

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الجامعة الإسلامية العالمية، اسلام آباد

باكستان

كلية الشريعة والقانون

DATA ENTERED



٢٠١٩٥

البحث : اثر التراضي في تكليف العقود

تحت اشراف : فضيلة الاستاذ الدكتور نعمان ابوالليل

اعداد

حضرت علي شاه طالب علم ماجستير

الشريعة والقانون

١٤٠٨ هـ - ١٩٨٨ م

INTERNATIONAL ISLAMIC UNIVERSITY

ISLAMABAD - PAKISTAN

20/7/2010
ع

MP



DATA ENTERED

Accession No. T-190

ED

م.د.ع

LL.M

٢٩٧٤١٢

ع.ض.ا

١- فقه اسلامی - اثر التواضع في تكليف
العقود
٢- عنوان

DATA ENTERED

Amz 13/01/14

DAI

INTERNATIONAL ISLAMIC UNIVERSITY
ISLAMABAD PAKISTAN

توقيعات المتحنيين

(١)

(٢)

(٣)

(٤)

بسم الله الرحمن الرحيم

خلاصة البحث

الحمد لله الذى آقام العدل بين الناس ، وجعله أساساً
فى بعض المنازعات ، والصلوة والسلام على سيدنا محمد الذى أعلن
بكل صراحة مبدأ احترام حقوق الانسان ، وحى النفس والمال والعرض
فى كل اعتداء ، وبعد :

فان موضوع هذه الرسالة يبحث عن أثر التراضى فى
العقود الذى هو ركن أساسى لصحة أى عقد من العقود ، وهذا
التراضى وان كان أمراً مخفياً يتعلق بقلب الانسان وضميره ، لكن
العائد بظاهره بطرق مختلفة فقد يظهره بالنطق والكلام واللفاظ بأن
يقول : أوجبت هذه العين أو يقول : قبلتها على صفة كذا ويضمن كذا .
وقد يظهر عما فى ضميره بطريق الإشارة ، كما يظهر بأداء أى فعل أو
عمل ، فأبحث جميع هذه الأمور فى هذه الرسالة بالتفصيل والتوضيح .
كذلك هناك أمور تنفى رضا العاقدين وتؤثر عليه ، فإذا
حدث ، أى أمر من تلك الأمور اعتبر الرضاء مفقوداً وأبرز أمثلة
على ذلك الاكراه ، والغلط والتدليس وغيرها من الأمور النافية
والمؤثرة على الرضاء ، فسأفصل هذه الأمور فى المباحث القادمة
إن شاء الله تعالى .

فكأن بحثى هذا مكون عن نوعين من الأمور ، أمور ايجابية
وأمر سلبية ، فالأمور الايجابية هى التى تدل على رضا الانسان
وتكون آية وجوده . أما الأمور السلبية فهى التى تؤثر على الرضاء

وينفى بها ويفترض عدمه عند وجودها .

ومذا الموضوع له أهمية كبيرة في نطاق الفقه الاسلامي والقانون الوضعي لأن الرضاء عنصر لازم لانعقاد أى عقد من العقود ، لا يصح أن عقد يدونه كما ورد في القرار : " لا تأكلوا أموالكم بهنكم ~~بالباطل~~ ، الا أن تكون تجارة عن تراش منكم ^(١) " وكما ورد في الحديث " انما البيع عن تراش " فمثل هذه النصوص كثيرة تدل على أهمية الرضاء في نظر الفارغ في العقود والمعاملات ومعظم المنازعات في العقود تتعلق بهذا الرضاء وينظر القاضى الى وجود هذا العنصر ، هل انه موجود أم لا . فاذا وجد يحكم بتنفيذ العقد ويجبر عليه - والأيحكم بالفسخ ورد العاقد بن على الحالة التي كانا عليها قبل العقد .

وكذا الفقهاء القدماء والحدثون يعنون بهذا العنصر في كتبهم ورسائلهم لنفس السببه العقود . بل لا أبالغ في القول بأن أكثر المباحث الفقهية والقانونية في العقود تتعلق بهذا العنصر أو الركن . والمصطلح القانوني الذي يقابل أثر الرضاء في العقود هو (Consent in contracts) وليس رجال القانون أقل اهتماما بهذا الركن من فقهاء الشرع والاسلام فهم يهتمون بهذا العنصر اهتماما خاصا كما نذكر ذلك بالتفصيل ان شاء الله .

ولكل هذه المعانى المذكورة وقع اختيارى على هذا الموضوع ليكون ميدان بحثين لنيل درجة الماجستير ومنهجى فى البحث بأننى أذكر مذاهب الفقهاء الأربعة فى أى مسألة متعلقة ببحثنا " مبيناً حالات الاتفاق والاختلاف فيما بينهم فى أهم المسائل ،

• ثم أقارن أهم المسائل بالقانون الوضعى خاصة القانون الباكستانى •

وبعد المقارنة فضلت الفقه الاسلامى على القانون الباكستانى مع ذكر المزايا للفقه الاسلامى على القانون الغربى • ولا بد من الصراحة أن هذه المقارنة بين الفقهاء الاسلامى والوضعى ، مقتصرة على كليات المسائل لاعلى جزئياتها • لأن المقارنة فى الجزئيات تحتاج الى وقت كثير •

وقد رجعت فى كتابة هذه الرسالة الى أهميات الكتب لكل مذهب من المذاهب الأربعة التى ألفت قديماً أو حديثاً • كما استفدت من كتب القانون التى تأسر عليها نظام القانون الباكستانى فى المقارنة بين الفقهاء ، وهناك تفصيل لتلك المراجع التى استفدت منها فى آخر الرسالة •

أتقدم بعميق الشكر الامتنان الى صاحب الفضل على بعد الله
الأستاذ الدكتور نعمان ابوالليل •

لما بذله من جهد وعناية وتوجهات كانت لها الأثر في
 اخراج هذا البحث قيوما سليما . واعطاني من وقت راحته حتى
 كان القدوة الطيبة والآء الحنون والأب العطوف والصديق السودود
 ولاستطيع الا ان اقول جزاه الله كل خير ولا أنسى ان اسجل هنا
 شكرى كل من ساعدنى من الأساتذة والأخوة فى اتمام هذا
 البحث فجزاهم الله كل خير .

فهرس الموضات

: جعالة هذا البحث فى تمهيد وأرد : فصول :

الفصل الأول : التعبير عن الرضا بالعقد وفيه المباحث التالية :

البحث الأول : التعريف بالارادة الظاهرة والارادة الباطنة ١٥ - ٢٦

البحث الثانى : طرق التعبير عن الرضا وفيه المطالب التالية :

المطلب الأول : التعبير باللفظ ٢٧ - ٣٣

المطلب الثانى : التعبير بالكتابة ٣٣ - ٤٠

المطلب الثالث : التعبير بالاشارة المتداولة عرفا . ٤٠ - ٤٣

البحث الرابع : متى ينتج التعبير عن الارادة ، أثره وفيه المطالب التالية :

المطلب الأول : صورية العقد حالة السكر، والنوم والجنون ٤٣ - ٤٧
وعدم التمييز .

المطلب الثانى : صورية العقد حالة التعلم والتعليم والتمثيل ٤٨ - ٤٩

المطلب الثالث : صورية العقد حالة الخلل أو الاستهزاء . ٤٩ - ٥٢

المطلب الرابع : صورية العقد حالة الخطأ . ٥٢ - ٥٤

المطلب الخامس : صورية العقد حالة التلجئة أو المواقعة ٥٤ - ٥٦

المطلب السادس : صورية العقد حالة القصد غير المشروع المقارنة ٥٦ - ٧٨

الفصل الثاني : التوافق بين ارادتي المتعاقدين وفيه المباحث التالية : ٦٨ - ٧٣

المبحث الأول : اثر اتحاد المجلس في توافق الارادتين ٧٣ - ٧٩

المبحث الثاني : متى يعتبر السكوت عن الرد قبولاً موافقاً للإيجاب . ٧٩ - ٨٣

المبحث الثالث : كيف يتم القبول في عقود المزارع . ٨٣ - ٨٧

المبحث الرابع : العاقدان لا يجتمعان مجلس واحد أو حكم التعاقد بالبرالة^{٧٨} . ٩٠ - ٩١

المبحث الخامس : مقارنة بين الشريعة والقانون . ٩١ - ٩٢

الفصل الثالث : عيوب الرضا وفيه المباحث التالية

المبحث الأول : الغلط وفيه المطالب التالية

المطلب الأول : تعريف الغلط ٩٢ - ٩٤

المطلب الثاني : الغلط الذي يهيب الإرادة ٩٤ - ٩٧

المطلب الثالث : الغلط في محرم التعاقد ٩٧ - ١٠٠

المطلب الرابع : الغلط في القيمة ١٠٠ - ١٠٢

المبحث الثاني : التدليس أو التفسير وفيه المطالب التالية :

المطلب الأول : علاقة التدليس بالغلط . ١٠٢ - ١٠٣

المطلب الثاني : التدليس الصادر من غير المتعاقد ١٠٣ - ١٠٥

المطلب الثالث : انواع التدليس ١٠٥ - ١٠٩

المبحث الثالث : الاكراه وفيه المطالب التالية :

المطلب الأول : تعريف الاكراه ١٠٩ - ١١٥

المطلب الثانى : عناصر الاكراه ١١٥ - ١١٧

المطلب الثالث : الرهبة هى التى تفسر الاكراه ١١٨ - ١١٧

المطلب الرابع : انواع الاكراه ١١٨ - ١٢٩

المطلب الخامس : شروط الاكراه ١٢٩ - ١٣٨

المطلب السادس : الاكراه الصادر من المتعاقد والاكراه ١٣٨ - ١٤٠

الصادر من الغير والمقارنة بين الشريعة

والقانون .

الفصل الرابع : سلطان الارادة ومدى الحرية فى العقود والشروط

وفيه المباحث التالية :

المبحث الأول : حرية التعاقد ورضائيته وفيه المطالب التالية : ١٤٠ - ١٤٢

المطلب الاول : رأى الظاهرية فى مبدأ حرية انشاء العقود ١٤٢ - ١٤٣

المطلب الثانى : رأى الجمهور فى مبدأ حرية انشاء العقود ١٤٣ - ١٤٥

المطلب الثالث : رأى القانون فى مبدأ حرية انشاء العقد ١٤٥ - ١٤٦

المبحث الثانى : حرية الاستراط وفيه المطالب التالية : ١٤٦ - ١٤٧

المطلب الاول : مذهب الحنفية فى الشروط ١٤٧ - ١٤٩

المطلب الثانى : مذهب الحنابلة فى الشروط ١٤٩ - ١٥٣

المطلب الثالث : مزايا الفقه الحنبلى فى الشروط ١٥٣ - ١٥٧

تم الغائمة

تمهيدتعريف العقد

أولاً تعريف العقد في اللغة :

العقد في لغة العرب : معناه الربط (أو الاحكام والابرام) بين أطراف الشيء ، سواء أكان ربطاً أو معنوياً من جانب واحد ، أو من جانبين : جاء في المصباح المنير وغيره : عقد الحبل ، أو البيع ، أو العهد فـالعقد . ويقال : عند النية والعزم على شيء ، وعقد اليمين ، أى ربط بين الإرادة وتنفيذ ما التزم به ، وعقد البيع والزواج والاجارة ، أى ارتباط مع شخص آخر (١) .

العقد هو الجمع أو الربط بين شيئين أو أشياء مع تقوية هذا الرباط وتوثيقه ، فإذا عقدت الحبل فقد شد دته وقويته وجمعت بين طرفيه فتوثقت الاتصال ، بينهما أو أحكمته بالعقد عليهما ثم استعمل هذا الفعل في الربط المعنوي بين (٢) الكلامين لتأكيدهما توثيقهما فيقال : عقدت البيع ، وعقدت الصفقة . لوجه هذا سمي اليمين ووعداً ، لأنه محاولة لتأكيد الكلام وتوثيقه والتزام من الحالف بما حلف عليه ، يقول الله تعالى : " لا يؤاخذكم الله بالغفوة في إيمانكم ، ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الإيمان " (٣) .

(١) الفقه الاسلامي وأدلته ٧٤ : ٨٠

(٢) المصباح المنير ج ٤ ، الوسيط ج ٢

(٣) سورة المائدة آية رقم ٨٩

ثانيا : تعريف العقد ، اصطلاحا

تطلق كلمة " العقد " فى الاصطلاح الفقهى على معنيين :

المعنى الأول : وهو المعنى الشائع ... ارتباط بحصل بين كلامين أو ما يقوم مقامهما على وجه يترتب عاياه حكم شرعى بللزام لأحد الطرفين أو لكليهما ، وهذا التعريف عند جمهور الفقهاء والحنفية الذين لا يطلقون كلمة " عقد " الا على التصرف الذى يكون بين طرفين وتنشأ عنه التزامات تقوم بينهما (١).

المعنى الثانى : وهو الذى نجده بكثرة فى كتب المالكية والشافعية والحنابلة حيث يجعلون كل ما عزم المرء على فعله عقدا ، بمعنى انعقاد النية وتقوية الارادة (٢)

فى هذ بين المعنيين فى تعريف العقد فاننا نجد أن المعنى الأول يفترض حتى يكون هناك عقد أن يتوفر اجتماع ارادتين ، وعلى هذا فالتصرف الانفرادى أو الارادة المنفردة لا يوجد معها عقد ، ولا تطلق عليها هذه التسمية الا على سبيل المجاز .

اما معنى الثانى فان مدلول العقد فيه أعم من ذلك وأشمل ، لأنه ينظم التصرفات الصادرة عن ارادتين ، كما يشمل التصرفات الصادرة ^{عن ارادة} واحدة .

(١) حاشية ابن عابد بن ٢٦١/٢

المعنى والشرح الكبير ٣١٧٤

المجموع شرح المذهب ١٦٢/٩

شرح التوضيح على التنقيح ١٣٣/٢

(٢) المراجع رقم ١

نجد من هذين المعنيين ان هناك المعنى العام والمعنى الخاص
عند الفقهاء :

أما المعنى العام : الاقرب الى المعنى اللغوي والشائع
عند فقهاء المالكية والشافعية والحنابلة : فهو : كل عزم المرء
على فعله سواء صدر بإرادة منفردة كالوقف، أم احتاج الى
إرادتين في انشاءه كالبيع والتوكيل^(١). وهذا المعنى يشمل حينئذ
ما يسمى في المعنى الضيق أو الخاص عقدا، كما يشمل ما يسمى تصرفا أو
التزاما.

أما المعنى الخاص : فهو ارتباطا بإيجاب بقول على وجه مشروع
يثبت أثره في محله^(٢) أو بعبارة أخرى : تعلق كلام أحد العاقلين
بالآخر شرعا على وجه يظهر أثره في المحل^(٣). وهذا التعريف هو
الغالب الشائع في عبارات الفقهاء.

(١) نظرية العقد لابن تيمية : ص ١٨ ، ٢١ ، ٧٨ ومن هذا الرأي

أبوبكر الرازي الحاص في كتابه أحكام القرآن : ٢٩٤/٢

(٢) رد المختار لابن عابد ين ٢ / ٣٥٥ طبع الاميرية

المائة ١٠٣ - ١٠٤ من مجلة الأحكام العدلية.

(٣) العناية بهامش فتح القدير ٥ / ٧٤

ثالثا : حكم العقد :

حكم العقد هو الفرض والغاية منه . وللحكم اطلاقا ثلاث :

- أ - اما أن يراد به الحكم التكليفي .
- ب - أو يراد به الوصف الفرعي .
- ج - أو يراد به الأثر المترتب على التصرف الشرعي ،
ومقصودنا هنا المعنى الثالث ، أي الحكم الفرعي الثابت
للبيع وأثره المترتب عليه . ففي عقد البيع يكون الحكم هو
ملكية المبيع للمشتري وملكية الثمن للبائع ، وفي عقد
الاجارة الحكم هو ملك منفعة العين المستأجرة للمستأجر ،
ولكن الموجر للأجرة (١) .

(١) الاموال ونظرية العقد للأستاذ محمد يوسف موسى ، ص ٣٧٢

البدائع ٥ / ٣٣٣ .

التلويح شرح التوضيح للمتفتان ٢ / ١٢٢

الاحوال الشخصية للأستاذ المباعي ٢ / ١١٤

رابعاً : مشروعية العقد :

- العقد جائز بأدلة من القرآن والسنة ولا جماع (١)
 أما القرآن فنقوله تعالى :
 إلا أن تكون تجارة عن تراض مكرم (٢)
 يهدي إسرائيل الذكروا نعمتي التي أنعمت عليكم وأوفوا
 بعهدي أوف بعهدكم وأياي فأرهبون (٣)
 والموفون بعهدهم إذا عاهدوا (٤)
 بلى من أوفى بعهده وأتقى فإن الله يحب المتقين (٥)
 ومن أوفى بعهده من الله فاستبشروا ببيعكم الذي بايعتم به
 وذلك هو الفوز العظيم (٦).
 يآيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود (٧)
 ولقد كانوا عاهدوا الله من قبل لأيدوا الأعداء (٨) وكان
 عهد الله مسئولا (٨)

-
- | | |
|-----|------------------------|
| (١) | مفنى المحتاج ٢/٢ |
| (٢) | سورة النساء رقم آية ٢٩ |
| (٣) | البقرة آية رقم ٤٠ |
| (٤) | البقرة آية رقم ١٧٧ |
| (٥) | آل عمران رقم آية ٧٥ |
| (٦) | التوبة آية رقم ١١١ |
| (٧) | المائدة آية رقم ١ |
| (٨) | الاحزاب آية رقم : ١٥ |

وألقوا بالعهد ان العهد كان مستقلاً (١).

ومن أوفى بما عهد عليه فسيثوته أجرا عظيماً (٢).

وعد الله الذين آمنوا وعملوا الصالحات لهم مغفرة وأجر عظيم (٣)

الذين عاهدت منهم ثم ينقضون عهدهم في كل مرة وهم لا يتقون (٤).

وأما لسنة فأحاديث منها . انما البيع عن تراض (٥).

والبيع هو العقد ومنها حديث سهل النبي صلى الله عليه وسلم : أى الكسب أطيب فقال : "عمل الرجل بيده ، وكل بيع مبرور (٦) " أى لا غش فيه ولا خيانة .

وأجمع المسلمون على جواز العقد ، والحكمة تقتضيه ، لأن حاجة الانسان تتعلق بما فى يده ما حبه وصاحبه لا يبدل له بغير عوض . ففى تشريع العقد والبيع طريق الى تحقيق كل واحد غرضه و حاجته ، ولانسان مدنى بالطبع ، لا يستطيع العيش بدون التعاون مع الآخرين .

(١) بنى اسرائيل آية رقم ٢٤

(٢) الفتح آية رقم ١٠

(٣) المائدة آية رقم ٢

(٤) الانفال آية رقم ٥٦

(٥) حديث من رواه ابن ماجه عن أبي سعيد الخدرى فى كتاب التيارات

رواه الترمذى فى كتاب البيوع عن ٢٣٦ طبع ابن ماجه فى كتاب التيارات

(٦) رواه البزار وصححه الحاكم عن رفاعه بن رافع ، وذكر ابن حجر فى

التلخيص الخبير عن رافع بن خديج وعزاه ترجمة ، وذكر السيوطى فى الجامع الصغير عن رافع (سبل السلام : ٤٨)

خامسا : اهمية العقد

التعاقد مع الآخرين وليد الحاجة الى التعامل ، والتعامل ضرورة اجتماعية قديمة ملازمة لنشوء المجتمعات . فأصبح لاغنى لكل انسان لكونه مدنيا بالطبع من العيش المشترك مع الجماعة ، لتأمين حاجياته ، ولا يتم ذلك بدون التبادل والتعاون مع الآخرين ، وللمبادلات صور متعددة ، تخضع مما يعرف العقد ، التى تنظم حركة النشاط الاقتصادى . وتضبط أصول التعامل ، حرية التجارة تبادل الاعيان والمنافع ولا تخلو الحياة اليومية لكل فرد من اجرا العقد من العقود ، مما يجعل مسيرة الحياة مترعة بالعقود .

خلاصة الكلام : - ان العقد مهم جدا فى المعاملات الشرعية وفى الحياة الانسانية لأن الحياة بدون العقود معبة وضيقة .

الفعل الاقل

بسم الله الرحمن الرحيم

التعبير عن الرضا بالعقد وفيه المباحث
التالية :

المبحث الأول : التعريف بالارادة الظاهرة والارادة الباطنة

الاصل في أى عقد من العقود أن تتوفر فيه الارادة سواء
أكانت هذه الارادة قد صدرت عن عاقد واحد أم كانت هذه الارادة
قد عبرت عن جهتين هما ألا يجاب أو القبول .

والحقيقة أن الارادة أمر نفسى خفى لا يمكن الاطلاع عليه وإنما
الذى يظهره ويدل عليه هو التعبير عنه سواء أكان هذا التعبير كلاماً
أم كتابة أم تصرفاً .

ولذلك فقد جعل الفقهاء : للارادة وجهين : وجهاً باطناً و
وهو النية الخفية ووجهاً ظاهراً وهو التعبير الدال على هذه
الارادة الخفية ولتختار فإن النية هي الارادة الباطنة وإن التعبير
عنها هو الارادة الظاهرة (١) .

فالرضا هو اساس العقود في الفقه الاسلامي، يدل على ذلك
قوله تعالى : " إلا ان تكون تجارة عن تراض منكم " (٢) .

(١) الفقه الاسلامي وادلته ج ٤، ص ١٨٩ طبع دار الفكر دمشق

(٢) سورة البقرة آية رقم ٢٩

وقوله عليه السلام: إنما البيع عن تراض

أن الشارع يقيم عبارة المتعاقدين مقام الرضا ويجعل هذه العبارة الظاهرة دليلا على الإرادة الباطنة لأنه لا اطلاع لنا على هذه الإرادة، وعلى ذلك فإذا صدر إيجاب من أحد العاقدين وقبول من المتعاقد الآخر فإن الشارع يحكم بانعقاد العقد على أساس أن العاقدين قد رضياه ودليل هذا الرضا هو الإيجاب والقبول^(١).

خلاصة الكلام : أن إطلاق كلمة «إرادة» على التعبير إنما هو في الواقع إطلاق مجازي لا حقيقي، إذ الإرادة الحقيقية هي الإرادة الباطنية أو النية. أما التعبير عن هذه الإرادة فليس إلا مظهرًا من مظاهرها ودليلا على وجودها.

أريد أن أوضح هذا بمثال.

فانت مثلا تريد شراء الساعة، وتطل هذه الإرادة اتجاهها نفسيا خفيا . لا دليل عليه حتى إذا اتجهت إلى الدكان وطلبت الساعة من البائع ونقدته الثمن، فقد عبرت عن إردتك بكلامك

(١) المدخل لدراسة الفقه الإسلامي - دكتور حسين حامد حسان

ص ٢٤١، طبع شارع خيرت قاهرة

الملكية ونظرية العقد الشيخ أبو زهرة، ص ٢٤٢، طبع الأولى

١٩٣٩م

البداية - ١٨٩/٤

وتصرفك ، وليس التعبير حينئذ ارادة ولكنه دليل عليها ومظهر لها (١)

ولما كانت الارادة الحقيقية أمرا خفيا لا يظهر فان العقد لا ينعقد بمجرد وجودها . فمن نوى البيع أو الوقف أو الطلاق فإنه لا يكون بائعا أو واقفا أو مطلقا الا اذا اعقب هذه النية تعبيراً يدل عليها ويظهرها خارج النفس ، فالارادة الباطنة اذن . وان كانت هي أساس العقد الا أن العبارة هي الدالة عليها وهي التي يُبنى عليها الحكم (٢)

هل العبارة في انعقاد العقد بالارادة الظاهرة

أو الارادة الباطنة

هناك اتجاهان في هذه المسئلة

- (١) الاتجاه الأول : فيميل اصحابه الى التقيد بالارادة الظاهرة دون التفات للارادة الباطنة . فمن هؤلاء الشافعية (٣) . ففي حالات كثيرة

(١) المرجع السابق

(٢) الفقه الاسلامي وادلته للزخيلي ج ٤ ص ٩٤

(٣) الملكية ونظرية العقد للشيخ ابو زهرة ، ص ٢٤٢

مختصر الطحاوى ص ٢٨٠

تكملة فتح القدير ج ٨ ص ١٢٧

البدائع : ١٨٩/٤ تبين الحقائق ١٢٥/٥

عند الشافعية الأم : ٨٥/٣ المذهب ١ / ٢٦٨

معنى المحتاج : ٣٧/٢

نجد هؤلاء يحكمون بوجود العبارة الدالة عليه، وان ثبت أن من تلفظ بهذه العبارة لم يقصد ترتب آثارها عليها كما في عقد الهازل الذي يقصد العبارة ويعرف معناها ولكنه لا يقصد بها الالتزام بالأثار والأحكام التي تترتب عليها، فهو يقصد عبارة العقد ويعرف معناها ولكنه لا يقصد بها انشاء هذا العقد.

(٢) الاتجاه الثاني : قد سار في هذا الاتجاه المالكية والحنابلة واليهود

تميل تطبيقات الاحناف فيميل هؤلاء الى الاعتداء بالارادة الباطنة في كثير من الحالات اذا ثبت لديهم أن عبارة العاقد لم تكن ترجمة صحيحة لارادة الباطنة فيحكمون ببطلان عقد الهازل مثلاً - اذا ثبت انه لم يقصد بعبارته سوى الهزل ولم يرغب في الالتزام بنتائجها (١).

-
- (١) بداية المجتهد ٢ / ١٤٠، الفرج الكبير للتدريس مع الدسوقي ٩١/١٣ مواهب الجليل للحطاب : ٤ / ٤٠٤، ٢٣٣، القوانين الفقهية ص ٢٥٨ القوانين الفقهية، ص ٢٥٨، ١٧١
- الموافقات : ٢ / ٢٦١، الفروق ٣ / ٢٦٦
- المغنى : ٤ / ١٧٤ اعلام الموقعين ٣ / ١٠٦ - ١٠٨
- غاية المنتهى ٢ / ١٨ المحلى ٩ / ٣٦
- المختصر النافع في فقه الامامية ص ١٤٠
- المنتزع المختار ٣ / ١٩

حجة اصحاب الرأى الأول :

أن النيات شئ مكنون لا يطلع عليه الا الله . ومن هنا كانت أحكام
 الشريعة الاسلامية فى الدنيا مبنية على الظاهر ، وكان النبى
 صلى الله عليه وسلم يحكم بمقتضى الظاهر تاركاً علم السرائر لله وحده
 فاذا كان الحال كذل لك فى احكام العباد كلها ، فان العقود
 كذل لك لا يعمد منها الا بما تنطق به العبارات من غير نظر الى
 النيات ، فالعقد الصحيح هو الذى تنطق به عباراته والفاظه وتستكمل
 شروطه دون نظر الى نيات المتعاقدين وقصدهم ، لأن الله وحده هو
 المطلع على النيات وهو المحاسب على القصد^(١).

حجة اصحاب الرأى الثانى :

هم يقولون ان الفاظ العقود ليس لها قوة انشاء العقود
 الا بقدر تعبيرها عما فى النفس من معان ورغبات ، فاذا لم تكن
 متطابقة مع النية والقصد فانه لا ينفذ منها عقد ولا يبنى عليها
 حكم^(٢).

(١) البدائع : ١٨٩ / ٢ - تبين الحقائق ١٢٥ / ٥ ، المهذب ٢٦٨ / ١٠

مفنى المحتاج ٢ / ٢ / ٢٧

(٢) بداية المجتهد ١٤٠ / ٢ - مواهب الجليل لخطاب : ٤٠٤ / ٤ ،

القوانين الفقهية ص ٢٧١ ، الفروق ٢٦٦ / ٣ ، المفنى : ١٧٤ / ٤

اعلام الموقعين : ١٠٦ / ٣

ويبدو أن الحنفية يتجهون وجهة الامام الشافعى فى اعتبار اللفظ دون البحث عن النية من ورائه . فهم يحكمون بصحة لبعض العقود التى اكتملت شروطها فى الظاهر ، ولا يفتشون عما وراء هذه الشروط من نيات ومقاصد ، واذا كانوا يعتبرون النية والقصد فهى بعض الاحوال فانهم لا يقصرون بهذا الاعتبار النيات التى لا تسدل عليها الالفاظ دلالة صريحة فهى . اذن . متعلقة بالله تعالى ، وهو سبحانه - مطلع عليها ومحاسب الناس بنياتهم .

أما ما يتعلق بأفعال العباد فان اللفظ فقط هو الدال عليه ، لأنهم لا يستطيعون أن ينفدوا الى ما وراء هذا اللفظ من نوايا ، ومن هنا طبقوا قاعدة تقول " المعتبر فى أوامر الله المهنى ، والمعتبر فى أمور العباد الاسم واللفظ (١) .

(١) انظر هذا الموضوع :

(١) حاشية الحموى على الأعيان والنظائر لابن نجيم

ج ٤٢ ص ٣٢٠

(٢) الملكية ونظرية العقد للشيخ ابو زهرة ٢٤٢

(٣) الفقه الاسلامى د/ محمد سلام مدكور ٣٨٧

اختلاف العبارة مع الإرادة(١) عدم ادراك المقصود من العبارة :

فاذا حفظ اجنبى حملة باللغة العربية ولم يفهم المقصود منها ثم ردها بلسانه تردد يدا دون ادراك كأن يقول طالقت زوجتى، زوجت نفسى لك . فرددتها دون وعى وكان من شأن هذه العبارات أن تنتج التزاما شرعيا معينا لو صدرت عن قصد وإرادة ولكن لانها هنا ليست كذلك فانها لاتمثل تعبيراً عن إرادة معتبرة . وليس لصاحبها مقصد من ورائها فى انشاء العقد وترتيب حكمه الشرعى عليه (١).

ومن ذلك عبارة السكران الذى لايمى مايقول ولا يقصد حقيقة مايتلفظ به لانه مسلوب الإرادة .

وبعض الفقهاء منهم أحمد بن حنبل وبعض اهل الظاهر : ذهبوا الى عدم ترتيب اثر شرعى على عبارة السكران . و يذهبون الى عدم طلاق السكر (٢) دليلهم : قوله صلى الله عليه وسلم :
" رفع القلم عن ثلاثة " منها : المجنون حتى يعقل ويضيق .

وقوله تعالى : ولا تقربوا الصلوة وأنتم سكارى حتى تعلموا ما تقولون (٣).

- (١) بداية المجتهد ٢ / ١٤٠ ، المغنى : ٤ / ١٧٤
الفقه اسلامى وادلته للزخيلى - ج ١٤ ، ص ١٩٠
(٢) المغنى : ٧ : ١١٣ ، هـ / شرح الكبير ٥ / ٥٠٣
القوانين الفقهية ص ٢٢٧
(٣) النساء آية رقم ٤٣

وبعض الفقهاء ومنهم مالك وأبو حنيفة وصاحباہ والشافعى رحمهم الله تعالى يذهبون الى وقوع طلاق السكران^(١).

دليلهم يقع طلاق السكران لأنها تعبر عن ارادة سليمة وادراك واع، بل معاقبة له على السكر وزجر لغيره من الناس.

(٢) ادراك معنى العبارة مع ترددها هزلاً أو خطأ

وهذه العبارة في هذه الحالة تتنافى مع ارادة القصد الى انشاء العقد فالهازل يدرك مايقول ولكنه لايقصد ترتيب الاثر على قوله - ويتجه الشافعية الى الارادة الظاهرة فيأخذون بعبارة الهازل ويهملون نية قائلها فلا يأخذون بادعائه انه كان هازلاً ويعلمون ذلك بأن صاحب العبارة الهازل قد قصد ما هو آمل للاختيار^(٢). وقد ذكر بعضهم ان الشافعى قد نصح أن نكاح الهازل لا يصح بخلاف طلاقه، أما العنفية والمالكية والحنابلة فانهم لم يرتبوا على عبارة الهازل أثراً اذا قام الدليل على هزله وذلك لانتفاء القصد والارادة.

وقد رأى المالكية هذا المرائى في كل العقود سواء منها ما اتصل بحقوق العباد كالبيع والرهن والاجارة، أو ما كان حق الله كالزواج والطلاق والعتاق^(٣)، ويرى بعض أصحاب المالك ان الدليل

(١) فتح القدير : ٤٠ / ٣ ، نهاية المحتاج ١٢ / ٣

(٢) المجموع شرح المذهب للنووى : ١٨٤ / ٩ ، نهاية المحتاج ٨٢ / ٦

(٣) الشرح الكبير للدسوقي ٤ / ٣

إذا قام على الهزل لم يلزم على عتق ولا نكاح ولا طلاق .

بينما لا يرى غيرهم ذلك إلا في العقود المالية وما في حكمها .
أما الزواج والطلاق والرجعة والعتاق ، فقد جعلوا الهزل فيها كالحد
اعتمادا على حديث " ثلاث جدهن جد وهزلهن جد " النكاح
والطلاق والعتاق " حيث لا ينبغي الهزل في هذه الأمور التي فيها
حق الله تعالى (١) .

