

T01059

الجامعة الإسلامية العالمية بإسلام آباد
كلية الشريعة والقانون
الدراسات العليا

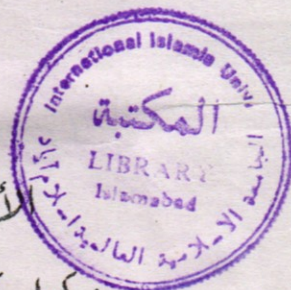
القوة الملزمة للعقد وأثرها في الشريعة الإسلامية

بحث للمصطفى علي الماجستير في الشريعة والقانون

تحت إشراف

الأستاذ الدكتور سيد عواد علي

وكيل كلية الشريعة والقانون للدراسات العليا



إعداد الطالب

ضيف، الدين قصوري

العام الدراسي

١٤١٧ هـ - ١٩٩٦ م

MS
٣٤٠٤٥٩٣
ق ص ق
فقه الاسلام - تجارة

٢٤١٤١٤
ق ص ق
الاسلام - فقه
١٥٩٥٩٥

MS



T-1059

Accession No.....



R
1-T01059
2-T01060
DE
C
V4/2011

DATA ENTERED

Amz 06/02/14

ED

ED



٣
الجامعة الإسلامية العالمية ياسلام آباد

كلية الشريعة و القانون

قسم الدراسات العليا

تمت مناقشة بحث الطالب : ضياء الدين قصوري

يوم : / /

أسماء و توقيعات المتحنيين

التوقيع	الاسم	المحكمة المختصة
—		الناقش الخارجي
	—	الناقش الداخلي
		المشرف

الإهداء

إلى من قال الله تعالى فيهما :

﴿ وقضى ربك ألا تعبدوا إلا إياه وبالوالدين إحسانا ﴾

أهدي بخفي هذا إليهما و أقول :

﴿ رب ارحمهما كما ربياني صغيرا ﴾

و إلى كل من يبدل جهده في سبيل الله و خدمة الإسلام .

خلاصة البحث

الحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله ومن والاه ، وبعد :
فهذا بحث في (القوة الملزمة للعقد و آثارها في الشريعة الإسلامية) أتقدم به
لكلية الشريعة و القانون بالجامعة الإسلامية العالمية بإسلام آباد لنيل درجة
الماجستير في الشريعة و القانون .

و قد قمت بعون الله تعالى بوضع خطة لهذا البحث تتكون من :

- فصل تمهيدي

- و بابين

- و خاتمة

أما الفصل التمهيدي : ففي ماهية العقد و تكوينه . و فيه ثلاثة

مباحث :

المبحث الأول : تعريف العقد . و فيه أربعة مطالب :

المطلب الأول : تعريف العقد في اللغة .

المطلب الثاني : أقوال المفسرين في قول الله تعالى ﴿ أو فؤا بالعقود ﴾

المطلب الثالث : تعريف العقد في اصطلاح الفقهاء .

المطلب الرابع : تعريف العقد في القانون .

المبحث الثاني : المصطلحات ذات الصلة بالعقد . و فيه مطلبان :

المطلب الأول : العقد و التصرف . و فيه فرعان :

الفرع الأول : المراد بالتصرف في اللغة و الشرع .

الفرع الثاني : المراد بكلمة " التصرف " في القانون .

المطلب الثاني : العقد و الالتزام . و فيه فرعان :

الفرع الأول : المراد بالالتزام في الشرع .

الفرع الثاني : المراد بالالتزام في القانون .

المبحث الثالث : أركان العقد و شروطها . و فيه مطلبان :

المطلب الأول : تعريف الركن و بيان أركان العقد .

المطلب الثاني : كيفية إنشاء العقد و شروط الصيغة و المتعاقدين .

و فيه ثلاثة فروع :

الفرع الأول : كيفية إنشاء العقد .

الفرع الثاني : شروط الصيغة .

الفرع الثالث : في العاقدین و ما يشترط فيهما .

و أما الباب الأول : ففي العقود و التصرفات و تقسيماتها . و فيه فصلان :

الفصل الأول : في العقود و التصرفات . و فيه مبحثان :

المبحث الأول : أنواع العقود في الفقه و القانون . و فيه مطلبان :

المطلب الأول : أنواع العقود في الفقه الإسلامي .

المطلب الثاني : أنواع العقود في القانون الوضعي .

المبحث الثاني : أنواع التصرفات . و فيه ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : تصرفات الولي .

المطلب الثاني : تصرفات الوكيل .

المطلب الثالث : تصرفات الفضولي .

الفصل الثاني : الاعتبارات التي قامت عليها تقسيمات العقود . و فيه ثمانية

مباحث :

المبحث الأول : تقسيمها بحسب اعتبار الشرع لها من عدمه .

المبحث الثاني : تقسيمها بحسب حاجتها للقبض من عدمه .

المبحث الثالث : بحسب الغرض المستهدف منها .

المبحث الرابع : بحسب اتصال أحكامها بها أو تأخرها .

المبحث الخامس : من حيث التوقف و النفاذ .

المبحث السادس : من حيث ما يتم بإرادة أو إرادتين .

المبحث السابع : من حيث اللزوم من عدمه .

المبحث الثامن : من حيث التسمية من عدمها .

و أما الباب الثاني : ففي آثار اللزوم في العقد . و فيه فصلان :

الفصل الأول : مدى التزام المتعاقدين بتنفيذ العقد . و فيه مبحثان :

المبحث الأول : نطاق تنفيذ العقد . و فيه خمسة مطالب :

المطلب الأول : نقل الملك .

المطلب الثاني : نقل المنفعة .

المطلب الثالث : ترتيب الدين في الذمة .

المطلب الرابع : الإلزام بعمل معين .

المطلب الخامس : توثيق الديون .

المبحث الثاني : الاستثناءات الواردة على تنفيذ العقد .

الفصل الثاني : آثار القوة الملزمة للعقد بالنسبة للخلف و الدائنين . و فيه

مبحثان :

المبحث الأول : القوة الملزمة للعقد بالنسبة للدائنين و ما يترتب على

الحجر

يترتب على الحجر على المدين أمور أربعة ، جعلت الكلام عن كل واحد منها في مطلب على الترتيب التالي :

المطلب الأول : منع المدين من تصرفه في ماله .

المطلب الثاني : بيع مال المدين و قسم ثمنه بين الغرماء .

المطلب الثالث : حلول الديون المؤجلة على المدين بسبب الموت

و الفلاس .

المطلب الرابع : من وجد عين ماله عند المدين هل يكون أحق به ؟

المبحث الثاني : القوة الملزمة للعقد بالنسبة للخلف ، و فيه ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : حقوق التركة .

المطلب الثاني : ديون التركة .

المطلب الثالث : الموصى له بجزء من مجموع التركة .

سبب اختيار الموضوع :

تعتبر العقود قوام المعاملات الدنيوية بين الناس ، و تعتبر قوة الإلزام المقصد الأساسي من كل العقود ، لما من عقد يبرم إلا و يقصد طرفاه من ورائه أن يكون ملزما لمترتب عليه آثاره . و قد اخترت هذا الموضوع لسببين :

الأول : ضعف التزام الناس بالآثار المترتبة على العقود من حيث الإلزام و غيره خاصة من جهة أحكام الشريعة .

الثاني : أنه في حدود علمي لم يفرد هذا الموضوع ببحث خاص ، بل ما فيه مفرق بين أبواب العقود في كتب الفقه ؛ لذلك أردت أن أقوم بجمع هذه المتفرقات و الربط بينها و تنسيقها على نحو يجعلها نظرية شاملة متكاملة تبرز

النظرة الكلية للشريعة الإسلامية بشأن قوة الإلزام في العقود المختلفة التي يتعامل بها الناس و التي تقوم عليها حياتهم الدنيا .

منهج البحث :

منهج هذا البحث عبارة عن دراسة مقارنة للعقود و ما يترتب عليها من آثار ملزمة لأطراف العقد بين المذاهب الفقهية المختلفة ، و قد اعتمدت في ذلك على أهميات مصادر الفقه الإسلامي ، و كتب الحديث و التفسير فيما يتعلق بتخريج الأحاديث و الآيات و بيان معانيها . مع الرجوع إلى الكتب المعاصرة عند الضرورة نظرا لما تمتاز به من سهولة في الأسلوب و تطور في منهج البحث و الدراسة ، خاصة الدراسات التي تأخذ شكل نظريات فقهية متكاملة .

شكر و تقدير :

أتقدم بخالص الشكر و التقدير إلى :
فضيلة الأستاذ الدكتور سيد عواد علي عواد وكيل كلية الشريعة و القانون للدراسات العليا بالجامعة على ما أفادني به من نصائح و إرشادات قيمة أستاذًا و مشرفًا .

و كذا أساتذتي الأفاضل بالكلية على ما أفادوني به من علم و توجيه و إرشاد ، و إلى كل من علمني و لو حرفًا واحدًا .

و إلى كل من قدم لي يد العون و المساعدة في بحثي هذا .

فأسأل الله العليّ القدير أن يجزي الجميع عني خير الجزاء .

و صلى الله على المبعوث رحمة للعالمين سيدنا محمد و عليّ آلِه و صحبه

و من دعا بدعوته إلى يوم الدين .

المقدمة

الحمد لله رب العالمين والعاقبة للمتقين ولا عدوان إلا على الظالمين ،
والصلاة والسلام على سيد الخلق أجمعين الهادي إلى الصراط المستقيم وعلى آله
وأصحابه ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين ، وبعد :

فإن الاجتماع الإنساني خاصة من خصائص البشرية وضرورة من الضرورات
الحياتية ، والإنسان يولد في المجتمع ولا يعيش إلا فيه فهو ابن مجتمعه وجزء منه
من ميلاده إلى وفاته ، ومن أهم أهداف التجمع الإنساني والعيش المشترك بين
أفراد المجتمع التبادل والتكامل في تحقيق رغبات الإنسان وإشباع حاجاته ؛ إذ لا
يمكن لأي إنسان مهما كان أن يغفرد بإشباع رغباته وتلبية حاجاته . و مثل هذا
العيش المشترك ، والتكامل والتبادل تنشأ عنه معاملات وعلاقات من نواح
متعددة ، وفي مجالات مختلفة ، وليس من المعقول ترك تلك العلاقات
والمعاملات دون ضبط وتنظيم ؛ لأن ذلك سيؤدي إلى التنازع الذي يؤدي إلى
التهارج والتقاتل ، فوضعت الأصول والقواعد العامة التي تضبط علاقات الناس
ومعاملاتهم الحياتية ، ثم جاء الفقهاء بعد ذلك فشرحوا تلك الأصول والقواعد
العامة ، وأنزلوها على الواقع واستنبطوا منها أحكام الوقائع والحوادث
المستجدة ، فأظهروا كمال شريعة الإسلام ، وأبرزوا روعة أحكامها وشمول
نظرياتها .

و تعتبر المعاملات الشرعية عماد حياة الناس الدنيوية ، والمعاملات في
أكثرها تقوم على أساس التعاقد القائم على الرضا وحرية الاختيار ، ومن أجل
ضبط معاملات الناس وتنظيم علاقاتهم ببعضهم البعض من جهة وبخالقهم من
جهة أخرى جاءت الشرائع السماوية وأنزلت الرسالات رسالة تلو رسالة

و أرسل الأنبياء عليهم الصلاة والسلام نبيا بعد نبي ، و كانت خاتمة تلك الشرائع و أكملها شريعة نبينا محمد صلى الله عليه و سلم التي جاءت تعاليمها شاملة لجميع ما يحتاجه الناس في مختلف مجالات حياتهم و شؤونها ، فنظمت العلاقة بين العبد و خالقه جل و علا ، و بين الإنسان و أخيه الإنسان حتى بين الإنسان و نفسه لذلك نجد القرآن الكريم يؤكد القوة الملزمة للعقود و يأمر بالوفاء بالعقود على ما يرشد إليه قول الله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ﴾^١

و لما كانت أهمية القوة الملزمة للعقود بهذه الدرجة و تلك الأهمية أردت أن أتناول هذا الموضوع بالبحث لجمع شتاته من بين ثنايا كسب التراث لأوضح كلمة الشرع فيه ، نظرا لأن ترك أمر التعاقد دون ضبط و تنظيم يؤدي إلى إثارة النزاعات التي تفسد حياة الناس و من أجل ذلك اهتمت الشريعة اهتماما كبيرا بتنظيم و ضبط العقود بين الناس فحددت أركانها و شروطها ومفساتها و مبادئها ، فتكلم الفقهاء عن كل نوع من أنواع العقود و الالتزامات و التصرفات بأوضح بيان و أجلى تفصيل ، ثم صاغوا بعد ذلك نظرية تجمع شتات تلك التفريعات و تلم شملها و ترجعها إلى أصول و قواعد عامة فيما يعرف عند الفقهاء بنظرية العقد .

إلا أن العقود التي تتم بين الناس لا تؤتي ثمارها إلا إذا اشتملت على قوة ملزمة و ذلك ما أتناوله إن شاء الله في هذا البحث المتواضع لإيضاح كل ما يتعلق بجميع جوانبه ، و أرجو الله عز و جل أن يعينني على إكماله على الوجه الذي يرضيه سبحانه و تعالى إنه عز و جل نعم الموفق و المعين .

و قد مهدت للبحث بتعريف للعقد مبينا الفروق الجوهرية بينه وبين التصرف و الالتزام مع بيان أركانه و شروطه ، ثم بينت باختصار أنواع العقود و تقسيماتها في الفقه و القانون ثم دخلت بعد ذلك في صلب الموضوع و هو القوة الملزمة للعقد و آثارها في الشريعة الإسلامية .

و بالله التوفيق .

الفصل التمهيدي

ماهية العقد و تكوينه

و فيه ثلاثة مباحث :

المبحث الأول : تعريف العقد و فيه أربعة مطالب :

المطلب الأول : تعريف العقد في اللغة .

المطلب الثاني : أقوال المفسرين في قول الله عز و جل (أولوا بالعقود)

المطلب الثالث : تعريف العقد في اصطلاح الفقهاء .

المطلب الرابع : تعريف العقد في القانون .

المبحث الثاني : المصطلحات ذات الصلة بالعقد . و فيه مطلبان :

المطلب الأول : العقد و التصرف . وفيه فرعان :

الفرع الأول : المراد بالتصرف في اللغة و الشرع .

الفرع الثاني : المراد بكلمة " التصرف " في القانون .

المطلب الثاني : العقد و الالتزام . و فيه فرعان :

الفرع الأول : المراد بالالتزام في الشرع .

الفرع الثاني : المراد بكلمة الالتزام في القانون .

المبحث الثالث : أركان العقد و شروطها . و فيه مطلبان :

المطلب الأول : تعريف الركن و بيان أركان العقد .

المطلب الثاني : كيفية إنشاء العقد و شروط الصيغة و المتعاقدين .

و فيه ثلاثة فروع :

الفرع الأول : كيفية إنشاء العقد .

الفرع الثاني : شروط الصيغة .

الفرع الثالث : في العاقدين و ما يشترط ليهما .

المبحث الأول تعريف العقد

وليه أربعة مطالب :

- المطلب الأول : تعريف العقد في اللغة .
- المطلب الثاني : أقوال المفسرين في قول الله عز و جل (أولوا بالعقود) .
- المطلب الثالث : تعريف العقد في اصطلاح الفقهاء .
- المطلب الرابع : تعريف العقد في القانون .

المطلب الأول

تعريف العقد في اللغة

العقد في اللغة يطلق على عدة معان منها : الشد ، و التوثيق ، الإحكام ، و الجمع بين أطراف الشيء و ربطها .

تقول : عقدت الحبل : إذا شدته و قويته .

و تقول : اعقد هذا الحبل بالحبل الآخر أي اربط بينهما ، و فلان عقد صداقة طيبة بهذه الجماعة أو بفلان بمعنى قوى و وثق ما بينهما من علاقات و روابط .

جاء في كتاب " المغرب في ترتيب المغرب " ^١ : عقد الحبل عقدا وهي العقدة ، ومنها عقدة النكاح .

و العقد : العهد ، و عاقده : عاهده .

و في " المصباح المنير " ^٢ : عقدت الحبل عقدا ... فاعقد ، و العقدة : ما يمسكه و يوثقه و منه قيل : عقدت البيع و عقدت اليمين و عقدتها - بالتشديد - توكيد .

و معقد الشيء : موضع عقده ، و عقدة النكاح و غيره : إحكامه و إبرامه .

قال الله عز و جل : (و لا تعزموا ^٣ عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله ^٤)

و قد صرح أكثر أهل العلم بهذا المعنى للعقد .

^١ - للإمام أبي الفتح ناصر بن عبد السيد بن علي المطرزي الفقيه الخوارزمي ، المعروف سنة ٦١٦هـ ، ج ٢ ص ٢٢٢ نشر دار الكتاب العربي - بيروت .

^٢ - المصباح المنير في تخریج أحاديث الراعي الكبير محمد بن أحمد المقرئ القوي (مادة : العقد) المطبعة الأموية بمصر

^٣ - يعني و لا تعقدوا العقد بالنكاح حتى تنقضي العدة : تفسير القرآن العظيم لإسماعيل بن كثير ج ١ ص ٢٨٦ نشر مكتبة دار التراث بالقاهرة .

^٤ - سورة البقرة : ٢٣٥ .

لفي الكشف للزمخشري^١ :

العقد : هو العهد الموثق شبه بعقد الحبل ونحوه . و هي عقود الله التي عقدها على عباده ، و ألزمها إياهم من مواجب التكليف . و قيل ما يعقدون بينهم من عقود الأمانات و يتحالفون عليه من البياعات و نحوها .

و في فتح القدير للشوكاني^٢ : العقود : المهود ، وأصل العقود الربوط واحدها عقد يقال : عقدت الحبل و العهد ، فهو يستعمل في الأجسام و المعاني و إذا استعمل في المعاني أفاد أنه شديد الإحكام و التوثيق .

ومن ذلك ما جاء في روح المعاني للألوسي^٣ : و أصل العقد الربط محكما ، ثم تجوز به عن العهد الموثق .

و الفرق بين العقد و العهد أن العقد فيه معنى الاستيثاق و الشد و لا يكون إلا بين متعاقدين ، و العهد قد ينفرد به الواحد ، لكل عهد عقد و لا يكون كل عقد عهدا .

و في جامع البيان عن تأويل آي القرآن للطبري^٤ : و العقود : جمع عقد ، و أصل العقد عقد الشيء بغيره و هو ما وصله به .

فيلزمها به في المستقبل من لمن هذه الأقوال نرى أن العلماء يطلقون كلمة العقد على مطلق الربط من غير فرق بين المحسوسات كعقدت الحبل أو المعنويات كعقدت البيع ، وعقدت العهد ، و كل ما يعقده المكلف على نفسه إثبات فعل، أو تركه ، ومن هذا سمي اليمين عقدا

^١ - تفسير الكشف للزمخشري عند تفسيره للآية الأولى من سورة المائدة . و كتاب الكشف تفسير مشهور يحاظر بآظهار الجانب البلاغي في القرآن الكريم و صاحبه أبو القاسم جاز الله محمود بن عمر الزمخشري الخوارزمي المتوفى سنة ٥٨٣ هـ فرغ من تأليف ضحوة يوم الإثنين الثالث و العشرين من شهر ربيع الآخر في عام ٥٢٨ هـ لكنه رأس في الاعتزال عفا الله عنه . راجع وفیات الأعيان لابن خلكان ج ٢ ص ١٠٧ ، مطبعة بولاق بمصر ١٢٩٩ هـ و تاريخ الأدب العربي لبروكلمان ج ٢ ص ١٧١ ترجمة الدكتور النجار ، نشر دار المعارف بمصر - الطبعة الثالثة .

^٢ - فتح القدير للعلامة محمد بن علي الشوكاني المتوفى ١٢٥٥ هـ ج ٢ ص ٣ نشر مطبعة العلمي - بيروت .

^٣ - روح المعاني للعلامة محمود الألوسي ج ٢ ص ٢٣٩ ، نشر إمدادية ملتان ، باكستان .

^٤ - عند تفسيره للآية الأولى من سورة المائدة .

المطلب الثاني

أقوال المفسرين في قول الله تعالى ﴿أوفوا بالعقود﴾

اختلف المفسرون في المراد من قول الله تعالى ﴿يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود﴾ على أقوال كثيرة منها :

١- ما قاله ابن عباس و مجاهد و غير واحد أن المراد بالعقود العهود و حكي ابن جرير الإجماع على ذلك ، وهي العهود التي أخذها الله تعالى على عباده بالإيمان به و بطاعته فيما أحل و حرم و ما فرض و ما حد في القرآن كله ^١

٢- و ذهب ابن زيد و زيد بن أسلم إلى أن المراد بالعقود العقود التي يتعاقدونها الناس بينهم كعقد الإيمان و عقد النكاح و عقد البيع و نحو ذلك . ^٢

٣- و روي عن مجاهد و الربيع و قتادة أن المراد بالعقود العهود التي كانت تؤخذ في الجاهلية على مناصرة من ظلم ^٣

٤- و يروى عن ابن جريج : هي العهود التي أخذها الله تعالى على أهل الكتاب بالعمل في التوراة و الإنجيل مما يقتضي التصديق بالنبي صلى الله عليه و سلم . ^٤

و اختار بعض المفسرين ^٥ أن المراد بها ما يعم جميع ما ألزمه الله تعالى عباده و عقد عليهم من التكليف و الأحكام الدينية و ما يعقدونه فيما بينهم من عقود الأمانات و المعاملات و نحوهما مما يجب الوفاء به .

^١ - سورة المائدة : الآية ١ .

^٢ - تفسير القرآن العظيم للحافظ ابن كثير ج ٢ ص ٣ . نشر مكتبة دار الوثا بالقاهرة .

^٣ - روح المعاني للعلامة محمود الألوسي ج ٢ ص ٢٢٩ ، و تفسير القرآن العظيم لابن كثير ج ٢ ص ٣ الطبعة السابقة .

^٤ - روح المعاني للعلامة الألوسي ج ٢ ص ٣٣٩ .

^٥ - المرجع السابق .

^٦ - المرجع السابق .

و ما يبدو لي رجحانه من المعاني السابقة هو أن العقد هو جميع ما ألزم الله تعالى به عباده من حيث التكاليف و غيرها لكل ذلك سمي عقدا .

المطلب الثالث

تعريف العقد في الاصطلاح

للعقد إطلاقان عند الفقهاء :

الأول : و هو الشائع عندهم : ارتباط بين كلامين يتشاعنه حكم شرعي بالتزام لأحد الطرفين أو لكليهما^١

أو بمعنى آخر : هو مجموع الإيجاب و القبول أو ما يقوم مقامهما مع ذلك الارتباط الحكمي^٢

و قد عرفه محمد قدري باشا في كتابه " مرشد الخيران إلى معرفة أحوال الإنسان " في المادة ٢٦٢ بأنه : عبارة عن ارتباط الإيجاب الصادر من أحد العاقلين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه .

و على ذلك لا يكون الطلاق و العتق المجردان عن المال و الوقف و الإبراء و ذلك ما يتم بكلام طرف واحد عقدا إذ الارتباط هنا بمعناه الأخص و هو ما كان من طرفين .

و الإطلاق الثاني : يراد بالعقد كل تصرف يتشاعنه حكم شرعي سواء كان صادرا من طرف واحد كالنذر و الطلاق أم صادرا من طرفين كالبيع والإجارة^٣

و هذا تعريف للعقد بالمعنى العام ، إذ يستوي أن يكون الارتباط بين شخصين أم من شخص واحد ، و قد غلبت كلمة العقد في لسان الفقهاء على المعنى الأول ،

^١ - الملكية و نظرية العقد للشيخ أبي زهرة ص ١٩٩ مطبعة القاهرة ١٩٣٩ م .

^٢ نظرية العقد للدكتور شوكت العدوي ص ١ استنسل عام ١٩٧٦ م .

^٣ - المرجع السابق ، و المدخل للدكتور محمد مصطفى شلبي ص ٤١٤ ، و تاريخ الشريعة الإسلامي للدكتور محمد سلام مذكور ص ٣٥٥ الطبعة الثانية - ١٩٥٩ م .

و هو المتبادر عند الإطلاق و لا يتبادر إلى الذهن المعنى الثاني إلا بقريضة تدل على ذلك^١.

شرح التعريف الفقهي

إذا نظرنا للعقد فإننا نجد عبارة عن ارتباط بين شخصين نتيجة لاتفاق إرادتهما العبر عنهما بالإيجاب و القبول .

قال العلامة المرغيناني : البيع ينعقد بالإيجاب و القبول^٢.

ثم وضع البابرتي معنى هذا بقوله : الانعقاد هاهنا : تعلق كلام أحد العاقلين بالآخر شرعا على وجه يظهر أثره في المحل ، و الإيجاب الإثبات و يسمى ما تقدم من كلام العاقلين إيجابا لأنه يثبت للآخر خيار القبول ، فإذا قبل يسمى كلامه قبولا^٣.

فالبادئ أولا من أحد المتعاقدين يسمى كلامه إيجابا و يسمى الآخر قبولا سواء كان البادئ أولا البائع أو المشتري ، و سواء كان ذلك في عقد البيع أو الإجارة أو غيرهما من العقود .

و متى حصل الإيجاب و القبول بلفظ بيع و اشترت إذا صدرا من ذي أهلية في البيع ترتب عليهما تبادل الملك في العقود عليه و كذلك إذا صدر منهما الإيجاب و القبول في عقد الإجارة (آجرت و استأجرت) .

لنتيجة لهذا الإيجاب و القبول صار المؤجر ملزما بتخليه ما أجره ، و صار المستأجر ملزما بدفع ما يقابل المنفعة ، وهكذا في سائر العقود .

^١ - نظرية العقد للدكتور شوكت العلوي ص ٩ ، و الملكية و نظرية العقد للشيخ أبي زهرة ص ١٩٩ .

^٢ - الهداية ج ٢ ص ٢٤ ، و شرح فتح القدير للكمال بن الهمام ج ٥ ص ٤٥٦ ، دار إحياء التراث العربي .

^٣ - انظر المرجعين السابقين .

يقول القاضي محمد بن فراموز في كتابه الشهير " درر الأحكام شرح غرر الأحكام " ^١ :
 المراد بالعقد ارتباط أجزاء التصرف الشرعي . مثلاً إذا قيل : زوجت و تزوجت
 وجد معنى شرعي هو النكاح يترتب عليه حكم شرعي هو ملك المتعة . و كذلك إذا
 قيل بيعت و اشتريت وجد معنى شرعي هو البيع يترتب عليه حكم شرعي هو ملك
 المبيع للمشتري و ملك الثمن للبائع .

^١ - درر الأحكام شرح غرر الأحكام كلامنا للقاضي محمد بن فراموز ج ١ ص ٣٢٦ . مطبعة أحمد كامل بالسلطنة العلية ، و مصدر
 الحق للدكتور السنيهوري ج ١ ص ٧٤ .

المطلب الرابع

تعريف العقد في القانون

يعرف العقد في القانون المدني المصري بأنه : اتجاه إرادتين أو أكثر نحو إحداث أثر قانوني^١ يستوي أن يكون هذا الأثر إنشاء التزام ، أو نقله ، أو تعديله ، أو زواله .

- لإنشاء التزام كما في البيع و الإجارة .

- و نقله كما في الحوالة .

- و تعديله كتأجيل الدين للمدين .

- و إنهاؤه كالإبراء من الدين .

و هذا التعريف مطابق لما عليه جمهور فقهاء القانون من التسوية بين العقد و الاتفاق^٢ إذ إن بعضهم يفرق بينهما فيرى أن الاتفاق جنس و العقد نوع إذ الاتفاق عند هذا البعض هو : توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني سواء كان إنشاء التزام ، أو نقله ، أو تعديله أو انقضاؤه .

أما العقد فهو توافق إرادتين أو أكثر على إنشاء التزام على رأي أو على إنشاء التزام أو نقله على رأي آخر .

و يرجع البعض السبب في تلك التفرقة إلى أن اصطلاح العقد ينبغي أن يقتصر على الاتفاقات الهامة والتي اختصاصها المقنن بأسماء معينة كالبيع و الإيجار .

أما اصطلاح الاتفاق فينصرف إلى غير ذلك و يرجع البعض سر التفرقة إلى الأهمية المطلوب توافرها بالنسبة لكل منهما إذ تختلف في العقد عنها في الاتفاق .

^١ - مصادر الالتزام للدكتور عيران ص ٢١ .

^٢ - الرسيط للدكتور عبد الرزاق السنهوري ج ١ ص ١٣٧-١٣٨ . الطبعة الأولى ١٩٥٢ م .

و الحقيقة في ذلك أنه بالرغم من أن تلك الفارقة منطقية بتعبير الدكتور عبد الحفي حجازي^١ إلا أنها ليست عملية إذ لا ترتب آثارا قانونية ، لأن الأهلية التي يستلزمها القانون تتوقف على خطورة التصرف لا على كونه منشأ أو غير منشئ .
 للأهلية في عقد البيع غيرها في عقد الإجارة أو في عقد الهبة فهي البيع يلزم وجود أهلية التصرف وفي الإجارة يلزم أهلية الإرادة و في الهبة يلزم أهلية التبرع.^٢
 وهذا ما سار عليه المقتن المصري حيث نصت المادة ١٢٢ من المشروع التمهيدي على أن العقد : اتفاق ما بين شخصين أو أكثر على إنشاء رابطة قانونية أو تعديلها أو إنهاؤها و حذف هذا النص من المشروع التمهيدي في المشروع النهائي اتباعا لما جرى عليه الحال من تجنب الإكثار من التعريفات فهو أقرب إلى عمل الفقيه منه إلى عمل المشرع .^٣
 و يلزم كما هو واضح من تعريف العقد أن تنجس إرادة العاقلين إلى إحداث أثر قانوني .^٤

الخلاصة :

و بعد هذا العرض لما عليه الحال في الفقهاء : الإسلامي و الوضعي من حيث تعريف العقد يظهر بجلاء أن الوضع في القانون كما هو في الفقه الإسلامي إذ إن التصرف أعم من العقد . فكل تصرف عقد و لا عكس ، حيث رأينا أن التصرف قد يتم من جانبين أو من جانب واحد . أما العقد فيلزم أن يتم من طرفين .

^١ - في كتابه " مصادر الالتزام " ص ١٩ (النظرية العامة للالتزام) القاهرة ١٩٥٤ م مطبعة نهضة مصر .

^٢ - أحكام الالتزام للدكتور إسماعيل غانم ص ٤٧-٤٨ طبعة القاهرة ١٩٥٦ م .

^٣ - المرجع السابق .

^٤ - الوسيط للدكتور السهوري ج ١ ص ١٣٨-١٣٩ الطبعة الأولى - ١٩٥٢ .

كذلك العقد في القانون فإنه يتفق مع الإطلاق الخاص للعقد في الفقه الإسلامي ،
و ليس الإطلاق العام الذي يستوي فيه أن يصدر من طرفين أو من طرف واحد
هذا ما ظهر لي في هذه الخلاصة و الله أعلم بالصواب .

المبحث الثاني

المصطلحات ذات الصلة بالعقد

وفيه مطلبان :

- المطلب الأول : العقد و التصرف . وفيه فرعان :
- الفرع الأول : المراد بالتصرف في اللغة و الشرع .
- الفرع الثاني : المراد بكلمة التصرف في القانون .
- المطلب الثاني : العقد و الالتزام . وفيه فرعان :
- الفرع الأول : المراد بالالتزام في الشرع .
- الفرع الثاني : المراد بكلمة الالتزام في القانون .

المطلب الأول العقد و التصرف

و فيه فرعان :

- الفرع الأول : المراد بالتصرف في اللغة و الشرع .
- الفرع الثاني : المراد بكلمة التصرف في القانون .

الفرع الأول

المراد بكلمة التصرف في اللغة و الشرع

١ - تعريف التصرف في اللغة :

التصرف في اللغة : هو رد الشيء عن وجهه .

يقال : صرف الشيء أعمله في غير وجهه كأنه يصرفه من وجه إلى وجه .

و تصاريف الأمور : تخاليفها .

و التصرف : بيع الذهب بالفضة هو كذلك لأنه يتصرف به من جواهر إلى جواهر .

و التصريف في جميع البياعات : إنفاق الدراهم ، و الصرف : التقلب و الحيلة .^١

يقال : تصرف فلان في الأمر : احتال و تقلب فيه و لعباله : اكتسب .^٢

و بناء على ما تقدم يمكن القول بأن التصرفات المالية يراد بها تقليب المال في وجوه التعامل المتعددة كالبيع و الشراء و الإنجار و الإنفاق إلى غير ذلك ، إذ يعد كل ذلك ردا للمال من وجه إلى وجه آخر .

٢ - المراد بكلمة التصرف في الشرع :

لم يضع الفقهاء القدامى - فيما أعلم - تعريفا محددا للمراد من التصرف و لكنهم تعرضوا لإباحته أو منعه في أبواب كثيرة من أبواب الفقه .

و لقد حاول بعض الفقهاء المعاصرين وضع تعريف محدد له استنباطا من أقوال الفقهاء القدامى حول تطبيقات التصرف الشرعي و مجالاته .

^١ - لسان العرب لابن منظور الإفريقي المصري ج ٩ ص ١٨٩-١٩٣ .

و المعجم الوسيط للدكتور إبراهيم أنيس و آخرين ج ١ ص ٥١٣ انتشارات ناصر خسرو - طهران - إيران .

^٢ - محمد زكريا الورديسي : مجلة إدارة لتضاي الحكومة . السنة ١٢ عدد ٢ ص ٢٨٥ .

لعرفه الأستاذ علي الحفيف في كتابه " مختصر المعاملات الشرعية " ^١ : بأنه كل ما يصدر عن الشخص من أقوال و أفعال و يرتب عليه الشارع نتيجة من النتائج .

و عرفه الأستاذ محمد مصطفى شلبي في كتابه " المدخل للتعريف بالفقه الإسلامي " ^٢ : بأنه ما يصدر عن الشخص المميز بإرادته و يرتب عليه الشارع نتيجة من النتائج سواء كانت في صالح ذلك الشخص أو لا .

و عرفه البعض ^٣ : بأنه ما يصدر عن الشخص من قول أو فعل و يرتب عليه الشارع نتيجة من النتائج سواء كانت في صالح ذلك الشخص أم في غير صالحه .
و عرفه بعض آخر ^٤ : بأنه ما يكون من تصرفات الشخص القولية و يرتب عليه الشارع أثرا شرعيا في المستقبل .

ما يلاحظ على التعريفات في الشرع :

و بالتأمل في التعريفات الثلاثة الأولى يظهر لي أن كلمة التصرف تطلق على ما يصدر من الشخص من أقوال و أفعال ، بخلاف التعريف الأخير الذي قال به الشيخ أبو زهرة رحمه الله ، فإنه يخص التصرف الشرعي بما يصدر عن الشخص من أقوال فقط .

و الذي أميل إلى ترجيحه في هذا المقام هو النهج الأول دون الثاني ، لشموله للأقوال و الأفعال و هو المراد من كلمة التصرف .

^١ - ٦٨ مطبعة أنصار السنة المحمدية ١٣٦٨-١٩٤٩م و ١٣٧١-١٩٥٢م طبعة رابعة .

^٢ - ص ٤١٢ طبعة دار المؤلف بالقاهرة - ١٣٧٩ - ١٩٥٩م ، و انظر أيضا في هذا المعنى : تاريخ التشريع الإسلامي للدكتور محمد سلام مذكور ص ٣٥٧ الطبعة الثانية .

^٣ - الشيخ الوردسي : مجلة إدارة قضايا الحكومة . السنة ١٢ ، عدد ٢ ، ص ١٨٧ .

^٤ - الشيخ محمد أبو زهرة في كتابه " الملكية و نظريه العقد " ص ٢٠١ نشر دار الفكر بالقاهرة ، و طبعة أخرى بالقاهرة : ١٩٣٩

يوضح هذا ما ذكره العلامة الكاساني^١ من قوله : و أما حكم تصرّفه : " أي الصبي المميز " فالتصرف لا يخلو من أن يتضمن إنشاء حق لم يكن موجودا من قبل كالوقف أو لا يتضمن كالأقرار . أو أن يتضمن إسقاط حق من الحقوق الثابتة كالتنازل عن الشفعة أو إثبات حق كما في اليمين . أو توليق كما في الرهن والكفالة .

و مثال التصرف الفعلي : القتل ، و الإتلاف ؛ إذ رتب الشارع على الأول القصاص وعلى الثاني الضمان .

و يستوي في التصرف الفعلي أن يكون مفيدا كالأصطياد أو أن يكون ضارا كالغصب و أنها غالبا تقع نالعة^٢ .

T-1059

IMF. ISLAMIC LIBRARY
CENTRAL LIBRARY

^١ - بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ج ٧ ص ١٧١ طبعة الجسالية بالقاهرة ١٣٢٨ .

^٢ - الفروق لشهاب الدين أبي العباس الصنهاجي المعروف بالقزالي - نشر دار المعرفة للطباعة - بيروت ، و طبعة أخرى بمطبعة الحلبي بالقاهرة - ١٣٤٥ - ١٣٤٦ و معه شرحه : تهذيب الفروق لابن الشاط . و انظر : المدخل لدراسة الفقه الإسلامي للدكتور حسين حامد حسان ، الطبعة الأولى ١٩٧٢ دار النهضة العربية - القاهرة .

الفرع الثاني

المراد بكلمة التصرف في القانون

يفرق القانونيون بين ما يصدر من الشخص من أعمال مادية و أعمال إرادية:

الأول : يطلق عليه الواقعة القانونية ، و يرتب عليه القانون أثره سواء كان يقصد صاحبه إحداث أثر قانوني كإصلاح جدار آيل للسقوط في ملك الجار ، أم كان لا يقصد إحداث أثر قانوني ليرتب القانون الأثر رغما عنه ، كالاغتداء على الغير حيث يلزم القانون المعتدي بتعويض الضرر الذي ينجم عن الاعتداء .

و الوقائع القانونية تقابل في الشريعة التصرفات الفعلية أما ما يصدر عن الإنسان من أعمال إرادية فيطلق عليها الأعمال القانونية ، أو التصرفات القانونية و تتميز عن الأولى و تعرف بأنها: اتجاه الإرادة إلى إحداث أثر قانوني بحيث يترتب الأثر القانوني على مجرد اتجاه الإرادة إلى إحداثه .^١

و يستوي أن يتم التصرف القانوني من جانبين كالبيع أو من جانب واحد كالوقف ، كما يستوي أن يكون الأثر القانوني إنشاء حق أو نقله أو تغييره أو انقضاؤه .^٢

و هذا النوع يقابل في الشريعة الإسلامية التصرف القولي ، و معنى ذلك أن كلمة التصرف أعم في الفقه الإسلامي منها في القانون الوضعي حيث تطلق على كل ما يصدر عن الإنسان من أفعال مادية أو أقوال .

بينما تطلق في القانون على كل ما يصدر من الإنسان من أقوال فقط .

و على ذلك فكل تصرف قانوني يعتبر تصرفا شرعيا و لا عكس .

^١ - الوجيز في نظرية الالتزام للدكتور محمود جمال الدين زكي : ج ١ ص ١٥ طبعة ١٩٦٨ م .

^٢ - محاضرات في نظرية الحق للدكتور لاشين محمد الغاماتي ص ١٣٩ ألقيت على طلاب الدراسات العليا بكلية الشريعة و القانون بجامعة الأزهر . و الإجازة في التصرفات القانونية للدكتور عبد الرزاق فرج ص ٥٨-٥٩ دار النهضة العربية بالقاهرة.

المطلب الثاني العقد و الالتزام

و فيه فرعان :

- الفرع الأول : المراد بالالتزام في الشرع .
- الفرع الثاني : المراد بكلمة الالتزام في القانون

الفرع الأول

المراد بكلمة الالتزام في الشرع

بعد أن بينت المراد بكلمة " التصرف " و كلمة " العقد " و العلاقة بينهما يجدر بي أن أخص الالتزام بشيء من البيان إكمالا للفائدة . فاقول و بالله التوفيق :

تعريف الالتزام في اللغة

تفرق كتب اللغة بين لفظ الالتزام و الإلزام :

فالأول : ما يوجب الإنسان على نفسه اختيارا .

أما الإلزام : فيعني الثبوت و الوجوب و هو لا يكون إلا جبرا .

جاء في المصباح المنير^١ للعلامة الفيومي :

لزم الشيء لزوما ثبت و دام ، و يتعدى بالهمزة فيقال : ألزمته أي أثبتته و أديته .

و لزمه المال : وجب عليه .

و لزمه الطلاق : وجب حكمه و هو قطع الزوجية .

و التزمته : أي اعتنقت فهو ملتزم و منه يقال لما بين الكعبة و الحجر الأسود

الملتزم ، لأن الناس يعتقدونه ، أي يضمونه إلى صدورهم .

و في المعجم الوسيط^٢ : ألزم الشيء : أثبتته و أدامه .

و - فلانا: أوجه على نفسه .

و يقال : ألزمه به و التزم الشيء أو الأمر : أوجه على نفسه .

^١ - ج ٢ ص ١٢٦ (مادة لزم) .

^٢ - المعجم الوسيط : ج ٢ ص ٨٢٣ انشارات ناصر خسرو طهران ، إيران . و انظر أيضا : لسان العرب لابن منظور : ج ١٢ ص ٥٤٢ .

أما عن بيان المراد بكلمة الالتزام في الشرع فإن جمهور الفقهاء القدامى فيما أعلم لم يضعوا تعريفا لتلك الكلمة .

و لعل السبب في ذلك أنها تتناول عددا من الروابط التي تتميز بموضوعاتها وأحكامها الأمر الذي لم ير معه فقهاء الإسلام دمجها في وحدة تستظمها جميعا^١.

و لقد عرف العلامة أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي المعروف بالخطاب من فقهاء المالكية الالتزام في رسالته التي نقلها عنه الشيخ محمد عليش في كتابه " فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك " ^٢

فقال رحمه الله : " الالتزام هو إلزام الشخص نفسه شيئا من المعروف مطلقا أو معلقا على شيء . " فهو بمعنى العطية .

و قد يطلق في العرف على ما هو أخص من ذلك و هو الإلزام المعروف بلفظ الالتزام و هو الغالب في عرف الناس اليوم .

و يبدو من تعريف الخطاب للالتزام أنه خصص المعنى اللغوي للالتزام بأنه الذي يقع على شيء من المعروف^٣.

و لقد حاول بعض الفقهاء المعاصرين^٤ وضع تعريف للالتزام بعد أن وضع فقهاء القانون إطارا عاما لنظرية الالتزامات فعرفه البعض بأنه : رابطة شرعية توجب على شخص نحو آخر معين أو سيتعين قياما بعمل ذي قيمة مادية أو دينية أو امتناعا عن عمل^٥.

^١ - الصرف الانفرادي للأستاذ الشيخ علي الخفيف ص ١٥ .

و مصادر الحق للدكتور السهوري : ج ١ ص ١٤ .

^٢ - ج ١ ص ٢١٧ طبعة الحلبي الأخيرة : ١٩٥٨ .

^٣ - نظرية الأجل في الالتزام : فقرة ١٧ للدكتور عبد الناصر العطار ص ٢٨ و ما بعدها .

^٤ - الأستاذ مصطفى الزرقاء في كتابه " العقد الإسلامي في ثوبه الجديد " نظرة عامة في فكرة الحق و الالتزام ص ١٦٦ الطبعة الثانية ١٩٨٤ م .

^٥ - نفس المرجع السابق و الصفحة .

و عرفه آخرون^١ : بأنه كل تصرف متضمن إرادة إنشاء حق من الحقوق أو إنهائه أو إسقاطه سواء كان من شخص واحد كالوقف و الطلاق المجرد عن المال و الإبراء ، أم من شخصين كالبيع و الإجارة و الطلاق على مال .
و عرفه آخرون^٢ : بأنه إيجاب الشخص على نفسه أمراً جائزاً شرعاً .
و من كل هذه التعريفات التي قال بها بعض الفقهاء المعاصرين يتضح : أن التصرف قد يتضمن التزاماً كما في إنشاء الحق أو إنهائه أو إسقاطه . إلا أن التصرف يتسع مداه لأكثر من ذلك كما في الإقرار بحق من الحقوق و كاليمين و الدعوى على الغير^٣ .

^١ - المدخل للأستاذ محمد مصطفى شلبي ص ٤١٣ مطبعة دار المؤلف بالقاهرة سنة : ١٩٥٩ م ، و تاريخ التشريع للدكتور محمد سلام مذكور ص ٣٥٦ الطبعة الثانية سنة : ١٩٥٩ م ، و المدخل للدكتور حسين حامد حسان ص ٢٣٨ .
^٢ - نظرية الأجل في الالتزام للدكتور عبد الناصر المطار ص ٢٨ و ما بعدها .
^٣ - حماية الضمان العام للدائنين بدعوى الإعسار المدني ، للدكتور عبد السميع أبو الخير .

الفرع الثاني

المراد بكلمة " الالتزام " في القانون

يعرف الالتزام أو الحق الشخصي كما يسميه جمهور فقهاء القانون^١ بتعريفات متعددة خلاصتها :

أنه حالة قانونية أو رابطة قانونية يلتزم بمقتضاها شخص هو المدين بالقيام بأداء مال معين لمصلحة الدائن هذا الأداء قد يكون إعطاء شيء ، أو القيام بعمل ، أو الامتناع عن عمل^٢.

و يرشد هذا التعريف إلى أن الالتزام عبارة عن رابطة قانونية تعني إجبار المدين على تنفيذ التزامه بمعاونة السلطة المختصة^٣. مع مراعاة أن تلك الرابطة تقع على ذمه المدين لا على شخصه كما كان الحال في القانون الروماني .

و الالتزام بإعطاء الشيء كالتزام المشتري بدفع الثمن ، و التزام المستأجر بدفع الأجرة ، أو التزام البائع بنقل ملكية المبيع إلى المشتري .

و الالتزام بالامتناع عن عمل مثاله : التزام بائع الحل التجاري بعدم فتح محل آخر من نفس النوع في المنطقة التي يوجد بها الحل الأول و هو ما يسمى في عرف التجار بالالتزام بعدم المنافسة .

و الالتزام بعمل مثاله : التزام المؤجر بتمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة و التزام المقاول ببناء المنزل^٤.

^١ - الالتزامات للدكتور حسين النوري ص ٥ .

و مصادر الالتزام للدكتور لاشين الغاياني ص ٥ .

^٢ - الوسيط للدكتور السنيهوري ج ١ ص ١١٣-١١٤ طبعة ١٩٦٤ م . و مصادر الالتزام للدكتور إسماعيل غانم ص ٣٧ .

^٣ - مصادر الالتزام للدكتور إسماعيل غانم ص ٣٧ .

^٤ - مصادر الالتزام للدكتور إسماعيل غانم ص ٣١-٣٢ .

و من هنا يتضح أن التصرف في القانون قد يكون مصدرا للحق الشخصي كما هو الحال بالنسبة للعقد و الإرادة المنفردة إلا أنه يتعدى ذلك ليكون مصدرا للحق العيني^١.

و أيضا قد يكون التصرف القانوني غير ملزم لصاحبه كما في عزل الوكيل أو إجازة الوصية و إقرار العقد من الغير^٢.
و على ذلك يظهر لي أنه لا خلاف بين الفقهاء الإسلاميين و الوضعيين حول العلاقة بين التصرف و الالتزام و الله تعالى أعلم .

^١ - الحق العيني : سلطة مباشرة لشخص على شيء معين تخول له الاستيلاء بقيمة مالية منه . مصادر الالتزام للدكتور إسماعيل عامر ص ٨-٩ . و حق الانتفاع العيني (حق الارتفاق) هو حق مقرر على عقار لمنفعة عقار آخر مملوك لميرمالك العقار الأول . حقوق الجوار في الفقه الإسلامي للدكتور محمد سلطان منشور بمجلة منبر الإسلام العدد الخامس الجسنة ٢٧ (١٣٨١ هـ - ١٩٦٩ م) ص ٣٤-٣٥ . إصدار المجلس الأعلى للشئون الإسلامية بالقاهرة .
^٢ - البطلان في الفقه الإسلامي للدكتور محمد صادق إبراهيم الحاج ص ٢٦ ، رسالة دكتوراه من جامعة القاهرة .

المبحث الثالث أركان العقد و شروطها

و فيه مطلبان :

المطلب الأول : تعريف الركن و بيان أركان العقد .

المطلب الثاني : كيفية إنشاء العقد و شروط الصيغة و المتعاقدين .

