

رَفَعُ

عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس

أحكام المعاملات الشرعية

الشيخ علي الخفيف



رَفَعُ

عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس

رَفَعُ

عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس

أحكام المعاملات الشرعية

تأليف

الشيخ علي الخفيف

أستاذ الشريعة بكلية الحقوق سابقاً

١٤٢٩هـ / ٢٠٠٨م

ملتزم لطبع والنشر

دار الفكر العربي

٩٤ شارع عباس العقاد - مدينة نصر - القاهرة

ت: ٢٧٥٢٩٨٤ - فاكس: ٢٧٥٢٧٣٥

٦ شارع جواد حسني - ت: ٣٩٣٠١٦٧

www.darelfikrelarabi.com
INFO@darelfikrelarabi.com

رَفْعُ

عبد الرحمن النخدي
أسكنه الله الفردوس

على الخفيف.

٢٥٣

أحكام المعاملات الشرعية/ تأليف على الخفيف . -
القاهرة: دار الفكر العربي، ٢٠٠٨م.

ع ل أ ح

٥١٥ ص ؛ ٢٤سم.

يشتمل على إرجاعات بيلوجرافية.

تدمك: ١ - ٨٧٦ . ١٠ - ٩٧٧ .

١ - المعاملات (فقه إسلامي) . ٢ - الفقه

الإسلامي . أ - العنوان.

التعريف بالشريعة الإسلامية. واضعها، أدلتها،
منشأ الخلاف فيها، أشهر المذاهب
ترجمة مختصرة لبعض أصحابها

رَفَعُ
عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس

التعريف بالشريعة الإسلامية

معناها لغة - معنى الشريعة الأصلية : مورد الشاربية، وهو المكان الذي يرد به
الناس والدواب للشرب، ويسمى كذلك مشرعاً ومشرفة، ومن ذلك قيل : شرع
في الماء شروغاً إذا ورد المشرع والشريعة. ثم أطلق هذا اللفظ على ما شرعه الله
لعباده من الأحكام، وعلى كل ظاهر مستقيم من المذاهب، ومثله في هذا الشريعة،
وعن ذلك الاستعمال قيل : شرع إذا عمل بالشرع، وشرع إذا سن أحكاماً
وقوانين. وجاء في الذكر الحكيم (٥٨ : ٥) ﴿لكل جعلنا منكم شرعة
ومنها جاذباً﴾^(١). أي شريعة تتبعونياً وطريقاً واضحاً تسلكونه، وكذلك جاء
فيه (١٨ : ٤٥) ﴿ثم جعلناك على شريعة من الأمر فاتبعها﴾ وجاء فيه (١٣ : ٤٢)
﴿شرع لكم من الدين ما وصى به نوحاً﴾ وأساس هذا الإطلاق يتبين لك من قول
بعض العلماء : (الشرائع)^(٢). نعم الشرائع^(٣)، من وردّها روى ومن صدّها عنها
دوى^(٤).

والإسلام معناه الأصلي : الانتقاد والخضوع والتسليم والاستسلام، وقيل في
ذلك : أسلم فلان في هذا الأمر إذا انقاد إليه وخضع، وأسلم لأمر الله إذا سلم
واستسلم، ثم أطلق على الإيمان بالله وبرسوله محمد ﷺ وبما جاء به من دين.

(١) الرقم الأول رقم الآية، والثاني رقم السورة.

(٢) الأحكام الشرعية.

(٣) موارد الشاربيين.

(٤) صد : أعرض. دوى : مرجع.

معناها عند الشرعيين - وإذن فمعنى الشريعة الإسلامية ما شرعه الله سبحانه وتعالى لعباده من الأحكام على لسان رسوله محمد ﷺ.

علوم الشريعة - وهذه الأحكام أنواع ثلاثة : فما يتعلق منها بالعقائد الأساسية للإسلام يعرف بعلم الكلام^(١)، وذلك كالأحكام المتعلقة بذات الله وصفاته وبالإيمان به وبرسوله وكتبه واليوم الآخر وما إلى ذلك.

وما يرجع منها إلى تهذيب النفوس وتركيتها وتكميلها يسمى بعلم الأخلاق، وذلك كالأحكام المبينة لما يجب أن يتحلى به من الفضائل، كالصدق والحلم والوفاء، ولما يجب أن يتخلى عنه من الرذائل، كالكذب والغضب وخلف الوعد.

وما يختص منها ببيان أحكام ما للناس من أعمال ومعاملات، وما يعقدونه من عقود، وما يملكونه من أموال يسمى بعلم الفقه. ومعنى الفقه لغة : الفهم والعلم والفتنة، وفعله (فَقَّهَ) ككرم، وفَقَّهَ كفَرِحَ.

شُعَبُ علم الفقه - وينقسم علم الفقه عدة أقسام :

فما كان منه خاصا بأحكام الوسائل التي يتقرب بها إلى الله سبحانه وتعالى من صلاة، وصوم، وزكاة، وحج، يسمى بالعبادات.

وما كان منه متعلقا بتكوين الأسرة ونظامها من زواج، وطلاق، ونفقات، ونسب يسمى بالأحوال الشخصية^(٢). وما كان منه متعلقا بالأموال والتصرف فيها، من بيع، وإجارة، ورهن، وغير ذلك يسمى بالمعاملات.

وما كان منه متعلقا بالجرائم وما يترتب عليها من عقوبة، يسمى بالحدود والتعزيرات، أو بالعقوبات.

(١) سُمي بعلم الكلام لما كان يتطلبه الجدل في مسائله من كثرة الكلام. وقيل لأنه يشتمل على صفة الكلام الثابتة لله تعالى، وقد كان لها شأن أي شأن في خلافة المأمون ومن ولى الأمر بعده.

(٢) جرى المؤلف على الاصطلاح الذي ساد بين الثاقنين ترجمة للفظ الأفرنجي في عصره، وقد سميتها «أحكام الأسرة» وعلى هذا تجري مشروعات القوانين.

وما كان منه متعلقا بالدعوى وطريق إثباتها والحكم فيها وما إلى ذلك يسمى بالمرافعات .

وما كان منه متعلقا بالحروب وأسبابها ونتائجها وعلاقة الأمة الإسلامية بغيرها يسمى بالسَّير^(١) أو بالمغازى .

وهذا النوع من التقسيم حديث العهد، اتبعنا فيه طريقة العلماء فى قسمة الشرائع الوضعية، فقد قسموها - كذلك - تيسيرا لدراستها والتخصص فيها .

واضع الشريعة الإسلامية

شارعها هو الله سبحانه وتعالى، فهو الواضع لها جميعها، وهو الحاكم لا سواه، وقد جاء فى الكتاب الكريم (٤٠ : ١٢) ﴿إِنَّ الْحُكْمَ إِلَّا لِلَّهِ﴾ .

وقد أوحى بها إلى رسوله محمد ﷺ ليلغها الناس وبينها، فكان هو المبلغ لها والمفسر لا الواضع، وقد جاء فى الذكر الحكيم (١٠٢ : ٥) ﴿مَا عَلَى الرَّسُولِ إِلَّا الْبَلَاغُ﴾ . وجاء فيه (٤٤ : ١٦) ﴿وَأَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الذِّكْرَ لِتُبَيِّنَ لِلنَّاسِ مَا نُزِّلَ إِلَيْهِمْ وَلَعَلَّهُمْ يَتَفَكَّرُونَ﴾ .

كيف وصلت إلى الناس؟ - وإذن فجميع أحكام الشريعة الإسلامية من عند الله تعالى، غير أن منها ما أوحى به مفضلا، فجاء به الدليل صريحا، كما جاء فى قوله تعالى : (٢٧٥ : ٢) ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾، ومنه ما جاء غير مصرح به فكان طريق معرفته النظر فيما صرح به من الأحكام. ولذا كانت الدلالة عليه مختلفة فى وضوحها ونوعها، وكان ذلك سبيلا إلى استنباط ما يساير الزمن ويحقق مصالح الناس على اختلافهم .

ومن أمثلة ذلك : استنباط حرمة كل مسكر من آية تحريم الخمر، وهى : (٩٠، ٩١ : ٥) ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنْصَابُ وَالْأِرْلَامُ رَجَسٌ مِنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تَفْلَحُونَ﴾ * إنما يريد الشيطان أن يوقع بينكم

(١) السَّير : جمع، مفردة سيرة وهى الطريقة . وغلب فى لسان الفقهاء على المغازى اه مصباح .

العداوة والبغضاء فى الخمر والميسر ويصدقكم عن ذكر الله وعن الصلاة فهل أنتم متهون»^(١). فإن الكتاب بين فى هاتين الآيتين تحريم شرب الخمر وعلته، فذكر أن شرب الخمر من إغواء الشيطان وتحريضه لكى يوقع شاربها فى العداوة والبغضاء، ويصدقكم عن ذكر الله وعن الصلاة. وهذا كله متحقق فى شرب أى مسكر آخر لهواً ولعباً فيكون حراماً^(٢).

وعن هذا الطريق الأخير - طريق القياس - عرف كثير من الأحكام. بل إن أكثر أحكام الشريعة الإسلامية منه، وإن كان النوع الآخر من الأحكام هو الأساس والأصل لهذا النوع، ومنه مستمدة، قال تعالى: (٩٨ : ١٦) ﴿ونزلنا عليك الكتاب تبياناً لكل شيء وهدى ورحمة وبشرى للمسلمين﴾.

أثرها فيما كان للعرب قبلها من شرائع :

لم تكن الشريعة الإسلامية - مع ما بيناه من نزول الوحي بها - شريعة جديدة مستحدثة فى كل أحكامها، بل كان كثير منها معروفاً قبل الإسلام، وذلك أن العرب كانوا كأية أمة لها حياة اجتماعية مدنية ذات ارتباطات اقتصادية وصلات سياسية ومعاملات مالية متنوعة، كانوا يتحالفون ويتبايعون ويتدينون ويرهنون ويتجرون ويتنازعون ويتحاكمون ويتناكحون، وكانوا فى جميع ذلك خاضعين لعادات جارية أو تقاليد موروثه أو عرف مألوف، أو متبعين ديانات سابقة، وكان كل أولئك مختلفاً إلى حد ما باختلاف القبائل، ومتأثراً كذلك بهوى رؤسائهم ورغبات كبارهم. وكذلك كانت تتحكم فيهم - فى بعض الأحيان - مبادئ مقدسة

(١) والخمر : نقيع العنب إذا اشتد وغلى. والميسر : القمار والأنصاب : الحجارة تنصب للعبادة أو للذبح عليها تقرباً، مفردة نصب. والأزلام : الأقداح، كان العرب إذا قتلوا أمراً ضربوا ثلاثة أقداح، منها واحد غفل، وآخر مكتوب عليه (أمرنى ربى) وثالث مكتوب عليه (نهانى ربى)، فإذا خرج القدرح الأمر مضوا، وإن خرج الناهى تجنبوا، وإن خرج الغفل أجالوها مرة أخرى، وهكذا. ومفرد الأزلام زلم.

(٢) ومن الأمثلة أيضاً : الحكم بكرهية الإجارة وغيرها من الأعمال إذا وقعت عند النداء إلى الصلاة من يوم الجمعة، استنباطاً من الآية الناهية عن البيع فى ذلك الوقت، وهى قوله تعالى فى آخر سورة الجمعة : ﴿فاسعوا إلى ذكر الله وذروا البيع﴾ فقد نهى عن البيع فى ذلك الوقت حتى لا يحول دون إجابة النداء والسعى إلى الصلاة، فكان فى حكمه كل عمل يؤدى فى ذلك الوقت لفسار العلة.

عندهم، خلفتها لهم الأديان البائدة، كدين إبراهيم أو دين إسماعيل، أو أحدثها نظم انتقلت إليهم من الأمم المجاورة لهم كالفرس والرومان. وأن مجتمعاً تتسلط عليه كل هذه العوامل المختلفة التي لا تتركز في كثير من الأحوال على أسس عادلة، لكثير الاضطراب ملىء بالظلم، لا يأمن فيه إنسان على حقه، ولا يرتدع فيه ظالم عن ظلمه، وإن لم يخلُ من أمور صالحة ومعاملات عادلة لا غنى للناس عن بقائها.

جاء رسول الله محمد ﷺ وحال هذه الأمة على ما وصفنا فلم يعمد إلى هدمها، ولكنه حاول إصلاحها، وعنى بعلاجها، حتى طهرها من الرجس، وخلصها من شوائب الظلم، ونفى عنها بوائق الجاهلية وأدران الوثنية؛ فحرم الضار وكمل الناقص، وأصلح الفاسد وأقر الصالح. حرم الربا؛ لأنه نظام من المعاملة ضار وجائر، وحرم أنواعاً من الزيجات كزواج المقت^(١)، وزواج الشغار^(٢)؛ لأنها لا تحقق أغراض الزواج وغايته. وأصلح نظام البيوع؛ فنفى عنها الغرر والخداع والغبن الفاحش، وأقر الحج بعد أن خلصه من أضرار الشرك وأثار الوثنية، وأقر الإجارة والرهن والعارية لإصلاحها، وهكذا جاءت الشريعة إلى الناس معروفة غير منكرة، تحقق لهم منافعهم وتكفل لهم حاجاتهم وتدفع عنهم شقوتهم، وتوجههم إلى سعادتهم. وكثير منها جديد مستحدث شرعه الله لمصلحة الناس وحاجاتهم كالوقف والزكاة وغيرهما، وكلا النوعين جاء به الوحي؛ إما إقراراً وإما إنشاء.

أدلتها

الكتاب والسنة - أوحى الله بشريعته إلى محمد ﷺ، فكان هذا الوحي تارة ينزل عليه باللفظ من عند الله، فيجب حفظه وتبليغه كما أنزل، وهذا هو القرآن الكريم الذي لا يأتيه الباطل من بين يديه ولا من خلفه. وتارة يجيء بالمعنى فكان النبي ﷺ يبلغه الناس بالعبارة التي يصوغها من عنده ويرتضيها لبيانه. وهذا أحد نوعي السنة، وهو السنة الموحى بها.

أما القرآن فكثيراً ما نزل في أصول الدين وأمهات المسائل مما لا يتأثر بمرور

(١) التزوج بزوجة الأب.

(٢) أن يتزوج الرجل بابتنة رجل أو اخته نظير أن يزوجه بابتة أو اخته.

الزمن ولا يختلف باختلاف الأمم، كتوحيد الله وتقديسه والحث على الخلق العظيم، كما نزل في إحلال بعض المعاملات وتحريم الخبائث.

وأما السنة فقد جاءت تابعة للقرآن، مينة لإجماله، مفصلة لأحكامه، تقوم عليه ولا تختلف عنه.

وكلا الوحيين مصدر أساسى للشريعة الإسلامية، يرجع إليهما فى بيان الأحكام وتطبيقها، فإذا وقعت واقعة وأريد معرفة حكم الله فيها وجب الرجوع إلى كتاب الله، فإن وجد فيه حكمها قضى به، وإلا وجب الرجوع إلى السنة، فإن وجد فيها حكمها قضى به وإلا وجب النظر فيما نزل من أحكام، وما جاء معها من علل، أو ما شرعت لأجله من حكم وأغراض، وقيس الشبيه على شبيهه، وألحق المثل بمثله، فسوى بينهما فى الحكم، أو جعل روح التشريع هادياً إلى الحكم المطلوب، وشكذا حتى يطمئن الناظر أو المجتهد إلى أن ما وصل إليه هو حكم الله فى هذه الواقعة، فيقضى به.

كذلك كان يفعل الرسول ﷺ فيما يعرض له من الحوادث والوقائع، يقضى فيها بما نزل عليه، فإن لم ينزل عليه فيها شيء اجتهد ونظر فيما نزل حتى يصل إلى حكم الله المطلوب فيقضى به، ويقره الله عليه، وحكمه فى هذه الحال هو النوع الثانى من السنة : فالسنة إما أن تصدر عن وحى، وإما أن تصدر عن اجتهاد أقره الله عليه، وكلا النوعين واجب أن يتبع، وهى فى الحالين لا تخرج عن قول أو فعل أو إقرارٍ أثر عن النبى ﷺ.

أما اجتهاد غيره ﷺ فى زمنه فلا يعد شرعاً إلا إذا عرض على النبى ﷺ فأقره، وعندئذ يصير سنة بإقراره، وكثيراً ما كان يقع ذلك إذا عرضت لأصحابه وقائع لا يعرفون فيها حكماً وهم على سفر، فكانوا يجتهدون، فإذا حضروا إلى رسول الله ﷺ عرضوا عليه اجتهادهم، فإذا أقره كان شرعاً وإلا ردهم إلى الصواب.

وعلى هذا الأساس : ولى عليه الصلاة والسلام معاذ بن جبل (١). قضاء

(١) أنصارى خزرجى أسلم سنة ١٨ سنة، وهو من جمع القرآن وتوفى سنة ١٨ من الهجرة.

اليمن، وقال له : «بم تقضى؟» قال : بكتاب الله، قال : «فإن لم تجد؟» قال :
أقضى بسنة رسول الله، قال : «فإن لم تجد؟» قال معاذ : أجتهد رأيي، قال عليه
السلام : «الحمد لله الذي وفق رسول الله إلى ما يرضى الله ورسوله».

وليس اجتهاد رأيه إلا القضاء بالاجتهاد، وقياس الأمور بأشباهها، والعمل
بما تقضى به قواعد الشريعة الكلية، وبما يهdy إليه روحها وسر شرعها.

ومن هذا البيان يظهر لنا أن مصادر الشريعة أو أدلتها في حياته عليه السلام:
الكتاب والسنة بنوعيهما، وأن اجتهاد غيره لا يكون مصدرًا إلا إذا أقره.

متى انقضى عهد التشريع؟ : وبوفاته ﷺ انقضى عهد وضع الشريعة ولم
يبق إلا تطبيقها، وكان ذلك بعد أن تمت وكملت، وفي ذلك يقول الله تعالى فيما
أنزله عليه بعرفات قبل وفاته عليه الصلاة والسلام بإحدى وثمانين ليلة (٣ : ٥)
«اليوم أكملت لكم دينكم وأتممت عليكم نعمتي ورضيت لكم الإسلام دينًا» وقد
قيل : إنها آخر آية نزلت من القرآن فلم يتزل بعدها تحليل ولا تحريم، وكان نزولها
في تاسع ذى الحجة من السنة العاشرة، يوم الحج الأكبر.

وقد قام أصحابه بعد وفاته ﷺ بتطبيق ما حفظوا من شريعته على ما كان
يعرض لهم من حوادث ويواجهونه من مسائل متبعين الأساس الذي سنه عليه
الصلاة والسلام لهم في حديث معاذ المتقدم.

فكان كل من أبى بكر وعمر رضى الله عنهما، إذا ما عرضت لأحدهما
حادثة، نظر في كتاب الله، فإن لم يجد نظر فيما يحفظ من سنة رسول الله، فإن
لم يجد سأل الناس (هل فيكم من يحفظ في هذا الأمر سنة؟) فإن لم يجد اجتهد
واستشارهم، فإذا اشتركوا في البحث والنظر فقد يجمعون على حكم، وهذا ما
يكثُر وقوعه، وقد يختلفون.

الإجماع - فإذا أجمعوا ولم يخرج واحد عن إجماعهم، وكان الحكم المجمع
عليه قاطعًا في النزاع المعروف أمامهم لعلمهم بأنهم لا يجمعون على ضلالة؛ لأن
إجماعهم لا يكون إلا عن دليل شرعي يسلمون له جميعًا، وقد روى عن رسول

اللَّهِ ﷻ «لا تجتمع أمتي على ضلالة» وهذا هو أساس الإجماع الذي عد دليلاً ثالثاً من أدلة الشريعة الإسلامية^(١).

النظر والقياس - وإذا اختلفوا، فذلك لاختلاف الأدلة، وتفاوت النظر، وعدم استطاعتهم أن يوفقوا بين وجوه الخلاف، وأن يصلوا إلى القطع بحكم الله في هذا الأمر، وكل ناظر منهم يظن ظناً راجحاً أن ما وصل إليه هو حكم الله فيه، فيرجح الخليفة ما تظمن إليه نفسه من الآراء بعد مناقشتهم فيها، ثم يقضى به فينتهي النزاع بذلك، دون أن يعتبر هذا القضاء شريعة ملزمة لجميع الناس فيما يعرض لهم من حوادث أخرى مشابهة، ولا ملزماً للخليفة نفسه إذا ما عرضت له حادثة مماثلة فاطمأنت نفسه إلى قضاء غيره.

وفي هذا النوع من النظر والاجتهاد كانوا يقيسون الأمور بأشباهها ويلحقون المثل بمثيله، وهذا ما يسمى بالقياس^(٢). وقد يتجهون فيه إلى تطبيق قواعد الشريعة العامة التي عرفوها من الرسول أو إلى استحياء أسرارها وتحقيق أغراضها وحكمها.

هذه هي طرقهم إلى تعرف الحكم، ومن هذا كانت مصادر الشريعة أو أدلتها بعد وفاته عليه السلام (الكتاب والسنة والإجماع والنظر أو القياس) والنظر أعم من القياس؛ لأنه يشمل ويشمل غيره كتطبيق القواعد العامة والاهتداء بروح الشريعة وأغراضها.

الخلاف في الشريعة وأسبابه

كان كتاب الله مكتوباً في صحائفهم، محفوظاً كله في صدور بعضهم، فلم يكن يغيب عنهم جميعاً شيئاً منه.

(١) الإجماع : هو اتفاق كل مجتهدى الأمة الإسلامية في عصر من العصور على حكم شرعى، وهو حجة قطعية الدلالة عند جمهور الفقهاء.

(٢) القياس : إلحاق أمر لا نص فيه بأمر آخر متصوص على حكمه بإعطائه ذلك الحكم بناء على اشتراك الأمرين في العلة التي شرع لأجلها ذلك الحكم، كما في إلحاق شرب النبيذ بشرب الخمر في الحرمة؛ لأنهما مكران.

أما السنة فكانوا فيها على خلاف ذلك؛ لأن النبي ﷺ ما كان يأمر بكتابتها، وما عنى أحد من أصحابه بذلك، اللهم إلا ما كان من عبد الله بن عمرو بن العاص^(١). فإنه كتب منها ما سمع في صحيفة كانت تسمى (الصادقة).

وكان عليه السلام يقول ويفعل في كثير من حالاته؛ في بيته، وفي مسجده، وفي قعوده، وفي مشيه، وفي حضره، وفي سفره، ولم يكن يحضر ذلك من أصحابه إلا من كان له شأن أو كان مع الرسول وقت أن عُرِضت الحادثة، فلذلك لم يكن أصحابه في سنته ﷺ سواء، بل كان منهم المقل الذي يحفظ الحديث أو الحديثين وهم كثير، ومنهم الكثير وهم قليل، كأبي هريرة^(٢)، ولقد عاب عليه بعض الأصحاب كثرة حديثه، فقال (إن الناس يقولون: أكثر أبو هريرة، ولولا ما قرأت في كتاب الله ما حدثت حديثا، ثم تلا قوله تعالى: (١٥٩، ١٦٠: ٢٠) ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَكْتُمُونَ مَا أَنْزَلْنَا مِنَ الْبَيِّنَاتِ وَالْهُدَىٰ مِنْ بَيْنِ أَيْدِيهِمْ لِيُظَاهَرُوا بِذُنُوبِهِمْ لَنْ يَكُونُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ لَعْنَةُ اللَّهِ عَلَى الَّذِينَ كَفَرُوا إِنَّهُمْ كَانُوا فِيهَا يَسْتَكْبِرُونَ﴾. إن إخواننا من المهاجرين كان يشغلهم الصنق أولئك يلعنهم الله ويلعنهم اللاعنون * إلا اللذي تابوا وأصلحوا وبينوا فأولئك أتوب عليهم وأنا التواب الرحيم﴾. إن إخواننا من الأنصار كان يشغلهم العمل في الأسواق - الاتجار فيها - وإن إخواننا من الأندلس كان يشغلهم الصنق في أموالهم، وإن أبا هريرة كان يلزم رسول الله ﷺ، بشيخ بطنه يحضر مالا يحضرون، ويحفظ مالا يحفظون).

كذلك كان الصحابة مختلفين في قوة الفهم، ودقة الملاحظة، ودرجة الحفظ فيما يشهدون ويسمعون؛ فمنهم من كان يعنى بالمعنى فقط فيذكره، ثم ينقله بعد ذلك إلى غيره بلفظ من عنده، ومنهم من كان يعنى باللفظ فيحفظه، ثم ينقله إلى الناس، وقد تخونه في ذلك ذاكرته، فيضع لفظا يظن أن قد سمعه، بدل لفظ قد نسيه، هكذا فعلوا، فاختلفت روايتهم للحديث، بسبب اختلافهم في أفهامهم، وتفاوتهم في درجة حفظهم، وقوة ملاحظاتهم، واختلافهم في أساليبهم، فإذا ما ضمنا إلى ذلك أنهم قد اختلفوا في فهم كثير من آي القرآن، وأنهم كانوا كذلك

(١) صحابي أسلم قبل أبيه، وكان واسع العلم، وأقام آخر أيامه بمصر وتوفي بجانة ٦٥.

(٢) اسمه عبد الرحمن بن صخر أسلم عام خير، له (٥٢٧٤) حديثا، وتوفي ٥٩.

يختلفون عند النظر والاجتهاد والتطبيق؛ لاختلاف طبائعهم، وتفاوت مداركهم وعلمهم بالسنة وأحكامها، وتفهمهم لأغراض الشريعة وأسرارها، تبينت لنا أسباب اختلاف الفقهاء في أحكام الشريعة بعد وفاة رسول الله ﷺ. وهذه أهمها:

١ - اختلافهم في فهم بعض آيات القرآن^(١) وبعض ما ورد من السنة^(٢).

٢ - تفاوتهم فيما يحفظونه من السنة، فربما عرضت حادثة على من لا يحفظ فيها سنة فيفتى فيها برأيه، بينما قد عرضت على من يحفظ فيها سنة، فيقضى فيها بما حفظ فيختلف الحكمان^(٣). وربما اختلفوا في ضبط حال خاصة وفي روايتها، وذلك كما في حديث الخنساء بنت خدام فقد رواه بعضهم (أنكحني وأنا كارهة أبي وأنا بكر فشكوت ذلك إلى النبي ﷺ، فقال له: «لا تنكحها وهي كارهة» ورواه بعضهم (وأنا ثيب) بدل وأنا بكر فترتب على ذلك تغير الحكم، والرواية الأولى ترد مذهب الشافعي لأنه يرى أن للأب أن يزوج ابته جبرا عنها إذا كانت بكرا، والحديث ينهى عن ذلك. أما الرواية الثانية فإنها تتفق مع مذهبه؛ لأنه لا يرى إكراه الثيب على النكاح.

٣ - اختلافهم في وزن ما يروى لهم من سنة، فقد يصل الحديث إلى أحدهم من طريق لا يثق برجاله فلا يعمل به؛ لأنه يظن براويه خطأ أو عدم الحفظ أو أن الحديث قد أدخل عليه أو غير ذلك. وقد يصل بنفس الطريق إلى آخر فيعمل به لوثوقه بجميع رواته، أو يصل إليه من طريق آخر موثوق برجاله فيقضى به، بينما الآخر قد تركه ونظر برأيه فيختلفان. والاختلاف بسبب ذلك كثير^(١).

(١) من ذلك اختلافهم في معنى القرء في قوله تعالى: (٢٢٨ : ٢) «والملقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة فروع» فسر بعضهم بالحيض، وبعضهم بالطبر.

(٢) من ذلك اختلافهم في معنى قوله عليه السلام «لا نكاح إلا بولي» فسر بعضهم بأن النكاح بغير ولي باطل وفسره بعضهم بأنه مكروه.

(٣) من ذلك ما رآه علي رضي الله عنه في الزوجة التي لم يسم لها مهرا، إذا توفي عنها زوجها قبل الدخول بها، إذ قاسها على المطلقة قبل الدخول فلم ير لها شيئا من المهر وقال (حبها الميراث)، ورأى غيره أن لها مهرا مثلها لحديث بروع بنت واشق، فقد روى معقل بن سنان أن رسول الله ﷺ (قضى ليا بمير مثلها) وكان زوجها قد توفي عنها قبل الدخول ولم يسم لها مهرا.

٤ - تفاوتهم في فهم أسرار الشريعة وعللها وأغراضها، فتختلف آراؤهم وفتاويهم تبعاً لاختلافهم في فهم هذه الأمور، فربما عرض الأمر فألحقه أحدهم بأمر رآه مثيلاً له، وألحقه الآخر بأمر غيره يراه المثل له، فيعطيه كل منهما حكماً يخالف الحكم الآخر، وهكذا^(١).

٥ - اختلاف البيئات والعادات والمعاملات باختلاف الأقطار الإسلامية وتباعدها، فإن كثيراً من الأحكام لا يهتدى إليها إلا على ضوء تحقيق المصلحة، ودرء المفسدة، فإذا ما اختلفت المصالح باختلاف البلاد والبيئات اختلفت الأحكام تبعاً لها. وقد غير الشافعي كثيراً من آرائه حين انتقل إلى مصر لِمَا رآه فيها من عادات لم يرها في العراق والحجاز.

٦ - اختلاف المسلمين سياسياً في آخر عهد عثمان وفي عهد علي، فقد ظهر فيهم الشيعة والخوارج.

فأما الشيعة فيرون أن الخلافة بعد الرسول لعلي، ثم لذريته، استحبنا بوصية من الرسول، ويعدون أبا بكر وعمر وعثمان عصاة؛ لاغتصابهم إياها، ولا يأخذون بحديث يرويه أحدهم ولا واحد من ناصرهم.

وأما الخوارج فكانوا من جيش علي حين كان يقاتل معاوية، ثم خرجوا عليه لقبوله التحكيم بينه وبين معاوية. ويرون أن الخلافة إذا ما احتاج المسلمون إليها تكون لمن هو أهل لها، عربياً كان أو غير عربياً، فيخالفون جمهور المسلمين في

(١) من ذلك أحاديث إثبات الشفعة للجار، عمل بها الحنفية، ولم يعمل بها الشافعي ومالك وأحمد، ومن هذه الأحاديث (جار الدار أحق بالدار من غيره) ومنها (الجار أحق بشفعة جاره بنظر بها وإن كان غائباً إذا كان طرفيهما واحداً) ومنها (الجار أحق بسبقه).

(٢) من ذلك: الاختلاف في بيع التمح بدقيقه، قيل يجوز ولو مع التفاضل؛ لأنهما جنسان كبيع القمح بالأرز، وقيل لا يجوز إلا مع التاوي؛ لأنهما جنس واحد كبيع القمح بالقمح. واختلافهم في بيع لبن المرأة بعد حلبه، أجازته مالك والشافعي قياساً على لبن الغنم؛ لأن كلا منهما مباح شربه. ولم يجزه أبو حنيفة لأنه لبن حيوان لا يؤكل لحمه فلا يجوز قياساً على لبن الأتان، اهـ من تهذيب الفروق ص ٢٤٠ ج ٣.

أنها واجبة، ولا تكون إلا في قریش، ولا يأخذون بحديث يرويه على أو شيعة أو معاوية أو من ناصره، وينتمون على عثمان سياسته.

وقد كان اختلاف المسلمين في المسائل الفقهية عقب وفاة الرسول في خلافة أبى بكر وعمر قليلا، كما قدمنا؛ وذلك لوجود أكثر المفتين منهم بالمدينة، وسهولة اجتماعهم واستشاراتهم فيما يُعرض من الحوادث التي لم ينزل فيها نص، فإذا تشاوروا في الأمر وهم في بيئة واحدة وقد قرب بعضهم إلى بعض اجتماعهم برسول الله ﷺ وصحبتهم له، وأخذهم الدين عنه، ومعرفتهم بطرائق نظره، اجتمعوا على رأى ولم يختلفوا، وإذا اختلفوا فلاختلاف في الأدلة لم يوفقوا إلى رفعه، وقلما يحدث ذلك، وعندئذ يعمل كل في المسألة برأيه، إلا إذا أرادهم الخليفة على رأى معين، فعند ذلك ينتهى الخلاف في الحادثة المعروضة، ثم لا يكون رأى أحدهم ملزما لغيره في حادثة أخرى، بل يجوز لصاحب الرأى أن يعدل عنه بعد ذلك إذا ما تبين له في غيره وجه الصواب، وفي ذلك يقول عمر (إن الرجوع إلى الحق خير من التماذى فى الباطل). وقد قضى عمر فى حادثة بقضاء فأنفذ، ثم عرضت عليه مثلتها مرة أخرى، فقضى فيها بقضاء آخر تبين له فيه وجه الصواب، ولما لفته بعض أصحابه إلى ما قضى به أولا قال (ذاك على ما قضينا، وهذا على ما نقضى).

المذاهب المختلفة وترجمة بعض أصحابها

بدأت الدولة الإسلامية فى خلافة عمر تتسع، وذلك بسبب امتداد الفتح؛ فتم فتح الشام والعراق فى السنة السابعة عشرة، وفتحت مصر بعد ذلك بقليل فى سنة (٢٠)، وفتحت فارس عقب ذلك فى السنين التالية، وهكذا تابعت البلاد والأقطار دخولا فى الدولة الإسلامية، وتبع ذلك تفرق الصحابة وخاصة المفتين منهم، وتوطنهم فى تلك الأقطار، وعندئذ وجدوا فيها من مختلف العادات والمعاملات والنظم ما ليس موجوداً فى بلاد العرب، وعرض عليهم كثير من الحوادث المتولدة من مدنات وحضارات لا عهد لهم بها، وواجهوا فيها نظما وقوانين لا يعرفونها من قبل، وكان إليهم بحكم الفتح والحكم والسلطان أن

يفصلوا فيما يعرض عليهم، وأن يُبدوا آراءهم فيما يواجههم، وكثير من ذلك لم يعرض في زمن الرسول، فكان لابد لهم من الاجتهاد والنظر للوصول إلى الحكم فيه، مترشدين في ذلك بما يعرفون من كتاب وسنة، ومتأثرين إلى درجة ما بالوسط الذي انتقلوا إليه وعاشوا فيه، وإلا جانبوا المصلحة، وأعتوا الرعية، فكان ذلك مجالاً واسعاً لخلاف المجتهدين في القطر الواحد، بله الأقطار المختلفة، وكثر الخلاف بسبب الحوادث وتنوعها وتعدد أماكنها، وحرص كل مجتهد على ألا يحمل الناس من غير موجب على ما لا يألون، وأصبحت المراكز الشيخية للفتيا في الأقطار المختلفة: المدينة، ومكة، والبصرة، والكوفة، والفسطاط، ودمشق. واستقر في كل مركز من هذه المراكز بعض الصحابة رضوان الله عليهم، وكان لهم فيها أتباع وتلاميذ درسوا عليهم، وأخذوا الفقه عنهم، فاتحدوا معهم في الوجية والشرب، لا يخالفونهم في ذلك إلا خلافاً قليلاً بقدر ما يقتضى به اختلاف الطبائع وتفاوت الأفهام واستعداد النفوس.

وقد استمرت الحال على ذلك إلى منتصف القرن الرابع، حيث أغلق باب الاجتهاد والنظر، تجنباً لفوضى الآراء وانتشار الفتن بسبب ذلك، وليحال بين الاجتهاد وبين من يرى نفيه أهلاً له وليس هو في الواقع بأهل.

وفي هذه الحقبة من الزمن ظهر بعض المجتهدين، وعنوا بالفقه وتعليمه. وقصدهم كثير من الناس طلباً للتعليم والفتيا، فذاعت آراؤهم وانتشرت فتاويهم، واتبعهم فيها كثير من العامة والمتعلمين، وكان لهم من ذلك أتباع ونصراء يؤيدون آراءهم وينشرون أفكارهم فنسبوا إليهم، وأصبح ما يعلمونه الناس مذهباً ممتازاً يعرف باسم صاحبه، فقيل مذهب أبي حنيفة، ومذهب الشافعي، وهكذا.

ففي الشام ظهر مذهب الأوزاعي أبي عمرو عبد الرحمن بن محمد الأوزاعي^(١). (ولد سنة ٨٨هـ وتوفي سنة ١٥٧هـ) وكان من رجال الحديث، ثم اشتهر بالفقه وانتقل مذهبه إلى الأندلس ولكنه اضمحل أمام مذهب الشافعي في

(١) الأوزاع لقب مرثد بن زيد أبي بطن من ممدان منهم الإمام عبد الرحمن بن عمرو الأوزاعي اهـ

قاموس.

الشام وأمام مذهب مالك في الأندلس وذلك في منتصف القرن الثالث الهجرى .
وليس له الآن أتباع فيما نعلم .

وفي بغداد ظهر مذهب أهل الظاهر لأبى سليمان داود بن على الظاهرى ،
وقد ولد بالكوفة (سنة ٢٠٤هـ) ، وتعلم شافعيًا ، وانتهت إليه رئاسة العلم ببغداد ،
ثم انتحل لنفسه مذهبًا خاصًا أساسه العمل بظاهر الكتاب والسنة مالم يوجد دليل
على خلافه ، وقد بقى مذهبه إلى القرن الخامس ثم اضمحل ، ولا نعلم له كذلك
أتباعًا الآن .

وكذلك كان للحسن البصرى بالبصرة (المتوفى سنة ١١٠هـ) وعامر بن
شراحيل الشعبى بالكوفة (المتوفى سنة ١٠٤هـ) وسفيان الثورى بالكوفة (المتوفى
سنة ١٦١هـ) وغيرهم ، مذاهب اعتنقها الناس فى عصرهم وبعد وفاتهم ، ولكن لم
يتح لها من أسباب الانتشار والبقاء ما أتيح لغيرها من المذاهب فلم تبق طويلا .

أما المذاهب الباقية إلى يومنا هذا فأشهرها سبعة : أحدها فرقة من الخوارج
واثنان منها للشيعة ، والأربعة الباقية لجمهور المسلمين . وهى :

١ - مذهب الإباضية (١) : وهم فرقة من الخوارج يقطنون الآن فى تونس
وبعض بلاد الجزائر وفى عمان ، ومن أهم كتب هذا المذهب «شرح
النيل» لمحمد بن يوسف أطفيش ، طبع بالقاهرة فى عشرة مجلدات .

٢ - مذهب الإمامية الاثنى عشرية : ويمتاز أهل هذا المذهب عن بقية
طوائف الشيعة باعترافهم بإمامة موسى الكاظم بن أبى عبد الله جعفر
الصادق بن محمد الباقر بن على زين العابدين بن الحسين ، وكان إماما
محدثا روى عنه مالك وأبو حنيفة وكثير من العلماء ، وتوفى سنة
١٨٣هـ وسموا بالإمامية الاثنى عشرية ؛ لأن لهم اثنى عشر إماما ،
أولهم على ، وآخرهم محمد للهدى (٢) .

(١) نسبة إلى رئيسهم عبد الله بن أباض النيمى كانت حياته أيام بنى أمية فى النصف الثانى من القرن
الأول الهجرى .

(٢) وهو ابن الحسن العسكرى بن على الهادى بن محمد الجواد بن على الرضا بن موسى الكاظم بن
جعفر الصادق ، وقد زعم الشيعة الإمامية أنه اختفى بالرداب فى سامرا سنة ٢٦٠هـ بعد وفاة أبيه وسيظير
آخر الزمان فىملا الأرض عدلا . وهم الآن فى انتظاره .

٣ - مذهب الزيدية : وينسبون إلى زيد بن علي زين العابدين بن الحسين . وهو الذي خرج على هشام بن عبد الملك ، وقتل سنة ١٢١ هـ وأتباعه كثيرون في اليمن . والمؤلفات فيه كثيرة ، ومن أشهرها «شرح الفقه الكبير» المسمى بالروض النضير وهو مطبوع بالقاهرة سنة ١٣٤٨ هـ ، ومذهب الزيدية يلي مذهب الإمامية في الانتشار وكثرة الأتباع^(١) .

٤ - مذهب أبي حنيفة : أبو حنيفة : هو النعمان بن ثابت ، قيل : كنى بأبي حنيفة . (وهي الدواة عند أهل العراق) ؛ لأنه ما كان يتركها ، وقد ولد بالكوفة سنة ٨٠ هـ وفيها تفقه وظهر مذهبه ، ثم انتقل إلى بغداد ، فتوفي بها سنة ١٥٠ هـ .

أخذ أبو حنيفة العلم عن حماد بن أبي سليمان^(٢) ، وأخذه حماد عن إبراهيم النخعي^(٣) ، وأخذه إبراهيم عن علقمة بن قيس النخعي^(٤) تلميذ عبد الله بن مسعود^(٥) . أحد أصحاب رسول الله ﷺ .

كان عبد الله من حفظة القرآن ومن العارفين بكثير من السنة ، المتصدرين للفتيا في المدينة . لا يجد حرجا أن يعلن رأيه في مسألة يسأل عنها ولا يحفظ فيها نصا . ولكن على أن ذلك رأى له^(٦) . ولما أرسله عمر بن الخطاب إلى الكوفة وجدها معرضا لكثير من الحوادث التي لم يكن له بها عهد من قبل ، فإن في العراق مدنية وحضارة لا توجدان في الحجاز ، وللمدنية والحضارة أثرهما البعيد في

(١) أما مذهب الإسماعيلية فهو مذهب جماعة ينسبون إلى إسماعيل بن جعفر الصادق بن محمد الباقر بن علي زين العابدين بن الحسن . وقد مات صغيرا . وهم في أكثر عقائدهم يخالفون عقائد المسلمين ولهم بقايا إلى اليوم في الهند وإيران والشام وجنوب أفريقيا .

(٢) انتسب إلى حماد زعامة الفقيه في العراق ، ويعنه بعض العلماء من المرجئة ، وتوفي سنة ١٢٠ هـ .

(٣) قال فيه الشعبي : ما ترك بعده أعلم منه . وكان ميبيا ، توفي سنة ٩٦ هـ .

(٤) أنبل أصحاب ابن مسعود توفي سنة ١٠٠ هـ .

(٥) كان أعلم الصحابة بالقرآن والسنة وسادس المسلمين في المبادرة إلى الإسلام ، توفي بالمدينة سنة

٣٢٢ هـ .

(٦) كما حدث ذلك في مسألة المفوضة . إذ سئل عن امرأة لم يفرض لها زوجها ميرا ، ثم ماتت قبل الدخول بها ، فأفتى بأن لها مير مثلها . وقال (إن ذلك رأى) ، فإن يكن خطأ فمضى ومن الشيطان . وإن يكن صوابا فمن الله .

تنوع المعاملات المالية، والارتباطات الاقتصادية والنظم العمرانية المتعلقة بالامن والرى والزراعة وغيرها، وفي كثرة ما يتولد عن ذلك من الحوادث والوقائع التي تتطلب التوجيه والفصل، ولا سبيل إلى هذا إلا بعرضها على أصول الشريعة وقواعدها العامة، وذلك ما يربى في الناظر ملكة الاستنباط ويقويها، فلم يأب عبد الله أن يخطو في ذلك خطوات دعت إليها حاجة الناس وضروراتهم، فيسر ذلك لتلاميذه أن يسيروا في هذه السبل شوطا بعيدا، فانتشر الاجتهاد وإعمال الرأي في العراق، وساعد على ذلك قلة الأحاديث فيه، فسمى علمائه بأهل الرأي، كما سمي علماء المدينة - في ذلك الحين - بأهل الحديث؛ لكثرة حفظه الحديث فيهم وضعف ميلهم إلى إعمال الرأي.

وكان أبو حنيفة - لما قدمنا - من أهل الرأي، إماما في القياس وبارعا في الاستحسان، فبرع في الفقه وفي الاستنباط، واشتهر بذلك، وقصده الناس من الأقطار المختلفة لتلقى العلم عنه. وكان يأكل من تجارة الخبز، فأفادته ممارسة التجارة تجربة وعلما بالصفق في الأسواق، وكان متهماً بالتشيع لآل البيت، حتى قال له زُفْرٌ مرة: ما أنت بمتته حتى توضع الحبال في أعناقنا. وكان كثير الصمت، فإذا سئل عن الفقه سال كالوادي. وقد اتصل به كثير من الطلبة، وأخذوا عنه، وعاونوه في وضع المسائل والإجابة عنها، وعنوا بتدوين مذهبه، فعرفوا بأصحاب أبي حنيفة. ومن أشهرهم :

١ - أبو يوسف يعقوب بن إبراهيم الأنصاري، ولد سنة ١١٣هـ، ولما شب اشتغل برواية الحديث، وتفقه على ابن أبي ليلى^(١)، ثم انتقل إلى أبي حنيفة، فكان أكبر تلاميذه وأشهرهم، وهو أول من صنف الكتب في مذهبه، وأملى المسائل، وقام بنشر المذهب في أرجاء الدولة العباسية؛ لأنه كان قاضي القضاة فيها، وإليه تولية قضاة الأقطار، وكان لا يولى إلا من أهل مذهبه، وله من الكتب المعروفة الموجودة الآن : «كتاب الخراج»، وتوفى في عهد الرشيد سنة ١٨٣هـ، وإنما كنى بأبي يوسف؛

(١) هو محمد بن عبد الرحمن بن أبي ليلى. ولى القضاء بالكوفة ثلاثا وثلاثين سنة للأُمويين، ثم للعباسيين. توفى سنة ١٤٨هـ.

لان أحد أولاده كان يسمى يوسف، وهو الذى ولى القضاء فى عهد أبيه فكان قاضى الجانب الغربى من بغداد.

٢ - محمد بن الحسن بن فرقد الشيبانى . ولد بواسط بالعراق سنة ١٣٢هـ، ونشأ بالكوفة، ثم سكن بغداد، واشتغل بالحديث، وانتقل إلى الحجاز لأخذ الحديث والعلم، وتلمذ لأبى حنيفة وأبى يوسف، وعنهما أخذ طريقة أهل العراق، فنبغ فيها، حتى صار المرجع لأهل الرأى فى بغداد، وإليه يرجع تدوين المذهب وحفظه، فقد روى عنه كتب كثيرة : منها ما يسمى بكتب ظاهر الرواية، وهى المبسوط، والجامع الصغير، والجامع الكبير، والزيادات، والسير الصغير، والسير الكبير، وسميت هذه الكتب بذلك؛ لأنها رويت عنه برواية الثقات، بخلاف كتب النوادر، كالتهارونيات والجرجانيات والكيسانيات، وهى كتب لمحمد رواها عنه من لم يصل إلى درجة أولئك فى الثقة^(١). وتوفى محمد بالرئى بفارس سنة ١٨٩هـ.

٣ - زُفر بن الهذيل بن قيس الكوفى . ولد سنة ١١٠هـ، وكان أولا من أهل الحديث ثم غلب عليه الرأى، فكان أقيس أصحاب أبى حنيفة، وقد وصف بعض السلف أصحاب أبى حنيفة، فقال : كان أبو يوسف أتبعهم للحديث، ومحمد أكثرهم تفريعا، وزفر أقيسهم . وتوفى زفر سنة ١٥٨هـ بالبصرة.

٤ - الحسن بن زياد اللؤلؤى الكوفى . تلمذ لأبى حنيفة، ثم لأبى يوسف، ثم لمحمد، وصنف فى المذهب كثيرا من الكتب، ولكن كتبه وآراءه لم تكن فى منزلة كتب محمد وآرائه، وكان أشهر أصحاب أبى حنيفة وأبرعهم فى تفريع المسائل التى للحساب فيها شأن لشدة ذكائه، وتوفى قريحته . وتوفى سنة ٢٠٤هـ.

(١) راجع رسالة عقود رسم المفتى .

والثلاثة الأولون : هم الذين نشروا مذهب أبي حنيفة وتلقاه الناس عنهم ، وكان لهم الفضل الأعظم في وضع مسائله والإجابة عنها ، وما كانوا مقلدين لأبي حنيفة بل كانوا مجتهدين مثله وكثيرا ما خالفوه ، ولذا نجد كتب اخفية مشحونة بأرائهم مليئة بأدلتهم^(١) . وما كانت نسبتهم إلى أبي حنيفة إلا كنسبة التلميذ إلى أستاذه . وليس المذهب في الواقع إلا مجموع آرائهم جميعاً ، وإنما نسب إلى أبي حنيفة لأنه أستاذهم . أما الحسن بن زياد فكانت منزلته دون منزلتهم^(٢) .

والحنفية منتشرون الآن في الهند والصين وبلاد الترك والعراق والشام ومصر وما وراء النهر (التركتان) وغيرها .

٦ - مذهب مالك بن أنس : الإمام مالك هو أبو عبد الله مالك بن أنس الأصبحي إمام دار الهجرة ، وأجل علمائها ، ولد بالمدينة سنة ٩٣هـ وعاش بها ، وفيها تعلم ولم يرحل عنها إلا إلى مكة لأجل الحج ، توفي بالمدينة ودفن بها سنة ١٧٩هـ

أخذ مالك الحديث والعلم عن علماء المدينة ، كعبد الرحمن بن هرمز^(٣) . ونافع^(٤) مولى ابن عمر ، والزهري^(٥) . وربيعة الرأي^(٦) . وغيرهم ، وما زال يدأب في حفظ الحديث وتعلم العلم حتى صار محدثاً حافظاً وفقهياً بارعاً ، فجلس يحدث ويعلم في مسجد الرسول ، وأخذ عنه كثير من العلماء منهم : أبو يوسف

(١) وتعني كتب الخلاف بنسبة كل رأى إلى صاحبه ، فيقال فيها : هذا رأى الأئمة ، ويراد بنسبة أبو حنيفة وأبي يوسف ومحمد . وهذا رأى الشيخين ، ويراد بهما أبو حنيفة وأبو يوسف ؛ لأنهما شيخا محمد . وهذا رأى يوسف يتوسطهما في السن ، وهذا رأى الصحابين ويراد بهما أبو يوسف ومحمد ، لأنهما صاحبا أبي حنيفة .

(٢) فم الحنفية مسائل الفقه ثلاث طبقات : الطبقة الأولى : مسائل الأصول وهي ما جاءت في كتب ظاهر الرواية التي أشرنا إليها . الطبقة الثانية : مسائل النوادر ، وهي ما جاءت في كتب النوادر التي أشرنا إليها ، أو في كتاب المجرى للحسن بن زياد . الطبقة الثالثة : الفتاوى والواقعات وهي المسائل التي عرضنا بعض متقدمي الحنفية واستنبطوا حكمها ، مما ليس فيه رواية عن أبي حنيفة وأصحابه ، ومن الكتب التي عنت بيده المسائل . كتاب التوازل للفقيه أبي الليث نصر بن محمد المرقندي التوفي سنة ٣٩٣هـ .

(٣) ويلقب بالأعرج روى عن أبي هريرة وأبي سعيد ، وهو شيخ الزهري وأبي الزبير وغيرهما . توفي بالإسكندرية سنة ١١٧هـ .

(٤) نافع العدوي مولى ابن عمر روى عنه وعن أبي لسانة وأبي هريرة وعائشة توفي سنة ١٢٠هـ . قال البخاري : أوسع الأسانيد : مالك عن نافع عن ابن عمر .

(٥) هو محمد بن مسلم المعروف بابن شهاب الزهري ولد سنة ١٠٥هـ ، وروى عن ابن عمر وأبي سعيد ابن المسيب ، وكان مؤدبا لولد هشام بن عبد الملك . توفي سنة ١٢٤هـ .

(٦) هو ربيعة بن أبي عبد الرحمن . روى عن أنس بن مالك ، وكان فقيها مجتهدا بصيرا بالرأى . ولذا لقب بربيعة الرأي . توفي سنة ١٣٦هـ .

ومحمد بن الحسن والشافعي وغيرهم. وقد أجمع الناس على أنه إمام في الحديث موثوق بصحة روايته. وله من الكتب التي بأيدينا: الموطأ في الحديث^(١). ومن أشهر تلاميذه الذين تفقهوا عليه وأخذوا عنه مذهبه: عبد الله بن وهب^(٢). وعبد الرحمن بن القاسم^(٣). ، وقد قاما بتدوين مذهبه مع غيرهما من أصحابه، ونقلوه إلى الأمصار، وأخذ ينتشر حتى غلب على مصر وأفريقيا والمغرب الأقصى والأندلس، وظهر في البصرة وبغداد، وإن ضعف أمره فيهما بعد ذلك، وهو الآن في طرابلس وتونس والجزائر ومراكش وصعيد مصر والسودان وغرب الدلتا، ويوجد في الكويت وبلاد البحرين والمدينة المنورة.

٧- مذهب الشافعي: الشافعي هو أبو عبد الله محمد بن إدريس بن العباس ابن عثمان بن شافع الظلبي من بني المطلب بن عبد مناف (الأب الرابع لرسول الله ﷺ).

ولد الشافعي بغزة سنة ١٥٠هـ وتوفي أبوه عقب ولادته، فحملته أمه بعد ستين من مولده إلى مكة، فنشأ بها يتيماً فقيراً، حتى لقد كان معلمه يرضى من أمه أن يخلفه الشافعي في مكتبه إذا غاب، نظير ما يستحق عليها من أجر تعليمه، فلما شب انتقل إلى هذيل بالبادية، فتعلم اللغة والشعر وفنون الأدب، ثم عاد فلزم المسجد الحرام، وفيه أخذ علوم القرآن والحديث والفقه، فكان في كل ذلك موضع إعجاب معلميه.

ولما حفظ الموطأ رحل إلى المدينة، فلقى مالكا وقرأه عليه وأخذ عنه فقهه، كما رحل بعد ذلك إلى العراق أكثر من مرة، فلقى فيه من أصحاب أبي حنيفة محمداً فأخذ عنه وعن أهل الحديث فيه. وفي العراق علم الناس مذهبه الأول أو القديم.

(١) أما المدونة فهي مسائل فقهية جمعها أسد بن القرات (توفي سنة ٢١٣هـ) على نسق ما كان يفعل الحنفية. ثم أخذ حكماً عن المصريين من أصحاب مالك، وبخاصة ابن القاسم، ثم رحل بها إلى القيروان، فأخذها عنه سحنون (توفي سنة ٢٤٠هـ) وعاد بها إلى مصر سنة ١٨٨هـ، فعرضها مرة أخرى على ابن القاسم فأصلح فيها، ولما تم له ذلك رتبها ويوبيا ودعم مسائلها بالأدلة الشرعية ورجع بها إلى القيروان، فنشرها فيها، فانتشرت في بلاد المغرب وفي الأندلس.

(٢) يكنى بأبي محمد. روى عن مالك والليث بن سعد وسفيان بن عيينه والثوري، وكان مالك يلقبه نقيه مصر، وهو أعلم أصحاب مالك بالسنة والآثار، ولد سنة ١٢٥هـ وتوفي بمصر سنة ١٩٧هـ.

(٣) ويكنى بأبي عبد الله. روى عن مالك والليث وغيرهما، وكان أعلم الناس برأى مالك وأمنهم عليه. في بمصر سنة ١٩١هـ.

وكذلك رحل إلى بلاد فارس وإلى اليمن، فاكتسب من هذه الرحلات معرفة بشئون الناس وتجارب الحياة وعلمًا بسنن رسول الله ﷺ.

وعاد بعد ذلك إلى مكة وفيها تصرغ لنشر آرائه، فتلقاها عنه بعض الوافدين إلينا لأجل الحج، ثم عاد إلى العراق سنة ١٩٨ هـ ومنها توجه إلى مصر سنة ١٩٩ هـ فأقام بها حتى توفى وُدفن في دار بني الحكم ٢٠٤ هـ.

وفي مصر أُملى على الناس مذهبه الجديد وهو المذهب المعروف الآن.

قال ابن حجر^(١). (انتهت رئاسة الفقه في المدينة إلى مالك بن أنس، وقد رحل الشافعي إليه وأخذ عنه ولازمه حتى توفى. وانتهت رئاسة الفقه في العراق إلى أبي حنيفة، وقد رحل الشافعي إلى العراق وأخذ عن أصحابه، فاجتمع له علم أهل الرأي وعلم أهل الحديث فتصرف في ذلك وتوسط، حتى أصل الأصول وقعد القواعد، وأذعن له الموافق والمخالف واشتهر أمره وعلا ذكره، وارتفع قدره حتى صار منه ما ضار).

وفي الحق أن ثقافة الشافعي في اللغة والأدب كانت واسعة ومعرفته بالحديث كانت شاملة، وإحاطته بالفقه كانت مستوعبة. رحل في طلب الحديث والعلم إلى بلاد كثيرة وأحاط بما كان لدى العراقيين والحجازيين من حديث وفقه، وباحث أهل الرأي ومرن على استنباطهم وحذق في تفرعاتهم، وأفادته ظروف حياته ورحلاته ومشاهداته لحياة البدو في البادية، وحياة أهل الحضر في الحجاز واليمن، ثم العراق ومصر ومايحويان من أنماط مختلفة ونظم متغيرة متعددة، أفاده كل هؤلاء ثقافة اجتماعية وعلمًا واسعًا بأحوال الناس وعاداتهم وبيئاتهم، وكان لهذا أثر بين في اجتهاده وفي تكوين آرائه.

كان الشافعي في أول أمره تلميذًا لمالك، فكان من أتباعه، ومتأثرًا إلى حد كبير بآرائه، وتابعا له في كثير من مبادئه، فلما رحل إلى العراق ورأى فيه ما لم يكن يراه في الحجاز تغيرت بعض آرائه، وتكون له مذهب، علمه هناك وأملاه على أصحابه، ولما رحل إلى مصر سنة ١٩٩ هـ، ورأى فيها غير ما كان يرى في العراق تأثر بذلك أيضًا فغير من آرائه، وكون من مجموع ما رأى في حياته مذهبه المصري المعروف بالمذهب الجديد، وهو منتشر الآن بدلنا مصر وفي بلاد اليمن وفي

(١) هو شهاب الدين أحمد بن علي بن محمد بن حجر العسقلاني الشافعي نزيل القاهرة ومن جلة علمائها وفضاتها، وأكثرهم تاليفًا، وتوفى بها سنة ٨٥٢ هـ.

بلاد انديو /جزر الهند الشرقية) ويوجد كثير من أتباعه في الحجاز وسوريا وفلسطين.

ومن آثار الشافعي : «كتاب الأم» رواه عنه الربيع بن سليمان المرادي^(١) من أصحابه، و«الرسالة في أصول الفقه»، وهي من رواية الربيع كذلك، وكلاهما مطبوع بمصر، ويباعان في أسواقها، وهما يدلان على علم واسع ومعرفة مكينة بتفسير كتاب الله وإحاطة واسعة بنة رسول الله، ودربة تامة بطرق البحث والاستدلال والغلبة بالحجة.

٨ - مذهب أحمد بن حنبل : هو الإمام أبو عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل، وهو عربي الأصل من بنى شيان، قيل : إنه ولد بمرو (من بلاد فارس) سنة ١٦٤هـ وقيل جاءت أمه إلى بغداد حاملا، فولدته بها في هذه السنة. وكانت نشأته ببغداد. ثم رحل إلى الكوفة والبصرة ومكة والمدينة والشام واليمن في سبيل جمع الحديث وحفظه، وتعلم للشافعي حين كان بالعراق وأخذ الفقه عنه، ولذا يعده كثير من الشافعية شافعيًا، والواقع أنه ذو مذهب مستقل، وقد برع في الحديث حتى لقب بإمام أهل السنة، وله كثير من المؤلفات، أشهرها مسنده الكبير في الحديث، وهو أعظم المسانيد وأحسنها وضعا وأصحها جمعا، انتقاه من سبعمائة وخمسين ألف حديث أو تزيد، وقد طبع بمصر في ستة مجلدات، ويحتوى على نيف وأربعين ألف حديث. ولنبوغه في الحديث ودرايته به غلب عليه، حتى لقد اختلف العلماء في عده من الفقهاء، فابن جرير الطبرى^(٢). في كتاب (المعارف) لم يعد مذهبه في المذاهب الفقهية، والمقدسى^(٣). في (أحسن التقاسيم) عده من المحدثين ولم يذكره في الفقهاء. والحق أنه كان سباقا في الناحيتين، وأنه كان من كبار الفقهاء، كما كان من عظماء المحدثين، يتبين ذلك جليا لكل من يطلع على مذهبه، وما روى عنه في المسائل الفقهية من آراء وأحكام.

(١) ولد الربيع سنة ١٧٤هـ، وحين قدم الشافعي مصر سنة ١٩٩هـ، كان الربيع مؤذنا بالمجد الجامع بالنشاط (مسجد عمرو) وتوفى سنة ٢٧٠هـ.

(٢) هو محمد بن جرير الطبرى شيخ القرنين - وإمام الحديث في وقته. وكان مجتهدا. توفى سنة ٣١٠ هجرية.

(٣) هو محمد بن أبى بكر من علماء القرن الرابع، ألف كتابه أحسن التقاسيم بعد رحلة طويلة.

ويعتق هذا المذهب أكثر التجديدين الذين يقطنون نجداً ويتشرون الآن في الحجاز والأحساء^(١)، وبقيّة الولايات الشرقية بشبه جزيرة العرب كقطر^(٢)، وعمان والبحرين^(٣)، ويوجد كذلك في سوريا ومصر وفلسطين. وهو أقل المذاهب الأربعة انتشاراً، إذ لم يتح له من الظروف السياسية ما أتيح لغيره من المذاهب الأخرى. فلم تكن السياسة عاملاً في نشره، كما كان لها هذا الأثر في غيره، وتوفي أحمد بيغداد ودفن بها سنة ٢٤١ هجرية.

الجمع بين المذاهب في العمل

وعلى الجملة فقد أصبحت هذه المذاهب الأربعة مذاهب الجمهور الإسلامي في جميع الأقطار، وقف عند أتباعها وثبذ ما عداها، وجافى من تعبد بغيرها، حتى لقد ذهب بعض المتأخرين إلى ما هو أبعد من ذلك فأقتوا بوجوب تقليد أصحابها دون سواهم، ولم يكن ذلك معروفاً في عهد الأئمة، ولم يجتهدوا ليحملوا الناس على تقليدهم، وما كان الناس إلا أحراراً في تقليد من يشاءون إذا لم يستطيعوا الوصول إلى الحكم بنظرهم.

ذلك ما كان عليه أصحاب رسول الله ﷺ، يتصدى منهم للاجتياح والفتيا من يرى نفسه أهلاً لهما، ويتجنبها من يرى نفسه عاجزاً عنهما، وعند ذلك يفتى من يشاء، ويقلد من يشاء، لا يتقيد بمجتهد معين.

وقد علمت أن باب الاجتهاد قد أقفل منعاً لكثرة الخلاف وقضاء على الفوضى في الأحكام. ورأى بعض العلماء مع ذلك أن يقصر الناس على تقليد إمام من الأئمة الأربعة لما امتازت به مذاهبهم من العناية بالتدوين والدقة في النقل والحرص على المحافظة عليها، مما لم يكن لغيرها من المذاهب التي اضمحلت، ولم يبق منها إلا ما يذكر في كتب الخلاف للبحث والمقارنة والموازنة لا للدرس والمعرفة. فكان من المسور أن يقلد إمام من الأئمة الأربعة مع الاطمئنان إلى قوله وصحة نسبته إليه، دون أن يتوافر ذلك في تقليد إمام آخر من غيرهم، فلم يجز

(١) الأحساء إحدى الولايات الشرقية للمملكة العربية السعودية على الخليج جنوب الكويت. وهي من أكثر البقاع إنتاجاً لزيت البترول.

(٢) قطر شبه جزيرة في الخليج بين الأحساء وعمان.

(٣) جزيرة في الخليج شرقي الأحساء.

لذلك تقليد سواهم، على أن ذلك إن ساغ قبوله في بعض الأحوال، فلن يصح في بعضها الآخر، كما لا يصح أن يجعل سبياً في فصر الإنسان على تقليد واحد معين منهم، دون أن يكون له الخيرة في أن يقلد من شاء منهم متى شاء، إذا ما اطمأن قلبه إلى ذلك، وليس خلاف بعضهم مع بعض بأبعد أثراً ولا أشد تجافياً مما كان من خلاف بين أحدهم وبين أصحابه، كأبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد، فإذا جاز أن يعد مجموع آراء هؤلاء الثلاثة مذهباً، فلم لا يجوز أن يعد ما نقل عن جميع الأئمة من الآراء مذهباً واحداً كذلك، يتبين منه حكم الله في المسائل المختلفة، بحسب ما يفهم كل مجتهد؟

ذلك ما أراه حقا. وذلك ما يجب أن تبنى عليه دراسة الأحكام الفقهية في المعاهد المختلفة، حتى يتبين ما لعلماء الإسلام من بحوث، ويتكشف ما كان لهم من نظر، وحتى لا يغيب عن طالب الفقه ذلك التراث المجيد، وما يحويه من أنظار واتجاهات في شرعه، لم يصل إليها الشرع الوضعي في هذه الأيام على تعدد نظرياته وتنوع بحوثه.



خلاصة المقدمة

الشرعة الإسلامية:

ما شرعه الله لعباده من الأحكام. فما كان الغرض منها بيان العقيدة الإسلامية سميت بعلم الكلام، وما كان الغرض منها تهذيب النفوس سميت بعلم الأخلاق، وما كان الغرض منها تدبير شئون الناس وتنظيم روابطهم سميت بعلم الفقه.

وجميعها من شرع الله تعالى، سواء أكان ذلك شرعا جديدا أم إقراراً لعرف قائم، قال تعالى: ﴿إِن الْحُكْمَ إِلاَّ لِلَّهِ﴾ وليس للرسول عليه الصلاة والسلام فيها إلا الإبلاغ والبيان، وطريقه إلى ذلك: تبليغ ما نزل عليه من القرآن، ثم بيانه للناس بقوله وفعله وإقراره. وهذا ما يعبر عنه بالسنة.

وبوفاته ﷺ تم وضع الشريعة، وليس على الناس بعد ذلك إلا تطبيقها، وقد بين لهم النبي الطريق إلى ذلك في حديث معاذ بن جبل حين ولاء القضاء في اليمن. فقد قال له: «بم تنقضي؟» قال: بكتاب الله. قال «فإن لم تجد؟» قال: أفضى بسنة رسول الله. قال «فإن لم تجد؟» قال معاذ: فبرأى. قال عليه السلام: «الحمد لله الذي وفق رسول الله إلى ما يرضى الله».

وعلى هذه الطريقة: كان قضاء أبي بكر وعمر ومن جاء بعدهما. فكانوا يرجعون إلى كتاب الله، فإن لم يجدوا رجعوا إلى سنة رسول الله، فإن لم يجدوا نظروا واجتهدوا. فإن اجتمعوا على رأى فذلك الإجماع، والحكم حيثما اجتمعوا عليه. ولا يجوز مخالفته، وإن اختلفوا فلكل منهم رأيه والحكم الذي ذهب إليه، وعليه حيث أن يتبعه، ولا يلزم به غيره إلا إذا رآه، فإذا كان ذلك الحكم نتيجة لإلحاق أمر بآخر يماثله ويشاركه في علته فذلك هو الحكم بناء على القياس، وإن كان نتيجة العمل بالأصول العامة وبروح التشريع فذلك هو الحكم بناء على مجرد النظر والاجتهاد. ومن ثم كانت دلائل الأحكام في عهد الرسول: الكتاب والسنة، ومن بعده صارت: الكتاب والسنة والإجماع والقياس أو النظر.

وقد حافظ الصحابة على القرآن فدونوه جميعا في صحائفهم، وحفظوه كله في صدورهم، ولم يفعلوا ذلك بالسنة خشية أن تختلط بالقرآن، فكانت موزعة بينهم يعرف بعضهم منها ما لم يعرف الآخر، ومنهم المقل ومنهم المكثّر. وكان اختلافهم في حفظها ومعرفتها واختلاف العلماء في طريق الاستيثاق من صحتها. سببا للاختلاف فيما أخذوه عنها من الأحكام، كما كان النظر فيها وفي القرآن بعد وفاة الرسول لاستنباط الأحكام منهما سببا أيضا في مثل هذا الخلاف، وذلك لتفاوت الناس في أفهامهم ومداركهم وطبائعهم.

وقد اتسع هذا الخلاف وامتد بامتداد الفتوح واتساع البلاد ودخول أمم مختلفة العادات والأفكار في الدين الإسلامي. وظهر في ذلك الزمن كثير من المجتهدين الذي عنوا بالفقه وتعليمه، فكان لكل منهم بسبب ذلك مذهب خاص ينسب إليه، اتبعه كثير من العامة والمتعلمين الذين أيّدوه ونشروه، ومن هذه المذاهب ما لم يتح له عوامل البقاء والانتشار فاضمحل ودرس، كمذهب الأوزاعي بالشام، ومذهب الظاهرية ببغداد، ومذهب الحسن البصري بالبصرة، ومنها ما بقي إلى اليوم، كمذهب أبي حنيفة (٨٠ - ١٥٠) ومذهب مالك (٩٣ - ١٧٩) ومذهب الشافعي (١٥٠ - ٢٠٤) ومذهب أحمد بن حنبل (١٦٤ - ٢٤١) ومذهب الزيدية في اليمن والإمامية في إيران والعراق، والأخيران من مذاهب الشيعة.

وليس الخلاف بين هذه المذاهب خلافا على الأصول والمبادئ ولكنه خلافا في الفهم وطريقة التطبيق.

ولما كان القصد إلى دراسة المعاملات المالية وكان محلها المال وأساسها الملك والعقد، كان كتابنا في التعريف بالمال وفي بيان الملك وانعقود المالية، وسيكون الأساس بيان مذهب الحنفية. فإذا وجدنا حاجة إلى بيان غيره ذكرناه مع نسبه إلى صاحبه.



باب المال

المال: يذكر ومؤنث، فيقال هذا المال وهذه المال، كما في المصباح. وفي القاموس: المال ما ملكته من كل شيء، وإذن فهو يشمل جميع ما تملكه من ذهب وقضة وحيوان ونبات وأرض ومنفعة^(١)، ولا يتناول ما في البحر من الأسماك، وما في الفلاة من صيد، وما في الغابات من أشجار وثمار ونبات؛ لأنها غير مملوكة.

والمال في اصطلاح الشرعيين: كل ما يمكن حيازته وإحرازه والانتفاع به انتفاعا عاديا، وعلى ذلك لا يعد الشيء مالا عندهم إلا إذا توافر فيه أمران: إمكان إحرازه، وإمكان الانتفاع به انتفاعا عاديا سواء أكان محرزا ومتفعًا به فعلا، كجميع الأشياء التي تملكها من أرض ومتاع وحيوان ونقود، أم غير محرز ولا متفع به، ولكن من الممكن أن يتحقق فيه ذلك، كجميع المباح من الأعيان، مثل السمك في البحر، والطيور في الجو، والصيد في الفلوات، والشجر في الغابات، إذ من الممكن أن يحاز كل ذلك ويتفع به.

أما ما لا يمكن حيازته فلا يعد مالا وإن انتفع به، كالشرف والصحة والذكاء والعلم وضوء الشمس وحرارتها، وكذلك ما يمكن حيازته دون أن يكون الانتفاع العادي به ممكنا، كحفنة من تراب وقطرة من ماء ونملة، فلا يعد شيء من ذلك مالا، وإن أحرز فعلا. ولذا تزول عن المال مالبيته إذا قل حتى صار إلى حالة لا يتفع بها انتفاعا عاديا، كحبة من أرز، لعدم إمكان الانتفاع بها وحدها عادة.

وهذا البيان قريب من بيان بعض العلماء له كصاحب الكشف الكبير، فقد ذكر أن المال ما يميل إليه الطبع ويمكن ادخاره لوقت الحاجة إليه، وأن المالية تثبت بتمول الناس أو بعضهم، أي باتخاذهم الشيء مالا، فإن الناس لا يميلون بطبعهم ولا يدخرون إلا ما يمكنهم إحرازه والانتفاع به، ولم يتمولوا من الأشياء إلا ما توافر فيه ذلك.

(١) وهل يشمل الحقوق أيضا بناء على أنها مملوكة؟ مقتضى الإطلاق ذلك، فليُنظر.

ومن هذا يظهر أن الخمر تعد من الأموال لإمكان حيازتها والانتفاع بها^(١)، لأن بعض الناس كالذميين قد تمولوها، ومثلها في ذلك الخنزير والمنخنقة والموقوفة ونحوهما^(٢)، هذا وقد يمنع الشارع الناس جميعاً من أن يتفعموا بعين من الأعيان وعندئذ لا تعد من الأموال لعدم إمكان الانتفاع بها مع حظر الشارع ومنعه الناس من أن يتمولوها. وذلك كالميتة حتف أنفها^(٣)؛ فلا يعد لحمها ولا شحمها ولا ما تجرى فيه الحياة من أجزائها من الأموال. أما أجزاؤها الأخرى، كالعظم والشعر والصوف، فإنها تعد من الأموال؛ لأن الشارع أجاز الانتفاع بها بعد تطهيرها^(٤)؛ وكذلك الإهاب؛ لأن السنة قد جاءت بجواز الانتفاع به بعد دبغه^(٥).

ومما تقدم يتبين أن العبد مال لأنه يحوز ويتفعم بخدمته^(٦). وأن الحر ليس بمال لأنه لا يجوز شرعاً إحرازه للانتفاع، وإن جاز استجاره ليتفعم به.

هل المنفعة من المال؟ - ومقتضى هذا التعريف: أن المال لا يكون إلا مادة حتى يتأتى إحرازه وحيازته، ويرتّب على ذلك: أن منافع الأعيان، كسكنى المنازل، وركوب السيارات ولبس الثياب لا تعد مالا، وكذا حقوق الإنسان.

أما المنافع فإنها - وإن أمكن الانتفاع بها - لا يمكن حيازتها؛ لأنها أعراض تتجدد بتجدد أوقاتها، وتحدث أنا فآنا باكتسابها، وعمل مبتغيها وطلبه، فإذا ما

(١) فإن الذمي يتفعم بها في بلاد الإسلام ولا يتعرض له في ذلك. ويجوز لمن أسلم وهو يملك خمرًا أن يوكل ذمياً ببيعها له عند أبي حنيفة.

(٢) راجع الهداية ورد المختار. والبحر من كتاب البيع.

(٣) الحنف: الهلاك. ومعنى مات حتف أنفه: أنه مات على فراشه متفصاً من أنفه، أي انقضت رفته على هذه الحال، من غير ضرب أو قتل أو حرق، ولذا خص الأنف من بين سائر الأعضاء.

(٤) وذهب بعض العلماء إلى أن الميتة بجميع أجزائها نجسة لا تقبل الطهارة، ولا يجوز الانتفاع بشيء منها، فلا يكون شيء منها مالا.

(٥) وإذا أردت في ذلك تفصيلاً وبياناً أعم فارجع إلى هذا الموضوع في الجزء الأول من كتابنا فقه القرآن والسنة.

(٦) وفي البحر عن الحارثي القدسي: أن المال اسم لغير آدمي خلق لمصالح الناس، وأمكن إحرازه والتصرف فيه على وجه الاختيار، والعبد - وإن كان فيه معنى المالية - ليس بمال حقيقة، حتى لا يجوز لمالكه نفسه ولا إهلاكه ولا إعنائه أحد يتصرف.

ولكن يلاحظ على هذا التفريع أنه غير وجيه؛ لأن التصرف في المال على العموم مقيد بالصلاحيّة وعدم خروج عن الحدود الشرعية.

انتفعت بسكنى منزل فإنما تحدث المتضعة بتزولك فيه وشغلك إياه، وسكناه فى يوم معين غير سكناه فى يوم آخر، بل إن سكناه فى ساعة معينة غير سكناه فى ساعة أخرى. وإذا ما أردت القراءة فى كتاب فلا توجد إلا إذا فتحت الكتاب ونظرت فيه، وتكون قراءتك فيه عند ذلك غير قراءتك فيه بعد هذا الوقت، لاختلاف المقروء واختلاف الوقت، وهكذا ترى أن منافع الأعيان أعراض تحدث ساعة فساعة عند طلبها واكتسابها، وإنها قبل الطلب والاكتساب معدومة لوجود لها فى عالم الأعيان، وإذا وجدت فقد وجدت لتفنى حال وجودها، وإذا كانت كذلك لم يمكن حيازتها ولا إحرازها، فلا تكون مالا؛ لأن المال كما تقدم ما يمكن حيازته، وهذا مذهب الخفية^(١).

وذهب الشافعية والمالكية والحنابلة إلى أن المنافع أموال، وليس بلازم فى المال أن يحرز ويحاز بنفسه، بل يكفى أن يحاز بحيازة أصله ومصدره، ولا شك أن المنافع تحاز بحيازة محالها ومصدرها، فإن من يحوز سيارة يمنع غيره أن ينتفع بها إلا بإذنه وهكذا، فإذا ما وسعنا معنى الحيازة والإحراز، فجعلناه أعم من أن يكون مباشرة أو بالواسطة كان التعريف شاملا المنافع؛ لأنها ممكنة الحيازة بإحراز أصلها، وكذلك ينتفع بها. وبذلك نتغنى عن أن نعرف المال تعريفاً آخر مثل : مايجرى فيه البذل والمنع.

واعتبار المنافع من الأموال هو أوجه الرأيين؛ لأنه المتفق مع عرف الناس والتسق مع أغراضهم ومعاملاتهم، فهم لا يستفون الأعيان إلا طلباً لمنافعها، ولأجلها يستعيضونها بالنفيس من أموالهم، ومالا منفعة له لا رغبة فيه ولا طلب له، وإذا طلب عد طالبه من الحمقى والسفهاء، وربما حجر عليه، ولذا كان فى المنافع مجال واسع لمعاملتهم المالية، وليس أدل على ذلك من إقامة الخانات والفضادق، والخوانيت، والأسواق، وبناء دور السكنى، وإنشاء السكك الحديدية، وبناء البواخر، وما إلى ذلك مما هو معد للاستغلال بالاستعاضة عن منافعه، ولذا

(١) يلاحظ أن الأساس فى موضوع هذا الكتاب : هو بيان مذهب الخفية، وعليه إذا لم نسب الحكم إلى مذهب معين، كان هذا الحكم للخفية.

جاز أن يعتاض عن المنافع بالمال، كما في الإجارة، وأن تكون ميرا. وقد جعله الله من الأموال لقوله تعالى (٢٣ : ٤) ﴿وأحل لكم ما وراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم محصنين غير مسافحين﴾، أى أحل الله لكم أن تطلبوا بأموالكم زوجات لكم محصنين أنفسكم غير زانين ممن لم يحرمه عليكم من النساء في الآيات السابقة.

وثمره هذا الخلاف تظهر في أحكام كثيرة، من أحكام الإجارة والغصب وغيرها، وسيمر علينا فيما يأتي كثير منها. ومن هذه الأحكام : تضمين الغاصب قيمة ما انتفع به من منافع المال المغصوب، ولا يرى الحنفية أن يضمن؛ لأنه لم يستهلك بانتفاعه مالا، إذ المنافع ليست أموالا؛ ويرى الشافعية أن يضمن قيمة ما انتفع؛ لأنه انتفع بماله، وقد استثنى الحنفية من هذا الحكم : الموقوف، ومال اليتيم، والأعيان المعدة للاستغلال^(١). ولا شك أن ذلك الاستثناء نتيجة شعورهم بما في رأيهم من مجافاة لما يجب لليتيم وما في حكمه من إصلاح، وإذن فماذا كان يمنعهم أن يقولوا : إن المنافع من الأموال، فيعم هذا الإصلاح جميع الناس. ولم يأت كتاب ولا سنة بأن المنفعة ليست بمال.

وقد أخذ التشريع الوضعي برأى الشافعية فاعتبر المنافع من الأموال. كما اعتبر حقوق المؤلفين وشهادات الاختراع وغير ذلك من عناصر الذمة الإيجابية مالا. فكان المال فيه أعم من المال عند الفقهاء.

وأما الحقوق^(٢). فلا تعدو في الواقع أن تكون منفعة يقرها الشارع لفرد أو

(١) تعتبر العين معدة للاستغلال إذا أوجدتها مالكها أو تملكها لهذا الغرض، كدار يبنينا ليؤجرها أو سيارة يشتريها لذلك، وكذلك تعتبر معدة للاستغلال إذا أجزها مالكها ثلاث سنين متوالية أو أعلن في الناس أنه قد أعدها للاستغلال، ويطلق إعداده العين للاستغلال بموت مالكها وبيعه إياها (راجع رد المحتار ج ٥ ص ٥٨ من كتاب الإجارة طبعة الحلبي).

(٢) الحقوق جمع مفردة حق. وللحق في اللغة معان كثيرة منها : أنه اسم من أسماء الله تعالى، وأنه خلاف الباطل، وهو الأمر التقضي، وهو المال، والملك، والموجود الثابت، وهو كذلك مصدر حق الشيء، من باب ضرب وقتل إذا وجب وئب، ومن هذا قيل لمراقق الدار : حقوقها، وهو أيضا مصدر حققت الأمر أحقه إذا أوجبته أو جعلته ثابتا أو نيقته. ومن هذا يبين لنا أنه في استعماله المختلفة يفيد الوجود والثبوت، وذلك دليل أنه أصل معناه، وإذن فهو على الجملة الأمر الموجود الثابت. ولا يختلف استعماله عند الفقهاء عن استعماله اللغوي، فهم يتعملونه دائما فيما ثبت لإنسان بمقتضى =

= الشرع من أجل صالحه. كما يتعلمه علماء القانون فيما ثبت له من فائدة أو مصلحة بطريق القانون. ولذا يطلق في الفقه الإسلامي على كل عين أو مصلحة تكون لك بمقتضى الشرع سلطة المطالبة بها، أو منعها عن غيرك. أو بذلياً له في بعض الأحيان، أو التنازل عنها كذلك، فيطلق على الأعيان الملوكة، فتقول: هذا الكتاب حق، ويطلق على الملك نفسه، فتقول: ملكية هذا الكتاب حق من حقوقي، ويطلق على المنافع أو المصالح عنى وجه عام، فتقول: سكنى هذه الدار حق للموصى له بمقتضاها، وطلب اليمين من المدعى عليه حق للمدعى، والحضانة حق للأم، والولاية على النفس وعلى المال حق للأب، والشفعة حق للشريك، ولتلاان حق المرور في هذا الطريق، أو حق العلو على هذا البناء وهكذا. وقد يتعلمه الفقهاء مع ذلك في مقابلة الأعيان والمنافع المملوكة، وعند ذلك لا يريدون به ذلك المعنى العام الذي سبق بيانه، وإنما يريدون به تلك المصالح الاعتيادية الشرعية التي لا وجود لها إلا باعتبار الشارع وفرضه كحق الشفعة، وحق الخيار، وحق الدين قبل المدين، وحق الكفأة في الزواج، وحق الطلاق، وحق القصاص، وحق الحضانة والولاية وما إلى ذلك.

وهو بهذا المعنى ينقسم عند الحنفية إلى: حق مجرد وحق غير مجرد. فالمجرد ما كان غير متقرر في محله، ومعنى ذلك: أنه لا يترتب على تعلقه بمحله أثر قائم لا يزول إلا بالتنازل عنه، بل مرجعه إلى رغبة مالكه ومشيئته. إن رأى الخير في الانتفاع به انتفع وإن رأى غير ذلك ترك، دون أن يترتب على تركه والتنازل عنه تغيير في حكم ذلك المحل، وذلك كحق الشفعة، فإنه في الحقيقة نوع من الولاية أعطيت للشفيع في أن يملك العقار بعد أن يملكه المشتري، وملكية المشتري لهذا العقار قبل التنازل عن الشفعة هي بعينها بعد التنازل عنها، وإذن فلا تعلق له بالبيع إلا على هذا الوجه، ولا يرى للشفيع فيه حق مستقر يحد من تصرف المشتري فيه وانتفاعه به، فحالته بعد التنازل عن الشفعة هي حاله قبل التنازل عنها، وكذلك الحال في حق المرور بالنسبة للطريق. وحق الدين بالنسبة للدائن، وحق الولاية على المال بالنسبة للمال ومكناً.

وغير مجرد هو ما له تعلق بمحله تعلق استقرار، بمعنى أن لتعلقه أثراً أو حكماً قائماً يزول بالتنازل عنه وذلك كحق النصاص؛ فإنه يتعلق بقبة القتال ودمه، ومع قيامه يكون غير معصوم بالنسبة لولى القصاص، ولكن بالتنازل عنه يصير معصوم الدم. وكذلك حق الاسترقاق، له أثر ظاهر في الرقيق فإذا أعتقه سيده زال ذلك الأثر، وحق استمتاع الزوج والزوجة، فإن له في الزوجة أثراً يسلبها بعض حريتها، فإذا زال بالطلاق رجعت لها حريتها وهكذا.

ومن هذا يرى أن (الحق) لا يعدو أن يكون منفعة أو مصلحة لشخص، وإنها قد تتعلق بالأموال كحق الشفعة وحق المرور في الطريق وحق الشرب وحق المسيل. وقد تتعلق بما ليس بمال، كحق العلو لتعلقه بالهواء أو بالفراغ، وحق الحضانة لتعلقه بالصغير، وحق الاستمتاع بالزوجة وحق القصاص وهكذا. وقد تكون هذه المصلحة أمراً اعتبارياً لا وجود له إلا بفرض الشارع، كحق الشفعة وحق الحضنة. وقد تكون أمراً ذا وجود خارجي، كحق السكنى وحق المرور وحق الشرب. وعلى أية حال فالحق على هذا المعنى عند الحنفية ليس من المال، سواء أكان متعلقاً بالمال أم غير متعلق به، لأنه أمر معنوي ليس في الإمكان حيازته. ومن هذا قالوا: إنه لا يباع ولا يوهب، لأن محل البيع والهبة لا يكون إلا مالا (راجع الهداية في باب البيع) ويعنون بهذا أنه لا يجوز بيع الحقوق استقلالاً غير تابعة للأموال. أما بيعها تابعة للأموال فيجوز إن كانت متعلقة بها. كحق المرور وحق الشرب وحق المسيل: فإذا بيعت تبعاً للعقار الثابت له جاز البيع، لأن البيع كما يكون في الأموال يكون كذلك في كل حق مستعلق بها إذا بيع تبعاً لها ولم يبيع منفرداً. وعلى أن بعض الحنفية قد ذهب إلى جواز بيع بعض هذه الحقوق استقلالاً كحق الشرب، وعلله بأنه نصيب من الماء وهو مال كما سيأتي (راجع البدائي ج ٦ ص ١٩٠ ففيها أنه مال ليس بمال).

ولا يعارض هذا الأصل أن بعض هذه الحقوق - وهي ما كان منها غير مجرد - يصح إسقاطها نظير المال. وذلك كحق النصاص وحق الانتفاع الثابت للموصى له في العين الموصى بمقتضاها، فيجب المال لصاحب الحق بإسقاطه لأن جواز ذلك ليس على معنى المعاوضة المالية بين الحق والمال، ولكن جوازه مبنى على أن

لأفراد، وعلى ذلك لا يعدها الحنفية من الأموال، لعدم إمكان حيازتها أيضا، سواء أكانت متعلقة بمال كحق المرور وحق المسيل الثابتين على أرض لغير صاحبهما، أم كانت متعلقة بما ليس بمال كحق الزوج في الاستمتاع بزوجه، وحق الأم في حضانة صغيرها. أما غير الحنفية فيعدون الحق مالا إن أريد به منفعة هي مال، كحق المستأجر في العين التي استأجرها، ولا يعدونه مالا إن أريد به أمر من الأمور المعنوية الشرعية التي لا وجود لها إلا باعتبار الشارع كحق الحضانة وحق الزوج في الاستمتاع بزوجه.

= ملكية هذه الحقوق تشبه ملكية العين أو ملكية المنفعة، فجاز أن تقوم بالعقد بين صاحب الحق ومن التزم له بالمال، كما جاز أن تقوم المنفعة بعقد الإجارة، فإذا أسقط صاحب هذا الحق حقه نظير مال معلوم فقد امتحق عوضا عن الحق لتقوم بهذا التعاقد. وإن لم يكن في الواقع مالا. وهذا ما ذهب إليه صاحب الكافي (راجع العناية في الصلح) ولهذا السبب لم يجوز الحنفية إسقاط الحقوق المجردة نظير المال، كحق الشفعة مثلا وحق الأجل في الدين وحق النظر على الوقف؛ لأنها لعدم استقرارها في محلها لم يكن ملكها شيئا يملك المنفعة. فلم تقبل أن تقوم بالعقد لذلك، فإذا أسقطت نظير مال سقطت ولم يجب المال، وإذا أدى فعلا كان لمن أداه أن يسترده لأنه في الواقع رشوة بالنظر إلى معطيه وإلى أخذه على السواء. وبهذا اختلف حكمه مع المال الذي يدفعه المدعى عليه المنكر للدعوى إلى المدعى لترك دعواه. فإن المدعى يأخذه نظير ما يدعيه من الحق في نظره والمدعى عليه يذله دفعا للضرر عن نفسه وفداء عن يمينه. فلم يتمحض رشوة من الجانبين؛ فلذلك صح بذهبه ولزم.

والأصل عند الحنفية: أن الحقوق تسقط بالإسقاط، ولكن بعضها على خلاف هذا الأصل فلا يسقط بالإسقاط، كحق التملك وما في معناه كحق الميراث، وحق المستحق في الوقف، وحق المستبر في الانتفاع بالعارية قبل رجوع مالكها، وحق المستأجر في الانتفاع بالعين المؤجرة، وحق النظر على الوقف لمن شرط له عند بعض الحنفية (راجع رسالة سقوط الحقوق وهي مطبوعة مع الأشباه والنظائر وحاشية الحموي). ذلك ما يستخلص من كلامهم. والذي يقتضيه النظر عندي: أن الحق إذا ما جاز لصاحبه أن يسقطه شرعا فلا مانع من أن يتعاقد مع آخر على إسقاطه نظير مال معلوم يستحقه بذلك التعاقد، ولا يعد ذلك من قبيل الرشوة؛ لأنه يأخذه نظير حق ثابت بالشرع، ولا مانع من أن يعتبر متسووما بالتعاقد، كما قالوا في بعض الحقوق.

وذهب بعض العلماء من غير الحنفية كالمالكية إلى أن الحق إن أطلق على عين أو على منفعة فهو من المال، وإن استعمل فيما أباحه الشارع للناس من مصالح وكل التمسك بها أو عدمه إلى رغبتهم لم يعد حيث من المال، كحق الخيار وحق الحضانة وحق التخليق وحق التزويج زيادة على واحدة وحق حبس الرهن وحق الرجوع في البية وما إلى ذلك مما جعل مرجعه إلى اختيار الإنسان ومشيته، سواء أجاز إسقاطه نظير المال كحق الزوج في المنفعة وحق الشفعة على رأى وحق القصاص أم لم يجز؛ لأن المال إنما وجب في هذه الحساب لحمل صاحب الحق على إسقاطه، لا أداء لقيمة الحق عندهم، إذ ليس له قيمة مالية.

وإن استعمل فيما يوفى بالمال ويتول إليه كان مالا. وذلك كحق الدين. ولذا يجوز التصرف فيه بالبيع والبيعة، فيبيعه لشخص ثالث خلاف الدين ويبيعه له ويستبدل به من الدين نفسه عوضا آخر وهكذا.

أقسام المال

للمال اعتبارات مختلفة يتنوع بسببها أنواعا متعددة، فبالنظر إلى ما يكون له من حرمة وحماية ينقسم إلى: متقوم وغير متقوم، وبالنظر إلى وضعه واستقراره ينقسم إلى: عقار ومنقول، وبالنظر إلى تماثل آحاده ينقسم إلى: قيمي ومثلي (١). وقد دعا إلى هذه القسمة اختلاف هذه الأنواع في الأحكام، وسنبين بعضها فيما يأتي :

المتقوم من المال - يراد بالمال المتقوم ما كان له قيمة تستوجب تضمين متلفه عند اعتدائه عليه. وذلك بسبب ما منحه الشارع من حماية وجعل له من حرمة.

ولا يثبت التقوم للمال إلا بتوافر أمرين.

الأول - إحرازه وحيازته فعلا.

الثاني - جواز الانتفاع به انتفاعا مطلقا.

وعلى ذلك فالمال المباح قبل حيازته، كالذهب في مناجمه، والفضة في معادنها، والطيور في أجوائه، والسماك في مائه، والكلأ - الحشيش ينبت بلا فعل أحد - في أرضه، لا يعد متقوما قبل إحرازه، إذ لا حرمة له ولا حماية، وإذا أتلفه متلف لم يضمن له قيمة، فإذا ما حيز، وكانت حيازته في وسط يجوز الانتفاع به، كان متقوما وكانت له حرمة، وضمن من اعتدى عليه فأتلفه أو نقصه، وإذا كان في وسط لا يجوز الانتفاع به لم تكن له حماية ولم يكن متقوما ولم يضمن متلفه.

وعلى ذلك فالمال نوعان : متقوم وغير متقوم، فالمتقوم ما حيز وجاز الانتفاع به شرعا في حال السعة والاختيار، وهي الحال التي لا يكون الإنمان فيها مضطرا إلى الانتفاع به، كالنقود والعروض والدور والأراضي. وغير المتقوم هو ما لم يتوافر فيه أحد الأمرين : الحيازة أو جواز الانتفاع حال السعة والاختيار، فالخمر والخنزير في حق المسلم مال غير متقوم؛ لعدم جواز انتفاعه بهما، وكذلك الميتة التي ماتت من غير ذكاة والدم المسفوح «السائل»؛ لأن الشارع قد حرمها على المسلمين في

(١) سمي المثلي مثليا؛ لأن ضمانه يكون بمثله. وسمى القيمي قيميا؛ لأن ضمانه يكون بأداء نيته.

غير حال الاضطرار، قال تعالى : (٤ : ٥) ﴿ حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير وما أهل لغير الله به والمنخنقة والموقوذة والمتردية والنطيحة وما أكل السبع إلا ما ذكيتم وما ذبح على النصب ﴾^(١) إلى أن قال : ﴿ فمن اضطر في مخمصة^(٢) غير متجانف لإثم فإن الله غفور رحيم ﴾.

أما في حال الاضطرار، كأن يصيب الإنسان جوع يخشى منه الهلاك أو يظماً ظمأ شديداً يخاف على نفسه منه، فلا يجد غير الميتة والخمر، فقد أجاز أن يتناول منها بقدر ما يدفع به الهلاك عن نفسه فقط غير مائل في ذلك إلى إثم، فلا يبغي ولا يعتدى. والخمر والخنزير مال متقوم في حق الذميين^(٣). لجواز انتفاعهم بهما حال السعة والاختيار؛ ولذا كانت لهما حرمة وحماية في أيديهم، ويضمن قيمتهما من يتلفهما في هذه الحال، وهذا رأى الحنفية، لأننا قد أمرنا أن نتركهم وما يدينون.

وفائدة هذه القسمة تمييز أحد القمين من الآخر عند بيان أحكامهما المختلفة وعند النظر في تطبيقها، وهذه أهمها:

١ - المال المتقوم يضمن متلفه عند تعديه عليه، وغير المتقوم لا ضمان على متلفه، ولذا لو أتلف مسلم لمسلم آخر خمرا بإراقة لم يضمن له شيئا، لأنه غير متقوم في حق المسلمين. ولو أتلفه لذمي ضمن له قيمته عند الحنفية؛ لأنه مال متقوم في حقه. ولو أتلف إنسان سمكاً في بحر لم يضمن شيئا، لعدم تقومه بسبب عدم إحرازه، وكذلك لو أحرق غابة غير مملوكة، وهكذا.

(١) المنخنقة : الدابة التي ماتت بالخنق. والموقوذة : الدابة التي تموت بسبب الوقود بخشب أو حجر أو حديد مدبب. والنطيحة : الدابة التي نطحها أخرى فماتت. وما أكل السبع : أى ما أكل منه أى سبغ فمات بسبب ذلك قبل التذكية. وما ذبح على النصب : أى ما ذبح لغير الله. والنصب : حجر كان ينصب بجوار الكعبة لأجل الذبح عليه.

(٢) المخمصة : المجاعة. غير متجانف لإثم : أى غير مائل له وغير منحرف إليه، بأن يأكل نلذناً أو متجاوزاً ما تدعو إليه ضرورته.

(٣) خالف في ذلك الشافعية بناء على أنهم مأمورون بأن تكون معاملاتهم وفق معاملاتنا، وأن لهم ما لنا وعليهم ما علينا، فالانتفاع بالخمر والخنزير غير جائز بالنسبة إلينا وإليهم على السواء. فلا يثبت لهما تقوم.

٢ - المال المتقوم يصلح أن يكون محلا لمعاوضة مالية كالبيع، فيصح أن يكون مبيعا كما يصح أن يكون ثمنا، ويصح أيضا أن يوهب وأن يوصى به وهكذا، ولا يصلح غير المتقوم أن يكون مبيعا، وإذا بيع كان العقد باطلا، كما لا يصلح أن يكون ثمنا، وإذا جعل ثمنا كان العقد فاسدا^(١) عند الحنفية. وعلى ذلك لا يصح بيع الخمر من مسلم، ويصح من ذمى لمثله، ولا يصح بيع الأموال المباحة ولا هبتها ولا الوصية بها لعدم تقومها.

العقار والمنقول

العقار:

مالا يمكن نقله وتحويله عن مكانه، ولا يشمل غير الأرضين، سواء أكانت زراعية أم معدة للبناء أو لأى انتفاع آخر. والمنقول ما يمكن نقله وتحويله عن مكانه سواء أبقى مع ذلك التحويل على هيئته وصورته، أم تغيرت به هيئته وصورته، فيشمل جميع أنواع الحيوان والعروض والذهب والفضة والمعادن فى مناجمها، والمكيلات والموزونات وجميع أنواع المال ماعدا الأرضين نفسها، فالشجر، والبناء والقناطر من المنقول لإمكان نقلها وإن تغيرت صورتها به، إذ به يصبح البناء أنتاقضا والشجر أخشابا أو أحطابا، والقناطر قضبانا، وقد خالف فى ذلك مالك فجعلها من العقار؛ لأن المنقول فى رأيه ما أمكن نقله مع بقاء هيئته، وغير ذلك العقار. وفائدة هذه القصة تظهر فى بيان أحكام كل من المنقول والعقار عند إرادة تطبيقها. وهذه أهمها :

١ - أن الشفعة^(٢) لا تثبت فى المبيع إلا إذا كان عقارا، فلا شفعة فى المنقول إذا بيع استقلالا كما سيأتى.

٢ - إذا بيع العقار جاز لمشتريه أن يتصرف فيه ببيعه مثلا قبل أن يتسلمه من البائع عند الشيخين، وإذا بيع المنقول لم يجز لمشتريه أن يبيعه قبل أن يتسلمه عند أئمتنا الثلاثة، وسيجىء بيان هذا فى باب البيع.

(١) ستعرف فيما يأتى أن العقد الباطل لا يترتب عليه أى اثر، وأن الفاسد قد يترتب عليه أثر شرعى.

(٢) ستعلم أن الشفعة حتى أخذ العتار من مشتريه رضى أم أبى - بما قام عليه من المال.

٣ - يجوز للوصى على الصغار أن يبيع منقولهم متى رأى المصلحة في ذلك، وليس له أن يبيع عقارهم إلا إذا وُجد لذلك مسوغ شرعى، كييعه لإيفاء دين أو لرغبة فيه بضعف قيمته أو لزيادة نفقاته على غلاته أو نحو ذلك مما هو مفصل في موضعه.

٤ - فى حال بيع أموال المدين المحجور عليه بسبب الدين لأجل وفاء دينه، يبدأ أولا ببيع المنقول، فإن لم يف ثمنه بالدين بيع العقار، لما فى ذلك من مصلحة المدين.

٥ - لا يثبت حق ارتفاق على مال منقول. وإنما يختص ذلك بالعقار كما سيأتى (١).

المثلّى والقيمى

المثلّى :

نسبة إلى المثل، ويطلق فى الشريعة على الأموال التى تقدر عادة بالوزن أو بالكيل أو بالعدد. فما يقدر بالوزن جميع الموزونات، من المعادن كالذهب والفضة والنحاس والقصدير وغيرها، ومن المصنوعات كالصابون والأسمدة وكثير من أنواع الحلوى، ومن الأثمار كالشمش والبلح والتفاح وغيرها. ومن الموزون غير ذلك كثير، وما يقدر بالكيل جميع المكيلات من الحبوب، كالبر والأرز والشعير والذرة وغيرها. ومن السوائل الزيوت بأنواعها وغيرها. وكثيرا ما يستعمل الوزن فى

(١) وما يختلف فيه العقار مع المنقول الوقف عند الحفنة فالعقار يصح وقفه عندهم والمنقول لا يصح وقفه عندهم، إلا فى أحوال ثلاث :

١ - أن يرد بصحة وقفه أثر كما فى وقف الخيل والسلاح.

٢ - أن يجرى العرف بوقفه كما فى وقف الكتب والحنائز.

٣ - أن يكون تابعا للعقار، كأن يقف ضيعة بما فيها من أشجار ومبان وحيوان. ومرجع ذلك عندهم إلى ما للوقف من صفة الدوام، ولأجلها اختص به العقار؛ لأنه دائم بخلاف المنقول لأنه غير دائم. ومن العلماء من ذهب إلى جواز وقف المنقول مطلقا، وبرأيهم صدر قانون الوقف إذ نص فى المادة الثامنة منه على جواز وقف العقار والمنقول على سواء.

تقدير المكيلات، كما شاع ذلك الآن في الزيوت، وبعض الحبوب كالبر، وعندئذ تعتبر كذلك من الموزونات للعرف. وما يقدر بالعد جميع العدديات المتقاربة الأحاد التي لا يوجد بينها تفاوت يعتد به الناس ويرتبون عليه اختلاف القيم، كالبيض والبرتقال والليمون. وزاد بعض العلماء: إذا كان ذلك من نوع واحد. وهذا ما تجب مراعاته، فاختلاف البيض بالكبر والصغر يترتب عليه اختلاف القيمة واختلاف نوع البرتقال والمانجو يترتب عليه كذلك اختلاف القيمة.

وعلى الجملة فأساس اعتبار المال مثليا في الشريعة أمران: التماثل بين أجزائه عندما يكون مكيلاً أو موزوناً، وبين آحاده عندما يكون معدوداً. مع ملاحظة وجوده كذلك في الأسواق، فالأرز إذا كان موجوداً في الأسواق كان مثليا لتماثل أجزائه وتشابهاها إلى درجة لا تتأثر معها صفئاته عند المبادلة إذا ماجزئت، وإذا جزئت صح أن تجزأ أثمانها كتجزئها، وإذا نقصت صح أن تنقص بقدر نقصها، فإذا كان لديك صبرة من القمح قيمتها ألفا جنيه فقسمتها أربعة أقسام متساوية كانت قيمة كل قسم منها خمسمائه جنيه، وإذا اشترت كمية منه على أنها مائة أردب بمائتي جنيه، فوجدتها ثمانين فقط، كان لك أن تأخذها بمائة وستين جنيها جبرا عن البائع. وإذا لم يكن الأرز موجوداً في الأسواق، اعتبر من القيمي حتى يوجد، ولا تأثير لوجوده عند الناس في بيوتهم لأجل استهلاكهم.

والقيمي:

نسبة إلى القيمة، ويطلق على ما لا يقدر من الأموال بكييل ولا وزن ولا عدد. ويطلق كذلك على العددي المتفاوت الأحاد إلى درجة تتغير معها قيمها، ويشمل الأراضى والدور والحيوان بجميع أنواعه، والأشجار والثياب والأحجار الكريمة وكثيراً من الفواكه العديدة كالمانجو والبطيخ عند اختلاف أحجامها أو أنواعها.

ومن القيمي ما يقدر عادة بالقياس، كالأقمشة تقدر بالتر والياردة والذراع؛ وذلك لاختلافها في النسيج والخيوط اختلافاً تتفاوت به قيمها. وهذا عند الفقهاء أيام كانت صناعة الغزل والنسج بالأيدي، أما الآن وقد أصبح كل ذلك بآلات ميكانيكية لا تنتج إلا تماثلاً في جميع الصفات، فالواجب عدداً من المثليات، كما يجب أن يعد منها كذلك، كل ما أوجدته الصناعة الحاضرة من المصنوعات

المتماثلة في المادة والصنعة والقدر والصفة، كالنقود الذهبية والفضية والنحاسية والبرونزية وأواني الطعام والشراب، وكلالملاعق والشوك والسكاكين والورق والكتب المطبوعة والكراسات وغير ذلك من التماثلات الموجودة في الأسواق؛ لأن المناط هو التماثل المؤدى إلى عدم الاختلاف في القيمة بين الأجزاء المتساوية في الوزن أو في الكيل، أو بين الأحاد المتماثلة في الحجم، مع الوجود في الأسواق، وذلك كله متحقق في هذه الأشياء وفي كثير خلافها على أكمل وجه، حتى أنه ليقوم في ذلك البر والشعير والتمر بما عده الفقهاء مثليا.

وعلى ذلك يمكننا أن نعرف المثلى بأنه ما يوجد له مثل في المتجر بدون تفاوت بينها يعتد به^(١)، والقيمي بأنه مالا يوجد له مثيل في المتجر.

وقد عرفنا أن النقود من المثلى، ولكنها تمتاز عن غيرها من المثليات بأنها تكون دائما أثمانا ومعايير لغيرها من الأموال، فإذا كانت في عقد معاوضة كانت ثمنا، ولا تتعين بالتعيين ولو أشير إليها^(٢)، بخلاف غيرها من المثليات، فإنها تتعين إذا أشير إليها أو نص على مكانها. وقد تكون أثمانا إذا ما قوبل بها قيمي^(٣). وقد تكون مبيعا إذا ما قوبلت بالنقود.

ومع هذا فإن جميع المثليات تمتاز عن القيميات بما يأتي :

١ - أن المثلى يثبت ديناً في الذمة^(٤). إذا ما عين بأوصافه، بخلاف القيمي، فإنه لا يثبت في الغالب ديناً في الذمة، ولكن يتعين بالإشارة إليه أو ما يقوم

(١) قد يرجع التفاوت بين المثليات إلى أمور اعتبارية، كأن يكون هذا الشيء قد استعمله عظيم في حادث تاريخي، كقلم وقع به على معاهدة هامة، فيكسبه ذلك قيمة عظيمة تفوق قيم أمثاله في السوق. أقول : مثل هذا يجب اعتباره فيكون به الشيء قيماً لا مثلياً.

(٢) قال الحموي على الأشباه : لا يتعين النقد في عقود المعارضات؛ لأنه خلق ثمناً، فالأصل فيه وجوبه في الذمة ليوصل إلى العین المقصودة بالعتد. واعتبار التعيين فيه يخالف ذلك الغرض. ويتعين في التينة لعدم وجوبه فيها في الذمة، ومثلها الصدقة والشركة والمضاربة والوكالة والغصب إذا قام عينه. ويرى مالك أن النقد يتعين بالتعيين في عقد المعاوضة ونسخه. وإلى هذا ذهب الشافعي وأحمد وزفر اهـ من الفن الثالث ص ١٤٨ وارجع إلى هذا الموضوع في انتهاء الوكالة من كتابنا هذا.

(٣) أي إذا كان المثلى عيناً معينة كأن تباع دار بهذا المقدار من الأرز سواء أدخلت الباء على المثلى أم على القيمي، أما إذا كان غير معين فالثمن منهما ما دخلت عليه الباء، كما سيأتي في البيع.

(٤) الذمة في اللغة معناها العهد، ولما كان العهد سبباً في الالتزامات قيل : هذا الشيء واجب في الذمة. أي في العهد، ثم توسع في هذا الاستعمال فجعلت الذمة شاملة لكل حق وكل واجب، ولذلك عرفنا التثنية بأنها حق شرعي اعتباري يكون به الإنسان أهلاً لأن يكون عليه حقوق وتثبت له على غيره واجبات.

مقامها^(١)، فإذا بعث ثوبا بأردب من القمح فإن هذا العقد يقع على ثوب بعينه، ويثبت به في ذمة المشتري أردب من القمح يؤديه إليك في أي وقت عند الطلب.

٢ - إذا تعدى إنسان على مثلي فأتلفه ضمن مثله لا قيمته، لوجود مثله^(٢) كما إذا أتلف إنسان مقداراً معيناً من الأرز^(٣). وإذا تعدى على قيمى ضمن قيمته، كما إذا قتل إنسان حيواناً، لأنه لا مثل له حتى يطالب به ابتداءً.

وإنما وجب المثل ابتداءً، لأن المتقصد من الضمان هو الجبر والعوض، وذلك لا يكون على أتمه إلا بأداء المثل، لأن فيه العوض عن التالف من ناحيته : صورته وماليته، فإذا انعدم المثل اكتفينا بالقيمة؛ لأن فيها العوض عنه من أهم ناحيته وهي المالية.

(١) قال القرافي في فروقه ما ملخصه : لا يثبت في الذمة ما كان معيناً مشخصاً في الخارج موثقاً بالعين، وقد يثبت فيها ما عدا ذلك، وذلك إذا عين بوضفه، ويظهر أثر ذلك في قاعدتين : الأولى - أن هلاك محل العقد أو ظهور استحقاكه لغير العاقد يوجب انقضاء العقد إذا كان ذلك معيناً، ولا يوجب إذا كان غير معين، فإذا اشترى إنسان سلعة فاستحقت انقضاء العقد. وإذا أسلم في أردب قمح فسلم إليه في حينه ثم استحق لم ينسخ العقد، وإنما يطلب من المسلم إليه غيره؛ لأنه بالاستحقاك قد تبين أن ما في الذمة لم يزل بناءً، وإذا استأجر دابة معينة لحمل شيء إلى مكان معين فاستحقت أو ماتت انسخ العقد، وإذا كانت غير معينة بان وقع الاستئجار على الحمل فأحضرت دابة لذلك فاستحقت أو ماتت لم ينسخ العقد بل يطالب المكلف بغيرها. الثانية - إذا وجب المقنود عليه في الذمة فلن شغلت ذمته به أن يتخير بين الأثقال، فيعطى أي مثل شاء، متى كان المقنود عليه معيناً من تلك الأثقال لم يكن له الانتقال عنه إلى غيره. فلو أكتال شخص لآخر رطل زيت من خابية وعقد عليه لم يكن له أن يعطيه غيره من الخابية، وأما إذا عقد على رطل زيت منها غير معين فإنه يعطى أي رطل شاء.

وقد خالف المالكية هذا الحكم في التقود، فذهبوا إلى أن التقيد لا يتعين بالتعيين، وأن المعاملة تقع به على اللزم على الرغم من تعيين التقيد عندها، وأنه إذا غضب غاصب ديناراً معيناً فله أن يعطى مالكة غيره، وعللوا ذلك بأن ليس في التقيد خصوصيات تتعلق بها أغراض صحيحة للناس، فسقط لذلك اعتبارها في نظر الشارع. إذ لا يعتبر إلا ما فيه غرض صحيح. (راجع الفروق وتهذيبها ج ٢ ص ١٢٣ وص ١٥١)

(٢) ذكرنا أنه إذا لم يوجد له مثل في السوق اعتبر قيمياً، وعلى ذلك يضمن المثل قيمته، وذكر في حاشية الشلبي على الزيلعي ج ٦ ص ٩٨ أن صاحب المال التالف مخير بين أخذ القيمة حيثنذ وبين أن يصير إلى أن يوجد المثل في السوق، فيطالب به ويؤدى إليه.

(٣) وضع أحد الورثة يده على تركه وفيها بر، فتصرف فيه وبعد مضي مدة طالبه وارث آخر أمام القضاء بنصيه في هذا البر نفسه أو بدفع قيمته على حسب ما قدر له من قيمة في محضر جرد التركة - وكانت قيمة البر عند الوفاة مرتفعة ولكنها انخفضت كثيراً عند الخاصة - فعرض المطلوب على الطالب مقدار حصته من بر آخر يمائل البر الذي تركه المورث نوعاً وجودة على أساس أن البر من المثليات وضمائنه يكون بالمثل. فقضت محكمة أول درجة بصحة العرض بناءً على هذا الأساس، فاستأنف الطالب الحكم فقضت محكمة الاستئناف بعدم صحته، بناءً على أن الطالب وجه إلى بر معين، فإما أن يسلّمه نفسه وإما أن يدفع قيمته المقدرة في محضر الجرد، ولا شك أن الحكم الأول هو المتفق مع قواعد الشريعة الإسلامية.

خلاصة الباب

المال ما كان في الإمكان حيازته والانتفاع به الانتفاع العادي في غير حالات الضرورة، فالسمك في البحار مال لتحقيق ذلك فيه. وحفنة من تراب ليست بمال، لعدم إمكان الانتفاع بها استقلالاً في العادة. وحرارة الشمس ليست بمال لعدم إمكان حيازتها. والمنافع عند الحنفية ليست من المال كذلك، وبعدها غيرهم مالا لإمكان حيازتها بحيازة مصدرها وهو العين، وكذلك الحقوق لا يعدها الحنفية من الأموال، وقد يكون منها ما يعد مالا عند غيرهم كاللذين.

وينقسم المال إلى متقوم وهو ما أحرز فعلا وأمكن الانتفاع به انتفاعاً جائزاً مطلقاً، وغير متقوم وهو ما عدا ذلك. فالأسماك في البحار مال غير متقوم لعدم حيازتها فعلاً، والخمر مال غير متقوم لعدم جواز الانتفاع بها انتفاعاً مطلقاً. وكذلك ينقسم إلى عتار، وهو مالا يمكن تحويله عن مكانه وهو الأرض، ومنقول وهو ما أمكن نقله ولو بتغيير هيئته، كالسفن والأشجار والبناء والحيوان. وينقسم أيضاً إلى مثلي، وهو ما تماثلت آحاده تماثلاً لا تختلف معه قيمتها، وأدى إلى تقديره بالوزن أو الكيل أو العد، ووجد بالسوق. وقيمي وهو بخلافه، فالزيوت وجميع السوائل من المثليات، وكذا جميع المصنوعات المتماثلة على الوجه الذي بيّنا، والحيوان والأرض من المال القيمي.

* * *

باب الملكية - الملك

العلاقة بين الإنسان والمال :-

ذكرنا في تعريف المال أنه ما يمكن حيازته والانتفاع به انتفاعا عاديا، وأن مالية الأشياء نتيجة لإمكان إحرازها والانتفاع بها، أو لتمول الناس إياها، وكذلك ذكرنا أن تقومه لا يكون إلا بإحرازه فعلا، وجواز الانتفاع به انتفاعا مطلقا. ومن هذا يظهر أن علاقة الإنسان به هي التي تكسبه خواصه المالية، وتترتب عليها كذلك خواصه الشرعية التي جاء بها الشارع أو أقرها، كما يظهر أن هذه العلاقة ليست إلا صفة أو صلة نشأت عن إحراز الإنسان له وتموله إياه، وهذه الصلة هي التي سميت ملكا أو ملكية (نسبة إلى الملك) وبهذا تحدث العلاقة بينهما، وأنها المالكية بالنسبة للإنسان، والمملوكية بالنسبة إلى المال، فالإنسان مالك، والمال مملوك.

التعريف بالملك :-

وعلى ضوء هذا البيان يمكننا أن نعرف الملك بأنه حيازة الشيء حيازة تمكن من الاستبداد به والتصرف فيه إلا لعارض شرعى يمنع من ذلك^(١).

ومن هذا يتبين أن للمالك وحده حق الانتفاع بالعين المملوكة وحق التصرف فيها، وليس لغيره ذلك، فإذا أراد شيئا من ذلك، من غير طريقه كان للمالك أن يمنعه، وإن لم ينله من انتفاعه ضرر.

(١) وهذه الحيازة قد تكون حيازة فعلية بالاستيلاء على ذلك الشيء كحيازة المستولى على المال المباح، وقد تكون حيازة حكمية وهي الحيازة النائمة عن سبب من أسباب الملك، كما في حيازة المشتري لما اشتراه، وحيازة الوارث لما ورثه وإن لم يتحقق استيلاء، كل منهما فعلا على تملكه بالشراء أو بالميراث. فكل هذين النوعين من الحيازة يسمى ملكا؛ لأنه يحقق للحائز أن يتقل ويفرد بالتصرف فيما حاز، وأن يتبدل بالانتفاع به ما دام المانع الشرعى من ذلك منتفيا. وتعرف فيما يأتى الموانع الشرعية من ذلك وأن منها الجنون والصغر وتعلق حق الغير، فإنها أمور تمنع من التصرف ومن بعض غسروب الانتفاع كما سيأتى، ولست أخفى أن هذا توسع في معنى الحيازة لا يحتمله اللفظ ولا ما وضع له. وأقرب الكلمات للدلالة على هذا المعنى كلمة (اختصاص) وعلى ذلك يرى أن الملك ليس هو عين الحيازة، بل قد يكون أثرا لها. فإذا حاز إنسان مالا مباحا اختص به تملكه، وكذلك الحكم إذا ما اشتراه أو وهب له أو أوصى له به. وهذا ما ذهب إليه الحنابلة القدامى في تعريفه للملك بأنه الاختصاص الحائز. ومن جميع ذلك يظهر أن جميع تعريفات الملك تنتهى إلى أنه حكم شرعى لا فرق بين تعريف وآخر.

وقد ذهبنا في هذا التعريف مذهب من يرى أن الملك هو الحياة^(١)، أما إذا ذهبنا مذهب من يرى أن الملك صفة شرعية يمنحها الشارع من يستحقها عند تحقق سببها، فإننا نعرفه بما عرفه به الكمال بن الهمام^(٢)، وهو أنه القدرة^(٣) على التصرف ابتداء^(٤) إلا لمانع، والمراد بالقدرة: القدرة الشرعية التي أفاضها الشارع ومنحها لمن حاز الشيء فكان بها قادراً على أن يتصرف فيه عن نفسه لا عن غيره إلا لعارض يحد من أهليته، وعلى ذلك فليس كل من الوكيل والولى والوصى وناظر الوقف مالكا لما يتصرف فيه من المال؛ لأنهم لا يتصرفون فيه عن أنفسهم، وإنما يتصرفون فيه عن غيرهم، وكان كل من الصغير والمجنون والسفيه مالكا؛ لأن لهم هذا التصرف لولا ما عرض من مانع، وآية ذلك أنهم يستطيعونه وبياشرونه عند زوال هذا المانع.

أو نعرفه بما عرفه به القرافي^(٥) في فروقه، فقال: حكم شرعى قدر وجوده فى عين أو فى منفعة يقتضى تمكين من أضيف إليه من الأشخاص انتفاعه بالعين أو بالمنفعة والاعتياض عنها، مالم يوجد مانع من ذلك. وهو لا يختلف عن تعريف الكمال فى المعنى.

وكما يراد بالملك الملكية يطلق كذلك على الشيء المملوك، فيقال: هذا ملكى.

الفرق بين الملك والمال:

والملك بهذا المعنى أعم من المال عند الحنفية؛ لأنه يشمل المال والمنفعة، إذ

(١) وقد علمت ما فى هذا الرأى من بعد عن الحقيقة.

(٢) هو كمال الدين محمد بن عبد الواحد البوساسى ثم الإسكندرى الحنفى المتوفى سنة (٦٨١) وبعده بعض الحنفية من أهل الترجيح، وبعض العلماء من أهل الاجتهاد. ومن أشهر كتبه فتح القدير على البداية. وفيه جاء هذا التعريف فى أول كتاب البيع عند قوله البيع يتعقد بالإيجاب والقبول.

(٣) ويعرفه الحاوى القدسى بأنه الاختصاص الحاجز، أى الذى يمنع غير المالك من الانتفاع والتصرف إلا بإذنه. راجع الأشباه الفن الثالث عند الكلام على الملك.

(٤) أى هو القدرة الشرعية على تصرف يتدنه التصرف ويصدره عن نفسه لا عن غيره فتصرف الوكيل مثلا ليس تصرفا مبتدأ بل يوجد بعد استمداد ولايته من الموكل.

(٥) هو شهاب الدين أبو العباس أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن الصنهاجى المالكى الشيبيرى بالقرافي، توفى سنة (٦٨٤) بدير الطين بجوار الفسطاط بمصر. وله مؤلفات كثيرة فى العلوم الشرعية.

كل منهما مملوك، ولكن المنفعة لا تعد مالا عندهم كما قدمنا، بل مملوكة يرد عليها كثير من التصرفات، كالإجارة والعارية والوصية^(١).

قبول المال للملكية:

ومما تقدم يتبين لك أن المال بطبيعته قابل لأن يملكه الإنسان؛ لأنه قابل لأن يحاز، ولكن قد تعرض عليه عوارض تجعله غير قابل لذلك في بعض الأحوال، وهو من هذه الناحية ثلاثة أقسام:

الأول - مالا يجوز تملكه ولا تملكه، وهو ما خصص للمنافع العامة: كالطرق العامة والقلاع والحصون والمرافق والقناطر والجسور والأنهار العظيمة المعدة للانتفاع العام. فما دامت هذه الأموال مخصصة لما أعدت له من ذلك، فلا ملك لأحد فيها، أي ليس فيها ملك فردي؛ لأنه لا يد لأحد عليها؛ على وجه التخصيص، ولكنها أموال تعلق بها حق الناس جميعا، وهي لذلك لا تملك ولا تملك، فإذا خرجت عما أعدت له تغير حكمها فقبلت أن تملك وأن تملك.

الثاني - ما لا يقبل التملك إلا عند وجود المسوغ الشرعي لذلك، ومثاله الأعيان الموقوفة، والعقار المملوك لبيت المال^(٢)، فلا يجوز بيع شيء من ذلك إلا بمسوغ من المسوغات الشرعية المنصوص عليها في مواضعها من أحكام الوقف وأحكام بيع أموال بيت المال^(٣). ويعد بيعها من غير مسوغ باطلا.

الثالث - ما يقبل التملك والتملك بلا قيد، وهو ما عدا القيمين السابقين.

(١) الإجارة تملك المنافع بعوض. والإعارة تملك المنافع مجانا في الحال. والوصية تصرف مضاف إلى ما بعد الموت، وتصح بالأعيان كما تصح بمنافعها فقط. مثال الحالة الأولى: أوصيت لفلان بداري. ومثال الحالة الثانية: أوصيت لفلان بسكني داري مدة حياته، فإذا بقي حيا بعد وفاة الموصي وقبل الوصية استحق الدار في الحال الأولى، وسكنها في الحال الثانية ما دام حيا. فإذا مات ردت إلى ورثة الموصي.

(٢) الأموال الموقوفة يعتبرها الحنفية ملكا لله تعالى؛ لأنها بالوقف خرجت عن أن تكون ملكا لأحد من الناس، ويراهم بعض العلماء من غيرهم ملكا لو وقفها، ويراهم آخرون ملكا للمتقين فيها، وهي لا تقبل أن تملك لأحد بطريق يعينها له إلا بمسوغ شرعي، فإذا بيعت من غير مسوغ كان البيع باطلا، وتفصيل ذلك كله في كتاب الوقف.

أما أموال بيت المال فهي تلك التي لجماعة المسلمين، والمراد بها هنا: ما يطلق عليه في العرف القانوني الحاضر اسم الأملاك الحرة، وبيع هذه الأموال في الشريعة الإسلامية تتوقف صحتها على وجود المسوغ الشرعي له.

(٣) يرى بعض الحنفية أن عقار بيت المال لا يجوز للإمام أن يبيعه إلا لضرورة، كأن يحتاج بيت المال إلى ثمن. وزاد في البحر أنه يباع إذا رغب فيه بضعف قيمته على قول المتأخرين، وذهب فريق آخر إلى أن للإمام أن يبيع عقار بيت المال متى رأى المصلحة في ذلك، لما له من الولاية العامة. رد المختار ٣ ص ٢٨٢.

أنواع الملك:

ينقسم الملك قسمين : ملك تام، وملك ناقص، فيكون تاما إذا كان للمالك جميع الحقوق الشرعية التي يقبلها المال المملوك، ولا يكون له ذلك إلا إذا كان مالكا للعين ومنفعتها، أى لرقبة الشيء المملوك ومادته وذاته، ولنافعه كذلك، فإن منع بعض هذه الحقوق؛ لأن ملكه قاصر على الرقبة وحدها أو على المنافع دون الرقبة، فلم يكن له إلا أن يتصرف فيما يملك من ذلك، كان ملكا ناقصا، فالملك الناقص هو ما كان قاصراً على الرقبة وحدها أو على المنفعة وحدها. ولتمييز الملك التام والتعريف به نذكر خواصه.

خواص الملك التام :

وللملك التام خواص ليست للملك الناقص. وأهمها :

١ - قدرة المالك على التصرف فى ذات العين المملوكة بجميع أنواع التصرفات الجائزة شرعاً من بيع وهبة^(١). ووقف ووصية ورهن^(٢).

٢ - قدرة المالك على الانتفاع بالعين على أى وجه شاء من وجوه الانتفاع المشروع من إيجارها وإعارتها وزراعتها، إن كانت أرضاً، وسكنها إن كانت داراً، وما إلى ذلك سواء انتفع بها مع بقائها على هيئتها وصورتها أم انتفع بها بعد تغيير ذلك على حسب ما تتطلبه طريقة الانتفاع، لا يتقيد فى ذلك بأى شرط ولا يحد بأى حد إلا حد الشارع، يتبد به دون غيره، فلا يكون لغيره أن ينتفع إلا عن طريقه.

٣ - عدم تقيد به أى زمن محدود كسنة، ولا بأى مكان معلوم كالقاهرة، فهو دائم لا ينتهى إلا بموت المالك، أو بإنهاء ملكيتها بوقفها، أو بانتقال ملكيتها إلى آخر بسبب من الأسباب الناقلة للملكية شرعاً.

٤ - عدم مطالبة المالك ملكاً تاماً بضمان العين إذا أتلغها بغير موجب؛ لأن الضمان لا يستحقه إلا المالك، ولا يكون الإنسان مدنياً لنفسه؛ لأنه لا يطالب

(١) الهبة ثلثك العين مجاناً فى حال.

(٢) الرهن حسن العين لدى السائق يحق يمكن أن يستوفى منها.

نفسه، ولكن ذلك لا يعقبه من التعزير من القاضى أو من الحاكم إذا ما استوجبه تعديه.

أقسام الملك الناقص:

الملك الناقص إما ملك رقبة فقط، وإما ملك منفعة فقط، كما بينا، وقد يسمى ملك المنفعة بحق الانتفاع، فلا فرق بينهما فى اصطلاح الخفية^(١). خلافا للمالكية كما سيأتى :

ويتنوع ملك المنفعة أو حق الانتفاع نوعين : نوع يكون فيه حق الانتفاع شخصيا، ونوع يكون فيه عينيا، ولا يكون إلا فى العقار.

فالأول - يتعلق ابتداءً بالمنفع، فيكون له فقط. ولا ينتقل عنه إلى غيره إلا فى بعض صور كما سيأتى.

والثانى يتعلق بعين العقار المقرر عليه هذا الحق، ويتبع العقار المقرر له أنى ذهب، فيثبت لمن يملكه ما دام مالكا له، إلا فى بعض الحالات كما سيأتى، وهو ما يسميه بعض الباحثين بحق الارتفاق، وإذن تكون أقسام الملك الناقص ثلاثة :

١ - ملك عين فقط.

٢ - ملك منفعة يكون معه حق الانتفاع شخصيا.

٣ - ملك منفعة يكون معه حق الانتفاع عينيا، وإن شئت سميته بحق ارتفاق.

ملك العين - ملك العين يكون إذا ما كانت العين - رقبته - مملوكة لشخص ومنفعتها كلها مملوكة لشخص آخر. وعندئذ لا يكون للمالك العين أن ينتفع بها ولا أن يتصرف فى منفعتها ما دامت المنفعة فى ملك غيره، وكذلك لا يجوز له أن يتصرف فى نفس العين تصرفا يضر بحق مالك المنفعة، فإذا كانت داراً فليس له أن ينقصها بهدم بعض حجراتها، وليس له أن يبيعها لغير مالك منفعتها إلا بإذن مالك

(١) الواقع أن حق الانتفاع قد يكون نتيجة لسبب الملكية التامة. وقد يكون نتيجة لسبب ملكية المنفعة. وقد يكون نتيجة للإباحة، فإن لكل مالك الحق فى أن ينتفع بما يملك، كما أن للمباح له الحق فى أن ينتفع بما أبيع له أن ينتفع به.

المنفعة وهكذا، وعليه أن يسلمها إليه ليستوفى حقه من منافعها، فإذا امتنع أجزى على ذلك.

ويتحقق ملك العين فقط في صورتين :

الأولى - أن يوصى إنسان لآخر بمنافع عين مملوكة له، كأن يوصى له بسكنى داره أو بزرعة أرضه مدة حياته أو ثلاث سنوات، فإذا مات الموصى ثم قبل الموصى له الوصية كانت سكنى الدار أو زراعة الأرض حقا مملوكا للموصى له في المدة المعينة، وكانت عين الدار أو الأرض ملكا لورثة الموصى^(١) بطريق الوراثة فلا يملكون شيئا من المنافع ما دام حق الموصى له في المنافع موجودا، فإذا انتهت مدة الوصية المحددة أو مات الموصى له قبل نهايتها صارت المنفعة ملكا لورثة الموصى تبعا لأصلها ومصدرها وهو العين. ويجب على الموصى له أو ورثته حيثئذ تسليم العين إليهم؛ لأنها أمانة في يدهم يجب ردها إلى مالكيها، وعند ذلك تصبح ملكيتهم تامة بعد أن كانت ناقصة مدة انتفاع الموصى له، ويلاحظ أن ملكية الموصى له في هذه الحال كانت كذلك ناقصة لأنها مقصورة على المنافع.

الثانية - أن يكون لإنسان دار أو أرض فيوصى بالمنافع لصديقه ويوصى بركة الدار أو بركة الأرض لقربيه، فإذا مات فقبل كل من الصديق والقریب الوصية كان الصديق مالكا لمنافع الدار أو الأرض، وكان هذا الملك ناقصا، وكان القريب كذلك مالكا لعين الدار أو لعين الأرض وكان ملكه ناقصا، فتسلم العين حيثئذ إلى الصديق ليستوفى حقه منها وتظل في يده إلى وفاته، لعدم تعيين مدة، فإذا توفى سلمت العين إلى الموصى له بها فتصبح ملكيته بوفاة الصديق تامة.

(١) هذا هو الواقع، وليس ينافيه أن تجد بعض العلماء يذكر أن العين في هذه الحال باقية على ملك الموصى؛ لأن ذلك افتراض وتصوير الغرض منه تسوية نفاذ الوصية بعد موت الموصى وملك الموصى له منافعها لا عن طريق الوراثة الذين يملكون العين ويملكون منافعها تبعا لها، فראوا أمام ذلك أن يقولوا: إن العين بالنسبة إلى نفاذ الوصية في المنافع تعتبر باقية على حكم ملك الموصى. وذلك لا ينافي الحقيقة الواقعة. وهي أنها بالموت أصبحت ملكا للوارث. ألا ترى أنه بورثتها ورثته إذا مات؟ وذلك دليل ملكه.

ومن هذا يتبين أن ملكية العين فقط دائمة، وتنتهي دائماً إلى ملكية تامة، وأن ملكية المنافع تكون مؤقتة دائماً؛ ذلك لأن المنافع لا تورث عند الحنفية؛ لأن منافع الأعيان تتبعها ولا تنتقل وحدها بالوراثة إلى الوارث، ولذا كانت الوصية بالعين فقط لإنسان وصية بالعين وبمنافعها تبعاً لها.

النوع الأول من ملك المنفعة :

هذا النوع من الملك قد يكسب صاحبه أن يتنفع بنفسه، وأن يملك غيره هذه المنفعة، فيكون له حق الانتفاع بها، كما إذا أوصى إنسان لشخص بمنافع دار يتنفع بها كما يشاء، وعلى أى وجه يريد سكناً وإسكاناً، فإن للموصى له فى هذه الحال أن يسكن الدار بنفسه، وأن يعيرها لغيره أو يؤجرها له.

وقد يكسب صاحبه أن يتنفع بنفسه فقط، كما فى وقف بيوت السكنى على طلبة العلم، فإنه لا يكون لطالب العلم حيثئذ إلا أن يسكن وليس له أن يعير ولا أن يؤجر.

وفى كلتا الحالتين يكون للمتفيع ملك المنفعة أو حق الانتفاع، غاية النظر أن هذا الملك قد يكون غير مقيد، كما فى الصورة الأولى، وقد يكون مقيداً إما بواسطة العرف، كما فى الصورة الثانية، وإما باللفظ كما إذا استعار إنسان دابة ليركبها بشرط ألا يعيرها لغيره، فلا فرق عند الحنفية بين الحالتين إلا بالتقييد فى إحداها دون الأخرى. وهذا خلاف اصطلاح المالكية، فإنهم يجعلون الحال الأولى من قبيل ملك، ويخصونها باسم ملك المنفعة، ويجعلون الحال الثانية من قبيل الإباحة، ويخصونها باسم حق الانتفاع، ولا يجعلونها من قبيل الملك كما يرى الحنفية.

التعريف بالإباحة والفرق بينها وبين الملك :

والفرق بين الملك والإباحة، أن الملك أثر من آثار الحيازة كما قدمنا، وأنه ينتقل من الك إلى آخر بسبب من الأسباب الناقلة له، وأنه عندما يتحقق يكسب صاحبه حق التصرف فى الشيء المملوك مالم يوجد مانع، أما الإباحة فببى حق

يثبت للإنسان أثراً لإذنه بأن ينتفع، وقد يكون هذا الإذن من المالك، كأن يأذن إنسان لآخر بأن يركب معه فى سيارته، أو بأن يبيت فى منزله هذه الليلة أو أن يجتاز حديقة داره فى طريقه إلى مقره، وكأن يدعوّه إلى وليمة، وقد يكون هذا الإذن بحكم الشارع كما فى إباحة الانتفاع بالماء غير المملوك لأحد، وبالكلأ قبل إحرازه، وبضوء النار الموقدة. فقد قال عليه السلام: «الناس شركاء فى ثلاثة: فى الماء والكلأ والنار» أى شركاء فيها شركة إباحة لا شركة ملك. وما دام الإذن قائماً والإباحة مستمرة فالحق قائم وثابت. فإذا انتهى الإذن بانتهاه أمدّه - إن كان له أمد - أو رجع عنه مصدره، أو توفى انتهت الإباحة^(١)، وبطل الحق وتلاشى.

وليس للمباح له إلا أن ينتفع بنفسه وفق الإذن أنصاّر له، فمن دعى إلى وليمة. فليس له أن ينيب غيره عنه، ولا أن ينقل من أطعمتها إلى منزله، ولا أن يحتجز منها شيئاً بدل أكله، وهكذا.

ومن ذلك يتبين أن من أبيع له الانتفاع بشيء لم يملكه ولم يملك منفعته، وبهذا تتميز الإباحة من تملك المنفعة^(٢).

الإباحة طريق إلى الملك :

هذا ولا ينبغى أن نغفل أن الإباحة تكون طريقاً إلى تملك ما أبيع، عينا كان أو منفعة. فالمباح له قبل أن ينتفع، مأذون بالانتفاع فقط، غير مالك لما أبيع له،

(١) وهل يشترط فى انتهائها علم المباح له بعدول المبيع عن إذنه؟ قولان عند الشافعى، أشباه للسيوطى ص ٢٢٣ ومقتضى قواعد الحنفية: أنه يشترط.

(٢) غير أنه قد لا يظهر بينهما فى بعض الصور فرق فى الأثر، كما فى العارية التى قيد فيها المستعير بأن ينتفع بنفسه، مثالها أن يعير إنسان داره لآخر شهراً على أن يكنى المستعير بنفسه وألا يعيرها لغيره، فإن المستعير فى هذه الحال ليس له إلا أن يكنى بنفسه، وهذا بعينه ما يكون للإنسان إذا ما أبيع له أن يكنى شهراً، والأولى - من قبيل التملك، والثانية - من قبيل الإباحة، ومن هذا ذهب بعض العلماء إلى أن هاتين الصورتين من قبيل الإباحة ولا فارق بينهما، لأن العبرة بالمعنى لا بالألفاظ، ولكن القائلين بالفرقة بينهما يرون أن الآثار والنتائج تتبع دائماً مصدرها ومنشأها، وبالمصدر تختلف الآثار وتتحدد النتائج. وللفظ العارية يفيد التملك لا لإباحة، بدليل أن المستعير يملك المنفعة إذا لم يقيد، وجاز له أن يعير غيره لأجل ذلك إلا لمنع، وإذا ثبت هذا وجب أن يكون الأثر فى جميع صور الإعارة واحداً، وهو الملك، ولا يضير أن يخفى نى بعض الصور أثر الملك، وهو جواز التملك، لوجود المانع. وعلى كل حال فالخلاف فى ذلك نظرى لا ملى.

ولكنه بانتفاعه واستيفائه ما أذن فيه يملك ما استوفاه، فالضيف يملك الطعام بوضعه في فيه. ومن ثرت عليهم التقود في الأفراح والمخافل - حسبما جرت به العادة - يملكونها بالتقاطها، حتى لا يجوز لناثرها أن يتردها منهم. وهذا فيما أرى الرأي الراجح، خلافاً لمن زعم أن المباح له يستهلك ما أبيع له ويستوفيه على حكم ملك المبيع^(١)، وإنما لا يضمن مع هذا للمالك قيمته عند استهلاكه؛ لأنه مأذون فيه من مالكة ومسلط عليه منه فلا يكون متعدياً، والضمان لا يجب إلا عند التعدي، وإنما رجح الرأي الأول؛ لأنه يترتب على هذا القول الأخير أن يكون للمالك حق استرداد ما يبيحه من المال ما دام ذلك ممكناً وهذا خلاف المعروف^(٢).

(١) راجع تقرير الرافعي ج ٢ ص ١٣٢.

(٢) إباحة الشخص ماله لغيره لا تخرجه عن ملكه، كما أن تركه في الطريق لا يخرج به كذلك من ملكه. ويكاد يكون هذا محل اتفاق بين علماء الحنفية. وعلى هذا قيل: من سبب دابة لعله، فأخذها إنسان فأصلحها بالعلاج ونحوه فهي للمالكها. ومن أرسل طيره في الهواء فهو له حتى إذا صاده إنسان آخر كان له أن يأخذ منه قهراً.

وقد علمت أن الإباحة قد تتعلق بعين المال، كما في الدعوة إلى الطعام. وكما في نثر التقود على الناس. وقد تتعلق بالمنافع، كما في إباحة المرور في الطريق، أو المبيت في المنزل. فإذا كانت متعلقة بمنفعة فانتفع المأذون له بقدر استوفى المنفعة واستهلكها. وليس وراء الخلاف في ذلك من أثر سواء استهلكها على اختيار أنبا ملك صاحب العين وقد أذنه في ذلك، أم استهلكها على اعتبار أنه قد ملكها بالانتفاع، إذ لا وجود لها بعد ذلك حتى تصير محل نزاع بين المبيع والمباح له.

أما إذا تعلقت الإباحة بعين من الأعيان كما إذا ترك شخص ماله وقال: من شاء فليأخذها، أو نثر تقوده على الناس في حفل ليأخذ كل ما تناله يده، أو دعا صديقاً له إلى تناول طعامه. ففي مثل هذه الأحوال اختلف الرأي، فالجمهور من الحنفية يقولون: إن المال يظل مملوكاً لصاحبه إلى أن تناله يد المباح له فيستلكه بأخذه أو بتناوله، ويملكه انتهت ملكية صاحبه الأول، وهو المبيع، فإذا استهلكه بعد ذلك فقد استهلك ماله مملوكاً له (رد المحتار ص ٣٥٥ ج ٣) وعلى هذا الرأي يكون ذلك من قبيل التملك. وذهب آخرون إلى أن ذلك ليس من قبيل التملك، وأن المباح له لا يملك المال بتناوله وإنما يظل المالك ملكاً لصاحبه حتى يستهلكه المباح له، فإذا استهلكه فإنما يستهلكه على ملك صاحبه بإذنه. ولهذا لا يضمن، وعلى الرأي الأول أفتى في كثير من المسائل. وهاك بعضها:

١ - رجل سبب دابته وقال: من شاء فليأخذها، فأخذها رجل، فهي لمن أخذها كما في الفتاوى، من غير تفصيل. وتفصل في ذلك الفقيه أبو الليث، فقال: إن قال صاحب الدابة ذلك لتقوم معينين فأخذها واحد منهم فهي لمن أخذها، وإن لم يقل ذلك لقوم معينين أو لم يقله أصلاً فهي لصاحبها له أن يأخذها متى وجدها. ومعنى ذلك: أنه لو أخذها إنسان لم يملكها وكان لصاحبها أن يتردها.

٢ - إذا قال شخص: أذنت للناس جميعاً في ثمر نخلى من أخذ منه شيئاً فهو له، فيلغ الناس ذلك. فمن أخذ شيئاً ملكه، قال صاحب البحر: مقتضاه أن من أخذ شيئاً من هذا الثمر قبل أن يعلم بإباحته لا يملكه.

٣ - قال رجل لآخر: أنت في حل مما أكلت أو مما أخذت من مالي، له أن يأكل وأن يأخذ، ولا يحل له تناول حتى يعلم بالإذن والإباحة، ولو تناول شيئاً قبل ذلك تناول حراماً ولا يملكه.

٤ - إذا وضع ماله في الطريق ليكون لمن أخذه جاز ذلك.

أسباب الملك فى هذا النوع : استفاد ملك المنفعة الذى يكون معه حق الانتفاع شخصيا بسبب من الأسباب الآتية :

١ - الإجارة: فالمستأجر يملك بها منفعة العين المؤجرة، فإذا استأجر أرضاً للبناء عليها ملك أن يبنى عليها. وإذا استأجرها للزراعة ملك أن يزرعها، ويكون ملكه من الملك الناقص، ولأن المستأجر مالك للمنفعة يجوز له أن يملكها غيره بالإجارة والعارية، ما لم يمنع من ذلك مانع، كما سيأتى فى الإجارة (١).

٢ - الإعارة: فالمستعير يملك بها عند أكثر الحنفية منفعة العين المستعارة خلافا لمن رأى أنها إباحة، ولذا يجوز له أن يتصرف فيها فيملكها لغيره بطريق إعارتها فقط، ما لم يمنع من ذلك مانع، كما سيأتى فى العارية (٢)، أما تملكها بطريق التأجير فليس له فى جميع الأحوال، وسنفضله فى العارية.

٣، ٤: الوقف، والوصية : فالموقوف عليه والموصى له يملك كل منهما ما أعطى من المنافع فى الموقوف أو الموصى به، فإذا وقف إنسان داره على صديقه

= وهذه الفروع كثيرة. ويظهر أن هذا يعد من الهبة، ويؤيد ذلك : ما فى البحر عند شرحه لقول صاحب الكنز : وتصح بإيجاب. إذ قال : وشمل لو ما قال شخص : أذنت الناس جميعا فى ثمر نخلى... إلى آخر القرع الثانى المار.

وفى الهندية عن محمد رحمه الله فى آخر المتفرقات : أن ذلك بمنزلة الهبة وقد يكون معنى هذا أنه لا يراه هبة حقيقة. وكان منتهى ذلك أنه يجوز للمالك المال حينئذ أن يترده عن ملكه، رجوعاً منه فى هبه مالم يمنع من ذلك مانع، وهذا رأى لبعضهم، ولكن خالف فى ذلك آخرون، وقالوا : ليس له الاسترداد. فخالفوا بذلك حكم الهبة (راجع البزاية ج ٢ ص ٣٠٤ من الصيد) ولعلمهم قاسوه على الصدقة؛ لأن الرجوع فيها ممنوع. بناء على أن التصديق لا يقصد من صدقته العوض عادة، وهذا النوع من التملك كذلك لا يقصد منه التعوض عادة فكان حكمه حكم الصدقة.

أما الرأى الثانى - فدرجوع لمخالفته لأكثر فروع المذهب المنقولة، ولما فاتته فى الواقع لغرض المبيع. فإنه لا يريد إلا تملك المباح له. ولأنه يترتب عليه أيضا أن يكون للمبيع حق استرداد المال الذى أباحه ما أمكنه ذلك، وهذا خلاف العبود المعروف بين الناس وخلاف ما تواضعوا عليه (راجع فى ذلك رد المحتار وتبيين الحقائق والفتاوى الهندية).

(١) إذا كانت المنفعة لا تختلف باختلاف المنفعة. كركوب السيارة جاز لمستأجرها أن يركبها بنفسه وأن يركبها غيره، ولو شرط عليه أن ينتفع بها وحده، سواء أكان ذلك بطريق تأجيرها أم بإعارتها، كما سنذكره فى الإجارة.

(٢) إذا شرط على المستعير ألا يعير لغيره لزمه ذلك، وإذا لم يشرط عليه ذلك - وكانت المنفعة لا تختلف باختلاف المنفعة - جاز له أن يعير غيره. وإن نص فى العقد على أنه يشعيرها لينتفع بها بنفسه. وسيأتى فى العارية.

فلان، ثم من بعده على الفقراء، أو أوصى له بمنفعتها، فإن الصديق يتملك كل ما أعطيه بالوقف أو بالوصية. فإن جعل له الواقف أو الموصى أن ينتفع بها كيف شاء، وعلى أى وجه أراد، كان له ذلك فيسكن الدار بنفسه، أو يؤجرها لغيره فيأخذ أجرتها، أو يعيرها له.

وإن جعل له أن يستغل، وسكت عن السكنى، كما إذا قال الواقف : وقفت دارى هذه على صديقى هذا لتصرف إليه غلتها فى كل شهر. أو قال الموصى : أوصيت لصديقى فلان بأن يستغل هذه الدار مدة حياته، لم يكن له إلا أن يستغل، ولم يجز له أن يسكن عند أكثر الحنفية؛ لأنه لم يملك بذلك إلا الغلة، وهى غير السكنى، ألا ترى أنه يجوز لناظر الوقف أن يؤجر هذه الدار للموقوف عليه فى هذه الحال، فيلزمه بدفع أجرتها، ولو كان مستحقا لسكنائها لم تجز إيجارتها له، إذ لا يملك الإنسان ما يملك. وهذا هو الصحيح عندهم^(١)، وذهب آخرون إلى أنه يملك فى هذه الحال الأمرين، فإن شاء استغل، وإن شاء سكن؛ لأنه إذا ملك أن يملك غيره المنفعة بواسطة الإجارة، وجب أن يكون مالكا لها إذ لا يملك ما لا يملك، وإذا انتفع غيره لأجله، فالأولى أن ينتفع بنفسه^(٢). وقد نص الشرنبلالى^(٣). فى كتاب الوقف على ترجيح هذا القول، ولعل مبنى هذا الترجيح أنه يفتى بكل ما هو أنفع للوقت.

وإن جعل له أن يسكن وسكت عن الاستغلال، فليس له عند الحنفية إلا أن يسكن وليس له باتفاق بينهم أن يستغل، مثال ذلك : أن يقول الواقف : وقفت

(١) قال الفقيه أبو الليث فى كتاب نكت الوصايا : لو أوصى لإنسان بغلة دار، فأراد أن يسكنها بنفسه لم يرو عن أصحابنا المتقدمين شيء فى ذلك. واختلف فيه المتأخرون. ذكر عن أبى بكر الإسكافى أنه كان يقول : له ذلك، وكان أبو بكر بن سعيد يقول : ليس له ذلك. وجه القول الأول : أن غير الموصى له يسكن لأجله فأولى أن يسكن الموصى له بنفسه، وجه القول الثانى : أن فى سكنه بنفسه ضرراً على الميت، إذ لو أجزت الدار لم ظهر دين على الميت قضى الدين من هذه الأجرة، ولو سكن الدار بنفسه لم يمكن أن يقضى الدين من السكنى (حاشية الشلبى على الزيلعى ص ٢٠٣ ج ٦).

(٢) وعلى هذا القول : يجب ألا تصح إجارة الدار له، إلا إذا كانت الدار محتاجة إلى العمارة فتصح حينئذ؛ لأن استحقاقه فى هذه الحال مؤخر عن حاجة الدار فلا يكون مالكا لمنافعها.

(٣) هو أبو الإخلاص حسن بن عمار المصرى الشرنبلالى، من شبرا بلالة بمديرية المنوفية. كان من أعيان الفقهاء ركاز الممول عليه فى الفتناء، وألف كتباً كثيرة. توفي سنة ١٢٦٩.

دارى هذه على صديقى فلان ليسكنها مدة حياته . أو يقول الموصى : أوصيت لصديقى هذا بسكنى دارى هذه مدة حياته، وسبب ذلك : أنه بالوصية أو بالوقف ملك بالمجان، فلا يجوز أن يملكها غيره بيدل؛ لأن الملك بالبدل أقوى من الملك بالمجان^(١)، ومن ملك الأضعف لا يستطيع أن يعطى الأقوى؛ لأنه ليس له، وفى هذا خلاف أحمد بن حنبل، إذ يرى أن من ملك شيئاً له أن يملكه غيره، بدون تفرقة بين ما إذا كان ملكه بيدل أو بغير بدل، لأن الملك لا يختلف بذلك، وإذن فمن يملك السكنى يملك أن يستغل، ومن يملك الاستغلال يملك أن يسكن، وهذا أوجه . وعلى هذا رأى صدر قانون الوقف راجع مادة : (٢)٣١.

وإن أطلق الواقف أو الموصى فلم ينص على استغلال أو استعمال، بأن قال: وقمت دارى هذه على صديقى فلان، أو أوصيت بمنفعتي لصديقى، كان الحكم فى هذه الحال كالحكم عند النص على الاستغلال فقط، ولعل مرجع ذلك العرف عندهم، إذ كانوا يستعملون الإطلاق ويريدون منه الاستغلال، وعليه لتغيير العرف واستعملت حال الإطلاق للدلالة على ما يشمل الاستغلال والاستعمال، وجب أن يتبع ذلك فيكون له الأمران. فإن لم يكن عرف ولم يكن الرجوع إلى الواقف أو الموصى فى البيان، حملت العبارة على الاستغلال، لأنه أتم منفعة.

خواص الملكية فى هذا النوع :

لهذه الملكية خصائص ليست للملك التام . وأهمها :

١ - قبول التقييد عند إنشائها بالصفة والزمن والمكان، فيجوز لمعير الدابة أن يقيد مستعيرها بركوبها فقط، وللموصى بمنفعة الأرض أن يقيد الموصى له بزراعتها قمحاً أو ذرة فقط، ولمعير السيارة أن يقيد المستعير بأن ينتفع بها مدة شهر يتددى من

(١) وهذه القوة تظهر عند الموازنة بين ملك المتأجر للمضعة وملك المستعير، فملك المتأجر ملك لازم ويتطلب سلامة العين المتأجرة وخلوها من العيوب، بخلاف ملك المستعير.

(٢) نص المادة : ٣١ من قانون الوقف : يجوز استغلال الدار الموقوفة للسكن . ويجوز السكنى فى الدار الموقوفة للاستغلال، ما لم تقرر المحكمة غير ذلك إذا رفع الأمر إليها.

وكذلك جنح قانون الوصية إلى هذا رأى فى المادة ٥٤ ونصها : إذا كانت العين الموصى بمنفعتها تحمل الانتفاع، أو الاستغلال على وجه غير الذى أوصى به جاز للموصى له أن ينتفع بها، أو يستغلها على الوجه الذى يراه، بشرط عدم الإضرار بالعين الموصى بمنفعتها.

الآن، ولمعير الكتاب أن يقيد مستعيره بالقراءة فيه في حجرة معينة مدة ساعتين، ولواقف الدار أن يقيد الانتفاع بها بالسكن فقط، والمستأجر مقيد بمدة الإجارة المنصوص عليها في العقد دائما.

وكذلك قد يقبل هذا التقييد بعد إنشائها، غير أن ذلك لا يكون في الملك بالوصية، وكذا لا يكون في الملك بالوقف، إلا في أحوال خاصة. ويكون في الإجارة باتفاق كل من المؤجر والمستأجر عليه، وفي العارية بإرادة المعير فقط، كما سيأتي.

وأما الملكية في النوع الثاني من ملك المنفعة، وهو ما سيأتي بيانه، فإنها تقبل التقييد بالصفة عند إنشائها فقط، كأن يجعل حق المرور في الطريق مقيداً بالمشى فيه دون ركوب دابة فيه، وتقبل التقييد أيضاً بالمكان، كأن يجعل حق الشرب مقيداً بكوة معينة في المجرى لا يؤخذ الماء من غيرها. ولكنها لا تقبل التوقيت؛ لأنها حقوق دائماً كما سيأتي. والمالك التام لا يقبل شيئاً من ذلك عند الحنفية، لا عند إنشائه ولا بعد وجوده، وفي هذا خلاف لبعض العلماء ستنصله عند الكلام على الشروط التي يصح للعاقدين اشتراطها في عقود الملكية، رغبة منهما في تقييدها.

٢ - عدم قبولها التوارث، فلا ينتقل ملك المنفعة أو حق الانتفاع في هذا النوع بموت مالكة إلى ورثته بأية حال عند الحنفية؛ ذلك لأن انتقال الشيء من مالك إلى مالك آخر لا يتصور إلا مع بقاءه، وقد علمت أن المنافع لا بقاء لها، وأن ما وجد منها في حياة المالك قد انعدم بانتهاء زمنه وحياته، ولا ينتقل المعدوم. وما يوجد بعد وفاته لا يملكه؛ لأنه كان معدوماً حال حياته، والمعدوم لا يملك، وإذن لا يورث عنه؛ لأن الورثة إنما يرثون ما كان مملوكاً لمورثهم، وعلى ذلك: فلا تورث المنافع، بل ينتهي ملك المنفعة دائماً وفي جميع الأحوال بموت المالك، ولذا كانت مؤقتة دائماً، ويستثنى من ذلك: حقوق المرور والشرب والمسيل والتعلي، فإنها تورث عند الحنفية، وإن كانت من قبيل ملك المنفعة، كما سيأتي.

وذهب الشافعية والمالكية والحنابلة إلى أن المنافع تورث؛ لأنها أموال مملوكة عندهم كما قدمنا، فمن أوصى له بكنى دار عشر سنين؛ ثم مات بعد مضي سنتين من انتفاعه حل ورثته محله في المدة الباقية، فيكون لهم بسبب ذلك سكنى هذه الدار في أثنائها خلافاً للحنفية.

أما الملك التام، وملك العين وحدها، فينتقل كل منهما بموت المالك إلى ورثته، عند الجميع.

ضمان العين المنتفع بها في هذا النوع : علمنا مما تقدم أن لملك المنفعة حقاً متعلقاً بالعين، وأن له أن يستوفيه منها جبراً عن مالكها، ويجب على مالك العين لذلك أن يسلمها إلى مالك المنفعة لكي يستوفى حقه منها، فإذا تسلمها مالك المنفعة كانت في يده أمانة، فيجب عليه أن يحافظ عليها محافظته على أمواله، دون إهمال أو تقصير، وأن يستوفى حقه منها بحسب ما يقتضى به العرف، وعلى وفق الشروط التي ألزم بها - إن كان هناك شروط - حتى يعيدها إلى مالكها بعد استيفاء حقه سليمة غير منقوصة.

نفقات العين المنتفع بها : إذا كان انتفاعه بها بالمجاز، كما في الوصية والعارية، وجب عليه أن ينفق عليها، إن كانت مما يحتاج إلى النفقة ما دام منتفعاً بها، لأن الغرم بالغنم، فإن كانت حيواناً مثلاً فعليه علفها، ونفقات المحافظة عليها، وإن كانت سيارة فعليه أجر مقرها، وهكذا.

أما إذا كان انتفاعه بها في نظير مال، فإن نفقاتها تكون على مالكها، فنفقة الدابة المستأجرة على مالكها، لا على المستأجر.

هلاك العين في يد المنتفع أو تعيينها : إذا هلكت في يده قبل إعادتها بدون تعد أو إهمال، أو تعيين كذلك بدون تقصير لم يضمن، إذ لا ضمان على أمين. أما إذا تلفت أو تعينت بتعد منه أو بتقصير ضمن عند تلفها قيمتها إن كانت من الأموال القيمة، ومثلها إن كانت من الأموال المثلية، كآنية لها مثل في الأسواق، وعند تعيينها بعيب لا يذهب بالعرض منها، يضمن قيمة ما نقصته بالعيب، ومن التعدى : مجاوزته بالدابة الغاية المتفق عليها في العقد إلا بقدر ما يتسامح فيه

الناس عادة، وأن يسير بها سيراً عنيفاً ينكره عليه الناس، وأن يتجاوز في الانتفاع بها الشروط المتفق عليها، كأن يحمل عليها حديثاً وقد استأجرها ليحمل عليها قطناً، وأن يجتاز بها طريقاً أشق من الطريق التي اتفق عليها في العقد، وألا يردّها إلى مالكيها بعد انقضاء مدة الانتفاع بها بلا عذر، ففي مثل هذه الأحوال تنقلب يد المتفع بدأ ضامنة، بعد أن كانت يد أمانة، فإذا هلك العين أو تعييت كان ضامناً^(١).

انتهاء الملكية في هذا النوع : ينتهي ملك المنفعة في هذا بواحد مما يأتي :

- ١ - وفاة المتفع . وقد يتيّن ذلك عند كلامنا على عدم توارث المنافع .
- ٢ - وفاة مالك العين إذا كان ملك المنفعة بطريق الإجارة أو الإعارة . وسيأتي تفصيل ذلك .

٣ - انتهاء مدة الانتفاع إذا حدد له مدة، ولا يزال المتفع حياً، كأن يوصى إنسان لآخر بزراعة أرضه عشر سنين، ثم تنتهي هذه المدة والموصى له موجود .

٤ - هلاك العين المتفع بها بدون تعد ولا تقصير، فإذا أوصى إنسان لآخر بركوب دابته مدة شهر فهلكت بعد مضي خمسة عشر يوماً من مبدأ انتفاعه انتهى حق الموصى له بهلاكها . ولم يكن له أن يطالب بدابة أخرى ليركبها المدة الباقية، أما إذا كان هلاكها بتعد فإن حقه لا ينتهي باستهلاكها، ولكن المتعدى يلزم بقيمتها ثم يشتري بها دابة أخرى تحمل محلها، فيتفع بها الموصى له المدة الباقية^(٢).

وكما ينتهي ملك المنفعة بهلاك العين المتفع بها ينتهي أيضاً بتعذر استيفاء

(١) وقد عاقت بعض العلماء هذا الرأي في العارية . فذهب إلى أن العارية في يد المستعير مضحونة . وسيأتي ذلك عند كلامنا على العارية .

(٢) وإذا استأجر إنسان دابة معينة للحمل أو الركوب فهلكت قبل تمام العمل انسخت الإجارة، كما في رد المحتار نقلاً عن الدر المنثور (ص ٥٨ ج ٥) ومثله في الهندية، وظاهر أن لا فرق في هذه الحال بين أن يكون الهلاك بتعد أو بغير تعد . أما إذا لم تكن الدابة معينة وكان الغرض من الإجارة مجرد الحمل أو الركوب فلا تنسخ الإجارة، ويطلب المؤجر بدابة أخرى، كما في الهندية (ج ٤ ص ٤٦٠) والفرق بين الصورتين واضح، ففي الأولى : تم العقد على منفعة معينة هي حمل هذه الدابة أو ركوبها، فينتهي ملك المنفعة بزوال محلها . وفي الثانية : تم العقد على نقل من مكان إلى آخر فيتم بأية دابة . ويظهر لى أن هلاك العين المستعارة ينتهي به ملك المنفعة، سواء أكان بتعد أم بغير تعد، إذ لا يلزم المالك بشراء غيرها .

المنفعة منها إذا كان ذلك فى معنى هلاكها؛ لأن تسيجتهما واحدة، وهى عدم الانتفاع، وعلى هذا إذا استأجر إنسان أرضاً للزراعة مدة من الزمن، فغلب عليها الرمل أو صارت سبخة قبل انتهاء المدة، فإن الإجارة تبطل، وينتهى بذلك حق المستأجر فى الانتفاع بها، كما فى فتاوى قاضىخان (راجع الهندية ج ٤ ص ٤٦٠) (١).

رد العين المتفع بها إلى مالكتها : متى انتهى حق الانتفاع وجب تسليم العين إلى مالكتها، إلا إذا ترتب على تسليمها ضرر بالمنفع، فعند ذلك تبقى بالأجر إلى زوال الضرر، فإذا كانت العين المتفع بها أرضاً زراعية فزرعها المتفع، وانتهى حق الانتفاع والزرع لم يدرك، فإنها تترك بيد المتفع إن كان حياً، أو وارثه إن كان ميتاً : بالأجر إلى أن يدرك الزرع، والأجر المستحق دائماً هو أجر مثل العين عن المدة التى استبقيت فيها، إلا فى حالة واحدة، وهى ماذا كان الأجر مستحقاً عن مدة هى جزء من مدة عقد الإجارة وقد انسخت الإجارة قبل تمام مدتها، فإن الأجر الذى يستحق عن هذه المدة هو أجرها على حسب الأجر (٢) المتفق عليه فى العقد.

(١) أما إذا كان ذلك لعيب طارئ مثلاً، ويمكن زواله فلا، كخراب الدار وانقطاع ماء الرحى التى يحركها جريانها ومرض الأجير. فى مثل هذه الأحوال إذا كان المالك مستأجراً كان له حق الفسخ، ولا تنسخ الإجارة من غير فسخ. ويظهر لى أن العارية والوصية فى ذلك كما للإجارة إذ المشعر والموصى له إنما يملك منفعة العين، فإذا زال الانتفاع بها على وجه لا عودة فيه أصبح ولا ملك له، فترد العين إلى مالكتها.

(٢) وعلى ذلك إن انتهت الإجارة بانتهاء مدتها ثم استبقيت الأرض بعد ذلك ثلاثة أشهر لإدراك الزرع ألزم المشأجر بأجر مثل هذه الأرض عن ثلاثة أشهر؛ لأنها لم تدخل فى مدة العقد المنتهى. وإذا استأجر الأرض سنة فتوفى المالك بعد شهرين من ابتداء الإجارة فإن الإجارة تنسخ بموته، وإذا كان الزرع لم يدرك بقيت الأرض فى يد المشأجر إلى أن يدرك، فإن كانت مدة بقائها عشرة أشهر أو أقل دفع عنها الأجر بحسب الأجرة المنفق عليها فى عقد الإجارة المنسخ؛ لأنها داخله فى مدتها، وإن زادت على ذلك فكذلك الحكم بالنسبة لعشرة الأشهر الأولى، ويدفع عما زاد عليها الأجرة بحسب أجر مثلها؛ لأن ما زاد عليها لم يدخل فى مدة الإجارة المنسخة.

رَفَعُ

عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس

خلاصة الباب

الملك : هو حيازة الشيء حيازة تمكن من الاستبداد به والتصرف فيه، والانتفاع به إلا لمانع. وقد يعرف بأنه حكم شرعى مقدر وجوده فى عين أو منفعة، يقتضى تمكين من أضيف إليه من أن يتفعل بالعين أو بالمنفعة، ومن أن يتصرف فيها ما لم يوجد مانع من ذلك.

وقد يطلق الملك على الشيء المملوك، فيكون فى هذا الإطلاق أعم من المال عند الحنفية لشموله المنفعة، وهى ليست بمال.

وكل مال قابل لأن يملك ما لم يمنع من ذلك مانع، كتخصيصه للمنافع العامة، فلا يقبل التملك حينئذ، ما دام مخصصاً لذلك.

والملك يعتبر تاماً إذا شمل العين ومنافعها، وناقصاً إذا اقتصر على العين فقط، أو على المنافع دون العين. والملك التام لا يكون إلا دائماً ومطلقاً، فلا يكون مؤقتاً بمدة وإن طال، ولا يتقيد بقيد. فالتصرف المبنى عليه مطلق، وكذلك الانتفاع، وبناء على ذلك لا يقبل التقييد بزمن، ولا بمكان، ولا بكيفية خاصة فى الانتفاع، ولا بمنفعة خاصة دون أخرى، ويعطى حق الاستبداد بالشيء المملوك.

أقسام الملك الناقص :

قد يكون الملك الناقص مقتصراً على العين، وقد يقتصر على المنفعة، وفى هذه الحال الأخيرة قد يكون حق الانتفاع حقاً شخصياً متعلقاً بشخص المنتفع، وقد لا ينظر فيه إلى ذلك، ولكنه يتعلق ابتداء بالعين المقرر عليها والعين التى قرر لها، وعند ذلك لا يكون إلا فى عقار، ويسمى حينئذ بحق ارتفاق، وإذن تكون أقسامه ثلاثة :

ملك العين : إذا أوصى إنسان لآخر بمنافع عين مملوكة له ثم توفي، فقبل الموصى له الوصية، كانت العين دون منافعها ملكاً لورثة الموصى، أما المنافع فتكون ملكاً للموصى له. مثال ذلك : أن يوصى إنسان لصديقه بجميع منافع داره مدة حياته يستفيع بها كما يشاء على الوجه الذى يريد. وفى مثل هذه الأحوال تنتهى ملكية المنافع بوفاة الموصى له، وتعود إلى مالك العين وهم الورثة. ومن ذلك تبين أن ملكية العين تنتهى دائماً إلى ملكية تامة وأن ملكية المنافع مؤقتة دائماً، لعدم قبول المنفعة للتوارث.

ملك المنفعة الشخصى : يستفاد هذا النوع من الملك بالإجارة أو الإعارة أو الوقف أو الوصية، فيكون المستأجر مالكاً لمنفعة العين المؤجرة، والمستعير مالكاً لمنفعة العين المستعارة، والموقوف عليه مالكاً لمنفعة العين الموقوفة، والموصى له بالمنفعة مالكا لها. ولهم عند الإطلاق والتعميم أن يتصرفوا فى هذه المنافع وقتاً للحدود الشرعية الموضوعة لهم، فيجوز أن يملكوها لغيرهم، وقد يحال بينهم وبين ذلك التصرف إذا ما قيدوا بأن يتفيعوا بأنفسهم فقط، ذلك هو رأى الحنفية.

وهذا النوع من الملكية يقبل التقييد بالصفة والزمن والمكان، فلا يكون للمالك إلا الانتفاع على الوجه المشروط، ولا يتفيع إلا فى الزمن والمكان المعينين، ثم هو مع ذلك مؤقت دائماً، ولا يقبل التوارث لما علمت من أن المنافع أعراض لا تبقى، ولا يورث إلا الموجود حال حياة المورث الذى يبقى بعد وفاته، وخالف فى ذلك الشافعية والمالكية والحنابلة، فقالوا : إن المنافع تورث كما تورث الأعيان.

والعين المملوكة منفعتها تكون فى يد المتفيع أمانة، فإذا تلفت فى يده من غير تعد أو تقصير لم يضمها لملكها. أما إذا تلفت بتعد أو بتقصير فإنه يضمها للمالك.

وينتهى هذا النوع من الملك بوفاة المتفيع، وبانتهاء مدة الانتفاع، وبهلاك العين المتفيع بها بلا تعد أو تقصير، وبوفاة مالك العين إذا كان الانتفاع بطريق الإجارة أو الإعارة. وفى هذه الأحوال يجب تسليم العين إلى مالكها أو ورثته.

الإباحة والفرق بينها وبين ملك المنفعة : ملكية المنفعة : أثر لحيازة مصدرها - وهو العين - على وجه يمكن من الانتفاع بها شرعاً. ومن أهم آثارها القدرة على

التصرف فى المنفعة بتسليمها، ما لم يمنع من ذلك مانع، كأن يقيد المالك بأن ينتفع بنفسه فقط. أما الإباحة فهى أثر لإذن يصدر من مالك العين للمباح له، بأن ينتفع على وجه خاص، كأن تدعو شخصاً إلى الركوب معك فى سيارتك، أو المبيت عندك فى منزلك، وليس للمباح له فى هذه الحال أن يملك غيره هذه المنفعة.

وكما تكون الإباحة بالانتفاع تكون بالأعيان، كمن يشر نقوداً فى المحافظ ليتملكها من بناتها، وكمن يدعو صديقه إلى تناول طعامه على مائدته، وفى هذه الحال تكون الإباحة طريقاً إلى تملك العين المباحة، فمن تناول نقداً من المنشور ملكه، ومن وضع طعامه فى فيه ملكه.

باب حقوق الارتفاق

النوع الثاني من ملك المنفعة أو حق الارتفاق: ذكرنا أن حق الانتفاع للمنتفع عند تملكه المنفعة قد يكون شخصياً وقد يكون عينياً، ولا نغني بذلك اصطلاح أهل القانون الوضعي^(١)، بل نريد بالشخصي ما كان لشخص المنتفع وذاته دخل في استحقاقه فاخص به لذلك، سواء استحقه لذاته - أي لأنه فلان، كما في الوقف على فلان والوصية له - أو لصفة شخصية قامت به، كفقره وطلبه للعلم، وكونه ابن فلان وهكذا، أو لأنه قد طلبه لنفسه قصداً واستقلالاً، وذلك كما في تملك المنفعة بطريق الإجارة والإعارة. فإن الموصى إذا قال: أوصيت لفلان بسكنى هذه الدار، فقد استحق فلان السكنى لأنه فلان، وإذا قال: أوصيت بسكناها مدة عشر سنين لطلبة معهد كذا، وكان فلان منهم - فإنه يستحق السكنى، لأنه طالب علم بذلك المعهد، وهي صفة له، وكذلك المستأجر والموصى له يستحق كل منهما المنفعة بطلبه إياها، ويتعاقد عليها قصداً واستقلالاً، والعقد: التزام شخصي له.

ونريد بالعينى: ما تقرر على عقار بعينه لمنفعة عقار آخر فثبت ولزم دون نظر إلى مالكهما، ويطلق على حق الشرب، وحق المجرى، وحق المسيل وحق المرور، وحق التعلية، وحق الجوار، فإن حق المرور من أرض معينة للوصول إلى أرض أخرى، أو حق سقى أرض معينة من مجرى ماء معين، أو حق صرف أرض في مصرف من المصارف: حقوق مقررة في محالها من أرض أو مجرى ماء أو مصرف، سواء أكانت مملوكة أو غير مملوكة، وسواء أكان مالكها فلاناً أم انتقلت إلى ملك شخص آخر، فهي تابعة لمحالها تنتقل معها بانتقالها من يد إلى يد، ومن مالك إلى مالك، وهي كذلك مقررة للأرض المنتفعة للوصول إليها أو لسقيها أو لصرف مائها أيا كان مالكيها، فلا تتأثر باختلاف المالكين ولا باختلاف المنتفعين.

ويلحق بهذه الحقوق حق الشفعة، وهو ما يؤخذ من الماء لأجل الشرب

(١) الحق العيني عندهم: هو الحق الذي يقع على الشيء مباشرة ولا يشتمله صاحبه قبل شخص معين، بل قبل جميع الناس كالملكية. والشخصي: هو الذي لا يتمتع به صاحبه إلا بواسطة شخص آخر يؤذبه إليه، يسمى بالمدين.

والاستعمال المتزلى على وجه العموم من ناحية أنه يشمل سقى ما يكون فى أفنية المنازل من الأشجار والزرع والأزهار.

وقد سى قدرى باشا صاحب (مرشد الحيران) هذه الحقوق بحقوق الارتفاق^(١)، وعرف حق الارتفاق بأنه حق مقرر على عقار لمنفعة عقار آخر مملوك لمن لا يملك العقار الأول، وهذا تعريف لم يسبقه به حنفى فيما أعلم، وأظن أنه قد أخذه عن رجال القانون، ثم قلده فيه كثير ممن كتب بعده فى الفقه الإسلامى.

وتعريف حق الارتفاق بذلك يجعله مقصوراً على حق المرور من أرض إلى أخرى، وعلى حق سقى أرض من أخرى، وعلى حق المسيل، وهو إسالة فاضل الماء من أرض إلى أخرى، ولا يشمل حق الشفعة، ولا حق الجوار، ولا حق التعلّى، إذ ليس كل منها حقاً مقررأ على عقار لمنفعة عقار آخر كما هو بين^(٢). وسيوضح ذلك كثيراً فيما يأتى :

الفرق بين هذا النوع من الملكية وسابقه أو بين حق الارتفاق وحق الانتفاع الشخصى : من اليسير أن نمجّل الفروق بينهما فيما يأتى :

١ - إن حق الارتفاق يكون مقررأ لعقار بخلاف حق الانتفاع الشخصى، فإنه يكون مقررأ لشخص، فحق المرور من أرض إلى أخرى حق للأرض الثانية، ولذا ينتفع به كل من يريد الوصول إليها على أنه حق لهذه الأرض، ولا يقتصر الانتفاع به على شخص معين، وحق الشرب الثابت لأرض على مجرى يكون لها مهما تغير مالكتها أو المنتفع بها، فينتفع به على أنه للأرض، وذلك بخلاف حق انتفاع

(١) يظهر لى أن الاستعمال مأخوذ عن الملكية. والارتفاق فى اللغة : الاتكاء على سرفق اليد (بكسر فسكون ففتح) أو (بفتح فسكون فكسر) والانتفاع أيضاً يقال : ارتفعت بالشىء أى انتفعت به (من الصحاح) وإذن فحقوق الارتفاق وحقوق الانتفاع بمعنى واحد لغة.

(٢) فإن حق الشفعة مقرر لأشخاص على عقار، وحق التعلّى مقرر لشخص على بناء أو لبناء على بناء آخر، وكذلك حق الجوار، فإن النظر فيه إلى عدم إيذاء الجار بأعمال ضارة أو بأصوات متلقة، أو بروائح كريهة، وما أشبه ذلك كما سياتى، وبهذا يكون الحق مقررأ لمنفعة شخص لا لمنفعة عقار، على أن هذه الحقوق لا تخرج عن أنها أمور متبادلة بين الجيران بعضهم مع بعض، لتنظيم الانتفاع بأماكنهم مع عدم الإضرار بالآخرين، شأنها شأن كل قاعدة عامة توضع لتنظيم الانتفاع بالملك، وعلى هذا لا تكون فى الواقع من باب حقوق الارتفاق. وعلى الجملة فإطلاق حق الارتفاق على هذه الحقوق الثلاثة فيه تسامح.

الموصى له بمنفعة أرض، فإنه خاص بشخصه، ويتفجع به على أنه من حقوقه الشخصية، ولذا لا يتفجع به سواه، وإذا مات انتهى بذلك حقه. ولهذا كان من البين أن حق الارتفاق تزيد به منفعة الأرض المرتفعة كما تزيد به قيمتها، فإن الأرض إذا لم يكن لها طريق أو شرب تكون قليلة القيمة ضعيفة المنفعة.

٢ - أنه دائما يكون مقرراً على عقار، ولذا قد تقل به قيمته، فالأرض إذا كان عليها حق مرور أو حق شرب أو حق مسيل تكون أقل قيمة مما إذا كانت خالصة من هذه الحقوق، بخلاف حق الانتفاع الشخصي، فإنه قد يتعلق بالعقار كما في أرض أعيرت، وقد يتعلق بالمنقول، كما في كتاب أعير.

٣ - أنه حق دائم غير مؤقت بوقف ينتهي بانتهائه، ولذا يتبع العقار المرتفق أينما انتقل، فيتفجع به كل من ملكه، ولا يزایل العقار المرتفق به وإن تغير مالكة. وإذا تغير لا يستطيع المنع ولا المعارضة، وكذلك لا يؤثر فيه موته، فإذا مات انتقل العقار المرتفق به إلى ورثته محملاً بالحق.

٤ - أنه حق لازم بالنسبة لمالك العقار المرتفق به. فلا يملك أن يطله. بخلاف حق الانتفاع الشخصي، فإنه قد يكون غير لازم كما في المستعير، فإن المعير يملك إبطاله.

أسباب ثبوت الملكية في هذا النوع: ثبتت الملكية في هذه الحقوق السابقة بسبب من الأسباب الآتية:

١ - الشركة العامة: فمرافق البلد العامة، كطرقها وأنهاها ومصارفها مقرر عليها حقوق ارتفاق لكل عقار متصل بها، فلكل منزل أشرع بابه إلى الطريق العام حق ارتفاق عليه، هو حق المرور فيه إليه. ولكل أرض زراعية تتصل بمروى عام حق ارتفاق عليه هو المسمى بحق الشرب، ولكل أرض تتصل بمصرف عام حق ارتفاق عليه هو حق إسالة ما يفضل من مائها فيه، ويسمى بحق المسيل، ومرجع هذه الحقوق كلها ومنشؤها: هو الشركة العامة في هذه المرافق.

٢ - اشتراطياً في عقد معاوضة إذا جرى العرف بذلك، فإذا باع شخص أرضاً لآخر على أن يكون عليها حق مرور إلى أرض أخرى مملوكة له أو لغيرهما -

وتم العقد على ذلك - ثبت لتلك الأرض حق مرور على الأرض المبيعة إذا كان العرف قد جرى بمثل هذا الشرط^(١).

٣ - الانتفاع بالأرض - إذا كانت مواتاً - فى حق من هذه الحقوق، عندما تتعين لذلك، فإذا أحيأ إنسان أرضاً فى وسط أرض موات، وكان يمر إلى أرضه التى أحيأها من الأرض المحيطة بها، ثم جاء آخر فأحيأ ما يجاورها من الموات، فإن أحيأ جميع ما يحيط بالأرض الأولى مرة واحدة، كان للأولى حق ارتفاع على الأرض المحيطة بها جميعها. فيمر مالكتها إليها من أية جهة أراد. ويصح للمحوى الثانى أن يخصص له طريقاً، وإن أحييت هذه الأرض المحيطة على دفعات، كان حق ارتفاع هذه الأرض الأولى على آخر قطعة مجاورة لها أحييت، لتعينها للمرور منها قبل إحيائها.

(١) يدل على ذلك ما يأتى من القروع نقلاً عن قنارى قاضىخان (ج ٣ ص ٢١٣).

(أ) لرجل داران، سيل ماء إحداهما على سطح الأخرى، فباع الدار التى عليها السيل لرجل آخر، ثم باع الدار التى لها السيل بكل حق هو لها لشخص ثالث، فأراد مشتري الدار الأولى التى عليها السيل أن يمنع مشتري الدار الثانية من إسالة الماء على سطح داره، ذكر فى الأصل أن له ذلك إلا إذا ذكر البائع عند بيع الأولى أن سيل ماء الدار التى لم تبع يكون على هذه الدار التى يبيعها.

(ب) لرجل داران متلاصقان، إحداهما عامرة والأخرى خراب، وسيل ماء العامرة وملقى ثلجها إلى الخراب، قال الفقيه أبو بكر: إن استثنى البائع (أى بائع الخراب إذا ما باعه) نفسه سيل الماء إلى الخراب. جاز لجرىان العرف بذلك وإن استثنى ملقى الثلج لايجوز، لعدم تعارف ذلك، وقال الفقيه أبو الليث: إن كان ميزاب سطح العامرة فى الخراب وسيل ماء سطحها إلى هذا الجانب مدوناً من القدم، كان السيل على حاله - وإن لم يشترط فى العقد - ولذا لو كان سيل سطح دار رجل إلى دار رجل آخر وله ميزاب قديم، فإنه يبقى استحساناً وعليه الفتوى.

والمفهوم من هذين الفرعين (أ)، (ب) أن اشتراط حق الارتفاع فى عقد البيع مثبت له وملزم به، إذا كان هناك عرف بذلك، حتى لا يكون شرطاً فاسداً يفسد به العقد، ولا فرق فى هذا بين أن يكون مالك الدارين قد أحدث هذا الحق لإحداهما على الأخرى أو تملكهما كذلك، كما يفهم من الإطلاق فى الفرعين وعدم التقييد فيهما، بأن يكون ذلك الحق قديماً أو من إحداث مالك قبله. وهذا الحكم إذا لم يكن حق إحدى الدارين قديماً، فإن كان قديماً غير معروف الأصل - كما سيأتى - فإنه يثبت بقدمه، ولا حاجة إلى اشتراط بقاءه فى العقد، وبهذا يجمع بين الفرعين. فلا يكون بينهما خلاف، وهذا الجمع هو ما تقتضى به القواعد العامة. غير أنه قد يلاحظ على ذلك: أن المالك للمعتارين فى الفرعين شخص واحد. ولا يثبت حق الارتفاع لعقار على آخر إلا إذا كان أحدهما مملوكاً لغير مالك الآخر، أما إذا كانتا لمالك واحد فلا، لأن انتفاعه بأحد المعتارين حيثنذ يكون بناء على ملكه، ولعل هذا هو السبب فى أن مشتري الدار الثانية فى الفرع الأول له أن يمنع مشتري الدار الأولى من استمرار إسالة مائها على سطح داره إلا إذا شرط عليه ذلك عند شرائها.

وفى الفتاوى الخاتمة من باب الشروط فى البيع:

١ - رجل باع سفل داره على أن يكون له حق قرار العلو عليه جاز ذلك، ذكره شمس الأئمة السرخسى رحمه الله فى باب القسمة.

٢ - لو باع رجل ربة الطريق على أن يكون له حق المرور فيه جاز.

وهذان الفرعان صريحان فى أن الحقوق تكتب بالاشتراط فى البيع.

أما الإذن من المالك بالانتفاع فلا يثبت به حق ارتفاق، وذلك كأن يأذن مالك أرض معينة بالمرور منها إلى أرض أخرى بجوارها، فإنه لا يترتب على هذا الإذن إلا إياحة المرور منها لكل من يقصدها. وهذه الإباحة تكون موقوتة ببقاء الإذن، فإذا مرجع عن الإذن أو توفى انتهت (١).

٤ - القدم عند الجهل بسبب الحق. والقدم فى الواقع ليس منشأ للحق (٢)، وإنما يعتبر أن الحق قد نشأ عن سبب صحيح مجهول. ولكن لطول العهد تنوسى السبب، وبقي الأثر معروفا مقررا دون أن يعرف له مبدأ، فيحافظ عليه لقدمه وتقرره، والتقديم يبقى على حاله، لأن الظاهر أنه إنما كان لسبب صحيح، لبقائه زمانا طويلا، مالم يظهر أنه لسبب باطل فيزال حيثشذ، وبناء على ذلك إذا عرف سبب نشأته كان بقاءه رهن صحة سببه، وإلا حكم بطلانه. ولذلك إذا كان مسيل سطح دار رجل إلى سطح دار آخر. وكان ذلك أمراً قديماً مجهول السبب فإنه يبقى استحساناً، وعليه الفتوى، كما فى الخاتية.

٥ - شراء العلو فى حق التعلّى. فإذا كان لشخص دار لها سفلى وعلو، فباع علوها لآخر، فإن صاحب العلو يكتسب بشرائه حق التعلّى على هذا السفلى، حتى لو انهدم العلو بقى له هذا الحق، فيعيد العلو كما كان.

٦ - الجوار بالنسبة لحدّ الجوار. فيثبت لكل دار حق ارتفاق على الدار المجاورة بالاستئذان من فوائدها والانتفاع بها على الوجه الذى سنبينه فى حقوق

(١) يدل على ذلك ما فى الهندية (ج ٦ ص ١٩١) : نهر خاص بين رجلين. وله كوى فأضاف إليها رجل بإذنها ورضاهما كوة جديدة، وحفر منها نيراً إلى أرضه، ومضى على ذلك زمان، ثم بدا لأحدهما أن ينتفض ذلك - فله أن ينتفض، وليس للمأذون له الأجنبى أن يمتنع؛ لأن ماصداً منها عارية، والعارية لا تكون لازمة. وكذلك لو مات أحدهما فلورثته أن ينتفضوا ذلك؛ لما قلت.

وعند المالكية: أن حق الارتفاق يثبت بالتزامه على وجه التبرع، فيلزم التبرع سواء أعطاه على الأبد - وعند ذلك يكون مؤبداً - أم أعطاه إلى مدة - وعند ذلك ينتهى بانتهائها ولا يجوز له الرجوع فى هذا قبل مضىها، وكما جوزوا الارتفاق على وجه التبرع جوزوه بالمعاوضة عليه، فأجازوا للمالك الدار أن يبيع موضع خشب على جداره لجاره، فيصح ذلك ويكون للجار حق ارتفاق على الجدار، وللمالك أيضاً أن يؤجر له هذا الموقع مدة معلومة. وهذا يتفق مع ما جرى عليه التشريع الوضعى من إحداه حقوق الارتفاق بالتعاقد. (راجع العقد المنظم للحكام ج ٢ ص ١٢٧).

(٢) ذهب المالكية إلى أن حق الارتفاق يثبت بمضى الزمن عليه دون اعتراض مالك العنقار المرتفق، وكانهم اعتبروا مضى الزمن مع السكوت فيه رضا وتبرعاً، واختلفوا فى مقدار المدة التى تمضى. فقيل أربعة أعوام. وقيل أكثر من ذلك. (راجع التبصرة ج ٢ ص ٢٤٦).

الجوار، وهذا الحق يثبت لكل من الدارين على الأخرى بسبب الجوار كما سيأتى (١).

ومما تقدم يتبين أن هذه الحقوق قد تقرر على عقار مخصص للمنافع العامة، كالطرق العامة والأنهار العظيمة ومجارى المياه الصناعية غير المملوكة لأحد من الناس، وقد تقرر على عقار مملوك ملكاً خاصاً لشخص أو عدة أشخاص.

والتقاعدة العامة لبقاء هذه الحقوق - ألا يترتب على بقائها ضرر بين ، وإلا وجب إزالة منشأ هذا الضرر، كمسيل قدر على طريق عام، أو على طريق خاص، فإنه يجب إزالته سواء أكان فى ملك خاص أم فى ملك عام، قديماً أو جديداً (٢).

حق الشرب وحق الشففة : الشرب - بكسر فسكون - لغة : النصيب من الماء، ومنه قوله تعالى لثمود (٣) فى ناقة صالح (١٥٥ - ٢٦) : ﴿هذه ناقة لها شرب ولكم شرب يوم معلوم﴾ ويطلق أيضاً على زمن الشرب، ويستعمله علماء الشريعة فى المعنين، فتارة يريدون به النصيب المستحق من الماء، وتارة يريدون به نوبة الانتفاع بالماء، سقياً للشجر أو الزرع، أى زمن الانتفاع به لهذا الغرض.

وحق الشففة هو حق الشرب - بضم فسكون - سمي بذلك لأن الشرب عادة يكون فى الإنسان وفى كثير من الحيوان بالشففة، ويراد به حاجة الإنسان إلى الماء لشربه وانتفاعه المنزلى، ولشرب دوابه.

(١) ويرى بعض علماء القانون أن ذلك ليس من قبيل الارتفاق، ولكنه من باب تنظيم انتفاع الملاك بأملاكهم على وجه لا يضر بغيرهم. ولكن لما فيه من الحجر على المالك فى أن يتصرف فى ملكه تصرفاً كان له جائزاً لولا تعلق حق لجاره بسبب الجوار اعتبر من هذه الناحية حق ارتفاق. وقد سبق لنا بيان ذلك.

(٢) ذكرنا ما ثبت به حقوق الارتفاق عند الحنفية، وأن المالكية أضافوا إليها التزامها بالتبرع أو المعاوضة أو مضى زمن عليها بدون اعتراض ممن له حق الاعتراض، وظاهر عبارات المالكية فى كتبهم - كالبهجة والتاردي فى باب الارتفاق والتبصرة - أن حقوق الارتفاق ليست محصورة، وأن لملك العقار أن ينشئ عليه لعقار آخر حق ارتفاق كما يشاء، كهدم البناء على قطعة أرض معينة، وكعدم زيادة البناء المجاور على ارتفاع معين وغير ذلك، وهذا يتفق مع ما ذهب إليه التشريع الوضعى.

أما الحنفية فالظاهر من تعبيرهم فى كتبهم أن هذه الحقوق محصورة فيما ذكرنا، وأنه لا يجوز إنشاء حق بالتعاقد لا على وجه التبرع ولا على وجه المعاوضة، وأن التبرع بها يعتبر إعارة يجوز الرجوع فيها، والمعاوضة عليها غير جائزة عندهم. لأنها ليست مما يجوز الاعتراض عنه بالمال استقلالاً، أو لأنها لا يصح أن تكون محلاً للبيع استقلالاً.

(٣) هم قوم صالح عليه السلام.

وتنقسم المياه بالنسبة لهذين الحقين ثلاثة أقسام:

الأول - ماء المجارى العامة غير المملوكة لأحد، كماء الأنهار العظيمة، كالنيل والترع العامة المتفرعة منه كالسوهاجية، فمثل هذه المجارى يعد مرفقا عاما يثبت فيه لجميع الناس حق الشفة، ولأراضيهم المتصلة به حق الشرب على وجه لا يترتب عليه ضرر بين، فيستفح الناس بمائها سقيا لأرضهم المتصلة بها وشربا لدوابهم، ونقلها منها لحاجتهم سواء أكان ذلك بشق جداول منها فى أرضهم المتصلة بالماء إلى أراضيهم البعيدة غير المتصلة أم بفتح كوى ومنافذ فى حوافها، أم بنصب آلات رافعة عليها لرفع الماء منها، مادام ذلك لا يضر سائر الناس باستنفاد مائها ولا يمنع أحدا من حقه، ذلك لأن ماءها مباح وشركة بين الناس، لما رواه أحمد عن النبي ﷺ «المسلمون شركاء فى ثلاثة: فى الماء والكلأ والنار» وشركة الناس فيه شركة إباحة لا ملك، لعدم إحرازها، فهم سواء فى الانتفاع بالماء العام، ولذا ثبت لهم حق الشرب.

وهم كذلك سواء فى الانتفاع بالكلأ، وهو الحشيش الذى ينبت بنفسه دون أن يقوم أحد بزراعته أو سقيه، وإذا كان فى أرض مملوكة، فلكل شخص أن يأخذ منه حاجته.

وهم سواء فى الانتفاع بضوء النار ودفتها، يستضيئون بها ويصطلون دون أن يكون لهم أخذ شيء من جمرها، لأنه مال مملوك لصاحبه.

فإذا أحرز شيء من ذلك كان مملوكا لمحرزه، وامتنع بذلك الإحراز على غيره إلا بإذن من مالكه، فمن احتس الكلا كان ملكا له، ومن أخذ ماء فى جرة كان ملكه، وفى ذلك روى أبو عبيد^(١) (نهى النبي ﷺ عن بيع الماء إلا ما حمل منه)، لأن حمله إحراز يصير به مملوكا، فيبيعه كما يبيع غيره من الأموال.

(١) أبو عبيد هو الإمام الحافظ أبو عبيد القاسم بن سلام البغدادي العالم بلغات العرب، وفيه يقول إسحق بن راهويه: أبو عبيد أفقه مني، ويقول: إنا نحتاج إلى أبي عبيد وأبو عبيد لا يحتاج إلينا، فقال أبو دارد: هو قلة مأمون. ولد بهراة سنة ١٥٤ وتوفى سنة ٢٢٤.

الثانى - ماء المجرى والينابيع المملوكة. وهى التى يتفجر ماؤها فى أرض مملوكة، أو يحدثها شخص فى ملكه، أو فى أرض موات له حق إحيائها^(١).

فإذا انفجرت عين ماء فى أرض مملوكة لشخص كانت العين ملكا له؛ لأن مكانها قبل انفجارها كان مملوكا له، وكذلك الحكم إذا شق إنسان فى أرضه مروى خاصا به، أو حفر فيها أو فى داره بئرا، فلا يكون لغير مالك الأرض ملك فى رقبة المجرى، ولا فى رقبة البئر. ومثل هذا فى الحكم أن يحفر إنسان بئرا فى أرض موات له حق إحيائها، أو يشق مجرى للماء يصله بالنهر فيجرى الماء فيه، فإن هذا البئر أو المجرى يكون ملكا للحافر بحيازته وإحيائه كما سيأتى بيانه، وهذا هو الفرق بين هذه القسم وسابقه، فمكان الماء هنا مملوك كما بينا. ومكانه فى الآخر غير مملوك لأحد لغلبة الماء عليه، وأما الماء فى التسمين فهو شركة إباحة بين الناس، ولا يكون مملوكا للمالك مكانه^(٢) ولا محوزا بحيازة مجراه، لسببين.

