

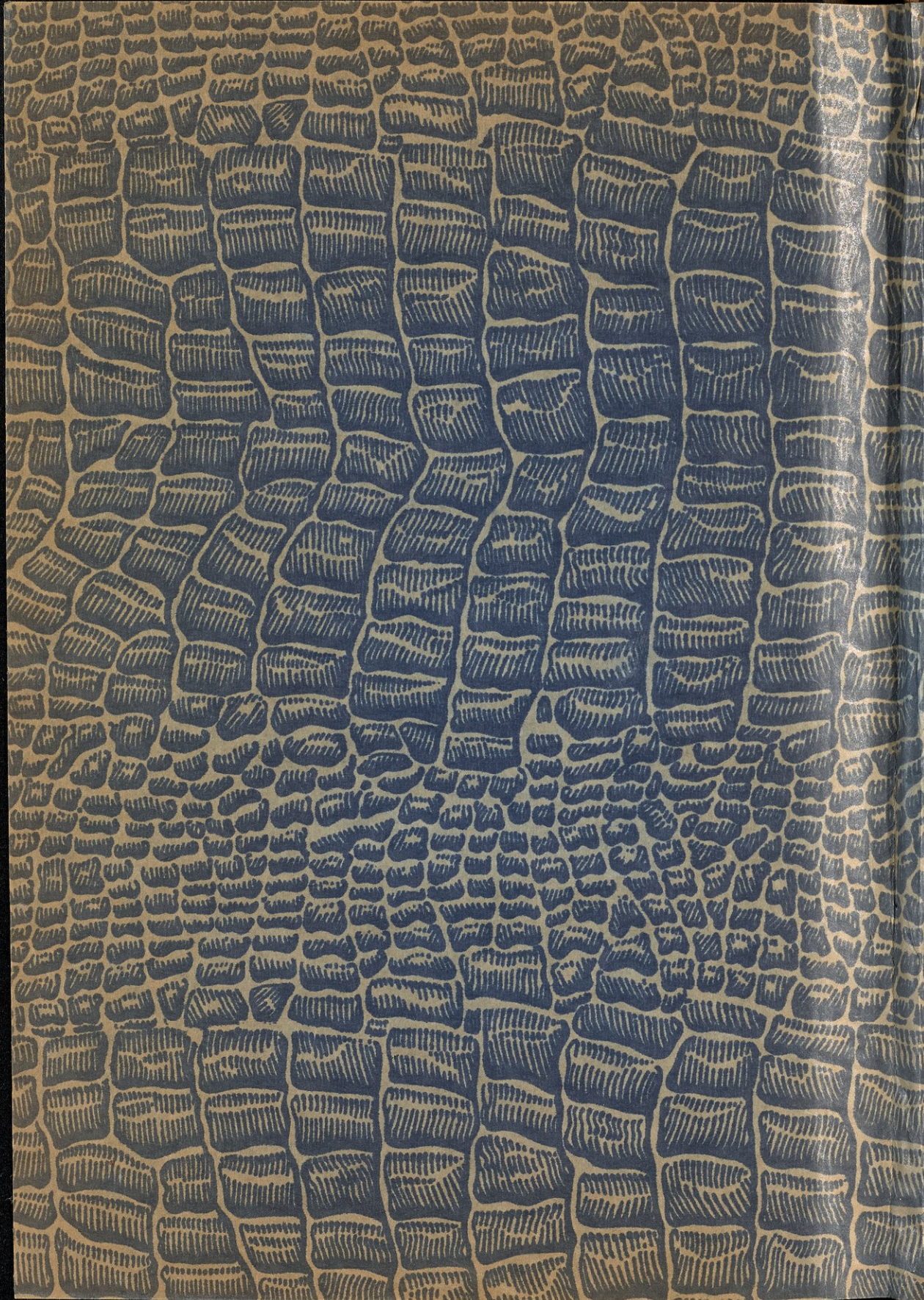


Columbia University  
in the City of New York

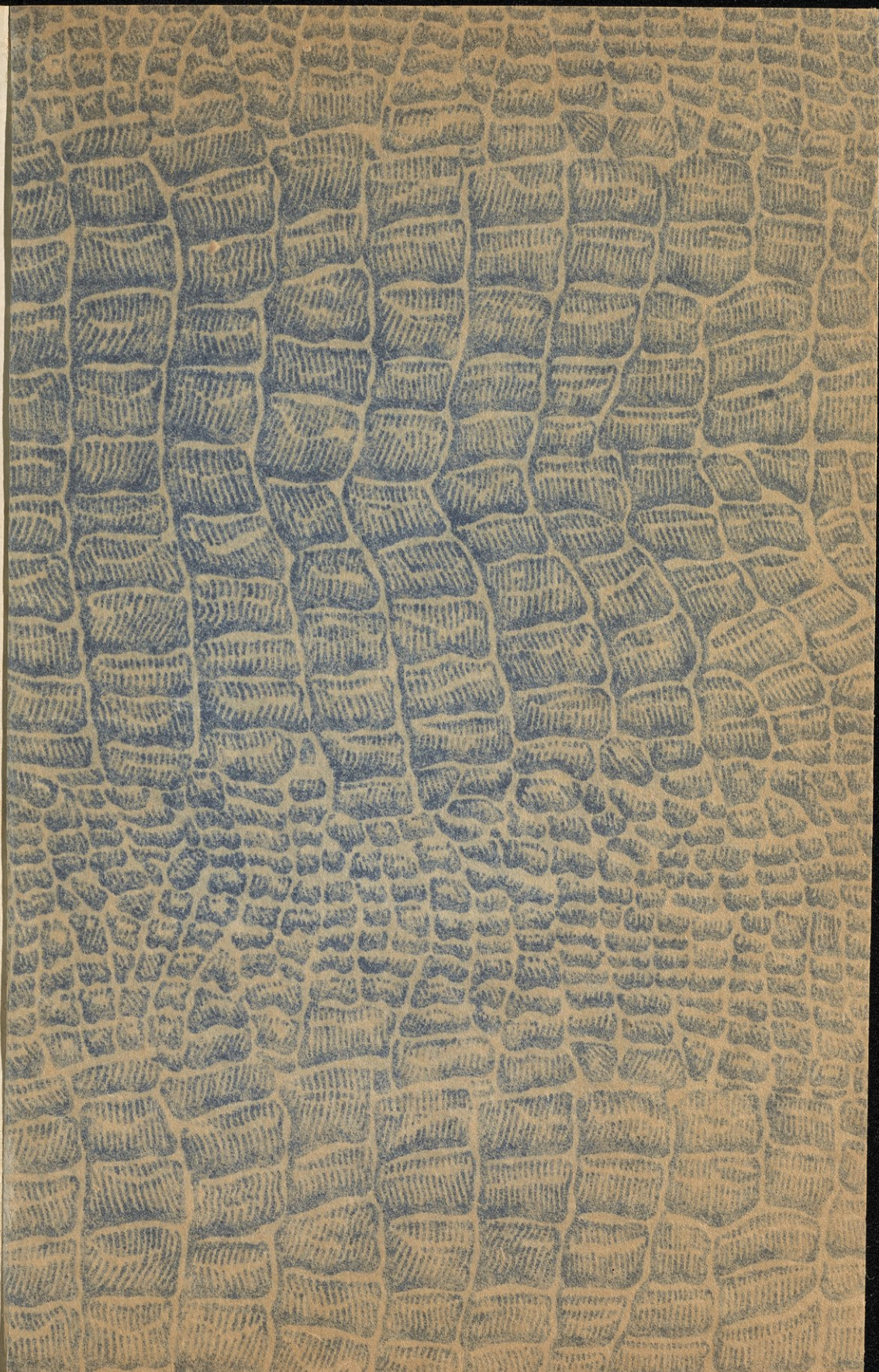
THE LIBRARIES













كمال حسن حبيب

لذي الحجة (١٢)

عليه بحرته من جامع الحرمين

مختصر

# حِكْمَةُ الْمَعْرِفَةِ الشَّرِيعَةِ

تأليف

علي الحنيف

أستاذ الشريعة الإسلامية بكلية الحقوق

بجامعة فؤاد الأول

الطبعة الثانية

حقوق الطبع محفوظة للمؤلف

القاهرة

١٣٦٨ هـ - ١٩٤٩ م

مطبعة السنة المحمدية

ت ٧٩٠١٧



893,799  
K52644

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين ، وصلاة الله وسلامه على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين .  
أما بعد فإن طلبة السنة الأولى من قسم الليسانس بكلية الحقوق قد دعيتهم  
الحاجة إلى أن يلتمسوا مختصراً لكتابي « أحكام المعاملات الشرعية » . فأجبتهم ،  
مكتفياً بذكر القواعد والأصول عن كثير من التفريع والتفصيل ، مما قد يصل  
إليه الطالب بفهمه وسليم نظره .

573-1908H



## المال

أكثر ما تجرى فيه المعاملة المشروعة بين الناس المال ، ولذا تعرض الفقهاء لبيانه فقالوا إنه كل ما يمكن حيازته والانتفاع به على وجه معتاد ، وبناء على ذلك لا يكون الشيء مالا إلا إذا توافر فيه أمران : إمكان حيازته ، وإمكان الانتفاع به على وجه معتاد ، فما حيز من الأشياء وانتفع به فعلا يعد من الأموال ، كجميع الأشياء التي تملكها : من أرض ومتاع وحيوان ونقود ، وما لم يحز منها ولم ينتفع به ، ولكن من الممكن أن يتحقق فيه ذلك يعد كذلك من الأموال ، كجميع المباح من الأعيان ، مثل السمك في البحر ، والطير في الجو والحيوان في القلاة . فان الاستيلاء عليه ممكن والانتفاع به كذلك على الوجه المعتاد ممكن أما ما ليس في الامكان حيازته فلا يعد مالا ، وإن انتفع به ، كضوء الشمس وحرارتها ، وكذلك مالا يمكن الانتفاع به على وجه معتاد لا يعد مالا وإن أحرز فعلا . كحفنة من تراب وقطرة من ماء ونحلة ونملة ، ولذا تزول عن المال ماليته إذا قل حتى صار إلى حالة لا ينتفع به انتفاع معتادا ، كحبة من أرز ، لعدم إمكان الانتفاع بها وحدها على وجه معتاد . ومن هذا يظهر أن الحجر تعد من الأموال لإمكان حيازتها والانتفاع بها ، ولأن بعض الناس - كالذميين - قد تمولوها . ومثلها في ذلك الخنزير والمنخنقة والموقوذة « الميتة بالوقد » ونحوها .

هذا - وقد يمنع الشارع الناس جميعا من أن ينتفعوا بعين من الأعيان ، فلا يقرهم على انتفاعهم بها وعندئذ لاتعد من الأموال ، لعدم اعتراف الشارع بهذا الانتفاع مع تحريمه عليهم ومنعهم من أن يتمولوها . وذلك كالميتة حنف أنفها ، فلا يعد لحمها ولا شحمها ولا ما تجرى فيه الحياة من أجزائها من الأموال . أما أجزاؤها الأخرى ، كالعظم والشعر والصوف ، فإنها تعد من الأموال ، لأن الشارع أجاز الانتفاع بها بعد تطهيرها .

هل المنفعة من المال ؟ - ومقتضى هذا التعريف : أن المال لا يكون إلا مادة ، حتى يتأتى إحرازه وحيازته ، ويترتب على ذلك : أن منافع الأعيان ، كسكنى المنازل وركوب

573-1908H

APR 9 1902

٦١٢



السيارات ولبس الثياب لاتعد مالا ، لعدم إمكان إحرازها ، ومثلها في ذلك : الحقوق ، كحق الحضانة مثلا . وهذا مذهب الحنفية .

وذهب الشافعية والمالكية والحنابلة إلى أن المنافع أموال ، إذ ليس من الواجب في المال عندهم أن يحرز ويحاز بنفسه ، بل يكفي أن يحاز بجائزة أصله ومصدره ، ولا شك أن المنافع تحاز بجائزة محالها ومصدرها ، فإن من يحوز سيارة يمنع غيره أن ينتفع بها إلا بإذنه ، وهكذا .

واعتماد المنافع من الأموال : هو أوجه الرأيين ، لأنه المتفق مع عرف الناس ، والمتسق مع أغراضهم ومعاملاتهم ، فهم لا يبتغون الأعيان إلا طلباً لمنافعها ، ولأجلها يستعوضونها بالنفيس من أموالهم ، ومالا منفعه له لا يرغب فيه ولا يطلب وقد أخذ علماء التشريع الوضعي برأى الشافعية ، فاعتبروا المنافع من الأموال . كما اعتبروا حقوق المؤلفين وشهادات الاختراع وأمثالها مالا ، ولذا كان المال عندهم أعم من المال عند الفقهاء .

## أقسام المال

ينقسم المال القسمة الآتية :

(١) إلى متقوم وغير متقوم .

فالمال المتقوم : ما كان له قيمة تستوجب تضمين متلفه عند اعتدائه عليه . وذلك بسبب مامنتحه الشارع من حماية ، وجعل له من حرمة . وما ليس كذلك يسمى غير متقوم أو مباحا .

ولا يثبت التقوم للمال إلا بتوافر أمرين ، الأول : إحرازه فعلا ، والثاني : جواز

الانتفاع به . في حال الاختيار والسعة

وعلى ذلك فالمال قبل حيازته ، كالذهب في مناجمه ، والسمك في مائه ، لا يعد متقوما إذ لا حرمة له ولا حماية ، وإنما يعد مباحا ، وإذا أتلفه متلف لم يضمن له قيمة ، فإذا ما حيز ، وكانت حيازته في وسط يجوز الانتفاع به فيه كان متقوما وكانت له حرمة ، وضمن من



اعتدى عليه فأتلفه أو نقصه ، وإذا كانت في وسط لايجوز الانتفاع به فيه لم تكن له حماية ، ولم يكن متقوماً ولم يضمن متلفه .

وعلى ذلك : فالل مال المتقوم ما حيز وجاز الانتفاع به شرعاً في حال السعة والاختيار ، وهي الحال التي لا يكون الإنسان فيها مضطراً إلى الانتفاع به ، وذلك كالنقود والعروض والدور والأراضي .

وغير المتقوم هو ما لم يتوافر فيه أحد الأمرين : الحيازة ، وجواز الانتفاع حال السعة والاختيار ، والخمر والخنزير في حق المسلم مال غير متقوم ، لعدم جواز انتفاعه بهما ، لأن الشارع قد حرمهما على المسلمين في غير حال الاضطرار . أما في حال الاضطرار ، كأن يصيب الإنسان جوع يخشى منه الهلاك ، أو يظماً ظمّاً شديداً يخاف على نفسه منه ، فلا يجد غير الميتة أو الخمر ، فقد أجاز له أن يتناول منهما بقدر ما يدفع به الهلاك عن نفسه فقط ، غير متجاوز قدر الضرورة وإلا كان آثماً .

والخمر والخنزير مال متقوم في حق الذميين ، لجواز انتفاعهم بهما حال السعة والاختيار وعدم تعرضنا لهم فيه ولذا كانت لهما حرمة وحماية في أيديهم ، ويضمن قيمتهما من يتلفهما في هذه الحال ، لأننا قد أمرنا أن نتركهم وما يدينون . وهذا رأى الحنفية .

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

١ - المال المتقوم يضمن متلفه عند تعديه عليه ، وغير المتقوم أو المباح لاضمان على متلفه . ولذا لو أتلف مسلم مسلم آخر خمرًا بإراقتة ، لم يضمن له شيئاً ، لأنه غير متقوم في حق المسلمين . ولو أتلفه لذمي ضمن له قيمته عند الحنفية . لأنه مال متقوم في حقه . ولو أتلف إنسان سمكاً في بحر لم يضمن شيئاً ، لعدم تقومه بسبب عدم إحرازه ، وهكذا

٢ - المال المتقوم يصلح أن يكون محلاً لمعاوضة مالية كالبيع ، فيصح أن يكون مبيعاً كما يصح أن يكون ثمنًا ، ويصح أيضاً أن يوهب ، وأن يوصى به وهكذا ، ولا يصلح غير المتقوم أن يكون مبيعاً ، وإذا بيع كان العقد باطلاً . وعلى ذلك : لا يصح بيع الخمر من مسلم



ويصح بيعه من ذى مثله ، ولا يصح بيع الأموال المباحة ، ولا هبتها ، ولا الوصية بها ، لعدم تقومها .

(٢) إلى عقار ومنقول :

فالعقار ما لا يمكن نقله وتحويله عن مكانه ، ولا يشمل غير الأرضين ، والمنقول ما يمكن نقله وتحويله عن مكانه ، سواء أبقى مع ذلك التحويل على هيئته وصورته ، أم تغيرت به هيئته وصورته ، فيشمل جميع أنواع الحيوان والعروض والذهب والفضة والمعادن في مناجمها ، والمكيمات والموزونات وجميع أنواع المال ، ماعدا الأرضين نفسها . فالشجر والبناء والقناطر من المنقول ، لإمكان نقلها ، وإن تغيرت صورتها به ، إذ به يصبح البناء أنقاصاً والشجر أخشاباً أو أحطاباً ، والقناطر قضباناً . وقد خالف في ذلك مالك فجعلها من العقار ، لأن المنقول في رأيه ما أمكن نقله مع بقاء هيئته ، وغير ذلك العقار .

وفائدة هذه التسمية تظهر في بيان أحكام كل من المنقول والعقار عند إرادة تطبيقها .

وهذه أهمها :

١ — أن الشفعة لا تثبت في المبيع إلا إذا كان عقاراً ، فلا شفعة في المنقول إذا بيع

استقلالاً كما سيأتي .

٢ — يجوز للوصى على الصغار أن يبيع منقولهم متى رأى المصلحة في ذلك ، وليس له

أن يبيع عقارهم ، إلا إذا وجد لذلك مسوغ شرعى ، كبيعه لإيفاء دين ، أو لرغبة فيه بضعف قيمته ، أو لزيادة نفقاته على غلاته ، أو نحو ذلك مما هو مفصل في موضعه .

٣ — في حال بيع أموال المدين المحجور عليه بسبب الدين لأجل وفاء دينه ، يبدأ أولاً

بيع المنقول ، فإن لم يف ثمنه بالدين يبيع العقار ، لما في ذلك من مصلحة المدين .

(٣) إلى قيمى ومثلى : نسبة إلى المثل والقيمة .

فالمثلى : يطلق على الأموال التى تقدر عادة بالوزن أو بالكيل أو بالعد ، فما يقدر بالوزن

جميع الموزونات : من المعادن كالذهب والفضة والنحاس والقصدير وغيرها : ومن المصنوعات ، كالصابون والأسمدة ، وكثير من أنواع الحلوى ، ومن الأثمار : كالشمش والبلح والتفاح وغيرها . والموزون : غير ذلك كثير . وما يقدر بالكيل جميع المكيمات من الحبوب ، كالبر



والأرز والشعير والذرة وغيرها ، ومن السوائل : الزيوت بأنواعها وغيرها . وكثيراً ما يستعمل الوزن في تقدير المسكيات ، كما شاع ذلك الآن في الزيوت ، وبعض الحبوب كالبر ، وعندئذ تعتبر كذلك من الموزون للعرف ، وما يقدر بالعد : جميع العدديات المتقاربة الأحاد التي لا يوجد بينهما تفاوت يعتد به الناس ويرتبون عليه اختلاف القيم ، كالبيض والبرتقال والليمون . واشترط بعض العلماء لاعتبار العددي من المثلي : ألا يكون بين آحاده تفاوت ما يترتب عليه اختلاف قيمها . وهذا ما تجب مراعاته فان اختلاف البيض بالكبر والصغر يترتب عليه اختلاف القيمة ، واختلاف نوع البرتقال والمأنجو يترتب عليه كذلك اختلاف القيمة وعلى الجملة : فأساس اعتبار المال مثلياً في الشريعة أمران التماثل بين أجزائه عندما يكون مكيفاً أو موزناً ، وبين آحاده عندما يكون معدوداً ، مع ملاحظة وجوده كذلك في الأسواق ، فالأرز إذا كان موجوداً في الأسواق كان مثلياً لتمامه أجزائه .

والقيمي : يطلق على ما لا يقدر من الأموال بكيل ولا وزن ولا عد ويطلق كذلك على العددي المتفاوت الأحاد إلى درجة تتغير معها قيمها ، ويشمل الأراضي والدور والحيوان بجميع أنواعه والأشجار والثياب والأججار الكريمة .

ومن القيمي ما يقدر عادة بالقياس . كالأقمشة تقدر بالتر والياردة والذراع ، وذلك لاختلافها في النسيج والخيط اختلافات تتفاوت به قيمها . وهذا عند الفقهاء أيام كانت صناعة الغزل والنسيج بالأيدي . أما الآن - وقد أصبح كل ذلك بالآلات ميكانيكية لا تنتج إلا متماثلاً في جميع الصفات - فالواجب عدها من المثليات ، كما يجب أن يعد منها كذلك كل ما أوجدته الصناعة الحاضرة ، من المصنوعات المتماثلة في المادة والصنعة والقدر والصفة ، كالنقود الذهبية والفضية والنحاسية والبرزية ، وأواني الطعام والشراب ، كالملاعق والشوك والسكاكين والورق والكتب المطبوعة والكراسات ، وغير ذلك من التماثلات الموجودة في الأسواق . لأن المناط هو التماثل المؤدي إلى عدم الاختلاف في القيمة بين الأجزاء المتساوية في الوزن أو في الكيل ، أو بين الأحاد المتماثلة في الحجم ، مع الوجود في الأسواق ، وذلك كله متحقق في هذه الأشياء : وفي كثير خلافها على أكمل وجه ، حتى إنه ليفوق في ذلك البر والشعير والتمر ما عده الفقهاء مثلياً .



وعلى ذلك : يمكننا أن نعرف المثلى : بأنه ما يوجد له مثيل في المتجر بدون تفاوت بينهما يعتد به ، والقيمي بأنه مالا يوجد له مثيل في المتجر .

وجميع المثليات تمتاز عن القيميات بما يأتي .

١ - أن المثلى يثبت ديناً في الذمة ، إذا ما عين بأوصافه ، بخلاف القيمي ، فإنه لا يثبت في الغالب ديناً في الذمة ، ولكن يتعين بالإشارة إليه أو بما يقوم مقامها ، فإذا بعث ثوبا بأردب من القمح فإن هذا العقد يقع على ثوب بعينه ، ويثبت به في ذمة المشتري أردب من القمح يؤديه إليك في أي وقت عند الطلب .

٢ - إذا تعدى إنسان على مثلي فأتلفه ضمن مثله لاقيمته ، لوجود مثله ، كما إذا أتلّف إنسان مقداراً معيناً من الأرز . وإذا تعدى على قيمي ضمن قيمته . كما إذا قتل إنسان حيواناً لأنه لا مثيل له حتى يطالب به ابتداء .

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

## الملك

الملك : اختصاص يمكن صاحبه شرعاً من أن يستبد بالتصرف والانتفاع عند عدم المانع الشرعي . وقد جعل الشارع لهذا الاختصاص أسباباً رتبة عليها ، وسنشرحها فيما يأتي . فإذا ما اختص إنسان بعين من الأعيان وكان له شرعاً بناء على هذا الاختصاص أن ينفرد بالتصرف فيها بالبيع ونحوه ، وأن ينفرد بالانتفاع بها إما بنفسه وإما بواسطة غيره عن طريق الإجارة أو الإعارة أو غيرها ، فقد ثبت له ملك هذه العين .

وعلى ذلك : فليس كل من الوكيل والولي والوصي وناظر الوقف مالكا لما يتصرف فيه من المال ، لأنهم لا يستقلون بالتصرف والانتفاع ، وكان كل من الصغير والمجنون والسفيه مالكا ، لأن لهم هذا الاستقلال ، لولا ما عرض لهم من مانع ، وآية ذلك : أنهم يستطيعونه ويباشرونه عند زوال هذا المانع ، أي عند كبر الصغير وإفاقة المجنون ورشد السفيه وكما يراد بالملك : الملكية ، يطلق على الشيء المملوك ، فيقال : هذا الشيء ملكي .



الفرق بين الملك والمال : والملك بهذا المعنى أعم من المال عند الحنفية ، لأنه يشمل المال والمنفعة ، إذ كل منهما مملوك ، ولكن المنفعة لاتعد مالا عندهم كما قدمنا ، بل مملوكة يرد عليها كثير من التصرفات ، كالأجارة والعارية والوصية .

قبول المال للملكية : والمال بطبيعته قابل لأن يمتلكه الإنسان ، لأنه قابل لأن يجاز ابتداء ، فيملك بجزأته ، ولكن قد تعرض له عوارض تجعله غير قابل لذلك في بعض الأحوال ، وذلك كافي الأموال المخصصة للمنافع العامة ، كالطرق العامة والقلاع والحصون والمرافئ والقناطر والجسور والأنهار العظيمة المعدة للانتفاع العام . فمادامت هذه الأموال مخصصة لمسا أعدت له من ذلك ، فلا ملك لأحد فيها ، أي ليس فيها ملك فردي ، لأنه لا يد لأحد عليها على وجه التخصيص ، ولكنها أموال تتعلق بها حق الناس جميعاً ، وهي لذلك لا تملك ولا تملك ، فإذا خرجت عما أعدت له تغير حكمها فقبلت أن تملك وأن تملك .

أنواع الملك — ينقسم الملك قسمين : ملك تام وملك ناقص .  
فيكون تاماً إذا كان شاملاً للعين ومنفعتها جميعاً ، أي لرقبة الشيء المملوك ومادته وذاته ، ولمنافعه كذلك .

ويعكون ناقصاً ، إذا كان قاصراً على الرقبة وحدها ، أو على المنفعة وحدها .  
ولتمييز الملك التام والتعريف به نذكر خواصه .

خواص الملك التام — للملك التام خواص ليست للملك الناقص ، أهمها :

١ — قدرة المالك على التصرف في ذات العين المملوكة بجميع أنواع التصرفات الجائزة شرعا ، من بيع وهبة ووقف ووصية ورهن .

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



٣ - عدم تقيده بأى زمن محدود، كسنة، ولا بأى مكان معلوم كالقاهرة، فملك المالك دائم لا ينتهى إلا بموته، أو بإنهائه بالوقف، أو بنقله إلى مالك آخر بسبب من الأسباب الناقلة للملكية شرعاً.

٤ - عدم مطالبة المالك ملكاً تاماً بضمان العين إذا أتلّفها بغير موجب، لأن الضمان لا يستحقه إلا المالك، ولا يكون الإنسان مديناً لنفسه، ولكن ذلك لا يعفيه من التعزير من الحاكم إذا ما استوجبه تعديه.

أقسام الملك الناقص - والمالك الناقص : إما ملك رقبه فقط، وإما ملك منفعة فقط كما بينا، وقد يسمى ملك المنفعة بحق الانتفاع، فلا فرق بينهما فى اصطلاح الحنفية، خلافاً للمالكية كما سيأتى :

ويتنوع ملك المنفعة أو حق الانتفاع نوعين : نوع يكون فيه حق الانتفاع شخصياً ونوع يكون فيه عينياً، ولا يكون إلا فى العقار. وهو مسمى بحق الارتفاق. فالأول : يتعلق ابتداء بالمنفعة، فيكون له فقط. ولا ينتقل عنه إلى غيره إلا فى بعض صور، كما سيأتى.

والثانى : يتعلق بعين العقار المقرر عليه هذا الحق، ويتبع العقار المقرر له أئى ذهب، فيثبت لمن يملكه ما دام مالكا له، إلا فى بعض الحالات، كما سيأتى. وإذن تكون أقسام الملك الناقص ثلاثة :

١ - ملك عين فقط .

٢ - ملك منفعة يكون معه حق الانتفاع شخصياً .

٣ - ملك منفعة يكون معه حق الانتفاع عينياً، وإن شئت سميته بحق الارتفاق .

ملك العين - ملك العين يكون إذا ما كانت العين - رقبته - مملوكة لشخص

ومنفعتيها كلها مملوكة لشخص آخر. وعندئذ لا يكون للمالك العين أن ينتفع بها، ولا أن يتصرف فى منفعتها ما دامت المنفعة فى ملك غيره، وكذلك لا يجوز له أن يتصرف فى نفس العين تصرفاً يضر بحق مالك المنفعة، فإذا كانت داراً فليس له أن ينقضها بهدم بعض



حجراتها ، وليس له أن يبيعها لغير مالك منفعتها إلا بإذن مالك المنفعة ، وهكذا ، وعليه أن يسلمها إليه ليستوفي حقه من منافعها ، فإذا امتنع أجبر على ذلك .

ويتحقق ملك العين فقط في بعض صور الوصية . ومن ذلك : أن يوصى إنسان لآخر بمنافع عين مملوكة له ، كأن يوصى له بسكنى داره ، أو بزراعة أرضه مدة حياته ، أو ثلاث سنوات ، فإذا مات الموصى ثم قبل الموصى له الوصية ، كانت سكنى الدار أو زراعة الأرض حقاً مملوكاً للموصى له في المدة المعينة ، وكانت عين الدار أو الأرض ملكاً لورثة الموصى ، بطريق الوراثة . فلا يملكون شيئاً من المنافع ، ما دام حق الموصى له في المنافع موجوداً ، فإذا انتهت مدة الوصية المحددة ، أو مات الموصى له قبل نهايتها ، صارت المنفعة ملكاً لورثة الموصى تبعاً لأصلها ومصدرها وهو العين . ويجب على الموصى له أو ورثته حينئذ تسليم العين إليهم لأنها أمانة في يدهم يجب ردها إلى مالكها ، وعند ذلك تصبح ملكيتهم تامة ، بعد أن كانت ناقصة مدة انتفاع الموصى له ، ويلاحظ أن ملكية الموصى له في هذه الحال كانت كذلك ناقصة ، لأنها مقصورة على المنافع .

وينبغي التنبيه إلى أن ملكية العين فقط تكون دائماً ، وتنتهي دائماً إلى ملكية تامة . وأن ملكية المنافع تكون مؤقتة دائماً ، ذلك لأن المنافع لا تورث عند الحنفية ، لأن منافع الأعيان تتبعها ، ولا تنتقل وحدها بالوراثة إلى الوارث ، ولذا كانت الوصية بالعين فقط لإنسان وصيةً بالعين وبمنافعها تبعاً لها ، إذا لم يوص بمنافعها إلى شخص آخر .

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

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

وفي كلتا الحالتين يكون للمنتفع ملك المنفعة ، أو حق الانتفاع . وهذا خلاف اصطلاح المالكية ، فإنهم يجعلون الحال الأولى من قبيل الملك ، ويخصونها باسم ملك المنفعة ، ويجعلون



الحال الثانية من قبيل الإباحة ، ويخصونها باسم حق الانتفاع ، ولا يجعلونها من قبيل الملك التعريف بالإباحة ، والفرق بينها وبين الملك — والفرق بين الملك والإباحة : أن الملك في الأصل أثر من آثار الحيازة ، كما قدمنا ، وأنه ينتقل من مالك إلى آخر بسبب من الأسباب الناقلة له ، وأنه عندما يتحقق يكسب صاحبه حق التصرف في الشيء المملوك مالم يوجد مانع . أما الإباحة : فهي حق يثبت للإنسان أثراً لإذنه بأن ينتفع ، وقد يكون هذا الإذن من المالك ، كأن يأذن إنسان آخر بأن يركب معه في سيارته . أو بأن يبيت في منزله هذه الليلة ، أو بأن يجتاز حديقة داره في طريقه إلى مقره ، وكأن يدعو إلى وليمة ، وقد يكون هذا الإذن بحكم الشارع ، كما في إباحة الانتفاع بالماء غير المملوك لأحد ، وبالكلأ قبل إحرازه ، وبضوء النار الموقدة . فقد قال عليه الصلاة والسلام : « الناس شركاء في ثلاثة : في الماء والكلأ والنار » أي شركاء فيها شركة إباحة لا شركة ملك . وما دام الإذن قائماً والإباحة مستمرة فالحق قائم وثابت . فإذا انتهى الإذن بانتهاء أمده — إن كان له أمد — أو رجع عنه مُصَدِّره ، أو توفى ، انتهت الإباحة وبطل الحق وتلاشى .

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

ومن ذلك يتبين : أن من أبيع له الانتفاع بشيء لم يملكه ، ولم يملك منفعته ، وبهذا يتبين الفرق بين المباح والمملوك .

أسباب الملك في هذا النوع : يستفاد ملك المنفعة الذي يكون معه حق الانتفاع شخصياً بسبب من الأسباب الآتية :

١ — الإجارة . فالمستأجر يمتلك بها منفعة العين المؤجرة ، فإذا استأجر أرضاً للبناء عليها ، ملك أن يبنى عليها . وإذا استأجرها للزراعة ، ملك أن يزرعها . ويكون ملكه من الملك الناقص ، ولأن المستأجر مالك للمنفعة يجوز له أن يملكها غيره بالإجارة والعارية ، مالم يمنع من ذلك مانع ، كما سيأتى في الإجارة .

٢ — الإعارة . فالمستعير يمتلك بها عند أكثر الحنفية منفعة العين المستعارة ، خلافاً



لمن رأى أنها إباحة ، ولذا يجوز له أن يتصرف فيها ، فيملكها غيره بطريق إعارتها فقط ،  
ما لم يمنع من ذلك مانع ، كما سيأتي في العارية .

أما تملكها بطريق التأجير فليس له في جميع الأحوال ، وسنفضله في العارية .

٣ و ٤ — الوقف ، والوصية : فالموقوف عليه والموصى له يملك كل منهما ما أعطى  
من المنافع في الموقوف أو الموصى به ، فإذا وقف إنسان داره على صديقه فلان ، ثم من بعده  
على الفقراء ، أو أوصى له بمنفعتها ، فإن الصديق يملك كل ما أعطيه بالوقف أو بالوصية .  
فإن جعل له الواقف أو الموصى أن ينتفع بها كيف شاء ، وعلى أى وجه أراد ، كان له ذلك  
فيسكن الدار بنفسه ، أو يؤجرها لغيره فيأخذ أجرتها ، أو يعيرها إياه .

وإن جعل له أن يستغل ، وسكت عن السكنى ، كما إذا قال الواقف : وقفت دارى  
هذه على صديقى هذا ، لتصرف إليه غلتها فى كل شهر ، أو قال الموصى : أوصيت لصديقى  
فلان بأن يستغل هذه الدار مدة حياته . كان له أن يسكن ، لأنه إذا ملك أن يسكن غيره  
استلزم أن يسكن هو .

وإن جعل له أن يسكن وسكت عن الاستغلال ، كان له أن يستغل . فإن من ملك  
شيئاً كان له أن يملكه غيره . وهذا رأى أحمد ، وبه صدر قانون الوقف وقانون الوصية .  
وإن أطلق الواقف أو الموصى ، فلم ينص على استغلال أو استعمال ، كان له الأمران  
كذلك بمقتضى القانون ، كأن يقول : وقفت دارى هذه على صديقى فلان ، أو أوصيت  
بمنفعتها له .

خواص الملكية فى هذا النوع : لهذه الملكية خصائص ليست للملك التام . أهمها :

١ — قبول التقييد عند إنشائها بالصفة والزمن والمكان ، فيجوز لمعير الدابة أن يقيد  
مستعيرها بركوبها فقط ، وللموصى بمنفعة الأرض أن يقيد الموصى له بزراعتها قحاً أو ذرة  
فقط ، ولمعير السيارة أن يقيد المستعير بأن ينتفع بها مدة شهر مبتدئ من الآن ، ولمعير  
الكتاب أن يقيد مستعيره بالقراءة فيه فى حجرة معينة مدة ساعتين ، ولو اوقف الدار أن يقيد  
الانتفاع بها بالسكنى فقط .

وأنت تعلم أن المستأجر مقيد بمدة الإجارة المنصوص عليها فى العقد دائماً .



٢ — عدم قبولها التوارث ، فلا ينتقل ملك المنفعة ، أو حق الانتفاع في هذا النوع بموت مالكه إلى ورثته بأية حال عند الحنفية ، ذلك لأن انتقال الشيء من مالك إلى مالك آخر لا يتصور إلا مع بقاءه ، والمنافع لا بقاء لها ، فإن ما وجد منها في حياة المالك قد انعدم بانتهاء زمنه وحياته ، ولا ينتقل المعدوم . وما يوجد منها بعد وفاته لا يملكه ، لأنه كان معدوماً حال حياته ، والمعدوم لا يملك ، وإذا لم يملكه لم يورث عنه ، لأن الورثة إنما يرثون ما كان مملوكاً لمورثهم ، وعلى ذلك : فلا تورث المنافع ، بل ينتهي ملك المنفعة دائماً وفي جميع الأحوال بموت المالك ، ولذا كانت مؤقتة دائماً .

ويستثنى من ذلك : حقوق المرور ، والشرب والمسيل والتعلّي ، فإنها تورث عند الحنفية ، وإن كانت من قبيل ملك المنفعة ، كما سيأتي .

وذهب الشافعية والمالكية والحنابلة إلى أن المنافع تورث ، لأنها أموال مملوكة عندهم كما قدمنا ، فمن أوصى له بسكنى دار عشر سنين . ثم مات بعد مضي سنتين من انتفاعه حل ورثته محله في المدة الباقية ، فيكون لهم بسبب ذلك سكنى هذه الدار في أثناءها خلافاً للحنفية . وقد أخذ قانون الوصية بقول الحنفية في عدم وراثة المنافع .

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

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

نفقات العين المنتفع بها : وإذا كان انتفاعه بها بالجان ، كما في الوصية والعارية ، وجب عليه أن ينفق عليها ، إن كانت مما يحتاج إلى النفقة ، ما دام منتفعاً بها ، لأن الغرم بالغنم ،



فإن كانت حيواناً مثلاً فعليه علفها ، ونفقات المحافظة عليها ، وإن كانت سيارة فعليه أجر مقرها ، وهكذا .

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

هلاك العين في يد المنتفع أو تعييبها : إذا هلكت في يده قبل إعادتها بدون تعد أو إهمال . أو تعيبت كذلك بدون تقصير ، لم يضمن ، إذ لا ضمان على أمين . أما إذا تلفت أو تعيبت بتعد منه ، أو بتقصير ، ضمن عند تلفها قيمتها ، إن كانت من الأموال القيمة ، ومثلها إن كانت من الأموال المثلية ، كآنية لها مثل في الأسواق وعند تعييبها بعيب لا يذهب بالعرض منها ، يضمن قيمة ما نقصته بالعيب .

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

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

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

٤ — هلاك العين المنتفع بها بدون تعد ولا تقصير ، فإذا أوصى إنسان لآخر بركوب دابته مدة شهر ، فهلكت بعد مضي خمسة عشر يوماً من مبدأ انتفاعه ، انتهى حق الموصى له بهلاكها ، ولم يكن له أن يطالب بدابة أخرى ليركبها المدة الباقية ، أما إذا تلفت فإن حقه لا ينتهي بإتلافها ، ولكن المتعدى يلزم بقيمتها ثم يشتري بها دابة أخرى تحل محلها ، فينتفع بها الموصى له المدة الباقية .

رد العين المنتفع بها إلى مالِكها — ومتى انتهى حق الانتفاع وجب تسليم العين إلى مالِكها عند طلبها منه ، إلا إذا ترتب على تسليمها ضرر بالمنفع ، فعند ذلك تبقى بالأجر إلى زوال الضرر ، فإذا كانت العين المنتفع بها أرضاً زراعية فزرعها المنتفع ، وانتهى حق الانتفاع والزرع لم يدرك ، فإنها تترك بيد المنتفع إن كان حياً ، أو وارثه إن كان ميتاً : بالأجر إلى أن يدرك الزرع .



والأجر المستحق دائماً هو أجر مثل العين عن المدة التي استبقيت فيها ، إلا في حالة واحدة ، وهي ما إذا كان الأجر مستحقاً عن مدة هي جزء من مدة عقد الإجارة ، وقد انفسخت الإجارة قبل تمام مدتها ، فإن الأجر الذي يستحق عن هذه المدة هو أجرها على حسب الأجر المتفق عليه في العقد . والأجر المستحق عن غيرها هو أجر المثل .

## حقوق الارتفاق

النوع الثاني من ملك المنفعة ، أو حق الارتفاق — هذا النوع في أكثر صورته حق مقرر على عقار بعينه لمنفعة عقار آخر ، دون نظر إلى مالكيهما ويطلق على حق الشرب ، وحق الجرى ، وحق المسيل ، وحق المرور ، وحق التعلّي ، وحق الجوار . فإن حق المرور من أرض معينة للوصول إلى أرض أخرى ، أو حق سقي أرض معينة من مجرى ماء معين ، أو حق صرف أرض في مصرف من المصارف : حقوق مقررة على محالها من أرض أو مجرى ماء أو مصرف ، سواء أكانت مملوكة أم غير مملوكة ، وسواء أبقيت على ملك مالكيها فلان أم انتقلت إلى ملك شخص آخر ، فهي تابعة لمحالها ، تنتقل معها بانتقالها من يد إلى يد ، ومن مالك إلى مالك ، وهي كذلك مقررة للأرض المنتفعة للوصول إليها أو لسقيها أو لصرف مائها ، أيّاً كان مالكيها ، فلا تتأثر باختلاف المالكين ، ولا باختلاف المنتفعين .

ويلحق بهذه الحقوق : حق الشفة ، وهو ما يؤخذ من الماء لأجل الشرب والاستعمال المنزلي على وجه العموم ، من ناحية أنه يشمل سقي ما يكون في أفنية المنازل من الأشجار والزرع والأزهار .

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

وتعريف حق الارتفاق بذلك يجعله مقصوراً على حق المرور من أرض إلى أخرى ، وعلى حق سقي أرض من أخرى ، وعلى حق المسيل ، وهو إسالة فاضل الماء من أرض إلى



أخرى . ولا يشمل حق الشفعة ، ولا حق الجوار ، ولا حق التعلی ، إذ ليس كل منها حقاً مقررأ على عقار لمنفعة عقار آخر كما هو بين . وسيوضح ذلك كثيراً فيما يأتي .  
الفرق بين هذا النوع من الملكية وسابقه ، أو بين حق الارتفاق وحق الانتفاع الشخصي - :

من اليسير أن نجمل الفروق بينهما فيما يأتي :

١ -- أن حق الارتفاق يكون مقررأ لعقار ، بخلاف حق الانتفاع الشخصي ، فإنه يكون مقررأ لشخص ، فحق المرور من أرض إلى أخرى حق مقرر للأرض الثانية ، ولذا ينتفع به كل من يريد الوصول إليها على أنه حق لهذه الأرض ، ولا يقتصر الانتفاع به على شخص معين ، وحق الشرب الثابت لأرض على مجرى ماء يكون لها معها تغير مال كها المنتفع بها ، فينتفع به على أنه للأرض ، وذلك بخلاف حق انتفاع الموصى له بمنفعة أرض ، فإنه خاص بشخصه ، وينتفع به على أنه من حقوقه الشخصية ، ولذا لا ينتفع به سواء ، وإذا مات انتهى بذلك حقه . ولهذا كان من البين : أن حق الارتفاق تزيد به منفعة الأرض المرتفعة كما تزيد به قيمتها ، فإن الأرض إذا لم يكن لها طريق أو شرب تكون قليلة القيمة ضعيفة المنفعة .

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

٣ — أنه حق دائم غير مؤقت بوقت ينتهي بانتهائه ، ولذا يتبع العقار المرتفق أينما انتقل ، فينتفع به كل من ملكه ، ولا يزال العقار المرتفق به ، وإن تغير مال كها ، وإذا تغير لا يستطيع المنع ولا المعارضة ، وكذلك لا يؤثر فيه موته ، فإذا مات انتقل العقار المرتفق به إلى ورثته محملاً بالحق .

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

١ — الشركة العامة : فرافق البلد العامة ، كطرقها وأنهارها ومصارفها مقرر عليها حقوق ارتفاق لكل عقار متصل بها ، فلكل منزل أشرع بابه إلى الطريق العام حق



ارتفاق عليه ، هو حق المرور فيه إليه . ولكل أرض زراعية تتصل بمرور عام حق ارتفاق عليه ، هو المسمى بحق الشرب ، ولكل أرض تتصل بمصرف عام حق ارتفاق عليه ، هو حق إسالة ما يفضل من مائها فيه ، ويسمى بحق المسيل ، ومرجع هذه الحقوق كلها ومنشؤها هو الشركة العامة في هذه المرافق .

٢ — اشتراطها في عقد معاوضة، إذا جرى العرف بذلك ، فإذا باع شخص أرضاً لآخر على أن يكون عليها حق مرور إلى أرض أخرى مملوكة له أو لغيرها ، وتم العقد على ذلك ثبت لتلك الأرض حق مرور على الأرض المباعة إذا كان العرف قد جرى بمثل هذا الشرط .

٣ — الانتفاع بالأرض — إذا كانت مواتاً — في حق من هذه الحقوق ، عند ماتعين لذلك ، فإذا أحيا إنسان أرضاً في وسط أرض موات ، وكان يمر إلى أرضه التي أحياها من الأرض المحيطة بها ، ثم جاء آخر فأحيا ما يجاورها من الموات ، فإن أحيا جميع ما يحيط بالأرض الأولى دفعة واحدة ، كان للأولى حق ارتفاق على الأرض المحيطة بها جميعها ، فيمر مالكتها إليها من أية جهة أراد . ويصح للمحيي الثاني أن يخصص له طريقاً . وإن أحيت هذه الأرض المحيطة على دفعات ، كان حق ارتفاق هذه الأرض الأولى على آخر قطعة مجاورة لها أحيت ، لتعينها للمرور منها قبل إحيائها .

أما الإذن من المالك بالانتفاع فلا يثبت به حق ارتفاق . وذلك كأن يأذن مالك أرض معينة بالمرور منها إلى أرض أخرى بجوارها ، فإنه لا يترتب على هذا الإذن إلا إباحة المرور منها لكل من يقصدها . وهذه الإباحة تكون موقوتة ببقاء الإذن ، فإذا مراجع عنه الأذن أو توفي انتهت .

٤ — القدم عند الجهل بسبب الحق . والقدم في الواقع ليس منشئاً للحق ، وإيماناً بسببه ، ويعتبر أن الحق قد نشأ حينئذ عن سبب صحيح مجهول ، ولكن لطول العهد تُنوسى ، وبقي الأثر معروفاً مقررأ ، دون أن يعرف له مبدأ ، فيحافظ عليه لقدمه وتقرره ، والقديم يبقى على حاله ، لأن الظاهر أنه إنما كان لسبب صحيح ، لبقائه زماناً طويلاً دون معارضة . ما لم يظهر أنه لسبب باطل ، فيزال حينئذ . وبناء على ذلك إذا عرف سبب نشأته كان بقاؤه رهن صحة سببه ، وإلا حكم ببطلانه . وعلى ذلك إذا كان مسيل سطح دار



رجل إلى سطح دار آخر . وكان ذلك أمراً قديماً مجهول السبب فإنه يبقى استحساناً ،  
وعليه الفتوى ، كما في الخانية .

٥ — شراء العلو بالنسبة إلى حق التعلی ، فإذا كان لشخص دار لها سفلى وعلو ، فباع  
علوها لآخر ، فإن صاحب العلو يكتسب بشرائه حق التعلی على هذا السفلى ، حتى لو انهدم  
العلو بقي له هذا الحق ، فيعيد العلو كما كان .

٦ — الجوار بالنسبة إلى حق الجوار ، فيثبت لكل دار حق ارتفاع على الدار المجاورة  
بالاستضاءة من فنائها والارتفاع بها ، على الوجه الذى سنبينه فى حقوق الجوار ، وهذا الحق  
يثبت لكل من الدارين على الأخرى بسبب الجوار كما سيأتى .

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

والقاعدة العامة لبقاء هذه الحقوق : ألا يترتب على بقائها ضرر بين ، وإلا يجب إزالة  
منشأ هذا الضرر ، كسبيل قدر على طريق عام ، أو على طريق خاص ، فإنه يجب إزالته ،  
سواء أكان فى ملك خاص أم فى ملك عام ، قديماً أو جديداً .

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

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

وتنقسم المياه بالنسبة إلى هذين الحقين ثلاثة أقسام :

الأول : ماء الجارى العامة غير المملوكة لأحد ، كالأنهار العظيمة ، كالنيل والترع



العامة المتفرعة منه كالسوهاجية ، فمثل هذه المجارى يعد مرفقا عاماً يثبت فيه لجميع الناس حق الشفة ، ولأراضيهم المتصلة به حق الشرب على وجه لا يترتب عليه ضرر بين ، فينتفع الناس بمائها ، سقياً لأرضهم المتصلة بها ، وشراباً لدوابهم ، ونقلها منها لحاجتهم ، سواء أكان ذلك بشق جداول منها في أرضهم المتصلة لتصل بالماء إلى أراضيهم البعيدة غير المتصلة ، أم بفتح كوى ومنافذ في حوافها ، أم بنصب آلات رافعة عليها لرفع الماء منها مادام ذلك لا يضر سائر الناس باستنفاد مائها ، ولا يمنع أحداً من حقه ، ذلك لأن ماءها مباح وشركة بين الناس ، لما رواه أحمد عن النبي صلى الله عليه وسلم « المسلمون شركاء في ثلاثة : في الماء والكلاء ، والنار » وشركة الناس فيها شركة بإباحة لاملك ، لعدم إحرازها ، فهم سواء في الانتفاع بالماء العام ، ولذا ثبت لهم حق الشرب .

الثانى : ماء المجارى والينابيع المملوكة . وهى التى ينفجر ماؤها فى أرض مملوكة ، أو

يحدثها شخص فى ملكه ، أو فى أرض موات له حق إحيائها .

فإذا انفجرت عين ماء فى أرض مملوكة لشخص كانت العين ملكاً له ، لأن مكانها قبل انفجارها كان مملوكاً له ، وكذلك الحكم إذا شق إنسان فى أرضه مروى خاصاً به ، أو حفر فيها أو فى داره بئراً ، فلا يكون لغير مالك الأرض ملك فى رقبة المجرى ، ولا فى رقبة البئر . ومثل هذا فى الحكم : أن يحفر إنسان بئراً فى أرض موات له حق إحيائها أو يشق مجرى للماء يصله بالنهر فيجرى الماء فيه . فإن هذه البئر أو المجرى يكون ملكاً للحافر بحيازته وإحيائه كما سيأتى بيانه .

وهذا هو الفرق بين هذا القسم وسابقه ، فكان الماء هنا مملوك ، كما بينا . ومكانه فى الآخر غير مملوك لأحد ، لغلبة الماء عليه ، وأما الماء فى القسمين فهو شركة بإباحة بين الناس ، ولا يكون مملوكاً لملك مكانه . ولا محوزاً بحيازة مجراه لسببين :

الأول : أن هذه المجارى والينابيع إنما أعدت لتكون طريقاً لوصول الماء إلى الأرض

الاحتاجة إليه ، ولم تتخذ فى العادة لحيازته ، فمثل الماء فيها مثل طير اتخذ له عشا فى دار إنسان أو طير تكس فى بستان ، فلا يكون الطير ولا الطيرى بسبب ذلك محوزاً ، ولا ملكاً لصاحب الدار أو البستان .



الثاني . غلبة الماء عليها إلى درجة تحول دون تحقق حيازتها فإن جريانه فيها باستمرار وانبثاقه فيها على الدوام مادام الناس يسقون منها - يجعلها كمجرى متصل بالنهر ، وذلك لاتصال مائها بماء الأرض بواسطة العين ، أو بماء النهر الذي تتفرع منه ، فكان منبعها شبيهاً بالكوة تفتح في حافة نهر عظيم لينصب الماء منها في مجرى ، فلا يعد هذا الماء بذلك محوراً ويضاف إلى هذين السببين أن الحاجة إلى ماء هذه الأماكن متجددة دون انقطاع . فمن خرج مسافراً لا يستطيع أن يتزود من الماء كل حاجته ، ولا بد له في الطريق الطويل من أن يستقى من آبارها ، وليس في ذلك ضرر بأصحابها ، وفيه حياته وحياة راحلته ، فكان من المصلحة أن يجعل هذا الماء مباحاً لا يمنع منه أحد ، بشرط ألا يلحق أصحاب هذه المجارى والآبار ضرر من ذلك .

وهذه المجارى : إن أحدثها شخص في ملكه ليرويه منها ، أو انفجرت في ملكه ، لم يترتب على ذلك وجود حق شرب عليها ، لأنها هي العقار المرتفق بها مملوكان جميعاً له . وحق الارتفاق إنما يكون لعقار مالكه غير مالك العقار المرتفق ، ولكن إذا باع هذا المالك بعض أرضه التي تروى منها مع حقوقها ومرافقها ، أو على أن تروى من هذه المجارى ، فإن الأرض المبيعة يتقرر لها بالبيع حق شرب على هذه المجارى المملوكة للبائع ، دون أن يكون للمشتري ملك في رقبتهما .

هذا فيما يتعلق بحق الشرب منها ، أما ما يتعلق بحق الشفة ، فإنه لا يختص بشخص دون آخر ، فكما يكون لأصحاب حق الشفة فيها - وهم الذين بينهم - كذلك يثبت لغيرهم من الناس ، فيأخذون منها حاجتهم لشربهم وشرب دوابهم واستعمالهم المنزلى ، ولا يجوز أن يسقوا منها أرضهم ، لما في ذلك من الضرر بهؤلاء .

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

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



١ — يجب المحافظة على حافة هذه الأماكن عند استيفاء الحق لأن في تخريبها ضرراً عظيماً لصاحبها إذا كان غير المستوفى ، والضرر واجب إزالته ، ولذا يكون لصاحبها المنع عند ما ترد إليها دواب كثيرة يخشى منها على حافة البئر أو المجرى أن تتخرب ، كما يكون له أن يمنع كذلك إذا ما خاف منها لكثرتها أن تأتي على جميع الماء وتقطعه . وهذا هو المعتمد لقوله صلى الله عليه وسلم : « لا ضرر ولا ضرار »

٢ — إذا كان لهذه الأماكن طريق عام كان على المستقي منها من غير ملاكها أن يسلكه إليها ، وليس له أن يجتاز إليها أرضاً لصاحب هذه الأماكن أو غيره ، لأن في اجتيازها ضرراً بصاحبها لا ضرورة إليه ، فإن لم يمكن الوصول إليها إلا باجتياز أرض لصاحب هذه الأماكن ، فإن كان يجد حاجته من الماء في غيرها من الأنهار العامة وما مائلها ، لم يجز له حينئذ أن يسلك هذه الأرض ليستقي مما بها من الماء ، لعدم الضرورة إلى ذلك ، وإن كان لا يجد حاجته إلا فيها لم يكن لصاحب الأرض أن يمنعه من اجتيازها لأخذ حاجته من الماء . فإن منعه قيل له : إما أن تأذن له في اجتيازها ، وإما أن تخرج إليه حاجته من الماء ، فإن امتنع أجبر على ذلك .

٣ — إذا كان حق الشرب لأشخاص متعددين وجب أن توزع المياه بينهم توزيعاً عادلاً ، إما بفتحات يفتحونها من مجراه ، تكون في السعة متناسبة مع مال كل منهم من أرض . وإما بالناوذة الزمانية ، ما يرونه أعدل وأصلح للزراعة . وتتبع هذه الطريقة أيضاً في القسم السابق إذا ما خيف على حقوق بعض المنتفعين من جور بعض .

الثالث : الماء المحرز ، وهو ما حازه صاحبه في آنية أعدت لذلك ، كالصهاريج والحياض والجرار والأنابيب ، ومن ذلك : مياه الشركات في المدن ، ومياه المجالس المحلية في البلاد وهذا الماء ملك لمحرزه ، شأنه شأن كل مال مباح في امتلاكه بإحرازه . ويدل على ذلك الحديث المتقدم « نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الماء إلا ما حمل منه » ذلك لأنه لا يحمل إلا في إناء من زق أو وعاء ، وبذلك يحاز فيملك بجيازته ، وإذا ملك جاز بيعه .

« حق المجرى : يراد به حق إجراء الماء المستحق شرباً في أرض إلى أرض أخرى لسقي ما بها من الشجر أو الزرع ، ويكون هذا الحق مقرراً على مجرى في أرض لشخص لير الماء إلى أرض لشخص آخر ، وقد يكون ملكاً لصاحب الأرض التي هو فيها . وذلك كثير ،



وقد يكون ملكاً لصاحب الشرب ، وهو قليل ، وقد يكون مشتركاً بين منفعين كثيرين ، وقد بينا ذلك في حق الشرب . وعلى أية حال فليس لصاحب الأرض أن يمنع مرور الماء من هذا الجرى ، ولا أن ينقله من مكانه إلا برضا أصحاب الحق فيه ، وله مطالبتهم بإزالة الضرر البين الذي يصيبه منه بسبب تزجانيه . فيزال بتعميقه وإمرار الماء فيه بقدر ، أو بتقوية جانيه ، أو بغير ذلك حتى لا ينز الماء ، فيتلف ما عليها من الأرض والزرع .

ويستمتع حق الجرى حق مرور المنتفع على حافته لإصلاحه وكرهه وإزالة ما يعوق سير الماء فيه ، وليس لصاحب الأرض حينئذ منعه ، وليس للمنتفع أن يزرع على حافته شجراً ، إذ ليس له إلا حق إمرار الماء فقط ، وكذلك ليس له أن يسكركه إلا برضا بقية المنتفعين . فإن أبوا عليه ذلك ولم يصل الماء إلى مستوى أرضه لعلوها . رفعه إليها بألة ينصبها في أرضه لا في أرض غيره ولا يسكركه . **بـ**

حق المسيل : هو حق صرف الماء الزائد عن الحاجة . أو غير الصالح ، بإسالته في مجرى سطحى ، أو في أنابيب أعدت لذلك ، حتى يصل إلى مقره ، ومن مصرف عام أو مستودع ، سواء أكان مصدر هذا الماء أرضاً زراعية أم منزلاً للسكنى أم مصنعاً ، وسواء أكان هذا الماء من أمطار أم فاضلاً من السقى ، أم متخلفاً عن استعمال . وقد يكون المسيل في ملك خاص ، كأن يثبت للإنسان حق إمرار فضلات منزله من مجرى في ملك جاره ظاهراً كان ذلك الجرى أو مستتراً في باطن الأرض ، وقد يكون في مرفق عام ، كما إذا كان هذا الجرى في طريق عام ظاهراً أو مستتراً كذلك ، وقد يكون المسيل مملوكاً لصاحب الحق ، وقد يكون مملوكاً لصاحب الأرض أو الدار المار فيها .

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



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

وعلى هذا : فالفرق بين المسيل والمجرى : أن المسيل لتصرف الماء غير الصالح والمجرى جلب الماء الصالح . وتكاد تكون أحكامهما واحدة .

حق المرور : هو حق مرور الإنسان إلى ملكه من طريق عام ، أو من طريق خاص في ملك غيره ، سواء أ كان مملوكه أو مخترقاً أرض غيره أم مملوكاً لصاحب الأرض المار فيها ، وحق المرور من الطريق العام ، ثابت لجميع الناس ولأصحاب العقار المتصل به حق الارتفاق به ، فيفتحون فيه ما يشاءون من أبواب ونوافذ ، دون أن يكون لأحد من الجيران حق في الاعتراض على ذلك ، سواء أ كان ذلك إنشاء وإحداثاً أم إعادة وتجديداً لما كان من قبل . ولا يجوز لأحد أن يحدث فيه ما يعوق المرور أو يضيق من سعته ، من إنشاء حانوت أو إقامة بناء أو حواجز ، ما كان ذلك ضاراً ، باتفاق بين أئمتنا الثلاثة ، فإن لم يترتب عليه ضرر كان إحداثه جائزاً ، بشرط إذن ولي الأمر عند أبي حنيفة ، فإن أحدثه أحد بلا إذنه منع من ذلك ، وكان حق المنع عاماً يقوم به أي إنسان ، فيخاصمه في ذلك أمام القضاء قبل الإحداث وبعده ، لأن الانتفاع بالطريق معروف . فإذا تجاوزه إنسان من غير إذن من ولي الأمر كان للناس منعه ، وإلا كانت الفوضى وتحقق الضرر .

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

فإذا كان لعدة أشخاص كان الانتفاع به مقصوراً عليهم . فكل منهم أن يرتفق به بفتح ما يشاء من أبواب ونوافذ ، وليس لغيرهم ذلك ، ولو اتصلت داره بهذه الطريق ، وليس لأحدهم أن يرتفق به على غير الوجه المعروف إلا بإذن الشركاء معه ؛ لأن حكمه حكم



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

حق التعلی : هو أن يكون للإنسان حق في أن يعلو بناؤه ببناء غيره ، ويتحقق ذلك - كما تقدم - في دار لها سفلى وعلو ، فيبيع صاحبها علوها لآخر ، أو يبيع أرضها وسفلها لشخص آخر ، فيكون السفلى للمالك والعلو للمالك الآخر ، ويكون للعلو حق القرار والبقاء على ذلك السفلى ، دون أن يتملك سقفه ، لأنه يكون ملكاً للمالك السفلى في جميع الأحوال ، إذ أنه جزء من سفله ومتمم له ، ولا يعد مسكناً إلا به .

وكذلك يتحقق في دار مكونة من ثلاث طبقات فأكثر ، يبيعه مالكيها لثلاثة أشخاص فأكثر ، لكل شخص طبقة من طبقاتها ، فيكون للأعلى حق التعلی والقرار على من يليه ، ولمن يليه حق التعلی والقرار على من يليه ، وهكذا إلى الطبقة الأرضية ويكون سقف كل طبقة مملوكاً للمالكها والمستعمل على عليه حق الانتفاع به فقط وهذا الحق لا يثبت عند الحنفية إلا ضمن بيع علو قائم بناؤه ، فلا يباع حق التعلی استقلالاً ، لأن بيعه استقلالاً غير صحيح عندهم لأنه ليس بمال .

وذهب المالكية والحنابلة إلى جواز بيعه استقلالاً ، وإذن يثبت بيعه استقلالاً كما يثبت في ضمن بيع بناء العلو ، وإذا بيع استقلالاً عندهم ، فقد يباع والسفلى قائم ، فيحدد عندئذ العلو المباع : بأنه علو السفلى ، أو علو ناحية معينة منه ، وقد يباع قبل وجود السفلى ، فيوصف في العقد ماسيئني من سفلى ويحدد ويقدر ما يباع من علوه ويبين كل ذلك بياناً لا يكون معه نزاع .

وهو حق دائم لا يسقط بانهدام كل من العلو أو السفلى ولا بهدمهما . فإذا انهدم العلو كان لصاحبه ولوارثه من بعده تجديده ! وليس لصاحب السفلى أن يطالب بإعادته على القول الصحيح ، لأنه لا منفعة له في ذلك .



تصرف كل من صاحب العلو والسفل في حقه - ولا اتصال كل من صاحب العلو والسفل بصاحبه ، وتعلق حق كل منهما بملك الآخر : يتقيد تصرف كل منهما في ملكه بالأذى بصاحبه ، فلا يزيد صاحب العلو بناء يوهن السفل ، ولا يفتح صاحب السفل في بنيانه فتحات تضعفه وتضره . فلا يقوى على حمل العلو .