واللعب والهزل والمزاح في حقوق الله غير جائز ، فيكون
جد القول وهزله في جانب الله سوا " بخلاف جانب العباد (٢) .

أما عبارة المخطئ فالجمهور يرى أنها تخالف عبارة الهازل
لأن المخطئ لا يقصد العبارة ولا يرتب عليها أثرا شرعيا وقد أيد هؤلاء
رأيهم بالآيات والأحاديث التي ترفع الخطأ عن الأمة كقوله تعالى :
" وليس عليكم جناح فيما أخطأتم به ، ولكن ما تعمدت قلوبكم " (٣)
وقوله عليه السلام رفع عن امتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا
عليه (٤) .

- | | | |
|-----|---|------------|
| (١) | حاشية ابن عابد بن | ج ٢ / ٤٣٤ |
| | فتاوى ابن تيمية | ج ٣ / ٤٦ |
| | سبل السلام | ج ٣ / ١٠٨٨ |
| (٢) | اعلام الموقعين | ج ٣ / ١٢٤ |
| (٣) | الاحزاب آية رقم ٥ | |
| (٤) | حديث حسن رواه ابن ماجه والبيهقي وغيرهما عن ابن عباس رضي
الله عنهما . | |

وقد خالف الأحناف جمهور الفقهاء في ذلك وقالوا بوجوب
الاعتداد بعبارة المخطئ، وحكموا بصلاحيته لإنشاء العقد وقد علموا
رأيهم هذا بأن الإرادة باطنة والرضا خفي لا اطلاع له عليه فإذا
صدرت العبارة التي تدل على هذه الإرادة وتفيد الرضا بالعقد
وجب الحكم بانعقاده دون بحث فيما وراء هذه العبارة مما لا اطلاع
لأحد عليه، حماية لاستقرار التعامل وسدا لذريعة دعوى الخطأ
والنسيان عند الرغبة في الحلل من العقد وعدم تنفيذ ما يترتب
عليه من التزامات فلو قبلنا دعوى الخطأ والنسيان في التصرفات
لتزلزلت المعاملات وضاعت الحقوق (١)

(٢) الأكراه على إنشاء عبارة لها قوة الالتزام :

فقد يخطر الإنسان إلى أن يتلفظ بعبارة لا يقصد أثرها ولكنه
تلفظ بها خوفاً من البطش أو خضوعاً للتهديد .

وهذا الأكراه من شأنه أن يفقد المكره إرادته وقصده . ومن
هنا فإن عبارته لا يجوز أن يترتب عليها حكم شرعي .

لأنه قد أتى باللفظ المقتضى لحكم لا يقصده وإنما هو يقصد
دفع الأذى عن نفسه فانتفى الحكم لانتفاء العقد ولذلك فقد قال
أبو حنيفة ومالك بن أنس بفساد عقد المكره (٢).

(١) المدخل لدراسة الفقه الإسلامي د / حسين حامد حسان ص ٢٦٢

البحر الرائق : ٣ / ٣٦٣ ، التلويح على التوضيح : ٢ / ١٦٩

الأشباه والنظائر لابن نجيم : ١ / ١٠٦ ، ٢ / ١٣٥

كشف الأسرار : ص ١٣٩٦ ، مرآة الأصول : ٢ / ٤٤١

(٢) انظر البدائع للكاساني ، مختصر الطحاوي : ص ١٩١ ، ٤٠٨

رد المختار لابن عابد بن : ٤ / ٤ ، ٢٥٥

وقال الشافعية والحنابلة والمالكية ببطلان هذا العقد (١)

واستدلوا على ذلك بأدلة منها قوله تعالى :

يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا
أن تكون تجارة عن تراض مكم (٢) .

ووجه الدلالة أن هذا النص عام فلفظ التجارة يشمل البيع

وغيره من المعاملات واستدلوا أيضا بما روى عن النبي صلى الله

عليه وسلم أنه قال : " إنما البيع عن تراض (٣) " .

وقد رأى زفر من الحنفية أن العقد يفتقد موقوفا على إجازة

المتعاقدين حال السعة والاختيار أي بعد زوال الإكراه وأصبح ذلك

بقياس عقد المكره على عقد الفضولي (٤) .

(١) مغنى المحتاج : ٢ / ٢ ، غاية المنتهى : ٢ / ٥

(٢) النساء آية رقم ٢٩

(٣) حديث حسن رواه ابن ماجه عن ابي سعيد الخدري في كتاب
التجارات ، رواه الترمذى في كتاب البيوع من ٣٣٦ ،
طبع ايج - ايم سعيد كمبني ، كراتشي ، باكستان

(٤) مختصر الطحاوى ص ١٩١ ، ٢٠٨

رد المختار لابن عابد بن ٤ / ٤ ، ٥ / ٨٩ - ٩١

خلاصة البحث :

الارادة الباطنة هي النية أو القصد - وهذا قد تحقق بالرضا والاختيار. والحنفية يقررون ان الرضا والاختيار شيان متمايزان .
فالاختيار : هو القصد الى النطق بالعبارة المنشئة للعقد سواء آكان
عن رضا ام لا .

والرضاء هو الرغبة في اثر العقد عند التلفظ بما يدل على
انقائه فاذا وجد الرضا وجد الاختيار واذا وجد الاختيار
لا يلزم وجو الرضا . وغير الحنفية الرضا والاختيار بمعنى واحد .
والارادة الظاهرة هي الصيغة التي تعبر عن الارادة الباطنة
أو ما يقوم مقامها كالتعاطي فاذا تطابقت الارادتان وجد العقد . واذا
وجدت الارادة الظاهرة وحدها كالتعبير الصادر من الطفل غير المميز .
النائم أو المجنون لم تفد شيئاً كما ان التصرف لا يوجد بمجرد النية
أو الارادة الباطنة . فمن نوى الطلاق أو الوقف لا يصبح بمجرد نيته
مطلقاً أو واقفاً .

المبحث الثانى : طرق التعبير عن الرضا وفيه المطالب التالية :

المطلب الاول : التعبير باللفظ :-

هناك وسائل مختلفة للتعبير عن ارادة المتعاقد ين نذكرها

فيما يلي :

التعبير باللفظ :

اللفظ هو الأصل فى التعبير عن الارادة و اظهار الرغبة ولا خلاف بين الفقهاء فى هذه المسئلة . واللفظ هو أقوى وسائل التعبير . والارادة الظاهرة هى المظهر الخارجى للتعبير عن الارادة الباطنة ، فقد وقف الفقهاء عند هذا المظهر الخارجى والمظهر الذى يعتمدون به فى الأصل هو اللفظ فاللفظ أولاً قبل الكتابة وقبل الأشارة وقبل أى مظهر خارجى آخر وان اللفظ يؤخذ بمعناه الظاهره فاذا كان هذا المعنى واضحاً فلا محل بعد ذلك للبحث عن النية أو عن الارادة الباطنة (١).

هناك القاعدة الفقهية ان العبرة فى العقود بالمعانى لا بالألفاظ والمعانى (٢) ، ومعناها ان الألفاظ التى وضعت لعقود معينة يمكن ان تصرف الى عقود أخرى اذا قصد منها التعاقد ان تلك العقود

- (١) المدخل للدراسة الفقه الاسلامى د/ حسين حامد حان ص ٢٤٢
الملكية ونظرية العقد لمام ابو زهرة ص ٢١٠
شرح المجلة خالداً الاناسى ج ١ ص ٢٧ ، ٢٨
الفقه اسلامى وادلتة للتزخيلى، ص ٩٥
- (٢) المدخل الفقهى د / الحجى ، ص ٣١

الأخرى وعلى ذلك إذا أطلق انسان عقدا وأراد به عقدا آخر
غير العقد الذى وضع اللفظ له ، فإن الكلام ينصرف الى العقد
المقصود دون العقد الذى وضع اللفظ له .

اللفظ أولا يستعمل فى المعنى الحقيقى . كما جاءت فى القاعدة
الفقهية وهى الأصل فى الكلام الحقيقة والحقيقة هى المعنى وضع اللفظ
له أصلا وبدل عليه بلا قرينة فإذا امكن حمل الكلام على معناه
الحقيقى وجب حمله عليه ولا يجوز حمله على المجاز فمن قال والله
لأشربن فى هذا النهر لم يبر بشربه من مائه ، لا مكان الشرب منه
كرعا (١) .

فإذا تعذر حمله على معناه الحقيقى تعين حمله على معناه
المجازى . إذا تعذرت الحقيقة صار الى المجاز (٢) .

فإن الفقهاء لم يحتلزموا الفاظ معينة لاتنمقده العقود بدونها
بل إن كل عقد ينمقد بما يدل على معناه دلالة واضحة سواء كانت هذه
الدلالة صريحة أو كانت بطريق الكناية فعقد البيع ينمقد بقول
الموجب ~~ملكك~~ أو اعطيتها لك أو وهبتها لك فالفقه الاسلامى لا يستلزم
الشكلية ولذا اللفظية فى العقود .

أما عقد الزواج فاختلف الفقهاء فيه الفقهاء الشافعية والحنابلة

(١) شرح المجلة ١ / ٣٤ - ٣٧ المدخل الفقهى ٢ / ٩٨٩ - ٩٩٠

(٢) المدخل الفقهى د / الحى ص ٣١

يقولون انها لاتنقصد الا بالالفاظ التى تدل على معناها صراحة دون
الا لفاظ التى تدل على ذلك بطريق الكناية .

فالزواج ينقصد بلفظ الزواج والنكاح دون الهبة والتعليك ^{اى}
هولاء الفقهاء يقولون ان عقد الزواج لاينقصد الا بالالفاظ الدالة عليه
والالفاظ صريحة فيه (١).

ولم يرد فى القرآن الكريم الا هذا ان اللفظان فقط وهما :
" النكاح والتزويج " وذلك فى اكثر من عشرين آية ، منها :
" فانكحوا طاب لكم من النساء " (٢) ومنها " فلما قضى زيد منها
وطرا زوجنكمها " . (٣)

ولاشك أن اجماع العلماء على ان عقد النكاح لا يكون الا
بالالفاظ وبالألفاظ الصريحة فى معناه أو الواضحة الدالة عليه .
لأن الاشهاد لا يكون الا على افظ صريح واضح ولو بطريق المجاز .
العشرة الزوجية الأصل فيها التحريم والاباحة كانت من الشارع
رحمة منه وحفظا للنوع الانسانى على الوجه اكمل .

وبعض الفقهاء يقولون ان النكاح لاينقصد بغير العربية من
يستطيعون الكلام بها . ويفهمونها . ورد ابن تيمية هذا الرأى وقال انه
(النكاح) كالعتق والصدقة ومعلوم ان العتق لايتعين له لفظ عربى
وكذلك الصدقة (٤).

(١) معنى المحتاج ١٣٩ / ٢ المعنى ٥٣٢ / ٦

(٢) النساء آية رقم ٢

(٣) الأحزاب آية رقم ٣٧

(٤) فتاوى ابن تيمية الجزء الثالث ص ٢٧٠

وخالف في ذلك الاضاف والمالكية فلم يفرقوا بين الزواج وغيره من العقود في انعقادها بكل ما يدل على الرضاء كالتزويج والنكاح والجعل والهبة والعطية والصدقة بشرط توافر النية أو القرينة الدالة على ان المراد باللفظ هو الزواج وبشرط فهم العهود للمقصود^(١). وقد ورد لفظ " الهبة في القرآن الكريم دالة على صحة استعماله لايبرام الزواج كما ورد في السنة النبوية استعمال عبارة " التملك " .

جاء في القرآن الكريم . (وامرأة مؤمنة ان وهبت نفسها للنبي ان اراد النبي ان يستنكحها خالصة لك من دون المؤمنين^(٢)) وقوله عليه السلام : " ملكتها بما معك من القرآن " ^(٣).

صيغة العقد :-

العقد تنعقد بصيغة الماضي اتفق العلماء ان العقد تنعقد بالفعل الماضي لأن صيغة الماضي هي المظهر الواضح للتعبير عن الارادة في مرحلتها النهائية . والماضي هو اقرب الى تحقيق مقصود العقد وهو انشاؤها في الحال فيعقد بها العقد من غير توقف على شيء آخر كالنية أو القرينة وقد تعارف الناس استعمال هذه الصيغة^(٤)

- (١) فتح القدير ٢ / ٣٤٦ الرد المختار ورد المختار لابن عابد بن القوانين الفقهية ص ١٩٥ الشرح الكبير للدردير ٢ / ٢٢٠ بداية المجتهد ٢ / ١٦٨ المدخل للدراسة الفقه الاسلامي د/ حسين حامد حسان ص ٢٤٣
- (٢) الأحزاب / ٥٠
- (٣) متفق عليه البخاري مسلم وأحمد (نيل الاوطار ٦ / ١٧٠
- (٤) المدخل للدراسة الفقه اسلامي د/ حسين حامد حسان ص ٢٤٤ الملكية ونظرية العقد لامام ابو زهرة ص ٢١١

مثال ذلك يقول الموجب بمقتك هذه الفرس بألف وقول المشتري قبلت لأن صيغة الماضي تدل على انشاء العقد في الحال وهي قاطعة في اظهار الرغبة ولا تحتل المساومة ولا الوعد بالتعاقد في المستقبل .

جاء في البدائع^(١) . الا يجاب والقبول قد يكون بصيغة الماضي فهي ان يقول البائع بعث ويقول المشتري اشتريت فيتم الركن .
اتفق الفقهاء على انعقاد بصيغة المضارع بشرط اذا توافرت نية الحال أو دلت القرينة على ارادة انشاء العقد حالاً لأن المضارع يدل على الحال والاستقبال .

ولا ينعقد بصيغة الاستفهام بل لا تفاق . بأن - يقول المشتري للبائع أتبيع من هذا الشيء بكذا أو أبعته من كذا - فقال البائع بعث - لا ينعقد ما لم يقل المشتري اشتريت .

وهل ينعقد بصيغة الأمر ::

اختلف الفقهاء في انعقاد العقد بلفظ الأمر - مثل بمعنى أو اشتر مني وغيره .

فقال الحنفية^(٢) ان ما عدا عقد الزواج لا ينعقد عقده بلفظ الأمر لأن لفظ الأمر مجرد طلب وتكليف فلا يكون قبولا ولا ايجابا اما عقد الزواج فيصح بصيغة الأمر مثل زوجيني نفسك ، فقالت زوجتك .

(١) البدائع ج جزء ٥٥ ، ص ١٣٣ - ١٣٤

(٢) البدائع ٥ / ١٣٣ ، فتح القدير مع العناية ٥ / ٧٥ ، حاشية ابن عابدين ٤ / ٩٩ ، المجلة ١٦٩ - ١٧٢

وقال جمهور الفقهاء • ينعقد العقد بلفظ الأمر بدون حاجة
بلفظ ثابت من الأمر سواء أكان بيعاً أو زواجا لأن أساس العقد
هو التراضي • فينعقد بها العقد •

المطلب الثاني : التعبير بالكتابة

طرق التعبير عن الرضا هي صيغة العقده والمراد بصيغة العقد أداة أو الوسيلة التي يتم بها التعبير عن ارادة العاقدين في إبرام العقد وهذه الأداة قد تكون لفظا وقد تكون كتابة أو إشارة وقد تكون فعلا^(١) ونبدأ الآن بالكتابة في طرق التعبير عن الرضا.

كما ينعقد البيع بالايجاب والقبول ينعقد بالكتابة يرى جمهور^(٢) الفقهاء ان التعاقد يتم بالكتابة سواء كان العاقدان حاضرين أم كان أحدهما غائبا عن مجلس العقد . لان الكتابة لا تقل عن العبارة في اظهار الرغبة . فمناط انعقاد العقد هو الرضا . ولما كان الرضا أمرا خفيا فقد اعتبر المارح ما يدل عليه من مظاهر خارجية . فاستوى في ذلك اللفظ والكتابة - أي يصح التعاقد بالكتابة بين طرفين ناطقين أو عاجزين عن النطق حاضرين في مجلس واحد أو غائبين وبأى لغة يفهمها المتعاقدان بشرط أن تكون الكتابة معتبنة ومرسومة .

(١) المدخل لدراسته الفقه الاسلامي، د/ حسين حامد حسان ص ٢٤٤

الملكية نظرية العقد لمام ابو زهرة ، ص ٢١٤

(٢) وهو مذهب الاحناف والمالكية ورأى في مذهب الشافعي .

فاذا كانت غير مستبينة كالرقم أو الكتابة على الماء أو في الهواء أو غير مرسومة كالرسالة الغالية من التوقيع مثلا لم ينعقد بها العقد وهذا رأى الحنفية والمالكية. (١)

وصورة الكتابة هي ان يكتب العاقد للعاقد الآخر كتابا بايجابه وهذا الكتاب يكون ايجاب مكتوبا في الكتابة. والاصل في الفقه الاسلامي ان الايجاب والقبول لابد اقتران احدهما بالآخر في مجلس واحد. فاذا اوجب احد العاقدين في غياب العاقد الآخر لم يتوقف الشطر على قبوله حتى لو بلغ الآخر فقبل لم ينعقد لكن وصول الايجاب الى مجلس القابل عن طريق الكتابة هو نقل الايجاب ماديا الى مجلس القبول فيكون اقتران القبول بالايجاب قد وقع في مجلس واحد (٢).

الكتاب كالخطاب، فلو ارسل العاقد ايجابه في كتاب للعاقد الآخر وبلغ الكتاب هذا ففهم ما فيه.

وقال قبلت في مجلس بلوغ الكتاب انعقد العقد (٣).

نمثل هذا بمثالين :

-
- (١) الدر المختار وحاشية ابن عابدين : ١/ ٤، الشرح الكبير : ٣/ ٣ فتح القدير ٥ / ٧٩، البدائع ٥ / ١٣٧
 - (٢) البدائع ٥ / ١٣٧، المدخل للدراسة الفقه الاسلامي، د / حسين حامد حسان، ص ٢٤٤
 - (٣) الملكية ونظرية العقيدة، الشيخ ابو زهرة، ص ٢١٤

(١) فإذا كان العاقدان حاضرين في مجلس العقد بينهما بذلك وهذه القاعدة تطبق بشأن جميع العقود عدا العقود التي تحتاج الى الاشهاد كالزواج فانها لاتنقذ الا بالالفاظ حتى يسمع الشهود ما يشهدون به .

(٢) وإذا كان احد العاقدين غائبا فكتب له الآخر كتابا بمقتضى منزلي بألف فلما وصل هذا الكتاب الى الغائب وقراه قبله باللفظ أو بالكتابة ايضا ، انعقد العقد بينهما ، ولا بد أن يتم القبول في مجلس قراء الرسالة لأن شرط انعقاد العقد اتصال الاجاب بالقبول في مجلس العقد .

المذهب الحنفى بالكتابة :

جاء في البدائع اذا اوجب أحدهما البيع والآخر غائب فبلغه فقبل لا ينقذ بأن قال بعت عبدي هذا من فلان الغائب بكذا . فبلغه فقبل ، ولو قبل عنه قابل ينقذ . ولأصل في هذا أن أحد الشطرين من احد العاقدين في باب البيع يتوقف على الآخر في المجلس . ولا يتوقف على الشطر الآخر من العاقد الآخر فيما وراء المجلس بالاجماع . الا اذا كان عنه قابل أو كان بالرسالة أو الكتابة هي ان يكتب الرجل الى رجل أما بعد فقد بعت عبدي فلانا منك بكذا فبلغه الكتاب فقال في مجلسه اشتريت ، لأن خطاب الغائب كتابه فكانما حضر بنفسه وخطب بالايجاب وقبل الآخر في المجلس (١)

(١) البدائع ج ٥ ، ص ١٣٨

وجاء في فتح القدير :

فصورة الكتاب ان يكتب أما بعد فقد بعث عبيد منك بكذا
فلما بلغه الكتاب وفهم ما فيه قال قبلت في المجلس انعقد . ولو
كان المكتوب بعينه بكذا ، فكتب بعته ، لا يتم ما لم يقل الأول
قبلت (١).

وجاء في الدر - ولو قال بعته فبلغه يا فلان فبلغه غيره جاز
فليحفظ ولا يتوقف على العقد فيه أي البيع على قبول غائب فلو قال
بعث فلانا الغائب فبلغه فقبل ، لم ينعقد اتفاقا الا اذا كان
بكتابة أو رسالة فيعتبر مجلس بلوغها وقال ابن عابد بن في
حاشيته صورة الكتاب أن يكتب أما بعد فقد بعث عبيد فلانا منك
بكذا ، فلما بلغه الكتاب قال في مجلسه ذلك اشترت تم البيع
بينهما (٢).

المذهب المالكي بالكتابة :

جاء في الشرح الكبير للدردير - بما - يدل على الرضاء
من قول أو كتابة أو إشارة منهما أو من أحدهما وعلق السدسوقي
في حاشيته بما يأتي قوله - بما يدل - أي عرفا سواء دل على الرضاء

(١) فتح القدير، جزء ٥٥ ص ٧٩

(٢) ابن عابد بن ٥٤ ص ١٤ - ١٥

لغة ايضاً أو لا كبعت أو اشتريت وغيره من الاقوال كالكتابة ولاشارة
والمعاطاة (١).

وجاء في الشرح الصغير للدردير (٢). وما دل على الرضاء من
قول أو اشارة أو كتابة من الجانبين أو أحدهما وعلق الصاوي قوله
وما دل على الرضاء أي عرفاً سواء دل عليه لغة ايضاً أو لا فالأول
كبعت واشتريت وغيره من الاقوال والثاني كالأشارة والمعاطاة قوله،
أو أحدهما.

قاعدة كلية: هناك قاعدة كلية وهي الكتاب كالخطاب (٣).
اللفظ ليس هو الوحيد المعبر عن الرضاء، وإن كان هو المعبر
الأول عنه فهناك الفعل . وهالك الكتابة وهالك الاشارة وكلها
معبر عن الرضاء.

الكتابة بدل ضروري عن القوم عن الحنفية . ولهذا فأنه
لا يؤخذ بهما في النيابة عن الرضاء الا عند تعذر القول فإذا لم
يكن الكلام متمذراً لم يأخذ بهما وفقاً للقاعدة (لا عبارة بالبدل مع
القدرة على الاصل) فإذا تعذر الكلام كالآخرس اعتبرت الكتابة
منه نائباً عن الرضاء في كل تصرفات القولية . يتكون الكتابة
كالخطاب .

-
- (١) الشرح الكبير للدردير : ٣ / ٣
الفقه الاسلامي وادلتاه للزخيلي، ج ٤، ص ١٠٣
- (٢) الشرح الصغير : ٣ حاشية ص ١٧
- (٣) المدخل الفقهي للدكتور أحمد الحجي الكردى ص ٣٩

أبو حنيفة يقول ان الكتابة لا يقبل ما دام هو قادر على الكلام
لأنه قادر على الاصل فلا يعدل عنه الى البديل الا ان الكلام قد يتعذر
منه في احوال خاصة اهمها الغيبة عن مجلس العقد اما الحاضر
فلا يحل له الكتابة عند الحنفية .

جاء في شرح المجلة . ولأن الكتاب من الغائب اذا كان الخطاب
للعجز ففي حق الآخرس أولى (١).

جاء في الدر المختار فلا ينقذ . أى النكاح بقبول بالفعل
كقبض مهر، ولا بتعاط، ولا بكتابة، بل غائب (٢).

وللكتابة شرطان :

(١) ان تكون مستبينة، اى واضحة مستقرة .

(٢) ان تكون مرسومة اى مكتوبة بطريقة معتادة مألفة يفهم منها
ان صاحبها قصد بها ما تضمنه في (٣).

والخلاصة ان القاعدة (الكتاب كالخطاب) تكون هكذا الكتاب
حين تعذر الخطاب كالخطاب (٤).

هذا عند الحنفية - وذهب الشافعية في الاصح الى قبول

الكتابة من الحاضر والغائب على سواء . وهذا الكلام فيما يلي :

(١) شرح المجلة - ١٩٣

(٢) الدر المختار في هامش ابن عابد بن ١٢ / ٣

(٣) الفقه الاسلامي وادلته الشيخ الزخيلي ج ٤، ص ٨٠٣

(٤) ابن نجيم ١٨٦ / ٣ - ١٩٩، شرح المجلة ١ / ١٩٠ - ١٩٣،
الدر المختار ١٢ / ٣، المدخل الفقهي ٢ / ٩٨٦، والسيوطي ٣٣٤ - ٣٣٨

الرأى الثانى بالكتابة :

وقد خالف بعض الفقهاء^(١) فى جواز التعاقد بالكتابة للقادر على النطق وقالوا ان اللفظ اظهر من الكتابة فى الدلالة على ارادة فلا يجوز العقد ول عنه الى الكتابة الا عند العجز عن النطق فلم يجيزوا لذلك التعاقد بالكتابة الا بالنسبة للآخرى الذى لا يستطيع النطق^(٢).

وجاء فى النيل - ينعقد من بائع بالفاظ تدل عليه أو بأشارة أو كتابة من آخرى ومنع من كلام . ونحو ذلك مما يدل على الرضا^(٣) خلاصة الكلام :

يرى جمهور الفقهاء ان التعاقد يتم بالكتابة سواء كان العاقدان حاضرين أم كان أحدهما غائبا عن مجلس العقد . وقيد الشافعية والحنابلة صحة التعاقد بالكتابة فيما اذا كان العاقدان غائبين أما فى الحضور فلا حاجة الى الكتابة لأن العاقد قادر على النطق فلا ينعقد العقد لغيره^(٤).

- (١) وهو قول الشافعية (رحمه الله)
- (٢) المذهب ١، ص ٢٥٧، غاية المنتهى ٢ / ٤٠
- (٣) النيل ٢ / ١٠
- (٤) البدائع ٥ / ١٣٦، حاشية ابن عابد بن : ٤ / ٥، فتح القدير ٥ / ٨٠
احكام المعاملات الشرعية للشيخ على الحنيف ص ٦٩
مغنى المحتاج ٢ / ٥، حاشية الدسوقي ٣ / ٥، غاية المنتهى ٢ / ٤
نهاية المحتاج : ٣ / ٨، ١٠

المطلب الثالث : التعبير بالإشارة المتداولة عرفاً

كما ذكرت من قبل ان العقد ينقذ بالالفاظ وبالكتابة ينقذ كذلك بالإشارة لأن هذه ليس اقل من الالفاظ والكتابة فـ لرق التعبير عن الرضا . الرضا هو أساس التعاقد في الفقه الاسلامي ، والإشارة هي احد طرق التعبير في التعاقد ، وفي هذه المسئلة هناك اختلاف بين الفقهاء .

الرائي الأول في التعبير بالإشارة

الاهناف والشافعية والزيدية ينهون الى ان التعاقد بالإشارة لايجوز للقادر على النطق أو الكتابة اما العاجز عنهما كالآخرس الذي لايعرف الكتابة فان التعاقد قد يصح منه بالإشارة لأن هذا هو الممكن في حقه^(١) . فعند الحنفية اذا كان القاعد قادراً على الكلام فان الإشارة لا تغنى عن العبارة . واذا كان النطق ليس بشرط في انعقاد العقد فيجوز للآخرس ان يتعاقد بالإشارة المفهومة ، فان التعاقد بالإشارة لايقبل الا منه سواء خرسه اصلياً منذ الميلاد او كان عارضا ودام حتى وقع اليأس من كلامه .

مذهب الشافعي لايجيز من باب اولى الإشارة من غير الآخرس كما لايجيز الكتابة في انعقاد العقد وهكذا الزيدية . جاء في المنتزع المختار " والبيع والشراء ايضا يصحان من رعمت وهو الذي

(١) بدائع الصنائع ج ٥ / ١٣٥ ، حاشية ابن عابدين ٤ / ١٠ ،

المنتزع المختار ، ٩٣ ، نهاية المحتاج ٣ / ١١ .

اعتقل لسانه من الكلام لمرض أو غيره بعد ان كان يتكلم ويصيحان من الأخرى وهو الذى يجمع بين العم والعجمة، ولأعجم الذى يسمع ولا يتكلم فتصح عقودهم كلها بلاشارة التى يفهم بها مراده فأما الأشارة من الصحيح فلا حكم لها^(١).

دليلهم - وقد علل هؤلاء بعدم جواز التعاقد بالاشارة للقادر على النطق أو الكتابة بأن العبارة أو الكتابة أوضح فى الدلالة على الرضا من الاشارة فلا يجوز العدول عنهما الى الاشارة الا عند الضرورة^(٢).

هناك القاعدة الفقهية

الاشارة الممهودة للأخرى كالبيان باللسان^(٣) هذا اذا كان الخرس أمليا بأن ولد أخرى . فأما اذا كان عارضا بأن طرأ عليه الخرس فلا تعتبر اشارته الا اذا دام به الخرس حتى وقع اليأس من كلامه ، وصارت الاشارة مفهومة فيلحق بالأخرى الاصلى .

الرائى الشافى بالاشارة :

المالكية خالفوا جمهور الفقهاء فى هذه المسألة - ويقولون بجواز التعاقد بالاشارة بالنسبة للقادر على النطق أو الكتابة أى يقولون ان الاشارة فى التعاقد يجوز من الرجل يستطيع على النطق

(١) المنتزع المختار ٩٣

(٢) نهاية المحتاج : ١١ / ٣

(٣) المدخل الفقهى د / الحجى، ص ٤٢

أو الكتابة^(١).

دليل المالكية : القاعدة عندهم ان العقود تنعقد بما يدل على الرضا عرفا سواء دل عليه لغة أم لا. ويستوى في ذلك الإشارة واللفظ وغيرهما من كل ما يستدل به على الرضا بالعقد والرغبة في انثائه^(٢).

وجاء في حاشية على الشرح الكبير ان العقد ينعقد بما يدل على الرضا عرفا سواء دل عليه لغة أو لم يدل كالقول والكتابة والإشارة والمهطاة ولم تنقيد الإشارة بأن تكون من الآخرى فالإشارة غير الآخرى معتبر.

وجاء في شرح الخطاب ان العقد ينعقد بكل قول يدل على الرضا وبالإشارة الدالة على ذلك وهي أولى بالجواز من المعاطاة لأنها يطلق عليها انها كلام^(٣) قال الله تبارك وتعالى :

« آيتك ألا تكلم الناس ثلاثة أيام إلا رمزا. »^(٤) والرمز

الإشارة.

(١) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٣ : ٣ الخطاب ٤ : ٢٢٩

(٢) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٣ : ٣

(٣) الخطاب ٤ : ٢٢٩

(٤) القرآن آل عمران آية رقم ٤١

المبحث الرابع : متى ينتج التعبير عن الإرادة أثره وفيه المطالب

التالية :

المطلب الأول : صورية العقد حالة السكر والنوم والجنون

إذا توجد الإرادة الظاهرة وحدها وتنعدم الإرادة الباطنة

فيكون العقد صوريا - ويظهر ذلك في الأحوال التالية :

(١) صورية العقد حالة السكر :

تعريفه : السكر حالة تعرض للإنسان بسبب السكر فيعطل معها عقله عن العمل من غير أن يزول أو ينقص^(١) السكر حالة تعرض للإنسان من امتلاء دماغه من الأبخرة المتعاعدة اليه فيعطل معه عقله المميز بين الأمور الحسنة والقبیحة وهو نوعان - سكر بطريق مباح كالعاصل من الدواء أو البنج أو حالة الاضطراب أو الإكراه، وسكر بطريق حرام كالعاصل من الخمر أو أي سكر آخر حتى البيرة .
والسكر بنوعيه لا يذهب العقل بل يعطله فترة من الزمن ويزيل الإرادة والقصد . السكر هذا من العوارض المكتسبة هي ما يكون لا اختيار العبد فيها مدخل^(٢).

السكران ليست له إرادة حقيقية في التصرف لكن مع ذلك

اختلف الفقهاء في تصرفاته .

(١) المدخل لدراسة الفقه د/ حسين حامد حسان ص ٣٥٤

(٢) الفقه الاسلامي وادلته المزخيلي، ج ٤، ص ١٩٠

الرأى الأول فى عقد السكر

قال الامام أحمد وبعض المالكية : لاتعتبر تصرفات السكران لعدم توفر القصد الصحيح عنده^(١)، فلا يصح بيعه وشراؤه وعقوده وطلاقه وسائر اقواله سواء كان بطريق مباح أو مظلور.