الأول - أن هذه المجرى والينابيع إنما أعدت لتكون طريقا لوصول الماء إلى الأرض المحتاجة إليه، ولم تتخذ فى العادة لحيازته، فمثل الماء فيها مثل طير اتخذ له عشا فى دار إنسان، أو ظبى تكس^(٣) فى بستان، فلا يكون الطير ولا الظبى بسبب ذلك محوزا ولا ملكا لصاحب الدار أو البستان.

الثانى - غلبة الماء فيها إلى درجة تحول دون تحقق حيازته، فإن جريانه فيها

(١) البئر فى الموات لا تكون ملكا لحافرها عند مالك إلا إذا أشهد بذلك عند حفرها (منح الجليل ج؛ ص ٢٢٦،

وذهب الخنابلة إلى أن الماء إذا سبق من نهر غير مملوك إلى مجرى مملوك كان ملكا للمالك المجرى، لحيازته بسبب حيازة مكانه (راجع الكشف ج ٢ ص ٤١٥) أما إذا ظهر الماء بأرض مملوكة بسبب حفر بئر أو انفجار عين فلا يكون مملوكا للمالك الأرض لقوله عليه السلام: «الناس شركاء فى ثلاثة: الماء والكلأ والنار» ولكن يكون أحق به من غيره، فيأخذ منه حاجته أولا، فإذا اكتفى لا يجوز له أن يمنع نضله عن طالبه، ومثله فى هذا الحكم كلاً الأرض المملوكة ومعادنها السائلة (راجع الكشف ج ٢ ص ٤٠٨ و ٤٠٩).

(٢) وذهب كثير من المالكية إلى أن ماء هذه الأماكن يكون مملوكا للمالك لحيازته فيها، ففى منح الجليل (ج ٤ ص ٣٥)، قال ابن رشد: ما كان من الماء فى أرض متملكة سواء أكان مستبطا، مثل بئر يحفرها مالك الأرض أو عين يتخرجها، أم غير مستبط أم غير ذلك - فمالك الأرض أحق به، ويحل له بيعه ويمنع الناس منه إلا بئرا، إلا أن يرد عليه قوم لا ثمن معهم، ويخاف عليهم الهلاك إن منعهم فحق عليه ألا يمنعهم منه، فإن منعهم فعلهم مجاهدته كما فى المدونة أ. هـ.

وفى العقد للمالكية أن الماء إذا كان يسيل من الجبال فى أرض موات فهو مشترك. وإن كان يسيل وينبع فى ملك فهو لصاحب الأرض التى ينبع فيها؛ يرسله متى شاء، ويمنعه متى شاء (ج ٢ ص ١٢٠).

(٣) تكس الظبى: اتخذ له كناسا، وهو ماواه من الشجر.

باستمرار وتترعه^(١) فيها على الدوام مادام يسقون منها - يجعلها كمجرى متصل بالنهر؛ وذلك لاتصال مائها بماء الأرض بواسطة العين أو بماء النهر الذي تتفرع منه، فكان منبعها شبيها بالكوة تفتح في حافة نهر عظيم لينصب الماء منها في مجرى فلا يعد بذلك محوزا.

ويضاف إلى هذين السببين أن الحاجة إلى ماء هذه الأماكن متجددة دون انقطاع فمن خرج مسافرا لا يستطيع أن يتزود من الماء كل حاجته، ولا بد له في الطريق الطويلة من أن يستقي من آبارها، وليس في ذلك ضرر بأصحابها، وفيه حياته وحياة راحلته، فكان من المصلحة أن يجعل هذا الماء مباحا لا يمنع منه أحد، بشرط ألا يلحق أصحاب هذه المجارى والآبار ضرر من ذلك.

وهذه المجارى إن أحدثها شخص في ملكه ليرويه منها أو انفجرت في ملكه لم يترتب على ذلك وجود حق شرب عليها؛ لأنها هي والعقار المرتفق بها مملوكان جميعا له، وحق الارتفاق إنما يكون لعقار مالكة غير مالك العقار المرتفق، ولكن إذا باع هذا المالك بعض أرضه التي تروى منها مع حقوقها ومرافقها، أو على أن تروى من هذه المجارى، فإن الأرض المبيعة يتقرر لها بالبيع حق شرب على هذه المجارى المملوكة للبائع، دون أن يكون للمشتري ملك في رقبته. وقد ينشئها ملاك متعددون في أرض مشتركة بينهم على أن تروى منها أراضيهم الخاصة غير المشتركة فيكون شركتهم فيها جميعا. وقد لا يكون لهم ملك فيها، وإنما يكون لأراضيهم حق شرب عليها، كما إذا اشترى كل منهم أرضا من مالكةا على أن يكون له حق الشرب منها وكان إرواؤها المعتاد منها.

هذا فيما يتعلق بحق الشرب منها، أما ما يتعلق بحق الشفة، فإنه لا يختص بشخص دون آخر، فكما يكون لأصحابها حق الشفة فيها - وهم الذين بيناهم - كذلك يثبت لغيرهم من الناس، فبأخذون منها حاجتهم لشربهم وشرب دوابهم واستعمالهم المنزلى، ولا يجوز أن يسقوا أرضهم، لما في ذلك من الضرر بهؤلاء، ولقد ذهب مشايخ بلخ إلى أبعد من هذا، فمنعوا أن ينقل منها الماء للاستعمال المنزلى من وضوء وغسل وسقى لما قد يكون في أفنية المنازل من أشجار أو زهور؛

(١) تنع الماء من العين كنصر تنوعا: خرج منها قليلا قليلا.

لأن ذلك قد يأتي على أكثر الماء، فيضر بأصحاب الحق فيه، ولكن الصحيح هو الجواز لجريان التسامح في ذلك، واختاره شمس الأئمة السرخسي (١).

والنتيجة أن هذا النوع من المجارى والينابيع يتقرر عليه حق الشفنة لجميع الناس، ويقتصر الشرب منها على ما يروى منها من أراضي أصحابها أو غيرها من الأراضي التي لها عليها حق الشرب كما بينا.

ولأن الأساس في ثبوت الحقوق على مجارى المياه والانتفاع بها - عدم الإضرار بسائر أصحاب هذه الحقوق - فإن الانتفاع بها يتقيد بما يأتي:

١ - يجب المحافظة على حافة هذه الأماكن عند استيفاء الحق؛ لأن في تخريبها ضررا عظيما لصاحبها إذا كان غير المستوفى، والضرر واجب إزالته، ولذا يكون لصاحبها المنع عندما ترد إليها دواب كثيرة يخشى منها على حافة البئر أو المجرى أن تتخرب، كما يكون له أن يمنع كذلك إذا ماخاف منها لكثرتها أن تأتي على جميع الماء وتقطعه. وهذا هو المعتمد (٢) لقوله ﷺ «لا ضرر ولا ضرار».

٢ - إذا كان لهذه الأماكن طريق عام كان على المستقى منها من غير ملاكها أن يسلكه إليها، وليس له أن يجتاز إليها أرضا لصاحب هذه الأماكن أو لغيره؛ لأن في اجتيازها ضررا بصاحبها لضرورة إليه، فإن لم يكن الوصول إليها إلا باجتياز أرض لصاحب هذه الأماكن، فإن كان يجد حاجته من الماء في غيرها من الأنهار العامة وما سائلها لم يجز له حيثنذ أن يسلك هذه الأرض ليستقى مما بها من الماء، لعدم الضرورة إلى ذلك، وإن كان لا يجد حاجته إلا فيها لم يكن لصاحب الأرض أن يمنعه من اجتيازها لأخذ حاجته من الماء، فإن منعه قيل له: إما أن تأذن له في اجتيازها وإما أن تخرج إليه حاجته من الماء. فإن امتنع أجبر على ذلك، كما يجبر

(١) هو محمد بن أحمد بن أبي سهل أبو بكر شمس الدين السرخسي، عده بعضهم من المجتهدين في المسائل، وهو تلميذ الإمام الحلواني توفي في حدود سنة ٤٩٠، وقيل توفي سنة ٤٣٨. وله كتاب الميسر أملاؤه وهو في السجى بأرزجند، وله شرح السير الكبير أملاؤه أيضا وهو سجين، وله كتاب في أصول الفقه وغيرها. حبه الخاتان بسبب نصحه إياه، وهو منسوب إلى سرخس بخراسان. هـ (من الفوائد البهية ص ١٥٨).

(٢) ومن العلماء من رأى أن ليس له ذلك عندئذ؛ لأن الدواب لا تردها كل وقت ولا نجى إليها دائما بهذه الكثرة المخيفة، فيصير انقطاع الماء بينها في بعض الأوقات من قبيل قسمته ومهاياته. والله يقول (٢٨ - ٥٤) ﴿وتبينهم أن الماء قسمة بينهم كل شرب محتضر﴾ أى يحضره صاحبه. ويقول الرسول عليه السلام «الناس شركاء في ثلاثة: الماء والكلأ والنار».

على إعطاء هذا الماء إذا ما منعه من غير حق حتى كان لطالبه إذا ما اضطر إليه أن يقاتله عليه بالسلاح محافظة على حياته، حكى أبو يوسف في كتابه الخراج أن قوما وردوا ماء فسألوا أهله، فمنعواهم، وأنهم ذكروا ذلك لعمر بن الخطاب، فقال: إن أعناقنا وأعناق مطايانا كادت تنقطع من العطش، فقال لهم: (هلا وضعتم فيهم السلاح؟) (١).

٣ - إذا كان حق الشرب لأشخاص متعددين وجب أن توزع المياه بينهم توزيعاً عادلاً، إما بفتحات يفتحونها من مجراه تكون في السعة متناسبة مع ما لكل منهم من أرض. وإما بالمناوبة الزمانية، ما يروونه أعدل وأصلح للزراعة. وتبع هذه الطريقة أيضاً في القسم السابق إذا ما خيف على حقوق بعض المتشعنين من جور بعضهم.

الثالث - الماء المحرز، وهو ما حازه في آنية أعدت لذلك، كالصهاريج والحياض والجرار والأنابيب، ومن ذلك: مياه الشركات في المدن ومياه المجالس المحلية في البلاد. وهذا الماء ملك لمحرزه، شأنه شأن كل مباح في امتلاكه بإحرازه، ويدل على ذلك الحديث المتقدم «نهى النبي ﷺ عن بيع الماء إلا ما حمل منه»؛ ذلك لأنه لا يحمل إلا في إناء من زق أو وعاء، وبذلك يحاز فيملك بحيازته، وإذا ملك جاز بيعه، وعلى هذا ليس لأحد أن ينتفع بهذا الماء أى انتفاع إلا بإذن من مالكة، ولكن إذا عطش فخاف على نفسه الهلاك من العطش كان له أن يأخذه جبراً عن مالكة لدفع الهلاك عنه، متى كان مالكة غير محتاج إليه في الحال لمثل هذه الحالة، ويقاتله عليه لأجله - ولكن بغير سلاح - حتى يحصل منه على ما يدفع الهلاك عنه؛ لأن ذلك ضرورة، والضرورة تقدر بقدرها، فلا يجوز تجاوزها.

وإنما لم يجز له أن يقاتله في هذا الحال بسلاح؛ لأنه إذا فعل فقد يؤدي إلى قتله، ولا يجوز لإنسان في سبيل المحافظة على نفسه ودفع الهلاك عنه أن يقتل غيره في غير دفاع عن حقه واستيلاء عليه.

وإذن فالفرق بين هذه الحال والحال المتقدمة التي يجوز فيها الحصول على

(١) المعاملات لأستاذنا أحمد بك إبراهيم رحمه الله تعالى وأكرم مثواه.

الماء بالسلاح، أنه إنما يقاتل فيها دفعا للهلاك عن نفسه باستيلائه على حقه فيه وحصوله عليه؛ لأنه ماء مشترك غير مملوك، بخلاف ما نحن فيه؛ لأنه مملوك، فلا يؤخذ من مالكه بقتله.

وعليه عند ذلك أن يضمن للملكه قيمة ما أخذ. لأنه مال استهلكه في منفعة نفسه واستولى عليه للضرورة، والضرورة لاتنافى الضمان، فكان حكمه حكم الطعام عند المخصصة يمنعه مالكة ممن خاف على نفسه الهلاك من الجوع، فيؤخذ قهرا عنه ويعطى قيمته (١).

حق المجرى: يراد به حق إجراء الماء المستحق من أرض إلى أرض أخرى لستى ما بها من الشجر أو الزرع. ويكون هذا الحق مقصرا على مجرى في أرض لشخص ليمر الماء إلى أرض لشخص آخر، وقد يكون ملكا لصاحب الأرض التي هو فيها. وذلك كثير، وقد يكون ملكا لصاحب الشرب وهو قليل، وقد يكون مشتركا بين متفعين كثيرين، وقد بينا ذلك في حق الشرب. وعلى أية حال فليس لصاحب الأرض أن يمنع مرور الماء من هذا المجرى، ولا أن ينقله من مكانه إلا برضا أصحاب الحق فيه، وله مطالبتهم بإزالة الضرر البين الذي يصيبه منه بسبب نثر جانيه، فيزال بتعميته وإمرار الماء فيه بقدر، أو بتقوية جانيه حتى لا ينزأ الماء فيتلف ما عليهما من الأرض والزرع أو بغير ذلك.

ويستجبع حق المجرى حق مرور المتفع على حافته لإصلاحه وكريه وإزالة ما يعوق سير الماء فيه، وليس لصاحب الأرض حينئذ منعه، وليس للمتفع أن يزرع على حافته شجرا إذ ليس له إلا حق إمرار الماء فقط، وكذلك ليس له أن يسكره (١) إلا برضا بقية المتفعين، فإن أبوا عليه ذلك ولم يصل الماء إلى مستوى أرضه لعلوها، رفعه إليها بآلة ينصبها في أرضه لا في أرض غيره.

(١) غير أن امتلاك الماء بالأحواز لا يدفع عنه شبهة حق غيره فيه، وذلك لعموم الحديث الدال على الاشتراك فيه، فإن لفظ (الماء) جاء فيه عاما يعم كل ماء حتى المحرز، ولكنه خصص بدليل أفاد أن المراد به غير المحرز، وهو الحديث الدال على جواز بيع ما حمل منه. فتج عن ذلك شبهة تسقط الحد في سرقته، فإذا سرق منه إنسان مقدارا لا نقل قيمته عن عشرة دراهم لم يحد، لجواز اشتباهه، وظنه أن له حقا فيه بمقتضى الحديث الدال على اشتراك الناس فيه.

(٢) سكر المجرى: قتل، سده.

حق المسيل: هو حق صرف الماء الزائد عن الحاجة أو غير الصالح بإسائه فى مجرى سطحى أو فى أنابيب أعدت لذلك، حتى يصل إلى مقره من مصرف عام أو مستودع سواء أكان مصدر هذا الماء أرضا زراعية أم منزلا للسكنى أم مصنعا، وسواء أكان هذا الماء من أمطار أم فاضلا من السقى، أم متخلفا عن استعمال. وقد يكون المسيل فى ملك خاص، كأن يثبت الإنسان حق إمرار فضلات منزله من مجرى فى ملك جاره، ظاهرا كان ذلك المجرى أو مستترا فى باطن الأرض، الشرب يكون فى مرفق عام، كما إذا كان هذا المجرى فى طريق عام، ظاهرا أم مستترا كذلك، وقد يكون المسيل مملوكا لصاحب الحق، وقد يكون مملوكا لصاحب الأرض أو الدار المار فيها.

وإذا ثبت هذا الحق على عقار لم يجز للملكه أن يعارض فيه ويمنعه عن صاحبه إلا إذا ترتب عليه ضرر بين كما تقدم. ثم لا يبطل هذا الحق بتغير حال هذا العقار، فإذا كان فى دار فحولها مالكةا إلى أرض زراعية أو بستان، أو كان فى بستان فبناه صاحبه دارا لم يمنع ذلك صاحب الحق من حقه، فيستمر على تصريف مياهه بما ينشئه فى العقار من مجرى أو يمد فيه من أنابيب تصل بها إلى مستقرها النهائى، لأنه حق ملازم للعين أتى ذهبت، وكيف كانت.

ونفقات إصلاح المسيل - سواء أكان ملكا لصاحب الحق أم ملكا لغيره - على من له حق الانتفاع به، فإن احتاج فى إصلاحه إلى دخوله ملك غيره لم يجز للمالك أن يمنعه من الدخول، فإن منعه ألزم باختيار أحد أمرين: فإما أن يمكنه من الدخول للإصلاح، وإما أن يقوم هو بإصلاحه من ماله حتى لا يمنع ذو حق من حقه.

وعلى هذا فالفرق بين المسيل والمجرى: أن المسيل لتصريف الماء غير الصالح والمجرى لجلب الماء الصالح، وتكاد تكون أحكامهما واحدة.

حق المرور: هو حق مرور الإنسان إلى ملكه من طريق عام، أو من طريق خاص فى ملك غيره، سواء أكان مملوكا له ومخترقا أرض غيره أم مملوكا لصاحب الأرض المار فيه، وحق المرور من الطريق العام ثابت لجميع الناس، ولأصحاب العقار المتصل به حق الارتفاق به، فيفتحون فيه ما يشاءون من أبواب ونوافذ دون

أن يكون لأحد من الجيران حق الاعتراض على ذلك، سواء أكان ذلك إنشاء وإحداثاً أم إعادة وتجديداً لما كان من قبل، ولا يجوز لأحد أن يحدث فيه ما يعوق المرور أو يضييق من سعته من إنشاء حانوت أو إقامة بناء أو حواجز ما كان ذلك ضاراً، باتفاق بين أئمتنا الثلاثة.

فإن لم يترتب عليه ضرر كان إحداثه جائزاً بشرط إذن ولي الأمر عند أبي حنيفة، فإن أحدثه أحد بلا إذنه منع من ذلك، وكان حق المنع عاماً يقوم به أى إنسان، فيخاصمه فى ذلك أمام القضاء قبل الإحداث وبعده، لأن الانتفاع بالطريق معروف، فإذا تجاوزه إنسان من غير إذن ولي الأمر كان للناس منعه، وإلا كانت الفوضى وتحقق الضرر.

وقال أبو يوسف : للناس أن يمنعوه من ذلك ابتداء إذا ما أراد أن يفعل، فإذا تركوه حتى فعل لم يرفع ما أقامه، لثبوت يده وسبقها إلى الانتفاع بمباح. ولا ضرر على الناس من بقائها.

وقال محمد : المناط عدم الضرر، فإذا لم يكن ضرر فلا وجه للمنع ابتداء ولا بقاء لأن الارتفاق بالطريق حق مشروع للناس، وهذا نوع منه، فيكون مأذوناً فيه من الشارع، ولا حاجة إلى استئذان ولي الأمر مع وجود إذن الشارع، وإذن فلا وجه عند عدم الضرر.

وأصلح الآراء عندى: رأى الإمام؛ لأن التمييز بين الضار وغيره مشار للخلاف والتزاع، فلا بد من الرجوع إلى ولي الأمر لاستئذانه، لأنه لا يأذن بما يضر الناس، فتقطع بذلك أسباب الخصومة.

أما الطريق الخاص فقد يكون لصاحب الحق فيه أن يمر بنفسه فقط دون دوابه، أو يمر فيه مع دوابه، وقد يكون الطريق مملوكاً لصاحب الحق ولكنه يمر وسط ملك غيره، وقد يكون مملوكاً لصاحب الأرض التى يخترقها، وقد يكون الارتفاق به لشخص واحد، وقد يكون لعدة أشخاص.

فإذا كان لعدة أشخاص كان الانتفاع به مقصوراً عليهم، فلكل منهم أن يرتفق به بفتح ما يشاء من أبواب ونوافذ، وليس لغيرهم ذلك، ولو اتصلت داره بهذا الطريق، وليس لأحدهم أن يرتفق به على غير الوجه المعروف، إلا يأذن

الشركاء معه؛ لأن حكمه حكم المال المشتري. ولا يعد قيام أحدهم بسد نافذة تظل عليه تنازلاً منه عن حقه في إعادتها. بل يكون له الحق في إعادتها، كما يكون لغيره ممن يتلقى الملك عنه، وليس لهم أن يتفقوا جميعاً على سد الطريق أو إزالته؛ لأن في ذلك اعتداء على حق ثبت للعمامة فيه بمجرد إنشائه وفتحه، وهو حق التجائهم إليه عند الزحام، فإن لم يثبت هذا الحق للعمامة ابتداءً بسبب منعه عن الطريق العام بإقامة باب عليه، كان حكمه حيثئذ حكم المال المشترك، وكان لهم حيثئذ إلغاؤه وإزالته.

التعلي: هو أن يكون لإنسان حق في أن يعلو بناؤه بناء غيره، ويتحقق ذلك كما تقدم في دار لها سفلى وعلو، فيبيع صاحبها علوها لآخر، أو يبيع أرضها وسفلها لشخص آخر، فيكون السفلى للمالك، والعلو للمالك الآخر^(١) ويكون للعلو حق القرار والبقاء على ذلك السفلى، دون أن يتملك سقفه؛ لأنه يكون ملكاً للمالك السفلى في جميع الأحوال، إذ إنه جزء من سفله وتمام له، ولا يعد مكاناً إلا به.

وكذلك يتحقق في دار مكونة من ثلاث طبقات فأكثر يبيعها مالكها لثلاثة أشخاص فأكثر لكل شخص طبقة من طبقاتها، فيكون للأعلى حق التعلي والقرار على من يليه، ومن يليه حق التعلي والقرار على من يليه، وهكذا إلى أرضها. ويكون سقف كل طبقة مملوكاً للمالكها، وللمستعلي عليه حق الانتفاع به فقط.

وحق التعلي نوع من حق القرار كما هو ضرب من الجوار، فإن حق القرار كما يثبت بإجارة أرض ليني عليها على أن يكون للبناء حق القرار والبقاء مادام يدفع أجرها، يثبت كذلك بما قدمنا من بيع علو لآخر فيكون للبناء المستعلي حق القرار على السفلى.

وإذن فحق القرار إما أن يكون حق قرار وبقاء على أرض وهو المعروف بالחקر، وإما أن يكون حق قرار وبقاء على بناء وهو حق التعلي.

كذلك الجوار قد يكون جواراً جانبياً، وقد يكون جواراً علوياً أو رأسياً كما

(١) قال في البحر ٥ ص ٣٢٢ وفي الظهيرية: لو باع سفلاً على أن له حق قرار العلو عليه جاز. وراجع كذلك البحر ٦ ص ١٤٨، في باب الخوف.

تسميه، فالجانبى يكون بين دارين متجاورتين فى الأرض. والعلوى أو الرأسى يكون بين بناءين أحدهما فوق الآخر.

وهذا الحق لا يثبت عند الحنفية إلا ضمن بيع علو قائم بناؤه، فلا يباع حق التعلو استقلالا، لأن بيعه استقلالا غير صحيح عندهم؛ لأنه ليس بمال.

وذهب المالكية والحنابلة إلى جواز بيعه استقلالا، وإذن يثبت بيعه استقلالا كما يثبت فى ضمن بيع بناء العلو، وإذا بيع استقلالا عندهم، فقد يباع والسفل قائم، فيحدد عندئذ العلو المباع بأنه علو السفل أو علو ناحية معينة منه، وقد يباع قبل وجود السفل، فيوصف فى العقد ماسينى من سفل، ويحدد ويقدر ما يباع من علوه، ويبين كل ذلك بيانا لا يكون معه نزاع.

وهو حق دائم لا يسقط بانهدام كل من العلو أو السفل ولا بهدمهما، فإذا انهدم العلو كان لصاحبه ولوارثه من بعده تجديده، وليس لصاحب السفل أن يطالب بإعادته على القول الصحيح؛ لأنه لا منفعة له فى ذلك^(١).

(١) إذا انهدم السفل فجده صاحبه علاه الآخر بالبناء دون أن يكون له حق الرجوع على صاحب السفل بقيمة ما انهدم من علوه، إذا كان انهدام السفل من غير تعد منه، أما إذا كان تعد منه فإنه ضمن لصاحب العلو قيمة ما سقط من بناءه. وإن لم يجده فلذلك حالتان: .

الحالة الأولى: أن يكون انهدام السفل بغير تعد من صاحبه، كان يسقط بزوال أو لوهم بسبب بلى، وعند ذلك لا يجبر صاحبه على إعادته، إذ لا يجبر إنسان على عمارة ملكه، ولم يعد على حق صاحب العلو حتى يجبر على إحيائه. ولكن يكون لصاحب العلو أن يعيد ماسقط من السفل بإذن من صاحبه، أو بإذن من القاضى إذا ما أباه عليه صاحب السفل. فإذا أذن فأعاده رجع على صاحب السفل بما أنفق؛ لأنه بالإذن صار وكيلاً عنه فى الإنفاق على إعادته. فإن كان الإذن منه فالأمر بين، وإن كان من القاضى فقد قام القاضى مقامه فى إصدار هذا الإذن بما له من ولاية عامة فى رفع المظالم وإن أعاده من غير استئذان ففى حكمه اختلاف النظر:

١ - فذهب الحنفية إلى أنه بعد متبرعا ما لم يمنعه من الاستئذان عذر، وعلى ذلك يكون بعض ما يجده من السفل ملكا لصاحب السفل ولا يرجع عليه بشئ، مما أنفق عليه، إذا كان فى مكتته أن يتأذن ولم يفعل، وأما إذا منعه من الاستئذان عذر من الأعداء فلا يعد متبرعا لا اضطراره حيثذ إلى البناء ليصل إلى حقه، ويرجع حيثذ على صاحب السفل بما أنفق (راجع الحاتية والبرازية فى باب الحيطان).

٢ - ذهب بعضهم إلى أنه لا يعد فى الحالين متبرعا. لا اضطراره إلى البناء بسبب أنه لا يصل إلى حقه إلا به، ويكون ما يقيم من البناء ملكا له، إذ لا يمكن اعتباره وكيلاً عن صاحب السفل فيه، لأنه غير مأذون بإعادته. ولما كان بقاء السفل حيثذ مملوكا لصاحب العلو على أرض مملوكة لغيره إلى غير أمد لا يتفق مع حقوق مالك الأرض وهو صاحب السفل، كان لصاحب السفل أن يملكه باعتباره تابعا لأرضه جبرا عن صاحب العلو، فيستلکه بقيمته وقت بناءه؛ لأنه يستحق تملكه من هذا الوقت، وقال آخرون: يملكه بقيمته وقت الرجوع عليه؛ لأنه =

تصرف كل من صاحب العلو والسفل في حقه : ولا اتصال كل من صاحب العلو والسفل بصاحبه وتعلق حق كل منهما بملك الآخر (٢) - يتقيد تصرف كل منهما في ملكه بالأذى بصاحبه، فلا يزيد صاحب العلو بناءه فيوهن السفل، ولا يفتح صاحب السفل في بنائه فتحات تضعفه وتضره فلا يقوى على حمل العلو.

وقد قسم الفقهاء التصرف الذى يصدر منهما ثلاثة أقسام:

الأول - التصرفات التى تضر أحدهما ضررا محققا كأن يهدم صاحب السفل بعض عمده، أو يرفع جدره، أو يبنى صاحب العلو بناء لا يقوى السفل على حمله، وهذا النوع تمنوع أن يباشره كل منهما. فإذا فعله أحدهما كان ضامنا لما يترتب على فعله من تلف.

الثانى - التصرفات التى لا يترتب عليها ضرر بأحدهما: كدق مسمار صغير فى جدار. وكقيام صاحب العلو بدهن بنائه، وقيام صاحب السفل بإدخال النور الكهربائى فيه، وهذا النوع لكل منهما أن يباشره فى ملكه دون أن يكون للآخر أى اعتراض عليه.

= وقت التملك فعلا، وهذا هو الأصح المختار للفتوى (راجع رد المحتار آخر باب الشركة).

٣ - وذهب فريق ثالث إلى أن صاحب العلو إنما بنى السفل مضطرا، وذلك كاف فى اعتباره حكما بمنزلة الوكيل عن صاحب السفل فى الإعادة. وليس فى ذلك إضرار بأحدهما. فإن صاحب العلو يتمكن من الوصول إلى حقه بلا عت، وصاحب السفل يملك السفل بقيمته التى أنفقت عليه، وعلى ذلك يرجع صاحب العلو على صاحب السفل بجميع ما أنفقت فى الإعادة (راجع البدائع).

وإذا أراد صاحب العلو أن يملك الأرض من صاحب السفل فى هذه الحال بدون رضاه لم يكن له ذلك؛ لأن الأرض أصل ولا يكون الأصل تابعا لقرعه وهو البناء (راجع الخانية).

الحالة الثانية : أن يكون انهيار السفل بفعل من صاحبه، وعند ذلك يجبر صاحب السفل على إعادته لتعديه، ويضمن لصاحب العلو قيمة ماسقط من علوه قائما كما تقدم. فإن أعاده صاحب العلو فى هذه الحالة بلا إذن اعتبر متبرعا لإقدامه على فعل يستطيع أن يلزم ذا الشأن فيه بتنقيده، وذلك بالرجوع فى ذلك إلى القضاء بخلاف الحالة الأولى.

وليس بعيد أن يتجه النظر إلى أن صاحب العلو لا يعد متبرعا فى هذه الحال أيضا، لأنه ما بنى إلا ليصل إلى حقه، فيكون شأنه شأن أى بان فى ملك غيره، أو شأن مستحق السكنى إذا قام بعمارة الدار الموقوفة على سكانه، وعلى ذلك يكون ما ينيه ملكا له ولصاحب الأرض أن يملكه إذا أراد. وفى حالة رجوع صاحب العلو على صاحب السفل بشئ مما أنفق يكون لصاحب العلو أن يمنعه عن سفله حتى يؤدي إليه ما عليه، وإذا امتنع صاحب السفل من أداء ذلك، كان لصاحب العلو أن يستغل السفل بإذن القاضى، على أن يحتسب غلته مما أنفق حتى يتوفى حقه فإذا استوفاه سلم إليه (راجع الخانية).

(١) أما تعلق حق صاحب العلو بالسفل فظاهر، وأما تعلق حق صاحب السفل بالعلو، فلأنه يمنع عن المطر وتأثير الشمس فى سفته.

الثالث - التصرفات التي يشك في نتائجها، فلا يدري على وجه العلم أيحدث منها ضرر أو لا، كأن يقوم صاحب السفل بفتح نافذة فيه، أو يقوم صاحب العلو بوضع أثقال في حجرة منه. وهذا النوع تجوز لهما مباشرته عند صاحبين خلافا لأبي حنيفة.

ويرجع الخلاف في ذلك إلى اختلافهم في الأساس الذي يرجع إليه في الحكم على تصرف كل منهما.

ف عندهما: أن الأصل فيه هو الإباحة؛ لأن كلا منهما يتصرف في ملكه، فلا يمنع من تصرفه إلا إذا وجد المانع منه، وهو الإضرار بحق غيره على وجه التحقيق، ولذا منع مما يضر، ولم يمنع من غيره، وهو ما جهل أثره، وما علم عدم ضرره.

وعنده: أن الأصل فيه هو المنع؛ لأن كلا منهما يتصرف في ملك تعلق به حق صاحبه، فلا ينفذ تصرفه إلا إذا تحقق عدم الإضرار بحقه. ولذا منع مما يضر وما جهل أثره، ولم يمنع مما علم عدم ضرره. وبناء على ذلك فالتصرفات التي يشك في نتائجها غير جائزة عنده. لعدم التحقق من وجود المسوغ للتصرف، وهو عدم الإضرار بالغير قطعاً^(١).

(١) حكم التصرف في حقوق الارتفاق السابقة: يجوز التصرف في رتبة كل المجرى أو المسيل أو الطريق أو العلو، إذا كانت مملوكة لصاحب حق المجرى أو حق المرور أو حق التعلو ولأنه في هذه الحال من الأعيان أو من المال، فيجوز التصرف فيها كما يجوز التصرف في الأموال، فتباع وتوهب وتؤجر ويوصى بها إلى غير ذلك.

وإذا لم تكن الرتبة مملوكة لصاحب الحق بأن كان له حق إسالة الماء فقط. أو كان له حق المرور فقط، فإن حصل التصرف فيها تبعاً للتصرف في الأرض المرتفعة بها، بأن يبيع حق الشرب أو حق المرور أو المسيل مع المنفعة كالإجارة، الوقف، والوصية بالناع، فإنها لا تحتاج في تضمن العقد لها وشموله إياها إلى نص عليه، فيشملها العقد من غير نص؛ لأن الغرض منه أن يضع بالعين في الحال، ولا يتم ذلك على الوجه المقصود إلا مع دخول هذه الحقوق، فيشملها العقد حيث لاقتضاه دخولها.

وإذا كان التصرف من العقود التي يكون المقصود منها تمليك العين، مثل البيع والهبة والصدقة، فإنه لا يتضمنها إلا بالنص عليها، كأن يقول البائع: بعتك هذه الأرض بحقوقها أو بمراقبتها أو ما أشبه ذلك، فإن لم ينص عليها لم تدخل في العقد، وبقيت في ملك البائع مجردة عن العين، وإنما لم تدخل من غير نص لأن العقد لا يقتضيها، إذ قد يكون الغرض منه التملك والاحتفاظ بالعين للتجارة والبيع، وذلك بتحقيق بغير هذه الحقوق، وبهذا يبين أنها قد تملك مجردة من عين متفعة بها.

وإن حصل التصرف فيها استئلاماً، أي مفردة عن العقار المتفعل بها. فإن كان هذا التصرف بإسقاطها صح؛ لأنها تفعل الإسقاط وإن كان بتملكها بطريق البيع أو الهبة أو الصدقة لم يجز عند الحنفية؛ لأنها ليست بمال عندهم. =

حقوق الجوار: نريد بالجوار هنا: الجوار الجانبى، وهو الناشئ عن الملاصقة بالحدود وحقوقه تقوم على منع مالك العقار من أن يضر بجاره ضررا يينا فاحشا فى سبيل انتفاعه بملكه، وهى موضع خلاف بين العلماء، فأبوحنيفة وأصحابه لا يرون أن يتقيد مالك فى انتفاعه بملكه لأجل مصلحة جاره، فإن مقتضى المملك التام أن يكون للمالك كمال الاختيار فى كيفية انتفاعه بملكه على الوجه الذى يريد مادام خالصا من تعلق حقوق غيره به، فله أن يفتح فيه ماشاء من التوافذ، وأن يهدم ماشاء من جدره، وأن ينشئ به ماشاء من مصانع، وأن يحفر فيه مايرى من آبار، وأن يتخذ مسكنا أو متجرا أو مصنعا ترتب على ذلك ضرر بجيرانه أم لم يترتب، وإلى هذا ذهب الشافعى وأحمد^(١).

وعدم إلزام المالك أمام القضاء بأن يتجنب كل انتفاع يملكه يضر جاره لا يعفيه من المسئولية الدينية والأدبية والخلقية، فإن رعاية الجار والإحسان إليه من

= وذهب بعضهم إلى جواز بيع كل من حق المرور وحق الشرب دون حق المسيل لتعارف الناس ذلك، والأول أصح لأنه ظاهر الرواية.

وأجاز المالكية بيع هذه الحقوق استقلالاً، وهو ما ذهب إليه الخنابلة (راجع كشاف القناع ج ٢ ص ٢٠٠) كما أجازوا إنشاءها نظير بدل، وقد ذكرنا ذلك. ولقد أجازوا كذلك بيع أجزاء منها معلومة، كثلث ونصف إذا ما قبل الحق التجرئة؛ كحق الشرب، فيجوز لمالكه أن يبيع نصفه أو ثلثه وهكذا. (راجع البيهجة ج ٢ ص ١٦). وإن كان تملكها بطريق الإجارة لم يجز عند الحنفية كذلك للجهالة الفاحشة وعدم قبول الحقوق أن تؤجر على الأفراد لهذه الجهالة، ولعدم ولاية صاحبها على محالها؛ لأنها فى ولاية غيره، وكذلك لا تصح اجرة فى عقد الإجارة عندهم؛ لأن الاجرة فى عقد الإجارة كالثمن فى البيع، وهى لا تصلح ثمنا، لأنها ليست بمال. ومقتضى ما ذكره صاحب البدائع أن هذه الحقوق لا تقبل أن تملك لغير مالكها استقلالاً، سواء أجزتها أم جعلتها اجرة فى إجارة أم جعلتها بدل صلح أم جعلتها بدل قصاص أم جعلتها ميرا أم بدل خلع؛ لأنها حقوق مجردة، وهى لا تقبل أن تملك مفردة غير تابعة لغيرها (راجع البدائع ج ٦ ص ١٨٩، ١٩٠).

وهذا فى غير حق التعلى، أما حق التعلى فلا يجوز بيعه ولا تملكه استقلالاً من غير البناء عند الحنفية؛ لأنه ليس بمال، خلافا للمالكية والحنابلة كما تقدم.

وقد اتفق الفقهاء جميعا على أن هذه الحقوق تقبل التوارث، سواء أكانت تابعة للعقار المتفع بها أم مفردة عنه، تنتقل بالموت إلى ورثة مالكها كما تنتقل الأعيان؛ لأن الوراثة خلافة فيرية بحكم الشارع، وليست من قبيل التملك الاختيارى. وكذلك اتفقوا على صحة الوصية بها لأنها تشبه الميراث من ناحية أن التملك فيها لا يكون إلا بعد الموت، ولذا قالوا: إن الوصية أخت الميراث أى مثله فى الأحكام، فما يجوز فيه التوارث تجوز فيه الوصية فإذا أوصى صاحب الشرب لصديق له بأن تسقى أرضه من شربه. جاز ذلك وكان للموصى له سقى أرضه، ويستبقى حقه بوفاته، لأنها وصية بمنافع، وهى تنتهى بموت المتفع. كما نص على ذلك صاحب البدائع فى الموضع السابق، وكان مقتضى قولهم: إن الوصية أخت الميراث، ولكنهم لم يجوزوا ذلك لأنها ليست بمال (راجع البدائع فى الموضع السابق، والزيلعى ج ٦ ص ٤٢ وغيرهما).

(١) وإذا فعل شيئا من ذلك فسقط بيبه بناء جاره، فإن كان سقوطه نتيجة مباشرة لما فعل، ضمن لجاره قيمة التلف - كما سيأتى - وإن كان عن طريق السب لم يضمن؛ لأنه إنما باشر حقا من حقوقه. فلم يكن متعديا، وهذا هو ظاهر الرواية.

الفضائل الخلقية التي جاء بها الدين، فقد قال عليه الصلاة والسلام: «من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فليكرم جاره» وقال: «والله لا يؤمن - قالها ثلاثا - قالوا: من يارسول الله؟ قال: الذي لا يأمن جاره بوائقه» أى شروره. وإذن فمن الدين وحسن الخلق أن يتصرف الإنسان فى ملكه بما لا يؤذى جاره، ولكن ذلك أمر لا يتدخل فيه القضاء.

وذهب المتأخرون من علماء الحنفية إلى ماذهب إليه مالك، فمنعوا الجار أن يتصرف فى ملكه تصرفا يضر بجاره ضررا فاحشا، لقوله ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار» ولأن الناس لسوء أخلاقهم ونقص دينهم تركوا ما أوجبه عليهم الدين خلقا وأدبا من رعاية جانب الجار، فوجب حملهم على ذلك بسلطان القضاء، وإلا عمت الفوضى وساءت الحال، والضرر البين الفاحش مما يكون سببا لقطوع بناء الجار، أو لوهته أو لأذى الجار أذى بالغاً على وجه دائم، كأن يحول إنسان داره إلى مصنع للحديد يطرق فيه طرقا شديدا، فيقتض مضجع جاره، ويوهن بناءه، أو يمنع الضوء عن جاره إلى درجة يتعذر فيها مزاوله أعماله بسبب بناء يقيمه، أو يتخذ داره مطحنا تضرب لأصواته أعصاب جاره، فلا يستطيع النوم ولا يجد الراحة، أو يفتح على ساحة جاره نوافذ تتكشف بها نساؤه، أو نحو ذلك.

وهذا الرأى استحسان عندهم، فإذا فعل المالك شيئا من ذلك منع منه، وأمر بإزالته وكان ضامنا لما يترتب عليه من تلف بدار جاره فى رأيهم، سواء أكان هذا التلف نتيجة مباشرة لفعله أم حدث تسيبا عنه (١).

وإذا كان شىء من ذلك قديما قبل الجوار، فجاء شخص وأقام بجواره منزلا لم يكن له أن يطالب بإزالته، لأن إقدامه على هذا الجوار رضا منه بالحالة الموجودة، فطلب تغييرها عنت لا يجاب إليه.

(١) وأساس ذلك ما فى مجمع الضمانات: إذا دق رجل فى داره شيئا، فسقط بسبب ذلك شىء من دار جاره تلفت ضمته لجاره، كالتصاير إذا دق الثياب فى حانوته لأجل تبيسها فسقط لذلك جدار من دار الجار فإنه يضمنه، وإن لم يكن فى ذلك متعمدا؛ وسبب ذلك أن التلف إذا ساررتب على الفعل مباشرة ضمن الفاعل ماتلف، سواء أكان متعمدا فى فعله أم لا، وإن ترتب سببا لم يضمن إلا عند التعدى فى الفعل. فإذا أدخل إنسان فى داره دواب فضربت بأرجلها جدار الجار فسقط، لم يضمن جاره شيئا، فإن هذا التلف قد تب عن إدخال الدواب، ولم يكن صاحب العتار متعمدا فيه، وقد سئل ظهير الدين عمن حفر فى داره بئرا أو اتخذ فيها بالوعة، فوهن من ذلك حائط جاره فسقط، فقال: لا يضمن، قال صاحب المجمع: ذلك مبنى على ظاهر الرواية، لأن ظهير الدين كان يفتى به، ومقتضى ذلك أن يفتى فى هذه الحال بالضمان بناء على ما استحسنه متأخرو الحنفية.

خلاصة الباب

النوع الثاني من ملك المنفعة: في هذا النوع تكون المنفعة المملوكة متعلقة بالعين المقررة عليها ومرتبطة بها، ولا يكاد ينظر فيها إلى شخص المتفع بها، وتشمل - على وجه الحصر - الحقوق الآتية:

حق الشرب - حق الشفة - حق المجرى - حق المسيل - حق المرور - حق التعلی - حق الجوار. ومن هذه الحقوق ما يكون مقررا على عقار لمنفعة عقار آخر مملوك لغير مالك العقار الأول، ويسمى حينئذ حق ارتفاق، ويشمل: حق الشرب وحق المجرى، وحق المسيل، وحق المرور، ويمتاز بأنه حق دائم بالنسبة للمالك الأرض المتفع بها، لا بالنسبة لمالك الأرض المتفعة، ويقبل التوارث، كحق التعلی.

أسباب ثبوت هذه الحقوق:

- ١ - الشركة العامة في المرافق العامة، فلكل أرض اتصلت بمرور عام، أو دار اتصلت بطريق عام - حق ارتفاق على المروي، فتسقى منه الأرض، أو حق مرور على الطريق العام فيمر فيه القاصد إلى الدار.
- ٢ - اشتراطها في عقد معاوضة مالية إذا جرى العرف بذلك، فإذا بيعت قطعة من أرض على أن يكون لها حق إمرار ماء السقي على الباقي من الأرض كان لها حق المجرى على الباقي من الأرض بعد البيع.
- ٣ - الانتفاع بالأرض المباحة في حق من هذه الحقوق.
- ٤ - قدم الحق عند الجهل بسببه.
- ٥ - شراء العلو القائم، فيثبت لمشتريه حق التعلی على البناء الأسفل.
- ٦ - الجوار، فيثبت للجوار على جاره ألا يؤذيه أذى بالغا عند انتفاعه بملكه.

شروط بقاء هذه الحقوق:

والقاعدة العامة لبقاء هذه الحقوق: ألا يترتب على بقائها ضرر بين بأحد، وإلا وجب إزالة منشأ هذا الضرر، كمسيل قدر على طريق عام.

حق الشرب والشفة:

ليان أحكام هذين الحقين يجب قسمة مايتعلقان به - وهو الماء - ثلاثة أقسام:

الأول - ماء المجارى العامة كنهـر النيل، وللساس أن يتتفعوا بمائه وبماء أمثاله حسب مايشاءون بشرط ألا يطغى بعضهم على بعض، فلهـم حق الشفة، وهو أخذ مياهه لشربهم وشرب دوابهم واستعمالهم المنزلى بوجه عام، ولهم حق الشرب، وهو سقى أراضيهم وأشجارهم.

الثانى - ماء المجارى المملوكة، وانتفاع مالك المجرى بهذا الماء كانتفاعه بماء المجارى العامة. أما انتفاع غيره فيقتصر على حق الشفة بشرط ألا يضر بمالك المجرى.

الثالث - الماء المحرز فى الأوانى، وهذا النوع يعد من المال المملوك، فلا يتتفع به أحد سوى مالكة، وإذا أراد الانتفاع به إنسان فعن طريق مالكة.

حق المجرى : هو حق إمرار الماء من أرض إلى أخرى لسقيها، فليس لصاحب الأرض المقرر عليها هذا الحق أن يمنع مرور الماء إلى الأرض الأخرى، وله المطالبة برفع الضرر الناشئ عن مرور الماء، وعلى صاحب الحق إزالة هذا الضرر، ويتبع هذا الحق حق المرور على حافة المجرى لإصلاحه.

حق المسيل: هو حق إسالة الماء الزائد عن الحاجة فى مجراه المعد له إلى مستقره المعهود ولا يؤثر فيه تغيير صفة الأرض المرتفق بها وهو فى الحكم كحق المجرى، غير أن المجرى لإسالة الماء الصالح، والمسيل لإسالة غير الصالح.

حق المرور: هو حق مرور الإنسان إلى ملكه، وقد يكون من طريق عام أو من طريق خاص، فإن كان من طريق خاص لم يتتفع به إلا بالمرور على الوجه الذى تقرر له من مروره وحده أو بدوابه، ولا يتجاوز ذلك الانتفاع إلا بموافقة سائر المتتفعين به.

وإن كان فى طريق عام لم يتجاوز فى الانتفاع به المرور منه إلا إذا كان انتفاعا غير ضار، وقد أذن به ولى الأمر عند أبى حنيفة، وإلا منع من ذلك.

حق التعلى: هو أن يكون لإنسان الحق في أن يعلو بينائه بناء غيره،
ويثبت هذا بشراء العلو القائم عند الحنفية، ويثبت كذلك عند المالكية بشراء نفس
علو السفلى الموجود فيتقرر الحق على هذا السفلى، وهو دائم لا يقطع بانهدام
البناء الأسفل، بل يكون لصاحب الحق أن يجدد بناءه بعد إقامة البناء الأسفل،
وليس للمالك أحد البناءين أن يتصرف في بنائه تصرفاً يضر ببناء الآخر، وكذلك ليس
له من التصرف ما جهلت نتيجته عند الإمام خلافاً لصاحبيه.

حق الجوار: نريد به ألا يضر جار بجاره لقوله عليه الصلاة والسلام:
«لا ضرر ولا ضرار» فلا يفتح جار على منزل جاره منافذ تنكشف بها نساؤه،
ولا يحول جار داره إلى مصنع تؤذى أصواته جاره، ولا يحدث بها بالوعة تتسرب
منها المياه إلى جدر جاره فتوهنها، إلى غير ذلك، وهذا رأى المالكية ومتأخري
الحنفية.

وذهب أبو حنيفة وصاحبه والشافعي وأحمد إلى أن المالك لا يتقيد في ملكه
بذلك؛ لأن انتفاعه بملكه حق من حقوقه، فلا يحول دون ذلك أحد.

باب أسباب الملك التام

يستفاد الملك التام بسبب من الأسباب الآتية:

(أ) بوضع اليد على المال المباح، وإن شئت قلت: بحيازته والاستيلاء عليه.

(ب) بالميراث، وإن شئت قلت: بوفاة المورث بالنسبة إلى الوارث.

(ج) بأحد العقود الناقلة للملكية.

١- حيازة الأموال المباحة أو وضع اليد عليها:

يمتاز هذا السبب عن السببين الآتين بثلاثة أمور:

الأول - أنه سبب منسئ للملكية، فيوجد لها بعد أن لم تكن، بخلاف السببين الآتين فإن الملكية تكون ثابتة قبل تحققهما، وبهما تنتقل من شخص إلى آخر. فالبيع ينقل المبيع من ملك البائع إلى ملك المشتري، والميراث ينقل المال الموروث من ملك المورث إلى ملك الوارث. أما التملك بوضع اليد على المال المباح أو بحيازته، فإنه يثبت ابتداء بوضع اليد، وقد كان المال قبل الاستيلاء عليه غير مملوك لأحد، وبه صار ملكا للمستولى، فالصائد إذا ماصاد سمكة ملكها بالصيد، ولم تكن قبل الصيد ملكا لأحد. وبهذا يتبين أن الحيازة أساس لكل ملكية وجدت ابتداء في هذا الوجود. إذ كانت جميع الأشياء مباحة لا يملكها أحد، ثم تملكها الناس بالحيازة، ثم تصرفوا فيها بالبيع وغيره وتوارثوها كذلك.

الثانى - أنه مختص بالأموال المباحة، فلا يفيد ملكا فى الأموال المملوكة، سواء أكانت عقارا أم منقولا، فإذا وضعت يدك على مال مملوك لإنسان، لم تملكه بوضع اليد عليه وإن طال، وعلى ذلك: إذا وجدت ساعة أو قلما فى مكان الدراسة فالتقطتهما، لم تملكهما مهما طال وضع يدك عليهما، وكثر بحثك عن مالكهما، واستمر عدم معرفتك إياه، وكانا لديك أمانة ماداما فى يدك إلى أن

يظهر صاحبهما^(١) وكذلك إذا ضلت لك دابة فأمسكها آخر، أو أفلت منك طير أو سمك فصاده صائد، فإن ملكك للدابة والطيور والسمك باق، وكان لك أن تأخذها من استولى عليها، فإذا امتنع أجبر على ذلك متى ثبت أنها كانت لك^(٢)؛ ذلك لأنك إذا ملكت شيئاً بقى مملوكاً لك، واستمر كذلك إلى أن ينتقل إلى مالك آخر بسبب من الأسباب الناقلة للملكية، أو ينتهي ملكك له بوقفه؛ لأن الوقف منه للملكية عند الحنفية.

وإذن فلا يملك شيء مملوك بوضع اليد عليه وإن تقادم عهده، كما لا يسقط حق إنسان بتركه المطالبة به مدة وإن طال، وذلك يخالف ما جرى عليه التشريع الوضعي، فإنه جعل وضع اليد على المال المملوك مدة معينة سبباً من أسباب الملك متى تحققت به حيازة هذا المال من الاستئثار بمنافعه، والتصرف فيه، كاستئثار صاحب المال وتصرفه، وبعبارة أخرى: متى تحققت به حيازة هذا المال حيازة فعلية مقرونة بنية التملك له^(٣)، كما جعل مضي مدة معينة على الحق مع ترك المطالبة به سبباً مسقطاً له.

ويختلف طول هذه المدة باختلاف الحقوق وما يلابسها - عند وضع اليد عليها - من الظروف، وليس من شأننا تفصيل ذلك.

ولعل أساس ذلك: أن الشأن في المالك ألا يترك ماله في يد غير يده اتخذت لها مظاهر الملكية بشكل علني طيلة هذه المدة، دون أن يتحرك أو يحافظ على حقوقه، أو ألا يترك المطالبة بحقه هذه المدة مع سكوت من عليه الحق وعدم

(١) هذا مذهب الحنفية. وذهب الشافعي إلى أن ما يملك من المال نافعاً أو غير نافع، يجوز للمنتظهِ أن يملكه بعد تعريفه المدة الواجبة فيملكه على رأي بقوله: تملكه، وعلى رأي آخر بمجرد مضي المدة دون حاجة إلى لفظ يفيد التملك، فإن ظهير مالكه بعد ذلك أخذه إن كان موجوداً، وأخذ بدله إن كان قد استهلك. وذهب الحنابلة إلى أنه يملك بالتقاطه دون الحاجة إلى تعريف إن كان مما لا تبعه رغبة أوساط الناس، كالرغيف ونحوه، فإن ظهير صاحبه أعطى إليه إن كان موجوداً، وإلا لم يستحق شيئاً على استهلاكه، أما ما عدا ذلك فلا يملكه المنتظهِ إلا بتعريفه سنة دون أن يجد مالكه، وهو لمالكه بعد ذلك إن ظهر وكان موجوداً فإن لم يكن موجوداً فنه بدله.

ورأى المالكية قريب من هذا. والنتيجة: أن غير الحنفية يرون أن ما يملك من المال تنتقل ملكيته إلى منتظهِه بالشروط التي ذكرناها، بخلاف الحنفية (راجع نهاية المحتاج وكشاف القناع ومنع الجليل في اللقطة).

(٢) وكذلك الحكم إذا نبذ مالكه رغبة عنه فلا تزول ملكيته عنه بأخذه، وذهب أحمد إلى أن أخذه يملكه في هذه الحال بتناوله (راجع كشاف القناع في كتاب اللقطة).

(٣) راجع كتاب الأموال للدكتور كامل مرسى باشا بند ٨٦٠.

قيامه بأدائه، وأن ذلك دليل على أنه لا حق له أو أن حقه قد انتقل إلى واضع اليد عليه، أو إلى المطالب به بسبب من الأسباب. وأن المصلحة تقضى - في مثل هذه الأحوال التي تكتنفها الجهالة - باعتبار وضع اليد سببا للملك، وباعتبار مضي المدة مسقطا للحق قطعا للتراع.

ولكن فقهاء الإسلام لم يروا ذلك مسوغا لاكتساب حق أو لسقوطه أو زواله، ورأوا أن وضع اليد على هذه الصفة لا يصح أن يتخذ دليلا على انتقال حق ثابت من مالك إلى آخر بسبب من أسباب نقل الملكية، وأن غاية ما يفهم من هذه الأحوال - بحسب ما سار عليه العرف وجرت به العادة - أن الدعوى بالحق في مثل هذه الظروف دعوى يكذبها الظاهر، وأن مدعيها مبطل، والحكم في مثل هذه الدعوى يكون بعدم سماعها، سدا لباب التزوير وقطعا للدعوى الباطلة إلى الحد الممكن (١).

غير أن اتجاه فقهاء الشريعة الإسلامية في هذا الموضوع يختلف عن اتجاه علماء القانون، فإن اتجاه الفقهاء كان إلى ناحية طالب الحق فيه، فجعلوا تركه المطالبة به المدة المقررة - مع تمكنه منها لانتفاء الأعدار - دليلا على أنه غير محق في طلبه، فإذا ادعاه بعد ذلك لاتسمع دعواه قطعا لوسائل التزوير. وهذا ما تدلل عليه عبارة المبسوط، ونصها - كما نقلها محمد بن الغرس «المصرى الحنفى المتوفى حوالى ٩٠٠هـ» في الفواكه البدرية: (رجل ترك الدعوى ثلاثا وثلاثين سنة ولم يكن له مانع من الادعاء، ثم ادعى، لاتسمع دعواه، لأن ترك الدعوى مع التمكن يدل على عدم الحق ظاهرا. ١هـ).

وإنك لتجد أن هذه العبارة لم تتعرض صراحة لوضع يد المدعى عليه، ولا إلى اشتراط أن يكون مستمرا طيلة المدة، ولا أن يكون من شخص واحد أو من

(١) من أمثال هذه الدعوى: دعوى رجل معروف بالفقر منذ نشأ على آخر معروف باليسار كذلك، أنه مدين له بألف جنيه افترضها منه دون أن يبين طريقا للوصول هذا المال إليه، فهذه الدعوى وأمثالها لاتسمع؛ لأن الظاهر يكذبها، وهذا المبدأ يقره المالكية كما أقره الحنفية، ففى التبصرة: لاتسمع دعوى الحاضر الأجنبى أنه يملك دارا فى يد رجل وهو يراه يهدم فيها ويبنى ويعمر ويؤجر مع طول الزمن من غير مانع يمنعه من الطلب، كتوقع رغبة أو رهبة. وهو مع ذلك لا يعارض، ولا يدعى أن له حقا فيها، وليس بينهما شركة. وفى منح الجليل (ج ٤ ص ١٧٠): لاتسمع دعوى دار فى يد حائز لها يتصرف فيها عشر سنين والمدعى حاضر ساكت إلخ.

أشخاص متعاقبين في حكم شخص واحد ، بأن يكونوا قد تلقوا الملك بعضهم عن بعض ، وإن غاية ما يفهم منها: أن الدعوى لا تسمع إذا ما توافر فيها ما يأتي:

١ - أن يتركها المدعى ثلاثا وثلاثين سنة ، وهذه المدة هي أرجح أقوال ثلاثة: فقد جعلها بعضهم ٣٦ سنة وبعضهم ٣٠ سنة .

٢ - ألا يمنعه مانع من رفعها إلى القضاء طيلة هذه المدة ، وذلك بألا يحول بينه وبين ذلك عذر من الأعذار . ومقتضى ذلك: أن المدة لا تبدئ إذا كان هناك عذر قائم إلا من بعد زوال هذا العذر .

٣ - أن يكون الحق المدعى به محل معارضة وإنكار من المدعى عليه طيلة المدة حتى يحتاج المدعى إلى الخصومة فيه ، ويكون تركه للخصومة عندئذ طيلة هذه المدة دليل عدم الحق ظاهرا (١) .

(١) ومرجع القضاء في محاكم مصر الشرعية الآن: هو نص المادة ٣٧٥ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية ، وهو: «القضاء ممنوعون من سماع الدعوى التي مضى عليها خمس عشرة سنة مع تمكن من رفعها وعدم وجود العذر الشرعي له في عدم إقامتها، إلا في الإرث والوقف، فإنه لا يمنع من سماعها إلا بعد ثلاثة وثلاثين سنة، مع التمكن وعدم العذر الشرعي له، وهذا كله مع الإنكار للحق في تلك المدة» .
ويدل هذا النص على ما يأتي:

أولا : أن كل دعوى مضى عليها خمس عشرة سنة فتركها المدعى طيلة هذه المدة ولم يرفعها إلى القضاء مع تمكنه من ذلك وزوال العذر الشرعي له في عدم إقامتها، لا يجوز للقضاء أن يسمعها . وأساس ذلك المنع كما هو ظاهر: ما لولى الأمر من السلطان في تخصيص قضاة بالزمان والمكان ونوع الخصومة . فمنعهم بهذه المادة من أن ينتظروا هذا النوع من الدعاوى ، وهو ماضى عليه خمس عشرة سنة مع توافر الشروط المذكورة لما رآه من المصلحة في ذلك . فهم بالنظر إلى هذه الدعاوى ليسوا بقضاة أو هم معزولون عن سماعها ، وقد بقنا إلى مثل ذلك الأتراك في المجلة العدلية .

ثانيا: أن المدة المقررة - وهي خمس عشرة سنة بالنسبة إلى غير الإرث والوقف، وثلاث وثلاثون سنة بالنسبة إليهما - لا تبدئ، إلا من وقت ظهور واضح اليد بمظير المالك للعين حينما يكون الحق عيناً ، أو من وقت ثبوت حق المطالبة به حينما يكون ديناً ، أو استحقاقاً في وقف أو نحو ذلك ، حتى يكون هناك مقتضى لرفع الدعوى والخصومة في الحق وحتى يعد صاحب الحق تاركاً له ، إذ لا محل للخصومة في حق لم يحن وقت المطالبة به ، ولا في حق لا يبدو أنه محل إنكار ومعارضة؛ لأن من في يده الحق لا يقوم عليه قيام المالك له . وعلى ذلك فلا تبدئ المدة بالنسبة للدين المؤجل إلا من وقت حلول الأجل .

ويشترط لابتداء المدة ألا يكون هناك عذر يحول بين المدعى وبين مطالبته بالحق حتى يكون متمكناً من رفعها بلا عذر يمنعه ، فإن وجد في ذلك الوقت عذر يمنعه من ذلك فلا تبدئ المدة إلا من بعد زوال العذر ، وبناء على هذا ، لا تبدئ المدة إذا كان صاحب الحق في ذلك الوقت غير أهل للدعوى ، بسبب صغر أو جنون أو عته أو سفه وليس له ولي أو كان غائباً مسافة القصر سفر ثلاثة أيام بلياليها السفر المعتاد مع الراحة ، وقد ذلك بنحو ٨٣ م عند الحنفية ، وكذلك لا تبدئ إذا كان المدعى عليه ذا شوكة يخاف من مطالبته ومفلساً لا يرجى منه شيء . إذا ما صدر الحكم عليه ، فإن زال العذر فحضر صاحب الحق إن كان غائباً ، أو أقيم له رلى أو قيم إن كان غير

= أهل للدعوى أو زالت شوكة المدعى عليه، أو أيسر أو حضر من سفره ابتدأت المدة إثر زواله.
وقد اختلفت القضاة في أن هذه الأعذار محصورة فلا يعذر غيرها علواً، أو غير محصورة فيكون مرجح تحقيق وجود العذر واعتباره إلى القاضي، وفي رأى: أنها غير محصورة؛ لأن العلة في المنع من سماع الدعوى خشية التزوير، فإذا وجد العذر - أى عذر كان - زالت هذه الخشية.

ثالثاً: اشتمت المادة من ذلك دعوى الإرث ودعوى الوقف فجعلت المدة المقررة لعدم سماعها ثلاثاً وثلاثين سنة اتباعاً لأرجح الآراء الفقهية التي ذكرناها مع ملاحظة التمكن من رفع الدعوى، وعدم قبول العذر الشرعى فى عدم إقامتها طيلة المدة، وما ينبغى ملاحظته أنه لا يشترط فى المدعى أن يكون شخصاً واحداً طيلة المدة، بل المراد به الشخص الواحد أو الأشخاص المتعاقبون إذا كانوا فى حكم شخص واحد بأن كان كل واحد منهم قد تلقى الحق عن سلفه كالمورث ووارثه والبائع والمشتري وعلى ذلك إذا ترك شخص حقه مدة من الزمن مع توافر تلك الشروط، ثم توفى فتركه وارثه مدة أخرى إذا ضمت إلى مدة مورثه كملت المدة المقررة لعدم سماع الدعوى، فلا تسمع الدعوى بعد ذلك من الوارث، وكذلك الحال بالنسبة إلى البائع والمشتري منه، لأن الوارث خلف عن مورثه فى الدعوى فكان المدعى فى الاعتبار واحداً، وكذلك المشتري بالنسبة إلى البائع والموهوب له بالنسبة إلى الواهب، وقد أخذت بذلك المجلة العدلية فى مادتي ١٦٧٠ و ١٦٧١، ويجرى القضاء فى مصر على ذلك، وهو عندى لا يخلو من نقد، فقد يترك المورث الدعوى خمس عشرة سنة إلا قليلاً ثم يتوفى ولم يترك لوارثه من المدة إلا فرصة لا تمكنه من معرفة الحق، والبحث عنه والمطالبة به، فتضى دون أن يتمكن من رفع الدعوى به، ومنعه فى هذه الحال لا يتفق مع العدالة اللهم إلا إذا عدت هذه الحال من الأعذار المانعة من التمكن، نسمع دعواه عند ذلك مادام لم يمض ما يكمل المدة من زمن تمكن فيه رفع الدعوى ولم يفعل.
وإذا ابتدأت المدة ثم انتهت دون أن يتخللها عذر من الأعذار ترتب عليها أثرها وهو منع المدعى من سماع دعواه. وإن تخللها عذر من الأعذار فذلك هو محل البحث والنظر ولن يتردد النظر عند البحث إلا بين أحكام ثلاثة:

الأول: ألا يكون لطوره العذر فى أثناء المدة أى أثر، فتحتب أيامه من المدة سواء انتهت المدة وهو لا يزال قائماً أم انتهت بعد زواله، وقد يؤيد احتمال هذا الحكم ما جاء فى تكملة ابن عابدين نقلاً عن فتاوى على أفندى. ونصه: وقت كان المدعى أو المدعى عليها غائباً مسافة السفر ثم حضر مراراً فى أثناء المدة التى هى خمس عشرة سنة وسكت، ثم أراد أن يدعى بعد ذلك فلا تسمع دعواه، إذ إنه يدل على أوقات غياب المدعى أو المدعى عليه قد احتب من المدة، ولم يؤثر هذا الغياب فيها، مع أنه عذر من الأعذار المتصوص عليها، وفى رأى أن هذه الفتيا مستندة إلى المادة ١٦٦٥ من المجلة العدلية. فلا تكون حجة علينا فى الموضوع؛ لأننا نتيجة تشريع خاص بمجلة، ولهذا فإنى أرى أن المادة ٣٧٥ من لائحة ترتيب المحاكم المصرية الشرعية لا تختمل ذلك بل لا تختمله أيضاً عبارة البسوط التى نقلناها؛ ذلك لأن المدعى مع قيام العذر المانع له من إقامة الدعوى لا يعذر ممتكناً من رفعها ولا يصدق معه أن ليس للمدعى مانع من الدعوى فى المدة، وأن الأعذار قد انتضت، وأن الترك للدعوى طيلة المدة دليل على عدم الحق ظاهراً، وعلى هذا فعددة العذر لا تختمل من المدة بنص المادة ٣٧٥ وكما تدل عليه عبارة البسوط، وإذن فهذا الاحتمال بعيد أو منقضى.

الثانى: أن يكون طوره العذر فى أثناءها مطلقاً لما مضى منها قبله، ويجب لعدم سماعها مضى مدة جديدة تبتدىء من وقت زوال العذر، كما فى حال إقرار المدعى عليه بالحق وحال قيام المدعى برفعها أمام القضاء أثناءها ومعنى هذا أن تكون أيام المدة المانعة من سماع الدعوى متتابعة. فإذا سارتك ذو الشأن دعواه عشر سنين مثلاً ثم جن سنة ولم يقم له ولى، ثم أفاق بعد ذلك لم يمنع من سماعها إلا إذا تركها بعد إفاقة خمس عشرة سنة كاملة متتابعة. وإذا ترك ناظر وقف الدعوى بعين من أعيانه عشرين سنة، ثم مات فلم يعين خلفه إلا بعد وفاته بأيام، لم يمنع ناظر الوقف الجديد من سماع دعواه بالعين، إلا إذا مضى بعد إقامته فى النظر ثلاث وثلاثون سنة كاملة متتابعة، وهكذا، وهذه النتيجة قد يرى أنها تتفق مع ظاهر عبارة البسوط التى نقلناها، فإنها ظاهرة فى نفي وجود أى مانع من سماعها فى كل المدة. وذلك يدل على أن المدة يجب أن تكون متتابعة، إذ لو كانت =

أما اتجاه علماء التشريع الوضعي فكان إلى ناحية المدعى عليه، فجعلوا وضع
يده المدة المقررة سببا من أسباب ملكه، ولذا اشترطوا فيه أن يستمر طيلة المدة،

= مجموع مدد متباعدة فصلت بينها أعذار شرعية، لكان ترك الدعوى قد طال أكثر من ثلاث وثلاثين سنة
وعلى الجملة فعبارة ترك الدعوى ثلاثا وثلاثين سنة كتنفيذ بظاهرها أنها مدة واحدة، وكذلك يقال في موافقة
هذا التفسير للمادة ٢٧٥. وفي رأبي أن هذا محل للنقد، وتقده يرجع إلى أنه لا يحقق غرض الشارع في كل
الأحوال والظروف، إذ يلزم من ذلك أنه يجب أن يستمر ناظر الوقف الذي يمنع من الدعوى ناظرا عليه طيلة
المدة، لأنه لا يتأتى أن يعين خلافه مباشرة بعد موته أو عزله أو خروجه عن الأهلية، بل لابد من مرور وقت
خلو قسقط المدة، وكذلك الحال إذا كان الحق لصغير أو محجور عليه وله ولي أو قيم، ومثل هذا قل أن
يتحقق، فلا يكاد يمنع ناظر من الادعاء في حين أن ترك الدعوى مع هذا الخلو الذي يكون بين خروج ناظر
أو ولي من الولاية وتعيين خلافه، ومع ما قد يكون من غيبة المدعى في أثناء المدة أباما «ساقفة القصر» يتحقق معه
أن الظاهر يكذب الدعوى في هذه الحال، وأى الناس يلتزم الإقامة خمس عشرة سنة ولا يضطر أن يسافر فيها
ساقفة القصر، سواء أكان وليا أم غير ولي؟ إن هذا الاشتراط يضيق مجال تطبيق هذا الحكم إن لم يمنع تطبيقه
نتائيا. ثم إذا لاحظت مع ذلك أن شرط التابع ليس بضروري في إفادة أن الدعوى في مثل هذا الحال يكذبا
الظاهر اطمأنت إلى أنه ينبغي ألا يشترط التابع، وعبارة كل من البسوط والمادة ٢٧٥ لا تأبى ذلك، فإن الذي
يترك الدعوى عشرين سنة ثم يغيب ساقفة القصر ستين، ثم يعود فتركها ثلاث عشرة سنة فيقال فيه إنه ترك
الدعوى ثلاثا وثلاثين سنة، وليس له مانع من الدعوى، والذي يتركها عشر سنوات ثم يغيب مدة ثم يتركها بعد
ذلك خمس سنوات، يقال: إنه ترك الدعوى خمس عشرة سنة بلا عذر، وكذلك الحال في ناظر وقف ترك
الدعوى عشرين سنة ثم توفي. فعين بدله بعد أيام ناظر آخر ترك الدعوى ثلاث عشرة سنة.

الثالث: أن يكون طرؤه العذر في أثناء المدة واقفا لها فقط فلا تحسب مدته ولا تُلغى المدة السابقة، ولكن
تكمل بما يجيء من الزمن بعد زوال العذر على ما بيننا آنفا. فإذا ترك إنسان الدعوى سبع سنوات ثم غاب بعد
ذلك ستين، ثم عاد فتركها بعد حضوره ست سنوات لم تسع دعواه بعد ذلك، لأنه ترك الدعوى خمس
عشرة سنة على دفعتين مع تمكنه من إقامتها وعدم عذره في ذلك، ولكن إذا مضى على حضوره خمس
سنوات فقط، ثم رفع الدعوى سمعت؛ لأنه لم يتركها إلا أربع عشرة سنة، وذلك لعدم احتساب ستن الغياب
لقيام العذر فيهما، وهذا ما أخذ به التشريع الوضعي حين اعتبر المدة سببا للملكية، وعبارة المادة ٢٧٥
لا تتعارض معه، بل هي محتمة له كما احتملت التفسير الآخر. وكذلك عبارة صاحب البسوط.

وليس أدل على ذلك من أنك لو وضعت قيد التابع في كل من العبارتين لم تجده ذاتا، بل مفيدا معنى لم
يستفد من غيره، وفي رأبي أن هذا هو ما يجب أن تضر به المدة لكي يتحقق به غرض الشارع من منع الدعاوى
الباطلة، فإ من ترك الدعوى عشر سنوات ثم غاب سنة ثم حضر سنة فتركها بعد ذلك خمس سنوات يكذبه
الظاهر في دعواه، وإذن فلا تسع، وبضير ذلك أن تطول مدة الترك إذا ما شملت مدداً خالية من الأعذار يبلغ
مجموعها ١٥ سنة في غير الوقف والإرث، أو ثلاثا وثلاثين سنة في الإرث والوقف.

قد يرى الناظر أن المدعى إذا ترك الدعوى عشر سنين، ثم غاب ستين، ثم حضر فتركها بعد حضوره
كذلك ثلاث سنوات، ثم ادعاهها بعد ذلك أن الظاهر يكذبه في هذه الحال أيضا، فكيف تسع دعواه؟ قد
يكون هذا، وإذا كان فلا مانع يمنع القاضى من أن يحكم بعدم سماع دعواه بناء على أن الظاهر يكذبه،
لاتطبيقنا للمادة ٢٧٠، فإنها لم تشرع لمنع سماع كل دعوى يكذبه الظاهر وعلى هذا فعندى أن المدة التي يمنع
حضيها من سماع الدعوى لا يجب فيها تابع لما بيننا.

الرابع: إنكار المدعى عليه للحق طيلة المدة؛ لأن إقراره به لا يجعل المدعى في حاجة إلى مخاصمة فيه.
ويكفى إقراره حجة عليه عند الحاجة إلى المخاصمة، ولا يتأتى عند ذلك وجود شبهة في حق المدعى حتى يمنع من =

وأن يكون من شخص واحد، أو من أشخاص متعاقبين في حكم شخص واحد، إلى آخر ما ذكروه.

الثالث - أنه سبب فعلى، ولذا يعتبر من كل من يستطيعه ولو غير أهل للالتزام بالقول كالمجنون والصبي^(١) والسفيه. فمن استولى من هؤلاء على مال مباح أصبح باستيلائه عليه ملكا له، وإن لم يستطع أن يملك مثله بشرائه من مالكة بغير واسطة.

والمال المباح: إما أن يكون منقولا أو عقارا. فإن كان منقولا كانت حيازته بوضع اليد عليه وضعا حقيقيا، حتى يتحقق بذلك الاستيلاء، ويكون في الصيد بصيده، وفي الفلزات وما أشبهها باستخراجها من معادنها، وفي غير ذلك بتناوله أو بوضع اليد عليه وضعا يناسب حاله. وإن كان عقارا كانت بما يحاز به العقار عادة من زراعته، أو إعداده للزراعة، كما سنين ذلك في الأرض الموات وإحيائها.

١ - حيازة الأموال المباحة: نريد بالأموال المباحة هنا جميع ما خلقه الله سبحانه وتعالى في الأرض لينتفع به الناس أجمعون مما لم يحزره أحد، كالأشجار التي تنبت في الجبال أو الصحراء أو الغابات وليست مملوكة لأحد، وكذا ما يكون فيها من الأثمار، وكالماء والكلأ «الحشائش التي تنبت من نفسها بلا إنبات أحد».

= دعواه. وما ينبغي ملاحظته هنا: أن المادة لم تشترط صراحة في المدعى عليه أن يكون واضعا يده مدة معلومة معدودة إذا كان المدعى به عينا، بل كل ما يؤخذ منها أن يدعى الحق قبله، وأن ينكره، وأنه يستطيع أن يدفع الدعوى عند ذلك إذا ما استطاع بأن المدعى قد تركها المدة المقررة. فإذا ما أثبت ذلك ظفر بعدم سماع الدعوى ضده. غير أنه قد يقال: إن اشتراط إنكار المدعى عليه طول المدة يقتضى أن يكون إنكاره إنكارا معتبرا فيها. ولا يكون الإنكار معتبرا إلا إذا كان من ذى شأن، وهو لا يكون ذا شأن إلا إذا كان مطالباً باحق طيلة المدة أو واضعا يده المدة كلها على العين المطلوبة، وعلى هذا فلا بد من وضع يده على العين المدة كلها إذا كانت الدعوى بعين.

خامسا: ألا يطرا في المدة ما يقطعها من إقرار أو قيام المدعى بالمطالبة بالحق أمام القضاء، وإن لم يفصل في طلبه، وعليه: إذا أقر المدعى عليه بالحق في أثناء المدة فلا يمنع سماع الدعوى به إلا إذا مضى خمس عشرة سنة بلا مخاصمة بعد الإقرار بالنسبة لتغير الإرث والوقف، وكذلك إذا أقر بعد مضى المدة، سواء أكان إقراره في مجلس القضاء وقت الخصومة أم في غيره قبلها أو بعدها.

وكذلك الحكم إذا مارف الدعوى دعواه بالحق أمام القضاء، غير أن ادعاء الإقرار لا يتبل إلا طبقا للمادة ١٢٩ من اللائحة. ونصيا:

«لا تقبل دعوى بالإقرار الصادر قبل قيام الخصومة أو بعده الشهادة به، إلا إذا كان صدوره أمام قاض بمجلس القضاء أو كان مكتوبا وعليه إمضاء المقر أو ختمه، أو وجدت كتابة تدل على صحته».

(١) راجع الأنساب، ج ٢ ص ١٤٥، فعبارة تدل على أن الصبي يملك بالاستيلاء على المال المباح، وإن كان غير مميز. وأنه يملك بالتملك إذا كان مميزا «حموى». ومن المعلوم أن المجنون في الحكم كالصبي الذي لا يميز.

وكذا الطيور فى الهواء، والأسماك فى الماء، والظباء فى الصحراء، والمعادن فى باطن الأرض، وكذلك الأرض إذا كانت مواتا، وما أشبه ذلك، فكل هذه أموال مباحة تملك بإحرازها، لأنها قبل إحرازها، شركة بين جميع الناس، فإذا سبقت إليها يد إنسان فأحزرها تملكها، ولم يملكها غيره من بعده إلا عن طريقه.

ولا يتحقق الإحراز ولا يكسب ملكية إلا مع القصد إليه^(١)، فمن وضع طستا

(١) تملك الأموال المباحة بإحرازها، وإن شئت قلت: بالاستيلاء عليها، والاستيلاء عليها عند الحنفية نوعان: حقيقى وحكمى.

فالحقيقى يكون بوضع اليد عليها فعلا أو بالقوة كالأشجار تقطعها والأثمار تجنيها، والماء تملأ به إناءك، والصيد تمسكه بيديك، فتملك كل ذلك لأنك قد أحزرتة واستوليت عليه بوضع يدك عليه فعلا، وكذلك إذا قصدت إلى الشجرة المباحة أو إلى ثمرتها أو إلى الكلال أو إلى الصيد وقد تعلق في الشبكة أو إلى الغزال وقد وقع حنفيته، وكنت قريبا من كل هؤلاء بحيث لو مددت يدك إليه لتأولته وأخذته فإنك تملك كل ذلك، لأنك قد أحزرتة واستوليت عليه بوضع يدك عليه بالقوة.

والحكمى يكون باستعمال الآلات وتبيته المال لأن توضع اليد عليه فعلا أو بالقوة، كتجميع ماء المطر فى طست موضوع على الأرض أو فى حنفيته حفرت، وكتعلق الصيد بالشبكة، ورميه بمقذوف يخرج عن امتناعه وتأبده.

وترتب الملكية على الاستيلاء الحقيقى لا يحتاج إلى قصد ولا يشترط فى تمامه نية التملك، ولذا يعتبر من كل من يفعله ولو كان غير أهل للالتزام بالقول، واتبنى على ذلك أن المجنون والصغير الذى لا يميز إذا تناول كل منهما مالا مباحا تملكه، وأن المميز إذا تناوله بقصد النظر إليه لا يقصد التملك تملكه بذلك أيضا، لأن القصد إلى الإحراز فى هذا النوع ليس شرطا، ومرجع ذلك إلى أن هذا النوع من الاستيلاء ليس شيئا غير الإحراز فى الواقع، فهو هو، إذن يكون فعله والإقدام عليه دليل القصد إليه، فلا معنى بعد هذا لاشتراطه، وإلى هذا ذهب الأئمة الثلاثة أيضا، ومما تفرع عن ذلك:

١ - إذا حفر شخص بئرا فى أرضه فوقع فيها صيد ثم جاء آخر فأخذه، فإن كان صاحب البئر قريبا منه بحيث لو مد يده إليه لقدر على أخذه فهو لصاحب البئر «هندية نقلا عن المحيط» وسبب ذلك استيلاء صاحب البئر عليه استيلاء حقيقيا، أما إذا كان بعيدا عنه فلا يملكه لعدم تحقق الاستيلاء عليه بسبب اتعدام القصد إلى إحرازه.

٢ - لو أن صيدا باض فى أرض رجل أو تكس فيها وجاء آخر فأخذه فهو له، وهذا إذا كان صاحب الأرض بعيدا عن الصيد بحيث لا يتقدر على أخذه لو مد يده إليه، أما إذا كان قريبا بحيث لو مد يده لأخذه فهو لصاحب الأرض «هندية نقلا عن الظهيرية» وسبب الحكم الأول: عدم وجود استيلاء من صاحب الأرض. وسبب الحكم الثانى: استيلاء صاحب الأرض على الصيد استيلاء حقيقيا.

٣ - بيد رجل خيط قد شدت به سمكة مغمورة فى الماء وهى ملك له، فإذا ابتلعت سمكة أخرى، أو ابتلت هى سمكة أخرى فالتصقتان لمن بيده الخيط لوجود الاستيلاء الحقيقى ولو أنه أعطى الخيط لشخص آخر قبل ذلك ثم جاءت سمكة فابتلت السمكة التى بالخيط فإن السمكة البالغة تكون ملكا لذلك الشخص لاستيلائه عليها استيلاء حقيقيا ولاتكون ملكا لصاحب السمكة المبلوعة، ولو كانت السمكة الأولى هى البالغة كانت السمكتان جميعا ملكا لصاحب السمكة الأولى، لاستيلائه على الثانية بواسطة الأولى. «هندية».

وقد يرى بعض الناظرين أن المسألة الآتية تنقض ما قررناه، وهى: لو أن إنسانا نثر مقدارا من الدراهم فوقع شيء منها فى كم رجل أو على ثوبه، فأخذه منه غيره، كان للأخذ «متقى»، وفصل فى ذلك علماء سمرقند، فقالوا: إن كان قد بسط ثوبه أو كمه لتلقى الدراهم لا يكون لأحد أخذ ما يقع فى أحدهما، وإذا أخذه أحد استرد منه وأعطى لصاحب الثوب أو الكم، وإن لم يسطهما لذلك كان ما أخذ الأخذ له ولا يسترد منه «هندية ص ٣٤٥» فإن رجع الدراهم فى الكم أو الثوب بعد من الاستيلاء الحقيقى، ومع ذلك يكون سابقا فيهما لأخذه منهما =

فوق سطح بقصد حفظه لا يكون محرزاً لما يتجمع فيه من ماء المطر، ولا يملك هذا

= عند عدم القصد، وهذا دليل على اشتراط القصد مع الاستيلاء الحقيقي، وردى على ذلك: أن هذه المسألة ليست من قبيل تملك المال المباح، بل هي نوع من الهبة، ولا يتم الملك فيها إلا بالتبضع الذي يقوم مقام القبول، ولقيامه مقام القبول وجب أن يصاحبه قصد، ولذا لم يكن وقوع الدراهم في كم شخص لم يسطه لذلك من باب القبول للهبة لعدم القصد، فلم يملك لذلك، وملكها أخذها بالأخذ، لأنه قام مقام القبول لتتحقق القصد فيه، ولذا قال الكمال بن الهمام: إذا ضم كنه أو ثوبه على ما وقع فيه اتفاقاً، أو أتى أى عمل يقصد به الحيازة، تملك بذلك، لوجود ما يعيد قبولاً «راجع البيح، ص ١٩١ وما بعدها» .

أما الاستيلاء الحكمي فلا ترتب عليه الملكية إلا إذا قصد به الإحراز. فإن لم يقصد به الإحراز لم ترتب عليه ملكية. وبناء على ذلك إذا وضع إنسان ططا على سطح داره بقصد حفظه فتجمع فيه ماء المطر لم يملكه بذلك؛ لأنه لم يقصد بوضع الطست الإحراز كما في (الخيرية)، ولو دخل ظبي دار إنسان لم يملكه صاحبها بمجرد دخوله، إذ لم يقصد من بنائها إحراز الصيد بها، وهذا ما ذهب إليه الشافعي وأحمد، ففى النهاية والكشاف والمعنى: إن من توكل في أرضه صيد لم يملكه بذلك، ومن دخل في أرضه سمك بسبب اتساق ماء النهر فيها لم يملكه بدخوله في الأرض واستقره فيها، ومن حفر حفرة جمع فيها الماء ووقع فيها صيد لم يملكه بوقوعه فيها. وفي منح الجليل «ج ١ ص ٥٨٦» ما يفيد أن كل ذلك يكون ملكاً لصاحب الأرض على رأى بعض المالكية، وهو رأى لبعض الحنابلة، ذكره ابن رجب في قواعده (ص ١٩٠) وقال: إنه أشهر الروايتين. وقد قدما أن الاستيلاء الحكمي يكون باستعمال الآلات، والآلات إما أن تكون آلات صيد وإما أن تكون لغيره، فإن كانت آلات صيد كان اقتناؤها واتخاذها إما هو لأجل الصيد بها، ولذا لم يشترط الحظية في ترقب الملكية على الاستيلاء بها القصد إلى الإحراز، وإنما يشترطون ألا يقصد باستعمالها شيء آخر خلاف الإحراز. والسبب في ذلك - على ما ظنير لى - أن هذه الآلات لم تملك إلا لقصد استعمالها في إحراز الصيد، واقتناؤها إما كان لهذا الغرض وتلك نية أو قصد مستمر. لا يغيره إلا نية شيء آخر خلاف الإحراز، ومن ثم قالوا: إذا وضع الصائد الشبكة بقصد تحفيظها فتعلق بها صيد لم يملكه بمجرد تعلقه، لقصد شيء آخر خلاف الإحراز، ولا يملكه إلا إذا حضر إليها فأسك الصيد، أو كان منه بحيث لو مد يده لأخذه، لوجود الاستيلاء الحقيقي حيثئذ، ولكن إذا وضعها بقصد الإحراز أو بلا قصد، فتعلق بها الصيد ملكه من وقت تعلقه، وإن كان ملكاً غير تام لاحتمال الزوال بانتقاض الاستيلاء بقرار الصيد كما سيأتى.

وإن استعملت آلات ليست للصيد فلا يترتب على الاستيلاء بواسطتها التملك إلا إذا قصد من استعمالها إحراز الصيد. ولهذا جاء في الميوط «ج ١١ ص ٢٥١»: ولو نكر صيد في أرض إنسان فصار بحيث لا يستطيع براحا، أو رمى صيد فوقع في أرض رجل ولا يدري من رماه، فأخذه رجل آخر، فهو للذي أخذه؛ لأن الإحراز من الأخذ ولم يوجد من جهة صاحب الأرض إحراز، وإن عجز الصيد عن الطيران بما أصابه؛ لأن المباح إنما يملك بالإحراز.

وفي الفتاوى الخانية: حفر رجل حفرة في أرضه، فوقع فيها صيد، فجاء رجل فأخذه فإن الصيد يكون له، وذلك لعدم وجود نية الإحراز من الحافر، وإن كان صاحب الأرض قد اتخذ تلك الحفرة لأجل الصيد فهو أحق به، وذلك لوجود الاستيلاء مع القصد إلى الإحراز «ج ٥ ص ٤١٨» .

وإذا دخل الصيد دار إنسان فأغلق بابها عليه وصار بحيث يقدر على أخذه منها من غير صيد، فإن كان قد أغلق الباب لأجل إحراز الصيد ملكه، وإن كان قد أغلقه لأمر آخر لم يملكه، حتى لو أخذه آخر كان لصاحب الدار في الوجه الأول لوجود الاستيلاء منه مع قصد الإحراز، وكان لأخذه في الوجه الثاني لعدم قصد صاحب الدار إلى إحرازه ولاستيلاء الأخذ عليه استيلاء حقيقياً. هندية:

وإذا اتخذ النحل مكاناً في أرض رجل فعسل فيه لم يملكه صاحب الأرض لعدم استيلائه عليه، وملك عمله لاستيلائه عليه حكمياً، ووجه ذلك أن عادة أصحاب الأراضي والزراع قد جرت باتخاذ كوارات النحل في أرضهم لطلب عمله، وشاع ذلك بينهم حتى صار العمل كأنه من ثمار الأرض وثمراتها ولاجله تطلب =

الماء بسبب ذلك، لأنه لا يعد إحرازاً، لاتعدام القصد إليه، غير أن لبعض هذه الأموال في تملكها بالإحراز أحكاماً تختلف فيها عن بعضها الآخر، ولذا رأينا أن نعرض لذلك فيما يأتي:

الكلا والأجام: الكلا يختلف في الحكم عن الأجام «جمع آجم، وآجم جمع أجمة وهي الشجر الملتف» فإن الأجام إذا نبتت من نفسها في أرض مملوكة كانت ملكاً لصاحب الأرض، والكلا إذا نبت في أرض مملوكة لم يكن ملكاً لصاحب الأرض، وكان حقه فيه كحقوق سائر الناس، لا يملكه إلا بإحرازه، وقد اختلف في قيامه على سقيه أيعد إحرازاً يملكه به أو لا؟ وظاهر الرواية أنه لا يعد إحرازاً. والفرق بين الكلا والأجام أن الأرض لا تطلب لتستثمر بالكلا عادة، ولكنها تطلب لتستثمر بما ينبت فيها من آجام، فكانت ثمرة مقصودة من امتلاكها عادة، فيكون إحرازها إحرازاً لأجامها، بخلاف الكلا، ولذا قال عليه السلام: «الناس شركاء في ثلاثة: في الماء والكلا والنار». وبناء على ذلك لا يجوز للملك الأرض إذا ما وجد فيها الكلا أن يمنع الناس عن قطعه، وله أن يمنعهم عن دخول أرضه لأنها ملكه، إذا كانوا يجدون الكلا في غيرها، فإن لم يجدوه في غيرها - وهم في حاجة إليه - كان مخيراً بين أن يرخص لهم بدخول الأرض لأخذه وبين أن يقطعه لهم ويسلمهم إياه. وإلى هذا ذهب بعض المالكية. وذهب بعضهم إلى أنه إذا نبت في أرض مملوكة كان ملكاً لصاحبها، وجاز له بيعه ومنع الناس منه؛ لأنه يعد تابعاً للأرض وملكاً لصاحبها تبعاً لها. فهو محرز بإحرازها.

= كما تطلب للزراعة، فأصبحت كأنها آلة لأخذ العسل، فإذا استقر فيها العسل ملكه صاحبها لتحقق الاستيلاء الحكمي، ووجود النية حكماً، وهو اتخاذ الأرض عادة لجني عسل النحل الذي يحل فيها «هندية نغلا عن الخاتية» وكذلك من نصب فسطاطاً فتعلق به صيد، فإن قصد به الاصطياد ملكه لوجود الاستيلاء الحكمي، وإن لم يملكه لعدم وجود نية الإحراز «هندية ج ٥ ص ١٤٧ عن الظهيرية» والفروع في ذلك كثيرة جداً. وذهب الشافعية إلى أن الاستيلاء على الصيد إن كان بما يستعمل في العادة ويتخذ للاستيلاء عليه ترتب عليه الملك. وإن لم يكن من المستولى قصد التملك. أما إذا تم الاستيلاء عليه بما لا يتخذ لذلك عادة لم يترتب عليه الملك على أصح القولين إلا إذا قصد به التملك. فإن لم يقصد به التملك لم يملكه وإن صار أحق به من غيره. وعلى هذا لو وقع صيد في أرض مملوكة لإنسان وصار مقدوراً عليه فيها بسبب توحله أو انكسار عضو منه لم يملكه في الأصح، إذ لا يقصد بالأرض الاصطياد، ولو وقع في شبكة أعدت للصيد ملكه بمجرد وقوعه فيها لوجود القصد إلى الاصطياد، وإلى هذا ذهب كثير من الحنابلة أيضاً. راجع كشاف القناع «ج ٤ ص ١٣٣» والمتن «ج ٤ ص ١٠٤» والمغنى «ج ١١ ص ٣٠» والشرح الكبير «ج ١١ ص ٣٧» وقواعد ابن رجب ١٩٠ في باب الصيد. ومن هذا يشين متى يشترط القصد من الإحراز في تملك المباح بالاستيلاء عليه ومتى لا يشترط.

٢ - الصيد^(١): الصيد يطلق على اقتناص الحيوان وأخذه بحيلة وحذق ودقة نظر، وكذلك يطلق على كل حيوان يتمتع على الإنسان، إما بالفرار في الغابات والفلوات، كالأسد والغزال والأرنب والوحش، وغير ذلك من كل حيوان معتصم بالغابات والأحراش، أو متأبد ومتوحش بالصحراء، وإما بالطيران في الهواء، كأنواع الطيور المختلفة، وإما بالسباحة والغوص في الماء كالأسماك في البحار.

وهذه الأنواع من الحيوان تعد من الأموال المباحة ما لم تسبق إليها يد، فلكل إنسان أن يملكها باستيلانه عليها، فإذا حازها ملكها، ولم تدخل بعد ذلك في ملك غيره، إلا بسبب ناقل للملكية سواء بقيت في يده، أم انطلقت إلى حيث كانت^(٢).

حكم الصيد: وقد أحل الله لعباده الصيد إلا في حالين:

(١) الصيد مصدر صاد، يقال صاد الرجل الطير وغيره بصيده صيدا: اقتنصه وأخذه بحيلة، فالطير صيد، والرجل صائد وصياد، وكذلك يقال: صاد يصاد كصاف الشيء يعافه، ويطلق الصيد على ما يصاد ويجمع حيثنذ على صيود، ويتنال: اصطاد بمعنى صاد والمصيدة «ككريمة» والمصيدة «بكر فكون ففتح» والمصيد «بكر فكون مع حذف الهاء» آلة الصيد، جمعها مصايد.

(٢) إذا انطلقت إلى حيث كانت فذلك على وضعين:

١ - أن تنفذ من يده بدون اختياره فضر إلى حيث كانت في الغابة أو الصحراء أو في الجو أو أعماق الماء، وعند ذلك تستمر ملكيته لها عند أبي حنيفة والثمامي وأحمد، فإذا صادها إنسان وهى على هذه الحال لم يملكها، شأنها في ذلك شأن العبد إذا أبق أو البعير إذا شرد، فلا يزول ملك مالكة عنه بذلك. وعلى هذا إذا تبين لمن استولى عليها من علامة فيينا، كطوق أو صبغ - أنها مملوكة لغيره وجب عليه حيثنذ أن يردّها إلى مالكتها إن عرفه. فإن لم يعرفه كان حكمها حكم اللقطة، وقد أشرنا إليه فيما مضى. راجع البدائع والحانية والبيزاية والكشاف ج٤ ص١٣٤ والمتبهي ج٤ ص٢٠٥ والتهنباية ج١ ص١٩٧، وذهب مالك إلى أنها إذا فرت بدون اختيار مالكتها زال ملكه عنها إن لم تكن قد استأنت عنده. فإذا صادها شخص آخر في هذه الحال ملكها بالصيد. فإن كانت قد استأنت عنده ثم انفلت لم يزل ملكه عنها مادامت لم تتوحش، فإذا صادها شخص آخر على هذه الحال ملكها. وقيل لا يزول الملك بالتوحش، وعليه ردّها إلى مالكتها. ويلاحظ أن ذلك خاص بالصيد دون ما يكون عليه من حلى وقلائد، فإنه يكون للملكة الأول في جميع الأحوال السابقة، راجع «منع الجليل ج١ ص٥٨٥». وفي «المواقيح ج٢ ص٣» الصيد إذا انفلت ولحق بالوحش وطال عليه الزمن زالت ملكيته، وكان لمن صاده بعد ذلك، ولم يفرق ابن المواز في ذلك بين صيد قد صيد وصيد قد اشترى ١. هـ.

٢ - أن يظنّها مالكتها اختيارا تاركاً لها، كما إذا صاد سمكة ثم رمأها في الماء، أو طيرا ثم أطلقه، وفي هذا خلاف بين علماء الحنفية، فذهب بعضهم إلى أن ملك مالكتها يزول بذلك، فإذا صادها إنسان بعد إطلاقها ملكها بالصيد؛ لأنها بالتارك أصبحت مباحة لكل إنسان، وذهب آخرون إلى أنه لا يزول، وأن الحكم في هذه الحال كالحكم في الحال الأولى، غير أن أخذها يجوز له الانتفاع عند ذلك كما في الحموى على الأشياء ج٢ ص ١٠٥. وللكه أن يردّها منه. وفي البيزاية أن هذا القول هو المختار. وهو المتفق مع قواعد الحنفية، ومحل =

الأولى- أن يكون الصائد مُحْرِمًا.

الثانية- أن يكون الصيد في الحرم، وهو دائرة محدودة من الأرض تحيط بالكعبة على أبعاد تتجاوز مكة إلى مسافات مختلفة إذا دخلها الحيوان كان آمناً، قال تعالى (٥:١) ﴿أَحَلَّتْ لَكُمْ بِهِيْمَةَ الْأَنْعَامِ إِلَّا مَا يُتْلَى عَلَيْكُمْ غَيْرَ مُحْلَى الصَّيْدِ وَأَنْتُمْ حُرْمٌ﴾. ثم قال (٥:٢) ﴿وَإِذَا حَلَلْتُمْ فَاصْطَادُوا﴾ وقال (٥:٩٦) ﴿أَحَلَّ لَكُمْ صَيْدُ الْبَحْرِ وَطَعَامُهُ مَتَاعًا لَكُمْ وَلِلسَّيْرَةِ وَحَرَّمَ عَلَيْكُمْ صَيْدَ الْبَرِّ مَا دُمْتُمْ حُرْمًا﴾^(١).

أثره: والصيد كما يكون سبيًا لامتلاك الصيد، كذلك يكون طريقًا إلى حل أكله، فمن ناحية أنه استيلاء على مال مباح يكون مفيدًا للملك، ومن ناحية أن الشارع اعتبره ذكاة للحيوان وألحقه بالذبيح، إقرارًا لما استقر عليه عرف الناس وجرت به عاداتهم، يفيد حل أكل الصيد، غير أنه يشترط في إفادته ذلك الحل شروطًا كثيرة ليس يعيننا أن نذكرها هنا، لأننا بصدد أن نبيته باعتبارها سبيًا منشأ

= هذا الخلاف إذا لم يبين مالكنا عند تركها أنه قد تركها لتؤخذ أو ليملكها من شاء. فإن بين ذلك بلفظه لم يزل ملكه عنها بمجرد تركها ولكنها تبقى على ملكه فيستردها من يأخذها فراجع الحموى على الأشباه.

وذهب بعض العلماء إلى أن ملكه يبقى إلى أن يتناولها إنسان فتصير ملكا له، لا بالاستيلاء حينئذ ولكن بتسليمك تركها - من شاء فليأخذها - وكان ذلك لقوم معينين، فهي لمن أخذها منهم، وإن لم يقل ذلك لقوم معينين بأن قاله لا لقوم معينين، أو لم يقل شيئًا عند الترك لم تزل بعد تركها على ملك صاحبها وله أخذها إن وجدها. كما شرحنا ذلك عند كلامنا على الإباحة فراجع إليه.

رذهب الشافعي وأحمد إلى أن ترك المالك لما يملك لا يخرج عن ملكه، ففي نهاية المحتاج في الموضع السابق: متى ملك الإنسان الصيد، لم يزل ملكه عنه بإرساله إياه على أصح القولين؛ لأن رفع اليد لا يقتضى زوال الملك، كما لو سبب دابته، ولذا يتبعه المالك أنى وجدته، وعلى أخذه أن يرده إليه إن عرفه، ومثل هذا في الحكم ما إذا أباح المالك ملكه لغيره وتركه له فلا يخرج عن ملكه، وإذا أخذه المباح له لم يملكه بالأخذ، ولذا لا ينفذ فيه تصرفه بالبيع ونحوه، ولكن يحل له أكله دون أن يضمن قيمته. وغيل إذا أرسل المالك ما يملك زالك ملكه عنه، لأنه في المعنى كإعتاق العبد. وفي الكشف والمنتهى في الموضع السابق، من أرسل صيدا أو بعيرا أو شاة لم يزل ملكه عنه بإرساله، سواء أذكر عند إرساله ما يفيد أنه تركه أم لم يذكر، وهذا بخلاف كسرة أعرض عنها إذ يملكها كخدها لأنها مما لا يتبعه همة أوساط الناس عادة. وروى أن ملكه يزول بتركه لما يملك ونبذه مطلقا، فيملكه أخذه بأخذه راجع الفروع ج ٢ ص ٨٤٩، وقد ذكرنا ذلك.

(١) إذا صاد محرّم صيدا في الحرم أو في الحل لم يملكه، وكذلك إذا صاده في الحرم حلال لم يملكه ووجب على كل منهما إرساله، سواء كان في يده أو في قفصه أو في بيته كما في «رد المحتاج» ج ٢ ص ٢٣٩ نقلا عن اللباب» ووجه ذلك فيما يظهر لي أن الصيد في هذه الأحوال ليس مباحا لمن صاده بمقتضى الآية وغيرها من الأحاديث فلا يملك بالاستيلاء، عليه، وكذلك حرمت السنة اصطاد صيد الحرم، فكان غير مباح لمن أرادته. وإذا لا يملكه من أخذه. وهذا رأي الشافعي أيضا. راجع النهاية في الصيد.

للملكية، سواء أفاد حل أكل الصيد أم لم يفد، فإذا رأيت أرنباً، فأرسلت عليه كلبك المعلم، فجاءك به جريحا قد مات من جرحه فقد ملكته وحل لك أكله، ملكته باستيلاء كلبك عليه، وحل لك أكله بجرحه جرحا قام مقام ذبحه، وإذا أرسلت عليه كلبك غير المعلم فجاء به إليك كذلك ملكته بالاستيلاء وجاز لك أن تتفجع بجلده وشعره، ولم يحل لك أكله، إذ من شروط حل الأكل أن يكون الكلب قد تعلم الصيد. وأن تسمى الله حين ترسله.

شروط إفادته الملك: وللصيد وسائل شتى، فقد يكون بالكلاب المعلمة، وقد يكون بالشباك أو بالنبال وما فى حكمها من الآلات الرامية، وقد يكون بغير ذلك من الوسائل ويكون فى البر وفى البحر.

وإنما يفيد الملك إذا تم به الاستيلاء على الصيد، سواء أكان استيلاء حقيقيا أم استيلاء حكما.

فالحقيقى: يكون بإمساك الصيد باليد أو بالاقتراب منه وهو فى المصيدة، بحيث لو مدت إليه اليد لأمكنه، وبه يتملك الصيد، حتى إذا انفلت الصيد بعد ذلك لم يزل ملك الصائد عنه، ولم يتملكه غيره بعد ذلك، وكذلك الحكم إذا تركه الصائد اختيارا ففر، ثم صاده آخر على القول المختار كما بينا.

والاستيلاء الحكيمى: يتم بواسطة آلات الصيد وحدها. بشرط أن يصير به الصيد غير ممتنع وغير قادر على الفرار والعودة إلى حالته الطبيعية، ويكون ذلك إذا ما أمكن أخذه والقبض عليه بدون معاناة. أو استعمال وسائل أخرى من وسائل الصيد، وإن شئت قلت: إن الاستيلاء الحكيمى يكون بتهيئة الصيد؛ لأن يستولى عليه استيلاء حقيقيا.

وبهذا النوع من الاستيلاء يتملك الصائد الصيد بشرطين:

الأول: ألا ينتقض ذلك الاستيلاء بانفلات الصيد وفراره قبل إمساكه، وبعبارة أخرى: قبل أن يصير الاستيلاء عليه حقيقيا، فإذا نصب إنسان شبكة فتعلق بها صيد ملكه بذلك الاستيلاء، بشرط ألا ينتقض قبل استقراره، ويستقر إذا جاء صاحبها فأمسكه أو اقترب منها، بحيث لو مد يده إلى الصيد لأخذه حتى إذا انفلت بعد ذلك بعلاج الشبكة ففر لم ينتقض، وإذا صاده شخص آخر لم يملكه

كذلك، ولكن إذا عالج الصيد الشبكة حتى انفلت منها وفر قبل حضور الصائد لإمساكه، فإنه لا يصير مملوكا بما كان من الاستيلاء عليه، ولذا لو صاده إنسان آخر بعد ذلك، فإنه يملكه بصيده، وليس للأول أخذه.

الثاني - ألا تكون آلة الصيد حين تعلق الحيوان بها قد وضعت لغرض آخر غير الصيد، ويتحقق هذا الشرط بأن تكون آلة الصيد قد وضعت بقصد الاصطياد أو بلا قصد، فإذا تعلق بها حيوان في الحال ملكه الصائد بذلك، مع مراعاة الشرط الأول؛ لأنه يعتبر مستوليا عليه بواسطة هذه الآلة، حتى لو وضعها كذلك، ثم توفي بعد وضعها فتعلق بها الصيد بعد وفاته كان من تركته.

أما إذا وضعها لغرض آخر كالشبكة يضعها بقصد تجفيفها، فتعلق بها الصيد لم يملكه صاحبها منذ تعلق بها، وإنما يملكه صاحبها إذا حضر إليه فأمسكه، أو حضر إليه فكان قادرا على إمساكه بيده؛ لأن استيلاءه عليه لا يتحقق إلا بأحد هذين الأمرين، فلو أن رجلا جاء في هذه الحال قبل حضور صاحب الشبكة فأخذ الصيد منها، فإنه يملكه بذلك لاستيلائه على مال مباح لما يصير مملوكا.

وإذا كانت الآلة ليست للصيد فتعلق بها صيد لم يملكه صاحبها إلا إذا كان قد وضعها بقصد الصيد. وتوافر الشرط الأول، فإن لم يقصد بها الاصطياد لم يملكه بتعلقه بها، وإنما يملكه إذا حضر إليها فأمسكه، أو ذهب إليه حتى اقترب منها بحيث لو مد يده إلى الصيد لقدر على أخذه؛ لأنه يعد بذلك مستوليا على الصيد، فيملكه بذلك الاستيلاء لا بتعلقه بالآلة. فالفرق بين آلة الصيد وغيرها: أنه يشترط نية الصيد في آلة ليست للصيد، ويشترط ألا ينوي غرضا آخر غير الصيد في آلة الصيد^(١).

مسائل تفرعية: وينبنى على ذلك ما يأتي:

(١) اعتاد بعض الناس أن ينشئ أبراجا لياوى إليها الحمام. فما كان منه مباحا لم يسبق أن تملكه أحد بالاستيلاء عليه؛ يملكه صاحب البرج إذا آوى إليه متى كان بحيث يستطيع إغلاقه عليه. لأنه بذلك يستولى عليه لاستقراره في مكان أعد لصيده، وما يآوى إليه من حمام الناس لا يملكه بأية حال، كما لا يملك ما يلبده من

(١) راجع «الهندية ج ٥ ص ١٤٧، ١٤٨».

فراخ، وما يبيضه من بيض، أما فراخ المباح منه ويبيضه فتكون ملكا لصاحب البرج في جميع الأحوال؛ لأن استقرارها في البرج المعد لذلك يعد استيلاء عليها، وبذلك تملك.

(ب) إذا وضع إنسان كوارات للنحل في أرضه أو في داره فاحتلها النحل، فإنه يصير ملكا لصاحب الكوارات، لاستقراره في مكان أعد لصيده، وكذلك ما يخزنه النحل فيها من عسل؛ لاستيلائه عليه بواسطة الكوارات، فإذا ماهاجه إنسان فانتقل بذلك إلى كوارات شخص آخر؛ لم يزل بذلك ملك الأول عنه، وكان له أخذه ورده إلى كواراته، ولكن إذا اتخذ النحل في أرض شخص مكانا لم يعد له من قبل، فلا يملكه بذلك صاحب الأرض؛ لأنه استقر في مكان لم يعد لصيده، فلا يعد وجوده فيه استيلاء عليه، لجواز أن يتركه، وإنما يملك عسله لوجوده في أرضه على وجه لا يزالها، وكذا لو انتقل النحل إلى أرض شخص آخر لم يكن له أن يتبعه، لأنه لا يعد نستوليا عليه بحلولة في أرضه واستقراره بها.

(ج) رجل له مجرى ماء خاص في أرضه متصل بالنهر، فلما ساق إليه الماء انتقل إليه من النهر سمك كثير. فأقام الرجل عند ذلك سدا بينه وبين النهر رغبة منه في أخذ السمك، فإذا كان السمك بحيث ينال باليد بدون وسيلة وعناء، كان ملكا لذلك الرجل؛ لأنه في هذه الحال يعتبر بوجوده في المجرى بعد إقامة السد محرزا، فلا يجوز لأحد حينئذ أخذه من المجرى، وإن كان بحيث لا ينال إلا بصيده بشبكة أو نحوها لم يملكه صاحب المجرى في هذه الحال. وكان لغيره أن يصيده، وإذا صاده صاحب المجرى في هذه الحال، وكان لغيره أن يصيده، وإذا صاده ملكه، وهذا إذا كان المجرى طويلا أو متسعا كثير الماء، وأما إذا أقيم السد على جزء صغير منه، فإن إقامة السد في هذه الحال تعتبر إحرازا لما في هذا الجزء من السمك، فيتملكه بذلك كما يدل على هذا ما في فتح القدير؛ لأن هذا الجزء يعتبر كالحظيرة. وإذا صرف صاحب المجرى الماء عنه بطريقة منعت السمك أن يتسلل منه، فإنه يملكه بذلك العمل، للقدرة على تناوله حينئذ بدون عناء^(١).

(١) راجع فتح القدير ج ٥ ص ١٩١ والبزازية ج ٦ ص ٣٠٣. وذهب بعض المالكية كابن الكاتب إلى أن سمك البحيرات المملوكة ملك مالكيها، فله يبيعه، كما أن ماء الآبار المملوكة لملوك لصاحب البئر. راجع منح الجليل ج ٤ ص ٣٢ وذهب آخرون إلى إنه لا يملكه فلا يبيعه ولكن يكون أحق الناس به إذا احتاج إليه، وعند ذلك له أن يمنع من صيده، أما إذا لم يحتج إليه بأن كان لا يبيده فليس له أن يمنع أحدا من صيده. راجع المنح والزرقاتي.

(د) إذا صاد إنسان سمكاً فانفلت منه قبل أن تصل إليه يده لم يملكه بصيده، لانتقاض الإمسك الحكيمى، ولكن إذا انفلت منه بعد أن أمسكه بيده أو بعد وضعه على الشاطئ فإنه يملكه، ولا يزول ملكه عنه بانفلاته ووقوعه فى الماء، لحصول ذلك بعد الإمسك الحقيقى.

(هـ) إذا دخل ظبى دار إنسان، لم يملكه بمجرد دخوله، لعدم تحقق الإحراز بذلك، ولكن إذا أغلق عليه الباب لأجل إحرازه ملكه بذلك الإغلاق، فإن أغلقه لغرض آخر لم يملكه^(١) بذلك، وإذا سقط فى حفيرة، فإن كانت للصيد ملكه بسقوطه فيها، وإن لم تكن للصيد لم يملكه بذلك، حتى لو حضر إنسان فأخذه منها ملكه بذلك الأخذ، ما لم يكن مالك الحفيرة قد سبق إليها، وكان منها بحيث لو أراد الصيد لأخذه، فإن اقترابه منها على هذه الحال يعد استيلاء على الظبى فيملكه بذلك.

(و) إذا رمى إنسان صيدا، فأصابه فإن أخرجه بهذه الإصابة عن امتناعه، بأن لم يستطع معها الطيران إن كان طيرا، أو الجرى إن كان ظبيا أو أرنباً، فإنه يملكه بذلك وإن لم يمسكه فعلا، حتى لا يكون لإنسان آخر أن يأخذه بعد ذلك، وإن أخذه لم يملكه وكان للأول أن يقوم عليه حتى يأخذه منه، وإذا رماه آخر فى هذه الحال فقتله كان ضامناً له.

(ز) إذا رأى إنسان غزالا فأرسل عليه كلبه فاقتنصه، ملكه بذلك، حتى لو تركه الكلب بعد ذلك لم يزل ملكه عنه، إذ صار غير قادر على الفرار بعد أخذ الكلب له فإن فر انتقض الاستيلاء عليه، حتى لو صاده إنسان بعد ذلك ملكه بصيده، والفروع من ذلك كثيرة ولكنها لاتخفى عليك بعد معرفتك ما يعد استيلاء وما لا يعد فنكتفى بما ذكرنا.

٣ - الاستيلاء على الركاز: ركزت الرمح ركزا من باب قتل وضرب أى أثبتته بالأرض وغرزه فارتكز. والركاز: اسم جمع، واحده ركزة. ويطلق على المال المدفون فى الجاهلية، وهو فعال بمعنى مفعول، أى مركز، كالبساط بمعنى المسوط، والكتاب بمعنى المكتوب. ويطلق أيضا على المعدن. وفى القاموس:

(١) راجع الهندية: ج ٦ ص ٤١٨ والزازية فى الصيد.

«الركاز ماركزه الله فى المعادن أى أحدثه. ودفن الجاهلية» والمراد بالمعادن فى هذه العبارة : المحال جمع معدن وهى محل الفلز فى الأرض، من عدن بالمكان إذا أقام فيه، ومنه جنات عدن. وعلى ذلك فالركاز يطلق على ما يحويه باطن الأرض من فلزات كالذهب والحديد والنحاس والفضة مما يسمى الآن بالمعادن، وعلى ما يدفنه فيها الإنسان من ذلك ونحوه مما يسمى كتر:، وأركز وجد الركاز، والفرق بين الفلز والكنز: أن الفلز اسم لما هو جزء من الأرض من جواهرها المعروفة الآن بالمعادن، تسمية لها باسم محلها، وأن الكنز ليس جزءا من الأرض، وإنما هو دفين ومودع فيها، أودعه الإنسان فى باطنها، نقودا كان أم حليا أم سبائك أم متاعا.

أنواع المعادن أو الفلزات: المعدن ثلاثة أنواع:

- ١ - فمنه صلب قابل للطرق والسحب والانطباع بالنار، فتصنع منه الصفائح والأسلاك ونحوها، كالذهب، والفضة، والنحاس، والحديد.
- ٢ - ومنه صلب لا يقبل الانطباع بالنار ولا الطرق والسحب، كالماس والياقوت والزمرد ونحوها.
- ٣ - ومنه سائل كالزئبق والبتروول وغيرها من الزيوت المعدنية.

أحكامها: يرى المالكية فى أشهر أقوالهم أن ليس شىء من الأنواع الثلاثة فى محالها «مناجمها» من الأموال المباحة حتى يتملكها من وجدها واستولى عليها، وإنما هى ملك للمسلمين استولوا عليها باستيلائهم على أرضها؛ لأنها منها وثمرة من ثمراتها، ولكنها مع هذا لاتعد تابعة له، فلا تملك بامتلاكها، إذ ليس لمثلها تملك الأرض وتطلب عادة، فبقيت للمسلمين، أمرها إلى الإمام، يستغلها بعماله لمصالح المسلمين، أو يقطعها لمن يشاء نظير مال يصرف فى مصالحهم، أو مجانا إن رأى مصلحتهم فى ذلك، إذا أقطعها لم يجر له أن يقطعها تملكها، وإنما يقطعها انتفاعا، لمدة معينة أو مدة حياة من أقطعه إياها، ولذا لا يرثها من بعده ورثته، بل يرد الأمر فيها إلى الإمام، لافرق فى ذلك بين ما يوجد فى أرض مملوكة وما يوجد فى أرض غير مملوكة، ولا بين نوع منها ونوع آخر.

وفى منح الجليل: إن هذا الحكم دعت إليه المصلحة؛ لأن المعادن قد يجدها شرار الناس فإن تركت لهم أفسدوا، ولأنها على العموم مدعاة إلى التحاسد

والتقاتل وسفك الدماء، فجعلت للإمام درءا لكل هذه المفاسد وما مائلها، وهذا أوجه؛ لأن السبب الأول لا يعم ما يوجد من المعادن في أرض أسلم أهلها عليها، إذ لم يتول عليها الملعون^(١).

وذهب غير المالكية من الحنفية والشافعية والحنابلة إلى أن هذه المعادن قد تكون مملوكة وقد تكون مالا مباحا.

فإذا وجدت في أرض مملوكة كانت تابعة لأرضها لأنها جزء منها، وجدت معها أو منها خلقت، فإن كانت الأرض لشخص فما يكون فيها من المعادن فهو ملك له، وإن كانت من أملاك الحكومة الخاصة كانت معادنها ملكا للحكومة، وإن كانت الأرض موقوفة كانت معادنها وفقا تبعها لها عند الحنفية، فتصرف في مصالحها لا للمستحقين فيها؛ لأنها ليست بقلة، وذلك بناء على ما استظهره ابن عابدين^(٢) واستثنى أحمد من ذلك - في رواية عنه - المعدن السائل؛ لأنه لا يعد جزءا من الأرض، لشبهه بالماء يستنبط منها. فلا يتبعها في الملكية، ولا يكون ملكا لصاحبها، وإنما يكون مالا مباحا صاحب الأرض أولى به من غيره، وذلك لقوله عليه السلام: «من سبق إلى ما لم يسبق إليه أحد فهو له» رواه أبو داود، وفي رواية: «فهو أحق به» راجع المنتهى: «ج ٢ ص ٤٣١». وفي هذا الرأي نظر، فإن الماء إنما جعل شركة بين الناس ولم يكن للملك منبعه للحديث «الناس شركاء في ثلاثة في الماء واليهاء والنار» وليس المعدن واحدا منها، وأما قوله عليه السلام: «من سبق إلى ما لم يسبق إليه أحد فهو له» فهو أظهر في إفادة الملك، وعلى ذلك فرأى أبي حنيفة والشافعي أوجه، وهو كذلك رواية أخرى عن أحمد، ذكرها صاحب الشرح الكبير في باب الموات.

(١) وللمالكية قولان آخران: أحدهما أن المعادن بجميع أنواعها ملك لصاحب الأرض إن وجدت في أرض مملوكة لأهلها - وهم من أعطيت إليهم للانتفاع بها نظير الخراج - إن لم تكن مملوكة كما إذا نحت عنوة فصارت بذلك وقفا على مصالح الملعين فإن لم يكن لها مالك ولا أهل كانت للواجد، ومبنى هذا القول - كما هو الظاهر - اعتبارها من الأموال المباحة وإنما أحرزت بإحراز الأرض، أو باستخراجها من الأرض، إذا كانت غير مملوكة، فنملك بذلك الإحراز، وتكون ملكا لصاحب الأرض أو لواجدتها، وثانيهما: أن هذا الحكم خاص بغير الذهب والفضة، أما الذهب والفضة فهما للإمام على كل حال، ومبنى هذا القول أن المصلحة دعت إلى استثناء الذهب والفضة لشدة الرغبة فيهما، والتحاسد والتقاتل عليهما.

(٢) قال الرملي في حاشيته على أسنى المطالب: إذا استخرج من أرض موقوفة هل يكون لحجية الوقف خاصة أو للمصالح مطلقا؟ فيه نظر: ج ١ ص ٣٨٥.

وإذا وجدت في أرض مباحة غير مملوكة كانت أموالا مباحة تبعاً لها. فتكون للواجد، جامدة كانت أم سائلة.

ذلك ما يتعلق بامتلاك المعادن من الأحكام، وخيرها - فيما أرى - مذهب إليه مالك على أشهر الروايات، لقوة مبناه وعموم ما يحقق من مصلحة.

ومما يجب ملاحظته مع هذا أن مالكا والشافعي وأحمد يرون أنها إذا كانت للواجد أو لصاحب أرضها ملكها كلها، ولا يجب عليه فيها إلا الزكاة في بعض الحالات، ووجوب الزكاة لا ينافي عموم ملكيته لها، وأن أبا حنيفة يرى هذا في جميع نوعيها الأخيرين، غير أنه لا يوجب فيها زكاة. ويجعل النوع الأول مشتركاً، للمصالح العامة فيه الخمس، والباقي للواجد أو للمالك الأرض^(١).

(١) ليس من موضوعنا أن تفصل القول فيما يجب في المعادن على العموم، من مؤنة، ولكني أفضل أن أتعرض له بالتقدير الذي يبين به مقدار ما يخلص من المعادن لمن استخرجها واستولى عليها، وترك التفصيل لموضعه. فالملكية يرون أن الزكاة مستحقة فيما يستخرج منها إذا كان ذهباً أو فضة متى بلغ نصاباً، والنصاب من الذهب عشرون مثقالاً وقيمتها بالعملة المصرية ١١.٨٧٥ جنيهاً ذهباً. ومن الفضة مائتا درهم وقيمتها بالنقود ٦٢٩ قرشاً ذهباً وثلاثي قرش، فيؤخذ من المستخرج إذا بلغ ذلك أو زاد ربع العشر عند استخراجها، ويصرف في مصارف الزكاة، ولا تجب زكاة في غير هذين النوعين من المعادن كالنحاس والحديد والتصدير والبتروك ونحوها. راجع منح الجليل: ج ١ ص ٣٦٧. وإلى هذا ذهب الشافعي، راجع النهاية: ج ٣ ص ٩٦.

ويرى الحنابلة وجوب الزكاة «ربع العشر» فيما يستخرج من كل نوع منها لافرق بين جامد وسائل ولا بين ذهب وحديد؛ لأنها ثمرة للأرض كالجوب بشرط أن يكون المستخرج نصاباً أو أكثر، وأن يكون مستخرجه من أهل الزكاة، ولذا ينقص منه بقدر ما عليه من الدين، راجع الكشف: ج ١ ص ٤٥٨ ولا يشترط حولان الحول عند الجميع.

وذهب الحنيفة إلى أن المعادن نوع من الغنائم ولذا لا تجب فيها زكاة، وإنما يجب في النوع الأول منها فقط الخمس؛ لأنه ليس من جنس أجزاء الأرض لحديث «وفي الركاز الخمس» والركاز كما تقدم يشمل المعدن والكنز، وفي الأصل عن أبي حنيفة أن ذلك إذا وجد في أرض مملوكة لشخص معين لم يجب فيه شيء؛ لأنها حين انتقلت إليه تملكها بجميع ما تحويه مما خلق منها. فلا يجب عليه في المعدن يوجد فيها شيء. وأما النوع الثاني وهو ما كان عن جنس أجزاء الأرض، والنوع الثالث وهو ما كان شبيهاً بالماء، فلا يجب فيهما شيء، إذ لا يجب شيء في التراب والأحجار والماء مما يكون في باطن الأرض. ومنه يستخرج كذلك لا يجب في مثله من الماس والياقوت والبتروك؛ لأن هذه الأحجار لما كانت من جنس أجزاء الأرض كان تصرف الإمام في الأرض بإبانتها في يد أهلها وإقرار ملكيتهم لها يوم استولى عليها تصرفاً شاملاً لأجزائها. ومنها هذه الأحجار، فكانت ملكاً لمن أعطيت لهم، ولم يجب لذلك فيها شيء؛ لأنها إنما أعطيت بعد إخراج الخمس، ولأن هذا التصرف يومئذ لا يكن شاملاً لما استقر بباطنها من المعادن؛ لأنها ليست من جنس أجزائها كالذهب والفضة ونحوها، بقيت على حكم الغنائم، ووجب فيها لذلك الخمس، لقوله تعالى: (٤١: ٨) «واعلموا أنما غنمتم من شيء فإن لله خمسه» ولم تكن أربعة الأضراس الباقية ملكاً لمن أعطوا الأرض؛ لأن إعطاء الإمام لم يشملها لما تقدم، وكانت ملكاً للمالك الأرض إن وجدت في أرض مملوكة ولواجدها إن وجدت في أرض مباحة؛ لأن يد هذين يد حقيقية فتم بها الاستيلاء. وبخلاف يد الغنائمين إذا كانت حكمية فلم يتم بها الاستيلاء =

معادن البحار: وأما ما تدرسه (١) البحار من حلى ومعادن وغيرها كالعنبر والمرجان واللؤلؤ، وأما ما يستخرج منها من ذلك، فإن أبا حنيفة يرى أنه مال مباح يكون ملكاً لأول شخص استولى عليه، ولا شيء فيه لبيت المال، إذ ليس قاع البحر وما فيه تحت غلبة الإمام، وما وجب الخمس في المعادن التي توجد في الأرض إلا لأن الإمام قد غلب على أرضها. فلما انتفت علة الحكم - وهي الغلبة على مكان المعدن - فيما يؤخذ من البحار انتفى الحكم وهو وجوب الخمس فيه، فكان ما يؤخذ منه مثل الأسماك، ليس لبيت المال فيه شيء، وإلى هذا ذهب مالك وأحمد والشافعي، وذهب أبو يوسف إلى وجوب الخمس فيما يدرسه البحر، وما يبقى فلواجده، وحجته في ذلك: أن ما في البحر مما تغلب عليه أيدي الملوك، وأن عمر رضى الله عنه حين كتب إليه فيما يدرسه البحر من العنبر أفتى بأن يؤخذ الخمس منه وغيره مثله. وبهذا أخذ عمر بن عبدالعزيز.

= وليس يخفى ما في هذين الدليلين من أوجه النقد والنظر، إذ كيف يجعل البترول - مثلاً - في حكم اناء بجامع السهولة بينهما، وهو وصف طردى غير مناسب؟ ثم كيف يكون إخراج الخمس قبل توزيع الأرض يتناول ما قد يكون في باطنها من الأحجار الكريمة قبل اكتشافه والعلم به، ولم يلاحظ مع ذلك في تقديره وقت أخذه؟ وكيف تكون يد الغائبين على ما قد يوجد في باطنها من الذهب والفضة بدا حكمية ويد مالك الأرض حقيقيّة ولا فرق بين اليدين من ناحية الاستيلاء على الأرض؟

غير أن الإمام قد اختلف مع صاحبيه في وجوب هذا الخمس في موضعين:

الأول: أن الأرض إما عشرية أو خراجية وإما أرض لا مؤنة عليها كالدور المبنية، فالأرض العشرية هي ما وجب في حاصلاتها العشر أو نصف العشر تبعاً لطريقة ربها وسقيها، فإن رويت بلا آلة ففى حاصلاتها العشر وإن رويت بألة ففيها نصف العشر، وهذه هي الأراضي التي أسلم أهلها باختيارهم ولم يغلب عليها المسلمون بخيلهم ورجلهم. أو التي لا يقبل من أهلها إلا الإسلام أو القتل، من عبدة الأوثان من العرب، ويلحق بها أراضي الفلوات والصحارى والجبال، فتعتبر من الأراضي العشرية (كما جاء في الخانية)؛ لأنها إذا أثمرت شيئاً كان فيه العشر. والأرض الخراجية هي كل أرض ظهر عليها المسلمون فأبقتوها في أيدي أهلها، وكذلك كل أرض صالح أهلها المسلمين على قبول دفع الجزية (ضريبة تفرض على كل قادر عليها منهم)، وأن يصيروا أهل ذمة للمسلمين.

فإذا وجد النوع الأول من المعادن في أرض عشرية أو خراجية فخمس ما يتخرج منه لبيت المال اتفاقاً بين الإمام وصاحبيه، وإذا وجد في دار شخص أو حانوته لم يجب فيه شيء لبيت المال عند الإمام؛ لأنه وجد في باطن أرض لا مؤنة عليها فيأخذ حكمها، وخالفه في ذلك أصحابه لعموم قوله عليه السلام: «وفى البركاز الخمس» لأنه يشمل كل معدن سواء أوجد في دار أم غيرها.

الثاني الزئبق، فإن الطرفين ذهبا إلى إيجاب الخمس فيه لعددهما إياه من الفلزات المعدنية تشبيهاً له بالرصاص، وخالفهما أبو يوسف؛ لأنه سائل كائز الزيوت المعدنية في نظره. وقد جاء في البدائع أن أبا يوسف قال: سألت أبا حنيفة عن الزئبق، فقال: لا خمس فيه. فلم أزل به حتى قال: فيه الخمس. وكنت أظن حيث ذهبت مثل الرصاص والحديد، ثم تبين لى أنه كذلك وأنه بمنزلة النفط. فرجعت إلى قول أبي حنيفة الأول.

(١) درسه البحر: قذفه ورماء، من باب نصر.

أنواع الكنز: الكنز نوعان: إسلامي وجاهلي. فالإسلامي ما وجد به علامة أو كتابة تدل على أنه دفن في الأرض بعد ظهور الإسلام عليها، أو علم ذلك بأى دليل من الأدلة. والجاهلي، ما وجد به شعار أو كتابة يدلان على أنه قد دفن في الأرض قبل ظهور الإسلام عليها، أو علم ذلك بأى طريق من الطرق. فإن جهل حاله فقد اختلف فيه الرأي، فذهب بعض العلماء إلى اعتباره جاهليا، لأن أكثر ما يوجد من الكنوز لأهل الجاهلية، وذهب آخرون إلى اعتباره إسلاميا لتقدم العهد على الإسلام، فيترب أنه دفن أهله.

حكم الإسلامي: لا يعد من الأموال المباحة؛ لأنه مملوك لصاحبه ملكا محترما، فلا يملكه واجده، وإنما يعد لقطعة، فيجب تعريفها حتى يظهر صاحبها، فإن يش من معرفته حفظت، أو تصدق بها، وهذا رأى الحنفية^(١).

حكم الجاهلي: أما الجاهلي، فقد اتفق الأئمة الأربعة على أن خمسه لبيت المال، لقوله عليه السلام: «وفي الركاز الخمس» والركاز عند الحنفية يشمل المعدن والكنز، وعند الأئمة الثلاثة لا يراد به إلا الكنز، وإنما وجب فيه الخمس لاعتباره من الغنائم، فإنه مال غلب عليه المسلمون ففيه الخمس، غير أن الشافعي لا يرى إيجاب الخمس إلا فيما كان منه ذهب أو فضة، بشرط أن يبلغ نصابا، فإذا لم يوجد به ذهب ولا فضة أو وجد منهما مالا يبلغ نصابا فلا شيء فيه^(٢).

وما بقى بعد ذلك يعتبر مالا مباحا عند أحمد، فيكون ملكا لواجده، سواء أوجده في أرض مملوكة له أو لغيره^(٣) أم في أرض غير مملوكة؛ لأن الكنز ليس جزءا من الأرض فلا يملك بامتلاكها. وكان بذلك مالا غير محرز فيملكه من أحرزه، ولا يعد ملكا للفاتحين لعدم تمام إحرارهم له. وهو قول أبي يوسف ورواية عن مالك. راجع التاج: ج ٢ ص ٣٤٠.

(١) ومن العلماء من ذهب إلى أن الملكية في هذه الحال تزول عنها وتسلمكها واجدها، وقد روى عن عمر وابن مسعود وعائشة، وبه قال الشافعي وأحمد، غير أنهما يلزمان واجده بأن يرد به إلى صاحبه إن ظهر وهو موجود، فإن لم يكن موجودا رد إليه قيمته.

(٢) يخالفه مالك في هذا. واشترط لإيجاب الخمس فيه - وإن كان عرضا - ألا يحتاج في استخراجها والحصول عليه إلى كثير من النفقة أو كثير من العمل، فإن احتاج إلى ذلك كان الواجب فيه ربع العشر فقط، وإلا كان الواجب الخمس، وإن احتاج الانتقال إلى محله والفر إليه كثيرا من النفقة.

(٣) إذا وجد في أرض مملوكة لمسلمين فادعاه صاحب الأرض كان له مع يمينه لرجحان دعواه باليد السابقة على الأرض. راجع الكشاف ج ١ ص ٤٦٠. وروى كذلك أنه إذا وجد في أرض مملوكة كان لملكها، يراجع الأحكام السلطانية لأبي يعلى ص ١١٢.

وذهب أبو حنيفة ومالك والشافعي إلى أنه يكون ملكا لواجده بإحرازه إن
 وجده في أرض مباحة غير مملوكة لأحد، كالصحراء والجبل، أو في أرض ملكها
 بإحيائها؛ لأنه أول مستول عليها، ولكن إذا وجده في أرض مملوكة لغيره أو مملوكة
 له بالشراء مثلا، فرأى أبي حنيفة أنه يكون ملكا لأول مختط لها «من أعطيها حين
 الفتح» ولورثته من بعده إن عرفوا فإن لم يكن لها مختط بأن ملكت لأول أمرها
 بالإحياء، فإنه يكون لأول من أحيها ولورثته من بعده إن عرفوا؛ ذلك لأن من
 أعطيها عند الفتح ملكها وملك ماتحويه من الكنوز بإعطاء الإمام، وكذلك من
 أحيها يتملكها بالإحياء، ويتملك مايباطنها كذلك من الكنوز الجاهلية تبعا لها، ثم
 تنتقل ملكية هذه الكنوز إلى ورثة كل منهم بوفاته، وهكذا دون أن يمنع من ذلك
 تصرف في الأرض من مالكتها بالبيع ونحو ذلك؛ لأن العقود المالية إنما ترد على
 محلها فقط، وهي الأرض هنا، دون ماقد يكون مستودعا بباطنها من الكنوز، فلا
 يشملها العقد ولا تنتقل به إلى المشتري ولا إلى الموهوب له، وإنما يظهر أثر العقد
 في الأرض فقط، وتبقى الكنوز متنقلة بالوراثة في ورثة أول مالك، ونظير هذا ما
 لو باع إنسان سمكة صادها وفي جوفها جوهرة لايعلمها. فإن الصائد البائع يملك
 الجوهرة بالاستيلاء على السمكة، ولا يشملها عقد البيع؛ لأنه لم يرد عليها وإنما
 ورد على السمكة فقط، ولهذا لا يتملك المشتري إلا السمكة، وعليه أن يرد
 الجوهرة لصائد السمكة الذي باعها.

فإن لم يعرف أحد من هؤلاء اختلف رأى الحنفية، فقال بعضهم: يكون
 الكثر لبيت المال؛ لأنه مستودع أموال المسلمين التي لا يعرف لها وارث - وهذا
 ظاهر - وقال آخرون يكون لأقصى مالك معروف للأرض؛ لأنه هو الذي يظن فيه
 أنه أول مالك لها، فإن لم يوجد فلورثته.

وعلى هذا فمبنى رأى الحنفية أن الكثر إما مال مملوك لمحارب فيملك بأخذه
 مع الأرض، سواء أملكته عنوة أم بإحياء، وإما مال مملوك لمسلم أو ذمي فيكون
 حكمه حكم اللقطة (١).

(١) مذهب مالك لا يختلف في أساسه عن مذهب الحنفية. ولذا يرى أن الكثر إذا وجد في أرض استولى
 عليها المسلمون عنوة سواء أكانت مملوكة أم غير مملوكة كان ملكا لمن استولى عليها من الغزاة لا لمن وجده، ثم
 لورثتهم من بعدهم إن عرفوا، فإن لم يعرفوا كان لعامة المسلمين. وقيل «يكون لقطعة، راجع الناجح» ص ٢٤٠،
 ومنع الجليل «ج ١ ص ٣٦٩». وإذا وجد في أرض لم تؤخذ عنوة كأرض اليمن والحجاز والشافعي، فهو لمن =

هذه أحكام الشريعة الإسلامية فيما يوجد في الأرض من معادن وكنوز.

أما ما وضع من أحكام في القوانين المصرية فيمكن إجمالها فيما يأتي:

تعتبر المعادن تابعة لأرضها في ملكيتها. فإن كانت مملوكة لشخص كانت له، إن كانت مملوكة للحكومة كانت لها، لافرق في ذلك بين معدن جامد ومعدن سائل، لأن من ملك أرضا ملك ما فوقها وما في بطنها. كذلك الكنوز لمالك أرضها إن عرف لها مالك، بلا تفرقة بين كثر وكثر، فإن لم يكن للأرض مالك كانت لمن وجدها. ويستثنى من هذه الأحكام الكنوز ذات القيمة التاريخية، فإن لها أحكاما خاصة. وفي جميع ذلك رسوم قررتها الحكومة لا بد من أدائها^(١).

٤ - الأرض الموات وإحيائها: الأرض إذا كان يملكها مسلم أو ذمي وظل متمسكا بها لم يملكها أحد إلا عن طريقه، إما بعقد من العقود الناقلة للملكية حال حياته، وإما بالميراث عنه بوفاته، وذلك باتفاق بين الأئمة، غير أنه قد يسوء استغلالها فتزيد نفقاتها على غلاتها أو تتخرب لأي سبب من الأسباب، كحريق أو غرق فيعجز عن عمارتها وإصلاحها، ويتركها لذلك، ويطول تركه لها، وقد يتوفى فيتركها كذلك ورثته من بعده، إن كان له ورثة، ويتتهى الأمر إلى نسيان مالكتها، فتصبح وليس لها مالك معروف، ولا يعرف من أمرها إلا أنها كانت مملوكة في الإسلام. ومثال ذلك مانعرفه الآن من أرض مدينتي الفسطاط والعسكر وغيرهما من المدن الإسلامية الدارسة التي لا يستدل عليها إلا بآثارها الباقية.

= وجده؛ لأنه أول مسئول عليه، راجع التاج ج ٢ ص ٣٤٠، ونقل عن مالك أنه إذا وجد في أرض مملوكة لم تؤخذ عنوة كان لمن أحيها لا لمن وجده، ثم لورثته من بعده؛ ذلك لأنه أول مسئول عليه باستيلائه على الأرض، وإذا باعها لم يشمله البيع إذ لا يباع إلا ما ظهر منها. التاج ج ٢ ص ٣٤٠.

وذهب الشافعي إلى أنه إذا وجد في شارع أو مسجد فلقطة، وإذا وجد في أرض مملوكة كان لمالكها إن ادعاه وطلبه، وعندئذ لا يخمس، ولكن تجرى عليه أحكام الزكاة «المهذب والنهاية» فإن تركه ولم يدعه كان لمن تلقى الملك عنه من بائع أو واهب، إذا ادعاه كذلك، وهكذا حتى تصل إلى أول محي لها، فإن لم يكن محي في الإسلام بأن كانت من الغنائم كان للغنائمين. وفي المجموع «شرح المهذب» إذا وجد في أرض عرف مالكتها لم يملكه واحد بل يحفظ حتى يبيء مالكه، فإن أيس منه كان لبيت المال كسائر الأموال الضائعة. راجع النهاية ج ٢ ص ٩٩، والروض ج ١ ص ٣٨٧.

(١) كتاب الأموال للأستاذ محمد كامل مرسى باشا بند ٧١٧.

فإذا تركها مالكها لحال دعتة إلى تركها، وكان معروفا، وكان تملكه لها بعقد من العقود. لم يزل ملكه عنها بذلك الترك، ولم يجوز لأحد أن يملكها إلا عن طريقه باتفاق.

وإن كان تملكه لها بالإحياء لم يختلف الحكم عند أبي حنيفة وأحمد^(١)، لقوله عليه الصلاة والسلام: «من أحيا أرضا ميتة ليست لأحد فهي له» فلا يملكها أحد إلا عن طريق مالكها الذي تركها. وذهب مالك إلى أنها تعود بالترك مع التخرّب وعدم العمارة مواتا غير مملوكة كما كانت^(٢)، فيملكها من يحييها بعد ذلك، مثلها عنده مثل الصيد ينقل من صائده ويعجز عن رده ويطول زمن ذلك، فإنه يعود غير مملوك كما كان ويتملكه من يصيده بعد ذلك.

وإذا تركها مالكها ثم توفي فتركها كذلك ورثته من بعده حتى نسيهم الناس وأصبحت لا يعرف من أمرها إلا أنها كانت مملوكة يوما ما، فإن في تملكها بالإحياء روايتين عن أحمد. إحداهما: أنها لا تملك به، لقوله عليه السلام «من أحيا أرضا مواتا في غير حق مسلم فهي له» وهذه الأرض في حق مسلم فلا تملك بالإحياء^(٣) والثانية أنها تملك بالإحياء؛ لأنها أرض موات لاحق فينا لقوم بأعيانهم، فأشبهت ما لم يجز عليه ملك من قبل. وعموم الحديث يجعلها من متناوله، وإلى هذا ذهب مالك كما في الشرح الكبير^(٤).

أما الحنفية فقد اختلف فيها رأيهم، روى عن أبي يوسف أنها تملك بالإحياء، وإلى هذا ذهب القدوري وجعلها من الموات، وذهب الكاساني^(٥) في

(١) وروى هذا أيضا عن سخون.

(٢) روى هذا الرأي الثاني عن ابن القاسم راجع منح الجليل ج ٤ ص ٢٤ - ٤٣.

(٣) وإلى هذا الرأي ذهب الشافعي، وروى مع هذا أنها من المال الضائع فيرجع فيه إلى رأي الإمام، وفي حاشية الرمل على الروض وروى خربت قرية للمسلمين وتمطلت ولم يعرف ملائكتها فيل للإمام أن يعطيها لمن يعمرها؟ وجبان حكاهما القاضي أبو طالب، وفي الحاوي: ما لا يعرف مالكه ولا يرجع ظهوره فيو لبيت المال، فللإمام أن يأذن فيه كسائر أموال بيت المال. وهل يجوز للإمام إنقطاعه؟ وجبان. كذا في الحاوي، وقال صاحب الكفاية: رجع صاحب البحر جواره.

(٤) راجع الشرح الكبير ج ٦ ص ١٤٨، ١٤٩، ونسبة هذا لملك لم أرها في كتب المالكية، ولعل هذا الرأي

يرجع إلى ما روى عنهم من أن المالك إذا مات ترك ملكه اختيارا راعيا عنه زالت ملكيته له.

(٥) هو علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي الشافعي سنة ٥٨٧ ودفن بظاهر حلب، والكاساني

نسبة إلى قرية كاسان بتركستان.

البدائع والزبلى^(١) فى تبين الحقائق إلى أنها ليست مواتا ولا تملك بالإحياء، وإنما تعطى حكم اللقطة، ومعنى ذلك أنها تحفظ إلى أن يظهر مالكيها أو يتصدق بها على الفقراء، وقد رأى بعض الحنفية أن ذلك غير عملى، ولذا قالوا: إنها تكون لجماعة المسلمين، أمرها إلى الإمام يتصرف فيها كما يتصرف فى أموال بيت مال المسلمين؛ ذلك لأن بيت المال مستودع لجميع أموال المسلمين التى ليس لها وارث معلوم، ولو ظهر بعد ذلك مالكيها ردت إليه، وهذا قول محمد رحمه الله، ومن ذهب إليه صاحب الهداية، ولأن مذهب إليه القدورى لا يتفق مع قواعد الحنفية القاضية بأن الملك إذا ثبت لا يرتفع بالترك، وقد حاول الزبلى أن يؤول كلام القدورى فقال: إنه يريد أنها كالموات لا أنها موات حقيقة؛ ولا يفيد هذا التأويل مادام القدورى يرى فيها أنها تملك بالإحياء، وهو ظاهر كلامه وما نقل عنه.

وأما إذا كانت الأرض غير مملوكة لأحد فإما أن يتعلق بها حق ارتفاق أو لا، فإن تعلق بها حق ارتفاق بأن كانت قرية من العمران، فكانت مستودع قمامة القرية أو مطرح أتريتها أو مكانا لحصائدها أو محتطبا لها أو ميلا لمائها، أو مسرحا للنعم أو مناخا للإبل أو نحو ذلك، لم يجز إحيائها ولا تملك بالإحياء. -

ومناط تعلق الحق بها عند أبى يوسف صلاحيتها لذلك لقربها من البلد، فما قرب من البلد لا يملك بالإحياء، وما بعد يملك بإحيائه، لعدم تعلق حق أهل البلد به، وتعد الأرض بعيدة إذا كان بينها وبين العمران مقدار غلوة «من ثلاثمائة ذراع إلى أربعمائة» وفى رواية عنه: إذا كان من بها لا يسمع جهورى الصوت إذا صاح فى أدنى العمران منها، وذلك ما اختاره السرخسى^(٢).

ويرى محمد أن حق أهل البلد لا يتعلق بها إلا إذا انتفعوا بها فعلا، فإذا كانوا لا ينتفعون بها فعلا كانت مواتا، وملكيها من أحيائها، وإن كانت قرية، وهذا ظاهر الرواية، وعلى ذلك فما يوجد من الأرض الرملية بجوار المدن مما لا ينتفع به يعتبر مواتا عند محمد، فيملك بإحيائه أو بالبناء عليه، وليس بموات عند أبى يوسف فلا يملك بالبناء عليه.

(١) هو فخر الدين عثمان بن على من زبلى على البحر الأحمر برع فى الفقه والنحو والفرائض، وقدم القاهرة سنة ٧٠٥، وتوفى سنة ٧٤٣. ودفن بالقرافة.

(٢) ويظهر أن ذلك التحديد خاص بما قرب من البلاد. أما ما قرب من الأرض المنزوعة العامرة فلا يلائمه هذا التحديد لما هو ظاهر، وإذن لا يمنع إلا من إحياء ما ارتفق به فعلا.

وذهب أحمد ومالك إلى أن القريب من العمران لا يملك بالإحياء، ويرى أحمد أن يترك تحديد ذلك إلى عرف الناس، إذا ما انعدم الانتفاع به فعلا.

وأما إذا لم يتعلق بها حق ارتفاق بأن كانت بعيدة عن العمران أو غير منتفع بها - كما قدمنا - فإنها تعتبر مواتا حينئذ لعدم الانتفاع بها.

وعلى ذلك فالأرض الموات ^(١): هي الأرض التي لا يملكها أحد ولم يتعلق بها حق أحد، ولا ينتفع بها إما لعدم وصول الماء إليها، وإما لغلته عليها، وإما لسوء تربتها؛ لأنها أرض سبخة أو كثيرة الحصى، وإما لغير ذلك من الأسباب التي حالت دون الانتفاع بها. وإذن فالأرض المملوكة لا تعد مواتا، وربما كان ذلك مقتضى الاستعمال اللغوي، ففي الصحاح: أنها الأرض لا مالك لها، ومثل ذلك في القاموس. وكذلك ما يوجد في وسط البلاد من الميادين المتسعة، وما يقرب منها من النضاء الذي يرتفق به أهلها لا يعد مواتا، ولا تعد الأرض مواتا تملك بالإحياء إلا إذا كانت بعيدة لا ينتفع بها لسبب من الأسباب.

بم يكون الإحياء وأثره؟ سبب تملك الأرض الموات:

يرى كثير من العلماء أن الأرض الموات تدخل في ولاية الإمام العامة، ولهذا كان له أن يملكها بالإقطاع، ويرى الحنفية فيما يظهر لى من كلام صاحب البدائع وما نقله البحر ^(٢) عن الفتاوى الغياثية أن الأرض الموات يجوز للإمام أن يقطعها لمن يشاء، ولكنها لا تصير بذلك الإقطاع ملكا لمن أخذها، وإنما يثبت له به حق احتجازها لإحيائها في مدى ثلاث سنين ليملكها بذلك، فإذا مضت دون أن يعمرها بطل حقه، وكان للإمام أن يعطيها غيره ^(٣).

(١) سميت الأرض التي لا ينتفع بها مواتا لشبهها بالحيوان الذي بطلت منافعه بموته، فإذا انتفع بها حيث ومنه قوله تعالى ﴿وأنزلنا من السماء ماء فأحينا به الأرض بعد موتها﴾.

(٢) صاحب البحر هو الشيخ زين بن إبراهيم بن محمد الشهير بابن نجيم أحد أسماء أجداده، ولد بالقاهرة سنة ٩٢٦، وله كتاب الأشياء والنظائر والبحر الرائق على الكنتز، ومختصر التحرير وشرح المنار. وتوفي سنة ٩٧٠ ودفن بقرب البدة سكية.

(٣) راجع البدائع والبحر. وذهب مالك إلى أنه يجوز للإمام أن يقطع الأرض الموات فتصير بذلك ملكا لمن أعطى، له أن يبيعها وأن يتصرف فيها وإن لم يبيعها. راجع منح الجليل ج ٤ ص ١٥. وذهب الشافعي إلى ذلك أيضا، فجعل للإمام حق تملك رقبة الموات لمن يوبد. راجع النهاية والشيرازي ج ٥ ص ٣٢٩. وهذا بخلاف إقطاع الإمام الموات للأحياء، فإنه من باب النحرير ولا يثبت الملك فيه بالإحياء، وإلى هذا الإقطاع ذهب أحمد فلم يجعل للإمام أن يقطع الموات إقطاع تملك. راجع الشرح الكبير وكشاف القناع في إحياء الموات.

ويرى الصحابان أن الموات من الأرض مال مباح، فيملكها من استولى عليها بوضع يده، غير أن اليد على المال المتقول تكون ظاهرة، وعلى العتار لا تظهر إلا بظهور أثرها من الانتفاع به والعمل فيه، ولذلك لا يكون إحرازه والاستيلاء عليه إلا بإحيائه حتى تظهر حيازته فلا يطلبه الناس، وبهذا جاء قوله عليه الصلاة والسلام: «من أحيا أرضاً ميتة فهي له». وعلى ذلك فلا يتوقف ثبوت الملك بالإحياء على إذن الإمام به^(١).

ويرى أبو حنيفة رحمه الله أن مجرد الاستيلاء عليها بإحيائها لا يكفي في تملكها، بل لابد من أن يكون ذلك بإذن من الإمام^(٢).

وفى رأى: أن اشتراط هذا الإذن لا يتنافى مع اعتبار الأرض الموات من الأموال المباحة عند الإمام، ولكنه لما رأى أن رغبة الناس في إحيائها قد تكون مبعث نزاع ومثار خصام، وأن للإمام مع ذلك يدا عليها وسلطانا بعموم ولايته على أرض الإسلام، وأن فى اشتراط إذنه بإحيائها منعا للخصام وإزالة لدواعيه، ومظهورا ليد وولايته، لما رأى ذلك أوجبه رعاية لهذه المصالح، ولم يوجبه فى غيرها من الأموال المباحة لظهور اليد فيها والسبق إليها، وذلك كفيل فى كثير من الأحوال بمنع النزاع.

ويرى المالكية أن الموات إذا كان قريبا من العمران ولاحق لأحد عليه لم يجز لأحد إحياءه إلا بإذن من الإمام أو بشراء منه، فإن أحياه بلا إذنه أخرج منه، ولو

(١) وإلى هذا ذهب الشافعى وأحمد. راجع النياية والمعنى والشرح الكبير فى باب إحياء الموات، وكذلك رأى مالك فى إحياء ما بعد عن العامر، بناء كان العامر أو أرضا، أما ما قرب منه فلا يملكه من يحيه إلا بإذن من الإمام حتى لا يكون من وراء ذلك نزاع وشغب. ونقل عن سحنون أنه قال: لم أجد لأصحابنا بيانا لحد القرب والبعد، وأرى أن ما لا تدركه المواشى فى غدها ورواحها بعيد، وما تدركه فقرب. راجع الباجى ج ٦ ص ٢٩.

(٢) وقد يستدل على مذهبه بدليلين: الأول قوله ﷺ: «ليس للمرء إلا ما طاب به نفس إمامه» ولا تطيب نفس الإمام بما يتولى عليه الإنسان إلا بإذنه. الثانى - أن الموات من الأرض كان مما استولى عليه المسلمون عند الفتح، فهى لذلك من غنائم الفتح، ولا يجوز أن يختص أحد بشيء من الغنائم بلا إذن الإمام. بخلاف غيرها من الأموال المباحة كالكلأ والصيد.

والدليل الأول: (له) أخذ به عم كل مباح، فلا يملك بالاستيلاء عليه إلا مع إذن الإمام ولم يقل بذلك أبو حنيفة، ولذا فلا يصلح دليلا لرأيه، والدليل الثانى: يفيد أن الأرض الموات ليست من قبيل الأموال المباحة؛ لأنه اعتبرها من الغنائم، وأوجب لذلك إذن الإمام بإحيائها حتى تملك، ولكن عددها من الغنائم يقتضى أنه يكفي فى امتلاكها إعطاء الإمام دون توقف على الإحياء، وهذا ما لم أره. على أن هذا الدليل لا يعنى موات الأرض التى أسلم أهلها بلا فتح كموات أرض اليمن مثلا إذ إنها لا تعد من الغنائم إذ لم يجلب عليها المسلمون بخيل ولا ركاب.

بني نقض بناؤه أو أعطى قيمته مقلوعا «أنتقاضا». وإن كان بعيدا عنه جاز إحياءه بدون إذن من الإمام فيملك كذلك بإقطاع الإمام أو بالشراء منه.

وإحياء الأرض الموات يكون بجعلها صالحة للزراعة أو للانتفاع بها بغير الزراعة، وذلك بإزالة الأسباب التي حالت دون الانتفاع بها فعلا من منع الماء عنها بإقامة السدود، وصرفه إن كانت مغمورة به، ومن إيصال الماء إليها بحفر المجارى أو الآبار إن كانت محرومة منه، ومن كرائها وسقيها، أو سقيها مع إلقاء البذر فيها، ومن إقامة سور عليها أو البناء فوقها، إلى غير ذلك من الأعمال التي تجعل اليد عليها ظاهرة والأرض منتفعا بها، وذهب أحمد في إحدى روايته إلى أن الإحياء يكون بما يعده العرف إحياء، وذلك يختلف باختلافه، وهذا أظهر.

ويمتلك المحيي ما أحياه من الأرض الموات على الوجه الذي بينا إذا كانت ممتدة غير محددة، فإن كانت محددة، لم يملكها إلا بإحياء ما يزيد على نصفها. وعن أبي يوسف أنه إذا كان ما أحياه في وسطها ملكها بذلك، ويظهر لي أن مرجع ذلك إلى العرف؛ لأن العبرة بإظهار اليد على جميع الأرض.

وكذلك يكون إحياء الأرض الموات بحفر الآبار فيها أو بإنشاء مجار للماء تخترقها، فمن حفر في أرض موات بئرا كان حريمها^(١) ملكا له، وهو أربعون ذراعا من كل ناحية، فإن فاض الماء منها فكانت عينا، فحريمها خمسمائة ذراع من كل ناحية. أما حريم القنوات فيقدر بما يلزم لها من إصلاح يكتفيها، ومرمى لما يخرج منها من أحجار وطين عند حفرها وكريها، ويكون الحريم في هذه الأموال ملكا للحافر باعتبار أن ذلك إحياء له «والذراع ست قبضات»^(٢).

وإذا عمل فيها من استولى عليها عملا لاتصير به منتفعا بها كان ذلك تحجيرا^(٣) كأن يضع الشخص عليها من العلامات ما يدل على سبته إليها وشروعه

(١) حريم الشيء ما حوله من حقوق ومرافق سمي بذلك؛ لأنه بحرم على غير مالكة أن يشد بالانتفاع به.
(٢) وذهب بعض العلماء إلى أن الحريم لا يدخل في ملك الخافر للبئر ولكن يشب عليه للبئر حق ارتفاع فقط، بمنع غير مالك البئر من إحيائه، وهو رأى المالكية. راجع منح الجليل ج ٤ ص ١٣.
(٣) سمي تحجيرا لما يترتب عليه من الحجر على غير الحجر أن يصلحها. وقيل: لأنه يكون بوضع الأحجار حولها.

فى إحيائها، كتسويرها بأحجار لم تتخذ شكل البناء، وكقطع حشائشها أو أشواكها، وكحفر بعض مصارفها أو كريبها، وكإنزال الماء فيها، وفى اعتبار بعض هذه الأعمال تحجيرا وعدم اعتبارها إحياء خلاف بين الحنفية.

ولا يثبت بالتحجير تملك، ولكن يثبت به حق للمحجر يكون به أولى الناس بإحيائها على أصح الأقوال. ويثبت له هذا الحق مدة ثلاث سنوات من ابتداء تحجيره، فإذا مضت دون إحياء سقط حقه، كما يسقط كذلك بموته قبل نهايتها، وذلك لقوله عليه السلام: «عادى^(١) الأرض لله ولرسوله، ثم لكم من بعد، فمن أحيأ أرضا ميتة فهى له، وليس لمحتجر حق بعد ثلاث سنين» وبه قضى عمر. ولأن المحتجر إذا مضى على ابتداء تحجيره هذا الزمن ولم يتمكن فيه من إصلاح الأرض دل ذلك على عجزه أو عدم رغبته، ووجب أن يسر طريق إحيائها لغيره، لما فى ذلك من المصلحة العامة.

وثبوت حق المحتجر فى المدة الميئة لا يمنع غيره من تملكها بالإحياء عند الحنفية وإن كره له أن يفعل ذلك ديانة وخلقا، فلو أخذها قهرا فأحيأها ملكها بهذا الإحياء، مثله مثل من يخطب على خطبة غيره فيتزوج، فإن زواجه يكون صحيحا مكروها. ومن العلماء من جعل هذا الحق مانعا من تملك غيره لهذه الأرض طيلة هذه المدة، وهذا رأى لبعض الحنابلة كما فى الشرح الكبير «ج ٦ ص ١٦٨». ومن العلماء من جعل المحتجر مالكا لها فى هذه المدة ملكا مؤقتا ينتهى بانتهائها من غير إحياء. ولست أرى إلا أن تكون هذه الملكية من الملكية الناقصة، وإنها ملكية حق حبس وانتفاع لملكية رقبة، إذ ليس من المعهود فى التشريع الإسلامى أن يكون ملك الرقبة مؤقتا بمدة.

(١) نسبة إلى عاد، ويراد به الأرض الخربة من قديم.

خلاصة الباب

يستفاد الملك التام بسبب من أسباب ثلاثة وهي:
الحيازة - الوراثة - العقد الناقل للملكية.

١- الحيازة: هذا السبب يختص بالأموال المباحة فلا يفيد ملكية في الأموال المتقومة وهي الأموال المملوكة. ويمتاز بأنه منشئ للملكية فيوجدتها بعد أن لم تكن، وعلى ذلك فلا تكون حيازة مال مملوك سببا لتملكه وإن طال وضع يد الحائز عليها. وذلك خلافا لما جرى عليه التشريع الوضعي. ولذا لا تملك اللقطة بالتقاطها، وإنما يجب تعريفها فإذا لما عرف صاحبها فسيلها الصدقة، وأما ما ذكره الفقهاء من عدم سماع الدعوى لتركها مدة طويلة - ولو كانت بحق هو عين - فمرجعه إلى أن ترك الدعوى خمس عشرة سنة في غير الوقف والإرث، وثلاثا وثلاثين سنة في الوقف والإرث، مع التمكن من رفعها، دليل كذبها ظاهرا. وذلك يستوجب عدم سماعها بهذا الحق، لا أن الحق قد صار ملكا لمن وضع يده عليه. والنتيجة أنه لا يسقط حق بوضع اليد عليه ولا يترك المطالبة به وإن طال مدة ذلك الترك. وكما يمتاز هذا السبب بأنه منشئ للملكية يمتاز بأنه سبب فعلي، ولذا يفيد أثره إذا صدر ممن ليس أهلا للقول كالمجنون والصغير الذي لا يميز، فيمتلك كل منهما المباح بحيازته، وعلى ذلك فجميع ما خلقه الله تعالى على وجه الأرض من الأموال التي لم يملكها أحد كالأشجار في الجبال أو الصحراء وما عليها من ثمار، وكالمعادن في الفلوات يملك بإحرازه والاستيلاء عليه. وهناك التفصيل.

١ - الكلاً والآجام: الكلاً ما ينبت في الأرض بدون إنسان أحد، من الحشائش التي لا تملك الأرض لأجلها، ويعتبر مالا مباحا، ولو كان في أرض مملوكة، وهذا يملكه من يحوزه بحشبه وقطعه. أما الآجام وهي التي تملك الأرض لأجلها، فلا تكون مباحة إلا إذا كانت في أرض غير مملوكة، وذهب المالكية إلى أنه لا فرق بين الكلاً والآجام، إذا وجدت في أرض مملوكة، فتكون كلها ملكا للمالكها.

٢ - الصيد: هو اقتناص الحيوان بحيلة وحذق، ويملك به كل حيوان ممتنع على الإنسان؛ إما بفراره، وإما بطيرانه، وإما بسبحه وغوصه في الماء إذا لم يملكه صائد من قبل. وللصيد وسائل شتى، وهو يفيد الملك إذا تم به الاستيلاء على المصيد. والاستيلاء نوعان:

أحدهما حقيقي: ويكون بالإمساك باليد أو بالمصيدة، إذا كان الصائد قريباً منها بحيث لو أراد الاستيلاء على الصيد لفعل، وهذا النوع من الاستيلاء يفيد ملكاً مستقراً، حتى لو انفلت بعده الصيد فعاد إلى مكانه لم يزل ملك الصائد عنه، ولا يتملكه غيره بصيده بعد ذلك، وكذلك الحكم إذا تركه الصائد اختياراً على أصح القولين.

وثانيهما حكيم: ويكون بواسطة آلات الصيد وحدها بشرط أن يصير به الصيد غير ممتنع وغير قادر على الفرار والعودة إلى حالته الطبيعية. ويتحقق ذلك عندما يمكن أخذه بدون معاناة واستعمال وسائل أخرى، ويفيد هذا النوع الملك بشرطين:

الأول: ألا ينتقض ذلك الاستيلاء بانفلات الصيد وفراره قبل أن يصير الاستيلاء عليه حقيقياً، فإذا نصب شبكة فتعلق بها صيد ملكه بذلك إذا لم ينتقض، أما إذا انتقض فعالج الشبكة حتى خلص منها، ثم فر لم يملكه بذلك الاستيلاء، حتى إذا صاده آخر ملكه بأخذه.

الثاني: أن تكون آلة الصيد قد وضعت بقصد الاصطياد أو بلا قصد، أما إذا وضعت للتجفيف مثلاً فتعلق بها صيد لم يملكه صاحبها بهذا التعلق، ولا يملكه إلا إذا تحقق الاستيلاء الحقيقي عليه، وذلك بأن يقترب منه حتى يصير بمتكناً من أخذه قبل انفلاته.

٣- الاستيلاء على الركاز: والركاز يشمل المعادن والكنوز:

المعادن: المعدن أنواع ثلاثة:

١ - صلب قابل للطرق والانطباع بالنار كالحديد والنحاس والذهب والفضة.

٢ - صلب لا يقبل الانطباع بالنار كاللص والياقوت.

٣ - سائل كالزئبق والبتروكول.

- ويرى المالكية في أشهر أقوالهم أن الأنواع الثلاثة إذا وجدت في الأرض كانت ملكا لجماعة المسلمين، أمرها إلى الإمام يستغلها بعماله لمصالح المسلمين، ويرأها غيرهم مملوكة للمالك أرضها إذا وجدت في أرض مملوكة، ومباحة إذا وجدت في أرض غير مملوكة، وعندئذ تكون ملكا لواجدها. ويلاحظ أن المالكية والشافعية، والحنابلة يرون أن ملكية مالكيها تعميها، ولا يجب عليه فيها الزكاة، إلا إذا كانت ذهبا أو فضة، فإن لم تكن ذهبا ولا فضة، فلا زكاة فيها إلا عند الحنابلة، أما الحنفية فيرون أنها تكون ملكا للمالكها إذا كانت من النوعين الأخيرين، ولا يجب عليه فيها شيء، أما إذا كانت من النوع الأول وهو القابل لأن ينطبع بالنار ففيها الخمس، وأربعة أخماسها للمالك الأرض أو لواجدها.

وأما ما يتخرج من البحر، فهو ملك لمستخرجه، ولا شيء فيه إلا عند أبي يوسف فيرى الخمس فيه لبيت المال.

الكنوز: الكنز نوعان إسلامي، وهو ما وجدت عليه علامة تدل على أنه دفن مسلم أو ذمي. وجاهلي، وهو ما وجدت عليه علامة تدل على أنه دفن قبل استيلاء المسلمين على محله. وحكم الإسلامى: حكم اللقطة، فواجب تعريفه. وحكم الجاهلي: أن فيه الخمس لبيت المال اتفاقا. وأربعة أخماسه لواجده عند أحمد، وهو قول لأبي يوسف، ورواية عن مالك، وذهب أبو حنيفة إلى أنه يكون ملكا لواجده بإحرازه إن وجدته في أرض مباحة كالصحراء، أما إن وجدته في أرض مملوكة، فهو لأول مالك لها أو لورثته. وأول مالك لها هو أول من أحيأها إن ملكت بالإحياء، أو أول مختط لها إن أعطيت حين فتحها والاستيلاء عليها، فإن لم يعرف أحد من هؤلاء فهي لبيت المال، وقيل: لأقصى مالك معروف للأرض لأنه يظن أنه من ورثة أول مالك.

٤ - الأرض الموات: يراد بالأرض الموات، الأرض التي لا ينتفع بها، ولم تكن ملكا لأحد، ولم يتعلق بها حق ارتفاق لأحد، وتعتبر من المرافق التي تتعلق بها حقوق الارتفاق، إذا كانت قريبة من العمران، وذلك رأى أبي يوسف، وتعتبر قريبة عنده إذا كان من بها يسمع المنادى فى أدنى منزلة من العمران قريبة منها، ويرى محمد أنها لا تعد من المرافق إلا إذا ارتفق بها فعلا. فكانت محتطبا أو مناخا ومرحبا للدواب أو غير ذلك.

وهذا النوع من الأرض يملك بالإحياء عند الصاحبين، ويرى الإمام أنه لا يملك بالإحياء إلا إذا أذن بذلك الإمام. وإحيائها يكون بجعلها صالحة للزراعة أو للانتفاع بها من غير زراعة، كبنائها منزلا، أو جعلها حظيرة للمواشى، أو نحو ذلك. أما الشروع فى استصلاحها بعمل من الأعمال فيعتبر تحجيرا، وهذا لا يفيد امتلاكها، وإنما يجعل للمحتجر الحق فى إحرازها ثلاث سنوات لإحيائها، فإذا أحيها فى أثنائها ملكها، وإن مضت دون إحيائها أخذت منه وأعطيت لغيره، وإذا أخذها منه إنسان قبل مضى السنوات الثلاث فأحيها ملكها، وكان ذلك مكروها من الشارع.

(ب) باب الهيراث

الميراث: هو أن يحل الوارث محل مورثه فيما كان له من أموال أو حقوق مالية عند وفاته فإذا توفي شخص وكان له ابن أو أب أو أم فإن كلا من هؤلاء يحل محله في جميع ما يترك من مال، عقار أو منقول بسبب الوراثه، ويثبت بينا لكل فيما ترك ملك تام باعتباره خليفة عنه فيه، ولذا لا يحتاج في ثبوت هذا الملك إلى قبول.

ولا يكون الميراث إلا في مال مملوك أو حق ملحق به، ولا يكون إلا فيما بقي من ذلك بعد سداد الديون، وتنفيذ الوصايا الصادرة من المورث في ثلث ماترك، أو فيما زاد عليه عند إجازتها من الورثة. ويعرف تفصيل هذه الأحكام في مواضعها.

(ج) العقود الناقلة للملكية

هذه العقود تشمل: البيع، والهبة، والصدقة، والوصية بالأعيان، والصلح، والزواج بالنسبة إلى المهر إذا كان عينا، والفرقة بين الزوجين على مال بالنسبة إلى ذلك المال، والإجارة بالنسبة إلى الأجرة إذا كانت عينا، والتنازل عن بعض الحقوق نظير المال بالنسبة إليه.

وهذا السبب لا يكون إلا في الأموال المتقومة، وهي الأموال المملوكة التي يجوز الانتفاع بها، فتنتقل به ملكيتها من شخص إلى آخر بناء على تراضيها، ولا يكون في الأموال المباحة ولا فيما لا يجوز الانتفاع به، فلا يباع المال المباح ولا يوهب ولا يتصدق به، ولا يكون مهرا ولا بدلا عن فرقة أو منفعة أو حق، ولا بدلا في صلح، وإذا جعل لم يجب. كما لا يباع الخمر والخنزير بين مسلمين، ولا يوهبان ولا يجعلان ثمنا، ولا يوصى بهما، ولا يصلحان مهرا، ولا أجرة، ولا بدل صلح، وإذا جعل لم يجبا بالعقد ولم يظهر فيهما أثره.

وسنعرض إن شاء الله للبيع والإجارة والصلح والتنازل عن بعض الحقوق في كتابنا هذا.

أ - الزواج: كأن يقول رجل لامرأة: تزوجتك على مائة الجنيه هذه، أو على هذه الدار أو على هذه السيارة، فتجيبه المرأة بالقبول. فبتمام هذا العقد تنتقل ملكية هذه النقود أو هذه الدار أو هذه السيارة إلى الزوجة بعد أن كانت للرجل وهو الزوج.

ب - الفرقة بين الزوجين على مال: كأن تقول زوجة لزوجها: طلقني نظير هذا المبلغ من المال أو نظير هذا العقار، فيجيبها الزوج بقوله: طلقتك على ذلك: فإن هذا المبلغ أو هذا العقار ينتقل من ملك الزوج بمجرد تمام كلام الزوج.

ج - الهبة: كأن تقول لصديق لك: وهبتك هذا الكتاب، فيجيبك الصديق بالقبول ويتسلم منك الكتاب، فإن الكتاب يصير بتسلمه ملكا للصديق بعد أن كان ملكا لك.

د - الصدقة: كأن تعطي فقيرا قطعة من النقود، فيتسلمها منك الفقير، فإن هذه القطعة تصير بتسلمها ملكا للفقير بعد أن كانت لك.

ها - الوصية: كأن يقول إنسان: أوصى بهذه الدار لصديقي فلان، ثم يتوفى وهو مصر على وصيته، فيقبل صديقه فلان هذه الوصية، بأن يقول: قبلت الوصية، فإن الدار تصير بالقبول ملكا له، بعد أن كانت ملكا لمن أوصى بها، وذلك بشروط تذكر في موضعها.

والمالك الثابت بكل عقد من هذه العقود ملك تام في جميع هذه الصور وأمثالها، وقد علمت أن أساس هذه العقود الرضا، فلا يزول ملك عن صاحبه ولا يتحول عنه بغير رضاه إلا في ثلاث أحوال استثنيت من هذا الأصل؛ لأن إياء المالك فيها وعدم رضاه ظلم أو عنت، فلا يلتفت إليه، وينزع ملكه حيثنذ جبرا عنه، ويعوض عنه بقيمته، أو بما قام عليه، ويعتبر كأنه قد باعه راضيا بما أعطى رفعا لظلمه ودفعنا لعنته.

الحالة الأولى: نزع الملك وأخذه للمنافع العامة، كتوسيع الطرق وإنشائها وإنشاء الترع والمصارف والسكك الحديدية وتوسيع المساجد وما إلى ذلك، فإن المصلحة العامة مقدمة على المصلحة الخاصة، وليس للمالك أن يأبى حين يدعوه إلى بيع ملكه داعي المصلحة العامة، فإذا أبى كان إياؤه عنتا فيهمل، ويؤخذ الملك جبرا عنه بعد أن يقوم بواسطة الخبراء ويعطى قيمته^(١).

الحالة الثانية: بيع ملك المدين جبرا عنه لوفاء ما عليه من الديون التي امتنع عن أدائها بغير حق، وأبى أن يبيع في سبيل ذلك شيئا من ماله؛ لأن امتناعه في هذه الحال ظلم والظلم يجب أن يرفع، فينوب القاضى عنه في بيع أمواله ليوفى من ثمنها ديونه، وهذا مذهب الصاحبين، وذهب الإمام إلى أنه لا يجوز للقاضى أن يبيع أمواله جبرا عنه في هذه الحال؛ لأن ذلك ضرب من

(١) ضاق المسجد الحرام على الناس في زمن عمرو، وكانت دور الناس مسجدة به من كل جانب عدا فتحات يدخل منها الناس إليه، فاشتري عمر دورا منها، وأبى عليه ذلك أصحاب الدور الباقية فأخذها منهم جبرا. ووضع قيمتها بخزانة الكعبة، وأدخل الجميع في المسجد، وظلت القيمة بالخزانة إلى أن أخذها أصحابنا. ثم كثر الناس في زمن عثمان وضاق عليهم المسجد مرة أخرى فأراد توسيعه، فاشتري من قوم وأبى عليه آخرون، فأخذ دورهم جبرا عنهم، فصيحوا به، فاستدعاهم وقال لهم: إنما جركم على حلمي، وقد فعل عمر بكم ما فعل فلم يصح به أحد، ثم أمر بهم إلى الحبس فحبسوا حتى كلم فيهم فأخرجهم.

الحجر^(١) والولاية عليه، ولا يحجر على مدين عنده، وإنما يحبس القاضى على رأيه جزاء امتناعه عن أداء الدين ظلما، ولا يخرج من الحبس حتى يؤدي دينه بالطريقة التي يرضاها من بيع أو خلافة، أو يظهر للقاضى أن ليس له أموال يمكن دفعها أو دفع ثمنها فى الدين. فعند ذلك يطلقه.

وإذن فأساس الخلاف بين الإمام وصاحبيه خلافهما فى جواز الحجر على المدين بالدين، فالإمام لا يرى ذلك، وبناء عليه لا يجوز أن يباع ماله جبراً عنه، وإنما يحبس لظلمه حتى يوفى دينه^(٢). ويرى الصحابان جواز الحجر، ولذلك يريان أن يباع ماله جبرا عند امتناعه عن سداد دينه، غير أنه لا يحجر عليه فى التصرف إلا إذا كان الدين مستغرقا لأمواله كما يعرف ذلك فى موضعه، فإذا لم يكن دينه مستغرقا وامتنع عن سداه قام القاضى مقامه فى بيع ما يوفى دينه، ولا يحجر عليه فى التصرف حيثئذ. وعند سداد الديون توفى أولا من التقود، فإن لم تف بيع المتقول قبل العقار، وبدئ منه بيع ما يخشى عليه التلف، فإن لم يف ثمن المتقول بيع من العقار ما يفى ثمنه، حتى إذا احتيج لبيع كل ما يملك بيع، وترك له ما يلزم لحاجاته الضرورية التى لا يمكن الاستغناء عنها، كمسكنه بقدر حاجته، ونفقة من يعولهم شرعا مدة شهر، وحلة أو حلتين من ثيابه، على الخلاف فى ذلك.

الحالة الثالثة: أخذ المالك بالشفعة.

(١) ذلك لأنه منع من حق الاحتفاظ بماله وأنفذت عليه إرادة غيره فى بيع ماله. ولا شك أن هذا ضرب من

الحجر.

(٢) وعند سداد الدين من الثمن يقدم من الديون ما به رهن بقدر ذلك، وبعد ذلك يكون السداد بحسب نبة الديون الباقية بعضها إلى بعض. فإذا كان على شخص ألف جنيه لآخر وخمسمائة لثان ومائة لثالث، بها رهن ثمنه مائتان، فبيعت أمواله بمبلغ ستمائة جنيه، فإنه يجب أولا أداء المائة من ثمن الرهن ثم دفع الباقى لصاحب الألف وصاحب الخمسمائة أثلثا، لصاحب الألف ثلثا، ولصاحب الخمسمائة ثلثه. فإذا كان ثمن الرهن خمسين جنيها فقط دفع ثمنه كله لصاحب المائة، وكان الباقى بين الثلاثة لصاحب الألف منه عشرون سيما ولصاحب الخمسمائة عشرة أسهم وللمرتين سهم واحد. وقد استدل الصحابان بما روى عن رسول ﷺ، أنه باع مال معاذ وقسم ثمنه بالحصص بين غرمانه.

خلاصة الباب

الميراث: بوفاة الإنسان يحل وارثه محله فيما يتركه من مال أو حق هو في معنى المال فيصير مالكا لهذا أو ذلك الحق، ويثبت هذا بطريق الخلافة. ولذا لا يحتاج إلى قبول وإنما يثبت ملك الوارث ويخلص بعد أن توفي ديون المورث فيثبت حيثذ فيما تركه بعد سدادها، إذا لم تكن هناك وصية، فإن وجدت وصية وجب تنفيذها من الثلث ولا تتجاوزها إلا بإجازة الورثة مادامت لأجنبي، فإن كانت لوارث توقفت على باقي الورثة كذلك^(١).

العقود الناقلة للملكية: هذه العقود تشمل البيع والهبة والصدقة، والوصية بالأعيان والصلح، والزواج بالنسبة إلى المير إذا كان عينا، والفرقة بين الزوجين نظير مال، والإجارة بالنسبة إلى الأجرة إذا كانت مالا، وانتازل عن بعض الحقوق نظير مال.

وهذه العقود لاتصح إلا في الأموال المتقومة، فتنتقل بها ملكيتها من شخص إلى آخر بناء على تراضيهما، ولا تجوز في الأموال المباحة، ولا فيما لايجوز الانتفاع به شرعا، وقد استثنى من هذه القاعدة ثلاث أحوال لم يشترط فيها الرضا:

(الأولى) أخذ الملك للمنافع العامة، كتوسيع الطرق والمساجد؛ وذلك لأن المصلحة العامة يجب أن تتقدم المصلحة الخاصة، ومنها مصلحة المالك. فإذا أبقى أن : ملكه لأجل هذه المنافع كان إياؤه ظلما وأخذ قهرا عنه.

(الثانية) بيع الملك جبرا عنه بواسطة القاضى لوفاء ماعنيه من الديون عند امتناعه عن سدادها، لأن امتناعه ظلم، ولا يمكن رفع هذا الظلم إلا بذلك. وهذا رأى الصاحبين. وذهب الإمام إلى عدم جواز بيعها في هذه الحال بواسطة القاضى وإنما يعزَّر بالحبس حتى يبيع بنفسه.

(الثالثة) الشفعة وسيأتي بيانها.

(١) هذا مذهب الأئمة الأربعة ويلاحظ ما صدر به فسانون الوصية في الوصية بين الوارث والأجنبي في نفاذها من الثلث دون توقف على إجازة الورثة.

باب الشفعة

التعريف بها: الشفعة ^(١) عند الشرعيين حق تملك العقار المبيع من مشتريه بما قام عليه من الثمن والمؤن رضى أم أبى . فإذا اشترك اثنان فى دار، فباع أحدهما حصته لثالث كان للثانى الحق فى أن يملك هذه الحصة المبيعة من مشتريها، فيأخذها من ذلك الشخص الثالث بما دفع فيها من الثمن مضافا إليه ما استتبعه شراؤه إياها من نفقات ضرورية طابت نفسه بذلك فلم راضيا أم لم تطب فألزمه القضاء بتسليمها جبرا .

وسمى هذا بحق المشفوع، وسمى صاحبه بالشفيع، ويسمى الفتحاء العقار المأخوذ بالمشفوع أو المشفوع فيه، وهى الحصة المبيعة، ويسمون ما يملكه الشفيع من عقار يستحق به الشفعة بالمشفوع به، وكثيرا ما يستعملون شفيع بمعنى طلب الأخذ بالشفعة .

شعرها: دليل ثبوت هذا الحق فى السنة، ففى البخارى عن جابر بن عبدالله رضى الله عنهما قال: (قضى رسول الله ﷺ بالشفعة فى كل مال يقسم، فإذا وقعت الحدود وصرفت ^(٢) الطرق فلا شفعة).

وقال ابن المنذر ^(٣): أجمع أهل العلم على ثبوت حق الشفعة للشريك الذى لم يقاسم فيما بيع من أرض أو دار أو حائط «بستان» . ا. هـ وفى المغنى لأبى محمد عبدالله بن أحمد الحنبلى «المتوفى سنة ٣٦٠»: أنه لا يعلم فى ثبوتها خلاف لأحد إلا لأبى بكر الأصم ^(٤). ومثل ذلك فى كتاب نيل الأوطار .

(١) الشفعة فى اللغة مأخوذة من الشفع وهو الضم والزيادة، شفت الشيء شفعا من باب نفع . ضمته إلى الفرد فصار شفعا، وشفعت الركة جعلتها اثنين، ومن هنا اشتقت الشفعة؛ لأن صاحبا يشفع ماله بيا فيضم إليه مالا غيره ويزيده ومنه قوله تعالى ﴿من يشفع شفاعة حسنة يكن له نصيب منها﴾ أى من يزد عمله فيضم عملا إلى عمل . وللشفعة استعمالان: أحدهما: أن تطلق على المال المشفوع أى المأخوذ . وثانيهما: أن تطلق ويراد بها التملك لذلك المال . قال صاحب الصحاح: ولا يعرف لهذا المعنى فعل، والشفيع صاحب الشفعة، وجمعه شفعاء .

(٢) صرفت الطرق : أى بينت الشوارع ومصارفها، مأخوذة من التصريف . ا. هـ نهاية . والمعنى تبين اتجاهاتها، وجابر صحابى أنصارى له ١٥٤٠ حديث توفى بالمدينة سنة ٧٨ سنة عن ٧٤ سنة .

(٣) هو إبراهيم بن المنذر بن عبدالله، أحد كبار العلماء المحدثين عن مالك وابن عينة توفى سنة ٢٢٦ .

(٤) هو محمد بن الحسن الأصم، توفى سنة ٢٢٠ كما فى الجزء الثانى من تاريخ بغداد ص ١٩٣ .

حكمتها: وحكمة شرعها: رفع ما قد يصيب الشريك من ضرر في شركته، واثقاء ما يتوقع من ضرر قد يحدث له، إما بسبب مشاركته لشخص لا يؤمن عواقبه، وإما بسبب مجاورته، فقد يكون ذلك الشخص غليظ الطبع رديء الخلق سيئ المعاشرة، ذلك إلى ما ينال الشنفع منها من سعة في مسكنه قد تخرجه من ضيق اضطرب له سكونه وافتقد به راحته، أو زيادة في مزرعته تمكنه من الإحسان في استغلالها وإثماء غلاتها، والضرر يجب أن يدفع وأن يجتنب ما أمكن ذلك، لقوله عليه السلام: «لا ضرر ولا ضرار» وخاصة إذا ما أصاب الجار الذي يستحق الإكرام، لقوله عليه السلام: «من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فليكرم جاره» والمصلحة ضرب من الإكرام الذي أمر به للجار.

ولهذا كان شرع الشفعة متفقا مع أصول الشريعة العامة ومحققا لروحها، وإن كان على خلاف ما وضع للملكية من حدود، وما سن لعقودها من قواعد، وما جعل لها من آثار.

فقد علمت مما مضى أن الأخذ بالشفعة جبرا عن المشتري ينافي قاعدة اشتراط الرضا في انتقال الملك من شخص إلى آخر، ولكنه استثناء دعت إليه المصلحة، ولم ينل البائع ولا المشتري بسببه عظيم ضرر، فقد توافر للبائع معه ما ينبغي من مال عوضا عن ملكه. وكان المشتري في غنى عما اشتراه قبل شرائه، وقد وجد من هو أحق به منه، ومن في صرف الصفقة عنه إلى غيره ظلم له. فقدم عليه دفعا للإضرار به وتمكينه له من حقه، وما شرعت الشرائع إلا لهذه الغاية، فكانت شريعة الشفعة لذلك متفقة مع الأصول العامة.

سبب استحقاقها: ولا يثبت حق الشفعة إلا لمن يملك عقارا متصلا بالعقار المبيع، وإذن فسبب ثبوته له: هو اتصال عقاره بالعقار المبيع عند البيع، ولولا ذلك ما ثبت له. وهذا الاتصال:

١ - قد يكون اتصال شركة في نفس العقار، وذلك إذا كان العقار المبيع جزءا شائعا مع عقار الشفيع في بقعة الأرض.

٢ - وقد يكون اتصال شركة في حق الشرب أو حق الطريق، أو حق المسيل عندما يكون الحق خاصا.

٣ - وقد يكون اتصال جوار وملاصقة، وأنواعه ثلاثة، ولا يثبت حق الشفعة إلا بواحد منها. وهاك بيانها:

ثبوت الشفعة بالشركة في العقار: الشركة في العقار إما أن تعمه، وإما أن تكون في جزء معين منه، ففي الحالة الأولى: يكون الشركاء شركاء في جميع العقار، وتثبت الشفعة لهم فيما يباع منه على السواء عدا البائع، فإذا اشترك قوم في أرض أو في منزل لكل منهم حصة شائعة كالثلث أو الربع، فباع أحدهم حصته أو جزءاً منها كان لسائر الشركاء حق أخذ ما باعه بما يثبت لهم من حق الشفعة، فإن كان البيع لأجنبي عنهم استبدوا بالمبيع دونه. وإن كان لواحد منهم شاركوه فيما أخذ على السواء، أو على نسبة حصصهم كما سيأتي بيانه.

وفي الحال الثانية: يكون الشركاء شركاء في ناحية من العقار، وذلك عندما تقتصر شركة الشركاء فيه على جزء معين منه، بينما يكون جزؤه الآخر جميعه ملكاً لأحد هؤلاء الشركاء لا شريك له فيه، وصورتها: أن يكون لشخص دار يشاركه في حجرة معينة منها آخر بحق النصف أو السدس مثلاً، ففي هذه الحال إذا باع حصة شائعة فيما عدا الحجرة المشتركة، أو باع حصة في هذه الحجرة، أو باع الدار ماعدا حصته في الحجرة، أو باع صاحب الدار جميع ما يملكه فيها، أو باع حصة شائعة فيها كلياً، أو باع جزءاً معيناً من الدار. ولو لم يكن بجوار هذه الحجرة، كان لشريكه في هذه الحجرة حق الأخذ بالشفعة في جميع هذه الأحوال، وكان فيها مقدماً على الشركاء في الطريق الخاص أو الشرب الخاص، وعلى الجيران؛ لأنه يعد شريكاً في نفس العقار مادامت الحجرة معتبرة جزءاً من الدار، ولم يتخذ لها وضع البيت المستقل. وهذه أصح روايتين روينا عن أبي يوسف رحمه الله تعالى^(١).

(١) والرواية الأخرى: أن الشريك في بعض العقار لا يستحق بموجب شركته إلا ما يباع من جزئه المشترك. وعلى ذلك فالشريك في الحجرة فقط لا يستحق بشركته إلا ما يباع منها فقط، أما ما يباع من بقية الدار فلا يستحقه إلا بسبب آخر كالشركة في الحقوق الخاصة إن كان شريكاً فيها، فإن لم يكن شريكاً في حق منها لم يستحق إلا بسبب الجوار، وعند ذلك يستوى في الاستحقاق هو ومن يشاركه في هذا السبب من الشركاء في الحق الخاص أو من الجيران، وظاهر عبارة النجاية وتعليق الرشيدى عليهما: أن الشافعية يرون أن حق الأخذ بالشفعة لا يثبت إلا لشركة في نفس العقار المبيع كله (ص: ١٩٦) من الشفعة.

وكذلك إذا باع الشريك في الحجرة فقط حصته منها كان للشريك الآخر فيها - وهو مالك بقية الدار - حق أخذها بالشفعة بمقتضى شركته في الحجرة (١).

واستحقاق الشفعة بسبب الشركة في العقار ثابت بحديث جابر السابق الذي رواه البخاري، ولا يخالف فيه أحد من الأئمة.

فإذا اقتسم الشركاء العقار المشترك بينهم فاقتصر كل منهم بناحية منه معينة، فإنهم يصيرون بذلك جيرانا لا شركاء، ولا يكون لأحدهم حق الشفعة في نصيب الآخر إذا بيع إلا عند أبي حنيفة، بسبب شركة في حق، أو بسبب الجوار كما سيأتي.

ثبوت الشفعة بالشركة في حق العقار الخاص: يريد الحنفية بحق العقار الخاص حق الشرب الخاص، وحق الطريق الخاص، وحق المسيل الخاص.

والشرب الخاص: هو الشرب من مجرى لا تمر فيه صغار السفن، وقيل: ما يتفرق ماؤه بين الشركاء فيه بحيث ينتهي ماؤه عند انتهاء مجراه. وقيل ما يحصى شركاؤه. واختلفوا في حد الإحصاء، فقال بعضهم: مادون عشرة، وقيل: مادون

(١) وقد تجتمع هاتان الحالتان في عقار واحد، وذلك بأن يكون بعض العقار شركة بين كثيرين بينما يكون باقيه شركة أيضا بين بعض هؤلاء الشركاء دون سائرهم، وعند ذلك يكون الشركاء في العقار من طرازين: شركاء في العقار، وشركاء في جزء معين منه، ومثال ذلك: دار نحوى مباني وحديقة. يشترك في حديقتهما ثلاثة أشخاص. وفي باقي الدار اثنان منهم. فهذان الاثنان شريكان في جميع الدار، والثالث شريك في حديقتهما فقط، فإذا باع أحد الاثنين حصته في جميع الدار لأجنبي كان حق الشفعة للآخر منهما أولا. فإذا سلم كان للثالث صاحب الحصة في الحديقة فقط، وقد علل ذلك صاحب المبسوط بأن شركة الأول أعم لأنها في جميع الدار، وشركة الثاني أخص لأنها في حديقة الدار، ومن كان أقوى سببا قدم في الاستحقاق. ومن جهة أخرى يرى أن الأول أولى بالشفعة من الثاني بالنظر إلى جزء الدار المبني. لأن الثاني لا شركة له فيه. والمبيع في حكم شيء واحد حتى لا تنجز الصفقة، وإذا كان أحدهما أحق بالبعث من الآخر كان أحق بالجميع. هـ من المبسوط بتصرف ج ١٤ ص ١٠٩.

ولكن إذا كان المبيع حصة من الحديقة فقط فإن الشريكين الآخرين يتويان في استحقاق الشفعة لاشتراكهما معا فيها ولا تفضل لأحدهما على الآخر. وإذا كان المبيع حصة من جزئها المبني فقط فإن حق الشفعة يكون أولا للشريك في كل الدار، فإن سلم كان للشريك في الحديقة بسبب شركته كالحكم في بيع جزء من جميع الدار، وذلك من طريق أولى كما هو ظاهر، وعلى الرواية الأخرى لأبي يوسف: لا يكون الشريك في الحديقة إلا جارا للمبيع يستحق الشفعة بسبب الجوار إن لم يكن ثمة سبب آخر كالاشتراك في طريق خاص، راجع في ذلك الفتاوى الهندية صفحات ١٦٦، ١٦٧، ١٦٨، ج ٥ من الباب الثاني في مراتب الشفعا.

أقول: وعلى ذلك فالشركاء في العقار على مرتبتين: إحداهما في الأخذ بالشفعة على الأخرى، الأولى شركاء البائع فيما باع حصة شائعة فيه كله، والثانية من عداهم من الشركاء في بعض العقار، وهذا ما يظهر لى من فروغهم وتعليلهم لأحكامها.

أربعين، وقيل : مادون مائة، وقيل مادون خمسمائة^(١)، والأصح : أن اعتبار الشرب خاصا أو عاما مفوض إلى رأى القاضى .

والطريق الخاص عندهم : هو الطريق غير النافذ، ويريدون به أن يكون لأهله الحق فى منع غيرهم من أن يستطرقه، ولو كان طريقا يصل بين طريقين^(٢) .
والمسيل الخاص : ما يحصى الشركاء فيه، وقيل ذلك مفوض إلى رأى القاضى .

ولا يثبت حق الشفعة بسبب الاشتراك فى مشرب عام كنهـر النيل أو ترعة عمومية ولا بسبب الاشتراك فى طريق عام، وهو ما لكل مار الحق فى استطرقه، ولا بسبب الاشتراك فى مسيل عام، كمصرف عام، وعلى ذلك إذا بيعت أرض تشرب من نهر النيل لم يكن لأصحاب الأراضى التى تشرب منه حق أخذها بالشفعة بذلك السبب، وكذلك إذا بيعت دار بابها مشرع إلى طريق عام لم يكن لأرباب الدور التى أشرعت أبوابها إليه حق أخذها بالشفعة بسبب اشتراكهم فى هذا الطريق، وإذا بيعت أرض لها حق الصرف فى مصرف عام لم يكن لملاك الأراضى التى لها حق الصرف فيه حق أخذها بالشفعة لاشتراكهم فى الصرف فى هذا المصرف؛

إنما تـبـت الشفعة عند الحنفية بالاشتراك فى شرب خاص، أو بالاشتراك فى طريق خاص، وهذا محل اتفاق بينهم، واختلفوا فى ثبوتها، بسبب الاشتراك فى مسيل خاص، فقيل ثبت به، وهو الأصح، وقيل لا شفعة بالشركة فيه^(٣) .

وعلى ذلك إذا بيعت أرض لها شرب فى مجرى خاص، كان لأصحاب الأراضى الأخرى التى لها حق الشرب على هذا المجرى، حق أخذها بالشفعة، لافرق بين أرض مجاورة، وأخرى بعيدة، ولا بين أرض على حافة المجرى التى بها الأرض المبيعة، وأرض على الحافة الأخرى، ولا بين أرض تروى منه مباشرة،

(١) راجع رد المحتار فى الشفعة مج ٥ ص ١٥٥ .

(٢) راجع رد المحتار فى الشفعة والإسفاف ص ٢٣ .

(٣) اجمع الفتاوى الهندية فى الشفعة .

وأرض تروى منه بواسطة إمرار الماء من أرض أخرى إليها، ولا فرق بين أن يكون البيع لأجنبي أو لشخص له أرض تروى من هذا المجرى^(١).

وإذا بيعت دار أشرع بابها إلى طريق خاص، كان لجميع أرباب الدور المشرعة أبوابها إلى هذا الطريق حق أخذها بالشفعة، سواء أبيعت إلى شخص لا حق له في هذا الطريق أم إلى شخص منهم. فإذا طلبوها جميعا قسمت عليهم وفيهم مشترتها، إن كان منهم، وكذلك لا فرق بين دار ليس لها حق المرور إلا من هذا الطريق، ودار لها حق فيه، وحق في الطريق العام، بأن يكون لها بابان: باب في هذا الطريق، وباب في الطريق العام، ولا بين دار ملاصقة وأخرى غير ملاصقة إذا ما كانت أبوابها في الطريق الخاص^(٢).

