركزية الحقوقية

§ ١ - الأخذ بالإرادة الظاهرة إذا كانت واضحة

صيغ الماضي والمضارع والأمر والاستفهام والاستقبال

صيغ الحال والاستقبال :

يؤثر الفقه الإسلامي صيغة الماضي لانعقاد العقد . ذلك أن صيغة الماضي هي المظهر الواضح للتعبير عن الإرادة في مرحلتها النهائية ، إرادة قد جاوزت دور التردد والتفكير والمفاوضة والمساومة إلى دور الجزم والقطع والبت والحسم . أما صيغ المضارع والأمر والاستقبال والاستفهام ، فلأنها تحمل الحال والاستقبال ، ولأن الصيغة لا بد من أن تتمحض للحال دون الاستقبال ، لذلك وجب الرجوع في هذه الصيغ إلى الظروف والملابسات ، فإن دلت الصيغة بطريق الاقتضاء على الحال انعقد العقد .

وننقل عن البدائع^(١) ما هو صريح في هذا المعنى :

« الإيجاب والقبول قد يكون بصيغة الماضي ، وقد يكون بصيغة الحال .
 « أما بصيغة الماضي فهي أن يقول البائع بعث ويقول المشتري اشتريت ،
 فيتم الركن . لأن هذه الصيغة وإن كانت للماضي وضعاً ، لكنها جعلت لإيجاباً
 للحال في عرف أهل اللغة والشرع ، والعرف قاض على الوضع . وكذا إذا قال البائع
 خذ هذا الشيء بكذا أو أعطيته بكذا أو هو لك بكذا أو بذلتكه بكذا ، وقال
 المشتري قبلت أو أخذت أو رضيت أو هويت ونحو ذلك ، فإنه يتم الركن . لأن
 كل واحد من هذه الألفاظ يؤدي معنى البيع وهو المبادلة والعبرة للمعنى لا للصورة .
 « وأما صيغة الحال فهي أن يقول البائع للمشتري أبيع منك هذا الشيء بكذا
 ونوى الإيجاب فقال المشتري اشتريت ، أو قال المشتري أشتري منك هذا الشيء
 بكذا ونوى الإيجاب ، أو قال البائع أبيعك منك بكذا وقال المشتري أشتريه ونوى
 الإيجاب ، يتم الركن وينعقد . وإنما اعتبرنا النية ههنا وإن كانت صيغة أفعال للحال
 هو الصحيح لأنه غلب استعمالها للاستقبال إما حقيقة أو مجازاً ، فوقعت الحاجة
 إلى التعين بالنية . »

« ولا ينعقد بصيغة الاستفهام بالاتفاق ، بأن يقول المشتري للبائع أتبيع مني
 هذا الشيء بكذا أو أبعته مني بكذا ، فقال البائع بعث ، لا ينعقد ما لم يقل المشتري
 اشتريت . وكذا إذا قال البائع للمشتري أشتري مني هذا الشيء بكذا فقال اشتريت ،
 لا ينعقد ما لم يقل البائع بعث . »

« وهل ينعقد بصيغة الاستقبال وهي صيغة الأمر ، بأن يقول المشتري للبائع
 بع عبدك هذا مني بكذا فيقول بعث ؟ قال أصحابنا رحمهم الله : لا ينعقد
 ما لم يقل المشتري اشتريت . وكذا إذا قال البائع للمشتري أشتري مني هذا الشيء
 بكذا فقال اشتريت . لا ينعقد ما لم يقل البائع بعث عندنا . وقال الشافعي
 رحمه الله : ينعقد . وجه قوله : أن هذه الصيغة تصلح شطار العقد في الجملة ،
 ألا ترى أن من قال لآخر تزوج ابنتي فقال المخاطبت تزوجت ، أو قال زوج

ابتك منى فقال زوجت ، ينعقد النكاح ، فإذا صلحت هذه الصيغة شطراً في النكاح صلحت شطراً في البيع ، لأن الركن في كل واحد منهما هو الإيجاب والقبول . ولنا : أن قوله بع أو اشتر طلب الإيجاب والقبول ، وطلب الإيجاب والقبول لا يكون إيجاباً وقبولاً ، فلم يوجد إلا أحد الشطرين ، فلا يتم الركن ، ولهذا لا ينعقد بلفظ الاستفهام لكون الاستفهام سؤال الإيجاب والقبول لا إيجاباً وقبولاً ، كذا هذا . وهذا هو القياس في النكاح ، إلا أنا استحسنا في النكاح بنص خاص ، وهو ما روى أبو يوسف أن بلالا خطب إلى قوم من الأنصار فأبوا أن يزوجه ، فقال لولا أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمرني أن أخطب إليكم لم أخطب ، فقالوا له أملك ، ولم ينقل أن بلالا رضى الله عنه قال قلت ، فتركنا القياس هناك بالنص ، ولا نص في البيع فوجب العمل بالقياس . ولأن هذه الصيغة مساوية حقيقة ، فلا تكون إيجاباً وقبولاً حقيقة بل هي طلب الإيجاب والقبول ، فلا بد للإيجاب والقبول من لفظ آخر يدل عليهما . ولا يمكن حمل هذه الصيغة على المساواة في باب النكاح ، لأن المساواة لا توجد في النكاح عادة فحملت على الإيجاب والقبول . على أن الضرورة توجب أن يكون قول القائل زوج ابتك منى شطر العقد ، فلم نجعل شطر العقد لتضرر به الولي بلحواز أن يزوجه ولا يقبل المخاطب فيلحقه الشين ، فجعلت شطراً لضرورة دفع الضرر عن الأولياء . وهذا المعنى في باب البيع منعدم ، فبقيت سؤالا ، فلا يتم به الركن ما لم يوجد الشطر الآخر .

هذا ما جاء في البدائع ، وهو يسط في وضوح تام كيف تتصل صيغة العقد بالإرادة الظاهرة . ففي المذهب الحنفي ينعقد العقد بصيغة الحال لا بصيغة الاستقبال . ثم يستعرض الفقهاء ، لتطبيق هذه القاعدة ، الصيغ المختلفة : الماضي والمضارع والأمر والاستفهام والاستقبال .

صيغة الماضي :

أما صيغة الماضي فهي وإن كانت للماضي وضعاً ، لكنها جعلت إيجاباً للحال في عرف أهل اللغة والشرع ، والعرف قاض على الوضع كما يقول صاحب البدائع .

فصيغة الماضي إذن ، بطبيعة وضعها في عرف اللغة والشرع ، لفظ يتمحض للحال .
فينعقد به العقد دون بحث عن النية ، أخذاً بالإرادة الظاهرة ، لأن الإرادة الظاهرة
هنا واضحة ، فلا يعدل عنها إلى الإرادة الباطنة ، لأن الجرى وراء نية العاقد
والتحسس لما انطوت عليه سريرته أمر عسير .

واللفظية غير الشكلية . فإذا كان الفقه الإسلامي يؤثر اللفظ ، فإنه لا يشترط
لفظ « البيع » ، بل أى لفظ يحمل معنى المبادلة يكفى ما دامت صيغته تتمحض
للحال . ومن ثم يقول صاحب البدائع : « إذ قال البائع أعطيتك هذا الشيء بكذا ،
أو هو لك بكذا أو بذلتكه بكذا ، وقال المشتري قبلت أو أخذت أو رضيت أو
هويت ونحو ذلك ، فإنه يتم الركن ، لأن كل واحد من هذه الألفاظ يؤدي معنى
البيع وهو المبادلة ، والعبرة للمعنى لا للصورة » .

ومن هنا نستخلص القاعدة الأولى : كل لفظ تتمحض صيغته للحال يؤخذ
فيه بالإرادة الظاهرة وينعقد به العقد ، لأن الإرادة الظاهرة هنا واضحة فلا يعدل عنها
إلى الإرادة الباطنة .

صيغة المضارع :

وأما صيغة المضارع فتحتمل الحال والاستقبال . بل إن استعمالها غاب
للاستقبال إما حقيقة أو مجازاً . ومن ثم لا يؤخذ في هذه الصيغة بالإرادة الظاهرة ،
ويجب الرجوع إلى النية أى إلى الإرادة الباطنة . ولهذا رأينا صاحب البدائع يقول :
« وأما صيغة الحال فهي أن يقول البائع للمشتري أبيع منك هذا الشيء بكذا ونوى
الإيجاب فقال المشتري اشتريت ، أو قال المشتري أشتري منك هذا الشيء بكذا ،
ونوى الإيجاب ، أو قال البائع أبيعك منك بكذا وقال المشتري أشتريه ونوى الإيجاب
يتم الركن وينعقد . وإنما اعتبرنا النية ههنا وإن كانت صيغة أفعال للحال هو الصحيح
لأنه غلب استعمالها للاستقبال إما حقيقة أو مجازاً ، فوقت الحاجة إلى التعيين
بالنية » .

ومن هنا نستخلص القاعدة الثانية : كل لفظ تحمل صيغته الحال والاستقبال .
يؤخذ فيه بالإرادة الباطنة . لأن الإرادة الظاهرة هنا غير واضحة ف وقعت الحاجة إلى
التعيين بالنية ، أى الأخذ بالإرادة الباطنة .

صيغ الأمر والاستفهام والاستقبال :

وأما صيغ الأمر والاستفهام والاستقبال فكلها عند الحنفية صيغ تتمحض
للاستقبال ، فلا ينعقد بها العقد ولو نوى الإيجاب .

أما صيغة الأمر فهي عند الحنفية طلب للإيجاب والقبول ، وليست إيجاباً وقبولاً :
فالإرادة الظاهرة هنا واضحة في علم البت والقطع ، ومن ثم لا ينعقد بها العقد .
فإذا قال المشتري للبائع - كما جاء في البدائع - بع عبدك هذا منى بكذا فيقول البائع
بعت ، لا ينعقد العقد ما لم يقل المشتري اشتريت ، وإذا قال البائع للمشتري اشتر
منى هذا الشيء بكذا فقال اشتريت ، لا ينعقد ما لم يقل البائع بعت .

وأما صيغة الاستفهام فهي صيغة تتمحض للاستقبال ، فلا ينعقد بها العقد
وقد رأينا صاحب البدائع يقول في هذا الصدد : « ولا ينعقد بصيغة الاستفهام
بالاتفاق ، بأن يقول المشتري للبائع أتبيع منى هذا الشيء بكذا أو أبعته منى بكذا
فقال اشتريت لا ينعقد ما لم يقل البائع بعت » .

وأما صيغة الاستقبال ، وهي الصيغة المقررة بالسين وسوف ، فواضح أنها
تتمحض للاستقبال ، فلا ينعقد بها العقد . جاء في الفتاوى الهندية : « وأما ما تتمحض
للاستقبال كالمقرون بالسين وسوف . . . فلا ينعقد به » ^(١) .

ومن هنا نستخلص القاعدة الثالثة : كل لفظ تتمحض صيغته للاستقبال يؤخذ
فيه بالإرادة الظاهرة ، ولا ينعقد به العقد ، لأن الإرادة الظاهرة هنا واضحة فلا يعدل
عنها إلى الإرادة الباطنة . فلو نوى العاقد الإيجاب ، ولكنه استعمل صيغة تتمحض
للاستقبال ، لا ينعقد العقد .

المبدأ العام :

ونضع الآن القواعد الثلاث التي استخلصناها جنباً إلى جنب، لنخرج منها بمبدأ عام .
فالقاعدة الأولى تقضى بأن كل لفظ تتمحض صيغته للحال ، يؤخذ فيه بالإرادة
الظاهرة وينعقد به العقد ، لأن الإرادة الظاهرة هنا واضحة فلا يعدل عنها إلى الإرادة
الباطنة .

والقاعدة الثانية تقضى بأن كل لفظ تحتل صيغته الحال والاستقبال يؤخذ فيه
بالإرادة الباطنة ، لأن الإرادة الظاهرة هنا غير واضحة ، فتعين الأخذ بالنية وهي الإرادة
الباطنة .

والقاعدة الثالثة تقضى بأن كل لفظ تتمحض صيغته للاستقبال يؤخذ فيه بالإرادة
الظاهرة ولا ينعقد به العقد، لأن الإرادة الظاهرة هنا واضحة فلا يعدل عنها إلى الإرادة
الباطنة .

والمبدأ العام الذي نخرج به من مجموع هذه القواعد الثلاث هو ما يأتي :
الأصل في صيغة العقد هو الأخذ بالإرادة الظاهرة إذا كانت هذه الإرادة
واضحة ، فإن تمحضت الصيغة للحال انعقد العقد، وإن تمحضت للاستقبال لا ينعقد،
أما إذا كانت الإرادة الظاهرة غير واضحة، بأن احتملت الصيغة الحال والاستقبال ،
تعين الرجوع إلى النية أي إلى الإرادة الباطنة فإن انصرفت هذه الإرادة إلى الإيجاب
انعقد العقد ، وإلا لم ينعقد .

٢ - استعراض النصوص الفقهية

في صيغة العقد اللفظية

هذا المبدأ العام الذي خرجنا به نضع أمامه الآن النصوص التي وردت في كتب
الفقه الإسلامي في هذه المسألة ، لنرى هل يستقيم معها .

المذهب الحنفي :

جاء في الهداية : « البيع ينعقد بالإيجاب والقبول إذا كان بلفظي الماضي ،
مثل أن يقول أحدهما بعث والآخر اشتريت ، لأن البيع إنشاء تصرف ، والإنشاء

يعرف بالشرع والموضوع للإخبار قد استعمل فيه فينقذ به . ولا ينقذ بلفظين أحدهما لفظ المستقبل والآخر لفظ الماضي ، بخلاف النكاح ، ^(١) .

وقد حاول صاحب فتح القدير ، في شرحه للهداية ، أن يجعل العبرة دائماً بالنية لا بالصيغة ، فيعدل بذلك عن الإرادة الظاهرة إلى الإرادة الباطنة . ونقل ما يقول في هذا الصدد : « لا يثبت بلفظ البيع حكمه إلا إذا أَرَادَهُ به . وحينئذ فلا فرق بين بعت وأبيع في توقف الاعتقاد به على النية . ولذا لا ينقذ بلفظ بعت هزلاً . فلا معنى لقوله ينقذ بلفظ الماضي ولا ينقذ بالمستقبل ثم تقيده بما إذا لم ينوبه ، فإنه ينقذ به في الماضي وغيره بالنية ، ولا ينقذ بالماضي وغيره بلا نية . . . واعلم أن عدم الاعتقاد بالمستقبل هو إذا لم يتصادقاً على نية الحال ، أما إذا تصادقاً على نية البيع في الحال فينقذ به في الفضاء ، لأن صيغة الاستقبال تحتمل الحال فيثبت بالنية » ^(٢) . فصاحب فتح القدير يحاول العدول عن المعايير الموضوعية التي وضعها الفقهاء . وهي الصيغة التي تتمحض للحال والصيغة التي تتمحض للاستقبال ، وأن يجعل النية - أي الإرادة الباطنة - هي المعيار ، فصيغة الماضي دون النية لا ينقذ بها العقد كما في الهزل ، وصيغة الاستقبال إذا اقترنت بها النية ينقذ بها العقد .

على أن هذه المحاولة لم تنجح ، فإن الفقهاء بقوا يرددون المعايير الموضوعية ويقفون عند الصيغ . وهم في ذلك غير غافلين عن أن العبرة في التصرفات بالإرادة لا بالصيغة ، ولكنهم يستخلصون الإرادة من الصيغة ، لأن الإرادة التي يعتدون بها هي الإرادة الظاهرة لا الإرادة الباطنة وذلك حتى يستقر التعامل . وغنى عن البيان أن الصيغة إذا تمحضت لمعنى معين ، وجب الوقوف عند هذا المعنى باعتبار أنه هو الإرادة الظاهرة ، وليست الصيغة إلا قرينة على هذه الإرادة ، ولكنها قرينة لا تقبل إثبات العكس . ومن ثم بقيت صيغة الحال ينقذ بها العقد دون بحث في النية ، وصيغة الاستقبال لا ينقذ بها العقد دون اعتداد بالنية كذلك ، والصيغة

(١) انظر فتح القدير جزء ٥ ص ٧٤ - ٧٥ .

(٢) فتح القدير جزء ٥ ص ٧٤ - ٧٥ .

التي تحتل الحال والاستقبال ينعقد بها العقد أو لا ينعقد تبعاً لقيام النية أو عدم قيامها . وبقي الفقهاء يواصلون ترديد هذه القواعد .

