





FEB
1973

BP
192.2
I 2x
v.1

ECAC99-B3484 put
12/17

BP
192.3
I2X
1955
v.1

al-Ibyānī, Muḥammad Zayd al.

Sharḥ Muṣṣhid al-ḥayrān

شرح

مرشد الحيران

الى معرفة أحوال الانسان في المعاملات الشرعية على مذهب
الامام الأعظم أبي حنيفة النعمان ملائماً
لسائر الأقطار الاسلامية

الجزء الأول

تأليف

محمد زبير اليباني — محمد سلامة السبيلقي
المدرسين للشرعية الاسلامية بمدرسة الحقوق الخديوية

حقوق الطبع محفوظة للمؤلف

الطبعة الثانية

مطبعة المعين - بغداد

١٣٧٥ هـ ١٩٥٥ م

OCLC
50548739

B12303136
13618611

ناليك ايش

بمقدور قوت شتاتك لماري ولسكالا رايضا قوتك
لوك رايضا قوتك رايضا قوتك رايضا قوتك
قوتك رايضا قوتك رايضا قوتك رايضا قوتك

مكتبة

مكتبة

مكتبة

مكتبة

مكتبة

مكتبة



بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة

الحمد لله شرع لنا من الدين . ما وصى به نوحاً والنبیین ، نحمده ان اشترى من المؤمنین أنفسهم وأموالهم بأن لهم الجنة معاوضة ، بين الأدنى والأعلى هبة منه ومنّة ، ونشكره أحل البيع وحرم الربا ، وتوعد وهدد بالانتقام من عاند وأبى ، والصلاة والسلام على سيدنا محمد الذي كفل سعادة الدارين لمن عمل بشريعته ، وضمن خير الربح لمن اتجر بتجارته ، وعلى آله وأصحابه الذين حافظوا على العمل بقوله صلى الله عليه وسلم الدين المعاملة ، وأقرضوا الله قرضاً حسناً فتواصوا بالحق وتواصوا بالصبر وحسن المجاملة .

أما بعد فان كتاب مرشد الخيران لمعرفة أحوال الانسان هو الكتاب الذي جمع فأوعى من أحكام المعاملات فقد حوى على اختصاره ما يخلو منه كثير من المطولات في عبارات وجيزة وأساليب متنوعة تفيد الطالب ايما فائدة ولا يكبر عن الرجوع اليها العلماء والأساتذة بيد ان اختصاره أدى إلى أن صارت مواده رموزاً وإشارات تقصر عن ادراك الغرض منها أنظار المتعلمين ويتعب في تقييد مطلقها وتفصيل مجملها كثير من المعلمين - وبما اننا عنينا بتدريس الشريعة الغراء في مدرسة الحقوق الخديوية برهة غير يسيرة وكان هذا الكتاب من الكتب المقرر تدريسها بالمدرسة المذكورة رأينا من الواجب الذي لا محيد عنه لنفع الطلاب أن نشرح هذا الكتاب شرحاً يستنزل ما استعصم من مشكلاته ويبين ما أبهم من تعبيراته ويقيده ما أطلق فيه ويفصل ما أجمل من مبانيه مبينين

(ب)

مواقع الخلاف مختارين من الآراء ما نراه أقرب الى العدل والانصاف موضحين
برهان كل قول على حدته محققين كل حكم على جهته ورأينا من الضروري في
بعض المواقع ألا نخلي الكتاب من ذكر خلاف الأئمة الثلاثة أو بعضهم إذا
رأينا فيه فائدة لقرب موافقته لما هو المعقول واسكونه أقرب في المعاملات الوقتية
من القبول فجاء بحمد الله شرحاً تنشرح له صدور العلماء وتهش له أفئدة الطلاب
النجباء إذ به صارت المعاني المقصودة على أطراف الثام وزال ما كان يغشى مواد
الكتاب من الاجمال والابهام وقد تجنبنا فيه وحشى العبارة وبعمد الاشارة
واتزمتنا أيضاً كل الاصطلاحات الفقهية والتعابير الفنية وتوخينا ألا نجعل
عبارات المتن تتخلل ألفاظ الشرح كما هو المعتاد حتى لا يرتبك ذهن القارىء
راجين ألا يحتاج المطلع إلى غيره من المطولات وأن يكتفي بما فيه عن
سائر المؤلفات .

فان كنا قد أصبنا فيه المراد فمن الله تعالى وما وجد فيه من خطأ أو نسيان
فمنا وإنا نتقدم إلى من اطلع عليه أن ينبهنا اليه ونكون له من الشاكرين
شكر المهتدين للهادين .

ونحن نسأل الله أن يجعله خالصاً لوجهه الكريم وأن ينفع به ويكافئنا عليه
انه الملبي به والقادر عليه وهو حسبنا ونعم الوكيل .

محمد زيد محمد سلامة



بسم الله الرحمن الرحيم

به الرجا وثقتي والمصطفى وسيلتي

✧ الكتاب الاول ✧

(في الأموال)

✧ الباب الاول ✧

(في أنواع الأموال)

قال الله تعالى في كتابه العزيز « المال والبنون زينة الحياة الدنيا والباقيات الصالحات خير عند ربك ثواباً وخير أملاً » .

اخبر الله سبحانه وتعالى عن المال بأنه زينة الحياة الدنيا ، فهو محور السعادة متى استعمل في مواضعه المطلوبة شرعاً ، ومن اكبر أسباب الشقاء إذا عدل به عن الصراط السوي ، وهو مدعاة الحضارة والعمران كما انه مجلبة الدمار والخسران ، عليه تزدهم المطامع وبه تنال المآرب ، وبينما تجده مشار الفتن ومعتك النزاع إذ تراه يصارع الضغائن فيصرعها ويستأصل الأحقاد من منابتها فيجثها ويقلعها ، لولاه لاستراح القضاة من اكثر القضايا ولأمن العطب كثير من نفوس البرايا ، لفظ ضئيل ومعنى كبير بنيت عليه المعاملات وتفرعت منه اكثر المحاصمات ، واليك بيان معناه .

فهو في أصل اللغة ما يملك من الذهب والفضة ثم اطلق على كل ما يقتنى

ويملك من الأعيان واكثر ما يطلق عند العرب على الابل لأنها اكثر اموالهم ،
وفي الشرع ما يمكن ادخاره لوقت الحاجة .

وينقسم الى قسمين : متقوم وغير متقوم . فالأول هو ما خلق لمصالح الآدمي
وأمكن احرازه والتصرف فيه شرعاً في حالة الاختيار ، وبعبارة أخرى
هو ما أمكن ادخاره لوقت الحاجة وكان مباحاً شرعاً في غير الاضطرار . والثاني
هو ما ثبتت ماليتة عند بعض الأمم وكان غير مباح شرعاً كالخمر والخنزير
والحيوان الذي يقتل بالحقق ونحوه .

وينقسم المتقوم إلى قسمين : عقار ومنقول . فالعقار هو ما لا يمكن نقله
وتحويله من مكان إلى آخر فهو خاص بالأراضي على اختلاف انواعها والمنقول
هو ما لا يمكن نقله وتحويله من مكان إلى آخر سواء بقي على صورته أو تغير
بالنقل ، وهو ينقسم إلى قسمين : مثلي وقيمي . فالأول هو ما لا تتفاوت آحاده
تفاوتاً يعتد به وله نظير في محل التجارة ، ويشمل ما يأتي :

- أولاً - المكيلات ، وهي كل شيء يباع بالكيل كالبر والشعير .
- ثانياً - الموزونات ، وهي كل ما يوزن كالذهب والفضة والزيت واللحم .
- ثالثاً - العروض المتحدة الجنس كالثياب التي من نوع واحد .
- رابعاً - العدديات المتقاربة ، وهي ما لا تتفاوت آحادها تفاوتاً يعتد به
كالصنوعات التي تكون على طراز واحد ، وضابطها ان ينقسم ثمن الجملة منها
على آحادها بالتساوي .

والثاني هو ما تتفاوت آحاده تفاوتاً يعتد به أو لا تتفاوت ولكن لا نظير
لها في محل التجارة ، ويشتمل على ما يأتي :

- أولاً - الحيوانات مطلقاً سواء كانت متحدة في النوع كأنغم أو مختلفة فيه
كالخيل والابل .

ثانياً - البناء سواء كان في أرض مملوكة أو موقوفة بأن أخذها مريد البناء بالحكر وبني فيها .

ثالثاً - الاشجار مطلقاً سواء كانت في أرض محتكرة أو مملوكة .

رابعاً - المثلثات التي لا نظير لها في المتجر لتعذر الحصول على مثلها فتقدر بالقيمة لضرورة انقطاعها عن الأسواق .

خامساً - العروض المتفاوتة كالثياب والمناديل المختلفة (والعروض جمع عرض بفتح الراء واسكانها وهي الأمتعة التي لا يدخلها كيل ولا وزن ولا تكون حيواناً ولا عقاراً) .

سادساً - العدييات المتفاوتة تفاوتاً يعتد به كالبطيخ والرمان .

وخالف الامام مالك أبا حنيفة في تعريف العقار والمنقول فقال : العقار هو ما لا يمكن نقله مع بقاءه على حالته الأصلية وعلى هذا يكون البناء عنده عقاراً لا منقولاً لأنه لا يمكن نقله عادة مع بقاءه على صورته الأصلية ولا ينظر إلى ما ينقل من البيوت على خلاف العادة كما في البلاد الاميركية فذلك نادر والاحكام إنما تبنى على الغالب . وينبني على هذا الخلاف خلاف في الشفعة ، فقال ابو حنيفة لا شفعة في البناء الذي يبيع وحده غير تابع للأرض التي هو عليها لأنه منقول وهي لا تثبت إلا في العقار ، وقال مالك تثبت فيه الشفعة لأنه عقار نعم قال بعض الحنفية بثبوت الشفعة في البناء في الأرض المحتكرة لكن لا لكونه عقاراً بل بطريق القياس على حق التعلي لما لكل من حق البقاء . وستعرف ذلك مفصلاً في محله (انظر المواد ١ و ٢ و ٣) (١) .

(١) مادة ١ - المال ما يمكن ادخاره لوقت الحاجة وهو عقار ومنقول .

مادة ٢ - العقار كل ماله اصل ثابت لا يمكن نقله وتحويله .

مادة ٣ - المنقول يطلق على كل ما يمكن نقله وتحويله فيشمل العروض والحيوانات والمكيلات والموزونات والذئب والفضة ويشمل البناء والغراس القائمين في أرض مملوكة أو موقوفة .

وبما أنك قد علمت أن المال إما أن يكون عقاراً أو منقولاً وتعريف كل منهما فيلزمك أن تعرف الحقوق التي تتعلق بهذين النوعين كي تكون على بصيرة من التصرف الواقع على تلك الأعيان سواء كان التصرف فيها من جهة ذاتها أو من جهة منافعها . فالحقوق التي يكون بها التصرف والانتفاع بالأعيان المالية على ثلاثة أنواع :

الأول — حق يتعلق بالعين ذاتاً ومنفعة ، وهذا الحق يخول لصاحبه أن يتصرف أي تصرف أراد سواء كان هذا التصرف وارداً على نفس الشيء كأن يبيعه أو يهبه أو يوصي به أو كان وارداً على منفعته كأن يؤجره أو يعيره أو يوصي بمنفعته ، وهذا هو الملك التام .

الثاني — حق يتعلق بمنفعة الشيء فقط ، وهذا الحق يخول لصاحبه أن ينتفع بهذا الشيء بحسب حقه في الانتفاع كما لو كان موصى له بسكناه أو غلته أو مستحقاً في العين الموقوفة كما سنبينه قريباً .

الثالث — حق الارتفاق ، وهو يشمل ما يأتي : أولاً — حق الشرب وهو النصيب من الماء . ثانياً — حق المسيل ، وهو حق تسيل الماء من أرضه إلى أرض الغير كأن يكون لإنسان هذا الحق على أرض جاره . ثالثاً — حق المرور بأن يكون لشخص أرض وبجوارها أرض لشخص آخر وذلك الرجل الآخر له من قديم الزمان حق المرور في الأرض التي بجواره . رابعاً — حق التعلي بأن يكون لإنسان سفلى وآخر حق التعلي عليه . خامساً — حق المجرى بأن يكون لشخص حق اجراء الماء في أرض جاره حتى يصل أرضه (انظر مادة ٤) (١)

(١) مادة ٤ — الحقوق التي يكون التصرف والانتفاع بالأعيان على ثلاثة أنواع :

الأول — حق ملك رقية العين ومنفعتها .

الثاني — حق ملك الانتفاع بالعين دون الرقبة .

الثالث — حق الشرب والمسيل والمرور والتعلي ونحو ذلك من الحقوق .

فقد علمت مما تقدم أن الاعيان المملوكة الرقبة والمنفعة يجوز لمالكها أن يتصرف فيها بأنواع التصرفات الشرعية فيجوز له أن يبيعها ويهبها ويقفها ويؤجرها ويعيرها وتورث عنه بعد وفاته . ومن هذه الاعيان الاراضي العشرية والخراجية ، فالعشرية هي الاراضي التي رتب الامام على أهلها عشر الخارج منها ان كانت تسقى بالعيون أو بالمطر أو بأنهار العرب بدون آلة رافعة ، فان احتيج في سقيها إلى آلة رافعة فعليها نصف عشر الخارج منها . والخراجية هي التي رتب عليها الخراج وهو مقدار يؤخذ من ملاك الارض لجانب الحكومة في نظير قيامها بالمصالح العمومية للاهالي إلا انه غير مقيد بمقدار معين بل تقدره الحكومة بقدر ما تتحمله الارض مع مراعاة مصلحة الملاك .

والخراج ينقسم الى قسمين :

خراج مقاسمة وهو مقدار معين يؤخذ من الزرع الخارج من الارض كتسع الخارج أو ثمنه .

وخراج موظف على الارض وهو قدر معين من النقود يدفعه الملاك لجهة الحكومة ويختلف باختلاف جودة الارض وهذا هو الذي عندنا اليوم في بلاد مصر فانها خراجية ومملوكة لأربابها وليس عليهم لجهة الحكومة إلا الخراج فيجوز للاهالي ان يتصرفوا فيها لأنها مملوكة لهم رقبة ومنفعة واما الاراضي التي آلت لبيت المال بسبب موت المالكين لها بدون وارث فهي مملوكة للحكومة . وأرض الحكومة لا يخلو حالها من أحد امرين :

الاول - امكان الاستغناء عنها بأن لا تكون من المنافع العمومية ، فحينئذ يجوز للحكومة بيعها للاهالي متى تحققت المصلحة في ذلك ووجد المسوغ الشرعي في البيع . فاذا حصل بيعها مستوفياً شرائطه ترتب عليه ملك الاهالي لها رقبة ومنفعة فيجوز لهم ان يتصرفوا فيها بسائر التصرفات الشرعية من بيع واجارة

وهبة ووصية وغير ذلك . وكما يجوز لولي الامر بيعها يجوز له ايضاً ان يعطيها للمزارعين كي ينتفعوا بها في نظير دفع الخراج وان يزرعها لجهة الحكومة مراعيًا المصلحة في كل ذلك .

الثاني - عدم امكان الاستغناء عنها بأن كانت معدة للمنافع العمومية مثل الشوارع المعدة لمرور العامة والقناطر والاستحكامات المعدة لحفظ الثغور والمرافىء التي ترسو عليها السفن ، وهذه لا يجوز بيعها بحال من الاحوال لما في ذلك من حصول الضرر فاذا بيعت يكون البيع غير صحيح ولا يترتب عليه ملك العين ولا ملك منفعتها لمشتريها انظر المواد (٥ و ٦ و ٧ و ٩ و ١٠) (١) .

وكما تكون الارض مملوكة للاهالي أو الحكومة تكون غير مملوكة لاحد وهي الاراضي الموقوفة سواء كان وقفاً أهلياً أو خيرياً ، فالاول هو ما جعل الربيع فيه للواقف ولذريته مثلاً ومن بعدهم يكون الربيع لجهة خيرية ، والثاني هو ما جعل الربيع فيه لجهة خيرية ابتداء . وينبغي على انها غير مملوكة لأحد عدم جواز تملكها بأي طريق من طرق التملك كالبيع والهبة والوصية والرهن والارث .

(١) مادة ٥ — الاعيان المملوكة الرقبة والمنفعة هي ما كان ملاكها حق التصرف فيها عيناً ومنفعة ومنها الأراضي العشرية قنباغ وتوخر وتعار وتوهب وتوقف وترهن وتورث .
مادة ٦ — أراضي مصر خراجية مملوكة في الأصل لأربابها وما آل منها الى بيت المال بسبب موت ملاك مثلاً بلا وارث فرقبته مملوكة لبيت المال وللإمام ان يجعل منفعته الى المزارعين في نظير إعطاء الخراج .

مادة ٧ — الأراضي الاميرية التي يبيعها ولي الأمر بمسوغ يبيعها ويملك رقبتها المشتري متى تحققت المصلحة في بيعها تكون مملوكة رقبة ومنفعة لمشتريها .

مادة ٩ — الاستحكامات والمرافىء وغيرها من المحلات المعدة لحفظ الحدود والثغور لا تملك لأحد .

مادة ١٠ — القناطر والطرق النافذة والشوارع العامة التي ليست بملك لمعين لا يجوز لأحد ان يختص بها ولا أن يمنع غيره من الانتفاع بها بل تبقى لمنفعة العامة .

ولكن محل عدم جواز البيع إذا لم تتحقق المصلحة في بيعها واستبدالها
بغيرها كما ستعرفه في شرح المادة السابعة عشرة والحادية والعشرين (انظر
مادة ٨)^(١).

﴿ الباب الثاني ﴾

(في الملكية)

اعلم ان الملكية نسبة إلى الملك وهو الذي من شأنه ان يتصرف فيه صاحبه
بوجه الاختصاص سواء أمكن فيه الادخار لوقت الحاجة كالأعيان أم لا مثل
المنفعة . وبهذا يعلم ان المنفعة ملك لا مال لانه لا يمكن فيها الادخار لوقت الحاجة .
والملك ينقسم إلى قسمين : تام وناقص ، فالتام هو الذي يخول لصاحبه
حق التصرف المطلق في الشيء الذي يملكه فيسوغ له ان يتصرف فيه بالبيع
والهبة والوقف وان يتصرف في المنفعة بأن يستوفيهما بنفسه أو يملكها لغيره
فيؤجرها وكذا يسوغ له ان يعيرها لغيره وان يوصي بمنفعتها . وعلى العموم
فالملك التام يخول للمالك الحق في سائر التصرفات الشرعية بدون ان ينشأ عن ذلك
ضرر للغير ، هذا إذا كانت العين المتعلقة بها الملك التام ليست مشتركة فان كانت
مشتركة بين اثنين أو أكثر فان لكل واحد حصة معلومة جاز له التصرف فيها
بسائر التصرفات الشرعية ذاتاً كأن يبيع حصته مشاعة أو منفعة كأن يسكنها
بنفسه بدون ان يباحق بشريكه ضرراً في ذات العين المشتركة أو منفعتها فان كانت

(١) مادة ٨ — المقارنات الموقوفة سواء كان وفقاً أهلياً ابتداءً أو على جهة بر لا تنقطع
ولا تملك رقبته ولا تملك فلا تباع ولا توهب ولا ترهن ولا تورث بل تصرف بمنفعتها وغلتها
إلى الجهات الموقوفة عليها مع مراعاة شروط الواقفين .

الشركة في بيت مثلاً جاز للشريك الانتفاع بقدر نصيبه بدون ان يعمل شيئاً يؤدي إلى وهن البناء : كفتح شبك أو حفر بالوعة يترتب عليها ذلك فإن كانت الحصة التي للشريك غير معلومة بأن كانت مجهولة لا يعلم قدرها فلا يجوز له التصرف في تلك الحصة المجهولة لأن ذلك التصرف يؤدي إلى النزاع وكل ما أدى إلى النزاع فهو فاسد انظر مادتي (١١) و (١٢) (١) .

﴿ الباب الثالث ﴾

(في ملك المنفعة وحق الانتفاع)

قد علمت من تقسيم الحقوق المتعلقة بالاعيان ان الشخص قد يكون مالكا للانتفاع بالشيء وإن لم يكن مالكا لرقبته ولا يملك هذا الحق إلا إذا استفاده من قبل المالك فتمت حصل ذلك بأي طريق من طرق التملك ثبت لمن ملك الانتفاع حق في استيفاء المنفعة من العين التي ورد العقد عليها مادامت قائمة متبعا في ذلك ما يقتضيه الاتفاق من الشروط انظر مادة (١٣) (٢) .

(١) مادة ١١ — المالك التام من شأنه أن يتصرف به المالك تصرفاً مطلقاً فيما يملكه عيناً ومنفعة واستغلالاً فينتفع بالعين المملوكة وبفلاها وتمازها وتناجها ويتصرف في عينها بجميع التصرفات الجائزة .

مادة ١٢ — إذا كانت العين مشتركة بين اثنين أو أكثر فلكل واحد من الشركاء حق الانتفاع بحصته والتصرف فيها تصرفاً لا يضر بالشريك وله استغلالها وبيعها مشاعة حيث كانت معلومة القدر بغير اذن الشريك .

(٢) مادة ١٣ — الانتفاع الجائز هو حق المتفع في استعمال العين واستغلالها مادامت قائمة على حالها وإن لم تكن رقبته مملوكة .

وحق الانتفاع في الاعيان يصح تملكه دون الرقبة بلا فرق بين ان تكون هذه الاعيان عقاراً أو منقولاً .

والاشياء التي تفيد هذا الحق أما ان تكون عقداً وأما أن تكون غير عقد فإن كانت عقداً فاما ان تكون بعوض وأما ان تكون بغير عوض فالعقد هو الاجارة والاعارة والوصية وغير العقد هو الوقف والعقد الذي يكون بعوض هو الاجارة والذي يكون بغير عوض هو الاعارة والوصية انظر مادتي (١٤ و ١٥) (١) .

وعند تملك حق الانتفاع قد يكون شاملاً للسكنى والاستغلال ان كان الشيء صالحاً لهما وقد يكون قاصراً على احدهما فان كان الاول فلا خلاف في ان المنتفع له ان يستوفي ما أراد منهما وان كان الثاني ففيه خلاف فالامام الاعظم وأبو يوسف يقولان ان من ملك احدهما لا يملك الآخر وقال محمد ملك الاستغلال ينحول للشخص حقاً في السكنى وملك السكنى لا يفيد ملك الاستغلال لان حق الاستغلال أقوى والقوى يستتبع غيره دون عكسه وقال الامام الشافعي من ملك أحدهما ملك الآخر . انظر مادة (١٦) (٢)

فالذي علم ان حق المنفعة كما يستفاد بالعقود التي تفيده كالاجارة والاعارة والوصية يستفاد ايضاً بالاسقاط وهو الوقف . فنفس الشيء الموقوف غير مملوك لاحد وانما المستحقين فيه حق المنفعة كما يؤخذ من تعريف الوقف عند الفقهاء وهو حبس العين عن تملكها لأحد من العباد وصرف منفعتها إلى من أراد

(١) مادة ١٤ — يصح أن تملك منافع الاعيان دون رقبتها سواء كانت عقاراً أو منقولاً .

مادة ١٥ — قد تملك المنفعة بعوض وبغير عوض .

(٢) مادة ١٦ — يصح أن يكون تملك المنفعة قاصراً على الاستغلال أو على السكنى أو شاملاً لهما معاً .

الواقف صرفها اليه سواء كان من أولاد الواقف أو من اقاربه أو اجنبياً منه بل لو جعل الربيع لنفسه مدة حياته صح انما يشترط في كل الاحوال أن يكون آخره لجهة بر لا تنقطع كالفقراء ولكن ان جعل الواقف ربيع وقفه لنفسه أولاً ثم إلى ذريته أو جعل الربيع لاشخاص معينين ومن بعدهم يكون إلى الفقراء سمي الوقف وقفاً أهلياً. وان جعل الربيع لجهة خيرية من أول الامر سمي وقفاً خيرياً . ولا يشترط أن يكون من جعل له الواقف الربيع موجوداً وقت الوقف فلو قال شخص وقفت هذا البيت على ولد فلان ومن بعده يكون الربيع للمساكين ولم يكن لفلان ولد الآن صرف الربيع الى المساكين إلى ان يوجد لفلان ولد فتزد الغلة اليه .

وينبغي على أن الشيء الموقوف غير مملوك لاحد عدم جواز بيعه وهبته ورهنه والوصية به ولكن محل عدم جواز البيع إذا لم يكن هناك مسوغ شرعي له فان وجد جاز ذلك سواء كان البائع هو الواقف أو غيره على التفصيل الذي يلقي عليك وبيانه :

ان الواقف أما ان يشترط الاستبدال في اصل الوقف واما ان لا يشترطه فان كان الاول جاز بيع الموقوف للواقف أو لمن جعل له هذا الحق واستبداله بغيره متى شاء ويقوم الثاني مقام الاول في الحكم بمجرد الاستبدال فلا يحتاج إلى وقف جديد ولا يشترط لصحة الاستبدال في هذه الحالة ان يخرج الموقوف عن الانتفاع أو يكون البديل أحسن من المبدل بل لو كان مثله صح . وان كان الثاني وهو ما إذا لم يشترط الواقف الاستبدال فلا يملكه الواقف ولو صارت الارض سبخة والدار خربة لا ينتفع بها وانما الذي يملكه في هذه الحالة هو القاضي ومع هذا فليس له ذلك إلا في حالتين : الاولى ان يصير الموقوف غير صالح لانتفاع الموقوف عليهم ويرغب شخص في أخذه لفائدة خصوصية له .

الثانية : أن يكون الموقوف منتفعاً به في الجملة ولكن يمكن استبداله بأكثر منه نفعاً . ففي هاتين الحالتين يجوز للقاضي الاستبدال وإن كانت الحالة الثانية مختلفاً فيها والظاهر الجواز لاتفاقهم على أنه يفتى بكل ما هو انفع للوقف . انظر مادة (١٧) (١) .

ولا يشترط في الموقوف أن يكون عقاراً بل كما يصح وقف العقار يصح وقف المنقول وإن كان العقار يصح وقفه مطلقاً وكذا المنقول إن كان تابعاً للعقار أي سواء تعورف وقفه أولاً ، وأما إذا وقف مستقلاً فلا يصح الوقف إلا إذا كان وقفه متعارفاً ولكن لما كان الغرض من الوقف استمرار الانتفاع به بقدر الامكان وكان من الموقوف ما لا يمكن الانتفاع به إلا باستهلاكه كالدرهم والدنانير أوجدوا طريقة لاستغلالها مع البقاء وهي أن تعطى الدراهم الموقوفة لشخص يتجر فيها ويكون له جزء من الربح بحسب الاتفاق (ويسمى هذا مضاربة) أولاً يأخذ شيئاً من الربح (ويسمى هذا بضاعة) ثم يؤخذ جزء من الربح في الأول أو كله في الثاني ويعطي للموقوف عليهم .

والمكيلات والموزونات غير الدراهم والدنانير تباع ويستعمل ثمنها كما استعملت الدراهم والدنانير . وهناك طريقة أخرى بالنسبة للمكيلات وهي أن يعطى جزء منها لبعض الموقوف عليهم عند الاحتياج لزراعتها ويؤخذ منه بمقدار ما أخذ عند خروج المحصول .

(١) مادة ١٧ — يجوز أن تجعل منافع الاعيان الموقوفة لنفس واقفها فينتفع بها ان اشترط ذلك لنفسه مدة حياته ومن بعده تنقل الى الجهة التي اشترطها لها .
ويصح ان تجعل تلك المنافع لشخص معين أو لعدة اشخاص معينين سواء كانوا من أولاد الواقف أو من اقاربه أو اجانب منه .
ويجوز جعلها لشخص قبل وجوده بشرط أن يكون آخرها في كل الاحوال الجهة بر لا تنقطع .

ويظهر أنه لو كان يمكن شراء عقار بالدرهم والدنانير أو بضمن المكيلات والموزونات فلا يعدل عنه لأنه انفع إذ العقار ابقى . انظر مادة (٢١) (١) .

وكما يستفاد حق الانتفاع بالوقف يستفاد أيضاً بالوصية وهي تملك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع فمتى قال شخص « اوصيت لفلان بمنفعة أرضي الفلانية » ومات الموصي والموصى له حي ثبت للموصى له حق الانتفاع بالعين الموصى بها إذا قبل فإن كان مطلقاً ثبت له حق الانتفاع مدة حياته وإن كان مقيداً بمدة انتفع بالعين في المدة المعينة إن استمر حياً إلى انتهائها وبعد ذلك يؤخذ الشيء المنتفع به ويسلم إلى من يستحقه بعد المنتفع سواء كان المستحق هو الورثة أو غيرهم بحسب ارادة الموصي لأنه كما تجوز الوصية بمنفعة العين لشخص مع بقاء الرقبة على ملك الورثة يجوز أن تكون الوصية بمنفعة العين لشخص ورقتها لشخص آخر كلاهما اجنبيان من الموصى ومن له حق الانتفاع بالعين الموصى بها يستوفيه بحسب عقد الوصية .

ولكن لا تجوز الوصية بعين لشخص مع ابقاء المنفعة لورثة الموصى فجعله المنفعة لورثته في هذه الحالة يكون لاغياً وحينئذ تكون العين ومنفعتها للموصى له وقد قال الفقهاء في توجيه ذلك ان المنفعة لا تورث قصداً لأنها ليست بمال ولأن المنفعة متجددة آناً فآناً وحينئذ تكون الموجودة بعد موت الموصي بالعين ناشئة عن ملك الموصى له فلا تورث عن الموصى ويظهر ان ابقاء المنفعة لورثة الموصى في

(١) مادة ٢١ — المنقولات الموقوفة كالمكيلات والموزونات إذا جري العرف بوقفها يجوز بيعها ودفع ثمنها مضاربة أو بضاعة كما تدفع النقود الموقوفة لذلك ويعطى ثمنها بالموتوف عليه .

هذه الحالة جائز عند الامام الشافعي واحمد لأن كلا منهما يرى انها مال . انظر مادة (١٨) (١).

وعبارة الوصية بالمنفعة ليست معينة شرعاً بل يجوز ان تكون بأي لفظ يفيد ذلك فاذا اراد شخص ان يملك غيره بعد وفاته منفعة عين من املاكه فلما ان يأتي بلفظ المنفعة أو الغلة أو الثمرة أو السكنى فيما يصلح لها فان كان الأول ثبت له حق الانتفاع بما اراد كما يقتضيه العقد وان كان الثاني بان قال أوصيت لفلان بغلة أرضي مثلاً فلا يخلو الأمر من ثلاثة أحوال :

الأول — ان يطلق بأن يقول أوصيت لزيد بغلة ارضي الفلانية .

الثاني — ان ينص في الوصية على التأييد بأن يقول أوصيت لعلي بغلة بيتي أبداً أو ما عاش .

الثالث — ان ينص على مدة معينة . فان كان الأول أو الثاني فلموصى له حق الانتفاع بالعين الموصى بها مدة حياته ثم ترد العين لمن يملكها سواء كانت للورثة أو للموصى له بها وان كان الثالث فلما ان تكون المدة غير معينة وأما ان تكون معينة فان كان الأول بان قال اوصيت لابراهيم بأرضي الفلانية عشر سنين استحق الموصى له غلة الأرض الموصى بها تلك المدة بعد موت الموصي لأن التملك خاص بهذا الزمن فلا يشمل غيره وان كان الثاني بان قال أوصيت بغلة بيتي سنة ١٣٢٤ هجرية ومضت تلك المدة قبل موت الموصي بطلت الوصية بسبب مضي الوقت المعين لها وان مات قبل مضيتها ثبت للموصى له حق السكنى مدة السنة كلها وان مات بعد مضي بعضها فله الحق في السكنى فيما

(١) مادة ١٨ — يجوز أن يوصى بمنفعة العين لشخص معين مع بقاء رقبته لورثة الموصي كما تجوز الوصية بالرقبة لشخص ومنفعتها لشخص آخر كلاهما أجنبيان من المتبرع ولا يجوز استثناء منفعة العين من الوصية برقبته لشخص اجنبي لتبقى المنفعة على ملك الورثة .

بقي منها - ومحل ذلك ان كان العدد مصرحاً به في الوصية أما إذا لم يصرح به كما إذا قال أوصيت لفلان بغلة ارضي الفلانية سنين فان الموصي له يستحق غلة الأرض ثلاث سنين لا غير لأن لفظ سنين جمع فيشمل ثلاث سنين وما فوقها ولا يمكن المحقق هو ثلاث سنين فقط فيحمل عليه دون غيره لانه مشكوك فيه والأحكام يتبع فيها اليقين بقدر ما يمكن . وان كان الثالث وهو ما إذا كانت الوصية بالثمرة ، فان قال أوصيت بثمرة بستاني لزيد فلا يخلو الأمر من ثلاثة احوال أيضاً : أما ينص على التأييد بأن يقول أوصيت بثمرة بستاني لعلي أبداً ، وأما ان يعين مدة معلومة بأن يقول أوصيت لفلان بثمرة بستاني سنة ، وأما ان يطلق بأن يقول أوصيت بثمرة بستاني لبكر .

فان كان الاول فلموصي له حق أخذ ثمرة البستان مدة حياته ، وان كان الثاني استحقها المدة المعينة ، وان كان الثالث بأن قال أوصيت لفلان بثمرة شجري فاما ان يكون في الشجر ثمر وقت موت الموصي أو لا ، فان كان الاول استحق له الثمرة الموجودة لا غير ، وان كان الثاني فلموصي له الثمرة مدة حياته فالوصية بالثمرة مخالفة للوصية بالغلة في صورة الاطلاق لأنه في الوصية بالغلة يملك الغلة مدة حياته كما لو نص على الابد بخلاف الوصية بالثمرة والفرق بينهما ان الثمرة اسم للموجود عرفاً فلا تشمل المعدوم إلا بدلالة زائدة مثل النص على الابد بخلاف الغلة (المراد منها كل ما يحصل من ريع الارض كأجرتها وحاصلاتها وثمره البستان) فانها تشمل عرفاً الموجود وما يكون منتظر الوجود مرة بعد أخرى ، فاذا أطلقت شملت الموجود والمعدوم من غير توقف على دلالة أخرى . وأما الثمرة فانها إذا أطلقت فلا تتناول إلا الموجود فلا تشمل المعدوم إلا بدليل زائد وذلك الدليل يكون قرينة على استعمالها في المعدوم مجازاً فاذا كان في الشجر ثمرة وقت موت الموصي صار مستعملاً في حقيقته لعدم وجود دليل يدل على المجاز وإذا لم يكن فيه

ثمرة كانت القرينة حالية دالة على ارادة المهدوم مدة حياته . وبما انك قد علمت ان الفارق بين الثمرة والغلة في صورة الاطلاق انما هو العرف فيتبع فلو كان العرف غير ذلك اتبع لان العرف في الشرع له اعتبار . ولا يخفى ان الموصي له لا يستحق الانتفاع بالعين الموصي بها في عموم ما تقدم إلا إذا كانت العين تخرج من ثلث تركة الموصي كما سيبين مفصلا في المادة الخامسة والعشرين الميين فيها احكام الوصية بالسكنى . انظر مادة (٢٠) (١) . ومن له حق الانتفاع بملك غيره سواء ملكه بعوض أو بغير عوض يثبت له استيفاء الحق التحول له على مقتضى الشروط المذكورة في العقد وليس للمالك منعه إلا إذا خالف شرطاً من شروط العقد مخالفة مضرة فان كانت المخالفة غير مضرة بأن كان الحق الذي يستوفيه مثل التحول له بنص العقد أو اخف منه فله استيفاؤه .

فالمتنفع له حقوق وعليه واجبات فكما يجب ان يأخذ الحقوق يلزمه القيام بالواجبات الثابتة عليه حتى إذا قصر في اداء شيء منها وهلك المتنفع به ضمن . (انظر مادة ١٩) (٢) .

ومن حيث ان الفقهاء قد فرقوا بين الاعارة والقرض بان الشيء المستعار يلزم أن يكون قابلاً للانتفاع به مع بقاءه وان الشيء المستقرض لا ينتفع به إلا باستهلاكه ونصوا على ان العبرة في العقود للمعاني لا للالفاظ فاذا قال شخص

(١) مادة ٢٠ — من استحق بعقد وصية غلة أرض أو بستان فله الغلة القائمة وقت موت الموصى والغلة التي تحدث في المستقبل فينتفع بها مدة حياته ان نص في العقد على الأبد أو اطلق بدون تعيين مدة ولو أوصى بشمرته وأطلق فله الثمرة القائمة فقط دون ما يحدث وان قيدت بمدة فله الانتفاع بالغلة والثمره الى انقضاء تلك المدة وبعدها ترد الغلة والثمره الى من له الرقبة .

والمراد بالغلة كل ما يحصل من ريع الارض وكرائها وثمره البستان .
(٢) مادة ١٩ — يجب أن تراعى شروط عقد المتبرع المترتب عليه حق الانتفاع بالنظر لحقوق المتنفع ولما يجب عليه من الواجبات .

لآخر اعرتك هذا البيت لتسكن فيه أو هذه الأرض لتزرعها أو هذه الدابة لتحمل عليها كان هذا العقد عارية بلا نزاع لتوفر الشرط المتقدم ففسري على هذا العقد أحكام العارية ، وإن قال اقرضتك هذه الدراهم أو هذا الأردب من القمح مثلاً حمل على القرض بلا شك فيأخذ أحكامه . أما إذا استعار شخص من غيره شيئاً لا ينتفع به إلا باستهلاكه كالذهب والفضة والمكيلات والموزونات كان هذا العقد قرضاً لا عارية ولو كان بلفظها لأن العبارة بالمعنى لا باللفظ فتترتب على هذا العقد أحكام القرض لا العارية وينبغي على ذلك أن المستعير لهذه الأشياء الذي هو مستقرض في الحقيقة له أن يستهلك ما استعاره من الأشياء المذكورة ويلزمه رد مثلها أو قيمتها لصاحبها ولو كان هذا العقد عارية لما جاز له استهلاك الشيء المستعار .

وإن المستعير إذا قبض الشيء المستعار وهلك قبل الانتفاع به ولو بغير تعديه ضمن مثله ولو كان عارية لما ضمن لأن الشيء المستقرض يدخل في ملك المستقرض بمجرد قبضه فيكون مضموناً عليه بخلاف العارية فإن الشيء المستعار باق على ملك المعير وهو تحت يد المستعير أمانة فإذا هلك بغير تعديه فلا ضمان عليه (انظر مادة ٢٢) (١) .

والمنتفع مادام له حق الانتفاع فليس لأحد أخذ العين منه فإن انتهى حق الانتفاع في الأشياء التي ينتفع بها مع بقاء عينها وجب عليه ردها وإن استهلك الأشياء التي لا ينتفع بها إلا إذا استهلكتها ثم قدر على رد مثلها وجب عليه رد

(١) مادة ٢٢ — المنتفع أن يستهلك ما استعاره من المنقولات التي لا يمكن الانتفاع بها إلا باستهلاك عينها كالتقديرات والمكيلات والموزونات ونحوها وعليه رد مثلها أو قيمتها بعد الانتفاع ويكون عليه ضمانها إذا هلك قبل الانتفاع بها ولو بغير تعديه لكونها قرضاً .

المثل وان بقيت العين تحت يده حتى مات ولم يردّها إلى صاحبها فلا يخلو الحال من أحد امرين : أما ان تكون العين موجودة في التركة أو غير موجودة . فان كانت موجودة أخذها صاحبها وان كانت غير موجودة أخذ مثلها من تركة المنتفع إن كانت من المثليات أو قيمتها ان كانت من القيميات لأنه مات مجهلاً لها فيضمنها (انظر مادة ٢٣) (١) .

❖ الباب الرابع ❖

(في حق السكنى)

المستحق للسكنى اما ان يكون واحداً أو متعدداً . وعلى كل فأما أن يكون استفاد هذا الحق بطريق الوصية أو بطريق الوقف . فان كان الاستحقاق بالوصية وكان الموصي له واحداً فله أن يسكن ما أوصى له بسكناه بعياله وحشمه وخدمه على التفصيل الذي يلقي عليك وبيانه :

ان الموصي إما أن ينص على الأبد كأن يقول أوصيت بسكنى بيتي لفلان أبداً ، واما ان يطلق بأن يقول أوصيت بسكنى بيتي لفلان ، واما ان يذكر مدة معلومة بأن يقول أوصيت لفلان بسكنى داري خمس سنين .

وعلى كل من هذه الأحوال الثلاثة فأما أن تكون الدار مساوية لثلث تركة الموصي أو أقل ، واما ان تكون أكثر . وان كانت أكثر فلما أن لا يكون للموصي مال سواها واما ان يكون له مال غيرها إلا ان الدار أكثر من ثلث مجموع التركة ، فان كان الأول أو الثاني وكانت الدار تخرج من

(١) مادة ٢٣ — اذا مات المنتفع بالمقولات المتقدم ذكرها قبل ان يردّها لصاحبها فعليه ضمان مثلها أو قيمتها في تركته .

ثلث التركة استحق الموصى له سكنى الدار مدة حياته وبعد وفاته ترد الدار إلى الورثة وان كان الثالث وهو ما إذا أوصى له بسكنى داره خمس سنين وكانت الدار تخرج من ثلث التركة فلموصى له ان يسكنها المدة المعينة وبعد مضيتها ترد إلى الورثة . وان كانت الدار ازيد من ثلث التركة ولم يكن له مال سواها تجز الورثة الوصية فلموصى له الحق في سكنى ثلث الدار لا غير وللورثة الحق في سكنى ثلثي الدار بطريق الميراث الشرعي عن مورثهم ، وفي هذه الحالة لا يخلو الحال من أحد أمرين : اما ان تكون الدار غير صالحة لسكنى الورثة والموصى له معاً واما أن تكون صالحة لسكنها معاً في وقت واحد ، فان كان الأول تعينت السكنى بطريق المهايأة الزمانية لتعذر المهايأة المكانية والمراد بالمهايأة القسمة المؤقتة .

وان كان الثاني بأن كانت الدار تسع الموصى له بالسكنى والورثة جاز كل من المهايأة الزمانية والمهايأة المكانية إلا ان المهايأة المكانية أفضل من المهايأة الزمانية لأن فيها التسوية بينهما زماناً ومكاناً فكل يستوفي حقه مع صاحبه فتحصل المعادلة بخلاف الاولى فإن فيها تقديم أحدهما على الآخر زماناً ويجوز ان يطرأ على الدار خلل يمنع من سكناها بعد نوبة أحدهما وقبل حصول نوبة الآخر . وصرح أغلب العلماء بأن الورثة لا يصح لهم ان يبيعوا ما في ايديهم من ثلثي الدار لتعلق حق الموصى له بها لما علمت من ان المهايأة قسمة مؤقتة فيجوز نقضها لو تعطل ما في يد أحدهما كله أو بعضه فيحتمل ان يتخرب ما في يد الموصى له فيستحق السكنى في ثلث ما في ايديهم ان تخرب كله أو في أقل منه ان تخرب بعضه فلو جاز لهم بيع ما في ايديهم لضاع هذا الحق . وقال ابو يوسف يجوز لهم البيع فيلزمهم ان يدينوا المشتري ذلك الحق . فاذا اشترى مع علمه بهذا الحق يكون قد حل

محل الورثة وهذا هو الظاهر لأنه يترتب عليه عدم حرمان الورثة من التصرف في ملكهم بدون لحوق ضرر بالغير .

هذا كله إذا لم يكن للموصي مال غير الدار فإن كان له مال سواها غير أن الدار تزيد عن الثلث استحق الموصي له من سكنى الدار بقدر ما يخرج من ثلث كل التركة . فإن كانت الدار نصف التركة فلموصى له الحق في سكنى ثلثي الدار لما علمت من أن الوصية تنفذ من ثلث التركة ولا شك أن ثلثي البيت يساويان ثلث التركة فتنفذ الوصية من ثلثها وقس على هذا الاعتبار غيره من بقية الاعتبارات . ومعلوم أن هذا فيما إذا كانت الوصية بالسكنى فإن كانت بالغلة سواء كانت الوصية متعلقة بأرض أو دار فلا يقسم كل منها بل يؤجر وتقسم الأجرة باعتبار استحقاق كل من الموصي له والورثة .

ويعلم من هذا أن الوصية سواء كانت بالسكنى أو بالغلة ينظر فيها إلى العين الموصى بسكنائها أو بغلتها . فإن كانت ذات العين تخرج من الثلث سلمت إلى الموصي له لينتفع بسكنائها أو بغلتها حسبما يقتضيه عقد الوصية وإن لم تخرج منه سلم إليه بقدر ثلث التركة على ما تقدم . وحينئذ يكون اعتبار الوصية بالمنافع مثل اعتبار الوصية بالرقبة .

ونص ابن عابدين على أن في المسألة خلافاً :

فبعضهم ينظر إلى قيمة نفس العين الموصى بمنفعتها فإن خرجت قيمة الرقبة من الثلث فيها ، وإلا فبحسابه كما تقدم . وهذا هو المشهور ، ووجهه أن المقصود من الأعيان منافعها فإذا استوفي الموصي له المنفعة وبقيت العين على ملك الورثة صارت بمنزلة العين التي لا منفعة لها فلذا تعتبر قيمة الرقبة كأن الوصية وقعت عليها من أول الأمر .

وبعضهم ينظر إلى المنفعة الموصى بها دون الرقبة فتقدر بها لا غير وينظر كم تساوي ثم تنسب قيمة المنفعة التي قدرت إلى التركة .

وينبني على هذا الرأي انه إذا أوصى شخص لآخر بسكنى بيته مدة خمس سنين وليس له غيره ولم تجز الورثة فاننا نقوم سكنى البيت في هذه المدة وننسب هذه القيمة إلى قيمة البيت فان كانت تخرج من ثلثها سلمنا جميع البيت إلى الموصي له لينتفع بسكناء هذه المدة فلو فرض ان البيت يستأجر في هذه المدة بألف جنيه مثلاً وكانت قيمة البيت تساوي أربعة آلاف من الجنيهات وجب تسليم البيت كله للموصي له لينتفع به المدة الموصى بها بخلاف الرأي الأول فانه يقتضي ان لا حق للموصى له إلا في سكنى ثلث البيت أي يسكن في قدر ما يخرج من ثلث التركة باعتبار الرقبة ووجه هذا الرأي ان الموصى به المنفعة لا نفس البيت والنظر إنما يكون للموصى له لا غير . وهذا ظاهر إذا كانت المدة معينة فان كانت الوصية بالمنفعة قد نص فيها على الأبد أو كانت مطلقة فكيف يكون التقدير على هذا الرأي ولعل صاحب هذا القول يقدر باعتبار التقريب فينظر كم سنة يعيش غالباً الموصى له فان مات الموصى له قبل مضي المدة المقدرة أو عقب انتهائها فالأمر ظاهر وان زادت مدة حياته عن مدة تزيد فيها المنفعة عن ثلث التركة فلا يسكن إلا بقدر الثلث والرأي الأول هو المشهور .

هذا إذا كان الموصى له واحداً فان كان متعدداً فاتبع الأحكام التي ستعرفها في شرح المادة السادسة والعشرين . (انظر مادة ٢٥) (١)

(١) مادة ٢٥ — من استحق بعقد وصية سكنى دار فان كانت رقبة الدار تخرج من ثلث مال الموصى فله أن يسكنها بماله وحشمه وخدمه مدة حياته ان كانت الوصية مطلقة أو منصوصاً فيها على الأبد أو يسكنها إلى انقضاء المدة ان كانت مدة الانتفاع معينة وبعد ذلك يرد حق السكنى إلى ورثة الموصي فان لم تخرج رقبة الدار من الثلث فله الموصى له أن يسكن في مقدار ما يخرج من الثلث ان لم تجز الورثة الوصية بالكل وللورثة الانتفاع بما زاد على ما يخرج من ثلث التركة .

ومم ذلك فليس للورثة أن يبيعوا ما في أيديهم من الدار .
ولو اقتسموا الدار مها بآة بحسب الزمان صح والأول أعدل .

وان كان الاستحقاق بطريق الوقف . وكان المستحق واحداً فله ان يسكن
الدار الموقوفة بنفسه وله في هذه الحالة ان يسكن معه أهله وحشمه وخدمه لأنهم
تابعون له فان اراد إسكان غيره فان كان بغير عوض جاز له ذلك وان كان
بعوض فلا يجوز لأنه ملك المنفعة بغير عوض .

والسبب في ذلك ان المستحق قد ملك المنفعة بدون بدل واجارته للغير عقد
تمليك يبدل فهو أقوى من الملك بدونه والانسان ليس له ان يملك فوق ما ملك .
(انظر مادة ٢٤) (١)

وان كان المستحق بطريق الوقف متعددًا فلا يخلو الحال من أحد أمرين
إما أن تكون الدار الموقوفة فسيحة ولها مساكن متعددة بحيث يوجد فيها مساكن
شرعية تكفي المستحقين وأما أن تكون ضيقة ومساكنها قليلة ، فان كان الأول
جاز للمستحقين أن يسكنوا الدار ويسكنوا أزواجهم معهم وللنساء أن يسكن أزواجهن
معهن أيضاً لعدم الضرر . وان كان الثاني بأن كانت الدار غير وافية بالسكنى
على نحو ما تقدم فلا يسكن الدار إلا المستحقون من الرجال دون
نسائهم أو من النساء دون أزواجهن لأن سكنى الجميع في غير مسكن شرعي
يؤدي إلى اختلاط غير المحارم في محل واحد وذلك غير جائز شرعاً . ولو فرض
ان المستحقين اتفقوا على ان يسكنوا الدار مهابأة كل مع زوجته جاز ذلك . بقي
ما إذا تعدد المستحقون وكانوا مختلفين في الذكورة والأنوثة وكانت الدار
لا تكفي بسكنى الجميع على الوجه الشرعي ففي هذه الحالة يكون لهم الحق في
الانفصال بسكنائها مهابأة زمانية ثم ان الواقف قد يصرح باستحقاق المستحقين

(١) مادة ٢٤ — من استحق سكنى دار موقوفة فله ان يسكنها مدة حياته بأهله
وحشمه وخدمه وله ان يسكنها غيره بغير عوض ولو اجنبياً وبعد موته ينقل حق السكنى الى ولده
ان كان الواقف قد جعله له والا فالى المصرف الذي جعلها الواقف له .

في وقفه الغلة والسكنى وقد يصرح باستحقاقهم الغلة دون السكنى ،
وقد يصرح باستحقاق السكنى دون الغلة فان كان الأول فلا كلام
في انهم يستحقون الغلة والسكنى فلهم أخذ ربع العين الموقوفة ولهم
ان يسكنوها بانفسهم ، وان كان الثاني فان نص في كتاب وقفه على استحقاقهم
الغلة دون السكنى ففيه خلاف بين الحنفية : فقال بعضهم لا يملكون السكنى لأن
الغلة عبارة عن الربيع كالدرهم أو الدنانير والسكنى عبارة عن استيفاء المنافع
فهما متغايرتان ، وقال محمد من استحق الغلة يستحق السكنى لأن قيمة المنافع
كعينها في تحصيل المقصود ولأنه لا فرق بين سكنى المستحق وغيره بل ان سكنى
المستحق أولى لأن سكنى الغير لاجل المستحق فاذا سكن بنفسه جاز أيضاً ، ونص
ابن عابدين صحيفة ٥٢٧ جزء ٣ ط ٣ على ان الشر بنبالي رجح هذا . وان كان
الثالث وهو ما إذا صرح الواقف باستحقاق السكنى فقط بأن قال وقفت دارى على
عمر ويسكنها فليس له أن يستأجرها ، وقد اتفق الحنفية على ذلك ووجهه أن المستحق
قد ملك المنفعة بدون بدل واجارتها للغير عقد تملك بدل فهو أقوى من الملك
بدون بدل والانسان ليس له ان يملك فوق ما ملك .

وقال الشافعي رضي الله عنه من ملك الغلة فقد ملك السكنى ومن ملك
السكنى فقد ملك الغلة ووجه ذلك ان المستحق قد ملك المنفعة على كلا التقديرين
ولا فرق في ذلك بين أن يستوفيه بنفسه أو يملكها للغير في مقابلة عوض وبدون
بدل شأن كل مالك يريد التصرف فيما يملكه وهو ظاهر ثم ان الموقوف عليه
السكنى يستحقها ما عاش وبعد وفاته ينتقل ذلك الحق الى أولاده وأولاد أولاده
ان نص الواقف في كتاب وقفه على ذلك .

وان لم يكن الواقف جعل السكنى لأولاده بل صرفها إلى جهة أخرى

تعين صرفها الى الجهة التي أرادها الواقف لان ارادته محترمة شرعاً انظر
مادة (٢٦) (١).

ثم ان الدار الموقوفة للسكنى لا تبقى على حالة واحدة بل انها بمرور الزمان
قد تتغير فيسقط بعض جدرانها وتتكسر بعض اخشابها وحينئذ لا بد من عمارتها
لان الشريعة تحافظ على بقاء اعيان الوقف على وجه اكمل بقدر ما يمكن ولذلك
نصوا على انه يبدأ من غلة الوقف بعمارتها ولو لم يشترط الواقف ذلك فمشاهدتنا
لاعيان الوقف خربة ليس من اهمال الشريعة بل ان ذلك ناشيء من اهمال النظار
الذين عهد اليهم القيام بمصالح الوقف ولذلك حتمت الشريعة على مستحق السكنى
ان يعمر الدار الموقوفة عليه للسكنى من ماله متى احتاجت الى ذلك لان في العمارة
بقاء عينها ودوام فائدتها ولان الغرم بالغنم فاذا أمره القاضي بالعمارة فلا يخلو
الحال من أحد أمرين : اما ان يمثل ويعمرها أو لا . فان عمرها فيها وان لم
يعمر ضمناً منه بالعمارة عليها أو لعجزه عن القيام بعمارتها وجب على القاضي ان
ينزعها منه ويؤجرها لغيره ليعمرها بالاجرة وبعد عمارتها وانتهاء مدة الاجارة
يردها القاضي اليه لان ضرورة أخذها منه قد زالت والقاعدة ان الضرورة
تقدر بقدرها .

واذا وجدت العمارة سواء كانت من مال المستحق أو وجدت بسبب
استئجارها فلا يخلو الحال أما ان لا يكون للعمارة قيمة إذا هدمت أو يكون لها قيمة
فان كان الاول فلا يكون ما جددته الواقف ملكاً له يورث عنه بل يكون
لجهة الوقف .

(١) مادة ٢٦ — اذا تعدد المستحقون في سكنى دار موقوفة عليهم سكنها وكانت الدار
كبيرة ذات مساكن لها أبواب تغلق عليها جاز للرجال المستحقين ان يسكنوا زوجاتهم معهم
والنساء المستحقات أن يسكن أزواجهن معهن فان كانت الدار صغيرة لا توجد بها أماكن كافية
للسكنى فلا يسكنها الا المستحقون من الرجال دون نسايتهم أو من النساء دون رجالهن .

وان كان الثاني بأن يكون لها قيمة بعد الهدم كالأقراض فلا يخلو الحال
 اما ان تكون الأقراض من أصل الوقف واما ان تكون قد اشتراها المستحق
 من ماله أو القاضي من أصل الأجرة ، وعلى كل حال فما جدد يكون ملكاً
 للمستحق يورث عنه لأنه بدل ماله أما الأول فظاهر وأما الثاني فلان الأجرة بدل
 المنفعة وهي مستحقة له فكذا بدلها ، اللهم إلا إذا صرح بأن العمارة لجهة الوقف
 فانها حينئذ تكون وقفاً لا ملكاً فلا تورث عنه . (انظر مادة ٢٧) (١)

✽ فيما يجوز لصاحب المنفعة من التصرف ✽

(وما يجب عليه من الضمان)

اعلم ان الشخص الذي له حق الانتفاع على العين المنتفع بها يجب عليه أن
 يعتني بحفظها مثل اعتناؤه بحفظ ماله لأنها أمانة عنده وحكم الامانات وجوب الحفظ
 على الأمين وليست الأعيان كلها متساوية في كيفية الحفظ بل كل له حالة خاصة
 به فلو قصر المنتفع في حفظ العين بحسب الحالة التي تليق بها حتى ضاعت أو
 هلكت بسبب ذلك التقصير ضمنها (انظر مادة ٢٨) (٢)

وكما يجب على المنتفع حفظ العين وصيانتها باتخاذ الاحتياطات اللازمة بها
 كذلك يجب عليه أن ينفق عليها النفقة التي تناسبها إذا كان الانتفاع بطريق

(١) مادة ٢٧ — إذا احتاجت الدار الموقوفة للسكنى للعمارة فعمارتها على من له حق

السكنى من ماله ويكون ما يبينه من ماله ملكاً ولورثته من بعده وإن امتنع من تعميدها فللقاضي
 أن يدفعها لغيره بطريق الأجرة ويعمرها بأجرتها وبعد مضي المدة يردّها لصاحب السكنى .