(١) إذا تفرع من المجرى الخاص مجرى خاص آخر فبيعت أرض شربها من المجرى الأسفل المتفرع كان حق أخذها بالشفعة للشركاء فيه فقط، وإذا بيعت أرض شربها من المجرى الأعلى كان حق أخذها بالشفعة للشركاء في المجريين الأعلى والأسفل لأنهم جميعا شركاء في الأعلى وسيزداد بيان ذلك في كلامنا على الطريق إذا تفرع منه طريق آخر.

(٢) وإذا تفرع من الطريق الخاص طريق خاص آخر منكسر عليه كان لأهل الطريق الثاني امتياز على أهل الطريق الأول، فإذا بيعت دار أشرع بابها إلى الثاني كان حق أخذها بالشفعة لأهله فقط دون أهل الطريق الأول؛ لأنهم ليسوا شركاء في الثاني، إذ لا حق لهم في استطرافه لعدم وجود دور مملوكة لهم فيه، ولكن إذا بيعت دار في الطريق الأول كان حق أخذها بالشفعة لأصحاب الطريقين جميعا: الأول والثاني، أما الأول فظاهرا، وأما الثاني فلأن لأهله حق المرور بالأول ليعلوا منه إلى طريقهم فكانوا من أهله أيضا. وقد بئنا: إن الطريق الأول هو في ذاته طريق خاص إلى الدور المشرعة أبوابها إلى الطريق الثاني، فالشركة في الأول شركة في الطريق الخاص لهذه الدور، وعلى ذلك تثبت بها الشفعة فيها إذا بيعت، ولكن يرد هذا أن المراد بالطريق الخاص الذي تثبت الشفعة بالشركة فيه هو الطريق الموصل إلى الدار المبيعة مباشرة دون استطراف طريق آخر بعده، والطريق الأول ليس كذلك بالنسبة إلى دار بيعت في الطريق الثاني، فلم تكن الشركة فيه سببا لأخذها بالشفعة، ولذا كانت الشركة في الطريق الأول سببا للشفعة في دار بيعت فيه، سواء أكان لطالب الشفعة دار في الطريق الأول أم دار في الطريق الثاني؛ لأنه شريك في طريق يوصل إلى الدار المبيعة مباشرة على كل حال. كذلك كانت الشركة في الطريق الثاني سببا للشفعة في دار بيعت فيه، ولم تكن الشركة في الطريق الأول سببا للشفعة في دار بيعت في الطريق الثاني والعبرة بالباب، ولذا تعتبر الدار التي يكون لها بابان أحدهما في الأول، والآخر في الثاني، من دور كل طريق.

والظاهر من تعليل هذه الأحكام أن محلها حينما يكون الطريق المنكسر الخاص مسدودا كما يستفاد من الفتاوى البنيوية، أما إذا كان نافذا، وكان يتخذ عادة للوصول منه إلى الطريق الأول، فيمر منه أهل دوره ليعلوا إليها كما يعمرون من الطريق الأول إليها، فإن جميع أصحاب الدور المشرعة أبوابها إلى الطريقين يكونون شركاء في كل من الطريقين، ولهم حق الأخذ بالشفعة بالنسبة إلى أية دار تباع في أحدهما بلا فرق بين مالك الدار في الطريق الأول، ومالك الدار في الطريق الثاني. ويظهر أن اعتبار الطريق المنكسر المتفرع عن آخر طريقا مستقلا ليس جزءا من المتفرع عنه، يرجع إلى العرف فقط، وإلا فأى فرق بين أهل هذا الطريق. وبين أرباب الدور الواقعة في نهاية الطريق الأول، وهو جزءه الأخير الواقع بعد تفرع الطريق الثاني؛ وبعبارة أخرى: أى فرق بين هذا الجزء وبين الطريق المنكسر المتفرع؟ ألا ترى أن أصحاب الدور الواقعة في أول الطريق الأصلي، لا يعمرون في الجزء الأخير كما لا يعمرون في الطريق المنكسر؟

وإذا كان لأرض حقان: حق في شرب خاص، وحق في طريق خاص، فيبعت فطلب أخذها بالشفعة كل من الشركاء في الشرب، والشركاء في الطريق، كان الشركاء في الشرب أولى من الشركاء في الطريق، كما أن الشريك في الطريق أولى من الشريك في المسيل.

ومرجع ذلك إلى اختلاف الشركاء في قوة الاتصال، وتوقع الضرر بسببه، فأقواهم اتصالا الشريك في الشرب، لأن حياة الأرض ووفرة غلتها بوفرة مائها، ثم يليه بعد ذلك الشريك في الطريق، فالتزام فيه والخلاف عليه أقل منبها في الشرب، ودونهما في ذلك المسيل، إذ لا يعنى الإنسان كثيرا بأن يكون له مسيل خاص.

وعلى ذلك إذا امتاز أحد الشركاء في حق الشرب بأنه شريك في الطريق، لم يقدم بسبب ذلك على سائرهم، وكذلك إذا امتاز أحد الشركاء في الطريق بأنه شريك في المسيل لم يقدم عليهم بسبب ذلك؛ لأن التقدم بقوة السبب لا بتعدده.

ثبوت الشفعة بالجوار: يرى الحنفية أن حق الشفعة يثبت للجوار إذا كان ملاصقا بسبب جواره، فإذا بيعت قطعة أرض، كان للمالك الأرض التي تلاصقتها، حق أخذها بالشفعة، لا يشترط في ذلك إلا أن تتحقق الملاصقة في أى جزء من أى حد من حدودها، امتد مكان الملاصقة حتى عم الحد أم قصر حتى لم يتجاوز شبرا، فالملاصق طول متر من حد، كالملاصق في الحدود الأربعة، لا يمتاز الثانى

= وإن النظر بناء على ماتقدم، يقضى بأنه إذا بيعت دار في آخر الطريق الأول، لم يكن لأرباب الجزء الأول منه نيبا شفعة، كما لم يكن لأهل الطريق الثانى. ولكن الحكم هو ما ذكرناه أولا، وليس لذلك من مرجع فيما أرى إلا مراعاة العرف وقد تعرض لذلك صاحب الكفاية فنقال: إذا بيعت دار في السكة، كانت الشفعة بين أهل السكة كلها، وإن لم يكن لأهل الجزء الأعلى منها حق المرور في الجزء الأقصى؛ لأن السكة إذا كانت واحدة والطريق نيبا واحدا فلكل نيبا شركة من أول السكة إلى آخرها، إلا أن شركة البعض - وهم أصحاب الدور الواقعة في أنصافها - أكثر من شركة البعض الآخر، والترجيح في الشفعة لا يقع بالكثرة في الشركة. وعلى ذلك فلم يبق إلا أن اعتبار الطريق النكسر طريقتين لا طريقا واحدا مرجعه إلى العرف. وقد يقال: لماذا لا يكون لأهل السكة الأولى التي تفرعت عنها السكة الثانية حق الأخذ بالشفعة في دار بيعت في السكة الثانية، إذا ما رغبت عنها أهلها، إذ قد يتألمهم ضرر حيث من مرور الدخيل في السكة الأولى إلى السكة الثانية. ويكون أحوال كدار ليا ساحة ونبيها بيوت، فإذا بيع بيت منها ليس فيه شركة كانت شفعتها لشركاء في الساحة، فإذا رغبوا عنها كانت للشركاء في الطريق الخاص، كما في الهندية؟ وفي الإمكان أن يجاب عن ذلك بأن الضرر المتوقع من المرور في السكة الأولى يسير فلا يترتب عليه حق شفعة، ولكن ليس هو بعينه الضرر الذى يتوقع من مرور دخيل اشترى دارا في السكة الأولى.

عن الأول بشيء ولا يشترط في ذلك أن تكون الملاصقة لنفس القطعة المبيعة، بل يكفي أن تتحقق مع العقار الذي يبيع جميعه، أو ببيع جزء منه، وإن لم يكن ذلك الجزء ملاصقا، فإذا بيع من دار جانب معين منها كان لجميع جيرانها الملاصقين حق أخذ المبيع بالشفعة، لافرق بين جوار ملاصق لنفس الجانب المبيع، وجار لا يلاصقه، وإنما بقية الدار^(١). ولكن إذا تم العقد للمشتري ثم باع ذلك المشتري هذا الجانب مرة أخرى لم تكن الشفعة إلا لمن يلاصق هذا الجانب من الجيران، دون سائر جيران الدار الذين لا ملاصقة بينهم وبين هذا الجانب، ذلك لأن بيعه في المرة الثانية كان يباع له استقلاله عن الدار، وكان القصد إلى بيعه باعتباره عقارا مستقلا لا جزءا من الدار.

ومن الجوار الملاصق: اتصال العلو بالسفل، فإذا كان لشخص سفلى دار، ولآخر علوها كانا جارين، وإذا باع أحدهما ما يملك منها ثبت للآخر حق أخذه بالشفعة فيثبت لصاحب السفلى بسبب الجوار حق الشفعة في العلو إذا بيع، مادام لم يوجد سبب آخر، كالأشتراك في الطريق الخاص، وإلا ثبت له حق الأخذ به، وكذلك يثبت لصاحب العلو حق أخذ السفلى بالشفعة إذا بيع لنفس السبب، وكذلك يعتبر اتصال كل من السفلى والعلو بالأرض المجاورة وما عليها من البناء من قبيل الجوار فتسرى عليه أحكامه.

آراء العلماء في الشفعة بالسببين الأخيرين: وثبتت الشفعة بالشركة في الحق الخاص، أو بالجوار محل خلاف بين العلماء، ذهب إليه الحنفية، وخالفهم الشافعية والمالكية والحنابلة، وفي رأي أن خلافهم في هذين السببين يرجع إلى عدم العلم بما روى من الأحاديث التي جاءت بثبوت الشفعة بهما، أو-

(١) راجع الهندية ج ٥ ص ١٦٦ في الشفعة وما نقله رد المحتار عن الفهاتني في كتاب الشفعة عند الكلام على حق الجار. ويؤيد ذلك ما في المبسوط: دار كبيرة فيها مقاصير باع صاحب الدار مقصورة منها أو قطعة معلومة، فلجار الدار من أي نواحيها الشفعة؛ لأن المبيع من جملة الدار، والشفيع جار للدار فكان جارا للمبيع إلى آخر ما جاء فيه، ولكن الذي في التون أن مالك الدار إذا باعها إلا ذراعا بسجوار جارها لم يكن لذلك الجار حق أخذها بالشفعة، لوجود الفاصل بين عقاره وبين المبيع وهو باقي الدار بعرض ذراع، والشرط في الأخذ بالشفعة التلاصق ولم يوجد، قال السرافعي في تقريره: والرأي الأول رواية الحسن عن أبي يوسف عن أبي حنيفة وهو أيضا رواية هشام عن محمد، وعلى ذلك نفى المسألة وأبان، أخذ أصحاب التون بأحدهما وهو عدم ثبوت الشفعة، بسبب عدم التلاصق، وأخذ صاحب المبسوط وغيره بالآخر، وهو أن الشرط هو التلاصق بالدار المبيع منها لا التلاصق بالمبيع نفسه. راجع تقرير السرافعي في أول كتاب الشفعة، وفي باب ما يظنها.

إلى عدم الاطمئنان إليها مع اطمئنانهم إلى صحة مارواه جابر قال: (قضى رسول ﷺ بالشفعة في كل ما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة) فإنه دل على نفي الشفعة عند تحديد الحدود وإقامتها وتبيين الطرق وذلك موجود متحقق عندما يطلب الشريك في الحق الخاص الآخذ بالشفعة، وكذلك عند طلب الجار، فإن المبيع في الخالين محدد معين بينة طريقه، وإذن فلا شفعة فيه، بنص الحديث.

ولكن الحنفية يروون مع ذلك الأحاديث الآتية: (١) «جار الدار أحق بالدار من غيره». (٢) الجار أحق بشفعة جاره ينتظر بها، وإن كان غائبا إذا كان طريقهما واحدا». (٣) «الجار أحق بسبقه»، قيل: يارسول الله، وما سبقه؟ قال: «شفعته»، ويروى «أحق بشفعته» والسبق في اللغة ما قرب من الدار، ومجموع هذه الأحاديث يؤيد رأى الحنفية، وهى فى الحسن بعد بحث أسانيدھا بحيث لا ترد، والجمع بينها وبين الحديث الأول يسير ممكن^(١). وحكمة شرع الشفعة متحققة عند طلبها من الشريك ومن الجار، ولذا كان رأى الحنفية أقوى وأصلح، وإليه ذهب كثير من السلف.

مواتب الشفعةاء: إذا بيعت حصة من عقار فطلب أخذها بالشفعة الشركاء فى العقار والشركاء فى الحق الخاص، والجيران الملاصقون كان أولاهم بها الشركاء فى العقار على الترتيب الذى ذكرناه، لا يفضل أحدهم على من فى درجته مهما امتاز عنه بسبب آخر من أسباب الشفعة، فإذا رغبوا عنها جميعا كان أولاهم بها الشركاء فى الحق الخاص^(٢) على الترتيب الذى بيناه، ولا يفضل أحدهم على غيره بجوار، فإذا رغبوا عنها جميعا كانت للجيران الملاصقين، ولا تفضيل لبعضهم على بعض بطول التلاصق. فإذا رغبوا عنها بقيت لمن اشتراها.

(١) قد يمكن الجمع بينها بأن يقال: إن حديث جابر لا يدل إلا على ثبوت الشفعة فى كل ما لم يقم من العقار بسبب الشركة، وهذا لا ينفى ثبوتها فى العقار المقسوم بسبب آخر كالجوار، وإذن يكون قول الراوى: فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة: مرادا به نفي الشفعة بسبب الاشتراك؛ لأن الحديث فيها. وقيل: إن هذه الجملة استتاج من الراوى، فلا تكون حجة لأنها زيادة منه، وليست زيادة الراوى حجية.

(٢) إذا كان المبيع دارا لها شفع هو شريك فى طريقها الخاص ولها جار فاتفق الشريك مع المشتري على أنه يأخذ نصف الدار بنصف الثمن ويترك له النصف الآخر جاز ذلك وكان للجار حيثشذ أن يأخذ النصف الذى أبى للمشتري بالشفعة بسبب الجوار ولا يبقى للمشتري شيء: مبسوط ج ١٤ ص ١٥٨.

وإنما قدم الشركاء في نفس العقار على الباقيين؛ لأنهم أقواهم اتصالا به وأشدهم في الغالب حاجة إليه، وأعظمهم خوفا من ضرر يتوقع، ثم يليهم في ذلك الشركاء في الحق الخاص، فكانوا بعدهم مباشرة في المنزلة، ثم يليهم في ذلك الجيران، فكانوا أدناهم منزلة، وقد روى عن رسول الله في ذلك «الشريك أحق من الخليط، والخليط أحق من الشفيع» وفسر الخليط بأنه الشريك في الحق، وفسر الشفيع بالجار، وإلى هذا ذهب أئمتنا الثلاثة في ظاهر الرواية^(١)؛ لأنهم جميعا أصحاب حق في أخذ المبيع بالشفعة، ولكنهم متفاوتون في القوة وسبب الاستحقاق، وليس من الممكن إعطاء المبيع كله لكل نوع منهم، فوجب عند تعارضهم أن يقدم الأقوى سببا^(٢).

تواضعهم: إذا طلب أخذ المبيع بالشفعة واحد من أي نوع أعطى له، فإذا طلب أكثر من واحد، وكانوا من مرتبة واحدة - على ما بينا - قسم المبيع بينهم على حسب رءوسهم فلا يزداد شريك بالنصف على شريك بالربع، ولا جار في جانبين أو ثلاثة على جار من جانب واحد، بل يقسم بينهم على السواء، وذلك لقوله عليه الصلاة والسلام: «الشفعة على رءوس الرجال» ولأن أهل المرتبة الواحدة تساوا في استحقاق أخذ المبيع، بدليل أن كلا منهم يأخذه كله عند انفراده، فجميعه من حقه، فإذا تعددوا وتعارضوا اقتسموه بينهم على السواء، لاستوائهم جميعا في استحقاقه، كالشيء يدعيه اثنان، ويقسم كل منهما البينة على ملكه، وتتساوى البيتان، فيقسم بينهما نصفين. وإذا ماتنازل أحد الشفعاء عن حقه لواحد منهم في هذه الحال كان تنازله إسقاطا لحقه في الشفعة، وكان نصيبه بين سائر الشفعاء على السوية، لا يختص به من كان التنازل لأجله؛ لأن المتنازل لم يملك شيئا يصح أن يملكه لغيره.

(١) وروى عن أبي يوسف رواية أخرى وهي أن الشركاء في نفس العقار إذا وجدوا كان الحق لهم دون غيرهم وحجبا من يليهم في المرتبة من الشركاء في الحق الخاص والجيران فلا يكون لهؤلاء حق الأخذ بالشفعة مع وجودهم، وسواء في ذلك أن يتسك بحق الشفعة الشركاء في نفس العقار أو يرغبوا عنه، لأن الحق لهم، فإذا تنازلوا عنه سقط، ولا يكون لغيرهم من بعد. وكذلك الحال بالنسبة للشركاء في الحق الخاص مع الجيران.

(٢) كأصحاب ديون الصحة مع أصحاب ديون المرض إذا لم تف التركة إلا بديون فريق منهم، فإنه يقدم في هذه الحال أصحاب ديون الصحة، فإذا تنازلوا عن ديونهم أعطيت التركة لأصحاب ديون المرض، وكذلك إذا تنازل الشركاء في العقار كانت الشفعة للشركاء في الحق الخاص. فإذا تنازلوا كانت للجيران.

وذهب مالك والشافعي وأحمد إلى أنه إذا تعدد الشركاء في العقار وطالبوه جميعا بالشفعة فيه قسم بينهم قسمة تناسيبية بنسبة حصصهم بعضها إلى بعض (١)، فإذا كان العقار مشتركا بين أربعة لأحدهم ثلثه (أربعة أسهم من اثني عشر سهما) وللثاني ربه «ثلاثة أسهم من ١٢ سهما» وللثالث سدسه «سهمان من ١٢ سهما» وللرابع ربه، فباع الرابع حصته لأجنبي فطلب أخذها بالشفعة الشركاء الثلاثة الباقون، فإنها تعطى لهم وتقسم بينهم قسمة تناسيبية كما قدمنا، وبما أن مقدارها ثلاثة أسهم من ١٢ سهما تقسم على سهام الآخرين الميئنة، وجملتها تسعة أسهم، فيخص كل سهم منها ثلث سهم، فيكون لصاحب الثلث: سهم وثلث؛ لأن حصته في العقار أربعة أسهم، ويخص صاحب الربع: سهم؛ لأن حصته في العقار ثلاثة أسهم، ويخص صاحب السدس: ثلثا سهم، لأن حصته في العقار سهمان.

ووجه ذلك أن استحقاقهم للشفعة حق من حقوق ملكهم، وكأنه ثمرة من ثمراته، فيقدر بقدره عند التزاحم فيها، ويستحقونها على حسب ما يملكون من أصلها، كما يتحق الشركاء ثمرة ملكهم المشترك على حسب حصصهم فيه.

(١) اشترط مالك أن يكون الشركاء في شركتهم في درجة واحدة وذلك بأن يكون كل شريك أصلا في الشركة وليس خلفا عن غيره، أما إذا اختلفت الدرجة وذلك بأن تكون شركة بعض الشركاء ناتجة عن خلافتهم لشريك كان له حظ في العقار. فلا يكون جميع الشركاء سواء بل يقدم الشريك في السهم المباع بعضه على الشريك في أصل العقار. وذلك إنما يظهر في قيام الورثة مقام مورثهم في الشركة واشتراك بعضهم في سهم واحد من الميراث، فلو أن دارا كانت مشتركة بين اثنين فمات أحدهما عن جدتين وزوجتين وشقيقتين فباع إحدى الجدتين حظها من الدار أو إحدى الزوجتين أو إحدى الشقيقتين فإن شريكتها في السهم تكون أولى من بقية الورثة ومن الشريك الأجنبي، فتكون الجدة أولى بأخذ حظ زميلتها الجدة لاشتراكها في السهم، وتكون الزوجة أولى بحظ ضررتها لاشتراكها في الربع، وتكون الشقيقة أولى بحظ شقيقتها لاشتراكها في الثلثين، فإذا سلمت الشفعة من هي أولى كان الأحق بالأخذ بقية الورثة، فلهم المشفوع فيه على قدر سهامهم دون الأجنبي، فإذا سلم الورثة كان المشفوع فيه للشريك الأجنبي، ولذا تقدم الأخت لأب فيما تبعه الأخت الشقيقة على بقية الورثة من البنات والزوجات لاشتراكها أيضا في الثلثين لأنها تأخذ السدس تكملة للثلثين، وفي المدونة: ورت أبناء دارا كان يشارك أباهم فيها شريك آخر، فمات أحد الأبناء عن أولاد، فإن باع أحد أولاد الولد المتوفى شقصه قدم إخوته في الأخذ بالشفعة، فإن سلموا كانت الشفعة لأعمام البائع، فإن سلموا كانت للشريك الأجنبي، ولو باع أحد هؤلاء الأعمام شقصه فالشفعة لبقية الأعمام مع بني أخميم لتسايمهم بمقام أبيهم في الميراث، وإذا توفى شريك عن أصحاب فروض وعصبة فباع أحد العصبة، كانت الشفعة بين جميع الورثة على السواء، إذ ليس للعصبة سهم معين حتى يختصوا به، وإذا توفى شخص عن ورثة وموصى لهم بسهم شائع، فباع أحد الموصى لهم سهمه كان الأحق بالشفعة بقية الموصى لهم ثم الورثة، وقيل: إن الموصى له لا يقدم على الوارث ولكن يقدم الوارث على الموصى له. راجع منح الجليل ج ٣ ص ١٦١.

ويمكن الحنفية أن يردوا على ذلك بأن الشجرة تتولد من الملك، فيكون لكل شريك فيها قدر ماتولد من ملكه. أما استحقاق الشركاء لملك غيرهم، وتملكهم له، فليس متولدا من ملكهم، إذ لا يكون ملك غيرهم ثمرة من ثمرات ملكهم، وإنما استحقوه بأمر الشارع بوصف أنهم شركاء؛ دفعا للضرر عنهم، وهم في ذلك سواء، فيقتسمون على السواء.

شروط الشفعة

للشفعة أربعة شروط: اثنان منها في المشفوع فيه، واثنان في المشفوع به. فيشترط في المشفوع فيه ما يأتي:

في أي مال تكون الشفعة؟

الأول- أن يكون عقارا، سواء أكان عينا مفرزة كدار، أم جزءا شائعا فيها كثلث وربع، وسواء أكانت العين مما يقبل القسمة كدار كبيرة أم كانت مما لا يقبلها كحمام صغير مثلا، ففي كل هذه الأحوال يثبت حق الشفعة في العقار المبيع.

ولاتثبت الشفعة في منقول إلا إذا كان تابعا للعقار وبيع معه، سواء أكان متصلا به اتصال قرار كالبناء والشجر والنخل والزرع، أم كان متصلا بما هو متصل به: كالشمر على الشجر، أم كان غير متصل به، ولكنه من لوازمه كآلات الحراثة والسقى ونحوها للأراضي الزراعية. أما إذا بيع شيء من ذلك استقلالا دون أن يباع مع العقار، فلا تثبت فيه الشفعة، وكذلك الحكم إذا بيع مع العقار المنقول مالم يمتصلا به ولم يكن من لوازمه وأدواته.

وعلى ذلك إذا كان بناء مشتركا على أرض محكرة، فباع أحد الشركاء فيه حصته لم يكن لشركائه فيه حق أخذها بالشفعة؛ لأن البناء منقول، ولا شفعة في المنقول إلا إذا كان مبيعا مع العقار وتابعا له، وإذا بيعت ضيعة بما عليها من حظائر ومخازن، وما فيها من أشجار ونخيل وآلات زراعية، فإن حق الشفعة يثبت في جميع ذلك من عقار ومنقول لجيران الضيعة أو لشركائها في حق الشرب الخاص أو الطريق الخاص، وإذا بيعت دار مع سيارة كان للشفعاء حق أخذ الدار دون السيارة؛ لأنها غير تابعة للدار.

هذا ما ذهب إليه الحنفية: وقد استدلوا على ذلك بقوله ﷺ: «لاشفعة إلا في ربيع أو حائط» رواه جابر - والربيع الدار، والحائط البستان؛ ذلك لأن العقار يبقى على الدوام، فيدوم ضرره، بخلاف المنقول، فليس له بقاء العقار.

وذهب المالكية أيضا إلى أنها تثبت في العقار، ولكنه يشمل عندهم الأرض والبناء والشجر، وألحقوا به الثمر على الشجر فأثبتوها في الأثمار إذا كانت أصولها باقية بعد جنيها وإن بيعت مفردة عن أصولها^(١)، ولم يثبتوها في غير ذلك من المنقول.

وذهب الشافعية والحنابلة إلى أضييق من ذلك فأثبتوها في العقار إذا كان مما يقبل القسمة، ولم يثبتوها فيما لا يقبل القسمة منه، وهو رأى لبعض المالكية، كما في منح الجليل، وقد بنوا ذلك على أنها شرعت لدفع الضرر الناتج من القسمة ونفقاتها، وذلك لا يتوقع فيما لا يقبلها، فلم تثبت فيه، راجع النهاية وكشاف القناع في الشفعة.

وذهب بعض السلف كعطاء وجابر إلى أن الشفعة تثبت في كل مبيع مشترك، عقارا كان أو منقولا، وإلى هذا ذهب أهل الظاهر^(٢)، فقالوا بثبوتها في كل جزء يبيع مشاعا في أرض أو شجر أو ثوب أو سيف أو آنية أو طعام، لا يحل لمن كان له ذلك الجزء أن يبيعه حتى يعرضه على شريكه أو شركائه، فإن رغبوا فيه

(١) في المدونة ج ١٤ ص ١٠٨ قال مالك: لاشفعة إلا في الدور والأرضين والنخل والشجر والتمر، ولا شفعة في دين ولا حيوان ولا سفن ولا بز ولا طعام ولا في شيء من العروض ولا في سارية ولا حجر ولا في شيء من الأشياء سوى ما ذكر سواء قبل القسمة أم لا. ا. هـ من باب ما لا تنفع فيه الشفعة. وعليه إذا كان لشركاء شجر أو نخيل أو بناء في أرض أعيرت لهم لأجل ذلك، فباع أحدهم حصته من ذلك كان لسائر الشركاء أخذها بالشفعة، ولكن يقدم عليهم في أخذها رب الأرض إن كانت العارية مطلقة. ولا يأخذ الحصة بما قامت به حتما بل يأخذها بأقل البدلين: قيمة النقض والثلث الذي قامت به، وهذا إذا كان يبيع الحصة بعد انتضاء المدة التي تعار لأجلها مثل هذه الأرض لهذا الغرض. أما إذا حصل البيع قبل انتضاء هذه المدة فإنه يأخذ الحصة بأقل البدلين: قيمتها قائمة إلى نهاية المدة والثلث الذي قامت به. فإن كانت العارية مقيدة بمدة فبيعت الحصة قبل مضيها، لم يكن للمعير حق التقدم في أخذها على الشركاء، ولا يأخذ المعير في هذه الأحوال بحق الشفعة، بل يأخذ لدفع الضرر عن نفسه ولأن ضرره أعظم قدم على الشركاء، وكذلك إذا كان الشركاء شركاء في ثمر على شجر استحقوه بالمساواة، أو بالوقف فباع أحدهم حصته فيه كان لسائر الشركاء حق أخذها بالشفعة وكذلك كل ثمرة تجنى ويبقى أصلها كالباذنجان ونحوه. منح الجليل ج ٣ ص ٥٩٢.

(٢) وهو قول أهل مكة ونص عليه الإمام أحمد في رواية حنبل. راجع إعلام الموقعين ج ٢ ص ٢٤٧ وما بعدها.

باعه لهم، وإن رغبوا عنه سقط حقهم، وليس لهم طلبه بعد ذلك بالشفعة، فإن باعه لغيرهم قبل أن يعرضه عليهم كان لهم حق أخذه بالشفعة، ويستدلون على مذهبهم بأن حق الشفعة إما أن يكون ثابتا بطريق النص أو بطريق النظر، فإن كان ثابتا بالنص فقد روى عن النبي ﷺ أنه قال: «الشريك شفيع، والشفعة في كل شيء»، وروى جابر عنه فقال: «قضى رسول الله ﷺ بالشفعة في كل شيء» وإن كان ثابتا بطريق النظر فلم يثبت إلا لدفع الضرر، والضرر كما يوجد ويتوقع في العقار يوجد ويتوقع كذلك في المنقول، بل قد يكون في المنقول أشد، وعلى الجملة فضرر الدخيل عند الشركة في العقار كضرره عند الشركة في المنقول^(١).

الشفعة في العلو:

وقد ألحق الخفية العلو بالعقار فأثبتوا فيه الشفعة إذا بيع، وأثبتوا به الشفعة أيضا إذا بيع سفله أو عقار بجواره، ذلك لما للبناء المستعلى من حق البقاء والقرار على السفلى. فكان كالعقار في دوامه، فألحق به.

وعلى ذلك إذا كان العلو لشخص والسفل لشخص آخر فباع صاحب العلو علوه لأجنبي كان لصاحب السفلى أخذه بالشفعة بسبب الجوار، وكذا يكون للجيران الآخرين - وهم أصحاب الجوار الجانبي - أن يشركوا صاحب السفلى في هذا الطلب، فيقسم العلو عليهم جميعا، إلا أن يتقدمهم صاحب السفلى بأن يكون شريكا في حق خاص للعلو كالطريق الخاص، والتسيجة أن الجوار الرأسى لا يفضل الجوار الجانبي في استحقاق الشفعة به^(٢).

ولم يلحق الخفية بالعقار بناء المحتكر على الأرض المحتكرة وإن كان له حق القرار؛ لأن بقاء هذا الحق مرهون بالمصلحة وقيام المحتكر بدفع أجر مثل الأرض، فإذا لم يتوافر هذان الشرطان سقط حق القرار وأزيل البناء، ولذا لا يماثل حق العلو في بقاءه ودوامه، فلم يكن مثله في أحكامه.

(١) راجع المحلى لابن حزم في الشفعة.

(٢) لا يرى الشافعية والحنابلة ثبوت الشفعة في البناء ولو كان علوا على سفلى ولا ثبت فيه عندهم إلا إذا بيع مع العقار نثبت فيه تبعا. وأثبتها بعض الشافعية في العلو المشترك إذا كان بسطحه مشتركا بين الشركاء فيه بحجة أنه كالبناء على الأرض راجع نهاية المحتاج وكشاف القناع.

لا شفعة إلا عند معاوضة

الثانى- أن يخرج العقار المشفوع فيه من ملك صاحبه خروجا باتا بعوض مالى، فلا حق لأحد فى أن يملك عقارا جبرا عن مالكة، إذا لم يقدم مالكة على إخراجه من ملكه، لأن مالك الشىء أولى به من غيره، وكذلك إذا أخرجه من ملكه على وجه ليس ببات ولا قاطع، لم تثبت فيه الشفعة؛ لأن حقه فيه لا يزال باقيا، كما إذا باعه يبعأ فاسدا فقبضه المشتري، فإنه بالقبض يخرج من ملك صاحبه، ويثبت الملك فيه للمشتري ولكن على وجه غير بات، إذ يجب على كل منهما فسخ العقد ورد المبيع إلى بائعه، ولذا كان حق بائعه فيه لم ينقطع، وكان أولى به من غيره، فلا يثبت لشفيع حق شفعة، ولكن إذا أصبح هذا الملك باتا بأن فعل فيه المشتري ما يمنع رده إلى بائعه، كأن يزيد فيه زيادة لا يمكن أن يسلم بدونها، تثبت فيه الشفعة حيثئذ لانقطاع حق بائعه فى استرداده. ويتملكه بالقيمة لا بالثمن. كما فى المبوط «ج ١٤ ص ١٤٩».

حق الشفعة عند التبرع :

وكذلك الحكم إذا خرج من ملك صاحبه فى غير معاوضة، فلا يكون لأحد حق أخذه بالشفعة، كما إذا وهبه بغير اشتراط عوض، أو تصدق به، أو وقفه أو أوصى به، أو انتقل العقار بوفاته إلى ورثته؛ ذلك لأن تملك العقار بالشفعة لم يشرع إلا فى نظير عوض يتساوى مع ما قبول به من مال عند خروجه من ملك صاحبه وماترتب على ذلك من نفقات، فيتملكه الشفيع بمثل ذلك إن كان مثليا ؛ وبقيمته إن كان قيميا حتى يتحقق بذلك لصاحبه ما استحقه فى نظير إخراجه من ملكه، ويتم لتملكه منه استيفاء ما أنفقه فى سبيل تملكه. وهذا لا يمكن تحقيقه . عندما يخرج العقار من ملك صاحبه بالمجان، لأنه لم يقابل بشىء، وليس مما يقبل ؛ أن يتملكه الشفيع حيثئذ بالمجان، لأن مالكة إنما تبرع به لغرض خاص لا يتحقق بالتبرع لغيره، وإعطاؤه للشفيع بالمجان مضيع لذلك الغرض، وكذلك لا يقبل أن يتملكه بقيمته من التبرع له؛ لأن أساس أخذ العقار بالشفعة من مشتريه أن الشفيع أولى منه بشرائه، فأمكن لذلك توجيه الصفقة إليه، ولكنه ليس أولى بأن يتبرع به له كما ذكرنا، فلم يجز له أن يحل محل المتبرع له، ولا أن يتملكه جبرا عنه بقيمته ؛ إذ لا حق له فيه عند ذلك، وذلك محل اتفاق بين الأئمة الأربعة.

الشفعة عند المعاوضة بما ليس مالا:

وكذلك الحكم عند الخفية إذا أخرجته صاحبه من ملكه بمعاوضة ليس العوض فيها مالا، كان جعله مالكة مهرا، أو بدل فرقة من زواج، أو أجرا على عمل أو نظير منفعة، فإن حق أخذه الشفعة لا يثبت فيه لأحد، ذلك لما قدمنا من أن التملك بالشفعة إنما شرع بمثل ماتملكه به من صار مالكا له، أو بقيمته، ولا يمكن ذلك في هذه الأحوال؛ لأن بدله ليس بمال، فلا مثل له من الأموال ولا قيمة، فلم يكن أخذه بالشفعة لذلك مشروعاً، وإلى هذا ذهب أحمد بن حنبل أيضاً.

وذهب الشافعي إلى ثبوت الشفعة في هذه الأحوال لإمكان تقويم العوض فيها، والأخذ بقيمته، فإذا جعل مهرا أخذ الشفيع بمهر المثل، وكذلك إذا جعل بدل فرقة من طلاق أخذه الشفيع بمهر مثل الزوجة؛ لأن الزوجة ما بذلته لزوجها في هذه الحال وما قبله الزوج كذلك إلا عوضاً عما كان له من حق التمتع بزوجه وهو يقدر بمهر المثل، وإذا جعل بدل عمل أو منفعة أخذه بأجر مثل العامل أو بالأجرة المعروفة لهذه المنفعة.

وذهب مالك إلى إثبات الشفعة في هذه الأحوال أيضاً، غير أن الشفيع إذا أراد أن يأخذ العقار فلا يأخذه إلا بقيمته، لا بقيمة بدله.

وبناء على ما تقدم فإذا تزوج شخص امرأة على حصته من هذه الدار، وهي النصف فقبلت، أو طلقها نظير حصتها في هذه الدار وهي النصف فقبلت، أو أعطى طبيبا نصف دار مشتركة بينه وبين غيره نظير قيامه بعلاجه، أو أعطاه محاميا نظير دفاعه عنه في خصومة، أو دفعه أجرة على زراعته لهذه الضيعة ستة، لم يثبت لشفيع فيها حق الشفعة عند أبي حنيفة وأحمد، ويثبت للشريك فيها حق الشفعة في هذا النصف، فبأخذه إن أراد من الزوجة بمهر مثلها في صورتين الأوليين، أو من الطبيب أو من المحامي، أو من مؤجر الضيعة بأجر المثل في باقى الصور عند الشافعي، وبأخذه بقيمته في جميع هذه الصور عند مالك لا بمهر المثل، ولا بأجرة المثل^(١).

(١) وقول مالك عدل، فقد يتسامح في المهور زيادة ونقصا فتعطى الزوجة نصف دار قيمته أصناف مهر مثلها أو على النصف من مهر مثلها. فإذا أخذه الشفيع بمهر المثل دفع فيه أقل من قيمته في الصورة الأولى وضعف قيمته في الصورة الثانية. وليس في ذلك معادلة.

وقت ثبوت حق الشفعة للشفيع :

أما إذا أخرجه مالكة من ملكه بمعاوضة، وكان العوض فيها من الأموال، فإنه يثبت للشفيع حق أخذه بالشفعة اتفاقا على أن يدفع ذلك العوض، وعلى ذلك فحق الشفعة لا يثبت للشفيع إلا في الأحوال الآتية، إذ لا تتحقق المعاوضة على هذا الوجه إلا فيها:

(١) البيع - فإذا باع العقار مالكة ببديل مثلى أو قيمى كان لشفيعه حق أخذه بالشفعة على أن يدفع مثل ذلك البديل إن كان مثليا وقيمته إن كان قيميا، فإذا كان البديل عقارا ثبت فيه أيضا لشفيعه حق أخذه بالشفعة، على أن يدفع فيه قيمة العقار الأول، وإذا كان العقار موقوفا فبيع بمسوخ شرعى ثبت لجاره أو للشريك فى حقه الخاص حق الشفعة فيه، لخروجه حيثذ عن حالته ودخوله فى ملك مشتره (١).

(١) وهذا إذا كان عقد البيع خاليا من اشتراط الخيار للبايع، أما إذا شرط فيه للبايع الخيار فى أن يمضى العقد أو يفسخه، فلا يثبت فى العقار حيثذ حق الشفعة لأحد؛ ذلك لأن اشتراط هذا الخيار للبايع يمنع المبيع من أن يخرج من ملكه، بل يظل على ملكه حتى يختار أو تمضى المدة المعبية للخيار كما سأتى، فإذا أمضى العقد أو مضت مدة الخيار دون أن يفصح عن نيته نفذ وثبت حق الشفعة فى المبيع لخروج المبيع عن ملكه حيثذ، ولكن إذا اختار فى مدة الخيار فى فسخ العقد انفسخ ولاشفعة.

ويلاحظ أن من له حق الشفعة إذا باع عقاره الذى يشفع به لأخر قبل سقوط الخيار لم يكن لمن اشتراه منه حق الأخذ بالشفعة، لأنه لم يكن مالكا عند إنشاء عقد البيع الذى ترتب عليه حق الشفعة، ولأن خروج المبيع من ملك البائع يستند إلى ذلك الوقت فلا بد من تحقق شرط الأخذ بالشفعة فيه.

وأما إذا اشترط هذا الخيار للمشترى فإن الشفعة تثبت فى العقار المبيع؛ لأن هذا الشرط لا يمنع نفاذ العقد فى إخراج المبيع من ملك بائعه، وبخروجه من ملك بائعه تثبت فيه الشفعة، إذ لا خيرة له فى هذه الحال بل الخيرة للمشترى، فإذا طلب الشفيع فى هذه الحال أخذه بالشفعة أعطى له دون توقف على معرفة رأى المشترى، حتى إذا اختار المشترى حيثذ أن يفسخ العقد ففسخه لم يؤثر ذلك فى حق الشفيع فيبقى، بل شفيعته لأن حقه قد ثبت فلا يكون لغيره سلطان عليه فى إبطاله قهرا عنه، ومثل ذلك فى الحكم ما إذا كان للمشترى خيار رؤية أو خيار عيب، فإن حق الشفعة يترتب على العقد لخروج المبيع من ملك البائع مع ثبوت هذا الخيار، وإذا اختار المشترى فسخ العقد فى الحالين لم يؤثر ذلك فى حق الشفيع لما قلتمناه. ١. هـ. من رد المحتار نقلا عن الشرنبلالى ج ٥ ص ١٦٧ من باب ما يثبت فيه الشفعة.

وإذا اشترط ذلك الخيار للشفيع فإن شرطه له البائع كان كأنه شرطه لنفسه فلا شفعة، فإذا اختار الشفيع فسخ العقد فكذلك الحكم لارتضاع العقد، وإن أنفذه بطلت شفيعته إذ يعتبر بذلك كأنه مملك لمشترى وراض بجواره، وهذا إذا رضى الشفيع بأن يشترط له الخيار فاختره، أما إذا أبى ذلك أو سكت حتى انتهت مدة الخيار كان له حق الشفعة. وإن شرطه له المشترى كان كأنه شرطه لنفسه، وهو إذا شرطه لنفسه كان للشفيع حق الشفعة فيثبت حيثذ للشفيع حق الشفعة. راجع الزيلعى وحاشية الشلى عليه.

(ب) الهبة بشرط العوض . كأن يهب إنسان هذه الدار لآخر على أن يعوضه عنها هذه الجوهرة . وهذا النوع من الهبة يعده زفر يبيعا فثبتت الشفعة في الدار بمجرد تمامه بالقول، أى عقب الإيجاب والقبول، ويعدّه أبو حنيفة وصاحباه هبة في الابتداء، ويبيعا في الانتهاء، ولذا لا يثبتون حق الشفعة في الدار لشفعيها إلا بعد التقابض، أى بعد تسلّم العقار، وقبض الجوهرة، لأنه قبل التقابض يعتبر هبة عندهم، فلكل من الواهب والموهوب له أن يرجع عنه، ولا يثبت به الملك في البديلين معا إلا بالتقابض، فلا يترتب عليه ثبوت حق الشفعة إلا بعده، لتمام الملك في كل بدل ولزومه حيثنذ^(١)، وإذن يأخذ الشفيع العقار المشفوع فيه، وهو الموهوب بقيمة مادفع فيه من عوض إن كان قيميا، وبمثله إن كان مثليا .

(ج) الصلح - فإذا ادعى إنسان على إنسان آخر حقا هو مال وطالبه به فصالحه عليه بعقار «دار أو أرض زراعية» سلمه إليه، فإن حق الشفعة يثبت في الدار أو في الأرض؛ ذلك لأن كلا منهما قد خرج بالصلح من ملك صاحبه، ودخل في ملك المدعى عوضا عما كان يطلبه من مال في دعواه على أية حال، سواء أكان المدعى عليه قد أقر بالدعوى أم أنكرها أم سكت عن ذلك وطلب هذا الصلح وأنفذه، وكان المدعى قد اشتراه بذلك المال المطلوب فيثبت فيه للشفيع حق الشفعة. وأما إذا كان العقار هو المطلوب بالدعوى فصالح المدعى عليه مدعيه بمال دفعه إليه، فإن كان ذلك الصلح بعد إقراره بالدعوى ثبت حق الشفعة في العقار المطلوب بالدعوى، إذ قد ظهر بإقرار المدعى عليه أن هذا العقار ملك للمدعى وقد استبقاه المدعى عليه وتملكه نظير مادفع من مال، فكأنه قد اشتراه به فيثبت فيه حق الشفعة، ولكن إذا كان هذا الصلح بعد إنكاره للدعوى أو لم يسبقه إقرار منه ولا إنكار، فلا يثبت في هذا العقار حق الشفعة؛ لأن العقار قد بقى في يد المدعى عليه ولم يخرج من ملك أحد إلى ملكه، وإنما استمرت ملكيته له، وما دفع المال عوضا عنه على وجه التحقيق، إذ من المحتمل الذي يؤيده عدم إقراره بالدعوى، أنه لم يدفعه إلا لترك الخصومة، وتجنبنا للنزاع وافتداء لليمين .

ويشترط في المشفوع به ما يأتي:

(١) راجع الهندية ونكلمة ابن عابدين والمبسوط ج ١٢ ص ٨٠ ومنه تعلم أن الملك في البديل يثبت لمن قبضه بمجرد قبضه ولا يتوقف على قبض البديل الآخر، ولكن لا تثبت الشفعة في البديل المتبوض إذا كان عقارا إلا بعد قبض البديل الآخر، حتى يتحقق أنه قد خرج من ملك صاحبه نظير عوض هو مال، ولأنها لا تنصير بيعا إلا بالتقابض .

الشفعة بالعقار :

الأول - أن يكون عقارا، فلا تستحق الشفعة بمنقول؛ ذلك لأن سبب استحقاقها إما الشركة - ولا شفعة في منقول عند الاشتراك فيه كما قدمنا، خلافا لمن رأى ذلك - وأما الاشتراك في حق خاص من شرب أو طريق أو مسيل . ولا يكون ذلك مقررا على منقول، ولا مقررا لمنقول كما قدمنا . وإما الجوار والجوار بسبب المنقول لا يدوم، ولا يترتب حق الشفعة إلا على الجوار الدائم لدوام ضرره دون المؤقت .

وعلى ذلك إذا استؤجرت أرض للبناء، فبنى عليها المتأجر، ثم باعها مالكها لم يكن للمستأجر حق أخذها بالشفعة اتفقا، أما عند الحفنية، فلأنها لا تستحق بالمنقول، وأما عند غيرهم فلأنها لا تستحق بالجوار .

الشفعة بالعلو :

وقد ألحق الحفنية العلو بالعقار كما قدمنا، فتستحق به الشفعة، فإذا كانت دار بين شخصين لأحدهما أرضها وسفلها، وللآخر علوها، فباع صاحب السفل ما يملك منها ثبت لصاحب العلو فيه حق الشفعة؛ لأنه جار، وجواره دائم، ولذا يشاركه من يجاورها من جهاتها الأربع، إلا أن يكون صاحب العلو شريكا في طريقها الخاص، فيتقدم على الجيران إذا لم يكونوا شركاء فيه، وكذلك الحال إذا باع صاحب العلو علوه، فيكون لصاحب السفل حق أخذه بالشفعة بسبب الجوار، حكمه في ذلك حكم صاحب العلو في الحال السابقة كما بينا^(١) .

(١) وإذا كان سفل اندار لشريكين فيه، ولأحدهما علوها شركة بينه وبين شخص ثالث، فباع الشريك في السفل والعلو جميعا ما يملك فيهما كان لشريكه في السفل حق أخذه بالشفعة وحده، وكان لشريكه في العلو حق أخذه بالشفعة وحده؛ لأن الشريك في السفل شريك في نفس السفل وجار للعلو . والشريك في العلو شريك أيضا في نفس العلو وجار للسفل، فيتقدم كل منهما فيما هو شريك فيه على الآخر؛ لأن الشريك في نفس المشفوع فيه أولى من الشريك في حقه الخاص، وأولى من جاره، ولو كانت الدار مكونة من ثلاث طبقات وهي بين ثلاثة أشخاص لكل منهم طبقة منها، فباع صاحب الطبقة السفلى طبقته كان حق الشفعة للأوسط فقط لجواره، إلا أن يكون هو وصاحب الطبقة العليا شريكين في طريقها الخاص، وإذا باع صاحب الوسطى طبقته كان حق الشفعة للآخرين لمجاورتها لها، وإذا باع صاحب العليا طبقته كان حق الشفعة للأوسط فقط، إلا أن يكون شريكا مع الأسفل في الطريق الخاص، وكذلك يشاركهم جيرانهم الدار متى كانوا ملاصقين، لأن الاستحقاق بالجوار. فإذا كان المبيع بعض علو الدار فإن حق الشفعة يثبت لجار الجانب الذي بيع علوه للملاصقة، دون جار الجانب الآخر من الدار .

وإنما يثبت لصاحب العلو حق أخذ السفلى بالشفعة عنده، وإذا كان بناؤه قائما اتفاقا، فإذا تهدم بناؤه، فباع صاحب السفلى سفله قبل أن يجدد صاحب العلو علوه لم يكن له حق الشفعة؛ لأنه يأخذ بالجوار، وقد زال بزوال البناء، وهذا رأى أبى يوسف، وذهب محمد إلى أن حق الشفعة يثبت له فى هذه الحال أيضا، لأنه لم يستحق الشفعة بسبب البناء، بل بحق القرار، وهو باق بعد انعدام العلو، وهذا أرجح القولين^(١).

ملك الشفيع لما يشفع به :

الثانى - أن يكون مملوكا للشفيع وقت العقد^(٢) وأن يستمر ذلك إلى أن يتملك الشفيع العقار المشفوع فيه، فإذا بيع عقار كان حق أخذه بالشفعة لمن يملك الأرض الملاصقة له وقت عقد البيع بشرط أن تستمر ملكيته لها إلى أن يتملك العقار المبيع، فإن باعها لآخر قبل أن يتملك العقار المبيع سقط حقه فى الشفعة لعدم بقاء ملكيته إلى وقت التملك بها، ولم يكن لمن اشتراها حق أخذ العقار المبيع بالشفعة أيضا؛ لأنه لم يكن مالكا لهذه الأرض وقت بيعه.

لا شفعة بالوقف :

وبناء على ذلك لا يثبت بالعقار الموقوف حق الأخذ بالشفعة إذا ما بيع ما يلاصقه من الأراضى، لا لناظره، ولا للمستحقين فيه، لعدم ملكهم^(٣)؛ ذلك لأن شرع هذا الحق إنما كان لدفع الضرر الدائم، ويد الناظر ليست دائمة، إذ قد يعزل. والمستحق إن كان منتفعا بنفسه شبيه بالمستأجر، ومع ذلك قد تؤجر العين لغيره فلا يدوم انتفاعه.

(١) راجع الفتاوى الهندية ج ٥ ص ١٦٤.

(٢) يرى الشافعية صلاحية المسجد وأمثاله كالشفاى - لأن يملك، فلو تملك حصة فى عقار بشراء أو هبة لتصرف فى عمارته فباع الشريك حصته، فللقسيم على المسجد أن يأخذ بالشفعة إذا رأى أن ذلك من مصلحته كما يثبت كذلك للإمام الأخذ بالشفعة باعتباره فيما على بيت المال، إذا كان لبيت المال حصة شائعة فى عقار، وباع شريكه فيه حصته. راجع الروض ج ٢ ص ٣٦٥.

(٣) وقال مالك: من جيس حصة من دار على رجل وولده لاتباع ولا توهب فباع شريكه الذى لم يجس نصه منها، فأراد المبيع أخذه بالشفعة فليس له ذلك؛ لأنه ليس له أصل يأخذ به، إلا إن أراد أخذه ليحفظه بالجزء المبيع فى تحييه، فله ذلك، وإن أراد المبيع عليهم أخذه فليس ذلك لهم؛ لأنهم لا أصل لهم وقال ابن حبيب وابن الماجشون وأصغ: إن أراد المبيع عليهم أخذه لإحسانه بالمبيع فلهم أخذه بالشفعة، لأن المبيع هو الشريك وعلى هذا بنى بعض المالكية رايه، فقال: إن ناظر الوقف لو أراد أخذه لذلك جاز، ولكنه خلاف الأصح. راجع منح الجليل ج ٣ ص ٥٨٤.

دوام ملك الشفيع إلى الأخذ :

ويجب أن يستمر ملك الشفيع للمشفوع به - كما قدمنا - إلى وقت الأخذ بالشفعة، فإذا زال بسبب من الأسباب قبل الأخذ سقط حق الشفعة.

ومما يتفرع أيضا على هذا: أن الشفيع إذا ماتوفى بعد البيع وقبل أن يتملك المشفوع فيه سقط حقه في أخذه بالشفعة، سواء أطلب أخذه أم لم يطلب، لزوال ملكه قبل الأخذ ثم لم يكن لوارثه هذا الحق أيضا بصفة أصلية؛ لأنه لم يكن مالكا للعقار المشفوع به وقت عقد البيع، وإنما كان المال لمورثه.

وراثه حق الشفعة :

وكذلك لا يتقل إليه هذا الحق بالوراثة؛ لأن حق الشفعة لا يورث عند الحنفية، إذ هو إرادة ومشية، والوارث لا يرث مورثه في رغباته، لأنها صفات شخصية.

وذهب الشافعي ومالك إلى أن حق الشفعة يورث، فيحل الوارث محل مورثه؛ لأنه حق متعلق بالمال، وقد ثبت لصاحبه بسبب ما يملك من عقار، فإذا انتقل ذلك العقار إلى الوارث انتقل إليه بحقوقه.

وذهب أحمد إلى أنه يورث إذا ماتقرر بالمطالبة، لتأكده وتحققه حيثئذ. أما قبل المطالبة به فلا يورث.

وعليه: إذا توفي الشفيع بعد البيع وقبل الأخذ بالشفعة لم يكن لوارثه حق الأخذ بها عند أبي حنيفة، وكان له ذلك عند الشافعي ومالك.

وأما عند أحمد: فإن توفي بعد المطالبة بها كان لوارثه حق الأخذ بها، وإن توفي قبل المطالبة بها لم يكن له هذا الحق^(١).

(١) هذا مبنى على القول بأن الشفيع لا يملك المشفوع فيه بالمطالبة، هو أحد قولين للحنابلة. أما على القول الذي اقتصر عليه صاحب الكشاف، وهو أن الشفيع يملك المشفوع به بمجرد طلبه، فإن الوارث حيثئذ لا يرث حقا وإنما يرث عقارا. وعلى هذا القول لا يورث حق الشفعة. «كشاف ج ٢ ص ٣٨٠، ٣٩٠».

طريق الوصول إلى الأخذ بالشفعة

طلب الشفعة

لا يملك الشفيع العقار المشفوع فيه إلا إذا طلب أخذه بالشفعة، ولا يكون طلبه مؤدياً إلى ذلك إلا إذا تحقق فيه أمران:

طلب المشفوع فيه جميعه: أحدهما: أن يعم العقار المبيع جميعه، سواء أكان حق الشفعة لواحد أم لأكثر، وسواء أكان الشفعاء في مرتبة واحدة أم من مراتب مختلفة، وسواء أصدر الطلب من شفيع واحد أم من كثير منهم، فإذا بيع عقار مشترك وله حقوق خاصة مشتركة وله جيران متعددون، فلكي يتمكن كل منهم من أن يملكه بحق الشفعة إذا ما أصبح له حق الأولوية في الأخذ بالشفعة، يلزم أن يطلب كل منهم أخذه جميعه بالشفعة عند علمه بالبيع.

طلب بعضه: فإذا طلب أحد الشركاء فيه أن يأخذ ما يخصه منه فقط، ولم يطلب بقيمته اعتماداً على أنها حق لغيره من الشركاء. لم يكن لهذا الطلب اعتبار، وسقط به حقه في الشفعة عند محمد - رحمه الله تعالى - إلا أن يكون ذلك مسبقاً بطلب الكل.

وقال أبو يوسف: لا يسقط بذلك حق الشفيع؛ لأن حقه في أخذ كل المبيع ثابت فلا يسقط إلا بمسقط له ولم يوجد، فيبقى حقه كما كان، فإن شاء عاد فطلب الكل، وإن شاء ترك.

ووجه قول محمد: إنه يطلبه بعض العقار أبطل حقه في بعضه الآخر، لتزكه المطالبة به مع القدرة عليها، والشفعة حق شرع غير قابل للتجزئة، حتى لا يضار المشتري، فيسقط بذلك حقه، أضف إلى هذا أن شريكه في الشفعة قد يترك حقه فيها في هذه الصورة، فتبقى حصته للمشتري إذا رضى بتجزئة الصفقة، وعند ذلك يصير شريكاً لذلك الشفيع الذي طلب البعض، واحتمال تحقق ذلك مع عدم قيام هذا الشفيع بما يمنع شركته مع المشتري في هذا الحال دليل رضاه بمشاركته، فيسقط لذلك حقه في الشفعة؛ لأنها ما شرعت إلا للدفع ضرر الشركة في الجوار وقد رضى بأن يكون شريكاً له وذلك فوق الجوار. وعلى

ذلك لو كان للعقار المبيع شفيهان فقط، فطلب كل منهما نصفه سقط حق كل منهما، وإذا طلب أحدهما نصفه وطلب الآخر جميعه سقط حق من طلب النصف وأعطى الآخر جميعه إن أراد، وإلا ترك، حتى لاتجزأ الصفقة على المشتري، ولو أن الشفيح طلب أخذ العقار كله كان له أن يأخذ بعضه ليكون باقيه للمشتري إذا ما اتفق معه على ذلك، ما لم يكن هناك شفيح آخر أدنى مرتبة. وقد طالب بحقه في الشفعة فإنه يقدم على المشتري فيما ترك الشفيح الأول الذي له من المبيع، إذا ما أراد أخذه^(١)

(١) هذا إذا لم يتعدد كل من البائع والمشتري والمبيع والعقد، أما عند التعدد فالحكم كما يأتي:

(أ) إذا تعدد العقد فبيعت دار أو حصة شائعة فيها على عدة صفقات، كان لشفيحها أن يأخذ جميع ما بيع في هذه الصفقات كليها، وأن يقتصر على ما بيع في إحداها أو يضم إليه غيره من مبيعات الصفقات الأخرى. إذ ثبت له الحق في أخذ كل مبيع استقلالاً عند بيعه، سواء في ذلك أتعدد كل من المشتري والبائع أم لا، لا خلاف في ذلك تعلمه.

(ب) إذا لم يتعدد العقد فكانت الصفقة واحدة، فإن تعدد فيها المشتري كان للشفيح أن يأخذ كل المبيع وأن يقتصر على حصة أي مشتر منه، وأن يضم إليها حصة غيره ويترك سائر الحصص؛ ذلك لأن كل حصة مبيع مستقل بالنسبة لمشتريها فلا تجزأ الصفقة بالنسبة له، وقد يرضى الشفيح بمشاهدة أحدهم فلا يطلب حصته ولا يرضى بمشاهدة الآخرين فيطلب حصصهم، وإن كان المشتري فيها واحدا لزم الشفيح أن يأخذ كل المبيع أو يترك حتى لاتجزأ الصفقة عليه، سواء في ذلك أكان بائعه واحدا أم كان أكثر من واحد.

وقد جاء في المبوط ج ١٤ ص ١٠٤ أن العبرة في التعدد وعدمه بمن باشر العقد. فإذا اشترى عن عدة أشخاص وكيل واحد عنهم اعتبر المشتري واحدا بالنظر إلى الوكيل، وكان على الشفيح أن يأخذ كل المبيع أو يترك؛ لأن الوكيل في الشراء يشتري لنفسه أولاً، وإن كان الملك يثبت لوكليه ابتداءً.

وذهب الشافعي وأحمد إلى أنه لافرق بين تعدد المشتري وتعدد البائع، فللشفيح في الخالين أن يأخذ جميع ما بيع، وأن يقتصر على حصة أي بائع أو أي مشتر، وأن يضم إليها غيرها من الحصص؛ وذلك لأن العقد عندهما يتعدد بتعدد كل من البائع والمشتري. راجع الروض ج ٥ ص ٣٧٦ والكشاف ج ٢ ص ٣٨٥ وقد روى هذا عن أبي حنيفة إذا كان الأخذ بالشفعة قبل التسليم إلى المشتري؛ لأن المبيع حينئذ مجزأ بتعدد العقد وتوحيده، ولا عبرة بتعدد العاقدين أو الحصص، فإن تعدد العقد تعدد حق الشفعة، وإلا لم يتعدد، سواء أتعدد البائع أو اشترى أو المبيع أم لا على الأصح، راجع منح الجليل ج ٧ ص ١٧٠.

وإذا كان المشتري واحدا وتعدد المبيع بأن اشترى شخص دارين بعقد واحد، فإن كان الشفيح شفيحاً فيهما جميعاً لم يكن له إلا أن يأخذ الدارين جميعاً أو يتركهما جميعاً، وليس له أخذ إحداهما وترك الأخرى عند أنتنا الثلاثة، حتى لاتجزأ الصفقة على مشتريها، وقد يكون المشتري راغباً عن إحدى الدارين ولم يشترها إلا لأجل الثانية فلا يصح أن يبلحقه في ذلك ضرر بأخذها، وذهب زفر إلى أنه يجوز للشفيح أن يأخذ إحدى الدارين فقط؛ لأن المانع من تجزئة المبيع إنما هو ضرر الشركة، ولا شركة عند تعدده والاقتران على بعضه المفضل المتأخر عن غيره، لافرق في ذلك بين أن تكون الداران متلاصقتين، في بلد واحد أم في بلدين متباعدين. وإلى هذا ذهب الشافعي وأحمد أيضاً إذا كان المبيع حصة من دارين؛ لأن الأخذ بالشفعة حينئذ على هذا الوجه لا ينضى إلى تبعض الشقص الواحد، راجع الروض والكشاف في الموضع السابق فقط، وإن كان الشفيح شفيحاً في إحداهما لم يأخذ إلا ما هو شفيح فيها فقط، دون الأخرى على الأصح. راجع رد المحتار في آخر الشفعة والبوط ج ١٤ ص ١٥٩.

تنازل بعض الشفعاء عن حقه: ولو أراد شفيع أن يتنازل عن حقه لبعض الشفعاء لم يكن له ذلك، ، لم يملك شيئا، ولو فعل كانت حصته بين جميع الشفعاء، ولا يختص بها من نوزل له منهم.

ثانيهما: أن يكون الطلب على الوجه الآتى: وذلك أن يطلب الشفيع الشفعة فى مجلس علمه بالبيع والمبيع والثمن والمشتري سواء أعلم بذلك عقب العقد مباشرة أم بعده بسنين.

ويتحقق العلم بأى طريق يغلب به على ظنه صدق الخبر. فإذا وصله بطريق لا يفيد ذلك عادة فلم يصدق ولم يطلب الشفعة لذلك لم يسقط حقه.

وإذا علم الشفيع بالبيع والثمن، ولم يعلم بالمشتري بأن لم يذكر اسمه، أو ذكر اسم شخص آخر، فلم يطلب الأخذ بالشفعة، ثم علم بعد بالمشتري حقيقة كان له حق الطلب عند العلم.

وكذلك إذا علم بالمبيع والمشتري ولم يذكر له الثمن، أو ذكر له ثمن يزيد فى الواقع عن الثمن الذى تم به العقد، فلم يطلب الأخذ بالشفعة فإن له حق طلبها بعد ذلك عندما يعلم بالثمن الذى تم به العقد، ولكن إذا ذكر له ثمن أقل من الثمن الذى تم به العقد فلم يطلب الأخذ بالشفعة فإنه يسقط حقه فيها، ولم يكن له حق الطلب بها بعد ذلك إذا علم بالثمن الذى تم به العقد، لأن رغبته عنها عند قلة الثمن تستلزم رغبته عنها عند زيادته، بخلاف ما إذا رغب عنها عند زيادة الثمن، لأن عدوله عنها فى هذه الحال قد يكون لما يراه من غبن فى العقد بسبب التفاوت الفاحش بين الثمن وقيمة المبيع، فإذا ظهر بعد ذلك أن الثمن أقل ولا غبن فيه كان له أن يطلب الشفعة عند العلم بالثمن الحقيقى، ولهذا إذا علم بالثمن الذى تم به العقد فرغب عن الشفعة، ثم علم بعد ذلك أن البائع قد حط بعض الثمن عن المشتري فإن له عند العلم بهذا أن يطلب الأخذ بالشفعة، ومثله ما إذا علم أن البائع زاد المشتري متاعا إضافة إلى المبيع بعد أن رغب عن الشفعة؛ لأن ذلك فى معنى الحط من الثمن، وكذلك إذا علم بأن المبيع بعض دار فلان فرغب عن الشفعة، ثم علم بأنه جميع الدار كان له حق الطلب عند ذلك؛ لأن الإعراض عن الجزء قد يكون لعدم وفائه بحاجاته. وإذا كان العكس لم يكن له حق الطلب

عند بعض الحنفية؛ لأن الإعراض عن الكل إعراض عن أجزائه، وهذا ظاهر الرواية، وقيل: يكون له حق الطلب؛ لأن الإعراض عن الكل قد يكون لعجزه عن ثمنه، ولعل ماجاء في ظاهر الرواية مبنى على اتحاد الثمن في الحالين، وإذا يكون الحكم ظاهر الوجه. راجع المبسوط. ٤

وعلى ذلك إذا علم الشفيع بيع العقار وبمقدار ثمنه وبمن اشتراه، فلم يأذن لهذا الخبر وأعرض عنه مشتغلا بغيره سقط حقه في الشفعة، لتغير المجلس بإعراضه واشتغاله بعمل آخر، ولكن إذا سمع الخبر فلم يعرض عنه وأخذ يفكر ويتروى ووازن بين العقار وثنمه، ثم طلب بعد ذلك في مجلسه أن يأخذ بالشفعة بقي له حق فيها، فإن قام من مجلسه دون أن يطلب سقط حقه، إذ لا يمتد وقت الطلب إلى ما بعد المجلس؛ لأن حق الشفعة حق ضعيف، فتجب المبادرة إليه، لقوله عليه السلام: «الشفعة لمن واثبها» أى أسرع إلى طلبها، ولذلك سمي هذا الطلب بطلب المواثبة، وهذا هو الرأى الأصح. وهناك رأى آخر، هو أن الشفيع يلزمه لكى يحافظ على حقه في الشفعة أن يطلبها فور علمه بما ذكرنا، فإن لم يفعل ذلك بلا عذر سقط حقه فيها، وهذا ظاهر الرواية (١). وينبغي أن يشهد على هذا الطلب إذا استطاع لكى تكون له حجة على إثباته عند جحوده.

(١) اختلفت آراء الفقهاء الإسلاميين في مقدار المدة التى يكون للشفيع فيها حق المطالبة بالشفعة بعد علمه بالعقد والبيع والتمن والمشتري. حتى إذا مضت دون طلب منه سقط حقه في الشفعة. فذهب الحنفية إلى أن هذا الحق يستمر له طيلة مجلس علمه مادام لم يصدر منه ما يبدل على الإعراض. وهذه رواية الكرخي. ومنهم من ذهب إلى وجوب المبادرة بالطلب عقب العلم، وهذا ما ذكره ابن رستم عن محمد، وذكر هشام في ذلك أن السكوت مدة قصيرة وكذا قول الشفيع سبحانه أو الله أكبر أو خلصنى الله من فلان، وكذا سؤاله عما يتصل بالعقد، كل ذلك لا ينافى المبادرة ولا تبطل الشفعة إذا ما حدث بعد العلم قبل الطلب، ومذهب الشافعي وأحمد قريب من ذلك.

وذهب الثوري إلى أنها تقدر بيوم، فإذا ما مضى يوم بعد العلم سقط الحق إذا لم يطلب. وذهب ابن أبي ليلى إلى أنها تقدر بثلاثة أيام، فإن مضت بعد العلم بلا طلب سقط الحق، وذهب المالكية إلى أنها تقدر بالنسبة إلى من حضر العقد بشهرين، سواء أشهد على وثيقة العقد أم لم يشهد، فإن علم ولم يحضر العقد كانت المدة سنة، ويرى ابن رشد من المالكية أن سقوط الحق بمضى شهرين بلا طلب مشروط بأن يكون الشفيع قد كتب شهادته على وثيقة العقد، أما من لم يكتب شهادته فالمدة بالنسبة إليه سنة. وهذا كله إذا كان الشفيع حاضرا يبذل العقد، فإن كان غائبا لم يقطع حقه وإن طالت غيبته، سواء أكان عالما بالعقد أم غير عالم، إلا أن تطول غيبته إلى درجة يجعل فيها أصل البيع أو تموت فيها شهوده، وهذا لا يمنع أن يطلب الشفيع بأن يسارع إلى الأخذ أو يترك منعا للضرر عن المشتري، ويجبره الحاكم على ذلك. فإن أخذ ولم يحضر الثمن أمهل لذلك ثلاثة أيام، فإن أدى الثمن فيها وإلا سقط حقه في الشفعة. راجع المنع ج ٣ ص ٥٩٨.

وجاء في قانون الشفعة أن الشفيع إذا علم بالبيع والمشتري والتمن وباقى شروط العقد، فسكت بعد ذلك =

طلب التقرير ، وقته ومكانه: إذا انتهى الشفيع من هذا الطلب لزمه كذلك للمحافظة على حقه في الشفعة أن يعود إلى طلبها مرة أخرى عند العقار المبيع أو عند المشتري أو عند البائع إذا كان العقار لا يزال في يده، وبهذا الطلب يتقرر حقه في الشفعة ويقوى، ويسمى هذا الطلب: بطلب التقرير أو طلب الإشهاد؛ لأن بعض الفقهاء يشترط الإشهاد عليه عند حصوله، وإن كان كثير منهم لا يشترط ولكن يستحسنه، حتى يكون للشفيع بينة عند إنكاره، وذلك مانص عليه قاضيخان^(١) والكاساني.

مكانه: وقد جعل هذا الطلب عند المبيع لأن الحق متعلق به، وجاز أن يكون عند المشتري لأن المبيع سيؤخذ منه، فكان الخصم في هذا النزاع، ولذا جاز أيضا أن يكون عند البائع إذا كان المبيع لا يزال في يده؛ لأنه مطالب بالتسليم إلى الشفيع حينئذ، فكان له دخل في الخصومة بسبب يده.

وقته: ولكي يكون هذا الطلب معتبرا يلزم ألا يتجاوز به الشفيع مدة تمكنه منه وإن لم يطلب سقط حقه، ولا يفيد أنه يطلبه عند أحد هؤلاء الثلاثة مع الإشهاد عليه، فإذا تمكن منه ولم يطلب سقط حقه، ولا يفيد أنه يطلبه عند أحدهم بعد ذلك، وبناء على هذا: إذا كان أحد هؤلاء الثلاثة في بلد غير بلده وباقيهم في بلده، فانتقل إلى ذلك البلد ليطلب فيه سقطت شفيعته، لاستطاعته أن يطلب في بلده، فإذا كانوا جميعا في بلد واحد أشهد عند أحدهم، ولا يضيره أن يكون بعيدا عن الباقي، لاعتبارات تدعو إلى التسامح في مثل ذلك.

قيام طلب التقرير مقام طلب الموائبة: وإذا علم الشفيع بالعقد والثلث والمشتري عند أحد هؤلاء فطلب أمامه أغنى ذلك الطلب عن تكراره واعتبر طلب موائبة؛ لأنه أول طلب، وطلب تقرير؛ لأنه حصل أمام أحد هؤلاء الثلاثة. وكيفية الطلب الأول: أن يصدر منه ما يدل على رغبته في الأخذ بالشفعة، كأن يقول: إني أطلب الشفعة، أو: لا أترك حقي فيها أو نحوه. وكيفية الطلب الثاني:

= خمسة عشر يوما سقطت شفيعته، والإخطار الرسمي غير لازم، فيجوز الإعلام مشافهة أمام شهود، أو مراسلة بخطاب سجل. ولذا يجب على الشفيع أن يطلب على يد محضر يعرض فيه الثلث وملحقاته، وعليه بعد ذلك أن يرفع الدعوى بالشفعة في ظرف ثلاثين يوما من ذلك إلا سقط حقه.

(١) هو الحسن بن منصور الأوزجندی الفرغانى صاحب «الفتاوى المشهورة» و«الواقعات» و«الأمالي» و«المحاضر» و«شرح الزيادات» وغيرها وتوفى سنة ٥٩٢.

أن يقول : علمت أن فلانا باع كذا لفلان ولى حق أخذه بالشفعة، وقد طلبته عند العلم وأطلبه الآن.

فإذا تم طلب التقرير عند المشتري فلم يعارض، أو علم المشتري بما كان من طلبى الشفيع فلم يعارض كذلك، أو كان الشفيع عند المشتري، فعلم بأنه قد اشترى المبيع بكذا فى حضرته فطلب المبيع منه فلم يعارض، وسلمه المبيع. فقد تمت الشفعة وتملك الشفيع المبيع بذلك.

طلب الخصومة: وإن عارض المشتري فى ذلك احتاج الشفيع فى تملكه للعقار المبيع وتسلمه إلى قضاء القاضى. وهذا القضاء لا بد أن يكون ميوقا بطلب يقوم به الشفيع عند القاضى فى ضمن دعوى يدعيها على المشتري. وعليه أن يدخل البائع خصما فيها إذا كان العقار لا يزال فى يده ليطلب الحكم عليه بالتسليم إليه، فيدعى أن فلانا يملك عقارا بجهة كذا «ويبينه» وأنه باعه فلانا بثمن هو كذا «ويبينه» وأنه شفيعه بسبب هو كذا «ويبينه» وأنه طلب أخذه بالشفعة حين علم، ثم بادر إلى طلبه مرة أخرى عند العقار مثلا أو عند المدعى عليه، وأن المدعى عليه يعارضه فى ذلك ويأبى أن يسلم إليه هذا العقار بحق الشفعة بلا حق بعد مطالبته بذلك، وأنه يطلب الحكم بثبوت حقه فى أخذه بالشفعة وأن يسلمه إليه، فإذا ادعى الشفيع هذه الدعوى وثبت بإقرار المدعى عليه، أو بما قدمه الشفيع من الأدلة، حكم له القاضى بما طلب، وتملك العقار المبيع من وقت الحكم.

خصومة المشتري ووكيله: ويجوز أن ترفع هذه الدعوى على وكيل المشتري إذا تسلم العقار من البائع ولم يسلمه إلى موكله، كما ترفع على المشتري نفسه، وذلك لأن الوكيل بالشراء ترجع إليه حقوق العقد عند الختية، كما سيأتى، وحق الشفعة منها، وروى عن أبى يوسف أنه لا يصلح خصما فى هذه الدعوى، بناء على أن الشفعة ليست من حقوق العقد ولكنها أثر لحكمه، وهو الملك الذى يثبت للمشتري بالعقد.

وقت الدعوى: وهذه الدعوى هى ما يسميه الفقهاء بطلب التملك أو طلب الخصومة وذهب الشيخان رحمهما الله تعالى إلى أن حق الشفعة يتقرر بالطلين السابقين، طلب الموائبة وطلب التقرير، وإذا تقرر لم يسقط إلا

بالإسقاط، كسبية الحقوق الثابتة، فلا يضير تأخير الدعوى سنين عديدة، وروى عن أبي يوسف أنه لا يجوز للشفيع أن يؤخر الدعوى عن أى مجلس من مجالس القاضى يمكنه أن يرفعها إليه فيه، فإذا ماضى مجلس كان فى إمكانه أن يرفع الدعوى فيه إلى القاضى فلم يفعل سقط حقه؛ لأن جواز تأخير الادعاء إلى غير أمد ضار بالمشتري، والضرر يجب رفعه، وقال محمد وزفر: إذا مضى شهر بعد طلب التقرير ولم يدع من غير عذر بطلت شفيعته، وروى هذا عن أبي يوسف أيضا، ولأبى حنيفة أن الشفيع إذا كان غائبا ولم يعلم بالبيع لا يسقط حقه فى الأخذ بالشفعة وإن طالت غيبته، والضرر الناتج من تأخير المطالبة بالشفعة فى هذه الحال فوق الضرر الناتج من تأخير الدعوى فى حالتنا. إذ يمكن فيها مراجعة الشفيع والتفاهم معه على المطالبة سريعا أو الترك، بل ومن الممكن أيضا رفع هذا الضرر، بأن يرفع المشتري الأمر إلى القاضى لكى يأمر الشفيع بالأخذ، وإلا اعتبر سكوته إعراضا عنها فيسقط حقه، وإذا كان هذا الضرر فى حال الغيبة محتملا باتفاق وهو أعظم فأولى أن يحتمل ماقد يتوقع فى حالتنا هذه من الضرر وهو أدنى، وخاصة بعد أن تبين إمكان دفعه.

قيام الوكيل والولى مقام الشفيع فى الطلب: ويقوم بطلب الشفعة على الوجه المبين الشفيع أو وكيله، إن كان أهلا للخصومة والمطالبة، فإن لم يكن أهلا لذلك بأن يكون صغيرا أو مجنوناً أو سفيها قام وليه فى ذلك مقامه، فإذا لم يطلب ثم بلغ الصبى أو غقل المجنون أو زال الحجر للسفه لم يكن له حق الشفعة، لسقوطها بعمل الولى؛ لأنه يعمل لموليه، والظاهر من تركه المطالبة بالشفعة أنه رأى أن مصلحتهم فى ذلك، وبناء على هذا إذا لم يكن لهؤلاء ولى يبقى حقهم فى الشفعة إلى أن يصيروا أهلا للطلب فيطالبوا بها على الوجه المبين^(١)، وعن محمد أن البيع إذا كان بمثل القيمة أو بأقل فأهمل الولى المطالبة لم يسقط حق الولى عليه بذلك، لأن عمل الولى منوط بالمصلحة، ولا مصلحة فى هذا الإهمال فلا يؤخذ به الولى عليه.

(١) ذهب بعض الحنابلة إلى أنه على الولى أن يأخذ بالشفعة إن كان فيها حظ لموليه، فإن لم يكن فيها حظ له لم يصح أن يأخذ له. ولو كان له فيها حظ نعتف عنها لم يصح إسقاطه؛ ولذا كان له الأخذ بعد الإسقاط. كشاف ج ٢ ص ٣٨٢.

وقد يقال: قد تكون مصلحة المولى عليه في ترك الشفعة في هذه الحال أيضا لأسباب منها عدم وجود الثمن أو عدم حاجته إلى المبيع، فلا يكون ترك المولى الشفعة إضرارا به.

القضاء بالشفعة لا يتوقف على إحضار الثمن: ولا يشترط لأن يقضى القاضى للشفيع بالمشفوع فيه إحضاره الثمن، على ما جاء في ظاهر الرواية، وإنما يصير بالقضاء دينا في ذمته للمشتري إن كان قد تسلم المبيع، أو للبائع إن كان المبيع لا يزال في يده، وعندئذ يستوفى كما يستوفى غيره من الديون، ولمن في يده المبيع حينئذ أن يجبه عنه حتى يستوفى ثمنه ولا تنقض الشفعة، وروى عن محمد أن القاضى لا يقضى للشفيع إلا بعد أن يحضر الثمن، وهذه رواية الحسن عن أبي حنيفة دفعا للضرر عن البائع أو عن المشتري، إذ قد يكون الشفيع مفلسا ولا يجوز أن يرفع ضرر عن الشفيع بإثبات ضرر لأحدهما، ويرى الكاساني أن لا خلاف لمحمد في جواز القضاء قبل إحضار الثمن، وإنما يستحسن للقاضى ألا يقضى إلا بعد إحضاره، ولو أنه طالب الشفيع بإحضار الثمن قبل القضاء فضرب لذلك موعدا ثم لم يحضره فيه بطلت شفيعته عنده، خلافا لأبي حنيفة. أما بعد القضاء بها فلا تبطل شفيعته إذا ما طلب منه الثمن فلم يحضره، ولو كان ضرب لذلك موعدا.

غيبية بعض الشفعاء: لا يستطحق الشفيع بغيبته متى قام بالمطالبة بالشفعة على الوجه الذى بيناه.

وبناء على ذلك: إذا كان بعض الشفعاء حاضرا وبعضهم غائبا فإن ترك الحاضرون طلبها في حينه سقط حقهم فيها، وإن طلبوا الأخذ بها فاقترضوا في طلبهم على مقدار ما يخصهم من المبيع، بأن كان الشفعاء أربعة شركاء مثلا وكان أحدهم غائبا فطلب الحاضرون ثلاثة أرباع المبيع استبقاء لحصة الغائب - لم يقبل ذلك منهم، وكان الحكم ما بيناه من قبل. وإن طلب كل منهم أخذ المبيع جميعه أعطوه كله فقس بينهم مثالة، ولا يتظر الغائب، ذلك لأنهم - كما قدمنا - يستحقون المبيع جميعه، وما قسم عليهم بعدد رؤوسهم إلا لأجل مزاحمتهم بعضهم البعض مع عدم المرجح، ولا مزاحمة للغائب، لأنه لا يعلم أطلب الشفعة فعلا أم لم يطلب.

لعدم علمه بالبيع، وإذا علم به بعد ذلك أطلبها أم يرغب عنها؟ لذلك يكون استحقاقه الأخذ بها مشكوكا فيه، واستحقاق غيره مقطوعا به، لوجود الطلب منه، ولا يزاحم الشك اليقين.

عند اختلاف الشفعة في المرتبة :

وبناء على ذلك إذا حضر الغائب طالبا الأخذ بالشفعة مستحقا له لتوافر شروط استحقاقه، فإن كان في مرتبة أقل من مرتبة الحاضر، فإن الحاضر يمنعه مادام متمسكا بحقه في الشفعة لأنه أولى منه، وذلك كأن يكون الشفيع الغائب جارا والحاضر شريكا، فالشريك يمنع الجار إذا حضر طالبا الأخذ بالشفعة؛ لأنه أولى منه حاضرا كان أو غائبا، مادام متمسكا بحقه في الشفعة.

ولكن قد يرغب الشريك الحاضر عن الشفعة فيكون لذلك حالتان:

الأولى - أن يرغب عن المشفوع فيه بعد القضاء له به. وفي هذه الحال لا يملك أن يتركه إلا بخيار رؤية أو بخيار عيب إذا كان ذلك له. فإذا تركه لمن تسلّمه منه - من بائع أو مشتر بخيار رؤية ^(١) «سواء أكان ذلك بعد قبضه أم قبله» أو بخيار عيب قبل أن يتسلمه أو بعد تسلّمه، ولكن التارك كان بواسطة القضاء - في هذه الأحوال - لا يكون للشفيع الغائب إذا حضر طالبا الأخذ بالشفعة حق فيه، لبطلان شفيعته؛ وذلك بسبب قضاء القاضى بالمشفوع فيه للحاضر ^(٢) والقضاء له بها يتضمن إبطاله حقه في الشفعة.

(١) الرد بخيار الرؤية - كما سيأتي - لا يتوقف على القضاء، ويعتبر فسخا لعقد البيع في جميع أحواله. فلا يثنى اعتباره مبادلة يترتب عليها للشفيع الغائب حق الشفعة إذا ما أراد الأخذ بها، أساسا لمطالبته بها، وبناء على ذلك فليس للشفيع الغائب حق الشفعة إذا ما أراد الشفعة إلا أن يطلب بناء على عقد البيع السابق على الرد، وهو الذي أخذ به المشتري الحاضر بالبيع، فإذا ما أخذه بقضاء فرده بخيار الرؤية لم يكن للشفيع الغائب بعد حضوره حق في أخذه بالشفعة لبطلان حقه فيها بالقضاء بها للحاضر، وإذا ما أخذه بالرضا ثم رده بخيار الرؤية كان للشفيع الغائب إذا حضر أن يأخذه بالشفعة؛ لأن حقه لم يطله القضاء، والرد بخيار الرؤية لا يؤثر في حق الشفيع بدليل أنه لا يؤثر فيه إذا ما رد المشتري العقار المبيع بخيار الرؤية، فإن للشفيع حينئذ أخذه بالشفعة.

هذا وليس من البعيد أن يقال: لم يطل حق الشفيع الغائب بالقضاء، وقد يكون القضاء للحاضر قضاء بأن لا حق للغائب مادام الحاضر متمسكا بحقه وملكه فإذا فسخ ظهر حق الغائب.

(٢) يتملك الشفيع المبيع بتسلمه عند الرضا بالشفعة أو بالقضاء بها له عند إياها، فإذا دخل المبيع في ملك الشفيع الحاضر بإحدى الوصلتين، فلا يملك أن يخرج من ملكه بمجرد إيفاء رغبته في أنه قد عدل عن =

أما إذا تركه بعد قبضه بخيار عيب عن تراخ فيكون للشفيع الغائب عند حضوره أن يأخذه بالشفعة، لا بناء على ما حصل من بيع في غيبته، ولكن لأن رده في هذه الحال إلى من أخذ منه - من يائع أو مشتر - يعتبر مبادلة فتكون سببا جديدا يستحق به الغائب الأخذ بالشفعة.

الحال الثانية: أن يرغب الشفيع الحاضر عن المشفوع فيه، قبل أن يقضى له به، وفي هذه الحال إذا رغب عنه قبل تسلمه سقط بذلك حقه في الشفعة، وكان للغائب عند حضوره أن يأخذه بئيا؛ لأن الحاضر أسقط حقه في الشفعة قبل أن يتملك، وهو حق يقبل الإسقاط. وإن كانت رغبته عنه بعد تسلمه لم يكن لئيا من أثر؛ لأنها جاءت بعد ثبوت ملكه والملك لا يقبل الإسقاط، فإذا حضر الغائب

الشفعة، ولا يملك إخراجه عن ملكه إلا بسبب ناقل للملكية، أو بسبب فاسخ لعقد تملكه. وعلى ذلك إذا حضر الغائب عندئذ فقال الحاضر لا رغبة لي في المبيع فلا يترتب على قوله هذا أى أثر، سواء أكان قد ملكه بالرضا أم بالتضام ولا وسيلة له إلا أن يبيع للغائب المبيع أو يملكه إياه بأى عقد إذا أراد. ولكن إذا ما وجد الشفيع بالمبيع عيبا فرده على من تسلمه من بائع أو مشتر بسبب ذلك العيب فإن لذلك حالتين:

الأولى: أن يكون الرد بالعيب بعد أن يكون الشفيع قد تمكك المبيع بالتضام على كل من البائع والمشتري بالشفعة. وفي هذه الحال قال الفقهاء: إن هذا القضاء يعتبر قضاء ضمنا بأن لا حق للغائب في هذا المبيع؛ لأن الشفيع الحاضر أولى منه، فيقطع حق الغائب في هذا المبيع نهائيا بالتضام، فإذا حضر بعد ذلك - وقد رد المبيع إلى بائنه أو إلى مشتره بسبب العيب - لم يعد حقه فيه إلى الظهور لسقوطه بالتضام، والناظر لا يعمد، ولكن ألا يكون الرد بسبب العيب مبادلة جديدة يثبت بها للشفيع الغائب حق الشفعة؟ الجواب: إذا كان الرد بالعيب - بناء على القضاء به - اعتبر فسحا بالنسبة للعائدين وغيرهما فلا يترتب عليه لذلك ثبوت حق الشفعة للشفيع الغائب، وإذا كان بالرضا فإن كان بعد القبض والتسليم كان مبادلة يترتب عليها حق الشفعة للشفيع الغائب وإن كان قبل قبض المبيع فكذلك الحكم عند الشيخين لاعتباره حيث أيضا مبادلة، لجواز التصرف في العقار قبل قبضه حيث عندهما، أما عند محمد فلا يثبت للشفيع الغائب بذلك الرد حق الشفعة، لأن حق الشفعة لا يثبت إلا بتصرف هو مبادلة. ولا يمكن اعتبار الرد في هذه الحال تصرفا في معنى المبادلة، لأن التصرف في المبيع العقار قبل قبضه غير جائز عند محمد، وأذن فلا يعتبره محمد في هذه الحال إلا فسحا والفسخ لا يترتب عليه حق الشفعة.

الثانية: أن يكون الرد بالعيب بعد أن يكون الشفيع قد تمكك المبيع بتسلمه عن رضا. وفي هذه الحال لم يصدر قضاء يبطل حق الشفيع الغائب، وبناء على ذلك إذا ملو الشفيع المبيع بسبب عيب فيه، سواء أكان هذا الرد بقضاء أم برضاه ثم حضر الشفيع الغائب فإن له الحق في أن يأخذ المبيع كله بالشفعة على ما يظهر لي. وذلك لأن حقه في الشفعة قد ثبت له عند البيع، فلا يسقطه رد الشفيع المبيع بالعيب على أية حال، كما أن رد المشتري المبيع بالعيب على بائنه لا يسقط حق الشفيع فيه فيأخذه من البائع بعد ذلك. هكذا ذكروا في غير موضع كما في المختار ولكن ألا يقال: إن ثبوت الملك للشفيع الحاضر بالتسلم سقط لحن الغائب لتقدمه عليه، وإذا سقط لا يعمد؟ الجواب: أن مجرد الملك لا يكفي سقطا، بدليل أنه لا يسقط حق الشفيع الغائب المسارى في المرتبة. وغاية الأمر: أن حقه ضعيف أمام حق الحاضر. فإنا ما ذهب حقه بأية وسيلة ظهر هذا الحق وأثر أثره. هنا ما يظهر لي، والله الموفق للصواب.

المشروع فيه مملوكا لمن هو أولى منه، فلا يستطيع الأخذ جبراً عنه، وإنما يستطيع أن يتفق معه على أخذه، فيكون ذلك مبادلة جديدة بينهما.

غير أن الشفيع الحاضر إذا لم يستطع أن يتنازل عن الشفعة بعد ثبوت ملكه للمشروع فيه بتقبضه يستطيع أن يرده على من أخذه منه - من بائع أو مشتر - بخيار روية أو خيار عيب، إذ كان له حق فيهما، وعند ذلك يكون للغائب إذا حضر حق الأخذ بالشفعة؛ لأن حقه باق لم يطله قضاء سابق بالمشروع فيه لمن هو أولى منه.

وإن كان الغائب في مرتبة أعلى من مرتبة الحاضر - كأن يكون شريكاً والحاضر جاراً - فإنه يعطى المبيع كله سواء أفضى به للجار الحاضر أم لم يقض، وسواء أتلّمه الجار أم لم يتلمه، وسواء أتمك الجار بشفعته أم لم يتمك. ذلك لأن حق الشريك مقدم على حق الجار على أية حال، فيعطى الشريك الغائب المشروع فيه في جميع الأحوال إذا ما حضر ذلك الشريك طالبا أخذه بالشفعة.

عند التساوي في الرتبة: وإن كان في مرتبة الحاضرين كأن يكون جميع الشفعاء جيراناً أو شركاء شاركهم فيما أخذوا بقدر ما يعطى لو أنه كان حاضراً معهم، فيأويهم دون انتظار لمن قد يكون كذلك غائباً مثله من الشفعاء؛ لأنه إذا حضر ذلك الغائب أيضاً بعد ذلك كان الحكم معه على هذا الوجه. مثال ذلك: أن يكون للمبيع شفعاء، هم جميعاً شركاء فيه أو جيران له، عدتيم خمسة وأحدهم غائب، فيعطى الأربعة الحاضرون المبيع بناء على طلبهم أخذه بالشفعة، ثم إذا حضر الغائب طالبا الأخذ بالشفعة أيضاً فإنه يعطى في هذه الحال خمس المبيع، وذلك بنتقض قسمته بين الأربعة وقسمته مرة أخرى بين الخمسة. وإذا كان الحاضر منهم ثلاثة فنقسم المبيع بينهم أثلاثاً، ثم حضر رابع، فإن المبيع يقسم بينهم مرة أخرى أرباعاً، دون مراعاة لخامسهم الغائب. فإذا حضر بعد ذلك أعيدت القسمة وقسم المبيع بينهم أخماساً.

وهذا كله فيما إذا لم يرغب أحدهم عن حقه. أما إذا رغب بعضهم عن حقه أو رغب جميع الحاضرين عن حقوقهم ثم حضر بعد ذلك الغائب. فإن لذلك حالتين:

الأولى: أن يكون حضوره قبل القضاء بالشفعة للحاضرين، وفي هذه الحالة

إذا كانت رغبتهم عنها قبل القبض فإنها تتحقق بمجرد التنازل عن حق الشفعة، وبتنازل من تنازل عنها حيثد يعتبر كأنه غير موجود ويقسم المبيع بالسوية بين المتمسك بحقه ومن كان غائبا ثم حضر، حتى إذا كان التنازل من جميع الحاضرين كان المبيع كله للغائب بعد حضوره طالبا الأخذ بحقه، فإذا تنازل من الحاضرين - في المثال السابق - اثنان، قسم المبيع على ثلاثة. وإذا تنازل الأربعة الحاضرون أعطى الغائب المبيع كله إذا حضر مطالبا بحقه. وإذا كانت رغبتهم عنها بعد القبض فلا يكون لها أثر، ولكن لهم الرد بخيار الرؤية أو بخيار العيب. وعند الرد بأحد هذين السببين يكون الحكم كما سبق، فتعاد القسمة بين الحاضرين والغائب بعد حضوره.

الحالة الثانية: أن يكون حضوره بعد القضاء بالشفعة للحاضرين، وفي هذه الحال يتم تملكهم بالقضاء ولا تتم رغبتهم عن المبيع إلا بتركه لمن أخذ منه بسبب خيار رؤية أو عيب. وحيثد إذا ترك بعض الشفعاء الحاضرين حصته، بناء على ما له من خيار رؤية قبل قبضه أو بعده، أو عيب قبل قبضه، أو عيب بعد قبضه بقضاء لإبائه من أخذ منه، أو تركه كله جميع الحاضرين بذلك السبب، فإن ما يترك منه في هذه الحال يعود لمن أخذ منه - من بائع أو مشتر - وإذا كان المتروك في هذه الحال بعض المبيع تجزأت الصنفه على من أخذت منه، فإن كان بائعا اغتفر ذلك استثناء^(١) وإن كان مشتريا كان له الرد بالعيب، لأن الشركة عيب، وإن شئت قلت: لأن تجزئة الصنفه عليه عيب يستحق به الرد على البائع، فيتتهى الأمر إلى تجزئتها بالنسبة للبائع^(٢).

وعلى كل : فحق الشفيع الغائب عند حضوره يقتصر على مقدار ما قد يكون له لو أنه كان حاضرا معهم وقضى بالمبيع بينهم جميعا^(٣) مثال ذلك : أن يكون

(١) جاء في الأشباه والنظائر من كتاب البيع: لا يجوز تجزئة الصنفه على البائع إلا في الشفعة ج ١ ص ٣٣.

(٢) أقول: إن هذا ضرر يعيب البائع بسبب مراعاة حق الشفيع والمشتري، ولا يصح أن يكون رفع الضرر عن شخص سببا في الإضرار بغيره، وكان يمكن تجنب ذلك الضرر لو أنهم ألزموا الباقي من الشفعاء بأخذ كل المبيع إذا ما رضى البائع بذلك، رفعا للضرر عنه، ولا يمنع من ذلك قسولهم: إن حقهم قد بطل في الباقي بالقضاء، إذ يمكن أن يقال: إنه قضاء بالحق مادام صاحبه متمسكا به، فإذا تنازل عنه ذهب القضاء به، وألزم به الباقي، وخاصة إذا لوحظ أنه حين طلب الشفعة طلبها في جميع المبيع.

(٣) اشترى أجنبي حصة أحد الشركاء في عتقار مشترك بين ثلاثة، فطلبها الشريك الحاضر بالشفعة وكان

للعقار ثلاثة شفعاء أحدهم غائب فيقضى للحاضرين به مناصفة، ثم يحضر الغائب طالبا حقه، وقد ترك أحد الحاضرين حصته - وهي النصف - بخيار رؤية مثلا،

الثالث غائبا فأعطيت له. قال الكاساني في البدائع «ج ٤ ص ٦٦»: إذا أخذها الشريك الحاضر بالشفعة ثم حضر الثالث من غيبته، فطلب الأخذ بالشفعة، فقال له الحاضر: لا أرغب إلا في الحصة كلها، فإما أن تأخذها كلها وإما تدع، لم يجب إلى قوله، وللغائب الذي حضر إذا أصر أن يأخذ نصيبا فقط، لأن القاضي لما قضى للحاضر بجميع الحصة تضمن قضاؤه بطلان حق الغائب في نصيبها، فلا يكون له حق فيه بعد ذلك، وإذن لا يلزم به ١ هـ.

ويرد على هذا أنه يقتضى أن الشفع الغائب إذا حضر وعلم بالبيع والقضاء، وأراد الأخذ بالشفعة، لم يلزمه إلا أن يطلب نصيبها فقط، وإلا كان طلبه للكل عيبا؛ ذلك لأن الشفع إنما ألزم بطلب كل المبيع إذا ما أراد الأخذ بالشفعة خشية ألا يأخذ غيره من الشفعاء فتجزأ الصفقة على المشتري، وهذا غير مشأت هنا، إذ بعد القضاء لا يستطيع المتقضى له أن يتخلى عن حصته فلا تجزأ الصفقة، فبيل الأمر كذلك؛ وتكون هذه الصورة وما يمثالها مستثنى من اشتراط طلب جميع المبيع؟

لم أجد نصا، وإن كان تحليل الحكم يقتضى عدم اشتراط طلب الكل في مثل هذه الصورة؛ لأنهم عللوا طلب الكل باستحقاق الشفع لجميع المبيع، وإن قسمت بين الشفعاء، إنما كانت نتيجة المزاحمة، وعلى ذلك إذا كان الشفع لا يستحق إلا بعض المبيع قطعاً لم يلزمه إلا طلب ذلك البعض (راجع رد المحتار ج ٥ ص ٥٦).

أقول: وفي هذا الحال إذا كان الشفع الحاضر قد أخذ الحصة المبيعة كلها وتسلمها عن رضا، ثم حضر الغائب طالبا للشفعة، فقال له الحاضر: إما إن تأخذها كلها أو تدعيها فإن الغائب يلزم حينئذ يأخذها بناء على انتهاء العلة التي ذكرها الكاساني سببا لعدم إلزامه فيما سبق، وهي أن القضاء أبطل من الغائب في نصيب الحاضر فلا يلزم به بعد ذلك، وقد يؤيد هذا أنه يجب على الغائب حين الطلب أن يطلب الجميع، ولكن قد يرى من جهة أخرى أن الشفع الحاضر لا يجاب إلى طلبه أيضا في هذه الحالة؛ لأنه قد تملك جميع الحصة بقضيا عن رضا، وليس للغائب حق إلا في نصيبها فيأخذ بحقه. أما نصيبها الآخر فقد استقر فيه ملك الحاضر، ولا يجبر الغائب الذي حضر على أخذه.

وقد يقال: إذا ما أخذ السائب الذي حضر نصف الحصة تجزأت الصفقة على الشفع الحاضر، فيكون له بذلك حق الرد على البائع لأن تجزؤ الصفقة عيب، وخاصة مع وجود الشروع، فإذا رد حصته بذلك العيب على البائع وجب على الشفع الغائب الذي حضر أن يأخذها أيضا بناء على طلبه كل المبيع، حتى لا تجزأ الصفقة على البائع، غير أنهم ذكروا أن تجزؤ الصفقة على البائع في الشفعة مستغفر، اللهم إلا إذا قصر ذلك الحكم على صور ليست هذه منها.

وأذا كان بيع الحصة في المال المتقدم لأحد الشريكين وهو الحاضر، وكان الثالث غائبا ثم حضر فطلب الأخذ بالشفعة فما الحكم؟ في الإمكان أن يقال: إن الحكم لا يختلف، لأن ملك الحاضر لنصف الحصة المبيعة أصبح مستقرا، فلا يستطيع بعد ذلك أن يلزم به الغائب إذا حضر، وفي الإمكان أيضا أن يقال: إن الشفع الغائب إذا حضر وطلب الشفعة وجب عليه أن يطلب الكل فإذا سلم إليه الكل فكيف يمتنع عندئذ؟ وهذا أوجه فيما يظهر لي، مادام الشرط في استحقاق الشفعة طلب جميع المبيع، وفيه عدم الإصرار بالبائع والمشتري جميعا من جهة عدم تفريق الصفقة على أحدهما.

وقد ذهب الشافعي وأحمد إلى أن الشفع الغائب، إذا حضر طالبا للشفعة في هذه الأحوال المتقدمة الذكر لا يجبر على أخذ كل المبيع، بل ما يخصه منه لو أنه كان حاضرا؛ وذلك لاستقرار ملك الحاضر في حصته منه وعدم جواز تنازله عن ملكه. راجع الروض «ج ٢ ص ٣٦٧»، وكشاف القناع «ج ٢ ص ٣٤٨».

ف عند ذلك لا يكون للغائب إذا حضر حق إلا فى ثلث العقار فقط، وهو ما كان له،
لو أنه كان حاضرا عند القضاء^(١).

وكذلك الحكم إذا مراد الحاضران المبيع كله بخيار الرؤية؛ ذلك لأن القضاء
ليما بالمبيع أبطل حق الغائب فى الثلثين وهما حصّة الحاضرين، وبقي حقه فى
الثلث، وقد بطل القضاء به لهما لأنه حق لغيرهما؛ وذلك لأن المبيع فى الواقع
موزع بين حقوق الشفعاء حاضرم وغائبهم لكل فيه نصيب بسبب شفעתه، غير أن
الحاضر قد فضل على الغائب لما سبق، فإذا قضى القاضى بالمبيع للحاضرين
وحلهم، فقد قضى لهم بنصيبهم فيه، وهو قضاء صحيح فيتضمن بطلان حق
الغائب فى ذلك النصيب فلا يبقى له حق فيه بسبب الشفعة المترتبة على المبادلة
القائمة وقضى لهم كذلك بنصيب الغائب فيه، وذلك قضاء قد ظهر بطلانه بحضور
الغائب متمسكا بحقه، وعلى ذلك لا يكون له فى المبيع إلا حقه لو أنه كان حاضرا
عند القضاء.

أما إذا ترك بخيار عيب بعد قبضه بناء على تراضيه مع من أخذ منه فإن هذا
الرد يعتبر مبادلة جديدة يستحق بها الشفعة فيما رد^(٢).

نماء العقار المشفوع فيه فى غيبة الشفيع: إذا كان حضور الغائب
بعد مدة استغل فيها الشفيع الحاضر المشفوع فيه، بأن كان أرضا فزرعها أو أجرها
كانت الغلة جميعها للحاضر فقط؛ لأنها نماء ملكه، ولا يشاركه فيها الغائب كيف
كانت درجته؛ لأنه ليس بمالك، وإن كان أولى من الحاضر، إذ لا يملك إلا بالقبض
أو القضاء.

(١) ويكون الثلث كذلك لمن تمسك بحقه من الحاضرين. ويترك الثلث للبايع، لأن القضاء لمن رد نكته أبطل
حق الآخرين فيه. فيبقى للبايع بعد رده بالخيار. راجع رد المختار ج ٥ ص ١٥٦.
(٢) وليس يخفى عليك أن الشفيع إذا ما طلب أكثر من حقه ورضى المأخوذ منه أن يعطيه ما طلب لم يمنع
من ذلك مانع، إذ يعتبر ذلك مبادلة جديدة.

الملك بالشفعة

سبب ملك الشفيع: إذا باع المالك العقار دخل في ملك المشتري بمجرد تمام عقد البيع، دون توقف على أدائه الثمن أو على تسلمه من البائع، فإذا استحق الشفيع أخذه بالشفعة لم يملكه بمجرد طلبه؛ لأن حق الشفعة ضعيف، فلا يقوى بمجرد المطالبة على رفع ملك ثابت للمشتري بعقد البيع، ولذا لا يملك الشفيع العقار المشفوع فيه إلا بأحد أمرين:

الأول- تسلمه من المشتري عن رضا منه، فيملكه من وقت تسلمه.

الثاني- قضاء القاضى له به، فيملكه من وقت القضاء، وإن لم يتسلمه فعلا^(١).

فأما تملكه بأخذه من المشتري عن رضا منه؛ فلأن ذلك بمنزلة شرائه من المشتري بما قام عليه، والشراء عقد ناقل للملكية^(٢).

وأما تملكه بقضاء القاضى فذلك لا يكون إلا عند إياء المشتري، وإبائه في هذه الحال ظلم، وقد نصب القاضى لرفع الظلم، فيقوم القاضى حينئذ مقامه في هذه المعارضة دفعا لظلمه، ويملكه الشفيع بما قام به على المشتري، ويدخل الثمن في ملك المشتري حينئذ جبرا عنه، وكأنه رضى بذلك لقيام القاضى مقامه فيه، كما هو الحال عند نزع الملك جبرا عن صاحبه للمنافع العامة، وإذن يكون تملك الشفيع للعقار المشفوع فيه في هذه الحال أيضا عن طريق شرائه من القاضى، أو كأنه اشتراه من القاضى نيابة عن المشتري.

وهذا بين إذا كان المشتري قد تسلم المبيع من بائه، ولكن إذا حصل القضاء بالمشفوع فيه وهو في يد البائع، فإن هذا التوجيه لا يظهر؛ ذلك لأن القضاء على البائع بتسليم المبيع إلى الشفيع، في هذه الحال يصبح به البائع عاجزا عن تسليمه إلى المشتري، وذلك مفسد للبيع. وإذا فسد البيع الصادر للمشتري زال ملكه،

(١) ذلك ما أخذت به دوائر محكمة الاستئناف المجتمعة حين رفع إليها هذا الموضوع بسبب اختلاف الأحكام فيه.

(٢) ولذا تكون العهدة على المشتري؛ لأن الشفيع قد تملك منه، وليس بين الشفيع والبائع عقد، ولذا لا يجوز للبائع حينئذ إذا لم يتوف الثمن من المشتري أن يطالب به الشفيع، وإنما يطالب به المشتري.

وعند ذلك لا يصح أن يكون مملكا، ولا يتوب عنه القاضى فى التمليك، ولذا قالوا: إن القضاء للشفيع فى هذه الحالة ينقض العقد بالنسبة إلى المشتري، ويجعل الإيجاب الصادر له من البائع كأنه موجه إلى الشفيع، وكأن الشفيع قد قبله، وبذلك يعتبر الشفيع فى هذه الحال مشتريا من البائع^(١). وعلى هذا فالشفيع على أية حال يعتبر مشتريا للعقار المشفوع فيه، إما من مشتريه إن تسلمه منه، وإما من بائعه إن تسلمه منه^(٢).

ولذلك يثبت له من الخيار ما يثبت للمشتري، فيثبت له خيار العيب وخيار الرؤية دون خيار الشرط؛ لأنه يتنافى مع اشتراط المطالبة الجازمة بالشفعة، ثم لا يتقيد بما يكون بين بائع العقار ومشتريه من شروط تتعلق بالبراءة من العيوب أو بتأجيل الثمن أو بتقييده أو بخيار فسخ ونحوه؛ لأنه قد أخذه بمبادلة مستقلة عن طريق الرضا أو القهر. فإن وجد بالمبيع عيبا رده بخيار العيب على من تسلمه منه من بائع أو مشتري. وكذلك إذا أخذ قبل أن يراه فيرده بخيار الرؤية إذا أراد على من تسلمه منه.

فإن رده على بائعه لأنه تسلم منه كان المشتري مخيرا حينئذ فى إمضاء صفقته أو عدم إمضاءها، دون توقف على رضا البائع، وإن رده على مشتريه لأنه تسلم منه كان كل من بائعه ومشتريه ملزما بتنفيذ ما اتفقا عليه من شروط فى عقد البيع الذى تم بينهما وكأنه لم ينقض.

(١) ولذا يكون للمشتري إذا كان قد أدى الثمن إلى بائعه أن يترده منه، وعلى البائع أن يستوفى الثمن من الشفيع، وفى السارخانية نقلا عن الطوى؛ أن أبا يوسف يرى أن الشفيع له أن يدفع الثمن إلى المشتري عندما يسلم المبيع من البائع، فتكون العهدة على المشتري حينئذ ويكون مسئولا أمام البائع حتى يؤدي إليه الثمن إذا لم يكن قد آذاه إليه فإن أدى الشفيع الثمن إلى البائع فى هذه الحال تكون العهدة عليه، وعندئذ يترد المشتري منه الثمن إن كان قد دفعه إليه ا.هـ. ود المحتار (ج ٥ ص ١٦٠).

(٢) وعلى ذلك فالعبرة بالقبض والتسلم فتكون عهدة الشفيع على البائع إن تسلم المشفوع فيه منه، وتكون على المشتري إن تسلمه منه، وقال ابن أبى ليلى: عهدة الشفيع على البائع فى الحالين؛ لأن الشفيع لما كان متقدما فى تملك المشفوع فيه على مشتريه حل محله، وكانت عهده على البائع كما كانت عهدة المشتري على البائع. وعن أبى يوسف روايتان «إحدهما» أن عهدة الشفيع على المشتري دائما، لأن حق الشفعة ثبت بالشراء فكان من حقوقه، وما كان من حقوق الشئ لا يكون ناسخا له، وكيف يمكن أن ينسخه ويطله، وإبطال الشراء يبطل لحق الشفعة؟ وإذا بقى الشراء على ذلك كان الشفيع متملكا على المشتري فعهدته عليه، كما لو تسلمه من يده، وهذا قول الشافعى وأحمد. «وثانيهما»، أن العبرة بنقد الثمن، فإن كان المشتري أدى الثمن إلى البائع، فالشفيع يدفع الثمن إلى المشتري وعهدته عليه، لأن البائع لا يأخذ الثمن مرتين، وإن لم يكن المشتري قد دفع الثمن إلى البائع فالشفيع يدفع الثمن إليه، وتكون عهده عليه، ويسقط حق البائع فى الثمن قبل المشتري.

الشفعة سبب من أسباب الملك عند غير الحنفية: ذهب مالك إلى

أن الشفيع يتملك المشفوع فيه بقوله: أخذته بالشفعة، وما في معناه دون اشتراط قضاء من القاضى أو رضاه من المشتري متى كان عالما بالثمن^(١)، وقال أحمد: يملكه بذلك الطلب، وإن لم يعلم الثمن، وقال الشافعى: يملكه به بشرط أن يدفع الثمن إلى المشتري^(٢) أو يرضى المشتري بثبوت دينه فى الذمة، كما يملكه كذلك بالتقضاء به عند النزاع، وعند ذلك لا يسلمه المبيع إلا بعد دفع الثمن، وله أن يمهل ثلاثه أيام، وإلى هذا ذهب أحمد أيضا، فإن مضت ولم يدفعه فسخ القاضى الملك، وذهب أحمد إلى أن للمشتري الحق فى الفسخ إذا تملك الشفيع العقار وطلب الإمهال فأمهل المدة المستحقة له، وهى ثلاثة أيام، ولم يدفع مع ذلك الثمن، وله هذا الحق بدون حاجة إلى قضاء القاضى.

وجه قولهم: أن الشارع جعل الشفيع أحق بالمبيع من المشتري، رضى بذلك أو أبى، فلا يتوقف تملك الشفيع المبيع على رضاه، ولم يرد عن الشارع أنه اشترط لتملكه قضاء القاضى.

ووجه الحنفية تتلخص فى أن تملك الشفيع برضا المشتري وتسليمه مبادلة حقيقية بينهما فلا كلام ولا اعتراض عليها، فإذا لم تتم هذه المبادلة بسبب إياء المشتري كان لا بد من الالتجاء إلى القضاء لثبوت الملك؛ لأن ملك الشفيع يتوقف

(١) وفى منح الجليل عن ابن شاس: يملك الشفيع المشفوع فيه بأداء الثمن وإن لم يرض المشتري، ويقضه القاضى له بالشفعة عند الطلب، وبمجرد الإشهاد على الإخذ، ويقول أخذت وتملكت ونحوهما، ويلزمه ذلك إن قاله عالما بالثمن، فإن لم يكن يعلمه لم يلزمه ذلك. وعلى ذلك إذا تملك ولم يدفع الثمن بعد الإمهال فذلك على ثلاث صور:

الأولى: أن يسلم له المشتري بالمشفوع فيه صراحة بأن يقول: سلمت له الأخذ بالشفعة أو رضيت ذلك. وفى هذه الحال يباع المشفوع فيه على الشفيع. فإن وفى ثمنه بحق المشتري فيها، وإلا بيع من ملك الشفيع ما يوفى به بقية الثمن إلى المشتري.

الثانية: أن يسكت المشتري فلا يبدى رغبة فى أخذ الشفيع للمشفوع فيه، وعندئذ يكون الخيار للمشتري إن شاء أخذ المشفوع فيه وإن شاء طلب أن يباع من مال الشفيع ما يوفى حقه.

الثالثة: أن يقول الشفيع ابتداء: أنا أخذ، ولم يقل: أخذت، ويسكت المشتري عن إيداء رأيه. وفى هذا الحال يعطى المشفوع فيه للمشتري إلا أن يتفقا على إمضائه للشفيع وإتباعه بالثمن. وقيل: إن أراد المشتري فى هذه الحال أن يلزم الشفيع بأخذ المشفوع فيه كان له ذلك جبرا عن الشفيع، وعند ذلك يباع من ماله ما يوفى بحق المشتري. راجع منح الجليل ج ٣ ص ١٦٠٣ وما بعدها.

(٢) إذا امتنع المشتري من قبض الثمن خلى الشفيع بينه وبينه، أو يرفع أمره إلى القاضى ليلزمه بالقبض أو يقض عنه أروض ج ٢ ص ٣٦٨.

على شروط وإشكال لا يخلو تحققها من نزاع لما يلابسها من الخفاء، فوجب أن يرجع إلى القضاء لأجل ذلك، حتى لا يكون ماثرا للنزاع.

ما يجب على الشفيح أداؤه

ذكرنا فيما مضى أن الشفيح يتملك العقار المشفوع فيه بمثل ما تملكه به المشتري إن كان البديل مثليا، وبقيمته إن كان قيميا، والمعتبر قيمته وقت عقد البيع، فإذا زادت قيمته أو نقصت بعد ذلك ولو حين قيام الشفيح بأدائها لم يلتفت إلى شيء من ذلك، ووجب على الشفيح أن يدفع قيمته التي كانت له عند الشراء، ويضاف إلى ذلك جميع النفقات الضرورية التي أنفقها المشتري في إتمام صفقة البيع كأجرة الدلالة «السمررة» وكتابة العقد ورسوم تسجيله.

الحط من الثمن: غير أن الثمن بعد تمام العقد به يكون عرضة للحط منه والزيادة عليه، فإذا حط البائع منه شيئا عن المشتري انتفع الشفيح بذلك الحط، فيأخذ المبيع بالباقي من الثمن بعد الحط.

وعلة ذلك: أن الشفيح كما قدمنا يتملك بمثل ما يتملك به المشتري أو بقيمته، وأن الحط من الثمن يلتحق بأصل عقد البيع، فإذا اشترى دارا بألف جنيه، ثم حط البائع منه مائتين التحق ذلك بأصل العقد، وكان المشتري قد اشتراها ابتداء بثمانمائة جنيه فقط، فيتملكها الشفيح بهذا المبلغ لا بالألف، ولذلك إذا دفع الشفيح للمشتري الألف، ثم حط البائع عن المشتري مائتين رجع الشفيح على المشتري بمائتين: فاستردها منه. والنتيجة، أن حط البائع بعض الثمن عن المشتري - سواء أكان ذلك قبل أداء الثمن أم بعده - يظهر في حق الشفيح فلا يلزم الشفيح إلا بالباقي بعد الحط.

هبة بعض الثمن أو الإبراء منه: ومثل ذلك في الحكم: هبة بعض الثمن والإبراء منه؛ لأنهما كالحط في المعنى والنتيجة. على ما ذهب إليه السرخسي^(١) فيصححان ويترتب على كل منهما أثره، ويظهر في حق الشفيح - وإن حدث بعد أداء الثمن - خلافا لمن رأى أن الإبراء لا يجوز إلا قبل أداء الثمن. وأما الهبة فتصح قبله وبعده.

(١) تقدم ترجمته.

حط الثمن جميعه أو هبته أو الإبراء منه: ولكن إذا حط البائع كل الثمن أو وهبه للمشتري أو أبرأه منه لم يظهر ذلك في حق الشفيع؛ لأن الشفيع لا يملك بالمجان؛ ولأن ذلك لا يلتحق بأصل العقد؛ لأنه إن التحق به كان البيع بلا ثمن. ولا يبيع بغير ثمن، وإنما يكون هبة ولا تثبت بها الشفعة. وعندنا يملك الشفيع العقار فيه بالثمن المتفق عليه مثلا أو قيمة إن كان التنازل عنه بعد أدائه إلى البائع، وبقية العقار المبيع إن كان التنازل عنه قبل أدائه، ولعل وجه التفرقة بين الحالين: أن التنازل عن الثمن بعد أدائه أشبه بالهبة الحقيقية المستقلة منه بالخط والتنازل، فانقطعت صلته بالبيع، فيجب حينئذ على الشفيع أداء الثمن أو قيمته، ولكن إذا حصل التنازل عن الثمن قبل أدائه كانت صلته بعقد البيع أوثق لأنه إسقاط لبعض آثاره، وهو الثمن، وقد كان مقتضى ذلك أن ينقلب العقد تبرعا، فيسقط حق الشفيع في الشفعة، ولكننا لم نذهب إليه بعد أن تقرر حق الشفعة محافظة على الحق، وعلى ألا يكون لغير صاحب الحق سلطان عليه، وكان من العدل حينئذ: أن يلزم الشفيع بقيمة العقار، بعد أن تبين أن المعاوضة بين البائع والمشتري قد ذهبت وتلاشت، وأن المشتري قد تملك العقار بلا عوض؛ ذلك لأن الشفيع إنما يلزم بالعوض، وقد ظهر أن لا عوض، فلم يبق إلا أن يملكه الشفيع حينئذ بقيمته؛ لأنه لا يملك بالمجان.

الزيادة في الثمن: وأما إذا زاد المشتري في الثمن بعد تمام العقد فلا تظهر هذه الزيادة في حق الشفيع، فإذا بيعت دار بألف، ثم زاد المشتري مائة في ثمنها بعد تمام العقد لم تلزم الشفيع، وأخذ الدار بالألف؛ لأن حقه في أخذها بالألف قد ثبت له بتمام البيع بهذا الثمن، فلا يستطيع أحد إبطال هذا الحق بعد ثبوته، حتى لا يلحق به ضرر.

مطالبة الشفيع بالثمن المؤجل: إذا كان الثمن الذي أتم العقد عليه مؤجلا أو منجما خير الشفيع عند أتمتة الثلاثة بين أخذ العقار المبيع في الحال بثمان حال فيلزم به في الحال^(١) وبين أن يتظر حتى يحل الأجل ويستحق أداء

(١) وإذا اختار أن يدفعه كله حالا، فدفعه إلى المشتري - لأنه تسلم المبيع منه - لم يلزم المشتري حينئذ بدفع الثمن إلى البائع إلا عند حلول أجله، لاستقرار العقد بينه وبين البائع على شروطه. كما في البسوط ج ١ ص ١٠٣.

الثلث كله، فيأخذ المبيع حيثذ ويلزم بالثلث. وليس يعنيه ذلك من وجوب المبادرة إلى طلب الأخذ بالشفعة موثبة وتقريرا عند الطرفين، فلو ترك أحدهما مع التمكن منه سقط حقه في الشفعة؛ لأن حق الشفعة يترتب على وجوب العقد، فلا بد أن يقرر تمكه به في الحال عند العلم والاسقط. ولكن له إذا ما اختار إرجاء الثلث إلى أجله أن ينتظر. فلا يطلب من المشتري أن يسلم المبيع إليه إذا ما كان راضيا مستعدا لتسليمه إياه، ولا أن يرفع أمره إلى القاضي عند إيبائه عليه حق الشفعة، حتى إذا حل الأجل طالب بالمبيع، وألزم بدفع الثلث، وذهب أبو يوسف أخيرا إلى أن له الحق كذلك في أن ينتظر بالمطالبة ابتداء؛ لأن الطلب ماضع إلا ليكون وسيلة إلى الأخذ عقبه، وذلك غير متأت لتأجيل الثلث وعدم رغبة الشفيع في دفعه حالا، وإذن فلا يجب عليه أن يطلب الشفعة موثبة وتقريرا إلا عند حلول الأجل، وقد ذهب الشافعي على الأظهر من قوله، إلى ما ذهب إليه أئمتنا الثلاثة^(١).

وبناء على ما تقدم إذا بيعت أرض بمبلغ ألف جنيه كان لشفيعها حق أخذها بهذا الثلث فإذا حط منه شيء بعد ذلك حط عنه كذلك بقدره، وإذا زيد فيه لم يزد عليه، وللشفيع إذا علم أن الثلث صوري وأن الحقيقي أقل مما جاء في وثيقة المبيع

(١) وذهب زفر إلى أن الشفيع يستحق أخذ الشفوع فيه بما تم التعاقد عليه فدرا وجنا وشفعة، فإذا كان الثلث حالا أخذه حالا، وإذا كان متجما أو مؤجلا كله أخذه بتجمعه، أو مؤجلا إلى أجله. وذهب أحمد إلى ما ذهب إليه زفر مشروطا بإسار الشفيع، فإن كان معمرا لم يكن له إلا أن يأخذه حالا أو يأخذه مؤجلا إلى أجله بشرط أن يحضر كفيلا به تتوافر فيه الملاة والقدرة على أداء الثلث في أجله، فدعا للضرر عن المشتري أو البائع، وقال من ذلك: إذا كان الثلث مؤجلا وقد وثقه المشتري برهن أو كفيل وأراد الشفيع أن يسأخذه بثمنه إلى أجله، وجب عليه كذلك أن يوثقه برهن مثل رهن المشتري أو بكفيل ملئ ككفيل المشتري، فإن لم يوثقه المشتري بشيء من ذلك وكان الشفيع مثله في البسار أخذه بمثل ما أخذ به المشتري إلى أجله، وإن كان الشفيع أدنى حالا من المشتري لزمه أن يوثقه برهن أو كفيل، وإلا سقطت شفيعته في جميع الأحوال المتقدمة إذا لم يقم بذلك. والفكرة العامة في هذا الخلاف ترجع إلى المحافظة على حقوق كل من البائع والمشتري والشفيع دون الإضرار بأحدهم، فأخضية والشفانية يرون أن الأجل ما كان إلا نتيجة لاشتراط في العقد. وماتم الاتفاق على هذا الشرط إلا لقصد الترفية على المشتري مع الثقة به والطمأنينة إلى وفائه بما عليه من ديون، فإذا تحولت الصفقة إلى غيره بطل الاشتراط؛ لأن البائع لم يلتزمه إلا للمشتري، ولم يلتزمه للشفيع، وقد لا يرغب البائع أو المشتري في الترفية عن الشفيع، وقد تكون تثمته به معدومة ولا يطمنون إلى وفائه لما عليه من ديون، فلا يستحق الشفيع لذلك عليهما تأجيلا، ويرى زفر أن الأجل صفة في الثلث لها فيه قيمتها روزنها. ومادام الشفيع لا يملك إلا بمثل ما يملك به المشتري أو يثمته فإنه يجب أن يملكه بالثلث مؤجلا إلى أجله كما تملكه المشتري بذلك. وقد تكون هذه النظرة للمالكية والخاتبة أيضا، ولكنهم راعوا معها عدم الإضرار بالبائع أو المشتري، فشرطوا ماضطوا من البسار أو التوثيق بالرهن أو الكفيل. وقد أخذ قانون الشفعة برأى الحنفية؛ لأنه أبعد عن المنازعة.

أن يثبت ذلك بكافة طرق الإثبات، فإذا أثبتته أمام القضاء أخذ الأرض بالثمن الحقيقي، وإذا كان الثمن مؤجلا فإما أن يختار الشفيع أخذ الأرض في الحال ويلزم بدفع الثمن حالا، وإما أن يتظر بطلب تسليم الأرض إلى حلول الأجل، فإذا حل طلب أن تلم إليه وأعطى عندئذ الثمن.

تصرف المشتري في المشفوع في زيادته ونقصه في يده

تصرف المشتري في المشفوع فيه: إذا تم عقد البيع بين البائع والمشتري ثبت ملك المشتري في المبيع. ولا يرفعه عند الحنفية مطالبة الشفيع أن يأخذه بالشفعة كما قدمنا. وإنما يثبت للشفيع بهذه المطالبة حق متعلق بالمبيع، وهذا الحق هو استحقاق لأخذه جبرا عن المشتري إذا رغب في ذلك وأنفذ تلك الرغبة وهذا الحق لا يحول بين المشتري وبين تمتعه بآثار ملكه، فله أن يتفجع بالمبيع كما يشاء وعلى أي وجه أراد، فيستعمله أو يتغله. ويزيد فيه أو ينقص، ويبيعه ويهبه ويوصي به ويقفه، وعلى الجملة لا يتقيد المشتري في انتفاعه بالمبيع، ولا في تصرفه فيه بأي قيد، لا فرق في ذلك بين أن يصدر ذلك من قبل المطالبة بالشفعة وأن يصدر بعدها، فتعتبر جميع تصرفاته نافذة من وقت تمامها، ولكنه مع ذلك لا تمنع الشفيع من حقه، فله أن يطلب الأخذ بالشفعة وحينئذ تكون عرضة للنقض والإبطال إذا قضى للشفيع بالشفعة، فإن القضاء له بالمبيع في هذه الحال يبطل تلك التصرفات عدا القسمة مع البائع^(١) حتى لو كان التصرف بوقف العقار مسجلا أو

(١) إذا اشترى شخص شقصا من دار ثم تأسم شريكه فتحت ذلك صورتان، الأولى: ألا يكون له في هذه الدار شريك سوى بائنه الذي اشترى منه الشقص وقد قاسمه واختص بناحية في الدار، وفي هذه الحال إذا أخذ الشفيع بالشفعة أخذ الحصص المضمرة ولا تنقض القسمة؛ لأن القسمة مع البائع من تمام التسليم إلى المشتري، إذ المنصود من قبض المبيع حيازته، وتامها يكون بالقسمة ولا مسوغ لنقض قسمة يحتاج إلى إعادتها في الحال عند تسليم المبيع إلى الشفيع، وسواء في ذلك أن تكون القسمة تمت بقضاء أم بغير قضاء. وروري الحسن عن أبي حنيفة أنها إذا تمت بالتراضى كان للشفيع أن ينقضها إذ تصير في هذه الحال كمنصرف صادر من المشتري لما فيها من معنى المبادلة المبني على التراضى، وقد يشيد من هذا النقص. أما في حال جبرياتها بالقضاء فتعتبر طريقا لتبين المبيع بالقضاء. وإنما أن يأخذ الشفيع ما عينه القضاء ميعا أو يترك. راجع المبوط (ص ١٠٩ ج ١٤). وفي الهندية (ص ١٨١ ج ٥)، أن الشفيع إذا ما ألزم بالقسمة التي أتمها المشتري مع الشريك البائع كان له أن يجعل حصص المشتري في أي جانب من المبيع حتى يكون ذلك طريقا لرفع ما قد يراه من الغبن، وهذا لا يخلو عن نقد بين وجه، إذ معنى ذلك ليس إلا تنقض القسمة، وخاصة إذا لم تكن الحصص متساويتين.

الثانية: أن يكون للمشتري شريك آخر غير البائع وقد تمت القسمة بين الثلاثة وفي هذه الحال يكون للشفيع نقض القسمة إذ القسمة حينئذ ليست من تمام التسليم والقبض، بل تصرف مستقل عن الشراء فيصح للشفيع نقضه حتى يتجنب في القسمة الغبن، راجع الهندية (ج ٥ ص ٢٨١) من باب تصرف المشتري في المشفوع.

مقبرة أو بهبته لآخر مع تسليمه إليه. غير أن المشتري إذا باع العقار المبيع لآخر، كان الشفيع بالخيار حيث إن شاء أخذ بالبيع الأول، وإن شاء أخذ بالبيع الثاني؛ لأن كل عقد يثبت له حق الأخذ بالشفعة^(١)، فإن أخذ بالأول بطل الثاني، وإن أخذ بالثاني لزم الأول.

وإذا تصرف المشتري في العقار المشفوع فيه، فوجهه لآخر وسلمه إليه، أو جعله مسجدا وطلب الشفيع أخذه بالشفعة، فإن رضا المشتري في هذه الحالة لا يكون كافيا لتملك الشفيع العقار المشفوع فيه، لزوال يد المشتري عنه ونفاذ تصرفه فيه، وثبوت حق غيره عليه، وإذن فلا بد للشفيع من القضاء له به حتى يتملكه، ويبطل حق غيره فيه، فإذا قضى له به ترتب على ذلك بطلان الوقف أو الهبة؛ لأن القضاء قد أظهر أن حقه في المبيع كان أقوى من حق المشتري فيه، وأنه أولى به منه، وأن المشتري قد تصرف فيه مع تعلق حق الشفيع به، فلا ينفذ تصرفه منعا للإضرار بالشفيع. وإلى هذا ذهب الشافعي^(٢).

زيادة المشفوع فيه في يد المشتري: وإذا ثما المشفوع فيه في يد المشتري، بأن حدث الإنماء بعد القبض فأخذه المشتري قبل تملك الشفيع كان خالصا لأنه ثما ملكه، فإذا أجر المشتري الأرض بعد تملكها كانت الأجرة المستحقة عن المدة السابقة على تملك الشفيع خالصة للمشتري لأنها غلة ملكه، وكذلك إذا كان

(١) إذا تساوى الشتان في اليعين فلا إشكال، كدار يبيعها محمد لأحمد بألف جنيه ثم يبيعها أحمد لرشيد بألف جنيه فيأخذها شفيعيا بألف جنيه استنادا إلى أي اليعين شاء ويدفع الثمن إلى من يتسلم منه الدار، وإن كان الثمن في البيع الثاني أكثر بأن باعها أحمد لرشيد بألف ومائتي جنيه، فالعقول أن الشفيع يأخذها بناء على البيع الأول لثقل ثمنه ويتسلم الدار عن هي في يده، ويؤدى إليه الثمن وهو الألف، فإن كان الأداء لأحمد لأنه يتسلم منه الدار، رجع رشيد على أحمد بما دفعه إليه من ثمن (١٢٠٠) إن كان قد دفعه إليه وإن أداءه لرشيد؛ لأن الدار كانت في يده، رجع رشيد على أحمد بالفرق بين الثمنين وهو مائتا جنيه إن كان قد دفع إليه الثمن حتى يتسلم له ماله، فإن لم يكن قد دفع إليه الثمن لم يكن عليه إلا أن يدفع الألف التي أخذها من رشيد إلى أحمد؛ لأن ذلك المبلغ حقه.

وإذا كان الثمن في البيع الثاني أقل، بأن باعها أحمد لرشيد بمائتي جنيه. فالعقول أن الشفيع يأخذها بناء على البيع الثاني لثقل ثمنه، ويدفعها إلى من يتسلم منه الدار. وليس لرشيد إن كان قد أدى الثمن إلى أحمد إلا أن يرجع به عليه إذا لم يأخذه من الشفيع.

(٢) وذهب أحمد إلى أن تصرف المشتري في المشفوع فيه قبل المطالبة به يبطل حق الشفعة إذا كان بوقف أو بية أو بتصدق، محافظة على حقوق الموقوف عليهم والموهوب له والتصدق عليه؛ لأنها نشأت عن تصرف مالك في ملكه، ولا يبطل إذا ماتصرف المشتري برهن أو بإجارة، لبقاء ملك المشتري مع ذلك، وإذا تصرف ببيع كان للمشفوع فيه أن يأخذ بالشفعة إن شاء بالبيع الأول وإن شاء بالبيع الثاني. كشاف (ج ٢ ص ٣٨٦).

فى الأرض شجر فأثمر وأدرك وأخذ المشتري الثمر أو زرعها فاستحصد الزرع وحصله المشتري، فلا يكون للشفيع أن يأخذ شيئا من ذلك بخلاف ما إذا كان الثمر موجودا عند الشراء، فإن له حكما آخر سيأتى فى أحكام نقص الشفوع فيه، وبخلاف ما إذا أثمر الشجر فلم يجده المشتري حتى حكم للشفيع، فإنه يكون للشفيع حيثنذ تبعاً لأصله كما فى التبين والبحر والهداية^(١).

وإذا زاد المشتري فى العقار الشفوع فيه قبل أن يملكه الشفيع، ثم قضى للشفيع بأخذه فإنه يأخذه بالثمن ابتداء، أما حكم هذه الزيادة فيختلف باختلاف حالها، فإن كانت هذه الزيادة لاتقبل الانفصال سواء أكان ذلك راجعاً إلى طبيعتها كإصلاح الأرض بشق مصارفها وكثرة غلها بالماء وتبيدها وشق المراوى فيها وحفر الآبار ورفع الأحجار والرمال منيا ومعالجة تربتها بالمواد الكيميائية وغير ذلك، أم كان راجعاً إلى أنها إذا فصلت ذهبت قيمتها، كظلاء أخشاب الدار وجدورها مثلاً: فإن الشفيع يأخذ المبيع بثمنه مضافاً إليه مازادته هذه الزيادة فى قيمته. فإذا كان المشتري قد اشترى العقار بألف جنيه، فأصبح بعد الزيادة فيه بسببها يساوى ١٥٠٠ جنيه أخذه الشفيع بذلك^(٢).

وإن كانت هذه الزيادة تقبل الانفصال بلا ضرر يحدث فى العقار من انفصالها، وكان لها نهاية معلومة كالزرع فى الأرض. فإن العقار يبقى فى يد المشتري إلى أن يستحصد الزرع ويدرك فيحصده، ثم تلم الأرض بعد ذلك إلى الشفيع، ولا يمنع ذلك أن يقضى للشفيع بشفعته، وذلك يستحق أجر مثل الأرض على المشتري طيلة مدة بقائها فى يده، وذهب بعض الحنفية إلى أنه لا يقضى للشفيع فى هذه الحال بشفعته، إلا بعد أن يدرك الزرع. وهذا ما فى المبسوط [ج ١٤ ص ١٣٣] وحيثنذ لا يستحق الشفيع على المشتري أجراً. وإلى هذا ذهب

(١) ولعل وجه ذلك: أنه فى هذه الحسالى يعتبر كالجزيء من المبيع، وخاصة إذا لم يدرك وليس يزال هذا مانى هذا الحكم من موجبات التقدر. فإن النماء على أية حال يعتبر مالا قد تولد من مال مملوك للمشتري. فيجب أن يكون ملكاً له تبعاً لأصله، ولا يستحقه الشفيع على أية حال.

(٢) محل ذلك: إذا كانت قيمة العقار عند بيعه ألفاً كمنته. أما إذا كانت قيمته عند البيع ثمانمائة جنيه وقد صارت قيمته بالزيادة ١٥٠٠ جنيه خمسمائة جنيه وألف، فإن مقدار مازادته فيه سبعمائة جنيه، وحيثنذ يأخذ الشفيع سبعمائة وألف، أى بالثمن مضافاً إليه الزيادة، أو يترك. هنا ما يظنير لى من قولهم: إن شاء ترك وإن شاء أخذ بالثمن وأعطى مازاد فيها المشتري. راجع الحثانية [ج ٣ ص ١٥٤١].

الإمام مالك وأحمد^(١) والأول أصح عند الحنفية. وإن لم يكن لهما نهاية معلومة كالبناء والغراس، كان للشفيع أن يكلف المشتري بهدم بنائه ورفع أنقاضه، وبقلع شجره وأخذ أخشابه، ليتلم العقار خاليا بما زاده فيه المشتري. مادام متمكنا بحقه في الشفعة.

ويجوز لهما في هذا الحال أن يتفقا على أن يأخذ الشفيع العقار وماعليه من البناء والشجر بثمنه مضافا إليه قيمة البناء والشجر متحقي القلع^(٢).

أما إذا كان فصل هذه الزيادة من الأرض يضر ببناء بسبب ما يحدثه فيها من حفر عميقة أو اختلاط بين طبقاتها المختلفة المادة، فإن المشتري لا يمكن في هذه الحال من رفع زيادته، وللشفيع حيثبذ أن يملكها إذا أراد جبرا عنه بقيمتها متحقة القلع دفعا للضرر عن نفسه، ولا ضرر على المشتري في ذلك؛ لأنه يعد ظلما بإبائه البيع، وإصراره على رفع زيادته مع ما يترتب على ذلك من ضرر بالأرض؛ وهذا ماجاء في كتب ظاهر الرواية من أحكام في هذا الموضوع^(٣).

وذهب أبو يوسف في رواية عنه إلى أن الشفيع ليس له في الأحوال السابقة حق تكليف المشتري بهدم البناء وقلع الشجر، ولكن إذا أصر على الأخذ بالشفعة أخذ العقار بثمنه مضافا إليه قيمة البناء أو الشجر باقيين في الأرض؛ ذلك لأنه لم يكن في بنائه ولا في غرسه متعديا؛ لأنه إنما بنى وغرس في ملكه، فإذا أراد الشفيع أخذ ملكه جبرا عنه بحق الشفعة وجب ألا يترتب على ذلك ضرر به. وليس في أخذه على هذا الوجه ضرر بأحدهما؛ لأن الشفيع يأخذ ما زاد في الأرض بقيمته. والمشتري قد عوض عنه بهذه القيمة، وإذا كان في إلزام الشفيع

(١) ذهب الشافعي وأحمد إلى أن الزرع والشجر يشيان في الأرض بلا أجر إلى أوان الحصاد للزرع، والجذاذ للشجر لأنه زرع ملك نفسه. وهذا يدل على أن الشجر لا يكون للشفيع في هذه الحال، كما ذهب الحنفية بل للمشتري وهذا الرأي أرجح لأنه شمار مال مملوك للمشتري، وإن كان لا يدرك.

(٢) إذا كان أساس هذا تراخيها معا فإن تحديد أخذ الزيادة بهذه القيمة يكون تلييل الفائدة؛ لأن العوض سيكون نتيجة لانفاقها أيضا. وقد يتجاوزان به إلى قيمتهما قائمين. ولا حرج عليهما في ذلك.

(٣) في هذه الحال انتفع الشفيع بما زادته الزيادة من قيمة في العقار نظير قيامه بدفع قيمتها متحقة القلع. وذلك أقل من الزيادة بكثير. وفي الحال الأولى ينتفع بالزيادة نظير دفع ما زادته من قيمة، وهذا عدل، وما يخالف بين الحسنيين في الحكم إلا أن الزيادة التي زادها المشتري في إهدامها لتقبل الانفصال وفي الأخرى تقبل الانفصال. ولكن لا يمكن منه المشتري لما يترتب عليه من الضرر بالعقار. فبيل هذا الفرق يبرر الاختلاف في الحكم؛ اللهم لا.

بأخذ شيء قد لا يرغب فيه بعض ضرر، فهو أدنى من ضرر المشتري حين يؤخذ منه البناء والشجر بقيمتيهما مستحتى القلع، وعند تعارض الضررين يحتمل الأقل.

ووجه ظاهر الرواية: أن المشتري حين بنى أو غرس فعل ذلك بملك تعلق به حق مؤكد لغيره من غير إذن منه، وهو تصرف يمس حقه، لعدم إمكان تسليم العقار إليه حيثن بدون هذه الزيادة، فكان بذلك متعديا؛ لأن حق الشفيع أقوى من حقه، ألا ترى أنه يستطيع نقض تصرفات المشتري جميعها؟ ولهذا كان عليه أن يترتب إلى أن يفصل في أمر الشفعة، وإذا لم يفعل لزمه أن يتحمل ما يترتب على فعله هذا من ضرر.

وبرأى أبي يوسف أخذ أحمد «كما في كشاف القناع» إذا كان المشتري قد بنى أو غرس قبل طلب الشفيع لا بعده.

وفي كتب الحنفية أن مذهب الشافعي ومالك كراى أبي يوسف، ويؤيده ما فى المدونة وما فى كتاب اختلاف العراقيين للشافعي، ولكن الموجود فى النهاية «من كتب الشافعية» أن للشفيع الخيرة، فإما أن يبقى البناء والشجر بأجر المثل، وإما أن يكلف المشتري قلعهما، ويلتزم له بالفرق بين قيمتهما مقلوعين، وقيمتيهما قائمين، وإما أن يملكهما قائمين^(١).

وقد أخذ قانون الشفعة برأى وسط، استنبطه مما ذهب إليه الحنفية، فأخذ برأى الطرفين إذا ما بنى المشتري أو غرس بعد مطالبة الشفيع بالشفعة، وبرأى أبي يوسف إذا ما فعل ذلك قبل مطالبة الشفيع بها. هو توفيق حسن؛ لأن إقدام المشتري على البناء والغراس بعد الطلب إهمال يمس لحق الشفيع بعد أن تقرر بالطلب، فيكون به متعديا، فيعامل معاملة المعتدى، ويتحمل ما يترتب على عمله من ضرر، بخلاف ما إذا كان ذلك قبل طلب الشفعة، فإن حق الشفيع حيثن لم يتقرر، وعاء لا يطلبها فلا يظهر تعديه.

نقص المشفوع فيه فى يد المشتري؛ وإذا نقص المشفوع فى يد المشتري، فإن كان النقص فيما يتبعه مما يدخل فى عقد البيع تبعاً من غير نص عليه فى العقد، كالبناء والشجر، اختلف الحكم باختلاف سبب هذا النقص، فإن كان

(١) راجع النهاية والروض من كتاب الشفعة.

التقص من غير تعد، كانهدام البناء لتصدعه أو لزلزال حدث، وكجفاف الشجر لآفة أصابته، لم يكن للشفيع إذا أراد الشفعة إلا أن يأخذ العقار المشفوع بثمنه دون نقص منه في مقابلة ما انهدم من البناء، أو ماجف من الشجر؛ لأنهما ما دخلا في عقد البيع إلا تبعا، وما كان كذلك لا يخصه حصة من الثمن، فإذا زال لم ينقص الثمن بسبب زواله^(١)، ولكن إذا بقيت أنقاض البناء أو أخشاب الشجر لم يأخذها الشفيع؛ لأنه لا يأخذها إلا باعتبارها تابعة للعقار، إذ لا شفعة في المتقول، ولا تعتبر تابعة إلا عند اتصالها، وإنما يأخذها المشتري لانفصالها عن العقار، ولا يأخذها مجانا، بل تحتب عليه بحصة من الثمن تتناسب مع قيمتها وقت أخذها، ولا يلزم الشفيع حيثنذ إلا بدفع الباقي، وطريقة الوصول إلى معرفته: أن تقوم الأنقاض أو الأخشاب عند أخذها^(٢)، وتنسب إلى قيمة المبيع كاملا عند عقد البيع، ثم ينقص من الثمن بقدر هذه النسبة، فإذا كانت قيمة الأنقاض أو الأخشاب عند أخذها مائة جنيه، وقيمة المبيع عند العقد ٢٠٠٠ جنيه كانت النسبة ٥ في المائة فلا يدفع الشفيع منه عند أخذه العقار المشفوع إلا في ٩٥ في المائة من ثمنه، ومثل ذلك في الحكم إذا ماباع المشتري من العقار المشفوع أتربة قبل أخذه بالشفعة، فإنه ينقص من الثمن بنسبة قيمة ماباع عند بيعه إلى قيمة المبيع عند العقد عليه أيضا على مايناه^(٣).

وإن كان التقص بتعد كأن اعتدى على البناء متعد فهدمه، أو على الشجر فقلعه، سواء أكان المشتري أم غيره، فإن الشفيع يأخذ العقار بحصته من الثمن، وهى ما يبقى بعد نقص ما يخص البناء أو الشجر، ثم يقوم كذلك عند العقد وقد خلا من البناء أو الشجر، ثم تنسب القيمة الثانية إلى القيمة الأولى، فتكون هذه النسبة هى نسبة حصة الأرض فى الثمن إلى الثمن جميعه، فإذا كانت الأرض قد بيعت بما عليها من البناء بألف ومائتى جنيه، وتسلسها المشتري، ثم اعتدى شخص

(١) وذهب الخابله إلى أن المشفوع فيه إذا تلف بعضه فانهدم بناء الدار التى بيع شقص منها، سواء أكان ذلك بفعل مطر أو زلزال أو بفعل آدمى فإن للشفيع أن يأخذ الباقي بحصته من الثمن. وإذا كان التقص بالتعيب فقط مع بقاء المشفوع فيه كانشقاق الجدار أو تشعث الشجر فليس للشفيع إلا أن يأخذ بكل الثمن أو يترك - «الشعث: التغيير».

(٢) إنما قامت وقت أخذها لأنه وقت حجبها عن الشفيع كما فى رد المحتار «ج ٥ ص ١١٦٤».

(٣) إذا كان أخذ الأتربة ضارا بالأرض كان ذلك إنلانا لما دخل تبعا، وكان الحكم كالحكم عند التمدى على التابع. وأما إذا لم يكن ضارا بها كان حكمها حكم الشجر السابق بلا اعتداء أخذه المشتري فباعه، فيكون التتويم وقت حبه عن الشفيع وذلك عند بيعه لا عند بيع الأرض. هذا ما ظهر لى.

على البناء بالهدم، ثم طلب الشفيع الشفعة، فإننا نقوم الأرض بما عليها من البناء عند العقد، ولتكن قيمتها خمسمائة جنيه وألفاً، ثم نقومها كذلك وبنائها مهدوم، ولتكن قيمتها خمسمائة جنيه، ثم نسب هذه القيمة إلى القيمة الأولى، فإذا النسبة بينهما الثلث، فتعلم أن حصة الأرض من الثمن الثلث وهو ما يجب على الشفيع أدائه إذا أخذ الأرض، ومقدار ذلك من الثمن أربعمائة جنيه، ويكون للمشتري في هذه الحال جميع النقص، لعدم ثبوت الشفعة فيه، لانفصاله عن العتار، وبهذا يتبين أن هذه الحال تفارق حال الانهدام بغير اعتداء، ففي هذه الحال روعى دائماً وقت العقد في التقويم؛ لأنه وقت تملك المشتري وثبوت حق الشفيع، كما روعى فيه قيام البناء على الأرض ولم يقوم أنقضاء، لصيرورته حيثئذ أصلاً مقصوداً بسبب الاعتداء عليه، وفي تلك الحال لم يراع وقت العقد في تقويم النقص، ولم يقوم بناء قائماً؛ لأن البناء بالنسبة للأرض تبع عند الحنفية، فلا يقابله جزء من الثمن إلا عند الاعتداء عليه، ولانهدامه في هذه الحال بغير اعتداء لم يقابله شيء من الثمن، وكان الثمن كله للأرض وحدها، ولكن حين يأخذ المشتري النقص يجبه بذلك عن الشفيع؛ فيكون حيثئذ مقصوداً بالمنع، فيضمن حصته من الثمن على الوجه الذي بيناه سابقاً ولا يقوم إلا حين الحبس أي منفصلاً عن الأرض^(١).

هذا، وما هو جدير بالملاحظة أن المشتري إذا كان هو المعتدى فقد استوجب اعتدائه نقص حصة من الثمن، هي حصة ما أتلفه، وإن كان المعتدى أجنبياً، فإنه يضمن للمشتري قيمة ما أتلفه وقت إتلافه، وقد تكون تلك القيمة مساوية لما نقص من الثمن أو أقل أو أزيد، تبعاً لاختلاف القيم باختلاف الأوقات، والغرم حال انخفاضها بالغرم حال ارتفاعها.

وإن كان النقص في هذا العقار المشفوع فيه، أو فيما نص عليه في العقد من تابع له، كالزراع في الأرض والثمر على الشجر وآلات الحراثة وماشيتها ونحو ذلك، فإن الشفيع يأخذ باقى المبيع بحصته من الثمن بالطريقة التي بينها من قبل، سواء أكان ذلك النقص نتيجة اعتداء أم كان من غير اعتداء، فإذا بيعت أرض بما عليها من الزرع «قمح أو شعير أو خضر» أو بما على شجرها من الثمر، أو بآلات حراستها - وكانت على حافة نهر - فأصاب الزرع عند المشتري آفة أهلكته، أو

(١) راجع البيوط وج ١٤ ص ١١١.

أصابت ثمر الشجر فأسقطته، أو سرقت آلات الحراثة، أو جرف ماء النهر جزءا من الأرض، أو اعتدى على الزرع معتد فقلعه من الأرض، أو أحرق الآلات، فإن الشفيح يأخذ باقى المبيع بحصته من الثمن، وذلك بأن يقوم الزرع والثمر أو آلات الحراثة، أو ماجرف من الأرض ثم تنسب القيمة إلى قيمة المبيع كله وقت العقد، ثم ينقص من الثمن بقدر تلك النسبة على ماينا من قبل، فيأخذ الشفيح بما بقى، وتكون الانقراض للمشتري؛ لأن الشفيح إنما يأخذها تبعا للعقار، وقد زالت تلك التبعية بانفصالها عنه، ويكون تقويم المبيع بحسب حاله وقت العقد، وكذلك تقويم التالف (١) سواء كان تلفه بتعمد أو من غير تعمد، لأن الشفيح يأخذ المبيع بما قام به على المشتري وقت العقد، فلا عبرة بما يحدث من التغير بعد، من ارتفاع فى القيم أو نقص فيها، فإذا ما حصل ارتفاع، فذلك من حظ المشتري مادام لم يدخل فى ملك الشفيح (٢).

ما تسقط به الشفعة

يسقط حق الشفعة بسبب من الأسباب الآتية:

الأول - الرغبة عنها صراحة، ويندرج تحت ذلك ما يأتى:

(١) الإسقاط الصريح، كأن يقول الشفيح: أسقطت حتى فى الشفعة، أو تنازلت عن شفعتى، أو رغبت عنها، أو نحو ذلك. ولا يكون ذلك مسقطا لحق الشفعة إلا إذا صدر بعد ثبوته، إذ لا يقبل الإسقاط إلا الحق الثابت (٣)، وأما غير الموجود فلا يقبل الإسقاط. وبناء على ذلك لو عرض الجار على جاره أن يشتري

(١) وبهذه الطريقة عينها يتوصل إلى معرفة ثمن العقار المشفوع فيه إذا بيع مع منقول صفقة واحدة بشمن واحد، كأن تباع دار وسيارة، بأربعة آلاف جنيه، فإن شفيح الدار له الحق فى أخذها دون السيارة، وعندئذ يقدر الثمن كما بينا.

(٢) هذا قول أبى يوسف، وعند محمد إذا كان الشالف شجرا أو ثمرا أو ورعا تقوم الأرض عند العتد مزروعة وغير مزروعة، وكذلك الأشجار مشمرة وغير مشمرة، فربما لا يكون لذلك وقت العقد قيمة تذكر فيضطر الشفيح بتقويمه عند العقد، ولذلك يدفع هذا الضرر بأن يقسم الثمن على قيمة الأرض مزروعة وغير مزروعة. فما يخص قيمتها غير مزروعة فهو حصة الأرض. يأخذها الشفيح بذلك، ولا شك أن هذا عدل، فقد يكون الثمر أو الزرع عند العقد عديم القيمة، فيلزم الشفيح بكل الثمن. بينما المشتري قد انتفع مع ذلك بما يستحقه الشفيح بمنقضى العتد. راجع المبسوط ج ١٤ ص ١٣٤ وما بعدها.

(٣) إذا سلم الشفيح الشفعة للمشتري وهو لا يعلم بالشراء فهو تسليم، وإن صدقه المشتري أنه لا يعلم، لأنه صريح باستنطاق حقه بعد الوجوب، وعلمه به ليس بشرط لإسقاطه باللفظ الموضوع له، كالإبراء عن الدين، المبسوط ج ١٤ ص ١١٣ ومحل ذلك إذا لم يخدع ويسلم على اعتبار أن لاحق له، وأما إذا سلم على هذا الاعتبار ثم ظمير أن له حقا كان له حق الشفعة. المبسوط ج ١٤ ص ١٥٨.

داره لأنه يريد بيعها، أو عرض الشريك على شريكه أن يشتري حصته فأبى، لم يستط بذلك حتمه في الأخذ بالشفعة عند تمام البيع لغيره. وكذلك إذا قال الجار لجاره أو الشريك لشريكه قبل البيع: لا رغبة لي في الأخذ بالشفعة، أو قال: لن أطلب بالشفعة إذا تم البيع أو نحو ذلك، لم يلتزم بما قال، وكان له حق الأخذ بالشفعة عند تمام البيع. وفي ذلك خلاف أهل الظاهر وبعض السلف. فقد قالوا: إذا عرض على الشفيع المبيع قبل البيع فرغب عنه لم يكن له بعد ذلك حق طلبه بالشفعة إذا بيع لغيره، وكذلك إذا أعلن أنه لا يرغب في أخذه بالشفعة؛ لأن طلبه بعد ذلك يعتبر تغريرا، ولا يقر على ذلك التغرير.

وكذلك لا يقبل الإسقاط من الشفيع بعد أن يتملك المشفوع بالرضا أو بالقضاء؛ لأن إسقاطه في هذه الحال يعد إسقاطا لحقه في المشفوع. وليس ذلك الحق إلا ملكا، والملك لا يقبل الإسقاط، وإنما يقبل الانتقال بسبب من أسباب نقل الملكية. أو الفسخ برد المبيع بسبب فسخ للعقد.

(ب) المعاوضة على حق الشفعة، فإذا أسقطه الشفيع نظير عوض مالي سقط حقه ولم يجب له العوض، ومثل ذلك ما إذا باعه، وتوجيه ذلك يكون ببيان نقطتين.

الأولى بيان السبب في سقوطه، مع أن الشفيع في واقع الأمر ومعناه: إنما علق سقوطه على مال يجب له عوضا عنه، وهذا المال لم يجب ولم يوجد، والمعلق على غير موجود يعتبر كذلك غير موجود إلى أن يوجد بوجوده. الثانية: بيان السبب في عدم وجوب المال للشفيع بتلك المعاوضة، مع ظهور منفعة المتعاقدين فيها.

فأما عن النقطة الأولى فقالوا: إن هذا التعليق فاسد؛ لأنه يقتضى استحقاق مال بالباطل، فإن الشفعة حق مجرد يتبع الرغبة والمشيئة، ولا أثر له في المبيع، وما كان كذلك لا يعد مالا ولا يستحق به المال، ويكون استحقاق المال به وجعله سببا لذلك مخالفا للمشروع، فيلغو ذلك التعليق لهذا السبب، وإذا لغا ذلك التعليق وبطل بقى الإسقاط وكأنه إسقاط مطلق لاتعليق فيه، فيفيد أثره من سقوط الحق، دون أن يجب به المال، وأما عن النقطة الثانية، فقد نبين لنا في

بيان النقطة الأولى أنها معاوضة مخالفة للمشروع فتكون باطلة والباطل لا يفيد التراما^(١).

وخالف في ذلك كثير من المالكية، فأجازوا إسقاط حق الشفعة نظير بدل^(٢) وأوجبوا البدل بذلك الشفيع على من التزمه، ولاشك أن هذا بين^(٣). وأما قول الحنفية: إن حق الشفعة لا يجوز الاعتياض عنه فمحل نظر، على أننا إذا سلمنا ذلك لهم لم نجد مبررا للقول بسقوط الحق مع تعليقه على أمر لم يتحقق.

(ج) التنازل عن الشفعة لبعض الشفعاء. فإذا تنازل شفيع لأحد الشفعاء عن حقه في الشفعة بعد ثبوته له وكان ذلك قبل تملكه المشفوع، فإنه يسقط لما في ذلك من الرغبة عنه ثم تكون حصته بين سائر الشفعاء بالسوية، لا يختص بها من صدر التنازل له؛ لأن المتنازل لم يملك بالشفعة شيئا يصح أن يملكه لغيره.

(د) رضا الشفيع بالمشتري، فإذا علم به فرضيه جارا أو شريكا، بأن كان منه ما يدل على ذلك سقط حقه في الشفعة؛ لأن هذا الحق لم يشرع إلا للدفع ما يتوقع من ضرر الدخيل ولا يتوقع منه ضرر للشفيع بعد أن رضى عنه.

الثانى- الرغبة عنها دلالة. ويندرج تحت ذلك ما يأتي:

(أ) تأخير طلب الموائبة عن وقته بلا عذر، كأن يعلم بالعقد وبالمبيع وبالشمن وبالمشتري، ثم لا يبادر إلى الإعلان عن تمسكه بحقه في الأخذ بالشفعة بلا عذر حتى يتسنى المجلس، فإذا علم فقال: على أن أتروى في الأمر ونحو ذلك ولم يطلب، سقط حقه في الشفعة.

(ب) تأخير طلب التقرير عن وقته من غير عذر، أو عدم القيام به في مكانه كما قدمنا. وكذلك ترك الإشهاد عليه عند من يشترطه في طلب التقرير، أما عند من يرى أنه حسن فلا يكون تركه مستقظا للشفعة.

(١) وإلى هذا ذهب الشافعية غير أن منهم من قال: إن شفته لا تنقط بهذه المبادلة إلا إذا علم أنها مبادلة باطلة، فإن كان يظن أن المبادلة صحيحة لم تستقط، روى ج ٢ ص ٣٧٩.

(٢) روى عن مالك: إذا أسلم الشفيع الشفعة بعد الشراء على مال أخذه جاره، وإن كان قبل الشراء بطل ورد المال، وكان على شفته.

(٣) في المدونة: ومن وجبت له الشفعة فجاءه أجنبي فقال له: خذ بشفتك ولك مائة دينار أو أربحك فينا، فلا يجوز، ويرد ذلك إن وقع. ولا يجوز له أن يأخذ بشفته لغيره. وبناء على ذلك إذا أخذ الشفيع بالشفعة ليملك غيره بعد ذلك لم يجز، وبطلت شفته. منح ج ٣ ص ٥٩.

(ج) تأخير طلب الخصومة أمام القاضى مع التمكن منه عند غير أبى حنيفة، وقد فصلنا ذلك.

(د) ماومة الشفيع للمشتري فى المبيع بعد علمه بشرائه، ولو كان ذلك بعد مطالبته بالشفعة، كأن يطلب منه استجاره أو شراؤه بضمن أقل، أو اشراكه معه فيه؛ لأن ذلك يعد رضا منه بشركته أو بجواره، فإن للإجارة مدة تنتهى بانتهائها، فيعودان خليطين أو جارين، وطلب الشراء بضمن أقل يتضمن عدم الرغبة فى المبيع بالضمن المتفق عليه، ويتضمن الرضا بالشركة أو المجاورة مع هذا، وطلب الاشتراك صريح فى الرضا بالشركة، ومن يرغب فى شركته يرغب فى جواره.

أما إذ لم يعلم بالشراء، ولكنه ساومه على زعم أنه قد تملكه بالهبة مثلا لم يسقط حقه إذ لا علم له بثبوت حق له حتى يعد ذلك دليل إعراضه عنه.

(هـ) قيام الشفيع ببيع المشفوع فيه بالوكالة عن مالكه. فإذا وكل الشريك شريكه فى بيع حصته أو الجار جاره فى بيع داره أو أرضه فباعها له لم يكن بهذا الوكيل حتى أخذها بالشفعة بناء على هذا البيع؛ لأن قيامه بذلك يتضمن رغبته عن أخذها بالشفعة، ذلك لأن الوكيل فى البيع يعتبر مملكا، وبسبب مباشرته للعقد يكون ملتزما بتسليم المبيع إلى مشتريه وإتمام تلك الصفقة له، فإذا ما جاز أخذ المبيع فى هذه الحال بالشفعة كان ساعيا فى نقض ما تم من جهته، وكان ذا موقفين متناقضين متعارضين، أحدهما يلزمه بتسليم المبيع وذلك باعتباره بائعا، وثانيهما يجعل له حق استبعائه، وذلك باعتباره شفيعا، فلا يقبل منه ذلك، وهذا بخلاف قيامه بشراء العقار المشفوع فيه بالوكالة عن المشتري^(١) لأن قيامه بهذا العقد يعتبر ساعيا منه فى تحقيق سبب شفيعته، ولا يكون ملتزما بأن يسلم المبيع إلى مشتريه، لأن له أن يتخلى عن ذلك بسبب أنه بوكالته عنه لا يلتزم له بشيء، فلا يكون فى موقفه تناقض، فيثبت له حق الشفعة.

(و) اشتراط البائع خيار الشرط للشفيع وقبوله ذلك، فإذا باع شريك حصته فى دار وجعل خيار الشرط لشريكه، إن شاء أمضى البيع وإن شاء فسخه، فقبل

(١) ذهب الشافعى إلى أن الوكيل فى البيع أو فى الشراء إذا كان شفيعا كان له حق الأخذ بالشفعة فيما باعه لموكله أو اشتراه، وبسبب ذلك أن الحقوق لا ترجع إلى الوكيل عنده، بل إلى الموكل، فلا يتعارض موقفه بانما مع موقفه شفيعا، راجع الروض ج ٢ ص ٢٦٧.

ذلك، وأمضى البيع سقطت شفيعته؛ لأن إمضائه دليل رضاه بشركة المشتري، وإن فسخه لم يكن له حق الشفعة أيضا؛ لأنه إنما يثبت بالبيع وقد ارتفع بالنسخ^(١). وهذا بخلاف ما إذا شرطه المشتري للشفيع، إذ للشفيع في هذه الحال قبل إمضاء البيع أو فسخه حق الأخذ بالشفعة لخروج المبيع من ملك بائعه، فإن فسخه فلا شفعة لزوال السبب في ثبوتها^(٢)، وإن أمضاه فلا شفعة له كذلك على ما يظهر لى؛ لأن إمضائه مع عدم الحاجة إليه في ثبوت الشفعة يعد دليلا على الرضا بالمشتري.

(ز) ضمان الشفيع المشتري في الثمن للبائع، أو ضمانه للمشتري للدرك^(٣) فإذا ما ضمن الشفيع للبائع المشتري في الثمن، أو ضمن للمشتري درك البيع، كان ذلك رضا بتمام البيع للمشتري، فيقطع حقه في الشفعة.

الثالث- مطالبة الشفيع ببعض العقار المبيع عند علمه به على رأى محمد، خلافا لأبي يوسف، وقد بينا هذا.

الرابع- أن يخرج الشفيع العقار المشفوع به من ملكه قبل تملكه المشفوع فيه، سواء أكان يعلم ببيعه أم لا. فإذا باع شخص حصته من الدار المشتركة بعد أن باع شريكه حصته فيها سقط حقه، سواء أكان يبيعه حصته بعد أن طلب الأخذ بالشفعة أم قبل أن يعلم أن شريكه قد باع حصته، وذهب أحمد إلى أن حقه لا يقطع إلا إذا كان يبيعه حصته بعد العلم ببيع شريكه، أما إذا باع قبل أن يعلم، وكان يبيعه بعد بيع شريكه، كان له حق الأخذ بالشفعة^(٤)؛ لأن بيعه في الحال الأولى يعد إعراضا عن حقه، وليس كذلك بيعه في الحال الثانية، فيكون له حق الطلب لثبوت حقه قبل أن يبيع، وعدم سقوطه بالبيع، لأن أحمد لا يشترط أن يبقى الشفيع مالكا لما يشفع به حتى يملك.

(١) أى ولم يتحقق قبل ذلك خروج المبيع من ملك بائعه، وهو الشرط لثبوت الشفعة.

(٢) أى ولأن إعراضه عن سببها وشغله برفعه إعراض عنها.

(٣) ضمان الدرك: أن يضمن الشفيع البائع فيما يدرك المشتري من استحقاق للمبيع ونحوه.

(٤) ذهب الشافعى إلى أنه لو باع الشفيع حصته في العقار المشتري أو بعضها بعد ثبوت السبب - وهو العتد - وقبل التملك سقطت شفيعته، لزوال شركته في الحال الأولى، ولرضاه بسقوط شفيعته في بعض المبيع في الحال الثانية، وهى لا تنجزا بعد وجود السبب روض ج ٢ ص ٣٧٨.

الخامس- عدم إحضار الثمن عند القضاء بالشفعة على ماروى عن محمد،
ورواه الحسن بن أبي حنيفة ، وقد بينا هذا فيما تقدم.

السادس- موت الشفيع قبل تملكه العقار المشفوع فيه، فينتط حقه في
الأخذ بالشفعة بموته، ولا ينتقل إلى ورثته، وقد بينا ذلك أيضا فيما مضى.

وقد علمت أن أرجح الآراء عند المناظرة أن الشفيع يملك العقار المشفوع
فيه بطلبه دون حاجة إلى رضا من المشتري أو قضاء من القاضى، وعلى هذا إذا
توفى الشفيع بعد الطلب، فقد توفى وهو مالك للمشفوع فيه، فيورث عنه؛ لأنه
عين مالية مملوكة، أما إذا توفى قبل الطلب فلا يكون للوارث حيثنذ حق الشفعة
لسقوطه بالموت حيثنذ.

خلاصة الباب

الشفعة: الشفعة هي حق تملك العقار المبيع لمن اشتريه بما قام عليه من الشمن والمؤن رضى أم أبى، فإذا اشترك اثنان فى منزل، فباع أحدهما حصته فيه لثالث، كان لشريكه الحق فى أن يملك هذه الحصه من مشتريها، فياخذها منه بما دفع فيها من ثمن، وبما أنفق فيها من مصاريف ضرورية، رضى بذلك أم أبى. ويسمى هذا الحق بالشفعة، وصاحبه بالشفيع، والمبيع بالمشفوع، أو المشفوع فيه، وما يملكه الشفيع من عقار يستحق به الشفعة يسمى بالمشفوع به، ويستعملون «شفع» بمعنى أخذ بالشفعة، وهى تشريع إسلامى محض ثابت بالسنة فقط، لرفع الضرر عن الشريك أو الجار، وهو الضرر المتوقع من البدخيل. وتثبت عند الحنفية بواحد من ثلاثة:

(١) الشركة فى العقار المبيع، فإذا بيعت حصه من دار لأجنبى عن الشركاء، كان للشركاء فيها حق أخذها منه، وإذا بيعت لأحدهم كان لهم حق الاشتراك معه، وفى الحالين يقسم المبيع على رؤوسهم إن تعددوا، لافرق بين شريك فى كل الدار، وشريك فى ناحية منها، وذهب الشافعى ومالك وأحمد إلى أن المبيع يقسم بين الشركاء عند تعددهم قسمة تتناسب مع حصصهم فى العقار المشترك الذى بيعت حصه منه.

وثبوت الشفعة بالشركة فى العقار ليس محلا لخلاف أحد إلا أبا بكر الأصم.

(٢) الشركة فى حق العقار الخاص، والمراد به: الطريق الخاص، وهو الذى يملك الشركاء فيه حق منع غيرهم من استطراقه، والشرب الخاص، والمسيل الخاص، ويعد كل منهما خاصا إذا كان الشركاء فيه أقل من مائة، أما إذا بلغ الشركاء فيه مائة أو زادوا فإنه يعد عاما.

ولا حق لنزلاء فى الشفعة إلا إذا لم يوجد شركاء فى العقار المبيع، أو وجدوا وتنازلوا جميعا عن حقهم فى الشفعة، وروى عن أبى يوسف: أن وجود الشريك فى العقار المبيع يمنع الشركاء فى حقوقه الخاصة من حق الشفعة، حتى بعد

وإذا اجتمع الشركاء في الحقوق الخاصة، ولم يوجد معهم شريك في العقار، أو وجد وتنازل عن حقه قدم الشريك في الشرب، ثم الشريك في الطريق، ثم الشريك في المسيل، وهذا السبب ينفرد به الحنفية.

(٣) الجوار، والمراد به: الجوار الملاصق، ولا فرق بين جار من جانب، وجار من ثلاثة جوانب، ولا بين جار ملاصق بمقدار شبر، وجار ملاصق في باقى الحدود، وليس للجيران حق الشفعة إلا إذا لم يوجد شفعاء بالشركة في نفس العقار، ولا شفعاء بالشركة في حقوقه، أو إذا وجدوا وتنازلوا جميعاً عن حق الشفعة.

ولا يمتاز أى شفيح عن آخر في مرتبته بتعدد أسباب شفاعته؛ كأن يكون شريكاً وجاراً، والآخر شريك فقط، ويعتبر من الجوار: اتصال العلو بالقل.

شروط الشفعة: يشترط في الشفوع فيه شرطان:

أولهما - أن يكون عقاراً، سواء أكان عيناً منفردة أم حصة فيئاً، كبيراً متسعاً أم صغيراً ضيقاً. ولا يثبت حق الشفعة في منقول، إلا إذا كان تابعاً للعقار، وبيع معه في صفقة واحدة، ويعتبر تابعاً له إذا كان متصلاً به، كاتصال البناء والشجر والزرع، أو متصلاً بذلك، كاتصال الثمر بالشجر والبلح بالنخل، أو كان أداة من أدوات استثماره، كآلات الحراثة وما أشبهها بالنسبة للأرض المنزرعة، فإذا بيع شيء من ذلك استقلالاً لم يثبت فيه حق الشفعة، وإذا بيع مع العقار ثبت فيه حق الشفعة تبعاً للعقار، وألحق الحنفية العلو بالعقار في ذلك. وذهب بعض اللف إلى أن الشفعة تثبت في كل مال مشترك ولو كان منقولاً.

ثانيهما - أن يخرج العقار من ملك صاحبه خروجاً باتاً، نظير عوض هو مال، فلا شفعة في عقار يبيع بعقد موقوف إلا إذا نفذ، ولا شفعة في عقار يبيع بفساد إلا إذا امتنع رد المبيع إلى بائعه بسبب من الأسباب الموجبة لذلك، ولا شفعة في عقار اختص به شريك بسبب قسمة، أو ملك بهية، أو بوصية أو بوراثته، ولا شفعة في عقار جعل مهراً أو أجرة في إجارة أو بدل طلاق، وخالف في ذلك الشافعي ومالك فأثبتا الشفعة فيما قبل بالمنفعة من العقار، غير أن الشافعي يلزم الشفيح بقيمة المنفعة، ومالكا يلزمه بقيمة العقار وهو أعدل.

وإذن لا تكون الشفعة إلا فى عقار بيع نظير مال مثلى، فيدفع الشفيع لمشتريه - مثله، أو نظير مال قيمى، فيدفع الشفيع لمشتريه قيمته. ولذا تثبت الشفعة فى البدلين، إذا قويض عقار بعقار.

وفى حكم العقار المبيع، : عقار وهب بشرط عوض، غير أن الحق لا يثبت فيه إلا بعد التناوب فى البدلين؛ لأن الملك لا يتم إلا به، وكذلك تثبت فى عقار دفع صلحا؛ لأنه بيع نظير الحق المطلوب، أما العقار إذا طلب فصولح عليه لم تثبت فيه شفعة إلا إذا كان الصلح بعد الإقرار به.

ويشترط فى المشفوع به شرطان:

أولهما - أن يكون عقارا، فلا تثبت بمنقول، وعلى ذلك لو استأجر شخص أرضا للبناء ثم باعها مالكها لم يكن للمالك البناء حق الشفعة فيها، وقد ألحق الحنفية العلو بالعقار فثبت به الشفعة كما تثبت فيه. ويرى محمد أن حق العلو فى معنى البناء المتبعلى، ولذا أثبتها لصاحبه عند انهدام العلو، خلافا لأبى حنيفة وأبى يوسف.

ثانيهما - أن يكون مملوكا للشفيع وقت المعاوضة، وأن تستمر الملكية إلى وقت تملكه بالشفعة، فإذا باع الشفيع عقاره قبل أن يملك بالشفعة سقط حقه، لزوال ملكه، ولم يكن للمشتري منه حق الشفعة لأنه لم يكن مالكا وقت المعاوضة، ولذا لا يثبت لو ارث الشفيع حق الشفعة؛ إذا ماتوفى مورثه قبل التملك، خلافا للمالك والشافعى فإنهما يورثانه حق الشفعة.

طلب الشفعة: لا يملك الشفيع المشفوع فيه إلا إذا طلب الأخذ بالشفعة، ولا يترتب على هذا الطلب أثره إلا إذا توافر أمران:

الأول - أن يعم جميع المبيع، حتى إن الشفيع إذا كان له شركاء فى الشفعة لم يكتف منه بأن يطلب حصته فيه، بل يلزمه أن يطلبه كله، فربما عدل غيره عن الشفعة، فيتجزأ المبيع على بائعه أو على مشتريه، وذلك ضرر. وعليه إذا طلب حصته فقط بطل حقه عند محمد، ما لم يسبق هذا الطلب طلبه للجميع، ولم يكن ذلك مستظا لحقه عند أبى يوسف ولكن لا يترتب عليه الإعطاء، ويجب لكى يأخذ

أن يطلب كل المبيع، وإذا تنازل الشفيع بعد ذلك عن حقه في الشفعة لأحد شركائه فيها كانت حصته بين جميع الشفعاء لا يختص بها المتنازل له.

الثاني - أن يصدر الطلب على الوجه الآتي: فيجب أن يطلب في مجلس علمه بالبيع والمبيع والتمن والمشتري، سواء أعلم بذلك بعد حصوله مباشرة أم بعد سنين، ويتحقق العلم بأي طريق يفيد الظن عادة، ويجب أن يصدر الطلب في المجلس بحيث لا يفصل بينه وبين العلم بذلك ما يعد إعراضاً منه عن الشفعة، كشروعه في عمل آخر، ولذا سمي هذا الطلب بطلب المواثبة أي المبادرة، ثم بعد ذلك يتبعه بطلب التقرير، ويلزم أن يكون عند المبيع، أو عند المشتري، أو عند البائع إذا كان المبيع لا يزال في يده، ويشترط فيه بعض الفقهاء الإشهاد عليه، وبه يتقرر حقه في الشفعة، فلا يسقط إلا بالإسقاط الصريح. ويجب ألا يمضي بين هذين الطرفين زمن يتمكن فيه من طلب التقرير، ثم لا يبادر إليه فيه، فإن مضى مثل هذا الزمن دون أن يحصل فيه بطل حقه في الشفعة، وقد ينوب طلب التقرير مناب طلب المواثبة، إذا حصل العلم في مجلس فيه المشتري أو عند المبيع، فطلب الشفيع الشفعة عند ذلك.

وإذا سلم المشتري المبيع للشفيع بناء على هذا الطلب فقد تملك، وإذا أبى عليه احتج الشفيع إلى طلب ثالث، وهو طلب الخصومة أمام القاضي، فيرفع الشفيع إليه الأمر، ويقضى له القاضي بعد الإثبات، وقد اختلف في وقت هذا الطلب، فقال أبو حنيفة: يرفعه في أي وقت شاء؛ لأن حقه متقرر، وروى عن أبي يوسف: أنه لا يجوز تأخيره عن أول مجلس يتمكن فيه من ذلك، وإلا سقط حقه. وقال محمد وزفر: لا يؤخر أكثر من شهر بعد طلب التقرير.

وإذا كان الشفيع قاصراً، قام وليه مقامه في المطالبة بالشفعة على الوجه المتقدم، فإذا لم يطلب وليه على هذا الوجه سقط حقه، حتى لا يكون له حق الطلب بعد تمام أهليته، وروى عن محمد: أنه إذا كان البيع بمثل التيسمة أو بأقل منها، ولم يطلب الولي لم يسقط حقه، وكان له الطلب عند تحقق أهليته.

ولا يشترط في القضاء بالشفعة إحضار الشفيع الثمن، بل يقضى له، ويصير الثمن ديناً في ذمته، وإذا أجل الفصل فيها لكي يحضر الثمن في موعد معين،

فلم يحضره فيه لم يسقط حقه في الشفعة. وروى عن محمد: أن حقه يسقط في هذه الحال. غير أن عدم إحضار الثمن يجعل لمن في يده البيع حق حبسه عنده حتى يأخذ الثمن، ولا تنتقض الشفعة.

وإذا كان بعض الشفعاء غائبا، ولم يعلم بالبيع لم يسقط حقه في الطلب، وإن طال غيبته سنين عديدة، فإذا حضر فطلب، فإن كان قد طلبها من هو أعلى مرتبة لم يكن له حق إلا إذا تركها وتنازل عنها قبل القضاء بها. وإن كان قد قضى بها لمن هو أدنى منزلة منه كان له حق أخذ المبيع منه، لأنه أولى منه، وإن كان في مرتبته شاركة في المبيع، كأنه كان حاضرا معه وقت التملك بالشفعة.

الملك بالشفعة: يملك الشفيع العقار المشفوع فيه إما بتسليمه عن رضا من المشتري، فيكون ملكه من وقت تسلمه، وإما بقضاء القاضى عند إباء المشتري، فيملكه من وقت القضاء وإن لم يتسلمه.

ويعتبر الشفيع مشتريا للعقار المشفوع فيه، ويعتبر المشتري بائعا له، إن كان قد تسلمه من بائعه، فإن لم يكن تسلمه اعتبر البائع للشفيع هو البائع، وكأن إيجابه الذى وجه إلى المشتري أولا قد وجه إلى الشفيع بحكم القضاء، ولذا يكون للشفيع باعتباره مشتريا ما للمشتري من خيارات، عدا خيار الشرط، فيرد بالعيب، ويرد عند الرؤية على من تسلّم منه. فإن رده على المشتري نفذ شراؤه الأول ولزم، وإن رده على البائع كان للمشتري أن يتمسك بعقده السابق جبرا عن البائع وألا يتمسك به.

ما يجب على الشفيع أداؤه: يتملك العقار بما قام على المشتري من ثمن ونفقات ضرورية للعقد، فيؤدى إليه مثل ذلك، إن كان مادفعه المشتري مثليا، وقيمه إن كان قيميا، كما فى مقايضة عقار بعقار. فتثبت الشفعة فى البدلين بقيمة كل منهما بالنسبة إلى الآخر.

وإذا تم العقد على ثمن معين فحط منه بعضه بواسطة الإبراء أو الهبة أو الرد ظهر ذلك فى حق الشفيع، سواء أكان ذلك قبل أداء الثمن إلى البائع أم بعده، وللشفيع إذا دفع الثمن بتمامه أن يرجع بالقدر الذى نقصه البائع من الثمن على المشتري، ولكن إذا تنازل البائع عن الثمن كله لم يظهر ذلك فى حق الشفيع. ولذا

لا يظهر بالنسبة إليه، ويأخذ المبيع بكل الثمن إن كان التنازل عنه بعد قبضه، وقيمة المبيع إن كان قبيل قبضه.

أما الزيادة في الثمن بعد العقد فلا تظهر في حق الشفيع لثبوت حقه في الأخذ بالثمن الأول دون زيادة.

تأجيل الثمن: وإذا كان الثمن مؤجلا على المشتري لم يتأجل على الشفيع؛ لأن التأجيل قد يكون لثقة البائع بالمشتري ووفرة ثرائه ومعرفته بالوفاء، ولا يعرف ذلك في الشفيع، وهذا مذهب أئمتنا الثلاثة. وذهب زفر إلى أنه يتأجل؛ لأن للتأجيل دخلا في قيمة الثمن، إذ عند تساوى المبلغين يكون الحال منهما أكثر قيمة من المؤجل، والشفيع يأخذ بمثل ماتملك المشتري، وذهب أحمد إلى أنه يتأجل إن كان الشفيع موسرا، فإن كان معسرا لم يتأجل إلا إذا وثقه برهن أو كفيل. وعلى قول أئمتنا يكون الشفيع مخيرا بين أن يؤدي الثمن حالا ويأخذ المبيع، وعند ذلك لا يحل الثمن على المشتري للبائع بل يبقى على أجله، وإما أن ينتظر فلا يطالب بتسليم المبيع إلا بعد حلول الأجل، وعند ذلك يدفع الثمن ويتسلم المبيع.

تصرف المشتري في البيع: المشتري يملك المبيع بمجرد شرائه، فتكون له جميع حقوق المالك ملكا تاما، ينتفع ويتصرف كما يشاء، ولكن إذا تصرف فتنقض للشفيع بالشفعة كان ذلك نقضا لتصرف البائع وإبطالا له، ولو كان وقفا، إذا كان هذا التصرف يحول دون حق الشفيع.

غماء المشفوع فيه: وكل غماء يظهر بعد العقد إذا كان منفصلا متولدا أو غير متولد كأجرة العقار وإثمار الشجر فيتسلمه المشتري قبل تملك الشفيع يكون للمشتري خالصا؛ لأنه غماء ملكه، أما إذا بقى الثمر على الشجر حتى تملك الشفيع فإنه يتبع حيثن أصله، ويكون ملكا للشفيع.

الزيادة في البيع: إذا زاد المشتري في المبيع بعد شرائه وقبل تملك الشفيع فإن كانت لا تقبل الانفصال، كإصلاح الأرض بشق مصارفها ومراويها وغسلها وطلاء جدر الدار وأخشابها فإن الشفيع يجب عليه إذا أراد الأخذ بالشفعة أن يأخذ العقار بثمنه مضافا إلى الثمن مقدار ما أحدثته هذه الزيادة في قيمته من زيادة عما كانت عليه قبلها.

وإن كانت تقبل الانفصال بلا ضرر يحدث بالعقار عند انفصالها، وكان لها نهاية معلومة كالزراع، فإن العقار يبقى فى يد المشتري إلى أن يحصد الزرع، ولا يمنع ذلك أن يقضى للشفيع بشفعته، وعليه أجرا مثل الأرض عن هذه المدة، وقيل يتأخر القضاء له بالشفعة إلى وقت الحصاد، ولا يستحق أجرا على هذا التأخير، وإن لم يكن للزيادة نهاية معلومة كالبناء، فإن لم يضر رفعه بالأرض كان للشفيع أن يكلف المشتري هدمه ورفع أنقاضه، كما يكون ذلك للمشتري نفسه، ولهما أن يتفقا على بيع البناء للشفيع بقيمته مستحق القلع، وإن كان رفعه يضر بالأرض لم يمكن المشتري من رفعه إذا أراد، ويتملكه الشفيع جبرا بقيمته مستحق القلع.

وذهب أبو يوسف - رحمه الله تعالى - إلى أن المشتري محق فى زيادته، وعلى ذلك لا يعامل بأية حال معاملة المعتدى، وذلك يقتضى إلزام الشفيع إذا أراد الأخذ بالشفعة أن يأخذ الزيادة بقيمتها قائمة، وهذا مذهب الشافعى ومالك. وهو مذهب أحمد إذا زيدت الزيادة بعد طلب الشفعة.

نقص العقار فى يد المشتري: إذا كان النقص فى التبعية، وهو ما يدخل فى عقد البيع تبعا من غير نص عليه، كالبناء والشجر، وكان ذلك من غير تعد كأن حدث زلزال مثلا فانهدم البناء، أو حدثت آفة أصابت الشجر وأتلفت الثمر، لم ينقص الثمن بسبب ذلك إذا أراد الشفيع الشفعة، وما يتخلف عن ذلك من تنقص فهو للمشتري بحصته من الثمن فيقوم النقص عند حبه عن الشفيع أى عند استيلاء المشتري عليه وينسب إلى قيمة المبيع كاملا عند العقد، وعلى أساس ذلك تقتطع حصة النقص من الثمن.

وإن كان بتعد فإن الشفيع يأخذ العقار بحصته من الثمن، وإن كان النقص فى الأصل أو فيما نص عليه فى العقد، فإن الشفيع يأخذ باقى المبيع بحصته من الثمن، سواء أكان ذلك النقص بغير اعتداء أم باعتداء، وطريقة معرفة حصة الباقي من الثمن: أن يقوم المبيع كاملا عند العقد، ثم يقوم ناقصا كذلك عند العقد، ثم تنسب القيمة الثانية إلى القيمة الأولى فتكون هذه النسبة هى نسبة حصة الباقي من الثمن إلى الثمن جميعه.

مسقطات الشفعة: يسقط حق الشفعة بما يأتي:

(١) بالتنازل عنه بعد ثبوته، أما التنازل عنه قبل ثبوته فباطل، وعلى هذا لا يظل بوعده الشفيع بالأ يطلب بالشفعة. ومن التنازل عنه: المعاوضة على إسقاطه فيسقط ولا يستحق العوض؛ لأنه يعتبر حيثنذ بمنزلة رشوة، وكذلك التنازل عنه لبعض الشفعاء فيسقط ويكون المشفوع فيه كله للباقي من الشفعاء.

(٢) رضا الشفيع بمشاركة المشتري أو بجواره، ومن ذلك: كفالة المشتري في الثمن ومساومة الشفيع المشتري في تأجير العقار أو في بيعه.

(٣) تأخير أى طلب من طلبات الشفعة عن وقته.

(٤) قيام الشفيع ببيع العقار بالوكالة عن مالكة، لا قيامه بشرائه بالوكالة عن

مشتريه.

(٥) خروج العقار المشفوع به كله من ملك الشفيع قبل التملك.

(٦) مطالبة الشفيع ببعض العقار عند محمد.

(٧) موت الشفيع.

باب العقد

العقد في اللغة: له معان كثيرة يظهر فيها معنى الربط والشد والتوثيق والإحكام والقوة والجمع بين شيئين، مما يجمعه ويتضمنه في الواقع معنى الربط^(١).

والمعنى الفقهي لهذه الكلمة لا يبعد عن هذا المعنى اللغوي، لأنه ضرب منه، وصورة من صورته، فإذا قلت لصديق لك: بعثك هذا الكتاب بخمسين قرشا، فأجابك بقوله: قبلت، فإنك قد التزمت بكلامك أن يصير الكتاب ملكا للصديق نظير أن تملك من أمواله خمسين قرشا، وقد التزم الصديق كذلك أن يكون لك من أمواله هذا المبلغ نظير أن يملك هو هذا الكتاب، وربط هذين الالتزامين أحدهما بالآخر - بإنشائهما في موضوع واحد، (وهو تبادلكما الكتاب والثمن) على وضع جعل فيه الثاني قبولا للأول وإقرارا له، حتى صار بذلك تملك أحدهما مرتبطا بتملك الآخر بحيث لا يوجدان إلا معا، ولا ينفك أحدهما عن الآخر - هو العقد أو ما يسميه الفقهاء بالعقد^(٢)، وأول هذين الكلامين هو ما يسمونه إيجابا، لأنك توجب على نفسك أن تتخلى عن ملكية الكتاب لصاحبك ليكون ملكا له نظير أخذك هذا المبلغ. وثانيهما هو ما يسمونه قبولا، لقبول صاحبك به ماعرضته عليه، ويسمون ارتباط أحد هذين الكلامين بالآخر، واتصاله به على الوجه الذي شرحناه انعقادا. وسنشرح لك فيما يأتي معاني هذه الأسماء.

معنى العقد عند الفقهاء: من البيان المتقدم، نستطيع أن نعرف العقد عند

(١) الربط المعنى الأصلي بكلمة العقد على ما يظهر من بيان اللغويين، يقال: عقدت الحبل عقدا من باب ضرب، أي شدته وقوته، أو جمعت طرفيه فقويت الاتصال بينهما وأحكامته بالعقد عليهما. وقد جعلت دلالة هذه المادة على الربط الحسى أساسا لاستعمالها كذلك في الربط المعنوي بين كلامين أو بين متعاهدين، فقيل: عقدت البيع، وعقدت العيود، كما استعملت في كل ما يعقده العائد، فيلزم به نفسه ويربطها به من فعل يأتيه في المستقبل، وكذا في كل ما يعقد على غيره أن يفعله على وجه الإلزام فيربطه به، ومن هذا سمي اليمين على فعل أمر في المستقبل عقدا، لأن الخالف يلزم به نفسه، ويرتبط بأن يفتى بما حلف عليه، وسمى كذلك العيود والأمان عقدا، إذ يرتبط بهما من إعطاهما، وكذلك كل ما يشترطه الإنسان على نفسه في المستقبل.

(٢) وقد أطلق عليه الكتاب الحكيم اسم «عقدة» قال تعالى في سورة البقرة: ﴿ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله﴾ أي لا توجدوا أو لا تحققوا عقدة هي النكاح، فسمى عقد النكاح عقدة، لأنه يربط بين الزوجين. ويصح أن يكون أساس هذه التسمية ماجرت به عادة العرب حين التعاقد من أن أحد العائدين كان يضع يده في يد العائد الآخر متعاقدين.

الفقهاء بأنه الربط بين كلامين «أو مايقوم مقامهما» صادرين من شخصين، على وجه يترتب عليه أثره الشرعى. وقد علمت أن ذلك الربط لا يتم إلا باتحاد موضوعيهما وجعل ثانيهما إقرارا لأولهما ورضا به، بحيث يفهم من مجموعيهما وجود إرادتين متوافقتين على إنشاء التزام شرعى مطلوب لهذين الشخصين، ففى المثال المتقدم صدر منك ومن صديقك عبارتان «هما: بعتك هذا الكتاب بخمسين قرشا، وقبلت» اتحد موضوعيهما وهو التبادل بين الكتاب والتمن. وصدرت الثانية - وهى قبلت إقرارا للأولى - وهى بعتك الكتاب بخمسين قرشا - ورضا بها على وجه يتبين منه وجود إرادة منك بتملك التمن من صديقك، وتركك الكتاب له والتزامك بذلك عند رضاه، ووجود إرادة من صديقك بالتزامه التمن لك وأخذ الكتاب منك، والتزامه لك بذلك مقابل التزامك، وأنكما بهذين الكلامين المعبرين عن الإرادتين أنشأتما التزاما شرعيا مطلوبيا لكما، وهو تبادلكما الكتاب والتمن.

وستعلم مما يأتى أن العقد كما يتحقق بالربط بين كلامين لشخصين على الوجه المبين يتحقق كذلك بين كلام من أحد الطرفين وفعل من الآخر يدل على إرادته، سواء أكان كتابة أم إشارة أم تسلما، كما إذا قال أحدهما: كل هذا الطعام بقرش، فأكله فى الحال، أو قال أحدهما: بعتك هذا الكتاب بعشرة قروش، فكتب: قبلت، وهكذا. وكذلك يتحقق العقد بالربط بين مايقوم مقام الكلامين فى الإقحام والتعبير عن إرادتى الطرفين من فعلين يصدران منهما أو إشارتين مفهمتين، كما فى البيع بتسليم المبيع وأخذ التمن دون أن يصحب ذلك تكلم، وهو مايسميه الفقهاء ببيع التعاطى، وكما فى البيع بواسطة الكتابة أو بواسطة الإشارة بين أحرصين، إذ يترتب على ذلك أثره الشرعى، وهو انتقال ملكية المبيع إلى المشتري، وانتقال ملكية التمن إلى البائع.

ومن هذا تتبين أن المناط فى وجود العقد على وجه الإجمال هو التحقق من وجود إرادتى العاقدين وتوافقهما على إنشاء التزام شرعى بينهما بما يدل على ذلك من عبارة أو كتابة أو إشارة أو فعل، وسيأتى لذلك زيادة بيان.

وكثيرا ما يطلق العقد ويستعمل فيما يتم به الارتباط بين العاقدين، من كلامين أو كتابتين أو إشارتين أو فعلين أو لفظ وفعل، فيسمى مجموع: بعك كذا

بكذا، وقبلت ذلك: بعقد البيع، وهكذا، وقل أن نجد في عبارات الفقهاء عند شرحهم للعقود التفصيلية غير هذا، فيريدون بالعقد الكلامين المرتبطين، أو مايقوم مقامهما.

ذلك العقد عند الفقهاء في أكثر إطلاقاته لا يعنون به في أكثر عباراتهم إلا الالتزام الذى ينشأ بين طرفين أو ما يتم به هذا الالتزام، أما ما يكون من طرف واحد، فلا يسمى عقدا على هذا المعنى، وإنما يسمى التزاما أو تصرفا، وذلك كالوقف لأنه يتم من المالك وحده، دون أن يشركه فيه شخص آخر. وكذلك الطلاق المجرد عن المال. ومثله العتق والتنازل عن الحقوق، كالتنازل عن حق الشفعة أو عن حق المرور أو المسيل أو عن رد المبيع بسبب عيب يظهر فيه، كل ذلك لا يسمى عقدا على المعنى المتقدم، وإنما يسمى تصرفا، أو التزاما، إذا كان ملزما. فإن لم يكن ملزما سمي وعدا أو عدة، كأن تقول لآخر: سأقرضك عشرين جنيها، أو سأسافر معك غدا.

وللعقد استعمال آخر أعم من هذا فإنك تجد بعض الفقهاء عندما يبينون الأحكام العامة للعقود، ويفصلون قواعدها الأساسية يستعملون كلمة العقد، ويريدون بها جميع الالتزامات الشرعية، سواء أكانت نتيجة اتفاق بين طرفين أم كانت نتيجة إرادة شخص واحد أراد أن يلزم نفسه بالتزام شرعى خاص. وترى هذا في كتب المالكية والشافعية والحنابلة، أظهر منه في كتب الحنفية، وهو بهذا أقرب إلى معناه اللغوى. وهو به أعم منه بالمعنى الأول؛ لأنه فى هذا الاستعمال ينتظم جميع الالتزامات التى تنشأ بإرادتين كالبيع والإجارة، وما إلى ذلك، التى تنشأ بإرادة واحدة، كالوقف والطلاق والإعتاق والإبراء، وكذلك ينتظم جميع التبرعات عند من يرى أنها تتم من جانب واحد هو المتبرع، كالهبة والصدقة والوصية، وسيأتى بيان ذلك. وعلى هذا يكون للعقد عند الفقهاء معنيان: معنى خاص وهو الأكثر تداولاً واستعمالاً، وذلك ما يبيناه ابتداءً، ومعنى عام وهو ينتظم جميع الالتزامات الشرعية، وهو بهذا المعنى يرادف كلمة التزم، ولا يزال أخص من كلمة تصرف؛ لأن التصرف ينتظم الالتزام وغير الالتزام، كالاتهلاك والانتفاع وغيرهما.