و فيه ثلاثة فروع :

الفرع الأول : كيفية إنشاء العقد .

الفرع الثاني : شروط الصيغة .

الفرع الثالث : في العاقدين و ما يشترط فيهما .

المطلب الأول

تعريف الركن و بيان أركان العقد

أولاً : تعريف الركن لغة :

الركن من ركن إلى الشيء يركن ركناً و ركناً و ركناً و ركناً : أي مال إليه و سكن .

و منه قول الله تعالى ﴿ و لا تركنوا إلى الذين ظلموا فتمسكم النار ﴾^١
أي لا تميلوا إلى الذين ظلموا أي لا تستعينوا بالظلمة لتكونوا كأنكم قد رضيتم بأعمالهم .^٢

و قوله سبحانه و تعالى : ﴿ و لولا أن ثبتناك لقد كدت تركن إليهم شيئاً قليلاً ﴾^٣

و ركن الشيء أي جالبه الأقوى . و ركن الرجل : قومه و عدته و مادته .
و منه قول الله تعالى : ﴿ لو أن لي بكم قوة أو آوي إلى ركن شديد ﴾^٤
و أركان كل شيء : جوانبه التي يستند إليها و يقوم بها .
و من المعنى اللغوي أخذ المعنى الاصطلاحي كما سيأتي بيانه .

ثانياً : تعريف الركن عند الفقهاء

اختلفت نظرة الفقهاء في تعريف الركن و حقيقته و الخلاف في ذلك جار بين الجمهور و الحنفية .

^١ - سورة هود : ١١٣ .

^٢ - تفسير القرآن العظيم للحافظ ابن كثير ج ٢ ص ٤٦١ نشر دار التراث بالقاهرة .

^٣ - سورة الإسراء : ٧٤ .

^٤ - سورة هود : ٨٠ .

^٥ - لسان العرب لابن منظور المعرف سنة ٧١١ هـ ج ١٧ ص ٤٥ .

فالركن عند الجمهور : ما يتوقف عليه وجود الشيء و إن لم يكن جزءا من ماهيته^١.

فأركان العقد عندهم :

- العاقد .

- و المعقود عليه .

- و الصيغة .

فالعاقد و المعقود عليه وإن لم يكونا من ماهية العقد إلا أن وجود العقد يتوقف على وجودهما ، بالإضافة إلى صيغة العقد فاعتبرا لذلك من الأركان .
و أما الحنفية فيرون أن الركن ما يتوقف عليه وجود الشيء و كان داخلا في ماهيته^٢.

و ماهية العقد هي الصيغة عند الحنفية .

فركن العقد عندهم : هو الصيغة وحدها و هي الإيجاب و القبول ، أما غير الصيغة مما اعتبره الجمهور أركانا للعقد فلم يكن عند الحنفية من الأركان و إن كان يتوقف على وجوده وجود العقد ، لأنه لم يكن داخلا في ماهيته بل شيئا خارجا عنه .

^١ - الفروق للقوالي ج ٢ ص ٧٠ طبعة عالم الكتب - بيروت . و كتاب الفقه على المذاهب الأربعة للأستاذ عبد الرحمن الجزيري

ج ٤ ص ١٢ . نشر المجلس الأعلى للشئون الإسلامية بالقاهرة .

^٢ - التعريفات للجزجاني ص ٤٩ انتشارات ناصر خسرو طهران - إيران - و البحر الرائق (شرح كنز الدقائق) للعلامة زين

الدين إبراهيم بن محمد ج ٧ ص ٢٩٧ . نشر دار المعرفة ، بيروت . و المدخل الفقهي العام للأستاذ مصطفى الزرقا ج ١ ص ٣٠٠ .

المطلب الثاني

كيفية إنشاء العقد و شروط الصيغة و المتعاقدين

و فيه ثلاثة فروع :

الفرع الأول : كيفية إنشاء العقد .

الفرع الثاني : شروط الصيغة .

الفرع الثالث : في المتعاقدين و ما يشترط فيهما .

الفرع الأول

كيفية إنشاء العقد

يتضمن الكلام هنا على ما يعتبر في إنشاء العقد بوجه عام ، و الصيغة التي تنعقد بها العقود و ذلك على مايلي :

أولاً : ما يعتبر في إنشاء العقود :

المعتبر في إنشاء العقود وجود الإرادة الجازمة لإنشائه مع التراضي ، حتى يتصف العقد بالصحة الموجبة لترتب الأحكام و ذلك مصداقاً لقول الله عز و جل : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ ﴾^١

و لما رواه ابن ماجة عن داود بن صالح المدني عن أبيه قال : سمعت أبا سعيد الخدري يقول : قال رسول الله صلى الله عليه و سلم (إنما البيع عن تراض)^٢

فوجب إرادة إنشاء العقد عن رضا الذي هو الأصل في صحة العقد . و لما كانت الإرادة و الرضا من الأمور الباطنة التي لا يمكن الاطلاع عليهما إلا بما يعبر به عنها المتعاقدان من ألفاظ أو أفعال تنبئ عن إرادتهما إنشاء العقد ، و جب أن تكون هذه المعبرات واضحة محدودة بحيث لا تدع مجالاً للشك في عدم إرادة ذلك ؛ لأن العبرة في العقود للمقاصد و المعاني لا للألفاظ و المباني.^٣

^١ - سورة النساء : ٢٩ .

^٢ - سنن ابن ماجة ج ٢ ص ٧٣٧ كتاب البيعات . نشر دار إحياء التراث العربي ١٣٩٥ هـ .

^٣ - المادة ٣ من مجلة الأحكام العدلية ، و المدخل الفقهي و المؤيدات الشرعية للذكر أحمد الحجي الكردي ص ٢٢ من مطبوعات جامعة دمشق.

لمتى كان اللفظ جليا في التعبير عن قصد المتعاقدين في إنشاء العقد صح
التعبير به أيا كان اللفظ.^١

ثانيا : إنشاء العقد بصيغة الماضي :

هناك صيغ مختلفة لإنشاء العقود :

فمنها : صيغة الماضي ، و صيغة المضارع ، و صيغة الأمر . إلا أن أوضح تلك
التعابير و أدقها إشارة إلى المراد تلك الصيغة التي تتضمن إنشاء العقد في الحال :
كقول البائع للمشتري : بعتك سيارتي هذه بكذا ، فيقول المشتري : قبلت أو
رضيت أو أجزت أو أمضيت .

فهذه و إن كانت للماضي وصفا إلا أنها جعلت إيجابا للحال في عرف أهل
اللغة و الشرع ، و العرف قاض على الوضع.^٢

ثالثا : إنشاء العقد بصيغة المضارع :

أما إذا أنشئ العقد بلفظ المضارع كأن يقول المؤجر لآخر أو جرك نفسي شهرا
بكذا ، و يقول المستأجر قبلت أو استأجرت . فإن الجمهور من الحنفية و المالكية
و الشافعية يميزون هذه الصيغة و يعتبرونها صالحة لانعقاده .
إلا أنهم يشترطون اقتران النية في صيغة المضارع.^٣

^١ - المدخل الفقهي العام للأستاذ مصطفى الزرلا ج ١ ص ٢٢٤ .

^٢ - شرح فتح القدير على الهداية لكamal الدين محمد بن عبد الواحد بن الحمام ج ٥ ص ٤٥٦ كتاب الموع . نشر دار إحياء
الراث العربي - بيروت .

^٣ - بدائع الصنائع للكاساني ج ٥ ص ١٣٣ نشر دار الكتاب العربي - بيروت ، الطبعة الثانية ، و شرح الخرشني على مختصر
سيدي خليل محمد بن عبد الله الخرشني بهامش حاشية الشيخ علي الصعدي العلوي على رسالة ابن أبي زيد القيرواني ج ٥ ص ٧ ،
نشر دار الفكر - بيروت ، و نهاية المحتاج للرملي ج ٣ ص ٢٦٦ نشر المكتبة الإسلامية .

أما الحنابلة : فإنهم يشترطون لصحة العقد بلفظ المضارع إعادة الإيجاب فيما إذا تقدم الإيجاب : كأن قال المؤجر : أؤجرك داري سنة بكذا و قال المستأجر : استأجرت ، فلا يتم العقد إلا أن يقول المؤجر : أجرت و نحوه .

و كذلك يشترط عندهم إعادة القبول فيما إذا تقدم على الإيجاب كأن قال المستأجر : استأجر دارك سنة بكذا ، و قال المؤجر : أجرت فلا يتم العقد إلا أن يقول المستأجر : قبلت و نحوه ^١ .

و ما يترجح لدي مما تقدم و الله أعلم ما ذهب إليه الجمهور من صحة العقد بصيغة المضارع ؛ لأن هذه الصيغة للحال و الاستقبال لتخصيصها بأحد الزمانين جائز .

رابعاً : إنشاء العقد بصيغة الأمر :

قد ينشأ العقد بصيغة الأمر كأن يقول المؤجر : استأجر سيارتي سنة بكذا فيقول المستأجر : استأجرت ، أو يقول المشتري للبائع : بعني دارك بكذا فيقول البائع : بعث . فعند المالكية و الشافعية في الأظهر أن هذه الصيغة صحيحة و يلزم العقد المنشأ بها ، و لا يقبل من منشى العقد ادعاء عدم إرادته و ذلك لأن المطلوب في الانعقاد وجود ما يدل على الرضا لاستوت صيغة الأمر مع الماضي و نظراً لأن العرف في هذه الحال دل على رضاه فصح انعقاده بهذه الصيغة ^٢ .

و أما الحنفية ^٣ فلا يرون صحة إنشاء العقد بصيغة الأمر لأن هذه الصيغة طلب للإيجاب و القبول و طلب الإيجاب و القبول لا يكون إيجاباً و قبولاً فلا يوجد في هذه الصيغة إلا أحد الشرطين فلا يتم الركن فلا ينعقد العقد .

^١ - مجلة الأحكام الشرعية للشيخ أحمد بن عبد الله القاري ص ١١٨ تحقيق الدكتور عبد الوهاب إبراهيم سليمان و الدكتور محمد إبراهيم أحمد علي . الطبعة الأولى ، تهامة ١٤٠١ هـ . و شرح منتهى الإرادات للبهوتي ج ٢ ص ١١٦ . نشر دار الفكر .

^٢ - شرح الخرشي على مختصر سيدي خليل ج ٥ ص ٦ ، و نهاية المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج للرملي ج ٣ ص ٣٦٧ .

^٣ - بدائع الصنائع للكاساني ج ٥ ص ١٣٤ .

و أما الحنابلة فيصح عندهم العقد إذا كان المتقدم قبولا بلفظ الأمر كما لو قال المستأجر أجرني دارك لمدة شهر فيقول المؤجر : أجرتك .
 أما إذا تقدم الإيجاب على القبول كأن يقول المؤجر : استأجر داري سنة بكذا، فيقول المستأجر : استأجرت . فإنه لا يعقد .^١
 و بعد هذا أقول : إن الذي جرى عليه العرف في زماننا أن الناس لا يلتفتون إلى هذه الصيغة في كونها بالفعل الماضي أو المضارع أو الأمر فإن العامة من الناس و بخاصة العوام منهم ينشئون العقود في كل وقت دون التقيد بصيغة معينة .
 و على هذا فإن العرف و قرائن الأحوال يجب اعتبارها في إنشاء العقد .
 فالعبرة بإرادة المتعاقدين و تراضيهما و انعقاد النية على إنشاء العقد بينهما ما دام اللفظ صالحا لذلك بأي صيغة كقول زيد لعمر : بعني هذه السيارة بألف دولار مثلا ، و زيد هنا هو المشتري فيقول البائع بارك الله لك فيها . أو يقول أحدهم : أنا أؤجر هذا البيت في كل سنة بألف دينار فيقول المستأجر : و أنا موافق . فإن العقد يتم عرفا بمثل هذه العبارات و ليس فيها الصيغة التي تحدث عنها الفقهاء ، و بخاصة و أن العرف يعتبر أحد الأدلة الشرعية حتى قال العلماء في المذهب الحنفي و المالكي : " الثابت بالعرف ثابت بدليل شرعي " .^٢

^١ - شرح منتهى الإرادات للشيخ منصور بن يونس بن إدريس البهوتي المسمى دلائق أولي النهى لشرح المنتهى ج ٢ ص ١٤٠ .
 نشر دار الفكر ،

و مجلة الأحكام الشرعية ص ١١٨ . الطبعة السابقة .

^٢ - الفروق للقرافي عند الكلام عن العرف ، و غمز عيون البصائر للحموي شرح الأشباه و النظائر لابن نجيم (العرف)

الفرع الثاني

شروط الصيغة

للفقهاء في الصيغة شروط ، إذا توفرت كانت الصيغة صالحة لانعقاد العقد .
و هذه الشروط في مجملها وضعت لمعرفة جزم و إرادة المتعاقدين و تطابق
قصديهما في إنشاء العقد و بيان هذه الشروط ^١ على ما يلي :

أولاً : أن يكون القبول على وفق الإيجاب ، فإن خالف القبول الإيجاب كان
يقول الموجب إنما قصدت البيع و يقبله الآخر على أنه كراء أو العكس ، أو بعض
ما أوجهه كان يكون قد أوجهه لإيجاره ستة أشهر فيقبله للاستيجار لشهر أو شهرين
، أو يكون الموجب قد أوجب البيع بمائة فيقبله المشتري بخمسين فهي هذه الصور
لا ينعقد العقد لمخالفة القبول للإيجاب .^٢

ثانياً : أن يقصد المتعاقدان إنشاء العقد و لا يتخلله شيء يدل على إعراض
أحدهما .

فلو سبق لسانه إليه من غير قصد أو نطق به أعجمي من غير معرفة بمعناه لم
يصح العقد .

و كذلك إذا طرأ ما يدل على إعراض أحدهما عن إنشاء العقد كأن يطول
الفصل بين الإيجاب و القبول بسكوت أو بكلام لا يتعلق بالعقد لم يصح العقد .^٣
ثالثاً : أن يتكلم بحيث يسمعه المخاطب ، و يجيبه المخاطب لا وكيله أو موكله
أو وارثه . فإن تكلم بحيث لم يسمعه المخاطب أو سمعه إلا أنه لم يجب وأجاب وكيله

^١ - الشرط في اللغة : العلامة و في الاصطلاح : ما يعرف عليه وجود الشيء و يكون خارجاً عن ماهيته و لا يكون مؤثراً في وجوده
لسان العرب لابن منظور ج ٩ ص ٢٠٢ ، و كتاب الصريقات للجرجاني ص ٥٥ انتشارات ناصر خسرو طهران - إيران .

^٢ - بدائع الصنائع : ج ٤ ص ١٧٦ ، و نهاية المحتاج للرملي ج ٣ ص ٣٩٦ ، و شرح منتهى الإرادات ج ٢ ص ١٤١ .

^٣ - بدائع الصنائع ج ٥ ص ١٣٧ .

^٤ - يذكر بعض الفقهاء أنه يجوز أن يفصل بحمد الله و الصلاة و السلام على رسول الله و لا يحجر ذلك لاصلاً .

أو موكله أو وارثه ، أو فضولي لم يصح العقد لأن القبول صدر ممن لم يتوجه إليه الإيجاب و مع اشتراط الفقهاء هذه الشروط في صيغة العقد فإنه قد يتم العقد بين المتعاقدين بغير صيغة أصلا كما في المعاوضة و هي : أن يعطيه الثمن ليعطيه الثمن من غير إيجاب ولا استيجاب و كذلك كما لو أخذ شخص متاعا من الدكان و ثمنه معروف ، و ناول ثمنه للبائع من غير أن يتلفظ البائع أو المشتري بشيء من الإيجاب أو القبول .^١

^١ - و الفقهاء في صحة انعقاد العقد بالمعاوضة على ثلاثة أقوال هي :

أ - صحة انعقاده بالمعاوضة في القليل و الكثير ، و هو منسوب للمالكية و أغلب الحنابلة و بعض الشافعية .

ب - صحة انعقاده في اليسر دون الكثير و هو منسوب لبعض الحنفية ووجه لبعض الشافعية المتأخرين ، إليه مال القاضي أبو يعلى من الحنابلة .

ج - عدم صحة الانعقاد بالمعاوضة مطلقا ، و هذا منسوب لجمهور الشافعية تبعاً للإمام الشافعي رحمه الله تعالى و منسوب لبعض الحنفية . انظر للمذاهب و الأدلة : شرح الخواص ج ٧ ص ٢ ، و شرح فتح القدير ج ٥ ص ٤٥٩ ، و حاشية رد المحتار ج ٦ ص ٦ و الإنصاف للمرداوي ج ٤ ص ٢٦٤ ، و المغني لابن قدامة ج ٣ ص ٥٦١ ، و نهاية المحتاج ج ٣ ص ٣٦٩ .

الفرع الثالث

المتعاقدان و ما يشترط فيهما

المتعاقدان ركن من أركان العقد و لا يمكن إنشاء العقد إلا بوجود المتعاقدين و يسميان طرفي العقد .

و العاقدان قد يكون كل طرف منهما شخصا منفردا أو متعددا كما لو استأجر رجل أجيرا لخدمه ، و كما لو استأجر عدد من الأشخاص رجلا واحدا ، أو استأجر رجل واحد عددا من الأشخاص بصورة جماعية لينجزوا له بعض الأعمال .

وقد يكون أحد الطرفين شخصا معنويا كأن تقوم إحدى الشركات أو المؤسسات باستئجار رجل .

فهذه هي صور المتعاقدين الذين يمكن لهم أن يعقدوا العقد .

و قد اشترط الفقهاء رحمهم الله تعالى في المتعاقدين شروطا بيانا فيما يلي :^١

الشرط الأول : وجود الأهلية في المتعاقدين فيشترط الفقهاء في المتعاقدين وجود الأهلية فيهما حتى يصح منهما إنشاء العقد .

وقبل الكلام على الأهلية المعتبرة في العاقدين يحسن ذكر الأهلية و تعريفها و ذلك على ما يلي :

فالأهلية في اللغة : الجدارة و الكفاية لأمر من الأمور .^٢

يقال : فلان أهل للرئاسة أي جدير بها .

و في الاصطلاح الفقهي : تنقسم الأهلية إلى قسمين :^٣

^١ - بدائع الصنائع ج ٤ ص ١٧٦ ، و روضة الطالبين للنووي ج ٥ ص ١٧٣ نشر المكتب الإسلامي للطباعة و النشر .

^٢ - لسان العرب لابن منظور ج ١٣ ص ٢٨ و ما بعدها . المطبعة الأميرية بالقاهرة ، دار صادر بيروت .

- أهلية الوجوب .

- أهلية الأداء .

فأهلية الوجوب هي : صلاحية الشخص للإلزام و الالتزام .
و المراد بالإلزام : ثبوت الحق له ، وذلك كاستحقاقه انتقال الملكية له فيما يشترطه .

و المراد بالالتزام : ثبوت الحق عليه كالتزامه بأداء ثمن المبيع .
و أهلية الوجوب تتعلق بالصفة الإنسانية دون اعتبار السن أو العقل أو الرشد ، فكل إنسان يتمتع بأهلية الوجوب كاملة أو ناقصة .
فأهلية الوجوب الكاملة هي الحاصلة في الصبي المميز و أهلية الوجوب الناقصة هي الموجودة في الجنين قبل أن يولد .

و أما أهلية الأداء : فهي صلاحية الشخص لممارسة الأعمال التي يتوقف اعتبارها الشرعي على العقل ، فإذا كان الشخص صالحاً لأن يؤدي الأعمال التي اعتبر الشارع في أدائها وجود العقل المميز كان ذا أهلية الأداء سواء في ذلك العبادات و المعاملات . فأهلية الأداء قد تكون موجودة و ذلك بوجود العقل المميز^١ .

وقد تكون معدومة إذا انعدم العقل المميز .

و أما أهلية الوجوب فإنها لا تنعدم في الشخص أصلاً .
و أهلية الأداء قد تكون كاملة : و هي الموجودة في البالغ الراشد ، فتصح منه العقود التي يشترط فيها كمال أهلية الأداء كال تبرعات المالية من هبة و وقف و نحوهما . فإذا وجدت الأهلية الكاملة للأداء بأن كان الشخص بالغاً عاقلاً حراً صح منه إنشاء العقود ما لم يعترض أهليته عيب كالسفه ، أو عارض كجنون أو خلف في العقل .

^١ - شرح التلويح على التوضيح لسعد الدين الفنازاني ج ٢ ص ١٥٦ ، نشر دار الكتب العلمية ، بيروت . المدخل الفقهي العام للزرلا ج ٢ ص ٧٣٦ و ما بعدها .

و قد اتفق الفقهاء على أن العاقد إذا كان بالغاً عاقلاً صح تصرفه في البيع والإجارة و سائر العقود .

و قد تكون الأهلية قاصرة ، و هي الموجودة في الصبي المميز الذي يصح منه التصرفات في العبادات و بعض المعاملات و لا يصح منه بعض التصرفات الأخرى كالوصية و الإقرار و غيرهما لنقصان أهلية الأداء منه .

و قد ورد في كتاب الكافي لابن عبد البر ^١ : " و شرط لزومه للبائع و المشتري تكليف ، أي بلوغ و عقل ، أي رشد و طوع . " ^٢

و ذكر الكاساني في البدائع ^٣ في إطار ذكره لشروط الانعقاد التي ترجع إلى العاقد : و أما الذي يرجع إلى العاقد فالعقل و هو أن يكون العاقد عاقلاً حتى لا تنعقد الإجارة من المجنون و الصبي الذي لا يعقل ، كما لا ينعقد البيع منهما .
و في روضة الطالبين للنووي ^٤ قال : و يعتبر ليهما البلوغ و العقل كسائر التصرفات .

فنرى من هذه النصوص المذكورة اعتبار العقل في تصرفات العاقدين عند الفقهاء . و أن وجود العقل شرط في صحة إنشاء العقد لدى المتعاقدين عند الجميع .
و اختلفوا بعد ذلك في تصرفات الصبي المميز و هو الذي لم يكمل عنده أهلية الأداء هل يصح منه عقد الإجارة و غيره أم لا ؟

فالحنفية يرون صحة انعقاده من الصبي المميز و ليس البلوغ عندهم من شرائط الانعقاد ، و لا من شرائط النفاذ حتى إن الصبي العاقل لو أجر ماله أو نفسه نفذ العقد إن كان مأذوناً و توقف على إجازة الولي إن كان محجوراً ^٥ .

^١ - ابن عبد البر هو أبو عمر يوسف بن عبد البر بن عبد الله بن محمد النسري الحافظ القرطبي الفقيه المحدث المالكي ، له كتب كثيرة منها : الكافي في فقه أهل المدينة ، المشهد على الموطأ ، الاستدكار لمذاهب فقهاء الأمصار ، ولد سنة ٣٦٨ و توفي في شاطبة سنة ٤٦٣ . انظر الديباج المنهب في معرفة أعيان علماء المنهب ج ٣ ص ٣٦٧ و ما بعدها ، و شجرة النور الزكية ص ١١٩ .

^٢ - الكافي لابن عبد البر ج ٢ ص ٧٣١ .

^٣ - بدائع الصنائع ج ٤ ص ٥٠٤ .

^٤ - روضة الطالبين للنووي ج ٥ ص ١٧٣ .

^٥ - بدائع الصنائع ج ٤ ص ١٧٦ .

و أما المالكية فتصح عندهم تصرفات الصبي المميز إلا أنها لا تنفذ إلا بإجازة الولي .

فالصبي المميز إذا أجر نفسه أو سلعته صح و توقف على رضا وليه و مثله العبد .^١

و أما الشافعية فلا تصح عندهم تصرفات الصبي و لا ينعقد العقد بعبارة الصبي و المجنون لأنفسهما و لا لغيرهما سواء كان الصبي مميزا أو غير مميز ، باشر بإذن الولي أو بغير إذنه .^٢

و لفرق الحنابلة في رواية بين تصرفات الصبي المميز في الأمر اليسير و الأمر الخطير . فأجازوا تصرفه في الأمر اليسير دون الأمر الكثير : كبيع و شراء رغيف و قطعة حلوى ، ولم يشترطوا لصحة تصرفه في ذلك إذن الولي ؛ لأن الحجر عليه لخوف ضياع المال و هو مفقود في اليسير .^٣

وفي الرواية الأخرى في المذهب يصح تصرف الصبي المميز بإذن الولي في اليسير و الكثير و هي المذهب ذكره المرداوي في كتابه " الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد " .^٤

الخلاصة

و نخلص من كل ما تقدم أن الفقهاء اتفقوا على صحة تصرف الصبي المميز ما لم يكن محجورا عليه و خالف الشافعي في ذلك و يشهد لذلك قول الله تعالى : ﴿ و ابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح ﴾^٥

١ - حاشية النسولي على الشرح الكبير ج ٤ ص ١ .

٢ - روضة الطالبين ج ٣ ص ٣٤١ و ما بعدها .

٣ - الفروع ج ٤ ص ٥ لأبي عبد الله محمد بن مفلح المرقلي سنة ٧٦٣ . الطبعة الثانية : ١٣٨٠ .

٤ - الإنصاف للمرداوي ج ٤ ص ٢٦٧ الطبعة الأولى : ١٣٧٧ هـ . تحقيق محمد حامد النقي .

٥ - جزء من الآية ٦ من سورة النساء .

و الابتلاء يكون قبل البلوغ و يفهم من الآية الكريمة أن اليتيم يختبر في تصرفاته المالية قبل البلوغ و ذلك أكبر دليل على صحة العقود التي يتولاها قبل البلوغ و هو ما يترجح لدي و الله تعالى أعلم بالصواب .

الشرط الثاني : وجود الرضا

لأن العقد يبنى على أساس التراضي من المتعاقدين في إنشائه لقول الله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ ﴾^١

و لقول النبي صلى الله عليه و سلم : " إنما البيع عن تراض "^٢ و رضا العاقدین من شرائط الصحة عند الحنفية فإذا عدم الرضا في العاقدین أو أحدهما يكون العقد فاسدا و إن كان منعقدا^٣ .
أما الجمهور و منهم المالكية^٤ و الشافعية^٥ و الحنابلة^٦ فإنهم يشترطون رضا المتعاقدين فإذا أكره أحدهما على إنشاء العقد لم ينعقد إلا إذا كان الإكراه على حق كأن يبيع الحاكم دار المدين لسداد دينه .

بيان الراجح

و ما يترجح لدي في هذا المقام ما قال به جمهور المالكية و الشافعية و الحنابلة من عدم صحة انعقاد العقد مع انتفاء شرط الرضا ؛ لأن العقد في الحقيقة اسم لربط الإيجاب بالقبول و لا يوجد ذلك الترابط بين الإيجاب و القبول إلا إذا وجد الرضا

^١ - سورة النساء : ٢٩ .

^٢ - سبق تخريجه ص ٤٢ .

^٣ - بدائع الصنائع ج ٣ ص ١٧٩ ، و حاشية ابن عابدين ج ٤ ص ٥٠٥ ، مطبعة مصطفى الحلبي بالقاهرة . ط/٢ : ١٣٨٦ هـ .

^٤ - شرح الخرشي ج ٥ ص ٩ ، و حاشية الدسوقي ج ٤ ص ٢ .

^٥ - نهاية المحتاج ج ٣ ص ٣٧٥ .

^٦ - مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى للشيخ مصطفى السيوطي ج ٣ ص ١٠ نشر المكتب الإسلامي دمشق .

لدى المتعاقدين لإنشاء العقد برغبتهما و لأن الآية في ذلك صريحة و هي نص في الموضوع لا أن تكون تجارة عن تراض منكم و بذلك يسترجع مذهب الجمهور من عدم جواز إنشاء العقد من غير رضا .

الباب الأول

العقود و التصرفات و تقسيماتها

و فيه فصلان :

الفصل الأول : في العقود و التصرفات . و فيه مبحثان :

المبحث الأول : أنواع العقود في الفقه و القانون . و فيه مطلبان :

المطلب الأول : أنواع العقود في الفقه الإسلامي .

المطلب الثاني : أنواع العقود في القانون الوضعي .

المبحث الثاني : أنواع التصرفات . و فيه ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : تصرفات الولي .

المطلب الثاني : تصرفات الوكيل .

المطلب الثالث : تصرفات الفضولي .

الفصل الثاني : الاعتبارات التي قامت عليها تقسيمات العقود . و فيه ثمانية

مباحث :

المبحث الأول : تقسيمها بحسب اعتبار الشرع لها من عدمه .

المبحث الثاني : تقسيمها بحسب حاجتها للقبض من عدمه .

المبحث الثالث : تقسيمها بحسب الغرض المستهدف منها .

المبحث الرابع : تقسيمها بحسب اتصال أحكامها بها أو تأخرها .

المبحث الخامس : تقسيمها من حيث التوقف و النفاذ .

المبحث السادس : تقسيمها من حيث ما يتم بإرادة أو إرادتين .

المبحث السابع : تقسيمها من حيث اللزوم و عدمه .

المبحث الثامن : تقسيمها من حيث التسمية و عدمها .

الفصل الأول

العقود والتصرفات

و فيه مبحثان :

المبحث الأول : أنواع العقود في الفقه الإسلامي و القانون الوضعي . و فيه

مطلبان :

المطلب الأول : أنواع العقود في الفقه الإسلامي .

المطلب الثاني : أنواع العقود في القانون .

المبحث الثاني : أنواع التصرفات . و فيه ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : تصرفات الولي .

المطلب الثاني : تصرفات الوكيل .

المطلب الثالث : تصرفات الفضولي .

المبحث الأول أنواع العقود في الفقه الإسلامي و القانون

و فيه مطلبان :

- المطلب الأول : أنواع العقود في الفقه الإسلامي .
- المطلب الثاني : أنواع العقود في القانون الوضعي .

المطلب الأول

أنواع العقود في الفقه الإسلامي

لم يضع فقهاء الشريعة - فيما أعلم - تقسيما للعقد في ذاته بل ذكروا عقودا أسموها بأسماء خاصة أدمجوها في باب المعاملات من الفقه الإسلامي .
و عندما تكلموا عن المعاملات نرى بعضهم تكلم عن البيع مثلا عقب العبادات و آخر النكاح^١ ؛ لأن احتياج الناس إلى البيع أعم من احتياجهم إلى النكاح ، لأنه يعم الصغير والكبير ، والذكر والأنثى و البقاء بالبيع أقوى من البقاء بالنكاح ؛ لأن به تقوم المعيشة التي هي قوام الأجسام .
و بعض المصنفين قدم النكاح على البيع كصاحب الهداية و غيره ؛ لأن النكاح عبادة بل هو أفضل من الاشتغال بنفل العبادة ؛ لأنه سبيل إلى التوحيد بواسطة الولد الموحد و كل منهم مصيب في مقصده .
و إذا أردنا أن نقف على أنواع العقود فيكفي أن نورد على سبيل المثال كتابا فقهيا يعتبر من أبرز كتب الفقه الإسلامي و هو كتاب البدائع للكاساني في الفقه الحنفي^٢ فنراه قد تكلم في العقود على الترتيب الآتي :

- | | | | |
|-------------|--------------|-----------|--------------|
| ١- الإجارة | ٢- الاستصناع | ٣- البيع | ٤- الكفالة |
| ٥- الحوالة | ٦- الوكالة | ٧- الصلح | ٨- الشركة |
| ٩- المضاربة | ١٠- الهبة | ١١- الرهن | ١٢- المزارعة |

^١ - كما فعل صاحب الجوهرية النورة على مختصر القدوري* أبو بكر بن علي بن محمد الحداد اليمني المتوفى سنة ٨٠٠ هـ ج ١ ص ٢٢٤-٢٢٥ ، و صاحب الهداية* المرغناني* في الجزء الثاني ، طبعة مصطفى الحلبي - القاهرة .
^٢ - بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للعلامة إبي بكر بن مسعود الكاساني الملقب بملك العلماء ج ٤-٥-٦ . و هذا الكتاب شرح لكتاب تحفة الفقهاء لعلاء الدين السمرقندي . طبع طبعين : إحداهما بالطبعة الجمالية بالقاهرة سنة ١٣٢٨ و الثانية بمطبعة زكريا علي يوسف بالقاهرة .

١٣- المعاملة (المساقاة) ١٤- الوديعة ١٥ - العارية

١٦- القسمة ١٧- الوصايا ١٨- القرض .

إلا أنه يلاحظ أن هذه العقود قد قسمها الفقهاء من حيث خواصها وأحكامها الفقهية بحيث تشمل كل مجموعة من هذه التقسيمات عقوداً معينة^١ مع ملاحظة أنني أتكلم هنا عن هذه التقسيمات على وجه الأجمال أما التفصيل فسنأوله عند الكلام عن اعتبارات التقسيم أن شاء الله .

أولاً : العقود المالية و العقود غير المالية :

العقد إذا وقع على عين من الأعيان يسمى عقداً مالياً باتفاق الفقهاء سواء كان نقل الملكية بعوض ، كالبيع بجميع أنواعه من الصرف و السلم و المقايضة و نحوها ، أم بغير عوض كالهبة و الوصية بالأعيان و نحوها ، أو بعمل فيها كالزراعة و المساقاة و المضاربة و نحوها .

أما إذا وقع على عمل معين دون مقابل كالوكالة و الكفالة و الوصايا أو الكف عن عمل معين كعقد الهدنة بين المسلمين و أهل الحرب لمثل هذا لا يسمى عقداً مالياً . و بالنظر إلى طبيعة الالتزام في هذه العقود نجد أن التعاقد فيها قد يكون ملتزماً : بنقل حق عيني ، أو أداء عمل ، أو تسليم شيء ، أو الامتناع عن عمل . فالالتزام بنقل حق عيني كما في البيع ، إذ إن على البائع تسليم المبيع إلى المشتري عملاً بمقتضى البيع .

أو بنقل الملكية له بأداء عمل كما في الإجارة ، فإن الأجير المشترك و كذا الأجير الخاص يكلف بأداء عمل ، لأن العقود عليه هو العمل ، و التزام الصانع في عقد الاستصناع التزام بعمل هو تسليم الشيء المستصنع .

^١ - المرسوعة الفقهية ج ٣٠ ص ٢٢٧ .

و التزام المالك بعدم بيع الدار إلى غير الشفيع ، و محل الالتزام هنا هو الامتناع عن عمل هو عدم البيع إلى غير الجار ، لأن الجار أحق بشفيعته كما هو نص الحديث ^١.

و الالتزام في عقود المعاوضات هو التزام بتحقيق غاية معينة هي نقل الحق ، أو أداء العمل ن أو تسليم العين ، أو الامتناع عن العمل ، فإذا لم يقم بالالتزام المحدد فيها فقد أخل بالالتزام و صدق عليه أنه لم ينفذ الالتزام العقدي ، فإذا كان كذلك فإنه يقع تحت طائلة الضمان العقدي .

و هناك عقود تعتبر مالية من جانب و غير مالية من جانب آخر كعقد النكاح ^٢ و الخلع و الصلح عن الدم و عقد الجزية و نحوها . إلا أن الفقهاء رحمهم الله تعالى اختلفوا في العقود التي تقع على المنفعة بمعنى هل تعد المنافع من الأموال فتعد في العقود المالية أو أن المنافع لا تعتبر من الأموال باعتبارها أعراضاً تحدث شيئاً فشيئاً كركوب الدابة و السيارة و سكنى الدار و ذلك على مذهبين :

المذهب الأول للحنفية : و قد ذهبوا إلى القول بأن كل ما لا يمكن حيازته و ادخاره لوقت الحاجة و هو المنفعة لا يعتبر مالا نظراً لأن مفهوم المال عندهم على ما في حاشية ابن عابدين (٥٠١/٤) ما يميل إليه الطبع و يمكن ادخاره لوقت الحاجة . فالمال شيء مادي يمكن إحرازه و الانتفاع به على وجه معتاد فكل ما لا يمكن حيازته لا يسمى مالا عند علماء الحنفية فالحنفية يخرجون المنافع من معنى المال ، وعلى هذا يمكن تعريف المال عندهم بأنه :

^١ - و هو ما رواه أحمد و أبو داود عن سمرة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : (جار الدار أحق بالدار من غيره) فقد دل هذا الحديث دلالة واضحة على ثبوت الشفيع للجار . انظر : سبل السلام للصنعاني ج ٣ ص ٧٤ حديث رقم ٢ - نشر دار الفكر .
^٢ - إذ معناه شرعاً : عقد موضوع للملك المنفعة ، أي لحل امتناع الرجل بالمرأة ، و هو احتراز عن البيع لأنه عقد موضوع للملك العين . طلبة الطلبة في الاصطلاحات الفقهية لنجم الدين بن حفص النسفي المجلد ١ سنة ٥٣٧ ص ٣٨ نشر دائرة المعارف - بلوشستان - باكستان . و التعريفات للجرجاني ص ١٠٨ . انتشارات ناصر خسرو - طهران . و الكافي لابن عبد البر ج ٢ ص ٥١٩ . نشر مكتبة الرياض الحديثة بالرياض ط ١ / ١٣٩٨ . و المعنى لابن قدامة ج ٧ ص ٣ و تكملة المجموع الثانية للشيخ محمد بن محمد المطيعي ج ٥ ص ٢٨١ .

كل عين ذات قيمة مادية بين الناس .

لهالعين : خرجت المنافع .

و بالقيمة المادية خرجت الأعيان التي لا قيمة لها بين الناس كحبة القمح .^١

المذهب الثاني : لجمهور الفقهاء^٢ و منهم المالكية و الشافعية و الحنابلة

و قد ذهبوا إلى القول بأن المنافع أموال .

فجاء تعريف المال عند هؤلاء شاملا للأعيان و المنافع لأن الناس لا يحرصون

على شراء الأعيان إلا لما فيها من المنافع ولولا هذه المنافع لأعرض الناس عن شراء

الأعيان .

للمال عند جمهور الفقهاء يطلق على الماديات و المنافع و يطلق أيضا على كل

ما له قيمة مادية بين الناس و جاز الانتفاع به . فلبن الآدمية عندهم مال ، و دم

الإنسان عندهم مال و الحقوق الذهنية و حقوق الابتكار عندهم أموال . و لذا

كانت وجهة نظر الجمهور من اعتبار المنافع أموالا أولى بالاعتبار لما تقدم .

ثانيا: العقود اللازمة و العقود غير اللازمة :

جاء في المعجم الوسيط :^٣

لزم الشيء لزوما : ثبت و دام ...

و لزم الشيء فلانا : وجب عليه .

يقال : لزمه الغرم و لزمه الطلاق ...

ويقال : ألزمه المال و العمل و الحجة و غير ذلك .

^١ - الفقه الإسلامي في تربيته الجديد للدكتور مصطفى الزرقا ج ٣ ص ١١٥ و ما بعدها ، و تاريخ الفقه الإسلامي ونظرية الملكية و

العقود للدكتور بدران أبي العنين بدران ج ٤ ص ٢٨ ، و نظام المعاملات للدكتور محمد مصطفى خليفي ص ٩١ .

^٢ - الموافقات في أصول الشريعة لأبي إسحاق الشاطبي ج ٢ ص ١٧ ، و الأشباه و النظائر للسيوطي ص ٣٢٧ ، و كشف القناع

للبهوتي ج ٢ ص ٧ .

^٣ - ج ٢ ص ٨٢٣ انتشارات ناصر خسرو - طهران .

و بناء على هذا يمكن تعريف العقد اللازم بأنه : الذي لا يكون لأحد العاقدين فيه حق الفسخ دون رضا الآخر .
و يقابله العقد الجائز أو غير اللازم ، و هو : ما يكون لأحد العاقدين فيه حق الفسخ .^١

ثالثاً : تقسيم العقد باعتبار قبوله الخيار من عدم ذلك :
قسم ابن قدامة الحنبلي العقد باعتبار قبوله الخيار أو عدم قبوله إلى ستة أقسام و هذه الأقسام كالتالي :^٢

- ١ - عقد لازم يقصد منه العوض و هو البيع و ما في معناه و هو نوعان :
أحدهما : يثبت فيه الخياران : خيار المجلس ، و خيار الشرط كالبيع فيما لا يشترط فيه القبض في المجلس .
النوع الثاني : ما يشترط فيه القبض في المجلس كالصرف و السلم و بيع مال الربا بجنسه ، فلا يدخله خيار الشرط .
- ٢ - عقد لازم يقصد به العوض كالنكاح و الخلع فلا يثبت ليهما خيار .
- ٣ - عقد لازم من أحد طرفيه دون الآخر كالرهن فهو لازم من جهة الراهن جائز في حق المرتهن فلا يثبت فيه الخيار .
- ٤ - عقد جائز من طرفين كالشركة و المضاربة و الجعالة و الوكالة و الوديعة و الوصية لهذه لا يثبت فيها خيار استغناء بجوازها و التمكن من نسخها بأصل وضعها .
- ٥ - عقد متزدد بين الجواز و اللزوم كالمساقاة و المزارعة ، و الظاهر أنهما جائزان فلا يدخلهما خيار ، و قيل هما لازمان . ففي ثبوت الخيار ليهما وجهان .

^١ - الموسوعة الفقهية ج ٣٠ ص ٢٢٢ .

^٢ - المغني لابن قدامة ج ٣ ص ٥٩٤ .

٦- عقد لازم يستقل به أحد المتعاقدين كالحالة ، و الأخذ بالشفعة فلا خيار
ليهما .

رابعاً : العقود التي يشترط فيها القبض و التي لا يشترط فيها :

قسم الفقهاء العقود باعتبار اشتراط القبض فيها أو عدمه إلى نوعين :^١

الأول : عقود لا يشترط فيها قبض العقود عليه حين العقد في الجملة .

ومن هذا النوع عقد البيع المطلق و الإجارة و النكاح و الوصية و الوكالة
و الحوالة و نحوها .

الثاني : عقود يشترط فيها قبض العقود عليه حين العقد و هذه تنقسم إلى أقسام :

أ - عقود يشترط فيها القبض لنقل الملكية كالهبة و القرض و العارية .

ب - عقود يشترط فيها القبض لصحتها كالصرف ، الذي يشترط فيه قبض
المعرضين في المجلس ، و السلم الذي يشترط فيه قبض أحد المعرضين في المجلس ،
و المضاربة ، و المساقاة ، و المزارعة .

ج - عقود يشترط للزومها القبض كالهبة و الرهن .

و سيأتي مزيد بيان لهذه الأقسام عند الحديث عن اعتبارات التقسيم في العقود.

خامساً : عقود المعاوضة و عقود التبرع :

قسم بعض الفقهاء العقد من حيث وجود العرض و عدمه إلى نوعين هما :^٢

- عقود المعاوضة ، و عقود التبرع .

فمن النوع الأول : عقد البيع بأنواعه من : المقايضة و السلم ، و الصرف ،
و عقد الإجارة ، و الاستصناع ، و الصلح ، و النكاح ، و الخلع ، و المضاربة ،
و المزارعة ، و المساقاة ، و الشركة ، و نحوها .

^١ - المرسوعة الفقهية ج ٣٠ ص ٢٣٠-٢٣٣ بصرف .

^٢ - المرسوعة الفقهية ج ٣٠ ص ٢٣٤ بصرف .

و من النوع الثاني : عقد الهبة ، و العارية ، و الوديعة ، و الوكالة ،
و الكفالة بغير أمر المدين ، و الرهن ، و الوصية و نحوها .

سادسا : العقد الصحيح و الفاسد و الباطل :

ذهب الفقهاء إلى أن العقد باعتبار إقرار الشرع أو عدم إقراره له ينقسم إلى قسمين :^١

صحيح و غير صحيح .

- فالعقد الصحيح : هو ما كان مشروعاً بأصله و وصفه معا ، بحيث يكون مستجمعا لأركانها و أوصافه .

- و العقد غير الصحيح : هو ما لا يعتبره الشرع ، و لا يرتب عليه مقصوده أو هو ما لا يكون مشروعاً أصلاً و وصفاً . أو يكون مشروعاً أصلاً لكن لا يكون مشروعاً وصفاً .^٢ أو ما اختل فيه أحد عناصره الأساسية أو شرط من شروطه ، و هذا عند الجمهور .

أما عند الحنفية : فيقسمون العقد غير الصحيح إلى : باطل و فاسد .

و العقد الباطل عندهم ما لا يكون مشروعاً أصلاً و لا وصفاً .

و العقد الفاسد ما يكون مشروعاً أصلاً لكن لا يكون مشروعاً وصفاً .^٣

و سيأتي تفصيل القول في هذا عند الكلام عن الاعتبارات الملاحظة في تقسيم العقود .

سابعا : العقد النافذ و العقد الموقوف :

قسم أكثر الفقهاء العقد باعتبار ظهور آثاره و عدم ظهورها إلى قسمين :^٤

^١ - الموسوعة الفقهية ج ٣٠ ص ٢٣٥ ، و الفقه الإسلامي و أدلته ج ٤ ص ٢٣٤ . و المدخل للدكتور حسين حامد حسان ص ٤٣٠-٤٣١ .

^٢ - نفس المراجع و الصفحات .

^٣ - المدخل للدكتور حسين حامد حسان ص ٤٣١-٤٣٢ .

^٤ - الموسوعة الفقهية ج ٣٠ ص ٢٣٦ .

نافذ و موقوف .

أ - العقد النافذ : هو العقد الصحيح الذي لا يتعلق به حق الغير ، و يفيد الحكم في الحال .^١

ب - العقد الموقوف : و هو العقد الذي يصدر ممن له أهلية التصرف دون ولاية كمن يبيع مال غيره بغير إذنه ، أو هو عقد يتعلق به حق الغير .^٢

ثامنا : العقود المؤقتة و العقود المطلقة :

قسم بعض الفقهاء العقد باعتبار قبوله التأقيت و عدم قبوله ذلك إلى نوعين هـ^٣

العقود المؤقتة ، و العقود غير المؤقتة أو المطلقة .

قال السيوطي : " كل عقد كانت المدة ركنا فيه لا يكون إلا مؤقتا ، كالإجارة و المساقاة و الهدنة ، و كل عقد لا يكون كذلك لا يكون إلا مطلقا ، و قد يعرض له التأقيت حيث لا ينافيه ، كالقراض يذكر فيه مدة ، و يمنع من الشراء بعدها فقط ، و مما لا يقبل التأقيت الجزية في الأصح ، و عقد البيع و النكاح ، و الوقف ، و مما يقبله و هو شرط في صحته الإجارة و كذا المساقاة و الهدنة في الأصح ، و مما يقبل التأقيت و ليس شرطا في صحته : الوكالة و الوصاية .^٤

^١ - درر الحكام شرح مجلة الأحكام العدلية للأستاذ مراد الفزي ج ١ ص ٩٥ ، ٣٠٤ .

^٢ - مجمع الأنهر ج ٢ ص ٤٧ ، و درر الحكام ج ١ ص ٩٤ ، و الفقه الإسلامي و أدلته ج ٤ ص ٢٤٠ ، و حاشية ابن عابدين ج ٤ ص ١٠٠ .

^٣ - الموسوعة الفقهية ج ٣٠ ص ٢٣٧ .

^٤ - الأشباه و النظائر للسيوطي ص ٢٨٢-٢٨٣ . و انظر أيضا الأشباه و النظائر لابن نجيم ص ٣٣٦ .

المطلب الثاني أنواع العقود في القانون

لا نجد في النصوص القانونية القديمة تقسيمات للعقود و لكن هذه التقسيمات ظهرت في النصوص القانونية الحديثة و قد يتفق القانون أحيانا في تقسيماته للعقود مع الشريعة و قد يختلف معها أحيانا أخرى ، و فيما يأتي خلاصة لتقسيمات العقود في القانون :

التقسيم الأول : بحسب وصف العقد و يندرج تحته العقود الآتية :^١

١- الصحيح : يشمل العقد الموقوف و العقد النافذ اللازم و العقد النافذ غير اللازم .

٢- غير الصحيح : و يشمل العقد الفاسد و العقد الباطل ، و العقد الفاسد يسمى في القانون العقد القابل للإبطال .

التقسيم الثاني : بالنظر إلى التسمية و عدمها :

و ينقسم العقد من هذه النظرة إلى العقود المسماة و غير المسماة ، و يدخل تحته العقود المسماة : و هي عقود البيع و الإجارة و الشركة و الهبة و الكفالة و الحوالة و الوكالة و القرض و نحوها .

أما العقود غير المسماة فمنها : الاستصناع و بيع الوفاء و عقود النشر و الإعلان في الصحف و المجلات و العقود التوكيدية (Certain Contracts)

^١ - Valid Contracts (including Contingent Contracts)

See : The Contract Act , ١٨٧٢, Sec. ٢&٣١ .