(٢) مادة ٢٨ — يجب على صاحب المنفعة أن يعتني بحفظ العين المنتفع بها
 صيانة لها .

التبرع فان كانت العين التي ينتفع بها داية وجب عليه علفها اللازم لها وتنظيفها ونحو ذلك .

ووجه وجوب النفقة عليه انه يستوفي منفعتها فهي محبوسة لأجل منفعتها وكل محبوس لمنفعة شخص يجب على ذلك الشخص نفقة المحبوس لأجله لان الغرم بالغنم .

ولو فرض ان المنتفع به رقيق على فرض وجوده واحتاج إلى كسوة فلا تكون الكسوة على المنتفع بل تجب على المالك كذا قال الفقهاء وعللوا الفرق بين نفقة العبد وكسوته بأن الطعام يستهلكه العبد حال احتباسه لأجل المنتفع فلا تصير ملكاً للمالك العين بخلاف الكسوة فانها باقية فتصير ملكاً لسيد العبد وحينئذ يكون المنتفع قد وجب عليه للمالك شيء لم يتعهد له به ولم يلتزم به والاصل انه لا لزوم بلا التزام .

ويؤخذ من هذا التعليل انه إذا كانت مدة الانتفاع طويلة بحيث ان الكسوة تستهلك فيها تكون الكسوة على المنتفع لانها نوع من أنواع النفقة الواجبة عليه ولو قيل انه يجب على المنتفع كسوة العبد حال انتفاعه لكان ظاهراً وموافقاً لاصلهم المذكور وهو وجوب النفقة عليه جزاء احتباسه العين لأجله ولا يلزم على ذلك كون المالك يملك الكسوة بعد انتهاء المنفعة لانها واجبة عليه حال الانتفاع فاذا انتهى حق الانتفاع وأراد أخذ الكسوة ان كانت باقية فلا يعارض في ذلك ومحل وجوب النفقة على المنتفع إنما يكون في حالة ما إذا كان الانتفاع بالعين ممكناً فاذا عدت المنفعة سقطت النفقة عن صاحب حق الانتفاع لان الانتفاع هو العلة في وجوب النفقة وبما ان العلة زالت فيزول المعلول لانه من المقرر ان المعلول يدور مع علته وجوداً وعدماً .

وينبغي على ذلك انه اذا أوصى انسان بأرض لشخص وأوصى بمنفعتها لآخر

وعلى الارض أموال ويلزم لها مصروفات لسقيها واصلاحها فلا يخلو الحال :
 اما أن يكون للارض منفعة تفي بما عليها من الاموال والمصروفات أو لا .
 فان كان الاول وجبت تلك الاموال والمصروفات اللازمة على المنتفع في
 مقابلة انتفاعه كما سبق .

وان لم يكن فيها منفعة تفي بالمصروفات فاما أن تكون المنفعة معدومة
 أصلاً ، واما ان تكون موجودة ولكنها لا تفي فان كان الاول وفرض عليها
 مال فالاموال والمصروفات على المالك بسبب ملكه لاعلى صاحب حق الانتفاع
 لعدم المنفعة كما تقدم . وان كان الثاني بأن كان في الارض منفعة ولكنها قليلة
 لا تفي بما لزم للارض وجب على المنتفع من الاموال بقدر انتفاعه والباقي على
 انتفاعه والباقي على مالك الارض وهو ظاهر . انظر مادتي (٣١ و ٣٢) (١) .
 فقد ظهر لك مما تقدم ان المنتفع يجب عليه نفقة الشيء المنتفع به والاعتناء بحفظه
 حتى لو هلك بتقصيره يكون ضامناً له .

والآن نبين لك حكم ما إذا هلك بدون تعديه وتقصيره فنقول :
 الاصل ان العين المنتفع بها امانة في يد المنتفع ، وحكم الامانة انها لا تضمن
 بالهلاك قضاء وقدرأ بدون تقصير لقوله عليه الصلاة والسلام : « ليس على المستودع
 غير الغل ضمان » والمراد بالغل الخائن .
 ومعلوم ان العين امانة في يد المنتفع فيثبت هذا الحكم في سائر الامانات
 لعدم المرجح .

(١) مادة ٣١ — المصاريف اللازمة لمؤنة العين المنتفع بها وحفظها تلزم صاحب
 المنفعة والكسوة على المالك .

مادة ٣٢ — اذا كانت منفعة الأرض موصي بها لشخص ورقبتها لشخص آخر فان كان
 يوجد بالأرض شيء يستغل يكون عشرها أو خراجها وما يلزم من المصاريف لسقيها واصلاحها
 على حسب المنفعة وان لم يكن لها شيء يستغل فنفعها على صاحب الرقبة .

نعم لو كان حق الانتفاع مقيداً بمدة معلومة كسهر مثلاً وقد مضى ذلك الشهر وابتقى المنتفع العين عنده بعد ذلك مع تمسكه من ردها إلى ربها وعدم مانع من ذلك ثم هلك الشيء المنتفع به عنده وجب عليه ضمان قيمته ان كان من القيميات أو مثله ان كان من المثليات ولو لم يقصر في حفظه ولا في النفقة عليه ، وذلك لأنه يجبرها بعد انتهاء مدة انتفاعه صار غاصباً والعين المغصوبة إذا هلكت تكون مضمونة على الغاصب مطلقاً سواء هلكت بتعديه أو لا لأنه ظالم يأخذ مال الغير .
(انظر مادتي ٣٣ و ٣٤) (١) .

فقد علمت مما سبق ان الأصل في وجوب الحقوق السابق بيانها من وجوب الحفظ والنفقة على مال الغير هو حبس العين عنده الانتفاع بها .

ولكن ربما يفهم من ذلك ان صاحب حق الانتفاع يجوز له ان ينتفع بالشيء انتفاعاً غير مقيد بقيد ولا محدود بحد ، ولكن الأمر ليس كذلك ، بل المنتفع له في كيفية انتفاعه حدود مخصوصة لا يجوز له ان يتجاوزها وان تجاوزها خرج عن كونه أميناً وصار غاصباً .

وبيانه ان الانتفاع أما ان يكون معيناً ومبيناً في عقد الانتفاع وأما أن يكون مطلقاً .

فان كان الأول كأن قال صاحب دابة مثلاً لشخص : اعرتك دابتي لتحمل عليها أردباً من القمح مثلاً ، جاز له ان يحمل عليها ذلك المقدار من القمح

(١) مادة ٣٣ — اذا تلفت العين المنتفع بها أو هلكت بدون تعدي المنتفع أو تقصيره في المحافظة عليها فلا ضمان عليه .

مادة ٣٤ — اذا كانت المنفعة مقيدة بمدة معلومة وامسك المنتفع العين بعد انقضاء تلك المدة ولم يردّها لمالكها مع امكان الرد فهلكت فعليه ضمان قيمتها ولو لم يستعملها بعد انقضاء المدة وان لم يطلبها المالك .

أو ما كان مثله كالقول أو أخف منه كالشعير والكنه لا يجوز له أن يحملها أكثر من أردب من هذه الأصناف ولا أن يحملها صنفاً آخر يكون أكثر ضرراً في الحمل من القمح مثل الحديد والاحجار بحيث لو حمل على الدابة مقداراً من الحديد يساوي في الوزن قدر الأردب القمح وهلك الدابة يكون ضامناً لقيمتها لأنه صار متعدداً بالمخالفة إلى ما هو أكثر ضرراً من الشيء المحول له .

وان كان الثاني بأن كان حق الانتفاع مطلقاً غير مبين فيه نوعه كأن قال شخص لاخر اجرتك أرضي التي بجهة كذا فلصاحب حق الانتفاع وهو المستأجر ان يتصرف في منفعة الأرض التصرف المعتاد فان كانت الأرض معدة للزراعة في العادة وانما تستأجر لتزرع فليس له ان يبني فيها ومع ذلك فليس للمستأجر ان يزرعها أي زرع شاء بل يتعين عليه ان يزرعها الزرع المعتاد بين الناس .

فلو كان المعتاد بين الناس ان الأرض تزرع ثلثها قطناً وثلثها برسيماً وثلثها بقل فليس له ان يزرع نصفها قطناً لأن ذلك اضر من المعتاد الذي يقتضيه العرف والاصل ان المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً فكأن المالك شرط عليه ما يقتضيه العرف وحينئذ لو زرع الأرض غير ما هو معتاد عرفاً ضمن ما نقصت العين المنتفع بها بسبب ذلك التصرف بأن يقوم أهل الخبرة قيمة العين قبل التصرف وبعده ويضمن المتصرف الفرق بين القيمتين .

نعم لو كانت مخالفة ما يقتضيه العرف وأنفع للأرض جاز له ذلك لأنها مخالفة إلى خير ولا فرق في هذه الأحكام بين ما إذا كان حق الانتفاع بعوض أو بغير عوض إلا انه إذا كان حق الانتفاع بعوض يجوز للمنتفع ان يملكه لغيره بعوض وبغير عوض اما كونه بعوض فلا نه مثل ملكه واما كونه بغير عوض فلا نه أقل من ملكه لأن الملك بعوض أقوى من الملك بدون عوض وحينئذ يجوز للمستأجر أن يؤجر ويعير لانه ملك المنفعة بعوض ولا يجوز

لمالك المنفعة بعقد تبرع كالموصى له والمستعير ان يؤجر العين التي له حق سكناها ولا أن يرهنها بل يجوز له أن يعيرها وهذا مبني على ما تقدم من أن الذي له حق السكنى لا يملك الغلة وعكسه . وقد علمت أن المسألة خلافية بين الأئمة فقال أبو حنيفة أن مالك السكنى لا يملك الغلة وعكسه ، وقال محمد : مالك الغلة يملك السكنى ، وقال الشافعي : من ملك أحدهما فقد ملك الآخر . وقد تقدم بيان ذلك في شرح المادة الرابعة والعشرين فراجع (انظر مادتي ٢٩ و ٣٠) (١) .

✽ في انتهاء حق الانتفاع ✽

اعلم أن صاحب حق الانتفاع يجوز له التصرف في المنفعة التي يستحقها على مقتضى استحقاقه وليس لأحد أن ينازعه في حقه الثابت له غير أن ذلك الحق ليس بدائم بل لا بد من أن ينجي وقت ينتهي فيه ذلك الحق وانتهائه يكون بأحد أمور ثلاثة : الأول موت المنتفع : وذلك لأنه لا حق له إلا في المنفعة وهي لا تورث إذ من المعلوم أن الوراثة خلافة وهي لا تعقل إلا فيما يبقى وقتين ليكون ملك المورث في الوقت الأول ويخلقه الوارث في الوقت الثاني ومعلوم أن المنفعة تتجدد آناً فآناً فالمنفعة الموجودة حال حياة صاحب حق الانتفاع قد انعدمت والموجودة بعد وفاته غير مملوكة له لأن ملك الشيء لا يسبق وجوده وإذا ثبت بطلان الارث ثبت انتهاء حق الانتفاع بموت المنتفع .

(١) مادة ٢٩ — لمالك المنفعة دون العين المنتفع بها بعقد تبرع أو اجارة أن يتصرف في العين المنتفع بها التصرف المعتاد إذا كان عقد المنفعة مطلقاً غير مقيد بقيد .
فإن كان مقيداً بقيد فله أن يستوفيه بعينه أو يستوفي مثله أو مادونه وليس له أن يتجاوز به إلى ما فوقه .

مادة ٣٠ — لا يجوز لمالك المنفعة بعقد تبرع أن يؤجر العين التي له حق سكناها ولا أن يرهنها وإنما يجوز له إعارتها .

والثاني انقضاء المدة المعينة له لان المنتفع تلقى ذلك الحق مقيداً بوقت فلا يتجاوزه إلى ما بعده لان المالك لم يخول له حق الانتفاع بعد الزمن المعين .
 فاذا أوصى انسان لشخص بسكنى داره شهراً ثم مات الموصى وسكنها الموصى له تلك المدة فقد انتهى حقه في السكنى ولا يجوز له بعد مضي الشهر أن يسكن البيت إلا إذا أذن له الورثة .

الثالث من الامور الموجبة لانتفاء حق الانتفاع هلاك العين المنتفع بها لان المنفعة التي هي حقه قد انعدمت بانعدام الذات فتعذر استيفاؤها .

ومتى انتهى حق الانتفاع بمضي المدة أو بموت المنتفع سلمت العين للمالك ولسكن محل ذلك إذا لم يكن في تسليمها ضرر فان ترتب على ذلك ضرر فلا تنزع وينبغي على ذلك انه لو كان المنتفع به ارضاً وانتهى حق الانتفاع به فاما ان تكون الارض وقت انتهاء حق الانتفاع خالية من الزرع واما ان تكون مشغولة به وان كانت مشغولة به فاما ان يكون قد آن وقت حصاده واما ان يكون غير مدرك وقت الحصاد بل يحتاج إلى مدة حتى ينضج فيها الزرع ويستوي بعد ان كان بقلا غير ناضج .

فان كان الاول أو الثاني بأن كانت الارض خالية من الزرع وقت الانتهاء من حق الانتفاع أو كان فيها زرع ولا يمكن بلوغ الحصاد فلا كلام في أن صاحب الارض يكون له اخذها ويكلف صاحب الانتفاع بحصاد زرعه لانه لا ضرر عليه في ذلك .

وان كان الثالث وهو ما إذا كانت الارض مشغولة بالزرع وقت انتهاء حق الانتفاع ولم يجيء أو ان حصاده فلا يخلو الحال من أحد أمرين اما ان يكون حق الانتفاع بغير عوض واما ان يكون بعوض فان كان الاول فلم ينتفع

الحق في ابقاء زرع في الارض إلى أن يدرك ويأتي أو أن حصاده وعليه في مقابلة ذلك أجر المثل عن المدة التي يشغل الزرع أرضه فيها حسبما يقدره أهل الخبرة الموثوق بعدلتهم .

وإذا مات المنتفع في هذه الحالة فلورثته الحق في استبقاء الارض بأجر المثل إلى أن يدرك .

ومثل هذا في الحكم ما إذا مات المنتفع فأن لورثته استبقاء الارض بأجر المثل إلى أن يدرك الزرع .

ولا يكلف قلع زرع لان في ذلك ضرراً عليه والضرر يزال شرعاً ونظير ذلك ما إذا استأجر جماعة سفينة ساعتين من الزمن لترويح نفوسهم مثلاً ثم مضت تلك المدة والسفينة في وسط البحر فلا يجوز لصاحب السفينة ان يكلف المستأجرين بالخروج من السفينة في هذه الحالة بل يلزمه أن يقيهم في السفينة بأجر المثل إلى الوصول إلى الشاطئ كما تقدم وليس لهم ان يجبروه على بقائهم فيها أكثر من ذلك لان الضرورة تقدر بقدرها .

وان كان الثاني وهو ما إذا كان الانتفاع بعوض فاما ان يكون انتهاء حق الانتفاع بسبب مضي المدة واما ان يكون بسبب موت المنتفع .

فان كان الاول فلمنتفع ابقاء زرع في الارض بأجر المثل الى ان ينضج كما تقدم فيما إذا كان حق الانتفاع مكتسباً بغير عوض .

وان كان الثاني وهو ما إذا كان انتهاء الحق بسبب موت المنتفع فلورثة صاحب حق الانتفاع ابقاء زرعهم في الارض المدة الكافية لادراكه وبلوغه أو أن الحصاد وعليهم اجر تلك المدة بنسبة الاجر المسمى وقت العقد لرضاء صاحب الارض به ، وان كانت المدة الباقية لا تكفي لاستواء الزرع بل يحتاج معها إلى

زمن آخر فعلى الورثة اجر المدة الباقية بنسبة المسمى وقت العقد وأجر المدة المحتاج اليها مع المدة الباقية بأجر المثل الذي يقدره أهل الخبرة كما تقدم .

وقال الامام مالك لا ينتهي حق الانتفاع بموت المنتفع إذا كان بعوض بل يقوم ورثته مقامه في ذلك الحق فان كان معجلاً فالأمر ظاهر وان كان غير مقبوض ولم يثق مالك الرقبة بدمتهم فله ان يستوثق منهم بكفيل يكفل له المبلغ الذي في ذمتهم أو يأخذ منهم رهناً بماله عليهم انظر مادة (٣٥ و ٣٦) (١)



(١) مادة ٣٥ — ينتهي حق الانتفاع بموت المنتفع وبانقضاء المدة المعينة له ان كان له مدة وبهلاك العين المنتفع بها .

مادة ٣٦ — اذا انقضت المدة المعينة للانتفاع أو مات في انتائها وكانت الارض مشغولة بزراعة والزرع بقل لم يدرك يترك الزرع له في الصورة الأولى ولورثته في الصورة الثانية الى حين ادراكه وحصاده بأجر المثل الا ان كان المنتفع مستأجراً فإنه يترك الزرع ولورثته في الصورة الثانية بالمسمى الى حين ادراكه وحصاده .

✧ الباب الخامس ✧

(في حقوق الارتفاق)

✧ الفصل الأول ✧

(في الشرب)

قد تقدم ان الحقوق المتعلقة بالاعيان تنقسم إلى ثلاثة أقسام : حق يتعلق بذات العين ومنفعتها ، وحق يتعلق بمنافعها دون رقبته ، وحق يتعلق بمرافقها أي منافعها على وجه مخصوص وهذا الحق يسمى عند الفقهاء بحق الارتفاق . والارتفاق لغة الاتسكاء على مرفق اليد وهو عبارة عن المفصل الذي يصل الذراع بالعضد ويطلق المرفق على كل شيء استغنت به ، واصطلاحاً هو حق مقرر وثابت على عقار لشخص آخر . وهذا القسم يشمل حق الشرب وحق المرور والمجرى والمسيل كما سيتضح لك انظر مادة (٣٧) (١) .

فالشرب بالكسر لغة النصيب من الماء وشرعاً نوبة الانتفاع بالماء لسقي الارض وهو مشروع بقوله تعالى « ونبتهم ان الماء قسمة بينهم كل شرب مختصر » أي يحضره أهله ، وقوله عليه الصلاة والسلام « الناس شركاء في ثلاث : الماء والكلأ والنار » .

والشرب بالضم التناول بالشفة . والمياه من حيث جواز الانتفاع بها تنقسم إلى ثلاثة أقسام :

(١) المادة ٣٧ — الارتفاق هو حق مقرر على عقار لمنفعة عقار لشخص آخر .

الاول — الانهار العامة التي ليست بمملوكة لاحد كنييل مصر وفروعه الغير المملوكة ، وكالعيون الجارية في الارض التي ليست بملك لاحد . وحكم هذا القسم انه يجوز لكل أحد ان ينتفع بمائه كيفما أراد فيسقي أرضه ودوابه وليس لاحد منعه إلا إذا ترتب على انتفاعه ضرر بالعامّة لان الضرر يزال شرعاً انظر مادتي (٣٨ و ٣٩) (١) .

الثاني — الانهار والترع والمجاري المملوكة ملكاً عاماً أو خاصاً . وحكم هذا القسم انه يثبت لكل أحد من الناس سواء كان من الشركاء أو من غيرهم حق الشفة بشرط ان لا يترتب على ذلك ضرر ، فان ترتب عليه ضرر بأن خيف تخريب النهر أو انقطاع الماء لكثرة المواشيء فلا أصحاب النهر المنع ومن حيث ان حق الشفة لا يتناول سقي الارض فليس لغير الشركاء ان يسقي أرضه منها إلا بأذن ملاكها . ووجه ثبوت حق الشفة ومنع سقي الارض إلا باذن كما تقدم ان المار يأخذ عادة المياه التي تكون في طريقه لنفسه ودابته والمالك لا يتضرر لذلك القدر فلو منع المسافر من الاخذ لحقه ضرر عظيم وهو ممنوع شرعاً بخلاف سقي الارض فان في اباحته بدون اذن ابطال حق المالك .

وأما الشركاء فيجوز لكل واحد منهم ان يسقي أرضه بقدر نصيبه في النهر فلو تتجاوز ذلك منع ولو اختلفوا في مقدار انصباثهم في الشرب ولم يعلم ذلك قسم بينهم على قدر أراضيهم لان الحاجة إلى الماء بقدر الارض وليس لأحد من الشركاء ان ينصب على النهر المشترك آلة بخارية أو تابوتاً ولا أن يفتح بربخاً إلا

(١) المادة ٣٨ — الشرب هو نوبة الانتفاع بالماء سقياً للارض أو الشجر أو الزرع .

المادة ٣٩ — مياه النهر الأعظم وفروعه والترع ذوات المنفعة العامة التي ليست بمملوكة لاحد مباحة لكل أحد حق ان يسقي منها دوابه وأرضه وان يشق منها جدولاً لسقي أرضه ما لم يكن ذلك مضرراً بالعامّة .

إذا رضي بقية الشركاء لتعلق حقم به . نعم لو كان شخص يملك جزءاً من حافة
النهر وذلك الجزء يسع التابوت الذي يريد إيجادها جاز له بشرط أن لا يضر عمله
بأحد سواء كان من الشركاء أو غيرهم انظر مادتي (٤٠ و ٤٢) (١)

وحق الانتفاع بمياه الترعة العمومية يكون بين الأهالي على قدر الأراضي
لان الشرب لحاجة الأرض الى الري وهي تختلف باختلاف مقاديرها ، ويلزم
أن يراعى في توزيع المياه على الأرض عدم الضرر بالعمامة كمنع السفن من السير
وتخريب الشواطئ ووهن إحدى حافتي النهر بحيث لا يتحمل الماء فان ذلك
ممنوع شرعاً (انظر مادة ٤٣) (٢) .

القسم الثالث — الماء المحرز في الاواني مثل الصهريج والخوض والزو والجرة
وحكمه انه مملوك لمن احرزه لقول النبي عليه الصلاة والسلام « من سبقت يده
الى مال مباح فهو له » فليس لأحد أن يشرب منه ولا أن يسقي دوابه وأرضه
الا بأذن من أحرزه لانه بالاحراز صار مالا محترماً مثل السمك بعد الصيد
ولكن لو كان هناك ضرورة كعطش شديد ألم بانسان فانه يجوز له أن يشرب
من الماء المحرز بغير إذن صاحبه لانه مضطر والضرورات تبيح المحظورات وليس

(١) المادة ٤٠ — الترعة والمجاري المملوكة ملكاً عاماً أو خاصاً يجوز لسكل أحد أن
يسقي دوابه منها الا اذا اخيف تخريبها لكثيرتها وليس لأحد غير الشركاء أن يسقي أرضه
منها الا بأذن اصحابها وليس لأحد من الشركاء أن يشق منها بربخاً أو ينصب عليها آلة
بخارية أو تابوتاً بلا رضا بقية الشركاء الا آلة وضعت في ملكه وكانت حافتا النهر وبطنه
له ولا يضر بنهر وماء .

المادة ٤٢ — من انشأ ترعة من ماله اسقي أرضه فله الانتفاع بما فيها كيف شاء
وليس لغيره أن يسقي أرضه منها الا بأذن الملتضى وللغير أن يشرب منها ويسقي دابته .

(٢) المادة ٤٣ — حق استعمال مياه الترعة العمومية وتوزيعها يكون بقدر الأراضي
الملتضى ربحاً مع مراعاة عدم الضرر بالعمامة .

لمحرز الماء منعه وان منعه اثم وعزر لارتسكابه أمراً نكراً (انظر مادة ٤١) (١) .
 وحق المسيل حق من حقوق الارتفاق كالشرب . فان كان هذا الحق غير
 ثابت لأحد فليس له ان يلزم صاحب الأرض به ، وان كان ثابتاً له فله الانتفاع
 به ولو جبراً على المالك . وينبغي على ذلك انه إذا كان لشخص أرض تسقى
 بواسطة الآلات أو الترعة بدون أن يكون له حق من قديم الزمان في تصريف
 مياه تلك الأرض إلى التي دونها فليس له إلزام صاحبها بمرور الماء فيها .
 وانه إذا كان لشخص مسقى ماء جار بحق في أرض شخص آخر وكان ذلك
 الحق ثابتاً له من قديم الزمان فليس لصاحب الأرض أن يمنعه من جريان الماء في
 أرضه لأن هذا الحق قد اكتسب من قديم الزمان والأصل ان القديم يبقى على
 قدمه ما لم يترتب عليه ضرر فاحش .

ولو فرض ان شخصاً سقى أرضه فسال الماء منها إلى أرض جاره فاتفق
 زرعها فلما ان يكون السقي معتاداً أو غير معتاد . فان كان الأول فلا ضمان عليه
 لعدم تعديه ، وان كان سقيه الأرض غير معتاد وترتب عليه اتلاف الزرع ضمن
 قيمته التي يقدرها أهل الخبرة جزاء تعديه (انظر المواد ٤٤ و ٤٥ و ٤٦) (٢) .
 والحقوق التي ترد على الاعيان ومنافعها من بيع واجارة ووصية وإرت ترد
 على حقوق الارتفاق إذا كانت تابعة للعقار فاذا لم تسكن تابعة له ورد عليها الارث

(١) المادة ٤١ — الماء المحرز في الأواني كالخياض والصهاريج المملوكة لأحد
 في الانتفاع به الا باذن صاحبه .

(٢) المادة ٤٤ — ليس لصاحب الأرض التي تسقى بالآلات أو الترعة ان يجبر اصحاب
 الأراضي التي دونه على تصريف مياهه في أراضيهم ان لم يكن له حق المسيل فيها .
 المادة ٤٥ — إذا كان لأحد مسقى جار بحق في أرض آخر فليس لرب الأرض ان يمنعه
 عن اجراءه في أرضه .

المادة ٤٦ — من سقى أرضه سقياً معتاداً تتحملة أرضه فسال منها الماء في أرض غيره
 فاتفق زرعها فلا ضمان وان سقاها سقياً غير معتاد فعليه الضمان .

والوصية لأن الارث أمر حكمي والوصية تأخذ حكم الميراث في بعض الأحوال
وقال بعض علماء الحنفية يجوز بيعها وان لم تكن تابعة للعقار فلو كان لانسان شرب
بدون أرض أو مسيل ماء مثلاً جاز بيع كل منهما وحده على هذا الرأي ،
ووافقه الامام الشافعي واحمد وهو الظاهر . (انظر مادة ٤٧) ^(١)

❖ الفصل الثاني ❖

(في حق المرور والمجرى والمسيل)

اعلم ان هذه الحقوق اما ان تكون ثابتة للشخص من قديم الزمان أو لا ،
فان كان الأول فلما ان يترتب على ابقائها ضرر فاحش أولاً ، وكل له
حكم يخصه .

فان كانت ثابتة قديماً ولم يترتب على استيفائها ضرر فلصاحب الحق استيفاؤه
لأن الأصل بقاء القديم على قدمه إذ الغالب انه لم يستفد هذا الحق الا بوجه
شرعي . والقديم هو الذي شوهد وجوده ولا يعرف الاقران الأمر الذي كان
عليه قبل الحالة المشاهدة الآن كما إذا شوهد انسان يمر في ملك انسان آخر مدة
طويلة بحيث لا تعلم النامس ابتداء حق مروره ، فاذا ثبت الحق بهذه الكيفية سمي
قديماً واكتسبه صاحبه . وينبغي على ذلك انه إذا ثبت لشخص حق من هذه
الحقوق على ملك غيره فلا يجوز لصاحب الملك منعه من استيفاء اكثر من حقه
فلو ثبت لشخص حق المرور في أرض غيره بنفسه وأولاده فقط وأراد المرور

(١) المادة ٤٧ — حق الشرب يورث ويوصى بالاستفاد به ولا يباع الا تبعاً للأرض

كحق المسيل ولا يوهب ولا يؤجر .

بمواشيئه أو عربته فلصاحب الملك منعه لانه يريد استيفاء حق غير مخول له فلا يجوز إلا برضا من له الشأن .

وان كانت هذه الحقوق ثابتة قديماً ولكن يترتب على استيفائها ضرر فاحش منع مالكها من استيفائها سواء كانت موجودة في ملك عام أو خاص وينبغي على ذلك انه إذا كان لشخص مسيل قدر في الطريق العام أو الخاص وكان مضرراً بالعامه أو بأهل هذا الطريق يرفع ضرره ولو كان قديماً فتجب إزالته شرعاً منعاً لضرره لقوله عليه الصلاة والسلام « لا ضرر ولا ضرار في الاسلام » يعني لا ينبغي ان يضر أحد غيره ولا يضره غيره لأن ذلك يولد الشقاق والبغضاء وكلاهما منهي عنه شرعاً بقوله تعالى « ولا تنازعوا فتفشلوا وتذهب ريحكم واصبروا ان الله مع الصابرين » (انظر المواد ٤٨ و ٤٩ و ٥١ و ٥٢ و ٥٤) (١) .

وان كانت هذه الحقوق غير ثابتة قديماً واريدها فاما ان يكون في طريق عام أو خاص فان كان الأول بأن أراد شخص احداث ميازيب أو حفر بالوعة في طريق العامة كان له هذا الحق ما لم يترتب على ايجاده ضرر بالعامه وان كان الثاني فليس له احداث شيء إلا بأذن أهله والفرق بينهما ان كل واحد له ان

(١) المادة ٤٨ — القديم يبقى على قدمه في حق المرور والمجرى والمسيل ما لم يكن غير مشروع من أصله فان كان كذلك فلا اعتبار له ويزال ان كان فيه ضرر بين فان كان لدار مسيل قدر في الطريق العام وكان مضرراً بالعامه يرفع ضرره ولو كان قديماً ولا يعتبر قدمه .
المادة ٤٩ — اذا كان لاحد حق المرور في أرض شخص آخر فليس لصاحبها ان يمنعه من المرور منها وله ان يقود دوابه وعربته اذا كان له هذا الحق .
المادة ٥١ — من كان له مجرى أو سياق ماء جار بحق قديم في ملك شخص آخر فليس لصاحبه منعه .

المادة ٥٢ — اذا كان لدار مسيل مطر على دار الجار من القديم فليس للجار منعه .
المادة ٥٤ — اذا كان لدار مسيل قدر في الطريق الخاص وكان مضرراً بأهله يرفع ضرره ولو كان قديماً ولا يعتبر قدمه .

ينتفع بما جعل لمصالح العامة إلا إذا ترتب على انتفاعه ضرر بهم ولكن ليس له الانتفاع بملك غيره الخاص به إلا باذنه سواء ترتب على انتفاعه ضرر أو لا .
(انظر مادة ٥٦) (١)

فقد ثبت ان الملك متى كان خاصاً سواء كان لواحد أو لمتعدد فلا يثبت لغيره عليه حق من هذه الحقوق إلا باذن المالك ما لم يكن الحق قديماً فلو اذن له ثبت له الحق لكن لا على وجه الاستمرار بل للمالك منعه متى أراد وينبغي على ذلك انه اذا أباح شخص لغيره المرور في عرصة داره أو أرضه ومر فيها مدة بعد هذا الاذن فلا يترتب على مروره حق له بل لصاحب العرصة منعه من المرور متى شاء لأنه مجرد اعارة والأصل ان المعير له ان يرجع في العارية متى أراد . (انظر مادة ٥٠) (٢) .

وما دام الشيء الذي يجري فيه الماء سليماً فلا نزاع أما اذا تخرب الجرى أو محل سياق الماء أو حصل فيه خلل نشأ عنه ضرر لصاحب الأرض التي بها الجرى أو القناة لزم صاحب حق الارتفاق إعادة ما تخرب واصلاح ما اختل ليرفع الضرر لان الضرر يزال شرعاً ولو منعه صاحب الأرض أو البيت من الدخول في أرضه أو بيته لاصلاح مجراه أو قناته يقال له : اما تتركه ليدخل ويصلح واما ان تصلح الخلل من مال نفسك حيث منعته من الدخول في أرضك . (انظر مادة ٥٣) (٣)

(١) المادة ٥٦ — لا يجوز لأحد احدث شيء من الميازيب ولا حفر بالوعة في طريق العامة اذا كان يضر بالعامه وان احدث ذلك في زقاق غير نافذ لا يجوز الا باذن أهله سواء اضر بهم أم لا .

(٢) المادة ٥٠ — المبيح ان يرجع عن اباحته ولا يلزم بالاذن والرضا فان لم يكن لأحد حق المرور في عرصة آخر ومر فيها مدة بأذن صاحبها فلا يترتب على مروره حق بل لصاحب العرصة ان يمنعه من المرور متى شاء .

(٣) المادة ٥٣ — اذا كان لاحد حق مجرى أو سياق ماء في دار آخر فحصل به خلل =

﴿ فصل الثالث ﴾

(في حقوق المعاملات الجوارية)

ان الشريعة الاسلامية أوجبت على الناس حقوقاً بقدر ما بينهم من الرابطة المعاشية ولما كان الجار مرتبطاً بجاره مطلعاً على غالب أحواله فرضت عليه لجاره واجبات يلزمه القيام بها لتتم اللفة والمساعدة ويمتنع التباغض والتحاسد وبذلك يمكن للجيران ان يعيشوا عيشة راضية ولهذا قال صلى الله عليه وسلم « مازال جبريل يوصيني بالجار حتى طننت انه سيورثه » وقال عليه الصلاة والسلام « لا يؤمن عبد حتى يأمن جاره بوائقه (غوائله) » وقال عليه الصلاة والسلام « من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فليكرم جاره » وقيل لرسول الله صلى الله عليه وسلم ان فلانة تصوم النهار وتقوم الليل وتؤذي جيرانها فقال هي في النار . وقال عليه الصلاة والسلام « أتدرون ما حق الجار : ان استعان بك اعنته ، وان استنصرك نصرته ، وان استقرضك أقرضته ، وان افتقر عدت عليه ، وان مرض عدته ، وان مات تبعته جنازته ، وان اصابه خير هنأته ، وان اصابته مصيبة عزيتة ، ولا تطل عليه بالبناء فتحجب عنه الريح الا باذنه ، ولا تؤذيه ، واذا اشتريت فاكهة فأهده فان لم تفعل فأدخلها سراً ولا يخرج بها ولدك ليغيظ بها ولده ، ولا تؤذيه بقتار (رائحة) قدرك الا ان تعرف له منها » ثم قال أتدرون ما حق الجار ؟ والذي نفس محمد بيده لا يبلغ حق الجار الا من رحمه الله .

== تسبب عنه للجار ضرر فللجار ان يجبر صاحبه على دفع الضرر عنه بتمميده واصلاحه أو عدم الاجراء فيه واذا أراد صاحبه اصلاحه فتمه الجار من الدخول في داره بخير صاحب الدار بين ان يتركه يدخل ويصلح وبين ان يفعل صاحب الدار ذلك بماله .

وينبغي على ما ذكر ان الانسان ينبغي له ان يراعي حقوق جاره فلا يضره فاذا كان له ملك خاص به وليس لأحد حق فيه جاز له أن يتصرف فيه بسائر التصرفات الشرعية من بناء جداره واعلائه وحفر بالوعة في فناءه ونحو ذلك ولكن ذلك التصرف مشروط بعدم الحاق ضرر فاحش بجاره والمراد بالضرر الفاحش ما يترتب عليه هدم البناء أو وهنه أو يمنع المنافع المقصودة وأما الضرر اليسير كرفع البناء بحيث لا يسد الضوء ولا يمنع الهواء بالكلية فله فعله لأنه لا يمكنه الاحتراز عنه وينبغي على ذلك ما يأتي :

اولاً — إذا أراد الجار أن يجري عمارة في بيته وقرر المهندسون ان بيت الجار ينهدم باجراء العمارة منع من ذلك حتى يأخذ الاحتياطات اللازمة لوقاية بيت جاره .

ثانياً — إذا حفر بالوعة بجوار حائط جاره فنز منها الماء وأوهن الجدار لزمه تحويل البالوعة أو ردمها .

ثالثاً — إذا كان له آلة بخارية في وسط بيته يتصاعد منها الدخان إلى بيت جاره وكان بحيث لا يحتمل عادة أمر برفعه دفعاً للضرر الفاحش الذي يجب ازالته ولو كان قديماً لحديث (لا ضرر ولا ضرار) ولو حفر انسان بئراً في بيته فنضب ماء بئر جاره فلا شيء عليه ولا يؤمر بدم بئره لأن الماء الموجود تحت الأرض غير مملوك لأحد فهو كمن بنى حانوتاً بجوار حانوت غيره فتحول الناس اليه وتركوا صاحب الحانوت الأول .

وقال الامام احمد يؤمر صاحب البئر الجديدة بسدها فان سدها ولم يرجع ماء البئر الأولى لزم صاحبها حفرها ثانياً لأن سدها كان بسببه (كشف القناع صحيفة ٢٠١) .

رابعاً — إذا ترتب على تصرف الشخص في ملكه منع الضوء بالكلية عن جاره منع من ذلك وحينئذ لا يسوغ لأحد أن يوجد بناء أمام شباك جاره بحيث يمنع وصول الضوء إلى بيت الجار فإن فعل ذلك لزمه رفع البناء الذي أوجده دفعاً للضرر عنه . (انظر مادة ٦١) (١) .

خامساً — لا يجوز لشخص أن يوجد شباكاً أو فتحة يترتب عليها رؤية المحل الذي هو مقر لنساء الجار لأنه ضرر فاحش وإن أوجد ذلك يؤمر بسد الشباك أو ببناء ساتر يمنع من رؤية مقر النساء وذلك منعاً للضرر الفاحش لأنه يزال شرعاً .

ولكن لو كان الشباك المحدث مرتفعاً فوق قامة الانسان فليس للجار أن يطلب سده لانتفاء تحقق الضرر ولو كان لشخص محل معد للرجال فجدد شخص آخر بيتاً وجعل مقر نسائه أمام مقر الرجال الموجود أو لا فليس للثاني أن يتضرر من رؤية نسائه ولا أن يكلف جاره بتحويل محل الرجال إلى جهة أخرى ولا بسد الشباك الذي يمكن منه الرؤية بل يكلف هو بتحويل مقر نسائه كي يدفع الضرر عن نفسه . (انظر مادتي ٦٢ و ٦٣) (٢)

(١) المادة ٦١ — سد الضياء بالكلية على الجار يعد ضرراً فاحشاً فلا يسوغ لأحد أحداث بناء يسد به شباك بيت جاره سداً يمنع الضوء عنه وإن فعل ذلك فللجار أن يكلفه رفع البناء دفعاً للضرر عنه .

(٢) المادة ٦٢ — رؤية المحل الذي هو مقر للنساء يعد ضرراً فاحشاً فلا يسوغ أحداث شباك أو بناء يجعل فيه شباكاً للنظر مطلقاً على محل نساء جاره وإن أحدث ذلك يؤمر برفع الضرر أما بسد الشباك أو ببناء ساتر فإن كان الشباك المحدث مرتفعاً فوق قامة الانسان فليس للجار طلب سده .

المادة ٦٣ — إن كان لأحد دار يتصرف فيها تصرفاً مشروعاً فأحدث غيره بجواره بناء مجدداً فليس للمحدث أن يتضرر من شبائك الدار القديمة ولو كانت مطلّة على مقر نسائه بل هو الذي يلزمه دفع الضرر عن نفسه .

فقد علمت حكم ما إذا كان ملك الانسان خاصاً به من انه يجوز له التصرف فيه بجميع التصرفات الشرعية ما لم يضر بغيره ضرراً فاحشاً فان كان الملك ليس خاصاً به فأما أن يكون لغيره حق ارتفاق عليه بأن يكون له علو عليه وأما أن يكون ذلك الغير شريكاً له فيه .

فان كان الأول بأن كان لشخص سفلى وآخر علو فكل منهما له حقوق وعليه حقوق للآخر يجب مراعاتها .

فلا يجوز لواحد منهما ان يتصرف في ملكه تصرفاً مضرراً إلا بأذن الآخر لأن تصرفه يؤدي إلى ضرر من معه وذلك غير جائز فلا يسوغ لصاحب السفلى مثلاً ان يحفر بالوعة أو بئراً يترتب على كل منهما وهن البناء ولا فتح شباك يكون سبباً في هدم البناء أو وهنه ولا أن يكسر خشبة من السقف ولا أن يهدمه وكذلك لا يجوز لصاحب العلو ان يعمل عملاً يؤدي إلى ضرر صاحب السفلى فلا يدق على سطح السفلى شيئاً حتى يتساقط التراب عليه ولا أن يضع متاعه في مكان واحد بحيث يترتب على ذلك كسر بعض الاخشاب ونحو ذلك مما شأنه الضرر اليين كأن يهدم علوه ولصاحب العلو الحق في استقراره على سطح السفلى وله حقه في العلو من جهة كونه يحفظ ملكه من الاعراض الجوية فيمنع عنه المطر مثلاً وبقية الحر .

وان كان كل من العلو والسفلى له مدخل خاص به فليس لأحدهما حق في المرور من طريق صاحبه إلا بأذنه وان كان الطريق واحداً فلكل منهما الدخول والخروج منه وليس لأحدهما ان يمنع الآخر لأنه حينئذ يكون قد منعه

حقه وهو لا يجوز (انظر المواد ٥٨ و ٦٤ و ٦٥) (١) ولو هدم صاحب السفلى
سفله تعدياً أجبر على اعادته لتعديده ولو ترتب على هدمه لسفله هدم العلو لزمه
اعادته كما كان لانه هو الذي اتلفه بسبب هدمه السفلى وكذا لو هدم صاحب العلو
علوه تعدياً لزمه اعادته لتعلق حق صاحب السفلى به لانه يقي سفله من المطر
ويستره من الحر وكذا الحكم فيما إذا حصل هدم جزء من السفلى أو العلو فان
كلّاً منهما يجبر على اعادة الجزء الذي هدمه (انظر مادة ٦٦) (٢) .

فقد علمت مما تقدم انه اذا كان الهدم عمداً يجبر الهادم على اعادة ما هدمه
فان انهدم السفلى بنفسه بدون تعدي صاحبه فلا يجبر على اعادته بل يطلب منه
اعادته فان اعاده كما كان فيها وان لم يعده فلصاحب العلو بناؤه فاذا بناه فاما ان
يكون ذلك باذن صاحب السفلى أو القاضي واما ان يبنيه بغير اذنها فان بناه بأذن
صاحبه أو بأذن القاضي فله الحق في الرجوع على صاحب السفلى بجميع ما صرفه
على العمارة لانه بسبب الاذن صار بمنزلة الوكيل والوكيل له الحق في الرجوع على
موكله بجميع ما صرفه على ما وكل فيه وان بنى صاحب العلو السفلى بدون اذن
مالكه أو اذن القاضي فله الحق في الرجوع على صاحب السفلى بالقيمة التي يقدرها

(١) المادة ٥٨ — اذا تعاقب حق الغير بالملك فليس للمالك ان يتصرف فيه تصرفاً
مضراً الا باذن صاحب الحق .

المادة ٦٤ — اذا كان لأحد علو ولاخر سفلى فلصاحب العلو حق القرار في السفلى والسقف
ملك لصاحب السفلى ولصاحب العلو حق الانتفاع بسطحه انتفاعاً معتاداً ولصاحب السفلى حق
في العلو يستره من الشمس ويقيه من المطر .

المادة ٦٥ — اذا كان باب السفلى والعلو واحداً فلكل من صاحبيهما استعماله مشتركاً
فلا يسوغ لأحدهما ان يمنعه الآخر من الانتفاع به دخولاً وخروجاً .

(٢) المادة ٦٦ — اذا هدم صاحب السفلى سفله تعدياً يجب عليه تجديد بنائه ويجبر
على ذلك .

أهل الخبرة يوم الفراغ من بنائه ولا يعد متبرعاً في هذه الحالة لانه مضطر في بنائه إلى الوصول الى حقه وهو العلو .

ثم اذا دفع صاحب السفلى ما صرفه صاحب العلو على البناء في صورة الاذن أو القيمة في صورة عدمه سلم اليه السفلى وان لم يدفع شيئاً من ذلك فلصاحب العلو أن يمنع من سكناه واجارته واعارته وله ان يؤجره بأذن القاضي مدة تفي الاجرة فيها بحقه وبعد ذلك يسلمه لصاحبه .

وقال الامام احمد يجبر صاحب السفلى على إعادته مطلقاً سواء كان الهدم بتعدي صاحب السفلى أو حصل قضاء وقدرًا ليمكن صاحب العلو من الانتفاع به والظاهر الاول . (انظر مادة ٦٧) (١)

فالذي علم مما تقدم ان كلا من صاحب العلو والسفلى لا يجوز له التصرف في ملكه بما يعود بالضرر على الآخر . وينبني على ذلك انه اذا كان لشخص سفلى ولاخر عليه علو وأراد صاحب العلو ان يجدد بناء لم يكن له من قديم الزمان أو أراد ان يزيد في ارتفاع البناء عن الحالة التي كان عليها بغير اذن صاحب السفلى فلا يجوز له ذلك لان الاصل ابقاء ما كان على ما كان .

وقال بعض المحققين من الحنفية لا يخلو الحال أما ان يكون ذلك التجديد والرفع مضرًا بالسفلى أولاً ، فان كان الاول فلا يجوز لما فيه من الضرر وان كان لا يضر بأن قرر أهل الخبرة الموثوق بعداتهم ان ما يريد اجراءه صاحب العلو

(١) المادة ٦٧ — اذا تهدم السفلى بلا صنع صاحبه فعليه بناؤه بلا جبر عليه قلت امتنع صاحب السفلى من تعميره وعمره صاحب العلو بأذن صاحبه أو بأذن القاضي فله الرجوع على صاحب السفلى بما انفق على العمارة بالغاً ما بلغ قدره . وان عمره بلا اذن صاحبه أو اذن القاضي فليس له الرجوع الا بقيمة البناء وتقدير القيمة بمعرفة أرباب الخبرة زمن البناء لا زمن الرجوع .

ولصاحب العلو ان يمنع في الحالتين صاحب السفلى من سكناه والانتفاع به حتى يوفيه حقه وله ان يؤجره بأذن القاضي ويستخلص حقه من أجرته .

لا يضر بالسفل جاز له اجراء ما يريد له لأن الابنية يختلف شكلها وارتفاعها باختلاف
الازمان وهو ظاهر . (انظر مادة ٦٨) (١) .

ولو فرض ان شخصاً له قطعة أرض بجوار شخص آخر له فيها بناء فهدمه
أو كانت خالية منه فليس للشخص الاخير ان يجبر صاحب الملك على اقامة حائط
على حدود مملكته لأن المالك هو صاحب الشأن في ماله فان شاء تصرف فيه وان
شاء ترك ذلك وكذلك لا يسوغ له ان يجبره على اخذه جزءاً من حائطه أو
الارض التي بني فيها الحائط لقوله عليه الصلاة والسلام « لا يحل مال امرء مسلم
إلا عن طيب خاطر » .

وقال الامام أحمد إذا كان لرجل ساحة يلقي فيها التراب والقاذورات من
الحيوانات الميتة وغيرها وتضرر الجيران منها يجب على صاحبها دفع ضررهم اما
بعمارها أو باعطائها لمن يعمرها أو يمنع من القاء ما يضر بالجيران وهو حسن لما فيه
من دفع الضرر . (انظر مادة ٦٩) (٢) .

وكل هذه الاحكام فيما إذا كان الشيء ملكاً لشخص ولكن تعلق به
حق الغير .

اما إذا كانت العين مشتركة بين اثنين فاکثر فليس لكل شريك
التصرف المطلق في العين المشتركة بل يجوز لكل منهما التصرف بدون ان
يترب على ذلك ضرر لشريكه أو التعدي على حقه .

وينبغي على ذلك انه إذا كان حائط مشتركاً بين اثنين وأراد أحدهما ان

(١) المادة ٦٨ — لا يجوز لذي العلو ان يبني في علوه بناء جديداً ولا أن يزيد في
ارتفاعه بغير اذن صاحب السفلى الا اذا علم انه لا يضر بالسفل فله ذلك بغير اذن
صاحب السفلى .

(٢) المادة ٦٩ — لا يجوز للجار ان يجبر جاره على اقامة حائط أو غيره على حدود
ملكه ولا على أن يعطيه جزءاً من حائطه أو من الأرض القائم عليها الحائط .

يرفع بناءه أو يزيد فيه بدون اذن شريكه فلا يجوز لانه تصرف فيما هو مشترك والاشترك يقتضي التساوي في التصرف وقال بعضهم يجوز بشرط ان لا يترتب عليه ضرر سواء كانت الزيادة توافق الرسم المعتاد أولاً وفصل بعض المحققين فقال ان كانت الزيادة لا توافق الرسم المعتاد لا يجوز له ان يوجدها إلا باذن شريكه وان وافقت الرسم المعتاد ولم يترتب عليها ضرر جاز ونسب الرأي الاول للامام محمد ورجحه العلماء . (انظر مادة ٧٠) (١) .

ولو فرض ان كلا من الشريكين لم يكن له عليه اخشاب فاراد احدها ان يضع اخشابه على الحائط المشترك بحيث لا يضره جاز له ذلك وليس لشريكه ان يمنعه من وضعها لضرورة انتفاعه بملكه .

ولكن يقال له ضع انت مثل ذلك ان شئت ولا فرق في ذلك بين ما إذا كان وضع الخشب قديماً أو حادثاً .

ومحل كون الشريك يضع أخشاباً بقدر شريكه إذا كان الحائط يتحمل ذلك فان كان لا يتحمل وجب على كل من الشريكين ان يضع عليه اخشاباً بقدر ما يتحمل حتى لو كانت الاخشاب التي وضعها الشريك الاول كثيرة امر برفعها ليضع صاحبه مثلها لضرورة التساوي في الانتفاع شأن كل ملك مشترك .

ولو أراد أحد الشريكين ان يزيد في وضع اخشابه عن المقدار الذي وضعه صاحبه أو أحب ان يفتح فيه شباكاً أو باباً فليس له ذلك لضرورة الشركة فلا يستقل بولاية التصرف وإنما جاز للشريك وضع اخشاب على الحائط بدون اذن شريكه ولو لم يكن عليه اخشاب لضرورة الانتفاع إذ ربما لا يأذن له فيمنع من

(١) المادة ٧٠ — اذا كان الحائط مشتركاً بين اثنين فلا يجوز لأحدهما ان يتصرف فيه بتعليق أو زيادة في البناء عليه بلا اذن الآخر سواء كان تصرفه مضرراً بالآخر أم لا .

الانتفاع بحقه بخلاف زيادته في الاخشاب وفتحها شبا كذا أو باباً فانه لا يترتب عليه المنع من الانتفاع بالكلية وهو ظاهر .

ولو أراد أحدهما أن يحول أخشابه إلى جهة أخرى غير التي عليها الاخشاب فلما ان يأذن له شريكه أو لا . فان أذن له جاز اتفاقاً وان لم يأذن له فلما ان يكون خلع الاخشاب ووضعها في جهة أخرى مضرراً بالحائط أو لا ، فان كان مضرراً فلا يجوز لان الضرر يزال شرعاً ، وان كان غير مضر جاز .

وينبغي على ذلك انه إذا أراد أحد الشريكين نقل أخشابه من اليمين إلى اليسار أو عكسه وكان ذلك يوهن البناء فلا يجوز وان كان لا يترتب عليه ضرر جاز .

وإذا أراد ان يرفع أخشابه من اسفل إلى اعلى فلا يجوز وإذا أراد عكس ذلك جاز لعدم الضرر وان سهل تحويلها سواء كان من اسفل الى اعلى أو عكسه . فالحكم في ذلك مبني على وجود الضرر وعدمه . (انظر مادة ٧١) (١) .



(١) المادة ٧١ — لكل من الشريكين في الحائط أن يضع عليه أخشاباً بقدر ما لشريكه بشرط أن لا يتجاوز كل منهما ما يتجمعه الحائط وليس لأحد منهما ان يزيد في أخشابه بدون اذن الآخر كما انه لا يجوز لأحد منهما أن يحول محل أخشابه التي على الحائط يميناً أو شمالاً ولا من أسفل الى أعلى ولو من أعلى الى أسفل جاز وإذا كان لكل منهما عليه أخشاب فلصاحب الأسفل ان يرفع أخشابه بجذء صاحب الأعلى ان لم يضر بالحائط وكذا لصاحب الأعلى ان يسفل بأخشابه ان لم يضر بالحائط .

✧ الكتاب الثاني ✧

✧ في أسباب الملك ✧

ملك الانسان للاشياء المالية عارض ومكتسب بسبب من اسبابه وقد قسمها الفقهاء إلى قسمين : عقود وغير عقود . فالعقود تشتمل على ما يأتي :

الأول — البيع وهو لغة مطلق المبادلة سواء كان بمال أو غيره ، وشرعاً هو مبادلة المال بالمال على وجه التراضي .

الثاني — الهبة وهي لغة مطلق العطية ، واصطلاحاً تمليك العين بلا شرط عوض .

الثالث — الوصية وهي اسم من الايصاء وشرعاً تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع .

وغیر العقود يشتمل على ما يأتي :

الأول — الميراث بمعنى الارث الذي هو عبارة عن استحقاق الورثة للتركة .

الثاني — وضع اليد على الشيء المباح الذي لا مالك له مثل السمك في البحر لقوله عليه الصلاة والسلام من « سبقت يده إلى مال مباح فهو له » .

الثالث — الشفعة وهي ثبوت حق تملك العقار ولو جبراً عن المشتري والبايع بما قام عليه من الثمن والمصاريف . وسيتضح لك أحكام كل قسم من هذه الأقسام بأجلى بيان . (انظر مادة ٧٢) (١) .

(١) المادة ٧٢ — أسباب الملك هي العقود الموجبة لنقل العين من مالك الى آخر كبيع أو هبة أو وصية والميراث ووضع اليد على الشيء المباح الذي لا مالك له والشفعة .

❖ الفصل الأول ❖

❖ في العقود ❖

العقود جمع عقد وهو في اللغة مطلق الربط وفي اصطلاح الفقهاء هو ارتباط القبول بالايجاب بحيث يكون بحالة موجبة لترتب حكمه عليه والعقد وان كانت اقسامه كثيرة إلا انه يمكننا تقسيمه بحسب المراد هنا إلى قسمين :

الأول — ان يرد على تملك الأعيان بعوض .

الثاني — ان يرد على تملكها بغير عوض .

فالأول يسمى بيعاً والثاني هبة . (انظر مادة ٧٣) (١)

وكل من القسمين له حكم مخصوص . فالأول تنتقل به ملكية المبيع من البائع إلى المشتري بمجرد حصوله من غير توقف على تسليم وتسليم إلا انه يشترط لذلك أن يكون العقد مستوفياً بجميع شروطه التي هي أنواع أربعة شروط : انعقاد ، وصحة ، ونفاذ ، ولزوم . وستعرف جميعها في أول كتاب البيوع . والثاني لا تنتقل به الملكية بمجرد حصوله بل لا بد من التسليم والتسلم . (انظر مادة ٧٤) (٢) .

والملكية وان انتقلت بمجرد حصول عقد المعاوضة إلا أن المشتري ليس له أن يتصرف في المبيع قبل قبضه لكن على التفصيل الآتي وبيان ان المبيع إما يكون عقاراً أو منقولاً والعقار اما ان يخشى هلاكه أو لا . فأن كان عقاراً

(١) المادة ٧٣ — يصح ان تملك الأعيان موز وبغير عوض سواء كانت عقاراً أو منقولاً .

(٢) المادة ٧٤ — ينتقل ملك العين المبيعة للمشتري بمجرد حصول عقد المعاوضة ووقوعه صحيحاً باتاً نافذاً لا زمّاً سواء كانت عقاراً أو منقولاً .

لا يخشى هلاكه جاز بيعه لا إجارته ، وإن كان عقاراً يخشى هلاكه أو منقولاً فلا يجوز التصرف فيه قبل قبضه بأي تصرف كان وسيأتي شرح هذه المادة بما لا مزيد عليه عند الكلام على المادة التاسعة والأربعين بعد الثلاثمائة . (انظر مادة ٧٥) (١) .

ومتى قبض المشتري المبيع سواء كان عقاراً أو منقولاً على أنه مملوك للبائع فله أن يتصرف فيه بأي تصرف أراد لأي شخص شاء ومع هذا فإذا ادعى غير البائع أنه يستحق المبيع وأثبت ذلك بالينة نقض التصرف الذي صدر من البائع وسلم المبيع إلى مستحقه وحينئذ يرجع المشتري على البائع بالثمن الذي سلمه له . (انظر مادة ٧٦) (٢) .

✧ الفصل الثاني ✧

✧ في الهبة ✧

العقد وإن كانت أقسامه كثيرة إلا أنه يمكن تقسيمه بحسب المراد هنا إلى أربعة أقسام لأن العقد إما أن يرد على نفس الشيء أو على المنفعة وعلى كل فالما أن يكون بعوض أو بغير عوض . فإن ورد على نفس الشيء بعوض يسمى بيعاً ، وإن ورد على نفس الشيء بغير عوض يسمى هبة ، وإن ورد على المنفعة بعوض

(١) المادة ٧٥ — للمشتري أن يتصرف في العين المبعة بالبيع قبل استلامها إن كانت عقاراً لا يخشى هلاكه وليس له أن يؤجرها قبل قبضها كما أنه ليس له أن يتصرف في المبيع قبل قبضه لا بيعاً ولا إجارة إن كان منقولاً .