من ذلك ما جاء في الفتاوى الهندية : « قال أصحابنا رحمهم الله : كل لفظين ينبئان عن التملك والتملك على صيغة الماضي أو الحال ينعقد بهما البيع ، كذا في المحيط ، فارسية كانت أو عربية أو نحوهما ، هكذا في التارخانية . وينعقد بالماضي بلا نية وبالمضارع بها على الأصح ، هكذا في البحر الرائق . فإذا قال البائع أبيع منك هذا العبد بألف أو أبذله أو أعطيكه وقال المشتري أشتريه منك أو آخذه ، ونويا الإيجاب للحال ، أو كان أحدهما بلفظ الماضي والآخر بالمستقبل مع نية الإيجاب للحال ، فإنه ينعقد . وإن لم ينو لا ينعقد ، هكذا في القنية . وإذا تمحض للحال ، كأبيعتك الآن ، فلا يحتاج إليها . وأما ما تمحض للاستقبال كالمقرون بالسين وسوف أو الأمر فلا ينعقد به ، إلا إذا دل الأمر على المعنى المذكور ، كخذه بكذا فقال أخذته ، فإنه كالماضي ، كذا في النهر الفائق . . . ثم إذا كان بلفظ الأمر فلا بد من ثلاثة ألفاظ ، كما إذا قال البائع اشتر مني فقال اشتريت فلا ينعقد ما لم يقل البائع بعث ، أو يقول المشتري بع مني فيقول بعث ، فلا بد من أن يقول ثانياً اشتريت ، كذا في الدرر الجاهل . ولا ينعقد بصفة الاستفهام بالاتفاق^(١) . فها نحن نرى صاحب الهندية يردد ما سبقه إليه الفقهاء من القواعد التي تقدم ذكرها . ويزيد الأمر إيضاحاً في صيغتي المضارع والأمر . فصيغة المضارع التي تحتل الحال والاستقبال قد تمحض للحال إذا اقترن بها لفظ يدل على ذلك كلفظ « الآن » ، وعند ذلك ينعقد العقد دون بحث في النية إذ أن الإرادة الظاهرة تصبح هنا واضحة فيؤخذ بها . وصيغة الأمر التي تمحض عادة للمستقبل فلا ينعقد بها العقد . قد تمحض في بعض صورها للحال ، كما إذا قال البائع للمشتري خذ هذا بكذا فقال المشتري أخذته أو هاته فإن الأمر هنا تمحض للحال . فيؤخذ بالإرادة الظاهرة وينعقد العقد .

ومن ذلك أيضاً ما جاء في الزيلعي : « وينعقد بكل لفظ ينبيء عن التحقيق ، كبتت أو اشتريت أو رضيت أو أعطيتك أو خذه بكذا »^(١) . فهنا استعمل الزيلعي صيغة الماضي وهي تتمحض للحال ، وصيغة « خذ » من صور صيغة الأمر وهي أيضاً تتمحض للحال ، فينعقد العقد بكلتا الصيغتين دون بحث في النية .

ومن ذلك أيضاً ما جاء في حاشية الشلبي على الزيلعي : « ثم اعلم أن اشتراط الإيجاب والقبول بأن يكونا بلفظ الماضي إذا لم توجد نية الحال من لفظ المستقبل ، فإذا وجدت تنعقد بلفظ المستقبل أيضاً . قال الكمال وكذا لفظ خذه بكذا ينعقد به إذا قبل قبل بأن قال أخذته ونحوه ، لأنه وإن كان مستقبلاً لكن خصوص مادته ، أعني الأمر بالاخذ ، يستدعي سابقة البيع ، فكان كالماضي . . إلا أن استدعاء الماضي سبق البيع بحسب الوضع ، واستدعاء « خذه » سبقه بطريق الاقتضاء . فهو كما إذا قال بعثك عبدي هذا بألف فقال فهو حر ، عتق ، ويثبت اشتريت اقتضاء ، بخلاف ما لو قال هو حر بلا فاء ، لا يعتق »^(٢) .

وهنا أيضاً يقف الشلبي عند المعنى الظاهر من الصيغة . وظهور المعنى إما أن يكون بحسب الوضع كما في صيغة الماضي ، وإما أن يكون بطريق الاقتضاء كما في بعض صور الأمر ، وكما إذا قرن العبارة بحرف الفاء فبدل اقتضاء على معنى الإيجاب . فالمسألة إذن ليست مسألة ألفاظ توفيقية تدخل في نطاق الشكلية ، بل هي مسألة معان تستخلص من الألفاظ والصيغ تغلياً للإرادة الظاهرة على الإرادة الباطنة .

ومن ذلك أخيراً ما جاء في الدر : « وهما عبارة عن كل لفظين يثبتان عن معنى التملك والتملك ماضيين كبتت واشتريت ، أو حالين كمضارعين لم يقرنا بسوف والسين كأبيعتك فيقول أشريه ، أو أحدهما ماض والآخر حال ، ولكن يحتاج الأول إلى نية بخلاف الثاني ، فإن نوى به الإيجاب للحال صحح على الأصح وإلا لا ، إلا إذا استعملوه للحال كأهل خوارزم فكالماضي ، وكأبيعتك الآن لتمحضه للحال . وأما المتمحض للاستقبال فكالأمر لا يصح أصلاً ، إلا الأمر

(١) الزيلعي جزء ٤ ص ٤ .

(٢) حاشية الشلبي على الزيلعي جزء ٤ ص ٤ .

إذا دل على الحال كخذه بكذا فقال أخذت أَرْضَيْتَ، ضح بطريق الاقتضاء^(١).
وواضح أن ما جاء في الدر ليس إلا ترديداً لما تقدم ذكره . وعليه استقر المذهب
الحنفى .

مذهب مالك :

وأما مذهب مالك فيتفق مع المذهب الحنفى فى أن صيغة الماضى ينعقد بها
العقد دون بحث فى النية ، فيؤخذ فيها بالإرادة الظاهرة : لأنها تتمحض للحال .
ويتفق معه أيضاً فى أن صيغة المضارع تتحمل الحال والاستقبال ، ومن ثم
لا تكون الإرادة الظاهرة واضحة فلا يؤخذ بها ، ويتعين البحث عن النية أى
عن الإرادة الباطنة ، ويتفق معه أخيراً فى صيغى الاستفهام والاستقبال فهما
يتمحضان للاستقبال ولا ينعقد بهما العقد . ولكن المذهبين يختلفان فى صيغة
الأمر ، فإن هذه الصيغة عند الحنفية تتمحض للاستقبال كما رأينا ، ولذلك
لا ينعقد بها العقد (إلا فى صورة خذ) . أما عند مالك فصيغة الأمر إما تتمحض
للحال . فينعقد بها العقد دون بحث فى النية ، أو فى القليل تحتل الحال والاستقبال
إذ هى أقوى من صيغة المضارع فى احتمال الحال تبعاً للعرف ، فينعقد بها العقد
إذا اقترنت بالنية . ويحلف من أتى بصيغة الأمر إذا أنكر أنه قصد الإيجاب .
وله هى خلاصة عاجلة لمذهب مالك فى هذه المسألة . ويبقى الآن أن
نستعرض بعض نصوص المذهب .

جاء فى المدونة الكبرى : « قال سألت مالكا عن الرجل يقف بالسلعة فى
السوق ، فيأتيه الرجل فيقول بكم سلعتك هذه ، فيقول بمائة دينار . فيقول قد
أخذتها فيقول الرجل لا أبيعك ، وقد كان أوقفها للبيع . أترى أن هذا يلزمه ؟
قال : قال مالك يحلف بالله الذى لا إله إلا هو ما ساومه على الإيجاب فى البيع
ولا على الإمكان . وما ساومه إلا على كذا وكذا لأمر يذكره غير الإيجاب ،
فإذا حلف على ذلك كان القول قوله ، وإن لم يحلف لزمه البيع^(٢) . وظاهر

(١) حاشية ابن عابدين جزء ص ١٣ - ص ١٤ .

(٢) المدونة الكبرى جزء ١٠ ص ٥١ .

مما جاء في المدونة أن صيغة غير صيغة الماضي قد ينقصد بها البيع . فالبائع في المثل المتقدم لم يقل بعت ، بل قال سلعتي بمائة دينار . ولكن اقترن بهذه الصيغة وقوفه في السوق بالسلعة لبيعها ، فيفترض أنه أراد الإيجاب ، إلا أن يحلف أنه لم يردده فيكون القول عند ذلك قوله يمينه . ومؤدى ذلك أن الإرادة الظاهرة إذا لم تكن واضحة من الصيغة كما في هذا المثل ، تعين البحث عن النية أى عن الإرادة الباطنة . والقاعدة عند مالك أن من يأتي بصيغة تحتل الحال والمستقبال ، كصيغة المضارع أو الصيغة التي وردت في المثل الذي نحن بصددده ، يكون القول قوله يمينه ، فإن أنكر أنه نوى الإيجاب وحلف اليمين على ذلك لم يلزمه العقد ، وإن نكل عن اليمين فإن العقد يلزمه .

وجاء في شرح الخطاب على خليل : « ليس للإيجاب والقبول لفظ معين ، وكل لفظ أو إشارة فهم منها الإيجاب والقبول لزم به البيع وسائر العقود . إلا أن في الألفاظ ما هو صريح مثل بعتك بكذا فيقول قبلت ، أو اتبعت منك فيقول بعت فهذا يلزمهما . وأما الألفاظ المحتملة فلا يلزم البيع بها بمجرد ما حتى يتنزل بها عرف أو عادة أو ما يدل على البيع ، مثل أن يقول المبتاع بكم فيقول البائع بدينار ، فيقول قبلت ، فيقول البائع لا أبيعك ، فإن كان في سوق تلك السلعة فروى أشهب يلزمه البيع ، وروى ابن القاسم يحلف ما ساومه على البيع ، ولا يلزمه ^(١) . ونرى من ذلك أن هناك قولاً في مذهب مالك ، رواه أشهب ، يذهب إلى أن دلالة وقوف الرجل بالسلعة في السوق قوية بحيث تكون قرينة لا تقبل النقص ، وتتمحض الصيغة للحال ، فينقصد العقد دون بحث في النية كما في صيغة الماضي . وهذا القول معقول كما هو ظاهر .

أما عن صيغتي الماضي والمضارع في مذهب مالك ، فقد جاء في شرح الخطاب أيضاً ما يأتي : « وحاصله التفرقة بين أن تكون الصيغة بلفظ الماضي فتلزم ، أو بلفظ المضارع فيحلف . ونحوه لابن عبد السلام ، فقال حاصل كلامه إنه إن أتى بصيغة الماضي لم يقبل منه رجوع ، وإن أتى بصيغة المضارع

فكلامه محتمل فيحلف على ما أراده « (١) . وهذا يتفق مع المذهب الحنفي ، فالماضي يتمحض للحال وينعقد به العقد ، والمضارع يحتمل الحال والاستقبال فلا ينعقد به العقد إلا بالنية ، فإن حلف على انعدامها فالقول قوله يمينه .

أما عن صيغة الأمر ، فقد قدمنا أن هناك قولاً في مذهب مالك يقضي بأن هذه الصيغة تتمحض للحال كصيغة الماضي ، فينعقد بها العقد دون بحث في النية ، وفي هذا المعنى جاء في شرح الخطاب : « فإن قول المشتري لمن بيده سلعة بعني سلعتك بعشرة لا يدل صريحاً على إيجاب البيع من جهة المشتري ، لأنه إما أمر للبائع أن يبيعه أو ملتزم منه ذلك ، ويحتمل أن يكون راضياً به أو غير راض . ولكن العرف دال على أن قائل ذلك طالب ومريد للبيع وراض به لأن " بعني " صريح في أمر المشتري للبائع بالبيع واستدعائه منه وطلبه له وإرادته إياه وحصوله مطلوب يصير به مبتاعاً . فإذا أجابه البائع بحصول مطلوبه ، فقد تم له ما أراده من وجود البيع . وظاهر كلام المصنف أن البيع ينعقد في هذه المسألة ، ويلزم المشتري ، إذا أجابه البائع بما يدل على الرضاء ولو قال البائع بعد " بعثك " لا أرضى لأنني لم أرد إيجاب البيع ، ويعد قوله بعد ذلك لا أرضى ندماً « (٢) . ويتبين من ذلك أن صيغة الأمر تتمحض للحال ، لا بطبيعة الوضع ، بل بدلالة العرف .

وجاء في حاشية الدسوقي على شرح الدردير استعراض لصيغ الماضي والمضارع والأمر في مذهب مالك على الوجه الآتي (٣) : « والحاصل أن الماضي ينعقد به البيع اتفاقاً ، ولا عبرة بقول من أتى به أنه لم يرد البيع أو الشراء ولو حلف . والمضارع إن حلف من أتى به أنه لم يرد البيع أو الشراء قبل قوله ، وإلا لزم . وأما الأمر ، فهل هو كالماضي وهو قول مالك وابن القاسم في غير المدونة ، أو كالمضارع وهو قول ابن القاسم في المدونة ؟ ولكن الأرجح والمعول عليه أن عليه اليمين لأنه قول ابن القاسم في المدونة « . وإلى هنا يبدو أن الدسوقي ، بعد أن بين أن صيغة الأمر

(١) شرح الخطاب على خليل جزء ٤ ص ٢٢٢ .

(٢) شرح الخطاب على خليل جزء ٤ ص ٢٢٩ .

(٣) حاشية الدسوقي على شرح الدردير جزء ٣ ص ٣ - ص ٤ .

اختلف فيها ، هل هي كصيغة الماضي تتمحض للحال ، أو هي كصيغة المضارع تحتل الحال والاستقبال ، رجح احتمالها للحال والاستقبال لأن هذا هو قول ابن القاسم في المدونة . ولكن الدسوقي يَمْضِي في حاشيته ، ويقرر أن صيغة الأمر ، على العكس مما قدمه ، إنما هي كصيغة الماضي تتمحض للحال بدلالة العرف لا بطبيعة الوضع . إذ يقول : « لأن المطلوب في انعقاد البيع ما يدل على الرضا ، ودلالة الأمر على الرضا أقوى من دلالة المضارع عليه : لأن صيغة الأمر تدل على الرضا عرفاً ، وإن كان في أصل اللغة محتملاً ، بخلاف المضارع فإنه لا يدل عليه . والحاصل أن المطلوب في انعقاد ما يدل على الرضا عرفاً وإن كان محتملاً لذلك لغة ، فالماضي لما كان دالاً على الرضا من غير احتمال انعقد البيع به من غير نزاع ، والأمر كبعني إنما يدل لغة على الأمر بالبيع له أو التماسه منه إلا أنه محتمل لرضاه به وعدمه ، لكن العرف دل على رضاه به ، وحيثئذ فيستوى الأمر مع الماضي » .

وجاء في هامش السماوي على شرح الدردير ما يؤيد أن صيغة الأمر تنزل منزلة صيغة الماضي من حيث تتمحضها للحال بدلالة العرف ، إذ يقول : « وحاصله أن المطلوب في انعقاد البيع به ما يدل على الرضا عرفاً وإن كان محتملاً لذلك لغة . فالماضي لما كان دالاً على الرضا من غير احتمال ، انعقد البيع من غير نزاع ، ولا يقبل رجوعه ولو ساء . والأمر إنما يدل لغة على طاب البيع له فهو يحتمل الرضا به وعدمه ، ولكن العرف دل على رضاه به ، وحيثئذ فيستوى مع الماضي ، ولا يقبل رجوعه عنه ولو ساء كما يفيد الشارح . والمضارع يحتمل الحال والاستقبال ، ولم يكن في العرف دالاً على الرضا ، فقبل الرجوع فيه بالبين » (١) .

المذاهب الأخرى :

وقد رأينا أن الشافعي يجعل صيغة الأمر دالة على الإيجاب فيها نقلناه عن البدائع في مناقشة رأيه . وجاء في المذهب للشيرازي : « فإن قال المشتري بعني

فقال البائع بعثك ، انعقد البيع لأن ذلك يتضمن الإيجاب والقبول ^(١) .
وصيغة الأمر في مذهب أحمد على قولين قول يعتقد به البيع ، وقول لا يعتقد .
وجاء في المغنى : « وإن تقدم بلفظ الطلب ، فقال بعنى ثوبك فقال بعثك ،
ففيه روايتان : إحداهما يصح كذلك وهو قول مالك والشافعى ، والثانية لا يصح
وهو قول أبى حنيفة لأنه لو تأخر عن الإيجاب لم يصح به البيع فلم يصح إذا تقدم
كلفظ الاستفهام ، ولأنه عقد عرى عن القبول فلم ينعقد كما لو لم يطلب .
وحكى أبو الخطاب فيما إذا تقدم بلفظ الماضى روايتين أيضاً . فإما إن تقدم
بلفظ الاستفهام مثل أن يقول أتبيعنى ثوبك بكذا فيقول بعثك ، لم يصح بحال ،
نص عليه أحمد وبه يقول أبى حنيفة والشافعى ، ولا نعلم عن غيرهم خلافهم ،
لأن ذلك ليس بقبول ولا استدعاء ^(٢) .