ركن العقد (١): الإيجاب والقبول

مما قدمنا يتبين أن كل عقد «بالمعنى الخاص» يتكوّن من عبارتين مرتبطتين صادرتين من شخصين هما: العاقدان. وقد علمت أن أولاهما تسمى إيجابا، وثانيتها تسمى قبولا، ومجموعهما يسمى كذلك بالعقد كما بينا، وإذن فالإيجاب والقبول المرتبطان أحدهما بالآخر ركنا العقد «بالمعنى الخاص» ولا يتكون إلا منهما، أو بما يقوم مقامهما كما ذكرنا من قبل (٢).

الإيجاب والقبول: الإيجاب ماصدر ابتداء من أحد العاقدين، والقبول ماصدر ثانيا من الآخر رضا به والتزاما (٣)، إذا قال شخص لآخر: بعثك هذا القلم بكذا كان منه إيجابا، وإذا أجابه الآخر بقوله: قبلت كان ذلك قبولا. وإذا كان المستدئ من يريد الشراء، فتقال: اشتريت هذا القلم بكذا، كان إيجابا وإذا أجابه البائع بقوله: قبلت ذلك، أو ما في معناه كان قبولا (٤).

(١) ركن الشيء: ما يتوقف عليه وجوده لأنه جزء منه، فلا يكون وجوده في الخارج إلا بوجوده، كالورق والكتابة بالنسبة للكتاب، ومواد البناء بالنسبة للجدار، أما العامل فليس يركن لهما.

(٢) ذلك هو اصطلاح الحنفية، ويرى بعض الشافعية والمالكية أن أركان العقد تتكون من العاقدين والإيجاب والقبول ومحل العقد، فأركان البيع مثلا: البائع والمشتري وعبارتهما والبيع والتمن، وذلك مبنى على أنهم يريدون يركن الشيء ما لا بد منه لتصور الشيء في العقد، سواء أكان جزءا منه أو مختصا به وإن لم يكن جزءا منه، كالعاقدين والمعقود عليه، واصطلاح الحنفية أدق، إذ إنه يعين على تمييز الأشياء بحقائقها وأجزائها، وذلك أيسر في تعريفها. راجع أسنى المطالب وحاشية الرملى عليه والشرح الكبير للدردير.

(٣) لا يرى المالكية والحنابلة ذلك، بل الإيجاب عندهم ماصدر من المملك وإن تأخر، والقبول ماصدر من المملك وإن تقدم، راجع الخطاب ومنع الخليل والمعنى.

(٤) وهذا إنما يظهر بوضوح في المفاوضات؛ لأن كلا من العاقدين فيها ملتزم ومستوجب بعبارته على نفسه أداء ما ذكره من عوض، فأبيما ابتداء كانت عبارته إيجابا، وكان الثاني قابلا لما عرضه الأول. أما في التبرعات كالتبعية والصدقة فلا يظهر، لأننا إذا أخذنا برأى من يرى أنها تتم من طرف واحد وهو المتبرع لم تتكون إلا من الإيجاب وحده ولا يتوقف وجودها وإنشاؤها حيثذ على القبول، ثم هي لا تحتاج إليه عندئذ إلا في ظهور أثرها إذا كان ذلك الأثر تملك المتبرع له، فتحتاج إلى قبوله حتى لا يدخل في ملكه شيء جبرا عنه، وعلى هذا لا يكون القبول ركنا لهما ولا تعدد من المعقود التي نحن بصدد بيان أركانها وإن أخذنا برأى من يرى أن التبعية والصدقة لا تتم كل منهما إلا بالقبول وجدنا أن الإيجاب لا يوجد إلا من الواهب أو المتصدق لأنه الموجب على نفسه خروج ما تبرع به من ملكه ليكون ملكا لغيره، أما الموهوب له أو المتصدق عليه فلا يلتزم بشيء إذا ما ابتداء الكلام، وليس له في الأمر إلا أن يقبل ثمك ما أعطى، وذلك لا يكون إلا بعد تحقق الإعطاء، وهو ما يكون بإيجاب المتبرع ابتداء، راجع حاشية أبي السعود على ملا مكين في كتاب التبعية. وبناء على ذلك إذا قلت لآخر: هبني هذا الكتاب، أو أستوهبك هذا الكتاب، فأجابك بقوله: وهبته لك، كان الإيجاب هو الكلام الثاني، ولم يكن الأول إلا طلبا للهبية، ولزم لتمام العقد أن تقبل بعد ذلك أو أن يكون منك ما يتقوم مقام القبول. وقد جاء في فتح القدير: أن عقد الهبة يتم بهذين الكلامين، بلا حاجة إلى القبول من المستوهب، وقد يكون هذا مبينا على الرأى الأول. وقد يرى باحث أن الإيجاب يتصور كذلك من الموهوب له إذا ما ابتداء الكلام. فتقال لآخر: هبني هذا الكتاب، ويعد هذا إيجابا. ويعد قول الآخر: وهبته قبولا. ذلك لأن قول الموهوب له: هبني هذا الكتاب التزام لنفسه بأنه يدخل الكتاب في ملكه عندما يقبل الآخر فيه، وهذا كاف في تحقق الإيجاب، وقد يؤيد هذا ما نقلناه آنفا عن فتح القدير.

انعقاد العقد: يراد بانعقاد العقد: وجوده في نظر الشارع واعتباره قائما، وإن لم يكن سليما من العيوب (١).

ويتحقق للعقد وجوده بتحقق الارتباط بين الإيجاب والقبول، وإنما يتحقق الارتباط بينهما عند توافر الشروط الآتية:

(١) أن يكون كل من الإيجاب والقبول معبرا عن إرادة معتبرة في إنشاء العقد، وذلك بأمرين:

أحدهما: أن يكون كل منهما واضح الدلالة على وجود تلك الإرادة، فإن كانت دلالة على وجودها محل احتمال وشك لم يوجد الارتباط؛ لأن الارتباط في الواقع إنما يوجد بين الإرادتين اللتين يستدل عليهما بالإيجاب والقبول، وذلك يعتمد التحقق من وجودهما.

ثانيهما: أن يصدر كل منهما من شخص مميز، حتى تكون إرادته معتبرة، فإن صدرا من مجنون أو نائم أو صبي لا يعقل لم يتحقق الارتباط؛ لعدم وجود الإرادة المعتبرة إذ لا إرادة لهؤلاء ومن في حكمهم، وسيأتي لذلك زيادة بيان عند كلامنا على العاقد.

(٢) أن يتحد موضوعهما، وذلك بتوافقهما على معنى واحد، فيصدر القبول موافقا للإيجاب، سواء أكانت موافقة للإيجاب حقيقية كما إذا قالت امرأة لشخص: تزوجتك على ألف جنيه، فقال: قبلت، أم كانت موافقة ضمنية، كما إذا أجابها في الصورة السابقة بقوله: قبلت زواجك بألفي جنيه، فإن قبول تزوجها بالألفين متضمن لقبوله تزوجها بالألف بطريق أولى، غير أنه لا يلزم إلا بالألف؛ لأن التعاقد بينهما ما كان إلا عليه، ولا يلزم بالألفين إلا إذا قبلتهما الزوجة في نفس المجلس، فإن الزوج لا يستطيع أن يدخل في ملكها شيئا جبرا عنها، ولكن إذا أجابها بقوله: قبلت زواجك بخمسمائة، لم يكن ذلك موافقا للإيجاب، ولم يعد قبولا، وإنما يعد إجابا مبتدأ من قبله، ولا يتم العقد به إلا إذا أعقبه قبول

(١) وستعلم فيما يأتي أن ذلك رأى الخفية وأن رأى الجمهور على خلافه إذ يرون أن العقد لا يعتبر موجودا في نظر الشارع، وإن شئت قلت: لا يتعد إلا إذا سلم من جميع عيوبه التي نهى عنها الشارع كما سيأتي تفصيله.

موافق له من الزوجة، وهكذا الحال في كل قبول جاء مقيدا بوصف أو شرط لم يصدر به الإيجاب (١).

(٣) أن يكون محلها قابلا لحكم العقد شرعا، فإن كان غير قابل لحكمه شرعا بأن يكون الشارع قد نهى عن أن يكون محلا للعقد، فلا يتحقق الارتباط، ولهذا كان بيع ماليس بمال - كالميتة - يباع باطلا لا وجود له، ولا يتحقق فيه ارتباط بين الإيجاب والقبول، ومثل ذلك استئجار النائحة للنوح، وسيأتي تفصيل ذلك عند كلامنا على محل العقد.

(٤) اتصالهما، ويتحقق بتوافر أمرين:

أولهما - علم كل عاقد بما صدر من صاحبه إذا كانا مجتمعين (٢)؛ لأن ذلك أساس اتصال إرادتهما وتوافقهما، فيعلم القابل إيجاب الموجب. وذلك بأن يسمع الإيجاب ويفهمه، إن كان بالكتابة، أو يراه إن كان بالإشارة أو بالفعل، وهكذا حتى يعد ما يصدر منه قبولا، ويعلم الموجب قبول القابل على ذلك النحو، حتى يتم التزامه بتحقيق ما علقه عليه من القبول. فإذا صدر من شخص إيجاب بعقد، وكان موجها إلى آخر فلم يسمعه ولم يعلمه، وصادف أن صدرت منه عبارة تصح أن تكون قبولا لهذا الإيجاب لم ينعقد العقد، وكذلك الحكم إذا قبل القابل إيجاب الموجب بعد علمه به، ولكن الموجب لم يسمع ذلك القبول ولم يفهمه، كأن صدر

(١) والمفهوم أن هذا التقييد يقتضى تكليفا للموجب لم يكلف به نفسه ولم يلتزمه في إيجابه، ومن ذلك أن يكون القبول عن بعض ماتضمنه الإيجاب كأن يقول البائع: بعتك هذه القطعة من الأرض بمبلغ ألف جنيه. فيقول المشتري: قبلت نصفها بنصف الثمن أو بثلث الثمن، ففي مثل هذه الصورة لا يعتبر القبول مرافقا للإيجاب. ومن ذلك: ما إذا قال البائع لشخصين معا: بعتكما هذه الأرض جميعا بمبلغ كذا. فيقبل أحدهما فقط ولا يقبل الآخر، وهذا واضح في المعارضات، أما في التبرع كالتبعية فالأمر يحتاج إلى نظره فإذا قال الواهب: وهبك هاتين الشاتين. فقال الموهوب له: قبلت هذه فقط، أو قال الواهب: وهبك مائة جنيه، فقال الموهوب له: قبلت خمسين فقط. فإن المفهوم أن العقد يتم في المقبول بذلك، وأن الموافقة الضمنية متحققة، لأن من يهب ويتبرع بالمائة لا يضره أن يتبرع على خمسين، وبهذا أخذ الشافعية. كما في نهاية المحتاج ج ٦ ص ١٦٦ في كتاب الوصية. وأخذ به الحنفية في الوصية أيضا. فإذا أوصى لاثنتين فقبل أحدهما أو لواحد فقبل بعض ما أوصى له به تملك القابل في الأول وتملك ما قبله الوصى له في الثانية، ورد الباقي إلى الورثة ولا يبعد أن يكون ذلك رأيهم أيضا في التبعية.

(٢) وكذلك الحكم إذا كانا مفترقين بالنسبة إلى علم القابل بما صدر من الإيجاب، إذ لا يتصور ابتناء قبول على إيجاب مجبول. أما بالنسبة إلى علم الموجب بما صدر من القبول فهذا محل نظر؛ لأن إطلاق عباراتكم يدل على أن العقد يتم بمجرد صدور القبول من المرسل إليه، وإن لم يعلم به الموجب. فإذا تأخر إيلاغه بالتبصيل زمنا فإلى أية مدة يكون الموجب في جهالة من أمره؟ ذلك ما قد يجزى النزاع بين الطرفين لأن الموجب قد يتعاند مع ثالث لعدم علمه بالقبول الصادر من المرسل إليه ومضى زمن طويل على إيجابه، فيتنازعا بسبب ذلك. فهلا اشترطوا إعلام الموجب بالقبول في مدة معينة إذا مضت دون إعلام بطل العقد؟

بلغته لا يفهما، فلم يعرف المراد منه، فلا ينعقد العقد بذلك لما قدمنا. راجع فتح القدير من باب البيع (١).

ثانيهما - مجلس العقد: أن يصدر في مجلس واحد دون أن يفصل بينهما ما يدل على إعراض من أحد العاقدين عما صدر من إيجاب، فإذا صدر الإيجاب من البائع مثلا في مجلس، سواء أكان في حضرة المشتري أم كان في غيبته، ولم يرسل به إليه رسولا أو كتابا، ثم صدر القبول بعد ذلك في مجلس آخر لم يرتبط بالإيجاب ولم ينعقد العقد؛ ذلك لأنه لا يرتبط به إلا إذا اتصل به. ولا اتصال مع تعدد المجلس؛ لأن الإيجاب ينتهي ويبطل بانتهاء مجلسه، فإذا حصل قبول بعد ذلك حصل والإيجاب معدوم؛ ولا اتصال بمعدوم. أما انتهاء الإيجاب وبطلانه بانتهاء المجلس؛ فذلك لأن الإيجاب كلمات تنتهي وتنعدم بمجرد التكلم بها، وإنما اعتبرت باقية بقاء المجلس، فإذا انتهى المجلس، زال هذا الاعتبار؛ ذلك لأن العرف قد اتخذ بقاء المجلس دليلا على بقاء إرادة الموجب وتمسكه بها ما بقي حتى يتهيأ للطرف الآخر فرصة تمكنه من النظر والتروي والموازنة بين البدلين وغير ذلك مما لا يستغنى عنه إبرام العقود. فإذا انتهى المجلس اعتبرت تلك الإرادة منقضية، وذلك العرض الذي يعرضه الموجب متنها حتى يسترد حرته التامة واختياره الكامل في التعاقد مع غيره أو الاحتفاظ بسلعته، وحتى لا يناله ضرر فيما إذا ارتفعت الأسعار وتغيرت الظروف، إذ قد لا يتيسر له في هذه الحال أن يعدل عن إيجابه، لأنه لا يرضى بأن يعد ناكثا (٢) وعلى ذلك إذا قال إنسان لآخر: بعتك

(١) وفي نياحة المحتاج للرمل: أنه يشترط في كل من الإيجاب والقبول إذا كانا اللفاظا أن يتكلم بهما بحيث يسمعهما القريب من العاقدين عادة، وإن لم يسمع أحدهما كلام الآخر. وفي حاشية الشيرازي: إذا أوجب الموجب فلم يسمعه صاحبه وقبل اتفاقا، أو سمعه فقيل بلغته أخرى صح العقد، ولو قبل إنسان عبثا، فظهر أن ذلك كان بعد صدور بيع له صح العقد، كمن باع مال أبيه وهو يعلم أنه حى، فظهر أنه كان ميتا. هـ. ولا شك أن هذا محل للنقد.

(٢) والذي يظهر لي من مذهب الحنفية وقواعدهم: أن ذلك هو الحكم، فيما إذا قيد الموجب نفسه بوقت محدد، بأن أوجب وقال: إنى على إيجابى هذا مدة ثلاثة أيام أو نحوه. فنعد ذلك لا يلزمه هذا التوقيت، ينهى إيجابه بانتهاء المجلس وكأنه لم يوقت، لأنه متبرع بهذا التوقيت فلا يلزمه. ولأننا لو ألزماه به لتبدلنا في هذه المدة ومنعناه من التصرف لحق من توجه إليه بالإيجاب، وليس هذا مما يقيد به المالك، ويحال به بينه وبين آثار ملكه من حرية الصرف فيه. وهذا بخلاف ما إذا قيد الموجب نفسه بمدة تنتهي قبل انتهاء المجلس، فإن انتهائها يعد حثثا إعراضا عن الإيجاب فيبطل. وذوب المالكية إلى أن الموجب إذا قيد نفسه بمدة تقيد بها ولم ينته إيجابه بانتهاء المجلس، كما يقيد كذلك ما يجرى به العرف إذا جرى على تقيد الموجب بمدة معينة. راجع الخطاب. ج ٤ ص ١٢٣. وعلى هذا إذا قال الموجب: أنا ملزم بإيجابى عشرة أيام مثلا التزم بذلك، وصح للطرف الثاني القبول في أثنائها مادام لم يصدر من الموجب قبل ذلك ما يعد عدولا منه عن الإيجاب، وإلا بطل، ومذهب مالك أصلح في المعاملات المالية.

كتابي هذا بكذا، أو أجزت دارى هذه سنة بكذا، ثم ترك المجلس إلى غرفة أخرى قبل القبول ممن خاطبه أو ترك المجلس من يخاطبه قبل أن يقبل، بطل الإيجاب. حتى لو عاد بعد ذلك إلى المجلس من تركه، ثم صدر القبول لم ينقضي البيع ولا الإجارة. وقد تغالى بعض الفقهاء فى ذلك فذهبوا إلى أن قيام أحد المتعاقدين من قعود: مغير للمجلس ومبطل للإيجاب. بل ذهبوا إلى أن العقود لا تنقضي بين ماشيين؛ لأن القبول سيكون بعد تحركهما من مجلس الإيجاب أى مكانه، ولكن ذهب آخرون إلى أن المجلس لا يعتبر متغيرا إلا بتركه على وجه يعتبر فى العرف تركا للإيجاب، فإذا قام أحد العاقدين من قعود بعد الإيجاب ولم يغادر مكان العقد لا يبطل بذلك. وإذا تعاقد اثنان وهما يمشيان انعقد العقد، مادام لم يفترقا قبل أن يصدر القبول (١).

وكذلك يبطل الإيجاب إذا لم يتغير المجلس حقيقة ولكن فصل بينه وبين القبول ما يدل على إعراض أحد العاقدين عن إنشاء العقد (٢)، كأن يرجع الموجب عن إيجابه أو يعرض عنه باشتغاله فى عمل آخر، (كالاتجاه إلى شخص ثالث والحديث معه فى موضوع آخر)، وكان يصدر ممن وجه إليه الإيجاب ما يدل على إعراضه عنه. مثل أن يقول: لا أقبل هذه الصفقة، أو يشتغل بعمل آخر، كالشروع فى أكل، أو فى صلاة، أو فى حديث آخر ولو مع البائع. فإذا حصل شىء من ذلك بطل الإيجاب، ولم يبق له وجود، فإذا صدر بعد ذلك قبول لم يرتبط به؛ لأنه لا ارتباط بمعدوم (٣)، أما بطلان الإيجاب بعدول الموجب وإعراضه؛ فذلك لأنه إنما التزم التزاما معلقا على قبول من توجه إليه بالإيجاب فكان قبل القبول غير

(١) راجع فتح القدير من كتاب البيع.

(٢) وكذلك يبطل الإيجاب بخروج صاحبه من أهليته، لإنشاء العقد قبل قبول الآخر. فإذا جن الموجب أو أغشى عليه قبل القبول أو مات بطل الإيجاب، ولم يتصل به قبول العاقد الآخر إذا حدث بعد ذلك، وإلى هذا أيضا ذهب الشافعية. راجع نهاية المحتاج من كتاب البيع.

(٣) ذهب المالكية إلى أن الإيجاب يتقيد بالمجلس إذا لم يلتزمه الموجب فى وقت يحدده كما سبق بيانه، وعلى ذلك إذا حصل القبول عقب الإيجاب من غير فاصل تم العقد اتفاقا عندهم، وإذا تراخى القبول عن الإيجاب حتى انقضى المجلس بطل الإيجاب اتفاقا، ولم يتصل به القبول إذا حدث بعد ذلك، وإذا تراخى القبول عن الإيجاب ولكنه صدر فى نفس المجلس بعد أن فصل بينهما ما يدل على الإعراض عما كانا بعده من إنشاء العقد لم يلحق القبول بالإيجاب ولم يتم بذلك العقد لبطلان الإيجاب بالإعراض عنه. ذكر ذلك ابن عرفة وابن رشد وإن لم يفصل بينهما ما يدل على هذا الإعراض التحق القبول بالإيجاب وتم العقد بهما، =

ملتزم بشيء وله تمام الاختيار في أن يعود إلى حالته الأولى، فيجوز له أن يرجع لذلك، أما بطلانه بإعراض من وجه إليه، فلأنه إنما وجه إليه ليقبله أو يرفضه، فإذا قبله تم العقد، وإذا رفضه استرد الموجب برفضه حرته، وكان له أن يعيد النظر في الأمر، فإذا صدر القبول حينئذ لم يصادف إيجابا قائما، ولا إرادة في العقد باقية فلا ينشأ العقد من أجل ذلك.

وقد ذهب بعض الفقهاء إلى أن اشتراط اتحاد المجلس يغنى عن كل ذلك؛ لأن تغير المجلس وتبدله قد يكون حقيقيا، بانتقال أحدهما إلى مكان آخر، وقد يكون حكما بحصول ما يدل على الإعراض من أحد الطرفين؛ لأن مجلس العقد ينتهي بالإعراض عن العقد ويتبدل مجلس آخر ليس للعقد، وهذا كلام وجيه.

ذلك هو الحكم عند اجتماع العاقدين، أما إذا كانا منفترقين متباعدين، فاستعملا الرسالة أو الكتابة في إنشاء العقد^(١) فأرسل أحدهما إلى الآخر رسولا بالإيجاب أو كتابا إليه به، فإن مكان الإرسال أو الكتابة لا يعتبر مجلسا للعقد، ولكن مجلسه حيث يبلغ الرسول رسالته إلى المرسل إليه أو حيث يقرأ المرسل إليه ذلك الكتاب.

فإذا أبلغ الرسول رسالته كانت عبارته إيجابا، وكان إيجابه بمنزلة إيجاب المرسل نفسه ووجب لذلك أن يتصل به قبول المرسل إليه على الوجه الذي بيناه، وإلا بطل هذا الإيجاب. وعلى هذا إذا بلغ الرسول الرسالة فقام المرسل إليه من مجلسه، أو اشتغل بعمل آخر، كأن يسأل الرسول عن صحة المرسل أو عن أخباره. بطل الإيجاب حتى إذا صدر من المرسل إليه القبول بعد ذلك لم ينشأ

= إذا إن الفصل بينهما بكلام أجنبي عما هما فيه من إنشاء العقد لا يضير، مادام ذلك لا يبعد في العرف إعرافا. راجع الخطاب ج ٤ ص ٢٤٠ وما بعدها. وذهب الخنابلة إلى أن القبول يتصل بالإيجاب وإن تراخى عنه، إذ صدر في مجلس واحد ولم يتصل بينهما فاصل بعد قاطعا لما كانا فيه من إنشاء العقد، راجع الشرح الكبير. وفي القروع: روى عن أحمد: أن تفرق المتساومين لا يبطل الإيجاب. ولعل ذلك مشروط بالألا تطول المدة بين الإيجاب والقبول كما ذهب إليه بعض المالكية. أما الشافعية فهم أشد من الخنابلة في إيجابهم أن يصدر القبول فور الإيجاب. راجع النهاية، ولا شك أن خير الآراء رأى المالكية؛ لأنه يعتمد العرف ويسر المعاملات ويحفظ الحقوق.

(١) إذا استعملا التلفيز في التعاقد كانا كحاضرين، فبدوم مجلس العقد مادامت محادثتهما في شأنه، فإذا انتزعا منه إلى حديث في موضوع آخر انتهى مجلس العقد وبطل بذلك الإيجاب.

العقد^(١). أما ترك الرسول المجلس أو إعراضه أو انتقاله بالحديث إلى موضع آخر فالظاهر أنه لا يترتب عليه بطلان الإيجاب؛ لأن ذلك ليس إليه، ولم يجعل له المرسل هذا الحق. وإذا وصل الكتاب إلى المرسل إليه، فقرأه كانت قراءته أو قراءة غيره له إذا قرأه عليه آخر إيجابا، وقد يعلم ما يحويه بمجرد النظر فيه، فتعتبر حينئذ كتابة المرسل إيجابا، فإذا اتصل قبوله بذلك نشأ العقد وتم. أما إذا فصل بين علمه بما فيه وبين قبوله ما يدل على إعراضه عن هذا الإيجاب، ثم قبل بعد ذلك لم ينشأ العقد، وذلك بناء على ما يظهر من عبارة الهداية. ولكن جاء في كتاب النكاح من فتح القدير أن الإيجاب إذا كان بالكتابة فقرأ الكتاب في مجلس فلم يتصل به قبول فيه جاز إتمام العقد بقراءته مرة أخرى في مجلس آخر يتصل به القبول فيه، وعلل ذلك بأن الغائب إنما صار مخاطبا للمخطوبة بالكتاب، والكتاب باق في المجلس الثاني. وفي رأى أن عقد البيع وغيره من عقود المال أولى بهذا الحكم من عقد النكاح، إذ يتساهل في عقد البيع ونحوه بما لا يتساهل به في عقد النكاح، وعلى ذلك يجوز لمن أرسل إليه الإيجاب بالكتاب إذا قرأه فلم يقبله في أول مجلس أن يقرأه في مجلس آخر ثم يقبل، ويكون مجلس العقد مجلس كل

(١) لقد تبينا ما سبق أن العقد لا ينشأ إلا إذا علم الموجب بالقبول. وأن القابل إذا قبل بلغة لا يفهمها الموجب لم ينشأ العقد بذلك؛ لأن الإيجاب ليس التزاما معلقا على صدور القبول والعلم به حين صدوره. وبقائه على هذه الصورة ليس دائما بل إلى أمد فيتبني إما بقوله وإما بالإعراض عنه. ولكن هل يكفي مجرد الإعراض في رد الإيجاب وإنهائه وإن لم يتصل علم الموجب به؟ ذلك هو محل النظر، وأهمية هذا البحث إنما تظهر عندما يكون الإيجاب بواسطة رسول أو كتاب. فإذا ما أعرض المرسل إليه عن هذا الإيجاب ليكون إعراضه مبطلا. وإن لم يعلمه المرسل حتى إذا قبل بعد ذلك لم ينشأ العقد. أم لا يكون مبطلا إلا إذا علم به المرسل، فإذا قبل بعد الإعراض وقبل علم المرسل به نشأ العقد؟ مقتضى عبارة الهداية في ظاهرها: أنه لا يشترط في بطلان الإيجاب بالإعراض علم المرسل. فقد جاء فيها ما نصه: . والكتاب كالمخطاب وكذا الإرسال، حتى اعتبر مجلس بلوغ الكتابة وأداء الرسالة. ١. وهذا معنى ذلك أن مجلس بلوغ الكتابة، وأداء الرسالة اعتبر مجلس العقد، ومقتضاه: أنه إذا انتهى من غير قبول بطل الإيجاب. لأن كتاب الموجب كخطابه، وخطابه ينتهي بانتهاؤه، ولا شك أن مجلس بلوغ الكتابة أو أداء الرسالة ينتهي وإن لم يعلم بذلك المرسل، وبانتهاؤه ينتهي الإيجاب دون توقف على علم المرسل. غير أن القول بهذا لا يظهر له حكمه ولا يكون معقول الحكم. لأننا ما أبطلنا الإيجاب عند الإعراض عنه إلا لئلا يترد الموجب حرته في التعاقد مع غيره من ساومه، أو في الاحتفاظ بملكه، وذلك لا يتم إلا إذا علم بالإعراض. أما إذا لم يعلم بالإعراض فما الضرر من اعتبار إيجابه قائما إلى أن يعلم، حتى إذا صدر القبول قبل العلم نشأ العقد؟ والقول بهذا لا يتنافى مع ما جاء في الهداية إذ من الممكن أن تعتبر مجلس بلوغ الكتابة أو أداء الرسالة مجلسا للعقد بتبني بالإعراض دون قبول، ولا يبطل بانتهاؤه الإيجاب، فيصح أن يتجدد في مجلس آخر، ويؤيد ذلك: ما نقل في الكتاب من أنه يعتبر إيجابا قائما مادام في يد المرسل إليه. فيقبله في أي وقت كما سيحىء. وهذا ما أميل إليه وما يتفق مع النظر.

قراءة، ويؤيد ذلك ما جاء في رد المحتار: أن الإيجاب بالبيع إذا كان في كتاب مرسل إلى المشتري يتجدد بقراءة الكتاب مرة أخرى في مجلس آخر، فيصح حينئذ القبول في هذا المجلس، وإن لم يقبل في المجلس السابق، وهذا يخالف ظاهر ما جاء في الهداية.

وقد يقال مع هذا: إن التلفظ ليس شرطاً في عقود المعاوضات المالية، بخلاف عقد النكاح، فلا يتعد إلا باللفظ، وإذن فلا داعي لقراءة الكتاب مرة أخرى، بل يعتبر وجوده وقيامه إيجاباً بالكتابة، فإذا علم مضمونه كان للمرسل إليه أن يقبل في أى وقت، وينشأ بذلك العقد لقيام الإيجاب بقيام الكتاب^(١)، وعندئذ لا يمكن إلا أن يعتبر مجلس العقد في هذه الحالة هو مجلس القبول، ويصح قبوله في كل وقت مالم يرفض.

وبناء على ماتقدم: إذا صدر الإيجاب والقبول في مجلس واحد على الوجه الذى بيناه تم الارتباط ونشأ العقد وانعقد وترتبت عليه آثاره بالنسبة لعاقديه من وقت صدور القبول - وإن تأخر علم الموجب به - كما فى التعاقد بواسطة الكتابة، وعلى ذلك فالعقد يتم بالقبول فى وقت صدوره؛ لأن ذلك هو وقت الارتباط.

غير أن اشتراط اتحاد المجلس لتحقيق الارتباط بين الإيجاب والقبول لا يشمل بعض العقود كالوصية والوكالة، فالقبول فى الوصية يجب أن يكون فى مجلس آخر غير مجلس الإيجاب؛ ذلك لأن الإيجاب يكون من الموصى حال حياته، والقبول لا يكون له اعتبار إلا إذا صدر من الموصى له بعد وفاة الموصى، حتى إذا

(١) بقى النظر فيما إذا أعاد الرسول رسالته بعد حصول ما يعد إضراراً عنها من المرسل إليه عند تبليغه الأول، أعتبر هذه الإعادة إيجاباً آخر، فإذا اتصل بها قبول نشأ بهما العقد أم لا تعتبر؟ لأن مهمة الرسول قد انتهت بالتبليغ الأول. وليس من مهمته أن يكرر هذا التبليغ، وقد يعترض هذا الرأى ما جاء فى الهداية والبحر من أن الموجب إذا أوجب فى غيبة العاقد الآخر، ثم قال: يا فلان بلغ هذا إلى فلان، فأبلغه إليه شخص آخر غير المندى من تلقاء نفسه قبل قيام الرسول المأمور بذلك التبليغ، وقبل العاقد الآخر بناء على هذا الإبلاغ تم العقد، إذ منتزاه أنه لا يشترط فى إنشاء العقد أن يكون تبليغ الإيجاب إلى القابل من شخص مكلف به، حتى يكون ذا شأن فيه، وأنه يكفى مجرد التبليغ من أى شخص متى كان ذلك مرغوباً فيه من الموجب، وعلى هذا: إذا أعاد الرسول رسالته فلن يكون فى تلك الإعادة أقل من شخص قام بها متبرعاً، وإذن فلا مانع من أن نعتبر إعادة التبليغ إيجاباً مبتدأً كما فى اعتبارنا الكتاب إيجاباً قائماً بقيامه، وبناء على ذلك إذا أعاد الرسول رسالته فى مجلس آخر فقبل المرسل إليه تم العقد بذلك، مادام المرسل لم يبلغه إضرار المرسل إليه فى المرة الأولى. ذلك ما يظهر لى. والله هو الموفق للصواب.

صدر منه حال حياة الموصى لم يعتبر، ووجب لتمام عقد الوصية إعادته بعد الوفاة. والقبول في الوكالة يصح أن يكون بعد مجلس الإيجاب، ولذا يجوز توكيل الغائب. فإذا علم بالوكالة وقبل تم العقد وأصبح بذلك وكيلًا (١).

ويرد العقد على الأموال المتقومة منقولة كانت أو عقارا. بقصد تملكها لشخص غير مالكتها تارة، فيسمى العقد حينئذ عقد تمليك، وقد يكون ذلك نظير عوض، كما في عقد البيع والقرض، وقد يكون بالمجان، كما في عقد الهبة والصدقة والوصية بالعين، وبقصد إياها لحفظها أو للاستيثاق بها تارة أخرى، كما في الوديعة والرهن، وكذلك يرد على المنافع بقصد تملكها بيد، كما في الإجارة، أو بغير بدل، كما في العارية والوصية بالمنافع، وعلى الجملة: فلا يوجد عقد من هذه العقود إلا في محل قابل له من عين أو منفعة بين عاقلين ينشأ بهما، وهي ما يسميه الفقهاء بصيغة العقد.

أثر العبارة الواحدة في العقود

قد تكون العبارة الواحدة لشخص ذي صفتين، فتصدر منه على هذا الاعتبار، وحينئذ تكون في الواقع بمنزلة عبارتين صادرتين من شخصين، مثال ذلك: أن يوكل شخص آخر أن يزوجه بفلانة وأن توكله فلانة هذه أيضا في أن يزوجه بهذا الشخص الموكل، فإذا قال الوكيل باعتباره وكيلًا عنهما: تزوجت فلانة بفلان، انعقد الزواج وتم بهذه العبارة الواحدة؛ لأنها في الواقع تقوم مقام عبارتين، إحداهما صادرة من الرجل أو من الوكيل عنه، وهي: تزوجت بفلانة، والأخرى صادرة من المرأة أو من الوكيل عنها، وهي: قبلت ذلك، إذ لا معنى

(١) وإنما استثنى هذان العقدان لأن التمليك في الوصية لا يكون إلا بعد الوفاة، فإيجابها في الواقع مضاف إلى ذلك الوقت وبه يتم التمليك من جهة الموصى، غير أنه لما يترتب عليه من دخول الموصى به في ملك الموصى له - وذلك لا ينفى أن يكون إلا بقبوله - احتجنا إلى قبوله في ذلك الوقت، لأنه وقت ظهور الأثر. وفي الوكالة يرى أن نبيها معنى الإطلاق وهو لا يحتاج إلى قبول من المأذون، ولكن لما كانت تستتبع تعهدات يلتزم بها الوكيل وجب قبوله حتى لا يلزم بغير التزام، ولم يجب لذلك أن يكون متصلا بالإيجاب. ومن هنا يتبين أن طبيعة هذين العتدين لا تنفصلي أن يتصل القبول بالإيجاب لخلوهما من تبادل الالتزام. ويلحق الخاتبة بهذين العتدين سائر العقود الجائزة - غير اللازمة - كالمضاربة والمزارعة والساقاة. كتابه الفناع ج ٢ ص ٢٣٢.

لتكرار العبارتين مع دلالة عبارة الوكيل على معناها جميعا. وستكلم على هذا عند كلامنا على ولاية العقد.

وقد تكون العبارة الواحدة لشخص واحد ليس له إلا صفة واحدة، وهي: أنه يعبر عن نفسه ويعمل لها. وعندئذ لا يمكن أن يتكون منها عقد «بمعناه الخاص» أو ينشأ لبايئنا من أن هذا العقد لا يكون إلا بين طرفين عند توافق إرادتيهما عليه والإفصاح عنهما بعبارتيهما، ولكن هل ينشأ عنها في هذه الحال التزام أو عقد بالمعنى الأعم؟ لبيان ذلك نقول: إن عبارة الشخص الواحد قد تصدر من صاحبها دالة على التزام من جهته في مقابل التزام من آخر، كما في الإيجاب بالبيع والإجارة والزواج ونحوها، أو على التزام غير مقابل بالتزام شخص آخر، ولكنه مع هذا متوقف على رضاه، كما في الهبة والوصية، وقد تصدر بالتزام مستقل غير مقابل بالتزام من آخر، ولا متوقف على رضاه كما في الوقف والإبراء.

قضى الحال الأولى: لا ينشأ عنها بمفردها عقد ولا التزام من أصدرها. بل يكون صاحبها في حل من المضى فيها أو العدول عنها، مادامت منفردة لم يتصل بها قبول من الطرف الآخر فإذا اتصل بها تم العقد، وكان له أثره على ماسياتي، ولم يكن للموجب حيثذ أن يرجع عن إيجابه. ذلك هو مذهب الجمهور.

وبناء عليه، لو قلت لصديق لك: بعتك هذا الكتاب بعشرين قرشا، كان لك أن تعدل عن إيجابك هذا قبل قبوله بما يفيد ذلك من قول أو فعل. إذ أنت غير ملزم بالمشى في إيجابك. ذلك ماذهب إليه الحنفية والشافعية والحنابلة وبعض المالكية.

وذهب الجمهور من أصحاب مالك إلى أن الموجب إذا ماصدر منه إيجابه أصبح ملزما به، فلا يجوز له العدول عنه. وإنما يبطل بإعراض من وجه إليه، إما بصدور مايدل على إعراضه عنه في المجلس وإما بانتهاء المجلس دون قبوله إذا لم يتقيد الموجب في إيجابه بوقت معين.

وبناء على ذلك إذا قال البائع لآخر: بعتك هذه الدار بألف جنيه، فقد أنشأ بذلك التزاما من قبله، وهو التزامه ببيعها لهذا المشتري بذلك الثمن. ويستمر هذا الالتزام مادام المجلس أو ما قضى العرف بدوام هذا الالتزام، فلا يقبل منه عدول

عنه، حتى إذا عدل عنه فعلا فقبل المشتري، تم العقد على الرغم من عدوله، وإنما يظل هذا الإيجاب ولا يتصل به القبول إذا أعرض عنه المشتري كما تقدم. راجع منح الجليل والخطاب من كتاب البيع (١).

وجه قول الأئمة الثلاثة: أن الموجب لا يزيد بإيجابه في الواقع ونفس الأمر التزاما منجزا غير معلق على شرط حتى يلزم به، فإنه إذا قال لمن يساومه: بعتك هذه الدار بألف جنيه لا يريد بذلك أن البيع قد تم، ولا أنه قد التزم ذلك له بلا قيد ولا شرط، وإنما يريد أن التزامه يبيع هذه الدار بذلك الثمن لمن توجه إليه بالإيجاب متوقف ومعلق على رضاه في المجلس وقبوله هذه المبادلة، فقبل تحقق هذا الشرط لم يوجد التزام، وهو لا يتحقق إلا بالقبول، فكان للموجب أن يعدل عن إيجابه قبله، ولا يلزمه المضي فيه، ووجه قول المالكية: أن الموجب قد أثبت لمن وجه إليه الإيجاب حق القبول والتملك بمقتضى إيجابه، فإنه إذا قال له: بعتك هذه الدار بألف ملك بمقتضى هذا الإيجاب أن يتملك الدار بألف إذا أراد، وأن يعدل عن ذلك إذا ما رأى العدول خيرا له. فإذا قبل وتملك استعمل حقه الذي ثبت له، وإذا أعرض فقد ترك حقه وتنازل عنه، فاسترد الموجب بذلك حرته في ملكه، وإذا كان الأمر كذلك لم يملك الموجب أن يرجع عن إيجابه كيلا يستطحقا ثبت لغيره.

وقد رد الجمهور على ذلك بأن الإيجاب إذا كان يترتب عليه حق للمساوم، فهو حق مؤقت لابقاء له إلا برضا الموجب؛ لأنه في معنى الإذن له بأن يتملك بهذا الثمن، وبقاء الإذن رهن بإرادة مصدره، وله أن يرجع عنه إذا أراد دون أن يلزم بالمضى فيه، وخاصة إذا ما لوحظ أن هذا الحق يعارضه حق أقوى منه، هو حق المالك في أن يتمسك بملكه ويمنعه عن غيره، وإذا تعارض حقان قدم أقوامهما، وبذلك يظهر أن مذهب الأئمة الثلاثة أقوى دليلا وأكثر الثامنا مع ما للمالك من حقوق.

وفي الحال الثانية: وهي ما إذا صدرت العبارة بالتزام مستقل غير مقابل بالتزام من شخص آخر ولا متوقف على رضاه - تنشئ التزاما، ويتناوله العقد بالمعنى الأعم.

(١) يقارب هذا الرأي ما ذهب إليه علماء الألمان من أن الإرادة المنفردة تنشئ التزامات من غير توقف على وجود إرادة أخرى تتفق معنا.

والالتزامات التي تتم بعبارة واحدة كثيرة منها: الوقف والإبراء واليمين والكفالة عند أبي يوسف ومالك، والهبة والصدقة عند بعض الحنفية، والإسقاطات كالطلاق والعتق. والوصية لجهات البر. وللإيضاح نورد لك بعض الأمثلة تاركين الشرح والتفصيل لمواضع بيان أحكام تلك الالتزامات (١):

الوقف: مثاله أن يقول مالك: وقفت أرضي هذه على الفقراء، أو جعلتها وقفًا على مصالح مسجد كذا أو مدرسة كذا ثم على الفقراء، أو جعلتها وقفًا على أولادي وذريتي إلى انقراضهم ثم من بعدهم على الفقراء، فإذا ما صدرت هذه العبارة منه تم الوقف ونشأ عنها الالتزام به، وترتب عليه حكمه الشرعي، غير أنه قد يكون الوقف على معين، كأن يقول: وقفت هذه الدار على فلان هذا يعطى غلتها كل شهر ثم من بعده إلى الفقراء، وفي مثل هذه الحال يتم الوقف أيضا بصدور هذه العبارة دون توقف على قبول زيد، ولكن زيدا يكون له الحق في أن يرده فلا يستحق الغلة برده، وتكون حينئذ للفقراء ابتداء.

الإبراء: مثاله: أن يقول دائن لمدينه: أبرأتك مما لي في ذمتك من الدين، وبصدور هذه العبارة أو مافي معناها من الدائن يبرأ المدين إذا لم يرد هذه الإبراء. ذلك لأن الإبراء متردد بين أن يكون إسقاطا لحق الدين، وأن يكون تمليكا للدين، فلم يتوقف على القبول من المدين؛ نظرا لناحيته الأولى، وجاز أن يرتد ويبطل برد المدين؛ نظرا لناحيته الثانية، حتى يجد المدين بذلك خلاصا من تحمل مئة لا يرضاه، ومن العلماء من ذهب إلى اعتباره تمليكا، وأوجب لتمامه القبول، وعلى هذا يكون من العقود بمعناها الأخص.

اليمين: مثاله، أن يقول شخص: والله لأتصدقن بكذا من النقود. فإن ذلك يلزمه بمجرد صدور هذه العبارة منه.

الكفالة: مثالها: أن يضمن شخص لآخر ماله من دين قبل فلان بقوله: أنا كفيل لك بهذا الدين، فإنه يصير بصدور هذه العبارة مطالبا بأداء هذا الدين دون

(١) قال الحموي على الأشباه: عقد التمليك بغير بدل يتم بعبارة الملك وحده لأنه يلقى ملكه لاغير، وهو أمر يقوم به وحده فيتحقق اسم العقد بدون القبول. وإنما يحتاج إلى القبول فيه لثبوت حكمه وهو الملك كيلا يلزم العاقد الآخر حكم تصرف غيره بدون رضاه، فيتضرر به من حيث يتحمل المنة بغير اختيار، أو يعتق عليه قربه ويلزمه ولاؤه إذا وهبه له، أو يفسد عليه نكاح زوجته إذا وهبها له. ١ هـ ص ٢٧٢.

أن يتوقف ذلك على رضا من المدين أو من الدائن عند أبي يوسف ومالك. ويرى أبو حنيفة ومحمد أن ذلك لا يتم إلا بقبول الدائن.

الهيئة: كأن يقول شخص لآخر: وهبتك هذا الكتاب. فإن الهيئة تتم عند بعض العلماء بصدور هذه العبارة، وإن كان الموهوب له لا يملك الكتاب إلا بالقبض. وذهب الجمهور إلى أنها عقد يتوقف تمامه على قبول الموهوب له.

الطلاق: كأن يقول زوج لزوجته: أنت طالق. فإن الطلاق يقع بمجرد صدور هذه العبارة، دون توقف على قبول الزوجة. وهذا بخلاف الطلاق نظير المال، كأن يقول لها: أنت طالق على عشرين جنيها. فإن هذا عقد يتوقف تمامه على قبول الزوجة في مجلس الإيجاب.

العتق: كأن يقول شخص لعبده: أنت حر، فإنه يعتق بمجرد صدور هذه العبارة.

الوصية لجهة بر: كأن يوصي إنسان بأن يتصدق من ماله بعشرين جنيها أو بأن ينفق في عمارة مسجد بلده كذا من المال، فإن هذه الوصية تتم بمجرد وفاته، دون توقف على قبول أحد، إذا ماخرجت من ثلث ماترك.

خلاصة الباب

العقد يطلق عند الفقهاء ثلاث إطلاقات:

الأول - يراد به الربط بين كلامين أو مايقوم مقامهما، صادرين من شخصين على وجه يترتب عليه آثار العقد الشرعية، وذلك بأن يصدر في موضوع واحد، دالين على إرادتي العاقدين في إنشاء عقد مطلوب لهما. وأن يكون الكلام الثاني إقراراً للأول. والذي يقوم مقام الكلام: الكتابة والإشارة والفعل كما سيأتي بيانه.

الثاني - يراد بالعقد مابه يتم الارتباط بين إرادتي العاقدين من عبارة أو كتابة أو إشارة أو فعل، وأكثر الفقهاء لا يريدون به إلا هذا.

الثالث - يراد به الالتزام. سواء أكان صادراً من شخصين كما في معنى العقد السابق أم صادراً من شخص واحد، كالوقف وما يشبهه. وهو بهذا المعنى مرادف للالتزام، وأخص من التصرف؛ لأن من التصرفات ما يكون أفعالاً وليست التزاماً.

ركن العقد: ركنه بالمعنى الأول والثاني، الإيجاب والقبول. وركنه بالمعنى الثالث الإيجاب فقط. والإيجاب ما صدر أولاً من أحد العاقدين، والقبول ما صدر ثانياً، سواء أكان المبتدئ هو البائع أم المشتري في عقد البيع مثلاً.

الانعقاد: يراد بالانعقاد العقد: الارتباط الحاصل بين الإيجاب والقبول. وقد يراد به أيضاً وجود العقد في نظر الشارع، وإن لم يسلم من العيوب. ولا يتحقق الارتباط بين الإيجاب والقبول إلا بتوافر الشروط الآتية:

(١) أن يكون كل منهما معبراً عن إرادة معتبرة في إنشاء العقد. ويتم ذلك بأن يكون كل منهما واضح الدلالة على وجود تلك الإرادة، وأن يصدر من شخص مميز حتى تكون له إرادة، فلا ينعقد إذا كان الموجب أو القابل مجنوناً، أو كانت العبارة لا تدل على وجود إرادة للعاقد بل محتملة الدلالة.

(٢) أن يكون ثانيهما موافقاً لأولهما، سواء أكانت الموافقة حقيقية، كأن يكون الإيجاب والقبول على وفق الإيجاب تماماً دون زيادة أو نقص، أو ضمنية كأن يكون تبويهاً. قد تضمن زيادة في مصلحة الموجب، كأن يزوج شخص ابنته على مائة جنيه فيقبل الزواج بمائتين.

(٣) أن يكون موضوع العقد قابلا لآثاره شرعا. فإذا لم يكن قابلا لها كبيع الميتة والاستئجار على قتل محرم لم ينعقد.

(٤) أن يصدر القبول متصلا بالإيجاب، ويتم ذلك بتوافر أمرين:

الأول- أن يعلم كل من العاقدين عند اجتماعهما ماذا يريد الآخر بكلامه. أما إذا لم يعلم أحدهما ماذا يريد الآخر بما تكلم لم ينعقد العقد.

الثاني- أن يصدر القبول والموجب لايزال على إيجابه وذلك بألا يفصل بينهما ما يدل على إعراض الموجب عن إيجابه أو على إعراض القابل عنه، فإذا صدر من الموجب أو القابل قول أو إشارة أو كتابة أو فعل يدل عرفا على عدول الموجب أو على رفض القابل بطل الإيجاب، ولم يصح قبوله بعد ذلك، وعلى هذا إذا انتقل الموجب بعد إيجابه، أو القابل قبل قبوله: من موضوع العقد إلى موضوع آخر، أو قام أحدهما من مجلسه تاركا له بطل الإيجاب، حتى إذا قبل العاقد بعد ذلك لم ينعقد العقد.

وهذا إذا كان العاقدان مجتمعين في مكان واحد. أما إذا كان كل منهما في بلد فتعاقدا بالكتابة أو بالرسالة فإن مجلس العقد هو مجلس وصول الكتاب إلى المرسل إليه والعلم بما فيه، فإذا قبل عقب ذلك تم العقد إذا لم يتوسط بين العلم بما في الكتاب والقبول ما يدل على أن الموجب قد عدل عن إيجابه وذلك بواسطة كتاب آخر يحضر أو ما يدل على أن المرسل إليه قد أعرض عن هذا الإيجاب ورفضه، وكذلك يعتبر مجلس العقد هو مجلس وصول الرسول وإبلاغه، فإذا قبل عقب الإبلاغ تم العقد إذا لم يفصل بينهما ما يدل على عدول الموجب أو رفض المرسل إليه.

والظاهر أنه يجوز للرسول أن يجدد الإيجاب بعد رفض المرسل إليه. مادام الموجب على إيجابه، وإذا جده صح أن يقبل ويتم العقد بذلك، كما تعتبر الرسالة المحتوية على الإيجاب قائمة فيصح بعد رفضها من المرسل إليه قبولها مادام رفضها لم يعلم به كاتبها ومادام كاتبها على إيجابه.

العبرة الواحدة وأثرها: قد يترتب على العبارة الواحدة عقد بين شخصين إذا صدرت من شخص له صفتان، كوكيل عن رجل وامرأة في تزويجهما. فإنه

يزوجهما بعبارة واحدة كما سيأتى؛ وذلك لأنها فى مقام عبارتين، فهى من جبة إيجاب، ومن جهة أخرى قبول، أما إذا صدرت من شخص له صفة واحدة فإن كانت دالة على التزام مستقل غير متوقف على التزام من آخر ولا على رضاه تم بها العقد بمعناه الأعم. وهو مطلق الالتزام كما فى الوقف والإبراء والطلاق المجرد واليمين، وإن دلت على التزام متوقف على التزام آخر كالإيجاب فى عقود المعاوضات، لم يترتب عليها التزام. ولذا كان للموجب أن يعدل عن إيجابه، لأنه إذا كان قد التزم فإن التزامه معلق على قبول الآخر، ومادام الآخر لم يقبل فلا وجود للالتزام، ولم يكن معنا إلا عرض يجوز لباذله أن يعدل عنه.

ويذهب بعض المالكية إلى أن الموجب يلتزم بإيجابه، ولا يجوز له أن يعدل عنه، ولا يبطل الإيجاب إلا بانتهاء وقته المحدد فى العبارة، أو بمتضى العرف، أو بإعراض من وجه إليه؛ لأن للقابل لمقتضى الإيجاب حق التملك، فلا يكون للموجب إبطال هذا الحق. وقد رد الحنفية على ذلك بأنه ليس للقابل حق مقرر ثابت، ولكنه إذن بالتملك، وذلك الإذن رهن بإرادة الأذن، فإذا عدل عنه بطل. فلم يكن للقابل أن يقبل.

باب صيغة العقد

صيغة^(١) القول: في اللغة مثاله وصورته. ومن هذا أخذ الفقهاء استعمالهم صيغة العقد فيما يقوم به العقد ويوجد في الخارج، من إيجاب وقبول وضعا على مثال خاص؛ لأنهما على هذا الوضع الصورة الخارجية للعقد، فصيغة العقد في اصطلاحهم: ما يصدر من العاقدين من عبارة تدل على قصدهما، وتفصح عن إرادتهما. وقد علمت أن ذلك يكون بإيجاب يستدئ به أحدهما، وقبول يتلوه من الآخر، فهي مجموع الإيجاب والقبول، إن تكون العقد منيما. أو إيجاب العاقد فقط إذا لم يحتج العقد إلى قبول، ولانزاع بين جمهور الفقهاء في أن الأساس فيها: أن تكون دالة في عرف المتعاقدين على إرادتهما إنشاء العقد دلالة بينة غير محتملة لمعنى آخر كالمساومة أو العدة أو ما أشبه ذلك، ولا يضير بعد هذا أن تكون لفظا أو كتابة أو إشارة أو فعلا من الأفعال، حتى قال مالك: يقع البيع بما يعتقد به الناس بيعا. وقال أحمد بن حنبل: البيع ما يعده الناس في عرفهم بيعا، والبيع وغيره في ذلك سواء، وهذا إجمال لا يغنينا عن التفصيل الآتي:

وكذلك لانزاع بين العلماء في أن الأصل فيها أن تكون ألفاظا، فإن الناس جميعا منذ بدء خلقهم قد اتخذوا الكلام وسيلة للإبانة عن أغراضهم والتعبير عن رغباتهم، فكان السبيل الطبيعي للإعراب عن المعاني النفسية والاتجاهات الباطنية. وكان بسبب ذلك وسيلة الناس إلى إنشاء ما يحتاجون إليه من تعاقد والتزام، وسواء أكان بلغة عربية أم بلغة أخرى كالفرنسية والإنجليزية، أو أية لغة يفهمها المتعاقدان، متى كانت عبارة كل منهما دالة على ما يريد من إنشاء عقد أو التزام. لا يشترط في ذلك لفظ معين، ولا تركيب خاص؛ لأن المقصود هو الإفصاح عما في النفس من إنشاء العقد بكلام مفهم ليس فيه غموض ولا إبهام ولا احتمال لمعنى آخر. وكل العقود في ذلك سواء عند الحنفية حتى عقد الزواج، فتعقد كلها بالعبارة البينة الدالة عند المتعاقدين والتي لا تنفد معنى آخر، خلاف إنشاء العقد المطلوب، وقد خالف في ذلك بعض الحنابلة والمالكية والشافعية، فاستثنوا من هذا الحكم عقد

(١) الصيغة مشتقة من الصوغ، مصدر صاغ: صاغ الله فلانا صيغة حسنة أي خلقه خلقه جميلة، وصاغ فلان الشيء أي هياه على مثال مستقيم، فهو صاغ وصياغ، وصيغة الله خلقته، والصيغة العمل والتقدير، ويقال: صيغة القول كذا، أي مثاله وصورته.

الزواج مشترطين في انعقاده أن يتقيد العاقدان في إنشائه بلفظي : نكحت وزوجت وما اشتق من مادتهما إذا كانا يحسان العربية؛ لأنه عقد يتزع ويميل إلى أن يكون عبادة. فيلتزم فيه ما جاء به الشارع. وقد ورد هذان اللفظان في القرآن، فقال تعالى: ﴿ولاتنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء إلا ما قد سلف﴾، وقال تعالى: ﴿فلما قضى زيد منها وطرا روجناكها لكى لا يكون على المؤمنين حرج فى أرواح أديانهم﴾، والحق أن ذلك لا يؤيدهم فيما ذهبوا إليه، فإن الشارع لم يتعمل هذين اللفظين إلا لإفادتهما المعنى المطلوب. وليس على الناس من حرج إذا استعملوا لفظا سواهما متى أفاد إفادتهما، ولذا لم يقيد بهما اتفاقا من لا يعرف العربية، كما لم يقيد من ينشئ العتق أو الصدقة اتفاقا بلفظ معين مع ظهور معنى العبادة فيهما ظهورا ليس فى النكاح، ومع حديث الشارع عنهما أيضا بألفاظ معينة فى الكتاب والسنة.

استعمال الفعل الماضى: وليس أدل على إنشاء العقود فى اللغة العربية من استعمال الفعل الماضى فى الإيجاب والقبول، فيقول البائع: بعت، ويقول المشتري: اشتريت، أو قبلت وهكذا، ذلك لأن الفعل الماضى يدل على وجود معناه وتحققه فعلا، فكان استعماله فى إنشاء العقد أدل على تحققه، وأن العقد كان فعلا، ولا مساومة فيه ولا عدة، ولذلك استعمله النبى ﷺ فى عقودهم، وقل أن ترى من العرب من يستعمل غيره فى ذلك الغرض، ثم شاع فى الناس كذلك استعماله هذا الاستعمال، وقل أن يستعملوا غيره.

استعمال الجملة الاسمية وحرف الجواب: وقد يقوم مقام الفعل الماضى فى إنشاء العقود حرف الجواب «نعم» فيقع إيجابا، كما إذا قلت لصديق لك: أتبيعنى كتابك هذا بعشرين قرشا؟ فقال لك: نعم. فإن ذلك يكون إيجابا منه. فإذا قبلت تم البيع، ويقع كذلك قبولا كما إذا قلت لصديق لك: اشتريت منك هذا الكتاب بعشرين قرشا، فيقول الصديق: نعم، فإن العقد يتم بذلك، ويكون حرف الجواب قبولا منه ^(١)، ومثل حرف الجواب فى هذه الصورة، أن يقول لك: هات الثمن أو ادفع الثمن.

(١) جاء فى الدر المختار عن الولوجية: أن البائع إذا بدأ فقال: بعتك هذه الدار بكذا فقبل المشتري بقوله «نعم» فقط، لم ينعقد البيع لعدم إفادة حرف الجواب قبوله البيع، واحتماله إرادة تصديق البائع فيه أن إيجابا بهذا قد صدر من.

وقد تقوم الجملة الاسمية مقام الفعل الماضى أيضا، كأن تقول لآخر: هذا الكتاب عليك بألف، فيقول لك: قبلت، أو فعلت، أو نعم، فإن الإيجاب جملة اسمية، ومثل أن تقول له: هو لك بألف إن رضيت أو إن أعجبك، فيقول لك: رضيت بذلك، أو أنا بذلك راض، فإن العتد فى هذه الصور وأمثالها يتعتد بلا خوف لا فرق فيها بين بيع وزواج وغيرهما.

استعمال الفعل المضارع: وكما ينشأ العتد باستعمال الفعل الماضى أو الجملة الاسمية - كما بينا - يتعتد على التحقيق بالفعل المضارع، كأن تقول لشخص: أبيعك هذا الكتاب بجنيه؟ فيقول: اشتريت مثلا أو اشتريه، إذا تعينا لإنشاء العتد حالا بواسطة القرائن وانتفى عنهما إرادة الوعد والمساومة، وعلى ذلك فالمضارع الذى يراد به الحال، ويفهم منه ذلك بواسطة القرائن المحيطة بالعتد كالماضى، فى اعتباره إيجابا إذا صدر أولا، وقبولا إذا صدر ثانيا، أما المضارع المتعترن بالسين أو بسوف، فلا يصلح لإنشاء العتود؛ لأنه صريح فى الوعد، وعلى ذلك إذا قال شخص لامرأة: أتزوجك، فقالت: زوجت نفسى، أو قبلت، تم عتد الزواج، وكذا لو قال لآخر: تزوجنى ابنتك. فقال: فعلت أو زوجت عند انتفاء الاستبعاد، ومثله لو قال له: هل أعطيتنى ابنتك؟ فقال الآخر: زوجت. فإن العتد يتم فى جميع هذه الصور، إذا انتفى احتمال المساومة والعدة والاستثناء^(١).

استعمال فعل الأمر: لا يرى مالك والشافعى وأحمد فرقا بين استعمال فعل الأمر واستعمال الفعل المضارع فى إنشاء العتود متى دل فعل الأمر على إرادة العاقد به إنشاء العتد دلالة ليست محلا للاحتمال والشك فى عرف المتعاقدين وطرق مخاطباتهم، فإذا قال إنسان لآخر: بعنى هذا البيت بألف جنيه، فقال له: بعكته بهذا الثمن، تم العتد. وكذلك إذا قال مالك البيت لآخر: اشتر منى هذا البيت بألف جنيه، فقال الآخر: اشتريته منك بهذا الثمن، تم العتد. وكذا إذا قال إنسان لآخر: اشترت منك هذا الكتاب بعشرة قروش، فقال له: هات الثمن. وهكذا الحال فى جميع العتود، لا فرق بين عتد وعتد؛ لأن المناط هو الدلالة بحسب عرف الناس فى مخاطباتهم.

(١) راجع فتح القدير من كتابى البيع والنكاح.

ويظهر لى أن ذلك هو رأى الحنفية أيضا فى حقيقة الواقع، فقد أجازوا استعمال فعل الأمر فى إنشاء الزواج. فيتم بقول الرجل لامرأة: زوجينى نفسك، وقولها بعد: زوجتك نفسى، وفى إنشاء الخلع والطلاق على مال، فإذا قالت الزوجة لزوجها: اخلعنى على مائة جنيه، فقال: خلعتك، أو قالت: طلقنى على مائة جنيه، فقال: طلقتك على ذلك، وقع الطلاق ولزم المال. وفى الهبة، فإذا قال شخص لآخر: هبنى كتابك هذا، فقال له: وهبتك، تم عقد الهبة. وفى الكفالة. فإذا قال إنسان لآخر: اكفل فلانا بما لى فى ذمته من الدين، فقال: كفلته بذلك، تم العقد وصار كفيلا. والإبراء، فإذا قال المدين لدائته أبرتنى من الدين الذى لك عندى، فقال: أبرتلك منه تمت البراءة والإقالة عند أبى يوسف، فإذا قال المشتري للبائع مثلا: أفلنى، فقال له البائع: هات الثمن تمت الإقالة. بل نصوا كذلك على أن عقد البيع ينعقد ويتم بقول شخص لآخر: اشتريت منك هذا المنزل بكذا وقول الآخر: هات الثمن أو اتقد الثمن، ويقول المالك لآخر: خذ هذا المنزل بكذا، وقول الآخر له: أخذته بذلك. وعللوا جميع ذلك: بانتفاء إرادة المساومة فى هذه الصور كلها. ودلالة فعل الأمر على إنشاء العقد دلالة قاطعة.

أما ما جاء فى كتبهم، من أن عقد البيع لا ينعقد بفعل الأمر إذا وقع إيجابا فلا يعارض ماقررناه؛ لأنهم بنوا ذلك على أن دلالة على إنشاء العقد غير قاطعة لاحتمال إرادة المساومة منه. فقد قالوا: إذا قلت لصديق لك: معنى هذا الكتاب بعشرة قروش، فقال: بعته. لم ينعقد البيع بذلك، إذ لم يوجد إلا شطر العقد وهو الإيجاب؛ ذلك لأن قولك «معنى هذا الكتاب بعشرة قروش» قد يراد به المساومة، فلم يكن متعينا لإنشاء العقد، إذ لا يدل إلا على طلب إنشاء بيع فى المستقبل، وذلك غير إيجاد عقد فى الحال عند التلفظ فلا يصلح إيجابا، وإذا لم يصلح إيجابا كان الإيجاب هو الكلام التالى، وهو قول الصديق «بعته» والعقد لا يتم بالإيجاب وحده. ولذا يحتاج فى إتمام هذا العقد إلى قبول منك بعد ذلك فيقول: قبلت أو اشتريته.

ذلك ما قالوه. وهو صريح فى أن مرجع ذلك احتمال الدلالة بسبب ما يلابس عقد البيع، ويصاحبه من المساومة، وأن هذا الظرف لا يجعل فعل الأمر فى هذه الحال دالا على إنشاء العقد دلالة قاطعة، فلم يصلح لذلك إيجابا، وهذا

الحكم إنما كان نتيجة هذا الظرف . لاحكما يعم كل فعل أمر في كل عقد (١) .

التعاقد بالكتابة: والكتابة تقوم مقام اللفظ في إنشاء العقود . اتفاقا، إذا

كانت كتابة مستيئة كالكتابة على الورق؛ لأنها كالفعل في الإبانة عن المراد، أما إذا كانت غير مستيئة كالكتابة في الهواء أو على الماء فلا اعتداد بها، وعلى ذلك إذا

(١) وقد أراد بعض الحنفية أن يجعل الأساس عندهم عدم صلاحية فعل الأمر لأن يكون إيجابا في عقود المعاوضات التي تصاحبها المساومة، كالبيع والإجارة، لاحتماله حينئذ أن يراد به المساومة دون إنشاء العقد، وصلاحية في غيرها من العقود التي لا يصاحب إنشائها مساومة، إما لخلوها من المساومة أصلا بطبيعتها، وإما لأنها لا تنشأ عادة إلا بعد الانتهاء من المساومة . فيصلح فيها لدلالته حينئذ على إنشاء العقد دون احتمال شيء آخر خلافاً، كما في عقود الزواج والخلع والطلاق على مال والهبة والكفالة والإبراء والإقالة عند أبي يوسف .

فأما عقد الزواج فلأن العادة فيه أنه لا يكون غالباً إلا بعد خطبة يفتيها تشار وبحث، ولا يكون الإقدام عليه إلا بعد الانتهاء من جميع ذلك، فإذا أقدم الشخص عليه فاستعمل فعل الأمر في الإيجاب امتنع أن يراد به المساومة، وكان المطلوب منه إنشاء عقد الزواج إثر طلبه، وكان دالاً على ذلك قطعاً، وانقضى ذلك سبق الرضا به فيتم العقد به على اعتبار أنه إيجاب، وليذا السبب نفسه صلح إيجاباً في الخلع والطلاق على مال، وليس البيع كذلك، فإن المساومة فيه تصحب العقد وتقترب به عادة، فإذا استعمل الأمر انصرف إلى المساومة فيه ولم يقتض رضا سابقاً، وكالبيع بقية المعاوضات .

وقد حاول بعض الفقهاء أن يجعل فعل الأمر في صورة الزواج توكيلاً من الزوجة لا إيجاباً، وأن عقد الزواج قد تم بعبارة الزوج وحدها، لأنها قائمة مقام عبارة الزوجة بحكم أنه ركيل عنها ومقام عبارة مستقلة صدرت عن نفسه، فكان في إنشائه هذا العقد وكذا عن الزوجة وأصلاً عن نفسه، فانهقد بعبارة وحدها لولايتهم بمقتضى هاتين الصفتين؛ لأن عقد الزواج ينشئه واحد إذا تعددت ولايته، ولا يجوز في البيع ذلك وأمثاله، كما سيجيء في البيع، وبقتضى كذلك ألا يشترط فيه سماع شهود عقد الزواج . لأنه ليس شرطاً للعقد، وعلى ذلك لو قال شخص لامرأة: زوجيني نفسك، كان لها أن تزوجه نفسها بعد أيام، ولكن الفقهاء قد ذكروا أنه يتقيد بالمجلس، وأنه لا بد من الإشهاد عليه بشهود الزواج؛ وذلك يدل على أنه إيجاب .

وأما الهبة والكفالة فقد يصح لنا أن نعتبر فعل الأمر فيهما غير مكون للعقد بناء على أن الهبة إنما تتم بعبارة الواهب وحدها وعلى أن الكفالة تتم بعبارة الكفيل وحده، إذ منهما الالتزام فقط . وليس للموهوب له إلا أن يرضى بدخول المال الموهوب في ملكه حتى لا يدخل في ملكه ما لا يرضاه، وليس للمكفول له إلا أن يرضى بهذا الاستيثاق حتى يترتب عليه توجيهه إلى الكفيل بالمطالبة، وعلى ذلك فليس بإيجاب فيهما وإنما الإيجاب ماتلاه من القول . وقد يسوغ لنا أن نعتبره إيجاباً وتوجه ذلك بما سبق أن ذكرناه في عقد الزواج من أن عقد الهبة والكفالة لمساومة فيهما، وأن الطلب فيهما يقتضى رضا باتاً من قبل الطالب، وذلك كاف في اعتباره إيجاباً لعدم الاحتمال في دلالته، ولهذا يتم العقد لوجود شرطيه: وهما الإيجاب والقبول . وسرى تحقيق ذلك في الكلام على الكفالة وعند دراستك للهبة . وأما الإبراء فأرجح الأقوال فيه أنه لا يحتاج إلى قبول لأنه إسقاط للدين وأنه يتم بعبارة الدائن دون توقف على طلبه منه أو قبوله من المدين . ولذا لا يقع فيه فعل الأمر إيجاباً، وإنما أريد به طلب الإبراء، والإبراء إسقاط في معنى التحليل من ناحية أن الدائن يملك مدينة الدين الذي له في ذمته، ولهذا صح أن يرتد برد المدين، ولو كان مجرد إسقاط ما قبل الرد، وكذلك الحال في الإقالة لما خلقت من المساومة صح أن يكون الإيجاب فيها على صيغة الأمر، لدلالته القطعية على إرادة إنشاء العقد . ومن هنا كله ينضح لك أن المدار على وضوح الدلالة، وأن استظهارنا صحيح، وأنه لا فرق في هذا بين الحنفية وغيرهم .

كتبت على ورقة لإنسان: بعتك هذا القلم، فكتب تحتها: قبلت، تم عقد البيع. وإن كتتما قادرين على النطق. وكذلك الإجارة والرهن وغيرهما لافرق في ذلك بين أن يكون العاقدان في مجلس واحد أو في بلدين متباعدين، ولايستثنى من ذلك إلا عقد الزواج، فلا يتم بالكتابة عند حضور العاقلين في مجلس واحد وقدرتهما على النطق؛ وذلك لاشتراط الشهادة على العقد وسماع الشهود لأقوال العاقدين، وعدم اشتراط ذلك في غير عقد الزواج، ولكن إذا كان أحد العاقدين غائبا عن مجلس الآخر كان لأحدهما أن يكتب إلى الآخر بإيجاب فإذا وصله الكتاب وجب عليه أن يقرأه على الشهود، ثم يقبل فيتم بذلك عقد الزواج، فإذا كتب شخص إلى امرأة كتابا وذكر فيه أنه تزوجها، وأرادت المرأة إتمام العقد وجب عليها أن تستدعى شاهدين ثم تعلمهما لفظا بما في الكتاب، ثم تقبل العقد عقب ذلك في نفس المجلس، وسيشرح هذا عند دراسة الزواج.

التعاقد بالإشارة: وفي حكم الكتابة الإشارة المفهمة من الأخرس؛ لأنها وسيلته إلى الإفهام والإفصاح عما في نفسه، فكانت له كاللفظ للناطق، وليس كل من اللفظ والكتابة في الواقع إلا إشارة تصالح عليها الناس واتخذوها بينهم أداة للتعبير والإفهام. وعلى ذلك تقوم إشارته المعهودة المفهمة مقام لفظه إذا كان لا يكتب اتفاقا، فإن كان يحسن الكتابة اختلف الرأي. فقيل: لا تقبل منه الإشارة حيثذ؛ لأن الكتابة أبين وأدل، وأبعد عن الاحتمال، فلا تترك إلى إشارة لا يفهمها كثير من الناس، ولا تخلو عن احتمال، وهذا مايتفق مع ما جاء في الأصل «أصل محمد» وبهذا الرأي أخذت لائحة إجراءات المحاكم الشرعية. فقد جاء في المادة ١٢٨ «إقرار الأخرس يكون بإشارته المعهودة، ولا يعتبر إقراره بالإشارة إذا كان يمكنه الإقرار بالكتابة» وقيل إنه يخير في إنشاء عقده، إن شاء عقده بالإشارة وإن شاء عقده بالكتابة؛ لأن المناط هو الإفهام، وكلاهما مفهم، وهذا مايتفق مع ما جاء في الجامع الصغير.

ولا اعتداد بإشارة القادر على النطق، وإن كانت مفهمة. فلا يتم بها التزام عند الحنفية والشافعية، وعلى ذلك إذا قلت لناطق: بعتك هذا القلم بجنيه. فهل تقبله بذلك؟ فأوما برأسه: أى نعم، بدون أن يتطق بها لم يعقد البيع، وقد

استثنا من ذلك الإقرار بالنسب، ففي جامع الفصولين «صبي بيد رجل، فقيل له: أهذا ابنك؟ فأوما برأسه: أى نعم يثبت نسبه بذلك» (١) ١. هـ

التعاقد بالأفعال: وأما الفعل فلا يقوم مقام القول فى عقد الزواج اتفاقا، وكذلك فى الخلع عند جمهور المشترعين فلا يعقد زواج بفعل. ولا يقع طلاق كذلك بفعل. أما بقية العقود فقد اختلف فيها رأى فمن العلماء من أجاز إنشاء العقود بالأفعال الدالة على ذلك كالتعاطى وما أشبهه، ومنهم من قيد ذلك بقيود كجريان العرف به، فيجوز إنشاؤها بالفعل إذا تعارف عليه الناس، ولا يجوز إذا لم يتعارفوه، وذلك كله تبعا لاختلافهم فى الأصل الذى يبنى عليه حكم إنشاء العقود.

وللعلماء فى هذا الأصل ثلاثة أقوال (٢):

الاول - أن الأصل فى العقود ألا تنشأ إلا باللفظ؛ لأنه أداة الإفهام التى تواضع عليها الناس جميعا للتعبير عن أغراضهم ونياتهم دون غيرها، فلا يعدل عنها إلا إلى الكتابة؛ لأنها جعلت كذلك قائمة مقامها وبديلا عنها، وعلى ذلك فلا تنعقد العقود على الإجمال بالأفعال. لعدم وضوح دلالتها. ويستثنى من ذلك بعض مواضع دعت الحاجة إلى استثنائها أو ورد النص بها، ومن مواضع الاستثناء: الإشارة للأخرس، وإلى هذا مال الشافعى وروى كذلك عن أحمد.

الثانى - أن العقود كما تنشأ باللفظ والكتابة كذلك تنشأ بالفعل إذا ماتعارفه الناس وجعلوه منشئا للعقد، وذلك لأن اللفظ والكتابة إنما صلح كل منهما لهذا بسبب تواضع الناس وتعارفهم، فإذا ماتواضعوا كذلك على إنشاء عقد خاص بفعل خاص صلح هذا الفعل لأن يكون إيجابا أو قبولا، لتعارف الناس ذلك وصورته بهذا كاللفظ فى الإفهام وذلك كالبيع بالتعاطى فى بعض السلع، والإجارة فى ركوب السيارات وبعض المراكب، ودفع القماش إلى الخائك لخياطته، ونحو ذلك مما جرى به عرف الناس وشاع بينهم حتى لم يكن محلا لأى احتمال.

(١) راجع أحكام الإشارة فى الأشباه ص ١٩٩ من الفن الثالث. وفيها أن إشارة متزل اللسان لا يعتد بها إلا إذا دامت العلة إلى الموت على ما عليه الفتوى. ومن العلماء من اكتفى بامتدادها سنة.
(٢) راجع فتاوى ابن تيمية ج ٣ ص ٦٧ وما بعدها.

وإذن فمقتضى هذا القول: أن العقود تنشأ بالفعل عندما يتعارفه الناس. وهذا ما يتفق مع أصول الحنفية، وهو رواية عن أحمد، وإليه مال أصحاب الشافعي. وعلى هذا أجازوا بيع التعاطى فى الحقيق من الأشياء دون نفيها؛ لأن الناس تعارفوه فى حقيقها فقط.

الثالث - أنها تتعد بكل ما يدل على مقصود العاقدين دلالة واضحة من قول أو فعل جرى العرف به أو لم يجر، ليس لذلك حد مقرر سوى ما ذكرناه، لا فى شرع ولا فى لغة، بل يتنوع ويتعد بتنوع الاصطلاحات وتعددتها. كما فى تنوع اللغات وتعددتها، فإن معنى البيع والإجارة والرهن وغيرها من العقود ألفاظ كثيرة متعددة فى جميع اللغات، ولا يجب على الناس التزام لفظ منها، وكذلك تنوع الكتابة عند الكاتيبين، والإشارة عند الحرس. فلا يتقيد بكتابة خاصة، ولا بإشارة خاصة، مادام الإفهام متوافراً، لأنه المناط، وما اعتبرت الألفاظ والكتابة والإشارة إلا دوال عليه، وليست فى الواقع إلا أفعالاً قد يقوم بها اللسان أو البنان أو الرأس أو الأيدى، فوجب أن تكون جميع الأفعال الدالة على الغرض مثلها. إذ التفرقة بينها تعتبر تحكما ليس له مبرر، وإذا فالعبرة بالإفهام سواء أكان ذلك بالكلام، أم بالكتابة، أم بالإشارة أم بالفعل. فإذا قلت لإنسان: أخذ هذا الكتاب بجنيه فسلمته إليه تم البيع، وإذا ركب الترام فأخذ منك الكمسارى أجر ركوبك تمت الإجارة، وإذا دفعت الثوب إلى الحائك، فأخذ منك تمت الأجرة وهكذا، وهذا ما يتفق مع أصول مذهب مالك، وهو ظاهر مذهب أحمد، وهو أرجح الأقوال الثلاثة عندى لقوة مبناه.

خلاصة الباب

صيغة العقد: صيغة العقد: هي صورته في الخارج، أو مايقوم به العقد في الخارج من إيجاب وقبول بصورة خاصة، إن كان العقد التزاما بين طرفين، وهي الإيجاب فقط إن كان التزاما من جانب واحد.

والأساس في صحة الصيغة: أن تكون دالة في عرف العاقدين أو العاقد على إرادة إنهاء العقد دلالة بينة غير محتملة لمعنى آخر، كالعدة أو المساومة، ولايضير بعد هذا أن تكون لفظا أو غير لفظ. كالكتابة والإشارة والفعل. ولذا قال مالك: يقع البيع بما يعتقدته الناس بيعا. وعلى ذلك إذا كانت بالفاظ، فلا يضر أن تكون بأية لغة من لغات العالم وبأية كلمة دالة على إرادة إنشاء العقد، لا يخرج عن ذلك إلا عقد الزواج عند الشافعي ومالك وأحمد إذ اشترطوا في انعقاده أن يكون بالفاظ مشتقة من مادة الزواج والنكاح، لورود الحديث عنه في القرآن بذلك، والراجح مذهب الحنفية في أنه لا فرق بين الزواج وغيره.

وأدل الأساليب على إنشاء العقود على العموم صيغة الفعل الماضي لدلالاتها على التحقق، أما صيغة المضارع والأمر فصالحتان إن اقترن بهما مايجنبهما احتمال إرادة شيء غير إنشاء العقد، وهذا هو الراجح، ومثل ذلك في الحكم الجملة الاسمية أو حرف الجواب، فالمناط وضوح الدلالة وعدم الاحتمال في صلاحية العبارة لأن تكون إيجابا أو قبولا لا شيء غير ذلك على الأصح. أما الكتابة فتقوم مقام اللفظ إذا كانت مستبينة، وهي التي تبقى صورتها بعد الانتهاء منها، ولا تعتبر الكتابة غير المستبينة كالكتابة على وجه الماء. وعلى ذلك فجميع العقود تنعقد بالكتابة، فيكون الإيجاب كتابة والقبول كذلك، سواء أكان ذلك ممن يستطيع النطق أم ممن لا يستطيعه، ولايستثنى من ذلك إلا عقد الزواج فلا ينعقد بالكتابة عند حضور الزوجين إلا عند العجز عن النطق. ومثل الكتابة في انعقاد العقود الإشارة من الأخرس إذا كانت مفهومة معروفة. فإن كان لا يعرف الكتابة صحت جميع العقود بإشارته اتفاقا، وإن كان يعرف الكتابة اختلف رأى النقهاء، فمنهم من لايعتبر إشارته حيثذ ومنهم من يعتبرها، أما إشارة الناطق فغير معتبرة مطلقا.

وأما التعاقد بالأفعال . فمن العلماء من أجاز إنشاء العقود بالأفعال الدالة على الإرادة كالتعاطى وما يشبهه، ومنهم من قيد ذلك بقيود، كجريان العرف بإنشاء العقود بهذه الأفعال، ولذا أجازوا انعقاد البيع بالتعاطى فى الأشياء الخفيفة، لجريان العرف به دون الأشياء النفيسة لعدم جريانه فيها بالتعاطى .

باب عبارة العاقد ونية

علمنا أن العقد هو الربط بين الإيجاب والقبول على وجه ينشأ عنه التزام مطلوب، أو هو الإيجاب والقبول المرتبطان ارتباطاً ينشأ عنه التزام مطلوب، وأن بعض الفقهاء قد يستعملون كلمة العقد استعمالاً أعم، فيطلقونها كذلك على العبارة الصادرة من شخص واحد بإنشاء التزام معين من ناحيته، كما في اليمين والإبراء والطلاق المجرد.

وكذلك عرفنا أن ما يصدره العاقد على وجه الإجمال من عبارة أو كتابة أو إشارة أو فعل إنما يتخذ وسيلة إلى إظهار ما في نفسه من معنى هو إرادة إنشاء التزام معين.

ومن هذا كله نتبين أن كل عاقد لا بد أن يكون له نية أو إرادة، وأنه لا بد كذلك من أن يفصح عنها بوسيلة من وسائل الإظهار والتبيين، كالعبارة أو الكتابة أو الإشارة أو نحو ذلك، وأن إرادته في الحقيقة هي أساس إنشاء العقود. وأن وسيلته في الإفصاح عنها ليست إلا مظهرها وصورتها في الخارج.

ولكن لما كانت النية أو الإرادة أمراً باطنياً لا سبيل إلى معرفته إلا من جهة صاحبها وذلك بما يصدر عنه مظهرها لها، لم يكن في الإمكان الاعتماد عليها شرعاً في إنشاء العقود والالتزامات والقضاء فيها عند النزاع عليها، ووجب لهذا أن يكون المرجع والمناط ما تنكشف به هذه الإرادة من لفظ أو غيره مما يصدره صاحبها عند التعاقد للإفصاح عنها؛ لأنه أعرف بما في نفسه من غيره، فكان ما يظن به دليلاً على ما يظن به، فإن كان الظاهر منحرفاً كان الباطن كذلك في اعتبارنا منحرفاً، وإن كان مستقيماً كان الباطن كذلك، وهذا أصل شرعي كلي^(١)، وعلى هذا الأساس تنشأ العقود وترتبط المواثيق.

وبناء على ما ذكر لا يترتب على نية العاقد المجردة ولا على إرادته الجازمة عقد ولا التزام مادام كل منهما أمراً باطنياً لم يظهر في شكل قول أو فعل. فلا يلزم بأن يتصدق بمال معين إذا ما أراد ذلك ونواه، ولم يظن به، ولا يلزمه الطلاق، إذا ما اعتزمه في نفسه، ولا الوقف إذا ما اتواه وهكذا. وكذلك لا يكون لمثل هذه

(١) راجع الموافقات للشاطبي.

النية أثر في تعاقد مع غيره. فإذا باع إنسان لغيره سلعة من السلع، وفي نيته أنه برىء من كل عيب يظهر فيها فليس له أن يلزم مشتريها بتلك النية، مادام لم يظهرها له عند العقد، لأنه لم يرضها، ولم يتعاقد عليها، وإذا أوصى شخص لآخر بشيء من ماله وقصد بذلك الإضرار بورثته، ولم يقم على ذلك دليل لم يكن لهذا القصد أى أثر قضائي في وصيته، ووجب على الورثة حينئذ تنفيذها. وحل للموصى له أخذ ما أوصى له به، أما إذا قام دليل على وجود هذا القصد فإنه يجوز للورثة ألا ينفذوها (عند الحنابلة) وإذا نفذوها غير عالين بذلك القصد حرم على الموصى له أخذ ما أوصى له به، متى كان عالما بهذا القصد عندهم. وذهب غيرهم كالحنفية إلى أن الوصية صحيحة واجبة التنفيذ في الحالين، لتوافر شروطها ظاهرا، وإن كان الموصى آثما في إنشائها وسنين هذا فيما يأتي (٩).

ذلك هو حكم الإرادة مادامت مسترة في النفس، أما العبارة وما في حكمها من وسائل الإظهار، فأساس العقد في الخارج، ومرجع الحكم عليه في الظاهر، ولكن بشرط أن تكون هي أو ما في حكمها بيانا لإرادة صحيحة في إنشاء الالتزام.

وتفصيل ذلك: أن العبارة قد تصدر من صاحبها من غير قصد إلى أن ينطق بها، وتدل القرائن والدلائل المتصلة بها على ذلك، وقد تصدر من صاحبها قاصدا أن يتلفظ بها. ولذلك عدة أحوال: فقد يتلفظ بها عن قصد إليها ولكن من غير فهم لما تدل عليه مطلقا، وقد يتلفظ بها فاهما لمعناها ولكنه قد أتى بها لأغراض أخرى غير تحقيق معناها لاتصل بإنشاء ماتدل عليه من عقد. وإن شئت قلت: لاتصل برغبة في إنشاء ذلك، وقد ينطق بها متظاهرا أنه ينشئ ماتدل عليه من عقد، ولكن من غير أن يريد إنشاءه أو يقصد إليه. وقد تصدر مع القصد إليها وإلى تحقيق معناها، وحينئذ تكون دالة على وجود إرادة بإنشاء التزام معين، وإن شئت قلت: إنها في هذه الحال تصدر مع إرادة جعلها سببا شرعيا تترتب عليه آثاره الشرعية.

(١) راجع جامع الفصولين ج ١ ص ٢٤٣ وما بعدها.

فإن صدرت عن صاحبها من غير أن يكون وراءها إرادة وقصد إلى إنشاء التزام كانت على الجملة لاغية؛ لأن قوام العقد في الحقيقة إرادة العاقد وقصده، وليس لعبارة قيمة إلا باعتبار أنها مظهر تلك الإرادة في الخارج ودالة على وجودها، فإذا تبين أن ليس وراءها هذه الإرادة لم تكن إلا حركات لسانية لا قيمة لها ولا أثر، وهاك تفصيل ذلك:

(١) أن تصدر من غير قصد إلى التلفظ بها، كما في عبارة النائم والمجنون والصبي الذي لا يميز. وهي في هذه الحال أصوات مهملة لا ينشأ عنها عقد، ولا يترتب عليها التزام^(١). واستثنى جمهور العلماء من هذا الحكم عبارة السكران «بمحرم» الذي لا يعي، فإنهم أخذوه بعبارته، والزموه بما يترتب عليها من طلاق ويمين، وبيع وإجارة وغير ذلك من العقود، عقوبة له وقصدا إلى زجره، وإن كان حين تلفظه بها مغلوبا على أمره، وقصده إليها غير صحيح. وخالف في ذلك بعض المالكية، وآخرون من غيرهم، فجعلوه كالمجنون^(٢) لا يترتب على عبارته أي التزام، ولا ينشأ عنها أي عقد، وعلى ذلك لا يقع طلاقه. وهذا ما اختاره الكرخي والطحاوي ومحمد بن سلمة^(٣)، وبه أخذت لائحة ترتيب المحاكم الشرعية «المادة الأولى من المرسوم رقم ٢٥ سنة ١٩٢٩»^(٤).

(١) وفي حكم هؤلاء: المخطئ عند الشافية، فعبارته عندهم في الحكم كعبارة المجنون لصدورها منه من غير قصد إلى التلفظ بها، إذ إنها تسبق إلى لسانه من غير شعور بداعي عادة أو غيرها، فيتلفظ بها ولا يريد بها. وخالفهم في ذلك الحنفية فاعتدوا بعبارته ورتبوا عليها جميع آثارها الشرعية، معتبرين صدورها منه عن رشد وبقظة وقام عقل علامة وجود القصد إليها وإلى آثارها؛ لأن الخطأ أمر باطن لا يطلع عليه ولا يعرف إلا من جية صاحبه. وقد يتخذ ادعاءه وسيلة إلى إضاعة حقوق الناس. فلزم أن يحال بينه وبين ذلك، وسبب لذلك زيادة بيان عند كلامنا على الرضا والاحتيال.

(٢) راجع الخطاب ج ٤ ص ٢٤١، ٢٤٢.

(٣) الكرخي: هو أبو الحسن عبيدالله بن الحسين. أخذ الفقه عن أبي سعيد البردثي عن إسماعيل عن أبيه حماد عن أبيه أبي حنيفة، وهو من المجتهدين في المسائل. وله المختصر وشرح الجامع الصغير وشرح الجامع الكبير. ولد سنة ٢٦٠ وتوفي سنة ٣٤٠هـ وإلى انتهت رئاسة الحنفية بعد أبي حازم.

والطحاوي: هو أبو جعفر أحمد بن محمد بن سلامة إمام جليل من المجتهدين في المسائل ولد سنة ٢٣٠ وتوفي سنة ٣٢١ وهو تلميذ خاله المازني الشافعي. وكان إماما في الحديث والأخبار وله معاني الآثار، ومشكل الآثار. وشرح الجامع الكبير، وشرح الجامع الصغير، وكتابا: الشروط الصغير والكبير وغيرها. وهو منسوب إلى قرية طحا بصعيد مصر.

(٤) نص هذه المادة: لا يقع طلاق السكران والمكروه.

(٢) أن تصدر من صاحبها مع القصد إلى التلطف بها، ولكن من غير فهم لما تدل عليها إجمالاً وتفصيلاً، وذلك كما في عبارة من يلقن جملة تقتضى التزاماً ولكن بلغة لا يعرفها فيتلفظ بها ولا يفهم ما يراد منها، مثل أن يلقن: بعت أو وقفت أو طلقت وهو لا يعرف ما يراد بهذه الألفاظ. وهي في هذه الحالة أصوات مهملة لا يترتب عليها أثر شرعي^(١).

(٣) أن يتلفظ بها صاحبها لأغراض لا تتصل بإنشاء ما تدل عليه من عقد، كأن تصدر منه ترديداً لعبارة صدرت من غيره لحفظها مثلاً أو لاستبانة ما يكون أو تحقيق ما صدر منه أو لقراءة ما كتبه، من غير أن يراد بذلك إنشاء عقد بها. ففي هذه الأحوال كلها لا يترتب على العبارة أى أثر. ومن ذلك عبارات المدرسين في دروسهم، والقارئ في كتب الفقه والقانون. (راجع الحموى على الأشباه والنظائر في أحكام العقود والكتابة من الفن الثالث^(٢)).

وأما إذا صدرت منه مع قصده إليها. على أنها وسيلة للناس عادة في إنشاء التزام أو عقد. ومع تظاهره بأنه ينشئ بها عقداً. ولكن من غير أن يريد بها إنشاء ذلك، فتحت ذلك حالتان: الأولى: أن تصدر عن اختيار من صاحبها لغرض آخر قصد إليه كالهزل والاستهزاء والخداع والسمة. والثانية: أن تصدر منه لا عن اختيار صحيح، بل اضطر إلى التلطف بها دفعا للأذى عن نفسه كما في عبارة المكره.

(١) ومن العلماء من اعتد بيبا في الطلاق والعناق والنكاح، واحتج بأنها عقود لا يشترط في إنشائها قصد مشتيا. فإذا نطق إنسان بالفاظها الدالة عليها ألزم بآثارها وإن لم يفهمها، لأن قصده إلى إنشائها غير لازم في إلزامها بها، وذلك للحديث الدال على أنها صحيحة عند الهزل بها. وهذا الرأي غير صحيح؛ لأن الألفاظ الدالة عليها في هذا الحال لم يقصد إليها باعتبارها دالة على معنى معين وليست إلا حركات لسانية وأصواتا مهملة، فلا يصح أن يترتب عليها أى أثر شرعي. راجع فتح القدير من كتاب النكاح ونهاية المحتاج من كتاب البيع.

(٢) ومن هذا النوع: عبارة الناس عند الشافعية، ومثال ذلك: أن ينشئ إنسان فيظن أن عبارة خاصة تفيد ما يريد من معنى فيتملها فيه بناء على ذلك الظن وهي في الواقع تفيد غيره. فإذا كانت هذه العبارة بحسب وضعها تفيد إنشاء التزام لم يترتب عليها ذلك الالتزام عند الشافعية وكانت عبارة مهملة لعدم القصد إلى معناها الوضعي الذي تدل عليه وهو إنشاء التزام (راجع الأشباه والنظائر للسيوطي في أحكام النيان). وذهب الحنفية إلى أن عبارة الناس صحيحة كعبارة المخطئ. وأن جميع عقود الناس إذا ما نطق بعبارة مشتة لعقد ولو كان غافلاً عن معناها - صحيحة ملزمة ولا يصدق في ادعائه النيان.

قضى الحالة الأولى: نرى أن صاحبها قصد إلى أن يتلفظ بها، وعمد إلى ذلك اختيارا ولكنه أراد بها غير ماتدل عليه، وماتتعمل فيه، فجردها من معناها هازلا مع من يخاطبه أو مستهزئا به، أو متظاهرا بما لا يريد. ولذا كان الحكم عليها محلا لاختلاف النظر. فمن العلماء (١) من جعلها لاغية، فلم يرتب عليها التزاما، ولم ينشئ بها عقدا بناء على أنه قد صاحبها من القرائن ما دل على أنه ليس وراءها إرادة في إنشاء التزام، وأن هذه الإرادة هي أساس العقود وقوامها. ومنهم من اعتبرها صحيحة صالحة لأن تكون محققة لمعناها الذي تستعمل للدلالة عليه عادة، بناء على أن صاحبها قد قصد إلى إصدارها مع كمال أهليته واختياره، وهؤلاء فريقان: فريق رتبوا عليها ماتتعمل فيه. وأنشأوا بها ماتدل عليه من التزام. ولم يعابوا بما أراده صاحبها من تجريدتها من معناها؛ لأنه لا يملك ذلك بعد أن قضى به الشارع، إذ ليس له تغيير ما جاء به، فإذا ما أتى بالسبب في إنشاء العقد وهي صيغته لزمه حكمه، ولا يفيد ما أقامه من القرائن على أنه لم يلتزمه، وبذلك تستقر المعاملات بابتنائها على أسبابها الظاهرة، ويطمئن الناس على تعاقدهم ومعاملات، وهذا ما ذهب إليه الشافعية في أحد قوليهما. وفريق يرى مع صلاحها أنه يتقصها الرضا، فرتب عليها أثرها إذا ماتحقق الرضا به، وذلك بإجازتها بعد في وقتها (٢) وهؤلاء هم الحنفية، غير أنهم استثنوا من هذا الحكم العقود الخمسة الآتية، فرتبوا عليها أثرها في الحال إذا صدرت بها دون توقف على إجازة، كما سيأتي.

وبناء على ذلك إذا ما صدرت العبارة من صاحبها هازلا بها لم يكن لها أثر في المعاملات المالية وما في حكمها، كالبيع والإجارة والرهن والكفالة، عند المالكية والحنابلة لما قدمنا. فلا ينشأ عنها عقد، ولا يترتب عليها التزام، متى قام الدليل على وجود الهزل (٣). أما إذا صدرت في النكاح والطلاق والعتاق والرجعة

(١) من هؤلاء: أحمد بن حنبل ومالك والشافعية في أحد قولين له. راجع الشرح الكبير للدردير ج ٣

ص ٢٣ والمجموع للنووي مع المهذب في كتاب البيع، وكشاف القناع في كتاب البيع.

(٢) يرى الحنفية أن الهزل راض مباشرة السبب غير راض بحكمه في الحال. فكان الهزل بمنزلة خيار الشرط في العقد إذا لم يذكر له وقت. ولذلك يفسد العقد ولكنه يفسد بالاجازة في ظرف ثلاثة أيام عند أبي حنيفة فإذا مضت الأيام الثلاثة بعد العقد دون إجازة استقر فساد. راجع كشف الأسرار على المنار ج ٢ ص ٢٩٣.

(٣) ويشترط الحنفية أن يتقدم الهزل دليلا، وهو أن يشفق العاقدان عليه قبل العقد فلا تكفى عندهم دلالة الحال. راجع نور الأنوار ج ٢ ص ٢٩٢ خلافا للحنابلة. راجع كشاف القناع.

واليمين، فإنها تكون صحيحة يترتب عليها أثرها في الحال؛ لما في هذه العقود من حق الله تعالى، ولا يصح لذلك أن تكون محلاً لهزل الهازل، إذ لا يجوز التلاعب بحقوقه تعالى وجعلها محلاً للمزاح والاستهزاء، وعلى ذلك فطلاق الهازل واقع، وزواجه صحيح لازم، وبهذا أتى الحديث: «ثلاث جدهن جد وهزلهن جد: النكاح والطلاق والعتاق» وفي رواية «والرجعة» بدل العتاق، فاستثنى الشارع هذه العقود الخمسة تغليظاً على المستهزئ بها حتى يتجنب الهزل. وخالف في هذا بعض المالكية فلم يثبت هذه العقود من الحكم السابق. أما الحنفية فقد عرفت أنهم يرون صحة هذه العبارة في هذه الحال. ولكن لا يرتبون أثرها عليها في غير هذه العقود الخمسة إلا بعد إجازتها. أما في هذه العقود فرأيهم كراى الجمهور. وقد ذكرناه.

وذهب الشافعية إلى أن عبارة الهازل معتبرة في كل العقود. ورتبوا عليها لذلك آثارها ولم يطلوها بسبب الهزل بها^(١) وذلك أحد قولين لهم.

وفي الحال الثانية - نرى أن من أصدرها قد أكره على التلفظ بها دفعاً لما هدد به من أذى فكان غير راغب فيها ولا راض بها، وكان اختياره النطق بها ليس اختياراً صحيحاً، فلم يكن من سبيل إلى الاعتداد بها، واعتبارها صحيحة. وهذا ماذهب إليه أحمد، فلم يرتب على عبارة المكره أى التزام، وجعل العقود كلها فى ذلك سواء لافرق بين عقد معاوضة وغيره. وبهذا الرأى أخذت لائحة ترتيب لائحة المحاكم الشرعية^(٢) فى عدم وقوع طلاق المكره.

(١) ومن حالات الهزل: حال الثلثة، وهى أن يتواطأ اثنان على التظاهر بإنشاء عقد أو على إظهاره بصفة خاصة من غير أن يكون ذلك حقيقة واقعة بل عمداً إلى ذلك لدفع ضرر أو اكتساب شيرة. ومن أمثلة ذلك: أن يتواطأ اثنان على أن يتظاهرا بإنشاء هذا البيع بناء على توأطئهما السابق من غير أن يقصدا بيعاً حقيقياً. ومن ذلك أن يتواطأ اليمان فى العتار على بيعه فى التظاهر بشمن أكثر مما اتفقا عليه حتى يدفعوا بذلك الشفيع عن طلبه. ومن ذلك: أن يتواطأ الخاطبان على أن يعقدا زواجهما أمام الناس بأكثر من المهر المتفق عليه بينهما لأجل السمعة على أن يكون ما يذكرانه من المهر أمام الناس سمعة للاحقيقة له، فعقد البيع فى الصورة الأولى غير صحيح عند الخنابلة وهكذا عند المالكية قياساً على أصولهم، والشمن والمهر فى صورتين الأخيرتين هما ماتوافقاً عليه سرا دون ما أعلنه أمام الناس عند الحنفية وبعض الخنابلة والمالكية. كما يفهم من أصولهم، وذلك بناء على أن هذا من قبيل الهزل ولا أثر لعبارة الهازل فيه كما قدمنا. ومن العلماء من جعل البيع فى الصورة الأولى صحيحاً وجعل المهر والشمن ما أعلنه أمام الناس دون ما اتفقا عليه سرا. وإلى هذا ذهب الشافعية كما قدمنا. بناء على أن الهزل لا يبطل العبارة وأن المواطأة السابقة بمنزلة الشرط المتقدم على العقد، والشرط المتقدم على العقد لا يؤثر فيه. لأن الإقدام على العقد من غير تعرض له يعتبر إغراضاً عنه.

راجع رد المحتار وفتاوى ابن تيمية فى الجزء الثالث ص ٤٥ وما بعدهما.

(٢) راجع المادة الأولى من المرسوم رقم ٢٥ سنة ١٩٢٩.

وذهب الحنفية إلى اعتبارها لاغية في غير العقود الخمسة التي تصح مع الهزل، فلم ينشئوا بها بيعا ولا إجارة ولا رهنا ولا كفالة لعدم القصد فيها إلا إذا أجازها المكروه بعد زوال الإكراه، وإلى اعتبارها صحيحة في هذه العقود الخمسة؛ لأن الشارع قد جعل اللفظ فيها عند القصد إليه قائما مقام الإرادة، فيترتب عليه حكمه. وإن لم يكن لقائله قصد إلى معناه. ودليل ذلك صحتها من الهازل مع انعدام قصده (١).

وإن صدرت العبارة: من صاحبها مع القصد إلى جعلها سببا شرعيا يترتب عليه التزام معين فقد يكون من المتعارف استعمال تلك العبارة في الدلالة على إنشاء هذا الالتزام. وقد يكون استعمالها في ذلك غير متعارف ولكنها مع ذلك تدل على إنشائه بما أضيف إليها من الألفاظ والقرائن التي تمنعها من أن تدل على غيره. وفي كلتا الحالتين يرى الفقهاء أنها عبارة صحيحة يترتب عليها الأثر المطلوب متى كانت إرادة العاقد متفقة تمام الاتفاق مع آثار هذا الالتزام وأغراضه الشرعية، فمن يقول: بعته، وهو يريد البيع بآثاره الشرعية التي فصلها الشارع يترتب على عبارته هذه الالتزام الذي يطلبه وهو البيع إذا اتصل به القبول. ومن يقول: تزوجت فلانة. وهو يريد الزواج الشرعي المحقق لأغراضه من تكوين أسرة صالحة يترتب على عبارته ما يريده من الزواج إذا ما اتصل بها القبول. ويستتبع كلا من العقدين حينئذ آثاره الشرعية بلا خلاف في ذلك.

وكذلك الذي يستعمل في إنشاء البيع لفظ الهبة فيقول لآخر: وهبتك هذا المنزل على أن تدفع لي مائة جنيه. ويقبل الآخر ذلك منه، أو يستعمل في الهبة لفظ البيع فيقول لآخر: بعته هذا الثوب بلا ثمن. فيقبل الآخر ويتسلم منه الثوب. أو يستعمل البيع في إنشاء الزواج فيقول لامرأة: بيعي نفسك لي على ١٠٠ جنيه. فتقبل منه ذلك، أو يستعمل لفظ الوصية في إنشاء الوكالة أو لفظ الوكالة في إنشاء الوصية أو يستعمل لفظ البيع في إنشاء الإجارة وما إلى ذلك، كل هذه العبارات يعتبرها الحنفية عبارات صحيحة ويرتبون عليها ماتفيده من الالتزامات المطلوبة للعاقدين، ويقولون في سبب ذلك: أن العبرة بالمعاني لا

(١) قد يفرق بين المكروه والهازل بأن الهازل له اختيار صحيح فاستحق لذلك التخليط عليه يجعل عبارته صحيحة، لا كذلك المكروه.

بالألفاظ والمباني، أما الشافعية والحنابلة فقد اختلف في ذلك نظرهم، فمنهم من نظر نظرة الحنفية، فاعتد بالعبارة وصحتها، ورتب عليها ما يراد منها، ومنهم من نظر إلى اللفظ فأرى أنها عبارة فاسدة لا يترتب عليها الالتزام المطلوب منها، وهذا مع مراعاة ما أشرنا إليه فيما مضى من أن النكاح عندهم لا يصح إلا بالألفاظ المشتقة من مادتي زوج ونكح^(١).

أما إذا توجهت إرادة العاقد في إنشاء عقده إلى جعله وسيلة لتحقيق غرض لم يكن مقصودا من شرع العقد، فكان هذا الغرض هو الباعث عليه، فإن الرأي في ذلك يتبع حكم ذلك الغرض فإن كان غرضا مباحا غير محظور لم يؤثر ذلك في صحة العبارة ولا في ترتب أثرها عليها؛ لأن الغرض حيثئذ حاجة للعاقد. وقد رأى العقد وسيلة إليها فجعله طريقا إلى تحصيلها، ولمثل هذا شرعت العقود على الجملة.

وإن كان غرضا محظورا حرمه الشارع، فقد اختلف في ذلك رأى العلماء، فمنهم من سوى بين هذه الحال والتي قبلها، فلم يجعل لذلك التصد أثرا، فصحح العبارة ورتب الالتزام المطلوب، ولم يعن بالعرض لأنه باطنى، وإن كان معلوما لدى العاقدين. ومنهم من فرق بينهما، فأبطل العقد بسبب هذا التصد متى قام الدليل عليه، واعتبر العبارة لهذا لاغية لا يترتب عليها التزام^(٢). ومن الفريق الأول أبو حنيفة والشافعى، ومن الفريق الثانى : أحمد بن حنبل وأبو يوسف ومحمد، وبناء على ذلك تكون الإجارة على عصر العنب لاتخاذة خمرا، والإجارة على حمل الخمر إلى من يشربها، وبيع السلاح للكفار أو للبغاة أو لقطع الطريق، أو لأهل الفتنة، وهبة المقرض للمقرض عقب القرض، كل ذلك يعتبر عقودا صحيحة عند أبى حنيفة والشافعى^(٣) ومن يرى رأيهم؛ لأن المدار على

(١) راجع رد المحتار والأشباه والنظائر للسيوطى وقواعد ابن رجب.

(٢) وهذا رأى يتفق وما تقتضى به النظرية الحديثة فى الفقه الرضى الخاصة بالسبب فإنها تقتضى بطلان

الالتزام إذا كان الباعث عليه والدافع له سببا غير مشروع. راجع الموجز فى الالتزام للأستاذ السنيورى باشا.

(٣) راجع البعلى على الأشباه والنظائر فى قاعدة : الأمور بمقاصدها. وفى فتاوى قاضىخان : ذمى استاجر

مسلماً ليحمل له خمرا . أو استاجر بيتا ليأخذ كنية جاز عند أبى حنيفة، وقال صاحبه : لا يجوز : وعلى

هذا الخلاف إذا استاجر ذمى من مسلم دابته لحمل الخمر أو استاجر مسلم ذميا لرعى الخنازير . هـ من باب

الإجارة الفاسدة.

العبرة الظاهرة وهي سليمة. أما النيات والمقاصد، فمتروك أمرها إلى الله، وتستوجب إثم صاحبها فقط ولا تقتضى إبطال عقده. قال الشافعي في الأم «أصل ما أذهب إليه أن كل عقد كان صحيحا في الظاهر لم أبطله بتهمة، ولا بعبادة بين المتبايعين، وأجزته لصحة الظاهر، وأكره لئما النية، إذا كانت النية لو ظهرت كانت تفسد البيع^(١)، كما أكره للرجل أن يشتري السيف على أن يقتل به! ولا يحرم على بائعه أن يبيعه ممن يراه أن يقتل به ظلما، لأنه قد لا يقتل به، ولا أفسد عليه هذا البيع. كما أكره للرجل أن يبيع العنب ممن يراه أن يعصره خمرا ولا أفسد البيع إذا باعه إياه، لأنه باعه حلالا، وقد يمكن ألا يجعله خمرا أبدا، وفي صاحب السيف ألا يقتل به أحدا أبدا» إلى آخر ما قال^(٢). وذهب الخنابلة إلى إبطال كل هذه العقود، وكذلك كل عقد يعين على معصية إذا ظهر القصد وإن جاز أن يزول ذلك القصد ويتبدل؛ لأنها قد اتخذت وسيلة إلى أمر غير مشروع، وما جعلها الشارع وسيلة إلى محرم، وفي تصحيحها الإعانة على المعصية، والإعانة عليها بأي طريق أمر محظور^(٣). بل ربما كان الوصول إليها بطريق الخديعة والغش

(١) إذا أظهر العاقد نيته المحظورة عند التعاقد بأن جعلها شرطا في العقد فسد العقد وبطل، كما إذا باعه هذا العنب على أن يعصره خمرا وقبل المشتري ذلك. ا. ه. روض «ج ٢ ص ٣٢٢».

(٢) راجع الأم «ج ٣ ص ٦٥».

(٣) ومن هذه العقود: زواج المحلل وبيع العينة، فزواج المحلل أن يتزوج شخص مطلقة غيره ثلاثا ليحلها له، فإنها بالطلقة الثالثة كانت قد حرمت على مطلقها لا يجوز له أن يتزوجها إلا إذا تزوجت بغيره ودخل بها ثم فارقها، فإذا ما أتم ذلك الشخص على زواجها لا لتدوم العشرة بينهما ولكن ليطلقها بعد دخوله بها حتى تعود إلى زوجها الأول بعد انقضاء عدتها لم يكن ذلك قاصدا ما يحل له شرعا. لأن الزواج لم يشرع مؤقتا، ولم يشرع لثمة لا يراد بها إلا تحقيق هوى لشخص آخر من إعادة مطلقة إليه، ولا ليكون حيلة يحتال بها على رفع تحریم، فإذا ما قصد ذلك الشخص هذا فقد قصد خلاف ما شرع له الزواج. ولم يكن في الواقع متزوجا، وإنما كان كائيس المتعار، كما يقولون. وبيع العينة - أي السلف - هو أن يتخذ البيع وسيلة إلى اقتراض مبلغ بأكثر منه، وإن شئت قلت إلى معاملة ربوية محرمة، وقد يكون خاليا من الوساطة، وذلك كأن يشتري شخص من آخر عينا من الأعيان بالقرض جنيها مؤجلة إلى سنة ثم يبيعها له في الحال - قبل أن يؤدي ما اتفقا عليه من الثمن - بثمن حال مقداره ١٦٠٠ جنيها مثلا، سواء أحصل ذلك قبل تسلم العين أم بعد تسلمها. فإن نتيجة هذا البيع أن المشتري قد حصل على ١٦٠٠ جنيها ليدفعها بعد سنة ٢٠٠٠ جنيها، وما شرع البيع لئله، وقد يكون بواسطة كان تتم الصفقة السابقة على الصورة الآتية: فيشتري العين الراغب في القرض بالقرض مؤجلة إلى سنة، ثم يبيعها لشخص ثالث بثمن حال مقداره ١٦٠٠ جنيها. ثم يبيعها ذلك الشخص الثالث لبائعيها الأول بهذا الثمن حالا، وكانت النتيجة أن العين ردت إليه. وأنه قد دفع في الواقع ١٦٠٠ جنيها لئله بعد سنة ٢٠٠٠ جنيها. وقد اختلف الفقهاء في حكم زواج المحلل. فذهب كثير من الفقهاء إلى أنه صحيح مادام خاليا من الناظر تدل على توقيته وعلى أنه إنما أشنى لذلك الغرض، فإن =

أشد نكرا من الوصول إليها بطريق ظاهر علني إذ يمكن حينئذ ملافاته (١).

= لم يخل من ذلك كأن تزوجها على أن يحلها للأول كان فاسدا عند بعضهم، ومنهم أبو يوسف؛ لأنه في معنى الزواج المؤقت. وروى عن محمد أنه يصح ولكن لا يفيد حلها للأول، معاملة للزوجين ينتقض قصدهما زجرا وعقابا، لمخالفتيها أمر الشارع، وذهب أبو حنيفة إلى أنه في هذه الحال نكاح صحيح، ولكنه مكروه، أما صحتها فمرجعها أن النكاح لا تنقضه الشروط الفاسدة وهذا نكاح بشرط فاسد، وسيأتي بيان ذلك فيترتب عليه الحل، وأما كراهته فللنصر عليها في السنة «راجع ابن عابدين».

وكذلك قالوا في بيع العينة - إذا كان بالواسطة - أنه بيع صحيح لسلامة عبارته، ولا اعتبار بالنوايا لعدم وجود النفاذ تدل عليها. وكذلك الحكم إذا خلا من الواسطة عند الشافعي رحمه الله تعالى. لأنه كالبيع لشخص ثالث في هذه الحالة بأقل من ثمنه، وذلك جائز لشبوت الملك للمشتري وصيرورته به أهلا لأن يتصرف فيه ويبيعه لمن يريد، وذهب أبو حنيفة ومالك وأحمد إلى أنه عند خلوه من الواسطة يكون بيعا فاسدا، لورود النبي عنه، فقد روى أحمد بن حنبل «أن أم ولد زيد بن أرقم دخلت على عائشة - رضی الله عنها - فقالت لها: إني بعث من زيد غلاما بشمانمائة درهم نسيئة واشتريته منه بثمانائة نقدا. فقالت عائشة: أبلغني زيدا أن قد أبطلت جهادك مع رسول الله ﷺ إلا أن تتوب، بش ما اشتريت وبش ما شريت» وذلك لأن الثمن لا يدخل في ضمان البائع قبل قبضه، فإذا عاد إليه بدله وهو ملكه الذي كان له، وبشئ له مع ذلك بعض ذلك الثمن فيورج حصل له لا على ضمانه في غير مقابل فلا يحل به، ويرى الخنابلة بطلان هذين العقدين لما بينا.

(١) وأما المالكية فقد وقفوا موقفا وسطا بين الرايين فلم يروا بطلان هذه العتود كما رأى الخنابلة، ولكنهم رأوا أن يجعلوها عتونا صحيحة، ولكنهم لا يجوزون أن تبقى آثارها بل يجبر المشتري مثلا على بيع ما اشتراه أو إخراجه من ملكه حتى لا يتخذها وسيلة إلى معصية. قال في منح الجليل: ويمنع بيع آلة الحرب للحربيين من سلاح وكراع وسروج ونحوها. كنجاس ونجباء وآلة سفر، ويجبرون على بيعه إن وقع، ويمنع بيع الدار لمن يريد أن يتخذها كنية والخبث لمن يريد أن يتخذها صليبا والعنب لمن يعصره خمرا، كما يمنع بيع جارية لأهل الفساد الذين لا غيرة لهم = ١. ٢ ص ٤٦٩.

خلاصة الباب

علمنا مما سبق أن العقد نتيجة إرادة، وعبرة دالة عليها؛ وأن الإرادة وحدها - وإن كانت أساس إنشاء العقود - لا تغني في ذلك شيئا، لأنها أمر باطني لا يصلح أساسا تبني عليه معاملات الناس، وعلى ذلك فلا ينشأ الوقف مثلا بإرادة جازمة قامت بنفس الواقف على أنه قد وقف أرضه على الفقراء من غير أن يتلفظ بذلك.

وكذلك العبارة لا تغني وحدها في إنشاء العقود، فإذا لم يكن وراءها إرادة لم ينشأ بها عقد، ومع ذلك فالعبارة إذا صدرت لم تخرج عن حال من الحالات الآتية:

الأولى - أن تصدر من غير قصد إلى أنها سبب شرعي تترتب عليه آثاره الشرعية كأن تصدر من غير قصد أصلا، كما في عبارة المجنون والنائم، وما في حكمهما، وكما في عبارة الكران بغير محذور، فمن العلماء من طرد الحكم فيه، ومنهم من أخذه بعبارته زجرا له وتعليقا عليه، أو أن تصدر مع القصد إلى التلطف بها لا باعتبارها سببا شرعيا منشئا للعقد، كما في عبارة شخص لقنها دون أن يفهمها، وكما في عبارة المدرسين والقارئین. فعبارة هؤلاء جميعا حركات لسانية لا ينشأ بها عقد.

الثانية - أن تصدر مع القصد إلى أنها سبب شرعي تترتب عليه آثار شرعية، ولكن من غير إرادة تلك الآثار، كما في عبارة الهازل، وكما في عبارة المكره. أما عبارة الهازل فالجمهور على أنها لا تنشئ عقدا لعدم الإرادة المصاحبة لها، وذلك فيما عدا خمسة عقود جاء النص بها، وهي الطلاق والنكاح والرجعة والعتق واليمين، واعتمدها الشافعي في أحد قوليهِ في كل العقود. لوجود قصد الهازل إلى النطق بها واختياره. وإذا كان لم يرد منها آثارها فذلك مردود عليه؛ لأنه يريد بذلك تغيير المشروع، وهو لا يملكه. وأما عبارة المكره، فقد ألغاهم كذلك بعض العلماء في جميع العقود، واعتمدها بعضهم في العقود الخمسة السالفة الذكر، لورود النص بصحتها مع الهزل. وإذا صحت مع الهزل صحت مع الإكراه لاشتراكهما في عدم القصد إلى آثارها.

الثالثة - أن تصدر من صاحبها مع القصد إلى آثارها، وحينئذ ينشأ العقد لتوافر الإرادة والعبارة، غير أن الإرادة قد تتضمن الرغبة إلى أن يجعل العقد مع ذلك طريقا إلى أمر محرم يحرمه الشارع، وفي هذه الحال إذا تضمنت العبارة ما يدل على هذه الرغبة فسد العقد. أما إذا لم تتضمن ذلك فرأى العلماء حينئذ مختلف، فمنهم من أفسد العقد لوجود هذه النية كالحنابلة، ومنهم من وقف عند ظاهر العبارة، ولم يتعداها إلى النوايا فجعل العقد صحيحا لصحة عبارته، وهم الشافعية والحنفية وثمة تفصيل لا يتسع المقام لذكره.

باب تأثير إرادة العاقد في إنشاء العقود وتحديد آثارها

كان التعاقد معروفا عند العرب قبل الإسلام، وكان يتناول أكثر الشؤون التي تناولها بعد الإسلام، إن لم يكن قد تناولها جميعا. فكانوا يعرفون عقود المعاوضات المالية، من بيع وإجارة واستصناع ونحوها، ويعرفون عقود التوثيق «التأمينات» من رهن وكفالة وحوالة، ويعرفون عقود النكاح والهبة والوصية والعارية وغيرها من العقود التي جاء الإسلام فأقرها على الجملة، حين وجد الناس يتعاملون بها، ويرتبون عليها مقتضياتها وآثارها التي تواضعوا عليها وهم في حاجة إليها. ومانظن أن الإسلام جاءهم بتصرف لم يكن معروفا في الجملة قبله، وعلى هذا فقد وجدت العقود قبل الإسلام وكانت لها آثارها وأحكام تواضع الناس عليها؛ لأنها إرادتهم التي أعلنوها بأقوالهم، وغايتهم من تعاقدهم، وحاجتهم التي دفعتهم إليه، فرتبوا عليه، وجرى العرف بها، وأصبحت بسبب ذلك نتائج عرفية لعقودهم يلزمهم بها العرف ويوجبها عليهم الخلق ونظام المعيشة، ثم جاء الإسلام فأقر منها ما كان صالحا، وكمل ما كان ناقصا، وحرم ما كان ضارا، وبين لها الحدود، وفصل لها الأحكام، فأقر كثيرا من عقود المعاوضات المالية، كالبيع والإجارة وغيرها، وحرم منها أنواعا أخرى، لما تحويه من الخداع والغرر، وأقر عقد الزواج وحرم منه أنواعا تؤدي إلى امتحان المرأة أو قطيعة القربى، وكذلك حرم كل عقد مالى دخله الربا وأكل أموال الناس بالباطل، وهكذا أصلح المعاملة والتعاقد، وبناهما على الرضا. قال تعالى في سورة النساء ٢٩ ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالِكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ ﴾ وقال تعالى في سورة النساء ٤ ﴿ فَإِنْ طَبِنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا ﴾ ثم أوجب الوفاء به، قال تعالى في سورة المائدة ١ ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ﴾ وفصل أنواعه وأحكامه وشروطه، فكانت العقود بسبب ذلك أسبابا شرعية، أى أن الشارع أقرها وجعلها سببا لوجوب آثارها التي بينها وحددها تفصيلا أو إجمالا.

ومن هذا تتبين أن العقود إنما شرعت للحاجة والمصلحة لا للمحض العبادة، وأنها تنشأ وتوجد بإرادة العاقد الظاهرة، وأن آثارها تتحدد كذلك بتلك الإرادة

بشرط ألا تتجاوز الحدود التي بينها الشارع، وأن العاقدين يلزمان بها بإيجاب من الشارع.

فأما أنها شرعت للحاجة والمصلحة لا للتقرب والعبادة فذلك ما يدل عليه وجودها قبل الشرع، وما يتفق مع طبيعتها، وما يقتضيه إقرار الشرع لها على وجه جعلها كفيلاً بأن تحقق للناس مصالحهم، وتوفر لهم رغائبهم وحاجاتهم. ثم لا تكون مع ذلك سبباً في غشهم أو الإضرار بهم، وهذا ما تنفذه نصوص الشريعة إجمالاً وتفصيلاً، ومقتضى ذلك أن تترك الحرية للناس في أن ينشئوا من العقود ما تدعوهم الحاجة إلى إنشائه، وإن لم يكن معروفاً لهم من قبل، متى كان في مصلحتهم، ولا يتعارض مع أسس الدين وقواعده الكلية، وعندئذ يدخل في عموم قوله تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود﴾ وقوله تعالى في سورة الإسراء: ﴿وأوفوا بالعهد إن العهد كان مسئولاً﴾ وإلى هذا ذهب فريق من العلماء، وخالف فيه أهل الظاهر، فقالوا: لا يجوز إحداث عقد لم يرد به الإسلام؛ لأننا إن أحدثناه ولم نجعله ملزماً لم يكن عهداً ولا عقداً، وإن ألزمتنا به أنفسنا، فقد أحدثنا في الدين ما ليس منه، وذلك بأن أوجبنا على أنفسنا ما لم يوجبه الله علينا في شرعه، ولا إيجاب إلا من الله تعالى.

وفى رأى أن هذا استدلال لا يفيد؛ لأن الله قد أمرنا بأن نوفى بالعقود على وجه العموم ولم يحصرها. فوجب الوفاء بكل عقد إلا ما حرم الله. والحق ما ذهب إليه الآخرون من إطلاق الحرية للناس في إحداث ما يحتاجون إليه من العقود بشرط ألا يتجاوزوا بها حدود الله. غير أن عدم مجاوزة الحدود شرط لا يخلو من مرونة، فإن هذه الحدود ليست محل اتفاق بين العلماء، فإن منهم من وسع، ومنهم من ضيق. ويرى ابن تيمية أن كثيراً من أصول الحنفية والشافعية تميل إلى الحظر والتضييق، وإليه كذلك يميل بعض أصحاب أحمد ومالك، بدليل ما قد يعللون به بعض العقود التي رأوا بطلانها بأنها عقود لم يرد بها أثر ولم يصح لها قياس، وفى رأى أن الناس إذا احتاجوا إلى إحداث التزام لا يتناوله عقد من العقود المعروفة ولم يكن فى المعاملة به تجاوز لحد شرعى، فليس فى الدين ما يمنع منه، وليس لمن رأى الحظر فى ذلك دليل شرعى صحيح.

وأما أنها تنشأ وتوجد بإرادة العاقد التي يظهرها بعبارة أو مايقوم مقامها، فمبناه ما للعائد شرعا من حرية التصرف فيما يملك، وأن ليس لأحد عليه في ذلك ولاية حصر أو منع، وما العقد في جميع حالاته إلا ضرب من تصرف الإنسان فيما يملكه من مال أو حق، وتصرف الإنسان في ملكه نافذ بحكم الشارع، فإذا ما عقد العقد نشأ وانعقد وترتب عليه آثاره؛ لأن ذلك هو معنى نفاذه.

وأما أن آثارها تتحدد كذلك بهذه الإرادة بشرط ألا تتجاوز الحدود التي حددها الشارع، فبيان ذلك في تقرير ما يأتي:

(١): أن العقود ليست من الأسباب العقلية التي ترتب عليها آثارها ترتبا لازما بمقتضى العقل، وإنما هي أسباب جعلية شرعية، بمعنى أن الشارع جعلها كذلك أو أقر مادرج عليه الناس من اعتبارها أسبابا لآثار معينة محددة أرادها الناس منها ثم بينها الشارع وفصلها، فجعل لكل عقد آثارا خاصة به، تتحقق بها الأغراض الصحيحة التي يقصدها العاقدان من إنشائه، فليلعب مثلا آثار خاصة به، وللإجارة كذلك آثار لازمة لها وهكذا، وآثار كل عقد تسمى بحكمه، وعلى ذلك فحكم كل عقد هو الأثر المترتب عليه أو الغاية المقصودة من إنشائه، وقد حدد الشارع للعقود مع هذا حدودا عامة أو خاصة، يجب على الناس مراعاتها عند إنشائهم لها حتى لا تؤدي بهم إلى نزاع، ولا ينالهم منها غبن، ولا يلحقهم بسببها غرر ولا يلزموا بها على غير رضا منهم واختيار، وحتى لا يتخذوها وسيلة وطريقا إلى اقرار مانهى الله عنه، وليس هذا محل خلاف بين علماء الفقه الإسلامى.

(ب) أن آثار كل عقد ترتب على إنشائه بتمام الإيجاب والقبول دون حاجة إلى ذكرها عند العقد تفصيلا أو إجمالا، وذلك مع ملاحظة استثناء العقود التي تحتاج إلى القبض فى تمامها كعقد الهبة فإنها لا تستبغ جميع آثارها إلا بعد الإيجاب والقبول والقبض - كما سيأتى - وعلى ذلك فإذا قال البائع: بعت كتابى هذا بعشرة قروش. وقال المشتري: قبلت. ترتب آثار هذا العقد بمجرد الانتهاء من صيغته، فيصير الكتاب ملكا للمشتري، ويجب على البائع تسليمه عند أداء الثمن، ويثبت للبائع الثمن فى ذمة المشتري، ويجب على المشتري أدائه إلى البائع قبل تسليم الكتاب، إلى غير ذلك من الآثار التي سنبينها فى كلامنا على البيع؛ ذلك لأن هذه الآثار هى الدوافع إلى العقد فى العادة، وما أقدم عليه العاقدان إلا من أجل

تحقيقها، ولذا كانت بحكم الأمر الواقع مرادة ومطلوبة لهما من العتد، وكانت إرادة العقد إرادة لها وإن لم ينصا عليها عند عقد العقد، وترتب آثار العقود على تمامها ليس عقليا بل شرعيا كما ذكرنا، ومعنى ذلك أنها لا تتخلف عن تمامها في نظر الشارع، ولا نعلم خلافا لأحد في هذا أيضا.

(ج) وإذا كانت آثار كل عقد معروفة محصورة فقد تكون على وفق حاجة عاقده وغرضه منه، وقد لا تكون كذلك، فإن كانت على وفق حاجته منه لم يحتج في عقده إلى اشتراط شرط فيه ينقص من آثاره أو يزيد فيها، وإن كانت على خلاف ذلك احتاج إلى أن يشترط فيه ما يحقق له غرضه، وعندئذ قد يكون تحقيق غرضه في أن ينقص بعض آثار العقد فيشترط عند إنشائه ما يريد من نقص كأن يبيع إنسان داره على أن يسكنها شهرا قبل تسليمها ففي اشتراط هذا الشرط نقص بالنسبة إلى المشتري، وقد يكون في أن يزيد فيها فيشترط ما يبغي من زيادة كأن يشتري إنسان نخلا على أن تكون له ثمرتها الموجودة المؤبرة، وقد يكون في الأمرين جميعا فيحتاج إلى أن يشترط فيها ما يفيد ذلك من الشروط كأن تزوج امرأة شخصا على ألا يسافر بها وألا يتزوج عليها، فإن عدم الفرض نقص من آثار الزواج بالنسبة إليه والشرط الآخر زيادة في آثاره بالنسبة إليها.

ولما كانت حاجات الناس ورغباتهم في تعاقدهم لا تنتهي عند الحدود المقبولة وكانت شروطهم تابعة لرغباتهم رأى الشارع ألا يترك الأمر فوضى فحدد لهذه الشروط الحدود التي يجب أن تنتهي عندها ولا تتجاوزها، فإذا تجاوزتها أصبحت باطلة غير مستحقة لمن اشترطها ولا ملزمة لمن قبلها، وقد يتجاوزها هذا الحكم إلى العقود التي تضمنتها. وذلك لكيلا يندفع الناس في شروطهم بدافع أموائهم إلى ما حرمه الله عليهم من غرر أو غش أو أكل مال بالباطل أو إبطال حق ونحو ذلك مما يؤدي إلى مفسدة أو مضرة.

غير أن الفقهاء قد اختلفوا في استنباط هذه الحدود وبيانها فتعددت بسبب ذلك مذاهبهم في الاشتراط واختلفت توسعة على الناس وتضييقا عليهم، فكان أضيقتها مجالا مذهب أهل الظاهر وأوسعها مذهب الحنابلة، وفيما بينهما مذاهب الآخرين وهما بيان بعض المذاهب:

(١) مذهب أهل الظاهر: ذهب أهل الظاهر إلى أنه لا يصح لعاقده شرط إلا

إذا ورد به الشرع، وكل شرط لم يرد به كتاب ولا سنة فهو باطل يبطل به العقد الذى اشترط فيه؛ لأن الرضا به قد قرن بذلك الشرط فإذا بطل الشرط زال الرضا، وإذا زال الرضا بطل العقد؛ لأنه أساس العقود. وقد نقل ابن تيمية عنهم أنهم لم يصححوا شروطا وردت بها السنة بناء على أنها منسوخة أو غير ثابتة. وهذا رأى لا يصلح عليه أمر الناس فقد حصروا الشروط التى يجوز اشتراطها فى عقد البيع فى سبعة، وهيئات أن يفى ذلك بحاجات الناس (١).

(٢) مذهب الحنفية (٢) : وقد ذهب الحنفية إلى قسمة الشرط الذى يقترن به

العقد ثلاثة أقسام: شرط صحيح، وشرط فاسد، وشرط باطل.

(١) وقد ذكروا من هذه البعثة أن يشتري الإنسان سلعة على أن يكون ثمنها مؤجلا إلى مسيرته، لأن الكتاب قد جاء به، قال تعالى : ﴿ وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَسِيرَةٍ ﴾ وقد ذهب الجمهور إلى أن هذا شرط فاسد، لأنه يؤدي إلى غرر فقد يوسر سريعا فيقول المشتري ماظنت ذلك قريبا فزدت فى الثمن لأجل ذلك فغبنت وقمرت، وقد يطنى بإره فيقول البائع ما توقعت ذلك ولم لاحظته فى الثمن فغبنت وقمرت. راجع فتاوى ابن تيمية «ج ١» والمحلّى لابن حزم «ج ٨ ص ٤١٢».

(٢) ومذهب الشافعية يقارب فى الأساس والتطبيق مذهب الحنفية إلا أنه أشد تضييقا على الناس فإنهم ينوعون الشرط إلى شرط يكون فى اشتراطه غرض عادة وعرفا. وإلى شرط لا يكون فى اشتراطه غرض. فإن لم يكن فى اشتراطه غرض كان شرطا لاغيا؛ لأن اشتراطه لعب، فلا يلزم ولا يؤثر فى العقد، وهذا محل اتفاق عند الجمهور. وإن كان فيه غرض عادة نظر فيه، فإن كان من مصلحة العقد المشترط فيه صح ولزم، سواء أكان نفعه لأحد العاقدين أم لهما معاً، ومن هذا النوع ما يشترط لبيان أحد العوضين فى عقود المعاوضة ككون الأرض المبيعة ذات مصارف ومرارى، أو لتوثيق أحد العوضين كاشتراط كفيل أو رهن عند تأجيل الثمن، أو للاستيثاق من كمال الرضا كما فى شرط الخيار، أو للترفيه على أحد العاقدين فى الوفاء بما التزمه بالعقد كما فى اشتراط تأجيل الثمن. وإن لم يكن فيه مصلحة للعقد كان شرطا فاسدا مفسدا للعقد الذى اشترطه فيه كاشتراط ما يتنافى مقتضى العقد كما إذا تزوج شخص امرأة على ألا ينفق عليها أو على أن تنفق عليه هى، أو تزوجته على ألا ينقلها من منزلها، أو باع شخص سلعة لآخر على ألا يبيعها لأحد، وجعلوا من ذلك أيضا استثناء منفعة من منافع البيع عند بيعه كما إذا باع إنسان داره لآخر على أن يكتنها شهرا قبل تسليمها، وهذا الموضع محل خفاء إذ لم يعنوا بأن يبنوا مرادهم من مصلحة العقد فى حين أنها كلمة مرنة يمكن أن يتوسع فى معناها إلى درجة تسع كل ما يشترطه العاقدون من شروط لأنهم لا يشترطون شرطا إلا إذا رأوا مصلحة فى اشتراطه، وإذا كان فيه مصلحة كان مصلحة العقد كى يتم وينشأ ثم لماذا لا يكون اشتراط استثناء منفعة من منافع البيع من مصلحة عقد البيع إذا كان البائع لا يبيع إلا على هذا؟

وقد ذهب الشيخ زكريا الأنصارى فى رفع هذا الإبهام إلى أن الشرط إذا كان يؤدي إلى بقاء صلة بين العاقدين بعد تمام العقد لا يكون من مصلحة العقد اشتراطه لأنه قد يسبب نزاعا بينهما يقضى إلى فسخه، وإن لم يؤد إلى ذلك كان من مصلحة العقد وصح عند ذلك اشتراطه بخلاف الحالة الأولى. وأرى أن هذا لا يفيد؛ لأن كثيرا من الشروط التى نص الشافعية على صحة اشتراطها قد يترتب عليها بقاء صلة بين العاقدين كما فى اشتراط إعطاء رهن بالثمن عند تأجيله، إذ لا شك أنه يؤدي إلى بقاء صلة بين العاقدين وهو ارتباط الرهن، وقد يكون مشار نزاع فى مقداره أو فى اليد عليه. راجع أسنى المطالب على روض الطالب، ونهاية المحتاج، وفتاوى ابن تيمية من الجزء الثالث.

فالصحيح ما كان مقتضى للعقد أو مؤكدا لمقتضاه أو جاء به عرف، وهو بهذا المعنى يتناول تعريف الشافعية له: بأنه ما كان في مصلحة العقد وفي اشتراطه غرض عادة.

واشترط هذا الشرط ملزم والعقد معه صحيح ولانعلم فيه خلافا لأحد إلا أهل الظاهر، غير أنه إذا كان مقتضى للعقد فاشترطه كعدمه؛ لأنه واجب على كل حال إما بالعقد وإما بالشرط، ومثاله اشتراط الرد عند العيب، وتسليم الثمن قبل تسليم المبيع في عقد البيع، وإنفاق الزوج على زوجته بالمعروف، وإحسان معاشرتها في عقد الزواج، ونحو ذلك.

واشترط ما يؤكد مقتضى العقد، أو بعبارة أخرى ما يكمله كاشتراط دفع الثمن حالا في البيع، وتقديم كفيل أو رهن بالثمن^(١) عند تأجيله، واشترط وصف مرغوب فيه في المبيع كأن يكون للأرض المبيعة مصرف أو مروى، واشترط اتصال الدار بالمصارف العامة، فكل هذه الشروط صحيحة ملزمة يصح معها العقد؛ لأن اشتراطها يؤكد لمقتضى العقد ومكمل له، فدفعت الثمن حالا وتوثيق الثمن عند تأجيله بالرهن أو بالكفالة يؤكد لوجوب الثمن وأدائه، واشترط تلك الأوصاف مرغوب في العقد ومحقق لرغبات العاقد ورضاه بالعقد.

واشترط ماورد به الشرع كاشتراط خيار الشرط مدة معلومة واشترط تأجيل الثمن وتقسيمه وهو شرط صحيح لورود الشرع به، وإن كان مخالفا لمقتضى العقد.

واشترط ما جرى به العرف كاشتراط المشتري على البائع أن يقوم على إصلاح ما اشتراه من آلة أو سيارة أو ساعة مدة معلومة، وهو صحيح أيضا لأن جريان العرف به أبعد عنه النزاع والغرر.

والشرط الفاسد: ما لم يتوافر فيه ما قدمناه من الأوصاف في الشرط

(١) إنما يصح شرط الرهن إذا كان الرهن معلوما وأعطى في مجلس العقد، فإن كان مجهولا كان شرطا فاسدا؛ لأنه يؤدي إلى نزاع أو غرر. واشترط الكفيل صحيح إذا كان حاضرا في مجلس العقد أو كان غائبا ثم حضر قبل افتراق العاقدين وكفل في الحالين، أما إذا كان غائبا وكفل حين علم أو لم يكفل كان الشرط فاسدا؛ لأنه يؤدي إلى نزاع. راجع قاضيخان في باب الشروط من كتاب البيع.

الصحيح ولكنه يحقق منفعة لأحد العاقلين أو لإنسان آخر غيرهما كمن يبيع دابة ويشترط لنفسه أن تحمله إلى منزله، أو يبيع دارا ويشترط لنفسه ألا يسلمها إلا بعد شهر يسكنها فيه^(١)، وكان تشتترط امرأة على زوجها في عقد الزواج ألا ينقلها من بلدها، وكان يشتري ثوبا على أن يخيطه له البائع، أو يبيع أرضا لإنسان على أن يؤجرها فلان مدة كذا كل سنة بكذا، وهكذا كل شرط يخالف مقتضى العقد، ويحقق منفعة لأحد العاقلين. وهذا النوع من الشروط إذا اقترن بعقد معاوضة مالية أفسده وفسد معه كالبيع والقسمة والصلح عن مال والإجارة والمزارعة والمساقاة والإبراء من الدين، ويلحق بهذه العقود الرجعة كما قالوا^(٢).

والسبب في فساد العقد باشرطه أنه يتنافى مع مقتضاه، فإذا طالب مشرطه بتحقيقه بناء على الاشتراط امتنع الآخر من ذلك بناء على العقد ومقتضاه، وهذا نزاع رأى الشارع أن يجنب عقود المال إياه فجعل العقد فاسدا بما اشترط فيه. أما بيان ما يترتب على العقد الفاسد من أثر فموضعه في الكلام على أحكام العقود تفصيلا.

وإذا اقترن هذا النوع من الشروط بعقد ليس معاوضة لم يؤثر في العقد، فيصح العقد ويلغو الشرط خلافا لابن شبرمة^(٣)، إذ ذهب إلى صحة الشرط والعقد، لافرق بين عقد معاوضة وعقد آخر «راجع فتاوى قاضيخان من باب الشروط في البيع».

(١) اشتراط استثناء منفعة من منافع المبيع في عقد البيع شرط فاسد عند الحنفية وكان حديث جابر رضى الله عنه لم يصح عندهم أو نسخ بحديث آخر كحديث النهي عن بيع الثياب أو النهي عن بيع بشرط. فقد روى البخارى أن جابرا رضى الله عنه باع النبي ﷺ جملا واشترط حملاته إلى أهله وأقره النبي على ذلك ونقده الثمن. راجع سبل السلام «ج ٣ ص ٦».

(٢) والقاتل بذلك جماعة منهم صاحب الكنز وصاحب جامع الفصولين وصاحب النهر وغيرهم وخالفهم آخرون ومنهم صاحب البحر فقال إن الرجعة لا يفسدها اقترانها بالشرط الفاسد ومن ذهب إلى غير ذلك فقد أخطأ، وأيد ذلك بنقول نقلها وبأنها استدامة النكاح فيكون حكمها كحكمه وبأنها تصح مع الإكراه والهزل والخطأ، وقد ذكروا أن ما يصح مع الهزل لا يفسده اقترانه بالشرط الفاسد إلى آخر ما ذكر. راجع البحر وحاشيته «ج ٦ ص ١٩٦» ورد المحتار سج ٤ ص ٢٥٠ وإني أميل إلى ما ذكره صاحب البحر إذ لافرق بين النكاح والرجعة من ناحية الأثر فالواجب أن يكون حكمهما واحدا عند الاقتران بالشرط.

(٣) هو عبدالله بن شبرمة أبو شبرمة «بضم وسكون فضم» الكوفى قاضى الكوفة، كان فقيها أدبيا دينا حسن الخلق قليل الحديث، توفى سنة ١٤٤ هـ، روى عن أنس وأبي الطفيل وروى عنه شعبة والسيبانان وابن المبارك وغيرهم. تقريب التهذيب وخلاصة التهذيب.

وعلى رأى الحنفية لا يؤثر الشرط الفاسد فى عقود التبرع كالهبة والصدقة والقرض والوصية والعارية، ولا فى عقود التوثيق، كالرهن والكفالة والحوالة، ولا فى النكاح والطلاق والخلع، ولا فى الشركة والمضاربة والوصاية، ولا فى الإقالة «لما فيها من معنى النسخ» ولا فى الصلح عن دم العمد والإذن بالتجارة، فهذه العقود كلها تصح مع الشرط الفاسد ويلغو الشرط. «راجع الفتاوى الهندية ج ٤ ص ٣٩٦»^(١).

وإنما لم يؤثر فيها هذا النوع من الشروط مع بطلانه إذا اشترط فيها؛ لأنها لما خلت من معنى المعاوضة لم يكن هذا الشرط فيها أساساً لموازنة بين عوضين، وإنما وقع فيها على أنه تكليف وفرض من مشروطه، وهو تكليف غير مشروع فيبطل ولا يلزم، ويصح العقد لذلك، بخلاف عقد المعاوضة، فإن الشرط فيه أساس لتحقق الرضا، فإذا لغا بطل الرضا وفسد العقد بناء على ذلك.

والشرط الباطل: هو ما لم يتوافق فيه ما ذكرنا فى الشرط الصحيح والشرط الفاسد، فهو شرط ليس مقتضى للعقد ولا مؤكداً له. ولم يجيء به شرع، ولم يجز به عرف، وليس فيه منفعة لأحد واشترطه كعدمه، إذ لا غرض فيه ولا مطالب به فيبطل، ولا يؤثر اشتراطه فى صحة العقد، سواء أكان معاوضة أم لا؛ لأن اشتراطه أشبه باللعب منه بالجد. ومثاله أن يبيع شخص سيارة على ألا يركبها أحد ساعة معينة من الزمن، وإلى هذا ذهب الشافعى وأحمد. «راجع الفتاوى الهندية، والدر المختار، والبحر، وفتاوى ابن تيمية ج ٣».

(٣) مذهب المالكية والحنابلة: توسع المالكية والحنابلة فى جواز الاشتراط

(١) ذهب ابن أبى ليلى إلى أن الشرط الفاسد إذا ما شرط فى عقد من العقود كان باطلاً ولا يؤثر فى العقد فيصح العقد ويلغو الشرط لافترق بين عقد معاوضة وآخر. واستدل على ذلك بحديث بريرة فقد ورد أنها طلبت من السيدة عائشة رضى الله عنها أن تعينها فى بدل كتابتها، فقالت لها عائشة: إن أحب أم لك أن أعده لهم على أن يكون ولائك لى فعلت، فأبوا عليها ذلك، فرجعت بريرة إلى عائشة وإلى رسول الله ﷺ فأخبرتهما فقال عليه الصلاة والسلام لعائشة: «خذيهما واشترطى لهنم الولاء، فإنما الولاء لمن أعتق». فنعلت عائشة ذلك، ثم قام رسول الله ﷺ فى الناس فقال: «ما بال رجال يشترطون شروطاً ليست فى كتاب الله، ما كان من شرط ليس فى كتاب الله فهو باطل، وإن كان مائة شرط، قضاء الله أحق، وشرط الله أوثق، وإنما الولاء لمن أعتق». . . فكان شراء عائشة لبريرة على هذا الشرط صحيحاً والشرط باطلاً.

فأجازوا من الشروط ما لم يجزه غيرهم وكان الخنابلة أكثر توسعة على الناس (١) لأن مجال الشروط الصحيحة عندهم أوسع فيصححون كل ما للعقد مصلحة في

(١) قسم المالكية الشرط قسمين: شرط يقتضيه العقد وشرط لا يقتضيه فالأول اشتراطه كعدمه، والثاني نوعان: أحدهما - الشرط الذي لا ينافي مقتضى العقد ولا يؤدي إلى الإخلال بشرط من شروط صحته. والثاني الشرط المناقض للعقد أو المؤدى إلى الإخلال بشرط من شروط صحته. فالأول شرط صحيح، اشتراطه ملزم والعقد معه صحيح ويجب الوفاء به إن أمكن وإلا فسخ العقد، وذلك لأن فيه مصلحة لمشرطه وهو لا يؤدي إلى محذور وقد تم العقد عليه، ومن أمثله: اشتراط التأجيل إلى أجل معين، واشتراط التوثيق عند ذلك برهن أو كتيل، واشتراط وصف معين ممكن التحقق في أحد العوضين واشتراط استثناء منفعة معينة من منافع المبيع، واشتراط عمل من البائع في المبيع، كأن يحمله إلى مكان كذا أو كان يخيطة ثوبا، ومن ذلك أن يبيع شخص إحدى دوابه التجاروتين فيشترط على المشتري ألا يرفع بناء على الجدار الفاصل بينهما يمنع الهواء أو الشمس عن داره الأخرى. وإذا شرط هذا النوع من الشروط في عقد الزواج كان اشتراطه مكروها ويصح الوفاء به ولا يجب. وإذا كان الشرط من قبل الزوجة فلم يف به الزوج لم تتحق عليه الزوجة بسبب ما قد يكون نقصه من ميرها لأجل هذا الشرط، إلا أن يكون ذلك في معاوضة مستقلة عن عقد الزواج أنشأها بعد تمامه، ومن أمثلة ذلك: أن تشترط في عقد الزواج عدم التزوج عليها أو عدم إخراجها من منزلها. ومرجع التفرقة بين عقد الزواج وغيره من العقود أن الشرط في الزواج يعتبر من قبيل الترفية وليس أساسا للرضا. وفي غيره يعتبر أساسا للرضا بالعقد فيلزم. أقول: لا يظهر لى من كلام المالكية ماذا يريدون بمقتضى العقد فإن أرادوا به أثره وحكمه لم يظهر لنا كيف لا يعدون استثناء منفعة من منافع المبيع منافيا لعقد البيع في حين أنه يقتضى تمليك المبيع بجميع منافعه من وقت العقد. ولعلهم قد بنوا صحة اشتراط ذلك على حديث جابر المتقدم استثناء من الأصل فأخذوا منه صحة استثناء منفعة من منافع البيع إذا كان استثناءها لا يؤدي إلى نزاع.

والثاني: شرط غير صحيح غير أنه إن أدى اشتراطه إلى الإخلال بشرط من شروط صحة العقد كان موجبا لبطلان العقد المشترط فيه ولم يكن للعاقدين خيار في إمضائه؛ لأنه شرط يحل ما حرمه الله، وذلك كان يكون الشرط مؤديا إلى جباله توجب نزاعا كاشتراط دفع الثمن عند البسرة، واشتراط اختيار مدة غير معلومة، واشتراط دفع ثمن الأرض المبيعة من أثمان ما تنتج من الثمرات في مدة معينة. وكان يكون مؤديا إلى الوقوع في المحرم كاشتراط المرتين أن يتنفع بالرهن مادام تحت يده؛ لأن هذا من الربا، وهكذا من الشروط التي يترتب عليها فوات ما يلزم في العقد من الشروط.

وإن كان منافيا لمقتضى العقد كان يتسبب عنه الحجر على أحد العاقدين فيما يملكه بمقتضى العقد مثل أن يشترط على المشتري ألا يبيع المبيع مدة من الزمن أو لا يوجره لفلان أبدا أو لا يهبه أو لا يتنفع به انتفاعا معيناً، أو يشترط عليه أن يبيعه لفلان خاصة إذا أراد بيعه أو أن يبيعه بنفس الثمن الذي اشتراه به، فهذا النوع من الشروط فاسد موجب لفساد العقد الذي اشترط فيه مالمك به مشترطه فإن تركه صح العقد ونفذ، وفي هذا تفصيل طويل في كتاب الالتزامات للحطاب.

أقول: قد يلاحظ على بعض هذه الأمثلة المتقدمة أنها ليست إلا استثناء منفعة معينة من منافع المبيع فإن منع بيع المبيع مدة من الزمن وكذلك منع هبته وكذلك عدم الانتفاع به على شكل معين ليس إلا استثناء منفعة من منافع المبيع، وقد ذكرنا أن المالكية يجوزون استثناء منفعة معينة من منافع المبيع، ويجاب عن ذلك بأن هذه الشروط ليست من قبيل استثناء المنافع وإنما هي حسد للملكية، وفرق بين الأمرين. فالمنافع التي تشتمل على المنافع التي يمكن أن يملكها مالكها لغيره بواسطة عقد من العقود كالكنى، إذ يمكن أن تملك بالإجارة أو الإعارة، فإذا استثنيت صح استثناءها إذ لا فرق بينه وبين أن تملك بعقد آخر، ولكن اشتراط عدم بيع المبيع لا يمكن أن يملك لأحد بعقد من العقود. ولا يمكن إلا أن يكون نقصا في الملكية وحدا من أثرها فكان منافيا لمقتضى العقد وكان اشتراطه فاسدا مفادا.

اشتراطه كاشتراط صفة في الثمن أو توثيقه عند تأجيله، وكاشتراط صفة في المبيع واستثناء منفعة من منافعه في عقد يبعه ككفى الدار المبيعة مدة معلومة، وحملان الدابة إلى مكان معين، ويصححون كذلك اشتراط منفعة من العاقد كحمل البائع المبيع إلى مكان معين، وخياطته الثوب للمشتري، ويصححون أن تشتط الزوجة على زوجها في عقد الزواج ألا يسافر بها، أو لا ينقلها من منزلها، أو ألا يتزوج عليها؛ لأن في هذه الشروط منفعة لها ويوجبون على الزوج الوفاء بها وإلا كان للزوجة حق في فسخ العقد. وعلى الجملة يصح ما يشترطه العاقد في عقده إلا في الأحوال الآتية:

الأولى - أن يكون شرطا موجبا لإنشاء عقد آخر كأن يبيع شخص لآخر الدار على أن يؤجرها لفلان. وكان يقرضه مبلغا على أن يهبه كتابا؛ ذلك لأن رسول الله ﷺ نهى عن صفتين في صفقة، وهذا النوع من الشروط فاسد يفسد به العقد الذي اقترن به ^(١)؛ لأنه شرط يؤدي إلى نزاع في العقد الذي تم، فقد لا يتفق المتعاقدان على إنشاء العقد المشترط فيجر ذلك إلى النزاع في العقد الآخر.

الثانية - أن يشترط في العقد ما ينافي مقتضاه الشرعي ^(٢)، كأن يشترط على المشتري ألا يبيع ما اشتراه أو ألا يقفنه على إنسان معين، أو أن يشترط المشتري على البائع أنه إذا باعه بأقل مما اشتري رجع عليه بالفرق. وهذا النوع من الشروط فاسد لا يفسد به العقد فيصح العقد ويلغو الشرط؛ لأنه يعتبر رفعا للعقد الذي رضيه العاقدان فيكون لغوا ^(٣).

(١) راجع الشرح الكبير وكشاف النواع ج ٣ ص ١٥٥.

(٢) ذهب ابن تيمية إلى أن المراد بمقتضى العقد مقصوده الأصلي وهو الغرض الذي لا تخلو منه صورة من صور العقد، وبني على ذلك أن كثيرا من الشروط التي يجعلها الخنابلة فاسدة لأنها تنافي مقتضى العقد شروط صحيحة، كأن يبيع شخص أرضه لآخر ويشترط عليه أن يقفنها في سبيل الله؛ أو كأن يبيع مالا ويشترط عليه أن يسدد به دينه. أو عينا ويشترط عليه أن يوصى بها. ويرى ابن تيمية أن الملك يتنوع أنواعا كثيرة بما قد يلاسه من الإطلاق والتقييد، فيناك الملك التام المطلق وهناك ملك أم الولد وهو لا ينفذ جواز البيع ولا يترتب عليه ميراث، وهناك ملك المرهون وغير ذلك من أنواع الملك، وكلها أنواع مختلفة الآثار. وعلى ذلك فليس ما يمنع أن يكون ثبوت أي نوع من هذه الأنواع منقوضا إلى الإنسان يثبت منه ما يرى مصلحته في ثبوته، ويمنع من إثبات ما لا مصلحة له فيه، وقد قال ﷺ: «المسلمون عند شروطهم إلا شرطا أحل حراما أو حرم حلالا، فكل شرط صحيح لازم إلا شرطا يراد به جعل المحرم في ذاته حلالا أو جعل الحلال حراما في ذاته. راجع فتاوى ابن تيمية ج ٢٣.

(٣) راجع منتهى الإرادات ج ٢ ص ١٦٣.

الثالثة - أن يجمع في العقد بين شرطين لحديث «لا يحل شرطان في بيع». وقد اختلف الحنابلة في المراد بالشرطين فذهب بعضهم إلى أن المراد بهما أى شرطين ولو كانا صحيحين، وآخرون إلى أن المراد بهما الشرطان الفاسدان، وكلا التفسيرين غير ظاهر، إذ لا يظهر للنهي عن شرطين صحيحين حكمة مع شدة حاجة الناس إلى ذلك، ولا معنى للنهي عن شرطين فاسدين مع ثبوت النهي عن أحدهما (١) ولذا فهذا الموضوع غير بين.

وخير الآراء ما ذهب إليه ابن تيمية وابن القسيم من الحنابلة: وهو أن كل شرط صحيح ما لم ينه عنه الشارع، إذ الأصل في العقود وفي شروطها الإباحة والصحة حتى يتقوى الدليل على المنع؛ لأنها من العادات التي تراعى فيها مصالح الناس، وقد قال عليه السلام: «المسلمون عند شروطهم إلا شرطاً أحل حراماً أو حرم حلالاً» (٢).

وأما أن العاقدين يلزمان بآثار عقدهما بإيجاب من الشارع الحكيم؛ فذلك بسبب توافر الآيات البيّنات على ذلك، قال تعالى في بداية سورة المائدة ﴿يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود﴾ فهذه الآية بعمومها تدل على وجوب الوفاء بكل عقد

(١) راجع الشرح الكبير.

(٢) الأصل في الاشتراط أن يكون عند التعاقد وأن يتم التعاقد عليه ولكن قد يتقدم الشرط على التعاقد وقد يتأخر عنه، فإذا تقدم لم يكن له تأثير في التعاقد، ولم يترتب عليه إلزام عند الحنفية لأن الإقدام على العقد بدون الرجوع إلى ذكره إعراض عنه. وإلى هذا ذهب الشافعية كما في نهاية المحتاج وهو قول في مذهب أحمد. وقال ابن عابدين في رد المحتار: وينبغي أنه إذا تقدم الشرط العقد وانفق العاقدان على أنهما بنا عليه العقد أصبح بذلك في حكم الشرط المتقارن كما يؤخذ ذلك من كلامهم في بيع الهازل. وذهب أحمد وغيره من أهل الحديث وفقهاء أهل المدينة إلى أن الشروط المتقدمة على العقد والمقارنة له سواء في الحكم فكلها تؤثر في العقد ويجب الوفاء بها إذا كانت صحيحة، وهذا هو المشهور عند الحنابلة وما يفتق مع أصولهم.

وإذا تأخر عن العقد كان كالمقارن له عند الشافعية إذا صدر قبل لزومه بأن اتفق عليه العاقدان في مجلس المعاوضة قبل تفارقهما، أما إذا حصل الاشتراط بعد أن صاوغ العقد لازماً لم يلتحق بالعقد. وروى عن أبي حنيفة روايتان: رواية تقضى بأن المتأخر يلتحق بأصل العقد ويصير كالمقارن، وإن كان ذلك بعد لزومه وقامه. ورواية تقضى بأنه لا يلتحق، وهذه هي الأصح، وهو ما ذهب إليه الصحاحيان - لأن العقد إذا وقع لازماً صحيحاً لم يغيراً حكمه باشتراطهما ولكن إن شاء فأنسخاه، وسواء أكان ذلك في مجلس العقد أم بعده. وفي جامع النصولين: إذا تم البيع بلا شرط ثم ذكر الشرط على وجه العقد جاز البيع ولزم الوفاء بالشرط على أنه وعد، ولكن يجعل لازماً لحاجة الناس إلى ذلك، وبذلك أفتى الخير الرملى. راجع رد المحتار من كتاب البيع ص ١٣٥ عند قول الدر ولا يصح بيع بشرط. وراجع فتاوى ابن تيمية الجزء الثالث، وراجع جامع الفصولين ج ٢ ص ٢٤٤.

ينشئه العاقدان، فيجب عليهما الوفاء به، ويجب على الناس إلزامهما بذلك الوفاء إذا ما أراد أحدهما أن ينكث، وقد تمسك الآخر بعقده - وقال تعالى في سورة الإسراء ٢٤ ﴿وَأوفوا بالعهد إن العهد كان مسئولاً﴾، وقال تعالى في سورة الصف: ﴿يا أيها الذين آمنوا لم تقولون ما لاتفعلون * كبر مقتا عند الله أن تقولوا ما لاتفعلون﴾.

ولقد أكد الشارع ذلك بأساليب عديدة منها: الأمر مع النص على علقته كما في بعض الآيات السابقة، ومنها عده الوفاء بالعهد من صفات المدح، كما في قوله تعالى في سورة البقرة ١٧٧: ﴿والموفون بعهدهم إذا عاهدوا﴾، وقوله تعالى في سورة المؤمنون ٨: ﴿والذين هم لاماناتهم وعهدهم راعون﴾ وجاءت السنة بذلك فجعلت الخلف علامة من علامات النفاق في حديث: «آية المنافق ثلاث: إذا عاهد أخلف، وإذا حدث كذب، وإذا أؤتمن خان» فكان هذا الواجب من أكد الواجبات.

خلاصة الباب

ما شرع التعاقد وأقر إلا لحاجة الناس إليه من حيث إنه نتيجة ضرورية لحياتهم الاجتماعية المدنية، وقد أحيط لذلك بحدود تجنبه أن يتخذ وسيلة إلى الإضرار بأحد، أو العسف بأحد؛ ولهذا كان أوجه الآراء الإسلامية أن لا حرج على الناس أن يتحدثوا من العقود ما تدعوهم إليه حاجتهم وضرورة حياتهم على ألا يتجاوزوا في ذلك الأسس الشرعية للتعاقد، وعندئذ يكون العقد واجب الإنفاذ بقوله تعالى ﴿يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود﴾ وهذا خلاف لمن ذهب إلى قصر التعاقد على ما أثره الشارع دون دليل سليم يدل على رأيه.

والعقد لا يعدو أن يكون تصرفا من الإنسان فيما يملك من مال أو حق، ولذا ألزم به الإنسان عقلا؛ لأن المالك يتصرف في ملكه كما يشاء كما ألزم به شرعا بالآية السابقة، وبناء على ذلك إذا تم العقد ترتبت عليه آثاره الشرعية التي حددها الشارع وبينها له. فإن تلك الآثار وفق رغبات العاقد فيها، وإن اختلفت عن رغباته بعض الخلاف احتاج إلى التغيير فيها بما يشترطه من شروط تزيد فيها أو تنقص، غير أن هذه الرغبات لما كانت لا تتفقد عند الحدود المعقولة، كان من الواجب أن تحد لها الحدود منعا للفوضى والعسف، وقد اختلف العلماء في بيان هذه الحدود خلافا كبيرا فنقتصر فيه على بيان رأى الحنفية والحنابلة.

رأى الحنفية: قسم الحنفية الشرط ثلاثة أقسام: صحيح وفساد وباطل. فالصحيح ما كان مقتضى للعقد، أو مؤكدا لمقتضاه، أو جاء به شرع أو جرى به عرف، فإن كان مقتضى للعقد فاشتراطه كعدمه؛ لأنه واجب بالعقد على أية حال، وإن كان مؤكدا لمقتضى العقد أو جاء به شرع أو جرى به عرف، كان العقد معه صحيحا والشرط لازما، مثال المؤكد اشتراط توثيق الثمن المؤجل في عقد البيع برهن حاضر أو كفيّل حاضر.

ومثال ما جاء به الشرع اشتراط الخيار في عقد البيع لأحد المتعاقدين، ومثال ما جرى به العرف اشتراط قيام البائع لآلة على إصلاحتها مدة معلومة من الزمن تلي العقد. والفساد ما لم يتوافر فيه شيء مما سبق، ولكن فيه منفعة لأحد المتعاقدين أو لإنسان آخر سواهما، وذلك كاستثناء منفعة البيع مدة معينة من الزمن للبائع،

واشترط المشتري للدار على بائعها أن يقوم بدهانها، أو اشتراط البائع على المشتري أن يؤجر المبيع لشخص ثالث، وهذا الشرط إن اشترط في عقد معاوضة أفسدها كالبيع والإجارة والمزارعة والمساقاة والقسمة، وإن اشترط في عقد توثيق أو تبرع أو في نكاح أو طلاق على مال لم يؤثر في العقد وصح العقد ولغا الشرط، والباطل غير ذلك وشرطه لعب، فالعقد معه صحيح والشرط باطل.

رأى الحنابلة: أن كل شرط يشترطه العاقدان شرط صحيح إلا شرطا أحل حراما أو حرم حلالا، ومن ذلك اشتراط صفقة في أخرى لنهى النبي ﷺ عن صفقتين في صفقة كأن يبيع أرضه لشخص على أن يؤجرها له، ومثل هذا شرط مفسد للعقد، وكذلك اشتراط ما يرفع العقد كاشتراط البائع على المشتري ألا يبيع لأحد، وهذا الشرط باطل لا يؤثر في العقد، فالعقد صحيح والشرط باطل.

باب اتصال آثار العقد بصيغته

من العقود ما تكون صيغته كافية في ترتب آثار العقد عليها، وهذا هو الأصل في العقود، وهو متحقق في العقود التي لا يتوقف تمامها على القبض. ومنها ما لا تكفي صيغته في ترتب آثاره عليها، بل يحتاج معها إلى القبض لكي يتم بهما العقد، وتترتب عليه آثاره. وهذه العقود هي (الهبة والصدقة والعارية والوديعة والرهن والقرض) (١) والشركة والمضاربة (٢) فلا يتم عقد من هذه العقود بمجرد الإيجاب والقبول، بل يتوقف تمامه وإفادته لآثاره على القبض (٣).

سبب توقف تمامها على القبض: أما الهبة فلحديث: «لا تجوز الهبة إلا مقبوضة» والصدقة نوع منها. وأما الرهن، فلقوله تعالى: ﴿فرهان مقبوضة﴾

(١) توقف الهبة على القبض مذهب الحنفية والشافعية، فلا تتم الهبة ولا تنفيذ آثارها عندهم إلا بالقبض، سواء أتم القبض في مجلس العقد أم بعد انتهائه أم تقدم العقد، وهذا هو المشهور من مذهب الحنابلة كما في كشف التنافع. (وذهب المالكية إلى أن صدور صيغة الهبة يترتب عليه آثارها فيتملك الموهوب له العين الموهوبة، ويطالب الواهب أن يسلمها إليه، وهذا القول رواية في مذهب أحمد، وغاية الأمر عند المالكية أن القبض يمنع بطلان الهبة بموت الواهب أو بإحاطة الدين به، وتفصيل ذلك يعلم من كتبهم. راجع (منح الجليل).

والصدقة نوع من الهبة وعلى ذلك فحكمها من حيث توقفها على القبض حكم الهبة. وكذلك توقف العارية على القبض مذهب الحنفية فلا يملك المستعير منفعة العارية إلا بعد قبضها، ويرى الشافعية والحنابلة أن الإعارة من قبيل الإباحة ولا يلزم المعير أن يمضي فيها، وعلى ذلك فلا معنى لعداها من العقود عندهم إلا إذا كانوا يطلعون العقد على مجرد الإذن. أما المالكية فالمشهور عندهم أن أثر العارية يترتب على صدور الصيغة؛ ولذا تلزم عندهم بمجرد القول إذا قيدت بمدة. راجع منح الجليل. ولاتتم الوديعة اتفاقاً إلا بالقبض. ولا يتم الرهن ولا يلزم إلا بالقبض عند الحنفية والشافعية والحنابلة، وذهب مالك إلى أنه يلزم بمجرد صدور الصيغة فيكون لصدورها أثر هو مطالبة المرتين بتسليم العين المرهونة. ومع هذا فهو يرى أن الرهن لا يتم إلا بالقبض للآية؛ ولذا لا يكون للمرتين حق امتياز على العين المرهونة إلا إذا قبضها.

وتوقف القرض على القبض مذهب الطرفين فلا يتم القرض عندهما إلا بالقبض وبه يتملك المقرض العين المعطاة وإلى هذا ذهب الشافعي، وذهب أبو يوسف إلى أن المقرض لا يملك إلا باستهلاك العين المعطاة، وذهب أحمد إلى أنه لا يلزم إلا بالقبض، ويرى مالك أنه يلزم بمجرد القول، فإذا صدرت الصيغة كان للمقرض إجبار المقرض على دفع ما اتفقا عليه من المال.

(٢) راجع الزيلعي ج ٤ ص ٢٥٧ من باب الوكالة.

(٣) من العقود ما يتوقف تمامه ولزومه على القبض وهي العقود المذكورة، ومنها ما يتوقف صحته على القبض، وعلى ذلك فلا تصح إلا إذا قبض أحد البيدلين في المجلس كالسلم فإن قبض رأس مال السلم في المجلس شرط في صحته كما سيأتي، أو إلا إذا قبض في المجلس البدلان جميعاً، وذلك كما في الصرف وسيأتي. ومثله مانص عليه الحديث: «الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح مثلاً سواء بسواء يدا بيد فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم إذا كان يدا بيد». والفرق بين الحالين أن القبض في هذه العقود شرط في صحتها فلا بد أن يتقدمها، وفي غيرها شرط لتتمامها والزامها فلا مانع أن يتأخر عنها.

وإلى هذا يرى أن هذه العقود كلها ما عدا الرهن عقود غير لازمة بالنسبة للمملك ولو جعلت تامة قبل القبض لاستيعاب تمامها مطالبته بالتنفيذ، ولا مطالبة إلا عند الإلزام، فوجب ألا تعتبر تامة إلا بالقبض حتى يترتب عليها حكمها بعده، وتحقق آثارها به، ولا يكون بعد ذلك للمطالبة محل.

وهذه العقود إذا حصل فيها القبض عقب الإيجاب وقبل القبول أغنى عن القبول وقام حيثئذ مقامه لدلالته على الرضا، كما يعنى كذلك عنه فى غيرها من العقود الأخرى كالبيع^(١).

(١) إذا كان القبض سابقا على الإيجاب لم يعنى عن القبول ولكن استمراره قد يعنى عما يلزم للعقد من قبض وقد لا يعنى عن ذلك؛ لأن القبض نوعان: قبض ضمان وقبض أمانة. فقبض الضمان ما استرجب ضمان القابض لما قبضه، وذلك كقبض الغاصب وقبض من يريد الشراء، وهو أقوى نوعى القبض. وقبض الأمانة ما لا يتوجب ضمان القابض لما يقبضه كقبض المستعير وقبض الوديع وقبض المتأجر. فإذا كان القبض السابق على الإيجاب قبض ضمان أغنى استمراره عن كل قبض يطلب للعقد فلا يحتاج إلى تجديده فى أية حال. وعلى ذلك إذا اشترى الغاصب ما غصبه من مالكه فإنه يدخل فى ضمانه بمجرد تمام العقد، وكذلك إذا ارتبته منه تم الرهن بالإيجاب والقبول، وإذا رهبه له المالك ثبت ملكه بمجرد القبول. أما إذا كان القبض السابق قبض أمانة فلا يقوم استمراره مقام ما يطلب للعقد من قبض إلا إذا كان القبض المطلوب أمانة، أما إذا كان المطلوب للعقد قبض ضمان فلا يعنى بل يجب تجديد القبض إذ لا يقوم استمرار الضعيف مقام القوى بخلاف العكس، وبناء على ذلك إذا ارتبته شخص سيارة غيره أو استعارها أو استودعها ثم وهبها له مالكتها تم ملكه بمجرد القبول لقيام استمرار قبضه السابق مقام قبض الهبة؛ لأن قبض الهبة قبض أمانة فيقوم مقامه استمرار أى قبض سواء أكان قبض أمانة كما فى هذه المثل أو قبض ضمان كما إذا كانت السيارة مغطىة فى يد غاصبها ثم وهبت له. أما إذا باع السيارة فى هذه الصور فلا تدخل فى ضمان مشتريها بمجرد قبوله بل لابد من تجديد قبضها لأن قبضا السابق قبض أمانة فلا يعنى استمراره عن قبض الضمان المطلوب لدخول المبيع فى ضمان مشتريه، وعلى هذا إذا أتلقت السيارة قبل تجديده تلفت على مالكتها لا على من هى فى يده وهو مشتريها، أما كيفية تجديد القبض فقد بينه الكاسبانى بما ملخصه: إذا كان المبيع فى يد المشتري عند العقد بقبض هو قبض أمانة كان رديعة أو عارية عنده، أو قبض ضمان هو فى معنى قبض الأمانة كان رهنا لديه لأنه فى هذه الحال مضمون بغيره وهو الدين لا يثبتته الا ترى أن ما يزيد منه على الدين اعتبر أمانة فلا يصير المشتري قابضا بمجرد العقد إلا أن يكون العقد بحضرة المبيع فيعتبر حيثئذ قابضا لتحقيق التخلية فإذا لم يكن العقد بحضرة المبيع فلا بد لتجديد القبض من التخلية إلى حيث يوجد ليكون متمكنا من قبضه إذا أراد. وفى العناية: تجديد القبض يكون بالانتهاء إلى مكان يتمكن فيه من قبضه، وعليه إذا كان المبيع فى حرز مملوك للمشتري ففى رأيه أن وجوده فيه يكفى فى تحقيق التخلية بالقول إذا مضى بعد ذلك زمن يكفى المشتري لأن يتقل إلى المبيع حيث هو لو أنه أراد تسلمه متى كان وجوده محققا، إذ لا فائدة من الانتقال فعلا إليه. راجع فتح القدير «ج ٥ ص ٢٠٠» والعناية «ج ٧ ص ٥٣» ورد المحتار «ج ٤ ص ٤٧» والبائع «ج ٥ ص ٢٤٨».

قسمة العقد إلى منجز وغير منجز: وإذا تم العقد فترتبت آثاره عليه إثر تمامه مباشرة بدون تأخر سمي منجزا، وإذا تأخرت عن تمامه، فقد يكون تأخرها بسبب إضافة الإيجاب إلى زمن مستقبل، وعند ذلك يسمى العقد مضافا، وقد يكون تأخرها بسبب تعليق الإيجاب على أمر غير موجود، وفي هذه الحال يسمى العقد معلقا، وإذن فصيغة العقد، إما أن تكون منجزة، وإما أن تكون مضافة، وإما أن تكون معلقة، وفي هذه الأحوال الثلاث قد تكون مطلقة وقد تكون مقترنة بشرط.

العقد المنجز: فالعقد المنجز ماصدر على وجه ترتب عليه آثاره في الحال، وذلك بأن تكون صيغته غير معلقة على شرط بأداة من أدوات التعليق وهي (إن وأخواتها) ولاضافة إلى زمن مستقبل، سواء أكانت مطلقة أم مقترنة بشرط، مثاله في حال الإطلاق أن يقول شخص لآخر: أجرتك داري هذه شهرا ابتداء من الآن بكذا، فيقول الآخر: قبلت، ومثاله في حال الاقتران بالشرط أن يقول له: أجرتك سيارتي هذه ابتداء من الآن ثلاث ساعات بكذا بشرط أن تدفع إلى الأجرة مقدما، فيقول: قبلت.

وحكم العقد المنجز أن آثاره ترتب عليه بمجرد تمامه، فلا تتأجل. وكل العقود يصح تنجزها، بل هو الأصل فيها ماعدا الوصية والإيضاء، فإنهما مضافان إلى مابعد الموت بطبيعتهما، ولو كانت صيغتهما في صورتها منجزة، مثال الوصية: أوصيت لفلان بمائة جنيه. ومثال الإيضاء: جعلت فلانا وصيا على أولادي، فلا يفيد كل منهما أثره إلا بعد موت الموصي.

العقد المضاف: والعقد المضاف ماصدر بصيغة أضيف فيها الإيجاب إلى زمن مستقبل سواء أكانت مطلقة أم مقترنة بشرط، ومثاله في حال الإطلاق أن يقول شخص لآخر: أجرتك داري هذه مدة سنة ابتداء من السنة الآتية بكذا، ومثاله في حال الاقتران بالشرط أن يقول له: أجرتكها هذه المدة بكذا بشرط أن تدفع أجرتها عند ابتداء المدة. فيقول الآخر: قبلت.

وحكم هذا العقد أنه ينعقد في الحال علة لحكمه، ولكن لا يوجد حكمه إلا في الوقت الذي أضيف إليه فلا يبي. أي عقد الإجارة إلا عند ابتداء السنة الآتية.

العقد المعلق: والعقد المعلق معلق وجوده على وجود أمر آخر، فإن كان ذلك الأمر المعلق عليه موجودا وقت التعليق كان التعليق صوريا، وكان العقد منجزا، مثال ذلك أن يقول شخص لآخر: إن كان فلان لدينا لك بألف جنيه فأنا كفيل ويقبل الآخر ثم يظهر أن فلانا كان وقتذاك لدينا بهذا المبلغ، أو يقول رجل لزوجته: إن كنت ذهبت أمس إلى مكان كذا فأنت طالق، وهي قد ذهبت إليه أمس، ففي هذه الحال يكون كل من الكفالة والطلاق منجزا، فتتم الكفالة ويقع الطلاق في الحال^(١)، وإن كان ذلك الأمر غير موجود ولكنه مستحيل الوجود فإن العقد لا ينعقد أصلا، ويكون الغرض من تعليقه هو إيدان المخاطب باستحالة إنشاء هذا العقد، كما إذا قال شخص لآخر: إن سقطت السماء على الأرض فقد وكلتك في بيع هذا المنزل، وإن كان على خطر الوجود، فيجوز أن يوجد وألا يوجد، فهذا هو المعلق تعليقا حقيقيا. وبه لا يوجد العقد ولا يترتب عليه حكمه إلا بعد وجود المعلق عليه. إذ بوجوده يوجد العقد وينشأ فيترتب عليه لذلك أثره، فلو قال شخص لآخر: إن أقرضت فلانا ألف جنيه فأنا بها كفيل وقيل. ثم أقرضه هذا المبلغ فإن الكفالة تتحقق ويصبح كفيلًا بالمبلغ. وكذا إذا قال له: إن أقرضته ألف جنيه فأنا بها كفيل بشرط أن يكون ذلك قبل مضي عام، فتم ذلك كان كفيلًا، وإذن فالمعلق على الشرط قد يكون مطلقا كما في المثال الأول وقد يكون مقترنا بشرط كما في المثال الثاني.

والفرق بين العقد المعلق والمضاف: أن التعليق يمنع العقد من أن يصير سببا لحكمه في الحال، ثم لا ينعقد سببا إلا عند وجود الأمر الذي علق عليه وقرن وجوده بوجوده، فإذا قال شخص لآخر: إن لم يدفع إليك فلان دينه غدا فأنا كفيل به، لم ينعقد ذلك القول سببا للكفالة وتوجه المطالبة في الحال؛ لأن الكفيل ما كتل حالا ولكنه رتب وجود الكفالة على عدم الوفاء في الغد، فإذا تحقق عدم الوفاء في الغد انعقد العقد حينئذ وكان سببا للكفالة وتمت به. بخلاف الإضافة فإنها لا تمنع العقد من أن يصير سببا في الحال أي وقت صدوره، ولكنها

(١) وفي حكم هذا النوع التعليق على مشيئة العائد الآخر كما في قولك لآخر: ومبتك هذا الكتاب إن شئت وبعثك هذه الدار إن رغبت، فإن هذا العقد في حكم النجز؛ لأن مثل هذه العقود لا تتم ولا توجد إلا بالقبول وليس هو إلا الإنصاح عن رغبة العائد الآخر ومشيئته، وكان العقود لهذا معلقة دائما على هذه المشيئة فلا يصير التصريح بها.

تؤخر أثره إلى الوقت المضاف إليه، فإذا قال شخص لآخر: أنا كفيل بما لك على فلان ابتداء من الشهر الآتى انعقد هذا العقد في الحال سببا موجبا للكفالة في المستقبل فلا يوجد الضمان إلا من ابتداء الشهر الآتى (١).

العقود مع التعليق : تنقسم العقود عند الحنفية بالنسبة إلى قبولها التعليق وعدم قبولها ثلاثة أقسام:

(١) وقد فرعوا على ذلك أنه لو قال شخص : لله على أن أتصدق بمائة قرش بعد ثلاثة أيام جاز له أن يتصدق بها من الآن وإذا فعل فمضت الأيام الثلاثة لم يلزمه أن يتصدق بمائة أخرى، وإذا قال إن مضت على ثلاثة أيام تصدقت بمائة قرش لم يجزه أن يتصدق بها الآن. فإذا فعل ثم مضت الأيام الثلاثة وجب عليه أن يتصدق بمائة قرش أخرى. والفرق أنه عند وجود سبب الوجوب يجوز تعجيل الواجب، وعند عدمه لا يجوز، والسبب موجود في حال الإضافة وغير موجود في حال التعليق، وفي الواقع أن ذلك فرق اعتباري غير بين في الحقيقة، وخاصة إذا كان التعليق على حلول وقت معين كما في هذا المثال، إذ لا فرق بين أن تقول مثلا وقت أرضي غدا، وبين أن تقول إن جاء الغد فقد وقت أرضي حتى تنعقد الصيغة الأولى سببا في الحال ويصح بها الوقف لأنها معلقة، وهو لا يتقبل التعليق، ولهذا ذهب ابن تيمية إلى أن التعليق بحلول وقت معين إضافة في المعنى، ولا فارق بينه وبين الإضافة إلا من حيث اللفظ. راجع فتاوى ابن تيمية ج ٣ ص ٣٥٢، وإلى هذا يميل رأى بعض الحنفية. راجع حاشية الشلي على الزيلعي ج ٤ ص ١١٣، وذهب الشافعي إلى أنه لا انفراق بين التعليق والإضافة، وأن كلا من العقد المضاف والعقد المعلق سبب في الحال. وإنما يتأخر حكمه بسبب الإضافة في المضاف، وبسبب التعليق في المعلق. ورأيه وجهه، فإن ترتب الآثار على العقود كما بينا ترتب شرعي، والشارع قد أخرها في الحالين فالترتيب بينهما ليس له دليل سليم. والتعليق ينافي التنجيز ولا ينافي الإضافة، فالعقد لا يمكن أن يكون في وقت واحد منجزا ومعلقا، ولكن يمكن أن يكون مضافا ومعلقا؛ ذلك لأن تنجيز العقود، هو إنشاؤها على وجه ترتب عليه آثارها في الحال، أما تعليقها فهو ترتيب وجودها على وجود أمر آخر غير موجود، فعبارة العاقدين عند التنجيز تصير عقدا بمجرد الانتهاء منها، وترتب عليه آثاره الشرعية، أما عند التعليق فلا تصير عقدا ترتب عليه آثاره بمجرد الانتهاء منها، بل يتأجل ذلك، ثم لا يكون إلا إذا وجد الشرط المعلق عليه فعلا، فسوجوده تصح عقدا ترتب عليه آثاره في ذلك الوقت، وأما الإضافة فمناطها إرجاء آثار العقد إلى وقت مستقبل، وذلك بإضافة الإيجاب إليه، وهذا المعنى لا يتعارض مع تعليق وجوده وتحققه على وجود أمر آخر. بمعنى أنه إذا وجد ذلك الأمر المعلق عليه وجد العقد مضافا إلى زمن مستقبل، وإن لم يوجد ذلك الأمر لم يوجد العقد أصلا، مثال ذلك أن يقول شخص لآخر: إن بلغ ما أملكه في هذا الشهر عشرة آلاف جنيه فأنت وكيلي في إدارته ابتداء من الشهر التالي، ومعنى هذا أنه إذا تحقق أن وصلت ثروة الموكل عشرة آلاف جنيه فقد وجد عقد الوكالة، ولكن آثاره مرجأة إلى أول الشهر التالي فالعقد معلق ومضاف في آن واحد. وأما الاقتران بالشرط فلا يتنافى مع التنجيز ولا مع التعليق ولا مع الإضافة، إذ لا معنى له إلا زيادة التزام في العقد باشتراط زائد عليه، ولذا قد يكون المقترون بالشرط منجزا، وقد يكون معلقا، وقد يكون مضافا كما قدمنا في الأمثلة، وإذا فالتقرون بالشرط إذا كان منجزا أفاد أثره في الحال وهو التزام العقد والتزام الشرط في ضمنه، فإذا قلت لآخر: اشتريت هذه الساعة منك بشرط أن أدفع ثمنها بعد شهر وقبل مالكها تم العقد والتزم دفع الثمن في الوقت المحدد، أما المعلق فلا يفيد أثره في الحال سواء أكان مطلقا أم مقترنا بشرط وإنما يفيد أثره عند تحقق ماعلق عليه فإذا قلت لإنسان: أنا كفيل لك بما تعطيه قرضا لفلان إن أعطته غدا بشرط ألا يزيد على مائة جنيه لم يظهر لذلك أثر في الحال، فإذا أقرضه في النقد وكان القرض مائة جنيه فأقل تمت الكفالة.

الأول - ما ليصح تعليقه بأى شرط، فإذا علق بشرط كان غير صحيح، ويشمل ما يأتي:

(أ) عقود التمليك عدا الوصية كالبيع والشراء والإجارة والمزارعة والمساقاة، والصلح على ما ل وفي حكمها القسمة، والإبراء، وكذلك إجازة هذه العقود. ويستثنى من ذلك تعليقها على الخيار، مثل أن يقول شخص: «بعتك دارى إن رضى فلان، متى وقت لذلك مدة ثلاثة أيام، وهى مدة الخيار؛ لأن هذا فى معنى اشتراط الخيار، وهو شرط ورد به الشرع، وبناء على ذلك إذا قال شخص لآخر: بعتك كتابى هذا إن باع فلان كتابه لك، أو أجرتك سيارتى إن أجر فلان لك سيارته، أو زارعتك أو ساقيتك إن سافر فلان أول العام، ونحو ذلك لم يكن عقد البيع ولا عقد الإجارة، ولا عقد المزارعة، ولا عقد المساقاة صحيحاً. كذلك إذا باع سيارتك شخص بغير إذن منك (وهو الفضولى) فقلت: إن لم يحضر إلى مشر فى ظرف أسبوع، فقد أجزت البيع، لم تصح هذه الإجازة، والسبب فى ذلك ما يرمى فى صحة عقد التمليك مع التعليق من المناقاة للملك أو للعقد، وما يكون فى ذلك أيضا من غرر؛ ذلك لأننا إذا صححنا البيع مثلا مع تعليقه، فماذا يكون الحال قبل تحقق الشرط المعلق عليه؟ أيمنع البائع من أن يتصرف فى المبيع وهو ملكه؟ ذلك ما يتنافى مع الملك، وإذا منع فى أى أمد، وقد لا يتحقق الشرط، وذلك هو عين الغرر؟ وإذا لم يمنع من التصرف فيه فجاز أن يبيعه لآخر أو يستهلكه، فكيف يتفق ذلك مع القول بصحة البيع المعلق، ومن آثاره أنه عقد لازم؟ ذلك لا يتنافى مع حكم العقد، وهو إلى ذلك تغرير بالمشتري وإلى هذا ذهب الشافعى (١).

ويدخل فى هذا القسم التبرع كالهبة والقرض والوقف على الأرجح، فلا تصح الهبة إذا قلت: وهبتك كتابى هذا إن نجحت فى الامتحان، ولا القرض إذا قلت: إن جاءنى ربح من تجارتي هذه أقرضتك مائة جنيه، وإلى هذا ذهب الشافعى، وكذا لا يصح الوقف إذا قال: إن ملكت هذه الدار فهى وقف على كذا، وأجاز مالك تعليق التبرعات لعدم الضرر من ذلك، إذ ليس على المتبرع من سبيل إذا عدل، فلا ضرر إذا لم يتحقق الشرط المعلق عليه، ولكن الحنفية قاسوها على

(١) راجع الأنباء للسيوطى.

التمليك حتى لا يلحق المتبرع له ضرر أو غرر باعتماده على المتبرع، وخاصة إذا كان يعرفه بعدم العدول عن تبرعه.

(ب) عقود المبادلات غير المالية كالزواج والخلع، فلا يصح الزواج إذا قالت لك امرأة: تزوجتك إن رضى أبى، ولا الخلع إذا قلت لزوجتك: خالعتك على كذا إن تزوجت عليك، لما بيناه من السبب فى عقود التمليك المالية، وخالف الشافعى فى الخلع.

(ج) التقييدات كالرجعة^(١) وعزل الوكيل والحجر على الصبى المأذون له بالتجارة، فلا ينزل الوكيل بقولك له: إن قدم فلان فقد عزلتك، ولا ينحجر الصبى بقولك له: إن ذهبت اليوم إلى السوق فقد منعتك من التجارة، ولا تصح الرجعة بقولك لمطلقتك: إذا جاء فلان فقد راجعتك.

(د) الرهن والإقالة، فلا يصح الرهن بقولك لدائتك: رهتكَ كتابى إن نجحت فى الامتحان، ولا يرتفع البيع بقول المشتري لبائعه: إن وجدت مشتريا بضمن أعلى فقد أقلتكَ من البيع.

وإنما لم يصح تعليق هذه العقود - على العموم - عند الخفية لما فيه من معنى المقامرة، فقد يوجد الشرط وقد لا يوجد، فلا يكون العاقدان على بينة من أمرهما، وإذا وجد فإنما يوجد فى زمن مستقبل ليس يدرى فيه المعلق من أمره شيئا، فقد تتغير نفسه وإرادته فيه لسبب من الأسباب فيصبح نفاذ هذا أبغض شئ إليه فى الوقت الذى أراد فيه نفاذه، وليس مع هذا يتحقق الرضا، ولا عليه تبنى العقود.

أقول: هذا تعليل يعم كل عقد ولا يختص بما ذكرنا. وقد لا يتحقق بالتعليق ضرب من ضروب المقامرة، كما إذا علقت المراجعة على مجيء زمن مستقبل، وقد لا تكون المقامرة ضارة، كما إذا علقت عزل الوكيل على حضور وكيل آخر، ومن هذا نرى أن التعليل غير سليم، ولم نعثر لهم على تعليل مقنع يعم هذه العقود ولا يتحقق فى غيرها مما أجزى تعليقه.

(١) أى لأنها استدامة الملك فتكون معتبرة بإبتهائه، كما لا يجوز تعليق أبتهائه لا يجوز تعليقها. الزيلعى والشلى
وج ٤ ص ١١٣٢.

الثانى - ما يصح تعليقه ^(١) بأى شرط، ويشمل ماأتى :

(أ) الإسقاطات المحضنة كالطلاق والعتاق وتسليم الشفعة بعد ثبوتها، مثال ذلك أن يقول الزوج لزوجته: إن ذهبت إلى جهة كذا فأنت طالق، أو السيد لعبده: إن أحسنت عمل كذا فأنت حر، أو الجار لجاره: إن كان المشتري فلانا فقد أسقطت حقى فى الشفعة، فإذا تحقق الشرط الذى علق به الجزاء وقع الطلاق والعتاق وسقط حق الشفعة، وإلى هذا ذهب الشافعى.

(ب) الوكالة والوصية والإيضاء. مثل أن يقول: إن رأيت كذا فى السوق فأنت وكيلى فى شرائه، وإن وصلت ثروتى ألقى جنيه فقد أوصيت لك بعشرها، وإن مت عن أولاد فأنت وصى عليهم، فإذا تحقق الشرط تحققت الوكالة والوصية والإيضاء، وخالف الشافعى فى الوكالة فلم يصحها مع التعليق.

(ج) اليمين، فيصح تعليقه مثل إن شفى الله مريضى لأتصدقن بكذا، فإذا شفى مريضه لزمته الصدقة، وإنما صحت هذه العقود مع تعليقيها لعدم ترتب ضرر عليها فيها، أما الوصية فهى بطبيعتها يتوقف نفاذها على الموت، فليس يضير أن تتوقف كذلك على أمر آخر يوجد قبل الموت، وأما الإسقاط واليمين فكل منهما التزام شخصى لا يرتبط بغير إرادة الملتزم، فيصحان على الوجه الذى أراده؛ لأنه إرادته وهى له وحده، وكذلك الوكالة والإيضاء؛ لأنهما فى معنى الإذن للغير بالتصرف بالنيابة عنه، وليس الإذن أيضا إلا إرادة شخصية تتعلق به وحده، فيصح على الوجه الذى أراده.

الثالث - ما يصح تعليقه بالشرط الملائم له دون غيره، ويشمل الكفالة والحوالة والإذن للصبي بالتجارة.

والشرط الملائم هو ماكان مقتضيا للعقد المعلق عليه عرفا أو شرعا، كأن يكون تحققه أساسا لوجود العقد، كما فى ثبوت الدين بالنسبة للكفالة والحوالة أو مفضيا إليه عادة كما إذا كان سببا فى إمكان استيفاء الحق أو تعذر استيفائه، مثل أن يقول شخص: إن استحق المبيع فأنا ضامن لثمنه، أو إن أقرضت فلانا كذا فأنا

(١) فى رد المحتار: إن كل ما جاز تعليقه لا يظله اقترانه بالشرط الفاسد، وكل ما يظله اقترانه بالشرط الفاسد يظله التعليق. ج ٤ ص ٢٤٨.

ضامن، وإن لم يؤد فلان الدين غدا فأنا ضامن، أو إن ملكت كذا غدا فأنا ضامن، أو أن يقول مدين لدائته: إن لم أؤد إليك الدين غدا فقد أحلتك به على فلان، وأن يقول ولى الصغير له: إن بلغت عشر سنوات فقد أذنت لك بالتجارة. أما إذا علفت بشرط غير ملائم فلا تصح كأن يقول شخص لآخر: إن نجح ابنك فى الامتحان فأنا ضامن لدينك قبل فلان، أو إن نجح ابنى فى الامتحان فقد أحلتك على فلان، أو إن أمطرت السماء اليوم فقد أذنت لك بالتجارة، سواء أتحتقت هذه الشروط فيما بعد أم لم تتحقق، لأن تعليقها بشرط غير ملائم ما لا يظهر فيه غرض صحيح، فيكون ضربا من اللهو والهزل، ولا تصح العقود مع الهزل^(١)، يُنب الشافعى أن عقد الكفالة لا يقبل التعليق مطلقا ولا يصح معه، كما فى الأشباه للسيوطى.

العقود مع الإضافة: تنقسم العقود عند الحنفية بالنسبة لقبولها الإضافة وعدم قبولها ثلاثة أقسام:

الأول - عقود لا تتعد إلا مضافة، سواء اشتملت صيغتها على إضافتها أم خلت من ذلك، وهى الوصية والإيضاء؛ لأنها لا تفيد أثرها إلا بعد الموت، فلا يمكن بحال أن تتصل أحكامها بصيغتها، مثل أن يقول إنسان لآخر: أوصيت لك بمائة جنيه، أو جعلتك وصيا على أولادى، فلا تستحق المائة إلا بقبولها بعد الموت ولا يصير الموصى إليه وصيا على الأولاد إلا بعد موت الموصى. وإن لم يجنى ذكر ذلك فى الإيجاب.

الثانى - عقود لا تصح مع الإضافة، وهى العقود التى تفيد تملك الأعيان فى الحال، كالبيع وإجازته وفسخه والصلح عن مال والإبراء من الدين والهبة ويلحق بها القسمة^(٢)، والشركة والنكاح والرجعة والخلع من جانب الزوجة؛ وذلك لأن هذه العقود تفيد أثرها فى الحال، وإضافتها تستلزم إرجاء ذلك الأثر،

(١) راجع الهداية والعناية وفتح القدير ج ٥ ص ٤٠٥ وما بعدها. وراجع البسوط ج ١٩ ص ١٧٤ وما بعدها وج ٢٠ ص ٢٠ وما بعدها. ومن هذا تعلم أن ما ذكره صاحب أنفع الوسائل فى ص ٢٧٩ وما بعدها مخالف لما فى الكتب المعتمدة وأنه تمحل فى تأويلها.

(٢) وذلك لما فى القسمة من معنى المبادلة ولما فى الشركة من تملك جزء من الربح، ولما فى النكاح من تملك التعة فى الحال، ولأن الرجعة فى معنى النكاح لأنها استدامة ملك النكاح فكانت فى حكمه، ولما فى الخلع من المعاوضة الظاهرة كما فى النكاح. راجع الزيلعى ج ٤ ص ١٣٢.

وفى ذلك إبقاء لها مدة من الزمن من غير أثر، وليس لهذا وضعت شرعا؛ ولأنها إذا صحت مع الإضافة فلا بد أن يبقى المملك على ملكه إلى الوقت الذى أضيفت إليه، لإرجاء أثرها إلى ذلك الوقت، وعندئذ إما أن يصح تصرفه فيما يملكه من الأعيان التى جعلها محلا لهذه العقود. وذلك يقتضى استبداده بفسخ العقد المضاف، وهذا مناف للزومه، وإما ألا يصح تصرفه فيه، وذلك مايتنافى مع ثبوت ملكه، فلكل هذا لاتصح مع الإضافة. ولاشك أن التوجيه الأخير لايتحقق فى الهبة؛ لأنها عقد غير لازم بالنسبة للواهب، فليس ما يمنع من أن يتصرف فى محلها فيفسخ العقد بذلك، وكذا لايتحقق فى الشركة لنفس السبب.