(٢) المادة ٧٦ — إذا استلم المشتري العين المبعة عقاراً كانت أو منقولاً على أنها مملوكة للبائع فله أن يتصرف فيها بجميع التصرفات ولا يمنع تصرفه من استرداد العين لمستحقها إذا ظهر أنها مستحقة للغير وثبت حقه فيها .

سمي اجارة ، وان ورد على المنفعة بغير عوض يسمى إعارة . وموضوعنا الآن الهبة والكلام عليها في المباحث الآتية : التعريف ، والركن ، والشرط ، والحكم :

﴿ تعريف الهبة ﴾

هي في اللغة التبرع والتفضل على الغير بما يعود عليه بالمنفعة مطلقاً سواء كان مالاً أو غيره بدليل قوله تعالى حكاية عن سيدنا زكريا عليه السلام « فهب لي من لدنك ولياً » وقوله جل شأنه « ووهبنا لداود سليمان نعم العبد انه أواب » .

وفي اصطلاح الفقهاء هي تملك مال لآخر مجاناً فيخرج :

أولاً — ما ليس بتمليك كالإباحة بان اذن شخص لآخر بالا كل من مائده فأن أذنه يعتبر إباحة لا تملكاً .

ثانياً — ما هو تملك ولكنه واقف على المنفعة لا العين فان هذا لا يسمى هبة بل ان كان بعوض فهو اجارة وان كان بغير عوض فهو إعارة .

ثالثاً — تملك العين بعد الموت فانه وصية كما سيبين قريباً .

رابعاً — تملك العين بعوض فانه بيع لا هبة ولا يرد على ذلك الهبة بشرط العوض لان معنى قولنا تملك العين مجاناً ان العوض ليس بشرط في صحة الهبة وينبغي على ذلك انها تارة تكون بغير عوض وتارة تكون بعوض على ان الظاهر أن الهبة بشرط العوض تكون بيعاً ابتداء وانتهاء .

وحكمة مشروعية الهبة التواد والتحاب وإزالة شح النفس المشار إلى ذمه بقوله تعالى : « ومن يوق شح نفسه فأولئك هم المفلحون » ولذلك قال صلى الله عليه وسلم « تهادوا تحابوا » . (انظر مادة ٧٧) (١) .

﴿ ركن الهبة ﴾

الركن هو ما كان داخلاً في حقيقة الشيء ، وتوقف وجود ذلك الشيء عليه .
 فركن الهبة اثنان : الايجاب والقبول . فالايجاب هو ما صدر أولاً من كلام أحد المتعاقدين ، والقبول هو ما صدر ثانياً من كلام الآخر . وليس لهما عبارة خاصة بهما بل تصح الهبة بكل عبارة تفيد ملك العين في الحال بلا عوض مثل : وهبت لك واعطيتك وملاكك بلا عوض كذا .

﴿ شروط الهبة ﴾

الشروط جمع شرط وهو ما كان خارجاً عن حقيقة الشيء ، وتوقفت صحته ذلك عليه .

وهي تنقسم إلى أربعة أقسام ، قسم يتعلق بركنها ، وقسم يتعلق بالواهب ، وقسم يتعلق بالموهوب له ، وقسم يتعلق بالعين الموهوبة .

فشروط ركنها أن لا يكون معلقاً على شرط غير كائن فان علق على محقق صحت الهبة ، وان لا يكون مضافاً إلى زمن مستقبل كما إذا قال شخص وهبت لك كذا غداً فانها لا تصح .

ويشترط في الواهب أمر واحد على الاجمال وهو أن يكون أهلاً للتبرع وخمسة على التفصيل وهي :

أولاً — أن يكون حراً فلا تصح هبة الرقيق لانه وما في يده لسيده .
 ثانياً — أن يكون بالغاً فلا تصح هبة الصبي مطلقاً سواء كان غير مميز أو مميز . اما إذا كان غير مميز فظاهر لأن جميع عقودهم باطلة لعدم عقله واما إذا كان مميزاً فلا أن تصرفاته المضرة ضرراً محضاً غير جائزة ولا تقبل الاجازة اصلاً لأجل المحافظة على أمواله .

ثالثاً — أن يكون عاقلاً فلا تصح هبة المجنون لأن جميع تصرفاته باطلة كما في الصبي الغير المميز .

رابعاً — أن يكون مالاً كافياً للعين الموهوبة فلا تنفذ هبة الفضولي بل يتوقف نفاذها على اجازة المالك ولا تصح هبة الولي ولا الوصي من مال الصغير لانه يلزم أن يكون تصرفهما في مال الصغير بما يعود عليه بالمنفعة .

خامساً — أن لا يكون محجوراً عليه لسفه لأن السفه حكمه حكم الصبي المميز وقد تقدم ، ولا لدين لتعلق حق الدائنين بماله فان اجازوها صح وان كان الدين غير مستغرق للتركة وكان الواهب مستوفياً للشرائط المتقدمة صحت هبته مطلقاً سواء أجازها الدائنون أو لم يجيزوها إذا كانت لا تؤثر في حق الدائنين . فإذا كان الواهب مستوفياً لجميع الشرائط بأن كان أهلاً للتبرع ولم يكن محجوراً عليه لسفه أو دين جاز له وهو في حال الصحة أن يهب جميع ماله أو جزءاً منه لأن المالك له حق التصرف في ماله بما يريد . ولكن يرد على هبة جميع المال ان الشرع لا يوافق على صرف كل المال ولو في وجوه الخير بل صرح العلماء بأن هذا اسراف فيظهر من هذا ان الهبة تكون لاغية خصوصاً على مذهب محمد القائل بثبوت الحجر بمجرد السفه ولو قبل الحكم ولهذا صرح بعض المحققين بأن هبة جميع المال لبعض الورثة لاغية فتقسم تركته على جميع الورثة .

وفيه من هذا نقضها بالأولى بالنسبة للأجنبي لأن القريب في الغالب ينفق على قريبه بخلاف الأجنبي ولكن لم أر نصاً صريحاً يفيد نقض الهبة في هذه الحالة فابحث لعلك تقف .

ومحل صحة الهبة من كل ماله إذا كانت في حالة الصحة فان كانت في حالة مرض الموت اعتبرت وصية وحيثئذ ينظر إلى الموهوب له في هذه الحالة فاما أن يكون وارثاً أو غير وارث .

فان كان وارثاً فلا تنفذ إلا إذا أجازها الورثة وهم من أهل الاجازة وان كانت لأجنبي فأما أن تكون بقدر الثلث فأقل أو بأكثر منه .

فان كان الأول نفذت بلا توقف على إذن الورثة وان كان الثاني نفذت في قدر الثلث بدون اجازة الورثة وفيما زاد عنه لا تنفذ إلا إذا أجازها الورثة وهم من أهل التبرع .

ويشترط في الموهوب له أن يكون موجوداً وقت الهبة فلو كان غير موجود بأن قال شخص : وهبت بيتي لابن فلان ، ولا ولد له ، فالهبة لاغية حتى لو ولد له ولد بعد ذلك ومات الواهب لا يستحق العين الموهوبة . (انظر المواد ٨٧ ، ٧٩ ، ٨٥) (١) .

ويشترط في الشيء الموهوب أربعة شروط - أولاً : أن يكون موجوداً وقت صدور العقد فلا تصح هبة المعدم كعنب كرمه الذي سيوجد في هذه السنة ولا هبة ما ستلده مواشيه .

ثانياً - أن يكون مالا متقوماً فلا تجوز هبة ما ليس بمال كالليثة والدم ولا ما كان مالا ولكنه غير مقوم كالخمر والخنزير .

ثالثاً - أن يكون الموهوب مملوكاً في ذاته فلا تصح هبة المباحات لانه تملك ما ليس بمملوك .

رابعاً - أن يكون مميزاً عن غيره .

(١) المادة ٨٧ — يشترط لصحة الوصية كون الموصي حراً بالغاً عاقلاً مختاراً أهلاً للتبرع .

المادة ٧٩ — اذا كان المالك أهلاً للتبرع ولم يكن مجبوراً عليه بدين أو سفه جاز له ان يهب وفي حال صحته كل ماله أو بعضه لمن يشاء .

المادة ٨٥ — حكم الهبة في مرض الموت بعد استيفاء شرائطها قبله كحكم الوصية في اعتبارها من الثلث وتوقفها لو لأحد الورثة .

فلو كان مشاعاً أو متصلاً بغيره فلا تصح هبته ولكن في المقام تفصيل وبيان
ان المشاع أما أن يكون غير قابل للقسمة وأما أن يكون قابلاً لها والمتصل بغيره
أما ان يكون اتصاله خلقياً أو اتصال مجاورة .

فان كان الموهوب مشاعاً في ملك الواهب الذي لا يقبل القسمة بان كان
بيتاً صغيراً بحيث لو قسم لا يصلح لأن يكون بيتين ، أو نصف حيوان مثلاً
صحت الهبة أيضاً .

ويلزم لصحة الهبة أن يكون القدر الموهوب معلوماً فلو وهب جزءاً من بيته
فلا تصح الهبة لعدم معرفة القدر الموهوب .

وان كان القدر الموهوب مشاعاً في ملك الواهب الذي يحتمل القسمة فاما
أن يكون الشيوع طارئاً بعد عقد الهبة والقبض وأما أن يكون مقارناً وموجوداً
وقت عقد الهبة .

فان كان الأول صحت الهبة أيضاً لحصول القبض الكامل قبل حدوث
الشيوع وذلك بأن وهب انسان قطعة أرض لآخر فقبضها ثم رجع الواهب في
نصفها فبالرجوع في النصف حصل الشيوع وبالتأمل ترى أن العين الموهوبة وقت
القبض لم يكن فيها شيوع فلهذا صحت الهبة .

وان كان الثاني بأن كان الشيوع موجوداً حال العقد كما إذا وهب شخص
لآخر نصف بيته الكبير القابل للقسمة فالهبة غير نافذة وهل هي صحيحة
أو فاسدة خلاف والصحيح انها صحيحة متوقف نفاذها على قسمة المشاع وتسليم
العين الموهوبة على حدثها وعلى كل حال فلو قسم الموهوب وسلم جازت الهبة
وملكت بالتسليم لحصول المقصود وهو القبض الكامل .

ولو بقي على شيوعه ولم يقسم فاما أن تكون الهبة من أحد الشريكين للآخر
أولاً ، فان كانت لأحد الشريكين فقال بعضهم يملك الشريك نصيب شريكه

وهب الذي له لان قبضه كامل وقال بعضهم لا يملكه للشيوع والظاهر الأول .
وان كانت لغير الشريك فلا يملكها بل هي باقية على ملك الواهب وينبغي
على ذلك المسائل الآتية :

أولاً — إذا تصرف الواهب فيها ببيع ونحوه نفذ تصرفه وليس للموهوب
له حق في معارضته لانه قد تصرف في ملكه .

ثانياً — للواهب حق استرداد العين الموهوبة من الموهوب له بدون توقف
على رضا الموهوب له ولا على حكم القاضي . فلو طلبها منه فامتنع فهلكت عنده
ضمنها لانه بالامتناع صار غاصباً والغاصب ضامن وبالأولى ما اذا استهلكها ولو
مات تخلفه ورثته في حق الاسترداد بخلاف ما اذا أراد الاسترداد بعد صدور
الهبه منه صحيحة نافذة فإنه لا يملكه إلا بالتراضي أو بقضاء القاضي .

ثالثاً — اذا استهلك الموهوب له العين الموهوبة ضمنها لتعديه على ملك
غيره وكذا الحكم اذا هلك بنفسها بدون تعد وقال بعضهم لا يضمن في هذه
الحالة لعدم تعديه ولانه ليس بغاصب بل هو في حكم الامين لحصول التسليم من
المالك وهو وجيه .

والمشاع الذي لا يقبل القسمة هو الذي اذا قسم تذهب منفعته بالمرّة كأنه
من الخبز ، أو تذهب منفعته الاصلية التي كانت موجودة فيه قبل القسمة
كحمام لا يمكن جعله حمامين بعد القسمة أو بيت صغير لا يمكن جعله بيتين ولكن
يمكن جعله حانوتين مثلاً . والذي يقبل القسمة هو الذي لو قسم لا تذهب
منفعته الاصلية كبيت كبير يمكن جعله بيتين وقال الامام الشافعي رضي الله تعالى عنه
إن هبة المشاع صحيحة فيما يحتمل القسمة وفيما لا يحتملها لان الهبة عقد تملك
والشئ الموهوب قابل له فأشبهت البيع وكونه عقد تبرع لا ينافي للملك في
الشيوع كما في الوصية والتسليم ممكن بالتخلية أو تسليم الكل اليه كما في المشاع الذي

لا يقبل القسمة واستدل الحنفية على مذهبهم بأن القبض قد نص عليه في الهبة بقوله عليه الصلاة والسلام « لا تجوز الهبة إلا مقبوضة » فلا تتم إلا به والقبض إنما يكون في المقسوم وفيما لا يقبل القسمة لأن القبض في كل شيء بحسبه والمشاع الذي لا يقبل القسمة لا يمكن قبضه إلا مشاعاً فاكثفي به لأنه لا يكون إلا كذلك فتمت الهبة .

والمشاع الذي يقبل القسمة يمكن تسليمه بعد قسمته ويكون قبضه كاملاً إذ هو المطلوب لأن القبض في الحديث ثبت مطلقاً فيتناول الكامل والكامل هو الموجود من كل وجه .

والقبض في المشاع موجود من وجه دون وجه لأن القبض عبارة عن كون الشيء المقبوض في حيز القابض والمشاع ليس في حيزه من كل وجه لأنه في حيزه من وجه وفي حيز شركائه من وجه آخر وتماه لا يحصل إلا بالقسمة لأن الانصاء بها تتميز وتجتمع أجزاء كل شريك على حداثتها ومالم تتميز وتجتمع لا يصير المقبوض محرزاً ومحوراً بل يكون احرازه ناقصاً فلا يقوى على افادة الملك .

وان كان الموهوب متصلاً بملك الواهب فاما ان يكون اتصالاً خلقياً أو اتصالاً مجاورة فان كان الاتصال خلقياً فلا تتم الهبة بالقبض مطلقاً سواء كانت العين الموهوبة شاغلة لملك الواهب أو مشغولة به الا اذا فصلها الواهب وسلمها للموهوب له أو يسلطه على فصله وقبضه وفصله الموهوب له وقبضه بالفعل .

وينبغي على ذلك انه اذا كان لشخص أرض وفيها زرع فلا تصح هبة الزرع بدون الأرض ولا هبة الأرض بدون الزرع الا بالفصل والقبض كما تقدم ومثل ذلك هبة الشجر بدون الأرض والأرض بدون الشجر وكذلك هبة الثمر بدون الشجر والشجر بدون الثمر فلا بد من الشرط المتقدم وهو فصل الموهوب عن غيره وقبضه وعلة ذلك ان القبض لا يكون كاملاً قبل الفصل لأن الثمر على

الشجر بحكم الاتصال كشيء واحد فكانت هبة أحدهما بدون الآخر كهبته المشاع المحتمل للقسمة لأن الفصل ممكن وقد تقدم أن الشيوع فيما يحتمل القسمة يمنع من حصول القبض السكامل فكذا هنا .

وإن كان متصلاً بملك الواهب اتصال مجاورة فالما أن يكون الموهوب شاغلاً لملك الواهب أو مشغولاً به فإن كان شاغلاً له صحت الهبة واعتبر القبض كاملاً ولو بالتخلية فقط .

وإن كان مشغولاً بملك الواهب فلا تصح هبته إلا بفصله وتسليمه للموهوب له وينبغي على ذلك أنه لو وهب إنسان لآخر متاعاً في بيت صحت الهبة بدون الفصل ويكفي القبض ولو بالتخلية بين الموهوب له وبين الشيء الموهوب بخلاف ما إذا وهب البيت بدون المتاع فإن الهبة لا تصح إلا بفصل المشغول عن الشاغل وتسليمه للموهوب له (أنظر مادة ٨١) (١) .

(حكم الهبة)

متى صدرت الهبة مستوفية شرائطها ترتب عليها افادة ملك الموهوب له العين الموهوبة بالقبض الكامل ملكاً غير لازم ولذا صح الرجوع فيها من الواهب وإن كره تحريماً فجرد الإيجاب والقبول لا يفيد الملك لأنها عقد ضعيف ولذلك قال عليه الصلاة والسلام (لا تجوز الهبة إلا مقبوضة) أي لا تملك إلا بعد القبض فالمراد نفي الملك قبل القبض لا نفي الجواز ويشهد لذلك قول أبي بكر الصديق للسيدة عائشة رضي الله عنهما وهو مريض مرض الموت كنت نخلتك جـداد

(١) المادة ٨١ - إذا كان الموهوب مشاعاً يحتمل القسمة فلا تفيد هبته الملك بالقبض إلا إذا قسم الواهب الموهوب وسله مفرزاً عن غير الموهوب لا متصلاً به ولا مشغولاً بملكه فإن سلّه شائعاً للموهوب له فلا يملكه ولا ينفذ تصرفه فيه ويضمنه إن هلك أو استهلك ويكون الواهب حق التصرف فيه واسترداده هو أو ورثته .

عشرين وسقا مما كان لي بالعالية وانك لم تكوني قبضتيه ولا حزتيه وإنما هو مال للورثة .

ولا يكون القبض معتبراً إلا إذا كان باذن الواهب صراحة كأن يقول وهبتك هذا الفرس فحذه .

أو دلالة بأن أخذ الموهوب له العين الموهوبة بحضور الواهب بعد الايجاب والقبول ولم ينه عن أخذها .

فان قبضها بعد النهي عن الأخذ فلا يكون القبض معتبراً وقال الامام مالك وابن أبي ليلى من الحنفية بثبوت الملك في العين الموهوبة للموهوب له ولو لم يقبضها مثل المشتري فانه يملك ما اشتراه ولو لم يقبضه (انظر مادة ٨٠) (١)

فالذي علم ان الهبة لا تتم إلا بالقبض وان العين الموهوبة قبل القبض باقية على ملك الواهب وينبئ على ذلك انه لو تعذر القبض بأن مات الواهب قبل تسليم العين الموهوبة بطلت الهبة ولا حق للموهوب له في مطالبة ورثة الواهب لأن الواهب قد مات والهبة ملك له فتحل ورثته محله في الملك وكذا الحكم فيما إذا مات الموهوب له قبل القبض من أن الهبة تبطل بموته ولا حق لورثته في مطالبة الواهب لأن مورثهم قد مات غير مالك للعين الموهوبة لعدم حصول القبض فلم يرثوا عنه العين الموهوبة حتى يطالبوا بها ولا يخفى عليك مذهب الامام مالك وابن أبي ليلى من الحنفية فان الهبة عندهما تتم بمجرد الايجاب والقبول بدون توقف على القبض فعلى مذهبهما لا تبطل الهبة بموت الواهب ولا بموت الموهوب له بل يكون الموهوب له حق في أخذ العين الموهوبة من الورثة في حالة ما إذا مات الواهب ولورثة

(١) المادة ٨٠ --- لا يثبت ملك العين الموهوب له الا اذا قبض العين الموهوبة قبضاً

كاملاً في محوز مقسوم أو مشاع لا يحتمل القسمة .

الموهوب له أخذ العين الموهوبة في حالة موت الموهوب له لأنها ملك مورثهم
انظر مادتي (٨٢ و ٨٣) (١) .

ولما كان قبض الهبة لازماً حتى تملك الهبة للموهوبة له حق علينا أن نبين
من له ولاية قبضها ليمكن الحكم بكون القبض معتبراً فتكون العين قد ملكت
للموهوب له أو غير معتبر فتكون باقية على ملك الواهب وبيانه أن الموهوب
له إما أن يكون بالغاً عاقلاً أو لا فان كان بالغاً عاقلاً فولاية قبض الهبة له أو لوكيله
ولا فرق في ذلك بين ما إذا كان الواهب له هو والده وهو في عياله أو شخص
أجنبي لزوال ولاية أبيه عنه وحينئذ فلو قبضها غيره بدون إذن لا يكون القبض
معتبراً بل لا تزال العين الموهوبة باقية على ملك الواهب وان كان صغيراً فإما
أن يكون غير مميز وأما أن يكون مميزاً وعلى كل فإما أن يكون الواهب له الولاية
عليه أولاً فان كان صغيراً غير مميز وكان الواهب ممن له الولاية عليه تمت الهبة
بمجرد الإيجاب وقام قبض وليه مقام قبض الصغير ولا فرق في صحة الهبة بمجرد
الإيجاب بين ما إذا كان الواهب يملك التصرف في مال الصغير كالأب والجد
والقاضي ووصى كل منهم أولاً مثل الأخ والعم وأولادهم الذكور ومثل من هو
في حجره كزوج أمه أو الملتقط بالنسبة إلى اللقيط إلا انه يلزم لصحة القبض
بالنسبة إلى من لا حق لهم في التصرف في مال الصبي أن يكون الولد في حجرهم
وكنفهم ولا يشترط في صحة قبضهم عدم وجود الولي الذي له ولاية التصرف في
المال على الصحيح لان القبض فيه منفعة للصغير ولان وجوده في يد من يعوله مع
وجود من له ولاية التصرف إماراً على رضاه بتعهد الصغير والنظر في مصالحه ولانه

(١) المادة ٨٢ — اذا مات الواهب قبل تسليم العين للموهوب له بطلت الهبة .

المادة ٨٣ — اذا مات الموهوب له قبل استلامه العين الموهوبة بطلت الهبة ولا حق

لورثته فيها .

يصح قبض الصغير المميز مع وجود وليه ويشترط لصحة الهبة في هذه الحالة ثلاثة شروط :

الأول — أن يكون الموهوب معلوم القدر فلو كان مجهولاً فلا تصح الهبة وهذا الشرط ليس خاصاً بهبة الصغير بل عام في جميع أنواع الهبة .

الثاني — أن يكون الموهوب مميزاً على حدثه لا مشاعاً فلا يتوهم من كون الهبة ممن له ولاية على الطفل ان الشيوع مغتفر هنا فلو كان الموهوب مشاعاً فهو على ملك الواهب على الراجح من المذهب كما تقدم .

الثالث — أن يكون الشيء الموهوب في يد الواهب ولو حكماً كما في الوديعة والعارية فلو لم يكن في يده لا حقيقة ولا حكماً كما في الرهن والعين المغصوبة فلا تصح الهبة لعدم امكان القبض الكامل وان كان الصبي غير مميز أيضاً ولكن الواهب ليس له الولاية عليه بالمعنى المتقدم فلا تتم الهبة لمجرد الإيجاب بل لا بد من القبض سواء كان القبض ممن له ولاية على أمواله أولاً إلا انه إذا كان القابض هو الذي له صفة التصرف في ماله صح القبض ولو لم يكن الصبي في كنفه وان كان الذي قبض غير من ذكر ممن له ولاية على الصغير فلا يعتبر القبض إلا إذا كان الصغير في حجره كما تقدم وان كان الصبي مميزاً فان كان الواهب له ممن له الولاية عليه بالمعنى المتقدم تمت الهبة لمجرد الإيجاب بالشروط المتقدمة فيما إذا كان غير مميز وان كانت الهبة من أجنبي فلا تتم إلا بالقبض فان قبض عنه أبوه أو نحوه ممن له حق التصرف في أمواله صحت الهبة ولو لم يكن في حجره وان قبض عنه غيرهم كما تقدم فلا بد أن يكون تحت رعايته حتى يعتبر القبض كما تقدم .

ويجوز للصبي المميز أن يقبض بنفسه ولو مع وجود وليه لأن تصرف الصبي المميز صحيح فيما فيه المنفعة له استحساناً محافظة على مصلحة القاصر ومقتضى القياس

عدم الجواز لأن عقله قبل البلوغ غير معتبر ولهذا يجوز لأبيه أو جده أو وصيه أن يقبض عنه مع وجوده بل الاجنبي الذي هو في حجره يصح له أن يقبض عنه مع كونه مميزاً فلو كان العقل معتبراً تماماً كما اعتبر في البالغ لما صح قبض أحد عنه ووجه الاستحسان أنه إنما لم يعتبر عقله لدفع الضرر .

لأن الظاهر أنه لم يتم به نظره في عواقب أموره لعدم كماله فإذا كان التصرف نفعاً محضاً كما في قبوله الهبة تعين اعتبار نفوذه نظراً له لأنه في التصرف الضار لأجله والتوقف فيما تردد بين النفع والضرر لأجله أيضاً فيرده الولي إن لم ير فيه مصلحة وينفذه إن رآها فوجب أن ينفذ تصرفه النافع له نفعاً محضاً ويحصل له النفع بطريقتين إذ ليس من الحكمة أن تثبت عليه الولاية لغيره نظراً له ثم يرد مثل هذا النفع المحض مع أنه من أهله بالتمييز ولورد الصغير المميز الهبة صح ولاسكن لا يصح رد وليه أو وصيه الهبة فحاصل ما تقدم أن القبض لا بد منه وإن يكون من الموهوب له أو من وكيله إذا كان بالغاً عاقلاً ويكون ممن له ولاية على الصغير إن كان غير مميز بشرط أن يكون في تربية من له ولاية عليه وليس له التصرف في أمواله وكذا يجوز قبضه لو كان مميزاً كما يجوز قبض الصبي لنفسه استحساناً (انظر مادة ٨٤) (١) .

(١) المادة ٨٤ — إذا وهب شخص هبة لمن ليس أهلاً للقبول جاز لوليّه أو وصيه أو من هو في حجره أن يقبل الهبة ويقبضها عنه .

❖ الفصل الثالث ❖

❖ في الوصية ❖

اعلم ان عقد الوصية يخالف جميع العقود من جهة أن غيره يفيد حكمه حال الحياة وعقد الوصية لا يفيد حكمه إلا بعد وفاة الموصى ومن حيث ان كل عقد لا بد له من تعريف وأركان وشروط وحكم فالوصية تحتاج إلى ذلك .

(تعريف الوصية)

الوصية لها معنيان معنى في اللغة ومعنى في الشرع فهي في اللغة اسم بمعنى التوصية ومنه قوله تعالى (حين الوصية) وقد تطلق على الشيء الموصى به ومنه قوله تعالى (من بعد وصية يوصون بها أو دين) وتطلق الوصية والايضاء والتوصية لغة على طلب الشخص شيئاً من غيره ليفعله في غيبته حال حياته وبعد وفاته .

ومعناها في الشرع تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع وهذا التعريف قاصر على الوصية الجائزة والمستحبة ولا يشمل الواجبة ولذا عرفها بعضهم بأنها (هي طلب شخص براءة ذمته من حقوق الله تعالى والعباد أو تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع سواء كان المتبرع به عيناً أو منفعة كما تقدم) وبذلك يكون التعريف جامعاً لجميع أفراد المعرف وما ناعاً من دخول غير المعرف فيه لشموله الوصية بالواجب عليه وغيره كالمستحبة ومقتضى القياس ان الوصية بغير الواجب عليه لا تكون جائزة لأنها تمليك مضاف إلى حال زوال الملك مع انه لو أضافه إلى زمن يكون الملك فيه موجوداً لا يكون التمليك صحيحاً فلو قال

شخص لا آخر مـلـكـتـك يـتـي غداً كلـن التـمـلـيـك باطلا فتكون الوصية أولى
 بالبطلان إلا ان الشارع أجازها استحساناً لحاجة الناس رأفة بهم ورحمة لأن
 الإنسان مغرور بأمله مقصر في عمله فاذا عرض له عارض وخاف الهلاك يحتاج
 الى تدارك ما فاتته من التقصير بماله على وجه لو تحقق ما كان يخافه يحصل مقصوده
 المآلى ولو طال أجله واحتاج الى الانتفاع به أمكنه أن يصرفه فيما هو محتاج اليه
 في الحال فشرعت لأجل التمكن من العمل الخيري المكسب للثناء في الدنيا
 والثواب في العقبى مع امكانه قضاء حاجته عند الاحتياج بذلك المال الذي يريد
 التبرع به بعد الموت لأنه باق على ملكه مادام حياً وقد يبقى الملك بعد الموت
 كما بقي في قدر التجهيز والدين ومثل الوصية في هذا المعنى الاجارة فان فيها تملك
 المنفعة المستقبلية ولكنها جازت استحساناً أيضاً للضرورة وهي مشروعة بقوله
 تعالى (كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت ان ترك خيراً الوصية للوالدين
 والاقربين الآية) والاراد بالخير المال وقوله تعالى (من بعد وصية يوصون بها
 أو دين) .

(ركن الوصية)

من المعلوم أن كل عقد له ركنان وهما الايجاب والقبول والوصية عقد من
 العقود فهما ركنها ولا يلزم في الايجاب لأي عقد عبارة مخصوصة بل المدار على
 الاتيان بما يدل على العقد فركن الوصية يحصل بكل لحظ يفيد التبرع بعد الموت
 فان قال شخص أوصيت لفلان بداري أو وهبت لزيد داري بعد وفاتي أو ملكت
 علماً يتي بعد وفاتي كان ذلك وصية منه لافادة عبارته معنى الوصية وكذا القبول
 ليس له لفظ مخصوص بل يكتفي فيه بكل ما يدل على قبوله الوصية صراحة
 كقبول أو رضيت أو دلالة كمطالبة الورثة بتسليمها له وشأن القبول في كل عقد

أن يكون في مجلس الإيجاب ولو حكما حتى لو لم يحصل فيه لا يتم بعقد .
ولكن الوصية بخلاف ذلك فإن المدار فيها على حصول القبول بعد موت
الموصي فلو قبل في حياة الموصي ثم ردها بعد الوفاة صح الرد وكذا لو ردها في
حال حياة الموصي ثم قبل بعد وفاته صح قبوله وذلك لأن التملك في الوصية إنما
يكون بعد وفاة الموصي فلا يعتد بالقبول وعدمه إلا إذا حصل بعدها .

ومتى حصل القبول بعد وفاة الموصي ملك الموصي له العين الموصي بها ولو لم
يقبضها لشبهها بالميراث ولو ردها بعد الوفاة فهي ملك لورثة الموصي ولكن لو لم
يحصل قبول ولا رد تكون العين الموصي بها غير مملوكة لأحد حتى يتبين الحال
فإن قبل الموصي له فهي له وإن ردها فهي ملك للورثة ولا يلزم من ذلك أنها
تكون سائبة في وقت عدم القبول والرد ولا سائبة في الاسلام لأن السائبة المنهي
عنها شرعاً هي السائبة الممنوعة تماماً في أي زمن وهنا ليس كذلك لأن عدم
الملكية هنا مقيد بزمن عدم القبول والرد ومتى وجد أحدهما فقد ملكت العين
الموصي بها أما للموصي له وأما للورثة .

وأمثال هذا كثيرة في الشرع مثل المبيع بخيار للبائع وحده فإن الثمن يخرج
عن ملك المشتري ولا يدخل في ملك البائع مدة الخيار .

وكذا التركة المستغرقة بالدين فإنها غير داخلة في ملك الورثة والدائنين بل
هي موقوفة فإن قضى الدين فقد ملكوها وإن لم يقضوا الدين تباع ويقضى
الدين من ثمنها فلو فرضنا أن الموصي له مات بلا قبول ولا رد اعتبر مالاً للعين
الموصي بها وحينئذ ينتقل ملكها إلى ورثته استحساناً والقياس يقتضي بطلان
الوصية لأنه لا يملك أحد أثبات الملك لغيره بدون اختياره ووجه الاستحسان
أن الوصية قدمت من جهة الموصي تماماً لا يلحقه فسخ من جهته والمنع يتوقف لحق
الموصي له فإذا مات الموصي له بلا رد يكون كقبوله دلالة فيدخل الموصي به في

ملكه وينتقل الى ورثته ومحل اشتراط القبول في الوصية ما إذا كانت لمعين فان كانت لغير معين فلا يشترط كما إذا أوصى لنحو الفقراء والمساكين فلا يشترط القبول لأنه غير متصور المهم الا أن يقال ان القبول موجود دلالة .

﴿ شروط الوصية ﴾

من الين انه لا بد لكل عقد من عاقلين ومعقود عليه وكل واحد له شروط لا بد من وجودها حتى يكون العقد مستوفياً جميع ما يلزم له . فشروط الوصية ثلاثة أنواع : نوع يرجع الى الموصى ، ونوع يرجع الى الموصى له ، ونوع يرجع الى الموصى به .

فالشروط التي ترجع الى الموصى منطقية تحت شرط واحد وهو ان يكون أهلاً للتبرع . وبيانها تفصيلاً أن يكون حراً عاقلاً بالغاً مختاراً فلا تصح وصية الرقيق لأنه لا يملك شيئاً ، ولا وصية المجنون لأنه لا يتميز عنده ، ولا وصية الصبي لأنه إذا كان غير مميز فهو كالمجنون وإذا كان مميزاً فالوصية من التصرف المضرو وهو لا يصح منه ، وكذا لا تصح وصية المكره لصدورها بغير ارادته . ولذلك ثبت له الحق في فسخ عقد المعاوضة إذا زال عنه الاكراه . وقال الشافعي تصح وصية الصبي المميز لأن حفظ المال له في سبيل ابطال تصرفه وهذا التصرف لا يضيع ماله بل هو في فائدته لأنه ينال به الثواب في الآخرة مع بقاء ملكه له مدة حياته وامكانه التصرف فيه متى أراد وهو ظاهر . وقد صرح الحنفية بان وصيته جائزة فيما يتعلق بأمر تجهيزه بشرط مراعاة المصلحة .

وأما الشروط التي ترجع الى الموصى له فهي أن يكون موجوداً وقت الوصية سواء كان وجوده محققاً وظاهراً أو مقدراً كما في الحمل فان الوصية له صحيحة بشرط ولادته لأقل من ستة أشهر من وقت وفاة الموصي إذا كانت الحامل لها

زوج حتى يتحقق من وجود الحمل في الرحم وقت الوصية أو وفاة الموصي .
 ولكن لو أخبر الموصي بأنها حامل ثبتت الوصية له أن وضعته في مدة السنتين
 لأن وجوده في بطنها وقت الوصية ثبت بأقراره وهو غير متهم فيه لأنه أوجب
 بهذا الإقرار ما هو خالص حقه وهو الثلث فيلحق بما لو كان معلوماً يقينا بأن
 وضعته أمه لأقل من ستة أشهر . ومحل اشتراط الولادة لأقل من ستة أشهر من
 وقت موت الموصي إذا كان زوج الحامل حياً وهي على ذمته فلو كان ميتاً أو
 مطلقاً لها طلاقاً بائناً فالشرط في استحقاق الحمل للموصي به ولادته لأقل من
 سنتين أو تمامها على الصحيح من وقت الطلاق أو الوفاة ولو كانت ولادته
 لأكثر من ستة أشهر من وقت موت الموصي لأنه يكون ثابت النسب من أيمن
 فيكون الشارع قد حكم بوجوده في بطنها فتصح .

وأما ما يرجع إلى الموصي به من الشروط فهو أن يكون قابلاً للتملك بعد
 موت الموصي بعقد من العقود سواء كان مالا أو منفعة وسواء كان موجوداً في
 الحال أو معدوماً . ولكن يشترط في المعدوم أن يكون قابلاً للتملك بعقد من
 العقود حال حياة الموصي . ولهذا لو أوصى بما يشتر بستانه في هذا العام أو أبداً
 صححت الوصية وإن كان الموصي به معدوماً وقتها لأنه يقبل التملك حال حياة
 الموصي بعقد المساقاة ، ولو أوصى بما تلد أغنامه لم تصح استحساناً لأن الموصي
 به لا يقبل التملك بعقد من العقود . ولا يشترط وجود الموصي به إلا إذا كان
 معيناً عيناً أو نوعاً فلو كان كذلك اشترط وجوده بخلاف غير المعين . وينبغي على
 ذلك أن الموصي لو قال « أوصيت لفلان بسدس مالي » استحق الموصي له
 سدس جميع مال الموصي ولو كان موجوداً بعد الوصية ، ولو قال « أوصيت
 لفلان بثلث غنمي » وكانت له غنم وقت الوصية فهلك قبل موته بطلت
 الوصية ولو اكتسب غيرها لتعلق الوصية بالموجود فتبطل بهلاكه .

(حكم الوصية)

من المعلوم ان حكم كل عقد هو اثره الذي يترتب عليه فحكم الوصية المترتب عليها هو ملك الموصى له الشيء الموصى به سواء كان عيناً أو منفعة بقبوله الوصية ولو دلالة وقت موت الموصى ولو لم يقبضها بالفعل لانها خلافة كالميراث بخلاف الهبة فانها لا تملك إلا بالقبض الكامل ولكن يلزم لملك الموصى له الشيء الموصى به ان تكون الوصية مستوفية شرائطها .

والمشهور أن الوصية لا تنفذ إلا من الثلث ولكن هذا ليس على إطلاقه بل المقام يحتاج الى تفصيل . وبيانه ان الموصى اما ان يكون غير مدين واما ان يكون مديناً فان كان مديناً فاما ان يكون دينه مستغرقاً لتركته واما أن يكون غير مستغرق لها ، وعلى كل فاما ان يكون الموصى له وارثاً للموصى أو غير وارث ، وفي كل هذه الاحوال اما ان تكون الوصية بأقل من الثلث أو به أو بأكثر منه وكل له حكم يخصه . وبيانه انه ان كان الموصى غير مدين اصلاً وكانت الوصية لأجنبي ولا وارث له نفذت الوصية ولو استغرقت جميع تركته ، ولا حق لبيت المال في المعارضة لأن الوصية بأكثر من الثلث مقدمة عليه ، وان كان الموصى غير مدين وكانت الوصية لوارث والموصى ورثة سواء فلا تنفذ الوصية في شيء من التركة الا اذا أجازها الورثة وهم من أهل التبرع لقوله عليه الصلاة والسلام (لا وصية لوارث إلا أن تجيزها الورثة) ولما في نفاذها بدون اجازتهم من إثارة الحقد الموجب لقطع الرحم وربما جر ذلك الى ما عاقبته وخيمة بخلاف ما اذا اذن الورثة بذلك فان أخذ القدر الموصى به يكون عن طيب خاطر فلا يحصل التحاسد ولا التباغض وإذا لم يأذنوا فلا تباغض لان كل ذي حق قد أخذ حقه بلا تفاضل بينهم .

ويعتبر كون الموصي له وارثاً أو غير وارث وقت موت الموصي لا وقت الوصية لان التملك إنما يكون بعد الموت فيعتبر اتصاف الموصي له بهذا الوصف وقت التملك لا قبله .

وينبغي على ذلك انه لو كان لشخص أخ شقيق أو لأب وزوجة وأم فأوصى لأخيه بثلث ماله ثم ولد له ابن بعد الوصية وتوفي الموصي والكل موجود: ان استحق الأخ الوصية وان كان وارثاً وقت الوصية لعدم وجود من يحجبه ولكنه صار محجوباً وقت موت الموصي لوجود الابن فهو غير وارث وقت موت الموصي فيستحق الوصية لانه هو المعول عليه في الاستحقاق دون غيره حتى لو كان غير وارث وقت الوصية ثم صار وارثاً وقت موت الموصي بطلت الوصية لسكون الموصي له وارثاً وقت الموت فاعتبار صحة الوصية وعدم صحتها مترتب على كون الموصي له وارثاً أو غير وارث وقت الموت لا غير ولا عبرة باتصافه بالارث وعدم اتصافه به قبل موت الموصي .

وان كان الموصي غير مدين وكان له ورثة وكان الموصي له أجنبياً بأن كان غير وارث له وقت موته فالوصية بقدر الثلث جائزة ولو لم يجزها الورثة . ومثل هذا إذا كانت بأقل من الثلث فهي مستحبة ، وان كانت بأزيد من الثلث توقف نفاذ الزائد على اجازة الورثة . والاصل في ذلك ما روي عن سعد بن أبي وقاص انه قال : جاء رسول الله صلى الله عليه وسلم يعوذني من وجع اشتد بي فقلت يا رسول الله قد بلغ بي من الوجع ما ترى وأنا ذو مال ولا يرثني إلا ابنة لي أما أوصي بثلثي مالي . قال : لا . قلت : فالنصف يا رسول الله . قال : لا . قلت فالثلث . قال : « الثلث والثلث كثير (أو كبير) انك ان تذر ورثتك أغنياء خير لك ان تدعهم عالة يتسكفون الناس » . وقد علم حكم ما إذا اجاز كل الورثة من ان الوصية تسكون نافذة من جميع

التركة اما ان اجازها بعضهم وردھا الباقي فتكون الوصية في حق من اجاز كأن
كلهم اجازوها وفي حق من لم يجز كأن الكل لم يجزوها . فاذا فرضنا ان
انساناً أوصى لآخر بنصف ماله ثم مات وله ابنان فان اجاز كل منهما الوصية قسم
ماله ارباعاً : للموصي له ربعان ولكل ولد ربع ، وان لم يجز الوصية فللموصي
له الثلث ولكل ولد ثلث ، وان اجازها واحد منهما ولم يجز الآخر جازت في
الذي اجاز فيعطى له ربع المال وبطلت بالنسبة لمن لم يجزها فتقسم التركة اثني
عشر جزءاً لانه أقل عدد يكون له ثلث وربع صحيح فيأخذ المجيز ثلاثة ويأخذ
غير المجيز أربعة والباقي وهو خمسة يأخذه الموصي له .

وان كان الموصي مديناً بدين مستغرق لتركته بان كانت الديون الثابتة في
ذمته تبلغ مائتي جنيه وتركته لا تساوي إلا هذا المبلغ فلا تنفذ الوصية سواء كان
الموصي به قليلاً أو كثيراً وسواء كان الموصي له أجنبياً من الموصي أو وارثاً له
ولكن لو ابرأ الدائنون الموصي نفذت الوصية سواء كانت بجزء من التركة أو
بكلها ولا عبرة باذن الورثة وعذمه في حالة الدين لان الحق للدائنين إذ أن قضاء
ديونهم مقدم على الوصية والوصية مقدمة على الارث .

وان كان الموصي مديناً ولكن الدين لا يستغرق التركة بأن كانت الديون
الثابتة عليه وقت موته تساوي مائتي جنيه وتركته تساوي خمسمائة جنيه فيخرج
من التركة أولاً مقدار الدين لأن قضاءه مقدم على الوصية ، ويحكم على المبلغ الذي
زاد عن الدين بالحكم على الوصية في حالة ما إذا كانت التركة خالية من الدين
وقد علمت ذلك . (انظر المواد ٨٨ و ٨٩ و ٩٠ و ٩١) (١) .

(١) المادة ٨٨ — يجوز لمن لا دين عليه ولا وارث له أن يوصي بماله كله أو بعضه

لمن يشاء .

ولا يشترط اتحاد الدين في الموصي والموصي له . وينبغي على ذلك ان الوصية تصح من المسلم للمسلم ومن المسلم للذي والمستأمن لأن الله لم ينهنا عن ير غير الحريين . قال تعالى : (لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين ولم يخرجوكم من دياركم ان تبروهم وتقسطوا اليهم ان الله يحب المقسطين) .
 ولكن لا يجوز للحربي لانتا نهينا عن بره بدليل قوله تعالى (إنما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم في الدين وأخرجوكم من دياركم وظاهروا على اخراجكم ان تولوهم ومن يتولهم فأولئك هم الظالمون) وكما تجوز الوصية من المسلم للذي والمستأمن كذلك تصح وصية كل منهما للمسلم وتتبع جميع الاحكام المتقدمة في وصية المسلم للمسلم . (انظر المادة ٩٢) (١) .

✧ الفصل الرابع ✧

(في الميراث)

الميراث يطلق لغة على ما يتركه الميت لورثته ، وقد يطلق ويراد به علم الميراث كما هنا . وهو علم بأصول من فقه وحساب يمكن أن يعرف من يستحق في التركة ومن لا يستحق ونصيب كل وارث .

والمسلمون يتبعون الشريعة الاسلامية في أحكام توارثهم لانهم بصفتهم

= المادة ٨٩ — من كان عليه دين مستغرق لماله فلا يجوز وصيته الا ان يرثه غرمائه .

المادة ٩٠ — لا تجوز الوصية لو ارث الا اذا أجازتها الورثة الآخر بعد موت الموصي وم من أهل التبرع .

المادة ٩١ — تجوز الوصية بالثلث للاجنبي عند عدم المانع عن غير اجازة الورثة ولا تجوز بما زاد عن الثلث الا اذا اجازته الورثة بعد موت الموصي وم من أهل التبرع ولا عبرة باجازتهم في حال حياته .

(١) المادة ٩٢ — اختلاف الدين والملة لا يمنع صحة الوصية فتجوز الوصية من المسلم للذي والمستأمن ومنهما للمسلم .

مسلمين قد التزموا بأحكام الشريعة الإسلامية قال تعالى (فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ثم لا يجدوا في أنفسهم حرجاً مما قضيت ويسلموا تسليماً) وقال جل وعلا (فان تنازعتم في شئ فردوه الى الله والرسول ان كنتم تؤمنون بالله واليوم الآخر)

وأما الذميون فيتبعون في أحكام ميراثهم أحوالهم الشخصية لقول سيدنا عمر رضي الله عنه « أمرنا بتركهم وما يدينون » ولكن لو ترفعوا الى القاضي الشرعي جاز له أن يحكم بينهم كما قال تعالى (فان جاءوك فاحكم بينهم)

والصحيح انه لا بد من اتفاق الخصمين الغير المسلمين على حضورهما أمام القاضي المسلم . وصرح بعض العلماء بأنه لو حضر أحد الخصمين للتقاضي جاز للقاضي الشرعي النظر في القضية والراجع الأول . ومحل ذلك اذا لم يتعلق بالذمي حق للمسلم فان وجد بأن تزوج امرأته الكتابية وهي في العدة جاز للقاضي النظر في القضية ولو لم يرض الذي نظراً لوجود حق المسلم

وعلم الميراث مبين بأجمال بيان في الجزء الثالث من شرح الاحوال الشخصية فراجع (انظر مادة ٩٤) (١)

(١) المادة ٩٤ - يتبع في الميراث أحكام الشريعة الإسلامية في حق المسلمين وأما الذميون فيتبع في موارثهم أحكام أحوالهم الشخصية وان تراخوا وتراجعوا اليها يحكم بينهم بحكم الاسلام .

— ❧ كتاب الشفعة ❧ —



(الفصل الاول)

❧ في تعريفها واسبابها واستحقاقها ❧

(تعريف الشفعة)

الشفعة لها معنيان معنى في اللغة ومعنى في اصطلاح الفقهاء :
فمعناها في اللغة الزيادة لأن الشفيع يضم المشفوع الى ملكة فيزيده ويشفعه
به فيصير زوجاً وشفعاً بعد أن كان وترأ
ومعناها في اصطلاح الفقهاء حق تملك العقار المبيع أو بعضه ولو جبراً على
المشتري بما قام عليه من الثمن والمؤن . فمتى ثبت حق الشفعة لشخص واستحق
المبيع بها سواء كان برضا المشتري أو بحكم القاضي ألزم الشفيع باعطاء المشتري
الثمن الذي اشترى به والمصاريف التي صرفها كاجرة الدلال وكتابة عقد البيع
ومصاريف التسجيل . ويؤخذ من هذا التعريف ان الشفيع تارة يستحق كل المبيع
بالشفعة وتارة يستحق بعضه فاذا كان المبيع شيئاً واحداً استحق الشفيع جميعه
وان كان شيئين أو أكثر ولكن المشتري ليس مجاوراً إلا لواحد منها أخذ
المجاور له فقط بما يقابله من الثمن انظر مادة (٩٥) (١)

❧ اسباب الشفعة ❧

الشفعة لها سببان سبب مشروعية وسبب أخذ :

(١) المادة ٩٥ — الشفعة هي حق تملك العقار المبيع أو بعضه جبراً على المشتري بما قام
عليه من الثمن والمؤن

(سبب المشروعية)

فسيب مشروعتها عند الخفية دفع الضرر الذي ربما يحصل للشفيع من المشتري وعند الشافعية والمالكية دفع مصاريف القسمة التي ربما تحصل بطلب المشتري . وينبغي على ما ذكر أن الشفعة لا تثبت عند الشافعية والمالكية إلا للشريك في العقار ولا بد أن يكون قابلاً للقسمة فلا شفعة عندهما للشريك في العقار الذي لا يحتمل القسمة لعدم احتياجه إلى مصاريفها وكذا لا شفعة عندهما للشريك في حقوق الارتفاق كالشرب والمرور ولا للعجار الملاصق وتثبت الشفعة عند الخفية للشريك في العقار مطلقاً وللشريك في حقوقه والعجار الملاصق ولكل أدلة : فاستدل الشافعي ومالك بأن الشفعة تثبت على خلاف القياس بالحديث الشريف فيقتصر عليه وهو قوله عليه الصلاة والسلام (الشفعة لشريك لم يقاسم فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة) لأن لفظ ال في الشفعة يفيد القصر فيكون المعنى الشفعة قاصرة على الشريك الذي لم يقاسم ويؤيد هذا رواية (أما الشفعة لشريك لم يقاسم)

واستدل أبو حنيفة على مذهبه بأن دفع الأذى هو الذي يصلح لأن يكون سبباً صحيحاً لأخذ الشفيع العقار أو بعضه من المشتري جبراً عنه إذ من المعلوم أن الضرر يزال شرعاً ولا يظهر أن دفع مصاريف القسمة يصلح أن يكون سبباً للأخذ بالشفعة لأن ذلك جائز شرعاً فكيف يكون ذلك الأمر الجائز سبباً لأخذ العقار من المشتري جبراً عنه على أنه لو كان ذلك صحيحاً لوجب أن تكون الشفعة ثابتة في المنقول على العموم ولا قائل به فوجب أن يكون سبب الشفعة دفع الضرر عن الشفيع لا دفع مصاريف القسمة وحينئذ تثبت للشريك في العقار مطلقاً سواء كان قابلاً للقسمة والا ، وللشريك في حق العقار ، وللجار الملاصق

وثبوت الشفعة للشريك في العقار الذي لا يقبل القسمة وللشريك في حقوق المبيع وللجار الملاصق ليس بطريق القياس على ثبوتها في العقار القابل للقسمة بل هي ثابتة بأحاديث مشهورة عند أهل الحديث مثل قوله عليه الصلاة والسلام « جار الدار أحق بالدار »

﴿ سبب الأخذ ﴾

سبب الأخذ بالشفعة عند الامام الشافعي ومالك الشركة في العقار الذي يقبل القسمة ، وعند الامام ابي حنيفة هو اتصال ملك الشفيع بالعقار المبيع . وهذا الاتصال ينقسم انقساماً أولياً الى قسمين (الاول) اتصال شركة (الثاني) اتصال جوار . والاول ينقسم الى شركة في نفس العقار والى شركة في حقوقه . والشركة في نفس العقار أما أن تكون في حصة شائعة منه أو في ارض حائط مشترك . انظر مادتي (٩٦ ، ٩٧) (١)

فالشركة في نفس العقار المبيع عبارة عن كون الشفيع له حصة شائعة فيه سواء كانت قليلة أو كثيرة فلو كانت الحصة مفرزة عن العقار فلا يكون شريكاً فيه . انظر مادة (٩٨) (٢)

وأما الشركة في حقوق المبيع فهي عبارة عن كون الشفيع مشتركاً مع البائع في حق الشرب الخاص أو الطريق الخاص . وقد اختلف في تعريف الشرب

(١) المادة ٩٦ — سبب الشفعة هو اتصال ملك الشفيع بالعقار المبيع اتصال شركة أو اتصال جوار

» ٩٧ — الشركة في الشفعة على نوعين شركة في نفس العقار المبيع وشركة في حقوقه .

(٢) المادة ٩٨ — الشركة في نفس العقار المبيع أن يسكون للشفيع حصة شائعة فيه قليلة كانت أو كثيرة

فإن كانت له حصة مفرزة عن العقار فلا يكون شريكاً فيه والمشارك في ارض حائط الدار يعتبر مشاركاً في نفس العقار

الخاص فمن قائل انه هو النهر الصغير الذي لا تجري فيه السفن ، ومن قائل انه ما كان خاصاً بقرية واحدة ، وقال آخرون هو ما كان أصحابه أقل من أربعين الى غير ذلك وقيل أن المعتبر في كونه خاصاً أو عاماً رأى القاضي وهذا هو الظاهر والمراد بالطريق الخاص ما كان غير نافذ ويمر منه أصحاب البيوت التي فيه على السواء ولكن لو كان في الطريق الغير النافذ مسجد عام يصلي فيه أصحاب البيوت التي في الطريق وغيرهم فلا يكون خاصاً بل يعتبر عاماً من أوله الى باب المسجد لأن وجود المسجد فيه يجعله عاماً . ولا فرق في كون الطريق خاصاً بين أن يكون فيه بيت واحد أو عدة بيوت أبوابها مفتوحة في ذلك الطريق الخاص الغير النافذ فجميع أصحاب البيوت في درجة واحدة بالنسبة لاستحقاقهم الأخذ بالشفعة لا فرق بين من كان بيته بجوار البيت الذي يبيع ومن كان بيته بعيداً عنه لأن سبب الأخذ بالشفعة هو الاشتراك في حق المبيع وهو مقدم على الأخذ بسبب الجوار لكونه أقوى فلا يظهر حق الجوار في هذه الحالة لكونه أقل من حق الارتفاق ومؤخراً عنه في الدرجة

وينبنى على ذلك أنه لو بيع بيت من زقاق غير نافذ يكون البعيد عن البيت مساوياً للملاصق له في ثبوت الأخذ بالشفعة لاتحاد السبب وهو الاشتراك في حق المرور (انظر مادة ٩٩) (١)

واما الجار الملاصق فهو الشخص الذي له عقار متصل بالعقار المبيع سواء كان الاتصال كثيراً أو قليلاً ولو كان قدر شبر اتحقق الجوار

(١) المادة ٩٩ - الشركة في حقوق العقار المبيع عبارة عن الشركة في حق الشرب الخاص أو الطريق الخاص سواء كان الطريق خاصاً بدار واحدة أو بجملة دور مفتوحة أبوابها في زقاق غير نافذ فإذا بيعت دار في زقاق غير نافذ فجميع أهلها شفعاء يستوي فيه الملاصق والمقابل والأعلى والأسفل .

وفي هذه الحالة تثبت الشفعة للجار اتفاقاً فلو وجدت مسافة بين العقارين فأما أن يكون مقدارها لا يصلح لأن يكون ممراً وأما أن يكون صالحاً لذلك . فان كان الاول فقال بعض الفقهاء لا يكون للجار في هذه الحالة حق في الاخذ بالشفعة لعدم التلاصق ، وقال آخرون يثبت للجار الحق في الاخذ بالشفعة لكونه جاراً حكماً . وان كان الثاني وهو ما إذا كان مقدار المسافة التي بين العقارين يصلح لأن يكون ممراً فلا حق له في الاخذ بالشفعة لأنه لا يسمى جاراً ملاصقاً لا حقيقة ولا حكماً

وينبغي على ذلك انه إذا بيع مقدار معين محدود من بيت وكان بجوار ذلك المقدار جار ملاصق له وبجوار بقية البيت جار آخر وكان المقدار الباقي من البيت كبيراً يصلح لأن يكون ممراً تكون الشفعة للجار الملاصق للمقدار الذي يبيع ولا حق للجار الآخر الملاصق للبيت من جهة اخرى لعدم الجوار حقيقة وحكماً ، والسكن لو كان المقدار الباقي من البيت بعد المبيع صغيراً لا يصلح لأن يكون ممراً تثبت الشفعة لكل من الجارين لأن احدهما ملاصق حقيقة والثاني ملاصق حكماً وهذا على رأى من يقول ان الفصل الذي لا يصلح لأن يكون ممراً لا يمنع من ثبوت الاخذ بالشفعة كما سبق . انظر مادة (١٠٠) (١)

ومما جعلوه في حكم الجوار ما إذا كان بيت مشترك بين اثنين لأحدهما السفلى وللآخر العلو والسكن يتبع البيان الآتي وهو :

البيت المشترك بهذه الكيفية : أما أن يكون ممراً كل من صاحب العلو

(١) المادة ١٠٠ — الجار الملاصق هو من له عقار متصل بالعقار المبيع أما لو كان عقار الجار منفصلاً عن العقار المبيع انفصلاً تاماً ولو بقدر شبر أو أقل فلا يكون جاراً مستحقاً للشفعة فإذا بيع بيت من دار فالملصق للبيت ولأقصى الدار في الشفعة سواء لكونه ملاصقاً حكماً

والسفل واحداً وأما أن يكون كل منهما له طريق خاص به لا يشاركه الآخر فيه فإن كان الاول اعتبر كل منهما شريكاً للآخر في حق الارتفاق وهو المرور . وينبغي على ذلك انه إذا باع صاحب السفل سفله مثلاً يكون لصاحب العلو أخذه بالشفعة بسبب الشركة في حق المبيع وحينئذ يكون مقدماً على غيره من بقية المجاورين له . وإن كان الثاني اعتبر كل منهما بالنسبة للآخر جاراً ملاصقاً وليس شريكاً في نفس المبيع ولا في حقه لعدم الشركة ، وكذلك يعتبر جاراً ملاصقاً من كانت له خشبة موضوعة على حائط لا ملك له فيه أو كان شريكاً في خشبة موضوعة على حائط . انظر مادة (١٠١) (١)

فالذي علم مما تقدم أن الشريك في حقوق المبيع لا تثبت له الشفعة إلا إذا كان كل من الشرب والطريق خاصاً ، فإن كان كل منهما عاماً فلا تثبت الشفعة بسببها بل تكون للجار الملاصق ولو كان بابه في طريق آخر غير الموجود فيه باب البيت المبيع . ولو كان بجوار العقار المبيع جملة عقارات متفاوتة في القدر الملاصق تثبتت الشفعة لأصحابها على السواء ولا عبرة بذلك التفاوت لتحقق الجوار عند كل منهم .