ولخص الشعرانى اختلاف الأئمة في صيغة الأمر فقال : « ون ذلك قول
الأئمة الثلاثة أن البيع ينعقد بلفظ الاستدعاء كبعنى أو اشتر منى فيقول بعث
أو اشتريت ، مع قول أبى حنيفة أنه لا ينعقد أصلاً ، فالأول مخفف والثانى
مشدد . ووجه الأول حصول الغرض بكون المستدعى بائعاً أو مشترياً إذ لا بد
من الجواب في المسألتين . ووجه الثانى نسبة المستدعى إلى غش وتدليس في العادة ،
فربما فهم الناس منه أنه لو لم يكن في ذلك المبيع عيب لما كان يسأل غيره في
أخذه بل كان يصبر إلى أن يطلبه غيره منه كما هو مشهور في الأسواق . ويصح
حمل الأول على حال الأكابر من أهل العلم والدين الذين يرون الحظ الأوفر
لإخوانهم ، وحمل الثانى على من كان بالضد من ذلك كما يعرف الناس ذلك
من بعضهم بعضاً بالتجربة أو القرائن ، فرجع الأمر إلى مرتبى الميزان ^(٣) .
وجاء في النبل : ولو قال بع لى هذا الشيء بكذا فقال بعث لك بكذا ، ألزمه على
الراجع ^(٤) .

(١) المذهب للشيرازى جزء أول ص ٢٥٧ . ومع ذلك انظر الوجيز « جزء أول ص ١٣٢ -

ص ١٣٣ » : « ولا تكنى الماطاة ، ولا الاستيجاب والإيجاب ، وهو قوله بمعنى بدل قوله اشتريت على
أصح الوجهين . بخلاف النكاح فإنه لا يجرى مفاوضة » .

(٢) المغنى جزء ٤ ص ٣ - ٤ .

(٣) الميزان الكبير للشمرانى جزء ٢ ص ٧٦ - ص ٧٣ .

(٤) النبل جزء ٢ ص ١٠ .

وجاء في المنتزع المختار : « فلو قال بع مني هذا بكذا فقال بعث ، انعقد »^(١) .
 ويتبين مما تقدم أن صيغة الأمر انعقد بها العقد عند الأئمة جميعاً ، فيما عدا
 أبا حنيفة . وصيغة الماضي انعقد بها العقد عند الجميع بلا خلاف . وصيغة المضارع
 يجب اقترانها بالنية لانعقاد العقد . ولا انعقد العقد بصيغة الاستفهام ولا بصيغة
 الاستقبال . هذه هي خلاصة الفقه الإسلامي في هذه المسألة ، وبها أخذ التقنين
 المدني العراقي في المادة ٧٧ إذ تجرى على الوجه الآتي :

- ١ - « الإيجاب والقبول كل لفظين مستعملين عرفاً لإنشاء العقد . وأي
 لفظ صدر أولاً فهو إيجاب ، والثاني قبول » .
- ٢ - « ويكون الإيجاب والقبول بصيغة الماضي ، كما يكونان بصيغة المضارع
 أو بصيغة الأمر إذا أريد بهما الحال » .

المطلب الثاني

التعبير عن الإرادة بمظاهر خارجية غير اللفظ

- المظاهر الخارجية الأخرى غير اللفظ للتعبير عن الإرادة قد تكون :
- ١ - الرسالة والكتابة . ٢ - الإشارة . ٣ - التعاطي .
 - ٤ - أي موقف آخر يدل على الرضاء .
 - ٥ - السكوت وهو موقف سلبي محض .
- فنستعرض كلاً من هذه المظاهر :

١ - الرسالة والكتابة :

صورة الرسالة هي أن يرسل العاقد للعاقد الآخر الغائب رسولاً يبلغه الإيجاب
 شفاهاً باللفظ ، وصورة الكتابة هي أن يكتب العاقد للعاقد الآخر كتاباً بإيجابه .

ففي الحالتين التعاقد ما بين غائبين ويوجد وسيط بينهما رسول يبلغ الإيجاب شفاهاً في الرسالة ، أو كتاب يحمل الإيجاب مكتوباً في الكتابة ويلاحظ أن كلا من الرسالة والكتابة هنا مقصود بها التعبير عن الإرادة ذاتها لا مجرد إثباتها .

والأصل في الفقه الإسلامي أن الإيجاب والقبول لابد من اقتران أحدهما بالآخر في مجلس واحد كما سيأتي . فإذا أوجب أحد العاقدين في غياب العاقد الآخر لم يتوقف الشطر حتى لو بلغ الآخر قبيل . ولكن وصول الإيجاب إلى مجلس القابل عن طريق الرسالة أو الكتابة هو نقل الإيجاب مادياً إلى مجلس القبول ، فيكون اقتران القبول بالإيجاب قد وقع في مجلس واحد .

فإذا أرسل العاقد رسولا يبلغ إيجابه ، فالرسول ليس إلّا ناقلاً للإيجاب نقلاً مادياً إذ هو يقتصر على نقل إرادة العاقد . وفي هذا يختلف عن النائب الذي يعبر عن إرادته لا عن إرادة الأصيل . وإذا نقل الرسول الإيجاب للعاقد الآخر ، وقبل هذا في مجلس أداء الرسالة ، انعقد العقد ، لأن الرسول ناقل فاما قبل انعقاد الآخر اتصل لفظه بلفظ الموجب حكماً . أما لو بلغ أحد بالإيجاب بغير أمر الموجب فقبل العاقد الآخر ، لم ينعقد العقد لأن المبلغ ليس رسولا بل فضولاً ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك . لكن لو أمر الموجب أحداً بتبليغ إيجابه ، فقد أظهر من نفسه الرضا بالتبليغ ، فكل تبليغ للإيجاب حتى لو كان من غير المأمور يعتبر تبليغاً برضاه ، فإن قبل العاقد الآخر في مجلس التبليغ انعقد العقد .

وبالرسالة والكتابة ، لأن الكتاب كالخطاب ، فلو أرسل العاقد إيجابه في كتاب للعاقد الآخر ، وبلغ الكتاب هذا ففهم ما فيه وقال قبلت في مجلس بلوغ الكتاب ، انعقد العقد . ويجوز أن ينعقد العقد بالكتابة من الجانبين ، ويبدو أن الكتابة تختلف عن الرسالة في أن العاقد الآخر إذا لم يجب في أول مجلس لبلوغ الكتاب فالكتاب باق ، بحيث إذا قرئ في مجلس ثان فقبل العاقد الآخر انعقد العقد .

وتتفق الكتابة والرسالة في الأمرين الآتين :

١ - لو استعمل العاقد ، في الكتابة أو الرسالة ، صيغة هي في ذاتها لا تتمحض للحال ، فإن إرسالها في كتاب أو مع رسول يجعلها تتمحض للحال

بدلالة الظروف . ذلك أن هناك فرقاً بين الحاضر والغائب فصيغة الأمر للحاضر تكون استيماً عادة ، أما للغائب بالكتابة أو الرسالة فيراد بها أحد شطرى العقد .

٢ - لما كان الإيجاب غير ملزم في أكثر المذاهب ويجوز الرجوع فيه قبل صدور القبول ، فالرجوع في الإيجاب بالكتابة أو بالرسالة جائز كذلك . فيصح رجوع الكاتب أو المرسل عن الإيجاب الذى كتبه أو أرسله قبل بلوغ ذلك للعاقدة الآخر وقبواه ، سواء علم العاقدة الآخر بالرجوع أو لم يعلم ، حتى لو قبل بعد ذلك لا ينقذ العقد . وهذا بخلاف الوكيل ، فلو وكل شخص آخر بالبيع ، ثم عزل الوكيل قبل البيع ، فباع الوكيل دون أن يعلم بالعزل ، فإن البيع ينقذ . وفي هذا المعنى يقول الكاسانى : « ولو كتب شطر العقد ثم رجع ، صح رجوعه لأن الكتاب لا يكون فوق الخطاب ولو خاطب ثم رجع قبل قبول الآخر صح رجوعه ، فهنا أولى . كذا لو أرسل رسولا ثم رجع لأن الخطاب بالرسالة لا يكون فوق المشافهة ، وإذا محتمل للرجوع فهنا أولى . وسواء علم الرسول رجوع المرسل أو لم يعلم به ، بخلاف ما إذا وكل إنساناً ثم عزله بغير علمه لا يصح عزله ، لأن الرسول يحكى كلام المرسل وينقله إلى المرسل إليه ، فكان سفيراً ومعبراً محضاً ، فلم يشترط علم الرسول بذلك ، أما الوكيل فإنما يتصرف عن تفويض الموكل إليه ، فشرط علمه بالعزل صيانة له عن التفرير »^(١) .

هذا هو مجمل أحكام الرسالة والكتابة في الفقه الإسلامى . وننقل الآن بعض النصوص التى تورد هذه الأحكام في المذاهب المختلفة .

المذهب الحنفى :

جاء في البدائع : « إذا أوجب أحدهما البيع والآخر غائب ، فبلغه فتقبل لا ينقذ ، بأن قال بعت عبدى هذا من فلان الغائب بكذا فبلغه فتقبل . ولو قبل عنه قابل ينقذ . والأصل في هذا أن أحد الشطرين من أحد العاقدين في باب البيع يتوقف على الآخر في المجلس ، ولا يتوقف على الشطر الآخر من العاقدة الآخر

فيما وراء المجلس بالإجماع ، إلا إذا كان عنه قابل ، أو كان بالرسالة أو الكتابة .
أما الرسالة فهي أن يرسل رسولا إلى رجل ، ويقول لارسل إني بعت عبدى بكذا ،
فذهب الرسول وبلغ الرسالة ، فقال المشتري في مجلسه ذلك قبلت ، انعقد البيع ،
لأن الرسول سفير ومعبّر عن كلام المرسل ناقل كلامه إلى المرسل إليه فكأنه حضر
بنفسه فأوجب البيع وقبل الآخر في المجلس . وأما الكتابة فهي أن يكتب الرجل
إلى رجل أما بعد فقد بعت عبدى فلاناً منك بكذا ، فبلغه الكتاب فقال في مجلسه
اشتريت ، لأن خطاب الغائب كتابه فكأنما حضر بنفسه وخاطب بالإيجاب وقبل
الآخر في المجلس ،^(١) .

وجاء في فتح القدير : « فصورة الكتاب أن يكتب أما بعد فقد بعت عبدى
منك بكذا ، فلما بلغه الكتاب وفهم ما فيه قال قبلت في المجلس ، انعقد . والرسالة
أن يقول اذهب إلى فلان وقل له إن فلاناً باع عبده فلاناً منك بكذا ، فجاء
فأخبره فأجاب في مجلسه ذلك بالقبول ، وكذا إذا قال بعت عبدى فلاناً من فلان
بكذا فاذهب يا فلان فأخبره ، فذهب فأخبره فقبل . وهذا لأن الرسول ناقل ،
فلما قبل اتصل لفظه بلفظ الموجب حكماً . فلو بلغه بغير أمره فقبل ، لم يجز لأنه
ليس رسولاً فضولياً ، ولو كان قال بلغه يا فلان ، فبلغه غيره فقبل ، جاز . ولو كان
المكتوب بعينه بكذا ، فكتب بعته ، لا يتم ما لم يقل الأول قبات وأما ما ذكر
في المبسوط لو كتب إليه بعنى بكذا فقال بعته يتم البيع ، فليس مراد محمد هنا
من هذا سوى الفرق بين النكاح والبيع في شرط الشهود لا بيان اللفظ الذي ينعقد به
البيع . وقيل بالفرق بين الحاضر والغائب ، فبعنى من الحاضر يكون استتماماً عادة ،
وأما من الغائب بالكتابة فيراد به أحد شطري العقد . هذا ويصح رجوع الكاتب
والمرسل عن الإيجاب الذي كتبه وأرسله قبل بلوغ الآخر وقبوله ، سواء علم الآخر
أو لم يعلم ، حتى لو قبل الآخر بعد ذلك لا يتم البيع ، بخلاف ما لو وكل بالبيع
ثم عزل الوكيل قبل البيع فباع الوكيل ، فإنه ما لم يعلم الوكيل بالعزل قبل البيع فبيعه
نافذ ،^(٢) .

(١) البدائع جزء ٥ ص ١٣٨ .

(٢) فتح القدير جزء ٥ ص ٧٩ - وانظر الزيلعي ٤ ص ٤ : « والإرسال والكتاب كالخطاب =

وجاء في الدر : « ولو قال بعته فبلغه يا فلان فبلغه غيره جاز فليحفظ .
ولا يتوقف شطر العقد فيه أي البيع على قبول غائب ، فلو قال بعث فلاناً الغائب ،
فبلغه فقبل ، لم ينعقد اتفاقاً إلا إذا كان بكتابة أو رسالة ، فيعتبر مجلس بلوغها .
وقال ابن عابدين في حاشيته تعليقاً على ما تقدم : « . . . وجه الجواز ما نقل عن
المحيط أنه حين قال بلغه فقد أظهر من نفسه الرضا بالتبليغ برضاه ، فإن قبل صح
البيع . . صورة الكتابة أن يكتب أما بعد فقد بعث عبدي فلاناً منك بكذا ،
فلما بلغه الكتاب قال في مجلسه ذلك اشتريت ، تم البيع بينهما . وصورة الإرسال
أن يرسل رسولا ، فيقول البائع بعث هذا من فلان الغائب بألف درهم فاذهب يا فلان
وقل له ، فذهب الرسول فأخبره بما قال ، فقبل المشتري في مجلسه ذلك . . قلت
ويكون بالكتابة من الجانبين ، فإذا كتب اشتريت عبدي فلاناً بكذا ، فكتب إليه
البائع قد بعث ، فهذا بيع كما في التارخاية . قوله : فيعتبر مجلس بلوغها . أي
بلوغ الرسالة أو الكتابة . قال في الهداية والكتاب كالحطاب وكذا الإرسال ، حتى
اعتبر مجلس بلوغ الكتابة وأداء الرسالة اهـ . وفي غاية البيان وقال شمس الأئمة
الرضي في كتاب النكاح من مبسوطه : كما ينعقد النكاح بالكتابة ينعقد البيع
وسائر التصرفات بالكتاب أيضاً . وذكر شيخ الإسلام جواهر زادة في مبسوطه الكتاب
والخطاب سواء إلا في فصل واحد وهو أنه لو كان حاضراً فخاطبها بالنكاح فلم تعجب
في مجلس الخطاب ثم أجابت في مجلس آخر فإن النكاح لا يصح وفي الكتاب إذا بلغها
وقرأت الكتاب ولم تزوج نفسها منه في المجلس الذي قرأت الكتاب فيه ، ثم
زوجت نفسها في مجلس آخر بين يدي الشهود وقد سمعوا كلامها وما في الكتاب ،
يصح النكاح لأن الغائب إنما صار مخاطباً لها بالكتاب والكتاب باق في المجلس الثاني
فصار بقاء الكتاب في مجلسه وقد سمع الشهود ما فيه في المجلس الثاني بمنزلة ما لو تكرر
الخطاب من الحاضر في مجلس آخر . فأما إذا كان حاضراً فلأنما صار مخاطباً لها
بالكلام وما وجد من الكلام لا يبقى إلى المجلس الثاني وإنما سمع الشهود في المجلس

سحقه يعتبر مجلس أدائها . وعلق الشارح : قوله حتى يعتبر مجلس أدائها أي ويصح رجوعه عن ذلك بعد
ما كتب وبعد ما أرسل قبل قبول الآخر ، سواء علم الرسول أو لم يعلم ، بخلاف ما إذا عزل الوكيل بنهر
علمه فإنه لا ينعزل .

الثاني أحد شطري العقد ١ هـ . . وظاهره أن البيع كذلك وهو خلاف ظاهر الهداية فتأمل ،^(١) .

مذهب مالك :

جاء في الشرح الكبير للدردير . « بما . . يدل على الرضا - من قول أو كتابة أو إشارة منهما أو من أحدهما » . وعلق الدسوقي في حاشيته بما يأتي . « قوله . . بما يدل - أى عرفاً سواء دل على الرضا لغة أيضاً أولاً ، كبعت واشتريت وغيره من الأقوال . كالكتابة والإشارة والمعاطاة . قوله : منهما أو من أحدهما - راجع للقول وما بعده ، أى من قول من الجانبين ، أو كتابة منهما ، أو قول من أحدهما وكتابة من الآخر ، أو إشارة منهما ، أو من جانب وقول أو كتابة من الآخر » .

وجاء في الشرح الصغير للدردير : « وما دل على الرضا - من قول أو إشارة أو كتابة من الجانبين أو أحدهما » . وعلق الصاوي : « قوله : وما دل على الرضا - أى عرفاً سواء دل عليه لغة أيضاً أو لا ، فالأول كبعت واشتريت وغيره من الأقوال والثاني كالإشارة والمعاطاة . قوله : أو أحدهما - راجع للقول الإشارة والكتابة .