(٢)

فلا يصح يمينه وطلاقه واقراره ولا بيعه وهبته وسائر اقواله

(٣)

• ولا تقربوا الصلوة وأنتم سكارى حتى تعلموا ما تقولون •

فقول السكران غير معتبر لأنه لايعلم مايقول • والمالكية قالوا

فى الطلاق لو سكر سكرًا حرامًا صح طلاقه الا ان لايميز فلا طلاق عليه لأنه صار كالمجنون •

الرأى الثانى فى عقد السكر :

يقول فقهاء الحنفية والمافمية اذا كان السكر بمباح كحالة البنج والاضطرار والاكراه ونحوها فلا تعتبر اقواله وافعاله ولا اثر بعبارته لعدم تحقيق القصد منه واذا كان السكر حرامًا تعتبر اقواله وعقوده ولو، انعدم القصد عن باب العقوبة له والزجر عن فعل السكر

(١) المغنى ٧ / ١١٣، الشرح الكبير ٣ / ٥٠، القوانين الفقهية ٢٢٧

(٢) رأى بعض الحنابلة والطحاوى والكرخى وأبى يوسف وزفر واخذ قانون احوال الشخصية

(٣) النساء : آية رقم (٤٣)

(٤) فتح القدير ٣ / ٤٠، نهاية المحتاج ٣ / ٢١ •

صورة العقد حالة النوم والأغماء :

النوم فترة طبيعية تحدث في الإنسان **بلا** إرادة منه تمنع من استعمال العقل دون أن تحدث فيه **خلل** (١). والأغماء تعطيل أقصى المدركة المحركة حركة إرادية بسبب مرض يعرف للدماغ أو القاب وهو يشبه النوم في تعطيل العقل إلا النوم عارض طبيعي والأغماء غير طبيعي فيكون حكمها واحدا في التعريفات (٢).

النائم في أثناء نومه، والمعنى عليه في فترة اغماؤه ليس أهلا لخطاب التكليف. لأن عقل النائم والمعنى عليه عاجز عن الفهم والتمييز. فالنوم والأغماء وإن كان لا يزيلان العقل ولا ينقصانه منهما بمنعان من استعماله، النوم والأغماء ينافيان شرطين من شروط التكليف هما الاختيار والقدرة على فعل المكلف به ذلك إن **كلا** من النائم والمعنى عليه عاجز عن استعمال القدرة فلا يمكن أداء المطلوب ولا اختيار له أصلا، لأنه بالتمييز ولم يبق لهما شيء من التمييز وبذلك يكون النوم والأغماء عارفين من عوارض الأهلية، فيكون حكمهما واحدا في التصرفات وهو الفأؤها وبطلانها لأنعدام القصد عند المعنى عليه. وعبارات النائم كالمعنى عايبه لا اعتبار لهما **اطلاقا** (٣).

(١) المدخل للدراسة الفقه الاسلامي ، د/ حسين حامد حسان، ص ٣٤١

(٢) الفقه الاسلامي وأدلته للزحيلي / الجزء الرابع ، ١٢٨

(٣) التلويح ١٦٨ / ٢

مصرية المقد حالة الجنون :

الجنون هو اختلال في العقل ينشأ عنه اضطراب أو هيجان (١)

الجنون آفة نصيب الانسان تبعث على اقدام على ماينافى مقتضى
الفعل من غير ضعف في الأعضاء (٢).

أساس العقد هو ارادة العاقد المفهومة من عبارته ويكون

أساس العقد الإرادة وعقد النية. والإرادة لها عنصران لتحقيق بدونها. وهما الاختيار والرضا وهذاان العنصران لا يوجدان في الجنون، الجنون يعمم اهلية الاداء لأن مناطها العقل والتمييزه والمجنون فاقد لذلك وعلى هذا فليس المجنون اهلا لخطاب التكليف بأنواعه الثلاثة فلا تجب على المجنون عبادة ولا يلتزم بعقوبة ولا يصح منه تصرف وحكمة في العقد أنه أكان مطبقا (مستمرا) أو غير مطابق (متقطع) معدوم الأهلية حال وجوده، فتكون تصرفات المجنون القولية والفعالية كثير المميز لاغية باطله لا أثر لها (٣).

مسؤولية العقد حالة عدم المميز :

المبى هو غير المميز . والمجنون والمعتوه غير المميز. لأن عبارتهم ملغاة ساقطة لاتصلح سببا لأثناء حقوق لهم أو لغيرهم (٤) اذ العبارة ^{تبدأ بها التصفات الشرعية هي العبارات المتعمد مضادها التي} التي يفهم قائلها، المراد منها في عرف الناس والاثار الشرعية لها في الجملة، فيفهم أن البيع يقتضى خروج المبيع من ملك البائع واستحقاقه

- (١) المدخل الفقهي للأستاذ الزرقاء : ف ٤٦٠
 (٢) المدخل للدراسة الفقه الاسلامي د/ حسين حامد حسان، ص ٣٤٠
 (٣) الفقه الاسلامي وادلتة جزء ٤ ، ص ١٢٨
 المدخل للدراسة الفقه الاسلامي، د/ حسين حامد حسان، ص ٣٤٠
 (٤) " " " " " " " " " " " " " " " " " "

للثمن، ووجوب دخوله في ملك المشتري ووجوب الثمن عليه، أولئك الذين فقدوا التمييز لا يتم هذا العقد في عباراتهم (والتمييز يجعل الشخص يفهم العقد من عباراتهم) والتمييز يجعل الشخص يفهم العقد من عباراته ويدرك ثمراتها، فتكون عبارته مألوفة لأنشاء الحقوق له أو عليه، ولقد جعل حد التمييز أن يكون الشخص عارفا لمعاني الالفاظ الدالة على العقود (١).

هكذا إذا حفظ أجنبي جملة باللغة العربية ولم يفهم المقصود ثم ردها بلسانه ترديدا دون ادراك كأن يقول " بعت فرسى " او طلقت زوجتى وفي هذه الصورة لا تنتج أي التزاما شرعيا معنيا (٢). ومعنى ذلك عبارة السكران الذي لا يعنى ما يقول ولا يقصد حقيقة ما يتلفظ به لأنه مملو بالارادة .

" رفع القلم عن ثلاثة " منها عن المجنون حتى يعقل أو يهين - وقوله تعالى : " ولا تقربوا الصلوة وأنتم سكارى حتى تعلموا ما تقولون " (٣). فجعل قول السكران غير معتبر لأنه لا يعلم ما يقول .

(١) المغنى : ٧ / ١١٣ ، الشرح الكبير ٣ / ٥٥

القوانين الفقهية ، ص ٢٢٨

(٢) الملكية ونظرية العقد، الشيخ ابو زهرة، ص ١٨١

(٣) النساء، آية رقم ٤٣

المطلب الثانى : صورية العقد حالة التعلم والتعليم والتمثيل

اذ الاستاذ يدرس الطلاب فى الجامعة وردد عبارات التهرفات ولكنه لا يريد انشاء التزام أو عقده بل يريد عرضا آخر كالتعلم والتعليم والتمثيل، فلا يترتب على عبارته اى اثر اى اذا يقول الاستاذ بعنت أو وهبت لك . لا يكون اى اثر شرعى على هذه الكلمات لأن فيه عرضا آخر وهو التعلم والتعليم والتمثيل كما اذا رد القارى عبارة البيع والشراء أو الطلاق المسطرة فى كتب الفقهاء بقصد تعلمها أو حفظها أو يقصد تعليمها لغيره . فلا يترتب على كلامه اى اثر وكذا لك ترد يد المثلين عبارات التمثيل وحكاية وأقوال الآخرين مثل زوجينى نفسك فقالت زوجته زوجتك نفسى ، لا يترتب عليه اى اثر لأن المتكلم فى هذه الامثلة لا يقصد انشاء العقد بل قصد عرضا آخر . وهو التمثيل أو الحفظ أو توضيح الحكم للتلاميذ (١) .

(١) الفقه الاسلامى وادلته، جزء ٤٤، ص ١٩١

المطلب الثالث : صورية العقد حالة الهزل أو الاستهزاء

الهزل : هو أن يراد بالشئ معنى غير المعنى الذى وضع له ، ولا مناسبة بين معنيين ، وهو ضد الجد وهو أن يراد بالشئ ما وضع له ، أو ما صلح له اللفظ استعارة (١) .

الهزل ضد الجد وهو أن يراد بالشئ ما لم يوضع له ولا ما لا يصلح اللفظ استعارة (٢) .

هناك خلاف بين الفقهاء في المسئلة ونذكرها فيما يلي :

(١) الرأى الأول للشافعية :

فاذا نطق الشخص بعبارة لا يريد بها انشاء التصرف وإنما قصد بها الهزل أو الاستهزاء والعمى مستخدم ما صورية التصرف القولى

أو العقد كانت العبارة صادرة من الهازل صالحة لأنشاء العقود وترتيب الآثار عليها . هذا الرأى عند الشافعية (٣) .

أى الشافعية يذهبون الى الأرادة الظاهرة فيأخذون بعبارة الهازل ويهملون نية قائلها . سواء كانت هذا الاستهزاء فى المعاوضات المالية كالبيع والإيجار أم فى الأحوال الشخصية كالزواج والطلاق .

(١) المدخل لدراسة الفقه الإسلامى د/ حسين حامد حسان، ص / ٣٥٨

(٢) الفقه الإسلامى وأدلته جزء رابع، ص ١٩١

(٣) شرح المذهب للنووى ٩ / ١٨٤ ، نهاية المحتاج ٦ / ٨٢

(١)

وقد ذكر بعض ان الشافعى قد نص أن نكاح الهازل لا يصح بخلاف طلاقه .

وأساس صحة هذه التصرفات أن الهازل آت بالسبب فيها غير

قاصر ان يترتب عليه مسببه ، فوقع هذا القصد عبثا لأن ترتب
المسببات على اسبابها من جعل الله ولا دخل فيه لأرادة المكلف ،
وعلى ذلك فانه يترتب على هذه الاسباب احكامها ، وان لم
يرض الهازل بهذه الاحكام أو يخترها .

(٢) الرأى الثانى فى هذه المسئلة :

هذا رأى الحنفية والحنابلة واكثر المالكية (٢) . هؤلاء الفقهاء

يفرقون فى هذه المسئلة بين حقوق العباد كالبيع والرهن والأجارة
وحق الله كالزواج والطلاق والعتاق . وفى حقوق العباد كالبيع
والرهن والأجارة والهبة والوديعة على يترتب على عبارة الهازل
لها أى أثر لعدم تحقق الرضا أو العقد الذى تقوم عليه الارادة . لأن
العقود لابد فيها من الرضا لأن الرضا ركن العقود والتصرفات فاذا
خلا العقد أو التصرف عن الرضاء كان باطلا . والهازل قد أتى
بالمبيعة عن رضى واختيار ولكنه لم يرض بترتب آثارها عليها (٣) .

أما فى حقوق الله (وهى الزواج والطلاق والاعتاق) فصحوا

عبارة الهازل فيها ، ورتبوا عليها آثارها أخذ بحديث نبوى صلى

الله عليه وسلم ثلاث جد من جد وهزلهن جد النكاح - والطلاق - والعتاق .

(١) نظريات الفقه الاسلامى د/ عبداللطيف عامر

(٢) غاية المنتهى ، ١٧ / ٣ ، كشف القناع ٥٠ / ٢ ، المغنى ٦ / ٥٣٥

رد المختار ٢ ، ٣٦٣ - ٣٦٧ ، الشرح الكبير للدسوقى ٣ / ٤

(٣) كشف القناع ٥٠ / ٢ ، المغنى ٦ / ٥٣٥ ، الشرح الكبير للدسوقى ٣ / ٤٨

حيث لا ينبغي الهزل في هذه الأمور التي فيها حق الله سبحانه (١)
واللعب والهزل والمزاح في حقوق الله غير جائز - فيكون
جد القول وهزله في جانب الله سواء بخلاف جانب العباد (٢).
خلاصة الكلام الشافعية ينهون إلى ظاهر العبارة أما غيره
من الفقهاء فانهم يأخذون بما اتفق المتعاقدان لا عبرة بما تظاهرا
به وأعلناء أمام الناس.

(١) سبل السلام ج ٣ ص ١٠٨٨ ، فتاوى ابن تيمية ج ٣ / ٤٦

حاشية ابن عابد ين ج ٣ ص ٤٣٤

(٢) اعلام الموقعين ج ٣ ص ١٢٤

الفصل الرابع : صورية العقد حالة الخطأ

الخطأ هو وقوع الفعل بدون قصد، كأن يقصد المتكلم النطق بكلمة فيسبق لسانه الى كلمة أخرى فيتلفظ بها، كأن يقول وقت وهو يريد أن يقول بعت - هناك خلاف بين الفقهاء في هذه المسئلة ونذكرها فيما يلي :

(١)
الرائى الأول : للجمهور الفقهاء (الشافعية والمالكية والحنابلة) يقولون اذا نطق العاقد دون قصدها وكان خطأ على هذه الميعة لا نشاء بها عقد ولا يترتب عليها التزام لأن أساس العقود الرضا ومن نطق بالعبارة خطأ لم يقصدها - وعندهم دليل من القرآن والسنة - قوله تعالى : " ليس عليكم جناح فيما أخطأتم به ولكن ما تعمدت قلوبكم "(٢).

وقوله عليه السلام : " رفع عن أمتي الخطاء والنسيان وما استكرهوا عليه "(٣).

فاذا قامت الأدلة أو القرائن على الخطأ لم يعتمد بعبارة المخطئ ولا يجوز الزامهما بالعقد لا ديانة ولا قضاء وان لم تقم هذه القرائن على الخطأ كان العقد ملزماً لهما أمام القضاء وغير ملزم ديانة - هذا كان رائى جمهور الفقهاء .

(١) الاشياء والنظائر للسيوطي - ٦٩، القواعد والقوائد الاصولية لابن الاحام الحنبلي، ص ٣٠ - الفروق للقرافى ٢ / ١٤٩

(٢)

(٣) حديث رواه ابن ماجه والبيهقى وغيرهما عن ابن عباس رضى الله عنهما .

الرأى الثانى للأحناف :

وخالف الاحناف جمهور الفقهاء وقالوا بصلاحيتها لانشاء
 العقد لأن الارادة والرضا خفى لا اطلاع لنا عليه (١). فإذا صدرت
 العبارة التى تدل على هذه العبارة محالا لأحد عليه نحن نترتب
 على عبارتهما أثرهما فى العقود . فلو قبلنا دعوى الخطاء فى
 التصرفات لتزلزلت المعاملات وضاعت الحقوق . رأى الحنفية فى الخطاء
 على عكس رأيهم فى الهزل الاحناف يأخذون الارادة الباطنة فى
 الهزل وليس هكذا هنا

(١) الاشباة والنظائر لابن نجيم ١ / ١٠٦ ، ٢ / ١٣٥ ،
 البحر الرائق ٣ / ٣٦٣ ،
 كشف الاسرار، ص ١٣٩٦

المطلب الخامس : " صورية العقد حالة التلجئة أو المرافعة "

هي أن يتظاهر أو يتواطأ شخصان على إبرام عقد صوري بينهما
أما بقصد التخلص من اعتداء ظالم على بعض الملكية أو بظهور
مقدار بدل أكثر من البديل الحقيقي ابتغاء الشهرة والسعة أو
لتعطية اسم الشخص الذي يعمل لمصلحته باطناً .

المواضعة أما تكون في أصل العقد أو في مقدار البديل أو
في الشخص (١) .

مثال الحالة الأولى : أن يخاف إنسان اعتداء ظالم على بعض ما
يملك فيتظاهر هو يبيعه لثالث فراراً منه ويتم العقد مستوفياً أركانه
وشرائطه . مثله بيع المدين أمواله لتهربها من وجه الدائنين ، أو
عقد قروض صورية لبعض الناس لمزاحمة الدائنين الحقيقيين أو إقرار
المهور لبعض ورثته بدين لتفضيله في نصيب الأثر (٢) .

ومثال الحالة الثانية : إعلان زيادة في المهر في عقد الزواج
بعد الاتفاق سرا على مقدار المهر الحقيقي بقصد الرباء والسعة
والشهرة أو زيادة الثمن في عقد بيع العقار لمنع الشفيع من الأخذ
بالشفعة ، فلا يجب في هذه الحالة إلا المهر المتفق عليه سرا في

(١) الفقه الاسلامي وأدلته الشيخ الزحيلي ج ٤ ، ص ١٩٣ ، ٣٦١ ،

(٢) الفروق للقرافي : ٢ / ١٤٩
القواعد والفوائد الأصولية لابن اللحام الحنبلي ص ٣٠ ،
الاشباة والظواهر للسيوطي ، ص ٦٩

عقد الزواج أو الثمن الحقيقي الذي تم به البيع ، وكا من الزواج والبيع صحيح .

ومثال الحالة الثالثة : تواطؤ اثنين على اخفاء الوكالة سرية في عمل معين والتظاهر بأن الوكيل يعمل باسمه لمصلحة الشخصية أو أنه هو الآصيل في العمل ثم يعلن أن اسمه مستعار ما كان يقر شخص بأن الدكان أو السند أو الاموال التي في يده هي لشخص آخر فيعد قوله اقرارا بالحق لذلك الشخص (١).

قد اختلف الفقهاء في هذه المسألة :

فقال الحنفية والحنابلة انه عقد باسد غير صحيح كحالة الهزل لأن العاقدين ما قصدوا البيع فلم يصح منهما كالهزلين .
أى لا يترتب اثر على العقود التي لم تتوفر فيها النية الحقيقية (٢)

وقال الشافعية هو بيع صحيح لأن البيع تم بأركانها وشروط

وأتى باللفظ مع قصد واختيار خاليا عن مقارنه هفسد والشافعية

تأخذون بالارادة الظاهرة دون الارادة الباطنة (٣)

(١) الفقه الاسلامي وادلته الزحيلي، ص ١٩٤

(٢) رد المختار والدر المختار ٤ / ٢٥٥ ، المغني ٤ / ٢١٤ ، ١٨٩
بداية المجتهد ٢ / ١٤٠ ، الشرح الكبير للرد ير مع الدسوقي
٣ / ٩١ ، اعلام الموقعين ٣ / ١٠٦ ، مواهب الجليل للخطاب ٤ / ٤٠٤ ،
القوانين الفقهية ص ٢٥٨ ، غاية المنتهى ٢ / ١٨

(٣) مغني المحتاج ٣٠ / ١٦ ، الملكية ونظر العقد الشيخ أبو زهرة ،
ص ٢٤٢ ، مختصر الصحاوي ، ص ٢٨٠ ، تكملة فتح القدير : ١٢٧ ، ٨ ،
البدائع : ٤ / ١٨٩ ، تبين الحقائق ٥ / ١٢٥ ، الام ٣ / ٨٥ ،
المهذب ١ / ٢٦٨

المطلب السادس : صورية العقد حالة الاكراه

يقصد الشخص فى حالة الاكراه التلطف بالعبارة مع فهمه بمعناها، ولكنه لم يرض بترتب الآثار عليها^(١).

إذا كان العاقد قد أكره على النطق بالعبارة التى يتم بها العقد فأتى بهذه العبارة دفعا للزنى الذى يهدده به المكره فقد اختلف الفقهاء فى حكم هذه العبارة.

فالمالكية والحنابلة والمالكية يحكم بالغاء هذه العبارة ولا يترتب عليها أى اثر شرعى فلا ينعقد بها عقد ولا يجب بها التزام، لأن الاكراه نيا فى الرضا بالعقد فالمكره لم يأت بصيغة العقد قاصرا ما يترتب عليها من التزام بل قصد فقط دفع الاذى عن نفسه فارادة المكره غير موجودة وقصده معدوم^(٢).

واستدلوا على ذلك بأدلة منها قوله تعالى:

« يا ايها الذين آمنوا لا تأكلوا اموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض منكم^(٣) ». ووجه الدلالة أن هذا النص عام فلفظ التجارة يشمل البيع وغيره من المعاملات وقوله عليه السلام: « رفع من أمتى الخطاء والنسيان وما استكرهوا عليه »^(٤). واستدلوا ايضا

- (١) الفقه الاسلامى وادلته الزخيلى ج ٤، ص ١٩٥
- (٢) مغنى المحتاج ٧ / ٢، غاية المنتهى ٥ / ٢
- البدائع : ٧ / ١٨٦، تكملة فتح القدير ٧ / ٢٩٣،
- تبين الحقائق ٥ / ١٨٢، الدر المختار ورد المختار : ٥ / ٨٩،
- المحلى ٨ / ٢٨٠،
- (٣) سورة النساء آية رقم ٢٩
- (٤) رواه ابن ماجه وابن حبان والدار القطنى والطبرانى وبيهقى والحاكم.

بما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انما البيع عن تراض .

وقد خالف الاحناف جمهور الفقهاء وقالو بصحة عبارة المكره
والعقار العقد وترتب الالتزام عليها الا ان هذه العقود تكون
فاسدة عند البعض وموقوفة على زوال الاكراه عند البعض الآخر .
وقال ابو حنيفة واحبائه (محمد وأبو يوسف) ان المكره باللفظ
المقتضى لحكم لا يقصد ، وانما هو يقصد دفع الأذى عن نفسه فانتفى
الحكم لا لتفاء القصد ولوجه ذلك ان عبارته فاسد (١) .

ويقول زفر من الحنفية ان العقد ينقصد موقوفا على اجارة
المتعاقد بين حال السعة والاختيار اى بعد زوال الاكراه واحتج لذلك
بقياس عقد المكره على عقد الفضولي ، فكما أن عقد الفضولي يتوقف
على اشارة المالك فلذلك عقد المكره يتوقف على اجازته بعد زوال
الاكراه عنه (٢) .

المطلب السابع : صورية العقد حالة القصد غير المبرور

القصد عند الفقهاء هو الباعث الدافع الى التعاقد أو العرض
المباشر للعاقد من عقده (٣) .

- (١) البدائع : ٧ / ١٨٢ ، تكملة فتح القدير ، ٧ / ٢٩٣ ،
تبين الحقائق ٥ / ١٨٢٥ ، الرد المختار ٥ / ٨٩
- (٢) المدخل الفقهي للأستاذ الزرقاء - ص ٣٦٤
- (٣) المدخل لدراسته الفقه الاسلامي ، د / حسين حامد حسان ،
ص ٤١٠ .

يقول ابن القيم في اعلام الموقعين "قد تظاهرت أدلة الشرع وقواعده على ان القهود في العقود معتبرة، وانها تؤثر في صحة العقد وفساده، وفي حله وحرمة، بل ابلغ من ذلك وهي انها تؤثر في الفعل الذي ليس بعقد تحليلًا وتحريمًا، فيميرحلا لا تارة وحراما تارة باختلاف النية والقصد كما يصير ^{جميعا} تارة وفاسد تارة باختلافها (١) .

وهذا كالذبح فان الحيوان يحل اذا ذبح لأجل الأكل، ويحرم اذا ذبح لغير الله، وكذلك السلاح يبيعه الرجل لمن يعرف أنه يقتل به مسلما حرام باطل لما فيه من الاعانة على الأثم والعدوان واذا باعه لمن يعرف أنه يجاهد به في سبيل الله فهو طاعة وقربة (٢) .

أن قصد العاقد من العقد يجب ان يكون موافقا لقصد الشارع منه فاذا خلف قصد العاقد من العقد قصد الشارع منه بطل عقده فاذا قصد العاقد من عقده قصد الشارع منه فقد صح عقده لموافقة قصده لقصد الشارع (٣) .

(١) اعلام الموقعين ٣ : ٩٦

(٢) المدخل لدراسة الفقه الاسلامي د / حسين حامد حسان ص ٤١٠ -

(٣) مختصر الطحاوي ٢٨٠، البدائع ٤ : ١٨٩، الفتاوى الخانية ٣٢٢/٢ البدائع ٥ / ١٤٣

يقول الشاطبي قصد الشارع من المكلف ان يكون قصده في العمل موافقا لقصده اي الشارع في التشريع - كل من ابتغى في تكاليف الشريعة غير ما شرعت له فقد ناقض الشريعة . وكل من ناقضها فعمله في المناقضة باطل فمن ابتغى في التكاليف ما لم تشرع له فعمله باطل (١) .

هناك القواعد الشرعية على هذه المسئلة واهم هذه القواعد قاعدة سد الفرائع وقاعد المنع من التحيل على ابطال الأحكام :

(١) قاعدة سد الفرائع : هذه القاعدة تعنى أن ما كان ذريعة أو وسيلة الى شيء يأخذ حكمه في كان وسيلة الى الحرام يحرم ، وان كان في اصله احلالا ، ومعنى هذا ان الامر الجائز في الاصل يمنع منه في الحالات التي يؤدى فيها الى ما لا يجوز ، فعقد البيع حلال مشروع في اصله لقوله تعالى .

واحل الله البيع ولكن قاعدة سد الفرائع تقضى ببطلان هذا البيع اذا قصد به المحرم أو كان الباعث الدافع اليه غير مشروع (٢)

(٢) قاعدة المنع من التحيل : يقصد بهذه القاعدة ان الامر المباح الصحيح في ظاهره يمنع منه ويحكم ببطلانه اذا تبين انه قد اتخذ حيلة الابطال حكم شرعى مثال ذلك بطلان عقد الزواج

(١) الموافقات ٢ ، ٣١٥

المدخل لدراسة الفقه الاسلامي ص ٤١٠

(٢) المدخل لدراسة الفقه الاسلامي د/ حسين حامد حسان - ص ٤١٢

الموافقات ٢ ، ٣١١

الذى قصد به تحليل الزوجة لزوجها الأول - الفقهاء متفقين على هذه القاعدة لكن اختلفوا في تطبيق هذه القاعدة .

إذا اتخذ العاقد عقداً مباحاً وسيلة لتحقيق غرض غير مباح شرعاً أي إذا كان القصد غير مشروع فلفقهاء بالنسبة للعقد في حد ذاته رأيان :

الرأي الأول للاحناف والشافعية :

يحكمون صحة القصد لتوافر ركنه وهو الإيجاب والقبول ونفيه غير المشروعة متروك أمر الله تعالى يعاقب صاحبها^(١)، وايضاً اختلفوا في تطبيق هذه القاعدة - الاحناف والشافعية يقولون ان القصد غير المشروعة يجب ان يكون ثابتاً في جميع الحالات ولا بد أن تضمنه صيغة العقد وعلى هذا فانهم لا يحكمون ببطلان بيع العنب ممن يتخذهم خمرًا الا اذا تضمنت صيغة العقد .

وفي بيع السلاح في زمن الفتنة لا بد ان يصرح المشتري في العقد بأنه يقصد بشراء السلاح القتل به^(٢).

الرأي الثاني - للحنابلة والمالكية :

يذهبون الى بطلان العقد أو التصرف الذي قصد به التوصل الى غاية محرمة سواء ذكرت هذه الغاية في صلب العقد صراحة أو ضمناً

(١) الموافقات ٢ / ٣٣١، البدائع ٤ / ١٩٠، الفتاوى الخانية ٢، ٣٢٢

(٢) المدخل لدراسة الفقه الاسلامي د / حسين حامد حسان، ص ٤١٢

أم أمكن اثباتها اثباتها بالأدلة والقرائن الخارجية والشرط عند
 المناقشة والمالكية في ابطال العقد لثبوت القصد المحرم هو أن يكون
 الطرف الآخر على علم بهذا الفرض أو الباعث فاذا لم يعلم فانه
 لا يبطل العقد^(١). ومن أصحاب هذا الرأي الزيدية والظاهرية
 والشيعة الجعفرية.

(١) شرح المنتصر المختار ٣ - ١٩، المحلى ٩ / ٢٩
 الخطاب ٤ / ٢٦٣، الفروع ٢ / ١٧١

مقارنة بين الشريعة والقانون في طرق التعبير عن الإرادة

تتم طرق التعبير عن الإرادة حسب مادة ٣ في " كتاب
قانون العقود الباكستاني " :

Communication, acceptance and revocation of proposal
The communication of proposal the acceptance of proposal
and the revocation of proposals and acceptances,
respectively, are deemed to be made by any act or
omission of the party proposing, accepting or revoking by
which he intends to communicate such proposal, acceptance
or revocation, or which has the effect of communicating
it. (1)

ذكر فيه بوضوح بأن إيجاب العقد أو قبوله إنما يتم باتيان
فعل من الأعمال أي أن يأتي البائع والمشتري بفعل يدل على تمام
العقد . فيدخل فيه التعبير بالألفاظ والأشارة والرسالة والتعاطي
والكتابة ولا خلا فبين الشريعة والقانون في هذا الصدد .

1) Contract Act. S. 3, P. 36, By Shouket Menmood.

2 AIR 1949. Nag. 286.

3) PLD. 1960. Karachi 346.

4) AIR. 1963. Gujrat 148.

5) AIR. 1940. Oudh. 287.

6) AIR. 1952. Calcutta 32.

وقد ذكر في نفس الكتاب في مادة رقم ٤ :

The communication of an acceptance is complete -
against the proposer, when it is put in a course of
transmission to him so as to be out of the power of
the acceptor, as against the acceptor, when it comes
to the knowledge of the proposer. (1)

أن إيجاب العقد في حق البائع إنما يتم إذا أخبر به
المشتري سواء بالكتابة أو بالرمالة . ويتم في حق المشتري إذا
علم به .

خلاصة الكلام : لا خلاف بين الشريعة والقانون في هذا الصدد .

1) Contract Act. S. 4, F. 40.

2) AIR 1952 Madras, India 38.

3) AIR 1954 Bombay, India, 491.

4) AIR 1949 Patna, India, 270.

5) AIR 1945 Lahore, Pakistan 260 (D.B.)

6) AIR 1954 Bombay, India, 491 (D.B.)

مقارنة بين الشريعة والقانون في صورية العقد حالة
الجنون وعدم التمييز والخطأ والاكراه والقصد غير المشروع :

أ - الجنون :

ذكر في كتاب قانون العقود الباكستاني في مادة رقم ١١

Every person is competent to contract who is of the age
of majority according to the law to which he is subject
and who is of sound mind, and is not disqualified from
contracting by any law to which he is subject (1)

أي أن كل رجل يعاقد وأن بلغ الحلم ولم يوجد كسراً في ذهنه
كالمجانين • ولم يقر القانون المروج أنه بدون الأهلية ويتمتع
أنه ليس بمجنون •

وقد وصف في حق المادة رقم ١٢ تعريف صحيح الذهن هكذا

A person is said to be of sound mind for the purpose
of making a contract if, at the time when he makes it, he
is capable of understanding it and forming a rational
judgment as to its effect upon his interest. (2)

1) Contract Act. S. 11, F. 64(A), A

A) AIR 1917 Nag. India, 215.

B) PLD 1976 S Lahore, Pakistan 258. S.c.

يقرر الرجل صحيح الذهن فانه يفهم في وقت العقد

المعاهدة ويظن فاتها فائدة له - ويحكم به .

لأجل هاتين المادتين معاهدة المجنون باطل وليس له

اثر قانوني اذن لا يوجد اختلاف في هذا الحكم بين الشريعة

والقانون .

ب - عدم التمييز :-

جاء في كتاب قانون المعاهدة الباكستاني في مادة

رقم (١١) :

Every person is competent to contract who is the age of majority according to the law to which he is subject, and who is of sound mind and is not disqualified from contracting by any law to which he is subject.

المبني غير المميز عقده باطل - ولا يرفع الدعوى بخلافه -

هكذا لا يوجد الفرق بين القانون الاسلامي والانجليزي (١).

1) Contract Act. S. 11, P 64.

PLD 1976, S.C. 258.

PLD 1978, Karachi, 158.

الخطأ - . لو عقد العاقدان وأخطأ أحدهما

فإن العقد لا يبطل^(١). لكن المادة رقم (٢٠) تقول إذا أخطأ العاقدان^(٢) فمعاهما باطلان .

وفى الفقه الاسلامي لو وجد الخطأ فى العقد فغيبه اختلاف

الفقهاء . جمهور الفقهاء الى عدم صحة هذا العقد وعند الاضاف هذا العقد صحيح . كما مر قولهم مفصلاً .

خلاصة: : هناك خلاف فى هذه المسئلة بين الفقه الاسلامي والقانون . لكن راي الاحناف يتفق مع القانون الباكستاني .

(٢) الاكبراه: : جاء فى كتاب " قانون العقود الباكستاني

(IX - OF 1872) فى مادة رقم ١٩ .

When consent to an agreement is caused by coercion, fraud or misrepresentation, the agreement to a contract voidable at the option of the party whose consent was so caused.

اي من اكتره على عقد كاذب، هذا العقد فاسدا فى حق المكروه^(٣) .

ويوجد اختلاف فى هذا الحكم فى الشريعة بين الفقهاء كما مر قولهم .

والقانون يوافق مع اى الشافعية والحنابلة والمالكية بالفاء عبارة

المكروه عدا ابا حنيفة يقول بصحة عبارة المكروه .

1) Contract Act. S. 22 P. 143.

Contract Act.S. 22.p. 143 FLD.1976 KARACHI 444 AIR 1929 Cal 670(DB

2) Contract.Act.S.20. p.134 AIR 1963 Orissa 217.

3) Contract Act.S.19-p. 123-AIR 1957 100 224 AIR 1962 S.C-1893-AIR 1962-Cal-48.