ونظير ذلك ما إذا كان عقار مشترك بين ثلاثة أفراد اشتراكاً متفاوتاً بأن كان أحدهم له نصف العقار والآخران كل واحد منهما له ربع ثم باع واحد منهما الربع الذي يملكه وطلب كل من الشريكين الآخر بالشفعة فإن الجزء الذي يبيع

(١) المادة ١٠١ — إذا كان السفل لشخص والعلو لآخر يعتبر كل منهما جاراً ملاصقاً وكذلك من كانت له خشبة موضوعة على حائط لا ملك فيه أو كان شريكاً في خشبة موضوعة على حائط يعتبر جاراً ملاصقاً لا شريكاً

يقسم بينهما بالسوية على عدد رؤوسهما ولا عبرة بتفاوت الملك لأن الشفعة شرعت لدفع الضرر . انظر مادة (١٠٢) (١)

﴿ ترتيب الشفعة ﴾

قد علمت مما تقدم أن الشفعة عند الخفية تثبت للشريك في نفس العقار وللشريك في أرض الحائط ، وللشريك في حقوق المبيع ، وللجار الملاصق ولكن ليسوا كلهم في مرتبة واحدة بل هم مرتبون حسب الترتيب الآتي وبيانه أنه إذا وجد سبب واحد من أسباب الشفعة استحق صاحبه الأخذ به وحده إذ لا مزاحم له وأما إذا اجتمعت الأسباب قدم الأقوى فالأقوى وحينئذ يقدم الشريك في نفس العقار فإن لم يوجد وسقط حقه انتقل حق الشفعة إلى الشريك في أرض الحائط فإن لم يوجد أو وجد ولكن سقط حقه انتقل حق الأخذ بالشفعة إلى الشريك في حقوق المبيع وبعده الجار الملاصق

فإذا كان بيت مشتركاً بين اثنين على الشيوع وكان هناك شخص له شركة في أرض حائط من البيت وشخص آخر له شركة في حق المرور والبيت جار ملاصق فباع أحد الشريكين حصته ثبت حق الشفعة مرتباً كما بين والسبب في ذلك قوله عليه الصلاة والسلام (والشريك أحق من الخليط ، والخليط أحق من الشفيع) فالمراد بالشريك هو الشخص الذي له شركة في نفس المبيع والخليط هو الشريك في حقوقه والشفيع هو الجار الملاصق ولأن سبب مشروعية الشفعة

(١) المادة ١٠٢ — الطريق العام لا شفعة به لصاحب الملك المقابل للعقار المبيع ولو تقاربت الأبواب وإنما تكون الشفعة للجار الملاصق سواء كان باب داره في هذا الطريق أو في غيره

هو دفع الضرر فيقدم الشريك في نفس المبيع لأن ارتباطه أشد من ارتباط الشريك في أرض الحائط وهذا مقدم على الشريك في حق الارتفاق لقوة السبب وصاحب حق الارتفاق مقدم على الجار الملاصق لكونه أكثر اختلاطاً من الجار فضرره يكون أقوى فيقدم عليه . انظر مادة (١٠٣) (١) .

ولا فرق في الأخذ بالنسبة لصاحب الجزء الكثير والقليل بل ربما يكون ضرر صاحب الجزء القليل أشد لأنه ربما لا يمكنه اتقاء الضرر لقلة نصيبه بخلاف صاحب الجزء الكبير فإنه يسهل عليه اتقاء الضرر بطلب القسمة حيث يمكنه الانتفاع بنصيبه ولذلك قال صلى الله عليه وسلم « الشفعة على رؤوس الرجال » ومعناه أن تكون الدار بين جماعة مختلفي السهام فيبيع أحدهم نصيبه فيكون ما باع بينهم على قدر رؤوسهم لا على قدر سهامهم ولو كان المشتري أحد الشركاء فله الأخذ بالشفعة مع بقيتهم ولا يسقط حقه بالشراء لأن إقدامه عليه يدل على رغبته فيه وليس له أن يحتج على بقية الشركاء بعدم الأخذ لكونه كان موجوداً معهم قبل الشراء فليس هناك ضرر جديد بالنسبة إليهم بل احتجاجة عليهم باطل لأن الضرر يتفاوت بتفاوت النصيب فإذا كان له جزء قليل يكون ضرره أخف مما إذا كان له جزء كبير إذ أنه ربما يجد نصيبه عظيماً فيطلب المقاسمة فيتضرر صاحب الجزء القليل .

وقال الإمامان مالك والشافعي يقسم العقار المأخوذ بالشفعة على الشركاء بقدر انصبتهم لا بقدر رؤوسهم لأن استحقاق الشفعة بسبب الملك وهو يتفاوت

(١) المادة ١٠٣ — إذا اجتمعت أسباب الشفعة يقدم الأقوى فيقدم الشريك في نفس العقار ثم الشريك في أرض الحائط المشترك ثم الشريك في حقوق المبيع الخاصة ثم الجار الملاصق .

وأي ترك الشفعة أو سقط حقه فيها تنتقل الشفعة إلى من يليه في المرتبة .

فيتفاوت الاخذ بالشفعة بقدر تفاوت الانصاء لأنه فائدة مترتبة على ذلك الملك
فتقدر بقدره .

ولكن الامام الاعظم نظر الى أصل الحكم في مشروعية الشفعة وهو دفع
الضرر الذي هو قدر مشترك بين الكل على السواء فيقسم العقار المأخوذ بالشفعة
على رؤوسهم بالسوية بدون نظر الى تفاوت السهام وبدليل الحديث المتقدم
المروي عن الشعبي « الشفعة على رؤوس الرجال » (انظر مادة ١٠٤) (١) .

❖ الفصل الثاني ❖

❖ فيما تثبت فيه الشفعة وما لا تثبت ❖

اعلم ان حق الاخذ بالشفعة لا يثبت للشفيع بمجرد ارادة البيع بل لابد
لثبوته من حصول عقد البيع الموجب لخروج المبيع عن ملك البائع سواء صدر
العقد من نفس المالك أو من وكيله أو وليه أو وصيه ولا بد من وجود السبب
الذي خول للشفيع الحق في الاخذ بالشفعة من ابتداء حصول البيع الى أن يحكم
القاضي له بالشفعة لأنه سبب في الاخذ والسبب اذا عدم قبل وجود المسبب
لا يوجد إلا اذا وجد له سبب آخر يترتب عليه وجوده (انظر مادة ١٠٥) (٢) .
لا يثبت هذا الحق في عموم الاحوال بل لا بد لذلك من شروط يجب
مراعاتها وهي :

(١) المادة ١٠٤ — استحقاق الشفعة للشركاء يكون بقدر رؤسهم لا بقدر انصائهم
في الملك فإذا باع أحد الشركاء حصته لأحد منهم يحسب المشتري واحداً منهم في الشفعة وتقسم
الحصة المبيعة بينهم .

(٢) المادة ١٠٥ — لا تثبت الشفعة الا بعد المبيع مع وجود السبب الموجب لها .

الاول — أن يكون المراد أخذه بالشفعة عقاراً مملوكاً أو وقفاً ساغ بيعه كما سيبين في شرح مادة (١١٣) سواء كان قابلاً للقسمة أو غير قابل لها فلا شفعة في المنقول إلا اذا كان تابعاً للعقار أو كان مثل حق التعلي والبناء في الارض المحتكرة كما سيأتي بيانه . وحكمة ثبوت الشفعة في العقار دون المنقول هي أن العقار مستمر الوجود مع خطارته عند المالك فشرعت فيه الشفعة لدفع الضرر الدائم بخلاف المنقول . فان الشأن فيه انه ليست أهميته كالعقار بل تتناوله الأيدي لأجل الانتفاع به فهو سريع التقلب فضرره ليس كضرر العقار ولأن الشفعة ثبتت في العقار على خلاف القياس فغيره لا يقاس عليه وقال الشافعي لا تثبت الشفعة إلا في العقار القابل للقسمة بخلاف ما لا يقبلها كما عرفت في مبحث أسباب الشفعة .

وقال الامام مالك بثبوت الشفعة في البناء لأنه عقار عنده وثبتت في السفينة لأنها يسكن فيها مثل البيت ، وثبتت في الثمرة التي لم يتم نضجها وفي زرع لم يجيء أو ان حصاده ونحو ذلك كباذنجان وبطيخ لم يتم نضجه إلحاقاً لذلك بالعقار لظهور الضرر .

الثاني — أن يكون العقار مستوفياً شرائط الانعقاد والصحة والنفاذ وال لزوم بالنسبة للبائع فلو كان البيع باطلاً بأن فقد شرطاً من شرائط الانعقاد فلا شفعة فيه أصلاً لكونه لم ينعقد ولو كان فاسداً لكونه فقد شرطاً من شرائط الصحة فلا تثبت فيه الشفعة إلا اذا انقطع فيه حق الفسخ بأن قبضه المشتري وتصرف فيه بالبيع أو بالوقف أو نحو ذلك فحينئذ تثبت فيه الشفعة لأن البائع لا يملك استرداده اليه بعد ذلك لأن البيع الفاسد يفيد الملك بالقبض . وكل من المتعاقدين يلزمه فسخ العقد ما لم يمنع مانع منه كخروجه عن ملك المشتري فاذا خرج عن ملكه بطل حق الفسخ وفي هذه الحالة يجوز للشفيع أن يأخذه بالشفعة ولهذا كان

اعتبار الطلب في البيع الفاسد وقت انقطاع حق البائع لا وقت الشراء .
ولو كان في البيع خيار شرط أو خيار تعيين فلا يأخذ بالشفعة ما دام
الخيار ، فلو بطل خياره بأن مضت مدة الخيار أو أجاز البيع ولو دلالة فلاشفيع
الاخذ بالشفعة ويلزمه أن يطلبها عند حصول البيع ولو تأخر عن الطلب مع علمه
به سقط حقه في الشفعة . وقال بعضهم يكفي حصول الطلب عند سقوط الخيار
لأن البيع إنما صار سبباً لافادة الملك في ذلك الوقت وثبوت الشفعة ينبنى على
انقطاع حق المالك بالبيع وهو ينقطع به عند بطلان خياره وهو الظاهر .
الثالث — أن يكون العقد عقد معاوضة مال بمال لأن الشفعة ثبتت على
خلاف القياس في معاوضة المال بالمال فيقتصر عليها فلو لم يكن عوض بأن وهب
شخص بيته لآخر فلا شفعة فيه ولو كان هناك عوض بأن تزوج رجل امرأة
وجعل مهرها بيتاً فلا تثبت فيه الشفعة لأن الشفعة إنما تجب في مبادلة مال بمال
كما تقدم .

وقال الشافعي تجب فيما اذا جعل البيت مهراً أو جعل بدل منفعة كسكنى
بيت عشر سنين مثلاً لأن المنفعة مال عنده فامكن الاخذ بقيمتها .
الرابع — أن يكون العقار المشفوع به ملكاً للشفيع من وقت العقد إلى
وقت ثبوت الملك له في العقار المشفوع بالتراضي أو بقضاء القاضي .
الخامس — أن لا يصدر منه ما يدل على رضا بالشراء صراحة أو دلالة
فلو قال أبطلت حتي في الشفعة أو شهد على عقد البيع ولم يطلب الشفعة أو ضمن
الدرك بأن قال للمشتري ما أدركك في هذا البيع فأنا ضامن له أو ساوم المشتري
فيما اشتراه بيعاً أو اجارة سقط حقه في الشفعة لأن ملك المبيع قد تم للمشتري من
جهته فبطلت الشفعة بعد ذلك يكون ساعياً في نقضه وكل من سعى في نقض ما تم
من جهته فسعيه مردود عليه .

فحاصل ما تقدم أن الشفعة لا تثبت إلا عند تملك العقار بعوض هو مال
ولا فرق بين أن يكون العقار قابلاً للقسمة كييت يصلح لأن يكون بيتين أو
أرض واسعة يمكن قسمتها أو غير قابل لها كبر صغير لا يمكن جعله بئرين وحمام
لا يمكن جعله حمامين ومقتضى ذلك أنه لا شفعة في العلو ولا له لكونه ليس
بعقار ولكن جازت فيه وله لأنه عقار حكماً بسبب استمرار حق القرار على
الدوام غير مهدد بالسقوط فلو كان العوض غير مال بأن ملك بهبة لم يشترط فيها
عوض أو بصدقة أو إرث فلا شفعة فيه ولا في عقار ملك بعوض هو منفعة كما
لو استأجر انسان أرضاً مثلاً وجعل الاجرة بيتاً فإن البيت جعل بدل منفعة
الأرض وهي ليست بمال عندنا كما تقدم فلا شفعة في بيع الشجر بدون الأرض
سواء كان نخلاً أو كرماً أو غيرها وسواء كان له حق القرار أو لا لأنه منقول
ولكن لو بيع مع الأرض المشغولة به جاز أخذه بالشفعة تبعاً للأرض .

وكذا لا شفعة في البناء اذا بيع قصداً غير تابع للأرض التي هو فيها مطلقاً
سواء كان في أرض غير محتكرة أو في أرض محتكرة لأنه منقول وقال بعض
علماء الحنفية بثبوت الشفعة في البناء والشجر الموجودين في الأرض المحتكرة لما
لها من حق القرار الدائم قياساً على حق التعلي ولكن معظم علماء المذهب قد
صرحوا بأن الشفعة لا تثبت فيها لأن حق القرار قد يسقط بامتناع المحتكر عن
دفع الحكر بخلاف حق التعلي فإنه لا يسقط بحال من الأحوال . نعم لو بيع
المنقول تبعاً للأرض تثبت فيه الشفعة تبعاً .

وقال مالك تثبت الشفعة في البناء مطلقاً لأنه عقار عنده كما تقدم انظر المواد

(١٠٦ ، ١٠٧ ، ١٠٨ ، ١٠٩ ، ١١٠) .

(١) المادة ١٠٦ — يشترط في المبيع الذي تثبت فيه الشفعة أن يكون عقاراً مملوكاً
ولو غير قابل للقسمة وان يكون يبعه صحيحاً نافذاً أو فاسداً انقطع فيه حق الفسخ خالياً =

فقد علمت مما تقدم أن الشفعة لا تثبت إلا بعد البيع وأنه يلزم أن يكون المبيع مملوكاً للبائع وأن يكون البيع صحيحاً أو فاسداً انقطع فيه حق الفسخ . وينبغي على ذلك ما يأتي :

أولاً — الأراضي الاميرية التي هي ملك للحكومة الموجودة تحت أيدي المستحقين لمنفعتها لا ينفذ بيعهم لها بل يتوقف على اذن الحكومة وما لم تأذن لا تثبت فيها الشفعة لأن البيع لم يخرج عن ملك صاحبه والشفعة لا تثبت إلا بعد صدور العقد مستوفياً جميع شرائطه كما تقدم انظر مادة (١١١) (١) .

ولكن لو باع ولي الأمر شيئاً من أراضي الحكومة سواء كانت الارض تحت يد الحكومة أو في يد المزارعين وكان البيع مستوفياً شرائطه ووجد مسوغ البيع بأن كانت ليست من المنافع العمومية وليس في بيعها غبن فاحش ثبتت فيها الشفعة لوجود البيع المترتب عليه حق الاخذ بها انظر مادة (١١٢) (٢) .

== عن خيار شرط للبائع وأن يكون العوض مالا ولا فرق في العقار بين أن يكون داراً أو حانوتاً أو أرضاً أو كرمًا أو علواً أو سفلاً .

المادة ١٠٧ — يشترط أن يكون العقار المشفوع به ملكاً للشفيع وقت شراء العقار المشفوع وإن لا يصدر من الشفيع رضاء بالبيع لا صراحة ولا دلالة .

المادة ١٠٨ — لا شفعة في ما ملكه به بلا عوض مشروط فيها أو صدقة أو ارث أو وصية ولا في عقار ملك يبدل ليس بمال كما لو استأجر شيئاً بدار أو حانوت .

المادة ١٠٩ — لا شفعة في البناء وللشجر المبيع قصداً بدون الارض القائمة عليها فإذا بيع البناء والشجر تبعاً للارض ثبتت فيه الشفعة .

المادة ١١٠ — لا شفعة في البناء وللشجر القائم في ارض محتكرة أو في الأراضي الميرية .

(١) المادة ١١١ — الأراضي الاميرية التي بأيدي المستحقين لمنفعتها لا يصح بيعهم لها فلا شفعة فيها .

(١) المادة ١١٢ — اذا باع ولي الأمر شيئاً من الأراضي الاميرية التي ليست في يد أحد من الزراع أو باع للزراع شيئاً من الأراضي التي في ايديهم بمسوغ شرعي كوصي اليتيم فبيعه صحيح تثبت فيه الشفعة .

ثانياً — الارض الموقوفة لا تكون سبباً في الاخذ بالشفعة لأن سبب
الاخذ بها اتصال ملك الشفيع وأعيان الوقف ليست مملوكة لأحد وحينئذ فلا
شفعة للناظر لانه ليس بمالك ولا للمستحقين لانهم يستحقون المنفعة ولا
يملكون الرقبة .

ولكن يؤخذ بالشفعة اذا بيع بمسوغ شرعي بأن شرط الواقف استبداله
واستبدل بدون أن يحصل في بيع العين الموقوفة غبن فاحش أو كانت أعيان
الوقف خربة لا يفي ايرادها بمصاريفها أو كان الوقف عامراً وكان في الاستبدال
منفعة محققة للوقف على رأي من يقول بجواز بيعه اذا تحققت المنفعة وأما اذا كان
لا يجوز بيعه بحال من الاحوال بأن كان مسجداً فلا يؤخذ بالشفعة لعدم صحة
البيع ولعل قول بعض العلماء لا شفعة في الوقف مبني على ما ذكر من عدم
جواز بيعه وبهذا يتضح جلياً أن قولهم لا شفعة في الوقف ولا له ليس على إطلاقه .
ثالثاً — لا تثبت الشفعة في قسمة العقار فاذا كان لشريكين فأكثر قطعة
أرض فاقسماها فلا تثبت الشفعة فيها لان قسمة القيميات وإن كان فيها معنى
المبادلة ولكنها ايضاً فيها معنى افراز ملك كل شخص على حدته ولهذا يجوز
أن يجبر بعض الشركاء على القسمة وإنما تثبت في البيع الذي هو بمعنى المبادلة
المطلقة انظر مادة (١١٤) (١) .

رابعاً — اذا باع الانسان قطعة أرض بيعاً فاسداً بأن فقد البيع شرطاً من
شروط الصحة فلا تثبت الشفعة فيها ما لم ينقطع حق الفسخ لان المشتري وإن
كان قد ملكها بالقبض إلا أن في ثبوت الشفعة تقرير الفساد وهو لا يجوز شرعاً
ولكن لو انقطع حق الفسخ بأن قبضها المشتري وتصرف فيها تصرفاً يمنع من

(١) المادة ١١٤ — لا يجري الشفعة في القسمة فاذا قسمت دار أو أرض مشتركة بين
اثنين فلا يكون الجار شفعياً فيها .

الفسخ بأن باعها أو وهبها أو بنى أو غرس فيها أشجاراً ثبتت فيها الشفعة لزوال المانع انظر مادة (١١٥) (١).

خامساً — اذا باع شخص بيته وشرط لنفسه الخيار فلا تثبت الشفعة ما دام الخيار موجوداً لعدم خروج البيت عن ملك البائع بسبب خياره وهي إنما تثبت بعد البيع الموجب لنقل المبيع من ملك البائع الى ملك المشتري لان ثبوتها بوجوب ابطال ملكه وذلك غير جائز ولا يمكن لو سقط خياره بأن مضت مدة الخيار ولم يفسخ العقد أو وجد منه في أثناءها ما يدل على سقوط خياره تثبت الشفعة اذا طلبها الشفيع عند حصول البيع وقال بعضهم يكفي حصول الطلب عند سقوط الخيار لان البيع يصير سبباً لزوال الملك عند ذلك وهي إنما تثبت للشفيع بعد زوال الملك عن البائع وحينئذ يكون طلبه الشفعة قد جاء في وقت استحقاقه لها فيكون حاصله في أوانه وهو ظاهر انظر مادة (١١٦) (٢).

❖ الفصل الثالث ❖

❖ في طلب الشفعة ❖

اعلم ان الشفعة حق ضعيف يثبت للشفيع عند حصول البيع مستوفياً للشرائط المتقدمة ويتأكد بالطلب . ويملك العقار المراد أخذه بالشفعة بالتراضي أو بقضاء القاضي . والطلب ثلاثة أنواع :

(١) المادة ١١٥ — لا شفعة فيما يبيع بيعاً فاسداً الا اذا انقطع حق البائع عنه بأن قبضه المشتري وتصرف فيه تصرفاً يمنع فسخ البيع كأن وهبه أو بنى أو غرس فيه .

(٢) المادة ١١٦ — لا شفعة فيما يبيع بشرط الخيار الا اذا أسقط البائع خياره حتى لزوم البيع فتجب فيه الشفعة للشفيع ان طلبها عند البيع بشروطها .

طلب مواثبة ومبادرة ، وطلب تقرير واشهاد ، وطلب خصومة وتملك .
 فطلب المواثبة هو أن يطلب الشفعة بمجرد علمه بحصول البيع ومقدار الثمن .
 والمشتري بحيث لو لم يعلم الشفيع بجميع هذه الثلاثة لا يبطل حقه في الشفعة .
 فلو علم بالبيع والتمن ولم يعلم بالمشتري ولم يطلب بعد علمه بذلك لا يسقط حقه
 فيها لعدم علمه بالمشتري وإنما لزم علمه به لاختلاف احوال الناس في المجاورة .
 ولو علم بالبيع والمشتري ولم يعلم مقدار الثمن لا يبطل حقه في الشفعة ايضاً ، وإنما
 لزم علمه بمقدار الثمن لأنه يجوز أن يكون قليلاً فيقدر على أدائه أو أن يكون
 كثيراً فيعجز عنه ويحتمل أن يكون فيه غبن فلا يأخذ بالشفعة وأن لا يكون فيه
 ذلك فيأخذ ولا بد من حصول الطلب فور علمه بتلك الاشياء الثلاثة بحيث لو
 سكت برهة وتكلم بعبارة تتعلق بموضوع آخر غير موضوع الاخذ بالشفعة
 بطل حقه ولذلك قال الفقهاء لو أخبر بكتاب وكانت عبارة البيع والتمن والمشتري
 في أوله فقرأ الكتاب الى آخره سقط حقه في الشفعة لأن تماديه في القراءة دليل
 على إعراضه عن الاخذ بالشفعة وإن كان لو نطق بعبارة متعلقة بالاخذ لا يبطل
 حقه فيها وصرح بعضهم بأنه لا يبطل حق الشفيع ما دام في مجلس علمه إلا اذا
 وجد منه ما يدل على الاعراض بأن تكلم مع آخر في موضوع شراء شيء منه .
 أما لو سكت بعد العلم للتدبر ونحو ذلك فلا يبطل حقه في الشفعة وإن طال المجلس .
 وطريق حصول علمه يكون باخبار المشتري ولو برسول أو بوصول كتاب
 ولا يلزم لصحة اخباره له أن يكون عدلاً لأنه خصم والخصم لا يشترط عدالته
 وإن أخبر من أحد لم يكن له شأن في البيع فلا يعتبر الاخبار إلا اذا كان المخبر
 عدلاً أو عدداً بأن يصدر من رجلين أو رجل وامرأتين لأن فيه التزاماً في الجملة
 حيث أنه يلزمه الطلب بمجرد العلم ولو لم يطلب بطلت شفيعته . وقال أبو يوسف
 ومحمد لا يشترط ذلك بل المدار على وصول العلم اليه بأي طريقة سواء كان المخبر

فضولياً أو غير فضولي صغيراً أو كبيراً مذكراً أو مؤنثاً لأن الأصل في
الخبر الصدق .

وينبغي على ذلك أنه لو أخبره فضولي غير عدل ولم يصدفه ثم ظهر صدقه
لا يبطل حقه في الشفعة عند الامام ويبطل عند أبي يوسف ومحمد ولكن لو صدقه
ولم يطلب بطل حقه اتفاقاً لحصول العلم عنده وينبغي أن يشهد رجلين أو رجلاً
وامرأتين دلي هذا الاشهاد خشية جحود المشتري هذا الطلب . وسمي بطلب
المواثبة لقوله عليه الصلاة والسلام (الشفعة لمن واثبها) أي طلبها على وجه
السرعة . ولو أشهد على طلب المواثبة بحضرة المشتري أو البائع إذا كان المبيع
في يده أو عند العقار قام هذا الطلب مقام طلب الاشهاد الآتي بيانه . انظر
مادتي (١١٧ و ١١٨) (١) .

فقد علمت مما تقدم أن الشفيع إذا أشهد على طلب المواثبة عند المشتري
أو البائع لو كان العقار في يده أو عند المبيع أغنى ذلك عن طلب التقرير لحصول
المقصود وهو تقرير رغبته في الاخذ بالشفعة ولكن لو لم يشهد على طلب المواثبة
لزمه بعده بمجرد التمكن أن يتوجه في الحال الى المشتري مطلقاً سواء كان العقار
في يده أو لا لأنه خصم للشفيع بسبب دخول العقار في ملكه بالشراء ولا فرق
في ذلك بين ما إذا كان العقار في يده بأن استلمه من البائع أو ليس في يده بأن
لم يستلمه منه أو يتوجه الى البائع إذا لم يسلم المبيع الى المشتري لكونه خصماً

(١) المادة ١١٧ — طلب الشفعة على ثلاثة وجوه : طلب مواثبة صاحب اشهاد وتقرير
وطالب تملك .

(٢) المادة ١١٨ — طلب المواثبة هو أن يبادر الشفيع بطلب الشفعة فوراً في مجلس
علمه بالمبيع والمشتري والتمن ولو علم بذلك بعد حين بدون أن يصدر منه ما يدل على الاعراض
وأن يشهد على طلبه خشية جحود المشتري لا لزوماً .

بسبب وضع يده عليه ولو لم يكن في يده لا يصح الاشهاد عنده لأنه ليس بخصم لعدم ملكه ووضع يده فصار كلاجني وصرح الامام محمد في الجامع الكبير بأنه يصح الاشهاد عنده ولو بعد التسليم استحساناً لحصول المقصود .

ثم اذا كان كل من المشتري والبائع والمبيع في بلد واحد فله أن يشهد عند من شاء لا فرق في ذلك بين الداني والقاصي لأن البلد الواحد يعتبر كمكان واحد ومحل ذلك اذا لم يوجد منه ما يدل على الاعراض .

ومدة هذا الطلب مقدرة بالتمكن فلو تمكن من الطلب برهة من الزمن ولو بكتاب أو رسول ولم يطلب بطل حقه في الشفعة .

وكيفية طلب التقرير هي أن يقول الشفيع :

« إن فلاناً اشترى دار كذا وأنا شفيعها وقد كنت طلبت الشفعة واطلبها

الآن فاشهدا علي بكذا »

ونقل عن أبي يوسف انه اشترط في صحة الاشهاد ذكر اسم المبيع وحدوده لأن المطالبة لا تصح إلا في معلوم ولعل محل ذلك ما اذا لم يشر اليه وأما اذا كان حاضراً عنده وأشار اليه فالظاهر أنه لا يشترط ذكر الحدود اتفاقاً لأنه تعيين بالإشارة فالطلب واقع على معلوم والاشهاد هنا ليس بشرط أيضاً لأنه ليس لإثبات الاخذ بالشفعة وإنما هو مستحسن لإثبات طلب التقرير في وجه الخصم اذا انكره لأنه لو لم يشهد عليه وجحدته المشتري يكون القول قوله بيمينه وحينئذ يسقط حق الشفيع وإثبات الاخذ بها إنما يكون بطلب التملك عند القاضي لأنه لا يحكم له بدونه . انظر مادة (١١٩) (١)

(١) المادة ١١٩ — طلب التقرير هو أن يشهد الشفيع على البائع ان كان العقار المبيع في يده أو على المشتري وان لم يكن العقار في يده أو عند المبيع بأنه طلب ويطلب فيه الشفعة الآن والمدة الفاصلة بين هذا الطلب والطلب الاول مقدرة بالتمكن منه فلو تمكن =

فقد ظهر لك مما سبق أن طلب المواثبة والتقريب لا يثبت الملك للشفيع وإنما الغرض منها اظهار عدم الاعراض والذي يترتب عليه أخذ العقار المشفوع إنما هو طلب الخاصة أمام القاضي إذ لا يمكن الحكم له بدون طلبه وخاصته . وكيفية هذا الطلب أن يقول : قد اشترى فلان دار كذا (ويبين حدودها) وأنا شفيعها بدار كذا فمره يسلمها إلي . وحينئذ يسأل القاضي المدعى عن حدود الدار اذا لم يذكرها وهل هي في يد المشتري أو البائع لأنها لو لم تكن في يد المشتري لا تسمع الدعوى حتى يحضر البائع . ثم يسأله عن الدار التي يشفع بها وعن حدودها اذا لم يبينها لأنه يجوز أن يكون قد ادعى الشفعة بسبب غير صحيح وجواز أن يكون غيره أولى منه فاذا أجاب عن ذلك سأله متى علم بالبيع وكيف صنع حين علم لأنها تبطل بمجرد ما يدل على الاعراض وبالتأخير كما تقدم .

فاذا أجاب ولم يوجد منه ما يسقط دعواه سأله عن طلب التقرير ومتى طلب وعند من أشهد وهل كان الذي أشهد عنده أبعد من غيره أو أقرب منه . فاذا أجاب عن ذلك كله توجه الى المدعى عليه وسأله عن ملك الشفيع للدار التي يدعي الشفعة بها فان أقر ثبت ملك الشفيع للدار التي يشفع بها وتحقق السبب لدى القاضي وإن أنكر طلب القاضي من المدعي بينة تثبت ملكه للدار التي يشفع بها ولو كان واضع اليد عليها لأن وضع اليد يفيد الملك ظاهراً والظاهر لا يصلح لاثبات الحقوق فان شهدت له بينة بالملك ثبت ملكه أيضاً لما سبق وإن عجز حلف القاضي المدعى عليه بأنه لا يعلم أن فلان المدعي يملك الدار التي يدعي الشفعة بها ولا يحلف على اليقين لأن التحليف على فعل النفس يكون على البتات

== بكتاب أورسون ولم يشهد بطلت شفيعته وإن لم يتمكن منه فلا تسقط .
وان أشهد الشفيع في طلب المواثبة عند أحد من هؤلاء المذكورين كفاه ذلك الاشهاد
فقام مقام الطلين .

وعلى فعل الغير يكون على العلم وملك الشفيع للدار التي يشفع بها ليس فعل المشتري بل هو فعل الشفيع فهو فعل الغير فان حلف بطلت الدعوى وإن نكل عن اليمين ثبت ملكه لما يشفع به وتبين كونه سبباً للأخذ بالشفعة أيضاً ثم بعد ذلك يسأل القاضي المدعى عليه قائلًا له هل اشتريت أو لا ، فان اذكر الشراء كلف الشفيع باليمين على الشراء فان عجز عنها حلف المدعى عليه انه ما اشترى الدار التي يدعي فلان الشفعة فيها وهذا يقال له تحليف على السبب وهو رأي أبي يوسف أو يحلفه القاضي بأن فلاناً لا يستحق عليه الشفعة ويقال له تحليف على الحاصل وهو رأي أبي حنيفة ومحمد والاول اظهر لجواز أن يكون المدعى عليه لا يرى الشفعة بالجوار ولا يجبر الشفيع على احضار الثمن بمجرد الدعوى بل بعد الحكم له بالشفعة لأن الملك لا ينتقل اليه إلا بعد الحكم وقال محمد لا يحكم له القاضي حتى يحضر الثمن لكيلا يضيع وعلى كل حال فالمشتري له حبس العين حتى يقبض الثمن .

والخصم للشفيع هو المشتري وحده اذا كان المبيع في يده وكل من البائع والمشتري لو كان العقار في يد البائع . أما المشتري فلا أنه هو المالك وأما البائع فلا يكونه واضع اليد فاذا خاصم الشفيع البائع فلا تسمع اليمين ولا يحكم القاضي له بها إلا اذا حضر المشتري ليحكم عليه في وجهه بفسخ البيع بالنسبة اليه ولا يحكم على المشتري بدون حضور البائع في حالة وجود المبيع في يده بل لا بد من حضوره ليحكم عليه بخلو يده وانتقال الملك للشفيع واذا كان المشتري قد استلم المبيع فلا يلزم حضور البائع لأنه بالتسليم خلت يده وصار أجنبياً عنهما فيكفي حضور المشتري لأنه مالك وواضع اليد وإن اختلف الشفيع والمشتري في مقدار الثمن فالقول للمشتري يمينه لان الشفيع يدعى عليه استحقاق الاخذ بالشفعة والمشتري ينكر ذلك وإن اقاما يمينه قدمت يمينه الشفيع لانه هو المدعي كما سبق .

هذا هو رأي أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف والشافعي تقدم بينة المشتري لأنها ثبتت الزيادة والينة المثبتة للزيادة أولى . قال أبو حنيفة ومحمد أن بينة الشفيع أكثر اثباتاً لأنها ملزمة المشتري بالقسليم وبينه المشتري ليست بملزمة لأن الشفيع مخير بين الأخذ والترك ولأن كلاً من البينتين أثبتت عقداً غير الذي أثبتته الأخرى ولا تنافي فيأخذ الشفيع بأيهما شاء .

وقد صرح الامام أبو حنيفة بأن هذا الطلب ليس له مدة معينة بل ثبت له حق المطالبة في أي وقت شاء ولا يبطل بالتأخير لأن حقه قد تقرر بطلب التقرير والمشتري إذا تضرر من تأخيره وامتنع عن التصرف خوف طلبه لزمه أن يطلبه أمام القاضي ليأخذ أو يترك وقال محمد يبطل طلب الخصامة بتأخيره شهراً كاملاً بدون حذر حتى لا يتضرر المشتري بامتناعه عن التصرف فيما اشتراه خشية أخذ الشفيع بالشفعة وإنما خص سقوطه بهذه المدة لأن الفقهاء صرحوا بأن الشهر فما فوقه بعيد وما دونه قريب .

وروي عنه أن الطلب يسقط بمضي ثلاثة أيام بدون عذر لأن هذه المدة شرعت لابلاء الاعذار مثل امهال الدائن لدفع الدين وعن أبي يوسف أنه يبطل حقه في الشفعة إذا ترك الخصامة في مجلس من مجالس القاضي من غير عذر لأنه دليل على إعراضه ورجح الفقهاء الاول وأفتى بعضهم برأي محمد لتغير أحوال الناس في قصد الاضرار بالغير .

ومحل ذلك ما إذا كان التأخير بدون عذر فإذا كان التأخير بسبب عذر من الاعذار الشرعية كسفر وحبس وجنون ونحو ذلك فلا يسقط حقه في الشفعة اتفاقاً لأن الضرورات تبيح المحظورات . انظر المواد (١٢٠ ، ١٢٢ ، ١٢٣) (١)

(١) المادة ١٢٠ — طلب التملك هو طلب الخصامة والمرافعة عقد القاضي فإذا أخره =

فقد علمت مما سبق حكم ما اذا كان العقار الذي هو سبب في الاخذ بالشفعة مملوكاً لشخص بالغ عاقل فان كان مملوكاً لصبي أو مجنون فيجوز لولي الصبي أو المجنون أو وصيهما الاخذ بالشفعة بشرط أن لا يكون فيها غين فاحش . فان سلم الولي أو الوصي الشفعة أو لم يطلبها فلا حق للصبي بعد البلوغ ولا للمجنون بعد الافاقة في الاخذ بالشفعة لقيام الولي أو الوصي مقامهما فان لم يكن لهما ولي ولا وصي نصب القاضي قيماً ليأخذ بالشفعة فان لم ينصب القاضي قيماً ثم بلغ الصبي فله الحق في الاخذ بالشفعة بعد البلوغ .

وقال الامام محمد اذا لم يطلب الولي أو الوصي الشفعة أو سلمها وكان البيع بمثل القيمة أو أقل فلا يبطل حق الصبي أو المجنون في الاخذ بالشفعة لأن من له الولاية أو الوصاية قد فوت حقاً للصغير بالاهمال والشرع لا يفوته حرصاً منه على حق الصبي ومن في حكمه ولذا قال تعالى « وليخش الذين لو تركوا من خافهم ذرية ضماً فآخافوا عليهم فليتقوا الله وليقولوا قولاً سديداً » انظر مادة (١٢١) (٢) . ومما سبق علم حكم ما اذا كان الشفيع واحداً من أنه يأخذ هو بالشفعة أو وكيله إن كان مكلفاً ويأخذ له وليه إن لم يكن كذلك فان كان المستحق

== الشفيع بعد طلب الموائمة والتقرير شهراً واحداً بلا عذر بطلت شفيعته وان أخره بعذر مقبول فلا تسقط .

المادة ١٢٢ — الخصم للشفيع في اثبات الشفعة كل من المشتري والبائع قبل تسليم المبيع للمشتري وبعد تسليمه اليه فالخصم هو المشتري فقط .

المادة ١٢٣ — اذا كان المبيع في يد البائع وترافع بالشفيع معه فلا تسمع البينة عليه حتى يحضر المشتري ومتى ثبتت الشفعة مستوفية شرائطها يفسخ القاضي شراء المشتري ويقضى للشفيع بالعقار المشفوع بطالب الشفيع .

(٢) المادة ١٢١ — لولي الصبي أو لوصيه أن يأخذ له بالشفعة فان لم يطلبها وبلغ الصبي فلا شفعة له بعد البلوغ فان لم يكن للصبي ولي ولا وصي ينصب له القاضي قيماً ليأخذ له بالشفعة فان لم ينصب له قيماً فانه يبقى على شفيعته حتى يبلغ فيأخذها ولو مضى على بيع العقار المشفوع سنون .

للشفعة متعدداً فاما أن يكونوا حاضرين وإما أن يكونوا غائبين وإما أن يكون بعضهم حاضراً والبعض الآخر غائباً فان كانوا حاضرين وجب عليهم طلب الاخذ بالشفعة عند تحقق السبب كما تقدم ويقدم الأولى فالأولى وإن كانوا غائبين فلهم الحق متى طلبوا بمجرد العلم وإن كان بعض الشفعاء حاضراً وبعضهم غائباً وطلب الحاضر بدون وجود ما يسقط حقه قضي له بالشفعة ولا ينظر الى الغائب لجواز أن لا يطلب فلا يبطل حق الحاضر بالشك فاذا حضر الغائب وطلب عند علمه فاما أن يكون أولى من الحاضر أو مساوياً له أو أقل منه فان كان أولى منه بأن كان الغائب شريكاً والحاضر جاراً مثلاً قضي بها للغائب ولا حق للحاضر لتحقيق أخذ الغائب وإن كان مساوياً له بأن كان كل منهما شريكاً في نفس المبيع قضي بالشفعة لهما فان كان الحاضر واحداً والغائب كذلك أخذ الغائب نصف ما في يده بنصف الثمن والمصروفات وإن كان الحاضر شخصين مثلاً أخذ ثالث ما في أيديهما لتحقيق المساواة وللحاضر منع الغائب من الاخذ حتى ينقده الثمن ولو أسقط الحاضر حقه فليس للغائب أخذه لأنه قد أسقطه بعد الحكم فاسقاطه غير مفيد لتأكد ملكه .

وإن كان الغائب أقل منه بأن كان جاراً ملاصقاً وكان الحاضر شريكاً في حق الارتفاق فلا يأخذ شيئاً لأن الحاضر مقدم عليه فيحجبه وإن أسقط الحاضر حقه بعد القضاء به فلا ينتقل الى الغائب للسبب المتقدم . انظر مادة (١٢٤) (١).

(١) المادة ١٢٤ — اذا كان أحد الشريكين غائباً فلا ينتظر قدومه ولا يوقف له نصيب بل يقضى للحاضر بجميع المبيع فان حضر الغائب وطلب الشفعة مستوفياً شرائط الطلب يقضى له بحقه ان لم يوجد مسقط له فان كان مثل الأول يقضى له بالنصف وان كانت فوقه يقضى له بجميع المبيع وتبطل شفعة الأول وان كان دونه بمنع .

❧ الفصل الرابع ❧

❧ في حكم الشفعة ❧

اعلم ان الحكم يطلق ويراد به أثر الشيء المترتب عليه كثبوت ملك المبيع للمشتري والتمن للبائع في عقد البيع فيترب على الشفعة أن العقار المشفوع ينتقل الى ملك الشفيع ولكن لا بد لذلك من أحد أمرين : إما بالاخذ إن استلمه من المشتري برضاه ، وإما بقضاء القاضي من غير أخذ . وسبب توقف نقل الملك من المشتري الى الشفيع أن الملك قد تم بالشراء فلا يخرج عن ملكه الى الشفيع إلا برضاه لأن له الولاية على نفسه فيملك اخراج ملكه عنه أو بحكم الحاكم لأن له الولاية العامة فيقدر على ذلك في ضمن الحكم بالحق .

وقبل حصول أحد هذين الأمرين لا ينتقل الملك اليه فلو مات لا تورث العين المشفوعة عنه ولو باع ما يشفع به بطلت شفعته لعدم وجود السبب حال الحكم أو الاخذ بالتراضي ولو باع شخص أرضاً بجوار الارض التي يريد أخذها بالشفعة فليس له ذلك لعدم الملك وقال الامام أحمد ينتقل الملك اليه بمجرد الطلب ولا يشترط في ذلك حكم القاضي لأن البيع السابق سبب انضمت اليه المطالبة كالايجاب في البيع اذا انضم اليه القبول ولا يلزم رضا المشتري لأن الاخذ منه قهراً والمقهور لا يعتبر رضاه وعلى هذا فلو مات بعد الطلب يورث عنه . انظر مادة (١٢٥) (١) .

وأخذ الشفيع العقار بحكم القاضي أو بالتراضي يعتبر شراء جديداً بالنسبة اليه لأنه معاوضة مال بمال فيعتبر شراء من المشتري إن كان الاخذ بعد القبض

(١) المادة ١٢٥ — لا يثبت الملك للشفيع في المبيع الا بقضاء القاضي أو بأخذه

من المشتري بالتراضي .

وشراء من البائع إن كان قبله لتحويل العقد اليه ويذني على ذلك أنه ثبت له خيار الرؤية إن لم يكن رآه فيرده على من أخذه منه سواء كان البائع أو المشتري كما إذا اشتراه منهما باختيارهما ولا يسقط خياره برؤية المشتري لأنه ليس بنائب عنه فرويته لا تؤثر على حق الشفيع في الرد بخيار الرؤية لاختلاف الأغراض.

ولو اطلع على عيب كان موجوداً فيه قبل أخذه فله رده بخيار العيب ولو رضي به المشتري لأن رضاه لا يؤثر على حق الشفيع ولو شرط البائع على المشتري البراءة منه فله رده أيضاً والشرط لا يسري على الشفيع سواء أخذ العقار من المشتري لما تقدم من أن الأخذ منه بمنزلة عقد جديد غير الأول أو أخذ من البائع لأن رضا المشتري بالبراءة من كل عيب قاصر عليه إذ أنه بعقد الشراء يعمل لنفسه لا للشفيع فهو ليس بنائب عنه والشفيع لم يلتزم له بالبراءة من العيب ولا لزوم بلا التزام.

وله أن يرده أيضاً إذا ظهرت خيانة البائع للمشتري في بيعه له مراجعة كأن قال له اشتريت العقار بمبلغ كذا واربح عشرة جنيهات مثلاً فظهر أن البائع اشتراه بأقل مما قال أو ظهرت خيانتة في بيعه له تولية بأرب قال بعته لك بالثمن الذي اشتريته بدون زيادة وهو الف جنيه فتمين أنه اشتراه بأقل من ذلك.

وليس له رده بخيار الشرط لأنه شرع للتروي في البيع على خلاف القياس فلا يثبت في الأخذ الجبري. انظر مادة (١٢٦) (١).

فقد علمت أن الشفيع له أن يرد العقار المشفوع بخيار الرؤية والعيب فإن رده فلا حق للمشتري في مطالبة بالثمن إذا لم يكن قد أخذه وإن لم يرده فله مطالبة به مطلقاً سواء اشتراه بثمان حال أو مؤجل أما إذا كان حالاً فالأمر ظاهر لأن

(١) المادة ١٢٦ — تملك العقار قضاء كان أو رضاء يعتبر شراء جديداً في حق الشفيع فله خيار الرؤية والعيب وإن اشترط المشتري مع بائعه البراءة منهما.

مقتضى العقد تسليم كل من البدلين وبما أنه قد استلم العقار المشفوع فيلزمه تسليم بدله وإذا كان مؤجلاً فيطالبه أيضاً لأن التأجيل يثبت بالشرط وليس من لوازم العقد فاشتراطه في حق المشتري لا يكون اشتراطاً في حق الشفيع كالخيار والبراءة من العيوب ولأن رضا البائع بالتأجيل بالنسبة للمشتري لا يكون رضا بالنسبة للشفيع لتفاوت النام في المعاملة .

ولو أخذ الشفيع العقار المشفوع من البائع بضمن حال سقط الثمن عن المشتري لتحول الصفقة إليه ورجع على الشفيع بضمن حال ولو أخذه منه المشتري رجع البائع عليه بضمن مؤجل لأن الأجل ثبت بالشرط فلا يبطل بأخذ الشفيع بضمن حال كما لا يبطل لو باعه بضمن حال ومحل كون الثمن حالاً إذا اختار أخذ العقار في الحال ولكن لو اختار بقاءه عند المشتري إلى مضي مدة الأجل فله ذلك لأن له أن لا يلتزم بالضرر الزائد إلا أنه يلزمه الطلب عند حصول البيع لأنه حق ثبت بحصوله ولهذا يجوز له أن يأخذه في الحال فلو أخر الطلب بعد العلم بطلت شفيعته وفي رواية عن أبي يوسف لا يبطل حقه لأن الطلب ليس لذاته بل للأخذ وهو لا يتمكن منه في الحال بضمن مؤجل فلا فائدة في وجوده عند البيع فلا يكون سكوته دليل الاعراض .

وقال زفر ومالك والشافعي في مذهبه القديم للشفيع أن يأخذ بالثمن الذي أخذ به المشتري ولو كان مؤجلاً لأن الشفيع له الحق في أن يأخذ بالثمن الذي أخذ به المشتري وبصفته التي هو عليها والأجل صفة للدين ، ولهذا يقال دين مؤجل ودين حال وحينئذ يجوز لصاحب الدين سواء كان المشتري أو البائع أن يأخذ من الشفيع كفيلاً أو رهناً إن لم يثق به . ولو زاد المشتري على الثمن لا يلزم الشفيع لأنه استحق أخذ العقار بالثمن المسمى قبل الزيادة فلا يملك إبطال حقه الثابت له وحينئذ لا تعتبر الزيادة بالنسبة إلى الشفيع وإن اعتبرت بالنسبة

الى المشتري لأن له الولاية على نفسه لا على الشفيع .
وكذا لو تنازل البائع عن الثمن للمشتري لا يظهر ذلك في حق الشفيع فلا يأخذه بدون ثمن بل يأخذه بجميع الثمن المسمى لأن التنازل في هذه الحالة يعتبر هبة للثمن من البائع للمشتري فلا دخل للشفيع فيها ولا يلتحق ذلك بأصل العقد لأنه لو التحق بأصل العقد لكان هبة للمبيع أو بيعاً يدور عوض وكلاهما لا تثبت فيه الشفعة بخلاف ما لو تنازل له عن بعضه فان ذلك يلتحق بأصل العقد وحينئذ يظهر في حق الشفيع فيأخذ المشفوع بما بقي بعد التنازل لأنه لما التحق بأصل العقد صار الباقي هو الثمن وكأنه لم يسم غير ذلك .
ولا فرق في ذلك بين أن يكون التنازل قبل الأخذ بالشفعة أو بعده للمالتحق بأصل العقد في الحالتين حتى لو أوفاه الثمن جاز له الرجوع عليه بالقدر المتنازل عنه .

ولو سلم الشفيع في الشفعة ثم تنازل البائع للمشتري عن جزء منه جاز للشفيع أن يطلب ثانياً لأنه تبين له أن الثمن أقل فله بالثمن الاول لا يعتبر . انظر مادة (١٢٧) (١) .

علمت مما تقدم أن الشفيع يثبت حقه في العقار عند حصول البيع فله أخذه منه جبراً عنه وحينئذ يجوز له أن ينقض جميع التصرفات التي حصلت منه مطلقاً سواء كان تصرفاً يبيع أو هبة أو وقف لقوة حقه وتقدمه فله أن يبطل البيع والهبة والوقف وقال الامام أحمد لا يجوز له أن يبطل الوقف والصدقة والهبة لما في ذلك من ابطال حق المستحق بغير عوض والضرر لا يزال بالضرر واذا باع فله

(١) المادة ١٢٧ — اذا قضي للشفيع بالمبيع وكان ثمنه مؤجلاً على المشتري يأخذه الشفيع بثمن حال فان أداه للبائع سقط الثمن عن المشتري وان أداه للمشتري فليس للبائع أن يطالب المشتري به قبل حلول الاجل المتفق عليه .

أن يأخذ بأي البيعين شاء لأن سبب الشفعة الشراء وقد وجد كل منهما .
ولو اشترى عقاراً وجد فيه شيئاً فاما أن يكون ما جدد له قيمة بعد نقضه
أو لا يكون له قيمة فان كان الاول كأن بنى فيه أو غرس أشجاراً فاما أن يكون
هدم البناء وقاع الاشجار مضرراً بالارض أو لا فان كان مضرراً فلا شفيع أخذ
البناء أو الاشجار بما يخصهما من الثمن مستحقين للهدم أو للقلع ولو جبراً عن
المشتري وإن كان الهدم أو القلع لا يضر بالارض فلا شفيع أن ينقض بناءه
ويقلع أشجاره وله أن يتركها بما يخصهما من الثمن مستحقين للهدم والقلع
برضا الشفيع .

وسبب ذلك أنه بنى أو غرس في محل تعلق به حق متأكد للغير من غير
تسليط من جهة من له الحق فيكون متعدياً بالنسبة اليه وحينئذ يماثل معاملة
المتعدي من تكليفه بالنقض أو القلع أو أخذه بقيمته مستحقاً للهدم أو القلع كما
تقدم . وقال أبو يوسف الشفيع بخير بين أمرين إما أن يأخذ ما جدد بقيمته
مستحق البقاء وإما أن يترك الشفعة ووافقه على ذلك مالك والشافعي وعلة ذلك
أن المشتري قد بنى في ملكه فليس متعدياً فلا يعامل معاملة الغاصب بتكليفه
بالقلع أو تركه بقيمته مستحقاً له ولأنه اذا اجتمع ضرران ارتكب الأخف .
وضرر المشتري بسبب الهدم أو القلع أشد من ضرر الشفيع لأن الشفيع
قد أخذ البناء في مقابلة العوض والمشتري لم يأخذ في مقابلة الهدم أو القلع شيئاً
فضرر الشفيع أهون من ضرر المشتري وقال الامام أحمد بذلك أيضاً وصرح
بأنه لو أراد المشتري قلعه جاز له ذلك ولو ضر بالارض ولا يكلف بتصليحها
لأنه محتاج الى تخليص ملكه مما كان مملوكاً له حين الوضع فليس بمتعدي وحينئذ
فلا شفيع أن يأخذ الجزء ناقصاً أو يترك وإنما عبر بالجزء لأن الشفعة عنده للشرى
فقط كما تقدم .

وإن كان ما جدد المشتري لا قيمة له بعد النقض كأن دهنها بألوان أو طلاها بمادة مقوية للبناء فالشفيع مخير بين الترك والأخذ فإذا اختار الأخذ لزمه أن يعطي قيمة ما زاد الدهن أو الطلاء لأنه لا قيمة له بعد النقض ولم أر خلافاً في هذا ولعل الفقهاء راعوا في ذلك ضياع مال المشتري بدون أدنى مقابل بخلاف البناء فإن الانقراض مال في الجملة وأنت تراهم هنا يقولون بأن المتجدد الذي لا قيمة له بعد النقض تلزم فيه قيمة ما زاده الشفيع وفي مبحث الاستحقاق يصرحون بأنه لا يلزم البائع قيمة ذلك ولم أر هناك نصاً صريحاً بوجوب الضمان وما هنا هو الاوفق والارفق . انظر مادتي (١٢٩ — ١٣٠) (١) .

فظهر مما تقدم حكم ما اذا كانت الارض المشفوعة خالية وجدد فيها المشتري بناء أو غرس أشجاراً وأما اذا اشترى أرضاً وفيها بناء أو غراس فالشفيع يستحق الارض بما فيها من البناء والشجر فيأخذ الارض بطريق الاصلية والبناء أو الشجر تبعاً فان كان البناء أو الشجر موجوداً واستلم الارض بما فيها فقد أخذ حقه . وإن كان غير موجود بأن هلك بعد الشراء فاما أن يكون هلاكه بفعل المشتري أو بفعل أجنبي أو انهدم البناء وجف الشجر بدون فعل أحد . فان كان انهدم أو القلع بفعل المشتري أو بفعل أجنبي أخذ الشفيع الارض بحصتها من الثمن وسقط عنه حصة البناء أو الشجر بأن يقسم الثمن على قيمته يوم

(١) المادة ١٢٩ — للشفيع أن ينقض جميع تصرفات المشتري حتى لو وقف العقار المشفوع أو جعله مسجداً فله نقضه .

المادة ١٣٠ — اذا بنى المشتري بناء في الدار أو الأرض المشفوعة أو غرس فيها أشجاراً فالشفيع بالخيار ان شاء تركها وان شاء أخذها بالثمن المسمى ودفع قيمة البناء والشجر مستحق القلع أو يكاف المشتري قلعهما واذا زاد المشتري على العقار المشفوع شيئاً من ماله بأن بيضه أو صبغه بألوان فان الشفيع يكون بالخيار ان شاء تركه وان شاء أخذه بالثمن وقيمة الزيادة .

البناء فما خص الارض يلزمه وما خص البناء أو الشجر يسقط منه لأن البناء أو الشجر وإن كان تابعاً إلا أنه صار مضموناً بالاستهلاك لأن التابع إذا استهلك يقابله شيء من الثمن وتكون الاخشاب والانتقاض ملكاً للمشتري .

وإن انهدم البناء بنفسه أو جف الشجر فاما أن يكون المشتري قد أخذ الانتقاض أو الاخشاب أو لا ، فإن كان الاول قسم الثمن أيضاً على قيمة الارض يوم العقد والانتقاض أو الاخشاب يوم الأخذ فما خص الارض يلزم الشفيع وما خص النقض أو الاخشاب يسقط عنه وإن كان الثاني فالشفيع بالخيار إن شاء ترك الشفعة وإن شاء أخذ الارض بكل الثمن لأن التابع إذا هلك بدون تعدٍ لا يقابله شيء من الثمن . وكان أبو يوسف رحمه الله يقول أولاً : يسقط عن الشفيع من الثمن بقدر ما هلك من البناء والشجر ، كما في الحالة الاولى وعمل ذلك بأن حال الشفيع مع المشتري كحال المشتري مع البائع قبل القبض وأما لو اشترى أرضاً وفيها زرع وهلك أو استهلك فيسقط عنه ما خص الزرع اتفاقاً لأنه مقصود في العقد بما أنه لا يدخل في المبيع إلا بالنص عليه ، والثمر إن كان موجوداً حال الشراء فحكمه حكم الزرع وإن وجد بعده فحكمه حكم البناء .

هذا اذا كان الهلاك واقعاً على التابع مثل البناء والشجر كما علمت وإن كان واقعاً على نفس الارض بأن هلك جزء منها فانه يسقط ما يخصه من الثمن لأن جميع أجزاء العقار مقصودة بالذات فكل جزء يقابله شيء من الثمن .