وقد قسم الفقهاء التصرف الذى يصدر منها ثلاثة أقسام :

الأول : التصرفات التى تضر أحدهما ضرراً محققاً ، كأن يهدم صاحب السفل بعض عمده أو يرفع بعض جدره ، أو يبني صاحب العلو بناء لا يقوى السفل على حمله ، وهذا النوع ممنوع أن يباشره كل منهما فإذا فعله أحدهما ، كان ضامناً لما يترتب على فعله من تلف .

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

الثالث : التصرفات التى يشك فى نتائجها ، فلا يدرى على وجه العلم : يحدث منها ضرر أولاً ؟ كأن يقوم صاحب السفل بفتح نافذة فيه ، أو يقوم صاحب العلو بوضع أثقال فى حجرة منه . وهذا النوع تجوز لها مباشرته عند الصاحبين ، خلافاً لأبى حنيفة . ويرجع الخلاف فى ذلك إلى اختلافهم فى الأساس الذى يرجع إليه فى الحكم على تصرف كل منهما .

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

وعنده : أن الأصل فيه هو المنع ، لأن كلامهما يتصرف فى ملك تعلق به حق صاحبه فلا يجوز له أن يتصرف فيه إلا إذا تحقق عدم الإضرار بحق صاحبه . ولذا منع مما يضر وما جهل أثره ، ولم يمنع مما علم عدم ضرره . و بناء على ذلك : فالتصرفات التى يشك فى نتائجها غير جائزة عنده ، لعدم التحقق من وجود المسوغ للتصرف ، وهو التحقق من عدم الإضرار بالغير .



حقوق الجوار : نريد بالجوار هنا : الجوار الجانبي ، وهو الناشئ عن الملاصقة بالحدود .  
وحقوقه تقوم على منع مالك العقار من أن يضر بجاره ضرراً يبيح فاحشاً في سبيل انتفاعه بملكه . وهي موضع خلاف بين العلماء ، فأبو حنيفة وأصحابه لا يرون أن يتقيد مالك في انتفاعه بملكه لأجل مصلحة جاره ، فإن مقتضى الملك التام أن يكون للمالك كمال الاختيار في كيفية انتفاعه بملكه على الوجه الذي يريده ، مادام خالصاً من تعلق حقوق غيره به ، فله أن يفتح فيه ماشاء من النوافذ ، وأن يهدم ماشاء من جدره ، وأن ينشئ به ما يشاء من مصانع ، وأن يحفر فيه ما يرى من آبار ، وأن يتخذ مسكناً أو متجرراً أو مصنعا ، ترتب على ذلك ضرر بجيرانه أم لم يترتب ، و إلى هذا ذهب الشافعي وأحمد .

وذهب المتأخرون من علماء الحنفية إلى ما ذهب إليه مالك فتمنعوا الجار أن يتصرف في ملكه تصرفاً يضر بجاره ضرراً فاحشاً ، لقوله صلى الله عليه وسلم : « لا ضرر ولا ضرار » ولأن الناس لسوء أخلاقهم ونقص دينهم تركوا ما أوجبه عليهم الدين خلقاً وأديباً من رعاية جانب الجار ، فوجب حملهم على ذلك بسطان القضاء ، وإلا عمت الفوضى وساءت الحال والضرر البين الفاحش : ما يكون سبباً لسقوط بناء الجار أو لوهنه أو لأذى الجار أذى بالغاً على وجه دائم كأن يحوّل إنسان داره إلى مصنع للحديد يطرق فيه طرقاتاً شديداً ، فيقضى مضجع جاره ويوهن بناءه ، أو يمنع الضوء عن جاره إلى درجة يتعذر فيها مزاولته أعماله بسبب بناء يقيمه ، أو يتخذ داره مطحناً تضطرب لأصواته أعصاب جاره ، فلا يستطيع النوم ولا يجد الراحة ، أو يفتح على ساحة جاره نوافذ تنكشف بها نسائه ، أو نحو ذلك .

وهذا الرأي استحسان عندهم . فإذا فعل المالك شيئاً من ذلك منع منه ، وأمر بإزالته وكان ضامناً لما يترتب عليه من تلف بدار جاره في رأيهم ، سواء أكان هذا التلف نتيجة مباشرة لفعله أم حدث تسبباً عنه .

وإذا كان شيء من ذلك قديماً قبل الجوار فجاء شخص وأقام بجواره منزلاً لم يكن له أن يطالب بإزالته ، لأن إقدامه على هذا الجوار رضاً منه بالحال الموجودة ، فطلب تغييرها عنف لا يجاب إليه .



## أسباب الملك التام

يستفاد الملك التام بأسباب، أهمها الأسباب الآتية:

- (أ) بوضع اليد على المال المباح، وإن شئت قلت: بحيازته والاستيلاء عليه.
- (ب) بالميراث، وإن شئت قلت: بوقاة المورث بالنسبة إلى الوارث.
- (ج) بأحد العقود الناقلة للملكية.

١ - حيازة الأموال المباحة أو وضع اليد عليها

يمتاز هذا السبب عن السببين الآتين بثلاثة أمور:

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

الثاني: أنه مختص بالأموال المباحة، فلا يفيد ملكا في الأموال المملوكة، سواء

أكانت عقاراً أم منقولاً، فإذا وضعت يدك على مال مملوك لإنسان لم تملكه بوضع اليد عليه وإن طال. وعلى ذلك: إذا وجدت ساعة أو قلماً في مكان الدراسة فالتقطتهما. لم تملكهما مها ظال وضع يدك عليهما وكثر بحثك عن مالكما واستمر عدم معرفتك إياه وكانا لديك أمانة ماداما في يدك إلى أن يظهر صاحبهما.

وإذن فلا يملك شيء مملوك بوضع اليد عليه، وإن تقادم عهده، كما لا يسقط حق

إنسان بتركه المطالبة به مدة وإن طالت، وذلك يخالف ما جرى عليه التشريع الوضعي، فإنه جعل وضع اليد على المال المملوك مدة معينة سبباً من أسباب الملك متى تحققت به حيازة هذا المال من الاستئثار بمنافعه، والتصرف فيه، كاستئثار صاحب المال وتصرفه، وبعبارة



أخرى : متى تحققت به حيازة هذا المال حيازة فعلية مقرونة بنية التملك له ، كما جعل مضي مدة معينة على الحق مع ترك المطالبة به سبباً مسقطاً له .

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

ولعل أساس ذلك : أن الشأن في المالك ألا يترك ماله في يد غير يده اتخذت لها مظاهر الملكية بشكل عنى طيلة هذه المدة ، دون أن يتحرك أو يحافظ على حقوقه ، أو ألا يترك المطالبة بحقه هذه المدة ، مع سكوت من عليه الحق وعدم قيامه بأدائه ، وأن ذلك دليل على أنه لا حق له ، أو أن حقه قد انتقل إلى واضع اليد عليه ، أو إلى المطالب به بسبب من الأسباب . وأن المصلحة تقضى - في مثل هذه الأحوال التي تسكتنفها الجهالة - باعتبار وضع اليد سبباً للملك ، وباعتبار مضي المدة مسقطاً للحق قطعاً للنزاع .

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

الثالث : أنه سبب فعلي ، ولذا يعتبر من كل من يفعله ، ولو غير أهل للالتزام بالقول ، كالجنون والصبي والسفيه . فمن استولى من هؤلاء على مال مباح أصبح باستيلائه عليه ملكاً له ، وإن لم يستطع أن يملك مثله بشرائه من مالكه بغير واسطة .

ونريد بالأموال المباحة : جميع ما خلقه الله سبحانه وتعالى في الأرض لينتفع به الناس أجمعون مما لم يحزه أحد ، كالأشجار التي تنبت في الجبال أو الصحراء أو الغابات . وليست مملوكة لأحد ، وكذا ما يكون فيها من الأثمار ، وكالماء والكلأ - الحشائش التي تنبت من نفسها بلا إنبات أحد - ، وكذا الطيور في الهواء ، والأسماك في الماء ، والظباء في الصحراء ، والمعادن في باطن الأرض ، وكذلك الأرض إذا كانت مواتاً ، وما أشبه ذلك ، فكل هذه



أموال مباحة تملك بإحرازها ، لأنها قبل إحرازها شركة بين جميع الناس ، فإذا سبقت إليها يد إنسان فأحرازها تملكها ، ولم يملكها غيره من بعده إلا عن طريقه .

ولا يتحقق الإحراز ولا يكسب ملكية إلا مع القصد إليه . فمن وضع طستاً فوق سطح بقصد حفظه لا يكون محرزاً لما يتجمع فيه من ماء المطر ، ولا يملك هذا الماء بسبب ذلك ، لأنه لا يعد إحرازاً ، لانعدام القصد إليه ، غير أن لبعض هذه الأموال في تملكها بالإحراز أحكاماً تختلف فيها عن بعضها الآخر ، ولذا رأينا أن نعرض لذلك فيما يأتي :

الكلاء والآجام — الكلاء يختلف في الحكم عن الآجام — « جمع أجم ، وأجم جمع

أجمة ، وهي الشجر الملتف » — فإن الآجام إذا نبتت من نفسها في أرض مملوكة كانت ملكاً لصاحب الأرض ، والكلاء إذا نبت في أرض مملوكة لم يكن ملكاً لصاحب الأرض . وكان حقه فيه كحق سائر الناس ، ولا يملكه إلا بإحرازه ، وقد اختلف في قيامه على سقيه ، أيعد إحرازاً يملكه به أولاً ؟ وظاهر الرواية : أنه لا يعد إحرازاً .

والفرق بين الكلاء والآجام : أن الأرض لا تطلب لتستثمر بالكلاء عادة ، ولكنها تطلب لتستثمر بما ينبت فيها من آجام ، فكانت الآجام ثمرة مقصودة من امتلاكها عادة ، فيكون إحرازها إحرازاً لآجامها ، بخلاف الكلاء .

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

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

حكم الصيد — وقد أحل الله لعباده الصيد إلا في حالين .

الأولى : أن يكون الصائد محرماً .



الثانية : أن يكون الصيد في الحَرَم ، وهو دائرة محدودة من الأرض تحيط بالكعبة على أبعاد تتجاوز مكة إلى مسافات مختلفة ، إذا دخلها الحيوان كان آمناً ، قال تعالى ( ٥:١ ) **أَحِلَّتْ لَكُمْ بَهِيمَةُ الْأَنْعَامِ إِلَّا مَا يُنْتَلَى عَلَيْكُمْ غَيْرَ مُحِلِّي الصَّيْدِ وَأَنْتُمْ حُرْمٌ** ) ثم قال ( ٢ : ٥ ) **وَإِذَا حَلَلْتُمْ فَاصْطَادُوا** ) وقال ( ٥ : ٩٦ ) **أَحِلَّ لَكُمْ صَيْدُ الْبَحْرِ وَطَعَامُهُ مَتَاعاً لَكُمْ وَالسِّيَّارَةِ ، وَحُرْمٌ عَلَيْكُمْ صَيْدُ الْبَرِّ مَا دُمْتُمْ حُرْمًا** ) .

أثره : — والصيد كما يكون سبباً لامتلاك الصيد ، كذلك يكون طريقاً إلى حل أكله فمن ناحية أنه استيلاء على مال مباح ، يكون مفيداً للملك ، ومن ناحية أن الشارع اعتبره ذكاة للحيوان وأحلّه بالذبح ، إقراراً لما استقر عليه عرف الناس وحجرت به عاداتهم . فيفيد **حِلَّ** أكل الصيد ، غير أنه يشترط في إفادته ذلك الحل : شروط كثيرة ، ليس يعيننا أن نذكرها هنا ، لأننا بصدد أن نبينه باعتباره سبباً منشئاً للملكية ، سواء أفاد **حِلَّ** أكل الصيد أم لم يفد . فإذا رأيت أرنباً فأرسلت عليه كلبك المعلم ، فجاءك به جريحاً قد مات من جرحه ، فقد ملكته وحل لك أكله . ملكته باستيلاء كلبك عليه ، وحل لك أكله بجرحه جرحاً قام مقام ذبحه ، وإذا أرسلت عليه كلبك غير المعلم ، فجاء به إليك كذلك ملكته بالاستيلاء وجاز لك أن تنتفع بجلده وشعره ، ولم يحل لك أكله ، إذ من شروط **حل الأكل** : أن يكون الكلب قد تعلم الصيد .

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

وإنما يفيد الملك إذا تم به الاستيلاء على الصيد ، سواء أ كان استيلاء حقيقياً أم استيلاء حكماً .

٥ صد ٥ ح

فالحقيقي : يكون بإمساك الصيد باليد أو بالاقتراب منه ، وهو في المصيدة ، بحيث لو مدت إليه اليد لأمسكته ، وبه يتملك الصيد ، حتى إذا انفلت الصيد بعد ذلك لم يزل ملك الصائد عنه ولم يتملكه غيره بعد ذلك ، وكذلك الحكم إذا تركه الصائد اختياراً فقرر ثم صاده صائد آخر على القول المختار كما بينا .



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

وبهذا النوع من الاستيلاء يمتلك الصائد الصيد بشرطين :

الأول : ألا ينتقض ذلك الاستيلاء بانفلات الصيد وفراره قبل إمساكه ، وإن شئت قلت : قبل أن يصير الاستيلاء عليه حقيقيا ، فإذا نصب إنسان شبكة فتعلق بها صيد ملكه بذلك الاستيلاء ، بشرط ألا ينتقض قبل استقراره ، ويستقر إذا جاء صاحبها فأمسكه أو اقترب منها ، بحيث لو مديده إلى الصيد لأخذه ، حتى إذا انفلت بعد ذلك بعلاج الشبكة ففر لم ينتقض ، وإذا صاده شخص آخر لم يملكه كذلك ، ولكن إذا عالج الصيد الشبكة حتى انفلت منها وفر قبل حضور الصائد لإمساكه ، فإنه لا يصير مملوكا بما كان من الاستيلاء عليه ، ولذا لو صاده إنسان آخر بعد ذلك ، فإنه يملكه بصيده ، وليس للأول أخذه .

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

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

وإنما كانت الآلة ليست للصيد فتعلق بها صيده لم يملكه صاحبها إلا إذا كان قد



وضعها بقصد الصيد . وتوافر مع ذلك الشرط الأول ، فإن لم يقصد بها الاصطياد لم يملكه بتعلقه بها ، وإنما يملكه إذا حضر إليها فأمسكه . أو ذهب إليه حتى اقترب منها بحيث لو مد يده إلى الصيد تقدر على أخذه . لأنه يعد بذلك مستولياً على الصيد . فيملكه بذلك الاستيلاء لا بتعلقه بالآلة . فالفرق بين آلة الصيد وغيرها : أنه يشترط نية الصيد في آلة ليست للصيد ، ويشترط ألا ينوى غرضاً آخر غير الصيد في آلة الصيد .

٣ — الاستيلاء على الركاز : الركاز يطلق على ما يحويه باطن الأرض من فلزات كالذهب والحديد والنفحاس والفضة مما يسمى الآن بالمعادن ، وعلى ما يدفنه فيها الإنسان من ذلك ونحوه مما يسمى كنزاً .

والفرق بين الفلز والكنز : أن الفلز اسم لما هو جزء من الأرض من جواهرها المعروفة الآن بالمعادن ، تسمية لها باسم محلها ، وأن الكنز ليس جزءاً من الأرض ، وإنما هو دفين ومودع فيها ، وأودعه الإنسان في باطنها ، نقوداً كان أم حلياً أم سبائك أم متاعاً .  
أنواع المعادن أو الفلزات — المعدن ثلاثة أنواع :

١ : منه صلب قابل للطرق والسحب والانطباع بالنار ، فتصنع منه الصفائح والأسلاك ونحوها ، كالذهب والفضة ، والنفحاس ، والحديد .  
٢ : ومنه صلب لا يقبل الانطباع بالنار ولا الطرق والسحب ، كالماس والياقوت والزمرد ونحوها .

٣ : ومنه سائل ، كالزئبق والبتروك وغيرهما من الزيوت المعدنية .  
أحكامها — يرى المالكية في أشهر أقوالهم : أن ليس شيء من الأنواع الثلاثة في محالها « مناجها » من الأموال المباحة حتى يتملكها من وجدها واستولى عليها ، وإنما هي ملك للمسلمين استولوا عليها باستيلائهم على أرضها ، لأنها منها ، وثمرتها من ثمراتها ، ولكنها مع هذا لا تعد تابعة لها ، فلا تملك بامتلاكها ، إذ ليس لأجلها تملك الأرض وتطلب عادة ، فبقيت للمسلمين أمرها إلى الإمام يستعملها بما للمصالح المسلمين أو يقطعها لمن يشاء نظير مال يصرف في مصالحهم أو مجاناً إن رأى مصلحتهم في ذلك ، وإذا أقطعها لم يجز له أن يقطعها تملكاً وإنما يقطعها انتفاعاً لمدة معينة أو مدة حياة من أقطعها إياها ، ولذا لا يرثها  
٣ — أحكام



من بعده ورثته ، بل يرد الأمر فيها إلى الإمام ، لافرق في ذلك بين ما يوجد منها في أرض مملوكة ، وما يوجد في أرض غير مملوكة ، ولا بين نوع منها ونوع آخر .

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

فإذا وجدت في أرض مملوكة كانت تابعة لأرضها لأنها جزء منها ، وجدت معها ، أو منها خلقت ، فإن كانت الأرض مملوكة لشخص ، فما يكون فيها من المعادن فهو ملك له . وإن كانت من أملاك الحكومة الخاصة كانت معادنها ملكا للحكومة ، وإن كانت الأرض موقوفة كانت معادنها وقفاً تبعاً لها عند الحنفية ، فتصرف في مصالحها للمستحقين فيها لأنها ليست بقلعة ، وذلك بناء على ما استظهره ابن عابدين .

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

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

ومما يجب ملاحظته مع هذا : أن مالكا والشافعي وأحمد يرون أنها إذا كانت للواجد أو لصاحب أرضها ملكها كلها ، ولا يجب عليه فيها إلا الزكاة في بعض الحالات ، ووجوب الزكاة لا ينافي عموم ملكيته لها ، وأن أبا حنيفة لا يرى وجوب الزكاة فيها ، ولكنه يجعل النوع الأول منها مشتركا ، فللمصالح العامة فيه الخمس ، والباقي للواجد أو لملك الأرض . أما النوعان الآخران فكل ما يوجد منهما فالواجد أو لملك الأرض على ما بينا .

معادن البحار — وأما ما تدرسه البحار من حلى ومعادن وغيرها ، كالعنبر والمرجان

واللؤلؤ وهو ما يستخرج منها من ذلك ، فإن أبا حنيفة يرى أنه مال مباح يكون ملكا لأول شخص استولى عليه ، ولا شيء فيه لبيت المال ، إذ ليس قاع البحر وما فيه تحت غلبة الإمام وما وجب الخمس في المعادن التي توجد في الأرض إلا لأن الإمام قد غلب على أرضها .

أنواع الكنز — الكنز نوعان : إسلامي وجاهلي ، فالإسلامي : ما وجد به علامة أو

كتابة تدل على أنه دفن في الأرض بعد ظهور الإسلام عليها ، أو علم ذلك بأى دليل من



الأدلة ، والجاهلي : ما وجد به شعار أو كتابة يدلان على أنه قد دفن في الأرض قبل ظهور الإسلام عليها ، أو علم ذلك بأى طريق من الطرق ، فإن جهل حاله فقد اختلف فيه الرأى فذهب بعض العلماء إلى اعتباره جاهلياً ، لأن أكثر ما يوجد من الكنوز لأهل الجاهلية . وذهب آخرون إلى اعتباره إسلامياً ، لتقدم العهد على الإسلام ، فالمظنون أنه دفن أهله .  
حكم الإسلامى - لا يعد من الأموال المباحة ، لأنه مملوك لصاحبه ملكاً محترماً ، فلا

ملكه واجده ، وإنما يعد لقطه ، فيجب تعريفها حتى يظهر صاحبها ، فإن يئس من معرفته حفظت أو تصدق بها ، وهذا رأى الحنفية .

حكم الجاهلى - أما الجاهلى فقد اتفق الأئمة الأربعة على أن خمسة لبيت المال ، لقوله عليه السلام « فى الركاى الخمس » والركاى عند الحنفية يشمل المعدن والكنز ، وعند الأئمة الثلاثة لا يراد به إلا الكنز ، وإنما وجب فيه الخمس لاعتباره من الغنائم ، فإنه مال غلب عليه المسلمون ، ففيه الخمس ، غير أن الشافعى لا يرى إيجاب الخمس إلا فيما كان منه ذهباً أو فضة ، بشرط أن يبلغ نصاباً ، فإذا لم يوجد به ذهب ولا فضة ، أو وجد منهما ما لا يبلغ نصاباً فلا شىء فيه .

وأربعة أخماسه : تعتبر مالا مباحاً عند أحمد ، فيكون ملكاً لواجده ، سواء أوجده فى أرض مملوكة له أو لغيره ، أم فى أرض غير مملوكة ، لأن الكنز ليس جزءاً من الأرض فلا يملك بامتلاكها ، وكان بذلك مالا غير محرز ، فيملكه من أحرزه .

وذهب أبو حنيفة ومالك والشافعى إلى أنها تكون ملكاً لواجده بإحرازها ، إن وجده فى أرض مباحة غير مملوكة لأحد كالصحراء والجبل ، أو فى أرض ملكها بإحيائها ، لأنه أول مستول عليها ، ولكن إذا وجده فى أرض مملوكة لغيره أو مملوكة له بالشراء مثلاً ، فرأى أبى حنيفة أنها تكون ملكاً لأول مخطط لها « من أعطيها حين الفتح » ثم لورثته من بعده إن عرفوا ، فإن لم يكن لها مخطط ، بأن مُلكت لأول أمرها بالإحياء ، فإنها تكون لأول من أحيها ثم لورثته من بعده إن عرفوا ذلك لأن من أعطيها عند الفتح ملكها وملك ما تحويه من الكنوز بإعطاء الإمام ، وكذلك من أحيها يتملكها بالإحياء ويتملك ما يباطنها كذلك من الكنوز الجاهلية تبعاً لها ، ثم تنتقل ملكية هذه الكنوز إلى ورثة مالكيها بوفاته



وهكذا ، وليس يمنع من ذلك أن يتصرف في الأرض مانكها بالبيع والهبة ونحو ذلك ، لأن العقود المالية إنما ترد على محلها فقط ، وهي الأرض هنا ، دون ما قد يكون مستودعا بباطنها من الكنوز التي لاتعد جزءاً منها ، فلا يشملها العقد ، ولا تنتقل به إلى المشتري ، ولا إلى الموهوب له ، وإنما يظهر أثر العقد في الأرض فقط ، أما الكنوز فتبقى على ملك مالك الأرض إلى أن تنتقل بالوراثة في ورثته ، ونظير هذا ما لو باع إنسان سمكة صادها وفي جوفها جوهرة لا يعلمها . فإن الصائد البائع يملك الجوهرة بالاستيلاء على السمكة ، ولا يشملها عقد البيع ، لأنه لم يرد عليها ، وإنما ورد على السمكة فقط ، ولهذا لا يملك المشتري إلا السمكة ، وعليه أن يرد الجوهرة لصائد السمكة الذي باعها أولورثته إن توفي قبل أن يردّها . فإن لم يعرف أحد من هؤلاء كانت الأخماس الأربعة لأقصى مالك معروف للأرض ، لأنه هو الذي يظن فيه أنه أول مالك لها ، فإن لم يوجد فلورثته .

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

تعتبر المعادن تابعة لأرضها في ملكيتها ، فإن كانت مملوكة لشخص كانت له ، وإن كانت مملوكة للحكومة كانت لها ، لا فرق في ذلك بين معدن جامد ومعدن سائل ، لأن من ملك أرضاً ملك ما فوقها ، وما في بطنها . وكذلك الكنوز تكون للمالك أرضها إن عرف لها مالك ، بلا تفرقة بين كنز وكنز ، فإن لم يكن للأرض مالك كانت لمن وجدها .

ويستثنى من هذه الأحكام الكنوز ذات القيمة التاريخية ، فإن لها أحكاماً خاصة وفي جميع ذلك رسوم قررتها الحكومة لا بد من أدائها .

الأرض الموات وإحيائها — إذا كانت الأرض غير مملوكة لأحد فإما أن يتعلق بها حق ارتفاق أولاً ، فإن يتعلق بها حق ارتفاق بأن كانت قريبة من العمران فكانت مستودع قمامة القرية أو مطرح أتربتها أو مكاناً لحصاندها أو محتطباً لها أو مسيلاً للمائها أو مسرحاً للنعم أو مناخاً للابل أو نحو ذلك لم يجز إحيائها ولا تملك بالإحياء .

ومناطق تعلق هذا الحق بها عند أبي يوسف صلاحيتها لذلك لقربها من البلد ، فما قرب منه من الأرض لا يملك بالإحياء ، وما بعد يملك بإحيائه ، لعدم تعلق حق أهل البلد به . وتعد الأرض بعيدة إذا كان بينها وبين العمران مقدار غلوة « من ثلثمائة ذراع إلى أربعائة »



وفي رواية عنه : إذا كان من بها لا يسمع جهورى الصوت إذا صاح في أذى العمران منها ،  
وذلك ما اختاره السرخسى .

ويرى محمد أن حق أهل البلد لا يتعلق بها إلا إذا انتفعوا بها فعلا ، فإذا كانوا لا ينتفعون  
بها فعلا كانت مواتاً ، وملكها من أحيائها ، وإن كانت قريبة ، وهذا ظاهر الرواية .

وعلى ذلك فما يوجد من الأراضى الرملية بجوار المدن مما لا ينتفع به يعتبر مواتاً عند  
محمد ، فيملك بإحيائه أو بالبناء عليه ، وليس بموات عند أبي يوسف ، فلا يملك بالبناء عليه .  
وأما إذا لم يتعلق بها حق ارتفاق بأن كانت بعيدة عن العمران ، أو غير منتفع بها ،  
كما قدمنا ، فإنها تعتبر مواتاً وحينئذ تملك بالاحياء .

وعلى ذلك فالأرض الموات : هى الأرض التى لا يملكها أحد ولم يتعلق بها حق أحد  
ولا ينتفع بها ، إما لعدم وصول الماء إليها ، وإما لغلبته عليها ، وإما لسوء ترتيبها لأنها أرض  
سبخة أو كثيرة الحصا ، وإما لغير ذلك من الأسباب التى حالت دون الانتفاع بها ، وإذن  
فالأرض المملوكة لا تعد مواتاً ، وربما كان ذلك مقتضى الاستعمال اللغوي . ففي الصحاح :  
أنها الأرض لا مالك لها ، ومثل ذلك فى القاموس .

### سبب تملك الأرض الموات : إقطاعها - أحيائها

إقطاعها : يرى كثير من العلماء أن الأرض الموات تدخل فى ولاية الإمام العامة ،  
ولهذا كان له أن يملكها بالإقطاع . ويرى الحنفية فيما يظهر لى من كلام صاحب البدائع  
وما نقله البحر عن الفتاوى الغياثية : أن الأرض الموات يجوز للإمام أن يقطعها لمن يشاء ،  
ولكنها لا تصير بذلك الإقطاع ملكاً لمن أخذها ، وإنما ثبت له به حق احتجازها ،  
لإحيائها فى مدى ثلاث سنين ليملكها بذلك ، فإذا مضت دون أن يعمرها بطل حقه ،  
وكان للإمام أن يعطيها غيره . والنتيجة : أن الحنفية يرون إقطاع الأرض الموات لا يفيد  
المقطع له إلا حق تحجيرها ، وسيأتى بيانه .

إحيائها : يرى الصاحبان أن الموات من الأرض مال مباح ، فيملكها من استولى  
عليها بوضع يده ، غير أن اليد على المال المنقول تكون ظاهرة ، وعلى العقار لا تظهر



إلا بظهور أثرها من الانتفاع به والعمل فيه ، ولذلك لا يكون إحرازه والاستيلاء عليه إلا بإحيائه ، حتى تظهر حيازته ، فلا يطلبه الناس ، وبهذا جاء قوله عليه الصلاة والسلام : « من أحيأ أرضاً ميتة فهي له » . وعلى ذلك فلا يتوقف ثبوت الملك بالإحياء على إذن الإمام به .

ويرى أبو حنيفة رحمه الله أن مجرد الاستيلاء على الأرض الموات بإحيائها لا يكفي في تملكها ، بل لابد من أن يكون ذلك بإذن من الإمام .

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

ويملك المحي ما أحياه من الأرض الموات على الوجه الذي بينا ، إذا كانت ممتدة غير محدودة ، فإن كانت محدودة لم يملكها كلها إلا بإحياء ما يزيد على نصفها عند بعض العلماء وكذلك يكون إحياء الأرض الموات بحفر الآبار فيها أو بإنشاء مجار للماء تحترقها ، فمن حفر في أرض موات بئراً ، كان حريمها ملكاً له ، وهو أربعون ذراعاً من كل ناحية ، فإن فاض الماء منها فكانت عيناً ، فحريمها خمسمائة ذراع من كل ناحية . أما حريم القنوات فيقدر بما يلزم لها من إصلاح يكفيها ، ومرمى لما يخرج منها من أحجار وطين عند حفرها وكريبها ، ويكون الحريم في هذه الأحوال ملكاً للحافر باعتبار أن ذلك إحياء له « والذراع ست قبضات » .

تحجير الموات : وإذا عمل فيها من استولى عليها عملاً لا تصير به منتفعا بها ، كان ذلك تحجيراً ، كأن يضع الشخص عليها من العلامات ما يدل على سبقه إليها وشرعه في إحيائها كتسويرها بأحجار لم تتخذ شكل البناء ، وكقطع حشائشها أو أشواكها ، وكحفر



بعض مصارفها ، أو كرها ، وكإزالة الماء فيها ، وفي اعتبار بعض هذه الأعمال تحجيراً وعدم اعتبارها إحياء خلاف بين الحنفية .

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

وثبوت حق المحتجر في المدة المبينة لا يمنع غيره من تملكها بالإحياء عند الحنفية ، وإن كره له أن يفعل ذلك ديانة وخلقاً ، فلو أخذها قهراً فأحيأها ملكها بهذا الإحياء ، مثله مثل من يخطب على خطبة غيره فيتزوج ! فإن زواجه يكون صحيحاً مكروهاً .

### ( ب ) الميراث

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

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

### ( ج ) العقود الناقلة للملكية

وهذه العقود كثيرة ، منها : البيع ، والهبة ، والصدقة ، والوصية بالأعيان ، والصلح ، والزواج بالنسبة إلى المهر إذا كان عيناً ، والفرقة بين الزوجين على مال بالنسبة إلى ذلك



المال ، والإجارة بالنسبة إلى الأجرة إذا كانت عيناً ، والتنازل عن بعض الحقوق نظير المال بالنسبة إليه .

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

وللايضاح نذكر الأمثلة الآتية :

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

ب — الفرقة بين الزوجين على مال : كأن تقول زوجة لزوجها : طلقني نظير هذا المبلغ من المال ، أو نظير هذا العقار ، فيجيبها الزوج بقوله : طلقتك على ذلك ، فإن هذا المبلغ أو هذا العقار ينتقل من ملك الزوجة إلى ملك الزوج بمجرد انتهاء الزوج من كلامه .

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

د — الصدقة : كأن تعطي فقيراً قطعة من النقود ، فيتسلمها منك الفقير ، فإن هذه القطعة تصير بتسلمها ملكاً للفقير بعد أن كانت لك .

ه — الوصية : كأن يقول إنسان : أوصى بهذه الدار لصديقي فلان ، ثم يتوفى وهو مصر على وصيته ، فيقبل صديقه فلان هذه الوصية ، بأن يقول : قبالت الوصية ، فإن الدار تصير بالقبول ملكاً له ، بعد أن كانت ملكاً لمن أوصى بها . وذلك بشروط تذكر في مواضعها .



أما البيع والإجارة والصلح والتنازل عن الحقوق فسيأتي ذكرها فيما بعد .

والمالك الثابت بكل عقد من هذه العقود ملك تام في جميع هذه الصور وأمثالها ، وقد علمت أن أساس هذه العقود هو الرضا ، فلا يزول ملك عن صاحبه ولا يتحول عنه بغير رضاه إلا في ثلاث أحوال ، استثنيت من هذا الأصل ، لأن إباء الملك فيها وعدم رضاه ظلم أو عنت فلا يلتفت إليه ، وينزع ملكه حينئذ جبراً عنه ، ويعوض عنه بقيمته ، أو بما قام عليه ، ويعتبر كأنه قد باعه راضياً بما أعطى ، رفعاً لظلمه ودفعاً لعنته .

الحالة الأولى - نزع الملك وأخذه للمنافع العامة ، كتوسيع الطرق وإنشائها ، وإنشاء الترعة والمصارف والسكك الحديدية ، وتوسيع المساجد وما إلى ذلك ، فإن المصلحة العامة مقدمة على المصلحة الخاصة وليس للمالك أن يأبى حين يدعو إلى بيع ملكه داعي المصلحة العامة ، فإذا أبى كان إباؤه عنتاً فيهمل ، ويؤخذ الملك جبراً عنه ، بعد أن يقوم بواسطة الخبراء ويعطى قيمته .

الحالة الثانية - بيع ملك المدين جبراً عنه لوفاء ما عليه من الديون التي امتنع عن أدائها بغير حق ، وأبى أن يبيع في سبيل ذلك شيئاً من ماله ، لأن امتناعه في هذه الحال ظلم ، والظلم يجب أن يرفع ، فينوب القاضى عنه في بيع أمواله ليوفى من ثمنها ديونه ، وهذا مذهب الصاحبين ، وذهب الإمام إلى أنه لا يجوز للقاضى أن يبيع أمواله جبراً عنه في هذه الحال ، لأن ذلك ضرب من الحجر والولاية عليه ، ولا يحجر على مدين عنده ، وإنما يجبره القاضى على رأيه جزاء امتناعه عن أداء الدين ظلماً ، ولا يخرج من الجبس حتى يؤدي دينه بالطريقة التي يرضاها ، من بيع أو خلافة ، أو يظهر للقاضى أن ليس له أموال يمكن دفعها أو دفع ثمنها في الدين ، فعند ذلك يطلقه .

الحال الثاني في البيع الجبري  
حبيب



## الشفعة

التعريف بها — الشفعة : عند جمهور الفقهاء ، حق تملك العقار المبيع من مشتريه بما قام عليه من الثمن والمؤن ، رضى أم أبى . فإذا اشترك اثنان في دار ، فباع أحدهما حصته لثالث ، كان للثاني الحق في أن يملك هذه الحصبة المبيعة من مشترىها ، فيأخذها منه بما لزمه فيها من الثمن مضافاً إليه ما استتبعه شراؤها من نفقات ضرورية ، طابت نفسه بذلك ، فسلم راضياً ، أم لم تطب فألزمه القضاء بأن يسلمها جبراً .

وسمى هذا بحق الشفعة ، وسمى صاحبه بالشفيع ، ويسمى الفقهاء العقار المأخوذ — وهى الحصبة المبيعة — بالمشفوع وبالمشفوع فيه ، ويسمون ما استحق به الشفيع الشفعة من عقار يملكه بالمشفوع به ، وكثيراً ما يستعملون « شَفَع » بمعنى طلب الأخذ بالشفعة .

شرعها — ودليل ثبوت هذا الحق : السنة ، ففي البخارى عن جابر بن عبد الله رضى الله عنهما قال : « قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشفعة في كل ما لم يقسم ، فإذا وقعت الحدود وصُرِّت الطرق فلا شفعة » .

حكمتها — وحكمة شرعها رفع ما قد يصيب الشريك من ضرر في شركته ، واتقاء ما يتوقع من ضرر قد يحدث له ، إما بسبب مشاركته لشخص لا تؤمن عواقبه ، وإما بسبب مجاورته ، فقد يكون ذلك الشخص غليظ الطبع ، ردى الخلق سيء المعاشرة . ذلك إلى ما ينال الشفيع منها من زيادة في ملكه قد تخرجه من ضيق اضطرب له سكونه ، وافتقد به راحته ، أو تمكنه من إحسان في استغلاله أو تنمية في ثمراته ، والضرر يجب أن يدفع ، فقد قال عليه السلام : « لا ضرر ولا ضرار » وخاصة إذا ما أصاب الجار الذى يستحق الإكرام ، لقوله عليه السلام : « من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فليكرم جاره » .



والمصلحة ضرب من الإكرام الذي أمر به الشارع للجار .

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

سبب استحقاقها — ولا يثبت حق الشفعة إلا لمن يملك عقاراً متصلاً بالعقار المبيع ، وإذن فسبب ثبوته : هو اتصال عقار الشفيع بالعقار المبيع عند البيع ، ولولا ذلك ما ثبت له . وهذا الاتصال : (١) قد يكون اتصال شركة في نفس العقار ، وذلك إذا كان المبيع حصة شائعة في عقار يملك الشفيع بعضه شائعاً كذلك ، (٢) وقد يكون اتصال شركة في حق الشرب أو حق الطريق ، أو حق المسيل عندما يكون ذلك الحق خاصاً مشتركاً بين الشفيع والبائع ، (٣) وقد يكون اتصال جوار مع التلاصق ، فأنواعه ثلاثة ، ولا يثبت حق الشفعة إلا بواحد منها . وهالك بيانها :

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

وفي الحال الثانية : يكون الشركاء شركاء في ناحية من العقار ، وذلك عند ما تقتصر شركة الشركاء فيه على جزء معين منه بينما يكون جزء الآخر جميعه ملكاً ، لأحد هؤلاء الشركاء لا شريك له فيه ، وصورتها : أن يكون لشخص دار يشاركه في حجرة معينة منها فقط آخر بحق النصف أو السدس مثلاً ، ففي هذه الحال إذا باع صاحب الدار جميع ما يملكه فيها ، أو باع حصة شائعة فيها كلها ، أو باع حصة شائعة فيما عدا الحجرة المشتركة . أو باع



حصته في هذه الحجره ، أو باع الدار ما عدا حصته في الحجره أو باع جزءاً معيناً من الدار . ولو لم يكن بجوار هذه الحجره ، كان لشريكه في هذه الحجره حق الأخذ بالشفعة في جميع هذه الأحوال ، وكان فيها مقدماً على الشركاء في الطريق الخاص ، أو الشرب الخاص وعلى الجيران ، لأنه يعد شريكاً في نفس العقار مادامت الحجره معتبرة جزءاً من الدار ، ولم يتخذ لها وضع البيت المستقل . وهذه أصح روايتين روينا عن أبي يوسف رحمه الله تعالى .

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

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

فإذا اقتسم الشركاء العقار المشترك بينهم ، فاختص كل منهم بناحية منه معينة ، فإنهم يصيرون بذلك جيراناً لا شركاء ، ولا يكون لأحدهم حق الشفعة في نصيب الآخر إذا بيع عند الأئمة ما عدا أبا حنيفة ، فإنه يثبت له حق أخذه بالشفعة بسبب شركته في حق خاص أو بسبب جواره إذا كان ملاصقاً ، كما سيأتي .

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

والشرب الخاص : هو الشرب من مجرى لا تمر فيه صغار السفن ، وقيل : ما يتفرق ماؤه بين الشركاء فيه ، بحيث ينتهي ماؤه عند انتهاء مجراه . وقيل : ما يحصى شركاؤه . واختلفوا في حد الإحصاء ، فقال بعضهم : ما دون عشرة ، وقيل : ما دون أربعين ، وقيل : ما دون مائة ، وقيل : ما دون خمسمائة ، والأصح : أن اعتبار الشرب خاصاً أو عاماً مفوض إلى رأى القاضي .

والطريق الخاص عندهم : هو الطريق غير النافذ ، ويريدون به : أن يكون لأهله الحق في منع غيرهم من أن يستطرقه ، وإن كان طريقاً يصل بين طريقين .



والمسئل الخاص : ما يحصى الشركاء فيه ، وقيل : ذلك مفوض إلى رأى القاضى .  
ولا يثبت حق الشفعة بسبب الاشتراك فى شرب عام كنهى النيل ، أو ترعة عمومية ،  
ولا بسبب الاشتراك فى طريق عام ، وهو مال كل مار الحق فى استطراره ، ولا بسبب  
الاشتراك فى مسيل عام ، كمصرف عام ، وعلى ذلك إذا بيعت أرض تشرب من نهى النيل  
لم يكن لأصحاب الأراضى التى تشرب منه حق أخذها بالشفعة بذلك السبب ، وكذلك إذا  
بيعت دار بابها مشرع إلى طريق عام ، لم يكن لأرباب الدور التى أشرفت أبوابها إليه  
حق أخذها بالشفعة بسبب اشتراكهم فى هذا الطريق ، وإذا بيعت أرض لها حق الصرف فى  
مصرف عام ، لم يكن لملاك الأراضى التى لها حق الصرف فيه حق أخذها بالشفعة  
لاشتراكهم فى الصرف فى هذا المصرف .

إنما تثبت الشفعة عند الحنفية بالاشتراك فى شرب خاص ، أو بالاشتراك فى طريق  
خاص ، وهذا محل اتفاق بينهم ، أو بالاشتراك فى مسيل خاص ، على الأصح .  
وعلى ذلك إذا بيعت أرض لها شرب فى مجرى خاص ، كان لأصحاب الأراضى  
الأخرى التى لها حق الشرب على هذا المجرى حق أخذها بالشفعة ، لافرق بين أرض  
مجاورة ، وأخرى بعيدة ، ولا بين أرض على حافة المجرى ، التى بها الأرض المبيعة ، وأرض  
على الحافة الأخرى ، ولا بين أرض تروى منه مباشرة ، وأرض تروى منه بواسطة إمرار الماء  
من أرض أخرى إليها ، ولا فرق بين أن يكون البيع لأجنبى أو لشخص له أرض تروى  
من هذا المجرى . غير أنهم فى هذه الحال الأخيرة يشاركونه فيها .

وإذا بيعت دار أشرع بابها إلى طريق خاص ، كان لجميع أرباب الدور المشرعة  
أبوابها إلى هذا الطريق حق أخذها بالشفعة ، سواء أبيعت إلى شخص لاحق له فى هذا  
الطريق أم إلى شخص منهم . فإذا طلبوها جميعاً قسمت عليهم وفيهم مشتريها ، إن كان  
منهم ، وكذلك لافرق بين دار ليس لها حق المرور إلا من هذا الطريق ، ودار لها حق  
فيه ، وحق فى الطريق العام ، بأن يكون لها بابان : باب فى هذا الطريق و باب فى الطريق  
العام ، ولا بين دار ملاصقة وأخرى غير ملاصقة ، إذا ما كان بابها فى الطريق الخاص .  
وإذا كان لأرض حقان : حق فى شرب خاص ، وحق فى طريق خاص ، فبيعت ،



فطلب أخذها بالشفعة كل من الشركاء في الشرب والشركاء في الطريق كان الشركاء في الشرب أولى من الشركاء في الطريق ، كما أن الشريك في الطريق أولى من الشريك في المسيل .

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

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

( ج ) ثبوت الشفعة بالجوار — يرى الحنفية أن حق الشفعة يثبت للجار بسبب جواره إذا كان ملاصقاً ، فإذا بيعت قطعة أرض ، كان لمالك الأرض التي تلاصقها حق أخذها بالشفعة ، لا يشترط في ذلك إلا أن تتحقق الملاصقة في أى جزء من أى حد من حدودها . امتد مكان الملاصقة حتى عم الحد أم قصر حتى لم يتجاوز شبراً ، فالملاصق في طول متر من حد ، كالملاصق في الحدود الأربعة ، لا يمتاز الثانى عن الأول بشىء ، ولا يشترط في ذلك أن تكون الملاصقة لنفس القطعة المبيعة ، بل يكفي أن تتحقق مع العقار الذى يبيع جميعه ، أو يبيع جزء منه ، وإن لم يكن ذلك الجزء ملاصقاً ، فإذا بيع من دار جانب معين منها ، كان لجميع جيرانها الملاصقين حق أخذ المبيع بالشفعة ، لافرق بين جار ملاصق لنفس الجانب المبيع ، وجار لا يلاصقه ، وإنما يلاصق بقية الدار . ومن الحنفية من اشترط في ثبوت الشفعة للجار أن يكون ملاصقاً للجزء المبيع نفسه ، وهذا هو الموجود في المتون .

ومن الجوار الملاصق : اتصال العلو بالسفل ، فإذا كان لشخص سفلى دار ، ولآخر علوها ، كانا جارين . فإذا باع أحدهما ما يملك منها ثبت للآخر حق أخذه بالشفعة . فيثبت لصاحب السفلى بسبب الجوار حق الشفعة في العلو إذا بيع ، مادام لم يوجد سبب آخر .



كلاشتراك في الطريق الخاص ، وإلا ثبت له حق الأخذ به ، وكذلك يثبت لصاحب العلو  
حق الأخذ بالشفعة ، إذا بيع السفل مع أرضه لنفس السبب .

وثبتت الشفعة بالشركة في الحق الخاص ، أو بالجوار محل خلاف بين العلماء ، ذهب  
إليه الحنفية ، وخالفهم الشافعية والمالكية والحنابلة . واستند الحنفية إلى ما رواه جابر قال :  
« قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشفعة في كل مالم يقسم ، فإذا وقعت الحدود وصرفت  
الطريق فلا شفعة » فإنه دل على نفي الشفعة عند تحديد الحدود وإقامتها وتبيين الطرق  
وذلك موجود متحقق عند ما يطلب الشريك في الحق الخاص الأخذ بالشفعة ، وكذلك  
عند طلب الجار ، فإن المبيع في الحالين محدد مُعَيَّنٌ ، بِنَتِّه طَرَقَه ، وإذن فلا شفعة فيه ،  
بنص الحديث .

واستند الحنفية إلى قوله عليه الصلاة والسلام « جار الدار أحق بالدار من غيره » .

مراتب الشفعا — إذا بيعت حصة من عقار فطلب أخذها بالشفعة الشركاء في العقار  
والشركاء في الحق الخاص ، والجيران الملاصقون . كان أولاهم بها الشركاء في العقار ،  
لايفضل أحدهم على من في درجته مهما امتاز عنه بسبب آخر من أسباب الشفعة ، فإذا  
رغبوا عنها جميعا كان أولاهم بها الشركاء في الحق الخاص على الترتيب الذي بيناه ، لايفضل  
أحدهم على غيره بجوار ، فإذا رغبوا عنها جميعاً كانت للجيران الملاصقين . لا تفضيل لبعضهم  
على بعض بطول التلاصق ، فإذا رغبوا عنها بقيت لمن اشتراها .

وإنما قدم الشركاء في نفس العقار على الباقين ، لأنهم أقوام اتصلا به ، وأشدهم في  
الغالب حاجة إليه ، وأعظمهم خوفا من ضرر يتوقع ، ثم يليهم في ذلك الشركاء في الحق  
الخاص ، فكانوا بعدهم مباشرة في المنزلة ، ثم يليهم في ذلك الجيران ، فكانوا أدناهم منزلة .

تراحمهم — إذا طلب أخذ المبيع بالشفعة واحد من أى نوع أعطى له ، فإذا طلبه  
أكثر من واحد ، وكانوا من مرتبة واحدة — على ما بينا — قسم المبيع بينهم على حسب  
رءوسهم ، فلا يزداد شريك بالنصف على شريك بالربع ، ولا جار في جانبين أو ثلاثة على  
جار من جانب واحد . بل يقسم بينهم على السواء ، وذلك لقوله عليه الصلاة والسلام .  
« الشفعة على رءوس الرجال » ولأن أهل المرتبة الواحدة تساوا في استحقاق أخذ المبيع ،



بدليل أن كلا منهم يأخذه كله عند انفراده ، فجميعه من حقه ، فإذا تعددوا وتعارضوا اقتسموه بينهم على السواء ، لاستوائهم جميعاً في استحقاقه ، كالشيء يدعيه اثنان ، ويقسم كل منهما البيعة على ملكه ، وتتساوى البيعتان ، فانه يقسم بينهما نصفين . وإذا ما تنازل أحد الشفعاء عن حقه لواحد منهم في هذه الحال كان تنازله إسقاطاً لحقه في الشفعة ، وكان نصيبه بين سائر الشفعاء على السوية ، لا يختص به من كان التنازل لأجله ، لأن المتنازل لم يملك شيئاً يصح أن يملكه لغيره .

وذهب مالك والشافعي وأحمد إلى أنه إذا تعدد الشركاء في العقار وطالبوه جميعاً بالشفعة قسم بينهم قسمة تناسبية بنسبة حصصهم بعضها إلى بعض ، فإذا كان العقار مشتركاً بين أربعة لأحدهم ثلثه « أربعة أسهم من ١٢ سهماً » وللثاني ربه « ثلاثة أسهم من ١٢ سهماً » وللثالث سدسه « سهران من ١٢ سهماً » وللرابع ربه ، فباع الرابع حصته لأجنبي ، فطلب أخذها بالشفعة الشركاء الثلاثة الباقون ، فإنها تعطى لهم وتقسم بينهم قسمة تناسبية كما قدمنا ، وبما أن مقدارها ثلاثة أسهم من ١٢ سهماً تقسم على سهام الآخرين البيعة ، وجملتها تسعة أسهم ، فيخص كل سهم منها ثلث سهم ، فيكون لصاحب الثلث : سهم وثلث ، لأن حصته في العقار أربعة أسهم ، ويخص صاحب الربع : سهم ، لأن حصته في العقار ثلاثة أسهم ، ويخص صاحب السدس : ثلثا سهم ، لأن حصته في العقار سهران . ووجه ذلك : أن استحقاقهم للشفعة حق من حقوق ملكهم ، وكأنه ثمرة من ثمراته ، فيتقدر بقدره عند التزام فيها ، ويستحقونها على حسب ما يملكون من أصلها ، كما يستحق الشركاء ثمرة ملكهم المشترك على حسب حصصهم فيه . ويمكن الحنفية أن يردوا على ذلك بأن الثمرة تتولد من الملك ، فيكون لكل شريك فيها قدر ما تولد من ملكه . أما استحقاق الشركاء ملك غيرهم ، وتملكهم له ، فليس متولداً من ملكهم ، إذ لا يكون ملك غيرهم ثمرة من ثمرات ملكهم ، وإنما استحقوه بأمر الشارع بوصف أنهم شركاء ، دفعاً للضرر عنهم وهم في ذلك سواء ، فيقتسمونه على السواء .



## شروط الشفعة

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

« في أي مال تكون الشفعة ؟ »

الأول : أن يكون عقاراً ، سواء أكان عيناً مفرزة كدار ، أم جزءاً شائعاً فيها كثلث ورابع ، وسواء أكانت العين مما يقبل القسمة كدار كبيرة ، أم كانت مما لا يقبلها كحمام صغير مثلاً<sup>(١)</sup> ، ففي كل هذه الأحوال يثبت حق الشفعة في العقار المبيع .

ولا تثبت الشفعة في منقول إلا إذا كان تابعاً للعقار وبيع معه ، سواء أكان متصلاً به اتصال قرار كالبناء والشجر والنخل والزرع ، أم كان متصلاً بذلك كالتمر على الشجر أم كان غير متصل بالعقار ، ولكنه من لوازمه كآلات الحراثة والسقي ونحوها للأراضي الزراعية أما إذا بيع شيء من ذلك استقلالاً دون أن يباع مع العقار ، فلا تثبت فيه الشفعة ، وكذلك الحكم إذا بيع مع العقار منقول ليس متصلاً به ، ولم يكن من لوازمه وأدواته .

وعلى ذلك : إذا كان بناء مشترك على أرض محكرة ، فباع أحد الشركاء فيه حصته لم يكن لشركائه فيه حق أخذها بالشفعة ، لأن البناء منقول ، ولا شفعة في المنقول إلا إذا كان مبيعاً مع العقار وتابعاً له . وإذا بيعت ضيعة بما عليها من حظائر ومخازن ، وما فيها من أشجار ونخيل وآلات زراعية ، فإن حق الشفعة يثبت في جميع ذلك من عقار ومنقول لجيران الضيعة أو لشركائها في حق الشرب الخاص أو الطريق الخاص ، وإذا بيعت دار مع سيارة كان للشفعاء حق أخذ الدار دون السيارة ، لأنها غير تابعة للدار ويأخذها بحصتها من الثمن<sup>(٢)</sup> .

( ١ ) يكون العقار قابلاً للقسمة إذا أمكن أن ينتفع بكل قسم بعدها الانتفاع الذي كان له قبلها وإلا لم يكن قابلاً للقسمة .

( ٢ ) وطريقة الوصول إلى معرفتها أن يقوم المبيع كله وقت العقد ثم تقوم الدار وحدها وقت العقد وتنسب قيمة الدار إلى قيمة المبيع وبقدر هذه النسبة من الثمن يلزم الشفيع إذا طلب أخذ الدار .



هذا مذهب إليه الحنفية . وقد استدلوا على ذلك بما روى جابر عن النبي صلى الله عليه وسلم « لا شفعة إلا في ربع أو حائط » والربع : الدار ، والحائط : البستان - ذلك لأن العقار يبقى على الدوام ، فيدوم ضرره بخلاف المنقول فليس له بقاء العقار .

« الشفعة في العلو »

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

« لا شفعة إلا عند معاوضة »

الثاني : أن يخرج العقار المشفوع فيه من ملك صاحبه خروجاً باتاً بعوض مالى ، فلا حق لأحد في أن يتملك عقاراً جبراً عن مالكه ، إذا لم يقدم مالكه على إخراجه من ملكه ، لأن مالك الشيء أولى به من غيره ، وكذلك إذا أخرجه من ملكه على وجه ليس ببات ولا قاطع لم تثبت فيه الشفعة . لأن حقه فيه لا يزال باقياً ، كما إذا باعه بيعاً فاسداً فقبضه المشتري ، فإنه بالقبض يخرج من ملك صاحبه ، ويثبت الملك فيه للمشتري ، ولكن على وجه غير بات ، إذ يجب على كل منهما فسخ العقد ورد المبيع إلى بائعه ولذا كان حق بائعه فيه ثابتاً لم ينقطع ، وكان لذلك أولى به من غيره ، فلا يثبت شفيع فيه حق شفعة . ولكن إذا أصبح هذا الملك باتاً ، بأن فعل فيه المشتري ما يمنع رده إلى بائعه ، كأن زاد فيه زيادة لا يمكن أن يسلم بدونها ، تثبت فيه الشفعة حينئذ لا تقطع حق بائعه في استرداده . ويتملكه الشفيع بالقيمة لا بالثمن . كما في المبسوط ج ١٤ ص ١٤٩ .

« حق الشفعة عند التبرع »

وكذلك الحكم إذا خرج من ملك صاحبه في غير معاوضة فلا يكون لأحد حق أخذه بالشفعة ، كما إذا وهبه بغير اشتراط عوض ، أو تصدق به . أو وقفه ، أو وصى به ، أو انتقل العقار بوفاته إلى ورثته ، ذلك لأن تملك العقار بالشفعة لم يشرع إلا في نظير عوض يتساوى مع ما قوبل به من مال عند خروجه من ملك صاحبه .



« الشفعة عند المعاوضة بما ليس مالا »

وكذلك الحكم عند الحنفية إذا أخرج صاحبه من ملكه بمعاوضة ليس العوض فيها مالا ، كأن جعله مالكة مهراً ، أو بدل فرقة من زواج أو أجراً على عمل ، أو نظير منفعة ، فلا يثبت فيه شفعة لأحد لما قدمنا من أن تملك المبيع بالشفعة إنما شرع بمثل ما يبيع به ، أو بقيمته ، وهو غير ممكن في هذه الأحوال . لأن بدله ليس بمال ، فلا مثل له من الأموال ولا قيمة . وإلى هذا ذهب أحمد بن حنبل أيضاً .

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

وذهب مالك إلى إثبات الشفعة في هذه الأحوال أيضاً ولكنه يلزم الشفيع إذا أراد أن يأخذ العقار بقيمته مهراً بلقت ، لا بقيمة بدله .

وبناء على ما تقدم فإذا تزوج شخص امرأة على حصته من هذه الدار ، وهي النصف ، فقبلت ، أو طلقها نظير حصتها في هذه الدار ، وهي النصف ، فقبلت ، أو أعطى طبيباً نصف دار مشتركة بينه وبين غيره نظير قيامه بعلاجه ، أو أعطاه محامياً نظير دفاعه عنه في خصومة ، أو دفعه أجرة على زراعته لهذه الضيعة سنة ، لم يثبت لشفيع فيها حق الشفعة عند أبي حنيفة وأحمد ، وعند الشافعي يثبت للشريك فيها حق الشفعة في هذا النصف ، فيأخذه إن أراد من الزوجة بمهر مثلها في الصورتين الأوليين ، أو من الطبيب ، أو من الحامى ، أو من مؤجر الضيعة بأجر المثل في باقي الصور ، ويأخذ بقيمته في جميع هذه الصور عند مالك لا بمهر المثل . ولا بأجرة المثل .

« وقت ثبوت حق الشفعة للشفيع »

أما إذا أخرج مالكه من ملكه بمعاوضة ، وكان العوض فيها من الأموال ، فإنه يثبت للشفيع حق أخذه بالشفعة اتفاقاً ، على أن يدفع ذلك العوض .



وعلى ذلك فحق الشفعة يثبت للشفيع في العقود الآتية بمجرد تمامها . إذ لا تتحقق  
المعاوضة على هذا الوجه إلا فيها .

١ — البيع : فإذا باع العقار مالكة ببدل مثلي أو قيمي كان لشفيعه حق أخذه بالشفعة  
عند تمامه على أن يدفع مثل ذلك البديل إن كان مثلياً ، وقيمته إن كان قيمياً ، فإذا كان  
البديل عقاراً ثبت فيه أيضاً لشفيعه حق أخذه بالشفعة ، على أن يدفع فيه قيمة العقار  
الأول . وإذا كان العقار موقوفاً فبيع بمسوخ شرعي ثبت لجاره أو للشريك في حقه الخاص  
حق الشفعة فيه . ونحوه حينئذ عن حالته ودخوله في ملك مشتريه .

ب — الهبة بشرط العوض : كأن يهب إنسان هذه الدار لآخر على أن يعوضه عنها  
هذه الجوهرة ، وهذا النوع من الهبة يعده زُفراً بيعاً فتثبت الشفعة في الدار بمجرد تمامه بالقول  
أى عقب الإيجاب والقبول ، ويعده أبو حنيفة وصاحبا هبة في الابتداء ، وبيعاً في الانتهاء  
ولذا لا يثبتون حق الشفعة في الدار لشفيعها إلا بعد التقابض ، أى بعد تسلّم العقار وقبض  
الجوهرة ، لأنه قبل التقابض يعتبر هبة عندهم ، فلكل من الواهب والموهوب له أن يرجع  
عنه ، ولا يثبت به الملك في البديلين معاً إلا بالتقابض ، فلا يترتب عليه ثبوت حق الشفعة إلا  
بعده ، لتمام الملك في كل بدل ولزومه حينئذ . وإذن يأخذ الشفيع العقار المشفوع فيه — وهو  
الموهوب — بقيمة ما دفع فيه من عوض إن كان قيمياً ، وبمثله إن كان مثلياً .

ج — الصلح : فإذا ادعى إنسان على آخر حقاً هو مال وطالبه به ، فصالحه عليه بعقار  
— دار أو أرض زراعية — سلمه إليه ، فإن حق الشفعة يثبت في الدار أو في الأرض ، ذلك  
لأن كلا منهما قد خرج بالصلح من ملك صاحبه ودخل في ملك المدعى ، عوضاً عما كان  
يطلبه من مال في دعواه على أية حال ، سواء أكان المدعى عليه قد أقر بالدعوى أم أنكرها ،  
أم سكت عن ذلك وطلب هذا الصلح وأنفذه ، لأن المدعى قد اشتراه في زعمه بذلك المال  
المطلوب فيثبت فيه للشفيع حق الشفعة . وأما إذا كان العقار هو المطلوب بالدعوى فصالح  
المدعى عليه مدعيه بمال دفعه إليه ، فإن كان ذلك الصلح بعد إقراره بالدعوى فكذلك  
يثبت حق الشفعة في ذلك العقار ، إذ قد ظهر بإقرار المدعى عليه أنه ملك للمدعى ، وقد استبقاه  
المدعى عليه وتملكه نظير ما دفع للملكه من مال ، فكأنه قد اشتراه منه بذلك المال ، فيثبت



فيه لذلك حق الشفعة ، ولكن إذا كان هذا الصالح بعد إنكاره للدعوى ، أو لم يسبقه إقرار منه ولا إنكار فلا يثبت في هذا العقار حق الشفعة . لأن العقار قد بقي في يد المدعى عليه ولم يخرج من ملك أحد إلى ملكه ، وإنما استمرت ملكيته له ، وما دفع المال عوضاً عنه على وجه التحقيق . بل المحتمل الذي يؤيده عدم إقراره بالدعوى ، أنه لم يدفعه إلا تركاً للخصومة وتجنباً للنزاع وافتداء لليمين .

ويشترط في المشفوع به ما يأتي :

« الشفعة بالعقار »

الأول : أن يكون عقاراً ، فلا تستحق الشفعة بمنقول ، ذلك لأن سبب استحقاقها إما الشركة ، ولا شفعة في منقول عند الاشتراك فيه كما قدمنا ، خلافاً لمن رأى ذلك . وإما الاشتراك في حق خاص ، من شرب أو طريق أو مسيل ، ولا يكون ذلك مقررأً على منقول ، ولا مقررأً لمنقول كما قدمنا . وإما الجوار ، والجوار بسبب المنقول لا يدوم ولا يترتب حق الشفعة إلا على الجوار الدائم لدوام ضرره .

وعلى ذلك : إذا استؤجرت أرض للبناء ، فبنى عليها المستأجر ، ثم باعها مالكها لم يكن للمستأجر حق أخذها بالشفعة اتفاقاً ، أما عند الحنفية فلائنها لا تستحق بالمنقول ، وأما عند المالكية فلائنها لا تستحق بالجوار .

« الشفعة بالعلو »

وقد ألحق الحنفية العلو بالعقار - كما قدمنا - فتستحق به الشفعة ، فإذا كانت دار بين شخصين ، لأحدهما أرضها وسفلها ، وللآخر علوها ، فباع صاحب السفلى ما يملك منها ثبت لصاحب العلو فيه حق الشفعة ، لأنه جار ، وجواره دائم ، ولذا يشاركه من يجاورها من جهاتها الأربع ، إلا أن يكون صاحب العلو شريكاً في طريقها الخاص ، فيتقدم على الجيران إذا لم يكونوا شركاء فيه ، وكذلك الحال إذا باع صاحب العلو علوه ، فيكون لصاحب السفلى حق أخذه بالشفعة ، بسبب الجوار ، حكمه في ذلك حكم صاحب العلو في الحال السابقة كما بينا .

« ملك الشفيع لما يشفع به »

الثاني : أن يكون مملوكاً للشفيع وقت العقد ، وأن يستمر ذلك إلى أن يتملك الشفيع



العقار المشفوع فيه ، فإذا بيع عقار كان حق أخذه بالشفعة لمن يملك الأرض الملاصقة له وقت عقد البيع بشرط أن تستمر ملكيته لها إلى أن يتملك العقار المبيع ، فإن باعها لآخر قبل أن يتملك العقار المبيع سقط حقه في الشفعة لعدم بقاء ملكيته إلى وقت التملك بها ، ولم يكن لمن اشتراها حق أخذ العقار المبيع بالشفعة أيضاً ، لأنه لم يكن مالكا لهذه الأرض وقت بيعه .