المذاهب الأخرى :

وجاء في المذهب : « وإن كتب رجل إلى رجل يبيع سلعة ففيه وجهان . أحدهما ينعقد البيع لأنه موضع ضرورة . والثاني لا ينعقد وهو الصحيح لأنه قادر على النطق فلا ينعقد البيع غيره ، وقول القائل الأول أنه موضع ضرورة لا يصح لأنه يمكن أن يوكل من يبيعه بالقول »^(٢) . وظاهر أن القول المرجوح في مذهب الشافعي هو القول الذي يتفق مع مقتضيات التعامل ومع مذاهب الأئمة الآخرين .

وجاء في النيل : « ينعقد من بائع بألفاظ تدل عليه . . أو بإشارة أو كتابة من أخيرس ومنوع من كلام . ونحو ذلك مما يدل على رضا »^(٣) . ويتبين من

(١) ابن عابدين ٤ ص ١٤ - ص ١٥ .

(٢) المذهب ١ ص ٢٥٧ .

(٣) النيل ٢ ص ١٠ .

ذلك أن الكتابة لا تصح إلا من الآخرس والممنوع من الكلام ، وفي هذا تضيق لا يقول به سائر الأئمة كما رأينا .

٢ - الإشارة :

انعقاد العقد بالإشارة لم يجد في الفقه الإسلامي المكان الرحب الذي اتسع لانعقاد العقد بالرسالة والكتابة . فعند الحنفية إذا كان العاقد قادراً على الكلام فإن الإشارة لا تغني عن العبارة ، وإذا كان النطق ليس بشرط في انعقاد العقد فيجوز للآخرس أن يتعاقد بإشارته المفهومة ، فإن التعاقد بالإشارة لا يقبل إلا منه ، سواء كان خرسه أصلياً منذ الميلاد أو كان عارضاً ودام حتى وقع اليأس من كلامه . وقد جاء في البدائع^(١) في هذا الصدد ما يأتي : « وكذا النطق ليس بشرط لانعقاد البيع والشراء ولا لتنفاذهما وصحتهما ، فيجوز بيع الآخرس وشراؤه إذا كانت الإشارة مفهومة في ذلك ، لأنه إذا كانت الإشارة مفهومة في ذلك قامت الإشارة مقام عبارته . هذا إذا كان الخرس أصلياً بأن ولد آخرس ، فإذا كان عارضاً بأن طرأ عليه الخرس فلا إلا إذا دام به حتى وقع اليأس من كلامه وصارت الإشارة مفهومة فيلحق بالخرس الأصلي . ويجوز للآخرس أن يتعاقد أيضاً بالكتابة ، بل هو أولى في ذلك من غير الآخرس لمكان الضرورة . ولكن قدرة الآخرس على الكتابة لا تمنع من جواز تعاقدته بالإشارة . بخلاف غير الآخرس فلا يجوز تعاقدته بالإشارة إلا لضرورة . ويقول في ذلك ابن نجيم في الأشباه والنظائر^(٢) ما يأتي : « كتابة الآخرس كإشارته . واختلفوا في أن عدم القدرة على الكتابة شرط للعمل بالإشارة أولاً ، والمعتمد لا ، ولذا ذكره في الكتر بأو . ولا بد في إشارة الآخرس من أن تكون معهودة ، وإلا لا تعتبر . وفي فتح القدير من الطلاق ولا يخفى أن المراد بالإشارة التي يقع بها طلاقه الإشارة المقرونة بتصويت منه ، لأن العادة منه ذلك ، فكانت بياناً لما أجمله الآخرس . انتهى . وأما إشارة غير الآخرس ، فإن كان معتقل اللسان ففيه اختلاف ، والفتوى على أنه إن دامت العقلة إلى وقت الموت

(١) البدائع ٥ س ١٣٥ .

(٢) الأشباه والنظائر ص ١٨٨ .

يجوز إقراره بالإشارة والإشهاد عليه ، ومنهم من قدر الامتداد بسنة وهو ضعيف . وإن لم يكن معتقل اللسان لم تعتبر إشارته . وجاء في ابن عابدين^(١) : « ظاهر قوله من لفظين إنه لا ينعقد بالإشارة بالرأس ، وبدل عليه ما في الحاوي الزاهدي في فصل البيع الموقوف . فضولى باع مال غيره فبلغه فسكت متأملاً ، فقال ثالث هل أذنت لى فى الإجازة فقال نعم ، فأجازه ينفذ . ولو حرك رأسه بنعم ، فلا ، لأن تحريك الرأس فى حق الناطق لا يعتبر ا هـ . هـ . »

وظاهر أن المذاهب التى لا تجيز الكتابة فى انعقاد العقد ، كمذهب الشافعى ، لا تجيز من باب أولى الإشارة من غير الأخرى . وهذا هو أيضاً مذهب الزيدية . جاء فى المنتزع المختار^(٢) . « والبيع والشراء أيضاً يصحان من المصمت ، وهو الذى اعتقل لسانه من الكلام لمرض أو غيره بعد أن كان يتكلم ، ويصحان من الأخرى ، وهو الذى يجمع بين الصم والعجمة ، والأعجم الذى يسمع ولا يتكلم ، فتصح عقودهم كلها بالإشارة التى يفهم بها مراده . فأما الإشارة من الصحيح فلا حكم لها . »

ومذهب مالك هو أوسع المذاهب جميعاً فى هذه المسألة ، وهو الذى يساير مقتضيات التعامل ، ومن ثم وجب الأخذ به . فهو يميز التعاقد بالإشارة ولو من غير الأخرى . وقد نقلنا عن الدسوقي فى حاشيته على الشرح الكبير^(٣) وعن الصاوى على الشرح الصغير^(٤) أن العقد ينعقد بما يدل على الرضا عرفاً سواء دل عليه لغة أو لم يدل ، كالقول والكتابة والإشارة والمعاطاة . ولم تنقيد الإشارة ، بأن تكون من الأخرى ، فإشارة غير الأخرى معتبرة . وجاء فى شرح الخطاب^(٥) : « وعلم أيضاً أنه ينعقد بكل قول يدل على الرضا ، وبالإشارة الدالة على ذلك وهى وهى أولى بالجواز من المعاطاة لأنها يطلق عليها أنها كلام ، قال الله تعالى : آيتك ألا تكلم الناس ثلاثة أيام إلا رمزاً ، والرمز الإشارة . . . وغير الأخرى كالأخرى

(١) ابن عابدين ٤ ص ١٣ .

(٢) المنتزع المختار ٩٣ .

(٣) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٣ ص ٣ .

(٤) الصاوى على الشرح الصغير ٢ ص ٣ .

(٥) شرح الخطاب ٤ ص ٢٢٩ .

قاله أبو الحسن في شرح مسألة المدونة المذكورة ونصه : وكذا غير الأخرس إذا فهم عنه بالإشارة وإنما ذكر الأخرس لأنه لا يتأتى منه غيرها انتهى . وكل لفظ أو إشارة فهم منها الإيجاب والقبول لزم بها البيع وسائر العقود .

٣ - التعاطى أو المعاطة :

التعاقد بالتعاطى أو بالمعاطة هو التعاقد بالمبادلة الفعلية والدالة على التراضى . وقد اختلفت المذاهب في جواز ذلك . فالشافعى لا يجيز التعاقد إلا باللفظ عند الإمكان كما علمنا ، فلا يجيز التعاقد بالتعاطى . وعلى النقيض من ذلك الفقه المالكى ، فإنه يجيز التعاقد بالتعاطى ولو من جانب واحد ، ولكن العقد لا يلزم إلا بالمعاطة من الجانبين . وفي المذهبين الحنفى والحنبلى التعاقد بالتعاطى جائز على تفصيل سندكره فيما يلى . ونستعرض الآن هذه المذاهب المختلفة .

المذهب الحنفى :

يمكن القول إن التعاقد بالتعاطى احتل مكانه في المذهب الحنفى تدرجاً لا طفرة . فقد كان يصح في الخسيس دون النفيس ، ثم أصبح يصح في الخسيس والنفيس معاً . وقد كان قبض البدلين جميعاً شرطاً في تمام العقد ، ثم صار قبض أحد البدلين يكفي . ونورد من النصوص ما يدل على ذلك .

أما عن الخسيس والنفيس ، فقد جاء في البدائع (جزء ٥ ص ١٣٤) ما يأتى : « وذكر القدورى أن التعاطى يجوز في الأشياء الخسيسة ولا يجوز في الأشياء النفيسة . ورواية الجواز في الأصل مطلق عن هذا التفصيل وهى الصحيحة . لأن البيع في اللغة والشرع اسم للمبادلة ، وهى مبادلة شئ مرغوب بشئ مرغوب ، وحقيقة المبادلة بالتعاطى وهو الأخذ والإعطاء ، وإنما قول البيع والشراء دليل عليهما . والدليل عليه قوله عز وجل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم ، والتجارة عبارة عن جعل الشئ للغير بيدل وهو تفسير التعاطى . . وإذا ثبت أن حقيقة المبادلة بالتعاطى وهو الأخذ والإعطاء ، فهذا يوجد في الأشياء الخسيسة والنفيسة جميعاً ، فكان التعاطى في كل ذلك بيعاً ، فكان جائزاً . وجاء في فتح القدير

(جزء ٥ ص ٧٧) ما يأتي : « . . . ولهذا ينعقد . بالتعاطى في النفيس والخسيس . قبل النفيس نصاب السرقة فضاعداً والخسيس ما دونه ، وقوله — هو الصحيح — من قول الكرخي أنه إنما ينعقد بالتعاطى في الخسيس فقط ، وأراد بالخسيس الأشياء المحترقة كالبقل والرغيف والبيض والجوز استحساناً للعادة . قال أبو معاذ رأيت سفيان الثوري جاء إلى صاحب الرمان موضع عنده فلساً وأخذ رمانة ولم يتكلم ومضى . وجه الصحيح أن المعنى وهو دلالة على التراضي يشمل الكل وهو الصحيح فلا معنى للتفصيل ، وفي الإيضاح هو خلاف ما ذكره محمد في الأصل في مواضع . . وجاء في الفتاوى الحنانية (انظر هامش الفتاوى الهندية جزء ٢ ص ١٢٧) ما يأتي : « وقد يكون البيع بالأخذ والعطاء من غير لفظ البيع ، ويسمى هذا البيع بالأشياء الخسيسة كالبقل واللحم والخبز والخطب . وقال بعضهم ينعقد في الكل ، وإليه أشار في الجامع الصغير في الوكالة . »

وجاء في الفتاوى الهندية (جزء ٣ ص ٩) : « وقد يكون البيع بالأخذ والإعطاء من غير لفظ ويسمى هذا البيع بيع التعاطى ، كذا في فتاوى قاضيخان . ولا فرق بين أن يكون المبيع خسيماً أو نفيساً وهو الصحيح ، هكذا في التبيين . . وجاء في الزيلعي (جزء ٤ ص ٤) : « قال رحمه الله — وبتعاط — أي يلزم بالتعاطى أيضاً ، ولا فرق بين أن يكون المبيع خسيماً أو نفيساً . وزعم الكرخي أنه ينعقد به في شيء خسيس لجريان العادة ولا ينعقد في النفيس لعدمها . والصحيح الأول ، لأن جواز البيع باعتبار الرضا لا بصورة اللفظ ، وقد وجد التراضي من الجانبيين ، فوجب أن يجوز . . وجاء في ابن عابدين (جزء ٤ ص ١٦) . « قوله — في خسيس ونفيس — النفيس ما كثر ثمنه كالعبد والخسيس ما قل ثمنه كالخبز ، ومنهم من حد النفيس بنصاب السرقة فأكثر والخسيس بما دونه ، والإطلاق هو المعتمد عن البحر . قلت ليس في البحر قوله : والإطلاق هو المعتمد . نعم ذكره في شمول التعاطى للخسيس والنفيس فقال وهو الصحيح المعتمد . قوله — خلافاً للكرخي — فإنه قال لا ينعقد إلا في الخسيس . . وما في الحاوي القدسي من أن هذا هو المشهور فهو خلاف المشهور كما في البحر . »

وأما عن أن قبض البدلين جميعاً ليس بشرط وأن قبض أحد البدلين يكفي ،

فقد جاء في فتح القدير (جزء ٥ ص ٧٧) : « واختلف في أن قبض البديلين شرط في بيع التعاطي أو أحدهما كاف ، والصحيح الثاني . ونص محمد رحمه الله على أن بيع التعاطي يثبت بقبض أحد البديلين ، وهذا ينتظم الثمن والمبيع ، ونصه في الجامع على أن تسليم المبيع يكفي لا ينفي الآخر » . وجاء في شرح العناية للبارقي (انظر فتح القدير جزء ٥ ص ٧٧) : « ثم إن محمداً رحمه الله أشار في الجامع الصغير إلى أن تسليم المبيع يكفي في تحققه » . وجاء في الفتاوى الخانية (انظر هامش الفتاوى الهندية جزء ٢ ص ١٢٧) : « وقال القاضي الإمام أبو الحسن على السعدي رحمه الله تعالى هذا البيع لا يكون إلا بقبض البديلين جميعاً ، وقال بعضهم قبض أحدهما يكفي » . وجاء في الفتاوى الهندية (جزء ٣ ص ٨) : « والشرط في بيع التعاطي الإعطاء من الجانبين عند شمس الأئمة الحلواني ، كذا في الكفاية وعليه أكثر المشايخ ، وفي البرازية هو المختار كذا في البحر الرائق . والصحيح أن قبض أحدهما كاف لنص محمد رحمه الله على أن بيع التعاطي يثبت بقبض أحد البديلين ، وهذا ينتظم الثمن والمبيع ، كذا في النهر الفائق » . وجاء في الفتاوى البرازية (انظر هامش الفتاوى الهندية جزء ٤ ص ٣٦٨ - ص ٣٧٠) : « وأفتى الإمام الحلواني بأن التعاطي من أحد الجانبين لا يكون بيعاً مطلقاً مع بيان الثمن ، بل لابد في المختار من الجانبين . والكرماني على أن تسليم المبيع على وجه البيع والتملك مع بيان الثمن بيع ، وتأويله إذا قبض المبيع لا الثمن ، أما إذا دفع الثمن ولم يقبض المبيع لا يجوز لأن المبيع أصل إلا إذا كان بيع مقايضة » . وجاء في الزيلعي (جزء ٤ ص ٤) : « ثم اختلفوا فيما يتم به بيع التعاطي ، قبل يتم بالدفع من الجانبين ، وأشار محمد أنه يكفي بتسليم المبيع » . وجاء في الدر المختار (انظر ابن عابدين جزء ٤ ص ١٦ - ص ١٧) . « وقيل لابد في التعاطي من الإعطاء من الجانبين ، وعليه الأكثر . قاله الطرسوسي واختاره البرازي ، وأفتى به الحلواني ، واكتفى الكرماني بتسليم المبيع مع بيان الثمن فتحرر ثلاثة أقوال ، وقد علمت المفتي به » . وجاء في ابن عابدين (جزء ٤ ص ١٦ - ١٧) ، توضيحاً لما تقدم في الدر المختار ، ما يأتي : « قوله - ولو التعاطي من أحد الجانبين - صورته أن يتفقا على الثمن ثم يأخذ المشتري المتاع ويذهب برضا صاحبه من غير

دفع الثمن ، أو يدفع المشتري الثمن للبائع ثم يذهب من غير تسليم المبيع ، فإن البيع لازم على الصحيح ، حتى لو امتنع أحدهما بعده أجبره القاضى . . قوله : فتحرر ثلاثة أقوال - هذا الاختلاف نشأ من كلام الإمام محمد ، فإنه ذكر بيع التعاطى فى مواضع ، فصوره فى موضع بالإعطاء من البخانيين ففهم منه البعض أنه شرط ، وصوره فى موضع بالإعطاء من أحدهما ففهم البعض أنه يكتفى به ، وصوره فى موضع بتسليم المبيع ففهم البعض أن تسليم الثمن لا يكتفى .