وينبغي على ذلك أنه لو اشترى انسان قطعة أرض واستحقها آخر بالشفعة وقبل الحكم له بها تلف بعضها بأن تسلط عليها البحر فجرف جزءاً منها فانه يسقط ما يخصه من الثمن بأن يقسم الثمن على قيمة الباقي وقيمة ما هلك فما خص

الموجود يلزم الشفيع وما خص المالك بسقط عنه كما سبق . انظر المواد (١٣١ و ١٣٢ و ١٣٣) (١)

ولو استلم الشفيع العقار ثم استحق بالينة ولم يكن جدد فيه شيئاً رجع الشفيع على من تلقى الملك منه بالثمن والمصاريف التي دفعها اليه فان كان قد أخذ من المشتري رجع عليه بالثمن ، وإن كان قد أخذ من البائع رجع عليه بالثمن أيضاً . وإنما يرجع بذلك لأنه تين أن الأخذ بغير حق لهدم الملك .

فان جدد الشفيع فيها شيئاً بأن بنى أو عمّر شيئاً ثم ظهر الاستحقاق بالينة فكذلك يرجع بالثمن والمؤن لا غير ولا يرجع على المشتري إن كان قد أخذ منه ولا على البائع كذلك أيضاً بما نقص بالهدم أو القلع لأن له أخذ العقار جبراً عن كل من المشتري والبائع . فان كان الأخذ بحكم القاضي فالامر ظاهر لوجود الجبر حقيقة ، وإن كان بالتراضي فهو موجود حكماً لثبوت الحق مطلقاً فالرضا غير معتبر بخلاف البيع فان الرضا موجود حقيقة وحكماً فبيعه برضاه يعتبر تسليمياً للمشتري على المبيع وحينئذ يكون قد غره وهنا ليس كذلك .

وقال أبو يوسف يرجع على من أخذ منه بما نقص بالهدم أو القلع لانه

(١) المادة ١٣١ — اذا هدم المشتري بناء الدار المشفوعة أو هدمه غيره أو قلع الاشجار التي كانت مغروسة في الارض المشفوعة يأخذ الشفيع العرصه أو الارض بحصتها من الثمن بأن يقسم الثمن على قيمة العرصه أو الارض وقيمة البناء أو الشجر وما خص العرصه أو الارض منه يدفعه الشفيع وتكون الانتقاض والاخشاب للمشتري .

المادة ١٣٢ — اذا تخربت الدار المشفوعة أو جفت أشجار البستان المشفوع بلا تعدي أحد عليها يأخذها الشفيع بالثمن المسمى .

فان كان بها انتقاض أو خشب وأخذ المشتري تسقط حصته من الثمن بأن يقسم الثمن على قيمة الدار أو البستان يوم العقد وقيمة الانتقاض والخشب يوم الأخذ .

المادة ١٣٣ — اذا تلف بعض الارض المشفوعة بغير فرق أو نحوه سقطت حصة التالف من أصل الثمن .

تلقى الملك عنه فيكون معه بمنزلة البائع والمشتري . وحينئذ لو كلفه المستحق بنقض البناء أو قلع الأشجار مستحقين للقلع يرجع الشفيع بالفرق بين قيمتها قائمين ومستحقين للقلع . والظاهر أن ذلك إذا لم يعلم الشفيع بأن الأرض مملوكة للمستحق فإن كان يعلم ذلك فلا حق له في الرجوع اتفاقاً لأنه مغتر لا مغرور . وقال الامامان الشافعي وابن حنبل : للشفيع أن يهدمه ويدفع الفرق بين قيمته مهدوماً ومستحقاً للبقاء . انظر مادتي (١٢٨ — ١٣٢) (١) .

والشفعة حق لا يقبل التجزئة فليس للشفيع أن يأخذ بعض العقار المشفوع دون بعضه لما في ذلك من إلحاق الضرر على المشتري بتفريق الصفقة عليه فيتضرر زيادة على الضرر بالأخذ منه بعيب الشركة وهي شرعت على خلاف القياس لدفع الضرر عن الشفيع فلا تشرع على وجه يتضرر به المشتري ضرراً زائداً سوى الأخذ ولكن لو اشترى جماعة عقاراً بعقد واحد أو بعدة عقود فله أخذ نصيب أحدهم وترك الباقي .

وفي هذه الحالة يقوم الشفيع مقام أحدهم فلا تتفرق الصفقة على أحد ولا فرق في هذا بين أن يكون قبل القبض أو بعده على الصحيح إلا أن الشفيع لا يمكنه أن يأخذ نصيب أحدهم إذا نقد الثمن حتى ينقد الجميع كي لا يؤدي ذلك إلى تفريق اليد على البائع لأنه بالأخذ صار كواحد منهم فله حبس كل المبيع حتى يأخذ الثمن بتمامه .

(١) المادة ١٢٨ — إذا قضي للشفيع بالعقار المشفوع فأدى ثمنه ثم استحق المبيع فإن كان أداه للمشتري فعليه ضمانه سواء استحق قبل تسليمه إليه أو بعده وإن كان أداه للبائع واستحق المبيع وهو في يده فعليه ضمان الثمن للشفيع .

المادة ١٣٤ — إذا أخذ الشفيع العقار المشفوع وبني فيه بناء أو غرس فيه أشجاراً ثم استحق العقار فإنه يرجع بالثمن فقط ولا رجوع له بقيمة البناء والشجر على أحد بمعنى أنه لا يرجع بما نقص بالقلم .

بخلاف ما لو باع جماعة لواحد فان الشفيع ليس له أخذ نصيب أحد البائعين
لما فيه من تفريق الصفقة على المشتري وقد تقدم أنه لا يجوز . انظر
مادة (١٣٥) (١) .

❖ الفصل الخامس ❖

❖ فيما يسقط الشفعة ويبطلها ❖

اعلم ان هذا المبحث له أصلان : الأول - ان حق الشفعة ضعيف يسقط
بزوال سببه وبكل ما يدل على الاعراض ، الثاني انه مجرد إرادة ومشية للشفيع .
وينبني على الأصل الاول ما يأتي :

الاول - يسقط حق الشفعة بترك طلب المواثبة بعد العلم بالبيع والمشتري
والثمن ، وبترك طلب التقرير مع التمكن منه أو باختلال شرط من شروط
صحتها ، وبترك المحاصمة شهراً بلا عذر عند محمد لدفع الضرر عن المشتري
وبتركها في مجلس من مجالس القضاء مع التمكن في رواية عن أبي يوسف وبمضي
ثلاثة أيام في رواية عن محمد بلا عذر لأن هذه المدة شرعت لأبلاء الاعذار .
وقال أبو حنيفة لا يسقط حق الشفيع بتأخير المحاصمة مطلقاً لاستقرار حقه
ويمكن المشتري رفع الضرر عنه بطلبه عند القاضي ليأخذ أو يترك كما تقدم .

الثاني - يسقط حق الشفيع في الشفعة بزوال ملكه قبل حكم القاضي له بها
أو الأخذ بالتراضي فلو باع العقار الذي يشفع به أو وقفه على نفسه وأولاده من

(١) المادة ١٣٥ — الشفعة لا تقبل التجزئة فليس للشفيع أن يأخذ بعض العقار
المشروع ويترك بعضه جبراً على المشتري انما اذا تعدد المشترون واتحد البائع وقهضوا المبيع
منه أو لم يقهضوه ودفعوا له الثمن فالشفيع أن يأخذ نصيب بعضهم ويترك الباقي .

بعده أو على الفقراء من أول الأمر أو جعله مسجداً بطل حقه في الشفعة لعدم وجود السبب كما تقدم .

الثالث - يسقط حق الشفيع بشرائه من المشتري أو استئجاره أو مساومته بيعاً بأن طلب منه أن يبيعه له بثمن قدره كذا أو ساومه اجارة بأن طلب من المشتري أن يؤجره له أو ضمن استحقاق المبيع أو طلب منه أن يبيعه له مرابحة أو تولية بأن قال له : به لي بما اشتريت وأزيد لك عشر جنيهات مثلاً ، أو قال له : به بالثمن الذي اشتريت به ، فالأول هو المrabحة والثاني التولية لوجود ما يدل على الاعراض لأن إقدامه على ذلك مع امكانه أخذه بالشفعة يدل على اعراضه .

وإذا سقط حق الشفيع في الشفعة انتقل الحق الى من يليه في الاستحقاق بشرط حصول الطلب منه عند حصول البيع بحيث لو لم يطلب لا ينتقل حق الشفعة اليه لبطلانه بترك الطلب وكذا الحكم لو أسقط حقه قبل الحكم أو الأخذ بالتراضي ولكن لو أسقط حقه بعد الأخذ لا ينتقل الى من يليه لثبوت ملكه فلا ينتقل الى ملك غيره إلا بسبب من أسباب الملك المتقدمة . انظر المواد (١٣٦ ، ١٣٧ ، ١٤١ ، ١٤٢ ، ١٤٣) (١) .

(١) المادة ١٣٦ — تبطل الشفعة بترك طالب الموائبة أو باختلال شرط من شروط صحتها وتسقط أيضاً بترك طالب التقرير والشهاد مع امكانه والقدرة عليه وتأخير طلب الخاصمة شهراً بلا عذر .

المادة ١٣٧ — اذا اسقط الشفيع حقه في الشفعة وتركه قبل الحكم سقط حقه وللشفعاء الآخر أن يأخذوا العقار المبيع ان طلبوا الشفعة بشروطها وان اسقط حقه بعد الحكم له فلا يسقط ولا يكون لأحد حق فيه .

المادة ١٤١ — اذا باع الشفيع العقار المشفوع به أو وقفه أو جعله مسجداً قبل تملكه العقار المشفوع بطلت شفيعته .

المادة ١٤٢ — اذا اشترى الشفيع العقار المشفوع من المشتري سقطت شفيعته واذا =

الرابع - لا يسقط حق الشفيع اذا علم أن المشتري زيد فسلم ثم ظهر أنه بـكر بل له حق الأخذ بالشفعة لتفاوت الناس في الأخلاق والمعاشرة فالتسليم بالنسبة لبعض الناس لا يكون تسليماً لغيره بل لو علم أن المشتري زيد فسلم ثم تبين أنه هو مع غيره فله الأخذ من ذلك الغير لما تقدم .

وكذا لو علم بأن الثمن كذا فاستكثره فسلم ثم ظهر أنه أقل فله الأخذ لأن علمه بالثمن لم يكن صحيحاً ولأن تسليمه كان للاستكثر فلا يكون دليلاً الاعراض . انظر مادتي (١٤٤ - ١٤٥) (١) .

الخامس - اذا علم أن الذي يبيع هو النصف فسلم ثم بان أنه الكل فله الشفعة في الكل لأن التسليم في النصف لا يكون تسليماً في الكل ولأنه سلم في النصف لخوف ضرر الشركة ولا شركة في حال بيع الكل فلاعراض عن أخذ النصف لا يعد اعراضاً عن أخذ الكل بخلاف ما لو علم أن الذي يبيع هو الكل فسلم ثم تبين أن ما يبيع هو النصف فإن حقه يسقط لأن التسليم في الكل تسليم في النصف لأنه جزء منه ، وقال بعض الفقهاء لا يسقط حقه في هذه الحالة أيضاً بل له أن يأخذ النصف لأنه قد يكون الاعراض لعدم القدرة على ثمن الكل وقد تكون حاجته الى النصف فقط لتتميم مرافقه فاعراضه عن الكل لا يكون دليلاً الاعراض عن النصف وهو وجيه ، انظر مادة (١٤٦) (٢) .

== سقطت شفيعته فلمن دونه أو مثله في الدرجة من الشفعاء أن يأخذه بالعقد .

المادة ١٤٣ — اذا استأجر الشفيع المبيع أو ساومه بيعاً أو اجارة أو طلب من المشتري بيعه له تولية أي بمثل الثمن الاول سقطت شفيعته .

(١) المادة ١٤٤ — اذا اخبر الشفيع بمقدار الثمن فاستكثره فسلم في الشفعة ثم تحقق له أن الثمن أقل مما اخبر به فله حق الشفعة .

المادة ١٤٥ — اذا علم باسم المشتري فسلم في الشفعة ثم بان أن المشتري هو غير من سمي فله حق الشفعة .

(٢) المادة ١٤٦ — اذا بلغ الشفيع شراء نصف العقار المشفوع فسلم في الشفعة ثم تحقق له شراء كل المبيع فله الشفعة وفي عكسه لا شفعة له .

السادس - لا تقبل الشفعة التجزئة فالشفيع يلزمه أن يطلب جميع العقار الذي له عليه حق الأخذ بالشفعة لأنه حق والقسمة للمزاحمة فلو كانت دار مشتركة بين ثلاثة فباع أحدهم نصيبه لأجنبي وطلب أحد الشريكين نصف ما بيع بناء على أنه يستحقه فقط بطلت شفيعته لوجود اعراضه عن بعض حقه فيبطل البعض الآخر لعدم التجزئة .

ولأنه يجوز أن لا يطلب الآخر فيلزم على أخذه النصف دفع ضرر الشفيع بضرد أزيد وهو لا يجوز كما علمت وليس للشريك الثاني أن يطلب النصف بل يطلب الكل أو يترك ولو طلب النصف بطل حقه أيضاً كما سبق . انظر مادة (١٣٨) (١) .

ويترتب على الثاني وهو أن الشفعة مجرد ارادة ومشينة :

أولاً - إنها لا تبطل بموت المشتري لأن المستحق موجود ولم يتغير سبب حقه ولهذا لا يجوز لأحد من الورثة بيعه ولا للقاضي كما أنه لا يجوز لغرماء المشتري طلب بيعه لقضاء دينهم فلو تصرف فيه الورثة أو غيرهم فالشفيع نقض تصرفهم كما جاز له أن ينقض تصرف المشتري نفسه . انظر مادة (١٣٩) (٢) .

ثانياً - تبطل الشفعة بموت الشفيع قبل الأخذ بالتراضي أو قضاء القاضي سواء مات قبل طلب الموائبة والاشهاد أو بعدها وسبب ذلك أن حق الشفعة ليس بمال بل هو مجرد ارادة ومشينة ولأن ملك الشفيع الذي هو سبب في الأخذ قد بطل بموته وشرط الأخذ بقاء سبب الشفعة من حين البيع الى زمن الأخذ بالتراضي أو الحكم بقضاء القاضي وملك الورثة حادث بعد البيع فلم يوجد

(١) المادة ١٣٨ — يشترط لصحة الشفعة أن يطلب الشفيع كل المبيع فإن طالب أحد

الشريكين نصفه بناء على أنه يستحق النصف فقط بطلت شفيعته .

(٢) المادة ١٣٩ — لا تبطل الشفعة بموت المشتري .

السبب وقت حصول البيع ولهذا لا يجوز للشفيع أخذ عوض عنه قلو باع حقه
 في الشفعة بطل حقه لوجود الاعراض ولزم رد العوض .
 وقال الشافعي ومالك لا يبطل الحق في الشفعة بموت الشفيع فيورث عنه
 وتقوم ورثته مقامه لأن حقه معتبر شرعاً مثل حق الرد بخيار العيب ومثل حق
 القصاص . والظاهر أنه على مذهبهما يجوز أخذ العوض عنه لتصر بهما بأنه حق
 معتبر شرعاً . انظر مادة (١٤٠) (١) .

— ❖ — باب ❖ —

❖ في التملك بوضع اليد على الأموال المباحة ❖

اعلم ان الانسان قد يكتسب ملك الاعيان بطريق التلقي من شخص آخر
 واما أن يكون قد اكتسبه بنفسه بدون اكتساب للملك من غيره . فالاول مثل
 البيع والهبة والارث والشفعة والثاني هو الملك بسبب وضع اليد على الشيء
 المباح . وهو إما أن يكون ارضاً أو غيرها مثل المعادن كما سيبين قريباً . فان كان
 ارضاً لا ينتفع بها وليست بمملوكة لأحد وأحيائها مسلم أو ذمي باذن ولي الامر
 أو نائبه كالفاضي فقد ملكها ولا يجوز لأحد نزاعها منه إلا بسبب من أسباب
 الملك التي سبق بيانها أو كان هناك ضرورة لذلك كأن احتيج إليها للمنافع
 العمومية فتؤخذ منه بقيمتها كسائر أملاكه .

وأحيائها يكون بحرثها وسقيها وغرسها أشجاراً فلو كانت مملوكة لشخص

(١) المادة ١٤٠ — تبطل الشفعة بموت الشفيع قبل تملكه العقار المشفوع بالقضاء
 أو الرضاء سواء كان موته قبل الطلب أو بعده ولا ينتقل حقه فيها الى ورثته .

أو كان ينتفع بها فلا يجوز لأحد إحيائها . واشترط أبو يوسف زيادة على ذلك أن تكون بعيدة عن العامر مثلاً بحيث لو صاح من بأقصاه وكان عالي الصوت لا يسمعه من بالارض الموات لأن القرية من العامر مظنة الاحتياج اليها إذ الظاهر أن ما يكون قريباً من العامر لا ينقطع ارتفاق أهله عنه . ولم يشترط ذلك الامام محمد بل جعل المدار في جواز إحيائها على الانتفاع بها حقيقة وعدمه بلا فرق بين كونها قرية أو بعيدة .

والقائل بأن الاحياء متوقف على إذن الامام أو نائبه هو الامام أبو حنيفة واستدل على ذلك بقوله عليه الصلاة والسلام : « ليس للمرء إلا ما طابت به نفس إمامه » ولأنه ملك للامة بحق الفتح فليس لأحد أن يختص به بدون إذن الامام .

وقال أبو يوسف ومحمد لا يتوقف الاحياء على إذن الامام اذا كان المحي مسلماً لقوله عليه الصلاة والسلام : « من عمر أرضاً ليست لأحد فهو أحق بها » ولقوله صلى الله عليه وسلم : « من أحيا أرضاً ميتة فهي له » ولأنه مال مباح سبقت يد المحي اليه ورجح العلماء كلاً من الرأيين والظاهر الاول لانه أكثر ملاءمة للنظام فلا يحصل نزاع بين الاهالي بل كل له إذن خاص به مسجل في سجلات معلومة .

ثم ان المحي لها إما أن يكون ذمياً أو مسلماً ، فان كان ذمياً قدر عليها الخراج المناسب لها مطلقاً سواء كانت قرية من ماء الخراج أو من ماء العشر في نظير ريفها وحفظها ، وإن كان مسلماً وكانت قرية من ماء الخراج بحيث يتعين ريفها منه قدر عليها الخراج ايضاً باعتبار سقيها وإن كانت قرية من ماء العشر بحيث تسقى منه قدر عليها العشر لأنها زكاة وهي أليق به . ولو حجرها بدون إحياء بأن وضع على حدودها علامات وازال ما فيها من الشوك والحشيش كان ذلك سبباً

في كونه أولى من غيره الى ثلاث سنين فاذا لم يحياها في تلك المدة جاز للامام اخذها منه لأنه إنما اعطاها له لينتفع بها بالاحياء وتنتفع الامة بخراجها أو عشرها فاذا لم يحصل المقصود فلا فائدة في تركها في يده . وإما قدرت المدة بثلاث سنين لأثر عمر رضي الله عنه وهو « ليس لمتحجر بعد ثلاث سنين حق » . انظر مادة (١٤٧) (١) .

فقد علمت حكم ما اذا كان المباح ارضاً . فان كان غير ارض فاما أن يكون من الجوامد التي تنطمع بالنار أو لا ، فان كان منها فاما ان يكون خلقياً ك معدن ذهب وفضة ونحاس وحديد ، وإما ان يكون صناعياً بأن يكون كنزاً ، وعلى كل فاما ان يكون في ارض مملوكة أو غير مملوكة . فاذا وجد انسان معدناً مكوذاً في ارض مملوكة لمعين فلهالك الارض اربعة اخماسه لأنه جزء من ملكه بما ان الارض مملوكة له بجميع اجزائها والخمس للحكومة لقوله عليه الصلاة والسلام : « وفي الركاك الخمس » وكذا الحكم في ارض الوقف ويعتبر الركاك من اصل الوقف لا من الربيع .

وإن وجد شخص ركاذاً في ارض مملوكة لغير معين كأراضي الحكومة فالركاك كله للحكومة أما الخمس فظاهر وأما الباقي فلوجود المالك وهو جميع الامة فيأخذه وكيلهم بالنيابة عنهم وهو الامام ليصرفه في المنافع العائدة على الامة بالفائدة العامة . والظاهر ان الواجد له أجر مثله وللإمام أن يكافئه على عمله .

(١) المادة ١٤٧ — الأراضي الموات أي المباحة التي لا ينتفع بها وليست في ملك أحد تكون ملكاً لمن وضع يده عليها وأحيائها باذن ولي الأمر مسلماً كان أو ذمياً لا مستأمناً .

فن أذن له باحياء ارض موات وكان واحداً منها وأحيائها بأن زرعها أو غرس أو بنى فيها فقد ملكها ولا تنزع منه بل يربط عليها العشر ان كانت اقرب الى ارض العشر وكان الحي مسلماً والا فلاخراج .

ومحل كون الواجد لا يأخذ شيئاً من الركاز اذا لم يأذن له الامام بالبحث في نظير
جزء معلوم مما يجده . فان صرح له بذلك بشروط معلومة فله ما شرطه
له الامام .

وان وجد الركاز في ارض غير مملوكة لأحد كالجبال والمفاوز التي لا مالك
لها فأربعة اخماسه للواحد وخمسه للحكومة للحديث المتقدم .

هذا اذا كان الركاز خلقياً فان كان مدفوناً فاما أن يكون عليه نقش
الجاهلية أو الاسلام ، فان كان الاول فحكمه حكم المعدن في جميع ما تقدم ،
وان كان عليه نقش الاسلام فهو لمالك الارض التي وجد بها إن ادعاه وإن
لم يدعه أو وجد في ارض غير مملوكة لأحد فهو لقطة يجب تعريفها والمناداة عليها
في الجهات التي يظن وجود مالكم فيها ، فان حصل يأمن من وجود المالك جاز
للواعد أن يتصدق بها على الفقراء والمساكين بطريق النيابة عن المالك ، وإن
كان فقيراً معدماً جاز له أن يتصدق بها على نفسه مبتهلاً الى الله تعالى بالدعاء
والاستغفار لمالكها . وأما ما لا ينطبع بالنار فلا خمس فيه وقال الشافعي يجب
الخمس فيه كالأحجار النفيسة مثل الزمرد والماس . انظر مادتي (١٤٨ و ١٤٩) (١).

ومن الاشياء المباحة التي تملك بوضع اليد عليها السمك في البحر والطير البري
الذي لا مالك له فيجوز للانسان أن يصطاد السمك والطير ويتخذ ذلك حرفة

(١) المادة ١٤٨ — اذا وجد في ارض عشرية او خراجية مملوكة لشخص معين معدن
ذهب او فضة او حديد او نحاس او نحوه من الجوامد التي تنطبع بالنار فانه يكون ملكاً
لمالك الأرض وعليه الخمس للحكومة .

وان وجدت في ارض مملوكة لغير معين كأراضي الحكومة تكون كلها للحكومة .

المادة ١٤٩ — من وجد في ارض من الأراضي المباحة كالجبال والمفاوز كنزاً مدفوناً
وعليه علامة او نقش عملة الجاهلية ناله اربعة اخماسه وخمسه للحكومة .

وان كان عليه نقش من النقوش الاسلامية فهو لمالك الارض التي وجد فيها ان ادعى
ملكه والا فهو لقطة .

بشرط أن لا يترتب على ذلك ضرر ولا ارباب للعامة . وقد ثبت ذلك بقوله تعالى « أحل لكم صيد البحر وطعامه متاعاً لكم وللسيارة . وحرّم عليكم صيد البر ما دمتم حرماً » فحرمة صيد البر مقيدة بمدة الاحرام بمفهوم هذه الآية ومنطوق قوله تعالى « واذا حللتم فاصطادوا » وبقوله عليه الصلاة والسلام « الصيد لمن أخذه » وقوله صلى الله عليه وسلم لعدي بن حاتم « اذا ارسلت كلبك فاذا ذكر اسم الله تعالى فان أمسك عليك فأدر كته حياً فاذبحه وإن وجدته قد قتل ولم يأكل منه فكله فان أخذ الكلب ذكاة » .

وللصيد شروط وأحكام متى روعيت كان جائزاً شرعاً ويسوغ اتخاذه حرفة كسائر أنواع الكسب الجائز شرعاً وهو ممدوح لأنه يدرّب على حسن الرماية ويكسب صاحبه النشاط وقوة البصر والشجاعة وغير ذلك مما رغبت فيه الشريعة السمحاء انظر مادة (١٥٠) (١) .

— ❧ — باب ❧ —

❧ في وضع اليد وعدم سماع الدعوى بمرور الزمان ❧

الاصل في هذا المبحث أن الولاية تختص بالزمان والمكان والخصومة وتقبل التقييد والتعليق بالشرط كقول الامام لمن يريد توليته : اذا وصلت الى بلد كذا فأنت قاضيه وتقبل الاضافة الى زمن معلوم كقوله : جعلتك قاضياً على جهة كذا من أول سنة سبع وعشرين وثلاثمائة بعد الالف ، لأن السلطة مستمدة منه فلا يتجاوز المستمد قدر ما أمده به ولي الأمر واستدل على أن

(١) المادة ١٥٠ — الصيد مباح برأ وبحراً ويجوز اتخاذه حرفة .

الولاية تقبل التعليق بقوله عليه الصلاة والسلام حين بعث البعثة الى مؤتة (قرية من قرى البلقاء في حدود الشام من جهة بلاد العرب شمال معان) وأمر عليهم زيد بن حارثة : « إن قتل زيد بن حارثة فجعفر أميركم وإن قتل جعفر فعبد الله بن رواحة » وقد ورد نهي سلطاني للقضاة بعدم سماع الدعوى في غير الارث والوقف بعد مضي خمس عشرة سنة والمدعى عليه وادعى عليه ما يدعي المدعى وهو حاضر ولم يكن عنده عذر شرعي يمنعه من الخصومة لأن تركه تلك المدة اشارة على كونه غير محق وأن الشيء المتنازع فيه ملك لو اضع اليد إذ العرف والعادة يقتضيان ان الشخص لا يسكت عن ملكه هذا الزمن الطويل .

والكن مضي المدة لا يكسب وادعى اليد الملك فيما وضع يده عليه لقوله عليه الصلاة والسلام « لا يبطل حق امرئ مسلم وإن قدم » ولذلك لو أقر به المدعى عليه تسمع الدعوى ولو تمسك بالمدة الطويلة ولا يلتفت اليه . وينبغي لولي الامر أن ينظر في مثل هذه القضايا بنفسه أو يعين من يختاره للفصل فيها كي لا تضع الحقوق ، نعم لو كان بعض المدعين مشهوراً بالحيل والتزوير لا يلتفت الى قضيته أصلاً لان شهرته بالتزوير تدل على أنه مبطل في دعواه وإنما الواجب عليه النظر في قضايا من لم يشتهروا بالتزوير والاحتيال لاغتيال حقوق الناس بالباطل . وينبغي على ذلك أنه اذا كان شخص وادعى عليه على عين من الاعيان عقاراً كانت أو منقولاً والحال أنه يتصرف فيها تصرف الملاك بدون منازع ولا معارض مدة خمس عشرة سنة فلا تسمع عليه دعوى الملاك بغير الارث والوقف من أحد ليس عنده عذر شرعي كسفر أو مرض أو جنون أو صغر كما سيدين قريباً ، ومحل ذلك ما اذا انكر المدعى عليه فان أقر للمدعى وجب على القاضي سماعها ولذلك ينبغي للقاضي أن لا يرفض القضية من أول الأمر بل ينبغي له أن يوجه الى المدعى عليه بض أسئلة لجواز أن يقر وإذ ذاك

يبتدىء في سماعها ليفصل فيها . انظر مادة (١٥١) (١) .

فما تقدم علمت أن النهي السلطاني خاص بغير الارث والوقف فلا يسري حكم النهي اليهما بل تسمع فيهما الدعوى ولو بعد مضي خمس عشرة سنة ولكن نص الفقهاء على أن الخصم لو ترك الخصومة مدة ثلاث وثلاثين سنة في الارث والوقف وهو يشاهد واضع اليد يتصرف في العين التي تحت يده تصرف الملاك بدون منازع ولا معارض ولم يكن له عذر شرعي يمنعه من الخصومة فلا تسمع دعواه بعد ذلك لان ترك الخصومة هذا الزمن الطويل يدل على أنه غير مالك لما يدعيه وهذا الحكم ليس مبنياً على نهى سلطاني بل على اجتهاد الفقهاء ولذا لا تسمع الدعوى بعدها ولو أمر ولي الامر بسمائها . وصرح بعضهم بأن المدة في الارث والوقف ثلاثون سنة ، وصرح آخرون بأنها ست وثلاثون سنة ، وقال بعضهم المستثنى من النهي السلطاني إنما هو الوقف ومال اليتيم والغائب دون الارث والمشهور الاول . انظر مادة (١٥٢) (٢) .

وليست المدة المانعة من سماع الدعوى قاصرة على الزمن الذي وضع يده المدعى عليه فيه بل لو اضع اليد المدعى عليه أن يضم الى مدة وضع يده مدة وضع يد من تلقى الملك عنه مطلقاً سواء كان ذلك التلقي بطريق الشراء أو الهبة أو الوصية أو الارث أو غير ذلك كالأخذ بالشفعة فاذا ضمت المدتان الى بعضهما وصار المجموع مساوياً للمدة المانعة من سماع الدعوى فلا تسمع على واضع اليد

(١) المادة ١٥١ — من كان واضعاً يده على عقار أو غيره ومتصرفاً فيه تصرف الملاك بلا منازع ولا معارض مدة ١٥ سنة فلا تسمع عليه دعوى الملك بغير الارث من أحد ليس بذئ عذر شرعي ان كان منكراً .

(٢) المادة ١٥٢ — من كان واضعاً يده على عقار متصرفاً فيه تصرف الملاك بلا منازع مدة ثلاث وثلاثين سنة فلا تسمع عليه بعدها دعوى الارث ولا دعوى اصل الوقف الا لعذر شرعي .

دعوى الملك المطلق ولا دعوى الارث والوقف لأن علة منع سماعها الترك وقد حصل في مجموع المدتين . انظر مادة (١٥٣) (١) .

ومحل منع سماع الدعوى بعد مضي المدة اذا لم يكن وضع اليد بطريق الاجارة أو الاعارة فإن كان واضع اليد مستأجراً أو مستعيراً معترفاً بالاجارة أو الاعارة فليس له أن يتمسك بمضي المدة وهو واضع اليد لاعترافه بأنه ليس بمالك وأن الملك للمؤجر أو المغير . فلو انكر الاجارة أو الاعارة في جميع مدة وضع يده ومضت المدة المقررة لمنع سماع الدعوى والمدعي حاضر ولم يخاصم مع تمكنه من الخصامة ووجود الداعي لها وهو انكاره الاجارة أو الاعارة فلا تسمع دعواه بعد ذلك لأن سكوته المدة الطويلة يدل على أنه غير محق في دعواه كما تقدم . انظر مادة (١٥٥) (٢) .

وهذا اذا ترك مدعي الملك أو الارث أو الوقف الدعوى في المدة الطويلة (وهي خمس عشرة سنة في الملك المطلق وثلاث وثلاثون في الارث والوقف) بدون عذر شرعي فإن كان عنده عذر من الاعذار الشرعية يمنعه من الدعوى كأن كان مريضاً أو مسافراً أو قاصراً أو مجنوناً وليس لها ولي أو وصي جاز سماع الدعوى ولا عبرة بوضع اليد في تلك المدة لأن العلة ترك الخصومة مع التمكن وهو لم يتمكن لوجود العذر . ومن المقرر أن المعلوم يدور مع علته وجوداً وعدمًا .

(١) المادة ١٥٣ — لواضع اليد على العقار ان يضم الى مدة وضع يده مدة وضع يد من انتقل منه العقار اليه سواء كان انتقاله بشراء أو هبة أو وصية أو ارث أو غير ذلك فإن جمعت المدة وبلغت المدة المحددة لمنع سماع الدعوى فلا تسمع على واضع اليد دعوى الملك المطلق ولا دعوى الارث ولا الوقف .

(٢) المادة ١٥٥ — من كان واضعاً يده على عقار بطريق الاجارة أو الاعارة وهو مقر بالاجارة أو العارية فليس له ان يتمسك بمرور خمس عشرة سنة على وضع يده في منع سماع دعوى المؤجر أو المغير عليه فإن كان منكرًا للاجارة أو العارية جميع تلك المدة والمدعي حاضر وهو تارك للدعوى عليه مع التمكن منها ووجود المقضي لها فلا تسمع دعواه بعد ذلك .

ولهذا لو حضر المسافر وبلغ الصبي وعقل المجنون وترك كل منهم الدعوى بعد زوال العذر مدة خمس عشرة سنة في الملك المطلق ومدة ثلاث وثلاثون في الارث والوقف لا تسمع منهم الدعوى . انظر مادتي (١٥٦ — ١٥٧) (١) .

ولو خاصم المدعي واضع اليد عند القاضي في مجلس القضاء قبل مضي المدة المانعة من سماع الدعوى ولم يفصل القاضي في الخصومة واهملت الدعوى حتى مضى على وضع اليد المدة الكافية لمنع من سماع الدعوى جاز للقاضي سماعها ولكن محل ذلك ما لم يمض بين الدعوى الاولى والثانية المدة المقررة لعدم سماع الدعوى فان مضت المدة بعد الدعوى الاولى ولم يكن عنده عذر يمنعه من الدعوى فلا يجوز للقاضي سماعها . هذا اذا كانت الخصومة أمام القاضي كما تقدم فان طلب المدعي العين من واضع اليد عليها في غير مجلس القضاء فلا تعتبر تلك المطالبة ولو حصلت مراراً وحينئذ لا تكون تلك المطالبة قاطعة للمدة بل لو اضاع اليد أن يضم المدة التي بعد المطالبة الى التي قبلها فان بلغت المدة المحدودة ثم ادعى أحد على واضع اليد بعد ذلك فلا تسمع منه الدعوى . انظر مادتي (١٥٨ — ١٥٩) (٢) .

-
- (١) المادة ١٥٦ — انما لا تسمع دعوى الملك أو الارث أو الوقف على واضع اليد اذا تحقق ترك الدعوى بلا عذر شرعي في المدة المحدودة .
- المادة ١٥٧ — اذا ترك الدعوى اعذر من الاعذار الشرعية في المدة المحدودة كأن كان المدعي غائباً أو قاصراً أو مجنوناً ولا ولي لهما ولا وصي فلا مانع من سماع دعوى الملك أو الارث أو الوقف ما لم يحضر الغائب ويبلغ الصبي ويفيق المجنون ويترك الدعوى بعد حضوره أو بلوغه أو افاقة مدة تساوي المدة المحدودة .
- (٢) المادة ١٥٨ — واذا ادعى في اثناء المدة في مجلس القضاء على واضع اليد ولم تفصل الدعوى فلا مانع من سماعها ثانياً ولو مضت المدة المحدودة ما لم يمض بين الدعوى الاولى والثانية المدة المحدودة .
- المادة ١٥٩ — المطالبة في اثناء المدة المحدودة في غير مجلس القضاء لا تعتبر ولو تكررت مراراً .

وليس عدم سماع الدعوى قاصراً على مضي المدة الطويلة المتقدم بيانها بل يمنع المدعي من سماع دعواه اذا وجد منه ما يدل على اعترافه بالملك لوضع اليد ولو لم يمض على ذلك المدة الطويلة لأنه بدعواه الملك بعد اعترافه بعد ساعياً في نقض ما تم من جهته وكل من سعى في نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه . وينبغي على ذلك ما يأتي :

الأول - انه اذا ساوم شخص آخر في العين التي تحت يده بطريق البيع أو الاجارة ليبيعها له أو يؤجرها إياه أو طلب منه أن يودعها عنده أو يؤجرها له أو طلب منه أن يعيرها إياه ثم ادعى بعد ذلك أن العين ملكه فلا تسمع دعواه بعد المساومة أو طلب الايداع أو الاجارة أو الاعارة لاعترافه ضمناً بالملك للمدعى عليه فلا تقبل دعواه . انظر مادة (١٥٤) (١) .

الثاني - اذا باع أحد لآخر عيناً من الأعيان سواء كانت عقاراً أو منقولاً أمام شخص فاستلم المشتري المبيع بحضوره وتصرف فيه تصرف المالك وهو حاضر كأن بنى في العقار أو غرس فيه أشجاراً أو زرعه أو كان المبيع من الأقمشة فجعله ثوباً ثم أراد بعد ذلك مخاصمة المشتري فلا تسمع دعواه لأن حضوره وقت البيع ومشاهدته للتصرف ولم ينكر على المشتري ولم يخاصمه في ذلك الوقت بدون عذر يعد اعترافاً منه بالملك ولو مات ذلك الشخص وأراد وارثه أن يدعي فليس له ذلك لاعتراف مورثه بالملك للمشتري ضمناً . انظر مادة (١٦٠) (٢) .

(١) المادة ١٥٤ — الاستيلاء والاستيلاء والاستيلاء والاستيلاء والاستيلاء تعتبر اقراراً بعدم الملك لمباشر ذلك فلا تسمع دعواه لنفسه على وضع اليد ولو لم يمض على وضع اليد المدة المحددة لمنع سماع الدعوى .

(٢) المادة ١٦٠ — من كان واضعاً يده على عقار اشتراه فلا تسمع دعوى الملك عليه =

الثالث - انه اذا باع شخص عقاراً أو حيواناً أو ثوباً لاخر وكان أحد أقاربه يعلم ذلك كولد أو أبيه أو أخيه أو زوجته ثم ادعى أنه ملكه فلا تسمع دعواه بعد ذلك إذ لم يكن عنده عذر يمنعه من إقامة الدعوى وقت البيع لأن سكوته وقت البيع يعد اعترافاً منه بالملك للبائع وأنه ليس له حق فدعواه بعد ذلك تعد سعيّاً في نقض ما تم من جهته وكل من سعى في نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه كما سبق .

ولا يشترط في عدم سماع دعوى القريب مشاهدته لتصرف المشتري كما تقدم في الأجنبي على الصحيح بل مجرد اطلاعه على بيع قريبه بدون مخاصمة يمنعه من سماع الدعوى . انظر مادة (١٦١) (١) .

— فائدة —

قال الامام مالك من حاز عقار غيره عشر سنين منع الغير من سماع الدعوى وهذا اذا كان أجنبياً فان كان قريباً سواء كان شريكاً في العقار أو غير شريك فلا تعتبر الحيازة إلا اذا طال تصرف الحائز بالهدم والبناء ونحوها مدة طويلة نحو ستين سنة . وتختلف الحيازة في المنقول باختلاف حالته ففي دابة الركوب وفي نحو اثاث المنزل ثلاث سنين ، وفي نحو ثوب سنة .

وأما الديون الثابتة في الذمة ففيل تسقط بمضي عشرين سنة بدون عذر وقيل

== ممن كان معه في المدة وهو يعلم البيع ورآه وهو يتصرف فيه بناء وزرعاً وغير ذلك وسكت عن دعواه ولو لم يمض على وضع اليد خمس عشرة سنة ووارث من كان حاضراً يعلم البيع ويرى التصرف ككوريته في عدم سماع الدعوى منه .

(١٢١) المادة ١٦١ — لا تسمع دعوى المالك على واضع اليد من ولد البائع له ولا من أقاربه أو زوجته الذين كانوا حاضرين وقت بيع العقار له وطالين به وسكتوا عن دعواه ولو لم يمض على بيعه خمس عشرة سنة .

لا تسقط إلا بمضي ثلاثين سنة واختار ابن رشد أنها متى كانت ثابتة لا تسقط وإن طال الزمان وكان ربه حاضراً ساكتاً قادراً على الطلب لخبر « لا يبطل حق امرئ مسلم وإن قدم » وفوض بعضهم الأمر لاجتهاد القاضي لينظر في حال الزمن وحال الناس وهو ظاهر . اهـ . من الشرح الكبير جزء ٤ صحيفة

٢١٧ — ٢١٨ .

— باب —

﴿ في نزع الملك ﴾

الأصل أنه لا ينزع ملك أحد من يده جبراً عنه بغير حق شرعي لقوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراضٍ منكم » فإن حصل نزع الملك باختياره وتصرفه الجائز شرعاً الناقل للملك جاز ذلك وانتقل الملك متى وجد العقد مستوفياً شرائطه الشرعية كالبيع والهبة . انظر مادتي (١٦٢ و ١٦٣) (١) .

وقد سوغ العلماء نزع الملك جبراً عن المالك في بعض الأحوال للضرورة وذلك فيما إذا كان المالك مديناً بدين ثابت عليه وامتنع عن قضاء دينه فإنه يجوز للقاضي أن يبيع من ملكه جبراً عنه بقدر ما يقضي به دينه إذا طلب الدائن ذلك مراعاة لحقه فيقوم القاضي مقام المدين عند امتناعه عن أداء دينه كما قام مقام العنين والمحجوب في طلاقه إذا امتنع . ولكن يلزم القاضي أن يراعي

١١ . المادة ١٦٢ — لا ينزع ملك أحد من يده بغير حق شرعي .

المادة ١٦٣ — إنما ينزع الملك من يد صاحبه إذا تصرف فيه بوجه من وجوه التصرفات السالبة للملك بمجرد العقد كالبيع .

في ذلك مصلحة المدين كما يراعي مصلحة الدائن فيبيع الأيسر فالأيسر من ماله
بشمن مثله فلا يتساهل فيبيع بالغبن لأنه أمين في البيع والأمين يجب عليه القيام
بما عهد إليه خير قيام وإلا عد خائناً والله لا يحب الخائنين .

فان كان عند المدين مال من جنس الدين قضاؤه عنه وكذا لو كان عنده نوع
من أنواع النقود مخالفاً لجنس الدين لأنه قريب منه فان لم يكن عنده ذلك باع من
عروضه قدر ما يقضي به الدين مع مراعاة مصلحة المدين فيبيع ما يتسارع اليه
الفساد ثم يبيع الأيسر فالأيسر من المنقولات فان وفي فيها وإلا باع من العقار
ما يقضي بشمنه الدين ويلزم القاضي أن يترك للمدين ما هو لازم لنفقتة ونفقة
زوجته وأولاده الصغار وأرحامه وجميع من تلزمه نفقتهم ومن ذلك المسكن
الضروري المعد لسكناءه وسكنى أولاده وثيابه والغلة التي في منزله بحيث اذا كان
منارعا لا تزيد عن وقت ظهور الغلة الجديدة . وبالجملة يجب على القاضي أن
لا يبيع ما هو من حوائجه الضرورية الأصلية لأن حاجته الأصلية مقدمة على
حق الغرماء . وقال أبو حنيفة لا يجوز للقاضي البيع جبراً عن المدين لأنه يبيع
لا عن تراض فيكون باطلاً بل يجبره القاضي اذا كان له مال وثبت مطله حتى
يضطر الى بيع ماله لقضاء دينه لأنه ظالم يستحق التعزير بالحبس وليس ذلك
باكره له على البيع لأنه يجوز له أن يقضي الدين بأية كيفية كانت سواء كان
بالبيع أو برهن عين من أمواله أو باقتراض مقدار الدين من شخص آخر والاول
أظهر متى كان القاضي مراعيًا مصلحة الدائن والمدين . انظر مادة (١٦٤) (١) .

(١) المادة ١٦٤ — اذا كان المالك مديوناً ديناً ثابتاً عليه شرعاً يجوز نزع ملكه
الزائد من حوائجه الضرورية المحتاج اليها في الحال ومنها مسكنه الضروري اذا لم يكن له مال
من جنس ما عليه من الدين الشرعي ويباع قضاء اذا امتنع عن بيعه بنفسه لقضاء دينه من
تمنه ويبدأ في البيع بالأيسر فالأيسر بقدر الدين .

ومن الاحوال التي يجوز فيها نزع الملك يغير رضا المالك ما اذا اقتضت المصلحة العامة ذلك كأن كانت أرض محتاجة الى شق جدول أو الى إيجاد طريق فانه يجوز للقاضي نزع الملك ولو جبراً عن المالك لأن المصلحة العامة مقدمة على المصلحة الخاصة ولكن لا تؤخذ منه إلا بعد اعطائه ثمنها المقدّر بمعرفة أهل الخبرة الموثوق بعداوتهم واذا كانت الارض المراد نزعها وفقاً وجب مراعاة الوقف بقدر ما يمكن فلا تؤخذ أرض الوقف للمصلحة العامة كاتساع الطريق إلا بعد استبدالها بأحسن منها صقعاً وعماراً وأكثر منها نفعاً وأغزر ريعاً.

وأما اذا كانت الارض المقتضي أخذها للمصلحة العامة ملكاً للحكومة وليكنها تحت يد أحد المزارعين بأذن الحكومة لينزعها وينتفع بها ويدفع في نظير ذلك الخراج فانه يجب رفع الخراج عن المزارع بمجرد أخذها منه لأن بقاءه عليه بعد نزع الارض ضرر عليه والضرر يزال شرعاً.

بقي ما اذا أصلحها وصرف عليها مصروفات زائدة عن المنفعة التي استفادها منها أم لا في أن ينتفع في المستقبل فأخذت منه قبل ذلك والظاهر أنه يلزم الحكومة دفع تعويض له لأنها غررت به . انظر المواد (١٦٥ و ١٦٦ و ١٦٧) (١).



(١) المادة ١٦٥ — اذا اقتضت المصلحة العامة أخذ ملك لتوسيع طريق العامة يؤخذ بقيمته لكن لا يؤخذ من يد صاحبه ما لم يرد له ثمنه مقدراً بمعرفة من يوثق بعداوته من أهل الخبرة .

المادة ١٦٦ — مصلحة الموقوف عليهم يجب رعايتها فلا يؤخذ مكان وقف لا تساع طريق العامة الا اذا استبدل بأحسن منه صقعاً وأكثر نفعاً وأغزر ريعاً .

المادة ١٦٧ — اذا انتفى الحال أخذ أرض من الأراضي الأميرية من يد من هو منتفع بزراعتها لادخلها في طريق العامة أو لغير ذلك من المصالح العامة يرفع عن صاحبها من المال المربوط بقدر ما يؤخذ منه .

❖ في العقود والامانات والضمانات ❖

❖ كتاب العقود على العموم ❖

❖ الباب الاول ❖

(في ماهية العقد وشرائطه)

يطلق العقد في اللغة ويراد به الربط ضد الحل ، ويطلق أيضاً ويراد به الضمان والعهد . والمعاهد المعاهد ، وتعاهدوا تعاهدوا وشرعاً هو تعهد المتعاقدين بأمر . وينقسم الى ثلاثة أقسام : باطل وهو ما حصل في أصله ما يوجب بطلانه بأن فقد شرطاً من شرائط الانعقاد . وهذا القسم لا يترتب عليه حكم أصلاً . وفاسد وهو ما حصل في وصفه ما يوجب فسادَه بأن فقد شرطاً من شرائط صحته كجهالة المبيع مثلاً . ويترتب على هذا العقد الملك بالقبض فيكون مضموناً عليه بقيمته .

وصحيح وهو ما لم يطرأ عليه ما يوجب بطلانه ولا فسادَه بأن استوفى جميع شرائط انعقاده وشرائط صحته . وهذا الأخير عبارة عن ارتباط الإيجاب الصادر أولاً من كلام أحد المتعاقدين بقبول الآخر الصادر ثانياً على وجه يترتب ويثبت أثره في العقود عليه .

والمرتب على العقد هو التزام كل من المتعاقدين بما تعهد به ووجب بالعقد للآخر فالبيع مثلاً يترتب عليه التزام البائع بالمبيع للمشتري والتزام المشتري بالثمن للبائع . انظر مادة (١٦٨) (١) .

(١) المادة ١٦٨ — العقد هو عبارة عن ارتباط الإيجاب الصادر من أحد العاقدين =

والعقود ليست كلها بمعنى واحد بل كل عقد له معنى خاص به فيجوز أن يرد العقد على نفس الأعيان سواء كانت من المنقولات أو من العقار لأجل تملكها بعوض وهذا العقد يسمى بيعاً ، ويجوز أن يرد على الأعيان منقولة كانت أو عقاراً لتمليكها بغير عوض في الحال ويسمى هبة أو في المال ويسمى وصية . وقد يرد العقد على نفس العين لاستهلاكها ورد مثلها ويسمى قرضاً ، وتارة يرد على العين لحفظها ويسمى وديعة . وسين تعريف كل عقد وحكمه وشروطه في محله . انظر مادتي (١٦٩ و ١٧٠) (١) .

وكما يرد العقد على نفس الأعيان قد يرد على منافعها لأجل الانتفاع بها فإن كان بعوض فهو اجارة وإن كان بغير عوض سمي اعارة إن كان تسليم العين للانتفاع بها في حياة مالكها وإن كان تسليمها للمتفع بعد موت المالك سمي وصية بالمنافع ويجوز أن يرد العقد على عمل من الأعمال الصناعية كالصبغة أو التجارة أو على خدمة معينة كركي الدواب أو تنظيف البيت ويبر عن هذا « بمبحث الأجير » ، وهو إما مشترك وهو من يعمل لغير معين أو خاص وهو من يعمل لواحد معين أو لقوم معينين وسيأتي تفصيل ذلك في مبحث الاجارة إن شاء الله تعالى . انظر مادتي (١٧١ و ١٧٢) (٢) .

= بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في العقود عليه ويترتب على العقد التزام كل واحد من العاقلين بما وجب به للآخر .

(١) المادة ١٦٩ — يصح أن يرد العقد على الأعيان منقولة كانت أو عقاراً لتمليكها بعوض أو بغير عوض .

المادة ١٧٠ — يصح أن يرد العقد على الأعيان لحفظها وديعة أو لاستهلاكها بالانتفاع بها قرضاً ورد بدلها .

(٢) المادة ١٧١ — يجوز ورود العقد على منافع الأعيان الانتفاع بها بعوض اجارة أو بغير عوض اعارة ورد عينها لصاحبها .

المادة ١٧٢ — يصح أن يرد العقد على عمل معين من الأعمال الصناعية أو على خدمة معينة .

ولا يتحقق أي عقد إلا إذا استكمل أشياء ثلاثة :

الأول - العاقدان حتى يتحقق ركن العقد وهو الإيجاب والقبول .

الثاني - صيغة العقد الدالة عليه لأنه لا يوجد المدلول إلا إذا وجد ما يدل عليه .

الثالث - المحل الذي يرد عليه العقد ويضاف إليه لأن العقد عبارة عن التعهد والالتزام بشيء ولا يعقل وجوده بدون ملتزم به .

وهذه الأمور الثلاثة كافية لتحقيق العقد ولا يمكن لا تكفي لصحته وترتب أثره عليه بل لابد لذلك من شروط أربعة :

الأول - أهلية العاقدين بأن يكون كل منهما عاقلًا مميزًا .

الثاني - كون العقد مترتبًا عليه فائدة فلا يصح أن يرد على بدل جنيه بمثله مثلاً لأنه لا فائدة في ذلك .

الثالث - كون المعقود عليه الذي هو محل العقد قابلاً لحكمه وأثره المترتب عليه فلو لم يقبل أثره لا يكون منعقداً وبالأولى لا يكون صحيحاً فلو ورد عقد البيع مثلاً على مسجد عام لا يكون البيع منعقداً ولا صحيحاً .

الرابع - كون العقد مما يصح قصده شرعاً كالعقد الوارد على بيت مثلاً فلو كان العقد غير معتبر في الشرع لا يكون صحيحاً بل يكون فاسداً كأن يستأجر شخص ملابس بشرط أن لا يلبسها بل ليعلقها في بيته كي يراها الناس فيقولون عنده ملابس كذا أو يستأجر فرساً لا ليركبه بل ليضعه جنباً يمشي خلفه ليقال عنده جنب لأن الشريعة إنما تنظر إلى الفائدة الحقيقية . انظر مادة (١٧٣) (١) .

(١) المادة ١٧٣ — يشترط لتحقيق كل عقد توفر ثلاثة أشياء وهي العاقدان وصيغة العقد ومحل يضاف إليه ويشترط لصحة أي عقد أهلية العاقدين وكون العقد مفيداً وكون المحل قابلاً لحكم العقد وكونه مما يقصد شرعاً .

❖ الفصل الأول ❖

❖ في أهلية الماقدين ❖

العقود لها أقسام كثيرة لا يهمننا بيان جميعها الآن وإنما يحسن أن نذكر بعضها وذلك أنها إما أن تكون نافعة نفعاً محضاً كالهبة بالنسبة للموهوب له ، وإما أن تكون مضرّة ضرراً بيناً كالهبة بالنسبة للواهب وإما أن تكون محتملة للنفع والضرر كمقود المعاوضات مثل البيع . فجميع أنواعها لا بد فيه من أهلية المتعاقدين واستعدادهما للعقد وفهما ما يراد منه بأن يكون كل منهما عاقلاً معنى العقد قاصداً له ولا يشترط عدم الحجر إذا كان العقد خيراً محضاً بالنسبة لغير البالغ فيه - يكون نافذاً بدون توقف على اجازة الولي وإن كان في غير صالحه بأن كان مضرّاً ضرراً محضاً فلا ينعقد أصلاً وإن أجازة الولي كما سيبين قريباً وإن كان متردداً بين النفع والضرر كالبيع والشراء والاجارة والاستئجار والشركة والحوالة والوكالة ونحو ذلك من كل عقد يحتمل النفع والضرر وانعقد موقوفاً على اجازة الولي اجازة معتبرة شرعاً . انظر مادة (١٧٤) (١) .

والعاقدين إما أن يكون غير محجور عليه وإما أن يكون محجوراً عليه بسبب من أسباب الحجر . فتصرف الأول نافذ متى كان مستوفياً شرائط النفاذ . وأما المحجور عليه فلا يخلو إما أن يكون غير عاقل بأن كان صبيّاً غير مميز أو مجنوناً ، وإما أن يكون عاقلاً بأن يكون صبيّاً مميزاً عالماً بأن البيع سالب للمبيع

(١) المادة ١٧٤ — يشترط لانعقاد عقود البيع والشراء والايجار والاستئجار والشركة والحوالة والرهن والوكالة ونحوها من التصرفات الدائرة بين النفع والضرر أن يكون كل من العاقدين مميزاً يعقل معنى العقد ويقصده ولا يشترط بلوغهما غير ان عقودهما لا تكون نافذة ان كانا محجوراً عليهما (راجع المادة الآتية وما بعدها) .

جالب للثمن قاصداً معناه راغباً من هذا العقد الحصول على الربح ، أو معتموها
(وهو قليل الرأي والتدبير يخلط جده بهزله بخلاف المجنون فانه هو الذي يحصل
منه عريضة وايداء للناس وصرح بعضهم بأن العته نوع من أنواع الجنون لأن
الجنون فنون) والمميز إما أن يكون مأذوناً له في التجارة أو لا ، ولكل حكم ،
واليك البيان :

فان كان المحجور عليه صبيّاً لا يعقل فعقوده كلها باطلة مطلقاً سواء كانت
نافعة له أو مضرّة أو دائرة بين النفع والضرر وكذا جميع عقود المجنون حال
جنونه لأن العقود لا بد فيها من العقول حتى تكون مقصودة ولا عقل فلا عقد .
نعم اذا كان المجنون يفيق أحياناً فعقوده حال وجود عقله نافذة لانتفاء المانع .
انظر مادة (١٧٥) (١) .

وإن كان المحجور عليه صبيّاً مميزاً غير مأذون له في التجارة أو كبيراً ولكنّه
معتوه فاما أن يكون تصرفها وعقودها نافعة لها نفعاً محضاً كقبولها الهبة والوصية
لها وإما أن تكون غير نافعة لها بل كان ضررها بينا كأن يهب واحد ماله
لغيره وإما أن تكون محتملة للنفع والضرر مثل البيع كما تقدم .

فان كان الأول فجميع تصرفاتها نافذة ولو لم يجزها وليها . وإن كان
الثاني فجميع تصرفاتها باطلة وإن أجازها من له الولاية على مالها لأن تصرف
الولي منوط بمصلحة من له الولاية عليه ولا مصلحة في الاجازة في هذه
الحالة فتلغو .

(١) المادة ١٧٥ — المحجور عليه لصغر سنه وعدم تمييزه تصرفاته وعقوده باطلة لانعدام
أصلاً سوله كانت نافعة له أو مضرّة أو دائرة بين النفع والضرر .
والكبير المجنون جنوناً غالباً على عقله حكمه حكم الصغير الذي لا يعقل فلا تصح عقود
التي يعقدها حال جنونه بل تكون باطلة أيضاً فان كان يجن تارة ويفيق أخرى فعقوده التي
يعقدها حال افاقته وهو تام العقل تكون صحيحة نافذة .

وإن كان الثالث وهو ما إذا كان التصرف دائراً بين النفع والضرر فتصرفهما موقوف على اجازة من له الولاية على ماله لأن رأيهما ناقص فجعل النظر للولي ليختار الصالح فإن أجاز تصرفهما جاز بشرط أن تكون الاجازة معتبرة بأن كان التصرف خالياً من الغبن الفاحش وكان المبيع والبائع والمشتري موجودين والتمن أيضاً إن كان من الأعيان .