١ - قصد غير المشروع :

ذكر في كتاب قانون الحقوق الباكستاني في مادة رقم ٢٣

"... agreement which is of such nature that if permitted it would defeat the provision of any law or is fraudulent or involves or implies injury to the person or property of other or the court regards it as immoral or opposed of public policy is void.

أي هذه المادة تقول أن أي عقد يخالف مادة من مواد القانون أو يضر أحداً أو جمهور الناس أو حكمت المحكمة عليه أنه مضاء للخلق، يكون هذا العقد باطلاً - (٢٣)

وهناك خلاف في الفقه الإسلامي - الاحناف والشافعية يذهبون إلى صحة هذا العقد لتوافر ركنه والنية غير المشروعة متروكة لله تعالى يعاقب صاحبها وفقهاء الحنابلة والمالكية يذهبون إلى بطلان هذا العقد وهذا يوافق القانون الباكستاني

23) Contract Act. S. 25, P. 144.

" " S. 26. P. 212.

" " S. 27. P. 213.

" " S. 28. P. 218.

AIR 1938 Calcutta 840.

AIR 1933 Bombay, 209.

الفصل الثاني : التوافق بين ارادتي

لا بد لانعقاد العقد من ان تتوافق الارادة

محل العقد. ولا بد ايضا الا يتغير المحل . ايمن الايجد

ان يكون القبول موافقا للأيجاب في كل جزئياته سواء

الموافقة صريحة أو ضمنية فالأولى كان تقول لآخر بعثك هذه

بالف فيقول قبلت شراءها بالالف والثانية كان تقول له بعثك هذه

البدار بالف فيقول قبلت شراءها بالف وضامنة (١).

فإذا كان القبول مخالفا للأيجاب بأن ورد الايجاب على موضوع

والقبول على غيره ، أو ورد الايجاب مفيدا بوصف ، والقبول جاء مقيدا

بوصف آخر، كان يوجب العاقد عقد زواج بايجاب فيه مقدار من المهر،

ويصدر عنها القبول بمهر آخر. ففي هذه الحالة لم يلاق الايجاب

والقبول ولم يتوافقا. فلا يوجد العقد، لأن توافق الايجاب مع القبول

هو حقيقة العقد ولم يوجد هذا التوافق (٢).

ان يكون القبول موافقا للأيجاب بأن يرد على كل ما أوجبه

البائع وبما أوجبه (٣). فإذا قال الانسان لآخر بعثك هذين الثوبين

بالف ليرة. فقال المشتري. قبلت في هذه الثوب وأشار الى واحد منهما

لا ينعقد البيع. فلو قبل المشتري بأكثر مما طلب ، انعقد البيع، ولو قبل

بأقل مما ذكر البائع، لا ينعقد البيع .

(١) فتح القدير ٧٨/٥

المدخل للدراسة الفقه الاسلامي. د/ حسين حامد حسان، ص ٢٤٨

الملكية ونظرية العقد ، الشيخ ابو زهرة ص ١٨٣

(٢) الأموال للدكتور موسى : ٢٥٧

(٣) البدائع ١٣٦/٥ - ١٣٧ ، مغنى المحتاج : ٥/٢ ، كشاف القناع ١٣٦/٣

لو خالف في وصف الثمن لافى قدره ، كان اوجب البائع البيع
بثمن حال فقبل المشتري بثمن مؤجل أو اوجب بأجل الى شهر معين
فقبل المشتري بأجل أبعد منه ، فلا ينعقد البيع في الحالين لعدم
تطابق القبول مع الإيجاب (١)

جاء في البدائع " وأما الذى يرجع الى نفس العقد فهو
أن يكون القبول موافقا للإيجاب ، بأن يقبل المشتري ما أوجبه البائع
وبما أوجبه ، فإن خالفه بأن قبل غير فأوجبه أو بعض ما أوجبه أو
بغير ما أوجبه أو ببعض ما أوجبه لا ينعقد من غير إيجاب مصادا موافق .
إذا خاطب البائع رجلين فقال بعثكما هذا العبد أو هذين العبيدين ،
فقبل أحدهما دون الآخر لا ينعقد لأنه أضاف الإيجاب فى العبيدين أو عبد
واحد اليهما جميعا ، فلا يملح جواب أحدهما جوابا للآخر ، وكذا لو
خاطب المشتري رجلين فقال اشتريت منكما هذا العبد بكذا ، فأوجب
أحدهما لم ينعقد (٢) .

صور انعدام التوافق :

الصورة الأولى - أن يقبل المشتري غير ما أوجبه البائع ، كما
إذا أوجب البائع البيع فى العبد فقبل المشتري فى الحارية . فى هذه
الصورة لا ينعقد العقد ، لأن الإرادتين لم يتوافقا على محل واحد ، فانعدم
الرضا (٣) .

(١) الملكية ونظرية العقد الشيخ ابو زهرة ص ١٨٣

(٢) البدائع ١٢٦/٥ ، مغنى المحتاج ٥/٢ ، كشاف القناع ١٢٦/٣

(٣) البدائع جزء ٥ / ١٢٦

الصورة الثانية : أن يقبل المشتري بغير ما أوجبه البائع كما إذا أوجب بائع البيع بجنس ثمن (دنائير مثلا) فقبل المشتري بجنس آخر (دراهم مثلا) في هذه الصورة أيضا لا ينعقد العقد لوجه عدم توافق الارادتين (١).

الصورة الثالثة : أن يقبل المشتري بعض ما أوجبه البائع ، كما إذا أوجب البائع في العبد فقبل المشتري أحدهما ، أو أوجب البائع في كل العبد فقبل المشتري في نفسه (٢).

الصورة الرابعة : أن يقبل المشتري ببعض ما أوجبه البائع ، كما إذا أوجب البائع في شئ بآلف فقبل المشتري فيه بغمسامة ، وفي هذه الصورة لا ينعقد العقد لانعدام الرضا.

والصورة الخامسة : أن يخاطب البائع مشتريين فيقبل أحدهما دون الآخر. وفي هذه الصورة لا ينعقد البيع أيضا لانعدام رضا البائع (٣).

جاء في فتح القدير " أن يقول البائع المشتريين بعثكما هذا بآلف فقال أحدهما اشتريت دون الآخر، تعددت ، فلا يلزم لأنه لو تم في النصف لأنه خاطبهما بالكل فكان مخاطبا كلا بالنصف ، فلو لزم صار شريكا للبائع، فدخل عليه عيب الشركة فلا رضاه " (٤)

(١) البدائع جزء ٥ / ١٣٦

(٢) البدائع جزء ٥ / ١٣٦ ، فتح القدير ج ٥ ، ص ٧٧ - ٨٢
كشف القناع ٣ / ١٣٦

(٣) البدائع جزء ٥ ، ص ١٣٦

(٤) فتح القدير ج ٥ ، ص ٧٨ - ٨٢

الصورة السادسة : أن يخاطب المشتري بالفين، فيقبل أحدهما دون الآخر وهنا أيضا لا ينعقد البيع لانعدام رضا المشتري .

حكم الغدام التوافق

وعند انعدام التطابق في آية صورة من صورة المختلفة التي ذكرناها، يعتبر القبول، الذي لم يوافق الايجاب، ايجابا مبتدأ موجها للموجب من المتعاقد الآخر، فإذا قبله الموجب في مجلس العقد، وكان قبوله مطابقا لهذا الايجاب المبتدأ، انعقد العقد (١).

ولقد اشترط الفقهاء في توافق القبول مع الايجاب ثلاثة

شروط :

أولها: ان يكونا في مجلس واحد.

ثانيهما: ألا يصدر من التعاقد الثاني ما يدل على اعراضه بأن يفصل بينهما بكلام أجنبي لأصل له مبرطة بموضوع العقد.

ثالثها: ألا يرجع الموجب في ايجاب قبل قبول القابل (٢):

وانما اشترط الشرطان الثاني والثالث، لأن الفصل بكلام أجنبي اعراض عن الايجاب ورفض له، فيعتبر كأن لم يكن، فإذا جاء قبول بعد ذلك، فقد جاء على غير ايجاب وقيام على غير عمار. وإذا رجع الموجب في ايجابه قبل قبول التعاقد، فقد سحب الايجاب، وصار كأن لم يكن، فيعتبر القبول بعد ذلك واردا أيضا على غير ايجاب يرضى عليه،

(١) البدائع ١٣٦/٥، فتح القدير ٧٨/٥، مغنى المحتاج ٢/٥٠، كشف القناع ١٣٦/٣

(٢) المدخل لدراسة الفقه الاسلامي د/ حسين حامد حسان ٢٤٨، ٢٤٩

وللوجوب ان يرجع عن ايجابه مدام لم يقيد بالقبول،

أما اشتراط المجلس الوفاء بالايجاب والقبول، فلان الايجاب لا يكون حراً من العقد الا اذا التحق به قبول، وكان مقتضى هذا أن يتم القبول فور الايجاب (١).

ويرى الشافعية ان اتصال القبول بالايجاب التي يتعقد به العقد لا يتحقق الا اذا صدر القبول عقب الايجاب مباشرة دون فاصل زمني فاذا صدر القبول بعد الايجاب بمدة فان الاتصال لا يوجد وان بقى مجلس التعاقد قائماً (٢).

وأما الجمهور فانهم ليستحسنون اعتبار الايجاب قائماً طالما كان مجلس العقد قائماً ولم يصدر عن احد المتعاقدين ما يبطل على اعراضه عن العقد. وسند هذا الاستحسان هو رعاية مصالح الناس ورفع الحرج عنهم ذلك ان المتعاقد قد يحتاج الى التروى والنظر قبل القبول حتى يكون قبوله هذا دليل على رضاه التام بالعقد (٣).

والشافعية يقومون بان التروى يمكن بعد انعقاد العقد، اذ لكل من العاقدین منهم أن يرجع في عقده طالما كان مجلس العقد قائماً. (٤)

خلاصة: : توافق الايجاب والقبول ضروري في انعقاد العقد فاذا اختلفا فلا يترتب عليهما اثر ولا يصح بهما العقد.

- (١) الملكية ونظرية العقد الشيخ ابو زهرة ص ١٨٣، البدائع ١٣٦/٥، فتح القدير ٧٨/٥
- (٢) المدخل لدراسة الفقه الاسلامي د/ حسين حامد حسان ص ٢٥٠
- (٣) فتح القدير ٧٨:٥، حاشية الصاوي على الشرح الصغير : ١٧/٢
- (٤) الملكية ونظرية العقد للشيخ ابو زهرة ٨٣/، مغنى المحتاج ٥/٢، كشف القناع ١٣٦/٢، المدخل لدراسة الفقه الاسلامي د/ حسين حامد ٢٥١

المبحث الأول :أثر اتحاد المجلس في توافق الإرادتين

مجلس العقد هو المكان الذي يوجد فيه المتعاقدان ويبدأ من وقت صدور الإيجاب . ويبقى مادام المتعاقدان منصرفين إلى التعاقد ولم يبدو اعراض من أي منهما (١).

ومجلس العقد هو الحال التي يكون فيها المتعاقدان مشتغلين فيه بالتعاقد. وبعبارة أخرى: اتحاد الكلام في موضوع التعاقد (٢).

مجلس البيع هو مكان الاجتماع الذي فيه يعقد البيع (٣).

يجب أن يكون الإيجاب والقبول في مجلس واحد، فاتحاد المجلس شرط في الانعقاد، وهذه هي نظرية مجلس العقد. والغرض من هذه النظرية هو تحديد المدة التي يصح أن تفصل القبول عن الإيجاب، حتى يتمكن من عرض عليه الإيجاب من المتعاقد أن يتدبر أمره فيقبل الإيجاب أو يرفضه. ولو اشترطنا أن يكون القبول فوراً لتضرر المتعاقد الآخر، إذ لا يتيسر له وقت للتدبر. الفقه الإسلامي لا يطلب من المتعاقد الآخر القبول فوراً. بل له أن يتدبر بعض الوقت .

إن الأصل هو ألا يتوقف الإيجاب على وجود القبول ذلك أنه إذا وجد القبول انعدم الإيجاب من زمان وجوده، فوجد القبول ولايجاب

(١) مصادر الحق في الفقه الإسلامي للسنيهوري ١ / ٦ - ٧ .

(٢) الفقه الإسلامي وأدلته ٤ / ١٠٦ .

(٣) شرح المجلة الجزء الأول للخلا آتاشي المادة (١٨١)، ص ٥٣، الأحوال ونظرية العقد للدكتور محمد يوسف موسى، ص ٢٥٩، البدائع ٥ / ١٢٧، مواهب الجليل للخطاب ٤ / ٢٤٠، غايية المنهى ٤ / ٢ .

منعدهم، ولكن اعتبار ذلك يسد باب التعاقد فتوقف الإيجاب على القبول
 حكما في مجلس العقد، وجعل المجلس حائما للشطرين مع تفرقهما
 للضرورة. وعند الشافعي حق **الغزو** مفضى بالغور، فوجب أن يصدر القبول
 فوراً عقب الإيجاب. وإما أن يكون للقابل خيار المجلس للتبديل^(١).

حدود مجلس العقد عند الفقهاء

قرر جمهور الفقهاء ومنهم الحنفية والمالكية، والحنابلة أنه
 لا يشترط الفور في القبول، لأن القابل يحتاج إلى فترة للتأمل، فلو
 اشترطت الفورية لايمنه التأمل وإنما يكفي صدور القبول في مجلس
 واحد، ولو طال الوقت إلى آخر المجلس لأن المجلس الواحد يجمع
 المتفرقات للضرورة، وفي اشتراط الفورية تضيق على القادر أو تفويت
 للمصلحة من غير مصلحة راجحة، فإن رفض فوراً، فتضيع عليه الثقة وإن قيل
 فوراً، فربما كان في العقد ضرر له، فيحتاج لفترة تأمل^(٢).

جاء في البدائع " وأما الذي يرجع إلى مكان العقد فواحد
 وهو اتحاد المجلس بأن كان الإيجاب والقبول في مجلس واحد، فإن اتفقا
 المجلس لا ينعقد، حتى لو أوجب أحدهما البيع، فقام الآخر عن المجلس
 قيل القبول، أو اشغل بعمل آخر يوجب اختلاف المجلس. ثم قيل لا ينعقد.

(١) الملكية ونظرية العقد الشيخ ابو زهرة ص ١٧٥،

مفنى المحتاج ٦ / ٢

(٢) فتح القدير ٥ / ٧٨، الشرح الكبير للدردير ٣ / ٥، غاية المنتهى

٢ / ٤، مواهب الجليل للخطاب ٤ / ٢٤٠، الشرح المغير من حاشية

ص ١٧، البدائع ٥ / ١٣٧

لأن القياس يتأخر أحد الشطرين عن الآخر في المجلس لأن كلما وجد أحدهما انعدم الثاني من زمان وجوده ، فوجد الثاني والأول منعدم ، فلا ينتظم الركن ، إلا أن اعتبار ذلك سؤدى الى اشتراط باب البيع ، متوقف أحد الشطرين على الآخر حكما وحمل المجلس جامعا للشطرين مع تفرقهما للضرورة هذا عند الإحاطة وعند الشافعي رحمه الله الغور مع ذلك شرط لا ينعقد الركن بدونه (١) .

وانما يمتد (خيار القبول) الى آخر المجلس لأن المجلس جامع المتفرقات ، فاعتبرت ساعاته ساعة واحد دفعا للعسر وتحقيقا لليسر... - قال وأيهما قام عن المجلس قبل القبول بطل الإيجاب ، لأن القياس دليل الاعراض والرجوع " (٢) .

وجاء في الخطاب " والذي حصل عندي من كلام أهل المذهب انه اذا آجابه في المجلس ، بما يقتضى الامضاء والقبول من غير فاصل لزمه البيع اتفاقا ، وان تراخى القبول عن الإيجاب حتى انقضى المجلس لم يلزمه البيع اتفاقا ، وكذا لو حصل فاصل يقتضى الاعراض عما كانا فيه حتى لا يكون جوابه جوابا للكلام السابق في العرف لم ينعقد البيع (٣) .

جاء في الشرح الكبهر على المقنع

وان تراخى القبول عن الإيجاب صح ما دام في المجلس

(١) البدائع - ٥ / ١٣٦

(٢) فتح القدير ٥ / ٧٨ - ٨٢

(٣) الخطاب - ٤ / ٢٤٠

ولم يتشاعلا بما يقطعه، وألفلا، لأن حاجة المجلد : حالة العقد بدليل أنه يكتفى بالقيض فيه مما يشترط قبضه فإن تفرغها عن المجلس أو تشاعلا بما يقطعه لم يصح، لأن العقد إنما يتم بالقبول، فلم يتم مع تباعده عنه كالاتثناء والشرط وخير المستدأ الذي لا يتم الكلام إلا به " (١) .

كما ذكرت من قبل عند الشافعية أن يكون القبول فور الإيجاب ، فلو تخلل لفظ أجنبي لاتعلق له بالعقد ولو يسيرا بأن لم يكن من مقتضاه ولا من مصالحه ولا من مستحباته ، لايتحقق الاتصال بين القبول والإيجاب ، فلا ينعقد العقد (٢) .

التعاقد بالهاتف والمراسلة

ليس المراد من اتحاد المجلس كون المتعاقدين في مكان واحد، لأنه قد يكون مكان أحدهما غير مكان الآخر، إذا وجد بينهما واسطة اتصال، كالتعاقد بالهاتف أو بالمراسلة (٣) . وإنما المراد باتحاد المجلس اتحاد الزمن أو الوقت الذي يكون المتعاقدان مشتغلين فيه بالتعاقد. فمجلس العقد هو الحال التي يكون فيها المتعاقدان مقبلين على التفاوض في العقد (٤) وعن هذا قال الفقهاء أن المجلس بجميع المتفرقات (٥) .

- (١) الشرح الكبير على المقنع - ٤ - ٤
- (٢) نهاية المحتاج ٣ / ٨ ، مغنى المحتاج ٦ / ٢ ، البدائع ج ٥ / ١٣٨ ، فتح القدير ج ٥ / ٧٩
- (٣) الشرح الكبير للدردير ٣ / ٣ ، المدخل الفقهي ٩٨٦ / ٢
- (٤) المدخل الفقهي للزرقاء ف ١٧١
- (٥) البدائع : ٥ / ١٣٧

وعلى هذا يكون مجلس العقد في المكالمات الهاتفية : هو زمن الاتصال مادام الكلام في شأن العقد، فإن انتقل المتحدثان الى حديث آخر انتهى المجلس ومجلس الدعاة بارسال الرسول، أو بتوجيه خطاب هو مجلس تبليغ الرسالة، أو وصول الخطاب .

التعاقد حالة المشي أو الركوب

إذا تعاقد شخصان على ظهر سفينة أو متن طائرة، أو في قطار أو سيارة انعقد العقد، سواء أكانت هذه الوسائل واقفة أو ماشية لأن الشخص لا يستطيع إيقاف تلك الوسائل، فاعتبر مجلس العقد فيها مجلساً واحداً،

إذا كان العاقدان ماشيين على الأقدام، أو راكبين دابة واحدة أو دابتين، فقد تشدد الحنفية في تصور المجلس فقالوا: إذا تم القبول متصلاً بالإيجاب، انعقد العقد، حتى ولو مشيا خطوة واحدة أو خطوتين فإن مشيا خطوات ثلاثة فأكثر، ثم حدث القبول، لم ينعقد العقد، لأن العاقدان يستطيعان الوقوف، أو إيقاف الدابة لسدولية العقد، فإن سارا فقد تبدل المجلس قبل القبول (١).

اتحاد المجلس ضروري لانعقاد العقد إن بدون اتحاد مجلس العقد لا ينعقد العقد وهذا أثر اتحاد مجلس العقد بدون اتحاد مجلس العقد لا يكون توافق بين الإرادتين. وإن لم يكن التوافق بين الإرادتين لا ينعقد العقد. ويتبدل مجلس العقد.

(١) البدائع : ٢٣٢/٢ و ١٣٧/٥، فتح القدير - ٧٨/٥ - ٨٠

فإذا صدر القبول في حال اتحاد المجلس ، نشأ العقد ، وإذا صدر القبول بعد تغيير المجلس لم يعتبر ولم ينشأ به العقد ، وضابط ذلك أن القبول يكون معتبرا مادام لم يتخلل بينه وبين الإيجاب ما يعد اعتراضا عن العقد من أحد الطرفين ومادام مجلس العقد قائما (١) .

اتحاد مجلس العقد شرط من الشروط الثلاثة في توافق القبول مع الإيجاب . لأن هذا شرط لانعقاد العقد وهو اتصال الإيجاب والقبول في مجلس العقد أن وقع التعاقد بين حاضرين . فإن كان أحدهما غائبا . وتم التعاقد بطريق الرسالة أو الرسول كان مجلس العقد هو مجلس العلم بما يحمله الرسول أو تضمنه الرسالة (٢) .

خلاصة: : أن اتحاد المجلس ضروري في تطابق القبول والإيجاب ، فإن لم يتطابق القبول مع الإيجاب ، وحديث مخالفة بينهما لا ينعقد العقد .

(١) الاموال ونظرية العقد للدكتور محمد يوسف موسى ، ص ٢٥٩

(٢) البدائع ٢ / ٢٣٢ ، فتح القدير ٧٨ / ١٥

المبحث الثاني

حتى يعتبر السكوت عن الرد قبولاً موافقاً له .

والسكوت على اعتبار أنه دال على الرضا . والسكوت مظهر للتعبير

عن الإرادة يختلف عن جميع المظاهر الأخرى فالسكوت لم يعبر بطريق

إيجابى عن آية إرادة لذلك قيل فى الفقه الإسلامى ولا ينسب الى ساكت

قول " ويصدق هذا على الإيجاب دون القبول ، فالإيجاب لا يمكن أن يستخلص

من محض السكوت . أما القبول فيجوز استخلاصه من الظروف الملازمة

ولذلك قيل تكملة للعبارة الدولى . ولكن السكوت فى معرض الحاجة بيان (١)

حاء فى المدخل الفقهى " لا ينسب الى ساكت قول ، لكن السكوت

فى معرض الحاجة بيان " .

فالساعدة الأولى هى (لا ينسب الى ساكت قول) .

والثانية هى (السكوت فى معرض الحاجة بيان) .

أن الإرادة أمر خفى ، فاستعيف عنها بالكلام الدال عليها كما

استعيف عنها . عند تعذر الكلام - بالكتاب والإشارة ، أما السكوت فليس

عوضاً عن الإرادة ولا دليلاً عليها . فلا يعطى حكم الكلام ولذلك تطبيقات

وامثلة كثيرة فى الشرع منها :

(١) مصادر الحق للسنهورى ج ٢٠١ ، ص ١٣٠

المدخل الفقهى للمجلى ص ٥٧

شرح المجلة للاتاشى ١ / ١٨١

(١) إذا أخذت الزوجة شيئاً من مال زوجها ، استعملته وهو يعلم ويرى ثم ادعت أنه وهبها إياه مستدلة بسكوته لم تدرك في دعواها لأن السكوت لا يجعل هبة (١) .

(٢) ولو أتلّف إنسان مال آخر وهو يراه ولا يكره عليه لاتعتبر ذلك السكوت رضا بالاتلاف ، وله أن يضمنه قيمة ما أتلّف .

أما الجزء الثاني من القاعدة فهو استثناء من الجزء الأول لأنه يعتبر سكوت الساكت قولاً منه عند الحاجة ، وخرجت عن هذه القاعدة مسائل كثيرة يكون السكوت فيها كالنطق منها .

(١) إذا سأل البكر وليها عن موافقتها على الزواج من فلان فسكت ، عد ذلك منها موافقة على الزواج المعروض عليها ، لضرورة ما بها من الاستحياء ، وذلك على خلاف الشيب ، فإن سكوتها لاتعتبر رضا منها بالزواج لعدم ضرورة ذلك .

(٢) سكوت النبي - صلى الله عليه وسلم - عن بعض الأعمال التي كان يفعلها أصحابه يعتبر موافقة وإباحة لتلك الأعمال وذلك ضرورة حرمة سكوته على محرم .

-
- (١) المدخل الفقهي ملحق ص (٥٧)
الاشياء والنظائر للسيوطي ص ١٥٨ - ١٥٩
مصادر الحق للسنهوري ص ١٣١
(٢) مصادر الحق للسنهوري ج (٢٠) ص ١٣٣

- (٣) إذا رأى الشفيع الدار تباع ، فسكت ولم يطالب بالشفعة ، عد سكوته إسقاطاً لشفعته ، لضرورة دفع الضرر عن المشتري^(١) .
- (٤) سكوت المقر له قبول ويرتد برده .
- (٥) سكوت المفروض له قبول التفويض وله رده .
- (٦) سكوت الموقوف عليه قبول ويرتد برده وقيل لا .
- (٧) سكوت البائع الذي له حق حبس المبيع حين رأى المشتري قبض المبيع اذن بقبضه صحيحاً كان البيع أم فاسداً .
- هناك مسائل كثيرة وهذه الشلاشون في حامع الفصولين وغيره .
- وحاء في الاشياء والنظائر للسيوطي " لا ينسب الى ساكت قول هذه عبارة الشافعي رضي الله عنه . ولهذا لو سكت عن وطء أمته لا يسقط المهر قطعاً ، أو عن قطع عفو منه ، أو اتلاف شيء من ماله مع القدرة على الدفع لم يسقط ضمانه بلا خلاف ، بخلاف ماله أو آذن في ذلك (٢) ومن هذه النصوص يتبين أن السكوت في الفقه الاسلامي يعتبر قبولاً إذا اقترنت به ملاسيات تجعل دلالة تنصرف الى الرضاء . وقد أخذ التقنين المدني العراقي بهذه القاعدة ، فحرت المادة (٨) منه بما يأتي .
- (١) " لا ينسب الى ساكت قول ، ولكن السكوت في معرض الحاجة الى الميمان يعتبر قبولاً " .

(١) الأشياء والنظائر لابن نجيم - ١٨٤/١ ، السيوطي / ١٥٨ - ١٥٩

شرح المجلة - ١٨١/١ - ١٨٥

(٢) الأشياء والنظائر للسيوطي - ٩٧ - ٩٨

(٢) ويعتبر السكوت قبولا بموجب خاص اذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين واتصل الايجاب بهذا التعامل، او اذا تمحض الايجاب لمنفعة من وجه اليه وكذلك يكون سكوت المشتري بعد ان يتسلم البضائع التي اشتراها قبولا لما ورد في فائمة الثمن من شروط .

المبحث الثالث : كيف يتم القبول في عقود المزارع

يقرر الفقه الاسلامي بيع المزارع، ويسميه " بيع من يزيد" قبل البحث على الكلام أريد ان أفرق بين بيع من يزيد وبيع المستام بيع من يزيد جائز وبيع المستام مكروه . مثلاً بيع المستام على سوم أخيه وهو أن يساوم الرجلان ، فطلب البائع سلعته ثمناً ورضى المشتري بذلك الثمن، لما روى عن رسول الله - صلى الله عليه وسلم " لا يستام الرجل على سوم أخيه " (١) ولا يخطب على خطبة أخيه ، وروى " لا يسوم الرجل على سوم أخيه " فكان البيع مشروعاً فيحوز شراءه ولكنه يكره ، وهذا إذا جنح البائع لبيع بائع الذي طلبه المشتري الأول ، فإن كان لم يحنج له فلا بأس للثاني أن يشريه ، لأن هذا ليس استيئاماً على سوم أخيه فلا يدخل تحت النهي (٢) .

وبيع من يزيد هي إذا عرض البائع سلعته في السوق ليأخذها من يرغب فيها عن طريق المزايدة ، وهو حائر لما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم باع قنطرة وطعناً له ببيع من يزيد ، وما كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يبيع بيعاً مكروهاً " (٣) .

وجاء في الزيلعي " وكذا السوم إنما يكره فيما إذا حنح قلب البائع إلى البيع بالثمن الذي سماه المشتري : وأما إذا لم يحنح

(١) رواه بخاري في كتاب البيوع ص ٩٠ ، طبع دار الجيل بيروت .

(٢) مصادر الحق للسنيهوري ج ١ ، ٢ ، ص ٦٠ ، الزيلعي ٦٧ / ٤ ، فتح القدير ٢٣٩ / ٥ ، مختصر الطحاوي ص ٨٤ ، المذهب للشيرازي ٢٩١ / ١

(٣) البحر الزخار ، ٢٩٣ / ٣ ، البحر الرائق ٩٩ / ٦

المبحث الثالث : كيف يتم القبول في عقود المزارع

يقرر الفقه الإسلامي بيع المزارع، ويسمى "بيع من يزيد" قبل البحث على الكلام أريد أن أفرق بين بيع من يزيد وبيع المستأمن بيع من يزيد جائز وبيع المستأمن مكروه. مثلاً بيع المستأمن على مسوم أخيه وهو أن يساوم الرجلان، فطلب البائع سلعته ثمناً ورضى المشتري بذلك الثمن، لما روى عن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - "لا يستأمن الرجل على مسوم أخيه" ^(١) ولا يخطب على فطبة أخيه، وروى "لا يسوم الرجل على مسوم أخيه" فكان البيع مشروعاً فيحوز شراًه ولكنه يكره، وهذا إذا جنح البائع لبيع بائع الذي طلبه المشتري الأول، فإن كان لم يجنح له فلا بأس للشاني أن يشريه، لأن هذا ليس استأماناً على مسوم أخيه فلا يدخل تحت النهي ^(٢).

وبيع من يزيد هي إذا عرض البائع سلعته في السوق ليأخذها من يرغب فيها عن طريق المزايدة، وهو جائز لما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم باع قنصاً وطساً له ببيع من يزيد، وما كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يبيع بيعاً مكروهاً ^(٣).

وحاء في الزيلعي "وكذا السوم إنما يكره فيما إذا جنح قلب البائع إلى البيع بالثمن الذي ساء المشتري. وأما إذا لم يجنح

(١) رواه بخارى في كتاب البيوع ص ٩٠، طبع دار الجيل بيروت.

(٢) مصادر الحق للسنهوري ج ١، ٢، ص ٦٠، الزيلعي ٦٧/٤، فتوح القدير ٥/٢٣٩، مختصر الطحاوى ص ٨٤، المذهب للشيرازي ٢٩١/١.

(٣) البحر الزخار، ٣/٢٩٢، البحر الرائق ٦/٩٩.

قلبه ولم يرضه ، فلا بأس بغيره أن يشره بأزيد ، لأن هذا بيع من يزيد (١) .

وجاء في مختصر الطحاوى " ولا ينبغي أن يسوم الرجل على سوم أخيه ، إذا جنح البائع إلى بيعه (٢) .

وجاء في المذهب للشيرازى . ويحرم أن يبيع على بيع أخيه ، وهو أن يجى إلى من يشتري شيئاً فى مدة الخيار فيقول أفسخ انى أبيعك أجدد منه بهذا الثمن أو أبيعك مثله بدون هذا الثمن ، بما روى أبو هريرة - رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : لا يبيع الرجل على بيع أخيه ... ويحرم أن يدخل على سوم أخيه وهو أن أن يجى إلى رجل أنعم لغيره فى بيع سلعة بثمن فزيده يبيع منه (٣) .

ومن هذه النصوص تميز الفرق بين " بيع المستام " وبيع من يزيد " فالأول مكروه والثانى جائز - وبيع المستام على صورتين : أما أن يزايد المشتري على المشتري بعد أن تم البيع على ثمن معلوم .

وأما أن يناقش البائع بعد أن تم البيع فيعرض المناقش على المشتري سلعة أجود بمثل الثمن أو سلعة مماثلة بانقضاء من الثمن .

(١) الزيلعى / ٤ - ص ٦٧

(٢) مختصر الطحاوى - ص ٨٤

(٣) المذهب للشيرازى - ١ - ٢٩١

أما إذا عرض البائع سلعته في السوق ليأخذها من يرغب فيها عن طريق المزايدة، فهذا بيع من يزيد، وهو جائز، ويختلف عن بيع المستام في أن المزايدة إنما تكون قبل أن يتم البيع، فينافس المشترون في شراء السلعة، ويغيب بيع عادة لمن يعرض الثمن الأعلى (١)

القبول في عقد المزااد :

أن الإيجاب في هذا البيع هو التقدم بعطاء، وأن القبول هو إرساء المزااد على المتقدم بالعطاء، وأن صاحب السلعة مخير في أن يمسك سلعته أو أن يرسى المزااد فيها، وذلك حتى ينقض مجلس المناداة، ثم أن من يتقدم بعطاء يلزمه هذا العطاء ولا يستطيع الرجوع فيسه والخيار للبائع أن كل من زاد في السلعة لزمته بما زاد فيها أن أراد صاحبها أن يمضيها له، ما لم يسترد سلعته فيبيع بعدها أخرى، أو يمسكها حتى ينقض مجلس المناداة " (٢).