الثالث- عقود تصح إضافتها فتكون تارة منجزة وتارة مضافة إلى زمن مستقبل، وتشمل ماياتى:

(أ) ما لا يمكن أن يفيد أثره فى الحال كالإجارة وإقالتها والعارية، والمزارعة والمساقاة والمضاربة؛ لأنها عقود على المنافع، وأنت تعلم أن المنفعة لا توجد دفعة واحدة، ولكنها توجد وتتجدد مع الزمن، فكان معنى الإضافة ملاحظا فى تشريعها ووضعها، ومن ثم صحت إضافتها.

(ب) الالتزامات كالكفالة والحوالة، لأنها لاتنفيد أثرها كاملا فى الحال فقد تتم الكفالة ولا يقوم الكفيل بدفع الدين إلا بعد مدة من الزمن، وقد لايدفع، وكذلك الحال فى الحوالة، فكان معنى الإضافة متحققا فيها فلا تنافى الإضافة معها.

(ج) الإسقاطات كالطلاق والخلع من الزوج لا من الزوجة^(١) والعناق والوقف؛ لأن كلا منها يعتبر إنهاء للملك، والمملك لايدوم، بل ينتهى بالموت وهو مستقبل، فلا مانع من أن ينتهى قبله فى الوقت الذى أضيفت إليه هذه العقود.

(د) الإطلاقات كالوكالة والقضاء؛ لأنها لاتنفيد أثرها كاملا فى الحال كما تقدم.

(١) راجع رد المحتار ٣٦ ص ٦٠٦ من باب الخلع.

وإضافة العقود وتعليقها نوع من الاشتراط فيها^(١) وما ذكرناه هنا من الأحكام هو مذهب إليه الحنفية بمقتضى الروايات المشهورة، وثم روايات أخرى تخالف ما ذكرناه. والواقع أن الأنظار فى هذا الموضوع مختلفة، وأن خير الآراء مذهب إليه ابن القيم وابن تيمية من الجواز إلا ماورد بالنهى عنه نص من الشارع لما بينا.

(١) ومن هذا يتبين أن ما يصح مع التعليق ولو فى بعض الحالات كالكتابة يصح مع الإضافة؛ لأن التعليق فى الواقع ضرب من الإضافة من ناحية أنه يترتب عليه إرجاء الأثر، ومالا يصح مع التعليق إن أفاد ملك العين لا يصح مع الإضافة، وإن أفاد ملك المنفعة. أو بعبارة أعم إن كان لا يترتب عليه جميع آثاره فى الحال صح مع الإضافة، وإن كان لا يصح مع التعليق، وعلى هذا فليس كل ما لا يقبل التعليق لا يقبل الإضافة، بل قد يقبلها.

خلاصة الباب

يتم العقد تارة بالإيجاب والقبول دون أن يتوقف تمامه على شيء آخر غيرهما وذلك هو الأصل في العقود، وتارة يتوقف تمامه على شيء آخر يضم إلى الإيجاب والقبول وهو القبض، وذلك في عقود الرهن والهبة والصدقة والعارية والوديعة والقرض، أما الرهن فلقوله تعالى في آخر سورة البقرة ﴿وإن كنتم على سفر ولم تجدوا كتابا فرهان مقبوضة﴾ وأما الهبة فلحديث «لا تجوز الهبة إلا مقبوضة»؛ ولأنها هي والصدقة والعارية والوديعة والقرض عقود غير لازمة، فلو أنها تمت قبل القبض لما كان لتمامها أثر لعدم لزومها، فجعل تمامها بالقبض لتظهر آثارها، وإذا تم العقد فقد ترتب على تمامه آثاره مباشرة وقد ترجأ، ففي الحالة الأولى يسمى العقد منجزا. وفي الحالة الثانية: إن كان سبب إرجائها يرجع إلى إضافة الإيجاب فيها إلى زمن مستقبل سمي العقد مضافا، وإن كان يرجع إلى تعليق الإيجاب على أمر غير موجود ولكنه على خطر الوجود مستقبلا سمي العقد معلقا.

المنجز: ما كانت صيغته غير مضافة إلى زمن ولا معلقة على شرط بأداة تعليق وحكمه ترتب آثاره عليه في الحال سواء أكان معلقا أم مقترنا بشرط، والأصل في العقود كلها أن تكون منجزة، ولكن خرج من هذا الأصل الوصية والإبضاء فلا يكونان إلا مضافين، إذ لا يفيد كل منهما أثره إلا بعد وفاة الموصى.

المضاف: ما أضيف الإيجاب فيه إلى زمن مستقبل. وحكمه أنه ينعقد في الحال سببا لحكمه، ولكن لا يوجد حكمه إلا عند حلول الوقت الذي أضيف إليه، سواء أكان مطلقا أم مقترنا بشرط.

المعلق: ما علق الإيجاب فيه على وجود أمر آخر غير موجود في الحال ولكنه محتمل الوجود في الاستقبال، وحكمه أنه لا ينعقد في الحال سببا لثرتب أثره عليه، ولكنه يصير سببا عند تحقق الأمر المعلق عليه، ويستثنى من ذلك المعلق على مشيئة العاقد الآخر، فإن التعليق فيه كعدمه، إذ كل العقود عند صدور الإيجاب فيها يصدر معلقا على قبوله من العاقد الآخر.

والعقود كلها تكون منجزة وذلك هو الأصل، ماعدا الوصية والإبضاء، وتكون غير منجزة وحينئذ يكون حكمها كما يأتي:

حكم العقود مع التعليق: العقود مع التعليق ثلاثة أقسام:

١ - عقود لاتقبل التعليق، وإذا علفت فسدت، وهي:

(أ) عقود التمليك المالية كالبيع والهبة والقرض والإبراء عن الدين والإجارة والمزارعة والمساقاة والصلح، ويلحق بها القسمة والصلح على مال والزواج والخلع والطلاق على مال بالنسبة للزوجة.

(ب) عقود التقييد كالرجعة وعزل الوكيل والحجر على الصبي المأذون له بالتجارة.

(ج) الرهن والإقالة. وذلك لما فى التعليق من غرر يتنافى مع مقتضى هذه العقود كلها.

٢ - مايصح مع التعليق على أى شرط، وهي الإسقاطات، كالطلاق والعتق والتنازل عن الشفعة والوكالة والوصية والإيضاء واليمين، وذلك لعدم المنافاة بين مايفيده التعليق من إرجاء قد يتحقق مع الأثر وقد لايتحقق، وبين مايفيده هذه العقود من الأحكام.

٣ - عقود تصح مع تعليقها على شرط يلائمها وتفسد مع تعليقها على شرط لا يلائمها، وهي الكفالة والحوالة والإذن للصبي بالتجارة. والشرط الملائم هو ماكان متفقا مع أثر العقد بأن يكون مفضيا إليه عادة.

حكم العقود مع الإضافة: العقود مع إضافتها على ثلاثة أنواع:

(أ) عقود لاتصدر إلا مضافة وهي الوصية والإيضاء.

(ب) عقود تفسد مع الإضافة وهي عقود تمليك الأعيان، كالبيع والهبة والصدقة والصلح والإبراء عن الدين ويلحق بها النكاح والرجعة.

(ج) عقود تصح مع إضافتها، وهي الإجارة والإعارة والمزارعة والمساقاة والمضاربة والكفالة والحوالة والوكالة والطلاق والعتق والوقف.

باب محل العقد

ويسمى المعقود عليه. وهو ما يظهر فيه أثر العقد وحكمه، وهو المال المبيع في عقد البيع، والمنافع في عقد الإجارة، وعمل المزارع في الأرض والمساقى في الشجر في عقدى المزارعة والمساواة، والعين المرهونة في عقد الرهن، والدين في الكفالة والحوالة، والمرأة في الزواج، وهكذا. وقد يكون أحد العاقدين للعقد محلا له، كالزوجة في عقد الزواج، فإنها بالنظر إليها منشئة للعقد عاقدة، وبالنظر إلى أن حكم العقد يظهر فيها معقود عليها أو محل العقد. ويشترط فيه الشروط الثلاثة الآتية:

١ - وجود المحل: نرى في كلام الحنفية ما يفيد أنهم يشترطون في محل العقد أن يكون موجودا وأن المعدوم لا يصبح أن يكون محلا للعقد إلا على طريق الاستثناء، ويعللون ذلك بأن آثار العقود وجودية، فلا تظهر في معدوم، وبأن المعدوم غير قابل لأن يملك، ويجعلون لذلك عقد الإجارة والسلم والاستصناع وما أشبهها عقودا استثنائية أجازها الشارع استحسانا. ولكننا نرى أن كثرة العقود المستثناة من هذا الأصل تقوم مانعا في اعتباره أصلا أو شرطا، ولذا قال (١) ابن القيم ما خلاصته «ليس في كتاب الله ولا في سنة رسوله ما يفيد أن العقد على المعدوم غير جائز، وما ورد في السنة من النهي عن بيع بعض الأشياء المعدومة، كقوله عليه السلام «لاتبع ماليس عندك» فليست العلة فيه العدم، وإنما هو الغرر بسبب عدم القدرة على التسليم، كبيع البعير الشارد. فإذا انتفت العلة لم يوجد الحكم، ألا ترى أن الشارع قد أجاز الإجارة والمساواة وبيع الثمر قبل بدو صلاحه لعدم الغرر في ذلك، ولم يجز بيع البعير الشارد، وإن كان موجودا لوجود الغرر في بيعه، كما لم يجز إجارة دابة لا يقدر المؤجر على تسليمها، وهذا حكم سائر عقود المعاوضات، بخلاف الوصية، فإنها تبرع محض، فلا غرر إذا ماتعلقت بموصى به معدوم».

والنتيجة أن العقد إذا كان يقتضى بطبيعته وبحسب شرعه أن يكون محله موجودا عند التعاقد كان وجوده شرطا في وجود العقد؛ لأن عدم وجوده حينئذ

(١) راجع أعلام الموقعين ج ٢.

مخالف لطبيعة العقد وشرعه، وما شرع كذلك إلا لدفع نزاع أو تجنب غرر، وعلى ذلك فلا ينعقد عقد أريد به بيع نتاج هذه الماشية قبل ولادته وظهوره، أو لبن هذه البقرة قبل أن تحلب، أو نصيبه في تركة أبيه قبل وفاته؛ لأن هذا النوع من البيع إنما شرع لنقل ملكية قائمة من البائع إلى المشتري، وهذه الملكية غير قائمة الآن، وقد لاتلد الماشية ولا تنبت الأرض، وإذا أنبتت فقد لا يشمر الزرع لآفة تصيبه، وقد يتوفى البائع قبل وفاة أبيه، وقد لا يترك شيئاً عند وفاته، وليست هذه الأشياء مع هذا مما يثبت في ذمة البائع فيملكها المشتري باعتبارها ديناً يشغل الذمة، لأنها ليست من الأمثال التي يتخير البائع في الوفاء بها، وهذا النوع لو قيل بصحته لترتب عليه كثير الغرر وكبير الضرر فلا يصح لذلك.

إما إذا كانت طبيعة العقد وشرعه لا يقتضى وجود محله وقت التعاقد، كما في العقد على المنافع من إجارة ومزارعة ومساواة، وكما في عقد السلم وعقد الاستصناع، وما إلى ذلك فلا يشترط وجود المحل حينئذ، وإنما يشترط إمكان وجوده في المستقبل، فإذا استحال وجوده قبل التعاقد لسبب من الأسباب^(١) فلا ينعقد العقد، مثال ذلك أن يسلم إنسان في نوع من القطن يصنفه أوصافاً لتجمعه من الأصناف المعروفة الموجودة. أو يستأجر إنسان آخر على أن ينقل له متاعاً معيناً من جهة كذا إلى جهة كذا، فيظهر أنه قد قام ابنه أو خادمه بنقله إلى المكان المطلوب من قبل، أو على أن يهدم له جداراً معيناً فيظهر أنه قد سقط من قبل ولا يعلم المؤجر، أو ليدلى بحجته أمام المحكمة في قضية معينة، فيظهر أن قد حكم له بما يطلب من قبل، فإن الشيء الحاصل لا يمكن أن يحصل مرة أخرى، ولذا لا ينعقد العقد في هذه الصور. ومن ذلك ما في فتاوى قاضيخان: إذا استأجر رجل آخر ليغزل له رطلاً من القطن وليس عند المؤجر قطن لم يجز؛ لأن العمل في محل معدوم غير متصور، ولكن إذا حدثت الاستحالة بعد تمام العقد كان حدوثها فاسخاً

(١) ومن ذلك ما ذهب إليه الحنفية من اشتراطهم إمكان البر لانعقاد اليمين وبقيائها. سواء أكانت بالله أو بالطلاق ونحوه، وفعوا على ذلك أن الشخص إذا حلف ليشرب ماء هذا الكوز ولا ماء فيه - ثم ينعقد اليمين؛ لأنه إذا كان وقت اليمين خالياً من الماء كان من المستحيل حينئذ شرب ما فيه من ماء، ومن ذلك ما إذا قال رجل لزوجته إن لم تردي الدينار الذي أخذته من كيسي فانت طالق وكان الدينار عند اليمين موجوداً في الكيس فإنها لانطلق لعدم انعقاد اليمين، ومن العجيب أنهم لم يعتبروا الاستحالة العادية فقالوا: إن من حلف بالطلاق أن يقلب هذا الحجر ذهباً انعقدت يمينه لجواز ذلك عقلاً. ولا شك أن هذا محل نظر. أما الشافعية فذهبوا باختلافهم في اشتراط إمكان البر، فمنهم من شرطه ومنهم من لم يشرطه. راجع الأشباه للسيوطي.

للعقد كما فى الأجير يمرض مرضا يعجزه عن القيام بما التزم به، أو يتوفى أو يؤجر لتعليم دابة فتنفق، أو لغزل صوف فيحرق، وسيأتى فى الإجارة، وستعرف تفصيل ذلك عند تفصيل أحكام العقود بما يناسب كل عقد.

٢ - تعيين المحل: وكذلك اتفق الفقهاء على أن يكون المحل معلوما للعاقدين علما يمنع الخداع والغرر، ولا يفضى إلى منازعة إذا كان العقد الوارد عليه من عقود المعاوضات فإن كان المعتقد عليه فى هذه الحال مجهولا جهالة يتعذر معها تعيينه أو تقديره أو كان مترددا بين حالين محتملين يوجد فى إحداهما، ولا يوجد فى الأخرى لم يصح العقد، وعلى هذا لا يصح بيع شاة من هذا القطع، ولا استئجار قلم ليكتب به دون أن يبين لذلك وقتا؛ لأن ذلك يؤدى إلى النزاع فى تعيين المبيع، أو النزاع فى مدة الانتفاع بالقلم، وكذلك لا يصح بيع بعير ضال فى الصحراء إذا كان غير معلوم المكان، أو غير مقدور التسليم، لأن ذلك يؤدى إلى الغرر عند عدم العثور عليه.

والجهالة المانعة من صحة العقود هي الجهالة الفاحشة، وهي الناشئة عن تجهيل جنس المحل، كأن يبيعه دابة من الدواب دون أن يبين جنسها، وأن يبيعه جميع ماله فى هذه الدار من الدواب والثياب والأثاث، والمشتري لا يعلم مافيهما، أو عن التفاوت الفاحش بين قيم مايتناوله المبيع المجهول من الأفراد كأن يبيع دارا من دوره التى له فى مدينة كذا بألف جنيه؛ لأن هذا النوع من الجهالة هو الذى يؤدى إلى الغرر والنزاع.

أما الجهالة اليسيرة وهي التى لا يكون معها تفاوت فاحش فى القيم، ويكون الجنس معها معلوما، فلا تمنع صلاحية المحل للعقد، لتساهل الناس فى أمرها، فأصبحت لا تؤدى إلى نزاع، كأن يبيعه مافى هذا الصندوق من الثياب، أو ما فى هذا المخزن من القمح، أو أن يبيعه مائة برتقالة من هذا النوع.

ونتيجة بحثهم هذا الموضوع أن المدار على العرف، وعلى أن الجهالة لا تؤدى إلى نزاع، فإذا كان الأمر كذلك لم تمنع صحة العقد، وإلا منعت. راجع رد المحتار فى البيع.

وأما عقود التبرعات، فقد اغتفر فيها من أنواع الجهالة ما لم يغتفر فى عقود

المعاوضات، ولذا صحت وصية الشخص بسهم من ماله، ويجزء من ماله، وكان البيان إلى الورثة إذ لانزاع في التبرع (١).

٣ - قبول المحل لحكم العقد: اتفق الفقهاء على أنه يشترط في محل العقد أن يكون قابلا لحكمه شرعا، فإذا لم يقبل حكمه لم يصلح محلا، ولم يصح العقد، وعدم قبول المحل لحكم العقد قد يكون راجعا إلى علاقة المتعاقدين به وأن أحدهما لا يملك فيه ما لا يملكه الآخر، وليس أولى به منه، وذلك كما في التعاقد على تملك الأشياء المباحة، كأن يبيع إنسان لآخر ما لا يملك من الطيور في الهواء، أو من الأسماك في الماء، أو من المياه في مجاريها، أو من الفلزات في معادنها، أو يهبه شيئا من ذلك، فمثل هذا التعاقد لا يتم لأنه ورد على محل غير قابل لحكمه، إذ حكمه نقل الملكية، ولا ملكية لأحد في هذه الأشياء حتى يلتزم بنقلها إلى غيره.

وقد يكون مرجعه إلى أن حكم العقد يتنافى مع ما خصص له ذلك المحل من أغراض عامة، وذلك كالمساجد والأنهار والقناطر، وما أشبهها مما خصص للمنافع العامة، فعقود التملك إذا وردت على هذه المحال، وهي مخصصة لهذه الأغراض لا تتعقد لعدم قبولها لحكمها إذ لا تقبل أن تملك لأحد، لمنافاة ذلك لما خصصت له من أغراض عامة.

وقد يكون مرجعه إلى ماورد عن الشارع من نهي في ذلك لحكمة راعاها، كالمحافظة على الآداب العامة، أو على الأخلاق أو الحرمات، أو على أموال الناس وعدم أكلها بالباطل، أو على الصلوات الاجتماعية، كما في بيع الميتة حتف أنفها، وكما في بيع الخمر أو الخنزير لمسلم، وكما في استئجار السائحة للنوح، وكما في استئجار الذمي مسلما لعمل الخمر له، أو استئجار المسلم آخر لحمل خمر إليه ليشربها، وكما في تزوج رجل بأصله أو فرعه أو بأخته نسا أو رضاعا، أو بزوجة غيره. وسيأتي تفصيل ذلك في كل عقد بما يناسبه.

(١) وفي الفروق للقرافي: التصرفات عند مالك ثلاثة أقسام أولها: التصرفات التي يقصد بها تنمية المال أو تحصيله وهذه تضرها الجهالة إلا إذا كانت جهالة دعت إليها الضرورة أو جرى بها العرف. ثانيها: التصرفات التي يقصد بها الإحسان الصرف وهي التبرعات كالصدقة والهبة والإبراء وهذه لا تضرها الجهالة؛ لأنها إن فاتت على من أحسن إليه بسبب الجهالة فلا ضرر لأنه لم يبدل فيها شيئا. ثالثها: تصرفات بين القسمين كالنكاح؛ لأن الشارع لما جعله طريقا إلى المودة والألفة أمكن أن تنظر فيه الجهالة، ولما اشترط فيه المال لم يمكن أن تنظر فيه الجهالة، نجاز لذلك مع الجهالة البيرة دون الفاحشة وذهب الشافعي إلى أن الجهالة غير جائزة في الأنواع الثلاثة.

خلاصة الباب

محل العقد أو المعقود عليه هو ما يظهر فيه أثر العقد، كالمال المباع بالنسبة لعقد البيع ومنفعة العين المتأجرة بالنسبة لعقد الإجارة، والزوجة بالنسبة لعقد الزواج، وإن عدت كذلك عاقدة، ويجب أن يتوافر فيه ثلاثة أمور:

الأول - وجوده، وذلك إذا اقتضى العقد بحسب طبيعته وشرعة وجوده، وعلى ذلك لا ينعقد بيع نتاج دابة قبل الولادة، ولا ثمرة قبل ظهورها، أما إذا كانت طبيعة العقد لا تقتضي بذلك، فلا يشترط وجوده حال العقد، ولكن يشترط إمكان وجوده، كما في السلم والإجارة، وعلى ذلك لو أسلم في شيء لا يوجد عادة لا ينعقد العقد، أو استأجر إنسانا لنقل شيء إلى مكان معين، فظهر أنه قد نقل إلى ذلك المكان قبل العقد لم ينعقد العقد.

الثاني - العلم به، والمراد بذلك أن يكون معلوما للعاقدين في عقود المعاوضة علما يمنع المنازعة والفرر عادة، فإذا جهل جهالة تؤدي إلى النزاع، كجهالة ناشئة عن الجهل بجنس المحل، أو عن تفاوت كبير في قيم أحاده أو عن عدم العلم بوجوده فالعقد باطل، وأما ما جرى العرف بالتسامح فيه من الجهالة كجهالة النوع في بعض الحالات فلا يضر بالعقد.

وإذا كان العقد عقد تبرع كالوصية لم تضره جهالة الجنس، فيصح الإيصال بهم من المال.

الثالث - أن يكون المحل قابلا لحكم العقد شرعا، فإذا كان لا يقبله لم يصح العقد، وعدم قبوله لحكم العقد قد يرجع إلى نهى الشارع، كما في بيع الميتة والخمر والخنزير، وقد يرجع إلى أن حكم العقد يتنافى مع ما خصص له المحل من منفعة عامة، كبيع الأنهار العامة، وقد يرجع إلى أن العاقدين بالنسبة إليه سواء لا يملك أحدهما فيه شيئا لا يملكه الآخر كما في بيع المباح.

العقد

قدمنا أن العقد لا ينشأ إلا من إيجاب وقبول دالين على إرادتين متوافقتين على إنشائه، وقد يطلق كذلك على كل التزام نشأ من عبارة تنبئ وتكون صادرة من شخص واحد. وعلى أية حال فأساس العقد عبارة عاقدية أو عبارة منشئه إذا كانت دالة على إرادة إنشائه وقصده إلى ذلك كما قدمنا.

وليس الناس في إنشاء العقود سواء، بل منهم من تعد عبارته لغوا من القول، فلا ينشأ عنها أى التزام، بل ولا أى أثر. ومنهم من يكون لعبارته أثر محدود، فيترتب عليها بعض الآثار ترتباً مطلقاً أو مقيداً بموافقة إرادة أخرى، ولا يترتب عليها بعضها الآخر، ومنهم من يستقل بإنشاء جميع العقود بعبارته، فيكون لها الأثر المطلوب والحكم المرغوب. واختلاف الناس في ذلك يرجع إلى اختلافهم في أمرين: الأهلية والولاية. فمن فقدهما معا لم يكن لعبارته في ذلك أثر لانعدام قصده وإرادته، ومن توافرتا فيه على كمال نشأت عن عبارته جميع العقود والالتزامات ونفذت، ومن لم تكملا فيه كان لعبارته بعض الآثار دون بعضها الآخر، وهاك التعريف بهما.

باب الأهلية

الأهلية نوعان: نوع يسمى بأهلية الوجوب، ونوع يسمى بأهلية الأداء أهلية الوجوب: يراد بأهلية الوجوب: صلاحية الإنسان، لأن تكون له حقوق قبل غيره، وعليه حقوق وواجبات لغيره، وإن شئت قلت: صلاحيته لأن يطالب ويطلب منه سواء أكان ذلك بنفسه أم بواسطة من له الولاية عليه. ومناط هذه الأهلية: الحياة فتثبت لكل إنسان حي، سواء أكان صغيرا أم كبيرا، عاقلا أم مجنونا، حرا أم عبدا، وتستمر له مادام حيا، فإذا توفى زابته، وقد تعتبر باقية بعد وفاته إلى أمد، لضرورات تقتضى ذلك فتنتهى بانتها تلك الضرورات؛ لأن الضرورة تقدر بقدرها. ومن ذلك: أن يتوفى الإنسان مدينا - وقد ترك مالا - فتعتبر أهليته باقية حتى يوفى دينه، ولولا ذلك لسقط الدين، إذ لا يتصور دين - كما يقولون - بغير مدين.

الذمة: وهذا النوع من الأهلية لا يوجد إلا حيث توجد الذمة، فوجوده وثبوته دليل ثبوتها وتحققها، فإن الذمة وصف شرعى اعتبارى يصير به الإنسان أهلا للوجوب له والوجوب عليه. وبناء على ذلك تكون هذه الأهلية أثرا من آثار الذمة.

والذمة فى اللغة العهد. والعهد يكون دائما سببا للمطالبة، وإن شئت قلت: يكون سببا لأن يطالب به الإنسان ويطلب به، ومن هذا أتى الاستعمال الشرعى الذى بيناه (١).

(١) يفهم مما ذكرنا أن الذمة أو أهلية الوجوب لا تكون إلا لإنسان حي، فلا يثبت ذلك لدابة من الدواب، ولذا لا تكون الدابة ذات أهلية لأن تمتلك، فلا تصح الهبة لها ولا الوصية كذلك على وجه التملك لها، كأن يقول الموصى: أوصى لدابة فلان بكذا، ولكن لو أوصى بدين لعاقبا جار؛ لأن ذلك وصية لملكها فى الواقع فإن علقها عليه، فكانت فى معنى الوصية له بهذا النوع من الطعام ليعلف منه الدابة. وكذلك لا تثبت الذمة ولا أهلية الوجوب عند الحنفية لما لاحياة له كالمسجد والمدسة والمستشفى والوقف وبيت المال، وما إلى ذلك من الجهات والمنشآت، فلا تكون أهلا لأن تملك ولا أن تكون لها حقوق وعليها واجبات، ذلك ما يظن من كلامهم، بل قد صرحوا به أحيانا، فقالوا: إن الوقف لازمة له، وبنوا على هذه النظرية عدم صحة الهبة لهذه المنشآت كالمسجد والمستشفى بخلاف الوصية لها فقد أجازوها على أنها وصية بالإتفاق عليها، فكانت من قبيل الإيضاء بالصدقة لا من قبيل التملك لها. ومثال ذلك: أن يوصى إنسان بهذا المال لينفق فى عمارة هذا المسجد أو فى مصالح هذا المستشفى وهكذا. ويعتبر ذلك كقيام شخص بالإتفاق على مسجد أو على مستشفى فى حال حياته، ومرجع كل ذلك إلى: الاحتساب لله تعالى والتصدق لا إلى تملك المستشفى أو المسجد شيئا. =

أنواع أهلية الوجوب: وهذا النوع من الأهلية قد يكون ناقصا وقد

= ومن هذا قيل: إن الحنيفة لا يتولون بالشخص المعنوي، أو بالشخصية المعنوية القانونية كشخصية الشركات والمنشآت والحكومات والمصالح وما أشبه ذلك. ولكتنا مع ذلك نرى في كتبهم كثيرا ما يقررون لهذه الجهات أحكاما تنتضى أن لها حقوقا قبل الناس يقوم بطلبها من له الولاية أو النظر عليها، وأن للناس حقوقا قبلها يطالبون بها من له الولاية عليها، شأنها في ذلك شأن الصبي غير المميز وما في حكمه. فنرى أن الولي عليها كثيرا ما يبيع لها، كبيع ثمرات الأعيان الموقوفة عليها. وكثيرا ما يشتري لها كذلك، كشرائه للبذور اللازمة لزراعة أرضها، وأدوات فلاحتها وجميع حاجتها، وقد يستدين لها، فيكون الدين مطلوبا من ثناء الأعيان الموقوفة عليها، وقد يفتق عليها من ماله فيرجع في ماله وهكذا، فالوقف مثلا يقوم الناظر عليه بتأجير أعيانه المعدة لذلك. فإذا تفتق المتأجر أصبح مدينا بالأجرة لجهة الوقف لا للناظر ولا للمتحمقين، أما أنه غير مدين للناظر فلأنه لو عزل لم يكن له حق مطالبة المتأجر بما في ذمته من الأجرة، وإنما يتقل حق المطالبة إلى من حل محله. ولو كان الدين له لبقى له حق المطالبة بعد عزله، وأما أنه غير مدين للمتحمقين فلأنه لا يجوز له مطالبة المتأجر بها، ولو كانت ديناً لهم لطلبوا بها. وكذلك قد يحتاج الوقف إلى عمارة فيحجز الناظر من غلاته ما يفي بالعمارة، فما يحجزه ليس ملكا له ولا ملكا للمتحمقين، وإنما هو من حق جهة الوقف، وليس لذلك معنى إلا أنه ملك لينا، وبهذا يظهر أن الوقف تكون له حقوق يطلب بها الناظر عليه، وكذلك قد يقوم الناظر بالإنتفاق من ماله في عمارة أعيان الوقف فيكون ما يفتقه حقا له قبل الوقف يرجع به في غلته عند تحصيلها، وقد يشتري له ما يحتاج إليه نيئة بإذن القاضي فيطلب الناظر بدفع الثمن من غلة الوقف، وإذا عزل صح أن يطلب بذلك بعد عزله من حل محله في النظر. وإذا صح أيضا أن يطلب بذلك بعد عزله لأنه كالوكيل ترجع حقوق عقده إليه، فيدفع الثمن على أن يرجع به علي من حل محله في النظر، ولكن في مال الوقف، وقد جاء في تنقيح الحامدية من باب الوقف عند آخره: إذا اشترى القيم على المسجد وأعيانه حصيرا له بالنيئة ثم عزل وأقيم مقامه آخر في النظر على ذلك كان لباتع الحصير مطالبة الناظر الجديد بشئها. وكذلك نجد كثيرا من أحكام بيت المال والمنشآت ما يظير أن المرجع فيه إلى مالها من حقوق يجب أن تصل إليها وما يطلب من حقوق تجب لغيرها فليها، وإلا فكيف يدار مستشفى مثلا وقفه مالكة ووقف على إدارته أعيانها. ليس يحتاج في إدارته إلى أطباء وصيادلة وممرضين وأصناف متعددة من المستخدمين. وكل هؤلاء يستحقون الأجر على أعمالهم قبل المستشفى وأعيانه؟ وإن شئت قلت في غلة تلك الأعيان. ثم ليس يحتاج كذلك إلى أن يشتري له كثير من الأثاث والأدوات والعقاقير الطبية، فيكون لباتعها أن يطلب بشئها، وعندئذ لا يطلب إلا الناظر باعتباره وليا على هذا المستشفى؟ ومع كل هذا فقد يعالج في المستشفى كثير من الموسرين بأجر، فتستحق جهة المستشفى عليهم ذلك الأجر ويطلبون بأدائه ويدفعونه لجهة المستشفى، فيكون من أمواله لا من أموال الناظر عليه، ومثل ذلك من شئونه وشئون مثله كثير. وجميعه يقتضى شيوث الذمة لجهات لاحياة فيها، ولعل ذلك مبادعا الشافعي والمالكية إلى أن يجعلوا هذه الجهات أهلا للملك فأنبتوا لها بذلك الذمة، إذ لا يملك إلا من كان له ذمة وأهلية، ففي أسنى المطالب على روض الطالب للشيخ زكريا الأنصاري الشافعي ما يأتي نصه: ولو كان للمسجد شخص من أرض مشتركة مملوكة له بشراء أو هبة ليصرف في عمارته ثم باع شريكه نصيبه في تلك الأرض فللقائم على المسجد أن يشفع ويأخذ حصة الشريك بالشفعة إن رأى ذلك مصلحة. كما لو كان لبيت المال شريك في أرض فباع شريكه نصيبه فيها، فللإمام الأخذ بالشفعة إن رآه مصلحة. ١. هـ ٢. ج ٣٦٥. ومثل ذلك في نهاية المحتاج للزملي الشافعي. وفي منح الجليل للشيخ عيش المالكي ما يأتي: سئل ابن زرب عن تصدق أو وهب لسجد بعينه، هل يجبر على إخراجه وإنفاذها؟ - يريد البية أو الصدقة - فقال: يجبر كمتصدق على رجل بعينه. وقال أحمد وابن عبد الملك: يؤمر ولا يجبر. يريد لأن الانتفاع ليس للمسجد وإنما لو حياصة الناس. فهي كصدقة على غير معين. ١. هـ ٢. ج ٤ ص ١١٤. وفيه أيضا: للسلطان باعتباره ناظر بيت المال أن يأخذ له بالشفعة إذا كان له شخص بيب ميراث مثلا عندما يبيع الشريك. ١. هـ ٢. ج ٣ ص ٥٨٤. فأنت ترى في هذا أن المسجد يشتري له فيكون مالكا، =

يكون كاملا: فهو في الجنين ناقص. ومن ثم لم يكن الجنين أهلا للإلزام، فلا يطالب؛ إذ لا فعل له ولا عبارة، حتى يلزمه شيء من هذا الطريق^(١)، ولا ولى له^(٢) أيضا حتى يلزم بالتزام ولىه عنه، ولكن تثبت له بعض الحقوق، فيرث ويوصى له ويستحق في ريع الموقوف عليه.

وهو بعد الولادة كامل، فيصير المولود أهلا لأن يجب له ويجب عليه، وينوب عنه في ذلك ولىه، فيطالب بما يجب له، ويلزم بما يلتزم به ولىه عنه، حب ماسنين من حدود شرعية.

علاقة أهلية الوجوب بإنشاء العقود: وليس لأهلية الوجوب أثر في إنشاء العقود فقد تكون كاملة، ولا يكون صاحبها أهلا لإنشاء أى عقد، كما في الصبي الذى لا يميز، إنما الأثر لأهلية الأداء.

أهلية الأداء: ويراد بأهلية الأداء، أهلية المعاملة والتصرف، بمعنى أن

= وكذلك يوجب له فيكون مالكا، ويؤخذ له بالشفعة فيملك بها، وكذلك بيت المال، وليس لهذا مرجع إلا ثبوت الذمة لهما ولأمثالهما، قياسا عليهما، وعى الحنفية أن يقولوا: إن مرجع هذا كله إلى ما لأرباب الانتفاع بهذه المنشآت من حياة، فما كان لها من حقوق فهي في الواقع حفرتهم، وما كان عليها من حق لغيرها فهو واجب عليهم، وما اضطرتنا إلى إسناد ذلك إليها إلا لعدم تعيينهم وحصرهم، وتعذر مطالبتهم إذا ماوجب الحق عليه، أو قيامهم جميعا بمطالبة غيرهم إذا ما كان الحق لهم، ولولا ذلك ماكان لهذه المنشآت حقوق وما طولبت بحق، إذ إنه راجع في الحنفية إليهم بحكم أن المنفعة لهم لا لها، إذ لا نفس لها ولا حياة.

وفي رأى: أنه إن صح لهم أن يقولوا ذلك فإنما يصلح تعليلا لانقضاء أن لهذه المنشآت ذمة على وجه الاستثناء، لا تعليلا لطلب الذمة عنها، إذ النتيجة أن هناك حقوقا تطلب لها قطعا، وهناك حقوقا تطلب منها قطعا، وليس معنى الذمة إلا هذا. وقد ذكر الحنفية في كتبهم أن الوقف لازمة له وفرعوا على ذلك أن المستأجر لأعيان الوقف إذا أمره المولى عليه بأن يتفق عليها مبلغا في عمارتها الضرورية ويقتطع ذلك من الأجرة التى تجب عليه سم انتهت مدته قبل استيفائه جميع ماأنفق فأجرت العين لغيره وأمر المتولى المستأجر الجديد بإيفاء المستأجر الأول بقيمة ماله، ثم توفي المتولى وعين ناظر آخر صار للموقف فى يده مال من ريعه، إذا حصل ذلك لم يكن للمستأجر الثانى أن يرجع بدينه على متولى الوقف الجديد، وإنما يرجع به فى تركة المتولى السابق، ثم يرجع ورثته على متولى الوقف الجديد فى مال الوقف - ذكروا ذلك - وليس لقصر طريق الوفاء على هذا وجه، وليس لهذه الوساطة ضرورة بل ولا موجب، ثم على أى أساس يرجع ورثة المتولى على الناظر الجديد فى مال الوقف؟ اليس ذلك لأنهم أصبحوا دائنين للموقف بقدر ما أخذ من تركة أبيهم؟ وهذا قدر يثبت الذمة للموقف. إنهم لن يستطيعوا أن يتجنبوا ذلك مع فروعهم الكثيرة الدالة على المطالبة من الوقف والمطالبة للموقف.

(١) ويرى الخبابة أنه يطالب فى ماله بنفقة أمه، بل لقد ذهب بعضهم إلى مطالبته بنفقة أقاربه الذين تجب لهم النفقة على مثله كما تجب زكاة الفطر فى ماله، راجع القواعد لابن رجب ص ١٧٨.

(٢) لايقام على الجنين وصى، ولكن يصح أن ينصب له أمين للمحافظة على ما احتجز له من أموال. وذلك خلاف ماأنقضى به المادة الثالثة من قانون المجالس الحية من إقامة وصى على الجنين، اتباعا لرأى بعض الفقهاء.

يكون الإنسان صالحاً لأن يلتزم بعبارته فيكون مؤاخذاً بها، ويطلب بمقتضى هذا الالتزام. ولأن ينشئ مع غيره عقوداً يكتسب بها حقوقاً يطالب غيره بها بناءً على هذا التعاقد. فثبوت أهلية الأداء يستلزم صحة التصرفات القولية، ومن ثم ترتب النتائج الآتية:

- (١) إن المجنون والصبي غير المميز لا يتصفان بأهلية الأداء، إذ لا أثر لعبارتهما كما سيأتي، وإن كانت أهلية الوجوب فيهما كاملة لما قدمنا.
- (٢) إن البالغ العاقل كامل الأهليتين: أهلية الوجوب «لأنه أهل لأن يجب له ويجب عليه» وأهلية الأداء «لما أخذته بعبارته وترتب آثارها عليها».

إن ثبوت أهلية الأداء يستلزم ثبوت أهلية الوجوب، دون العكس؛ ذلك لأن مناط ثبوت أهلية الأداء صحة العبارة وترتب آثارها، وليست هذه الآثار إلا حقوقاً تطلب ممن أصدرها، وحقوقاً يطلبها هو ممن وجهها إليه، وذلك ما تحقق به أهلية الوجوب، أما أهلية الوجوب فمناطها الحياة، وقد يكون الحي غير صحيح العبارة لفقدان تمييزه كالمجنون.

مناط أهلية الأداء: مناط أهلية الأداء ثبوت العقل والتمييز، ويراد بالتمييز معرفة معاني الألفاظ التي تنشأ بها العقود، والعلم بآثار تلك العقود والغبن فيينا من فاحش ويسير، ولا اعتداد بشيء من ذلك إلا لمن بلغ السابعة من عمره، أما قبل ذلك فلا اعتداد بعقله ولا بتمييزه.

أنواع أهلية الأداء: وأهلية الأداء نوعان: كاملة وناقصة، وذلك بحسب كمال العقل ونقصانه، فتكون كاملة في البالغ العاقل، ولذا كان كامل التصرف في أمواله، يتصرف فيها كما يريد غير مقيد بقيد إلا ما يقيد به الشارع، إما لعدم الإضرار بحقوق غيره من دائن أو وارث، عندما يحجر عليه بسبب الدين، أو عند مرضه مرض الموت، وإما لمنع الأذى والضرر عن نفسه عندما يحجر عليه بسبب السفه أو الغفلة كما سيأتي تفصيله.

أهلية الأداء الناقصة: وتكون ناقصة فيمن كان عنده أصل التمييز ولم يكمل عقله، إما لعدم بلوغه السن، وإما لآفة أصابته، كعته، والأول هو الصبي المميز، والثاني هو المعتوه المميز، فهؤلاء هم ضعيفو الأهلية أو ناقصوها، أما

الصبي الذي لا يميز والمجنون فهما فاقدان لهذه الأهلية لفقدهم التمييز، ويلحق بهؤلاء في بعض الأحكام المحجور عليه للسفه أو للغفلة أو للدين، وكذلك المريض مرض الموت. وهاك أحكام عقودهم.

أطوار الإنسان في أهليته: للإنسان بالنسبة إلى أهليته أربعة أطوار، فيكون أول أمره جنينا «حملا في بطن أمه» ثم يولد، فيكون صبيا غير مميز، ثم يجيئه بعد ذلك التمييز فيكون صبيا مميزا، ثم يبلغ الحلم فيكون بالغاً.

الجنين: يبدأ الإنسان حياته جنينا، فتكون له حينئذ أهلية وجوب قاصرة مظهرها في ثبوت بعض الحقوق له، ولا يثبت له شيء منها إلا عن طريق الوراثة أو عن الإيصاء له، أو عن الوقف عليه، ويشترط في ثبوت ذلك له أن يولد حيا، ويتحقق ذلك بظهور أكثره حيا، ولا يضير أن يموت إثر ذلك مباشرة، فإذا ظهر ميتا تبين أنه لم يكن له حق في ميراث ولا في وصية ولا في وقف، ويصير كل ذلك لمن يستحقه على فرض عدم وجوده أصلا.

وغنى عن البيان أنه في هذا الطور لا يكون له ولي، ولذا لا يثبت له حق إلا في هذه النواحي الثلاث، لعدم افتقارها إلى قول أو فعل منه أو ممن يلي عليه، أما ما يفتقر إلى ذلك من الحقوق فلا يثبت له ولا يجب عليه، إذ ليس له في هذا الطور قول ولا فعل، وليس له مع ذلك ولي يقوم مقامه في ذلك، وهذا ما عليه أكثر الفقهاء (١).

الصبي غير المميز: إذا ولد الجنين حيا أصبح صبيا لا يميز له إلى أن يبلغ تمام السنة السابعة، وفي هذا الطور تثبت أهلية الوجوب الكاملة، فتجب له الحقوق قبل غيره وتثبت عليه واجبات لغيره، ويكون له في هذا الطور ولي أو وصي يقوم على إدارة أمواله والتصرف فيها على وفق ما حدد له في ذلك من حدود شرعية ليس من موضوعنا بيانها.

(١) قدمنا أنه يجوز أن يعين للحمل أمين يقوم بحفظ ما احتجز له من المال، وأن المادة الثالثة من قانون المجالس الحية تجوز إقامة وصي عليه، ولم تفرق بينه وبين أي وصي آخر، وعلى ذلك يكون له ما للأوصياء العاديين من إدارة الأموال والتصرف فيها حسب الحدود الشرعية الموضوعية، فإن ظهر حيا تبين أن تصرفه صادف مالا مملوكا لموليه، وإن ظهر ميتا تبين أن تصرفه صادف أموالا مملوكة لغير موليه. فيكون تصرفه فيها كتصرف النضولي موقونا أو باطلا على الخلاف في ذلك.

وليس له في هذا الطور عبارة معتبرة، بل تكون جميع أقواله فيه مهدرة لاغية لا يترتب عليها التزام ولا إزام، فلا ينشأ عنها أى عقد كيفما كانت صفتة، وكيف كان نوعه، وإنما يباشر لأجله ما يحتاج إليه من هذه العقود من له الولاية عليه. ويستمر هذا الطور، ولا ينتهى إلا بتوافر أمرين: بلوغه السابعة من عمره وتمييزه. وأهلية الأداء فيه بنوعها معدومة.

الصبى المميز: يكون الصبى مميزا إذا بلغ السابعة من عمره، وتوافر له معرفة معانى الألفاظ التي تنشأ بها العقود التي يريد إنشاءها وأثارها، وعلم الغبن فيها، فإن لم تتوافر له تلك المعرفة، ولم يعلم الغبن فيها، لم يكن مميزا، كما لا يعد مميزا قبل بلوغه السابعة، وإن أدرك شيئا من ذلك.

وينتهى الصبا ببلوغه الحلم، ويعرف ذلك بعلامة من علاماته، كالحيض للأثنى والاحتلام للرجل، فإذا لم تظهر علامة من علاماته اعتبر كل منهما بالغنا بتمام الخامسة عشرة من عمره عند أكثر العلماء^(١).

غير أن بلوغ الحلم ليس كافيا وحده لتسليم مال الصغير إليه، وإطلاق يده فى التصرف فيه عند الصاحبين، بل لابد مع ذلك من إيناس الرشد، لقوله تعالى فى أوائل سورة النساء ﴿وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشدا فادفعوا إليهم أموالهم﴾ ولذا رأيا أن الولاية على الصبى المميز لا تنتهى، ولا تطلق يده فى جميع التصرفات، إلا إذا بلغ رشيدا، فإن رشد قبل البلوغ استمرت الولاية عليه حتى يبلغ، وإن بلغ غير رشيد استمرت حتى يرشد مهما كبرت سنه.

وذهب أبو حنيفة إلى أنه إذا بلغ غير رشيد لم يدفع إليه ماله حتى يبلغ خمسا وعشرين سنة، فإذا بلغها دفع إليه ماله وإن لم يرشد، أما نفاذ تصرفه فيثبت له بمجرد بلوغه وإن لم يدفع إليه ماله، لأنه لا يرى الحجر للسفه كما سيأتى^(٢).

ولم يجعل الفقهاء للرشد سنا مقدرة دائما، بل يعرف عندهم بالمعاملة والتجربة، ولكن قانون المجالس الحسينية حدد له سنا معينة، وهى إحدى وعشرون سنة ميلادية، والغلام والفتاة فى ذلك سواء، فإذا بلغها أحدهما انتهت الولاية الحسينية عليه.

(١) وإلى هذا ذهب الصحابان وعليه الفتوى، وهو رواية عن أبى حنيفة وقول للشافعى وروى عن أبى حنيفة أيضا أن العبرة بتمام الثامنة عشرة بالنبة للغلام والسابعة عشرة بالنبة للفتاة، وعن بعض العلماء: المعبر اثنتان وعشرون سنة بالنبة لهما، وعن بعضهم خمس وعشرون سنة. راجع الهداية والعناية.

(٢) راجع الهداية والعناية ج ٧ ص ٤١٦.

غير أنه يجب ألا يعزب عن البال أن هذا التحديد الذى صدر به قانون المجالس الحسبية خاص بالرشد في التصرفات المالية، وهى ماكان محلها المال مباشرة، أما غيرها من التصرفات كالزواج والطلاق فقد بقى الرشد غير محدد بسن خاصة، بل يرجع فى تعرفه إلى المشاهد والتجربة، وعلى ذلك فانتهاء الولاية بالنسبة لها يراعى فيه الخلاف المذكور آنفاً، وهو أنها تنتهى بالبلوغ وحده أم بالبلوغ مع الرشد ولو لم يصل المولى عليه إلى إحدى وعشرين سنة، وعند ذلك يتفد كل من زواجه وطلاقه دون رجوع إلى رأى أحد.

والصبي فى هذا الطور - طور التمييز قبل الرشد - له أهلية وجوب كاملة كما قدمنا، وله كذلك أهلية أداء قاصرة، ولذا تكون عبارته صحيحة معتبرة فى بعض التصرفات، اكتفاء بإرادته فيها لأن منفعتة فيها محققة ومهملة لاغية فى بعض آخر منها بالنسبة له؛ لأن ضرره فيها محقق أو الشأن فيها كذلك، فلم تعتبر له فيها بسبب ذلك إرادة ولا عبارة، لقصور وزنه ورضاه. وقد تتوقف صحتها واعتبارها على أنه تعضدها إرادة أخرى رشيدة هي إرادة الولي عليه، فإذا انضمت إلى إرادته ظهر أن وزنه صحيح، وإذا خالفته ظهر عكس ذلك فتلغو عبارته، وذلك فى العقود التي تتردد بين أن تكون نافعة أو ضارة بحسب الشأن فيها، ولذا انقسمت العقود أو التصرفات بالنسبة له ثلاثة أقسام:

الأول: التصرفات النافعة نفعا محضاً، كقبول الهبة وقبول الكفالة وقبول الوصية، وهذا النوع يصح بعبارته وينفذ دون حاجة إلى إجازة ممن له الولاية عليه؛ ذلك لأن عبارته صالحة فى ذاتها لإنشاء العقود. ولذا صلح لأن يكون وكيلاً عن غيره فى جميع عقودة وتصرفاته. وليس فى هذا النوع من التصرفات ضرر به، فلم يكن ثمة فى حاجة إلى الاستعانة بغيره، وفى الحكم بصحتها منفعة له، فلذلك صحت ونفذت.

الثانى: التصرفات الضارة ضرراً محضاً، بحيث يكون من أثرها النقص لا الزيادة كالتبرع بجميع أنواعه من هبة ووصية^(١) وكفالة ووقف،

(١) تنص المادة الخامسة من قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ على أنه يشترط فى الموصى أن يكون أهلاً للتبرع قانوناً. ومعنى ذلك أن يبلغ من العمر ٢١ سنة ميلادية، كما يقضى بذلك قانون المجالس الحسبية مادة ٢٩ منه، وأن يكون مع ذلك رشيداً. وبناء على ذلك فلا تصح الوصية ممن لم يبلغ هذه السن ولو كان بالغاً رشيداً، =

وكالطلاق^(١) والإعتاق. وهذا النوع لا يتعقد بعبارته، فلا ينقلب صحيحا بإجازة من له الولاية عليه، لأنه ضار به في الجملة فلا يلزم به، سواء باشره هو أم باشره عنه وليه، وإذا لم يكن لوليه مباشرته ابتداء لم يكن له حق إجازته انتهاء.

الثالث - التصرفات التي من شأنها أن يكون من ورائها ضرر، كالبيع والشراء والإجارة وسائر المعاوضات والتكاح، وعبارة الصبي المميز صالحة لإنشائها لما فيها من توافر القصد إلى معانيها، ودلالاتها على وجود الإرادة في إنشائها. وقد اعتبرت هذه الإرادة نظرا لما قد يترتب على هذه العقود من المنفعة في بعض الأحوال، ولكنها مع ذلك لا تنفذ إلا بإجازة الولي أو الوصي، لأنها وليدة عقل فيه نقص وإرادة بها ضعف، ولا يدري أفيها خيره أم ضرره، فلا بد من أن ينضم إلى عقل الصبي الناقص وإرادته الضعيفة عقل كامل وإرادة قوية، حتى إذا روي أن في التصرف خيره أجزى فنفذ، وإلا رفض فبطل^(٢).

وقد علمت أن النظر في ذلك إنما هو إلي طبيعة هذه العقود، فروعى الشأن فيها دون التفات إلى واقعة العقد الذي باشره الصبي وإلى ظروفها، فإذا كان هذا العقد من النوع الثالث مثلا توقف نفاذه على إجازة وليه أو وصيه. وإن كانت فيه المنفعة واضحة ظاهرة، وذلك كبيع بأضعاف القيمة وكشراثة بنصف القيمة^(٣).

= غير أن القانون أجاز لمن بلغ من العمر ثماني عشرة سنة شمسية أن يوصى بإذن من المجلس الحسبي. راجع المادة الخامسة.

(١) قال شمس الأئمة: طلاق الصبي المميز واقع إذا دعت إليه حاجة، ألا ترى أنه إذا أسلمت امراته يعرض عليه الإسلام فإن أبى فرق بينهما، وهو طلاق عند الطرفين، وإذا ارتد فرق بينه وبين امراته وهو طلاق عند محمد. ١. هـ. من شرح الأنوار ج ٢ ص ٢٥٨.

(٢) إذا رأى الوصي أو الولي الصغير المميز يبيع أو يشتري فسكت عن ذلك لم يكن سكوته رضا عند الحنفية، وللمالكية في ذلك رأيان: رأى يقضى بأن فعله في هذه الحال كفعل الولي أو الوصي، ورأى يقضى بأنه غير لازم، فإن كان فيه مصلحة لزم المحجور وإلا نقض وأعيدت الحال إلى ما كانت عليه من قبل العقد إن أمكن ذلك، ففى البيع يترد المبيع إن كان قائما وقيمته إن هلك، فإن تعذر الرجوع على المشتري بالقيمة كان الوصي ضامنا لتقصيره بعدم منعه حين رآه يبيع. خطاب ج ٤ ص ١٢٤٧.

(٣) وتقسم العقود التي يباشرها الصبي هذه القسمة الثلاثية بجرى عليه العمل الآن مادام الصبي غير بالغ. فإذا بلغ تمت له أهلية الأداء كاملة على الخلاف الذي أشرنا إليه. ولكن قانون المجالس الحبية في هذا الحال لا يعترف له بها في جميع العقود المالية؛ لأنه لم يبلغ سن الرشد، فلا يزال في نظره بالنسبة لها ذا أهلية أداء ناقصة، فيستمر حكم مباشرته لها على الوجه المذكور، حتى يبلغ الثامنة عشرة من عمره، فإذا بلغها منحه القانون أهلية أداء كذلك بالنسبة إلى الأمور الآتية فقط:

١ - تسلم أمواله وإدراجها بنسبه.

٢ - قبض دخله والتصرف به.

وإجازة هذه العقود لا تكون صحيحة إلا إذا كانت ممن يملك إنشاء هذا العقد وإنفاذه ابتداء، فإن لم يكن يملكه ابتداء لم ينفذ بإجازته انتهاء، وبناء على ذلك إذا باع الصغير المميز شيئاً من ماله بغبن فاحش كان هذا البيع باطلاً، فلا يصح بإجازة الولي، لأنه لا يملك أن يبيع ابتداء بالغبن الفاحش، فلا يملك أن يجيزه إذا باشره من هو تحت ولايته (١).

٣ - التأخير لمدة لا تتجاوز سنة.

٤ - زراعة أطيانه.

٥ - إجراء ما يلزم للعقارات من أعمال الحفظ والصيانة. ويستمر قاصراً فيما عدا ذلك، راجع مادة (٢٩) من القانون.

وما لا شك فيه أن وضع الأمور الخسة هذا الوضع جعلها ذات مرونة تحتاج معها إلى التحديد، إذ إنها بوضعها هذا يمكن أن تتناول كثيراً من التصرفات والعقود، فإن إدارة الأموال تتناول استثمارها بواسطة التجارة والصناعة. وناهيك بما يتطلبه ذلك من التصرفات والعقود المتعددة الأنواع، والتصرف في الدخل يتناول أن يشتري به عقارات وأوراقاً مالية، وزراعة الأرض تستلزم شراء البذور والأسمدة وآلات الزراعة واستئجار العمال، وكذلك الحال فيما تقتضيه أعمال الصيانة والترميم اللازمة للعقارات، وهذا بجملته قد يعارض مع ماقتضت به المادة ٢١ من القانون. فإنها توجب على الوصي استئذان المجلس في شراء العقارات أو بيعها. وفي بيع الأوراق المالية ورهنها، وفي إجراء الصلح، وهذه الأعمال قد تقتضيها الأمور الخسة السابقة، فتكون في سلطان الصبي بدون حاجة إلى إذن، ومن البعيد أن يلزم الوصي بالاستئذان في تصرفات تعطى لموليه من غير استئذان، فهل المراد إطلاق التصرف للصبي في الدخل ولو أدى ذلك إلى شراء العقار وبيعه مع إبقاء القيود الخاصة بالوصي؟ أو أن المادة ٢٩ يجب أن يراعى تقييدها بما تقتضيه المادة ٢١ ولو من طريق الإشارة والضرورة؟ وقد يقال: إن المادة ٢٩ استثناء، والاستثناء لا يتوسع فيه، فيجب ألا يعطى بها الصبي ما لا يعطى الوصي، كما يمكن أن يقال: إن القيود الواردة بالمادة ٢١ إنما وردت في رأس المال، والإطلاق الذي تقتضيه المادة ٢٩ إنما هو في الدخل. وعلى كل حال فذلك من سوء الوضع. والفكرة القانونية تميل إلى التضييق.

(١) هذا ماذهب إليه صاحبان، وفي كشف الأسرار على المنار وشرحه نور الأنوار في باب الأهلية وعوارضها: مايدل علي أن أبا حنيفة رحمه الله تعالى يرى أن بيع الصبي المميز وشراءه مع الغبن الفاحش صحيح نافذ بإجازة وليه، على الرغم من أن وليه لا يملك ذلك وحده، وفي كشف الأسرار على أصول فخر الإسلام البيزدرى إشارة إلى ذلك، وقد علموا هذا بأن عبارة الصبي المميز صالحة لإنشاء العقود، وأنه لوجود التمييز عنده أهل لإنشائها، وإنما توقف إنشاؤه إياها فيما إذا كانت دائرة بين النفع والضرر لقصور رأيه وضعف وزنه. فإذا انضم إليه رأى وليه صار مجبوراً به والتحق بالبالغ، فينعقد لذلك تصرفه بالغبن الفاحش. ولكن بشرط أن يكون مع غير الولى. أما إذا تصرف مع الولى نفسه فعن أمى حنيفة في ذلك روايتان: إحداهما تنفيذ النفاذ والجواز؛ لأنه يتصرف بنفسه وبأهليته. ورواية تنفيذ المنع لأن شبهة نيابته عن الولى في هذا التصرف قائمة، وذلك لحاجته إلى رأى وليه بسبب قصور رأيه، فكان لهذه الشبهة اعتبار في موضع التهمة، وهو يبيع لموليه أو شراؤه منه فلم يجز لذلك ولم ينفذ وعلى هذا فلا فرق عند أبى حنيفة: بين الإجازة اللاحقة والإذن السابق.

وما يتوقف من عقود الصبي علي إجازة وليه ينفذ بإجازته بعد بلوغه إذا بقى كذلك، أما مايقع باطلا ابتداء فلا يصح بإجازة أحد (١).

البالغ العاقل - إذا انتهى دور التمييز بالبلوغ مع الرشد «كما هو مذهب الصّاحبين» أو بالبلوغ فقط مع العقل كما هو مذهب الإمام فإنه يتم لصاحبه حيثذ أهلية الأداء، فتكون كاملة فيه، ولذا تكون عبارته صحيحة معتبرة في جميع العقود والتصرفات على ماينا من قبل، ويستمر له ذلك إلى الموت. ولكن هذه الأهلية قد تتأثر بعوارض تعرض له في هذه الفترة، فتذهب به كلية أو تنقصها.

عوارض الأهلية: إذا بلغ الإنسان رشيدا كانت أهليته للأداء كاملة، ولكن قد يعرض له مايؤثر فيها، فتزول معه أو تنقص، وقد يعرض له ما لا يؤثر فيها ولكنه يستتبع أن يحد من تصرفه، فإذا كان العارض مما يزيل العقل لا إلى أمد أعدمها، كالجنون والعته التام، وإذا كان مما يضعفه ولا يذهب به نقصها كالعته الذي لايعدم التمييز، وإذا كان لا يؤثر في العقل ولكنه يفسد التدبير، لم يؤثر في الأهلية. وإنما يستوجب حدودا لايتعدها صاحبه محافظة على ماله. وهذه الحدود قد يكون لها من الأثر مثل مايكون للأهلية الناقصة، وذلك كالفه والغفلة، وإذا كان لايفسد التدبير ولكن يظن معه الخوف على حقوق الغير، كمرض الموت والدين، فإنه يستوجب من الحدود في التصرفات ماتوافر به المحافظة على هذه الحقوق فقط.

(١) ولولي الصبي أن يأذنه بالتجارة تدرييا له وعمرينا على المعاوضات المالية والصفق في الأسواق، فتظير بذلك الإذن أهليته في هذا النوع من التصرفات، فيأشره بأهليته حيثذ لا نيابة عن وليه، ولذا يجوز له أن يباشر كل ماتطلبه التجارة من تصرف أو تعاقد، ولايتقيد في ذلك بما قد يقيد به وليه؛ لأنه بالإذن ظهرت أهليته، وإذا كان أهلا باشر كل عقد بمقتضى أهليته، دون أن يملك أحد تقيده خلافا لأحمد كما في الكشاف «ج ٢ ص ٢٢٩». فينفذ ما يباشره من هذه العقود دون حاجة إلى إجازتها من وليه. حتى لقد أجاز له أبو حنيفة في هذه الحال البيع بغين فاحش، بناء على أنه يتصرف بأهليته وقد زال الحجر عنه في هذا النوع من التصرف كما قدمنا، فالتحق به بالبالغين. وخالف في ذلك الصاحبان بناء على أنه ما أذن إلا ليكون ذلك سبيلا إلى نفعه لا إلى ضرره والبيع بالغين ضرر له، وخاصة إذا لوحظ أن ذلك لايملكه وليه، ويرى أحمد أنه يتقيد بما يقيد به وليه. . وكما يصح أن يصدر هذا الإذن من الولي كذلك يصح أن يصدر من القاضى ولو أباه الولي؛ لأن مدار ذلك على النظر والتقص إلى تدريب الصبي، ولا يكون من القاضى إلا إذا تحققت له المصلحة في ذلك. وقد خالف في هذا كله الشافعي بناء على أنه ليس لغير البالغ عبارة صحيحة بل عبارته ملوبة فلا تصح منه العقود ولا تلحقها إجازة كما في نهاية المحتاج «ج ١ ص ٣٥٧».

والعوارض على الجملة هي: الجنون، والعتة، والسكر، والنوم، والإغماء، والسفه والغفلة والدين ومرض الموت.

الجنون - هو عارض تنتفى معه أهلية الأداء لزوال التمييز معه، ولذا يكون حكم المجنون حكم الصبي الذي لا يميز، فهما في الحكم سواء، غير أن الجنون قد يكون مطبقا وقد يكون متقطعا، فإذا كان متقطعا وكان العقل طبيعيا في حالة الإفاقة فإن تصرف صاحبه حال الإفاقة يكون كتصرف العاقل الرشيد، وحال الجنون يكون كتصرف المجنون.

السكر - إذا ذهب السكر بالعقل ذهابا تاما، فقد اختلف فيه نظر العلماء، ففريق منهم نظر إلى السكر في ذاته، فوجد أنه يذهب بالإرادة والقصد كالجنون، فأبطل معه العبارة ولم يرتب عليها قصدا ولا التزاما، لافرق عندهم بين سكر بسبب مباح وسكر بسبب غير مباح، وإلى هذا مال ابن القيم، وهو رأى فريق من المالكية، ونظر الجمهور إلى سبب السكر، فإن كان مباحا فالحكم عندهم كما قدمنا، وإن كان حراما فالحكم صحة عبارته، فتصح بها كل العقود والالتزامات كالبيع والإجارة والرهن والوكالة والطلاق والزواج والرجعة. وذلك زجرا له وعدم اعتراف بما أقدم عليه من منكر، وعليه فله أهلية أداء كاملة، وذهب أحمد في رواية عنه، وكذا الطحاوي والكرخي من الحنفية. إلى أن طلاق السكران مطلقا غير واقع، وعلى ذلك العمل الآن في المحاكم الشرعية.

النوم - النائم حال نومه كالمجنون حال جنونه، فليس له عبارة معتبرة، وكل ما يصدر عنه من قول في هذه الحالة لغو؛ لعدم قصده وإرادته، ولأنه عارض طارئ ومؤقت كان زوال أهلية الأداء به مؤقتا، بالنسبة إلى العقود والالتزامات.

الإغماء - والمغمى عليه حال إغمائه، كالنائم حال نومه، لافارق بينهما في جميع العقود والالتزامات لعدم قصده وإرادته أيضا (1).

(1) لا يبعد الحنفية النسيان من عوارض الأهلية فلا تأثير له في صحة عبارة الناسي إذا ما دلت على إنشاء عقد والتزام وإن قالها ناسيا لمناها، وعلى ذلك فجميع عقود الناسي صحيحة ملزمة له عند الحنفية، ولا يصدق في ادعائه النسيان أو الغفلة. وإذا صدق في ذلك من تعاقد معه كان العقد فاسدا لانثاقبهما على انعدام الرضا فيه. وذهب الشافعي إلى أن عبارة الناسي إذا صدرت منه ناسيا لمناها كانت عبارة مبهمة لا يرتب عليها أثر. اهـ من الأشباه للسيوطي.

العتة: المعتوه من كان قليل الفهم، مختلط الكلام فاسد التدبير، لا يضرب ولا يشتم كما يفعل المجنون، والعتة إن ذهب بالعقل والتمييز فنوع من الجنون الساكن، وحكمه حكم المجنون المطبق جنونه، فليس له أهلية أداء، ولا تصح منه عبارة، وإن لم يذهب بالتمييز فحكمه حكم الصبي المميز لا يختلف عنه في شيء، فله أهلية أداء ناقصة.

السفه: السفه عدم الإحسان في تدبير المال، وإنفاقه على خلاف مقتضى العقل والحكمة والشرع، وعلى الجملة يراد به إنفاق المال وإتلافه فيما لا يرضى عنه العتلاء من ذوى الحكمة والدين، ولا يراه أبو حنيفة موجبا للحجر، وعلى ذلك فعقود السفه عنده وتصرفاته كعقود الرشيد وتصرفاته، إذ في الحجر عليه إهدار لأدميته محافظة على ماله، وأدميته خير من ماله. ولا يضيع الأعلى للأدنى. ويرى صاحبان أن يحجر على السفه مراعاة لمصلحته وإعانة له محافظة على ثروته، وعلى القولين ليس للسفه تأثير في أهلية أداء السفه، فأهليته للأداء كاملة، وإنما يقتضي السفه عند الصحابين الحجر عليه في بعض التصرفات والعقود محافظة على ماله كما قدمنا.

وتحقق السفه كاف في اعتباره محجورا عليه دون حاجة إلى قضاء بذلك، وإذا زال السنه زال الحجر، كما هو الحكم في عارض الجنون. وهذا عند محمد. وذهب أبو يوسف إلى أنه لا يعد محجورا عليه إلا من وقت توقيع الحجر عليه من القاضى، ولا يرفع الحجر إلا إذا رفعه القاضى بعد أن يثبت لديه زوال السفه.

عقود السفه وتصرفاته: وعلى ذلك تكون تصرفاته قبل توقيع الحجر عليه عنده كتصرفات الرشيد. أما بعد الحجر عليه فإنه يكون في تصرفاته كالصبي المميز، لا يختلف عنه إلا فيما يأتى مادام الحجر قائما.

(١) يصح منه نكاحه وطلاقه وعتاقه ورجعته، غير أنه إذا سمي مهرا لم يلزمه إلا في حدود مهر المثل فلا يزيد عليه، ولو أذن له التيمم في ذلك.

(٢) يجوز له أن يتق ماله على نفسه ثم من بعده على ذريته؛ لأن ذلك التصرف يتلاءم مع ما فرض عليه من حجر؛ إذ الوقف نوع من الحجر.

(٣) تجوز وصيته بأثالث في وجوه البر، لأن ذلك من العبادة وهو أهل لها،

لتمام تكليفه وأهليته. فلو أوصى في غير هذه السبل كانت وصيته باطلة، كالوصية لأهل الفسق^(١).

الغفلة: ذو الغفلة هو الذي لا يهتدى إلى خيره إذا تصرف، فلا يعرف لذلك عند أبي حنيفة، فهو في تصرفه كالرشيد، ويرى الصاحبان الحجر عليه، وحكمه عندهما كحكم السفيه، لا يختلف عنه في شيء، وإلى الحجر عليه وعلى السفيه ذهب الشافعي ومالك وأحمد.

ذهب الشافعي ومالك وأحمد.

الدين: (لا يرى أبو حنيفة أيضا أن يحجر على المدين لأجل دينه)، ويرى الصاحبان أن يحجر عليه، ولا ينحجر إلا بالقضاء، ولا يقضى عليه بالحجر؛ إلا إذا كان الدين مستغرقا لماله^(١) ولا يتناول الحجر حيثشذ إلا ما يملكه من مال عند توقيع الحجر عليه.

ويترتب على الحجر منعه من كل تصرف في ذلك المال يضر بدائتيه فقط، فإذا تبرع منه بأى شكل من الأشكال، ولو في ضمن بيع كان تبرعه موقوفا على إجازة الدائنين، أو سداد ديونهم، أو براءة المدين من بعضها إذا بقي له بينه البراءة من ماله مقدار ماتبرع به، فإن أجاز الدائنون هذا التبرع نفذ وإن أبطلوه بطل. فإذا وهب جزءا من ماله لآخر كان هذا العقد موقوفا كما بينا، فإذا كانت ديونه ألف جنيه، وماله ألف جنيه، وهب ما قيمته ١٠٠ جنيه، كانت هبته موقوفة، فإن أجازها الدائنون نفذت وإن أبطلوها بطلت. وكذلك تنفذ إذا قام مدين له بسداد مائة جنيه من دينه على الأقل. أو أبرأه الدائنون من ذلك المبلغ من ديونهم؛ لأنه قد سلم له حيثشذ هذا المبلغ، فيتصرف فيه كما يشاء. وكذلك إذا باع فحايى في بيعه كان للمشتري أن يكمل الثمن إلى قيمة المثل فينخذ شراؤه عندئذ. فإن أبى ذلك كان العقد موقوفا، فإن أجازها الدائنون نفذ، وإن رفضوه بطل.

وذهب مالك إلى الحجر على المدين بسبب الدين فيما يضر بدائتيه، فيمنع من الهبة والتبرع بأى وجه، ومن الوقف مراعاة لحقوق دائتيه من غير حاجة إلى

(١) أجاز قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ للمحجور عليه لغيره أو غفلة أن يوصى مطلقا بإذن من المجلس الحسى. راجع المادة الخامسة.

(٢) راجع الفتاوى الهندية في باب الحجر.

القضاء بالحجر عليه، فإذا فعل كان لهم حق إبطال تصرفه. وهذا قول في مذهب أحمد اختاره الشيخ تقي الدين بن تيمية الخنيلي. والقول الآخر أن تصرفه نافذ مادام لم يحجر عليه (١).

مرض الموت: مرض الموت هو المرض الذي يتوافر فيه أمران: أحدهما أن يغلب فيه الهلاك عادة. وثانيهما أن يتصل به الموت. سواء أوقع بسببه أم بسبب آخر خارجي عن المرض، كقتل أو غرق ونحوهما، ويلحق بهذا المرض جميع الأحوال التي يترقب فيها الموت لأصحابها، ويرى في العادة أنهم لا يفتنون منه، وذلك كما في المقاتلة عند التحامهم، ومن قدم لقتل من قصاص ونحوه، ومن أشرف على الغرق في البحر.

وإذا تطاول مرض الموت فإن كان في جميع أوقاته يزداد ويسوء فصاحبه يعتبر مريضا به، ويعطى لتصرفه فيه جميع أحكام تصرفات المريض مرض الموت. وإن وقمت علته فلم تتغير واستمر هذا سنة على الأقل ألحق ماضى بالصحة، ثم لا يزال صاحبه يعتبر صحيحا في تصرفاته إلى أن يتزايد المرض. فيعتبر مريضا مرض الموت من ابتداء تزايد فقط، فتثبت لتصرفاته بعد الزيادة حكم تصرفات المريض، إلا إذا عاد المرض فوقف وطالت مدة وقوفه سنة، فإنه حينئذ تعتبر تصرفاته كتصرفات الصحيح وهكذا، وكثيرا ما يحصل هذا في بعض حالات السل والسرطان والشلل والجذام.

وبناء على ماتقدم، فإذا أصاب الإنسان مرض لا يغلب فيه الهلاك عادة، ثم توفى بسببه، كأن أصابه مغص بسيط، فتوفى به، وقد باشر تصرفا فيه، فإنه لا يعد مريضا مرض الموت بالنسبة لهذا التصرف، ويكون حكمه حكم تصرفه حال الصحة. وكذلك إذا مرض إنسان مرضا يغلب فيه الهلاك عادة فتصرف فيه ثم شفى منه اعتبر تصرفه كأنه صادر حال الصحة، ذلك هو المراد عند الفقهاء بمرض الموت.

تعلق الحقوق بالمال حال المرض: وفي هذا المرض يتعلق بمال المريض حق الدائنين ليستوفوا ديونهم منه، وحق الورثة ليخلص لهم تملك الثلثين مما يبقى

(١) راجع القواعد لابن رجب ص ١٤ ق ١١٠.

بعد سداد الديون إن كان هناك ديون. أما الثلث الباقي، فقد جعله الشارع حقا للمريض ينفقه فيما يرى من سبل الخير بواسطة التبرع المنجز في حال المرض أو بواسطة الوصية، فإن لم ينفقه كله أو لم ينفق منه كان الباقي للورثة.

وإنما تعلقت حقوق هؤلاء بهذا المال في ذلك الوقت؛ لأن هذا المرض سبيل إلى الموت غالبا ومقدمة له فأقيم مقامه في تعلق حقوقهم بمال صاحبه، إذ بالموت تتعلق بالمال حقوق الدائنين والموصى لهم والورثة، غير أن تعلق حقوق هؤلاء بسبب المرض لا يمنع أن للمريض حقا في ماله، ففيه نفقاته وعلاجه، ونفقات من تجب عليه نفقتهم. وحاجاته فيه وحقوقه مقدمة على حقوق غيره؛ ولذا كانت عقودهم وتصرفاته فيه مراعى فيها كل ذلك، فكل تصرف يمس حقوق غيره ولم يكن حقا له منع منه، وكل تصرف هو من حقه وحاجته الشخصية لم يمنع منه، وذلك إجمال لا يغنيك عن التفصيل فهاكه.

(أ) حقوق المريض وحاجاته: ذكرنا أن للمريض حقا وحاجة ضرورية في ماله وحقه فيه مقدم على حقوق غيره من دائنين وورثة، ولذا كان له أن ينفق من ماله أثناء مرضه على نفسه وعلى من تجب عليه نفقتهم بالمعروف، لا يمنع من ذلك، وكان له أن يأخذ منه نفقات علاجه، وأثمان دوائه، وأن يبيع من ماله في سبيل ذلك ما يشاء، وتصرفه في هذه السبيل وعلى هذا الوجه تصرف صحيح نافذ، ليس لدائن أو وارث حق الاعتراض عليه إلا إذا حابى في بيعه أو شرائه، فإن محاباته حينئذ تعتبر تبرعا في مرضه، فتأخذ حكم تبرعات المريض على الوجه الذي سنبينه.

وكذلك له أن يتزوج في مرضه غير أنه لا يلزم بأكثر من مهر المثل، وتعتبر الزيادة عليه تبرعا لزوجه حكمه حكم الوصية، وكذلك له أن يطلق زوجته فينفذ زواجه وطلاقه.

(ب) حقوق الدائنين: ويلى ذلك حقوق دائنيه فتعلق بماله ليستوفوها منه، ولذا كان تعلقها به من ناحيته المالية فقط، فلا يضرهم أن يستبدل المريض بأمواله غيرها مادام في البذل قيمها، وعلى ذلك فله أن يبيع من أمواله ما يشاء بقيمته، وأن يشتري في مرض موته ما يشاء بقيمته، لا يحجر عليه في شيء من

ذلك بالنسبة للدائنين مادام ذلك لا يضر بحقوقهم، وإنما يضر بها إذا كان في تصرفه غبن، ولو كان يسيرا متى كانت ديونهم مستغرقة. وعند ذلك لا ينفذ تصرفه إلا برفع الغبن أو بإبراء الدائنين من ديونهم أو بتنازلهم عن بعضها إذا كان من وراء هذا التنازل أن يسلم للمريض من أمواله ما يسع ثلثه عند الوفاة هذا الغبن^(١). أما إذا كانت ديونهم غير مستغرقة فإن الغبن يكون مقبولا بشرط ألا يزيد عند الوفاة على ثلث ما بقى بعد سداد الديون، وذلك بعد أن تضاف إليه جميع التبرعات في المرض والوصايا.

تصرف المريض في المنافع: ولتعلق حقوق الدائنين بأعيان الشركة من ناحيتها المالية فقط، لا يمنع المريض من أن يتصرف في منافع أمواله، وأن يحايى في تصرفه فيها عند الحنفية^(٢) إذ لا تعلق لحقوق الدائنين بمنافع الأعيان؛ لأنها ليست أموالا عند الحنفية، ولذا يجوز له أن يؤجر منزلا بأقل من أجره مثله بغبن فاحش، وأن يعيره لمن يريد، وأن يضارب بماله مع أى شخص وبأى ربح، لا يجوز للدائنين أن يعترضوا على شيء من ذلك. وثمة سبب آخر لجواز ذلك، هو أن التصرف في المنافع ينتهى بالوفاة، وجميع تصرفات المريض حال حياته نافذة، وإنما يتوقف منها عند وجود سبب التوقف ما يبقى بعد الوفاة، وإجارته وإعارته ومضاربه تنتهى بوفاة. وهى نافذة في حياته شأنها في ذلك شأن كل تصرف يصدر منه.

الضابط العام لتصرف المريض في الأعيان: وعلى الجملة لا يجوز للمريض مرض الموت إذا كان مدينا أن يتصرف في أمواله تصرفا ينقص منها إذا كان هذا التصرف يضر بدائنيه فلا يجوز له أن يهب شيئا، ولا أن يقفه، ولا أن يحايى في المعاوضة فلا يبيع بغبن ولا يشتري بأكثر من ثمن المثل ولا أن يوصى

(١) وعلى ذلك إذا باع مريض مدين بدين يوازي أملاكه في القيمة دارا له بألف جنيه وكانت تساوي ألفا ومائتين فإن البيع يكون موقفا ولا ينفذ إلا في الأحوال الآتية:

- ١ - أن يبرئ جميع الدائنين الميت من ديونهم.
 - ٢ - أن يتنازلوا عن ٦٠٠ جنيه من ديونهم، ليكون الغبن وهو مائتان ثلث الباقي بعد الدين لدى الوفاة حتى يتوافر للورثة حقهم وهو الثلثان، فإن تنازلوا عن أقل من ذلك احتجنا إلى إجازة الورثة فيما يزيد على الثلث الباقي عند الوفاة.
 - ٣ - أن يبيع شخص بسداد ٦٠٠ جنيه من ديونهم لليلة السابقة فإذا تبرع بأقل احتجنا إلى إجازة الورثة،
 - ٤ - أن يملك مالا جديدا يخرج الغبن من ثلثه عند الوفاة.
 - ٥ - وكذلك ينفذ إذا ما كمل المشتري الثمن إلى ثمن المثل لارتفاع الغبن حيث زاد الثمن مائى جنيه نفذ البيع.
- (٢) خلافا لمن يجعل المنفعة من الأموال كالشافعية والحنابلة فإنهم يجعلون التصرف فيها كالصرف في الأعيان. راجع نهاية المحتاج وكشاف التناع في كتاب الإنالاس.

بشيء من أمواله متى كان ذلك ضارا بدائنيه، فإن فعل شيئاً من ذلك كان تصرفه نافذاً حال حياته؛ لأنه تصرف صادر من أهله في محله، ولم يتحقق أن المريض مرض موت؛ لأن ذلك لا يعلم إلا باتصال الموت به، فيستمر نافذاً إلى وفاته، فإذا توفى، تأكدنا أن المرض كان مرض موت، وأن المريض تصرف في مال تعلق به حق الدائن، وحق الدائن مقدم. فإن كان الدين مستغرقاً اعتبرت تلك التصرفات موقوفة من حين صدورهما؛ مراعاة لحق الدائنين، فإن أبرأوا المدين من ديونهم ظهر حق الورثة في ثلثي ماترك، فينفذ من تلك التصرفات بقدر الثلث، وهو ما أعطاه له الشارع، وتتوقف في الثلثين على إجازة الورثة، فإن أجازوها نفذت، وإن رفضوها بطلت، وإن لم يبرئ الدائنون المتوفى وطالبوا بسداد ديونهم بطلت تلك التصرفات جميعها من حين صدورها^(١). وإن كان الدين غير مستغرق، وقد بقي من مال المريض ما يفي بالديون جميعها سددت منه الديون، ثم رجعنا إلى ما يبقى بعد ذلك، فإن كان ضعف المتبرع به أو يزيد نفذت جميع تبرعاته فاستمرت نافذة من وقت صدورها. وإن كان أقل أبطنا من تبرعه حتى يكون ما يبقى للورثة ضعف ما أبقينا من التبرع، وكان ذلك الإبطال من وقت مباشرة المريض لها. وإن لم يبق من ماله ما يفي بديونه دفع أولاً في ديونه ما بقي من تركته، ثم استرد من تبرعاته ما يفي ببقية ديونه بعد إبطاله من وقت صدوره، ولو أدى ذلك إلى استغراقها، مادام الدائنون قائمين على سداد ديونهم، فإن سددت وبقي بعد ذلك شيء من التبرعات كان للورثة أن يظلوا ثلثيه ويتملكوهما حتى لا يكون للمتبرع لهم إلا نصف ما للورثة، كما يكون لهم حق الإجازة فينفذ ما بقي من تبرعات المتوفى بعد سداد الديون.

ح - حقوق الموصى له والورثة : ويلي حقوق الدائنين حقوق الموصى

لهم ومن في حكمهم وحقوق الورثة، وهم في درجة واحدة^(٢)، غير أن حقوق الموصى لهم ومن في حكمهم تتعلق بثلث الباقي بعد سداد الدين شائعا في التركة

(١) راجع كشف الأسرار ونور الأنوار في المرض من عوارض الأهلية.

(٢) حق الموصى له وحق الوارث يكونان في درجة واحدة، إذا كانت الوصية بجزء شائع في التركة كخمها أو ربعها، أو كانت وصية مرسلة بمقدار من المال كالوصية بألف جنيه، أو بما يحصل عليه بالمال كالوصية لفلان بشاة وليس في التركة غنم كالوصية بأن يشتري لفلان سيارة. وأما إذا كانت الوصية بعين معينة كالوصية بهذه الدار أو كانت بجزء شائع من عين معينة كالوصية بثلث هذا القمح فإن حق الموصى له يتقدم حق الورثة في تلك العين فلا يكون لهم منها شيء إلا بعد استيفاء الموصى له حقه منها مادامت الوصية نافذة مستوفية شرائطها حتى إذا هلك شيء من القمح لم يؤثر ذلك في مقدار ما أوصى به منه وكان الهلاك على التركة وحدها دون الوصية وفي هذا تفصيل يرجع إليه في محله من الوصية.

وحقوق الورثة تتعلق بثلثى الباقي، ولذا كانت التركة بعد سداد الدين مقسومة بينهم: للموصى لهم ومن في حكمهم حقوقهم لاتجاوز ثلث الباقي إلا برضا الورثة، وللورثة مايبقى بعد ذلك. ولهذا إذا تجاوزت الوصية أو التبرع في مرض الموت ثلث مايرتبه المتوفى بعد سداد الدين كان نفاذ الزائد على الثلث متوقفا على إجازة الورثة، فإن أجازوا بعد الموت نفذ ذلك من وقت نفاذه وإلا بطل.

تعلق الحقوق بمالية التركة وصورتها: وتعلق حق الورثة بمال المريض يعتبر متعلقا بماليته بالنسبة للأجانب عنهم، ولذا لم يكن لهم حق الاعتراض على المريض إذا ما باع لأجنبي شيئا من ماله بمثل قيمته، وكذلك الحكم عند الصاحيين بالنسبة إلى الورثة بعضهم مع بعض.

وذهب الإمام أبو حنيفة إلى أن حقهم بالنسبة إلى بعضهم مع بعض يتعلق كذلك بصورة المال وعينه، فليس للمريض أن يؤثر بعين منه وارثا دون وارث ولو بقيمتها. ومعنى ذلك أن المريض إذا باع بعض أمواله لبعض ورثته بمثل القيمة أو أكثر منها توقف نفاذ ذلك على إجازة بقية الورثة بعد الموت، فإن أجازوا البيع نفذ وإلا بطل؛ حتى لا يخلص وارث بخيار أعيان التركة على أى وجه بدون رضا الباقين (١).

(د) إقرار المريض: ذلك مايتعلق بتبرع المريض في مرض موته أو بمحاباته في تصرفاته المالية. فأما إقراره بدين، فإن كان لأجنبي كان صحيحا نافذا، غير أن الدين الثابت به فقط - وإن كان بإقرار كتابي - دون أي مثبت آخر يكون مؤخر عن غيره من الديون، ويسمى هذا الدين بدين المرض، ويسمى ماسواه بدين الصحة إن ثبت حال الصحة، أو ملحقا به إن ثبت حال المرض.

وعلى ذلك فديون الصحة هي الديون الثابتة بأية حجة في حال الصحة ويلحق بها في الحكم كل دين يثبت في حال المرض بحجة تتعدى، وكذا ماياشر المريض سببه حال مرضه عن مشاهدة وعيان. أما دين المرض فهو الدين الثابت بالإقرار وحده حال المرض ولو كتابة.

(١) وبناء على أن قانون الوصية أجاز الوصية للسوارث في حدود الثلث يجوز من باب أولى أن يبيع المورث بعض تركته لبعض ورثته وإن كان فيه غبن بشرط أن يسهه الثلث.

ويؤدي أولاً من التركة ديون الصحة، فإن بقي شيء بعدها كان لديون المرض. ثم ما يبقى بعد ديون المرض يكون للموصى لهم والورثة على ما بيناه.

وإن كان الإقرار لوارث فلا ينفذ إلا بتصديق جميع الورثة حتى لا يكون الإقرار وسيلة إلى إثارة أحد الورثة بمال. وإلى هذا ذهب أحمد^(١)، وذهب الشافعي إلى أن إقرار المريض صحيح نافذ سواء أكان لوارث أم لأجنبي، فلا فرق عنده بين دين يثبت في المرض ودين آخر أيا كان طريق إثباته، ولا فرق بينهما في القوة وطريقة السداد.

ورأى مالك أن كل إقرار تلبسه التهمة وتدل الدلائل على أن الغرض منه التبرع يأخذ حكم التبرع. سواء أكان لوارث أم لأجنبي. وذلك خير الآراء عندي.

والوارث الذي لا يصح الإقرار له إلا بتصديق بقية الورثة هو من قام به سبب الإرث عند الإقرار وورث فعلاً عند الوفاة^(٢)، فإذا أقر لأجنبية ثم تزوجها ثم مات نفذ إقراره؛ لأن سبب إرثها وهو الزوجية لم يكن قائماً وقت الإقرار، ولو أقر لأخيه وقت المرض، ولم يكن له ابن ثم ولد له ابن ثم مات نفذ إقراره؛ لأن الأخ لم يرث فعلاً عند الوفاة بسبب وجود الابن، ولو أقر لأخيه في المرض وله ابن ثم توفي الابن، تم توفي المريض فورث الأخ لم يصدق في إقراره له إلا إذا صدقه سائر الورثة؛ لأن سبب الإرث وهو الأخوة كان موجوداً عند الإقرار، وقد ورث فعلاً عند الموت.

وقال أحمد بن حنبل: الوارث هو من يرث عند الإقرار لو أن المريض قد توفي ساعته سواء أورث عند الوفاة أم لا، وهذا أوجه لأن التهمة لا تتحقق إلا على هذا الأساس^(٣).

(١) راجع الكشف ج٤ ص ٢٩٣، ومنه تفهم أن إقراره للأجنبي حال مرضه كإقراره له حال صحته، ولكن لا يستوي الدينان بل يقدم غرماء الصحة في الاستيفاء على غرماء المرض كما ذهب الحنفية. ويلاحظ أن قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ سوى بين الوصية للوارث والوصية للأجنبي في الحكم فأجازت المادة ٣٧ منه الوصية لكل منهما في حدود الثلث كالإقرار للأجنبي فينفذ ويصدق بعد دين الصحة لأن التبرع له في حدود الثلث نافذ فاعتمدت العلة في توقف الإقرار له على تصديق الورثة. أما إذا كان الإقرار له بدين يتجاوز الثلث فالظاهر أنه لا ينفذ فيما زاد على الثلث إلا بتصديق الورثة لأن تبرعه له مقيد بالثلث فتحقق العلة فيما زاد، وعلى ذلك يتوقف على تصديق الورثة.

(٢) أي مع ملاحظة عدم انقطاع وراثته فيما بين الإقرار والوفاة فإن انقطعت بسبب من الأسباب كاليونة للزوجة ثم عادت بسبب زواج جديد صح الإقرار عند محمد وأبي يوسف في قوله الأخير. زيلعي ج٥ ص ٢٢٦.

(٣) راجع الكشف ج٤ ص ٢٩٥.

خلاصة الباب

الأهلية : الأهلية نوعان: أهلية وجوب، وأهلية أداء. فأهلية الوجوب هي صلاحية الإنسان لأن تثبت له حقوق على غيره فيطالب بها، وتجب عليه واجبات لغيره فيطالب بها، ولا تثبت إلا للإنسان الحى، فتثبت للصغير والكبير على السواء، وتنتهى بالوفاة، ولا تبقى بعدها إلا لضرورة وجود دين على المتوفى فتعتبر باقية إلى أن يسدد تركته، فبقاؤها حيثذ بقدر الضرورة.

وهى نوعان:

(١) أهلية وجوب قاصرة، وتثبت للجنين إذا لازمته الحياة إلى حين ولادته حيا، فإن ولد ميتا ظهر أن لم تكن له أهلية، وقصورها من حيث صلاحيته لأن تثبت له حقوق بسبب الميراث من غيره أو الوصية له أو الوقف عليه فقط، وعدم صلاحيته لأن تجب عليه حقوق، لأنه لاعتبار له، ولا ولاية لأحد عليه فى هذا الطور.

(٢) وأهلية وجوب كاملة، وتثبت للإنسان من وقت ولادته حيا، فيكون صالحا لأن يطالب ويطلب بواسطة من له الولاية عليه إلى أن يبلغ فيستوم بذلك بنفسه، وهذه الأهلية أثر من آثار الذمة، وهى وصف شرعى يصير به الإنسان أهلا للوجوب له وللوجوب عليه، وليس لهذا النوع من الأهلية أثر فى إنشاء العقود.

وأهلية الأداء هى صلاحية الإنسان لأن يلتزم بعبارته، فينشئ مع غيره عقودا يلتزم بآثارها ويكتسب بها حقوقا، ومناطقها التمييز، والمراد به معرفة معانى الألفاظ التى تنشأ بها العقود، والعلم بآثار تلك العقود، والغبن فيها من فاحش ويسير. ولا يعتبر هذا التمييز إلا لمن بلغ السابعة من عمره. وهذه الأهلية نوعان:

(١) أهلية قاصرة، وتثبت للصبي المميز الذى أتم سبع سنوات إلى وقت بلوغه عند الإمام، وإلى وقت بلوغه رشيدا عند صاحبيه.

(٢) وأهلية أداء كاملة، وتثبت للإنسان من وقت بلوغه أو من وقت بلوغه رشيدا على الخلاف فى ذلك.

وقد يطرأ على الإنسان بعد ذلك ما يؤثر فى أهليته فيعدمها كالجنون والعتة، أو ينقصها كالعته مع التمييز. وبناء على ماتقدم فالإنسان عندما يكون جنينا لا تثبت له إلا أهلية وجوب قاصرة، فإذا ولد حيا تثبت له أهلية وجوب كاملة، فإذا بلغ

السابعة ميمزا تثبت له مع ذلك أهلية أداء قاصرة، فصارت عبارته صالحة لإنشاء العقود فى الجملة، فإن كانت عقودا نافعة كالهبة له والوصية صح أن يباشرها بعبارته، دون حاجة إلى موافقة من له الولاية عليه، فيقبل الهبة والوصية والكفالة، ولايردها. وإن كانت ضارة له ضررا محضا كالترعات والإسقاطات لم يكن له أن ينشئها بعبارته، فإذا باشرها كانت باطلة وإن أجازها وليه، إذ ليس لوليه إنشاؤها استقلالا، فلا يكون له إجازتها، وإن كانت دائرة بين النفع والضرر كعقود المعاوضات المالية والزواج كانت عبارته صالحة لإنشائها، ولكنها تتوقف على إجازة وليه؛ لأنها فى هذه الحال وليدة إرادة ناقصة وتمييز ضعيف، فلا بد أن ينضم إليها موافقة وليه حتى تبين مصلحته فيها، ولذا لا تنفذ بإجازة وليه إلا إذا كانت محتملة النفع أو الضرر، أما إذا تعينت للضرر كالبيع بغبن فاحش فلا تنفذ وإن أجازها الولي.

وتستمر هذه الأحكام إلى بلوغ الصبى، فإذا بلغ كان مطلقا فى جميع تصرفاته، ويأشر كل العقود بعبارته، وكانت أهلية أدائه كاملة عند الإمام، واشترط الصاحبان لذلك أن يبلغ رشيدا وإلا استمرت أهلية أدائه ناقصة. ولاتثبت له أهلية الأداء الكاملة عندهم إلا إذا رشد.

وإذا جن بعد ذلك زالت أهلية أدائه مادام مجنونا، فإذا أفاق عادت، وإذا عته فإن ذهب العته بكل تمييزه فحكمه حكم المجنون، وإن أبقى على شىء منه بقيت له أهلية أداء ناقصة، وفى حكم المجنون النائم وقت نومه، والمغمى عليه وقت الإغماء، والسكران بسبب مباح وقت سكره، من حيث إنشاء العقود، فليس لهؤلاء عبارة صالحة عند ذلك، وأما السكران بمحرم فمن العلماء من جعل عبارته صالحة لإنشاء العقود، زجرا وتغليظا عليه، وهم الجمهور، ومنهم من لم يفرق بين الحالين.

السفيه: السفه إتلاف المال فيما لا يرضاه العقلاء من ذوى الحكمة والدين، ولا يراه الإمام موجبا للحجر، فالفيه كالرشيد عنده إذا تصرف وتعاقد، ويراه غيره موجبا للحجر محافظة على ماله.

وتحقق السفه كاف فى الحجر عليه عند محمد، وزواله كاف فى ارتفاعه، وعند أبى يوسف لا يثبت الحجر ولا يرتفع إلا بالقضاء، سواء أطرأ عليه السفه بعد

البلوغ أم بلغ سفيها (١) . فهو قبل القضاء عليه بالحجر كالرشيد، ولا يعود كالرشيد إلا بالقضاء برفع الحجر .

وحكمه حكم الصبي المميز إلا فيما يأتي :

(١) يصح منه نكاحه ورجعته وطلاقه وعتاقه، وإذا سمي مهرا لم يزد مايلزمه على مهر مثل من تزوجها .

(٢) يصح منه وقف ماله على نفسه، وعلى أولاده وذريته من بعده؛ لأن في ذلك محافظة على ماله .

(٣) تصح منه الوصية في سبل الخير؛ لأنها عبادة وهو أهل لها .

الغفلة: المغفل من لا يهتدى إلى خيره في البياعات ويسهل خداعه، وحكمه حكم السفه في كل ماذكرنا .

الدين: لا يرى الإمام الحجر بسبب الدين، ويراه الصاحبان، ولا يثبت عندهما إلا بالقضاء ولا يقضى عليه إلا إذا كان الدين مستغرقا لماله، ولا يتناول الحجر إلا ما كان يملكه عند القضاء به، أما ما يملكه بعد ذلك بأى سبب فلا يحجر عليه فيه إلا بقضاء جديد . وإذا حجر على الشخص للدين منع من كل تصرف يضر بحقوق دائنيه، فإذا تبرع كان تبرعه موقوفا على إجازتهم أو على امتلاكه مالا آخر يسع تبرعه أو على إبرائه من الدين .

مرض الموت: هو ما يتوافر فيه أمران: غلبة الهلاك عادة، واتصال الموت به، سواء أكان ذلك الموت بسببه أم بسبب آخر، ويلحق بمرض الموت جميع الأحوال التي ينتظر لأصحابها الموت فيها غالبا، كمن قدم لقتل أو أشرف على الغرق بتكسر السفينة مثلا . وإذا تطاول المرض فوقف سنة اعتبر المريض صحيحا، ولا يعود اعتباره مريضا إلا إذا زاد المرض .

وفي حال مرض الموت يتعلق بمال المريض حق الدائنين ليستوفوا منه ديونهم، وحق الورثة ليخلص لهم ثلثي ماله بعد وفاء الديون، أما الثلث، فقد جعله الشارع من حقه لينفقه فيما يرى من قربات وصلات .

وتعلق حقوق الدائنين إنما هو بمالية التركة؛ ولذا كان الاعتبار بقيمتها المالية، وكان كل تصرف لا يمس قيمتها المالية تصرفا نافذا، كالبيع والشراء بمثل القيمة

(١) راجع حاشية الشلبي على تبين الحقائق ج ٥ ص ١٩٤ .

وكالتصرفات في جميع منافع الأعيان كالإجارة والمضاربة والإعارة والشركة، أما إذا مس قيمتها المالية كالهبة والمخاياة في الثمن فإنه يكون نافذا حال الحياة، لعدم التحقق من أن المرض مرض موت، فإذا جاءت الوفاة توقف في قدر مايس حقوق الدائنين، ويعتبر هذا من وقت صدوره لظهور أنه قد مس حقوقهم من ذلك التاريخ، ويتوقف على إبرائهم. فإن أبطلوه بطل من وقت صدوره، وإن أبرءوا من ديونهم نفذ.

ويكون هذا التصرف ماسا إذا كان مايبقى من مال الميت عند الوفاة لايفى بديون الدائنين. أما إذا كان يفى بديونهم فلا يتوقف التصرف حيثذ على إبرائهم لأنه لايس حقوقهم، وإنما ينظر عند ذلك إلى ما للورثة من حقوق، فإن كان مافى التصرف من غبن أو تبرع لايزيد على نصف الباقي من التركة للورثة نفذ، لأنه لايس كذلك حقوق الورثة، وإن زاد توقف التصرف في مقدار الزائد على إجازة الورثة بعد الوفاة وهم أهل للتبرع، فإن أجازاه نفذ، وإن أبطلوه بطل من وقت صدوره.

وتعلق حق الوارث بمال المريض يعتبر تعلقا بماليته بالنسبة إلى تصرفه مع الأجانب عنه اتفاقا، أما إذا تصرف مع وارث من ورثته فكذلك الحكم عند الصاحبين، وخالفهما الإمام، فذهب إلى أنه في هذه الحال يتعلق بصورته، فليس للمريض أن يبيع بعض ماله لوارث له وإن كان بمثل القيمة إلا بإجازة بقية الورثة. وتعلق حقوق الدائنين والورثة لايمنع ما للمريض من حق في ماله، فيأكل منه ويعالج نفسه وينفق على أقاربه ويتزوج بمهر المثل، وتعتبر الزيادة عليه تبرعا.

وإقرار المريض في مرض موته لأجنبي عنه صحيح، وإن استغرق كل ماله، غير أن الدين الثابت به فقط دون غيره من الحجج يعتبر دين مرض، فيؤخر عن غيره عند وفاء الديون من التركة، ويسمى بدين المرض، وإن كان الإقرار لوارث لم ينفذ إلا بتصديق جميع الورثة حتى لايتخذ الإقرار وسيلة إلى التبرع للورثة.

ويعتبر الشخص وارثا إذا قام به سبب الميراث عند الإقرار وورث فعلا عند الوفاة، أما إذا لم يقم به سبب الميراث عند الإقرار، ثم حدث بعد ذلك وورث فعلا عند الوفاة، فإنه يعتبر أجنبيا، وكذلك إذا قام به سبب الميراث عند الإقرار، ولكنه حجب بحاجب، فلم يرث عند الوفاة لم يعتبر وارثا.

باب الولاية

معناها اللغوي: الولاية - بفتح الواو وكسرهما - مصدر الفعل «ولى» يقال: ولى الشيء يليه وولى عليه إذا ملك أمره وكان له القيام عليه، وكذلك إذا قام به، فهو وليه وولى عليه فهو وال، ومن هذا أخذ الاستعمال الشرعي.

معنى الولاية شرعا: يريد الشرعيون بها أن يكون للعاقد سلطة شرعية فى مباشرة عقده وتولييه، وإن شئت قلت: أن يكون له سلطة شرعية ينفذ بها عقد صاحبها وتصرفه شرعا فترتب عليهما آثارهما الشرعية.

علاقتها بالعقود: وقد علمت مما مضى أن وجود العقد ونفاذه يتوقف على مايتوافر فى عاقده من الأهلية والولاية وشرحنا لك معنى الأهلية، وبيننا أنها نوعان، وأن المتصل منها بإنشاء العقود أحدهما وهو أهلية الأداء، وأن عليها تتوقف صلاحية عبارة العاقد لإنشاء العقد ووجوده فقط، ونريد الآن أن نبين لك أن نفاذ العقود لايتوقف على أهلية عاقدتها فقط، فإنها قد تكون كاملة فى العاقد ولاينفذ عقده؛ لأنه لا ولاية له عليه، وإذن فالنفاذ يتوقف على وجود العنصرين معا: أهلية الأداء والولاية؛ وذلك لأن نفاذ العقد ثمرة من ثمرات وجوده، ووجوده يتوقف على أهلية الأداء، فكان نفاذه كذلك متوقفا عليها، ولكنه لايتحقق مع ذلك إلا بتحقق الولاية. وإن شئت قلت: إلا بتحقيق هذه السلطة الشرعية.

أنواعها: وهذه السلطة قد تكون ذاتية ترجع إلى ماقرره الشارع من إلزام الملتزم بما التزم به فى أمر نفسه بمثل قوله تعالى فى أول سورة المائدة: ﴿يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود﴾ وفى سورة الإسراء ٣٤: ﴿وأوفوا بالعهد إن العهد كان مسئولاً﴾ وفى أول سورة الصف: ﴿كبير مقتا عند الله أن تقولوا مالا تفعلون﴾ ومثل هذه الأدلة كثير فى الكتاب والسنة، وهذه هى ولاية الإنسان على نفسه، فه عند كمال أهليته الولاية التامة على شئونه مالية أو غير مالية، فجميع عقود وتصرفاته نافذة فى حق نفسه إلا إذا كان يترتب عليها ضرر بحق الغير فيحد منها بقدر مايدفع ذلك الضرر كما سيتضح فيما بعد.

وقد تثبت هذه السلطة لشخص بسبب أمر عارض جعله الشارع علة وسببا لبوتها، وفي هذه الحال قد تكون أصلية وقد تكون نيابة.

فتكون أصلية إذا ثبت بسبب الأبوة كولاية الأب أو أبى الأب «الجد». فإنها لم تثبت لهما إلا بسبب أمر عارض. وهو ولادة المولى عليه «الصغير» لهما. وهى مع ذلك ولاية أصلية^(١)، فإذا باشرا أمور الصغير باشراها بأهليتهما وولايتهما لانيابة عن غيرهما من قاض أو أى شخص استمد منه هذه الولاية.

وتكون نيابة إذا ثبت باستمداد من شخص آخر، وذلك كولاية الوصى سواء أكان وصيا من قبل الأب أم من قبل الجد أم من قبل القاضى، وكولاية الوكيل وولاية الإمام^(٢) والقاضى. فإن الموصى يستمد ولايته ممن أقامه سواء أكان أبا أم جدا أم قاضيا، ولذا تختلف ولايته تبعا لاختلاف ولاية من استمد منه، وكذلك الوكيل يستمد ولايته من موكله، كما سنيين ذلك فيما يأتى، ويلحق به الرسول. وكذلك الإمام والقاضى يستمدان ولايتهما من المسلمين، فكلاهما معتبر نائباً عنهم^(٣).

الولاية على النفس: الولاية نوعان: ولاية على النفس، وولاية على المال. فالولاية على النفس هى التى تتعلق بنفس المولى من ناحية تعليمه والقيام عليه من ضم وحيطة وتربية وتزويج، وعليها يتوقف نفاذ ما يتعلق بذلك من العتود التى يباشرها المولى، كعقد تزويجه المولى عليه، ولسنا الآن بصدد بيان أحكامها، وتعداد من تثبت لهم من الأقارب لأننا فى موضوع المال والتصرف فيه.

والولاية على المال تختلف أحكامها باختلاف المولى عليه، فإن كان صغيرا دون البلوغ كانت لأبيه ابتداء، ثم من بعده لوصيه. ثم لوصى وصيه وهكذا، فإذا لم يكن أحد من هؤلاء انتقلت إلى جده (أبى أبيه) وإن علا الأقرب فالأقرب، ثم

(١) ولذا لا يملك كل منهما عزل نفسه منها، راجع الأشباه «ج ٢ ص ١٩٢».

(٢) إذا تصرف الإمام فى شئون المسلمين أ يكون ذلك من قبيل الوكالة عنهم أم من قبيل الولاية عليهم؟ قولان عند الحنابلة ذكرهما ابن رجب فى قواعد، وعلى القول بوكالته لا ينزل بموت أحد، لأنه وكيل عن الجميع، لا عن الميت فقط، بل ولا عن أهل البيعة وحدهم.

(٣) راجع البدائع «ج ٥ ص ١٥٢».

من بعده لوصيه، ثم من بعده لوصى وصيه^(١). وهكذا، فإن لم يوجد أحد من هؤلاء انتقلت الولاية إلى القاضى أو لوصيه الذى يقيمه لذلك^(٢).

وقد حل محل القاضى الآن المجلس الحسبى^(٣).

وإن كان المولى عليه مجنوناً أو معتوهاً، وقد بلغ كذلك استمرت ولاية عن كان ولياً عليه من أب أو جد أو وصى^(٤)، وإن أصابه الجنون أو العته بعد البلوغ وزوال ولاية هؤلاء فرأيان: أحدهما، وهو الراجح أن الولاية تعود إليهم على الترتيب السابق استحساناً، والثانى أنها لا تعود - وهو القياس - وإنما تكون للقاضى أو للقيم الذى يقيمه عليه، ونسب بعضهم هذا القول إلى أبى يوسف. والقول

(١) راجع الدر المختار من باب الحجر وحاشية ابن عابدين عليه «ج ٥ ص ٢٢» وإذا اجتمع للصغير جدهن أحدهما أعلى من الآخر فأوصى الأقرب أى الأدنى منهما كان وصيه مقدماً على الجد الأعلى كما قدم وصى الأب على الجد. هذا ما يظهر لى ولم أجد ما يناقضه.

(٢) والحكمة فى إثبات الولاية لبؤلاء ما يرجى منهم من صلاح النظر وحسن الاختيار والتقدير إذا ماتصرفوا، ذلك لما توافر فيهم من وسائل الحب والرحمة، فالأب والجد لقربتهما المستوجبة للحب وكسلا الشفقة، ووصيهما هو مختارهما ومحل ثقتهما فكان فى منزلتهما، والقاضى لما اختص به من كمال العلم وحسن التدبير ولما اضطلع به من المسئولية، وفى حكمه وصيه لأنه تحت مراقبته ونظرة، ولذا كان ترتيبهم فى الولاية على حسب ترتيبهم فيما يرجى منهم من المصلحة للمولى عليه. راجع البدائع «ج ٥ ص ١٥٢».

(٣) وذهب أحمد ومالك إلى أن الولاية على الصغير للأب ثم لوصيه ثم للحاكم ومن يقيمه ويسمى عند المالكية بالقدم ولا ولاية للجد وغيره من الأقرباء إلا بوصاية. كشاف القناع «٢ ص ٢٢٣» والشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي عليه.

وذهب الشافعى إلى أن الولاية أولاً للأب، ثم من بعده للجد، ثم من بعدهما لوصيهما وهو وصى من مات منهما أخيراً، ثم للحاكم ووصيه. نهاية المحتاج «ج ٤ ص ٣٦٢».

(٤) إذا بلغ الصغير معتوهاً أو مجنوناً استمرت ولاية من كان ولياً عليه حال صغره عند الخفية والحنابلة والشافعية والمالكية. وكذلك الحكم إذا بلغ سفياً عندهم ما عدا الخفية فإنه على القول المفتى به فى مذهبه لا بد من القضاء عليه بالحجر ليصير محجوراً عليه وهو قول أبى يوسف، وعندئذ تكون الولاية لمن يقيمه القاضى، ولكن إذا بلغ رشيداً ثم أصابه الجنون أو العته كانت الولاية عليه للقاضى عند الخنابلة والمالكية، وعند الخفية والشافعية. قولان: (قيل تكون الولاية عليه للقاضى ولا تعود ولاية أبيه عليه، وقيل: تعود والراجع عندهم عودها). راجع كشاف القناع «ج ٢ ص ٢٢٦» ونهاية المحتاج «ج ٤ ص ٣٤٤، ٣٥٤» والشرح الكبير للدردير «ج ٣ ص ٣٠٠». وحاشية الشلبى على الزيلعى «ج ٥ ص ١٩٤».

بعودها إلى محمد، وقيل: بل عودها قول الثلاثة وعدم عودها قول زفر^(١).

وإن كان المولى عليه سفيها أو ذا غفلة فالولاية عليه للقاضي أو لقيمه الذي يقيمه عليه وليس لأبيه ولا لجدته ولا لوصيهما ولاية عليه^(٢)؛ ذلك لأنه حجر عليه مراعاة لمصلحته ومحافظة على ماله لا لتقص في أهليته، والنظر في صلاح الأمور عند ثبوت الأهلية للحاكم لا لغيره.

وأما من عدا هؤلاء من المدنيين والمرضى بمرض الموت والنائمين والمغمى عليهم والسكرارى بسبب هو حلال، فليس لأحد ولاية عليهم، بل الولاية لهم، فيجب أن ينتظر زمن إفاقتهم عند الحاجة إلى العقد أو التصرف.

حكم العقد مع ثبوت الولاية: إذا صدر العقد من عاقد توافرت فيه أهلية الأداء وولاية إصداره كان نافذا فترتب عليه جميع آثاره الشرعية. وليس لأحد حق الاعتراض على ذلك إلا أن يكون شخصا أضر به العقد فمنعه حقا ثابتا له، فيكون له عند ذلك حق الاعتراض، ويكون العقد لذلك موقوفا، كما إذا باع المالك عينا مستأجرة قبل انتهاء مدة إيجارتها، أو عينا مرهونة لاتزال في يد المرتهن لبقاء الدين، ففي هذه الحال يتوقف العقد على إجازة المستأجر في الصورة الأولى، وعلى إجازة المرتهن في الصورة الثانية، محافظة على حق كل منهما الثابت قبل العقد، فإذا أجاز نفذ، كما ينفذ كذلك بانتهاء عقد الإجارة في الصورة الأولى، وبزوال الدين في الصورة الثانية لانتهاء ما أوجب وقفه. ومثل هذا في الحكم تصرف المريض مرض الموت إذا أضر التصرف بدائه أو بوارثه^(٣) وتصرف المحجور عليه بسبب الدين إذا أضر بدائه. فإن تصرفه يتوقف كذلك على الإجازة من صاحب الحق، أو على زوال هذا الضرر بأى سبب من الأسباب، كأن يكون التصرف الضار بيعا مع الغبن فيرتفع الغبن بزيادة الثمن من قبل المشتري، وقد تقدم مثل هذا عند كلامنا على تصرف المريض مرض الموت.

وأما إذا صدر العقد ممن ليس له أهلية أداء، فقد علمت أنه يصدر باطلا، وذلك كعقود المجنون والصبي الذي لا يميز. وإن صدر من ذى أهلية أداء ناقصة أو ممن ألحق به كالسفيه وذى الغفلة عند الصاحبين، فإن حكمه يختلف باختلاف نوعه، فإن كان ضارا كان باطلا لعدم أهليته بالنسبة له، وإن كان نافعا نفعنا محضا

(١) راجع ابن عابدين ج ٥ ص ١٢٢، ٢٠٤، ٢٠٥ من كتاب الحجر.

(٢) راجع الأشياء والنظائر ج ٢ ص ١٧٨.

(٣) غير أنه يلاحظ نفاذ التصرف حال الحياة كما تقدم؛ لعدم الجزم بأن المرض مرض موت؛ وإذا توفى المريض توقف ابتداء من وقت مباشرته.

كان نافذا لأهليته وولايته بالنسبة له، وإن كان الشأن فيه أن يكون تارة نافعا وتارة غير نافع كان متوقفا على إجازة صاحب الحق فيها على ما فصلناه فيما مضى لثبوت أهليته بالنسبة له وعدم ولاية إصداره.

وعلى ذلك إذا صدر العقد من ذى أهلية أداء كاملة فإن أصدره العاقد لنفسه كان نافذا مادام لم يمس حقا ثابتا من قبل كما ذكرنا لثبوت ولايته على ماله، وإن أصدره لغيره توقف نفاذه على ثبوت ولايته على ذلك الغير، فإن كان له ولاية إصداره عنه شرعا نفذ، وذلك كأن يصدر العقد من الأب أو وصيه أو من الجلد أو وصيه أو من القاضى أو من الوكيل، وإن لم يكن له ولاية إصداره عنه توقف على إجازة من له ولاية إصداره فإن أجازته نفذ وإلا بطل، ويسمى عاقده فى هذه الحالة بالفضولى.

عقد الولى: نريد بالولى هنا من له الولاية على مال غيره من أب أو جد أو قاض أو وصى أو قيم أو ناظر وقف أو نحو ذلك، وولايته فى عرف الفقهاء تنفيذ قوله على موليه شاء موليه أم أبى^(١). ولاتثبت له هذه الولاية إلا إذا كان مميزا كما علمت حتى تتحقق فيه أهلية الأداء، وكذا لا تثبت لكافر على مسلم، ولا مسلم على كافر لقوله تعالى فى سورة النساء (١٤١) ﴿ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا﴾^(٢) وقوله تعالى فى سورة المائدة (٥١) ﴿يا أيها الذين آمنوا

(١) راجع رد المحتار ج ٢ ص ٣٢١. وراجع الدر المختار ج ٢ ص ٣٣٩. والفتح ج ٢ ص ٤١٢.

(٢) ولهذا اختلفوا فيما إذا أوصى مسلم إلى كافر فجعله وصيا على أولاده. قيل: تصح الوصاية ويكون وصيا، ولكن يجب على القاضى أن يخرجها منها، وقيل: لا تصح ولا يكون بها وصيا. وكذلك اختلفوا فى اشتراط البلوغ لصحة الوصاية، فذهب بعضهم إلى اشتراطه فلا يكون الصبى وصيا أو قيميا؛ لأن المولى عليه لا يكون ولما على غيره، وقيل إنه ليس بشرط الصحة، ولكن إذا أقيم الصبى وجب على القاضى إخراجه لعدم كفايته، وإذا بلغ قبل أن يخرجها بقى وصيا ولم يخرجها من الوصاية. أما صلاحية من يقام فليست بشرط صحة، ولكن إذا أقيم من لا يصلح كان يكون غير أمين وجب إخراجه لذلك. قولنا واحدا. وفى الاختيار، الأوصياء ثلاثة: أمين قادر صالح لما عهد إليه فيه، ومثله يبقى ولا يجوز للقاضى أن يخرجها. وأمين عاجز، ومثله يضم إليه من يكمل نقصه. وفاسق أو كافر أو عبد ومثله يجب عزله وإقامه غيره لأنه لا تصح نيابته، لأنه إنما أوصى إليه اعتمادا على رأيه وأمانته وكفايته، وهؤلاء ليسوا كذلك. أما الكافر فلعداوته الدينية الباعثة على ترك النظر للمسلم. وأما العبد فلتوقف تصرفه على إجازة مولاه وتمكنه من منعه. فلا يكون كافيا، (هـ بتصرف). راجع الاختيار ج ٣ ص ١٩٨، والهداية ج ٨ ص ٤٩٢، والعناية على الهداية فى ذلك الموضع ورد المحتار ج ٥ ص ١٩٥، والبدائع ج ٥ ص ١٥٣. وقد اشترط قانون المجالس الحسينية رقم ٤٠ سنة ١٩٣١ ألا يكون الوصى أو القيم محكوما عليه فى جريمة سرقة أو خيانة أمانة أو نصب أو تزوير أو فى جريمة من الجرائم المحلة بالأدب. أو غير ذلك من الجرائم الماسة بالشرف أو الزهارة، وألا يكون محكوما بإفلاسه إلا أن يحكم رد شرفه إليه. وألا يكون مما قرر الأب حرمانه من الوصاية قبل وفاته بإشهاد شرعى أو بكتابة صادرة بخط يده. راجع المادة (١٨) ولا يخرج هذا فى الجملة عن أنه تطبيق لشرط الصلاحية.

لاتتخذوا اليهود والنصارى أولياء بعضهم أولياء بعض ﴿ وقوله تعالى في سورة الأنفال (٧٣) ﴿والذين كفروا بعضهم أولياء بعض﴾ وتصرف الولي في جميع الأموال مقيد بالنظر والمصلحة. لقوله تعالى في سورة الإسراء (٣٤) ﴿ولا تقربوا مال اليتيم إلا بالتي هي أحسن﴾^(١) وعلى ذلك فليس له ولاية إنشاء العقود الضارة ضررا محضا كالتبرعات^(٢) وإذا باشرها كان باطلا فلا تصححها إجازة بعد ذلك.

أما العقود النافعة كقبوله الهبة عن موثبه، وقبوله الوصية له، والكفالة لماله، فهي نافذة إذا باشرها، وكذلك العقود التي يختلف أمرها باختلاف أحوالها، فتتردد لذلك بين النفع والضرر، تنفذ إذا باشرها، وتلزم كذلك إن كان حكمها للزوم، مالم تتمحض للضرر وإلا كانت باطلة، وهذا إجمال لا يغني عن التفصيل الآتي:

عقد الأب: إذا كان للصغير ومن في حكمه مال، فالولاية عليه كما علمت لأبيه. فهو الذي يرعاه ويحفظه ويستثمره، وعقده فيه نافذ لازم أو غير لازم على حسب ما للعقد من صفة الزوم أو عدمه. وعلى هذا فله ولاية بيع مال الصغير ومن في حكمه، سواء أباعه لأجنبي عنه أم باعه لصغير آخر تحت ولايته، أم باعه لنفسه. وله كذلك ولاية الشراء للصغير ومن في حكمه، سواء اشترى من أجنبي أم من نفسه، سواء أكان ذلك بمثل القيمة أم بغبن يسير^(٣). وله كذلك ولاية

(١) فإذا باشر تصرفا ضارا بموليه لم ينفذ عليه وإنما على الولي نفسه إن وجد نفاذاً عليه كما في الشراء والاستجار، وإلا بطل، وعلى هذا الأساس ماجاء في الهندية عن فتاوى قاسيخان: إن الوصي إذا باع عقارا للصغير قال أبو بكر محمد بن النضل: إن رأى القاضي نقض البيع خيرا للصغير كان له نقضه، وإذا باع الوصي مال الصغير بأجل فاحش غير معهود لم يجز، وكذلك إذا باعه لشخص بأجل معهود وأتمه معروف بالمجود لم يجز وكذا إذا كان مقلدا يخشى منه عدم الوفاء. راجع الفتاوى الهندية ج٣ ص١٧٤ وما بعدها.

(٢) العقود الضارة التي تصدر باطلة من الأولياء مثل الطلاق والعشاق وكذا الهبة ولو بعوض عند الشيخين، خلافا لمحمد إذ أجاز لهم أن يبيعوا بعوض نظرا إلى ما فيها من المبادلة يعطى حكمها. وكذلك ليس لهم الصدقة ولا الوصية، واختلف في العارية فلم يجزها بعضهم لما فيها من معنى التبرع. هو القياس. وعليه عامة العلماء، وأجازها بعضهم نظرا إلى أن المنافع ليست بمال تكات في معنى الإيداع وهذا استحسان وكذلك اختلف في الإقراض فمنعه بعضهم لما فيه من معنى التبرع في البداية إلا من القاضي نظرا إلى ماله من سلطان يمكنه من الاستيفاء، وأجازها آخرون للأب قياسا على الإيداع، بل هو أولى لما فيه من الضمان خلافا للإيداع، راجع البدائع ج٥ ص١٥٣ وجامع الفصولين ج٢ ص١١٢ والفتاوى الهندية ج٦ ص١٣٦ في باب ما يملكه الوصي. وفي الأشباه ج٢ ص١٢٣ لا يجوز إيراد الوصي عن دين للصغير إلا إذا كان قد وجب بعقد باشره الوصي. فإن وجب بغير عقده لم يجز، وقال أبو يوسف: لا يجوز مطلقا. قال الحموي: وينبغي أنه يفتى به. ويرى أحمد بن حنبل أن للوصي الإقراض إن كان في الإقراض مصلحة للصغير ومن في حكمه كخوف على المال من منسلط أو من أن يسارع إليه الأسد إذا بقي، أو من ضياعه أو نحو ذلك، وإنما لا يجوز له الإقراض لمودة أو مكافأة، وكذلك يجوز للأب عند الحاجة أن يقترض من مال ولده لنفسه، ويجوز للولي الهبة بعوض بشرط ألا يقل عن قيمة الموهوب لأن ذلك في معنى البيع. راجع كشف القناع ج٢ ص٢٢٥.

(٣) راجع الهندية ج٣ ص١٧٣، ١٧٤، وجامع الفصولين ج٢ ص١١٢ وما بعدها.

استثماره بالتجارة (١) سواء أكان ذلك بالشركة فيه أم بالمضاربة (٢) أم بالبضاعة بنفسه أو بغيره، وكذلك له إجارة مال الصغير، ومن في حكمه واستجاره، بل وله إجارة نفس الصغير لعمل. ويكون له الخيار إذا بلغ قبل انتهاء مدة الإجارة، وإجارة نفسه للصغير، وله إجارة الصغير ليتعلم حرفة من الحرف لا لغير ذلك، واختلف الفقهاء في إجارة ماله وعامتهم على عدم الجواز وهو القياس لما في الإجارة من معنى التبرع. وله كذلك إيداع أمواله ورهنها لدى الغير في دين عليه أو على الصغير. وله أن يدفع أرضه مزارعة وشجره مساقاة، كما أن له أن يزرع بنفسه سواء أجعل البذر في مال الصغير أم في ماله. وله أن يقبل حوالة دين الصغير إذا كانت على إملاء من المدين كما له أن يقاسم شريك الصغير (٣).

وعما ينبغي ملاحظته أن تصرف الأب مقيد بالنظر والمصلحة كما قدمنا، وأنه إذا تجاوزها لم ينفذ على الصغير ومن في حكمه، وإن من الآباء من يعرف بالعدالة، ومنهم مستور الحال، ومنهم الفاسق المبذر المتلف (٤). وعلى ذلك فكل عقد يباشره الأب لموليه يكون باطلا إذا تمحض للضرر، مادام لم يجد نفاذا على الأب، وذلك مثل أن يبيع ماله بغير فاحش أو يؤجر بغير فاحش كذلك، أو يبيع

(١) جامع الفصولين ج ٢ ص ١١٣.

(٢) يرى أحمد بن حنبل أن الأب إذا ضارب بنفسه في مال الصغير جاز، ولكن يكون جميع الربح له دون الأب، ومع ذلك فله أن يدفعه إلى اجنبي ليضارب فيه على أن يكون الربح شركة بينه وبين الصغير، راجع كشف القناع ج ٢ ص ٢٢٤.

(٣) راجع جامع الفصولين ج ٢ ص ١٢ - ١٥.

(٤) يرى الحنفية أن الأب إذا كان فاسقا مبذرا لم يفقد ولايته على مال ابنه، وهذا بين عند الإمام لأنه لا يقول بالحجر على الصغير، ولكنهم مع ذلك يقيدون تصرفه، فلا ينفذ بيعه ولا شراؤه على موليه إلا إذا تحققت الخيرية. والخيرية بالنسبة للمتول أن يبيعه بزيادة ٥٠ في المائة من قيمته فيبيع ما يساوي عشرة بخمسة عشر، وأن يشتريه بنقص ٣٣ وثلاث في المائة من قيمته فيشتري ما يساوي خمسة عشر بعشرة، وفي العتق أن يبيعه بمثل قيمته، ومآل ذلك في الواقع منعه من التصرف لتعذر الوصول إلى ذلك، وعلى كل فلا يلزم من تصرفه إلا ما كان ظاهر المنفعة لموليه. وإذا خيف على المال منه أقام القاضي وصيا يدفع إليه المال ليحفظه، ولا تزول بذلك ولايته. وعند الصحاحين تزول ولاية الصغير على أولاده، ففي الهندية إذا كان الأب مبذرا مسرفا مستحقا للحجر لاتبث له الولاية على مال ابنه عند من يرى الحجر عليه. راجع جامع الفصولين ج ٢ ص ١٥، ١٦ والفتاوى الهندية ج ٣ ص ١٧٤، ١٧٦ ج ٦ ص ١٤٦ والأشباه والنظائر وحاشية الحموي ج ١ ص ٣٦٤ من الفن الثاني. وذهب الشافعي إلى أن الأب يتعزل عن ولاية ابنه بنفسه ويؤخذ المال منه على أوجه القولين، نهاية المحتاج ج ٤ ص ٣٦٣.

بأجل بعيد غير معهود ولا متعارف، أو بأجل قريب إلى مفلس أو معروف بالبحود وعدم الوفاء، وخيف منه على الثمن. وأما إذا وجد نفاذا على الأب كشرائه للصغير بغبن فاحش أو استجاره عينا أو أجزرا كذلك بغبن فاحش فإنه ينفذ على الأب لا على موليه، فيقع الشراء والاستجار له على أصح القولين^(١).
هذا وليس للمجلس الحسبي تدخل عند وجود الأب أو الجد^(٢).

عقد وصى الأب

التعريف بالوصى: الوصى هو من يقام مقام غيره لإدارة تركته بعد وفاته، وتدبير أمثون الصغار، ومن في حكمهم من أولاده، فإن أقامه الأب أو الجد سمي بالوصى المختار وإن أقامه القاضي سمي بوصى القاضي^(٣).

إقامة الوصى المختار: تكون إقامة الوصى المختار بعقد الإيضاء. وينشأ هذا العقد بإيجاب من الموصى، وقبول من الموصى إليه «الوصى»، فالإيجاب يكون بما يصدره الموصى حال حياته من كل ما يفيد إقامة غيره مقامه بعد وفاته، مثل قوله: جعلت فلانا وصيا أو عهدت إليه بمالى وأولادى بعد وفاتى، وهكذا على ما بيناه. فيما سبق عند كلامنا على صيغة العقد. والقبول يكون بما يصدره الموصى إليه «الوصى» من كل لفظ أو فعل يدل على قبوله الإيضاء إليه. كقوله: قبلت،

(١) يرى بعض علماء الحنفية أن العقد يبطل ولا ينفذ إذا ما أضافه إلى الصغير. راجع الفتاوى الهندية ج٦ من باب تصرف الوصى.

(٢) غير أن ذلك مشروط بعدم الخوف على المال من كل منيما. وإلا كان له حق التدخل تطبيقا للمادة (٢٨) من قانون المجالس الحية رقم ٤٠ لسنة ١٩٣١ وهذا نصها «لا يجوز الحكم بلب ما للأولياء الشرعيين من السلطة على الأشخاص المشمولين بولايتهم إلا بناء على طلب النيابة العمومية، وبشرط أن يكون سوء تصرفهم فى أموال المذكورين ملحقا بالضرر برأس مالهيم نفسه، فإذا رأى المجلس أن عدم الثقة بالولى لا يبلغ درجة تبرر سلب جميع سلطته على تلك الأموال فله أن يحظر عليه إجراء كل التصرفات المينة بالمادة (٢١) أو بعضها بدون إذن خاص. ا. هـ. وسيأتى نص تلك المادة فى الكلام على الوصى. وهذا التشريع يكاد يتفق مع مذهب الشافعى الذى يبيها وهو مع ذلك لا يتنافى مع روح القواعد الشرعية العامة التى وضعها الحنفية للمحافظة على أموال الصغار، وفى رأى أنه الوسيلة لحفظ مال الصغير عند الخوف عليه من أبيه أو جده.

(٣) ليس من اختصاص القاضي الآن إقامة الأوصياء وإنما جعل ذلك من اختصاص المجالس الحية بمقتضى المادة ١٦ من قانونها رقم ٤٠ سنة ١٩٣١. وقد صدر أخيرا قانون بإنشاء المحاكم الحية فحل محل هذا القانون.

وكمباشرة شأننا من شئون أولاد الموصى بعد وفاته (١) وعلى هذا فقبول الموصى إليه لا يتقيد بمجلس الإيجاب، بل يصح أن يكون بعده، حال حياة الموصى أو بعد وفاته، وإذا وجد حال حياته لم يتم الإيصاء إلا عند الوفاة. فلا يكون الموصى إليه وصيا إلا من وقت وفاة الموصى (٢)، ويمقتضى قانون المجالس الحسينية رقم ٤٠ سنة ١٩٣١م يجب أن يعرض أمر تعيين الوصى المختار في ظرف ثمانية أيام من تاريخ إبلاغ الوفاة على المجلس الحسيني لينظر في تهيئته في الوصاية بعد بحثه أمر كفايته، فإن لم يجده صالحا عين وصيا من قبله بدلا عنه «راجع المادة ٣ والمادة ١٦»، ومقتضى ذلك أن الوصى المختار لا يصير وصيا في نظر القانون إلا إذا أقره المجلس، وإن تعيين الأب أو الجد له لا يعدو أن يكون مجرد ترشيح، وإلا لم يكن للقانون فائدة، ولم أجد لذلك سندا فقهيا إلا إذا اعتبرنا عدم إقراره من قبيل العزل. ولكن ذلك المعنى بعيد عن لفظ القانون.

تخصيص الوصى المختار : وإذا خصص الأب أو الجد من أقامه وصيا بعمل من الأعمال ، فقال له : جعلتك وصيا في قضاء ديونى أو على أموالى فى بلد

(١) قبول الموصى له حال الحياة يكون باللفظ، وبعد الوفاة يكون باللفظ وبالفعل، وذلك بشيائه بعمل من أعمال الوصى. وإذا قام بعمل بعد الوفاة اعتبر قابلا وإن لم يعلم بالوصاية إليه بخلاف الوكالة، فإن القبول الفعلى فيها لا يكون قبولا إلا إذا حصل بعد العلم، والفرق أن الفقهاء يرون أن الإيصاء من قبيل الخلافة كالورثة فلا تتوقف على العلم كما لا تتوقف الورثة عليه راجع البداية ج ٨ ص ٤٤٩.

(٢) إذا أوجب الموصى ثم رد الموصى إليه الإيصاء وأعلم بذلك ولو بكتاب أو رسول فإن رده يصح، سواء أكان ذلك بعد قبوله الإيصاء أم قبل قبوله، وإذا قبله بعد ذلك لم يصح قبوله لبطان الإيجاب بالرد. وإن لم يعلم الموصى برده وكان رده حال حياته فإن كان بعد قبوله لم يصح رده. سواء أعلم الموصى قبل رده بقبوله أم لم يعلم كما يستفاد ذلك من إطلاق عبارة الجامع الصغير. وإن كان قبل قبوله صح الرد ولا يبطل الإيجاب حيث رد مادام الموصى لم يعلمه، حتى إذا قبل بعد ذلك الرد وقيل أن يعلم به الموصى صح القبول، وإن رد بعد الوفاة فإن كان ذلك قبل القبول صح رده، وله أن يقبل بعد ذلك لعدم بطلان الإيجاب به ما لم يقره قاضى عليه، فإن أقره القاضى عليه لم يصح أن يقبل بعد ذلك لبطان الإيجاب بالرد مع إقرار القاضى، وإن كان رده بعد قبوله لم يصح منه الرد إلا أن يخرج قاضى بسبب رده هذا، ولا يخرج إلا إذا رأى فى ذلك خيرا لليتيم. وسواء فى ذلك أن يكون قبوله قد تم حال حياة الموصى أم بعد وفاته. راجع الدر المختار ج ٥ ص ٤٩٥، ٤٩٦، ٥١٢، وتقرير الرافعى ج ٢ ص ٣٤٩، والفتاوى الهندية ج ٦ ص ١٣٧، وفتاوى قاضىخان ج ٣ ص ٥١٣. هذا وللوصى أن يخرج نفسه متى شاء إذا جعل له الوصى هذا الحق، والحكمة فى جميع هذه الأحكام عدم التفرير بالموصى، والمحافظة على مصالح الصغير. وللموصى عزل الوصى متى شاء وإن لم يعلم، وهذا عند الإمام، واشترط أبو يوسف العلم. الدر المختار ج ٥ ص ٤٩٥.

كذا فقط، كان وصيا عاما في كل شيء. ولم يتخصص عند الشيخين؛ لأن الوصاية خلافة، وهي لا تقبل التجزئة فلا يتخصص، وعلى هذا لو أقام عدة أوصياء، وخص كلا منهم بعمل معين كانوا جميعا أوصياء في كل شيء.

وذهب محمد إلى أنه يقبل التخصص كوصى القاضى، فلا يكون له أن يعمل غير ما عهد إليه فيه. وربما لا يحسن غير ما خصص به، وفي تعميم ولايته بعد عن غرض الموصى وخروج عن إرادته^(١).

تعدد الوصى المختار: إذا أقام الولي أكثر من وصى. فنص في عقد الإيضاء على وجوب اشتراكهم أو على جواز انفراد كل منهم اتباع مائض عليه. وإن لم ينص على ذلك - بل أطلق الأمر - كان لكل واحد أن ينفرد بالتصرف عند أبى يوسف، لثبوت الخلافة لكل منهم فكانت ولايته كاملة، وذهب الطرفان إلى وجوب اشتراكهم عند ذلك، ولا يجوز لأحدهم أن ينفرد بالتصرف إلا في ثلاث أحوال:

الأولى- المسائل التي يخشى الضرر من تأخيرها كتجهيز الميت.

الثانية- المسائل التي لا يحتاج فيها إلى الرأى، كرد الودائع المعروفة إلى أربابها.

الثالثة- ما لا يمكن فيه الاجتماع، كالخصومة في الحقوق. ويشترط عند ذلك أخذ رأى من لم يشترك من الأوصياء قبل المرافعة، كما يفهم ذلك من عبارة صاحب العناية عند بيانه لأحكام الوكلاء عند التعدد^(٢).

(١) قال الشيخ الإمام أبو بكر محمد بن الفضل: إذا أقام الرجل وصيا على ابنه فلان أو على عمل معين وأقام وصيا على ابنه الآخر أو على عمل أو مال آخر. فإن شرط ألا يكون كل واحد منهما وصيا فيما أوصى به إلى الآخر يكون الأمر على ما شرط اتفاقا، وإن لم يكن قد شرط ذلك فإن المسألة تكون على ما ذكرنا من خلاف. والفتوى على قول الإمام. راجع الهندية ج ٦ ص ١٣٩، والفتاوى الخانية ج ٣ ص ٥١٤.

(٢) عندئذ لا يقال: إن ذلك من قبيل التوكيل، فيكون الحاضر حاضرا عن نفسه وعن الآخر بالوكالة عنه؟ وإذن فالمسألة ليست مسألة انفراد ولا محل لاستثائها.

هذا وقد قيل: إن الخلاف المذكور فيما إذا أوصى إليهم بجطة عقود، أما إذا أوصى إليهم بعقد واحد فالإجماع على وجوب اشتراكهم جميعا في التصرفات، وقيل: إن الخلاف حدد الإيضاء إليهم بعقد واحد، أما عند تعدد العقود فالإجماع على جواز انفراد كل منهم بالتصرف، قال أبو الليث: وهذا هو الأصح وبه نأخذ. وقيل: إن الخلاف في الحاليين جميعا. قال في المبوط: وهو الأصح. راجع رد المختار ج ٥ ص ٤٩٧.

حكم عقد وصى الأب: إذا ترك الأب تركة وكانت مشغولة بدين أو وصية مرسله فإن كان الدين محيطا بها كان للوصى ولاية بيعها كلها لسداد الدين. وإن كان غير محيط بها أو كان فيها وصية مرسله كان له كذلك ولاية البيع فى سبيل سداد الدين وتنفيذ الوصية. وإذا ثبت له بيع بعضها ثبت له ولاية بيعها كلها عند الإمام، وقال أصحابه: لا يبيع منها إلا بقدر ما يفي بالدين وينفذ الوصية^(١).

وفيما عدا هذه الحال لا يكون للوصى ولاية على نصيب الورثة الكبار من التركة إذا كانوا حاضرين، أما عند غيبتهم فتكون له ولاية بيع ما يخصهم فيها من منقول باعتبار أن ذلك طريق لحفظه، وله ولاية حفظ أموالهم عند الغيبة بمقتضى وصايته.

وتثبت له الولاية على جميع أموال الصغار حاضرين أو غائبين، فيكون حكمه فى عقده لهم كحكم الأب الذى بيناه فيما مضى^(٢)، ولكن يخالفه فى المسائل الآتية:

١ - لا يجوز له أن يبيع عقار الصغير لأجنبى عنه إلا بمسوغ، وذلك على رأى المتأخرين المفتى به^(٣)، بينما يجوز ذلك للأب من غير مسوغ كما تقدم، والمسوغ ضربان:

(أحدهما): أن يكون على الصغير ديون أو يتعلق بأمواله الموروثة حقوق لا يمكن وفاؤها إلا ببيع العقار، كأن يكون على التركة دين غير محيط، أو فيها وصية مرسله، فيبيع العقار لإيفاء ذلك^(٤).

(١) الأصل عند أبى حنيفة: أنه إذا ثبت للوصى بيع بعض التركة ثبت له ولاية بيعها كلها خلافا لصاحبه، إذ رأيا أن ولاية بيعه تقتصر على الحاجة. راجع الفتاوى الهندية ج ٦ ص ١٤٤.

(٢) راجع جامع الفصولين ج ٢ ص ١٦، ١٧.

(٣) ذهب مالك إلى أن الوصى والحاكم لا يجوز أن يبيعا العقار بقيمتيه إلا لحاجة تدعو إلى ذلك. وهذا بخلاف الأب. فإنه إذا رأى باع بالقيمة. راجع الشرح الكبير للدردير ج ٣ ص ٣٠١.

(٤) نقل فى الفتاوى الهندية عن خزنة المفتى: أن الوصى يجوز له بيع العقار لسداد الدين وإن وجد وفاء فى غير بيعه، ولكن عبارة الكافى تفيد أن العنصر لا يباع لسداد الدين إلا إذا لم يوجد وفاء له بغير بيع العقار. راجع الفتاوى الهندية ج ٦ ص ١٤٤. وفى الحموى ج ٢ ص ١١٩، أن البيزارى قيد جواز بيع العقار بالألا يكون للدين وفاء إلا من ثمنه. وأكثر الكتب على هذا.

(ثانيهما): أن يكون بيع العقار خيرا للصغير من بقائه، أو تقتضيه حاجته الضرورية، مثال الحال الأولى: أن يباع بضعف قيمته. أو لأن نفقاته أكثر من غلاته، أو لأن بناءه آيل للخراب وليس في الإمكان ترميمه، أو للخوف عليه من متلظ جائر. مثال الحالة الثانية: أن يكون الصغير في حاجة إلى النفقة، ولا يمكن الإنفاق عليه إلا من هذه السبل.

٢ - لا يجوز له أن يبيع ماله للصغير، ولا أن يشتري مال الصغير لنفسه إلا إذا تحققت الخيرية، وذلك بأن يبيع عقاره للصغير بنصف قيمته. ومنقوله بثلثي قيمته^(١). فيبيع ما يساوي خمسة عشر بعشرة، وبأن يشتري لنفسه عقار الصغير بضعف قيمته. ومنقوله بزيادة ٥٠ في المائة من قيمته، فيشتري ما يساوي عشرة بخمسة عشر^(٢) وإذا كان ذلك مع من لا تقبل شهادتهم له لم يجز إلا مع انتفاء الغبن اليسير. وأما الأب فله ذلك بدون اشتراط تلك الخيرية، إذا كان التصرف لنفسه، ومع انتفاء الغبن الفاحش إذا كان مع من لا تقبل شهادتهم له.

٣ - لا يجوز له أن يتولى طرفي عقد البيع بين صغيرين تحت وصايته ويجوز ذلك للأب^(٣).

٤ - لا يجوز للوصى أن يؤجر نفسه للصغير لأنه لا يتولى طرفي عقد الإجارة ويجوز ذلك للأب. ولذا لم يجيزوا للوصى أن يزارع في أرض الصغير على أن يكون البذر في مال الصغير؛ لأن ذلك في معني إجارة نفسه له بخلاف الأب^(٤).

٥ - ليس للوصى في هذا الزمان أن يضارب بمال الصغير بنفسه^(٥).

وما عدا ذلك فهو كالأب في تصرفه، حكمه كحكمه، فله الإجارة والمزارعة

(١) إذا كان للوصى أن يبيع للصغير ما يملكه هو من منقول بثلثي قيمته فكيف لا يجوز له ذلك في العقار، والمعروف أن العقار أبقى من المنقول؟ لا أرى وجها لأن يقيد بيع العقار بنصف القيمة مع جواز بيع المنقول بثلثي القيمة.

(٢) هذا مذهب الإمام، وذهب الصحابان والشافعي وأحمد إلى عدم جواز ذلك من الوصى مطلقا. راجع الفتاوى الهندية ج ٦ ص ١٤٩ والدر المختار ج ٥ ص ٥٠١ ونهاية المحتاج ج ٤ ص ٣٦٧ وكشاف القناع ج ٢ ص ٢٢٤.

(٣) راجع الهندية ج ٣ ص ١٧٦ وجامع الفصولين ج ٢ ص ١٥.

(٤) جامع الفصولين ج ٢ ص ١٢، ١٥ والهندية ج ٦ ص ١٤٨.

(٥) جامع الفصولين ج ٢ ص ١٥.

ودفع المال مضاربة وبضاعة، وقبول الحوالة على الإملاء، والقسمة^(١) والبيع والشراء على ما ذكرنا^(٢) مادام ذلك في مصلحة الصغير، فإذا كان شيء من ذلك بين الضرر له أبطله القاضي.

عقد الجحد: علمت أن وصى الأب بولايته المستمدة من الأب يقوم مقامه فيما يتركه من أموال وأولاد. فكان له بسبب ذلك ولاية على التركة، فيبيعها لسداد ديونها وتنفيذ وصاياها، وولاية على مال الأولاد فإليه استثماره وتديير شؤنه، وأما الجحد فولايته أصلية على أولاد ابنه بحكم الولادة، وليست مستمدة من غيره، فكان له بذلك الولاية على أموالهم فرجع إليه استثمارها، وكان حكمه فيها حكم أبيهم، فما يجوز لأبيهم أن يباشره فيها من التصرف على الوجه الذي بيناه يجوز كذلك لجدهم عند عدم وجود الأب ووصيه^(٣)، (وعلى ذلك فليس للجحد ولاية على تركة ابنه من ناحية أنها تركة، ولذا لم يكن له أن يبيعه لسداد ديونها وتنفيذ وصاياها. وإن جاز له ذلك في سبيل سداد ديون الأولاد أنفسهم، وبذلك خالف وصى الأب)^(٤).

وذهب بعض العلماء إلى أن للجحد أيضا ولاية على التركة باعتباره خليفة عن ابنه إذ إنه أحد ورثته، وإن له بذلك ولاية البيع لسداد الديون وتنفيذ الوصايا، وبذلك لا يختلف عن وصى الأب في هذا^(٥).

وعقد وصى الجحد: وولاية وصى الجحد في تركة الجحد كولاية وصى الأب في تركته، لا فرق بينهما، وأما ولاية وصى الجحد على أموال أولاد ابنه، فهي كولاية وصى الأب على أموالهم، فما كان لوصى الأب فعله، فهو لوصى الجحد، وما يمنع منه وصى الأب يمنع منه وصى الجحد، لا فرق بينهما^(٦).

(١) الأصل في مسائل القسمة أن من ملك بيع شيء ملك قسمته؛ ولذا جازت قسمة الموصى مع الغن البير لا مع الغن القاحش. الفتاوى الهندية ج ٦ ص ١٤٢.

(٢) جاء في رد المحتار ج ٥ ص ٥٠٠ أن ليس للموصى أن يبيع أو يشتري ممن تقبل شهادتهم له ولا من وارث الميت إلا مع انضاء الغن البير.

(٣) الفتاوى الهندية ج ٣ ص ١٧٤ وج ٦ ص ١٤٦. وفيها عن المحيط: الجحد أبو الأب عند انعدام الأب بمنزله. وجامع الفصولين ج ٢ ص ١٥.

(٤) جامع الفصولين ج ٢ ص ٢١، الهندية ج ٥ ص ١٤٥، ١٤٦. وعلى ذلك إذا كان في التركة دين أو وصية وجب إقامة وصى لسداد الدين وتنفيذ الوصية.

(٥) جامع الفصولين من الفصل الثاني والعشرين ج ٢ ص ٢٢ والهندية ج ٦ ص ١٤٦.

(٦) جامع الفصولين ج ٢ ص ١٣ بالهندية ج ٣ ص ١٧٧.

عقد القاضى ووصيه: عند عدم وجود الأب والجد ووصيهما تكون الولاية للقاضى. وليس يفرغ القاضى عادة لإدارة أموال الصغار ومن فى حكمهم، ولهذا يقيم وصيا يقوم مقامه، فإذا أقامه كانت له الولاية فيما عهد إليه فيه من الأعمال والتصرفات، فيكون عاما إن جعله عاما، ويتخصص بما يخصه به، وعندئذ لا تكون للقاضى ولاية فيما جعل لوصيه؛ لأن الولاية الخاصة مقدمة على الولاية العامة (١)، وأما ما لم يجعله له من التصرفات فتبقى ولايته فيه.

وحكم وصى القاضى فى عقوده التى يباشرها لموليه كحكم وصى الأب (٢)، غير أنه يخالفه فى بعض مسائل. أهمها ما يأتى:

١ - أن وصى القاضى يقبل التخصيص اتفاقا، فيتقيد بما يقيد به القاضى، بخلاف الوصى المختار. فقد علمت أن فى قبوله التخصيص خلافا ذكرناه.

٢ - أن وصى القاضى لا يملك أن يبيع مال الصغير لنفسه، ولا أن يبيع مال نفسه للصغير، ولا أن يقوم بتلك المبادلة مع من لا تقبل شهادتهم له، كابنه وأبيه، ولو كانت مع الخيرية التى بينها، ذلك لأنه نائب عن القاضى وفعله كفعله (٣) والقاضى لا يملك ذلك لأن فعله من باب القضاء، وهو لا يقضى لنفسه، ولا لمن لا تقبل شهادتهم له دفعا للتهمة، فمثله من يستمد ولايته منه (٤).

(١) راجع الأشباه والنظائر ج ٢ ص ١٩٢. وفيها: لا يملك القاضى أن يتصرف فى مال اليتيم مع وجود وصيه ولو كان منصوبه، ولا يملك القاضى التصرف فى الوقف مع وجود ناظره ولو كان مقاما من قبله. هـ.

(٢) راجع الأشباه والنظائر ج ٢ ص ١٢٢، والدر المختار ج ٥ ص ٥٠٩.

(٣) ولكن لو اشترى هذا الوصى مال الصغير من القاضى أو باع مال الصغير للقاضى جاز. هندية من باب ما يملكه الوصى وحموى ج ٢ ص ١٢٢.

(٤) ذكر فى الأشباه والنظائر والدر المختار بقية هذه المسائل وهى:

(أ) ليس لوصى القاضى أن يؤجر نفس الصغير بخلاف وصى الأب.

(ب) للقاضى أن يعزل وصيه ولو من غير جنحة، وليس له أن يعزل الوصى المختار إذا كان عدلا كائنا، وله عزله بجنحة.

(ج) للوصى المختار أن يقيم وصيا يقوم مقامه بعد وفاته فى تركته وفى مال الأولاد الذين تحت ولايته، وليس ذلك لوصى القاضى إلا إذا جعل له القاضى ذلك، والقاضى لا يملك الآن أن يجعل له ذلك.

٣ - وفي مصر حل المجلس الحسبي محل القاضي بمقتضى قانون المجالس الحسبية، وأصبح هذا المجلس مختصاً بإقامة الأوصياء إذا لم يكن هناك ولى ولاوصى، وإقرار الأوصياء المختارين عند إقامتهم، وأصبح الوصى مقيداً فى ولايته، بما جاء فى هذا القانون من القيود، سواء أكان وصياً من قبل المجلس أو وصياً مختاراً (١).

(١) بناء على المادة ٥٢١٦ من قانون المجالس الحسبية: يجب على الوصى مطلقاً أن يحمل على إذن من المجلس الحسبى قبل مباشرته للتصرفات الآتية، وشئى أن بعضها كان له مباشرته من غير إذن سابق بمقتضى ولايته الشرعية، ولكنه أصبح بذلك مقيداً فيها:

١ - شراء العقارات أو بيعها أو استبدالها أو ترتيب حقوق عينية عليها.

٢ - التصرف بالبيع أو الرهن فى الأوراق المالية.

٣ - تقليل التأمينات المقررة لمنفعة القاصر.

٤ - الصلح أو التحكيم.

٥ - الاعتراف بدين سابق على الوفاة أو الحجر.

٦ - إجراء القسمة بالتراضى.

٧ - طلب القسمة القضائية.

٨ - قبول الهبة بشروط.

٩ - التأجير لأكثر من ٣ سنوات.

١٠ - الاقتراض.

١١ - تشغيل رموس الأموال.

١٢ - شراء شىء لأنفسهم من ملك القاصر أو بيع شىء من ملكهم له.

١٣ - استجارهم ملك القاصر لأنفسهم.

١٤ - قبول التنازل لهم عن حق أو دين على القاصر.

ويلاحظ أن كل هذه التصرفات هى من ولاية الوصى بمقتضى التشريع الإسلامى ما عدا ما يأتى:

١ - تقليل التأمينات لأن ذلك ضرر محض بالصغير.

٢ - الاعتراف بالدين لأن الوصى لا يملك الإقرار على الصغير.

٣ - شراء شىء لأنفسهم من ملكهم له واستجارهم ملك القاصر لأنفسهم، فإن ذلك لا يجوز إلا بقصر:

فصلناها، وهذا التقييد بالنسبة للوصى المقام من المجلس لا ملاحظة عليه، أما بالنسبة للوصى المختار فهو من

باب العزوف عن بعض التصرفات، وفى نفاذ ذلك من غير سبب موجب نزاع وخلاف، غير أن ولى الأمر إذا

اختار قولاً من الأقوال فجعله قانوناً وجب الأخذ به، ونعماً فعل، لفساد أهل هذا الزمان.

خلاصة الباب

الولاية سلطة شرعية، يتمكن بها شرعا من مباشرة العقود وترتيب حكمها عليها دون توقف على رضا أحد، وقد ترجع إلى مآقره الشارع من إلزام الإنسان بما يلتزم به في شئون نفسه، وتكون في هذه الحال ولاية ذاتية، وتلك هي ولاية الإنسان على نفسه وعلى ماله، وقد ثبت للإنسان بسبب يعرض له بناء على أن الشارع قد جعله علة لثبوتها، وفي هذه الحال قد تكون أصلية، كولاية الأب والجد على نفس الصغير وماله، فإنها تثبت لهما بسبب ولادة الصغير وانتسابه إليهما. وليس فيها نائين عن أحد، وقد تكون نيابية كولاية الوصي والوكيل وناظر الوقف، فإنها تثبت لهم نيابة عنم ولاهم وأقامهم من أب أو جد أو موكل أو قاض أو واقف.

والولاية، إما ولاية على النفس، وليس بيانها من موضوعنا، وإما ولاية على المال، وتختلف باختلاف مالك المال، فإن كان دون البلوغ ثبت لأبيه، ثم لوصيه، ثم لوصى وصيه وهكذا، فإن لم يوجد أحد من هؤلاء كانت لجدّه، ثم لوصى وصيه وهكذا، فإن لم يوجد أحد كانت للقاضي ووصيه، وتستمر ولايتهم عليه إذا بلغ مجنوناً أو معتوها. وإن كان المال لمجنون أو معتوه، أصابه الجنون أو العته بعد البلوغ، كانت للقاضي وقيمه، وقيل تعود إليه ولاية من سبق ذكرهم، وإن كان لسفيه أو مغفل، كانت للقاضي ومن يقيمه قيما.

حكم العقد مع ثبوت الولاية: إذا تمت لشخص أهلية أدائه كان ذا ولاية

على نفسه وعلى ماله، وكان عقده في شئون نفسه صحيحا نافذا لا يتوقف على رضا أحد، اللهم إلا إذا مس حقا ثابتا لغيره، فإن له حينئذ حق الاعتراض على نفاذه، كما في بيع الإنسان ماله المرهون أو المستأجر، فيتوقف على إجازة المرتهن أو المستأجر أو زوال حقهما، وأما إذا لم تثبت للشخص هذه الأهلية لم يكن له ولاية، وكانت الولاية لغيره عن ذكرنا. وكذلك تثبت لوكلاء هؤلاء جميعا على ما يملكون من مال إذا وكلوا فيه. وهاك حكم عقودهم:

عقد الأب ووصيه: للأب - كما ذكرنا - ولاية على ولده الصغير ومن في حكمه، وولايته نظرية، ولذلك لا تكون له ولاية في العقود الضارة ضررا محضا

كالتبرعات والإسقاطات مثل الهبة والطلاق. وتكون له ولاية في العقود النافعة أو المترددة بين النفع والضرر. كقبول الهبة والوصية، والبيع والإجارة والمزارعة والمساقاة وغير ذلك من العقود إذا لم تتمحض للضرر. أما لو تتمحضت للضرر كالبيع أو الشراء بغبن فاحش فإنه لا يليها. وإذا باشرها صدرت فاسدة أو باطلة.

ومثل الأب في ذلك وصيه. وله بمقتضى الإيضاء إليه ولاية على تركة الأب فيبيعها لسداد الديون وتنفيذ الوصايا، وولاية على أولاده، فيلى لهم جميع ما يليه الأب إلا في المسائل الآتية:

(١) لا يجوز له أن يبيع عقار الصغير إلا بمسوغ شرعى، وذلك المسوغ أن يتعلق بأمواله حق لغيره، كدين أو وصية فيبيعها لسداد ذلك الدين أو لتنفيذ تلك الوصية، أو أن يبيع العقار بالخيرية، وهى أن يبيعه بضعف قيمته. أو تكون نفقات العقار أكثر من غلاته أو يخشى عليه من تسلط جائر. أو يكون آيلا للخراب ولا يمكن ترميمه. أو يحتاج إلى بيعه للإتفاق على الصغير. فهذه هى الأحوال التى يجوز له بيع العقار فيها دون غيرها. والأب بخلاف ذلك، إذ لا يتقيد فى بيعه إلا بعلم الغبن الفاحش.

(٢) لا يعتقد معاوضة للصغير يكون هو أحد طرفيها عن نفسه، أو من لا تقبل شهادتهم له، إلا إذا تحققت الخيرية إذا كانت المعاوضة له، أو انتفى الغبن اليسير إذا كانت لمن لا تقبل شهادتهم له، والخيرية بيع العقار بضعف قيمته، وشراؤه بنصف قيمته، وبيع المنقول بزيادة ٥٠ فى المائة من قيمته وشراؤه بثلثى قيمته، والأب لا يتقيد فى ذلك إلا بانتفاء الغبن الفاحش.

(٣) لا يتولى طرفى عقد معاوضة بين صغيرين تحت ولايته. ويجوز ذلك للأب.

(٤) لا يؤجر نفسه لصغير. ويجوز ذلك للأب.

عقد المجد ووصيه: وليس للمجد ولاية على تركة ابنه، ولذا لا يجوز له بيعها لسداد الديون وتنفيذ الوصايا، وأجاز ذلك محمد. وله ولاية على أموال أولاد ابنه عند انعدام الأب ووصيه، وولايته عليها كولاية الأب، فما يجوز للأب فعلة يجوز له وما لا يجوز له فعلة لا يجوز له.

ووصى الجد كوصى الأب، فولايته على تركة الجد كولاية وصى الأب على تركة الأب، وولايته على مال الاولاد كولاية وصى الأب عليه لا فرق بينهما.

عقد القاضى ووصيه: ليس يفرغ القاضى عادة لتولى شئون فاقد الأهلية أو ناقصها؛ ولذا فالعادة أن يقيم مقامه وصيا، فإذا أقامه كانت له الولاية دون القاضى، وولاية وصى القاضى كولاية وصى الأب لا يخالفه إلا فى مسائل أهمها:

(١) أن وصى القاضى يقبل التخصيص، فيتقيد بما يقيد به القاضى من القيود كالوكيل، بخلاف وصى الأب أو الجد فلا يتقيد عند الإمام، بل إذا خصص بعمل كان عاما فى كل شيء خلافاً لأبى يوسف.

(٢) لا يملك وصى القاضى أن يبيع مال موليه لنفسه، ولا أن يبيع ماله لموليه، بل ولا يعقد هذه المبادلة مع من لا تقبل شهادتهم له لأنه نائب القاضى والقاضى ليس له ذلك فلا يكون أيضاً لوصيه، أما وصى الأب فله ذلك مع مراعاة الخيرية بالنسبة إلى نفسه، ومع مراعاة انتفاء الفبن بالنسبة إلى من لا تقبل شهادتهم له.

(٣) ليس لوصى القاضى أن يؤجر الصغير ولو وصى الأب ذلك، وللقاضى أن يعزل وصيه، ولو بلا جرم، ولا يعزل وصى الأب إلا بجرم، وقد جعلت هذه الولاية الآن للمجالس الحسينية بمقتضى القانون رقم ٤٠ سنة ١٩٣١ فإليها كل ما كان للقاضى مع مراعاة القيود الواردة فى القانون.

باب عقد الوكيل

التعريف بالوكالة^(١): الوكالة ضرب من الولاية كما عرفت ويعرفها الفقهاء بأنها إقامة الإنسان غيره مقام نفسه في تصرف مملوك له معلوم، كأن يوكل إنسان آخر في أن يبيع له منزله بجهة كذا، وكان يوكله في كل ما يجوز له أن يباشره من التصرفات إذ ليس في مثل هذا العموم تجهيل بالموكل به.

ركنها : ركنها الإيجاب والقبول^(٢)، ويكون ذلك بكل ما يدل على معناها من لفظ أو فعل، وعليه إذا وكل إنسان آخر بتصرف خاص فسكت الآخر، ثم باشر ذلك التصرف ولو بعد حين كان ذلك منه قبولا تتم به الوكالة، وكذلك الحكم إذا وكله به في غيبته فعلم ثم باشره أو قال: قبلت. ولكنه إذا رد الإيجاب بما يدل على عدم قبوله ثم تصرف بعد ذلك كان في تصرفه فضوليا؛ لأن الإيجاب قد بطل برده. ومن هذا يتبين أن الوكالة لا يشترط فيها اتحاد مجلس الإيجاب والقبول كما قدمنا في أحكام العقود.

أقسام الوكالة : والإيجاب إن كان خاصا بتصرف معين كبيع أو إجارة أو خصومة أو نحو ذلك كانت الوكالة خاصة، وإن كان عاما: كأنت وكيل في كل شيء، كانت عامة، فيملك الوكيل بها كل تصرف جائز للموكل، وذهب بعض الحنفية إلى أنه لا يملك الطلاق والعناق والوقف إلا بالنص عليها. وذهب قاضيخان إلى أنه لا يكون بمثل ذلك وكيفا في الإسقاط والتبرع، وذلك استحسان، واعتمده كثير^(٣).

وقد علمت أن الوكالة قد تكون منجزة مثل: وكلتك في بيع دارى هذه،

(١) الوكالة بفتح الواو وكسرهما وهى لغة التفويض والمراعاة والحفظ ومنه حسبا الله ونعم الوكيل أى الحافظ.

(٢) هل يكون الوكيل بمجرد إيجاب الموكل قبل علمه بالوكالة؟ قولان عند الشافعى. أشباه السيوطى ص ٢٢٤. وعلى ذلك نبعض الشافعية يرى أنها تتم بالإيجاب وحده. وعلى كل حال فلا يشترط فيها المجلس عند الشافعى وأحمد. ولو تصرف الوكيل غير عالم بالوكالة صح تصرفه ونفذ. نهاية ج ٥ ص ٢٧. وكشاف القناع ج ٢ ص ٢٢٢.

(٣) مذهب المالكية فى الوكالة العامة قريب من مذهب الحنفية، وذهب بعض الشافعية إلى عدم صحة الوكالة العامة لما فيها من الغرر. نهاية ج ٥ ص ٢٥.

وقد تكون مضافة مثل: وكلتك فى إدارة أموالى ابتداء من الشهر الآتى، وقد تكون معلقة كأن تقول: إن لم أحضر من السفر غدا فأنت وكيلى فى إدارة أموالى (١).

شروطها:

(١) يشترط فى الموكل أن يكون مالكا لما وكل فيه، لأنه لا يملك غيره ما لا يملك، وإذن فكل ما يجوز للإنسان أن يباشره لنفسه من التصرف يجوز له أن يوكل فيه غيره إلا استيفاء التصاص، فلا يجوز التوكيل فيه لاحتمال أن تأخذ وليه رحمة عند حضوره فيعفو.

توكيل الوكيل أو الوصى: وأما ما يباشره لغيره من التصرف، فإن كان ذلك عن طريق الوكالة، لم يجوز له أن يوكل غيره فيه، إلا إذا أذنه بذلك الموكل (٢) أو فوض إليه رأى فيه. وإن كان عن طريق الولاية كوصى وولى وناظر وقف جاز له أن يوكل فيه غيره (٣).

وبناء على ماتقدم: لا يصح من المجنون توكيل، لأنه لا يملك تصرفا، ويصح من الصبى المميز فيما يملكه فينفذ توكيله غيره إذا كان فى تصرف نافع، ويتوقف على إجازة وليه أو وصيه إذا كان فى تصرف متردد بين النفع والضرر.

(١) يرى أحمد صحة إضافة الوكالة وتعليقها ولا يرى الشافعى ذلك فى أصح تولىه. كشف 'ج' ص ٢٣٢ نهاية 'ج' ص ٢٨.

(٢) ذهب الشافعى إلى أن الوكيل ليس له أن يوكل فيما وكل فيه بلا إذن من موكله إن تأتى إن يقوم به. فإن لم يأت منه لكونه لا يحسنه، أو لا يلبق به أن يباشره، أو يشق عليه فعله مشقة غير محتملة عادة فله أن يوكل غيره بلا إذن من موكله إذا كان موكله يعلم ذلك حال توكيله إياه. أما إذا كان جاهلا بحاله أو كان يعتقد خلافها فلا يجوز له أن يوكل غيره بلا إذنه. وإلى مثل هذا ذهب أحمد ومالك. وإذا كثر على الوكيل العمل فعجز عن القيام به كله، كان له أن يوكل غيره فيه عند أحمد، وقصر الشافعى جواز ذلك على ما زاد على طاقته فقط. ولو ظرا العجز على الوكيل لمرض أو سفر لم يكن له التوكيل عند الشافعى. وفى هذه الأحوال يكون من يوكله الوكيل وكيلا للوكيل عند أحمد وكيلا للموكل عند الشافعى، نهاية 'ج' ص ٣٨ وكشف 'ج' ص ٢٣٥.

(٣) يرى الشافعى أنه لا يجوز للوصى ولا القيم أن يوكلوا غيرهما فى مال مولىهما إلا عند عجزهما أو عندما يكون العمل غير لائق بهما، وأنه إذا وكل الوصى أو الولى وكيلا عنه فى أمور المولى عليه - وذلك عندما يجوز له ذلك - فله أن يجعله وكيلا عنه، أو وكيلا عن المولى عليه، وإذا جعله وكيلا عن المولى عليه لم ينزل ببلوغه، بخلاف ما إذا جعله وكيلا عن نفسه فإنه ينزل ببلوغ المولى عليه، وذلك أثر لانعزال الوصى أو الولى بالبلوغ نهاية 'ج' ص ١١٦.

(ب) ويشترط في الوكيل أن تكون له عبارة صحيحة. وإن شئت قلت: أن يكون مميزا قد بلغ السابعة من عمره على الأقل، فلا يشترط فيه الرشد ولا البلوغ ولا عدم الحجر. وعلى ذلك لا يصح لإنسان أن يوكل المجنون.

وذهب الشافعي إلى أن الصبي لا يصح توكيله غيره، ولا يجوز أن يكون وكيلا عن غيره. لأنه ليس أهلا للتصرف عنده كما تقدم (١).

(ج) ولا يشترط في الموكل به إلا أن يكون تصرفا جائزا مملوكا - عدا استيفاء القصاص - معلوما للوكيل كما قدمنا، فيجوز التوكيل في الخصومة في جميع الحقوق. وفي إنشاء العقود، وفي القبض، وغير ذلك مما يباشره الإنسان لإدارة أمواله (٢).

حكمها: حكم الوكالة: قيام الوكالة أى قيام الوكيل مقام الموكل فيما وكله فيه من التصرف إذا باشره بمقتضى الوكالة. فينفذ على الموكل كما لو أنه باشره بنفسه، وعلى ذلك يكون له من الأحكام ما يكون له لو أنه صدر من الموكل نفسه (٣).

(١) ذهب بعض الشافعية إلى أنه لا يصح لإنسان أن يوكل امرأة غيره في عمل بغير إذن من زوجها. وقيل ذلك بعضهم بأن يكون التوكيل في عمل يفوق حق الزوج. نهاية ج ٥ ص ١٨.

(٢) وذهب الشافعي وأحمد إلى أنه يشترط في الموكل به أن يكون مملوكا للموكل حال توكيله، وعلى ذلك لا يصح لشخص أن يوكل غيره ببيع ما يملكه ولا بطلاق من سيتزوجها ولا بزراعة ماسيرته من الأرض. واستثنى الشافعي من ذلك صحة التوكيل فيما لا يملكه إذا ذكر تبعا لما يملكه، كان يوكل إنسان آخر في المطالبة بحقوقه. فعند ذلك يدخل في المطالبة ما يحدث له من حق بعد التوكيل. راجع نهاية المحتاج ج ٥ ص ٢١ والكشاف ج ٢ ص ٢٣٢. ويجوز كذلك عند أحمد والشافعي التوكيل في المباحات كالاحتطاب والاصطياد في الأظير، وكذلك في استيفاء القصاص. نهاية ج ٦ ص ٢٤، ٢٥ كشاف ج ٢ ص ٢٣٣، وخالف في ذلك الحنفية.

(٣) ومعنى ذلك أن يعتبر قيام الوكيل بما وكل فيه كقيام الموكل به فتترتب عليه جميع الأحكام والأثار التي كانت تترتب عليه لو أن الموكل نفسه قد قام به، ويستثنى من هذه القاعدة العامة التوكيل بالخصومة عند أبي حنيفة فإنه يرى أن التوكيل بالخصومة لا يلزم خصم الموكل إلا إذا كان بوضاه، مادام الموكل غير معذور في هذا التوكيل، أما إذا كان معذورا فيه بأن كان لا يستطيع المخاصمة أو الحضور إلى مجلس القضاء فإنه يكون ملزما خصمه ويجب عليه حيثئذ أن يحضر وأن يترافع مع الوكيل، وإذا أراد مع ذلك أن يوجه سؤالا إلى الموكل نفسه كان له ذلك، ومن الأعداء السفر والمرض والعجز عن الإبانة وأن يكون الموكل امرأة مخدرة، وذهب الصحابان إلى أن حكم التوكيل بالخصومة كحكم التوكيل في أى تصرف فلا يتوقف على رضا الخصم الآخر، وإلى هذا ذهب مالك والشافعي وأحمد.

تعيين الوكيل: تكون الوكالة مطلقة، كما في: وكلتك ببيع سيارتي، وتكون مقيدة بما يريد الموكل بأن يقيد به وكيله، كما في: وكلتك ببيع سيارتي هذه بمائة جنيه حالة. وفي هذه الحال يتقيد الوكيل بما قيد به، لأنه إنما يستمد الوكالة والسلطة من الموكل. فلا يكون له مالم يعطه إياه^(١).

التفويض إلى الوكيل: وفي كلتا الحالتين يجوز للموكل أن يفوض الرأي للوكيل في إجراء هذا التصرف الذي وكله فيه. فيتصرف كيف شاء في حدود مأمونه من ولاية، فإن شاء باشره بنفسه، وإن شاء وكل غيره بمباشرته. وعند ذلك يكون الوكيل الثاني وكيلًا عن الموكل لا عن الوكيل الأول. وكأن الذي وكله هو الموكل عند الحنفية^(٢). ويجوز له ألا يفوض إليه الرأي فيه. فلا يكون له أن يوكل غيره بمباشرته عندئذ إلا إذا أذنه بذلك الموكل صراحة، لأنه إنما رضى برأيه لا برأى غيره. وإذا لم يفوض إليه الرأي باشر التصرف على حسب مارسه له من حقه وطريقة.

تعدد الوكيل: وإذا تعدد الوكلاء في عمل واحد فإن كان توكيلهم بغير متعددة كان لكل منهم أن ينفرد في مباشرة ما وكل فيه دون أخذ رأي الآخرين ودون علمهم. فإذا باشره انتهت وكالة الآخرين فيه لتامم التصرف، وإن وكله بعقد واحد لم يكن لهم إلا أن يباشروه مجتمعين، مادام لم يجعل لكل منهم حصة الانفراد به؛ لأن ولاية مباشرته لم تعط لكل منهم، وإنما أعطيت لهم مجتمعين. ويستثنى من ذلك ما لا يحتاج فيه إلى الرأي كرد الودائع والمغضوب والمبيع بغير فاسد، وإيفاء الدين، وما لا يمكن فيه الاجتماع، كالترافع أمام القاضي؛ إذ لا يمكنهم أن يتكلموا جميعًا في وقت واحد، ولذا لا يجوز لكل أن ينفرد بالمرافعة إلا بعد أخذ رأي الآخرين فيما يريد أن يترافع به.

أجر الوكيل: تكون الوكالة بغير أجر، وذلك هو الكثير. وتكون بأجر كما

(١) فإذا خالف ما وكل فيه تصرف كان فضوليًا عند الحنفية، فيكون تصرفه موقوفًا. وعند الشافعي باطلاً

نهاية ج ٥ ص ٤٧.

(٢) ويرى الشافعية والحنابلة أن الموكل إذا أذن وكيله بتوكيل غيره جاز له ذلك فإذا قال له: وكل عنى فوكل كان من بوكله وكيلًا عن الموكل الأول؛ وإذا قال له: وكل عن نفسك فوكل كان وكيلًا عن الوكيل وإذا أطلق فوكل كان وكيلًا عن الموكل. نهاية ج ٥ ص ٣٩، كشف ج ٢ ص ٢٣٥.

فى توكيل المحامين بالدفاع فى الخصومات، وفى هذه الحال يكون الوكيل كذلك أجيرا خصوصا أو مشتركا. وإذا سكت العقدان فى الوكالة عن الأجر حكم العرف، فإن كان يقضى بإعطاء مثل هذا الوكيل أجرا فى هذه الحال كان له أجر المثل، وإلا فلا أجر له.

الفرق بين الوكالة والرسالة: وليس الوكيل كالرسول، فالرسول ينقل عبارة مرسله فيقول للمرسل إليه: أرسلنى فلان لأقول لك كذا أو لأبلغك كذا. فيضيف عبارته دائما إلى المرسل. وإذن لا يتصرف برأيه ووزنه، وإنما الرأى والوزن للمرسل. وليس على الرسول إلا البلاغ. وكان الفاظه قد استعارها المرسل لاستخدامها معبرة عن إرادته، أما الوكيل فإنما يعمل برأيه ووزنه، فيساوم ويرى المصلحة فيقدم عليها. فإذا تصرف تصرف بإرادته وعبارته، وإذن يكون الموكل قد استخدم إرادته وعبارته معا، ولذا لا يضيف العبارة إلى موكله، بل يقول: بعث كذا، لا باع فلان كذا، فإذا أضاف الوكيل العقد إلى موكله فقال: باع فلان كذا. انقلب فى هذا التصرف رسولا، ولم يكن فيه وكىلا، وسنعلم أن الوكيل قد يكون فى بعض العتود سفيرا ومعبرا، وعندئذ يكون رسولا حتى يكون حكم العقد وأثره لموكله، لأنه لو أضاف العبارة إلى نفسه فى هذه العتود كان الأثر له لا لموكله.

تطبيق على ماتقدم:

(١) قلنا: إن التصرف الموكل به يجب أن يكون معلوما حتى يمكن قيام الوكيل بما وكل فيه. وعلى ذلك صحت الوكالة إذا كانت عامة لعدم الجهالة، فإذا كانت خاصة وعين التصرف، كبيع عين معينة أو شرائها صحت كذلك. وإن لم يعين، فإن ترتب على ذلك جهالة فاحشة - وهى جهالة الجنس، كأن يوكل بشراء دابة أو ثوب لم تصح الوكالة؛ لأن الدابة أنواع من البقر والغنم والخيل وغيرها. والثوب أنواع من الحرير والصوف والقطن والكتان وهكذا. وإن كانت يسيرة - وهى جهالة النوع إذا كانت آحاده لا تتفاوت قيمها تفاوتاً فاحشاً - ك شراء فرس أو ثوب جوخ صحت، ووجب أن يراعى فى التنفيذ حال الموكل فيشترى من ذلك ما يناسبه، وإن كانت متوسطة - وهى جهالة النوع الذى تتفاوت قيم آحاده تفاوتاً فاحشاً - ك شراء دار فلا تصح إلا إذا نقصت الجهالة بوصف أو بتعيين ثمن مثل:

وكلتك بشراء دار من طبقتين بجهة كذا، بحيث تكون مساحتها كذا وبنائها كذا، أو بشراء دار ثمنها كذا. وذهب بعضهم إلى ضرورة ذكر الثمن والوصف جميعا حتى تصح الوكالة.

(٢) وكذلك ذكرنا أن الوكيل يتقيد بما يقيد به الموكل. فلا يخرج عنه إلا إلى خير، لأن الرضا بشيء يعد رضا بما هو خير منه، وكذلك يتقيد بما يقيد به العرف لأن المعروف عرفا كالمشروط، إلا إذا نص على مخالفة العرف. ويتفرع على ذلك ما يأتي:

(أ) ألا يجوز للوكيل بالشراء أن يتجاوز الثمن المعين له ^(١) ولا للوكيل بالبيع أن يبيع بأقل منه أو بجنس غير جنسه كأن يبيع بنقود أجنبية بلا نص، فإذا فعل كان في تصرفه فضوليا، ولذا ينفذ الشراء عليه إلا إذا كان قد أضافه إلى موكله، فلا ينفذ على أحدهما. وكذا إذا وكله أن يشتري عينا معينة بثمن محدد نسيئة، فاشترى به حالا أو وكله بشراء شيء غير معين بثمن محدد حال فاشترى نسيئة؛ لأنه يكون أقل قيمة مما يشتري بهذا الثمن حالا، فتكون المخالفة إلى شر. أما إذا باع بأكثر مما عين له أو اشتري ماعين له بأقل مما حدد له من الثمن فإن تصرفه ينفذ على الموكل؛ لأنه خالف إلى خير. وكذا إذا اشتري نسيئة ما وكل بشرائه بثمن محدد حال بدون زيادة عليه.

(ب) إذا وكله بشراء غير معين وحدد له الثمن لم يجوز له أن يزيد فيه ولا أن ينقص؛ لأن مخالفته في هذه الحال لا تكون إلى خير إلا إذا اشترى بثمن أقل وكانت قيمته في الواقع توازي ما حدد له من الثمن. أو كانت أوصافه وفق ما ذكر له من أوصاف؛ فإن المخالفة حينئذ إلى خير وينفذ الشراء على الموكل.

(ج) إذا وكله ببيع مقدار معين من حبوبه لم يجوز له أن يبيع أكثر منه، وإذا

(١) ليس للوكيل بشراء شيء معين أن يشتريه لنفسه أو لموكل آخر. فإذا اشترى كان لموكله الأول. وإن ادعى أنه إنما اشترى لنفسه، حتى لا يكون مغرورا بالموكل، ولكن إذا عين له الموكل الثمن فاشترى بأكثر منه أو اشترى بثمن هو من جنس خلاف جنس ماعين من ثمن، فإنه في هذه الحال يكون للوكيل حجوجه بهذه المخالفة عن الوكالة. أما إذا وكله بأن يزوجه امرأة معينة فلا يمتنع عليه أن يتزوجها؛ وذلك لأن الوكيل بالتزويج يجب عليه أن يضيف العقد إلى موكله. فإذا أضافه إلى نفسه خرج من الوكالة فيكون الزواج له. بخلاف الشراء؛ لأنه إذا أضاف العقد فيه إلى نفسه لا يكون مخالفا للوكالة، ولا يخرج منها بذلك.

وكله بشراء قدر معين من حبوب لم يجز له أن يشتري أكثر منه، وإن لم يتجاوز الثمن الذي حدد له؛ لأن حاجة الموكل في ذلك لا فيما يزيد عنه، وقد يناله بذلك ضرر. وإلى هذا ذهب الإمام.

وذهب الأئمة الثلاثة إلى أن الشراء يقع للموكل إذا لم يتجاوز الثمن الذي عينه للقدر الموكل بشرائه. لأنها مخالفة إلى خير. كما إذا وكله ببيع فرسه بمائة فباعها بمائتين.

ويفرق أبو حنيفة بين المسألتين: بأن الزيادة هنا بدل عن ملك الموكل، وفي الحبوب اشترى شيئا لم يوكله الموكل بشرائه فلا يقع له الزائد. وهذا ظاهر.

(د) لا يجوز للوكيل بالبيع عند الصاحبين أن يبيع بغبن فاحش، ولا بعروض ولا إلى أجل غير متعارف، ولا بأقل من السعر المعروف المحدد عند الناس، ولا للوكيل بالشراء أن يشتري بغبن فاحش ولا بأكثر من السعر المحدد المعروف عند الناس؛ لأنه يعتبر مقيدا بذلك عرفا وعليه الفتوى^(١).

(هـ) يجب على الوكيل أن يجانب التهمة في تصرفه، لأن العرف يقيد به بذلك، وعلى هذا لا يجوز له أن يشتري مال نفسه لموكله ولا أن يبيع مال موكله له، وإذا أذن له بذلك لم يجز أيضا لعدم تعدد التعاقد^(٢) وكذا لا يجوز له أن يبيع مال موكله لمن له ولاية عليه، كولد الصغير، ولا أن يشتري أموالهم لموكله، وإذا صرح له بذلك لم يجز أيضا لعدم تعدد التعاقد^(٣).

أما البيع والشراء مع من لا تقبل شهادتهم له كأصوله وفروعه الكبار وزوجته، فيجوز بأكثر من القيمة في البيع وبأقل منها في الشراء اتفاقا، ولا يجوز بأقل منها في البيع ولا بأكثر منها في الشراء اتفاقا. وإن كان الغبن يسيرا جاز عند

(١) وقال الإمام: إن الوكالة مطلقة فله البيع بغبن فاحش والبيع إلى أجل. وإن كان الأجل غير متعارف. أما الشراء بغبن فاحش فلا يجوز عنده، لوجود التهمة إذ يحتمل أنه اشتراه لنفسه. فلما وجد الغبن قال: إنه للموكل، ولذا ذهب بعضهم إلى أنه إذا كان المشتري معينا من الموكل واشتراه بغبن فاحش كان له، لانتفاء التهمة، إذ لا يجوز له شراؤه لنفسه.

(٢) وذهب أحمد إلى جواز ذلك عند الإذن. وعندئذ يتولى طرفي العقد كما يتولاه الوكيل عن البائع والمشتري في بيع شيء لهما.

(٣) ذهب أحمد أيضا إلى الجواز عند الإذن بذلك، ويتولى طرفي العقد. راجع كشف القناع ج ٢ ص ٢٣٩.

الصاحبين خلافا للإمام، ويجوز بمثل القيمة عندهما خلافا للإمام . وقيل يجوز عنده أيضا .

(و) إذا وكل شخص آخر في الخصومة فأطلق، كان وكيلها فيها وفي الإنكار والإقرار لا في الصلح ولا في قبض الحق، وذلك لأن العرف يقضى بذلك حتى إذا جرى العرف بأن الوكيل في الخصومة لا يكون وكيلاً في الإقرار إلا عند النص عليه لم يكن وكيلاً فيه إلا إذا نص عليه .

حكم العقد وحقوقه ولمن ترجع؟ : علمنا مما مضى أن حكم العقد هو أثره المترتب عليه، وهو غرض العاقدین من إنشائه . أما حقوقه فيراد بها ما يستتبعه العقد من التزامات ومطالبات تؤكد حكمه وتقرره وتكمله . فعقد البيع حكمه نقل ملكية المبيع إلى المشتري ونقل ملكية الثمن إلى البائع . وحقوقه إلزام البائع بتسليم المبيع، وإلزامه بقبوله إذا رد إليه بسبب العيب، وثبوت حقه في المطالبة بالثمن وقبضه ورده إذا وجده معيباً، والرجوع عليه بالثمن عند استحقاق المبيع، وإلزام المشتري بأداء الثمن، وثبوت حقه في المطالبة بتسليم المبيع، ورده إذا وجده معيباً، وثبوت الخيار له عند رؤيته . وغير ذلك من الحقوق التي تثبت لكل عاقد قبل صاحبه تكميلاً لأثر العقد، وتوفيراً لكامل الانتفاع به، وهكذا الحال في سائر العقود . وإذن نرى أن لكل عقد حكماً وحقوقاً .

وكذلك عرفنا مما تقدم أن من العقود ما لا يتم إلا بقبض محله . كالهبة والصدقة والعارية والقرض والوديعة والرهن . ومنها ما يتم بالإيجاب والقبول دون توقف على القبض، وهذا هو حكم أكثر العقود .

وعلى ذلك إذا باشر الوكيل عقداً من هذه العقود فأضاف العقد إلى موكله سواء أكان موجبا أم قابلاً، كان حكم العقد لموكله، وكانت حقوقه كذلك راجعة إليه . فيصير ملزماً بها دون الوكيل . ومعنى الإضافة: أن يذكر اسم موكله في عبارته ليدل على أنه يتصرف له، سواء أسند إليه التصرف أم إلى موكله . فإذا قال الوكيل : باع هذه الدار فلان أو بعثها نيابة عن فلان . أو اشتراها فلان أو اشتريتها لفلان، أو قال: وهب فلان أو وهبت عن فلان أو قبلت الهبة لفلان أو قبل فلان الهبة أو تزوجك فلان أو زوجتك لفلان أو نحو ذلك لم يطالب الوكيل بعد صدور

الإيجاب والقبول بشيء من الحقوق التي يستتبعها العقد. فلا يطالب بتسليم المبيع إذا كان وكيلًا في البيع، كما لا يطالب بالثمن. ولا يطالب بأداء الثمن إذا كان وكيلًا في الشراء، كما لا يطالب البائع بتسليم المبيع. وكذا لا يطالب بتسليم العين الموهوبة. إذا كان وكيلًا في الهبة، ولا يطالب بأداء المهر إذا كان وكيلًا عن الزوج في الزواج ويكون حكم العقد في كل هذه العقود للموكل.

وإذا أضاف العقد إلى نفسه^(١) فلم يذكر اسم موكله في عبارته على أنه يتصرف له، فإن كان هذا العقد من العقود التي لا تتم إلا بالقبض فتحت ذلك صورتان:

الأولى - أن يكون وكيلًا عن المملك: فيقول: وهبتك هذه الدار أو أعرتك هذا الكتاب. وفي هذه الحال إذا تم العقد بالإقباض يكون حكمه للموكل، وإلى ترجع حقوقه كذلك؛ لأنه يعتبر فيه سفيرا ومعبرا، لتوقف تمام العقد على تسلم ما قد الآخر مالا مملوكا للموكل، ولا يتم تسليمه إلى ذلك العاقد إلا بإذنه. ووجه آخر هو أن تسلمه حين يقع يلاقى محلا مملوكا لغير الوكيل - وهو الموكل - فلا يمكن غض النظر عنه واعتبار الوكيل أصيلا في عقد يتوقف تمامه على القبض، فلزم لذلك اعتباره سفيرا ومعبرا.

الثانية - أن يكون وكيلًا عن التملك، فيقول: قبلت الهبة أو القرض أو العارية، فإذا تم العقد بتسليم محله إليه كان الحكم له، ورجعت إليه كذلك الحقوق، وكان في هذا التصرف أصيلا، ولم يكن لموكله شيء من ذلك؛ لأن تمليك المالك قد وقع له لا لموكله وجاء القبول طبق ذلك، ومثل هذه الصورة في الحكم ما إذا كان وكيلًا عن الزوج فأضاف العقد إلى نفسه. فقال: تزوجتك، فإن الزواج يكون له لا لموكله، لأنه يتملك بالزواج المتعة، ولكن إذا كان وكيلًا عن المطلق وأضاف الطلاق إلى نفسه فقال: طلقتك على كذا وقع الطلاق^(٢)، ويرجع - تم العقد وحقوقه إلى المطلق.

(١) إذا أضاف الوكيل العقد إلى نفسه ثم اختلف مع موكله فيمن وقع العقد له للوكيل أم للموكل فلمن يكون القول في هذه المسألة؟ في هذا تفصيل يرجع إليه في الدر المختار وحاشيته ج٤ ص ٤٥ طبعة الحلبي.

(٢) لا يقع الطلاق بعبارة الوكيل إلا إذا أخرجه مخرج الرسالة فقال لها: يقول لك زوجك طلقك أو إضافة إلى نفسه كقولها طلقك، أما إذا قال لها طلقك زوجك لم يقع. اهـ منحة الخالق على البحر لابن عابدين ج٧ ص ١٦٥ والبحر وحاشيته ج٧ ص ١٦٦ وما بعدها.

أما إذا كان وكيلًا عن الزوجة في الحالين فلا يتصور إلا أن يضيف العقد إليها فيقول: زوجتك فلانة أو طلق فلانة على كذا، فقد علمت أنها - وإن اعتبرت عاقدة - محل للعقد ولا بد من ذكر المحل، وذكرها يجعل العقد مضافًا إليها.

وإن كان من عقود المعاوضات كان الحكم للموكل ورجعت الحقوق إلى الوكيل، ففي عقد البيع مثلاً يثبت ملك المبيع للموكل بالشراء وملك الثمن للموكل بالبيع ولكن يطالب وكيل البائع بتسليم المبيع ويرد عليه المبيع إذا وجده معيبًا وله المطالبة بالثمن ويطالب وكيل المشتري بتسليم المبيع إليه وله رده على البائع أو وكيله إذا وجده معيبًا متى كان في يده فإن سلمه إلى الموكل كان حق رده للموكل حتى لا تبطل يده الثابتة (١).

وذهب الشافعي وأحمد إلى أن الحقوق ترجع إلى الموكل أيضًا كما رجعت إليه الحكم (٢) ووجهة الحنفية أن الوكيل يتصرف للموكل نيابة عنه تحقيقًا لغرض خاص هو حكم العقد فيكون له حتى تتحقق فائدة الوكالة، ولكنه مع ذلك هو العاقد الملتزم أمام العاقد الآخر فيكون ملتزمًا لذلك بحقوق العقد.

والخلاصة أن حكم العقد يثبت للموكل دائمًا ولا يثبت للوكيل إلا إذا كان وكيلًا من قبل المملك وأضاف العقد إلى نفسه في العقود التي لا تتم إلا بالتبض، أو في عقد الزواج، وأن حقوق العقد ترجع إلى الوكيل ولا ترجع إلى الموكل إلا إذا أضاف العقد إليه، أو أضافه إلى نفسه في العقود التي لا تتم إلا بالتبض حينما يكون وكيلًا عن المملك أو وكيلًا في التطبيق.

ولا ترجع الحقوق إلى الوكيل إلا إذا كان بالغًا عاقلًا، أما إذا كان صبيًا مميزًا فترجع الحقوق إلى موكله وإن أضاف العقد إلى نفسه؛ لأنه ليس أهلًا للالتزام. وإذا توفي الوكيل بعد مباشرته تصرفًا ترجع حقوقه إليه فإن كان له وصي رجعت تلك الحقوق إلى وصيه، وإن لم يكن له وصي رجعت إلى الموكل، وقيل: يقيم القاضي عنه وصيًا فترجع إليه تلك الحقوق.

(١) راجع الزيلعي «ج» ص ٢٥٦ وما بعدها.

(٢) هذا أحد قولى الشافعية، والقول الآخر أنها ترجع إلى كل منهما. فترجع إلى الموكل باعتباره كالأصيل وإلى الوكيل باعتباره كالكفيل لمباشرته العقد راجع «نهاية المحتاج» ج ص ٥٠ وإلى هذا أميل.

علاقة الوكيل بموكله

تبينت مما تقدم أن علاقة الوكيل بمن تعاقده معه تخضع لما يتم بينهما من عقد. فإن كان من العقود التي ترجع الحقوق فيها إلى الوكيل كان لمن تعاقده معه أن يلزم الوكيل بها وليس للوكيل أن يتخلى عنها. ولذا لم يكن للوكيل بالبيع مثلا أن يتخلى عن التزامه بأن يسلم المبيع إلى المشتري، ولا للوكيل بالشراء أن يتخلى عن التزامه بأداء الثمن إلى البائع، ولهذا يلزمه في ماله إذا لم يدفعه إليه موكله. وإن كان من العقود التي ترجع الحقوق فيها إلى الموكل فإن مهمة الوكيل تنتهي مباشرة العقد، وبمباشرة تنقضي العلاقة بينهما. وهذا كله بناء على ما ذهب إليه الحنفية.

أما علاقة الوكيل بموكله فتختلف باختلاف ما بينهما من عقد. فإن كان ما بينهما عقد وكالة وإجارة معا فإن علاقة الوكيل بموكله حينئذ تتبع عقد الإجارة فتكون علاقة الأجير بالمؤجر، ويكون الوكيل ملزما بمقتضى عقد الإجارة أن يتقوّم بالعمل الموكل به وليس له التخلي عنه إلا إذا كان هناك سبب لفسخ عقد الإجارة ففسخ به.

وإن كان ما بينهما عقد وكالة فقط فإن الوكيل حينئذ يعتبر مستفضلا بمعونه ومتبرعا بمنفعته، وإذن فليس للموكل أن يلزمه بالمضى في الوكالة والقيام بالعمل. بل للوكيل أن يتخلى عن العمل في أي وقت أراد، فإذا كان وكيلا بالبيع لم يلزم بأداء الثمن إلى موكله من ماله مادام لم يتسلمه من المشتري. بل ولا يلزم بمطالبة المشتري به لأن قيامه بها تبرع. ولا يلزم متبرع بالمضى في تبرعه، ولكن لما كانت من حقه ويأبى القيام بها كان عليه أن يحيل بها موكله على المشتري؛ لأن الثمن حق الموكل، ولذا إذا أداه إليه المشتري ابتداء برئ استحسانا لأن توسط الوكيل غير ضروري في إيصال الحق إلى صاحبه. وإذا كان وكيلا بالشراء لم يجبر على مطالبة البائع بتسليم المبيع، وله التخلي عن ذلك وإحالة موكله به على البائع، وله بعد انتهاء العقد مطالبة موكله بأداء الثمن إليه وإن لم يكن قد دفعه إلى البائع متى كان حالا حتى يؤديه إليه تبرئة لذمته؛ وإذا كان قد تسلم المبيع وقد اشتراه بثمن مؤجل لم يكن له أن يمتنع عن تسليمه إلى موكله، إذ لا موجب لحبسه عنه

عندئذ. وإن كان قد اشتراه يضمن حال كان له أن يحبسه عن موكله حتى يؤدي إليه الثمن وإن لم يكن قد دفعه من ماله إلى البائع عند أتمتة الثلاثة؛ لأنهم يرون أن بين الوكيل بالشراء وموكله مبادلة حكمية له بمقتضاها أن يحبس المبيع عن موكله حتى يدفع ثمنه الحال. فإذا حبسه لذلك فهلك عنده فإنه يهلك بالمبيع فيسقط عن الموكل ويلتزم به الوكيل في ماله للبائع، شأنه في ذلك شأن البائع إذا حبس المبيع عن المشتري فهلك عنده. فإن الثمن يسقط عن المشتري، وإلى هذا ذهب الطرفان. وذهب أبو يوسف إلى أنه يهلك بأقل المبلغين: قيمته وثمرته؛ لأن الوكيل قد حبسه ضمانا لما يطلب، والضمان فيه بقدر قيمته إذا ما ساوت الثمن أو قلت عنه فهلك بها. أما إذا زادت فإن الزائد منها على الثمن حكمه حكم الأمانة فهلك عندئذ بالثمن. وقال زفر: ليس بينهما مبادلة ما، ولذا لا يحبسه ويكون متعديا إذا حبسه، فإذا هلك هلك بقيمته في الحالين. أما إذا هلك المبيع في يد الوكيل قبل حبسه فإنه يهلك هلاك الأمانة اتفاقا لأنه كالوديع.