وإنما لزم في صحة الاجازة خلو التصرف من الغبن الفاحش لأنه لو كان موجوداً لكان العقد مضرراً ضرراً محضاً ولزم وجود المبيع والمتعاقدين لقولهم الاجازة اللاحقة كالوكالة السابقة فسكان الوصي بهذه الاجازة وكل المحجور عليه في هذا العقد حينئذ يكون كأن العقد حصل وقت الاجازة ومن المعلوم أنه لا بد للعقد من وجود المبيع والعاقدين وبهذا لزم وجود الثمن أيضاً إن كان من الأعيان القيمة لأنه حينئذ يكون ثمناً من وجه ومبيعاً من وجه آخر وتقدم أنه يلزم وجود المبيع وقت العقد وإن لم يجز الوصي العقد بأن ابطله أو اجازته ولكنه كان فيه غبن فاحش زيادة إذا كان المحجور عليه مشترياً أو نقصاً إذا كان بائعاً أو كان أحد العاقدين أو المبيع أو الثمن لو كان عرضاً غير موجود فلا يجوز ولا ينعقد أصلاً وهو ظاهر . انظر مادة (١٧٧) (١) .

وأما إذا كان المحجور عليه صبياً أو رقيقاً وأذنوا لها بالتجارة فكل تصرف يكون من شأن التجار بأن كان مما يحتاج اليه في التجارة يجوز لها توليته وينبغي على ذلك أن لها المبيع والشراء بشرط أن يكونا بمثل القيمة أو ييسير الغبن وهو ما يدخل تحت تقدير أهل الخبرة وعرفه بعضهم بأنه ما لم يزد عن الخمس وهذا

(١) المادة ١٧٧ — المحجور عليه سواء كان صبياً مميزاً أو كبيراً ذا عته أو رقيقاً إذا عقد عقداً من العقود الدائرة بين النفع والضرر التي لا يشترط البلوغ لصحة انعقادها فلا ينفذ عقده ولا يترتب عليه حكم الا اذا أجازته الولي أو الوصي أو المولى اجازة معتبرة فإن أجازته جاز ونفذت احكامه وان لم يجزه أو أجازته وكان فيه ضرر كأن كان فيه غبن فاحش زيادة أو نقصاً فلا يجوز ولا ينفذ أصلاً .

الغبن متسامح فيه بالاتفاق وأما إذا كانا بغبن فاحش وهو مالا يدخل تحت التقدير أو ما زاد على الخمس بأن باع الصبي أو الرقيق شيئاً من الاموال المأذون لهما بالتجارة فيها بأقل من قيمته أو اشترى شيئاً بأكثر منها وكان كل من النقص والزيادة فاحشاً ففيه خلاف بين الصاحبين وأبي حنيفة فهما يقولان بعدم الجواز وهو يقول به واستدلا على رأيهما بأن العقد صار مضراً ضرراً محضاً لاشتماله على فاحش الغبن ولأن الغبن الفاحش جار مجرى التبرع ولذلك اعتبر من ثلث مال المريض مرض الموت إذا باع أو اشترى بفاحش الغبن .

واستدل الامام على رأيه بأن الاذن يرفع الحجر فيعم سائر أنواع التصرفات ولأنه ربما يكون البيع بغبن فاحش وسيلة لأمر مهم يعود عليه بفائدة عظيمة والظاهر ان رأي الصاحبين أوفق وأرفق بالصبي اللهم إلا اذا علم أنه وسيلة لفائدة مهمة فانه في هذه الحالة ينبغي العمل بقول الامام لأن الغرض مراعاة المصلحة . وكما يملك البيع والشراء يصح لهما التوكيل بهما لأن التوكيل هو اقامة الغير مقام نفسه في تصرف جائز معلوم ممن يملكه ويجوز لهما أيضاً الاجارة والاستئجار والمزارعة والمساقاة لأن ذلك كله من صنع التجار فيجوز لهما أن يؤجرا البيت مدة معلومة بمبلغ معلوم وأن يستأجرا حانوتاً مدة معلومة بمبلغ معين وأن يعطيا أرضاً لشخص على أن يكون له جزء من الغلة التي تخرج من الزرع وأن يعطياها مساقاة على أن يكون للمساقي جزء معلوم من الثمر الذي يوجد على الشجر لأن المقصود الحصول على الفائدة شأن كل تأجر .

وكذا يملك الصبي والرقيق الرهن والارتهان فكل منهما أن يرهنا شيئاً من المال في نظير دين عليه وأن يأخذ شيئاً مالياً من مدينه ليسكون رهناً عنده حتى يستوفي دينه لأن في الرهن والارتهان قوة الثقة في المعاملة والتاجر في حاجة الى ذلك ويصح لكل منهما أن يقر بدين في ذمته أو عين عنده سواء كان وجودها

عنده بطريق الغصب أو الأمانة بأن كانت وديعة أو عارية عنده لأن الاقرار من توابع التجارة بما أنه يبيع وبشترى بضمن مؤجل فيلزمه الثمن وتسليم المبيع فيحتاج الى أن يقر بذلك إذ لو لم يقر بما وجب عليه لامتنع الناس من البيع له بضمن مؤجل خوف ضياع أموالهم بسبب التعامل معه وذلك ربما يؤدي الى انقطاع تجارته فيكون الاقرار من ضروريات التجارة التي هو يملكها ومن ملك شيئاً ملك ما هو من ضرورياته .

بقي ما اذا أقر بشيء ليس له تعلق بالتجارة كما لو أقر بشيء مما ورثه لزيد مثلاً فمقتضى ما تقدم أنه لا يصح لعدم تعلقه بالتجارة وهذا ما رواه الحسن عن أبي حنيفة لأنه لا داعي الى القول بقبول اقراره بما أنه ليس من باب التجارة . وفي ظاهر الرواية يقبل اقراره ويصح لأن فك الحجر عنه بالأذن له في التجارة كفك الحجر عنه بالبلوغ بالنسبة للأموال ورواية الحسن هي الظاهرة ولكن يرد على صحة الاقرار أن الولي لا يملكه فكيف يملك الصبي ذلك مع أن صحة تصرفه مستفادة منه وأجابوه عن ذلك بأنه لما انفك عنه الحجر بالأذن صار كما لو زال الحجر بالبلوغ فيقبل اقراره على نفسه بخلاف اقرار وليه عليه لأنه اقرار على الغير فلا يقبل لما تقرر من أن الاقرار حجة قاصرة على المقر .

ومما يجوز للصبي والرقيق المأذون لهما في التجارة التنازل عن جزء من الثمن قدر ما يتسامح فيه التجار بأن كان المبيع معيباً وأراد المشتري رده فانه يجوز التنازل عن شيء من الثمن لأن ذلك من صنع التجار وعلى العموم فيسوغ له أن يفعل ما هو أنظر للتجارة كما هو الشأن في كل تاجر خبير بأحوال التجارة بخلاف ما اذا كان التنازل من غير عيب فانه لا يكون صحيحاً لأنه تبرع محض وهو لا يملكه .

واذا باع الصبي أو الرقيق أو اشترى شيئاً أو أجرا أو استأجر شيئاً بمحابة

أي بأنقص من القيمة بالنسبة للمبيع وبأزيد بالنسبة للشراء وبأنقص من الأجرة في الإيجار وبأزيد منها في الاستئجار جاز له ذلك اتفاقاً إذا كان الغبن يسيراً فإن كان فاحشاً جاز عند الامام دون الصالحين وقد تقدم دليل كل منهما .

وإذا كان لهما دين مستحق الدفع في الحال جاز لهما تأجيله الى زمن معلوم كما أنه يجوز لهما الصلح عن دين بأخذ بعضه واسقاط الباقي ولكن محل ذلك إذا لم يكن الدين ثابتاً بالينة أو حكم القاضي ونحو ذلك .

فإن كان الدين ثابتاً فلا يجوز اسقاط شيء منه لأنه تبرع وهو لا يجوز وكل شيء ليس من صنع التجار لا يجوز فعله ويذنب على ذلك أنه لا يجوز لهما أن يقرضا من مالهما شيئاً لآخر ليأخذا مثله عند القدرة عليه لما في ذلك من معنى التبرع ابتداء فانه قد يعجز المدين عن الأداء فيضيع مالهما بدون فائدة كما أنه لا يجوز لهما اعطاء شيء من أموالهما بطريق الهبة بلا عوض لأن ذلك تبرع محض فإن كانت الهبة بعوض فلا يجوز أيضاً لأنها تبرع ابتداء والظاهر الجواز خصوصاً على رأي من يقول ان الهبة بعوض بيع ابتداء وانتهاء .

ولا يجوز للمأذون أن يكفل غيره لأنه لا فائدة له في الكفالة وفي الغالب تعود عليه بالضرر لأن الدائن يجوز له المطالبة والجبر على أداء الدين الذي كفله وقد يعجز المدين عن أدائه وقس على ذلك غيره من كل شيء غير متعلق بالتجارة كالزواج .

والذي له حق الاذن في التجارة للرفيق هو سيده لملكه اياه وأما الصبي فالذي يملك الاذن له فيها فهو أبوه ثم وصيه ثم جده ثم وصيه ثم القاضي أو وصيه لأنهم يملكون التصرف في ماله بالتجارة ونحوها كالبيع فيملكون الاذن والتصرف . واذن أحد هؤلاء لا يمنع من التصرف في مال الصبي لأن ولايته لا تنقطع به وإذا امتنع الأولي تعنتاً فلمن بعده أن يأذن لأن الاذن حال صلاحية

الصبي للتجارة حق له ليهتدي الى التجارة ويتدرب عليها فعدم الاذن منع لحقه فينتقل الى من بعده ونظير هذا الولي في التزويج فانه اذا امتنع عنه بدون موجب ينتقل حق التزويج الى القاضي .

والاذن إن كان صادراً من غير القاضي يبطل بموت الاذن فيصير الصبي محجوراً عليه بمجرد الموت لانه يتصرف برأيه وولايته وقد زالت الولاية بالموت فيزول الاذن وإن كان صادراً من القاضي فلا يبطل بموته ولا بعزله لأن الاذن بمنزلة الحكم والأحكام لا تبطل بموت القاضي ولا بعزله ولكن لو كان الاذن حياً ومنع الصبي من التصرف صار محجوراً عليه إن كانت ولايته موجودة حال المنع بأن كان أهلاً للتصرف في أمواله .

وليس لغير الأب ووصيه والجد ووصيه والقاضي ووصيه أن يأذن للصبي لأن غير هؤلاء لا يملك التصرف في أمواله فلا يملك الاذن له وحينئذ لا يملك الأخ والعم الاذن له لأن ولايتهما على نفسه لا على ماله والبالغ المعتوه المأذون له في التجارة حكمه حكم الصبي المميز المأذون له في جميع الاحكام المتقدمة .
انظر مادة (١٧٨) (١)

فقد علمت مما تقدم حكم تصرفات الصبي ومن ألحق به كالمجنون والمعتوه وبقي عليك أن تعلم حكم تصرفات الكبير السفیه .
فالسفه هو تضييع المال وتبذيره على خلاف ما يقتضيه العقل والشرع ولو كان في سبيل الخير .

(١) المادة ١٧٨ — الصبي أو العبد المأذون له بالتجارة تصح عقود بيعه وشراؤه وتوكيله غيره بالبيع والشراء واجارته واستئجاره ومزارعته ومساقاته ورهنه وأرتهانه ، ويجوز اقراره بدين أو عين لمن تقبل شهادته له أو عارية أو ودیعة وحظه من الثمن بعيب قدر ما يحيط بالتجار وتجوز له الحماة وتأجيل الدين والصلح عن دين له على بعضه ان لم تكن له بيعة وليس له أن يقرض ولا يهب ولا يكفل عن غيره .

والسفيه هو من يتصرف في أمواله على خلاف موجب الشرع والعقل بل يتبع الهوى ويترك ما يدل عليه الحجة فهو في تصرفاته حائد عن الطريق السوي يصرف ماله في الملاهي ويغيب في ماملاته ولذلك اضطربت آراء الفقهاء في حكم تصرفه .

فقال ابو يوسف ومحمد وباقي الأئمة بالحجر عليه لقوله تعالى (ولا تؤتوا السفهاء أموالكم التي جعل الله لكم قياماً) فالآية الشريفة واضحة في ان السفهاء لا يمكنون من أموالهم بل الذي له القيام عليها والتصرف فيها هو الولي وهذا هو معنى الحجر وعزز ذلك بقوله جل وعلا (فان كان الذي عليه الحق سفيهاً أو ضعيفاً فليملل وليه بالعدل) فهذه الآية تفيد اثبات الولاية على السفيه وان له ولياً وذلك لا يكون إلا بعد الحجر ولان في الحجر عليه حفظ أمواله كي لا يكون عالة على غيره بعد ان كان ذا مال ولان الحجر ثبت على الصبي لتوهم تبذيره لأمواله والسفيه محقق عنده ذلك فهو اولى بالحجر .

وقال ابو حنيفة لا يحجر عليه لانه مكلف كالرشيد بخلاف الصبي والمعتوه فان عقلهما ناقص ولهذا لم يكلفا فلا يصح قياس السفيه عليهما ولأن في الحجر عليه الحاقاً له بالبهايم واهداراً لآدميته وهذا اشد ضرراً من ضياع ماله والقاعدة انه اذا اجتمع ضرران ارتكب الاخف وقوله تعالى « ولا تؤتوا السفهاء أموالكم » ليس نصاً فيما قاله الصاحبان لان المراد أموالنا لا أموال اليتامى بدليل اضافتها الينا لا اليهم فيكون المراد من السفهاء الصبيان لان المال اذا سلم اليهم ضيعوه فيكون المراد من الآية ان نطعمهم ونكسوهم ولا نسلمها اليهم وكذا يقال في آية (فان كان الذي عليه الحق سفيهاً أو ضعيفاً) فأنه يحتمل ان يكون المراد منها الصبيان والمجانين لان السفيه معناه لغة الخفيف وذلك يكون بنقصان العقل كالصبي المميز والمعتوه أو لعدمه كالحجوز والصبي الذي لا يعقل .

ومتى وجد الاحتمال في الدليل لا يصح به الاستدلال مع انه يمكن ان يقال
 أن هذه الآية تدل على ان السفينة له تصرف لان الذي عليه الدين هو الذي لزمه
 بمداينة نفسه بدليل قوله تعالى « يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل
 مسمى » ثم قال بعد ذلك « وللمل الذي عليه الحق » أي الحق الذي لزمه بتلك
 المداينة ثم قال « فان كان الذي عليه الحق سفيهاً أو ضعيفاً فليمل عليه » إذ من
 المعلوم انه ليس كل انسان يحسن الاملاء كما هو مشاهد .

ورجح العلماء رأيي الصاحبين لقوة دليلهما ومع أن الصاحبين قد اتفقا على
 ثبوت الحجر على السفينة فقد اختلفا في وقت ثبوت الحجر عليه .

فقال أبو يوسف لا يثبت الحجر إلا بحكم القاضي ولا يزول عنه حتى يطلق .
 وقال محمد يحجر عليه من وقت السفينة ويزول عنه الحجر بزوال السفينة ولكل منهما
 دليل على رأيه فاستدل أبو يوسف على رأيه بأن السفينة ليس بشيء محسوس وإنما
 يعلم بالنظر في تصرفاته وذلك محتمل لانه يجوز أن يكون للسفينة وان يكون حيلة
 لا استجلاب قلوب الناس فيقبلون على معاملته وحيث كان محتملاً لهذين الأمرين
 فلا يثبت الحجر عليه إلا بحكم القاضي ولأن الحجر بالسفينة مختلف فيه فلا يثبت
 إلا بحكم القاضي كالحجر بسبب الدين .

واستدل محمد على رأيه بان العلة في الحجر هي السفينة فمتى تحقق ثبت عليه
 موجبه بغير قضاء كالصبي والمجنون والجامع بينهما ان الحجر لمعنى في نفسه بخلاف
 الحجر بسبب الدين لانه لحق الغرماء وهم لا ولاية لهم عليه حتى يمنعوه من التصرف
 ولان القاضي له الولاية عليه فيتوقف على قضائه عليه بطلبهم . وينبني على هذا
 الخلاف أن التصرفات التي حصلت من قبل القضاء عليه بالحجر نافذة عند أبي يوسف
 وموقوفة عند محمد لاحتمال ان يكون فيها مصلحة فاذا رأى القاضي فيها نفعاً له
 اجازها وإلا ردها .

وان التصرف الذي باشره بعد اصلاحه وزوال سفيهه وقبل فك القاضي الحجز عنه نافذ عند محمد لزوال المانع وهو السفيه وموقوف عند أبي يوسف لان الرشد غير محسوس فيتوقف على قضاء القاضي والظاهر ان رأي محمد ارفق به ووافق لان الحجز عليه لفائدة تعود عليه وهي حفظ أمواله من التبديد حتى لا يصير عالة على غيره فاذا لم يكن الحجز عليه من وقت السفيه ربما انعدمت تلك الفائدة لانه يجوز أن يتصرف في جميع أمواله بيعاً بثمن بخس وهبة بدون مقابل ويتمادي على ذلك ونحوه .

فاذا رفع الأمر الى القاضي واراد الحجز عليه بعد التحريات التي تستغرق زمناً طويلاً وجده قد افنى جميع أمواله أو أكثرها وهذا ينافي الفائدة المقصودة من الحجز وهي المحافظة على أمواله ولا يمكن لو جرى القاضي على رأي محمد وراه قد تصرف في أمواله يبطل تلك التصرفات ويرد عليه املاكه بدون شيء أو يرد ما أخذ من الأثمان القليلة التي يكفي لها بيع قليل من املاكه .

والسفيه المحجور عليه على القول المفتى به حكمه حكم الصبي المميز في بعض الأشياء ويخالفه في البعض الآخر .

فيموافقه بالنسبة للتصرفات التي تحمل الفسخ ويبطلها الهزل مثل البيع والشراء والاجارة والاستئجار والرهن والارتهان ونحو ذلك كالمزارعة والمساقاة فاذا باشر عقداً من هذه العقود توقف نفاذها على اجازة القاضي لها فان اجازها اجازة معتبرة لما علم فيها من فائدة الصبي نفذت وان ردها بطلت بخلاف العقود النافعة له نفعاً محضاً فانها تنفذ ولو لم يجزها القاضي .

ويخالفه في اشياء منها التصرفات التي لا تحمل الفسخ ولا يبطلها الهزل فيجوز له التزوج وان لم يسم مهرأ أو كانت التسمية فاسدة لزمه مهر المثل وان سمي مهرأ فان كان أقل أو مساوياً لمهر المثل فيها وان زاد عنه لزمه مقدار مهر المثل وبطل

الزائد لأن التزويج من حوائجها الأصلية ومن ضرورة صحة النكاح وجوب المهر فيلزم منه مقدار مهر المثل وما زاد عليه لا يلزمه إلا إذا التزمه بالتسميه وليس هو من اهل الالتزام وان طلق يقع طلاقه لان الفرض ان السفه كامل العقل والطلاق لا يؤثر فيه الهزل فلا يؤثر فيه السفه وكذا الحكم في العتق والتدبير وهو قوله لمن يريد تدبيره « انت حر بعد موتي » والاستيلاء بأن ولدت منه امته .

ومنها وجوب الانفاق من ماله على نفسه وزوجته وأولاده ومن تجب عليه نفقتهم من أقاربه لأن أحياء نفسه وزوجته وأولاده والانفاق على ذي الرحم المحرم حق واجب عليه والسفه لا يبطل الحقوق .

ومنها وجوب الزكاة عليه وهي لغة الطهارة والزيادة وشرعاً تملك جزء مالي لفقير مسلم غير هاشمي ولا مولاه مع قطع المنفعة عن المملك من كل وجه لله تعالى .

ومنها وجوب صدقة الفطر عليه التي مقدارها نصف صاع من القمح وهو يساوي سدس كيلة مصرية وكذا سائر العبادات واجبة عليه كاللحج والصلاة لانه مكلف ومخاطب بها كالرشيد .

ومنها زوال ولاية أبيه وجده فلا يملك أحد منهما بيع شيء من أمواله ولا شراء شيء له إلا باذن الحاكم بخلاف الصبي فان كلا من الأب ووصيه والجد ووصيه يملك ذلك بالنسبة له .

ومنها صحة اقراره بالعقوبات فاذا أقر على نفسه بوجوب القصاص في نفس أو فيما دونها عوقب بما يستحق بمقتضى اقراره .

ومنها صحة وصاياه في سبيل الخير من الثلث ان كان له وارث ولم يجزها فان لم يكن أو كان واجازها نفدت من كل ماله .

وصحة وصاياه مبنية على الاستحسان لا على القياس لأن مقتضى القياس

عدم جوازها لأن الوصية تبرع وان كان التملك فيها لا يكون إلا بعد الوفاة
فكما لا تجوز تبرعاته حال حياته لا تجوز بعد وفاته ووجه الاستحسان ان
الحجر ثبت عليه لحفظ ماله كي لا يكون عالة على غيره وذلك إنما يكون إذا تبرع
بماله حال حياته لا فيما تبرع به من الثلث أو الكل بعد وفاته أي حال استغنائه
عن ماله فجازت استحساناً نظراً لما يناله من الثواب العظيم والثناء الجميل فهو في هذه
الأشياء كلها كالبالغ الرشيد (مادة ١٧٩) (١)

ومما تقدم يعلم أنه يشترط لصحة عقود التبرعات مثل الهبة والصدقة والوصية
أن يكون المتبرع حراً عاقلاً بالغاً مطلق التصرف في أمواله غير محجور عليه لسفه
ولا دين لأن هذه العقود مضرّة ضرراً محضاً بالنسبة له وعقود المحجور عليه المضرّة
به لا تجوز بخلاف عقود المتبرع له بها فانها لا تتوقف على بلوغه ورشده لانها
نافعة له نفعاً محضاً فتنفذ بمجرد وجود عقله وتميزه بدون توقف على اجازة من
له الولاية على ماله .

وكذلك كل عقد يكون من شأنه الضرر بالنسبة للعاقدين فإنه يلزم لصحته
بلوغ العاقد ورشده .

وينبغي على ذلك ان عقود الضمانات كالكفالة والتي يترتب عليها حفظ

(١) المادة ١٧٩ — المحجور عليه حجراً قضائياً بسفه وسوء تصرف في ماله حكمه
حكم الصبي المميز في التصرفات التي تختمل الفسخ ويبطلها اهزل كالبيع والاجارة ونحوهما فلا
تنفذ عقودهم فيها الا اذا أجازها القاضي فان اجازها نفذت وان ردها بطلت .
وانما تصح تصرفاته التي لا تختمل الفسخ كالنكاح والطلاق والاعتاق والاستيلاء والتدبير
وهو في وجوب زكاة وفطرة وحج وعبادات وزوال ولاية ابيه أو جده وفي صحة اقراره
بالعقوبات وفي الاتفاق على من تلزمه نفقتهم وفي وصاياه بالقرب من ثلث ماله ان كان له
وارث كبالغ .

الامانات كالوديعة والالتزام بالدين وانتقاله الى ذمته كالحالة يشترط لصحتها أن يكون كل من الكفيل والمودع (بالفتح) والملتزم باداء الدين الذي يقال له محال عليه حراً عاقلاً بالغاً رشيداً غير محجور عليه لأن هذه العقود مضرة إذ أن الدائن له حق مطالبة الكفيل وملازمته حتى يؤديه له وربما يعجز المكفول وهو المدين الأصلي عن أدائه فيضيع عليه ما له بدون فائدة تعود عليه وكذلك الحكم في المحتال عليه الملتزم باداء الدين واما المودع فانه يشتغل بحفظ الوديعة بدون مقابل وربما قصر في حفظها فتهلك وحينئذ يلزمه عوضها وفي ذلك ضرر عليه .

ولا يشترط العقل ولا البلوغ والرشد بالنسبة للمكفول له ولا المودع (بالكسر) ولا الملتزم له بأداء الدين وهو المحتال اذا لم يباشر كل منهم العقد بل الذي باشره هو من له الولاية على أموالهم لأن هذه العقود تحتل النفع والضرر وكل عقد شأنه ذلك يجوز للولي مباشرته ولكن لو باشر المدين عقد الكفالة او المودع (بالكسر) عقد الوديعة أو المحتال عقد الحوالة فلا بد من وجود التمييز والعقل عندهم حتى تنفذ عقودهم لأن القصد في العقود ضروري لانعقادها والقصد لا بد فيه من العقل ولا يشترط مع التمييز البلوغ اذا كان العاقد مأذوناً له في العقد فان كان غير مأذون له فيه فيشترط أيضاً البلوغ والرشد حتى يكون عقده نافذاً كما تقدم

فان باشر العقد غير عاقل بطل وان باشره وهو مميز غير مأذون له توقف نفاذه على اجازة من له الولاية كالولي والوصي على ماله انظر مادتي (١٨٠ و ١٨١) (١)

(١) المادة (١٨٠) — يشترط لصحة عقود التبرعات كالهبة والصدقة والوصية أن يكون المتبرع عاقلاً بالغاً مطلق التصرف في ماله ولا يشترط العقل والبلوغ في المتبرع له هبة أو صدقة أو وصية

المادة (١٨١) يشترط لصحة عقود الضمانات ووجوب حفظ الودائع والامانات =

فقد علمت من شرح المادتين السابقتين ما يلزم لعقد التبرعات كالهبة وعقد التعهيدات كالـ كفالة وأما إذا كان العقد وارداً على الأعيان المالية مثل البيع أو على منافعها كالأجارة فيشترط لنفاذه أمران :-

الأول - أن يكون العاقد له حق التصرف في العين التي ورد عليها العقد بأن يكون مالـ كالهـ أو نائباً عنه بأن يكون وكيلـ له إذا كان المالك عاقلاً بالغاً أو ولياً أو وصياً إذا كان صغيراً أو ملحقاً به كالـ كبير المجنون أو المعتوه فإن كان العاقد ليس له حق التصرف بأن كان فضولياً فالعقد موقوف على اجازة المالك أو نائبه الثاني - أن لا يتعلق بالعين الوارد عليها العقد حق للغير بأن لا تكون مرهونة ولا مستأجرة فإن كانت مرهونة أو مستأجرة توقف نفاذ العقد على اجازة المرتهن أو المستأجر فإن اجازته نفذ وان لم يجزه فلا ينفذ وحينئذ لا يخلو حال المشتري من أحد أمرين أما أن يكون عالماً بالرهن أو الاجارة أو لا فإن كان عالماً فلا حق له في فسخ العقد وان لم يكن عالماً فهو مخير بين أن يفسخ العقد وان يصبر الى فك العين الوارد عليها العقد من الرهن في صورة الرهن ومضي مدة الاجارة في صورة الاجارة وقال بعضهم له هذا الحق مطلقاً علم أو لم يعلم والأول هو الظاهر انظر مادة (١٨٢) (١)

= والالتزام بأداء الدين المحال به في المداينات أن يكون كل من الضامن والمستودع والملتزم بوفاء الدين المحال به عليه عاقلاً بالغاً غير محجور عليه ولا يشترط العقل والبلوغ في صاحب الدين المضمون أو المحال به ولا في صاحب الوديعة الا اذا باشر كل منهما العقد بنفسه وهو غير عاقل أو عاقل غير مأذون فانه لا ينعقد في الاول ولا ينفذ في الثاني الا اذا أجازه الولي أو الوصي

(١) المادة (١٨٢) — يشترط لنفاذ عقود المعاوضات الواردة على الأعيان المالية أو على منافعها أن يكون المتصرف في العين الوارد عليها العقد مالـ كالهـ أو وكيلـ عن مالـ كالهـ =

فان كان العاقد له حق التصرف فالعقد نافذ ولا يمكن لا يكون لازماً إلا إذا خلا عن الخيار فان كان له كل من العاقلين خيار الشرط مثلاً بأن شرط كل منهما أو أحدهما أن يكون له حق الفسخ مدة ثلاثة أيام فالعقد غير لازم ولمن له خيار الشرط أن يفسخ العقد بمقتضى خياره الذي شرطه وكذا الحكم في كل نوع من أنواع الخيارات كخيار الرؤية والعيب فان اشترى انسان عيناً ولم يرها أو اشتراها ورآها ولا يمكن وجد بها عيباً لم يعلم به فله حق فسخ العقد ما لم يوجد ما يسقط خياره وسيأتي تفصيل ذلك في محله . انظر مادة (١٨٣) (١)

فقد ظهر مما تقدم أن الناس ليسوا سواء في التصرف بل يختلف ذلك باختلاف صفاتهم واستعدادهم له فان كان المتصرف غير عاقل أو عاقلاً غير بالغ أو بالغاً غير رشيد أو رشيداً غير مالك فقد علمت حكمه وان كان عاقلاً بالغاً رشيداً مالِكاً لما يريد التصرف فيه فيجوز له أن يباشر جميع العقود بنفسه مطلقاً سواء كانت من قبيل التبرعات أو التعهدات والالتزامات أو من قبيل المعاوضات كالبيع والشراء

وكما يجوز له أن يباشرها بنفسه يجوز له أن يوكل غيره في مباشرتها لأن من ملك التصرف في شيء جاز له أن يقيم غيره مقامه فيه فان باشر العقد بنفسه لنفسه فهو الملتزم والمطالب بما يترتب على ذلك العقد من الحقوق والأحكام دون غيره لأن من التزم بشيء يجب عليه القيام به انظر مادة (١٨٤) (٢)

= ان كان عاقلاً بالغاً أو ولياً أو وصياً عليه ان كان صغيراً أو كبيراً مجنوناً أو معتوهاً وأن

لا يتعلق بالعين حق الغير المتصرف فيها

(١) المادة (١٨٣) — يشترط للزوم عقود المعاوضات الواردة على الاعيان أو على

منافعها أن تكون عارية عن الخيالات

(٢) المادة (١٨٤) — يجوز للعقل البالغ غير المحجور عليه أن يباشر أي عقد

كان بنفسه أو يوكل به غيره

فمن باشر عقداً من العقود بنفسه لنفسه فهو الملتزم دون غيره بما يترتب عليه من الحقوق والأحكام

وإن باشر العقد بطريق الوكالة عن غيره فأما أن أن يكون العقد ليس من عقود المعاوضات كالهبة والصدقة والاعارة والايداع والقرض وأما أن يكون عقد معاوضة فإن كان الأول فأما أن يكون وكيلاً عن يريد التملك والاعطاء وأما أن يكون وكيلاً عن يريد التملك والأخذ فإن كان وكيلاً عن يريد الاعطاء بأن قال شخص لآخر وكلتك لتهب هذه العين لفلان صح العقد للموكل مطلقاً سواء أضاف الوكيل العقد لنفسه أو لموكله لأن الاضافه للموكل في الصورة الثانية موجودة معنى إذا ان العين الوارد عليها العقد ملك للموكل لا الوكيل

وان كان وكيلاً من قبل طالب التملك فإن اضاف العقد لنفسه بأن قال شخص لآخر وهبت لك كذا فقال قبلت وقع العقد له لا لموكله وان قال وهبت لموكلك هذه العين فقال قبلت لنفسه بطل العقد لأن القبول لم يوافقه الايجاب وان أضاف العقد لموكله يقع العقد للموكل وتتعلق به سائر حقوقه .

فلو ظهر أن العين الموهوبة مستحقة للغير فلمستحق أن يطالب بها الموكل دون الوكيل وكذا يكون المطالب بحفظ العارية والوديعة والرهن هو الموكل دون الوكيل ولكن استثنى العلماء من ذلك القرض وقالوا انه اذا وكل انسان غيره بأن يقترض له مبلغ كذا وباشر الوكيل القرض وقع العقد له مطلقاً سواء أضافه لنفسه أو لموكله وعللوا ذلك بأن التوكيل بالاستقراض توكيل بالتسكدي والشحاذة ومثل ذلك يكون للوكيل لا للموكل لأنه لا يصح فيه التوكيل ووجه كونه توكيلاً بالتسكدي ان القرض صلة وتبرع ابتداء وأما الرسالة في القرض فهي جائزة فاذا قال شخص لآخر أرسلتك لتستقرض لي كذا من فلان فذهب الرسول وقال للمرسل اليه ان فلاناً أرسلني اليك لتقرضه كذا فأعطاه وقع القرض للمرسل لا للرسول لأنه سفير وممهر وكذلك لو وقعت عبارة التوكيل كعبارة الرسول يكون القرض للموكل كما اذا بلغ على سبيل الرسالة

وفي قرعة العيون جزء أول نمرة ٢٥٥ ونمرة ٢٥٦ وعن أبي يوسف التوكيل بالاستقراض جائز وقال الامام السكشاني في البدائع الاستقراض والقرض جائز وفي الخانية ان وكل بالاستقراض فان اضاف الوكيل الاستقراض الى الموكل كان للموكل وإلا فهو للوكيل والظاهر ان هذا هو الظاهر وان قولهم أن التوكيل بالاستقراض توكيل بالتكدي غير واضح لظهور الفرق بين الأمرين على أنهم صرحوا بجواز التوكيل بالتملك بدون عوض كما في الهبة فكان الظاهر أن يقولوا بالجواز في القرض بالاولى لوجود بدل القرض في ذمة المستقرض انظر مادة (١٨٥) (١).

وان كان شخص وكيلا عن غيره في عقد من عقود المعاوضات وباشر عقداً من عقودها بأن باشر عقد بيع أو اجارة أو صلح عن أقرار فأما أن يضيف العقد لموكله وأما أن يضيفه لنفسه فان أضافه لموكله وقع العقد له إلا إذا خالف الموكل فان العقد يكون موقوفاً على اجازته لأنه بالخالفه ينعزل عن الوكالة ويكون حكمه حكم الفضولي فان اجازته الموكل نفذ عليه

وإذا اضاف الوكيل العقد الى نفسه فلا يخلو الحال من أمرين أما أن يكون التوكيل بشيء معين وثمان معلوم أولاً فان كان الشيء الموكل فيه معلوماً وثمانه معلوماً يكون للموكل ولا يصح أن يشتريه الوكيل لنفسه لأنه يكون تفريراً به

(١) المادة (١٨٥) — من باشر بطريق الوكالة عن غيره عقد هبة أو صدقة أو اعادة أو ابداع أو رهن أو قرض فان كان وكيلا من جهة مرید التملك يصح العقد على الموكل مطلقاً سواء اضاف الوكيل العقد لموكله او لنفسه

وان كان وكيلا من جهة طاب التملك فان اضاف العقد الى نفسه يقع العقد له لا للموكل وان اضاف العقد للموكل يقع العقد للموكل وتتعلق به الحقوق في غير القرض الا اذا بنى على سبيل الرسالة

هذا إذا اشتراه بالثمن المعين فان خالف بأن اشتراه بأكثر من الثمن المعين له أو بنقد آخر كان للوكيل لا للموكل لأنه قد انعزل بالمخالفة وان لم يعين له شيئاً فاما أن يعين له ثمناً أو لا فان عين له ثمناً وأضاف العقد الى ذلك الثمن فهو للموكل سواء نواه للموكل أو لا وان لم يعين له ثمناً ونواه للموكل فهو له وان نواه لنفسه كان لنفسه لجواز ذلك شرعاً وعادة وأن قال الموكل إشتريته لي وقال الوكيل إشتريته لنفسى يحكم النقد اجماعاً فان نقد الثمن من مال الموكل فهو له وان نقده من ماله أو لم ينقده فهو للوكيل

وان اتفقا على عدم النية ففيه خلاف فقال أبو يوسف يحكم النقد وقال محمد يكون للوكيل

وعلى كل حال لا يصح أن يكون في الشراء غبن فاحش لما فيه من الضرر بالموكل والضرر يزال شرعاً . انظر مادة (١٨٦) (١)

واذا أضاف الوكيل العقد لنفسه عادت جميع حقوقه اليه لأنه هو العاقد حقيقة وحكماً ولذلك صح اضافة العقد لنفسه فان كان وكيلاً ببيع أو اجارة أو صلح من جهة المدعى كان هو المطالب بتسليم ما باعه أو أجره ويكون له المطالبة بالثمن وتسليم الأجرة وبذل الصلح وان كان وكيلاً بشراء شيء أو استئجاره أو بالمصالحة من جهة المدعى عليه فله بعض ما اشتراه أو استأجره وعليه دفع ثمنه أو أجرته أو العين المصالح عليها اذا لم يكن مجبوراً عليه لصغر أو سفه وهذه الحقوق متعلقة به ما دام حياً فان غاب أو مات فوكيله أو وصيه قائم مقامه في هذه الحقوق فان لم يكن له وكيل ولا وصى فالحقوق ترجع الى الموكل وان أضاف

(١) المادة (١٨٦) — من باشر بالثوكيل عن غيره عقداً من عقود المعاوضات المالية كالبيع والشراء والاجارة والصلح عن اقرار يقع العقد للموكل سواء أضاف الوكيل العقد الى نفسه أو الى الموكل

الوكيل العقد الموكل بجميع حقوقه متعلقة به ويكون الوكيل سفيراً ومعبراً فلا مطالبة له ولا عليه بشيء منها وقال الشافعي ترجع جميع الحقوق إلى الموكل مطلقاً سواء أضاف الوكيل العقد إلى نفسه أو إلى موكله لأن الحقوق تابعة للمالك وهو الموكل فكذلك توابعه انظر مادة (١٨٧) (١).

هذا كان الشخص رشيداً فإن كان غير رشيد فالإمام الأعظم يولييه أمور نفسه ولا يرى الحجر عليه متى بلغ خمساً وعشرين سنة والصاحبان يريان الحجر عليه بالنسبة للتصرف في ماله وقد علمت ذلك في شرح مادة (١٧٩) وإن كان صغيراً أو كبيراً غير عاقل بأن كان مجنوناً أو معتوهاً فاتفق الأئمة على أنه محجور عليه ولا ولاية له بل الذي يتولى أموره غيره لأنه عاجز عن النظر فيما ينفعه.

وذلك الغير إما أن تكون له الولاية على النفس دون المال وإما أن تكون له الولاية على المال دون النفس وإما أن تكون له الولاية عليهما فالأول هو ما عدا الأب والجد من العصبة مثل الأخ والعم.

والثاني هو الوصي والثالث هو الأب والجد والقاضي بهذا الترتيب والمقصود الآن بيان من له الولاية على المال وحكم تصرفه سواء كان له ولاية على النفس

(١) المادة (١٨٧) — إذا أضاف الوكيل عقد المملووضة المالية إلى نفسه تعود حقوق العقد كلها إليه فإن كان لبيع أو اجارة أو صلح من جهة المدعي يكون هو المطالب بتسليم ما باعه أو أجره ويكون له المطالبة بالثمن والأجرة وبديل الصلح وإذا استحق المبيع أو المؤجر أو المصلح عنه يكون المشتري أو المستأجر أو المدعي عليه المصلح الرجوع عليه بالثمن أو الأجرة أو بدل الصلح.

وإن كان وكلاً بشراء شيء أو استئجاره أو المصالحة عنه من جهة المدعي عليه فله قبض ما اشتراه أو استأجره وعليه دفع ثمنه أو أجرته وبديل ما صلح عنه.

فإن أضاف العقد إلى موكله عادت كل حقوقه على موكله فلا مطالبة الوكيل ولا عليه مما يترتب على العقد من الحقوق والواجبات.

أو لا ، وهم ستة الأب ووصيه وإن بعد والجد ووصيه والقاضي ووصيه .
والأب مقدم على الجميع لو فور شفقتة ولكن الآباء ليسوا في درجة واحدة
بالنسبة للتصرف في أموال أولادهم بل هم مختلفون بحسب صفاتهم لأن الأب
إما أن لا يعرف بسوء الاختيار بأن يكون مشهوراً بالتدبير وحسن الاختيار أو
مستوراً . وإما أن يعرف بسوء الاختيار بأن يكون فاسد الرأي سيء التدبير فإن
كان الأول ثبتت له الولاية في النفس والمال على أولاده الصغار ومن يلحق بهم من
الكبار غير المكلفين ذكوراً كانوا أو أنثاء ولا فرق في ذلك بين كونهم عنده
وفي تربيته أو عند الحاضنة لهم فله حنتهم وتزويجهم والتصرف في مالهم بكل ما فيه
صالح لهم فيبيع أموالهم بمثل القيمة وببشير الغبن لأنه لا يمكن الاحتراز عنه لا
بفاحشه لأنه مضر بهم .

فإذا كان التصرف بهذه الحالة نفذ على الصغير أو من هو في حكمه وليس له
نقضه بعد البلوغ رشيداً أو بعد الافاقة من الجنون أو العته سواء كان التصرف
بيعاً أو اجارة لأمواله ولكن لو كان اجارة لنفسه فله نقضها ويفرق بين اجارة
المال والنفس أن الأب وقت عقد الاجارة على المال كان يمكنه التصرف في المال
بخلاف النفس فانه لا يمكنه بيعها ولأن منفعة الصغير بعد بلوغه صارت أتم بخلاف
منفعة الاموال فانه لم يوجد ما يوجب زيادتها فإن كان الغبن فاحشاً وهو ما لا
يدخل تحت تقدير أهل الخبرة أو ما كان قدر الخس نقصاً في البيع وزيادة في
الشراء كان التصرف باطلاً بالنسبة للبيع ولا تنفع فيه اجارة الصغير بعد البلوغ
ولا اجارة المجنون أو المعتوه بعد الافاقة لأن الباطل لا تلحقه الاجارة وفي الشراء
ينفذ عليه إذا كان الثمن ديناً فإن كان عيناً فهو باطل ايضاً لأنه بيع من وجه
ولكنه لو اشترى مال ولده لنفسه يلزم أن يعين القاضي وصياً لقبض الثمن حتى
لا يكون الأب مطالباً ومطالباً ولنفي التهمة وكذا لو باع ماله لولده لا يكون

قابضاً له إلا اذا تمكن من قبضه فلو كان المبيع في جهة أخرى غير التي فيها الأب وهلك كان هلاكه على الأب وإنما اشترط ذلك لأن المبيع مضمون بالتمن على البائع حتى يسلمه إلى المشتري ولأن الأب له صفتان صفة المبيع وهذه تقتضي أن يكون المبيع مضموناً عليه حتى يسلمه وصفة الشراء وهي تستلزم سلامة التمن له إلى أن يتمكن من استلام المبيع انظر مادة (١٨٨) (١).

فما تقدم حكم تصرف الأب إذا لم يشتهر بسوء الاختيار فإن اشتهر به بأن عرف بأنه فاسد الرأي سيء التدبير وباع مال ولده فلا يصح إلا بالخيرية وهي تختلف باختلاف المبيع لأنه إما أن يكون عقاراً أو منقولاً فإن كان عقاراً فلا يصح البيع إلا اذا كان بضعف القيمة فإن باعه بأقل من الضعف لم يحز هذا البيع.

وحينئذ فللقاضي نقضه اذا علم به قبل بلوغ الصبي لما له من الولاية العامة واذا لم ينقضه القاضي فللولد نقضه بعد بلوغه وإن كان منقولاً فلا يصح إلا اذا كانت بزيادة الثلث بأن يبيع ما يساوي عشرة بخمسة عشر وصرح في بعض الكتب بعدم الفرق بين العقار والمنقول بل قيل ان الخيرية فيها تكون بالضعف والمشهور الاول وبعضهم يفسر الخيرية بوجود النفع مطلقاً بدون تقييدها بالثلث ولا بالضعف وهو ظاهر ووجه الفرق بين الحالتين حالة كونه مستوراً أو مشهوراً بحسن الاختيار وحالة اشتهاؤه بسوء الاختيار انه في الحالة الاولى يكون الظاهر منه انه ينظر في العواقب فلا يتصرف في مال ولده إلا بما هو أصلح وفي الحالة الثانية يكون الظاهر انه تصرف عارٍ عن التروي والنظر في العواقب فاشترط في تصرفه تحقق الفائدة واذا كان الأب لا يبالي بما يصنع بأن كان متلفاً ومبدداً

(١) المادة (١٨٨) — الأب المستور حاله اذا تصرف في مال ولده الصغير او الكبير المجنون او المعتوه ببيع او اجارة وكان تصرفه بمثل القيمة او ييسر الغبن صح العقد وليس للولد نقضه بعد الادراك او بعد الافاقة من جنسه او عتبه.

للاموال وجب على القاضي أن ينزع مال الصبي ومن في حكمه من تحت يده وتسليمه لمن يختاره من الأمناء أصحاب الرأي والعفة انظر مادة (١٨٩) (١) .
 فما تقدم علم حكم التصرف في مال الصغير اذا كان المتصرف هو الأب وأما اذا كان وصياً فيجب عليه أن يتصرف في مال اليتيم بالمعروف جاعلاً نصب عينه قوله تعالى (ولا تقربوا مال اليتيم إلا بالتي هي أحسن) ونحو ذلك من الآيات السكرية مثل قوله تعالى (وليخش الذين لو تركوا من خلفهم ذرية ضعافاً خافوا عليهم فليتقوا الله وليقولوا قولاً سديداً) نزلت هذه الآية في الاوصياء تنبيهاً لهم على النظر إلى اليتامى بالعين التي يحبون النظر بها إلى أولادهم لو تركوهم ضعافاً عاجزين عن النظر في شؤونهم بما فيه الفائدة لهم وكرر الحق جل شأنه الحث على النظر في شؤون اليتامى بما فيه النفع لهم وعدم التطلع إلى أموالهم لأن اليتيم مظنة الاهمال وأمواله مهبط طمع النفس الامارة بالسوء .

واكثر الناس تصاقاً بأموال اليتيم هم الاوصياء ولذلك هددهم بالوعيد الشديد حيث اردف الآية السابقة بقوله سبحانه (ان الذين يأكلون أموال اليتامى ظلماً إنما يأكلون في بطونهم نارا وسيصلون سعيراً) .

ولذلك جعل الفقهاء لتصرف الوصي حدوداً معلومة وفرقوا بين ما اذا كان المال الذي يتصرف فيه الوصي عقاراً أو منقولاً فان كان عقاراً فلا يجوز له أن يتصرف فيه إلا بمسوغ من المسوغات الشرعية فان تصرف فيه بدون مسوغ شرعي فتصرفه باطل لأن العقار محفوظ بنفسه فلا حاجة إلى البيع ولأنه في

(١) المادة (١٨٩) — الأب الفاسد الرأي الذي لا يحسن التصرف في المال اذا تصرف في مال ولده الصغير أو الكبير المجنون أو المعتوه ببيع فلا يصح بيعه أصلاً الا اذا كان بضع القيمة سواء كان المبيع عقاراً أو منقولاً فان باعه بأقل من ضعف القيمة يكون للولد نقضه بعد البلوغ أو الافاقة .

الغالب له أهمية عظيمة فيبقى للصغير وإن كان هناك مسوغ جاز يبيعه والمسوغ ينحصر في أمرين الشفقة على الصغير أو اضطرار الوصي لبيعه كتنفيذ وصيته بدراهم مرسله مثلاً والمسوغات هي الآتية :

الاول - أن يكون على التركة ديون لا يمكنه قضاؤها إلا من ثمن العقار ولا يمكن إذا كان يكفي لقضاء الدين بيع بعض العقار لا يجوز له بيع الكل على رأي بعضهم لأن الضرورة تقدر بقدرها وقال الامام يجوز له بيع الكل كي لا يدخل في العقار عيب الشركة .

الثاني - أن يكون المورث أوصى بدراهم مرسله وليس في التركة نقود ولا عروض تفي بها .

الثالث - أن يكون الصغير محتاجاً إلى النفقة ولا يمكن الانفاق عليه إلا من ثمن العقار بأن لم يكن في التركة نقود ولا عروض حتى يتاع وينفق عليه منها .

الرابع - أن يكون في البيع خيرية لليتيم والخيرية أن يبيعه بضعف قيمته كأن يكون عقار اليتيم ملاصقاً لموسر من الجهة الشمالية مثلاً ويترتب على ضمه لبيته منفعة عظيمة فيرغب في أخذه بثمن يساوي قيمته مرتين وصرح بعض العلماء بأن الخيرية تتحقق بوجود المنفعة للصغير مطلقاً كما تقدم .

الخامس - أن تكون مؤنثه وخراجه زائدة على غلاته كأن كان أرضاً زراعية وكانت مصاريفها التي تلزم لزراعتها وخراجها المرتب عليها أكثر من ثمن الزرع الذي يخرج منها .

السادس - أن يكون العقار بيتاً آيلاً للسقوط فإن المصلحة حينئذ تكون في بيعه خوفاً عليه من أن ينقض والظاهر أن هذا مقيد بما إذا لم يكن عند الوصي نقود للصغير تمكنه من ترميم البيت أو بنائه واستغلاله فإن أمكن ذلك فلا يسوغ

البيع لما صرحوا به من أن ولاية الوصي نظرية وبقاؤه أنظر لليتم لأن العقار من أنفس الاموال .

السابع - أن يخشى عليه من تسلط جائر ذي شوكة عليه ونزعه من تحت يده ولا يمكنه بعده أخذه واسترداده بأي طريقة والظاهر أن مجرد الخوف لا يكفي لجواز البيع .

فاذا تصرف الوصي في العقار مع وجود أحد هذه المسوغات جاز التصرف ونفذت أحكامه على الصغير وليس له نقضه بعد البلوغ .

وإن كان مال اليتيم منقولاً جاز له بيعه بدون مسوغ من المسوغات السابقة قالوا لأن الثمن أنفع لليتم حيث يحفظ له بخلاف المنقول فإن الشأن فيه أن يتسارع اليه الفساد بل المدار على أن يبيعه بمثل القيمة ويعتفر الغبن اليسير فينفذ البيع وليس للصبي نقضه بعد بلوغه لا فاحشه فان باعه بفاحش الغبن فالبيع باطل ولا يقبل الاجازة أصلاً هذا كله اذا باعه لأجنبي منه فان باعه لنفسه أو لمن لا تقبل شهادته له فاما أن يكون وصي الأب أو القاضي فان كان الاول جاز ذلك بشرط الخيرية المتقدمة وإن كان وصي القاضي فلا يجوز لأنه وكيل عنه وهو لا يصح له ذلك لأن فعله حكم والقاضي لا يحكم لنفسه فكذا وكيله .

ولكن بعض المنقولات قد يكون بقاؤه أنفع لليتم كالشجر المثمر وكالبناء المتين فالظاهر أن مثل هذا لا يجوز بيعه ولم أر نصاً في ذلك انظر مادة (١٩٠) (١) .

(١) المادة (١٩٠) — الوصي اذا تصرف في عقار اليتيم بالبيع بغير مسوغ من المسوغات الشرعية فلا يصح تصرفه وللصغير نقضه بعد ادراكه وان تصرف فيه بمسوغ شرعي لزم الصبي احكامه وليس له نقضه .
وتصرف الوصي في مال اليتيم غير العقار بمثل القيمة أو بيسير الغبن جائز لازم فليس للصبي نقضه بعد بلوغه وان تصرف فيه بغبن فاحش لا يصح تصرفه أصلاً ولا اجازته .

❧ الفصل الثاني ❧

❧ في رضا العاقدین وما يعدم الرضا ❧

الرضا ضد السخط وهو عبارة عن انبساط النفس وسرورها عند حصول ما ترغبه وهو شرط من شروط صحة عقود المعاوضة فيشترط لصحة أي عقد من العقود التي ترد على الاعيان المالية والتي ترد على منافعها رضا كل واحد من العاقدین وصدوره مع سماحة نفس وطيب خاطر بحيث لا يصحبه الاكراه أي الاجبار . فان صاحبه كان العقد فاسداً لأنه يؤدي إلى نزاع مال الشخص من يده رغماً عنه وذلك ظلم والله لا يهدي القوم الظالين . ولذا قال تعالى (يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراضٍ منكم) . وقال عليه الصلاة والسلام (لا يحل مال امرئ محترم إلا عن طيب خاطر) وقال أيضاً (إنما البيع عن تراض) .

ولا فرق في ذلك بين كون الاكراه ملجئاً أو غير ملجئ بل كل واحد منهما يؤثر على العقد الفساد .

وقال زفر عقد المكره موقوف لا فاسد ولذلك تلحقه الاجازة والذي رجحه العلماء انه فاسد وإنما جاز بالاجازة لزوال عدم الرضا انظر مادة (١٩١) (١) .

والاكراه في اللغة هو حمل الانسان غيره على فعل شيء لا يرضاه وشرعاً هو فعل لا يحق بوجود من الشخص فيحدث عند من وقع عليه الفعل معنى يصير به مدفوعاً إلى الفعل الذي طلب منه .

وهو ينقسم إلى قسمين :

١- الاشخاص ومنهم وصعتهم

سبب كثرة وقلة وشدة وضعفاً .

(١) المادة (١٩١) — يشترط لصحة الدين والأولاد وغيرهم من ذي رحم محرم منافعها تراضي العاقدين بلا اكراه ولا اجبار

القسم الاول - الملجبي : وهو ما يعدم الرضا بحيث تكون النفس كارهة لفعل الشيء المكره عليه ويفسد الاختيار بمعنى انه صادر عنه بدون اختيار صحيح بل يكون الفعل الصادر منه كحركة المرتعش وسقوط الملقى من أعلى جبل مثلاً ويتحقق هذا النوع بالتهديد بالفعل أو باتلاف عضو أو بعضه أو بضرب مؤلم ألماً شديداً أو باتلاف جميع المال .

والثاني - غير الملجبي : وهو ما يعدم الرضا ولكن لا يفسد الاختيار بمعنى أن يكون صادراً منه مع كراهته له وعدم رغبته فيه ولكن حصل باختياريه وتوجه ارادته له .

وتوجه الارادة لا ينافي عدم الرضا لأن الرضا عبارة عن انبساط النفس وسرورها عند حصول ما ترغبه بخلاف الاختيار فانه عبارة عن ارادة الشخص وتوجهه للفعل وقد يوجه الانسان ارادته لفعل الشيء مع كونه كارهاً له مثل تناول المريض للدواء المر فان تناوله غير مصحوب بانبساط النفس ولكنه حاصل بارادته وذلك يكون بالتهديد بالحبس المديد ووضع قيد من حديد مثلاً في رجله مدة طويلة ويكون أيضاً بالضرب الغير الملتف ولا يخفى على الفطن ان هذا كله يختلف باختلاف أحوال الناس فمنهم القوي ومنهم الضعيف ومنهم الوضيع الذي لا يتأثر بما يتأثر به غيره ومنهم الشريف الذي يؤله كثيراً الكلام الخشن ولذلك وكل الشارع الحكيم الحكم في ذلك إلى فطنة القاضي وعدالته فانه هو الذي يمكنه معرفة تأثير الناس وتألمهم من الحبس والضرب من جهة الغاية

كثرة والسدة انظر مادني (١٩٢ و ١٩٤) (١) .

(١) مصدر

المسوغات الشرعية فلا يصح

شرعي لزم الصي احكامه وليس له كراهة نوعان : ملجبي وغير ملجبي .

وتصرف الوصي في مال اليتيم غير الاختيار ويكون بالتهديد باتلاف نفس أو عضو أو

نقصه بعد بلوغه وان تصرف فيه بغبن فاحش نفس أو عضو أو باتلاف كل المال .

فقد علمت مما تقدم حكم الاكراه بالحبس أو الضرب الذي يقع على نفس الشخص وأما اذا كان الاكراه بحبس أو ضرب قريب الشخص كأبيه وأولاده فقد اختلف فيه الفقهاء فقال بعضهم أنه ليس باكراه لأنه لا يلجئ ولا يعدم الرضا وحقق آخرون أنه اكراه لأنه يتألم من ذلك وكذا الحكم في كل قريب وأنت قد علمت أن ذلك يختلف باختلاف أحوال الناس ودرجة ارتباطهم بأقاربهم فرب انسان بعد حبس أبيه أو ولده وضربها أشد عليه من حبس نفسه لقوة الرابطة بينهما ورب شخص لا يبالي بذلك بل قد يسر بما يحصل من الايذاء بأصوله وفروعه أو أقاربه بسبب منازعات حاصلة بينهم ولذلك يجب على القاضي أن يكون عالماً بأحوال الخصوم ليسهل عليه الوصول إلى الصراط السوي انظر مادة (١٩٣) (١).

والاكراه لا بد لتحقيقه وترتب حكمه عليه من شروط أربعة :

الاول - أن يكون المكروه (بالكسر) قادراً على ايقاع ما توعد به .

الثاني - أن يكون المكروه (بالفتح) خائفاً وقوع الفعل الذي هدد به في الحال أو في المال .

الثالث - كون المكروه متلفاً نفساً أو عضواً أو موجباً عما يعدم الرضا كاتلاف كل المال أو حبس أولاده مثلاً .

الرابع - أن يكون المكروه ممتنعاً عن فعل ما أكره عليه لحقه كبيع ماله

والاكراه الغير الملجئ يعدم الرضا ايضاً لكنه لا يفسد الاختيار ويكون بالتهديد بالحبس والتقييد المديدين وبالضرب الغير المتألف على حسب احوال الناس .