أي من زاد في السلعة أي من تقدم بعطاء فيها يكون هو الذي أوجب العقد، ويلتزم بإيجابه، فلا يستطيع الرجوع فيه ويكون صاحب السلعة بالخيار أن أراد قبل الإيجاب وأمضى الصفقة أما إذا استرد سلعته، وباع بعدها أخرى، ولو قبل انقضاء مجلس المناداة، أو أمسك السلعة ولم يصدر منه قبول حتى انقضى مجلس المناداة، والظاهر أن

(١) فتح القدير ٥ / ٢٣٩، مختصر الطحاوى ٨٤

المذهب للشيرازى ١ / ٢٩١

(٢) الخطاب ٤ / ٢٣٧

البدائع ٥ / ٢٣٣

البيع لا ينعقد، وأن الإيجاب ذاته يسقط بالتقضاء مجلس المناداة (١).

عقد المزااد فى القسانون :

تنص المادة ٩٩ من التقنين الممدنى المصرى على أنه " لا يتم

العقد فى المزايات الا برسو المزااد، ويسقط العطاء بعطاء يزيد عليه ولو كان باطلا " وتنص المادة ١٠٠ من التقنين الممدنى السورى على أنه " لا يتم العقد فى المزايادات بالاباحة القطعية، ويسقط العطاء بعطاء يزيد عليه ولو كان باطلا ".

وهناك عقود تنتم فى بعض الاحيان لامن طريق الممارسة، يل من طريق المزايدة واهم هذه العقود البيع والايجار، فالبيع الجبرى عن طريق القضاء أو عن طريق الارادة يتم بالمراد. وكذلك البيع التى تحريها المحاكم الحسية وقد يقع البيع الاختيارى كذلك بطريق المزااد اذا اختار البائع هذا الطريق وكثيرا ما تؤجر لجهات الحكومية ووزارة الأوقاف أراضى وعقارات بطريق المزااد (٢).

(١) البحر الرائق ٩٩ / ٦

فتح القدير ٥ / ٢٣٩

(٢) الوسيط - ١ / ٢٢٦ - ٢٢٨

المبحث الرابع

(العاقدان لا يجمعهما مجلس واحد أى حكم التعاقد بالرسالة)

الرسالة هى أن يرسل العاقد للعاقد الآخر النائب رسلاً يبلغه .
(١)
الإيجاب شفاهاً باللفظ - الرسالة - المقصود به التعيين عن الإرادة .

والأصل فى الفقه الإسلامى أن الإيجاب والقبول لابد من اقتران

أحدهما بالآخر فى مجلس واحد . فإذا أوجب أحد العاقلين فى غياب

العاقد الآخر لم يتوقف الشطر حتى لو بلغ الآخر فقبل . . لكن وصول

الإيجاب إلى مجلس القياس عن طريق الرسالة هو نقل الإيجاب إلى

مجلس القبول . . فيكون اقتران القبول بالإيجاب قد وقع فى مجلس واحد .
(٢)

فإذا أرسل العاقد رسلاً يبلغ إيجابه ، فالرسول ليس ناقلاً

الإيجاب نقلاً مادياً اذ هو يفتصر على نقل إرادة العاقد . وفى هذا يختلف

عن النائب الذى يعكس عن إرادته لا عن إرادة الأصيل . وإذا نقل الرسول

الإيجاب للعاقد الآخر ، وقبل هذا فى مجلس أداء الرسالة ، انعقد العقد ،

لأن الرسول ناقل ، فلما قبل العاقد الآخر اتصل لفظه بلفظ الموجب

حكمًا . أما لو بلغ أحد الإيجاب بغير أمر الموجب فقبل العاقد الآخر ،

لم انعقد ، لأن المبلغ ليس رسلاً بل فضولاً (٣) .

(١) الفقه الإسلامى وأدلته الشيخ الزخيلى ٤ / ٣٦٥

(٢) البدائع ٥ / ١٢٨

فتح القدير ٥ / ٧٩

(٣) الزيلعى ٤ / ٤ ، البدائع ٥ / ١٢٨

المجلس فى الرسالة :

يرسل شخص خطابا لآخر يقول فيه " بعثك سيارتى كذا " فاذا وصله الكتاب ، فقال فى مجلس قراءة الكتاب . قبلت ^{الخط} البع ، فان ترك المجلس ، أو صدر منه ما يدل على الاعراض عن الإيجاب ، كان قوله غير معتبر . وفى حال ارسال رسول الى آخر مثل ارسال الكتاب ، يعتبر مجلس وصول الرسول هو مجلس العقد ، فيلزم أن يقبل فيه ، فان قسام من مجلس قبل ان يقبل انتهى مفعول الإيجاب . فالمعتبر هو مجلس بلوغ الرسالة . ومرة الرسالة أن يقول شخص بعث لفلان كذا ، فاذهب لفلان وقبل له ، فذهب الرسول ، فأخبره ، فقبل المشتري فى مجلسه ذلك صح العقد .

والشافعية والحنابلة - رحمهما الله - يقولون ، صح التعاقد بالكتابة أو الرسالة فيما إذا كان العاقدان غائبين ، أما فى حال الحضور فلا حاجة الى الكتابة ، لان العاقد قادر على السطوق ، فلا ينعقد العقد بغيره (١) .

الرجوع بالرسالة :

فالرجوع فى الإيجاب بالرسالة جائز ، فيصح رجوع المرسل عن الإيجاب الذى أرسله قبل بلوغ ذلك للعاقد الآخر وقبوله ، سواء علم العاقد الآخر بالرجوع أو لم يعلم ، حتى أو قبل بعد ذلك لا ينعقد العقد .

النصوص الواردة في بعض الكتب :

جاء في البدائع : إذا أوجب أحدهما البيع والآخر عائب

فبلغه فقبل لا ينعقد^(١) بأن قال بعث عبيد هذا من فلان العائب بكذا

فبلغه فقبل. ولو قبل عنه قابل ينعقد. والاصل في هذا أن أحد الشطرين

من أحد العاقدين في باب البيع يتوقف على الآخر في المجلس ولا يتوقف

على الشطر الآخر من العاقد الآخر فيما وراء المجلس بالأجماع، إلا إذا كان

عنه قابل، أو كان بالرسالة.

الرسالة هي أن يرسل رسولا إلى رجل، ويقول للرسول اني

بعث عبيد بكذا، فذهب الرسول وبلغ الرسالة، فقال المشتري في

مجلسه ذلك قبلت. انعقد العقد، لأن الرسول سفير ومفسر عن كلام المرسل

ناقل كلامه إلى المرسل اليه^(٢).

الرسالة أن يقول اذهب إلى فلان وقل له ان فلانا باع عبيده

فلانا بكذا، فجاء فآخيره فأجاب في مجلسه ذلك بالقبول، وكذا إذا قال

بعث عبيد فلانا من فلانا بكذا فذهب بإفلاان فآخيره، فذهب فآخيره

فقبل، وهذا لأن الرسول ناقل^(٣).

والخلاصة ان الرسالة هي إحدى طرق التعبير عن الإرادة.

(١) البدائع ١٣٨ / ٥

فتح القدير ٧٩ / ٥

(٢) البدائع جزء ٥ / ص ١٣٨

(٣) فتح القدير ٥ - ٧٩

المهذب ١ / ٢٥٧ غاية المنتهى ٢ / ٤٠

مقارنة بين الشريعة والقانون في التوافق بين اداتي المتعاقدين

جاء في كتاب " قانون العقود الباكستاني مادة رقم (٧)

In order to convert a proposal into a promise the

acceptance must be absolute and unqualified.

ذكره في هذه المادة بوضوح لا بد أن يكون التطابق بين الأيجاب

والقبول في كل عقد، أي يجب على المشتري أن يكون قبوله مطابقاً للإيجاب
البائع (١).

لا يوجد اختلاف في هذا الحكم بين الشريعة والقانون، وذكر

في شرح مادة رقم (٧) أن السكوت من جانب المشتري لا يعد قبولاً موافقاً
للإيجاب (٢). لكن السكوت في بعض الحالات يعتبر قبولاً في الفقه الإسلامي.

وهناك خلاف في هذه المسئلة بين الشريعة والقانون.

1)	Contract	Act	Section 7, Page 44.
	AIR	1951	Mad. AIL 93.
	PLD	1965	Karachi. 202 (D.B.)
	AIR	1988	Andhra Pardash Para: 533.
	PLD	1965	Karachi Para: 202.
	AIR	1958	Andhra Pardash Para: 533.
	AIR	1964	S.C. 892.
	PLD	1958	Karachi 278.
	PLD	1978	Lahore. 264.
2)	AIR	1927	 407.

مقارنة بين الشريعة والقانون في التعاقد بالرسالة

ذكر في مادة رقم (٣) في كتاب العقد الباكستاني بأن
الايجاب العقد أو قبوله انما يتم باتيان فعل من الافعال أي أن
يأتى البائع والمشتري بفعل يدل على تمام العقد. فيدخل فيه التعبير
باللفاظ والاشارة والرسالة. ولا خلاف بين الشريعة والقانون في
هذا الحكم (١).

1)	Contract	Act.	Section. 3, Page 36.
	AIR	1949	Nag. 286.
	PLD	1960	Karachi 346.
	AIR	1963	Gujrat 148.
	AIR	1940	Oudh 287.
	AIR	1952	Calcutta 32.

الفصل الثالث

(٩٢)

الفصل الثالث : عيوب الرضا وفيه المباحث التالية :

المبحث الأول : الغلط وفيه المطالب لآتية :

(١) المطلب الأول : تعريف الغلط : الغلط . ناه أن يذكر محل

العقد المعين موصوفاً بوصف ثم يتبين أن هذا الوصف لا يتحقق فيه

الغلط يقع في العقود عليه في جنسه أو في وصفه - والغلط

في ذات أو جنس العقود عليه : هو أن يظن العاقد أن العقد عليه

من جنس معين ، فإذا به من جنس آخر ، كأن يشتري شخص حلياً على أنها

ذهب أو ماس . ثم تبين أنها من النحاس . أو الزجاج أو يشتري حنطة

فإذا هو شعير ، أو صوفاء ، فإذا هو قطن ، أو يشتري داراً على أنها

مبنية . بالاسمنت المسلح . فإذا هي مبنية بالطين .

وأما الغلط في وصف مرغوب فيه : فهو أن يظهر العقود عليه

كالوصف الذي آراه العاقد ، ثم يتبين أنه مخالف للوصف المشروط

صراحة أو دلالة . كأن يشتري شيئاً بلون اسود ، فإذا هو كحلي أو

رمادي . أو شاة على أنها حلوب ، فإذا هي غير حلوب ، أو كتاباً

لمؤلف معين فإذا هي لمؤلف آخر (٢).

(١) الفقه الاسلامي وادلته الزخيلي ٢١٦ / ٤

(٢) المبسوط للرخسى جزء ١٣ ، ص ١٣ ، البنائع ١٣٩ / ٥

الفتاوى الغنائية جزء ٢ ، ص ١٣٤ ، الزيلعي ٥٣ / ٤

فتح القدير ٢٠٦ / ٥

تعريف الغلط في الفقه العربي : يعرف الغلط عادة بأنه حالة تقوم بالنفس تحمل على توهم غير الواقع ، بأن تكون هناك واقعة غير صحيحة يتوهم الانسان صحتها أو واقعة صحيحة يقوم عدم صحتها (١).

(١) مصادر الحق في الفقه الاسلامي السني ج ٢، ص ٩٨

المطلب الثاني : الغلط الذى يعيب الارادة

الغلط الجوهرى وهو الغلط المانع وفوات الوصف المرغوب فيه وكلاهما غلط فى الشئ - وهذا الغلط الجوهرى هو يعيب الارادة

(١) الغلط المانع : اختلاف الجنس او اتحاده مع تفاحش التفاوت :

اذا وقع الغلط فى جنس الشئ ، بأن اعتقد أحد الماقد بين أن المعقود عليه من جنس معين ، فاذا به من جنس آخر - فان هذا الغلط يمنع من انعقاد العقد^(١) ، لأن المحل يكون معدوماً مثل ذلك أن يبيع باقوتاً أو ماساً فاذا هو زجاج أو يبيع حنطة فاذا هي شعير ، يكون الغلط واقعا فى الجنس - واذا باع عبداً فاذا به جارية ، فهنا ايضا تفاحش التفاوت وان اتحد الجنس فيكون الغلط مانعاً . ويذهب زفر الى أن التفاوت هنا ليس بفاحش ، فبنو آدم جنس واحد زكورهم واناثهم كسائر الحيوان فالبيع جائز وفيه خيار الوصف . والغلط المانع الذى يمنع انعقاد العقد يعيب الارادة ، وحكم هذا العقد المشتما على غلط فى جنس المعقود عليه : أنه باطل من اساسه ، لفوات محل العقد الذى يريد المشتري فيكون عقداً على معدوم ، والعقد على المعدوم باطل^(٢) .

(١) المبسوط للسرخسى ١٣ / ١٢

الفتاوى الخانية ٢ / ١٣٤

البدائع والمنايع ١٣٩ / ١٤٠

(٢) تبیین الحقائق ٤ / ٥٢

ولو باع شيئاً معيناً بسم آخر، لا يجوز البيع لأن
الجنسين مختلفان (١).

وان كانا من جنس واحد الا أن اختلفا فيهما بالصفة فاحش، كان
ايضاً كاختلاف الجنس فيكون البيع باطلاً (٢).

ثم اذا كان المعتبر هو السمي عند اختلاف الجنس يقع
البيع باطلاً عند بعض المشايخ لأنه معدوم وقال الكرخي فاسد
لأنه باع السمي وأشار الى غيره (٣).

وهذا الشيء جاء ايضاً في البدائع - يقول صاحب البدائع
" اذا قال بعتك هذا الباقوت بكذا فاذا هو زجاج، أو قال
بعتك هذا الفص على انه باقوت بكذا فاذا هو زجاج لا ينعقد
البيع في هذه المواضع لأن البيع معدوم (٤).

ب- قوات الوصف المرغوب فيه :

اما اذا اتحد الجنس ولكن تفاوتت المنفعة دون تفاخر في
التفاوت، فان الأمر يكون اذن مقتصر على قوات وصف مرغوب فيه -
مثال هذا كما جاء في البدائع - واذا قال بعتك هذا الثوب
القر فاذا هو ملحم، ينظر ان كان سداً من القر ولحمته من غيره

(١) الفتاوى الخانية ٢ / ١٣٤

(٢) فتح القدير ٥ / ٢٠٦

(٣) البدائع ٥ / ١٣٩ - ١٤٠

لا ينعقد، وإن كان لحيته من القر فالبيع جائز لأن الأصل في الثوب هو اللحية (١).

وكذا لو اشترى كتاباً على أن يكون الكتاب من تأليف فلان فإذا هو كتاب الطلاق أو كتاب الطهارة أو كتاب النكاح من تأليف فلان، قالوا يجوز البيع لأن الجنس واحد (٢).

علامة : فإذا باع باقوتاً أحمر فإذا هو أصفر، أو عبداً كاتباً فإذا هو غير كاتب، أو باع بقرة فإذا هي ثور، كان البيع في جميع هذه الأحوال صحيحاً لأن الغلط في المبيع لم يغير من جنسه أي إذا كان الغلط في الوصف أنه غير لازم بالنسبة لمن وقع الغلط في جانبه أي أن له الخيار بين إتمام العقد وبين فسخه.

وعلامة المبحث أن الغلط الجوهرى هو يعيب الإرادة (٣).

-
- (١) البدائع ٥ / ١٤٠ هـ، الفتاوى الهندية ٣ / ١٤١ هـ، فتح القدير ٥ / ٢٠١ هـ، البحر الرائق ٥ / ١٢٨، الزيلعي ٥ / ١٢٨ هـ، المبسوط ١٥ / ١١٩.
- (٢) الفتاوى الهندية ج ٣ / ١٤٠ - ١٤١.
- (٣) البدائع ٦ / ٣٣ - ٧ / ١٣٨ هـ، البحر الرائق ٨ / ١٦، فتح القدير ٨ / ٦٠.

المطلب الثالث : الغلط فى شخص المتعاقد

" الغلط فى الشخص لا يؤثر فى العقد الا اذا كانت شخصية
العاقد محل الاعتبار " .

الغلط فى الشخص لا ينبغى أن يكون له تأثير فى العقد الا اذا
كانت شخصية العاقد التى وقع فيها الغلط هى محل الاعتبار . وفى
المقود والتصرفات التى تكون فيها شخصية أطراف التصرف معتبرة ،
اذا وقع غلط فى ذاتية الشخص أو فى صفة جوهرية فيه ، كان للطرف
الآخر الذى وقع فى الغلط حق فسخ العقد ، حيث يكون لشخصية
الزوج اعتبار جوهرى من ناحية كفاءته للزوجة ومن حيث خلوه من
بعض الأمراض . فاذا وقع غلط فى شئ من ذلك ، جاز التفريق (١)

وفى عقد الهبة حيث يكون الشخص الموهوب له عادة
الاعتبار الأول عند الواهب ، فاذا وهب شخص آخر مالا ، ظاناً أن
الموهوب له تربطه به صلة القرابة ، فظهر بعد تمام الهبة أن الواهب
واهم فيما ظن ، وأن الموهوب له أجنبى عنه ، فانه ينبغى أن يكون
للوهاب حق الرجوع فى هبته . وظاهر أن الفقه الاسلامى ليس فى حاجة
الى تقرير هذه القاعدة ، وتخصيمها بالغلط ، اذ القاعدة فيه ان
للوهاب حق الرجوع مطلقا اذا لم تكن الهبة لغير ذى رحم محرم ،
ولم يوجد مانع آخر من الرجوع ، وذلك سواء كان الواهب قد وقع
فى غلط بقاء شخص الموهوب له أو لم يقع كما جاء فى البدائع :

ومنها (أى من شرائط الركن) رضا الموصى ، لا : _____
 ايجاب منك أو ما يتعلق بالملك ، فلا بد فيه من الرضا كاجاب
 الملك لائثر الأشياء ، فلا تصح وصية الهازل والمكره والباطل ، لأن
 هذه الموارد تفوت الرضا (١).

الفلط فى غصب المشتري :

ولو أخبر المبيع أن المشتري فلان ، فقال قد سلمت له ،
 فإذا المشتري غيره . فهو على شفيعته .

وهذا الموضوع جاء فى البحر الرائق : " وان قيل له ان
 المشتري فلان فلم يتم ظهراً أنه غيره ، فله الشفعة ، لتفاوت الناس
 فى الأخلاق ، فممنهم من يرغب فى معاشرته ، ومنهم من يجتنب فحافة
 غيره ، فالبتسليم فى حق البعض لا يكون تسليمًا فى حق غيره ، ولو علم
 أن المشتري هو مع غيره ، كان له أن يأخذ نصيب غيره لأن التسليم لم
 يوجد فى حقه (٢) . وهذا جاء ايضا فى الدسوقي على الشرح الكبير
 للرد يبر (٤) .

(١) البدائع ٣٣٥ / ٧ البحر الرائق ١٤٤ / ٨

المبسوط ١٠٥ / ١٤

(٢) المبسوط جزء ١٠٥ / ١٤

(٣) البحر الرائق ١٤٤ / ٨

(٤) جزء ٤٨٧ / ٣

أن الحكمة في الأخذ بالشفعة منع اذى الجوار. ومن ثم كان
لشخصية المفترى الذى يؤخذ منه بالشفعة اعتبار حوشرى.

فاذا غلط الشفيع فى شخص المفترى، وتوهمه شخصاً معيناً
سلم له فى الشفعة لأنه لايتأذى بجواره، ثم تبين أنه شخص
آخر لايرضى به جارا.

• اذا علم باسم المفترى فلم فى الشفعة، ثم بأن له أن
المفترى هو غير من سمى، فله حق الشفعة (١).

-
- (١) المادة ١٤٥ من مرشد الحيران
الخرشى ١٣ / ٦
حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير ٤٨٧ / ٣
البحر الرائق ١٢٤ / ٨
المبسوط ١٠٥ / ١٤

الغلط في القيمة الغبن

لا يسهل الفرق بين الغلط في القيمة وبين الغبن، فالغلط في القيمة يؤدي عادة إلى الغبن، ولكن الغبن يكون مصحوبا بجهل قيمة الشيء، بحيث لو تبين العاقد هذه القيمة على حقيقتها لما أقدم على التعاقد، ولما رضى بهذا الغبن، أما مجرد الغبن فمداه أوسع من الغلط^(١)، إذ يصح أن يقع الغبن والمغبون على بينة من قيمة الشيء، فلا يكون واقعا في الغلط، وإنما أراد الحصول عليه لرغبة فيه خاصة دفعتة إلى أن يبذل فيه أكثر من سعر السوق. فقد يكون للشيء قيمة ذاتية للعاقد ليست لغيره من الناس، وقد يكون العاقد مجازفا في الحصول على الشيء لأنه يرجو من ورائه الربح الكثير فيما بعد، وقد يكون مندفعاً فيما فعل تحت تأثير المزاحمة فالغلط في القيمة إذن عيب في الإرادة.

والفقه الإسلامي لا يعتمد بالغلط في القيمة إلا عن طريق الغبن، ولا يعتمد بالغبن ولو كان فاحشا إلا إذا صحبه تدمير أو تدليس.

في الفقه الإسلامي اتجاهان بالنسبة إلى الغبن، الاتجاه الأول هو عدم الاعتداد بالغبن إلا إذا صحبه التضرير، أو كان الغبن واقعا في مال المجبور أو الوقف أو بيت المال فمنهم في حاجة

(١) البحر الرائق ١١٦ / ٦

الى الحماية والاتجاه الثانى هو الاعتداد بالغبين حتى لو لم يحبه التعزير، اذا كان هذا الغبن فاحشا وكان معه يا بغلظ في قيمة ^(١) الشئ

عدم الاعتداد بالغبن الا اذا صحبه التفرير :

هذا في المذهب الحنفى والشافعى وحنبللى من اشترى شيأ وغبين فيه غبا فاحشا، فله ان يردّه على البائع بحكم الغبن . وفيه روايتان . ويفتى بالرد وفقا للناس ... ووقع البيع لغبين فاحش، ذكر الجعاف وهو ابوبكر الرازى في واقعاته ان للمشتري ان يرد للبائع أن يسترد ، واكثر روايات كتاب المضاربة الرد بالغبن الفاحش وبه يفتى ... ليس له الرد والاسترداد، وهو جواب ظاهر الرواية . وبه آفتى بعضهم - ان عمر المشتري البائع فله أن يستردّه وكذا ان عمر البائع المشتري له أن يرد - قال البائع للمشتري قيمته كذا فاستراه ثم ظهر أنها أقله فله الرد، وان لم يقل فلا ، وبه آفتى صدر الاعلام - ولو لم يفره البائع، ولكن غمره الدلال فله الرد (٢).

(١) البحر الرائق ٦ / ١١٥

الرد المختار ٤ / ٢٤٦

(٢) البحر الرائق ٦ / ١١٥ - ١١٦

الرد المختار ٤ / ٢٤٦

رسائل ابن عابدين ٢ / ٧

المبحث الثانى : التدليس أو التفرير وفيه المطالب الآتية :

المطلب الأول : علاقة التدليس بالغلط :

التدليس هو اغراء العاقد وخذ يعته ليقدم على العقد ظاناً أنه فى مصلحته ، والواقع خلاف ذلك - والغلط هو أن يذكر محل العقد المعين موصوفاً بوصف ، ثم يتبين أن هذا الوصف غير متحقق فيه ^(١) . والتفرير معروف فى الفقه الاسلامى . ويتحدث عنه الفقهاء فى أماكن متفرقة . بل هو ، فى الفقه المالكى وغيره من المذاهب ، يدعى فى بعض المواطن بالتدليس . التدليس فى الفقه الاسلامى . أكثر بمروراً من الغلط . والسبب فى بروز نظرية التفرير هو أن هذه النظرية لاخير منها على استقرار التعامل فالتفرير ليس كالغلط بالمعنى النفسى الذى ينطوى عليه الضمير ، وقد يعلم به العاقد الآخر وقد لا يعلم . اذ المدلس هو فى العادة أحد العاقدين ، فيعلم ضرورة بما وقع فيه العاقد المدلس عليه من الغلط ، بل كان هو المتسبب فيه . وحتى اذا كان التدليس قد صدر من الغير ، فإن هذا الغير لابد أن يكون متواطئاً مع العاقد نفسه ، او فى القليل لابد أن يكون العاقد علم بالتدليس الصادر من الغير أو أن يكون فى استطاعته أن يعلم ذلك ^(٢) .

(١) الفقه الاسلامى وادلته الشيخ الزخيلى ج ٤ / ٢١٨

(٢) الخطاب ج ٤ / ٤٣٢

المغنى ج ٤ / ٨٠ - ٨١

البدائع ج ٦ / ٣٠

الدر المختار ورد المختار ج ٤ / ١٦٦

المطلب الثاني : التدليس الصادر من غير المتعاقد :

الفقه الاسلامي يعتمد بالتدليس حتى لو صدر من الغير، مادام هذا الغير متواطئاً مع التعاقد الذي يفيد من التدليس الناجش فهو رجل يتواطئ مع صاحب سلعة يبيعها في المزايدة ليغالي في السلعة حتى يبلغها أكثر من قيمتها . فالمشتري الذي اعتنى السلعة بأكثر من قيمتها يكون بذلك قد دلس عليه . والمدلس ليس هو البائع ، بل هو اجنبي متواطئ مع البائع ، وهو الناجش . ومذهب أحمد لا يشترط توافق البائع مع الناجش ، ولكن التوافق مشروط في مذهب مالك والشافعي^(١) كما جاء في الشرح الكبير على متن المقنع * لكن ان كان في البيع (مع النجش) غبن لم تجر العادة بمثله ، فللمشتري الخيار بين الفسخ والامضاء كما في تلقى الركبان . فان كان يتغابن بمثله ، فلا خيار له وسواء كان النجش بمواطأة من البائع أو لم يكن ذلك بمواطأة من البائع وعلمه فلا خيار له^(٢) .

الرجل اذا قال للناس هذا عبيد أو ابني فبايعوه فقد اذنت له ، ثم ظهر حراً أو ابن الغير ، رجعوا على الفار . فالتدليس هنا صدر من اجنبي عن العقد^(٣) .

-
- (١) رد المختار ابن عابد ين ٢٤٦ / ٤
 (٢) الشرح الكبير على متن المقنع ٢٩ / ٤
 (٣) رد المختار ابن عابد ين ٢٤٦ / ٤

إذا باع رجل من رجل عبداً ، وقال العبد للمشتري اشترني
فأنا عبد ، ثم ظهر حراً ، جاز للمشتري الرجوع على البائع ، فإن كان
غائبا غيبة غير معروفة ، رجع المشتري على الفار وهو العبد الذي
ظهر حراً ، ويرجع الفار بعد ذلك على البائع . فهذا أيضا تدليس
صدر من أجنبي عن العقد (١) .

كذلك إذا صدر التدليس من الدلال ، والدلال ليس غريبا
عن العقد فهو أمين البائع . وما يصدر منه من تدليس يثبت
الخيار للمشتري كالتدليس الصادر من البائع نفسه .

إذا غره أي غر المشتري البائع أو بالعكس ، أو غره الدلال
فله الرد (٢) .

ونقل ابن عابد بن (٣) عن البحر الرائق (٤) مثلاً لتدليس
الدال على الوجه الآتي " قال لفضال لا معرفة لي بالفضل ، فأتى
بفضل أعتريه . فأتى رجل بفضل لهذا الفضل ، ولم يعلم به المشتري ،
فجعل نفسه دالة بينهما ، اشترى ذلك الفضل له بأزيد من ثمن المثل
وصرف المشتري بعضه إلى حاجته . ثم علم بالغبن وبما صنع فله أن يرد
الباقى بخصه من الثمن .

-
- | | |
|-----|--------------------------------|
| (١) | الشرح الكبير على متن المقنع |
| (٢) | رد المختار ابن عابد بن ٤ / ٢٤٦ |
| (٣) | جزء ٤ ، ص ٢٤٧ // |
| (٤) | جزء ٦ ، ص ١١٥ // |

المطلب الثالث : أنواع التدليس :

أنواع التدليس كثيرة منها : التدليس الفعلى ، والتدليس القولى . والتدليس بكتمان الحقيقة .

(١) التدليس الفعلى : فهو أحداث فعل فى المعقود عليه ليظهر بصورة غير ما هو عليه فى الواقع ، أى أنه تزويد الوصف فى المعقود عليه أو تغييره بقصد الإيهام . أى التدليس الفعلى يقع بعمل من العاقد يقصد به إلى تضليل العاقد الآخر فى حقيقة المعقود عليه ، ويدفعه بذلك إلى التعاقد بخين لو كان يسيرا . من ذلك أن يبيع الثوب القديم ليظهره جديداً ومن ذلك أن يبلطخ ثوب العبد بالسواد ليوهم أنه كاتب (١) .

نصوص الواردة فى الكتب فى هذه المسئلة .

التفجير الفعلى ، كالفرطى ، وهو أن يفعل البائع فى المبيع فعلاً يظن به المشتري كما لا فلا يوجد . (٢)

التدليس الفعلى فى الفقه الشافعى :

جاء فى نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج " وجب ماء القناة وماء السرحى المرسل كل منهما عند البيع أو الأجرة ، حتى يتوهم المشتري أو المتأجر كثرته فيزيد فى عوضه ، ومثلها جميع المعاضات .

(١) نهاية المحتاج إلى الشرح المنهاج للسرملى ٣ / ٧٣ ،
المفتى ٤ / ٨٠

(٢) الخطاب ٤ / ٤٢٧ - ٤٣٨

ولا بد في ثبوت الخيار من أن يكون ذلك بحيث لا يظهر لغالب الناس أنه مهنوع حتى لا ينسب المشتري إلى تقصير^(١).

جاء في الفقه الحنبلي خيار التدليس بما يزيد الثمن ،
كتصريفة اللبن في الضرع ، وتحبير وجه الجارية وتسويد شعرها وتجميده ،
وجمع ماء الرحي وإرساله عند عرضها ، فهذا يثبت للمشتري خيار
الرد^(٢).

(٣)

وحكم التصريفة عند جمهور الفقهاء غير الحنفية ثبوت الخيار
للمدلس عليه بين أمرين : إمساك المبيع دون طلب تعويض عن النقص
أو الخين ، أو رده لصاحبه ، لقوله صلى الله عليه وسلم : " لا تصروا
الابل والغنم ، فمن ابتاعها فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها ، إن شاء
أمسكها ، وإن شاء ردها ، ورد معها صاعاً من تمره " ^(٤) وهذا هو الرأي
المراجع .

وقال الحنفية^(٥) : ليس للمشتري الحق في فسخ عقد البيع ، بل
له فقط أن يرجع بالنقصان الذي أصاب ما اشتري ، ولم يأخذوا بالحديث
السابق لمخالفته القياس : وهو أن ضمان المدون يكون أما بالمثل أو
القيمة ، والتمليس منهما .

(١) نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج للرملي ٤ / ٧٣ - ٧٤

(٢) المغنى ٤ / ٨٠ - ٨١ (٤) نيل الأوطار ٥ / ٢١٤

(٣) نهاية المحتاج ٣ / ١٣٦ ، مغنى المحتاج ٢ / ٦٣ ، غاية المنتهى ٢ / ٣٤

القوانين الفقهية ص ٢٦٤ ، بداية المجتهد ٢ / ١٧٢

(٥) الدر المختار ورد المختار ٤ / ١٠١

(٢) التدليس القولى :

هو الكذب الصار من التعاقدين أو ممن يعمل له به حتى يحمل التعاقد الآخر على التعاقد^(١) لو بغين ، كأن يقول البائع أو المؤجر للمشتري أو للتأجير : هذا الشيء يساوى أكثر . ولا مثيل له فى السوق ، أو دفع لى فيه سعر كذا فلم^(٢) أقبل .

وحكم هذا النوع : أنه منهى عنه شرعا : لأنه غش وخداع ولكن لا يؤثر فى العقد الا اذا صاحبه غبن فاحش لأحد المتعاقدين ، فيجوز حينئذ للمغبون ابطال العقد ، رفعا للضرر عنه أى أنه يثبت له خيار الفسخ بسبب الغبن مع التبرير^(٣) .

(٣) التدليس بكتمان الحقيقة :

وهى الصورة المشهورة فى الفقه باسم " التدليس " فهو اخفاء عيب فى أحد الموضين ، كأن يكتم البائع عيبا فى المبيع ، كنصرع فى جدران الدار وطلائها بالدهان أو الجص ، أو كسر فى محرك السيارة ومرض فى الداية المبيعة ، أو يكتم المشتري عيبا فى النقود ككون الورقة النقدية باطلة التعامل ، أو زائلة الرقم النقدي المسجل عليها^(٤) .