انتهاء الوكالة

تنتهي الوكالة بما يأتي:

- (١) بمباشرة الموكل التصرف الذي وكل به وكيله قبل مباشرة الوكيل له، إذ بذلك لا يكون له عمل فيتعزل بذلك وإن لم يعلم به.
- (٢) بقيام الوكيل بتنفيذ ما وكل به لانتهاء محل وكالته فتنتهي وكالته بذلك.
- (٣) بهلاك العين الموكل بالتصرف فيها كأن يكون وكيلا يبيع دابة فتهلك أو تستهلك. وكان يكون وكيلا بشراء منزل بهذه النقود^(١) فينفقها الموكل بعد أن

(١) قال صاحب الأشباه والنظائر: لاتعين النقود في النذر والوكالة قبل أن تسلم إلى الوكيل أما بعد تسليمها إليه فتعين عند بعض الفقهاء، وذهب عامة المشايخ إلى أنها لاتعين كذلك. وتعين في الأمانات واليعة والصدقة والشركة والمضاربة والغصب، وقال الحموي تعليقا على ذلك: تعين النقود بالتعيين في الوكالة، ولو هلك النقد في يد الوكيل انعزل ١ هـ. ص ١٥٨ من الفن الثالث. وراجع جامع الفصولين في ج ٢ ص ١٦٥ من الفصل السابع عشر. وفي الزيلعي: إن النقود تعين في الشركة واليعة والوصية، ولاتعين في المضاربة والوكالة قبل القبض، ولكن تعين فيهما بعد قبضها وقبل الشراء بيا لتعيينها حيثن بالقبض فإذا هلك بطل العقد ج ٣ ص ٤٣١٩.

يسلمها إليه، أو تسرق من الوكيل، أو ينفقها الوكيل في حاجته كما في جامع الفصولين، فإنه ينزل في هذه الأحوال لانتهاه محل وكالته وإن لم يعلم بهذا الهلاك أو الاستهلاك.

(٤) بخروج الوكيل عن أهلية الوكالة كأن يجن جنونا مطبقا، وهو ما يدوم شهرا عند الطرفين وعليه الفتوى، أما إذا حجر عليه للسفه فلا ينزل.

وينزل الوكيل بخروجه عن أهليته وإن لم يعلم الموكل بذلك، فإذا تصرف بعد خروجه من الأهلية كان تصرفه باطلا.

(٥) بخروج الموكل عن أهليته للتصرف الذي وكل به، فإذا جن أو توفي انعزل وكيله، وإن لم يعلم بذلك العارض، فإن تصرف بعده قبل أن يعلم به لم ينفذ تصرفه، وإذا حجر عليه للسفه، وكان قد وكله بتبرع انعزل كذلك؛ لأنه أصبح غير أهل لذلك التصرف. وإن كان قد وكله بطلاق أو زواج لم ينزل لبقاء أهليته.

(٦) إذا عزل الموكل من الوكالة لأنها عقد غير لازم لكل من الطرفين فسخه^(١) ولكنه لا ينعزل إلا إذا علم بذلك، حتى لا يناله الضرر من إبطال ولايته

= يستفاد مما تقدم أن النفوذ لاتعين في الوكالة قبل تسليمها إلى الوكيل، أما بعد تسليمها إليه فتعين، لأنها تصير حبيزة أمانة، وهذا الحكم الأخبر محل خلاف. وفي الولوجية إذا أنفق الوكيل الدراهم التي وكل بأن يشتري بها على نفسه ثم اشترى بدراهم من عنده يكون ما يشتره له لو كله. لبطان الوكالة بهلاك الدراهم، ذلك لأن الوكالة تعلقت بدراهم مدفوعة إلى الوكيل بعينها أم لا. ولا شك أن هذا الحكم محل نقد، لأن لا يعنى الموكل إلا تنفيذ ما طلب من شراء، وذلك يسور للوكيل بما لزمه عوضا عما أنفق، ولا فرق بين دراهم وأخرى. أما لو استهلكها الموكل وهي لدى الوكيل فالأمر ظاهر، إذ بعد هذا إنهاء للوكالة وقد لا يكون لديه غيرها لشراء ما يرغب. والنتيجة أن النفوذ قبل تسليمها إلى الوكيل لاتعين اتفاقا، فإذا وكله بأن يشتري بهذه النفوذ منزلا وقبل أن يسلمها إليه سرق أو صرفها في حاجته فالوكالة باقية، وإذا اشترى الوكيل المنزل بعد ذلك كان للموكل، أما إذا سلمها إلى الوكيل فهناك قولان: قول بأنها تتعين فإذا سرق انتهت الوكالة فإذا اشترى المنزل بعد سرقها كان المنزل له لا للموكل. وقول لاتعين وهو قول عامة المشايخ ولكن مع هذا تتبى الوكالة أيضا بضايعتها، لأن العرف يقضى بتوقيت الوكالة ببقائها، فإذا سرفت وفقدت انتهت الوكالة، وإذا فلا فرق بين القولين في النتيجة، راجع جامع الفصولين من الفصل السابع عشر.

(١) في حاشية الدسوقي على شرح الدردير ج ٣ ص ١٣٩٧ إذا كان الزوج وكلا لزوجته فطلقتها انعزل بخلاف ما إذا كانت وكيلة لزوجها فطلقتها فسأنها لاتنعزل بذلك إلا إذا علم من زوجها كراهة بضائها وكيلة، وإنما انعزل من وكالتها في الحال الأول. بمجرد الطلاق؛ لأنه يورث كراهيتها له عادة فينعزل لذلك.

وتضمنينه قيمة المبيع مثلا إذا باعه بعد عزله وسلمه للمشتري فهلك، فإذا تصرف الوكيل بعد عزله قبل أن يعلم نفذ تصرفه على موكله، وذهب الشافعي إلى أن الوكيل ينعزل قبل العلم بعزله على أصح القولين بخلاف القاضي. «ص ٢٢٣ أشباه للسيوطي».

(٧) إذا أخرج الوكيل نفسه من الوكالة، وذلك لما تقدم من أنها عقد غير لازم، ولكنه لا يخرج إلا إذا علم الموكل بذلك حتى لا يناله الضرر وهو التغرير به، فإذا تصرف قبل علمه نفذ عليه (١).

محل انعزال الوكيل في الأحوال الثلاثة الأخيرة (بالسبب الخامس والسادس والسابع) إذا لم يتعلق بالتوكيل حق لغير الموكل، فإذا تعلق به حق لغيره لم ينعزل إلا برضاه، حتى لا يضيع على صاحب الحق حقه، وذلك كالوكيل بالخصومة عن أحد الخصمين بطلب خصمه الآخر، والوكيل ببيع الرهن. وعليه إذا رهن المدين ماله عند الدائن فوكله يبيعه عند حلول أجل الدين حتى يستوفى من ثمنه، أو وكل شخصا آخر بذلك لم ينعزل ذلك الوكيل بعزل الموكل له، كما لا ينعزل بإخراج نفسه أو بخروج الموكل من الأهلية إلا برضا صاحب الحق حتى لا يناله ضرر. وأما إذا جن الوكيل أو توفى فلا يمكن بقاء وكالته حينئذ.

(١) وذهب الشافعي إلى أنه ينعزل بمجرد عزله لنفسه وإن لم يعلم موكله. نهاية ج ٥ ص ٥٥.

خلاصة الباب

الوكالة : إقامة الإنسان غيره عن نفسه في تصرف مملوك له معلوم، وركنها الإيجاب والتبؤول، ولا يجب لهما اتحاد المجلس، وإذا كانت عامة كما في: أنت وكيلى فى كل شىء، لم تعم التبرعات والإسقاطات استحسانا.

وتقبل التقييد بالشروط والتعليق عليها والإضافة، والتقييد قد يكون صريحا مثل: لاتبع إلا بكذا، وقد يكون بمقتضى العرف، فيمتنع على الوكيل بالبيع أن يبيع بالعروض أو أن يبيع لمفلس، أو بغين فاحش، أو أن يتصرف مع نفسه أو مع موليه. وإذا قيد بقيد لم يجز له الخروج عنه إلا إلى خير منه للموكل.

ويشترط فى الموكل أن يكون مالكا لما وكل به، فيجوز توكيله فيه إلا استثناء القصاص وهذا إن عمل لنفسه، فإن عمل لغيره وكان وكىلا لم يوكل غيره فيما وكل فيه إلا بإذن من موكله أو بتفويض منه، وعندئذ يكون من يوكله وكىلا عن موكله لا عنه، وإن كان وصيا أو وليا أو ناظرا على وقف كان له التوكيل بدون قيد.

ويشترط فى الوكيل أن يكون مميزا، ويشترط فى الموكل به أن يكون معلوما جائزا.

وإذا تعدد الوكيل فإن كان بعقد واحد لم يجز للانفراد بالتصرف إلا فيما لا يحتاج فيه إلى رأى، كرد الودائع، وإن كان كل وكيل بعقد مستقلا كان لكل وكيل أن يتصرف بالتصرف.

وحكم عقد الوكيل حكم عقد الموكل، فكان الموكل قد باشره نفسه. ولذا يكون نافذا إن نفذ عند مباشرة الموكل له، وموقوفا إن وقف عند مباشرة الموكل وهكذا.

والفرق بين الوكيل والرسول: أن الوكيل يتصرف بإرادته وعبارته، والرسول يتصرف بعبارته فقط، أما الإرادة فلموكله. وينقلب الوكيل رسولا إذا تعاقد فأضاف العقد إلى موكله؛ لأنه بذلك قد تخلى عن عهده، ولا ينقلب الرسول وكىلا أبدا.

أما إذا لم يضاف العقد إلى موكله، وإنما أضافه إلى نفسه. فإن كان العقد من العقود التي لاتتم إلا بالقبض، وكان فيه وكيلًا عن المملك كان حكم العقد وحقوقه راجعة إلى الموكل وكان الوكيل في حكم الرسول، وإن كان فيه وكيلًا عن المملك كان الوكيل أصيلاً ووقع العقد له لا لموكله. وذلك كأن يكون وكيلًا عن الموهوب له مثلاً أو عن الزوج. وإن كان العقد من عقود المعاوضات كالبيع والإجارة، فإن الحكم عندئذ يكون للموكل، ولكن الوكيل يلتزم بالحقوق.

والوكالة عقد غير لازم، ولذا لا يجبر الوكيل على المضى فيها كما لا يجبر على ذلك الموكل. وتنتهى وكالة الوكيل بهلاك العين الموكل بالتصرف فيها وبقيام الموكل بتنفيذ ما وكله به، وبخروج الوكيل من أهليته بموت أو جنون أو عته.

وإذا لم يتعلق بالوكالة حق للغير انتهت كذلك بخروج الموكل من أهليته بموت أو جنون، وبعزل الموكل إياه وبعزله لنفسه، غير أن العزل لا يفيد أثره إلا عند علم العاقد الآخر به.

باب عقد الفضولي

الفضل: الزيادة وجمعه فضول، وقد استعمل الجمع (استعمال المفرد) فيما لا خير فيه فسمى فضولا، ونسب إليه، فتيل فضولي: لمن يشتغل بما لا يعنيه، كما اشتق منه فضالة على وزن جهالة واستعملت في اشتغال المرء بما ليس له.

التعريف بالفضولي: المعنى اللغوي أساس الاستعمال الشرعي، فإن الشرعيين يريدون بالفضولي من يتصرف تصرفا لا شأن له به، وليست له ولاية إصداره، كمن يبيع ملك غيره من غير إذن منه، أو ولاية عليه، أو يرهنه أو يؤجره أو يزوج غيره بدون إذن منه، أو يطلق زوجته كذلك، فهذا التصرف منه فضالة، وهو فيه فضولي.

حكم ما يباشره من العقود: إذا تولى الفضولي عقدا من العقود كان موقوفا على إجازته ممن له الشأن فيه (١) فإن باع أو أجر أو رهن كان موقوفا على إجازة مالك المبيع أو العين المتأجرة أو المرتهنة. وإن زوج كان موقوفا على إجازة من وزجه، وإن طلق كان الطلاق موقوفا على إجازة الزوج، وإن وهب شيئا كانت الهبة موقوفة على إجازة مالك هذا الشيء، وهكذا، فإن أجاز نفذ ذلك التصرف فتم البيع والرهن والزواج والإجازة، ووقع الطلاق من وقت إنشائها. وتمت الهبة إذا أعقبها التسليم من حينه، وإن رفض بطل.

وتوقف عقد الفضولي على الإجازة ممن له الشأن فيه مشروط بشرطين:

الأول- ألا يجد العقد نفاذا على الفضولي نفسه بالألا يكون في الإمكان تنفيذه عليه، فإن وجد نفاذا ولم يجزه من له الشأن فيه نفذ على الفضولي، ولزم إن كان لازما، وذلك كالشراء، فإذا اشترى الفضولي عينا من الأعيان لشخص كان الشراء نافذا على الفضولي نفسه إذا لم يرض به ذلك الشخص لنفسه؛ لأن الفضولي ملتزم بالعقد أمام البائع، ولا يسأل أمام البائع غيره، وفي الإمكان إلزامه

(١) ولا يشترط في ذلك أن يكون ما يباشره الفضولي ذا منفعة لمن عمل له؛ لأن عمل الفضولي غير ملزم لصاحب الشأن أن يرضه، فإن رأى إجازته في مصلحته أجازته.

باعتباره مشتريا لنفسه، فينفذ العقد عليه ويلزم به، وكذلك إذا استأجر^(١). أما إذا باع ملك غيره لم يكن في الإمكان إلزامه بذلك العقد إذا لم يجزه ذلك الغير؛ لأن نفاذه يستلزم الإضرار به. وذلك يبيع ملكه من غير رضاه: فلا ينفذ هذا العقد على أحد، ولذا يتوقف على إجازة مالك المبيع، فإن أجازته نفذ وإن رفضه بطل.

الثاني - أن يكون لذلك العقد مجيز وقت إنشائه، كأن يبيع عقار إنسان صغير أو كبير بمثل القيمة، فإن للملكه إن كان رشيدا حق إجازته وقت صدوره من الفضولي، ألا ترى أنه يملك أن يتولى بنفسه هذا العقد؟ ولوليه إذا كان صغيرا كذلك حق إجازته لنفس السبب، فلأجل هذا كان عقد البيع موقفا على الإجازة، إن أجزى نفذ وترتب عليه جميع آثاره من انتقال ملك المبيع إلى المشتري وانتقال ملك الثمن إلى البائع «المجيز»، وهكذا. وإن رفض بطل، ولكنه لو باع عقارا للصغير بغبن فاحش. أو طلق زوجته، أو وهب ماله، كان العقد باطلا، فلا تصححه إجازة؛ ذلك لأن هذا العقد ليس له مجيز وقت إنشائه، فإن إجازته إما أن تكون من الصغير، والصغير ليس أهلا لإنشائه في ذلك الوقت لصغره، وإما أن تكون من وليه؛ وهو أيضا لا يملكه؛ لأنه تصرف ضار فلذلك يصدر باطلا^(٢).

(١) وليس هنا خاصا بالفضولي، بل بعم الوكيل إذا خرج عما قيد به، والولى إذا تعدى حدود ولايته بأن رضى بالغبن الفاحش؛ لأنهم جميعا يعتبرون بتجاوزهم حدود ولايتهم فضولين أو في حكم الفضولين. راجع الأشباه والنظائر وحاشية الحموى عليه «ج ١ ص ٣٢٢» من كتاب البيع من الفن الثالث. وإنما ينفذ العقد على الفضولي في هذه الحال إذا لم يصف في كل من الإيجاب والقبول إلى من كان العقد له، وهو الشخص الذي يعمل له الفضولي سواء أحلا كل مقيد من الإضافة إليه، كأن يقول الفضولي: اشترت هذا الشيء بكذا، ويقول المالك بعته. أم حصلت الإضافة من أحدهما فقط كأن: يقول الفضولي: اشترت منك هذا الشيء بكذا فلان، ويقول المالك: بعته لك بكذا لأجل فلان. فيقول المشتري بعت، أما إذا حصلت الإضافة في كل منهما، كأن يقول الفضولي: اشترت منك هذا الشيء بكذا لفلان فيقول المالك: بعته له، فإن العقد حينئذ لا ينفذ على الفضولي، هكذا في البدائع من كتاب البيع ص ١٥١ وأرى أن هذا محل للنقد؛ لأن الإضافة إذا كانت في الإيجاب ثم حصل القبول بناء عليه فإن جميع ما ذكر في الإيجاب يجعل كأنه مذكور في القبول؛ لأنه موافقة على الإيجاب وما حواه، كما هو ظاهر. فإذا لم يوافق لم ينعقد العقد. وعلى ذلك إذا حصلت الإضافة في الإيجاب كانت كذلك حاصلة في القبول، فلا ينفذ العقد على الفضولي حينئذ، ولا ينفذ عليه إلا عند عدم إضافة الإيجاب إلى غيره.

(٢) كون هذا العقد باطلا لا يفتق وما جعله الحنفية منطبا للبطلان؛ لأن هذا العقد لا ينقصه إلا ولاية عاقده ولا يترتب على فقد الولاية البطلان ولا الفساد بل اعتبار العقد موقفا. ولو أنهم جعلوه فاسدا لأنه عقد منهي عنه من الشارع لعدم المصلحة فيه لكان أقرب. فقد قال تعالى: ﴿ولا تقربوا مال اليتيم إلا بالتي هي أحسن﴾ وإلى هذا ذهب بعض الحنفية فقال: إن تصرف الولي إذا كان ضارا بالصغير فاسد لا باطل، وقد يمكننا أن نؤول قول من جعله باطلا بأنه يريد أنه كالباطل من ناحية أنه لا يصبح أصلا ولا يترتب عليه أثر حتى إذا كان يباع بغبن فاحش لم يقد الملك بالقبض، ومن هذا ترى أنه عقد فاسد له حكم الباطل، وذلك ما دعا إلى وصفه بالبطلان.

ولذلك لو بلغ الصبي بعد ذلك لم يكن له إجازته، وإن أمكنه حيثئذ أن يتولاه لأنه لم يكن له مجيز وقت إصداره، فيصدر باطلا، والباطل لا تلحق إجازة.

واعتبار عقد الفضولي صحيحا موقوفا على الإجازة هو قول أبي حنيفة وصاحبيه وهو رواية عن أحمد^(١) بن حنبل ومالك بن أنس. وروى أيضا عن مالك مشروطا بأن يكون العقد عقد معاوضة كالبيع والإجارة. أما إذا كان تبرعا كالهبة والوقف فإنه يقع باطلا.

وخالفهم الشافعي فذهب إلى أن عقود الفضول كلها باطلة، فلا تصححها الإجازة إذا صدرت، وإذا أراد ذو الشأن إنفاذها لزمه أن يجدد العقد.

ويرجع الخلاف بين الحنفية والشافعية في ذلك إلى خلافهم في تحقق العقود ووجودها، فالشافعية لا يرون أن آثار العقد تنفك عنه، فإذا وجد وجدت آثاره وترتبت عليه، فإذا لم ترتب عليه آثاره لم يكن موجودا. ولا يوجد إلا إذا صدر عن ذي أهلية وولاية معا، فإذا لم يكن مباشرة ذا ولاية لم يوجد العقد، وعلى هذا ذهبوا إلى القول ببطلان العقود الصادرة من الصبي المميز والفضولي ومن في حكمهما كالسفيه، ويستدلون على ذلك بقوله ﷺ لحكيم بن حزام^(٢) وقد سأل رسول الله ﷺ، قلت - يا رسول الله، يأتيني الرجل فيسألني من البيع، وليس عندي ما أبيع منه، ثم أبتاعه من السوق، فقال عليه السلام: «لاتبع ما ليس عندك» فقد كان حكيم يُسأل ببيع ما ليس عنده فيبيعه، ثم يشتريه بعد ذلك ويسلمه لمشتريه، وقد سأل رسول الله عن ذلك فنهاه بقوله «لاتبع ما ليس عندك» أي ما ليس في ملكك وحيارتك، وذلك ما يفعله الفضولي، فإنه يبيع ما ليس عنده. وهو يبيع منهى عنه بهذا الحديث وأمثاله، وكل ما هو منهى عنه لا يكون مشروعاً، وما كان كذلك كان باطلا لا يصح، ومثل البيع في ذلك غيره من العقود لا اشتراكها معه حيثئذ في عدم ولاية العاقد.

(١) والرواية الأخرى عن أحمد أنه باطل وعليها اعتمد صاحب كشف القناع ج ٢ ص ١١١.

(٢) حزام (بكر الحاء) وحكيم ابن أخي خديجة أم المؤمنين رضي الله عنها، له ٤٠ حديثا، ولد في جوف الكعبة قبل عام الفيل بثلاث عشرة سنة وتوفي سنة ٥٤.

وذهب الحنفية إلى أن وجود العقد منوط بصدوره من أهله في محل قابل له، والفضولي أهل لإنشاء العقود، فإذا أنشأها في محل قابل لها وجدت، وليس من اللازم أن ترتب عليها آثارها إثر وجودها مباشرة بل قد تتأجل إلى حين، كما في العقود المضافة والعقود التي شرط فيها خيار، أما الولاية فهي مناط نفاذه وترتب آثاره عليه، حتى لا يضرار بذلك أحد، ولذا تأخرت آثار عقد الفضولي عند حتى لا يلتزم صاحب الشأن بما لم يلتزم، فإذا أجاز فقد رضى والتزم بإجازته فترتب عند ذلك الآثار مستتدة إلى وقت صدور العقد. ولذلك تكون زوائد المبيع الحادثة بعد العقد وقبل إجازته ملكا لمشتريه، ويستدلون على ذلك بما روى أن رسول الله ﷺ أعطى عروة البارقي^(١) دينارا ليشتري به شاة تكون أضحية، فلما ذهب إلى السوق اشترى شاتين بدينار، ثم باع إحداهما بدينار، ورجع إلى النبي ﷺ بشاة ودينار، فأقره على ذلك ودعا له بالبركة في بيعه. فقد كان عروة فضوليا في شرائه الشاة الثانية ثم في بيعها بعد ذلك^(٢). ولو كان بيعه وشرائه لها باطلين ما أقره النبي عليه. فيدل ذلك على أن عقده كان صحيحا متوقفا على الإجازة من الرسول، وقد أجازة فنمذ عليه. ومثل البيع في ذلك الحكم غيره من العقود لاشتراكها في صدور العقد من أهله وإضافته إلى محله.

وفي القول بصحة عقد الفضولي مصلحة لكل من الفضولي وذوى الشأن من غير أن يترتب عليه ضرر ما، وليس ما يمنع من ذلك شرعا، فإن مالك المبيع

(١) هو عروة بن أبي الجعد الأسدي، صحابي، نزل الكوفة وولى القضاء بها لعمر، وهو أول من قضى بها.

(٢) أعطى النبي ﷺ عروة دينارا ليشتري به شاة للأضحية، فكان وكيلًا عن الرسول في شراء شاة غير معينة بدينار ليضحى بها، ولكنه اشترى شاتين بالدينار ثم باع إحداهما بدينار ورجع بشاة ودينار. ومن ظروف الحادثة نستنتج أن قيمة كل شاة منهما كانت دينارا لأنه باع إحداهما بدينار في نفس الزمن واستبقى الأخرى تحقيقا لرغبة الرسول التي لا يخالفها، وإنما كانت رغبته في شاة قيمتها دينار. ومقتضى قواعد الشافعية أنه يكون وكيلًا في شراء هاتين الشاتين. كما إذا وكله أن يشتري له إردبا من القمح بثلاثة جنيئات فاشترى له بها إردبين. وبناء على ذلك يكون فضوليا في بيعه إحدى الشاتين بدون توكيل سابق من الرسول بذلك، وتكون إجازة الرسول لهذا البيع حين أخبر به دليل أنه وقع صحيحا متوقفا على الإجازة كما ذهب الحنفية، ويتم الاستدلال بذلك الحديث على الشافعية، ومقتضى قواعد مذهب أبي حنيفة أن عروة وكيل في شراء إحدى الشاتين فضوليا في شراء الأخرى، فينفذ الشراء عليه في الشاة الأخرى إذا لم يجزه الرسول له، وكذلك الحكم في بيعها، وقد أجاز الرسول شراءها وبيعها فكان ذلك دليلا على صحة البيع من الفضولي وشرائه وتوقفيها على الإجازة.

الذى باعه الفضولى قد كفى مؤونة طلب المشتري وعرض السلعة، وإلى هذا توافر للمشتري وصوله إلى طلبه وحاجته دون انتظار حضور المالك ورأيه، كما توافر للفضولى صون كلامه عن الإلغاء، وماقصده من إعانته لغيره، وإنما تأخر الأثر إلى وقت الرضا حتى لا يضر المالك بالزامه بما لا يرضى إذا تبين فيما بعد أنه لا يرضى بذلك.

أثر الإجازة وشروطها : وإجازة عقد الفضولى تجعله وكىلا فى إصداره، وكأنه قد وكل بذلك قبل مباشرته، ولذا قال الفقهاء: الإجازة اللاحقة فى حكم الوكالة السابقة، فيصير العقد بها نافذا من وقت إنشائه، ويصير الفضولى وكىلا فيه عن أجازته، إذا ما وكل غيره بمباشرة هذا العقد، ولذا تكون جميع زوائد المبيع مثلا ونماؤه للمشتري من وقت إنشاء عقد البيع، وتجب عليه كذلك نفقاته من ذلك الحين.

ولاتكون هذه الإجازة صحيحة إلا إذا توافر فيها الشروط الآتية:

(أ) أن تصدر حال حياة الفضولى إذا كان سينتقل بها وكىلا. وينتقل بها وكىلا فى عقود المعاوضات التى ترجع حقوقها إليه. كالبيع والإجارة، فإذا توفى الفضولى البائع أو الفضولى المؤجر لم يصح العقد بإجازته بعد ذلك من مالك المبيع ولا من مالك العين المؤجرة. أما العقود الأخرى التى يعتبر فيها بالإجازة سفيرا ومعبرا ولا ينتقل بها وكىلا ترجع حقوقها إليه فيصح أن تجاز بعد وفاته، كعقد الزواج وما مثله من كل عقد يعتبر فيه الوكيل سفيرا ومعبرا. وعلى ذلك إذا زوج فضولى امرأة ثم توفى كان للزوجة أن تجيز هذا العقد بعد وفاته فينفذ بإجازتها ويلزم؛ وذلك لأن الفضولى فى هذه العقود كالوكيل فيها من ناحية أن حكمه حكم الرسول، تنتهى مهمته بانتهاء عبارته، ولذا لا يملك إبطالها بعد مباشرته إياها. أما عقود المعاوضات فلا تنتهى مهمته فيها بانتهاء عبارته لأن مباشرته إياها عند إجازتها أن يقوم على حقوقها وتنفيذها بعد مباشرتها.

(ب) أن تصدر كذلك فى حياة العاقد الآخر حتى يظهر نفاذها فى حته، فيطالب بما أوجبه له من حق، ويطلب بما أوجبه عليه من واجب، فلا تصح إجازة بيع الفضولى بعد وفاة المشتري ولا إجازة إنكاحه بعد وفاة الزوج وهكذا.

(ج) أن تصدر حال بقاء محل العقد حتى يظهر فيه أثره عند صدورهما، فلا تصح إجازة البيع بعد هلاك المبيع؛ لأنه يترتب على الإجازة نفاذ العقد. ونفاذه يظهر أثره في محله، ولا يظهر أثره في معدوم. فلا تصح لذلك الإجازة.

فسخ عقوده قبل إجازتها: ومما تقدم يتبين لك أن الفضولي إذا باشر عقدا من العقود اللازمة التي تتوقف على الإجازة لم يلزم إلا بعد إجازته، أما قبلها فهو غير لازم. ولذا يصح في هذه الحال من الفضولي وعن عقد له أن يبطله بعد قبول العاقد الآخر له، كما يصح لذلك العاقد أن يبطله بعد قبوله. غير أن الفضولي ليس له هذا الحق إلا في عقود المعاوضات.

أما جواز إبطاله من ذوى الشأن فيه، فلأنه بالنسبة إليهما عقد لم يتم لعدم تحقق الرضا به من أحدهما، ولعدم تمامه لم يتحقق به التزام منهما؛ ذلك لأن أحدهما - وهو من عمل له الفضولي - لم يلتزم به، والآخر قد علق التزامه به على رضا الأول به، وذلك بإجازته ولم يتم ذلك، وأما جواز إبطاله من الفضولي فلأنه يترتب على نفاذه بالإجازة إلزام الفضولي بحقوقه باعتباره وكلا فيه كما قدمنا، فكان له أن يتجنب ذلك بإبطال العقد حتى لا يلتزم بما لا يريد أن يلتزم به من حقوق، ولهذا لم يكن له هذا الحق إلا في العقود التي ترجع إليه حقوقها عند الإجازة وهي عقود المعاوضات، أما العقود التي لا ترجع إليه حقوقها عند الإجازة، بل تنتهي مهمته بانتهاء عبارته فلا يقبل منه أن يبطلها، كالكاح، وقد أخذ التشريع الوضعي برأى الحنفية.

خلاصة الباب

الفضولي: من يباشر تصرفا من غير ولاية. كمن يبيع مال غيره بدون ولاية عليه، وعقده صحيح موقوف على إجازة ذي الولاية، فإن أجازته نفذ، وإن رفضه بطل. وذلك إذا توافر فيه شرطان:

الأول - ألا يجد العقد نفاذا على الفضولي نفسه إذا ما رفضه ذو الولاية عليه والشأن، وذلك كالبيع والإجارة، فإن وجد نفاذا كالشراء والاستئجار وقع صحيحا نافذا، وأما لمن عقد له عند إجازته. وإما للفضولي عند رفضه؛ وذلك لإمكان اعتباره مشتريا لنفسه أو مستأجرا لنفسه، إذ لا ضرر على غيره في ذلك، وقد التزم بتعاقده.

الثاني - أن يكون للعقد مجيز عند إنشائه، ومعنى ذلك: أن يكون لذى الشأن فيه والولاية حق مباشرته، فإن لم يكن له ذلك لم يتوقف وبطل، وذلك كأن يبيع الفضولي مال الصغير بغبن فاحش أو يهب ماله.

وإجازة عقد الفضولي تجعل الفضولي في حكم الوكيل عند مباشرته، ولذا قيل: «إن الإجازة اللاحقة في حكم الوكالة السابقة» ولذا ينفذ العقد من وقت إنشائه، حتى إذا كان للمبيع زوائد فيما بين إنشائه وإجازته كانت للمشتري.

ولكى تكون الإجازة صحيحة، يجب أن يتوافر فيها ثلاثة شروط:

الأول - أن تصدر حال حياة الفضولي إذا كانت لعقد من عقود المعاوضات التي ينقلب بها الفضولي وكَيْلا، إذ سترتب عليه رجوع حقوق العقد إلى الفضولي، فوجب أن يكون حيا حتى يطالب بها. أما في غيرها فيصح أن يصدر بعد وفاته كما في عقد الزواج إذ إن مهمته تنتهي بانتهاء عبارته.

الثاني - أن تصدر في حال حياة من تعاقد معه الفضولي حتى يظهر نفاذ العقد في حقه، فلا يصح إجازة البيع أو الزواج بعد وفاة ذلك العاقد.

الثالث - أن تصدر حال بقاء محل العقد. فلا تصح بعد هلاك المبيع في عقد البيع ولا بعد وفاة الزوجة في عقد الزواج، لكى يظهر أثر العقد في المحل عندها.

هذا ما ذهب إليه الحنفية. ويرى الشافعية أن عقد الفضولي باطل في جميع الحالات، وعقد الفضولي قبل إجازته غير لازم. فلصاحب الشأن فيه إبطاله كما قدمنا، وللعاقدين الآخر كذلك إبطاله عندئذ؛ لأن التزامه معلق على قبول الآخر وإجازته، ولم يتم ذلك. أما الفضولي فليس له إبطاله إلا إذا كان عقدا من عقود المعاوضات، حتى يخرج بذلك من تبة رجوع الحقوق إليه عند الإجازة.

باب العقد يباشره شخص واحد

علمنا مما مضى أن بعض أنواع الالتزامات قد تتم من جهة واحدة. فنتعقد لذلك بعبارة واحدة صادرة من الملتزم. وذلك كما في الوقف والطلاق والعتاق والرجعة والإبراء والوصية لمن لا يتأتى منهم القبول كالفقراء والمستشفيات والمساجد، فكل هذه الالتزامات تتم بعبارة الملتزم دون أن تتوقف على عبارة تصدر من شخص آخر، وإن كان بعضها يرتد بالرد، لما فيه من معنى التمليك، كما في الإبراء عند الخفية.

وكذلك عرفنا أن العقود التي يتوقف وجودها شرعا على توافق إرادتين يتوقف انعقادها على صدور عبارتين دالتين علي وجود هاتين الإرادتين وتوافقتهما، ولذا كان إنشاؤها نتيجة لتعاقد شخصين يكون من أحدهما الإيجاب ومن الآخر القبول، كما في البيع والإجارة والنكاح وما إليها.

وكذلك تبين أن العاقد قد يكون عاقدا لنفسه فيكون أصلا في تصرفه، وقد يكون عاقدا لغيره نيابة عنه فيكون وكيلًا أو وليًا. وإذن يجوز أن تعدد صفة العاقد فيباشر العقد لنفسه ولغيره في آن واحد. فيكون فيه أصيلا بالنسبة لنفسه، ووكيلًا أو وليًا بالنسبة لغيره، كما قد يكون فيه وليا على طرفيه أو وكيلًا على طرفيه، مثال ذلك: أن توكل امرأة شخصا في أن يزوجها بنفسه، فيقول: تزوجتها، أو أن يكون لشخص ابنة عم تحت ولايته فيقول: زوجتها بنفسى، أو أن يكون لشخص صبي وصية تحت ولايته وهما ابنا عم وهو عمهما الولي عليهما فيقول: زوجت هذه الصبية بهذا الصبي، أو أن يوكل شخص آخر في أن يزوجه بفلانة وتوكله هي أيضا في أن يزوجها بهذا الشخص، فيقول الوكيل عنهما: زوجت موكلتى فلانة بموكلتى فلان. ففي كل هذه الصور لم يوجد إلا عبارة واحدة من شخص واحد. ولكنها مع ذلك تدل على وجود إرادتين متوافقتين؛ لأنها صادرة من شخص ذي صفتين. فباعتبار صدورها منه على أنها له تدل على وجود إرادته ورغبته في إنشاء العقد. فقامت مقام الإيجاب وهي نفسها باعتبار صدورها منه على أنه وكيل عن آخر مثلا تدل على وجود إرادة للموكل في إنشاء هذا العقد، فقامت مقام القبول، وإذن يرى أنها في الاعتبار إيجاب وقبول في آن واحد. وبذلك تم الارتباط.

ويوجد عقد الزواج بعبارة واحدة صادرة من شخص واحد وقائمة مقام كل من الإيجاب والتبويل. ومرجع ذلك إلى قيامه مقام شخصين وقيام عبارته مقام عبارتين. وهذا ماذهب إليه الحنفية خلافا لزفر والشافعي، فإنهما قالا: إن مثل هذا العقد لا يتم بعبارة واحدة، إذ لا يتصور أن يكون العاقد الواحد مُمَلِّكا ومُملَّكا^(١)؛ لأن التمليك نسبة تقتضى وجود طرفين أحدهما مملِّك والآخر مُملِّك وقد أوجب عن ذلك بأن طرفى النسبة موجودان فعلا، ومن أحدهما كان التمليك بواسطة من قام مقامه وللآخر تم التمليك بهذه الوساطة، وقد ورد الأثر دالا على صحة هذا العقد، فقد روى عن رسول الله ﷺ أنه قال لرجل: «أترضى أن أزوجك فلانة؟» قال: نعم، وقال للمرأة: أترضين أن أزوجك فلانا؟» قالت: نعم، فزوج أحدهما بصاحبه، وهو فى العقد كان وكيلا عن كل منهما. غير أن أبا حنيفة ومحمدا اشترطا لذلك أن يكون العاقد ذا ولاية من الجهتين، حتى تكون إرادته بهذه الولاية إرادة لكل من الجهتين، فلو كان ذا ولاية عن إحداهما وفضوليا بالنسبة للأخرى لم ينعقد عقد الزواج، خلافا لأبى يوسف. احتجوا بأن العاقد إذا كان فضوليا بالنسبة لأحد الطرفين لم تكن عبارته قائمة مقام عبارتين؛ ذلك لأنها لاتدل حيثذ إلا على وجود إرادة واحدة، فإنه لو كان فضوليا بالنسبة للزوج ووكيلا عن الزوجة فإن إرادته حيثذ هى نفسها إرادة الزوجة، وعندئذ لا يكون إلا إرادة واحدة هى إرادة العاقد وهى فى الوقت نفسه إرادة الزوجة، ولاتكون عبارته دالة على غيرها. فلا تقوم مقام عبارتين دالتين على وجود إرادتين مستقلتين. واحتج أبو يوسف بأن العقد تم بين شخصين: فضولى ووكيل اتفاقا، وذلك يقتضى أن يتم بعبارة شخص هو فضولى بالنسبة لجانب ووكيل عن الجانب الآخر؛ لأنه يعتبر كأنه حدث بين فضولى ووكيل، ففى الحالين توجد عبارة الفضولى المعبر عن إرادته الخاصة، وهى بنفسها تعتبر عبارة صادرة من الموكل معبرة عن إرادته الخاصة - فى إحدى

(١) قال السيوطى فى الأشباه والنظائر: اتحاد الموجب والتقابل ممنوع إلا فيما باتى:

١ - الأب والجد فى بيع مال الطفل لهما وبيع مالهما للطفل وكذا فى الهبة والرهن.

٢ - تزويج الجد بنت ابنه بابن ابنه الآخر على الأصح.

٣ - إذا تزوج الإمام بمن لا ولى لها.

٤ - إذا وكله بالبيع وأذن له فى البيع من نفسه وقدر له الثمن ونهاه عن الزيادة عد بعض الشافعية لانتفاء

التهمة.

الصورتين - وتوجد معها في الصورة الثانية عبارة الوكيل المعبرة عن إرادة الموكل الخاصة. وليس يضير أن تصدر العبارتان أو العبارة الواحدة القائمة مقامهما في إحدى صورتين - وهي أن يقوم بالعقد شخص واحد هو فضولي ووكيل - من شخص واحد، إذ إنها قد صدرت منه باعتباره ذا صفتين مختلفتين.

ورد ذلك بأن العقد حين يتم بين فضولي ووكيل يكون قد تم بعبارتين وإرادتين لشخصين، فكان لكل منهما عبارة وإرادة مستقلة عن الأخرى، بخلاف ما إذا قام به شخص واحد هو فضولي ووكيل كما قد منا. فإنه لا يوجد في الواقع إلا إرادة واحدة هي إرادة المباشر للعقد، وقد أمكن أن نجعلها كذلك إرادة لشخص آخر حتى يتم العقد بالإرادتين، فبطل لذلك العقد؛ لأن الموجود أحد شطريه فقط. بخلاف ما إذا كان المباشر للعقد وكيلا عن الجانبين فإن إرادته الوحيدة أمكننا أن نجعلها بوساطة وكالته عن أحد العاقدين إرادة له، وبوساطة وكالته عن العاقد الآخر إرادة له أيضا، فكان لدينا إرادتان لشخصين هما الموكلان فيتم بهما العقد، ولو صح ما ذكره أبو يوسف لم يمكن أن يوجد في وقت ما شطر واحد من عقد إذ يمكن اعتبار أية عبارة تصدر من شخص واحد في قوة عبارتين صادرتين من فضولين فيصح لذلك العقد. والنتيجة: أنه لا بد لإنشاء العقد عند الطرفين من وجود عبارتين حقيقيتين من شخصين، أو وجود عبارة واحدة من شخص تقوم مقام عبارتين من شخصين آخرين بواسطة الولاية، خلافا لأبي يوسف.

وكان مقتضى ما ذكرنا أن ذلك كما يجوز في عقد النكاح يجوز في عقود المعاوضة كالبيع، ولكنهم ذكروا أن عقود المعاوضة لا تنعقد إلا بين شخصين حقيقيين يصدر من أحدهما الإيجاب ومن الآخر القبول. ولاتم بعبارة واحدة، والسبب في ذلك: أن كل طرف فيها يستفيد منها آثارا خاصة، وما يستفيدة أحدهما من الآثار يتنافى مع ما يستفيدة الآخر منها، وإن حقوقه ترجع إلى من يباشرها وهي حقوق متعارضة، فما يرجع منها لأحد العاقدين يتعارض مع ما يرجع إلى العاقد الآخر، فلا يصح أن ترجع كلها إلى عاقد واحد، فلو أن عقد البيع يتم بعبارة شخص واحد باعتباره وكيلا عن الطرفين مثلا لكان باعتباره وكيلا عن البائع مطالبا بتسليم المبيع ومطالب بالثمن، وباعتباره وكيلا عن المشتري مطالبا بالاستيلاء على المبيع ومطالب بأداء الثمن، ولا يتأتى أن يكون الشخص الواحد

مطالبًا ومُطالبًا بشيء واحد في آن واحد، فلذلك لا تنعقد هذه العقود بعبارة شخص واحد^(١). وهذا بخلاف عقد النكاح. فإن الحقوق فيه لا ترجع إلى من باشره، ولكن ترجع إلى طرفيه وإن باشره عنهما واحد، لأنه يعتبر سفيرا عنهما. وتنتهي مهمته بانتهاء العبارة^(٢).

(١) ومع هذا فقد استثنى الفقهاء من ذلك الأب إذا باع ماله لولده الذي تحت ولايته أو اشترى منه ماله لنفسه، أو باع مال أحد ولديه للآخر وهما تحت ولايته، ومثل الأب في ذلك الجد. وكذا الوصي المختار عند بعض العلماء إذا تصرف لنفسه، فينعقد البيع في مثل هذه الصور بعبارة واحدة تصدر من الأب أو من الجد أو من الوصي المختار مع مراعاة شروط خاصة، وكذلك القاضي فإنه يجوز له أن يبيع مال أحد الناصرين للآخر بعبارة واحدة، وستعرف جميع الصور المثناة في موضوع دراستها، وإن سبب هذا الاستثناء يرجع تارة إلى وفور الشفقة في مثل الأب والجد، وإثما لذلك لا ينتظر منهما أن يخفلا حقوق موليها لمصلحتيها، ولذا لم يكن لو كلفها هذا الحق لعدم شفقتها، فلا يرجى منه ما يرجى منهما. وتارة يرجع إلى تحقق المصلحة وعدم احتمال الضرر بب ما وضع لذلك من قيود كما في بيع الوصي ماله لموليه. أو شرائه مال موليه لنفسه.

وتارة إلى اعتبار العقد من باب القضاء إذا ما صدر من قاض وذلك لأن القدرة فيه على التنفيذ متوافرة.

(٢) وذهب أحمد إلى جواز تولى الشخص الواحد طرفي العقد عن عاقديه سواء أكان عقد زواج أم عقد معاوضة كالبيع، فيجوز أن يتولاه وكيل عن الطرفين البائع والمشتري؛ ذلك لأن حقوق العقد ترجع عنده الموكل. راجع كشاف القناع ج ٢ ص ١٢٣٩ من باب الوكالة.

خلاصة الباب

قد تعدد صفة العاقد عندما ينشئ عقدا من العقود. كأن يكون مع ثبوت ولاية على نفسه وعلى ماله وكَيْلا عن آخر، أو وليا أو وصيا أو قيما عليه، وقد يجمع بين كل هذه الولايات.

ففى هذه الحال إذا باشر عقدا من العقود التى لاتنشأ إلا بعبارتين أو إرادتين، كالزواج والبيع وما مائلهما، فهل تقوم عبارته مقام عبارتين؟

إذا كان العقد من العقود التى لاترجع الحقوق فيها إلى المباشر لها باعتبارها مباشرا، كالزواج. فإن العقد يتم بعبارته وحدها، فإذا كان وكَيْلا عن امرأة فى تزويجها بنفسه، تم العقد بقوله: زوجت فلانة بنفسى، وإذا كان وكَيْلا عن الزوجين أو وليا عليهما أو وكَيْلا عن أحدهما ووليا على الآخر تم العقد أيضا، بقوله: زوجت فلانة بفلان. فتكون عبارته إيجابا بالنظر إلى أحد الطرفين. وقبولا بالنظر إلى الآخر، ويتم العقد بتوافق الإرادتين اللتين عبرت عنهما عبارة المباشر للعقد، لا يشترط شىء سوى ذلك عند أبى يوسف. واشترط الطرفان أن يكون المباشر للعقد ذا ولاية عن الطرفين، سواء أكانت بوكالة أم بولاية، فلا يصح العقد إذا باشره شخص هو فضولى عن أحد الطرفين، وإن كان ذا ولاية عن الطرف الآخر؛ لأن الموجود عند ذلك هو أحد شطرى العقد فقط، إذ لا يمكن اعتداد عبارته بمنزلة عبارتين، لعدم الولاية عن الطرفين جميعا فيها.

وإذا كان العقد من عقود المعاوضات كالبيع لم يجز أن ينعقد بعبارة واحدة، إذ إن الحقوق فيها ترجع إلى المباشر لها. فيكون مُطالبا ومطالبا فى آن واحد بشىء واحد، فإن كان وكَيْلا عن طرفى البيع كان فى وقت واحد مُطالبا بالثمن، ومُطالبا به، ومُطالبا بالمبيع ومُطالبا به، وذلك تناقض لايقبل. واستثنى من ذلك عقد الأب فى شرائه مال ابنه، أو فى بيعه ماله لابنه، ومثله عقد الجد والوصى والقاضى.

وذهب أحمد إلى جواز تولى العاقد الواحد طرفى العقد فى جميع العقود متى كان ذا ولاية. وذهب الشافعى إلى عدم جواز ذلك مطلقا.

باب حكم العقد

يستعمل الفقهاء «حكم العقد» في أحد الأمور الثلاثة الآتية:

(١) فتارة يريدون منه ما يكون للعقد من وصف يرجع إلى طلب الشارع له، أو إلى نهيه عنه، فيقولون: حكم الزواج أنه واجب أو سنة أو مكروه، وحكم البيع أنه مباح أو مكروه أو حرام، إلى غير ذلك.

(٢) وتارة يريدون منه ما للعقد من أثر مترتب عليه شرعا، فيقولون: حكم الزواج أنه يفيد ملك المتعة، فيتمتع كل من الزوجين بصاحبه، وحكم البيع: أنه يفيد المشتري ملك المبيع، والبائع ملك الثمن، وحكم الحوالة: أنها تنقل الدين من ذمة المدين إلى ذمة المحال عليه، وهكذا.

(٣) وتارة يريدون منه ما يكون للعقد من وصف يرجع إلى ما للعقد من وجود تترتب عليه آثاره أو لا تترتب، أو من قوة ملزمة لعاقديه أو غير ملزمة فيقولون: حكم هذا الزواج أنه باطل لا تترتب عليه آثاره، وحكم هذا البيع: أنه موقوف على إجازة من له الشأن فيه، فإن أجازته نفذ وترتبت عليه آثاره، وإن رفضه بطل، ولم يترتب عليه أثر. وحكم عقد الوكالة: أنه غير لازم، لكل من طرفيه أن يستقل بفسخه. وحكم عقد الإجارة أنه لازم، ليس لأحد طرفيه أن ينفرد بفسخه، وهكذا. وهذا المعنى الأخير: هو ما نريد أن نفضل القول فيه الآن.

أقسام العقد عند الحنفية: ذهب الحنفية إلى أن العقد ينقسم من هذه الناحية ثلاثة أقسام: صحيح وفاسد وباطل، ويريدون بالعقد الصحيح ما كان سببا صالحا لترتب آثاره الشرعية عليه، وهو إنما يكون كذلك إذا تحقق معناه وسلمت أركانه ومحلّه، وذلك بأن يكون بصيغة سليمة واضحة الدلالة على إرادة إنشائه، وصادرة من أهل له في محل قابل لحكمه. ولم يعرض له من الأوصاف ما يجعله منهيًا عنه شرعا. فإن كان العقد بيعا لزم لصدوره صحيفا أن يباشره شخصان مميزان بإيجاب وقبول متوافقين، دالين على إنشائه في محل قابل لحكمه، وهو المال المتقوم، ولم يقترن به توقيت ولا جهالة في المبيع ولا عدم تقويم في الثمن، ولم تلابسه جهالة فاحشة، ولم يصاحبه ما يوجب غررا أو يفضى إلى نزاع، أو يؤدي إلى فقد شرط من شروط صحته، ولا غير ذلك مما جعله الشارع سببا للنهي عنه.

وإن كان نكاحا وجب أن يصدر من مميزين بعبارتين دالتين على معناه فى محله وهو المرأة، غير مقارن كذلك لوصف كرهه الشارع فيه ونهى عنه بسببه. كأن يكون بلا شهود أو تكون المرأة محرمة بسبب من أسباب التحريم، وهكذا.

فإن كان أحد طرفى العقد مجنوناً أو صبيّاً غير مميز لم ينعقد العقد أصلاً، وكذلك إذا وجد أحد شرطيه فقط وهو الإيجاب، أو كانت صيغته فى محل لا يقبل حكمه كبيع الميتة، فقد علمت أن العبارة إذا صدرت من غير مميز كانت مهذرة ولا اعتداد بها كأنها لم تصدر. وكذلك إذا كانت الصيغة محتملة للدلالة فأمكن حملها على العدة أو المساومة لم تعتبر كذلك، أو كانت بينة للدلالة على المعنى ولكن فى محل لا يقبل حكم العقد. ومثل ذلك فى الحكم ما إذا باع مالا بما ليس بمال أصلاً؛ لانعدام معنى البيع فيه لأنه بيع بلا ثمن، ولا يبيع بلا ثمن لعدم تحقق المعاوضة التى هى أساس البيع. ففى هذه الصور وما أشبهها لم يوجد عقد البيع المشروع. إما لانعدام ركنه كما إذا لم يوجد قبول أو وجد من مجنون، أو لعدم سلامته كما إذا كان غير بين الدلالة. وإما لعدم وجود محله القابل لحكمه كما فى بيع الميتة، أو لعدم سلامته؛ كما فى بيع المعد للمنافع العامة كالمساجد. وإما لانعدام معناه كما إذا كان الثمن غير مال. وإذا لاحظت أن له فى بعض هذه الحالات صورة خارجية فهى صورة لا يلتفت إليها الشارع ولا يرتب عليها أثر.

وقد يوجد العقد بوجود أركانه ومحله ومعناه ولكن على صفة لا يقرها الشارع، كأن يبيع داره مدة عشر سنوات، أو يبيعها بمال غير متقوم كالخمر، أو يبيعها بشمن مؤجل إلى وقت الميسرة^(١)، أو يبيع دابة غير معينة من دوابه بعشرة جنيتها، أو يضيف البيع أو يعلقه. ففى مثل هذه الصور وجد العقد ولكن على صفة تفضى إلى النزاع، أو إلى تملك مانهه الشارع عن تملكه، أو إلى الغرر. فكان لذلك منهيّاً عنه، ولم تسلم لذلك أركانه أو محله فلم يكن صحيحاً.

العقد الباطل: وما تقدم يتبين لنا أن العقد لا يكون صحيحاً لسبب من سببين:

الأول - عدم وجوده شرعاً. لعدم وجود بعض أركانه أو لعدم وجود محله، أو لانتفاء معناه.

الثانى - عدم سلامته من صفة كرهها الشارع فيه فنهى عنه لأجلها.

(١) ذهب أهل الظاهر إلى صحة التأجيل لوقت الميسرة وقت التعاقد. راجع المحلى لابن حزم.

فإذا كان السبب الأول كان العقد باطلا عند الحنفية، وإذن فهم يعنون بالباطل غير المنعقد، والبطالان أو عدم الانعقاد شرعا لا ينافي أن يكون للعقد صورة في الخارج. وهو ما يسمى بالوجود الحسى، فإذا ماتبايع مجنونان وجدت صورة العقد ووجد العقد حسا. فإن المراد بالوجود الحسى ما يدركه الحس - السمع أو البصر - من كلام العاقلين أو كتابتهما مما يتكون منه العقد في الخارج، وإذن فالعقد الباطل هو ما لم يشرع أصلا. أو ما لم يعتبره الشارع موجودا، وإن وجدت له صورة في الخارج، ولذا لا يصلح لأن يترتب عليه أى أثر من آثاره؛ لأنه معدوم شرعا، والعلة إذا انعدمت لم يكن لها أثر.

العقد الفاسد : وإذا كان السبب الثانى كان العقد فاسدا عند الحنفية، وهو عندهم عقد موجود فى الخارج بوجود أركانه ومحلّه، وتحقق معناه وإرادة إنشائه والقصد إليه والرغبة فى آثاره، فإنك لو بعث كتابك إلى صديق لك بجنيه مؤجل إلى وقت ميسرته فقد أنشأت عقدا توافرت فيه أركانه من الإيجاب والقبول الصادرين من أهلهما الدالين على المعنى المطلوب. وتوافر فيه كذلك محله القابل له وهو الكتاب، وكان تمليك الكتاب على هذا الوجه مرادا لكما مرغوبا فيه.

وقد علمنا فيما مضى أن العقد هو الربط بين الإيجاب والقبول، وأن الانعقاد هو الارتباط بينهما الذى كان نتيجة هذا الربط. وأنه إذا وجدت الأركان والمحل الصالح وتحقق معنى العقد تحقق الارتباط بين العاقلين بتوافق إرادتيهما وعبارتيهما، ولا معنى للعقد إلا هذا، ولكن لما لازمه وصف منهى عنه. وهو التأجيل إلى أجل مجهول، وكان ذلك مؤديا إلى النزاع كان العقد على هذا الوجه منهيًا عنه من الشارع. ولا يقره لوجود هذا الوصف فيه. ولهذا أمر بعدم إنفاذه، وجعل إنفاذه معصية تستوجب الإثم، وأوجب على المتعاقدين رفعه وفسخه، فإن قاما بذلك وإلا قام به القضاء، وألزمهما به.

ذلك هو العقد الفاسد عند الحنفية، وإذن ففى العقد الفاسد ناحيتان: إحداهما صحيحة مشروعة معترف بها من الشارع، وهى من ناحية أصله «أركانه ومحلّه». وثانيتها: معيبة غير مشروعة للنهى عنها، وهى ناحية صفته التى وجد

عليها، ولذلك قيل في تعريف الفاسد: ما شرع بأصله دون وصفه. وقيل في تعريف الباطل: ما لم يشرع أصلا لا بأصله ولا بوصفه. وقيل في تعريف الصحيح: ما شرع بأصله ووصفه. وبهذا تجلّى لنا الفرق بين العقد الصحيح والعقد الفاسد والباطل. كما وضح الفرق بين العقد الباطل والعقد الفاسد.

فالعقد الصحيح: عقد موجود حسا وشرعا، بمعنى أن الشارع يقره ويأمر بالوفاء به.

والعقد الباطل: عقد غير موجود، إما لأنه لم ينعقد، ولم يرتبط فيه طرفاه، بسبب أن لا قصد فيه ولا إرادة، وإما لعدم تحقق معناه، ولذا فقد توجد له صورة تامة في الخارج، وقد لا توجد، وعلى أية حال فهو غير منعقد، أما عند عدم الإرادة فالأمر ظاهر، وأما عند انعدام ما يتحقق به فالأمر أظهر، لأنه لم يوجد معناه بالمرّة.

أما العقد الفاسد: فهو عقد موجود الصورة دائما في الخارج، وهو مع ذلك منعقد كما قدمنا. ولكن الشارع لا يقر انعقاده، بل يكرهه، ويأمر دائما برفعه وفسخه. حتى إذا لم يمثل العاقدان قام القضاء بذلك جبرا عنهما إذا ما رفع إليه الأمر مالم يحصل ما يمنع من ذلك مما سيأتى الكلام عليه في العقود عند تفصيل أحكامها. وذلك آية إقرار الشارع وجوده في الجملة، وترتيب بعض الآثار عليه مما ستعرفه كذلك في الكلام على كل عقد بالتفصيل.

أقسام العقد عند الجمهور: وذهب الأئمة الثلاثة إلى أن العقد ينقسم قسمين فقط: صحيح وباطل، وإن شئت قلت: صحيح وفاسد، فلا فرق عندهم في المعنى بين الباطل والفاسد. فهما كلمتان مترادفتان إلا في مواضع قليلة عند الشافعية لا يتسع المقام لذكرها وتفصيل أحكامها.

ويعنون بالصحيح ما استكمل جميع أركانه وشروطه على وجه ترتب عليه آثاره الشرعية إثر تمامه، وبالباطل أو الفاسد ما عداه مما لا يرتب الشارع عليه آثاره لسبب من الأسباب، سواء أكان ذلك السبب راجعا إلى أركانه أم إلى أوصافه، فهو على الجملة ما لم يستوف أركانه وشروطه الشرعية، وهذا التعريف مطرد عند الشافعية والحنابلة على رواية؛ لأنهم لا يقرون العقد إذا صدر عن ليست له ولاية

إصداره، كبيع الصبي المميز وهبته وبيع الفضولى والسفيه، فيجعلونها عقودا باطلة أو فاسدة «على معنى الفساد عندهم» لاتصححها إجازة ذى الولاية، أما عند المالكية فلا يطرد لأنهم يقولون عقد الفضولى فى المعاوضات على الأقل، فيجعلونه صحيحاً^(١) يتوقف نفاذه وظهور آثاره على إجازة ذى الشأن، إن أجازته نفذ وإلا بطل. ولذا يكون العقد الصحيح عندهم ما صلح لترتب آثاره عليه. حتى يعم عقد الفضولى. ولكن العقد الصالح لذلك عندهم مع هذا أضيق دائرة من الصالح عند الحنفية، فإن عقد الصبي المميز مثلا فى المعاوضات صحيح عند الحنفية فيشملة الصالح، وغير صحيح عند المالكية فلا يشملة الصالح عندهم.

أساس الخلاف بين الحنفية وغيرهم: وأساس هذا الخلاف بين الحنفية وغيرهم يرجع إلى خلافهم فى أمر آخر. وهو الأثر الذى يترتب على نهى الشارع إذا مانهى عن عقد من العقود لعدم توافر ما شرط فيه من شروط، أو لسبب آخر؛ فغير الحنفية يرون أن نهى الشارع عن عقد يقتضى عدم وجوده شرعا، فإذا أقدم عليه إنسان فأنشأ مخالفا أمر الشارع لم يكن ما أتاه عقدا فى نظر الشارع. ولم يكن له وجود فى اعتباره وحكمه، سواء أكان النهى راجعا إلى أصله أم راجعا إلى وصف لازم عارض له، وليس هذا محل خلاف بين الشافعى ومالك وأحمد. (فإن رجوع النهى إلى أمر مجاور للعقد غير لازم له، بل يصح أن ينفك عنه، كان الحكم كذلك عند بعض المالكية، وهو رواية عن أحمد، وخالفهم الشافعى وبعض المالكية فجعلوه مقتضيا لكراهة العقد فقط) كما ذهب الحنفية، وهذه رواية أخرى عن أحمد.

ويرى الحنفية أن النهى إذا كان يرجع إلى أصل العقد بأن كان للخلل فى أركانه أو فى محله، أو لعدم تحقق معناه فمقتضاه بطلان العقد وعدم وجوده شرعا؛ ذلك لأنه يكون دليلا على عدم صلاحية محل النهى لتكوين العقد وإيجاده فى نظر الشارع؛ لأن النهى عنه يقتضى بطلانه، والباطل لا يكون عنه إلا باطل، ولذا يكون العقد فى هذه الحال باطلا.

وإن كان يرجع إلى وصف ملازم للعقد عارض له كان مقتضاه بطلان هذا

(١) راجع شرح الدردير فى كتاب البيع.

الوصف وفساده وعدم مشروعيته، وكانت حقيقة العقد أو ذاته مشروعة، لأن النهي لم يتعلق بها. وإنما تعلق بما عرض لها وأدخل عليها، وهو أمر آخر خارج عنها. وبناء على ذلك تكون ذات العقد وحقيقته سالمة من النهي أو من الفساد، ويكون ما عرض لها هو المنهي عنه أو الفاسد، وبذلك يتميز هذا النوع من العقود من غيره. فيتميز من العقد الصحيح بأنه فاسد الوصف، ولا يمكن لذلك أن يعد صحيحاً، ويتميز من العقد الباطل بأنه سليم الذات ولا يمكن لذلك أن يعد باطلاً؛ لأن الباطل لا تسلم ذاته. فوجب لهذا أن يكون قسماً بين الصحيح والباطل لا هو بالصحيح ولا هو بالباطل، وسمى لذلك بالفساد.

وإن كان يرجع إلى أمر مجاور غير ملازم له وليس شرطاً فيه وإنما عرض له بسبب المجاورة كان مقتضاه الكراهة فقط للإقدام عليه في هذه الحال. والأمثلة كثيرة، منها:

(١) ماروى عن ابن مسعود أن رسول الله ﷺ قال: «لا تشتروا السمك فى الماء فإنه غرر» وماروى عن إياس^(١) أن النبى ﷺ نهى عن بيع فضل الماء. وما روى عن جابر أن النبى ﷺ حرم بيع الخمر والميتة والخنزير. فالنبى فى هذا جميعه يرجع إلى أصل العقد. لأنه يرجع إلى خلل فى محله، فإن السمك فى الماء وكذلك فضل الماء وكذلك الخمر والخنزير كل هذا ليس مالا متقوماً. والميتة ليست بمال أصلاً، ومحل السبيع يجب أن يكون مالا متقوماً، ولهذا كان العقد فى هذه الصور - إذا أقدم عليه عاص - باطلاً ولا خلاف بينهم فى ذلك.

(٢) ما رواه ابن عمر^(٢) قال: كانوا يتناعون الجزور^(٣) إلى جبل الحبلبة فنهاهم رسول الله ﷺ عن ذلك، وماروى عن أبى هريرة^(٤): نهى النبى ﷺ عن

(١) هو أبو أمامة إياس بن ثعلبة الأنصارى له أحاديث انفرد بها.

(٢) هو عبدالله بن عمر بن الخطاب إمام متين واسع العلم. كثير الأتباع وافر للنسك خالصه كبير القدر متين الديانة عظيم الحرمة، رشح للخلافة يوم التحكيم وخوطف فى ذلك فأبى، توفى سنة ٧٤، وقد هاجر مع أبيه وشهد الخندق وبيعة الرضوان وله ١٦٣٠ حديثاً.

(٣) الجزور من الإبل يطلق على الذكر والأنثى والجمع جزر كرسول ورسول، ولفظ الجزور مؤنث، يقال: رعت الجزور. قاله ابن الأنبارى.

(٤) أبو هريرة هو عبدالرحمن بن صخر الدوسى له ٥٣٧٤ حديثاً كان كثير العبادة توفى سنة ٥٩ عن ٨٧ سنة.

بيعتين في بيعة، ففي الحديث الأول أن العرب كانوا يشترون الناقة بثمن مؤجل إلى حبل الحبلية «والحبلية جمع حابل ككتبة وكاتب» أى على أن يدفعوا ثمنها عندما يحمل ولدها، فنهاهم الرسول عن ذلك، وكانوا يبيعون الشيء لشخص على أن يبيعهم شيئا آخر من ماله فنهاهم الرسول عن ذلك، وهذا النهى يرجع إلى وصف ملازم للعقد عارض له وهو جهالة الأجل المشروط فى الصورة الأولى، واشتراط شرط قد يؤدي إلى النزاع فى الصورة الثانية إذا لم يتم الاتفاق على بيع الشيء الآخر. وذلك بعيد عن أصل العقد وعمما يتكون منه. ولكنه عارض لازم له، لأنه إنما عقد على ذلك، وعليه تم الرضا. وفى مثل هذا يرى الحنفية أن نفس العقد وذاته مشروعة لم يتوجه إليها منع، وإن ما ألحق بها من أجل أو شرط غير مشروع، وإليه توجه النهى، فكان العقد لذلك مشروعاً بأصله غير مشروع بوصفه، ولذلك كان فاسداً. ويرى غيرهم أن العاقدين إنما قصدا إلى صفقة معينة أو إلى عقد مخصوص، وذلك عبارة عن العقد وما ألحق به من وصف أو شرط، والعقد على هذا الوجه منهى عنه بنص الحديث. ألا يرى إلى النهى كيف صدر منصبا على العقد بالحال التى صدر عليها؟ ففي الحديث أنه عليه السلام نهى عن هذا الوجه غير مشروع؛ لأن المركب من المشروع وغير المشروع تكون جملة غير مشروعة، وعدم مشروعيته يستلزم عدم إقرار الشارع له، وإن شئت قلت عدم اعتباره موجودا شرعا. وإذا كان غير موجود فى نظر الشارع واعتباره لم يرتب عليه أثرا؛ لأنه معدوم. وإنما تترتب الآثار على العقد عند وجوده. وإذا كان الأمر كذلك كان العقد باطلا أو فاسدا على معنى أنه لا وجود له فى نظر الشارع واعتباره.

وقد رد الحنفية على ذلك بأن النهى عن الشيء لصفة لحقت به لا يستلزم عدم إقرار الشارع له باعتباره سببا مستبعدا لآثاره، ولا يستلزم كذلك اعتباره معدوما فى نظر الشارع من كل وجه، والنهى عن الصفة لا يستلزم النهى عن ذات الموصوف ومانهى الشارع عن ذات العقد، وإنما أراد النهى عن أن يوجد مع هذا الوصف. فكان النهى فى الواقع عن الصفة، والشارع قد يعتمد إلى أمر من الأمور فيجعله سببا لأثر معين إذا وجد معه ثم يرى من المصلحة ألا يوجد هذا السبب إلا على شكل خاص فيأمر بذلك، وينهى عن أن يأتي به إنسان على خلاف ذلك الشكل،

ويرتب العقاب على من يخالف ذلك، ثم يرى مع هذا أنه يستتبع أثره على أية حال، وذلك كما في الطلاق. فقد جعله سببا للفرقة بين الزوج وزوجته. ونهى أن يكون في حيض، ومع ذلك فقد جعله مستتبعاً لأثره وهو الفرقة إذا وقع في الحيض (١) فقد روى عن ابن عمر أنه طلق امرأته وهي حائض، فذكر عمر ذلك للنبي ﷺ، فقال له: «مره فليراجعها ثم يسكها حتى تطهر» (٢) ثم تحيض فتطهر. فإن بدا له أن يطلقها فليطلقها قبل أن يسها» فأمره عليه السلام بمراجعتها دليل على أن الطلاق حال الحيض أفاد أثره مع أنه منهي عنه، وذلك دليل على أن النهي عن السبب لأمر عارض له لا يبطل سببته.

(٣) ما جاء في الذكر الحكيم: ﴿إِذَا نُودِيَ لِلصَّلَاةِ مِنْ يَوْمِ الْجُمُعَةِ فَاسْعَوْا إِلَى ذِكْرِ اللَّهِ وَذَرُوا الْبَيْعَ﴾ وما رواه أبو هريرة من نهى النبي ﷺ عن النجش (٣).

فألاية أمرت بترك البيع عند النداء لصلاة الجمعة، وذلك نهى عنه في ذلك الوقت، والحديث نهى عن بيع يعقب نجشاً، والنهى في الموضعين لأمر مجاور للعقد لا لذاته ولا لعارض لازم له، إذا ليس شرطاً فيه، وفي مثل هذا يرى الحنفية والشافعية وبعض المالكية أنه لا يؤثر في مشروعية العقد، ولا في وجوده الشرعي، ولا في ترتب آثاره عليه، وإنما يستتبع كراهة إنشائه في ذلك الوقت. وإذن فالنهي متعلق بإيقاع العقد وإيجاده في هذا الوقت. وذلك فعل للعاقد، وهو غير عقده، ولا تعلق له بنفس العقد، ألا ترى أنه يستطيع أن ينشئ العقد نفسه في وقت آخر قبل هذا الوقت أو بعده؟ وإنما كرهه الشارع لمجاورته هذا الوقت وإيقاعه فيه وصورته لذلك سبباً في عدم السعي إلى الصلاة، أو سبباً في كسب غير طيب. ويرى أحمد بن حنبل ومن تابعه أن هذا النهي أيضاً يقتضى فساد العقد.

(١) هذا لا ينهض دافعاً لما ذهب إليه الشافعية، لأن النهي عن الطلاق في الحيض لو وصف مجاور فلا يقتضى الفساد عندهم وإنما يقتضى الكراهة، والعقد المكروه يترتب عليه أثره بانفاسق، وعلى ذلك يكون النهي عن الطلاق في الحيض كالنهي عن البيع وقت النداء إلى صلاة الجمعة، مرجع النهي فيهما إلى الوقت وهو أمر مجاور لا لو وصف ملازم للعقد.

(٢) أمر بإسكانها حتى تطهر لكي يتسنى له أن يتمتع بها في ذلك الطهر فربما كان ذلك سبباً في عدوله عن الطلاق وإسكانها نهائياً، وبهذا أيضاً لا تكون مراجعتها وسيلة متمحضة لطلانها، فإن المراجعة لأجل الطلاق مكروهة ككراهة النكاح مع نية التلطيق عقبه.

(٣) النجش: إثارة الصيد من مكانه ليصاد، ويراد به إثارة السراغين في الشراء بواسطة التظاهر بالمساومة في السلعة والزيادة في ثمنها قصداً إلى التغرير بهم.

لأن العقد في هذا الظرف منهي عنه . وإذا كان كذلك كان غير مشروع فلا يستتبع آثاره الشرعية، وهذه الرواية جزم بها ابن عبدوس في تذاكرته واختارها صاحب المحرر . وروى عن أحمد أن هذا العقد صحيح مع الكراهة كما رأى أبو حنيفة، ومن تابعه، وبهذا صرح صاحب المغنى، واختاره الزركشى وقال: إنه المشهور في المذهب اهـ . من الفروع (١) .

ذلك هو الفرق بين صحيح العقد وفساده وباطله من حيث المعنى، أما من حيث الأثر فستعرف ذلك عند ذكر أحكام كل عقد تفصيلا، غير أنه ينبغي أن نشير إلى أنه لا فارق بين فاسد عقد النكاح وباطله من حيث الأثر عند الحنفية، وذلك يرجع إلى ما في النكاح من الحل والحرم، ومعنى التقرب به إلى الله تعالى، فالتحق بالعبادات ولا فارق فيها بين الفاسد والباطل؛ لأن كلا منهما منهي عنه، وإذا كان منهيًا عنه لم يتصور أن يكون طاعة مطلوبة، فكانا سيان في الأثر .

أقسام العقد الصحيح: ينقسم العقد الصحيح عند الحنفية والمالكية إلى موقوف ونافذ، ذلك لأنه إن صدر من شخص له ولاية إصداره فنافذ، ومعنى نفاذه أنه يستتبع آثاره، فإذا كان بيعا أفاد المشتري ملك المبيع وأفاد البائع ملك الثمن . وإذا كان زواجا أفاد كلا من الزوجين حق التمتع بصاحبه وهكذا . وإن صدر من شخص هو أهل لإصداره ولكن ليست له ولاية إنشائه فموقوف، ومعنى وقفه أنه لا يترتب على إنشائه أى أثر من آثاره على الرغم من أنه عقد صحيح يعترف الشارع بوجوده، بل يتوقف ترتب الأثر على إجازته ممن له حق مباشرته، فإن أجازته إجازة صحيحة صار نافذا من وقت صدوره، وإن رفضه بطل، ومن أمثلة الأول بيع الرشيد وزواجه، وإجازته إذا كان يبعه وإجارته فى ماله، وزواجه لنفسه، مع رشيد مثله يتصرف لنفسه، وكذلك هبته ووصيته، ولو كان قبولهما من الصبي المميز . ومن أمثلة الثانى عقود الفضولى، وكذا معاوضات الصبي المميز والسفيه والمعتوه المميز عند الحنفية . وقد علمت أن الشافعى يجعل العقد الموقوف

(١) وقد اختلف فيه أصحاب مالك، فمنهم من رأى أن النهى عنه فى مثل هذا لا يقتضى نفاذه . ومنهم من ذهب إلى أنه فاسد وأوجب فسخه ورد السلعة إن كانت قائمة بقيمتها إن فانت . ومنهم من أوجب الرد عند قيام السلعة، أما عند فواتها فإنها تغمى بالثمن اهـ . من مقدمات ابن رشد ج ٢ ص ٢١٥ . ومثل هذا الحكم بيع حاضر لباد . وبيع الرجل على بيع أخيه . وبيع التلقى، كما فى الإنصاح .

عند الحفنية عقدا باطلا لأنه منهي عنه؛ ولأن الولاية عنده شرط لانعقاد العقد كما تقدم.

الفرق بين الموقوف والمضاف: هذا وما ينبغي الالتفات إليه التفرقة بين العقد الموقوف والعقد المضاف إلى زمن مستقبل إذا ما صدر ممن له ولاية إصداره، فقد يظن الظان أن آثاره لا تترتب عليه كالموقوف. وليس كذلك، فإن إرجاء آثاره إلى الوقت المعين أثر من آثار نفاذه في الحال؛ فهو لذلك من العقود النافذة.

أقسام العقد النافذ: والعقد النافذ ينقسم إلى: لازم وغير لازم، وهو المعبر عنه عند غير الحنفية بالعقد الجائز. ويؤاد بالعقد اللازم: ما لا يستقل بفسخه أحد طرفيه، وذلك كالبيع والصلح والإجارة والمساقاة والمزارعة بعد إلقاء البذر والنكاح والخلع والحوالة، ويؤاد بغير اللازم أو الجائز ما يستقل أحد طرفيه بفسخه، كالشركة والوكالة والقرض والوصية والإيضاء والعارية الوديعية.

وهذا النوع قد يكون غير لازم بالنسبة لطرفيه كالشركة والوكالة والعارية والوديعية، وقد يكون غير لازم بالنسبة لأحدهما لازما بالنسبة إلى الآخر. كالرهن فإنه لازم بالنسبة إلى الراهن غير لازم بالنسبة إلى المرتهن فله أن يستقل بفسخه، وكالكفالة فإنها لازمة بالنسبة إلى الكفيل غير لازمة بالنسبة إلى المكفول له فله أن يبرئ منها.

وعندى أن النكاح كذلك، فهو لازم بالنسبة إلى الزوجة غير لازم بالنسبة إلى الزوج إذ له أن يطلق، ولا يدفع هذا أن يقال: إن الطلاق ليس فسخا للعقد وإنما هو إنهاء له، لأنه يراد بالفسخ في تعريف اللازم والجائز ما يشمل إنهاء العقد ورفع بواسطة اتفاق عاقيه أو باستقلال أحدهما. سواء أكان بالطلاق في الزواج، أم بعزل الوكيل في الوكالة، أم بالرجوع في الهبة، وسواء أكان الفسخ للعقد من وقت صدوره كما في فسخ البيع بخيار الشرط. أم إنهاء له من وقت الفسخ كما في فسخ النكاح بسبب خيار البلوغ، وكما في فسخ الهبة بسبب الرجوع فيها. وكما في إنهاء الوكالة بسبب العزل.

ومن العقود اللازمة ما لا يقبل الرفع على أية حال كالخلع، ومنها ما يقبل الفسخ بتراضى طرفيها. وهذه هي عقود المعاوضات كالبيع والإجارة، ومنها

ما يصير غير لازم بالشرط، وذلك بالنسبة لمن اشترط لنفسه الخيار. وهي عقود المعاوضات كما سيأتي في خيار الشرط.

خيار المجلس: ويجب أن يلاحظ أن ثبوت اللزوم للعقود اللازمة يتحقق بإنشائها وتامها عند الحفية والمالكية، وخالفهم الشافعي وأحمد فيما كان منها في معنى البيع، فذهبا إلى أن هذا النوع لا يلزم إلا بتفرق العاقدين وانتهاء المجلس. أما قبل تفرقهما فلا يلزم، إلا بأن يخير أحدهما الآخر فيختار العقد. أما قبل ذلك فإنه يكون لكل منهما حق فسخه، مادام في المجلس. وهذا ما يسمى بخيار المجلس. وقد استندا في ذلك إلى ما روى عن ابن عمر أن رسول الله ﷺ قال: «إذا تبايع الرجلان، فكل واحد منهما بالخيار ما لم يتفرقا وكانا جميعا، أو يخير أحدهما الآخر، فإن خير أحدهما الآخر فتبايعا على ذلك فقد وجب البيع، وإن تفرقا بعد أن تبايعا، ولم يترك واحد منهما البيع فقد وجب البيع» متفق عليه. وقد حاول الحنفية تأويل هذا الحديث بما لا يقنع، فكان الحق مع الشافعي وأحمد. غير أنهما يختلفان في بيان ما يعد من العقود في معنى البيع وما لا يعد منها، وإذا أردت البيان فارجع إلى مراجع المذهبين (١).

(١) يرى أحمد أن خيار المجلس يثبت في الإجارة على عين أو على منفعة في الذمة كان يتأجر إنسان آخر على حيوان، أو كان يتأجره لحبابة ثوب. ولا يثبت في قسمة الإجار ولا في السباغة والمزارعة والحوالة والإتالة والجمالة والشركة والأخذ بالشفعة والوكالة والمضاربة والعارية والهبة بلا عوض، والنكاح والوقف والخلع والإبراء. ويرى الشافعي أنه لا يثبت في الإجارة بسائر أنواعها، وكذا المساقاة. راجع كتاب الفناع ج ٣ ص ٤٤٤ ونهاية المحتاج ج ٤ ص ٤٥ وما بعدها.

خلاصة الباب

يقسم الحنفية العقد من ناحية ترتب أثره عليه أو عدم ترتبه ثلاثة أقسام: صحيح وفساد وباطل، ويريدون بالصحيح ما كان صالحا لترتب آثاره الشرعية، ويكون كذلك إذا ما تحقق معناه وسلمت أركانه ومحلّه، وذلك بأن يصدر بصيغة واضحة الدلالة على إرادة إنشائه، وصادرة من أهل له في محل قابل لحكمه شرعا ولم يعرض له من الأوصاف ما يصير به منهيًا عنه شرعا، فإن صدرت الصيغة من مجنون لم يكن لها اعتبار، إذ لا عبارة له، وإن صدرت في محل لا يقبل حكم العقد لم يسلم المحل. وإن كانت محتملة الدلالة لم تسلم كذلك الصيغة، وإن باع مالا بما ليس بمال لم يتحقق معنى عقد البيع، ففى كل هذه الصور العقد غير صحيح أو غير موجود لانعدام ركنه أو لعدم سلامة محله، أو لعدم سلامة ركنه أو لعدم تحقق معناه. وقد يرجع عدم صحته إلى وصف يلحقه كتوقيت عقد البيع أو تأجيل الثمن فيه إلى أجل مجهول أو تعليق صيغته أو إضافتها أو جهالة محله.

ومن هذا يتبين أن العقد لا يكون صحيحا لأحد سببين:

الأول - انتفاء معناه أو ركنه أو محله أو عدم سلامتهما.

الثاني - عدم سلامته من الصفات التي كرهها الشارع فيه.

فإن تحقق السبب الأول كان العقد باطلا، وإن تحقق الثاني كان فاسدا، ولذا يعرفون الباطل بأنه مالحق الخلل أصله. والفساد بأنه مالحق الخلل وصفه دون أصله. وقد يقولون في تعريفهما: الباطل ما لم يشرع بأصله ولا بوصفه، والفساد ما شرع بأصله دون وصفه، والصحيح ما شرع بأصله ووصفه.

ويرى الجمهور من الفقهاء قسمة العقد قسمين: صحيح وباطل، وإن شئت قلت فاسد، فالباطل والفساد سواء عندهم، ويعرفون الصحيح بما استكمل جميع أركانه وشروطه على وجه ترتب عليه آثاره إثر تمامه. ويعرفون الباطل أو الفاسد بما لا ترتب عليه آثاره لسبب من الأسباب التي تخل به، سواء أكان ذلك الخلل راجعا إلى محل العقد أم إلى ركنه أم إلى وصف به ملازم له، وذلك لأن الخلل إذا أصابه من هذه الناحية كان العقد منهيًا عنه شرعا، وإذا نهى عنه الشارع لم يقره

ولم يصلح مع النهى سبب شرعى لترتب آثاره عليه، لأن ترتب الآثار نتيجة اعتباره من الشارع، ولا يعتبر الشارع مانهى عنه، وذلك بخلاف ما إذا رجع النهى إلى وصف غير ملازم كإنشاء العقد فى وقت معين مثل وقت النداء إلى صلاة الجمعة، فإن النهى حينئذ لا يفيد إلا الكراهة، إذ محل الخلل لم يتم الاتفاق عليه.

وينقسم العقد الصحيح عند الحنفية إلى نافذ وموقوف، ومرجع ذلك إلى صدوره ممن له ولاية مباشرته، فإن صدر ممن له هذه الولاية نفذ، ومعنى ذلك أن آثاره ترتب عليه إثر إتمامه، وإن صدر ممن ليست له هذه الولاية كان صحيحاً موقوفاً على إجازته ممن له هذه الولاية، ومعنى وقفه عدم ترتب آثاره عليه إلا بعد إجازته، أما الجمهور فالصحيح عندهم نافذ دائماً.

ويقسم النافذ قسمين: لازم وغير لازم، فغير اللازم هو ما استقل أحد العاقدين بفسخه، ويعبر عنه غير الحنفية بالجائز سواء أكان لكل منهما الفسخ كما فى الوكالة والشركة، أم كان لأحدهما دون الآخر كما فى الرهن والكفالة، فإن الرهن لازم بالنسبة للراهن، غير لازم بالنسبة للمرتهن، والكفالة لازمة بالنسبة للكفيل، غير لازمة بالنسبة للمكفول له.

باب الرضا والاختيار وما يؤثرو فيهما

علمنا مما تقدم أن الأساس فى إنشاء العقود إرادة عاقدتها وقصدتها إلى إنشائها، وأن هذا القصد وتلك الإرادة لما كانا من الأمور الباطنية التى لا تحس لم يصلحا أن يجعلنا مناطا لذلك، ونيط إنشاء العقود بالعبارة الدالة عليهما، وقد فصلنا ذلك فى كلامنا على عبارة العاقد ونيته.

وكذلك بينا فيما مضى أن التعاقد يجب أن يؤسس على التراضى لقوله تعالى فى سورة النساء ٢٩ ﴿بأيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم﴾ وقوله تعالى فى سورة النساء ٤ : ﴿وآتوا النساء صدقاتهن نحلة فإن طبن لكم عن شيء منه نفسا فكلوه هنيئا مريئا﴾ وقوله ﷺ «إنما البيع عن تراض» وقوله : «لا يفتقرن بيعان إلا عن رضا». وقد فسر بعض العلماء الرضا بالاختيار، وذهبوا إلى أنهما شيء واحد. وإذن فإنشاء العقد منوط بالأميرين جميعا: الإرادة والرضا، وهذا ما يدعو إلى التساؤل: أهما أمران مختلفان، أو اسمان لسمى واحد فهما لذلك مترادفان؟

ذهب الجمهور من غير الحنفية إلى أن المراد بالرضا هو القصد إلى إنشاء العقد بالعبارة، الدالة عليه طلبا لآثاره عن رغبة فيها. وإن ذلك أثر لاختيار العاقد. وإن شئت قلت: الرضا اختيار العاقد إنشاء العقد أو قصدته إلى ذلك. وعلى هذا فالرضا والاختيار وإرادة إنشاء العقد كلها ألفاظ يراد بها عندهم معنى واحد، أو يراد بها معان تتلاقى وتنتهى عند معنى واحد، فالمكره على إنشاء عقد غير مختار ولا راض^(١)، لأنه ما رغب فى آثاره، ولا قصد إلى إنشائه بعبارته،

(١) ذهب المالكية إلى أن الإكراه إما أن يكون على العقد، وإما أن يكون على سببه، فالإكراه على العقد كان يكره إنسان آخر على البيع أو على الرهن ونحوه. والإكراه على السبب كان يكره إنسان آخر على أن يدفع إليه مقدارا معينا من المال فلا يجده المكره فيضطر إلى بيع عين من أمواله فى سبيل الحصول على هذا المال أو إلى اقتراض هذا المال من شخص ثالث. إذ إن المكره حيث لم يطلب منه أن يبيع ولا أن يقترض وإنما طلب منه ما دفعه إلى البيع أو إلى الاقتراض، فكان إكراها على سبب البيع أو على سبب الاقتراض. فإذا كان الإكراه على العقد فبأنه لم يقد أثره، ووقع العقد فاسدا على قول وهو رأى الشافعية والحنابلة، وموقوفا على قول آخر. وهو فى الواقع يتفق مع قول الحنفية فى النتيجة، لأنهم يقولون إنه فاسد يرتفع فساده بإجازة المكره. أما على القول الأول فإنه إذا زال الإكراه فأجازته من أكره عليه لم ينقلب بالإجازة صحيحا، لأن الفساد لا ينقلب صحيحا عندهم، إذ الفساد والباطل بمعنى واحد، وعلى القول الثانى: إذا أجازته بعد زوال الإكراه نفذ ولزم وهو الأشهر، والعقود كلها فى ذلك سواء ما عدا النكاح، فإن =

وإنما أتى بها على أنها حركات خاصة تنجيه من الأذى الذى هدد به، وكذلك الحال فى الشخص الذى لمعنى عبارته، أو المخطئ أو النائم أو المجنون أو المغمى عليه، أو المعتوه أو الصبى الذى لا يميز. أو المتكلم بعبارة لا يفهمها، أو المدرس فى درسه عندما ينطق بعبارة إنشاء عقدا تعليما، أو القارئ فى كتاب، كل هؤلاء ليس لهم رضا بإنشاء العقود التى نطقوا بعباراتها، ولا اختيار لهم فى إنشائها، لأنهم لا قصد لهم إلى ذلك، ولذا كانت عباراتهم فى هذه الأحوال مهذرة لا تنشأ عنها عقود، كما قدمنا فى الكلام على نية العاقد وعبارته.

وكذلك الهازل عند المالكية والحنابلة لا قصد له فى إنشاء العقد ولم يختره، فلا يعد راضيا به، ولذا بطلت عبارته عندهم^(١)، خلافا للشافعية فى أحد قوليهما كما تقدم، إذ قالوا: إنه قد أتى بعبارته عن قصد إليها واختيار. وذلك آية رضاه، فيجب أن يترتب عليها أثرها. وذلك محل نقد؛ لأن الرضا باللفظ غير الرضا بمعناه الذى وضع له، وقد قامت القرائن على أنه قد أراد به غير ذلك المعنى من أغراض أخرى هى محل قصده ورضاه، وليس منها إنشاء العقد.

وذهب الحنفية إلى التفرقة بين الرضا والاختيار، وذكروا فى بيان ذلك: أن العاقد إذا ما أصدر عبارته المنشئة للعقد راغبا فيها لأنها وسيلته للإفصاح عما رغب فيه نفسه واعتزمت إنشائه والأداة التى اتخذها الشارع سببا لتحقيق ما سـ

= كلمتهم قد اتفقت على أن الإكراه بنفسه؛ لأنه إن صح كان نكاحا مع خيار. ولا يصح نكاح مع خيار فولا واحدا.

وبناء على ذلك إذا أكره إنسان على بيع كان للبايع أن يسترد المبيع ويرد الثمن لائتمه من ذلك خروج المبيع من ملك مشتريه بأى تصرف من التصرفات. وإذا أثبت البائع بالبينة أن الثمن قد تلف عنده بلا تعد ولا تقصير كان له أن يسترد المبيع بلا ثمن لأن الثمن عند المكره كالوديعة.

وإذا كان الإكراه على سبب العقد فباشره المكره ففى حكم العقد رأيان: أحدهما أن العقد وقع لازما لعدم الإكراه عليه بطريق مباشر. ثانيهما أنه وقع صحيحا غير نافذ ولا لازم، وإذن فلكمركه إجازته، وله إبطاله، فإذا أبطله وكان العقد بيعا ففى استرداد المبيع ورد الثمن ثلاثة أقوال: أحدها - أن يسترد المبيع إذا رد الثمن.

ثانيها - أن يسترد المبيع دون أن يجب عليه رد الثمن؛ لأن الثمن قد أخذه غيره ظلما فإذا أراد المشتري رجوع بالثمن على من وصل إليه.

ثالثها - أن يسترد المبيع وعندئذ يجب عليه رد الثمن إن كان قد تسلمه، فإن لم يتسلمه، بل أعطى للمكره مباشرة لم يجب عليه رده ويسترد المبيع بلا ثمن، وهذا النوع من الإكراه (وهو الإكراه على السبب) يقول به الحنفية. راجع الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه فى النكاح والبيع.

(١) راجع حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير على متن خليل. وكشاف القناع من كتاب البيع.

مطلوب له من حكم كان قاصدا إلى العقد وإلى سببه، وهو العبارة، راغبا في آثاره. فأما الرغبة في الآثار - وهي حكم العقد - فذلك ما يريده الحنفية بالرضا - عند إطلاقه - وأما القصد إلى السبب «العبارة» فذلك ما يريدونه بالاختيار، عند الإطلاق. وعلى ذلك فالرضا عندهم هو الرغبة التامة في العقد حكما وسببا، والاختيار هو مجرد القصد. وإذا قيدا فقليل: الرضا بالحكم أو الرضا بالسبب والاختيار في الحكم، أو الاختيار في سببه كان معنى الرضا: الرغبة، ومعنى الاختيار: القصد، وكانت الرغبة في حكم العقد اختيارا له، ومجرد القصد إلى العبارة اختيارا للسبب.

ومن هذا يظهر أن الرغبة في حكم العقد تستلزم الرغبة في سببه والقصد إليه، لأن من يرغب في زواج مثلا يقصد إنشاء العبارة الدالة عليه ويرغب في ذلك. وأن القصد إلى سبب العقد وهو العبارة لا يستلزم الرضا بحكمه، وإن شئت قلت: لا يستلزم الرغبة فيه. إذ قد يقصد إلى العبارة لغرض آخر، كدفع أذى كما في المكره. أو لهو كما في الهازل، ولذا قال الفقهاء: وجود الرضا بالحكم يستلزم وجود الاختيار فيه وفي سببه، ويستلزم كذلك الرضا بالسبب، ووجود الاختيار لا يستلزم وجود الرضا؛ لأن مجرد القصد إلى شيء لا يلزم منه الرغبة فيه.

وبناء على ما ذكر يكون الرضا والاختيار عند الحنفية أمرين مختلفين. فالرضا عندهم هو الرغبة في حكم العقد، والاختيار عندهم هو القصد إلى عبارته المنشئة له. وإذن فالرضا عندهم هو الإرادة في إنشاء العقد، وهو الاختيار عند غيرهم، أما الاختيار عندهم، فأمر لا يترتب عليه عند غيرهم أثر، لأنه لا إرادة فيه، وإذن فالشخص يتحقق منه الاختيار متى تلفظ بالعبارة المنشئة للعقد. على أنها وسيلة للإعلان عن وجود إرادة بإنشاء عقد معين دون أن يتخذها وسيلة لإنشاء عقد يريده. فإن كان مع ذلك راغبا فيها لاتخاذها وسيلة لهو ولعب أو سمعة أو رياء تحقق فيه مع الاختيار الرضا بالسبب، فهو راض به مختار فيه، ولكنه غير راغب في حكمه ولا قاصد إليه، وهذا هو شأن الهازل وما يشبهه، فالهازل عندهم مختار غير راض. ويشترط الحنفية لاعتبار الهازل هازلا أن يعلن ذلك قبل وقوعه فلا يكتفى في إثباته عندهم بدلالة الحال^(١).

(١) راجع كشف الأسرار على المنار ج ٢ ص ٢٩٢، طبعة بولاق.

وإن كان غير راغب فيها، ولا فيما تدل عليه من إرادة ليس لها في كثير من الأحوال وجود في نفسه، وإنما صدرت منه تنفيذا لإرادة شخص آخر وموافقة له، لأن في ذلك منجاة من أذى يهدد به عند عدم الامتثال، فهو في هذه الحال غير راض بالحكم ولا قاصد ولا راغب في سببه، وليس عنده إلا الاختيار في سببه، وهذا هو حال المكره (١).

ومن هذا يتبين أن الإكراه يعدم الرغبة في الحكم (٢)، وإن شئت قلت: يعدم الرضا ولا يبقى معه إلا القصد إلى العبارة باعتبارها سببا منشئا لعقد عادة، وإن لم يردّها كذلك، وإن شئت قلت: لا يبقى معه إلا الاختيار فيها، ذلك لأن المكره

(١) مما لاشك فيه أن من أكره على عقد لا يكون راغبا فيه ولا راضيا بآثاره وإلا لم يكن مكرها عليه، وإنما إنشأه عن رضا به، ولكن لا يلزم من ذلك ألا يكون من المكره أى قصد إلى آثاره، فإن الإنسان قد يكره على إنشاء عقد معين فيتلفظ بصيغته غير راغب في آثارها، ولكنه يقصد مع ذلك إلى تحقيقها، فإن الإنسان كثيرا ما يفعل الأمر ولا يرضاه ولا يفعله إلا بعد قصد إليه. وقد يكره على عقد فيتلفظ بصيغته، ولا تتجه نفسه مطلقا إلى شيء من آثارها، ولم يكن منه إلا أنه تلفظ بها لدفع ما هدد به من الأذى.

(٢) الإكراه المعتبر شرعا: هو إجبار شخص على أن يعمل عملا غير واجب عليه شرعا، والمراد بالعمل ما يعم القول، لأنه عمل باللسان، وإذن فلا بد في تحققه من توافر الشروط الآتية:

٦ - أن يكون المكره قادرا على تنفيذ ما هدد به من الأذى، فإذا لم يكن قادرا على ذلك لم يتحقق إجبار، ومما يتحقق به عدم القدرة: استطاعة المكره أن يفلت مما هدد به بأية وسيلة أخرى غير تنفيذ ما طلب منه كإيرب أو استغاثة أو نحوها.

٢ - أن يكون ما هدد به من أذى مما يشق على المكره احتماله على الأقل، فإن كان مما يحتمله المكره ولا يبالى به عادة لم يتحقق كذلك إجبار.

٣ - أن يظن المكره جد المكره وصدقه، وأنه ينفذ ما هدد به عاجلا إن لم يفعل، فإذا لم يظن ذلك لم يتحقق إكراه.

٤ - أن يكون المكره ممتنا عما طلب منه محافظة على حقه أو حق غيره أو حق الشرع. فإذا كان غير ممتن فلا إكراه، وكذلك إذا كان ممتنا بغير حق كالمدين بدين حال يمتنع عن أدائه فيكره على بيع ماله وفاء لهذا الدين.

وزاد الشافعي شرطا خامسا: وهو أن يكون ذلك الأذى المهدد به غير مستحق عليه شرعا، فإذا كان مستحقا عليه شرعا لم يتحقق إجبار، لأنه يجب أن يوقع عليه على أية حال. فلا إكراه بتوقيع حد واجب على المكره أو بتنفيذ قصاص، وذلك محل نظر لأن المناط عند الرضا بالعقد، وهو يتحقق مع التهديد بمثل ذلك. وقد سار على هذا التشريع الوضعي الحديث، فإنه جعل المدار على ما أكره عليه فإن كان مشروعا وواجبا على المكره فلا إكراه. وإن كان غير واجب عليه فقد تحقق الإكراه، وإن كانت وسائله مشروعة كالتهديد بتنفيذ القصاص.

ولكن قد يقال: إذا هدد الشخص بفسرر مستحق عليه شرعا لم ينجه من توقيع ذلك عليه أن يفعل ما أمر به، لأن الشارع يأمر بتوقيعه عليه، وإذا كان الأمر كذلك لم يعتبر مكرها، لأن الامتثال لا ينجيه مما هدد به.

خير بين شيئين: ماهدد به من أذى إن لم يفعل، وما أمر به وأريد منه أن يفعله، فإذا وازن بينهما ثم رأى أن ضرر الفعل أهون عليه ففعل ما أمر به، فقد اختار. وإن كان قد اختار أهون الشرين لديه، وبذلك يتحقق منه الاختيار. ولكنه اختيار فاسد مع هذه إن كان الإكراه ملجئا كما سيأتي، لأن الاختيار الصحيح ما كان المختار مستقلا فيه مستبدا به، أما الفاسد فهو ما بنى على اختيار شخص آخر، وكان المختار مضطرا إليه، ومحمولا عليه بواسطة الإكراه المعتبر شرعا، وفي كلتا الحالتين القصد متحقق، وهذا القدر كاف في انعقاد الأقوال أسبابا شرعية كما سيبيء^(١).

والإكراه قسمان: ملجئ وهو ما يكون بقتل النفس أو بإتلاف عضو أو بإتلاف جميع المال، أو بالضرب المبرح الذي يخشى منه التلف. وغير ملجئ، وهو ما يكون بما يشق على المكره أن يتحملة، وذلك يختلف باختلاف حال الناس ومنزلهم.

والإكراه بقسميه يعدم الرضا بالحكم، ويؤثر في التصرفات القولية على الوضع الذي سببه قريبا، والملجئ منه يفسد الاختيار، وغير الملجئ لا يفسده كما قدمنا، لقدرة المكره على تحمل الأذى المهدد به، لأنه لو أراد امتنع عن فعل ما أمر به، فإذا فعله كان مختارا، وكان اختياره صحيحا، والملجئ يجعل المكره كالألة في يد المكره ولذا ينسب إلى المكره ما أكره عليه من الفعل، وكأنه قد صدر منه إذا ما أمكن ذلك، بأن كان يستطيع أن يفعله بنفسه^(٢)، فإذا أكره إنسان آخر على إتلاف مال كان المكره ضامنا لنسبة الإتلاف إليه وكأنه هو الذي قام بالإتلاف، أما غير الملجئ فلا يترتب عليه ذلك، بل ينسب الفعل معه إلى المكره، ولذا لم يكن له تأثير قط في الأفعال.

وأما إذا صدرت العبارة من صاحبها لا على أنها وسيلة إلى الإفصاح عن إرادته إنشاء العقد الذي تدل عليه وضعها أو بحسب العرف، بل كان صدورها عند

(١) راجع شرح كشف الأسرار على المنار ج ٢ ص ٢٠٩ من عوارض الأهلية.

(٢) أما ما لا يمكن نسبه إليه فلا يجعل فيه المكره آلة في يد المكره وذلك كالأقوال والاكل، فإن الإنسان لا يتكلم بلسان غيره ولا يأكل بضم غيره. فإذا أكره إنسان آخر على النطق بكلمة الكفر لم يكفر المكره. وإذا أكره على الأكل في رمضان لم يفتقر المكره. رد المحتار ج ٥ ص ١٨٩.

قصد إلى التلطف، لأجل المحاكاة أو التعلم أو التعليم أو التفهم، أو عن غير قصد إليها كما في عبارة المجنون والنائم، فإن كلا من الاختيار والرضا يكون معدوما عند ذلك. أما الاختيار فلأنه لا يتحقق إلا بالقصد إلى العبارة على أنها وسيلة منشئة للعقد عادة، وذلك لم يتحقق في الحالين، لأن القصد في الحال الأولى كان للمحاكاة ونحوها، وفي الحال الثانية كان معدوما، وأما الرضا فلأنه لا يتحقق أبدا إذا انعدم الاختيار، وقد بينا أن الاختيار معدوم.

وقد جعل الحنفية الناسي والمخطئ في حكم المتذكر والعامد بناء على أن كلا من الخطأ والنسيان أمر باطنى لا سبيل إلى معرفته إلا من جهة من يدعيه. وقد يتخذ ادعاؤه وسيلة إلى تضييع الحقوق، فوجب ألا يصدق فيه، وأن يعتبر بلوغه وكمال عقله أمانة على قصده وعدم خطئه أو نسيانه، فيعامل على هذا الأساس، فيكون الناسي كالتيقظ، ويكون المخطئ كالمصيب في قصده، ولكن إذا صدقهما في ادعائهما من تعاقد معهما فماذا يكون الحكم؟ جاء في كثير من الكتب أن العقد يكون حيثئذ فاسدا بناء على أن عبارة كل منهما عبارة صحيحة لتحقق اختياره فيها. وانعدام رضاه بآثارها، فكان كل منهما في عبارته كالمكره، وعن ذلك: فخر الإسلام البيزدوى، وعلمه بأن التلطف ليس أمرا طبيعيا لاختيار فيه، كجريان الماء، بل هو حركة اختيارية. وفي رأى: أن ذلك غير متحقق في المخطئ، لأن حركة لسانه عند خطئه حركة لا شعور فيها، وإذا كانت خالية من الشعور بها لم تكن عن اختيار. لأن المختار من يدرى ما يأتيه، والمخطئ ليس كذلك، أما الناسي فهو قاصد إلى اللفظ، ولكنه لم يتلفظ بالعبارة على اعتبار أنها سبب منشئ للعقد الذى تدل عليه، ولذا تكون عبارته كعبارة الملقن أو الحاكى، ولا يعد ذلك مختارا، ويكون الوجه عندى: أن عقد كل منهما غير منعقد في هذه الحال. كما ذهب إليه الشافعية والزيدية.

ابتناء العقود على الرضا والاختيار

ذهب الحنفية إلى أن قصد العاقد إلى العبارة باعتبارها سببا منشئا للعقد، وإن شئت قلت: اختياره هو أساس انعقاد عقده، لافرق في ذلك بين عقد وآخر. لتتحقق صدور العقد من أهله مضافا إلى محله القابل له، فجعل الشارع صدور

السبب على هذا الوجه دليل إرادة العاقد إنشاء العقد، لأنه الظاهر الذى يصح أن
بنى عليه المعاملات والارتباطات.

أما رضاه بالحكم فلا يتوقف عليه الانعقاد. وإنما يتوقف عليه صحة بعض
العقود حتى لا يلزم العاقد بما لا يرضاه.

والذى دعا الحنفية إلى هذا الوضع أنه قد ورد عن الشارع ما يدل على أن
العقود تنشأ وتصح مع انعدام الرضا بها. ولذا كانت العقود عندهم قسمين : عقود
تصح مع الهزل وأخرى لاتصح معه.

١ - فأما العقود التى تصح مع الهزل فهى النكاح والطلاق والرجعة والعتاق
واليمين؛ وذلك لقوله ﷺ: «ثلاثة جدهن جد وهزلهن جد: النكاح والطلاق
والرجعة» وفى رواية «والعتاق» وفى رواية أخرى «واليمين»^(١) وقد اعتبرها الشارع
صحيحة مع الهزل حتى لا تكون محلا للعب اللاعب، لما فيها من حقوق الله
تعالى، فكان هذا الاعتبار مستلزما جعل العبارة فيها قائمة مقام المعنى، فترتب
عليها الأثر ولو لم يكن من قائلها رضا ولا نية^(٢) متى كانت مقصودة له على أنها
سبب عادى لإنشاء العقد. فإذا صدرت كذلك نشأ العقد بها صحيحا نافذا،
وترتب عليه أثره؛ ولذا كان هذا القسم من العقود لا يتوقف على الرضا، ومن هذا
صح نكاح المكره وطلاقه وعتاقه ورجعته ويمينه.

(ب) وأما العقود التى لاتصح مع الهزل فهى العقود التى لم تجعل العبارة
فيها قائمة مقام معناها لخلوها من حق الله تعالى، ولهذا خالفت النوع السابق من
العقود فلم يترتب الحكم فيها على القصد إلى العبارة والتلفظ بها فحسب. بل
وجب توافر الرضا بآثارها أيضا. ولهذا لم تصح مع الهزل لانعدام الرضا معه،
ويدخل تحتها عقود المعاوضات المالية مما يقبل الفسخ وخيار الشرط. كالبيع والصلح
والإجارة والمزارعة والمساقاة، وكذلك يدخل كثير من عقود المعاملات كالوكالة
- فى غير ما استثنى استحسانا^(٣) - والرهن وتأجيل الدين والإبراء والكفالة والحوالة

(١) راجع كشف الأسرار على المنار فى عوارض الأهلية.

(٢) راجع الهداية ج ٤ ص ٧٦.

(٣) والمستثنى : الوكالة بالطلاق والعتاق. وذهب آخرون إلى أن الوكالة بالنكاح كذلك، فنصح مع الإكراه.

راجع رد المحتار ج ٥ ص ٩٦، وتبيين الخفايق ج ٥ ص ١٨٨.

والهبة ونحوها، وهذا القسم من العقود يتوقف انعقاده على الاختيار شأن كل العقود. ولكن صحته تتوقف على تحقق الرضا. فإذا ما صدرت فيه العبارة من قاصد لها على أنها سبب لإنشاء العقد غير راض بها انعقدت، لما قدمنا من أن صدور العبارة على هذا الوجه اعتبر دليل وجود الإرادة.

أما إذا صدرت من غير قصد إليها فإنها لاتنعقد، وعلى ذلك لا ينعقد بيع النائم والمغمى عليه ولا إجارتها لعدم القصد والاختيار، وينعقد بيع المكره والهازل وإجارتها لتحقق القصد والاختيار منهما ولكن مع الفساد، وذلك لأن هذا النوع من العقود تتوقف صحته على رضا العاقد، وليس كل من المكره والهازل راضيا كما قدمنا، فتقع فاسدة منهما. هذا هو المتفق مع القواعد (١).

ويتم الرضا إذا لم يصاحب العقد غلط ولا تغيير ولا غبن فاحش ولا اشتراط خيار، وكان محله مع ذلك مشاهدا غير معيب، ولييان ذلك تفصل أحكام هذه الموضوعات فيما يأتي بعد خلاصة الباب.

(١) وقد جرى على لسان بعض الحنفية أن بيع الهازل باطل غير منعقد، كما في الهداية والغنية. ولكن الحموى أول ذلك بأن المراد ببطلانه أنه كالباطل في الحكم من حيث إنه لا يفيد ملكا بالقبض، ولكن الواقع أنه فاسد، بدليل أنه لو ارتفع سبب الفساد فيه فعدل الهازل عن هزله صح العقد ونفذ بلا حاجة إلى تجديده، ولو كان باطلا ما انتقل صحيحا، وهذا هو الحكم في بيع المكره أيضا إذا ما ارتفع الإكراه فرضى به المكره فإنه ينقلب كذلك صحيحا، وهذا ما دعا زفر إلى أن يذهب إلى القول بأن بيع المكره ونحوه موقوف على إجازته منه بعد زوال الإكراه، فإن أجازته نفذ وإلا بطل، لأن العقد الفاسد لا يقبل أن يتحول صحيحا نافذا. بل ذلك هو شأن العقد الصحيح الموقوف، فإنه ينفذ بالإجازة كعقد الفضولي. ويرى أئمتنا الثلاثة أن الفساد نوعان: الأول فساد يرتفع بارتفاع سببه، وهو الناشئ عن الإكراه والهزل، ومثله الناشئ عن جهالة في الأجل الذي أجل إليه الثمن أو عن عدم تحديد وقت لخيار الشرط، فإن هذا النوع من الفساد يرتفع سبه. والثاني فساد لا يرتفع بارتفاع سبه. كالفساد الناشئ من بيع مال بمال غير متقوم. كبيع كتاب بزجاجة خمر، وإذا فلا يلزم من فساد العقد ألا ينقلب صحيحا بارتفاع سبب الفساد. وثمرة هذا الخلاف: تظهر فيما إذا باع المكره شيئا من ماله ثم تسلمه مكرها، فإن المشتري يملكه عندهم بالقبض؛ لأن البيع الفاسد يفيد الملك بالقبض، ماعدا بيع الهازل. وعند زفر لا يملكه بالقبض؛ لأن البيع الموقوف لا يترتب عليه أثر مادام موقوفا.

خلاصة الباب

يريد جمهور الفقهاء - عدا الحنفية - بالرضا القصد إلى إنشاء العقد بالعبارة المنشئة له طلبا لآثاره عن رغبة فيها. وذلك لا يكون إلا نتيجة لاختيار العاقد. وعلى ذلك فالرضا والاختيار متلازمان لا ينفكان ولا يتحققان إلا مع إرادة إنشاء العقد، وينبى على ذلك أن الرضا والاختيار لا يتحققان في المكره والهازل والمجنون والنائم وما إلى ذلك، غير أن الشافعية ذهبوا في أحد قوليهما إلى أن الهازل مختار في التلفظ بعبارته قاصد إلى إنشائها، وذلك آية رضاه وقصده الباطن، فيعامل على هذا الأساس. ولا عبرة بما يزعمه من الهزل حتى تستقر المعاملة.

وذهب الحنفية إلى التفرقة بين الرضا والاختيار، فيفسرون الرضا بالرغبة في آثار العقد، ويريدون بالاختيار القصد إلى التلازم بالعبارة المنشئة له على أنها سبب عادي منسئ للعقد وأداة شرعية لذلك، وعلى هذا فكل من المكره والهازل عندهم لا يتحقق فيه الرضا لأنهما لا يرغبان في آثار العقد ولا يريدانها، ولكنهما مختاران لأنهما يقصدان العبارة وقد تلفظا بها عن قصد إليها باعتبارها أداة لإنشاء العقد، وإن لم يريدا منها ذلك، أما النائم والمجنون والمغنى عليه والملقن دون فهم وما إلى ذلك، فليس عندهم رضا ولا اختيار، أما عدم الرضا فلأنهم لا رغبة لهم في آثار العقد الذي تدل عليه العبارة، وأما عدم الاختيار فلعدم قصدهم إلى العبارة باعتبارها أداة شرعية منشئة للعقد، فإن بعضهم لا قصد له آية، وبعضهم لا يقصد إليها على هذا الوجه، وعلى ذلك فالرضا والاختيار عند الحنفية أمران مختلفان، والإرادة تجامع الرضا، إذ لا يمكن أن يكون هناك رضا من غير إرادة.

وبناء على ماتقدم فالعاقد إذا لم يتحقق منه الرضا بالعقد عند الجمهور لم يكن العقد صحيحا، وإن شئت قلت: إذا لم يكن مختارا لم يصح العقد، وعندئذ فسمه كما تشاء باطلا أو فاسدا. أما الحنفية فيقولون: إن انعقاد العقد منوط بالاختيار، وهو القصد إلى العبارة على أنها أداة شرعية لإنشائه. فإذا تحقق الاختيار لدى العاقد انعقد العقد، ثم بعد ذلك يكون النظر في صحة العقد. فإن كان من العقود التي لا توجد إلا صحيحة ولا تنفك صحتها عن انعقادها، وهي النكاح والطلاق والخلع والرجعة واليمين انعقد صحيحا. وإذن يقال: إن صحة

هذه العقود أيضا منوطة بالقصد كانعقادها وإن كان من غيرها فلا يصح إلا إذا تحقق الرضا مع الاختيار، فإذا لم يتحقق فإنه يكون فاسدا. وعلى ذلك فعقد كل من المكره والهازل فاسد لتحقيق الاختيار وانعدام الرضا. ولكنه فساد قابل لأن يرتفع ويزول بإجازته من المكره بعد زوال إكراهه ومن الهازل حال جده، وعقد المجنون والنائم باطل غير منعقد لانعدام كل من الاختيار والرضا فيهما.

باب الغلط في العقد

لانعنى بالعقد هنا إلا الصورة الظاهرة الخارجية له توجد على أنها عقد صحيح سليم ثم يتبين بعد ما يلابسها من غلط يكشف عن حقيقتها، فإذا هي صورة عقد لا عقد، أو عقد صحيح قابل للفسخ.

والغلط إما أن يكون باطنياً بأن يكون فكرة خاطئة قامت بنفس العاقد وعليها أنشأ عقده، ولكنه لم يضمن الصيغة شيئاً يدل على قيامها بنفسه، وأنه إنما أنشأ العقد على افتراض تحققها. وإما أن يكون مادياً، وذلك بأن تحوى صيغة العقد ما يدل على وجود تلك الفكرة وعلى أن العقد نشأ عليها. وإن شئت قلت: أن يندم التطابق بين ما تدل عليه صيغة العقد وبين الأمر الواقع الموجود.

والغلط الباطنى لا اعتداد به عند فقهاء الإسلام، لأن العبرة في العقود عندهم بالعبارة دون النوايا التي لم يدل عليها دليل كما قدمنا. والغلط المادى إذا خالط العقد أثر في الرضا بوجه عام؛ لأن العقد قد تم على وضع خاص ارتضاه العاقدان، فإذا لم يتحقق هذا الوضع لم يتحقق الرضا به. لأن العاقدين لم يرتضيا وضعاً آخر غير الذى دلت عليه الصيغة، وهذا النوع من الغلط قد يترتب عليه ضياع حقيقة العقد. فلا توجد معه إلا صورته، وحينئذ يكون عقداً باطلاً لا يترتب عليه أى أثر. وقد لا يترتب عليه ضياع الحقيقة. ولكن زوال بعض أحكامه، وعند ذلك يكون صحيحاً.

فإذا حصل الغلط فى محل العقد نفسه، كأن يشتري إنسان هذا الخاتم الذهب مشيراً إلى خاتم من النحاس، وهو لا يعلم أنه نحاس. ترتب عليه بطلان العقد لأنه غلط تبين منه أن محل العقد - وهو الخاتم الذهب - معدوم. وإذا انعدم المحل بطل العقد.

وإذا حصل الغلط فى أوصاف المحل، كأن يشتري إنسان هذه البقرة الحلوب مشيراً إلى بقرة غير حلوب كان العقد صحيحاً غير لازم، وكان له حق فسخه لفوات الوصف، وهذا إذا كان العقد يقبل الفسخ كالبيع، أما إذا كان لا يقبل الفسخ كالنكاح لم يكن لمن حصل الغلط فى ناحيته حق الفسخ، لوقوعه صحيحاً لازماً عند الحنفية، كما إذا تزوج هذه المرأة البكر فظهر أنها ثيب. وقال أحمد: له فى هذا حق الفسخ أيضاً.

ومن ذلك تبين أن ليس للغلط تأثير مستقل في العقد، بل يرجع تأثيره إلى ما يترتب عليه من فقد محل أو شرط أو وصف. وعلى حسب ما يترتب عليه من ذلك يكون حكم العقد. فنحكم عليه بالبطلان إن فات به المحل أو شرط يرجع إلى الانعقاد، ونحكم عليه بغيره إن فات به من الشروط والأوصاف مالا يقتضى زواله بالبطلان^(١).

(١) إذا ترتب على الغلط في العقد عدم توافر عنصر من عناصره الجوهرية التي يتوقف عليها وجوده، كعدم

محل أو عدم موافقة القبول للإيجاب، أو عدم تحقق معناه كان العقد باطلا. ومن أمثلة ذلك ما يأتي:

١ - الغلط في شرط من شروط انعقاد العقد. وذلك كأن يتعاقد الورثة في تركة مع شخص «على اعتقاد أنه موصى له بحصة شائعة فيها» على قسمتها بينهم جميعا ثم يتبين أن الوصية له باطلة بسبب من أسباب بطلتها وأنه لذلك ليس شريكا في التركة. ففي هذه الصورة يرى أن الغلط في شرط من شروط انعقاد عقد القسمة، وهو أن تتم بين الشركاء في مال مشترك بينهم، وقد غلط الورثة فاعتقدوا أن التركة مشتركة بينهم وبين من تعاقدوا معه على قسمتها وليس الأمر كذلك. وعلى هذا يكون عقد القسمة باطلا، ويرد إلى الورثة ما أخذه مقاسمهم. لأنها في الواقع مبادلة وإفراز بين الشركاء المتقاسمين، وهذا غير متحقق فيمن ظنوه موصى له.

٢ - الغلط في الإيجاب والقبول، كما إذا صدر إيجاب من أحد العاقدين بقصد إنشاء عقد معين فأخطأ الآخر في فهمه واعتقد أن المراد به إنشاء عقد آخر وقيل على هذا الأساس، مثال ذلك أن يعطى إنسان آخر مائة جنيه قاتلا له أنفقها على نفسك. يريد بذلك إقراضه إياها. فيقبلها الآخر على اعتقاد أنها هبة وعطية، وقد يكون مرجع هذا اللبس إلى أن حديثا كان بينهما في شأن الهبة والقرض واللفظ صالح للمعنيين. ومن ذلك أن يقول شخص لآخر: منحتك سيارتي مريدا إعارتتها فيقبلها الآخر على أنها هبة. ففي هذه المسائل وشبهها لا ينعقد أحد العقدين. ومرجع هذا البطلان إلى أن القبول لم يطابق الإيجاب فإن الإيجاب بالقرض في المسألة الأولى، وبالعارية في المسألة الثانية، والقبول فيهما بالهبة. وقد يجعل مرجعه إلى عدم وضوح دلالة الإيجاب. لأن اللفظ الصادر به يصلح للعقدين جميعا فلم يتعين المراد منه.

٣ - الغلط في ذات محل العقد، كأن يشتري شخص سوارا على أنه من ذهب فيقول اشترت هذا السوار الذهب مشيرا إلى سوار من الفضة أو من النحاس وقد موه بالذهب، وكان يشتري هذا الفص الماس مشيرا إلى فص من زجاج، ففي هذه الصور وما مثلها مما يكون الغلط في ذات محل العقد لا ينشأ العقد صحيحا ولكنه وجد باطلا. ومرجع ذلك إلى أن محل العقد الذي تم التعاقد عليه - وهو ما وصف في الصيغة - معدوم. وانعدام المحل يترتب عليه بطلان العقد. وقد بنى الحنفية ذلك على أن العبرة بالتسمية والصيغة دون الإشارة، مع أن التعيين بيا أقوى من التعيين بالوصف. ذلك لأن القاعدة التي قرروها أنه إذا اجتمعت تسمية المحل والإشارة إليه في العقد وكان المشار إليه جنسا آخر غير جنس المسمى الموصوف فإن الاعتداد حيثئذ يكون بالتسمية، ويكون المحل هو المسمى في الصيغة دون المشار إليه عند التعاقد. وإن جمعها جنس واحد كان الاعتداد بالإشارة، وكان المحل هو المشار إليه دون المسمى في الصيغة، فكان الاعتماد عليها عند اختلاف الجنس لعدم إمكان الجمع بين المسمى والمشار إليه، واستحالة العمل بالوصف والإشارة جميعا، إذ لا يمكن أن يقال: إن المسمى في العقد هو المشار إليه لاختلافهما جنسا، أما إذا اتحد جنسا فإنه يمكن الجمع بينهما حيثئذ =

بأن يجعل المسمى هو المشار إليه، وإن ماجاه في الصيغة من أوصاف غير متحققة فيه قد ذكر على سبيل الترغيب فقط. فإذا قاتت هذه الأوصاف ترتب على فواتها حق طلب فسخ العقد فقط. لقوات الوصف. مثال ذلك أن يقول شخص: اشترت هذا القمص الأبيض من الماس. فإذا هو ماس أسود. فالإشارة إليه ماس، والمسمى في العقد ماس. ولكن ذكر في العقد أنه أبيض ولم يتحقق هذا الوصف. فيكون للمشتري خيار فوات الوصف، والعقد مع ذلك صحيح.

والمراد بالمتحدين جنسًا مساقاريا في المنافع والقيمة، أما ما تباعدت منافعهما فهما جنسان وإن اتحدا نوعا، فالعبد والأمة جنسان لتباعد الانتفاع بهما. إذ العبد يطلب للخدمة الخارجية والأمة تطلب للخدمة المنزلية والاستمتاع، وكذلك إذا تقاربا في المنافع ولكن تفاوتت قيمتهما تفاوتًا فاحشًا فإنهما يعتبران كذلك جنسين، كالدارين إذا اختلفتا بناء وصقعا. لا اختلافهما في القيمة اختلافًا بينا، أما الذكر والأنثى من الحيوان فجنسهما واحد لتقاربهما منفعة وقيمة، وبناء على ذلك إذا قال إنسان لآخر: زوجتك موكلتي فاطمة هذه - وأشار إلى موكلته - وكانت تسمى باسم آخر وقبل الثاني الزواج صح العقد على المشار إليها، لأنها والمسماة في العقد من جنس واحد «راجع الأشباه والنظائر» وحاشية الحموي ص ٢٠٠ من الفن الثالث. وإنما يكون هذا النوع من الغلط ذا أثر في العقد إذا كان غلطًا ماديًا لأن القاعدة العامة التي تستنبط من فروع الفقهاء أن الاعتداد في العقود بالعبرة لا بالنوايا، وأن النية إذا لم يقم عليها دليل في الصيغة لا اعتداد بها، على ذلك فالغلط إذا كان باطنياً فقط لا يترتب عليه حكم مهما كان محله ونوعه، ولهذا إذا اشترى سوارًا معينا معتقدا أنه من ذهب ولم يكن في عبارته ما يدل على ذلك ثم ظهر أنه نحاس فالعقد صحيح وإن كان مادفع فيه من الثمن يتفق مع هذا الاعتقاد. وكذلك الحكم إذا اشترى نساء وفي اعتقاده أنه ماس وقد دفع فيه قيمة الماس ولكن لم يأت في عبارته ما يدل على ذلك، ثم ظهر أنه من رجاس، حتى إذا اشتراه بعد رؤية ومعاينة لم يكن له خيار رؤية ولا خيار عيب، ولا يستطيع أن يصل إلى فسخ هذا العقد إلا عن طريق الطعن في الثمن بأن فيه غيبًا فاحشًا، وسيأتي الكلام فيه. وما يترفع من ذلك: أنه لو كان لشخص بنتان كبيرى تسمى فاطمة وصغرى تسمى عائشة فنخطب إليه آخر كبراهما فزوجها له ولكن عند العقد غلط في اسمها فسامها عائشة باسم الصغرى، وهو لا يريد إلا الكبرى. فإن العقد يقع على الصغرى ويلزم، لأن العبرة باللفظ لا بالنية، وإذا قال عند العقد: زوجتك ابنتي الكبرى عائشة لم يتعد العقد على واحدة منهما لانعدام محله، إذ ليس عنده ابنة كبرى بهذا الاسم. وأما إذا لم يترتب على الغلط في العقد إلا فوات أوصاف أو أمور غير جوهرية، فإن كان هذا الغلط باطنياً فلا اعتداد به ولا أثر له، سواء أكان غلطاً فيمن تعاقد معه كمن باع داره لشخص معتقداً أنه فلان وليس هو بفلان، أو تصدق على شخص معتقداً أنه قريبه فلان فظهر أنه أجنبي عنه وليس بفلان، أم غلطاً في وصف من أوصاف المحل، كمن اشترى داراً معتقداً أن ناحيتها الشمالية هي المظلة على الطريق، فظهر أنها الشرقية، أم في قيمة المحل، كمن اشترى سلعة معتقداً أن قيمتها عند الشراء كذا، فظهر أنها قد تناقصت إلى حد كبير وهو لا يعلم، أم غلطاً في الباعث له على العقد، كما إذا اشترى إنسان نصف سفينة فطالب مالك النصف الآخر بالشفعة فلمسلم له ما اشتراه على ظن أن له حق الشفعة ثم تبين أن لاشفعة في المنقول فليس له أن ينقض بيعه لمن طالب بالشفعة بناء على ما وقع فيه من خطأ وأنه ما باع إلا بناء على ذلك «راجع البدائع من كتاب البيع ص ١٥٦» والسبب في ذلك ما قدمناه من أن العبرة بالعبرة ولا اعتداد بالنية. وإن كان الخطأ ماديًا كما إذا =

= احتوت الصيغة أوصافاً في المحل ثم ظهر خلو المحل منها فإن هذا الخطأ يؤثر في العقد. مثال ذلك: أن يشتري سيارة فورد طراز سنة ١٩٣٠، فظهر أنها طراز سنة ١٩٢٠، أو يشتري كتاباً على أنه مطبوع سنة ١٩٤٢، فيظن أنه من طبع سنة ١٩٣٦، أو يشتري لحماً على أنه لحم خروف فيظن أنه لحم شاة. وكان المفهوم أن فوات الوصف يترتب عليه فوات الرضا؛ لأن الرضا بالعقد لئلا يتم إلا على توافر الأوصاف المنصوص عليها في الصيغة، فإذا فاتت هذه الأوصاف فات الرضا. وفوات الرضا يتبع فساد العقد كما بيناه فيما سبق، ولكن الحنفية وكثيراً من غيرهم لم يذهبوا إلى ذلك وفرقوا بين الرضا بإنشاء العقد وهو الرضا الذي يترتب على فواته فساد العقد كما في عقد المكره والهازل، وبين الرضا بأوصاف المحل، وهذا النوع من الرضا بإنشائه، ويجعل لمن أصابه الضرر بقوات الوصف حق طلب فسخه بخيار فوات الوصف. وإنما يكون هذا الحق لا يترتب على فواته بفوات هذه الأوصاف - عدم الرضا بإنشاء العقد، فإن من يشتري لحماً على أنه من خروف راض بإنشاء العقد وطالب لأثاره، غاية الأمر أنه عندما يظهر أن ماورد عليه العقد لحم شاة، يتبين أن العقد الذي أنشأه العاقدان إنما أنشأه في محل غير مرغوب فيه، فيجعل العقد صحيحاً في ذاته لتحقق الرضا بإنشائه، ويجعل لمن أصابه الضرر بفوات الوصف حق طلب فسخه بخيار فوات الوصف. وإنما يكون هذا الحق عند الحنفية إذا كان العقد مما يقبل الفسخ، كعقود المعاوضات المالية وما ألحق بها، أما ما يصح مع الإكراه كالنكاح، فإن العقد فيه يلزم. ولا يظن لفوات الوصف أثر إلا في المهر إذا ما كان الوصف شرطاً في العقد. كأن يتزوج إنسان امرأة على أنها بكر فيظن أنها ثيب، ففي مثل هذه الأحوال إذا كان شرط الوصف من قبل الزوج كما في هذا المثال، وكان المهر المسمى أكثر من مهر المثل لم يلزم الزوج حينئذ إلا بمهر المثل فقط. دون ما زاد عليه، وإن كان الشرط من قبل الزوجة وكان المسمى أقل من مهر المثل فنفس الوصف ألزم الزوج بمهر المثل، وذلك كأن تتزوج على أن يكون عملاً. فيظن أنه جاهل. وذهب أحمد إلى أنه لا فرق بين عقد وآخر في أن فوات الوصف المشروط لا يترتب عليه بطلان العقد ولا فساد، ولكن يكون لمن وقع الغلط في ناحيته الحق في فسخ العقد سواء أكان عقد بيع أم عقد زواج، وعلى هذا إذا اشترى شخص هذه البقرة على أنها حلوب أو تزوج إنسان هذه المرأة على أنها بكر فوجد البقرة غير حلوب والمرأة ثيباً كان العقدان صحيحين عند أحمد، وكان لكل من المشتري والزوج حق الفسخ.

والتشريع الوضعي يخالف ذلك من ناحيتين:

الأولى: أنه لا يعتمد بالخطأ الباطني متى أمكن المخطيء أن يتقيد الدليل على وجوده وعلى أن من تعاقد معه كان واقفاً أيضاً في ذلك الخطأ، أو أنه كان على علم به ولم ينبهه إليه، أو كان يستطيع أن يعلمه ولكنه لم يعن بذلك، وتكفي القرائن في إثبات كل ذلك، وقد علمت أن الشريعة الإسلامية لا تجعل للخطأ الباطني اعتباراً مهما كانت حاله، ومهما أمكن إثباته.

الثانية: أن الخطأ المعتد به في التشريع الوضعي هو الخطأ الجوهرى، ويكون جوهرياً إذا كان في الدافع الرئيسى إلى التعاقد، ولولا ما أقدم العاقد على العقد. وعند ذلك يكون العقد باطلاً بطلاناً نسبياً بالنسبة لمن أصابه ضرر هذا الخطأ، ولكن يدفع هذا الضرر عنه جعل له الحق في طلب فسخ العقد من المحكمة، سواء أكان الخطأ في وصف من أوصاف المحل، كمن يشتري صورة معتقداً أنها من صنع رسام كبير ثم يتبين أنها مزورة أم في صفة العاقد كمن يتعاقد مع شخص على عمل معتقداً أنه ذو شهادة فنية ثم يتبين أنه ليس كذلك. أم في القيمة، كمن يبيع سنبلاً بقيمته الفعلية، ثم يتبين أنه كان وقت التعاقد قد ربح جائزة كبيرة، وهذا كله إذا لم يترتب على الخطأ عدم وجود التعاقد، وإلا كان العقد باطلاً بطلاناً أصلياً، وذلك كالخطأ في حقيقة العقد، أو في ذات المحل. راجع الموجز في الالتزامات للأستاذ السبوري باشا.

خلاصة الباب

الغلط في العقد قد يكون قائما على فكرة مستقرة في نفس العاقد لا تطابق الواقع، وليس في صيغة العقد ما يدل على وجودها في نفسه، ولا على أن العقد قد بني عليها، وفي هذه الحال لا يكون للغلط أثر ما في صحة العقد، ولا في نفاذه، لأن العبرة بالألفاظ لا بالنوايا، ولكن إذا تضمنت صيغة العقد ألفاظا لا يتفق الواقع مع معانيها المرادة للعاقدين وقد عقد العقد بناء على أنها تتفق والواقع، ثم ظهر غير ذلك، فإن الغلط في هذه الحال يكون له أثر في العقد. فإن كان في محل العقد كأن يشتري إنسان خاتما من ذهب مشيرا إلى خاتم ظهر أنه من نحاس، فإن العقد يكون باطلا، لانعدام محل العقد حيثئذ؛ لأن محله من ذهب والموجود خاتم من نحاس، فيبطل العقد لانعدام محله.

وإن حدث الغلط في أوصاف المحل، فإن كان في عقد يقبل الفسخ، كان العقد صحيحا غير لازم بالنسبة إلى من وقع الغلط في ناحيته، كأن يشتري هذه البقرة الحلوب، فإذا هي غير حلوب. وكأن يشتري هذا الإناء المصنوع في بلد كذا، فإذا هو مصنوع في بلد آخر فيكون للمشتري الخيار إن شاء أنفذ العقد وأمضاه وإن شاء فسخه، وإن كان في عقد لا يقبل الفسخ كالزواج، ولم يكن لمن حصل الغلط في ناحيته حق الفسخ عند الخفية، كأن يتزوج هذه الفتاة البكر، فإذا هي ثيب. وقال أحمد: له حق الفسخ.

باب الغبن والغرور

الغبن: النقص، ويراد به أن يكون أحد البديلين في عقد المعاوضة غير مكافئ للآخر في القيمة عند التعاقد. فإذا باع شخص كتابا بجنيه وقيمته في السوق جنيهان أو اشتراه في هذه الحال شخص بأربعة جنيهات، كان البائع مغبونا في الحال الأولى وكان المشتري مغبونا في الحال الثانية، وإذا أجر شخص منزله شهرا بأجرة قدرها عشرة جنيهات، ولاتزيد أجرته فيما هو معروف على خمسة جنيهات أو استأجره في هذه الحال شخص بجنيهين كان الغبن واقعا على المستأجر في الحال الأولى وواقعا على المؤجر في الحال الثانية.

والغبن نوعان: يسير وفاحش، وفي بيان اليسير والفاحش عدة أقوال: منها أن اليسير ما يدخل تحت تقويم المقومين، والفاحش ماعداه. فإذا اشترت منزلا بألف جنيه وكان بحيث إذا قومه المقومون قومه بعضهم بتسعمائة وخمسين، وبعضهم بألف كان الغبن فيه يسيرا، وإذا كان أقل تقويم له ١١٠٠ جنيه كان الغبن فيه بالنسبة للبائع فاحشا، وإذا كان أعظم تقويم له ٩٠٠ جنيه كان الغبن فيه بالنسبة للمشتري فاحشا؛ لأن الثمن لم يتناوله تقويم المقومين في الحالين، ومنها أن اليسير ما لا يزيد على خمس الثمن، والفاحش ما زاد على ذلك. وهناك أقوال أخرى، وخير الآراء هو الرأي الأول وعليه الفتوى^(١).

والغرور^(٢): هو حمل العاقد على معاوضة بطريقة باطلة تجعله يظن أنها في مصلحته وترغبه فيها والواقع غير ما يظن، كأن يشتري شخص سلعة من السلع؛ لأنه قد شاهد غيره راغبا فيها ويزيد في ثمنها وما كان إلا متظاهرا بذلك لحمل الناس على شرائها، وكان يشتري شخص شيئا رغبة فيما وصف به بعد الإعلان عنه بما ليس فيه، وكان يشتري بقرة قد صراها بائعها ليفهمه بذلك أنها كثيرة اللبن.

وكل من الغبن والغرور يؤثر في رضا العاقد، لأن رضاه في هاتين الحالتين مبني على ظن خاطئ، فالمرور قد ظن خطأ أنه لما رآه من إقبال الناس على البيع

(١) راجع الإفصاح وكشاف القناع.

(٢) في القاموس غره غرا وغرورا وغرة فهو مغرور وغرير «كأمير» خدعه وأطمعه بالباطل فاغتر. ١ هـ.

مثلاً، أو لما نشر عنه من فوائد، أو لما ظنه من كثرة لئنه قد أتاحت له فرصة فاتتهزها بإقدامه على الشراء وما أقدم فى الواقع إلا على الإضرار بنفسه، والمغبون يظن خطأ أنه قد اشترى الشئ بقيمه لجهله بالقيمة، غير أن هذا الظن الخاطئ إذا كان نتيجة غرور فصاحبه هو المسئول عنه، لأنه نتيجة عدم احتياطه، فلا يترتب عليه فى العقود أى أثر^(١) فى جميع هذه الصور، اللهم إلا إذا صحبه غبن، فإنه فى هذه الحال يجعل الغبن أقوى أثراً كما سيأتى، وعلى ذلك إذا ما أعلن عن دواء أنه مفيد لمرض كذا وكذا فاشتراه شخص بقيمه بناء على ذلك فوجده غير نافع لم يكن له حق فسخ العقد، ولم يكن لهذا الغرور أثر فيه، وكذلك الحكم بالنسبة للمغبون عند أئمتنا، كما جاء فى ظاهر الرواية، لأن غبنه نتيجة تقصيره، فقد كان بحيث يستطيع أن يسأل عن قيمة ما يريد شراءه قبل الإقدام على العقد.

وعلى ذلك فإذا أقدم إنسان على عقد معاوضة فغبن فيه، فإن هذا الغبن قد يكون يسيراً وقد يكون فاحشاً، فإن كان يسيراً فلا تأثير له فى العقد، لأن الغبن اليسير قلّ أن يخلو منه عقد، ولأنه كذلك غبن محتمل، ومن العسير الاحتراز

(١) يرى كثير من علما التشريع الوضعى الحديث أن الغرور كالمكروه فى إن كلا منهما قد دفع إلى عقد لا يقدم عليه ولا يرضاه لو أنه كان فى حالة العادية، وكان يعمل بإرادته السليمة الصحيحة. ومادام كل منهما قد حمل على غير ما يرضى لو أنه ترك لإرادته السليمة فلا يؤثر فى الموضوع اختلاف وسائل الحمل، إذ الأثر واحد وهو ضياع الإرادة السليمة. وفى رأى أن هذا القول ينقصه شئ من دقة الوزن، فإن انتقاد الغرور لمن غره وخذعه لم يكن إلا بعد نظر منه فيما اتخذ معه من وسائل الخداع والتدليس ووزن لتأنيها أعتبها الرضا والاختيار والاطمئنان. وهذا غاية ما يعطى للمعتد من حرية وإرادة، فإذا أخطأ تلك طبيعة الإنسان. رأى الناس لا يخطئ؟ وليس من أغراض التشريع أن نحول بين كل مخطئ وبين خطئه، وإذن يجب أن يسلم تصرفه إقراراً للمعاملات واحتراماً للعقائد واعتداداً بالرأى وإن ظهر أنه خطأ. وهذه التفرقة قد تكون واضحة إذا كانت وسائل التضليل ليس لها أثر عاوى فى محل العقد، أما إذا كان لها أثر ماضى فى محل العقد، كما فى تخمين وجه الصبرة من الطعام عند بيعها وتصرية الشاة ودهن الأثاث المصنوع من الخشب بدهان يزيد فى بياضه ورواقته، فقد يدق فى مثل هذه الحال الفرق، وخاصة على من أئست له دراية بمثل هذه الوسائل، إلا أن هذا ليس له كبير أهمية فى العمل والتطبيق لأنه إذا ترتب على ذلك غبن أو شرع كان للمغرور حينئذ خيار الفسخ بالغبن أو بالعيب. وذهب أحمد ومالك إلى أن التدليس إما أن يكون بكتمان العيب فيكون للمغرور خيار العيب، إما لفعل شئ يزيد فى قيمة العيب عند البيع. وعندئذ يكون للمغرور بذلك خيار الفسخ للمغرور، وليس للمغرور خيار الفسخ فى غير ذلك. راجع كشاف القناع ومنع الجليل والشرح الصغرى ج ٢ ص ٥٠. وإلى هذا ذهب الشافعى كما فى الروض ج ٢ ص ٦٢ ونهاية المحتاج ج ٤ ص ٦٩.

والمرغور بالتصرية ليس له أن يرد عند الحنفية بناء على رأيه فى الغرور، ولا يرجع بنقصان على رواية صاحب الأسرار. ويرجع به على رواية الظهارى. ومن الظاهر أن محل ذلك إذا ترتب على التصرية غبن. أما إذا لم يترتب عليها غبن فلا رجوع فيما يظهر على الروايتين ا هـ. رد المحتار ج ٤ ص ٨٠.

عنه . وقد جرت عادة الناس بإغفاله فلذلك أغفل ولم يتأثر به العقد، وقد استثنى من ذلك ما يأتي :

(١) بيع المدين المحجور عليه بسبب دينه المستغرق لماله، لا يغتفر فيه الغبن مطلقا، ولذا كان متوقفا على إجازة الدائنين أو تكملة الثمن إلى القيمة، فإن أجاز الدائنون أو كمل المشتري الثمن نفذ البيع وإلا بطل .

(٢) بيع المريض مرض الموت إذا كان مدينا بدين مستغرق، فحكمه كما سبق، وإذن يكون مرض الموت كالحجر للدين، غير أن توقف بيعه لا يظهر إلا بموته ليتحقق أن المرض مرض الموت كما قدمنا .

وإن كان فاحشا ففي تأثيره عند الحنفية ثلاثة أقوال^(١) :

الأول - أن لا أثر لهذا الغبن مطلقا في العقود، سواء أنشأ عن غرور أم لا، وهذا ما جاء في ظاهر الرواية، وبه أفتى كثير من العلماء . ووجهه أن عقود المعاوضات يجب أن تصان ما أمكن عن الفسخ، وخاصة إذا ما كان لسبب يرجع إلى تقصير العاقد كما هنا . فإن العاقد إذا أقدم وهو يعلم الغبن فلا حق له في الاعتراض لتحقق رضاه على وجه الكمال، وإذا كان جاهلا بالغبن فذلك ناشئ عن عدم تأنيه وبحثه وسؤاله أهل الذكر، وذلك تقصير منه لا تقع تبعته إلا عليه وحده، وانعقد ليس له وحده، وإلى هذا ذهب الشافعي^(٢) .

الثاني - أن للمغبون حق الفسخ إذا ما تعاقد جاهلا أنه مغبون وإن لم عن غرور لأن الغبن ظلم، والظلم واجب أن يرفع، أما إذا تعاقد وهو يعلم ما عليه من غبن فلا يكون لهذا الغبن أثر لرضاه به، وبهذا القول أفتى بعض العلماء وإلى هذا ذهب أحمد^(٣) .

الثالث - أن الغبن إن كان نتيجة غرور وقع على أحد العاقدين من الآخر ممن يعمل له كالدلال، فللمغبون الغرير حق فسخ العقد لسوء نية العاقد الا وتضليله وإلا لم يكن له هذا الحق، وهذا هو أعدل الأقوال، وبه أفتى كثير العلماء رفقا بالناس . وثمة أقوال أخرى لا داعي إلى الإطالة بذكرها .

(١) راجع رسالة ابن عابدين في الفسخ بالغبن .

(٢) راجع الإنصاح .

(٣) راجع كتاب القناع ج ٥ ص ١٥٥ .

غير أن الغبن الفاحش إذا كان في أموال المحجور عليهم كالصغير والسفيه والمجنون، أو في أموال بيت المال، أو في أموال الوقف أثر في العقد اتفاقاً فأبطله، لأن تصرف من له الولاية على هذه الأموال فيها منوط بالنظر والمصلحة، وليس هذا التصرف من المصلحة في شيء، ولذلك يقع باطلاً، لأنه لا مجيز له عند مباشرته، وذهب بعضهم إلى أنه يقع فاسداً لا باطلاً، لصدور التصرف من أهله في محله. وهذا الرأي هو الراجح لاتفاقه مع القواعد العامة^(١)؛ لأنه عقد منهي عنه لوصف عرض له، وهو الغبن الضار بالمولى عليه. وبناء على ذلك إذا باع الوصي مال الصغير بغبن فاحش، أو أجر داره بغبن فاحش، أو أجر ناظر الوقف دار الوقف بغبن فاحش كان العقد فاسداً على الرأي الراجح.

(١) راجع الأشباه والنظائر والحموى عليه ورد المختار.

خلاصة الباب

الغبين والغرور: الغبن النقص، وهو يسير إن دخل تحت تقويم المقومين، وفاحش إن لم يدخل. والغرور أو التدليس، هو حمل الشخص على عقد بطريقة تجعله يظن أن إنشاء العقد في مصلحته والواقع غير ذلك. كالشراء عقب النجش، أو بناء على إعلان عن المبيع ودعاية كاذبة في مزاياء.

والتدليس لا تأثير له في صحة العقد، ولا في لزومه إذا لم يترتب عليه غبن بالعقد، لأنه ليس إلا خداعا، والاندفاع وراه نتيجة تقصير، فتكون التبعة على المقصر، ولكنه إذا أخفى عيبا أو ترتب عليه غبن كان التأثير لوجود العيب، فيثبت خيار العيب، أو التأثير لوجود الغبن، فيثبت خيار الغبن عند من يراه. (والغبين اليسير لا تأثير له في العقد؛ لأن وجوده متساهل فيه عادة، إلا في بيع المحجور عليه بسبب الدين المستغرق أو المريض مرض الموت إذا كان مدينا بدين مستغرق، فإن البيع يتوقف في الحالين على تكميل ثمن المثل أو إجازته من الدائنين).

وأما إذا كان فاحشا، فلا تأثير له في ظاهر الرواية أيضا، وقد أفتى بأنه إذا كان نتيجة تدليس كان للمغرور خيار الفسخ، ولا يغتفر الغبن الفاحش في بيع أموال الصغير والسفيه والمجنون وبيت المال والوقف، وإذا وجد كان العقد باطلا أو فاسدا على الخلاف في ذلك.

باب الخيارات

الخيارات: جمع ومفرده خيار، وهو مشتق من الاختيار ويدل على معناه، وهو طلب خير الأمرين أو الأمور، ويريد به الفقهاء أن يكون لأحد العاقدين أو لكليهما حق إعضاء العقد أو فسخه، وقد شرع ليكون وسيلة إلى كمال الرضا والتأكد من سلامته وابتثائه على أساس صحيح، ولذا شرع في أحوال خاصة تدعو العاقدين أو أحدهما إلى التروى والبحث والتحرى، أو الرجوع إلى مشاوره نفسه مرة أخرى، فقد يكون العاقد ناقص الخبرة في موضوع المبادلة ويرى نفسه في حاجة إلى الاستيثاق من توافر مصلحته، وإذا أرجأ العقد لهذا قد يخرج من مكتته في المستقبل، فشرع له لأجل ذلك أن يشترط لنفسه الخيار في مدة معينة من الزمن لينسئ له البحث، وهذا ما يسمى بخيار الشرط.

وقد يشتري الشخص لنفسه شيئاً أو يستأجره قبل أن يراه لضرورة دعتة إلى ذلك معتمداً على أن غيره قد صور له بصورة خاصة بنى رضاه عليها، فإذا ما رآه وجده على خلاف ما ارتسم في نفسه، فلا يتحقق عندئذ رضاه به، فيحتاج إلى مشاوره نفسه في إعضاء العقد أو فسخه. ومثل هذا شرع له خيار الرؤية.

وقد يجد محل العقد معيياً أو على غير ما اشترط، وما رضى به إلا سالماً متحققاً شروطه فيه، فيحتاج حينئذ إلى الفسخ، ولذا شرع خيار العيب، وخيار فوات الوصف، وهكذا.

ومما تقدم يتبين أن من الخيارات ما لا يثبت إلا باشتراط العاقدين، كخيار الشرط، ومنها ما يثبت بشرع الشارع ولو لم يشترطه العاقدان كخيار الرؤية والعيب. وما يثبت بشرع الشارع قد يكون خاصاً بعقد من العقود، كخيار البلوغ، فإنه خاص بالزواج، وقد لا يختص بعقد بل يثبت في أكثر من عقد كخيار الرؤية، ولأننا الآن بصدد الكلام على ما للعقود من أحكام عامة تقتصر على بيان الخيارات التي تكون في كثير من العقود، ونترك بيان ما يختص بكل عقد منها إلى دراسة هذا العقد وتفصيل أحكامه. وعلى هذا فنصل أحكام خيار الشرط وخيار الرؤية وخيار العيب.

خيار الشوط

التعريف به ولمن يثبت؟ : هو ما يثبت لأحد العاقدين أو لغيرهما من الحق في إمضاء العقد أو فسخه بناء على اشتراط ذلك له . وعلى ذلك قد يشترط للبائع ، كأن يقول شخص لآخر : بعتك هذا الكتاب بخمسين قرشا على أن يكون لي الخيار في إمضاء هذا البيع أو فسخه في ثلاثة أيام ، ويقبل المشتري ذلك ، وقد يشترط للمشتري ، فيقول المشتري ابتداء : اشتريته منك على أنى بالخيار ثلاثة أيام ويقبل البائع ذلك ، وقد يشترط لكل منهما ، فيقول البائع : بعتك هذا الكتاب على أن يكون لكل منَّا الخيار في فسخ هذا العقد وإمضائه في ثلاثة أيام ويقبل المشتري ذلك ، وفي هذه الصور قد يكون اشتراط الخيار للعاقدا صادرا منه نفسه كما بينا ، وقد يكون صادرا من صاحبه له ، كأن يقول البائع : بعتك هذا الكتاب على أنك بالخيار في إمضاء العقد أو فسخه ثلاثة أيام فيقبل المشتري ، وفي هذه الصورة يكون الخيار للمشتري لا للبائع ، وقد يشترطه أيضا المشتري للبائع ، فلا يكون إلا للبائع . فإذا شرط الخيار لأحد العاقدين كان له فقط ، سواء أكان الشرط منه أم من صاحبه .

اشتراط الخيار لغير العاقدين: وقد يشترط الخيار لشخص آخر غير العاقدين فيشرطه له البائع أو المشتري : عندما يريد أن يكون موافقا على الصفقة لخبرته بها^(١) ، كأن يقول البائع أو المشتري : بعث الكتاب بكذا ، أو اشتريت الكتاب بكذا على أن يكون لفلان الخيار في إمضاء العقد أو فسخه في ثلاثة أيام ويقبل الآخر . وفي هذه الحال يكون الخيار لمن شرط له ، ويكون كذلك لمن اشترطه وإن لم يجعله لنفسه ، لأنه لا يسوغ أن يملك غيره ما لا يملكه هو ، فكان اشتراط الخيار لأجنبي عن العقد اشتراطا لنفسه أيضا . وفي هذا خالف زفر ، فقال : لا يصح اشتراط الخيار لأجنبي عن العقد ، لأن فيه إثبات بعض آثار العقد لغير عاقده ، فلا يجوز . كجعل الثمن على غير المشتري . ورد ذلك بأنه يجوز لمن اشترط له الخيار

(١) ومن قال بجواز ذلك مالك ، كما في تهذيب الفروق ، والحري ص ٥٥ ص ١٢٢ وكذا أحمد ، كما في كشف القناع ص ٢ ص ٤٨ ، والشافعي كما في نهاية المحتاج ص ٤ ص ١١٢ .

من العاقدين أن يوكل غيره في إمضاء العقد أو فسخه اتفاقا، وإذا جاز له أن ينيب في ذلك بعد العقد لم يمنع من أن ينيب غيره فيه أثناء العقد، واشتراط الخيار للأجنبي من باب الإنابة له، ولذا قلنا: إنه يثبت للثنين: المشترط ومن شرط له.

سببه: ومن هذا يتبين لنا أن سبب ثبوت هذا الخيار هو اشتراطه في العقد من أحد العاقدين، ولذا سمى بخيار الشرط أى الخيار الذى سببه الشرط، وأن هذا الشرط صحيح وإن خالف مقتضى العقد، فأنت تعلم أن عقد البيع مثلا من العقود اللازمة وأن شرط الخيار يجعله غير لازم، فكان تغييرا لبعض آثاره، وسبب صحته مع هذا: ورود الشرع به، فقد ورد أن حبان بن منقذ الأنصارى كان يغبى في البياعات، وأن أهله قد رفعوا أمره إلى النبي ﷺ عسى أن يمنعه. فقال له النبي «إذا بايعت فقتل: لا خلافة، ولى الخيار ثلاثة أيام» والخلافة الخداء، وهذه إجازة صريحة من النبي ﷺ لهذا الشرط وشرع لهذا الخيار.

وقت اشتراطه: وقد ذهب الحنفية إلى أن هذا الاشتراط لا يصح قبل العقد ولكن يصح أن يكون في أثناء العقد كما مثلنا، ويصح أن يشترط بعد اتبائه اتفاق العاقدين فيلتحق حينئذ بالعقد وكأنه قد شرط فيه، لأن من يملك فسخ بعقد يملك جعله غير لازم بطريق أولى، وخالف في ذلك أحمد والشافعى.

محله: وكذلك يصح أن يشترط في جميع المبيع. فيكون لمن شرط له حق فسخ العقد فى محله كله، وأن يشترط فى بعض المبيع بشرط تعيينه وبيان ثمنه، يملك من شرط له حق فسخ العقد فى ذلك البعض فقط، كأن يشتري شخص زرين على أن يكون له الخيار فى واحدة منهما على التعيين بثمن قدره كذا. أو ترى دارا على أن يكون له الخيار فى نصفها مثلا إذا عين ثمن النصف بأنه نصف ثمن أو أكثر، وفى هذه الحال يملك فسخ عقد البيع فى الدار التى شرط فيها انسه الخيار. ويبقى العقد لازما فى الدار الثانية بثمنها المخصص لها. أو فسخه فى نصف الدار فقط، ويبقى العقد فى النصف الآخر ثمنه، ويكون بذلك شريكا للبائع فيها، لكل النصف شائعا.

مدهته: وقد ذهب أبو حنيفة والشافعي وزفر إلى أن هذا الخيار مؤقت بمدة لاتزيد على ثلاثة أيام^(١)، فقد ورد بها الحديث السابق، ولايصح أن يقاس عليها غيرها، وذهب أحمد بن حنبل والصاحبان إلى أنه مؤقت بما يرى العاقدان توقيته به من مدة يحتاج إليها في نظرهما، لأنه شرع للتروى، وقد يقتضى فى بعض الأحوال مدة أطول من الثلاثة فشابهت مدته مدة التأجيل وتعين الثلاثة لحبان من الرسول إنما كان لعدم حاجته إلى ما فوقها، ولا مانع من أن يكون ذكر الأيام الثلاثة محلا لقياس غيرها عليها، لأنه حكم معقول العلة، والسبب، وليس خاصا، وقد ورد عن عبدالله بن عمر أنه أجاز الخيار إلى شهرين، مذهب مالك^(٢) إلى مذهب الصاحبين وأحمد أميل^(٣) وعلى ذلك إذا اشترط أحد العاقدين الخيار لنفسه أو لغيره عشرة أيام فسد العقد عند أبي حنيفة، لاقتارانه بشرط فاسد، وهو اشتراط الخيار فوق ثلاثة الأيام، وصح العقد والشرط عند الصاحبين وأحمد، وكذلك عند مالك إن وجدت حاجة إلى ذلك، غير أن أبا حنيفة يرى أن فساد العقد فى هذه الحالة يرتفع بارتقاع المقصد، فإذا اختار من شرط له الخيار قبل مضى ثلاثة أيام صح العقد، خلافا لزفر، وذلك يرجع إلى أن زفر لا يرى العقد الفاسد قابلا لأن ينقلب صحيحا خلافا لأبى حنيفة، وقد بينا ذلك فيما مضى، وإذا اشترط أحد العاقدين الخيار لنفسه دون أن يذكر مدة كان شرطا فاسدا باتفاق، لاتفاق الجميع

(١) واستثنى من ذلك اشتراطه من الكفيل ومن المختلعة، وعلة ذلك: أن الكفالة والخلع ليا من قبيل المعاوضات، وشرطه فيهما متفق مع القياس غير راجع إلى النص. وهو حديث حبان فيصح بأية مدة، وزاد فى البرازية على ذلك اشتراطه للمحال. واشترطه فى الوقف فوق الثلاثة جاتر أيضا، لأن لزوم الوقف ليس على قول الإمام، بل على قول الصاحبين اللذين يسجوزان الزيادة على الثلاثة «فى مدته» راجع كشف الأسرار على المنار فى باب عوارض الأهلية ص ٢٩٨، ورد المحتار، ولكن جواز اشتراطه فى الوقف عند الشافى كما فى رد المحتار ج ٤ ص ٥٥٤.

(٢) وفى تهذيب الفروق: وليس لمدته قدر محدود عند مالك، وإنما تتقدر بقدر الحاجة على حسب اختلاف المبيعات ج ٣ ص ٢٨٢، وفى الشرح الصغير للرددير ج ٢ ص ٤٤٢ أن مدته تختلف باختلاف المبيع، ففى العقار لاتزيد على ستة وثلاثين يوما. وفى الرقيق لاتزيد على عشرة وفى العروض والحياوان لاتزيد على خمسة، فإذا زادت فسد الشرط، وهناك أقوال أخرى، والنتيجة أن المالكية لايجعلون للعاقدين الحرية التامة فى تقدير المدة بل يجب أن يكون تقديرها مناسبا لما تقتضيه حال السلعة المبيعة.

(٣) إذا كان المبيع فاكهة يخشى عليها الفساد قبل مضى ثلاثة الأيام فاشترط مشريها لنفسه الخيار ثلاثة أيام فما الحكم؟ عند أبى حنيفة يجبر المشتري على تسلّم الفاكهة ولا يطالب بالثمن حتى يمضى البيع أو تفسد الفاكهة فيمتنع عليه الرد بسبب الفساد، ولا يضره ذلك، لأنه إذا أراد نسخ العقد وجب عليه أن يفسخه ويرد الفاكهة قبل فسادها. هـ من الفتح.

على لزوم توقيته، فتفسد به عقود المعاوضات من البيع والإجارة كما قدمنا في الكلام على الشروط الفاسدة^(١).

العقود التي تقبله: تنقسم العقود قسمين: قسم لا يقبل الفسخ، كالزواج والطلاق^(٢) والعتاق والرجعة، وهذا لا يقبل خيار الشرط لأنه يتنافى مع مقتضاه فإن خيار الشرط يقتضى الفسخ إذا ما رغب فى الفسخ من شرط له، وهذه العقود لا تقبل أن تفسخ^(٣). وقسم يحتمل الفسخ، وهو نوعان: نوع غير لازم فيستقل أحد العاقدين بفسخه. وهذا لا معنى لاشتراط خيار الشرط فيه، لأنه يقبل الفسخ من غير اشتراط، وذلك كالوكالة والهبة والعارية والوديعة. ونوع لازم، وهذا هو الذى يصح اشتراط الخيار فيه، وذلك كالبيع والإجارة والصلح والمزارعة والمساقاة والقسمة والحوالة وغير ذلك من العقود التي تقبل الفسخ^(٤)، ولا يشترط فى صحتها القبض، أما إذا كان القبض شرطا فى صحتها كالصرف والسلم فلا يصح فيها اشتراط الخيار أيضا، لأن صحة اشتراطه فيها تستلزم عدم وجوب القبض، وذلك كما إذا شرط للمسلم «المشترى» أو المسلم إليه «البائع» أو شرط لأحد عاقدى الصرف^(٤)، وعدم القبض مفسد لهذه العقود، وما يصح فيه كذلك اشتراط الخيار ترك الشفعة بعد الطلبين الأولين (المواثبة والتقرير) فيقول الشفيع:

(١) ولكنه إذا اختار قبل مضي ثلاثة أيام صح العقد عند الإمام، وإن اختار بعد مضيها صح عند الصحابين لا عنده. راجع الشلبى على الزيلعى.

(٢) قد يرد على ذلك أنهم نصوا على صحة اشتراط الخيار فى الوقف عند أبى يوسف كما فى الأشباه والنظائر، مع أنه لازم لا يقبل الفسخ، وقد علمت أن شرط الخيار فيه لا يتقيد بمدة الأيام الثلاثة، ويتشرف المسجد. فإن اشتراط الخيار فيه باطل اتفاقا. رد المحتار ج٤ ص٥٤.

(٣) هكذا قالوا. وهذه العلة منقوضة بالنكاح، لأنه يحتمل الفسخ بالردة والرفع بالطلاق، ومنقوضة أيضا بإسقاط الشفعة، لأنه لا يحتمل الفسخ. وقد أجزى فيه الخيار. وإذا علمنا أن ثبوت الخيار يمنع ابتداء الحكم وظهوره فلا تنافى بين صحة اشتراط الخيار وبين عدم قبول هذه العقود للفسخ؛ ذلك لأنها لا تقبل الفسخ بعد ظهور حكمها وأثرها، أما قبل ذلك فلا مانع من أن يقال: إن العلة قد ارتفعت، وذلك كما فى الخلع والطلاق على مال والعتق على مال فإنهم أجازوا للمرأة والعبد اشتراط الخيار مع أن الخلع طلاق، وهو لا يرتفع بعد ثبوته ولا يقبل الفسخ، وكذلك الحال فى العتق. وعلى هذا فالتعليل غير ظاهر.

(٤) يجوز اشتراط الخيار للرهن لأن العقد بالنسبة له لازم لا للمرتهن، لأن العقد بالنسبة له غير لازم. وكان التنبؤ أن يكون الحكم كذلك فى الكفالة فيجوز اشتراطه للكفيل دون المكفول له، لأن الكفالة لازمة بالنسبة إلى الكفيل غير لازمة بالنسبة إلى المكفول له، ولكن رأيت فى رد المحتار: أن اشتراطه جائز بالنسبة ليما، فليُنظر وجه ذلك بالنسبة للمكفول له. راجع رد المحتار فى باب خيار الشرط ج٤ ص٥٣. نقلنا عن البحر، ومثل ذلك فى جامع الفصولين ج١ ص٢٤٢.

(٤) راجع جامع الفصولين ج٢ ص٢٤١.

أترك حتى في الشفعة على أنى بالخيار فى ذلك ثلاثة أيام، فىكون للشفيع بذلك حق الرجوع عن ذلك، وإمضاؤه فى مدى الأيام الثلاثة متى حددها^(١).

وبناء على ماتقدم إذا تصالح شخصان على أن يكون لأحدهما الخيار مدى ثلاثة أيام صح ذلك، وكذلك إذا استأجر دارا على أن يكون له الخيار، أو كفل أو زارع، وعلى هذا المنوال تتضح لك بقية الأمثلة.

آثاره: يترتب على اشتراط خيار الشرط فى أى عقد ما يأتى:

الأول - أن يكون لمن شرط له الخيار من العاقدين الحق فى أن يمضى العقد أو يفسخ، فىختار خير الأمرين له، ولا يلزم فى ذلك اللفظ، بل يصح أن يكون إمضاء العقد أو فسخه به وبكل فعل يفيد ذلك، فىلزم العقد عند إمضائه وينسخ عند فسخه دون حاجة إلى القضاء، وإذا لزم لم يصح أن يفسخ بعد ذلك إلا بتراضى عاقديه.

وعلى ذلك إذا كان الخيار للمشتري مثلا فقال: أمضيت العقد، أو تصرف فى المبيع تصرفا لا يكون إلا من مالك، كأن يؤجره أو يرهنه أو يبيعه - وإن لم يترتب على ذلك تسليمه إلى المستأجر أو المرتهن أو المشتري، أو يبنى فيه. إذا كان أرضا، أو يعمره إذا كان دارا، أو يتتفع بركوبه فى قضاء حاجاته إذا كان مما يركب، فإن العقد فى كل هذه الصور وما شابهها يلزم، لإمضائه صراحة أو دلالة من المشتري.

وإذا كان الخيار للبائع مثلا فقال: فسخت العقد. أو باع المبيع لشخص آخر، أو كان أرضا فبنى فيها منزلا لنفسه، فإن ذلك يكون إبطالا للعقد، فىنسخ به دون توقف على قضاء القاضى بذلك^(٢).

(١) قد يقال: كيف صح اشتراط الخيار فى إسقاط الشفعة والإسقاط لازم لا يَحتمل الفسخ، وكذلك يقال بالنسبة لمن صحح اشتراط الخيار فى الإبراء، وعلى الجملة فقد اختلف النقل فى صحة اشتراط الخيار فيه. فذكر فخر الإسلام أنه صحيح، ونقل الحموى عن العمادية أنه اشتراط باطل. وبه جزم صاحب الخصائص نقلا عن الخلاصة فى أول كتاب الهيئة. وراجع رد المحتار ج٤ ص٥٤.

(٢) وذهب بعض الحنابلة إلى أن الفسخ من البائع لا يتم إلا برده الثمن إذا كان قد تسلّمه من المشتري. واعتمد ذلك صاحب الكشاف ج٢ ص٤٩. ويرى الحنفية فى هذه الحال أن للمشتري أن يجس المبيع عنده حتى يرد البائع الثمن إليه. وراجع جامع الفصولين ج١ ص٢٤٤.

وإذا شرط الخيار لكل من العاقدين كان لكل منهما إمضاء العقد وفسخه، فإذا فسخه أحدهما بطل وسقط بذلك خيار الآخر، إذ لا خيار إلا في العقد وقد بطل، وإذا أمضاه كان الآخر على خياره فيفسخه أو يمضيه إن أراد.

مضى المدة وموت من له الخيار فيها : وكما يلزم العقد بإمضائه قولاً أو فعلاً يلزم بموت من له الخيار فيها، وكذلك يلزم بمضيتها من غير حصول اختيار منه لأحد الأمرين، فإذا كان للبائع أو للمشتري فتوفى قبل أن يختار، أو مضت مدة الخيار ولم يختار، لزم العقد بالنسبة له، وذلك لأن العقد مع الخيار قائم، ولا يرتفع إلا بالفسخ. وإذا مات من له الخيار تعذر الفسخ من ناحيته، فأصبح العقد لازماً من جهته، فيلزم إذا لم يكن الخيار مشروطاً للعاقد الآخر، وكذلك الحال في مضي المدة، لأن من شرط له الخيار لا يملك فسخ العقد إلا فيها. فإذا مضت ولم يفسخ لزم من ناحيته (١).

وإذا كان الخيار لهما ومات أحدهما لزم العقد من ناحيته كذلك، وكان الآخر على خياره، وكذا إذا مضت المدة دون أن يختار أحدهما فإن العقد يلزم بمضيتها بالنسبة لمن مضت مدته دون الآخر فإنه يبقى على خياره.

شرط الخيار لغير العاقدين: وإذا كان الخيار مشروطاً لشخص آخر غيرهما فإن الخيار يكون له ولن اشترطه (٢)، فإذا سبق فأمضى العقد أو فسخه نفذ ما أراد ولم يكن للآخر مخالفتة، فإن أمضاه أحدهما وفسخه الآخر ولم يعلم السابق فالفسخ أولى بالتنفيذ، لأنه أقوى، إذ إنه لا ينقض.

غير أنه يجب أن يلاحظ في كل ما ذكر أن فسخ العقد إذا كان بفعل ممن له الخيار ترتب عليه أثره وإن لم يعلم به العاقد الآخر. كما إذا كان للبائع فباع المبيع

(١) وإلى هذا ذهب الشافعي وأحمد. وذهب مالك إلى أن الخيار ينتهي بمضي المدة وما ألحق بها من الزمن السير كالغند، ولكن الحكم ليس لزوم العقد دائماً، بل ينظر إلى المبيع مثلاً. فإن كان في يد المشتري ومضت المدة وهو في يده من غير اختيار ممن جعل له حق الخيار سواء أكان بائعاً أم مشترياً - فإن العقد يلزم ويكون المبيع له. وإن كان في يد البائع ومضت المدة وما ألحق بها كذلك من غير اختيار ممن له الخيار ارتفع العقد وصار المبيع للبائع وليس للمشتري. راجع نهاية المحتاج ج ٤ ص ٤٨، وكشاف النواع ج ٢ ص ٥٥ والخرشى ج ٥ ص ١٢٩.

(٢) وأصح الأقوال عند مالك: أن الخيار يكون لمن شرط له فقط دون من اشترطه من المتعاقدين، لأنهما باشرطه لغيرهما أعرضاً عن أنفسهما فلا يكون لهما البت في العقد، وهذا بخلاف ما إذا علقه على مشورة غيرهما. فإن لهما عند ذلك الاستبداد بإمضاء العقد أو فسخه، دون من علق العقد على مشورته. راجع الشرح الصغير ج ٢ ص ٤١.

لشخص آخر غير المشتري. أو كان للمشتري فتصرف في الثمن وهو عين. وإن كان بقوله، كفسخت العقد ونحوه لم يترتب عليه أثره، وهو انفساخ العقد إلا عند علم العاقد الآخر به في مدة الخيار^(١)، فإن مضت المدة قبل أن يعلم لزم العقد على الرغم من اختيار فسخه، ذلك لأن العقد لا يفسخ إلا عند العلم بالفسخ، وإذا مضت المدة قبل العلم به مضت والعقد قائم فيلزم لذلك، إذ لا يفسخ بعد مضي المدة. وفرقوا بين الحالين بأن الفسخ في الحال الأولى فسخ ضمنى، فلا يشترط فيه العلم، وفي الثانية قصدى، فيشترط فيه العلم حتى لا يتضرر العاقد الآخر، لأنه إذا كان الخيار للبايع ففسخ ولم يعلم المشتري فربما ظن أنه أمضاه فيتصرف في المبيع بإتلاف أو ما في معناه فيلزم بقيمته، وقد تكون أكثر من ثمنه. وإذا كان للمشتري ففسخه بلا علم البايع تضرر، لعدم تمكنه من البحث عن مشتر آخر، وهذا مذهب إليه الطرفان. والواقع أنه لافرق بين الحالين، ولذا ذهب أبو يوسف والشافعي وأحمد ومالك وزفر إلى أنه لا يشترط علم العاقد الآخر في الحالين ولا فرق بينهما^(٢)، لأن حق الفسخ ثابت لمن شرط له الخيار. فلا يتوقف نفاذه على علم العاقد الآخر بعد أن توافقا على ذلك.

الثانى - إن اشترط الخيار من أحد العاقدين لنفسه أو لأجنبي عن العقد في عقود المعاوضات المالية يمنع خروج العوض من ملكه، واشترطه منهما يمنع خروج العوضين كل من ملك مالكة^(٣)، وعلى ذلك إذا اشترط البايع الخيار لنفسه أو لأجنبي عن العقد لم يخرج المبيع من ملكه، لأن خروجه من ملكه يعتمد الرضا، والرضا غير متحقق مع الخيار. فلا يترتب على العقد ذلك الأثر، ولكن الثمن يخرج من ملك المشتري في هذه الحال^(٤). وإذا اشترط المشتري الخيار لنفسه أو

(١) راجع جامع الفصولين ج ١ ص ٢٤٢.

(٢) راجع كشف القناع ج ٢ ص ٤٤٩، ونهاية المحتاج ج ٤ ص ٢١، وجامع الفصولين ج ١ ص ٢٤٢.

(٣) في تهذيب الفروق ج ١ ص ٣٨٣: ما يدل على أن اشترط الخيار لأحد العاقدين يحول دون ترتب أى أثر من آثاره عليه عند مالك والليث والأوزاعي، فيصير من هذه الناحية كالموقوف؛ ولذا يكون هلاك المبيع عند اشترط الخيار على البايع مطلقاً. وقال بعض المالكية: إذا ملك في يد المشتري وكان مما يفتاب عليه فهلاكه ليه دون البايع كما في الرهن والعارية.

(٤) راجع الزيلعي وحاشية الشلبى عليه. ودخوله في ملك البايع وعدم دخوله حيثئذ محل للخلاف المذكور، المبيع إذا ما شرط الخيار للمشتري. ويظهر لى أن هذا الخلاف يجرى أيضاً إذا كان الثمن ديناً في الذمة، إذ يمكن أن يقال: إن المشتري يصبح مديناً بمجرد تمام الإيجاب والقبول وإن لم يتملك شيئاً. وعلى قول إمام يكون مديناً ولا دائن له، وعلى قولهما يكون مديناً للبايع بغير مقابل كما يتملك الثمن إذا عينها بغير قابل.

لأجنبي عن العقد لم يخرج الثمن من ملكه كذلك، ولكن ذلك لا يمنع خروج المبيع من ملك بائعه إذا لم يشترط له الخيار، وعلى ذلك يبقى أمره موقوفا عند الإمام، فإن أمضى المشتري العقد ظهر أنه دخل في ملكه من وقت صدور العقد، وإن فسخه ظهر أنه عاد إلى البائع. ويرى الصاحبان أن المبيع يخرج من ملك البائع في هذه الحال ويدخل في ملك المشتري. ودليلهما على ذلك أنه إذا لم يدخل في ملك المشتري بعد أن يخرج من ملك البائع كان مالا متقوما لامالك له، ولا نظير هذا شرعا. فوجب أن يدخل في ملك المشتري^(١)، وقال الإمام: إن دخوله في ملك المشتري يترتب عليه اجتماع العوضين، المبيع والثمن، في ملك شخص واحد وهو المشتري، وهذا غير مقبول لأنه يتنافى مع معنى المعاوضة، وعليه فلا يدخل في ملك المشتري، وكذلك لا يبقى في ملك البائع، لأن العقد قد تم من جهته لتسام رضاه فيفيد أثره، وإذن يبقى موقوف الحال إلى أن يظهر الأمر، فإما أن يظهر أنه ملك للمشتري من وقت العقد بإمضاء المشتري العقد، وإما أن يظهر أنه ملك للبائع بفسخ المشتري العقد.

تأثير الخيار في نفاذ العقد: والنتيجة: أن اشتراط الخيار في العقد عند الحنفية يحول دون ترتب جميع آثاره عليه، وذلك لما علمت من أنه يمنع نفاذ العقد بالنسبة إلى من شرط له من العاقدين، فلا يخرج بدله من ملكه اتفاقا، ولا يطالب به قبل سقوط خياره، ولذا قال الكاساني في البدائع: خيار الشرط يمنع انعقاد العقد في الحكم للحال بالنسبة لمن له الخيار، فيكون العقد موقوفا في الحال، على معنى أنه لا يعرف حكمه للحال، وجاء في شرح التبيين للزيلعي: وحاشية الشلبي عليه، نقلا عن الإقناني: إن العقد بشرط الخيار لا ينعقد في حق الحكم، بل يكون موقوفا في حق الحكم إلى وقت سقوط الخيار فينفذ حينئذ، ذلك لأن الخيار داخل على الحكم دون السبب وهو العقد، فيمنع الحكم دون السبب، ثم نقل الشلبي مثل ذلك عن الكمال بن الهمام^(٢).

ما يبطل به: ينتهي خيار الشرط بما يأتي:

- (١) وإذا كان عقارا نبيع عقار بجواره كان للمشتري في هذه الحال أخذه بالشفعة، غير أنه إذا طلب الأخذ بها سقط خياره واعتبر هنا إجارة للعقد. راجع الزيلعي.
- (٢) ونتيجة ذلك: أن العقد بشرط الخيار لا يجبر العاقدان على تنفيذ آثاره عند الحنفية مادام الخيار موجودا، حتى إذا كان للمشتري لم يلزم البائع بتسليم المبيع إليه، كما لا يلزم المشتري بتسليم الثمن إلى البائع، وكذلك الحكم =

(١) إجازة العقد في مدة الخيار من له الخيار، سواء أكانت صريحة بالقول،

= عندما يكون الخيار للبايع، راجع التبين «ج ٤ ص ٢٠» والبحر «ج ٦ ص ٩» والبدائع «ج ٥ ص ٣٦٤». وذهب مالك في أصح الأقوال إلى أن اشتراط الخيار في العقد يحول دون ترتب آثاره عليه أيضا، وعلى ذلك فالمبيع في زمن الخيار لا يزال مملوكا للبايع، سواء أكان الخيار مشروطا له أم مشروطا للمشتري، أم مشروطا لهما. وهو قول لأحمد والشافعية، ولذا قال المالكية: إن إمضاء العقد نقل للملك لاتقير له، ومقتضى ذلك فيما يظهر لى: أن الثمن زمن الخيار لا يزال ذمة المشتري. وما تفرع عن مذهبيهم هذا: مسألة الضمان ومسألة النماء والشقة فذهبوا إلى أن ضمان المبيع في مدة الخيار على البايع ولو كان في يد المشتري، وذلك مع مراعاة شروط يرجع إليها في كتبهم. وإلى أن تمامه وزوائده ملك للبايع متى كانت حادثة زمن الخيار. سواء أجزى العقد وصار المبيع ملكا للمشتري أم فسخ، وذلك كالأجرة واللبن والبيض والشمرة والأرض المأخوذ عن جنى على المبيع زمن الخيار، ماعدا الولد والصوف فيما للمشتري عند إجازة البيع لأنهما كالجزة من المبيع. وكذلك نقتات المبيع زمن الخيار فإنهم ألزموا بها البايع بناء على ملكه، وهناك قول آخر. وهو أن ملك المبيع في زمن الخيار للمشتري إلا أنه ملك غير تام، ولعدم تمامه كان ضمان المبيع فيه على البايع أيضا. راجع الخرشى «ج ٥ ص ١٢٧» والشرح الكبير للدردير «ج ٣ ص ٤٠٤».

وذهب الشافعي إلى أن ملك المبيع في مدة الخيار لمن له الخيار. فإن كان الخيار للبايع وحده لم يزل ملكه عن المبيع وظل في ملكه كما يظل الثمن في ملك المشتري حيث، وإن كان الخيار للمشتري وحده تملك المبيع كما يملك البايع الثمن، وعلى هذا فاشتراط الخيار للبايع يحول دون ترتب آثار عقد البيع عليه، واشتراطه للمشتري لا يحول دون ترتب آثاره عليه، فينتقل ملك المبيع إلى المشتري وملك الثمن إلى البايع. وإذا شرط الخيار لهما معا فالحكم موقوف لا يظهر أمره حتى يظهر مآل العقد، فإن تم البيع ظهر أن المبيع ملك للمشتري، وأن الثمن ملك للبايع من حين العقد، وإن فسخ البيع ظهر أن المبيع لم يخرج من ملك البايع: وأن الثمن لم يزال ملك المشتري، وعلى هذا الأساس يكون الحكم على زوائد المبيع الحادثة في مدة الخيار، كاللبن والشمرة والحبوب وما أشبه ذلك، فتكون لمن كان له الملك في هذه المدة - ولو فسخ العقد في نهايتها بعد حدوثها - وذلك بناء على الأصح من أن الفسخ يرفع العقد من حينه لا من أصله. وأن الملك عند الإجازة لا يستند إلى وقت حدوث العقد بل يتسدى من وقتها، وعلى ذلك تكون الزوائد للمشتري إذا كان الخيار له ولو فسخ العقد. وتكون للبايع إذا كان الخيار له ولو أجزى العقد. راجع نهاية المحتاج وحاشية الشيرازي عليه «ج ٤ ص ١٩» وروض الطالب «ج ٢ ص ٥٣». وقد يلاحظ على هذا المذهب أن خيار البايع إذا منع أن ترتب آثار العقد عليه فلماذا لا يكون له هذا الأثر إذا ما شرط الخيار معه للمشتري؟ فيكون حكم العقد عند اشتراط الخيار لهما كحكمه عند اشتراط الخيار للبايع، من ناحية أن شرط الخيار للبايع متحقق في صورتين واشتراطه للمشتري في إحدهما لا يزيد العقد قوة، ثم يقال: إذا كان شرط الخيار للبايع يحول دون خروج بدله من ملكه فلماذا لا يكون شرط الخيار للمشتري كذلك حائلا دون خروج بدله من ملكه؟ فلينظر وجه ذلك. وذهب أحمد إلى أن اشتراط الخيار في العقد لا يحول دون ترتب آثاره عليه، ففى البيع ينتقل ملك المبيع إلى المشتري وملك الثمن إلى البايع، سواء أشرط الخيار لأحدهما وحده أم لهما معا، وهذا هو ظاهر المذهب وهو أحد أقوال الشافعي، وعلى هذا الأساس يكون الحكم على الزيادة والتلف والنفقة. فإذا كانت الزيادة منفصلة سواء أكانت متولدة أم غير متولدة وقد حدثت في مدة الخيار فهى للمشتري في جميع الأحوال، سواء أحدثت في يد البايع أم في يد المشتري، وسواء أكان الخيار لهما أم لأحدهما، وسواء أمضى العقد أم فسخ، وذلك كالثمرة والولد واللبن والبيض والأجرة والحبوب، لأنها مال مملوك للمشتري، وفسخ العقد إنما يكون من وقت الفسخ لا من وقت إنشائه. وإذا كانت متولدة كالسمن والجمال وتعلم الصنعة فإنها تتبع أصلها، إن أمضى العقد كانت مع المبيع للمشتري، وإن فسخ كانت معه للبايع، والحمل عند العقد يعتبر مبيعا لا زيادة. وإن =

كأجزت العقد وأسقطت خيارى ونحوه، أم دلالة بالفعل، كأن يتصرف المشتري فى المبيع - عندما يكون له الخيار - تصرف الملاك، بأن يبيعه أو يرهته أو يهبه ولو من غير تسليم، أو يؤجره أو يستعمله انتفاعا به لا رغبة فى امتحانه، بشرط ألا يزيد على الحاجة فى ذلك، ومن ذلك: أن يعرضه للبيع فى الأسواق عند محمد خلافا لأبى يوسف. وكان يتصرف البائع فى الثمن - عندما يكون له الخيار - مثل هذا التصرف من بيع وهبة وإبراء ونحوه.

(٢) فسح العقد فى مدة الخيار ممن له الخيار صراحة بالقول، كفسخت العقد أو دلالة بالفعل كأن يتصرف البائع فى المبيع - عندما يكون له الخيار - تصرف الملاك يبيعه ولو مع شرط الخيار له، أو رهته أو إجارته أو إعارته أو هبته مع تسليمه، أما إذا وهبه من غير تسليم، فلا تعتبر هبته فى هذه الحال فسحا. وكان يتصرف المشتري فى الثمن عندما يكون عينا والخيار له - تصرف الملاك فيخرجه عن ملكه مثلا . «راجع رد المحتار ج ٤ ص ٥٨» .

(٣) موت من له الخيار فى مدته قبل أن يختار (١).

= نقص المبيع أو هلك فى مدة الخيار فعلى حساب المشتري لأنه المالك، إذ بالمقد يدخل فى ضمانه بشرط ألا يكون قد منع المشتري من قبضه، وبشرط ألا يكون مكيلا ونحوه وقد بيع بمثله، فعند ذلك يكون فى ضمان البائع مادام فى يده، ويظل خيار المشتري بتعيب المبيع أو تلفه فى مدة الخيار لاستقرار الثمن بذلك فى ذمته. وكذلك تكون نفقات المبيع ومثوته على المشتري فى مدة الخيار لأنه مالكه.

أما التصرف فى أحد البديلين فإن كان الخيار لهما فهو غير جائز من أحدهما، لأن البديل - وإن كان مملوكا للمتصرف إذا تصرف المشتري - لم يزل عنه تعلق حق البائع به. فمنع التصرف إما لأنه تصرف فى ملك الغير أو فى ملك تعلق به حق الغير. أما تصرف المشتري فى المبيع عندما يكون الخيار له أو تصرف البائع فى العوض عندما يكون الخيار له فجائز من ناحية أنه يعتبر إجازة للعقد وإمضاء له لدلالته على الرضا. ولكن تصرف البائع فى المبيع إذا كان الخيار له وتصرف المشتري فى العوض إذا كان الخيار له تصرف باطل لأنه تصرف فى ملك الغير ولا يعد فسحا، راجع المغنى «ج ٤ ص ٢٦» وما بعدها، وكشاف القناع «ج ٢ ص ٥٠» وما بعدها، وقد يلاحظ على مذهب أحمد أنه إذا شرط الخيار للمشتري ولم يتسلم المبيع ثم حدث فيه نماء فى مدة الخيار ثم فسح المشتري العقد بعد ذلك، فكيف يكون هذا النماء ملكا للمشتري؟ لا يكفى أن يقال: إنه مملوك له وفى ضمانه. إذ الواقع أنه ربما اتخذ هذا وسيلة إلى أخذ ذلك النماء بالجان.

(١) إذا توفى من له خيار الشرط فى مدته سقط خياره، ولا ينتقل إلى ورثته عند الحفنة كما سيأتى. وكذلك يظل الخيار إذا كان المباشر للعقد وكبلا شرط الخيار لنفسه ثم توفى فى المدّة. ولا يكون لموكله بطريق الاستتال، كما يظل خيار هذا الوكيل أيضا بوفاء موكله فى المدّة. وكذلك الحكم فى الوصى إذا باشر العقد وشرط الخيار لنفسه ثم توفى الوصى أو توفى المولى عليه فى المدّة، ومثله فى هذا الحكم المولى.

والعاقد لنفسه إذا شرط الخيار لغيره، ثم توفى هو فى المدّة لم يبق الخيار لمن شرط له وجاء فى جامع الفصولين «ج ١ ص ٢٤٤» مايلى: وكيل «البيع» أو الوصى أو المالك الذى باع بنفسه واشترط الخيار لغيره إذا مات الوكيل أو الوصى أو الموكل أو الوصى أو من باع بنفسه وهو مالك أو من اشترط له الخيار. قال محمد: يتم البيع فى كل ذلك، لأن لكل منهم حقا فى الخيار. ثم قال صاحب جامع الفصولين: والجنون كالموت ثم =

(٤) مضى مدة الخيار بلا اختيار ممن له الخيار.

(٥) تعيب محل العقد أو هلاكه بأى سبب من الأسباب فى يد ممتلكه من العاقدين عندما يكون الخيار له، وعلى ذلك إذا تعيب المبيع فى يد المشتري، وكان الخيار له أو هلك فى يده والخيار له كذلك^(١). فإن خياره يبطل ويلزم عقد البيع بالنسبة له^(٢)، لافرق فى ذلك بين أن يكون كل من التعيب والهلاك بسبب سماوى أو نتيجة اعتداء عليه من البائع أو من المشتري، أو من أجنبى عند العقد^(٣).

(٦) إذا كان محل العقد عقارا، واشترط الخيار للمتملك، ثم طلب الشفعة بذلك العقار فى مدة الخيار، فإن خياره يبطل ويلزم العقد، إذ يعتبر هذا الطلب إجازة للعقد، فإنه لا يستحق الشفعة إلا إذا كان وقت البيع مالكا للعقار، وهو لا يملكه إلا إذا أجاز العقد، ولذا يبطل خياره بمجرد الطلب فى المدة.

= قال أيضا : ولو باع أب أو صى مال صى بخيار قبلى الصبى فى المدة قال أبو يوسف: يتم البيع ويبطل الخيار. وعن محمد فى ذلك ثلاث روايات. وجاء فى الفتاوى الهندية ج ٣ ص ٤٣ : التحقيق أن الإغماء والجنون لا يسقطان الخيار. والذى يظهر لى : أن المراد بالجنون فى عبارة جامع الفصولين : المطلق، وفى عبارة الهندية المنقطع الذى يزول قبل انتهاء مدة الخيار، بدليل قرته بالإغماء، وقد يشال: إذا كان المراد به فى عبارة جامع الفصولين : المطلق، لم يكن لحدوثه أثر فى إسقاطه على قول الإمام، وذلك لقوطم الخيار حينئذ عند انتهاء المدة، وهذا إذا لم تشمل عبارته جنون الموكل، فإن شملت - كما هو الظاهر منها - وكان جنون الموكل مسقطا لخيار الوكيل ظهرت الفائدة فى الإسقاط، لأنه إذا كان جنون الموكل مطبقا سقط به خيار الوكيل، وإن كان غير مطبق لم يسقط، كما هو الحال فى الإغماء إذا أصابه. وفى البحر ج ٦ ص ٢٠ : التحقيق أن الإغماء والجنون لا يسقطان الخيار إنما المسقط له مضى المدة فيهما من غير اختيار، ولذا لو أفاق قبل مضيا ونسخ جاز، ولو سكر من خمر لا يبطل خياره، ولو سكر من بنج يبطل.

(١) كيف يصح البيع ويلزم مع هلاك محله قبل تمامه؟ أجيب عن ذلك بأن الهلاك لا بد أن يتقدمه فى العادة عيب يمنع الرد فيلزم به العقد قبل فوات محله، راجع رد المحتار ج ٤ ص ٥٧.

(٢) لافرق فى الحكم بين أن يكون الهلاك قبل فسخ المشتري أو بعده قبل رده إلى البائع، وذلك لأن تمام الفسخ بالرد، فإذا هلك قبل الرد، بطل الفسخ ولزم العقد، والفسخ بالخيار يحتمل الرفع، ولذا يجوز للعاقدين بعد الفسخ أن يتفقا على فسخ هذا الفسخ وإعادة العقد، وعند ذلك يعود كما كان.

(٣) وإذا لزم بالعقد بالنسبة له وجب عليه كل الثمن، وليس له حق المطالبة بتقصه لدخول المبيع فى ضمانه من وقت تسلمه، فإذا تعيب أو هلك كانت نتيجة ذلك عليه - ثم امتنع عليه أن يرده على بائنه بحالته من العيب أو التلف وقد تسلمه منه سليما يبطل لذلك خياره، وهذا بقى على عيه حتى انتهت مدة الخيار، أما إذا زال العيب قبل انتهائها فإن الخيار يعود له. وله بعد عوده أن يختار ما بقى من المدة، وقد يتردد النظر فى قبول الحكم بسقوط الخيار عندما يكون التمسبب أو الهلاك بفعل البائع، لأنه يتضمن أن للبائع سلطانا على حق المشتري فى الخيار. فإذا أراد حرمانه من هذا الحق تعدى على المبيع نعا به فيسقط بذلك خيار المشتري، وذلك ما يتنافى مع شرع الخيار، ومع ماله حقوق من حماية واجبة، ولذا نقل صاحب جامع الفصولين عن محمد أن نعيه، إذا كان بفعل الملك لا يسقط به خيار العاقد الآخر ج ١ ص ٢٤٣.

(٧) زيادة المحل في يد الممتلك إذا كان الخيار له، سواء أكانت زيادة متصلة غير متولدة منه كالبناء على الأرض والصبغة للثوب^(١)، أم متولدة منه كالسمن للحيوان، أم كانت منفصلة متولدة كالولد واللبن والصوف للحيوان والثمرة للأرض ذات الأشجار، أما إذا كانت منفصلة غير متولدة كالأجرة فلا تمنع، فإذا أمضى المشتري البيع مثلا فهذه الزيادة له اتفاقا، وإذا فسخه رد الأصل مع زيادته عند أبي حنيفة، وقال الصحابان: يرد الأصل فقط، وله الزيادة لأنها نماء ملكه^(٢).

= أما إذا تعيب المحل أو هلك في يد المشتري والخيار للعقد الآخر، فالحكم مختلف، ففي حال التعيب لا يطل خياره، وعلى ذلك إذا ما أمضى البائع العقد في هذه الحال استحق كل الثمن على المشتري للزوم العقد حيثذ، وليس للمشتري أن يطالب بنقص الثمن للتعيب، لأنه حصل في يده والمبيع في ضمانه، ولكن له بمقتضى الملك تضمين التعدي بما يتوجه العيب من الضمان، سواء أكان البائع أم غيره. وإذا ما اختار الفسخ استرد المبيع ورجع على المشتري بما نقص من قيمته بسبب ما أصابه من عيب وهو في ضمانه، وبدمي أن العيب إذا ما كان بفعل البائع لم يكن له حق الرجوع، إذ لا معنى لأن يؤخذ منه ليرد عليه، وفي حال الهلاك يفسخ العقد لزوال محله قبل تمامه، وعندئذ يهلك المبيع على المشتري بقيمته عند تسلمه، كما في الدر المختار وحاشيته؛ لأنه في يده مضمون عليه. وكذلك يفسخ العقد إذا ما كان محله لا يزال في يد ملكه من العاقدين ثم هلك، سواء في ذلك أن يكون الخيار له أم لصاحبه، وعليه إذا هلك المبيع في يد البائع انقضى العقد، سواء أكان الخيار له أم للمشتري.

أما إذا تعيب في هذه الحال فذو الخيار منهما على خياره، فإذا كان الخيار للبائع واختار فسخ البيع فبيعه لا يزال في يده، وإن أمضاه كان للمشتري أن يأخذه بكل الثمن أو يرد بخيار العيب. وإذا كان الخيار للمشتري كان مخيرا بين استعمال خيار العيب واستعمال خيار الشرط، وكان له إن شاء أن يمضي البيع ويأخذ المبيع بكل الثمن. راجع شرح التبيين للزبلي وحاشية شهاب الدين الشلبي عليه من باب خيار الشرط «ج ٤ ص ١٦».

(١) أي من قبل صاحب العين «المشتري» كما هو ظاهر، أما إذا كانت من قبل المملك فلا تمنع التملك أن يفسخ، لأن في الفسخ رد ملكه إليه، هذا ما أرى.

(٢) راجع الفتاوى الهندية «ج ٣ ص ٤٨» وحاشية الشلبي على التبيين «ج ٤ ص ١٦» وجامع الفصولين «ج ١ ص ٣٤٤»، إلا أنك تجد فيه أن قول أبي يوسف مع الإمام في أن الأصل يرد إلى البائع من زيادته المنفصلة غير المتولدة عند الفسخ، وأن محمدا وحده هو الذي يجعل الزيادة في هذا الحال للمشتري، ولعل النقل عن أبي يوسف قد اختلف، لأن له في المسألة قولين.

وقد منع المشتري ومن في حكمه من فسخ العقد في هذه الحال عند زيادة محله متولدة تجنبا لشبهة الربا، ذلك لأنه لو أجزه له الفسخ فيها لاقتضى رد محل العقد «المبيع» إلى ملكه «بأنه» وعندئذ إما أن ترد معه الزيادة فتكون للبائع، وإما أن تبقى للمشتري فتكون له، وكلاهما غير جائز. أما جعلها للبائع فلأنها حدثت على غير ملكه، وفي غير ضمانه، فلو استحقها لاستحقها بلا عوض، وذلك في معنى الربا، وأما إبقاؤها للمشتري دون أصلها فلأن تملكه إياها قد سرى إليها من طريق تملكه لأصلها عند حدوثها، فتكون كأصلها مبيعة، فإذا بقيت له بعد استرداده الثمن كانت ميعا بلا عوض، وفي ذلك شبهة الربا أيضا، فلم يبق إلا أن يمنع فسخ العقد حتى تكون مع أصلها للمشتري. وكذلك منع من الفسخ عند زيادته زيادة غير متولدة إذا كانت متصلة، بسبب أن إقدام المشتري على إحداثها يعتبر رضا بالعقد فيلزم لذلك، وأما إذا كانت منفصلة غير متولدة فلا تمنع من الفسخ. وعند الرد تكون للمشتري عند القائل بذلك بحكم ضمانه لقوله عليه السلام «الحراج بالضمان» وتكون للبائع مع الأصل عند الإمام، لظهور أنها نماء مال مملوك له، لاستناد الفسخ إلى وقت إنشاء العقد، ولم تمنع الرد لأنها بدل المنفعة، والمنافع تعتبر دائما تبعا لأصلها، وإذا ارتفع العقد ظهر أثر ذلك في =

منافع محله، فكانت لمن استقر الملك له، ولا يخفى أن ذلك محل نظر، فمن الممكن أن يقال مثل هذا في المتولدة المتصلة. وهذا كله إذا حدثت الزيادة في يد المشتري والخيار له، وهناك خلاف هذه الحال ثلاث حالات أخرى:

الأولى: أن تحدث في يد المشتري والخيار للبائع.

الثانية: أن تحدث في يد البائع والخيار له.

الثالثة: أن تحدث في يد البائع والخيار للمشتري.