« لاشفعة بالوقف »

وبناء على ذلك : لا يثبت بالعقار الموقوف حق الأخذ بالشفعة ، إذا ما بيع ما يلاصقه من الأراضي ، لاناظره ، ولا للمستحقين فيه ، لعدم ملكهم . ذلك لأن شرع هذا الحق إنما كان لدفع الضرر الدائم ، ويد الناظر ليست دأمة ، إذ قد يعزل . والمستحق إن كان منتفعاً بنفسه شبيه بالمستأجر ، ومع ذلك قد توجب العين لغيره ، فلا يدوم انتفاعه .

« دوام ملك الشفيع إلى الأخذ »

ويجب أن يستمر ملك الشفيع للمشفوع به — كما قدمنا — إلى وقت الأخذ بالشفعة ، فإذا زال بسبب من الأسباب قبل الأخذ سقط حق الشفعة .

ومما يتفرع أيضاً على هذا : أن الشفيع إذا مات توفي بعد البيع ، وقبل أن يتملك المشفوع فيه سقط حقه في أخذه بالشفعة ، سواء أطلب أن يأخذ به أم لم يطلب ، وذلك لزوال ملكه قبل الأخذ ، ثم لم يكن لوارثه هذا الحق أيضاً بصفة أصلية ، لأنه لم يكن مالكا للعقار المشفوع به وقت عقد البيع ، وإنما كان المالك مورثه .

« وراثه حق الشفعة »

وكذلك لا ينتقل إليه هذا الحق بالوراثة ، لأن حق الشفعة لا يورث عند الحنفية ، إذ هو إرادة ومشيئة ، والوارث لا يرث مورثه في رغباته ، لأنها صفات شخصية .

وذهب الشافعي ومالك إلى أن حق الشفعة يورث ، فيحل الوارث فيه محل مورثه ، لأنه حق متعلق بالمال ، وقد ثبت لصاحبه بسبب ما يملك من عقار ، فإذا انتقل ذلك العقار إلى الوارث انتقل إليه بحقوقه .

وذهب أحمد إلى أنه يورث إذا ما تقرر بالمطالبة ، لتأكده وتحققه حينئذ . أما قبل المطالبة به فلا يورث .



وعليه : إذا توفى الشفيع بعد البيع وقبل الأخذ بالشفعة لم يكن لوارثه حق الأخذ بها عند أبي حنيفة . وكان له ذلك عند الشافعي ومالك .  
وأما عند أحمد فإن توفى بعد المطالبة بها كان لوارثه حق الأخذ بها ، وإن توفى قبل المطالبة بها لم يكن له هذا الحق .

### طريق الوصول إلى الأخذ بالشفعة

#### طلب الشفعة

لا يملك الشفيع العقار المشفوع فيه إلا إذا طلب أخذه بالشفعة ، ولا يكون طلبه مؤدياً إلى ذلك إلا إذا تحقق فيه أمران :

أحدهما : أن يعم العقار المبيع جميعه ، سواء أكان حق الشفعة لواحد أم لأكثر ، وسواء أكان الشفعاء في مرتبة واحدة أم من مراتب مختلفة ، وسواء أصدر الطلب من شفيع واحد أو من الشفعاء جميعاً . فإذا بيع عقار مشترك وله حقوق خاصة مشتركة وله جيران متعددون ، فلكي يتمكن كل منهم من أن يملكه بحق الشفعة إذا ما أصبح له حق الأولوية في الأخذ بالشفعة ، يلزم أن يطلب كل منهم أخذه كله بالشفعة عند علمه بالبيع .

فإذا طلب أحد الشركاء فيه أن يأخذ ما يخصه منه فقط ، ولم يطلب بقيته اعتماداً على أنها حق لغيره من الشركاء . لم يكن لهذا الطلب اعتبار ، وسقط به حقه في الشفعة عند محمد رحمه الله تعالى ، إلا أن يكون ذلك مسبوقاً بطلبه الكل .

وقال أبو يوسف : لا يسقط بذلك حق الشفيع ، لأن حقه في أخذ كل المبيع ثابت ، فلا يسقط إلا بمسقط له ولم يوجد ، فيبقى حقه كما كان ، فإن شاء عاد فطلب الكل ، وإن شاء ترك .

ووجه قول محمد : أنه بطلبه بعض العقار أبطل حقه في بعضه الآخر ، لتركه المطالبة به مع القدرة عليها ، والشفعة حق شرع غير قابل للتجزئة ، حتى لا يضار المشتري ، فيسقط بذلك حقه .

والشفيع إذا طلب أخذ العقار كله كان له أن يأخذ بعضه ويترك باقيه له المشتري إذا



مارضى المشتري بذلك ، ولم يكن هناك شفيع آخر أدنى مرتبة . وقد طالب بحقه فى الشفعة ، فإن وجد قدم على المشتري فيما ترك له الشفيع الأول من المبيع ، إذا ما أراد أخذه .

تنازل بعض الشفعاء عن حقه — وإذا أراد شفيع أن يتنازل عن حقه لبعض الشفعاء ، لم يكن له ذلك ، لأنه لم يملك شيئاً ، ولو فعل كانت حصته بين جميع الشفعاء الباقين .

ثانیهما : أن يكون الطلب على الوجه الآتى : أن يطلب الشفيع الشفعة فى مجلس علمه بالمبيع والمبيع والتمن والمشتري . سواء أعلم بذلك عقب العقد مباشرة أم بعده بسنين .

ويتحقق العلم بأى طريق يغلب به على ظنه صدق الخبر . فإذا وصله بطريق لا يفيد ذلك عادة فلم يصدق ولم يطلب الشفعة لذلك لم يسقط حقه .

وإذا علم الشفيع بالمبيع والتمن ولم يعلم بالمشتري بأن لم يذكر اسمه ، أو ذكر اسم شخص آخر فلم يطلب الأخذ بالشفعة ، ثم علم بعد ذلك بالمشتري على حقيقته كان له حق الطلب عند العلم .

وكذلك إذا علم بالمبيع وبالمشتري ولم يذكر له التمن ، أو ذكر له تمن يزيد فى الواقع عن التمن الذى تم به العقد ، فلم يطلب الأخذ بالشفعة ، فإن له حق طلبها بعد ذلك عند ما يعلم بالتمن الذى تم به العقد . لكن إذا ذكر له تمن أقل من التمن الذى تم به العقد فلم يطلب الأخذ بالشفعة فإنه يسقط حقه فيها ، ولم يكن له حق المطالبة بها بعد ذلك إذا علم بالتمن الذى تم به العقد ، لأن رغبته عنها عند قلة التمن تستلزم رغبته عنها عند زيادته ، بخلاف ما إذا رغب عنها عند زيادة التمن ، لأن عدوله عنها فى هذه الحال قد يكون لما يراه من غبن فى العقد بسبب التفاوت الفاحش بين التمن وقيمة المبيع ، فإذا ظهر بعد ذلك أن التمن أقل ولا غبن فيه كان له أن يطلب بالشفعة عند العلم بالتمن الحقيقى ، لهذا إذا علم بالتمن الذى تم به العقد فرغب عن الشفعة ، ثم علم بعد ذلك أن البائع قد حط بعض التمن عن المشتري فإن له عند العلم بهذا أن يطلب الأخذ بالشفعة ، وكذلك إذا علم بأن المبيع بعض دار فلان فرغب عن الشفعة ، ثم علم بأنه جميع الدار ، كان له حق الطلب عند ذلك ، لأن الإعراض عن الجزء قد يكون لعدم وفائه بحاجاته . وإذا كان العكس لم يكن له حق الطلب عند بعض الحنفية ، لأن الإعراض عن الكل إعراض عن أجزائه ، وهذا ظاهر الرواية ، وقيل :



يكون له حق الطلب ، لأن الإعراض عن الكل قد يكون لعجزه عن ثمنه . ولعل ماجاء في ظاهر الرواية مبني على اتحاد الثمن في الحالين ، وإذاً يكون الحكم ظاهر الوجه ، راجع المبسوط .

وعلى ذلك : إذا علم الشفيع ببيع العقار وبمقدار ثمنه وبمن اشتراه ، فلم يأذن لهذا الخبر وأعرض عنه مشغلاً بغيره سقط حقه في الشفعة ، لتغير المجلس بإعراضه واشتغاله بعمل آخر ، ولكن إذا سمع الخبر فلم يعرض عنه ، وأخذ يفكر ويتروى ، ووازن بين العقار وثنمه ثم طلب بعد ذلك في مجلسه أن يأخذ بالشفعة بق حقه فيها ، فإن قام من مجلسه دون أن يطلب سقط حقه ، إذ لا يمتد وقت الطلب إلى ما بعد المجلس ، لأن حق الشفعة حق ضعيف ، فتجب المبادرة إليه ، لقوله عليه السلام « الشفعة لمن واثبها » أي أسرع إلى طلبها ، ولذلك سمي هذا الطلب بطلب المواثبة ، وهذا هو الرأي الأصح . وهناك رأي آخر ، هو أن الشفيع يلزمه لكي يحافظ على حقه في الشفعة أن يطلبها فور علمه بما ذكرنا فإن لم يفعل ذلك بلا عذر سقط حقه فيها ، وهذا ظاهر الرواية . وينبغي أن يشهد على هذا الطلب إذا استطاع ، لكي تكون له حجة على إثباته عند جوده .

طلب التقرير ، وقته ومكانه - وإذا انتهى الشفيع من هذا الطلب لزمه كذلك للمحافظة على حقه في الشفعة أن يعود إلى طلبها مرة أخرى عند العقار المبيع أو عند المشتري أو عند البائع إذا كان العقار لا يزال في يده ، وبهذا الطلب يتقرر حقه في الشفعة ويقوى ، ويسمى ، هذا الطلب : بطلب التقرير أو طلب الأشهاد ، لأن بعض الفقهاء يشترط الأشهاد عليه عند حصوله ، وإن كان كثير منهم لا يشترطه ، ولكن يستحسنه ، حتى يكون للشفيع بينة عند إنكاره ، وذلك مانص عليه قاضيخان والكاساني .

مكانه - وقد جعل هذا الطلب عند المبيع ، لأن الحق متعلق به . وجاز أن يكون عند المشتري ، لأن المبيع سيؤخذ منه ، فكان الخصم في هذا النزاع ، ولذا جاز أيضاً أن يكون عند البائع إذا كان المبيع لا يزال في يده ، لأنه مطالب بالتسليم إلى الشفيع حينئذ ، فكان له دخل في الخصومة بسبب يده .



وقته - ولسكى يكون هذا الطلب معتبراً يلزم ألا يتجاوز به الشفيع مدة تمكنه منه عند أحد هؤلاء الثلاثة مع الإشهاد عليه ، فإذا تمكن منه ولم يطلب سقط حقه ، ولا يفيد أنه يطلبه عند أحدهم بعد ذلك .

قيام طلب التقرير مقام طلب الموائية - وإذا علم الشفيع بالعقد والتمن ، والمشتري عند أحد هؤلاء فطلب أمامه ، أغنى ذلك الطلب عن تكراره ، واعتبر طلب موائية ، لأنه أول طلب وطلب تقرير ، لأنه حصل أمام أحد هؤلاء الثلاثة ، وكيفية الطلب الأول : أن يصدر منه ما يدل على رغبته في الأخذ بالشفعة كأن يقول : إني أطلب الشفعة ، أو لا أترك حقى فيها أو نحوه ، وكيفية الطلب الثانى : أن يقول : علمت أن فلاناً باع كذا لفلان ولى حق أخذ بالشفعة وقد طلبته عند العلم وأطلبه الآن .

فإذا تم طلب التقرير عند المشتري فلم يعارض . أو علم المشتري بما كان من طلبى الشفيع فلم يعارض كذلك ، أو كان الشفيع عند المشتري ، فعلم بأنه قد اشترى المبيع بكذا فى حضرته فطلب المبيع منه فلم يعارض ، وسلمه المبيع . فقد تمت الشفعة ، وتملك الشفيع المبيع بذلك التسليم .

طلب الخصومة - وإن عارض المشتري فى ذلك احتاج الشفيع فى تملكه للعقار المبيع وتسلمه إلى قضاء القاضى ، وهذا القضاء لا بد أن يكون مسبقاً بطلب يقوم به الشفيع عند القاضى فى ضمن دعوى يدعيها على المشتري ، وعليه أن يُدخَلَ البائع خصماً فيها إذا كان العقار لا يزال فى يده ليطلب الحكم عليه بالتسليم إليه ، فيدعى أن فلاناً يملك عقاراً بجهة كذا « ويبيئه » وأنه باعه فلاناً بتمن هو كذا « ويبيئه » وأنه شفيعه بسبب هو كذا « ويبيئه » وأنه طلب أخذه بالشفعة حين علم ، ثم يادر إلى طلبه مرة أخرى عند العقار مثلاً أو عند المدعى عليه ، وأن المدعى عليه يعارضه فى ذلك ويأبى أن يسلم إليه هذا العقار بحق الشفعة بلا حق بعد مطالبته بذلك ، وأنه يطلب الحكم بثبوت حقه فى أخذه بالشفعة ، وأن يسلمه إليه ، فإذا ادعى الشفيع هذه الدعوى وثبتت بإقرار المدعى عليه ، أو بما قدمه الشفيع من الأدلة ، حكم له القاضى بما طلب ، وتملك العقار المبيع من وقت الحكم .



وقت الدعوى - وهذه الدعوى هي ما يسميه الفقهاء بطلب التملك ، أو طلب الخصومة  
وذهب الشيخان رحمهما الله تعالى إلى أن حق الشفعة يتقرر بالطلبين السابقين ، طلب الموائبة  
وطلب التقرير . وإذا تقرر لم يسقط إلا بالإسقاط ، كبقية الحقوق الثابتة فلا يضير تأخير  
الدعوى سنين عديدة . وروى عن أبي يوسف : أنه لا يجوز للشفيع أن يؤخر الدعوى عن أي  
مجلس من مجالس القاضى يمكنه أن يرفعها إليه فيه ، فإذا ماضى مجلس كان في إمكانه أن  
يرفع الدعوى فيه إلى القاضى فلم يفعل سقط حقه ، لأن جواز تأخير الادعاء إلى غير أمد  
ضار بالمشتري والضرر يجب رفعه ، وقال محمد وزفر : إذا مضى شهر بعد طلب التقرير ولم  
يدع من غير عذر ، بطلت شفيعته . وروى هذا عن أبي يوسف أيضاً .

قيام الوكيل والولى مقام الشفيع فى الطلب : و يقوم بطلب الشفعة على الوجه المبين :  
الشفيع أو وكيله إن كان أهلاً للخصومة والمطالبة ، فإن لم يكن أهلاً لذلك بأن كان صغيراً  
أو مجنوناً أو سفياً قام وليه فى ذلك مقامه ، فإذا لم يطلب ثم بلغ الصبى أو عقل المجنون  
أو زال الحجر للسفه لم يكن له حق الشفعة لسقوطها بعمل الولى ، لأنه يعمل لموليه ، والظاهر  
من تركه المطالبة بالشفعة أنه رأى أن مصلحة موليه فى ذلك ، و بناء على هذا إذا لم يكن  
لهؤلاء ولى يبقى حقهم فى الشفعة إلى أن يصيروا أهلاً للطلب ، فيطالبوا بها على الوجه المبين .  
وعن محمد : إذا كان البيع بمثل القيمة أو بأقل فأهمل الولى المطالبة ، لم يسقط حق المولى عليه  
بذلك ، لأن عمل الولى منوط بالمصلحة ، ولا مصلحة فى هذا الإهمال ، فلا يؤاخذ به  
المولى عليه .

القضاء بالشفعة لا يتوقف على إحضار الثمن : ولا يشترط لأن يقضى القاضى للشفيع  
بالمشفوع فيه إحضاره الثمن ، على ما جاء فى ظاهر الرواية ، وإنما يصير بالقضاء ديناً فى ذمته  
لمن يستحقه ، وهو المشتري إن كان قد تسلم المبيع ، أو البائع إن كان المبيع لا يزال فى يده ،  
وعندئذ يستوفى كما يستوفى غيره من الديون ، ولمن فى يده المبيع حينئذ أن يجسه عن الشفيع  
حتى يستوفى ثمنه منه ولا تنقض الشفعة .

غيبية بعض الشفعاء - لا يسقط حق الشفيع بغيته متى قام بالمطالبة بالشفعة على الوجه



وبناء على ذلك : إذا كان بعض الشفعاء حاضراً وبعضهم غائباً ، وطلب الحاضرون أخذ المبيع جميعه أعطوه كله ، فقسم بينهم ولا ينتظر الغائب ، ذلك لأنهم - كما قدمنا - يستحقون المبيع جميعه ، وما قسم عليهم بعدد رؤوسهم إلا لأجل مزاحمتهم بعضهم لبعض مع عدم المرجح ، ولا مزاحمة للغائب ، لأنه لا يعلم أطلب الشفعة فعلاً أم لم يطلب ، لعدم علمه بالمبيع ، وإذا علم به بعد ذلك أيطلبها أم يرغب عنها ؟ لذلك يكون استحقاقه الأخذ بها مشكوكاً فيه ، واستحقاق غيره مقطوعاً به ، لوجود الطلب منه ، ولا يزاحم الشك اليقين .

### « عند اختلاف الشفعاء في المرتبة »

وبناء على ذلك : إذا حضر الغائب طالباً بالأخذ بالشفعة مستحقاً له لتوفر شروط استحقاقه فإن كان في مرتبة أقل من مرتبة الحاضر فإن الحاضر يمنعه مادام متمسكاً بحقه في الشفعة لأنه أولى منه ، وذلك كأن يكون الشفيع الغائب جاراً والحاضر شريكاً ، فالشريك يمنع الجار إذا حضر طالباً بالأخذ بالشفعة ، لأنه أولى منه حاضراً كان أو غائباً ، مادام متمسكاً بحقه في الشفعة .

وإن كان الغائب في مرتبة أعلى من مرتبة الحاضر - كأن يكون شريكاً والحاضر جاراً - فإنه يعطى المبيع كله ، سواء أفضى به للجار الحاضر أم لم يقض ، وسواء أتسله الجار أم لم يتسله ، وسواء أتمسك الجار بشفعته أم لم يتمسك . ذلك لأن حق الشريك مقدم على حق الجار على أية حال ، فيعطى الشريك الغائب المشفوع فيه في جميع الأحوال . إذا ما حضر ذلك الشريك طالباً أخذه بالشفعة .

### « عند التساوي في الرتبة »

وإن كان في مرتبة الحاضرين - كأن يكون جميع الشفعاء جيراناً أو شركاء - شاركهم فيما أخذوا بقدر ما يعطى لو أنه كان حاضراً معهم ، فيساويهم دون انتظار لمن قد يكون كذلك غائباً مثله من الشفعاء ، إلا أنه إذا حضر ذلك الغائب أيضاً بعد ذلك كان الحكم معه على هذا الوجه . مثال ذلك : أن يكون للمبيع شفعاء ، هم جميعاً شركاء فيه أو جيران له عدتهم خمسة ، والحاضر منهم ثلاثة ، فإذا طلبوا قسم المبيع بينهم أثلاثاً ، فإذا



حضر رابع ، فطلب فإن المبيع يقسم بينهم مرة أخرى أرباعاً ، دون مراعاة لخامسهم الغائب .  
فإذا حضر بعد ذلك أعيدت القسمة وقسم المبيع بينهم أخماساً .  
نماء العقار المشفوع فيه في غيبة الشفيع - إذا كان حضور الغائب بعد مدة استغل فيها  
الشفيع الحاضر المشفوع فيه ، بأن كان أرضاً فزرعها أو أجرها . كانت الغلة جميعها للحاضر  
فقط ، لأنها نماء ملكه ، ولا يشاركه فيها الغائب كيف كانت درجته ، لأنه ليس بمالك ،  
وإن كان أولى من الحاضر ، إذ لا يملك إلا بالقبض أو القضاء .

### الملك بالشفعة

سبب ملك الشفيع - إذا باع الشخص عقاره دخل في ملك مشتريه بمجرد تمام عقد  
البيع ، دون توقف على أدائه الثمن أو على تسلمه من البائع . فإذا استحق الشفيع أخذه  
بالشفعة لم يملكه بمجرد طلبه ، لأن حق الشفعة ضعيف ، فلا يقوى مجرد المطالبة على رفع  
ملك ثابت للمشتري بعقد البيع ، ولذا لا يملك الشفيع العقار المشفوع فيه إلا بأحد أمرين .  
الأول : تسلمه من المشتري عن رضا منه ، فيتملكه من وقت تسلمه .

الثاني : قضاء القاضى له به ، فيملكه من وقت القضاء ، وإن لم يتسلمه فعلاً .  
فأما تملكه بأخذه من المشتري عن رضا منه فلأن ذلك بمنزلة شرائه من المشتري  
بعوضه ، والشراء عقد ناقل للملكية .

وأما تملكه بقضاء القاضى فذلك لا يكون إلا عند إياء المشتري ، وإبائه في هذه الحال  
ظلم ، وقد نصب القاضى لرفع الظلم فيقوم القاضى حينئذ مقامه في هذه المعاوضة دفعاً لظلمه ،  
ويملكه للشفيع بمثل ما تملكه به المشتري أو بقيمته ويدخل الثمن في ملك المشتري حينئذ  
جبراً عنه ، وكأنه رضى بذلك لقيام القاضى مقامه فيه ، كما هو الحال عند نزع الملك جبراً  
عن صاحبه للمنافع العامة ، وإذن يكون تملك الشفيع للعقار المشفوع فيه في هذه الحال  
أيضاً عن طريق شرائه من القاضى أو كأنه اشتراه من القاضى نيابة عن المشتري .

ولذلك يثبت له من الخيار ما يثبت للمشتري ، فيثبت له خيار العيب ، وخيار الرؤية ،  
دون خيار الشرط لأن اشتراطه يتنافى مع وجوب المطالبة الجازمة بالشفعة ، ثم لا يتقيد بما



يكون بين بائع العقار ومشتريه من شروط تتعلق بالبراءة من العيوب ، أو بتأجيل الثمن أو بتقسيمه ، أو بخيار فسخ ونحوه . لأنه قد أخذ بمبادلة مستقلة عن طريق الرضا أو القهر . فإن وجد بالمبيع عيباً رده بخيار العيب على من تسلمه منه من بائع أو مشتري . وكذلك إذا أخذه قبل أن يراه فيرده بخيار الرؤية إذا أراد على من تسلمه منه . فإن رده على بائعه — لأنه تسلم منه — كان المشتري خيراً حينئذ في إمضاء صفقته أو عدم إمضائها دون توقف على رضا البائع ، وإن رده على مشتريه — لأنه تسلم منه — كان كل من بائعه ومشتريه ملزماً بتنفيذ ما اتفقا عليه من شروط في عقد البيع الذي تم بينهما ، وكأنه لم ينقض .

### ما يجب على الشفيع أدائه

ذكرنا فيما مضى أن الشفيع يملك العقار المشفوع فيه بمثل ما تملكه به المشتري إن كان البديل مثلياً ، وبقيمته إن كان قيمياً . والمعتبر قيمته وقت عقد البيع ، فإذا زادت قيمته أو نقصت بعد ذلك ، ولو حين قيام الشفيع بأدائها لم يلتفت إلى شيء من ذلك ، ووجب على الشفيع أن يدفع قيمته التي كانت له عند الشراء ، ويضاف إلى ذلك جميع النفقات الضرورية التي أنفقها المشتري في إتمام صفقة البيع ، كأجرة الدلالة « السمسرة » وكتابة العقد ورسوم تسجيله .

الحط من الثمن : غير أن الثمن بعد تمام العقد به يكون عرضة للحط منه والزيادة عليه ، فإذا حط البائع منه شيئاً عن المشتري انتفع الشفيع بذلك الحط ، فيأخذ المبيع بالباقي من الثمن بعد الحط . وعلة ذلك : أن الشفيع كما قدمنا يملك بمثل ما يملك به المشتري أو بقيمته . وأن الحط من الثمن يلتحق بأصل عقد البيع ، فإذا اشترى داراً بألف جنيه ، ثم حط البائع منه مائتين التحق ذلك بأصل العقد ، وكان المشتري قد اشتراها ابتداءً بثمانمائة جنيه فقط ، فيتملكها الشفيع بهذا المبلغ لا بالألف ، ولذلك إذا دفع الشفيع للمشتري الألف ، ثم حط البائع عن المشتري مائتين رجع الشفيع على المشتري بمائتين ، فاستردها منه . والنتيجة : أن حط البائع بعض الثمن عن المشتري — سواء أكان ذلك قبل أداء الثمن أم بعده — يظهر في حق الشفيع فلا يلزم الشفيع إلا بالباقي بعد الحط .



هبة بعض الثمن أو الإبراء منه - ومثل ذلك في الحكم : هبة بعض الثمن والإبراء منه لأنهما كالحط في المعنى والنتيجة . على ما ذهب إليه السرخسي ، فيصححان قبل أداء الثمن وبعده ويترتب على كل منهما أثره ، ويظهر في حق الشفيع - وإن حدث بعد أداء الثمن - خلافاً لمن رأى أن الإبراء لا يكون إلا قبل أداء الثمن . وأما الهبة فتصح قبله وبعده .

الزيادة في الثمن - وأما إذا زاد المشتري في الثمن بعد تمام العقد فلا تظهر هذه الزيادة في حق الشفيع ، فإذا بيعت دار بألف ، ثم زاد المشتري مائة في ثمنها بعد تمام العقد لم تلزم الشفيع ، وأخذ الدار بالألف ، لأن حقه في أخذها بالألف قد ثبت له بتمام البيع بهذا الثمن ، فلا يستطيع أحد إبطال هذا الحق بعد ثبوته ، حتى لا يلحق به ضرر .

مطالبة الشفيع بالثمن المؤجل - وإذا كان الثمن الذي تم العقد عليه مؤجلاً أو منجماً خيّر الشفيع عند أتمتنا الثلاثة بين أخذ العقار المبيع في الحال بثمنه حالاً فيؤديه في الحال وبين أن ينتظر حتى يحل الأجل ، ويستحق أداء الثمن كله ، فيأخذ المبيع حينئذ بعد أدائه الثمن . وليس يعفيه ذلك من وجوب المبادرة إلى طلب الأخذ بالشفعة موثبة وتقريراً عند الطرفين فلو ترك أحدهما مع التمكن منه سقط حقه في الشفعة ، لأن حق الشفعة يترتب على وجود العقد ، فلا بد أن يُقرّر تمسكه به في الحال عند العلم والإسقاط . ولكن له إذا ما اختار إرجاء الثمن إلى أجله أن ينتظر فلا يطلب من المشتري أن يسلم المبيع إليه إذا ما كان راضياً مستعداً لتسليمه إياه ، ولا أن يرفع أمره إلى القاضي عند إبائه عليه حق الشفعة ، حتى إذا حل الأجل طالب بالمبيع ، وألزم بدفع الثمن ، وذهب أبو يوسف أخيراً إلى أن له الحق كذلك في أن ينتظر بالمطالبة ابتداءً ، لأن الطلب ماضع إلا ليكون وسيلة إلى الأخذ عقبه ، وذلك غير متأت ، لتأجيل الثمن وعدم رغبة الشفيع في دفعه حالا ، وإذن فلا يجب عليه أن يطلب الشفعة موثبة وتقريراً إلا عند حلول الأجل .

تصرف المشتري في المشفوع فيه وزيادته ونقصه في يده

تصرف المشتري في المشفوع فيه - إذا تم عقد البيع بين البائع والمشتري ثبت ملك المشتري في المبيع ، ولا يرفعه عند الحنفية مطالبة الشفيع أن يأخذه بالشفعة ، كما قدمنا .



وإنما يثبت للشفيع بهذه المطالبة حق تملك متعلق بالمبيع ، وهو استحقاقه لأن يأخذه جبراً عن المشتري إذا رغب . وهذا الحق لا يحول بين المشتري وبين تمتعه بأثر ملكه ، فله أن ينتفع بالمبيع كما يشاء وعلى أى وجه أراد ، فيستعمله أو يستغله ويزيد فيه أو ينقص ، ويبيعه ويهبه ويوصى به ويقفه ، وعلى الجملة : لا يتقيد المشتري في انتفاعه بالمبيع ، ولا في تصرفه فيه بأى قيد ، لا فرق في ذلك بين أن يصدر ذلك منه قبل المطالبة بالشفعة ، وأن يصدر بعدها ، فتعتبر جميع تصرفاته نافذة من وقت تمامها ، ولكنها مع ذلك لا تمنع الشفيع من حقه فله أن يطلب الأخذ بالشفعة وحينئذ تكون عرضة للنقض والإبطال إذا قضى للشفيع بالشفعة ، فإن القضاء له بالمبيع في هذه الحال يبطل تلك التصرفات ، عدا القسمة مع البائع ، حتى لو كان التصرف بوقف العقار مسجداً أو مقبرة ، أو بهبته لآخر مع تسليمه إليه غير أن المشتري إذا باع العقار المبيع لآخر كان الشفيع بالخيار حينئذ ، إن شاء أخذ بالمبيع الأول . وإن شاء أخذ بالمبيع الثانى ، لأن كل عقد يثبت له حق الأخذ بالشفعة . فإن أخذ بالأول بطل الثانى ، وإن أخذ بالثانى لزم الأول .

وإذا تصرف المشتري في العقار المشفوع فيه ، فوهبه لآخر وسلمه إليه ، أو جعله مسجداً وطلب الشفيع أخذه بالشفعة ، فإن رضا المشتري في هذه الحالة لا يكون كافياً لتملك الشفيع العقار المشفوع فيه ، لزوال يد المشتري عنه ونفاذ تصرفه السابق فيه ، وثبوت حق غيره عليه وإذن فلا بد للشفيع من القضاء له به حتى يتملكه ويبطل حق غيره فيه ، فإذا قضى له به ترتب على ذلك بطلان الوقف أو الهبة ، لأن القضاء قد أظهر أن حقه في المبيع كان أقوى من حق المشتري فيه ، وأنه أولى به منه ، وأن المشتري قد تصرف فيه مع تعلق حق الشفيع به ، فلا ينفذ تصرفه منعاً للاضرار بالشفيع . وإلى هذا ذهب الشافعى .

زيادة الشفوع فيه في يد المشتري — وإذا نما الشفوع فيه في يد المشتري ، بأن حدث النماء بعد القبض فأخذه المشتري قبل تملك الشفيع كان له خالصاً ، لأنه نماء ملكه ، فإذا أجز المشتري الأرض بعد تسلمها كانت الأجرة المستحقة عن المدة السابقة على تملك الشفيع خالصة للمشتري ، لأنها غلة ملكه ، وكذلك إذا كان في الأرض شجر فثمر وأدرك وأخذ المشتري الثمر أو زرعها فاستحصد الزرع وحصدته المشتري فلا يكون للشفيع أن يأخذ شيئاً من



ذلك ، وهذا بخلاف ما إذا كان الثمر موجوداً عند الشراء فإن استيلاء المشتري عليه يعتبر انتقاصاً من المبيع وحكمه سيأتي في أحكام نقص المشفوع فيه ، وبخلاف ما إذا أثمر الشجر فلم يمن المشتري ثمره حتى حكم للشفيع ، فإنه يكون للشفيع حينئذ تبعاً لأصله ، كما في التبيين والبحر والهداية .

وإذا زاد المشتري في العقار المشفوع فيه قبل أن يتملكه الشفيع . ثم قضى للشفيع بأخذه فإنه يأخذه بالثمن ابتداءً ، أما حكم هذه الزيادة فيختلف باختلاف حالها ، فإن كانت هذه الزيادة لا تقبل الانفصال ، سواء أكان ذلك راجعاً إلى طبيعتها كإصلاح الأرض بشق مصارفها ، وكثرة غسلها بالماء وتسميدها ، وشق المراوى فيها وحفر الآبار ، ورفع الأحجار والرمال منها ، ومعالجة تربتها بالمواد الكيميائية وغير ذلك ، أم كان راجعاً إلى أنها إذا فصلت ذهبت قيمتها ، كطلاء أخشاب الدار وجدرها مثلاً ، فإن الشفيع يأخذ المبيع بثمنه مضافاً إليه ما زادته هذه الزيادة في قيمته . فإذا كان المشتري قد اشترى العقار بألف جنيه وهي قيمته ، فأصبح بعد الزيادة فيه بسببها يساوي ١٥٠٠ جنيه حين العقد أخذه الشفيع بذلك ، ولا عبرة بالزيادة الناشئة عن زيادة الأسعار كما لا عبرة بالنقص الناشئ عن نقصها .

وإن كانت هذه الزيادة تقبل الانفصال بلا ضرر يحدث في العقار من انفصالها ، وكان لها نهاية معلومة كالزراع في الأرض . فإن العقار يبقى في يد المشتري إلى أن يستحصد الزرع ويدرك فيحصد ، ثم تسلم الأرض بعد ذلك إلى الشفيع ، ولا يمنع ذلك أن يقضى للشفيع بشفعته ، ولذلك يستحق أجر مثل الأرض على المشتري طيلة مدة بقائها في يده .

وإن لم يكن لها نهاية معلومة كالبناء والغراس ، كان للشفيع أن يكلف المشتري بهدم بنائه ورفع أنقاضه ، وبقلع شجره وأخذ أخشابه ، ليتسلم العقار خالياً مما زاده فيه المشتري ، ما دام متمسكاً بحقه في الشفعة .

ويجوز لها في هذه الحال أن يتفقا على أن يأخذ الشفيع العقار وما عليه من البناء والشجر بثمنه مضافاً إليه قيمة البناء والشجر مستحقى القلع .

أما إذا كان فصل هذه الزيادة من الأرض يضرُّ بها بسبب ما يحدثه فيها من حفر عميقة أو اختلاط بين طبقاتها المختلفة المادة ، فإن المشتري لا يمكن في هذه الحال من رفع زيادته  
٥ — أحكام



والشفيح حينئذ أن يتملكها إذا أراد ، جبراً عنه بقيمتها مستحقة القلع دفعاً للضرر عن نفسه ، ولا ضرر على المشتري في ذلك . لأنه يعد ظالماً بإبائه البيع ، وإصراره على رفع زيادته مع ما يترتب على ذلك من ضرر بالأرض ، وهذا ما جاء في كتب ظاهر الرواية من أحكام في هذا الموضوع .

وذهب أبو يوسف في رواية عنه إلى أن الشفيح ليس له في الأحوال السابقة حق تكليف المشتري بهدم البناء ، وقلع الشجر ، ولكن إذا أصر على الأخذ بالشفعة أخذ العقار بثمنه مضافاً إليه قيمة البناء أو الشجر باقيين في الأرض . ذلك لأنه لم يكن في بنائه ولا في غرسه معتدياً . لأنه إنما بنى وغرس في ملكه ، فإذا أراد الشفيح أخذ ملكه جبراً عنه بحق الشفعة وجب ألا يترتب على ذلك ضرر به ، وليس في أخذه على هذا الوجه ضرر بأحدهما ، لأن الشفيح يأخذ ما زاده المشتري في الأرض بقيمته ، والمشتري قد عوض عنه بهذه القيمة ، وإذا كان في إلزام الشفيح بأخذ شيء قد لا يرغب فيه بعض ضرر ، فهو أدنى من ضرر المشتري حين يؤخذ منه البناء والشجر بقيمتهما مستحقى القلع ، وعند تعارض الضررين يشمل الأقل .

ووجه ظاهر الرواية : أن المشتري حين بنى أو غرس فعل ذلك بملك تعلق به حق مؤكد لغيره من غير إذن منه ، وهو تصرف يمس حقه ، لعدم إمكان تسليم العقار إليه حينئذ بدون هذه الزيادة ، فكان بذلك معتدياً ، لأن حق الشفيح أقوى من حقه ، ألا ترى أنه يستطيع نقض تصرفات المشتري جميعها ؟ ولهذا كان عليه أن يترتب إلى أن يفصل في أمر الشفعة ، وإذا لم يفعل لزمه أن يتحمل ما يترتب على فعله هذا من ضرر .

وبرأى أبي يوسف أخذ أحمد « كما في كشف القناع » إذا كان المشتري قد بنى ، أو غرس قبل طلب الشفيح لا بعده .

وقد أخذ قانون الشفعة برأى وسط ، استنبطه مما ذهب إليه الحنفية ، فأخذ برأى الطرفين إذا ما بنى المشتري ، أو غرس بعد مطالبة الشفيح بالشفعة ، و برأى أبي يوسف إذا ما فعل ذلك قبل مطالبة الشفيح بها ، وهو توفيق حسن ، لأن إقدام المشتري على البناء والغراس بعد الطلب إهمال بين لحق الشفيح بعد أن تقرر بالطاب ، فيكون به معتدياً . فيعامل



معاملة المعتدى ، ويتحمل ما يترتب على عمله من ضرر ، بخلاف ما إذا كان ذلك قبل طلب الشفعة ، فإن حق الشفيع حينئذ لم يتقرر ، وعساه لا يطلبها ، فلا يظهر اعتداؤه .

نقص المشفوع فيه في يد المشتري — وإذا نقص المشفوع في يد المشتري ، فإن كان

النقص فيما يتبعه مما يدخل في عقد البيع تبعاً من غير نص عليه في العقد ، كالبناء والشجر ، اختلف الحكم باختلاف سبب هذا النقص ، فإن كان النقص من غير تعد ، كانهدم البناء لتصدعه أو لزلزال حدث ، وكجفاف الشجر لآفة أصابته ، لم يكن للشفيع إذا أراد الشفعة إلا أن يأخذ العقار المشفوع بثمنه ، دون نقص منه في مقابلة ما انهدم من البناء أو ماجف من الشجر ، لأنهما ما دخلا في عقد البيع إلا تبعاً ، وما كان كذلك لا يخصه حصة من الثمن ، فإذا زال لم ينقص الثمن بسبب زواله ، ولكن إذا بقيت أنقاض البناء ، أو أخشاب الشجر لم يأخذها الشفيع ، لأنه لا يأخذها إلا باعتبارها تابعة للعقار ، إذ لا شفعة في المنقول ، ولا تعتبر تابعة له إلا عند اتصالها به ، وإنما يأخذها المشتري لانفصالها عن العقار ، ولا يأخذها مجاناً بل تحسب عليه بحصتها من الثمن ويلزم الشفيع بباقيه ، وطريقة الوصول إلى معرفتها : أن تقوم الأنقاض أو الأخشاب عند أخذها وتنسب إلى قيمة المبيع كاملاً عند عقد البيع ، ثم ينقص من الثمن بقدر هذه النسبة ، فإذا كانت قيمة الأنقاض أو الأخشاب عند أخذها مائة جنيه ، وقيمة المبيع عند العقد ٢٠٠٠ جنيه كانت النسبة ٠.٥ / فلا يدفع الشفيع من الثمن عند أخذه العقار المشفوع إلا ٩٥.٠ / منه .

وإن كان النقص بتعد ، كأن اعتدى على البناء معتد فهدمه ، أو على الشجر ققلعه . سواء أ كان المشتري أم غيره ، فإن الشفيع يأخذ العقار بحصته من الثمن ، وهو ما يبقى بعد نقص ما يخص البناء أو الشجر ، وطريق الوصول إلى معرفة ذلك : أن يقوم العقار المبيع عند العقد ، وعليه البناء أو الشجر ، ثم يقوم كذلك عند العقد ، وقد خلا من البناء ، أو الشجر . ثم تنسب القيمة الثانية إلى القيمة الأولى ، فتكون هذه النسبة هي نسبة حصة الأرض في الثمن إلى الثمن جميعه ، فإذا كانت الأرض قد بيعت بما عليها من البناء بألف ومائتي جنيه ، وتسلمها المشتري ، ثم اعتدى شخص على البناء بالهدم ، ثم طلب الشفيع الشفعة . فإننا نقوم الأرض بما عليها من البناء عند العقد ، ولتكن قيمتها خمسمائة جنيه



وألفاً ، ثم تقومها كذلك وبنائها مهدوم ، ولتكن قيمتها خمسمائة جنية ، ثم ننسب هذه القيمة إلى القيمة الأولى . فإذا النسبة بينهما الثلث ، فنعلم أن حصة الأرض من الثمن الثلث ، وهو ما يجب على الشفيع أداؤه إذا أخذ الأرض ، ومقدار ذلك من الثمن أربعمائة جنية ، ويكون للمشتري في هذه الحال جميع الأناقض ، لعدم ثبوت الشفعة فيه ، لانفصاله عن العقار ويرجع على الأجنبي إن كان منه الاعتداء بقيمة ما أتلف بالغة ما بلغت .

وإن كان النقص في هذا العقار المشفوع فيه ، أو فيما نص عليه في العقد من تابع له . كالزراع في الأرض ، والثمر على الشجر ، وآلات الحراثة وماشيتها ، ونحو ذلك . فإن الشفيع يأخذ باقي المبيع بحصته من الثمن بالطريقة التي بينها من قبل ، سواء أكان ذلك النقص نتيجة اعتداء ، أم كان من غير اعتداء ، فإذا بيعت أرض بما عليها من الزرع « قمح أو شعير أو خضر » أو بما على شجرها من الثمر ، أو بالآلات حراستها أو كانت على حافة نهر فأصاب الزرع عند المشتري آفة أهلكته ، أو أصابت ثمر الشجر فأسقطته ، أو سُرقت آلات الحراثة ، أو جرف ماء النهر جزءاً من الأرض ، أو اعتدى على الزرع معتد فقطعه من الأرض ، أو أحرق الآلات ، فإن الشفيع يأخذ باقي المبيع بحصته من الثمن ، وتعرف بالطريقة السابقة ، وتكون الأناقض للمشتري ، لأن الشفيع إنما يأخذها تبعاً للعقار ، وقد زالت تلك التبعية بانفصالها عنه . ويكون تقويم المبيع في الحالين : حال تمامه وحال نقصه ، مراعى فيه وقت العقد سواء أكان تلفه بتعد أو من غير تعد ، لأن الشفيع يأخذ المبيع بما قام به على المشتري وقت العقد ، فلا عبء بما يحدث من التغير بعد من ارتفاع في القيم أو نقص فيها ، فإذا ما حصل ارتفاع ، فذلك من حظ المشتري مادام لم يدخل في ملك الشفيع .

### ما تسقط به الشفعة

يسقط حق الشفعة بسبب من الأسباب الآتية :

الأول : الرغبة عنها صراحة ، ويندرج تحت ذلك ما يأتي :

١ — الإسقاط الصريح : كأن يقول الشفيع : أسقطت حق في الشفعة ، أو تنازلت عن



شفعتي أو رغبت عنها ، أو نحو ذلك ، ولا يكون ذلك مسقطاً لحق الشفعة إلا إذا صدر بعد ثبوته ، إذ لا يقبل الإسقاط إلا الحق الثابت ، أما غير الموجود فلا يقبل الإسقاط . وبناء على ذلك لو عرض الجار على جاره أن يشتري داره لأنه يريد بيعها ، أو عرض الشريك على شريكه أن يشتري حصته فأبى ، لم يسقط بذلك حقه في الأخذ بالشفعة عند تمام البيع لغيره . وكذلك إذا قال الجار لجاره ، أو الشريك لشريكه قبل البيع : لا رغبة لي في الأخذ بالشفعة أو قال : لن أطلب بالشفعة إذا تم البيع أو نحو ذلك ، لم يلتزم بما قال ، وكان له حق الأخذ بالشفعة عند تمام البيع . وفي ذلك خلاف أهل الظاهر وبعض السلف . فقد قالوا : إذا عرض على الشفيع المبيع قبل البيع فرغب عنه لم يكن له بعد ذلك حق طلبه بالشفعة إذا بيع لغيره . وكذلك إذا أعلن أنه لا يرغب في أخذه بالشفعة ، لأن طلبه بعد ذلك يعتبر تعديراً ، ولا يقر على ذلك التعدير .

وكذلك لا يقبل الإسقاط من الشفيع بعد أن يتملك المشفوع بالرضا أو بالتقضاء ، لأن إسقاطه في هذه الحال يعد إسقاطاً لحقه في المشفوع ، وليس ذلك الحق إلا ملكاً ، والملك لا يقبل الإسقاط ، وإنما يقبل الانتقال بسبب من أسباب نقل الملكية ، أو الفسخ برد المبيع بسبب فاسخ للعقد .

ب — المعاوضة على حق الشفعة : إذا أسقط الشفيع حقه في الشفعة نظير عوض مالي سقط حقه ولم يجب له العوض ، ومثل ذلك ما إذا باعه . وتوجيه ذلك : أنه اتفاق يقتضي استحقاق مال بالباطل ، فإن الشفعة حق مجرد يتبع الرغبة والمشئبة ، ولا أثر له في المبيع ، وما كان كذلك لا يعد مالا ، ولا يستحق به المال ، ويكون استحقاق المال به وجعله سبباً لذلك مخالفاً للمشروع ، فيلغو ذلك الاتفاق ، ويعتبر إقدام الشفيع عليه رضى منه بالمشتري ، فيسقط لذلك حقه في الشفعة .

وخالف في ذلك كثير من المالكية ، فأجازوا إسقاط حق الشفعة نظير بدل ، وأوجبوا البذل بذلك للشفيع على من التزمه . ولا شك أن هذا بين .

ج — التنازل عن الشفعة لبعض الشفعاء : إذا تنازل شفيع لأحد الشفعاء عن حقه في الشفعة بعد ثبوته له ، وكان ذلك قبل تملكه المشفوع ، فإنه يسقط لما في ذلك من الرغبة



عنه ، ثم تكون حصته بين سائر الشفعاء بالسوية لا يختص بها من تنوزل له عنها ، لأن المتنازل لم يملك بالشفعة شيئاً يصح أن يملكه لغيره .

د - رضا الشفيع بالمشتري : إذا علم به فرضيه جاراً أو شريكاً ، بأن كان منه ما يدل على ذلك سقط حقه في الشفعة ، لأن هذا الحق لم يشرع إلا للدفع ما يتوقع من ضرر الدخيل ولا يتوقع منه ضرر للشفيع بعد أن رضى عنه .

الثاني : الرغبة عنها دلالة . ويندرج تحت ذلك ما يأتي :

أ - تأخير طلب الموائبة عن وقته بلا عذر : كأن يعلم بالعقد والمبيع وبالتمن والمشتري ثم لا يبادر إلى الإعلان عن تمسكه بحقه في الأخذ بالشفعة بلا عذر حتى ينتهي المجلس . فإذا علم ، فقال : على أن أتروى في الأمر ونحو ذلك ولم يطلب ، سقط حقه في الشفعة .

ب - تأخير طلب التقرير عن وقته من غير عذر ، أو عدم القيام به في مكانه كما قدمنا وكذلك ترك الإشهاد عليه عند من يشترطه في طلب التقرير ، أما عند من يرى أنه حسن فلا يكون تركه مسقطاً للشفعة .

ج - تأخير طلب الخصومة أمام القاضى ، مع التمكن منه عند غير أبى حنيفة ، وقد فصلنا ذلك .

د - مساومة الشفيع للمشتري في المبيع بعد علمه بشرائه ولو كان ذلك بعد مطالبته بالشفعة : كأن يطلب منه استئجاره أو شراءه بثمن أقل ، أو إشراكه معه فيه ، لأن ذلك يعد رضاً منه بشركته أو بجواره ، فإن للاجارة مدة تنتهى بانتهائها ، فيعودان خليطين ، أو جارين ، وطلب الشراء بثمن أقل يتضمن عدم الرغبة في المبيع بالتمن المتفق عليه ، و يتضمن الرضا بالشركة أو المجاورة مع هذا ، وطلب الاشتراك صريح في الرضا بالشركة ومن يرغب في شركته يرغب في جواره .

أما إذا لم يعلم بالشراء ولكنه ساومه على زعم أنه قد تملكه بالهبة مثلاً لم يسقط حقه ، إذ لا علم له بثبوت حق له حتى يعد ذلك دليل إعراضه عنه .

ه - قيام الشفيع ببيع المشفوع فيه بالوكالة عن مالكه ، فإذا وكل الشريك شريكه في بيع حصته أو الجار جاره في بيع داره أو أرضه فباعها له لم يكن لهذا الوكيل حق أخذها



بالشفعة بناء على هذا البيع ، لأن قيامه بذلك يتضمن رغبته عن أخذه بالشفعة ، ذلك لأن الوكيل في البيع يعتبر مملوكاً ، وبسبب مباشرته للعقد يكون ملتزماً بتسليم المبيع إلى مشتريه وبإتمام تلك الصفقة له ، فإذا ما جاز أخذ المبيع في هذه الحال بالشفعة كان ساعياً في نقض ماتم من جهته ، وكان ذا موقفين متناقضين متعارضين ، أحدهما : يلزمه بتسليم المبيع وذلك باعتباره بائعاً . وثانيهما : يجعل له حق استبقائه ، وذلك باعتباره شافعياً فلا يقبل منه ذلك وهذا بخلاف قيامه بشراء العقار المشفوع فيه بالوكالة عن المشتري ، لأن قيامه بهذا العقد يعتبر سعيًا منه في تحقيق سبب شفيعته ، ولا يكون به ملتزماً بأن يسلم المبيع إلى مشتريه ، لأن له أن يتخلى عن ذلك ، لأنه متفضل بوكالته عنه فلا يلزم بشيء لمن اشترى له ، ولذا لا يكون في موقفه تناقض ، فيثبت له حق الشفعة .

وضمن الشفيع المشتري في الثمن للبائع ، وكذلك ضمانه للمشتري الدرك : فإذا ما ضمن الشفيع للبائع المشتري في الثمن ، أو ضمن للمشتري درك البيع ، كان ذلك منه رضاً بتمام البيع للمشتري فيسقط حقه في الشفعة بذلك الضمان .

الثالث : مطالبة الشفيع ببعض العقار المبيع عند علمه به على رأى محمد ، خلافاً لأبي يوسف وقد بينا هذا .

الرابع : أن يُخرج الشفيع العقار المشفوع به من ملكه قبل تملكه المشفوع فيه ، سواء أ كان يعلم ببيعه أم لا . فإذا باع شخص حصته من الدار المشتركة بعد أن باع شريكه حصته فيها سقط حقه ، سواء أ كان يبيعه لحصته بعد أن طلب الأخذ بالشفعة أم قبل أن يعلم أن شريكه قد باع حصته .

الخامس : موت الشفيع قبل تملكه العقار المشفوع فيه ، فيسقط حقه في الأخذ بالشفعة بموته ، ولا ينتقل إلى ورثته ، وقد بينا ذلك أيضاً فيما مضى .

وقد علمت أن أرجح الآراء عند الحنابلة أن الشفيع يملك العقار المشفوع فيه بطلبه دون حاجة إلى رضاً من المشتري أو قضاء من القاضى ، وعلى هذا إذا توفى الشفيع بعد الطلب فقد توفى وهو مالك للمشفوع فيه ، فيورث عنه ، لأنه عين مالية مملوكة . أما إذا توفى قبل الطلب فلا يكون للوارث حينئذ حق الشفعة لسقوطه بالموت حينئذ .



## العقد

العقد في اللغة : له معان كثيرة ، يظهر فيها معنى الربط والشد والتوثيق والإحكام والقوة والجمع بين شيئين ، مما يجمعه ويتضمنه في الواقع معنى الربط .

والمعنى الفقهي لهذه الكلمة لا يبعد عن هذا المعنى اللغوي ، لأنه ضرب منه ، وأصوره من صورته ، فإذا قلت لصديق لك : بعثك هذا الكتاب بخمسين قرشاً ، فأجابك بقوله : قبلت . فإنك قد التزمت بكلامك أن يصير الكتاب ملكاً للصديق نظير أن تملك من أمواله خمسين قرشاً ، وقد التزم الصديق كذلك أن يكون لك من أمواله هذا المبلغ نظير أن يملك هو هذا الكتاب ، وربط هذين الالتزامين أحدهما بالآخر بإنشاءهما في موضوع واحد ( وهو تبادلكما الكتاب والتمن ) على وضع جعل فيه الثاني قبولاً للأول وإقراراً له ، حتى صار بذلك تملك أحد هذين البديلين مرتبطاً بتملك الآخر بحيث لا يوجدان إلا معاً ، ولا ينفك أحدهما عن الآخر . هذا الربط هو العقد ، أو ما يسميه الفقهاء بالعقد .

وأول هذين الكلامين هو ما يسمونه إيجاباً ، لأنك توجب به على نفسك أن تتخلى عن ملكية الكتاب لصاحبك ليكون ملكاً له نظير أخذك هذا المبلغ . وثانيهما : هو ما يسمونه قبولاً ، لقبول صاحبك به ما عرضته عليه .

ويسمون ارتباط أحد هذين الكلامين بالآخر ، واتصاله به على الوجه الذي شرحناه انعقاداً . وسنشرح لك فيما يأتي معاني هذه الأسماء .

معنى العقد عند الفقهاء — من البيان المتقدم ، نستطيع أن نعرف العقد عند الفقهاء بأنه الربط بين كلامين « أو ما يقوم مقامهما » صادرين من شخصين ، على وجه يترتب عليه أثره الشرعي . وقد علمت أن ذلك الربط لا يتم إلا باتحاد موضوعهما ، وجعل ثانيهما إقراراً لأولها ورضاً به ، بحيث يفهم من مجموعهما وجود إرادتين متوافقتين على إنشاء التزام شرعي مطلوب لهذين الشخصين ، ففي المثال المتقدم : صدر منك ومن صديقك عبارتان هما : « بعثك هذا الكتاب بخمسين قرشاً ، وقبلت » اتحد موضوعهما وهو التبادل بين الكتاب والتمن . وصدرت الثانية - وهي « قبلت » إقراراً للأولى وهي « بعثك الكتاب بخمسين قرشاً » ورضاً بها على وجه يتبين منه وجود إرادة منك بتملك الثمن من



صديقك ، وتركك الكتاب له والتزامك بذلك عند رضاه . ووجود إرادة من صديقك بالتزامه أن يعطيك الثمن ويأخذ الكتاب منك . والتزامه لك بذلك مقابل - « بالتزامك السابق ، وبهذين الكلامين المعبرين عن هاتين الإرادتين أنشأتما التزاماً شرعياً مطلوباً لكما ، وهو تبادل كما الكتاب والثمن .

وستعلم مما يأتي أن العقد كما يتحقق بالربط بين كلامين لشخصين على الوجه المبين يتحقق كذلك بين كلام من أحد الطرفين وفعل من الآخر يدل على إرادته ، سواء أكان كتابة أم إشارة أم تسليماً ، كما إذا قال أحدهما : كل هذا الطعام بقرش ، فأكله في الحال أو قال أحدهما : بعثك هذا الكتاب بعشرة قروش ، فكتب : قبلت ، وهكذا ، وكذلك يتحقق العقد بالربط بين ما يقوم مقام الكلامين في الإيفاء والتعبير عن إرادتي الطرفين من فعلين يصدران منهما أو إشارتين مفهمتين ، كما في البيع بتسليم المبيع وأخذ الثمن دون أن يصاحب ذلك تكلم ، وهو ما يسميه الفقهاء بيع التعاطي . وكما في البيع بواسطة الكتابة أو بواسطة الإشارة بين آخرين ، إذ يترتب على ذلك أثره الشرعي ، وهو انتقال ملكية المبيع إلى المشتري ، وانتقال ملكية الثمن إلى البائع .

ومن هذا يتبين أن المناط في وجود العقد على وجه الإجمال هو التحقق من وجود إرادتي العاقدين وتوافقهما على إنشاء التزام شرعي بينهما بما يدل على ذلك من عبارة أو كتابة أو إشارة أو فعل . وسيأتي لذلك زيادة بيان .

وكثيراً ما يطلق العقد ويستعمل فيما يتم به الارتباط بين العاقدين ، من كلامين أو كتابتين ، أو إشارتين أو فعلين ، أو لفظ وفعل . فيسمى مجموع : بعث كذا بكذا ، وقبلت ذلك : بعقد البيع وهكذا ، وقل أن تجد في عبارات الفقهاء عند شرحهم للعقود التفصيلية غير هذا ، فيريدون بالعقد الكلامين المرتبطين ، أو ما يقوم مقامهما .

ذلك العقد عند الفقهاء في أكثر إطلاقاته لا يعنون به في أكثر عباراتهم إلا الالتزام الذي ينشأ بين طرفين ، أو ما يتم به هذا الالتزام . أما ما يكون من طرف واحد ، فلا يسمى عقداً على هذا المعنى ، وإنما يسمى التزاماً أو تصرفاً ، وذلك كالوقف لأنه يتم من المالك وحده ، دون أن يشركه فيه شخص آخر . وكذلك الطلاق المجرد عن المال . ومثله العتق



والتنازل عن الحقوق ، كالتنازل عن حق الشفعة ، أو عن حق المرور أو المسيل ، أو عن رد المبيع بسبب عيب يظهر فيه ، كل ذلك لا يسمى عقداً على المعنى المتقدم ، وإنما يسمى تصرفاً ، أو التزاماً ، إذا كان ملزماً . فإن لم يكن ملزماً سمي وعداً أو عدة ، كأن تقول لآخر : سأقرضك عشرين جنيهاً ، أو سأسافر معك غداً .

وللعقد استعمال آخر . أعم من هذا ، فإنك تجد بعض الفقهاء عندما ما يبينون الأحكام العامة للعقود ، ويفصلون قواعدها الأساسية يستعملون كلمة العقد ، ويريدون بها جميع الالتزامات الشرعية ، سواء أكانت اتفاقاً بين طرفين أم كانت التزاماً من شخص واحد وترى هذا في كتب المالكية والشافعية والحنابلة أظهر منه في كتب الحنفية ، والعقد بهذا أقرب إلى معناه اللغوي ، وهو أعم من المعنى الأول ، لأنه في هذا الاستعمال ينتظم جميع الالتزامات التي تنشأ بإرادتين ، كالبيع والإجارة ، وما إلى ذلك ، والتي تنشأ بإرادة واحدة ، كالوقف والطلاق والإعتاق والإبراء ، وكذلك ينتظم جميع التبرعات عند من يرى أنها تتم من جانب واحد هو المتبرع ، كالهبة والصدقة والوصية ، وسيأتى بيان ذلك ، وعلى هذا يكون للعقد عند الفقهاء معنيان : معنى خاص ، وهو الأكثر تداولاً واستعمالاً ، وذلك ما بيناه ابتداءً ، ومعنى عام ، وهو ينتظم جميع الالتزامات الشرعية ، وهو بهذا المعنى يرادف كلمة التزام ، ولا يزال أخص من كلمة تصرف ، لأن التصرف ينتظم الالتزام وغير الالتزام ، كالاتهلاك والانتفاع وغيرها .

### ركن العقد — الإيجاب ، القبول .

كما قدمنا يتبين أن كل عقد « بالمعنى الخاص » يتكون من عبارتين مرتبطتين ، صادرتين من شخصين هما : العاقدان . وقد علمت أن أولاهما : تسمى إيجاباً ، وثانيتها : تسمى قبولاً ، ومجموعهما يسمى كذلك : بالعقد كما بينا ، وإذن فالإيجاب والقبول المرتبطان أحدهما بالآخر ركنا العقد « بالمعنى الخاص » لأنه يتكون منهما ، أو مما يقوم مقامهما ، كما ذكرنا من قبل .

الإيجاب والقبول — الإيجاب : ما صدر ابتداءً من أحد العاقدين ، والقبول : ما صدر ثانياً من الآخر رضاً به . فإذا قال شخص لآخر : بعك هذا القلم بكذا . كان منه



إيجاباً وإذا أجابه الآخر بقوله: « قبلت » ، كان ذلك قبولاً . وإذا كان المبتدئ من يريد الشراء ، فقال : « اشتريت هذا القلم بكذا » كان ذلك إيجاباً ، وإذا أجابه البائع بقوله : « قبلت ذلك » ، أو مافى معناه كان قبولاً .

انعقاد العقد — يراد بانعقاد العقد وجوده في نظر الشارع واعتباره قائماً ، وإن لم يكن سليماً من العيوب .

ويتحقق للعقد هذا الوجود بتحقق الارتباط بين الإيجاب والقبول . وإنما يتحقق الارتباط بينهما عند توافر الشروط الآتية :

الشرط الأول — أن يكون كل من الإيجاب والقبول معبراً عن إرادة معتبرة في إنشاء العقد ، ويم ذلك بأمرين :

أحدهما : أن يكون كل منهما واضح الدلالة على وجود تلك الإرادة ، فإن كانت دلالاته على وجودها محل احتمال وشك لم يوجد الارتباط ، لأن الارتباط في الواقع إنما يوجد بين الإرادتين اللتين يستدل عليهما بالإيجاب والقبول ، وذلك يعتمد التحقق من وجودهما .

ثانيهما : أن يصدر كل منهما من شخص مميز ، حتى تكون إرادته معتبرة ، فإن صدرا من مجنون أو نائم أو صبي لا يعقل لم يتحقق الارتباط ، لعدم وجود الإرادة المعتبرة إذ لا إرادة لهؤلاء ومن في حكمهم . وسيأتي لذلك زيادة بيان عند كلامنا على العاقد .

الشرط الثاني — أن يتحدد موضوعهما ، وذلك بتوافقهما على معنى واحد ، فيصدر القبول موافقاً للإيجاب ، سواء أ كانت موافقته للإيجاب حقيقية ، كما إذا قالت امرأة لشخص : تزوجتك على ألف جنيه ، فقال : قبلت ، أم كانت موافقة ضمنية ، كما إذا أجابها في الصورة السابقة بقوله : قبلت زواجك بألفي جنيه ، فإن قبول تزوجها بالألفين متضمن لقبول تزوجها بالألف بطريق أولى ، غير أنه لا يلزم إلا بالألف ، لأن التعاقد بينهما ما كان إلا عليه ، ولا يلزم بالألفين إلا إذا قبلتهما الزوجة في نفس المجلس ، فإن الزوج لا يستطيع أن يدخل في ملكها شيئاً جبراً عنها ، ولكن إذا أجابها بقوله : قبلت زواجك بخمسمائة ، لم يكن ذلك موافقاً للإيجاب ، ولم يعد قبولاً ، وإنما يعد إيجاباً مبتدأ من قبله ، ولا يتم العقد به إلا إذا أعقبه



قبول موافق له من الزوجة ، وهكذا الحكم في كل قبول جاء مقيداً بوصف أو شرط لم يصدر به الإيجاب .

الشرط الثالث — أن يكون محلها قابلاً لحكم العقد شرعاً ، فإن كان غير قابل للحكمه شرعاً بأن يكون الشارع قد نهى عن أن يكون محلاً للعقد ، فلا يتحقق الارتباط ، ولهذا كان بيع ماليس بمال — كالميتة — بيعاً باطلاً لا وجود له ، ولا يتحقق فيه ارتباط بين الإيجاب والقبول ، ومثل ذلك : استئجار النائمة للنوح ، وسيأتي تفصيل ذلك عند كلامنا على محل العقد .