* Also see : The Contract Act - Commentary By Dr. M.A. Mannan , Page ٦٦ to ٥٠ .

* Also see : Chitty On Contracts Vol. ١ P. ١٥ & ١٦ , Pages ٣٣٣ to ٣٣٦ .

و العقود غير القابلة للتجزئة (Indivisible Contracts) .

التقسيم الثالث : بالنظر إلى العينية و عدمها :

و تنقسم العقود إلى عينية و غير عينية : فالعقد العيني هو الذي لا بد فيه لإتمام انعقاده و ترتيب أثره من تسليم الشيء المعقود عليه عينا كالهبة و الإعارة .
أما العقد غير العيني فهو الذي يتم بمجرد الصيغة السليمة من العيوب ،
و يترتب عليه أثره دون حاجة إلى القبض كالصلح و نحوه .

التقسيم الرابع : بالنظر إلى المدارج و المراحل اللازمة في

إنشاء العقد :

و ينقسم بهذا النظر إلى الأقسام الآتية :

١- الوعد (Promise)

٢- العقد (Contract)

٣- الاتفاقية (Agreement)

و جاء في القانون المدني الباكستاني أنه تبطل الاتفاقية كما يبطل العقد^١
و المدارج التي تسبب هذا التقسيم للعقد هي المراحل الواقعية التي يسير فيها العقد
من الإيجاب إلى القبول وإلى قوته التي يصبح بها العقد صالحا للنفاد في القانون.

التقسيم الخامس : بالنظر إلى صيغة العقد :

ينقسم العقد بهذا الاعتبار إلى الأقسام الآتية :

١- العقود المدونة أو المسجلة بالقضاء و هي العقود المتعلقة بالإجراءات

القانونية و الأحكام القانونية الصادرة عن المحكمة^٢.

^١ - The Contract Act ١٨٧٢ , Sec. ٢ .

^٢ - Halsbury's Law Of England , Vol ٩ , Contracts , Page ٨٦ to ٨٩ , Para. ٢٠٩ to ٢١٣ .

٢- العقود الموثقة بختم ، ففي هذا القسم يعتبر العقد هو الناشئ من الصيغة التي تحمل التوقيع و ختم منشئه .

٣-العقود البسيطة : و هي العقود التي لا تدخل تحت العقود المدونة (أو المسجلة بالقضاء) و العقود الموثقة بالختم .

٤- العقود المخصصة : و هي العقود التي تنشأ للعمل المخصوص و تسمى هذه العقود بالأسماء المناسبة نظرا للعمل الذي تشمله هذه العقود ^١.

تعليق :

و بالنظر إلى جملة التقسيمات في الفقهاء الإسلامي و الوضعي نلاحظ تشابها بين هذه التقسيمات ، فلا يفرق الفقهاء في هذا المجال باستثناء ما انفرد به القانون في تقسيمه الرابع و الخامس .

^١ - Hald Bury s Law Of England Vol ٩ , Contracts , Page , ٨٦ to ٨٩ , Para. ٢٠٨ to ٢١٣ .

المبحث الثاني أنواع التصرفات

- و فيه ثلاثة مطالب :
- المطلب الأول : تصرفات الولي .
- المطلب الثاني : تصرفات الوكيل .
- المطلب الثالث : تصرفات الفضولي .

المطلب الأول

تصرفات الولي

تعريف الولاية :

الولاية - بفتح الواو و كسرها - : القرابة .
و معناها النصرة و المحبة .

و الولي كل من ولي أمرا أو قام به . و النصير ، و المحب ، و الصديق ، و الخليف ،
و الصهر ، و الجار ، و المعتق ، و المطيع^١ . يقال : المؤمن ولي الله .
و ولي العهد : وارث الملك .

و ولي المرأة : من يلي عقد النكاح عليها و لا تستبد بعقد النكاح من دونه .
و ولي اليتيم : الذي يلي أمره و يقوم بكفالاته^٢ .

و من معاني الولي أيضا : النصير و منه قوله تعالى : ﴿ الله ولي الذين آمنوا ﴾^٣
و قال عز وجل : ﴿ هنالك الولاية لله الحق ﴾^٤

و قال المفسرون : إن معنى الولاية بالفتح : النصرة ، و معناها بالكسر : القدرة
و السلطة .

و قال سيويه : الولاية بالفتح : المصدر ، و الولاية بالكسر : الاسم ؛ لأنه اسم لما
توليته و قمت به^٥ .

و معنى هذا أن أهل اللغة يميلون إلى ترجيح استعمال الولاية بكسر الواو فيما يحتاج
إلى تدبير و قدرة و عمل . يقال ولي الشيء إذا قام عليه و ملكه .

^١ - المعجم الوسيط ج ٢ ص ١٠٥٧ . اقتضات ناصر خسرو - طهران .

^٢ - سورة البقرة : ٢٥٧ .

^٣ - سورة الكهف : ٤٤ .

^٤ - لسان العرب لابن منظور ج ٢٠ ص ٢٨٧ و ما بعدها . طبعة مصورة من نسخة الدار المصرية للناشر .

و تفسير ابن كثير ج ٣ ص ٨٤ . نشر مكتبة دار التراث بالقاهرة .

و يميلون إلى ترجيح استعمال الولاية بفتح الواو فيما يحتاج إلى النصرة .

و الآيات القرآنية جمعت بين القراءتين .

فمن يعين وليا لا بد فيه من استيفاء المعنيين :

الأول : قدرته على التصرف و الإدارة .

و الثاني : تحقق التعاون و عدم العداوة بينه و بين المولى عليه .^١

تعريف الولاية اصطلاحاً :

عرفها الحنفية بأنها تنفيذ القول على الغير شاء أو أبى .^٢

و قد نوقش هذا التعريف من وجهين :

أولهما : أنه تعريف غير جامع لأنواع الولاية ؛ إذ للشخص ولاية على نفسه .^٣

و ماله ، و هذه غير داخلة في التعريف .

ثانيهما : أنه يفهم من التعريف أن المولى عليه يكون له مشيئة و إباء مع أنه في بعض

الحالات يكون المولى عليه خالياً من ذلك كما هو واضح في الولاية على المجنون و الصغير .^٤

و قد أجاب عن هذه المناقشة المرحوم الأستاذ أحمد إبراهيم بك في كتابه " أحكام

التصرف عن الغير بطريق النهاية " بقوله في ص ٦ : " إن مراد الفقهاء هو أن التنفيذ

يكون جبراً على المولى عليه بدون التفات إلى مشيئته و إباته إن كان له مشيئة و إباء . "

و الخلاصة مما تقدم أن الولاية في اصطلاح الفقهاء هي سلطة شرعية بها يتمكن

الإنسان من تنفيذ التصرفات على الغير قولاً أو فعلاً دون التوقف على رضاه .^٥

^١ - رد المحتار ج ٣ ص ٥٥ .

^٢ - رد المحتار ج ٣ ص ٥٥ .

^٣ - و هي سلطة المرء على مال نفسه و تسمى ولاية قاصرة . حوايط العقد في الفقه الإسلامي للدكتور عدنان خالد الركمان ص ١١٨ . طبعة دار الشروق - جدة .

^٤ - الشريعة الإسلامية للدكتور بدران أبي العيين بدران ص ٤٣٦ .

^٥ - الأحوال الشخصية للدكتور محمد مصطفى شحاتة الحسيني ص ٥ . طبعة دار المؤلف بالقاهرة - ١٩٧٣ م .

أقسام الولاية :

الولاية قسمان :

١- ولاية على النفس .

٢- ولاية على المال .

فالولاية على النفس تتضمن أنواعا عديدة بمعناها العام من القيام على نفس المولى عليه كولاية الحضانة ، و هي ولاية ضم الصغير في سن معينة و القيام على شئونه فيها من تربية و تأديب و ولاية ضمه بعد هذه السن إلى من له الولاية على النفس لإتمام تربيته و توجيهه و ولاية تزويجه^١ .

الولاية على المال : وهذه تخص التصرفات المتعلقة بمال من تثبت عليه الولاية كالصغير و من في حكمه كالجنون و المعتوه^٢ .

و الولاية على المال تختلف باختلاف سبب الحجر : فإن كان لصغر أو جنون أو عته فإن الولاية تثبت للولي الشرعي و هو الأب ثم وصيه و الجد ثم وصيه ، و القاضي أو من يقوم مقامه و إن كان لسفه أو عته فإن الولاية تكون للقاضي أو من يختاره القاضي و لا تكون للولي الشرعي، و هذا إذا بلغ رشيدا ثم حجر عليه للسفه أو الغفلة .

أما إذا بلغ سفيا أو ذا غفلة فإن الولاية تستمر عليه حتى يرشد .

و فيما يأتي تفصيل القول في آراء الفقهاء في الولاية على المال^٣ :

ذهب الحنفية إلى أن الولاية على الصغير تكون للأب ثم لوصيه و للجد ثم لوصيه ، لأن الأب أولر شفقة على ولده فلا يقيم وصيا على ولده إلا إذا كان يرى أنه أصلح منه .

^١ - الأحوال الشخصية للدكتور محمد مصطفى شحاتة ص ٥ . الطبعة السابقة . و المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية للدكتور عبد الكريم زيدان ص ٢٨٠ . نشر مؤسسة الرسالة ، مكتبة القدس - بغداد - ط / ١٠ ، ١٩٨٨ م .

^٢ - المرجعان السابقان .

^٣ النباهة عن الغير للشيخ أحمد إبراهيم بك ص ٤٩ ، و المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية للدكتور عبد الكريم زيدان ص ٢٨٠ ، الطبعة السابقة . و شرح الأحكام الشرعية للشيخ محمد الأبناني ص ٣٦٤ . مطبعة علي سكر أحمد بمصر ، ط / ٢ ، ١٩١٢ م .

و ذهب المالكية و الحنابلة إلى أن الولاية تكون للأب ثم وصيه و للقاضي ثم وصيه .
و لا تثبت للجد و لا لوصيه ، لأن الجدة لا يقوم مقام الأب و إذا عينه القاضي كان وصيا من قبله .

و ذهب الشافعية إلى أنها تكون للأب ثم للجد الصحيح ، ثم لوصي الأب ثم لوصي الجد ، هذا لأن الجد الصحيح ينزل منزلة الأب عند عدمه ؛ لأنه لا يقل عنه في ولادة الشفقة و العطف .

ضوابط أعمال الولي :

اعلم أن الولي - و الوصي في معناه - مطالب أمام الله و أمام القاضي بالمحافظة على أموال الأيتام و تنميتها بقدر الإمكان ، لأنهم عاجزون عن معرفة ما فيه مصلحتهم فلا يلبس على القاضي بشيء لا يرضاه الله تعالى للتخلص من العقاب الديني ؛ لأن الله عز و جل لا يخفى عليه شيء ، فيجب عليه أن يجعل كل أعماله دائما دائرة على محور ما سنه الفقهاء من التصرفات من حيث إنها ترمي لغرض واحد و هو المحافظة على الأموال و تنميتها بقدر الاستطاعة كي يكون ناجيا في الدارين .

و من هذه التصرفات بيع أموالهم : فلا بد من مراعاة مصلحة القصر عندما يريد الوصي بيع شيء من التركة ^١ .

و هو يختلف باختلاف الشيء المبيع والسبب الحامل على بيعه و مال الورثة ، و بيان أن التركة إما أن تكون خالية من الدين و الوصية أو مشغولة بهما : فإن كانت التركة خالية من الدين و الوصية و الورثة كلهم صغار - فإن كان الشيء المراد بيعه منقولا جاز للولي أن يبيعه بمثل القيمة سواء كان للأيتام حاجة لثمنه أو لا ؛ لأن حفظ ثمنه أيسر و أبقي .

^١ - شرح الأحكام الشرعية للشيخ محمد زيد الأمانى ص ٣٨٥ و ما بعدها . الطبعة السابقة .

و أما إذا كان المبيع عقارا فلا يجوز بيعه إلا بمسوغ ، و المسوغ ينحصر في وجود منفعة للصغير أو اضطرار الولي لبيعته لقضاء دين

و ترتيب المسوغات على ما يلي :^١

أولا : أن يكون في بيع العقار منفعة ظاهرة لليتيم بأن يرغب أحد في شرائه بضعف القيمة لمصلحة له .

ثانيا : أن يكون على الميت دين لا ولاء له إلا من ثمنه لبيع الولي في هذه الحالة من العقار بقدر ما يفي ثمنه بالدين المطلوب .

لأن كان في التركة منقول يفي ثمنه بالدين فلا يجوز للوصي بيع العقار .

ثالثا : إذا كان في التركة وصية مرسلة لبيع الولي في هذه الحالة من العقار بقدر ما ينقل الوصية . و الوصية المرسلة هي المطلقة و هي التي لم تقيد بجزء من المال كالربع و الثلث مثلا بأن يقول شخص : أوصيت لفلان بألف روية باكستانية من ماله .

رابعا : أن يكون اليتيم محتاجا للنفقة .

خامسا : أن تكون مؤونته و خراجه أكثر من غلاته ، أي أن خرجة أكبر من دخله .

سادسا : أن يكون العقار دارا أو حانوتا آيلا للخراب و لم يكن عند الولي نقود للصغير تمكنه من ترميم الدار أو الحانوت أو استغلالهما .

سابعا : أن يخاف الولي على العقار من متسلط جائر ينزعه من تحت يده .

و من هذا يظهر أن بيع الوصي أو الولي عقار الصغير بمسوغ جائز ، لأن باعه بصغير مسوغ فالبيع باطل أصلا . و إن كانت التركة غير مشغولة بالدين أو بالوصية و الورثة كلهم كبار : لأن كانوا كلهم حاضرين فليس للوصي ولاية يبيع شيء من التركة إلا بأمرهم و رضاهم ، لأنهم و الحالة هذه تكون الولاية على أموالهم لهم لا لغيرهم ، و إنما له طلب ديون الميت و قبض حقوقه و دفعها للورثة ، لأن هذا من باب إعانتهم على إيصال الحقوق إليهم .

^١ - شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية ص ٣٨٧ و ما بعدها .

المطلب الثاني تصرفات الوكيل

وله لروع :

- الفرع الأول : مشروعية الوكالة .
- الفرع الثاني : شروط الوكالة .
- الفرع الثالث : نيابة الوكيل .

الفرع الأول

مشروعية الوكالة

قد يعجز الإنسان عن حفظ ماله عند خروجه إلى السفر و قد يعجز عن التصرف في ماله لقلّة هدايته أو لكثرة ماله أو لكثرة أشغاله فيحتاج إلى تفويض التصرف إلى الغير بطريق النيابة^١ كما ذكره الشيخ القونوي^٢.

يقول صاحب الهداية^٣: " قد يعجز الإنسان عن المباشرة بنفسه في اعتبار بعض الأحوال فيحتاج إلى أن يوكل غيره دلها للحاجة . "

و يقول صاحب المغني^٤: " و لأن الحاجة داعية إليه ؛ لأنه قد يكون ممن لا يحسن البيع والشراء ، أو لا يمكنه الخروج إلى السوق ، وقد يكون له مال و لا يحسن التجارة فيه و قد يحسن و لا يتفرغ و قد لا تليق به التجارة لكونه امرأة أو ممن يتعير بها . أباحها الشرع دلها للحاجة و تحصيلها لمصلحة الناس . "

ولذلك اعترفت الشرائع قديما و حديثا بالوكالة و التوكيل .

ففي القرآن الكريم أن أهل الكهف بعد استيقاظهم من نومهم الطويل و كلوا أحدهم بشراء ما هم في حاجة إليه من الطعام .

و في ذلك يقول المولى عز و جل حكاية عنهم : ﴿ فابعثوا أحداكم بورقكم هذه إلى المدينة فلينظر أيها أزكى طعاما فليأتكم برزق منه ﴾^٥.

و قوله تعالى : ﴿ إنما الصدقات للفقراء و المساكين و العاملين عليها ﴾^٦ يجوز العمل عليها و ذلك بحكم النيابة و الوكالة عن المستحقين .

١ - أنس الفقهاء للشيخ لاسم القونوي المولى سنة ٩٧٨ ص ٢٣٩ . نشر دار الوفاء للشرع و المروغ جده . تحقيق د : أحمد عبد الرزاق الكعبي .

٢ - القونوي : نسبة إلى قرية ١ و لأنه رومي ، و قرية من بلاد الروم . معجم البلدان لياقوت الحموي ج ٤ ص ١٩٩ .

٣ - ج ٣ ص ١٠٩ .

٤ - ج ٥ ص ٨٥ .

٥ - سورة الكهف : ١٩ .

٦ - سورة الزينة : ٦٠ .

و في السنة : أن رسول الله صلى الله عليه وسلم وكل عمرو بن أمية الضمري في نكاح أم حبيبة وهي بالحبشة^١ ، كما وكل صلى الله عليه وسلم عنه غيره في نكاح ميمونة - رضي الله عنها - وهذا توكيل منه في عقود الزواج .
و كذلك وكل عروة البارقي بشراء شاة^٢ . إلى غير ذلك من الأحاديث .

الإجماع :

وقد أجمعت الأمة على جواز الوكالة ، لم يخالف في جوازها أحد^٣ .
وقد اعترف القانون الروماني بالوكالة و أجازها لكن في حدود ضيقة ، و كذلك أجاز القانون الفرنسي التوكيل في حدود معلومة^٤ .
أما الفقه الإسلامي فقد أجاز التوكيل بصفة عامة في كل تصرف يصح أن يشره المرء بنفسه و الضابط في هذا كما يقول الأحناف : إن كل عقد جاز أن يعقده الإنسان بنفسه جاز أن يوكل به غيره^٥ .
وبهذا نرى أن الفقه الإسلامي أوسع الشرائع في هذا النوع من العقود ؛ إذ أجاز التوكيل في كل ما يملكه المرء من التصرفات في النواحي المالية أو الشخصية أو القضائية أو غيرها و لا عجب في ذلك فالناس في حاجة دائما إلى التوكيل في شيء من أمور المعاملات و الحياة^٦ .

^١ - رواه البيهقي في السنن الكبرى ج ٧ ص ١٣٩ ، طبع دار الفكر ، بيروت .

^٢ - رواه البخاري في كتاب المناقب ج ٤ ص ٢٥٢ ، و أبو داود في كتاب البيوع ج ٢ ص ٢٢٩ طبع مصطفى الحلبي بمصر ١٣٧١ هـ .

^٣ - الفقه الإسلامي للدكتور محمد سلام مذكور ص ٤٧٤ .

^٤ - مصادر الحق في الفقه الإسلامي للدكتور السنيهوري ج ٥ ص ١٦٢ و ما بعدها . مطابع دار المعارف بالقاهرة .

^٥ - الهداية ج ٣ ص ١٠٩ .

^٦ - المرجع السابق .

الفرع الثاني

شروط الوكالة

للكالة شروط مختلفة بعضها يرجع إلى الوكيل نفسه و بعضها يرجع إلى الموكل ، و بعضها يرجع إلى الموكل فيه ، أي موضوع الوكالة و محلها .^١

١- ما يشترط في الموكل : يشترط فيه أن يكون مالكا للتصرف الذي يوكل فيه . وإلا لم يصح التوكيل لأنه لا يعقل أن يكون له تمليك الغير ما لا يملكه هو نفسه .

و على ذلك لا يصح التوكيل من المجنون و لا من الصبي غير المميز و لا الصبي المميز في التصرفات الضارة به كالطلاق و العتق و الهبة ، أما التصرفات النافعة له بلا ريب كقبول الهبة فتصح وكالته الغير بها .

و في التصرفات التي تحمل النفع و الضرر كالبيع و الشراء و الإجارة يصح التوكيل و ينفذ إذا أجازاه وليه أو وصيه .^٢

٢- ما يشترط في الوكيل : يشترط في الوكيل أن يكون له عبارة معتبرة ؛ بأن يكون مميزا و يستوي في ذلك البالغ و غير البالغ و الرجل و المرأة و الحر و العبد و لا يصح أن يكون المجنون و المعتوه و الصبي الذي لا يعقل و كيلا في تصرف من التصرفات و يصح ذلك للصبي المميز و العبد لأن البلوغ و الحرية ليسا شرطين لصحة الوكالة عند الأحناف .^٣

و قد صح أن الرسول صلى الله عليه و سلم لما خطب أم سلمة لنفسه و كان أولياؤها غائبين زوجها منه ابنها عمرو ، و كان صبيا لم يبلغ . و هذا مما يستدلون به

^١ - تبين الحقائق للزليعي ج ٤ ص ٢٥٤ . مطبعة بولاق ١٣١٤ . و الهدايع للكاساني ج ٦ ص ٢٠ . و مفاتيح الحاج للشريفي ج ٢ ص ٢١٧ .

^٢ - السابق .

^٣ - الهدايع للكاساني ج ٦ ص ٢٠ . و الهداية ج ٣ ص ١١٠ .

على صحة وكالة الصبي متى كان مميزاً^١.

و خالف الشافعية في توكيل ناقص الأهلية كالصبي المميز فاعتبروه غير صحيح بناء على أن الشرط في الوكيل عندهم أن يصح مباشرته التصرف الذي وكل فيه لنفسه والصبي لا اعتبار بعبارة في مذهبهم إلا في بعض مسائل ليس التوكيل منها^١.

٣- ما يشترط في الموكل فيه (موضوع الوكالة) : الأصل كما يقول الأحناف أن كل عقد جاز أن يعقده الإنسان لنفسه يجوز أن يوكل به غيره^٢.

^١ - روت أم سلمة - رضي الله عنها - أنها لما انقضت عدتها أرسل إليها رسول الله صلى الله عليه وسلم بخطبها فقالت : يا رسول الله ليس أحد من أوليائي شاهداً . قال : ليس من أوليائك شاهد ولا غائب يكره ذلك . قالت : قم يا عمرو فزوج رسول الله صلى الله عليه وسلم فزوجه . رواه البيهقي في السنن الكبرى ج ٧ ص ١٣٩ . طبع دار الفكر .

^٢ - من هذه الضرورات الإذن في دخول الدار ، وإيصال الهدية . نهاية المحتاج ج ٤ ص ١٤ .

^٣ - البدائع ج ٦ ص ٢١ . و الهداية ج ٣ ص ١٠٩ . و معنى المحتاج للشيخ الشريفي الخطيب ج ٣ ص ٢٢١ .

الفرع الثالث

نيابة الوكيل

أتحدث في هذا الفرع من البحث عن حكم العقد و عن حقوقه و ذلك على مايلي :

أولا : حكم العقد

يراد بحكم العقد الغرض و الغاية منه .

لفي عقد البيع و الشراء يكون الحكم هو ملكية المبيع للمشتري و ملكية الثمن للبائع .

و في عقد الإجارة الحكم : هو ملك منفعة العين المستأجرة للمستأجر و ملك المؤجر - مالك العين - للأجرة ، و هكذا في سائر العقود .

و قد أجمع الفقهاء على أن حكم العقد إنما يرجع إلى الموكل في جميع العقود .
لكن الفقهاء و إن اتفقوا على هذه النتيجة إلا أنهم اختلفوا في طريق ثبوت الحكم للموكل :

١- فمنهم من يقول : إنه يثبت للوكيل لأن السبب قد تحقق من جهته و لكنه لا يستقر إذ ينتقل ثبوته للموكل بموجب عقد التوكيل و هو مذهب الكرخي و أسنده ابن قدامة^١ للإمام أبي حنيفة إذ يقول : " و إذا اشترى الوكيل لموكله شيئا بإذنه انتقل الملك من البائع إلى الموكل و لم يدخل في ملك الوكيل و بهذا قال الشافعي و قال أبو حنيفة : يدخل في ملك الوكيل ثم ينتقل إلى الموكل .

و يتفرع على هذا أن المسلم لو وكل ذميا بشراء خمر أو خنزير لم يصح الشراء عند الحنابلة و الشافعية ؛ لأن المسلم ليس له أن يملك شيئا من هذين و يصح عند أبي

^١ - المعنى ج ٥ ص ١٣٠ .

حنيفة و يقع للذمي الوكيل لا للمسلم الأصيل الموكل .
 هذا ما ذكره ابن قدامة في المغني . و المعروف في مذهب الأحناف غير هذا ، فالمالك
 عندهم يثبت ابتداء للموكل دون حاجة لأن يثبت للوكيل ثم ينتقل منه للموكل .
 فقد جاء في تبين الحقائق للعلامة الزيلعي :^١ " أن الملك في عقد البيع و الشراء يقع
 ابتداء للموكل ..."
 ٢- ومنهم من يثبت الحكم للأصيل ابتداء عند العقود هذا مذهب الأحناف
 و الشافعي و أحمد .^٢

المقارنة :

و ما يبدو لي رجحانه في هذا المقام ما قال به أصحاب الرأي الأول من أن الملك
 يثبت للوكيل ثبوتاً غير مستقر و ينتقل بالتالي إلى الموكل بموجب عقد التوكيل ؛ لأن
 السبب قد تحقق من جهة الوكيل و لأن الولاية الأصلية للموكل و الوكيل قد استمد
 ولايته على إنشاء العقد منه و الله أعلم .

ثانيا : حقوق العقد

يقصد بحقوق العقد عند الفقهاء الأعمال التي لا بد منها للحصول على حكمه مثل :

- تسليم المبيع .
- قبض الثمن .
- الرد بالعيب .
- خيار الرؤية أو الشرط .

^١ - ج ٤ ص ٢٥٦ .

^٢ - البدائع ج ٦ ص ٣٣ ، و تبين الحقائق ج ٤ ص ٢٥٦ ، و الهداية ج ٣ ص ١١١ ، و شرح فتح القدير ج ٦ ص ١٧ ، و المغني
 ج ٥ ص ١٣٠ .

• ضمان رد الثمن إذا استحق المبيع مثلاً .
 • تمكين المستأجر من تسليم العين التي استأجرها للانتفاع بها .
 • ضمان وصول الأجرة للمالك المؤجر .
 • وغير هذا من أنواع الحقوق الأخرى التي تختلف باختلاف العقود ^١ .
 وقد اختلفت كلمة الفقهاء في رجوع هذه الحقوق إلى الموكل أو الوكيل و ذلك
 على الوجه الآتي :

١ - الحنفية :

يرى الحنفية رجوع هذه الحقوق إلى الوكيل ؛ لأنه هو الذي باشر إصدار العقد ،
 فالطرف الآخر في العقد لا يعرف غيره ، و لكنه مع ذلك منفذ لإرادة الموكل فيجب
 ملاحظة الأمرين و هذا لا يكون إلا بجعل حكم العقد ^٢ و هو المقصود الأصلي منه راجعاً
 للموكل و جعل الحقوق التي تعتبر بمثابة لوازم للحكم راجعة إلى الوكيل . و إنما جعلوا
 المقصود الأصلي و هو الحكم راجعاً للموكل و ما عداه راجعاً إلى الوكيل ؛ لأن الولاية
 الأصلية للموكل ، و الوكيل قد استمد ولايته على إنشاء العقد منه .

ثم إن رجوع الحقوق إلى الوكيل مقيد عندهم بشرطين :

الشرط الأول : أن يكون من أهل الضمان و العهدة ، فإن لم يكن كذلك بأن كان
 محجوراً عليه رجعت الحقوق إلى الموكل سواء أضاف الوكيل العقد إلى نفسه أو أضافه إلى
 الموكل ؛ لأن الوكيل هنا ليس أهلاً لرجوع الحقوق عليه ؛ لأن الوكالة ضمان و كفالة و
 هو ليس من أهلها .

الشرط الثاني : أن يضيف العقد إلى نفسه فلو أضافه إلى الموكل كأن يقول :
 اشترت لفلان " الموكل " كذا رجعت الحقوق إلى الموكل لأن الوكيل هنا سفير فقط .

^١ - مصادر الحق للدكتور السهوري ج ٥ ص ٢١٢ . الطبعة السابقة . و نظرية النيابة في التعاقد للدكتور يوسف المصطفى ص

١٤٥ .

^٢ - سباني تفصيل الكلام عن حكم العقد بعد الكلام عن حقوق العقد .

و على هذا للعقود التي يصح إضافتها إلى الوكيل كالبيع و الشراء و الإجارة و الصلح في المنازعات المالية و نحو ذلك كله ترجع الحقوق فيها إلى الوكيل دون الموكل حتى لا يكون المالك فيها كالأجنبي و يكون الوكيل كأنه المالك^١.
و أما العقود التي لا يمكن أن يضيفها الوكيل إلى نفسه مثل : الزواج ، و الطلاق على مال ، و الخلع ، و الصلح عن دم العمد و نحوها^٢.
فالحقوق فيها كلها ترجع للموكل دون الوكيل الذي ليس في هذه العقود إلا سفيرا و معبرا محضا .

و يترتب على ذلك أنه ليس للزوجة أن تطالب و كيل الزوج بالمهر ، بل تطالب الزوج نفسه إلا إذا ضمن و كيل الزوج المهر فلها أن تطالبه بحكم ضمانه لا وكالته^٣.
٢ - الشافعية

أما الشافعية فقد ذكرت كتب الأحناف أنهم يخالفونهم فيجعلون حقوق العقد التي ترجع للوكيل عند الأحناف ترجع للموكل نفسه دون الوكيل كاحكامه .
و بالرجوع إلى كتب الشافعية ككتاب نهاية المحتاج للرملي (٣٧/٤) وجدت أنهم يقررون أن حقوق العقد يجوز إرجاعها إلى الوكيل ، و أن الأصح رجوعها إلى الموكل ابتداء و من هذا نجد أن كتب الشافعية و إن أجازت الرجوع على الوكيل في هذا إلا أنها تصرح بأنه جواز و أن الأصح الرجوع على الأصل .
وبذا يكون الشافعية من المخالفين للأحناف كما تنقل عنهم كتب الفقهاء الحنفية^٤.
و الحقيقة بتعبير الدكتور محمد يوسف موسى^٥ أن الشافعية لم يفرقوا كما فعل الأحناف بين حكم العقد و حقوقه و أنهم أطلقوا على الإثنين معا كلمة " أحكام "

^١ - بدائع الصنائع الكاساني ج ٦ ص ٣٣ ، و تبين الحقائق للزيلعي ج ٤ ص ٢٥٦ . و الهداية للسرغيني ج ٣ ص ١١١ .

^٢ - و تسمى هذه العقود عقود الإسقاطات .

^٣ - بدائع الصنائع ج ٦ ص ٣٣ و الهداية ج ٣ ص ١١١ .

^٤ - انظر في تفصيل هذه المسألة من كتب المعاصرين : كتاب المدخل للدكتور حسين حامد حسان ص : ٣٩١ . و كتاب المدخل

للدكتور محمد سلام مذكور هامش ص : ٤٨٨ .

^٥ - الأموال و نظرية العقد للدكتور محمد يوسف موسى ص : ٢٨٥ .

و أرجعوها إلى الموكل ابتداء و إن أجازوا رجوع ما أطلق عليه الأحناف حقوق العقد إلى الوكيل .

فالنزاج إسقاط حرمة المرأة على الرجل ، و الطلاق و الخلع إسقاط للحل و الصلح عن دم العمد إسقاط للقصاص . (النية في التعاقد د. المرصفي ص ٢٢٤)
و كذلك من العقود التي لا يمكن أن يضيفها الوكيل إلى نفسه العقود التي لا تثبت إلا بالقبض و هي عقود الهبة و الصدقة والقرض والعارية و الوديعة و الرهن و هي العقود التي تسمى في القانون بالعقود العينية . (مصادر الحق في الفقه الإسلامي للسنهوري ١٩٦/٥) .

٣- الحنابلة

و هؤلاء يرون أن حقوق العقد ترجع للموكل نفسه كما يرجع إليه حكمه ؛ لأنهم يعتبرون الوكيل مجرد معبر و سفير عن العاقد الأصلي فلا يرجع إليه حكم العقد و لا حقوقه .

جاء في المغني لابن قدامة : ^١ " و لا نسلم أن حقوق العقد تتعلق بالوكيل و إنما تتعلق بالموكل و هي تسليم الثمن و قبض المبيع و الرد بالعيب ... " .

بيان الراجح

و أخيرا : فالقول برجوع الحقوق إلى الموكل يضيع إلى حد كبير الغرض من الوكالة و التوكيل ؛ فإن المرء يوكل غيره في بعض أموره كي يتخفف من عناء مباشرتها بنفسه أو لأنه لا يرى لنفسه أن يباشرها أو لأنه لا يقدر على القيام بها . فإذا جعلنا الحقوق ترجع إليه في عقود البيع و الشراء و الإجارة و نحو ذلك لم تحقق له الغرض الذي كان يتطيه من توكيل من يقوم بها و لهذا لاني أميل إلى ترجيح رأي الأحناف في هذه المسألة .

^١ - المغني لابن قدامة ج ٥ ص ١٣١ . ط/ دار المنار .

المطلب الثالث

تصرفات الفضولي

وله فرعان :

الفرع الأول : تعريف الفضولي في اللغة و الاصطلاح و القانون .

الفرع الثاني : أقوال الفقهاء في تصرف الفضولي .

الفرع الأول

تعريف الفضولي في اللغة و الاصطلاح و القانون

تعريف الفضولي في اللغة :

الفضولي : مأخوذ من فضل أي زاد و الفضل الزيادة .
جاء في المعجم الوسيط : ^١

الفضولي من الرجال : المشتغل بالفضول أي الأمور التي لا تعنيه .
و قد غلبت كلمة الفضولي في التعبير عن الزيادة التي لا خير فيها .^٢

تعريف الفضولي اصطلاحاً :

تدور تعريفات الفقهاء للفضولي حول المعنى اللغوي :

- لقد عرفه ابن عابدين في حاشيته " رد المختار على الدر المختار " ^٣ : بأنه من يتصرف في حق غيره بغير إذن شرعي .
- و عرفه الجرجاني في التعريفات : ^٤ بأنه من لم يكن ولياً و لا أصيلاً و لا وكيلاً في العقد .

- و عرفه ابن نجيم في البحر الرائق بأنه من ليس بوكيل .^٥
- و عرفه بعض الحنابلة : بأنه من يشتري أو يبيع بدلاً عن شخص معين لم يأذن له .^٦

^١ - ج ٢ ص ٦٩٣ ، انتشارات ناصر خسرو - طهران - إيران .

^٢ - لسان العرب ج ١١ ص ٥٢٥ .

^٣ - ج ٢ ص ٧٤ ، و انظر مجلة الأحكام العدلية ، المادة ١١٢ .

^٤ - ص ٧٣ ، انتشارات ناصر خسرو - طهران .

^٥ - ج ٦ ص ١٦٠ .

^٦ - الإقناع في فقه الشافعية للشيخ محمد الشريفي الخطيب ج ٢ ص ٦٢ و معني المحتاج للشيخ محمد الشريفي الخطيب ج ٢ ص ١٥ .

و عرفه الدكتور السنهوري في كتابه مصادر الحق (ج ٤ ص ١٨٣) بقوله :
الفضولي الذي يتدخل في شئون الغير دون توكيل أو نيابة .

ولما كان العمل الذي يقوم به الفضولي قد يكون تصرفا قوليا أو فعليا ، ينبغي أن يكون التعريف شاملا لذلك ، و بالنظر للتعريف الأول نجدده واضح الدلالة على ماهية الفضولي . و لما كانت كلمة التصرف عامة يمكن أن تطلق على التصرف القولي و الفعلي ، إلا أن الأحناف يقصرون تصرفه على ما سيأتي بيانه على التصرف القولي لا الفعلي و من ثم يكون مرادهم هنا بكلمة التصرف التصرف القولي لا الفعلي مما يجعلنا بحاجة إلى تحديد أكثر شمولاً .

و التعريف الثاني واضح قربه من المعنى اللغوي غير أنه لم يشر إلى نوع التصرف الذي يقوم به الفضولي ، و حتى يشمل التعريف التصرف القولي و الفعلي يمكن تعريف الفضولي بأنه : شخص يقوم بتصرف قولي أو فعلي لحساب شخص آخر دون ولاية منه في ذلك ، و ذلك كمن يبيع ملك الغير وكالة أو وصاية و كمن يني حائطا للغير كاد أن يقع أو يطفى حريقا شب في منزل جاره .^١
لهو ليس وليا ولا وصيا و لا أصيلا و لا وكيلاً .

تعريف الفضالة عند الفقهاء :

أما لفظ الفضالة فلم يكثر استعماله بين علماء الفقه الإسلامي ، و لقد عرفها بعض الفقهاء المعاصرين^٢ بأنها : وصف يقوم بشخص يتصرف بمقتضاه في شئون غيره نفسا ومالا بدون إذن من صاحب الشأن الذي تصرف عنه بلا ولاية شرعية و لا وصاية .
و قال عن الفضولي : و الذي يصدر عنه العمل يسمى لفضوليا .

^١ - دراسة مقارنة حول عقد البيع للدكتور الشافعي عبد الرحمن ص ٥٢ . محاضرات غير مطبوعة لطلبة كلية الشريعة و القانون بجامعة الأزهر (الدراسات العليا) .

^٢ - أحكام الصرف عن الغير بطريق النيابة للشيخ أحمد إبراهيم ص ٢٥٥ . محاضرات على طلاب الدراسات العليا ، كلية الحقوق بجامعة القاهرة سنة ١٩٤٠ م .

تعريف الفضالة في القانون :

عرفت المادة ١٨٨ من القانون المدني المصري الفضالة بقولها : أن يتولى شخص عن قصد القيام بشأن عاجل لحساب شخص آخر دون أن يكون ملزما بذلك .

كما نصت المادة ١٤٩ من تقنين الموجبات و العقود اللبناني على تعريف الفضالة إذ جاء فيها : يكون العمل فضوليا حين يقوم المرء من تلقاء نفسه بإدارة شئون الغير عن علم و بلا تفويض بقصد العمل لحساب ذلك الغير .

و يلاحظ أن القانون يتفق مع الشريعة الإسلامية في أن الفضولي هو من يقوم بعمل لحساب الغير سواء أكان تصرلها قوليا أم فعليا في الشريعة أم تصرلها قانونيا أو عملا ماديا في القانون دون أن تكون له ولاية التصرف ثم يختلفان في أن القانون يشترط أن يقوم الفضولي بشأن عاجل ضروري لرب العمل تفضلا منه بينما في الشريعة لا يشترط أن يكون هذا العمل عاجلا أو ضروريا .

قال الأستاذ السنهاوري :^١ الفضولي هو من يتدخل في شئون الغير دون توكيل أو نيابة و ليس من اللازم أن يقوم بحاجة ضرورية عاجلة .

^١ - مصادر الحق للسنهاوري ج ٥ ص ٢١٢ .

الفرع الثاني

أقوال الفقهاء في تصرف الفضولي

لا خلاف بين الفقهاء رحمهم الله تعالى في أن تصرفات الفضولي غير نافذة ولا تبعها آثارها ، إذ من شروط النفاذ أن يكون للمعاقد سلطة على المعقود عليه و ذلك يكون بالملك أو الولاية .

و لكنهم اختلفوا حول سبب عدم النفاذ هل هو البطلان أو الوقف و ذلك على قولين :

القول الأول : للمالكية و الشافعية في قوله الجديد و هو الأصح عند الشافعية و جمهور الحنابلة و الظاهرية ، و قد ذهبوا إلى القول بأن تصرف الفضولي باطل لا تلحقه الإجازة .^١ و على ذلك لا يجوز للأصيل أن يمضي التصرف إلا أن يتراضى هو و الغير (المتعاقد مع الفضولي) على ابتداء عقد جديد .

القول الثاني : للحنفية و هو قول للمالكية و مقابل الأصح الشافعية و هو القول القديم للإمام الشافعي و رواية عند الإمام أحمد و قد ذهبوا إلى القول بأن تصرف الفضولي صحيح موقوف على إجازة صاحب الشأن ، فإن أجازاه نفذ في حقه و إن رده بطل منه انعقاده ، و قيد أبو حنيفة ذلك بالبيع لا بالشراء فإنه يقع للمشتري .^٢

الأدلة

أولا : أدلة القائلين بأن تصرف الفضولي باطل لا تلحقه الإجازة :

استدل هؤلاء بأدلة من السنة و المعقول :

^١ - حاشية الدسوقي ج ٣ ص ٢١٢ . و معنى المحتاج ج ٢ ص ١٥ ، و الإنصاف للرداويج ٤ ص ٢٨٣ ، و المحلى لابن حزم ج ٨ ص ٤٣٤ .

^٢ - حاشية الدسوقي ج ٣ ص ٢١٢ ، و الفروق للقرافي ج ٣ ص ٢٤٤ . بدائع الصنائع ج ٦ ص ٣٠٢١ ، بداية المجتهد ج ٢ ص ١٤٣ ، و معنى المحتاج ج ٢ ص ١٥ ، و المدخل للدكتور حسين حامد حسان ص ٣٩٩ ، و القوانين الفقهية لابن جزي ص ٢٤٥ ، و المعنى لابن لدانة ج ٤ ص ٢٠٥ .

أما السنة :

فحديث حكيم بن حزام الذي فيه : أتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقلت :
يأتيني الرجل يسألني من البيع ماليس عندي أبتاع له من السوق ثم أبيعه ؟ قال : " لا تبع
ما ليس عندك " ^١

وجه الدلالة أن هذا نص في النهي عن بيع ما ليس عند الإنسان و الفضولي يبيع
ما ليس عنده فلا يكون تصرفه مشروعاً و ما كان كذلك كان باطلاً .

أما المعقول : فهو أن العقد متى تحقق لا يصح أن يتأخر عنه حكمه ، و آثاره ترتب
عليه فوراً و ذلك لا يتم إلا بأمرين :

١- أن يكون العاقد صاحب الشأن بأن يكون أصيلاً عن نفسه أو ذا ولاية أو
وكالة أو وصاية للتعاقد عن غيره .

٢- و أن تكون له أهلية أداء تجعل له حق مباشرة العقد فإذا فقد أحد هذين
الأمرين وقع العقد باطلاً لأنه يتصرف لا عن ولاية و الإجازة اللاحقة من صاحب الشأن
لا أثر لها لأنها لم ترد على عقد قائم . ^٢

ثانياً : أدلة أصحاب القول الثاني :

استدل أصحاب القول الثاني على أن تصرف الفضولي صحيح موقوف على إجازة
صاحب الشأن بأدلة من الكتاب و السنة و المعقول .

أما الكتاب : لقوله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ
إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ ﴾ ^٣

^١ - أخرجه ابن ماجة في كتاب التجارات ج ٢ ص ٧٣٧ ، و الرمذي في كتاب البوع ، عارضة الأحودي ج ٥ ص ٢٤١ .

^٢ - تهذيب الفروق لابن الشاط (مطبوع مع كتاب الفروق للقرافي) ج ٣ ص ٢٤١ ، و نهاية المحتاج للرملي ج ٣ ص ٢٢ و ما
يملأها .

^٣ - سورة النساء : ٢٩ .

ووجه الدلالة من هذه الآية الكريمة على المدعى أن الآية وردت عامة لم تفصل بين وجود الرضا في التجارة عند العقد أو بعده فيجب العمل بإطلاقها .

و أما السنة :

لما ورد في حديث عروة البارقي أنه قال : دفع إلي رسول الله صلى الله عليه وسلم دينارا لأشترى له شاة فاشتريت له شاتين فبعت إحداهما بدينار و جئت بالشاة والدينار إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فذكر له ما كان من أمره فقال : بارك الله في صفقة يمينك .^١

ووجه الدلالة أن الرسول صلى الله عليه وسلم أذن له أن يشتري شاة واحدة و لم يأذن له فيما عدا ذلك فيكون تصرفه بعد ذلك تصرف فضولي ، و قد أقره الرسول صلى الله عليه وسلم فيكون مشروعاً و إلا لما أقره الرسول صلى الله عليه وسلم و لأنكر فعله .

و أما المعقول : فهو أن القول بصحة تصرف الفضولي محل كلام العاقل على الوجه الأحسن إذ أنه لم يقدم على تصرفه إلا قاصدا البر و مصلحة المالك لذا لا يرتب صحة تصرف الفضولي ضرراً بالمالك إذ إنه يوازن بين مصلحته و تصرف الفضولي فإذا رآه في مصلحته أقره و ألا فلا . و على ذلك ينال الفضولي الثواب من الله و الثناء من المالك .^٢

بيان الراجح

و ما يترجح لدي مما سبق هو القول الثاني القائل بأن تصرف الفضولي صحيح موقوف على إجازة صاحب الشأن لقوة أدلته .

^١ - سبق تخريجه في ص ٧٧ .

^٢ - العناية على الهداية للهابرني ج ٧ ص ٦٠ .

لجعل التصرف موقوفا على إجازة صاحب الشأن يحقق مصلحة الأصيل و لا
يفوت عليه سعي أخيه المسلم لأنه يتفق مع الشريعة في روحها الصافية و مقاصدها
النبيلة و هو داخل في التعاون مصداقا لقول الله تعالى : ﴿ و تعاونوا على البر
و التقوى . ﴾^١

^١ - المائدة : ٢ .

^٢ - العناية على الهداية للباتري ج ٧ ص ٦٠ . و الخرشى على مختصر خليل ج ٥ ص ١٨ .

الفصل الثاني

الاعتبارات التي قام عليها تقسيم العقود

تتنوع الاعتبارات التي قام عليها تقسيم العقود ، فهي تنقسم إلى أقسام متعددة تبعاً لاعتبارات مختلفة على الشكل الآتي :

- ١- بحسب اعتبار الشارع لها أو عدم اعتباره .
- ٢- بحسب حاجتها إلى القبض من عدمه .
- ٣- بحسب الغرض المستهدف منها .
- ٤- بحسب اتصال أحكامها بها أو تأخرها عنها .
- ٥- من حيث التوقف و النفاذ .
- ٦- من حيث ما يتم بإرادة و ما يتم بإرادتين .
- ٧- من حيث اللزوم و عدمه .
- ٨- من حيث التسمية من عدمها .

و قد خصصت للكلام عن كل اعتبار بحثاً مستقلاً على ما يأتي بيانه في الصفائف التالية .

المبحث الأول

تقسيم العقود من حيث اعتبار الشارع لها أو عدمه .

اتفقت كلمة الفقهاء رحمهم الله تعالى^١ على أن العقد إذا استوفى أركانه و شروطه كان عقدا صحيحا و ترتبت عليه آثاره الشرعية كاستحقاق الأجير - مثلا - الأجر المسمى له في العقد ، ووجوب تنفيذ ما تعاقد عليه من عمل .
كما أنهم اتفقوا^٢ على أن العقد إذا اختل منه ركن من أركانه كان باطلا و لم يستتبع آثاره الشرعية .

ثم اختلفوا بعد ذلك فيما لو تخلف شرط من شروطه :
فذهب جمهور الفقهاء إلى أنه يكون باطلا أو فاسدا و كلاهما عند الجمهور بمعنى واحد فلا ترتب على مثل ذلك العقد آثاره .

أما عند الحنفية فيسمونه بالعقد الفاسد و يرتبون عليه أحكاما خاصة في حال تنفيذه بمقتضى هذا التفيد لا بمقتضى العقد فيقولون في عقد البيع الفاسد : إن المشتري إذا قبض المبيع بإذن بانه صراحة أو دلالة فإنه يملكه بالقيمة في ذوات القيم و بالمثل في ذوات الأمثال و إنما عدل عن الثمن المسمى في العقد إلى المثل أو القيمة لفساد التسمية بفساد العقد .

و كذلك تجب في الإجارة الفاسدة أجره المثل المذكورة في العقد و مثلها المضاربة و المزارعة و المساواة إذا لحقها فساد حيث يعدل فيها عن أحكامها الخاصة و تجب أجره المثل .

^١ - كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البردوي لعبد العزيز البحاري (٧١٠ هـ) ج ١ ص ٢٨٢ المطبعة الأزهرية .
بنايع الصنائع ج ٥ ص ٢٢٧ ، مطبعة الجسالية بمصر ١٣٢٨ هـ . و الملكية و نظرية العقد للشيخ أبي زهرة ص ٤٠٩ ، نشر دار الفكر العربي ، و المدخل لدراسة التشريع الإسلامي للدكتور عبد الرحمن الصابوني ج ٢ ص ٥٧٤ . المطبعة التعاونية ١٩٧٦ م .
^٢ - نفس المراجع .

و الباطل هو الذي يكون الخلل قد حصل في أركانه و هي : العاقدان و المعقود عليه و الصيغة .

لذا كان أحد العاقدين مجنوناً يكون العقد الذي أجراه باطلاً لأن الخلل قد حصل في العاقد الذي يشترط فيه كمال الأهلية ، و كذلك الحال إذا وجد الخلل في المعقود عليه بأن يكون العقد قد ورد على ميتة أو لحم خنزير أو ورد عقد الزواج على محرمة على الزوج فيكون العقد باطلاً .