المادة (١٩٤) - يختلف الاكراه باختلاف احوال الأشخاص وسنهم وضعهم ومناصبهم وجاههم ودرجة تأثرهم وتألمهم من الحبس والضرب كثرة وقلة وشدة وضعاً .

(١) المادة (١٩٣) - الاكراه بحبس الوالدين والأولاد وغيرهم من ذي رحم محرم أو بضربهم يعدم الرضا ايضاً .

أو إتلافه أو لحق آخر كاتلاف مال الغير أو لحق الشرع كشرب الخمر مثلاً فإن
فقد شرط من هذه الشروط بأن كان المـكـرّـه غير قادر أو كان المـكـرّـه لا يبالي
بتهديده أو كان الاكراه لا يؤثر على المـكـرّـه لكونه شيئاً خفيفاً بالنسبة إليه أو
كان المـكـرّـه غير ممتنع عن الفعل فلا يعد ذلك اكراهاً ولا يترتب عليه أحكامه .
انظر مادة (١٩٥) (١) .

وينبغي على ما تقدم لك في الشرط الثاني وهو خوف المـكـرّـه وقوع ما هدد
به في الحال أو المال أنه إذا اكراه انسان على بيع بيته مثلاً بأن قال له إن لم تبع
بيتك قتلتك وذهب المجبر إلى بيته فباع المـكـرّـه بيته وهو معتقد أنه إذا لم يبيع
البيت ينفذ عليه المجبر ما توعد به كان ذلك الاكراه معتبراً وإن لم يرسل اليه
أحداً ليأخذه وسلمه إلى المـكـرّـه إن لم يبيع البيت وحينئذ يكون البيع فاسداً
كباقي عقود كل مكره لأن المدار على غلبة ظنه ايقاع ما هدد به إن لم يفعل المـكـرّـه
عليه وهذا هو الظاهر وإن صرح بعضهم بأنه إنما يعتبر الاكراه ما دام المـكـرّـه
حاضراً فلو غاب عنه ولم يرسل اليه أحداً ليأخذه وباع مثلاً يكون البيع صحيحاً
ولا يكون الاكراه معتبراً مع أنه قد يكون المـكـرّـه جباراً عنيداً فيأخذه المـكـرّـه
بغته وهو لا يشعر ولا ينفع المظلوم إذ ذاك شفيع ولا نصير فيظهر أن الاول
أوفق . انظر مادة (١٩٦) (٢) .

فقد علمت مما تقدم حكم ما اذا كان فعل المـكـرّـه عليه في غيبة المـكـرّـه

(١) المادة (١٩٥) — يشترط لاعتبار الاكراه المعدم للرضا أن يكون المـكـرّـه
قادراً على ايقاع ما هدد به وأن يخاف المـكـرّـه وقوع ما صدر تهديده به في الحال
بأن يقلب على ظنه وقوع المـكـرّـه به ان لم يفعل الأمر المـكـرّـه عليه فإن كان المجبر غير قادر
على ايقاع ما هدد به فلا يكون الاكراه معتبراً .

(٢) المادة (١٩٦) — اذا عقد المـكـرّـه العقد في غياب المجبر ولم يرسل المجبر أحداً
ليرده اليه ان لم يفعل فلا يعتبر الاكراه ويكون قد عقده طوعاً بعد .

وأما اذا كان المسكره (بالكسر) حاضراً فاما أن يكون المـكره عليه من الاشياء التي تحتل الفسخ ويبطلها الهزل وإما أن يكون مما لا يفسخ بالفسخ ولا يبطله الهزل فان كان الاول بأن اكره شخص آخر على فعل شيء من الاشياء التي تنفسح بالفسخ ويؤثر فيها الهزل فحكمه الفساد لأن الرضا شرط لصحته فلعدم الرضا فسد التصرف في ذلك الشيء .

وينبني على ذلك ما يأتي :

الأول - ان عقود المعاوضات كلها تفسد بالاكره وفوات الرضا وذلك مثل البيع والشراء والايجار والاستئجار والصلح فمن اكره على عقد منها فعقده فاسد وقال زفر ان بيع المسكره موقوف لا فاسد ولذلك تلحقه الاجازة كما هو الشأن في كل عقد موقوف والمسكره أن يسترد العين التي اكره على بيعها بعد زوال الاكره وإن تداولتها الأيدي والصحيح انه فاسد لا موقوف .

وصحة اجازته لا تنافي الفساد لأن الفساد كان حاصلًا بسبب عدم الرضا وقد زال بحصول الاجازة طوعاً فيزول المسبب وهو الفساد ولأن العقد صدر من أهله لأنه عاقل مكلف مضافاً إلى محله وعدم الرضا وصف له والفساد لفقد شرطه وهو عدم الرضا فصار كسائر الشروط المفسدة .

وحينئذ يفيد الملك بالقبض فلو كان المبيع بالاكره عقاراً وقبضه المشتري ثم تصرف فيه بالوقف صح ذلك ولا يمكن للبائع نقضه واسترده .

وكذا جواز استرداده لا ينافي الفساد أيضاً لأن عدم جواز الاسترداد في البيع الفاسد بغير الاكره بعد التصرف فيه بنحو بيع ، فلأن الفساد فيه لحق الشرع ووجود التصرف أوجب فيه حقاً للعبد وحق العبد مقدم بخلاف البيع الفاسد بالاكره فانه جاز فيه استرداد المسكره له بعد زوال الاكره وإن تداولته الأيدي لأن المبيع تعلق به حقان حق المسكره وحق المشتري الثاني فلا يبطل

حق الأول لحق الثاني . نعم يبيع المـكـره يخالف المبيع الفاسد في أمور أربعة :

- ١ — إن يبيع المـكـره يجوز وينقلب صحيحاً بالاجازة القولية بأن قال المـكـره بعد زوال الاكراه أجزت البيع مثلاً ويجوز أيضاً بالاجازة الفعلية كقبض الثمن لما تقدم من أن سبب الفساد زال بخلاف غيره من البيوع الفاسدة كالبيع المقترن بشرط فاسد فإن الاجازة لا تصيره صحيحاً لأن الفساد فيه لحق الشرع .
- ٢ — إن المـكـره يملك استرداد المبيع إذا تصرف فيه المشتري تصرفاً يحتمل الفسخ بأن باعه لما تقدم .

- ٣ — إن المشتري إذا تصرف في المبيع تصرفاً لا يحتمل النقص بأن وقفه فلمـكـره تضمن القيمة وقت الوقف أو القبض بخلاف البيع الفاسد فإنه يضمـنه القيمة يوم القبض لا غير .

- ٤ — إذا كان المـكـره بائعاً كان الثمن أمانة عنده لأخذه باذن المشتري وكذا المبيع أمانة في يد المـكـره إذا كان هو المشتري لأنه أخذ المبيع بأذن البائع والبيع الفاسد ليس كذلك .

الثاني - لو أكره على تأجيل الدين الذي له على فلان أو على ترك الشفعة أو على التنازل عنها بعد الطلب أو أكره على ابراء مدينه أو ابراء الكفيل بنفس أو مال أو أكره على الكفالة أو الحوالة أو الهبة فلا يصح ذلك كله لأن هذه الاشياء لا تصح مع الهزل فيؤثر فيها الاكراه .

فمن أكره على تأجيل دينه أو على ترك الشفعة أو ابراء مدينه أو على الكفالة أو الحوالة فلا يصح ولا يلزمه شيء مما التزم به حتى لو أكره الزوج زوجته بنحو ضرب أو منع عن زيارة أهلها لتهب له مهرها وهو مستوف لشرائط الاكراه فوهبته له وهي بالغة فلا تصح الهبة ولا تبرأ ذمته من المهر .

الثالث - الاقرار المصحوب بالاكراه غير صحيح لأنه يؤثر فيه الهزل

فمن أكره أكرهاً معتبراً مستوفياً شرائطه المتقدمة على الاقرار وعلم المكره بقرائن الأحوال أنه لو لم يقر يوقع به المكره ما توعده به من اتلاف نفس أو عضو أو إتلاف كل ماله ونحو ذلك وهو قادر على ابقائه فأقر المكره خائفاً من وقوع ذلك فلا يكون اقراره معتبراً ولا يلزم بشيء مما أقر به انظر المواد ١٩٧ ، ١٩٨ ، ١٩٩ ، ٢٠٠ (١) .

فما تقدم يعلم أن من أكره أكرهاً معتبراً على عقد من العقود المحتملة للفسخ جاز له أن يفسخه بعد زوال الاكراه وإن تداولته الأيدي لتقدم حق المكره على حق المشتري الثاني كما سبق .

ولا يبطل حق الفسخ بموت المكره ولا بموت المجير ولا بموتهما بل من مات منهما تقوم ورثته مقامه ولا يمكن لو تصرف المشتري في المبيع مثلاً تصرفاً لا يحتمل الفسخ بأن كان أرضاً فوقها بطل حق الفسخ كما لو هلك أو استهلك .

(١) المادة (١٩٧) — الرضا شرط لصحة العقود التي تختمل الفسخ فتفسد بفواته وذلك كالبيع والشراء والايجار والاستئجار والهبة والصلح وتأجيل الدين والشفعة ونحوها فمن أكره أكرهاً معتبراً بأحد نوعي الاكراه على عقد منها فلا يصح عقده المادة (١٩٨) — لا يصح أيضاً مع الاكراه ابراء الدائن مديونه ولا ابراء الكفيل بنفس أو مال

فمن أكره أكرهاً معتبراً ماجئاً أو غير ملجئ على ابراء مديونه أو كفيل مديونه فابراؤه غير صحيح وله مطالبة كل منهما بدينه

المادة (١٩٩) — الكفالة والحوالة لا يصحان أيضاً بالاكراه فمن كفّل عن غيره كرهاً أو قبل حوالة دين عليه جبراً فلا يلزمه شيء مما ألزم به قهراً

المادة (٢٠٠) — لا يصح الاقرار بالاكراه فمن أكره أكرهاً معتبراً على الاقرار وعلم بدلالة الحال انه ان لم يقر بما أكره عليه يوقع به المكره ما هده به من اتلاف أو حبس أو ضرب وهو قادر على ابقائه فأقر خائفاً من وقوع ذلك فلا يعتبر اقراره ولا يلزمه شيء مما أقر به

الزوج ذو شوكة على زوجته فمن أكره زوجته بالضرب أو منعها عن اهلها التهب له مهرها فوهبته له وهي خائفة فلا تصح الهبة ولا تبرأ ذمته من المهر

بل تعين له أخذ القيمة لأن التصرف بالوقف بمنزلة الاستهلاك نظراً لمراعاة الموقوف عليهم بدون الحاق ضرر بالمكره لما أن القيمة بدل ملكه انظر مادة (٢٠٢) (١).

وكذا يعلم مما سبق أن عقد المكره يقع فاسداً لا باطلاً إلحاقاً له بالهازل لوجود القصد عنده بخلاف الهازل ولا موقوفاً. إنما كونه غير باطل فلا أنه صدر من أهله العاقل البالغ مع وجود محله القابل له وهو المبيع فتعين كونه فاسداً لعدم الرضا ولذلك يزول فساد بالاجازة وينقلب صحيحاً إذا أجازته المكره بعد زوال الاكراه صراحة أو دلالة لما تقدم من أن سبب الفساد زال فيزول السبب وهو الفساد فيتصف بالصحة. انظر مادة (٢٠٣) (٢).

فقد ثبت لك أن عقد المكره فاسد لا باطل ولا موقوف ولا يعزب عليك أن العقد الفاسد يفيد الملك بالقبض وينفذ بدون توقف على اجازة المكره بعد زوال الاكراه وكذلك لو كان المكره عليه عقد بيع يملك المشتري المبيع بثمنه غير أن الملك يكون فاسداً وبما أنه ملكه فيصح له أن يتصرف فيه كل تصرف من التصرفات التي لا يمكنه نقضها كالوقف والصدقة والعقود التدبير والاستيلاء وقد سبق بيان ذلك كله والبائع مكرهاً له الخيار إن شاء ضمن المكره له قيمته وقت تسليمه للمشتري وإن شاء ضمن المشتري قيمته يوم استلامه أو وقت إحداثه فيه تصرفاً لا يحتمل النقص أما تضمينه المكره فلا أنه بمنزلة الغاصب وأما تضمينه للمشتري فهو بمنزلة غاصب الغاصب وإذا ضمن المكره المجرى فله أن

(١) المادة (٢٠٢) — من اكراه على عقد من العقود المحتملة للفسخ جاز له أن يفسخه بعد زوال الاكراه ولا يبطل حق فسخه بموته ولا بموت الماقد الآخر بل تقوم ورثتهم مقامهم

(٢) المادة (٢٠٣) — عقد المكره ينعقد فاسداً لا باطلاً فيقبل الاجازة فإن أجازته المكره بعد زوال الخوف صراحة أو دلالة ينقلب صحيحاً

يرجع على المشتري لأنه هو الذي استهلك العين وهي مملوكة له فيضمن بدلها ولا يخفى أنه إذا كان الثمن مع المـكـره واستهلكه يكون واجباً في ذمته فيحسب من ضمن الثمن ولا يمكنه لو هلك عنده بدون تعديه سقط عنه لأنه أمانة في يده كما سبق انظر مادة (٢٠٤) (١) .

وبالتأمل فيما يخالف فيه بيع المـكـره المبيع الفاسد تعلم أن المـكـره (بالفتح) له أن ينقض جميع تصرفات المشتري التي تحتل الفسخ ويطلبها الهزل ويسترد العين التي اكـره على بيعها حيث وجدها وإن تداولتها الأيدي مراعاة لحق المـكـره لأنه سابق على حق المشتري الثاني فهو أولى فإن هلكت العين في يد المشتري لزمه قيمتها لأنها هلكت وهي على ملكه كالمشتري شراء فاسداً .

ولكن البائع مكرهاً مخير بين أمرين إن شاء ضمن المـكـره قيمة المبيع يوم تسليمه للمشتري ورجع عليه بما ضمن وإن شاء ضمن المشتري قيمته وقت استلامه أو يوم هلاكه هذا إذا اشترى طائعاً فإن اكـره على الشراء مثل البائع وهلك المبيع في يده بلا تعدٍ منه فلا ضمان عليه أصلاً بل يكون الضمان على المـكـره وإن كان لو تعدى عليه بأن استهلكه يكون ضامناً وهو ظاهر . انظر مادة (٢٠٥) (٢) .

(١) المادة (٢٠٤) — عقود المـكـره لا يتوقف نفاذها على إجازته بعد زوال الإكراه بل تنفذ بلا توقف ونفيد الملك بالقبض فإن كان المـكـره عليه عقد بيع يملك المشتري المبيع بقبضه ملكاً فاسداً ويصح فيه كل تصرف من التصرفات التي لا يمكن نقضها وتلزم قيمته ويكون للبائع مكرهاً الخيار أن شاء ضمن المـكـره له على البيع قيمته يوم تسليمه إلى المشتري وإن شاء ضمن المشتري قيمته يوم قبضه أو يوم أحدث فيه تصرفاً لا يجتمع النقص

(٢) المادة (٢٠٥) — للبائع المـكـره ولوارثه من بعده أن ينقض تصرفات المشتري التي تحتل الفسخ ويسترد العين التي اكـره على بيعها حيث وجدها وإن تداولتها الأيدي فإن هلكت العين في يد المشتري يضمن قيمتها وللبائع الخيار أن شاء ضمنه وإن شاء ضمن الجبر =

فقد ظهر لك مما تقدم حكم العقود التي تحمل النسخ ويبطالها الهزل اذا كان
 العاقد مكرهاً وأما حكم العقود والتصرفات التي لا تحمل الفسخ ولا يبطلها الهزل
 مثل النكاح والطلاق والعق ونحوها كالتديرو والاستيلاء فلا يؤثر في انشائها الا كراه
 بل تقع صحيحة متى كانت مستوفية شرائطها وحينئذ لا تفسد به ولا تبطل
 وينبغي على ذلك أنه لو أكره شخص غيره على عقد زواج أو على إيقاع طلاق
 أو على اعتاق عبد مثلاً وكان الاكره مستوفياً شرائطه المتقدمة ولكن الماكروه
 على الطلاق يصح رجوعه على الماكروه بنصف المهر بعد زوال الاكره إن كان
 الطلاق قبل الدخول لأنه هو السبب في التزامه بدون مقابل باكرهه على الطلاق
 بخلاف ما اذا كان الطلاق بعد الدخول فإنه لا يصح له أن يرجع على المجر
 بشيء لأن المهر قد تأكد عليه بالدخول لما تقرر من أن كل وطء في دار الاسلام
 لا يخلو عن حد أو مهر .

وأما الماكروه على العتق فلا يخلو حاله من أحد أمرين إما أن يكون العتق
 بالقول وإما أن يكون بالفعل فإن كان عتقه بالقول فاما أن يكون في مقابلة شيء
 كأن أعتقه في نظير كفارة يمين أو صيام كأن حلف كاذباً فاعتقه كفارة لليمين
 أو أفطر عمداً في رمضان فاعتقه كفارة للفطر وإما أن يكون عتقه بدون مقابل
 أصلاً فإن كان عتقه للكفارات فلا حق له في الرجوع على من أكرهه بشيء ،
 وإن كان عتقه لغير الكفارات فله الحق في الرجوع على من أكرهه بقيمة معتقه
 لأنه هو السبب في خروج ملكه من يده بغير عوض .

هذا إذا كان العتق بالقول فإن كان بالفعل بأن أكرهه انسان غيره على

= فإن ضمن المجر فله الرجوع بما ضمنه على المشتري فإن كان المشتري هو الذي أجبر على الشراء

وهلك المبيع في يده بلا تعد منه فلا ضمان عليه

وكذا لا ضمان على البائع الماكروه ان قبض الثمن مكرهاً وهلك في يده بلا تعد منه

شراء قريبه الذي هو رحم محرم منه فلا يرجع على من أكرهه بشيء لأن العتق حصل بسبب القرابة لقوله عليه الصلاة والسلام (من ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه) .

والقائل بأن الاكراه لا يؤثر في الزواج والطلاق والعتق ونحوه كالتدبير هو الامام أبو حنيفة واتفق باقي الأئمة على أنه يؤثر فيها كما أنه يؤثر على العقود التي تحمل الفسخ ويبطلها الهزل وكل دليل .

فاستدل أبو حنيفة على رأيه بأن المكروه قصد ايقاع الطلاق مثلاً على زوجته وهو أهل له لأنه مكلف شرعاً لأنه خير بين أمرين المهدد به والمكروه على فعله فاختر أهونها عليه ودليل على أنه اختار أهون الشرين وذلك علامة القصد وكل قاصد لفعل لا يخلو فعله عن حكمة لأن الغرض من الفعل دفع الحاجة وهي موجودة في المكروه لحاجته إلى التخلص مما توعد به من القتل أو قطع العضو مثلاً إلا أنه غير راض بالحكم فيقع ولا تأثير لعدم رضاه في هذا الحكم لأنه ليس أقل حالة من الهازل الذي لم يكن عنده قصد أصلاً يدل على ذلك حديث حديفة وأبيه حين حلفهما المشركون فقال عليه الصلاة والسلام (نفي لهم بوعدهم ونستعين الله عليهم) فبين بذلك أن اليمين طوعاً أو كرهاً سواء والمكن يرد على أن فعل المكروه صادر عن اختيار انه لو كان عند المكروه اختيار لما صح له فسخ عقود المعاوضات بعد زوال الاكراه ويجاب عن ذلك بأن الذي خول له حق الفسخ في عقود المعاوضات هو عدم الرضا وهو ليس بشرط في العقود التي لا تحمل الفسخ ولا يبطلها الهزل كما في الهازل لأنه ليس عنده قصد أصلاً وقد وقع عليه الطلاق لحديث : (ثلاث جدهن جد وهزلهن جد ، النكاح والطلاق والعتاق) . وإذا كان حكم الهازل كذلك فيكون المكروه أولى لوجود القصد عنده في الجملة ولا يرد على ذلك ان الهازل له اختيار كامل في قصد اللفظ بخلاف المكروه

فان اختياره فاسد بالا كراه والفاسد في حكم العدم فلا يلزم من الحكم بصحة هذه التصرفات بالنسبة للهازل الحكم بصحتها بالنسبة للمكروه لأن الهازل له اختيار في السبب وهو اللفظ دون المسبب وهو المعنى فكان اختيار الهازل ايضاً غير كامل بالنظر الى الحكم الذي هو المقصود فصح قياس المكروه عليه .

واستدل باقي الأئمة على رأيهم بقوله عليه الصلاة والسلام (رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه) أى رفع عن أمتي حكم ما فعلوه خطأ أو نسياناً أو مكرهين فلا يؤخذون عليه ولا يعاملون بما يقتضيه لو حصل في غير هذه الأحوال ولأن الاكراه لا يجتمع مع الاختيار لافساده اياه واعتبار التصرف الشرعي انما هو بالاختيار بخلاف الهازل فانه مختار في التكلم بالطلاق والعق غير راض بحكمه فيعتبر قوله .

وقد أجاب أبو حنيفة عن حديث رفع عن أمتي الخ بأنه لا يصح نفي نفس ما استكرهوا عليه لوجوده حقيقة فلا بد من تقدير الحكم وهو نوعان دينوي وأخروي فلا يتناولهما اللفظ لأنه كالمشترك وحكم الآخرة مراد بالاجماع فانتهى الآخرون يكون مراداً فيبقى حكمه بدون رفع وفيه ان هذا لا يصلح رداً على من يرى استعمال المشترك في معنیه كالشافعي ولا يخفى أن مذهب الائمة الثلاثة أرفق خصوصاً وقد ورد في الأثر (لا طلاق في اغلاق) أي لا طلاق واقع في حالة اكراه ومحل الخلاف انما هو في إنشاء النكاح والطلاق والعق اما إذا كان الاكراه على الاقرار بهذه الأشياء فلا يصح (اما على رأي غير ابي حنيفة فظاهر واما على رأيه فلأن الاقرار خبر محتمل للصدق والكذب وحصوله مقترناً بالا كراه يرجح جانب الكذب فلا يصح فلا يقع ما أقر به لأنه أقر بشيء غير واقع انظر مادة (٢٠١) (١) .

— الفصل الثالث —

﴿ في الغبن الفاحش والغلط الواقع في العقود ﴾

الغبن في اللغة مصدر غبن اذا أدخل عليه ما يغضبه وينقسم عند الفقهاء الى قسمين يسير وفاحش فاليسير هو ما يدخل تحت تقدير أهل الخبرة بمعنى انه إذا قوّم المبيع من له دراية بأحوال التجارة في نفس ذلك المبيع يكون تقويمه شاملاً لذلك القدر اليسير مثلاً اذا اشترى انسان بيتاً بألف جنيه مثلاً فادعى المشتري ان العقد فيه مائة جنيه زيادة على القيمة وانكر البائع زيادة المائة فعين القاضي أهل خبرة للنظر في ذلك فقال بعضهم المبيع يساوي ٩٠٠ جنيه وقال الآخر يساوي ألف جنيه فللمائة التي دخلت في التقدير يعتبرها الفقهاء غبنًا يسيراً وقال بعضهم الغبن اليسير هو ما كان أقل من الخمس وقد اتفق العلماء على أنه لا يؤثر في البيع مطلقاً أي سواء صاحبه تغير أو لا ، لأنه لا يمكن الاحتراز عنه .

وأما الغبن الفاحش فهو ما لا يدخل تحت تقدير أهل الخبرة كما اذا باع شخص لآخر حصاناً بمائتين وخمسين جنيهاً فادعى المشتري الغبن فعين لذلك أهل الخبرة واتفق الكل في تقديرهم على أن الحصان يساوي مائتي جنيه لا غير فالقدر الزائد عن تقديرهم وهو الخمسون يقال له غبن فاحش . وقد اختلف العلماء في حكمه فقال بعضهم الغبن الفاحش لا يفسد العقد ولا يوجب حق الفسخ للمغبون مطلقاً أي سواء صاحبه تغير أو لا لقوله عليه الصلاة والسلام (دعو الناس في

كالنكاح والطلاق والعتاق ونحوها لا يؤثر فيها الاكراه ولا تبطل به
فن أكره على عقد نكاح أو على طلاق أو اعتاق جاز عقد نكاحه ووقع طلاقه وصح
اعتاقه ويرجع المعتق كرهاً بقيمة معتقه على من أكرهه اذا اعتقه لغير الكفاية وكان عتقه
بالبطل لا بالنقض

غفلاتهم يوزق بعضهم بعضاً) وقال بعضهم يؤثر على العقد الفساد ويوجب حق
الفسخ مطلقاً أي سواء صاحبه تغير أو لا لأنه أوجب ضرراً على المغبون
والضرر يزال شرعاً وقال بعض المحققين الغبن الفاحش لا يوجب فسخ العقد إذا
لم يصاحبه تغير لأن المشتري مثلاً قد رضي به وإن صاحبه تغير فله حق الفسخ
وهو المفتى به لأن المشتري لم يرض بالعقد إلا بسبب التأثير على نفسه بالتغير
والخداع الذي وجد من البائع أو من الدلال والظاهر أنه إذا كان ممن ليس له
دخل في البيع يكون كعدمه ولا يوجب فسخ العقد.

ومحل الخلاف إذا كان في غير مال الصغير أو الوقف وأما إذا كان في
مالهما فيجب فسخ العقد مطلقاً سواء صاحبه تغير أو لا وذلك لأن الصغير يجب
التصرف في ماله بما هو انظر له بحيث لو كان التصرف في ماله مشتملاً على غبن
فاحش يكون باطلاً قل تعالى ولا تقربوا مال اليتيم إلا بالتي هي أحسن وليس من
الحسن ادخال الغبن الفاحش في ماله وأما الوقف فانه يفتي فيه بما هو أنفع والأمنع
له عدم دخول الغبن الفاحش فيه.

بقي ما إذا حصل في العقد تغير ولكن لم يوجد فيه غبن وحاصله أنه لا يخلو
أما أن يكون التغير قولياً أو فعلياً فإن كان قولياً فلا حق للمغرور في فسخ العقد
ولا الرجوع على من عقد معه بشيء وإن كان فعلياً كما إذا ربط صاحب البقرة
أحلافها حتى اجتمع اللبن في ضرعها ثم ذهب بها إلى السوق ورآها من يريد
الشراء فاغتر بعظيم ضرعها واشتراها فلما حلبها المرة الثانية وجد لبنها قليلاً
بالنسبة لما وجد منها أولاً ففيه خلاف بين أبي حنيفة والشافعي وأبي يوسف رحمهم
الله تعالى فقال أبو حنيفة يرجع بالنقصان وقال الشافعي يجوز للمشتري أن يردّها
مع لبنها أو يردّها وصاعاً من تمر لحديث « لا تصرف الابل والغنم فمن ابتاعها بعد
ذلك فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها فإن رضيها أمسكها وإن سخطها ردها وصاعاً

من تمر » (وهذا الحديث متفق عليه) وقال أبو يوسف يرد هاويرد قيمة اللبن لأن ذلك هو الواجب شرعاً ولا يخفى ظهور رأي أبي يوسف انظر مادة (٢٠٦) (١) .

هذا حكم العقد المصحوب بالغبن وأما إذا حصل غلط في محل العقد وكان الشيء المعقود عليه مسمى ومشاراً إليه فلا يخلو الحال من أحد أمرين أما أن يختلف المسمى والمشار إليه جنساً أو يتحدا فيه ويختلفا وصفاً فإن كان الأول بأن اختلفا جنساً تعلق العقد بالمسمى وبطل لانعدامه وذلك لما تقدم من انه لا بد لتحقيق أي عقد من وجود عاقلين ومعقود عليه وإن كان الثاني بأن اتحدا جنساً ولكن اختلفا وصفاً فإن العقد يتعلق بالمشار إليه وينعقد لوجوده ويكون للعاقدين الخيار في أخذ المعقود عليه ورده لفوات الوصف المرغوب فيه هذا هو ما صرح به الإمام محمد حيث قال (الأصل ان الإشارة مع التسمية إذا اجتمعتا ففي مختلفي الجنس يتعلق بالمسمى ويبطل لانعدامه وفي متحدي الجنس يتعلق بالمشار إليه وينعقد لوجوده ويتخير لفوات الوصف) وبني على هذا انه لو اشترى انسان من آخر ثياباً على انها حرير وأشار إليها ثم تبين انها قطن أو فصاً من الماس وأشار إليه ثم ظهر انه زجاج يكون العقد باطلا لانعدام المعقود عليه وهي الثياب التي من حرير والفص الذي هو من الماس ولو اشترى بقرة صفراء ليلاً وأشار إليها فاذا هي سوداء مثلاً صح العقد لوجود المعقود عليه ويكون المشتري حينئذ مخيراً بين امضاء العقد وفسخه لفوات الوصف المرغوب فيه لأن الرغبة تختلف باختلاف الالوان والمراد بالجنس عند الفقهاء ما يشمل النوع لأن المراد به عندهم ما يحمل على أفراد كثيرة يتفاوت الغرض منها بخلاف الجنس

(١) المادة (٢٠٦) — الغبن الفاحش لا يفسد العقد ولا يوجب حق فسخه للمغبون الا اذا كان فيه تقرير وإنما يفسد العقد ويجب فسخه بالغبن الفاحش ولو لم يكن فيه تقرير اذا كان المغبون غيباً فاحشاً صغيراً أو كان المال الذي حصل فيه الغبن الفاحش مال وقف

المنطقي فانه ما يحمل على كثيرين مختلفين بالحقيقة والعدد كلفظ حيوان فانه يشمل الانسان والفرس انظر مادة (٢٠٧) (١)

— الفصل الرابع —

✽ في محل العقد وفائده وقصد شرعيته ✽

كل عقد من العقود يشترط له عدة شروط منها ما هو لازم لانعقاده ومنها ما هو لازم لصحته ومنها ما هو لازم لتنفاذه ومنها ما هو لازم للزومه .
فمن شروط انعقاد أي عقد انه يلزم اضافته إلى المعقود عليه ويقال له محل العقد ولا بد أن يكون قابلاً لأثر العقد وحكمه المترتب عليه حتى يعتبر العقد ويكون موجوداً فلو لم يضاف العقد إلى محل قابل لأثره يكون بمنزلة المعدوم لفقد شرط من شروط انعقاده وكما يصح أن يكون المحل الوارد عليه العقد عيناً من الأعيان القيمة كبيت مثلاً أو المثلية التي تثبت ديناً في الذمة كأردب قمحاً كذلك يصح أن يرد على منفعة من المنافع كأن يؤجر شخص بيتاً لآخر ليسكنه أو أرضاً ليزرعها أو على عمل من الاعمال بأن أجر انسان شخصاً ليرعى دوابه أو ليصنع طعامه أو ليعمل دولاباً لسكرته مثلاً وسنبين ذلك كله في مبحث البيع والاجارة

(١) المادة ٢٠٧ — اذا وقع غلط في محل العقد وكان المعقود عليه مسمى ومشاراً اليه فان اختلاف الجنس تعاق العقد بالمسمى وبطل لانعدامه وان اتحد الجنس واختاف الوصف تعلق العقد بالمشار اليه وينعقد لوجوده ويخير العاقد لفوات الوصف ان شاء أمضي العقد وان شاء نقضه

فاذا بيع هذا الفص على انه ياقوت فاذا هو زجاج بطل البيع ولو بيع هذا الفص ليل على أنه ياقوت احر فظهر اصفر صح البيع والمشتري بالخيار بين امضائه وفسخه

مفصلاً إن شاء الله تعالى . انظر مادة (٢٠٨) (١) .

ومن شروط صحة عقد المعاوضات المالية من الجانبين كالبيع أن يكون كل من البديلين معيناً تعييناً يرفع الجهالة الفاحشة ولا فرق بين أن يكون التعيين بالإشارة إليه أو إلى مكانه الخاص به أن كان موجوداً وقت العقد وإلا فيكون بيان جنسه ونوعه ووصفه وقدره أيضاً إن كان من المقدرات كالمكيلات والموزونات أو عدده إن كان من العدديات أو نحو ذلك من كل ما يرفع الجهالة الفاحشة ولذلك لا يستغنى بذكر الجنس عن النوع ولا بذكر النوع عن الوصف وإنما اشترط رفع الجهالة الفاحشة لأنها تفضي إلى النزاع وكل شيء يفضي إليه يوجب فساد العقد بخلاف الجهالة اليسيرة فإنه يتسامح فيها لعدم تعذر رفعها فلا تفضي إلى النزاع انظر مادة (٢٠٩) (٢) .

وكذا يلزم لصحة عقد المعاوضة أن يكون المحل الوارد عليه العقد موجوداً فلو كان معدوماً فلا يصح العقد لأن إمكان التسليم شرط من شروط العقد والمعدوم لا يمكن تسليمه وينبغي على ذلك أنه لو باع انسان بقرة لآخر وهي موجودة صح البيع بخلاف ما لو باع له الطير حال وجوده في الهواء أو السمك وهو في البحر فإنه لا يصح ولكن استثنى الفقهاء من ذلك السلم الذي هو بيع مضمن آجل بضمن عاجل إذا كان مستوفياً شرائطه الشرعية والأصل أن النبي

(١) المادة (٢٠٨) — لا بد لكل عقد من محل يضاف إليه يكون قابلاً لحكمه ويصح أن يكون محل العقد مالا عيناً كان أو ديناً أو منفعة أو عملاً

(٢) المادة (٢٠٩) — يلزم لصحة عقد المعاوضات المالية من الجانبين أن يكون كل من البديلين معيناً تعييناً نافياً للجهالة الفاحشة سواء كان تعيينه بالإشارة إليه أو إلى مكانه الخاص إن كان موجوداً وقت العقد أو ببيان وصفه مع بيان مقداره إن كان من المقدرات أو بنحو ذلك مما تنفني به الجهالة الفاحشة ولا يكتفي بذكر الجنس عن القدر والوصف

صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص في السلم انظر مادة (٢١٠) (١).

ولما كان الشارع حكيماً لا يجب من العمل إلا ما كان مفيداً لفاعله ومقصوداً له قصداً صحيحاً حتم لصحة أي عقد من عقود المعاوضات أن يترتب على انعقاده فائدة تعود على كل من العاقلين وذلك كأن يؤجر شخص لغيره بيتاً فان هذا العقد مفيد لكل من الطرفين المؤجر ينتفع بالأجرة والمستأجر ينتفع بمنفعة البيت مثلاً بخلاف ما اذا كان العقد غير مفيد كبيع حنية بمثله فانه لا يترتب على هذا العقد فائدة فيكون فاسداً وختم أيضاً أن تكون الفائدة من الفوائد التي يقصدها العقلان كما تقدم فلو كانت الفائدة غير مفيدة في نظر العقلان فلا يكون العقد صحيحاً أيضاً وينبغي على ذلك أنه لو استأجر انسان دابة لا ليركبها بل ليجنبها حتى يقال عنده جنيب أو استأجرت امرأة حلياً لا لتلبسه بل لأجل أن تقول الزائرات عندها حلي عظيم يكون عقد اجارة فاسداً لأنه وإن ترتب على ذلك فائدة إلا أنها لا قيمة لها عند العقلان ولا تكون مقصودة شرعاً . انظر مادة (٢١١) (٢).

✧ الفصل الخامس ✧

✧ في أحكام العقود ✧

العقود جمع عقد وهي تنقسم إلى قسمين : عقود غير لازمة كالوكالة والاعارة ، وعقود لازمة كالبيع ، فغير اللازمة لا توجب التزام أحد بموجبها

(١) المادة (٢١٠) — لا يصح أن يكون الشيء المعلوم الذي سيوجد في المستقبل

محلاً للعقد المتقدم ذكره الا في السلم بشرائطه

(٢) المادة (٢١١) — يلزم أن يكون في العقد فائدة اعاقيه وأن يكون مقصوداً شرعاً

وكل عقد لا فائدة فيه للعاقلين فهو فاسد وكذا العقد الذي قصد به مقصد غير شرعي

مطلقاً سواء كان العاقد أو غيره واللازمة تقتضي التزام كل من المتعاقدين بأحكامها المترتبة عليها كتسليم المبيع مثلاً على البائع ووجوب تسليم الثمن على المشتري لأن معنى العقد التعهد والالتزام وقد التزم كل من العاقدین لصاحبه بموجبه ومن التزم بشيء يجب عليه القيام به ولذلك لا يجوز لأحدهما فسخ العقد متى انعقد صحيحاً نافذاً لازماً إلا برضا صاحبه ولم يمنع مانع من فسخه فإن وجد ما يمنع فسخ العقد بأن وقف المشتري الأرض التي اشتراها مثلاً فلا يصح فسخه وإن تراضى العاقدان على ذلك ولا تسري أحكام العقود على غير المتعاقدين إلا إذا كان الغير متضامناً مع العاقد كأن كان شريكاً له وكان المعقود عليه من أموال الشركة وإنما تسري على المتعاقدين دون غيرها لأن الغير لم يتعهد ولم يلتزم بما يترتب عليه العقد ولا لزوم بدون التزام وينبغي على ذلك أنه لو باع شخص لآخر دابة وسلمها للمشتري أو لم يسلمها ثم ادعى آخر أنها ملكه وأثبت دعواه بطريق من طرق الحجج الشرعية تعين على القاضي الحكم له بذلك انظر مادة (٢١٢) (١).

وعقد المعاوضة من جانب كل واحد من المتعاقدين إما أن يكون وارداً على الأعيان المالية وإما أن يكون وارداً على منافعها .
فإن كان وارداً على نفس الأعيان وانعقد مستوفياً شرائط الصحة يوجب ثبوت الملك لكل واحد منهما في بدل ملكه والتزامه بتسليم ملكه المعقود عليه لصاحبه كما تقدم . انظر مادة (٢١٣) (٢) .

(١) المادة (٢١٢) — إنما تجري أحكام العقود في حق العاقدین ولا يلتزم بها غيرها ولا يجوز فسخ العقود اللازمة إلا بتراضيهما في الأحوال التي يجوز فيها فسخها
(٢) المادة (٢١٣) — عقد المعاوضة من الجانبين الوارد على الأعيان المالية إذا وقع مستوفياً شرائط الصحة يقتضي ثبوت الملك لكل واحد من العاقدین في بدل ملكه والتزام كل منهما بتسليم ملكه المعقود عليه للآخر

وإن كان وارداً على منافع الاعيان ووقع مستوفياً شرائط اللزوم وجب على صاحب العين التي ورد العقد على منفعتها أو نائبه أن يسلمها لمريد الانتفاع بمقتضى العقد وكذا يلزم المنتفع وهو المستأجر تسليم ما وجب عليه من الأجرة التي هي بدل المنفعة لصاحب العين أو لمن هو نائب عنه فإن شرط تعجيل الأجرة لزمته بمجرد العقد بمقتضى الشرط وإن لم يشترط ذلك لزمته بعد الانتفاع وذلك يختلف باختلاف العين المستأجرة وعرف المتعاقدين وسنين ذلك مفصلاً في مبحث الاجارة إن شاء الله . انظر مادة (٢١٤) (١) .

فما تقدم هو حكم عقد المعاوضة وأما عقد التبرع الوارد على العين بهبة فلا يفيد الملك في العين الموهوبة إلا بعد انعقاده مستوفياً جميع شرائط الصحة والنفاذ واللزوم وسلمت العين الموهوبة للموهوب له وقبضها قبضاً كاملاً بأن تكون مفرزة مميزة على حدتها غير مشغولة بملك الواهب لأنها عقد ضعيف لعدم البذل فيحتاج في افادته الملك إلى القبض ولذا قال عليه الصلاة والسلام (لا تجوز الهبة إلا مقبوضة) وهذا هو رأي أبي حنيفة وقال مالك لا يتوقف الملك في الهبة على القبض وهذا الخلاف في الهبة بغير عوض وأما الهبة بعوض فقال أبو حنيفة هي هبة ابتداء بيع انتهاء وقال مالك والشافعي وبعض الحنفية انها بيع ابتداء وانتهاء فتأخذ حكمه وقد بين ذلك مفصلاً في الهبة فراجع . انظر المادة (٢١٥) (٢) .

فقد ظهر لك مما ذكر أحكام العقود النافذة اللازمة وأما اذا كان العقد

(١) المادة (٢١٤) — عقد المعاوضة من الجانبين اذا وقع على منافع الاعيان المالية مستوفياً شرائط الصحة والنفاذ يستوجب التزام المنتصرف في العين بتسليمها للمنتفع والتزام المنتفع بتسليم ما استحق من بدل المنفعة لصاحب العين

(٢) المادة (٢١٥) — عقد التبرع بالهبة بلا عوض لا يتم بعد انعقاده صحيحاً ولا يلزم المتبرع حكمه الا بتسليم العين الموهوبة للموهوب له وقبضها قبضاً تاماً ومثله عقد الهبة بشرط العوض فانه لا يتم الا بقبض العوضين

موقوفاً فإن كان العاقد فضولياً غير مالك لما يعقد عليه ولا نائباً عنه بل تصرف فيه بدون إذن من له حق التصرف أو كان العاقد صبيّاً مميّزاً غير مأذون له أو معتوهاً كذلك فلا يترتب عليه أثره ولا يفيد ثبوت الملك بمجرد حصول العقد بل يتوقف على إذن المالك أو وكيله في حالة ما إذا كان البائع فضولياً وعلى إذن الولي أو الوصي فيما إذا كان المتصرف صبيّاً مميّزاً أو معتوهاً ولا بد أن تكون الاجازة معتبرة شرعاً بأن تقع مستوفية شرائطها المتقدمة في شرح المادة (١٧٧) والقائل بصحة عقد الفضولي هم الأئمة الثلاثة أبو حنيفة ومالك وأحمد وقال الشافعي لا ينعقد عقد الفضولي لأنه لم يصدر عن ولاية شرعية لأنها إما أن تكون بالملك أو بأذن من له الملك وقد فقدوا ولا انعقاد إلا بالقدرة الشرعية فصار كبيع المعلوم وقد نهى عنه رسول صلى الله عليه وسلم بقوله الحكيم ابن حزام (لا تبع ما ليس عندك) وفيه أن هذا لا يصلح دليلاً لأن الغرض من الحديث النهي عن بيع ما ليس موجوداً عند الإنسان طمعاً في أن يشتريه ويسلمه للمشتري لأنه قد يعجز عن الحصول عليه فيحصل النزاع.

يرشد إلى ذلك أن سبب النهي هو قول حكيم للنبي صلى الله عليه وسلم إن الرجل يحضر عندي فيطلب مني سلعة ليست عندي فأبيعها له ثم أدخل السوق فاشتريها له فقال له صلى الله عليه وسلم (لا تبع ما ليس عندك) واستدل الأئمة الثلاثة على جواز عقد الفضولي بأن النبي صلى الله عليه وسلم أعطى حكيم ابن حزام ديناراً ليشتري به أضحية فاشتري شاة ثم باعها بدينارين ثم اشتري شاة بدينار وجاء بالشاة والدينار إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فأخبره بذلك فقال له صلى الله عليه وسلم (بارك الله لك في صفقتك فأما الشاة فضع بها وأما الدينار فتصدق به) وبأن التصرف صدر من أهله في محله بدون إلحاق ضرر بالمالك لأنه مميّز وفيه نفعه لحصوله على الثمن بدون مشقة ونفع العاقد أصون كلامه عن

الانقضاء ونفع المشتري فلهذا كله صح عقد الفضولي موقوفاً . انظر مادة (٢١٦) (١) .

والمقدّم من حيث وصفه ينقسم إلى أربعة أقسام : موقوف وقد تقدم وصحيح وفاسد وباطل . فالعقد الصحيح الذي يترتب عليه أثره بانقضاءه هو ما كان مشروعاً بذاته ووصفه بمعنى أنه لم يطرأ عليه خلل في ركنه ولا في وصفه وتوضيحه أنه هو العقد الذي يكون ركنه (وهو الإيجاب والقبول) صادراً من أهله مضافاً إلى محله القابل لحكمه وتكون أوصافه صحيحة سالمة من الخلل وأن لا يكون العقد مقروناً بشرط من الشروط المفسدة للعقد والشرط الفاسد هو الذي لا يقتضيه العقد ولا يؤكد موجهه وفيه منفعة لأحد المتعاقدين أو لأجنبي أو لمصلحة هو من أهل الاستحقاق ولم يجر العرف به ولم يرد الشرع بجوازه وسيلين معنى ذلك في شرح المادة (٢٢٧) .

والعقد الفاسد هو ما كان مشروعاً بأصله دون وصفه بمعنى أنه لم يطرأ عليه ما يوجب بطلانه بل قد استوفى شرائط انعقاده ولكنه فقد شرطاً من شروط صحته بأن كان أحد البدلين مجهولاً جهالة فاحشة بأن لم يعلم جنسه أو وصفه أو نحو ذلك من كل جهالة تفضي إلى النزاع أو يكون المعقود عليه غير مقدور التسليم أو خالياً عن الفائدة أو كون فائدته غير مقصودة شرعاً أو اقترن بشرط من الشروط الفاسدة كأن اشترى انسان من آخر بيتاً بشرط أن يسكنه البائع

(١) المادة (٢١٦) — إذا انعقد العقد موقوفاً غير نافذ بأن كان العاقد فضولياً

تصرف في ملك غيره بلا إذنه أو كان العاقد صبيّاً مميّزاً فلا يظهر أثره ولا يفيد ثبوت الملك إلا إذا أجاز له المالك في الصورة الأولى والولي أو الوصي في الصورة الثانية ووقعت الإجازة

مستوفية شرائط الصحة

سنة مثلاً وحكم البيع الفاسد أنه يفيد الملك إذا قبضه المشتري بأذن البائع ولو
دلالة فإذا اشترى انسان شيئاً شراء فاسداً وقبضه ملكه بقيمة يوم قبضه
لا بالثمن المسمى لفساد القسمية ويجب على كل من المتعاقدين فسخه ما دام البيع
موجوداً على حاله ولم يزد زيادة متصلة كأن كان دابة فسمنت ولم يتعلق به حق
الغير فلو وقف المشتري المبيع أو باعه امتنع حق الفسخ لأن الفسخ حق الشرع
وبالتصرف فيه تعلق به حق العبد وهو مقدم لا احتياج صاحبه .

وأما العقد الباطل فهو الذي لم يشرع بأصله ولا بوصفه بمعنى أنه حصل
خلل في ركنه بأن صدر الإيجاب أو القبول من غير أهله بأن كان أحد العاقدين
غير عاقل أو خالف القبول الإيجاب مخالفة مضرة أو حصل خلل في محله بأن
كان المعقود عليه غير موجود أو كان موجوداً ولا يمكنه غير قابل لحكم العقد
كما إذا كان المعقود عليه حراً أو مسجداً فإن كلاً من الحر والمسجد غير قابل
لحكم عقد البيع وهو الملك وحكم البيع الباطل عدم ملك المشتري إياه ولو قبضه
بخلاف الفاسد كما علمت وإن استهلكه المشتري يكون مضموناً عليه بالقيمة التي
يقدرها أهل الخبرة اتفاقاً وأما إذا هلك بدون تعد ولا تقصير بأن هلك قضاء
وقدراً أو هلك بفعل المبيع ففيه خلاف . قال بعضهم لا يكون مضموناً لأنه
أمانة وهي لا تضمن بدون تعد أو تقصير ونسب هذا الرأي لأبي حنيفة وقال
آخرون يكون مضموناً بمثله إن كان مثلياً أو بقيمته إن كان قيمياً كالمقبوض
على سوم الشراء لأنه قبضه لنفسه فلا يكون حكمه حكم الأمانة لأنها
مقبوضة على أنها ملك لصاحبها وهذا هو رأي الأئمة الثلاثة ونسب لأبي يوسف
ومحمد وصحح كل من القولين فيختار القاضي ما هو أوفق للحادثة التي يريد
الحكم فيها . وبيع الهازل وهو الذي يقصد العقد مختاراً ولا يقصد حكمه فيه
خلاف : قال بعضهم فاسد فيفسد الملك بالقبض لأنه صادر من أهله وارد

على محله القابل له إلا أنه لخلوه عن القصد كان فاسداً . وقال بعضهم ان بيع
الهازل باطل لعدم وجود القصد فيكون حكمه حكم عقد المجنون والأصل في
ذلك أن العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني . انظر المواد
(٢١٧ ، ٢١٨ ، ٢١٩ ، ٢٢٠) (١)



(١) المادة (٢١٧) — العقد الصحيح الذي يظهر أثره بانعقاده هو العقد المشروع
ذاتاً ووصفاً

والمراد بمشروعية ذاته ووصفه أن يكون ركنه صادراً من أهله مضافاً الى محله القابل
لحكمه وأن تكون أوصافه صحيحة سالمة من الخلل وأن لا يكون مقروناً بشرط من
الشروط المفسدة للعقد

المادة (٢١٨) — العقد الفاسد هو ما كان مشروعاً بأصله لا بوصفه أي أنه يكون
صحيحاً باعتبار أصله لا خلل في ركنه ولا في محله فاسداً باعتبار بعض أوصافه الخارجة بأث
يكون المعقود عليه أو بدله مجهولاً جهالة فاحشة أو يكون العقد خالياً عن الفائدة أو يكون
مقروناً بشرط من الشرائط الموجبة لفساد العقد والعقد الفاسد لا يفيد الملك في المعقود عليه
إلا بقبضه برضا صاحبه

المادة (٢١٩) — العقد الباطل هو ما ليس مشروعاً لا اصلاً ولا وصفاً أي ما كان في
ركنه أو في محله خلل بأن كان الإيجاب والقبول صادرين من ايس أهلاً للعقد أو كانت المحل
غير قابل لحكم العقد

وهو لا ينعقد اصلاً ولا يفيد الملك في الأعيان المالية ولو بالقبض
المادة (٢٢٠) — العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني

— ❧ الباب الثاني ❧ —

(في العقود التي يصح اقترانها وتعليقها بالشرط والتي)

(لا يصح تعليقها واقتترانها به)

❧ الفصل الاول ❧

(في ماهية الشرط والتعليق)

إعلم ان ماهية كل شيء هي عبارة عن حقيقة ومعناه الذي يدل عليه لفظه .
وسميت الحقيقة ماهية لأنه يسأل عنها بلفظ ما هي حقيقة كذا . والشرط هو
إلزام الشيء والتزامه في البيع ونحوه كقول شخص لآخر بعثك بيتي بخمسمائة
جنيه بشرط أن أسكنه سنة مثلاً . فطالب الشرط هو الملزم والمطلوب منه
القيام به هو الملتزم .

وهذا التعريف أسهل من تعريف بعضهم له بأنه التزام مستقبل في أمر
مستقبل بصفة مخصوصة . فان فيه ركازة وإبهاماً مع أن التعريف يجب أن يكون
أظهر من المعروف . وبالتأمل يرى أن فهم معنى الشرط أسهل من هذا التعريف .
والتعليق هو ربط حصول مضمون جملة بحصول مضمون جملة أخرى .
وهذا التعريف أيضاً أسهل من قول بعضهم : التعليق هو ترتيب أمر مستقبل على
أمر مستقبل مع اقترانه بأداة شرط .

وإضافة العقد عبارة عن جعل سببه مفضياً إلى حكمه وقت الزمن المضاف إليه
العقد . انظر مادة (٢٢١) (١) .

(١) المادة (٢٢١) — الشرط هو التزام مستقبل في أمر مستقبل بصيغة مخصوصة =

وكل عقد لا يخلو حاله من أربعة أحوال :

١ — عقد مطلق لم يقترن بشرط ولم يعلق على حصول شيء ولم يضاف حكمه إلى زمن مستقبل . فالعقد المطلق هو ما حصل غير مقيد بشيء من الثلاثة المذكورة فإذا وقع هذا العقد مستوفياً شرائطه ترتب عليه حكمه في الحال فإذا قال إنسان لآخر بعت لك كتابي هذا بعشرين قرشاً مثلاً وقبل المشتري ثبت ملكه لا لكتاب وملك الثمن للبائع بمجرد حصول الإيجاب والقبول .

٢ — وعقد مقترن بالشرط وهو ما حصل منجزاً وألزم أحد المتعاقدين صاحبه بأن يقوم به زيادة على البدل . وحكم هذا العقد يختلف باختلاف نوعه ونوع شرطه فإن كان العقد من العقود التي لا يؤثر فيها الشرط كالزواج ثبت حكمه في الحال وإن كان من العقود التي يؤثر فيها فاما أن يكون الشرط صحيحاً أو لاغياً أو فاسداً ففي الأول والثاني يترتب على حصول العقد حكمه عقب الإيجاب والقبول متى حصل مستوفياً جميع شرائطه وفي الثالث يفسد العقد ولا يترتب عليه حكمه ولكنه يفيد الملك بالقبض كالبيع مثلاً .

٣ — وعقد معلق وهو ما كان مترتباً وقوعه على حصول أمر غير موجود أو على وجود حادثة مستقبلية وجملة التعليل وإن حصلت الآن ولكنها لا تنعقد سبباً مؤدياً إلى حكم العقد الذي حصل فيه التعليق إلا بعد وجود المعلق عليه وهو فعل الشرط كما هو الشأن في كل كلام حصل فيه تعليل فإذا قال إبراهيم لعلي إن اشتريت بيتاً بحجة العباسية مثلاً فقد وكلتك في بيع بيتي الذي هو في شارع محمد علي فهذه العبارة تفيد تأخير انعقاد العقد سبباً في حصول التوكيل إلى وجود المعلق عليه وهو شراء بيت بالعباسية في المثال المتقدم لأن المتكلم لا يريد

== والتعليل هو ترتيب أمر مستقبل على حصول أمر مستقبل مع افتراضه بأداة من أدوات الشرط .

إلا ذلك ومتى وجد المعلق عليه ينعقد سبباً مفضياً إلى حكمه إذا كان من العقود التي يصح فيها التعليق كما مثلنا وأما إذا كان من العقود التي لا يصح تعليقها فيكون باطلاً ولا عبرة بوجود المعلق عليه إذا كان غير محقق .

ويلزم لصحة التعليق أن يكون مدلول فعل الشرط وهو المعلق عليه غير موجود وإن كانه يمكن وجوده فإن لم يكن كذلك بأن كان محققاً أو مستحيلاً وجوده فلا يكون التعليق صحيحاً بل يكون منجزاً إذا كان المعلق عليه موجوداً وقت صدور التعليق ويكون باطلاً في المستحيل فإذا قال إنسان لغيره وهو معه في بيته إن كنت جالساً في بيتي هذا فقد بعته منك بألف جنيه مثلاً تم البيع متى كان مستوفياً لجميع شروطه ولم يكن هازلاً غير قاصد البيع ويلزم أن يكون المعلق عليه من الأشياء التي تقبل الامتداد كالجلوس واللبس والسباحة فإذا كان لا يقبل الامتداد كالدخل والخروج فلا يكون منجزاً بل يكون معلقاً على دخول آخر لأن الدخول قد حصل قبل التكلم وهو لا يقبل الامتداد إذ هو عبارة عن الانفصال من الخارج وهو يتم بمجرد الاستقرار في البيت ولهذا لا يحسن أن يقال دخلت البيت شهر آبل يقال أقمت فيه شهراً بخلاف الأفعال التي تقبل الامتداد فإنه يقال مثلاً سبحت في البحر يوماً ولبست الثوب أسبوعاً فجعل بقاؤها حكماً ابتدائها . وإن قال شخص لآخر إن شاب الغراب فقد وهبت لك بيتي كان ذلك باطلاً غير معتبر لاستحالة وجود المعلق عليه وهو فعل الشرط .

٤ — وعقد مضاف وهو ما كان مضافاً إلى زمن مستقبل وهو ينعقد سبباً لحكمه في الحال ولكن يتأخر وقوع حكمه إلى مجيء الزمن المضاف إليه لأن ذلك الذي يفهم صريحاً من الإضافة فإذا قال زيد لعمره أجرت لك بيتي شهر رمضان سنة (١٣٣٠) مثلاً تحقق عقد الإجارة في الحال ولكن لا يترتب حكم العقد عليه وهو ملك حق الانتفاع إلا عند مجيء رمضان المضاف إليه العقد

انظر المواد (٢٢٢ و ٢٢٣ و ٢٢٤ و ٢٢٥) (١) .

والشرط ينقسم إلى ثلاثة أقسام صحيح مقيّد وفاسد ولاغ فالصحيح ما كان من مقتضيات العقد كشرط نقد الثمن أو ليس من مقتضياته ولاكن يلائمه ويؤكد موجبه كشرط أخذ كفيل بالثمن اذا استحق المبيع مثلاً أو لا يقتضيه العقد ولا يلائمه ولاكن جرى العرف به وذلك مثل الشروط التي تؤخذ على أرباب الصنائع كما اذا تعاقد شخص مع غيره ليصنع له بدلة مثلاً واشترط عليه أن تكون بصفة مخصوصة فانه جائز لأن العرف قد جرى بذلك أو لا يقتضيه العرف ولاكن ورد الشرع بجوازه وذلك كشرط الخيار في البيع فهذه كلها من أنواع الشرط الصحيح ومفيدة شرعاً ومن التزم بها يجب عليه الوفاء بما تعهد به انظر المادة (٢٢٧) (٢) .