الشرط الرابع — اتصافها ، ويتحقق بتوافر أمرين :

أولها : علم كل عاقد بما صدر من صاحبه إذا كانا مجتمعين ، لأن ذلك أساس اتصال إرادتهما وتوافقهما ، فيعلم القابل إيجاب الموجب . وذلك بأن يسمع الإيجاب ويفهمه ، إن كان باللفظ أو بالكتابة ، أو يراه إن كان بالإشارة أو بالفعل ، وهكذا حتى يعد ما يصدر منه قبولاً ، ويعلم الموجب قبول القابل على ذلك النحو ، حتى يوجد التزامه بوجود ما علقه عليه من القبول . فإذا صدر من شخص إيجاب بعقد ، وكان موجهاً إلى آخر فلم يسمعه ولم يعلمه ، وصادف أن صدرت منه عبارة تصح أن تكون قبولاً لهذا الإيجاب لم ينعقد العقد ، وكذلك الحكم إذا قبل القابل إيجاب الموجب بعد علمه به ، ولكن الموجب لم يسمع ذلك القبول أو لم يفهمه ، كأن صدر بلغة لا يفهمها ، فلم يعرف المراد منه ، فلا ينعقد العقد بذلك لما قدمنا . راجع فتح القدير من باب البيع .

« مجلس العقد »

ثانيهما : أن يصدر في مجلس واحد دون أن يفصل بينهما ما يدل على إعراض من أحد العاقدين عما صدر من إيجاب ، فإذا صدر الإيجاب من البائع مثلاً في مجلس ، سواء أكان في حضرة المشتري أم كان في غيبته ولم يرسل به إليه رسولاً أو كتاباً ، ثم صدر القبول بعد ذلك في مجلس آخر لم يرتبط بالإيجاب ولم ينعقد العقد ، ذلك لأنه لا يرتبط به إلا إذا اتصل به . ولا اتصال مع تعدد المجلس ، لأن الإيجاب ينتهي ويبطل بانتهاء مجلسه ، فإذا حصل قبول بعد ذلك حصل الإيجاب معدوم . ولا اتصال بمعدوم . أما انتهاء



الإيجاب و بطلانه بانتهاء المجلس فذلك لأن الإيجاب كلمات تنتهى وتنعدم بمجرد التكلم بها وقد اعتبر العرف مدلولها باقيا ما بقى المجلس ، فإذا انتهى المجلس زال هذا الاعتبار ، ذلك لأن العرف قد اتخذ بقاء المجلس دليلا على بقاء إرادة الموجب وتمسكه بها في مدته ، حتى يتهيأ للطرف الآخر فرصة تمكنه من النظر والتروى والموازنة بين البدلين وغير ذلك مما لا يستغنى عنه إبرام العقود ، فإذا انتهى المجلس اعتبرت تلك الإرادة منقضية ، وذلك العرض الذى يعرضه الموجب منتهياً لكي يسترد حريته التامة واختياره الكامل في التعاقد مع غيره أو الاحتفاظ بسلعته ، ولكيلا يناله ضرر فيما إذا ارتفعت الأسعار وتغيرت الظروف إذ قد لا يتيسر له في هذه الحال أن يعدل عن إيجابه ، لأنه لا يرضى بأن يعدنا كئناً . وعلى ذلك إذا قال إنسان لآخر : بعثك كتابي هذا بكذا ، أو أجرتك دارى هذه سنة بكذا ، ثم ترك المجلس إلى غرفة أخرى قبل القبول ممن يخاطبه أو ترك المجلس من يخاطبه قبل أن يقبل بطل الإيجاب ، حتى لو عاد بعد ذلك إلى المجلس من تركه ثم صدر القبول لم ينقذ البيع ولا الإجارة . وقد تغالى بعض الفقهاء في ذلك فذهبوا إلى أن قيام أحد المتعاقدين من عقود مغير للمجلس ومبطل للإيجاب . بل ذهبوا إلى أن العقود لا تنقذ بين ماشيين ، لأن القبول سيكون بعد تحرهما من مجلس الإيجاب أى مكانه ، ولكن ذهب آخرون إلى أن المجلس لا يعتبر متغيراً إلا بتركه على وجه يعتبر في العرف تركاً للإيجاب ، فإذا قام أحد العاقدين من عقود بعد الإيجاب ولم يغادر مكان العقد لم يبطل الإيجاب بذلك ، وإذا تعاقدا اثنان وهما يمشيان انعقد العقد مادام لم يفترقا قبل أن يصدر القبول .

وكذلك يبطل الإيجاب إذا لم يتغير المجلس حقيقة ، ولكن فصل بينه وبين القبول ما يدل على إعراض أحد العاقدين عن إنشاء العقد ، كأن يرجع الموجب عن إيجابه ، أو يعرض عنه باشتغاله بعمل آخر كالاتجاه إلى شخص ثالث والحديث معه في موضوع آخر ، وكان يصدر من وجه إليه الإيجاب ما يدل على إعراضه عنه . مثل أن يقول : لا أقبل هذه الصفقة ، أو يشتغل بعمل آخر كالشروع في أكل أو في صلاة أو في حديث آخر ولو مع البائع ، فإذا حصل شيء من ذلك بطل الإيجاب ولم يبق له وجود ، فإذا صدر بعد ذلك قبول لم يرتبط به ، لأنه لا ارتباط بمعدوم ، أما بطلان الإيجاب بعدول الموجب وإعراضه .



فذلك لأنه إنما التزم التزاماً معلقاً على قبول من توجه إليه بالإيجاب . فكان قبل القبول غير ملتزم بشيء ، وله تمام الاختيار في أن يعود إلى حالته الأولى ، فيجوز له أن يرجع لذلك وأما بطلانه بإعراض من وجه إليه ، فلأنه إنما وجه إليه ليقبله أو يرفضه . فإذا قبله تم العقد ، وإذا رفضه استرد الموجب برفضه حرিতে ، وكان له أن يعيد النظر في الأمر ، فإذا صدر القبول حينئذ لم يصادف إيجاباً قائماً ، ولا إرادة في العقد باقية فلا ينشأ العقد من أجل ذلك .

وقد ذهب بعض الفقهاء إلى أن اشتراط اتحاد المجلس يغني عن كل ذلك ، لأن تغير المجلس وتبدله قد يكون حقيقياً وذلك بانتقال أحدهما إلى مكان آخر ، وقد يكون حكماً وذلك بمحصول ما يدل على الإعراض من أحد الطرفين ، لأن مجلس العقد ينتهي بالإعراض عن العقد ، وبيئديء مجلس آخر ليس للعقد ، وهذا كلام وجيه .

ذلك هو الحكم عند اجتماع العاقدين ، أما إذا كانا مفترقين متباعدين ، فاستعملا الرسالة أو الكتابة في إنشاء العقد فأرسل أحدهما إلى الآخر رسولا بالإيجاب أو كتابا إليه به ، فإن مكان الإرسال أو الكتابة لا يعتبر مجلساً للعقد ، ولكن مجلسه حيث يبلغ الرسول رسالته إلى المرسل إليه أو حيث يقرأ المرسل إليه ذلك الكتاب .

فإذا أبلغ الرسول رسالته كانت عبارته إيجاباً ، وكان إيجابه بمنزلة إيجاب المرسل نفسه ووجب لذلك أن يتصل به قبول المرسل إليه على الوجه الذي بيناه . وإلا بطل هذا الإيجاب . وعلى هذا إذا بلغ الرسول الرسالة فقام المرسل إليه من مجلسه ، أو اشتغل بعمل آخر كأن يسأل الرسول عن صحة المرسل أو عن أخباره بطل الإيجاب ، حتى إذا صدر من المرسل إليه القبول بعد ذلك لم ينشأ العقد ، ولكن إذا أعاد الرسول بلاغه فصدر القبول عقب هذه الإعادة نشأ العقد . أما ترك الرسول المجلس أو إعراضه أو انتقاله بالحديث إلى موضوع آخر بعد إبلاغه الرسالة فالظاهر أنه لا يترتب عليه بطلان الإيجاب ، لأن المرسل لم يجعل له حق إبطاله . وإذا وصل الكتاب إلى المرسل إليه فقرأه . كانت قراءته أو قراءة غيره له إذا قرأه عليه آخر إيجاباً ، وقد يعلم ما يحويه بمجرد النظر فيه ، فتعتبر حينئذ الكتابة المسطرة إيجاباً . فإذا اتصل قبوله بذلك نشأ العقد وتم ، أما إذا فصل بين علمه بما



فيه وبين قبوله ما يدل على إعراضه عن هذا الإيجاب ، ثم قبل بعد ذلك لم ينشأ العقد إلا إذا قرئ الكتاب مرة أخرى في مجلس آخر ، فيصح حينئذ القبول في هذا المجلس ، وإن لم يقبل في المجلس السابق . ومن العلماء من اعتبر أن الإيجاب قائم بقيام الكتاب فإذا قبل المرسل إليه في أى وقت نشأ العقد لقيام الإيجاب .

ومما ينبغى ملاحظته أن اشتراط اتحاد المجلس لتحقيق الارتباط بين الإيجاب والقبول لا يشمل بعض العقود ، كالوصية والإيضاء والوكالة ، فالقبول في الوصية يجب أن يكون في مجلس آخر غير مجلس الإيجاب ، ذلك لأن الإيجاب يكون من الموصى حال حياته ، والقبول لا يكون له اعتبار إلا إذا صدر من الموصى له بعد وفاة الموصى ، حتى إذا صدر منه حال حياة الموصى لم يعتبر ، ووجب لتمام عقد الوصية إعادته بعد الوفاة والقبول في الإيضاء يصح أن يكون بعد انتهاء مجلس الإيجاب ، والقبول في الوكالة يصح أن يكون بعد مجلس الإيجاب ، ولذا يجوز توكيل الغائب . فإذا علم بالوكالة وقبل تم العقد وأصبح بذلك وكيلاً .

### العبرة الواحدة وأثرها

قد يترتب على العبرة الواحدة عقد بين شخصين إذا صدرت من شخص له صفتان ، كوكيل عن رجل وامرأة في تزويج أحدهما بالآخر ، فإنه يزوجهما بعبرة واحدة ، كزوجة فلانا بفلانة ، وذلك لأنها في مقام عبارتين ، فهى من جهة أحدها إيجاب ، ومن جهة الآخر قبول . أما إذا صدرت من شخص له صفة واحدة ، فإن كانت دالة على التزام مستقل غير متوقف على التزام من آخر ولا على رضاه ، تم بهما العقد بمعناه الأعم ، وهو مطلق الالتزام كما في الوقف والإبراء ، والطلاق المجرد . واليمين وإن دلت على التزام متوقف على التزام من آخر ، كالإيجاب في عقود المعاوضات مثل البيع والإجارة ، لم يترتب عليها التزام . ولذا كان للموجب أن يعدل عن إيجابه ، لأنه إذا كان قد التزم بإيجابه فإن التزامه معلق على قبول الآخر ، وما دام الآخر لم يقبل فلا وجود لالتزامه ، ولم يكن معنا إلا عرض يجوز لباذله أن يعدل عنه .

### صيغة العقد

صيغة العقد : هى صورته فى الخارج ، أو ما يقوم به العقد فى الخارج من إيجاب وقبول



على وضع خاص ، إن كان العقد التزاماً بين طرفين ، وهي الإيجاب فقط إن كان التزاماً من جانب واحد .

والأساس في صحة الصيغة : أن تكون دالة في عرف العاقدين أو العاقد على إرادة إنشاء العقد دلالة ببينة غير محتملة لمعنى آخر كالعادة أو المساومة ، ولا يضير بعد هذا أن تكون لفظاً أو غير لفظ ، كالكتابة والإشارة والفعل . ولذا قال مالك : يقع البيع بما يعتقده الناس بيعاً . وعلى ذلك إذا كانت بالفاظ ، فلا يضر أن تكون بأية لغة من لغات العالم ، وبأية كلمة دالة على إرادة إنشاء العقد ، لا يخرج عن ذلك إلا عقد الزواج عند الشافعي ومالك وأحمد ، إذا اشترطوا في انعقاده أن يكون بالفاظ مشتقة من مادة الزواج أو النكاح ، كزوجت ونكحت ، لورود الحديث عنه في القرآن بذلك ، والراجح مذهب الحنفية في أنه لا فرق بين عقد الزواج وغيره .

وأدل الأساليب على إنشاء العقود على العموم صيغة الفعل الماضي مثل بعت ورهنت ، لدالاتها على التحقق . أما صيغة المضارع والأمر ، كأبيعت وبعني ، فصالحتان إن اقترن بهما ما يجنبهما احتمال إرادة شيء غير إنشاء العقد ، وهذا هو الراجح ، ومثل ذلك في الحكم الجملة الإسمية كأنا بائع ، أو حرف الجواب . كنعم ، جواباً عن بعتك بكذا ، فالناتج وضوح الدلالة وعدم الاحتمال في صلاحية العبارة لأن تكون إيجاباً أو قبولاً ، لا شيء غير ذلك على الأصح . أما الكتابة فتقوم مقام اللفظ إذا كانت مستبينة ، وهي التي تبقى صورتها بعد الانتهاء منها ، ولا تعتبر الكتابة غير المستبينة كالكتابة على وجه الماء . وعلى ذلك لجميع العقود تنعقد بالكتابة ، فيكون الإيجاب كتابة ، والقبول كذلك ، سواء أكان ذلك ممن يستطيع النطق أم ممن لا يستطيعه ، ولا يستثنى من ذلك إلا عقد الزواج ، فلا ينعقد بالكتابة عند حضور الزوجين إلا عند العجز عن النطق . ومثل الكتابة في انعقاد العقود الإشارة من الأخرس إذا كانت مفهومة معروفة . فإن كان لا يعرف الكتابة صحت جميع العقود بإشارته اتفاقاً ، وإن كان يعرف الكتابة ، اختلف رأى الفقهاء ، فمنهم من لا يعتبر إشارته حينئذ ، ومنهم من يعتبرها . أما إشارة الناطق فغير معتبرة مطلقاً .

وأما التعاقد بالأفعال ، فمن العلماء من أجاز إنشاء العقود بالأفعال الدالة على الإرادة



كالتعاطى وما يشبهه ، ومنهم من قيد ذلك بقيود ، كجريان العرف بإنشاء العقود بهذه الأفعال ، ولذا أجازوا انعقاد البيع بالتعاطى فى الأشياء الحقةرة ، لجريان العرف بذلك دون الأشياء النفيسة لعدم جريانه فيها بالتعاطى .

### عبارة العاقد ونيته

علمنا مما تقدم أن كل عاقد لابد أن يكون له نية أو إرادة ، وأنه لابد من أن يفصح عنها بوسيلة من وسائل الإظهار والتبيين ، كالعبارة ، أو الكتابة ، أو الإشارة ، أو نحو ذلك ، وأن إرادته فى الحقيقة هى أساس إنشاء العقود ، وأن وسيلته فى الإفصاح عنها ليست إلا مظهرها وصورتها فى الخارج .

ولكن لما كانت النية أو الإرادة أمراً باطنياً لا سبيل إلى معرفته إلا من جهة صاحبها وذلك بما يصدر عنه مظهراً لها لم يكن فى الإمكان الاعتماد عليها شرعاً فى إنشاء العقود والالتزامات والقضاء فيها عند النزاع عليها ، ووجب لهذا أن يكون المرجع فى ذلك ما تكشف به هذه الإرادة من لفظ أو غيره مما يصدره صاحبها عند التعاقد للإفصاح عنها ، لأنه أعرف بما فى نفسه من غيره ، فكان ما يظهره دليلاً على ما يبطنه ، فإن كان الظاهر منحرفاً كان الباطن كذلك فى اعتبارنا منحرفاً ، وإن كان مستقيماً كان الباطن كذلك ، وهذا أصل شرعى كلى ، وعلى هذا الأساس تنشأ العقود وترتبط المواثيق .

وبناء على ما ذكر لا يترتب على نية العاقد المجردة ولا على إرادته الجازمة عقد ولا التزام مادام كل منهما أمراً باطنياً لم يظهر فى شكل قول أو فعل ، فلا يلزم بأن يتصدق بمال معين إذا ما أراد ذلك ونواه ولم يظهره ، ولا يلزمه الطلاق ، إذا ما اعتزمه فى نفسه ، ولا الوقف إذا ما اتواه وهكذا .

ذلك هو حكم الإرادة ما دامت مستترة فى النفس . أما العبارة وما فى حكمها من وسائل الإظهار ، فهى أساس العقد فى الخارج ومرجع الحكم عليه فى الظاهر ، ولكن بشرط أن تكون هى أو ما فى حكمها بياناً لإرادة صحيحة فى إنشاء التزام .

وتفصيل ذلك : أن العبارة قد تصدر من صاحبها من غير قصد إلى أن ينطق بها ،



وتدل القرائن والدلائل المتصلة بها على ذلك ، وقد تصدر من صاحبها قاصداً أن يتلفظ بها ولكن من غير فهم لما تدل عليه مطلقاً ، أو مع فهمه لمعناها ولكنه قد أتى بها لأغراض أخرى غير ما تدل عليه من عقد ، ومن ذلك : أن ينطق بها متظاهراً أنه ينشئ ما تدل عليه من عقد ولكن من غير أن يريد إنشاءه . وقد تصدر من صاحبها مع القصد إليها وإلى تحقيق معناها ، وحينئذ تكون دالة على وجود إرادة بإنشاء التزام معين ، وعندئذ تترتب عليها آثارها الشرعية .

فإن صدرت من صاحبها من غير أن يكون وراءها إرادة وقصد إلى إنشاء التزام كانت على الجملة لاغية . لأن قوام العقد في الحقيقة إرادة العاقد وقصده ، وليس لعبارة قيمة إلا باعتبار أنها مظهر تلك الإرادة في الخارج ودالة على وجودها . فإذا تبين أن ليس وراءها هذه الإرادة لم تكن إلا حركات لسانية لا قيمة لها ولا أثر ، وهاك تفصيل ذلك .

١ - أن تصدر من غير قصد إلى التلفظ بها ، كما في عبارة النائم والمجنون والصبي الذي لا يميز . وهي في هذه الحال أصوات مهمة لا ينشأ عنها عقد ، ولا يترتب عليها التزام ، واستثنى جمهور العلماء من هذا الحكم عبارة السكران « بمحرم » الذي لا يعي ، فإنهم أخذوه بعبارة وألزموه بما يترتب عليها من طلاق ويمين وبيع وإجارة وغير ذلك من العقود عقوبة له وقصداً إلى زجره ، وإن كان حين تلفظه بها مغلوباً على أمره وقصده إليها غير صحيح ، وخالف في ذلك بعض المالكية ، وآخرون من غيرهم فجعلوه كالمجنون لا يترتب على عبارته أي التزام ولا ينشأ عنها أي عقد ، وعلى ذلك لا يقع طلاقه . وهذا ما اختاره الكرخي والطحاوي ، ومحمد بن سلمة ، وبه أخذت لأئمة ترتيب المحاكم الشرعية « المادة الأولى من المرسوم رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ » .

٢ - أن تصدر من صاحبها مع القصد إلى التلفظ بها ، ولكن من غير فهم لما تدل عليه إجمالاً وتفصيلاً ، وذلك كما في عبارة من يلقي جملة تقتضي التزاماً بلغة لا يعرفها ، فيتلفظ بها ولا يفهم ما يراد منها ، مثل أن يلقي : بعث ، أو وقت ، أو طلقت ، وهو لا يعرف ما يراد بهذه الألفاظ ، وهي في هذه الحالة أصوات مهمة لا يترتب عليها أثر شرعي .

٣ - أن يتلفظ بها صاحبها لأغراض لا تتصل بإنشاء ما تدل عليه من عقد ، كأن تصدر منه ، ترديداً لعبارة صدرت من غيره لحفظها مثلاً ، أو لاستبانة ما كان وحدث



أو لقراءة ما كتب : من غير أن يراد بذلك إنشاء عقد بها . ففي هذه الأحوال كلها لا يترتب على العبارة أى أثر ، ومن ذلك عبارات المدرسين فى دروسهم ، والقارئىن فى كتب الفقه والقانون . ( راجع المحوى على الأشباه والنظائر فى أحكام العقود والكتابة من الفن الثالث ) .

٤ — أن تصدر منه مع قصده إليها مظاهراً بأنه ينشئ بها عقداً ، ولكن من غير أن يريد بها إنشاءه . وتحت ذلك حالتان : الأولى : أن تصدر عن اختيار من صاحبها لغرض قصد إليه غير إنشاء العقد ، كالهزل والاستهزاء والخداع والسمة . الثانية : أن تصدر منه كذلك ، ولكن لا عن اختيار صحيح ، بل تلفظ بها دفعاً للأذى عن نفسه ، كما فى عبارة المكره .

ففى الحال الأولى : نرى أن صاحبها قصد مختاراً إلى أن يتلفظ بها ، ولكنه أراد غير ما تدل عليه . فجزدها من معناها هازلاً مع من يخاطبه . أو مستهزئاً به ، أو مظاهراً بما لا يريد ، ولذا كان الحكم عليها محلاً لاختلاف النظر ، فمن العلماء من جعلها لاغية ، فلم يرتب عليها التزاماً ، ولم ينشئ بها عقداً ، بناء على أنه قد صاحبها من القرائن ما تدل على أن ليس وراءها إرادة فى إنشاء التزام ، وأن هذه الإرادة هى أساس العقود وقوامها . ومنهم من اعتبرها صحيحة صالحة لأن تكون محققة لمعناها الذى تستعمل للدلالة عليه عادة ، وذلك بناء على أن صاحبها قد قصد إلى إصدارها مع كمال أهليته واختياره ، وهؤلاء فريقان : فريق رتب عليها ما تستعمل فيه . وأنشأ بها ما تدل عليه من التزام ، ولم يعبثوا بما أراده صاحبها من تجريدها من معناها ، لأنه لا يملك ذلك بعد أن قضى به الشارع ، إذ ليس له تغيير ما جاء به ، فإذا ما أتى بالسبب فى إنشاء العقد وهى صيغته لزمه حكمه ، ولا يفيد ما أقامه من القرائن على أنه لم يلتزمه ، وبذلك تستقر المعاملات بابتنائها على أسبابها الظاهرة ويطمئن الناس على تعاقدهم ومعاملاتهم . وهذا ما ذهب إليه الشافعية فى أحد قولهم . وفريق يرى مع صلاحها أنه ينقصها الرضا ، فإذا مرضى صاحبها بأثرها بعد ذلك اعتبرها الشارع عقداً ورتب عليه آثاره ، وهؤلاء هم الحنفية ، غير أن الفريقين قد استثنوا من هذا



الحكم العقود الخمسة الآتية ، فرتبوا عليها أثرها في الحال إذا صدرت بها دون توقف على إجازة ، كما سيأتي :

وبناء على هذا الخلاف : إذا ما صدرت العبارة من صاحبها هازلاً لم يكن لها أثر في المعاوضات المالية وما في حكمها ، كالبيع والإجارة والرهن والكفالة ، عند المالكية والحنابلة لما قدمنا . فلا ينشأ عنها عقد ولا يترتب عليها التزام ، متى قام الدليل على وجود الهزل . أما إذا صدرت في النكاح والطلاق والعتاق والرجعة واليمين ، فإنها تكون صحيحة يترتب عليها أثرها في الحال ، لما في هذه العقود من حق الله تعالى ، ولا يصح لذلك أن تكون محللاً لهزل الهازل ، إذ لا يجوز التلاعب بحقوقه تعالى ، وجعلها محللاً للمزاح والاستهزاء ، وعلى ذلك فطلاق الهازل واقع ، وزواجه صحيح لازم ، وبهذا أتى الحديث : « ثلاث جدهن جد وهزلن جد : النكاح ، والطلاق ، والعتاق » وفي رواية « والرجعة » بدل العتاق وفي رواية أخرى : واليمين فاستثنى الشارع هذه العقود الخمسة تغليظاً على المستهزئ بها حتى تجنب الهزل ، وخالف في هذا بعض المالكية ، فلم يستثن هذه العقود من الحكم السابق . أما الحنفية فقد عرفت أنهم يرون صحة العبارة في هذه الحال ، ولكن لا يرتبون أثرها عليها في غير هذه العقود الخمسة إلا بعد إجازتها . أما في هذه العقود فرأيهم كراى الجمهور . وهو ترتب الأثر عليها .

وذهب الشافعية في قولهم الآخر إلى أن عبارة الهازل معتبرة في كل العقود ، ورتبوا عليها لذلك آثارها ولم يبطلوها بسبب الهزل بها .

وفي الحال الثانية : نرى أن من أصدرها قد أكره على التلفظ بها دفعا لما هدد به من أذى ، فكان غير راغب فيها ولا راض بها ، وكان اختياره النطق بها ليس اختياراً صحيحاً فلم يكن من سبيل إلى الاعتداد بها . واعتبارها صحيحة ، وهذا ما ذهب إليه أحمد ، فلم يترتب على عبارة المسكره أى التزام ، وجعل العقود كلها في ذلك سواء ، لا فرق بين عقد معاوضة وغيره . وبهذا الرأى أخذت لأئمة ترتيب الحاكم الشرعية في عدم وقوع طلاق المسكره . وذهب الحنفية إلى اعتبارها صحيحة لا تترتب عليها آثارها لعدم الرضا بها وهذا في غير العقود الخمسة التي تصح مع الهزل ، فلم ينشئوا بها بيعاً ولا إجارة ولا رهناً ولا كفالة ،



ولعدم القصد إلى التزام آثارها ولكن إذا أجازها المكروه بعد زوال الإكراه ترتبت عليها آثارها حينئذ . وإلى اعتبارها صحيحة تترتب عليها آثارها في هذه العقود الخمسة . لأن الشارع قد جعل اللفظ فيها عند القصد إليه قائماً مقام الإرادة ، فيترتب عليه حكمه ، وإن لم يكن لقائله قصد إلى معناه . ودليل ذلك صحتها من المازل مع انعدام قصده .

وإن صدرت العبارة من صاحبها مع القصد إلى جعلها سبباً شرعياً يترتب عليها التزام معين ، فقد يكون من المتعارف استعمال تلك العبارة في الدلالة على إنشاء هذا الالتزام ، وقد يكون استعمالها في ذلك غير متعارف ، ولكنها مع ذلك تدل على إنشائه بما أضيف إليها من القرائن التي تمنعها من أن تدل على غيره . وفي كلتا الحالتين يرى الفقهاء أنها عبارة صحيحة يترتب عليها الأثر المطلوب متى كانت إرادة العاقد متفقة تمام الاتفاق مع آثار هذا الالتزام وأغراضه الشرعية ، فمن يقول : بعت ، وهو يريد البيع بآثاره الشرعية التي فصلها الشارع يترتب على عبارته هذا الالتزام الذي يطلبه وهو البيع إذا اتصل به القبول ، ومن يقول : تزوجت فلانة ، وهو يريد الزواج الشرعي المحقق لأغراضه من تكوين أسرة صالحة يترتب على عبارته ما يريده من الزواج إذا ما اتصل بها القبول : ويستتبع كل من العقدين حينئذ آثاره الشرعية بلا خلاف في ذلك .

وكذلك الذي يستعمل في إنشاء البيع لفظ الهبة فيقول لآخر : وهبتك هذا المنزل على أن تدفع لي فيه مائة جنيه ويقبل الآخر ذلك منه ، أو يستعمل في الهبة لفظ البيع ، فيقول لآخر : بعتك هذا الثوب بلا ثمن ، فيقبل الآخر ويتسلم منه الثوب ، أو يستعمل البيع في إنشاء الزواج فيقول لامرأة : بيعي نفسك لي على ١٠٠ جنيه ، فتقبل منه ذلك ، أو يستعمل لفظ الوصية في إنشاء الوكالة ، أو لفظ الوكالة في إنشاء الوصية ، أو يستعمل لفظ البيع في إنشاء الإجارة وما إلى ذلك ، كل هذه العبارات يعتبرها الحنفية عبارات صحيحة ، ويرتبون عليها ما تنقده من الالتزامات المطلوبة للعاقدين . ويقولون في سبب ذلك : أن العبرة بالمعاني لا بالألفاظ والمباني .

أما إذا توجهت إرادة العاقد في إنشاء عقده إلى جعله وسيلة لتحقيق غرض لم يكن مقصوداً من شرع العقد وكان هذا الغرض هو الباعث عليه ، فإن الرأي في ذلك يتبع حكم ذلك الغرض ، فإن كان غرضاً مباحاً غير محظور لم يؤثر ذلك في صحة العبارة ولا في



ترتب أثرها عليها ، لأن الغرض حينئذ حاجة للعاقد . وقد رأى العقد وسيلة إليها فجعله طريقاً إلى تحصيلها ومثل هذا شرعت العقود على الجملة .

وإن كان غرضاً محظوراً حرمه الشارع ، فقد اختلف في ذلك رأى العلماء ، فمنهم من سوى بين هذه الحال والتي قبلها . فلم يجعل لذلك القصد أثراً فصحح العبارة ورتب الالتزام المطلوب ولم يعن بالغرض لأنه باطنى ، وإن كان معلوماً لدى العاقدين ، ومنهم من فرق بينهما فأبطل العقد بسبب هذا القصد متى قام الدليل عليه ، واعتبر العبارة لهذا لاغية لا يترتب عليها التزام ، ومن الفريق الأول : أبو حنيفة والشافعى . ومن الفريق الثانى : أحمد بن حنبل وأبو يوسف ومحمد ، وبناء على ذلك تكون الإجارة على عصر العنب لاتخاذ خمرأ . والإجارة على حمل الخمر إلى من يشربها ، وبيع السلاح للكفار أو للبخاة أو لقطع الطريق ، أو لأهل الفتنة ، وهبة المقرض المقرض عقب القرض ، كل ذلك يعتبر عقوداً صحيحة عند أبى حنيفة والشافعى ومن يرى رأيهم ، لأن المدار على العبارة الظاهرة وهى سليمة أما النيات والمقاصد فمتروك أمرها إلى الله ، وتستوجب إثم صاحبها فقط ، ولا تقتضى إبطال عقده .

وذهب الحنابلة إلى إبطال كل هذه العقود ، وكذلك كل عقد يعين على معصية إذا ظهر القصد ، وإن جاز أن يزول ذلك القصد ويتبدل ، لأنها قد اتخذت وسيلة إلى أمر غير مشروع ، وما جعلها الشارع وسيلة إلى محرم ، وفى تصحيحها الإعانة على المعصية ، والإعانة عليها بأى طريق أمر محظور بل ربما كان الوصول إليها بطريق الخديعة والغش أشد نكراً من الوصول إليها بطريق ظاهر علنى ، إذ يمكن حينئذ تلافيه واتقاؤه .

### تأثير إرادة العاقد فى إنشاء العقود وتجديد آثارها

من المقرر أن العقود إنما شرعت للحاجة والمصلحة لا لمحض العبادة ، وأنها تنشأ وتوجد بإرادة العاقد الظاهرة ، وأن آثارها تتحدد كذلك بتلك الإرادة ، بشرط ألا تتجاوز الحدود التى بينها الشارع ، وأن العاقدين يلزمان بها بإيجاب من الشارع .

فأما إنها شرعت للحاجة والمصلحة لا للتقرب والعبادة ، فذلك ما يدل عليه وجودها قبل الشرع ، وما يتفق وطبيعتها ، وما يقتضيه إقرار الشرع على وجه جعلها كفيلاً بأن تحقق



للناس مصالحهم ، وتوفر لهم رغائبهم وحاجاتهم . ثم لا تكون مع ذلك سبباً في غشهم أو الإضرار بهم ، وهذا ما تفيدُه نصوص الشريعة إجمالاً وتفصيلاً ، ومقتضى ذلك أن تطلق الحرية للناس في أن ينشئوا من العقود ما تدعوهم الحاجة إلى إنشائه . وإن لم يكن معروفاً لهم من قبل ، متى كان في مصلحتهم ولا يتعارض مع أسس الدين وقواعده الكلية ، وعندئذ يتناوله عموم قوله تعالى ( ٥ : ١ ) يأيتها الذين آمنوا أوفوا بالعقود ) وقوله تعالى في سورة الإسراء ( ١٧ : ٣٤ ) وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا ) فيجب الوفاء به وإلى هذا ذهب فريق من العلماء ، وخالف فيه أهل الظاهر ، فقالوا : لا يجوز إحداث عقد لم يرد به الإسلام ، لأننا إن أحدثناه ولم نجعله ملزماً لم يكن عهداً ولا عقداً ، وإن أزمنا به أنفسنا ، فقد أحدثنا في الدين ما ليس منه ، وذلك بأن أوجبنا على أنفسنا ما لم يوجبه الله علينا في شرعه ، ولا إيجاب إلا من الله تعالى .

وفي رأبي أن هذا استدلال لا يفيد ، لأن الله قد أمرنا بأن نوفي بالعقود على وجه العموم ولم يحصرها ، فوجب الوفاء بكل عقد إلا ما حرم الله . والحق ما ذهب إليه الآخرون من إطلاق الحرية للناس في إحداث ما يحتاجون إليه من العقود ، بشرط ألا يتجاوزوا بها حدود الله . غير أن عدم مجاوزة الحدود شرط لا يخلو من مرونة فإن هذه الحدود ليست محل اتفاق بين العلماء ، فإن منهم من وسع ومنهم من ضيق ، ويرى شيخ الإسلام ابن تيمية أن كثيراً من أصول الحنفية والشافعية تميل إلى الحظر والتضييق . وإليه كذلك يميل بعض أصحاب أحمد ومالك . بدليل ما قد يعللون به بعض العقود التي رأوا بطلانها بأنها عقود لم يرد بها أثر ، ولم يصح لها قياس ، وفي رأبي أن الناس إذا احتاجوا إلى إحداث التزام لا يتناوله عقد من العقود المعروفة ، ولم يكن في المعاملة به تجاوز حد شرعي ، فليس في الدين ما يمنع منه ، وليس لمن رأى الحظر في ذلك دليل شرعي صحيح .

وأما أنها تنشأ وتوجد بإرادة العاقد التي يظهرها بعبارة أو ما يقوم مقامها . فبناها على ما للعاقد شرعاً من حرية التصرف فيما يملك . وأن ليس لأحد عليه في ذلك ولاية حبر أو منع ، وما العقد في جميع حالاته إلا ضرب من تصرف الإنسان فيما يملكه من مال أو حق وتصرف الإنسان في ملكه نافذ بحكم الشارع . فإذا ما عقد العقد نشأ وانعقد وترتبت عليه آثاره ، لأن ذلك هو معنى إنفاذه .



وأما أن آثارها تتحد كذلك بهذه الإرادة بشرط ألا تتجاوز الحدود التي حددها الشارع ، فبيان ذلك في تقرير ما يأتي :

١ - إن العقود ليست من الأسباب العقلية التي تترتب عليها آثارها ترتباً لازماً بمقتضى العقل ، وإنما هي أسباب جعلية شرعية ، بمعنى أن الشارع جعلها كذلك ، أو أقر ما درج عليه الناس من اعتبارها أسباباً لآثار معينة محددة أرادها الناس منها ، ثم بينها الشارع وفصلها ، فجعل لكل عقد آثاراً خاصة به تتحقق بها الأغراض الصحيحة التي يقصدها العاقدان من إنشائه ، فليبيع مثلاً آثار خاصة به ، وللإجارة كذلك آثار لازمة لها ، وهكذا وآثار كل عقد تسمى بحكمه ، وعلى ذلك فحكم كل عقد هو الأثر المترتب عليه ، أو الغاية المقصودة من إنشائه ، وقد حدد الشارع للعقود مع هذا حدوداً عامة أو خاصة ، يجب على الناس مراعاتها عند إنشائها لها حتى لا تؤدي بهم إلى نزاع ولا ينالهم منها غبن ولا يلحقهم بسببها ضرر ولا يلزموا بها على غير رضا منهم واختيار ، وحتى لا يتخذوها وسيلة وطريقاً إلى اقتراف ما نهى الله عنه ، وليس هذا محل خلاف بين علماء الفقه الإسلامي .

ب - إن آثار كل عقد تترتب على إنشائه بتمام الإيجاب والقبول ، دون حاجة إلى ذكرها عند العقد تفصيلاً أو إجمالاً ، وذلك مع ملاحظة استثناء العقود التي تحتاج إلى القبض في تمامها ، كعقد الهبة ، فإنها لا تستتبع جميع آثارها إلا بعد الإيجاب والقبول والقبض كما سيأتي ، وعلى ذلك فإذا قال البائع : بعث كتابي هذا بعشرة قروش ، وقال المشتري : قبلت ترتبت آثار هذا العقد بمجرد الانتهاء من صيغته ، فيصير الكتاب ملكاً للمشتري ويجب على البائع تسليمه عند أداء الثمن ، ويثبت للبائع الثمن في ذمة المشتري ، ويجب على المشتري أدائه إلى البائع قبل تسليم الكتاب إلى غير ذلك من الآثار التي سنبيها في كلامنا على البيع ، ذلك لأن هذه الآثار هي الدوافع إلى العقد في العادة ، وما أقدم عليه العاقدان إلا من أجل تحقيقها ولذا كانت بحكم الأمر الواقع مرادة ومطلوبة لهما من العقد ، وكانت إرادة العقد إرادة لها ، وإن لم ينص عليها عند عقد العقد . وترتب آثار العقود على تمامها ليس عقلياً ، بل شرعياً كما ذكرنا ، ومعنى ذلك : أنها لا تتخلف عن تمامها في نظر الشارع ، ولا نعلم خلافاً لأحد في هذا أيضاً .



ج - وإذا كانت آثار كل عقد معروفة محصورة ومرتبة عليه بحكم الشارع فقد تكون على وفق حاجة عاقده وغرضه منه . وقد لا تكون كذلك ، فإن كانت على وفق حاجته لم يحتج في عقده إلى اشتراط شرط فيه ينقص من آثاره أو يزيد فيها ، وإن كانت على خلاف ذلك احتج إلى أن يشترط فيه ما يحقق له غرضه .

ولما كانت حاجات الناس ورغباتهم في تعاقدهم لا تنتهي عند الحدود المقبولة ، وكانت شروطهم تابعة لرغباتهم رأى الشارع ألا يترك الأمر فوضى فحد هذه الشروط الحدود التي يجب أن تنتهي عندها ولا تتجاوزها ، فإذا تجاوزتها أصبحت باطلة غير مستحقة لمن اشترطها ولا ملزمة لمن قبلها ، وقد يتجاوزها هذا الحكم نفسه إلى العقود التي تضمنتها فتنفسد ولا تلزم وذلك لكيلا يندفع الناس في شروطهم بدافع أهوائهم إلى ما حرمه الله عليهم ، من غرر أو غش أو أكل كل مال بالباطل ، أو إبطال حق ونحو ذلك مما يؤدي إلى مفسدة أو مضرة . غير أن الفقهاء قد اختلفوا في استنباط هذه الحدود وبيانها ، فتعددت بسبب ذلك مذاهبهم في الاشتراط واختلفت توسعة على الناس وتضييقاً عليهم ، فكان أضيقتها مجالا مذهب أهل الظاهر ، وأوسعها مجالا مذهب الحنابلة ، وفيما بينهما مذاهب الآخرين . وهالك بيان بعض المذاهب :

١ - مذهب الحنفية : ذهب الحنفية إلى قسمة الشرط الذي يقترن به العقد ثلاثة أقسام : شرط صحيح ، وشرط فاسد ، وشرط باطل .  
فالصحيح : ما كان مقتضى للعقد أو مؤكداً لمقتضاه ، أو جاء به شرع ، أو جرى به عرف . وهو بهذه المعنى يتناول تعريف الشافعية له : بأنه ما كان في مصلحة العقد وفي اشتراطه غرض عادة .

واشترط هذا الشرط ملزم ، والعقد معه صحيح ، ولا نعلم فيه خلافاً لأحد إلا أهل الظاهر لأنهم لا يرون الشرط صحيحاً إلا إذا جاء بصحة اشتراط دليل خاص . غير أنه إذا كان مقتضى للعقد فاشترطه كعدمه . لأنه واجب على كل حال إما بالعقد وإما بالشرط ومثاله : اشتراط رد المبيع على بائعه عند العيب واشترط تسليم الثمن قبل تسليم المبيع في عقد البيع ، واشترط إنفاق الزوج على زوجته بالمعروف ، وإحسان معاشرتها في عقد الزواج ونحو ذلك .



واشترط ما يؤكده مقتضى العقد ، أو بعبارة أخرى ، ما يكمله كاشتراط دفع الثمن حالا في البيع وتقديم كفيل أو رهن بالثمن عند تأجيله ، واشترط وصف مرغوب فيه في المبيع ، كأن يكون للأرض المبيعة مصرف أو مروى أو أن تتصل الدار المبيعة بالمصارف العامة ، فكل هذه الشروط شروط صحيحة ملازمة يصح معها العقد ، لأن اشتراطها يؤكد مقتضى العقد ومكمل له ، فدفع الثمن في الحال ، وتوثيق الثمن عند تأجيله بالرهن أو بالكفالة يؤكد لوجوب الثمن وأدائه ، واشترط تلك الأوصاف مرغبا في العقد ومحققا لرغبات العاقد ورضاه بالعقد .

واشترط ما ورد به الشرع ، كاشتراط خيار الشرط مدة معلومة . واشترط تأجيل الثمن وتقسيمه في عقد البيع وهو شرط صحيح لورود الشرع به ، وإن كان مخالفاً لمقتضى العقد . لأن مقتضى عقد البيع أن يكون لازماً بمجرد تمامه وإن يدفع الثمن في الحال .

واشترط ما جرى به العرف كاشتراط المشتري على البائع أن يقوم على إصلاح ما اشتراه منه من آلة أو سيارة أو ساعة مدة معلومة ، وهو صحيح أيضاً لأن جريان العرف به أبعده عنه النزاع والغرر المستوجبين لفساد العقد .

والشرط الفاسد : ما لم يتوافر فيه ما قدمناه من الأوصاف في الشرط الصحيح ، ولكنه يحقق منفعة لأحد العاقدين أو للإنسان آخر غيرها ، كمن يبيع دابة ويشترط لنفسه أن تحمله إلى منزله ، أو يبيع داراً ويشترط لنفسه ألا يسلمها إلا بعد شهر يسكنها فيه ، وكأن تشتراط امرأة على زوجها في عقد الزواج ألا ينقلها من بلدها ، وكأن يشتري ثوباً على أن يخيطه له البائع أو يبيع أرضاً لإنسان على أن يؤجرها لفلان مدة كذا كل سنة بكذا ، وهكذا من كل شرط يخالف مقتضى العقد ويحقق منفعة لأحد العاقدين . وهذا النوع من الشروط إذا اقترن بعقد معاوضة مالية أفسده وفسد معه ، كالبيع والقسمة والصلح عن مال والاجارة والمزارعة والمساقاة والابراء من الدين ، ويلحق بهذه العقود الرجعة كما قالوا .

والسبب في فساد العقد باشتراطه : أنه يؤدي إلى النزاع . لأن مشروطه إذا طالب بتحقيقه بناء على الاشتراط امتنع الآخر من ذلك بناء على العقد ومقتضاه إذ لم يجعل الشارع هذه المنفعة من آثاره . وهذا نزاع ، رأى الشارع أن يجنب عقود المال إياه ، فجعل العقد



فاسداً إذا اشترط فيه . أما بيان ما يترتب على العقد الفاسد من أثر فوضعه في الكلام على أحكام العقود تفصيلاً .

وإذا اقترن هذا النوع من الشرط بعقد ليس معاوضة لم يؤثر في العقد ، فيصح العقد ويلغو الشرط .

وعلى ذلك: لا يؤثر الشرط الفاسد في عقود التبرع ، كالهبة والصدقة والقرض والوصية والعارية ، ولا في عقود التوثيق ، كالرهن والكفالة والحوالة ، ولا في النكاح والطلاق والخلع ، ولا في الشركة والمضاربة والوصاية ، ولا في الإقالة « لما فيها من معنى الفسخ » . ولا في الصلح عن دم العمد والإذن بالتجارة ، فهذه العقود كلها تصح مع الشرط الفاسد ويلغو الشرط « راجع الفتاوى الهندية ج ٤ ص ٣٩٦ »

وإنما لم يؤثر فيها هذا النوع من الشرط ، مع بطلانه إذا اشترط فيها ، لأنها لما خلت من معنى المعاوضة لم يكن هذا الشرط فيها أساساً لموازنة بين عوضين ، وإنما وقع فيها على أنه تكليف وفرض من مشرطه ، وهو تكليف غير مشروع فيبطل ولا يلزم ، ويصح العقد لذلك ، بخلاف عقد المعاوضة ، فإن الشرط فيه أساس لتحقيق الموازنة فيه والرضا به اختلت الموازنة وبطل الرضا فيفسد العقد بناء على ذلك .

والشرط الباطل : هو ما لم يتوافر فيه ما ذكرنا في الشرط الصحيح والشرط الفاسد ، فهو شرط ليس مقتضى للعقد ، ولا مؤكداً له ، ولم يجيء به شرع ، ولم يجز به عرف ، وليس فيه منفعة لأحد ، واشترطه كعدمه ، إذ لا غرض فيه ولا مطالب به . فيبطل ، ولا يؤثر اشتراطه في صحة العقد ، سواء أكان معاوضة أم لا ، لأن اشتراطه أشبه باللعب منه بالجد . ومثاله : أن يبيع شخص سيارة على ألا يركبها أحد ساعة معينة من الزمن .

٣ - مذهب المالكية والحنابلة : توسيع المالكية والحنابلة في جواز الاشتراط .

فأجازوا من الشروط ما لم يجزه غيرهم . وكان الحنابلة أكثر توسعة على الناس لأن مجال الشروط الصحيحة عندهم أوسع ، فيصحون كل ما للعقد مصلحة في اشتراطه ، كاشتراط صفة في المبيع ، أو توثيقه عند تأجيله ، كاشتراط صفة في المبيع ، واستثناء منفعة من منافعه في عقد بيعه ، كسكنى الدار المبيعة مدة معلومة ، وحملا ن الدابة المبيعة إلى مكان معين ،



ويصححون كذلك اشتراط منفعة من العاقد ، كحمل البائع المبيع إلى مكان معين ، وخطاطته الثوب للمشتري . ويصححون أن تشتراط الزوجة على زوجها في عقد الزواج ألا يسافر بها ، أو ألا ينقلها من منزلها ، أو ألا يتزوج عليها ، لأن في هذه الشروط منفعة لها ، ويوجبون على الزوج الوفاء بها . وإلا كان للزوجة حق في فسخ العقد . وعلى الجملة يصح ما يشترطه العاقد في عقده إلا في الأحوال الآتية :

الأولى : أن يكون شرطاً موجباً لإنشاء عقد آخر ، كأن يبيع شخص لآخر الدار على أن يؤجرها لفلان . وكان يقرضه مبلغاً على أن يهبه كتاباً ، ذلك لأن رسول الله صلى الله وسلم « نهى عن صفقتين في صفقة » وهذا النوع من الشروط فاسد يفسد به العقد الذي اقترن به . لأنه شرط يؤدي إلى نزاع في العقد الذي تم ، فقد لا يتفق المتعاقدان على إنشاء العقد المشتراط ، فيجر ذلك إلى النزاع في العقد الآخر .

الثانية : أن يشترط في العقد ما يناق مقتضاه الشرعي ، كأن يشترط على المشتري ألا يبيع ما اشتراه ، أو ألا يقفه ، أو أن يقفه على إنسان معين ، أو أن يشترط المشتري على البائع أنه إذا باعه بأقل مما اشتري رجع عليه بالفرق . وهذا النوع من الشروط فاسد ، لا يفسد به العقد فيصح العقد ، ويلغو الشرط لأنه يعتبر رفعاً للعقد الذي رضيه العاقدان فيكون لغوا .  
وخير الآراء : ما ذهب إليه ابن تيمية وابن القيم رحمهما الله من الحنابلة : وهو أن كل شرط صحيح ما لم ينه عنه الشارع ، إذ الأصل في العقود وفي شروطها الإباحة والصحة حتى يقوم الدليل على المنع ، لأنها من العادات التي تراعى فيها مصالح الناس . وقد قال عليه السلام : « المسلمون عند شروطهم ، إلا شرطاً أحل حراماً أو حرم حلالاً »

وأما أن العاقدين يلزمان بأثار عقدهما بإيجاب من الشارع الحكيم ، فذلك بسبب توافر الآيات البينات على ذلك . قال تعالى في بداية سورة المائدة ( يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود ) فهذه الآية بعمومها تدل على وجوب الوفاء بكل عقد ينشئه العاقدان فيجب عليهما الوفاء به ويجب على الناس إلزامها بذلك الوفاء إذا ما أراد أحدهما أن ينكث ، وقد تمسك الآخر بعقده . وقال تعالى في سورة الإسراء ( ١٧ : ٣٤ ) وأوفوا بالعهد إن العهد كان مسئولاً ) وقال تعالى في بداية سورة الصف : ( يا أيها الذين آمنوا لم تقولون ما لا تفعلون ؟ كبر مقتاً عند الله أن تقولوا ما لا تفعلون )



ولقد أكد الشارع ذلك بأساليب عديدة . منها : الأمر مع النص على علته ، كما في بعض الآيات السابقة . ومنها : عده الوفاء بالعهد من صفات المدح ، كما في قوله تعالى في سورة البقرة ( ١٧٧ ) والموفون بعهدهم إذا عاهدوا ) وقوله تعالى في سورة المؤمنين : ( ٨ ) والذين هم لأماناتهم وعهدهم راعون ) وجاءت السنة بذلك : فجعلت الخلف علامة من علامات النفاق في حديث « آية المنافق ثلاث : إذا عاهد نكث ، وإذا حدث كذب ، وإذا أؤتمن خان » فكان هذا الواجب من أكد الواجبات .

### اتصال آثار العقد بصيغته

قد تكون صيغة العقد كافية في ترتب آثاره عليها فتترتب الآثار بمجرد الانتهاء منها وهذا هو الأصل في العقود ، وهو متحقق في العقود التي لا يتوقف تمامها على القبض . وقد لا تكفي صيغته في ترتب آثاره عليها بل يحتاج معها إلى القبض لكي يتم بهما العقد وتترتب عليه آثاره . وذلك في عقود الهبة والصدقة والعارية والوديعة والرهن والقرض والشركة والمضاربة : فلا يتم عقد منها بمجرد الإيجاب والقبول ، بل يتوقف تمامه وإفادته لآثاره على القبض .

سبب توقف تمامها على القبض — أما الهبة فلحديث : « لا تجوز الهبة إلا مقبوضة » والصدقة نوع منها . وأما الرهن ، فلقوله تعالى : ( فرهان مقبوضة ) . وعلى الجملة فهذه العقود كلها ما عدا الرهن عقود غير لازمة بالنسبة للمملك . ولو جعلت تامة قبل القبض لاستتبع تمامها مطالبته بالتنفيذ ، ولا محل لمطالبته إلا عند إزمائه ، فوجب ألا تعتبر تامة إلا بالقبض حتى يترتب عليها حكمها بعده وتمتتحق به جميع آثارها فلا يكون بعد ذلك للمطالبة بالتنفيذ محل . وهذه العقود إذا حصل فيها القبض عقب الإيجاب وقبل القبول أغنى عن القبول وقام مقامه لدلالته على الرضا كما يعني كذلك عنه في غيرها من العقود الأخرى كالبيع .

قسمة العقد إلى منجز وغير منجز — وإذا تم العقد فترتبت آثاره عليه إثر تمامه مباشرة بدون تأخر سمي منجزاً ، وإذا تأخرت عن تمامه ، فقد يكون تأخرها بسبب إضافة الإيجاب إلى زمن مستقبل ، عند ذلك يسمى العقد مضافاً ، وقد يكون تأخرها بسبب تعليق الإيجاب



على أمر غير موجود ، وفي هذه الحال يسمى العقد معلقاً . وإذن : فصيغة العقد ، إما أن تكون منجزة ، وإما أن تكون مضافة ، وإما أن تكون معلقة ، وفي هذه الأحوال الثلاث : قد تكون مطلقة غير مقيدة بشرط ، وقد تكون مقترنة به .

العقد المنجز — فالعقد المنجز ما صدر على وجه تترتب عليه آثاره في الحال ، وذلك بأن تكون صيغته غير معلقة على شرط بأداة من أدوات التعليق ، وهي ( إنَّ وأخواتها ) ولا مضافة إلى زمن مستقبل ، سواء أكانت مطلقة أم مقترنة بشرط ، مثاله في حال الاطلاق : أن يقول شخص لآخر : أجرتك داري هذه شهراً ابتداء من الآن بكذا ، فيقول الآخر : قبلت ، ومثاله في حال الاقتران بالشرط : أن يقول له : أجرتك سيارتي هذه ابتداء من الآن ثلاث ساعات بكذا بشرط أن تدفع إلى الأجرة مقدماً ، فيقول : قبلت .

وحكم العقد المنجز : أن آثاره تترتب عليه بمجرد تمامه ، فلا تتأجل .

وكل العقود يصح تنجزها وهو الأصل فيها ، ما عدا الوصية والإيضاء ، فإنهما مضافان إلى ما بعد الموت دائماً بطبيعتهما ، ولو كانت صيغتهما في صورتها منجزة . مثال الوصية : أوصيت لفلان بمائة جنيه ، ومثال الإيضاء : جعلت فلاناً وصياً على أولادي ، فلا يفيد كل منهما أثره إلا بعد موت الموصى .

العقد المضاف — والعقد المضاف ما صدر بصيغة أضيف فيها الإيجاب إلى زمن مستقبل سواء أكانت مطلقة أم مقترنة بشرط ، ومثاله في حال الاطلاق : أن يقول شخص لآخر : أجرتك داري هذه مدة سنة ابتداء من السنة الآتية بكذا ، ومثاله في حال الاقتران بالشرط : أن يقول له : أجرتكها هذه المدة بكذا بشرط أن تدفع أجرتها عند ابتداء المدة ، فيقول الآخر : قبلت .

وحكم هذا العقد : أنه ينعقد في الحال علة لحكمه ، ولكن لا يوجد حكمه إلا في الوقت

الذي أضيف إليه فلا يبتدىء عقد الإجارة إلا عند ابتداء السنة الآتية .

العقد المعلق — والعقد المعلق ما علق وجوده بوجود أمر آخر ، فإن كان ذلك الأمر المعلق عليه موجوداً وقت التعليق كان التعليق صورياً ، وكان العقد منجزاً ، مثال ذلك : أن يقول شخص لآخر : إن كان فلان مديناً لك بألف جنيه فأنا كفيل ، ويقبل



الآخر ، ثم يظهر أن فلاناً . كان وقتذاك مدينا بهذا المبلغ ، أو يقول رجل لزوجته : إن كنت ذهبت أمس إلى مكان كذا فأنت طالق وهي قد ذهبت إليه أمس ، ففي هذه الحال يكون كل من الكفالة والطلاق منجزاً فتم الكفالة ويقع الطلاق في الحال . وفي حكم هذا النوع : التعليق بمشيئة العاقد الآخر ، كما في قولك لآخر : وهبتك هذا الكتاب إن شئت ، وبعتك هذه الدار إن رغبت ، فإن هذا العقد في حكم المنجز ، لأن مثل هذه العقود لا تتم ولا توجد إلا بالقبول ، وليس هو إلا الإفصاح عن رغبة العاقد الآخر ومشيئته فكانت هذه العقود في حقيقة الأمر معلقة على مشيئة العاقد الآخر دائماً ، فلا يضير التصريح بهذا التعليق .

وإن كان ذلك الأمر غير موجود ولكنه مستحيل الوجود ، فإن العقد لا ينعقد أصلاً ، ويكون الغرض من تعليقه هو إيذاء المخاطب باستحالة إنشاء هذا العقد ، كما إذا قال شخص لآخر : إن سقطت السماء على الأرض فقد وكلتكم في بيع هذا المنزل . وإن كان على خطر الوجود ، فيجوز أن يوجد وألا يوجد ، فهذا هو المعلق تعليقاً حقيقياً ، وبه لا يوجد العقد ولا يترتب عليه حكمه إلا بعد وجود المعلق عليه ، إذ بوجوده يوجد العقد وينشأ ، فيترتب عليه لذلك أثره ، فإذا قال شخص لآخر : إن أقرضت فلاناً ألف جنيه فأنا بها كفيل ، وقبل . ثم أقرضته هذا المبلغ ، فإن الكفالة تتحقق ويصبح كفيلاً بالمبلغ . وكذا إذا قال له : إن أقرضته ألف جنيه فأنا بها كفيل بشرط أن يكون ذلك قبل مضي عام فقبل وتحقق ذلك ، كان كفيلاً ، وإذن فالمعلق على الشرط قد يكون مطاقاً ، كما في المثال الأول ، وقد يكون مترناً بشرط ، كما في المثال الثاني .

العقود مع التعليق — تنقسم العقود عند الحنفية بالنسبة إلى قبولها التعليق وعدم قبولها ثلاثة أقسام .

الأول : ما لا يصح تعليقه بأى شرط ، فإذا علق بشرط كان غير صحيح ، ويشمل ما يأتي :

١ — عقود التملك المالية عدا الوصية ، كالبيع والشراء ، والإجارة والمزارعة والمساقاة ، والصلح على مال ، وفي حكمها القسمة ، والإبراء ، وكذلك إجازة هذه العقود ، ويستثنى من



ذلك تعليقها على مشيئة شخص آخر ، مثل أن يقول شخص لآخر : بعثك داري إن رضى فلان ، متى وقت لذلك مدة ثلاثة أيام ، وهى مدة الخيار ، لأن هذا فى معنى اشتراط الخيار ، وهو شرط ورد به الشرع ، وبناء على ذلك إذا قال شخص لآخر : بعثك كتابى هذا إن باع فلان كتابه لك ، أو أجرتك سيارتى إن أجر فلان لك سيارته ، أو زارعتك أو ساقيتك إن سافر فلان أول العام ، ونحو ذلك لم يكن عقد البيع ولا عقد الإجارة ولا عقد المزارعة ، ولا عقد المساقاة صحيحاً . كذلك إذا باع سيارتك شخص بغير إذن منك ( وهو الفضىولى ) فقلت : إن لم يحضر إلى مشتري فى ظرف أسبوع ، فقد أجزت البيع ، لم تصح هذه الإجارة . والسبب فى ذلك مايرى فى صحة عقد التملك مع التعليق من المناقاة للملك أو للعقد ، وما يكون فى ذلك أيضاً من غرر . ذلك لأننا إذا صححنا البيع مثلاً مع تعليقه ، فإذا يكون الحال قبل تحقق الشرط المعلق عليه ؟ أيمنع البائع من أن يتصرف فى المبيع وهو ملكه ؟ ذلك ما يتنافى مع الملك ، وإذا منع فى أى أمد ، وقد لا يتحقق الشرط ، وذلك هو عين الغرر ؟ وإذا لم يمنع من التصرف فيه فجاز أن يبيعه لآخر أو يستهلكه ، فكيف يتفق ذلك مع القول بصحة البيع المعلق ، ومن آثاره : أنه عقد لازم ؟ ذلك مع حكم العقد ، وهو إلى ذلك تغرير بالمشتري . وإلى هذا ذهب الشافعى .

ويدخل فى هذا القسم التبرع ، كالهبة والقرض والوقف على الأرجح ، فلا تصح الهبة إذا قلت : وهبتك كتابى هذا إن نجحت فى الامتحان ، ولا القرض إذا قلت : إن جاءنى ربح من تجارتى هذه أقرضتك مائة جنيه . وإلى هذا أيضاً ذهب الشافعى ، وكذا لا يصح الوقف إذا قلت : إن ملكت هذه الدار فهى وقف على كذا ، وأجاز مالك تعليق التبرعات لعدم الضرر من ذلك ، إذ ليس على المتبرع من سبيل إذا عدل ، فلا ضرر إذا لم يتحقق الشرط المعلق عليه ، ولكن الحنفية قاسوها على التملك حتى لا يلحق المتبرع له ضرر أو غرر باعتماده على المتبرع ، وخاصة إذا كان يعرفه بعدم العدول عن تبرعه .

ب - عقود المبادلات غير المالية ، كالزواج والخلع ، فلا يصح الزواج إذا قالت لك امرأة تزوجتك إن رضى أبى ، ولا الخلع إذا قلت لزوجتك خالعتك على كذا إن تزوجت عليك لما بيناه من السبب فى عقود التملك المالية . وخالف الشافعى فى الخلع .



ج - التقييدات ، كالرجعة وعزل الوكيل والحجر على الصبي المأذون له بالتجارة ، فلا يعزل الوكيل بقولك له : إن قدم فلان فقد عزلتك ، ولا ينحجر الصبي بقولك له : إن ذهبت اليوم إلى السوق فقد منعتك من التجارة ، ولا تصح الرجعة بقولك لمطلقتك : إذا جاء فلان فقد راجعتك .

د - الرهن والإقالة ، فلا يصح الرهن بقولك لدائتك : رهنتك كتابي إن نجحت في الامتحان ، ولا يرتفع البيع بقول المشتري لبائعه : إن وجدت مشترياً بشئ أعلى فقد أفلتتك من البيع .

وإنما لم يصح تعليق هذه العقود - على العموم - عند الحنفية لما فيه من معنى المقامرة ، فقد يوجد الشرط وقد لا يوجد ، فلا يكون العاقدان على بينة من أمرها ، وإذا وجد فإنما يوجد في زمن مستقبل ، ليس يدري فيه المعلق من أمره شيئاً ، فقد تتغير نفسه وإرادته فيه لسبب من الأسباب ، فيصبح نفاذ هذا العقد أبغض شيء إليه في الوقت الذي أراد فيه نفاذه وليس مع هذا يتحقق الرضا ، ولا عليه تبني العقود .

أقول : هذا تعليل يعم كل عقد ولا يختص بما ذكرنا . وقد لا يتحقق بالتعليق أى ضرب من ضروب المقامرة ، كما إذا علق المراجعة على مجيء زمن مستقبل . وقد لا تكون المقامرة ضارة ، كما إذا علق عزل الوكيل على حضور وكيل آخر . ومن هذا نرى أن التعليل غير سليم ، ولم نعر لهم على تعليل مقنع يعم هذه العقود ولا يتحقق في غيرها مما أحيز تعليقه .

الثاني : ما يصح تعليقه بأى شرط ، ويشمل ما أتى :

أ - الإسقاطات المحضة ، كالطلاق والعتاق وتسليم الشفعة بعد ثبوتها ، مثال ذلك : أن يقول الزوج لزوجته : إن ذهبت إلى جهة كذا فأنت طالق ، أو السيد لعبده : إن عملت كذا فأنت حر ، أو الجار لجاره : إن كان المشتري فلانا فقد أسقطت حقى في الشفعة ، فإذا تحقق الشرط الذى علق به الجزاء وقع الطلاق والعتاق ، وسقط حق الشفعة ، وإلى هذا ذهب الشافعى .

ب - الوكالة والوصية والإيصاء . مثل أن يقول : إن رأيت كذا في السوق فأنت وكيلى



في شرائه ، وإن وصلت ثروتي ألفي جنيه فقد أوصيت لك بعشرها ، وإن مت عن أولاد فأنت وصي عليهم ، فإذا تحقق الشرط تحققت الوكالة والوصية والإيضاء ، وخالف الشافعي في الوكالة ، فلم يصححها مع التعليق .

ج - اليمين : فيصح تعليقه ، مثل : إن شفى الله مريضاً لأتصدقن بكذا ، فإذا شفى مريضه لزمته الصدقة ، وإنما صححت هذه العقود مع تعليقها لعدم ترتب غرر عليه فيها . أما الوصية فهي بطبيعتها يتوقف نفاذها على الموت ، فليس يضير أن تتوقف كذلك على أمر آخر يوجد قبل الموت . وأما الإسقاط واليمين فكل منهما التزام شخصي لا يرتبط بغير إرادة الملتزم فيصححان على الوجه الذي أراده ، لأنه إرادته وهي له وحده ، وكذلك الوكالة والإيضاء لأنهما في معنى الإذن للغير بالتصرف بالنيابة عنه ، وليس الإذن أيضاً إلا إرادة شخصية تتعلق به وحده . فيصح على الوجه الذي أراده .