و أما الفاسد فهو الذي يكون الخلل قد حصل في وصف من أوصافه كالعقد الحاصل بين المتعاقدين وقت النداء للجمعة ، فالآية الكريمة التي جاء فيها : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نُودِيَ لِلصَّلَاةِ مِنْ يَوْمِ الْجُمُعَةِ فَاسْعَوْا إِلَى ذِكْرِ اللَّهِ وَ ذَرُوا الْبَيْعَ ﴾^١ قد ورد فيها ترك البيع ، ولكنه لم يرد على عقد البيع بل لأمر آخر و هو أن هذا الوقت خصصه الشارع للصلاة و الذكر فالبيع في هذا الوقت يحول دون أداء الفريضة و لهذا نهى الشرع عنه .^٢ فالنهي الوارد ليس من أجل خلل قد حصل في أركان العقد ، بل الخلل حصل في الوقت فلذا كان العقد منعقداً عند الحنفية .^٣

و لكن الشرع لا يرتب على نفس العقد أحكاماً بل تترتب أحكامه على تنفيذ المتعاقدين له مخالفين أمر الشارع و لذا قالوا : إن العقد الفاسد منعقد يجب فسخه ، فإذا لم يفسخه المتعاقدان فقد ترتب عليهما إثم تنفيذه مع وجوده فاسداً ، و اعتبره الحنابلة باطلاً لورود النهي الذي يقتضي بطلان النهي عنه .

فالجمهور يرى أن الشارع إذا نهى عن تصرف شرعي و منع إجازته فوجوده مع ذلك النهي غير معترف به من قبل الشارع . و بعبارة أخرى يكون التصرف غير موجود في نظر الشارع و قد ترتب على قولهم هذا بأن جميع العقود المنهي عنها سواء كان المنع لخلل في أركانه و أصوله أو كان الخلل الأوصاف فقط ، فهي عقود باطلة أو فاسدة .

^١ - سورة الجمعة : ٩ .

^٢ تفسير القرآن العظيم للحافظ ابن كثير ج ٤ ص ٣٦٦-٣٦٧ . نشر مكتبة دار التراث بالقاهرة .

^٣ - البدائع للكاساني ج ٥ ص ٢٣٢ .

فهو في حكم العدم من غير تفرقة بين الخلل الحاصل في الأركان و الأوصاف لورود النهي من الشارع عن التصرف كلية .

أما الحنفية فقد فرقوا كما تقدم في النهي الوارد من الشارع على التصرف فقالوا : إذا كان نهى الشارع قد ورد على وصف ملازم للعقد فيؤثر النهي على الوصف فيبطله ، أما العقد فيبقى صحيحا ، و إذا كان النهي قد ورد على أصل العقد فيجعله باطلا .^١ و لا أثر له كما في بيع الميتة و لحم الخنزير مثلا ؛ لأن الشرع قد ورد النهي منه على أصل العقد و ركنه و هو المحل في مثالنا ، و لم يرد النهي عن وصفه أو صفة منه و من هذا الذي تقدم نعلم أن العقود لدى الحنفية من حيث إقرار الشارع لها أو عدم إقراره تنقسم إلى ثلاثة أقسام :

١- صحيح

٢- فاسد

٣- باطل .

أما الجمهور فيقسمون العقود إلى قسمين فقط هما :

١- صحيح

٢ - باطل - فاسد .

فأنت ترى من هذا التقسيم للعقود أن كلمة فاسد ترادف كلمة باطل لدى الجمهور ، أما عند الحنفية فهما معنيان متباينان .

^١ - و أما في المبادئ فلم يفرق الحنفية بين المبادىء الفاسدة والباطلة مثلهم في ذلك مثل الجمهور : كشف الأسرار (٢٨٢/١) و بدائع الصنائع ج ٥ ص ٢٢٧ ، و الملكية و نظرية العقد لأبي زهرة ص ٤٠٩ الطبعة السابقة ، و المدخل لدراسة التشريع الإسلامي للدكتور عبد الرحمن الصابوني ج ٢ ص ٥٧٤ الطبعة السابقة .

المبحث الثاني

تقسيم العقود من حيث حاجتها للقبض من عدمه

يدور هذا التقسيم حول نقطة هي :

هل تمام العقد وترتب آثاره عليه يتحقق بمجرد صيغة مستوفية لشرائط صحتها أو أنه لا بد من أشياء أخرى وراء الصيغة ؟

فالعقود بهذا الاعتبار تنوع إلى نوعين :

النوع الأول : عقود لا تكفي فيها الصيغة المستوفية لشرائط صحتها بل لا بد لتمامها من القبض و هي :

• الهبة .

• الصدقة .

• العارية .

• الأيداع .

• الرهن .

• القرض .

• الصرف .

و تسمى هذه العقود بـ«عقود القبض» أو بـ«عقود القبض» أو بـ«عقود القبض» أي لا تتم إلا بقبض العين موضوع التعاقد و لا يكفي فيها بالصيغة وحدها^١.

فهذه العقود لا تثبت إلا بالقبض في ملك الغير تسليماً أو تسليماً فإذا كان هناك أصيل و نائب فحكم هذه العقود و حقوقها تنصرف إلى الأصيل و لا يمكن أن يكون النائب فيها أصيلاً لأنه أجنبي عن المحل فوجب أن يكون سفيراً عن المالك و من ثم وجب أن يضيف العقد إلى المالك فلا يكون للنائب منع في القبض ، بل تكون القبض تسليماً

^١ - مصادر الحق للذكور السنهوري ج ٢ ص ١٩٦ .

أو تسلمها من صنع الأصل و لذلك يضاف العقد و القبض إليه فصار كما لو كان القبض منه^١.

النوع الثاني : عقود تتم بمجرد صدور الصيغة المستوفية لشرائط الصحة و لا تحتاج لتمامها إلى القبض و تسمى بلفظ الحقوق الحديثة عقودا غير عينية ، أي لا تحتاج إلى التقابض .

و هذه العقود تشمل كافة العقود ما عدا العقود السابق ذكرها في النوع الأول .
و قد اختلف الفقهاء فيما يتحقق به القبض^٢.

لبعضهم اكتفى لتحقيق القبض بمجرد التخلية بين العاقد و الموقوف عليه و من يكون منه القبض .

بينما يرى آخرون أنه لا بد لتحقيق القبض من الحيابة الفعلية للشيء الموقوف عليه ، كأن يقبض الموهوب له الهبة بيده أن كان من المنقولات و إن لم يكن من المنقولات فيكتفى بمجرد التخلية .

^١ - بدائع الصنائع للكاساني ج ٦ ص ٢٤ .

^٢ - صوابط العقد للوكماني ص ٢٦٦-٢٦٧ .

المبحث الثالث

تقسيم العقود بالنظر إلى أغراضها و موضوعاتها

تختلف العقود بعضها عن بعض باختلاف المقصود منها :

فهناك عقد يقصد منه التمليك و آخر يقصد منه الاستيفاء و ثالث يكون الغرض منه إسقاط الحق في الشيء و قد يكون الغرض تقييد شخص لآخر و منعه من التصرف إلى غير ذلك من المقاصد و الأهداف .

و قد قسم الفقهاء العقود إلى مجموعات يندرج تحت كل مجموعة عدد من العقود التي تتفق في مقاصدها و الغاية المرجوة منها ، و سموا كل مجموعة باسم يميزها عن غيرها و أشير هنا إلى ملاحظة هامة و هي وجود عقود تدخل في أكثر من مجموعة لوجود خواص متعددة لها و هذه المجموعات هي ^١ :

المجموعة الأولى : عقود التمليكات : و هي العقود المقصود منها تمليك الشيء ، و تنقسم إلى قسمين :

أ- عقود معاوضات و تسمى عقود مبادلات : و هي العقود التي تكون على أساس المبادلة بين المتعاقدين و تملك كل من الطرفين ما عند صاحبه .

و هذه المبادلة قد تكون مبادلة مال بمال و هذا يشمل البيع الذي تبرز فيه المعاوضة بشكل واضح و القرض و الصلح عن إقرار .

و قد تكون مالا بما ليس بمال كالزواج و الخلع .

و قد تكون مبادلة منفعة بمنفعة كقسمة المنافع بطريق المهاداة الزمانية و المكانية ^٢ . في الأشياء التي لا تقبل القسمة .

^١ - ضوابط العقد في الفقه الإسلامي للدكتور عدنان خالد البركساني ص ٢٦٨ نشر دار الشروق - جدة .

^٢ - المهاداة لغة : مأخوذة من النهي و هو أن يهيئ كل واحد منهما لصاحبه ما شرط له ، و هو أن يتراضوا على أمر فيراضوا به . هاهنا في دار كذا أي سكنها هذا مدة و ذاك مدة .

و قد تكون مبادلة مال بمنفعة كالإجارة و المزارعة و المساواة و المضاربة و الاستصناع . و إليك تفصيل القول في الاستصناع :

عرفت المادة ٥٦٩ من مرشد الخيران إلى معرفة أحوال الإنسان محمد قدري باشا الاستصناع : بأنه طلب عمل شيء خاص على وجه مخصوص مادته من الصانع ، و يقال للمشتري : مستصنع و للبائع صانع ، و للشيء مصنوع .
و ذلك كاستصناع الإنسان أحذية أو أبوابا أو سيارة ، يبين الشيء المصنوع البيان الكافي القاطع للجهالة^١ .

و عقد الاستصناع له شبه بعدة عقود :

فهو يشبه عقد السلم من حيث كونه بيع لمعدوم ، و أن المصنوع ملتزم في ذمة الصانع البائع عند انعقاد العقد و لكنه يخالف السلم من جهة أخرى و هي عدم وجوب تعجيل الثمن و لا بيان مدة الصنع و التسليم و لا كون المصنوع مما يجب توافره في الأسواق^٢ .

و من جهة ثانية لعقد الاستصناع يشبه الإجارة من حيث ورودها على منفعة الصانع و لكنه يختلف عنها من حيث إن الصانع يصنع مادة الشيء المصنوع من ماله و من جهة ثالثة لعقد الاستصناع يشبه عقد البيع من حيث إن الصانع يبيع الشيء المصنوع و لكنه يفترق عنه من حيث وروده على بيع منفعة العامل و لتزداد عقدة الاستصناع بين هذه العقود اختلف الفقهاء في تخريجه أهو بيع أو وعد بالبيع ، أو إجارة ، أو سلم^٣ و إذا كان بهما فهل هو بيع العين أو العمل ؟

و الراجع في الاجتهاد الحنفي : أنه بيع العين الموصى بصنعها لا لعمل الصانع^٤ .

أما في الشرع فقد عرّفها الحنفية بأنها قسمة المنافع . انظر : المعجم الرسيط ج ٢ ص ١٠٠٢ ، و تبين الحقائق للزيلعي ج ٥ ص ٢٧٥ .
المطبعة الأميرية سنة ١٣١٥ هـ ، و نتائج الأفكار تكملة شرح فتح القدير لقاضي زادة ج ٩ ص ٤٥٥ . دار الفكر - بيروت .

^١ - مرشد الخيران مادة ٥٧١ ، و حاشية رد المحتار على الدر المختار الشهيرة بحاشية ابن عابدين ج ٥ ص ٢٢٣ .

^٢ - العقود المسماة للدكتور مصطفى الزرقا ص ١٢٢ . مطبعة الجامعة السورية ١٩٤٨ م ، و حاشية رد المحتار ج ٥ ص ٢٢٤ .

^٣ - المادة : ٥٧٠ من مرشد الخيران ، و حاشية ابن عابدين ج ٥ ص ٢٢٤ .

المجموعة الثانية : عقود تبرعات

و هي التي يكون فيها التملك بدون مقابل و ذلك مثل الهبة لغير الثواب و الصدقة و الوصية و الوقف و العارية و إبراء المدين مما عليه و القرض . و من هذا تعلم أن عقود التملكات هي العقود التي يكون المقصود منها تملك الشيء الذي قد يكون عينا فيسمى العقد بيعا و قد يكون نفعا فيسمى العقد إجارة أو إعارة و قد يكون التملك بعوض أو بدون عوض .

المجموعة الثالثة : عقود الإسقاطات ^١ : و هي عقود الزواج ، و الطلاق على مال ، و العتاق على مال ، و الكتابة ، و الصلح عن دم العمد ، و يجمع هذه العقود فكرة إسقاط الحق فهي إسقاطات كلها .
فالزواج إسقاط حرمة المرأة على الرجل .
و الطلاق و الخلع إسقاط للحل .
و كل من العتاق و الكتابة إسقاط للرق .
و الصلح عن دم العمد إسقاط للقصاص .
و يدخل في هذه التصرفات أيضا الإبراء إذ هو إسقاط للدين .

المجموعة الرابعة : عقود الإطلاقات ^٢ : و هي العقود التي يكون الغرض منها إطلاق يد إنسان في تصرف لم يكن له فيه حق سابق مثل الوكالة و الإمارة و القضاء و الإيضاء .

فكل من الوكيل و الأمير و القاضي و الموصى له لم يكن لهم حق التصرف قبل أن تثبت لهم هذه الصفة ، و بعد ثبوتها أطلقت أيديهم في التصرف .

المجموعة الخامسة : عقود التقييدات : و هي العقود التي يكون المقصود منها تقييد الإنسان لغيره و منعه من تصرف كان

^١ - المدخل الفقهي العام للدكتور أحمد الحجي الكردي ص ١٥٢ . و تبين الحقائق للزلمي ج ٤ ص ٢٥٧ .

^٢ - صوابط العقد ص ٢٦٩ الطبعة السابقة . ٣ - نفس المرجع .

مباحا له في السابق و ذلك كعزل الوكيل عن الوكالة و منع المحجور عليه من التصرف بعد الإذن له منه ، ففي هذا منع و تقييد بعد ملك و إطلاق سابق .

المجموعة السادسة : عقود التوثيق^١ .

و هو الضمان المقصود به تقوية الالتزام و توثيقه ، فكلمة التوثيق مأخوذة لغة من كلمة الثقة^٢ .

فلو قلنا : إن الدائن مثلا يتق في مدينه لإننا نقصد بذلك أن يعطيه المال ديناً و يعلم أن هذا المال سيعود عليه في الحاضر أو المستقبل ، كما أن هذه الثقة هي التي تزرع الإحساس بالأمان في نفس الدائن حيث يعطي المال للمحتاج إليه و هو واثق أن هذا المال لن يضيع في الدنيا حيث يرد عليه و لن يضيع في الآخرة حيث يؤجر عليه .

و إطلاق العقد على الكفالة من باب التجوز فهي من باب العهد ، لأن الالتزام فيها يتم بإيجاب الكفيل فهي كالندر من حيث وجودها بالإرادة المنفردة ، و الثقة المتبادلة بين الدائن و المدين هي التي تجعل المدين يأخذ المال من الدائن و هو ينوي أن يرده . و هذه النية نفسها تعطي ثقة بأنه سيقدر على الأداء حيث يقول رسول الله صلى الله عليه و سلم (من أخذ أموال الناس يريد أداءها أدى الله عنه ، و من أخذها يريد إتلافها أتلفه الله .)^٣

و التعبير بأخذ أموال الناس يشمل أخذها بالاستدانة و أخذها لحفظها . والمراد من إرادته التأدية : قضاؤها في الدنيا ، و تأدية الله عنه يشمل تقديره تعالى لقضائها في الدنيا بأن يسوق إلى المستدين ما يقضي به دينه . و أداؤها في الآخرة بإرضاء غريمه بما شاء الله تعالى .

و قوله: يريد إتلافها : الظاهر أنه من يأخذ بالاستدانة مثلاً لا حاجة و لا لتجارة ، بل لا يريد إلا إتلاف ما أخذ على صاحبه و لا ينوي قضاءها .

^١ - الديون و توثيقها للدكتور عبد اللطيف محمد عامر ص ٢٤ و ما بعدها . نشر دار مرجان للطباعة - القاهرة .

^٢ - المعجم الوسيط : مادة " وثق " .

^٣ - رواء البخاري في كتاب الاستقراض ج ٣ ص ٨٢ ، طبعة استانبول .

و قوله : أتلف الله : الظاهر إتلاف الشخص نفسه في الدنيا ياهلاكه ، و هو يشمل ذلك و يشمل إتلاف طيب عيشه و تضيق أموره و تعسر مطالبه و محق بركته و يحتمل إتلافه في الآخرة بتعذيبه ^١.

قال ابن بطال : فيه الحث على ترك استشكال أموال الناس (أي بالباطل) و ترغيب في حسن التأدية إليهم عند المداينة ، و أن الجزاء قد يكون من جنس العمل ^٢.
فعقود التوثيقات المهدف منها ضمان الحقوق لأصحابها مثل الكفالة ، و الحوالة ، و الرهن ، فإن الدائن في مثل هذه العقود يؤكد و يوثق حقه في استرداد الدين من مدينه.
و الخلاصة : أن الوثائق التي تحفظ بها الحقوق ثلاثة : الشهادة ، و الضمان ، و الرهن .

فالشهادة لخوف الجحد ، و الضمان و الرهن لخوف الإفلاس ^٣.

المجموعة السابعة : عقود الشركات .

الشركة في اللغة : الاختلاط و الامتزاج ^٤.

و في الاصطلاح : عقد بين المشاركين في رأس المال و الربح ^٥.

الشركة من العقود الرضائية شأنه في ذلك شأن عقد الوكالة و الإجارة و البيع ^٦.
فعقود الشركات المقصود منها الاشتراك في غناء المال أو الاشتراك فيما يخرج من العمل ، و تنقسم إلى قسمين :

١- شركة أملاك .

٢- شركة عقود .

^١ - سبل السلام للنصنعاني : الإمام محمد بن إسماعيل الكليني ثم النصنعاني ، المعروف بالأمير المتوفى سنة ١١٨٣ هـ على متن بلوغ المرام للحافظ ابن حجر العسقلاني المتوفى سنة ٨٥٢ هـ ج ٣ ص ٥٠ نشر دار الفكر .

^٢ - سبل السلام ج ٣ ص ٥٠ الطبعة السابقة .

^٣ - مباحث في فقه الكتاب و السنة للدكتور محمد الخضراوي ص ٨٦ . مطبعة الكيلاني - طبعة أولى - ١٩٦٩ م .

^٤ - طلبه الطلبة للنسفي (الشركة)

^٥ - الجوهرة النيرة على مختصر القدوري ج ١ ص ٣٤٤ .

^٦ - الشركات في الفقه الإسلامي للدكتور يوسف المرصفي (المقدمة) .

لشركة الأملاك : أن يملك أكثر من شخص عينا من غير عقد إرثا أو شراء ،
و حكم هذه الشركة أنه لا يجوز لأي شريك أن يتصرف في نصيب صاحبه بغير إذنه ؛
لأنه لا ولاية لأحدهما في نصيب الآخر فكانه أجنبي ، ولأن تصرف الإنسان في مال
غيره لا يجوز إلا بإذن أو ولاية .

أما شركة العقود : فهي عبارة عن تعاقد إثنين لأكثر على العمل للكسب بوساطة
الأعمال أو الأموال أو الوجاهة ليكون الغرم والغنم بينهما حسب الاتفاق .^١

و هي خمسة أنواع :

- ١- شركة العنان .
- ٢- شركة الأبدان .
- ٣- شركة الوجوه .
- ٤- شركة المفاوضة .
- ٥- شركة المضاربة .

و منها أيضا المساقاة و المزارعة .

و لا يصح شيء منها إلا من جائز التصرف ؛ لأنه عقد على التصرف في المال
كالبيع .

و مما تجب ملاحظته في هذا المقام أن التقسيم الذي عرفه الفقه الإسلامي للشركات
قائم على اختلاف الحصص التي يقدمها الشركاء ، فإذا كانت الحصص المقدمة من
الشركاء أموالا كانت شركات أموال ، و إذا كانت الحصص المقدمة من الشركاء أعمالا
سميت شركة أعمال أو شركة أبدان أو شركة صنائع ، و إذا كانت الحصص المقدمة من
الشركاء من الوجاهة عند الناس سميت شركة الوجوه أو شركة المفاليس من حيث أنها
شركة من غير صناعة و لا مال ، وإذا كان المال من جانب و العمل من جانب آخر
سميت مضاربة أو قراضا .

^١ - الشركات للدكتور المرصفي ، المقدمة .

المجموعة الثامنة : عقود الاستحفاظات

المراد بها العقود المقصود منها حفظ المال .^١

- كعقد الإيداع .

- والحراسة .

- والعس .^٢

و الوديعة لغة : من الودع بمعنى الترك ؛ لأنها تترك عند الوديع بغير استعمال .

و الإيداع في اللغة : تسليط الغير على الحفظ .^٣

و شرعا : عقد يفيد تسليط الغير على حفظ مال المودع أو إنابته عنه في الحفظ .^٤

و حكمها : وجوب الحفظ على الوديع و الأداء عند الطلب .^٥

و الفرق بين الوديعة و الأمانة ان الوديعة هي الاستحفاظ قصدا و الأمانة هي الشيء الذي وقع في يده سواء كان قصدا أو من غير قصد .

و شرط الوديعة كون المال قابلا لإنابات الهد عليه فلا يصح إيداع مالا يمكن إثبات الهد عليه كالطير في الهواء .^٦

و الوديعة بلا أجر عند الجمهور عقد تبرع و ما تحتاج إليه من نفقة للحفظ

و المسكن فعلى المودع .^٧

١ - جرباط العقد للذكور الركمان ص ٢٧٠ .

٢ - جاء في المعجم الوسيط ٦٠٠/٢ انشادات ناصر خسرو - طهران : عس للان عسا : طاف بالليل يكشف عن أهل الرية فهو عاس ... فالعاس : من يطوف بالليل يمس الناس و يكشف أهل الرية . أم .

٣ - المغرب للمطري ٣٤٦/٢ و الصحاح للجوهري ١٢٩٦/٣ ، و القاموس المحيط للفيروزآبادي ٩٥/٣ .

٤ - البحر الرائق لابن نجيم ج ٧ ص ٢٧٣ ، و الكفاية على الهداية لجلال الدين الخوارزمي ج ٧ ص ٤٥١ نشر دار إحياء التراث العربي - بيروت ، و درر الأحكام شرح غرر الأحكام للقاضي محمد بن فراموز ج ٢ ص ٢٤٤ ، و حاشية الدرر ج ٣ ص ٤١٩ . و معنى المحتاج ج ٣ ص ٧٩ ، و كشف القناع ج ٤ ص ١٨٥ .

٥ - نفس المراجع السابقة .

٦ - تكملة ابن عابدين ج ٨ ص ٣٣٢ ، و البحر الرائق ج ٧ ص ٢٧٣ .

٧ - بداية المجتهد ج ٢ ص ٢٦٢ ، و البحر الزخار ج ٣ ص ١٦٢ ، و مفتاح الكرامة ج ٦ ص ٤ .

و يرى بعض الفقهاء كالشيعة الإمامية و الحنفية أنه لا مانع من اشتراط الموضع
و الأجر مقابل حفظ الوديع^١.

أما عن عقد الحراسة و ضمان الحارس شرعا : فيتضح من استعراض أحكام المسائل
الجزئية الواردة في الفقه الإسلامي أن الحارس لا ضمان عليه ما لم يفرط أو يتعد .
فلو استؤجر رجل على حراسة بستان ليلا فحصل له التلف أو استؤجر على
حراسة الفول الأخضر أو القمح من أكل الطيور لكن الطيور أكلت منه ، أو لحفظ الخان
فسرق منه شيء أو لحراسة الخوانيت في السوق و لم يظهر تفريطه فإنه يستحق الأجر
و لا ضمان عليه لما تلف أو سرق .

أما إذا ظهر تفريط الحارس بأن كان الهلاك أو الضياع بسبب يمكنه التحرز منه ،
كما لو كسر القفل في أثناء لومه أو غيبته فإنه يضمن لدى جمهور الفقهاء .
و يرى الشافعية و بعض الحنفية عدم تضمينه لأحد سببين حسب كل حالة :

إما لأنه أجبر خاص و المال أمانة في يده .
و إما لأن الأموال محفوظة في أيدي أربابها ، و لا يد له عليها فلا يضمن .
أما إذا تعدى فيضمن عند الجميع^٢.

^١ - مجمع الضمانات للبهنادي ص ٦٨ . مطبعة الجمالية بمصر ، و تبين الحقائق ج ٥ ص ٧٩ .

^٢ - مجمع الضمانات للبهنادي ص ٣٤ ، و معنى المحتاج للشرعي الخطيب ج ٢ ص ٣٥٢ .

المبحث الرابع

تقسيم العقود بحسب اتصال أحكامها بها من عدم ذلك

العقود من حيث الصيغة المكونة لها تنقسم إلى قسمين^١ :

القسم الأول : صدور الصيغة من العاقد منجزاً : فإذا صدرت الصيغة المكونة للعقد من العاقلين منجزاً خالية من كل قيد أو شرط ففي هذه الحال يوجد العقد و ترتب عليه أحكامه و آثاره فور إنشائه و يسمى العقد في هذه الصورة منجزاً كالبيع و الإجارة الخالية من التقييد و الشرط و الإضافة .

القسم الثاني : صدور الصيغة من العاقد مربوطة : إذا صدرت الصيغة المنشئة للعقد من العاقلين مربوطة بأمر ما ، و ربط الصيغة بأمر ما يكون على أنواع :

النوع الأول : أن تصدر الصيغة المكونة للعقد مربوطة بأمر يقصد به تأخير أحكامه إلى زمن مستقبل و يسمى بالعقد المضاف ، مثل : أجرتك داري هذه من بداية العام القادم .

النوع الثاني : أن يقيد حكم العقد و تعدل آثاره الأصلية بإيجاب التزامات بين المتعاقدين علاوة على الالتزامات التي يقتضيها العقد و هذا يسمى العقد المقيّد بشرط ، كأن يشترط البائع على المشتري منافع الشيء مدة معلومة من الزمن .

النوع الثالث : أن يعلق وجود العقد بوجود أمر آخر فلا وجود للعقد إلا إذا وجد ذلك الشيء المعلق عليه و هذا العقد المعلق على شرط كمن قال لزوجته : إن خرجت من الدار فأنت طالق .

^١ - صراط العقد للدكساني ص ٢٧١ .

و ما تقدم كان على وجه الإجمال أما التفصيل فإليك البيان في العقد المعلق و العقد المضاف .

أولاً : العقد المعلق

تعريفه : العقد المعلق : هو ما علق وجوده على وجود أمر آخر ممكن الحصول بأداة من أدوات التعليق و مثاله في عقد البيع أن يقول شخص لآخر : بعتك داري هذه بألف جنيه أن باع لي فلان داره ^١ .
أقول : فالمدار في التعليق أن يكون الأمر المعلق عليه أمراً غير موجود وقت التعليق ، و لكنه ممكن الوجود ، و أن يربط بين حصول المعلق و المعلق عليه بأداة من أدوات التعليق .

حكم البيع المعلق :

عقد البيع لا يقبل التعليق ، فإذا علق فسد العقد عند جمهور الفقهاء ^١ .
فلو قال شخص لآخر : بعتك داري هذه بألف إن باع لي فلان داره فقال : قبلت ، فالبيع غير صحيح .
و لكن يستثني بعض العلماء من هذا التعليق على رضا شخص ثالث فإنه لا يفسد البيع إذا وقت بما لا يزيد على مدة خيار الشرط . فإذا قلت لآخر : بعتك داري هذه بألف إن رضي فلان لي مدى ثلاثة أيام فقال لك : قبلت . صح البيع لأن هذا في معنى اشتراط الخيار لأجنبي و هو شرط جائز عند الحنفية ^٢ .

^١ - حاشية ابن عابدين ج ٤ ص ٣٠٧ ، و الفروق للقرافي : الفرق الخامس و الأربعون ، و المجموع شرح المذهب ج ٩ ص ٣٤٠ . و المدخل للفقه الإسلامي للدكتور محمد سلام مذكور ص ٦١٥ و ما بعدها ، و أحكام المعاملات الشرعية للأستاذ الشيخ علي الحنيف ص ٢٥٧ و ما بعدها . و حمز عيون البصائر شرح الأشباه و النظائر لأحمد الحموي ج ١ ص ٢٥٥ ، و المعنى لابن قدامة ج ٦ ص ٥٩٦ .

^٢ - المراجع السابقة .

^٣ - حاشية رد المختار لابن عابدين ج ٤ ص ٣٠٩ .

خلافا للحنابلة الذين لا يميزون التعليق على رضا شخص ثالث^١.

علة فساد البيع المعلق :

و العلة في فساد البيع المعلق هي :

١- الفرر^٢ : فإن كلا من المتبايعين لا يدريان في البيع المعلق هل يحصل الأمر المعلق عليه فبم البيع أو لا يحصل فلا يتم ، كما لا يدريان متى يحصل في حال حصوله ، و قد يحصل في وقت تكون فيه رغبة المشتري أو البائع قد تغيرت .

ففي البيع المعلق غرر من حيث حصوله و عدمه . و فيه غرر أيضا من حيث وقت حصوله و فيه غرر أيضا من حيث تحقق الرضا و عدمه عند حصول المعلق عليه .

و الحنفية يجعلون في التعليق قمارا : فقد جاء في الدر المختار للحصكفي و مع شرحه حاشية رد المختار لابن عابدين^٣ : لأنها تمليكات للحال فلا تضاف للاستقبال ، كما لا تعلق بالشرط لما فيه من القمار .

٢- مناهة التعليق للعقد : لأن البيع من عقود التمليكات المالية و الأصل في هذه العقود أن يترتب عليها أثرها في الحال لتنقل ملكية المبيع من البائع إلى المشتري ، و التعليق يمنع ذلك^٤ .

٣- عدم تحقق الرضا بالعقد مع التعليق : و ذلك لأن الرضا إنما يكون مع الجزم و لا جزم مع التعليق ، لأن الشأن في المعلق عليه أن يكون مترددا بين الحصول و عدمه ، و إذا كان الأمر كذلك فلا يوجد رضا إلا بأمر ثابت مستقر ، و الأملاك لا تنتقل بالرضا المتأرجح^٥ .

١ - الإقناع مع الكشف للبهوتي ج ٣ ص ١٥٧ .

٢ - المجموع شرح المذهب ج ٩ ص ٣٤٠ ، و أحكام المعاملات الشرعية للشيخ علي الحنفي ص ٢٦٠ ، و المدخل للفقهاء الإسلاميين للدكتور مذكور ص ٦٢٠ .

٣ - حاشية ابن عابدين ج ٤ ص ٣٢٤ ، و تبين الحقائق للزيلعي ج ٤ ص ١٣١ .

٤ - ابن عابدين في الموضح السابق ، و كشف القناع للبهوتي ج ٣ ص ١٥٧ مطبعة أنصار السنة عام ١٣٦٦ هـ .

٥ - الفروق للقراي ج ٢ ص ٢٢٨-٢٢٩ ، و الملكية و نظرية العقد لأبي زهرة ص ٢٥٣ ، و انظر أيضا الفقه الإسلامي في ثوب الجديد للأستاذ الزرقا ج ١ ف ١٥٤ .

رأي ابن تيمية في تعليق البيع :

يرى ابن تيمية جواز تعليق العقود بالشروط^١ . إذا كان في ذلك منافع للناس ، و لم يكن متضمنا ما نهى الله عنه و رسوله صلى الله عليه و سلم . و هذا متفق مع مبدئه من ان الأصل في الشروط الجواز حتى يقوم الدليل على المنع ؛ لأن التعليق نوع من الاشراف في العقد . وقد ذكر ابن تيمية عن الإمام أحمد جواز تعليق البيع بشرط . و قال : إنه لم يجد عنه و لا عن قدماء أصحابه نصا يخالف ذلك ، و إن عدم جواز التعليق ذكره المتأخرون من أصحاب أحمد كما ذكره المتأخرون من أصحاب الشافعي^٢ .

و تبع ابن تيمية تلميذه ابن القيم في إجازة التعليق . قال في إعلام الموقعين : و تعليق العقود و الفسوخ و التبرعات و الالتزامات و غيرها بالشروط أمر قد تدعو إليه الضرورة أو الحاجة ، أو المصلحة ، فلا يستغني عنه المكلف و نص الإمام أحمد علي جواز تعليق البيع في قوله : إن بعت هذه الجارية فأنا أحق بها بالثمن و صح أنه قول ابن مسعود^٣ .

و ناقش ابن تيمية حجة القائلين بأن في تعليق البيع غررا بأن البيع هنا ليس فيه غرر ، بل هو عقد واقع لا يسمى غررا سواء كان منجزا أو معلقا بشرط ؛ لبيان النذر المعلق بالشروط لا يسمى غررا ، و تعليق العقد بشرط لا يسمى غررا . أما كون العقد جائزا يجوز أن يلزم إن وجد شرط لزومه و يجوز ألا يلزم ، أو كونه يجوز أن ينعقد إن وجد شرط انعقاده و يجوز ألا ينعقد فليس هذا مما دخل في نهيه صلى الله عليه و سلم ، و ليس هذا من القمار ؛ لأن العقد إن حصل أو لم يحصل المقصود بحصوله و لزومه .

١ - القواعد النورانية الملهمة لأحمد ابن تيمية الحراني الموفى سنة ٧٢٨ هـ - ص ٢٠٦ و ما بعدها . نشر إدارة ترجمان السنة - لاهور ، الطبعة الثانية سنة ١٤٠٢ هـ .

٢ - نظرية العقد لابن تيمية ص ٣٢٧ .

٣ - إعلام الموقعين عن رب العالمين ج ٣ ص ٢٣٧ ، و ما بعدها . إدارة الطباعة المنيرية بالقاهرة . و أمه رأي ابن تيمية و ابن القيم بعض الفقهاء المحدثين . انظر : احكام المعاملات الشرعية للحنيف ص ٣٦٥ ، و المدخل للدكتور مذكور ص ٦٢٠ ، و الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد للزرقا فقرة ٣٣٣ و ما بعدها .

وإن لم يحصل أو لم يلزم لم يحصل المقصود بحصوله و لزومه فعلى التقديرين لا يكون أحد المتعاقدين قد أكل مال الآخر^١.

هذا ما قاله شيخ الإسلام ابن تيمية غير أنني أرى و الله أعلم أن التعليق قد يؤدي إلى أكل أموال الناس بالباطل في حالة وجود عقد و ذلك لأن العقد سيوجد في وقت مستقبل لا يعلم العاقدان فيه كيف يكون حال السلعة و كم قيمتها . فلو باع شخص سلعة بخمسين ألف روية بيعا معلقا ، وعند حصول الأمر المعلق عليه نزل سعر السلعة فاصبح أربعين ألف روية ألا يكون أحدهما قد أكل مال الآخر بالباطل و هل هناك لفرق بين هذا و بيع الشجر قبل بدو صلاحه ؟

الواقع أنه لا فرق . و لذا فإني أميل إلى القول بمنع تعليق البيع إلا إذا تعينت الحاجة إليه . و الله تعالى أعلم بالصواب .

ثانيا : العقد المضاف : تعريفه و الفرق بينه وبين العقد المعلق

أ- تعريفه : العقد المضاف : هو ما أضيف فيه الإيجاب إلى زمن مستقبل ، مثاله في البيع أن يقول شخص لآخر : بعثك داري هذه بكذا من أول الشهر القادم ليقول له : قبلت فالعقد المضاف يكون فيه المضاف إليه محقق الحصول غالبا و قد يكون محتمل الحصول .

ب- الفرق : و على ذلك يكون الفارق بين التعليق و الإضافة من حيث الصورة هو وجود أداة التعليق و عدمها .

و العقد المضاف لا يترتب عليه أثره في الحال ، و إنما يتأخر إلى مجيء الوقت الذي أضيف إليه ، وهو في هذا يتفق مع العقد المعلق ؛ فإن أثره أيضا يتأخر إلى حصول الأمر المعلق عليه . غير أن الحنفية يفرقون بينهما بأن التعليق يمنع المعلق عن السببية للحكم فإذا

^١ - نظرية العقد لابن تيمية ص ٣٢٧ و ما بعدها .

قلت لشخص : بعثك داري بكذا فقال لك : قبلت كانت هذه الصيغة سببا للبيع و ترتب عليها أثرها في الحال .

أما إذا قلت له : بعثك داري بكذا إن باع لك فلان داره لقد منعت انعقاد العقد سببا للحال و جعلته متأخرا إلى وجود الشرط المعلق عليه فعندئذ ينعقد سببا لمضيا إلى الحكم^١ .
و الشالعية لا يرون هذه التفرقة ، فكل من العقد المعلق و العقد المضاف يكون عندهم سببا لحكمه في الحال و إنما يعاخر الحكم بسبب الإضافة في المضاف و بسبب التعليق في المعلق^٢ .

حكم البيع المضاف :

عقد البيع لا يقبل الإضافة عند جمهور الفقهاء^٣ ، كما لا يقبل التعليق و خالف ابن تيمية و تلميذه ابن القيم الجمهور هنا كما خالفاهم في العقد المعلق .
فعند الجمهور إذا أضيف البيع إلى زمن مستقبل فسد العقد . فلو قلت لشخص : بعثك داري هذه بمائة ألف روية باكستانية من أول الشهر القادم فقال لك : قبلت ، لا يصح البيع .
و العلة في فساد البيع مع الإضافة هي نفس العلة في فساد مع التعليق و هي الفرر و منافاة الإضافة لعقد البيع و عدم تحقق الرضا في بعض الصور .

و الحاصل : أن الفرر يدخل العقد المضاف من جهة كون المتعاقدين لا يدريان في الوقت الذي أبرما فيه العقد كيف يكون رضاها بالعقد و مصلحتها فيه عند ترتب أثره عليه كما أنهما لا يدريان كيف يكون المبيع في ذلك الوقت و أما عدم تحقق الرضا بالعقد فلا يوجد في العقد المضاف إلا نادرا و النادر لا حكم له كما يقول علماء الأصول .

^١ - انظر في هذا ما ذكره في كتابي "الشرح المفصل في شرح المذهب" ج ٩ ص ٢٤٠ .

لاحظت أن الشالعية يسمون الإضافة تعليقا أحيانا . المجموع شرح المذهب ج ٩ ص ٢٤٠ .

^٢ - المجموع شرح المذهب ج ٩ ص ٣٤٠ ، و أحكام المعاملات الشرعية للخلف ج ٢٦٠ ، و المدخل للفقه الإسلامي محمد سلام مذكور ص ٦٢٠ ، و حاشية ابن عابدين ج ٤ ص ٣٢٤ ، و تبين الحقائق للزيلعي ج ٤ ص ١٣١ .

المبحث الخامس

تقسيم العقود من حيث التوقف و النفاذ

الراجع من أقوال الفقهاء أن العقد الصحيح ينقسم إلى نافذ و موقوف ^١.
 بالنافذ : هو العقد الذي يصدر من الشخص الذي له ولاية إصداره أصلية كانت
 هذه الولاية أو نياية كتصرف الشخص العاقد الرشيد في ملكه أو ملك غيره بإجازة
 الشرع كالموصى له و الولي أو إجازة الشخص ذاته كتصرف الوكيل .
 و إن العقد الذي يتم من له ولاية يكون مرتبا لآثاره و أحكامه دون أن يتوقف
 ذلك على إجازة من أحد .
 و أما الموقوف : فهو العقد الذي يصدر ممن ليس له ولاية الإصدار لكنه يتمتع
 بأهلية الأداء كمباشرة الفضولي لعقد بيع أو إجازة .
 و حكم هذا العقد : أن آثاره لا ترتب عليه إلا إذا أجازه من له حق الإجازة .

^١ - صواب العقد من ٢٧٢ . و هذا بخلاف الحائلة و الشافعية فالرواية الراجحة عنهم ترجب بشأن العقد الصحيح لا يكون إلا نافذا و في الرواية الثانية عنهم يهوز أن يكون العقد الصحيح نافذا أو موقفا .

المبحث السادس

تقسيم العقود من حيث ما يتم بإرادة وإرادتين

الالتزام يكون بتوافق الإرادتين : إرادة الموجب وإرادة القابل .

و هناك بعض الالتزامات يتم إنشاؤها بإرادة الموجب وحده و تسمى بالإرادة المنفردة أو التصرف الانفرادي ، لأنه عمل قانوني صادر من جانب واحد ^١ .
و الإرادة المنفردة من حيث آثارها القانونية تنقسم إلى قسمين :

القسم الأول : متفق عليه بين أهل القانون الوضعي من حيث اعتباره عملاً قانونياً ترتب عليه الآثار القانونية التي تقتضيها تصرفات الشخص بإرادة منفردة و يندرج في هذا القسم المطلق عليه كل تصرف لا يثبت حقاً شخصياً للغير على الملتزم الذي أنشأ العقد بإرادة منفردة مثل : تنازل الشخص بإرادة منفردة عن حق ارتفاق ^٢ أو رهن .
و يحق للدائن بإرادته المنفردة أن يسقط حقه الشخصي بالتنازل عن الدين و بهذا يتحقق إبراء المدين .

و يظهر مما تقدم أن القانون الوضعي نهج نهج الفقهاء في هذا ؛ لأن فقهاء الشريعة الإسلامية يقسمون العقود إلى أقسام شتى .

و هذه التقسيمات التقسيم الذي يدل على النهج الذي استقاه به ، جمال

النوع الأول : المتعدد اللازمة من الطرفين قسماً : كالبيع ، و التصرف ، و السلم ،
و التولية ، و صلح المعاوضة ، و الحوالة ، والإجارة ، و المساقاة ، و الهبة للأجنبي بهد

^١ - المرجع في شرح القانون المدني للأستاذ عبد المجيد الحكيم ج ١ ص ٢٨٥ ، و النظرية العامة للالتزامات للدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري ج ١ ص ١٨٢ .

^٢ - حق الارتفاق : حق مقرر على عقار لمنفعة عقار آخر مالك غير مالك العقار الأول و هو يشبه حق الانتفاع من حيث إنه ليس منه ملكية تامة لمالك العقار المنفعة بل إن بعض المؤلفين كالشيخ أحمد إبراهيم بك في كتابه " أحكام المعاملات الشرعية المالية " يعده من أقسام حق الانتفاع .

القبض ، و الصداق ، و عوض الخلع .

فهذه العقود لازمة لا يجوز لأحد المتعاقدين أن يفسخ العقد فيها بلا موجب .

النوع الثاني - عقود جائزة غير لازمة

و بناء على أنها غير لازمة فيحق لأحد المتعاقدين بإرادة منفردة أن يفسخ العقد فيها .

و العقود الجائزة التي يجوز أن تفسخ بالتصرف الانفرادي هي :

- الشركة .

- والوكالة .

- و القراض .

- والعارية .

- و الوديعة .

- و القرض .

- و الجعالة قبل الفراغ .

- والقضاء .

- و الوصاية^١ .

القسم الثاني : الإرادة المنفردة التي تنشئ الحق الشخصي للغير على الملتزم

بتصرف إنفرادي .

و قد اختلف رجال القانون الوضعي في هذا القسم على مذهبين و تولدت نظريتان

نتيجة لهذا الاختلاف :

النظرية الأولى : هي النظرية الفرنسية

و بمقتضاها يعد الالتزام الذي ينشأ نتيجة عمل قانوني لا يتم إلا بعقد ينعقد بتوافق

إرادتين : إرادة الموجب مع إرادة القابل .

^١ - الأشباه و النظائر في الفروع للعلامة جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي الشافعي ص ٢٢٧ ، و انظر ما يتعلق بفسخ

الوكالة : كتاب أحكام المعاملات الشرعية للأستاذ الشيخ علي الخفيف ص ١٣١ .

و بناء على هذا فإن الإرادة المنفردة غير قادرة على إنشاء الالتزام . و هذه النظرية مقتبسة من القوانين الرومانية القديمة و القانون الفرنسي القديم ^١.

النظرية الثانية : هي النظرية الألمانية

و الالتزام بناء على النظرية الألمانية قد يكون بالتصرف الشخصي الانفرادي و يستطيع الموجب أن يلزم نفسه بإرادة منفردة ، و لا يحق له أن يتراجع عن الإيجاب الذي صدر منه . و بناء على هذا فإن الإرادة المنفردة مصدر ينشئ التزاما و يثبت حقا شخصيا على الملتزم للغير . و لعلماء القانون الذين قالوا بهذه النظرية حجج منها :

أولا : هناك بعض العقود و الأوضاع القانونية تنشئ الالتزام للشخص على الملتزم ، و لا بد أن تخضع هذه الالتزامات لمبرر قانوني ؛ لهذا اعتبرت الإرادة المنفردة مصدرا للالتزامات التي تنشأ بالتصرف الانفرادي و اعترف القانون بها . و من بين هذه الالتزامات : الوعد بالمكافأة فإن الشخص الذي يعد بمبلغ معين لمن يقوم بعمل معين يعد ملتزما إذا أنجز الغير العمل كما أراد بإرادته المنفردة ؛ لأن الذي قام بالعمل لم يكن معروفا و لم يقبل صراحة وقت صدور الوعد من الواعد .

ثانيا : من المتفق عليه أن الإنسان حر و بمقتضى هذه الحرية يستطيع أن يقيد حريته كما يشاء بتصرفاته ما دامت تلك التصرفات مباحة في القانون ؛ لهذا اعتبر سلطان الإرادة المنفردة أشد إلزاما و نفوذا من العقد الذي ينجز بتوافق الإرادتين .

لهذا قال الفقهاء الألمان : إن الإرادة المنفردة وحدها قادرة على إيجاد الالتزام ^٢ .

و يعد الألمان القول المعتمد على توافق الإرادتين في شرط إنشاء الالتزام مظهرا من مظاهر الأشكال الغائبة التي كانت تهدف إلى الحد من سلطان الإرادة .

و في هذا يقول الأستاذ السنهاوري : إن الواجب أن نصل في هذا التطور إلى غايته

^١ النظرية العامة للالتزامات للدكتور السنهاوري ج ١ ص ١٨٤ . و النظرية العامة للالتزامات للدكتور حسن علي الذنون ج ١ ص ٣٥٦ .

^٢ - النظرية العامة للالتزامات للسنهاوري ج ١ ص ١٨٧ .

المنطقية و أن نقول بأن للإرادة المنفردة السلطان حتى لو لم تقرن بها إرادة أخرى^١.
 وقد اعترض فقهاء القانون في فرنسا على النظرية الألمانية باعتراضات منها :
 ما نقله السهوري عن الفقهاء الفرنسيين: بلانيول ، و ريبير ، و اسمان أنهم قالوا :
 إن الإرادة المنفردة لا يمكن أن تدعى السراما قانونيا ، و عندهم أن القانون يخلو من مجال
 تطبيقي للإرادة المنفردة المنشئة للالتزام ، لأن الهبة التي تبدو و كأنها عقد يتم بإرادة
 الواهب لا تصح ما لم يقبل الموهوب له بمقتضى المادة (٩٣٢) من القانون المدني
 الفرنسي .

و قالوا عن الوصية : بأنها لا تولد التزاما بل تفيد نقل ملكية العين من الموصي إلى
 الموصى له .

و بوجه عام لا يعد الإيجاب ملزما ما لم يقرن به القبول و إذا صدر من الشخص
 إيجاب بالبيع ثم تراجع عن إيجابه و لم يقرن إيجابه بقبول الطرف الثاني لم يشرع العقد ؛
 لأن الموجب لما أصدر الإيجاب بإرادته المنفردة كان الحق له ثابعا في إلغاء إيجابه قبل أن
 يقرن بقبول الطرف الآخر .

و يعد الإلزام عقدا باطلا إذا ثبت بإرادة الموجب وحده ، لأن الإرادة القادرة على
 إنشاء الالتزام دون غيرها ينبغي أن تكون قادرة على إلغاءه دون غيرها .

و الخلاصة : أن النظرية الفرنسية لا تعد الإرادة المنفردة مصدرا للالتزام . أما
 النظرية الألمانية فقد اعتبرت الإرادة المنفردة أساس العقود في الالتزامات .

و عند رجال القانون من غير الفرنسيين و الألمان أن في كلتا النظريتين ما لا يمكن
 التسليم به ، لهذا فقد جمعوا بين النظريتين^٢ و عدوا الإرادة المنفردة مجرد مصدر من
 مصادر الالتزام و هذا مبدأ عظيم الفائدة ، إذ به تفسر بعض الأوضاع القانونية التي لا
 يمكن تفسيرها بغير الإرادة المنفردة كالوعد بجائزة المعروفة بالجمالة في الشريعة الإسلامية .

^١ - النظرية العامة للالتزامات للسهوري ج ١ ص ١٨٧ .