على أنه إذا كان قبض أحد البديلين كافياً فى التعاقد بالتعاطى ، فلا بد فى جميع الأحوال من أن يكون كل من البديلين معلوماً . فى البيع مثلاً يجب أن يكون كل من المبيع والثمن معلوماً للمتبايعين ، وهذا فيما يكون ثمنه غير معروف فى الأسواق . فإن كان الثمن معروفاً فى سوق البلدة ، وكان المشتري من أهلها ، قامت هذه الظروف قرينة على علمه بالثمن . وقد جاء فى هذا الصدد فى فتح القدير (جزء ٥ ص ٨٧) : « ومنها قول الدلال للبزاز هذا الثوب بدرهم ، فقال ضعه . وفى أجناس الناطقى لو قال بكم تبيع قنمير حنطة ، فقال بدرهم ، فقال اعزله ، فعزله فهو بيع . وكذا لو قال للقصاب مثله ، فوزنه وهو ساكت ، فهو بيع ، حتى لو امتنع القصاب من دفع اللحم ، أجبرهما القاضى . وكذا إذا قال زن لى ما عندك من اللحم على حساب ثلاثة أرتال بدرهم فوزن ، بخلاف ما لو قال زن لى ثلاثة أرتال فوزنها ، له الخيار لأنه ليس بمعلوم ، بخلاف ما لو قال من هذا الجنب ومن هذا الفخذ . وكذا قوله لمن جاء بوقر بطيخ فيه الكبار والصغار بكم عشرة من هذه ، فقال بدرهم ، فعزل عشرة واختارها ، فذهب بها والبائع ينظر ، أو عزل البائع عشرة فقبلها المشتري ، تم البيع . » وجاء فى الفتاوى الهندية (جزء ٣ ص ٩) : « . . . يشترط بيان الثمن لانعقاد هذا البيع بتسليم المبيع . . . وهذا فيما ثمنه غير معلوم . وأما الخبز واللحم فلا يحتاج فيه إلى بيان الثمن ، كذا فى البحر الرائق . . فى المجرد عن أبى حنيفة رحمه الله تعالى إذا قال للحام كيف تبيع اللحم ، قال كل ثلاثة أرتال بدرهم ، قال قد أخذت منك زن إلى ، ثم بدا للحام ألا يزن ، فله ذلك ، وإن وزن فقبل قبض المشتري كان لكل واحد منهما الرجوع ، فإن قبضه المشتري أو جعله البائع فى وعاء المشتري بأمره ، تم البيع وعليه

درهم . وفي نوادر ابن سماعة عن محمد رحمه الله تعالى إذا قال لقصاب زن لي ماعنك من اللحم ، أو قال زن لي من هذا الجنب أو قال من هذه الرجل على حساب ثلاثة أرتال بدرهم ، فوزن ، فلا خيار له ، كذا في المحيط . . دفع إلى بائع الحنطة خمسة دنانير ليأخذ منه حنطة . وقال له بكم تبيعها ، فقال مائة بدينار ، فسكت المشتري ثم طلب منه الحنطة ليأخذها ، فقال البائع غداً أدفع إليك ، ولم يجر بينهما بيع ، وذهب المشتري ، فجاء غداً ليأخذ الحنطة وقد تغير السعر ، فليس للبائع أن يمنعها منه بل عليه أن يدفعها بالسعر الأول ، كذا في القنية . . قال لقصاب كم من هذا اللحم بدرهم ، فقال ، منوين ، قال زن ، فأعطى درهماً ، فأخذه ، جائر ولا يعيد الوزن ، وإن وزنه فوجده أنقص رجع بقدره من الدرهم لا من اللحم لأن الانعقاد بقدر المبيع المعطى ، كذا في الوجيز للكردي . رجل أتى قصاباً كل يوم بدرهم ، والقصاب يقطع اللحم له ويزنه ، وصاحب الدراهم يظن أنه من ، وثمن اللحم في البلد هكذا ، ثم وزن المشتري في البيت يوماً فوجد اللحم ثلاثين أستايراً ، يرجع على القصاب بما يخص قدر النقصان من الدراهم ولا يرجع بقدر النقصان من اللحم . هذا إذا كان الرجل من أهل البلدة التي وقع فيها البيع . أما إذا لم يكن من أهل هذه البلدة بأن كان غريباً ، وقد اصطاح أهل البلدة على سعر الخبز واللحم وشاع ذلك على وجه لا يتفاوت ، فقال هذا الغريب نجواز أو قصاب أعطني بدرهم خبزاً وأعطني لحماً بدرهم ، فأعطاء أقل مما شاع ، ولم يعلم المشتري بذلك ثم علم ، ففي الخبز له أن يرجع كما إذا كان من أهل هذه البلدة ، وفي اللحم ليس له أن يرجع ، لأن الاصطلاح والتسعير في الخبز متعارف فظهر في حق الكل ، وفي اللحم من الغرائب فلا يظهر في حق غير أهل البلدة ، كذا في الظهيرية . في مجموع النوازل رجل له على آخر دين وطالبه ، فجاء المطلوب بشعير قدر معلوماً وقال للطالب خذه بسعر البلد ، قال إن كان سعر البلد معلوماً وهما يعلمان ذلك كان بيعاً تاماً ، أما إذا لم يكن سعر البلد معلوماً أو كان معلوماً إلا أنهما لا يعلمان ذلك لا يكون بيعاً ، كذا في المحيط . . وجاء في الفتاوى البزازية (انظر الفتاوى الهندية جزء ٤ ص ٣٦٨ - ص ٣٧٠) : . . وكذا إذا قال المشتري كله بدرهم فكاله ولم يقل شيئاً . قال بكم عشر من هذه البطاطيخ ، فقال البائع بدرهم ، فأفرز

عشراً وأعطى درهماً وأخذه ، تم البيع . وكذا الرمان وإن كان متفاوتاً . . . وفي الخبز واللحم بيع بلا بيان الثمن ، وفيما سواها كالصابون ونحوه لا . . . اتفق أهل بلدة على سعر اللحم والخبز وشاع على وجه لا يتفاوت ، فأعطى رجل ثمناً واشتراه ، فأعطى أقل من المتعارف ، إن من أهل البلدة يرجع بالنقصان فيهما من الثمن وإن من غير أهلها رجع في الخبز لأن التسعير فيه متعارف . . . دفع الصابون إلى بقال للبيع بلا ذكر الثمن ، أو أخذه منه بجهة الشراء بلا ذكر الثمن ، لا يجعل بيعاً . والحاصل أن فيما سوى الخبز واللحم لا بد من بيان الثمن حتى يكون بيعاً بالتعاطي . له عليه عشرة طلبها منه . فأعطاه ألف من الحنطة ولم يذكر بيعاً ولا مقاصة بالدين ، يكون بيعاً ، وإن كانت لا تنى بالدين إن كان السعر معلوماً فبيع بقلدر قيمتها ، وإلا فلا بيع . . . وجاء أن الثوري جاء إلى فكهاني ووضع عنده فلساً وأخذ رمانة ومضى ولم يتكلم ، وبه أخذ الفقيه ، لكن إنما يجوز هذا عند ظهور السعر ، فأما ما يجري فيه النزاع فلا ، حتى يكون تجارة عن تراض . . . وجاء في ابن عابدين (جزء ٤ ص ١٦ - ص ١٧) : . . . وهذا فيما ثمنه غير معلوم ، أما الخبز واللحم فلا يحتاج فيه إلى بيان الثمن ، ذكره في البحر . والمراد في صورة دفع الثمن فقط أن المبيع موجود معلوم ، لكن المشتري دفع ثمنه ولم يقبضه قط . وفي القنية دفع إلى بائع الحنطة خمسة دنائير ليأخذ منه حنطة ، وقال له بكم تبيعها ، فقال مائة بدينار ، فسكت المشتري ثم طالب منه الحنطة ليأخذها ، فقال البائع غداً أدفع لك ، ولم يجر بينهما بيع ، وذهب المشتري فجاء غداً ليأخذ الحنطة وقد تغير السعر ، فعلى البائع أن يدفعها بالسعر الأول . قال رضى الله عنه وفي هذه الواقعة أربع مسائل ، إحداها الانعقاد بالتعاطي ، الثانية الانعقاد في الحبس والنفس وهو الصحيح ، الثالثة الانعقاد به من جانب واحد ، الرابعة كما ينعقد بإعطاء المبيع ينعقد بإعطاء الثمن . قلت وفيها مسألة خامسة أنه ينعقد به ولو تأخرت معرفة المثلث لكون دفع الثمن قبل معرفته بحر . . . طالب مديونه فبعث إليه شعيراً قدر معلوماً ، وقال خذه بسعر البلد ، والسعر لهما معلوم ، كان بيعاً وإن لم يعلماه فلا . . .

والتعاطي ، ولو من جانب واحد ، فعل يتضمن الدلالة على الرضاء . ومن ثم

يؤخذ بهذه الدلالة إلا إذا عارضها الظاهر . فلو صرح أحد الطرفين بأنه يرفض التعاقد ، فإن دلالة الرضا المستفادة من التعاطي تنقضي ، ولا يتم العقد . والرفض الصريح ينفي الرضا الضمني المستخلص من التعاطي ، حتى لو كان هذا الرفض الصريح يجوز حمله على غير ظاهره ، بأن يحمل على تظاهر التعاقد بالرفض لتطبيب قلب التعاقد الآخر وجعله يعتقد أن الصفقة لمصلحته . وهذا لأن الأصل في الفقه الإسلامي هو تقديم اللفظ على غيره إذ هو أدل على الإرادة الظاهرة . وقد جاء في الفتاوى الهندية (جزء ٣ ص ٩) في هذا المعنى ما يأتي : « دفع إليه دراهم ليشتري منه البطاطيخ المعينة ، فأخذها ويقول لا أعطيها بها ، وأخذ المشتري منه البطاطيخ فلم يستردها ، ويعلم عادة السوق أن البائع إذا لم يرض يرد الثمن أو يسترده المتاع ، وإلا يكون راضياً ويصبح خلفه لا أعطيها تطيباً لقلب المشتري ، فقال مع هذا لا يصح البيع ، كذا في القنية » . وجاء في الدر المختار (انظر ابن عابدين ٤ ص ١٦ - ص ١٧) : « فلو دفع الدراهم وأخذ البطاطيخ ، والبائع يقول لا أعطيها بها ، لم ينعقد . وعلق ابن عابدين في حاشيته على هذا القول بما يأتي : (ابن عابدين ٤ ص ١٦ - ص ١٧) : قوله - لم ينعقد - أي وإن كان يعلم عادة السوق أن البائع إذا لم يرض يرد الثمن أو يسترده المتاع ، وإلا يكون راضياً به ويصبح خلفه لا أعطيها تطيباً لقلب المشتري ، فإنه مع هذا لا يصح البيع ، قنية » .

وحتى ينعقد العقد بالتعاطي لما يتضمن من الدلالة على الرضا ، يجب أن تنصرف هذه الدلالة إلى رضاء صحيح . أما إذا كان التعاطي مجرد تنفيذ لعقد سابق ، وكان هذا العقد السابق باطلاً أو فاسداً ، انعدمت الدلالة المستفادة من التعاطي ، وبقي العقد على حاله باطلاً أو فاسداً بعد التنفيذ ، كما كان قبل التنفيذ . جاء في الفتاوى الهندية (جزء ٣ ص ٨) : اشترى وسائد وطنافس لم تنسج ولم يذكر الأجل ، لا يصح ، ولو نسج الوسائد وسلمها لا يصح . والتعاطي إنما يكون بيعاً إن لم يكن بناء على بيع فاسد أو باطل ، وأما إذا كان بناء عليه فلا ، كذا في الوجيز للكردي . وجاء في الدر المختار (انظر ابن عابدين ٤ ص ١٦ - ص ١٧) : « كما لو كان بعد عقد فاسد ، خلاصة وبزازية وصرح في البحر بأن الإيجاب والقبول بعد عقد فاسد لا ينعقد بهما البيع قبل مشاركة الفاسد ،

ففي بيع التعاطى بالأولى ، وعليه فيحمل ما في الخلاصة وغيرها على ذلك ، وتماه في الأشباه من الفوائد إذا بطل المتضمن بطل المتضمن والمبني على فاسد فاسد .

وجاء في ابن عابدين (٤ ص ١٦ - ص ١٧) تعليقا على هذا القول ما يأتي :

« قوله - كما لو كان - أي البيع بالتعاطى بعد عقد فاسد . وعبرة الخلاصة اشترى رجل من وسائدي وسائد ووجوه الطنافس وهي غير منسوجة بعد ، ولم يضربا له أجلا ، لم يجز ، فلو نسج الوسائد ووجوه الطنافس وسلم إلى المشتري لا يصير هذا بيعا بالتعاطى ، لأنهما يسلمان بحكم ذلك البيع السابق وأنه وقع باطلا .

وعبرة البزازية : والتعاطى إنما يكون بيعا إذا لم يكن بناء على بيع فاسد أو باطل سابق ، أما إذا كان بناء عليه فلا .

قوله - لا ينعقد بها البيع قبل متاركة الفاسد - يتفرع عليه ما في الخاتمة : لو اشترى ثوبا شراء فاسدا ، ثم لقيه غدا فقال قد بعني ثوبك هذا بألف درهم ، فقال بلى ، فقال قد أخذته ، فهو باطل ، وهذا على ما كان قبله من البيع الفاسد ، فإن كانا تاركا البيع الفاسد فهو جائز اليوم .

قلت لكن في النهاية والفتح وغيرها عند قول الهداية : ومن باع صبرة طعام كل قفيز بدرهم إلخ ، البيع بالرقم فاسد لأن فيه زيادة جهالة تمكنت في صلب العقد ، وهي جهالة الثمن برقم لا يعلمه المشتري فصار بمنزلة القمار ، وعن هذا قال شمس الأئمة الحلواني وإن علم بالرقم في المجلس لا ينقلب ذلك العقد جائزا ، ولكن إن كان البائع دائما على الرضا فرضى به المشتري ينعقد بينها عقد بالتراضي .

وعبر في الفتح بالتعاطى والمراد واحد . وسيأتي أيضا في باب البيع الفاسد أن بيع الآبق لا يصح ، وأنه لو باعه ثم عاد وسلمه يتم البيع في رواية ، وظاهر الرواية أنه لا يتم ، قال في البحر هناك وأولوا الرواية الأولى بأنه ينعقد بيعا بالتعاطى .

وظاهر هذا عدم اشتراط متاركة الفاسد ، وقد يجاب . . . بحمل الاشتراط على ما إذا كان التعاطى بعد المجلس أما فيه فلا يشترط كما هنا ، والفرق أنه بعد المجلس يتقرر الفساد من كل وجه فلا بد من المتاركة ، أما في المجلس فلا يتقرر من كل وجه فتحصل المتاركة ضمنا تأمل .

ويمحتمل وهو الظاهر أن يكون في المسألة قولان . . . هذا وما ذكره عن الحلواني في البيع بالرقم بخلافه في الهندية آخر باب المراجعة ، وذكر أن العلم في المجلس يجعل كابتداء العقد ،

ويصير كتأخير القبول إلى آخر المجلس ، وبه جزم في الفتح هناك أيضاً . قوله -
 في بيع التعاطى بالأولى إلخ - مأخوذ من البحر حيث قال في بيع التعاطى بالأولى
 وهو صريح الخلاصة والبزازية أن التعاطى بعد عقد فاسد أو باطل لا ينعقد به
 البيع لأنه بناء على السابق وهو محمول على ما ذكرناه ١ هـ . وقوله على ما ذكرناه
 أي من أن عدم الانعقاد قبل مشاركة الأول ، وهو معنى قول الشارح ، فيحمل
 ما في الخلاصة وغيرها على ذلك . ومراده بما في الخلاصة ما قلناه من قوله كما لو
 كان بعد عقد فاسد . ونقلنا عباراتها وعبرة البزازية وليس فيها التنفيذ بما قبل مشاركة
 الأول فقيده الشارح تبعاً للبحر لئلا يخالف كلام غيرها فافهم . . . قوله - إذا بطل
 المتضمن بالكسر بطل المتضمن بالفتح - فإنه لما بطل البيع الأول بطل ما تضمنه
 من القبض إذا كان قبل المشاركة .