الثالث : ما يصح تعليقه بالشرط الملائم له دون غيره ، ويشمل الكفالة والحوالة والإذن للصبي بالتجارة .

والشرط الملائم : هو ما كان مقتضياً للعقد المعلق عليه عرفاً أو شرعاً ، كأن يكون تحققه أساساً لوجود العقد ، كما في ثبوت الدين بالنسبة للكفالة والحوالة ، أو مفضياً إليه عادة ، كما إذا كان سبباً في إمكان استيفاء الحق أو في تعذر استيفائه ، مثل أن يقول شخص : إن استحق المبيع فأنا ضامن لثمنه ، أو إن أقرضت فلاناً كذا فأنا ضامن ، أو إن لم يؤد فلان الدين غداً فأنا ضامن ، أو إن ملكت كذا غداً فأنا ضامن أو أن يقول مدين لدائنه : إن لم أؤد إليك الدين غداً فقد أحلتك به على فلان ، وأن يقول ولي الصغير له : إن بلغت عشر سنوات فقد أذنت لك بالتجارة . أما إذا علق بشرط غير ملائم فلا تصح ، كأن يقول شخص لآخر : إن نجح ابنك في الامتحان فأنا ضامن لدينك قبل فلان ، أو إن نجح ابني في الامتحان فقد أحلتك على فلان أو إن أمطرت السماء اليوم فقد أذنت لك بالتجارة سواء أنحقت هذه الشروط فيما بعد أم لم تتحقق ، لأن تعليقها بشرط غير ملائم لها لا يظهر فيه غرض صحيح ، فيكون ضرباً من اللهو والهزل ، ولا تصح العقود مع الهزل ، وذهب الشافعي إلى أن عقد الكفالة لا يقبل التعليق مطلقاً ، ولا يصح معه ، كما في الأشباه للسيوطي .



العقود مع الإضافة — تنقسم العقود عند الحنفية بالنسبة لقبولها الاضافة وعدم قبولها  
ثلاثة أقسام .

الأول : عقود لا تنعقد إلا مضافة ، سواء اشتملت صيغتها على إضافتها أم خلت من ذلك ، وهى الوصية والإيلاء ، لأن كلا منها لا تنفيذ أثره إلا بعد الموت ، فلا يمكن مجال أن تتصل أحكامه بصيغته ، مثل أن يقول إنسان لآخر : أوصيت لك بمائة جنيه ، أو جعلتك وصياً على أولادى ، فلا تستحق المائة إلا بقبولها بعد الموت ولا يصير الموصى إليه وصياً على الأولاد إلا بعد موت الموصى ، وإن لم تجيء ذكر ذلك فى الإيجاب .

الثانى : عقود لا تصح مع الإضافة وهى العقود التى تنفيذ تملك الأعيان فى الحال ، كالبيع وإجازته وفسخه ، والصلاح عن مال ، والإبراء من الدين والهبة . ويلحق بها القسمة والشركة ، والنكاح ، والرجعة ، والخلع من جانب الزوجة . وذلك لأن هذه العقود تنفيذ أثرها فى الحال ، وإضافتها تستلزم إرجاء ذلك الأثر ، وفى ذلك إبقاء لها مدة من الزمن من غير أثر ، وليس لهذا وضعت شرعا ، ولأنها إذا صححت مع الإضافة فلا بد أن يبقى المالك على ملكه إلى الوقت الذى أضيفت إليه ، لإرجاء أثرها إلى ذلك الوقت ، وعندئذ فيما أن يصح تصرفه فيما يملكه من الأعيان التى جعلها محلا لهذه العقود ، وذلك يقتضى استبداده بنفسه العقد المضاف ، وهذا مناف للزومه ، وإما ألا يصح فيه ، وذلك ما يتنافى مع ثبوت ملكه ، فكل هذا لا تصح مع الإضافة . ولا شك أن التوجيه الأخير لا يتحقق فى الهبة ، لأنها عقد غير لازم بالنسبة للواهب ، فليس ما يمنع أن يتصرف فى محلها فيفسخ العقد بذلك ، وكذا لا يتحقق فى الشركة لنفس السبب .

الثالث : عقود تصح إضافتها ، فتكون تارة منجزة وتارة مضافة إلى زمن مستقبل ،  
وتشمل ما يأتى :

١ - ما لا يمكن أن يفيد أثره فى الحال كالإجارة وإقالتها والعارية ، والمزارعة والمساقاة والمضاربة لأنها عقود على المنافع ، وأنت تعلم أن المنفعة لا توجد دفعة واحدة ، ولكنها توجد وتتجدد مع الزمن ، فكان معنى الإضافة ملاحظاً فى تشريعها ووضعها ، ومن ثم صححت إضافتها .



ب - الالتزامات ، كالكفالة والحوالة ، لأنها لا تقيدها كالملا في الحال ، فقد تتم الكفالة ولا يقوم الكفيل بدفع الدين إلا بعد مدة وحيزة من الزمن ، وقد لا يدفع ، وكذلك الحال في الحوالة . فكان معنى الإضافة متحققا فيها ، فلا تنافي الإضافة معها .

ج - الإسقاطات ، كالطلاق والخلع من الزوج لا من الزوجة والعتاق والوقف ، لأن كلا منها يعتبر إنهاء الملك ، والملك لا يدوم ، بل ينتهي بالموت وهو مستقبل ، فلا مانع من أن ينتهي قبله في الوقت الذي أضيفت إليه هذه العقود .

د - الإطلاقات ، كالوكالة والقضاء . لأنها لا تقيدها كالملا في الحال كما تقدم .

وإضافة العقود وتعليقها نوع من الاشتراط فيها . وما ذكرناه هنا من الأحكام هو ما ذهب إليه الحنفية بمقتضى الروايات المشهورة ، وثم روايات أخرى تخالف ما ذكرناه . والواقع أن الأنظار في هذا الموضوع مختلفة ، وأن خير الآراء ما ذهب إليه ابن القيم وابن تيمية من الجواز إلا ما ورد بالنهي عنه نص من الشارع لما بينا .

### محل العقد

محل العقد ، أو المعقود عليه : هو ما يظهر فيه أثر العقد ، كالمال المبيع بالنسبة لعقد البيع ومنفعة العين المستأجرة بالنسبة لعقد الإجارة ، والزوجة بالنسبة لعقد الزواج ، وإن عدت كذلك عاقدة ، ويجب أن يتوافر فيه ثلاثة أمور :

الأول : وجوده ، وذلك إذا اقتضى العقد بحسب طبيعته وشرعه وجوده ، وعلى ذلك لا ينعقد بيع نتاج دابة قبل الولادة ، ولا ثمرة قبل ظهورها ، أما إذا كانت طبيعة العقد لا تقتضى ذلك ، فلا يشترط وجوده حال العقد ، ولكن يشترط إمكان وجوده ، كما في السلم والإجارة ، وعلى ذلك لو أسلم في شيء لا يوجد عادة لا ينعقد العقد ، أو استأجر إنسانا لنقل شيء إلى مكان معين ، فظهر أنه قد نقل إلى ذلك المكان قبل العقد لم ينعقد العقد .

الثاني : العلم به ، والمراد بذلك : أن يكون معلوما للعاقدين في عقود المعاوضة علماً يمنع المنازعة والغرر عادة ، فإذا جهل جهالة تؤدي إلى النزاع ، كجهالة ناشئة عن الجهل بجنس



الحل ، أو عن تفاوت كبير في قيم آحاده ، أو عن عدم العلم بوجوده ، فالعقد باطل ، وأما ما جرى العرف بالتسامح فيه من الجهالة ، كجهالة النوع في بعض الحالات فلا يضر بالعقد . وإذا كان العقد عقد تبرع ، كالوصية ، لم تضره جهالة الجنس ، فيصح الإيصاء بهم من المال .

الثالث : أن يكون المحل قابلاً لحكم العقد شرعاً ، فإذا كان لا يقبله شرعاً لم يصح العقد . وعدم قبوله لحكم العقد قد يرجع إلى نهى الشارع ، كما في بيع الميتة والخمر والخنزير ، وقد يرجع إلى أن حكم العقد يتنافى مع ما خصص له المحل من منفعة عامة ، كبيع الأنهار العامة . وقد يرجع إلى أن العاقدين بالنسبة إليه سواء ، لا يملك أحدهما فيه شيئاً لا يملكه الآخر ، كما في بيع المباح .

#### العاقِد

ليس الناس في إنشاء العقود سواء ، بل منهم من تعد عبارته لغواً من القول . فلا ينشأ عنها أى التزام ، بل ولا أى أثر ، ومنهم من يكون لعبارته أثر محدود ، فيرتب عليها بعض الآثار ترتباً مطلقاً ، أو مقيداً بموافقة إرادة أخرى ، ولا يترتب عليها بعضها الآخر ، ومنهم من يستقل بإنشاء جميع العقود بعبارته ، فيكون لها الأثر المطلوب والحكم المرغوب . واختلاف الناس في ذلك يرجع إلى اختلافهم في أمرين : الأهلية والولاية ، فمن قدما معاً لم يكن لعبارته أثر ، لانعدام قصده وإرادته . ومن توافرتا فيه على كمال نشأت عن عبارته جميع العقود والالتزامات ونفذت . ومن لم تكملا فيه كان لعبارته بعض الآثار دون بعضها الآخر . وهك التعريف بهما :

#### الأهلية

الأهلية نوعان : نوع يسمى بأهلية الوجوب ، ونوع يسمى بأهليه الأداء .  
أهلية الوجوب - يراد بأهلية الوجوب : صلاحية الإنسان لأن تكون له حقوق قبل غيره وعليه حقوق وواجبات لغيره ، وإن شئت قلت : صلاحيته لأن يطالب ويطلب منه ، سواء أكان ذلك بنفسه أم بواسطة من له الولاية عليه . ومناط هذه الأهلية : الحياة . فتثبت لكل إنسان حى ، سواء أكان صغيراً أم كبيراً ، عاقلاً أم مجنوناً ، حراً أم عبداً ،



وتستمر له مادام حياً ، فإذا توفى زابيلته ، وقد تعتبر باقية بعد وفاته إلى أمد ، لضرورات تقتضى ذلك ، فتنتهى بانتها تلك الضرورات ، لأن الضرورة تقدر بقدرها . ومن ذلك : أن يتوفى الإنسان مدينا - وقد ترك مالا - فتعتبر أهليته باقية حتى يوفى دينه ، ولولا ذلك لسقط الدين ، إذ لا يتصور دين - كما يقولون - بغير مدين .

الذمة - وهذا النوع من الأهلية لا يوجد إلا حيث توجد الذمة ، فوجوده وثبوته دليل ثبوتها وتحققها . فإن الذمة وصف شرعى اعتبارى يصير به الإنسان أهلاً للوجوب له والوجوب عليه : وبناء على ذلك تكون هذه الأهلية أثراً من آثار الذمة .

والذمة فى اللغة : العهد ، والعهد يكون دائماً سبباً للمطالبة ، وإن شئت قلت : يكون سبباً لأن يطالب به الإنسان ويطالب به ، ومن هذا أتى الاستعمال الشرعى الذى بيناه .

أنواع أهلية الوجوب - وهذا النوع من الأهلية قد يكون ناقصاً ، وقد يكون كاملاً . فهو فى الجنين ناقص بشرط أن يولد حياً . ومن ثم لم يكن الجنين أهلاً للالتزام . فلا يطالب ، إذ لا فعل له ولا عبارة ، حتى يلزمه شئ من هذا الطريق ولا ولى له أيضاً ، حتى يلزم بالتزام ولىه عنه ، ولكن ثبت له فى بعض الحقوق ، فيرث ويوصى له ، ويستحق فى ريع الموقوف عليه .

وهو بعد الولادة كامل ، فيصير المولود أهلاً لأن يجب له ويجب عليه ، وينوب عنه فى ذلك ولىه ، فيطالب بما يجب له ، ويلزم بما يلتزم به ولىه عنه ، حسب ماسنين من حدود شرعية .

علاقة أهلية الوجوب بإنشاء العقود - وليس لأهلية الوجوب أثر فى إنشاء العقود فقد تكون كاملة ، ولا يكون صاحبها أهلاً لإنشاء أى عقد ، كما فى الصبى الذى لا يميز . إنما الأثر لأهلية الأداء .

أهلية الأداء - ويراد بأهلية الأداء : أهلية المعاملة والتصرف ، بمعنى أن يكون الإنسان صالحاً لأن يلتزم بعبارته ، فيكون مؤاخذاً بها ، ويطالب بمقتضى هذا الالتزام . ولأن ينشئ مع غيره عقوداً يكتسب بها حقوقاً يطالبُ غيره بها بناء على هذا التعاقد . فثبوت أهلية الأداء يستلزم صحة التصرفات القولية ، ومن ثم ترتبت النتائج الآتية :



١ - أن المجنون والصبي غير المميز لا يتصفان بأهلية الأداء ، إذ لا أثر لعبارتهما ، كما سيأتي ، وإن كانت أهلية الوجوب فيهما كاملة لما قدمنا .

٢ - أن البالغ العاقل كامل الأهليتين : أهلية الوجوب « لأنه أهل لأن يجب له ويجب عليه » وأهلية الأداء « لمؤاخذته بعبارته وترتب آثارها عليها » .

٣ - أن ثبوت أهلية الأداء يستلزم ثبوت أهلية الوجوب . دون العكس ، ذلك لأن مناط ثبوت أهلية الأداء : صحة العبارة . وترتب آثارها عليها ، ولا يتحقق ذلك إلا للإنسان حتى وإذا تحققت الحياة للإنسان ثبتت له أهلية الوجوب .

أما أهلية الوجوب فنماتها الحياة ، كما قلنا ، وقد يكون الحى غير صحيح العبارة لفقدان تمييزه كالمجنون .

مناط أهلية الأداء - مناط أهلية الأداء ثبوت العقل والتمييز ، ويراد بالتمييز معرفة معانى الألفاظ التى تنشأ بها العقود ، والعلم بآثار تلك العقود والغبن فيها ، من فاحش ويسير ، ولا اعتداد بشيء من ذلك إلا لمن بلغ السابعة من عمره ، أما قبل ذلك فلا اعتداد بعقله ولا بتمييزه .

أنواع أهلية الأداء - وأهلية الأداء نوعان : كاملة وناقصة ، وذلك بحسب كمال العقل ونقصانه ، فتكون كاملة فى البالغ العاقل ، ولذا كان كامل التصرف فى أمواله ، يتصرف فيها كما يريد غير مقيد بقيد إلا ما يقيده به الشارع ، إما لعدم الإضرار بحقوق غيره من دائن أو وارث . عند ما يحجر عليه بسبب الدين ، أو عند مرضه مرض الموت ، وإما لمنع الأذى والضرر عن نفسه عند ما يحجر عليه بسبب السفه أو الغفلة كما سيأتى تفصيله .

أهلية الأداء الناقصة - وتكون ناقصة فيمن كان عنده أصل التمييز ولم يكمل عقله ، إما لعدم بلوغه السن ، وإما لآفة أصابته ، كعته ، والأول : هو الصبي المميز . والثانى : هو المعتوه المميز ، فهؤلاء هم ضعيفو الأهلية ، أو ناقصوها . أما الصبي الذى لا يميز والمجنون فهما فاقدان لهذه الأهلية لفقدهم التمييز ، ويلحق بهؤلاء فى بعض الأحكام الحجر عليه للسفه أو للغفلة أو للدين ، وكذلك المريض مرض الموت . وهناك أحكام عقودهم .



أطوار الإنسان في أهليته - للانسان بالنسبة إلى أهليته أربعة أطوار ، فيكون أول أمره جنيناً « حملاً في بطن أمه » ثم يولد . فيكون صبيغاً غير مميز ثم يجيئه بعد ذلك التمييز فيكون صبيغاً مميزاً ، ثم يبلغ الحلم فيكون بالغاً .

الجنين - يبدأ الإنسان حياته جنيناً . فتكون له حينئذ أهلية وجوب قاصرة ، مظهرها في ثبوت بعض الحقوق له ، ولا يثبت له شيء منها إلا عن طريق الوراثة ، أو عن الإيضاء له ، أو عن الوقف عليه . ويشترط في ثبوت ذلك له أن يولد حياً . ويتحقق ذلك بظهور أكثره حياً ، ولا يضير أن يموت إثر ذلك مباشرة . فإذا ظهر ميتاً تبين أنه لم يكن له حق في ميراث ، ولا في وصية ولا في وقف ، ويصير كل ذلك لمن يستحقه على فرض عدم وجوده أصلاً .

وغنى عن البيان أنه في هذا الطور لا يكون له ولى ، ولذا لا يثبت له حق إلا من هذه النواحي الثلاثة ، لعدم افتقارها إلى قول أو فعل منه أو ممن يلي عليه ، أما ما يفتقر إلى ذلك من الحقوق ، فلا يثبت له ولا يجب عليه ، إذ ليس له في هذا الطور قول ولا فعل ، وليس له مع ذلك ولى يقوم مقامه في ذلك . وهذا ما عليه أكثر الفقهاء .

الصبي غير المميز - إذا ولد الجنين حياً أصبح صبيغاً لا تمييز له إلى أن يبلغ تمام السنة السابعة وفي هذا الطور تثبت له أهلية الوجوب الكاملة ، فتجب له الحقوق قبل غيره وتثبت عليه واجبات لغيره . ويكون له في هذا الطور ولى أو وصى يقوم على إدارة أمواله والتصرف فيها على وفق ما حدد له في ذلك من حدود شرعية ليس من موضوعنا بيانها .

وليس له في هذا الطور عبارة معتبرة : بل تكون جميع أقواله فيه مهدرة لاجبة . لا يترتب عليها التزام ولا إزام . فلا ينشأ عنها أى عقد كينما كانت صفته . وكيف كان نوعه ، وإنما يباشر لأجله ما يحتاج إليه من هذه العقود من له الولاية عليه . ويستمر هذا الطور . فلا ينتهى إلا ببلوغه السابعة من عمره وتمييزه . وأهلية الأداء فيه بنوعها معدومة .

الصبي المميز - يكون الصبي مميزاً إذا بلغ السابعة من عمره . وتوافر له معرفة معانى الألفاظ التى تنشأ بها العقود التى يريد إنشاءها وآثارها ، وعلم الغبن فيها . فإن لم تتوافر له تلك المعرفة . ولم يعلم الغبن فيها : لم يكن مميزاً . كما لا يعد مميزاً قبل بلوغه السابعة . وإن أدرك شيئاً من ذلك .



وينتهي الصبا ببلوغه الحلم . ويعرف ذلك بعلامة من علاماته ، كالحيض للفتاة .  
والاحتلام للغلام . فإذا لم تظهر علامة من علاماته اعتبر كل منهما بالغاً بتام الخامسة عشرة  
من عمره عند أكثر العلماء .

غير أن بلوغ الحلم ليس كافياً وحده لتسليم مال الصغير إليه . وإطلاق يده في التصرف  
فيه عند الصاحبين ، بل لا بد مع ذلك من إيناس الرشد . لقوله تعالى في أوائل سورة النساء  
( وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم ) ولذا  
رأوا أن الولاية على الصبي المميز لا تنتهي ولا تطلق يده في جميع التصرفات إلا إذا بلغ  
رشيداً . فإن رشد قبل البلوغ استمرت الولاية عليه حتى يبلغ وإن بلغ غير رشيد استمرت  
حتى يرشد مهما كبرت سنه .

وذهب أبو حنيفة إلى أنه إذا بلغ غير رشيد لم يدفع إليه ماله حتى يبلغ خمساً وعشرين  
سنة . فإذا بلغها دفع إليه ماله وإن لم يرشد . أما نفاذ تصرفه فيثبت له بمجرد بلوغه ، وإن  
لم يدفع إليه ماله ، لأنه لا يرى الحجر للسفه كما سيأتي .

ولم يجعل الفقهاء للرشد سناً مقدرة دائماً . بل يعرف عندهم بالمعاملة والتجربة . ولكن  
قانون المحاكم الحسبية حدد له سناً معينة بالنسبة إلى التصرفات المالية دون غيرها ، وهي  
إحدى وعشرون سنة ميلادية ، والغلام والفتاة في ذلك سواء ، فإذا بلغها أحدهما انتهت  
الولاية عليه أما بالنسبة إلى غيرها كالزواج والطلاق ، فقد بقى الحكم فيه على حسب  
الأرجح من مذهب أبي حنيفة .

والصبي في هذا الطور - طور التمييز قبل الرشد - له أهلية وجوب كاملة كما قدمنا .  
وله كذلك أهلية أداء قاصرة . ولذا تكون عبارته صحيحة معتبرة في بعض التصرفات -  
اكتفاء بإرادته فيها . لأن منفعتها فيها محققة - ومهملة لاغية في بعض آخر منها بالنسبة  
له ، لأن ضرره فيها محقق . أو الشأن فيها كذلك . فلم تعتبر له فيها بسبب ذلك إرادة  
ولا عبارة لقصور وزنه ورضاه . وقد تموقف صحتها واعتبارها على أن تعضدها إرادة أخرى  
رشيدة هي إرادة الولى عليه . فإذا انضمت إلى إرادته ظهر أن وزنه صحيح ، وإذا خالفته  
ظهر عكس ذلك ، فتبلغ عبارته . وذلك في العقود التي تتردد بين أن تكون نافعة أو ضارة  
بحسب الشأن فيها ولذا انقسمت العقود أو التصرفات بالنسبة إليه ثلاثة أقسام .



الأول : التصرفات النافعة نفعاً محضاً . كقبول الهبة ، وقبول الكفالة ، وقبول الوصية وهذا النوع يصح بعبارته ، وينفذ دون حاجة إلى إجازة ممن له الولاية عليه . ذلك لأن عبارته صالحة في ذاتها لإنشاء العقود ، ولذا صلح لأن يكون وكيلاً عن غيره في جميع عقودهم وتصرفاته . وليس في هذا النوع من التصرفات ضرر به . فلم يكن في حاجة إلى الاستعانة بغيره . وفي الحكم بصحتها منفعة له . فلذلك صحت ونفذت .

الثاني : التصرفات الضارة ضرراً محضاً ، بحيث يكون من أثرها النقص لا الزيادة ، كالتبرع بجميع أنواعه من هبة ووصاية وكفالة ووقف ، وكالطلاق والإعتاق ، وهذا النوع لا ينعقد بعبارته . فلا ينقلب صحيحاً بإجازة من له الولاية عليه ، لأنه ضار به في الجملة ، فلا يلزم به مطلقاً ، سواء أباشره هو بنفسه أم باشره عنه ووليّه . وإذا لم يكن لوليّه مباشرة ابتداء لم يكن له حق إجازته انتهاء .

الثالث : التصرفات التي من شأنها أن يكون من ورائها نفع ومن ورائها ضرر ، كالبيع والشراء والإجارة وسائر المعاوضات والنكاح ، وعبارة الصبي المميز صالحة لإنشائها لما فيها من توافر القصد إلى معانيها . ودلالاتها على وجود الإرادة في إنشائها . وقد اعتبرت هذه الإرادة نظراً لما قد يترتب على هذه العقود من المنفعة في بعض الأحوال ، ولكنها مع ذلك لا تنفذ إلا بإجازة الولي أو الوصي . لأنها وليدة عقل فيه نقص ، وإرادة بها ضعف ، ولا يدري أفيها خيره أم ضرره . فلا بد من أن ينضم إلى عقل الصبي الناقص وإرادته الضعيفة عقل كامل وإرادة قوية . حتى إذا رؤي أن في التصرف خيره أجزى فنفذ . وإلا رفض فبطل . وقد علمت أن النظر في ذلك إنما هو إلى طبيعة هذه العقود . فروعى الشأن فيها دون التفات إلى واقعة العقد الذي باشره الصبي وإلى ظروفها . فإذا كان هذا العقد من النوع الثالث مثلاً توقف نفاذه على إجازة وليه أو وصيه . وإن كانت فيه المنفعة واضحة ظاهرة . وذلك : كبيعها بأضعاف القيمة ، وكشراؤها بنصف القيمة .

وإجازة هذه العقود لا تكون صحيحة إلا إذا كانت ممن يملك إنشاء هذا العقد وإنفاذه ابتداء ، فإن لم يكن يملكه ابتداء لم ينفذ بإجازته انتهاء ، وبناء على ذلك إذا باع الصغير المميز شيئاً من ماله بغير فاحش كان هذا البيع باطلاً ، فلا يصح بإجازة الولي ، لأنه لا يملك أن يبيع ابتداء بالغير الفاحش ، فلا يملك أن يجيزه إذا باشره من هو تحت ولايته .



وما يتوقف من عقود الصبي على إجازة وليه ينفذ بإجازته بعد بلوغه إذا بقي كذلك .  
أما ما يقع باطلا ابتداء فلا يصح بإجازة أحد .

البالغ العاقل - إذا انتهى طور التمييز بالبلوغ مع الرشد « كما هو مذهب الصحابين »  
أو بالبلوغ فقط مع العقل ، كما هو مذهب الإمام ، فإنه يتم لصاحبه حينئذ أهلية الأداء ،  
فتكون كاملة فيه ، ولذا تكون عبارته صحيحة معتبرة في جميع العقود والتصرفات على ما بينا  
من قبل ، ويستمر له ذلك إلى الموت . ولكن هذه الأهلية قد تتأثر بعوارض تعرض له  
في هذه الفترة . فنذهب بها كلية أو تنقصها .

عوارض الأهلية - إذا بلغ الإنسان رشيداً كانت أهلية الأداء فيه كاملة ، ولكن  
قد يعرض له ما يؤثر فيها فتزول معه أو تنقص ، وقد يعرض له ما لا يؤثر فيها ، ولكنه  
يستتبع أن يحد من تصرفه ، فإذا كان العارض مما يزيل العقل لا إلى أمد أعدمها ، كالجنون  
والعته التام ، وإذا كان مما يضعفه ولا يذهب به نقصها ، كالعته الذي لا يُعدم التمييز ، وإذا  
كان لا يؤثر في العقل - ولكنه يفسد التدبير - لم يؤثر في الأهلية ، وإنما يستوجب حدوداً  
لا يتعداها صاحبه ، محافظة على ماله . وهذه الحدود قد يكون لها من الأثر مثل ما يكون  
للأهلية الناقصة ، وذلك كالسفه والغفلة ، وإذا كان لا يفسد التدبير ، ولكن يظن معه  
الخوف على حقوق الغير ، كمرض الموت والدين ، فإنه يستوجب من الحدود في التصرف  
ما تتوافر به المحافظة على هذه الحقوق فقط .

والعوارض على الجملة : هي الجنون ، والعته ، والسكر ، والنوم ، والإغماء ، والسفه ،  
والغفلة ، والدين ، ومرض الموت .

الجنون - هو عارض تنتفي معه أهلية الأداء ، لزوال التمييز معه ، ولذا يكون حكم  
الجنون حكم الصبي الذي لا يميز ، فهما في الحكم سواء ، غير أن الجنون قد يكون مطبقاً  
وقد يكون متقطعاً ، فإذا كان متقطعاً وكان العقل طبعياً في حال الإفاقة ، فإن حكم تصرف  
صاحبه حال الإفاقة يكون كحكم تصرف العاقل الرشيد . أما حال الجنون فيكون حكم تصرفه  
كحكم تصرف الجنون جنونا مطبقاً .

السكر - إذا ذهب السكر بالعقل ذهاباً تاماً ، فقد اختلف فيه نظر العلماء ، ففرق



منهم نظر إلى السكر في ذاته ، فوجد أنه يذهب بالإرادة والقصد كالجنون ، فأبطل معه العبارة ، ولم يرتب عليها قصداً ولا التزاماً ، لا فرق عندهم بين سكر بسبب مباح وسكر بسبب غير مباح ، وإلى هذا مال ابن القيم ، وهو رأى فريق من المالكية ، ونظر الجمهور إلى سبب السكر ، فإن كان مباحاً فالحكم عندهم كما قدمنا ، وإن كان حراماً فالحكم صحة عبارته ، فتصح بها كل العقود والالتزامات ، كالبيع والإجارة والرهن والوكالة والطلاق والزواج والرجعة . وذلك زجراً له وعدم اعتراف بما أقدم عليه من منكر . وعليه فله أهلية أداء كاملة . وذهب أحمد في رواية عنه ، وكذا الطحاوي والكرخي من الحنفية : إلى أن طلاق السكران مطلقاً غير واقع . وعلى ذلك العمل الآن في المحاكم الشرعية كما قدمنا .

النوم — النائم حال نومه ليس له عبارة معتبرة ، وكل ما يصدر عنه من قول في هذه الحالة لغو ، لعدم قصده وإرادته ، ولأنه عارض طارئ ومؤقت ، كان زوال أهلية الأداء به مؤقتاً ، بالنسبة إلى العقود والالتزامات .

الإغماء — والمغى عليه حال إغمائه ، كالنائم حال نومه ، لا فارق بينهما في جميع العقود والالتزامات ، لعدم قصده وإرادته أيضاً .

العتة — العتوه من كان قليل الفهم ، محتلط الكلام ، فاسد التدبير ، لا يضرب ولا يشتم كما يفعل الجنون ، والعتة إن ذهب بالعقل والتمييز فنوع من الجنون الساكن ، وحكمه حكم الجنون المطبق ، فليس للمصاب به أهلية أداء ، ولا تصح منه عبارة ، وإن لم يذهب العتة بالتمييز فحكمه حكم الصبي المميز ، لا يختلف عنه في شيء فلم يصاب به أهلية أداء ناقصة .

السفه — السفه عدم الإحسان في تدبير المال ، وإشفاقه على خلاف مقتضى العقل والحكمة والشرع ، وعلى الجملة يراد به إنفاق المال وإتلافه فيما لا يرضى عنه العقلاء من ذوى الحكمة والدين ، ولا يراه أبو حنيفة موجباً للحجر . وعلى ذلك فعقود السفه عنده وتصرفاته كعقود الرشيد وتصرفاته : إذ في الحجر عليه إهدار لآدميته محافظة على ماله ، وآدميته خير من ماله ، ولا يضيع الأعلى لمحافظة على الأدنى . ويرى الصحابيان أن يحجر على السفه مراعاة لمصلحته وإعانة له ومحافظة على ثروته ، وعلى القولين ليس للسفه تأثير في أهلية أداء



السفيه ، فأهليته للأداء كاملة ، وإنما يقتضى السفه عند الصاحبين الحجر عليه فى بعض التصرفات والعقود محافظة على ماله كما قدمنا .

وتحقق السفه كاف عند محمد رحمه الله تعالى فى اعتبار السفيه محجوراً عليه دون حاجة إلى قضاء بذلك ، وإذا زال السفه زال عنه الحجر عنده كما هو الحكم فى عارض الجنون .  
وذهب أبو يوسف إلى أنه لا يعد محجوراً عليه إلا من وقت توقيع الحجر عليه من القاضى ، ولا يرفع الحجر عنه إلا إذا رفعه القاضى بعد أن يثبت لديه زوال السفه .

عقود السفيه وتصرفاته — وعلى ذلك تكون تصرفاته قبل توقيع الحجر عليه عنده أبى يوسف كتصرفات الرشيد ، أما بعد الحجر عليه فإنه يكون فى تصرفاته كالصبي المميز ، لا يختلف عنه إلا فيما يأتى ، ما دام الحجر قائماً .

١ — يصح منه نكاحه وطلاقه وعتاقه ورجعته ، غير أنه إذا سمى مهراً لم يلزمه إلا فى حدود مهر المثل فلا يزداد عليه ولو أذن له القيم فى ذلك .

٢ — يجوز له أن يقف ماله على نفسه ثم من بعده على ذريته ، لأن ذلك التصرف يتلاءم مع ما فرض عليه من حجر إذ الوقف نوع من الحجر .

٣ — تجوز وصيته بالثلث فى وجوه البر . لأن ذلك من العبادة ، وهو أهل لها ، لتكليفه وأهليته . فلو أوصى فى غير هذه السبل كانت وصيته باطلة ، كالوصية لأهل الفسق الغفلة — ذو الغفلة هو الذى لا يهتدى إلى خيره إذا تصرف ، فلا يعرف التصرف

الراجح من الخاسر ، فيغبن بسهولة فى المعاوضات ويخدع ، ولا يحجر عليه لذلك عند أبى حنيفة ، فهو فى تصرفه كالرشيد ، ويرى الصاحبان الحجر عليه ، وحكمه عندهما حكم السفيه ، لا يختلف عنه فى شىء . وإلى الحجر عليه وعلى السفيه ذهب الشافعى ومالك وأحمد .

الدين — لا يرى أبو حنيفة أيضاً أن يحجر على المدين لأجل دينه . ويرى الصاحبان أن يحجر عليه ، ولا ينحجر إلا بالقضاء ، ولا يقضى عليه بالحجر ، إلا إذا كان الدين مستغرقاً لماله . ولا يتناول الحجر حينئذ إلا ما يملكه من مال عند توقيع الحجر عليه .  
ويترتب على الحجر منعه من كل تصرف فى ذلك المال يضر بدائنيه فقط ، فإذا تبرع



منه بأى شكل من الأشكال ، ولو فى ضمن بيع ، كان تبرعه موقوفا على إجازة الدائنين ، أو سداد ديونهم ، أو براءة المدين من بعضها ، إذا بقى له بهذه البراءة من ماله مقدار ما تبرع به ، فإن أجاز الدائنون هذا التبرع نفذ ، وإن أبطلوه بطل . فإذا وهب جزءاً من ماله لآخر كان هذا العقد موقوفاً كما بينا ، فإذا كانت ديونه ألف جنيه ، وماله ألف جنيه ، ووهب ما قيمته ١٠٠ جنيه ، كانت هبته موقوفة ، فإن أجازها الدائنون نفذت ، وإن أبطلوها بطلت . وكذلك تنفذ إذا تبرع إنسان بسداد مائة جنيه من دينه على الأقل . أو أبرأه الدائنون من ذلك المبلغ من ديونهم ، لأنه قد سلم له حينئذ هذا المبلغ ، فيتصرف فيه كما يشاء . وكذلك إذا باع غلابة فى بيعه كان للمشتري أن يكمل الثمن إلى قيمة المثل فينفذ شراؤه عندئذ ، فإن أبى ذلك كان العقد موقوفاً ، فإن أجازها الدائنون نفذ ، وإن رفضوه بطل .

وذهب مالك إلى الحجر على المدين بسبب الدين فيما يضر بدائنيه ، فإذا تبرع على أى وجه ، أو وقف شيئاً من ماله كان لدائنيه حق طلب إبطال هذا التصرف مراعاة لحقوقهم من غير حاجة إلى سبق قضاء بالحجر عليه ، وهذا قول فى مذهب أحمد ، اختاره الشيخ تقي الدين بن تيمية الحنبلى . والقول الآخر : أن تصرفه نافذ لازم مادام لم يحجر عليه .

مرض الموت — مرض الموت هو المرض الذى يتوافر فيه أمران : أحدهما : أن يغلب فيه الهلاك عادة . وثانيهما : أن يتصل به الموت ، سواء أوقع بسببه أم بسبب آخر خارجى عن المرض ، كقتل أو غرق ونحوهما ، ويلحق بهذا المرض جميع الأحوال التى يتربط فيها الموت لأصحابها ، ويرى فى العادة أنهم لا يفلتون منه ، وذلك كما فى المقاتلة عند التحامهم ، ومن قدم للقتل من قصاص ونحوه ، ومن أشرف على الغرق فى البحر .

وإذا تطاول مرض الموت فإن كان فى جميع أوقاته يزداد ويسوء فصاحبه يعتبر مريضاً به ، ويعطى لتصرفه فيه جميع أحكام تصرفات المريض مرض الموت . وإن وقفت علته فلم تتغير واستمر هذا سنة على الأقل ألحق ما مضى منه بالصحة ، ثم لا يزال صاحبه يعتبر صحيحاً فى تصرفاته إلى أن تزايد المرض ، فيعتبر مريضاً مرض الموت من ابتداء تزايد فقط ، فتثبت لتصرفاته بعد الزيادة حكم تصرفات المريض ، إلا إذا عاد المرض فوقف وطالت مدة وقوفه سنة ، فإنها حينئذ تعتبر كتصرفات الصحيح وهكذا ، وكثيراً ما يحصل هذا فى بعض حالات السل والسرطان والشلل والجذام .



وبناء على ما تقدم : فإذا أصاب الإنسان مرض لا يغلب فيه الهلاك عادة ، ثم توفي بسببه ، كان أصابه مخص بسيط فتوفي به وقد باشر تصرفاً فيه فإنه لا يعد مريضاً مرض الموت بالنسبة لهذا التصرف ويكون حكمه حكم تصرفه حال الصحة . وكذلك إذا مرض إنسان مرضاً يغلب فيه الهلاك عادة فتصرف فيه ثم شفى منه اعتبر تصرفه كأنه صادر حال الصحة ، ذلك هو المراد عند الفقهاء بمرض الموت .

تعلق الحقوق بالمال حال المرض — وفي هذا المرض يتعلق بمال المريض حق الدائنين ليستوفوا ديونهم منه ، وحق الورثة ليخلص لهم تملك الثلثين مما يبقى بعد سداد الديون ، إن كان هناك ديون . أما الثلث الباقي ، فقد جعله الشارع حقاً للمريض ينفقه فيما يرى من سبل الخير بواسطة التبرع المنجز في حال المرض ، أو بواسطة الوصية ، فإن لم ينفقه كله أو لم ينفق منه كان الباقي للورثة .

وإنما تعلقت حقوق هؤلاء بهذا المال في ذلك الوقت ، لأن هذا المرض سبيل إلى الموت غالباً ومقدمة له ، فأقيم مقامه في تعلق حقوقهم بماله ، إذ بالموت تتعلق بالمال حقوق الدائنين والموصى لهم والورثة ، غير أن تعلق هؤلاء بسبب المرض لا يمنع أن يكون للمريض حق في ماله ، ففيه نفقاته وعلاجه ، ونفقات من تجب عليه نفقتهم . وحاجاته فيه وحقوقه مقدمة على حقوق غيره ، ولذا كانت عقود تصرفاته فيه مراعى فيها كل ذلك فكل تصرف يمس حقوق غيره ولم يكن حقاً له منع منعه ، وكل تصرف هو من حقه وحاجته الشخصية لم يمنع منه ، وذلك إجمال لا يغنيك عن التفصيل فيها كه :

(١) حقوق المريض وحاجاته — ذكرنا أن للمريض حقاً وحاجة ضرورية في ماله ، وحقه فيه مقدم على حقوق غيره من دائنين وورثة ، ولذا كان له أن ينفق من ماله أثناء مرضه على نفسه وعلى من تجب عليه نفقتهم بالمعروف ، لا يمنع من ذلك ، وكان له أن يأخذ منه نفقات علاجه ، وأثمان دوائه ، وأن يبيع من ماله في سبيل ذلك ما يشاء ، وتصرفه في هذه السبيل وعلى هذا الوجه تصرف صحيح نافذ ، ليس لدائن أو وارث حق الاعتراض عليه ، إلا إذا حابى في بيعه أو شرائه ، فإن محاباته حينئذ تعتبر تبرعاً في مرضه ، فتأخذ حكم تبرعات المريض على الوجه الذي سنبينه .



وكذلك له أن يتزوج في مرضه ، غير أنه لا يلزم بأكثر من مهر المثل ، وتعتبر الزيادة عليه تبرعاً لزوجه ، حكمها حكم الوصية . وكذلك له أن يطلق زوجته .

(ب) حقوق الدائنين — وبلى ذلك حقوق دائنيه ، فتتعلق بماله ليستوفوها منه ، ولذا كان تعلقها به من ناحيتها المالية فقط ، فلا يضيرهم أن يستبدل المريض بأمواله غيرها مادام في البذل قيمها ، وعلى ذلك فله أن يبيع من أمواله ما يشاء بقيمته ، وأن يشتري في مرض موته ما يشاء بقيمته ، لا يجبر عليه في شيء من ذلك بالنسبة للدائنين ، مادام ذلك لا يضرب بحقوقهم ، وإنما يضربها إذا كان في تصرفه غبن ، ولو كان يسيراً ، متى كانت ديونهم مستغرقة . وعند ذلك لا ينفذ تصرفه إلا برفع الغبن أو بإبراء الدائنين المريض من ديونهم أو بتنازلهم عن بعضها ، إذا كان من وراء هذا التنازل أن يسلم للمريض من أمواله ما يسع ثلثه عند الوفاة هذا الغبن . أما إذا كانت ديونهم غير مستغرقة فإن الغبن يكون مقبولاً بشرط ألا يزيد عند الوفاة على ثلث ما بقي بعد سداد الديون ، وذلك بعد أن تضاف إليه جميع التبرعات في المرض وجميع الوصايا .

تصرف المريض في المنافع — وتتعلق حقوق الدائنين بأعيان التركة من ناحيتها المالية فقط لا يمنع المريض من أن يتصرف في منافع أمواله . فله أن يجازي في تصرفه فيها ، عند الحنفية إذ لا تعلق لحقوق الدائنين بمنافع الأعيان ، لأنها ليست أموالاً عند الحنفية ، ولذا يجوز له أن يؤجر منزلاً بأقل من أجره مثله بغبن فاحش ، وأن يعيره لمن يريد ، وأن يضارب بماله مع أي شخص بأي ربح ، ولا يجوز للدائنين أن يعترضوا على شيء من ذلك . وثمة سبب آخر لجواز ذلك : هو أن التصرف في المنافع ينتهي بالوفاة ، وجميع تصرفات المريض حال حياته نافذة . وإنما يتوقف منها عند وجود سبب التوقف ما يبقى بعد الوفاة ، وإجاراته وإعارته ومضاربه تنتهي بوفاته ، ولذا نفذت في حياته ، شأنها في ذلك شأن كل تصرف يصدر منه .

الضابط العام لتصرف المريض في الأعيان — وعلى الجملة لا يجوز للمريض مرض الموت إذا كان مديناً أن يتصرف في أمواله تصرفاً ينقص منها إذا كان هذا التصرف يضر بدائنيه فلا يجوز له أن يهب شيئاً ، ولا أن يقفه ، ولا أن يجازي في المعاوضة ، فلا يبيع بغبن ، ولا يشتري بأكثر من ثمن المثل ، ولا أن يوصي بشيء من أمواله متى كان ذلك



ضاراً بدائنيه ، فإن فعل شيئاً من ذلك كان تصرفه نافذاً حال حياته ، لأنه تصرف صادر من أهله في محله ولم يتحقق أن المرض مرض موت ، لأن ذلك لا يعلم إلا باتصال الموت به ، فيستمر نافذاً إلى وفاته ، فإذا توفي تأكدنا أن المرض كان مرض موت ، وأن المريض تصرف في مال تعلق به حق الدائن ، وحق الدائن مقدم ، فإن كان الدين مستغرقاً اعتبرت تلك التصرفات موقوفة من حين صدورها ، مراعاة لحق الدائنين ، فإن أبرءوا المدين من ديونهم ظهر حق الورثة في ثلثي ما ترك من المال خالياً من الدين ، فينفذ من تلك التصرفات بقدر ثلثه ، وهو ما أعطاه الشارع إياه وتتوقف في الثلثين على إجازة الورثة ، فإن أجازوها نفذت ، وإن رفضوها بطلت . وإن لم يبرء الدائنون المتوفى وطالبوا بسداد ديونهم ، بطلت تلك التصرفات جميعها من حين صدورها . وإن كان الدين غير مستغرق ، وقد بقي من مال المريض ما يفي بالديون جميعها سددت منه الديون ، ثم رجعنا إلى ما يبقى بعد ذلك ، فإن كان ضعف المتبرع به أو يزيد ، نفذت جميع تبرعاته فاستمرت نافذة من وقت صدورها ، وإن كان أقل أبطلنا من تبرعه حتى يكون ما يعطى للورثة ضعف ما بقينا عليه من التبرع ، وكان ذلك الإبطال من وقت مباشرة المريض لها : وإن لم يبق من ماله ما يفي بديونه دفع أولاً في ديونه ما بقي من تركته ، ثم استرد من تبرعاته ما يفي ببقية ديونه بعد إبطاله من وقت صدوره ، ولو أدى ذلك إلى استغراقها ، مادام الدائنون قائمين على سداد ديونهم ، فإن سددت وبقى بعد ذلك شيء من التبرع كان للورثة أن يبطلوا ثلثيه ويتملكوها حتى لا يكون للمتبرع لهم إلا ثلثه ، كما يكون لهم حق إجازته فينفذ حينئذ .

( ج ) حقوق الموصى لهم والورثة — ويلى حقوق الدائنين حقوق الموصى لهم ومن في

حكمهم وحقوق الورثة ، وهم في درجة واحدة ، غير أن حقوق الموصى لهم ومن في حكمهم يجب ألا تتجاوز عند عدم الإجازة ثلث الباقي من التركة بعد سداد الدين ، وحقوق الورثة تكون في الباقي بعد ذلك . ولذا كانت التركة بعد سداد الدين مقسومة بينهم : للموصى لهم ومن في حكمهم حقوقهم لا تتجاوز ثلث الباقي إلا برضا الورثة ، وللورثة ما يبقى بعد ذلك . ولهذا إذا تجاوزت الوصية أو التبرع في مرض الموت ثلث ما يتركه المتوفى بعد سداد الدين . كان نفاذ الزائد على الثلث متوقفاً على إجازة الورثة ، فإن أجازوه بعد الموت وهم من أهل التبرع نفذ وإلا بطل .



(د) إقرار المريض — ذلك ما يتعلق بتبرع المريض في مرض موته أو بمحباته في تصرفاته المالية . فأما إقراره بدين ، فإن كان لأجنبي كان صحيحاً نافذاً ، غير أن الدين الثابت به فقط — وإن كان بإقرار كتابي — دون أى مثبت آخر يكون مؤخراً عن غيره من الديون . ويسمى هذا الدين بدين المريض . ويسمى ماسواه بدين الصحة إن ثبت حال الصحة ، وإن ثبت حال المرض ألحق به .

وعلى ذلك : فديون الصحة هي الديون الثابتة بأية حجة في حال الصحة : ويلحق بها في الحكم كل دين يثبت في حال المرض بحجة تتعدى ، وكذا ما باشر المريض بسببه حال مرضه عن مشاهدة وعيان . أما دين المرض فهو الدين الثابت بالإقرار وحده حال المرض ولو كتابة . ويؤدي أولاً من التركة ديون الصحة ، فإن بقي شيء بعدها كان لديون المرض . ثم ما يبقى بعد ديون المرض يكون للموصى لهم وللورثة على ما بيناه .

وإن كان الإقرار لوارث فلا ينفذ إلا بتصديق جميع الورثة ، حتى لا يكون الإقرار وسيلة إلى إثارة أحد الورثة بمال . وإلى هذا ذهب أحمد ، ومقتضى قانون الوصية الصادر أخيراً أن الإقرار لوارث ينفذ دون توقف على تصديق الورثة إذا ما وسعه ثلث المال عند الوفاة وفيما زاد عليه يتوقف على تصديقهم .

والوارث الذي لا يصح الإقرار له إلا بتصديق بقية الورثة : هو من قام به سبب الإرث عند الإقرار ، وورث فعلاً عند الوفاة ، فإذا أقر لأجنبية ثم تزوجها ، ثم مات نفذ إقراره ، لأن سبب إرثها — وهو الزوجية — لم يكن قائماً وقت الإقرار ، ولو أقر لأخيه وقت الوفاة ولم يكن له ابن ، ثم ولد له ابن ، ثم مات نفذ إقراره ، لأن الأخ لم يرث فعلاً عند الوفاة بسبب وجود الابن ، ولو أقر لأخيه في المرض وله ابن ثم توفي الابن ، ثم توفي المريض فورث الأخ لم ينفذ إقراره له ، إلا إذا صدقه سائر الورثة ، لأن سبب الإرث — وهو الأخوة — كان موجوداً عند الإقرار ، وقد ورث فعلاً عند الموت .

وقال أحمد بن حنبل : الوارث هو من يرث عند الإقرار لو أن المريض قد توفي ساعته سواء أورث عند الوفاة أم لا ، وهذا أوجه . لأن التهمة لا تتحقق إلا على هذا الأساس .



## الولاية

معناها اللغوي — الولاية : بفتح الواو وكسرهما ، مصدر الفعل « ولى » يقال : ولى الشيء بـ يليه ، وولى عليه : إذا ملك أمره وكان له القيام عليه ، وكذلك إذا قام به ، فهو وليه وولى عليه ووال ، ومن هذا أخذ الاستعمال الشرعى .

معنى الولاية شرعا — يريد الشرعيون بها أن يكون للعاقد سلطة شرعية فى مباشرة عقده وتولييه وإن شئت قلت : أن يكون له سلطة شرعية ينفذ بها عقد صاحبها وتصرفه شرعا ، فتترتب عليهما آثارهما الشرعية .

علاقتها بالعقود — وقد علمت مما مضى أن وجود العقد ونفاذه يتوقف على ما يتوقف فى عاقده من الأهلية والولاية ، وشرحنا لك معنى الأهلية ، وتبينت أنها نوعان ، وأن المتصل منها بإنشاء العقود أحدهما ، وهو أهلية الأداء ، وأن عليها تتوقف صلاحية عبارة العاقد لإنشاء العقد ووجوده فقط . ونريد الآن أن نبين لك أن نفاذ العقود لا يتوقف على أهلية عاقدتها فقط ، فإنها قد تكون كاملة فى العاقد ولا ينفذ عقده ، لأنه لا ولاية له عليه ، وإذن فالنفاذ يتوقف على وجود العنصرين معا : أهلية الأداء والولاية ، ذلك لأن نفاذ العقد ثمرة من ثمرات وجوده ، ووجوده يتوقف على أهلية الأداء ، فكان نفاذه كذلك متوقفا عليها ، ولكنه لا يتحقق مع ذلك إلا بتحقيق الولاية . وإن شئت قلت : إلا بتحقيق هذه السلطة الشرعية .

أنواعها — وهذه السلطة قد تكون ذاتية ترجع إلى ما قرره الشارع من إلزام الملتزم بما التزم به فى أمر نفسه بمثل قوله تعالى فى أول سورة المائدة « ٥ : ١ يأبىها الذين آمنوا أو فؤوا بالعقود » وفى سورة الإسراء « ١٧ : ٣٤ وأوفؤ بالعهد إنَّ العهدَ كانَ مسئولا » وفى أول سورة الصف « ٦١ : ٣ كبرمقتا عند الله أن تقولوا مالا تفعلون » ومثل هذه الأدلة كثير فى الكتاب والسنة ، وهذه هى ولاية الإنسان على نفسه ، فله عند كمال أهلية الأداء فيه الولاية التامة على شئونه مالية أو غير مالية ، فجميع عقودهم وتصرفاتهم نافذة فى حق نفسه إلا إذا كان يترتب عليها ضرر بحق الغير ، فيحد منها بقدر ما يدفع ذلك الضرر ، كما سيتضح فيما بعد .



وقد تثبت هذه السلطة لشخص بسبب أمر عارض جعله الشارع علة وسبباً لثبوتها ، وفي هذه الحال قد تكون أصلية وقد تكون نيايية .

فتكون أصلية : إذا ثبتت بسبب الأبوة ، كولاية الأب وأبي الأب « الجد » . فانها لم تثبت لهما إلا بسبب أمر عارض ، وهو ولادة المولى عليه « الصغير » لهما ، وهى مع ذلك ولاية أصلية ، فإذا باسرا أمور الصغير باسراها بأهليتها وولايتها ، لا نيابة عن غيرها من قاض أو أى شخص استمدا منه هذه الولاية .

وتكون نيايية : إذا ثبتت باستمداد من شخص آخر ، وذلك كولاية الوصي ، سواء أكان وصياً من قبل الأب أم من قبل الجد أم من قبل القاضى ، وكولاية الوكيل وولاية الإمام والقاضى . فإن الوصى يستمد ولايته من أقامه ، سواء أكان أباً أم جداً أم قاضياً ، ولذا تختلف ولايته تبعاً لاختلاف ولاية من استمد منه ، وكذلك الوكيل يستمد ولايته من موكله ، كما سنبين ذلك فيما يأتى ، ويلحق به الرسول ، وكذلك الإمام والقاضى يستمدان ولايتهما من المسلمين .

### الولاية فى المال — الولاية نوعان : ولاية على النفس ، وولاية على المال . فالولاية على

النفس هى التى تتعلق بنفس المولى من ناحية تعليمه والقيام عليه ، من ضم وحياطة وتربية وتزويج ، وعليها يتوقف نفاذ ما يتعلق بذلك من العقود التى يباشرها الولى ، كعقد تزويجه المولى عليه ، ولسنا الآن بصدد بيان أحكامها ، وتعداد من تثبت لهم من الأقارب ، لأننا فى موضوع المال والتصرف فيه .

والولاية على المال : تختلف أحكامها باختلاف المولى عليه ، فإن كان صغيراً دون البلوغ كانت لأبيه ابتداءً ، ثم من بعده لوصيه ، ثم لوصى وصيه وهكذا ، فإذا لم يكن أحد من هؤلاء انتقلت إلى جده (أبى أبيه) وإن علا ، الأقرب فالأقرب ، ثم من بعده لوصيه ، ثم من بعده لوصى وصيه . وهكذا ، فإن لم يوجد أحد من هؤلاء انتقلت الولاية إلى القاضى أو لوصيه الذى يقيمه لذلك وقد حل محل القاضى الآن المحكمة الحسبية .

وإن كان المولى عليه مجنوناً أو معتوهاً ، وقد بلغ كذلك استمرت ولاية من كان ولياً



عليه من أب أو جد أو وصى ، وإن أصابه الجنون أو العته بعد البلوغ وزوال ولاية هؤلاء  
فرايان : أرجحهما : أن الولاية تعود إليهم على الترتيب السابق استحساناً .

وإن كان المولى عليه سفيهاً أو ذا غفلة ، فالولاية عليه للقاضي أو لقيمه الذى يقيمه عليه  
وليس لأبيه ولا لجدده ولا لوصيهما ولاية عليه ، ذلك لأنه حجر عليه مراعاة لمصلحته  
ومحافظة على ماله لا لنقص فى أهليته ، والنظر فى صلاح الأمور عند ثبوت الأهلية للحاكم  
لا لغيره . ولاية الخصومة على العموم لولى المال لا لولى النفس .

وأما من عدا هؤلاء من المدنيين والمرضى بمرض الموت والتأمين والمغنى عليهم  
والسكارى بسبب هو حلال ، فليس لأحد ولاية عليهم ، بل الولاية لهم ، فيجب أن ينتظر  
زمن إفاقتهم عند الحاجة إلى العقد أو التصرف .

حكم العقد مع ثبوت الولاية — إذا صدر العقد من عاقد توافرت فيه أهلية الأداء  
وولاية إصداره كان نافذاً ، فتترتب عليه جميع آثاره الشرعية . وليس لأحد حق الاعتراض  
على ذلك ، إلا أن يكون شخصاً أضربه العقد فمنعه حقاً ثابتاً له ، فيكون له عند ذلك حق  
الاعتراض ، ويكون العقد لذلك موقوفاً ، كما إذا باع المالك عيناً مستأجرة قبل انتهاء مدة  
إجارتها ، أو عيناً مرهونة لا تزال فى يد المرتهن لبقاء الدين . ففي هذه الحال يتوقف العقد  
على إجازة المستأجر فى الصورة الأولى ، وعلى إجازة المرتهن فى الصورة الثانية ، محافظة على  
حق كل منهما الثابت قبل العقد ، فإذا أجاز نفذ ، كما ينفذ كذلك بانتهاء عقد الإجارة فى  
الصورة الأولى ، وبزوال الدين فى الصورة الثانية ، لانتهاء ما أوجب وقفه . ومثل هذا  
فى الحكم تصرف المريض مرض الموت إذا أضرب التصرف بدائنه أو بوارثه ، وتصرف  
المحجور عليه بسبب الدين إذا أضرب بدائنه . فإن تصرفه يتوقف كذلك على الإجازة من  
صاحب الحق أو على زوال هذا الضرر بأى سبب من الأسباب ، كأن يكون التصرف  
الضار بيعاً مع الغبن فيرتفع الغبن بزيادة الثمن من قبل المشتري ، وقد تقدم مثل هذا عند  
كلامنا على تصرف المريض مرض الموت .

وأما إذا صدر العقد من نيس له أهلية أداء ، فقد علمت أنه يصدر باطلاً ، وذلك



كعقود الجنون والصبي الذي لا يميز . وإن صدر من ذى أهلية أداء ناقصة أو صدر ممن ألحق به كالفقيه وذى الغفلة عند الصاحبين ، فإن حكمه يختلف باختلاف نوعه ، فإن كان ضاراً كان باطلا لعدم أهليته بالنسبة له ، وإن كان نافعاً نفعاً محضاً كان نافذاً لأهليته وولايته بالنسبة له ، وإن كان الشأن فيه أن يكون تارة نافعاً وتارة غير نافع كان متوقفاً على إجازة صاحب الحق فيها ، على ما فصلناه فيما مضى ، لثبوت أهليته بالنسبة له وعدم ولاية إصداره .

وعلى ذلك إذا صدر العقد من ذى أهلية أداء كاملة فإن أصدره العاقد لنفسه كان نافذاً ما دام لم يمس حقاً ثابتاً من قبل ، كما ذكرنا لثبوت ولايته على ماله ، وإن أصدره لغيره توقف نفاذه على ثبوت ولايته على ذلك الغير ، فإن كان له ولاية إصداره عنه شرعاً نفذ ، وذلك كأن يصدر العقد من الأب أو وصيه ، أو من الجد أو وصيه ، أو من وصى القاضى ، أو من الوكيل ، وإن لم يكن له ولاية إصداره عنه توقف على إجازة من له ولاية إصداره ، فإن أجازته نفذ وإلا بطل ، ويسمى عاقده في هذه الحالة بالفضولى .

عقد الولى - يزيد بالولى هنا : من له الولاية على مال غيره من أب أو جد أو قاض أو وصى أو قيم أو ناظر وقف أو نحو ذلك ، وولايته في عرف الفقهاء تنفيذ قوله على موليه شاء موليه أم أبى ! ولا تثبت له هذه الولاية إلا إذا كان مميزاً كما علمت حتى تتحقق فيه أهلية الأداء ، وكذا لا تثبت لكافر على مسلم ، ولا لمسلم على كافر ، لقوله تعالى في سورة النساء (٤: ١٤١) ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً) وقوله تعالى في سورة المائدة (٥: ١٠٥) يا أيها الذين آمنوا لا تتخذوا اليهود والنصارى أولياء بعضهم أولياء بعض ) ، وقوله تعالى في سورة الأنفال (٨: ٧٣) والذين كفروا بعضهم أولياء بعض ) وتصرف الولى في جميع الأموال مقيد بالنظر والمصلحة . لقوله تعالى في سورة الاسراء ( ١٧ : ٣٤) ولا تقر بوا مال اليتيم إلا بالتى هى أحسن ) . وعلى ذلك فليس له ولاية إنشاء العقود الضارة ضرراً محضاً كالتبرعات ولا الصادرة بغبن فاحش . وإذا باشرها كانت باطلة ، فلا تصححها إجازة بعد ذلك .

أما العقود النافعة ، كقبوله الهبة عن موليه ، وقبوله الوصية له ، والوكالة لماله ، فهى نافذة إذا باشرها ، وكذلك العقود التى يختلف أمرها باختلاف أحوالها ، فتتردد لذلك بين



النفع والضرر فإنها تنفذ إذا باشرها ، وتلزم كذلك إن كان حكمها اللزوم ، مالم تتمحض للضرر ، وإلا كانت باطلة ، وهذا إجمال لا يغني عن التفصيل الآتي :

عقد الأب - إذا كان للصغير ومن في حكمه مال فالولاية عليه كما علمت لأبيه . فهو الذي يرعاه ويحفظه ويستثمره ، وعقده فيه نافذ لازم أو غير لازم على حسب ما للعقد من صفة اللزوم أو عدمه ، وعلى هذا فله ولاية بيع مال الصغير ومن في حكمه ، سواء أباعه لأجنبي عنه أم باعه لصغير آخر تحت ولايته ، أم باعه لنفسه . وله كذلك ولاية الشراء للصغير ومن في حكمه ، سواء اشترى من أجنبي أم من نفسه ، وسواء أكان ذلك بمثل القيمة أم بغبن يسير . وله كذلك ولاية استثماره بالتجارة سواء أكان ذلك بالشركة فيه أم بالمضاربة ، أم بالبضاعة بنفسه أو غيره . وكذلك له إجارة مال الصغير ، ومن في حكمه واستئجاره ، بل وله إجارة نفس الصغير لعمل ويكون له الخيار إذا بلغ قبل انتهاء مدة الإجارة ، وإجارة نفسه للصغير . وله إجارة الصغير ليتعلم حرفة من الحرف ، لا غير ذلك ، واختلف الفقهاء في إجارة ماله ، وعامتهم على عدم الجواز وهو القياس لما في الإجارة من معنى التبرع . وله كذلك إيداع أمواله ورهنها لدى الغير في دين عليه أو على الصغير . وله أن يدفع أرضه مزارعة وشجره مساقاة ، كما له أن يزرع بنفسه ، سواء أجعل البذر في مال الصغير أم في ماله . وله أن يقبل حوالة دين الصغير إذا كانت على أملاً من المدين ، كما له أن يقاسم شريك الصغير .

ومما ينبغي ملاحظته : أن تصرف الأب مقيد بالنظر والمصلحة كما قدمنا ، وأنه إذا تجاوزها لم ينفذ على الصغير ومن في حكمه ، وأن من الآباء من يعرف بالعدالة ، ومنهم مستور الحال ومنهم الفاسق المبذر للتلف . وعلى ذلك فكل عقد يباشره الأب لموليه يكون باطلاً إذا تمحض للضرر ، مادام لم يجد نفاذاً على الأب . وذلك مثل أن يبيع ماله بغبن فاحش أو يؤجر بغبن فاحش كذلك ، أو يبيعه بأجل بعيد غير معهود ولا متعارف ، أو بأجل قريب إلى مفلس أو معروف بالجحود وعدم الوفاء وخيف منه على الثمن . وأما إذا وجد نفاذاً على الأب كشرائه للصغير بغبن فاحش ، أو استئجاره عيناً أو أجيراً كذلك بغبن فاحش فإنه ينفذ على الأب لا على موليه ، فيقع الشراء والاستئجار له على أصح القوانين .



هذا وليس للمحكمة الحسبية تدخل عند وجود الأب أو الجد إذا لم يخف منهما على مال الصغير .

### عقد وصى الأب

التعريف بالوصى — الوصى هو من يقام مقام غيره لادارة تركته بعد وفاته . وتدير شؤون الصغار ، ومن في حكمهم من أولاده ، فإن أقامه الأب أو الجد سمي بالوصى المختار . وإن أقامه القاضي سمي بوصى القاضي .