^٢ - الموجز في شرح القانون المدني للأستاذ عبد المجيد الحكيم ج ١ ص ٢٩٠-٢٩١ .

و يبدو أن اعتبار القوانين الحديثة الإرادة المنفردة مصدرا للالتزام مع اعتبار توافق الإرادتين مصدرا للالتزام ، أي الجمع بين النظرية الفرنسية و النظرية الألمانية يعد ذلك من أحدث التطورات في الفقه القانوني ؛ إذ إن القانون الروماني الذي كانت تسوده الشكلية إلى حد كبير كان يعمد عن أن يعترف بالإرادة المنفردة و قوتها المادية ^١ . و قد اعتبر القانون المدني العراقي الإرادة المنفردة مصدرا للالتزام في الحالات التي حددها ^٢ .

الإرادة المنفردة في الشريعة الإسلامية

تبين لنا أن أحدث النظريات القانونية في مصادر العقد هي النظرية التي اعتبرت العقد تارة يشرع من توافق إرادتين و تارة يشرع بالتصرف الانفرادي و هو الإرادة المنفردة المنشئة للالتزام . وليس هذا النهج القانوني بجديد ؛ لأن الشريعة الإسلامية نهجت هذا النهج ؛ إذ قسم الفقهاء كما تقدم الالتزام إلى قسمين :

القسم الأول (و هو الأساس) : الالتزام الذي يسببه العقد المتكون من توافق إرادة الموجب و القابل . كمقد البيع و الإجارة و سائر العقود التي لا تنشأ إلا بالإيجاب و القبول .

أما القسم الثاني : فهو الالتزام الذي تسببه الإرادة المنفردة كالموجب في عقد الجمالة ؛ فإنه يعد ملزماً بدفع الجمل إلى من حقق مبتغاه . و عقد الجمالة لا يشترط فيه القبول عند الملكية و الشافعية و الحنابلة ^٣ . و مع ذلك فهو عقد ملزم بعد إنجاز العمل .

^١ - النظرية العامة للالتزام للدكتور حسن علي الذنون ج ١ ص ٢٥٦ . مطبعة دار المعارف - بغداد - ١٩٤٩ م .

^٢ - على ما نصت عليه المادة : ١٨٤ من القانون المدني العراقي .

^٣ - حاشية الدررقي على الشرح الكبير للدردير ج ٤ ص ٦١ ، و المتن الكوي للإمام مالك ج ٤ ص ٤٥٨ ، و المهذب للشيرازي ج ١ ص ٤١٢ ، و معني الختاج ج ٢ ص ٤٢٩ ، و نهاية الختاج للرملي ج ٥ ص ٤٦٥ ، و المعني لأبني قدامة ج ٦ ص ٣٠ ، و انتهى الإرادات ج ١ ص ٥٥١ .

و تتجلى الإرادة المنفردة المنشئة للالتزام في الوقف ؛ إذ لا يشترط فيه قبول المنفع
و المستفيد من الوقف بل يشترط فيه توفر إرادة الواقف ليكون مشروعاً ؛ فإذا تلفظ
الواقف بأحد ألفاظ الوقف وهي : الوقف ، و الحبس ، و التسهيل ، تم الوقف بمجرد
التلفظ بأحد هذه الألفاظ .^١

قال الشيخ محمد الشريبي الخطيب : " شرط الواقف صحة عبارته و أهلية التصرف
و الموقوف دوام الانتفاع .^٢

و لم يشر الفقهاء إلى شرط القبول . و لعل الإرادة المنفردة تتجلى بوضوح أوضح
في كفالة الدين عن الميت المعسر ؛ لأن المتبرع في الكفالة يلتزم في هذه الحالة و لم يرتب
هذا الالتزام إلا المتبرع بإرادته المنفردة .

قال الخطاب : من مات و عليه دين فمتبرع رجل فضمنه دينه لذلك لازم له و لا
رجوع له عن ذلك .^٣

و ليس هذا اجتهداً إنما السنة الصحيحة هي التي شرعت إلزام المتبرع بما تعهد في
الإيفاء به .

فعن جابر رضي الله عنه قال : توفي رجل منا ففلسناه و حطناه و كفناه ثم أتينا به
رسول الله صلى الله عليه وسلم فقلنا : تصلي عليه ؟ فخطا خطوة ثم قال : أعليه دين
؟ فقلنا : ديناران . فأنصرف ، فتحملهما أبو قتادة فأتياه فقال : أبو قتادة : الديناران
علي ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : " حق الغريم و بري منهما الميت " قال :
نعم و صلى عليه . " رواه أحمد و أبو داود و النسائي و صحيحه ابن حبان و الحاكم .^٤

^١ - نهاية المحتاج للرملي ج ٤ ص ٢٦٩ ، و المغني لابن قدامة ج ٦ ص ١٩٠ .

^٢ - مغني المحتاج للشريبي ج ٢ ص ٣٧٦ .

^٣ - مواهب الجليل للخطاب ج ٥ ص ٩٨ . و الخطاب هو محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي أبو عبد الله المعروف بالخطاب لقبه
مالكي توفي : ٩٥٤ هـ . الأعلام للزركلي ج ٧ ص ٢٨٦ .

^٤ - سبل السلام للصنعاني ج ٣ ص ٦٢ .

المبحث السابع

تقسيم العقود من حيث اللزوم و عدمه

العقد الصحيح ينقسم إلى لازم و غير لازم ^١.

القسم الأول : العقد اللازم : و هو كل عقد صحيح نافذ ، ينقسم بدوره إلى نوعين :

النوع الأول : لا يقبل الفسخ أبدا حتى لو اتفق الطرفان على الفسخ ؛ لأن طبيعة هذه العقود اللزوم و ذلك مثل الطلاق و العتق . فإذا صدر الطلاق أو العتق ممن يملكه فقد لازم و لا يمكن فسخ العقد لهما .

النوع الثاني : يقبل الفسخ

و هذا النوع من العقود يقبل الفسخ إذا تراضى الطرفان على الفسخ و ذلك مثل البيع و الإجارة و السلم و الحوالة و الصلح ، فالعقد يلزم عند من لا يقول بخيار المجلس ^٢ و هم المالكية إلا ابن حبيب و الحنفية كلهم و إبراهيم النخعي . بمجرد تلاقي الإنجاب مع القبول .

و عند من يقول بخيار المجلس و هم جماهير الصحابة و التابعين و من بعدهم ، فالعقد عندهم غير لازم إلا بانتهاء مجلس العقد إما في مجلس العقد فلكل من الطرفين فسخ العقد ^٣.

القسم الثاني : العقد غير اللازم : و هو العقد الذي يملك فيه كل من طرفي العقد فسخه بدون رضا الطرف الآخر كالشركة و الوكالة و الوصية و الوديعة و العارية عند الجمهور خلافا للمالكية الذين قالوا بلزومه إذا كانت محددة ، و خلافا للحنابلة

^١ - جرباط العقد ص ٢٧٢-٢٧٣ .

^٢ - نيل الأوطار ج ٥ ص ١٨٤ .

^٣ - نهاية المحتاج للرملي ج ٣ ص ٨٥-٨٦ ، صحيح مسلم بشرح النووي ج ٢٧ ص ٢١ طبع دار الشعب ١٩٧٢ م باب لهوت خيار المجلس ، و المفتي لابن قدامة ج ٣ ص ٤٨٢ ، وأخلى لابن حزم ج ٨ ص ٣٥١ مسألة ١٤١٧ .

الذين قالوا بلزوم عقد العارية إذا كان يحصل بفسخها ضرر للمستعير و اللزوم قد يكون بالنسبة لطرف واحد دون الطرف الآخر كالرهن فهو لازم في حق الراهن جائز في حق المرتهن^١.

^١ - الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٢٢٧ .

المبحث الثامن

تقسيم العقود من حيث التسمية من عدم ذلك

العقود باعتبار تسمية الشارع لها أو عدم تسميتها تنقسم إلى قسمين :

القسم الأول : العقود المسماة

وهي التي أقر لها الشارع أسماء و أحكاما خاصة بها : كالبيع ، و الإجارة ، و الرهن ، و الصلح ، و السلم ، و الصرف ، و العارية ، و الوديعة ، و الشفعة ... الخ .

القسم الثاني: العقود غير المسماة

وهي تلك التي لم يضع لها الشارع أسماء خاصة تميزها و لا بين لها أحكاما خاصة تميز بها عما عداها . فهذه العقود لم يكن لها وجود سابق غير أن الحاجة دعت إلى اعتبارها .

فإذا نظرنا في تاريخ التشريع الإسلامي نجد أن هناك طائفة من العقود قد نشأت و أطلق عليها الفقهاء أسماء خاصة بها و قرروا لها أحكاما خاصة بها مثل الاستصناع ، و بيع الوفاء و غيرها .

و هناك طائفة أخرى من العقود نشأت في المجتمع الإسلامي و لم يعطها الفقهاء حتى الآن أسماء تخصها و لم يبين حكم الشريعة فيها مثل عقود النشر و الإعلان في الصحف و غيرها .

و فيما يلي أعرض للكلام عن العقود الجديدة التي سماها الفقهاء والعقود الحديثة التي لا تزال بحاجة إلى تسمية و بيان أحكامها و بعد ذلك أحاول التعرف على آراء الفقهاء في مثل هذه العقود الجديدة بالترتيب التالي :

القسم الأول : عقود غير مسماة معروفة لدى فقهاءنا

هناك طائفة من العقود عرفها فقهاؤنا الأوائل و سموها بأسماء خاصة بها و بينوا

الأحكام الخاصة بها ، و أقصر الكلام على اثنين منها :

أولا : عقد الاستصناع

الاستصناع لغة : جاء في المعجم الوسيط ^١ :

صنع الشيء صنعا : عمله .

أقول : فالاستصناع لغة : طلب الصنعة .

و الاستصناع اصطلاحا : عقد على بيع عين موصولة في الدمة مطلوب صنعها ،

و ذلك كان يتفق شخص مع لحار علي أن يصنع له دولابا مثلا .

لقد جاء تعريفه في المادة : ٥٦٩ من كتاب " مرشد الحيران " لمحمد قدري باشا بأنه

: طلب عمل شيء خاص على وجه مخصوص مادته من الصانع .

فالاستصناع عقد لا عدة ^٢ و بيع ^٣ و العقود عليه العين لا عمل الصانع ^٤ .

فالاستصناع كما هو واضح عقد على معدوم فالقياس على رأي جمهور الفقهاء منعه

و لكنه جاز استحسانا لمعامل الناس به في جميع العصور من غير تكير فكان إجماعا منهم

على الجواز .^٥ كما يقول الكاساني في البدائع ج ٥ ص ٢ و ٢٠٩ .

و أرى - و الله أعلم - أن الاستصناع و إن كان بيع معدوم إلا أنه بيع معدوم

محقق الوجود في العادة فلا غرر فيه لا سيما على الرأي الذي يجعله عقدا لازما مادام

الشيء المصنوع على الصفة المطلوبة فهو إذن جائز قياسا لأنه عقد معاوضة خال من

الغرر .

^١ - ج ١ ص ٥٢٥ انتشارات ناصر خسرو - طهران .

^٢ - قال بعض الحنفية : هو عدة لا عقد . ابن عابدين ج ٤ ص ٢٩٥ . و هو منسوب الزيدية . البحر الزخار ج ٣ ص ٢٩٨ . و يسميه صاحب البحر الاصطناع .

^٣ - و قال بعض العلماء هو إجارة ابتداء بيع انتهاء . ابن عابدين ج ٤ ص ٢٩٥ .

^٤ - قال الوردعي من الحنفية العقود عليه عمل الصانع . ابن عابدين ج ٤ ص ٢٩٦ .

^٥ - ينص الحنابلة على عدم جواز الاستصناع لأنه من بيع ما ليس عند الإنسان و هو لا يجوز إلا في السلم . الفروع لابن مفلح ج ٢ ص ٤٥٨ .

شروطه :

يشترط في الاستصناع ما يشترط في البيع من العلم بالحل ، فلا بد من بيان جنس المستصنع ونوعه وقدره و صفته . كما يشترط أن يكون لهما للناس فيه تعامل كالأحذية والأواني .

و يشترط أبو حنيفة في الاستصناع ألا يكون مؤجلا إلى أجل يصح معه السلم ، فإن أجل إلى أجل يقبل السلم كان سلما و اشترط فيه ما يشترط في السلم ؛ وذلك لأن الأجل في المبيع من خصائص السلم ، فذكره يكون ذكرا للسلم وإن لم يذكره صراحة و لأن اعتباره سلما أولى ، لأن جوار السلم بإجماع لا شبهة فيه و في الاستصناع نوع شبهة .

و قال صاحبان : لا يخرج الأجل الاستصناع عن حقيقته فيبقى استصناعا و يحمل الأجل على الاستعمال .

حكمه :

الاستصناع عقد غير لازم بالنسبة للمستصنع فله أن يفسخ العقد في أي وقت شاء قبل الرؤية و له فسخه عند الرؤية ؛ لأنه مشتر لا لم يره فيكون له خيار الرؤية^١ . أما الصانع فله الخيار قبل الشروع في العمل و بعده مادام الشيء المصنوع في يده لم يقدمه للمستصنع فإذا قدمه سقط خياره و يبقى خيار المستصنع وذلك لأن المعقود عليه العين لا العمل كما تقدم فلا يصح جبر الصانع على العمل . أما إذا صنعه و قدمه للمستصنع فقد تعين محلا للعقد .

^١ - خيار الرؤية في اصطلاح الفقهاء : حق يمت للعائد بمقتضاه لسخ العقد أو إبقاؤه عند رؤية محل العقد المعين إذا لم يكن رآه حين التعاقد أو قبله بوقت لا يغير فيه عادة فهو عبارة عن شراء صفقة ثابتة عن مجلس العقد على شيء معين على الرؤية . تبين الخلفان للزيلي المرفى سنة ٧٤٣ هـ ج ٤ ص ٢٤ ، و هذا الكتاب شرح لكنز الدقائق للإمام النسفي ، المطبعة الأميرية بالقاهرة : ١٣١٣

و ذهب بعض الحنفية إلى أن الصانع لا خيار له و يجبر على المضي في العمل و أن الخيار للمستصنع وحده ؛ لأن الصانع بائع ولا خيار للبائع إذا باع ما لم يره . و قال الزيلعي : إن هذا هو الصحيح . و روي عن أبي يوسف أنه لا خيار لواحد منهما ^١ .

و العمل برأي أبي يوسف أولى من العمل بالرأين السابقين ؛ لأنه لا ضرر فيه على المتعاقدين و أبعد عن الغرر ؛ و ذلك أن في حالة ثبوت الخيار لا يدري كل من الصانع و المستصنع هل يتم العقد أم لا ؟ فهذا غرر يمكن تجنبه بجعل العقد لازما إلا إذا قدم الصانع شيئا مخالفا للوصف فهبت للمشتري الخيار لفوات الوصف ^٢ .

^١ - حاشية ابن عابدين ج ٤ ص ٢٩٤ و ما بعدها ، و بدائع الصنائع ج ٥ ص ٢٠٩ في ما بعدها ، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق

للزيلعي ج ٤ ص ١٢٤ .

^٢ - الخيار في فوات وصف مرغوب فيه نحو أن يشوي عبدا بشرط كونه خبازا أو كاتباً فظهر بخلافه أخذه بكل اللين أو رده .
القواعد الفقهية محمد عفيف الإحسان المجلدي البركتي ص ٢٨٤ ، نشر الصدف بيلشرز - كراشي .

ثانيا : بيع الوفاء^١

و هو أن يقول البائع للمشتري بعت مثل هذه العين بما لك علي من الدين علي أني متى قضيت الدين فهي لي^٢ . و معنى هذا أن يبيع المحتاج إلى النقد عقارا مثلا علي أنه متى رد الثمن استرد العقار المبيع .

و قد حدث تعامل الناس به في بخاري و بلغ حول منتصف القرن الخامس الهجري^٣ .

وقد كان الباعث لابتكار هذا الأسلوب من البيع أمران :^٤

الأول : هو الرغبة في الاستفادة من الأموال بدلا من إقراضها قرضا حسنا .

الثاني : التورع عن الربا و الوقوع فيه .

و لذلك ابتكروا طريقة البيع بشرط رد المبيع عند رد الثمن ثم شاعت الطريقة بين

الناس و سموا العقد بيع الوفاء^٥ . لأن فيه التزاما وهو تعهد المشتري برد المبيع عند رد الثمن الذي دفعه .

و الثمن عادة يكون فيه أقل من قيمة المبيع كالرهن ؛ إذ تكون قيمة المرهون عادة

أقل من مبلغ القرض احتياطيا^٦ .

لبيع الوفاء له شبه بنوعين من العقود :

١- يشبه البيع ؛ لأن المشتري يملك منافع المبيع استعمالا و استغلالا كما في البيع

المطلق .

٢- يشبه الرهن لأن المشتري يلتزم برد المبيع على البائع متى قدر البائع على رد

الثمن للمشتري و بذلك يكون المشتري ملزما بالمحافظة على المبيع و عدم إخراجها عن

ملكه ليتمكن من إعادتها عند الطلب .

^١ - الأشباه و النظائر لابن نجيم ص ٢٧٢ ، و حاشية ابن عابدين ج ٥ ص ٢٢٤ ، و بدائع الصنائع ج ٢ ص ٢٠٩ .

^٢ - الفرائد الفقهية لعميم الإحسان ص ٢١٥ نفس الطبعة .

^٣ - تطبيق الشريعة الإسلامية في البلاد العربية للدكتور صوفي أبي طالب ص ١٨٤ - بالناشر - مطبعة دار النهضة العربية بالقاهرة .

^٤ - حواشي العقد للوكساني ص ٢٧٧ .

^٥ - و سماه الشافعية بالرهن المعاد ، و يسمى بمصر بيع الأمانة ، و بالشام بيع الإطاعة . حاشية ابن عابدين ج ٥ ص ٢٧٦ .

^٦ - السابق ص ٢٧٥ ، و العقود المسماة للأستاذ الزرقا ص ١٢٣ .

موقف الفقهاء من بيع الوفاء :

اختلفت الأنظار الفقهية في بيع الوفاء في الاجتهاد الحنفي عند ظهوره على الآراء

الآتية:

- ١- اعتبره بعضهم بيعاً صحيحاً يملك المشتري فيه منافع المبيع مع اعتبارهم ذكر الرد وعدا ملزماً واجب الوفاء به ؛ لأن المواعيد بصورة التعاليق تكون لازمة^١.
 - ٢- و اعتبره آخرون بيعاً فاسداً ؛ لأن الشرط فيه مفسد للعقد .
 - ٣- و اعتبره آخرون رهناً من حيث إن فيه معنى الرهن و هو الغالب و العبرة في العقود للمعاني لا للألفاظ و المباني^٢.
- و لكن استقر رأي المتأخرين من فقهاء الحنفية بعد شيوع التعامل به بين الناس على إقرار حكمه النهائي على حسب الغاية المقصودة مراعى فيه ثلاثة مقاصد هي :
- ١- تملك المشتري منافع المبيع و هو هدف ابتكار الطريقة .
 - ٢- حق الفسخ و الرد حسب الشرط الذي بني عليه أصل العقد .
 - ٣- ضمان المشتري للمبيع في حال هلاكه .
- وقد اعتبروا أن هذا البيع هو نمط جديد من أنواع البيع شرع دلهما حاجة الناس إليه .

الخلاصة :

إن بيع الوفاء أبيع لحاجة الناس إليه و جريان العرف به منذ القرن الخامس الهجري^٣ و وقع هذا النوع من البيع في بخارى و قال عنه النسفي في فتاواه : " البيع الذي تعارفه أهل زماننا احتياطاً للربا و سموه بيع الوفاء هو في الحقيقة رهن " و معروف أن النسفي ولد عام ٤٦١ هـ و توفي عام ٥٣٧ هـ .

^١ - مجلة الأحكام العدلية المادة : ٨٤ .

^٢ - المادة ٣ من مجلة الأحكام العدلية ، و انظر في شرح هذه القاعدة : المدخل الفقهي العام للدكتور أحمد الحجي الكردي . من مطبوعات جامعة دمشق .

^٣ - المدخل للدكتور مصطفى الزرلا من ١٨٣ - هامش - و تطبيق الشريعة الإسلامية في البلاد العربية للدكتور صولي أبي طالب من ١٨٤ - هامش - . نشر دار النهضة العربية بالقاهرة .

القسم الثاني : عقود غير مسماة محدثة

هناك طائفة من العقود المستحدثة لم يستقر فيها الفقه حتى الآن على تسمية و لم يعط أحكاما لها من الجواز و عدمه ، و هي سارية المفعول في العالم الإسلامي . و أتعرض هنا إلى الكلام عن اثنين منها مع العلم أن الفقهاء لم يعرضوا لذكر أسماء هذه العقود و يمكن اقتباس أسماء هذه التصرفات من موضوعها و بيان ذلك فيما يأتي :^١

أولا : عقود الإذعان

و هذه العقود هي التي يكون طرفا فيها الشركات الصناعية الكبرى أو الدولة أو المؤسسات التي أخذت على عاتقها القيام بتأمين المرافق العامة مثل مؤسسة المياه و شركة الكهرباء ، و يكون الطرف الثاني فيها المستهلك .
لشركات الكهرباء و مؤسسات المياه حينما تأخذ على عاتقها إنارة المدن و القرى و مد البيوت فيها بالمياه الصالحة للشرب تقدم أسعارا لثمن الكهرباء و الماء و ما على الناس إلا أن يرضخوا و يذعنوا لهذه الشروط ، ولذا سميت عقود الإذعان .

ثانيا : عقود الضيافة

و شملت هذه الأنواع من العقود البر و البحر و الجو في مواصلاتها و أماكن الإقامة فيها .

فحينما يريد شخص السفر و خاصة لمكان بعدد بدفع ثمن تذكرة الطائرة و يصعد عليها و بعد فترة يقدم له الطعام و قد دفع ثمنه دون أن يدري ما هو و كذلك في ركوب الإنسان السفينة لهذه السفن تتولى أمر إيصال من يرغب من الناس إلى حيث يريد و تتولى أمر الإطعام أيضا . و كذلك الأمر في الفنادق الحديثة حيث تقدم لك الطعام إلى جانب المأوى .

^١ - صراط العقد ص ٢٨٥ .

ففي هذه الأحوال و ما في معناها جرى بين الإنسان وبين أحد المرافق السابقة
عقدان : عقد إجارة ، و عقد بيع .

فالعقد الإجارة في تأمين الوصول إلى حيث يريد الشخص . و عقد البيع حين تقدم
هذه المؤسسات الطعام ليستهلكه الإنسان في حاجته لسد الجوع .

والخلاصة : أنه لا يوجد هناك نص واحد في الشريعة السمحة يحدد أنواع العقود
أو يقيد موضوعاتها إلا بقيد واحد فقط هو أن تكون هذه العقود غير منافية لما قرره
الشارع الحكيم من القواعد و الشرائط العامة للتعاقد . والمبدأ العام في ذلك قول الله عز
و جل : ﴿ يا أيها الذين آمنوا أولفوا بالعقود ﴾^١

و قول النبي صلى الله عليه و سلم : (المسلمون على شروطهم إلا شرطاً حرم
حلالاً أو أحل حراماً .)^٢

وقد أخذ عمر بن الخطاب رضي الله عنه منهجه في الشروط من الكتاب و السنة
حين قال : مقاطع الحقوق عند الشروط . ولذا أرى إمكانية استيعاب الفقه الإسلامي
لهذه العقود و اعتبارها ، و خاصة المذهب الحنبلي الذي هو أكثر المذاهب توسعاً في
اعتبار الشروط .^٣

^١ - سورة المائدة : ١ .

^٢ نص الحديث : عن عمرو بن عوف المزني رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه و سلم قال : (الصلح جائز بين المسلمين إلا
صلحاً حرم حلالاً أو أحل حراماً و المسلمون على شروطهم ...) رواه الوئدي في مسنده و صححه كتاب الأحكام ج ٢ ص ٦٣٥ .

^٣ - القواعد النورانية للفقيه لابن تيمية ص ٢٠٦ . نشر إدارة ترجمان السنة - لاهور .

الباب الثاني

آثار اللزوم في العقد

وفيه فصلان :

الفصل الأول : مدى التزام التعاقد بتنفيذ العقد . وفيه مبحثان :

المبحث الأول : نطاق تنفيذ العقد . وفيه خمسة مطالب :

المطلب الأول : نقل الملك .

المطلب الثاني : نقل المنفعة .

المطلب الثالث : ترتيب الدين في الدمة .

المطلب الرابع : الإلزام بعمل معين .

المطلب الخامس : توثيق الديون .

المبحث الثاني : الاستثناءات الواردة على تنفيذ العقد

الفصل الثاني : آثار القوة الملزمة للعقد بالنسبة للدائنين والخلف . وفيه مبحثان :

المبحث الأول : آثار القوة الملزمة للعقد بالنسبة للدائنين وما يترتب على الحجر .

وفي أربعة مطالب :

المطلب الأول : منع المدين من تصرفه في ماله .

المطلب الثاني : بيع الحاكم مال المدين وقسم ثمنه بين الغرماء .

المطلب الثالث : حلول الديون المؤجلة على المدين بسبب الموت والفلس .

المطلب الرابع : من وجد عين ماله عند المدين هل يكون أحق بها ؟

المبحث الثاني : آثار القوة الملزمة للقعد بالنسبة للخلف . وفيه ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : حقوق التركة .

المطلب الثاني : ديون التركة .

المطلب الثالث : الموصى له بجزء من مجموع التركة .

الفصل الأول

مدى التزام المتعاقد بتنفيذ العقد

المبحث الأول

نطاق تنفيذ العقد

و فيه خمسة مطالب :

المطلب الأول : نقل الملك .

المطلب الثاني : نقل المنفعة .

المطلب الثالث : ترتيب الدين في الدمة .

المطلب الرابع : الإلزام بعمل معين .

المطلب الخامس : توثيق الديون .

المبحث الأول

نطاق تنفيذ العقد

تمهيد :

القاعدة العامة في الفقه الإسلامي أن العقد شريعة المتعاقدين فالواجب تنفيذ العقد في جميع ما اشتمل عليه نطاقه دون تعديل فيه مصداقا لقوله تعالى : ﴿ يا أيها الذين آمنوا أولفوا بالعقود ﴾^١

و طبقا لهذه القاعدة العامة يجب تنفيذ العقد في جميع ما اشتمل عليه من آثار فيصبح العقد الصحيح قانون الطرفين المتعاقدين فيلتزمان باحترام نصوصه كما يلتزمان باحترام القانون ، و من ثم يشبه العقد القانون في الأمور الآتية :^٢
أولا : لكل من العقد و القانون مدة ملزمة : العقد يلزم الطرفين المتعاقدين و القانون يقيد من إرادة الأفراد .

ثانيا : العقد كالقانون تجوز مخالفته بالعرف و بنص القانون .

ثالثا : و هو يشبهه كذلك في أنه لا يمكن حل الرابطة التعاقدية إلا بالطريقة التي نشأت عنها و أعلن بها اتحاد إرادة الطرفين .

رابعا : يشترط في كل من العقد و القانون أن يكون تطبيقها و تنفيذها بحسن نية .

و يترتب على قاعدة " العقد شريعة المتعاقدين " عدة نتائج نلخصها فيما يأتي :

أولا : لا يجوز لكل من الطرفين المتعاقدين أن يفرد بتعديل الالتزامات التي يولدها العقد ، بل لابد لذلك من اتفاق الطرفين ، أي بانعقاد عقد جديد يلغي أحكام العقد السابق أو يعدل بعض أحكامه .

^١ - المائدة : ١ .

^٢ - النظرية العامة للالتزام للدكتور حسن علي الذنون ج ١ ص ١٧٤ و ما بعدها . نشر مطبعة المعارف - بغداد . ١٣٦٨ هـ .

ثانيا : لا يجوز لكل من الطرفين أن يفرد بتفسير العقد عند غموض نصوصه بل لابد في هذه الحالة من اتفاق الطرفين على التفسير أو طرح الأمر على القضاء .

ثالثا : عند طرح النزاع على القضاء ينظر القاضي إلى سبب هذا النزاع لماذا نشأ عن عدم احترام أحد الطرفين لما التزم به أكرهه القاضي على السفيه .

هذا على وجه الإجمال أما التفصيل في الآثار فقد جعلته في مطالب خمسة بالترتيب الآتي .

المطلب الأول

نقل الملك

جاء في كتاب " مرشد الخيران " ^١ ما نصه : " ينتقل ملك العين المبيعة للمشتري بمجرد حصول عقد المعاوضة و وقوعه صحيحا باتا نافذا لازما سواء كانت عقارا أو منقولا .

و لا يثبت ملك العين للموهوب له إلا إذا قبض العين الموهوبة قبضا كاملا في محوز مقسوم أو مشاع لا يحتمل القسمة .

و للمشتري أن يتصرف في العين المبيعة بالبيع قبل استلامها إن كانت عقارا لا يخشى هلاكه ، وليس له أن يؤجرها قبل قبضها ، كما أنه ليس له أن يتصرف في المبيع قبل قبضه لا يباع و لا إجارة إن كان منقولا . "

و نستخلص من هذه النصوص النتائج الآتية :

أولا : إن العقد ينقل الملك بعوض أو بغير عوض ، و العقد ذاته هو الذي ينقل

الملك .

ثانيا : إن الملك ينقل بمجرد صدور العقد ، فلا يتأخر انتقاله إلى وقت التسليم

و لو في المنقول وذلك ما لم يكن العقد هبة فلا يتم إلا بالقبض . ^٢

ثالثا : و يترتب على أن الملك ينقل بمجرد صدور العقد أن زوائد العين المبيعة التي

تحصل بعد العقد و قبل القبض كالثمار و التاج تكون لمن انتقل له ملك العين . ^٣

رابعا : كما يترتب على ذلك أيضا أنه إذا مات البائع مفلسا بعد قبض ثمن المبيع

و قبل تسليمه للمشتري ، و المشتري و الحالة هذه قد أصبح مالكا للمبيع ومن ثم يكون

أحق بالمبيع من سائر الغرماء ؛ فإذا مات المشتري مفلسا قبل نقد الثمن ، فقد أصبح مع

^١ - مرشد الخيران : المواد : ٧٤ ، ٧٥ ، ٨١ .

^٢ - مصادر الحق للسنهوري ج ٥ ص ٥٤ ، ٥٥ .

^٣ - نفس المرجع و الصفحات .

ذلك مالكا للمبيع بالبيع ، فيبقى المبيع في التركة ، و البائع أسوة الغرماء بالثمن ، وليس له امتياز على المبيع إلا أن البائع إذا كان لم يسلم المبيع و لم ينقد الثمن فله حبس المبيع حتى يستوفي الثمن ، و يبيعه القاضي و ينقد الثمن للبائع .^١

خامسا : و مادام المشتري قد أصبح مالكا للمبيع حتى قبل القبض فله التصرف فيه إن كان عقارا ، فإذا كان منقولا فليس له التصرف فيه إلا بعد القبض على ما تقدم بيانه .^٢ و مما يؤيد أهمية القبض و ضرورته في المنقولات ما جاء في كتاب الهداية^٣ من : أن القبض لابد منه لثبوت الملك بدليل قوله عليه الصلاة و السلام : " لا تجوز الهبة إلا مقبوضة . " ^٤

و وجه الاستدلال بهذا الحديث الشريف على المدعى : نفي الملك عند عدم القبض في الهبة ، فدل ذلك على اشتراط القبض في الهبة ليتم نقل الملك للموهوب له .

و جاء في المهذب لأبي إسحاق الشيرازي الشافعي : " و لا يملك الموهوب له الهبة من غير قبض ، فإن مات قبل القبض قام وارثه مقامه إن شاء قبض و إن شاء لم يقبض ، و من أصحابنا من قال ببطان العقد بالموت لأنه غير لازم لبطل بالموت كالعقود الجائزة ، و المنصوص أنه لا يبطل . " ^٥

و جاء في المغني لابن قدامة الحنبلي : " المكيل و الموزون لا تلزم فيه الصدقة و الهبة إلا بالقبض . " ^٦

أما في مذهب الإمام مالك فتجوز الهبة دون قبض ، و يجبر الواهب على تسليم الموهوب للموهوب له . يوضح ذلك ما جاء في كتاب " شرح الخرشي على مختصر خليل " : من أن الشيء الموهوب يحاز عن واهبه و لو لم يأذن في ذلك ، فإن أبى الواهب

^١ - مرشد الخيران المراد : ٧٤ و ٧٥ و ٨٠ .

^٢ - السابق .

^٣ - الهداية للإمام علي بن عبد الجليل المرغناني ج ٣ ص ٢٢٤ . مطبعة الحلبي بالقاهرة . و انظر : فتح القدير ج ٧ ص ١٣١-١١٧ .

^٤ - الطعير الحبر ج ٣ ص ٧٣ ، المصنف لابن همام الصنعاني ج ٩ ص ١٠٧ ، حديث : ١٦٥٢٩ ، توزيع المكتب الإسلامي .

^٥ - المهذب ج ١ ص ٤٤٧ . مطبع الحلبي - القاهرة .

^٦ - المغني ج ٥ ص ٦٤٩ .

لأنه يجبر على حيازته للموهوب له ، لأن الهبة تملك بالقول على المشهور .^١ و بناء على مذهب المالكية من أن المشتري يملك المبيع من وقت البيع و قبل القبض فإنه يترتب على ذلك أن الزوائد التي تحصل للمبيع كالثمار و الربيع و التاج تحصل في ملك المشتري ، لملكها مع المبيع .

و اختلف الحنفية و الشافعية في تأصيل ملكية المشتري لهذه الزوائد :
 فقال الحنفية^٢ : إن المشتري يملكها بمجرد عقد البيع لأنه يملك الأصل بالمبيع فملك التبع به ، و بذلك تعتبر الزوائد مبيعة مع المبيع . قال الكاساني في البدائع ٢٥٦/٥ : " إن زوائد المبيع مبيعة عندنا سواء كانت منفصلة أو متصلة متولدة من الأصل أو غير متولدة منه ، و عنده ، أي : الشافعي ليست بمبيع أصلا و إنما تملك بالأصل لا بالمبيع السابق . "

و قال الشافعية^٣ : لا تدخل الزوائد في البيع و ليست بمبيعة أصلا ، و إنما يملكها المشتري بملك الأصل و هو المبيع و من ملك الأصل ملك التبع .
 و وجه ذلك عندهم : أن المبيع ما أضيف إليه البيع ، ولم توجد الإضافة إلى الزوائد لكونها منعدمة عند البيع فلا تكون مبيعة ، و لأن المبيع لا يقابله ثمن ، إذ البيع مقابلة المبيع بالثمن و الزيادة لا يقابلها ثمن ، لأن كل الثمن يقابل بالأصل فلم تكن مبيعة .^٤
 و تترتب على ذلك النتائج الآتية :

الحنفية يملكون المشتري الزوائد بموجب تصرف قانوني هو العقد ، أما الشافعية فيملكونها إياه بموجب واقعة مادية هي تولد الزوائد من الأصل أو تبعيتها له . و ينسب على هذا الخلاف أن الزوائد عند الحنفية تعتبر جزءا من المبيع يجري عليها حكمه ، و لها حصة من الثمن ، أما عند الشافعية فهي مستقلة عن المبيع لا يجري عليها حكمه ، و لا

^١ - الحارثي ج ٧ ص ١٠٥ .

^٢ - رد المختار على الدر المختار لابن عابدين ج ٥ ص ٤٩٠ ، شرح مجلة الأحكام العدلية للأتاسي ج ٢ ص ١٧ .

^٣ - مفتي المحتاج للشربيني ج ٣ ص ٦٤ .

^٤ - السابق .

حصة لها من الثمن و ترتب على ذلك النتائج الآتية :

- ١- عند الحنفية^١ يجوز للبائع أن يحبس الزوائد مع المبيع حتى يستوفي الثمن ،
و عند الشافعية لا يجوز .
- ٢- عند الحنفية إذا أتلّف البائع الزوائد سقطت حصتها من الثمن ، و عند الشافعية
يضمن البائع قيمتها للمشتري إذ لا حصة لها من الثمن .
- ٣- عند الحنفية إذا وجد المشتري عيبا بالزوائد ردها بحصتها من الثمن ، أو
بالأصل رده أيضا بحصته من الثمن ، و عند الشافعية لا ترد الزوائد بالعيب أصلا و يرد
الأصل بكل الثمن .
- ٤- و عند الحنفية إذا أتلّف المشتري الزوائد قبل القبض وجب عليه دفع حصتها
من الثمن ؛ لأنه صار قابضا لها بالإتلاف و عند الشافعية لا حصة لها من الثمن بحال .
- ٥- و عند الحنفية إذا هلك المبيع و بقيت زوائده بقي العقد في قدر الزوائد
و كانت لها حصة من الثمن ، و عند الشافعية يفسخ العقد أصلا في المبيع و زوائده
جميعا .

تصرف المشتري في المبيع

مقتضى انتقال الملك إلى المشتري بالبيع أن يملك التصرف في المبيع بمجرد البيع حتى
قبل القبض . و هذا هو مذهب الإمام مالك ، فيجوز عنده للمشتري أن يتصرف في
المبيع قبل قبضه سواء كان عقارا أو منقولا إلا الطعام ففيه خلاف .
جاء في بداية المجتهد لابن رشد : " وأما بيع ماسوى الطعام قبل القبض ، فلا خلاف
في مذهب مالك في إجازته ، و أما الطعام الربوي فلا خلاف في مذهبه أن القبض شرط
في بيعه ."^٢

^١ - انظر : بدائع الصنائع ج ٥ ص ٢٥٦ .

^٢ - بداية المجتهد لابن رشد الحفيد ج ٢ ص ١٠٨ .

و أما عند الشافعية^١ و الحنابلة^٢ فلا يجوز للمشتري أن يتصرف في المبيع قبل قبضه سواء كان منقولاً أو عقاراً و يذكرون لتعليل ذلك أسباباً مختلفة منها : إن انتقال ملك المبيع إلى المشتري لا يتأكد إلا بالقبض فإذا تأكد بالقبض استطاع المشتري أن يتصرف فيه

ومنها : إن المبيع قبل القبض يكون في ضمان البائع لا في ضمان المشتري ، و لا يجوز للمشتري أن يبيع ما ليس في ضمانه .

و منها : إن المشتري الذي يبيع ما لم يقبض لا يكون قادراً على التسليم فلا يجوز له أن يبيع المبيع حتى يقبضه ليكون قادراً على تسليمه^٣ .

أما عند الحنفية فلا يجوز للمشتري التصرف في المنقول قبل قبضه إذ يجوز أن يتلف قبل القبض فيبطل البيع لذلك ، و يؤدي إلى الضرر بالمشتري الجديد ، و لكن يجوز للمشتري عندهم أن يهب المنقول قبل القبض أو يقرضه أو يرهنه لغير البائع عند محمد و هو الأصح خلافاً لأبي يوسف . و يقوم قبض الموهوب له أو المقرض أو المرتهن حينئذ مقام قبض المشتري ، أما إذا كان المبيع غير المقبوض عقاراً فإنه يجوز للمشتري التصرف فيه قبل القبض عند أبي حنيفة و أبي يوسف ؛ لأن هلاك العقار غير محتمل ، و قال محمد لا يصح التصرف في العقار قبل قبضه بالبيع دون الهبة لورود الحديث بالنهي عن ذلك من غير تمييز بين عقار و منقول^٤ .

و هو قوله عليه الصلاة و السلام لحكيم بن حزام : " لا تبع ما ليس عندك " .^٥
و ما ليس عند الإنسان يشمل ما ليس مملوكاً له ، و ما كان مملوكاً له خارجاً عن الحوزة .

^١ - الأم للإمام محمد بن إدريس الشافعي ج ٣ ص ٥ . طبع دار الشعب بالقاهرة .

^٢ - فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية الحراني ج ٤ ص ٧٤-٧٥ .

^٣ - المرجعان السابقان .

^٤ - مختصر الطحاوي ص ٨٤-٨٥ .

^٥ - سبل السلام للصنعاني ج ٣ ص ١٦ و التلخيص الحبير ج ٣ ص ١١ و إعلاء السنن لظفر أحمد عثماني ج ١٤ ص ١٥١ .

المطلب الثاني

نقل المنفعة

المنفعة مثل ركوب الدابة و ركوب السيارة و سكنى المنزل المستأجر .
و الأصل في منفعة العين أنها معدومة وقت التعاقد عليها فالتعامل فيها تعامل في شيء معدوم ، فهو باطل في القياس ، وإنما أجاز استحساناً ، و دليل الاستحسان أو الاستثناء قول النبي صلى الله عليه و سلم " أعطوا الأجير أجره قبل أن يجف عرقه ."^١
و ما جاء في الحديث القدسي عن رب العزة سبحانه و تعالى : " ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة : رجل عاهد بي ثم غدر ، و رجل باع حراً فأكل ثمنه ، و رجل استأجر أجيراً فلم يعطه أجره ."^٢

و قد جاء في بدائع الصنائع : " الإجارة جائزة عند عامة العلماء و قال أبو بكر الأصم إنها لا تجوز ، و القياس ما قاله ؛ لأن الإجارة بيع المنفعة ، و المنافع للحال معدومة و المعدوم لا يحتمل البيع ... لكننا استحسنا الجواز بالكتاب العزيز و السنة و الإجماع ... و أما الإجماع فإن الأمة أجمعت على ذلك قبل وجود الأصم حيث يعتقدون عقد الإجارة من زمن الصحابة رضي الله عنهم إلى يومنا هذا من غير نكير فلا يعاب بخلافه إذ هو خلاف الإجماع ."^٣

و يعترض ابن القيم على ما قاله الحنفية من أن الإجارة جاءت على خلاف-القياس، حيث يذهب إلى القول بأنه يجب التمييز بين ما يمكن إيراد العقد عليه في حال وجوده و حال عدمه كالأعيان فمنهى الشارع عن بيعه حتى يوجد ، و بين ما لا يمكن إيراد العقد

^١ - سنن ابن ماجه ، باب أجر الأجراء من كتاب الرهن ، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي ، مطبعة عيسى الحلبي بمصر : ١٣٧١هـ .

^٢ - رواه البخاري في كتاب البيوع و كتاب الإجارة ج ٣ ص ١٠٨ ، ١١٨ .

^٣ - بدائع الصنائع ج ٤ ص ١٧٣ - ١٧٤ .

عليه إلا في حال عدمه كالمنافع فيجوز التعامل فيها قياسا لا استحسانا ؛ لأن طبيعته تقتضي ذلك .^١

و يستولي المنتفع^٢ منفعة العين بعد تسلمها من المالك و يباشر الاستيفاء بنفسه ، و أهم ما يجب عليه هو العناية بالعين المنتفع بها و ردها إلى المالك عند نهاية الانتفاع ، و أهم واجب على المالك أن يملك المنتفع من انتفاعه ، و أن يضمن له العيوب والهلاك و ألا يتصرف في العين ما دام حق المنتفع متعلقا بها ، إلا أن العقد يفسخ بالعذر و بموت المنتفع ، و العين المنتفع بها أمانة في يد المنتفع فهلاكها على المالك ما لم يحدث من المنتفع تقصير أو إهمال أو تفريط .

على أنه يجب أن يلاحظ أن المنفعة في الفقه الإسلامي لا تقوم إلا بالعقد ، فإذا كانت المنفعة بغير عوض كما في العارية فتميز في أن تصرفات المستعير تكون أكثر تقييدا و في أن العين يجوز للمالك استردادها في أي وقت .^٣

و تختلف المنافع باختلاف الأعيان المنتفع بها : فمنفعة العقار غير منفعة الحانوت أو الأرض الزراعية أو أرض البناء و غير منفعة الزرع و الأشجار و غير منفعة الدواب ، و غير منفعة العبيد و غير منفعة الآدمي سواء كان أجيرا خاصا أو أجيرا مشتركا ، و كل هذه المنافع يرد عليها العقد فينقلها من المالك إلى المنتفع .^٤

المنفعة و شروطها و كيفية العلم و ضمانها المنفعة هي المبدل ، و هي ركن من أركان الإجارة حيث لا تتم إلا بوجود المنفعة .

١- شروط المنفعة : اشترط الفقهاء^٥ في المنفعة شروطا أبينها على ما يلي :

^١ - إعلام الموقعين ج ٢ ص ٢٢ و ما بعدها .

^٢ - الهداية للمرغيناني ج ٤ ص ٢٠ .

^٣ - الهداية للمرغيناني ج ٤ ص ٢٠ ، و مصادر الحق للسنهوري ج ٥ ص ٧٤ و ما بعدها .

^٤ - البدائع ج ٤ ص ١٧٤-١٧٥ .

^٥ - انظر لشروط المنفعة : حاشية رد المحتار ج ٦ ص ٦ ، و بدائع الصنائع ج ٤ ص ١٩١ ، و حاشية الدروري على الشرح الكبير

ج ٤ ص ١٩ ، و روضة الطالبين للنسوي ج ٥ ص ١٧٧ ، و كشف القناع للبهوتي ج ٣ ص ٥٥١ ، و شرح منتهى الإرادات

ج ٢ ص ٣٥٧ .

أولا : أن تكون المنفعة مما له قيمة مالية .

و المنفعة قد تكون ضمن العين المؤجرة و قد تكون في ذمة المؤجر - بفتح الجيم -

و هو العامل .

فالمنفعة التي لها قيمة مالية ضمن العين المؤجرة كمنفعة الدار و الدكان و نحو ذلك عند تأجيرها للاستعمال المقصود منها مما له قيمة في نظر الشرع يجوز استجارها فإن لم يكن للعين قيمة مالية في تأجيرها لم يصح العقد عليها كاستجار تفاحة للشم ؛ فإن التفاحة و إن كانت لها قيمة مالية حالة بيعها و شرائها إلا أنها معدومة في كونها معروضة للتأجير ؛ لأن مجرد الشم لا يوصف بالقيمة .

و أما المنفعة و إن كانت في ذمة المؤجر - بفتح الجيم - بأن كان أجيرا ، فإنه أيضا ينبغي أن تكون المنفعة المستخلصة من هذا الأمر مما له قيمة مالية ، كحراسة الدار أو رعيه لغنم ، أو خدمة المستأجر و نحوه .

ثانيا : أن تكون المنفعة معلومة . فلا يصح عقد الإجارة على منفعة لم تكن معلومة ؛ لأن العقد على المنفعة المجهولة مؤد إلى النزاع ، و النزاع مدفوع شرعا .
و إنما ثبت اشتراط معلومية المنفعة في الإجارة قياسا على اشتراط منفعة العين المبيعة محل العقد ؛ لأن النبي صلى الله عليه و سلم " نهى عن بيع الغرر " ^١
و من مقاصد الشريعة الإسلامية إثبات ما يؤدي إلى تآلف المؤمنين و توادهم و نفي ما يؤدي إلى الخصام و المنازعة .

قال الله تعالى : ﴿ و لا تنازعوا فتفشلوا و تذهب ربكم ﴾ ^٢ فما أدى إلى النزاع و الخلاف وجب منعه .

٢- كيفية العلم بالمنفعة : لما كانت المنفعة معدومة وقت العقد ؛ لأنها توجد و تنعدم عند وجودها أقيم مقامها ما يدل عليها ، و هو يختلف باختلاف محل العقد . فإن كانت الإجارة واقعة على عين معينة علمت المنفعة ببيان المدة . فإذا وقعت الإجارة على دار أو

^١ - رواه البخاري في كتاب التجارات ج ٢ ص ٧٣٩ .

^٢ - سورة الأنفال : ٤٦ .

حانوت مثلا فإن المنفعة تكون معلومة ببيان مدة الإجارة كسنة أو شهر أو يوم . و مثل ذلك يقال في كل ما لا ينضب عمله بالوصف كالأجير الخاص للخدمة و نحوها .

أما إذا كانت المنفعة المطلوبة عملا يؤديه محل العقد فإن المنفعة تكون معلومة ببيان العمل بما يرفع الجهالة و يحدد المقصود من العمل ، أي وصفه و صفا لا يدع مجالا للنزاع في تحديد المنفعة .

فإذا كان ما استؤجر له الأجير بناء مثلا فيشترط بيان الوضع و الطول و العرض و السمك و الارتفاع و نوع المادة المبنية .

و مثل ذلك في الخياطة و الصياغة و غيرهما مما لا تتعين المنفعة فيه إلا بوصفه بما يفي بالغرض .