ففي الحالين الأولى والثانية، نجد في الفتاوى الحاخنية ج ٢ ص ١٨٦ من باب الخيار مانصه: باع جارية على أنه بالخيار ثلاثة أيام فأكسبت الجارية في المدة اكساباً عند البائع أو عند المشتري أو ولدت، فإن الكل يدور مع الأصل، إن تم البيع بينهما يكون للمشتري، وإن انفسخ البيع بينهما يكون للبائع. اهـ. وهذا يدل على أن الزيادة المنفصلة - سواء أكانت متولدة كالولد أم غير متولدة كالأجرة والكب - إذا حدثت في يد المشتري أو في يد البائع في مدة الخيار، وكان الخيار للبائع في الحالين لم تمتع الرد، لأنها في الواقع نماء ملكه إذ لا يزال المبيع على ملكه في مدة الخيار، فإذا أجاز البيع كان الأصل بزيادته المنفصلة، متولدة أو غير متولدة للمشتري مع الأصل، لأن السبب وهو العقد كما يسرى في محله يسرى إلى زوائده. راجع البحر ج ٦ ص ٩٩ نقلًا عن المعراج، وإذا فسح البيع بقى الأصل على ملكه وتبعه زيادته - وهذا ظاهر - ويبقى بعد ذلك حكم الزيادة المتصلة بنوعها في هاتين الحالين، فإن كانت متصلة غير متولدة كالبناء في الأرض، وكانت بفعل البائع، عد ذلك فسحاً للعقد كما هو ظاهر، وإن كانت بفعل المشتري لم تؤثر في حق البائع الثابت له بالخيار، إذ لاسلطان للمشتري على حق غيره، فيكون معتدياً بزيادته، وإن كانت متولدة كالمن، كانت أولى بعدم منع البائع من استعمال خياره، لأنها كالجزم من الأصل، إذ إنها نماء للملك متصل به، هذا ما يظهر لى، ولا أرى هذا محل تردد. وفي الحال الثالثة، وهي أن يكون الخيار للمشتري وتحدث الزيادة في يد البائع: نجد أن النص الأتى - وقد ذكر عقب النص السابق: ولو كان الخيار للمشتري فأكسبت «أى الجارية في المسألة السابقة» اكساباً أو ولدت أولاداً عند البائع. فكذلك الجواب، أى إن الزيادة انفصلت بنوعها إذا حدثت في يد البائع لم تمتع المشتري من استعمال خياره، فإن أجاز العقد كان الأصل له مع زيادته، بسبب العقد الذى نفذ في الأصل من وقت إنشائه، أى بالاستناد إلى ذلك الوقت. وإن فسح العقد كان الأصل مع زيادته للبائع، ويظهر لى أن هذه الزيادة تكون له في هذه الحال بلا حرج، لأنه ضامن لوجود يده على المبيع، والخراج بالضمان. ووجه آخر: وهو أن الزيادة إذا حدثت في يد البائع كانت حادثة قبل القبض، والقاعدة أن زيادات المبيع قبيل قبضه تعتبر مبيعة كأصلها. ولذا تقابل بجزء من الثمن، وعلى هذا فلا تكون في الواقع زيادة، بل جزءاً من المبيع. وبقي الكلام في الزيادة المتصلة بنوعها إذا حدثت في هذه الحال. والذي يظهر لى: أنها إذا كانت غير متولدة وكانت من قبل المشتري لزم العقد، لأنها تعد رضا منه، وإن كانت من قبل البائع لم تؤثر في حق المشتري، إذ لا سبيل للبائع على حقه الثابت بالشرط. وإذا كانت متولدة كالمن، فكذلك لا تؤثر في حق المشتري، لأنها إذا كانت منفصلة متولدة لم تؤثر كما تقدم، فأولى إذا كانت متصلة متولدة للوجه الذى أشرنا إليه، وإذن يكون الأصل بزيادته للمشتري عد إجازته العقد، ويكون الأصل بزيادته للبائع إذا فسح المشتري العقد. هذا ما يظهر لى. راجع الزيلعى في هذا الموضوع من باب خيار الشرط. والحاصل أن الزيادة إذا حدثت في يد المملك لا تسقط الخيار، سواء أكان للمشتري أم للبائع، فإنها إذا كانت متولدة متصلة أم منفصلة مطلقاً تكون تابعة لأصلها ولا تمتع الفسخ بالخيار. فإن تم البيع كانت مع أصلها للمشتري وإن فسح كانت مع أصلها للبائع. والسبب في ذلك واضح إذا كان الخيار للبائع، فإن أصلها لم يخرج بسبب الخيار من ملكه. وإذا خرج من ملكه بإمضاء العقد خرج مستنداً إلى وقت إنشائه فتسببه الزيادة، وأما إذا كان الخيار للمشتري فإنها لا تمتع الرد أيضاً كما منعت إذا حدثت في يد المشتري، وذلك لأنها إذا حدثت في يد البائع كانت حادثة قبل القبض. والقاعدة أن زيادات المبيع قبل قبضه مبيع كأصلها كما ذكرنا حتى يقابلها جزء من الثمن. وإذن فلا زيادة في المبيع عندئذ لأن الجميع مبيع.

وراثته: إذا توفى من له الخيار من العاقدين لم يرثه فيه وارثه، لأنه إرادة ومشيئة.

وذهب الشافعي ومالك إلى أنه يورث، لأنه حق مالي متعلق بالمال، وأثر من آثار العقد، لاحق شخصي، والحقوق المالية تورث لقوله عليه السلام «من ترك مالا أو حقا فلورثته» وهذا أوجه^(١).

(١) وهذا إذا كان الخيار له في عقد عقده لنفسه. فإن كان في عقد عقده لغيره بأن كان فيه وليا أو وكلا لم ينتقل الخيار إلى وارثه وإنما ينتقل إلى الحاكم أو الموكل راجع النهاية ج ٤ ص ١٤.

خلاصة الباب

خيار الشرط ما يثبت للعاقِد أو غيره من حق في إمضاء العقد أو فسخه بناء على اشتراط ذلك له ، وعلى هذا يجوز أن يشترط لأحد العاقدين أو لكل منهما أو لأجنبي، غير أنه إذا اشترط لأجنبي ثبت أيضا لمن اشترطه لذلك الأجنبي من العاقدين . ولا يثبت هذا الخيار إلا باشتراطه . ولا يكون اشتراطه صحيحا إلا إذا وقت بمدة لم تزد على ثلاثة أيام عند الإمام، وأجاز الصحابان زيادتها، فإن زادت كان العقد صحيحا عندهما فاسدا عند الإمام، ولكن فساده يرتفع بإسقاط الخيار قبل مضي الأيام الثلاثة . واشترطه في عقد غير لازم لغو، ولا يصح اشتراطه في العقود التي لاتقبل اتفاق العاقدين على فسخها كالزواج، ويصح فيما عدا ذلك كالبيع والإجارة والمزارعة والمساقاة، ويستثنى منها ما كان القبض شرطا في صحته كالصرف .

ويترتب على اشتراطه أثران:

الأول — أن يكون لمن شرط له حق إمضاء العقد أو فسخه في المدة . فيتم ذلك منه بالقول أو بالفعل ، دون توقف على قضاء من القاضي أو رضا من العاقِد الآخر، بل ولا على علمه أيضا عند أبي يوسف، وذهب الإمام إلى أن الفسخ إن كان بالفعل لم يتوقف نفاذه على العلم، وإن كان بالقول لم ينفذ إلا وقت علم العاقِد الآخر به، حتى إذا مضت المدة قبل العلم بالفسخ بطل الفسخ ولزم العقد، وبناء على ما ذكر إذا مضت مدة الخيار من غير أن يختار من شرط له الخيار لزم العقد لسقوط حقه في الفسخ، كما يلزم كذلك بموت من له الخيار أثناء مدة الخيار قبل اختياره .

الثاني — أن يجعل العقد موقوفا في حق حكمه بالنسبة إلى من شرط له الخيار، فإن شرط للبائع لم يخرج المبيع من ملكه، وخرج الثمن من ملك المشتري، وإن شرط للمشتري لم يخرج الثمن من ملكه، وإن شرط لكل منهما لم يخرج مال كل من ملكه .

ما يبطل به خيار الشرط: يبطل بما يأتي :

- ١ - إجازة العقد في مدة الخيار أو فسخه بالقول أو بالفعل .
 - ٢ - موت من له الخيار في مدته قبل أن يختار .
 - ٣ - مضي مدته بلا اختيار .
 - ٤ - تعيب المحل أو هلاكه في يد الممتلك إذا كان شرط الخيار له .
 - ٥ - إذا كان محل العقد عقارا وشرط الخيار للممتلك فطلب الشفعة بسببه في مدة الخيار .
 - ٦ - زيادة المحل في يد الممتلك زيادة متصلة أو منفصلة متولدة، أما المنفصلة غير المتولدة فلا تبطل الخيار .
- وراثته: وخيار الشرط لا يورث عند الحنفية .

باب خيار الرؤية

التعريف به: هو ما يثبت لأحد العاقدين عند رؤية محل العقد من الحق في فسخ العقد أو إمضائه بسبب عدم رؤية محله عند إنشاء العقد وقبله. فإذا اشترت سيارة لم ترها كان لك بسبب عدم رؤيتك إياها الحق في أن تفسخ العقد أو تمضيه عندما تراها. وإن وصفت لك عند التعاقد - لأن علم المبيع بأوصافه - وإن كان نافيا للجهالة - لا يرقى إلى العلم به عند رؤيته، فإن رؤيته تفيد علما أشمل وأدق. فشرع هذا الخيار عند رؤيته حتى إذا أمضى العقد كان عن رضا كامل تام، ومن هذا يتبين أن هذا الخيار لا يثبت للعاقد إذا كان قد رأى محل العقد عند إنشائه أو قبله، كما سنين ذلك.

شرعه ولما يثبت: ويثبت هذا الخيار عند الخفية للمتملك من العاقدين باتفاق ولذا يثبت للمشتري. لقوله ﷺ: «من اشترى شيئا لم يره فهو بالخيار إذا رآه» وزيد في بعض الروايات «إن شاء أخذه وإن شاء تركه». وفي ثبوته للملك منهما إذا تصرف فيما ملك فباعه قبل أن يراه خلاف، فذهب بعض الخفية إلى ثبوته، وذهب الجمهور منهم إلى عدم ثبوته.

وجهة الأولين: أن الإنسان قد يرث شيئا لم يره ثم يبيعه قبل أن يراه، فإذا رآه بعد ذلك فتيين له أنه قد غبن في صفقته احتاج إلى الخيار لدفع الغبن عنه ^(١).

وجهة الجمهور: أن شرع الخيار أتى على خلاف القياس لمخالفته لمقتضى لعقد، فيقتصر فيه على مورد النص، وإذا لحق المملك غبن لتصرفه فيما يملك قبل رؤيته فذلك عن تقصير منه، فلزمه تحمل التبعة، وهذا هو الصحيح ^(٢).

(١) وهذه العلة لا تنتج عند من يجعل للمغبون حق فسخ العقد كما تقدم.
(٢) وذهب الشافعي في مذهبه الجديد إلى عدم مشروعيته لعدم الحاجة إليه، لأن العقد على العين قبل رؤيتها غير صحيح فلا يصح بيع ما لم يره المشتري ولو مع وصفه له، وإذن فالخلاف في ثبوت خيار الرؤية يرجع إلى خلاف آخر هو خلافهم في صحة العقد على العين الغائبة، فمن ذهب إلى صحة شرائها واستجارها قال بثبوت خيار الرؤية عند رؤيتها. ومن ذهب إلى عدم صحة العقد عليها قبل رؤيتها قال بعدم ثبوت خيار الرؤية، ومن هؤلاء الشافعي في مذهبه الجديد وأحمد على أضح الروايتين عنه، وأما مالك فإنه في أحد قوليه لا يرى صحة بيع العين الغائبة قبل وصفها أو رؤيتها. وعلى هذا القول لا يرى خيار الرؤية. لأن العقد في هذه الحال فاسد، فإن وصفت في العقد أو رآها المشتري قبله ولم تمض مدة غير كافية للتغير فإنه يجوز بيعها. وللمشتري حينئذ خيار فوات الوصف إذا رآها على خلاف ما وصفت له أو على خلاف ما رآها. وليس ذلك خيار الرؤية، وفي قوله الآخر: يجوز بيع العين الغائبة من غير وصف بشرط أن بشرط المشتري في العقد خيار الرؤية له، أما إذا سكت عنه فالبيع فاسد، وعلى هذا: فخيار الرؤية عند مالك إنما يثبت بالشرط. راجع الخطاب في كتاب البيع، والفروق للقرافي ج ٣ ص ٢٧٢، ولكن يمكن أن يقال: إن هذا ليس بخيار رؤية، ولكنه ضرب من خيار الشرط.

بسبب ثبوته: وسبب ثبوت خيار الرؤية للعاقدة عدم رؤيته محل العقد حين العقد وقبله. ولذا يثبت في هذه الحال بدون اشتراطه، سواء أوصف له المحل عند التعاقد فوجده كذلك عند رؤيته أم لم يوصف له، فإن رآه حين العقد لم يثبت له الخيار، وكذلك الحكم إذا كان قد رآه قبله بشرط أن يتوافر أمران: أحدهما - أن يكون العاقدة على علم بأن هذا المحل هو الذي رآه من قبل. ثانيهما - أن يكون المحل وقت العقد على الصفة التي كان عليها عند رؤية العاقدة له، فإن لم يكن على الصفة التي كان عليها عند رؤية العاقدة له، فإن لم يكن على علم بذلك كان له خيار الرؤية، وكذلك إذا كان على علم به ولكنه لم يكن حين العقد على الصفة التي رآه عليها بل تغير.

شروطه ووقت ثبوته: وإنما يثبت هذا الخيار عند الرؤية، فرؤية العاقدة للمحل شرط في ثبوته له، ومن هذا نستطيع أن نقول: إنه يشترط في ثبوت خيار الرؤية ما يأتي:

(١) عدم رؤية العاقدة محل العقد حين العقد وقبله، فإن رآه حين العقد لم يكن له خيار الرؤية، وكذلك إذا رآه قبله ثم تبين أنه كان عند العقد كما رآه. أما إذا تبين أنه كان على خلاف ما رأى فإن الخيار يثبت له (١).

(٢) أن يكون محل العقد عينا مشخصة كدار أو ثوب أو حيوان، أما إذا كان دينا موصوفا يثبت في الذمة كما في السلم فلا يثبت فيه خيار الرؤية، لأن المناط في تحقق الرضا هو الوصف، فإذا ما تحقق الوصف تحقق الرضا، ولم يكن لثبوت الخيار مقتضى. بخلاف العين المعينة، فإن الأوصاف لا تكفي لتمام العلم بها وليست مناط الرضا بها.

(٣) أن يكون العقد مما يقبل الفسخ، فإن كان مما لا يقبل الفسخ كالزواج والخلع فلا يثبت خيار الرؤية فيما يجب به من مال، وإن كان عينا مشخصة كأن يتزوج شخص امرأة على دار لم ترها، أو تخالعه على سيارة لم يرها، كما لا يثبت في الزوجة أو الزوج «راجع حاشية الشلبي على الزيلعي ج ٤ ص ٢٤».

(٤) رؤية العاقدة للمحل، فلا خيار له قبلها، ولكن لما كان العقد على الأعيان الغائبة عقدا غير لازم بسبب ثبوت خيار الرؤية لمن لم يرها كان له بمقتضى

(١) راجع الهندية.

ذلك حق فسخ العقد قبل الرؤية، لاسبب خيار الرؤية، ولكن لان العقد بالنسبة له غير لازم.

كيف تتحقق الرؤية؟ لايراد بالرؤية الإبصار، بل المراد بها ماهو أعم من ذلك، وهو العلم بمحل العقد على الوجه الذى يناسبه، فإن كان من المرئيات كان العلم به بواسطة البصر، وإن كان من المشمومات كالروائح العطرية كان العلم به بواسطة الشم، وإن كان من الطعام كان العلم به بواسطة الذوق، وإن كان من الأشياء التي لاتعرف إلا باللمس واللمس كبعض الأقمشة كان العلم به بواسطة لمسه وهكذا. وعلى هذا فليس من اللازم رؤية جميع المحل الذى ورد عليه العقد، بل يكفى رؤية بعضه إذا كانت هذه الرؤية تؤدى إلى معرفته كله، كرؤية النموذج منه، وذلك كما فى الحبوب والزيوت وسائر المثليات، أما إذا كانت لاتؤدى إلى ذلك، كما فى الحيوان والدور، فلايد من رؤية جميع المحل.

ويثبت خيار الرؤية للأعمى إذا ما اشترى شيئا لم يعرفه، فإن كان ذلك الشيء مما لا يعرف إلا بالبصر كانت معرفته به عن طريق وصفه له، وإن كان يعرف بحاسة أخرى باشر ذلك بنفسه (١).

رؤية الوكيل: رؤية الوكيل بالعقد كرؤية الموكل، إذ جميع ما يرجع إلى العقد يرجع فيه إلى الوكيل، واختلف فى رؤية الوكيل بقبض المحل فقط، فتقبل لاتغنى، لأنه وكيل فى التسلم لا فى الرؤية ولا فى الرضا بالمحل. وإلى هذا ذهب الصحابان، وقيل: تغنى عن رؤية الموكل لأنه وكيل فى قبض تام، وذلك لا يكون إلا بعد الرؤية وإلى هذا ذهب الإمام (٢).

(١) وعلى هذا فشرط ثبوت الخيار للأعمى عدم جهه للمبيع إن كان مما يجس أو عدم ذوقه إن كان مما يذاق، أو عدم وصفه إن كان مما يوصف وهكذا، لأن هذا فى حقه بمنزلة الرؤية من البصير. راجع البدائع ج٥ ص٣٩٣.

(٢) وفى البحر إذا وكل المشتري غيره فى الرؤية لم تغن عن رؤية الموكل، فيكون للمشتري الخيار. والظاهر انه لاتفرد فى ذلك بين موكل بصير وموكل ضيرر كما تفيد عبارة رد المحتار، وفى رأى أن محل ذلك إذا كان التوكيل فى الرؤية فقط، أما إذا كان فييا وفيما يترتب عليها من إبرام العقد ونسخه فإن التوكيل يكون صحيحا تطبيقا لقاعدة «كل ما جاز للإنسان أن يباشره بنفسه بجواز له أن يوكل فيه غيره» وقد علمت أن الوكيل يكون وكيلاً فى الرؤية إذا كان وكيلاً فى العقد أو وكيلاً فى القبض عند الإمام، ثم رأيت فى رد المحتار مانص: إذا وكل مشتر آخر بالرؤية توكيلاً مقصوداً وقال له: إن رضيت فخذ. لاتصح ولاتصير رؤيته كرؤية موكله، كما فى جامع الفصولين ج٢ ص٢٤٧، قال فى البحر معللاً ذلك: لأن الرؤية من الباحات لاتتوقف على توكيل إلا إذا فوض إليه الفسخ والإجازة. وفى المحيط: وكله بالنظر إذا ما اشتراه ولم يره على أنه إن رضى يلزم العقد وإن لم يرض يفسخ: يصح لأنه جعل الرأى والنظر إليه فيصح، كما لو فوض الفسخ والإجازة إليه فى البيع بشرط الخيار. ا. د. رد المحتار ج٤ ص٧٥ من باب خيار الرؤية.

العقود التي يثبت فيها خيار الرؤية: ذكرنا فيما مضى أن خيار الرؤية لا يثبت إلا في معقود عليه معين بشخصه، وعلى ذلك فلا يثبت إلا فيما يأتي:

(١) البيع عندما يكون البيع عينا مشخصة. فيثبت -بيئذ للمشتري، كأن تشتري كتابا قبل أن تراه، فإذا رأيته كان لك الخيار، إن شئت أخذته وإن شئت تركته، وقد يثبت كذلك للبائع في الثمن إذا كان عينا مشخصة، كأن تبيع دارا بسيارة لم ترها فإذا رأيتها كان لك الخيار. ولا يثبت في السلم؛ لأن المبيع دين في الذمة، ولكن إذا كان الثمن فيه عينا مشخصة لم تكن حاضرة عند عقد العقد ثم أحضرت في المجلس نفسه لتسلم كان للمسلم إليه حيثنذ الخيار إذا رآها، إن شاء أخذ وإن شاء ترك، وإذا ترك فسد العقد لأن تسليم الثمن في المجلس شرط في صحته.

(٢) الإجارة عندما تستأجر عين من الأعيان، فيثبت للمستأجر إذا رآها، فإن شاء أمضى الإجارة وإن شاء فسخها، وذلك كأن تستأجر دارا لتسكنها قبل أن تراها فيكون لك الخيار إذا رأيتها، وإذا كانت الأجرة عينا مشخصة كان للمؤجر كذلك الخيار فيها عند رؤيتها إذا لم يكن رآها.

(٣) قسمة الأعيان القيمية، فإذا قسمت القيميات بين الشركاء فيها ولم ير أحد الشركاء نصيبه كان له الخيار إذا رآه.

(٤) الصلح عندما يكون بدله عينا معينة لم يرها المصالح، فإذا رآها كان له الخيار لأنه بمعنى البيع حيثنذ، إذ يعتبر معاوضة بين الحق المدعى والبدل المصالح عليه.

وثبوت خيار الرؤية فيما بيناه من العقود، إنما هو بحكم الشارع فيثبت فيها إذا تحقق سببه، سواء أشرط عند التعاقد أم لم يشترط، بل يثبت وإن شرط في العقد نفيه.

أثره: إذا ثبت خيار الرؤية ترتب عليه ما يأتي:

(١) أن يكون لمن له الخيار حق إمضاء العقد أو فسخه عند رؤيته محل

العقد، فإذا أمضاه لزم، وإذا فسخه بطل، ويبطل حينئذ بمجرد الفسخ دون حاجة إلى قضاء من القاضي أو إلى رضا العاقد الآخر بذلك^(١).

ويثبت هذا حقا للمتملك بحكم الشارع ابتداء من وقت رؤيته المحل. ولذا لم يكن له أن يتنازل عنه قبل الرؤية، لأن التنازل عنه قبلها إسقاط له قبل وجوده، ولا يصح إسقاط الحقوق قبل وجودها. فلو قال قبل الرؤية: أسقطت حقي في خيار الرؤية أو تنازلت عنه أو أمضيت العقد وجعلته لازما كان قولاً لاغياً، وكذلك لم يكن له أن يشترط في العقد نفيه، فلو اشترى عينا على ألا يكون له خيار رؤية لم يلزمه ذلك، ولم يفده شيئا، فإن اشتراط ذلك يعتبر تغييرا للشرع، ولا يملك الإنسان تغييره. ولذا يكون له في كل هذه الأحوال حق الإمضاء أو الفسخ عند الرؤية.

(٢) عدم لزوم العقد بالنسبة إلى من ثبت له الخيار. وهذا الأثر نتيجة للأثر السابق لأن ثبوت حق الفسخ له عند الرؤية يتلزم ثبوته له قبلها، إذ ليس يعقل أن يمتنع عليه قبل الرؤية حق الفسخ، ويلزم بالمضى في العقد في حين أنه يستطيع في كل وقت أن يرى المحل فيكون له عندئذ حق الفسخ، فلو ألزم لكان إلزامه غير مجد.

ولما كان هذا أثرا لازما لحق لازم لم يملك من له الخيار إسقاطه. فلو قال: جعلت هذا العقد لازما أو أمضيته، أو أسقطت حقي في فسخه الآن لم يفد ذلك شيئا؛ لأن هذا الحق نتيجة لازمة لثبوت الخيار له عند الرؤية، وهو أمر لازم بحكم الشارع فيستتبع لازمه.

هذا وقد جاء في الكتب المعتبرة استثناء عقد الإجارة من هذا الحكم. فجعل لازما بالنسبة إلى طرفيه إلى أن يرى المستأجر العين المستأجرة. فإذا رآها ثبت له حق الفسخ بخيار الرؤية وليس له الفسخ قبلها، ولم يظهر لى وجه هذا الاستثناء، بل إنى أراه ناقضا لما قرر من ثبوت التلازم بين خيار الرؤية وعدم لزوم العقد قبلها. إذ لو كان التلازم ثابتا لظهر أثره في عقد الإجارة، لأن اللازم لا يتخلف.

(١) غير أن الفسخ لا ينفذ إلا إذا حمل المشتري المبيع إلى موضع العقد، إذا كان قد نقل إلى موضع آخر. لتلازم البائع مونة حملة، وذلك تكليف يعتبر في حكم العيب فيمنع الرد. والحاصل: أن مونة رد المبيع إلى مكان العقد عند الفسخ بخيار الشرط أو بخيار الرؤية أو بخيار العيب تجب على المشتري. رد المحتار ج٤ ص ٢٧١.

ولعل هذا مادعا بعض العلماء إلى أن يذهب إلى أن جميع العقود التي يثبت فيها خيار الرؤية تبقى لازمة قبل الرؤية، لافرق بين عقد وعقد. وأن من له هذا الخيار لا يملك الفسخ إلا عند الرؤية «راجع البدائع ج ٥ ص ٢٩٥ والإتقاني في خيار الرؤية».

والفسخ يكون بكل ما يدل على عدم الرضا. ويجوز أن يكون قبل الرؤية وبعدها ولكنه قبل الرؤية يرجع إلى عدم لزوم العقد ولا يعد أثرا للخيار، لأنه لم يوجد، إذ إن رؤية المحل شرط لثبوته. والشئ لا يوجد قبل شرطه وبعدها يرجع إلى ثبوت خيار الرؤية فيفسخ بقول من له الخيار: رددت المبيع أو رفضته أو فسخت المبيع وهذا هو الفسخ الصريح^(١). غير أنه إذا كان بالقول لا يتخذ إلا إذا علم به العاقد الآخر (عند الطرفين) خلافا لأبي يوسف^(٢).

ولزوم العقد يكون بكل ما يدل على الرضا من قول أو فعل. فالتقول مثل: رضيت أو أجزت أو أمضيت. وهذا هو الرضا الصريح. ولا يلزم به العقد إلا إذا كان بعد الرؤية لا قبلها، لأنه قبل الرؤية إسقاط للخيار. وقد قدمنا أنه لا يملكه. والفعل كان يقبض المعقود عليه بعد رؤيته أو يتصرف فيه. وهذا هو الرضا الضمني.

(١) علمت أن خيار الرؤية لا يمنع نفاذ العقد، وإذن يثبت الفسخ به من وقت الفسخ لا من وقت العقد، كما في خيار العيب، إذ كان لا يمكن رفع مائت فعلا. ويؤيد ذلك أن المشتري إذا أخذ بالشئ قبل الرؤية، ثم رد المبيع بعد ذلك لم يؤثر الرد في تملكه للعقار المشفوع فيه بل يبقى له، ولو أن الفسخ قد استند إلى وقت العقد لوجب رد العقار المشفوع فيه، لأنه يظهر أنه تملكه بغير مسوغ. وهذا ما ظهر لي وإن لم أراه في كتب الحنفية. ولكن وجدت في شرح الهداية ما يأتي: الصنف لا يتم مع خيار الرؤية قبل القبض وبعده، ولهذا يتمكن المشتري من الرد بغير قضاء أو رضا. ويكون فسحا من الأصل. وعلق الكمال بن الهمام على ذلك بقوله: أي لعدم تحقق الرضا قبله لعدم العلم بصفات المبيع. ولذا لا يحتاج إلى القضاء أو الرضا. ومثل ذلك في الزيلعي (هداية ج ٥ ص ١٤٨، والزيلعي ج ٤ ص ٢٩)، وإذن فما معنى قولهم: يكون فسحا من الأصل؟ فسره الإتقاني في شرحه على الهداية بقوله: أي من الابتداء. وذلك التفسير يقتضى أن الفسخ به يستند إلى وقت حدوث العقد فيرتفع به من وقت إنشائه، وكان لم يكن. وهذا غير ما استظهرناه وعليه تكون نفقات المبيع في الفترة من العقد إلى الرد بخيار الرؤية على البائع لا على المشتري، أما زوائده فتعرف قريبا أن منها ما يمنع الرد بخيار الرؤية. وهذا النوع يكون للمشتري لاستقرار ملكه بسبب تلك الزيادة، ومنها ما لا يمنعه وهو تارة يكون للبائع عند رد المبيع لأنه تابع لأصله كالزيادة المتصلة المتولدة مثل السن إذا حدثت في يد البائع وتارة تكون للمشتري بسبب ضمانه، كالزيادة المنفصلة غير المتولدة، مثل الأجرة والكسب. أما المنفصلة غير المتولدة فإنها تكون ملكا لمن أحدثها. وقد فسر صاحب البدائع قولهم: فسح من الأصل بأنه يجعل العقد كأن لم يكن (راجع البدائع ج ٥ ص ٢٨٢).

(٢) وفي رد المحار، أن الكمال بن الهمام رجح هذا الرأي. «راجع الفتاوى الهندية ج ٧ ص ٦٦».

غير أنه إن كان التصرف بعقد يوجب للغير حقاً في المعقود عليه كالبيع البات والرهن والإجارة بطل به الخيار، ولزم به العقد، سواء أحصل قبل الرؤية أم بعدها. لنفاذ التصرف وثبوت حق لمن حصل له التصرف يجب المحافظة عليه بتقديمه على حق صاحب الخيار، وإن لم يوجب للغير حقاً فيه كالبيع بشرط الخيار للبائع، والهبة بدون تسليم، والمساومة، لا يبطل به الخيار، ولا يلزم به العقد إلا إذا حصل بعد الرؤية كالرضا الصريح.

ما يسقطه: يبطل خيار الرؤية نوعان: نوع يبطله إذا وجد قبل الرؤية أو بعدها، ونوع لا يبطله إلا إذا وجد بعد الرؤية.

فالأول - يشمل ما يأتي:

(١) تصرف التملك في المحل تصرفاً يوجب حقاً للغير، كبيعه بغير شرط الخيار له ورهنه وإجازته ووقفه ونحو ذلك، فيبطل بهذا التصرف خيار الرؤية، ويلزم العقد، سواء أحصل قبل رؤية المحل أم بعدها.

(٢) تعيب المحل في يد مملكه، فإنه لا يجوز أن يرد إلى صاحبه معيياً ومدمراً سلمه سليماً، فيلزم عند ذلك العقد - وسواء في ذلك أن يكون العيب بفعل المحل أو بفعل المشتري أو بفعل أجنبي، وكذلك الحكم إذا كان بفعل البائع عند الطرفين^(١)، خلافاً للثاني.

(٣) تعذر رد بعضه بهلاك أو بعيب أو بتصرف فيه يوجب حقاً للغير، لأن خيار الرؤية لا يثبت في البعض، فإذا رد المشتري المبيع مثلاً، فإما أن يرده كله أو يرضى به كله، حتى لا تتجزأ الصفقة على البائع.

(٤) موت من له الخيار، فإذا توفي سقط خياره، ولا ينتقل إلى ورثته مادام لم يختر قبل الوفاة، سواء أكانت وفاته قبل الرؤية أم بعدها، فيلزم العقد.

(٥) زيادة المحل في يد مملكه زيادة تمنع الرد بخيار الشرط، وتقدم

بيانها^(٢).

(١) راجع البدائع ج ٥ ص ٢٩٦، ٢٩٨.

(٢) قال الكاساني في البدائع ج ٥ ص ٢٩٦، إذا زاد المبيع في يد المشتري زيادة منفصلة أو متصلة متولدة أو غير متولدة فإنها في حالات تمنعه من خيار الرؤية وفي حالات لا تمنعه منه، وذلك على التفصيل والافتراق والاختلاف الذي ذكرنا في خيار الشرط والعيب. والأصل أن كل ما يبطل خيار الشرط والعيب يبطل خيار الرؤية، إلا أن كلا من خيار الشرط والعيب يسقط بصريح الإسقاط، وخيار الرؤية لا يسقط بصريح الإسقاط لا قبل الرؤية ولا بعدها. ا. هـ بتصرف.

ومعنى هذا: أن الزيادة التي تبطل خيار الشرط المشروط للمشتري أو خيار العيب تبطل خيار الرؤية، =

والثاني - يشمل كل ما يدل على رضا الممتلك بمحل العقد أو بيعه (١) من قول أو فعل يصدران منه. ويتحقق ذلك بما يأتيه من هذه الأمور:

(١) قول يدل على ذلك، كرضيت بالعقد أو بالمحل ونحو ذلك.

(٢) تصرف في المحل (٢) لا يوجب حقا لغيره، كهبته المحل من غير تسليم، وإعارته وبيعه إياه مع اشتراط الخيار له، ومساومته فيه غيره، ونحو ذلك مما يستفاد منه إرادة استبقائه.

(٣) فعل يتصل بالمحل، كانتفاعه به وعرضه إياه للبيع (٣)، وقبضه بعد رؤيته، أو دفعه لثمنه.

(٤) طلبه الأخذ بالشفعة بسببه، فإذا كان المحل عقارا وبيع بجواره عقار آخر فطلب الممتلك أخذه بالشفعة بعد رؤيته المحل عد ذلك منه رضا به فيطلب خياره. (أما إذا طلب الشفعة قبل رؤيته المحل، فلا يسقط بذلك خياره، وله فسخ العقد بعد ذلك). ولا يؤثر هذا الفسخ في تملكه بالشفعة.

توقيته: يتبدى خيار الرؤية من وقتها، وينتهي بصدور ما يدل على الرضا من صاحبه أو فسخ العقد على الوضع الذي بيناه، كما ينتهي كذلك بحصول ما يسقطه. وعلى ذلك فليس له مدة ينتهي بانتهاؤها. وهذا هو الراجح في مذهب

= وما لا يتطلبهما لا تبطل خيار الرؤية، وعلى هذا فالزيادة - إذا كانت في يد البائع متصلة متولدة أو غير متولدة لا تبطل خيار الشرط للمشتري ولا خيار العيب فكذا لا تبطل خيار الرؤية، وإذا حدثت في يد المشتري والخيار له فإن كانت منفصلة غير متولدة كالكسب فإنها لا تبطل كذلك خيار الشرط ولا خيار العيب. فكذلك لا تبطل خيار الرؤية وهي للمشتري بضمائه، وإن كانت متولدة كالولد أبطلتهما فكذلك تبطل خيار الرؤية. وإن كانت متصلة متولدة كالسمن فهي على الخلاف بالنسبة لكل من خيار العيب والشرط. فلا تمنع خيار العيب في ظاهر الرواية، ولا تمنع خيار الشرط عند محمد. وعلى غير ظاهر الرواية تمنع خيار العيب. وكذلك تمنع خيار الشرط عند الشيخين. فهي على هذا الخلاف بالنسبة لخيار الرؤية، وإن كانت متصلة غير متولدة أحدثها المشتري منعت كلا من خيار الشرط وخيار العيب، أما بالنسبة لخيار الشرط فللدلالاتها على الرضا، وأما بالنسبة لخيار العيب فلعدم إمكان الرد بدونها، ولعدم جواز الرد معنا. فكذلك تمنع خيار الرؤية للسبب الذي منعت لأجله من خيار العيب، إذ ليس من الممكن فصلها ورد البيع بدونها وليس من الجائز شرعا رد المبيع معها وتركها للبائع بالمجان وهي ليست له.

(١) راجع البحر ج ٦ ص ٤٣٦.

(٢) في الهنبدية ج ٣ ص ٦٠ ما يبطل به خيار الشرط من تصرف أو تعيب يبطل به خيار الرؤية.

(٣) خلافا لأبي يوسف.

أبى حنيفة . وذهب الكرخى إلى أنه مؤقت، وينتهى وقته بمضى أى زمن يتمكن فيه من له الخيار من الفسخ ثم لا يفعل، فإذا مضى هذا الزمن ولم يفسخ سقط الخيار^(١).

ورأته: وخيار الرؤية لا يورث كما لا يورث خيار الشرط؛ لأنه إرادة ومشيئة كخيار الشرط، والوارث لا يرث مورثه فى رغبته كما تقدم.

(١) وذهب الشافعى فى القديم إلى أنه مؤقت بمجلس الرؤية، وروى عنه أنه يثبت فور الرؤية فقط. فإذا قام من مجلسه قبل أن يفسخ بطل خياره على القول الأول، وإذا مضى وقت عقب الرؤية دون أن يفسخ بطل خياره كذلك على القول الثانى.

خلاصة الباب

خيار الرؤية: إذا اشترت شيئاً لم تره من قبل كان لك الخيار إذا رأيته، فإن شئت فسخت العقد، وإن شئت أمضيته. وهذا هو خيار الرؤية. وإذا رأيته قبل العقد لم يكن لك هذا الخيار إذا كنت على علم وقت شرائه بأنك تشتري ما رأيت، ولم يكن قد تغير عما كان عليه وقت الرؤية. وإذن فسبب ثبوته عدم الرؤية. فيثبت وإن لم يشترط في العقد، بل وإن اشترط عدمه: ووقته عقب الرؤية. وشرطه: أن يكون محل العقد عيناً مشخصة لادينا في الذمة، وأن يكون العقد مما يقبل الفسخ باتفاق العاقدين. ولا يثبت إلا في عقد البيع، وكذا في الإجارة إذا كانت العين المستأجرة مشخصة، وفي القسمة وفي الصلح على بدل شخصي. والرؤية المانعة من هذا الخيار: يراد بها العلم بالمبيع على الوجه الذي يعلم به عادة، ويكون ذلك بالبصر فيما يرى، وبالشم فيما يشم، وبالذوق فيما يذاق. وباللمس فيما يلمس وهكذا.

أثره: (١) عدم لزوم العقد بالنسبة لمن له هذا الخيار (ماعدا الإجارة) فيكون له حق الفسخ قبل الرؤية، لا حق إسقاطه وإمضاء العقد، ولذا لو أسقطه لم يسقط، لأنه لا يقبل الإسقاط.

(٢) أن يكون لمن له هذا الخيار حق إمضاء العقد أو فسخه بعد رؤية المحل، فإذا فسخه بطل دون توقف على قضاء قاض أو علم العاقد الآخر. وذهب الطرفان إلى اشتراط علم العاقد الآخر عند الفسخ بالقول.

ما يسقطه: يسقطه قبل الرؤية وبعدها ما يأتي:

- ١ - تصرف الممتلك في المحل تصرفاً يوجب لغير العاقدين حقاً فيه.
- ٢ - تعيب المحل في يد الممتلك أو هلاكه ولو كان ذلك في بعضه.
- ٣ - موت الممتلك لأنه لا يورث.
- ٤ - زيادة المحل في يد مملكه زيادة تمنع الرد بخيار الشرط.

وسقطه بعد الرؤية فقط ما يأتي:

(١) كل ما يدل على الرضا من قول: كرضيت، أو فعل، كانتفاعه بالحل، أو تصرف فيه لا يوجب للغير حقا. كهيبته من غير تسليم وبيعه مع اشتراط الخيار له. ومثل ذلك في الحكم طلبه الأخذ بالشفعة بسببه.

وقته: يبتدى خيار الرؤية من حين رؤية المبيع، وينتهي بصدور ما يدل على الرضا أو الفسخ، وإن تأخر ذلك أياما. وذهب الكرخي إلى سقوطه بمضى وقت يتمكن فيه من الفسخ ثم لا يفسخ.

ورأته: ولا يورث خيار الرؤية لأنه مجرد إرادة، وهي لا تورث.

باب خيار العيب

التعريف به : هو ما يكون للمتملك من حق في فسخ العقد أو إمضائه بسبب عيب يجده فيما تملك، فإذا اشترت كتابا فوجدته غير تام كان لك حق فسخ العقد ورد الكتاب إذا لم ترض به وأبيت أن تمضيه، وذلك لأن السلامة من العيوب من مقتضيات العقد، لتوقف الانتفاع الكامل عليها. وهو مقصود للعاقدين من العقد، فإذا فاتت لوجود عيب انعدم الرضا بالمحل، فوجب أن يرجع إلى رضا العاقد به بعد ظهور العيب، حتى إذا رضى أمضى العقد، وإذا أبطله، وذلك شرع، فقد قضى النبي ﷺ برد غلام ابتاعه رجل فأقام عنده مدة. ثم تبين فيه عيبا، فقال البائع: لقد استغل غلامى يارسول الله، فقال عليه السلام: «الخراج بالضم» (١).

سببه وشروط ثبوته: سببه ظهور عيب بالمحل، ولا يترتب على ظهوره الخيار إلا إذا توافرت الشروط الآتية:

١ - أن يوجب ظهور هذا العيب نقص ثمنه في عرف التجار ولو يسيرا. بحيث لو عرف عند العقد ما أقدم مشتره على شرائه، وإن كان ثمنه في العقد أقل من قيمته معيبا.

وذهب الشافعي إلى أن العيب الذي يوجب الخيار ما نقصت به القيمة أو فات به غرض صحيح، وكان الكثير الغالب عدم وجوده في هذا المحل، ومثال ذلك: أن يشتري شخص شاة للضحية، فيجد في أذنها قطعا يمنع منها (٢)، فإن ذلك يعتبر عيبا، وإن لم يترتب عليه نقص قيمتها. أو يشتري حذاءً فيجده ضيقا، وإذا اشترى شيئا الغالب فيه ألا يخلو من هذا العيب لم يعتبر ذلك عيبا، إذ يعد مثل هذا مرضيا عنه بحكم العرف (٣) قال صاحب البحر: وقواعد الحنفية لا تأبى هذا البيان الذي ذكره الشافعية، وعليه فلا خلاف.

(١) يراد بالخراج: ما يحصل عليه المشتري من غلة العين المشتراة ومنافعها وكسبها. ومعنى الحديث: الخراج مستحق بسبب الضمان، فإذا ما اشترى إنسان عينا فانتفع بها ثم اطلع على عيب قديم فيها كان له ردّها على بائعها. وليس له أن يطالب المشتري بقيمة منافعها، لأن المشتري قد استحقها بسبب ضمانه إياها، فإنها إن هلكت في يده هلكت عليه وحده.

(٢) ذهب أكثر من نك الأذن يمنع التضحية بها عند الحنفية، وهذا ظاهر الرواية. وهناك أقوال أخرى.

(٣) وذلك كالجوز والبندق إذا وجد بعضه فاسدا. لأنه لا يخلو من ذلك عادة فلا يعد ذلك عيبا إلا إذا كثرت حتى صار بحيث لا يقبل عرفا.

وعند أحمد الاعتبار بالعرف، فما يعده العرف عيبا كان عيبا يستوجب الخيار، وإن لم تنقص به قيمة المبيع، وما لا فلا . وهذا رأى وجيه، وبناء على ماتقدم إذا اشترى شخص منزلا فاطلع بعد العقد على أنه ينقصه «شنكل» مثلا لم يستحق بهذا خيار الرد بعيب لأنه عيب لا يترتب عليه نقصان ثمن ولا قيمة، ولا يفوت به غرض صحيح من شرائه، ولا يعد في العرف عيبا، بخلاف ما إذا وجد به جدارا متصدعا، فله حيثذ الرد بالعيب اتفاقا وإن كان ثمنه أقل من قيمته معيبا بهذا العيب.

٢ - أن يحدث العيب عند الملك، سواء أحدث قبل العقد أم حدث بعده، قبل تسليم المبيع إلى المشتري، فإن حدث عند التملك «المشتري» لم يكن له خيار بسببه، فإذا اشترت منزلا وبعد أن تسلمته سقط منه جدار لم يكن لك أن ترده بسبب ذلك مادام سقوطه لم يرجع إلى عيب قديم قبل تسلمه؛ ذلك لأن المبيع قد وصل إلى يدك سليما، وذلك مقتضى العقد.

٣ - ألا يعلم به حين العقد وألا يرضى به بعده، وألا يزول قبل الفسخ، فإذا تعاقدوا وهو عالم بالعيب أو رضى به بعد العقد، كما إذا تسلمه عالما بالعيب لم يكن له خيار، وذلك لتمام الرضا بالعين المعيبة، وما شرع الخيار إلا لفقد الرضا بها. وكذلك إذا زال العيب قبل فسخ العقد^(١) سواء أكان زواله وهو فى يد المملك أم فى يد التملك، إذ بزوال العيب يزول الخيار. ويلزم العقد مادام العيب لم يعد بسببه السابق نفسه. فإن عاد بذلك السبب نفسه ثبت الخيار، سواء أكان عوده فى يد المملك أم فى يد التملك، وإن عاد لابتنس السبب السابق لم يثبت به خيار إلا إذا كان بسبب قائم من قبل قبض المبيع.

٤ - ألا يكون المملك قد شرط فى العقد براءته من العيوب، فإذا شرط ذلك فى العقد لم يترتب على العقد خيار، وعلى ذلك إذا اشترت قلما وقد شرط عليك البائع أنه برىء من كل عيب يطلع عليه فيه، ثم وجدت به عيبا لم يكن لك حق رده، لأنه قد تبين من الشرط أن السلامة لم تكن أساسا لرضاك^(٢).

(١) راجع رد المحتار ج ٤ ص ٤٨٠.

(٢) وخالف فى هذا الشرط بعض العلماء من غير الحنفية، فمنهم من ذهب إلى أن اشتراط البائع براءته من العيوب اشتراط باطل، ومنهم من ذهب إلى أنه لا يصح إلا إذا بين العيوب التى يبرأ منها.

وبناء على ذلك إذا ما اشترى شخص عينا من الأعيان فوجدها معيبة بعيب وتوافرت جميع الشروط السابقة ثبت له حق ردها إلى بائعها وفسخ العقد، دون حاجة إلى اشتراط ذلك أثناء العقد، لأنه خيار يثبت بالشرع، فلا يحتاج إلى اشتراطه فهو كخيار الرؤية، ولكنه يخالفه في أن يسقط بالإسقاط، فإذا اشترى شخص على أن ليس له خيار عيب في المبيع لم يثبت له هذا الخيار، بخلاف خيار الرؤية، والسبب في ذلك ما بيناه، وهو أن وجود هذا الشرط دليل على تحقق الرضا مع العيب، وما شرع الخيار إلا لعدم الرضا، فإذا تحقق لم يثبت الخيار.

العقود التي يثبت بها خيار العيب: وخيار العيب لا يكون إلا في معقود عليه معين بشخصه، كخيار الرؤية، أما ما يعين بأوصافه فمناط تعيينه تحقق أوصافه. فإذا لم يتحقق، لم يكن محلا للعقد، وعلى ذلك يثبت فيما يثبت فيه خيار الرؤية فقط، وقد بيناه في خيار الرؤية^(١).

آثره: ووجود العيب في المبيع مثلا لا يحول دون نفاذ عقد البيع بل ينفذ وترتب عليه آثاره، ولكنه يكون غير لازم بالنسبة إلى من له خيار العيب، فيكون له بسببه الخيار بين أمرين: أحدهما الرضا بالعيب وإمضاء العقد لازما. فيتملك المبيع بالثمن المتفق عليه دون أن يكون له حق الرجوع على البائع بما أظهره العيب من نقص مادام لم يمنع من الرد مانع على ما سنينه بعد. وثانيهما فسخ العقد ورد المبيع واسترداد الثمن الذي دفعه مادام الفسخ ممكنا^(٢).

(١) وثبت كذلك في المهر - وإن لم يثبت فيه خيار الرؤية - لأن لثبوته في المهر فائدة، وهي رده بالعيب وأخذ قيمته، ولا يثبت به حيثنق حق فسخ النكاح، لأنه لا يقبل الفسخ. وأما عدم ثبوت خيار الرؤية فيه فلمعند فائدته، لأنه إذا ثبت لا يترتب عليه كذلك إلا رده والمطالبة بقيمته دون فسخ العقد، والقيمة أيضا غير مرئية، فلم يثبت لذلك حتى لا يتسلسل الأمر (فتح القدير ج ٢ ص ٤٥٥). وكذلك يثبت عند الشافعي وأحمد في النكاح فيكون لكل من الزوجين حق فسخه إذا وجد بصاحبه عيبا لم يرضه، وكذلك عند الإمام مالك إلا أن التفريق به عنده يكون طلاقا لا فسخا. وعند الحنفية يثبت للزوجة فقط إذا وجدت بالزوج عيبا من العيوب الثلاثة (الجب والخصاء والعتة) عند الإمام. وأضاف محمد إليها (الجنون والجذام والبرص) ويعتبر التفريق بواحد منها طلاقا، ولا ينع هذا المقام لتفصيل ذلك فليرجع إليه في مواضعه. وقد جاء في المادة ٩ من القانون رقم ٢٥ سنة ١٩٢٠: للزوجة أن تطلب التفريق بينها وبين زوجها إذا وجدت به عيبا مستحكما لا يمكن البره منه أو يمكن بعد زمن طويل لا يمكنها المقام معه إلا بضرر، كالجنون والجذام والبرص. سواء أكان ذلك العيب بالزوج قبل العقد ولم تعلم به أم حدث بعد العقد ولم ترض به (فإن تزوجته عالة بالعيب أو حدث العيب بعد العقد ورضيت به صراحة أو دلالة بعد علمها، فلا يجوز التفريق) وقد جاء في المادة ١٠ منه: الفرقة بالعيب طلاق بائن.

(٢) وهذا الفسخ عند الحنفية لا يعتبر رفعا للعقد من حين صدوره، بل يعتبر رفعا له فيما يتجدد ويستقبل من الآثار، أما آثاره في الماضي فانفاذة. إذ الواقع لا يمكن رفعه: الزيلعي (ج ٤ ص ٢٣٨).

وإذا فسخ فإما أن يكون ذلك قبل قبض المبيع أو بعده، فإن كان قبل قبض المبيع وفي حضرة البائع، انفسخ العقد بمجرد قوله: فسخت أو رددت أو نحو ذلك، دون توقف على رضا البائع أو قضاء من القاضى، وإن كان فسخه العقد فى غيبة البائع لم يفسخ إلا عند علمه بذلك عند أئمتنا الثلاثة^(١)، وإن كان فسخه بعد القبض لم يفسخ العقد إلا برضا من البائع أو بقضاء من القاضى. لتأكد العقد بالقبض^(٢) والفسخ بالتراضى بعد القبض يعتبر فسحا للعقد بالنسبة لعاقديه، ويىعا بالنسبة لغيرهما^(٣)، وإن كان بقضاء اعتبر فسحا للعقد فى حق العاقدين وغيرهما^(٤).

الواجب عند إمساك المحل: وليس للمشتري مع هذا الخيار إمساك المبيع والمطالبة بالنقص إلا إذا تراضى مع البائع على ذلك، فعندئذ يكون رضا البائع به حطا لبعض الثمن من ناحيته، وسبب ذلك: أن العيب نقص فى أوصاف المبيع، والأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن لأنها تابعة، فلا يلزم البائع بنقص الثمن إذا

(١) راجع البدائع ج ٥ ص ٢٨٦، ورد المختار ج ٤ ص ٨٠.

(٢) وذهب أحمد إلى أن الفسخ بالعيب لا يحتاج إلى رضا الناع ولا إلى حضوره ولا إلى حكم قاض، وسواء أكان قبل القبض أم بعده، لأنه رفع للعقد بسلطان من الشارع، ولم يقيد الشارع بشيء من ذلك. كشف ج ٢ ص ٦٥.

(٣) وعلى هذا يثبت به للشفع الشفعة، وإذا كان الملك مشتريا من ثالث لم يكن له أن يردده بسبب ذلك العيب عليه، واشترط بعضهم لذلك ألا يكون هذا العيب مما لا يحدث مثله كالإصبع الزائدة وإلا كان له الرد عليه للتيقن بوجوده عند بائعه الأول، والفتوى على الأول، وإذا كان فسخ العقد بالعيب ورد المبيع بيىه قبل قبضه كان فسحا بالنسبة للعاقدين ولغيرهما، سواء أكان ذلك بتراض أم بقضاء، لأن الفسخ فى هذه الحال لا يحتاج إلى قضاء كما بينا، ولكنهم استثنوا من ذلك العقار كما فى المنح، وسبب الاستثناء جواز التصرف فى العقار قبل قبضه عند الإمام. فلذلك جاز اعتبار الرد فى هذه الحال بيعا بالنسبة لغير العاقدين لابتنائه على الرضا. راجع مجمع الأنهر ج ٤ ص ٤٨.

(٤) ويشترط لجواز فسخ العقد بالعيب: ألا يترتب عليه تفريق الصفقة قبل تمامها، وإلا لم يقبل منه حتى يرضى به البائع، فإن رضى به مع تفريق الصفقة قبل، لأنه صار إقالة فى بعض المبيع، ولم يمنع منه المتملك إلا لما فيه من الإضرار بالمملك، فإذا رضى المملك تيين أن لا ضرر، فيجوز. وعلى هذا فلا يقبل فسخ العقد فى بعض المحل دون بعض الآخر قبل قبضه جميعه فى جميع الأحوال؛ لأن تمام الصفقة بالقبض، وتفريق الصفقة قبل تمامها غير مقبول، وأما بعد قبض جميعه فإن كان المحل شيئا واحدا كدار أو فى حكم الشيء الواحد كحذاء لم يقبل فسخ العقد فى بعضه أيضا، لما فى ذلك من الإضرار بالمملك، وإن كان متعددا كدارين وجد بإحدهما عيبا كان له رد المعب وحده بحصته من الثمن، وليس له رد الجميع «الدارين» إلا برضا المملك، خلافا لزفر، إذ رأى أنه يجب عليه أن يرد الجميع أو يملك الجميع. راجع البدائع ج ٥ ص ٢٨٦ وما بعدها.

فات شئ منها، ولأنه لو ألزم البائع به لألزم بإخراج المبيع من ملكه بعوض لم يرضه، وذلك ضرر به، ولا يجوز أن يرفع الضرر عن المشتري بإثبات ضرر على البائع، فوجب إما إعادة الحال إلى سيرتها الأولى وذلك بفسخ البيع ورد كل العوض إلى صاحبه، وإما بإمضاء العقد على حاله إلا إذا تراضيا على غير ذلك، وإلى هذا ذهب الشافعي، وهو رواية عن أحمد . وأظهر الروايتين عنده: أن المشتري مخير بين الفسخ، وعندئذ يترد الثمن^(١)، وبين الإمساك والرجوع بالنقصان على المملك، إذ بالعيب يفوت على المشتري جزء من المبيع، فكان له المطالبة بحصته من الثمن.

ويرى مالك أن المشتري في غير العقار مخير بين الرد والإمساك بالثمن، وكذلك في العقار إن كان العيب فاحشا، فإن كان متوسطا لم يكن له إلا الرجوع بالنقص. وهناك أقوال أخرى.

موانع الرد بخيار العيب: وإنما يجوز للمتملك أن يفسخ العقد بسبب خيار العيب إذا لم يوجد مانع من الموانع الآتية، وهي:

(١) رضاه بالعيب بعد علمه به، وذلك لأن رضاه به دليل على أن سلامة المحل من هذا العيب غير مطلوبة له من العقد، وعلى أن وجود هذا العيب لم يؤثر في رضاه فلا يكون له لأجل ذلك حق الفسخ^(٢).

(٢) إسقاطه الخيار سواء أكان ذلك الإسقاط صريحا كقوله: أسقطت خيارى. أم دلالة، كإبرائه المملك من العيب الذى ظهر، لأن هذا الإبراء دليل تركه للخيار.

(١) ويترد الثمن من البائع ولو كان البائع قد وجهه إياه أو أبراه منه قبل قبضه، لأن المشتري يملكه بعقد آخر فلا يؤثر ذلك في حقه في استرداد الثمن عند الفسخ. كشف التناع ج ٢ ص ٦٤. وأما الحنفية فذهب بعضهم إلى أن هبة الثمن للمشتري أو إبراء منه تمنع المشتري من الرد بسبب العيب إذ لم ينله ضرر ما بعد حط الثمن عنه، ولأن المبيع قد وهب له. وذهب آخرون إلى أنها لا تمنع. ومقتضى قواعدهم: أنه إذا اختار الفسخ ورد المبيع يرجع بالثمن، وإن كان قد حط عنه: رد المختار ج ٤ ص ٤٨١.

(٢) والرضا إما صريح، كقول المتملك: رضيت بالعيب أو أجزت العقد أو أوجيته، وإما دلالة ويكون بكل تصرف في محل العقد بعد العلم بالعيب، لأن التصرف فيه مع العلم بالعيب دليل الرضا. ومثال ذلك: أن يزيد المتملك في المحل زيادة متصلة، كان يكون أرضا فيبنى عليها أو ثوبا فيصينه، أو يغيره بما يخرج عن حاله، كان يكون حنطة فيطحنها أو لحما فيشويه، أو يخرج عن ملكه يبيع، أو يهبه، أو ينتفع به كأن يكون دابة فيركبها لحاجة أو دارا فيكنبها على أحد القولين أو يعمرها، أو ثوبا فيلبسه. فكل ذلك عد رضا ينقط به الرد بخيار العيب.

(٣) هلاك محل العقد في يد الممتلك، إذ لا محل للرد حيثذ (١).

(٤) تعيب محل العقد في يد الممتلك (٢) إذ ليس من المقبول أن يخرج المبيع مثلا عن ملك البائع وليس فيه إلا عيب واحد ثم يعود إليه بعينين (٣) فيمتنع الفسخ مراعاة لحق البائع (٤). ولذا لا يمتنع عندما يرضى به البائع فيفسخ العقد ويرد الثمن.

(٥) زيادة المحل في يد الممتلك زيادة متصلة غير متولدة أو منفصلة متولدة.

أما المتصلة المتولدة والمنفصلة غير المتولدة (٥) فلا تمنعان الرد.

(١) أما هلاكه في يد المملك فهو قبل القبض، والهلاك قبل القبض يبطل للعقد.

(٢) وذهب أحمد إلى أن حدوث العيب عند المشتري إنما يمنع الرد بالعيب الحادث عند البائع إذا لم يدلس البائع، أما إذا دلس البائع العيب فكتمه عن المشتري ثم حدث بالمبيع عيب آخر عنده لم يكن هذا العيب مانعا من الرد، فيرد ويسترد الثمن كله، ولا يتحقق البائع قبله تعويضا عن العيب الحادث عنده، وكذلك الحكم إذا ما تلف المبيع عند المشتري بعد تدليس البائع، فيرجع على البائع بكل الثمن، سواء أ تلف بفعل الله كالمرض أو بفعل اجنبى كأن يجنى عليه شخص، أما إذا تلف بفعل المشتري، فإن كان فعلا ماذونا فيه شرعا فكذلك الحكم، وإلا لم يذهب فعله هدرا، كما إذا حمل الدابة ما لا تطيق فهلكت بسبب ذلك، وإذا ذبحها فأكلها لم يعد ذلك تلقا بل انتفاعا، ولذا يظهر لى أنه يرجع بالتعويض فقط لا بالثمن.

(٣) إذا كان المبيع مما يؤكل باطنه لظاهره كان الاطلاع على عيه الباطن متوقفا على كسره كالبطيخ والبيض والجوز والبنديق وكل ما كان مأكوله في جوفه، فإذا كسر المشتري بعض أحاده لتعرفه ولم يزد على ما يقضى العرف بكسره لتعرف عيه كان ذلك ماذونا فيه، عند الشافعى من البائع عرفا، وكان له أن يرده على البائع إذا وجد فاسده أكثر مما يقضى العرف بوجوده، وفي هذه الحال يرده كله على البائع بلا أرش ولا يعد كسر بعض عيبا يمنع الرد. وذهب أبو حنيفة إلى أن البيع يبطل في هذه الحال لأن الفاسد منه ليس بمال، وجعله مبيعا واحدا يبطل للبيع. وذهب الصحابان إلى أن البيع يصح في الصحيح وحده بحصته من الثمن ويبطل في الفاسد، وذلك لإمكان قسمة الثمن على الأحاد لتمائلها فيرجع على البائع بحصة الفاسد من الثمن، وإلى هذا ذهب أحمد. وروى عن الشافعى أن المشتري يرد الجميع على البائع مع أرش المكسور وهو الفرق بين قيمته صحيحا وقيمه مكسورا معيا مراعاة للطرفين، وروى عنه أيضا أن كسر بعضه عيب يمنع رد الجميع. وله أن يرجع على البائع بأرش الفاسد. وأما إذا كان الفاسد قليلا ولا يعمد العرف عيا فلا يرجع على البائع بشئ. اتفاقا. إذ لا تخلو هذه الأشياء من مثل ذلك. وإذا وجد كله فاسدا بطل البيع فيه كله اتفاقا، فيرجع بالثمن لأنه ظهر أنه بيع ماليس بمال. وراجع الزيلعى وكشاف القناع ونهاية المحتاج.

(٤) سواء أكان هذا التعيب بفعل المحل نفسه، كان يكون حيوانا فيعيب نفسه أم بفعل المشتري أم بأفة سماوية، وكذلك الحكم إذا كان بفعل اجنبى أو بفعل المملك، لأن ذلك يستوجب الضمان، وأداء الأرش، والأرش في حكم الزيادة المتصلة المتولدة، وهى تمنع الرد كما سيأتى. أما تعيبه في يد المملك فلا يمنع الرد، بل يستوجب ثبوت الخيار إن لم يكن ثابتا من قبل، غير أن التعيب إذا كان في هذه الحال بفعل المشتري «الممتلك» فإن المشتري يعتبر به قابضا ويكون له حكم التعيب عنده.

(٥) زيادة المحل في يد الممتلك إذا كانت متصلة متولدة كالسمن والجسمال لم تمنع الرد بخيار العيب عند =

(٦) تصرف الممتلك في المحل تصرفا يخرجها عن ملكه وهو غير عالم بعيه. وذلك يبيعه أو يهبته مع التسليم أو بوقفه أو بغير ذلك، فكل هذا يمنع الفسخ ورد المبيع، محافظة على حقوق غيره، ولكن إذا رد إليه بعد ذلك عاد إليه حق الفسخ إذا ما كان الرد بسبب فسخ العقد من أصله، وذلك كأن يرد إليه بخيار رؤية أو بخيار شرط أو بخيار عيب قبل القبض، لأن التصرف أصبح بذلك كأن لم يكن^(١). وإن عاد إليه بما يعد سببا جديدا كأن اشتراه أو رد إليه بعيب القبض بتراض لم يكن له حق الفسخ في هذه الحال.

الرجوع بنقصان العيب عند امتناع الرد: وإذا امتنع فسخ العقد ورد المحل بسبب من هذه الأسباب نظرنا، فإن توافرت الشروط الآتية كان له حيثذ حق الرجوع على المملك بنقصان العيب وعليه إمساك المحل، وإن لم تتوافر لزمه إمساك المحل ولم يكن له مع ذلك حق الرجوع على مملكه بالنقص.

شروط جواز الرجوع بالنقص: لايجوز للمملك عند إمساكه المحل أن يرجع على المملك بنقص العيب إلا إذا توافرت الشروط الثلاثة الآتية:

« محمد وهو ظاهر الرواية، وهو الصحيح كما في فتاوى قاضيخان. . وذهب الشيخان إلى أن للمشتري «المملك» الحق في إمساك المبيع عند حدوثها والرجوع على البائع بنقصان العيب إن أراد، وإذا أراد فسخ العقد ورد المبيع كما في البدائع. وإذا كانت متصلة غير متولدة كالصنغ يحدثه المملك منعت الرد بالاتفاق لما يترتب على ردها مع المحل مجانا من شبهة الربا، وفي البدائع: إذا اتفق العاقدان على الرد، كان ذلك بيعا جديدا محل المبيع في العقد الأول مع زيادته، وليس في ذلك حرج. وإذا كانت منفصلة متولدة ومثله الأرض منعت اتفاقا، لما في ردها مع المحل من شبهة الربا أيضا. لأنها زيادة مال غير مملوك للبائع، ولم يكن في ضمانه، وإذا كانت منفصلة غير متولدة كالكعب لم تمنع اتفاقا، وطابت للمشتري عند الرد، لأنها تمام مال كان في ضمانه ومملكه. أما الزيادة في يد المملك، فسواء أكانت متصلة أم منفصلة متولدة أو غير متولدة، فإنها لا تمنع الرد لأنها زيادة قبل القبض، وهي تعتبر مع أصلها مبيعة إذا كانت متولدة، فإذا أمضى العقد مضى فيها، وإن فسخ فيها أيضا، أما إذا كانت غير متولدة، وقد أحدثها البائع فلا تمنع، لأن التعدي لا يبطل للغير حقا، وإن أحدثها المشتري اعتبر قابضا، وكان لها حكم الزيادة في يده إذا أحدثها هو، وإذا كانت منفصلة غير متولدة كالكعب والأجرة لم تمنع كذلك، غير أنها لا تطيب لأحد المتعاقدين. لأنها تمام مال غير مملوك إذا ما أخذها البائع أو مال لم يدخل في الضمان إذا ما أخذها المشتري. راجع الفتاوى الهندية «ج ٣ ص ٢٧٧» والبدائع «ج ٥ ص ٢٢٨٤» ومابعدهما، والزيلعي «ج ٤ ص ٣٥» وفيها زيادات تتعلق بأحكام الزيادة عند تعيينها أو هلاكها.

(١) لا يريد النقيض بذلك أن العقد عند فسخه يعتبر كأنه لم يكن بالنسبة لما ترتب عليه من الآثار فعلا قبل فسخه، وإنما يريدون أنه لا يترتب عليه بعد فسخه أثر وإنما آثروا هذا التعبير مع أن الظاهر مع هذا المراد أن يقال: إنه فسخ من وقت النسخ لينتزا على ذلك أن الآثار التي كانت للمملك قبل العقد تبقى له، ولا يظنها مالك جديد؛ لأن سبب هذا الملك يعتبر بالنسبة إليه كأن لم يكن، وكأنه فسخ من أصله.

(١) أن يكون امتناع الرد بسبب ليس من قبل الممتلك، سواء أكان هذا السبب المانع قد منع لحق الممنك أم لحق الشرع^(١)، وعلى هذا يكون للمتملك حق الرجوع بالنقص عند تحقق مانع من الموانع الآتية:

أولاً - (١) عند هلاك المحل. (٢) أو عند تعييبه. (٣) أو عند تغييره تغييراً يخرج عن حالته ويجعله شيئاً آخر. كأن يكون حبوباً فتطحن أو لحمياً فيشوى بشرط ألا يحدث هذا من الممتلك عالماً بالعيب وإلا عد به راضياً عنه. (٤) أو عند أكله إذا كان طعاماً مع مراعاة ماسبق.

لأن الامتناع في جميع هذه الأحوال لحق المملك، إذ لو أجزى الفسخ لأصابه الضرر في ماله كما هو ظاهر، ولذا لو تراضيا على الفسخ عند التعيب جاز ذلك.

ثانياً - عند زيادته في يد الممتلك زيادة منفصلة متولدة، أو متصلة غير متولدة، لأن الامتناع لحق الشارع، ألا ترى أن العاقدين لو تراضيا على الفسخ مع وجود الزيادة، وعلى ردها مع أصلها لم يجز لما في ذلك من شبهة الربا.

ولا يكون للمتملك حق الرجوع بالنقصان عند تصرفه في المحل بما يخرج عن ملكه، ولا عند رضاه بالعيب، لأن المنع حينئذ من جهة الممتلك، ألا ترى أن المملك يستطيع أن يقول: لولا تصرفه ولولا رضاه لقبول المبيع ورددت كل الثمن، وليس من المقبول أن يخرج المبيع من ملكه ببدل لا يرضاه.

(٢) عدم رضا الممتلك بالعيب صريحاً أو دلالة، سواء أكان بعد تحقق المانع أم قبله؛ لأن رضاه بالعيب كما يمنع الفسخ يمنع الرجوع بنقصان العيب، إذ يتبين منه أن السلامة من هذا العيب لم تكن مطلوبة. فلا يكون له حينئذ حق الرجوع بنقصان العيب. وعلى ذلك يلزم بإمساك المحل^(٢).

(١) إذا منع من الرد مانع ليس من قبل الممتلك كان له حق الرجوع بالنقصان، لأن في إلزامه بالمحل - مع ما نظير فيه من عيب - نظير ما دفع من الثمن إلزاماً له بما لم يرضه، وهذا لا يجوز، وفي فسخ العقد ورد المحل إضرار بالمملك أو إقرار لشبهة الربا، فلا يجوز كذلك، وحينئذ لم يبق إلا أن ينبت للمتملك حق الرجوع بالنقص فيرتفع بذلك الضرر عنه، وليس فيه كبير ضرر بالمملك، لأنه إنما أخرجه من ملكه نظير هذا البديل على أنه سليم، فكان ذلك منه رضاء بنقص الثمن إذا ظهر معيياً.

(٢) وعلى هذا إذا زاد البيع زيادة مانعة من الرد ثم قال المشتري: رضيت بالعب. أو نازل عن حق الرجوع =

(٣) ألا يعوض الممتلك عن المحل عند فواته وامتناع الرد، وإلى هذا ذهب الإمام وهو ظاهر الرواية (١).

كيف يقدر نقصان العيب: وكيفية تقدير النقصان، أن يقوم المبيع سليما من العيب وقت العقد، ثم يقوم معيبا وقته، ثم ينسب الفرق بين القيمتين إلى قيمته سليما، ويقدر هذه النسبة ينقص الثمن ويأخذ المشتري مقدار النقص، فإذا اشترى شخص سيارة فوجدها معيبة بعد أن امتنع ردها، قومت سليمة وقت العقد، ولتكن قيمتها ١٠٠٠ جنيه ثم قومت كذلك معيبة، ولتكن قيمتها ٨٠٠ جنيه فالفرق ٢٠٠ جنيه هو خمس الألف، فإذا كان قد اشتراها بخمسمائة جنيه رجع بخمسها وهو ١٠٠ جنيه.

توقيته وانتهائه: إذا وجد المشتري بالمبيع العيب كان له كما قدمنا حق رده وفسخ العقد أو الرضا به بثمنه المحدد في العقد وإمضاء العقد لازما. ويستمر ذلك حقا له (٢) إلى أن يصدر منه ما يدل على فسخه للعقد، فيفسخ كما قدمنا، أو على رضاه بالمبيع فيصير العقد لازما، أو يحدث ما يحول دون الفسخ، وفي هذه الحال قد يلزمه المبيع بثمنه المتفق عليه في العقد، وقد يكون له حق الرجوع بنقصان

= بالنقصان لم يكن له بعد ذلك أن يرجع على البائع بنقصان العيب، ومثل ذلك كل تصرف من المشتري يدل على الرضا إذا حدث بعد العلم بالعيب وكان المانع من جهة البائع، سواء أخرج المحل عن ملك المشتري بسبب ذلك أم لم يخرج، لأنه دليل الرضا، فإن حدث قبل العلم به ثم علم بعد ذلك نظر: فإن كان التصرف قد أخرج المبيع من ملك مشتريه منع الرجوع بالنقص إذ يستطيع البائع أن يقول: لولا تصرفه لقبيلت المبيع معيبا ورددت كل الثمن. وإذا فلا يكون له حق الرجوع بالنقص. وإن كان لم يخرج المبيع من ملكه لم يمنع الرجوع بالنقص لأنه لا يدل على الرضا به لحدوثه قبل العلم بالعيب، وأما إذا كان المنع من الرد لحق الشرع فإن تصرفه حينئذ في المحل لا يدل على الرضا به وإن كان بعد علمه بالعيب، إذ لا يبعد دليلا على إرادته إسكاه لأن رده على بانه ممنوع على أية حال فهو له، تصرف أم لم يتصرف. ولهذا لا يكون تصرفه دليلا على الرضا ويكون له حق الرجوع بالنقص، سواء أخرج المبيع عن ملكه أم لم يخرج، وذلك كما في حال الزيادة.

(١) وعلى ذلك إذا تعدى على المبيع أجنبي فأنلفه فضمن وقد كان معيبا لم يكن لمشتريه حق الرجوع على بانه بنقصان العيب، لأن ذلك في معنى تصرفه فيه بإخراجه عن ملكه، وذلك مانع من الرجوع بالنقصان وذبح الصاحبان إلى أن له حق الرجوع لأن الامتناع عن الرد ليس من قبله في الواقع، والعرض لم يجبر النقصان لأنه عبارة عن قيمة المبيع بيعا، والضمان ضروري للإلتلاف، فكان لابد من الرجوع بالنقصان محافظة على ماله وهذا أرجح، راجع البدائع ج ٥ ص ٢٩١.

(٢) ويرى الشافعي أن رد المبيع المعيب يجب أن يكون على الفور، والمراد بذلك الفورية المعتادة حتى لا ينال البائع ضرر من التأخير، فإذا أخرج المشتري الرد بلا عذر سقط حقه فيه ولا أرض له. نهاية.

العيب، وقد بينا ذلك بما فيه الكفاية لمثل دراستنا (١). غير أن الرضا بالمبيع قد يكون صريحا كأن يقول المشتري: أمضيت العقد، أو رضيت بالعيب أو رضيت بالمبيع ونحو ذلك، وقد يكون ضمنا كأن يتصرف المشتري فى المبيع بعد علمه بالعيب. تصرفا يدل على رضاه به. مثل البناء فى الأرض والصبغة للثوب، والتصرف فى المبيع بيعه لغيره أو هبته له أو إجارته أو رهنه أو الانتفاع به أو نحو ذلك.

وراثته: إذا توفى من له الخيار بالعيب قبل أن يختار، كان لوارثه حق الخيار، وذلك لأن المشتري قد استحق بالعقد على البائع مبيعا سليما من العيوب، ووارثه يقوم مقامه فى جميع ما يستحقه من حقوق مالية، فيتقل إليه هذا الاستحقاق، وبسببه يثبت له الخيار فى المبيع المعيب، فإن شاء رده وإن شاء ارتضاه، ذلك لأن المبيع المعيب أقل مما يستحقه بالميراث عن مورثه، فإن شاء اكتفى به، وإن شاء لم يرض، وطالب بكل ما يستحق، وبهذا يتبين أن هذا الخيار يثبت للوارث ابتداء، لا بحكم الوراثة عند الحنفية، وذهب مالك وأحمد والشافعى إلى أنه يثبت للوارث بحكم الوراثة لأنه حق مالى، ولا يترتب على هذا الخلاف نتيجة عملية فلا داعى إلى التطويل فيه.

(١) علمت أن أحمد يخير بين الفسخ وبين الإمساك مع التعويض، فإذا صدر منه بعد العلم بالعيب من التصرفات ما يدل على رضاه بالعيب، فهل يعتبر ذلك منه اختيارا للإمساك مع طلب التعويض أو رضا بالمبيع على عيبه بالتمن المتفق عليه؟ قولان عند أحمد. قال الموفق: إن له الأرض بكل حال، وصوبه فى الإنصاف، وضعف القول بأن ذلك يعتبر رضا بالمبيع بثمنه. كشف ٢ ج ٢ ص ٢٦٤.

خلاصة الباب

خيار العيب: هو ما يكون للمتملك من حق فسخ العقد أو إمضائه بسبب عيب يجده فيما تملك. وذلك بحكم الشارع. فلا يحتاج في ثبوته له إلى اشتراط ذلك في العقد.

وسببه ظهور عيب في محل العقد إذا توافرت الشروط الآتية:

(١) أن يترتب على هذا العيب نقص في ثمنه عند التجار ولو يسيرا بحيث لو عرفه المتملك ما أقدم على شرائه بهذا الثمن. وعند أحمد أن يعده العرف عيبا في المحل، فلا يرد منزل لظهور أنه يتقصه رتاج لأحد أبوابه.

(٢) أن يحدث هذا العيب عند المملك قبل التسليم إلى المتملك.

(٣) ألا يعلم به حين العقد، وألا يرضى به بعده، وألا يزول قبل فسخ

العقد.

(٤) ألا يكون المملك قد شرط على المتملك البراءة من العيوب، وألا يكون

المتملك قد تملكه على ألا يكون له خيار العيب.

ويثبت خيار العيب فيما يثبت فيه خيار الرؤية، كما يثبت في المهر، ولكن

بأثر خاص يعرف في كتاب النكاح.

ويترتب على ثبوت الخيار أن العقد يصير غير لازم بالنسبة لمن له الخيار، إذ

يكون له بسببه أن يمضى العقد راضيا بالثمن كله، أو يرد المحل ويسترد الثمن،

مالم يمنع من ذلك مانع. وإذا اختار الفسخ قبل التسلم لم يحتج في ذلك إلى

قضاء من القاضي أو رضا من العاقد الآخر غير أنه يشترط في نفاذ فسخه أن يعلم

العاقد به حينئذ، وإن فسخه بعد التسلم احتج إلى التراضي أو إلى القضاء بذلك.

وهو قبل القبض فسخ بالنسبة للعاقدين ولغيرهما فيما عدا العقار، وبعد

القبض كذلك إذا كان بالقضاء، فإن كان بالتراضي اعتبر بيعا جديدا في حق

غيرهما كالشفيع.

وليس للمشتري أن يمك المبيع، ويطالب بنقص العيب إذا ما جاز له رده

إلا إذا تراضى مع بائعه على ذلك، وعند ذلك يكون نقص الثمن للعيب حطا به.

موانع الرد بخيار العيب: يمنعه ما يأتي:

- (١) رضا الممتلك بالعيب بعد علمه به.
 - (٢) إسقاطه لحقه في الخيار بالعيب، سواء أكان ذلك صريحا كاسقطت حتى في الخيار أم دلالة كإبرائه المملك من العيب.
 - (٣) هلاك محل العقد في يد الممتلك.
 - (٤) تعيب المحل في يده إلا إذا رضى البائع بالرد مع العيب الجديد الحادث عند الممتلك.
 - (٥) زيادة المحل في يد الممتلك زيادة متصلة، غير متولدة، أو زيادة منفصلة متولدة.
 - (٦) تصرف الممتلك في المحل تصرفا يخرج منه ملكه، وهو غير عالم بعيبه، وإلا كان ذلك رضا بالعيب، وقد تقدم.
- وإذا امتنع الرد بالعيب كان له حق الرجوع بنقصان العيب إذا توافرت الشروط الآتية، ويلزمه حيد إمسائه، فإن لم تتوافر لزمه إمساكه بجميع الثمن، وهذه الشروط:
- ١ - أن يكون امتناع الرد بسبب ليس من قبل الممتلك، فإن كان من قبله، كتصرفه فيه لم يكن له حق الرجوع بالنقصان.
 - ٢ - عدم رضا الممتلك بالعيب بعد تحقق المانع، لأن رضاه به كما يمنع الفسخ قبل المانع يمنع الرجوع بالنقصان بعد ثبوت المانع.
 - ٣ - ألا يعوِّض الممتلك عن المحل عند امتناع الرد بسبب استهلاك المحل.
- ويقدر النقصان بتقويم المبيع سليما عند العقد، ومعينا عنده، وينسب الفرق بين القيمتين إلى قيمته سليما، ويقدر هذه النسبة بنقص الثمن. وإذا ثبت الخيار بظهور العيب استمر حقا للممتلك إلى أن يصدر منه ما يدل على فسخه لعقد أو على رضاه بالمبيع أو يحدث ما يحول دون الفسخ من الأسباب، وإذا توفى من له الخيار، وهو على خياره كان للوارث هذا الخيار أيضا.

أقسام العقود بالنظر إلى آثارها على وجه الإجمال:

تنقسم العقود بالنظر إلى آثارها والأغراض التي تقصد منها إلى مجموعات، يتظم كل مجموعة منها غرض خاص، ويكون لها به وحدة معينة، ولذلك قد قيد العقد في أكثر من مجموعة إذا تعدد الغرض منه وهاك بيانها^(١):

١ - التمليكات وهي تنتظم المعاوضات والتبرعات:

(أ) فالمعاوضات تشمل البيع بجميع أنواعه من قرض وصرف وسلم وغيرها والقسم، والصلح والاستصناع، والإجارة والمزارعة والمساقاة والزواج والخلع والمضاربة والجمالة؛ لما في جميع هذه العقود من معنى المعاوضة والمبادلة.

(ب) والتبرعات تشمل الهبة والصدقة والوصية والإعارة والقرض والكفالة والحوالة والمحابة في عقود المعاوضات والوقف والإبراء؛ لما في جميع هذه العقود من معنى التبرع.

٢ - الإسقاطات، وهي إما أن تكون نظير بدل، كإخلع والنفو عن القصاص نظير مال والصلح في الدين، وإما أن تكون بلا بدل، كالإبراء والطلاق والإعتاق وتسليم الشفعة والنفو عن القصاص بالمجان؛ لما في جميع ذلك من معنى التنازل والإسقاط.

٣ - الإطلاقات، وتشمل الوكالة والإذن بالتجارة للصبي ونحوه، والبضاعة لما فيها من إطلاق اليد في المال بعد المنع.

٤ - التقييدات، وتشمل عزل الوكيل والحجر على المذنون بالتجارة، وعزل ناظر الوقف والوصى، لما فيها من المنع بعد الإطلاق.

٥ - الشركات، وتشمل الشركة بجميع أنواعها، والمضاربة والمزارعة والمساقاة لما فيها من الشركة في النماء.

٦ - التأمينات أو عقود التوثيق، وتشمل الكفالة والحوالة والرهن، لما فيها من ضمان الوفاء.

وبهذا ينتهي كلامنا على العقد في إجمال، وننتقل إلى شرح بعض العقود المالية بإيجاز^(٢).

(١) راجع عوارض الأهلية لأستاذنا المرحوم أحمد بك إبراهيم.

(٢) وهي العقود التي روى دراستها لطلبة السنة الأولى من قسم اللبائس بالحقوق، ولنا نريد من ذلك أن ندرسها دراسة تفصيلية وإنما نريد أن تكون دراستنا لها إجمالية نعني فيها بالإشارة إلى أسسها وقواعدها العامة التي جعلت أساساً للتطبيق والتفريع.

باب البيع

البيع مبادلة مال بمال «كبيع دار بألفى جنيه» ولا تكون هذه المبادلة إلا بما يدل عليها من قول أو فعل، سواء أكان ذلك الفعل كتابة أم إشارة أم تعاطيا «كما قدمنا» وذلك ما يسمى بالصيغة أو بالعقد، ولا بد له من طرفين: هما العاقدان، ومن بدلين: هما المبيع والتمن، وإذن فالكلام على البيع يكون ببيان الأحكام التي تتعلق بالصيغة والعاقدين والمبيع والتمن وما ترتب عليه من الآثار.

صيغته - الإيجاب والقبول - أركانه :

صيغة عقد البيع: ما يصدر من عاقيه دالا على إنشاء المبادلة من قول أو فعل، وإن شئت قلت: مجموع الإيجاب والقبول المنشئين للمبادلة، وهما ركنا عقد البيع، وقد يكون كل منهما لفظا أو كتابة أو إشارة أو إعطاء وأخذ، وقد يكون أحدهما لفظا والآخر فعلا، وعلى أية حال فالصادر ابتداء هو الإيجاب والصادر بعده هو القبول، ولا تنشأ بهما المبادلة إلا إذا كانا مرتبطين. ولا يتم الارتباط بينهما إلا بشرطين:

شروط الصيغة: الأول - موافقة القبول للإيجاب ولو على سبيل التضمن^(١)، فلا يتم الارتباط بقبول جميع المبيع ببعض الثمن، ولا بقبول بعض المبيع ببعض الثمن، فإذا باع شخص لآخر كتابين بعشرة قروش فقال: قبلتهما بخمسة قروش، أو قبلت أحدهما بخمسة قروش لم يتم بذلك ارتباط، وأما إذا قال: قبلتهما بعشرة قروش فيتم الارتباط، لوجود الموافقة الصريحة.

وكذلك إذا قال: قبلتهما بخمسة عشر قرشا لوجود الموافقة الضمنية، ولا تلزم الخمسة الزائدة إلا بقبولها من البائع في المجلس^(٢).

(١) ومما ينبى على ذلك: ما إذا وجه بالإيجاب من شخص واحد أو أكثر، وهم شركاء إلى شخص واحد أو أكثر يبيع عين بتمن معين بعسارة واحدة، مثل بعت أو بعنا هذه الدار لك أو لكم بألفى جنيه، أو اشترت أو اشترينا هذه السيارة منك أو منكم بألف جنيه، فإنه لا يتم الارتباط إلا بقبول الإيجاب ممن وجه إليه على الوجه الذى صدر به، حتى إذا قبله بعض من وجه إليه وحده، أو قبل بعضه كل من وجه إليهما وبعضهم لا يتم بذلك الارتباط. راجع فتح القدير ج ٥ ص ٨٠ والهندية ج ٣ ص ١٤.

(٢) رد المحتار ج ٤ ص ١١، وإذا قبل بعض المبيع بجميع الثمن، كما إذا باعه كتابين بعشرة قروش قبل أحدهما بعينه بعشرة، قال في مجمع الأنهر ج ٢ ص ١٦ ليس ذلك للمشتري لأنه تفریق للصفقة. أقول: إن تفریق الصفقة ممنوع إذا ترتب عليه ضرر، ولا يضر تفریق الصفقة هنا إلا إذا كان فى ركنه بعض المبيع بالمجان لبائعه ضرر عليه، فليظنر.

الثانى - ألا يفصل بينهما فاصل يعتبر إعراضا عن الإيجاب أو مبطلا له كقيام أحدهما من المجلس، أو شروعه في عمل آخر لا يتصل بالعقد، وكصدور إيجاب بالبيع يبدل آخر، وكموت الموجب قبل القبول. إذ موته يبطل إيجابه^(١).

إذا كان العقد بالمراسلة كان مجلس العقد مجلس وصول الرسالة «كتابية أو شفوية» ويتم الارتباط حينئذ بالقبول في هذا المجلس - وإن لم يعلم به الموجب - بشرط ألا يكون الموجب قد رجع عن إيجابه قبل حصول القبول.

صفة الصيغة : وقد علمت أن الصيغة قد تصدر مطلقة غير مقترنة بشرط، وقد تقترب به، وعلى كل فقد تكون منجزة، وقد تكون مضافة، وقد تكون معلقة. وقد علمت أن عقد البيع لا يصح مع إضافته، ولا مع تعليقه، بل يكون عقدا فاسدا، وأنه إذا اقترن بشرط صحيح صح ولزم الشرط، وإذا اقترن بشرط فاسد فسد به، وإذا اقترن بشرط باطل صح وبطل الشرط، ومن الشروط الفاسدة: توقيت الصيغة، واشتمالها على تأجيل الثمن إلى وقت مجهول، فإذا بعث كتابك لشخص لمدة سنة كان العقد فاسدا، وكذا إذا بعته بثمن مؤجل إلي وقت الميسرة، وكذلك عرفت أنها تقترب بشرط الخيار، وعرفت آثار ذلك فيها، وأن العقد حينئذ لا يكون لازما بالنسبة لمن اشترط له الخيار. وقد سبق شرح كل هذا.

العاقدان

هما البائع والمشتري. وقد علمت مما مضى أنهما إذا فتقدا الأهلية لم يكن لهما عبارة معتبرة كالمجنون، وإذا كانت أهليتهما قاصرة، كالصبي المميز، أو حجر عليهما لنفسه أو للغفلة كان بيعهما صحيحا متوقفا على إجازة من له الولاية عليهما، لأن البيع مما يتردد بين النفع والضرر، وإذا كانا هازلين أو مكرهين كان بيعهما فاسدا، وإذا لم يكن لأحدهما ولاية وهو كامل الأهلية كان عقده صحيحا متوقفا على إجازة ذي الشأن.

وكذلك علمت أن عقد البيع لا ينشئه عاقد واحد بعبارة صادرة منه وإن تعددت ولايته، لما بيناه فيما سبق، وأنه قد استثنى من ذلك الأب إذا باع ماله لولده الصغير، أو اشترى لنفسه مال ولده الصغير، إلى آخر ما بيناه.

(١) درر المنتقى ج ٢ ص ١٣.

المبيع

المبيع ما يملكه المشتري بعقد البيع من البدلين، فإذا اشترت دارا بألف جنيه كانت الدار مبيعا (١). وقد يكون عينا مفرزة. وقد يكون جزءا شائعا من عين مفرزة. وفي هذه الحال يصح أن يباع للشريك في هذه العين وأن يباع لغيره.

شروطه: ويشترط في المبيع ما يأتي:

أولا - يشترط لانعقاد البيع فيه شرطان . أحدهما أن يكون موجودا، وثانيهما: أن يكون مالا متقوما، وهذان شرطان لانعقاد العقد فيه، فلا ينعقد بيع ثمرة لم تبرز أصلا، ولا بيع الحر، ولا بيع حق التعلی عند انعدام البناء، ولا بيع الماس مع الإشارة إلى الزجاج، لانعدام المبيع في كل هذه الصور. وكذلك لا ينعقد بيع المال المباح ولا بيع الخمر والخنزير والميتة حتف أنفها، لأن البيع ليس مالا متقوما (١).

(١) كيف يتميز المبيع في الثمن؟

إذا كان أحد البدلين في البيع نقدا والأخر غير نقد، فالنقد هو الثمن والأخر هو المبيع حتما، كما في بيع كتاب بعشرة قروش، فالكتاب هو المبيع، وإن كانا نقدين كان كل منهما ثمنا في معنى البيع، وكان العقد صرفا، وذلك كما في مبادلة جنيه مصري ذهب بعشر قطع من الفضة كل قطعة تساوي عشرة قروش. وإن لم يكن أحدهما نقدا وكان أحدهما مثليا والأخر قيميا، فالمثلي هو الثمن إذا كان عينا معينة، والقيمي هو المبيع. ومثال ذلك: أن تباع دارا بهذه الصبرة من القمح، أو تباع هذه الصبرة من القمح بهذه الدار، فصبرة القمح هي الثمن في الحالتين والدار هي المبيع، أما إذا كان المثلي غير معين كعشرة أرباب من القمح فالثمن مادخلت عليه الباء والأخر هو المبيع، فإذا قلت: بعثك هذه الدار بألف أرباب من القمح كان القمح ثمنا والدار مبيعا. وإذا قلت: بعثك ألف أرباب من القمح بهذه الدار كان القمح مبيعا والدار ثمنا، وكان العقد سلما، وإن كانا قيمين كان كل منهما مبيعا في معنى الثمن، وسمى العقد حينئذ مقايضة، مثل بعثك أرضي بجهة كذا بدارك ببلدة كذا. فكل من الأرض والدار مبيع في معنى الثمن، وإن كانا مثليين لسا من النقد فكذلك الحكم إذا كانا معينين أو غير معينين. مثال ذلك: بعثك هذه الألف من البيض بهذا المقدار من القمح، أو بعثك ألف بيضة بأرباب من القمح، فكل من القمح والبيض مبيع في معنى الثمن، ويرى الكمال بن الهمام أنه عند تعيين كل منهما يكون الثمن مادخل عليه حرف الباء أو حرف على، وعلى ذلك إذا قال: بعثك هذا المقدار من القمح، بهذه الألف من البيض يكون البيض ثمنا والقمح مبيعا، وإن كان أحد البدلين معينا والأخر غير المعين. فإذا قال: بعثك أربابا من القمح بهذه الألف من البيض كان القمح ثمنا والبيض مبيعا إلا إذا كان العقد سلما، فعند ذلك يكون المعين هو الثمن. راجع جامع الفصولين «ج ١ ص ١٦٤» ورد المختار «ج ٢٥، ٢٧١»، وفق القدير «ج ٥ ص ٨٣» والفتاوى الهندية «ج ٣ ص ١٢».

(٢) راجع باب البيع الفاسد في كتاب البيع من الهداية وغيرها.

وأما إذا ظهر بعض الثمر ولم يظهر معه البعض الآخر، وكان هذا الثمر مما تتلاحق أفراده في الظهور، فإنه يصح بيع الجميع، ويكون ما لم يظهر منه، لأن العرف جرى بذلك، وقيل: لا يجوز بيعه إلا إذا ظهر كله، وهو ظاهر المذهب، ورجح صاحب الفتح الأول اتباعا للعرف^(١).

ثانيا - يشترط لصحته فيه ثلاثة شروط:

(١) أن يكون متدور التسليم.

(٢) أن يكون معلوما، وعلمه يكون بالإشارة إليه إذا كان في مجلس العاقدين أو قريبا تمكن الإشارة إليه، وبيان صفاته التي تميزه من غيره إن لم تمكن الإشارة إليه، ويكفى عن هذا كله أن يكون معلوما للمشتري قبل العقد.

والجهالة المفسدة هي الجهالة الفاحشة التي تنفذ إلى نزاع كما في بيع شاة من قطع، أما الجهالة اليسيرة فلا تفسد لأنها ترتفع عند الرؤية ولا تنفذ إلى النزاع لثبوت خيار الرؤية عند عدم الرضا، وذلك كما إذا باعه ما في داره من الحبوب أو ما في سنفه هذه من التفاح فإن البيع في هذه الحال صحيح، وللمشتري خيار الرؤية.

(٣) أن تكون معاوضته بغيره مفيدة.

وعلى ذلك فلا يصح بيع طير في الهواء بعد انقضائه وطيرانه إذا لم يكن من عادته الرجوع، لعدم القدرة على تسليمه، ولا بيع شاة من هذا القطيع لجهالتها، ولا بيع كتاب بآخر مثله في كل شيء لعدم الفائدة، والعقد في هذه الصورة فاسد لتعلق هذه الشروط بصحة العقد دون انعقاده.

ثالثا - يشترط لثبوتها فيه:

ألا يتعلق به حق لغير عاقديه، فإن تعلق به حق لغيرهما كما لو كان رهنا أو عينا مستأجرة، كان العقد صحيحا موقوفا على إجازة المرتهن أو المستأجر، أو سنوط حقهما، فإذا أجازاه صاحب الحق منهما نفذ، وكذلك إذا سنط حقه، بأن استوفى المرتهن دينه أو برئ المدين منه، أو مضت مدة الإجازة أو انقضت

(١) راجع البداية والفتح ج ٦ ص ٤١ وما بعدها.

(بالنسبة للمستأجر) . فإن لم يوجد شيء من ذلك لم يكن للمرتهن ولا للمستأجر ولا للبائع رهننا أو مؤجرا فسخه، وإنما يجوز للمشتري في هذه الحال عند الطرفين أن يفسخه، سواء أقدم على الشراء وهو عالم بالرهن والإجارة أم أقدم عليه وهو غير عالم بهما. وقال أبو يوسف: إن أقدم وهو عالم لم يكن له حق الفسخ، ووجب أن ينتظر حتى تنتهي مدة الإجارة أو يقضى الدين، وإلا كان له الحق في أن يفسخ، ومن هذا يتبين أن هذا الشرط يتعلق بنفاذ العقد^(١).

خيار التعيين: ذكرنا أنه يشترط في المبيع أن يكون معلوما، وأن يبيع المجهول جهالة تفضى إلى نزاع فاسد، كأن يبيع إنسان شاة غير معينة من قطيعه، وإلى هذا ذهب أحمد بن حنبل والشافعي وزفر، قل القطيع أو كثر، لأنه يبيع يؤدي إلى الغرر.

وذهب الحنفية إلى أن يبيع واحد من اثنين أو ثلاثة صحيح استحسانا، لمساس الحاجة إليه وجريان العرف به، دون أن يؤدي إلى منازعة، فإن من الناس من لا يغشى الأسواق ويحتاج إلى أن تنقل السلع ليختار منها ما يرغب فيه، وقد لا يرضى البائع بذلك إلا إذا وثق من يبيع سلعة من سلعه، فجاز لذلك أن يكون المبيع سلعة من سلع تنقل إلى المشتري أو إلى من يرى المشتري أخذ رأيه لكي يختار من بينها، وفي الثلاثة سداد لتلك الحاجة، إذ يمكن فيها الجيد والوسط والردىء. فوجب عدم تجاوزها، وجاز لذلك أن يشتري الإنسان واحدا من اثنين أو ثلاثة، على أن يكون له الحق في تعيينه، واغتفر مافى هذا من جهالة لأنها لا تؤدي إلى منازعة، وهذا ما يسمى بخيار التعيين، ومن ذلك يتبين أنه لا يثبت إلا بالشرط.

شروطه: إذ اقترن عقد البيع بهذا الخيار لم يكن صحيحا إلا بتوافر ثلاثة شروط:

الأول - أن يكون المبيع واحدا من ثلاثة أو اثنين، كأن يشتري شخص ثوبا من هذه الأثواب الثلاثة على أن يكون له اختيار أحدها. فإذا اشترى ثوبا من أربعة على أن يكون له اختيار أحدها، كان العقد فاسدا للجهالة.

الثاني - أن تتفاوت هذه الأعيان الثلاثة التي سيكون منها الاختيار في

(١) فتح القدير ج ٥ ص ١٨٥ والهندي ج ٣ ص ١١٠.

أوصافها وأن يبين ثمن كل عين منها، حتى يكون للتخيير بينها فائدة، وحتى إذا اختار المشتري إحداهما كان على بينة من ثمنها، لأنها أصبحت المبيعة، فإذا تساوت الأعيان الثلاث في الأوصاف والمزايا فسد البيع، لاقتصرته بشرط لا حاجة إليه، وهو أن له أن يختار عينا منها، ولذا لم يصح اشتراطه في مثلي من نوع واحد^(١)، وإذا لم يبين ثمن كل عين منها فسد أيضا لما في ذلك من جهالة تفضي إلى المنازعة.

الثالث - أن يوقت هذا الخيار بمدة معلومة، وألا تتجاوز هذه المدة ثلاثة أيام، عند الإمام خلافا لصاحبيه، وذلك لشبهه بخيار الشرط عندهم، وذهب بعض العلماء إلى عدم اشتراط توقيته لثبوت أثر العقد معه في عين غير معينة للمشتري تعيينها، وليس للتوقيت مع ذلك فائدة، لأن الوقت إذا مضى لم يترتب على مضيه تعيين المبيع، ويبقى الحال بعده على ما كان عليه من قبل، ولا يقال: لماذا لا تكون فائدة التوقيت أن يجبر المشتري عند انتهاء الوقت على التعيين؟ ذلك لأنه لا وسيلة إلى حمله على ذلك إذا ما طلب منه فامتنع^(٢). وهذا بخلاف خيار الشرط فإن فائدة التوقيت فيه ظاهرة.

الرابع - أن يشترط معه خيار الشرط. مثال ذلك أن يقول البائع مثلا: بعثك أحد هذين الثوبين على أن تختار أيهما شئت وعلى أنك بالخيار ثلاثة أيام، وثمان هذا الثوب كذا وثمان الثوب الآخر كذا، فإذا قبل المشتري كان له أن يختار أحد الثوبين بمقتضى خيار التعيين، وإذا اختاره قبل مضى ثلاثة أيام من وقت العقد كان له فيه خيار الشرط إلى انتهاء الأيام الثلاثة، فإن شاء أمضى البيع فيها، وإن شاء فسخ فرد الثوبين جميعا. وذلك مقتضى خيار الشرط. فإن مضى على العقد ثلاثة أيام ولم يعين أحدهما انتهى خيار الشرط ووجب عليه أن يعين المبيع، وليس له ردهما جميعا. وهذا ما جاء في الجامع الصغير وصححه بعض العلماء، وعلى هذا القول لا يحتاج إلى اشتراط التوقيت في خيار التعيين، لأن توقيت خيار الشرط مغن عنه.

وجاء في الجامع الكبير والمبسوط أنه ليس من اللازم اشتراط خيار الشرط مع

(١) قد تدعو الحاجة إلى نقل عدد من مثلي إلى حيث يختار المبيع منه ويكون الثمن واحدا، وفي ذلك عرف جار، فكيف يعد مثل هذا البيع فاسدا وليس فيه أى ضرر ولا أى غرر؟ وإذا جاز في مستفاد نكف لايجوز في مثلي؟ ذلك محل نظر.

(٢) أقول: قد تكون فائدة التوقيت: إعطاء البائع الحق في مطالبة المشتري قضاء برد ما لم يختره إذا كان المشتري قد تسلم.

خيار التعيين، وصححه كثير من العلماء، وقال الكمال: إنه الأصح، وعلى هذا يشترط فيه التوقيت منعا للإضرار بالبائع، قال الكمال: وعلى هذا إذا اشترط للمشتري معه خيار الشرط كان له حق التعيين عند انتهاء خيار الشرط بلزوم العقد، وكان له ذلك الحق في ثلاثة أيام من ذلك الوقت، فإذا اشترى شخص أحد هذين الكتابين على أن له تعيين أحدهما، وعلى أنه بالخيار ثلاثة أيام فأمضى البيع بعد يوم أو يومين، أو مضت الثلاثة دون أي بيان. كان له حق تعيين المبيع من الوقت الذي صار فيه العقد لازما بسقوط خيار الشرط ويكون له ذلك في ثلاثة أيام من ذلك الوقت.

لمن يثبت وفيه يثبت؟ ويثبت خيار التعيين للمشتري كما تقدم، واختلف في ثبوته للبائع، فقيل لا يثبت، ورجحه صاحب الفتح، لعدم الحاجة الماسة إلى ذلك، وقيل يثبت له أيضا، وبه قال الكرخي، لأنه قد يحتاج البائع إليه إذا باع قبل أن يرى، فيبيع أحد الكتابين لشخص على أن له أن يعين أحدهما مبيعا.

ويثبت في عقد البيع، وفيما يثول إلى أن يكون يبيعا كالهبة بشرط العوض فإنها بيع انتهاء، وكالصلح على عين، فإنه يعتبر يبيعا لتلك العين.

أثره في العقد: إذا كان للمشتري خيار التعيين لم يمنع ثبوت ذلك الخيار، أن يمتلك بالعقد عينا غير معينة من الأعيان الثلاثة مثلا، وبمقتضى ذلك الخيار يملك أن يعيتها، ويرى الكرخي أن هذه الملكية غير لازمة، وأن العقد في هذه الحال غير لازم، فله أن يفسخه فلا يختار شيئا، لأنه يرى أن خيار التعيين بمنزلة خيار الشرط. وعلى ذلك فلا يصح أن يشترط معه خيار الشرط؛ لأنه لا يدخل إلا العقود اللازمة كما قدمنا حتى يكون منيذا، ولكن جاء في كتب ظاهر الرواية: أن اشتراط خيار الشرط معه صحيح، وذلك دليل على أن قول الكرخي يخالف ظاهر الرواية وأن ظاهر الرواية أن عقد البيع مع ثبوت خيار التعيين فيه عقد لازم، ويجب على من ثبت له الخيار فيه أن يختار عينا من الأعيان الثلاث أو من العينين. ولا يملك فسخ البيع ورد الجميع إلا إذا كان قد اشترط لنفسه خيار الشرط فيرد الجميع حينئذ بمقتضاه، فلو لم يرد حينئذ حتى توفي لم يكن لوارثه الشرط كما تقدم لأنه لا ينتقل إلى الوارث، وإنما يكون له خيار التعيين فقط نتيجة لاختلاط ماله الموروث له بمال غيره، فكان عليه أن يختار تمييزا للملكه وليس له أن يرد الجميع، وهذا ما يريده بعض الفقهاء بقولهم: إن خيار التعيين يورث.

ماينتهى به : وينتهى هذا الخيار باختيار عين مما خير فيه . وقد يكون ذلك الاختيار صريحا كما إذا قال: اخترت هذه العين أو مافى معناه، وقد يكون دلالة كما إذا تصرف فى عين مما خير فيه تصرفا لا يكون إلا من مالك . كأن يكون ثوبا فيخطه أو طعاما فيأكله أو يبيعه، وكذلك ينتهى بهلاك عين مما خير فيه عند المشتري، ذلك لأن المشتري إذا قبض جميع الأعيان ليختار منها كانت يده على غير مائلك بالعقد يد أمانة، وعليه أن يرده إلى مالكه، فإذا هلكت عين منها استحال ردها لهلاكها، فتعين لذلك أن تكون مبيعا، ووجب عليه رد ماعداها على أنه أمانة^(١).

خيار فوات الوصف : إذا اشترط المشتري فى المبيع صفة مرغوبا فيها فظهر له بعد أن تم العقد أن المبيع خال منها كان له الخيار، فإن شاء فسخ البيع وإن شاء أخذ المبيع بكل الثمن دون نقص منه نظير مافات من وصف ، وذلك كما إذا اشترى كتابا على أنه مطبوع فى الطبعة الأميرية فظهر أنه مطبوع فى مطبعة أخرى لاتعنى بالضبط، فإن حدث ما يمنع الرد كما إذا تعيب الكتاب فى يده فإنه يقوم مع الوصف المرغوب فيه ثم يقوم بدونه وتنسب القيمتان إحداهما إلى الأخرى، وعلى أساس هذه النسبة يرجع المشتري على البائع فإن كانت قيمته بدون الوصف ثلاثة أرباع قيمته مع الوصف رجع بربع الثمن وهكذا، ويبطل هذا الخيار بتصرف المشتري فى المبيع تصرف الملاك^(٢)، ويثبت للوارث، لأنه فى معنى خيار العيب.

خيار تفريق الصفقة : إذا استحق بعض المبيع قبل قبضه كله بطل البيع فى القدر المستحق، وكان للمشتري الخيار فى الباقي، إن شاء أخذه بحصته من الثمن^(٣) وإن شاء فسخ العقد فيه لتفريق الصفقة عليه، ولا فرق فى ذلك بين أن يكون هذا الاستحقاق قد ترتب عليه عيب فى الباقي أو لا^(٤) أما إذا استحق بعد قبضه

(١) إذا هلك الجميع مما لزمه نصف ثمن كل منهما إن كانا عينين لعدم استطاعة تعيين الأمانة منهما فيجب عليه للبائع نصف ثمن الاثنين، فإن كان التخير فى ثلاثة، وقد هلكت معا كان عليه للبائع ثلث ثمنها جميعا وضاع على البائع الثلثان بحكم الأمانة.

(٢) وعند ذلك يمتنع على المشتري أن يرجع بالنقصان لرضاء بالمبيع دلالة كما هو ظاهر.

(٣) لبيان معرفة حصته تسع الطريقة التى شرحت آنفا فى خيار فوات الوصف . راجع رد المحتار ج٤

ص ١١٠.

(٤) ومثل ذلك فى الحكم ما إذا هلك بعض المبيع قبل قبضه سواء أكان الهلاك بأفة سماوية، أو بفعل المبيع أو بفعل البائع فإن كان ذلك بفعل أجنبى كان له إمضاء البيع فى كل المبيع والرجوع على الأجنبى أو الفسخ.

رد المحتار ج٤ ص ١٥١.

كله فإن البيع يبطل أيضا في القدر المستحق ثم ينظر إلى الباقي منه، فإن أورث هذا الاستحقاق عيب فيه كان للمشتري الخيار السابق، وإن لم يورث فيه عيب لم يكن له خيار لتمام الصفقة فيه، ووجب عليه أن يأخذه بحصته من الثمن، كما إذا كان المبيع ثوبين فاستحق أحدهما بعد قبضهما أو مقدارا من الحبوب، فاستحق بعضه بعد تسلمه جميعه، فإن المشتري يلزمه أخذ الباقي بحصته من الثمن.

تقدير المبيع والخطأ: ذكرنا أن المبيع قد يعلم بالإشارة إليه عند البيع إن أمكن ذلك، وقد يعلم بوصفه وصفا يتميز به من غيره، وعلى هذا الأساس يباع، وقد يقتصر في التعريف به على ذلك فلا يقدر، وقد يقدره البائع مع ذلك، فإذا لم يقدره لم يتصور بعد ذلك وجود خطأ في تقديره، كأن يبيع شخص هذه الدار بكذا، أو الأرض التي تحد بكيت وكيت بكذا، أو هذه الصبرة من القمح بكذا أو هذا الثوب من القماش بكذا، أو هذا القطيع من البقر أو الغنم بكذا. أو هذا المقدار من السمك أو من العنب بكذا، وما أشبه ذلك، وفي كل هذه الصور البيع صحيح على أية حال كان مقدار المبيع، وليس للمشتري أن يقول ظننت أن المبيع يبلغ كيت وكيت فوجدته أقل من ذلك، لأنه ظنه لنفسه، وخطؤه فيه واقع عليه. مادام ثمن المبيع كله قد بين جملة واحدة.

فإن بين ثمنه بذكر ثمن الواحد منه فقط. كان يبيع هذه الأرض كل متر مربع منها بجنيه، أو هذه الصبرة من البر كل أردب منها بجنيهين أو هذا المقدار من البيض أو من المساجو كل بيضة بكذا أو كل منجاة بكذا، فإن البيع يصح في الواحد فقط عند أبي حنيفة، ولا يصح فيما عداه لجهالة كل من الثمن والمبيع، ولكن إذا عرف مقدار المبيع في المجلس ارتفع النساد وصح البيع فيه، وكان للمشتري الخيار عند ذلك، فقد لا يستطيع دفع الثمن جميعه، وقد لا يكون به حاجة إلى المبيع، وذهب الصاحبان إلى أن البيع صحيح لازم في كل المبيع؛ لأن الجهالة القائمة غير مفضية إلى النزاع، لإمكان رفعها.

وإذا قدر المبيع في عقد البيع، فتحت ذلك صورتان: الأولى - أن يبين ثمنه بذكر ثمن الواحد منه. الثانية - أن يبين ثمنه كله جملة واحدة.

ففى الحال الأولى - إذا ظهر المبيع كما قدر صح البيع ولزم، كأن يبيع شخص لآخر هذه القطعة من الأرض على أنها ألف متر مربع كل متر بجنيه فتوجد كذلك. وإذا ظهر المبيع ناقصا عما قدر به، فوجدت الأرض فى المثال السابق أقل من ألف متر اعتبر ذلك المنتص عيبا فيه، لأن المشتري قد لا يكون راغبا فيه إلا على أساس ما بين له من قدر، وإذن يكون مخيرا بين أن يأخذ المبيع بحصته من الثمن، وأن يترك ويفسخ البيع، لافرق بين مبيع يضره التبعض ومبيع لا يضره ذلك، ولا بين مبيع تتفاوت أحاده ومبيع لا تتفاوت.

وإذا ظهر المبيع زائدا عما قدر به، فإن كان متفاوت الأحاد فى القيمة فسد البيع، لإفضاء ذلك إلى النزاع، ومثاله أن يبيع شخص لآخر هذا القطع من الغنم على أنه مائة شاة كل شاة بثلاثة جنيهات، فيظهر أنه مائة شاة وشاة أو أكثر، فإن المشتري فى هذه الحال إذا رد الزائد عمد إلى الأقل قيمة فأراد رده إلى البائع، والبائع لا يرضى إلا أن يستبقى له الأكثر قيمة، وذلك ما يفسد به البيع لجهالة المبيع عند ذلك جهالة تؤدي إلى النزاع، وإن كان المبيع غير متفاوت الأحاد ولا يضره التبعض برد الزائد إلى البائع، مثاله أن يبيع شخص لآخر هذه الصبيرة من البر على أنها مائة أردب كل أردب بجنيهين فيظهر أنها أكثر من مائة أردب، فعند ذلك يرد الزائد إلى البائع ويأخذ المشتري منها مائة بثمانها، وإن ضره التبعض خير المشتري بين فسح البيع وبين أخذ المبيع جميعه بما يخصه من الثمن، مثاله، أن يبيع شخص هذه الأرض على أنها ألف متر مربع، كل متر بجنيه فيظهر أنها ألف متر ومتران، فإن شاء المشتري أخذها بألف جنيه وجنيهين وإن شاء فسح لغوات الوصف الذى تم عليه العقد وهى أنها ألف متر فقط.

وفى الحالة الثانية - إذا ظهر المبيع كما قدر أو ظهر زائدا، فالحكم كما ذكرنا فى الحالة الأولى إلا فى حالة واحدة، وهى زيادة المبيع الذى تتمثل أحاده ويضره التبعض، فإن المشتري هنا لا يخير ولكن يأخذ المبيع الزائد بنفس الثمن المسمى دون زيادة، ولا يلتفت لاعتراض البائع، لأن القدر حينئذ وصف لا يقابله شىء من الثمن، وعلى ذلك يكون الحكم فى المسائل الآتية كما يأتى:

(1) إذا باع شخص لآخر هذا الفص من الماس على أنه خمسة قواريط بكذا، فوجده كذلك لزم البيع.

(ب) إذا باع شخص هذا القطيع من البقر على أنه مائة بقرة بألف جنيه فوجده مائة وبقرة فسد البيع.

(ج) إذا باع شخص هذا الدن من الزيت على أنه مائة أقة بعشرين جنيها، فوجده مائة أقة وخمسا رد إلى البائع خمس أقات منه.

وفى هذه المسائل الثلاث، نجد أن الحكم فيها لا يختلف إذا ما عدل عن بيان ثمن الجملة إلى بيان ثمن الواحد.

(د) إذا باع شخص هذه الأرض على أنها ألف متر مربع بألف جنيه، فوجدت ألف متر ومترين، أخذها المشتري بألف جنيه، وليس للبائع أن يعترض. وهذه حالة الاختلاف التي أشرنا إليها. فإن هذه الأرض تؤخذ في الحال بألف وجنيهاين.

وإذا ظهر المبيع ناقصا عما قدر به، فإن كانت آحاده متفاوتة القيمة، فسد البيع كأن يبيع شخص هذا القطيع من الغنم على أنه مائة شاة بثلاثمائة جنيه، فيظهر أنه ٩٥ شاة، إذ لا يمكن حينئذ نقص الثمن على حساب هذا النقص من العدد، لتفاوت الآحاد قيمة، فيكون الثمن مجهولا، وإذا جهل الثمن فسد البيع، ولا يتأتى أن يجعل الثمن المذكور في العقد ثمنا لما وجد من المبيع لظهوره ناقصا في الكمية، لأن ما نقص مقابل ببعض الثمن^(١).

وإن كان غير متفاوت الآحاد وكان لا يضره التبعض خير المشتري بين فسخ العقد وبين أن يأخذ الموجود بحصته من الثمن، لإمكان قسمة الثمن حينئذ على جملة الآحاد لعدم تفاوتها قيمة، وذلك كأن يبيع شخص هذا الدن من الزيت على أنه مائة أقة بعشرين جنيها، فيظهر أنه ثمانون فقط، فإن المشتري يخير بين فسخ العقد وأن يأخذ الثمانين بسة عشر جنيها «حصتها من الثمن»^(٢).

وإن كان مما يضره التبعض خير المشتري فإن شاء فسخ البيع وإن شاء أخذ الموجود بكل الثمن، كما إذا باع شخص لآخر هذا الثوب من الجوخ على أنه

(١) وبذلك اختلف هذا الحكم عنه في الحال الأولى: لأنه أمكن فيها - وقد جعل الثمن لكل رحلة - أن يؤخذ ما وجد بثمن كل رحلة مكرر بعدد الموجود إن أراد المشتري.

(٢) وجعل للمشتري الخيار بسبب ما وجد من نقص في البيع وهو عيب في نظره.

عشرة أمتار بعشرة جنيهات فوجده تسعة أمتار، فإن المشتري يخير بين أن يأخذ التسعة بعشرة جنيهات، وبين أن يفسخ البيع، لأن نقص الميع عيب، والفرق بين هذه وما قبلها أن القدر فيما يضره التبعض يعتبر وصفاً، فلا يقابله شيء من الثمن، وفيما لا يضره التبعض يعتبر أصلاً فينقسم الثمن على أجزائه.

معاوضة المثل بالمثل: غير أنه يجب مع ما تقدم عند بيع المكيلات بمكيل أو الموزونات بموزون عدم التفاوت في البديلين ماداماً من جنس واحد، كبيع البر بالبر، والشعير بالشعير والتمر بالتمر، والأرز بالأرز، والذهب بالذهب، والفضة بالفضة، ولا ينظر في ذلك إلى اختلافه في الجودة والأوصاف، ولا إلى ما يكون في أحدهما من صنعة وذلك تجنباً لربا الفضل^(١)، لأنه حرام، وعليه لا يصح بيع أردب من القمح بأردب وربع من قمح آخر، ولا بيع مصاغ من الذهب بأكثر منه وزناً من النقود الذهبية وهكذا، ثم لا بد مع هذا من تقايض البديلين في مجلس العقد تجنباً لربا النساء كذلك، وهو ربا التأجيل. غير أن البديلين إذا كانا نقدين وجب أن يكون التقايض في المجلس يدا بيد، وإن كانا مكيلين أو موزونين اكتفى بتعيين البديلين تعييناً شخصياً في المجلس وإن لم يتم فيه تقايض.

فإذا اختلف البدلان جناً كأن يباع القمح بالأرز والذهب بالفضة لم يلزم تساويهما مقدارا ولزم التقايض في المجلس على المعنى الذي ذكرناه، وذلك لقوله ﷺ «الذهب بالذهب، والفضة بالفضة، والبر بالبر، والشعير بالشعير، والتمر بالتمر، والملح بالملح، مثلاً بمثل، سواء بسواء، يدا بيد، فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم إذا كان يدا بيد»^(٢).

عقد الصرف: وبيع الذهب بالذهب والفضة بالفضة، وكذلك بيع أحدهما بالآخر يسمى صرفاً، ولا بد فيه كما علمت من التقايض في المجلس، اتحد الجنس أو اختلف، وعند الاتحاد يجب مع التقايض التساوي وزناً، ولا اعتبار بالصنعة فيهما، خلافاً لغيرهما من الموزونات، إذ تعتبر الصنعة فيها إذا أخرجها العرف من

(١) ربا الفضل هو فضل مال لا يقابله عرض في معارضة مالية.

(٢) ومن الحديث يتبين أن المعدود والنزوع ليسا من الأموال الربوية التي يشترط فيها التساوي في العوضين عند اتحاد الجنس، ولا التقايض في المجلس إذ لم يرد لها ذكر في الحديث، راجع فتح القدير ج ٥ ص ٢٧٤.

الموزونات بسبب وجودها، فإذا بيع إناء من نحاس بنقود نحاسية صح البيع مع وجود التفاضل، إذا كان أساس بيع هذا الإناء عدم الوزن في العرف.

ما يدخل في البيع تبعاً: يدخل في البيع تبعاً للمبيع بدون حاجة إلى ذكره في العقد ما يأتي:

(١) كل ماجرى العرف بدخوله مع المبيع بدون ذكره، فإذا بيعت الدار دخل علوها ومصاريع أبوابها ومفاتيح حجراتها، وإذا بيع قفل دخل في البيع مفتاحه، وإذا بيعت سيارة شمل البيع ما فيها من الكاوتشوك.

(٢) كل ما كان متصلاً بالمبيع اتصال قرار - وذلك بأن يوضع فيه على ألا يفصل منه - كالبناء والشجر عند بيع الأرض، والأقفال المثبتة في الأبواب، والرفوف المثبتة في الجدر والدواليب المتقرة فيها؛ والأسلاك الكهربائية وأنابيب الماء عند بيع الدار.

وأما ماعدا القسمين السابقين فإنه إذا كان حقاً من حقوق المبيع كالطريق الخاص والمسيل الخاص فإنه يدخل في البيع إذا بيع المبيع بكل حقوقه أو بكل مرافقه أو توابعه، وإلا لم يدخل إلا إذا نص عليه في العقد صراحة.

وإن لم يكن حقاً من حقوق المبيع، لم يشمله العقد إلا بالنص عليه فيه صراحة، وعلى ذلك فلا يدخل الزرع عند بيع الأرض ولا الثمر عند بيع الشجر ولا البذر عند بيع الأرض إذا وضع فيها ولم يثبت إلا بالنص على ذلك في العقد. فإذا نبت البذر ولما يصر له قيمة اختلف الرأي فيه، فقيل يدخل تبعاً بلا نص لأنه لا قيمة له وقيل لا يدخل لأنه صار زرعاً.

تلف التابع للمبيع: وكل ما يدخل في البيع تبعاً بدون النص عليه عند التعاقد إذا تلف قبل التسليم لا يترتب على تلفه نقص الثمن لأنه تابع، وإنما يخير المشتري بين الفسخ والأخذ بكل الثمن، لاعتبار ذلك عيباً لحق المبيع قبل تسليمه. وأما ماعداه فجزء من المبيع، حكمه إذا تلف حكم بعض المبيع إذا تلف.

زيادة المبيع عند البائع وهلاكها: إذا نما المبيع بعد العقد وقبل التسليم كان نماؤه للمشتري لأنه نماء ملكه، فإذا اشترى شجراً فأثمر كان الثمر له وكان في يد

البائع أمانة، فإن هلك بلا تعدد كأن أصابته آفة فأتلفته لم يضمن البائع ولم يكن للمشتري خيار. وإن تعدى عليه البائع فأتلفه كان له حصة من الثمن، وتقدر بقسمة الثمن قسمة تناسبية يراعى فيها نسبة قيمة الثمرة عند استهلاكها إلى قيمة الأصل عند شرائه، ولأخيار للمشتري في هذه الحال عند الإمام، وقال الصحابان: له الخيار بين أن يأخذ الأصل بحصته من الثمن كما بينا وبين أن يفسخ البيع؛ لأن البائع يتعديه على الثمرة بإتلافها يعتبر أنه قد أحدث بالمبيع عيناً يجعل للمشتري حق الفسخ^(١).

هلاك المبيع فسي يد البائع: يعتبر المبيع قبل تسليمه للمشتري في ضمان البائع، فإذا هلك في يده هلك عليه من ماله، ما لم يكن ذلك بتعد من المشتري، فإن المشتري يعتبر بذلك متسلماً له.

وبناء على ذلك إذا هلك بعض المبيع في يد البائع قبل تسليمه إلى المشتري بطل فيه البيع، سواء أكان ذلك بتعد من البائع أم بآفة سماوية، وكان للمشتري الخيار في فسخ البيع وفي أخذ الباقي بحصته من الثمن^(٢)، ومثل ذلك في الحكم ما إذا استحق.

وإن كان هلاك البعض بفعل المشتري كان ضمانه عليه واعتبر متسلماً له وليس له في هذه الحال أن يفسخ البيع.

وإن كان بفعل أجنبي كان للمشتري الخيار بين أن يمضى البيع ويضمن المتعدى قيمة ما أتلف وبين أن يفسخ البيع لحدوث العيب في يد البائع.

وإذا هلك المبيع كله في يده قبل تسليمه بطل البيع إذا كان الهلاك بآفة سماوية أو بفعل البائع أو بفعل المبيع نفسه، ويجب على البائع في هذه الحال أن يرد الثمن إلى المشتري إن كان قد قبضه، وإن هلك بفعل المشتري اعتبر ذلك تسليماً، وسلم الثمن للبائع. وإن هلك بفعل أجنبي خير المشتري بين فسخ البيع واسترداد الثمن إن كان قد أداه وبين إمضاء البيع والرجوع على الأجنبي بقيمته وقت تعديه^(٣).

(١) راجع الفتاوى الهندية ج ٣ ص ٣٥.

(٢) الهندية ج ٣ ص ٢٤، ٢٥، ٢٧.

(٣) رد المحتار ج ٤ ص ٤٧.

تصرف المشتري في المبيع قبل قبضه: إذا كان المبيع منقولاً لم يجز للمشتري أن يتصرف فيه بالبيع أو بالإجارة قبل أن يقبضه إذ من الجائز أن يتلف قبل تسليمه فيبطل لذلك البيع ويؤدى ذلك إلى الغرر بالمشتري الجديد أو المستأجر، ولكن يجوز له أن يهبه أو يقرضه أو يرهنه لغير البائع^(١) عند محمد وهو الأصح خلافاً لأبي يوسف، ويقوم قبض الموهوب له أو المقرض أو المرتهن حيثئذ مقام قبض المشتري^(٢). وإذا كان عقاراً جاز له أن يتصرف فيه بالبيع والهبة قبل التسليم^(٣) لأن هلاك العقار غير محتمل، وهذا عند الشيخين. وقال محمد: لا يصح التصرف فيه أيضاً بالبيع دون الهبة قبل تسليمه، وهو رأى الشافعى ومالك: لورود الحديث بالنهي عن ذلك من غير تقييد بعقار أو منقول وهو قوله ﷺ لحكيم بن حزام «إذا اشتريت شيئاً فلا تبعه حتى تقبضه» والآخرون يقيدونه بالمنقول لورود النص عليه في أحاديث أخرى في نفس الموضوع.

الزيادة في المبيع: للبائع أن يزيد في المبيع بعد تمام البيع ولو كانت هذه الزيادة بعد تلف المبيع، ولا تلزم إلا إذا قبلها المشتري في مجلس الزيادة وعندئذ تلتحق بأصل العقد فيكون لها حصة من الثمن تقابلها^(٤).

الثمن

التعريف بالثمن وبالقيمة: الثمن ما تراضى عليه المتبايعان ليكون ثمناً للبيع في عقد البيع، وهو خلاف القيمة، إذ إنها ما يقوم به المبيع في السوق أو ما يوزن به ما فى المبيع من مالية، وقد يزيد عنها الثمن، وقد يساويها وقد ينقص عنها؛ لأن مقداره يزيد وينقص حسب ما تراضى عليه المتبايعان.

(١) إذا باعه لبايعه أو رهبه لم يصح، وإذا رهنه له فسح البيع. هندية «ج ٣ ص ١٣» وراجع الدر المختار وحاشية ابن عابدين عليه «ج ٣ ص ١٨٣» وتقرير الرافعى «ج ٢ ص ١٥٧».

(٢) كل تصرف يجوز بغير قبض إذا باشره المشتري في المبيع المنقول قبل قبضه لا يصح، وكل تصرف لا يتم إلا بالقبض إذا باشره المشتري قبل القبض يصح ويكون قبض المالك قبضاً عن المشتري.

(٣) إجارة العقار المبيع قبل قبضه لبايعه أو لغيره لا تجوز عند الكل، كما لا تجوز كذلك وقفه قبل قبضه. هندية «ج ٣ ص ١١٣».

(٤) ولا تجوز الزيادة في السلم فيه، ويجوز الخط منه لأنه دين. رد المحتار «ج ٤ ص ١٨٧».

وجود الثمن شرط في انعقاد البيع، فلا يتعقد بيع إشتراط فيه عدم الثمن. والعلم به شرط لصحته، فإذا باع بيتا بثمن مجهول كان البيع فاسدا، وكذلك إذا سكت المشتري عن الثمن.

ويكفى في العلم به الإشارة إليه إذا أمكن أن يشار إليه، بأن كان في مجلس العقد، فإن لم يكن كان علمه بوصفه وصفا يتبين به مقداره ويتميز به عما عداه، وعلى ذلك فإذا ذكر الثمن بنقود لا يعرف قيمتها أحد العاقدين كالدولار مثلا إذا كان مجهولا لأحدهما كان العقد فاسدا، ولكن يرتفع الفساد ببيان قيمته في المجلس والرضا به فيه.

وكذلك يفسد العقد إذا باع الشيء بقيمته «ولم بينها» أو بما يريد المشتري أو بما قام عليه به، أو بما اشتراه به أو بمثل ما اشتري به فلان، ولكن إذا عرف كل ذلك في مجلس العقد فرضيه المشتري ارتفع الفساد، وإذا باع بمثل ما يبيع الناس جاز إذا كان معروفا لانتفاوت فيه عادة كاللحم والخبز «الفتح ج ٥ ص ٨٣».

والجهالة المفسدة هي الجهالة الفاحشة، وهي التي تفضي إلى النزاع، أما الجهالة اليسيرة فغير مفسدة، وعلى هذا لو تباع اثان عينا بما في هذه العلة من النقود صح البيع إذا لم يعرف البائع كم فيها، ويثبت له عند معرفتها الخيار، ويسمى بخيار الكمية، فإن شاء أمضى بها، وإن شاء فسخ، ومثل ذلك ما لو اشترى شخص من آخر شيئا بملء هذا الإناء حبوبا، فإن للبائع أيضا الخيار عند رؤية الثمن بعد كيله ويسمى هذا بخيار كشف الحال.

تأجيل الثمن وتقسيطه: إذا خلا العقد من ذكر تأجيل الثمن أو تعجيله كان المدار على العرف، فإن قضى بالتأجيل أو بالتنجيم كان الأمر على ما يقضى؛ لأن المعروف عرفا كالمشروط في العقد، فإن لم يكن عرف اعتبر الثمن معجلا كله، وإذا أجل الثمن في العقد أو بعده تأجل^(١).

ولا يصح التأجيل في العقد إلا إلى زمن معلوم كيوم كذا أو أول سنة كذا، فإذا أجل إلى زمن مجهول جهالة فاحشة أو غير فاحشة، فسد العقد، كما إذا أجل

(١) راجع الدر المختار ورد المختار عليه ج ٤ ص ٢٦، ١٣٤، والمرجع السابق.

إلى يوم قدوم فلان أو إلى وقت نزول المطر، أو إلى زمن الحصاد. وأما إذا كان التأجيل بعد العقد فإنه يصح إذا كان إلى زمن معلوم أو مجهول جهالة يسيرة، كزمن الحصاد فإذا فحشت الجهالة لم يصح التأجيل كأن يؤجل إلى سنة نزول المطر^(١).

وكما يصح تأجيل الثمن يصح تنجييمه، فإذا اشترى الدار بألف جنيه منجمة على عشرة أقساط تدفع في مواعيد معينة صح الشرط ولزم، وإذا اشترط مع ذلك أن تأخير أى قسط تتعجل به بقية الأقساط صح الاشتراط^(٢).

ويتهى الأجل بحلول وقته إذا كان معنا كما إذا اشترى بثمان يدفعه فى يوم كذا، ثم جاء ذلك اليوم، فإن كان محدد المدة فقط كبسنة أو شهر، ابتدأت مدته من وقت سقوط الخيار إن كان فى العقد خيار لأحد العاقدين، فإن لم يشرط فيه خيار لأحدهما ابتدأت من وقت العقد إذا لم يمتنع البائع من تسليم المبيع إلى المشتري، فإن امتنع من تسليمه لم تبدئ إلا من وقت تسليمه^(٣).

ويحل الأجل بموت المدين وهو المشتري فى جميع الأحوال. ولا يجوز للبائع أن يطالب بالثمن قبل حلول أجله، وإذا حل فلم يدفع المشتري الثمن ولم يفسخ البيع، ويتوفى الثمن كما تتوفى سائر الديون.

خيار النقد : وإذا تم عقد البيع على أن المشتري إذا لم يدفع الثمن فى ثلاثة أيام فلا بيع، صح العقد والشرط استحساناً، فإن دفع المشتري الثمن فى المدة لزم البيع. وإن مضت المدة ولم يدفع ففسد البيع ولم يفسخ^(٤)، وخالف فى ذلك زفر، فقال: إنه شرط يفسد به البيع.

(١) إذا كانت جهالة الأجل مستتارة أى يسيرة وقد تضمنها العقد فإنها تفسده، ويرتفع هذا الفساد بإبطال المشتري هذا التأجيل قبل حلول الأجل وقبل نسخ العقد بسبب الفساد، وإذا لم يتضمنها العقد بل جاء هذا التأجيل بعد تمامه لم يفسد به العقد وصح التأجيل. أما الجهالة الفاحشة فتفسد العقد إذا تضمنها ويرتفع الفساد بارتفاعها فى مجلس العقد لا بعده. راجع الدر المختار ورد المحتار عليه فى الموضوعين السابقين.

(٢) الدر المختار ج ٤ ص ٢٦.

(٣) الدر المختار ج ٤ ص ٢٨، ومجمع الأنهر ج ٢ ص ٨، والهندي ج ٣ ص ١٥، وقال صاحبان: امتناع البائع من التسليم لا يؤخر ابتداء الأجل.

(٤) الدر المختار ورد المحتار عليه ج ٤ ص ٥٤، والزيلعي وحاشية الشلبى عليه ج ٤ ص ١٥.

والتقييد بالأيام الثلاثة رأى الإمام؛ لأنه يجعل هذا الخيار كخيار الشرط. وجوزه محمد إلى أية مدة يتفقان عليها^(١) دون أبي يوسف لأنه لا يقيه على خيار الشرط كما في المبوط.

تصرف البائع فى الثمن قبل قبضه: إذا كان الثمن عينا حاضرة جاز للبائع أن يتصرف فيه قبل قبضه، وعندئذ يعد تصرفه فيه قبضا له، فإذا باع دابة بهذه القناطير من القطن جاز له بعد تمام البيع أن يتصرف فى القطن بالبيع والهبة ونحوهما وإن لم يتسلمه، وإن كان الثمن دينا فى الذمة لم يجز للبائع أن يتصرف به إلا بالإبراء أو التملك للمشتري وهو المدين؛ لأن تملك الدين لغير من عليه دين غير جائز عند الحنفية، إلا إذا كان بالوصية له أو كان بعد توكيله إياه أولا بضمه، أما تملكه للمدين بأى عقد فيجوز، وإذن يصح أنه يهبه له أو أن يشتريه شيئا منه^(٢).

الزيادة فى الثمن والخط منه: للمشتري أن يزيد فى الثمن، ولو من غير جنسه فلتتحقق هذه الزيادة بالعقد، ويشترط فى لزومها بقاء المبيع وقبول البائع لها فى مجلسها، وعندئذ يكون الثمن مجموع الأصل والزيادة، وكذلك له أن يحط من الثمن وأن يتنازل عنه جميعه، (وقد علمت أن حط بعضه يظهر فى حق الشفيع، وأن التنازل عنه كله لا يظهر فى حقه)^(٣).

حبس المبيع لقبض الثمن: إذا اتفق المتبايعان على تأجيل الثمن كله فى العقد أو بعده لم يكن للبائع أن يحبس المبيع عن المشتري إلى أن يستوفى الثمن، بل يجب عليه تسليمه إلى المشتري بمجرد تمام العقد، وكذلك إذا بقى فى يده إلى أن حل الأجل لم يكن له حق حبسه لأن رضاه بالتأجيل يعد تنازلا عن حق حبسه. وإذا كان الثمن حالا كله أو بعضه كان للبائع أن يحبس المبيع عن المشتري

(١) من المسائل التى تشبه هذه المسألة أن يتم البيع بين المتبايعين على أن البائع إذا رد الثمن فى ثلاثة أيام فلا بيع بينهما، وفى هذه الحال يكون الخيار للبائع فإن شاء لم يرد الثمن ويلزم البيع بذلك وإن شاء رده وعند ذلك يفسد البيع. وقد ذهب بعض العلماء إلى القول بصحة ذلك لأنه فى معنى خيار الشرط للبائع، ولكن هذه الصورة من أفراد بيع الوفاء، وهذا الحكم هو أحد الأقوال فى بيع الوفاء. وستعلم أن أصحها هو القول بأن المتعقد به مع التسليم رهن، وعلى هذا القول لا يكون البيع على هذا الوجه صحيحا بل فاسدا.

(٢) الدر المختار ج ٤ ص ١٨٥.

(٣) الدر المختار ج ٤ ص ١٨٦.

حتى يتسلم الحال من الثمن (١) مادام لم يسلمه إلى المشتري، فإذا سلمه إليه سقط حقه في حبه فلا يسترده بعد ذلك ليحبسه حتى يؤدي إليه الثمن، ويجب أن يلاحظ أن حق البائع في الحبس لا يمنعه من مطالبة المشتري بأن يؤدي إليه الحال من الثمن، فإذا امتنع من أدائه كان له أن يسلك إلى استيفائه الطريق الذي شرحناه فيما سبق عند كلامنا على نزاع الملك لسداد الدين . وهاك بعض الأمثلة: *

إذا باع رجل منزلا لآخر بألف جنيه منها مائة حالة كان له أن يحبس المنزل حتى يقبض المائة الحالة، وليس له أن يحبسه إلى أن يقبض الباقي المؤجل، وهذا إذا لم يكن قد سلمه إلى المشتري، فإن سلمه إليه فقد سقط حقه في الحبس (٢).

وإذا تعدد المبيع في صفقة واحدة، جاز له حبسه كله حتى يقبض الحال من ثمن الجميع لافرق في ذلك بين حالة بين فيها ثمن كل مبيع، وحالة جعل فيها الثمن للجميع دفعة واحدة، فإذا باع إنسان دارا وسيارة وحديقة صفقة واحدة بثلاثة آلاف جنيه حالة منها خمسمائة للسيارة وألف للحديقة والباقي للدار، ودفع من ذلك كله ألفي جنيه كان للبائع حبس الدار والحديقة والسيارة حتى يقبض الألف الباقية، وقيل: يجب على البائع أن يسلم ما قبض ثمنه (٣).

ولا يسقط حق البائع في حبس المبيع إذا أعطاه المشتري رهنا بالثمن أو كفيلا به.

أما الحوالة فإن كانت من البائع على المشتري أسقطت حقه في الحبس، وإن كانت من المشتري ففي سقوطه بها خلاف، فإذا أحال البائع شخصا بالثمن على المشتري وقيل سقط حقه في الحبس، ولزم تسليم المبيع في الحال، ولكن إذا أحال المشتري البائع على آخر بالثمن فلا يسقط حقه في الحبس عند محمد خلافا لأبي يوسف، ووجه قول محمد: أن حقه في المطالبة بالثمن لا يزال باقيا بعد الحوالة فلا يسقط حقه في الحبس، ووجه قول أبي يوسف: أن دين البائع قد انتقل بالحوالة إلى شخص آخر غير المشتري هو المحال عليه، وإذن فلا حق له في حبس ملك المشتري عنه بعد أن أصبح غير مطالب بشيء من البائع (٤).

امتياز البائع عن سائر الغرماء: إذا لم يؤد المشتري ثمن المبيع فبيعت جميع أمواله «وفيها المبيع» لسداد ديونه - سواء أكان ذلك في حال حياته أم بعد وفاته - ففي ذلك حالتان:

(١) راجع البحر ج ٥ ص ٣٢١.

(٢) إذا تسلمه المشتري قبل أداء الحال من الثمن من غير إذن البائع كان للبائع أن يسترده ويحبسه.

(٣) رد المحتار ج ٤ ص ٤٧ والبائع ج ٥ ص ٢٥٠.

(٤) الهندية ج ٣ ص ١١٥.

الحال الأولى: أن يكون المبيع محبوسا لدى البائع بالثمن أو بيعه، ولم يسقط حقه في حبه، وفي هذه الحال يتقدم البائع سائر الغرماء بما كان المبيع محبوسا فيه بشرط ألا يتجاوز ما يبيع به المبيع، فإذا كان محبوسا بالثمن كله أو بجزء معين منه أعطى البائع أولا من ثمن المبيع الثمن كله أو الجزء المعين منه، وإن استنفده، فإن وفي فيها وإلا كان البائع أسوة الغرماء فيما يبقى له بعد ذلك. وهذا لأن حقه قد تعلق بعين المبيع تعلق الدين بالرهن وكان له حق حبه إلى أن يستوفيه منه فوجبت مراعاة ذلك.

الحال الثانية: أن يكون حق البائع في حبس المبيع لأجل الثمن قد سقط «إما بتسليمه وإما بتأجيله جميع الثمن»، وفي هذه الحال يكون البائع أسوة الغرماء لا يفضلهم، سواء أكان المبيع في يد البائع أم في يد المشتري أم في تركته إلى وقت بيعه، وذلك لأن حقه لم يتعلق بعين المبيع، ولذا لم يكن له حق حبه، وإذا توفى المشتري فقد توفى عن عين مملوكة له لم يتعلق بعينها حق بائعها، فتكون بين سائر الغرماء ومنهم البائع (١).

(١) ذلك ما ذهب إليه الحنفية، وذهب الشافعية إلى أن البائع له حق حبس المبيع حتى يقضى ما اتفق الطرفان على حلوله من الثمن «كله أو بعضه» وإذا ما خاف البائع فوته وله مع الحبس حق المطالبة بالثمن فإذا امتنع المشتري من الأداء أجبر عليه، فإن لم يؤد حتى أفلس أو مات كان للبائع حق فسخ العقد، وبذلك يرجع المبيع إلى ملكه لقوله **بَيِّنَةٌ** في خير أبي هريرة رضى الله عنه «أبما رجل أفلس أو مات فصاحب المتاع أحق بتماعه». وإن لم يخف فوته أجبره القاضى على التسليم وأجبر المشتري على الأداء، إن كان له مال حاضر في المجلس، فإن لم يكن له مال حاضر فيه وكان له مال غائب دون مسافة القصر حجب عليه القاضى في جميع أمواله حتى لا يتصرف فيها بما يضر البائع، وألزمه مع ذلك بالأداء، فإذا أدى ارتفع الحجر، وقيل لا يرتفع إلا إذا رفعه القاضى وإن كان له مال غائب مسافة القصر أو لم يكن له مال حجب عليه القاضى أيضا وكان للبائع عند ذلك فسخ البيع واسترداد المبيع، ولا يغير هذا الحكم أن يموت المشتري في هذه الحال مفلسا، أما إذا مات وهو ملىء فإن الوارث يجبر على الأداء ولا يكون للبائع حق الفسخ (راجع نهاية المحتاج ج ٤ ص ١٠١ - ١٠٣، ٣٢٥ وأسنى الطالب ج ٢ ص ٨٩، ١٩٤، ١٩٥، ومذهب أحمد لا يكاد يختلف عن ذلك. راجع كشاف القناع ج ٢ ص ٧٨، ٢١٠، ٢١٧) وقال ابن رشد في البداية، إذا حكم بإفلاس المشتري أو مات مفلسا، والمبيع في يده أو في تركته قفى ذلك أقوال:

الأول: أن البائع مخير بين فسخ البيع واسترداد الثمن وبين محاصة الغرماء، وبهذا أخذ الشافعى وأحمد وأبو ثور.

الثانى: ينظر إلى قيمة السلعة يوم الحكم بالتفليس فإن كانت أقل من الثمن خير البائع بين أخذها «بعد فسخه البيع». وبين محاصة الغرماء، وإن كانت مساوية أو أكثر فسخ واستردها إن أراد، وبه قال مالك وأصحابه. ومعنى ذلك أن له الخيار في الحالين غير أنه لا ينتظر منه اختيار محاصة الغرماء في الحال الثانية.

الثالث: تقوم السلعة يوم التفليس فإن كانت مساوية للثمن أو أقل قضى بها للبائع. وإن كانت أكثر دفع إليه مقدار ثمنه وضم الباقي إلى مال المفلس ليتحاص فيه الغرماء، وبه قال جماعة من أهل الأثر.

الرابع: البائع أسوة الغرماء في جميع الأحوال، وبه قال أبو حنيفة. ١. هـ. ج ٢ ص ٢٣٧. وفي الشرح الكبير للدردير: إذا أفلس المشتري أو مات مفلسا والبيع لا يزال في يد البائع فهو أحق به وله فسخ العقد، أما إذا كان في يد المشتري، فإن حكم بإفلاسه كان كذلك له حق فسخ العقد واسترد المبيع، وإن مات مفلسا لم يكن له فسخ العقد وكان أسوة الغرماء. ١. هـ. ج ٣ ص ٢٨٣، ٢٨٤، ٢٨٤.

تسلم البديلين في المبيع: يجب على المشتري أن يبدأ بتسليم الثمن أولا، ثم يتلو ذلك تسليم المبيع، وهذا إذا كان المبيع عرضا حاضرا غير غائب، والثمن نقدا وحالا، وليس للمشتري خيار، وعلة ذلك أن يتعين الثمن بتسليمه كما تعين المبيع بتعيينه في العقد (١).

فإن كان البدلان من العروض أو من النقود كان تسليمهما في وقت واحد تحقيقا للتساوى بين البديلين (٢).

ومثونة التسليم المتعلقة بالمبيع كأجرة الكيل والوزن والقياس يلزم بها البائع؛ لأن الواجب عليه بمقتضى العقد أن يسلم المبيع إلى المشتري في مكانه وقت العقد (٣) ما لم يشترط عليه المشتري أن يسلمه إليه في مكان معين، فإن اشترط عليه هذا لزم الشرط، وإن لم يشترط وجب عليه أن يتسلمه حيث هو، سواء أكان يعلم بمكانه أم لم يعلم، غير أنه إذا لم يكن يعلم بمكانه وقت التعاقد، ثم علم بعد ذلك كان له الخيار في العقد.

والمؤن المتعلقة بالثمن وتسليمه كعده ووزنه وكتابة سند البيع، وكذلك ماينفق في حمل المبيع إلى مخازن المشتري أو داره يلزم بها المشتري، لأن عليه أن يؤدي الثمن وأن يتسلم المبيع حيث وقت العقد كما ذكرنا (٤).

وتسليم المبيع يكون بأن يخلى البائع بينه وبين المشتري على وجه يتمكن المشتري من قبضه من غير حائل ولا مانع، وذلك يختلف باختلاف حال المبيع (٥)، فإن كان دارا فتسليمها يكون بدفع مفتاحها إليه وإن كانت قريبة، وإن كان منقولاً فتسليمه يكون بمناولته، أو بإذنه بأن يتناوله، وهكذا، وإن كان مكيلا أو موزونا فتسليمه يكون بذلك، وبكيل المبيع أو وزنه ووضع في أوعية المشتري. ولا يتم التسليم إلا إذا كان العقار أو المنقول غير مشغول بملك البائع، فإذا كان دارا مشغولة

(١) وإذا شرطا في العقد في هذه الحال أن يسلم المبيع قبل تسليم الثمن فالشرط فاسد مفد للعقد لأنه مخالف لمتنضاه ولأنه يتضمن تأجيلا مجهولا. فتح ج ٥ ص ٨٤.

(٢) الدر المختار ج ٤ ص ٤٦.

(٣) الهندية ج ٣ ص ٢٧.

(٤) الدر المختار ورد المختار ج ٤ ص ٤٦. والهندية ج ٣ ص ٢٧، ٢٨.

(٥) راجع رد المختار ج ٤ ص ٤٧ وما بعدها.

بأثاث البائع، أو مكتبة مشغولة بكتبه، فلا يتم التسليم إلا بعد تفرغ الدار والمكتبة، وإن كان المبيع شاغلا فتسليمه يتم بتسليمه مع ظرفه، وعلى الجملة فما يعده العرف تسليما يكون تسليما، وما لا يعده تسليما لا يعد تسليما.

وعلى ذلك إذا قبض المشتري المبيع على مرأى من البائع ولم يمنعه عد ذلك تسليما من البائع^(١)، سواء أكان قبل قبض الثمن أم بعده، فإن تسلمه المشتري بدون علم من البائع، وكان ذلك قبل أدائه الثمن لم يعتبر ذلك قبضا إلا إذا هلك أو تعيب عنده، وكان للبائع في هذه الحال أن يسترده لحبسه عنده حتى يقبض الثمن.

أحكام البيع

البيع إما باطل، وإما فاسد، وإما صحيح: فيكون باطلا إذا لم تتوافر فيه جميع شروط انعقاده، ويكون فاسدا إذا توافرت فيه شروط الانعقاد، ولم يتوافر فيه جميع شروط صحته، ويكون صحيحا إذا توافرت فيه جميع شروط انعقاده وصحته، وقد بينا هذه الشروط فيما مضى.

حكم البيع الباطل: هذا النوع من البيع لا يترتب عليه أى أثر لعدم انعقاده. وإذا قبض المشتري المبيع به ولم يملكه، وإن هلك عنده بلا تعد كان ضامنا له على أصح القولين^(٢). وهو قول الصحابين، وقال الإمام: لا ضمان عليه، لأنه قد قبضه بتسليم من بانه، فيكون فى يده أمانة، ووجه قولهما أن المشتري لم يقبضه نائبا عن مالكه، وإنما قبضه ليكون لنفسه، فلا يكون أدنى حالا من المقبوض على سوم الشراء، والمقبوض على سوم الشراء مضمون فيكون ذلك أيضا مضمونا^(٣).

حكم البيع الفاسد: لا يترتب على البيع الفاسد قبل قبض المبيع أى أثر، فليس لأحد العاقدين مطالبة الآخر بإنفاذ هذه المبادلة، وعلى كل منهما أن

(١) رد المحتار ج ٤ ص ٤٤٧.

(٢) وقد روى هذا أيضا عن الإمام.

(٣) راجع البداية وفتح القدير ج ٥ ص ١١٨٧.

يتمتع من تنفيذها، وهذا هو حكم البيع الفاسد في جميع أحواله عند الشافعي ومن ذهب مذهبه.

أما بعد قبض المبيع فلدينا حالتان:

الحال الأولى: أن يكون المشتري قد قبض المبيع بغير إذن من بائعه، وحكم العقد في هذه الحال كحكمه قبل القبض، فلا يترتب عليه أى أثر، وتعتبر يد المشتري حينئذ يد ضمان لتعديه بقبض المبيع من غير إذن مالكة، ولا يستوجب عليه البائع بهذا القبض ثمنا، وإذن فعليه أن يسترد ملكه، وعلى المشتري أن يرده إليه، فإن هلك عنده هلك مضمونا عليه بقيمته يوم قبضه.

الحال الثانية: أن يكون المشتري قد قبض بإذن من مالكة^(١)، وحكم العقد في هذه الحال أنه يفيد الملك، فيتملك المشتري المبيع حينئذ بقبضه^(٢) ولكنه ملك غير لازم فيجب على كل واحد من العاقدين فسخه^(٣)، ورد ما قبضه من مال ما لم يمنع من ذلك مانع^(٤) فإن قام أحدهما بذلك، وإلا ففسخه القاضى جبرا

(١) أى سواء أكان الإذن صريحا كان يقول له اقضه أو يسلمه إليه، أو دلالة كان يقبضه المشتري فى مجلس العقد بحضوره البائع وهو ساكت، الدر المختار ج ٤ ص ١٣٨.

(٢) ويستثنى من ذلك بيع الهازل فلا يفيد الملك بالقبض، ذلك لأنه فى منزلة بيع شرط فيه الخيار، فإن الهازل لا يقصد أن يترتب على العقد أثره كمشروط الخيار لا يقصد أن يترتب كذلك على العقد أثره فى الحال، والبيع مع شرط الخيار لا يفيد الملك بالقبض فيكون بيع الهازل مثله، وكذلك يشتى بيع الأب ماله لطفله وشراؤه مال طفله لنفسه إذا كان ذلك العقد فاسدا فلا يثبت الملك فيه بالقبض المتقدم على العقد بل يجب أن ينضم إليه أن يتعمل الأب المبيع، رد المختار ج ٤ ص ١٣٩.

(٣) إذا قام أحد العاقدين بفسخ العقد وجب علم الآخر به حتى يلزمه ذلك الفسخ، وعند أبى يوسف لا يشترط العلم، فتح القدير ج ٥ ص ٢٢١.

(٤) يمنع من رد المبيع فى البيع الفاسد هلاكه فى يد المشتري وزيادته زيادة متصلة غير متولدة لا يمكن تسليمه إلا بها كصخب الثوب، أما الزيادة المتولدة فلا تمنع سواء أكانت متصلة أم منفصلة، وكذلك المنفصلة غير المتولدة كالأجرة، وإذا فسخ العقد فى هذه الحال فرد المبيع ردت معه زيادته إلى البائع، وإذا هلكت الزيادة المنفصلة المتولدة قبل الرد عند المشتري بلا تعد فلا ضمان عليه، وإذا استهلكها ضمن قيمتها. أما غير المتولدة فلا يضمنها المشتري مطلقا إذا هلكت عنده أو استهلكها، ذهب إلى ذلك الإمام وذهب صاحبه إلى أن حكمنا حكم المتولدة لا فرق بينهما، وكذلك يمنع رد المبيع وفسخ العقد أن يتصرف المشتري فيه بعد قبضه تصرفا يتوجب لغيره حقا كبيع بلا شرط خيار وجهه مع تسليمه، ووقفه، ويشترى من ذلك البيع الفاسد بالإكراه فإن تصرف المشتري فى البيع به لا يمنع رده عند الفسخ بل تنقض جميع تصرفاته ويرد المبيع، ووجه ذلك أن الفساد فى البيع مع الإكراه لحق العبد فإذا تعلق بالبيع حق لعبد آخر لم يرجع حق البائع لأنه سابق عليه فكانت مراعاة حق البائع أولى. والفساد فى غير بيع المكره لحق الله تعالى فإذا تعلق بالمبيع عندئذ حق لعبد قدم على حق الله تعالى، لاستغنائه وحاجة العبد، رد المختار ج ٤ ص ١٣٩، وما بعدها وفتح القدير ج ٥ ص ٢٢٢، وما بعدها إلى ص ٢٣٥.

عنهما، وحيث يسترده كل عاقد بدله، فيرد المبيع إلى بائعه ويرد الثمن إلى المشتري إن كان قد أداه، فإن لم يكن قد دفعه فلا شيء عليه.

أما عند وجود المانع من الفسخ ورد المبيع فإن ملك المشتري يصبح لازماً، وعليه رد الثمن مع ذلك وأن يدفع إلى البائع مثل المبيع إن كان مثلياً، وقيمته وقت قبضه^(١) بالغة ما بلغت إن كان قيمياً (٢).

والبيع الفاسد نوعان: أحدهما ما يرتفع فساده بارتفاع المفسد، ومن ذلك بيع المكره والهازل، فلكل منهما أن يمضيه بإجازته بعد العقد، فيرتفع الفساد ويلزم العقد، ومن ذلك أيضاً كل بيع لحقه الفساد بفساد عارض يمكن إزالته في المجلس إذا أزيل في نفس المجلس، وذلك كالفساد بسبب جهالة لحقت المبيع أو الثمن فارتفعت قبل تفرق المتبايعين، وثانيهما نوع لا يرتفع فساد كالباع بالخمر أو الخنزير.

حكم البيع الصحيح: البيع الصحيح قسمان: بيع موقوف، وبيع نافذ. فالموقوف ما لم تتوافر فيه جميع شروط النفاذ التي أشرنا إليها فيما مضى، وحكمه أنه لا يفيد أثراً ما قبل إجازته ممن له حق الإجازة، والنافذ ما توافرت فيه جميع شروط النفاذ وحكمه أنه يفيد ما يأتي:

(١) إلزام المشتري بأن يدفع الثمن عند حلول أجله إذا كان مؤجلاً، وبأن يدفعه في الحال قبل تسليم المبيع إليه إذا كان حالاً، وهو من النقود، والمبيع حاضر.

(٢) إلزام البائع بتسليم المبيع إلى المشتري في الحال عند تأجيل الثمن، أو بعد قبضه الثمن إن كان نقداً حالاً، أو مع قبضه له إن كان عرضاً.

(٣) ضمان البائع الثمن للمشتري عند استحقاق المبيع أو عند هلاكه في يد البائع، أو إتلافه عنده بفعل أجنبي إذا ما اختار المشتري فسخ العقد، وكان جميع ذلك بعد قبض الثمن.

(٤) ضمان المشتري ثمن المبيع إذا تسلمه قبل أداء الثمن.

(١) وعلى ذلك إذا زادت قيمة المبيع في يد مشتريه ثم حلك بعد ذلك لم يلزمه إلا قيمته وقت قبضه وإن كانت على النصف من قيمته وقت استهلاكه، وذهب محمد إلى أن الواجب على المشتري هو القيمة وقت استهلاكه لأن الضمان يتقرر عليه في ذلك الوقت، فتح القدير ج ٥ ص ٢٣١.

(٢) إذا كان الفساد بسبب الإكراه فهلك أو تصرف فيه المشتري تصرفاً لا يمكن نفيه فإن المالك بالخيار إن شاء ضمن المكره قيمته يوم تسليمه إلى المشتري وإن شاء ضمن المشتري أي القميتين أراد: قيمته يوم التسليم أو يوم استنعه رده بسبب الهلاك أو التصرف، رد المحتار ج ٥ ص ٩١.

المرابحة والتولية والوضيعة

ينقسم البيع بالنظر إلى الثمن الذي يتفق عليه المتبايعان أربعة أقسام:

(١) بيع المساومة.

(٢) المrabحة.

(٣) بيع الوضيعة.

(٤) بيع التولية^(١).

وذلك لأن الإنسان إذا باع ما يملك بما تصل إليه مساومته مع المشتري من الثمن دون نظر إلى ما قام به عليه المبيع من مال فذلك بيع المساومة. وهو البيع العادي، وإذا باع الشيء على أنه إنما يبيعه بما قام به عليه من مال وهو كذا فذلك بيع التولية، ومثاله: أن تشتري دارا بألف جنيه فتبيعه بما قامت عليك من ثمن ونفقات أنفقتها عليها في سبيل شرائها وإصلاحها وغير ذلك من كل ما يجرى العرف بضمه إلى الثمن وجملة ذلك ١٢٠٠ جنيه. وإذا باعه على أن يكون ثمنه هو ما قام به عليه من مال وهو كذا مضافا إليه ربح مقداره كذا، فهذا بيع المrabحة. وإذا باعه بأقل مما قام به عليه من مال بمقدار كذا وأنه قام عليه بكذا، فهذا بيع الوضيعة.

وقد جرى عرف الناس بالتعامل على هذا الوجه، واتخاذ ما قام به المبيع على البائع أساسا في الرضا به. فكان هذا التعامل صحيحا لذلك.

وإذا ظهرت خيانة البائع فيما ذكره من ثمن أو نفقات، فزادت فيهما أو في أحدهما بأن ذكر أن ثمن المبيع عشرون قرشا، وظهر أن حقيقته خمسة عشر قرشا، أو أنه أنفق عليه في الإصلاح عشرة قروش، وظهر أنه لم يتفق عليه ذلك المبلغ، إذا ظهر شيء من ذلك، كان للمشتري عند الإمام الخيار في المrabحة والوضيعة، فإن شاء أخذ بالثمن الذي بين في العقد على ما فيه من زيادة، وإن شاء ترك، أما في التولية فله حق إسقاط الزيادة، وليس له فيها الخيار، وذهب أبو يوسف إلى أن له الحق في إسقاط الزيادة في كل من المrabحة والوضيعة والتولية، وليس له الخيار،

(١) التولية من وليت، وليت فلانا أمر كذا أي جعلته وليا عليه، وسمى هذا النوع من البيع بذلك لأن البائع فيه يجعل للمشتري ولاية على المبيع يمثل الثمن الذي قام به عليه نقام في مقامه.

وذهب محمد إلى أن له الخيار فى الأنواع الثلاثة، فإن شاء ترك وإن شاء أخذ بالثمن المبين، وليس له الخط.

وجه قول الإمام أن البيع قد تم على أنه مرابحة أو تولية أو وضيفة، وإذن فلا بد من أن يتحقق هذا المعنى، وذلك بزيادة الثمن فى المرابحة عما قام به المبيع على المشتري ونقصه فى الوضيفة عن ذلك ومساواته له فى التولية. وكل من الزيادة والنقص يتحقق بأية زيادة وبأى نقص، فإذا ما كذب البائع فى البيان، فذلك لحمل المشتري على الشراء بما سُمى من ثمن والرضا به، فيتم معه البيع لتحقيق معنى المرابحة بالزيادة التى زادها البائع وتحقق معنى الوضيفة بالنقص الذى نقصه^(١)، وإن أخفى عن المشتري قدر ذلك فى الحقيقة، ولكن لما كان الرضا به لم يتم إلا على وضع خاص، وهو أنه يزيد على الثمن الذى اشترى به البائع زيادة معينة، أو أنه ينقص عنه بمقدار معين كان فوات ذلك فواتا لوصف مرغوب فيه، فيترتب عليه الخيار، فإن شاء أمضى البيع على ما تم، وإن شاء فسخ لفوات ذلك الوصف، أما فى التولية فلا يمكن أن يتحقق معناها إلا بالمساواة بين الثمنين، وإذن يكون الأساس هو الثمن الأول، فيكون للمشتري الحق فى نقص الزيادة وأخذ المبيع بالثمن الأول فقط، حتى يتحقق معنى التولية، إذ إنه لو أخذ بما تم عليه العقد لم يكن العقد تولية، وهو ما عقد إلا على هذا الأساس.

ووجه قول أبى يوسف أن الأساس فى الأنواع الثلاثة هو الثمن الأول بدليل أنه إذا كان معلوما للعاقدين يتم العقد بينهما بذكر لفظ المرابحة والوضيفة والتولية وإذن فذكر المتقادير يعتبر شرحا وتفسيرا، فإذا ما كذب فيه وجب الرجوع إلى الأساس، وهو الثمن الأول، فيتم العقد بالبناء عليه فى الأنواع الثلاثة، ونحو الزيادة جبيرا عن البائع، وعلى ذلك إذا باع شخص كتابا بمائة وعشرين قرشا مرابحة على أن الربح ٢٠ فى المائة، فقط فظهر أن الثمن الأصلى ثمانون قرشا، فإن المشتري يحط الزيادة ويأخذ الكتاب بستة وتسعين قرشا، وإذا باعه بتسعين قرشا وضيفة على أنه قد حط من ثمنه ١٠ فى المائة فظهر أن ثمنه سبعون قرشا أخذه بثلاثة وستين قرشا وهكذا.

ووجه قول محمد أن العبرة فى المعاوضات بما تم الاتفاق عليه فى العقد من

(١) إذا غالى البائع فى الكذب فذكر للمشتري أن يبيع وضيفة، وكان ما اتفقا عليه من الثمن على هذا الأساس أكثر من الثمن الحقيقى فكيف يكون معنى الوضيفة فى هذه الحال متحققا؟ وما رأى الإمام إذن؟ لأن التعليل لا يشمل هذه الحال، ولعله يرى فيها أن يحط الزيادة حتى يتحقق معنى الوضيفة.

الثلث المقدر، إذ به يتم الرضا ويتعقد البيع، وما صاحب ذلك من ذكر المراجعة أو التولية أو الوضعية فإنما هو للترويح فقط، فإذا فات ذلك ترتب على فواته أن يكون للمشتري الخيار فى الفسخ، وإذن فإما أن يمضى البيع على ماتم، وإما أن يفسخ، وذلك عندى أوجه الأقوال: لأن ذلك نوع من التغيرير به، وبه يثبت خيار الفسخ، وأخذ المبيع على أساس الثلث الأول لم يتم به رضا حقيقى فلا يصار إليه^(١).

باب السلم

السلم: السلف، وزنا ومعنى، ويريد به الفقهاء بيع آجل بعاجل، فالآجل المبيع وهو السلم فيه، وصاحبه هو المسلم إليه، والعاجل هو الثمن، وهو رأس مال السلم، وصاحبه هو المسلم، وهو كذلك رب السلم، وبتمامه يتملك المسلم إليه الثمن فى الحال، ويثبت المسلم فيه فى ذمته دينا للمسلم يتملكه عند تسليمه إليه، ومثاله أن يشتري رجل من آخر مائة قنطار من قطن كذا «ويبينه بيانا كافيا» بخمسمائة جنيه تدفع إليه الآن على أن يلمه القطن بعد أربعة أشهر مثلا فى مكان كذا، ويتم التعاقد على ذلك، وفى هذه الحال لا يجوز للمسلم أن يتصرف فى السلم فيه قبل قبضه لأنه بيع منقول، فلا يجوز له أن يبيعه ولا أن يسلم فيه.

ولا يصح السلم عند الخفية إلا فيما يمكن ضبطه وتعيينه، وصفا وقدرًا كالكيلا والموزونات والمذروعات والعدديات المتقاربة والمتماثلة، فلا يصح فى العدديات المتفاوتة إلا إذا بينت أحجامها وأوصافها إلى درجة تجعلها متقاربة، ولا يصح فى الحيوان ولا فى الجواهر ولا فى الأراضى.

وذهب مالك والشافعى إلى أنه يصح فى الحيوان، وفى كل ما يمكن ضبطه وصفا ويصح أن يثبت فى الذمة كاللحم وكثير من الأطعمة^(٢)، وعلى ذلك يصح عند الشافعى فى العدديات المتفاوتة، ولكن على أن تكون موزونة.

وبناء على ما ذكر يصح السلم اتفاقا فى جميع أنواع الجبوب، وفى كل ما يوزن ويذرع ويعد.

والأصل فيه قوله ﷺ: «من أسلم فى شىء فليسلم فى كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم».

(١) راجع الهداية وفتح القدير ج ٥ ص ٢٥٢ وما بعدها.

(٢) راجع نهاية المحتاج فى كتاب السلم ج ٤، والشرح الكبير للدردير ج ٣ ص ١٩٦.

شروطه: ويشترط فيه ما يأتي:

(١) قبض رأس ماله في المجلس قبل الافتراق بعد بيانه بيانا تاما، فإذا تفرق المتعاقدان قبله انفسخ العقد^(١)، وعلى ذلك لا يجوز للمسلم إليه أن يتصرف فيه قبل قبضة بالتنازل عنه أو الشراء به من المسلم، لأن في ذلك تفويتا لحق الشرع وهو القبض في المجلس.

(٢) أن يكون المسلم فيه موجودا بالأسواق وقت العقد وأن يستمر وجوده إلى وقت وفائه، وذلك ليكون العقد بعيدا عن الغرر، فإذا انعدم في هذه الفترة من الزمن أو في الإيفاء فسد كما في العناية، وفي الزيلى أنه إذا لم يوجد وقت الإيفاء يفسد السلم عند زفر ويسترد رب السلم ماله، وعند أئمتنا الثلاثة يكون له الخيار إن شاء فسخ العقد واسترد رأس مال السلم، وإن شاء انتظر وجوده. وهو مذهب الشافعي^(٢).

وذهب مالك والشافعي وأحمد إلى جواز السلم في المعلوم إذا غلب على الظن وجوده في وقت الوفاء، وهذا ظاهر الوجهة^(٣).

(٣) أن يكون مؤجلا، واختلف الحنفية في أقل أجل يقبل، فقيل ثلاثة أيام، وقيل أكثر من نصف يوم، والفتوى على أنه شهر، فإن كان دونه لم يصح به، وذهب الشافعي إلى أنه ليس بشرط^(٤) والتأجيل إلى الحصاد أو الجداد وما مائل ذلك جائز عند مالك^(٥)، وعند أحمد على رواية، ولا يجوز عند أبي حنيفة والشافعي للجهالة، وهو رواية عن أحمد.

(٤) بيان جنس المسلم فيه كقطن وبر وشعير، ونوعه كقطن أشموني، وبر هندي، ووصفه كجيد وردى وقدره كيلا أو وزنا أو عددا، ولا بد في المذروعات من بيانها بيانا تاما بذكر أطوالها المختلفة وجميع الأوصاف التي تتعلق بنسجها وخبوطها.

(١) وأجاز مالك تأخير قبضه بعد العقد إلى ثلاثة أيام فإن أخر أكثر من ذلك وكان هذا مشروطا في العقد فسد السلم، وإن لم يكن مشروطا فيه، فقولان: قول بصحته، وقول بفساده. الشرح الكبير ج ٣ ص ١٩٦.

(٢) النهاية ج ٤ ص ١٩٠.

(٣) الشرح الكبير للدردير ج ٣ ص ٢١٢. والنهاية ج ٤ ص ١١٨. وكشاف القناع ج ٢ ص ١٢٨.

(٤) النهاية ج ٤ ص ١٨٥.

(٥) شرح الدردير الكبير ج ٣ ص ٢٠٦.

(٦) النهاية ج ٤ ص ١٨٦. وكشاف القناع ج ٣ ص ١٢٦.

(٥) بيان مكان الإيفاء فيما له حمل ومؤونة، والبلد الصغير جميع أماكنه سواء، أما الكبير فلا بد من تعيين مكان الإيفاء فيه. وأما مالا حمل له ولا مؤونة فلا يشترط في الإسلام فيه ذلك، ولكن لو عين له مكان لزم.

وفاة أحد عاقديه: وإذا توفى رب السلم حل وارثه فيه محله، وإذا توفى المسلم إليه بطل الأجل، لأن الدين يحل بموت المدين، وإذن يشتري المسلم فيه من تركته في الحال، ولذا اشترط وجوده من وقت العقد إلى وقت الإيفاء، خشية موت المسلم إليه في المدة.

الاستصناع

الاستصناع عقد على مبيع في الذمة مطلوب عمله، وذلك كأن تستصنع حذاء أو ثوبا أو طربوشا أو أريكة ونحو ذلك، وقد تعارفه الناس وجرى عليه التعامل منذ القدم، فجاز لذلك استحسانا، وهو بيع يشبه الإجارة، حتى قال بعضهم إنه إجارة في الابتداء، بيع في الانتهاء، لما فيه من طلب العمل ابتداء ولذا يبطل بوفاة كل من المستصنع والصانع، ويشترط لصحته ما يأتي:

(١) بيان المصنوع بيانا تاما يحول دون النزاع بعد صنعه، فبين جنسه ونوعه وقدره وجميع أوصافه وذلك باختلاف حال المصنوع.

(٢) أن يكون فيما يجرى التعامل باستصناعه كالأحذية والأواني والملابس وغيرها فإن حصل فيما لم يجر به تعامل الناس كان سلما، واشترط فيه جميع شرائط السلم الماضية من قبض رأس المال في المجلس وذكر الأجل إلى آخر ما بينا وإلا كان فاسدا.

(٣) ألا يكون مؤجلا إلى أجل يصح معه السلم عند أبي حنيفة، وعلى ذلك إذا خلا من الأجل أو أجل إلى أجل دون الأجل المشترط في السلم فإن العقد يصح ويكون استصناعا وإن أجل إلى أجل يقبل في السلم كان العقد سلما واشترط فيه ما يشترط في السلم، ووجه ذلك أن التأجيل للإمهال وتأخير المطالبة وذلك لا يكون إلا عند لزوم العقد، والاستصناع عقد غير لازم كما سيأتي، فلا يتفق منه ذكر هذا الأجل، فإن ذكر فيه هذا الأجل كان دليلا على أن المراد به السلم فينقذ سلما، وعندئذ يلزم فيه أن تتوافر شرائط السلم، ولهذا إذا ذكر الأجل فيه على سبيل الاستعجال لا على سبيل الإمهال بأن قال المستصنع للصانع:

على أن تفرغ من هذا المطلوب غدا أو بعد غد أو في شهر أو في شهرين على الأكثر كان استصناعا اتفاقا؛ لأن ذلك ليس بتأجيل ولا يمنع المطالبة.

وذهب أبو يوسف إلى عدم اشتراط هذا الشرط وإن عقد الاستصناع يصح بلا أجل ومع ذكر أى أجل ترجيحاً لإعمال اللفظ على حقيقته، ويحمل الأجل عند ذكره على الاستعجال لأن العقد غير لازم.

حكمه: والاستصناع عقد غير لازم من جهة الصانع؛ لأن في إلزامه بالمضى فيه ضرراً وهو إتلاف ماله في عمل المطلوب، فكان له أن يفسخ ولا يمضى فيه.

وإذا شرع في العمل فاتم المطلوب كان له أيضاً أن يبيع ما صنعه لغير المستصنع ويفسخ العقد، لأن ما صنعه لا يتعين محلاً للعقد إلا إذا رضيه المستصنع، فإذا رآه المستصنع ورضيه لم يكن للصانع يبيعه ولا يفسخ العقد، وكان للمستصنع حينئذ أخذه جبراً عن الصانع، وله مع ذلك تركه بخيار الرؤية إذا رآه وفسخه قبل أن يراه، أما ثبوت الخيار له، فلأنه قد اشترى شيئاً لم يره، وأما جواز فسخه قبل الرؤية فلثبوت هذا الخيار له، وقد علمت أن من له خيار الرؤية يثبت له الفسخ قبلها.

وذهب بعض الحنفية إلى أن الصانع لا خيار له ويجب عليه المضى في العمل؛ لأنه بائع ولا خيار للبائع إذا باع ما لم يره، وروى عن أبي يوسف أنه لا خيار لواحد منهما، أما الصانع فلما بينا وأما المستصنع فلما يترتب على ثبوت الخيار له من الإضرار بالصانع.

قال الزيلعي: والصحيح أن الصانع لا خيار له وأن الخيار للمستصنع فقط. وذلك لا يخلو عن نظر إذا ما أتى الصانع بالمطلوب وفق الشروط والأوصاف، ولذا فالأوجه عندي ما نقل عن أبي يوسف من أنه لا خيار لأحدهما.

والاستصناع يفيد ثبوت ملك المستصنع في العين المبيعة في الذمة وثبوت ملك الصانع في الثمن ملكاً غير لازم على ما بينا من الخلاف في ذلك.

بيع الوفاء

قد يكون البيع باتاً لا رجعة فيه وقد يكون على غير ذلك فيشترط فيه أنه متى رد البائع الثمن إلى المشتري رد المشتري إليه المبيع، وهذا هو بيع الوفاء.

وقد فزع الناس إلى هذا النوع من البيع حينما رأوا حرمة الربا، واضطروا إلى الاستدانة، وكف أصحاب الأموال عن الإقراض إلا بمنفعة، فتعاملوا بذلك ليحتالوا على نفع الدائن من طريق لا يعد ربا، وهيهات لهم ذلك؛ لأن الحرام حرام من أى طريق وصلوا إليه، وقد ذهب أكثر العلماء إلى أن هذا البيع غير صحيح، وأن المتعقد به إذا ما أعقبه تسليم المبيع عقد رهن فله جميع أحكام الرهن، ولذا لا يملك المشتري المبيع ولا يحل له أن ينتفع به ولا أن يتصرف فيه، وإذا عين لرد الثمن زمنا فلم يرد فيه كان للمشتري أن يطالب ببيع المبيع فى سبيل الوفاء بدينه، إلى غير ذلك من أحكام الرهن التى ستعرفها فى كتاب الرهن، وذلك هو أرجح الأقوال فى بيع الوفاء.

الإقالة

الإقالة: رفع العقد وفسخه. وركنها: إيجاب وقبول دالان على الرضا بفسخ العقد، والأصل فيهما أن يكونا باللفظ كأنتك وفسخت البيع وقبلت ذلك، وقد يتمان بالفعل كأن يتراد المتعاقدان «البائع والمشتري» البديلين.

وتصح من المتعاقدين ومن ورثتهما ومن وصيهما، ولا تصح من ناظر الوقف، ولا من الوصى على اليتيم إلا إذا كان فيها خير للوقف ولليتيم. وتصح إقالة الإقالة، وعند ذلك يعود العقد الأول كما كان.

شروطها: ويشترط فيها اتحاد المجلس، وأهلية العاقدين، وبقاء البيع موجودا فى يد المشتري حين الإقالة؛ فإذا تلف جميعه لم تصح لزوال المحل، وكذلك إذا تلف بعد تمامها قبل رده كما فى البيع، وإذا تلف بعضه صحت فى الباقي منه بحصته من الثمن، وإذا كانت مقايضة فتلف أحد البديلين صحت فى البديل الباقي بقيمة البديل الهالك، لأنها ثمن الباقي، ولا يؤثر فيها هلاك الثمن إذا كان عيبا، فإذا هلك وتمت الإقالة رد مثله إن كان مثليا، وقيمه إن كان قيميا.

حكمها: (١) تعتبر الإقالة بالنسبة للمتعاقدين فسخا لما تم بينهما من التعاقد فترتفع جميع أحكامه الأصلية سواء أتمت الإقالة قبل القبض أم بعده، فى عقار أو منقول، فإذا تقابل البيعان عقد بيع رجع المبيع إلى ملك بائعه والثمن إلى ملك المشتري كأن لم يحصل بينهما بيع.

أما ما ليس من أحكام العقد الأصلية، وإنما استلزمه نفاذه، فلا يرتفع،

وعلى ذلك إذا اشترى إنسان من مدينه عينا بدينه المؤجل، فإن هذا العقد يستلزم حلول الدين وسقوطه لثبوت المقاصة في الدين، فإذا ماتقايلاً هذا العقد فعاد الدين مطلوباً لم يرتفع حلوله ولا يعود مؤجلاً كما كان؛ لأن سقوط الأجل لم يكن من أحكام البيع الأصلية، وإنما استلزمه نفاذه، وكذلك إذا كان بهذا الدين كفيل فبريد الكفيل لسقوط المطالبة عن المدين بسبب البيع ثم تقايلاً لم تعد الكفالة بعد سقوطها لذلك السبب نفسه.

(٢) تعتبر كذلك فسخاً بالنسبة لغير العاقدين - إذا تمت بالتراد في البديلين بينهما أو بلفظ المتاركة «كتاركتك البيع» أو بلفظ المفاسخة «كفاسختك البيع» - في جميع الأحوال تحقيقاً لمعنى اللفظ أو مايدل عليه الفعل، وإن تمت بلفظ الإالة كأقتلك وكانت بعد القبض اعتبرت بيعاً جديداً سواء أكانت في عقار أم منقول، فيترتب عليها ما يترتب على سائر العقود المبتدأة من شفعة وغيرها، وإن كانت قبل القبض اعتبرت كذلك بيعاً جديداً إذا كانت في عقار لجواز بيع العقار قبل قبضه، وإذا كانت في منقول اعتبرت فسخاً لعدم جواز بيع المنقول قبل قبضه.

وعلى ذلك إذا بيع عقار، فلم يطلبه شفيعه بحق الشفعة، ثم تمت إقالة العقد بلفظ الإقالة ثبت له بها حق المطالبة بالشفعة، سواء أكان ذلك قبل القبض أم بعده، فإن تمت بلفظ المفاسخة لم يثبت له بها هذا الحق لما قدمنا.

القرض

القرض: عقد يفيد تملك مثلى على أن يعوض بمثله، وبناء على ذلك لا يجوز القرض في القيميات إذ لا يستطيع رد مثلها، وإنما يجوز في الأموال المثلية، مكيلات أو موزونات مما لا يتنفع به إلا باستهلاكه، كالتنقود والحبوب والزبوت وما أشبه ذلك.

شروطه: القرض شبهان، أحدهما أنه في ابتدائه شبيه بالتبرع من ناحية أنه إخراج بعض المال من ملك المقرض بدون عوض في الحال. وثانيهما أنه في نهايته شبيه بالمعاوضة من ناحية أنه ينتهي بأداء مثل القرض إلى المقرض فيستوفى مثل ما أخرجه من ملكه.

وينبنى على الشبه الأول أن المقرض يجب أن يكون من أهل التبرع، فلا يجوز القرض من محجور عليه لصغر أو جنون أو سفه أو عته، ولا من ولي على أموال هؤلاء على القول الأصح.

وينبئ على الشبه الثاني أن الاقتراض لا ينفذ إذا باشره بالغ رشيد لنفسه أو لمن هو تحت ولايته، فإذا باشره محجور عليه كان نفاذه متوقفا على الإجازة من الولي، شأن التصرفات المالية الدائرة بين النفع والضرر.

وعلى ذلك إذا اقترض الصغير غير المأذون له بالتجارة مالا وسلم إليه بغير إذن من وليه لم يملكه بالقبض، ووجب رده إلى مالكه مادام قائما، فإن هلك من غير تعد لم يضمه عند محمد لأن مالكه قد سلطه عليه بتسليمه إليه، وذهب أبو يوسف إلى تضمينه لأنه مؤاخذ بأفعاله وهو الأصح.

حكمه: ولا يفيد الملك إلا بالقبض عند الطرفين لشبهه بالتبرع، فإذا قبض المقرض ما اقترضه من مال تملكه ووجب في ذمته للمقرض مثله^(١). وعلى ذلك لو طالبه المقرض بالوفاء حيثئذ جاز له أن يدفعه نفسه وأن يدفع مثله، وليس للمقرض أن يأبى.

وذهب أبو يوسف إلى أنه لا يملكه إلا باستهلاكه وإنما يدخل بالقبض في ضمانه، وعلى ذلك إذا طالبه المقرض به قبل استهلاكه وجب عليه رد نفس المال المقرض، لأنه لا يزال مملوكا للمقرض.

وهو عقد غير لازم قبل القبض للمقرض أن يأبى تسليم المال وألا يمضى، به وبالقبض يتم، وإذا أعسر المقرض فعجز عن الوفاء وجب إمهاله إلى الميسرة.

الاجل في القرض: وإذا تم القرض على تأجيل الوفاء، وإلى أجل معين لم يلزم ذلك الأجل، وجاز للمقرض أن يطالب قبل حلول الأجل، ويكون المقرض حيثئذ ملزما بالأداء، وإلى هذا ذهب الشافعي وأحمد، ووجه ذلك أن المقرض متفضل محسن وليس على المحسن من سبيل.

وذهب مالك إلى أن الأجل فيه لازم فلا يجوز من المقرض أن يطلب الوفاء إلا عند حلوله، لأن الوفاء بالعقود واجب لقوله تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود﴾ وقد تم العقد على تأجيل الأداء.

(١) إذا كان القرض فاسدا كما في اقتراض مال غير مثلي أناد الملك أيضا بالقبض ووجب فسخه ورد المال المقرض، الدر المختار ج ٤ ص ٤١٩١.

باب الإجارة

الإجارة: عقد يفيد تملك المنافع بعوض، ولأن محله المنفعة تميز من البيع، لأن محله المبيع، وهو لا يكون إلا عيناً مالية كما قدمنا.

والكلام على الإجارة يكون ببيان ما يأتي:

(١) صيغة العقد.

(٢) العاقدین.

(٣) العين المستأجرة ومنافعها.

(٤) الأجرة.

(٥) حكم العقد.

(٦) انتهاء العقد.

(١) **صيغة العقد:** علمنا أن الصيغة مجموع الإيجاب والقبول، وهما ركنا عقد الإجارة، ويكفي في بيانها ما قدمناه من الشرح في بيان الأحكام العامة لصيغ العقود وأركانها.

وقد علمت أن الإجارة يفسدها التعليق وأنها قد تكون منجزة وقد تكون مضافة، وأنها كالبيع تصح مع الشرط الصحيح والباطل ويفسدها الشرط الفاسد.

(٢) **العاقدان:** هما المؤجر والمستأجر، ويقال للمؤجر مكر ومكار وأجر، وللمستأجر مكر، ويشترط فيهما ما يشترط في المتبايعين، فإن عقد الإجارة عقد معاوضة كالبيع فشروط العاقدین فيها واحدة، وما لهذه الشروط من أثر في العقد لا يختلف فلا موجب للتكرار.

(٣) **العين المستأجرة ومنافعها:** الإجارة لا ترد إلا على منافع الأعيان، فمحل هذا العقد المنافع، وهي العقود عليه في عقد الإجارة، وقد أقيمت الأعيان مقام منافعها في عقد الإجارة، واعتبر وجودها وجوداً لمنافعها حتى يتحقق الارتباط بين المتعاقدين، ويتعلق بوجودها في الخارج، لأن المنفعة معدومة، وقد علمت أن ذلك نتيجة لما ذهب إليه الحنفية من أن محل العقد يجب أن يكون موجوداً عند التعاقد، وقد بينا ذلك فيما مضى.

ولأن الإجارة لا ترد إلا على المنافع لم تصح إجارة غابة لقطع أشجارها ولا استئجار بستان لأجل ثمره، ولا إجارة أرض مملوكة لرعى مافيها من الكلاب، ولا إجارة بركة من الماء لصيد ما فيها من السمك، إلا على تأويل إجارة البركة ل يتم فيها عمل الصيد، أما السمك نفسه فيملك بالاستيلاء عليه لا بالإجارة، ومن هذا كانت إجارة الموضع مراعى فيها قيامها على شئون الرضيع لا إرضاعه اللبن، وكان جوازها لحاجة الناس إليها.

شروط المعقود عليه: يشترط فى المنفعة المعقود عليها ما يأتى:

(١) أن تكون مباحة شرعا، فلا تنعقد الإجارة على المعاصى كاستئجار النائحة للنوح واستئجار شخص للاعتداء على آخر بالضرب أو بالشم. وإذن فهذا شرط يرجع إلى انعقاد العقد.

(٢) أن تكون معلومة عند التعاقد علما تتفى به الجهالة المؤدية إلى النزاع سواء أكان العلم بها نتيجة للعرف أم لذكرها مع وصفها، أو مع الإشارة إليها.

فأما علمها بالعرف فهو فى مثل إجارة الدور والحوانيت، فإن استعمال الدور معروف عرفا، وكذلك استعمال حوانيت كل ناحية من نواحي البلد، فتنعقد إجارتها على منفعتها المتعارفة، لأن المعروف بالعرف كالمشروط، وعلى ذلك يتقيد بها المتأجر فلا يخرج عنها، ومثل ذلك إجارة بعض الأراضى لزراعتها، فإن العرف إذا قضى بزراعتها بأصناف معينة وجب على المتأجر ألا يتجاوزها إلى ما يضر بالأرض، ولكن إذا استأجرها على أن يزرع فيها ما يشاء لم يتقيد بالعرف، لأن النص أقوى دلالة منه.

وأما معرفتها بوصفها فتكون فى مثل الاستئجار على صبغ هذا الثوب بلون كذا، أو على خياطته بشكل كذا، أو على دهان المنزل أو على نقل هذا المتاع من جهة كذا إلى جهة كذا، وكما فى استئجار الأرض ليزرع فيها نوع معين من النبات أو لينى فيها منزل أو ليغرس فيها أشجار هي كيت وكيت، واستئجار الدابة لركوبها من جهة كذا إلى جهة كذا وغير ذلك من الأمثلة.

وأما معرفتها بالإشارة فيكون فى مثل الاستئجار على حمل هذا المتاع من هذه الجهة إلى هذه الجهة أو على إصلاح هذه الآلة، أو على هدم هذا البناء.

بيان المدة فى الإجارة: إذا كانت المنفعة المعقود عليها قابلة للامتداد والبقاء ولا يكفى ذكر اسمها لتحديد مقدارها كالسكنى والزراعة واللبس والخدمة وجب لتمام العلم بها ذكر مدتها حتى تكون معيارا لها ، ويكون هذا فى استئجار المنازل والأراضى والأجير الخاص ، فإذا أغفل ذكر المدة فيها فسد العقد .

وفى هذه الأحوال إما أن تذكر المدة منكراً كسنة وشهر ويوم أو معينة كسنة كذا وشهر كذا ، فإن ذكرت منكراً ابتدأت من وقت العقد إذا لم ينص على وقت تبدأ منه ولم يكن فى العقد خيار الشرط ، كما إذا قلت : استأجرت هذه الدار سنة بعشرة جنيهاً فقبل مالكها . فإن سُمى وقت تبدأ منه ابتدأت منه كما إذا استأجرت هذه الدار شهراً بجنيهاً ابتداءً من الشهر الآتى فقبل مالكها ، وإن لم يسم وكان فى عقد الإجارة خيار شرط ابتدأت من وقت سقوط الخيار ، وإن ذكرت معينة اقتصرت الإجارة عليها وانتهت بانتهائها كما إذا استأجرت منزلاً سنة كذا .

وتصح الإجارة أيضاً مشاهرة على أن تعين أجرة الشهر ولا يسمى عدد الأشهر فتقع عندئذ على الشهر الأول التالى للعقد ، فإذا انتهى كان لكل من العاقدين فسخاها قبل مضى اليوم الأول من الشهر التالى ، بشرط إعلام الآخر بذلك . فإذا مضى اليوم الأول لزمّت الإجارة فيه أيضاً وهكذا ، وإذا كان المستأجر قد عجل أجرة شهرين فأكثر كان ذلك التعجيل دالاً على مدتها فتلزمه الإجارة فى المدة التى عجل أجزتها ^(١) ، وبناء على ما ذكر لا يصح استئجار عامل من غير ذكر بيان العمل الذى يطلب منه ، ولا استئجار مسكن أو أرض بلا بيان مدة الإجارة ، ولا استئجار دابة للركوب بلا بيان مدة الركوب أو مسافته وهكذا ، لوجود الجهالة المقضية إلى النزاع .

(١) أما إجارة المشاع فعلى التفصيل الآتى: إذا أجر الجزء المشاع للشريك فى العين المشتركة فالإجارة صحيحة ، سواء أكان الشيوع سابقاً على الإجارة أم طارناً إذا لم يكن شريك سواء ، وإن أجر لغير الشريك أو لأحد شريكه لم تصح الإجارة عند الإمام ، سواء فى ذلك ما يقبل القسمة من الأعيان وما لا يقبلها ، وذلك لعدم إمكان تسليم الجزء المتأجر إلى المتأجر إلا بالنهاية ، والمتأجر لا ينحق بالنهاية إلا أثراً لعقد الإجارة ، وبناء على ذلك تكون النهاية فى وقت واحد شرطاً لجواز العقد وأثراً له ، وكونها شرطاً له يقتضى تقدمها عليه ، وكونها أثراً له يقتضى تأخرها عنه ، ولا يمكن أن تكون متقدمة متأخرة ، فيفسد العقد لذلك ، وذهب الصاحبان إلى جوازها إذ يكفى فى تسليم العين المتأجرة التخلية ، وهى فى هذه الحال ممكنة ، لأنها فى كل شىء بحجه ، وعلى قولهما الفتوى ، وقيل: بل الفتوى على قول الإمام . رد المحتار ج ٥ ص ٢٢٣ والبروت ج ١٢٥ ص ١٤٤ .

(٣) أن تكون المنفعة مقدورة التسليم بالقدرة على تسليم محلها - وهو العين المستأجرة - وعلى ذلك لا تصح إجارة دابة ضالة للحمل ولا للركوب، ولا إجارة العين المرهونة ولا المستأجرة لعدم القدرة على تسليم هذه الأعيان، إما لعدم استطاعة تسليمها، وإما لتعلق حق العاقدين بها وإسائها عنده لحقه، ولذا تنفذ إذا ما كانت مضافة إلى ما بعد انتهاء حق المستأجر^(١).

ومما تقدم يتبين لنا أن هذين الشرطين «الثاني والثالث» يتعلقان بصحة عقد الإجارة، وأن الإجارة عند عدم توافر أحدهما فاسدة، غير أن عدم القدرة على التسليم إذا كان سببه تعلق حق الغير بالعين كانت الإجارة صحيحة موقوفة على إجازة صاحب الحق أو انتهاء حقه بأي سبب من الأسباب، كما قدمنا في حكم المبيع إذا تعلق به حق غير العاقدين.

(٤) ألا يكون بمحلها عيب يخل بالانتفاع أو يمنعه، فإن وجد بالعين المستأجرة وقت العقد أو وقت التسليم ما يخل بالانتفاع بها لم يلزم العقد، وكان للمستأجر فسخه، كما إذا وجد أن الأرض المستأجرة ليس لها شرب مثلاً.

(٥) أن يكون محل المنفعة معروفاً للمستأجر عند العقد، لأنه قد رآه، فإن لم يكن رآه لم يلزم العقد عند رؤيته، وكان للمستأجر فسخه عند الرؤية.

ومن هذا يتبين أن هذين الشرطين الأخيرين يتعلقان بلزوم عقد الإجارة.

محل العقد في الإجارة: محل عقد الإجارة قد يكون منفعة عين من الأعيان، كما في إجارة الأرض والدور والأواني والملابس والأسلحة والآلات والدواب والعربات وما إلى ذلك، وقد يكون عمل عامل، فيسمى العامل حينئذ بالأجير، كما في استئجار الخدم والصناع والأطباء والمحامين.

إجارة الأعيان واستيفاء منافعها: إذا كان العقد على منفعة عين من الأعيان كان للمستأجر أن يستوفياها على وفق ماتم التعاقد عليه من شروط، وعلى ما هو معروف بالعرف، فإذا استأجر دابة على أن يركبها لم يجز له أن يحمل عليها، وإذا استأجرها ليحمل عليها أردباً من القمح لم يجز له أن يحمل عليها

(١) رد المحتار ج ٥ ص ١٥٥ والبروط ج ١٥ ص ١٣١.

أردبا وتصف أردب، وإذا استأجرها لتحمل لجهة معينة لم يجز له أن يتجاوزها، وإذا استأجرها ليحمل عليها قنطارا من القطن لم يجز له أن يحمل قنطارا من الحديد، وإذا استأجر الأرض ليزرعها نباتا معيناً لم يجز له أن يزرعها نباتاً أشد على الأرض منه ضرراً، وهكذا لا يجوز له أن يتجاوز المشروط إلى ما هو أشد منه ضرراً، فإن تجاوزه إلى ذلك كان بذلك متعدياً، وكان في انتفاعه بالعين في هذه الحال غاصباً، فإن عطبت ضمن قيمتها، وإن سلمت لم يلزم بأجر انتفاعه عند الحنفية، وذلك لما علمت من أنهم لا يرون المنافع متقومة إلا بالعقد عليها للضرورة. فإذا تجاوز المستأجر شروطه فقد استوفى المنفعة بغير عقد، وهي في هذه الحال ليست بمال ولا بمتقومة، فلا يطالب ببديلها إلا في ثلاث مسائل: مال اليتيم، ومال الوقف، والمعد للاستغلال.

وخالف الشافعي فألزمه بأجر المثل، بناء على أن المنافع عنده أموال متقومة ولو لم يتم عليها تعاقده، وهذا أوجه.

وأما إذا خالف الشرط إلى ما هو أدنى منه ضرراً أو إلى مثله، فذلك جائز؛ لأن الرضا بنوع من الضرر يعد رضا بما هو مثله أو أدنى منه، فإذا استأجر دابة لحمل أردب من القمح كان له أن يحمل عليها أردباً من الأرز، لتمائل الحالين، وإذا استأجرها ليحمل عليها قنطاراً من الحديد، جاز له أن يحمل عليها قنطاراً من القطن، لأنه أدنى ضرراً.