بقي ، بعد ما تقدم ، أن نورد صوراً من بيع التعاطى كما وردت في النصوص .
 جاء في فتح القدير (٥ ص ٧٧) : « وفي المتن له على آخر ألف درهم ، فقال
 الذي عليه المال للذي له المال أعطيك بمالك دنائير ، فساومه بالدنانير ولم يقع
 بيع ، ثم فارقه فجاءه بها فدفعها إليه يريد الذي كان ساوم عليه ، ثم فارقه
 ولم يستأنف بيعاً ، جاز هذه الساعة . وكذا لو سام رجلاً بشيء وليس معه وعاء
 ثم فارقه وجاء بالوعاء فأعطاه الثمن وكاله له ، جاز . ومن صورته إذا جاء المودع بأمة
 غير المودعة ، وقال هذه أمتك والمودع يعلم أنها ليست إياها ، وحلف ، فأخذها ،
 حل الوطء للمودع وللأمة . وعن أبي يوسف لو قال للخياط ليست هذه بطائتي ،
 فحلف الخياط أنها هي ، وسعه أخذها . » وجاء في الفتاوى الهندية (٣ ص ٩) :
 « ومن بيع التعاطى تسليم المشتري ما اشتراه إلى من يطلبه بالشفعة في موضوع لا شفعة
 فيه . وكذا تسليم الوكيل بعد ما صار شراؤه لنفسه إلى الموكل إذا قبضه الأمر وأنكر
 الأمر وقد اشترى له ، كذا في البحر الرائق ناقلاً عن المجتبى ومن صورته ما إذا
 جاء المودع بأمة غير المودعة وقال هذه أمتك ، والمودع يعلم أنها ليست هي ،
 وحلف ، فأخذها ، حل الوطء للمودع وللأمة بالتمكين . وعن أبي يوسف لو قال
 للخياط ليست هذه بطائتي ، وحلف الخياط أنها هي ، وسعه أخذها ، كذا في
 البحر الرائق . وكذا القصار إذا رد ثوباً آخر على رب الثوب وكذا الإسكاف ، كذا في

الواقعات الحسامية . . وجاء في الفتاوى البزازية (انظر الفتاوى الهندية ٤ ص ٣٦٨ - ص ٣٧٠) : « اشترى وقرأ بثمانية ، ثم قال ائت بوقر آخر وألقه هنا ، ففعل ، له طلب الثمن . . . اشترى من القصاب لحماً بدينار وقبضه ، إن كان القصاب ذبح شاته وباع منه يحل للمشتري الأكل قبل الوزن . . وللاحتياط كان السلف يمسكون الموازين في البيوت . . وجاء في ابن عابدين (٤ ص ١٦ - ١٧) : « وهو (أى بيع التعاطى) يقتضى الإعطاء من جانب والأخذ من جانب ، لا الإعطاء من الجانبين كما فهم الطرسوسى . أى حيث قال إن حقيقة التعاطى وضع الثمن وأخذ الثمن عن تراض منهما من غير لفظ . وهو يفيد أنه لا بد من الإعطاء من الجانبين لأنه من المعاطاة وهى مفاعلة ا هـ . قلت وقوله من غير لفظ يفيد ما قدمناه عن الفتح من أنه لو قال بعتهك بألف . فقبضه المشتري ولم يقل شيئاً ، كان قبضه قبولاً وليس من بيع التعاطى خلافاً لمن جعله منه ، فإن التعاطى ليس فيه إيجاب بل قبض بعد معرفة الثمن . . . الإقالة تنعقد بالتعاطى أيضاً من أحد الجانبين على الصحيح ا هـ . وكذا الإجارة كما فى العمارية ، وكذا الصرف كما فى النهر مستدلاً عليه بما فى التارخانية ؛ اشترى عبداً بألف درهم على أن المشتري بالخيار فأعطاه مائة دينار ، ثم فسخ البيع ، فعلى قول الإمام الصرف جائز ويرد الدراهم ، وعلى قول أبى يوسف الصرف باطل ، وهى فائدة حسنة لم أر من نبه عليها ا هـ . . . ومن بيع التعاطى تسليم المشتري ما اشتراه إلى من يطلبه بالشفعة فى موضع لا شفعة فيه . وكذا تسليم الوكيل بالشراء إلى الموكل بعد ما أنكر التوكيل . ومنه حكما إذا جاء المودع بأمة غير المودعة ، وحلف ، للمودع وطؤها وكان يبيعاً بالتعاطى . وعن أبى يوسف لو قال للخياط ليست هذه بطانتى ، فحلف الخياط أنها هى ، وسعه أخذها . وينبغى تقييده بما إذا كانت العين للدافع . ومنه لو ردها بخيار عيب والبائع متيقن أنها ليست له . فأخذها ، ورضى بها كما فى الفتح وعلى هذا فلا بد من الرضا فى جارية الوديعة والبطانة ، وتماه فى البحر . وفى الدر المختار « ما يستجره الإنسان من البياح كالزيت والعدس والملح وما شاكل ، إذا حاسبه على أثمانها بعد استهلاكها ، جاز استحساناً » .

ويمكن أن نستخلص من القواعد التى بسطناها والنصوص التى قدمناها التبعيتين الآتيتين :

أولاً : إذا أجزى عقد التعاطى بادی الأمر في الخسيس دون النفيس ، واشترط قبض البديلين ، فقد يحمل ذلك على أنه مطاوعة للعرف فيما ألف التعامل فيه بالتعاطى . وأنه نزول عند حكم الواقع بعد قبض البديلين وتمام تنفيذ العقد .

ثانياً : ولكن التعاطى اعتبر بعد ذلك ، لا على الوجه المتقدم ، بل من طريق ما يتضمن من الدلالة على الرضاء . فالفعل هنا - وهو التعاطى - يعدل القول . ويجوز إذن التعبير عن الإرادة بالفعل كما جاز التعبير عنها باللفظ فيشمل التعاطى الخسيس والنفيس ، ويكفي فيه قبض أحد البديلين ، ما دام أنه في الحالتين يدل على التراضى . وفي هذا رد فعل ضد الإمعان في اللفظية وتخفيف من أثر تقديم اللفظ على غيره من مظاهر التعبير عن الإرادة . ومن النصوص التي نقلناها فيما تقدم ما يؤكد اعتبار الفقهاء للتعاطى من جهة دلالة على معنى التراضى . من ذلك ما نقلناه عن فتح القدير : « وقوله هو الصحيح احتراز من قول الكرخي إنما ينعقد بالتعاطى في الخسيس فقط . . . وجه الصحيح أن المعنى ، هو الدلالة على التراضى ، يشمل الكل (أى الخسيس والنفيس) وهو الصحيح ، فلا معنى للتفصيل » . ومن ذلك أيضاً ما نقلناه عن الزيلعي : « ولا فرق بين أن يكون المبيع خسيماً أو نفيساً : وزعم الكرخي أنه ينعقد به في شيء خسيس بحريان العادة ولا ينعقد في النفيس لعدمها ، والصحيح الأول لأن جواز البيع باعتبار الرضاء لا بصورة اللفظ : وقد وجد التراضى من الجانبين فوجب أن يجوز » .

ومما يؤكد أن الفقهاء في النهاية اعتبروا التعاطى من جهة دلالة على معنى التراضى الصحيح ، أنهم استبعدوه في كل موضع تنتنى فيه هذه الدلالة : استبعدوه إذا تعارض مع الرفض الصريح ، واستبعدوه كذلك إذا كان مجرد تنفيذ لعقد باطل أو فاسد .

مذهب مالك :

ومذهب مالك يميز التعاقد بالمعاطاة ، دون تمييز بين خسيس ونفيس ، وسواء تم قبض البديلين جميعاً أو قبض أحد البديلين دون الآخر ، ما دام كل من البديلين معلوماً . ولا يظهر في مذهب مالك التدرج الذي لاحظناه في مذهب أبي حنيفة ،

فهو يميز التعاقد بالمعاطاة طفرة في جميع الصور . غير أن العقد الذي يتم بالمعاطاة لا يكون لازماً عند مالك إلا بقبض البديلين جميعاً . أما إذا قبض أحد البديلين دون الآخر فإن العقد يتم ، ولكن لا يكون لازماً فيجوز الرجوع فيه . وإليك بعض النصوص التي تبسط هذه الأحكام :

جاء في الشرح الكبير للرددير (جزء ٣ ص ٣) : « . . . وإن حصل الرضا بمعاطاة ، بأن يأخذ المشتري المبيع ويدفع للبائع الثمن ، أو يدفع البائع المبيع فيدفع له الآخر ثمنه ، من غير تكلم ولا إشارة ولو في غير المحقرات . ولزوم البيع فيها بالتقايض أى قبض الثمن والمثمن ، وأما أصل البيع فلا يتوقف على ذلك خلافاً لما يوهمه المصنف ، فمن أخذ ما علم ثمنه من مالكه ولم يدفع له الثمن فقد وجد أصل العقد لا للزومه ولا يتوقف العقد على دفع الثمن فيجوز أن يتصرف بالأكل ونحوه قبل دفع ثمنه . فلو قال المصنف وإن أعطاه لكان أحسن ، أى وإن كان الدال على الرضا إعطاء ولو من أحد الجانبين إذ كلامه في الانعقاد ولو بلا لزوم . وقال الدسوقي تعليقا على ما تقدم : « قوله وإن بمعاطاة - أى هذا إذا كان دليل الرضا غير معاطاة ، بأن كان قولاً أو كتابة أو إشارة ، لأجل إن كان دليل الرضا معاطاة وفاقاً لأحمد وخلافاً للشافعي القائل لا بد من القول من الجانبين مطلقاً أى كان المبيع من المحقرات أم لا ، ولأبي حنيفة . غير المحقرات فلا بد فيها من القول عنده من الجانبين وتكفي المعاطاة في المحقرات . قوله - ولزوم البيع فيها - أى في المعاطاة بالتقايض أى بالقبض من الجانبين ، فمن أخذ رغيفاً من شخص ودفع له ثمنه فلا يجوز له رده وأخذ بدله للشك في التماثل ، بخلاف ما لو أخذ الرغيف ولم يدفع ثمنه فيجوز له رده وأخذ بدله لعدم لزوم البيع ، قوله - **ولا يتوقف العقد -** أى صحة العقد . وقوله - فيجوز أن يتصرف فيه بالأكل ونحوه - **أى كالصدقة -** قبل دفع ثمنه ، أى إن وجد من الآخر ما يدل على الرضا وإلا لم ينقصد بيع بينهما وأكله غير حلال .

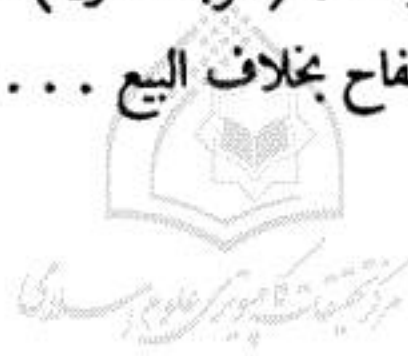
وجاء في الشرح الصغير للرددير (جزء ٢ ص ٣) : « وإن كان ما يدل عليه معاطاة من الجانبين ولو في غير المحقرات كالثياب والرقيق بأن يدفع المشتري

التمن للبائع ويأخذ المضمن أو يدفعه له البائع . ويقول الصاوي تعليقا على ذلك :
 « قوله — معاطاة — أى وفاقاً لأحمد ، وخلافاً للشافعي القائل لا بد من القول من
 الجانين مطلقاً ، كان المبيع من المحقرات أم لا . وقوله ولو في غير المحقرات —
 رد على أبي حنيفة في اشتراطه القول في غير المحقرات ومحل إجراء المعاطاة حيث
 أفادت في العرف ، ولا تلزم إلا بالدفع من الجانين . فيجوز التبديل في نحو
 الخبز بعد أخذه وقبل دفع الدراهم لا بعده ، للربوية والشك في التماثل كتحقق التفاضل .
 ولا بد من معرفة التمن للاستئمان . »

وجاء في الخطاب (جزء ٤ ص ٢٢٨) : « . . . أن الركن الأول الذي هو
 الصيغة التي ينعقد بها البيع ، هو ما يدل على الرضا من البائع ويسمى الإيجاب
 وما يدل على الرضا من المشتري ويسمى القبول . وسواء كان الدال قولاً كقول
 البائع بعثك وأعطيتك وملكتك بكذا وشبه ذلك ، وقول المشتري اشتريت وتملكت
 وابتعت وقبلت وشبه ذلك ، أو كان فعلاً كالمعاطاة وهي المناولة قاله في الصحاح ،
 وقال الشيخ زروق ، هي أن يعطيه التمن فيعطيه المضمن من غير إيجاب ولا استيجاب
 لأن الفعل يدل على الرضا عرفاً والمقصود من البيع إنما هو أخذ ما في يد غيرك بعوض
 ترضاه ، فلا يشترط القول ويكفي الفعل كالمعاطاة . . . أن الدال على الرضا
 المسمى بالإيجاب والقبول تارة يكون قولاً . . . وتارة يكون فعلاً واختلف فيه .
 فذهب مالك رحمه الله وجماعة إلى الاكتفاء بذلك ، وذهب جماعة من أهل العلم
 إلى أنه لا ينعقد إلا بالقول . قال ابن رشد في المذهب واتفق الفقهاء على انعقاده
 باللفظ الدال على الرضا واختلفوا في انعقاده بالمعاطاة ، فذهب مالك إلى انعقاده بها
 مطلقاً . وقال أبو حنيفة ينعقد بها في المحقرات خاصة وإليه مال الغزالي هـ .
 واحتج الشافعية بأن الفعل لا دلالة له بالوضع ، فلا ينعقد به البيع . واحتج المالكية
 بما تقدم من أن الأفعال وإن انتفت فيها الدلالة الوضعية ففيها دلالة عرفية وهي
 كافية ، إذ المقصود من التجارة إنما هو أخذ ما في يد غيرك بدفع عوض عن طيب
 نفس منكما ، فتكفي دلالة العرف في ذلك على طيب النفس والرضا بقول أو فعل
 وإن كان ذلك الفعل معاطاة . ولما كان الفعل مختلفاً في انعقاد البيع ، به نبه على
 ذلك المصنف بقوله وإن بمعاطاة يعني أن الدلالة على الرضا يكفي فيها الفعل لأنه

يدل على الرضا في كثير من الأمور دلالة عرفية وإن كان ذلك الفعل معاطاة . وعلم من هذا أن بيع المعاطاة المحضة العارى على القول من الجانبين لا بد فيه من حضور الثمن والمثمن ، ولذا قال بن عرفة أثناء كلامه في بيعتين في بيعة وبياعات زماننا في الأسواق ، إنما هي بالمعاطاة فهي منحلة قبل قبض المبيع .

وجاء في تهذيب الفروق (جزء ٣ ص ١٨١) : « الفرق السابع والحمسون والمائة بين قاعدة البيع ، توسع العلماء فيه حتى جوز مالك وأبو حنيفة وابن حنبل البيع بالمعاطاة وهي الأفعال دون شيء من الأقوال ، وزادوا على ذلك حتى قالوا كل ما عده الناس بيعاً فهو بيع . قال الشافعي لا تكن المعاطاة دون قول . وقاعدة النكاح وقع التشدد فيها فقد اتفقوا على اشتراط الصيغ فيه حتى لا يعلم أنه وجد لأحد منهم قول بالمعاطاة فيه البتة ، ويفرق بين قاعدة البيع وقاعدة النكاح على هذا بأربعة وجوه مبنية على أربع قواعد : (الوجه الأول) أن النكاح لا بد فيه من لفظ يشهد عليه أنه تزويج لا زنا وسفاح بخلاف البيع . . . وليس الإشهاد شرطاً في البيع فلذا جوزوا فيه المناولة . »



المذاهب الأخرى :

وفقه أحمد بن حنبل . يجيز المعاطاة كفقه مالك وفقه أبي حنيفة . جاء في المغنى (جزء ٤ ص ٤) : « الضرب الثاني المعاطاة ، مثل أن يقول أعطني بهذا الدينار خبزاً فيعطيه ما يرضيه ، أو يقول خذ هذا الثوب بدينار فيأخذه فهذا بيع صحيح ، نص عليه أحمد فيمن قال لخباز كيف تبيع الخبز ؟ قال كذا بدرهم قال زنه وتصديق به فإذا وزنه فهو عليه . وقول مالك نحو من هذا ، فإنه قال يقع البيع بما يعتقده الناس بيعاً . قال بعض الحنفية يصح في خسائس الأشياء . وحكى عن القاضي مثل هذا ، قال يصح في الأشياء اليسيرة دون الكبيرة . ومذهب الشافعي رحمه الله أن البيع لا يصح إلا بالإيجاب والقبول ، وذهب بعض أصحابه إلى مثل قولنا . ولنا أن الله أحل البيع ولم يبين كيفيته فوجب الرجوع فيه إلى العرف ، كما رجع إليه في القبض والإحراز والتفرق ، والمسلمون في أسواقهم وبياعاتهم على ذلك ، ولأن البيع كان موجوداً بينهم معلوماً عندهم ، وإنما علق الشرع عليه

أحكاماً وأبقاه على ما كان فلا يجوز تغييره بالرأى والتحكم ، ولم ينقل عن النبي صلى الله عليه وسلم ولا عن أصحابه مع كثرة وقوع البيع بينهم استعمال الإيجاب والقبول ، ولو استعملوا ذلك في بياعاتهم لنقل نقلاً شائعاً ، ولو كان ذلك شرطاً لوجب نقله . ولم يتصور منهم إهماله والغفلة عن نقله ، ولأن البيع مما نعم به البلوى ، فلو اشترط له الإيجاب والقبول لبينه صلى الله عليه وسلم بياناً عاماً ولم يخف حكمه لأنه يفضي إلى وقوع العقود الفاسدة كثيراً وأكلهم المال الباطل ، ولم ينقل ذلك عن النبي صلى الله عليه وسلم ولا عن أحد من أصحابه فيما علناه ، ولأن الناس يتبايعون في أسواقهم بالمعاطاة في كل عصر ولم ينقل إنكاره . . فكان ذلك إجماعاً . . . ولو كان الإيجاب والقبول شرطاً في هذه العقود لشق ذلك ، ولكانت أكثر عقود المسلمين فاسدة وأكثر أموالهم محرمة ، ولأن الإيجاب والقبول إنما يرادان للدلالة على التراضي ، فإذا وجد ما يدل عليه من المساومة والتعاطي قام مقامهما وأجزأ عنهما لعدم التعبد فيه ^(١) . وجاء في الفروع (جزء ٢ ، ص ٤٤٢ : « ويصح بيع المعاطاة نحو أعطني بدينهم خبزاً فيعطيه ما يرضيه أو خذ هذا بدينهم فيأخذ . . . ومثله وضع ثمنه عادة وأخذه وكذا هبة ، فتجهيز بنته بجهاز إلى زوج تملك في الأصح ، وذكر ابن عقيل وغيره صحة الهبة ولا بأس بذوقه حال الشراء ، نص عليه وقال أيضاً لا أدري إلا أن يستأذن » .