إقامة الوصى المختار — تكون إقامة الوصى المختار بعقد الإيضاء . وينشأ هذا العقد بإيجاب من الموصى وقبول من الموصى إليه « الوصى » ، فالإيجاب يكون بما يصدره الموصى حال حياته من كل ما يفيد إقامة غيره مقامه بعد وفاته ، مثل قوله : جعلت فلاناً وصياً ، أو عهدت إليه بمالى وأولادى بعد وفاتى وهكذا على ما يبيناه فيما سبق عند كلامنا على صيغة العقد . والقبول يكون بما يصدره الموصى إليه « الوصى » من كل لفظ أو فعل يدل على قبوله الإيضاء إليه ، كقوله : قبلت ، وكباشرته شأناً من شؤون أولاد الموصى بعد وفاته . وعلى هذا فقبول الوصى إليه لا يتقيد بمجلس الإيجاب ، بل يصح أن يكون بعده حال حياة الموصى أو بعد وفاته . وإذا وجد حال حياته لم يتم الإيضاء إلا عند الوفاة . فلا يكون الموصى إياه وصياً إلا من وقت وفاة الموصى وبمقتضى قانون المحاكم الحسبية رقم ٩٩ سنة ١٩٤٧م يجب أن يعرض أمر تعيين الوصى المختار على المحكمة الحسبية لتتنظر فى تثبيته فى الوصاية بعد بحثها أمر كفايته ، فإن لم تجده صالحاً عينت وصياً من قبلها بدلا عنه « راجع المادة ١٤ » ومقتضى ذلك أن الوصى المختار لا يصير وصياً فى نظر القانون إلا إذا أقرته المحكمة ، وأن تعيين الأب أو الجده لا يعدو أن يكون مجرد ترشيح ، وإلا لم يكن للقانون فائدة .

حكم عقد وصى الأب — إذا ترك الأب تركة وكانت مشغولة بدين أو وصية مرسله فإن كان الدين محيطاً بها كان للوصى ولاية بيعها كلها لسداد الدين . وإن كان غير محيط بها أو كان فيها وصية مرسله كان له كذلك ولاية البيع فى سبيل سداد الدين وتنفيذ الوصية .



وإذا ثبت له بيع بعضها ثبت له ولاية بيعها كلها عند الإمام ، وقال صاحباه : لا يبيع منها إلا بقدر ما يفي بالدين وتنفذ به الوصية .

وفما عدا هذه الحال لا يكون للوصى ولاية على نصيب الورثة الكبار من التركة إذا كانوا حاضرين ، أما عند غيبتهم فتكون له ولاية يبيع ما يخصهم فيها من منقول باعتبار أن ذلك طريق لحفظه وله ولاية حفظ أموالهم عند الغيبة بمقتضى وصايته .

وتثبت له الولاية على جميع أموال الصغار حاضرين أو غائبين ، فيكون حكمه في عقده لهم كحكم الأب الذي يبناه فيما مضى ، ولكن يخالفه في مسائل أهمها ما يأتي :

١ — لا يجوز له أن يبيع عقار الصغير لأجنبي عنه إلا بمسوغ ، وذلك على رأى

المتأخرين المفتى به ، بينما يجوز ذلك للأب من غير مسوغ كما تقدم ، والمسوغ ضربان :

أحدهما : أن يكون على الصغير دين ، أو يتعلق بأمواله المورثة حقوق لا يمكن وفاؤها

إلا ببيع العقار ، كأن يكون على التركة دين غير محيط ، أو فيها وصية مرسلة ، فبيع العقار

لإيفاء ذلك .

ثانيهما : أن يكون يبيع العقار خيراً للصغير من بقائه ، أو تقتضيه حاجته الضرورية ،

مثال الحالة الأولى : أن يباع بضعف قيمته ، أو لأن نفقاته أكثر من غلاته ، أو لأن بناءه

آيل للخراب وليس في الإمكان ترميمه ، أو للخوف عليه من متسلط جائر . ومثال الحالة

الثانية : أن يكون الصغير في حاجة إلى النفقة ولا يمكن الإنفاق عليه إلا من هذه السبيل ،

٢ — لا يجوز له أن يتولى طرفي عقد البيع بين صغيرين تحت وصايته ، ويجوز

ذلك للأب .

٣ — لا يجوز للوصى أن يؤجر نفسه للصغير ، لأنه لا يتولى طرفي عقد الإجارة ،

ويجوز ذلك للأب . ولذا لم يجيزوا للوصى أن يزارع في أرض الصغير على أن يكون البذر

في مال الصغير ، لأن ذلك في معنى إجارة نفسه له ، بخلاف الأب .

٤ — ليس للوصى في هذا الزمان أن يضارب بمال الصغير بنفسه .

عقد الجد — علمت أن وصى الأب بولايته المستمدة من الأب يقوم مقامه فيما يتركه

من أموال وأولاد . فكان له بسبب ذلك ولاية على التركة ، فبيعها لسداد ديونها وتنفيذ

وصاياها ، وولاية على مال الأولاد ، فإليه استثماره وتدير شؤونه ، وأما الجد فولايته أصلية



على أولاد ابنه بحكم الولادة ، وليست مستمدة من غيره ، فكان له بذلك الولاية على أموالهم ، فرجع إليه استثمارها ، وكان حكمه فيها حكم أبيهم ، فما يجوز لأبيهم أن يباشره فيها من التصرف على الوجه الذي بيناه يجوز كذلك لجدهم عند عدم الأب ووصيه ، وعلى ذلك : فليس للجد ولاية على تركة ابنه من ناحية أنها تركة ، ولذا لم يكن له أن يبيعها لسداد ديونها وتنفيذ وصاياها ، وإن جاز له ذلك في سبيل سداد ديون الأولاد أنفسهم ، وبذلك خالف وصى الأب .

وذهب بعض العلماء إلى أن للجد أيضاً ولاية على التركة باعتباره خليفة عن ابنه إذ أنه أحد ورثته ، وأن له بذلك ولاية البيع لسداد الديون وتنفيذ الوصايا ، وبذلك لا يختلف عن وصى الأب في هذا .

عقد وصى الجد — وولاية وصى الجد في تركة الجد كولاية وصى الأب في تركته ، لا فرق بينهما ، وأما ولاية وصى الجد على أموال أولاد ابنه ، فهي كولاية وصى الأب على أموالهم ، فما كان لوصى الأب فعله ، فهو لوصى الجد ، وما يمنع منه وصى الأب يمنع منه وصى الجد ، لا فرق بينهما .

عقد القاضى ووصيه — عند عدم وجود الأب والجد ووصيهما تكون الولاية للقاضى . وليس يفرغ القاضى عادة لإدارة أموال الصغار ومن في حكمهم ، ولهذا يقيم وصياً يقوم مقامه ، فإذا أقامه كانت له الولاية فيما عهد إليه من الأعمال والتصرفات ، فيكون عاما إن جعله عاما . ويتخصص بما يخصصه به ، وعندئذ لا تكون للقاضى ولاية فيما جعل لوصيه ، لأن الولاية الخاصة مقدمة على الولاية العامة ، وأما ما لم يجعله له من التصرفات فتبقى ولايته فيه .

وحكم وصى القاضى في عقود التي يباشرها لموليه كحكم وصى الأب ، غير أنه يخالفه في بعض مسائل . أهمها ما يأتي :

١ — أن وصى القاضى يقبل التخصيص اتفاقاً ، فيتقيد بما يقيد به القاضى ، بخلاف الوصى المختار ، فإن في قبوله التخصيص خلافاً بين العلماء .

٢ — أن وصى القاضى لا يملك أن يبيع مال الصغير لنفسه ، ولا أن يبيع مال نفسه



للصغير ، ولا أن يقوم بتلك المبادلة مع من لا تقبل شهادتهم له كابنه وأبيه ، ولو كانت مع الخيرية التي بينها ، ذلك لأنه نائب عن القاضي ، وفعله كفعله ، والقاضي لا يملك ذلك ، لأن فعله من باب القضاء وهو لا يقضى لنفسه ولا لمن لا تقبل شهادتهم له دفعاً للتهمة ، فمثله من يستمد ولايته منه .

وفي مصر حلت المحكمة الحسبية محل القاضي بمقتضى قانون المحاكم الحسبية ، وأصبحت هذه المحكمة مختصة بإقامة الأوصياء إذا لم يكن هناك ولي ، وإقرار الأوصياء المختارين عند إقامتهم ، وأصبح الوصي مقيداً في ولايته بما جاء في هذا القانون من القيود . سواء أكان وصياً من قبل المحكمة أم وصياً مختاراً .

### عقد الوكيل

التعريف بالوكالة — : الوكالة ضرب من الولاية كما عرفت ، ويعرّفها الفقهاء بأنها إقامة الإنسان غيره مقام نفسه في تصرف مملوك له معلوم ، كأن يوكل إنسان آخر في أن يبيع له منزله بجهة كذا ، وكأن يوكله في كل ما يجوز له أن يباشره من التصرفات ، إذ ليس في مثل هذا العموم تجهيل بالموكل به .

ركنها — ركنها الإيجاب والقبول ، ويكون ذلك بكل ما يدل على معناها من لفظ أو فعل ، وعليه إذا وكل إنسان آخر بتصرف خاص فسكت الآخر ، ثم باشر ذلك التصرف ولو بعد حين كان ذلك منه قبولا تتم به الوكالة ، وكذلك الحكم إذا وكله به في غيبته فعلم ثم باشره ، أو قال : قبلت . ولكنه إذا رد الإيجاب بما يدل على عدم قبوله ثم تصرف بعد ذلك كان في تصرفه فضولياً ، لأن الإيجاب قد بطل برده ، ومن هذا يتبين أن الوكالة لا يشترط فيها اتحاد مجلس الإيجاب والقبول ، كما قدمنا في أحكام العقود .

أقسام الوكالة — والإيجاب إن كان خاصاً بتصرف معين ، كبيع أو إجارة أو خصومة أو نحو ذلك ، كانت الوكالة خاصة ، وإن كان عاماً كانت وكيلية في كل شيء ، كانت عامة . فيملك الوكيل بها كل تصرف جائز للموكل ، وذهب بعض الحنفية إلى أنه لا يملك الطلاق والعتاق والوقف إلا بالنص عليها . وذهب قاضيخان إلى أنه لا يكون بمثل ذلك وكيلاً في الإسقاط والتبرع ، وذلك استحسان ، واعتمده كثير .



وقد علمت أن الوكالة قد تكون منجزة ، كوكلتك في بيع دارى هذه ، وقد تكون مضافة ، كوكلتك في إدارة أموالى ابتداء من الشهر الآتى ، وقد تكون معلقة كأن تقول : إن لم أحضر من السفر غداً فأنت وكيلى في إدارة أموالى .

شروطها — (١) يشترط في الموكل أن يكون مالكا لما وكل فيه ، لأنه لا يملك غيره ما لا يملك ، وإذن فكل ما يجوز للإنسان أن يباشره لنفسه من التصرف يجوز له أن يوكل فيه غيره إلا استيفاء القصاص ، فلا يجوز التوكيل فيه لاحتمال أن تأخذ وليه رحمة عند حضوره فيعفو .

توكيل الوكيل أو الوصى — وأما ما يباشره الإنسان لغيره من التصرف ، فإن كان ذلك عن طريق الوكالة ، لم يجز له أن يوكل غيره فيه ، إلا إذا أذنه بذلك الموكل ، أو فوض إليه الرأى فيه . وإن كان عن طريق الولاية كوصى وولى وفاطر وقف . جاز له أن يوكل فيه غيره .

وبناء على ما تقدم : لا يصح من المجنون توكيل ، لأنه لا يملك تصرفا ، ويصح من الصبي المميز فيما يملكه فينفذ توكيله غيره إذا كان في تصرف نافع ، ويتوقف على إجازة وليه أو وصيه إذا كان في تصرف متردد بين النفع والضرر .

(ب) ويشترط في الوكيل أن تكون له عبارة صحيحة . وإن شئت قلت : أن يكون مميّزاً قد بلغ السابعة من عمره على الأقل ، فلا يشترط فيه الرشد ولا البلوغ ولا عدم الحجر . وعلى ذلك لا يصح لإنسان أن يوكل المجنون .

(ج) ولا يشترط في الموكل به إلا أن يكون تصرفاً جائزاً مملوكاً للموكل « عدا استيفاء القصاص » معلوماً للوكيل كما قدمنا ، فيجوز التوكيل في الخصومة في جميع الحقوق . وفي إنشاء العقود ، وفي القبض وغير ذلك مما يباشره الإنسان لإدارة أمواله .

حكما — حكم الوكالة : قيام الوكيل مقام الموكل فيما وكله فيه من التصرف إذا باشره بمقتضى الوكالة . فينفذ على الموكل كما لو باشره بنفسه ، وعلى ذلك يكون له من الأحكام ما يكون له لو أنه صدر من الموكل نفسه .

تقييد الوكيل — تكون الوكالة مطلقة . كما في : وكلتك ببيع سيارتى . وتكون مقيدة



بما يريد الموكل أن يقيد به وكيله . كما في : وكلتكم ببيع سيارتي هذه بمائة جنيه حالة . وفي هذه الحال يتقيد الوكيل بما قيد به . لأنه إنما يستمد الوكالة والسلطة من الموكل . فلا يكون له ما لم يعطه إياه .

التفويض إلى الوكيل — وفي كلتا الحالتين يجوز للموكل أن يفوض الرأي للوكيل في إجراء هذا التصرف الذي وكله فيه . فيتصرف كيف شاء في حدود ما منحه من ولاية . فإن شاء باشره بنفسه . وإن شاء وكل غيره بمباشرته . وعند ذلك يكون الوكيل الثاني وكيلًا عن الموكل ، لا عن الوكيل الأول . وكأن الذي وكله هو الموكل عند الحنفية . ويجوز له ألا يفوض إليه الرأي فيه ، فلا يكون له أن يوكل غيره بمباشرته عندئذ إلا إذا أذنه بذلك الموكل صراحة لأنه إنما رضی برأيه لا برأي غيره . وإذا لم يفوض إليه الرأي باشر التصرف على حسب مارسمه له من خطة وطريقة .

تعدد الوكيل — إذا تعدد الوكلاء في عمل واحد ، فإن كان توكيلهم بعقود متعددة ، كان لكل منهم أن ينفرد في مباشرة ما وكل فيه دون أخذ رأي الآخرين ودون علمهم ، فإذا باشره انتهت وكالة الآخرين فيه لتام التصرف ، وإن وكلوا بعقد واحد لم يكن لهم إلا أن يباشروه مجتمعين ، مادام لم يجعل لكل منهم حق الانفرد به ، لأن ولاية مباشرته لم تعط لكل منهم ، وإنما أعطيت لهم مجتمعين . ويستثنى من ذلك ما لا يحتاج فيه إلى الرأي كرد الودائع والمغصوب والمبيع بيعاً فاسداً ، وإيفاء الدين ، وما لا يمكن فيه الاجتماع . كالترافع أمام القاضي ، إذ لا يمكنهم أن يتكلموا جميعاً في وقت واحد ، ولذا لا يجوز لكل أن ينفرد بالمرافعة إلا بعد أخذ رأي الآخرين فيما يريد أن يترافع به .

أجر الوكيل — تكون الوكالة بغير أجر ، وذلك هو الكثير . وتكون بأجر كما في توكيل المحامين بالدفاع في الخصومات ، وفي هذه الحال يكون الوكيل كذلك أجيراً خاصاً أو مشتركاً وإذا سكت العاقدان في الوكالة عن الأجر حكم العرف ، فإن كان يقضى بإعطاء مثل هذا الوكيل أجراً في هذه الحال كان له أجر المثل ، وإلا فلا أجر له .

الفرق بين الوكالة والرسالة — وليس الوكيل كالرسول ، فالرسول ينقل عبارة مُرسِلِهِ فيقول للمرسل إليه : أرسلني فلان لأقول لك كذا ، أو لأبلغك كذا ، فيضيف عبارته



دائماً إلى المرسل ، وإذن لا يتصرف برأيه ووزنه ، وإنما الرأي والوزن للمرسل ، وليس على الرسول إلا البلاغ ، وكأن ألفاظه قد استعارها المرسل لاستخدامها معبرة عن إرادته ، أما الوكيل فإنما يعمل برأيه ووزنه ، فيساوم ويرى المصلحة فيقدم عليها ، فإذا تصرف تصرف بإرادته وعبارته ، وإذن يكون الموكل قد استخدم إرادته وعبارته معا ، ولذا لا يضيف العبارة إلى موكله ، بل يقول : بعث كذا لا باع فلان كذا ، وإذا أضاف الوكيل العقد إلى موكله فقال : باع فلان كذا ، صار في هذا التصرف كالرسول ، وسنعم أن الوكيل قد يكون في بعض العقود سفيراً ومعبراً ، وعندئذ يكون كالرسول حتى يكون حكم العقد وأثره لموكله . لأنه لو أضاف العبارة إلى نفسه في هذه العقود كان الأثر له لا لموكله .

### تطبيق على ما تقدم

١ - قلنا : إن التصرف الموكل به يجب أن يكون معلوماً حتى يمكن قيام الوكيل بما وكل فيه ، وعلى ذلك صحت الوكالة إذا كانت عامة لعدم الجهالة ، فإذا كانت خاصة وعين التصرف ، كبيع عين معينة أو شراءها صحت كذلك ، وإن لم يعين فإن ترتب على ذلك جهالة فاحشة - وهي جهالة الجنس - كأن يوكل بشراء دابة أو ثوب ، لم تصح الوكالة ، لأن الدابة أنواع من البقر والغنم والخيل وغيرها . والثوب أنواع من الحرير والصوف والقطن والكتان وهكذا . وإن كانت يسيرة - وهي جهالة النوع إذا كانت آحاده لا تتفاوت قيمها تفاوتاً فاحشاً - كشراء فرس أو ثوب جوخ صحت - ووجب أن يراعى في التنفيذ حال الموكل فيشتري من ذلك ما يناسبه ، وإن كانت متوسطة - وهي جهالة النوع الذي تتفاوت قيم آحاده تفاوتاً فاحشاً - كشراء دار فلا تصح إلا إذا نقصت الجهالة بوصف أو بتعيين ثمن كوكلتك بشراء دار من طبقتين بجهة كذا بحيث تكون مساحتها كذا وبنائها كذا أو بشراء دار ثمنها كذا . وذهب بعضهم إلى ضرورة ذكر الثمن والوصف جميعاً حتى تصح الوكالة .

٢ - وكذلك ذكرنا أن الوكيل يتقيد بما يقيد به الموكل ، فلا يخرج عنه إلا إلى خير لأن الرضا بشيء يعد رضا بما هو خير منه ، وكذلك يتقيد بما يقيد به العرف ، لأن المعروف عرفاً كالمشروط ، إلا إذا نص على مخالفة العرف . ويتفرع على ذلك ما يأتي :



١ - لا يجوز للوكيل بالشراء أن يتجاوز الثمن المعين له ولا للوكيل بالبيع أن يبيع بأقل منه أو بجنس غير جنسه ، كأن يبيع بنقود أجنبية بلا نص ، فإذا فعل كان في تصرفه فضولياً ، ولذا ينفذ الشراء عليه إلا إذا كان قد أضافه إلى موكله ، فلا ينفذ على أحدهما . وكذا إذا وكله أن يشتري عيناً معينة بثمن محدد نسيئة ، فاشتراه به حالاً أو وكله بشراء شيء غير معين بثمن محدد حال فاشتراه نسيئة ، لأنه يكون أقل قيمة مما يشتري بهذا الثمن حالاً . فتكون المخالفة إلى شر . أما إذا باع بأكثر مما عين له ، أو اشترى ماعين له بأقل مما حدد له من الثمن فإن تصرفه ينفذ على الموكل لأنه خالف إلى خير . وكذا إذا اشترى نسيئة ما وكل بشرائه بثمن محدد حال بدون زيادة عليه .

ب - إذا وكله بشراء غير معين وحدد له الثمن لم يحز له أن يزيد فيه ولا أن ينقص . لأن مخالفته في هذه الحال لا تكون إلى خير إلا إذا اشتراه بثمن أقل وكانت قيمته في الواقع توازي ما حدد له من الثمن . أو كانت أوصافه وفق ما ذكر له من أوصاف . فإن المخالفة حينئذ إلى خير وينفذ الشراء على الموكل .

ج - إذا وكله ببيع مقدار معين من حبوبه لم يحز له أن يبيع أكثر منه ، وإذا وكله بشراء قدر معين من حبوب لم يحز له أن يشتري أكثر منه ، وإن لم يتجاوز الثمن الذي حدد له . لأن حاجة الموكل في ذلك لا فيما يزيد عنه ، وقد يناله بذلك ضرر ، وإلى هذا ذهب الإمام . وذهب الأئمة الثلاثة إلى أن الشراء يقع للموكل إذا لم يتجاوز الثمن الذي عينه للقدر الموكل بشرائه ، لأنها مخالفة إلى خير ، كما إذا وكله ببيع فرسه بمائة فباعها بمائتين ويفرق أبو حنيفة بين المسألتين : بأن الزيادة هنا بدل عن ملك الموكل ، وفي الحبوب اشترى شيئاً لم يوكله الموكل بشرائه فلا يقع له الزائد . وهذا ظاهر .

د - لا يجوز للوكيل بالبيع عند الصاحبين أن يبيع بغير فاحش ، ولا بعروض ولا إلى أجل غير متعارف ، ولا بأقل من السعر المعروف المحدد عند الناس ، ولا للوكيل بالشراء أن يشتري بغير فاحش ، ولا بأكثر من السعر المحدد المعروف عند الناس . لأنه يعتبر مقيداً بذلك عرفاً . وعليه الفتوى .

هـ - ويجب على الوكيل أن يجانب التهمة في تصرفه . لأن العرف يقيد به ذلك ، وعلى



هذا لا يجوز له أن يشتري مال نفسه لموكله ، ولا أن يبيع مال موكله له ، وإذا أذن له بذلك لم يجوز أيضاً لعدم تعدد العاقد . وكذا لا يجوز له أن يبيع مال موكله لمن له ولاية عليه ، كولد الصغير ، ولا أن يشتري أموالهم لموكله ، وإذا صرح له بذلك لم يجوز أيضاً لعدم تعدد العاقد أما البيع والشراء مع من لا تقبل شهادتهم له ، كأصوله وفروعه الكبار وزوجته فيجوز بأكثر من القيمة في البيع وأقل منها في الشراء اتفاقاً ، ولا يجوز بأقل منها في البيع ولا بأكثر منها في الشراء اتفاقاً إذا كان بغبن فاحش . وإن كان الغبن يسيراً جاز عند الصاحبين خلافاً للامام ، ويجوز بمثل القيمة عندهما خلافاً للامام . وقيل : يجوز عنده أيضاً .

و - وإذا وكل شخص آخر في الخصومة فأطلق ، كان وكيلها فيها وفي الإنكار والإقرار لا في الصلح ولا في قبض الحق ، وذلك لأن العرف يقضى بذلك ، حتى إذا جرى العرف بأن الوكيل في الخصومة لا يكون وكيلاً في الإقرار إلا عند النص عليه ، لم يكن وكيلاً فيه إلا إذا نص عليه .

حكم العقد وحقوقه ، ولئن ترجع ؟ - علمنا مما مضى أن حكم العقد هو أثر المترتب عليه وهو غرض العاقد من إنشائه . أما حقوقه فيراد بها ما يستتبعه العقد من التزامات ومطالبات تؤكد حكمه وتقرره وتكمله مما يثبت حقا بطرفيه فعقد البيع حكمه نقل ملكية المبيع إلى المشتري ، ونقل ملكية الثمن إلى البائع . وحقوقه : إزام البائع بتسليم المبيع ، وإزامه بقبوله إذا رد إليه بسبب العيب وثبوت حقه في المطالبة بالثمن وقبضه ، ورده إذا وجدته معيباً ، والرجوع عليه بالثمن عند استحقاق المبيع ، وإزام المشتري بأداء الثمن ، وثبوت حقه في المطالبة بتسليم المبيع ، ورده إذا وجدته معيباً ، وثبوت الخيار له عند رؤيته ، وغير ذلك من الحقوق التي تثبت لكل عاقد قبل صاحبه ، تكميلاً لأثر العقد ، وتوفيراً لكامل الانتفاع به ، وهكذا الحال في سائر العقود . وإذن نرى أن لكل عقد حكماً وحقوقاً .

وكذلك عرفنا مما تقدم أن من العقود ما لا يتم إلا بقبض محله ، كالهبة والصدقة والعارية والقرض والوديعة والرهن ، ومنها ما يتم بالإيجاب والقبول دون توقف على القبض . وهذا هو حكم أكثر العقود .



وعلى ذلك إذا باشر الوكيل عقداً من هذه العقود فأضاف العقد إلى موكله ، كان حكم العقد لموكله ، وكانت حقوقه كذلك راجعة إليه ، فيصير ملزماً بها دون الوكيل . ومعنى الإضافة : أن يذكر اسم موكله في عبارته ليدل على أنه يتصرف له . سواء أسند إليه التصرف أم إلى موكله ، فإذا قال الوكيل : باع هذه الدار فلان ، أو بعثها نيابة عن فلان ، أو اشتراها فلان أو اشتريتها لفلان ، أو قال : وهب فلان ، أو وهبت عن فلان ، أو قبلت الهبة لفلان ، أو قبل فلان الهبة ، أو تزوجك فلان ، أو زوجتك لفلان ، أو نحو ذلك ، لم يطالب الوكيل بعد صدور الإيجاب والقبول بشيء من الحقوق التي يستتبعها العقد ، فلا يطالب بتسليم المبيع إذا كان وكيلاً في البيع ، كما لا يطالب بالثمن ، ولا يطالب بأداء الثمن إذا كان وكيلاً في الشراء ، كما لا يطالب البائع بتسليم المبيع ، وكذا لا يطالب بتسليم العين الموهوبة إذا كان وكيلاً في الهبة ولا يطالب بأداء المهر إذا كان وكيلاً عن الزوج في الزواج . ويكون حكم العقد في كل هذه العقود للموكل .

وإذا أضاف العقد إلى نفسه فلم يذكر اسم موكله في عبارته على أنه يتصرف له ، فإن كان هذا العقد من العقود التي لإتم إلا بالقبض فتحت ذلك صورتان :

الأولى : أن يكون وكيلاً عن المملك . فيقول : وهبت هذه الدار ، أو أعرت هذا الكتاب ، وفي هذه الحال إذا تم العقد بالإقباض يكون حكمه للموكل ، وإليه ترجع حقوقه كذلك ، لأنه يعتبر فيه سفيراً ومعبراً ، لتوقف تمام العقد على تسلم العاقد الآخر مالا مملوكاً للموكل ، ولا يتم تسليمه إلى ذلك العاقد إلا بإذنه . ووجه آخر : هو أن تسلمه حين يقع يلاق محلاً مملوكاً لغير الوكيل - وهو الموكل - فلا يمكن غض النظر عنه ، واعتبار الوكيل أصيلاً في عقد يتوقف تمامه على القبض ، فلزم لذلك اعتباره سفيراً ومعبراً .

الثانية : أن يكون وكيلاً عن الممتلك ، فيقول : قبلت الهبة أو القرض أو العارية . فإذا تم العقد بتسليم محله إليه كان الحكم له ، ورجعت إليه كذلك الحقوق ، وكان في هذا التصرف أصيلاً . ولم يكن لموكله شيء من ذلك ، لأن تملك المالك قد وقع له لا لموكله ، وجاء القبول طبق ذلك . ومثل هذه الصورة في الحكم : ما إذا كان وكيلاً عن الزوج فأضاف العقد إلى نفسه . فقال : تزوجتك ، فإن الزواج يكون له لا لموكله ، لأنه يتملك بالزواج المتعة .



ولكن إذا كان وكيلًا عن المطلق وأضاف الطلاق إلى نفسه فقال : طلقتك على كذا وقع الطلاق ويرجع حكم العقد وحقوقه إلى المطلق .

أما إذا كان وكيلًا عن الزوجة في الحالين فلا يتصور إلا أن يضيف العقد إليها فيقول : زوجتك فلانة أو طلق فلانة على كذا ، فقد علمت أنها - وإن اعتبرت عاقدة - محل للعقد ، ولا بد لوجود العقد من ذكر المحل ، وذكرها يجعل العقد مضافًا إليها .

وإن كان من عقود المعاوضات كان الحكم للموكل ، ورجعت الحقوق إلى الوكيل . ففي عقد البيع مثلاً يثبت ملك المبيع للموكل بالشراء ، وملك الثمن للموكل بالبيع ، ولكن يطالب وكيل البائع بتسليم المبيع ، ويردّ عليه المبيع إذا وجد معيباً ، وله المطالبة بالثمن ، ويطالب وكيل المشتري بتسليم المبيع إليه ، وله رده على البائع أو وكيله إذا وجده معيباً ، متى كان في يده . فإن سلمه إلى الموكل كان حق رده للموكل حتى لا تبطل يده الثابتة .

والخلاصة : أن حكم العقد يثبت للموكل دائماً ، ولا يثبت للوكيل إلا إذا كان وكيلًا من قبل المملك ، وأضاف العقد إلى نفسه في العقود التي لا تتم إلا بالقبض ، أو في عقد الزواج . وأن حقوق العقد ترجع إلى الوكيل ، ولا ترجع إلى الموكل إلا إذا أضاف العقد إليه ، أو أضافه إلى نفسه في العقود التي لا تتم إلا بالقبض ، حينما يكون وكيلًا عن المملك ، أو وكيلًا في التطليق .

ولا ترجع الحقوق إلى الوكيل إلا إذا كان بالغاً عاقلاً ، أما إذا كان صبيّاً مميّزاً فترجع الحقوق إلى موكله ، وإن أضاف العقد إلى نفسه ، لأنه ليس أهلاً للالتزام . وإذا توفى الوكيل بعد مباشرته تصرفاً ترجع حقوقه إليه ، فإن كان له وصي رجعت تلك الحقوق إلى وصيه ، وإن لم يكن له وصي رجعت إلى الموكل ، وقيل : يقيم القاضى عنه وصياً فترجع إليه تلك الحقوق .

### علاقة الوكيل بموكله

تبين مما تقدم أن علاقة الوكيل بمن تعاقد معه تخضع لما يتم بينهما من عقد ، فإن كان من العقود التي ترجع الحقوق فيها إلى الوكيل كان لمن تعاقد معه أن يلزم الوكيل بها . وليس



لوكيل أن يتخلى عنها ، ولذا لم يكن للوكيل بالبيع مثلاً أن يتخلى عن التزامه بأن يسلم المبيع إلى المشتري ، ولا للوكيل بالشراء أن يتخلى عن التزامه بأداء الثمن إلى البائع ، ولهذا يلزمه في ماله إذا لم يدفعه إليه موكله . وإن كان من العقود التي ترجع الحقوق فيها إلى الموكل ، فإن مهمة الوكيل تنتهي بمباشرته العقد ، وبمباشرته تنقضي العلاقة بينهما ، وهذا كله بناء على ما ذهب إليه الحنفية .

أما علاقة الوكيل بموكله فتختلف باختلاف ما بينهما من عقد ، فإن كان ما بينهما عقد وكالة وإجارة معاً ، فإن علاقة الوكيل بموكله حينئذ تتبع عقد الإجارة ، فتكون علاقة الأجير بالمؤجر ، ويكون الوكيل ملزماً بمقتضى عقد الإجارة أن يقوم بالعمل الموكل به ، وليس له التخلى عنه إلا إذا كان هناك سبب لفسخ عقد الإجارة ففسخ به .

وإن كان ما بينهما عقد وكالة فقط ، فإن الوكيل حينئذ يعتبر متفضلاً بمعونته ومترعاً بمنفعته ، وإذن فليس للموكل أن يلزمه بالمضى في الوكالة ، والقيام بالعمل . بل للوكيل أن يتخلى عن العمل في أى وقت أراد . فإذا كان وكيلًا بالبيع ، لم يلزم بأداء الثمن إلى موكله من ماله مادام لم يتسامه من المشتري ، بل ولا يلزم بمطالبة المشتري به لأن قيامه بها تبرع . ولا يلزم متبرع بالمضى في تبرعه ، ولكن لما كانت من حقه ويأبى القيام بها كان عليه أن يحيل بها موكله على المشتري ، لأن الثمن حق الموكل ، ولذا إذا أداها إليه المشتري ابتداء برىء استحسنانا . لأن توسط الوكيل غير ضرورى في إيصال الحق صاحبه . وإذا كان وكيلًا بالشراء لم يجبر على مطالبة البائع بتسليم المبيع وله التخلي عن ذلك وإحالة موكله به على البائع ، وله بعد انتهاء العقد مطالبة موكله بأداء الثمن إليه ، وإن لم يكن قد دفعه إلى البائع متى كان حالاً حتى يؤديه إليه تبرئة لذمته . وإذا كان قد تسلم المبيع وقد اشتراه بئس مؤجل لم يكن له أن يمتنع عن تسليمه إلى موكله ، إذ لا موجب لحبسه عنه عندئذ . وإن كان قد اشتراه بئس حال كان له أن يحبس عن موكله حتى يؤدي إليه الثمن ، وإن لم يكن قد دفعه من ماله إلى البائع عند أمتنا الثلاثة ، لأنهم يرون أن بين الوكيل بالشراء وموكله مبادلة حكيمية له بمقتضاها أن يحبس المبيع عن موكله حتى يدفع ثمنه الحال ، فإذا حبسه لذلك فهلك عنده فإنه يهلك بالثمن فيسقط عن الموكل ، ويلتزم به الوكيل في ماله للبائع ،



شأنه في ذلك شأن البائع إذا حبس المبيع عن المشتري فهلك عنده فإن الثمن يسقط عن المشتري ، وإلى هذا ذهب الطرفان .

أما إذا هلك المبيع في يد الوكيل قبل حبسه فانه يهلك هلاك الأمانة اتفاقاً لأنه كالوديعة

### انتهاء الوكالة

تنتهي الوكالة بما يأتي :

١ — بمباشرة الموكل التصرف الذي وكل به وكيله قبل مباشرة الوكيل له ، إذ بذلك لا يكون له عمل فينعزل بذلك ، وإن لم يعلم به .

٢ — بقيام الوكيل بتنفيذ ما وكل به لانتهاء محل وكالته ، فتنتهى وكالته بذلك .

٣ — بهلاك العين الموكل بالتصرف فيها . كأن يكون وكيلا يبيع دابة فتهلك ، أو تستهلك . وكأن يكون وكيلا بشراء منزل بهذه النقود فينفقها الموكل بعد أن يسلمها إليه . أو تسرق من الوكيل ، أو ينفقها الوكيل في حاجته ، كما في جامع الفصولين ، فانه ينعزل في هذه الأحوال لانتهاء محل وكالته . وإن لم يعلم بهذا الهلاك أو الاستهلاك .

٤ — بخروج الوكيل عن أهلية الوكالة ، كأن يجن جنوناً مطبقاً . وهو ما يدوم شهراً عند الطرفين ، وعليه الفتوى ، أما إذا حجر عليه للسفه فلا ينعزل .

وينعزل الوكيل بخروجه عن أهليته وإن لم يعلم الموكل بذلك فاذا تصرف بعد خروجه من الأهلية كان تصرفه باطلاً .

٥ — بخروج الموكل عن أهليته للتصرف الذي وكل به ، فإذا جن أو توفي انعزل وكيله وإن لم يعلم بذلك العارض ، فإن تصرف بعده قبل أن يعلم به لم ينفذ تصرفه ، وإذا حجر عليه للسفه ، وكان قد وكله بتبرع انعزل كذلك ، لأنه أصبح غير أهل لذلك التصرف . وإن كان قد وكله بطلاق أو زواج لم ينعزل لبقاء أهليته .

٦ — إذا عزل الموكل من الوكالة لأنها عقد غير لازم لسكل من الطرفين فسخه ولكن لا ينعزل إلا إذا علم بذلك ، حتى لا ينفاه الضرر من إبطال ولايته وتضمينه قيمة المبيع مثلاً إذا باعه بعد عزله وسلمه للمشتري فهلك ، فإذا تصرف الوكيل بعد عزله قبل أن



يعلم نفذ تصرفه على موكله . وذهب الشافعي إلى أن الوكيل ينعزل قبل العلم بعزله على أصح القولين بخلاف القاضي « ص ١٢٣ أشباه للسيوطي »  
٧ — إذا أخرج الوكيل نفسه من الوكالة ، وذلك لما تقدم من أنها عقد غير لازم ، ولكنه لا يخرج إلا إذا علم الموكل بذلك حتى لا يناله الضرر وهو التغرير به ، فإذا تصرف قبل علمه نفذ عليه .

ومحل انعزال الوكيل في الأحوال الثلاثة الأخيرة ( بالسبب الخامس والسادس والسابع ) إذا لم يتعلق بالوكيل حق لغير الموكل ، فإذا تعلق به حق لغيره لم ينعزل إلا برضاه ، حتى لا يضيع على صاحب الحق حقه ، وذلك كالوكيل بالخصومة عن أحد الخصمين بطلب خصمه الآخر والوكيل ببيع الرهن ، وعليه إذا رهن المدين ماله عند الدائن فوكاله ببيعه عند حلول أجل الدين حتى يستوفى من ثمنه ، أو وكل شخصاً آخر بذلك لم ينعزل ذلك الوكيل بعزل الموكل له ، كما لا ينعزل بإخراج نفسه أو بخروج الموكل من الأهلية إلا برضا صاحب الحق حتى لا يناله ضرر . وأما إذا جن الوكيل أو توفي فلا يمكن بقاء وكالته حينئذ .

### عقد الفضولي

الفَضْلُ : الزيادة وجمعه فُضُولٌ ، وقد استعمل هذا الجمع استعمال المفرد ، فسمى ما لاخير فيه فضولاً ، ثم نُسب إليه ، فقيل فُضُولِي : لمن يشتغل بما لا يعنيه ، كما اشتق من الفضل فَضَالَةٌ — على وزن جهالة — واستعملت في اشتغال المرء بما ليس له .

التعريف بالفضولي — معناه اللغوي أساس الاستعمال الشرعي ، فإن الشرعيين يريدون بالفضولي من يتصرف تصرفاً لا شأن له به وليست له ولاية إصداره ، كمن يبيع ملك غيره من غير إذن منه أو ولاية عليه ، أو يرهنه ، أو يؤجره . أو يزوج غيره بدون إذن منه ، أو يطلق زوجته كذلك ، فهذا التصرف منه فضالة ، وهو فيه فضولي .

حكم ما يباشره من العقود — إذا تولى الفضولي عقداً من العقود كان موقوفاً على إجازته ممن له الشأن فيه . فإن باع أو أجر أو رهن ، كان عقده موقوفاً على إجازة مالك المبيع أو العين المستأجرة أو المرتهنه . وإن زوج كان العقد موقوفاً على إجازة من زوجه ، وإن طلق كان الطلاق موقوفاً على إجازة الزوج ، وإن وهب شيئاً كانت الهبة موقوفة على إجازة



مالك هذا الشيء ، وهكذا ، فإن أجاز نفذ ذلك التصرف فتم البيع والرهن والزواج والإجارة ،  
ووقع الطلاق من وقت إنشائها . وتمت الهبة إذا أعقبها التسليم من حينه . وإن رفض بطل .  
وتوقف عقد الفضولي على الإجازة ممن له الشأن فيه مشروط بشرطين :

الأول : ألا يجد العقد نفاذاً على الفضولي نفسه ، بالأى يكون في الإمكان تنفيذه عليه ،

فإن وجد نفاذاً ولم يحزه من له الشأن فيه نفذ على الفضولي ، ولزم إن كان لازماً ، وذلك  
كالشراء ، فإذا اشترى الفضولي عيناً من الأعيان لشخص كان الشراء نافذاً على الفضولي  
نفسه إذا لم يرض به ذلك الشخص نفسه ، لأن الفضولي ملتزم بالعقد أمام البائع ، ولا  
يسأل أمام البائع غيره ، وفي الإمكان إلزامه به باعتباره مشترياً لنفسه ، فينفذ العقد عليه  
ويلزم به ، وكذلك إذا استأجر . أما إذا باع ملك غيره لم يكن في الإمكان إلزامه بذلك  
العقد إذا لم يحزه ذلك الغير ، لأن نفاذه يستلزم الإضرار به ، وذلك ببيع ملكه من غير  
رضاه ، فلا ينفذ هذا العقد على أحد ، ولذا يتوقف على إجازة مالك المبيع . فإن أجازته نفذ  
وإن رفضه بطل .

الثاني : أن يكون لذلك العقد مجيز وقت إنشائه ، كأن يبيع عقار رشيد أو عقار صغير

بمثل القيمة ، فإن لما لملكه حينئذ إذا كان رشيداً حق إجازته فينفذ من وقت صدوره من  
الفضولي . ألا ترى أنه يملك أن يتولى بنفسه هذا العقد ؟ ولوليه إذا كان صغيراً كذلك  
حق إجازته للسبب نفسه ، فلاجل هذا كان عقد البيع موقوفاً على الإجازة إن أجاز نفذ  
وترتب عليه جميع آثاره من انتقال ملك المبيع إلى المشتري وانتقال ملك الثمن إلى البائع  
« المجيز » وهكذا من وقت إنشائه ، وإن رفض بطل ، ولكنه لو باع عقاراً للصغير بغير  
فاحش ، أو طلق زوجته ، أو وهب ماله ، كان العقد باطلاً ، فلا تصححه إجازة ، ذلك لأن  
هذا العقد ليس له مجيز وقت إنشائه ، فإن إجازته إما أن تكون من الصغير ، والصغير  
ليس أهلاً لإنشائه في ذلك الوقت لصغره ، وإما أن تكون من وليه ، وهو أيضاً لا يملكه ،  
لأنه تصرف ضار بالصغير فلذلك يصدر باطلاً .

ولذلك لو بلغ الصبي بعد ذلك لم يكن له إجازته ، وإن أمكنه حينئذ أن يتولاه لأنه

لم يكن له مجيز وقت إصداره ، فيصدر باطلاً ، والباطل لا تلحقه إجازة .



أثر الإجازة وشروطها — وإجازة عقد الفضولى تجعله وكيلاً فى إصداره ، وكأنه قد وكل بذلك قبل مباشرته . ولذا قال الفقهاء : الإجازة اللاحقة فى حكم الوكالة السابقة ، فيصلر العقد بها نافذاً من وقت إنشائه ، ويصير الفضولى وكيلاً فيه عن أجازته ، ويترتب على مباشرته جميع ما يترتب على مباشرة الوكيل ، ويلزم الجيز بما يلزم به الموكل إذا ما وكل غيره بمباشرة هذا العقد ، ولذا تكون جميع زوائد المبيع مثلاً ونماؤه للمشتري من وقت إنشاء عقد البيع وتجب عليه كذلك نفقاته من ذلك الحين .

ولا تكون هذه الإجازة صحيحة إلا إذا توافر فيها الشروط الآتية :

(١) أن تكون ممن له ولاية إنشاء هذا العقد فإن كانت من غيره لم تعتبر ، وبناء على ذلك إذا باع عقار الصغير فضولى بغير مسوغ لم يكن للوصى عليه حق إجازته إذ ليس له ولاية إنشاء هذا العقد فيصلر العقد باطلاً . أى غير قابل لأن ينقلب صحيحاً لأنه لا يجيز له وقت إصداره . ويلاحظ أن هذه الإجازة لا تنتقل بالوراثة إلى وارث من له الحق فيها ، ولهذا يبطل عقد الفضولى بوفاته قبل إجازته ولا يملك إجازته وارثه .

(٢) أن تصدر حال حياة الفضولى إذا كان سينقلب بها وكيلاً . وينقلب بها وكيلاً فى عقود المعاوضات التى ترجع حقوقها إليه وذلك عند ما يضيفها إلى نفسه كالمبيع والإجازة ، فإذا توفى الفضولى البائع أو الفضولى المؤجر لم يصح العقد بإجازته بعد ذلك من مالك المبيع ولا من مالك العين المؤجرة . أما العقود الأخرى التى يعتبر فيها بالإجازة سفيراً ومعبراً ولا ينقلب بها وكيلاً ترجع حقوقها إليه فيصلر أن تجاز بعد وفاته ، كعقد الزواج وما مثله من كل عقد يعتبر فيه الوكيل سفيراً ومعبراً ، وعلى ذلك إذا زوج فضولى امرأة ثم توفى كان للزوجة أن تجيز هذا العقد بعد وفاته ، فينفذ بإجازتها ويلزم ، وذلك لأن الفضولى فى هذه العقود كالوكيل فيها من ناحية أن حكمه حكم الرسول ، تنتهى مهمته بانتهاء عبارته ، ولذا لا يملك إبطالها بعد مباشرته إياها . أما عقود المعاوضات فلا تنتهى مهمته فيها بانتهاء عبارته لأن مباشرته إياها تقتضيه عند إجازتها أن يقوم على حقوقها وتنفيذها بعد مباشرتها .

(٣) أن تصدر كذلك فى حياة العاقد الآخر حتى يظهر نفاذها فى حقه ، فيطالب بما أوجبه له من حق ، ويطلب بما أوجبه عليه من واجب ، فلا تصح إجازة بيع الفضولى بعد وفاة المشتري ، ولا إجازة إنكاحه امرأة بعد وفاة الزوج وهكذا .



(٤) أن تصدر حال بقاء محل العقد حتى يظهر فيه أثره عند صدورها ، فلا تصح إجازة البيع بعد هلاك المبيع ، لأنه يترتب على الإجازة نفاذ العقد ، ونفاذه بظهور أثره في محله ولا يظهر أثره في معدوم . فلا تصح لذلك الإجازة .

فسخ عقوده قبل إجازتها - ومما تقدم يتبين لك أن الفضولى إذا باشر عقداً من العقود اللازمة التي تتوقف على الإجازة لم يلزم إلا بعد إجازته ، أما قبلها فهو غير لازم ، ولذا يصح في هذه الحال من الفضولى ومن عقده أن يبطله بعد قبول العاقد الآخر له ، كما يصح لذلك العاقد أن يبطله بعد قبوله إذا كان ذلك قبل إجازته ممن له حق إجازته . غير أن الفضولى ليس له هذا الحق إلا في حقوق المعاوضات كما سيأتى .

أما جواز إبطاله من الطرفين ، فلأنه بالنسبة إليهما عقد لم يتم لعدم تحقق الرضا به منها وعدم تمامه لم يتحقق به التزام منهما ، ذلك لأن أحدهما - وهو من عمل له الفضولى - لم يلتزم به ، والآخر قد علق التزامه به في الواقع على رضا الأول به ، وذلك بإجازته ، ولم يتم ذلك فكان لكل منهما حق إبطاله . وأما جواز إبطاله من الفضولى فلأنه يترتب على نفاذه بالإجازة إزام الفضولى بحقوقه باعتباره وكيلا فيه كما قدمنا ، فكان له أن يتجنب ذلك بإعطائه حق إبطال العقد حتى لا يلتزم بما لا يريد أن يلتزم به من حقوق ولهذا لم يكن له هذا الحق إلا في العقود التي ترجع إليه حقوقها عند الإجازة وهي عقود المعاوضات عند ما يضيفها إلى نفسه . أما العقود التي لا ترجع إليه حقوقها عند الإجازة ، بل تنتهى مهمته بانتهاء عبارته ، فليس له أن يبطلها كالنكاح ، وقد أخذ التشريع الوضعى برأى الحنفية في إنفاذ عقد الفضولى بالإجازة .

### العقد يباشره شخص واحد

العاقد : قد يكون عاقداً لنفسه فيكون أصيلاً في تصرفه ، وقد يكون عاقداً لغيره نيابة عنه فيكون وكيلاً أو ولياً ، وإذن يجوز أن تتعدد صفة العاقد ، فيباشر العقد لنفسه ولغيره في آن واحد . فيكون فيه أصيلاً بالنسبة لنفسه ، ووكيلاً أو ولياً بالنسبة لغيره ، كما قد يكون فيه ولياً على طرفيه ، أو وكيلاً عن طرفيه ، مثال ذلك : أن توكل امرأة شخصاً في أن يتزوجها بنفسه ، فيقول : تزوجتها ، أو أن يكون لشخص ابنة عم تحت ولايته ، فيقول :



زوجتها بنفسى ، أو أن يكون لشخص صبي وصبية تحت ولايته وهما ابنا عم وهو عمهما الولي عليهما ، فيقول : زوجت هذه الصبية بهذا الصبي ، أو أن يوكل شخص آخر في أن يزوجه بفلانة وتوكله هي أيضا في أن يزوجه بهذا الشخص ، فيقول الوكيل عنهما : زوجت موكلتى فلانة بموكلتى فلان . ففي كل هذه الصور لم يوجد إلا عبارة واحدة من شخص واحد ، ولكنها مع ذلك تدل على وجود إرادتين متوافقتين ، لأنها صادرة من شخص ذى صفتين فباعتبار صدورهما منه على أنها له تدل على وجود إرادته ورغبته في إنشاء العقد ، فقامت مقام الإيجاب وهى نفسها باعتبار صدورهما منه على أنه وكيل عن آخر مثلا تدل على وجود إرادة للموكل فى إنشاء هذا العقد ، فقامت مقام القبول ، وإذن يرى أنها فى الاعتبار إيجاب وقبول فى آن واحد . وبذلك يتم الارتباط ويوجد عقد الزواج بعبارة واحدة صادرة من شخص واحد وقائمة مقام كل من الإيجاب والقبول ، ومرجع ذلك إلى قيامه مقام شخصين وقيام عبارته مقام عبارتين . وهذا ما ذهب إليه الحنفية .

خلافًا لزفر والشافعى ، فإنهما قالا : إن مثل هذا العقد لا يتم بعبارة واحدة إذ لا يتصور أن يكون العاقد الواحد مملكا ومملاكا .

غير أن أبا حنيفة ومحمدا : اشترطا لذلك أن يكون العاقد ذا ولاية من الجهتين ، حتى تكون إرادته بهذه الولاية إرادة لكل من الجهتين وعبارته عبارة لكل منهما ، فلو كان ذا ولاية عن أحدهما وفضوليا بالنسبة للآخرى لم ينعقد عقد الزواج .

والنتيجة : أنه لا بد لإنشاء العقد عند الطرفين من وجود عبارتين أو عبارة واحدة قائمة مقام عبارتين لصدورها عن ولايتين ، ومآل ذلك : أنه لا بد لإنشاء العقد عندهما من وجود عبارتين حقيقيتين من شخصين ، أو وجود عبارة واحدة من شخص تقوم مقام عبارتين من شخصين بواسطة الولاية عليهما ، خلافًا لأبى يوسف .

وكان مقتضى ما ذكرنا أن ذلك كما يجوز فى عقد النكاح يجوز فى عقود المعاوضة كالبيع ولكنهاهم ذكروا أن عقود المعاوضة لا تنعقد إلا بين شخصين حقيقيين يصدر من أحدهما الإيجاب ومن الآخر القبول ، ولا تتم بعبارة واحدة . والسبب فى ذلك : أن كل طرف فيها يستفيد منها آثاراً خاصة ، وما يستفيدة أحدهما من الآثار يتنافى مع ما يستفيدة الآخر منها ، وأن حقوقها ترجع إلى من يباشرها وهى حقوق متعارضة ، فما يرجع منها لأحد العاقدين



يتعارض مع ما يرجع إلى العاقد الآخر ، فلا يصح أن ترجع كلها إلى عاقد واحد ، فلو أن عقد البيع يتم بعبارة شخص واحد باعتباره وكيلًا عن الطرفين مثلا لكان باعتباره وكيلًا عن البائع مطالبًا بتسليم المبيع ومطالبًا بالثمن ، وباعتباره وكيلًا عن المشتري مطالبًا بالاستيلاء على المبيع ومطالبًا بأداء الثمن ، ولا يتأتى أن يكون الشخص الواحد مطالبًا ومطالبًا بشيء واحد في آن واحد ، فلذلك لا تنشأ هذه العقود بعبارة شخص واحد . وهذا بخلاف عقد النكاح فإن الحقوق فيه لا ترجع إلى من باشره ، ولكن ترجع إلى طرفيه ، وإن باشره عنهما واحد ، لأنه يعتبر سفيراً عنهما ، وتنتهي مهمته بانتهاء العبارة .

### حكم العقد

يستعمل الفقهاء « حكم العقد » في أحد الأمور الثلاثة الآتية :

١ - فتارة يريدون منه ما يكون للعقد من وصف يرجع إلى طلب الشارع له ، أو إلى نهي عنه ، فيقولون : حكم الزواج : أنه واجب أو سنة أو مكروه ، وحكم البيع : أنه مباح أو مكروه أو حرام ، إلى غير ذلك .

٢ - وتارة يريدون منه ما للعقد من أثر أصلي مترتب عليه شرعاً ، فيقولون : حكم الزواج : أنه يفيد ملك المتعة ، فيتمتع كل من الزوجين بصاحبه ، وحكم البيع : أنه يفيد المشتري ملك المبيع ، ويفيد البائع ملك الثمن ، وحكم الحوالة : أنها تنقل الدين من ذمة المدين إلى ذمة المحال عليه ، وهكذا .

٣ - وتارة يريدون منه ما يكون للعقد من وصف يرجع إلى ما للعقد من وجود تترتب عليه آثاره أو لا تترتب ، أو من قوة ملزمة لعاقديه أو غير ملزمة . فيقولون : حكم هذا الزواج أنه باطل لا تترتب عليه آثاره ، وحكم هذا البيع : أنه موقوف على إجازة من له الشأن فيه ، فإن أجازته نفذ وترتبت عليه آثاره ، وإن رفضه بطل ، ولم يترتب عليه أثر . وحكم عقد الوكالة : أنه غير لازم ، لا يلزم به طرفاه ولكل منهما أن يستقل بنفسه . وحكم عقد الإجازة : أنه لازم ، فيلزم بها طرفاها وليس لأحدهما أن ينفرد بفسخها ، وهكذا . وهذا المعنى الأخير : هو ما نريد أن نفصل القول فيه الآن .



أقسام العقد عند الحنفية — ذهب الحنفية إلى أن العقد ينقسم من هذه الناحية ثلاثة أقسام : صحيح وفاسد وباطل ويريدون بالعقد الصحيح : ما كان سبباً صالحاً لترتب آثاره الشرعية عليه ، وهو إنما يكون كذلك إذا تحقق معناه وسلم محله وركنه ، وذلك بأن يكون بصيغة سليمة واضحة الدلالة على إرادة إنشائه ، صادرة من أهل له ، في محل قابل لحكمه ، ولم يعرض له من الأوصاف ما يجعله منهيًا عنه شرعاً . فإن كان العقد بيعاً لزم لصدوره صحيحاً أن يباشره شخصان مميّزان بإيجاب وقبول متوافقين ، دالين على إنشائه ، في محل قابل لحكمه ، وهو المال المتقوم ، ولم يقترن به توقيت ولا جهالة في المبيع ولا عدم تقوم في الثمن ، ولم تلبسه جهالة فاحشة ، ولم يصاحبه ما يوجب غرراً أو يفضى إلى نزاع ، أو يؤدي إلى فقد شرط من شروط صحته ، ولا غير ذلك مما جعله الشارع سبباً للنهي عنه . وإن كان نكاحاً وجب أن يصدر من مميّزين بعبارتين داليتين على معناه في محله ، وهو المرأة غير مقارن كذلك لوصف كرهه الشارع فيه ونهى عنه بسببه ، كأن يكون بلا شهود أو تكون المرأة محرمة بسبب من أسباب التحريم هكذا .

فإن كان أحد طرفي العقد مجنوناً أو صبيّاً غير مميّز لم ينعقد العقد أصلاً . وكذلك إذا وجد أحد شرطيه فقط وهو الإيجاب ، أو كانت صيغته في محل لا يقبل حكمه كبيع الميتة ، فقد علمت أن العبارة إذا صدرت من غير مميّز كانت مهذرة ولا اعتداد بها وكأنها لم تصدر . وكذلك إذا كانت الصيغة محتمة للدلالة فأمكن حملها على العدة أو المساومة لم تعتبر كذلك أو كانت بينة للدلالة على المعنى ، ولكن في محل لا يقبل حكم العقد . ومثل ذلك في الحكم ما إذا باع مالا بما ليس بمال أصلاً ، لانعدام معنى البيع فيه ، لأنه بيع بلا ثمن ، ولا بيع بلا ثمن لعدم تحقق المعارضة التي هي أساس البيع ، ففي هذه الصورة وما أشبهها لم يوجد عقد البيع المشروع ، إما لانعدام ركنه كما إذا لم يوجد قبول أو وجد من مجنون ، أو لعدم سلامته كما إذا كان غير بين الدلالة ، وإما لعدم وجود محله القابل لحكمه كما في بيع الميتة ، أو لعدم سلامته ، كما في بيع المال المعد للمنافع العامة كالمساجد ، وإما لانعدام معناه كما إذا كان الثمن غير مال . وإذا لاحظت أن له في بعض هذه الحالات صورة خارجية فهي صورة لا يلتفت إليها الشارع ولا يرتب عليها أثراً .



وقد يوجد العقد بوجود أركانه ومحله ومعناه ، ولكن على صفة لا يقرها الشارع ، كأن يبيع داره مدة عشر سنوات ، أو يبيعها بمال غير متقوم كالخمر ، أو يبيعها بشمن مؤجل إلى وقت اللبس ، أو يبيع دابة غير معينة من دوابه بعشرة جنهيات ، أو يضيف البيع أو يعلقه . ففي مثل هذه الصور وجد العقد ولكن على صفة تفضى إلى النزاع ، أو إلى تملك ما نهى الشارع عن تملكه ، أو إلى الغرر ، فكان لذلك منها عنه ، ولم تسلم لذلك أركانه أو محله فلم يكن صحيحاً .

العقد الباطل — وما تقدم يتبين لنا أن العقد لا يكون صحيحاً لسبب من سببين :

الأول : عدم وجوده شرعاً لعدم وجود بعض أركانه ، أو لعدم وجود محله ، أو لانتفاء معناه .

الثاني : عدم سلامته من صفة كرهها الشارع فيه فنهي عنه لأجلها .

فإذا كان السبب الأول كان العقد باطلاً عند الحنفية ، وإذن فهم يعنون بالباطل غير المنعقد . والبطالان أو عدم الانعقاد شرعاً لا ينافي أن يكون للعقد صورة في الخارج ، وهو ما يسمى بالوجود الحسي ، فإذا ماتبايع مجنونان وجدت صورة العقد ووجد العقد حساً . فإن المراد بالوجود الحسي ما يدركه الحس « السمع أو البصر » من كلام العقادين أو كتابتهما مما يتكون منه العقد في الخارج ، وإذن فالعقد الباطل هو ما لم يشرع أصلاً ، أو ما لم يعتبره الشارع موجوداً ، وإن وجدت له صورة في الخارج ، ولذا لا يصلح لأن يترتب عليه أي أثر من آثاره . لأنه معدوم شرعاً . والعلة إذا انعدمت لم يكن لها أثر .

العقد الفاسد — وإذا كان السبب الثاني كان العقد فاسداً عند الحنفية ، وهو عندهم

عقد موجود في الخارج بوجود أركانه ومحله . وتحقق معناه وإرادة إنشائه والقصد إليه والرغبة في آثاره . فإنك لو بعت كتابك إلى صديق لك بجنهية مؤجل إلى وقت ميسرته ، فقد أنشأت عقداً توافرت فيه أركانه من الإيجاب والقبول الصادرين من أهلها الدالين على المعنى المطلوب ، وتوافر فيه كذلك محله القابل له وهو الكتاب ، وكان تملك الكتاب على هذا الوجه مراداً لكما ومرغوباً فيه .

وقد علمنا فيما مضى أن العقد هو الربط بين الإيجاب والقبول ، وأن الانعقاد هو



الارتباط بينهما الذي كان نتيجة هذا الربط ، وأنه إذا وجدت الأركان والمحل الصالح وتحقق معنى العقد تحقق الارتباط بين العاقدین بتوافق إرادتهما وعبارتهما . ولا معنى للعقد إلا هذا ، ولكن لما لزمه وصف منهي عنه وهو التأجيل إلى أجل مجهول وكان ذلك مؤدياً إلى النزاع كان العقد على هذا الوجه منهيًا عنه من الشارع ولا يقربه لوجود هذا الوصف فيه ، ولهذا أمر بعدم إنفاذه ، وجعل إنفاذه معصية تستوجب الإثم ، وأوجب على المتعاقدين رفعه وفسخه ، فإن قاما بذلك وإلا قام به القضاء . وألزمهما به .

ذلك هو العقد الفاسد عند الحنفية . وإذن ففي العقد الفاسد ناحيتان : إحداهما صحيحة مشروعة معترف بها من الشارع . وهي ناحية أصله « أركانه ومحلّه » . وثانيتها : معيبة غير مشروعة للنهي عنها . وهي ناحية صفته التي وجد عليها ، ولذلك قيل في تعريف الفاسد : ما شرع بأصله دون وصفه . وقيل في تعريف الباطل : ما لم يشرع أصلاً لا بأصله . ولا بوصفه . وقيل في تعريف الصحيح : ما شرع بأصله ووصفه . وبهذا تجلّى لنا الفرق بين العقد الصحيح والعقد الفاسد والباطل . كما وضح الفرق بين العقد الباطل والعقد الفاسد .

فالعقد الصحيح : عقد موجود حساً وشرعاً . بمعنى أن الشارع يقربه ويأمر بالوفاء به ، والعقد الباطل : عقد غير موجود . إما لأنه لم ينعقد ، ولم يرتبط فيه طرفاه ، بسبب أن لا قصد فيه ولا إرادة ، وإما لعدم تحقق معناه ، ولذا فقد توجد له صورة تامة في الخارج ، وقد لا توجد ، وعلى أية حال فهو غير منعقد . أما عند عدم الإرادة فالأمر ظاهر ، وأما عند انعدام ما يتحقق به فالأمر أظهر ، لأنه لم يوجد معناه بالمرّة .

أما العقد الفاسد : فهو عقد موجود الصورة دائماً في الخارج ، وهو مع ذلك منعقد كما تقدمنا ، ولكن الشارع لا يقرب انعقاده ، بل يكرهه ، ويأمر دائماً برفعه وفسخه ، حتى إذا لم يمثل العاقدان قام القضاء بذلك جبراً عنهما إذا ما رفع إليه الأمر ما لم يحصل ما يمنع من ذلك مما سياتى الكلام عليه في العقود عند تفصيل أحكامها ، وذلك آية إقرار الشارع لوجوده في الجملة ، وترتيب بعض الآثار عليه مما استعرفه كذلك في الكلام على كل عقد بالتفصيل أقسام العقد عند الجمهور — وذهب الجمهور من غير الحنفية إلى أن العقد ينقسم قسمين



فقط : صحيح و باطل ، وإن شئت قلت : صحيح و فاسد ، فلا فرق عندهم في المعنى بين الباطل و الفاسد . فهما كلمتان مترادفتان عندهم .

و يعنون بالصحيح ما استكمل جميع أركانه و شروطه على وجه تترتب عليه آثاره الشرعية إثر تمامه فعلا ، و بالباطل أو الفاسد ما عداه مما لا يرتب الشارع عليه آثاره لسبب من الأسباب ، سواء أ كان ذلك السبب راجعاً إلى أركانه أم إلى أوصافه ، فهو على الجملة ما لم يستوف أركانه و شروطه الشرعية ، و لم يرتب الشارع عليه آثاره بسبب ذلك . و ذلك كبيع الصبي المميز و هبته و بيع الفضولى و السفينة ، فيجعلونها عقوداً باطلة أو فاسدة « على معنى الفساد عندهم » لا تصححها إجازة ذى الولاية .