وكذلك يلزمه أن يتقيد بالعرف في الاستعمال، فإذا كانت العين المستأجرة دابة لم يجز له أن يضربها ولا أن يكبحها بلجامها، ولا أن يسير بها سيراً عنيفاً، وإذا كانت داراً لم يجز له أن يباشر فيها أعمالاً توهم بناءها، وهكذا مما ينكره عليه العرف، فإذا تجاوزه كان متعدياً، لأن المعروف بالعرف كالمشروط.

تصرف المستأجر في المنفعة: من الأعيان ما يتفاوت الناس في الانتفاع به، ومنها ما لا يتفاوتون في الانتفاع به، وإن شئت قلت: قد تختلف المنفعة باختلاف المتفع، وقد لا تختلف باختلافه، فإذا كانت تختلف باختلافه، كركوب الدابة ولبس الثياب، فقد ينص في عقد الإجارة على المتفع، وقد ينص فيه على التعميم، وقد يطلق فلا يتعرض فيه لذلك.

فإن نص فيه عنى المتنفع فاستؤجرت الدابة على أن يركبها فلان تقييد المستأجر به، فليس له أن يمكن غيره من ركوبها بإجارة أو إعاره، فإذا خالف كان غاصبا، وإذا هلكت الدابة عند ذلك كان ضامنا، وليس عليه الأجر بهذا الانتفاع، وإن سلمت الدابة كما تقدم، أما عدم وجوبه مع هلاكها؛ فلأنه لا يجتمع أجر وضمان، «وهي قاعدة عند الحنفية»، وأما عند سلامتها فلأنه انتفاع بمغصوب؛ ومنافع المغصوب غير مضمونة عند الحنفية.

وإن نص فى العقد على التعميم أو أطلق تعين المتنفع بأول من يتنفع بها، وكأنه قد شرط فى العقد ألا يتنفع بها غيره، وإذن يعرف الحكم مما تقدم.

وإذا كانت لا تختلف باختلاف المتنفع كركوب السيارة، لم يقيّد المستأجر بمنفع خاص، سواء أشرط ذلك فى العقد أم لم يشرط، وعندئذ يبطل الشرط، فله أن يؤجر العين لغيره، وأن يعيرها إياه^(١) لأنه مالك للمنفعة، ومقتضى الملك جواز التصرف، وليس فى التقييد فائدة، غير أنه إذا أراد أن يؤجر العين لغيره، وجب أن تكون لغير مالكها، إذ لا يستأجر الإنسان ملكه. وألا تزيد الأجرة على الأجرة الواجبة عليه إلا فى حالتين : الأولى : أن تكون الأجرة من جنس آخر غير الأجرة الواجبة. الثانية : أن يكون المستأجر قد أصلح فى العين أو زاد فيها زيادة لها انتفاع، وإذا انتهت مدة الإجارة الأولى قبل انتهاء مدة الثانية ولم يجز المالك استمرارها انفسخت الإجارة فى باقى المدة، ولا يكون المستأجر الثانى مطالبا أمام المالك، بل المطالب أمامه المستأجر الأول.

سلامة العين المستأجرة : يجب أن تكون العين المستأجرة سليمة من العيوب بحيث يتمكن المستأجر من استيفاء ما استحق عليها من منفعة بعقد الإجارة، لأنه ما أقدم على العقد عليها إلا ليستوفى منها تلك المنفعة، فإذا لم يؤد العقد عليها إلى استيفائها لم يكن راضيا به، وفسد العقد لذلك، وعلى هذا : إذا كان المستأجر على علم بالعين وعيوبها حين التعاقد بأن كان رآها من قبل ثم وجدها على ما رآها عليه، لم يجز له فسخ العقد، ووجب عليه المضى فيه لرضاه بها وبعيوبها، ولكن إذا وجد بها عيبا لم يعلمه من قبل كان له بسبب ذلك خيار العيب، فإن

(١) راجع الدر المختار ورد المختار ج ٥ ص ٢٤، والهندي ج ٤ ص ٤٧٢

شاء أمضى الإجارة وإن شاء فسخ، كما يكون له أيضا خيار الرؤية إذا استأجرها قبل أن يراها، فيثبت له الفسخ عند الرؤية، تحقيقا لكامل رضاه.

فإذا تسلمها على الهيئة التي رآها عليها، ثم حدث بها عيب بعد ذلك، فإن بذلك أحوالا ثلاثا:

الأولى: أن يكون هذا العيب غير مؤثر في الانتفاع بالعين. وفي هذه الحال ليس له حق الفسخ، وحدوثه لا يؤثر شيئا.

الثانية: أن ينقص به الانتفاع فقط، وفي هذه الحال يكون للمستأجر حق فسخ عقد الإجارة، ولا تسقط عنه الأجرة إلا بالفسخ، فإذا لم يفسخ بقى العقد وألزم بالأجرة، سواء انتفع أم لا. ولا يتم الفسخ إلا بجضرة المالك، فإذا لم يمكن ذلك بسبب غيبته أو مرضه أقام القاضى عنه وكيفا ليفسخ العقد أمامه، فإذا لم يفسخ المستأجر العقد حتى زال العيب بأى سبب زال حقه فى الفسخ، ومثال ذلك أن تكون العين دارا، فيسقط منها جدار أو تنهدم منها حجرة.

الثالثة: أن يذهب العيب بكل المنفعة، وفي هذه الحال يسقط الأجر عن المستأجر فسخ العقد أم لا. وكان له حق الفسخ ولو فى غيبة المالك، ومثال ذلك: أن تكون العين أرضا فيغطيها ماء النشع.

يد المستأجر وضمانه ورد العين المستأجرة: يد المستأجر على العين المستأجرة يد أمانة مادام لم يتجاوز حقه فى الانتفاع بها بمقتضى العقد وما شرط فيه، ولم يخرج فى انتفاعه بها عن المعروف بالعرف، وعلى ذلك: إذا تلفت العين عنده فى هذه الحال بلا تعد منه أو تقصير فى المحافظة عليها فلا ضمان عليه، أما إذا تعدى عليها أو قصر فى المحافظة عليها، فإنه يكون ضامنا لما ينشأ عن ذلك من تلف أو نقصان، وكذلك الحكم إذا تجاوز فى الانتفاع بها حقه المشروط أو المعروف بالعرف.

وبناء على ذلك: إذا تجاوز بالدابة المحل الذى استأجرها إليه للحمل أو المركوب بما لا يتسامح فيه عرفا، أو ضربها أو حمل عليها ما هو أشد ضررا، أو جعل دار السكنى مصنعا فتلفت العين بسبب ذلك أو نقصت ضمن قيمتها أو قيمة نقصها للكها.

وكذلك إذا استأجر دابة لحمل مقدار معين من صنف، فتجاوزه إلى مالاتطبيق حملة منه ولم يكن ذلك بإذن من مالكةا فعطبت بسبب ذلك ضمن قيمتها. فإن تجاوزه إلى ماتطبيقه عادة فعطبت ضمن من قيمتها بنسبة الزيادة إلى ما حمل عليها. فإذا كانت الإجارة على حمل قطار من القطن، فحملها منه قطارا ونصفا، فعطبت بسبب ذلك، وكانت قيمتها ١٢ جنيها ضمن ثلث قيمتها وهو ٤ جنيهات، وعليه الأجرة المتفق عليها، لأن العطب كان من فعل مأذون فيه، ومن فعل غير مأذون فيه، فتتقسم القيمة عليهما، وهذا بخلاف ما إذا حملها قطارا من صنف آخر أشد ضررا كحديد، فإنه يكون ضامنا لقيمتها كلها وإن لم يتجاوز ثقل القدر المتفق عليه.

هذا كله إذا حملها المستأجر بنفسه، أما إذا شاركه في ذلك مالكةا فليس على المتأجر إلا نصف الواجب حيثذ، لأن التلف كان نتيجة عملهما جميعا فتتقسم القيمة عليهما.

ويظهر لى أن ذلك مشروط بالآ يعلم مالكةا ما حملته، فأما إذا علم فشارك، كان ذلك إذنا منه وتسليطا، وفي هذه الحال لآضمان.

وكذلك يكون ضامنا للعين إذا منعها عن مالكةا بعد طلبها منه عند انتهاء مدة الإجارة، فإذا هلكت - ولو من غير تعد - كان عليه ضمانها.

أما إذا لم يطلبها مالكةا فلا ضمان عليه، لأن المتأجر ليس عليه نفقات تسليم العين ولا نقلها إلى مالكةا، ولكن ذلك على المالك، فعليه أن يحضر بعد انتهاء مدة الإجارة ليتسلمها، وعند ذلك يجب على المتأجر تسليمها فارغة، فإن كانت أرضا مشغولة بزرع لم يستحصد أو بشجر مثمر لم ينضج ثمره، كان له استبقاؤها إلى أن يستحصد الزرع وينضج الثمر بأجر المثل حتى لايناله ضرر، وإن كانت مشغولة ببناء أو شجر غير مثمر وجب عليه هدم البناء ونزع الشجر إن لم يضر ذلك بالأرض. فإن أضر بها كان للمالك أن يملكه جبرا عن المتأجر بقيمته مستحق القلع.

إجارة العامل: وإذا كان محل العقد عملا لعامل فإما أن يكون هذا العامل أجيأا خاصا كالموظف والخادم، وإما أن يكون أجيأا مشتركا، كالحمال والدلال والحائك والطيب.

التعريف بهما: الأجير المشترك: من يستأجر لعمل معين لم يجعل الزمن معيارا له ولم يختص به شخص معين أو أشخاص معينون، ومعنى ذلك: أنه كل أجير يجوز له أن يتقبل العمل من كثير من الناس في وقت واحد، سواء أعمل لشخص واحد فعلا أم عمل لكثير، وسواء أجعل الزمن معيارا لعمله عند الحاجة إلى ذلك، بأن يكون العمل مما يمتد، كرعى الغنم، أو لم يجعل الزمن معيارا له، كالاستئجار على إصلاح آلة معينة، وذلك كالمحامي والطبيب والمهندس والبناء والجمال إذا لم يقصروا على العمل - وإن كان عملهم لشخص واحد - وما داموا لم يمنعوا من أن يعملوا لغيره، ويتعاقدوا معه على ذلك. ومن ذلك: راع استأجرته لرعى غنمك شهرا بكذا، وبناء استأجرته ليقوم بإصلاح مباني منزلك، فإن كلا منهما - وإن كان يعمل لزمن معين - لا يمنع عليه أن يتقبل إجارة على العمل لغيرك في الوقت المحدد لعملك. ولكن إذا اشترطت عليه في العقد ألا يقوم بعمل لغيرك في هذا الوقت كان فيه أجيرا خاصا غير مشترك كما سيأتى.

والأجير الخاص: من يستأجر مدة معينة أو محددة لكي يقوم فيها بعمل لشخص معين أو أشخاص معينين على أن يكون مختصا بهم فيها، فلا يتقبل من غيرهم أن يقوم لهم بعمل فيها، كالطاهى تستأجره مدة شهر ليطهو لك، والموظف تستأجره الحكومة أو شركة من الشركات لعمل بمرتب شهري هو كذا، والسائق بالشهر لقيادة سيارة أو عربة وهكذا.

المعقود عليه في إجارة العامل: والمعقود عليه بالنسبة للأجير المشترك هو العمل أو الأثر والوصف الذى يحدثه العامل فى العين بعمله، ولذا لا يحتاج إلى ذكر مدة له إلا إذا كان عملا ممتدا كرعى الغنم، فيحتاج حينئذ إلى ذكر المدة لتقديره، أما إذا كان مما لا يمتد فلا يحتاج إليها، وإذا ذكرت معه كان ذكرها للاستعجال فقط. ويستحق المستأجر هذا العمل على الأجير ويثبت دينا فى ذمته، كثبوت الدين فى ذمة المدين، ولذا لا تزدهم بكثير الأعمال، كما لا تزدهم بكثير الديون. ويلزم بالقيام به نتيجة للعقد^(١) ويستوجب الأجر بعمله.

(١) ولكن له خيار الرؤية فى كل عمل يختلف باختلاف المحل كالخياطة، فلأجير خيار الرؤية عند رؤية الخيط، فإن شاء أمضى العقد وإن شاء فسخ، وإذا كان العمل لا يختلف باختلاف المحل لم يكن له خيار الرؤية. ويلزم بالضى فى العمل، كالكيل فإنه لا يختلف باختلاف الحنطة مثلا. رد المحتار ج ٥ ص ٤٤٤.

والمعقود عليه بالنسبة للأجير الخاص منفعته في المدة المينة بالعقد، وإن شئت قلت: نفس الأجير أو وقته، ولذا يستحق الأجرة بتسليمه نفسه في المدة، وإن لم يعمل شيئا كالموظف يستحق مرتبه إذا ما ذهب إلى محل عمله وإن لم يجد عملا يقوم به، وكالطاهي يستحق أجرته وإن لم يحضر له المستأجر ما يطهوه من الطعام، واستحقاقه لها يكون بحسب المدة لا بحسب العمل الذي يقوم به فيها، ويمتنع عليه لما ذكرنا أن يعمل في مدة الإجارة لغير مستأجره، فإن عمل فيها لغيره نقص من أجرته بقدر ما أضع من الزمن في العمل للغير، كما لا يجوز له أن يعمل لنفسه شيئا إلا ما يقضى العرف بالتسامح فيه، حتى لقد ذهب بعضهم إلى أنه لا يجوز له أن يشغل نفسه فيها بأداء النافلة من الصلاة، وهذا بخلاف الأجير المشترك، فإنه لا يستحق الأجرة إلا بالعمل، فإذا لم يعمل لم يستحق، كالحياط والتجار والحمال^(١).

احكام كل منهما

١- استحقاق الأجرة: إذا سلم الأجير الخاص نفسه في مدة الإجارة استحق الأجرة وإن لم يعمل، متى كان متمكنا من أن يقوم بعمله وإن منعه منه المستأجر فإذا سلم نفسه مريضا لا يستطيع عملا لم يستحق أجرته.

وليس للمستأجر أن يمتنع عن إعطائه أجر المدة كلها. وإن استغنى عنه فيها، بل يجب عليه أداؤها إليه متى لم يكن بالأجير عذر يجيز للمستأجر فسخ الإجارة كالمرض مثلا.

أما الأجير المشترك فلا يستحق أجرة إلا بالعمل وعلى حبه كما تقدم. ولا بد لاستحقاقه الأجر من تسليم عمله إلى المستأجر، فإذا تلف عمله قبل التسليم لم يستحق اجرا عليه، وذلك كحياط خايط ثوبا ثم فتقت خياطته قبل تسليم الثوب إلى مالكة فلا يستحق عليها الأجر إلا إذا أعادها، وكذلك إذا تلف المال «محل عمله» بما فيه من عمل قبل تسليمه إلى مالكة فإن الأجير لا يستحق اجرا عليه عند الإمام وصاحبه إذا لم يكن ضامنا لقيمته بهذا التلف، فإن ضمنها بسببه كان المالك

(١) ولهذا إذا استأجرت طبيا كل شهر بكذا ليعالج مرضى مستشفى معين كان أجرا خاصا لتصدق إلى استئجار منافعه في الزمن المحدد إلا إذا رخصت له بمعالجة غيرهم، فيكون مشتركا، ولكن إذا استأجرته لمعالجة مرضى هذا المستشفى على أن يعطى كل شهر كذا كان أجرا مشتركا للتصد إلى استجاره للعلاج. ولا يكون خاصا إلا إذا شرطت عليه ألا يعالج غيرهم. ١ هـ - من الدر المختار وحاشية رد المحتار ج ٥ ص ٤٨٨.

بالحيار إن شاء ضمنه قيمة المال قبل العمل ولا أجره له، وإن شاء ضمنه قيمته بعد العمل وله الأجرة.

وإذا تضمن عقد الإجارة بين المستأجر والأجير شرطا أداء الأجرة فى وقت معين، اتبع ذلك الشرط، فإن اتفقا على دفعها فى أول المدة أو فى آخرها أو قبل تمام العمل أو بعده نفذ ذلك ولزم. وإن لم يشترط شيئا من ذلك فى الأجير الخاص تعطى له الأجرة عند تمام كل مدة، وفى الأجير المشترك يختلف الحكم، فإن كان يعمل فى منزل المستأجر جاز له أن يطلب أجره ما أتم من العمل المستأجر عليه وإن لم يتمه كله، لأنه قد سلم ماعمل، وإن كان يعمل فى غير منزله فليس له أن يطلب شيئا من الأجرة المتفق عليها إلا بعد تمام العمل وتسليم المال «محل العمل» إلى المستأجر. وقيل: لا يستحق الأجرة فى الحالين إلا بعد تمام العمل، لأنه لا ينتفع ببعضه كما فى الخياطة مثلا، ولكن لو عجل له المستأجر الأجرة جاز وتملكها الأجير.

٢ - حبس محل العمل لاستيفاء الأجرة: وللأجير حبس محل عمله عنده حتى يستوفى أجرته، إذا كان لعمله أثر ظاهر فى المحل - كالصباغ والخياط - وكانت الأجرة حالة. وفى هذه الحال إذا تلف المحل عنده فلا أجر له إذا لم يكن لتلف مستوجبا للضمان^(١)، فإن كان مستوجبا للضمان فإن شاء المالك ضمنه القيمة قبل عمله ولا أجر له، وإن شاء ضمنه القيمة بعد تمام العمل وأعطاه أجرته.

وإن كانت الأجرة مؤجلة فحبسه لأجلها فتلف، فعليه الضمان ولا أجره له إن ضمن القيمة قبل العمل.

وإذا لم يكن لعمله أثر فى العين كالحمال، فليس له حبس العين لأجل أجرته. فإن حبسها فتلفت كان عليه الضمان، ولا أجره له إن ضمن القيمة قبل العمل، فإن ضمنها بعد العمل بطلب المالك كان له الأجرة.

(١) وذلك إذا لم يكن التلف نتيجة تعد أو تقصير؛ لأنه لما حبسه بحق كان أمانة فى يده لعدم التعدى بحبه. راجع الدر المختار ورد المختار عليه ج ٥ ص ١٢٢ أقول: وفى ذلك التعليل نظر. لأن البائع يحبس المبيع بحق عند حبسه لأجل الحال من الثمن ومع ذلك يكون ضامنا له، وكذلك المرتين فى حبه الرهن، والوكيل بالشراء إذا حبس المبيع عن موكله حتى يدفع إليه الثمن. وقد رأيت فى البدائع أن هذه المسألة خلافية وأن عدم الضمان قول الإمام. وذهب أصحابنا إلى الضمان. راجع البدائع ج ٤ ص ٢٠٤.

وإذا تلف محل العمل قبل حبه عن مالكه وبعد تمام العمل وكان في حيازة الأجير فلا أجر للصانع، وأما الضمان فسيأتي حكمه، وإن كان في حيازة المستأجر فله أجر ماعمل لوجود التسليم^(١).

٣ - بيان المدة في إجازة العامل: إذا لم تعين مدة الإجازة للأجير الخاص فسد العقد في جميع الأحوال؛ لأن الزمن معه معيار لما يطلب منه من منفعة، فعند عدم ذكره يكون محل العقد مجهولا جهالة تفضي إلى النزاع فيفسد العقد، بخلاف الأجير المشترك، فإن تحديد مدة له قد يكون لتقدير المنفعة المطلوبة إذا كانت تمتد أزمانا كرعى الغنم مثلا، وعندئذ يجب ذكرها وإلا فسد العقد للجهالة. وقد يكون للاستعجال إذا كانت لا تمتد، كخياطة الثوب وخبز كيلة من الدقيق.

فإذا استأجر شخص حائكا ليخيط له هذا الثوب اليوم، أو خبازا ليخبز له اليوم هذا الدقيق، كان ذكر اليوم للتعجيل عند صاحبين، وصحت الإجازة، وإذا لم يتم الأجير العمل في هذا اليوم أتمه في اليوم التالي. وذهب الإمام إلى أنها إجازة فاسدة؛ لأن ذكر المدة فيها مع هذا النوع من العمل مؤد إلى النزاع. فقد يحتج المؤجر بأن الأجرة على الزمن، فإذا أتم العمل في نصفه لم تلزمه الأجرة كلها، ويحتج المستأجر بالعمل فيطالب بجميع الأجرة لأنه أتمه، ولكن إذا استأجره لذلك على أن ينتهي منه اليوم، أو على أن يبدأ اليوم جازت الإجازة اتفاقا.

٤ - إنابة الأجير غيره: لا يجوز للأجير الخاص في جميع أحواله أن يكلف غيره بإنجاز ما استؤجر لأجله، لأن العقد وقع على منافعه نفسه لا على عمل غيره، ويجوز للأجير المشترك إذا لم يشترط عليه العمل بنفسه أن يكلف غيره بذلك العمل، لأن العقد وقع على العمل نفسه، سواء أقام به الأجير أم قام به غيره بتكليف منه، ويكون حينئذ ضامنا لما يتلف في يد من كلفه عند صاحبين.

٥ - عمل الأجير لغير من استأجره: لا يجوز للأجير الخاص أن يعمل لغير المستأجر في وقت العمل، فإذا عمل نقص من أجرته بقدر ما أضع من الزمن في هذا العمل؛ لأن منفعته في ذلك الزمن ملك المستأجر، بخلاف الأجير المشترك فإنه يجوز أن يعمل لكل من يطلب منه العمل، وقد وتقدم هذا.

(١) راجع المبوط ج ١٥ ص ١٠٢، والبدائع ج ٤ ص ٢١٠ وما بعدها.

٦ - يد الأجير: مال المستأجر في يد الأجير الخاص بأمانة، فإذا تلف في يده لم يضمه إلا إذا كان تلفه بتعد منه عليه أو تقصير، فإذا ماتلف الطعام من الطاهى أو انكسرت آتية من الخادم فلا يضمن أحدهما شيئا من ذلك وإن شرط عليه الضمان؛ لأنه شرط باطل مع الأمين^(١)، وهو كذلك في يد الأجير المشترك عند الإمام وزفر والحسن بن زياد^(٢)، وهذا هو القياس، وفي رد المحتار^(٣): إن الأجير المشترك ضامن لما يتلف في يده من مال المستأجر إذا تلف بفعل غيره - وكان يمكن الاحتراز عنه - فإنه لا يضمن عنده ويضمن عندهما، وأفتى المتأخرون في هذه الحال بالصلح على نصف القيمة مراعاة للقولين، وبناء على ذلك يضمن الحمال ما يسقط من يده من متاع فيتلف، والمكارى ما يسقط عن ظهر دابته فيتلف إذا انقطع الحبل الذى شد به على ظهرها، والطاهى المشترك ما يفسد في يده من طعام يقوم بطهيه اتفاقا، لأن التلف هنا بفعل الأجير، وكذلك إذا احترق المتاع عند الأجير بحريق ليس غالبا وكان بحيث يمكن الاحتراز عنه كان ضامنا له عندهما، وبه أفتى، خلافا به، وقد أفتى المتأخرون في مثل هذه الحال بوجوب الصلح على نصف القيمة كما ذكرنا، فيضمن الأجير نصف قيمته فقط.

وأما إذا لم يمكن الاحتراز عنه كأن احترق بحريق غالب مثلا، فلا يضمن اتفاقا. وتضمن الأجير المشترك حيث لا يضمن الأجير الخاص استحسانا، ذهب إليه كثير من السلف حتى لا يكون القول بعدم تضمينه في هذه الأحوال سببا لضياح أموال الناس والتهاون في حفظها، وحتى لا يكون ذلك أيضا سببا في عدم انتفاع الناس بأعمال الأجراء خوفا على أموالهم مع حاجتهم جميعا إلى ذلك.

(١) الدر المختار ج ٥ ص ٤٥.

(٢) العناية على الهداية.

(٣) ج ٥ ص ٤٥ والبسوط ج ١٥ ص ١٠٣ وما بعدها، والبدائع ج ٤ ص ٢١٠ وما بعدها، ومجمع الأنبي

ج ٢ ص ٢٩٠ وما بعدها.

باب الأجرة

الأجرة ما جعله العاقدان بدلا عن المنفعة.

وكل ما صلح ثمنا صلح أجرة، ويصح أن تكون الأجرة كذلك منفعة من المنافع وإن كانت لاتصح ثمنا، غير أنه يشترط في هذه الحال أن يكون جنس إحدى المنفعتين مغايرا لجنس الأخرى، كأن تستأجر دارا للسكنى بزراعة قطعة أرض، وذلك لكيلا تقسد الإجارة بشبهه الربا عند اتحاد جنس المنفعتين.

ويشترط فيها أن تكون معلومة علما يرفع الجهالة التي تفضى إلى نزاع، كأن يشار إليها، أو توصف وصفا يميزها عن غيرها كما في الثمن.

ويصح تعجيلها بأدائها عقب الإجارة في جميع الأحوال، وأن يشترط ذلك في العقد إذا كانت الإجارة منجزة، أما إذا كانت مضافة فيكون شرطا فاسدا غير ملزم. لأنه يتنافى مع مقتضاها، فإن مقتضاها إرجاء آثارها إلى الوقت الذي أضيفت إليه، ومن آثارها: تملك الأجرة وأداؤها إلى المؤجر، فيكونان مرجأين بإضافتها إلى ذلك الوقت، فلا يصح مع ذلك مخالفة هذا المقتضى باشتراط تعجيلها، لأنه إلغاء لمقتضى العقد.

وإذا صح اشتراط التعجيل في الإجارة المنجزة كان للمؤجر أن يمتنع عن تسليم العين المستأجرة إلى أن تؤدي إليه الأجرة المشترط تعجيلها، فإن لم تؤد كان له فسخ عقد الإجارة بسبب ذلك، كما يكون للأجير أن يمتنع عن العمل حتى يستوفى أجرته إذا كان قد اشترط تعجيلها، وله فسخ العقد إن لم تعجل إليه.

وكذلك يصح اشتراط تأجيلها وتنجيلها في العقد في جميع أحوالها فيلزم الشرط عند ذلك، وعندئذ لايجوز لمالك العين أن يجسها حتى يستوفى الأجرة، ولايجوز للأجير أن يمتنع عن العمل لذلك، لأن الأجرة لاتلزم إلا إذا حل أجلها، فإذا لم ينص في العقد على شيء من ذلك اتبع العرف، فإن اقتضى تأجيلا أو تعجيلا كان الأمر كما يقتضى، فإن لم يكن عرف لم يجب أداء الأجرة إلا عند استيفاء المنفعة، فإن كانت الإجارة على المدة كما في إجارة الدار للسكنى والأرض للزراعة فإنها تجب وتؤدي عن كل مدة تمضى يمكن أن يجعل لها أجر معلوم بلا مشقة، وكذلك إذا وقعت على عدة أعمال كما في قطع المسافات بالدابة المستأجرة

فإنها تؤدي عن كل مرحلة عند اجتيازها إذا ما تبين من العقد أجره كل مرحلة بلا مشقة، وإن وقعت على عمل واحد كالخياطة فلا تؤدي الأجرة إلا بالفراغ من العمل كله، أما عند تمام بعضه فلا. لعدم الانتفاع به حينئذ، وقيل تؤدي عنه أيضا إذا سلم للمستأجر، كما إذا كان الأجير يعمل في منزل المستأجر، لأن المنزل في يده هو وما يحويه.

حكم الإجارة

الإجارة إما صحيحة وإما فاسدة وإما باطلة.

فإن كانت صحيحة نافذة أفادت المبادلة بين ملك المنفعة وملك بدلها هو الأجرة عند استيفاء المنفعة، أو عند التمكن من استيفائها بتسليم العين المستأجرة إلى المستأجر خالية من الموانع التي تحول دون الانتفاع بها في مدة الإجارة ومكانها، لأن ذلك هو ما يستطيعه المؤجر أو ما يطلب منه فكان في حكم الاستيفاء.

فإذا استوفى المستأجر شيئا من المنفعة أو تمكن من استيفائه على ما بينا تملك المؤجر في نفس الوقت بدل ما استوفى على حسب ما اتفق عليه من الأجرة، ذلك لأن عقد الإجارة عقد معاوضة يقتضى التسوية بين المتعاقدين في تملك البدلين وتسليمهما حتى لا يكونا جميعا في ملك أحدهما في وقت واحد إذا ما سبق أحدهما الآخر بتملك بدل صاحبه، وحتى لا يمتاز أحدهما بأسبقية تسلمه لما تملك، ولذا قال الحنفية: إن عقد الإجارة يتعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنافع، فكلما حدثت منفعة تمت المبادلة بينها وبين حصتها من الأجرة بمقتضى العقد، وذلك لا يتأتى وقت إنشاء العقد لانعدام المنفعة في حينه فيتأجل انعقاده إلى وقت وجودها باستيفائها، ولذا كانت الإجارة مضافة بطبيعتها وكان الارتباط فيها بين المتعاقدين ابتداء على اعتبار قيام العين المستأجرة مقام منافعها في حق صحة الإيجاب والقبول وفي حق تسليم العين على المؤجر، فكانت منعقدة في الحال بالنسبة لذلك، ولذا ترتب عليها في الحال إلزام المؤجر بتسليم العين، وإلزام الأجير بالشروع في العمل، وكانت في الواقع مضافة في حق المنفعة إلى وقت حدوثها، فإذا تسلم المستأجر العين استحق المؤجر عليه الأجرة على الوجه الذى بيناه في الأجرة، ولا يتملكها كلها إلا إذا عجلت فعلا أو شرط تعجيلها أو استوفى

المستأجر المنفعة المعقود عليها أو تمكن من استيفائها وذلك بتسليم العين للمستأجر في مدة الإجارة ومكانها (١).

وقال الشافعي: يملك المؤجر الأجرة كلها في الحال بنفس العقد، ويجب تسليمها إليه عند تسليم العين للمستأجر؛ لأن الإجارة عقد معاوضة مالية، فيثبت الملك في البديلين بنفس العقد.

ولا فرق في هذا بين الإجارة المنجزة والإجارة المضافة، غاية الأمر أن المضافة لا يترتب عليها وجوب تسليم العين للمستأجر ولا الشروع في العمل إلا عند حلول الوقت الذي أضيفت إليه، ولذا جاز للمؤجر أن يتصرف في العين قبل حلول ذلك الوقت فتفسخ الإجارة حينئذ، وذلك كما إذا باع العين للمستأجر قبل الزمن المضاف إليه، ومن هذا يظهر أن الإجارة المضافة غير لازمة بخلاف المنجزة فإنها لازمة، وقيل إن الإجارة بنوعيتها لازمة فلا يتفرد أحدهما بفسخها بغير سبب موجب للفسخ، وستعرف الأسباب الموجبة له، وعلى هذا يمنع المؤجر من التصرف في العين المستأجرة ولو كان العقد مضافا إذا ما ترتب على نفاذ ذلك التصرف فسخ العقد، والقولان مصححان.

ومما ذكر يتبين أن الإجارة تخالف البيع، فإن البيع يفيد أثره في المبادلة بين العوضين في الحال وليست الإجارة كذلك.

وإن كانت فاسدة لعدم توافر شروط صحتها لم يترتب على العقد أى أثر، فلا يلزم المؤجر بتسليم العين للمستأجر، ولا يلزم الأجير بالشروع في العمل، وذلك كما في الإجارة مع جهالة الأجرة أو عدم بيان المدة أو مع تأجيل الأجرة إلى أجل مجهول، أو مع عدم بيان المنفعة، وكما في الإجارة على عمل من الأعمال على أن تكون الأجرة جزءا من المال الذي هو محل للعمل، كأن تستأجر إنسانا ليطحن البر بجزء من دقيقه (٢)، ولكن إذا ترتب عليها استيفاء المنفعة فعلا وكان ذلك بناء على تسليم المؤجر أو نائبه العين المستأجرة إلى المستأجر - في الإجارة على منفعتها - وجبت الأجرة على المستأجر عوضا عما انتفع، ولكن الأجرة

(١) راجع الأنبياء ص ٢٠٣ من الفن الثالث.

(٢) راجع الأنبياء ص ١٣٥.

الواجبة هي أجره المثل في جميع الأحوال، ولا تجب الأجرة المسماة إلا في حال واحدة. وهي أن تكون الأجرة المسماة معلومة علما تاما وأقل من أجره المثل، لأن اتفاق المتعاقدين عليها يعد تنازلا عما في أجره المثل من زيادة. وقال الشافعي: يجب أجر المثل أيضا في هذه الحال، لبطان هذا الاتفاق بسبب فساد العقد.

ولا يترتب علي تمكين المستأجر في الإجارة الفاسدة وجوب أجر المثل إلا في ثلاث مسائل: هي أن تكون العين المستأجرة موقوفة، أو مملوكة لسيتم، أو معدة للاستغلال، ففي هذه المسائل الثلاث تجب الأجرة بالتمكن، وإن كانت الإجارة فاسدة.

وإن كانت باطله كان العقد لاغيا - ولم يترتب على الانتفاع المبني عليه أثر، لأن المنافع لا تتقوم إلا بالعقد كما قدمنا، وذلك في غير المسائل الثلاث التي ذكرناها آنفا.

انتهاء الإجارة وبقاؤها: يستمر عقد الإجارة ما بقيت مدته، فإذا انتهت مدته انتهى ووجب رد العين المستأجرة إلى مالكيها عند طلبها، ولا تبقى الإجارة بعد ذلك إلا لعذر يقتضي بقاءها، كما إذا انتهت المدة وفي الأرض المستأجرة زرع لم يستحصد فإنه في هذه الحال يبقى فيها إلى أن يستحصد بأجر المثل، وكذلك إذا استأجر سفينة لمدة معينة فانتهت والسفينة في عرض البحر لم تصل إلى غرضها: فإن الإجارة تبقى بأجر المثل حتى تصل السفينة إلى المكان المقصود وهكذا.

وهذا إذا لم يحدث قبل انتهاء المدة ما تنفسخ به الإجارة، أو تنسخ به، فإن حدث في أثناء المدة ما تنفسخ به الإجارة انفسخت، إلا إذا وجد عذر يقتضي بقاءها. وذلك في الأحوال الآتية:

(١) وفاة المستأجر عند الحنفية فلا يحل ورثته في الإجارة محله، لأنها التزام ولا إلزام بغير التزام، ولأن المنافع لا يبقاء لها حتى تكون متروكة على ملك المتوفى ويرثها عنه ورثته، فلا تورث، وإذن تنتهي الإجارة بوفاة، وترد العين إلى مالكيها، إلا إذا اقتضى بقاءها عذر، كما في الأرض يكون فيها زرع لم يستحصد، ففي هذه الحال وأمثالها: تبقى الإجارة إلى استحصاد الزرع أو زوال العذر المتقضى

للبقاء بالأجرة المسماة مابقيت المدة التي تمت بها الإجارة، فإذا انتهت واحتيج إلى بقائها مدة أخرى بعد ذلك فإنها تبقى بأجر المثل حيثند (١).

(٢) وفاة المؤجر، فإن العين المستأجرة تنقل بوفاته إلى ورثته بالميراث، وذلك يستلزم انفساخ عقد الإجارة فيها، لأنها تتجدد كما قدمنا بحسب تجديد المنافع. وما يتجدد من المنافع بعد وفاة المؤجر يكون مملوكا لورثته، فلا ينفذ فيه عقده، ومحل ذلك كما قدمنا: ألا يوجد عذر يقضى ببقائها، وإلا بقيت على الأساس الذى بيناه، كما إذا توفى المؤجر قبل وصول الدابة المستأجرة براكبها إلى الغاية التى استؤجرت لأجلها. فإن الإجارة تبقى بأجر المثل فى هذه الحال، وكما فى الأرض يكون فيها عند وفاته زرع لم يستحصد وقد بينا ذلك.

والمراد بكل من المستأجر والمؤجر من كان العقد له، سواء أباشره بنفسه، أم باشره عنه نائب، لا من باشر العقد لغيره، فلا تأثير لوفاة وكيل كل من المؤجر والمستأجر فى عقد الإجارة، ولا لوفاة ولى الصغير ولا للوصى عليه، ولا لناظر الوقف إذا ما باشروا عقد الإجارة عمن هم تحت ولايتهم، لأن هؤلاء لا يتصرفون لأنفسهم، وإنما يتصرفون لغيرهم.

وإذا توفى المؤجر وقد عجل له المستأجر أجرة المدة التالية لوفاة، فإن أجرة هذه المدة - وقد انفسخت الإجارة فيها - تعتبر دينا عليه للمستأجر وتودى إليه من تركته. ويكون المستأجر بالنسبة إليها مقدما على الغرماء الآخرين فى الاستيفاء من ثمن العين المستأجرة، ولذا يكون له حبسها لديه حتى يستوفى ما عجله، فإذا بيعت فى هذه السبيل أخذ المستأجر من ثمنها أولا ما عجله من أجرة، ثم يكون

(١) قال الشافعى وأحمد: إذا توفى المستأجر لم يفسخ بوفاته عقد الإجارة، ذلك لأنه قد تملك به من المنافع ما يورث ورثته عند الوفاة، فيقوم ورثته بعد وفاته فى استيفاء ما ورثوه عنه من المنافع، وإذا لم يكن قد عجل الأجرة فإتاحتها تكون دينا فى تركته تودى إلى المؤجر كما يودى غيرها من الديون، ومرد ذلك إلى أن المنافع عندهما أموال موجودة حكما حين العقد عليها. وذهب المالكية إلى أن ورثة المستأجر يجوز لهم عند وفاته أن يلتزموا للمؤجر بما بقى له من أجرة فيجب ذلك فى أموالهم، وعندئذ يقومون مقام مورثهم فيما بقى له من المنافع إذا رضى المؤجر بذمتهم، فإن لم يرض كان له حيثند فسخ العقد. وإن أبى الورثة عند وفاة المستأجر أن يلتزموا بالأجر ويقوموا مقامه أجرت العين المستأجرة فى المدة الباقية وأعطيت أجرتها للمؤجر، حتى يستوفى ما بقى من أجرة فإن بقى له بعد ذلك شئ استوفاه من تركته المستأجر، وإن فضل ضم شئ إليها.

الباقى لسائر الدائنين، ثم للورثة، فإن لم يوف ثمنها بالأجرة كان المتأجر فيما بقى منها كسائر الغرماء، ذلك هو مذهب الحنفية (١).

(٣) هلاك العين المستأجرة، فإذا استأجر دابة معينة للركوب أو للحمل فهلكت الدابة انفسخت الإجارة. أما إذا لم تكن الدابة معينة، بأن استأجر إنسانا ليحمل المتاع على دابة ما فحمل بعضه على دابة ثم تلفت لم تنفسخ الإجارة بهلاكها، واستمرت، وعلى المكاري أن يحمله على أية دابة أخرى.

(٤) غضب العين المستأجرة، فإذا غضبها من المتأجر غاصب لم يقدر على دفعه انفسخت الإجارة، وذهب بعض الحنفية إلى أنها لا تنفسخ، ولكن تسقط الأجرة فقط بسبب الغضب، ويجوز للمستأجر فسخها، وفائدة الخلاف تظهر فيما إذا ردت العين قبل انتهاء المدة، فعلى القول الأول: لا يلزم المتأجر بأن يتفح بها المدة الباقية، وعلى الثانى: يلزم بها، وعليه حصتها من الأجرة، إلا إذا كان قد فسخ العقد عند قيام الغضب.

وتفسخ الإجارة بما يأتى:

(١) بخيار شرط أو خيار رؤية، وقد سبق أن تكلمنا عليهما بما فيه كفاية.

(٢) بخيار عيب، فللمستأجر أن يستقل بفسخها فى جميع الأحوال قبل قبض العين المستأجرة وبعده إذا حدث العيب قبل العقد أو بعده، سواء أكان قبل تسليم العين أم بعده، بشرط ألا يكون المستأجر قد رضى به، وبشرط أن يؤثر العيب فى الانتفاع بالعين، سواء أترتب عليه نقص الانتفاع أم زواله، لافرق بين الحالين فى ثبوت حق الفسخ للمستأجر مادام العيب قائما لم يزل، غاية الأمر أنه إذا ترتب على العيب زوال الانتفاع بالكلية سقط عنه الأجر، وإن لم يفسخ، وكان له أن يفسخ بغير حضرة المؤجر، بخلاف ما إذا أخل بالانتفاع فليس له الفسخ إلا بحضرة المؤجر كما قدمنا، ولم يسقط عنه أجر ما مضى من المدة لبقاء الإجارة مع

(١) وذهب الشافعى وأحمد ومالك إلى أن وفاة المؤجر لا تنفسخ بها الإجارة، لأن العين التي استؤجرت قد انتقلت إلى ورثته سلوبة المنفعة، إذ إن المتأجر قد غلكتها بعقد الإجارة طيلة المدة، فيلزمهم ألا يتعرضوا له فيها حتى يستوفى كل ما ملك من منافعها.

(ب) يجوز للمؤجر أن يطلب من القاضى فسخ^(١) الإجارة إذا اضطر إلى بيع العين المستأجرة فى سداد دين ثابت بسبب مشاهد أو بيينة أو بإقرار - على رأى بعضهم - إذا لم يكن له مال آخر خلافها يمكنه أن يبيعه فى سداد ذلك الدين، لأن فى عدم بيعها ضررا به. إذ قد يؤدى ذلك إلى حبسه بسبب المثل، ولكن إذا كانت أجرتها معجلة وقيمتها لاتزيد عنها لم يكن له بيعها، إذ لافائدة من بيعها حيثئذ. لأن دين المستأجر حيثئذ مقدم على دين غيره.

(٤) وكذلك يجوز للمستأجر أن يفسخ إجارة الأجير إذا ماترتب عليها استهلاك عين له كما فى إجارة كاتب لينقل له هذا الكتاب على هذا الورق، وكما فى إجارة خياط ليخيط له هذا الثوب أو بناء لبنى له هذا الجدار أو ليهدمه، أو زارع ليزرع له أرضه بهذا البذر، فإنه إذا ما بدا له أن يعدل جاز له الفسخ، لأن فى استمرارها استهلاك مال له، وذلك ضرر به، فكان له الفسخ، ولعل مرادهم أنه لا يكون له ذلك إلا إذا عدل نهائيا عن العمل المطلوب، وإذن فلا يكون له هذا الحق لمجرد إرادة تغيير العامل وإلا كان هذا الحكم محل نظر.

ومما تقدم يتبين أن الإجارة كما تبقى بالأعذار تنسخ أو تفسخ بالأعذار على حسب ما بينا، وهذا مبدأ عظيم الأثر جليل الخطر، ويجب ألا يترك لتقدير المتعاقدين إلا عند تراضيهما، أما إذا اختلفا فالواجب فيه الفسخ أم لا^(٢). وقد خالف فى ذلك كله مالك والشافعى وأحمد، فذهبوا إلى أن الإجارة لايجوز فسخها بالأعذار ولابعول المستأجر عن العمل الذى قصده منها، لأنها كالبيع فى لزومها ولا يفسخ البيع لمثل ذلك اتفاقا.

(١) الهندية ج٤ ص٤٥٩.

(٢) راجع الفتاوى الهندية ج٤ ص٤٥٨ وفتاوى فاضيل خان ج٢ ص٣٥٢.

الجمالة

التعريف بها: الجمالة (بتثنية الجيم، وكسرهما أشهر) ما يعطيه الإنسان لغيره نظير عمل يقوم به كالجعل، وعند الفقهاء: التزام مال معلوم نظير عمل معين معلوم أو لايسته جهالة. مثالها عندما يكون العمل معلوماً أن يقول شخص: من نقل متاعى هذا إلى مكان كذا فله مبلغ كذا من المال، ومثالها عند الجهل به أن يقول: من رد على فرسى الضال فله كذا من المال، فإن العمل الذى يياشره العامل فى هذه الصورة غير معلوم؛ لأن كيفية البحث وطرقه ومقداره كل ذلك غير معلوم.

وهذا الالتزام قد يكون لشخص معلوم كما إذا قال الجاعل لفلان: إن قمت بكذا، فلك كذا، وقد يكون لشخص مجهول، كما فى المثالين السابقين.

وهذا العقد صحيح عند الشافعية والمالكية والحنابلة، استناداً إلى قوله تعالى: ﴿ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم﴾ فإن ذلك من الجمالة، وقد قصها القرآن علينا من غير اعتراض عليها، فكانت بذلك مشروعة.

ويتم من طرف واحد، مادام العمل لم يشرع فيه أحد، فإن شرع فيه شخص عالماً به كان شروعه ارتباطاً من ناحيته وتم به العقد بينه وبين الجاعل، فإذا قام بالعمل وأتمه وجبت له الجمالة، وإن أتمه غير عالم به لم يستحق شيئاً؛ لأنه متبرع بعمله. «المهذب».

وهو على كل حال عقد غير لازم عندهم قبل تمام العمل ولازم بعد تمامه، فالشافعية وأحمد يذهبان إلى أنه غير لازم قبل التمام، سواء استجاب له أحد، فشرع فيه العمل أم لم يستجب له أحد، ولذا يجوز للجاعل أن يفسخه ويرجع عنه فى هاتين الحالتين. فإن رجع قبل الشروع فيه ثم شرع فيه شخص عالماً برجوعه لم يلزمه شيء من الجمالة لذلك العامل، وإن شرع فيه جاهلاً به، فالأصح عند الشافعية أنه لا يستحق كذلك شيئاً على الجاعل، واستحسن البلقيني أنه يستحق الجعل فى هذه الحال. وإن رجع الجاعل بعد الشروع فيه كان للعامل أجر مثل ما عمل.

وكذلك يجوز للعامل إن كان معيناً أن يفسخ هذا العقد قبل شروعه في العمل وبعد شروعه ولا يستحق من الجعالة شيئاً على ما عمل لرجوعه قبل تمام العمل، فإن كان غير معين فشرع فيه شخص كان له ألا يتم العمل، ولا شيء له على ما أتمه منه.

وذهب مالك إلى أنه غير لازم قبل الشروع في العمل فقط، أما بعد الشروع فيه فإنه يلزم بالنسبة إلى الجاعل، فلا يملك أن يستبد بفسخه حتى لا ينال العامل ضرر^(١) ولا يلزم بالنسبة إلى العامل، فله أن يمتنع عن إتمام العمل، وعندئذ لا يستحق شيئاً من الجعل، ولكن محل ذلك إذا لم ينتفع الجاعل بما أتم العامل منه، فإن انتفع به بأن استأجر من قام بإتمام العمل بناء على ماتم منه، كان له أجر مثله.

وذهب الحنفية إلى أن الجعالة إجارة فاسدة لعدم توافر شروط الإجارة فيها ولا يجب فيها إلا أجر المثل بالعمل بشرط ألا يزيد عن المسمى.

شروطها: ويشترط فيها ما يأتي:

(١) أن تتوافر في الجاعل شروط المؤجر التي بينها في الإجارة، فإن لم تتوافر كانت الجعالة باطلة لا يترتب عليها أثر كجعالة الصبي والسفيه.

(٢) أن يكون العامل ذا قدرة على العمل وإن لم يكن بالغاً، فيصح أن يكون صبياً مميزاً وإن لم يأذنه وليه بذلك، ويستحق الأجر إذا قام بالعمل.

(٣) وأن تكون صيغتها دالة على التزام قائلها، فلاتصح الجعالة إذا ما أسندها قائلها إلى غيره، كأن يقول: إن فلاناً يعطى من يفعل كذا أجراً هو كذا، لعدم التزام كل منهما.

(٤) أن يكون الجعل معلوماً، فإن كان به جهالة تفضى إلى النزاع وجب أجر المثل عند القيام بالعمل.

ولا يشترط فيها أن يكون العمل للجاعل، فتصح إذا قال شخص: من رد على فلان ضالته وهي كذا أعطيته جنيهاً، فإذا قام إنسان بردها استحق الجنيه على الجاعل لأنه الملتزم لا على مالك الضالة، لأنه لم يلتزم.

(١) الشرح الكبير للردديري ج ٤ ص ٦١، ٦٥.

وكذلك لا يشترط في صحتها أن يكون العمل ذا منفعة للجاعل، وذلك الشرط محل خلاف بين العلماء، فمن قال: من يتسلق هذا الجبل فله منى كذا، لزمه الجعل إذا قام به إنسان عند فريق من العلماء، وقيل: لا يلزمه لعدم انتفاع الجاعل بمثل هذا العمل.

ولا يشترط في استحقاق الجعل عمل العامل بنفسه، فله أن يستعين بغيره في أدائه، وتخالف الجعالة الإجارة فيما يأتي:

(١) في جوازها مع جهالة العمل خلافا للإجارة.

(٢) في صحتها عند عدم تعيين الطرف الآخر.

(٣) في تمامها مع عدم القبول.

(٤) في أنها غير لازمة قبل العمل.

(٥) في أن الجعل إذا عجل فيها لم يملك بالتعجيل بخلاف الإجارة، فإن

الأجرة إذا دفعت معجلا للمؤجر تملكها.

وتنسخ الجعالة بموت الجاعل، وبجنونه وبإغمائه^(١) إذا حصل قبل الشروع في العمل، وكذلك إذا حصل بعد الشروع فيه عند الشافعي وأحمد، غير أنه إذا كان المتوفى هو الجاعل، وأتم العامل باقى العمل بعد الوفاة كان له أجر مثل ما عمل في الحياة فقط، دون ما عمل بعد الوفاة، لبطلان الجعالة، فإن لم يتمه لم يستحق شيئا^(٢)، وإذا كان المتوفى هو العامل فأتم العمل وارثه استحق بقدر ما عمل مورثه فقط، فإن لم يتم العمل وارثه لم يستحق شيئا على ما أتمه مورثه^(٣).

وعند مالك لا تبطل بعد الشروع بموت الملتزم، ولا بموت العامل، فيلزم الورثة بأداء الجعل من تركة الملتزم عند تمام العمل، ويقوم ورثة العامل بإتمامه عند وفاة مورثهم، ولهم الجعل عند إتمامه.

(١) خلافا للإجارة إذ لا تنسخ بجنون أحد العاقدين ولا بإغمائه، الفتاوى الهندية ج ٤ في باب ما تنسخ به الإجارة.

(٢) ذلك ما يظهر لى من كلام صاحب النهاية وكشاف القناع إذ جعل استحقاق الجعالة بتمام العمل؛ لأن الجاعل لم يلتزم بشئ، إلا نظير إتمام العمل وهو ما يظهر من عبارة أسنى الطالب على الروض ج ٢ ص ٤٤٣.

(٣) ذلك ما يظهر لى وإن لم أره صريحا للعلّة السابقة.

المزارعة

التعريف بها : عقد بين مالك أرض ومزارع على أن يزرعها ببعض الخارج منها وتسمى كذلك بالمحاولة والقراح .

وهي عقد فاسد عند أبي حنيفة والشافعي ومالك، لورود الأثر بالنهي عنها، وأجازها الصحابان وأحمد لحاجة الناس إليها، ولأن النبي ﷺ عامل أهل خيبر على نصف ما تخرجه أرضها من ثمر وزروع .

وهي إجارة في الابتداء وشركة في الانتهاء، ولذا كان المعقود عليه فيها إما منفعة الأرض إن كان البذر على المزارع، وإما عمل المزارع إن كان البذر على صاحب الأرض .

شروطها: يشترط فيها ما يأتي:

(١) أهلية العاقدين لمباشرة عقود المعاوضات .

(٢) بيان مدة لها تتسع لزراع الأرض وإدراك ما يزرع فيها، فإذا لم تبين مدة فسدت، وروى عن محمد أنها تصح وتقع على زراعة واحدة .

(٣) صلاحية الأرض للزراعة، لأنها المقصودة من العقد .

(٤) التخلية بين الأرض والمزارع، فإذا شرط على صاحب الأرض أن يعمل كذلك فسدت، لأن ذلك يحول دون التخلية ويؤدي إلى النزاع .

(٥) بيان نوع البذر الذي سيبذر في الأرض للزراعة، ومن عليه ذلك البذر من العاقدين، ويكفي في بيان ذلك العرف، فإذا كان العرف مشتركاً لايعين أحد العاقدين فسدت .

(٦) بيان نصيب كل منهما في الخارج .

(٧) الشركة في الخارج، فإذا ذكر ما قد يمنع الشركة فسدت، وذلك كاشتراط رفع الخراج من الخارج ابتداءً أو رفع البذر، أو رفع أي مقدار معين، فقد لا يخرج منها سوى ما اشترط رفعه ابتداءً، فلا تتحقق الشركة في الخارج بين العاقدين .

حكمها: وهي عقد لازم إلا بالنسبة لمن شرط عليه البذر، قبل إلقائه في الأرض، فله حينئذ أن يستقل بنفسها حتى لا يجبر على إتلاف ماله وهو البذر ببذره في الأرض، وقد ينبت وقد لا ينبت، وإذا نبت فقد تصيبه آفة.

وإذا صحت المزارعة كان الخارج من الأرض بين صاحبها والمزارع على ما شرط، فإن لم تخرج الأرض شيئا فلا شيء للمزارع، إذ لاستحقاق له إلا في الخارج.

وإذا كانت فاسدة فمضى فيها العاقدان كان على صاحب البذر أجر مثل الأرض إن كان المزارع، وأجر مثل المزارع إن كان مالك الأرض، سواء أخرجت الأرض شيئا أم لا، ولايزاد على ما شرط لهما في العقد للرضا به^(١) وهذا عند الشيخين وقال محمد: الواجب أجر المثل في الحالين بالغاً ما بلغ لفساد الرضا والتقدير بسبب فساد العقد، فإن خرج شيء من الأرض كان لصاحب البذر؛ لأنه ثماء ملكه.

انتهائها: تنتهي المزارعة بانتهاء مدتها، فإذا انتهت والزرع لم يدرك بقي الزرع في الأرض وعلى المزارع أجر ما تشغله حصته في الزرع من الأرض، وتكون النفقة حينئذ عليهما بقدر حصصهما.

وإذا مات مالك الأرض قبل انتهاء مدتها والزرع بقل وأراد المزارع المضي في عمله كان له ذلك، وليس لورثة المالك منعه، كما أنهم لا يملكون إجباره حينئذ على المضي في العقد^(٢).

وإذا مات المزارع قبل إدراك الزرع كان لورثته أن يقوموا مقامه حتى يدرك، رضئ بذلك مالك الأرض، أو أبي^(٣)، فإذا لم ير المزارع أو ورثته المضي في العقد في الحالين السابقين كان لمالك الأرض الخيار في واحد من ثلاثة:

(١) وإنما يتأني هذه فيما إذا جاءت الأرض بمحصول. أما إذا لم تخرج شيئا فلا يعلم مقدار الشروط حتى لايزاد عليه.

(٢) أما إذا كانت وفاته قبل البذر سواء أعد المزارع الأرض أم لا فإن المزارعة تبطل ولا شيء مقابل إعداده الأرض، ولا يملك أن يمضي في العمل، وإذا مات بعد البذر قبل النبات ففي انتهائها اختلاف الشايخ. راجع الفتاوى الهندية ج ٥ ص ٢٥٤، الدر المختار ج ٥ ص ٤١٩٨.

(٣) أما لو مات قبل البذر فإن المزارعة تبطل وليس لورثته أن يطلب المضي في العمل إلا بعقد جديد.

- (١) الإنفاق على الزرع ومحاسبة المزارع أو ورثته على ما يخصهم من النفقة، ثم قسمة الخارج بينهم على الشرط.
- (٢) قلع الزرع وتقسيمه في الحال على حسب الشرط.
- (٣) تملك حصة المزارع بقيمتها وقت إرادة ذلك فيخلص جميع الزرع له.

المساقاة

التعريف بها: المساقاة عقد على دفع الشجر أو الكرم أو مافى حكمها إلى من يقوم عليه نظير حصة شائعة معينة من الثمر وتسمى كذلك معاملة ومناسبة. والمراد بالشجر وما في حكمه كل ما ينبت في الأرض ويبقى بها للاستثمار ستة فأكثر ومحل العقد فيها عمل المساقى وهى إجارة فى الابتداء وشركة فى الانتهاء.

شروطها: يشترط فيها كل ما يلائمها من شروط المزارعة التى بينها وهى:

- (١) أهلية المتعاقدين.
- (٢) التخلية بين المساقى والشجر.
- (٣) بيان مدة يظن خروج الثمر فيها، فإن لم يبين لها مدة وقعت على أول ثمر يظهر، وإن بينت مدة قد يخرج فيها الثمر وقد لا يخرج، ثم لم يخرج فيها ظنير فسادها وكان للمساقى أجر مثل عمله.
- حكمها: يرى أبو حنيفة أنها فاسدة لأنها فى معنى الإجارة بجزء من المال المستأجر عليه.
- وذهب أصحابه والأئمة الثلاثة إلى أنها صحيحة لورود الأثر بها فى تعاقده النبى ﷺ مع أهل خيبر.
- وأثرها عندهم ثبوت الشركة فى الخارج من الثمر كالمزارعة، غير أنها تخالفها فى أنها لازمة فى جميع أحوالها.

وإذا انتهت مدتها استمر المساقى فى العمل بلا أجر إلى إزهاء الثمر.
وإذا حددت لها مدة لا يَحتمل فيها خروج الثمر فسدت وكان للمساقى أجر
المثل إذا عمل.

وإذا صحت المساقاة فلم يثمر الشجر فى المدة التى ذكرت فلا شىء لأحد
العاقدين على الآخر، لأن ذلك لا يكون إلا لآفة فلا يتبين فساد العقد حينئذ.
وما يترتب على انتهاء المدة فى المزارعة، وعلى موت أحد طرفيها من
الأحكام يترتب مثله على انتهاء المدة فى المساقاة، وعلى موت أحد طرفيها من
الأحكام، لا فارق بينهما فارجع إليه.

العارية

العارية: تمليك المنفعة بالمجان حال حياة المملك، فتميزت عن البيع لأنه
تمليك عين، وعن الإجارة لأنها تمليك المنفعة بمال، وعن الوصية بالمنفعة لأنها
تمليك بعد الوفاة، وتطلق العارية كذلك على العين المستعارة، ويسمى المملك معيرا
والأخذ مستعيرا.

ركنها: وركنها الإيجاب من المعير والقبول من المستعير.

وتنعتد بكل لفظ يفيد التمليك مجاناً كأعرتك أرضى ومنحتك ثوبى لتلبسه
وأعطيتك سيارتى لتحملك إلى مكان كذا، وبالفعل متى دل عليها صاحبه من
القرائن كأن يذكر شخص لآخر حاجته إل قلم ليكتب به هذا الكتاب فيعطيه إياه
بلا لفظ.

ولاتم العارية ولا يترتب عليه أثرها، إلا بالقبض لما قدمنا، فإذا قبض
المستعير العين المستعارة تم العقد وترتب عليه أثره وهو ملكه المنفعة ملكاً غير لازم.

وذهب مالك إلى أنها تلزم بمجرد القول مادام المعير حياً.

وذهب الشافعي وأحمد إلى أنها لاتنفيد تملكيا، وإنما تنفيد إباحة فقط، وإلى هذا ذهب بعض الحنفية كالكرخي (١).

شروطها: يشترط في كل من المعير والمستعير ما يشترط في المؤجر والمستأجر، ويشترط في العين المستعارة أن يتفجع بها مع بقائها، فلا تجوز إعاره النقود لاستهلاكها. وكذلك يشترط تعيينها، فإذا أعار شخص سيارة من سياراته لم تصح العارية إلا إذا جعل له أن يأخذ ماشاء منها.

حكمها: والعارية غير لازمة، سواء أكانت مطلقة، أم مقيدة بمدة، فإذا قيدت بمدة معينة، جاز للمعير استردادها قبل مضيها، ولكن إذا ترتب على استردادها ضرر كالأرض تستعار لزراعتها ثم تسترد والزرع لم يدرك فإنها ترك في يد المستعير حتى يستحصد الزرع بأجر المثل منعا للضرر.

فإن استعيرت للبناء أو الغراس ولم تقيد بمدة جاز استردادها في أى وقت، وكلف المستعير القلع إذا كان لا يضر بالأرض، ويجوز أن يملكه المعير حينئذ بالاتفاق مع المستعير. فإذا أضر بالأرض لم يمكن المستعير من القلع، وجاز للمعير أن يملكه جبرا عنه بقيمته مستحق القلع.

وإن كانت مقيدة بمدة فرجع المعير قبل مضيها، ضمن الفرق بين قيمة البناء أو الغراس مستحق القلع الآن، وقيمته مستحق القلع عند مضي المدة إن لم يضر القلع بالأرض، فإن أضر بها تملكه المعير بقيمته مستحق القلع عند مضي المدة جبرا عن المستعير.

وذهب مالك إلى أن العارية تلزم إذا قيدت بمدة معينة لوجوب الوفاء

(١) ووجهتهم أنها تعتقد بلفظ الإباحة، وتبطل بنهى المعير المستعير أن يتفجع، ولا يملك المستعير أن يؤجر، ولا يشترط فيها بيان مدة الانتفاع، وكل ذلك دلائل عدم الملك، لأن الملك لا يثبت بلفظ الإباحة، ولا يفيد معه نهي عن الانتفاع، ولا يمنع التملك معه من أن يتصرف فيما يملك، ولا يصح مع الجهالة. ووجية الحنفية أنها تعتقد بالفاظ التملك كملكك منفعة كذا وأعرتك، ويجوز للمستعير أن يعير غيره وذلك تصرف لا يكون إلا من المالك، فيكون أثرها التملك لا الإباحة. وإنما اعتقدت بلفظ الإباحة إفادتها التملك مجازا. ولم يكن إلا عن الانتفاع. مبطلا لها، وإنما اعتبر منبها لها إفادته الرجوع وطلب الاسترداد، ولم يملك المعير - أن يؤجر محافظة على حق المعير في جواز رجوعه متى شاء، ولو صح له أن يؤجر لمنع ذلك المعير من الرجوع في عارضه أثناء مدة الإجازة التي باسرها المستعير، لأن الإجازة عقد لازم، إذ لو جاز له الرجوع نسي أثناءها لا تلتب الإجازة عقدا غير لازم لانسآخها قبل انتهاء مدتها برجوع المعير في أى وقت شاء، وهذا تغيير للمشروع. وإنما لم يشترط بيها بيان امدت لأن الجهالة فيها لانفضى إلى نزاع لأنها تبرع غير لازم فيجوز للمعير أن يرجع في أى وقت شاء.

بالعقد، وكذلك تلزم إذا أطلقت واقتضى العرف تقييدها بمدة. فلا يجوز استردادها قبل انتهائها على الأصح عنده، ولذا لانتهاى بموت المستعير فى هذه الحال، بل يستوفى وارثه المنفعة إلى نهاية المدة المعنية بالنص أو بالعرف.

يد المستعير: والعارية فى يد المستعير أمانة لا تضمن إلا بالتعدى عليها أو التقصير فى حفظها، فإذا تلفت هلكت على مالكها - وإن شرط ضمانها على المستعير عند إعارتها - لأنه شرط باطل، فيبطل وتصح العارية.

وفى التبيين: أن المعير إذا شرط على المستعير كانت يده عليها يد ضمان فيضمنها إذا تلفت عنده، ولو من غير تعد أو تقصير (١).

وذهب الشافعى إلى أن يده عليها يد ضمان فى جميع الأحوال حتى إذا شرط عدم ضمانها لغا الشرط، وذلك لما روى أن رسول الله ﷺ حين استعار من صفوان بن أمية دروعه يوم حنين قال صفوان: أغضب يامحمد؟ فقال عليه السلام: «لا، بل عارية مضمونة».

أنواعها وكيفية الانتفاع بالعين: العارية إما مطلقة وإما مقيدة، فإن كانت مطلقة انتفع المستعير بالعين المستعار الانتفاع الذى يريده، غير متجاوز فيه المعروف عرفا. لأنه كالمشروط، فإذا تجاوزه كان معتديا فى ذلك، فإذا تلفت بسبب ذلك أو نقصت كان ضامنا لقيمتها أو نقصها، فإذا استعار دابة خاصة بالركوب، ولم يذكر فى العقد أنه يستعيرها ليركبها لم يجز له أن يحمل عليها، لأن العرف يقيد الانتفاع بها فيخصه بركوبها، وكان ذلك قد شرط فليس له أن يحمل عليها لذلك.

وإن كانت مقيدة بنوع من الانتفاع، أو بزمان أو بمكان تقيدت فيما قيدت به فلا يجوز للمستعير مجاوزته إلى ما هو أشد ضررا كما قدمنا فى الإجارة، فإذا تجاوزه إلى ما هو أشد ضررا فتلفت أو نقصت كان ضامنا.

تصرف المعير فى المنفعة: ليس للمعير أن يؤجر العارية لما قدمنا من أن الإجارة لازمة، والعارية غير لازمة، أما إعارته إياها فهناك حكمها:

(١) راجع الأشباه والحوى عليه مج ١ ص ١٣٢.

إذا كان الانتفاع بالعارية لا يختلف باختلاف المستعمل كحمل شيء خاص على دابة جاز للمستعير أن يعيرها لغيره لمثل هذه المنفعة، سواء أعين المتفع أم لم يعين، ذلك لأنه إذا عين المتفع في العارية فالتعيين لا يفيد لأن الانتفاع لا يختلف باختلاف المستعمل. فكان المستعير وغيره سواء، وإن لم يعين، فالأمر ظاهر.

وإن اختلفت فتحت ذلك صورتان: إحداهما، أن يعين المتفع، وعندئذ لا يجوز إعارتها لغيره، فإذا استعار شخص العين على أن ينتفع بها هو لم يعطها لغيره، وإذا استعارها على أن يركبها فلان لم يجز أن يركبها المستعير.

ثانيتها: ألا يعين المتفع، وفي هذه الحال تنقيد العارية بأول متفع بها، فلا تعار لغيره بعده، فإن انتفع هو بها فعلا لم يعيرها لغيره، وإن أعارها لغيره ابتداء فانتفع بها لم يجز له أن ينتفع هو بها، وهذا ما اختار فخر الإسلام، واختار شمس الأئمة السرخسي أنها لا تنقيد بأحد في هذه الحالة^(١).

نفقات العارية: ونفقات العين المستعارة سواء أكانت لازمة لحفظها أم لحياتها أم لردّها إلى معيرها واجبة على المستعير، فإذا كانت حيوانا فعلفه على المستعير وقت عاريته، وإذا أراد رد العارية إلى مالكها وجب عليه أن يقوم نفسه بذلك إن كانت من الأشياء النفيسة وأن يسلمها إلى المعير نفسه، فإذا ردها بواسطة رسول أو سلمها لغير مالكها فتلفت كان عليه ضمانها، وإن لم تكن من الأشياء النفيسة كان له ردها بواسطة أمينة، ويكفي أن تسلم إلى المعير أو إلى من هو في عياله ممن لا ينكر العرف تسليمها إليه، فإذا هلك بعد ذلك لم يكن ضامنا.

انتهاء العارية: تنتهي العارية بمضي مدتها إذا كانت مقيدة بمدة، فإن كانت مطلقة انتهت بطلب المعير ردها، أو بموت كل من المعير والمستعير، وذهب مالك إلى أنها إذا قيدت بمدة لم تنته إلا بمضيها.

(١) راجع مجمع الأنهر ج ٢ ص ٢٤٨ وتكملة رد المحتار ج ٢ ص ٢٧٧: وعلى هذا إذا شرط المعير على المستعير في العارية ألا يعيرها لغيره وجب العمل بهذا الشرط عندما يكون الانتفاع بالعارية مما يختلف باختلاف المستعمل. أما عند عدم اختلافه فهو باطل، لأنه مخالف لتفسي العقد. أقول: ولماذا لا يكون دليلا على أن المراد بالعارية الإباحة فتقدّم؟

الوديعة

التعريف بها: الوديعة عقد يفيد تسليط المالك غيره على حفظ عين من ماله، ويسمى المالك مودعا، والحافظ وديعا ومستودعا، والمال وديعة.

ركنها: أركانها الإيجاب والقبول، ويكونان باللفظ الدال على الإيداع وقبوله صراحة، كأودعتك هذا الكتاب وقبلت، وبالفعل الدال على ذلك أيضا كوضع الحيوان في الحظيرة المعدة للإيداع أمام حارسها بدون لفظ، وكترك متاع أمام جالس ينظر إليه بدون اعتراض منه كما يحصل في المساجد عادة فتم الوديعة بمثل هذا لدلالته عليها عرفا. وبهذا يتبين أن الوديعة أحص من الأمانة. فإن الأمانة لا يلزم أن تكون نتيجة عقد، فاللقطة في يد الملتقط أمانة، وليست وديعة، وعلى ذلك فكل وديعة أمانة، وليس كل أمانة وديعة.

شروطها: يشترط في الوديع أن يكون مكلفا فلو استودع صبي مميّز أو غير مميّز فاستهلك الوديعة فلا ضمان عليه لوجود التسليط من المودع. وأن يكون المودع مميّزا، وأن تكون الوديعة قابلة لوضع اليد عليها، فلا يتعدّد إيداع طير في الهواء، ولا تتم إلا بالقبض كالعارية.

حكمها: يترتب على تمامها بالقبض ما يأتي:

- (١) وجوب الحفاظ على الوديع، فيلزمه أن يحفظها بما لا يكره عليه العرف.
- (٢) ودفعها إلى المودع عند طلبه، فلا يجوز للوديع أن يؤخر ردها بعد الطلب، فإذا لم يجب إلى ذلك فورا فتلفت ضمن. ولا يجوز للوديع أن يسلمها إلا إلى مودعها أو رسوله، فلو سلمها لغيرهما فتلفت ضمن إلا إذا أكره على ذلك إكراها ملجئا. ومثونة ردها على مالكة لا على الوديع.
- وإذا توفي المودع أو الوديع ظلت أمانة في يد الوديع أو ورثته، فإذا طلبها المودع أو ورثته سلمت إليهم إن وجدت في تركة الوديع، فإن لم توجد ضمنها وأدى الضمان من التركة، لأن الأمين يضمن بموته مجهلا الأمانة.
- (٣) وأنها في يد الوديع أمانة لاتضمن إلا بالتعدي عليها أو بالتقصير في حفظها، ومحل ذلك إذا لم يكن الإيداع بأجر، فإن كان بأجر كان الوديع أجيرا، وكان ضامنا لها إذا هلكت بفعل يمكن الاحتراز عنه، ولو لم يكن منه تقصير.

وإذا شرط المودع على الوديع شروطاً في طريقة حفظها وجب اتباعها إذا كانت مفيدة فإذا خالفها فتلفت الوديعة كان ضامناً لها لتقصيره بالمخالفة، ومحل ذلك إذا لم تكن المخالفة لضرورة، كأن يشترط المودع عليه أن يحفظها في منزل معين فيضطر إلى نقلها منه لاشتعال النار فيه. فإذا هلكت بعد ذلك بدون تعد لا يضمن.

هَذَا، وليس للوديع أن يتفجع بالوديعة أى انتفاع، فإذا انتفع كان متعبداً بانتفاعه، فإذا تلفت ضمنها، وإذا أذنه المودع بالانتفاع صارت عارية لا وديعة، وكذلك ليس له أن يتصرف فيها بإيداع أو إجارة أو إعارة أو رهن، ولا أن يسافر بها إلا إذا اضطر إلى السفر ولم يمكنه أن يتركها عند عياله، لأنه لا عيال له يمكن أن يعهد إليهم في حفظها، وضمان الوديعة يكون بأداء مثلها إن كانت مثلية، وبأداء قيمتها إن كانت قيميّة، كما قدمنا ذلك غير مرة.

الرهن

التعريف به : الرهن فى اللغة حبس الشئ بأى سبب، ومنه قوله تعالى فى سورة المذثر ٣٨ : ﴿ كل نفس بما كسبت رهينة ﴾ أى محبوسة بجزاء عملها.

وعند الفقهاء: حبس مال بحق يمكن أن يستوفى كله منه أو بعضه، كما إذا كان عليك دين لآخر فأعطيته ساعتك رهناً به إلى أن تؤديه إليه، فإن هذه الساعة مال جعلته محبوساً فى الدين الذى عليك، وهذا الدين حق يمكن أن يستوفى كله من ثمن الساعة إذا بيعت بما لا يقل عن الدين، أو بعضه إذا ما بيعت بأقل من الدين، وبمقتضى التعريف لا يعد من الرهن حبس ما ليس بمال نظير حق مالى، ولا حبس مال نظير قصاص، لأنه حق لا يمكن استيفاؤه من المال.

وليس من الضرورى أن يكون الحبس لدى صاحب الحق، بل قد يكون عنده، وقد يكون عند أمين يتفق عليه الدائن ويسمى بالعدل، وليس من الضرورى كذلك أن تكون قيمة الرهن أكثر من الدين أو مساوية له، بل قد تكون أقل منه.

وقد يكون الرهن من جنس الدين كما فى رهن صرة من النقود نظير دين معين من النقود، وقد يكون من غير جنسه.

ومعطى الرهن يسمى رهننا وأخذه يسمى مرتهنا والعين المرهونة تسمى رهننا ورهينة ومرهونة، والفعل رهن إذا أعطى رهننا، وارتهن إذا أخذ رهننا.

ركنه: ركنه الإيجاب والقبول، وقيل ركنه الإيجاب فقط والقبول شرط، وعلى كل حال فلا يتم إلا بالقبض لقوله تعالى في آخر سورة البقرة ﴿فرهان مقبوضة﴾، وهذا محل اتفاق.

شروطه: لا يتحقق رهن إلا بوجود رهن ومرتهن ومرهون، ومرهون به، ولكل شروط.

١- شروط الراهن: يشترط في الراهن أن يكون أهلا للمعاوضة المالية، فرهن فاقد الأهلية باطل، ورهن ناقص الأهلية كالصبي المميز أو من أُلحق به كالسفيه متوقف على إجازة الولي أو القسيم، لأنه من قبيل التجارة كما في البدائع فيصح منهما متوقفا على الإجازة، وكذلك رهن المحجور عليه بدين مستغرق يتوقف على إجازة بقية الدائنين لأنه استيفاء من وجه، ولا يملك المحجور عليه بسبب الدين تفضيل دائن على آخر في الوفاء.

٢ - شروط المرتهن: يشترط في المرتهن ما يشترط في الراهن من أهلية المعاوضة لأن الارتهان استيفاء للدين وجه كما ذكرنا، ولا يستوفى الدين إلا من توافرت فيه أهلية المعاوضة، وذلك ما يفهم من البدائع.

٣ - شروط المرهون: يشترط في المرهون أن يكون مالا متقوما مقدورا التسليم مميزا من غيره محوزا غير مشغول بملك الراهن.

وينبنى على ذلك ألا يصح رهن محصول أرض قبل ظهوره لعدم وجوده، ولا رهن خمر لدى مسلم لعدم تقويمه، ولا رهن طير في الهواء لعدم القدرة على تسليمه، ولا رهن مشاع لعدم تميزه. سواء أكان الشيوع فيما يقبل التسمية أم فيما لا يقبلها، سواء أكان للشريك أم لغيره^(١).

(١) وبى رأى أن ليس لاشتراط عدم الشيوع وجه منقطع وخاصة إذا كان المرتهن هو الشريك لإمكان تحقق البيع الكاملة، ولذلك أجاز الشافعي رهن المشاع مضافا لقبوله لبيع الذى هو طريق لاستيفاء الدين من الرهن.

وكذلك لا يصح رهن الثمر على الشجر بدون الشجر لعدم إمكان حيازته على هذه الصفة، ولا رهن دار مشغولة بأمتعة الراهن، أما إذا كان شاغلا للملك الراهن كرهن الأمتعة في البيت، فإنه يجوز بالتخلية بين المرتهن وبينها متى تمكن من قبضها.

٤ - شروط المرهون به: يشترط في المرهون به أن يكون ديناً أو عيناً مضمونة بنفسها، ونريد بالدين ما كان ثابتاً في الذمة وقت الرهن أو موعوداً به في ذلك الوقت ولما ثبت، فإذا طلبت من صديقك أن يقرضك مبلغاً من المال، فقال: لا أفعل إلا إذا أعطيتني به رهناً، فأعطيته به رهناً قبل الإقراض صح ذلك رهناً، لأن الدين موعود به حين الرهن.

ونريد بالعين المضمونة بنفسها أن تضمن عند الهلاك بمثلها أو قيمتها، كالعين المغصوبة والعين التي عينت مهراً لزوجته. أما إن كانت مضمونة بغيرها كالبيع في يد البائع (إذ إنه مضمون بالثمن) أو غير مضمونة أصلاً كالوديعة في يد الوديع فلا يصح إعطاء رهن بها، وعلى هذا إذا أعطى الغاصب رهناً بما غصب لمن اغتصب منه صح ذلك، ولا يصح إعطاء الوديع رهناً بالوديعة ولا البائع رهناً بالمبيع.

هذا ولا يشترط في الراهن أن يكون مالكا للرهن بل يجوز الرهن من غير المالك إذا كان أباً أو وصياً فيجوز لكل منهما أن يرهن مال موليه بدين على نفسه، وعللوا ذلك بأنه يجوز لكل منهما إيداع مال الصغير فيكون أمانة في يد الوديع إذا هلك من غير تعد هلك على الصغير، وإذا جاز الإيداع كان جواز الرهن أولى لأنه أقل ضرراً من الوديعة، إذ العين المرهونة إذا هلكت من غير تعد لم تهلك مجاناً كما تهلك الوديعة، فلا تضيع قيمتها جميعاً بهلاكها على الصغير، وإلى هذا ذهب الطرفان، وخالف في ذلك أبو يوسف، لأن الرهن فيه معنى التبرع، فلا يجوز من الولي.

وإذا لم تكن للراهن ولاية لم ينفذ رهنه مال غيره في دين على نفسه إلا بإذن مالكة أو بإجازته، ويسمى حينئذ بالرهن المستعار، وفي هذه الحال يتقيد الراهن بما يقبده به المالك، فإذا قبده بقدر من الدين أو بدائه معين أو ببلد معين فلا يجوز له مخالفة ذلك إلا إلى خير منه.

حكم عقد الرهن: لا يتم الرهن ولا يكون لازماً بمجرد صدور الإيجاب والقبول. وعلى ذلك لا يلزم الراهن بالمضى فيه، قبل تسليم المرهون، فله أن يرجع عنه، فإذا تسلّم المرتهن المرهون لزم بالنسبة للراهن فلا يكون له أن يفسخه، ولا يملك استرداده ورفع يد المرتهن عنه، ولكنه لا يلزم بالنسبة للمرتهن فله أن يفسخه ويرد المرهون إلى مالكه، وذهب الإمام مالك إلى أن الرهن لا يتم إلا بالقبض، ولكنه يلزم بصدور الإيجاب والقبول. فيلزم الراهن بالمضى فيه مادام حياً، فإذا مات بطل، وترتب على تسليم الرهن إلى المرتهن الآثار الآتية:

أولاً حق الحبس: فيكون للمرتهن حق حبسه إلى أن يستوفى الدين الذي رهن به ولا يجوز له أن يحبسه بدين آخر لم يرهن به، سواء أكان سابقاً على الرهن أم لاحقاً به.

وإذا تعدد الدائون فأعطاهم المدين رهناً واحداً بديونهم جاز لهم أن يتفقوا على حبس الرهن عند أحدهم أو عند عدل يختارونه أو يتهايثوا حفظه فيحبسه كل منهم مدة معينة، وإذا كان الرهن مما يتجزأ دون ضرر جاز لهم أن يقتسموه بينهم بنسبة ديونهم فيحبس كل منهم ما خصه منه، وعلى أية حال فليس للراهن أن يطالب بتسليمه أو بتسليم أى جزء منه إلا إذا أدى جميع ديون المرتهنين، فإذا أدى دين واحد منهم لم يكن له أن يسلم إليه ما قام على حبسه من الرهن لأنه لا يزال محبوساً بالنسبة لديون الآخرين وهو نائب عنهم فى حبسه.

ثانياً: حبس الرهن بأى جزء من الدين: للمرتهن أن يحتبس الرهن جميعه عنده مابقى له جزء من الدين المرهون به، لأنه محبوس كله بجميع الدين، فلا يسلم إلا بسداده كله، ولكن إذا كان الرهن شيئين وعين لكل منهما وقت الرهن مقدار من الدين فإنه يجب تسليم أى الشئين عندما يؤدى ما رهن به من الدين.

ثالثاً: حق المطالبة بالدين مع الرهن: لا يمنع الرهن المرتهن من حقه فى المطالبة بدينه متى كان حالاً، لأن الرهن للتوثيق والدين معه قائم، فإذا كان حالاً كان لصاحبه حق المطالبة به.

وإذا حضر الدين لم يسلم إلى الدائن إلا بعد إحضار الرهن، إذ لا موجب لبقائه في يد المرتهن بعد وفاء الدين .

رابعاً: اختصاص المرتهن بالرهن: يكون المرتهن أحق بالرهن من سائر الغرماء، وعلى ذلك إذا كان على الراهن ديون كثيرة لاتقى بها أمواله ويبيع الرهن لسداد الدين كان للمرتهن أن يستوفى دينه أولاً من ثمنه، فإن وفى فيها وكان الباقي منه لسائر الغرماء، وإن لم يوف كان المرتهن أسوة الغرماء فى بقية دينه .

خامساً: تأثير الموت فى الرهن: لا تأثير لوفاة كل من الراهن والمرتهن فى الرهن، فإذا توفى الراهن لم يكن لوارثه طلب العين المرهونة من المرتهن إلا إذا وفى الدين، وذلك لأنه ورث العين محملة بحق المرتهن، فلا يستخلصها إلا بإيفائه حقه، وإذا مات المرتهن قام وارثه فى احتباس الرهن مقامه؛ لأن حق الاحتباس حق مالى ينتقل بالوراثة إلى ورثة المرتهن .

سادساً: الانتفاع بالرهن: لا يجوز لكل من الراهن والمرتهن الانتفاع بالرهن إلا بإذن الآخر؛ لأن الرهن باق على ملك الراهن، وحق المرتهن متعلق بمالته لا بمنافعه فلا ينتفع به إلا بإذن مالكه وهو الراهن، وكذلك ليس للراهن يد عليه لأنه فى يد المرتهن ولا يمكنه الانتفاع به إلا بقبضه منه وهو لا يكون إلا بإذنه، غير أنه إذا أذن الراهن المرتهن بالانتفاع وكان ذلك شرطاً فى ثبوت الدين أو غرضاً فيه لم يحل للمرتهن أن ينتفع لشبهة الربا .

وإذا سلم المرتهن الرهن للراهن ليستفد به فسد الرهن لفوات شرط الرهن وهو بقاء الرهن فى يد المرتهن، ولكن يكون للمرتهن فى هذه الحال حق استرداده، فإذا استرده ارتفع الفساد وعاد الرهن صحيحاً^(١) .

وإذا أذن الراهن المرتهن بأن ينتفع بالرهن ثم تلف الرهن حال انتفاعه به فإنه يهلك هلاك الأمانة لا هلاك الرهن، لتحول يد المرتهن حينئذ بالإذن إلى يد مستعير، فتكون يد أمانة لا يد ضمان، أما إذا هلك قبل الانتفاع به فعلاً أو بعد انتهاء الانتفاع به فإنه يهلك حينئذ هلاك الرهن أى بالأقل من قيمته ومن الدين .

(١) ولو توفى الراهن قبل أن يسترده المرتهن فالمرتهن مع ذلك أحق به من سائر الغرماء لبقاء عقد الرهن. الدر المختار ج ٥ ص ٢٦٣ .

حكم الرهن المستعار: وإذا كان الرهن مملوكا لغير الراهن وقد استعير لذلك فللمعير أن يستخلصه بأداء الدين إلى المرتهن ثم يرجع به على الراهن إن كان مساويا لقيمة الرهن أو أقل منها، فإن كان أكثر من قيمة الرهن لم يرجع إلا بقيمة الرهن، ولا يرجع بما زاد من الدين عليها لأنه يعد متبرعا به، إذ كان له أن يشترط على الراهن ألا يزيد الدين على قيمته.

وعلى المرتهن في هذه الأحوال أن يلم الرهن إلى مالكه «المعير» إلا إذا كانت قيمته أكثر من الدين فعند ذلك لا يجبر على التسليم، لأن مافى الرهن من زيادة عن الدين يعتبر أمارة في يد المرتهن من قبل الراهن فيحتاج إلى إذنه في تسليمه لغيره.

وضع الرهن تحت يد العدل: إذا اتفق الراهن والمرتهن على أن يكون الرهن تحت يد عدل جاز ذلك وقام قبضه مقام قبض المرتهن وترتب على ذلك جميع ماينا من الأحكام. وليس للعدل في هذه الحالة أن يسلمه إلى واحد منهما إلا باتفاقهما؛ لأنه وديع الراهن بالنسبة للعين ووديع المرتهن بالنسبة للمالية، فيكون تسليمه الرهن إلى أحدهما تسليمًا لأجنبي إما بالنسبة إلى المالية وإما بالنسبة إلى العين، وذلك لا يجوز؛ فإذا سلمه إلى أحدهما لم يبطل الرهن ووجب عليه أن سترده، فإن هلك قبل استرداده ضمن العدل قيمته بتعديه بالتسليم وأخذها منه الراهن والمرتهن جميعا ووضعها عنده أو عند غيره. وتصير رهنا لقيامها مقام المرهون، فإذا أدى الراهن الدين إلى المرتهن سلمت القيمة عندئذ للعدل إن كان ضمانه بسبب تسليمه إلى الراهن؛ ذلك لأن الراهن قد وصله حقه بصيرورة الرهن إليه والمرتهن قد وصله حقه بأداء الدين إليه، وإذا كان ضمانه في هذه الحال بسبب تسليمه إلى المرتهن كانت للراهن عوضا عن ملكه وهو الرهن^(١).

(١) أما إذا أراد العدل أن يرجع على المرتهن بسبب هلاك عين الرهن عنده في هذه الحال فينظر فيه، إن كان عدل قد دفعها إلى المرتهن عارية أو وديعة لم يرجع عليه بقيمتها إلا إذا كان قد استهلكها وعندئذ يرجع قيمتها وقت استهلاكها؛ ذلك لأن العدل حين ضمن قيمتها تملكها بالضمان، وتبين بذلك أنه أودع ما يملك وإذن لا يضمن المرتهن باعتباره مودعا أو مستعيرا إلا بتعديه فلا يرجع عليه إلا في هذه الحال أما إذا ملكت العين عنده بلا تعد ولا تقصير فلا رجوع. وإن كان العدل قد دفعها إلى المرتهن لتصير عنده رهنا بماله عند الراهن فقال له خذها بحقك أو اجبها به فإنه يرجع عليه بقيمتها وقت دفعها إليه لأنها أصبحت رهنا من فله لضمانه نيتها، تملكه لها بذلك. رد المحتار ج ٥ ص ٣٥٨.

ويجوز للراهن أن يوكل العدل في بيع الرهن وتسييد الدين من ثمنه وحيثئذ لا يملك عزله من الوكالة قبل أداء مهمته.

نماء الرهن: نماء الرهن قد يكون متولدا من عينه، كالولد والثمر والحبوب واللبن والصوف ونحو ذلك، وقد يكون غير متولد كأجرة الأرض والدابة، وما أشبه ذلك. وهو ملك للراهن مطلقا^(١) عندما يحدث في يد المرتهن لأنه نماء لكه، وإذا هلك في يده من غير تعد ولا تقصير هلك مجانا^(٢). وإن تعدى عليه تهن فأثلفه ضمن قيمته وقت إتلافه؛ لأنه مال مملوك لغيره.

غير أنه يجب أن يفرق في الحكم بين نماء متولد ونماء غير متولد، فالمتولد تبر رهنا مع الأصل في حق فكأكه واستخلاصه لصيرورته مقصودا بطلب فكأكه، فيقابلة عند ذلك جزء من الدين على حسب ما يأتى ويحل محله في ذلك قيمته عند استهلاكه.

وعلى ذلك لا يجوز للراهن - أن يفتك ما بقى أصله - إلا بسداد كل الدين. كما لا يجوز له أن يفتك أصله إلا بذلك؛ لأن المجموع رهن محبوس جميعه بالدين كله. فإذا هلك النماء وحده قبل افتكأكه هلك مجانا كما تقدم، وبقى أصله وحده رهنا بالدين كما كان، وإذا هلك الأصل وبقى النماء لم يجعل النماء رهنا بالدين جميعه، ولكن بما يقابله من الدين، ويعرف ذلك بقسمة الدين قسمة تناسبية، كنسبة قيمة الأصل يوم قبضه إلى قيمة النماء يوم استخلاصه، فيستخلص النماء بأداء ما يخصه بهذه القسمة من الدين ويسقط ما يخص الأصل منه لهلاك ذلك الأصل.

وفي حكم بقاء النماء ما إذا استهلك الراهن النماء أو أذن المرتهن باستهلاكه، فإذا هلك بعد ذلك الأصل قسم الدين عليه وعلى نمائه المستهلك، فما أصابه سقط وما أصاب نماءه ألزمه به الراهن.

(١) إذا كان النماء أجرة حذت من عقد إجارة لم يآذن بها الراهن كانت ملكا للمرتهن؛ لأنها بدل منفعة منصوبة. الدر المختار ج ٥ ص ٣٧٢.

(٢) يستثنى من ذلك الأرض فيهلك من الدين بقدر ما يقابله؛ لأنه بدل عن جزء من الرهن فيعطى حكمه، وإن أتم لا يعد هنا زيادة لأنه بدل عن مالك.

أما غير المتولد من النماء فلا يصير رهنا إذا حدث في يد المرتهن وإنما يعطى حكم الوديعة (١).

نفقات الرهن: وما يلزم لحفظ الرهن من نفقات يجب على المرتهن؛ لأنه مكلف بحفظه، أما ما يلزم لإصلاحه وبقائه فهو على الراهن لا المالك، وإذا أنفق أحدهما على الرهن ما ليس واجبا عليه دون أن يأذنه الآخر فهو متبرع إلا إذا دعت الضرورة فاستأذن القاضى فى ذلك وأذنه.

سداد الدين من الرهن: إذا كان الدين مؤجلا لم يكن للمرتهن أن يطالب الراهن بإيفائه إلا إذا حل الأجل، وإذا كان حالا كان للمرتهن هذا الحق، فإذا أوفاه الراهن أخذ رهنه، وإذا أبى رفع المرتهن الأمر إلى القاضى، فيأمر القاضى بالإن بآلوفاء أو ببيع الرهن فإن امتثل فيها، وإلا باعه القاضى جبرا عنه وسدد الدين من ثمنه، وإذا كان الرهن فى يد عدل وكان وكىلا بالبيع فللعدل حينئذ بيع الرهن وسداد الدين من الثمن جبرا عن الراهن، فإن وفى الثمن بالدين فيها ويكون للراهن ما يبقى منه إن بقيت منه بقية. وإن لم يوف أعطى الثمن كله للمرتهن واستوفى بقيمة دينه بالطرق العادية (٢).

حكم الرهن الفاسد: وما ذكرناه من الأحكام يتربى على الرهن إذا كان صحيحا فإن كان فاسدا لعدم استيفائه شرطا من شروط الصحة كما إذا كان الرهن مشاعا أو مشغولا بأمته الراهن فيما أن يكون سابقا على الدين أو لاحقا، فإن كان سابقا على الدين كان للمرتهن حق الحبس حتى يستوفى دينه، وكان أحق به من سائر الغرماء كالرهن الصحيح وكان كذلك مضمونا بالأقل من قيمته ومن الدين. وإن كان لاحقا للدين فلا يكون للمرتهن حق الحبس ولا يكون أولى به من سائر الغرماء، ولكن إذا هلك عنده فقد اختلف الحنفية فى ضمانه، فذهب بعضهم إلى أنه يكون مضمونا كذلك بالأقل من قيمته ومن الدين، وذهب آخرون ومنهم الكرخى إلى أنه لا يكون مضمونا، والأول أصح كما فى الهندية.

(١) راجع الدر المختار ورد المحتار ج ٥ ص ٣٧٠ وما بعدها والهداية والعناية ج ٨ ص ٢٣٩.

وذهب أحمد إلى أن نماء الرهن متصلا أو منفصلا متولدا أو غير متولد إذا حدث فى يد المرتهن يكون رهنا مع أصله، كشف القناع ج ٢ ص ١٥٧. وذهب مالك والشافعى إلى أنه لا يكون رهنا بل يعد فى يد المتبرع أمانة، نهاية المحتاج ج ٤ ص ٢٨٠ والشرك الكبير للدردير ج ٣ ص ٢٤٦.

(٢) رد المحتار ج ٥ ص ٢٥٧.

أما الرهن الباطل فلا يتعلق به ضمان باتفاق ، ولا يملك به المرتهن حبس الرهن فى الدين^(١) .

الكفالة

التعريف بها: الكفالة فى اللغة الضمان يقال: كفل يكفل كفولا وكفلا والاسم الكفالة، ويقال: تكفلت بالمال أى التزمت به وتحملت به وكفلت به كفالة، وكفلت عنه بالمال وكفلته.

وعند الفقهاء ضم ذمة إلى ذمة فى المطالبة بدين أو عين أو نفس، فالذمة المضمومة هى ذمة الكفيل وهو الضامن المتزمت بتأدية ما على الأصيل من الحق، والذمة المضموم إليها هى ذمة الأصيل وهو المطالب فى الأصل، ويسمى المكفول عنه والمكفول، أما صاحب الحق فهو المكفول له وهو الطالب، والحق هو المكفول به.

وبناء على ماتقدم فالكفيل بكفالاته يصبح مطالبا بما كان مطالبا به المكفول من دين أو تسليم نفس أو عين؛ لأن ذمته إنما انضمت إلى ذمة الأصيل فى حق المطالبة فقط، فيصبح كل من المكفول والكفيل مطالبا، ولا تشغل ذمة الكفيل بما شغلت به ذمة المكفول من دين أو غيره، وهذا هو الذى اختاره بعض الحنفية.

وذهب آخرون إلى أنها تصير بالكفالة مشغولة كذمة المكفول، ويؤيد هذا الرأى أن الدائن يجوز له أن يهب الدين للكفيل وأن يشتري به عينا من أمواله، ومن المعروف أن تمليك الدين لغير من عليه الدين غير جائز، وليس يترتب على هذا الخلاف أثر عملى.

ركنتها: ركنتها الإيجاب والقبول من الكفيل والمكفول له عند الطرفين. ويكون بكل لفظ يفيد الضمان وقبوله، فالإيجاب كضمنت وكفلت وتحملت وأنا بذلك كفيل وحميل وزعيم، والقبول كرضيت وقبلت وأنفذت، وذلك لما فى الكفالة من تمليك المكفول له حق مطالبة الكفيل، فلا بد أن يرضى بها كل منهما

وأما المكفول فلا دخل له في التزام الكفيل ولا في تملك الأصيل، فلا تتوقف على رضاه ولا على علمه.

وروى عن أبي يوسف أن ركنها إيجاب الكفيل وحده لأنها مجرد التزام وهو يتم بعبارة الكفيل، والمطالبة تثبت للمكفول له نتيجة للالتزام لا تملكنا بعقد، فإن شاء استعمل حقه فطالب الكفيل، وإن شاء لم يستعمله، فلا يشترط فيه رضاه، وإلى هذا ذهب الأئمة الثلاثة. واستدلوا بحديث جابر رضى الله عنه: فقد روى أن رسول الله ﷺ أتى بميت ليصلى عليه فقال عليه الصلاة والسلام: «أعلى صاحبكم دين؟» قالوا: نعم يا رسول الله، ديناران، فقال: «صلوا على صاحبكم» فقال أبو قتادة: هما عليّ يا رسول الله، صلى عليه. فقد ارتضى عليه السلام كفالة أبي قتادة ولم يقبلها أحد، وصلى على الميت بناء عليها، وذلك دليل على أنها تتم بالإيجاب وحده.

وقد اختلف الرأي في تمامها وحده على قول أبي يوسف، فقيل تعتقد به موقوفة على إجازة المكفول له، فلو مات قبل الإجازة بطلت، وقيل تنفذ به فلا تبطل بالموت ولكنها تقبل الرد من المكفول له إذا ردها في حياته.

شروطها: تعد الكفالة من التبرعات ولذا يشترط في الكفيل أهلية التبرع لأنه يعد بها متبرعا.

ويشترط في المكفول له ما يشترط في المتبرع له فيصح أن يكفل إنسان دين المجنون والصغير الذي لا يميز ويكون القبول من وليهما في المجلس، ويصح قبولها من الصبي المميز لأنه نفع محض، وكذلك يصح قبولها من الفضولي ولكن تتوقف الكفالة على إجازتها من المكفول له، ولا تصح لمجهول لأنه لا يملك، فإذا كفلت صديقك لمن يقرضه لم تصح الكفالة.

ويشترط في المكفول وهو الأصيل أن يكون قادرا على تسليم المكفول به إما بنفسه وإما بنائبه، فلا تصح كفالة مدين مات مفلسا، وإلى هذا ذهب الإمام، وذهب الصحابان إلى صحة كفالة دين الميت المفلس لحديث جابر بن عبد الله السابق، وألا يكون مجهولا جهالة فاحشة، فإذا قال شخص لآخر: كفلت لك شخصا تقرضه لم تصح الكفالة، ولكن لو قال له: كفلت لك هذا أو هذا بمالك

عليه صحت الكفالة، وعليه أن يعين أحدهما. ولا يشترط فيه عقل فتصح الكفالة عن المجنون والصبي الذي لا يميز. ويشترط في المكفول به، وهو المعقود عليه ما يأتي:

(١) أن يكون مقدور التسليم من الكفيل فلا تصح الكفالة بالحدود ولا بالقصاص لأن الكفيل لا يحد ولا يقتصر منه، ولكن تصح الكفالة بنفس من عليه الحد أو القصاص، للقدرة على تسليمه.

(٢) أن يكون مطلوباً من الأصيل بحيث يجبر الأصيل على تسليمه، وعلى ذلك تجوز الكفالة بالديون إذ يجبر المدين على أدائها، وتسليم المبيع والمقتضوب والمهر وبدل الخلع وبدل الصلح والوديعة والعارية، إذ كل واجب التسليم عند قيامه فجازت الكفالة بتسليمه كما في الفتح، وعلى هذا لافرق بين عين مضمونة بنفسها أو غيرها، وعين غير مضمونة إذا كانت الكفالة بتسليمها ما بقيت فقط، فإذا هلكت فلا شيء على الكفيل، أما إذا كانت الكفالة بها بحيث يكون الكفيل ضامناً لقيمتها عند هلاكها فإنه يشترط في صحة الكفالة حينئذ أن تكون العين مضمونة بنفسها كالمبيع بيعاً فاسداً والمقتضوب، أما إذا كانت مضمونة غيرها كالمبيع قبل تسليمه والرهن، أو غير مضمونة كالعارية والعين المستأجرة فلا تصح الكفالة بها.

(٣) ويزاد على ما تقدم إذا كان المكفول به ديناً أن يكون ديناً صحيحاً، ويراد به ما لا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء، فلا تجوز الكفالة بدين الزكاة لسقوطه بالموت، واستثنى من هذا الشرط استحساناً دين نفقة الزوجة فتجوز به الكفالة وإن لم يكن صحيحاً عند الحنفية لسقوطه بالنشوز عندهم، أما عند الشافعية فهو دين صحيح، وبهذا الرأي أخذت لائحة المحاكم الشرعية.

وكذلك يشترط فيها اتحاد مجلس الإيجاب والقبول لأنها من العقود المالية، وألا يترتب عليها أن يطالب الإنسان نفسه فلا يصح أن يكفل الوكيل بالمبيع المشتري في الثمن؛ لأن المطالبة بالثمن من حقه ولا يطالب الإنسان نفسه.

حكمها: الكفالة عقد لازم بالنسبة إلى الكفيل فلا يملك أن يفسخه بدون رضا من المكفول له إلا إذا كانت الكفالة مضافة إلى زمن أو معلقة بشرط فيجوز له عندئذ الرجوع عنها ما كان عدوله قبل ترتب الدين وشغل ذمة الأصيل به، أما بعد

ذلك فلا يجوز، فإذا قال شخص لأخر: إذا أقرضت فلانا أنت جيبه نأنا نيس بها، وقبل جاز للكفيل أن يرجع عن كفالته قبل الإقراض لا بعده، بشرط أن يعلم المكفول له بذلك حتى لا يتورط في الإقراض كما جاء في البحر. وهى غير لازمة بالنسبة إلى المكفول له فله أن يفسخها متى شاء؛ لأنها حرة. وله أن يتنازل عنه. وترتب على نفاذ الكفالة ثبوت الحق للمكفول له فى مطالبة الكفيل بما يطالب به الأصيل: من دين ثابت فى ذمة الأصيل فيلزم الكفيل بأدائه، أو نفس مطلوب إحضارها ليستوفى منها حق كدين أو قصاص مثلا فيطلب منه إحضارها، أو عين يجب على الأصيل تسليمها مادامت قائمة فإن هلكت ضمن قيمتها أو مثلها فيطلب من الكفيل ذلك، فإن هلكت ضمن كذلك قيمتها أو مثلها، أو عين يجب على الأصيل تسليمها مادامت قائمة فإن هلكت بلا تعد فلا شىء عليه فيطلب من الكفيل تسليمها فقط مادامت قائمة.

ولا يشترط فى ذلك تعذر مطالبة الأصيل به بل يكون للكفيل أن يطالب من يشاء منهما فى وقت واحد وأن يطالبهما معا وعن مالك رواية أخرى وهى أنه لايجوز مطالبة الكفيل إلا عند تعذر الاستيفاء من الأصيل.

وإذا شرط فى عقد الكفالة براءة الأصيل كان العقد حوالة لا كفالة؛ لأن العبرة بالمعنى لا بالألفاظ، كما أنه إذا شرط فى عقد الحوالة مطالبة المدين كان العقد كفالة لاحوالة.

تعدد الكفلاء: وإذا كفل الدين أكثر من كفيل واحد، فإن كفله كل واحد بعقد مستقل جاز مطالبة كل واحد منهم به، وأيهم أدى برئ الباقي والأصيل، وإن كفله الجميع بعقد واحد طوب كل منهم بحصته من الدين بعد قسمته على عدد رؤوسهم، فإن كانوا ثلاثة طوب كل واحد بثلته. وهذا إذا لم يكفل كل واحد أصحابه فيما هو كفيل به، فإن فعلوا طوب كل منهم بجميع الدين، وأيهم أدى برى الآخرون والأصيل.

وقت المطالبة: وإذا كانت الكفالة منجزة والدين حالا كان للمكفول له مطالبة الكفيل فى الحال، وإذا كان الدين مؤجلا تأجلت المطالبة إلى وقت حلوله، وإذا كانت الكفالة مضافة أو معلقة على شرط ملانم لم يكن له حق المطالبة إلا

عند حلول الوقت الذى أضيفت إليه أو عند تحقق الشرط الذى علقته به، فإن علقته على شرط غير ملائم بطلت فلم يترتب عليها أثر، وإذا كانت مؤقتة بمدة كسنة كذا أو من يوم كذا إلى يوم كذا اقتصرَت المطالبة على تلك المدة فقط، فلا يطالب قبل ابتدائها ولا بعد انتهائها.

الكفالة بالنفس: قد يطلب من شخص أن يحضر فى وقت معين ليستوفى منه حق كدين أو قصاص فيحضر كفيلا بنفسه ليضمن إحضاره فى ذلك الوقت حتى يستوثق من حضوره فيه فلا يغيب عند طلبه، فإذا كفله الكفيل فى ذلك صحت كفالته ووجب عليه إحضاره فى ذلك الوقت بناء على طلب المكفول له، وليس للمكفول له أن يطالب الكفيل بإحضاره قبل الوقت، ولكن له حق المطالبة فى الوقت وبعده، ومع ذلك إذا أحضره الكفيل قبل حلول الوقت برئ من الكفالة، سواء أقبه المكفول أم لا؛ لأنه التزم بإحضاره مرة واحدة فلا يكلف غيرها.

وإذا طالبه المكفول له بإحضاره فى الوقت فلم يفعل نظر، فإن كان ذلك لمطل حبه القاضى، وإلا بأن كان لعذر فلا شيء عليه، ولا يلزم بالحق فى الحالين، ومن العذر هروب المكفول وعدم العلم بمكانه.

وذهب مالك وأحمد إلى أنه يلزم بالحق إذا كان دينا فى هذه الحال.

وإذا قيد إحضار المكفول بمكان لزم ذلك الكفيل عند زفر وعليه الفتوى. وإذا أطلقت الكفالة بالنفس عن الوقت كان على الكفيل إحضاره عند الطلب، فإذا أحضره بناء على الطلب برئ، وكذلك إذا أحضره من غير طلب يبرأ إذا أخبر إنما يحضره بناء على الكفالة.

وفى جميع الأحوال المتقدمة لا يكون إحضاره سببا لبراءة الكفيل إلا إذا كان فى مكان تمكن مخاصمته فيه، فإن أحضره فى مكان لا تمكن مخاصمته فيه لم يبرأ بإحضاره.

وتبطل هذه الكفالة بموت المكفول، وكذلك تبطل بموت الكفيل، ولا يقوم وارثه مقامه فيها لأنه لم يلتزم، ولا تبطل بموت المكفول له، بل يكون لوارثه حق الطلب.

الكفالة بالدين: تصح الكفالة بالدين سواء أكان معلوم المقدار وقت الكفالة أم غير معلوم، وسواء أكان ثابتا في الذمة وقت الكفالة أم موعودا به، وعلى هذا إذا قال شخص لآخر: أنا كفيل لك بما على فلان من الدين صار كفيلا وإن لم يعلم مقدار هذا الدين. وكذلك إذا قال له: أنا كفيل بما يثبت لك في ذمة فلان، أو أنا كفيل بما تقرضه لفلان، وكذا إذا قال لمشتر: أنا كفيل بما يدركك في هذا البيع «ويسمى هذا ضمان الدرك» فيكون بذلك ضامنا للثمن عند استحقاق المبيع وتنفذ الكفالة في جميع هذه الصور ومماثلها.

وإذا كان الدين المكفول مجهولا لدى الكفيل فاختلف مع الأصيل أو مع المكفول له في مقداره لم يلزم الكفيل إلا بما يقر هو به أو بما تقوم عليه السبينة، ولا ينفذ إقرار المدين عليه ولا مصادقة الدائن والمدين؛ لأن الإقرار حجة قاصرة على المقر، ولكن لو كانت الكفالة بما ثبت على فلان لفلان فإن إقرار المدين يكون حجة على الكفيل في هذه الحال من جهة أن إقراره كاف في ثبوت الدين.

والدين إما مؤجل على الأصيل أو حال. فإن كان مؤجلا على الأصيل فكفله الكفيل كفالة مطلقة كان مؤجلا كذلك على الكفيل، وإن كفله على أن يكون حالا عليه لزمه حالا؛ لأن الأجل حق له وله إسقاط حقه.

وإن كان الدين حالا فكفله شخص كان حالا عليه، وإن كفله على أن يكون مؤجلا تأجل كذلك على الأصيل لقبول الدائن تأجيله إلا إذا أضاف الكفيل الأجل إلى نفسه كأن يقول: على أن يكون مؤجلا بالنسبة لي، أو قبل الطالب الكفالة على أن يكون الأجل للكفيل وحده، فعندئذ لا يتأجل على الأصيل، ويقتصر التأجيل على الكفيل.

وإذا كان الدين المكفول حالا فأجله على الأصيل تأجل على الكفيل تبعا، وإذا أجله للكفيل لم يتأجل على الأصيل.

وإذا كان الدين مؤجلا فتنازل الأصيل عن الأجل لم يلزم ذلك الكفيل، كما لا يلزم ذلك الأصيل إذا كان التنازل عن الأجل من الكفيل.

الرجوع بالدين على الأصيل: وإذا أدى الكفيل الدين كان له حق الرجوع به على الأصيل إن كانت الكفالة بأمره، وكان أمره معتبرا، بأن كان بالغًا عاقلا، فإن كان صبيًا مميزًا لم يعتد بأمره.

وقد يكون الأمر صراحة كقوله: اكفلني، وقد يكون حكما كما إذا كفل الأب ابنه الصغير لزوجته في مهرها، فله الرجوع في ماله إذا أدى عنه؛ لأنه ولي عنه فكانت كفالته كأنها بالأمر.

وإن كانت الكفالة بغير أمر المدين لم يكن للكفيل حق الرجوع إذا أدى؛ لأنه يعتبر بأدائه متبرعا.

وذهب مالك وأحمد إلى أن له حق الرجوع كذلك، فإن الدائن بقبوله الدين منه يعتبر أنه قد ملكه ما على المدين من الدين، فيحل محله في المطالبة.

ومبنى هذا الخلاف خلافهم في جواز تمليك الدين لغير من عليه الدين. لا يجوز الحنفية فلم يعتبروا ذلك تمليكا من الدائن، ويجوز مالك فجاز له أن يجعل ذلك تمليكا، واستتبع ذلك رجوع الكفيل على المدين بما أدى؛ لأنه حل محل الدائن في دينه.

وإذا أدى الكفيل الدين إلى الدائن قبل حلول أجله لم يكن له أن يرجع على الأصيل إذا كان له حق الرجوع إلا عند حلول الأجل على الأصيل، إذ لا يستطيع الإضرار بغيره.

تأثير الموت في الكفالة: إذا توفي المكفول له لم يكن لوفاته أثر وحل وارثه محله في المطالبة، وإذا توفي المدين أو الكفيل، وكان الدين مؤجلا حل الدين بالنسبة للمتوفى منهما. فإن كان الأصيل كان للدائن أخذه من تركته وبأخذه يبرأ الكفيل، وإن كان الكفيل كان للدائن أخذه من تركته وللورثة أن يرجعوا على الأصيل إذا كانت الكفالة بأمره وكان حالا فإن كان مؤجلا انتظروا حلول الأجل.

وإذا مات معا كان للدائن أخذه من أي التركتين أراد، فإن أخذه من تركة الأصيل برئت تركة الكفيل، وإن أخذه من تركة الكفيل كان لورثته الرجوع في تركة الأصيل بالشرط المتقدم، وإذا مات أحدهما مقلسا رجع الدائن على التركة الموجودة.

البراءة من الكفالة:

(١) إذا أدى الأصيل الدين برئ الكفيل وكفيله إن كان له كفيل، وكذلك إذا

أدى الكفيل الدين برئ الأصيل بالنسبة للدائن.

(٢) إذا أبرأ الدائن الأصيل برئ الكفيل تبعاً له؛ لأن براءة الأصيل تستلزم براءة الكفيل، ولكن إذا أبرأ الدائن الكفيل لم يبرأ الأصيل؛ لأن إبراء الكفيل معناه إسقاط كفالته، ولا يلزم من سقوط الكفالة سقوط الدين.

(٣) إذا توفي الدائن وانحصر ميراثه في المدّين برئ الكفيل، فإن كان من الورثة برئ بقدر ما يسقط عنه من الدين.

(٤) إذا أحال المدّين دائته على آخر حوالة مقبولة برئ بذلك الكفيل؛ لأنها توجب براءة المدّين فيبرأ كفيله تبعاً له.

الحوالة

إذا كنت مدينا لمحمد بألف جنيه، فطلبت منه أن يستوفيهما من محمود وقبل ذلك منك كل من محمد ومحمود، فإن الدين بقبولهما ينتقل من ذمتك إلى ذمة محمود وتصبح بريئاً منه، فلا تطالب به وإنما يطالب به محمود، وهذا التعاقد هو ما يسمى بالحوالة، وتسمى به أنت محيلاً، ويسمى به محمد محالاً ومحتالاً ومحالاً له ومحتالاً له، وإذن فالحوالة هي نقل الدين من ذمة المدّين إلى ذمة شخص آخر.

ركنتها: الحوالة عقد لا يتم إلا بين عاقدين يجب أن يكون أحدهما المحتال باتفاق. سواء أباشر العقد بنفسه أم بواسطة نائب عنه، فإن باشره عنه فضولى توقف العقد على إجازته.

أما العاقد الثانى، فإما أن يكون المحتال عليه، وما أن يكون المحيل، فإن كان المحتال عليه صحت الحوالة، ونفذت إذا رضى بها المدّين اتفاقاً، كأن يقول شخص لمن له دين على آخر: احتل بهذا الدين على فيقول الدائن: قبلت، ويرضى المدّين بذلك. فإن لم يرض عنها صحت ونفذت على رواية الزيادات.

وجاء فى القُدورى أنه بشرط فى تمامها رضاه، ووجه هذا القول أن ذوى المروءة يأنفون أن يتحمل غيرهم دينهم فلا بد من الرضا، ووجه رواية الزيادات أن الحوالة فى هذه الحال التزام ليس المدّين طرفاً فيه فلا يشترط رضاه.

وإن كان العاقد الثانى المحيل اشترط لتمامها رضا المحال عليه عند الحنفية،

ومثال ذلك أن يقول مدين لدائته: أحلتك على فلان لتستوفى دينك منه فيقبل فإذا رضى المحال عليه تمت الحوالة وإذا لم يرض لم تتم، لأن الدين ينتقل بها إلى ذمته، وذلك التزام فلا بد من أن يكون من ناحيته؛ ويرى المالكية والشافعية والحنابلة أنه يشترط في الحوالة أن يكون المحال عليه مدينا للمحيل وعلى ذلك لا يكون رضاه شرطا لتمامها عندهم؛ لأنه يجب على المدين أن يؤدي الدين إلى الدائن وإلى من يطلب الأداء إليه فإن لم يكن المحال عليه مدينا كانت الحوالة عليه من قبيل الكفالة ووجب لتمامها عند ذلك رضاه.

وإذن فركنتها الإيجاب والقبول من المحتال ومن باشر معه العقد من المحيل أو المحال عليه على الوجه الذي شرحناه.

شروطها: يشترط في كل من المحيل والمحال العقل والبلوغ فالحوالة على الصبي المميز وإحالته على آخر متوقفة على إجازة وليه، ويشترط لنهاذ إجازته أن يكون المحال عليه أملاً من المدين عندما يكون المحتال صبياً حتى تكون الحوالة في مصلحته.

وكذلك يشترط في المحال عليه أن يكون من أهل التبرع؛ لأن قيامه بأداء الدين عن المدين يعتبر تبرعاً.

ويشترط في الدين المحال به أن يكون صحيحاً معلوماً، فلا تصح الحوالة بالدين المجهول.

ويشترط فيها كذلك اتحاد مجلس الإيجاب والقبول^(١) وأن يكون المحيل مديناً للمحال وإلا لم يتحقق معنى الحوالة.

أنواعها: الحوالة إما مطلقة وإما مقيدة، فتكون مقيدة إذا تضمن عقدها تقيدها بدين في ذمة المحال عليه للمحيل أو بأمانة له عنده. ومثالها أن يكون لك عند شخص دين أو وديعة فتحيل عليه دائننا لك ليستوفى دينه مما لك عند هذا الشخص من دين أو وديعة.

(١) وفي النزائية لو أحال شخص دائته على شخص آخر غائب فقبل ذلك الشخص بعد أن علم بالحوالة صحت، ولا تصح في غيبة المحتال إلا أن يقبل رجل عنه الحوالة. مجمع الأنهر ج ٢ ص ١٤٧.

وتكون مطلقة إذا لم تقيد بشيء من ذلك وإن كان المحال عليه مدينا في الواقع للمحيل أو وديعا.

حكمها: يترتب على الحوالة سواء أكانت مطلقة أم مقيدة ما يأتي:

أولا: براءة المحيل من مطالبته بالدين المحال به اتفقا، أما براءة ذمته منه فمحل خلاف، فذهب أبو يوسف إلى أن ذمته تبرأ منه أيضا، وذهب محمد إلى أنه لا يبرأ منه بل تظل ذمته مشغولة به، والأول أصح كما في فتح القدير. وتظهر ثمرة الخلاف فيما يأتي:

(١) إذا أبرأ المحال المحيل من الدين قال أبو يوسف: لا يصح؛ لأنه غير مدين، وقال محمد: يصح لأنه مدين، وإذن يبرأ المحال عليه كذلك لسقوط الدين بالبراءة.

(ب) إذا أحال الراهن المرتهن بدينه على آخر كان له أن يسترد الرهن من المرتهن عند أبي يوسف؛ لأنه أصبح غير مدين، وليس له ذلك عند محمد؛ لأنه لا يزال مدينا، وإنما أرجئت مطالبته إلى حين.

غير أن براءة ذمة المحيل عند من يرى ذلك مقيدة بسلامة حق المحال وإن لم يشترط ذلك في عقد الحوالة، -لأنه مقتضى العرف، والمعروف عرفا كالمشروط، وعلى ذلك إذا لم يسلم ما للمحال من حق قبل المحتال عليه كان له الرجوع على المحيل بدينه لأنه ماثبت له لدى المحال عليه خلف عما كان له عند المحيل، فإذا فاته الخلف رجع إلى الأصل، ويتفرع على ذلك أنه إذا توى الدين عند المحال عليه كان للمحال أن يرجع به على المحيل فيعود إلى مطالبته به والتنفيذ عليه.

وتواء الدين لا يتحقق إلا بأحد الأمرين الآتين: الأول: أن يموت المحال عليه مفلسا لم يترك أداء للدين ولا كفيلا به، ويضاف إلى ذلك أن يحكم بإفلاسه عند صاحبين خلافا للإمام لأنه يرى ألا يحجر على مدين. الثاني: أن يجحد المحال عليه الحوالة ولا دليل عليه، ففي هاتين الحالتين يرجع المحال على المحيل.

ثانيا: انتقال الدين بالصفة التي هو عليها من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه ومطالبته به بناء على ذلك^(١) فإن كان حالا انتقل حالا وطولب المحال عليه بأدائه

(١) هذا على رأى أبي يوسف، أما على رأى محمد فلا ينتقل ولكن ذمة المحال عليه تشغل به أيضا بصفته التي هو عليها.

حالا، وإن كان مؤجلا انتقل كذلك وتأجلت المطالبة إلى حلول الأجل، فإن مات المحيل حينئذ لم يؤثر موته فى الأجل، وإن مات المجال عليه حل الدين بموته واستوفى من تركته؛ لأن الدين يحل بموت المدين دائما، فإن لم تف تركته وبقيت منه بقية رجع بها المحال على المحيل بتوائها حينئذ.

ثالثا: وكذلك يترتب عليها عندما تكون مقيدة انقطاع حق المحيل فى المطالبة بما له عند المحال عليه من دين أو عين قيدت بهما الحوالة، وذلك لتعلق حق المحال بهما، فليس للمحيل بناء على ذلك أن يطالب المحال عليه بشيء منهما، ولا يملك المجال عليه أن يدفع شيئا منهما إلى المحيل، فإذا فعل كان ضامنا، لأنه استهلك بهذا العمل مالا تعلق به حق المحال.

أما إذا كانت الحوالة مطلقة وكان لدى المحال عليه للمحيل دين أو عين لم تقيد بهما الحوالة فلا يكون لها تأثير فيما للمحيل من حق فى مطالبة المحال عليه بتسليم ذلك إليه، وإذا سلمه إليه لم يؤثر ذلك فى بقاء الحوالة، وللمحيل أن يستمر فى مطالبة المحال عليه بما له عنده من دين أو عين، وإذا أجابه إلى ماطلب لم تبطل الحوالة به.

غير أن المحال عليه إذا كان مدينا للمحيل وأدى للمحال دينه ففى ذلك صورتان:

الأولى: أن يكون المحيل طرفا فى عقد الحوالة أو تكون الحوالة بأمره، وفى هذه الحال يسقط عن المحال عليه بطريق المقاصة من دين المحيل بقدر ما أدى للمحال، فإن زاد ما أداه رجع بالزيادة على المحيل.

الثانية: ألا يكون المحيل طرفا فى عقد الحوالة ولم تكن بأمره، وفى هذه الحال يكون المحال عليه متبرعا بما أداه للمحال فلا يسقط عنه شيء من دين المحيل وعليه أداؤه.

مبطلات الحوالة: علمنا أن براءة المحيل من الدين مقيدة بسلامة حق المحال؛ لأن ذلك معروف عرفا فصار كالمشروط، ولو أن المحال اشترط لنفسه فى عقد الحوالة خيار الرجوع على المحيل إذا تعذر عليه الاستيفاء من المحال عليه لصح ذلك ولكان له حق الرجوع.

وعلى ذلك إذا بطلت الحوالة بسبب من الأسباب دون أن يستوفى المحال دينه كان له حق الرجوع به على المحيل؛ لأن المقصود منها الاستيثاق والوفاء على أحسن وجه، فإذا فات ذلك عاد المحال إلى حقه الأول وهو مطالبة المحيل بالوفاء، كالدائن الذى يصالح عن دينه على عين معينة فتهلك قبل أن يتسلمها فإن دينه يعود كما كان.

والحوالة إما مطلقة وإما مقيدة، فالمطلقة تبطل بسبب من الأسباب الآتية:

(١) أن يجحد المحال عليه الحوالة ولا يئنه عليه، وتوجه إليه اليمين فيحلف إذ لا وسيلة إلى إلزامه حينئذ بأداء الدين. وبذا تصير الحوالة كأنها لم تكن وتعتبر باطلة.

(٢) أن يموت المحال عليه مفلسا فلا يترك مالا يفي بالدين ولم يترك كفيلا به إذ لا سبيل إلى الوفاء حينئذ فتبطل، فإن ترك مالا يفي بالدين أو كفيلا به لم تبطل الحوالة لإمكان الاستيفاء.

وإذا ترك ما يفي ببعض الدين بطلت بالنسبة للباقي.

وإذا ترك مالا يفي به ولكنه مدين بديون أخرى فإن ما يوجد له من مال يقسم بين جميع غرمائه - ومنهم المحال - قسمة تناسبية بقدر ديونهم ونسبتها بعضها إلى بعض ثم تبطل الحوالة بالنسبة لما لم يوف من دينها فيرجع به المحال على المحيل.

(٣) أن يحكم بإفلاس المحال عليه فى حياته، وإلى هذا ذهب الصحابان لأنهما يريان الحجر بسبب الدين، فإذا حكم بذلك وقسمت أمواله بين دائنيه حسب ديونهم بطلت الحوالة بالنسبة إلى ما لم يوف من دينها، ويرجع به المحال على المحيل، لتحقق عجز المحال عليه حينئذ عن الأداء، وخالف فى ذلك الإمام فقال لا تبطل لأن العجز غير متحقق فإن مال الله غاد ورائح، وعسى أن يرث أو يوهب له أو يتجر فيربح.

وخالف فى الأسباب الثالثة الشافعى وأحمد والليث بن سعد بناء على أن براءة المحيل من الدين تمت مطلقة عن أى شرط، فلا ترتفع إلا بسبب جديد، وقد رضى بها المحال فلا يوجب لرجوعه؛ لأن الاحال عليه قد أصبح بذلك دينا للمحال فتواء الدين ثديّة كتوائه لدى أى مدين.

وذهب مالك إلى أن المحال عليه إذا كان مفلسا ولم يعلم بذلك المحال ولم يرض به بعد العلم كان له الرجوع على المحيل؛ لأن إفلاسه عيب لم يرض به، وإلا لم يكن له حق الرجوع، وهذه رواية عن أحمد وهو أعدل الأقوال.

والمقيدة ضربان: مقيدة بدين ومقيدة بعين. فإن قيدت بدين على المحال عليه للمحيل ثم ظهرت براءة المحال عليه بسبب سابق على الحوالة بطلت، كما إذا كان الدين ثمنا لمبيع ثم ظهر استحقاق المبيع وأن المحيل قد باع مالا يملك، وإن ظهرت براءته بسبب عارض بعد الحوالة فلا تبطل عند أئمتنا الثلاثة استحسانا وتبطل عند زفر والشافعي، كما إذا كان المحيل بائعا فاستوجب بيعه ديناً على المشتري منه ثم أحال عليه دائناً له ليستوفى دينه مما في ذمته من ثمن، ثم تلف بعد ذلك المبيع في يد المحيل قبل تسليمه إلى مشتريه - وهو المحال عليه - فإن البيع يبطل ويسقط الثمن عن المشتري فتبرأ ذمته منه فإن البراءة من هذا الدين بعد تمام الحوالة.

وجه قول زفر والشافعي أن الحوالة مقيدة بدين لم يعد له وجود فتبطل لسقوطه.

ووجه قول أئمتنا الثلاثة أن الحوالة في هذه الحال قيدت بدين موجود عند إنشائها فلا يؤثر فيها عارض يسقطه بعد إنشائها حين نشأت صحيحة لازمة، بخلاف الحال الأولى، فإنها قيدت بدين غير موجود في الواقع فنشأت باطلة.

وإن قيدت بعين مضمونة «كالغصوب لدى المحال عليه» فتلفت العين عنده لم تبطل لأن بدل العين يقوم مقامها. وإن قيدت بعين هي أمانة في يد المحال عليه فتلفت تلقا يوجب ضمانها لم تبطل الحوالة لقبام بدل العين مقامها في الوفاء، ولذا تبطل الحوالة باستحقاق العين المقيدة بها في جميع الأحوال لعدم وجود بدل لها عند الاستحقاق يقوم مقامها في الوفاء منه.

مثل للمحال امتياز على سائر الغرماء؟ ليس للمحال امتياز على سائر الغرماء، وبناء عليه إذا قيدت الحوالة بدين أو عين، ثم توفى المحيل مديناً بديون أخرى غير دين المحال قبل أن يتوفى المحال دينه من المحال عليه لم يكن المحال أولى من سائر الدائنين بما عند المحال عليه من مال للمحيل، بل يقسم هذا المال بين جميع الدائنين بنسبة ديونهم لا يفضل المحال عليهم؛ لأنه لا يزال مديناً مديونته.

للمحيل . ولم يثبت للمحال عليه حق اختصاص به ؛ لأن ذلك لا يكون إلا باليد كالمرتهن ، وليست له يد عليه ، فإذا بقي للمحال بعد القسمة شيء من الدين لم يطالب به المحال عليه ؛ لأن الحوالة مقيدة بما كان عنده من مال ، وقد قسم بين الغرماء ، وإنما يتبع تركة المحيل إذا ظهر له مال ، فإن لم يظهر له مال فلا سبيل إلى وفاته .

وذهب زفر إلى أن المحال يكون أولى من سائر الغرماء بالنسبة لهذا المال ، فيستوفى منه حقه أولاً كما يستوفى المرتهن حقه من الرهن وذلك لثبوت حقه فيه بالحوالة ، وليس من الواجب أن يكون حق الاختصاص نتيجة يد ، بل كما يكون بسبب اليد في الراهن يكون كذلك بسبب الحوالة المقيدة .

أثر الموت في الحوالة : وفاة المحيل لا تأثير لها في الحوالة إذا كانت مطلقة فيستمر المحال على مطالبة المحال عليه بأداء الدين ، فإذا أداه بعد الوفاة فإن الظاهر لى أنه يكون مختصاً به ، ولا يحق لسائر غرماء المحيل أن يشاركوه فيه بقدر ديونهم إذا احتاجوا إلى ذلك بسبب عدم وفاء التركة .

ووجه ذلك أن المحيل قد برئ من دين المحال بمقتضى عقد الحوالة ، وصار المحال دائناً للمحال عليه لا للمحيل ، ولكن ما نقله ابن عابدين في حاشيته على البحر عن البزازية والحاوي يفيد أن هذا المال لا يختص به المحال بل يشاركه فيه سائر غرماء المحيل ، بناء على أن الحوالة تبطل بالموت وأن المحال يصير دائناً للمحيل بمجرد موته ، وهذا غير ظاهر ؛ لأنه لو صح أنها تبطل بالموت لترتب على ذلك عدم إلزام المحال عليه بالدين بعد وفاة المحيل وانقطاع مطالبة المحال بما أحيل به على المحال عليه .

وإن كانت الحوالة مقيدة بعين أو دين لدى المحال عليه بطلت بوفاة المحيل ، فإن هذه العين أو هذا الدين يتعلق بهما بمجرد الوفاة حق وريثة المحيل لقيامهم مقام مورثهم فيما كان يملك ، وذلك منه ، فلهم وحدهم حق المطالبة بهما ، وبذا تبطل الحوالة ويرجع المحال على تركة المحيل .

وإذا مات المحال قام وارثه مقامه في مطالبة المحال عليه ، وفي حق الرجوع على المحيل عند التوى .

وإذا مات المحال عليه، فإن كانت الحوالة مقيدة بطلت بموته؛ لأنها التزام فى مال مملوك للمحيل، وقد سلط عليه من قبله وذلك التسلط لا يثقل إلى الورثة بل يبطل بالرفاة، وعندئذ يرجع المحال على تركة المحيل، وإن كانت مطلقة استوفى المحال دينه من تركته باعتباره دائنًا من دائنيها، فإن بقيت له بقية رجع بها على المحيل لتوائها حينئذ.

براءة المحال عليه : يبرأ المحال عليه بسبب من الأسباب الآتية:

(١) أداءه الدين إلى المحال، وعند ذلك يكون له حق الرجوع به على المحيل إن كانت الحوالة بأمره وكانت مطلقة، ولم يكن لدينا له بمثل ما أدى أو أكثر، أما إذا كانت بغير أمره - ولو كانت برضاء على ما هو رأى جمهور الحنفية - فلا يرجع لأن المحال عليه متبرع حينئذ بأدائه الدين.

وأما إذا كانت مقيدة بمال، فإن وفاء الدين المحال به يكون من هذا المال، فإذا لم يف لم يلزم المحال عليه بأداء زيادة الدين. فإذا أداها كان متبرعا، ولا يكون له حق الرجوع على المحيل. وإذا لم يؤدها فالظاهر أنه يكون للمحال أن يرجع على المحيل لعدم سلامة حقه؛ ذلك لأن براءة المحيل مقيدة بسلامة حق المحال.

وأما إذا كان المحال لدينا بمثل ما أحيل به عليه أو أكثر فإن كانت الحوالة بأمر المحيل فإنه يسقط من الدين بقدر ما يؤديه إلى المحتال، وإن لم تكن بأمره لم يسقط شيء كما هو الظاهر.

(٢) إذا أبرأ المحال المحال عليه من الدين، وعند ذلك لا يكون لأحدهما حق الرجوع على المحيل؛ وإن كانت الحوالة بأمره؛ لأن البراءة تعتبر حينئذ تنازلا من المحال عن الدين لامتليكا، ولذا لا يسقط بها ما قد يكون للمحيل لدى المحال عليه من دين.

(٣) إذا أحال المحال عليه المحال حوالة صحيحة، فإن كانت على المحيل كان ذلك فسخا للحوالة الأولى، ولذا لا يترتب على توى الدين لدى المحيل فى هذه الحال الرجوع على المحال عليه باعتباره محيلا، وأما إذا كانت على غيره، فهى حوالة يترتب عليها جميع آثارها.

(٤) هبة الدين من المحال للمحال عليه، وعند ذلك يكون للمحال عليه حق الرجوع على المحيل إذا كانت الحوالة بالأمر، ولذا يلتقى الدينان قصاصا إذا كان المحال عليه مدينا للمحيل، أما هبته للمحيل من المحال فغير صحيحة على المفتى به.

(٥) إذا مات المحال ولا وارث له غير المحال عليه، فحكم ذلك حكم هبة الدين له.

الشركة

الشركة نوعان: شركة ملك وشركة عقد. وشركة الملك كذلك ضربان: اختيارية: وهي التي تنشأ من أن يملك اثنان أو أكثر عينا من الأعيان بسبب من أسباب الملك، كأن يشتريها معا. واضطرارية وهي الناشئة عن اختلاط مالين بدون إرادة مالكيهما اختلاطا لا يمكن من الفصل بينهما، كأن يكونا من نوع واحد كمقدارين من الأرز، أو يكونا ممكنا مع كثير من المشقة كمقدار من أرز مع آخر من قمح، أو عن اشتراك شخصين في ميراث من آخر. وليست شركة الملك من العقود ولذا فهي خارجة عن موضوعنا وعلى ذلك لانيين إلا شركة العقد.

شركة العقد: هي عقد بين اثنين أو أكثر على الاشتراك في رأس المال وفي ربحه أو على الاشتراك في الربح فقط إذا لم يكن رأس مال.

ركناتها: ركنها الإيجاب والقبول. كأن يقول أحد الشريكين أو الشركاء شاركك في كذا أو شاركتكم في كذا أو ما يؤدي هذا المعنى ويقبل غيره ذلك.

شروطها: يشترط فيها ما يأتي:

(١) اتحاد مجلس الإيجاب والقبول؛ لأنها من العقود المالية.

(٢) أن يكون كل من عاقدتها أهلا للتوكيل والوكالة إذ كل شريك في الشركة وكيل عن الآخرين فهو موكل لغيره ووكيل عنه.

(٣) أن يكون العقود عليه قابلا للوكالة لئلا يكون تصرف كل واحد منهم للجميع، فيكون لنفسه أصالة ولغيره بمقتضى الوكالة، وعليه فلا شركة في أخذ

مال مباح كالأحطاب والاصطياد لأنه لا يجوز فيه التوكيل، إذ يملكه من يستوله عليه بمجرد الاستيلاء وليس لغيره عليه أمر فيه.

(٤) أن يكون الربح جزءاً شائعاً معلوم القدر حتى لا يكون عدم شيوعه مؤدياً إلى قطع الشركة في الربح ولا عدم الجهل بقدره مفضياً إلى النزاع، وهذه هي الشروط العامة في شركة العقد.

أقسامها: تنقسم الشركة ثلاثة أقسام: شركة أموال وشركة أعمال وشركة وجوه. وكل قسم من هذه الأقسام ينقسم قسمين: شركة مفاوضة وشركة عنان ولقسمة الأنواع الثلاثة إلى مفاوضة وعنان نبدأ ببيان معنيهما.

شركة العنان: كلمة العنان إما مأخوذة من «عن» لى كذا أى عرض فسميت بذلك؛ لأن كل شريك فيها عن له أن يشترك مع الآخرين، وإما مأخوذة من عنان الفرس؛ لأن كلا من الشركاء أعطى عنان التصرف في المال لشريكه. ويريد بها الفقهاء أن يشترك اثنان أو أكثر في رأس مال أو في عمل على أن يكون الربح الناتج مشتركاً بينهما.

وتتضمن الوكالة فيكون كل من الشركاء وكلياً عن الآخر في التصرف، حتى إذا تصرف كان لنفسه بطريق الأمانة ولسائر الشركاء بطريق الوكالة فتتحقق الشركة، وإلا كان التصرف له خاصة فيختص بالربح، وتصح في أى نوع من أنواع الاتجار مع التفاضل في رأس المال والربح، أو مع التساوى فيهما، أو مع التفاوت في أحدهما والتساوى في الآخر متى عمل كل الشركاء، فإذا كان العمل على بعضهم فقط وجب أن يكون سهم غير العامل في الربح مناسباً مع سهمه في رأس المال حتى لا يعطى من الربح ما ليس له مقابل ولكن يصح زيادة ربح العامل عن حصته في رأس المال نظير عمله.

وقال الشافعي وزفر ومالك: لا تصح الشركة مع المساواة في المال والتفاضل في الربح، ولا مع التفاضل في المال والمساواة في الربح؛ لأن الربح نتيجة المال فيجب أن يكون الاشتراك فيه على وفق الاشتراك في المال، والصحيح أن الربح يستحق بالمال والعمل والضمان، ومن آثار ذلك أنه لا يجب أن يكون الاشتراك في الربح على وفق الاشتراك في رأس المال بل يصح أن يختلفا فكان رأى الحنفية حقه.

شركة الاموال: يجب أن يكون رأس مالها من الذهب أو القضة أو النقود المتداولة ويجب أن يكون حاضرا، فلا يصح إدخال الديون فيها إلا بعد أدائها وصيرورتها نقودا، وعليه لا يصح أن يتكون رأس مالها من العروض إلا إذا باع أحد الشريكين حصة شائعة في عروضه بحصة شائعة في عروض صاحبه فتصير العروض بذلك مشتركة بينهما، وعند ذلك يصح لهما أن يعقدا الشركة على هذه العروض بقدر ما لكل فيها.

ولا يشترط في هذه الشركة خلط أموال الشركاء ولا تسليمها بل تتم بالتعاقد فإذا تصرف أحد الشركاء في حصته كان تصرفه لحساب الشركة بناء على التعاقد الذي صار به وكيلا عنهم، وإذا حصل ربح كان بينهم على حسب الاشرط مع ملاحظة ما بيناه في شركة العنان، وأما الخسارة فيجب أن تكون على حسب ما لكل منهم في رأس المال، وإن شرط غير ذلك كان شرطا لاغيا.

ويكون لكل شريك في هذه الشركة أن يتصرف فيها على حسب ما اتفق عليه الشركاء في عقد الشركة، ولا يخرج عن ذلك إلا برضاهم، إذ إنه وكيل عنهم فيتقيد بما يقيدونه به، فإن خالف كان التصرف له خاصة ولم ينفذ على الشركاء.

وهذه الشركة إذا تحققت فيها شروط المفاوضة كانت مفاوضة ويعيد أن يحصل ذلك وإلا فهي شركة عنان.

شركة الاعمال: ويسمى هذا النوع أيضا شركة الصنائع وشركة التقبل وشركة الأبدان، ويراد بها أن يتفق اثنان أو أكثر من أرباب المهن والأعمال على الاشتراك في تقبل الأعمال من الناس على أن يكون ربح هذه الأعمال أو أجورها مشتركة بينهم على حسب ما يتفقون عليه، وذلك كاشترط تجارين أو بناءين أو مهندسين أو محاميين أو طبيبين، ولا يشترط فيها اتحاد مهنة الشركاء فيجوز اشتراك نجار مع طبيب وبناء مع مهندس، ولا يشترط فيها التساوى بين الشركاء في الربح، ولا يلزم فيها أن يكون الربح على حسب العمل؛ لأن الأعمال تختلف، وإجادتها كذلك تختلف. وهى تتضمن الوكالة فكل عمل يتقبله أحد الشركاء يكون مطلوبا من باقيهم؛ لأنه يعتبر وكيلا عنهم في تقبله، ولذا يكون الكسب بينهم جميعا على حسب الشرط وإن لم يعمل أحدهم؛ لأنه يستحق الأجر حيثئذ بضمانه والتزامه،

ولهذا كانت شركة العنان فى الأعمال فى حكم شركة المفاوضة من حيث ضمان العمل فقط، وجواز مطالبة كل شريك به، وجواز مطالبة كل شريك بأجره وجواز دفع الأجر لكل شريك، وليس هذا فى شركة العنان فى الأموال إذ يطبق فيها أحكام الوكالة، وذهب الشافعى إلى أن هذه الشركة غير جائزة لعدم المال فيها.

شركة الوجوه: ويقال لها شركة المفاليس، وسميت بشركة الوجوه لأنها تبنى على ما للشركاء فيها من وجهة ومنتزة فى الناس بسبب حسن المعاملة، ويراد بها أن يشترك اثنان أو أكثر ممن ليس لهم رأس مال على أن يشتروا بالنسيئة ثم يبيعوا ما يشترونه على أن يكون ما يربحونه من هذه التجارة بينهم. وهذا النوع من الشركة غير جائز عند الشافعى ومالك.

وإذا تمت هذه الشركة تضمنت وكالة كل شريك عن سائر الشركاء، وإن شرطوا التاوى بينهم فى كل شىء وتوافرت فيها شروط المفاوضة كانت مفاوضة وإلا كانت عانا. وسبب استحقاق كل شريك حصته من الربح فى هذه الشركة هو ضمانه. وبما أن ضمان ثمن المشتري هو بحسب ما لكل شريك فيه من حصة وجب أن يكون تقسيم الربح بينهم على حسب ما لكل منهم من سهام فى الشركة، فإذا شرط لأحدهم زيادة كان شرطا لاغيا والخسارة فيها على قدر حصصهم كذلك.

انتهاء الشركة: والشركة عقد غير لازم لتضمنه الوكالة التى هى عقد غير لازم، فتبطل بما يأتى:

(١) فسخ أحد الشركاء للشركة بشرط أن يعلم صاحبه بذلك.

(٢) جنون أحد الشركاء جنونا مطبقا وإن لم يعلم شريكه بذلك لأنه قد انعزل عن وكالته بفقد أهليته.

(٣) موت أحد الشريكين وإن لم يعلم الآخر بذلك لما تقدم.

وإذا كان الشركاء أكثر من اثنين لم تنفسخ بالأسباب المتقدمة إلا فى نصيب من خرج عن الأهلية أو فسخها وبقيت بين الآخرين.

(٤) هلاك المال المشترك جميعه، فتفسخ بذلك بين جميع الشركاء لزوال

محلها.

المضاربة

التعريف بها: هي نوع من الشركة يكون فيها رأس المال من جانب والعمل من جانب آخر؛ وتسمى كذلك مقارضة وقراضا، لأن صاحب المال يقطع قدرا من ماله ويسلمه إلى العامل وهو المضارب، وقد سمي بذلك لأنه يضرب في الأرض ويسعى فيها قصدا إلى التجارة وتنمية المال.

وقد عرفها الفقهاء بأنها عقد على الاشتراك في الربح على أن يكون رأس المال من طرف والعمل فيه من الطرف الآخر. وقد يتعدد صاحب رأس المال كما يتعدد العامل وهي من العقود المالية الدائنة بين النفع والضرر.

ركنها: الإيجاب والقبول، ويكون ذلك بكل مايدل على معناها كأن يقول رب المال: خذ هذا المال فضارب فيه على أن يكون لك من الربح ثلثه أو اعمل فيه على ذلك أو اتجر فيه وتحو ذلك.

شروطها: يشترط في رب المال أن يكون أهلا للتوكيل، وفي المضارب أن يكون أهلا للوكالة؛ وذلك لأن المضارب وكيل عن رب المال في العمل فيه وأمين عليه ككل شريك مع شريكه.

ويشترط في رأس المال مايتأتى:

(١) أن يكون ذهباً أو فضة أو نقدا رائجا، فلايجوز أن يكون عقارا أو عروضاً إلا إذا قال المالك للمضارب: بعها وضارب في الثمن، فعند ذلك يكون وكيلاً يبيعها ثم مضاربا في ثمنها بعد قبضه، ولاتتعقد المضاربة صحيحة عندئذ إلا عند قبضه حتى لو تصرف قبله لم يكن تصرفه للمضاربة.

(٢) أن يكون معلوما فلا تصح في مجهول تجنبا للمنازعة.

(٣) أن يكون عينا فلا تصح في الدين إلا إذا قال له: اقبضه وضارب فيه.

(٤) أن يسلمه صاحبه إلى المضارب ليتمكن من العمل، فلو شرط أن يعمل فيه معه فسدت المضاربة؛ لأن ذلك يخل بكمال التسليم والمراد ألا يعمل صاحب المال مع المضارب فيه كما ألا يعمل صاحب الأرض مع المزارع. ولكن لو دفع

الأب أو الوصى مال موليه مضاربة وجعل كل منهما لنفسه أن يعمل جاز، إذ يجوز لكل منهما أن يضارب بمال موليه ولا مانع من تعدد المضارب.

وقد علمت أنها شركة في الربح وعلى ذلك لا بد فيها من بيان نصيب كل من رب المال والمضارب، فلو جعل الربح كله لرب المال وعمل المضارب فيه مجانا صح العقد وسمى حينئذ بضاعة والعامل مستبضعا، ولو جعل الربح كله للعامل كان العامل بذلك مقترضا للمال من صاحبه، وكذلك يجب أن يكون نصيب كل من رب المال والمضارب في الربح مقدارا مينا شائعا فيه، فلا يصح اشتراط دراهم معلومة لأحدهما كعشرين جنيها في الشهر أو كخمس رأس المال لصاحبه أو نحو ذلك، لأن هذا يؤدي إلى قطع الشركة فعسى ألا يزيد الربح عما شرط، وعلى الجملة فكل شرط اقتضى جهالة في الربح أو كان مفضيا إلى قطع الشركة فيه أفسد المضاربة. أما إذا لم يؤد إلى ذلك فإنه يصح أن يخالف مقتضاها، ويلغو إن خالفه دون أن يؤثر في صحة المضاربة، كما إذا شرط في العقد أن تكون الخسارة أو بعضها على المضارب.

حكمها: يصير المضارب بالعقد وكيفا عن رب رأس المال إذا عمل، ويصير المال في يده أمانة بتسلمه، لأن ذلك شأن الوكيل، ولذا يضمنه إذا توفى مجهلا له، وإذا ظهر ربح كان شريكا فيه على مقتضى الشرط، وإذا ظهرت خسارة كانت على رب رأس المال وحده، واحتسبت أولا من الربح إن كان المال قد ربح؛ لأنه تبع للمال.

وكذا إذا هلك من رأس المال شيء بلا تعدد احتسب أيضا من الربح للسبب نفسه، فإن لم يف الربح بذلك احتسب الزائد من رأس المال، ولا يرجع رب المال على المضارب بشيء منه، ولا فرق في ذلك بين ربح لا يزال مضموما إلى رأس المال لم يرفع منه وربح قد رفع منه وقسم بين المضارب ورب المال على ما شرط، فيجب أن يترادا كل ربح قسم بينها فيما مضى فيحسب منه مقدار الخسارة أو التلف حتى يسلم لرب المال ماله، وما بقى فهو بينهما على الشرط، وإذن فلا يستقر ملك المضارب لما يأخذه من ربح إلا بفسخ المضاربة مع سلامة رأس المال لصاحبه، حتى إذا استهلكه في شئون نفسه ثم تلف رأس المال كان ضامنا لما أخذه من الربح حتى يسلم رأس المال لصاحبه.

والمضاربة إما مطلقة وإما مقيدة، فالمطلقة هي التي لم تقيد بقيد، والمقيدة ما قيدت بزمان أو مكان أو نوع من التجارة أو بعاملة أناس مخصوصين كأن يقيد المضارب بالمضاربة مدة ثلاث سنين فقط من وقت تسلمه المال، أو بالمضاربة في القاهرة، أو المضاربة في القطن أو في الحبوب أو بالعمل مع أهل مدينة كذا دون غيرهم، وفي هذا الحال يتقيد بما قيد به لأنه وكيل، والوكيل يتقيد بما يقيد به موكله، فإن خالف كان غاصبا وانقلبت يده حيثئذ يد ضمان وكان تصرفه لنفسه وربحه له لا لرب رأس المال ولا على الشرط، فإذا نقص رأس المال بأى سبب كان ضامنا لنقصه.

وإذا فسدت المضاربة بسبب من الأسباب، كاشتراط قدر محدد من الربح لرب المال وعمل المضارب فيها كان أجيرا في المال وأمينا عليه، فيستحق أجر مثله، سواء أربح أم لم يربح، ولا يستحق ماسمى له لفساد التسمية بفساد العقد، وإنما يستحق أجره وإن لم يربح لأنه لم يرض بالعمل مجانا، ولكن لا يزداد أجره على ما شرط له عند أبي يوسف. وقال محمد والشافعي له أجر مثله بالغ ما بلغ. وإذا هلك في يده المال بلا تعد ولا تنصير لم يضمه.

نفقات المضارب: ونفقات المضارب إذا سافر في شئون المضاربة تجب في مالها وتشمل الطعام والكسوة والركوب ونفقة البيت، يصرف منه في سبيل ذلك بالمعروف، أما في حال إقامته فنفقته في مال نفسه.

ما يملكه المضارب من التصرف: يجب أن يتقيد المضارب بما يقيد به رب المال كما قدمنا، وفيما عدا ذلك تكون تصرفاته ثلاثة أنواع:

(١) نوع يملكه بمقتضى عقد المضاربة وهو ما تناوله أعمال التجارة عادة فيملك البيع والشراء بأجل متعارف وبغير أجل، غاية الأمر أنه يمتنع عليه الغبن الفاحش، فإذا فعل فاشترى به مثلا نفذ الشراء عليه ولم يكن للمضاربة، وكذلك إذا باع مال المضاربة بغبن فاحش لم ينفذ عند الصاحبين خلافا للإمام كما تقدم في الوكيل، ويملك كذلك التوكيل بهما والسفر بالمال ودفعه بضاعه وإيداعه ورهنه وإجارته.

(٢) ونوع لا يملكه إلا إذا قيل له في عقد المضاربة اعمل برأيك وهو

مايحتمل أن يلحق بأعمال التجارة وذلك كإعطاء مال المضاربة لشخص ثالث على أن يضارب فيه أو جعله رأس مال لشركة.

فإذا أعطاه مضاربة في هذه الحال صح وكان لرب رأس المال ربحه على حسب الشرط في عقد المضاربة الأول، ومايبقى بعد ذلك يكون بين المضارب الأول والثاني على حسب الشرط في عقد المضاربة الثاني، إذ لا يستطيع المضارب الأول أن ينقص نصيب رب المال فإذا كان الربح في المضاربة الأولى مناصفة فيما يرزق الله، وفي المضاربة الثانية مناصفة لم يكن للمضارب الأول شيء، وإذا جعل للمضارب الثاني في هذه الحال الثلث فقط كان له، وكان لرب المال النصف والباقي وهو السدس للمضارب الأول، وإذا كان الربح في المضاربة الأولى مناصفة فيما يعطيه الله من الربح للمضارب ثم ضارب فيه المضارب على النصف كان النصف للمضارب الثاني. والنصف الآخر بين رب رأس المال والمضارب الأول بالسوية، لأنه هو ما أعطاه الله للمضارب، وكذلك يكون الحكم فيما إذا شارك المضارب غيره في رأس المال أو أضاف إلى رأس مال المضاربة من ماله وكون من المجموع شركة.

(٣) ونوع لا يملكه إلا بالنص الصريح عليه كالترعات والإقراض والشراء نسيئة بما يزيد على رأس مال المضاربة.

ماتتهى به المضاربة: تنهى بما يأتي:

(١) بهلاك مال المضاربة جميعه بلا تعد ولا تقصير قبل التصرف فيه لزوال محلها. فإن هلك بعد التصرف فيه لم تبطل، كما إذا اشترى المضارب نسيئة والمال في يده ثم هلك فإنه يأخذ ثمن ما اشتراه من رب المال ولا تبطل.

(٢) بموت كل من رب رأس المال والمضارب. فإذا مات رب المال انعزل المضارب علم بذلك أو لم يعلم، فلا يملك التصرف بعد الموت في مال المضاربة إلا بجعله ناضا أى بتحويله بالبيع إلى نقود إذا كان عروضاً، فإذا كان مال المضاربة حين موت أحدهما عروضاً كان للمضارب عند موت رب المال أن ينضها أى أن يبيعه بنقود حتى يظهر بذلك ربحه، ولكن لا يشتري بالنقود شيئاً لانتهاى المضاربة، وكان ذلك لوصى المضارب عند موته، فإن لم يكن له وصى جعل القاضي له

رصيا في ذلك، وقيل يكون ذلك عندئذ لرب المال مع وصى يسرب. والاول
أصح.

(٣) بجنون كل منهما جنونا مطبقا، فإذا حصل الجنون والمال عروض كان
للمضارب أو القيم عليه أن ينضه.

(٤) بعزل المضارب من قبل رب المال؛ لأن المضاربة عقد غير لازم، ولكن
لا يعزل إلا متى علم بذلك وكان المال ناضا، وإذا كان المال حين العزل غير ناض
كان له أن يحوله بالبيع إلى نقد ليظهر ربحه، وليس له الشراء بهذا النقد لانتهاه
المضاربة.

وإذا كان للمضاربة ديون وفيها ربح أجبر المضارب بعد العزل على اقتضاء
الديون لأنه أجبر، وذلك من عمله، فإن لم يكن فيها ربح لم يجبر على
الاقتضاء، ولكن يؤمر بأن يوكل رب المال باقتضاءها.

القسمة

التعريف بها : القسمة جميع النصيب الشائع من مال مشترك في جانب
معين منه بناء على طلب أحد الشركاء، فإذا كانت أرض مشتركة بين اثنين فقسمت
بينهما على حسب سهامهما فاختص كل منهما بجانب معين منها وكان ذلك بناء
على طلب أحدهما تمت القسمة وصحت، فإذا لم يكن من أحدهما طلب لم تقع
صحيحة.

ركنتها : وركنتها الفعل الذي يحصل به الإفراز والتمييز بين الأنصباء كالكيل
في المكيلات والعد في المعدودات والذرع في المذروعات.

أنواعها : المال المشترك إما أن يكون من جنس واحد أو من جنسين فأكثر،
وعلى كل فإما أن يكون مثليا أو قيما. وقسمته في جميع هذه الأحوال تتضمن
المبادلة والإفراز على الوجه الآتي بيانه:

فالمبادلة أن يأخذ كل شريك بعض ما كان لغيره من الشركاء في المال المشترك
نظير ما أخذوه من ملكه في هذا المال.

والإفراز أن يأخذ كل شريك بعض حقه عينا.

فإذا اشترى اثنان كتابين شركة بينهما لكل منهما النصف كان كل كتاب من هذين الكتابين مشتركا بينهما لكل منهما نصفه شائعا فيه، فإذا اقتسامهما فأخذ كل واحد كتابا فقد أخذ عين حقه في هذا الكتاب وهو نصفه، وكان ذلك إفرازا لبعض ملكه عن ملك صاحبه، وأخذ النصف الآخر من شريكه بدلا عما يملكه في الكتاب الآخر وهو نصفه وذلك معنى المبادلة، إذ يتم بذلك بين الشريكين تبادل معاوضة في نصفى الكتابين، وبهذا يملك كل شريك كتابا معيناً، نصفه كان ملكاً له من قبل، ونصفه تملكه بمقتضى هذه المبادلة التي بينها.

فإذا كانت القسمة في جنس واحد مثلى كقمح مشترك وكتابين من نوع واحد فإن معنى المبادلة يكون ضعيفا لتساوى البديلين من كل وجه، ومعنى الإفراز يكون حينئذ ظاهرا لعدم التفاوت بين آحاد المال المشترك، فكان كل شريك قد أخذ عين حقه بهذه القسمة وميزه عن ملك شركائه. وبناء على هذا يجوز، لكل من الشركاء أن يقسم في غيبة الآخرين وبدون علمهم، وأن يتسلم نصيبه كذلك في غيبتهم، ولكن لا تتم القسمة إلا بتسلم الغائب حصته. حتى إذا تلفت قبل أن يتسلمها كان الباقي من المال مشتركا بين الجميع، ولكن إذا تلفت أولاً حصة القاسم من الشركاء بعد أن تسلمها تمت القسمة بالنسبة إليه وكان تلف حصته عليه، ولا يكون ما استبقاه لشريكه شركة بينهما.

وإذا كانت في جنس واحد قيمي كعشرين شاة مشتركة بين اثنين مثلا فأخذ أحدهما تسع شياه وأخذ الآخر إحدى عشرة كان معنى المبادلة فيها أظهر من معنى الإفراز لوجود التفاوت بين آحاد المال المشترك فلا يكون كل من الشريكين قد أخذ عين حقه، وبناء على ذلك لا تجوز القسمة إلا بحضور جميع الشركاء، ولا يجوز لأى شريك أن يأخذ حصته في غيبة الباقين، ولكن لاتحاد الجنس ورغبة أحد الشركاء في الانتفاع بخصته مفرزة يجبر القاضى سائر الشركاء عليها إذا أبوها عندما يطلبها أحدهم.

وإذا كانت في جنسين أو أكثر من مال قيمي أو مثلى أو مال مختلط كأن يكون المال المشترك إبلا وخيلا وغنما، أو قمحا وشعيرا وأرزاً، أو حبوباً وغنماً،

فإن معنى المبادلة يكون أوضح منه فى النوع السابق، ولذا لاتحوز القسمة إلا بحضور جميع الشركاء، ولا يجوز لأحدهم أن يأخذ حصته فى غيبة الآخرين ولا تتم إلا بالتراضى بين الجميع، وإذا طلبها بعضهم لم يجبر القاضى من أبابها منهم (١).

وفى حكم الأجناس المختلفة الجنس الواحد إذا تعددت آحاده وتفاوتت قيمها تفاوتاً فاحشاً كالجواهر، أو لم تتعدد ولكن لا يحتفظ بعد قسمته بمنفعته التى كانت له قبل القسمة كالحمام الصغير والكتاب والثوب والفرس من كل مالا ينتفع به بعد قسمته الانتفاع الذى كان له من قبل، فإن القسمة فيه لاتتم بالإجبار من القاضى ولاتتم إلا برضا الشركاء.

ومما تقدم يتبين لنا أن القسمة قد تتم بقسمة كل واحد من المال المشترك وتسمى حينئذ قسمة تفريق، كأن يكون المال المشترك أرضاً وداراً ومقداراً من القمح فيقسم كل من الأرض والدار والقمح، وقد تتم بجعل نصيب أحد الشريكين وجمعه فى بعض آحاد المال كأن يكون المال المشترك أرضاً وداراً فيأخذ أحد الشريكين الأرض والآخر الدار وتسمى هذه قسمة جمع. وكل من قسمتى التفريق والجمع قد تتم بطريق القضاء والجبر عليها فتسمى حينئذ قسمة قضاء، وتكون أمام القاضى بناء على طلب بعض الشركاء، وإياء بعضهم الآخر، وقد تتم بالتراضى بين الشركاء وتسمى حينئذ قسمة تراض، وتارة تكون هذه فى مجلس القضاء إذا ماتراضى عليها جميع الشركاء فى مجلسه، وتارة تكون فى غير مجلسه إذا تمت بين الشركاء بعيداً عن القاضى.

والأموال بالنسبة إلى هذين النوعين من القسمة نوعان: الأول: ما يقبل كلا منهما، وذلك كل مال متعدد تقبل آحاده التجزئة مع بقاء منفعتها التى كانت لها قبل قسمتها، وذلك كعدد من الدور الكبيرة والضياع. الثانى ما يقبل أحدهما فقط وهو إما أن يقبل قسمة التفريق فقط كدار كبيرة أو أرض زراعية واسعة. وضابطه أن يكون المال شيئاً واحداً يقبل التجزئة مع بقاء منفعتها التى كانت له قبل قسمته. وإما أن يقبل قسمة الجمع فقط وهو أن يكون متعدد الآحاد ولكن آحاده إذا قسمت

(١) وهذا إذا لم تكن بقسمة كل من الأجناس المشتركة بين جميع الشركاء، فإذا كانت كذلك فإنها تكون من النوع الأول إذا كان الجنس المقوم مثلاً ومن النوع الثانى إذا كان قيمياً.

تغيرت منفعتها بعد القسمة فلا يمكن أن ينتفع بكل حصة منها الانتفاع الذي كان لها قبل القسمة كعشرين شاة وخمس عشرة سيارة.

شروطها: يشترط في المال المقسوم ما يأتي:

(١) أن يكون عينا فلا تصح قسمة الدين قبل اقتضائه، وذلك لأنه وصف اعتباري في ذمة المدين وقسمته لا تؤدي إلى مساواة بين الشركاء، فقد يتوى بعض الدين ولا يتوى بعضه الآخر فيتضرر من كان التاوى في حظه، وعلى ذلك إذا كان لاثنين دين مشترك لدى مدينين لم يجز اتفاقهما على أن يختص كل واحد منهما بدين معين منهما، بل يكون ما يستوفيه كل منهما شركة بينهما.

(٢) الإفراز والتمييز بين الحصص، فإن كان المقسوم أرضا كان بيان الحدود؛ لأن القسمة إفراز ولا يتم إلا بهذا فلا تصح بأن يجعل لفلان الجانب الشرقي منها وللآخر الجانب الغربي منها دون بيان حد.

(٣) أن يكون ذلك المال ملكا للشركاء حين القسمة لا ملك لغيرهم فيه، فقسمة الغاصبين لما غصبوا غير صحيحة (١).

(ب) ويشترط في القسمة ما يأتي:

(١) ألا تفوت بها منفعة الشراء فإذا فاتت بها منفعتهم جميعا لم يجز للقاضي أن يجبرهم عليها، وذلك إذا كان المال المشترك واحدا لا يقبل القسمة كآلة خياطة، ولكن إذا رضى جميع الشركاء فيها بقسمتها جاز ذلك وإن تلفت لأن المال مالهم، وإن فاتت بها منفعة أحدهم - وذلك كما في دار كبيرة مشتركة بين اثنين لأحدهما فيها متر مربع مثلا وباقيةا للآخر - فقد اختلف الحنفية فقبل يجوز للقاضي أن يجبر عليها عند طلب من لا تفوت منفعته لأنه صاحب الجزء الأكبر

(١) إذا ظهر بعد قسمة المال مستحق له فإن استحقه أو استحق بعضا شائعا في جميعه بطلت القسمة اتفاقا، وإن استحق جزءا شائعا في أحد الأنصبة فكذلك الحكم عند أبي يوسف لقوات معنى الإفراز بذلك، وقال الإمام: يخير من استحق بعض نصيبه بين المطالبة بفسخ القسمة ثم القسمة مرة أخرى، وبين إقرارها والرجوع على شركائه الآخرين بقط كل منهم فيما استحق. وإن استحق جزءا معيناً في أحد الأنصبة أو فيها جميعها لم تفسخ اتفاقا بين الأئمة الثلاثة، ولكن يرجع من استحق جزء من نصيبه على الباقي بقدر ما يخصهم من الجزء المستحق، إذ ظهر بذلك أن ما أخذوه منه لم يكن ملكا له، فيلزمهم رده إلى صاحبه ورجوع بعضهم على بعض لتصحيح القسمة، وإذا كان الاستحقاق في أكثر من نصيب واحد رجع بعضهم على بعض على هذا الأساس. وإذا قسم الورثة بينهم تركة مورثهم وعليها دين بطلت القسمة إلا إذا أوفوا الدائن دينه أو تنازل عنه أو تركوا من التركة ما يفي بدينه من غير قسمة إذ لا تركة إلا بعد وفاة الدين.

ويريد أن ينتفع بماله فلا يضر في ذلك بسبب غيره، وقيل لا يجبر القاضى عليها إلا عند طلب من تفوت منفعته لا عند طلب الآخر؛ لأن في إجابة طلب الآخر الإضرار بشريكه فلا يقر على ذلك، وقيل يجبر عليها عند طلب أحدهما.

(٢) أن تكون عادلة فإن ادعى أحد الشركاء أن فيها غبنا فإن كان يسيرا لم يلتفت إلى قوله. إذ لا يمكن الاحتراز عنه عادة، وإن كان فاحشا، وكانت بقضاء بطلت اتفاقا؛ لأن قضاء القاضى مقيد بالعدل، وإن كانت بالتراضى لم يسمع لقوله عند بعضهم لسبق رضاه بها فيكون متناقضا، والأصح أنها تفسخ إذا أثبت ذلك.

(٣) إذا كانت القسمة بالتراضى وجب فيها تراضى جميع الشركاء، ولا تصح في غيبة أحدهم، وإذن لا بد من حضورهم بأنفسهم أو بوكلائهم، وإذا كان منهم صغير أو محجور عليه قام وليه أو وصيه أو القيم عليه مقامه، فإن لم يكن له ولي نصب له الحاكم وصيا أو قيما يتولى القسمة بدلا عنه.

(٤) إذا قضى بالقسمة وجب أن يكون ذلك بناء على طلب أحد الشركاء على الأقل.

قسمة الجمع: إذا تمت بين الشركاء كانت صحيحة لازمة متى كانت برضاهم وفي حضرتهم، وإذا لم يرض بها جميع الشركاء احتاج طالبها إلى رفع الأمر إلى القضاء، وعندئذ لا يجبر القاضى من أبائها إلا إذا كان المال المشترك من جنس واحد سواء أكان مثليا أم قيميا، أما إذا كان مكونا من عدة أجناس ولم تمكن قسمة كل جنس على حدة فلا يجبر القاضى عليها، وفي حكم ذلك مبالا إذا كان المال المشترك جواهر أو دورا متعددة ولو في مصر واحد على قول الإمام، وخالف الصحابان في دور المصر الواحد ففوضا الأمر فيها إلى القاضى إن شاء قسمها جبرا وإن شاء لم يجبر حسب ما يرى.

قسمة التفريق: تتم بالتراضى بين الشركاء، فإن رفع الأمر فيها إلى القاضى بسبب إباء بعضهم جبر عليها إن انتفع كل شريك بحصته الانتفاع الذى كان لها من قبل وإلا لم يجبر عليها، وقد قدمنا الخلاف عند الحنفية فى ذلك. وقد ذهب بعض الحنابلة إلى أن القاضى يبيع المال المشترك فى هذه الحال إذا تضرر بها أحد الشركاء ويقسم ثمنه بين الشركاء حتى لا يتضرر أحدهم، ويجوز أن يباع حينئذ لمن يرغب فيه منهم.

القسام: ينبغى للإمام أن يعين قاسمين يرزقون من بيت المال رحمة بالناس، ويجوز أن تجعل أجرتهم على المتقاسمين على نسبة الأنصاء عند الصاحيين، وعلى عدد رؤوس الشركاء عند الإمام فى غير المكيل والموزون، أما فيهما فعلى الأنصاء، وروى عنه أيضا عدم استثناء المكيل والموزون وجعل الأجرة فيهما على عدد الرؤوس فى جميع الأحوال. وروى عنه أن الأجرة على طالب القسمة دون آيها. أما كيفيتها فذلك يرجع إلى طرق عملية وحسابية وهندسية تختلف باختلاف المال المقسوم، والشرط أن تكون عادلة كما ذكرنا فيما مضى.

ولا يدخل القسام النقود فى قسمته - سواء أكانت قسمة منقول أم قسمة عقار - لكى يعادل بها بين الأقسام إلا برضا الشركاء؛ لأن إدخالها يستلزم معاوضة صريحة ولا تكون إلا عن رضا، ومن العلماء من أجاز ذلك بغير الرضا إذا دعت إليه الضرورة وكانت القسمة بالقضاء، فإن القاضى قد يبيع مال المدين جبرا عنه قضاء لدينه، فيجوز له ذلك عند القسمة إذا دعت الضرورة إليه وهذا حسن.

حكم القسمة وثبوت الخيارات فيها: إذا تمت القسمة وتعين لكل شريك نصيبه بالقرعة أو بالرضا فقد لزم، فلا يجوز لأحدهم العدول عنها لأنها لازمة إلا إذا أثبت فيها غبنا أو خطأ.

ولما فى القسمة من معنى المعاوضة تثبت فيها الخيارات، فإذا كانت قسمة جمع فى أجناس مختلفة يثبت خيار العيب وخيار الرؤية وخيار الشرط، وكذلك فى قسمة القيمي مطلقا من جنس واحد، وفى قسمة المثلى من جنس واحد لا يثبت إلا خيار العيب^(١).

المهاياة: كما تجوز قسمة الأعيان على النحو الذى بينا تجوز قسمة المنافع بالمهاياة، فتختص المهاياة بالمنافع ولا تجوز فى الأعيان كثمار الأشجار ولبن الحيوان. بل يقسم المتحصل منها على الوجه الذى سبق.

والمهاياة نوعان: زمانية ومكانية، فالزمانية أن يتبادل الشركاء منافع المال المشترك أزمانا بحسب حصصهم فيه، فإذا كانت دارا مشتركة بين ثلاثة لكل الثلث

(١) راجع الفتاوى الهندية ج ٥ ص ٢١٧.

أمكنهم أن يتهايشوا سكنها على أن يسكنها كل واحد شهرا أو سنة مثلا . وإذا كان لأحدهم الثلث والآخر السدس وللثالث النصف تهايشوا على أن يسكنها صاحب النصف ثلاثة أشهر وصاحب الثلث شهرين وصاحب السدس شهرا وهكذا .

والمكانية أن يتبادل الشركاء منافع المال المشترك بقسمته بينهم قسمة مؤقتة غير لازمة ، فإذا كان أرضا زراعية وهى لشريكين فأخذ أحدهما نصفها الغربى فانتفع به وأخذ الآخر نصفها الباقى ، أو دارا فأخذ أحدهما سفليها والآخر علوها ، كان هذا من قبيل المهايأة المكانية ، ولا بد فى الزمانية من تعيين المدة لأنها معيار الانتفاع ، أما المكانية فلا يلزم فيها تعيين مدة كما هو ظاهر .

وإذا طلب أحد الشريكين المهايأة وطلب الآخر القسمة قدم طلب القسمة إذا أمكنت ؛ لأنها أقوى ، فإذا لم تمكن القسمة أجبر الطالب لها على المهايأة بطلب شريكه .

ويجوز لكل شريك بعد الاتفاق على المهايأة أن يستوفى المنفعة بنفسه وأن يؤجر حصته لغيره .

والمهايأة إن كانت بالتراضى فهى عقد غير لازم ، فيجوز لأحد المتهايشين أن يفسخها وإن كانت بقضاء القاضى بسبب امتناع بعضهم عنها لم تفسخ إلا برضاهم جميعا .

الصلح

التعريف به : الصلح عقد يرفع النزاع ويقطع الخصومة بين المتصالحين بتراضيهما ، فإذا ادعى إنسان على آخر حقا فصالحه عنه المدعى عليه جاز ، وكان طالب الحق مصالحا والمطالب به مصالحا والحق المطلوب مصالحا عنه وما أعطى للطالب مصالحا عليه أو بدل صلح .

ركنه : وركنه الإيجاب والقبول ككل عقد له طرفان .

شروطه : يشترط فى طرفيه أن يكون كل منهما أهلا لبإشارة العقد الذى يشكل به صلحهما فإن شكل صلحهما يبيع اشترط فيهما ما يشترط فى عاقدى

البيع، وإن شكل بإجارة فكذلك يشترط فيهما ما يشترط في المؤجر والمستأجر، وإن شكل بإبراء اشترط فيهما ما يشترط في المبرئ والمبرأ وهكذا، وسنبين ذلك قريبا.

(ب) ويشترط في المصالح عنه ما يأتي:

(١) أن يكون حقا لمدعيه سواء أكان مالا أم منفعة، فإذا لم يكن حقا له بأن كان حقا لله تعالى كحد القذف أو طلاقا أو زواجا أو كان حقا لغيره كنسب يدعيه لولده فإنه حق الصغير فلا تجوز مصلحة المدعى به عليه لأنه لا يستطيع إسقاطه إذ ليس ذلك له.

(٢) أن يكون حقا ماليا غير مجرد، ونعنى به أن يكون حقا ثابتا متقدرا في محله كما سبق بيانه، ولذا لا تصح المصالحة عن حق الشفعة ولا عن خيار الشرط؛ لأنه ليس حقا متقدرا في محله وهو المبيع، بل يرجع إلى مشيئة صاحب الحق، فلا يلزم بذلك الصلح مال وإن ترتب عليه سقوط الحق لصحة التنازل عنه، وهذا بخلاف حق القصاص فيصح الصلح عنه لأنه متقرر في محله إذ يصير به المحل - وهو نفس القاتل - مملوكا لولى المقتول في حق الاستيفاء منه فيصح الصلح عنه.

(ج) ويشترط في بدل الصلح ما يأتي:

(١) أن يكون ملكا للمصالح سواء أكان مالا أم منفعة فإذا كان غير مملوك له توقف الصلح على إجازة مالكة دفعه إلى المصالح.

(٢) أن يكون معلوما إذا احتج إلى تسليمه فإن لم يحتج إلى تسليمه لم يشترط كما إذا كان كل من المتصالحين يدعى على الآخر حقا ثم تصالحا على أن يترك كل منهما حقه، فإن ذلك جائز وإن لم يبين كل منهما ما يدعيه.

ويشترط فيه شروط أخرى تختلف باختلاف تكييف عقد الصلح، فإن اعتبر سلما، مثلا، روعيت فيه شروط السلم، وإن اعتبر صرفا روعيت فيه شروط الصرف، وهكذا،

حكمه: وحكمه أنه عقد لازم فلا يملك أحد المتصالحين بعد تمامه أن يستبد بنفسه. ومتى تم دخل بدل الصلح في ملك المدعى وسقطت دعواه فلا يقبل منه

أن يدعى بالحق مرة أخرى، ولا يملك المدعى عليه أن يسترد بدل الصلح منه، وإذا توفي أحد المتصلحين لم يترتب على وفاته انفساخ الصلح إلا إذا كان في معنى الإجارة. كما إذا صالح المدعى عليه المدعى على أن يترك حقه نظير سكنه لداره سنة ثم توفي أحدهما قبل انقضاء السنة فإن الصلح ينسخ في باقى المدة ويكون للمدعى أن يرجع فى دعواه بقدر ماله من مدة باقية من السنة.

أقسامه : ينقسم ثلاثة أقسام:

(١) صلح عن إقرار، وصورته أن يدعى إنسان على آخر حقا كمائة جنيه مثلا فيقر بها المدعى عليه ثم يصالحه على خمسين جنيها أو على أن يعطيه سيارة مثلا. وهذا صلح جائز، وهو فى الصورة الأولى استيفاء لبعض الحق وترك لبعضه الآخر، وفى الثانية معاوضة بين المتصلحين، فيترتب عليه جميع ما يترتب على البيع من أحكام.

(٢) صلح عن إنكار، وذلك كما إذا أنكر المدعى عليه الدين فى الصورة السابقة ثم صالح المدعى على ما ذكر، ويعتبر هذا من ناحية المدعى عليه قطعا للنزاع وافتداء لليمين، ومن ناحية المدعى يعتبر فى الصورة الأولى استيفاء لبعض الحق وإسقاطا لبعضه الآخر. وفى الثانية معاوضة تترتب عليها جميع أحكام البيع بالنسبة له فقط، فإن كان بدل الصلح عقارا كان لجاره أن يأخذه منه بالشفعة؛ لأنه قد تملكه فى زعمه نظير حقه.

(٣) صلح عن سكوت كما إذا سكت المدعى عليه فى الصورة المبينة فلم يعترف بالدين ولم ينكره، ولكنه عرض الصلح المذكور على المدعى فقبله منه، وحكمه كحكم النوع الثانى.

وذهب الشافعى إلى أن الصلح عن إنكار أو سكوت لا يجوز لقوله عليه السلام: «والصلح جائز بين المسلمين إلا صلحا أحل حراما أو حرم حلالا» وعند الإنكار أو السكوت لم يستحق المدعى قبل المدعى عليه شيئا، فإذا أخذ المدعى من مال المدعى عليه شيئا بهذا الصلح فقد استحل به حراما؛ لأن جميع مال المدعى عليه حرام، وعليه فلا يجوز هذا الصلح.

ورد الحنفية ذلك بأن المراد بالحرام ما كان حراما فى نفسه كأن يصالح أحد الخصمين خصمه على خمر، لا ما كان ممنوعا على أحدهما من مال الآخر قبل الصلح فإنه ليس بحرام فى نفسه، ولا يعد حراما إلا بمنعه، فإذا بذله صاحبه كان حلالا يبذله.

ولما كان الصلح يتشكل بعقود كثيرة حسب موضوعه كان الأصل فيه أن يحمل على أشبه العقود به، فيحمل عند الإقرار على المعاوضة عند اختلاف جنس البديلين كما بينا، ويحمل على إسقاط بعض الحق عند اتحاد البديلين ونقص أحدهما عن الآخر كما تقدم، ويحمل على الإجارة عندما يكون بدل الصلح منفعة أعطيت نظير عين مدعاة، وكذلك يعتبر صرفا إن كان البدلان من تقدين مختلفين، وعلى هذا يشترط فى كل حالة من هذه الأحوال ما يشترط فى العقد الذى شكل به الصلح فيها وحمل عليه، فإن حمل على البيع اشترطت جميع شروط البيع وإن حمل على الإجارة اشترطت شروطها، وهكذا، وعندئذ يترتب على الصلح كل ما يترتب على العقد الذى حمل عليه من آثار.

وإذا كان عن إنكار أو سكوت لم يمكن أن يحكم عليه بحكم واحد بالنظر إلى المتصالحين بل نحكم عليه بالنظر إلى المدعى بحكم، ونحكم عليه بالنظر إلى المدعى عليه بحكم آخر، فتحكم عليه بالنظر إلى المدعى، بما نحكم عليه به عند إقرار المدعى عليه. ونحكم عليه بالنظر إلى المدعى عليه بأنه فداء لليمين وقطع للخصومة، وعلى ذلك يترتب على الصلح بالنسبة إلى المدعى جميع ما يترتب على العقد الذى حمل عليه من آثاره وعلى ذلك يتفرع ما يأتى:

(١) يثبت للمدعى فقط جميع الخيارات التى تثبت فى عقد المعاوضة لأن ما أخذه يعتبر عوضا عما يدعيه فى زعمه إذا كان الصلح عن إنكار أو سكوت، أما إذا كان عن إقرار فإن الخيارات تثبت لكل من طرفى الصلح على حسب ما بيناه فى عقود المعاوضة.

(٢) إذا كان الصلح عن إنكار أو سكوت وكان الحق المدعى عقارا لم تثبت فيه الشفعة كما تقدم؛ لأنه لا يزال فى يد من يدعى أنه ملكه لم يخرج منه، وإذا كان بدل الصلح فى هذه الحال عقارا ثبتت فيه الشفعة؛ لأنه انتقل من ملك المدعى عليه إلى ملك المدعى نظير ما يدعيه من الحق.

وإذا كان الصلح عن إقرار ثبتت الشفعة في البدلين إذا كان كل منهما عقارا إلى آخر ماتقدم في الشفعة .

(٣) إذا استحق الحق المدعى به كله أو بعضه وكان ذلك بالبينة رجع المدعى عليه على المدعى بما يقابل المستحق من بدل الصلح كلا أو بعضا؛ لأنه مادفع بدل الصلح إلا ليسلم له هذا الحق، فإذا لم يسلم رجع فيما دفعه بدلا عنه، وحينئذ يكون للمدعى - إن أراد - أن يخاصم من أقام البينة على استحقاقه في القدر الذي استحقه بها، ولا فرق في ذلك بين أن يكون الصلح عن إقرار أو إنكار أو سكوت .

(٤) إذا استحق بدل الصلح كلا أو بعضا بالبينة فإن كان مما لا يتعين بالتعيين رجوع المدعى على المدعى عليه بمثل ما استحق، وإن كان مما يتعين رجوع إلى الدعوى فيما يقابل البدل المستحق كلا أو بعضا إن كان الصلح عن إنكار أو سكوت، فيرفع الدعوى على المدعى عليه بذلك؛ لأنه ماترك حقه إلا نظير هذا البدل، فإذا لم يسلم له رجع إلى دعواه، فيما يقابل ما أخذ منه، وإن كان الصلح عن إقرار رجع على المدعى عليه بما يقابل البدل المستحق من الحق المعترف به كلا أو بعضا . وفي الواقع لافرق بين الحالين إلا في طريق الإثبات؛ لأن طريق الإثبات في الحال الأخيرة بيّنة وهو الإقرار السابق من المدعى عليه .

الإبراء

هو إسقاط شخص ما له من حق قبل شخص آخر كإسقاط الدائن دينه . ويكون بكل لفظ يدل على ذلك كأبرأت وأسقطت وأنت برىء من الدين . ولا يتوقف نفاذه على القبول من المدين ولكن يرتد برده في مجلس الإبراء لما فيه من معنى التمليك، فإنه قد يصور بأنه تمليك الدين لمن عليه الدين .

وقد يكون الإبراء عاما كأبرأتك من كل حق هو لى قبلك، وقد يكون خاصا كما في أبرأتك من هذا الحق .

شروطه: الإبراء من قبيل التبرع فيشترط في المبرئ أن يكون من أهل التبرع فلا يصح إلا من العاقل البالغ غير المحجور عليه لسفه أو دين، وإذا كان في مرض الموت كان حكمه حكم الوصية فلا ينفذ بعد وفاة المبرئ إلا فيما يسعه ثلث تركته بعد وفاء الدين إذا كان عليها دين ويتوقف فيما زاد على الثلث على إجازة الورثة بعد الوفاة وهم من أهل التبرع. وهذا إذا كان المبرأ أجنبيا فإن كان وارثا توقف على إجازة باقي الورثة قليلا كان الدين المبرأ أم كثيرا. وبمقتضى قانون الوصية رقم ٧١ سنة ١٩٤٦ يكون المدين الأجنبي والوارث سواء في نفاذ إبراء الدائن المريض لهما متى لم يتجاوز الدين ثلث التركة بعد وفاء دين المبرئ.

ويشترط في الشخص المبرأ أن يكون معلوما فإذا قال شخص: أبرأت مدينا لى لم يصح الإبراء، وكذلك إذا قال: أبرأت كل مدين لى لم يصح، لما فيه من معنى التملك، ولكن إذا كان المبرأ متعددًا محصورًا كأبرأت هؤلاء صح الإبراء.

وكذلك يشترط في الإبراء أن يكون من حق ثابت قائم، فلا يصح الإبراء من حق لم يوجد ولا الإبراء من الأعيان، وعلى هذا لا يصح إبراء الزوجة زوجها من نفقة العدة إذا صدر قبل الطلاق، ولا الإبراء من كتاب اغتصبه غاصب، ولكن يصح الإبراء من حق الادعاء بالأعيان، فلا تسمع الدعوى بها بعد ذلك الإبراء؛ لأنه حق وهو يقبل السقوط.

حكمه: اللزوم، فإذا كان خاصا سقط به الحق المسقط به، فلا تصح المطالبة به بعد ذلك، وإذا صدر عاما شمل جميع الحقوق القائمة عند صدوره، فلا تصح المطالبة بها كلها، ولا يشمل ما يحدث بعده من الحقوق. والله الموفق للصواب.

المحتويات

- المقدمة
- ٣
- ٢٧ - ٣ التعريف بالشريعة الإسلامية (٣) علوم الشريعة، شعب علم الفقه (٤) واضع الشريعة الإسلامية (٥). انقضاء عهد التشريع، الإجماع والقياس (٩). الخلاف في الشريعة وأسبابه (١٠). المذاهب المختلفة وترجمة لبعض أصحابها (١٤) خلاصة المقدمة (٢٦).
- ٤١ - ٢٨ باب المال
- تعريف المال (٢٨) المنافع (٢٩) الحقوق (٣١) أقسام المال (٣٤) العقار والمنقول (٣٦). المثلى والقيمي (٣٧) خلاصة الباب (٤١).
- ٦٠ - ٤٢ باب الملكية
- العلاقة بين الإنسان والمال، التعريف بالملك (٤٢) الفرق بين الملك والمال (٤٣) قبول المال للملكية (٤٤) أنواع الملك، خواص الملك التام (٤٥) أقسام الملك الناقص، ملك العين (٤٦) ملك المنفعة، الإباحة والفرق بينها وبين الملك (٤٨) الإباحة طريق إلى الملك (٤٩). خلاصة الباب (٥٨).
- ٨٣ - ٦١ باب حقوق الارتفاق
- حق الارتفاق (٦١) الفرق بين حق الارتفاق وحق الانتفاع الشخصي (٦٢) أسباب ثبوت الملكية (٦٣) حق الشرب وحق الشفعة (٦٦) حق المجرى (٧٢) حق المسيل وحق المرور (٧٣) التعلی (٧٥) حقوق الجوار (٧٩) خلاصة الباب (٨١).

١١٦ - ٨٤

باب أسباب الملك التام

أسباب حيازة الأموال المباحة أو وضع اليد عليها (٨٤) حيازة الأموال المباحة (٩٠) الكلاً والآجام (٩٣) الصيد وحكمه (٩٤) شروط إفادته للملك، والاستيلاء الحكمي (٩٦) أنواع المعادن أو الفلزات (١٠٠) معادن البحار (١٠٣) أنواع الكنز (١٠٤) الإحياء وأثره (١٠٩) خلاصة الباب (١١٣).

١٢١ - ١١٧

باب الميراث

تعريف الميراث (١١٧) العتود الناقلة للملكية (١١٨).
خلاصة الباب (١٢١).

١٨٣ - ١٢٢

باب الشفعة

تعريفها، شرعها (١٢٢)
حكمتها وسبب استحقاقها (١٢٣)
ثبوت الشفعة بالشركة في العقار (١٢٤).
ثبوت الشفعة بالشركة في حق العقار الخاص (١٢٥).
ثبوت الشفعة بالجوار (١٢٨).
آراء العلماء في الشفعة (١٢٩)، مراتب الشفعة (١٣٠)
شروط الشفعة وفي أي المال تكون (١٣٣).
حق الشفعة عند التبرع (١٣٦) الشفعة بالعقار (١٤٠).
طريق الوصول إلى الأخذ بالشفعة (١٤٣).
الملك بالشفعة، وسبب ملك الشفيع (١٥٧).
ما يجب على الشفيع أداؤه (١٦٠) ماتسقط به الشفعة (١٧٠)
خلاصة الباب (١٧٦).

٢٠٢ - ١٨٤

باب العقد

العقد في اللغة، ومعنى العقد عند الفقهاء (١٨٤).
ركن العقد (١٨٧) انعقاد العقد (١٨٨) أثر العبارة الواحدة في
العقود (١٩٥). خلاصة الباب (٢٠٠).

٢١٢ - ٢٠٣

باب صيغة العقد

تعريفه في اللغة (٢٠٣) التعاقد بالكتابة (٢٠٧)
التعاقد بالإشارة (٢٠٨). التعاقد بالأفعال (٢٠٩)
خلاصة الباب (٢١١).

٢٢٤ - ٢١٣

باب عبارة العاقد ونيته

عقود الهازل والناسي (٢١٣) عقود المكره (٢١٤).
العقد لغرض محظور (٢٢٠). خلاصة الباب (٢٢٣).

٢٣٨ - ٢٢٥

باب تأثير إرادة العاقد في إنشاء العقود وتحديد آثارها

الشرط الباطل (٢٣٢) مذهب المالكية والحنابلة (٢٣٢) خلاصة
الباب (٢٣٧).

٢٥١ - ٢٣٩

باب اتصال آثار العقد بصيغته

سبب توقف تمامها على القبض (٢٣٩)
قسمة العقد إلى منجز وغير منجز (٢٤١) العقد المعلق (٢٤٢) العقود
مع الإضافة (٢٤٧) خلاصة الباب (٢٥٠).

٢٥٧ - ٢٥٢

باب محل العقد

وجود المحل (٢٥٢) تعيين المحل (٢٥٤)
قبول المحل لحكم العقد (٢٥٥) خلاصة الباب (٢٥٦)

باب الأهلية

٢٥٨ - ٢٨١

أنواع الأهلية، الذمة (٢٥٨) أنواع أهلية الوجوب (٢٥٩) أهلية الأداء (٢٦٠). عوارض الأهلية (٢٦٧) تعلق الحقوق بالمال حال المريض (٢٧١) خلاصة الباب (٢٧٧)

باب الولاية

٢٨١ - ٢٩٨

معناها فى اللغة والشرع، أنواعها (٢٨١) الولاية على النفس (٢٨٢) حكم العقد مع ثبوت الولاية (٢٨٤) عقد وصى الأب (٢٨٨) تعدد الوصى المختار (٢٩٠) خلاصة الباب (٢٩٦)

باب عقد الوكيل

٢٩٩ - ٣١٤

التعريف بالوكالة، ركنها، أقسامها (٢٩٩) شروطها (٣٠٠)، حكمها (٣٠١) تعدد الوكيل، أجر الوكيل (٣٠٢) الفرق بين الوكالة والرسالة (٣٠٣) حكم العقد وحقوقه (٣٠٦) علاقة الوكيل بموكله (٣٠٩) انتهاء الوكالة (٣١٠) خلاصة الباب (٣١٣).

باب عقد الفضولى

٣١٥ - ٣٢٢

تعريف الفضل والفضولى وحكم ما يباشره من العقود (٣١٥) أثر الإجازة وشروطها (٣١٩) فسخ عقودها قبل إجازتها (٣٢٠)، خلاصة الباب (٣٢١).

باب العقد يباشره شخص واحد

٣٢٣ - ٣٢٧

باب حكم العقد

٣٢٨ - ٣٤٠

أقسام العقد عند الحنفية (٣٢٨) العقد الباطل (٣٢٩) العقد الفاسد (٣٣٠) أقسام العقد عند الجمهور (٣٣١) أساس الخلاف بين الحنفية وغيرهم (٣٣٢) أقسام العقد الصحيح (٣٣٦) خلاصة الباب (٣٣٩).

٣٥٠ - ٣٤١

باب الرضا والاختيار وما يؤثر فيهما
ابتناء العقود على الرضا والاختيار (٣٤٦) خلاصة الباب (٣٤٩)

٣٥٥ - ٣٥١

باب الغلط في العقد

٣٦٠ - ٣٥٦

باب الغبن والغرور

تعريف الغبن، أنواعه (٣٥٦). الغرور (٣٥٦)

٣٧٧ - ٣٦١

باب الخيارات

الخيارات (٣٦١) خيار الشرط (٣٦٢) اشتراط الخيار لغير
العاقدين (٣٦٢) العقود التي تقبله (٣٦٥) شرط الخيار لغير العاقدين
(٣٦٧) خلاصة الباب (٣٧٦)

٣٨٨ - ٣٧٨

باب خيار الرؤية

تعريفه، شرعه ولمن يثبت (٣٧٨) سبب ثبوته (٣٧٩)
كيف تتحقق الرؤية، رؤية الوكيل (٣٨٠)
خلاصة الباب (٣٨٧)

٤٠١ - ٣٨٩

باب خيار العيب

تعريفه، سببه وشروط ثبوته (٣٨٩)
العقود التي يثبت فيها خيار العيب وأثره (٣٩١)
الواجب عند إمساك المحل (٣٩٢)
موانع الرد بخيار العيب (٣٩٣) كيفية تقدير نقصان العيب (٣٩٧)
توقيته وانتهائه (٣٩٧)، خلاصة الباب (٣٩٩).

٤٢٧ - ٤٠٢

باب البيع

صيغة البيع، صيغة عتده، وشروط الصيغة (٤٠٢)
صفة الصيغة، العاقدان (٤٠٣) المبيع وشروطه (٤٠٤)

خيار التعيين (٤٠٦) خيار فوات الوصف (٤٠٩) عقد الصرف (٤١٣)
الثلث وتعريفه (٤١٦) خيار النقد (٤١٨) أحكام البيع (٤٢٣) المراجعة
والتولية والوضعية (٤٢٦).

٤٣٤ - ٤٢٨

باب السلم

تعريفه (٤٢٨) شروطه (٤٢٩) الاستصناع (٤٣٠) بيع الوفاء (٤٣١)
الإقالة (٤٣٢) حكمه، والأجل فى القرض (٤٣٤)

٤٤٧ - ٤٣٥

باب الإجارة

تعريفها، صيغة العقد، العاقدان، العين المستأجرة ومنافعها (٤٣٥)
شروط المعقود عليه (٤٣٦) بيان المدة فى الإجارة (٤٣٧) تصرف
المستأجر فى المنفعة (٤٣٩) إجارة العامل (٤٤٢)

٥٠٨ - ٤٤٨

باب الأجرة

تعريفها (٤٤٨) حكم الإجارة (٤٤٩) انتهاء الإجارة وبقاؤها (٤٥١)
الجعالة وتعريفها (٤٥٥) شروطها (٤٥٦) المزارعة وشروطها (٤٥٨)
حكمها وانتهاءها (٤٥٩) المساقاة (٤٦٠) العارية، ركنها (٤٦١)
شروطها وحكمها (٤٦٢) يد المستعير، تصرف المعير فى المنفعة (٤٦٣)
انتهاء العارية (٤٦٤)، الوديعة، ركنها، شروطها، حكمها (٤٦٥)
الرهن (٤٦٦) شروط الرهن والمرتهن والمرهون (٤٦٧) شروط المرهون
به (٤٦٨) حكم عقد الرهن (٤٦٩) حكم الرهن المستعار (٤٧١)، نماء
الرهن (٤٧٢) الكفالة، تعريفها، ركنها (٤٧٤) شروطها،
أنواعها (٤٧٥) الحوالة، ركنها (٤٨١) شروطها (٤٨٢) الشركة،
أنواعها، ركنها، شروطها (٤٨٩) المضاربة تعريفها، ركنها،
شروطها (٤٩٣) حكمها (٤٩٤) نفقات المضارب (٤٩٥) ماتتهى به
المضاربة (٤٩٦). القسمة، تعريفها، ركنها، أنواعها (٤٩٧) شروطها
(٥٠٠). الصلح، تعريفه، ركنه، شروطه (٥٠٣) حكمه (٥٠٤)
أقسامه (٥٠٥). الإبراء (٥٠٧) شروطه، حكمه (٥٠٨).

رَفْعُ

عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس

رقم الإيداع	١٩٩٦ / ٧٦٢٧
التقييم الدولي I-S-B-N	977-10 - 0876 - 5

رَفَعُ

عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس

رَفَعُ

عبد الرحمن البخاري
أسكنه الله الفردوس

أحكام
المعاهد الشرعية