أما الشافعي فلا يجيز التعاقد بالمعاطاة لأنه يعمن في الأخذ باللفظية كما رأينا فيما تقدم . جاء في المذهب (جزء ١ ص ٢٥٧) : « ولا ينقذ البيع إلا بالإيجاب والقبول ، فأما المعاطاة فلا ينقذ بها البيع لأن اسم البيع لا يقع عليه » . وجاء في الوجيز (جزء ١ ص ١٢٣) : « ولا تكني المعاطاة . . . أصلاً » .

ومذهب الشيعة الجعفرية كذهب الشافعي لا يجيز التعاقد بالمعاطاة . جاء في مفتاح الكرامة للعامل (جزء ٤ ص ١٥١ و ص ١٥٤ و ١٦٣) ، لا بد من الصيغة الدالة على الرضا الباطن . . . فلا ينقذ بشيء من الكتابات كالنسيب . . . وكذلك

(١) انظر أيضاً الشرح الكبير على المقنع جزء ٤ ص ٤ .

الحال في جانب القبول وسائر العقود . . . ولا تكنى المعاطاة . . . ولا تكنى الإشارة إلا مع العجز .

وفي مذهب الإباضية خلاف في جواز التعاقد بالمعاطاة ، جاء في النيل (جزء ٢ ص ١١) : « وإن اتفقا على كيل معلوم ، فوزن الثمن أولاً ثم كيل الطعام أو عكسه ، فحمل على ذلك لا بيعت لك ، أو حمل قبل وزن الثمن جيء به فقبضه البائع ، فهل ينعقد بذلك إذ حقيقته المعاوضة ، وقد وقعت ودفع البدل يزيل الضمان ، أولاً ، قولان » .

وفي كتب الفقه المقارنة تلخيص للخلاف فيما بين المذاهب في التعاقد أرجعه الشيرازي كعادته إلى مرتبتي الميزان . قال في الميزان الكبرى (جزء ٢ ص ٧٢) : ومن ذلك قول الشافعي في أرجح قوله وأبي حنيفة وأحمد في إحدى الروايتين عنهما أنه لا ينعقد البيع بالمعاطاة^(١) ، مع قول مالك إن البيع ينعقد بها . فالأول مشدد ، والثاني مخفف ، فرجع الأمر إلى مرتبتي الميزان . ووجه الأول قوله صلى الله عليه وسلم : « إنما البيع عن تراض » ، والرضا خفي ، فاعتبر ما يدل على ذلك من اللفظ ، لا سيما إن وقع تنازع بعد ذلك بين البائع والمشتري وترافعا إلى الحاكم ، فإنه لا يقدر على الحكم بشهود إلا إن شهدوا بما سمعوه من اللفظ ، ولا يكنى أن يقولوا رأيتاه يدفع إليه دنائير مثلاً ثم دفع إليه الآخر حملاً مثلاً . ووجه قول مالك ومن وافقه أن القرينة تكنى في مثل ذلك ، وهو قبول البائع الثمن وإعطاؤه المبيع للمشتري ولو أنه لم يرض به لم يمكنه منه . وهذا خاص بالأكابر من أهل الدين الذين لا يدعون باطلاً ويرون الحظ الأوفر لأخيه كما كان عليه السلف الصالح وأهل الصدق في كل زمان . وأما الأول فهو خاص بأبناء الدنيا المؤثرين أنفسهم على إخوانهم ، بل ربما رد أحدهم شهادة من شهد عليه بحق وطعن في شهود خصمه . ومن ذلك قول بعضهم إنه لا يشترط اللفظ في الأشياء الحقةرة كرجيف وحزمة بقل ، مع قول بعضهم إنه يشترط . فالأول مخفف ، والثاني مشدد ، على وزن ما تقدم

(١) يبدو أن نقل مذهب أبي حنيفة وأحمد هنا غير دقيق ، كما يظهر مما قدناه .

في الأمور الخطيرة . وضابط الخطير والحقير أن كل ما تحتاج الناس فيه إلى الترفع إلى الحكم فهو خطير ، وكل ما لا يحتاجون فيه إلى ذلك فهو حقير .

٤ - أي موقف آخر يدل على الرضاء :

ولنا بعد ما قدمناه أن نستخلص من نصوص الفقه الإسلامي ، في مذاهبه المختلفة ، أن هناك ميلاً واضحاً إلى العلول عن مذهب اللفظية الضيق الذي التزمه الشافعي في بعض الروايات عنه ، وإلى اعتبار التعاقد جائزاً بالرسالة وبالكتابة وبالإشارة وبالتعاطي ، من حيث دلالة كل ذلك على التراضي ، ومن ثم إلى اعتبار التعاقد جائزاً باتخاذ أي مسلك آخر لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالة على التراضي . وفي هذا يتلاقى الفقه الإسلامي مع الفقه الغربي .

رأينا في نصوص المذهب الحنفي ما يؤيد ذلك . فقد سبق أن نقلنا عن الزيلعي (جزء ٤ ص ٤) قوله : « جواز البيع باعتبار الرضاء لا بصورة اللفظ » . ونقل عن السرخسي في المبسوط (جزء ١١ ص ١٥٠) . « العقد قد ينعقد بالدلالة كما ينعقد بالتصريح » . ونقل عن الكاساني في البدائع (جزء ٥ ص ٢٦١ - ٢٦٢) : « الشرط قد يثبت نصاً أو دلالة . . . وأما الاختيار من طريق الدلالة فهو أن يوجد منه فعل في أحدهما يدل على تعيين الملك فيه ، وهو كل تصرف هو دليل اختيار الملك في الشراء بشرط الخيار » ويقول الكاساني أيضاً (جزء ٥ ص ٢٧٠) : « ولو كان المبيع دابة فركبها ، فإن ركبها لحاجة نفسه كان إجازة وإن ركبها ليسقيها أو يشتري لها علفاً أو ليردها على بائعها ، فالقياس أن يكون إجازة لأنه يمكن أن يفعل ذلك قوداً ، وفي الاستحسان لا يكون إجازة وهو على خياره لأن ذلك مما لا بد منه ، خصوصاً إذا كانت الدابة صعبة لا تنقاد بالقود فكان ذلك من ضرورات الرد فلا يجعل إجازة . ولو ركبها لينظر إلى سيرها لا يبطل خياره ، لأنه لا بد له من ذلك للاختيار . بخلاف خيار العيب أنه إذا ركبها بعد ما علم بالعيب يبطل خياره لأن له منه بدءاً ، ولا حاجة إلى الركوب هناك لمعرفة سيرها ، فكان دليل الرضاء بالعيب » . وجاء في ابن عابدين (جزء ٤ ص ٩) : « فإن من الفروع ما لو قال كل هذا الطعام بدرهم ، فأكله ، تم البيع وأكله حلال . والركوب واللبس ،

بعد قول البائع اركبها بمائة والبسه بكذا ، رضا بالبيع . وكذا إذا قال بعته بألف ، فقبضه ولم يقل شيئاً ، كان قبضه قبولاً ، بخلاف بيع التعاطى فإنه ليس فيه إيجاب بل قبض بعد معرفة الثمن فقط ، ففى جعل الأخيرة من صور التعاطى كما فعل بعضهم نظر ١ هـ . ونرى ابن عابدين هنا يميز تمييزاً دقيقاً بين بيع التعاطى والبيع الذى يتم بالإيجاب والقبول ويكون الإيجاب فيه باللفظ أما القبول فيكون فعلاً يدل على الرضاء . وقد سبق أن نقلنا منه فى هذا المعنى ما يأتى (جزء ٤ ص ١٦ - ص ١٧) : « لو قال بعته بألف ، فقبضه المشتري ولم يقل شيئاً ، كان قبضه قبولاً وليس من بيع التعاطى ، خلافاً لمن جعله منه ، فإن التعاطى ليس فيه إيجاب بل قبض بعد معرفة الثمن » .

ورأينا فى نصوص مذهب مالك ما يؤيد ذلك أيضاً . بل إن مذهب مالك هو أكثر المذاهب ابتعاداً عن اللفظية ، وأقربها إلى الأخذ بالدلالة العرفية دون الدلالة الوضعية . وقد سبق أن نقلنا عن الخطاب (جزء ٤ ص ٢٢٨) ما يأتى : « واحتج المالكية بما تقدم من أن الأفعال وإن انتفت منها الدلالة الوضعية ففيها دلالة عرفية ، وهى كافية ، إذ المقصود من التجارة إنما هو أخذ ما فى يد غيرك بدفع عوض عن طيب نفس منك ، فتكنى دلالة العرف فى ذلك على طيب النفس ، والرضا بقول أو فعل » . ومالك ، كما نقلنا عن المعنى (جزء ٤ ص ٤) ، يقول : « يقع البيع بما يعتقده الناس بيعاً » .

ورأينا فى نصوص مذهب أحمد ما هو صريح فى هذا المعنى . فقد نقلنا عن المعنى أيضاً (جزء ٤ ص ٤) : « . . . ولأن الإيجاب والقبول إنما يرادان للدلالة على الرضاء ، فإذا وجد ما يدل عليه من المساواة والتعاطى قام مقامهما وأجزأ عنهما لعدم التعبد فيه » .

ويؤكد الفقهاء المحدثون هذا المعنى فى عبارات واضحة صريحة . من ذلك ما يقوله الأستاذ على الخفيف (أحكام المعاملات الشرعية ص ١٥٥ - ١٥٦) : « الثالث أنها تعتقد بكل ما يدل على مقصود العاقدین دلالة واضحة من قول أو فعل جرى به العرف أو لم يجر ، ليس لذلك حد مقرر سوى ما ذكرنا لا فى شرع ولا فى لغة ، بل يتنوع ويتعدد بتنوع الاصطلاحات وتعددتها ، كما فى تنوع

اللغات وتعددتها . فإن لمعنى البيع والإجارة والرهن وغيرها من العقود ألفاظاً كثيرة متعددة في جميع اللغات ، ولا يجب على الناس التزام لفظ منها . وكذلك تنوع الكتابة عند الكاتبين ، والإشارة عند الحرس ، فلا يتقيد بكتابة خاصة ولا بإشارة خاصة ما دام الإفهام متوافراً ، لأنه المناط ، وما اعتبرت الألفاظ والكتابة والإشارة إلا دوال عليه ، وليست في الواقع إلا أفعالاً قد يقوم بها اللسان أو البنان أو الرأس أو الأيدي ، فوجب أن تكون جميع الأفعال الدالة على الغرض مثلها ، إذ التفرقة بينها حيثئذ تعتبر تحكماً ليس له مبرر . وإذن فالعبرة بالإفهام ، سواء أكان كل من الإيجاب والقبول كلاماً أو كتابة أو إشارة أو فعلاً ، أم كان أحدهما كلاماً والآخر كتابة أو إشارة أو فعلاً . فإذا قلت لإنسان خذ هذا الكتاب يجنيه ، فسلمته إليه ، ثم البيع ، وإذا ركبت الترام ، فأخذ منك الكمساري أجر ركوبك . تمت الإجارة . وإذا دفعت الثوب إلى الحائك ، فأخذه منك ، تمت الإجارة ، وهكذا . وهذا ما يتفق مع أصول مذهب مالك ، وهو ظاهر مذهب أحمد وهو أرجح الأقوال الثلاثة عندى لقوة مبناه . ومن ذلك أيضاً ما يقوله الأستاذ محمد أبو زهرة (الملكية وذيارية العقد ص ٢٠٥ - ٢٠٦) : « . . . فكل ما عده الناس دالاً على البيع ينعقد البيع به ، وكل ما يعتبره الناس دالاً على الإجارة فالإجارة تنعقد به وليس لذلك حد لا في شرع ولا في لغة ، بل يتنوع بتنوع الناس ، كما تنوع لغاتهم . . . ولا يجب على الناس التزام نوع معين من الاصطلاحات في المعاملات ، ولا يحرم عليهم التعاقد بغير ما يتعاقد به غيرهم من أهل لغة أخرى ، إذا كان ما تعاقدوا به دالاً على مقصودهم وإن كان قد يستحب بعض الصفات اللفظية للاستيثاق من حكاية الصورة الحسية للنية الخفية والضمير المستكن . وهذا القول هو الغالب على أصول مالك ، وظاهر مذهب أحمد . . . ومن ذلك أخيراً ما يقوله الأستاذ محمد يوسف موسى (الأموال ونظرية العقد في الفقه الإسلامي ص ٢٧٢ - ٢٧٣) : « وأخيراً نجد مذهباً أشد تيسيراً من سابقه ، وهو الذي يرى أن العقد ، مهما كان أمره وموضوعه ، ينعقد بالقول أو الفعل الدال دلالة لا لبس فيها على إرادتي كل من طرفيه ، سواء كان العقد على هذا الوضع متعارفاً أم غير متعارف . فكل ما يدل على البيع ينعقد به ، وكل ما يدل على الإجارة تنعقد بها ،

وكذلك الشركة والوكالة والسلم والعقود الأخرى على اختلافها وتعددتها . إن الضابط عند الذين ذهبوا هذا المذهب هو أن يكون ما يستعمله العاقدان من قول أو فعل يدل بيقين على ما يريدانه من إنشاء العقد وإبرامه ، دون نظر إلى ما تعرف من الصيغ والأشكال التي ينعقد بها العقد . وهكذا نرى هذا الرأي يسير في عدم الشككية إلى أقصى الحدود ، وهو الرأي الغالب على أصول مذهب مالك ، كما أنه ظاهر مذهب ابن حنبل ، وهو ما نرضاه رأياً لنا ^(١) .

كل هذا يدل على أن من المقبول في الفقه الإسلامي ، وهذه نصوصه ، القول بأن أي مظهر للتعبير عن الإرادة ما دام قاطعاً في دلالة على الرضاء يكفي في انعقاد العقد . وعلى هذا التخريج جرت المادة ٧٩ من التقنين المدني العراقي الجديد بما يأتي : « كما يكون الإيجاب أو القبول بالمشافهة ، يكون بالمكاتبة ، وبالإشارة الشائعة الاستعمال ولو من غير الأخرس ، وبالمبادلة العقلية الدالة على التراضي ، وباتخاذ أي مسلك آخر لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالة على التراضي » .

٥ - السكوت :

بقي السكوت على اعتبار أنه دال على الرضاء . والسكوت مظهر للتعبير عن الإرادة يختلف عن جميع المظاهر الأخرى التي قدمناها ، بأنه موقف سلبي محض . فالساكت لم يعبر بطريق إيجابى عن أية إرادة . لذلك قيل في الفقه الإسلامي « لا ينسب لساكت قول » ، ويصدق هذا على الإيجاب دون القبول ، فالإيجاب لا يمكن أن يستخلص من محض السكوت . أما القبول فيجوز استخلاصه من

(١) ويشير كل من الأستاذ محمد أبوزهرة والأستاذ محمد يوسف موسى إلى فتاوى ابن تيمية جزء ٣ ص ٢٦٧ - ص ٢٧١ . وقد جاء في هذه الفتاوى ما يأتي : « إنها (أى العقود) تصح بالأفعال كالبيعات بالمعاطة والوقوف في مثل من بنى مسجداً وأذن للناس في الصلاة فيه ، أو سبل أرضاً للدفن أو بنى مطهرة وسبلها للناس . وكبعض أنواع الإجارة ، كن دفع ثوبه إلى غسال أو خياط يعمل بالأحره ، أو ركب سفينة ملاح ، وكالمهدية ونحو ذلك . فإن هذه العقود لو لم تنعقد بالأفعال الدالة عليها لفست أمور الناس . ولأن الناس من لدن النبي صل الله عليه وسلم إلى يومنا هذا ، ما زالوا يتعاقدون في مثل هذه الأشياء بلا لفظ ، بل بالفعل الدال على المقصود . وهذا القول يسير على أصول أبي حنيفة ، وهو قول في مذهب أحمد » (فتاوى ابن تيمية جزء ٣ ص ٢٦٧ - ص ٢٦٨) .

الظروف الملازمة ولذلك قيل تكملة للعبارة الأولى : « ولكن السكوت في معرض الحاجة بيان » .