٢ — والشرط الفاسد هو الذي لا يقتضيه العقد ولا يلائمه وفيه نفع لأحد المتعاقدين أو لأجنبي أو لمبيع هو من أهل الاستحقاق ولم يكن جرى

(١) المادة (٢٢٢) — العقد المنجز ما كانت بصيغة مطابقة غير معلقة بشرط ولا مضافة الى وقت مستقبل وهذا يقع حكمه في الحال .

المادة (٢٢٣) — العقد المعلق هو ما كان معلقاً بشرط غير كائن أو بحادثة مستقبلية والمعلق يتأخر انعقاده سبباً الى وجود الشرط فعند وجوده ينعقد سبباً مفضياً الى حكمه .

المادة (٢٢٤) — يشترط لصحة التعليق أن يكون مدلول فعل الشرط معدوماً على خطر الوجود لا محققاً ولا مستحيلاً .

المادة (٢٢٥) — العقد المعلق على أمر محقق ينجز في الحال اذا كان لبقائه حكم ابتدائه . والتعليق على مستحيل لغو غير معتبر .

(٢) المادة (٢٢٧) — الشرط الذي يقتضيه العقد أو يلائمه ويؤكد موجبه جائز معتبر فيصح اقتران العقد به .

وكذلك يعتبر الشرط المتعارف الذي جرت به عادة البلد وتكرر في المعاملات بين التجار وأرباب الصنائع .

العرف به ولم يرد الشرع بجوازه وهذا يؤثر على عقد المعاوضات الفاسد عند أبي حنيفة خلافاً للمالك مثل ما اذا باع شخص بيتاً وشرط على المشتري أن يسكنه شهراً وستعرف ذلك مفصلاً .

٣ — والشرط الذي لا نفع فيه لأحد لا للعاقدين ولا لغيرهما من أهل الاستحقاق يعتبر لغواً ولا يؤثر على العقد المقترب به الفساد مطلقاً سواء كان من عقود المعاوضات أو غيرها بل تكون صحيحة مثل العقود التي لم تقترب بشرط .
انظر المادة (٢٢٨) (١) .

❖ الفصل الثاني ❖

❖ في بيان العقود التي يصح اقترانها وتعليقها بالشرط ❖
(والتي لا يصح اقترانها وتعليقها به)

تقدم ان الشرط ينقسم إلى ثلاثة أقسام : صحيح ولاغ وفاسد . فالصحيح معتبر ويجب مراعاته كما سبق واللاغي يعتبر كالعدم وأما الفاسد فيؤثر على بعض العقود الفاسد دون بعض والأصل في ذلك أن كل ما كان مبادلة مال بمال يفسد بالشرط الفاسد كالبيع وما لا فلا كالهبة .

وهناك أصل آخر بالنسبة للتعليق بالشرط وهو : كل ما يمكن تملكه في الحال لا يصح تعليقه بالشرط ولا إضافته إلى المستقبل .

(١) المادة (٢٢٨) — الشرط الذي لا يكون من مقتضيات العقد ولوازمه ولا مما يؤكد موجبه ولا جرى به العرف وكان به نفع لأحد العاقدين أو لأدي غيرهما فهو فاسد .
والشرط الذي لا نفع فيه لأحد العاقدين ولا لأدي غيرهما فهو لغو غير معتبر والعقد الذي يكون مقروناً به صحيح .

وينبني على ذلك أنه لا يصح اقتران عقد البيع والبراء والاجارة والاستئجار والمزارعة والمساقاة والقسمة والصلح عن مال بالشرط الفاسد وكذا لا يصح تعليقه به فيما ذكر فلو قال شخص لآخر بعثك أرضي مثلاً بألف جنيه بشرط أن أزرعها سنة يكون العقد فاسداً قالوا لأن الشرط الفاسد زيادة خالية عن العوض فيفضي إلى الربا ولأنه يفضي إلى المنازعة فيخلو العقد عن المقصود منه لأن المقصود من شرع الأسباب في المعاملات قطع النزاع ولذلك نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع وشرط والمراد به الفاسد وكذا لو علق اجارة بيته على حصول شيء غير محقق يمكن وجوده لأن الأصل في مشروعية البيع دفع حاجة المشتري بأخذ المبيع لينتفع به والعقد المعلق لا يفيد ذلك ولأنه قد يفضي إلى النزاع بتغير الاسعار هذا هو رأي أبي حنيفة وخالفه مالك رحمه الله ففي منح الخليل جزء ٢ تمرة ٥٧٢ ما ملخصه : قسم ابن رشد الشرط في البيع إلى أربعة أقسام :

الأول - شرط ما يقتضيه العقد كتسليم المبيع وضمان العين عند الاستحقاق وما لا يقتضيه ولا ينافيه - كونه لا يؤول إلى ضرر وفساد في الثمن أو الثمن ولا إلى إخلال بشرط من الشروط المشترطة في صحة البيع وفيه مصلحة أحد المتعاقدين كاستئناء سكنى الدار المبيعة سنة واستئناء ركوب الدابة ثلاثة أيام أو إلى محل قريب فهذا صحيح لازم يقضى به إن اشترط .

الثاني - ما يؤول إلى الإخلال بشرط من شروط صحة البيع كشرط تأجيل الثمن إلى أجل مجهول وهذا يوجب فسخ العقد هلكت السلعة أو لم تهلك فإن لم تهلك السلعة ترد بعينها وإن هلكت ترد قيمتها بالغة ما بلغت .

الثالث - الشرط الذي ينافي مقتضى البيع كشرط أن لا يبيع السلعة ولا يهبها والمشهور في هذا النوع فسخه ما دام البائع متمسكاً بشرطه فإن تركه صح البيع إن كانت السلعة قائمة فإن كانت هالكة وجب الأكثر من الثمن والقيمة وقت القبض .

الرابع - شرط غير صحيح إلا أنه ضعيف لا يخل بالثمن فيصح البيع ويلغى الشرط وذلك كشرط عدم ضمان العهدة (أي أنه استحق المبيع فلا ضمان على المشتري) فالعقد في هذا ونحوه صحيح والشرط لاغ . وذهب الامام أبو حنيفة إلى تحريمه مطلقاً . وذهب الامام ابن شبرمة إلى جوازه مطلقاً عملاً بما في الصحيح أن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما باع ناقة للنبي صلى الله عليه وسلم وشرط حلاليها وظهرها إلى المدينة . وذهب الامام ابن أبي ليلى إلى بطلان الشرط وصحة البيع لحديث عائشة رضي الله عنها (أمرني رسول الله صلى الله عليه وسلم أن اشتري بريرة واعتقها وإن شرط أهلها الولاء فانما الولاء لمن اعتق) فجاز البيع وبطل الشرط ولم أر نصاً لغير أبي حنيفة في حكم العقد المعلق إذا كان في المعاوضات فابحث لعلك تجد . والحكم في اجازة هذه العقود كحكم انشائها فكما لا يجوز اقتران عقد البيع والاجارة ونحوهما بالشرط الفاسد فكذلك لا يصح اقتران اجازتهما بالشرط الفاسد ولا تعليقهما على شرط معدوم على خطر الوجود لأن الاجازة بمنزلة إيجاد العقد ابتداء لترتب أثر العقد عليها . انظر مادة (٢٢٩) (١) .

فما تقدم هو حكم عقود معاوضة المال بالمال بالنسبة لاقترائها بالشرط وتعليقها به وأما حكم مبادلة المال بغيره كعقد الزواج والخلع على مال وحكم عقود التبرعات كالهبة والقرض الذي هو في حكم التبرع بسبب عدم أخذ العوض من أول الأمر وجواز ضياعه عليه لعجز المدين عن السداد وحكم التقييدات كعزل الوكيل

(١) المادة (٢٢٩) — كل ما كان مبادلة مال بمال كالبيع والشراء والايجار والاستئجار والمزارعة والمساقاة والقسمة والصالح عن مال لا يصح اقترانه بالشرط الفاسد ولا تعليق به بل تفسد إذا اقترنت أو علقت به .
ومثل ذلك اجازة هذه العقود فانها تفسد باقترائها بالشرط الفاسد وبتعليقها به .

والحجر على الصبي من التجارة فانه يصح اقتران ما ذكر من هذه العقود بالشرط ويلغو ولا يؤثر فيها الفساد لأن النص إنما ورد في البيع والشرط فيقتصر فيه على عقد المعاوضة ولا يصح تعليق هذه العقود بالشرط لأنه يمكن تمليكها في الحال . انظر المادة (٢٣٠) (١) .

وأما ما كان من الاسقاطات المحضة مثل الطلاق الذي هو رفع قيد الزواج بلفظ مخصوص والعناق وتسليم الشفعة بعد ثبوتها ولزومها وما كان من الالتزامات التي يحلف بها عادة مثل الحج والصلاة فانه يصح تعليقها بالشرط الملائم وغيره وكذا تصح مع اقترانها بالشرط فان كان الشرط صحيحاً وجب العمل به وإن كان فاسداً صحت هذه العقود المذكورة ولغا الشرط الفاسد انظر مادة (٢٣١) (٢) . وكما تصح الاشياء المذكورة في المادة السابقة مع تعليقها بالشرط واقترانها به يصح أيضاً عقد الحوالة الذي هو نقل الدين من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه مع تعليقها بالشرط الملائم وكذا الكفالة التي هي ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الاصيل في المطالية ويصحان أيضاً مع اقترانها بالشرط القاسد ويلغو الشرط كما سبق .

(١) المادة (٢٣٠) — ما كان مبادلة مال بغير مال كالنكاح والخلع على مال أو كان من عقود التبرعات كالهبة والقرض أو من التقييدات كزل الوكيل والحجر على الصبي من التجارة فانه يصح مع اقترانه بالشرط الفاسد ويلغو الشرط ولا يصح تعليقه بالشرط بل يبطل العقدان تعاق به . وكذلك الرهن والافالة تصح باقترانها بالشرط الفاسد ويبطل الشرط ولا يصح تعليقها بالشرط .

(٢) المادة (٢٣١) — ما كان من الاسقاطات المحضة كالطلاق والعناق وتسليم الشفعة بعد وجوبها أو من الالتزامات التي يحلف بها كحج وصلاة يصح تعليقه بالشرط ملائماً كان أو غير ملائم ويصح اقترانه بالشرط الفاسد ويلغو الشرط . وكذلك الوكالة والايضاء والوصية يصح تعليقها بالشرط الملائم وغير الملائم وتصح مع اقترانها بالشرط الفاسد ويبطل الشرط .

وكما تجوز الحوالة والكفالة مع التعليق بالشرط والاقتران به كذلك يصح
تعليق كل ما كان من قبيل الاطلاقات بالشرط واقتترانه به وذلك مثل الاذن
للصي بالتجارة فلا يبطل الاذن بالتعليق ولا يفسد باقتترانه بالشرط الفاسد وإنما
يلغو الشرط فقط . انظر مادة (٢٣٢) (١) .

— الفصل الثالث —

﴿ في العقود التي يصح اضافتها الى المستقبل والتي لا تصح ﴾

تقدم حكم الاقتران بالشرط وتعليقه به وأما حكم الاضافة إلى المستقبل
فالأصل فيها أن كل ما لا يمكن تملكه في الحال يصح إضافته إلى المستقبل وكذا
كل ما كان من الاسقاطات والاطلاقات والالتزامات يصح اضافتها إلى الزمن
المستقبل وذلك مثل الاجارة وفسخها والمزارعة وفسخها والمساقاة والمضاربة
والوكالة والكفالة والايضاء والوصية والقضاء والامارة والطلاق والعناق والوقف
والعارية وكذا الحكم في الاذن للصي بالتجارة ونحوها .

فكما يصح أن يقال أجرت لك يتي سنة بمبلغ كذا ويقبل المستأجر يصح
أيضاً أن يقال أجرت لك يتي سنة من أول شهر شوال المقبل فيقبل المستأجر وحينئذ
يكون ابتداء المدة من أول الشهر المضاف اليه العقد وكذا يقال في المزارعة
والمساقاة والمضاربة والوكالة وأما كل ما يمكن تملكه في الحال فلا يصح
إضافته إلى المستقبل وذلك مثل البيع واجازته والقسمة لأنها مبادلة كالبيع

(١) المادة (٢٣٢) الحوالة والكفالة يصح اعلاتهما بالشرط الملائم ويصحان مع
اقتترانهما بالشرط الفاسد ويلغو الشرط وكذلك ما كان من الاطلاقات كالاذن للصي بالتجارة .

والشركة والهبة وعقد الزواج والصلح على مال والابراء عن الدين فاذا قال شخص لآخر بعثك البيت بعد شهر أو كان عقد البيع موقوفاً كأن باع صبي مميز بيتاً فقال وليه أجزت البيع غداً لم يصح ذلك وكذا يقال فيما بعده وقال مالك بصحة البيع المضاف إلى زمن معلوم . انظر مادتي (٢٣٣ ، ٢٣٤) (١) .



(١) المادة (٢٣٣) — ما لا يمكن تمليكك في الحال وما كان من الاسقاطات والاطلاقات والالتزامات ماصح اضافته الى الزمان المستقبل وذلك كالأجارة وفسخها والمزارعة والمساقاة والمضاربة والوكالة والكفالة والايضاء والوصية والقضاء والامارة والطلاق والعتاق والوقف والعارية والاذن في التجارة للصبي ونحوه .

المادة (٢٣٤) — كل ما كان تمليكاً في الحال فلا تصح اضافته الى الزمان المستقبل وذلك كالبيع واجازته وفسخه والقسمة والشركة والهبة وعقد النكاح والصلح عن مال والابراء عن الدين .

— الباب الثالث —

﴿ في أنواع الخيارات ﴾

﴿ الفصل الأول ﴾

﴿ في خيار الشرط ﴾

الخيار اسم مصدر اختار والمصدر الاحتيار وهو طلب خير الأمرين وهما هنا الفسخ والامضاء وأنواعه كثيرة وعدّها الفقهاء سبعة عشر نوعاً : خيار الشرط وخيار الرؤية وخيار العيب وخيار التعيين والغبن والنقد والكمية والاستحقاق والتغريب الفعلي وكشف الحقيقة وخيانة مراجه وتولية وفوات الوصف المرغوب فيه وتفريق الصفقة بهلاك بعض المبيع واجازة عقد الفضولي وظهور المبيع مستأجراً أو مرهوناً . خيار الشرط هو أن يشترط أحد العاقدين مثلاً لنفسه الخيار في إمضاء البيع أو فسخه . وخيار الرؤية هو كون الشخص مخيراً في أخذ المبيع وتركه إذا لم يره . وخيار العيب كون الشخص له حق في فسخ المبيع وإبقائه إذا ظهر عيب فيما اشتراه . وخيار التعيين هو أن يكون لأحد العاقدين الحق في تعيين المبيع بأن يكون عند الشخص شيئاً أو ثلاثة ويمن ثمن كل ويشترط المشتري مثلاً على البائع أن يكون له الحق في أخذ ما يريد منها . وخيار الغبن هو عبارة عن تخيير المشتري إذا ظهر في المبيع غبن فاحش كما سبق . وخيار النقد هو أن يشترط البائع على المشتري أنه إن لم ينقد له الثمن في مدة ثلاثة أيام مثلاً يكون له الحق في فسخ العقد . وخيار الكمية هو أن يشتري الانسان شيئاً بما في هذا الصندوق من النقود فبعد الاطلاع عليها يكون له الحق في إمضاء البيع وعدمه وليس هذا بخيار رؤية لأنها لا تثبت

في النقود . وخيار الاستحقاق هو ثبوت حق فسخ البيع للمشتري اذا استحق بعض البيع . وخيار التغير الفعلي هو ثبوت حق الفسخ للمشتري اذا ظهر أن البائع صنع شيئاً في المبيع يوجب غرر المشتري بأن يشد البائع ضرع البقرة مثلاً ليجتمع لبنها فيظن المشتري أنها غزيرة اللبن فيردها مع قيمة اللبن عند أبي يوسف وإن شاء أمسكها وقد سبق ذلك في شرح مادة (٢٢٦) فراجعه . وخيار كشف الحقيقة هو ثبوت حق الفسخ للمشتري فيما اذا اشترى بانه غير معلوم القدر مثلاً . وخيار ظهور الخيانة في المراجعة هو ثبوت حق الفسخ للمشتري اذا تبين أن البائع خان في مقدار الثمن بأن اشترى شخص من آخر بيتاً بثمنه الذي اشتراه به وأعطاه ربحاً قدره خمسون جنيهاً مثلاً فقال له البائع اشتريته بثلاثة آلاف جنيه مثلاً فاعطاه الثمن والربح ثم ثبت أن ثمن البيت الفاجنيه لا غير . وخيار الخيانة في التولية هو ثبوت حق الفسخ للمشتري اذا تبين أن البائع خان في مقدار الثمن بأن قال البائع اشتريت هذا الشيء الذي أبيعك لك بمائة جنيه فقبل ثم علم أنه اشتراه بثمانين والتولية هي البيع بمثل الثمن الاول . وخيار فوات الوصف المرغوب فيه هو ثبوت حق الفسخ للمشتري كما إذا ظهر أن المبيع عار عن الوصف المشروط في العقد بأن اشترى انسان حصاناً بشرط أنه ذلول فظهر أنه جموح . وخيار تفريق الصفقة اذا هلك بعض المبيع قبل القبض هو ثبوت حق الفسخ للمشتري واماؤه اذا هلك بعض المبيع قبل القبض لتجزئة العين المباعة على المشتري ومعلوم أن الرغبة تختلف باختلاف الجزء والكل . وخيار اجازة عقد الفضولي هو ثبوت الحق المتقدم للمالك عند علمه بالبيع . وخيار ظهور المبيع مستأجراً أو مرهوناً هو ثبوت حق الفسخ والامضاء للمشتري اذا تبين أن ما اشتراه مستأجراً أو مرهوناً واذا لم يعلم على المختار والذي يهمنا الآن هو خيار الشرط فهو من اضافة الشيء لسببه لأن الشرط سبب الخيار فالأصل

في العقد الزوم من الطرفين ولا يثبت الخيار لأحدهما إلا باشتراط ذلك ومقتضى القياس عدم صحة خيار الشرط لأن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع وشرط ولكن خص هذا الشرط بالجواز استحساناً تداركاً لما عساه بفوت البائع دفعاً للندم الذي يحصل منه بعد البيع ولذلك ورد الشرع بجوازه .

والأصل فيه ما روى أن حيان بن منقذ بن عمرو الانصاري رضي الله عنه كان يغبن في البياعات فقال له النبي صلى الله عليه وسلم (إذا بايعت فقل لا خلافة ولي الخيار ثلاثة أيام) وحينئذ يصح أن يشترط أحد المتعاقدين لنفسه الخيار في العقد أو بعده فيخير بين إمضائه وفسخه وشرط الخيار قبل حصول العقد غير معتبر ومدة الخيار ثلاثة أيام في جميع العقود التي يثبت فيها لا أكثر على الصحيح للحديث المتقدم ولأنها هي التي جعلت لابلأ الاعذار وهو رأي أبي حنيفة وأبي يوسف إلا أنه إذا زادت المدة عنها واختار فيها صح عند أبي حنيفة لزوال المفسد قبل تقرر خلافه لفر لأنه وقع فاسداً فلا ينقلب صحيحاً ولكن استثنى من ذلك ثلاثة أشياء الوقف والكفالة والحوالة فيجوز شرط الخيار فيها أكثر من ثلاثة أيام ولعل ذلك لاحتياجها إلى عظيم التروي ولأن جواز شرط الخيار في الوقف هو رأي أبي يوسف ويروى أنه مع محمد في جواز كون المدة أكثر وقال محمد ومالك يجوز أن تكون المدة أكثر من ثلاثة أيام بشرط أن تكون المدة معلومة كما روي عن ابن عمر رضي الله عنهما أنه أجاز الخيار إلى شهرين ولأن الخيار شرع للتروي لدفع الغبن وقد تمس الحاجة إلى الأكثر فأشبهه التأجيل في الثمن .

ولكن أبا حنيفة لم يوافق على ذلك لأن شرط الخيار مخالف لمقتضى العقد وهو الزوم وإنما جاز على خلاف القياس للنص المتقدم فيقتصر على مورد فتنفي الزيادة ولا يصح قياسه على اشتراط الأجل في الثمن لأنه للقدرة على الحصول عليه

وذلك يدعو إلى طول المدة وحديث ابن عمر ليس بنص في خيار الشرط فيحتمل أن يكون في خيار الرؤية أو العيب . وتعتبر المدة من وقت حصول العقد إن كان الشرط فيه وإن حصل بعده يكون الخيار من وقت صدوره لا من حين العقد انظر مادة (٢٣٥) (١) .

وخيار الشرط يثبت في بعض العقود دون بعض فيثبت في العقود اللازمة التي تنفسخ بالفسخ ولا يبطلها الهزل كالبيع والاجارة والمساقاة التي هي دفع الشجر إلى من يصاحبه بحره من ثمره والمزارعة التي هي تسليم الارض إلى من يزرعها بجزء من الخارج منها وقسمة القيميات المتحدة الجنس والمختلفة جنساً لأن قسمتها فيها معنى المبادلة بخلاف قسمة المثليات فان القسمة فيها قسمة افراز وكذا يثبت خيار الشرط في الصلح على مال وفي الرهن والكفالة والحوالة والابراء من الدين على المشهور والوقف على رأي أبي يوسف والاقالة التي هي فسخ العقد والخلع والطلاق على مال بالنسبة للمرأة لأن ذلك معاوضة بالنسبة اليها وفي تسليم النشفة بعد الطلبين طلب الموائبة وطلب الاشهاد ولا يثبت خيار الشرط في العقود التي لا تحتل الفسخ ولا يبطلها الهزل كالنكاح والطلاق والخلع بلا مال لعدم احتمال الفسخ ولا في وكالة ووصية وهبة لعدم لزومها فلا فائدة في الشرط ولا في صرف وسلم لأن القبض لازم فيهما وكذلك لا يصح في الاقرار لأنه إخبار فلا يقبل الخيار وإن كان إذا أقر بعقد بيع وقع بالخيار فيصح باعتبار العقد إن صدقه المقر له أو أقام البرهان على ذلك . انظر مادتي (٢٣٦ و ٢٣٧) (٢) .

(١) المادة (٢٣٥) - يجوز أن يشترط في العقد أو بعده الخيار بفسخه أو امضائه في مدة ثلاثة أيام لا أكثر في العقود كلها إلا في الوقف والكفالة والمجتهل بالدين فيجوز فيها في أكثر من الثلاث وتعتبر مدة الخيار من وقت العقد لو كان الشرط فيه فلو بعده فمن بوقت الشرط .

(٢) المادة (٢٣٦) - خيار الشرط يصح فيما يحتمل الفسخ من العقود اللازمة =

وخيار الشرط يصح أن يجعل للمشتري أو للبائع أو لكل منهما أو لأجنبي
ولمن جعل الخيار لأجنبي الحق في الفسخ أيضاً وهو ظاهر .
وكذا يصح أن يكون الخيار لمن ذكر في كل المبيع أو بعضه كثلثه أو نصفه
وإذا جعل الخيار لكل منهما فلا يخرج البدلان عن ملكهما ما دام الخيار موجوداً
فإذا سقط خيار واحد منهما خرج بدله عن ملكه وإذا كان المشتري هو الذي
سقط خياره والبائع باقٍ على خياره وهلك المبيع في يد المشتري كان مضموناً عليه
بالقيمة إن قيمياً وبمثله إن مثلياً لأن العقد انفسخ بهلاك المبيع فيضمنه كالمقبوض
على سوم الشراء وإن جعل الخيار لأحدهما دون الآخر فلا يخرج ماله عن ملكه
ولا يدخل مال الآخر في ملكه لأنه لا يجوز اجتماع البدلين في ملك واحد .
هذا هو رأي الامام .

وقال الصاحبان يدخل مال من لم يكن له الخيار في ملك من له الخيار وذلك
لأنه لا يكون سائبة ولا سائبة في الاسلام وفيه أن السائبة هي التي لا ملك فيها لأحد
ولا تعلق ملك وتعلق الملك موجود هنا لأن من له الخيار حقه متعلق به والسائبة
هي الناقة التي يطلق مراحها لترعى حيث شاءت ولا يجوز لأحد أن يتعرض لها
وكان ذلك موجوداً في الجاهلية ونسخ بالاسلام وثمره الخلاف بين أبي حنيفة
وصاحبيه تظهر في مسائل منها ما لو اشترى انسان قريبه الذي هو رحم محرم منه
كأخيه وكان له الخيار دون البائع فلا يعتق على قريبه عند الامام ويعتق عليه
عند الصاحبين لدخوله في ملكه وفي الحديث : من ملك ذا رحم محرم منه عتق

= كالبيع والاجارة والمساواة والمزارعة وقسمة القيميات المتحدة والمختلفة جنساً والصالح عن مال
والرهن والكفالة والحسالة والابراء والوقف والاقالة والخنوع وفي ترك الشنعة بعد
الطلبين الاولين .

المادة (٢٣٧) — خيار الشرط لا يصح في النكاح والطلاق والعرف والسلم والاقراء
والوكالة والهبة والوصية .

عليه . ومنها ما لو باع شخص شيئاً لآخر فاشترط المشتري الخيار لنفسه دون
البائع وقبضه ثم أودعه عند البائع وهلك عنده في مدة الخيار فعلى قول أبي حنيفة
يهلك من مال البائع لارتفاع القبض بالرد ويهلك على المشتري بقيمته لصحة
الايداع عندها لأنه ملكه . انظر مادتي (٢٣٨ و ٢٣٩) (١) .

ومن شرط لنفسه الخيار فله أن يفسخ العقد المشروط فيه الخيار وله أن
يمضيه في المدة المعينة له والفسخ يكون بالقول كقول من له الخيار أبطلت العقد
أو فسخته ويكون بالفعل بأن كانت العين المباعة أرضاً والخيار للبائع فوقها أو
وهيها أو باعها . ويشترط في صحة الفسخ القولي علم العاقد الآخر به فلو لم يعلم
فلا يكون الفسخ معتبراً لأنه يترتب عليه الضرر لعدم تمكنه من العمل بموجب
الفسخ بأن يطلب مشترياً آخر في صورة ما اذا كان الخيار للمشتري أو يمتنع من
التصرف في العين في حالة ما اذا كان الخيار للبائع فلا بد من علمه حتى يحتاط
لنفسه فلا يلحقه الضرر كعزل الوكيل ونهي المضارب عن العمل في مال المضاربة
وينبغي لصاحب الخيار أن يأخذ من العاقد الآخر كفيلاً يكون نائباً عنه ليرجع
عليه إذا غاب فاذا لم يعين وكيلاً وغاب رفع صاحب الخيار الأمر إلى القاضي
ليعين له وكيلاً يرد عليه وقال بعضهم لا يصح اقامة وكيل لأنه جعل الأمر لنفسه
والأول ظاهر . هذا هو رأي أبي حنيفة ومحمد . وقال أبو يوسف لا يشترط
في الفسخ القولي العلم لأن الشرط قد حصل برضاه وموافقة عليه فصار مسلطاً

(١) المادة (٢٣٨) — يصح أن يجعل خيار الشرط لسكن من العاقلين أو لأحدهما
دون الآخر أو لأجنبي .

المادة (٢٣٩) — اذا جعل في عقود المعاوضات المالية خيار الشرط لسكن من
العاقلين فلا يخرج البدلان عن ملكهما .

وان جعل خيار الشرط لأحدهما فلا يخرج ماله عن ملكه ولا يدخل مال الآخر
في ملكه .

على الفسخ فلا يتوقف على علمه مثل الفسخ بالفعل فإنه لا يشترط فيه العلم اتفاقاً قالوا لأنه أمر حكمي وهو لا يشترط فيه العلم ومقتضى ما تقدم من دليل أبي حنيفة ومحمد أنه لا بد من العلم هنا أيضاً لأن الفعل كالقول من حيث أنه أمر اختياري بخلاف الاضطراري كاللوت ولم أر في ذلك نصاً . والفسخ القولي يمكن بكل عبارة تدل عليه كقول من له الخيار فسخت العقد أو أبطلته أو رجعت عنه وكذا الفسخ الفعلي يجوز حصوله بأي عمل يدل على الفسخ بأن تصرف الذي له الخيار تصرفاً يكون نصاً في الفسخ كالمبة والوفف في صورة ما اذا كان الخيار للبائع فوهب المبيع أو وقفه وكرّد العين المبيعة وطلب الثمن والتصرف فيه تصرف الملاك في حال ثبوت الخيار للمشتري . انظر مادة (٢٤٠) (١) .

وكما جاز الفسخ بالقول والفعل يجوز أيضاً أن تكون اجازة العقد الذي فيه خيار الشرط بالقول والفعل ولا يشترط في صحتها علم العاقد الآخر مطلقاً سواء كانت بالقول أو الفعل لانقضاء الضرر بما أنه لا إلزام فيها والاجازة بالقول تكون بكل عبارة تدل على إبطال حقه في الفسخ كأن يقول المشتري مثلاً أجزت شراء المبيع أو شئت أخذه أو رضيت أخذه أو أمضيت العقد وكذا الاجازة الفعلية تكون بكل عمل يدل على تنفيذ العقد بأن تصرف في البدل تصرف الملاك كأن كان المبيع أرضاً فوقفها المشتري في صورة ما اذا كان الخيار له أو كان الثمن عيناً فوهبها للبائع لشخص آخر ولو كان الخيار لكل منهما فاجاز أحدهما دون الآخر بطل حقه في الفسخ وبقي الآخر على خياره وإن أجاز أحدهما وفسخ الآخر بطلت الاجازة وصح الفسخ مطلقاً سواء كان قبل الاجازة

(١) المادة (٢٤٠) — ينفسخ العقد المشروط فسخه بالخيار اذا فسخه من له الخيار .
تولاً أو فعلاً في المدة المعينة له ويشترط علم الآخر في المدة في الفسخ القولي لا الفعلي .
والمراد بالفسخ القولي أو الفعلي كل قول أو فعل يصدر من له الخيار دالاً على فسخ العقد .

أو معها أو بعدها ولا فرق في ذلك بين القولي والفعلية فإن كان قبلها فلا أن العقد قد بطل بالفسخ فلا يقبل الاجازة وإن كان معها أو بعدها فلا أن المجيز قد بطل حقه في الفسخ وبقي حق الآخر فيه فيمكنه استيفاؤه لأن العقد الجائز قد يفسخ والمفسوخ لا يجاز. انظر مادتي (٢٤١ — ٢٤٢) (١).

وحق خيار الشرط يبطل بمضي المدة بدون فسخ ولا اجازة كما يبطل بالفسخ القولي والفعلية فيتم العقد ويلزم بمضي مدة الخيار بدون أن يفسخ من له الخيار ولا يجيز سواء علم بمضيها أو لم يعلم بسبب حصول مرض أو اغناء لأنه لم يثبت الخيار إلا فيها فلا بقاء له بعد مضيها فيتم العقد ويلزم ولا فرق في ذلك بين أن يكون الخيار للبائع أو المشتري وكذا يبطل خيار الشرط بموت من له الخيار من المتعاقدين في أثناء المدة قبل فسخه أو اجازته ولا فرق في ذلك بين البائع والمشتري أيضاً فيتم العقد بالموت فاذا كان الخيار للبائع ومات لزم العقد وملك المشتري المبيع واذا كان المشتري له الخيار ومات تم العقد وملك البائع الثمن وإن كان الخيار لهما ومات أحدهما تم العقد بالنسبة إليه والآخر باقٍ على خياره إلى انتهاء المدة ولا يقوم ورثة الميت مقامه في خيار الشرط لأنه مجرد إرادة ومشئته وهي تورث مثل خيار الرؤية بخلاف خيار العيب وفوات الوصف المرغوب فيه وقال الشافعي ومالك في المشهور عنه بثبوت الارث في خيار

(١) المادة (٢٤١) — العقد المشروط فسخه بالخيار يتم ويلزم اذا اجازته من له الخيار في المدة المعينة قولاً أو فعلاً ولو لم يعلم الآخر .
والاجازة القولية أو الفعلية هي كل قول أو فعل يدل على رضا من له الخيار بلزوم العقد .
المادة (٢٤٢) — اذا كان الخيار مشروطاً لسبب من العاقدين فأجازته أحدهما سقط خياره وحده وبقي خيار الآخر ما بقيت المدة فإن كان أحدهما قد فسخه فليس للآخر اجازته وإن اجازته فلا تعتبر الاجازة سواء سبقه الفسخ أو الاجازة أو وقعا معاً أو فعل ما يدل على رضا من له الخيار بلزوم العقد .

الشرط والرؤية لأنه حق لازم وكل حق لازم يصح فيه الارث . انظر مادتي
(٢٤٣ — ٢٤٤) (١).

❖ الفصل الثاني ❖

❖ في خيار الرؤية والعيب ❖

اعلم أنه كما ثبت حق الفسخ بخيار الشرط ثبت أيضاً للمشتري الفسخ بخيار
الرؤية فهو من اضافة الشيء لسببه وخيار الرؤية ثابت للمشتري دون البائع لأنه
ثبت بالحديث وهو قوله صلى الله عليه وسلم (من اشترى ما لم يره فله الخيار اذا
راه) وهو وارد في الشراء دون البيع ولما روي أن عثمان بن عفان باع أرضاً له
بالبصرة من طلحة بن عبد الله فقبل لطلحة انك قد غبت فقال لي الخيار لأنني
اشتريت ما لم أره وقيل لعثمان انك قد غبت فقال لي الخيار لأنني بعته ما لم أره
فحكما بينهما جبير بن مطعم ففضى بالخيار لطلحة وكان بمحضر من الصحابة
رضي الله عنهم ولم يذكر على ذلك أحد منهم .

وقال الشافعي في المذهب الجديد لا يصح العقد أصلاً قبل الرؤية لأنه مجهول
وبيع المجهول غير جائز وقال مالك وأحمد مجوازه ووافقهما كثير من الشافعية
كالقفال وهو رأي عثمان وطلحة رضي الله عنهما ولأن الجهالة منفية ببيان جنسه

(١) المادة (٢٤٣) — يتم العقد المشروط فيه الخيار ويلزم بمضي مدة الخيار بدون

فسخ والاجازة للعقد من شرط له الخيار .

المادة (٢٤٤) — يلزم العقد أيضاً بموت من له الخيار من المتبايعين في أثناء المدة

قبل فسخه أو اجازته ولا يخلفه واره .

فان كان الخيار المتبايعين معاً ومات أحدهما لم يلزم العقد من جهته ويبقى الحي على خياره

إلى انتهاء المدة .

ونوعه ووصفه ولأنه لا يفضي إلى النزاع لكون المشتري مخيراً بين الرد والأخذ لجوازه معرفة جنسه وقدره ووصفه ونحو ذلك من كل ما يرفع الجهالة وإلا كان فاسداً اتفاقاً . وخيار الرؤية ليس ثابتاً في كل عقد بل هو ثابت في أربعة مواضع لا غير .

الأول - شراء الأعيان التي يلزم تعيينها ولا تكون ديناً في الذمة وهي القيميات لأنها هي التي يكون للرؤية فيها فائدة فإن لكل إنسان ميلاً مخصوصاً عند رؤية الأشياء المتفاوتة فإذا أراد إنسان بيتاً مشيداً ربما ينقبض منه ويقول هذا بيت غير مقبول عندي لأنني لا أرى ميلاً إليه وربما رآه آخر فسر به بخلاف المثلي فإنه لا فرق بين قمح ونظيره مثلاً .

الثاني - المستأجر فإنه بمعنى المشتري والمنافع متفاوتة .

الثالث - قسمة القيميات فيثبت فيها خيار الرؤية لأن قسمتها مبادلة فكأن كل واحد من الشريكين اشترى نصيب صاحبه .

الرابع - الصالح عن مال على شيء معين كبيت فالمصالح له خيار الرؤية لأنه مشترٍ للعين بما في ذمة المدين من المال .

وصرح في الفتح بأن محل خيار الرؤية كل عقد يفسخ بالفسخ بخلاف ما لا يفسخ به فلا يثبت خيار الرؤية في مهر وبذل صالح عن قصاص لعدم معنى الشراء وينبغي على ثبوت خيار الرؤية في الأحوال الأربعة المتقدمة ما يأتي :

(١) من اشترى شيئاً من الأعيان التي يلزم تعيينها ولم يره يكون له الحق في فسخ العقد وامضائه عند الرؤية إذا لم يتصرف فيه قبل الرؤية تصرفاً يمنع من الرد بأن باع ما اشتراه أو وقفه أو نحو ذلك .

(٢) إذا استأجر إنسان عيناً ولم يرها ثبت له حق فسخ الإجارة وتنفيذها عند رؤية العين التي استأجرها .

(٣) من كانا شريكين في الاعيان القيمة المتحدة الجنس أو المختلفة وتقاسما فيما هو مشترك بينهما يكون لكل منهما فسخ عقد القسمة عند رؤية نصيبه .

(٤) إذا ادعى انسان على آخر مالا معيناً على شيء معين من القيميات ولم يره يكون له الحق في إبطال الصالح وتنفيذه عند رؤية العين المصالح عليها .
وحق الفسخ مقيد بما إذا لم يوجد ما يبطله قبل الرؤية أو بعدها كببيع أو هبة مع التسليم ونحو ذلك من التصرفات ولكن الرضا القولي قبل الرؤية لا يبطل حق الفسخ لأنه مترتب على الرؤية وهي لم توجد ولأن الرضا اسقاط للحق والاسقاط لا يتحقق قبل الثبوت . انظر مادتي (٢٤٥ — ٢٤٦) (١) .
وخيار الرؤية غير مؤقت بمدة معلومة للحدث المتقدم .

ويذني على ذلك أن المشتري لو لم ير المبيع أو رآه ولم يوجد منه ما يدل على الرضا فهو على خياره فهذا الحق ثابت له ما لم يتصرف فيما اشتراه أو يصرح بالرضا به بعد الرؤية فإن تصرف فيه تصرفاً لا يحتمل الفسخ كالتوقف أو يحتمله ولكن يوجب حقاً للغير كالبيع بدون خيار له بطل خياره سواء كانت هذه التصرفات قبل الرؤية أو بعدها وكذا يبطل بالتعريض بالرضا بعد الرؤية لا قبلها .

(١) المادة (٢٤٥) — حق فسخ العقد بخيار الرؤية يثبت من غير شرط في أربعة مواضع وهي الشراء الاعيان التي يلزم تعيينها ولا تثبت ديناً في الذمة والاجارة وقسمة غير المنليات والصالح عن مال على شيء بعينه ولا يثبت خيار الرؤية في العقود التي لا تختمل الفسخ .
المادة (٢٤٦) — من اشترى شيئاً لم يره من الاعيان التي يلزم تعيينها أو استأجر شيئاً لم يره أو قسمه شريكه قسمة تراض مالا مشتركاً من القيميات المتحدة أو المختلفة الجنس ولم يكن رأى المال المقسوم أو صالح عن دعوى مال معين على شيء معين لم يره فهو مخير في هذه الصور كلها عند رؤية المبيع أو المستأجر أو الحصة التي أصابته في القسمة أو بدل الصالح ان شاء قبل وأمضى العقد وان شاء فسخه ونقض القسمة وله حق الفسخ والرد قبل الرؤية وبعدها ما لم يوجد ما يبطله قبل أو بعد الرؤية أو ما يدل على الرضا بعد الرؤية لا قبلها .

وقال بعض الفقهاء بتوقت خيار الرؤية بالتمسك من الفسخ بعد الرؤية فلو
تمسك منه ولم يفسخ العقد بطل خياره ولو لم توجد منه الاجازة صريحاً ولا دلالة
لأن سبب ثبوت هذا الخيار جهالة أوصاف المبيع بدليل أنه لو رآه قبل العقد
لا يكون له الخيار والجهالة تزول بالرؤية والخيار يسقط بزوال سببه كخيار العيب
فانه يسقط بزوال العيب والذي رجحه العلماء أنه ثابت مطلقاً غير مؤقت لعموم
النص على أن جهالة الوصف ليست بعلة في ثبوت هذا الخيار بدليل أنه لم يثبت
لصاحبه الخيار قبل الرؤية لتعلقه به وإنما ثبت له حق الفسخ قبلها لكون العقد
لم يقع لازماً فيمتد إلى أن يوجد ما يسقطه وهو التصريح أو التصرف وليس
سقوط حق الفسخ بخيار الرؤية قاصراً على ما ذكر بل يسقط أيضاً بموت من له
الخيار فاذا اشترى أحد شيئاً ومات سقط خياره ولزم العقد ولا ينتقل الخيار إلى
الورثة لأنه مجرد مشيئة فلا يورث وقال الشافعي لا يسقط بل ينتقل إلى الورثة
لأنه حق لازم يثبت فيه الارث . انظر مادة (٢٤٧) (١) .

❧ خيار العيب ❧

العيب في اللغة ما يخلو عنه أصل الخلقة السليمة مما يعد به الشيء ناقصاً وشرعاً
ما ينقص القيمة عند أهل الخبرة الذين لهم دراية ومعرفة بقيمة الشيء الذي فيه
العيب فاذا رأى انسان شيئاً وعقد عليه عقداً من عقود المعاوضات فلا يخلو من

(١) المادة (٢٤٧) — خيار الرؤية يبطل بتصرف من له الخيار في العين تصرفاً
لا يحتمل الفسخ أو يوجب حقاً للغير كالبيع المطلق عن شرط الخيار للبائع والرهن والاجارة
والهبة مع التسليم قبل الرؤية وبعدها فإن تصرف تصرفاً لا يوجب حقاً للغير كالبيع بخيار
للبائع والهبة بلا تسليم العين الموهوبة الموهوب له يبطل الخيار بعد الرؤية لا قبلها .
وكذلك يبطل بموت من له الخيار قبل الرؤية ويلزم العقد فلا ينتقل الخيار الى ورثته .

أحد أمرين إما أن يجده سليماً بعد قبضه أو لا فإن وجده سليماً لزمه أخذه وإن
وحده معيباً فاما أن يشترط العاقد معه البراءة من كل عيب به أو لا . فإن شرط
معه البراءة من كل عيب فلا حق له في رده ولا فرق بين أن تذكر العيوب على
التفصيل أو تذكر اجمالاً عند الحنفية وقال الشافعي يلزم لصحة البراءة من كل
عيب ذكر العيوب التي هي موجودة بالمعقود عليه وإن لم تشترط البراءة من كل
عيب وقبضه ثم وجد به عيباً فاما أن يكون العيب حادثاً بعد القبض أو قديماً بمعنى
أنه يكون موجوداً في المعقود عليه قبل القبض سواء كان موجوداً قبل العقد
أو حال العقد أو بعده فإن كان حادثاً بعد الأخذ له فلا حق له في رده وإن كان
قديماً بالمعنى المتقدم فاما أن يوجد ما يدل على الرضا بالعيب أو لا فإن وجد منه
ذلك فلا حق لمريد أخذه في رده على صاحبه لأنه قد سقط ولا فرق بين كون
الرضا صراحة كأن قال رضيت بالمبيع بعد علمه بالعيب الذي هو فيه أو دلالة
بأن تصرف فيه بوقف أو بيع بعد علمه بالعيب الموجود فيه وإن لم يوجد منه
ما يدل على الرضا فاما أن يحدث به عيب آخر عند أخذه أو لا . فإن حدث به
عيب آخر فلا حق له في رده بل يرجع بالنقصان على البائع فيأخذ من الثمن
بقدر الفرق بين نسبة قيمته سليماً ومعيباً وإن كان إذا أراد صاحبه أخذه بالعيب
الحادث ورد الثمن فله ذلك وإن لم يوجد منه ما يدل على الرضا ولم يوجد فيه
عيب آخر يمنع من أخذه فله الحق في رده على العاقد معه وأخذ الثمن منه لفوات
الوصف المرغوب فيه وهو السلامة وله أن يمسكه بجميع الثمن وليس له أن يرجع
على العاقد معه بشيء . لأن سلامة المعقود عليه وصف والأوصاف لا يقابلها شيء
من الثمن في مجرد العقد ولأنه لم يرض بزوال ملكه عنه بأقل من المسمى فيتضرر
بالأخذ منه ودفع الضرر عن الأخذ ممكن بالرد بدون تضرره فهو مخير بين
أخذه ورده ومحل جواز الرد إذا لم يمكنه إزالة العيب بدون مشقة فإن أمكنه

فلا حق له في الرد وقل الامام أحمد أن المشتري مثلاً إذا وجد بما اشتراه عيباً فهو مخير بين أمرين إما أن يرده على صاحبه ويأخذ جميع الثمن وإما أن يمسكه ويرجع بنقصان المبيع بسبب العيب سواء رضي البائع أو لم يرض وسواء تذر الرد أو لم يتعذر وعال ذلك بأن المتعاقدين تراضيا على أن العوض في مقابلة المعوض فكل جزء من العوض يقابل جزءاً من المعوض ومع وجود العيب فأت جزء منه فيرجع ببدله - وإنما كان له الرد بوجود العيب لأن مقتضى العقد يقتضي السلامة من العيب فكأنها مشترطة فيه صريحاً لكونها مطلوبة عادة فيخير حتى لا يتضرر بقوات الوصف المرغوب فيه ولذلك قل عليه الصلاة والسلام (لا يخل لمسلم باع لأخيه بيعاً وفيه عيب إلا بينه له) .

والعيوب (أعاذك الله منها) كثيرة منها المرض بأنواعه وكون الدابة جموحاً أو تضرب برجلها أو تنطح برأسها وكالأسوس في الغلة ونحو ذلك مما تنقص به القيمة عادة عند أهل الخبرة .

وينبغي على ما تقرر ما يأتي :

(١) إذا اشترى انسان شيئاً كبيت مثلاً ووجد به عيباً لم يعلم به وقت العقد ولم يرض به بعد عده فله الخيار في رده إلى صاحبه وأخذ جميع الثمن وله أن يمسكه بجميع الثمن ولا يرجع عليه بشيء لما تقدم خلافاً للامام أحمد كما علمت .

(٢) إذا استأجر شخص من آخر دابة ليركبها فوجدها مريضة أو جموحاً فله الحق في فسخ الاجارة وله امضاؤها دون الرجوع بشيء على المؤجر عندنا خلافاً لأحمد .

(٣) إذا قاسم الشريك شريكه في الأعيان المشتركة بينهما ثم وجد ببعضه عيباً فله رده وامساكه كما تقدم .

(٤) إذا صالح المدعي بمال معين المدعى عليه على شيء بعينه ثم وجد به

عيباً لم يره وقت العقد ولم يرض به بعد العلم به فله نقض الصلح ورد العين المصالح
عليها ومحل جوازه الرد اذا لم يوجد مسقط كرضاه به ولو دلالة بأن تصرف فيه
تصرفاً لا يحتمل النقص أو يحتمله ولكن تعلق حق الغير به كبيع بدون خيار
للبائع وكذا لا حق له في الرد اذا اشترط البراءة من كل عيب ولو لم تذكر
العيوب مفصلة وقال الشافعي لا يسقط الحق في الرد إلا بتفصيل العيوب وبيانها.
انظر مادة (٢٤٨) (١).



(١) المادة (٢٤٨) يثبت حق فسخ العقد بخيار العيب من غير اشتراط في العقد فمن
عقد عقد شراء أو اجارة أو أجرى مع شريكه قسمة مال مشترك من القيميات أو المثليات
المتحدة أو المختلفة الجنس أو صالح عن دعوى مال معين على شيء بعينه فله فسخ العقد ونقض
القسمة بخيار العيب اذا وجد في مشريه أو في العين المستأجرة أو في بدل الصلح أو في الحصة
التي أصابته من القسمة عيباً قديماً لم يعلم به وقت العقد أو حين القسمة ولم يوجد منه ما يدل
على الرضا به بعد اطلاعه عليه ولم يشترط البراءة من العيوب .
فإن وجد شيء من ذلك سقط حق خياره ولزمه العقد والحصة التي أصابته في القسمة .

فهرس

الجزء الأول من كتاب شرح مرشد الخيران لمعرفة أحوال الانسان

(ب) المقدمة

﴿ الكتاب الاول في الاموال ﴾

صفحة		صفحة
١٣	مطلب في الوصية بالغلة والثمره	١ الباب الأول - في أنواع الاموال
١٥	» الفرق بين القرض والاعارة	٢ مطلب تقسيم المال إلى عقار ومنقول
١٧	الباب الرابع - في حق السكنى	٣ » تعريف العروض
	مطلب الوصية بسكنى الدار	٤ » الحقوق المتعلقة بالاعيان
٢١	» سكنى الدار الموقوفة	٥ » الأراضي العشرية والخراجية
٢٣	» عمارة الدار الموقوفة للسكنى	٥ » العشر والخراج
٢٤	فيما يجوز لصاحب المنفعة من	» أراضي مصر خراجية
	التصرف وما يجب عليه الخ	» ما يجوز للحكومة بيعه وما
٢٥	مطلب فيما يلزم للعين المنتفع بها	لا يجوز
٢٦	» هلاك العين المنتفع بها	٧ الباب الثاني - في الملكية
٢٧	» في كيفية الانتفاع بالعين	مطلب تقسيم المال إلى تام وناقص
٢٩	» انتهاء حق الانتفاع	٨ الباب الثالث - في حق المنفعة
٣٣	الباب الخامس - في حقوق الارتفاق	٩ مطلب في أن من يملك الغلة
	الفصل الأول - في الشرب	لا يملك السكنى وعكسه
٣٤	مطلب في أقسام المياه	١٠ » تعريف الوقف وحكمه
		١٢ » في الانتفاع بالعين الموصى بها

صفحة	صفحة
٣٧	الفصل الثاني في حقوق المرور الخ
٣٨	مطلب القديم والحديث
٣٨	» الضرر الفاحش يزال
٣٩	» اذا تخرب المجرى
٤٠	الفصل الثالث في حقوق المعاملات
	الجوازية
٤١	مطلب في أن الانسان يتصرف
	في ملكه بسائر التصرفات الشرعية
	مع مراعاة عدم الضرر بالغير
٤٣	مطلب العلو والسفل
٤٦	» إقامة حائط على حدود الملك
٤٧	» الحائط المشترك

﴿ الكتاب الثاني في أسباب الملك ﴾

٥٠	الفصل الاول في العقود
٥١	» الثاني في الهبة
٥٢	مطلب تعريف الهبة
٥٣	» مطلب ركن الهبة وشروطها
٥٤	» الهبة في مرض الموت
٥٦	» في هبة الشارع
٥٨	» المتصل بملك الواهب
٥٩	» حكم الهبة
٦٠	» موت الواهب أو الموهوب له
٦١	مطلب من له ولاية قبض الهبة
٦٤	الفصل الثالث في الوصية
	مطلب تعريف الوصية
٦٥	» ركن الوصية
٦٧	» شروط الوصية
٦٩	» حكم الوصية
٧٢	» عدم اشتراط اتحاد الدين
٧٢	الفصل الرابع في الميراث

﴿ كتاب الشفعة ﴾

٧٤	الفصل الأول في تعريفها وأسبابها
	مطلب أسباب الشفعة
٧٥	» سبب المشروعية
٧٦	مطلب سبب الأخذ
٧٨	» لو بيع مقدار من بيت
٨٠	» ترتيب الشفعة

صفحة	صفحة
١٠٨ مطلب فيما لو بلغه شراء الجزء	٨١ مطلب يستوي صاحب القليل
فبان انه الكل وعكسه	والكثير في الأخذ بالشفعة
١٠٩ مطلب في بطلان الشفعة بموت الشفيع	٨٢ الفصل الثاني فيما تثبت به الشفعة
١١٠ باب التملك بوضع اليد على	مطلب شروط ثبوت الشفعة
الاموال المباحة	٨٥ لا شفعة في البناء إذا
مطلب إحياء الموات	بيع قصداً
١١٢ الكنز والركاز	٨٨ الفصل الثالث في طلب الشفعة
١١٤ باب في وضع اليد وعدم سماع	مطلب أنواع الطلب
الدعوى بمرور الزمان	٩٥ أخذ الولي أو الوصي بالشفعة
مطلب تخصيص الولاية بالزمان الخ	٩٦ تعدد المستحقين
٩٧ وضع اليد لا يكسب الملك	الفصل الرابع في حكم الشفعة
١١٦ عدم سماع دعوى الارث	مطلب اعتبار الأخذ بالشفعة
والوقف بعد مضي ٣٣ سنة	كشراء جديد
١١٦ ضم مدد وضع اليد الخ	٩٩ مطلب الزام الشفيع بدفع الثمن حالا
١١٧ ترك الدعوى بعذر شرعي	١٠١ مطلب لو اشترى عقاراً وجدد
٩١٨ إعادة الخصومة بعد تركها	فيه شيئاً
١١٩ ما يمنع من سماع الدعوى	١٠٢ مطلب هلاك البناء أو الغراس
١٢٠ فائدة	١٠٤ استحقاق العقار المشفوع
باب في نزاع الملك	١٠٦ الفصل الخامس فيما يسقط الشفعة
١٢١ مطلب نزاع الملك للمصلحة العامة	ويطلبها

صفحة	صفحة
١٥٢ تقسيم الاكراه	١٢٤ الباب الأول - في ماهية العقد
١٥٣ شروط الاكراه	وشرائطه
١٥٥ فساد عقود المعاوضات	١٢٧ الفصل الأول - في أهلية العاقدین
١٥٦ الفروق التي بين البيع الفاسد الخ	١٢٧ اذا كان العاقد محجوراً عليه
١٥٩ نقض المكره لتصرفات المشتري	١٢٩ اذا كان المحجور عليه مأذوناً له
التي تحمل الفسخ	في التجارة
١٦٠ مطلب العقود التي لا تحمل الفسخ	١٣٣ اذا كان المحجور عليه سقيماً
١٦٣ الفصل الثالث - في الغبن الفاحش	١٣٨ عقود الضمانات
والغلط الواقع في العقود	١٤١ اذا كان العاقد بالغاً
١٦٣ مطلب حكم الغبن الفاحش	١٤٢ فيما لو باشر العقد بطريق الوكالة
١٦٥ » اجتماع الاشارة والتسمية	١٤٣ اذا أضاف الوكيل العقد إلى نفسه
١٦٦ الفصل الرابع في محل العقد وفائده	١٤٥ من له الولاية على المال
وقصد شرعيته	١٤٧ اذا اشتهر الأب بسوء التدبير
١٦٧ مطلب وجود المعقود عليه	١٤٨ اذا كان المتصرف وصياً
١٦٨ الفصل الخامس في أحكام العقود	١٤٩ مسوغات بيع عقار الصغير
مطلب انقسامها إلى قسمين	١٥١ الفصل الثاني - في رضا العاقدین
١٧١ » العقد الموقوف	وما يعدم الرضا
١٧٢ مطلب انقسام العقد إلى صحيح	مطلب تعريف الرضا
وفاسد وباطل	» تعريف الاكراه

صفحة	صفحة
١٨٣ الفصل الأول - في خيار الشرط	١٧٥ الباب الثاني - في العقود التي يصح
مطلب مدة خيار الشرط	اقترانها وتعليقها بالشرط والتي
١٨٩ مطلب يصح أن يجعل خيار	لا يصح تعليقها واقترانها به
الشرط للبائع والمشتري	١٧٥ الفصل الأول - في ماهية الشرط
١٩٠ مطلب جعل الخيار لأحدهما	والتعليق
١٩٠ مطلب الفسخ يكون بالقول الخ	١٧٨ مطلب أقسام الشرط
١٩١ مطلب الاجازة تكون بالقول الخ	١٧٩ الفصل الثاني - في بيان العقود التي
مطلب إبطال حق خيار الشرط	يصح اقترانها وتعليقها بالشرط
١٩٣ الفصل الثاني - في خيار الرؤية	١٨٣ الفصل الثالث - في العقود التي
والعيب	يصح اضافتها إلى المستقبل الخ
مطلب ما يثبت فيه خيار الرؤية	١٨٣ الباب الثالث - في أنواع
مطلب خيار الرؤية غير موقت	الخيارات
مطلب فيما لو شرط البراءة الخ	



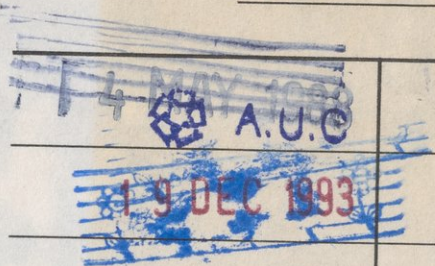
B 12303136

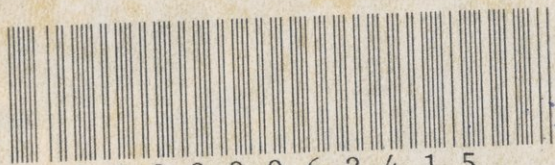
i 13618611

AUC - LIBRARY



DATE DUE

[illegible]



1 0 0 0 0 0 6 2 4 1 5

BP
192.3
.I2x
1955
v.1