أساس الخلاف بين الحنفية و غيرهم — و أساس هذا الخلاف بين الحنفية و غيرهم : يرجع

إلى خلافهم في أمر آخر ، وهو الأثر الذى يترتب على نهى الشارع إذا ما نهى عن عقد من العقود لعدم توافر ما شرط فيه من شروط ، أو لسبب آخر ، فغير الحنفية يرون أن نهى الشارع عن عقد يقتضى عدم وجوده شرعاً ، فإذا أقدم عليه إنسان فأنشأ مخالفاً أمر الشارع لم يكن ما أتاه عقداً في نظر الشارع ، و لم يكن له جود في اعتباره و حكمه ، سواء أ كان النهى راجعاً إلى أصله أم راجعاً إلى وصف لازم عارض له .

و ليس هذا محل خلاف بين الشافعى و مالك و أحمد .

فإن رجع النهى إلى أمر مجاور للعقد غير لازم له ، بل يصح أن ينفك عنه كان الحكم كراهة العقد فقط .

و يرى الحنفية : أن النهى إذا كان يرجع إلى أصل العقد بأن كان للخلل في أركانه أو في محله ، أو لعدم تحقق معناه ، فمقتضاه بطلان العقد و عدم وجوده شرعاً ، ذلك لأنه يكون دليلاً على عدم صلاحية محل النهى لتكوين العقد و إيجاداه في نظر الشارع ، لأن النهى عنه يقتضى بطلانه ، و الباطل لا يكون عنه إلا باطل ، ولذا يكون العقد في هذه الحال باطلاً .

و إن كان يرجع إلى وصف ملازم للعقد عارض له ، كان مقتضاه بطلان هذا الوصف و فساده و عدم مشروعيته . و كانت حقيقة العقد أو ذاته مشروعة ، لأن النهى لم يتعلق بها ،



وإنما تعلق بما عرض لها وأدخل عليها ، وهو أمر آخر خارج عنها . وبناء على ذلك تكون ذات العقد وحقيقته سالمة من النهى أو من الفساد ، ويكون ما عرض لها هو المنهى عنه أو الفاسد ، وبذلك يتميز هذا النوع من العقود من غيره ، فيتميز من العقد الصحيح بأنه فاسد الوصف ، ولا يمكن لذلك أن يعد صحيحاً ، ويتميز من العقد الباطل بأنه سليم الذات ، ولا يمكن بذلك أن يعد باطلاً ، لأن الباطل لا تسلم ذاته ، فوجب لهذا أن يكون قسماً بين الصحيح والباطل ، لا هو بالصحيح ، ولا هو بالباطل ، وسمى لذلك بالفاسد .

وإن كان يرجع إلى أمر مجاور غير ملازم له وليس شرطاً فيه وإنما عرض له بسبب المجاورة كان مقتضاه الكراهة فقط للاقدام عليه في هذه الحال ، والأمثلة كثيرة ، منها :

١ - ماروى عن ابن مسعود أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « لا تشتروا السمك في الماء فإنه غرر » وما روى عن إياس « أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع فضل الماء » وما روى عن جابر « أن النبي صلى الله عليه وسلم حرم بيع الخمر والميتة والخنزير » فالنهي في هذا جميعه يرجع إلى أصل العقد ، لأنه يرجع إلى خلل في محله . فإن السمك في الماء . وكذلك فضل الماء ، وكذلك الخمر والخنزير : كل هذا ليس مالا متقوماً ، والميتة ليست بمال أصلاً ، ومحل البيع يجب أن يكون مالا متقوماً . ولهذا كان العقد في هذه الصور - إذا أقدم عليه عاص - باطلاً ، ولا خلاف بينهم في ذلك :

٢ - روى عن أبي هريرة : « نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيعتين في بيعة » كان العرب يبيعون الشيء لشخص على أن يبيعهم شيئاً آخر من ماله ، فهام الرسول عن ذلك وهذا النهى يرجع إلى وصف ملازم للعقد عارض له ، وهو اشتراط شرط قد يؤدي إلى النزاع في العقد ، وذلك إذا لم يتم الاتفاق على بيع الشيء الآخر الذي اشترط في العقد وهذا الشرط بعيد عن أصل العقد وعمما يتكون منه ، ولكنه عارض لازم له ، لأنه إنما عقد على ذلك ، وعليه تم الرضا ، وفي مثل هذا يرى الحنفية أن نفس العقد وذاته مشروعة لم يتوجه إليها منع وأن ما ألحق بها من اشتراط بيع شيء آخر غير مشروع ، وإليه توجه النهى ، فكان العقد لذلك مشروعاً بأصله غير مشروع بوصفه ، ولذلك كان فاسداً .



٣ - ماجاء في الذكركر الحكيم ( إِذَا نُودِيَ لِلصَّلَاةِ مِنْ يَوْمِ الْجُمُعَةِ فَاسْعَوْا إِلَىٰ ذِكْرِ اللَّهِ وَذَرُوا الْبَيْعَ ) .

فألاية أمرت بترك البيع عند النداء للصلاة الجمعة ، وذلك نهى عنه في ذلك الوقت ، وهو نهى لأمر مجاور للعقد لا لذاته ولا لعارض لازم له ، إذ ليس شرطاً فيه ، وفي مثل هذا يرى الحنفية والجمهور من غيرهم أنه لا يؤثر في مشروعية العقد ، ولا في وجوده الشرعي ، ولا في ترتب آثاره عليه ، وإنما يستتبع كراهة إنشائه في ذلك الوقت ، لأن النهى متعلق بإيقاع العقد وإيجاده في هذا الوقت ، وذلك فعل للعائد ، وهو غير عقده ، ولا تعلق له بنفس العقد . ألا ترى أنه يستطيع أن ينشئ العقد نفسه في وقت آخر قبل هذا الوقت أو بعده ؟ وإنما كرهه الشارع لمجاورته هذا الوقت وإيقاعه فيه وصورته لذلك سبباً في عدم السعي إلى الصلاة ، أو سبباً في كسب غير طيب .

ذلك هو الفرق بين صحيح العقد وفاسده وباطله من حيث المعنى ، أما من حيث الأثر فستعرف ذلك عند ذكر أحكام كل عقد تفصيلاً ، غير أنه ينبغي أن نشير إلى أنه لا فارق بين فاسد عقد النكاح وباطله من حيث الأثر عند الحنفية ، وذلك يرجع إلى ما في النكاح من الحل والحرمه ، ومعنى التقرب به إلى الله تعالى ، فالتحق بالعبادات ، ولا فارق فيها بين الفاسد والباطل ؛ لأن كلا منهما منهي عنه ، وإذا كان منهيًا عنه لم يتصور أن يكون طاعة مطلوبة ، فكانا سبباً في الأثر .

أقسام العقد الصحيح - ينقسم العقد الصحيح عند الحنفية إلى موقوف و نافذ ، ذلك لأنه إن صدر من شخص له ولاية إصداره فنافذ ، ومعنى نفاذه : أنه يستتبع آثاره ؛ فإذا كان بيعاً أفاد المشتري ملك البيع وأفاد البائع ملك الثمن ، وإذا كان زواجا أفاد كلا من الزوجين حق التمتع بصاحبه وهكذا وإن صدر من شخص هو أهل لإصداره ، ولكن ليست له ولاية إنشائه فموقوف ، ومعنى وقفه : أنه لا يترتب على إنشائه أى أثر من آثاره على الرغم من أنه عقد صحيح يعترف الشارع بوجوده ، بل يتوقف ترتب الأثر على إجازته ممن له حق مباشرته ، فإن أجازته صحيحة صار نافذاً من وقت صدوره ، وإن رفضه بطل ، ومن أمثلة الأول : بيع الرشيد وزواجه ، وإجارته إذا كان بيعه وإجارته في ماله ،



وزواجه لنفسه ، مع رشيد مثله يتصرف لنفسه ، وكذلك هبته ووصيته ، ولو كان قبولها من الصبي المميز . ومن أمثلة الثاني : عقود الفضولى ، وكذا معاوضات الصبي المميز والسقييه والمعتموه المميز عند الحنفية ، وقد علمت أن جمهور غير الحنفية يجعلون العقد الموقوف عند الحنفية عقداً باطلاً ، لأنه منهى عنه ، ولأن الولاية عندهم شرط لانقضاء العقد كما تقدم ولذا لا يكون الصحيح عندهم إلا نافذاً

أقسام العقد النافذ : والعقد النافذ ينقسم إلى لازم وغير لازم ، وهو المعبر عنه عند غير الحنفية بالعقد الجائز ، ويراد بالعقد اللازم : ما لا يستقل بفسخه أحد طرفيه ، وذلك كالبيع والصلح والإجارة والمساقات والمزارعة بعد إلقاء البذر ، والنكاح والخلع والحوالة . ويراد بغير اللازم أو الجائز : ما يستقل بفسخه ، كالشركة والوكالة والقرض والوصية والإيضاء والعارية والوديعة .

وهذا النوع قد يكون غير لازم بالنسبة لطرفيه ، كالشركة والوكالة والعارية والوديعة وقد يكون غير لازم بالنسبة لأحدهما لازماً بالنسبة إلى الآخر ، كالرهن فإنه لازم بالنسبة إلى المرتهن فله أن يستقل بفسخه ، وكالكفالة فإنها لازمة بالنسبة إلى الكفيل غير لازمة بالنسبة إلى المكفول له ، فله أن يبرئ منها .

وعندى أن النكاح كذلك ، فهو لازم بالنسبة إلى الزوجة غير لازم بالنسبة إلى الزوج إذ له أن يطلق ، ولا يدفع هذا أن يقال : إن الطلاق ليس فسخاً للعقد وإنما هو إنهاء له ، لأنه يراد بالفسخ في تعريف اللازم والجائز : ما يشمل إنهاء العقد ورفع بوساطة اتفاق عقديه أو بانفراد أحدهما ، سواء أكان بالطلاق في الزواج ، أم بعزل الوكيل في الوكالة ، أم بالرجوع في الهبة ، وسواء أكان فسخاً للعقد من وقت صدوره ، كما في فسخ البيع بخيار الشرط أم إنهاء له من وقت الفسخ كما في فسخ النكاح بسبب خيار البلوغ ، وكما في فسخ الهبة بسبب الرجوع فيها ، وكما في إنهاء الوكالة بسبب العزل .

ومن العقود اللازمة ما لا يقبل الرفع على أية حال كالخلع ، ومنها ما يقبل الفسخ بتراضى طرفيهما ، وهذه هي عقود المعاوضات كالبيع والإجارة ، ومنها ما يصير غير لازم بالشرط . وذلك بالنسبة لمن اشترط لنفسه الخيار ، وهي عقود المعاوضات كما سيأتى في خيار الشرط .



خيار المجلس - ويجب أن يلاحظ أن ثبوت اللزوم للعقود اللازمة يتحقق بإنشائها وتامها عند الحنفية والمالكية ، وخالفهم الشافعي وأحمد فيما كان منها في معنى البيع . فذهبوا إلى أن هذا النوع لا يلزم إلا بتفرق العاقدين وانتهاء المجلس ، أما قبل تفرقهما فلا يلزم ، إلا بأن ينخير أحدهما الآخر فيختار العقد . أما قبل ذلك : فإنه يكون لكل منهما حق فسخه ، مادام في المجلس ، وهذا ما يسمى بخيار المجلس . وقد استند في ذلك إلى ما روى عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « إذا تباع الرجلان ، فكل واحد منهما بالخيار ما لم يتفرقا وكانا جميعاً ، أو ينخير أحدهما الآخر ، فإن خير أحدهما الآخر فتباعا على ذلك فقد وجب البيع ، وإن تفرقا بعد أن تباعا ، ولم يترك واحد منهما البيع فقد وجب البيع » متفق عليه . وقد حاول الحنفية تأويل هذا الحديث بما لا يقنع . فكان الحق مع الشافعي وأحمد غير أنهما يختلفان في بيان ما يعد من العقود في معنى البيع وما لا يعد منها ، وإذا أردت البيان فارجع إلى مراجع المذهبين .

### الرضا والاختيار وما يؤثر فيهما

علمنا مما تقدم أن الأساس في إنشاء العقود هو : إرادة عاقدها أو قصده إلى إنشائها ، وأن هذا القصد أو تلك الإرادة لما كانا من الأمور الباطنية التي لا تحس لم يصلح أن يجعل مناطاً لذلك ، ونيط إنشاء العقود بالعبارة الدالة عليهما .

وكذلك بينا فيما مضى أن التعاقد يجب أن يؤسس على التراضي لقوله تعالى في سورة النساء ( ٤ : ٢٩ ) يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ ) وقوله تعالى في سورة النساء ( ٤ : ٤ ) وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدَقَاتِهِنَّ نِحْلَةً فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا ) وقوله صلى الله عليه وسلم « إنما البيع عن تراض » وقوله « لا يفترقن ببيعان إلا عن رضا » وقد فسر بعض العلماء الرضا بالاختيار ، وذهبوا إلى أنهما شيء واحد . وإذن فإنشاء العقد منوط بالإرادة كما هو منوط بالرضا ، وهذا ما يدعوا إلى التساؤل : أما أمران مختلفان ، أم هما اسمان لمسمى واحد . فهما لذلك مترادفان ؟



يرى جمهور الفقهاء — عدا الحنفية — أن الرضا هو القصد إلى إنشاء العقد بالعبارة المنشئة له طلباً لآثاره عن رغبة فيها ، وذلك لا يتحقق إلا بإرادة إنشائه ولا يكون إلا نتيجة لاختيار العاقد ، وعلى ذلك فالرضا والاختيار متلازمان لا ينفكان ولا يتحققان إلا مع إرادة إنشاء العقد ، وينبنى على ذلك أن الرضا والاختيار لا يتحققان في المكره <sup>(١)</sup> ،

(١) الإكراه المعتبر شرعاً . هو إجبار شخص على أن يعمل عملاً غير واجب عليه شرعاً . والمراد بالعمل ما يعم القول ، لأنه عمل باللسان . وإذن فلا بد في تحققه من توافر الشروط الآتية :

أولاً — أن يكون المكره قادراً على تنفيذ ما هدد به من الأذى . فإذا لم يكن قادراً على ذلك لم يتحقق إكراه ، وتنطفى القدرة باستطاعة المكره أن يفلت مما هدد به بأية وسيلة أخرى غير تنفيذ ما طلب منه ، كهرب أو استغاثة أو نحوها .

ثانياً — أن يكون ما هدد به من أذى مما يشق على المكره احتماله على الأقل ، فإن كان مما يحتمله المكره ولا يبالي به عادة لم يتحقق كذلك إكراه .

ثالثاً — أن يظن المكره جد المكره وصدقه ، وأنه ينفذ ما هدد به عاجلاً إن لم يفعل ، فإذا لم يظن ذلك لم يتحقق إكراه .

رابعاً — أن يكون المكره ممتنعاً عما طلب منه محافظة على حقه أو حق غيره أو حق الشرع ، فإذا كان غير ممتنع فلا إكراه ، وكذلك إذا كان ممتنعاً بغير حق كالمدين بدين حال يمتنع عن أدائه فيكره على بيع ماله وفاء لهذا الدين .

وزاد الشافعي شرطاً خامساً : وهو أن يكون ذلك الأذى المهدد به غير مستحق عليه شرعاً ، فإذا كان مستحقاً عليه شرعاً لم يتحقق إكراه ، لأنه يجب أن يوقع عليه على أية حال فلا إكراه بتوقيع حد واجب على المكره ، أو بتنفيذ قصاص ، وذلك محل نظر ، لأن النشاط فقد الرضا بالعقد ، وهو يتحقق مع التهديد بمثل ذلك .

والإكراه قسمان : ملجئ ، وهو ما يكون بقتل النفس ، أو بإتلاف عضو أو بإتلاف جميع المال ، أو بالضرب البرح الذي يخشى منه التلف ، وغير ملجئ : وهو ما يكون بما يشق على المكره أن يتحمله ، وذلك يختلف باختلاف حال الناس ومنازلهم .

والإكراه بقسميه يعدم الرضا بالحكم ، ويؤثر في التصرفات القولية فتفسد ، والملجئ منه يفسد الاختيار ، وغير الملجئ لا يفسده لقدرة المكره على تحمل الأذى المهدد به ، لأنه لو أراد امتنع عن فعل ما أمر به ، فإذا فعله كان مختاراً ، وكان اختياره صحيحاً . والملجئ يجعل =



والمازل والمجنون والنائم وما إلى ذلك إذ لا يتحقق فيهم الإرادة إلى إنشاء العقد ، غير أن الشافعية ذهبوا في أحد قوليهما إلى أن الماثل مختار في التلفظ بعبارته فأصد إلى إنشائها ، وذلك آية رضاه وقصده الباطن . فيعامل على هذا الأساس الظاهر لنا ويعتبر مريدا راضيا ، لأن العبرة بالظاهر ، ولا عبرة بما يزعمه من الهزل لأنه أمر باطن ، وبهذا تستقر المعاملة .

وذهب الحنفية إلى التفرقة بين الرضا والاختيار ، فيفسرون الرضا بالرغبة في آثار العقد عند إنشائه وذلك لا يتحقق إلا بإرادة إنشائه ويريدون بالاختيار القصد إلى التلفظ بالعبرة المنشئة له على أنها سبب عادي منسئ للعقد وأداة شرعية لذلك وإن لم تكن هناك رغبة في إنشائه ، وعلى هذا فكل من المكره والمازل عندهم لا يتحقق فيه الرضا لأنهما لا يرغبان في آثار العقد ولا يريدانها ، ولكنهما مختاران لأنهما يقصدان العبارة ، وقد تلفظا بها عن قصد إليها باعتبارها أداة لإنشاء العقد ، وإن لم يريدا منها ذلك ، أما النائم والمجنون والمعنى عليه والمقتن دون فهم وما إلى ذلك ، فليس عندهم رضا ولا اختيار ، أما عدم الرضا فلأنهم لا رغبة لهم في آثار العقد الذي تدل عليه العبارة ، وأما عدم الاختيار فلعدم قصدهم إلى العبارة ، باعتبارها أداة شرعية منشئة للعقد ، فإن بعضهم لا قصد له البتة ، وبعضهم لا يقصد إليها على هذا الوجه ، وعلى ذلك فالرضا والاختيار عند الحنفية أمران مختلفان ، والإرادة تجمع الرضا ، إذ لا يمكن أن يكون هناك رضا من غير إرادة . ولكنها قد تتخلف عن القصد ، وذلك في الأحوال التي لا يصاحبها فيها الرضا ، وإن شئت قلت : إن الإرادة هي الرضا .

وبناء على ماتقدم فالعاقِد إذا لم يتحقق منه الرضا بالعقد عند الجمهور لم يكن العقد صحيحاً وإن شئت قلت : إذا لم يكن مختاراً لم يصح العقد ، وعندئذ قسمه كما تشاء : باطلاً أو فاسداً . أما الحنفية فيقولون : إن انعقاد العقد منوط بالاختيار وهو القصد إلى العبارة

---

==المكره كالآلة في يد المكره ، ولذا ينسب إلى المكره ما أكره عليه من الفعل ، وكأنه قد صدر منه إذا ما أمكن ذلك ، بأن كان يستطيع أن يفعله بنفسه ، فإذا أكره إنسان إنساناً آخر على إتلاف مال كان المكره ضامناً لنسبة الإتلاف إليه وكأنه هو الذي قام بالإتلاف ، أما غير الملجئ فلا يترتب عليه ذلك ، بل ينسب الفعل معه إلى المكره ، ولذلك لم يكن له تأثير قط في الأفعال .



على أنها أداة شرعية لإنشائه ، لأن العبرة عندهم بالظاهر ، لأنه دليل الباطن . فإذا تحقق الاختيار لدى العاقد انعقد العقد ، ثم بعد ذلك يكون النظر في صحة العقد ، فإن كان من العقود التي لا توجد إلا صحيحة ، ولا تنفك صحتها عن انعقادها ، وهى النكاح والطلاق والخلع والرجعة واليمين انعقد صحيحا . وإذن يقال : إن صحة هذه العقود أيضاً منوطة بالقصد كانعقادها ، وعلى هذا دل الحديث « ثلاث جدهن جد ، وهزلهن جد : النكاح ، والطلاق ، والرجعة » . وفى رواية « العتاق » بدل الرجعة . وفى رواية أخرى « اليمين » بدل الرجعة . وإن كان من غيرها فلا يصح إلا إذا تحقق الرضا مع الاختيار ، فإذا لم يتحقق فإنه يكون فاسداً وعلى ذلك فعقد كل من المكره والهازل فاسد لتحقيق الاختيار وانعدام الرضا ولكنه فساد قابل لأن يرتفع ويزول باجازه من المكره بعد زوال إكراهه ، ومن الهازل حال جده ، وعقد المجنون والنائم باطل غير منعقد لانعدام كل من الاختيار والرضا فيهما .

### الغلط في العقد

لانعنى بالعقد هنا إلا الصورة الظاهرة الخارجية له توجد على أنها عقد صحيح سليم ثم يتبين بعد ما يلابسها من غلط يكشف عن حقيقتها ، فإذا هى صورة عقد لا عقد ، أو عقد صحيح قابل للفسخ .

والغلط إما أن يكون باطنياً بأن يكون فكرة خاطئة قامت بنفس العاقد ، وعليها أنشأ عقده ، ولكنه لم يضمن الصيغة شيئاً يدل على قيامها بنفسه ، وأنه إنما أنشأ العقد على افتراض تحققها . وإما أن يكون مادياً ، وذلك بأن تحوى صيغة العقد ما يدل على وجود تلك الفكرة ، وعلى أن العقد نشأ بناء عليها ، وإن شئت قلت : أن ينعدم التطابق بين ما تدل عليه صيغة العقد وبين الأمر الواقع الموجود .

والغلط الباطنى لا اعتداد به عند فقهاء الإسلام ، لأن العبرة فى العقود عندهم بالعبارة دون النوايا التى لم يدل عليها دليل كما قدمنا . والغلط المادى إذا خالط العقد أثر فى الرضا بوجه عام ، لأن العقد قد تم على وضع خاص ارتضاه العاقدان ، فإذا لم يتحقق هذا الوضع لم يتحقق الرضا به ، لأن العاقدين لم يرتضيا وضعاً آخر غير الذى دلت عليه الصيغة . وهذا



النوع من الغلط قد يترتب عليه ضياع حقيقة العقد فلا توجد معه إلا صورته ، وحينئذ يكون عقداً باطلاً ، لا يترتب عليه أى أثر . وقد لا يترتب عليه ضياع الحقيقة . ولكن زوال بعض أحكامه ، وعند ذلك يكون صحيحاً

فإذا حصل الغلط فى محل العقد نفسه ، كأن يشتري إنسان هذا الخاتم الذهب ، مشيراً إلى خاتم من النحاس وهو لا يعلم أنه نحاس ، ترتب عليه بطلان العقد ، لأنه غلط تبين منه أن محل العقد - وهو الخاتم الذهب - معدوم . وإذا انعدم المحل بطل العقد .

وإذا حصل الغلط فى أوصاف المحل ، كأن يشتري إنسان هذه البقرة الحلوب مشيراً إلى بقرة غير حلوب . كان العقد صحيحاً غير لازم ، وكان له حق فسخه لفوات الوصف ، وهذا إذا كان العقد يقبل الفسخ كالبيع ، أما إذا كان لا يقبل الفسخ كالنكاح ، لم يكن لمن حصل الغلط فى ناحيته حق الفسخ لوقوعه صحيحاً لازماً عند الحنفية ، كما إذا تزوج هذه المرأة البكر فظهر أنها ثيب . وقال أحمد : له فى هذا حق الفسخ أيضاً .

ومن ذلك نتبين أن ليس للغلط تأثير مستقل فى العقد ، بل يرجع تأثيره إلى ما يترتب عليه من فقد محل أو شرط أو وصف . وعلى حسب ما يترتب عليه من ذلك يكون الحكم على العقد ، فيحكم عليه بالبطلان إن فات به المحل أو شرط يرجع إلى الانعقاد ، ويحكم عليه بغيره كعدم اللزوم إن فات به من الشروط والأوصاف ما لا يقتضى زواله البطلان وإنما يقتضى عدم لزومه مثلاً .

### الغبن والغرور

الغبن : النقص ، ويراد به أن يكون أحد البديلين فى عقد المعاوضة غير مكافئ للآخر فى القيمة عند التعاقد . فإذا باع شخص كتاباً بجنهيه ، وقيمه فى السوق جنهيهان ، أو اشتراه فى هذه الحال شخص بأربعة جنهيهات ، كان البائع مغبوناً فى الحال الأولى ، وكان المشتري مغبوناً فى الحال الثانية ، وإذا أجر شخص منزله شهراً بأجرة قدرها عشرة جنهيهات ، ولا تزيد أجرته فيما هو معروف على خمسة جنهيهات ، أو استأجره فى هذه الحال شخص بجنهيهين كان الغبن واقعاً على المستأجر فى الحال الأولى ، وواقعاً على المؤجر فى الحال الثانية .



والغبن نوعان: يسير وفاحش، وفي بيان اليسير والفاحش عدة أقوال: منها: أن اليسير ما يدخل تحت تقويم المقومين، والفاحش ما عداه فإذا اشترت منزلاً بألف جنيه وكان بحيث إذا قومه المقومون قومه بعضهم بتسعمائة وخمسين، وبعضهم بألف كان الغبن فيه يسيراً، وإذا كان أقل تقويم له ١١٠٠ جنيه كان الغبن فيه بالنسبة للبائع فاحشاً، وإذا كان أعظم تقويم له ٩٠٠ جنيه كان الغبن فيه بالنسبة للمشتري فاحشاً، لأن الثمن لم يتناوله تقويم المقومين في الحالين، ومنها: أن اليسير ما لا يزيد على خمس الثمن، والفاحش ما زاد على ذلك. وهنالك أقوال أخرى، وخير الآراء هو الرأي الأول وعليه الفتوى.

والغرور: هو حمل العاقد على معاوضة بطريقة باطلة تجعله يظن أنها في مصلحته وترغبه فيها والواقع غير ما يظن، كأن يشتري شخص سلعة من السلع، لأنه قد شاهد غيره راغباً فيها ويزيد في ثمنها وما كان إلا متظاهراً بذلك لحمل الناس على شرائها، وكان يشتري شخص شيئاً رغبة فيما وصف به بعد الإعلان عنه بما ليس فيه وكان يشتري بقره قد صرّأها بأثمنها ليفهمه بذلك أنها كثيرة اللبن.

وكل من الغبن والغرور يؤثر في رضا العاقد، لأن رضا في هاتين الحالتين مبني على ظن خاطيء فالغرور قد ظن خطأ أنه لما رآه من إقبال الناس على المبيع مثلاً، أو لما نشر عنه من فوائد، أو لما ظنه من كثرة لبيته قد أتاحت له فرصة فانتهازها بإقدامه على الشراء وما أقدم في الواقع إلا على الإضرار بنفسه، والمغبون يظن خطأ أنه قد اشترى الشيء بقيمة لجبهه بالقيمة. غير أن هذا الظن الخاطيء إذا كان نتيجة غرور فصاحبه هو المسئول عنه، لأنه نتيجة عدم احتياظه. فلا يترتب عليه في العقود أي أثر في جميع هذه الصور، اللهم إلا إذا صحبه غبن فإنه في هذه الحال يجعل الغبن أقوى أثراً كما سيأتي. وعلى ذلك إذا ما أعلن عن دواء أنه مفيد لمرض كذا وكذا فاشتراه شخص بقيمة بناء على ذلك فوجده غير نافع لم يكن له حق فسخ العقد. ولم يكن لهذا الغرور أثر فيه. وكذلك الحكم بالنسبة للمغبون عند أمتنا كما جاء في ظاهر الرواية. لأن غبنه نتيجة تقصيره. فقد كان بحيث يستطيع أن يسأل عن قيمة ما يريد شراءه قبل الإقدام على العقد.



وعلى ذلك : فإذا أقدم إنسان على عقد معاوضة فغبن فيه . فإن هذا الغبن قد يكون يسيراً وقد يكون فاحشاً . فإن كان يسيراً فلا تأثير له في العقد . لأن الغبن اليسير قل أن يخلو منه عقد . ولأنه كذلك غبن محتمل . ومن العسير الاحتراز عنه . وقد جرت عادة الناس بإغفاله فلذلك أغفل ولم يتأثر به العقد . وقد استثنى من ذلك ما يأتي :

١ - بيع المدين المحجور عليه بسبب دينه المستغرق لماله . لا يغتفر فيه الغبن مطلقاً ولذا كان متوقفاً على إجازة الدائنين أو تكملة الثمن إلى القيمة . فإن أجاز الدائمون أو كمل المشتري الثمن نفذ البيع ، وإلا بطل .

٢ - بيع المريض مرض الموت إذا كان مديناً بدين مستغرق . فحكمه كما سبق . وإذن يكون مرض الموت كالحجر للدين . غير أن توقف بيعه لا يظهر إلا بموته ليتحقق أن المرض مرض الموت كما قدمنا .

وإن كان فاحشاً ففي تأثيره عند الحنفية ثلاثة أقوال .

الأول : أن لا أثر لهذا الغبن مطلقاً في العقود ، سواء أنشأ عن غرور أم لا . وهذا ما جاء في ظاهر الرواية . وبه أفتى كثير من العلماء . ووجهه : أن عقود المعاوضات يجب أن تصان ما أمكن عن الفسخ . وخاصة إذا ما كان لسبب يرجع إلى تقصير العاقد كما هنا . فإن العاقد إذا أقدم وهو يعلم الغبن فلا حق له في الاعتراض ، لتحقق رضاه على وجه الكمال . وإذا كان جاهلاً بالغبن فذلك ناشئ عن عدم تأنيه وبحتمه وسؤاله أهل الذكر . وذلك تقصير منه لا تقع تبعته إلا عليه وحده ، والعقد ليس له وحده . وإلى هذا ذهب الشافعي .

الثاني : أن للمغبون حق الفسخ إذا ما تعاقد جاهلاً أنه مغبون وإن لم ينشأ عن غرور ،

لأن الغبن ظلم ، والظلم واجب أن يرفع ، أما إذا تعاقد وهو يعلم ما يقدم عليه من غبن فلا يكون لهذا الغبن أثر لرضاه به ، وبهذا القول أفتى بعض العلماء . وإلى هذا ذهب أحمد .

الثالث : أن الغبن إن كان نتيجة غرور وقع على أحد العاقدين من الآخر ، أو ممن

يعمل له كالدلال ، فلهمغبون الغرير حق فسخ العقد لسوء نية العاقد الآخر وتضليله ، وإلا لم يكن له هذا الحق ، وهذا هو أعدل الأقوال ، وبه أفتى كثير من العلماء ، رفقا بالناس وثمة

أقوال أخرى لا داعي إلى الإطالة بذكرها



غير أن العبن الفاحش إذا كان في أموال المحجور عليهم كالصغير والسفيه والمجنون أو في أموال بيت المال أو في أموال الوقف أثر في العقد اتفاقاً فأبطله لأن تصرف من له الولاية على هذه الأموال فيها منوط بالنظر والمصاحبة ، وليس هذا التصرف من المصلحة في شيء ، ولذلك يقع باطلاً ، لأنه لا مجيز له عند مباشرته ، وذهب بعضهم إلى أنه يقع فاسداً باطلاً ، لصدور التصرف من أهله في محله . وهذا الرأي هو الراجح لاتفاقه مع القواعد العامة ، لأنه عقد منهي عنه لو صف عرض له ، وهو العبن الضار بالمولى عليه . وبناء على ذلك إذا باع الوصي مال الصغير بعبن فاحش ، أو أجر داره بعبن فاحش ، أو أجر ناظر الوقف دار الوقف بعبن فاحش كان العقد فاسداً على الرأي الراجح .

### الخيارات

الخيارات : جمع ومفردة خيار ، وهو مشتق من الاختيار ويدل على معناه ، وهو طلب خير الأمرين أو الأمور ، ويريد به الفقهاء أن يكون لأحد العاقدين أو لكليهما حق إمضاء العقد أو فسخه ، وقد شرع ليكون وسيلة إلى كمال الرضا والتأكد من سلامته وابتنائه على أساس صحيح ، ولذا شرع في أحوال خاصة تدعو العاقدين أو أحدهما إلى التروي والبحث والتحرى ، أو الرجوع إلى مشاوره مرة أخرى ، فقد يكون العاقد ناقص الخبرة في موضوع المبادلة ويرى نفسه في حاجة إلى الاستيثاق من توافر مصلحته ، وإذا أرجأ العقد لهذا قد يخرج من مكنته في المستقبل ، فشرع له لأجل ذلك أن يشترط لنفسه الخيار في مدة معينة من الزمن ليتسنى له البحث ، وهذا ما يسمى بخيار الشرط .

وقد يشتري الشخص لنفسه شيئاً أو يستأجره قبل أن يراه لضرورة دعت به إلى ذلك معتمداً على أن غيره قد صور له بصورة خاصة بنى رضاه عليها ؛ فإذا ما رآه وجده على خلاف ما ارتسم في نفسه ، فلا يتحقق عندئذ رضاه به ، فيحتاج إلى مشاوره نفسه في إمضاء العقد أو فسخه . ولمثل هذا شرع له خيار الرؤية .

وقد يجد محل العقد معيباً أو على غير ما اشترط ، وما رضى به إلا سالماً متحققه شروطه فيه ، فيحتاج حينئذ إلى الفسخ ، ولذا شرع خيار العيب . وخيار فوات الوصف وهكذا .



ومما تقدم يتبين أن من الخيارات مالا يثبت إلا باشتراط العاقدين ، كخيار الشرط . ومنها ما يثبت بشرع الشارع ولو لم يشترطه العاقدان ، كخيار الرؤية والعيب . وما يثبت بشرع الشارع ، قد يكون خاصاً بعقد من العقود ، كخيار البلوغ ، فإنه خاص بالزواج ، وقد لا يختص بعقد بل يثبت في أكثر من عقد كخيار الرؤية . ولأننا الآن بصدد الكلام على ماله عقود من أحكام عامة تقتصر على بيان الخيارات التي تكون في كثير من العقود ، ونترك بيان ما يختص بكل عقد منها إلى دراسة هذا العقد وتفصيل أحكامه . وعلى هذا فنصل أحكام خيار الشرط وخيار الرؤية وخيار العيب .

### خيار الشرط

التعريف به ، ولما يثبت ؟ - هو ما يثبت لأحد العاقدين أو لغيرهما من الحق في إمضاء العقد أو فسخه بناء على اشتراط ذلك له في البيع قد يشترط للبائع ، كأن يقول شخص الآخر : بعثك هذا الكتاب بخمسين قرشاً على أن يكون لي الخيار في إمضاء هذا البيع أو فسخه في ثلاثة أيام ، ويقبل المشتري ذلك ، وقد يشترط للمشتري . فيقول المشتري ابتداء : اشتريت هذا الكتاب منك على أني بالخيار ثلاثة أيام ويقبل البائع ذلك ، وقد يشترط لكل منهما ، فيقول البائع : بعثك هذا الكتاب على أن يكون لكل منا الخيار في فسخ هذا العقد وإمضائه في ثلاثة أيام ويقبل المشتري ذلك ، وفي هذه الصور قد يكون اشتراط الخيار للعاقد صادراً منه لنفسه كما بينا ، وقد يكون صادراً من صاحبه له ، كأن يقول البائع : بعثك هذا الكتاب على أنك بالخيار في إمضاء العقد أو فسخه ثلاثة أيام فيقبل المشتري ، وفي هذه الصورة يكون الخيار للمشتري لا للبائع . وقد يشترط أيضاً للمشتري للبائع ، فلا يكون إلا للبائع فإذا شرط الخيار لأحد العاقدين كان له فقط ، سواء أ كان الشرط منه أم من صاحبه .

اشتراط الخيار لغير العاقدين :- وقد يشترط الخيار لشخص آخر غير العاقدين فيشرطه له البائع أو المشتري عند ما يريد أن يكون موافقاً على الصفقة لخبرته بها ، كأن يقول للبائع أو المشتري ، بعث الكتاب بكذا ، أو اشتريت الكتاب بكذا على أن يكون لفلان الخيار



في إمضائه العقد أو فسخه في ثلاثة أيام ، و يقبل الآخر . وفي هذه الحال يكون الخيار لمن شرط له ، ويكون كذلك لمن اشترطه ، وإن لم يجعله لنفسه ، لأنه لا يسوغ أن يملك غيره مالا يملكه هو ، فكان اشترطه الخيار لأجنبي عن العقد اشترطاً لنفسه أيضاً .

سببه : ومن هذا يتبين لنا أن سبب ثبوت هذا الخيار هو اشترطه في العقد من أحد العاقدين ، ولذا سمي بخيار الشرط ، أي الخيار الذي سببه الشرط . وهذا الشرط صحيح وإن خالف مقتضى العقد ، فأنت تعلم أن عقد البيع مثلاً من العقود اللازمة ، وأن شرط الخيار يجعله غير لازم ، فكان تغييراً لبعض آثاره . وسبب صحته مع هذا ، ورود الشرع به فقد ورد أن حبان بن منقذ الأنصاري كان يعين في البياعات ، وأن أهله قد رفعوا أمره إلى النبي صلى الله عليه وسلم عسى أن يمنعه ، فقال له النبي « إذا بايعت فقل : لا خِلافة ، ولي الخيار ثلاثة أيام » والخلافة : الخداع ، وهذه إجازة صريحة من النبي صلى الله عليه وسلم لهذا الشرط ، ومثل ما أشار إليه الحديث شرع هذا الخيار .

وقت اشترطه : وكما يصح اشترط هذا الخيار في أثناء العقد كما مثلنا يصح أن يشترط بعد انتهائه باتفاق العاقدين ، فيلتحق حينئذ بالعقد وكأنه قد شرط فيه ، لأن من يملك فسخ العقد بعد تمامه يملك جعله غير لازم بطريق أولى .

محلّه : وكذلك يصح أن يشترط في جميع المبيع ، فيكون لمن شرط له حق فسخ العقد فيه كله ، وأن يشترط في بعض المبيع بشرط تعيينه وبيان ثمنه . فيملك من شرط له حق فسخ العقد في ذلك البعض فقط ، كأن يشتري شخص دارين على أن يكون له الخيار في واحدة معينة منهما بثمن قدره كذا ، فيكون له فسخ عقد البيع في الدار التي شرط فيها لنفسه الخيار . ويبقى العقد لازماً في الدار الثانية بثمنها المخصص لها .

مدته : وقد ذهب أبو حنيفة والشافعي وزفر إلى أن هذا الخيار مؤقت بمدة لا تزيد على ثلاثة أيام . فقد ورد بها الحديث السابق . ولا يصح أن يقاس عليها غيرها . وذهب أحمد بن حنبل والصاحبان إلى أنه مؤقت بما يرى العاقدان توقيته به من مدة يحتاج إليها في نظرهما . لأنه شرع للتروى . وقد يقتضى في بعض الأحوال مدة أطول من الثلاثة



فشابهت مدته مدة التأجيل في ترك تحديدها للعاقدين . وتعيين الثلاثة الأيام لحبان من الرسول إنما كان لعدم حاجته إلى مافوقها . ولا مانع من أن يكون ذكر الأيام الثلاثة محلاً لقياس غيرها عليها . لأنه حكم معقول العلة والسبب . وليس خاصاً . وقد ورد عن عبد الله بن عمر أنه أجاز الخيار إلى شهرين . وعلى ذلك إذا اشترط أحد العاقدين الخيار لنفسه أو لغيره عشرة أيام فسد العقد عند أبي حنيفة . لاقترانه بشرط فاسد . وهو اشتراط الخيار فوق ثلاثة أيام . وصح العقد والشرط عند الصحابين وأحمد . غير أن أبا حنيفة يرى أن فساد العقد في هذه الحالة يرتفع بارتفاع المنفسد . فإذا اختار من شرط له الخيار قبل مضي ثلاثة أيام صح العقد .

العقود التي تقبله : تنقسم العقود قسمين : قسم لا يقبل الفسخ كالزواج والطلاق والعتاق والرجعة . وهذا لا يقبل خيار الشرط لأنه يتنافى مع مقتضاه . فإن خيار الشرط يقتضى الفسخ إذا ما رغب في الفسخ من شرط له . وهذه العقود لا تقبل أن تفسخ . وقسم يقبل الفسخ وهو نوعان : نوع غير لازم فيستقل أحد العاقدين بفسخه . وهذا لا معنى لاشتراط هذا الخيار فيه إذ يمكن فسخه من غير اشتراط . وذلك كالوكالة والهبة والعارية والوديعة فلعل طرف من طرفيها أن يفسخ من غير أن يشترط لنفسه ذلك في العقد . ونوع لازم وهذا هو الذي يصح اشتراط الخيار فيه . وذلك كالبيع والإجارة والصلح والمزارعة والمساقاة والقسمة والحوالة وغير ذلك من العقود التي تقبل الفسخ ولا يشترط في صحتها القبض . أما إذا كان القبض شرطاً في صحتها كالصرف والسلم فلا يصح فيها اشتراط الخيار لأن صحة اشتراطه فيها تستلزم عدم وجوب القبض ، لأنه إذا شرط للمسلم « المشتري » أو للمسلم إليه « البائع » أو شرط لأحد عاقدي الصرف استتبع اشتراطه عدم إلزام العاقدين بآثاره ومنها القبض في المجلس فإذا لم يحدث فسد العقد . ومما يصح فيه كذلك اشتراط الخيار ترك الشفعة بعد الطلبين الأولين ( المواثبة والتقرير ) فيقول الشفيع : اترك حقي في الشفعة على أني بالخيار في ذلك ثلاثة أيام ، فيكون للشفيع بذلك الحق في أن يعدل عن الاسقاط أو يعضيه في مدى الأيام الثلاثة متى حددها .

وبناء على ماتقدم إذا تصالح شخصان على أن يكون لأحدهما الخيار مدى ثلاثة أيام ،



صح ذلك ، وكذلك إذا استأجر داراً على أن يكون له الخيار ، أو كفل أو زارع ، وعلى هذا المنوال تتضح لك بقية الأمثلة .

آثاره — يترتب على اشتراط خيار الشرط في أى عقد ما يأتى :

الأول : أن يكون لمن شرط له الخيار من العاقدين الحق في أن يمضى العقد أو يفسخه ، فيختار خير الأمرين له ، ولا يلزم في ذلك اللفظ ، بل يصح أن يكون إمضاء العقد أو فسخه به وبكل فعل يفيد ذلك ، فيلزم العقد عند إمضائه وينفسخ عند فسخه دون حاجة إلى القضاء ، وإذا لم يجز أن يفسخ بعد ذلك إلا بتراضى عاقديه وذلك ما يسمى بعقد الاقالة وعلى ذلك : إذا كان الخيار للمشتري مثلاً فقال : أمضيت العقد ، أو تصرف في المبيع تصرفاً لا يكون إلا من مالك ، كأن يؤجره أو يرهنه أو يبيعه - وإن لم يترتب على ذلك تسليمه إلى المستأجر أو المرتهن أو المشتري - أو بنى فيه إذا كان أرضاً ، أو عمره إذا كان داراً ، أو انتفع بركوبه في قضاء حاجاته إذا كان مما يركب ، فإن العقد في كل هذه الصور وما شابهها يلزم ، لإمضائه صراحة أو دلالة من المشتري .

وإذا كان الخيار للبائع مثلاً فقال : فسخت العقد ، أو باع المبيع لشخص آخر ، أو كان أرضاً فبنى فيها منزلاً لنفسه ، فإن ذلك يكون إبطالا للعقد ، فينفسخ به دون توقف على قضاء القاضى بذلك .

وإذا شرط الخيار لكل من العاقدين كان لكل منهما إمضاء العقد وفسخه ، فإذا فسخه أحدهما بطل وسقط بذلك خيار الآخر ، إذ لا خيار إلا في العقد وقد بطل ، وإذا أمضاه كان الآخر على خياره فيفسخه أو يمضيه إن أراد .

مضى المدة وموت من له الخيار فيها — وكما يلزم العقد بإمضائه قولاً أو فعلاً يلزم بموت من له الخيار فيها ، كما يلزم بمضيها من غير حصول اختيار منه لأحد الأمرين ، فإذا كان للبائع أو المشتري فتوفى قبل أن يختار ، أو مضت مدة الاختيار ولم يختار . لزم العقد بالنسبة له ، وذلك لأن العقد مع الخيار قائم ، ولا يرتفع إلا بالفسخ . وإذا مات من له الخيار تعذر الفسخ من ناحيته ، فأصبح العقد لازماً من جهته ، فيلزم إذا لم يكن الخيار مشروطاً للعاقد



الآخر ، وكذلك الحال في مضي المدة ، لأن من شرط له الخيار لا يملك فسخ العقد إلا فيها ، فإذا مضت ولم يفسخ لزوم من ناحيته .

وإذا كان الخيار لها ومات أحدهما لزم العقد من ناحيته كذلك . وكان الآخر على خياره ، وكذا إذا مضت المدة دون أن يختار أحدهما فإن العقد يلزم بمضيها بالنسبة لمن مضت مدته دون الآخر ، فإنه يبقى على خياره .

شرط الخيار لغير العاقدين — وإذا كان الخيار مشروطاً لشخص آخر غيرهما فإن الخيار يكون له ولن اشترطه ، فإذا سبق أحدهما فأمضى العقد أو فسخه نفذ ما أراد وسقط خيار الآخر ، فإن أمضاه أحدهما وفسخه الآخر ولم يعلم السابق ، فالفسخ أولى بالتنفيذ ، لأنه أقوى ، إذ أنه لا ينقض .

غير أنه يجب أن يلاحظ في كل ما ذكر : أن فسخ العقد إذا كان بفعل ممن له الخيار ترتب عليه أثره ، وإن لم يعلم به العاقد الآخر ، كما إذا كان للبائع فباع المبيع لشخص آخر غير المشتري ، أو كان للمشتري فتصرف في الثمن وهو عين . وإن كان بقوله كفسخت العقد ونحوه ، لم يترتب عليه أثره ، وهو انفساخ العقد إلا عند علم العاقد الآخر به في مدة الخيار ، فإن مضت المدة قبل أن يعلم لزم العقد على الرغم من اختيار فسخه ، ذلك لأن العقد لا يفسخ إلا عند العلم بالفسخ ، وإذا مضت المدة قبل العلم به فقد انقضت والعقد قائم فيلزم بانقضائها ، إذ لا يفسخ بعد مضي المدة . وفرقوا بين الحالين بأن الفسخ في الحال الأولى : فسخ ضمني ، فلا يشترط فيه العلم ، وفي الثانية : قصدي ، فيشترط فيه العلم حتى لا يتضرر العاقد الآخر ، لأنه إذا كان الخيار للبائع ففسخ ولم يعلم المشتري فر بما ظن أنه أمضاه فيتصرف في المبيع بإتلاف أو ما في معناه فيلزم بقيمته وقد تكون أكثر من ثمنه . وإذا كان للمشتري ففسخه بلا علم البائع تضرر ، لعدم تمكنه من البحث عن مشتري آخر ، وهذا ما ذهب إليه الطرفان . والواقع أنه لا فرق في الواقع بين الحالين ، ولذا ذهب أبو يوسف والشافعي ، وأحمد ومالك وزفر ، إلى أنه لا يشترط علم العاقد الآخر في الحالين ، ولا فرق بينهما ، لأن حق الفسخ ثابت لمن شرط له الخيار ، فلا يتوقف نفاذه على علم العاقد الآخر بعد أن توافقا على ذلك .



الثاني — أن اشتراط الخيار من أحد العاقدين لنفسه أو لأجنبي عن العقد في عقود المعاوضات المالية يمنع خروج العوض من ملكه ، واشتراطه منهما يمنع خروج العوضين كل من ملك مملكه . وعلى ذلك : إذا اشترط البائع الخيار لنفسه أو لأجنبي عن العقد لم يخرج المبيع من ملكه ، لأن خروجه من ملكه يعتمد الرضا ، والرضا غير متحقق مع الخيار . فلا يترتب على العقد ذلك الأثر ، ولكن الثمن يخرج من ملك المشتري في هذه الحال . وإذا اشترط المشتري الخيار لنفسه أو لأجنبي عن العقد لم يخرج الثمن من ملكه كذلك ، ولكن ذلك لا يمنع خروج المبيع من ملك بائعه إذا لم يشترط له الخيار ، وعلى ذلك : يبقى أمره موقوفاً عند الإمام ، فإن أمضى المشتري العقد ظهر أنه دخل في ملكه من وقت صدور العقد ، وإن فسخته ظهر أنه عاد إلى البائع . ويرى الصحابان أن المبيع يخرج من ملك البائع في هذه الحال ويدخل في ملك المشتري ، ودليلهما على ذلك : أنه إذا لم يدخل في ملك المشتري بعد أن يخرج من ملك البائع ، كان مالا متقوماً لا مالك له ، ولا نظير لهذا شرعاً . فوجب أن يدخل في ملك المشتري .. وقال الإمام : إن دخوله في ملك المشتري في هذه الحال يترتب عليه اجتماع العوضين « المبيع والثمن » في ملك شخص واحد وهو المشتري ، وهذا غير مقبول لأنه يتنافى مع المعاوضة ، وعليه فلا يدخل في ملك المشتري ، وكذلك لا يبقى في ملك البائع ، لأن العقد قد تم من جهته لتمام رضاه فيفيد أثره ، وإذن يبقى موقوف الحال ، إلى أن يظهر الأمر ، فإما أن يظهر أنه ملك المشتري من وقت العقد بإمضاء المشتري العقد ، وإما أن يظهر أنه ملك البائع بفسخ المشتري العقد .

تأثير الخيار في نفاذ العقد — والنتيجة أن اشتراط الخيار في العقد عند الحنفية يحول دون ترتب جميع آثاره عليه ، وذلك لما علمت من أنه يمنع نفاذ العقد بالنسبة إلى من شرط له من العاقدين ، فلا يخرج بدله من ملكه اتفاقاً ، ولا يطالب به قبل سقوط خياره .  
ما يبطل به — ينتهي خيار الشرط بما يأتي :

١ — إجازة العقد في مدة الخيار ممن له الخيار ، سواء أكانت صريحة بالقول ، كأجزت العقد وأسقطت خيارى ونحوه ، أم دلالة بالفعل كأن يتصرف المشتري في المبيع — عند ما يكون له الخيار — تصرف الملاك ، بأن يبيعه أو يرهنه أو يهبه ولو من غير



تسليم ، أو يؤجره أو يستعمله انتفاعاً به لا رغبة في امتحانه فإن استعمله لامتحانه اشترط ألا يزيد على الحاجة في ذلك ولم يكن ذلك منه رضا. وكان يتصرف البائع في الثمن - عند ما يكون له الخيار - مثل هذا التصرف من بيع وهبة وإبراء ونحوه .

٢ - فسخ العقد في مدة الخيار ممن له الخيار صراحة بالقول . كفسخت العقد ، أو دلالة بالفعل ، كأن يتصرف البائع في المبيع - عند ما يكون له الخيار - تصرف المالك ببيعه ولو مع شرط الخيار له ، أو برهنه ، أو بإجارته ، أو بإعارته أو بهبته مع تسليمه . أما إذا وهبه من غير تسليم فلا تعتبر هبته في هذه الحال فسخاً . وكان يتصرف المشتري في الثمن عند ما يكون عيناً - والخيار له - تصرف المالك فيخرج عن ملكه مثلاً . « راجع رد المحتار ج ٤ ص ٥٨ » .

٣ - موت من له الخيار في مدته قبل أن يختار .

٤ - مضى مدة الخيار بلا اختيار ممن له الخيار .

٥ - تعيب محل العقد أو هلاكه بأي سبب من الأسباب في يد ممتلكه عند ما يكون الخيار له . وعلى ذلك : إذا تعيب المبيع في يد المشتري . وكان الخيار له ، أو هلك في يده والخيار له كذلك . فإن خياره يبطل ، ويلزم عقد البيع بالنسبة له . لا فرق في ذلك بين أن يكون كل من التعيب والهلاك بسبب سماوى أو نتيجة اعتداء عليه من البائع أو من المشتري . أو من أجنبي عن العقد .

٦ - إذا كان محل العقد عقاراً . واشترط الخيار للمتملك . ثم طلب الشفعة بذلك العقار في مدة الخيار . فإن خياره يبطل ويلزم العقد . إذ يعتبر هذا الطلب إجازة للعقد . فإنه لا يستحق الشفعة إلا إذا كان وقت البيع مالكا للعقار . وهو لا يملكه إلا إذا أجاز العقد . ولذا يبطل خياره بمجرد الطلب في المدة .

٧ - زيادة المحل في يد الممتلك إذا كان الخيار له . سواء أ كانت زيادة متصلة غير متولدة منه كالبناء على الأرض والصبغة للشوب . أو متولدة منه كالسمن للحيوان . أم كانت منفصلة متولدة كالولد واللبن والصفوف للحيوان والثمرة للأرض ذات الأشجار . أما إذا كانت منفصلة غير متولدة كالأجرة فلا تمنع . فإذا أمضى المشتري البيع مثلاً فهذه الزيادة له اتفاقاً .



وإذا فسخه رد الأصل مع زيادته عند أبي حنيفة . وقال الصحابيان : يرد الأصل فقط ، وله الزيادة ، لأنها نماء ملكه .

ورائته - إذا توفي من له الخيار من العاقدين لم يرثه فيه وارثه . لأنه إرادة ومشيئة .  
وذهب الشافعي ومالك إلى أنه يورث . لأنه حق مالي متعلق بالمال . وأثر من آثار العقد لاحق شخصي والحقوق المالية تورث لقوله عليه السلام « من ترك مالا أو حقاً فلورثته » وهذا أوجه .

### خيار الرؤية

التعريف به - هو ما يثبت لأحد العاقدين عند رؤية محل العقد من الحق في فسخ العقد أو إمضائه بسبب عدم رؤية محله عند إنشاء العقد وقبله . فإذا اشترت سيارة لم ترها كان لك بسبب عدم رؤيتك إياها - الحق في أن تفسخ العقد أو تمضيه عند ماتراها - وإن وصفت لك عند التعاقد - لأن علم المبيع بأوصافه - وإن كان نافياً للجهالة - لا يرقى إلى العلم به عند رؤيته ، فإن رؤيته تفيد علماً أشمل وأدق . فشرع هذا الخيار عند رؤيته ، حتى إذا أمضى العقد كان عن رضا كامل تام . ومن هذا يتبين أن هذا الخيار لا يثبت للعاقدين إذا كان قد رأى محل العقد عند إنشائه أو قبله . كما سنبين ذلك .

شرعه ، ولئن يثبت ؟ ويثبت هذا الخيار عند الحنفية للمتملك باتفاق ولذا يثبت للمشتري لقوله صلى الله عليه وسلم « من اشترى شيئاً لم يره فهو بالخيار إذا رآه » وزيد في بعض الروايات « إن شاء أخذه وإن شاء تركه » .

سبب ثبوته - وسبب ثبوت خيار الرؤية للعاقدين عند رؤية محل العقد حين التعاقد وقبله . ولذا يثبت في هذه الحال بدون اشتراطه . سواء أوصف له المحل عند التعاقد فوجده كذلك عند رؤيته أم لم يوصف له ، فإن رآه حين التعاقد لم يثبت له خيار ، وكذلك الحكم إذا كان قد رآه قبله . بشرط أن يتوافر أمران : أحدهما : أن يكون العاقدين على علم بأن هذا المحل هو الذي رآه من قبل . ثانيهما : أن يكون المحل وقت التعاقد على الصفة التي كان عليها عند رؤية العاقدين له ، فإن لم يكن على علم بذلك كان له خيار الرؤية ، وكذلك إذا كان على علم به ولكنه لم يكن حين التعاقد على الصفة التي رآه عليها بل تغير .



شروطه ووقت ثبوته - وإنما ثبت هذا الخيار عند الرؤية ، فرؤية العاقد للمحل شرط في ثبوته له ومن هذا نستطيع أن نقول : إنه يشترط في ثبوت خيار الرؤية ما يأتي :

١ - عدم رؤية العاقد محل العقد حين العقد وقبله ، فإن رآه حين العقد لم يكن له خيار الرؤية ، وكذلك إذا رآه قبله وكان عند العقد كما رآه . أما إذا تبين أنه كان على خلاف ما رأى فإن الخيار يثبت له .

٢ - أن يكون محل العقد عيناً مشخصة كدار أو ثوب أو حيوان ، أما إذا كان ديناً موصوفاً يثبت في الذمة ، كما في السلم فلا يثبت فيه خيار الرؤية ، لأن المناط في تحقق الرضا هو الوصف ، فإذا ما تحقق الوصف تحقق الرضا ، ولم يكن لثبوت الخيار مقتض . بخلاف العين المعينة ، فإن الأوصاف لا تكفي لتمام العلم بها وليست مناط الرضا بها .

٣ - أن يكون العقد مما يقبل الفسخ ، فإن كان مما لا يقبل الفسخ كالزواج والخلع فلا يثبت خيار الرؤية فيما يجب به من مال . وإن كان عيناً مشخصة كأن يتزوج شخص امرأة على دار لم ترها ، أو تخالعه على سيارة لم يرها كما لا يثبت في الزوجة أو الزوج .

٤ - رؤية العاقد للمحل . فلا خيار له قبلها .

وأمّا كان العقد على الأعيان الغائبة عقداً غير لازم بسبب ثبوت خيار الرؤية لمن لم يرها كان له بمقتضى ذلك حق فسخ العقد قبل الرؤية ، لاسبب خيار الرؤية ، ولكن لأن العقد بالنسبة له غير لازم .

كيف تتحقق الرؤية ؟ - لا يراد بالرؤية الإبصار ، بل المراد ما هو أعم من ذلك ، وهو العلم بمحل العقد على الوجه الذي يناسبه . فإن كان من المراثيات كان العلم به بواسطة البصر ، وإن كان من المشمومات كالروائح العطرية كان العلم به بواسطة الشم ، وإن كان من الطعام كان العلم به بواسطة الذوق ، وإن كان من الأشياء التي لا تعرف إلا باللمس واللمس كبعض الأقمشة كان العلم به بواسطة لمسه وهكذا . وعلى هذا فليس من اللازم رؤية جميع المحل الذي ورد عليه العقد ، بل يكفي رؤية بعضه إذا كانت هذه الرؤية تؤدي إلى معرفته كله ، كرؤية النموذج منه ، وذلك كما في الحبوب والزيوت وسائر المثليات ، أما إذا كانت لا تؤدي إلى ذلك ، كما في الحيوان والدور ، فلا بد من رؤية جميع المحل .



ويثبت خيار الرؤية للأعمى إذا ما اشترى شيئاً لم يعرفه ، فإن كان ذلك الشيء مما لا يعرف إلا بالبصر كانت معرفته به عن طريق وصفه له ، وإن كان يعرف بحاسة أخرى باشر ذلك بنفسه .

العقود التي يثبت فيها خيار الرؤية - ذكرنا فيما مضى أن خيار الرؤية لا يثبت إلا في معقود عليه معين بشخصه ؛ وعلى ذلك فلا يثبت إلا فيما يأتي :

١ - البيع عند ما يكون المبيع عيناً مشخصة فيثبت حينئذ للمشتري ، كأن تشتري كتاباً قبل أن تراه ، فإذا رأيته كان لك الخيار وإن شئت أخذته وإن شئت تركته ، وقد يثبت كذلك للبايع في الثمن إذا كان عيناً مشخصة ، كأن تبيع داراً بسيارة لم ترها ، فإذا رأيتهما كان لك الخيار ولا يثبت في السلم لأن المبيع دين في الذمة ، ولكن إذا كان الثمن فيه عيناً مشخصة لم تكن حاضرة عند عقد العقد ثم أحضرت في المجلس نفسه لتسلم كان للمسلم إليه حينئذ الخيار إذا رآها ، إن شاء أخذ وإن شاء ترك ، وإذا ترك فسد العقد : لأن تسليم الثمن في المجلس شرط في صحته .

٢ - الإجارة عند ما تستأجر عين من الأعيان ، فيثبت للمستأجر إذا رآها ، فإن شاء أمضى الإجارة وإن شاء فسخها ، وذلك كأن تستأجر داراً لتسكنها قبل أن تراها فيكون لك الخيار إذا رأيتهما ، وإذا كانت الأجرة عيناً مشخصة كان للمؤجر كذلك الخيار فيها عند رؤيتها إذا لم يكن رآها .

٣ - قسمة الأعيان القيمة ، فإذا قسمت القيميات بين الشركاء فيها ولم ير أحد الشركاء نصيبه كان له الخيار إذا رآه .

٤ - الصلح عند ما يكون بدله عيناً معينة لم يرها المصالح ، فإذا رآها كان له الخيار ، لأنه بمعنى البيع حينئذ ، إذ يعتبر معاوضة بين الحق المدعى والبدل المصالح عليه . وثبوت خيار الرؤية فيما يبناه من العقود ، إنما هو بحكم الشارع فيثبت فيها إذا تحقق سببه ، سواء أشرط عند التعاقد أم لم يشترط ، بل يثبت وإن شرط في العقد نفيه .

أثره : إذا ثبت خيار الرؤية ترتب عليه ما يأتي :

١ - أن يكون لمن له الخيار حق إمضاء العقد أو فسخه عند رؤيته محل العقد ؛ فإذا



أمضاه لزم ، وإذا فسخه بطل ، ويبطل حينئذ بمجرد الفسخ دون حاجة إلى قضاء من القاضى أو إلى رضا العاقد الآخر بذلك . وثبت هذا الخيار لا يمنع نفاذ العقد ، فالعقد معه نافذ ولكنه غير لازم بالنسبة إلى الممتلك كما سيأتى .

الخيار : ويثبت هذا الخيار حقاً للممتلك بحكم الشارع ابتداء من وقت رؤيته المحل ، ولذا لم يكن له أن يتنازل عنه قبل الرؤية ، لأن التنازل عنه قبلها إسقاط له قبل وجوده ، ولا يصح إسقاط الحقوق قبل وجودها . فلو قال قبل الرؤية . أسقطت حتى فى خيار الرؤية أو تنازلت عنه أو أمضيت العقد وجعلته لازماً كان قولاً لاغياً ، وكذلك لم يكن له أن يشترط فى العقد نفيه ، فلو اشترى عيناً على ألا يكون له خيار رؤية لم يلزمه ذلك وكان له خيار الرؤية ، فإن اشتراط ذلك يعتبر تغييراً للشرع ، ولا يملك الإنسان تغييره . ولذا يكون له فى كل هذه الأحوال حق الإمضاء أو الفسخ عند الرؤية .

٢ - عدم لزوم العقد بالنسبة إلى من ثبت له الخيار . وهذا الأثر نتيجة للأثر السابق ، لأن ثبوت حق الفسخ له عند الرؤية يستلزم ثبوته له قبلها ، إذ ليس يعقل أن يتمتع عليه قبل الرؤية حق الفسخ ويلزم بالمضى فى العقد فى حين أنه يستطيع فى كل وقت أن يرى المحل فيكون له عندئذ حق الفسخ ، فلو ألزم لكان إزمه غير مجد .