(١) الفقه الاسلامى وادلته الزخيلى ٤ / ٢٢٠

(٢) الخطاب ٤ / ٤٣٨ ، السر المختار لابن عابد بن ٤ / ٢٤٧ ، المذهب ١ / ٢٩٢

(٣) الفقه الاسلامى وادلته الزخيلى ج ٤ / ٢٢٠

(٤) الفقه الاسلامى وادلته الزخيلى ج ٤ ، ٢٢٠

الاعتداد بالغبن اذا صحبه الغلط

ليس الخلاف على الاطلاق ، انما هو مقيد بأن يكون الغشبيون لم يتسلم الى بائعه ، ويكون ايضا من اهل المعرفة بقيمة ما اشتراه ، وانما وقع في الغبن غلط أنه غير غلط فأما اذا عام القيمة فزاد عليها ، فهو كالواهب أو فعل ذلك لفرض له ، فلا مقال له ، وكذلك ان اتسلم لبائعه وأخبره أنه غير عالم بالقيمة ، فذكر به البائع ما غره به ، مثل ان يقول أعطيت فيها كذلك ويسمى له بائعها منه ، قال فهذا ممنوع باتفاق (١) .

وقال بعض البغداديين ان زاد المشتري في المبيع على قيمة الثلث فأكثر فسخ البيع ، وكذلك ان فسخ بنقصان الثلث من قيمته فأعلى ، ان كان جاهلا بما منعه ، وقام قبل مجاوزة العام (٢) .

وحكم التدليس بكتمان الحقيقة هي أنه حرام شرعا باتفاق (٣) الفقهاء لقول النبي صلى الله عليه وسلم : " المسلم (٤) أخو المسلم ، لا يحل لمسلم باع من أخيه بيما ، وفيه عيب ، الا بينه له " وقوله عليه السلام : " من غش فليس منا " (٥) ويثبت فيه للمدلس عليه ما يعرف بخيار العيب : وهو اعطاؤه حق الخيار : ان شاء فسخ العقد ، وان شاء أمضاه .

- | | |
|-----|--|
| (١) | الخطاب ٤ / ٤٧١ - ٤٧٢ |
| (٢) | الشرح الكبير للدردير ٣ / ١٤١ |
| (٣) | الدر المختار ٤ / ١٠٣ |
| (٤) | الحديث رواه ابن ماجه عن عتبة بن عامر (نيل الاوطار ٥ / ٢١٢) |
| (٥) | رواه الجماعة الا البخاري والنسائي عن أبي هريرة " ٥ / ٢١٢) |

المبحث الثالث : الاكراه وفيه المطلب التالي :المطلب الأول : تعريف الاكراهتعريف الاكراه : الاكراه لغة واصطلاحاً في الشريعة والقانون

الاكراه لغة : جاء في معجم المنير في باب الاكراه مأخوذ من كرهته أكرهه من باب صقب الأصل فيها الضم ويجوز فتحها والكراه بالفتح المشقة وبالضمة القهر وقيل بالفتح الاكراه وبالضمة المشقة^(١). وقد اجمع كثير من أهل اللغة أن الكراه بالفتح والكراه بالضمة لغتان فبأي لغة وقع فجائز الاقراء فإنه زعم أن الكراه بالضمة ما أكرهتك نفسك عليه والكراه بالفتح ما أكرهتك غيرك عليه^(٢). قال ابن برى يدل على صحة قول الفراء قوله سبحانه وتعالى :

« وله اسلم من في السموات والأرض طوعاً وكرهاً^(٣) ».

ولم يقرأ أحد بضم الكاف - وقال الله تعالى :

« كتب عليكم القتال وهو كراه لكم »^(٤).

ولم يقرأ أحد بفتح الكاف فيصير الكراه بالفتح فعل المضطر والكراه بالضمة فعل المختار^(٥).

(١) معجم المنير ج ٢، ص ٣٠

(٢) لسان العرب ج ١٣، ص ٥٤٤ المنجد ص ٦٨٢ - ٦٨٣

(٣) سورة آل عمران آية ٨٣

(٤) سورة البقرة آية ٢١٦

(٥) لسان العرب ج ١٣، ص ٥٤٥

أما الإكراه في قواميس الإنجليزية فمعناه محدود في اجبار
أو ادغام شخص على أمر من الأمور. فجاء في قاموس القانوني
لفاروقي أن معناه الإجبار أو الادغام على قبول أمر تحت تأثير
الهدنة أو القوة المادية^(١) وجاء في قاموس آخر أن معناه اجبار
شخص على طاعة أمر^(٢).

فالقواميس الإنجليزية مائة وا في معناه كما توسعوا
فيه أهل اللغة العربية من فقهاء الاسلام.

1)

Farooq's Law dictionary,
North Sulaiman Farooqi,
WITH, edition Beirut, 1982.

2)

The new webster encyclopedia Dictionary virginias thatcher
(editor in chief) and Elezander MC queen Advisory Editor

Consolidated book Publisher

CHICAGO,

الأكراه في اصطلاح الفقهاء :

تعريفه عند الحنفية : عرف السرخسي بأن الأكراه اسم لفعل يفعل المرء بغيره ينتهي به رضاه أو يفسد به اختياره من غير أن تنعم به الأهلية في حق المكره أو يسقط عنه الخلل^(١).

وعرف البزدوي بأن الأكراه هو حمل الغير على أمر يمتنع عنه بتخويله يقدر الحامل على إيقاعه ويمير الغير خائفاً به^(٢).

وعرفه ابن عابد بن بأن الأكراه فعل لا يحق بوجود من المكره فيحدث في المحل معنى يمير به مرفوعاً إلى الفعل الذي طلب منه^(٣).

نستفيد من هذه التعريفات أنه لا بد أن يكون المكره متمتعاً عن اتیان فعله قبل أن يكره على اتیانهِ ولا بد أن يكون المكره له القوة على تنفيذ ما هدد به والمكره يعلم بذلك أو يطلب على طنه أن المكره يقدر على تنفيذه . ثم إن الأكراه بحق لا يعم الاختيار مشرعاً فلا بد للأكراه أن يكون^{على} فعل بحق . كما يتناول هذه التعريفات التهديد الحكمي كما إذا أمر الأمر شخصاً بقتل رجل ولم يهدده بشئ إلا أن الأمور يعلم باللائحة الحال أنه لو لم يقتله اقتله الأمر أو قطع عضواً منه فإن هذا يعد أكراهاً .

(١) المبسوط ج ٢٤، ص ٣٨، شرح فتح القدير ج ٨، ص ١٦٥ - ١٦٦

(٢) كشف الاسرار للبزدوي ج ٤، ص ١٥٠٢ - ١٥٠٣

(٣) حاشية ابن عابد بن ج ٦، ص ١٢٨، شرح فتح القدير ج ٨، ص ١٦٦

تعريف الاكراه عند الشافعية : عرف الشافعي الاكراه في كتابه الأم أن الاكراه أن يصير الرجل في يدي من لا يقدر على الامتناع منه من سلطان أو لص أو متغلب على واحد من هؤلاء * ويكون المكروه يخاف خوفا عليه دلالة أنه ان امتنع من قول ما أمر به يبلغ به الضرب المؤلم أو أكثر منه أو اتلاف نفسه (١).

تعريف الاكراه عند المالكية : أما المالكية فما وجدت أي تعريف في كتبهم رغم أني اجتهدت جهدا كاملا فاضطرت الى ما ذكره ابن العربي في أحكام القرآن بنسبة الاكراه في الشريعة الاسلامية . فجاء في أحكام القرآن لابن العربي : " المكروه هو الذي لم يخل وتصريف ارادته في متعلقاتها المدققة لها فهو مختار بمعنى أنه حزن له من متعلقات ما كان تصرفها يجري عليه قبل الاكراه وسبب حذفها قول أو فعل فالقول هو التهديد والفعل هو أخذ المال أو الضرب أو السجن (٢) .

تعريف الاكراه عند الحنابلة : جاء في المغني لابن قدامة : " اذا نيل بشئ من الغراب كالضرب والحنق والقصر والجبر والفا في الماء مع الوعيد فانه يكون اكراهاً (٣) .

- (١) الأم للشافعي ج ٣، ص ٣٦، دار المعرفة، بيروت
- (٢) أحكام القرآن لابن العربي ج ٢، ص ١١٧٢، دار المعرفة بيروت، لبنان
- الاكراه في الشريعة الاسلامية فخرى ابو منية ص ٢٢، دار المعرفة بيروت، لبنان (طبع ١٩٨٢ م)
- (٣) المغني ج ٧، ص ١١٩

(١) فيشترط الحنابلة في الاكراه المعتبر شرعا ان يقع المكره في العذاب لا يكفي مجرد الوعيد هذا رأى الحنابلة ورواية عن أحمد لكن هناك رواية أخرى عن أحمد في الوعيد باعتباره اكراهاً فقال ابن قدامة والرواية الثانية عنه : أن الوعيد بمفرده اكراه لأن الاكراه لا يكون الا بالوعيد فان الماضي من العقوبة لا يندفع بفعل ما أكره عليه ولا يخشى من وقوعه وهذا رأى راجح وقال به جمهور الفقهاء.

تعريف الاكراه عند الظاهرية : عرف الظاهرية الاكراه بقولهم والاكراه هو كل مسمى في اللغة اكراهاً وعرف بالحبس أنه اكراه كالوعيد بالقتل ممن لا يؤمن منه انقاذ ما تواعده الوعيد بالضرب كذل أو الوعيد بالسجن أو الوعيد بافساد المال أو الوعيد في مسلم غيره بقتل أو ضرب أو سجن أو افساد مال لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم : (المسلم أخو المسلم) (٢).

(١) المغنى ج ٧ ، ص ١١٩

(٢) المغنى لابن قدامة ج ٧ ، ص ١١٩

(٣) المحلى ج ٨ ، ص ٣٣٥

مرجع الحديث صحيح البخارى ج ٤ / ١٤٣

تلخيص : الاكراه نوع من انواع عيوب الرضاء وهو حمل الشخص على فعل هو بكره ارتكابه فيفوت رضاه مع فساد اختياره اذا اضطر المكره الى ارتكاب الفعل خوفا من فوات النفس أو ما في معناه وهذا يسمى اكراها تاما وقد يفوت رضاه مع صحة اختياره وهذا اذا أمكن له الصبر على ما أكره به من ضرب غير شديد أو حبس والى ذلك وهذا يسمى اكراها غير تام والمكره به لا بد أن يكون حالا أو يعلم بدلالة الحال أنه اذا ما أتى على ما أكره به سيقتل أو يقطع أو يضرب.

المطلب الثانى : عناصر الاكراه

لا كراه عنصران (اولاً) استعمال وسائل الاكراه التى تهدد
 بخطر جسيم محقق ، وهذا هو العنصر الموضوعى (ثانياً) رهبة فى
 النفس يبعثها الاكراه فتحمل على التعاقد . وهذا هو العنصر
 النفسى . واذا وجد تهادن العنصرين فقد وجدت الاكراه وفقدت
 الارادة .

اولا : استعمال وسائل الاكراه تهدد بخطر جسيم محقق :

لا بد من استعمال وسائل الاكراه تقع على الحس أو على
 النفس ، فتهدد من وقع عايه الاكراه ، هو أو شخصاً عزيزاً عنده ، بخطر
 جسيم محقق بالنفس أو بالمال . وقد يقع الاكراه على الجسم ،
 كالضرب والايذاء ، وهذا ، يسمى بالاكراه حسى . وهو نادر الوقوع
 فى الاوساط المتهذبة . وأغلب ما يقع الاكراه على النفس ، فيكون
 تهديداً بايقاع الاذى دون ايفاء بالفعل وهذا ما يسمى ، بالاكراه
 النفسى .

والاكراه يتحقق عادة باستعمال وسائل غير مشروعة للوصول
 الى غرض غير مشروع ، فتهدد به شخص بقتله أو بدفع مالا وسيلة غير
 مشروعة للوصول الى غرض غير مشروع . وقد تكون الوسائل مشروعة
 وتستعمل للوصول الى غرض غير مشروع ، فيحقق الاكراه مثل ذلك أن
 ينادى شخص آخر متلبساً بجريمة ، فيستغل هذا الظرف ويفطره الى

كتابة سند مبلغ كبير من المال لاحقة فيه وقد تكون الوسائل
غير مشروعة، ولكنها تستعمل ل... حول الى غرض مشروع، كما اذا
هددت امرأة عاشرت رجلا مدة ... الزمن بالتشهير به عند خطيبة
له اذا لم يرض لها التزاما بعرفها ما يصيبها من الضرر بسبب
تركه اياها. سواء كانت الوسائل مشروعة ام غير مشروعة يفسد
الارادة (١).

ثانيا : رهبة في النفس تحمل على التعاقد

ويجب حتى يتحقق الاكراه أن يكون قد بعث في نفس المتعاقد
رهبة ضغطت على ارادته بحيث اصبح ملووب الحرية فيما آراءه وأن تكون
هذه الرهبة هي التي حملته على التعاقد ودفعته اليه. فالرهبة
اذا ن تكون قد آفست ارادته وترده. اليها سائر مسائل الاكراه،
ومن وجوب التهديد بخطر في النفس أو الجسم أو الشرف أو المال،
ومن الخطر أن يجب أن يكون جسيما محققا، انما هو المظهر المادي
للرهبة التي انبعثت في نفس المتعاقد الذي وقع عليه الاكراه
فحملته على التعاقد. وليس الخطر الحسيم المحقق مقصودا لذاته،
بل للفيجئة التي يؤدي اليها من وقوع الرهبة في النفس، وأن تكون
هذه الرهبة هي التي دفعت الى التعاقد (٢).

(١) الفقه الاسلامي وادلتة الزخيلي ٣٨٧ / ٥

مصادر الحق للسنهوري ١٧٢ / ٢

(٢) مصادر الحق للسنهوري ١٨٠ / ٢

البدائع الصنائع للكاساني ١٨١ / ٢

المطلب الثالث : الرهبة هي التي تفسر الاكراه

الاكراه في اللغة : هو حمل الغير على امر لا يرضاه ،
 قهراً^(١) في قوله تعالى : " وعسى ان تكرهوا شيئاً وهو خير لكم
 وعسى ان تحبوا شيئاً وهو شر لكم ^(٢) .

وفي الاصطلاح : حمل الغير على أن يفعل ما لا يرضاه ، ولا يختار
 مباشرة ، لو تراء ونفسه . ويشرط الفقه الاسلامي أن يبدت الاكراه
 رهبة في نفس المتعاقد تحمله على التعاقد . ولا بد في تقدير الرهبة
 التي تحمل على التعاقد من التأثير الى حالة المتعاقد الذي وقع عليه
 الاكراه والظروف التي أحاطت به . فيراعى في ذلك جنس من وقع
 عليه الاكراه ، وسنه ، وحالته الصحية . وحالته العقلية وحالته
 الاجتماعية . فالأنفى غير الذكور ، والصبي الصغير غير الشاب القوي .

والشاب القوي غير الهرم البالي . والضعيف غير القوي .
 والمريض غير المعافى . والجاهل غير المتعلم والغبي غير الذكي .
 ويجب الاعتداد ايضاً ، الى جانب الحالة الشخصية ، بالظروف
 والملاسات . فالخطر قد يحدث رهبة في نفس المتعاقد وهو في
 جهة قاصية بعيدة عن الناس ، ولا يحدثه وهو في مدينة أهله
 بالسكان وعلى مقربة من رجال الآمن . وقد يخشى مفترداً ما لا يخشاه
 وهو في جماعة من الناس . وقد يكون الخوف أشد وقعا في نفسه
 ليلاً منه نهاراً فالمكان والزمان وغيرهما من الظروف والملاسات
 تؤثر في تكيف جماعة الخطر في نفس المتعاقد^(٣)

(١) الفقه الاسلامي وادلته الزخيلي ٥ / ٣٨٦ (٢) البقرة آية رقم ٢١٦

(٣) معاد الحق للسنهوري ٢ / ١٨١

(٤) المدخل لدراصة الفقه الاسلامي د / حسين حامد حسان ص ٢٦٧

المطلب الرابع : أنواع الاكراه في الشريعة والقانون

قسم جمهور الفقهاء الاكراه الى قسمين :

(١) الاكراه الملجئ (٢) الاكراه غير الملجئ

(١) الاكراه الملجئ : وهو الوعد الملجئ يتوقع منه ضرر كبيره

بحيث يعدم الرضا ويفسر الاختيار وهذا خاص بالتهديد يمد يمد يمد
النفس أو العضو الى التلف كالتهديد بالقتل أو قطع عضو من الأعضاء
أو الضرب الشديد . وذهب جمهور الفقهاء ماعدا الحنفية أن
التهديد بالتلف المال اذا لم يكن يسيرا والقيود والجسم
الطويلين أيضا يعتبر اكراها ملجئا (١).

أما قطع عضو من الأعضاء فكل الأعضاء في هذا سواء فقال
السرخسي : " حتى لو أوعد به بقطع اصبع أو أحملة يتحقق به الاجاء (٢)

وأما الضرب فقرر بعض الفقهاء عدد ضربات بتحقيق الاجاء
وأدنى الحدود أربعين سوطا وعندهم لا يتحقق الاجاء بأقل من
ذلك لأنه تعزير والتعزير يكون للزجر لا للتلاف وهذا ليس صحيحا
لأنه قد يتحقق الخوف بتلف النفس أو عضو من الأعضاء من ضربة

(١) البدائع ج ٧ ص ١٢٥ ، المبسوط ج ٢٤ ص ٤٨

تبيين الحقائق ج ٥ ص ١٨١

حاشية ابن عابدين ج ٦ ص ١٢٨ - ١٢٩ ، المغنى ج ٧ ص ١١٩

المهذب ج ٢ ص ٧٨٠ ، حاشية الدسوقي ج ٢ ص ٣٦٨

الجريمة ، ص ٥٣٠ ، تشريع الجنائي ج ١ ص ٥٣٣

(٢) المبسوط ج ٢٤ ص ٤٨

أو ضربتين كما روى عن ابن مسعود - رضى الله عنه - قوله ما من كلام أتكلم به يد وأغشى ضربتين بسوط غير ذى سلطان الا كنت متكلماً به والسوطان فى حقه كان يخاف منها التلف اضعف بدنه (١) فالصحيح أنه يختلف الحكم لاختلاف أحوال الناس كما قال السرخسي :

« وأحوال الناس تختلف باختلاف تحمل أبدانهم وخلافه فلا طريق سوى رجوع المكره الى غالب رأيه فان وقع فى غالب رأيه أنه لا تتلف به نفسه . ولا عضو من أعضائه لا يصير ملحقاً وان خاف على نفسه التلف منه يصير ملحقاً وان كان التهديد بحسرة أسوأاً » وقال فى موضع آخر :

« كذلك كل ضرب يخاف منه تلف نفس أو ذهاب عضو فى أكثر الرأى وما يقع فى القلب لأن غالب الرأى يقوم مقام الحقيقة لهما لا طريق الى معرفته حقيقة .

فالمكره هو غلبة ظن المكره . اذا غلب (٢) على أنه أن الضرب الذى هدده يؤدى الى اتلاف النفس أو اتلاف عضو من الأعضاء . اعتبر الاكراه قبل الضرب أو كثره .

(١) المبسوط ج ٢٤ ، ص ٥٠

شرح فتح القدير ج ٨ ، ص ١٣٣

(٢) المبسوط ج ٢٤ ، ص ٤٩

حاشية ابن عابدين ج ٦ ، ص ١٣٣

شرح فتح القدير ج ٨ ، ص ١٣٣

وعند جمهور الفقهاء * الضرب غير الشديداً أو حبس غير مدبر مما يستقر به ضرر كبير كالشرفاً والرأساً يأتي تحت هذا العنوان فقليل في بحر الرائق: " لأنه يختلف باختلاف أحوال الناس فمنهم لا يتضرر إلا بضرب شديد وحبس مدبر ومنهم من يتضرر بأدنى شيء كالشرفاً والرأساً يتضررون بضرب سوط أو بفرك أذنه (١).

أما التهديد باتلاف المال مالم يكن يسيراً والقيد والحبس الطويلان فقال به جمهور الفقهاء * وبعض الحنفية (٢).

أما رأى المختار في المذهب الحنفية فهو عدم اعتبار التهديد باتلاف المال ولو كان كثيراً والقيد والحبس ولو كان طويلاً من إكراه ملجئ بل يعتبرونه إكراها ناقصاً كما قلنا عنه (٣).
والراجع هو رأى الجمهور إلى اعتبار التهديد باتلاف المال إذا لم يكن يسيراً والقيد والحبس الطويلان إكراها ملجئاً لأن دين الإسلام يريد بناء البر ولا العمر لكن لا بد أن يكون الضرر الواقع على الغير أخف بالنسبة للضرر المتوقع للمكروه من اتلاف المال أو القيد والحبس.

وهذا النوع من الإكراه يسمى إكراها ملجئاً أو تاماً لأنه

يجعل المكروه آتياً في يد المكروه.

- (١) البحر الرائق شرح كنز الدقائق ج ٨، ص ٧١
- (٢) المهذب ج ٢، ص ٧٨، حاشية الدسوقي ج ٢، ص ٣٦٨، المغنى ج ٧ / ١٢٠، حاشية ابن عابدين ج ٦، ص ٣٣٥
- (٣) المبسوط ج ٢٤، ص ٣٩ - ٥١، شرح فتح القدير ج ٨، ص ١٦٧، تنبيه الحقائق ج ٥، ص ١٨١، البدائع ج ٧، ص ١٧٥
- (٤) الجريمة لأبي زهرة، ص ٥٤٢

رأى القانون الباكستاني : المادة ٤٨ : من قانون الجنائي الباكستاني

يقول أن الاكراه يتحقق بالتهديد بالقتل أو إذا كان المكره يفتلج على أنه أن نتيجة عدم اتيان ما أكره به يكون القتل (١) والتهديد بالضرب حتى وضرب شديد لا يتحقق الاكراه الملجئ به كما قيل في شرح المادة (٢) والقانونون الباكستاني في هذا المجال أضيق من القانون الانجليزى كما ذكرنا أنه يعتبر التهديد بضرب شديد اكراها ملجئا ويعفى المكره عن المسؤولية كما قال الشريعة الاسلامية.

أما التهديد بهلاك المال فلا يكون اكراها عند القانون
الباكستاني والقانون الانجليزى كما هو رأى الحنفية^(٣). أما التهديد
بالحبس فلم يذكر القانون الباكستانى شيئاً فى هذا المجال وهذا
يبدل على عدم قبوله اكراها فى القانون الباكستانى . كما قال بعدم
اعتباره أيضا القانون الانجليزى كما هو رأى الحنفية^(٤).

كما قلنا ان القانون الباكستاني أصيغ وأنقل بالنسبة

للقانون الشرعي وحتى بالنسبة للقانون الانجليزى .

ورأى القانون الشرعى صواب فى هذا المجال لأن حرمة العضو

كحرمة النفس والقانون الباكستاني لا يعتبر به والضرب الشديد أيضا

قد ينتج بالقتل فلا بد من اعتبار التهديد اكرها تاما .

(١) القانون الجنائي الباكستاني المادة ٩٤ ص ٦٩ - ٧٠

Y. sp " " " " (2)

(٣) نفس المرجع ص ٧٠ ، القانون الجنائي سمته ص ٢١٣

(٤) القانون الجنائي مسمته ص ٢١٣، القانون الجنائي مجرد كارد، ص ٤٣٠

(٢) الاكراه الناقص : هو الاكراه بعدم الرضا ولا يفسد الاختيار وهو التهديد بما لا ينافي فيه التلف عادة كالتهديد بالضرب غير شد يد أو القيد والحبس كما عرف الزيلعي هذا النوع بقوله : " وغير الملجئ قاصر وهو أن يكرمه بما لا يخالف على نفسه ولا على تلف عضو من أعضائه كالاكراه بالضرب غير الشد يد أو القيد أو الحبس فإنه بعدم الرضا ولا يوجب الإلحاق ولا يفسد الاختيار " (١) هذا رأى الحنفية أما جمهور الفقهاء من الشافعية والمالكية والحنابلة فيعتبرون التهديد باتلاف المال أو الحبس والقيد اكراهاً ناقصاً في صورة إذا أكره باتلاف المال القليل وكذلك بالقيد والحبس القصير ولا يعتبر عندهم اكراهاً تاماً (٢).

فهذا النوع من الاكراه بعدم الرضا لكن لا يفسد الاختيار لأن المكروه عنده القدرة في الصبر على الأذى ما هدد به كما علل البزدوى هذا النوع بقوله : ونوع بعدم الرضا ولا يفسد الاختيار نحو الاكراه بالقيد أو الحبس مدة مديدة أو بالضرب الذي لا يخالف به التلف على نفسه وإنما لم يفسد به الاختيار لعدم الاضطراب إلى مباشرة ما أكره عليه لتمكنه من الصبر على ما هدد به (٣).

(١) تبیین الحقائق ج ٥ ص ١٨١، ومصر فتح القدير ج ٧ ص ١٦٧ البدائع ج ٧ ص ١٧٥

(٢) المهذب ج ٢ ص ٧٨، حاشية الدسوقي ج ٤ ص ٣٥٣، ٣٦٨، المغنى ج ٧ ص ١٢٠

(٣) كشف الاسرار للبزدوى ج ٤ ص ١٥٠٣

وأما الضرب أو القيد والحبس أو اتلاف المال فليس فيه تعزير لازم يعتبر التهديد به اكراها ناقصا لكن لا يد من القدر يحدث للمكره منه الا لم الشديد فالاكراه بقيد يوم أو حبس يوم ليس له اعتبار كما قال السرخسي " ولو توعد به بضرب سوط واحد أو حبس يوم أو قيد يوم لا يصير مكرها بهذا القدر من الحبس أو القيد^(١) . والحد في الحبس الذي هو اكراه ما يجد منه الا لم الشديد ليس في ذلك حد لا يزاد على ذلك ولا ينقص منه لأن نصب المقادير بالرأى لا يكون ولكن ذلك على قدر ما يرى الحاكم اذا رفع ذلك اليه فما رأى أنه اكراه أبطل الاقرار لأن ذلك يختلف باختلاف أحوال الناس^(٢) .

فانه لا يجوز أن يحدد الحد المقرر في ذلك لأن الحكم يختلف باختلاف أحوال الناس فبعض الناس يتضرر بأدنى شيء كالشرف والرأس والقيد والحبس يوما في حقه فوق تأثير حبس شهر في حق غيره فجعل حكمه موكولا الى رأى القاضي^(٢) .

أما الظاهرية فيعتبرون ضرب السوط أو السوطين حتى ولو لم يحدث منه الفم والحزن للمكره اكراها معتبرا شرعا ويردون على الحنفية قولهم في عدم اعتباره اكراها الا اذا أحدث الفم والحزن فقد جاء في المحلي " قال الحنفيون الاكراه بضرب سوط

(١) المبسوط ج ٢٤، ص ٥١

(٢) المبسوط ج ٢٤، ص ٥١، البحر الرائق ج ٨، ص ٧١

أو سوطين أو حبس يوم ليس باكره . وهذا . ثم فاسد لأنه لم يأت به القرآن ولا سنة ولا معقول (١)

ثم يستدل على رأيه برواية عبد الله بن مسعود أنه قال: " ما من ذي سلطان يريد أن يكلفني كلاما . رأ عني سوطا أو سوطين الا كنت متكلمما به .

لكن استدلالهم هذا غير صحيح كما ذكرنا أن كلام عبد الله ابن مسعود كان خاصا به نصف بدنه . والتهديد بضرب سوط أو سوطين كان اكراهها تماما بالنسبة له لخوف من تلف نفسه . فهذا دليل عليه لاله .

رأى القانون الباكستاني : القانون الباكستاني يعتبر التهديد بكل ما لا يجوز ارتكابه في القانون الجنائي الباكستاني ما عهد القتل من اكراه ناقص فيعدم الرضا ولا يفسد الاختيار فيؤثر في العقود فقط . فالتهديد بما دون النفس من قلع أو ضرب يعتبر من اكراه غير تام . ولو كان ضربا شديدا كما قيل في تشريح المادة ٩٤ من قانون الجنائي الباكستاني (٢) . وهذا الرأي كما قلنا فيه الضيق والمشقة على المكره .

(١) المحلى ج ٨ ص ٢٨٨

الاكراه الأدبى : هو الاكراه لا يعدم الرضا ولا يفسد الاختيار وهو التهديد بالأذى كالضرب أو حبس غير المثلث بأحد أصوله أو فروعها أو ما يجرى مجراه (١). ويسمى الاكراه الأدبى لأن الأذى الذى يتحقق من هذا الاكراه نفس وادبى بالنسبة للمكره (٢).

واختلف الفقهاء فى اعتبار الاكراه الأدبى على رأيين :

(١) الرأى الأول : ذهب جمهور الفقهاء من الشافعية والمالكية وبعض الحنفية الى عدم اعتباره اكراها . أما الشافعية والمالكية فلا يخبر فى كتبهم هذا النوع من الاكراه بل نوعين اى الملجئ وغير الملجئ فقط . أما بعض الحنفية فقال البيزدوى أن الاكراه بحسب أحد المحارم لا يعتبر مشرعا فقال " ونوع لا يعدم الرضا فلا يفسد الاختيار لأن الرضا مستأنم بصحة الاختيار وهو أن يهتم اى يقصد المكره بحسب أبى المكره أو ولده أو يغتصم المكره بسبب حبس أبيه وما يجرى مجراه من حبس زوجته واخته وأمه وأخيه وكل ذى رحم محرمة منه (٣).

وأىضا قال بهذا الرأى الزيلعى من فقهاء الحنفية فقال :

" والاكراه بحسب الوالد بين أو الأولاد لا يعدم اكراها لأنه لا يعدم الرضا "

(١) تبیین الحقائق ج ٥ ص ١٨٢ ، شرح فتح القدیر ج ٨ ص ١٦٢

الجريمة ص ٥٣٠ - ٥٣١

(٢) الجريمة ص ٣٢٠

(٣) كشف الاسرار ج ٤ ص ١٥٠٣

كما قال به صاحب لشرح فتح القدير (١).

فعند كثير من الفقهاء الاكراه بحبس أحد المحارم لا يعتبر شرعا ولا يؤثر في العقود -

(٢) الرأى الثانى : ذهب بعض الحنفية الى اعتبار هذا النوع اكراها استحصانا لا قياسا وذلك لأن القياس هو ان التهديد بالمعتبر يكون على النفس وهذا النوع من التهديد ليس على نفسه. ووجه الاستحسان أن هذا التهديد نازل بمن هو فى منزلة النفس فكان على النفس ولو ليس بطريق المباشرة ومن القواعد المعتبرة عند الحنفية أنه اذا تعارض الاستحسان مع القياس كان المعمول به هو الاستحسان (٢).

فقال الرضى " لو قيل للمكره لنحبس أباك أو ابنك فى السجن أو لتبيعن عبدك هذا بألف فى القياس البيع جائز لأن هذا ليس باكراه فانه لم يهدده بشئ فى نفسه وحبس ابیه لابلحق به ضرر فالتهديد لا يمنع صحة بيعه واقراره وهبته وكذلك فى حق كل ذى رحم محرم."

(١) تبیین الحقائق ج ٥ ص ١٨٢

شرح فتح القدير ج ٨ ص ١٦٧

(٢) المبسوط : ج ٢٤ ص ١٤٤

الجريمة : ص ٥٣١

وفى الاستحسان ذلك اكراه ولا ينفذ شيئ من هذه التصرفات لأن حبس أبيه يلحق به من الحزن والهم ما يلحق به حبس نفسه أو أكثر فان الولد اذا كان بائرا يسعى فى تخليص أبيه من السجن وان كان يعلم أنه حبس ربما يدخل السجن مختارا ويحبس مكان أبيه ليخرج أبوه . فكما أن التهديد بالحبس فى حقه يعدم تمام الرضا فكذلك التهديد بحبس أبيه (١).

وايضا ذهب بعض المالكية الى اعتباره اكراهًا كما فقالوا أن الوعيد اكراه ولو وقع على أجنبي (٢). وقال به ايضا الحنابلة فجاء فى المفتى بادل على الاكراه الأتبي فجاء فيه فأما الضرب البسير فان كان فى حق من لا يبالى به فليس باكراه وان كان من ذوى المروءات على وجه يكون اخراقا لصاحبه وغضاله وتشهيره فى حقه فهو كالضرب الكبير فى حق غيره .

وان تواعد بتمزيب ولده فقد قيل ليس باكراه لأن الضرر لاحق بنفيه والأولى أن يكون اكراهًا لأن ذلك عنده اعظم من أخذ ماله والوعيد بذلك اكراه فكذلك هذا (٣).