و خلاصة هذا الشرط أن المنفعة قد تتحدد ببيان المدة وقد تتحدد ببيان العمل إلا أنه قد يحتاج في بعض الأحوال إلى الجمع بين المدة و العمل في العقد كأن يشترط المستأجر على الأجير أن يبني له دارا موصوفة في مدة معلومة .

ثالثا : ألا يؤدي الانتفاع بالعين إلى استهلاكها قصدا ، فالإجارة بيع المنافع .^١ فمحل العقد في الإجارة هو المنفعة دون أجزاء العين .

و قد اشترط الفقهاء في عقد الإجارة ألا يؤدي الانتفاع بالعين إلى استهلاكها قصدا . فلا تصح إجارة الطعام للأكل ، و لا الشمع لاستعماله ؛ لأن هذا لا ينفع به إلا بإتلاف عينه فلم يجز .

رابعا : ألا تكون المنفعة محظورة : بأن تكون مباحة للمتفع في غير ضرورة كالانتفاع بالدار للسكنى ، و الحانوت للتجارة ، فإن هذه المنافع مباحة من غير اضطرار . و اشتراطهم إباحة الانتفاع من غير ضرورة يخرج ما إذا كان الانتفاع به جائزا للمضطر كاستعمال أواني الذهب لمن لا يوجد عنده غيرها .

أما إذا كانت المنفعة محرمة كاستئجار دار لبيع الخمر أو مزاوله بعض الأعمال المحرمة

^١ - المصباح المنير للفرمى ج ١ ص ٦٩ ، رد المحتار ج ٤ ص ٥٠١ .

كالقمار ، و الزمر ، و الغناء ، فإن هذه الإجارة لا تصح ؛ لأن المطلوب شرعا انعدام المنفعة المحرمة .

خامسا : أن تكون المنفعة مقدورة التسليم للمستأجر حسا و شرعا . فيلزم أن يكون المؤجر مالكا للمنفعة قادرا على تسليمها للمستأجر لينتفع بها ، فإذا عجز المؤجر عن تسليم المنفعة إلى المستأجر لم يصح .

و عجز المؤجر عن تسليم المنفعة إلى المستأجر قد يكون عجزا حسيا و قد يكون عجزا معنويا .

فالعجز الحسي : أن يلتزم الشخص بأداء عمل لا يمكنه أن يؤدي مثله كأن يؤجر الأعمى نفسه لحراسة دار و نحوها ، أو يؤجر الإنسان دارا لا يملكها و لا له تصرف فيها .

فإذا وجد المانع الحسي لم يجز العقد لقوله صلى الله عليه و سلم : " لا تبع ما ليس عندك " ^١.

و الإجارة بيع المنافع فما لا يملكه من المنافع لا يجوز بيعه فلا يصح العقد عليه .
و القاعدة الفقهية تقول : كل تصرف تقاعد عن تحصيل مقصوده فهو باطل ^٢.
و أما المانع الشرعي : بأن يكون قادرا على تسليم المنفعة حسا أو فعلا إلا أنه ممنوع من تسليمها شرعا و ذلك كإجارة الحائض و النفساء - إجارة عين - لتنظيف المسجد حالة الحيض النفاس ؛ لأنها و إن كانت تستطيع خدمة المسجد حسا إلا أنها ممنوعة من ذلك لوجود المانع الشرعي و هو الدم ، فكانت عاجزة عن أداء الخدمة شرعا فلم تصح الإجارة ^٣.

سادسا : أن تعود المنفعة على المستأجر ؛ لأنه المستحق للمنفعة عوضا عما بدله من أجره للمؤجر فإن لم تعد المنفعة على المستأجر لم يصح العقد ؛ و ذلك كأن يستأجر شخص

^١ - رواه أحمد في مسنده ج ٢ ص ١٧٩ ، و رواه ابن ماجة في كتاب العجارات ج ٢ ص ٧٣٧ .

^٢ - الأشباه و النظائر للسيوطي ص ٢٨٥ .

^٣ - روضة الطالبين للإمام النووي ج ٥ ص ١٧٩ (تقسيم العجز إلى حسي و شرعي) .

دارا ليسكنها المؤجر من غير أن يكون للمستأجر نفع في سكن المؤجر ، أو أن يستأجر الأجير ليعخدم نفسه .^١

٣- ضمان النافع

المنفعة ما كان من قبيل الأعراض كسكنى الدار و ركوب الحيوان و عمل الإنسان كما تقدم .^٢

و قد اختلف الفقهاء في ضمان النافع على الوجه الآتي :

أ - ذهب الحنفية إلى عدم التضمن في النافع^٣ ؛ لأنها ليست بمال عندهم ، و من أجل ذلك لم يجوز أن تقابل بالمال و لم يجوز ضمانها لقيام الضمان على المقابلة و المعاوضة ، إذ إن أساس ضمان التالف إحلال مثله محله جبرا له و رفع الضرر ففقدته و ذلك ما يدل عليه قوله تعالى في ضمان العدوان : ﴿ فَمَنْ عَتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا عَتَدَىٰ عَلَيْكُمْ ﴾^٤ للنص فيه على مراعاة المماثلة في الجزاء و ليس للمنافع مثل تجبر به عند فواتها لارتباطها بأزمان حدوثها و طرق استيفائها .

ب - و ذهب الشافعية و الحنابلة^٥ إلى وجوب التضمن في النافع لأنها في رأيهم مال مقوم يتحقق فيه التعدي الموجب للضمان ، لأن النافع أموال مقومة الأعيان ، و لأن الغرض الأظهر من جميع الأموال منفعتها على حد تعبير العز بن عبد السلام في كتابه " قواعد الأحكام في مصالح الأنام " .

^١ - انظر في شروط المنفعة المراجع السابقة في أول الكلام عن المنفعة و شروطها .

^٢ - شرح مجلة الأحكام العدلية لسليم رستم باز ص ٣١٨ .

^٣ - المبسوط للسرخسي ج ١ ص ٧٨ ، مطبعة السعادة بمصر ، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعي ج ٥ ص ٢٣٣ ، نشر إمدادية ملتان - باكستان ، السياسة الاقتصادية و النظم المالية للدكتور أحمد الحصري ص ٤٧٠ ، نشر مكتبة الكليات الأزهرية - القاهرة .

^٤ - سورة البقرة : ١٩٤ .

^٥ - معنى الخجاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج للشريني الخطيب ج ٣ ص ٢٨٦ ، مطبعة الحلبي - القاهرة ، و فتح العزيز شرح الوجيز لعبد الكريم الراعي نقلا عن كتاب المجموع ج ١ ص ٢٦٢ ، و القواعد لابن رجب الحنبلي ص ٢١٣ .

ج - و ذهب المالكية^١ في ضمان المنفعة إلى التفريق بين الغصب و التعدي .
و الغصب عندهم هو القصد إلى الاستيلاء على العين أما التعدي فهو التصرف في
الشيء تصرفاً يؤدي إلى إتلافه كحرقه ، أو إتلاف بعضه ، أو إتلاف منفعه سواء
بإستيفائها أو بتعطيلها .
و إنما يختلف التعدي عن الغصب في اشتراط السببية بين فعل التعدي و الضرر فلا
يكون مسئولاً لهذا عما يحدث بآفة سماوية .
أما الغاصب فإنه مسئول مسئولية مطلقة عما يلحق المقتصوب من ضرر سواء
نشأ بفعله أو بآفة سماوية .

مناقشة مذهب الحنفية :

وجه إلى مذهب الحنفية بعدم اعتبار المنافع أموالاً نقد شديد لمخالفاته للمصلحة
و عدم تشبيهه مع الواقع و إهداره الحقوق .
و لأن الأموال لا يحرص عليها إلا لمنافعها فكيف لا تكون المنافع متقومة^٢ ؟
و أمام هذا النقد ، و نظراً لكثرة الغصوبات و ضعف الدين في النفوس و رعاية
للمصلحة و صونا لأموال الضعفاء أفتى متأخروا الحنفية^٣ بضمان منافع المقتصوب
و الإلزام بدفع أجر المثل عن مدة الاستعمال في ثلاثة أشياء و هي :
١- أن يكون المقتصوب مالا موقوفاً للسكنى أو للاستغلال .
٢- أو مال يتيم .
٣- أو معدداً للاستغلال بأن بناه صاحبه لذلك أو اشتراه لذلك أو أجره أكثر من

^١ - شرح الحرشي على مختصر خليل ج ٦ ص ١٤٨ ، نشر دار الفكر ، بيروت ، و حاشية الدسوقي للشيخ محمد عرفة الدسوقي
ج ٣ ص ٤٤٩ ، مطبعة عيسى الحلبي ، القاهرة .

^٢ - نظرية الضمان للذكور و هبة الزحيلي ص ١٢١ ، نشر دار الفكر .

^٣ - نتائج الأفكار : تكملة شرح فتح القدير لشمس الدين أحمد بن قودر ج ٧ ص ٣٩٤ ، نشر دار الفكر ، بيروت ، تبين الحقائق
شرح كنز الدقائق للزيلعي ج ٥ ص ٢٣٣ ، و درر الحكام شرح غرر الأحكام لمسلا خسرو ج ٢ ص ٢٦٧ ، مطبعة أحمد كامل ،
استانبول ، تركيا .

ثلاث سنين متتابعة .

و تفريعا على هذا الاختلاف :

فإن من يستولي على دابة مثلا مدة من الزمن ، أو حال بينها وبين صاحبها كان ضامنا لأجر مثلها في تلك المدة عند الشافعية و الحنابلة خلافا للحنفية فلا ضمان عليه عندهم و إن انتفع بها .

و غاصب العين إذا أ تلفها بعد غصبها بمدة كان ضامنا لقيمتها و أجر مثلها في تلك المدة ؛ لأن منافعها في ضمانه عند الشافعية و الحنابلة لأن كلا من العين و منفعتها مما يضمن عند الانفراد فكذاك يكون عند الاجتماع على الأصح .

و قيل يضمن أكثر الأمرين قيمة و لا يضمن عند الحنفية إلا قيمتها فقط سواء انتفع بها في تلك المدة أم لم ينتفع ^١ .

و الراجع ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من القول بضمان المنافع ؛ لأن الناس لا يحرصون على شراء الأعيان إلا من أجل المنافع التي فيها ، فلولا المنافع لأعرض الناس عن شراء الأعيان .

و على هذا فإن قيمة المنفعة المستولى عليها بالتعدي تكون مضمونة بأجرة المثل لضياح المنفعة على صاحبها ^٢ .

^١ - نهاية المحتاج للرملي ج ٥ ص ١٦١ ، مطبعة بولاق ، القاهرة و كشف القناع للبهوتي ج ٢ ص ٧٤٠ ، مطبعة الحكرمة ، مكة .
^٢ - معني المحتاج ج ٢ ص ٢٨٦ ، فتح العزيز شرح الوجيز بهامش كتاب المجموع ج ١١ ص ٢٦٢ ، قواعد الأحكام في مصالح الأناس للعز بن عبد السلام ج ٢ ص ١٥٢ و ما بعدها ، القواعد لابن رجب ص ٢١٣ ، نشر دار المعرفة ، بيروت ، و المعني لابن قدامة ج ٥ ص ٣٢٧ ، نشر مكتبة الرياض الحديثة ، و طبعة أخرى لمكتبة الكلبيات الأزهرية بالقاهرة ز

المطلب الثالث

ترتيب الدين في الذمة

الدين في الفقه الإسلامي هو التزام محله مبلغ من النقود أو جملة من الأشياء المثلية^١.
و الذي يقابل الالتزام بالدين في الفقه الإسلامي هو الالتزام بالعين و الالتزام بالعين هو التزام محله عين معينة بالذات لتمليكها أو تملكك منفعتها أو تسليمها أو حفظها كتمليك أرض معروفة الحدود أو منفعة دار أو حفظ حيوان^٢.

الأثمان: الثمن العوض الذي يؤخذ على التراضي في مقابلة المبيع عينا كان أو سلعة^٣.
و يرتب العقد عن المبيع ديناً في ذمة المشتري إذا كان الثمن كما هو الغالب نقوداً أو أشياء مثلية فإذا كان الثمن ديناً على هذا الوجه فالذي يرتبه في ذمة المشتري هو عقد البيع فالبيع المطلق الذي لم يذكر في عقده تأجيل الثمن أو تعجيله و يرتب في ذمة المشتري ديناً واجب الأداء في الحال فإذا اتفق على تأجيل الثمن أو على تقسيطه رتب البيع في ذمة المشتري ديناً مؤجلاً أو ديناً مقسطاً بحسب الأحوال و عقد البيع ذاته هو مصدر الدين الذي هو الثمن و يترتب الدين بمجرد انعقاد البيع صحيحاً^٤.

الأجور : الأجور جمع أجر و الأجر في اللغة الجزاء على العمل و الأجر و الأجرة و الإجارة و الأجرة و الأجرة - بكسر الهمزة و فتحها و ضمها - كلها بمعنى ما أعطيت من أجر و تقول العرب : أجرك الله : أي أثابك الله و أجر المرأة مهرها^٥.

^١ - العناية شرح الهداية ج ٦ ص ٣٤٦ .

^٢ - رد المحتار لابن عابدين ج ٤ ص ٢٦ ، و البدائع ج ٥ ص ٢٣٤ .

^٣ - المعجم الوسيط ج ١ ص ١٠١ .

^٤ - البدائع ج ٥ ص ٢٣٣ .

^٥ - لسان العرب لابن منظور ج ٥ ص ٦٥ ، و القاموس المحيط للفيروز آبادي ج ١ ص ٣٧٦ ، طبع المؤسسة العربية للطباعة و النشر، بيروت ، و المصباح المنير ج ١ ص ٥ ، نشر دار المعرفة ، بيروت .

تعريف الأجرة في اصطلاح الفقهاء :

جاء تعريف الأجرة في المادة (٤٠٤) من المجلة العدلية بأنها : " بدل المنفعة " ^١ و قال العيني ^٢ : الأجرة هي ما أعطيت من كراء الأجير .
و عرفها المالكية بأنها : عوض الإجارة ^٣ .
و عرف البعلبي الحنبلي ^٤ الأجرة بقوله : الأجرة العوض المسمى في الإجارة ^٥ .
و بالنظر في هذه التعريفات يتضح أن الفقهاء يعرفون الأجرة بأنها البذل الذي يتعين على المستأجر مقابل ما يستفيدة من المنفعة الحاصلة من محل الإجارة ، وهو الشيء المؤجر الذي وقع عليه عقد الإجارة ، و في عقد الإجارة الواردة على عمل الأجير ، فإن الأجرة هي ما يتقاضاه الأجير من صاحب العمل مقابل ما يبذل له من منفعة نفسه .
و هذا ما يتضح من تعريف الفقهاء للأجرة بأنها بدل المنفعة .
مشروعية الأجرة :

و قد ثبتت مشروعية الأجرة بالكتاب و السنة و الإجماع .

أما الكتاب :

فقول الله تعالى : ﴿ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَارْتَوِهْنَ أَجُورَهُنَّ ﴾ ^٦

و هذا دليل على مشروعية الأجرة مقابل المنفعة المبذولة .

^١ - شرح المجلة لسليم رستم باز اللبناني ص ٢٣٣ .

^٢ - العيني (٧٦٢ - ٨٥٥ هـ) هو محمود بن أحمد أبو القاء بدر الدين العيني ، أصله من حلب ، فقه حنفي و مؤرخ من كبار المحدثين ، ولي قضاء الحنفية بالديار المصرية ، من تصانيفه : عمدة القاري شرح صحيح البخاري ، و رمز الحقائق (شرح كنز الدقائق) . انظر الجواهر المنجية في تراجم الحنفية لشمس الدين أبي محمد عبد القادر ابن محمد بن محمد ج ٢ ص ١٦٥ . و الفوائد البهية لعبد الحي اللكنوي الهندي ص ٢٠٧ ، نشر دار المعرفة ، بيروت ، و الأعلام للزركلي ج ٨ ص ٣٨ طبعة : ١٩٦٩ م .

^٣ - حاشية الشيخ علي الصمدي العدوي مع شرح الحرشي على مختصر سيدي خليل ج ٧ ص ٢ ، نشر دار الفكر ، بيروت .

^٤ - البعلبي (٦٤٥ - ٧٠٩ هـ) هو شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أبي الفتح بن إبي الفضل البعلبي الحنبلي ، ولد و نشأ بعلبك ، مكث من التصانيف ، توفي بمصر و له : شرح الألفية لابن مالك ، و الفاخر في شرح جمل عبد القاهر ، و المطلع على أبواب المقنع . انظر : مقدمة كتاب المطلع على أبواب المقنع للبعلبي ، نشر المكتب الإسلامي ، بيروت .

^٥ - المطلع ص ٤٨ .

^٦ - سورة الطلاق : ٦ .

و أما السنة :

فأحاديث كثيرة منها :

- ما رواه البخاري عن عمرو بن عامر قال : سمعت أنسا رضي الله عنه يقول كان النبي صلى الله عليه و سلم يحتجم^١ و لم يكن يظلم أحدا أجره^٢ ووجه الاستدلال : أن كونه صلى الله عليه و سلم يدفع الأجر للذي حجه و لم يكن يظلم أحدا أجره فإنه يدل على مشروعية الأجر .

و أما الإجماع :

فقد أجمعت الأمة في سائر الأعصار و الأمصار على وجوب دفع الأجر للأجير و عليه العمل منذ صدر الإسلام إلى يومنا هذا دون مخالفة من أحد^٣ . و الأجرة في الإيجار قد تكون نقودا أو من المثليات و عندئذ تكون دينا في ذمة المستأجر ترتب على عقد الإيجار . و قد تكون عينا تصين بالتعين فلا تكون دينا بل عينا و ينتقل الملك فيها إلى المؤجر بعقد الإيجار .

القرض :

و عقد القرض إذا تم صحيحا رتب في ذمة المقرض دينا برد مثل المال المقرض و المال المقرض لا بد أن يكون من المثليات أو النقود فيرتب عقد القرض دائما في ذمة المقرض دينا برده . و ميعاد حلول الدين هو الوقت الذي يختاره المقرض^٤ .

^١ - جاء في المعجم الوسيط ج ١ ص ١٥٨ الحجامة : الحجام و حرفة الحجام و الحجام محوّل الحجامة .

^٢ - فتح الباري شرح صحيح البخاري لابن حجر العسقلاني ج ٤ ص ٤٥٨ .

^٣ - كتاب الإجماع لابن المنذر ص ١١٦ .

^٤ - الفقه على مذهب الأربعة للجزيري - ج ٢ ص ٢٤٤ مكتبة دارالارشاد

المطلب الرابع

إلزام العاقد بعمل معين

قد يترتب على العقد إلزام العاقد بالقيام بعمل معين ، و يدخل في ذلك طوائف العقود الآتية :

١- عقد الأجير الخاص ، و عقد الأجير المشترك ، شركة الأعمال ، شركة العقد ، و شركة المزارعة ، و المساقاة ، و كلها عقود تلزم العاقد القيام بعمل مادي معين .^١

٢- عقد البيع ، و عقد إيجار الأشياء و نحوها ، و كلها عقود تلزم العاقد بتسليم شيء معين .

٣- عقد الوديعة ، و عقد العارية ، و نحوها و كلها عقود تلزم العاقد بحفظ شيء معين .

٤- عقد الوكالة و هو عقد يلزم العاقد بالقيام بعمل معين لمصلحة موكله ، على ذلك تكون الأعمال التي يلزم العاقد بالقيام بها هي :

أولا : القيام بعمل مادي .

ثانيا : التسليم .

ثالثا : الحفظ .

رابعا : تنفيذ الوكالة .

و تفصيل القول في ذلك على ما يلي :

القيام بعمل مادي معين :

قد يكون هذا العمل المادي خدمة أو غيرها من أنواع العمل ، يقوم بها أجير خاص أو أجير مشترك و كلامنا في الأجير الخاص و الأجير المشترك على ما يلي :

^١ - البدائع ج ٤ ص ٢١١ ، المبسوط ج ١٢ ص ١٠٣ .

الأجير في اللغة : فعيل بمعنى فاعل : أي آخذ الأجرة و يسمى المستأجر - بفتح الجيم - لأنه معقود عليه ، و جمعه أجراء ^١.

و في الاصطلاح :

هو البازل منفعة نفسه لغيره بعوض معلوم ، أو هو من أجر نفسه مدة معلومة أو لعمل معلوم ^٢.

و هو في الشرع نوعان :

الأجير المشترك .

و الأجير الخاص .

النوع الأول : الأجير المشترك

اتفق الفقهاء على تعريف الأجير المشترك في المعنى و إن اختلفوا في اللفظ .

فقد عرفه جلال الدين الخوارزمي في كتابه " الكفاية على الهداية " بقوله : الأجير المشترك من يكون عقده واردا على عمل معلوم ببيان محله ^٣.

و عرفه الشيخ محمد الشرييني الخطيب في كتابه " مغني المحتاج " بقوله : الأجير المشترك هو من التزم عملا في ذمته كعادة القصارين و الخياطين ^٤.

و عرفه ابن قدامة في كتابه " المغني " بقوله : الأجير المشترك الذي يقع العقد معه على عمل معين كخياطة ثوب و بناء حائط و حمل شيء إلى مكان معين ، أو على عمل في مدة لا يستحق جميع نفعه فيها كالكحال و الطبيب و سمي مشتركا لأنه يتقبل أعمالا لاثنين و ثلاثة و أكثر في وقت واحد و يعمل لهم فيشتركون في منفعته و استحقاقها لسمي مشتركا لاشتراكهم في نفعه ^٥.

^١ - كشف اصطلاحات الفنون للتهانوي ج ١ ص ٩٧ ، مطبعة السعادة بمصر ، سنة : ١٣٨٢ هـ ، لسان العرب ج ٥ ص ٦٥ .

^٢ - مجلة الأحكام الشرعية لأحمد بن عبد الله القاري ص ٢٠٥ . المادة : ٥٢١ ، الطبعة الأولى ، تهامة : ١٤٠١ هـ .

^٣ - ج ٨ ص ٦١ ، نشر دار إحياء التراث العربي ، بيروت .

^٤ - ج ٢ ص ٣٥٢ ، مطبعة مصطفى الحلبي ، القاهرة .

^٥ - المغني لابن قدامة ج ٥ ص ٥٢٤ .

و على هذا يمكن أن أقول : إن الأجير المشترك هو الذي يقع العقد معه على منفعة في الدمة في شيء معين أو موصوف .

النوع الثاني : الأجير الخاص

تعريفه :

عرفه الفقهاء بتعريفات مختلفة في الألفاظ ، و سبب اختلافهم أن البعض منهم عرف الأجير الخاص بملاحظة بعض صفاته ، و عرفه الآخرون بملاحظة صفات أخرى لازمة له . فقد عرفه المرغيناني بقوله : ^١ الأجير الخاص : هو الذي يستحق الأجر بتسليم نفسه في المدة ، و إن لم يعمل كمن استؤجر شهرا للخدمة أو لرعي الغنم . و عرفه الشرييني الخطيب بقوله : ^٢ هو من أجر نفسه مدة معينة لعمل لغيره لا يمكنه شرعا التزام مثله لآخر في تلك المدة .

و عرفه ابن قدامة في المغني بقوله : ^٣ هو الذي يقع العقد عليه في مدة معلومة يستحق المستأجر جميع نفعه فيها .

و بالنظر في التعريفات السابقة للأجير الخاص يتضح أن الأجير يكون خاصا إذا تحققت فيه الأمور الآتية

• أن يبذل نفسه لدى غيره

• أن يتعلق أداء العمل بذاته لا بدمته .

• أن يختص المستأجر بمنافعه مدة الإجارة أو خلال تنفيذه العمل المتفق عليه .

• أن يستحق الأجر بتسليمه نفسه عمل أو لم يعمل .

و سمي خاصا لانفراد المستأجر بمنفعته في تلك المدة دون سائر الناس .^٤

^١ - الهداية شرح بداية المبتدي للمرغيناني ج ٣ ص ٢٤٥ ، مطبعة مصطفى الحلبي .

^٢ - مغني المحتاج ج ٢ ص ٣٥٢ .

^٣ - المغني لابن قدامة ج ٥ ص ٥٢٤ .

^٤ - المرجع السابق .

و على ذلك يمكن أن يعرف الأجير الخاص بأنه الذي يقع العقد عليه لمدة معينة أو لعمل معلوم لا يحق له العمل عند غير مستأجره أثناء مدة العقد .

و يرشد ما تقدم إلى أن الأجير الخاص هو الذي يتخصص في العمل لغيره فلا يعمل لآخر فيقوم بأعمال الخدمة المنزلية أو غير ذلك من أعمال المصانع كالمتاجر ونحوها .
و الأجير المشترك هو الذي يقوم للغير بعمل معين دون أن يتخصص لهذا الغير وحده ، و ذلك كالقيام بعمل من أعمال البناء أو النجارة أو القصارة أو غير ذلك .
و ليس للأجير الخاص أن يعمل في مدة الإجارة لغير مستأجره ، و إن عمل لغيره ينقص من الأجر بقدر ما عمله ، و يستحق الأجرة بتسليم نفسه للخدمة و تمكنه منها سواء خدم أو لم يخدم ، أما الأجير المشترك فلا يستحق إلا إذا عمل .

و يجوز أن يلتزم العاقد بأداء عمل معين بموجب شركة تقبل الأعمال .
و يجوز أن يلتزم العاقد بأداء عمل معين بموجب شركة كشركة العنان مثلا التي عرفها الفقهاء بأنها : أن يشترك بدنان بماهما على أن تكون الأرباح و الخسائر بينهما حسبما يفتقان ^١ .

و في المزارعة يلتزم المزارع بزراعة الأرض و يقسم المحصول بينه و بين صاحب الأرض على الوجه الذي اشترطاه .

و في المساقاة يدفع الكروم إلى من يصلحها و يسقيها بجزء معلوم من ثمرها ، و الأعمال اللازمة للثمر قبل إدراكه كسقيه و تلقيحه و حفظه تلزم العامل ، و الأعمال اللازمة بعد إدراك الثمر كالجذاذ و نحوه تلزم كلا من العاقلين .

التسليم

و القيام بتسليم شيء يجوز أن يكون من الأعمال التي يلتزم بها العاقد فالبايع يلتزم بتسليم المبيع للمشتري و المؤجر يلتزم بتسليم العين المؤجرة للمستأجر للانتفاع بها ،
و المستأجر يلتزم زد العين المؤجرة إلى المؤجر بعد الانتفاع ، و المستعير يلتزم برد العين

^١ - انظر : العناية على هامش فتح القدير ج ٥ ص ٥ محمد بن محمد بن محمود الباهوتي ، الطبعة الثانية : ١٣٨٩ هـ ، دار الفكر ، بيروت .

المعارة ، و حافظ الوديعة يلتزم برد العين المودعة .

الحفظ

وقد يلتزم العاقد بحفظ العين بعقد وديعة أو عارية أو إيجار أو رهن أو غير ذلك من العقود التي تلزم العاقد بالحفظ .

و خير مثال للالتزام بالحفظ هو التزام حافظ الوديعة ، فيجب على الوديع أن يعنى بحفظ الوديعة بما يحفظ به ماله ، و أن يضعها في حرز مثلها على حسب نفاستها ، و له أن يحفظها بنفسه ، أو بمن يأتمنه على حفظ ماله ممن هو في عياله .^١

تنفيذ الوكالة

و يلتزم الوكيل بعقد الوكالة بأن يقوم بتصرف معين لحساب الموكل ، و يشترط لصحة الوكالة أن يكون الموكل ممن يملك التصرف بنفسه و فيما وكل به غيره ، و كل عقد جاز للموكل أن يعقده بنفسه جاز أن يوكل به غيره و للموكل أن يعزل و كي له عن الوكالة و للوكيل أن يعزل نفسه .^٢

^١ - انظر : مرشد الحيران المواد : ٨١٥، ٨١٧، ٨١٨، ٨٢٩، ٨٣٣، ٨٣٨ . و الأشباه و النظائر للسيوطي ص ٤٦٨ .
^٢ - انظر : مرشد الحيران المواد : ٩١٦، ٩٢١، ٩٢٣، ٩٢٤، ٩٥٧، ٩٧٠، ٩٧٢ . و البدائع ج ٦ ص ٢٠ ، و معني المحتاج ج ٢ ص ٢١٧ .

المطلب الخامس

توثيق الديون

و قد يكون العقد لتوثيق الدين و كفالاته . و عقود التوثيق هي : الكفالة و الحوالة و الرهن .

أولا : الكفالة

و هي ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل في المطالبة بنفس أو دين أو عين .^١
فإذا توثق دين بكفالة جاز للدائن المكفول دينه مطالبة الأصيل أو مطالبة الكفيل أو مطالبتهما معا .^٢

و إذا أدى الكفيل ما كفل به من ماله فله الرجوع بما أدى على الأصيل إن كانت الكفالة بأمر الأصيل ، و لكن ليس للكفيل مطالبة الأصيل بالدين المكفول قبل أن يؤديه للدائن المكفول له و لو كانت الكفالة بأمر الأصيل .
و أداء الأصيل أو الكفيل المال المكفول به يوجب براءة الأصيل و الكفيل و إبراء الدائن الأصيل يوجب براءة الكفيل ، و لكن إبراء الدائن الكفيل لا يوجب براءة الأصيل .^٣

ثانيا : الحوالة

و هي أيضا عقد أقرب إلى أن يكون عقد توثيق ، و الحوالة لا تنقل الدين ، ولا المطالبة من ذمة المدين إلى ذمة المحال عليه عند زفر .^٤ بل تضم ذمة المحال عليه إلى ذمة المدين في المطالبة فلا تعدو أن تكون كفالة محضة .

^١ - راجع فتح القدير ج ٥ ص ٣٨٥ ، البدائع ج ٦ ص ٢ .

^٢ - المبسوط للسرخسي ج ٢٠ ص ٤٦ .

^٣ - الدر المختار ج ٤ ص ٢٨٥ ، و مرشد الخيران المراد : ٨٣٩ ، ٨٤٤ ، ٨٤٨ ، ٨٥٢ ، ٨٥٣ ، ٨٥٦ ، ٨٦٢ ، ٨٦٣ .

^٤ - البدائع ج ٦ ص ١٧١ .

و عند إبي حنيفة و إبي يوسف^١ تنتقل المطالبة و الدين من ذمة المدين إلى ذمة المحال عليه ؛ فإن الدين الأصلي ينقضي ، و يحل محل الدين الأصلي دين جديد في ذمة المحال عليه .

و حوالة الدين في المذاهب الثلاثة الأخرى^٢ لا تكون إلا حيث يكون المدين دائما في الوقت ذاته للمحال عليه بجنس ما عليه و بمقداره ، فهي إذن وفاء الدين بحق عن طريق إسقاط كل من الدين و الحق .

ثالثا : الرهن

تعريفه : هو عقد من عقود توثيق الدين فهو جعل مال محبوسا في يد المرتهن بدين للمرتهن يمكن استيفاؤه من المال المرهون كالا أو بعضا^٣ .

و يشترط في المال المرهون أن يكون مالا موجودا متقوما مقدورا على تسليمه ، محورا لا متفرقا ، مميزا لا مشاعا و لا متصلا بغيره^٤ .

و يشترط في مقابل الرهن أن يكون ديننا ثابتا في الذمة أو موعودا به أو عينا من الأعيان المضمونة فلا يصح الرهن بالأمانات و يشترط لتمام الرهن و لزومه على الراهن أن يقبضه المرتهن قبضا تاما^٥ .

و إذا توثق دين برهن فللمرتهن حبس الرهن لاستيفاء الدين الذي رهن به ، و إذا مات الراهن مديونا فالمرتهن أحق من سائر الغرماء في أن يستوفي به حقه ، وما فضل منه للغرماء .

^١ - البدائع ج ٦ ص ١٧١ .

^٢ - رد المحتار ج ٤ ص ٣٢٣ و معنى المحتاج ج ٢ ص ١٩٣ ، و المعنى لابن قدامة ج ٤ ص ٥٧٩ و المغلى ج ٨ ص ١١٠ ، الحرسى على مختصر خليل ج ٦ ص ٨١ .

^٣ - تكملة فتح القدير ج ١٠ ص ١٣٥ .

^٤ - البدائع ج ٦ ص ١٣٥ ، و رد المحتار على الدر المختار ج ٥ ص ٣٤٠ ، تكملة فتح القدير ج ٨ ص ١٩٣ .

^٥ - أحكام القرآن لابن العربي ج ١ ص ٢٦٠ .

و يجب على المرتهن أن يعتني بحفظ الرهن كاعتنائه بحفظ ماله ، و له أن يحفظه بنفسه أو بغيره ممن هم في عياله ممن يأتهم على حفظ ماله ، و الرهن مضمون بهلاكه بعد قبضه بالأقل من قيمته و من الدين ، و تعتبر قيمته يوم قبضه لا يوم هلاكه .
 ولا يجوز للمرتهن أن يتفجع بالرهن منقولا كان أو عقارا بدون إذن الراهن ،
 و للراهن أن يرجع في الإذن في أي وقت شاء ، و المصروفات اللازمة لحفظ الرهن و صيانه تكون على المرتهن ^١.

^١ - مرشد الحيران المراد : ٩٧٥ ، ٩٧٦ ، ٩٧٧ ، ١٠٠٠ ، ١٠٠٨ ، ١٠١٣ ، ١٠٢١ ، ١٠٢٢ .

المبحث الثاني

الاستثناءات الواردة على تنفيذ العقد

إذا كانت القاعدة العامة في الفقه الإسلامي أن الواجب على المتعاقدين تنفيذ العقد في جميع ما اشتمل عليه دون تغيير فإن هناك إستثناءات تجعل العقد غير قابل لتنفيذ ما اشتمل عليه من التزامات ، و قد تؤدي إلى فسخه .

و سأتناول فيما يلي مثالين للاستثناءات الواردة على القاعدة المذكورة و هما :

١- الأعدار التي تبيح فسخ عقد الإيجار و عدم الالتزام بتنفيذ ما اشتمل عليه .

٢- مسألة الجوائح و أثرها على القاعدة العامة لتنفيذ العقود وذلك على التفصيم

الآتي :

أولا : الأعدار التي تبيح فسخ عقد الإيجار و عدم الالتزام بتنفيذ ما اشتمل عليه لم تنفق المذاهب المختلفة على حكم واحد في فسخ الإيجار بالعدر : فمنها ما توسع في ذلك توسعا كبيرا ، و هذا هو المذهب الحنفي ، و منها ما ضيق مع تفاوت في الضيق، و هذا ما يلاحظ على المذاهب الثلاثة الأخرى : المالكية و الشافعية و الحنابلة.

أ- المذهب الحنفي

توسع المذهب الحنفي كثيرا في الأعدار التي يفسخ بها عقد الإيجار ، ففي هذا المذهب قد يفسخ الإيجار لعدر يقوم في جانب المستأجر ، أو لعدر يقوم في جانب المؤجر، أو لعدر يقوم بالنسبة إلى العين المؤجرة .

فأما العذر الذي في جانب المستأجر فنحو أن يفلس مستأجر الحانوت فيعجز عن دفع الأجرة ، كذلك لو أراد المستأجر السفر لمصلحة له لا يستطيع تفويتها إلا بمضرة ، أو انتقل من الحرفة إلى الزراعة ، أو من الزراعة إلى التجارة، أو من حرفة إلى حرفة

أخرى ، و من ذلك أيضا ما إذا استأجر رجل حانوتا ليتجر في السوق ، ثم كسدت السوق فلم يتمكن من ترويح بضائعه فله فسخ الإجارة لهذا العذر .

و أما العذر الذي في جانب المؤجر فنحو أن يلحقه دين فادح لا يجد قضاءه إلا من ثمن العين المؤجرة فله فسخ العقد في هذه الحال للوفاء بدينه .

و أما العذر الذي يتعلق بالعين المؤجرة فكأن يستأجر شخص ظنرا لإرضاع ابنه فيها ، فلم يستطع الرضيع الحصول على اللبن لانقطاع لبنها ، أو مرضت بعد الاستئجار ، فهذا و نحوه يعتبر عذرا مبررا لفسخ الإجارة ^١ .

كيف يكون فسخ الإيجار بالعذر

ما تقدم كان في بيان الأعذار المبررة لفسخ عقد الإيجار في كل من المستأجر ، و المؤجر و العين المؤجرة .

و بقي علي أن أتناول الكلام عن كيفية فسخ الإجارة بالعذر عملا على الإيضاح و البيان و ذلك على ما يلي :

تكلم علماء المذهب الحنفي عن كيفية فسخ عقد الإيجار بالعذر فقررُوا أنه ينظر إلى العذر إن كان يوجب العجز عن المضي في موجب العقد شرعا بأن كان المضي فيه حراما ، كالإجارة على قلع الضرس ثم سكنت ، و على قطع اليد المتأكلة ثم برأت فالإجارة تنفسخ من تلقاء نفسها .

ب- المذهب المالكي

يقر المذهب المالكي فسخ الإيجار للعذر و لكنه في هذا الموضوع لم يتوسع بمثل ما توسع المذهب الحنفي على ما سبق بيانه .

ففي المذهب المالكي تنفسخ الإجارة بمنع استيفاء المنفعة شرعا ، كسكون ألم السن المستأجر على قلعها أو العفو عن القصاص المستأجر على استيفائه .

^١ - انظر : الفتاوى الهندية ج ٤ ص ٤٥٨ ، ٤٥٩ ، البدائع ج ٤ ص ٢٢٢ و ما بعدها .

و تفسخ الإجارة بحمل الظئر ، لأنه يخاف على الولد من لبنها و إن انقطع الماء عن الرحي المستأجرة فسخت الإجارة للعدر و كذلك إن أبق العبد المستأجر^١.

ج- المذهب الشافعي

الأصل في مذهب الشافعي ألا تفسخ الإجارة بالعدر ، إلا إذا أوجب خللا في المعقود عليه أو كان عيبا فيه تنقص به المنفعة أو تعذر استيفاء المنفعة تعذرا شرعيا كعثر الدابة في المشي و العرج الذي تأخر به عن القافلة ، و ضعف البصر في المستأجر للخدمة و انهدام الحائط في الدار و انقطاع الماء في البئر ، فالشافعية يعدون كل ذلك و نحوه من العيوب خللا في المعقود عليه و من ثم تكون أعذارا ترد بها العين لهذا العيب^٢.

د- المذهب الحنبلي

الأصل في المذهب الحنبلي أيضا ألا تفسخ الإجارة بالعدر إلا إذا أوجب العذر خللا أو عيبا في المعقود عليه تنقص به المنفعة أو يتعذر معه استيفاء المنفعة تعذرا شرعيا كأن تعذر الزرع بسبب غرق الأرض أو انقطاع مائها ، فللمستأجر في هذه الحال الخيار بين فسخ العقد أو إمضائه لأنه لمعنى في العين ، و إن قل الماء بحيث لا يكفي الزرع فله الفسخ لأنه عيب .

أما إذا هلك الزرع بسبب حريق أو جراد أو برد فلا فسخ لأن التالف غير المعقود عليه^٣.

هذا مع ملاحظة أن المذهب الحنبلي يضيف على ما تقدم من أعذار في المذاهب الأخرى أعذارا أخرى و منها :

الخوف العام الذي يمنع من سكنى المكان الذي فيه العين المستأجرة .

^١ - مواهب الجليل للحطاب ج ٥ ص ٤٣٢ ، المدونة ج ١١ ص ٤٧٥-٤٧٦ .

^٢ - المهذب ج ١ ص ٤٠٥-٤٠٦ ، نهاية المحتاج ج ٥ ص ٣١٢ .

^٣ - المغني لابن قدامة ج ٥ ص ٤١٨ و ما بعدها .

أو حدث أن حوصرت البلد بعدو أو وباء أو غيره بحيث يمنع الخروج إلى الأرض المستأجرة للزراع .

فهذه و مثلها في المذهب الحنبلي تعد أعتذارا يفسخ بها عقد الإجارة لأنها عامة شاملة للناس^١ .

ثانيا : مسألة الجوائح و أثرها على القاعدة العامة في العقود

و قد جعلت الكلام عن هذا الموضوع في أربعة فروع هي :

الفرع الأول : تعريف الجائحة .

الفرع الثاني : الأسباب الفاعلة للجوائح .

الفرع الثالث : حكم الجائحة .

الفرع الرابع : أقوال أهل العلم في بيع الثمار .

الفرع الأول : تعريف الجائحة

الجائحة مفرد جمعه جوائح .

و الجائحة : هي الآفة التي تهلك الثمار و تجتاح الأموال و تستأصلها و كل مصيبة عظيمة و فتنة كبيرة .

و السنة الجائحة هي السنة الجذبة^٢ .

^١ - المفتي لابن قدامة ج ٥ ص ٤١٨ و ما بعدها .

^٢ -- قواعد الفقه محمد عليم الإحسان المجددي البركتي ج ٢٩٤ ، نشر الصدف بهلشوز ، كراتشي .

و من هذا الذي تقدم نعلم : أن الجائحة : هي الآفة التي تصيب الزروع أو الثمار فتهلكها دون أن يكون لآدمي صنع فيها مثل القحط و البرد و العطش .

الفرع الثاني: الأسباب الفاعلة للجوائح

ما أصاب الثمرة من السماء مثل البرد و القحط و العفن فلا خلاف في مذهب مالك أنه جائحة ^١.

و أما العطش كما قلنا فلا خلاف بين الجميع أنه جائحة .

و أما ما أصاب من صنع الآدميين :

- فبعض من أصحاب مالك رآه جائحة .

- و بعض لم يره جائحة .

و الذين رأوه جائحة انقسموا إلى قسمين :

أ - فبعضهم رأى منه جائحة ما كان غالبا كالجيش ^٢.

و لم ير ما أخذ على غرة مثل السرقة جائحة .

ب - و بعضهم جعل كل ما يصيب الثمرة من جهة الآدميين جائحة بأي وجه كان

فمن جعلها في الأمور السماوية فقط اعتمد ظاهر قوله صلى الله عليه و سلم

(أرايت إذا منع الله الثمرة) ^٣

و من جعلها في أفعال الآدميين شبهها بالأمور السماوية .

و من استثنى اللص قال : يمكن أن يتحفظ منه ^٤.

^١ - بداية المجهد ج ٢ ص ١٨٧-١٨٨ ، مطبعة مصطفى الحلبي بالقاهرة ط/ ٥ ، ١٤٠١ هـ ، و المدونة الكبرى للإمام مالك ج ١٢ ص ٢٥ و ما بعدها .

^٢ - نظرا لأن الجيوش في كرها و هجومها على الأعداء تمر بأعداد و معدات هائلة فتلف أثناء سيرها بعض الزروع و الثمار .

^٣ أخرجه البخاري في كتاب البيوع ج ٣ ص ١٠١ .

^٤ - بداية المجهد ج ٢ ص ١٨٨ . الطبعة السابقة .

الفرع الثالث : حكم الجائحة

للجائحة حكم يختص بها بيانه ما يلي :

إذا بيعت الثمرة بعد ظهور صلاحها و سلمها البائع للمشتري بالتخلية ، ثم تلفت بالجائحة قبل أوان الجذاذ فهي من ضمان البائع ، وليس على المشتري أن يدفع عنها ؛ لأن الرسول صلى الله عليه و سلم (أمر بوضع الجوائح)^١ ، و في لفظ قال : (إن بيعت من أخيك تمرا فأصابته جائحة فلا يحل لك أن تأخذ من ثمنه شيئا ، ثم تأخذ مال أخيك)^٢ و هذا الحكم في حالة ما إذا لم يبيعها البائع مع أصلها ، أما إذا باعها مع أصلها تكون في هذه الحال من ضمان المشتري^٣.

لأن لم يكن التلف بسبب الجائحة بل كان من عمل الآدمي فالمشتري الخيار : بين الفسخ و الرجوع بالثمن على البائع . و بين الإمساك و مطالبة التلف بالقيمة .

و قد ذهب إلى هذا الإمام أحمد و أبو عبيد و جماعة من أصحاب الحديث^٤ . و ذهب جمهور الفقهاء إلى أن الأمر بوضع الجوائح أمر ندب و استحباب عن طريق المعروف و الإحسان لا على سبيل الوجوب و الإلزام^٥.

و قال مالك بوضع الثلث فصاعدا و لا يوضع فيما هو أقل من الثلث . قال أصحابه : معنى هذا الكلام أن الجائحة إن كانت دون الثلث كانت من مال المشتري ، و ما كان أكثر من الثلث فهو من مال البائع^٦.

و استدل من تأول الحديث على معنى الندب و الاستحباب دون الإيجاب بأنه أمر حدث بعد استقرار ملك المشتري عليها ، فلو أراد أن يبيعها أو يهبها لصح ذلك منه فيها^٧.

^١ - رواه مسلم عن جابر رضي الله عنه : صحيح مسلم بشرح النووي ج ١٠ ص ٢٠٠ .

^٢ - المرجع السابق ج ١٠ ص ٢١٦ .

^٣ - فقه السنة لسيد سابق ج ٣ ص ٢٥٨ ، نشر دار الريان للتراث بالقاهرة .

^٤ - المعني لابن قدامة ج ٤ ص ١١٩ ، و فقه السنة للسيد سابق ج ٣ ص ٢٥٨ .

^٥ - فقه السنة ج ٣ ص ٢٥٨ .

^٦ - بداية المجهد ج ٢ ص ١٨٨ ، مطبعة مصطفى البابي الحلبي بالقاهرة ، ١٤٠١ هـ .

^٧ - فقه السنة ج ٣ ص ٢٥٨ .

و قد نهى رسول الله صلى الله عليه و سلم (عن ربح ما لم يضمن)^١
 فإذا صح بيعها ثبت أنها من ضمانه ، و قد نهى رسول الله صلى الله عليه و سلم
 (عن بيع الثمرة حتى يبدو صلاحها)^٢
 فلو كانت الجائحة بعد بدو الصلاح من مال البائع لم يكن لهذا النهي فائدة .
 و لاشك أن نهى رسول الله صلى الله عليه و سلم عن أمر من الأمور فيه كل
 الفائدة .

الفرع الرابع : أقوال أهل العلم في بيع الثمار

بيع الثمار قد يكون قبل أن تخلق ، أي قبل أن تظهر على الشجر ، و قد يكون بعد
 أن تخلق و هي على الشجر . و سأتكلم عن هاتين الحالتين بذكر النصوص الواردة في
 ذلك ثم أتبعها ببيان آراء الفقهاء على النحو التالي :

أ- النصوص :

وردت أحاديث كثيرة في هذا الموضوع و منها :
 ما روي عن جابر بن عبد الله رضي الله عنه قال : (نهى النبي صلى الله عليه و سلم
 عن بيع السنين . و في رواية ابن أبي شيبة " عن بيع الثمر سنين ")^٣
 ما روي عن ابن عمر رضي الله عنهما (أن النبي صلى الله عليه و سلم نهى عن
 بيع الثمار حتى يبدو صلاحها ، نهى البائع و المبتاع)^٤
 و عن أنس رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه و سلم (نهى عن بيع الثمار
 حتى تزهي فليل له : و ما تزهي ؟ قال : تحمر ، فقال : رأيت إذا منع الله الثمرة بم

^١ - رواه ابن ماجه ج ٢ ص ٢١٨٨ ، كتاب التجارات ، تحقيق فؤاد عبد الباقي ، طبع دار إحياء التراث العربي .

^٢ - رواه مسلم في صحيحه ج ٣ ص ١١٦٥ ، تحقيق فؤاد عبد الباقي ، طبع دار إحياء التراث العربي .

^٣ - صحيح مسلم بشرح النووي ج ١٠ ص ٢٠٠ .

^٤ - صحيح مسلم ج ٣ ص ١١٦٥ ، تحقيق فؤاد عبد الباقي ، طبع دار إحياء التراث العربي .

يأخذ أحدكم مال أخيه .^١

فصلاح البلح بالاحمرار و الاصفرار و صلاح العنب بظهور الماء الحلو و الاصفرار ،
و يعرف صلاح سائر الفواكه بطيب الأكل و ظهور النضج .^٢

ما يستفاد من الأحاديث السابقة :

أن بيع المعاومة و بيع السنين منهي عنهما و هما بمعنى واحد و هو أن يبيع ثمرة
الشجرة أو الحديقة أكثر من عام .^٣

و مفهوم هذا أن بيع الثمرة سنة واحدة ليس منها عنه

٢ . أن بيع الثمر قبل بدو صلاحه منهي عنه .

و بدو صلاح الثمرة : أن تصل إلى الحالة التي يمكن أن يشرع في الأكل منها ،

فصلاح البلح بالاحمرار .