وقد جاء في الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص ٧٨) بيان للحالات التي يعتبر فيها السكوت قبولاً نظراً للظروف الملازمة فيما يأتي : « لا ينسب إلى ساكت قول ، فلو رأى أجنبياً يبيع ما له فسكت ولم ينه لم يكن وكيلاً بسكوته ، ولو رأى القاضي الصبي أو المعتوه أو عبدهما يبيع ويشترى فسكت لا يكون إذناً في التجارة ، ولو رأى المرتهن الراهن يبيع الرهن فسكت لا يبطل الرهن ولا يكون رضا في رواية ، ولو رأى غيره يتلف ما له فسكت لا يكون إذناً بإتلافه ، ولو رأى عبده يبيع عبداً من أعيان المالك فسكت لم يكن إذناً ؛ كذا ذكره الزيلعي في المأذون ، ولو سكت عن وطء أمته لم يسقط المهر ، وكذا عن قطع عضوه أخذاً من سكوته عند إتلاف ماله ، ولو رأى المالك رجلاً يبيع متاعه وهو حاضر ساكت لا يكون رضا عندنا خلافاً لابن أبي ليلى . ولو رأى قته يتزوج فسكت ولم ينه لا يصير إذناً له في النكاح ، ولو تزوجت غير كفء فسكت الولي عن مطالبة التفريق ليس برضا وإن طال ذلك ، وكذا سكوت امرأة العنين ليس برضا ولو أقامت معه سنين وهي في جامع الفصولين ، وفي عارية الخانية الإعارة لا تثبت بالسكوت . وخرجت عن هذه القواعد مسائل كثيرة يكون السكوت فيها كالنطق . الأولى سكوت البكر عند استئثار وليها قبل التزويج وبعده . الثانية سكوته عند قبض مهرها . الثالثة سكوته إذا بلغت بكرة . الرابعة حلفت ألا تتزوج فزوجها أبوها فسكت حثت . الخامسة سكوت المتصدق عليه قبول الموهوب له . السادسة سكوت المالك عند قبض الموهوب له أو المتصدق عليه إذن . السابعة سكوت الوكيل قبول ويرتد برده . الثامنة سكوت المقر له قبول ويرتد برده . التاسعة سكوت المفوض له قبول التفويض وله رده . العاشرة سكوت الموقوف عليه قبول ويرتد برده وقيل لا . الحادية عشر سكوت أحد المتبايعين في بيع الثلجئة حين قال صاحبه قد بدا لي أن أجعله بيعاً صحيحاً . الثانية عشر سكوت المالك القديم حين قسمة ماله بين القائميين رضا . الثالثة عشر سكوت المشتري بالخيار حين رأى العبد يبيع ويشترى مسقط لخياره . الرابعة عشر سكوت البائع الذي له حق حبس المبيع حين رأى المشتري قبض المبيع إذن بقبضه صحيحاً كان البيع أم

فاسداً . الخامسة عشر سكوت الشفيع حين علم بالبيع مسقط للشفعة . السادسة عشر سكوت المولى حين رأى عبده يبيع ويشترى إذن في التجارة . السابعة عشر لو حلف المولى لا يأذن له فسكت حنث في ظاهر الرواية . الثامنة عشر سكوت القن وانقياده عند بيعه أو رهنه أو دفعه بجنابة لإقرار برقه إن كان يعقل ، بخلاف سكوته عند إجارته أو عرضه للبيع أو تزويجه . التاسعة عشر لو حلف لا ينزل فلاناً في داره وهو نازل في داره حنث ، لا لو قال له اخرج منها فأبى أن يخرج فسكت . العشرون سكوت الزوج عند ولادة المرأة وتهنتته لإقرار به فلا يملك نفية . الحادية والعشرون سكوت المولى عند ولادة أم ولده لإقرار به . الثانية والعشرون السكوت قبل البيع عند الإخبار بالعيب رضا بالعيب إن كان المخبر عدلاً ، لا لو كان فاسقاً عنده ، وعندهما هو رضا ولو كان فاسقاً . الثالثة والعشرون سكوت البكر عند إخبارها بتزويج الولي على هذا الخلاف . والرابعة والعشرون سكوته عند بيع زوجته أو قريبه عقاراً لإقرار بأنه ليس له على ما أفقئ به مشايخ سمرقند خلافاً لمشايخ بخارى فينظر المفتي فيه . الخامسة والعشرون رآه يبيع أرضاً أو داراً فتصرف فيه المشتري زماناً وهو ساكت تسقط دعواه . السادسة والعشرون أحد شريكي العنان قال للآخر إني أشتري هذه الأمة لنفسى خاصة فسكت الشريك لا تكون لهما . السابعة والعشرون سكوت الموكل حين قال له الوكيل بشراء معين إني أريد شراءه لنفسى فشراه كان له . الثامنة والعشرون سكوت ولي الصبي العاقل إذا رآه يبيع ويشترى إذن . التاسعة والعشرون سكوته عند رؤية غيره يشق زقه حتى سال ما فيه رضا . الثلاثون سكوت الحالف لا يستخدم مملوكه إذا خدمه بلا أمره ولم ينه حنث . هذه الثلاثون في جامع الفصولين وغيره . وزدت ثلاثاً ، اثنين من القنية . الأولى دفعت في تجهيزها لبنها أشياء من أمتعة الأب وهو ساكت فليس له الاسترداد . الثانية أنفقت الأم في جهازها ما هو معتاد فسكت الأب لم تضمن الأم . الثالثة باع جارية وعليها حل وقرطان ولم يشترط ذلك للمشتري لكن تسلم المشتري الجارية وذهب بها والبائع ساكت كان سكوته بمنزلة التسليم فكان المال لها ، كذا في الظهيرية . ثم زدت أخرى : القراءة على الشيخ وهو ساكت ينزل منزلة نطقه في الأصح . وأخرى على خلاف فيها : سكوت المدعى عليه ولا عذر به إنكار ، وقيل لا ويجبس ، وهى في قضاء الخلاصة . فهى خمس

وثلاثون : ثم رأيت أخرى كتبها في الشرح من الشهادات : سكوت المزكى عند سؤاله عن الشاهد تعديل . السابعة والثلاثون سكوت الراهن عند قبض المرتهن العين المرهونة إذن كما في القنية ، انتهى .

وجاء في الأشياء والنظائر للسيوطي (ص ٩٧ - ص ٩٨) : « لا ينسب إلى ساكت قول ، هذه عبارة الشافعي رضي الله عنه . ولهذا لو سكت عن وطء أمته لا يسقط المهر قطعاً ، أو عن قطع عضو منه أو إتلاف شيء من ماله مع القدرة على الدفع لم يسقط ضمانه بلا خلاف ، بخلاف ما لو أذن في ذلك . ولو سكت الثيب عند الاستئذان في النكاح لم يقيم مقام الإذن قطعاً . ولو علم البائع بوطء المشتري الجارية في مدة الخيار لا يكون إجازة في الأصح ، ولو حمل من مجلس الخيار ولم يمنع من الكلام لم يبطل خياره ، وخرج عن القاعدة صور . منها البكر سكوتها في النكاح إذن للأب والجد قطعاً ، ولسائر العصبة والحاكم في الأصح . ومنها سكوت المدعى عليه عن الجواب بعد عرض اليمين عليه يجعله كالمنكر الناكل وترد اليمين على المدعى . ومنها لو نقض أهل الذمة ولم ينكر الباقون بقول ولا فعل بل سكتوا انتقض فيها أيضاً . ومنها لو رأى السيد عبده يتلف مالاً لغيره وسكت عنه ضمنه . ومنها إذا سكت المحرم وقد حلقه الحلاق مع القدرة على منعه لزمته الفدية في الأصح . ومنها لو باع العبد البالغ وهو ساكت صح البيع ، ولا يشترط أن يعرف البائع سيده في الأصح . ومنها القراءة على الشيخ وهو ساكت ينزل منزلة لفظه في الأصح . ومنها مسائل أخرى ذكرها القاضي جلال الدين البلقيني ، أكثرها على ضعيف وبعضها اقترن به فعل قام مقام النطق ، وبعضها فيه نظر .

من هذه النصوص يتبين أن السكوت في الفقه الإسلامي يعتبر قبولاً إذا اقترنت به ملابسات تجعل دلالة تنصرف إلى الرضاء . وقد أخذ التقنين المدني العراقي بهذه القاعدة ، فجرت المادة ٨١ منه بما يأتي :

١ - « لا ينسب إلى ساكت قول ، ولكن السكوت في معرض الحاجة إلى البيان يعتبر قبولاً » .

٢ - « ويعتبر السكوت قبولاً بوجه خاص إذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين واتصل بالإيجاب بهذا التعامل ، أو إذا تمحض الإيجاب لمنفعة من وجه

إليه . وكذلك يكون سكوت المشتري بعد أن يتسلم البضائع التي اشتراها قبولاً لما ورد في قائمة الثمن من شروط .

فعدد التقنين العراقي من هذه الملابس التي تصرف دلالة السكوت إلى الرضاء ثلاثة .

أولاً : إذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين واتصل بالإيجاب بهذا التعامل . ويدخل في ذلك سكوت المالك عند قبض الموهوب له أو المتصدق عليه ، وسكوت أحد المتبايعين في بيع التلجئة ، وسكوت المشتري بالخيار حين رأى العبد يبيع ويشترى ، وسكوت البائع الذي له حق حبس المبيع حين رأى المشتري قبض المبيع ، وسكوت الراهن عند قبض المرتهن العين المرهونة .

ثانياً : إذا تمحض الإيجاب لمنفعة من وجه إليه . ويدخل في ذلك سكوت المتصدق عليه ، وسكوت المفوض ، وسكوت الموقوف عليه .

ثالثاً : سكوت المشتري بعد أن يتسلم البضائع التي اشتراها قبول لما ورد في قائمة الثمن من شروط . والملابس هنا فرع عن ملابس أعم ، هو أن يكون الشخص في وضع بحيث لو لم يكن راضياً لما سكت عن التصريح بالرفض ، فيعتبر سكوته رضاءً . ويدخل في ذلك سكوت البكر عند الزواج فهي تتخرج من إظهار الرضاء لا من التصريح بالرفض ، بخلاف الثيب فهي لا تتخرج في الحالتين . ويدخل في ذلك أيضاً سكوت الشفيع حين علم بالبائع ودلالة السكوت هنا الرفض لا القبول . ويدخل في ذلك أخيراً سكوت المولى حين رأى عبده يبيع ويشترى ، وسكوت القن ، وسكوت الزوج عند الولادة ، وسكوت المولى عند ولادة أم ولده ، والسكوت قبل البيع عند الإخبار بالعيب ، والسكوت عند بيع الزوجة أو القريب عقاراً ، وسكوت شريك العنان . وقس على ذلك سائر الحالات التي ورد ذكرها في النصوص .

فهرس

تمهيد

الصفحة

٥	تحديد الموضوع وبيان أهميته
٧	خطة البحث

مقدمة

§ ١ - الحق الشخصي والحق العيني ومصادر كل منهما في الفقه الإسلامي

٩	الحق والرخصة في الفقه الغربي - مترلة وسطى
١٠	هذه المترلة الوسطى يعرفها الفقه الإسلامي

§ ١ - الحق الشخصي والحق العيني في الفقه الإسلامي

أولا - الحق الشخصي أو الالتزام

١٤	للتعبير مستعار من الفقه الغربي
١٥	الالتزام يشتمل على روابط قانونية متعددة
١٥	الالتزام بالدين
١٦	الالتزام بالعين
١٦	الالتزام بالعمل
١٧	الالتزام بالتوثيق
١٧	الدين والعين
١٨	التمييز بين الدين والعين غير التمييز بين الحق الشخصي والحق للعيني
٢٠	بروز التمييز بين الدين والعين في الفقه الإسلامي - نظرية للامة
٢٠	نظرية للامة في الفقه الإسلامي

للمفحة

٢٢	للدن والعنن فى نطاق نظرنه اللمة
٢٤	اختفاء التمزفن بن الحق الشففى والحق العفن فى الفقه الإسلامى
	هل تطور التمزفن بن الدين والعن فى الفقه الإسلامى إلى تمفز بن الحق الشففى
٢٥	والحق العفن

ثاناً : الحق العفن

٣٠	حصر الحقوق العننه وتقسفمها إلى أصلنه وتبعنه
----	---

(أ) الحقوق العننه الأصلنه

٣٠	حصرها وردمها إلى حق الملك
٣١	حق الملك التام
٣٢	حق المنفعة
٣٣	حق الرقة
٣٤	حقوق الارتفاق
٣٤	حق التبع فى الحقوق العننه الأصلنه

(ب) الحقوق العننه التبعنه

٣٥	حقان عفنن فى الفقه الإسلامى
٣٥	حق الرهن
٣٦	حق الحبس
٣٦	مقارنة بالفقه الغربى
٣٧	حق شفى ينقلب إلى حق عفن
٣٨	تدرج الحقوق فى الفقه الإسلامى من حث تعلقها بالعن أو باللمة

§ ٢ - حصر مصادر الحق فى الفقه الإسلامى

أولاً - مصادر الحق الشفى أو الالتزام

(أ) العقد

٤٠	استخلاص نظرنه عامه للعقد فى الفقه الإسلامى
٤٠	تقدم الفقه الإسلامى من حث رضائنه العقد

(ب) الإرادة المنفردة

٤١	اتساع ميدان الإرادة المنفردة في الفقه الإسلامي
٤٢	تصرفات هي عقود في الفقه الغربي وتم في الفقه الإسلامي بإرادة منفردة
٤٥	تصرفات تم بإرادة منفردة
٤٦	الإرادة المنفردة تحدث آثاراً أخرى غير إنشاء الالتزام

(ج) العمل غير المشروع

٤٦	لا توجد قاعدة عامة
٤٧	حق الله وحق العبد
٤٧	جزاء حق الله
٤٩	جزاء حق العبد
٤٩	العقوبة الخاصة
٥٠	الجزاء الذي يدور بين العقوبة والضمان
٥٢	الضمان

(د) الإلراء بلا سبب

٥٧	مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الروماني والقانون الإنجليزي
٥٨	دفع غير المستحق
٥٩	الإلراء بلا سبب
٦١	الفضالة

(هـ) القانون

٦١	الترامات مصدرها الشرع
٦١	تأثير الفقهاء المحدثين بالفقه الغربي

ثانياً : مصادر الحق العيني

٦٣	ترتيب البحث
٦٣	أسباب الملك

الصفحة

٦٤	أسباب الحقوق المجردة أو حقوق الارتفاق
٦٥	أسباب الرهن والحبس
	تأصيل مصادر الحق للشخص والحق العيني وردها جميعاً إلى التصرف القانوني والواقعة
٦٦	القانونية
٦٦	الفقه الغربي
٦٨	الفقه الإسلامي

القسم الأول

التصرف القانوني في الفقه الإسلامي

٧٢	ترتيب البحث
----	-----------------------



تمهيد
تعريف العقد وتقسيماته

١ - تعريف العقد

٧٣	أمور ثلاثة تستخلص من التعريف
٧٣	أولاً : العقد يدخل في عموم التصرف القانوني
٧٣	ثانياً : العقد إرادتان متطابقتان لا إرادة واحدة
٧٧	ثالثاً : تعريف العقد ينم عن التزعة الموضوعية التي تسود الفقه الإسلامي

٢ - تقسيمات العقد

٧٨	العقود المذكورة في كتب الفقه الإسلامي
٧٩	الترتيب المنطقي للعقود
٨٠	مبدأ حرية التعاقد في الفقه الإسلامي

الباب الأول

أركان العقد

الفصل الأول

التراضى

الفرع الأول

وجود التراضى

المبحث الأول - صيغة العقد

عناية الفقهاء بصيغة العقد ٨٤

المطلب الأول - التعبير عن الإرادة بالالفاظ

صيغة العقد اللفظية

١ - الأخذ بالإرادة الظاهرة إذا كانت واضحة

٨٥	صيغ الحال والاستقبال
٨٧	صيغة الماضي
٨٨	صيغة المضارع
٨٩	صيغ الأمر والاستفهام والاستقبال
٩٠	المبدأ العام

٢ - استعراض النصوص الفقهية في صيغة العقد اللفظية

٩٠	المذهب الحنفى
٩٤	مذهب مالك
٩٧	المذاهب الأخرى

المطلب الثاني - التعبير عن الإرادة بمظاهر خارجية غير اللفظ

٩٩	.	.	.	.	.	.	.	.	١ - الرسالة والكتابة .
١٠١	.	.	.	.	.	.	.	.	المذهب الحنفى .
١٠٤	.	.	.	.	.	.	.	.	مذهب مالك .
١٠٤	.	.	.	.	.	.	.	.	المذاهب الأخرى
١٠٥	.	.	.	.	.	.	.	.	٢ - الإشارة .
١٠٧	.	.	.	.	.	.	.	.	٣ - التعاطى أو المعاظة
١٠٧	.	.	.	.	.	.	.	.	المذهب الحنفى .
١١٧	.	.	.	.	.	.	.	.	مذهب مالك .
١٢٠	.	.	.	.	.	.	.	.	المذاهب الأخرى
١٢٣	.	.	.	.	.	.	.	.	٤ - أى موقف آخر يدل على الرضا .
١٢٦	.	.	.	.	.	.	.	.	٥ - السكوت .