-
- (١) المبسوط ج ٢٤ ص ١٤٤
 (٢) مواهب الجليل ج ٤ ص ٤٥
 تفريح الجنائى الاسلامى، ج ١ ص ٥٦٦
 (٣) المفتى ج ٧ ص ١٢٠
 الجريمة ص ٥٣٢

فحين أحد أقارب المكره من الفروع أو الأصول له تأثير في الرضا وأنه يفسد العقود لأن التهديد والأذى يقع على نفس المكره ولو بطريق غير المباشر ويلحق به الحزن والهم ما يلحق به من حبس نفسه أو أكثر كما قال السرخسي^(١) وهذا رأى راجح ويعتبر الاكراه الناقص لا التام، ومن المجيب أن كثيرا من الفقهاء قالوا بعدم اعتباره اكراها ورأيهم يخالف صريح النصوص القرآنية والأحاديث النبوية وأيضا يخالف العقل مع النقل والله تعالى اعلم.

رأى القانون الباكستاني : أما القانون الجنائي الباكستاني فلا نجد فيه أي تذكره بالنسبة للوعيد الواقع على أصول المكره أو فروع له لكن نجد فيه أنه يعطى حقا لكافة انسان أن يدفع عن غيره وحتى أن يقتل الشخص الذي يقتل شخصا آخر للما ولو كان أجنبيا.^(٢)

فلا يجوز بطلان درجة الاولى أن يترك الانسان أصوله أو فروع له للأذى ما هدد به. فنأخذ النتيجة أن القانون الجنائي الباكستاني أيضا يعتبر الاكراه الأدبي. كما قال القانون الانجليزي أيضا باعتبار التهديد بقتل زوجته أو ضربها ضربا شديدا من اكراه معتبرا شرعا ويقول باطلاق هذا القانون بكل افراد من افراد من أهله بل على من هو (he owes duty) وحتى على الاجنبي^(٣).

فقال القانون الباكستاني والانجليزي باعتبار الاكراه الأدبي

كما هو رأى راجح في الشريعة الاسلامية.

(١) المبسوط ج ٢٤ ص ١٤٤

(٢)

٣

المطلب الخامسشروط الاكراه فى الشريعة

لا بد من توافر شروط معينة فى المكره والمكره والمكره به والمكره عليه لا اعتبار الاكراه معتبرا شرعا .
 أ - بالنسبة للمكره : وهو أن يكون المكره قادرا على تحقيق ما أوعده به لأن الاكراه لا يتحقق الا بالقسرة فان لم يكن قادرا على تحقيق ما أوعده به فاكراهه لا يعتبر اكراها ولا يعفى المكره عن المسئولية اذا ارتكب الجريمة (١).

وهذا يتحقق من سلطان وغيره اذا توافرت عنده القدرة على تحقيق التمديد وهذا رأى جمهور الفقهاء والصاحبين . أما ابو حنيفة فيرى أن الاكراه لا يتحقق الا من سلطان لأن القدرة لا تكون الا للسلطان لكن رأيه هذا كان مناسبا لعصره لأن القدرة والمنعة لم تكن فى تلك العصر الا للسلطان أما فى زمن الصاحبين فقد ظهر الفساد وصار الأمر الى كل متغلب فأفتيا على شاهد . فالاختلاف بين ابي حنيفة والصاحبين اختلاف عصر وزمان لا اختلاف حجة وبرهان .

(١) البدائع للكاسانى ج ٧ ص ١٨٦ ، طبع كراتشى

المبسوط للصرفى ج ٢٤ ص ٣٩

شرح فتح القدير ج ٨ / ١٦٢

حاشية ابن عابدين ج ٦ ص ١٢٩

المهذب ج ٢ ص ٧٨ ، المغنى ج ٧ ص ٣٨٤

منتهى الارادات ج ٢ ص ٦٥٢

حتى قال الزيلعي أنه لو كان أبو حنيفة في زمنهما لأفتى بقولهما (١)

ب- بالنسبة للمكرّة : يشترط لتحقيق الاكراه بالنسبة للمكرّة خوفه من ايقاع ماهدد به في الحال وهذا التعجيل شرط عند جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنابلة. أما الحنفية فقبل في شرح فتح القدير : " وفي المكره أن يكون خائفا عن نفسه من جهة المكره المكره في ايقاع ماهدد به عاجلا لأنه لا يصير ملجئا محمولا طبعا الا بذلك " (٢).

وجاء في حاشية ابن عابد بن : " فان كان الوعيد بأمر غير حال فليس ثمة اكراه لأن المكره لديه من الوقت ما يسمح له بحماية نفسه ولأنه ليس في الوعيد غير الحال ما يحمله على المارعة بارتكاب الفعل ويرجع في تقرير ما اذا كان الوعيد حالا أو غير حال الى ظروف المكره والى طئه الغالب المبني على أسباب معقولة (٣). فالمعتبر هو ظن المكره أن المكره سيفذ ما أوعده لو لم يتحقق من جانبه ما أكره عليه. كما قال ايضا الكاساني :

(١) حاشية ابن عابد بن ج ٤٦ ص ١٢٩

شرح فتح القدير ج ٨ ص ١٦٧ - ١٦٨

تبيين الحقائق ج ٥ ص ١٨٢

المبسوط ج ٢٤ ص ٣٩

(٢) شرح فتح القدير ج ٨ ص ١٦٦

تبيين الحقائق ج ٥ ص ١٨٢ والمبسوط ج ٢٤ ص ٣٩

(٣) حاشية ابن عابد بن ج ٤٦ ص ١٢٩، طبع مصر ثانية ١٩٦٦م

تشریع الجنائی ج ١ ص ٥٦٧

«حتى أنه لو كان في أكثر رأى المكروه أن المكروه لا يتحقق ما أوعده به لاثبت حكم الاكراه شرعا وان وجد صورة الایعاد لأن الضرورة لم يتحقق ومثله لو أمره ولم يوعده عليه ولكن في أكثر رأى المكروه أنه لو لم يفعل تحقق ما أوعده به يثبت حكم الاكراه لتحقيق الضرورة فدل أن العبرة لغالب الرأى وأكثر الظن دون صورة الایعاد^(١). »

أما الحافعية فقال السيوطي في الأشباه : « فلو قبل للمكروه طلق زوجتك واقتلتك غدا فليس باكراه^(٢) » وهذا لأن عنده الفرصة يمكن له دفع الضرر عن نفسه بوسيلة من وسائل الدفع كالاستغاثة من الحكومة والى ذلك .

وأما الحنابلة فقال ابن قدامة بنسبة المكروه : أن يغلب على ظنه نزول الوعيد به ان لم ما طلبه منه^(٣) . والمكروه لا يغلب على ظنه نزول الوعيد به الا اذا كان الاكراه حالا .

فعند جمهور الفقهاء الاكراه المعتبر شرعا هو اكراه بأمر حال وهذا يرجع الى تقدير المكروه وغلبة ظنه ان رأى أن المكروه سينفذ ما أوعده به ان لم يطع أمره ولا يمكن له الرجوع الى وسيلة من وسائل الدفع تحقق الاكراه . أما اذا أمكن له دفع الضرر عن نفسه بالرجوع الى الحكومة أو الى وسيلة أخرى لا يتحقق الاكراه وهو يعتبر مكرها وهذا اذا أكره بالتهديد بأمر غير حال .

(١) البدائع ج ٧ ، ص ١٨٦

(٢) الأشباه والفظاير ص ٣٠ ، دار احياء الكتب العربية ، عيسى البابي الحلبي وشركاه .

(٣) المغنى ج ٧ ، ص ١٢٠

رأى المالكية : أما المالكية فلا يشترط عندئذ أن يكون المهدد به عاجلاً كما قال ابن عرفة الدسوقي : « الاكراه المعتبر يكون بخوف مؤلم يحصل له حالاً أو في المستقبل وتكفى غلبة الظن بحصول ذلك المؤلم لا التيقن » (١).

فعند المالكية الاكراه بأمر غير حال اذا غلب على ظنه أن المكره سوف ينفذ ما أوعده به يعتبر الاكراه عرعا فهم لا يعتبرون الفرصة الموجودة عند المكره اذا أكره بأمر غير حال يستطيع أن يرجع فيه الى الحكومة أو الى وسيلة أخرى من وسائل الدفع .

الرأى الرابع : أما الرأى الرابع فهو رأى الجمهور لأنه يسد الطريق الى ارتكاب الجرائم بحيلة الاكراه . أما رأى المالكية فلا ينظر الى الفرصة يستطيع المكره فيه أن يلجأ الى وسيلة من وسائل الدفع وهذا الرأى أظن يسهل الطريق الى ارتكاب الجرائم بحيلة الاكراه .

ج - بالنسبة للشيء المكره به : وهو أن يكون الشيء ما أكره به ملجئاً بحيث يعطى الرضا ويفسد الاختيار كالوعيد بالقتل أو الضرب الشديد أو تلف عضو أو بعضه وهذا قال به جمهور الفقهاء بلا خلاف (٢).

(١) حاشية الدسوقي ج ٤ ص ٢٤٤

(٢) البدائع ج ٧ ص ١٧٥ ، تبیین الحقائق ج ٥ ص ١٨١

المهذب ج ٢ ص ٧٨ ، المغنى ج ٢ ص ١١٩

حاشية الدسوقي ج ٢ ص ٣٦٨

أما الاكراه باتلاف المال والقيد والحبس فاختلف فيه الفقهاء .
 فذهب جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة الى أنه
 اذا هدد المكره باتلاف المال مالم يكن يسيرا والقيد والحبس
 الطويلين يعتبر اكرها ملجئا . لكن ذهب الحنفية الى عدم اعتباره
 اكرها حتى ولو هدد باتلاف المال الكثير والقيد والحبس المديد .
رأى المالكية : أما المالكية فيعتبرون الاكراه باتلاف المال
 اكرها ملجئا مع اختلاف فيما بينهم فقال بعض أن التهديد بطلاق
 اتلاف المال يعتبر اكرها ملجئا بدون نظر الى مقدار المال وهذا
 الرأي منسوب الى مالك - رحمه الله - وبعضهم لا يعتبرون التهديد باتلاف
 المال من اكره ملجئ .

وهذا الرأي منسوب الى أُمِّ بَيْحٍ وبعضهم ينظرون الى مقدار
 المال فاذا أكره باتلاف المال الكثير فهو يعتبر الاكراه شرعا
 والا فلا . فقال ابن عرفة الدسوقي * " واعلم أنه جرى في التغويف
 بأخذ المال ثلاثة اقوال قيل اكره وقيل ليس اكره وقيل ان
 كثر فاكراه والا فلا . والأول لمالك والشافعي لأبغ والثالث لابن
 الماجنون ^(١) والمتأخرون أخذوا بالرأي الأخير .

وكذلك قالوا بنسبة القيد والحبس أن الاكراه به يعتبر
 شرعا اذا كان طويلا . فقال ابن عرفة الدسوقي * والقيد والحبس

(١) حاشية الدسوقي ج ٢ ص ٢٦٨

ولو لم يطل كل من السجن والقيد وهذا كان ذلك المكروه من ذوى
الأقرباء وأما ان كان من غيرهم فلا يعد إكراها الا اذا هدد بطول
الإقامة فى السجن أو القيد (١).

وقال فى موضع آخر فى وصف الإكراه الملجئى " والإكراه
يكون بالقتل أو الضرب يؤدى اليه وكذا باتلاف عضو من أعضائه
أو بضرب يؤدى اليه أو بقيد أو سجن شريرين " (٢).

رأى الحنابلة : أما الحنابلة فابضا يعتبرون الإكراه باتلاف
المال إكراها ملجئاً اذا كان المال لم يكن يسيراً (٣) وكذلك
القيد والجس الطويلان فقال ابن قدامة بنسبة المكروه به " أن
يكون مما يستضربه ضرراً كثيراً كالقتل والضرب الشديد والقيد
والجس الطويلين " (٤).

رأى الشافعية : وأما الشافعية فقال الشيرازى بنسبة ما هدد به
" أن يكون ما هدد به مما يلحقه ضرره كالقتل والقطع والضرب
المبرح والجس الطويل والاستغفاف بمن يفض منه ذلك من ذوى
الأقرباء لأنه يعير مكرهاً بذلك وأما الضرب القليل فى حق من
لا يبالى به والاستغفاف بمن لا يفض منه أو أخذ القليل من المال
ممن لا يتبين عليه أو الجس القليل فليس بإكراه (٥)

(١) حاشية الدسوقي ج ٢ ص ٢٦٨

(٢) حاشية الدسوقي ج ٤ ص ٢٥٣

(٣) المغنى ج ٧ ص ١٢٠ (٤) نفس المرجع

(٥) المهذب للشيرازى ج ٢ ص ٢٨٨ الانصاف ج ٨ ص ٤٤٠

رأى الحنفية : الأصل في مذهب الحنفية أن الوعيد باتلاف المال لا يعتبر اكراها ولو كان يلحق ضررا كبيرا بصاحبه وكذلك التهديد بالقيد والحبس ولو كانا طويلين لا يعتبر اكراها فقال السرخسي : " ان الاكراه بالحبس والقيد لا يتحقق الاجاء والضم الذي يصبه بالحبس ربما يزيد على ما يصبه بضرب سوط أو سوطين^(١) وقال في موضع آخر " ولو أكرهه بالحبس على أن يقتل رجلا فقتله كان القود فيه على القاتل لأن بالتهديد بالحبس لا يتحقق الاجاء^(٢) .

وقال في موضع آخره وليس في التهديد بالحبس والقيد معنى خوف التلف على نفسه فيبقى الفعل مقصورا على المكروه^(٣) وقال الكاساني " ونوع لا يوجب الاجاء والاضطرار وهو الحبس والقيد والضرب لا يخاف منه التلف وليس فيه تقرير لازم سوى أن يلحقه منه الاغتهام البين من هذه الاشياء اعنى الحبس والقيد والضرب وهذا النوع من الاكراه يسمى اكراها ناقصا^(٤) .

أما التهديد باتلاف المال فلا نجد في كتب الحنفية التهديد باتلاف المال لتحقيق الاكراه لكن ذهب بعض الحنفية إلى أن التهديد باتلاف كل المال لا البعض يتحقق به الاكراه لكن عند بعض يتحقق باتلاف بعض المال اذا لم يكن يسيرا كما قال به جمهور الفقهاء^(٥) .

- | | | | |
|-----|--|-----|--------------------|
| (١) | المبسوط ج ٢٤، ص ٣٩ | (٢) | المبسوط ج ٢٤، ص ٧٨ |
| (٣) | المبسوط ج ٢٤، ص ٥١ | (٤) | البدائع ج ٧، ص ٧٨ |
| (٥) | حاشية ابن عابد بن ج ٦، ص ١٣٥، تشريع الجنائي ج ١، ص ٥٦٨ | | |

فشرى أن القانون الباكستاني أثقل وأضيق بنسبة القانون الشرعي وحتى بنسبة القانون الانجليزي فالقانون الباكستاني لايعتبر التهديد بالضرب ولو كان شديداً من اكراه ملحق لكن القانون الانجليزي قيسال باعتباره اكراهاً ملحقاً كما اعتبره الشرع .

أن يوجه الاكراه لنفس المكره : وهذا الأمر متفق عليه بين الفقهاء أما اذا وجه لغيره فاختلف الفقهاء في حكمه على رأيين. فذهب الشافعية وبعض الحنفية الى عدم اعتباره اكراهاً. أما الشافعية فلم يتعرضوا لهذا النوع من الاكراه وهذا يدل على عدم اعتباره اكراهاً في مذهب الشافعية . وقال بعدم اعتباره البزدوى والزيلعي وغيرهم من فقهاء الحنفية (١).

لكن ذهب بعض الحنفية الى اعتبار هذا النوع من الاكراه شرعاً استحساناً لاقساساً لأن القياس أن التهديد المعتبر شرعاً يكون على النفس ووجه الاستحسان أن هذا التهديد نازل بمن هو في منزلة النفس (٢). وهذا رأي راجح لموافقته للنصوص القرآنية والأحاديث النبوية التي شأمرنا أن نعامل معاملة احسان في حق الوالدين ومن المعقول أن الانسان لا يستطيع أن يرى اباه أو ابنه في الأذى بل يرحح تلك الأذى لنفسه .

-
- (١) كشف الاسرار للبزدوى ج ٤، ص ١٥٠٣،
تبيين الحقائق ج ٥، ص ١٨٢، شرح فتح القدير ج ٨، ص ١٦٧
(٢) المبسوط ج ٢٤، ص ١٤٤، الجريمة ص ٥٣

بالنسبة للشئ المكره عليه : يشترط لتحقيق الاكراه بالنسبة للشئ المكره عليه كونه محرما وكون المكره ممتنعا عن فعله قبل ان يلحقه الاكراه وهذا اما لحقه كاكراهه على اتلاف ماله ولم يحوز كبيعته او لحق شخص آخر كاتلاف مال الغير او لحق الشرع كشرب الخمر والزنا ونحو ذلك (١).

فقال **أسمته** في ذكره لشروط لتحقيق الاكراه انه اذا أمكن للمكره الرجوع الى القانون عليه ذلك والا لايتحقق الاكراه (٢).

(١) المبسوط ج ٢٤، ص ٣٩، حاشية ابن عابدين ج ٦، ص ١٢٩
 شرح فتح القدير ج ٨، ص ١٦٦، تبين الحقائق ج ٥، ص ١٨١
 2) Criminal Law , Smith and Hogan, Page 213 - 214.

المطلب السادسالاكراه الصادر من المتعاقد والاكراه الصادر من الغير

الاكراه سواء صدر من المتعاقد الآخر أو صدر من اجنبى عن العقد يفسد الارادة، فاذا صدر من المتعاقد الآخر جعل العقد قابلا للإبطال لمصلحة المتعاقد الذى وقع عليه الاكراه . فاذا وقع الاكراه من الغير، مستوفيا لشروطه، كان مفسدا للتصرف كالاكراه الواقع من أحد المتعاقدين، وتلحق به الاجازة كذلك .

الفقه الاسلامى لا يشترط أن يكون المتعاقد الآخر متواطئا مع الغير الذى وقع منه الاكراه أو عالما بما وقع من الاكراه أو مستطيعا أن يعلمه . بل ان مذهب مالك يعتد بالاكراه . حتى لو تهيئا مصادفة . ولا يشترط فى الاعتداد به أن يكون المتعاقد الآخر عالما بالاكراه . جاء فى الخطاب ، اذا كان شرط لزوم البيع التكليف عن اجبر عليه ، أى على البيع ، جبرا خراما ، اما بأن يكره على البيع نفسه ، أو يكره على دفع مال ظلما فيبيع متاعه لذلك ، وكالذمى يخطئ فيما يتعدى عليه به من جزية أو غيرها ، فلا يلزمه ، لانتفاء شرط لزومه الذى هو التكليف .

ولكن لو صادر السلطان شخصاً، ولم يضمن بيع ماله، فبائع،
 كان البيع صحيحاً، وفي هذه رعاية كافية لاستقرار التعامل. وإذا كان
 المشتري عالماً بالاكراه واستغنى عن أن يشتري المال بغير فاحش،
 كان البيع فاسداً للاكراه، وفي هذا احترام كافٍ للإرادة الحقيقية (١).

الأكراه

جاء في كتاب " قانون العقود الباكستاني (١٨٧٢ - أو إيف ٩)

في مادة رقم ١٩

"If a contract is a agreement is entered by fraud, fraud
 or undue influence, the agreement is a contract voidable at
 the option of the party whose consent was so obtained."

(٢)
 أي من اكراه على عقد كان هذا العقد فاسداً في حق المكره
 ويوجد اختلاف في هذا الحكم في الشريعة وبين الفقهاء كما مرقولهم
 والقانون يوافق مع رأي الشافعية والحنابلة والمالكية بالغاء عبارة
 المكره إذا أبا حثيفة فإنه يقول بصحة عبارة المكره.

بسم الله الرحمن الرحيم

(١٤٠)

الفصل الرابع : سلطان الإرادة ومدى الحرية فى العقود الشروط

المبحث الأول : حرية التعاقد ورضائيته وفيه المطالب التالية .

فى الشريعة الإسلامية الإرادة تنشئ العقد فقط ولكن أحكام العقود وأثارها تكون من الشارع، لامن العاقد، فالعناقد ينشئ العقد فقط والشرع يجعل الرضا طريقا لإنشاء الحقوق والواجبات اتفقت الاجتهادات الإسلامية على أن الرضا أساس العقود^(١). لقوله تعالى:

" يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل

الا ان تكون تجارة عن تراض منكم، ان الله تعالى جعل^(٢)

الاملاك باقية فى سلطان أصحابها، لا تنتقل منهم الى غيرهم

الا بالتراضى.

وقوله سبحانه فى استحقاق أخذ شئ من حقوق الزوجات

فان طعن لكم عن شئ منه نفسا فكلوه هنيئا مبرئيا^(٣).

وقوله تعالى: يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود^(٤)

وقال النبى صلى الله عليه وسلم " انما البيع عن تراض"^(٥)

لا يحل مال امرئ مسلم الا عن طيب نفس منه^(٦).

(١) نظرية العقد لابن تيمية، ص ١٥٢

(٢) النساء ٢٩ (٣) النساء ٤

(٤) الزمارة آية رقم ١

(٥) حديث حسن رواه ابن ماجه عن ابى سعيد الخدرى

(٦) رواه دار القطن عن انس رضى الله عنه (نيل الأوطار - ٥ / ٣١٦)

قد تبين من هذه النصوص ان الله تعالى جعل الرضا اساس العقود.

ان العقود اختيارية رغائية، واساس الاختيار والرضا أن يكون

للعاقدين اختيار حر لأشياء العقد وأحكامه، فإذا جعلت الشريعة الإسلامية

آثار العقود من اختصاص الشارع لامن عمل العاقد (١).

ونعقد بحرية التعاقد اطلاق الحرية للناس في ان يعقدوا من

العقود ما يرون، وبالشروط التي يشترطون غير مقيدين الا بقيد واحد.

وهو الا تشتمل عقودهم على أمور قد نهى عنها الشارع، وحرمها كأن

يشتمل العقد على ربا، أو نخوه مما حرمه الشرع الإسلامي - وان اشتملت

العقود على أمر حرمه الشارع فهي فاسدة، أو على الأقل لا يجب الوفاء

بالجزء المحرم منها (٢).

وان حرية التعاقد بهذا المعنى ليست أمراً متفقاً عليه بين

فهاء المسلمين، بل هي موضع خلاف طويل، واختلفت الاجتهادات الإسلامية

على رأيين في مبدأ حرية انشاء العقود (حرية التعاقد) أي اختيار

نظام معين ليكون عقداً بين طرفين، أو اختيار نوع معين من أنواع

العقود الجديدة بالإضافة الى العقود المتعارف عليها في الماضي -

وهذان الرأيان هما مايتأتى:

(١) الموافقات الجزء الأول ص ١٢١ - فتاوى ابن تيمية جزء ثالث ٢٣٦

(٢) الفقه الإسلامي وأدلته، ج ٤ / ١٩٨

الملكية ونظر العقد الشيخ ابو زهرة، ص ٢٠٠

المطلب الأول : رأى الظاهرية فى مبدأ حرية إنشاء العقود.

هذا رأى الظاهرية ويقولون الأصل فى العقود المنع من يقوم دليل على الإباحة، أى أن كل عقد أو شرط لم يثبت جوازه بنسب شرعى أو إجماع فهو كل ممنوع^(١). أى يقولون إذا لم يقم عليه، الدليل فهو ممنوع، والوفاء به غير لازم، لأنه لا التزام إلا بما ألزم به الشرع، فمالم يرد دليل على وجوب الوفاء فلا وفاء، فليس للناس إذن على هذا القول أن يعقدوا، شاءوا من العقود، إلا إذا وجد من الأدلة الفقهية ما يدل عليه، ويوجب الوفاء به.

وقد استدلل الذين أخذوا بهذا القول بأن الشريعة قد رسمت حدوداً، وأقامت معالم لرفع الحق، ولتسود المعاملة العادلة بين الناس بلا شطط، ولم تترك أمر الناس فرطاً بلا ضوابط ولا حدود، ولا قيود تمنع الظلم والفسر والجهالة المفهية إلى النزاع، وكل عقد لم يرد به دليل يثبت له من الشريعة. ولا يعتمد على أصولها الشائكة بلا ريب فى شيوعتها فهو تعدل لحدود الشريعة، وما يكون فيه تعدل لحدودها لاتفره، ولا توجب الوفاء به^(٢). وإيضاً فإن وجوب الوفاء الزام من الشارع الحكيم، ولا يصح أن نفتى فى أمر ونهى أن الشارع ألزم به، إلا إذا ورد فى مصادر الشريعة وأصولها ما يدل على الإلزام ووجوب الوفاء.

(١) فتاوى ابن تيمية ٣ / ٢٢٣، الأحكام فى أصول الأحكام لابن حزم ٥٩٣/٥

(٢) الملكية ونظرية العقد الشيخ أبو زهرة ص ٢٢٣

ومن الزم في الشريعة الوفاء بأمر لم يرد في مصادرها ما يوجب الوفاء به فقد حرم حلال، وأحل حراماً، وذلك افتراء على الله بالكذب (١)

وقد استدل أيضاً لهذا القول بقول الرسول صلى الله عليه وسلم:

" من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو رد " (٢) فكل عقد أو شرط لم يشرعه الشرع بنص أو إجماع يكون باطلاً، لأنه إذا تعاقد الناس بعقد لم يرد في التشريعة وأصولها يكونون قد أحلوا أو حرّموا غير ما شرع الله، وليس لأحد من المؤمنين سلطة التشريع، قال ابن حزم معلقاً على هذا الحديث " فصح بهذا النص بطلان كل عقد عقده الإنسان والتزمه، إلا ما صح أن يكون عقداً جاء النص أو الإجماع بالزامه، باسمه أو بإباحة التزامه، بعينه " (٣)

يؤيده الحديث النبوي الشريف: " ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل، وإن كان مائة شرط " (٤).

المطلب الثاني: رأي الجمهور في مبدأ حرية إنشاء العقود.

جمهور الفقهاء يقولون بهذه المسئلة إن الناس أحرار في أن يعقدوا ما شاءوا من العقود، ويشرطوا من الشروط ما يرون فيه مصلحتهم إلا إذا قام الدليل على المنع - أي الأصل في العقود وما يتصل بها من الشروط الإباحة ما لم يمنعها الشرع أو تخالف نصوص الشرع (٥)، واستدلوا

على رأيهم بما يأتي:

- (١) المدخل لدراسته الفقه الاسلامي الزخيلي، ج ٤ / ١٩٩
- (٢) رواه مسلم عن عائشة صديقى رضى الله عنها
- (٣) الاحكام في أصول الاحكام ٥ / ٦١٥
- (٤) رواه البخارى في كتاب الشروط في باب الشروط في الولد، ص ١١٩، طبع دار المعرفة بيروت.
- (٥) رسالة العقود والشروط لابن تيمية الجزء الثالث من الفتاوى ص ٢٢٢، الموافقات للشاطبي ١ / ١٥١

أن الأصل في العقود الإباحة لا المنع، وأن كل عقد واجب الوفاء،
 إلا ما قام الدليل على منعه، لأن الآيات القرآنية والأحاديث النبوية
 لم تشترط لصحة العقد إلا الرضا والاختيار. جاء في القرآن الكريم:
 "يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود" (١) أوجبت الوفاء بكل عقد
 دون استثناء أي أنها نصت على مبدأ القوة الإلزامية للعقد، وأوجبت
 على الإنسان .

(١) الوفاء بعقده الذي يشره بإرادته الحرة، فيصبح العقد ملزماً
 له بنتائجه، ومقيداً لإرادته حفظاً على مبدأ استقرار التعامل وهذا يدل
 على أن تحريم شيء من العقود أو الشروط التي يتعامل بها الناس تحقيقاً
 لمصالحهم، بغير دليل شرعي، تحريم مالم يحرمه الله، فيكون الأصل في
 العقود والشروط هو الإباحة (٢).

(٢) هناك فرق بين العبادات والمعاملات . أما العبادات فيجب
 ورود الشرع بها، وأما المعاملات ومنها العقود فلا تتطلب ورود الشرع بها .
 فيكفي في محتها ألا تحرمها الشريعة استصحاباً للمبدأ الأصولي وهو
 أن الأصل في الأفعال والأقوال والأشياء هو الإباحة، وذلك لأن القصد من
 المعاملات رعاية مصالح الناس، فكل ما يحقق مصالحهم يكون مباحاً، ويصح
 التعامل بعقود جديدة لم تعرف سابقاً من طريق القياس أو الاستحسان
 أو الوصف الذي لا يصاد من الشريعة ومبادئها (٣).

(١) المائدة : (١)

(٢) الموافقات ج ٢ / ص ٢١٤،

فتاوى ابن تيمية الجزء الثالث فعل العقود والشروط، ص ٣٣٤

(٣) الفقه الإسلامي وأدلته، الزحيلي ٤ / ٢٠٠

(٣) وقوله عليه الصلوة والسلام: " الصلح جائز بين المسلمين
الا ملحقا حرم حلالا أو أحل حراما، والمسلمون على شروطهم الا شرطنا
حرم حلالا أو أحل حراما أو "الناس على شروطهم ما وافقت الحق "
ويُقاس على الشروط الصحيحة كل عقد لا يصادم أصول الشريعة، ويحقق مصالح
الناس .

خلاصة الكلام :

هناك رأيان في هذه المسئلة رأى الظاهرية وهم يذهبون الى
عدم حرية التعاقد وضائته الا ما أمر الله تعالى، اى الاصل فى الاشياء
المنع . و اى الثانى هو مذهب الجمهور . هم يقومون الاصل فى الاشياء
الاباحة ويذهبون الى حرية التعاقد ورضائية . ويجعلون الرضاء اساس
العقود .

رأى القائلون فى مبدأ حرية انشاء العقود

يأخذ فقهاء القانون الحديث بمبدأ سلطان الارادة العقدية اى ان
الارادة حرة فى انشاء العقود واشتراط الشروط لتحديد النزاعات التعاقد
وأشاره المترتبة عليها، ولكن فى حدود النظام العام . وهى الحدود التى
يضعها التشريع وفقا لمصالح الفرد والمجتمع ومقتضيات السياسة
والاقتصاد، فلايمح مثلا الاستئجار على ارتكاب جريمة أو على فعل ميانافى
الآداب الاجتماعية أو النظام الاقتصادى والسياسى .

(١) رواه ابو داؤد والترمذى وابن ماجه والحاكم والبيهقى والدار القطنى
بالفاظ متقاربة الجزء (٢)، ص ٢١٢ - ٢١٨ - ٢٢٠

ويعبر القاصون عن حرية الاشتراط وتحديد التزامات التعاقد

بقاعدة مشهورة هي: " العقد شريعة المتعاقدين "، أي أنه قاصون ملتزم بكل من الطرفين المتعاقدين فيما تقضى به بنوده وشروطه (١).

المبحث الثاني: حرية الاشتراط وفيه المطالب التالية:

هناك خلاف بين الفقهاء في هذه المسئلة - فبعض الفقهاء يجعلون للتعاقد أن يشترط في اثناء تكوين العقد ما شاء من الشروط، وبعض الفقهاء يقيّدون باب التعاقد - أن الشريعة لاتعطي حمايتها لكل الشروط التي يشترطها الناس في عقودهم بل تعطي تلك الحماية لما للائمها من الشروط، وتمنعها مما يخالفها، ومثلها في ذلك المنع مثل القوانين الحديثة في معاملتها للشروط المخالفة للنظام العام. فهي لا تمنحها الحماية، ولا تجهز للمحاكم رعايتها، بل تعتبرها جريمة في كثير من الأحوال (٢).

ولكن ما الضابط للشروط المطلقة السائغة، والشروط غير السائغة في الشريعة؟ الذي يستنبط من أقوال الفقهاء أنهم اختلفوا في ذلك على مذاهبين .

(٢) فتح القدير ٥/ ٢١٧، الزيلعي ٤ / ٣١، رسالة العقود والشروط لأستاذنا الشيخ أحمد ابراهيم بك الملكية ونظرية العقد، الشيخ ابو زهرة ، ص ٢٤٦

حرية الاشتراط هو مبدأ سلطان الإرادة في تعديل آثار العقد المقرر في القوانين، علماً بأن الشريعة والقانون متفقان على أن تقرير آثار العقود وأحكامها هو من إرادة الشارع لامن عمل العاقد، والفسارق بينهما في مدى تفويض الشارع إلى العاقد من السلطان على تعديل الأحكام التي قررهما التشريع مبدئياً في كل عقد (١).

للفقهاء الشرعيين رأيان في حرية الاشتراط في العقود.

الرأي الأول - للظاهرية :

فقهاء الظاهرية يقولون بأن الأصل في العقود المنع، وقالوا: ان الأصل في الشروط المنع، فكل شرط لم يقره الشرع في القرآن أو السنة فهو باطل (٢).

الرأي الثانية :

هذا رأي فقهاء الحنابلة وغير الحنابلة، فقهاء الحنابلة يقولون الأصل في الشروط العقدية هو التقييد، فكل شرط لم يرد الشرع بتحريمه فهو جائز. وغير الحنابلة يقولون الأصل في الشروط العقدية هو التقييد، فكل شرط خالف الشرع أو مقتضى العقد فهو باطل، وماعداه فهو صحيح .