و النهي هنا بما بيع على شرط الترك و ذلك لأن العلة و هي خوف هلاك الثمرة
بسبب العاهة و هي ما يسمى بالجائحة لا تتحقق إلا فيما بيع على الترك ، فإن ما بيع
على القطع في الحال لا يتصور فيه الهلاك فالبيع مع شرط الترك مجهول الوجود فيمنع
بيعه للغرر و المبيع مع شرط القطع موجود فعلا وقت العقد فلا غرر .

٣ . أن النهي عن بيع الثمر قبل بدو صلاحه موجه إلى العاقلين معا :

- البائع لتلا يأكل مال المشتري بغير حق .

- و المشتري لتلا يضيع ماله .

و قد يكون المشتري هو الآكل لمال البائع بغير حق و ذلك فيما إذا زاد المحصول

على المعتاد زيادة واضحة .

^١ - أخرجه البخاري و مسلم و اللفظ للبخاري . و القائل إذا منع الله الثمرة هو الرسول صلى الله عليه و سلم كما صرح بذلك
مالك ، و جزم الدارقطني و غيره من الحفاظ بأن : " إذا منع الله الثمرة ... " مدرج من قول أنس و رفعه خطأ . منطى الأخبار لابن
تيمية الحراني (ت : ٦٥٣ هـ) و معه شرحه نيل الأوطار ج ٥ ص ٢٧٥ ، و صحيح البخاري ج ٣ ص ٧٧ ، و عمدة القاري
ج ١٥ ص ٧ ، و صحيح مسلم ج ١ ص ٢١٧ .

^٢ - فقه السنة لسيد سابق ج ٣ ص ٢٥٦ ، دار الريان للتراث ، مصر . و القوانين الفقهية ج ٢٥٩ .

^٣ - شرح النووي على صحيح مسلم ج ١٠ ص ١٩٣ ، و سنن أبي داود بخاشية السندي ج ٧ ص ٢٦٦ .

و قد كان الرسول صلى الله عليه و سلم بليغا في الاكتفاء بإظهار أبشع صور أكل المال بغير حق المانعة من هذا التعاقد و هي حالة انعدام المبيع بالكلية .

٤ . أن علة النهي خوف هلاك الثمر بسبب العاهة و ما يترتب على الهلاك من خصومات و أكل للمال بالباطل و المراد بالعاهة : العاهة التي يتكرر وجودها و يكثر بسببها الغرر في وجود الثمر لا العاهة النادرة ؛ فإن هذه لا سبيل إلى الأمن منها ، و الغرر الذي يحصل بسببها يسير جدا .

٥ . أن النهي للتحريم ، وذلك لأن الأصل في النهي أن يكون للتحريم ما لم يرد ما يصرفه من التحريم إلى الكراهة ، بل جاء في بعض الروايات ما يؤكد التحريم ، و هو قوله صلى الله عليه و سلم (أرأيت إن منع الله الثمرة ثم يأخذ أحدكم مال أخيه) ، أو (ثم تستحل مال أخيك ؟) فإن هذه العبارة تدل على أنه من أكل المال بغير حق و هو حرام .

ب - أقوال أهل العلم في بيع الثمار

بيع الثمر قبل أن يظهر على الشجر لا يجوز ، و ذلك كأن يبيع شخص لآخر ثمر شجرة معينة قبل ظهوره أو يبيع ثمار حديقته قبل ظهور الثمار و لا فرق في ذلك بين أن يكون البيع عاما واحدا أو أكثر من عام .

و يطلق على المبيع لأكثر من عام بيع المعاومة و بيع السنين .

و علة المنع هي الغرر ؛ لأن الثمر المبيع و الحالة هذه مجهول الوجود فقد يظهر و قد لا يظهر ، و على فرض وجوده فهو مجهول المقدار .

و ممن صرح بأن العلة هي الغرر : الإمام مالك في كتابه " الموطأ " فقال : و يبيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها من بيع الغرر .^١

^١ - الموطأ بهامش المتن لأبي الوليد الباجي ج ٤ ص ٢٢٢ .

و صرح بذلك أيضا الإمام محمد بن الحسن الشيباني صاحب إبي حنيفة في كتابه "الأصل" ^١ فقد قال : و شراء الثمر قبل أن يخرج و أشباهه فاسد لأنه يبتاع ما لم يكن بعد أو لم يدر ما هو و قد بلغنا عن رسول الله صلى الله عليه و سلم أنه نهى عن بيع الغرر ، و هذا عندنا من الغرر .

أما الكاساني " الحنفي " و أبو إسحاق الشيرازي " الشافعي " فقد جعلوا العلة في منع بيع الثمار قبل ظهورها كون المبيع معدوما ^٢ .

و يجعل ابن رشد الجفيد " المالكي " هذا البيع من باب بيع ما لم يخلق و بيع السنين و المعاومة ^٣ .

و من هذا الذي تقدم تعلم أن الفقهاء لا يجيزون بيع الثمار قبل بدو صلاحها و إن اختلفوا في التعليل لهذا المنع و من هؤلاء سفيان الثوري و ابن أبي ليلى و ابن حزم و بعض الحنفية ^٤ .

أما بيع الثمر بعد بدو صلاحه بشرط القطع فهذا أمر متفق عليه بين الفقهاء إلا ما روي عن إبي سلمة بن عبد الرحمن و عكرمة أنه لا يجوز بيع الثمر إلا بعد انصرامه . و لم يذكر ابن رشد راوي هذا الخبر دليلا عليه ^٥ .

و هو قول مردود بمفهوم الأحاديث التي تنهى عن بيع الثمر قبل بدو صلاحه و بالقواعد العامة التي تصحح البيع ما دام صادرا من أهله في محله .

و الخلاصة :

أن بيع الثمر قبل بدو صلاحه لا يجوز حيث جاء معللا بعلة منصوصة و هي خوف العاهة " الجائحة " و مقتضى هذا أن يستمر النهي ما دامت العلة موجودة ، فإذا زالت

^١ - الأصل محمد بن الحسن و يسمى بالمبسوط ص ٩٤ .

^٢ - بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ج ٥ ص ١٢٥ ، و المهذب للشيرازي ج ١ ص ٢٦٢ .

^٣ - بداية المجتهد لابن رشد ج ٢ ص ١٤٦ .

^٤ - الأصل محمد بن الحسن ص ٩٤ ، و المنقلى للبايجي ج ٤ ص ٢٢٣ ، و البدائع ج ٥ ص ١٢٨ ، و المهذب ج ٢ ص ٢٦٢ .

^٥ - بداية المجتهد ج ٢ ص ١٤٦ .

العلة بأي سبب من الأسباب زال النهي . و لهذا جوز جمهور الفقهاء البيع بعد بدو
الصلاح بشرط الترك و منهم المالكية و الشافعية و الحنابلة ^١ .

تفصيل أقوال العلماء في المراد ببدو الصلاح

اختلف السلف في المراد ببدو الصلاح على ثلاثة أقوال ^٢ :

الأول : أنه يكفي بدو الصلاح في جنس الثمار بشرط أن يكون الصلاح متلاحقا
و هو قول المالكية و الليث .

الثاني : أنه لا بد أن يكون في جنس تلك الثمرة المبيعة و هو قول لأحمد .

الثالث : أنه يعتبر الصلاح في تلك الشجرة المبيعة و هو قول الشافعية .

و يفهم من قوله " يبدو " أنه لا يشترط تكامله فيكفي زهو بعض الثمرة و بعض
الشجرة مع حصول المعنى المقصود و هو الأمان من العاهة و قد جرت حكمة الله تعالى
ألا تطيب الثمار دفعة واحدة لتطول مدة التفكه بها و الانتفاع .

بيع الثمار التي تظهر بالتدريج

إذا بدا صلاح بعض الثمر أو الزرع جاز بيعه جميعا صفقة واحدة ما بدا صلاحه
و ما لم يبد منه متى كان العقد واردا على بطن واحدة إي زرعة واحدة ، و كذلك يجوز
البيع إذا كان العقد على أكثر من بطن و أريد بيعه بعد ظهور الصلاح في البطن الأول .
يتصور هذا في حالة ما إذا كان الشجر مما ينتج بطونا متعددة كالموز من الفواكه ، و القثاء
من الخضروات ، و الورد من الأزهار و نحو ذلك مما تتلاحق بطونها .
وإلى ذلك ذهب فقهاء المالكية و بعض الحنفية و الحنابلة ^٣ و استدلووا لهذا بما يلي :

^١ - القوانين الفقهية لابن جزي ص ٢٠٢ ، والأم للإمام الشافعي ج ٣ ص ٤١ ، و المعنى لابن قدامة ج ٤ ص ٨٦ .

^٢ - سبل السلام ج ٣ ص ٤٦ ، و القوانين الفقهية لابن جزي ص ٢٥٩ ، و المهذب للشرازي ج ١ ص ٣٧٣ ، طبعة مصطفى البابي
الخليفي بالقاهرة ، ١٩٧٦ م .

^٣ - القوانين الفقهية لابن جزي ص ٢٦٠ ، بشر دار الكتاب العربي ، بيروت . و المعنى لابن قدامة ج ٤ ص ١٢٠ و فقه السنة لسيده
سابق ج ٣ ص ٢٥٦ و ما بعدها .

١- أنه ثبت عن الشارع جواز بيع الثمر إذا بدا صلاح بعضه فيكون ما لم يبدِ صلاحه تابعا لما بدا منه فكذلك ما هنا يقع العقد فيه على الموجود و يكون المعدوم تبعا له .

هذا إذا اشترى جميع الثمار ، أما إذا اشترى بعضها فلكل شجرة حكم بنفسها .

٢- أن عدم جواز البيع يؤدي إلى محظورين :

أ- وقوع التنازع .

ب- و تعطيل الأموال .

أما وقوع التنازع : فلأن العقد كثيرا ما يقع على المزارع الواسعة و لا يتمكن المشتري من قبض البطن الأول من ثمارها إلا في وقت قد يطول يتسع لظهور الشيء من البطن الثاني و لا يمكن تمييزه عن البطن الأول فيقع التنازع بين المتعاقدين و يأكل أحدهما مال الآخر .

أما المحذور الثاني : فإن البائع قلما يتيسر له في كل وقت من يشترى منه ما يظهر من ثمره أولا فأولا فيؤدي ذلك إلى ضياع ماله . و إذا كان ذلك كذلك فإنه يجوز البيع في هذه الصورة و القول بعدم الجواز يوقع في الحرج و المشقة^١ و هما مرفوعان بقول الله تعالى : ﴿ و ما جعل عليكم في الدين من حرج ﴾^٢

و قد رجح ابن عابدين^٣ هذا القول و أخذت به مجلة الأحكام العدلية^٤ .

بينما يرى الجمهور من الفقهاء عدم جواز العقد في هذه الصورة و قالوا بوجوب أن يباع كل بطن على حدة^٥ .

^١ - فقه السنة ج ٣ ص ٢٥٧ .

^٢ - سورة الحج : ٧٨ .

^٣ - حاشية رد المختار على الدر المختار ج ٤ ص ٥٥٥-٥٥٦ .

^٤ - مجلة الأحكام العدلية المادة : ٢٥٧ ص ٤٢ ، طبعة كراتشي ، باكستان .

^٥ - فقه السنة ج ٣ ص ٢٥٧ .

المبحث الأول

آثار القوة الملزمة للعقد بالنسبة للدائنين و ما يترتب على الحجر

يترتب على الحجر على المدين أمور أربعة جعلت الكلام عن كل واحد منها في
مطلب على الترتيب التالي :

المطلب الأول : منع المدين من تصرفه في ماله .

المطلب الثاني : بيع مال المدين و قسم ثمنه بين الغرماء .

المطلب الثالث : حلول الديون المؤجلة على المدين بسبب الموت و الفلس .

المطلب الرابع : من وجد عين ماله عند المدين هل يكون أحق به ؟

المطلب الأول

منع المدين من تصرفه في ماله

إذا حكم الحاكم بخلع مال المدين عنه فلا يجوز له أن يتصرف فيه ببيع أو شراء أو كراء أو اكتراء ، كما لا يجوز له أن يتصدق أو يهب ، و ذلك بالنسبة للمال الموجود بيده وقت الحجر^١.

و يمنع إقراره لمتهم عليه^٢ من ولد و زوجة يميل لها و صديق ملاطف بخلاف غير المتهم عليه فإنه جائز ، و وجه منع تصرفه في ماله : أن ما بيده من المال ليس ملكا له بل هو للدائنين و لما كان حقا للدائنين يمنع من التصرف فيه لأن الإنسان ممنوع من التصرف في مال غيره إلا بإذن من ذلك الغير .

فإذا رفع الدائنون الأمر للحاكم و طلبوا منه منع مدينهم من التصرف في ماله ، فيرتب على ذلك أن كل تصرف يقع منه فيما بيده من مال لا يجوز له . و يجوز له أن يبيع و يشتري في ذمته و لا كلام للحاكم معه في هذه الحالة ؛ لأن حجر الحاكم عليه إنما يتعلق بماله لا بذمته .

و يجوز للمدين أن يخالع زوجته و لا كلام للحاكم معه أيضا ؛ لأن في الخلع إرادة مال و هو إنما حجر عليه في إخراج المال من يده ، و له أن يطلق زوجته ؛ لأن الزوجة تجانس الغرماء بصدقها على كل حال^٣.

^١ - بداية الشهد لابن رشد الحفيد ج ٢ ص ١٧٢ ، مطبعة مصطفى الحلبي ، ١٣٣٥ هـ .

^٢ - الشرح الصغير للعلامة إبي البركات أحمد بن محمد الشهير بالدردير المعروف سنة ١٢٠١ هـ ، مطبوع على هامش حاشية الصاوي المسماة : بلغة السالك ج ٢ ص ١٢٥ ، مطبعة الحلبي ١٣٧٢ هـ . و بداية الشهد ج ٢ ص ١٧٣ ، طبعة سابقة .

^٣ - بداية الشهد ج ٢ ص ١٧٣ ، الطبعة السابقة ، و الشرح الصغير ج ٢ ص ١٢٥ الطبعة السابقة .

المطلب الثاني

بيع الحاكم مال المدين و قسم ثمنه بين الغرماء

المقصود بالحاكم هنا هو القاضي الذي يحكم بين المتخاصمين ، فإذا لم يمكن المدين الغرماء من الحصول على حقوقهم التي استدانها منهم فإن الحاكم في هذه الحال يتولى بيع مال المدين و قسم ثمنه بين الغرماء ^١ ، و عليه أن يراعي الآتي :

أولا : الإعذار للمدين ^٢ في بيعة كل غريم فيعطيه الحاكم مهلة إن طعن فيها و كان له وجه ، و إلا فلا يعذر .

ثانيا : الإعذار لكل غريم في بيعة صاحبه ، فإن لكل واحد من الغرماء أن يطعن في بيعة الآخر ؛ لأنها تدخل عليه نقصا فيما يأخذه .

ثالثا : مطالبة كل غريم بإثبات دينه إما ببينة أو وثيقة أو إقرار المدين .

رابعا : تخليف كل واحد من الغرماء بأن دينه لا زال باقيا في ذمة المدين لم يأخذه منه و لم يسقطه عنه .

و يستحب للقاضي أن يبادر ببيع مال المدين على البت و يقسم الثمن بين الغرماء حتى لا يطول الحجر على المدين .

و كل ما تقدم هو مذهب الصاحبين : أبي يوسف و محمد من الحنفية ، و به قال الشافعية و الحنابلة .

و قال المالكية : ^٣ ليس للحاكم أن يبيع على البت و إنما على الخيار ثلاثة أيام .

^١ - المسوط للسرخسي ج ٢٤ ص ١٦٣ و ما بعدها ، طبع دار المعرفة ، بيروت ، و تبين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعي ج ٥ ص ١٩٩ - ٢٠٠ ، المطبعة الأميرية بالقاهرة ، و المجموع للنسوي شرح المذهب ، التكملة الثانية للشيخ محمد نجيب الطبعي ج ١٣ ص ٢٦٦ ، و كشف القناع ج ٣ ص ٤٣٢ و ما بعدها نشر مكتبة النصر الحديثة بالرياض .

^٢ - أعذر فلان : ثبت له غنر ، و منه الغل : أعذر من أنذر ، المعجم الوسيط ج ٢ ص ٥٩٠ ، إشارات ناصر خسرو ، إيران .

^٣ - حاشية الدموي ج ٣ ص ٢٦٦ ، المدونة الكبرى ج ١٣ ص ٨٦ .

و وجههم في ذلك أن البيع على الخيار فيه مصلحة لكل من الغرماء و المدين معا ،
فإن الثمن قد يزيد في مدة الخيار فيستفيد الغرماء بأخذهم أكبر قسط من ديولهم ،
و المدين يستفيد براءة ذمته و رفع الحجر عنه إن وفيت ديون الغرماء ، وإلا بقيت ذمته
مشغولة بأقل ما يمكن .

و وجهة نظر الجمهور أن البيع على الخيار لا يحقق المصلحة ؛ فإن من علم أنه إنما
اشترى على الخيار لا على البت قد لا يقدم على الشراء فيضطر الحاكم إلى البيع بثمن
بخس .

بيان الراجح

و ما يبدو لي رجحانه في هذا المقام - و الله أعلم - ما قال به المالكية من ضرورة
أن يبيع الحاكم على الخيار ثلاثة أيام فهم في ذلك أدق نظرا ؛ فإن البيع على البت مظنة
البخس و الأثمان تزيد و تنقص تبعا للطلبات ، يشهد بذلك قانون العرض و الطلب .
و يجعل الخيار ثلاثة أيام ينكشف أمر السلعة فيعمل الحاكم على ما فيه خير المدين
و الغرماء .

كيفية تقسيم مال المدين بين الغرماء

بعد إعلان الحجر على المدين تباع أمواله لإيفاء الديون التي بذمته و يترك له ما هو
في حاجة إليه فلا بد من أن يترك للمفلس :
قوت نفسه و عياله .

و ما لا بد لهم من كسوة لصلاتهم و دفع البرد و الحر عنهم .
و أشياء أخرى خلافية ، من ذلك مثلا :

^١ - مفاتيح الغيب للرازي ج ٢ ص ٣٧٩ ، المطبعة العامرة الشرقية سنة ١٣٠٨ هـ ، طبعة أولى .

أن أبا حنيفة و اسحاق و الحنابلة^١ يرون استثناء الدار من البيع ، بينما يرى المالكية و الشافعية^٢ أنه يباع في الدين مسكن المدين .

الأدلة :

استدل الحنفية و من معهم على استثناء الدار من البيع بالقياس ، و هو أن دار سكناه مما لا غنى للمفلس عنه فلا يصح بيعها ككتاب جسده و قوته الذي وجب تركه بجامع الضرورة في كل .

و استدل المالكية و الشافعية على أن المدين يباع عليه في الدين مسكنه بالسنة و الأثر :

أما السنة : فهي ما ثبت أن رسول الله صلى الله عليه و سلم باع على معاذ بن جبل ماله و قسمه بين غرمائه^٣ .

و وجه الدلالة في هذا الحديث أن المال هو كل شيء يملكه المدين عقارا كان أو غيره ، و قد باعه ، و العقار الأرض و ما اتصل بها من بناء أو شجر ، و هذا نص في المدعى .

و أما الأثر : فهو ما روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه خطب ذات يوم فقال : أيها الناس إياكم و الدين فإن أوله هم و آخره حزن و إن أسيفع جهينة قد رضي من دينه و أمانته أن يقال : سبق الحاج فادان معرضا فأصبح و قد دين ألا و إني بائع عليه ماله فقاسم ثمنه بين غرمائه ، فمن كان له عليه دين فليقد إلي في الغداة^٤ .
و ووجه الدلالة من هذا الأثر أن عمر رضي الله عنه صرح بأنه يبيع عليه ماله و يقسمه على الغرماء ، و العقار من المال .

^١ - المعنى لابن قدامة ج ٤ ص ٣٧٤ ، مطابع سجل العرب ، و المبسوط ج ٢٤ ص ١٦٣ .

^٢ - بداية المجتهد ج ٢ ص ١٧٣ ، و الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع ج ١ ص ٢٤٣ .

^٣ - أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ، كتاب الغليس ج ٦ ص ٤٨ .

^٤ - سبل السلام ج ٣ ص ٤٥ ، مطبعة الحلبي .

بيان الراجح

و مما تقدم يتبين رجحان ما ذهب إليه المالكية و الشافعية من أنه يباع في الدين مسكن المفلس لقوة أدلته ، ثم بعد بيع أموال المدين المحجور عليه يقسم ثمنها بين الغرماء إذا كان الثمن كافيا لوفاء جميع الديون فحينئذ لا سبيل للخلاف إذ كل دائن يأخذ حقه و لكن إذا كان المال الذي تحصل من البيع غير كاف لسداد الديون فكيف تجري القسمة بين الغرماء ؟

الأصل في ذلك أن توزع الأموال بين الدائنين على قاعدة تقسيم الغرماء . و معنى هذه القاعدة أن يأخذ كل دائن جزءا من حاصل أموال المدين يعدل نسبة دينه إلى مجموع الديون ^١ ، و أن الغرماء متساوون مبدئيا في ذلك فليس لأحدهم و لا لطالب الحجر نفسه من امتياز على غيره في شيء ^٢ ، غير أن لهذا المبدأ مستثنيات و أهمها ما يلي :

أولا : إذا كان الدين مؤننا برهن فإن الدائن المرتهن يأخذ دينه من ثمن الرهن قبل غيره من الدئنين ^٣ .

و الدليل على ذلك قول الله عز و جل : ﴿ و إن كنتم على سفر و لم تجدوا كتابا فرهان مقبوضة ﴾ ^٤

و الرهن تحت يد المرتهن ليس أمانة كما قال الشافعية بل هو في يده استيفاء كما قال الحنفية ؛ لذلك كان المرتهن أولى به حتى يأخذ حقه منه ؛ لذلك كان الرهن محبوسا بيده .

^١ - فعلا : لو كان لغريم مائة و لآخر خمسون و لثالث مائة و خمسون و كان مال المفلس مائة و عشرين ، و مجموع الديون ثلاثمائة فإذا نسب دين الأول إلى مجموع الدين كان الثلث ، و إذا نسب دين الثاني إلى مجموع الدين كان السدس ، و إذا نسب دين الثالث إلى مجموع الدين كان النصف ، فيكون للأول ثلث المال و هو أربعون ، و للثاني سدس و هو عشرون ، و للثالث نصف و هو سعون . راجع حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج ٣ ص ١٧١ ، مطبعة الحلبي .

^٢ - المحلى لابن حزم ج ٨ ص ١٧٥ ، مسألة ١٢٨٢ ، منشورات المكتب التجاري للطباعة ، بيروت .

^٣ - المغني لابن قدامة ج ٤ ص ٤٥٢ .

^٤ - سورة البقرة : ٢٨٣ .

ثانيا : يقدم على سائر الديون المصروفات التي اقتضتها مصلحة الحجر كأجرة الحمل والكيال وما أشبه^١.

و وجه ذلك أنه لا يتم تقسيم المال بين الغرماء إلا بعد دفع أجر القياس و الحمل والكيال ونحو ذلك ؛ لأن هذه أمور يتوقف عليها معرفة الواجب ، و ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب .

ثالثا : جاء في الحديث الشريف " من أدرك ماله بعينه عند رجل أو إنسان قد أفلس فهو أحق به من غيره . " ^٢

فمن هذا الحديث استنتج جمهور الفقهاء أنه إذا وجد أحد الدائنين عين ماله عند المدين المفلس فإن له أن يسترجعها إن شاء .

و خالف أبو حنيفة و ابن شبرمة فرفضوا هذا الامتياز و قالوا : بأن صاحب العين يكون في دينه أسوة بالغرماء الباقين ^٣ ؛ لأن المبيع دخل في ضمان المشتري ، و إذا كان كذلك كان الدائن صاحب السلعة أسوة الغرماء .

و ما ذهب إليه أبو حنيفة و ابن أبي شبرمة يؤدي إلى مخالفة النص و هو قول الرسول صلى الله عليه و سلم : " من أدرك ماله بعينه عند رجل أو إنسان قد أفلس فهو أحق به من غيره . "

و من هذا يتبين رجحان ما ذهب إليه الجمهور لقوة ما استدلوا به .

^١ - فتح العزيز شرح الرجز للرافعي ج ١٠ ص ٢٠٩ ، مطبوع بهامش كتاب المجموع للنووي .

^٢ - رواه مسلم في صحيحه ج ٣ ص ١١٩٣ ، بتحقيق فؤاد عبد الباقي .

^٣ - حاشية ابن عابدين ج ٤ ص ٥٦٤ ، مطبعة الحلبي ، و المغني لابن قدامة ج ٤ ص ٤٥٦-٤٥٧ .

المطلب الثالث

حلول الديون المؤجلة على المدين بسبب الموت

و الفلاس

اختلفت كلمة الفقهاء في حلول الديون المؤجلة بسبب الموت و الفلاس على ثلاثة مذاهب :

المذهب الأول : للمالكية^١

و قد ذهبوا إلى القول بأن الديون المؤجلة تحل بالفلاس كما تحل بالموت بجامع خراب الدمة في كل .

المذهب الثاني : للحنابلة^٢

و قد ذهبوا إلى القول بأنه لا يحل الدين المؤجل لا بالموت و لا بالفلاس .

المذهب الثالث : للحنفية و الشافعية و هو رأي للظاهرية^٣

و قد ذهبوا إلى التفصيل فقالوا : إن الدين المؤجل يحل بالموت و لا يحل بالفلاس الأدلة :

استدل أصحاب المذهب الأول ، و هم المالكية ، على ما ذهبوا إليه بالمعقول و هو : أن دمة المفلس قد خربت بالتفليس كما خربت دمة الميت بالموت ، و رب الدين إنما رضي بالأجل رجاء الوفاء ، و في الفلاس و الموت قد انقطع هذا الرجاء بانتقال المال إلى غيره و إذ قد خربت ذمته فقد انعدم محل الدين و لا بقاء لشيء لم يتعلق بمحل فلو لم تعجل الديون المؤجلة لصاعت على أصحابها .

^١ - حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج ٣ ص ٢٦٥ و ما بعدها ، طبعة مصطفى الحلبي ، و بداية المجهد ج ٢ ص ١٧٣ .

^٢ - المغني لابن قدامة ج ٤ ص ٣٢٦ ، مطبعة الفجالة بالقاهرة ، ١٣٨٨ هـ .

^٣ - حاشية ابن عابدين ج ٤ ص ٥٦٤ و شرح الإقناع للشيخ محمد الشربيني الخطيب ج ١ ص ٢٤٣ ، المطبعة الحسينية ١٢٩٣ هـ ، و المحلى لابن حزم ج ٨ ص ٨٤ ، مسألة : ١٢٠٦ ، منشورات المكتب التجاري للطباعة بيروت .

و يناقش هذا الدليل بأن ما قلتموه من أن ذمة الميت قد خربت و لا يرجى أن تكون مشغولة مسلم ، أما ذمة المفلس فإنها و إن خربت في الحال إلا أنه يرجى لها الملاء في المستقبل^١.

و استدل أصحاب المذهب الثاني ، و هم الحنابلة ، على ما ذهبوا إليه من أنه لا يحل الدين المؤجل لا بالموت و لا بالفلس بأن الدين الذي عليه مفلسا كان أو ميتا كالدين الذي له و كما لا يحل ما له بفلسه أو موته باتفاق فكذلك لا يحل ما عليه في الحالين^٢.

و استدل المفصلون القائلون بأن الدين المؤجل يحل بالموت لا بالفلس بالمعقول أيضا ، و هو : أن الدين في حال الموت لا يجوز أن يتعلق بذمة الميت لخرابها إذ لا يتمكن الدائن من مطالبة ، و لا يتعلق بذمة الورثة لأنهم لم يلتزموا ذلك الدين ، و الغريم لم يرض بذمهم فبقي أن يتعلق بالمال ، و إذا كان المال عرضة للقسم بين الغرماء فلو لم نقل بتعجيل دين أصحاب الديون المؤجلة لضاعت على أصحاب الديون المؤجلة حقوقهم ، و المحافظة على الأموال من مقاصد الشريعة الغراء .

أما المفلس فإن ذمته باقية و المال غاد و رائج^٣.

فإن ذهب ما بيده الآن فيجوز أن يملك في المستقبل ما يوفي به دينه ، فالرجاء باق ما

دام حيا^٤.

قال ابن شهاب : مضت السنة بأن دينه حل حين مات^٥.

^١ - بداية المجتهد ج ٢ ص ١٧٣ ، و شرح الخرشى على مختصر خليل للعلامة أبي عبد الله محمد الخرشى المرفى سنة ١١٠١ هـ ،

الطبعة الأميرية ١٣١٧ هـ ج ٥ ص ٦٦ .

^٢ - المغني لابن قدامة ج ٤ ص ٣٢٦ و ما بعدها .

^٣ - الهداية للمرغنانى ج ٣ ص ٢٨٧ .

^٤ - نهاية المحتاج للرملي المرفى سنة ١٠٠٤ هـ ج ٣ ص ٣١٠ ، الطبعة البهية المصرية .

^٥ - بداية المجتهد لابن رشد ج ٢ ص ١٧٣ .

بيان الراجع

لعل ما ذهب إليه المالكية من أن الديون المؤجلة تحل بالموت و الفليس هو الراجع لأن صاحب الدين المؤجل لم يعامل المدين على هذه الحالة ، و إنما عامله على ذمة عامرة ، و ما من شك في أن الذمة قد خربت بالموت و بالتفليس فكان من الحق أن يشترك صاحب الدين المؤجل مع صاحب الدين الحال فإن وفى ماله فذاك و إلا اشتركوا في الجصاص فكان في ذلك حفظ حقوق جميع الغرماء . أما أن يترك أحدهم على محض الرجاء فذلك ظلم ، والظلم مدفوع شرعا .

المطلب الرابع

من وجد عين ماله عند المدين هل يكون أحق به ؟

إذا وجد أحد الدائنين عين ماله بعد الحكم بتفليس المدين أو بعد موته و لم يكن قد قبض من ثمنه شيئا : هل يكون له الحق في أن يسترد متاعه أو هو كسائر الدائنين لا يتميز عليهم بشيء ؟

اختلف الفقهاء في ذلك على ثلاثة آراء :

الرأي الأول : للشافعية و أهل الظاهر و قد قالوا إنه أحق به في الفلاس و الموت .^١

الرأي الثاني : للحنفية و قد قالوا إنه أسوة الغرماء لا يتميز عليهم بشيء فليس أحق به في الموت و لا في الفلاس .^٢

الرأي الثالث : للمالكية و الحنابلة و عندهم تفصيل : فهو أحق به في الفلاس ، و أسوة الغرماء في الموت .^٣

الأدلة

استدل أصحاب الرأي الأول ، الشافعية و من معهم ، على أنه أحق به في الموت و الفلاس بالسنة و القياس :

أما السنة : فقضاء أبي هريرة رضي الله عنه إذ قال في مفلس أتوه به : " لأقضين فيكم بقضاء رسول الله - صلى الله عليه و سلم - من أفلس أو مات فوجد الرجل متاعه بعينه فهو أحق به " .^٤

^١ - معني المحتاج للخطيب الشربيني ج ٢ ص ١٤٨ ، المطبعة الميمنية ، و المحلى لابن حزم ج ٨ ص ١٧٥ ، مسألة : ١٢٨٣ ، نشر المكتب التجاري للطباعة ، بيروت .

^٢ - بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للكاساني ج ٥ ص ٢٥٢ . مطبعة الجمالية ١٣٨٢ هـ .

^٣ - القوانين الفقهية ص ٣١٦ ، و المعنى لابن قدامة ج ٤ ص ٣٢٦ .

^٤ - رواه ابن ماجه في سننه ج ٢ ص ٧٩٠ الحديث رقم : ٢٣٥٨ ، و الوهمدي في سننه ج ٢ ص ٣٦٧ ، الحديث رقم : ١٢٨٠ و نيل الأوطار للشوكاني ج ٥ ص ٢٤٢ .

و وجه الاستدلال بهذا الحديث الشريف على المدعى : أن الغريم أحق بعين متاعه لا فرق في ذلك بين الفليس والموت .

قال الشافعي : و في ذلك بيان أنه جعل له نقض البيع الأول إن شاء مات المدين أو أفلس .^١

و أما القياس فقد قالوا فيه أن المشتري عجز عن إيفاء الثمن للبائع فيوجب ذلك حق الفسخ لكون البائع قد عجز عن تسليم المبيع ، و هذا لأنه عقد معاوضة و الشأن في عقود المعاوضات المساواة بين المتعاقدين في دفع العوض .

و استدلل الحنفية على أنه أسوة الغرماء في الموت و الفليس بالكتاب و السنة :

أما الكتاب : فقول الله تعالى : ﴿ و إن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة ﴾^٢ و وجه الاستدلال بهذه الآية الكريمة : أن هذا المدين معسر فاستحق النظرة إلى الميسرة فلا حق لرب الدين في مطالبة قبل اليسار ، فليس له حق الفسخ ؛ لأن الدين صار مؤجلا إلى الميسرة بتأجيل الشارع ، و أجل قد حدده الله تعالى بالميسرة لم يكن للعبد نقضه .

و يمكن أن يناقش هذا الدليل بأن الآية في المدين المعسر الذي لا يجد ما يكون وفاء لدينه ، أما و قد وجد عين ماله فله أخذه و ليس المدين معسرا حينئذ فيجب إمهاله فإن المبيع قائم .

و قولهم : إن الدين صار مؤجلا غير صحيح فإنهما لم يدخل على التأجيل ، و المدين الذي يجب إمهاله هو المعسر ، و هذا ليس بمعسر .

و أما السنة : فما رواه أبو هريرة - رضي الله عنه - أن رسول الله - صلى الله عليه و سلم - قال : " أيما رجل مات أو أفلس فوجد بعض غرمائه ماله بعينه فهو أسوة الغرماء " ^٣ و هو نص في أنه أسوة الغرماء في الفليس و الموت .

^١ - محضر المزمعي على هامش كتاب الأم للإمام الشافعي ج ٥ ص ٢١٥ .

^٢ - سورة البقرة : ٢٨٠ .

^٣ - أخرجه ابن ماجه في سننه ج ٢ ص ٧٩٠ ، حديث رقم : ٢٣٥٨ .

قال أهل الظاهر : إن هذا الحديث روي من طريقين : أولهما : طريق أبي عصمة نوح بن مريم قاضي مرو ، و أبو عصمة كذاب مشهور بوضع الأحاديث .
ثانيهما : طريق صدقة بن خالد عن عمر بن قيس ، و عمر هذا ضعيف جدا و بمثله لا تقوم به حجة ^١ .

و استدلل المفصلون بالآتي :

أولا : بما رواه مالك عن ابن شهاب عن أبي بكر بن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام : أن رسول الله - صلى الله عليه و سلم - قال : " أيما رجل باع متاعه فأفلس الذي ابتاع منه و لم يقبض الذي باعه من ثمنه شيئا فوجده بعينه فهو أحق به ، و إن مات الذي ابتاع فصاحب المتاع فيه أسوة الغرماء . " ^٢

و الحديث ظاهر في أن الدائن أحق بعين ماله في الفلاس و أنه في الموت أسوة الغرماء .
و ثانيا : ما روي عن أبي هريرة - رضي الله عنه - قال : سمعنا رسول الله - صلى الله عليه و سلم - يقول : " من أدرك ماله بعينه عند رجل قد أفلس فهو أحق به من غيره . " ^٣

و وجه الدلالة في الحديث أنه ظاهر في الفلاس ، أما الحديث الأول فهو دال على الأمرين : الفلاس ، و الموت .

المناقشة :

ناقش الشافعية هذه الأدلة بأن الحديث الأول مرسل و لا حجة فيه عندنا و ليس مرسل سعيد بن المسيب . و الحديث الثاني قام على الفلاس و لم يكن فيه تفريق بين الفلاس و الموت .

و قال الحنفية ^٤ في مناقشتهم هذين الحديثين ما يلي :

^١ - المحلى لابن حزم الظاهري ج ٨ ص ١٢٨ ، مسألة : ١٢٨٣ ، الطبعة السابقة .

^٢ - المنقذ لأبي الوليد الباجي " شرح الموطأ للإمام مالك " ج ٣ ص ٥٣ .

^٣ - رواه ابن ماجه في سننه ج ٢ ص ٧٩٠ ، الحديث رقم : ٢٣٥٨ .

^٤ - تبين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعي ج ٥ ص ٢٠٢ ، المطبعة الأميرية بالقاهرة سنة ١٣١٣ هـ و ١٣١٥ هـ .

أولاً : إن هذين الحديثين ليسا في محل النزاع فإن المبيع ليس بعين مال البائع و لا متاعاً له . و إما هو مال المشتري ضرورة أنه خرج عن ملكه أو ضمانه . و إنما يتحقق أن يكون عين ماله إذا كان مغصوباً ، أو عارية ، أو رهناً و هو في هذه الحال يكون أحق به من سائر الغرماء ؛ لأنه لم يخرج عن ملكه .^١

و ثانياً : برد هذين الحديثين لأنهما روايات آحاد و هي لا تقوى على معارضة الأصول الثابتة ، فإنها ظنية الثبوت مع احتمال ظنية الدلالة فاجتمع فيها ضعفان .
و يمكن رد هذه المناقشة بأن هذين الحديثين مشهوران فقد رواهما علي و عثمان و الحسن عن سمرة و رواهما البخاري و مسلم و ليس المشهور إلا هذا .

بيان الراجح

و بعد بيان آراء الفقهاء في الدائن الذي وجد عين ماله عند المدين هل يكون أحق به أم لا ؟ و بعد بيان أدلة كل رأي و وجه الدلالة من كل دليل و بعد مناقشة ما أمكن مناقشته منها ، فإن ما يبدو لي رجحانه في هذا المقام - و الله أعلم - ما قال به الشافعية و أهل الظاهر من أن صاحب السلعة أحق بها في الفلّس أو الموت .
و ما جاء في قضاء أبي هريرة - رضي الله عنه - في الفلّس الذي أتوه به ، و قوله فيه : " لأقضين فيكم بقضاء رسول الله - صلى الله عليه و سلم - من أفلّس أو مات... " ظاهر في أن الغريم أحق بماله الذي عند المدين لا فرق في ذلك بين الفلّس و الموت .

^١ - تبين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعي ج ٢ ص ٢٠٢ . الطبعة السابقة .

المبحث الثاني

آثار القوة المزمة للعقد بالنسبة للخلف

و فيه ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : حقوق التركة .

المطلب الثاني : ديون التركة .

المطلب الثالث : الموصى له بجزء من مجموع التركة .

تمهيد

الأصل في الفقه الإسلامي أن أثر العقد ينصرف إلى العاقد نفسه و لا يجاوزه إلى غيره ممن لم يكن طرفاً في العقد . فالعاقد إذا باشر العقد بنفسه لنفسه ، انصرف إليه وحده أثر العقد من حكم و حقوق .

جاء في مرشد الحيران : " يجوز للحر العاقل البالغ غير المحجور عليه أن يباشر أي عقد كان بنفسه أو يوكل به غيره . فمن باشر عقداً من العقود بنفسه لنفسه ، فهو الملزم دون غيره بما يترتب عليه من الحقوق و الأحكام ."^١

و نص في الفقرة الأولى من المادة ٣٠٦ على أنه " إنما تجري أحكام العقود في حق العاقدين و لا يلتزم بها غيرهما "^٢

و في هذا المقام يجب أن نميز بين الحقوق الناشئة من العقد و الديون المترتبة عليه . فالأصل أن الحقوق الناشئة من العقد تنصرف إلى الوارث بعد موت المورث لأن الوارث خلف المورث في الحقوق ، و لا تنتقل الديون المترتبة على العقد من المورث إلى الوارث بل تبقى في التركة ، لأن خلافة الوارث للمورث إنما تكون في الحقوق لا في الديون كالوارث الموصى له بجزء من مجموع التركة .

و قد جعلت الكلام عن هذا المبحث في ثلاثة مطالب على الترتيب التالي :

^١ - مرشد الحيران المادة : ٣٧٨ .

^٢ - مرشد الحيران المادة : ٣٠٦ .

المطلب الأول

حقوق التركة^١

إذا أبرم المورث عقدا نشأت له حقوق منه ، و هذه الحقوق تنتقل بدواتها إلى الوارث بعد موت المورث . فإذا باع شخص عينا مملوكة له بثمن مؤجل ، و نشأ من عقد البيع حق للبائع في الثمن ، فإذا مات البائع قبل أن يحل الأجل أو بعد أن حل و لكن قبل أن يقبض الثمن فإن هذا الحق الناشئ من عقد البيع ينتقل بذاته - سواء كان مؤجلا أو حل أجله - إلى الوارث .

كذلك إذا اشترى المورث عينا أو أصبح له حق بموجب عقد البيع في قبضها ، و مات قبل القبض ، فإن الحق في قبض العين ينتقل من المورث إلى الوارث و يستطيع الوارث في هذه الحال أن يطالب البائع بتسليم العين ، بل يستطيع أيضا أن يجس الثمن الذي هو دين في التركة حتى يتم التسليم .

كما أن الحقوق التي يكتسبها المورث بالعقد أيضا تنتقل منه إلى الوارث كحق الارتفاق و حق التعلي .

فحقوق الارتفاق ، كحق الشرب و حق المجرى و حق المسيل و حق المرور تتعلق بأعيان مالية و هي الأرض التي تقررت عليها هذه الحقوق فتغلب فيها معنى المالية ، و لذا فإنها تنتقل إلى الوارث مع العين صاحبة الارتفاق ، أي العين المرتفقة . و حق التعلي هو حق قيام بناء على بناء آخر و هو في حكم المال ، فينتقل بالميراث تبعا للبناء المستعلي^٢

ما لا ينتقل من الحقوق إلى الوارث

ما كان من الحقوق ليس حقا ماليا ، و ما كان حقا ماليا لكنه متصل بحق المورث

^١ - الفروق ج ٣ ص ٢٨٥ - ٢٨٧ .

^٢ - انظر : أحكام البركات و الميراث لأبي زهرة ص ٤٨ - ٤٩ .

و ما اتصل بمشيئة المورث لا بماله ، كل هذا لا ينتقل إلى الوارث ، لأن تبعية الحق
تأبى هذا الانتقال ، و تأبى إلا بقاء الحق مع صاحبه الأصلي و زواله بموته ^١ .
و فيما يأتي أستعرض أمثلة من هذه الأنواع الثلاثة من الحقوق :

الحقوق غير المالية :

لا تنتقل حقوق المورث غير المالية إلى الوارث فحق الحصانة ، و حق الولاية على
النفس ، و حق الولاية على المال كل هذه ليست بحقوق مالية و لا تنتقل إلى الوارث ^٢
كذلك حق المطالبة بمقد القذف لا يجري فيه الإرث و لا ينتقل إلى ورثة المقتول ، و هذا
ما ذهبت إليه الحنفية ، خلافا للإمام أحمد بن حنبل في أشهر الروايتين عنه إلى أنه يسقط
بموت المقتول إذا مات قبل أن يطالب به ، فإن طالب به ثم توفي لم يسقط ، و ثبت
للعصبة لا لورثته حق استيفائه . و ذهب مالك و الشافعي و أحمد في رواية أخرى إلى أنه
لا يسقط بالموت ، لأن المعرة تلحق المقتول و أقاربه ^٣ .

و ما كان من الحقوق ماليا ولكنه متصل بشخص المورث لا ينتقل إلى الوارث
كدين النفقة ، سواء كان الدائن زوجة أو قريبا ، لا ينتقل إلى الوارث بعد موت الدائن
و ذلك ما لم يأذن القاضي للدائن بالاستدانة .

و لا ينتقل بالموت إلى الوارث حق المالك في الإجارة .

تصرف الفضولي :

و يرجع ذلك غالبا إلى أن الإجازة يجب فيها أن يكون المالك موجودا وقت صدور
التصرف من الفضولي حتى يميز تصرف الفضولي أو لا يميزه ^٤ .
و حق الأجل في الدين حق متصل بشخص المدين في الفقه الإسلامي فقد نظر
الدائن فيه إلى شخص المدين لأمانته أو للشفقة عليه أو للرغبة في إسداء الجميل إليه ،

^١ - نفس المرجع ص ٤٩ .

^٢ - انظر : أحكام الزكوات لأبي زهرة ص ٥٣ .

^٣ - انظر : التشريع الجنائي الإسلامي لعبد القادر عودة ج ٢ ص ٤٨٦-٤٨٧ .

^٤ - انظر : مصادر الحق في الفقه الإسلامي ج ٥ ص ٦٣ .

و هذه كلها اعتبارات شخصية لا تورث . فإذا مات المدين قبل أن يحل أجل دينه ، لم ينتفع الوارث بالأجل ، بل يحل الدين بموت المدين . أما إذا مات الدائن قبل حلول الأجل ، بقي الأجل على حاله و لم يحل الدين ، ووجب على ورثة الدائن أن يتربصوا حتى ينتهي الأجل ليطلبوا بحق مورثهم^١

الحقوق المالية التي تتصل بمشيئة المورث لا بماله

و هناك حقوق مالية تتصل بمشيئة المورث لا بماله ، و هذه أيضا لا تنتقل إلى الورثة ، لأن المشيئة لا تورث ، و نذكر من ذلك الخيارات و حق الأخذ بالشفعة . و أهم الخيارات خيار الشرط و خيار الرؤية و خيار التعيين و خيار العيب و خيار فوات الوصف .

و يذهب الحنفية^٢ إلى أن هذه الخيارات لا تورث ، إذ هي متصلة بالشخص صاحب الخيار ، و ليست إلا اتجاهها لإرادته و مظهرها من مظاهر المشيئة . و ليس للإرادة أو المشيئة بقاء بعد الموت ، فتنتهي به و لا تنتقل إلى الوارث إلا أن كلا من خيار التعيين و خيار العيب و خيار فوات الوصف يثبت للوارث بعد موت المورث ابتداء ، لا بطريق الوراثة و الخلافة ، لأن هذه الخيارات إنما تثبت لعلل تحققت في العين ذاتها . فخيار التعيين يثبت نتيجة لاختلاط المال ، و كل من خيار العيب و خيار فوات الوصف يثبت لضياح بعض المال أو نقصه . و هذه العلل تبقى قائمة حتى بعد انتقال العين إلى الوارث فيثبت الخيار للوارث ابتداء لقيام العلة لا لأن الخيار انتقل إليه من وارثه .

و يذهب مالك^٣ و الشافعي^٤ و أحمد^٥ إلى أن كل من خيار التعيين و خيار العيب و خيار الوصف ينتقل بالميراث ، لأنها حقوق مالية تنتقل إلى الوارث كسائر الحقوق ،

^١ - انظر : المغني ج ٤ ص ٤٨٥ .

^٢ - البدائع ج ٥ ص ٢٢ ، أحكام الركات و الموارث لأبي زهرة ص ٤٩ .

^٣ - بداية المجتهد ج ٢ ص ٢١٨ .

^٤ - المهذب ج ١ ص ٣٨٣ .

^٥ - المغني ج ٥ ص ٣٤٦ - ٣٤٨ .

و إذا كان انتقال العين نفسها إلى الوارث بطريق الإرث و الخلافة فكذلك يكون انتقال الخيار المتعلق بها ، و كذلك الحكم في خيار الشرط عند الشافعي و مالك ^١ إذ هو حق مالي يقوم الوارث فيه مقام مورثه ، خلافاً لأحمد ^٢ فقد ذهب إلى أنه لا يورث إلا إذا اختار من له الخيار قبل موته أما إذا لم يختار قبل الموت فلا يورث الخيار .

^١ - نفس المرجعين السابقين .

^٢ - نفس المرجع .

المطلب الثاني

ديون التركة

عدم انتقال الديون المترتبة على العقد من المورث إلى الوارث

إذا أبرم المورث عقدا رتب في ذمته دينا و مات قبل الوفاء بالدين ، فإن الدين لا ينتقل إلى ذمة وارثه بل يبقى في التركة و تصبح التركة هي المسؤولة عنه إلى أن يسدد .
و يبقى ما دام الدين لا ينتقل إلى ذمة الورثة بعد موت المدين في الذمة فمن يكون المدين ؟

ذهب الشافعية و الحنفية^١ إلى أن الدين يبقى في ذمة المدين حتى بعد موته ، فهم يفترضون بقاء الذمة بعد الموت بشرط أن تقوى الذمة بالتركة أو كفيل فإن لم يترك المدين تركة أو كفيلًا بدين خربت الذمة و سقط الدين .
و ذهب المالكية^٢ إلى أن الذمة لا تبقى بعد الموت لأنها صفة من صفات الحياة فتزول بزوالها و الدين يتعلق بالتركة لا بذمة الميت ، فإذا تولى المدين فلم يترك مالا سقط دينه لانعدام محله .

أما الحنابلة^٣ فمنهم من ذهب إلى مذهب الحنفية و الشافعية فقال إن محل الدين ذمة الميت بالفراض و جودها بعد موته ، و منهم من ذهب مذهب المالكية فقال إن محل الدين هو تركة الميت ، و منهم من ذهب إلى محل الدين هو ذمة الورثة و لكن في حدود ما يتركه الميت من أموال .

و أيا كان اختلاف المذاهب في هذه المسألة فليس لهذا الاختلاف أثر عملي فقد اتفقت على أن الدين يتعلق بما يتركه المدين من أموال فتصبح تركة الميت هي المسؤولة

^١ - انظر : أحكام الوكالات و الموارث لأبي زهرة ص ١٨-١٩ ، و المسوط ج ٢٩ ص ١٣٧ .

^٢ - بداية المجتهد - ج ٢ ص ٢١٨ .

^٣ - المعنى لابن قدامة ، ج ٤ ص ٣٤٦ و ما بعدها .

عن سداد ديونه . و الدين يتعلق بمالية التركة لا بذوات أعيانها إذ حق الدائن هو أن يستوفي دينه من مالية التركة لا من عين بالذات .

متى تنتقل ملكية أعيان التركة إلى الورثة

قد اختلفت المذاهب في تحديد وقت انتقال التركة إلى ملك الورثة ، فمنها ما ذهب إلى بقاء التركة في ملك الميت ، و منها ما ذهب إلى انتقالها فوراً إلى ملك الورثة و منها ما ميز بين حالة و حالة .

فعند المالكية^١ تبقى أموال التركة على ملك الميت بعد موته إلى أن يسدد الدين . سواء كان الدين مستغرقاً للتركة أو لم يكن مستغرقاً لها .
و عند الشافعية^٢ و الحنابلة^٣ تنتقل أموال التركة إلى ملك الورثة فوراً بموت المورث .

و عند الحنفية^٤ يجب التمييز بين ما إذا كان الدين مستغرقاً للتركة أو كان غير مستغرق لها . فإذا كان الدين مستغرقاً تبقى أموال التركة على ملك الميت و لا تنتقل إلى ملك الورثة . أما إذا كان الدين مستغرقاً فالرأي الراجح أن أموال التركة تنتقل إلى الورثة بمجرد موت المورث ما تعلق الدين بهذه الأموال . و هناك رأي ثان يذهب إلى أن الأموال لا تنتقل في هذه الحالة إلى الورثة إلا بعد سداد الدين و هذا الرأي يتفق مع مذهب المالكية ، و هناك رأي ثالث يذهب إلى أنه يبقى على ملك الميت من الأعيان ما يكفي لسداد الدين و تنتقل بقية الأموال إلى الورثة^٥ .

١- المدونة الكبرى ج ٣ ص ٨١ - ٨٥

٢- المذهب للشيرازي ج ١ ص ٣٢٢

٣- المغني لابن قدامة ج ٤ ص ٤٨٢

٤- البسيط ج ٢٩ ص ١٣٧ - ١٣٨

٥- مصادر الحق للسنيهورى ج ٥ ص ٨٢

تصرف الورثة في أعيان التركة قبل سداد الديون

اختلفت المذاهب في صحة هذا التصرف .

يميز الحنفية^١ بين ما إذا كان الدين مستغرقا للتركة أو كان غير مستغرق لها . فإن استغرق الدين أموال التركة ، تبقى هذه الأموال على ملك الميت و لا تنتقل إلى ملك الورثة . و يكون أي تصرف للورثة في أموال التركة باطلا في هذه الحالة . و إن لم يستغرق الدين أموال التركة فالرغم من أن هناك قولين بانتقال أموال التركة إلى ملك الورثة ، لا يجوز مع ذلك للورثة التصرف في هذه الأموال ، فإن تصرف كان تصرفه باطلا و هناك من فقهاء الحنفية من يذهب إلى أن تصرف الوارث في هذه الحالة يكون صحيحا نافذا ما بقي في التركة ما يفي لسداد الدين أو أجاز الدائن التصرف .

و عند المالكية^٢ و هم القائلون ببقاء أموال التركة على ملك الميت حتى يسدد الدين ، يقتضي منطق هذا القول أن يكون تصرف الوارث في أعيان التركة قبل سداد الدين باطلا سواء كان الدين مستغرقا أو غير مستغرق و لكن هذا هو أحد الرأيين في المذهب .

و الرأي الآخر يذهب إلى أن تصرف الوارث في التركة المدينة قبل أداء الدين صحيح إذا لم يمس حق الدائن و لم يتضرر هذا به .

و عند الشافعية^٣ و هم القائلون بانتقال أموال التركة إلى ملك الورثة فورا بموت المورث ، لا يجوز مع ذلك للورثة أن يتصرفوا في أموال التركة المدينة ، و لو كان الدين غير مستغرق للتركة . ذلك أن التركة تنتقل إلى الوارث مثقلة بالدين ، فيتعلق الدين بها وعند الشافعي رواية أخرى تقضي بأنه يصح تصرف الوارث في التركة المدينة لأن الدين

^١ - المبسوط ج ٢٩ ص ١٣٧-١٣٨ ، الزيلعي ج ٥ ص ٢١٢-٢١٤ .

^٢ - المدونة الكبرى ج ١٣ ص ٥٧-٥٩ .

^٣ - المذهب ج ١ ص ٣٢٧ .

٤- السابق

حق متعلق بالمال من غير رضا المالك ، فلم يمنع التصرف كمال المريض ، فإن قضى الوارث الدين نفذ تصرفه فإن لم يقضه فسخ التصرف .

و في المذهب الحنبلي ^١ روايتان أشهرهما أن أموال التركة تنتقل إلى ملك الورثة فوراً بموت المورث ، ما تعلق الدين بها ، فإن تصرف الورثة في التركة قبل سداد الدين ، صح تصرفهم ، و لزمهم أداء الدين فإن أدوه نفذ التصرف ، و إن لم يؤدوه فسخ . والرواية الثانية تقضي بأن أموال التركة لا تنتقل إلى ملك الورثة إلا بعد سداد الدين فإن تصرف الورثة في مال للتركة قبل سداد الدين لم يصح التصرف لأنهم يكونوا قد تصرفوا في غير ملكهم .

ما يخلص من اختلاف الرأي في هذه المسألة

و يخلص مما قدمناه في اختلاف المذاهب أن منع الورثة من التصرف في أعيان التركة قبل سداد الدين لا يرجع إلى عدم انتقال الملكية إليهم قبل هذا السداد ، بل يرجع إلى حماية الدائنين و تختلف بعد ذلك الأنظار في الطريقة التي تتم بها هذه الحماية .

^١ - المعنى ج ٤ ص ٤٨٧ .

المطلب الثالث

الموصى له بجزء من مجموع التركة

يعتبر الموصى له بجزء من التركة خلفاً عاماً كالوارث ، أما إذا كان موصى له بعين معينة بالذات ، اعتبر خلفاً خاصاً . والموصى له عندما يكون خلفاً عاماً حكمه حكم الوارث من ناحية انصراف أثر العقد الذي أبرمه الموصي ، فيصرف عليه أثر العقد في ما يتعلق بالحقوق التي تنشأ منه ، وتبقى الديون التي تترتب على العقد في التركة مع جميع الديون الأخرى ، وهي مقدمة على الوصية فلا يأخذ الموصى له الجزء الموصى به من التركة إلا بعد سداد هذه الديون ، شأنه في ذلك شأن الوارث لا يأخذ نصيبه في الإرث إلا بعد سداد ديون التركة .^١

^١ - انظر : مصادر الحق في الفقه الإسلامي ج ٥ ص ٩٤ .

خاتمة البحث

و بعد أن وفقني الله تعالى لإتمام هذا البحث على هذا النحو الذي أرجو أن يكون موافقا لرضا الله عز و جل فإني ألخص أهم ما انتهيت إليه فيه ، بناء على ما ترجح عندي من المسائل .

إن العقود قوام المعاملات الدنيوية بين الناس .
 إن قوة الإلزام فيها لكل من الطرفين هي المقصد الأساسي منها .
 إن المعاملات عماد حياة الناس و أكثرها يقوم على التعاقد القائم على الرضا و الاختيار .

إن الشارع الحكيم ضبط معاملات الناس و نظم لهم هذه العلاقات .
 إن الوفاء بالعقود من الأمور التي أمر بها الشارع أمرا حتميا .
 إن العقود لا تؤتي ثمارها إلا إذا اشتملت على قوة ملزمة لأطرافها .
 إن العقود تتنوع إلى أنواع في الفقه و القانون .
 إن العقد في اللغة يطلق على عدة معان منها : الشد ، و التوثيق ، و الإحكام ، و الجمع بين أطراف الشيء كما يطلق على العهد أيضا .
 إن المفسرين لهم أقوال في المراد من قول الله عز و جل : ﴿ أوفوا بالعقود ﴾ .
 إن العقد بناء على ما تقدم هو عبارة عن جميع ما ألزم الله تعالى به عباده من حيث التكاليف و غيرها ، فكل ذلك يسمى عقدا .
 إن العقد عند الفقهاء له إطلاقان : الأول - و هو الشائع عندهم - : أنه ارتباط بين كلامين ينشأ عنه حكم شرعي ملزم للطرفين .
 و الثاني : أنه يراد بالعقد كل تصرف ينشأ عنه حكم شرعي سواء كان صادرا من طرف واحد كالنذر و الطلاق أو من طرفين كالبيع و الإجارة .
 إن العقد في القانون عبارة عن اتجاه إرادتين أو أكثر نحو إحداث أثر قانوني .

إن التصرف في اللغة : عبارة عن رد الشيء عن وجهه .
 و أنه في الشرع : عبارة عن كل ما يصدر عن الشخص من أقوال و أفعال و يرتب
 عليه الشارع نتيجة من النتائج .
 إن القانون يفرق بين ما يصدر عن الشخص من أعمال مادية و أعمال إرادية ،
 فيطلق على الأولى : الواقعة القانونية ، أما ما يصدر عن الإنسان من أعمال إرادية فيطلق
 عليها الأعمال القانونية .
 إن كتب اللغة تفرق بين المراد بكلمة الإلتزام و الإلزام : فالأول : ما يوجبه على
 نفسه اختيارا ، و الثاني : لا يكون إلا جبرا .
 إن الإلتزام في الشرع : هو إلزام شخص نفسه شيئا من المعروف مطلقا أو معلقا
 على شيء .
 إن الإلتزام في القانون عبارة عن حالة قانونية أو رابطة قانونية يلتزم بمقتضاها شخص
 هو المدين .
 إن الفقهاء اختلفوا في تعريف الركن ، و الخلاف في هذا جار بين الجمهور و الحنفية .
 إن هذا الخلاف من باب الخلاف اللفظي الذي لا ثمره له في الواقع العملي .
 إنه يعتبر في إنشاء العقود أمور معينة لا بد منها لقيام العقد ، و العبرة في ذلك بإرادة
 المتعاقدين و تراضيتهما ، و انعقاد النية على إنشاء العقد ما دام اللفظ صالحا لذلك .
 إن الصيغة لها شروط هامة لا بد من توفرها لتحقيق العقد .
 إنه يشترط في العاقدین شروط لا بد من توفرها في مجال العقود .
 إن الفقهاء اتفقوا على صحة تصرف الصبي المميز ما لم يكن محجورا عليه .
 إن العقد لا ينعقد مع انتفاء شرط الرضا .
 إن العقود تنوع إلى مالية و غير مالية ، و إلى لازمة و غير لازمة ، و إلى ما يقبل
 الخيار و ما لا يقبله ، و إلى ما يشترط فيه القبض و ما لا يشترط ، كما أن منها ما يتنوع
 إلى عقود معاوضات و عقود تبرعات ، و منها ما ينقسم إلى صحيح و غير صحيح ،
 و إلى نافذ و موقوف ، و إلى مؤقتة و غير مؤقتة .

إن العقود تنوع في القانون إلى أنواع : صحيح و غير صحيح بحسب وصف العقد،
و بحسب التسمية و عدمها تنقسم إلى عقود مسماة و غير مسماة ، و إلى عينية و غير
عينية .

إن القانون تكلم عن مدارج و مراحل لازمة لتكوين العقد .
إن الولاية في اللغة : النصرة و المحبة ، و أنها تنوع إلى ولاية على النفس و ولاية
على المال .

إن الولي - و الوصي في معناه - كلاهما مطالب أمام الله عز و جل و أمام القاضي
بالمحافظة على أموال الأيتام .

إن الوكالة مشروعة بالكتاب و السنة و الإجماع ، و لها شروط خاصة لا توجد إلا
بتحققها .

إنه يراد بحكم العقد الغرض والغاية منه ، و بحقوق العقد الأعمال التي لابد منها
للحصول على حكم العقد .

إن المراد بالفضولي عند الفقهاء لا يخرج عن المعنى اللغوي : وهو من يتصرف في
حق غيره بغير إذن شرعي .

إن العلماء اختلفوا حول سبب عدم نفاذ تصرف الفضولي و ذلك على قولين :
الأول : أنه باطل لا تلحقه الإجازة .

الثاني : أنه صحيح موقوف على إجازة صاحب الشأن .
و لكل قول أدلته المذكورة في ثنايا البحث .

إن تقسيم العقود قام على اعتبارات خاصة هي :

من حيث اعتبار الشارع لها أو عدمه .

من حيث حاجتها للقبض من عدمه .

بالنظر إلى أغراضها و موضوعاتها .

بحسب اتصال أحكامها بها من عدم ذلك .

من حيث التوقف و النفاذ .

من حيث ما يتم بإرادة أو بإرادتين .

من حيث اللزوم و عدمه .

من حيث التسمية و عدمها .

إن القاعدة العامة في الفقه الإسلامي هي أن العقد شريعة المتعاقدين ، فالواجب تنفيذ العقد في جميع ما اشتمل عليه نطاقه .

إن ملك العين المباعة ينتقل للمشتري بمجرد حصول عقد المعاوضة و وقوعه صحيحا باتا نافذا لازما سواء كانت عقارا أو منقولا .

إن العلماء مختلفون في اشتراط القبض في الهبة .

إن العلماء قد اختلفوا في وقت جواز التصرف في المبيع قبل قبضه .

إن العلماء مختلفون في تقوم المنفعة بالعقد ، و لهم على ذلك شروط .

إن ضمان المنفعة مختلف فيه بين الفقهاء ، إن بعضهم قد فرق بين الغصب و التعدي .

إن الأجير هو الباذل نفع نفسه لغيره بعوض معلوم ، أو هو من أجر نفسه بعوض معلوم ، أو هو من أجر نفسه مدة معلومة ، أو لعمل معلوم ، و هو نوعان : الأجير المشترك ، و الأجير الخاص .

إن هناك عقودا يكون الغرض منها توثيق الديون هي : الحوالة و الكفالة و الرهن .

إن العلماء قد اختلفوا في الأعذار التي تبيح فسخ عقد الإيجار بعد لزومه .

إن الجائحة هي الآفة السماوية التي تصيب الزروع أو الثمار فتهلكها دون أن يكون لأدمي صنع فيها مثل القحط و البرد و العطش .

إن العلماء اختلفوا في حديث الأمر بوضع الجوائح : فحمله البعض على الوجوب ، و حمله الجمهور على الندب والاستحباب .

بيع الثمر قبل بدو صلاحه لا يجوز حيث جاء معللا بعلة منصوص عليها

و هي : خوف العاهة و هي الجائحة ، فإذا زالت العلة بأي سبب زال النهي .

إن الحاكم إذا حكم بخلع مال المدين عنه فلا يجوز له أن يتصرف فيه بيع، أو شراء، أو كراء، أو تصدق، أو هبة، أو إقرار لمتهم عليه و ذلك بالنسبة للمال الموجود بيده وقت الحجر.

إن العلماء مختلفون في الحاكم هل يبيع مال المدين على البت أم على الخيار، و الراجع أنه يبيع على الخيار ثلاثة أيام.

إن العلماء اختلفوا هل يبيع الحاكم على المحجور عليه مسكنه أو لا؟ والراجع جوازه.

إن العلماء مختلفون في حلول الديون المؤجلة بسبب الموت و الإفلاس، و الراجع حلوها بسبب ذلك.

إن العلماء اختلفوا في من وجد عين متاعه عند المدين المفلس أو المتوفى هل يكون له حق التفرد بها أو يكون أسوة بسائر الدائنين، و الراجع أنه أحق بها.

أن هناك ما ينتقل من حقوق التركة إلى الورثة و منها ما لا ينتقل إليهم و أن العلماء اختلفوا في بعض تلك الحقوق و خاصة منها الخيارات.

و أن الفقهاء اختلفوا في بقاء ذمة الميت بعد وفاته. كما اختلفوا في وقت انتقال ملكية أعيان التركة إلى الورثة.

هذا ما وفقني الله تعالى إليه في هذا البحث. و أرجو الله عز و جل أن ينفع به، و أن يجعله في ميزان حسناتي يوم القيامة. إنه عز و جل سميع مجيب.

و صلى الله على سيدنا محمد و على آله و صحبه و من دعا بدعوته إلى يوم الدين.

ضياء الدين قصوري

فهرس الموضوعات

الصفحة	الموضوع
٤	الإهداء
٩-٥	خلاصة البحث
١٢-١٠	المقدمة
٥٢-١٣	الفصل التمهيدي : ماهية العقد وتكونه
١٤	المبحث الأول : تعريف العقد
١٥	المطلب الأول : تعريف العقد في اللغة
١٧	المطلب الثاني : أقوال المفسرين في قول الله تعالى ﴿ أولفوا بالعقود ﴾
١٩	المطلب الثالث : تعريف العقد في الاصطلاح
٢٢	المطلب الرابع : تعريف العقد في القانون
٢٥	المبحث الثاني : المصطلحات ذات الصلة بالعقد
٢٦	المطلب الأول : العقد و التصرف
٢٧	الفرع الأول : المراد بكلمة التصرف في اللغة و الشرع
٣٠	الفرع الثاني : المراد بكلمة التصرف في القانون
٣١	المطلب الثاني : العقد و الالتزام
٣٢	الفرع الأول : المراد بكلمة الالتزام في الشرع
٣٥	الفرع الثاني : المراد بكلمة الالتزام في القانون
٣٧	المبحث الثالث : أركان العقد وشروطها
٣٨	المطلب الأول : تعريف الركن و بيان أركان العقد
٤٠	المطلب الثاني : كيفية إنشاء العقد و شروط الصيغة و المتعاقدين
٤١	الفرع الأول : في إنشاء العقد

٤٥	الفرع الثاني : شروط الصيغة
٤٧	الفرع الثالث : المتعاقدان و ما يشترط فيهما
١٢٧-٥٣	الباب الأول : العقود و التصرفات و تقسيماتها
٩٠-٥٤	الفصل الأول : العقود و التصرفات
٥٥	المبحث الأول : أنواع العقود في الفقه الإسلامي و القانون
٥٦	المطلب الأول : أنواع العقود في الفقه الإسلامي
٦٤	المطلب الثاني : أنواع العقود في القانون
٦٧	المبحث الثاني : أنواع التصرفات
٦٨	المطلب الأول : تصرفات الولي
٧٣	المطلب الثاني : تصرفات الوكيل
٧٤	الفرع الأول : مشروعية الوكالة
٧٦	الفرع الثاني : شروط الوكالة
٧٨	الفرع الثالث : نيابة الوكيل
٨٣	المطلب الثالث : تصرفات الفضولي
٨٤	الفرع الأول : تعريف الفضولي في اللغة و الاصطلاح و القانون
٨٧	الفرع الثاني : أقوال الفقهاء في تصرف الفضولي
١٢٨-٩١	الفصل الثاني : الاعتبارات التي قام عليها تقسيم العقود
٩٢	المبحث الأول : تقسيم العقود من حيث اعتبار الشارع لها أو عدمه
٩٥	المبحث الثاني : تقسيم العقود من حيث حاجتها للقبض من عدمه
٩٧	المبحث الثالث : تقسيم العقود بالنظر إلى أغراضها و موضوعاتها
١٠٥	المبحث الرابع : تقسيم العقود بحسب اتصال أحكامها بها من عدم ذلك
١١١	المبحث الخامس : تقسيم العقود من حيث التوقف و النفاذ
١١٢	المبحث السادس : تقسيم العقود من حيث ما يتم بإرادة أو إرادتين
١١٨	المبحث السابع : تقسيم العقود من حيث اللزوم و عدمه

١٢٠	المبحث الثامن : تقسيم العقود من حيث التسمية من عدم ذلك
١٨١-١٢٨	الباب الثاني : آثار اللزوم في العقد
١٦٧-١٢٩	الفصل الأول : مدى التزام المتعاقد بتنفيذ العقد
١٣٠	المبحث الأول : نطاق تنفيذ العقد
١٣٢	المطلب الأول : نقل الملك
١٣٧	المطلب الثاني : نقل المنفعة
١٤٥	المطلب الثالث : ترتيب الدين في الذمة
١٤٨	المطلب الرابع : إلزام العاقد بعمل معين
١٥٣	المطلب الخامس : توثيق الديون
١٥٦	المبحث الثاني : الاستثناءات الواردة على تنفيذ العقد
١٥٦	المسألة الأولى : فسخ عقد الإيجار
١٥٩	المسألة الثانية : مسألة الجوائح و أثرها في العقود
١٥٩	تعريف الجائحة
١٦٠	الأسباب الفاعلة للجوائح
١٦١	حكم الجائحة
١٦٢	أقوال أهل العلم في بيع الثمار
	الفصل الثاني : آثار القوة الملزمة للعقد بالنسبة للدائنين و الخلف
١٦٩	المبحث الأول : آثار القوة الملزمة للعقد بالنسبة للدائنين و ما يترتب على الحجر
١٦٩	المطلب الأول : منع المدين من تصرفه في ماله
١٧١	المطلب الثاني : بيع الحاكم مال المدين و قسم ثمنه بين الغرماء
١٧٥	المطلب الثالث : حلول الديون المؤجلة على المدين بسبب الموت و الفلاس
١٧٨	المطلب الرابع : من وجد عين ماله عند المدين هل يكون أحق به ؟
١٨٢	المبحث الثاني : آثار القوة الملزمة للعقد بالنسبة للخلف
١٨٣	تمهيد

١٨٤	المطلب الأول : حقوق التركة
١٨٨	المطلب الثاني : ديون التركة
١٩٢	المطلب الثالث : الموصى له بجزء من مجموع التركة
١٩٣	الخاتمة
١٩٨	فهرس الموضوعات
٢٠٢	فهرس المراجع

فهرس المراجع

أولا : كتب التفسير و علوم القرآن

- ١- القرآن الكريم
- ٢- أحكام القرآن
لأبي بكر محمد بن عبد الله المعروف بابن العربي .
طبعة دار إحياء الكتب العربية ، مصر : ١٣٧٦ هـ - ١٩٥٧ م .
- ٣- تفسير القرآن العظيم
للمحافظ عساف الدين أبي الفداء إسماعيل بن كثير القرشي الدمشقي المتوفى سنة : ٧٧٤ هـ .
نشر مكتبة دار التراث بالقاهرة .
- ٤- تفسير الكشاف
لأبي القاسم جار الله محمود بن عمر الزمخشري الخوارزمي المتوفى سنة : ٥٣٨ هـ .
مطبعة دار الكتاب العربي .
- ٥- جامع البيان في تفسير القرآن
لأبي جعفر محمد بن جرير الطبري .
مطبعة دار المعرفة ، بيروت ، لبنان .
- ٦- روح المعاني في تفسير القرآن الكريم و السبع المثاني
لأبي الفضل شهاب الدين محمود بن عبد الله الألوسي المتوفى سنة : ١٢٧٠ هـ .
مكتبة إمدادية ملتان ، باكستان .
- ٧- فتح القدير
لمحمد بن علي الشوكاني المتوفى سنة : ١٢٥٥ هـ .
نشر مطبعة محفوظ العلمي ، بيروت ، لبنان .

٨- مجمع البيان في تفسير القرآن

لأبي علي الفضل بن الحسن الطبرسي .

مطبعة - احياء التراث العربي

٩- مفاتيح الغيب

للفخر الدين الرازي

المطبعة العامرة الشرفية ، الطبعة الأولى : ١٣٠٨ هـ .

ثانيا : كتب الحديث و علومه

١- التلخيص الحبير تخريج أحاديث الرافعي الكبير

للمحافظ ابن حجر العسقلاني .

طبع المكتبة الأثرية ، باكستان .

٢- إعلاء السنن

للمحدث ظفر أحمد عثمانى (١٣١٠-١٣٩٤ هـ)

طبع إدارة القرآن و العلوم الإسلامية ، كراتشي ، باكستان .

٣- سبل السلام شرح بلوغ المرام من أدلة الأحكام

للإمام محمد بن إسماعيل الكحلاني ثم الصنعاني .

نشر دار الفكر ، بيروت ، لبنان .

٤- سنن أبي داود

للإمام المحافظ أبي داود سليمان بن الأشعث السجستاني الأزدي (٢٠٢-٢٧٥ هـ)

نشر مكتبة و مطبعة مصطفى الحلبي بمصر : ١٣٧١ هـ .

٥- سنن ابن ماجه

للمحافظ أبي عبد الله محمد بن يزيد القزويني (٢٠٧-٢٧٥ هـ) ، تحقيق محمد فؤاد عبد

الباقي ، طبع دار إحياء التراث العربي .

- ٦- سنن الترمذي
لأبي عيسى محمد بن سورة .
مطبعة إستانبول ، تركيا .
- ٧- سنن النسائي بشرح الحافظ جلال الدين السيوطي و حاشية الإمام السندي عليه .
مطبعة إستانبول ، تركيا .
- ٨- صحيح البخاري
للإمام محمد بن إسماعيل البخاري
مصورة دار الشعب بمصر : ١٩٣١ م ، و طبعة استانبول ، تركيا ١٩٨١ م .
- ٩- صحيح مسلم بشرح النووي
طبعة دار الشعب بالقاهرة ، و طبعة دار إحياء التراث العربي ، بيروت بتحقيق فؤاد عبد
الباقي .
- ١٠- عمدة القاري شرح صحيح البخاري
لبدر الدين أبي محمد محمود بن أحمد العيني المتوفى سنة : ٨٥٥ هـ .
دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، لبنان .
- ١١- فتح الباري شرح صحيح البخاري
لأحمد بن علي بن حجر العسقلاني .
مكتبة الكليات الأزهرية ، مصر .
- ١٢- منتقى الأخبار
لمجد الدين أبي البركات عبد السلام بن تيمية الحراني ، و شرحه نيل الأوطار محمد بن
علي بن محمد الشوكاني .
نشر دار الجيل ، بيروت ، لبنان .
- ١٣- السنن الكبرى
للحافظ أبي محمد بن الحسين بن علي البيهقي .
طبعة دار الفكر .

١٤- عارضة الأحوذى بشرح صحيح الترمذي

لأبي بكر محمد بن عبد الله المعروف بابن العربي .

طبعة دار البازي للطباعة و النشر ، بيروت .

١٥- المصنف

للمحافظ أبي بكر عبد الرزاق بن همام الصنعاني ، تحقيق حبيب الرحمن الأعظمي .

توزيع المكتب الإسلامي .

ثالثا : كتب الأصول و القواعد الفقهية

١- الأشباه و النظائر

لابن نجيم المصري

نشر مؤسسة الحلبي بالقاهرة : ١٩٦٨ م .

٢- الأشباه و النظائر في الفروع

للعامة جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي الشافعي المتوفى سنة : ٩١١ هـ .

طبعة دار الكتب العلمية ، بيروت ط/١ : ١٩٧٩ م .

٣- إعلام الموقعين عن رب العالمين

لأبي عبد الله بن أبي بكر المعروف بابن قيم الجوزية

إدارة الطباعة المنيرة بالقاهرة .

٤- غمر عيون البصائر (شرح الأشباه و النظائر لابن نجيم)

للسيد أحمد الحموي .

نشر مؤسسة الحلبي بالقاهرة : ١٩٦٨ م .

٥- الفروق

لشهاب الدين أبي العباس أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن الصنهاجي القرافي .

نشر دار المعرفة للطباعة ، بيروت .

- و طبعة أخرى : مطبعة الحلبي بالقاهرة : ١٣٤٥-١٣٤٦ هـ .
 و معه شرحه تهذيب الفروق للعلامة ابن الشاط .
 ٦- القواعد الفقهية
 للمفتي السيد محمد عميم الإحسان المجدي البركتي .
 نشر الصدف بيلشرز ، كراتشي ، باكستان .
 ٧- القواعد في الفقه الإسلامي
 لأبي الفرج عبد الرحمن بن رجب الحنبلي .
 نشر دار المعرفة بيروت .
 ٨- القواعد النورانية الفقهية
 لشيخ الإسلام أحمد بن تيمية الحراني المتوفى سنة : ٧٢٨ هـ .
 نشر إدارة ترجمان السنة ، شادمان ، لاهور ، الطبعة الثانية : ١٤٠٢ هـ - ١٩٨٢ م .
 ٩- كشف الأسرار عن أصول البزدوي
 لعبد العزيز البخاري .
 المطبعة الأزهرية ، القاهرة .
 ١٠- الموافقات في أصول الشريعة
 لأبي إسحاق إبراهيم اللخمي الغرناطي الشهير بالشاطبي ، المتوفى سنة : ٧٩٠ هـ .
 طبعة دار الفكر .
 ١١- المجلة لجماعة من العلماء
 طبعة كراتشي ، باكستان .
 ١٢- الإجماع
 لابن المنذر ، نشر رئاسة المحاكم الشرعية بقطر : ١٩٨١ م .

رابعاً : الكتب الفقهية

أ- الفقه الحنفي

- ١- البحر الرائق شرح كنز الدقائق
للعلامة زين الدين إبراهيم بن نجيم .
نشر دار المعرفة ، بيروت ، لبنان .
- ٢- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع
لأبي بكر بن مسعود الكاساني .
مطبعة الجمالية بالقاهرة ١٣٢٨ هـ ، و طبعة أخرى بمطبعة الإمام بالقاهرة .
- ٣- تبين الحقائق شرح كنز الدقائق
لفخر الدين عثمان بن علي الزيلعي المتوفى سنة : ٧٤٣ هـ .
المطبعة الأميرية بالقاهرة : ١٣١٣ هـ .
- ٤- الجوهرة النيرة على مختصر القدوري
لأبي بكر بن علي بن محمد الحداد اليمني المتوفى سنة : ٨٠٠ هـ .
نشر مكتبة إمدادية ملتان ، باكستان .
- ٥- درر الأحكام شرح غرر الأحكام
كلاهما للقاضي محمد بن فراموز الشهير بملا خسرو .
مطبعة أحمد كامل بإسطنبول ، تركيا .
- ٦- رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار
محمد أمين الشهير بابن عابدين المتوفى سنة : ١٢٥٢ هـ .
المكتبة الماجدية ، كويتا ، باكستان ، الطبعة الأولى .
- ٧- العناية على الهداية
لمحمد بن محمود البابرتي .
مطبوع بهامش شرح فتح القدير ، المطبعة الأميرية بالقاهرة .

٨- الفتاوى العالمية المعروفة بالفتاوى الهندية

للشيخ نظام و جماعة من علماء الهند .

نشر المكتبة الماجدية ، كويتا ، باكستان ، الطبعة الثانية : ١٩٨٠ م .

٩- الكفاية على الهداية

لجلال الدين الخوارزمي الكرلاني .

نشر دار إحياء التراث العربي بيروت .

١٠- المبسوط

لشمس الأئمة السرخسي .

دار المعرفة بيروت ، الطبعة الثانية ، و طبعة أخرى لطبعة السعادة بمصر .

١١- مجمع الأنهر شرح ملتقى الأنهر

للشيخ عبد الله بن الشيخ سليمان المعروف بداماد أفندي ، ت : ١٠٧٨ هـ .

نشر دار إحياء التراث العربي ، بيروت .

١٢- مجلة الأحكام العدلية و لها شرحان :

الأول : للشيخ محمد خالد الأناسي ، طبعة المكتبة الإسلامية ، كويتا ، باكستان .

و الثاني : لسليم رستم باز اللبناني ، طبعة المكتبة الحبيبية ، كويتا ، باكستان .

١٣- مختصر الطحاوي

لأبي جعفر أحمد بن سلامة الطحاوي المتوفى : ٣٢١ هـ .

مطبعة دار الكتاب العربي ، القاهرة .

١٤- مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان

لمحمد قدري باشا .

المطبعة الكبرى الأميرية بيولاك ، مصر ، الطبعة الثانية : ١٣٠٨ هـ - ١٨٩١ م .

١٥- الهداية شرح بداية المبتدي

كلاهما لبرهان الدين بن أبي الحسن علي بن أبي بكر بن عبد الجليل المرغيناني .

مطبعة مصطفى الحلبي بالقاهرة .

- ١٦- نتائج الأفكار تكملة شرح فتح القدير
 لشمس الدين أحمد بن قودر المعروف بقاضي زادة .
 دار الفكر ، بيروت ، لبنان .
- ١٧- أنيس الفقهاء للشيخ قاسم القنوي المتوفي ٩٧٨ هـ ، تحقيق د . أحمد عبد الرزاق
 الكبيسي - نشر دار الوفاء للنشر والتوزيع .
 ب - الفقه المالكي
- ١- بداية المجتهد و نهاية المقتصد
 لأحمد بن محمد بن أحمد بن رشد الحفيد القرطبي .
 مطبعة مصطفى الحلبي ، القاهرة : ١٣٣٥ هـ .
- ٢- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير
 لمحمد عرفة الدسوقي .
 مطبعة مصطفى الحلبي بالقاهرة .
- ٣- حاشية الشيخ علي الصعيدي العدوي مع شرح الخرشي على مختصر سيدي خليل
 نشر دار الفكر ، بيروت ، لبنان .
- ٤- شرح الخرشي على مختصر خليل
 لأبي عبد الله محمد بن عبد الله الخرشي المالكي المتوفى سنة : ١١٠١ هـ .
 نشر دار الفكر ، بيروت ، و طبعة أخرى للمطبعة الأميرية بمصر : ١٣١٧ هـ .
- ٥- الشرح الصغير إلى أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك
 لأبي البركات أحمد بن محمد بن أحمد الشهير بالدردير ، المتوفى سنة : ١٢٠١ هـ .
 مطبعة مصطفى الحلبي : ١٣٧٢ هـ .
- ٦- فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب مالك
 لمحمد عlish .
 طبعة مصطفى الحلبي : ١٩٥٨ م .
- ٧- القوانين الفقهية
 لابن جزي .

نشر دار الكتاب العربي ، بيروت .

٨- الكافي في فقه أهل المدينة

لابن عبد البر .

نشر مكتبة الرياض الحديثة بالرياض ، الطبعة الأولى : ١٣٩٨هـ - ١٩٧٨م .

٩- المدونة الكبرى

برواية سحنون عن عبد الرحمن بن القاسم عن الإمام مالك بن أنس الأصبحي .

مصر : ١٣٢٢هـ - ١٣٢٣هـ .

١٠- مواهب الجليل

محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي ، أبو عبد الله المعروف بالخطاب .

الطبعة الأولى - مطبعة السعادة (١٣٢٩ هـ)

١١- الموطأ بهامش كتاب المنتقى لأبي الوليد الباجي .

طبعة دار الكتاب العربي ، بيروت .

ج - الفقه الشافعي

١- فتح العزيز شرح الوجيز للرافعي ، مطبوع بهامش كتاب المجموع للنووي .

مطبعة الإمام بالقاهرة ، و طبعة أخرى بشركة العلماء بالأزهر .

٢- مختصر المزني على هامش كتاب الأم

طبعة دار الشعب بالقاهرة .

٣- المجموع شرح المذهب

لحمي الدين أبي زكريا يحيى بن شرف النووي المتوفى : ٦٧٦هـ .

مطبعة شركة العلماء بالأزهر ، القاهرة .

٣- مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج

لمحمد الشربيني الخطيب على متن المنهاج لأبي زكريا يحيى بن شرف النووي .

مطبعة مصطفى البابي الحلبي و أولاده بمصر ، و طبعة أخرى بالمطبعة الميمنية بالقاهرة .

٤- المذهب

لأبي إسحاق إبراهيم بن يوسف الشيرازي .

مطبعة عيسى البابي الحلبي و شركاؤه ، مصر : ١٩٦٧ م .

٥- نهاية المحتاج شرح المنهاج

لشمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة الرملي الشهير بالشافعي الصغير المتوفى:

١٠٠٤ هـ .

المطبعة البهية المصرية .

د - الفقه الحنبلي

١- الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل

لعلاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان المرداوي .

دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، الطبعة الأولى .

٢- فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية الحراني .

توزيع رئاسة الدعوة و الإفتاء بالسعودية .

٣- كشف القناع عن متن الإقناع

لمنصور بن يونس بن إدريس البهوتي .

مطبعة الحكومة بمكة .

٤- المغني

لأبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي المتوفى سنة : ٦٢٠ هـ .

تنشر مكتبة الجمهورية العربية بمصر ، و مكتبة الرياض الحديثة بالرياض .

٥- منتهى الإرادات

لتقي الدين محمد بن أحمد الفتوحي الحنبلي المعروف بابن النجار .

طبعة مكتبة عالم الكتب ، بيروت .

٦- شرح منتهى الإرادات للشيخ منصور بن يونس بن إدريس البهوتي المسمى أولي
النهى لشرح المنتهى .
نشر دار الفكر .

هـ - الفقه الظاهري

المحلى
لأبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي .
منشورات المكتب التجاري للطباعة ، بيروت .

خامسا : كتب اللغة و المصطلحات

- ١- التعريفات
للسيد الشريف علي بن محمد الجرجاني .
انتشارات ناصر خسرو ، طهران ، إيران .
- ٣- الصحاح
لإسماعيل بن حماد الجوهري .
نشر دار العلم للملايين ، بيروت .
- ٤- طلبه الطلبة في الاصطلاحات الفقهية
لنجم الدين بن حفص النسفي المتوفى : ٥٣٧هـ .
نشر دائرة المعارف الإسلامية ، مكران ، بلوچستان ، باكستان .

٥- القاموس المحيط

لمحمد بن يعقوب الفيروز آبادي .

طبع المؤسسة العربية للطباعة و النشر ، بيروت .

٦- كشف اصطلاحات الفنون

لمحمد علي الفاروقي التهانوي . تحقيق الدكتور لطفي عبد البديع .

مطبعة السعادة بمصر : ١٣٨٢ هـ .

٧- لسان العرب

لابن منظور الإفريقي المصري .

المطبعة الأميرية بالقاهرة .

٨- المصباح المنير

لمحمد بن أحمد المقرئ الفيومي .

المطبعة الأميرية بمصر .

٩- المعجم الوسيط

للدكتور إبراهيم أنيس و آخرين (مجمع اللغة العربية) .

انتشارات ناصر خسرو ، طهران ، إيران .

١٠- المغرب في ترتيب المغرب

لأبي الفتح ناصر بن عبد السيد بن علي المطرزي المتوفى سنة : ٦١٦ هـ .

نشر دار الكتاب العربي ، بيروت .

سادسا : كتب التراجم و التاريخ

١- معجم البلدان

لشهاب الدين أبي عبد الله ياقوت بن عبد الله الحموي .

دار صادر بيروت .

٢- الأعلام

نخير الدين الزركلي .

دار الفكر ، بيروت .

٣- شذرات الذهب في أخبار من ذهب

لابن العماد الحنبلي

نشر المكتب التجاري للطباعة ، بيروت .

٤- تاريخ الأدب العربي

ليروكلمان ترجمة الدكتور النجار .

نشر دار المعارف بمصر الطبعة الثالثة .

٥- الجواهر المضية في طبقات الحنفية

لأبي محمد عبد القادر بن محمد القرشي .

طبعة حيدرآباد الدكن بالهند سنة : ١٣٣٢هـ .

٦- الفوائد البهية في تراجم الحنفية

لأبي الحسنات محمد بن عبد الحي اللكنوي الهندي .

الطبعة الأولى : ١٣٢٤هـ ، مكتبة السعادة ، باب الخلق ، القاهرة .

سابعاً : الكتب الحديثة

١- أحكام المعاملات الشرعية

لعلي الخفيف .

طبعة دار التأليف شارع يعقوب بالمالية ، مصر .

٢- أحكام التصرف عن الغير بطريق النيابة

لأحمد إبراهيم بك .

محاضرات أقيمت على طلاب قسم الدراسات العليا بكلية الحقوق بجامعة القاهرة :
١٩٤٠م.

٣- الأحوال الشخصية

للدكتور محمد مصطفى شحاته الحسيني .

مطبعة دار التأليف بالقاهرة : ١٩٧٣م .

٤- الإجازة في التصرفات القانونية

للدكتور عبد الرزاق فرج .

دار النهضة العربية بالقاهرة .

٥- أحكام الالتزام

للدكتور إسماعيل غانم .

طبعة القاهرة : ١٩٥٦م .

٦- الأموال و نظرية العقد

للدكتور محمد يوسف موسى . نشر دار الكتاب العربي الطبع الاولي ١٣٧٢ هـ ١٩٥٢ م

٧- الالتزامات

للدكتور حسين النوري . (بدون ذكر جهة الطبع)

٨- تاريخ الفقه الإسلامي و نظرية الملكية و العقود

للدكتور بدران أبي العين بدران . (بدون ذكر جهة الطبع)

٩- التصرف الانفرادي

لعلي الخفيف .

طبعة كلية الحقوق بجامعة القاهرة .

١٠- تطبيق الشريعة الإسلامية في البلاد العربية

للدكتور صوفي أبي طالب .

نشر دار النهضة العربية بالقاهرة .

- ١١- تاريخ التشريع الإسلامي
للدكتور محمد سلام مذكور - مطبع دار النهضة العربية بمصر
- ١٢- تاريخ الأدب العربي
لبروكلمان ، ترجمة الدكتور النجار .
نشر دار المعارف بمصر ، الطبعة الثالثة .
- ١٣- حقوق الجوار في الفقه الإسلامي
للدكتور محمد سلطان .
مجلة منبر الإسلام ، عدد ٥ : سنة ١٣٨١ هـ - ١٩٦٩ م ، إصدار المجلس الأعلى
للشؤون الإسلامية بالقاهرة .
- ١٤- حماية الضمان العام للدائنين بدعوى الإعسار المدني
للدكتور عبد السميع أبي الخير (رسالة دكتوراه بكلية الشريعة و القانون بجامعة الأزهر
بالقاهرة)
- ١٥- دراسة مقارنة حول عقد البيع
للدكتور الشافعي عبد الرحمن .
جامعة الأزهر بالقاهرة ، مصر .
- ١٦- الديون و توثيقها
للدكتور عبد اللطيف محمد عامر .
نشر دار المرجان للطباعة بالقاهرة .
- ١٧- السياسة الاقتصادية و النظم المالية
للدكتور أحمد الحصري .
نشر مكتبة الكليات الأزهرية بالقاهرة .
- ١٨- الشركات في الفقه الإسلامي
للدكتور يوسف المرصفي .
مطبعة الأمانة جزيرة بدران ، شبرا ، مصر .

- ١٩- الشركات في الفقه الإسلامي
للدكتور عبد الفتاح أبي العينين .
طبعة دار النهضة العربية .
- ٢٠- شرح الأحكام الشرعية
لمحمد زيد الأبياني .
مطبعة علي سكر أحمد بمصر ، الطبعة الثانية : ١٣٣٠ هـ - ١٩١٢ م .
- ٢١- ضوابط العقد في الفقه الإسلامي
للدكتور عدنان خالد التركماني .
طبعة دار الشرق بجدة .
- ٢٢- العقود المسماة
لمصطفى أحمد الزرقا .
- ٢٣- الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد (نظرة عامة في فكرة الحق و الالتزام)
لمصطفى أحمد الزرقا .
الطبعة الثانية : ١٩٤٨ م .
- ٢٤- الفقه الإسلامي و أدلته
للدكتور وهبة الزحيلي .
دار الفكر بدمشق ، الطبعة الثالثة .
- ٢٥- كتاب الفقه على المذاهب الأربعة
لعبد الرحمن الجزيري .
نشر المجلس الأعلى للشئون الإسلامية بالقاهرة .
- ٢٦- المدخل للفقه الإسلامي
للدكتور محمد سلام مذكور .
طبعة دار النهضة العربية ، القاهرة .

٢٧- مباحث في فقه الكتاب و السنة

للدكتور محمد الخضراوي .

مطبعة الكيلاني ، طبعة أولى : ١٩٦٩ م .

٢٨- مجلة إدارة قضايا الحكومة

لمحمد زكريا البرديسي .

٢٩- مختصر المعاملات الشرعية

لعلي الخفيف

مطبعة أنصار السنة المحمدية : ١٣٦٨ هـ ، ١٣٧١ هـ ، طبعة رابعة .

٣٠- المدخل الفقهي العام

لمصطفى أحمد الزرقا .

مطابع ألف باء الأديب ، دمشق : ١٩٦٧-١٩٦٨ م .

٣١- المدخل لدراسة الفقه الإسلامي

للدكتور حسين حامد حسان .

دار النهضة العربية بالقاهرة ، الطبعة الأولى : ١٩٧٢ م .

٣٢- المدخل

للدكتور محمد مصطفى شلي .

مطبعة دار التأليف القاهرة : ١٩٥٩ م .

٣٣- الملكية و نظرية العقد

لمحمد أبي زهرة .

دار الفكر بالقاهرة ، مصر .

٣٤- مصادر الالتزام

للدكتور عبد الحي حجازي .

مطبعة نهضة القاهرة بمصر : ١٩٥٤ م .

- ٣٥ - الموجز في شرح القانون المدني
لعبد المجيد الحكيم . (بدون ذكر جهة الطبع)
- ٣٦ - المدخل الفقهي و المؤيدات الشرعية
للدكتور أحمد الحجي الكردي .
من مطبوعات جامعة دمشق ، و طبعة أخرى لطبعة الإنشاء بدمشق .
- ٣٧ - المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية
للدكتور عبد الكريم زيدان .
نشر مؤسسة الرسالة ، مكتبة القدس ، بغداد ، الطبعة العاشرة : ١٤٠٨ هـ .
- ٣٨ - المدخل لدراسة التشريع الإسلامي
للدكتور عبد الرحمن الصابوني .
المطبعة التعاونية : ١٩٧٦ م .
- ٣٩ - مجلة الأحكام الشرعية
لأحمد بن عبد الله القاري . تحقيق الدكتور عبد الوهاب إبراهيم سليمان ، و الدكتور
محمد إبراهيم أحمد علي .
مطبعة تهامة ، الطبعة الأولى : ١٤٠١ هـ .
- ٤٠ - مصادر الحق في الفقه الإسلامي
للدكتور عبد الرزاق السنهوري
معهد البحوث و الدراسات العربية (جامعة الدول العربية) : ١٩٦٨ م .
- ٤١ - مصادر الالتزام
للدكتور محمد عمران .
- ٤٢ - نظرية الضمان
للدكتور وهبة الزحيلي .
نشر دار الفكر ، بيروت ، لبنان .

٤٣- النظرية العامة للالتزامات

للدكتور حسن علي الذنون .

مطبعة المعارف ببغداد : ١٩٤٩ م .

٤٤- النظرية العامة للالتزامات

للدكتور عبد الرزاق السنهوري . طبع - معهد الدراسات العربية - بالقاهرة

٤٥- نظرية العقد

لشيخ الإسلام ابن تيمية .

نشر دار المعرفة للطباعة ، بيروت .

٤٦- نظرية الأجل في الالتزام

للدكتور عبد الناصر العطار - مطبع جامع أسيوط بمصر

٤٧- نظامعاملات للدكتور محمد مصطفى شلي

طبع دار التأليف شارع يعقوب بالمالية بمصر .

مطبعة السعادة ، القاهرة : ١٩٧٥ م .

٤٨- الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني المصري

للدكتور محمود جمال الدين زكي

الطبعة الثالثة ، مطبعة جامعة القاهرة : ١٩٧٨ م .

٤٩- تاريخ التشريع الإسلامي

لمحمد سلام مذكور . نشر دار النهضة العربية بالقاهرة .

٥٠- التشريع الجنائي الإسلامي لعبد القادر عودة

طبعة دارالكتاب العربي - بيروت

٥١- أحكام التركات والموارث للإمام أبي زهرة

الطبعة والنشر لدار الفكر العربي