المطلب الأول : " مذهب الحنفية في الشروط " :

قسم الحنفية الشروط إلى ثلاثة أنواع :

- (١) الشرط الصحيح (٢) والشرط الفاسد (٣) والشرط الباطل (٣).

(١) المدخل الفقهي ملزرقاف ٢١٥

(٢) الملكية ونظرية العقد ، الشيخ ابو زهرة ٢٣٤

(٣) فتح القدير ٥ / ٢١٤ ، المبسوط ١٣ / ١٣ ، البدائع ٥ / ١٦٨

(١) الشرط الصحيح : هو ما كان موافقاً لمقتضى العقد، أو تؤكداً بمقتضاه، أو جاء به الشرع، أو جرى به العرف. ومثال الشرط الذى يقتضيه العقد : اشتراط البائع تسليم الثمن أو حبس المبيع حتى أداء جميع الثمن، واشتراط المشتري تسليم المبيع، أو تملكه، واشتراط الزوجة على زوجها أن ينفق عليها، واشتراطه عليها تسليم نفسها إذا قبضت مهرها (١). ومثال الشرط المؤكد بمقتضى العقد. اشتراط البائع تقديم كفيل أو رهن معينين بالثمن عند تأجيله للمستقبل فإن الكفالة والرهن استيثاق بالثمن، فيلائم المبيع ويؤيد التسليم، ومثله اشتراط كون والد الزوج كفيلًا بالمهر والنفقة.

والشرط الذى ورد به الشرع هو مثل اشتراط الخيار أو الأجل لأحد المتعاقدين، أو اشتراط الطلاق إذا طرأ سبب دأع له، فذلك كله مشروع فى الشرع. والشرط الذى جرى به العرف مثل اشتراط المشتري على البائع التعهد باصلاح الشئ المشتري مدة معينة من الزمان كالساعة. والمذياع والسيارة. وقرار هذا الشرط عند الحنفية.

أرى الى توسيع حرية الناس فى الاشتراط، بما يحقق لأحد العقادين منفعة زائدة عن مقتضى العقد.

(٢) الشرط الفاسد : هو ما لم يكن أحد الأنواع الأربعة السابقة فى الشرط الصحيح، أى انه الذى لا يقتضيه العقد. ولا يلائم مقتضى، ولا ورد به الشرع، ولم يتعارفه الناس وإنما فيه منفعة زائدة لأحد المتعاقدين،

كشراء القماش على أن يحيطه البائع قميصا وكييع الدار على أن يسكنها
البائع شهرا أو أكثر. واشتراط الزوجة ألا يتزوج عليها، والقاعدة المقررة
في ذلك هي أن الشرط الفاسد في عقود المعاوضات المالية يفسدها، وفي
غيرها لا يؤثر عليها (١).

فالشرط الفاسد في المعاوضات المالية كالبيع والإجارة يفسدها.
وأما العقود الأخرى غير المبادلات كال تبرعات (هبة، إعانات) .
والزواج والطلاق فلا يؤثر عليها الشرط الفاسد (٢).

(٣) الشرط الباطل : هو ما لم يكن أحد أنواع المصحح. وليس فيه
منفعة لأحد المتعاقدين ولا لغيرهما، وإنما هو ما كان فيه ضرر لأحد
العاقدين كاشتراط البائع الدار على المشتري أن يتركها من غير سكن
مدة شهر في كل سنة، واشتراط البائع سيارة ألا يركب المشتري فلانا فيه .
وفي هذه العقود العقد صحيح، والاشترط لغو باطل لا قيمة له، سواء في عقود
المعاوضات أم في العقود الأخرى (٣).

المطلب الثاني : " مذهب الحنابلة في الشروط "

مذهب الحنابلة أوسع مذهب في الأخذ بحرية الاشتراط (٤) فمذهب

ابن تيمية وابن قيم قريب إلى الفقه القانوني. فهم يرون أن الأصل في

(١) تبين الحقائق : ١٣١ / ٤

(٢) البدائع ٥ / ١٦٨، ورد المختار لابن عابدين ١٢٦ / ٤

(٣) المبموط ١٣ / ١٣ فتح القدير ٢١٤ / ٥

(٤) غاية المنتهى ٢ / ٢٣ - ٢٦، أعلام الموقعين ٣ / ٤٠١ - ٤٠٢

كشف القضاء ٤٠ / ٢٤

الشروط الاباحة أو الاطلاق، فيصح كل شرط فيه منفذ أو مصلحة لأحد العاقلين، كاشتراط صفة معينة في المبيع أو في أحد الزوجين، واشتراط منفعة في عقد البيع كسكنى الدار المبيعة بعد بيعها مدة معينة، وتسل المبيع لدار المشتري، وخياطة الثوب للمشتري، واشتراط الزوجة على الزوج الا يتزوج عليها. أو الا يسافر بها أو الا ينقلها من منزلها.

فهذه الشروط صحيحة يجب الوفاء بها، سواء في عقود المعاوضات المالية، أم في عقود التبرعات، أو في التوثيقات، أو الزواج ونحوه . فان لم يوف بها جاز للعاقد الآخر فسخ العقد. وهذا رأى القاضى شريح، وابن سبرمة الكوفى، وابن ابى ليلى وجماعة من فقهاء المالكية، دليلهم .

أن جابرا باع النبی صلی الله علیه وسلم بغيرا واشتراط حملانه عليه الى اهله وأقره النبی صلی الله علیه وسلم ذلك ودفع له الثمن^(٢) فاشتراط الركوب على الحمل فيه منفعة للبائع، فهو شرط فاسد، والفاسد لا يؤثر فى العقد مطلقا.

وليتثنى الحنابلة ومن وافقهم الشرط المنافى لمقتضى العقد أو

الذى ورد النهى عنه .

(١) والشرط المنافى لمقتضى العقد : كاشتراط البائع على المشتري
 ألا يبيع الشئ المشتري مطلقا، أو ألا يقفه على جهة خير مثلا، فالعقد
 صحيح والشرط لاغ لأن فى هذا الشرط حرمان العاقد من الاستفادة مما يثبته
 العقد له من حقوق .

(٢) الشرط المنهى عنه أو المخالف لحكم الله ورسوله، كاجتماع صفتين
 فى عقد واحد، مثل اشتراط البائع على المشتري، ايجار الدار لفلان، أو
 أن يهبه شيئا، أو يبيع له شيئا أو يقرضه مبلغا من المال، أو ألا يبيع
 الناتج الزراعى كالقطن وغيره إلا له اشتراط الزوجة أن يطلق امرأته
 الأولى.

فهذه شروط فاسدة تفسد العقد لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم :
 " نهى عن بيعتين فى بيعة " أو عن صفتين فى صفقة " (١) ولأن ذلك يؤدى
 غالبا الى النزاع بين المتعاقدين فى العقد الآخر المشروط، فيسرى
 النزاع الى العقد الأصلى (٢).

وقد أفاض ابن تيمية وابن القيم فى بيان نظريتهما فى أن الأصل
 فى العقود والشرط الاباحة أو الجواز والصحة حتى يقوم الدليل على
 المنع، لأنها من العادات التى تراعى فيها مصالح الناس . فان حرمتنا
 ما يجرى بين الناس من عقود وشروط، بغير دليل من الشارع، نكون قد حرمتنا
 ما لم يحرمه الله تعالى (٣).

(١) اللفظ الأول رواه أحمد والنسائى والترمذى وصححه عن أبى هريرة،
 واللفظ الثانى رواه أحمد عن ابن مسعود (نيل الأوطار : ١٥٢/٥)

(٢) الفقه الإسلامى وأدلته ج ٤ / ٢٠٧

(٣) الفقه الإسلامى وأدلته ج ٤، ص ٢٠٧

والله تعالى أمرنا بالرفق فاء بالعقود في قوله تعالى: " يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود " (١). وطالبنا النبي صلى الله عليه وسلم بتنفيذ الشروط في قوله ، المسلمون على شروطهم ، إلا شرطاً أحل حراماً ، أو حرم حلالاً (٢) ، وقد قررت الشريعة أن الأصل في العقود رضا المتعاقدين ، ونتيجتهما هو ، أوجباه على نفسيهما بالتعاقد ، ذلك في قوله تعالى " إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم " (٣) .

أما استثناء الشرط أو العقد المناقض حكم الله ورسوله فلقوله صلى الله عليه وسلم في الحديث " من أحدث في أمرنا - أو ديننا - هذا ما ليس منه فهو رد " وفي لفظ من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو رد " فكل شرط يناقض حكم الله تعالى ورسوله (صلى الله عليه وسلم) يكون باطلاً باتفاق المسلمين ، كاشتراط التعامل بالربا أو الاتجار في الخمر ونحو ذلك (٤) .

وبلاحظ أن الحائلة حصروا الشرط المناقض في المناقضة لمقصود العقد الأصلي ، فلو شرط البائع على المشتري ألا يبيع ما اشتراه ، فإنه يكون منافياً أو مبطلاً للمقصود الأصلي من العقد ، وهو الملك المبيع للمتصرف . أما إذا شرط البائع منفعة أخرى كسكنى الدار أو زراعة الأرض ،

(١) المائدة آية رقم ١

(٢)

(٣)

(٤) الفقه الاسلامي وادلته - ج ٤ ، ص ٢٠٨

فانه لا يكون منافيا لمقتضى العقد ويكون الشرط صحيحا. وكذلك فى الزواج لو شرط فيه الاتى له المنفعة الزوجية يبطل العقد، لكن لو شرط فيه عدم ممارسة الاستمتاع الزوجى يصح العقد ويلغو الشرط. أما الدفية فقد توسعوا فى تفسير المنافسة، وقالوا : كل ما يكون من الشروط فيه منفعة لأحد المتعاقدين، يكون منافيا لمقتضى العقد (١).

والخلاصة : أن الحنابلة وموافقيهم يرون أن الشريعة فوضت لإرادة العاقدین تحديد مقتضيات العقود، أو آثارها ضمن نطاق حقوقهما ومصلحتهما فى كل مالا يصادم نصوص الشريعة أو أصولها الثابتة، وهذا الاتجاه لعمر وشريح وابن شبرمة والحنابلة يتفق تماما مع تقرره القوانين الحديثة من مبدأ سلطان الإرادة، وإعطاء الحرية للعاقدین فى اشتراط أى شرط لا يخالف قواعد النظام العام أو الآداب أو النصوص القانونية الخاصة.

(٢) مزايا الفقه الحنبلى فى الشروط :

كان للاجتهاد الحنبلى فى حرية الاشتراط مزايا مهمة فيما يأتى:

١ - الزواج : آجاز الحنبلية الأخذ بمبدأ حرية الاشتراط فى الزواج، لما ثبت فى الصحيحين عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : " إن أحق الشروط أن توفوا به ما استطلتم به الفروج " ولما للزواج من جانب كبير من الخطورة والقدسية، إذ تقوم عليه أسرة تتطلب الحفاظ عليها، فتكون رعاية الشروط التى فيها منفعة أوجب وألزم من العقود الأخرى .

(١) الفقه الإسلامى وأدلته ج ٤، ص ٢٠٨

فأجازوا خلافا للحقبة والشافعية والمالكية للزوجين اشتراط
 ماشاءا من الشروط التي فيها منفعة مقصودة لاتتعارض مع موضوع الزواج
 ونصوص الشريعة، كاشتراط المرأة الا يسافر بها زوجها، أو الا ينتقل بها
 من دارها ويسكن معها، أو لايتزوج عليها، أو أن يطلق امراته الأولى (١)
 اختلف الحنابلة في صحة هذا الشرط، فمن ابن قدامة صاحب المغنى على
 عدم صحة هذا الشرط ولكن اكثر الحنابلة على القول بالصحة (٢).

أما اشتراط توقيت الزواج، أو عدم المهر، أو عدم النفقة الزوجية
 أو عدم الاستمتاع الزوجي ونحوه، فلا يصح لمصادمته موضوع الزواج (٣).
 فإذا لم يوف الزواج بالشرط كان الطرف الآخر المشروط له مخيراً
 بين الاستمرار وفسخ العقد بسبب عدم الوفاء بالشرط .

ب - التبرعات : أجاز الحنابلة للمتبرع استثناء بعض منافع
 الشئ المتبرع به، ولو لم تكن المنفعة معلومة : فللواهب أو الواقف أو
 المصدق أن يشترط لنفسه منفعة من منافع الشئ مدة حياته، كان يتثنى
 غلة الوقف ما عاش الواقف ، أو منفعة الدار الموهوبة مدة الحياة (٤)

ج - المعاوضات : أجاز الحنابلة أيضا استثناء بعض منفعة الشئ
 المبيع بشرط أن تكون المنفعة معلومة، كان يبيع الدار على أن يظل
 ساكناً فيها مدة معينة، أو السيارة على أن يركبها، مدة معينة، والسبب

(١) الفقه الاسلامي وادلته - ج ٤، ص ٢٠٩

(٢) المغنى : ٦ / ٥٦٠، تصحيح الفروع : ٣ / ٥٦

(٣) نظرية العقد لابن تيمية، ص ٢٠٨، المغنى : ٦ / ٥٤٦

(٤) الفقه الاسلامي وادلته ج ٣، ص ٢١٠

فى اشتراط كون المنفعة المثناة معلومة فى المعاوضات بعكس التبرعات : هو بناء المعاوضات على التعادل بين الطرفين، بحيث لا يغبى أحدهما الآخر عينا فاحشا فلا بد كون المنفعة معلومة حتى لا يقع نزاع بين العاقدين، أما التبرع فلا تعادل فيه، فلا يتأتى النزاع بين الطرفين^(١).

وجوزوا استثناء بعض الحقوق كأن يكون البائع احمق بشراء المبيع اذا أراد المشتري بيعه لأقر، وأجازوا ايجاب بعض الواجبات على المالك كبيع العقار على أن يقفه المشتري، أو يتصدق به أو يقضى دين فلان أو يصل ربه رحمة^(٢). وهذا دليل على جواز الاشتراط لمصلحة الغير وصح الحنابلة خلافا لبقية الفقهاء البيع بما ينقطع عليه السعر فى المستقبل بتاريخ معين من غير تقدير ثمن أو تحديده وقت العقد، يتعارف الناس وتعاملهم به فى كل زمان ومكان^(٣). كبيع القطن بما يستقر عليه سعر السوق فى بورصة الاقطان فى الساعة السادسة من يوم كذا.

واعتبر الحنابلة خلافا لجمهور الفقهاء بيع العربون صحيحا مشروعاً وهو ان يبيع الشخص شيئا، ويأخذ من المشتري مبلغا من المال، يسمى عربونا لتوثيق الارتباط بينهما، فان تم البيع بينهما احتسب العربون المدفوع من الثمن، وان لكل المشتري كان العربون للبائع، هبة

(١) نظرية العقد لابن تيمية ص ٢٢٠

(٢) فتاوى لابن تيمية : ٣ / ٣٤٧

(٣) اعلام الموقعين : ٥ / ٤ - غاية المنتهى : ١٤ / ٢، نظرية العقد لابن تيمية ص ٢٢٠ -

من المشتري^(١) . وأقره القاضى شريح بقوله : " من شرط على نفسه طائعا
غير مكره فهو عليه " ^(٢) .

وأجازته الحنابلة لتعارف الناس له ، ولما ثبتت فى السنة ، " أن
الرسول الله صلى الله عليه وسلم عن العريان فى البيع فأحله ^(٣) . ويؤيده
أثر عن عمر وهو " أن نافع بن عبد الحارث عامل لعمر على مكة ، اشترى
لعمر دار السجن من صفوان بن أمية بأربعة آلاف درهم ، فان رضى عمر كان البيع
نافذا ، وان لم يرض فلصفوان أربعمئة درهم ^(٤) .

د - التصرفات مطلقا : أجاز الحنابلة تعليق التصرف بشرط معلق
فى جميع انواع العقود والفسوخ والتبرعات والالتزامات من بيع وإجارة
وكفالة وإقالة وإبراء وزواج وغيرها كأن تقول أمرة زوجتك نفسى على
مهر كذا ان رضى أخى أو يحكى مثلاً ^(٥) .

ودليهم على الجواز إطلاق الحديث النبوى (صلى الله عليه وسلم)
" المسلمون عند شروطهم الا شرطا أحل حراما أو حرم حلالا " ولأن تعليق
العقود وغيرها على شرط قد تدعو اليه الضرورة أو الحاجة المطلقة ^(٦)

-
- | | |
|-----|--|
| (١) | غاية المنتهى : ٢ / ٢٦ |
| | المغنى : ٤ / ٢٢٢ |
| | المدخل الفقهى للاستاذ الزرقاء : ف ٢٣٤ |
| (٢) | اعلام الموقعين : ٢ / ٤٠٠ ط السعادة |
| (٣) | نبيل الاوطار : ٥ / ١٥٣ |
| (٤) | اعلام الموقعين : ٣ / ٤٠١ |
| (٥) | المغنى ٣ / ٢٣٢ ، الفقه الاسلامى وادلته ج ٤ ، ص ٢١٢ |
| (٦) | اعلام الموقعين : ٣ / ٢٩٩ |

ومنع جمهور الفقهاء التعليق في جميع العقود ولاسيما التمليكات والزواج، واعتبروها باطلة^(١). وسوغوا فقط الاسقاطات كالطلاق.

(٤) رأى القانونون في الاشتراط :

يجيز القانون حرية الاشتراط .

جاء في كتاب العقود الباكستاني في مادة رقم ٢٢، ٢٣، ٢٤، ٢٥،

٢٦، ذكر فيه كل الشروط جائز في القانون الا الشروط التي لا تحيز

القانونون - اذن لاختلاف بين الشريعة والقانونون في هذا المجال .

(١) فتاوى ابن تيمية ٢/ ٢٤٧

الحمد لله واشكره على انسه وافقنى واعاننى على كتابة بحثى
 هذا وتكميله . أما جانب الشريعة فبحثت على هذا الموضوع بالتفصيل
 والتطوير غير المخل ، وأما جانب القانون الباكستانى فذكرت
 احكامها وقارنتها بالأحكام الشرعية عند الضرورة بالاختصار خوفا من
 التطويل .

أما مقدمة الرسالة فبحثت عن تلخيص البحث ، وأهمية الموضوع
 ومنهج فى البحث .

وبعد ذلك فى البحث التمهيدى ذكرت تعريف العقد لغة اصطلاحا .
 مشروعيته وحكمه . وبعد ذلك ذكرت خطة البحث .

هذا البحث يشتمل اربعة فصول - الفصل الأول وهو يشتمل على اربعة
 المباحث . فى الفصل الأول ذكرت فيه التعريف بالارادة الظاهرة والارادة
 الباطنة . والبحث الثانى يشتمل اولا التعبير باللفظ - ثانيا التعبير
 بالكتابة - ثالثا - التعبير بالاشارة وقارنتها فى البحث الثالث مع
 القانون الباكستانى .

أما الفصل الرابع يشتمل على سبعة مطالب .
 المطلب الأول : ذكرت فيه صورية العقد حالة السكر والنوم والجنون وعدم
 التمييز .

والمطلب الثانى : بحثت فيه صورية العقد حالة الهزل .

والمطلب الرابع : ذكرت فيه صورية العقد حالة الخطأ

والمطلب الخامس : ذكرت فيه صورية العقد حالة التلجئة أو المواقعة .

المطلب السادس والسابع : بحثت على سورية العقد حالة الاكراه وصورية العقد حالة القصد غير المشروع في آخر هذه المطالب قارنت بين الشريعة والقانون سورية العقد حالة الجنون وعدم التمييز والخطاء والاكراه والقصد غير مشروع .

أما الفصل الثاني فيشتمل على خمسة مباحث - أما المبحث الأول قد تكلمت عن اثر اتحاد المجلس في توافق الارادتين وفي المبحث الثاني ذكرت فيه متى يعتبر المكوث عن الرد قبولاً موافقاً للإيجاب .

وفي المبحث الثالث قد بينت كيف يتم القبول في عقود المفرد وفي المبحث الرابع قد تكلمت فيه العاقدان لايجهما مجلس واحد أو حكم التعاقد بالرسالة ، أما في المبحث الخامس قد عرضت رأي القانون الباكستاني في التوافق بين ارداتى المتعاقدين .

والفصل الثالث الذى يبحث عن عيوب الرضاء يشتمل على ثلاثة مباحث والمبحث الأول يتناول التعريف الغلط ، الغلط الذى يعيب الارادة الغلط فى شخص المتعاقد والغلط فى القيمة وهكذا المبحث الثانى يبحث على علاقة التدليس بالغلط ، التدليس الصادر من غير المتعاقد وانواع التدليس .

أما فى الفصل الثالث ذكرت فيه التعريف الاكراه ، عناصر الاكراه الرهبة هى التى تفسر الاكراه - انواع الاكراه شروط الاكراه .

الاكراه الصادر من المتعاقد والاكراه الصادر من الغير وفي الآخر هذا المبحث قد عرضت رأي قانون الباكستاني فى الاكراه وقارنتها مع

مع الفقه الاسلامى .

والفصل الرابع : ذكرت فيه سلطان الارادة ومدى الحرية فى العقود والشروط - يشتمل على المباحث والمبحث الأول يتناول آراء الفقهاء فى حرية التعاقد ورضائيته . فى هذا المبحث ذكرت أولا رأى الظاهرية فى مبدأ حرية انشاء العقود وثانيا رأى الجمهور فى مبدأ حرية انشاء العقود وكتبته رأى القانون فى مبدأ حرية انشاء العقود فى هذا المبحث . والبحث الثانى قد بينت فيه حرية الاشتراط ويشتمل مذهب الحنفية ، مذهب الحنابلة ، والمزايا الفقد الحنبلى فى الشروط .

(١) هذا هو أثر التراضى على تكييف العقود فى الشريعة الاسلامية التى هى متينة النسخ قوية البناء، محكمة الأساس تقيم العقود على تراضى الطرفين فكلما وجد هذا العنصر ينعقد العقد ويترتب عليه الآثار الطوعية من انتقال الملكية من البائع الى المشتري ووجوب الثمن عليه، وغير ذلك من الالتزامات الأخرى المترتبة على العقود حسب أنواعها وهيئاتها ويتبين من خلال البحث، ان الاسلام يقر بحرية الانسان فى المعاملات والعقود.

فلا يلتزم العاقد اى التزام عقدى أو واجب عقدى بدون مرضاته، فإى التزام لم يلتزم به لايكون مسئولا عن وفائه وأدائه - بل يكون مسئولا عن الالتزامات التى التزم بها فى العقود حسب الشروط المقررة والمتفق عليها - فهو حر فى احداث واجبات عقدية وعدم احدثها.

(٢) ونذكر رأينا خلال البحث ان فقهاء الاسلام كانوا بالعين فى نظرهم وفكرتهم فكانت نظرتهم دقيقة وفكرتهم واسعة، حيث شعروا بالحوادث والقضايا التى حدثت بعد مرور فترة طويلة لبحثهم تلك القضايا كمعالجتهم كحادثة واقعة فهذه اماره دقة نظرهم فى المسائل والاحكام.

(٣) ولاحظنا ان الشريعة الاسلامية تعتبر ضمير الانسان وارادته أكثر من الفاظه وكلامه - فالمكره والسكران والهازل وإن كانوا ينطقون بالالفاظ المؤثرة لكن تكون لاغية، لأن النية كانت مغبودة عند النطق بذلك فهى تحتم الباطن دون الظاهر الا فى بعض الحالات التى هى مستثناة من هذا الأصل

ور توفيقى الا بالله

المسراجعكتب التفسير

- (١) أحكام القرآن لأبي بكر أحمد ابن علي الرازي الجصاص
طبع : دار الفكر بيروت ، لبنان
- (٢) الجامع لأحكام القرآن لمحمد ابن أحمد الانصاري القرطبي
طبع : دار الكتب العربية ١٩٦٧م
- (٣) الكشف لأبي القاسم جابر الله محمود ابن عمر الزمخشري
طبع : مطبعة مصطفى محمد بمصر ١٩٣٧م
- (٤) تفسير جلالين لجلال الدين السيوطي وجلال الدين المحلي
طبع : تاج كمبني ، كراتشي ، باكستان

كتب الحديث

- (١) الجامع الصحيح صحيح البخاري
طبع : المكتبة الاسلامية استانبول ، تركيا
- (٢) سبل السلام شرح بلوغ المرام
لمحمد بن اسماعيل الصفاني ،
طبع : مصطفى الحلبي ، ١٩٦٠م
- (٣) سنن الكبرى للبيهقي لأبي بكر أحمد بن الحسين ابن علي البيهقي ،
طبع : الهند ، ١٣٥٥هـ
- (٤) سنن ابن ماجه لأبي عبد الله محمد ابن يزيد القرويني المعروف بابن ماجه
طبع : عيسى الحلبي ، ١٩٥٤م

- (٥) سنن أبي داود
 لأبي داود سليمان بن الأشعث بن إسحق
 الأزري السجستاني
 طبع مطبعي الحلبي، ١٩٥٢م
- (٦) سنن الترمذي
 لأبي عيسى محمد بن عيسى الترمذي
 طبع : مكتبة دار الدعوة سورية،
 ١٩٦٧م
- (٧) صحيح مسلم بشرح النووي
 لأبي الحسين مسلم ابن الحجاج
 طبع : دار الفكر بيروت ، لبنان
- (٨) الموطأ
 لإمام مالك ابن انس
 طبع مكتبة رحيمية (ديونند) الهند
- (٩) نيل الأوطار شرح
 لمحمد ابن علي ابن محمد الشوكاني
 طبع : دار الحبيب بيروت لبنان، ١٩٧٣م

كتب الأصول والقواعد الفقهية

- (١) الاشياء والنظائر
 لشيخ زين الدين بن ابراهيم ابن
 نجيم
 طبع : ادارة القرآن والعلوم ، كراتشي
- (٢) الاشياء والنظائر
 لجلال الدين عبد الرحمن السيوطي
 طبع : دار احياء الكتب العربية
- (٣) أصول الفقه
 لإمام أبو زهرة
 طبع : دار الفكر العربي بيروت

- (٤) التلويح للعلامة سعد الدين مسعود ابن عمر
ابن عبدالله التفتازاني
طبع : مطبعة الخيرية ، ١٣٢٢ هـ
- (٥) الفروق شهاب الدين ابو العباس أحمد ابن
ادريس
طبع : عالم الكتب بيروت
- (٦) الموافقات في اصول الشريعة لأبي اسحق ابراهيم ابن موسى اللحامى
الشاطبي

كتب الفقه

كتب فقه الحنفى

- (١) البحر الرائق شرح كنز الدقائق لزين الدين الشهير بان نجيم
طبع : مكتبة الماجدية باكستان
- (٢) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع لامام علاء الدين ابن بكر بن مسعود
السكاسانى
طبع : دار الكتاب العربية ، بيروت
بيروت .
- (٣) تبين الحقائق شرح كنز الدقائق للعلامة فخر الدين عثمان بن على
الزيعلى
طبع : مكتبة الامدادية ، ملتان ،
باكستان .
- (٤) تكملة فتح القدير لكمال الدين محمد بن عبدالواحد
ابن الهمام
طبع : دار الفكر بيروت ، لبنان

- (٥) المبسوط لشمس الدين السرخسي
طبع : دار المعرفة بيروت

كتب فقه المالكية

- (١) حاشية الدسوقي على علامة شمس الدين محمد عرفة
شرح الكبير الدسوقي
طبع : دار الاحياء الكتب العربية
- (٢) شرح الكبير لأبي البركات سيدي أحمد الدردير
طبع : مطبعة الاميرية

كتب فقه الشافعية

- (١) الاشبة والنظائر في لجلال الدين عبدالرحمن السيوطي
الفروع والقواعد طبع : دار الاحياء الكتب العربية
- (٢) الأم ابو عبدالله محمد بن ادريس الشافعي
طبع : بولاق ، مصر . ١٢٢٤هـ
- (٣) المذهب ابو اسحق ابراهيم بن يوسف الشيرازي
طبع : مصطفى الحلبي
- (٤) مخني المحتاج الى للشيخ محمد الشربيني الخطيب
معرفة معاني الفاظ المنهاج طبع : مصطفى الحلبي، مصر، ١٩٦٧م
- (٥) نهاية المحتاج الى لشمس الدين محمد بن ابي العباس
شرح المنهاج أحمد بن حمزة ابن شهاب الدين الرملي
الناشر : المكتبة الاسلامية

كتب فقه الحنابلة

- (١) اعلام الموقعين لابن القيم الجوزية
طبع : دار الجيل لبنان
- (٢) الفتاوى الكبرى لتقى الدين ابو العباس أحمد ابن عبدالحليم ابن تيمية
طبع : مكتبة المثنى ببغداد
- (٣) كشف القناع لعلامة منصور بن يونس ادريس السبهوتي
طبع : المطبعة العامرة الشريفة ١٣١٩هـ
- (٤) المثنى لابي محمد عبدالله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي
طبع : مكتبة رياض الحديث بالرياض

كتب فقه الظاهري

- (١) المثلّى لابي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم
طبع : أحياء التراث العربي، بيروت لبنان

كتب عامة القديمة والحديثة

- (١) الفقه الاسلامي وادلته للشيخ وهبة الزحيلي
طبع : دار الفكر دمشق ١٩٨٤م

- (٢) فقه العقود
للدكتور محمد سلام مذكور
طبع : دار الهنا بشارق بولاق
مصر، ١٩٠٤م
- (٣) كتاب الفقه على مذاهب
الأربعة
لعبد الرحمن الجزيري
طبع : دار الارشاد للتأليف والطبع
- (٤) مصادر الحق في الفقه
الاسلامي
للدكتور عبدالرزاق السنهوري
طبع : معهد الدراسات العربية العالية
- (٥) المعاملات الشرعية
المالية
لشيخ ابراهيم بك
طبع : مطبعة النصر
- (٦) الملكية ونظرية العقد
لشيخ أبو زهرة
طبع : الطبعة الاولى، ١٩٣٩م
- (٧) ابن تيمية
لشيخ ابو زهرة
طبع : دار الفكر العربي القاهرة
- (٨) احكام المعاملات
الشرعية
الشيخ علي الخفيف
الطبعة الثانية ١٩٤٤م
- (٩) الاحوال ونظرية الفقه
في الفقه الاسلامي
محمد يوسف موسى
طبع : دار الكتاب العربي
- (١٠) المدخل الفقهي العام
الشيخ مصطفى أحمد الزرقا
طبع : دمشق
- (١١) المدخل الفقهي
محمد سلام مذكور
طبع : دار النهضة العربية

كتب اللغة العربية

- (١) لسان العرب للإمام علامه الفضل جمال الدين محمد بن بكر اب نظور
طبع : المطبعة يرية بمصر
- (٢) المصباح المنير فى لاهمء بن محمد بن عمى المقرئ القىومى
غريب شرح الكبير طبع : قاهرة

كتب القانونون

- 1) Contract Act. (IX of 1872).
By Shaukat Mahmood.
- 2) Federal Shariat Court
Suo - moto examination of laws judgment.
- 3) AIR 1938 Calcutta, India.
- 4) AIR 1933 Bombay, India.
- 5) AIR 1963 Orissa, India.
- 6) AIR 1962 S.C. ?
- 7) AIR 1952 Madrass, India.
- 8) AIR 1954 Bombay, India.
- 9) AIR 1949 Patnah, India.
- 10) Air 1945 Lahore, Pakistan.
- 11) PLD 1960 Karachi, Pakistan.
- 12) PLD 1976 S.C.?
- 13) PLD 1967 Lahore, Pakistan.
- 14) PLD 1978 Karachi, Pakistan.
- 15) PLD 1976 Karachi, Pakistan.
- 16) وسيط فى القانون المءنى المصرى للءكتور السنهورى
طبع : آباء التراث العربى ببيروت .

فهرست البحث

<u>المفحسة</u>	<u>الموضوع</u>
٤ الى ١	مقدمة
٧ - ٥	خطة البحث
٤١ - ٨	تمهيد
٢٦ - ١٥	التعريف بالارادة الظاهرة والارادة الباطنة
٤٢ - ٢٧	طرق التعبير عن الرضا
٦٧ - ٤٣	حتى ينتج التعبير عن الارادة واثره
٧٨ - ٧٣	اثر اتحاد المجلس في التوافق الارادتين
٨٢ - ٧٩	متى يعتبر السكوت عن الرد قبولا موافقا للايجاب
٨٦ - ٨٣	كيف يتم القبول في عقود المزارع
٩١ - ٨٧	حكم التعاقد بالرسالة
١٠١ - ٩٢	الغلط
١٠٨ - ١٠٢	التدليس
١٣٨ - ١٠٩	الاكراه
١٤٥ - ١٤٠	حرية التعاقد ورضائيته
١٥٧ - ١٤٦	حرية الاشتراط

إلى آخره