ولما كان هذا أثراً لازماً لحق لازم لم يملك من له الخيار إسقاطه . فلو قال : جعلت هذا العقد لازماً أو أمضيته ، أو أسقطت حتى فى فسخه الآن لم يفد ذلك شيئاً ، لأن هذا الحق نتيجة لازمة لثبوت الخيار له عند الرؤية ، وهو أمر لازم بحكم الشارع فيستتبع لازمه .

والفسخ يكون بكل ما يدل على عدم الرضا ، ويجوز أن يكون قبل الرؤية وبعدها ولكنه قبل الرؤية يرجع إلى عدم لزوم العقد ولا يعد أثراً للخيار لأنه لم يوجد ، إذ أن رؤية المحل شرط لثبوته . والشىء لا يوجد قبل شرطه ، وبعدها يرجع إلى ثبوت خيار الرؤية فيفسخ بقول من له الخيار : رددت المبيع أو رفضته أو فسخت البيع وهذا هو الفسخ الصريح غير أنه إذا كان بالقول لا ينفذ إلا إذا علم به العاقد الآخر (عند الطرفين) خلافاً لأبى يوسف ولزوم العقد يكون بكل ما يدل على الرضا من قول أو فعل . فالقول مثل : رضيت أو أجزت أو أمضيت . وهذا هو الرضا الصريح ، ولا يلزم به العقد إلا إذا كان بعد الرؤية



لا قبلها ، لأنه قبل الرؤية إسقاط للخيار . وقد قدمنا أنه لا يملكه ، والفعل كأن يقبض المعقود عليه بعد رؤيته أو يتصرف فيه ، وهذا هو الرضا الضمني .

غير أنه إن كان التصرف بعقد يوجب للغير حقاً في المعقود عليه كالبيع البات والرهن والإجارة بطل به الخيار ، ولزم به العقد ، سواء أحصل قبل الرؤية أم بعدها ، لنفاذ التصرف وثبوت حق العاقد الآخر ، وهو حق يجب المحافظة عليه وتقديمه على حق صاحب الخيار ، وإن لم يوجب للعاقد الآخر حقاً فيه كالبيع بشرط الخيار للبائع ، والهبة بدون تسليم ، والمساومة لم يبطل به الخيار ، ولم يلزم به العقد إلا إذا حصل بعد الرؤية كالرضا الصريح .

ما يسقطه - يسقط خيار الرؤية بأحد سببين : أحدهما : يسقطه إذا وجد قبل الرؤية أو بعدها ، وثانيها لا يسقطه إلا إذا وجد بعد الرؤية .

فالأول : يشمل ما يأتي :

١ - تصرف الممتلك في المحل تصرفاً يوجب حقاً للغير ، كبيعه بيعاً باتاً له ورهنه وإجارته ووقفه ونحو ذلك ، فيسقط بهذا التصرف خيار الرؤية ، ويلزم العقد ، سواء أحصل قبل رؤية المحل أم بعدها .

٢ - تعيب المحل في يد ممتلكه ، فإنه لا يجوز أن يرد إلى صاحبه معيباً وقد سلمه سليماً ، فيلزم عند ذلك العقد - وسواء في ذلك أن يكون العيب بفعل المحل ، أو بفعل المشتري ، أو بفعل أجنبي ، وكذلك الحكم إذا كان بفعل البائع عند الطرفين ، خلافاً للثاني .

٣ - تعذر رد بعضه بهلاك أو بعيب أو بتصرف فيه يوجب حقاً للغير ، لأن خيار الرؤية لا يثبت في البعض ، فإذا رد المشتري المبيع مثلاً بخيار الرؤية ، فإما أن يرده كله أو يرضى به كله ، حتى لا تتجزأ الصفقة على البائع .

٤ - موت من له الخيار ، فإذا توفي سقط خياره ولزم العقد ، ولا ينتقل إلى ورثته مادام لم يختر قبل الوفاة ، سواء أ كانت وفاته قبل الرؤية أم بعدها .



- ٥ - زيادة المحل في يد ممتلكه زيادة تمنع الرد بخيار الشرط ، وتقدم بيانها .
- والثاني : يشمل كل ما يدل على رضا الممتلك بمحل العقد أو بيعه من قول أو فعل يصدران منه ، ويتحقق ذلك بما يأتيه من هذه الأمور .
- ١ - قول يدل على ذلك ، كرضيت بالعقد أو بالمحل ونحو ذلك .
- ٢ - تصرف في المحل لا يوجب حقاً لغيره ، كهبته المحل من غير تسليم ، وإعارته وبيعه إياه مع اشتراط الخيار له ، ومساومته فيه غيره ، ونحو ذلك مما يستفاد منه إرادة استيفائه .
- ٣ - فعل يتصل بالمحل ، كالتفاهه به وعرضه إياه للبيع ، وقبضه بعد رؤيته ، أو دفعه لثمنه .

٤ - طلبه الأخذ بالشفعة بسببه . فإذا كان المحل عقاراً وبيع بجواره عقار آخر فطلب الممتلك أخذه بالشفعة بعد رؤيته المحل عند ذلك منه رضاً به فيبطل خياره . أما إذا طلب الشفعة قبل رؤيته المحل . فلا يسقط بذلك خياره ، وله فسخ العقد بعد ذلك ، ولا يؤثر هذا الفسخ في تملكه بالشفعة .

توقيته - يبدأ خيار الرؤية من وقتها . وينتهي بصدر ما يدل على الرضا من صاحبه أو فسخ العقد على الوضع الذي بيناه ، كما ينتهي كذلك بمحصول ما يسقطه . وعلى ذلك : فليس له مدة ينتهي باتهاؤها . وهذا هو الراجح في مذهب أبي حنيفة . وذهب الكرخي إلى أنه مؤقت . وينتهي وقته بمضى أى زمن يتمكن فيه من له الخيار من الفسخ ثم لا يفعل فإذا مضى هذا الزمن ولم يفسخ سقط الخيار .

ورائته - وخيار الرؤية لا يورث كما لا يورث خيار الشرط ، لأنه إرادة ومشية كخيار الشرط ، والوارث لا يرث مورثه في رغبته كما تقدم .

### خيار العيب

التعريف به - هو ما يكون للممتلك من حق في فسخ العقد أو إمضائه بسبب عيب يحده فيما تملك . فإذا اشترت كتاباً فوجدته غير تام كان لك حق فسخ العقد ورد الكتاب



إذا لم ترض به وأبيت أن تمضيه ، وذلك لأن السلامة من العيوب من مقتضيات العقد .  
لتوقف الانتفاع الكامل عليها ، وهو مقصود للعاقدين من العقد ، فإذا فاتت لوجود عيب  
انعدم الرضا بالمحل ، فوجب أن يرجع إلى رضا العاقد به بعد ظهور العيب ، حتى إذا رضى  
أمضى العقد ، وإذا أبى أبطله ، ولذلك شرع ، فقد قضى النبي صلى الله عليه وسلم برد غلام  
ابتاعه رجل فأقام عنده مدة ، ثم تبين فيه عيباً . فقال البائع : لقد استغل غلامي يا رسول الله  
فقال عليه السلام « الخراج بالزمان »

سببه وشروط ثبوته — سببه : ظهور عيب بالمحل ، ولا يترتب على ظهوره الخيار إلا  
إذا توافرت الشروط الآتية :

١ — أن يوجب ظهور هذا العيب نقص ثمنه في عرف التجار ، ولو يسيراً . بحيث  
لو عُرف عند العقد ما أقدم مشتريه على شرائه بالثمن الذي رضيه ، وإن كان ثمنه في العقد  
أقل من قيمته معيباً .

وذهب الشافعي إلى أن العيب الذي يوجب الخيار ما نقصت به القيمة . أو فات به  
غرض صحيح ، وكان الكثير الغالب عدم وجوده في هذا المحل ، ومثال ذلك : أن يشتري  
شخص شاة للضحية ، فيجد في أذنها قطعاً يمنع من التضحية بها ، فإن ذلك يعتبر عيباً ،  
وإن لم يترتب عليه نقص قيمتها ، أو يشتري حذاء فيجده ضيقاً ، وإذا اشترى شيئاً الغالب  
فيه ألا يخلو من هذا العيب لم يعتبر ذلك عيباً ، إذ يعد مثل هذا مرضياً عنه بحكم العرف  
قال صاحب البحر : وقواعد الحنفية لا تأتي هذا البيان الذي ذكره الشافعية ، وعليه  
فلا خلاف .

وعند أحمد الاعتبار بالعرف . فما يعده العرف عيباً كان عيباً يستوجب الخيار ، وإن  
لم تنقص به قيمة المبيع ، وما لا فلا ، وهذا رأى وجيه ، وبناء على ماتقدم إذا اشترى شخص  
منزلاً فاطلع بعد العقد على أنه ينقصه « شنكل » مثلاً لم يستحق بهذا خيار الرد بالعيب ،  
لأنه عيب لا يترتب عليه نقصان ثمن ولا قيمة ، ولا يفوت به غرض صحيح من شرائه . ولا  
يعد في العرف عيباً ، بخلاف ما إذا وجد به جداراً متصدعاً ، فله حينئذ الرد بالعيب اتفاقاً ،  
وإن كان ثمنه أقل من قيمته معيباً بهذا العيب .

٢ — أن يحدث العيب عند الملك ، سواء أحدث قبل العقد أم حدث بعده قبل



تسليم المبيع إلى المشتري ، فإن حدث عند الممتلك « المشتري » لم يثبت له خيار بسببه ، فإذا اشترت منزلاً وبعد أن تسلمته سقط منه جدار لم يكن لك أن ترده بسبب ذلك مادام أن سقوطه لم يرجع إلى عيب قديم قبل تسلمه ، ذلك لأن المبيع قد وصل إلى يدك سليماً ، وذلك مقتضى العقد .

٣ — ألا يعلم به حين العقد ، وألا يرضى به بعده ، وألا يزول قبل الفسخ . فإذا تعاقدوا وهو عالم بالعيب ، أو رضى به بعد العقد ، كما إذا تسلمه علماً بالعيب لم يكن له خيار ، وذلك لتام الرضا بالعين المعيبة ، وما شرع الخيار إلا لفقد الرضا بها ، وكذلك إذا زال العيب قبل فسخ العقد ، سواء أكان زواله وهو في يد المملك أم في يد الممتلك ، إذ يزول العيب بزوال الخيار ، ويلزم العقد مادام العيب لم يعد بسببه السابق نفسه ، فإن عاد بذلك السبب نفسه ثبت الخيار ، سواء أكان عوده في يد المملك أم في يد الممتلك ، وإن عاد لا بنفس السبب السابق لم يثبت به خيار إلا إذا كان بسبب قائم من قبل قبض المبيع .

٤ — ألا يكون المملك قد شرط في العقد براءته من العيوب ، فإذا شرط ذلك في العقد لم يترتب على العيب خيار ، وعلى ذلك : إذا اشترت قلماً وقد شرط عليك البائع أنه برىء من كل عيب يطالع عليه فيه ثم وجدت به عيباً لم يكن لك حق رده ، لأنه قد تبين من الشرط أن السلامة لم تكن أثناء الرضاك .

وبناء على ذلك إذا ما اشترى شخص عيناً من الأعيان فوجدها معيبة بعيب وتوافرت جميع الشروط السابقة ثبت له حق ردها إلى بائعها وفسخ العقد ، دون حاجة إلى اشتراط ذلك في أثناء العقد ، لأنه خيار يثبت بالشرع ، فلا يحتاج إلى اشتراطه ، فهو كخيار الرؤية ، ولكنه يخالفه في أنه يسقط بالإسقاط ، فإذا اشترى شخص على أن ليس له خيار عيب في المبيع لم يثبت له هذا الخيار ، بخلاف خيار الرؤية ، والسبب في ذلك ما بيناه ، وهو أن وجود هذا الشرط دليل على تحقق الرضا مع العيب ، وما شرع الخيار إلا لعدم الرضا ، فإذا تحقق لم يثبت الخيار .

العقود التي يثبت فيها خيار العيب — وخيار العيب لا يكون إلا في معقود عليه معين  
بشخصه كخيار الرؤية ، أما ما يعين بأوصافه فمناط تعيينه بتحقيق أوصافه ، فإذا لم يتحقق



لم يكن محلاً للعقد ، وعلى ذلك يثبت فيما يثبت فيه خيار الرؤية فقط، وقد بيناه في خيار الرؤية  
أثره — ووجود العيب في المبيع مثلاً لا يحول دون نفاذ عقد البيع بل ينفذ وتترتب  
عليه آثاره ، ولكنه يكون غير لازم بالنسبة إلى من له خيار العيب ، فيكون له بسببه الخيار  
بين أمرين ، أحدهما : الرضا بالعيب وإمضاء العقد لازماً . فيتملك المبيع بالثمن المتفق عليه  
دون أن يكون له حق الرجوع على البائع بما أظهره العيب من نقص . وثانيهما : فسخ  
العقد ورد المبيع ، واسترداد الثمن الذي دفعه ما دام الفسخ ممكناً .

وإذا فسخ فيما أن يكون ذلك قبل قبض المبيع ، أو بعده ، فإن كان قبل قبض المبيع  
وفي حضرة البائع ، انفسخ العقد بمجرد قوله : فسخت أو رددت أو نحو ذلك ، دون توقف  
على رضا البائع ، أو قضاء من القاضى ، وإن كان فسخته العقد في غيبة البائع لم يفسخ إلا  
عند علمه بذلك عند أمتنا الثلاثة ، وإن كان فسخته بعد القبض لم يفسخ العقد إلا برضاً  
من البائع ، أو بقضاء من القاضى ، لتأكيد العقد بالقبض .

والفسخ بالتراضى بعد القبض يعتبر فسخاً للعقد بالنسبة لعاقديه ، وبيعاً بالنسبة لغيرهما ،  
فيترتب عليه ثبوت حق الشفعة للشفيع ، وإن كان بقضاء اعتبر فسخاً للعقد في حق العاقدين  
وغيرهما . فلا يترتب عليه ثبوت حق الشفعة للشفيع .

الواجب عند إمساك المحل — وليس للمشتري مع هذا الخيار إمساك المبيع والمطالبة  
بالنقص إلا إذا تراضى مع البائع على ذلك ، فعندئذ يكون رضا البائع به خطأ لبعض الثمن  
من ناحيته ، وسبب ذلك : أن العيب نقص في أوصاف المبيع ، والأوصاف لا يقابلها شيء  
من الثمن لأنها تابعة ، فلا يلزم البائع بنقص الثمن إذا فاتت شيء منها ، ولأنه لو أزم البائع به  
لأزم بإخراج المبيع من ملكه بعوض لم يرضه ، وذلك ضرر به ، ولا يجوز أن يرفع الضرر  
عن المشتري بإثبات ضرر على البائع ، فوجب إما إعادة الحال إلى سيرتها الأولى ، وذلك  
بفسخ البيع ورد كل العوض إلى صاحبه ، وإما بإمضاء العقد على حاله إلا إذا تراضيا على  
غير ذلك .

موانع الرد بخيار العيب — وإنما يثبت للمتملك هذا الخيار السابق وفسخ العقد بسببه  
إذا لم يوجد مانع من الموانع الآتية التي تمنع رد المبيع أو ما في معناه إلى صاحبه وهي : —



١ - رضاه بالعيب بعد علمه به ، وذلك لأن رضاه به دليل على أن سلامة المحل من هذا العيب غير مطلوبة له من العقد ، وعلى أن وجود هذا العيب لم يؤثر في رضاه فلا يكون له لأجل ذلك حق الفسخ بسبب الخيار .

٢ - إسقاط الخيار سواء أ كان ذلك الإسقاط صريحاً كقوله : أسقطت خيارى أم دلالة ، كإبرائه المملك من العيب الذى ظهر ، لأن هذا الإبراء دليل تركه للخيار .

٣ - هلاك محل العقد في يد الممتلك ، إذ لا يعقل رد المردوم .

٤ - تعيب محل العقد في يد الممتلك إذ ليس من المقبول أن يخرج المبيع مثلاً من ملك البائع وليس فيه إلا عيب واحد ثم يعود إليه بعينين فيمتنع الفسخ بسبب الخيار مراعاة لحق البائع ، ولذا لا يمتنع عند ما يرضى به البائع فيفسخ العقد ويرد الثمن .

٥ - زيادة المحل في يد الممتلك زيادة متصلة غير متولدة أو منفصلة متولدة . أما المتصلة المتولدة والمنفصلة غير المتولدة فلا تمنعان الرد بسبب الخيار .

٦ - تصرف الممتلك في المحل تصرفاً يخرج عن ملكه وهو غير عالم بعيبه . وذلك كأن يبيعه أو يهبه مع التسليم أو يقفه أو نحو ذلك ، فكل هذا يمنع الفسخ ورد المبيع ، محافظة على حقوق غيره ، ولكن إذا رد إليه بعد ذلك عاد إليه حق الخيار إذا ما كان الرد بسبب فسخ العقد من أصله ، وذلك كأن يرد إليه بخيار رؤية أو بخيار شرط أو بخيار عيب قبل القبض ، لأن التصرف أصبح بذلك كأن لم يكن . وإن عاد إليه بما يعد سبباً جديداً كأن اشتراه أو رد إليه بعيب بعد القبض بتراض لم يكن له حق الخيار والفسخ في هذه الحال .

الرجوع بنقصان العيب عند امتناع الرد - وإذا امتنع فسخ العقد ورد المحل بسبب من هذه الأسباب السابقة نظرنا ، فإن توافرت الشروط الآتية كان له حينئذ حق الرجوع على المملك بنقصان العيب وعليه إمساك المحل ، وإن لم تتوافر لزمه إمساك المحل ولم يكن له مع ذلك حق الرجوع على مملكه بالنقص .

فيكون له أن يرجع على المملك بنقص العيب إذا توافر شرطان .

الشرط الأول - أن يكون امتناع الرد بسبب ليس من قبل الممتلك سواء أ كان هذا



السبب المانع قد منَع محافظة على حق المملِك أو حق الشرع ، وعلى هذا يكون المتملك الرجوع بالنقص في الأحوال الآتية :

أولاً — (١) عند هلاك المحل (٢) أو عند تعييبه (٣) أو عند تغييره تغيراً يخرج عنه حالته ويجعله شيئاً آخر . كأن يكون حبواً بفتحطن . أو لحماً فيشوى بشرط ألا يحدث هذا من المتملك علماً بالعيب وإلا عد به راضياً عنه (٤) أو عند أكله إذا كان طعاماً مع مراعاة ما سبق .

لأن الامتناع في جميع هذه الأحوال لحق المملِك ، إذ لو أجزى الفسخ لأصابه الضرر في ماله كما هو ظاهر ، ولذا لو تراضيا على الفسخ عند التعيب جاز ذلك .

ثانياً — عند زيادته في يد المتملك زيادة منفصلة متولدة ، أو متصلة غير متولدة ، لأن الامتناع لحق الشارع ، ألا ترى أن العاقدين لو تراضيا على الفسخ مع وجود الزيادة ، وعلى أن تُرد مع أصلها لم يجز لما في ذلك من شبهة الربا .

ولا يكون للمتملك الرجوع بالنقصان عند تصرفه في المحل بما يخرج عنه ملكه . ولا عند رضاه بالعيب ، لأن المنع حينئذ من جهة المتملك ، ألا ترى أن المملك يستطيع أن يقول : لولا تصرفه ولولا رضاه لقبحت المبيع ورددت كل الثمن ، وليس من المقبول أن يخرج المبيع من ملكه ببدل لا يرضاه .

الشرط الثاني — عدم رضا المتملك بالعيب صريحاً أو دلالة ، سواء أكان بعد تحقق المانع أم قبله ، لأن رضاه بالعيب كما يمنع الفسخ يمنع الرجوع بنقصان العيب ، إذ يتبين منه أن السلامة من هذا العيب لم تكن مطلوبة . فلا يكون له حينئذ حق الرجوع بنقصان العيب . وعلى ذلك يُلزم بإمسك المحل .

كيف يقدر نقصان العيب — وكيفية تقدير النقصان ، أن يقوم المبيع سليماً من العيب وقت العقد ، ثم يُقوَم معيباً وقته ، ثم يذسب الفرق بين القيمتين إلى قيمته سليماً ، ويقدر هذه النسبة ينقص الثمن ويأخذ المشتري مقدار النقص ، فإذا اشترى شخص سيارة فوجدها معيبة بعد أن امتنع ردها ، قومت سليمة وقت العقد ولتكن قيمتها ١٠٠٠ جنيه ثم قومت كذلك معيبة ، ولتكن قيمتها ٨٠٠ جنيه فالفرق ٢٠٠ جنيه هو خمس الألف ، فإذا كان قد اشتراها بخمسمائة جنيه رجع بخمسها وهو ١٠٠ جنيه .



توقيته وانتهائه — إذا وجد المشتري بالمبيع العيب كان له كما قدمنا حق رده وفسخ العقد أو الرضا به بئنه المحدد في العقد وإمضاء العقد لازماً ، ويستمر ذلك حقاً له إلى أن يصدر منه ما يدل على فسخه للعقد ، فيفسخ كما قدمنا ، أو على رضاه بالمبيع فيصير العقد لازماً ، أو يحدث ما يحول دون الفسخ ، وفي هذه الحال قد يلزمه المبيع بئنه المتفق عليه في العقد ، وقد يكون له حق الرجوع بنقصان العيب ، وقد بينا ذلك بما فيه الكفاية لمثل دراستنا غير أن الرضا بالمبيع قد يكون صريحاً كأن يقول المشتري أمضيت العقد ، أو رضيت بالعيب ، أو رضيت بالمبيع ونحو ذلك ، وقد يكون ضمناً كأن يتصرف المشتري في المبيع بعد علمه بالعيب تصرفاً يدل على رضاه به ، مثل البناء في الأرض والصبغة للثوب ، والتصرف في المبيع ببيعه لغيره أو هبته له أو إجارته أو رهنه أو الانتفاع به أو نحو ذلك .

وراثته — إذا توفي من له الخيار بالعيب قبل أن يختار ، كان لوارثه حق الخيار ، وذلك لأن المشتري قد استحق بالعقد على البائع مبيعاً سليماً من العيوب ووارثه يقوم مقامه في جميع ما يستحقه من حقوق مالية ، فينتقل إليه هذا الاستحقاق ، وبسببه يثبت له الخيار في المبيع المعيب ، فإن شاء رده وإن شاء ارتضاه ، ذلك لأن المبيع المعيب أقل مما يستحقه بالميراث عن مورثه ، فإن شاء اكتفى به ، وإن شاء لم يرضه ، وطالب بكل ما يستحق ، وبهذا يتبين أن هذا الخيار يثبت للوارث ابتداءً ، لا بحكم الوراثة عند الخفية ، وذهب مالك وأحمد والشافعي إلى أنه يثبت للوارث بحكم الوراثة لأنه حق مالي ، ولا يترتب على هذا الخلاف نتيجة عملية فلا داعي إلى التطويل فيه .

### أقسام العقود بالنظر إلى آثارها على وجه الإجمال

تنقسم العقود بالنظر إلى آثارها والأغراض التي تقصد منها إلى مجموعات ، ينتظم كل مجموعة منها غرض خاص ، ويكون لها به وحدة معينة ، ولذلك قد يعد العقد في أكثر من مجموعة إذا تعدد الغرض منه وهالك بيانها :



١ - التملكات ، وهي تنتظم المعاوضات والتبرعات .

١ - المعاوضات : تشمل البيع بجميع أنواعه من قرض وصرف وسلم وغيرها والقسمة والصلح والاستصناع ، والإجارة والمزارعة والمساقاة والزواج والخلع والمضاربة والجعالة لما في جميع هذه العقود من معنى المعاوضة والمبادلة .

ب - التبرعات : تشمل الهبة والصدقة والوصية والإعارة والقرض والكفالة والحوالة والمحابة في عقود المعاوضات والوقف والإبراء ، لما في جميع هذه العقود من معنى التبرع .

٢ - الإسقاطات ، وهي إما أن تكون نظير بدل ، كالخلع والعتق عن القصاص نظير مال والصلح في الدين ، وإما أن تكون بلا بدل ، كالإبراء والطلاق والإعتاق وتسليم الشفعة والعتق عن القصاص بالمجان ، لما في جميع ذلك من معنى التنازل والإسقاط .

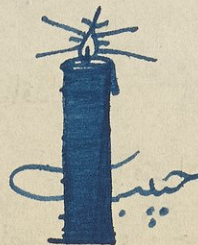
٣ - الإطلاقات ، وتشمل الوكالة والإذن بالتجارة للصبى ونحوه ، والبضاعة ، لما فيها من إطلاق اليد في المال بعد المنع .

٤ - التقييدات ، وتشمل عزل الوكيل والحجر على المأذون بالتجارة ، وعزل ناظر الوقف والوصى ، لما فيها من المنع بعد الإطلاق .

٥ - الشركات ، وتشمل الشركة بجميع أنواعها ، والمضاربة والمزارعة والمساقاة ، لما فيها من الشركة في التمام .

٦ - التأمينات أو عقود التوثيق ، وتشمل الكفالة والحوالة والرهن ، لما فيها من ضمان الوفاء .

وبهذا ينتهى كلامنا على العقد في إجمال ، وننتقل إلى شرح بعض العقود المالية بإيجاز .





## البيع

البيع مبادلة مال بمال « كبيع دار بالنق جنيه » ولا تكون هذه المبادلة إلا بما يدل عليها من قول أو فعل ، سواء أ كان ذلك الفعل كتابة أم إشارة أم تعاطياً « كما قدمنا » وذلك ما يسمى بالصيغة أو بالعقد ، ولا بد له من طرفين : هما العاقدان ، ومن بدلين : هما المبيع والتمن ، وإذن فالكلام على البيع يكون ببيان الأحكام التي تتعلق بالصيغة والعاقدين والمبيع والتمن وبيان ما يترتب عليه من الآثار .

### صيغته - الإيجاب والقبول - أركانه .

صيغة عقد البيع : ما يصدر من عاقيه دالا على إنشاء المبادلة من قول أو فعل ، وإن شئت قلت : مجموع الإيجاب والقبول المنشئين للمبادلة ، وهما ركنا عقد البيع ، وقد يكون كل منهما لفظاً أو كتابة أو إشارة أو إعطاء وأخذاً ، وقد يكون أحدهما لفظاً ، والآخر فعلاً ، وعلى أية حال فالصادر ابتداء هو الإيجاب ، والصادر بعده هو القبول ، ولا تنشأ بهما المبادلة إلا إذا كانا مرتبطين على الوجه الذي بيناه فيما مضى عند كلامنا على الارتباط .

صفة الصيغة — وقد علمت أن الصيغة قد تصدر مطلقة غير مقترنة بشرط ، وقد تقترن به ، وعلى كل فقد تكون منجزة ، وقد تكون مضافة ، وقد تكون معلقة . وقد علمت أن عقد البيع لا يصح مع إضافته ، ولا مع تعليقه ، بل يكون عقداً فاسداً ، وأنه إذا اقترن بشرط صحيح صح ولزم الشرط ، وإذا اقترن بشرط فاسد فسد به ، وإذا اقترن بشرط باطل صح وبطل الشرط ، ومن الشروط الفاسدة : توقيت الصيغة ، واشتغالها على تأجيل الثمن إلى أجل مجهول ، فإذا بعث كتابك لشخص لمدة سنة كان العقد فاسداً ، وكذا إذا بعته بتمن مؤجل إلى وقت الميسرة .

### العاقدان

هما البائع والمشتري ، وقد علمت مما مضى أنهما إذا فقد الأهلية لم يكن لهما عبارة معتبرة كالجنون ، وإذا كانت أهليتهما قاصرة كالصبي المميز ، أو حجر عليهما للسفه أو للغفلة كان



بيعهما صحيحاً متوقفاً على إجازة من له الولاية عليهما ، لأن البيع مما يتردد بين النفع والضرر ،  
وإذا كانا هازلين أو مكرهين كان بيعهما فاسداً ، وإذا لم يكن لأحدهما ولاية وهو كامل  
الأهلية كان عقده صحيحاً متوقفاً على إجازة ذى الشأن .

وكذلك علمت أن عقد البيع لا ينشئه عاقد واحد بعبارة صادرة منه ، وإن تعددت  
ولايته ، لما بيناه فيما سبق .

### المبيع

المبيع ما يملكه المشتري بعقد البيع من البدلين . فإذا اشترت داراً بألف جنيه  
كانت الدار مبيعاً ، وقد يكون عيناً مفرزة ، وقد يكون جزءاً شائعاً من عين مفرزة ،  
وفي هذه الحال يصح أن يباع للشريك في هذه العين وأن يباع لغيره .

شروطه : ويشترط في المبيع ما يأتي :

أولاً — يشترط لانعقاد البيع فيه شرطان . أحدهما : أن يكون موجوداً فلا ينعقد بيع  
ثمرة لم تبرز أصلاً ، وثانيهما : أن يكون مالاً متقوماً فلا ينعقد بيع الحر .

وإذا ظهر بعض الثمر ولم يظهر بعضه الآخر ، وكان هذا الثمر مما تتلاحق أفراداه في  
الظهور ، فإنه يصح بيع الجميع ، ويكون ما لم يظهر تابعاً لما ظهر منه ، لأن العرف جرى  
بذلك ، وقيل : لا يجوز بيعه إلا إذا ظهر كله ، وهو ظاهر المذهب ، ورجح صاحب الفتح  
الأول اتباعاً للعرف .

ثانياً — يشترط لصحته فيه ثلاثة شروط .

- ١ — أن يكون مقذور التسليم فلا يصح بيع طير في الهواء بعد انفلاته من صائده
- ٢ — أن يكون معلوماً ، وعلمه يكون بالإشارة إليه إذا كان في مجالس العاقدين  
أو قريباً تمكن الإشارة إليه ، وبيان صفاته التي تميزه من غيره إن لم تمكن الإشارة إليه  
ويكفي عن هذا كله أن يكون معلوماً للمشتري قبل العقد ، وعليه فلا يصح بيع شاة من  
هذا القطيع .



والجهالة المفسدة هي الجهالة الفاحشة التي تفضى إلى نزاع كما في بيع شاة من قطع ،  
أما الجهالة اليسيرة فلا تفسد ، لأنها ترتفع عند الرؤية ولا تفضى إلى النزاع لثبوت خيار  
الرؤية عند عدم الرضا ، وذلك كما إذا باعه ما في داره من الحبوب أو ما في سفته هذا من  
التفاح فإن البيع في هذه الحال صحيح ، والمشتري خيار الرؤية .

٣ — أن تكون معاوضته بغيره مفيدة ، فلا يصح بيع كتاب بآخر مثله .  
ثالثاً — يشترط لنفاذه فيه :

ألا يتعلق به حق لغير عاقيه . فإن تعلق به حق لغيرها كما لو كان رهناً أو عيناً  
مستأجرة ، كان العقد صحيحاً موقوفاً على إجازة المرتهن أو المستأجر ، أو سقوط حقهما ، فإذا  
أجازه صاحب الحق منهما نفذ ، وكذلك إذا سقط حقه ، بأن استوفى المرتهن دينه أو  
برىء للمدين منه ، أو مضت مدة الإجارة أو انفسخت ( بالنسبة للمستأجر ) فإن لم يوجد  
شيء من ذلك لم يكن للمرتهن ولا للمستأجر ولا للبائع رهنًا أو مؤجراً فسخه ، وإنما يجوز  
للمشتري في هذه الحال عند الطرفين أن يفسخه ، سواء أقدم على الشراء وهو عالم بالرهن  
والإجارة أم أقدم عليه وهو غير عالم بهما . وقال أبو يوسف : إن أقدم وهو عالم لم يكن له  
له حق النسخ ، ووجب أن ينتظر حتى تنتهي مدة الإجارة أو يقضى الدين ، بينما يبقى العقد  
موقوفاً ، وإلا كان له الحق في أن يفسخ .

خيار التعيين — ذكرنا أنه يشترط في المبيع أن يكون معلوماً ، وأن يبيع المجهول  
جهالة تفضى إلى نزاع فاسد ، كأن يبيع إنسان شاة غير معينة من قطيعه ، وإلى هذا ذهب  
أحمد بن حنبل والشافعي وزفر قل القطيع أو أكثر . لأنه يبيع يؤدي إلى الغرر  
وذهب الحنفية إلى أن يبيع واحد من اثنين أو ثلاثة صحيح استحسنانا ، لمساس الحاجة  
إليه وجريان العرف به ، دون أن يؤدي إلى منازعة ، فإن من الناس من لا يغشى الأسواق  
ويحتاج إلى أن تنقل إليه السلع ليختار منها ما يرغب فيه ، وقد لا يرضى البائع بذلك  
إلا إذا وثق من يبيع سلعه . فجاز لذلك أن يكون المبيع سلعة من سلع تنقل إلى المشتري  
أو إلى من يرى المشتري أخذ رأيه لكي يختار من بينها ، وفي الثلاثة سداد لتلك الحاجة ،  
إذ يمكن فيها الجيد والوسط والردى ، فوجب عدم تجاوزها ، وجاز لذلك أن يشتري



الإنسان واحداً من اثنين أو من ثلاثة ، على أن يكون له الحق في تعيينه ، واغتفر ما في ذلك من جهالة ، لأنها لا تؤدي إلى منازعة ، وهذا ما يسمى بخيار التعيين ، ومن ذلك يتبين أنه لا يثبت إلا بالشرط .

شروطه — إذا اقترن عقد البيع بهذا الخيار لم يكن صحيحاً إلا بتوافر ثلاثة شروط : الأول : أن يكون المبيع واحداً من ثلاثة أو اثنين ، كأن يشتري شخص ثوباً من هذه الأنواع الثلاثة على أن يكون له اختيار أحدها . فإذا اشترى ثوباً من أربعة على أن يكون له اختيار أحدها ، كان العقد فاسداً للجهالة .

الثاني : أن تتفاوت هذه الأعيان الثلاثة التي سيكون منها الاختيار في أوصافها ، وأن يبين ثمن كل عين منها ، حتى يكون للتخير بينها فائدة ، وحتى إذا اختار المشتري إحداها كان على بينة من ثمنها ، لأنها أصبحت المبيعة ، فإذا تساوت الأعيان الثلاث في الأوصاف والمزايا فسد البيع ، لاقترانته بشرط لاحاجة إليه ، وهو أن له أن يختار عيناً منها ، ولذا لم يصح اشتراطه في مثلي من نوع واحد ، وإذا لم يبين ثمن كل عين منها فسد أيضاً لما في ذلك من جهالة تفضي إلى المنازعة .

الثالث : أن يوقت هذا الخيار بمدة معلومة ، وألا تتجاوز هذه المدة ثلاثة أيام ، عند الإمام خلافاً لصاحبيه ، وذلك لشبهه بخيار الشرط عندهم ، وذهب بعض العلماء إلى عدم اشتراط توقيته لأن المشتري يملك معه عيناً غير معينة مما خير فيه ، وليس في التوقيت مع هذا الملك فائدة ، لأن الوقت إذا مضى لم يترتب على مضيهِ تعيين المبيع ، ولا فسخ العقد ، ويبقى الحال بعده على ما كان عليه من قبل ، ولا يقال : لماذا لا تكون فائدة التوقيت أن يجبر المشتري عند انتهاء الوقت على التعيين ؟ ذلك لأنه لا وسيلة إلى حمله على ذلك إذا ما طلب معه فامتنع . وهذا بخلاف خيار الشرط فإن فائدة التوقيت فيه ظاهرة . وهو لزوم العقد عند مضيها .

لمن يثبت وفيه يثبت ؟ — ويثبت خيار التعيين للمشتري كما تقدم .

ويثبت في عقد البيع ، وفيما يؤول إلى أن يكون بيعاً كالهبة بشرط العوض فإنها بيع انتهاء ، كالصالح على عين ، فإنه يعتبر بيعاً لتلك العين .



أثره في العقد — إذا كان للمشتري خيار التعيين لم يمنع ثبوت ذلك الخيار ، أن يملك بالعقد عيناً غير معينة من الأعيان الثلاثة مثلاً . وبمقتضى ذلك الخيار يملك أن يعينها ، ويرى الكرخي أن هذه الملكية غير لازمة ، وأن العقد في هذه الحال غير لازم ، فله أن يفسخه فلا يختار شيئاً . لأنه يرى أن خيار التعيين بمنزلة خيار الشرط ، وعلى ذلك فلا محل لأن يشترط معه خيار الشرط ، ولكن جاء في كتب ظاهر الرواية : أن اشتراط خيار الشرط معه صحيح ، وذلك دليل على أن قول الكرخي يخالف ظاهر الرواية ، وأن ظاهر الرواية أن عقد البيع مع ثبوت خيار التعيين فيه عقد لازم ، ويجب على من ثبت له الخيار فيه أن يختار عيناً من الأعيان الثلاث أو من العينين ، ولا يملك فسخ البيع ورد الجميع إلا إذا كان قد اشترط لنفسه خيار الشرط فيرد الجميع حينئذ بمقتضاه ، فلم يرد حينئذ حتى توفي لم يكن لوارثه خيار الشرط ، كما تقدم لأنه لا ينتقل إلى الوارث ، وإنما يكون له خيار التعيين فقط نتيجة لاختلاط ماله الموروث له بغيره ، فكان عليه أن يختار ، تمييزاً للملكه ، وليس له أن يرد الجميع ، وهذا ما يريده بعض الفقهاء بقولهم : إن خيار التعيين يورث .

ما ينتهي به — وينتهي هذا الخيار باختيار عين مما خير فيه . وقد يكون ذلك الاختيار صريحاً كما إذا قال : اخترت هذه العين أو مافي معناه ، وقد يكون دلالة ، كما إذا تصرف في عين مما خير فيه تصرفاً لا يكون إلا من مالك . كأن يكون ثوباً فيخيطه ، أو طعاماً فيأكله أو يبيعه ، وكذلك ينتهي بهلاك عين مما خير فيه عند المشتري . ذلك لأن المشتري إذا قبض جميع الأعيان ليختار منها كانت يده على غير ماتملك بالعقد يد أمانة ، وعليه أن يرده إلى مالكه ، فإذا هلكت عين منها استحال ردها لهلاكها . فتعين لذلك أن تكون مبيعاً . وكان غيرها أمانة يجب عليه رده

خيار فوات الوصف — إذا اشترط المشتري في المبيع صفة مرغوباً فيها فظهر له بعد أن تم العقد أن المبيع خال منها كان له الخيار ، فإن شاء فسخ البيع وإن شاء أخذ المبيع بكل الثمن دون نقص منه نظير ما فات من وصف ، وذلك كما إذا اشترى كتاباً على أنه مطبوع في المطبعة الأميرية . فظهر أنه مطبوع في مطبعة أخرى لا تعنى بالضبط ، فإن حدث ما يمنع الرد كما إذا تعيب الكتاب في يده ، فإنه يقوم مع الوصف المرغوب فيه ، ثم يقوم بدونه



وتنسب القيمتان إحداهما إلى الأخرى ، وعلى أساس هذه النسبة يرجع المشتري على البائع ، فإن كانت قيمته بدون الوصف ثلاثة أرباع قيمته مع الوصف رَجَع رُبُع الثمن وهكذا ، ويبتل هذا الخيار بتصرف المشتري في المبيع تصرف المالك ، ويثبت للوارث . لأنه في معنى خيار العيب .

معاوضة المثلي بالمثلي — يجب عند بيع المكيل بمكيل ، أو الموزون بموزون عدم التفاوت في البدلين ماداما من جنس واحد ، كبيع البر بالبر ، والشعير بالشعير ، والتمر بالتمر ، والأرز بالأرز ، والذهب بالذهب ، والفضة بالفضة . ولا ينظر في ذلك إلى اختلافها في الجودة والأوصاف ، ولا إلى ما يكون في أحدها من صنعة ، وذلك تجنباً لربا الفضل ، لأنه حرام . وعليه لا يصح بيع إردب من القمح بإردب ورُبُع من قمح آخر ، ولا بيع مصاع من الذهب بأكثر منه وزناً من النقود الذهبية وهكذا ، ثم لا بد مع هذا من تقابض البدلين في مجلس العقد تجنباً لربا النساء كذلك ، وهو بالتأجيل ، غير أن البدلين إذا كانا نقدين وجب أن يكون التقابض في المجلس يداً بيد ، وإن كانا مكيلين ، أو موزونين ، اكتفى بتعيين البدلين تعييناً شخصياً في المجلس ، وإن لم يتم فيه تقابض .

فإذا اختلف البدلان جنساً . كأن يباع القمح بالأرز ، والذهب بالفضة ، لم يلزم تساويهما مقداراً ، ولزم التقابض في المجلس على المعنى الذي ذكرناه ، وذلك لقوله صلى الله عليه وسلم « الذهب بالذهب ، والفضة بالفضة ، والبر بالبر ، والشعير بالشعير ، والتمر بالتمر ، والملح بالملح مثلاً بمثل ، سواء بسواء ، يداً بيد ، فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم إذا كان يداً بيد » والنص في الحديث على هذه الأنواع إنما جاء على سبيل المثال لافترض الحصر .

عقد الصرف — وبيع الذهب بالذهب ، والفضة بالفضة ، وكذلك بيع أحدهما بالآخر يسمى صرفاً ، ولا بد فيه كما علمت من التقابض في المجلس ، اتحد الجنس أو اختلف ، وعند الاتحاد يجب مع التقابض التساوى وزناً ، ولا اعتبار بالصنعة فيهما ، خلافاً لغيرهما من الموزونات ، إذ تعتبر الصنعة فيها إذا أخرجها العرف من الموزونات بسبب وجودها ، فإذا



بيع إناء من نحاس بنقود نحاسية صح البيع مع وجود التفاضل ، إذا كان أساس بيع هذا الإناء عدم الوزن في العرف .

ما يدخل في البيع تبعاً - يدخل في البيع تبعاً للمبيع بدون حاجة إلى ذكره في العقد ما يأتي :

١ - كل ما جرى العرف بدخوله مع المبيع بدون ذكره ، فإذا بيعت الدار دخل علوها ومصاريع أبوابها ومفاتيح حجراتها ، وإذا بيع قفل دخل في البيع مفتاحه ، وإذا بيعت سيارة شمل البيع ما فيها من الكاوتشوك .

٢ - كل ما كان متصلاً بالمبيع اتصال قرار - وذلك بأن يوضع فيه على ألا يفصل منه - كالبناء والشجر عند بيع الأرض ، والأقفال المثبتة في الأبواب ، والرفوف المثبتة في الجدر ، والدواليب المستقرة فيها ، والأسلاك الكهر بائية ، وأنايب الماء عند بيع الدار .  
وأما ما عدا القسمين السابقين ، فإنه إذا كان حقاً من حقوق المبيع ، كالطريق الخاص والمسيل الخاص ، فإنه يدخل في البيع إذا بيع المبيع بكل حقوقه ، أو بكل مرافقه ، أو تابعه وإلا لم يدخل إلا إذا نصّ عليه في العقد صراحة .

وإن لم يكن حقاً من حقوق المبيع ، لم يشمله العقد إلا بالنص عليه فيه صراحة ، وعلى ذلك فلا يدخل الزرع عند بيع الأرض ، ولا الثمر عند بيع الشجر ، ولا البذر عند بيع الأرض إذا وضع فيها ، ولم ينبت إلا بالنص على ذلك في العقد ، فإذا نبت البذر ولما يصير له قيمة اختلف الرأي فيه . فقيل : يدخل تبعاً بلا نص ، لأنه لا قيمة له . وقيل : لا يدخل ، لأنه صار زرعاً .

تلف التابع للمبيع - وكل ما يدخل في البيع تبعاً بدون النص عليه عند التعاقد إذا تلف قبل التسليم لم يترتب على تلفه نقص الثمن ، لأنه تابع ، وإنما يخير المشتري بين الفسخ والأخذ بكل الثمن ، لاعتبار ذلك عيباً لحقّ المبيع قبل تسليمه . وأما ما عداه فجزء من المبيع حكمه إذا تلف حكم بعض المبيع إذا تلف .

زيادة المبيع عند البائع وهلاكها - إذا نما المبيع بعد العقد وقبل التسليم كان نماءه



المشتري ، لأنه نماء ملكه ، فإذا اشترى شجراً فأثمر كان الثمر له ، وكان في يد البائع أمانة ، فإن هلك بلا تعد ، كأن أصابته آفة فأتلفته لم يضمن البائع ، ولم يكن للمشتري خيار. وإن تعدى عليه البائع فأتلفه كان له حصة من الثمن ، وتقدر بقسمة الثمن قسمة تناسبية ، ويراعى فيها نسبة قيمة الثمرة عند استهلاكها إلى قيمة الأصل عند شرائه ، ولا خيار للمشتري في هذه الحال عند الإمام ، وقال الصحابان : له الخيار بين أن يأخذ الأصل بحصته من الثمن كما بينا ، وبين أن يفسخ البيع ، لأن البائع بتعديه على الثمرة بإتلافها يعتبر أنه قد أحدث بالمبيع عيباً يجعل للمشتري حق الفسخ .

هلاك المبيع في يد البائع — يعتبر المبيع قبل تسليمه للمشتري في ضمان البائع ، فإذا هلك في يده هلك عليه من ماله ، ما لم يكن ذلك بتعد من المشتري ، فإن المشتري يعتبر بذلك متسماً له .

وبناء على ذلك إذا هلك بعض المبيع في يد البائع قبل تسليمه إلى المشتري ، بطل فيه البيع ، سواء أكان ذلك بتعد من البائع أم بأفة سماوية ، وكان للمشتري الخيار في فسخ عقد البيع وفي أخذ الباقي بحصته من الثمن ، ومثل ذلك في الحكم ما إذا استحق . وإن كان هلاك البعض بفعل المشتري كان ضمانه عليه ، واعتبر متسماً له ، وليس له في هذه الحال أن يفسخ البيع .

وإن كان بفعل أجنبي كان للمشتري الخيار بين أن يمضى البيع ، ويضمن المتعدى قيمة ما أتلف ، وبين أن يفسخ البيع لحدوث العيب في يد البائع .

وإذا هلك المبيع كله في يده قبل تسليمه بطل البيع إذا كان الهلاك بأفة سماوية ، أو بفعل البائع ، أو بفعل المبيع نفسه ، ويجب على البائع في هذه الحال أن يرد الثمن إلى المشتري إن كان قد قبضه ، وإن هلك بفعل المشتري اعتبر ذلك تساماً ، وسلم الثمن للبائع . وإن هلك بفعل أجنبي خير المشتري بين فسخ البيع واسترداد الثمن إن كان قد أداه وبين إمضاء البيع والرجوع على الأجنبي بقيمته وقت تعديه .

تصرف المشتري في المبيع قبل قبضه — إذا كان المبيع منقولاً لم يجز للمشتري أن



يتصرف فيه بالبيع ، أو بالإجارة قبل أن يقبضه ، إذ من الجائز أن يتكلف قبل تسليمه ، فيبطل لذلك البيع ، ويؤدي ذلك إلى الغرر بالمشتري الجديد أو المستأجر ، ولكن يجوز له أن يهبه أو يقرضه أو يرهنه لغير البائع عند محمد ، وهو الأصح خلافاً لأبي يوسف ، ويقوم قبض الموهوب له أو المقترض أو المرتهن حينئذ مقام قبض المشتري ، وإذا كان عقاراً جاز له أن يتصرف فيه بالبيع والهبة قبل التسليم ، لأن هلاك العقار غير محتمل ، وهذا عند الشيخين وقال محمد : لا يصح التصرف فيه أيضاً بالبيع دون الهبة قبل تسليمه ، وهو رأى الشافعي ومالك ، لورود الحديث بالنهي عن ذلك من غير تقييد بعقار أو منقول ، وهو قوله عليه الصلاة والسلام لحكيم بن حزام « إذا اشتريت شيئاً فلا تبعه حتى تقبضه » والآخرون يقيّدونه بالمنقول لورود النص عليه في أحاديث أخرى في نفس الموضوع .

الزيادة في المبيع — للبائع أن يزيد في المبيع بعد تمام البيع ، ولو كانت هذه الزيادة بعد تلف المبيع ، ولا تلزم إلا إذا قبلها المشتري في مجلس الزيادة . وعندئذ تلتحق بأصل العقد فيكون لها حصة من الثمن تقابلها .

### الثمن

التعريف بالثمن وبالقيمة — الثمن ما تراضى عليه المتبايعان ليكون عوضاً أو بدلاً عن البيع في عقد البيع ، وهو خلاف القيمة ، إذ أنها ما يقوم به المبيع في السوق ، أو ما يوزن به مافي المبيع من مالية ، وقد يزيد عنها الثمن ، وقد يساويها وقد ينقص عنها ، لأن مقداره يزيد وينقص حسب ما تراضى عليه المتبايعان .

واشتمال عقد البيع على الثمن شرط في انعقاده ، فلا ينعقد بيع اشترط فيه عدم الثمن .  
والعلم به شرط لصحته فإذا بيع بيت بثمن مجهول كان البيع فاسداً ، وكذلك إذا سكت المشتري عن الثمن .

ويكفي في العلم به الإشارة إليه إذا أمكن أن يشار إليه بأن كان في مجلس العقد ، فإن لم يمكن كان علمه بوصفه وصفاً يتبين به نوعه ومقداره ويتميز به عما عداه ، وعلى ذلك فإذا ذكر الثمن بنقود لا يعرف قيمتها أحد العاقدين كالدولار مثلاً إذا كان مجهولاً لأحدهما ، كان العقد فاسداً ، ولكن يرتفع الفساد ببيان قيمته في المجلس والرضا به فيه .



وكذلك يفسد العقد إذا باع الشيء بقيمته « ولم يبينها » أو بما يريده المشتري أو بما قام عليه به ، أو بما اشتراه به ، أو بمثل ما اشترى به فلان ، ولكن إذا عرف كل ذلك في مجلس العقد فرضيه المشتري ارتفع الفساد ، وإذا باع بمثل ما يبيع الناس جاز إذا كان معروفاً لا تفاوت فيه عادة كاللحم والخبز « الفتح ج ٥ ص ٨٣ » .

والجهالة المفسدة هي الجهالة الفاحشة ، وهي التي تقضى إلى النزاع ، أما الجهالة اليسيرة فغير مفسدة ، وعلى هذا لو تباع اثنان عيناً بما في هذه العلبة من النقود صح البيع إذا لم يعرف البائع كم فيها ، ويثبت له عند معرفتها الخيار ، ويسمى بخيار الكمية ، فإن شاء أمضى بها ، وإن شاء فسخ ، ومثل ذلك ما لو اشترى شخص من آخر شيئاً بملء هذا الإناء حبوباً ، فإن للبائع أيضاً خياراً عند رؤية الثمن بعد كيله : ويسمى هذا بخيار كشف الحال .

تأجيل الثمن وتقسيمه - إذا خلا العقد من ذكر تأجيل الثمن أو تعجيله كان المدار على العرف فإن قضى بالتأجيل أو بالتقسيم كان الأمر على ما يقضى ، لأن المعروف عرفاً كالمشروط في العقد ، فإن لم يكن عرفاً اعتبر الثمن معجلاً كله وإذا أجل الثمن في العقد أو بعده تأجل

ولا يصح التأجيل في العقد إلا إلى زمن معلوم كيوم كذا أو أول سنة كذا ، فإذا أجل إلى زمن مجهول جهالة فاحشة أو غير فاحشة فسد العقد ، كما إذا أجل إلى يوم قدوم فلان أو إلى وقت نزول المطر ، أو إلى زمن الحصاد . وأما إذا كان التأجيل بعد العقد فإنه يصح إذا كان إلى زمن معلوم أو مجهول جهالة يسيرة ، كزمن الحصاد ، فإذا فحشت الجهالة لم يصح التأجيل كأن يؤجل إلى وقت نزول المطر .

وكما يصح تأجيل الثمن يصح تنجيّمه فإذا اشترى الدار بألف جنيه منجّمة على عشرة أقساط تدفع في مواعيد معينة صح الشرط ولزم . وإذا اشترط مع ذلك أن تأخير أى قسط تتعجل به بقية الأقساط صح الاشتراط .

ويتهى الأجل بحلول وقته إذا كان معيناً كما إذا اشترى بثمان يدفعه في يوم كذا . ثم جاء ذلك اليوم ، فإن كان محدود المدة فقط كسنة أو شهر ، ابتدأت مدته من وقت سقوط الخيار إن كان في العقد خيار لأحد العاقدين ، فإن لم يشترط فيه خيار لأحدهما ابتدأت من



وقت العقد إذا لم يتمتع البائع من تسليم البائع إلى المشتري ، فإن امتنع من تسليمه لم تبدى إلا من وقت تسليمه .

ويحل الأجل بموت المدين ، وهو المشتري في جميع الأحوال ، ولا يجوز للبائع أن يطالب بالثمن قبل حلول أجله ، وإذا حل فلم يدفع المشتري الثمن ، لم يفسخ البيع ، ويستوفى الثمن كما تستوفى سائر الديون .

خيار النقد - وإذا تم عقد البيع على أن المشتري إذا لم يدفع الثمن في ثلاثة أيام ، فلا بيع ، صح العقد والشرط استحساناً ، فإن دفع المشتري الثمن في المدة لم يفسخ البيع ، وإن مضت المدة ولم يدفع ففسد البيع ولم يفسخ .

والتقييد بالأيام الثلاثة رأى الإمام لأنه يجعل هذا الخيار كخيار الشرط ، وجوزه محمد إلى أية مدة يتفقان عليها دون أبي يوسف ، لأنه لا يقيسه على خيار الشرط كما في المبسوط تصرف البائع في الثمن قبل قبضه - إذا كان الثمن عيناً حاضرة جاز للبائع أن يتصرف فيه قبل قبضه ، وعندئذ يعد تصرفه فيه قبضاً له ، فإذا باع دابة بهذه القناطير من القطن جاز له بعد تمام البيع أن يتصرف في القطن بالبيع والهبة ونحوهما وإن لم يتسلمه ، وإن كان الثمن ديناً في الزمة لم يحز للبائع أن يتصرف فيه إلا بالإبراء أو التملك للمشتري وهو المدين ، لأن تملك الدين لغير من عليه الدين غير جائز عند الحنفية إلا إذا كان بالوصية له أو كان بعد توكيله إياه أولاً بقبضه . أما تملكه للمدين بأى عقد فيجوز ، وإذن يصح أن يهبه له أو أن يشتري به شيئاً منه .

حبس المبيع لقبض الثمن - إذا اتفق المتبايعان على تأجيل الثمن كله في العقد أو بعده

لم يكن للبائع أن يحبس المبيع عن المشتري إلى أن يستوفى الثمن ، بل يجب عليه تسليمه إلى المشتري بمجرد تمام العقد ، وكذلك إذا بقي في يده إلى أن حل الأجل لم يكن له حق حبسه لأن رضاه بالتأجيل يعد تنازلاً عن حق حبسه .

وإذا كان الثمن حالاً كله أو بعضه كان للبائع أن يحبس المبيع عن المشتري حتى يتسلم الحال من الثمن مادام لم يسلمه إلى المشتري ، فإذا سلمه إليه سقط حقه في حبسه فلا يسترده بعد ذلك ليحبسه حتى يؤدي إليه الثمن ، ويجب أن يلاحظ أن حق البائع في الحبس



لا ينعنه من مطالبة المشتري بأن يؤدي إليه الحال من الثمن ، فإذا امتنع من أدائه كان له أن يسلك إلى استيفائه الطريق الذي شرحناه فيما سبق عند كلامنا على نزع الملك لسداد الدين .  
امتياز البائع عن سائر الغرماء - إذا لم يؤدي المشتري ثمن المبيع فبيعت جميع أمواله « وفيها المبيع » لسداد ديونه - سواء أ كان ذلك في حال حياته أم بعد وفاته - ففي ذلك حاليان .

الحال الأولى : أن يكون المبيع محبوساً لدى البائع بالثمن أو ببعضه ، ولم يسقط حقه في حبسه . وفي هذه الحال يتقدم البائع سائر الغرماء بما كان المبيع محبوساً فيه فقط بشرط ألا يتجاوز ما يبيع به المبيع ، فإذا كان محبوساً بالثمن كله أعطى البائع أولاً من ثمن المبيع الثمن كله وإذا كان محبوساً ببعضه أعطى البائع من ثمن المبيع ذلك البعض فقط . وإن استنفذ الثمن ، فإن وفي فيها وإلا كان البائع أسوة الغرماء فيما يبقى له بعد ذلك ، وهذا لأن حقه قد تعلق بعين المبيع تعلق الدين بالرهن وكان له حق حبسه إلى أن يستوفيه منه ، فوجبت مراعاة ذلك .

الحال الثانية : أن يكون حق البائع في حبس المبيع لأجل الثمن قد سقط « إما بتسليمه وإما بتأجيله جميع الثمن » وفي هذه الحال يكون البائع أسوة الغرماء لا يفضلهم . سواء أ كان المبيع في يد البائع أم في يد المشتري ، أم في تركته إلى وقت بيعه ، ذلك لأن حقه لم يتعلق بعين المبيع ، ولذا لم يكن له حق حبسه ، وإذا توفي المشتري فقد توفي عن عين مملوكة له قد تعلق بها حق جميع الدائنين بما فيهم بائعها ، فتكون بين سائر الغرماء ومنهم البائع .  
تسليم البدلين في البيع - يجب على المشتري أن يبدأ بتسليم الثمن أولاً ، ثم يتلو ذلك تسليم المبيع ، وهذا إذا كان المبيع عرضاً حاضراً غير غائب ، والثمن نقوداً وحالاً ، وليس للمشتري خيار ، وعلّة ذلك أن يتعين الثمن بتسليمه كما تعين المبيع بتعيينه في العقد .  
فإن كان البدلان من العروض أو من النقود كان تسليمهما في وقت واحد تحقيقاً للتساوي بين البدلين .

ومؤونة التسليم المتعلقة بالمبيع كأجرة الكيل والوزن والقياس يلزم بها البائع ، لأن الواجب عليه بمقتضى العقد أن يسلم المبيع إلى المشتري في مكانه وقت العقد مالم يشترط



عليه المشتري أن يسلمه إليه في مكان معين ، فإن اشترط عليه هذا لزم الشرط وإن لم يشترط  
وجب عليه أن يتسلمه حيث هو سواء أ كان يعلم بمكانه أم لم يعلم ، غير أنه إذا لم يكن يعلم  
بمكانه وقت التعاقد . ثم علم بعد ذلك كان له الخيار في العقد .

والمؤمن المتعلقة بالثمن وتسليمه كعده ووزنه وكتابة سند البيع ، وكذلك ما ينفق في حمل  
المبيع إلى مخازن المشتري أو داره يلزم بها المشتري ، لأن عليه أن يؤدي الثمن وأن يتسلم المبيع  
حيث هو وقت العقد كما ذكرنا .

وتسليم المبيع يكون بأن يخلى البائع بينه وبين المشتري على وجه يتمكن المشتري من  
قبضه من غير حائل ولا مانع ، وذلك يختلف باختلاف حال المبيع ، فإن كان داراً فتسليمها  
يكون بدفع مفاتها إليه إن كانت قريبة . وإن كان منقولاً فتسليمه يكون بمناولته ، أو  
بإذنه بأن يتناوله وهكذا . وإن كان مكبلاً أو موزوناً فتسليمه يكون بذلك ، وبكامل المبيع  
أو وزنه ووضعه في أوعية المشتري . ولا يتم التسليم إلا إذا كان العقار أو المنقول غير مشغول  
بملك البائع ، فإذا كان داراً مشغولة بأثاث البائع ، أو مكتبة مشغولة بكتبه ، فلا يتم التسليم  
إلا بعد تفرغ الدار أو المكتبة ، وإن كان المبيع شاغلاً فتسليمه يتم بتسليمه مع ظرفه ،  
وعلى الجملة فما يعده العرف تسليماً ، يكون تسليماً وما لا يعده تسليماً لا يعد تسليماً .

وعلى ذلك إذا قبض المشتري المبيع على مرأى من البائع ولم يمنعه عد ذلك تسليماً من  
البائع ، سواء أ كان قبل قبض الثمن أم بعده ، فإن تسلمه المشتري بدون علم من البائع ، وكان  
ذلك قبل أدائه الثمن لم يعتبر ذلك قبضاً إلا إذا هلك أو تعيب عنده وكان للبائع في هذه  
الحال أن يسترده ليحبسه عنده حتى يقبض الحال من الثمن .

### أحكام البيع

البيع إما باطل ، وإما فاسد ، وإما صحيح : فيكون باطلاً : إذا لم تتوافر فيه جميع  
شروط انعقاده ، ويكون فاسداً : إذا توافرت فيه شروط الانعقاد ، ولم يتوافر فيه جميع شروط  
صحته ، ويكون صحيحاً : إذا توافرت فيه جميع شروط انعقاده وصحته ، وقد بينا هذه الشروط  
فيما مضى .



حكم البيع الباطل — هذا النوع من البيع لا يترتب عليه أى أثر لعدم انعقاده .

وإذا قبض المشتري المبيع به لم يملكه ، وإن هلك عنده بلا تعد كان ضامنا له على أصح القولين . وهو قول الصاحبين ، وقال الإمام : لا ضمان عليه ، لأنه قد قبضه بتسليط من بائعه فيكون في يده أمانة ، ووجه قولها : أن المشتري لم يقبضه نائباً عن مالكه حتى يكون أمانة في يده ، وإنما قبضه ليكون لنفسه .

حكم البيع الفاسد — لا يترتب على البيع الفاسد قبل قبض المبيع أى أثر ، فليس

لأحد العاقدين مطالبة الآخر بإنفاذ هذه المبادلة ، وعلى كل منهما أن يتمتع من تنفيذها .

أما بعد القبض المبيع فلدنيا حالتان :

الحال الأولى : أن يكون المشتري قد قبض المبيع بغير إذن من بائعه ، وحكم العقد في

هذه الحال حكمه قبل القبض ، فلا يترتب عليه أى أثر ، وتعتبر يد المشتري حينئذ يد ضمان لتعديه بقبض المبيع من غير إذن من مالكه ، ولا يستوجب عليه البائع بهذا القبض ثمناً ، وإذن فعليه أن يسترد ملكه . وعلى المشتري أن يرده إليه ، فإن هلك عنده هلك مضمونا عليه بقيمة يوم قبضه .

الحال الثانية : أن يكون المشتري قد قبضه بإذن من مالكه ، وحكم العقد في هذه الحال

أنه يفيد الملك ، فيتملك المشتري المبيع حينئذ بقبضه ، ولكنه ملك غير لازم ، فيجب على كل واحد من العاقدين فسخه ورد ما قبضه من مال ما لم يمنع من ذلك مانع فإن قام أحدهما بذلك ، وإلا فسخه القاضى جبرا عنهما ، وحينئذ يسترد كل عاقد بدله ، فيرد المبيع إلى بائعه ويرد الثمن إلى المشتري إن كان قد أداه ، فإن لم يكن قد دفعه فلا شئ عليه .

أما عند وجود المانع من الفسخ ورد المبيع فإن ملك المشتري يصبح لازماً ، وعليه رد الثمن مع ذلك وأن يدفع إلى البائع مثل المبيع إن كان مثلياً وقيمه وقت قبضه بالغة ما بلغت إن كان قيمياً .

والبيع الفاسد نوعان : أحدهما ما يرتفع فساده بارتفاع المنفسد ، ومن ذلك بيع المكره

والهازل ، فلكل منهما أن يمضيه باجازه بعد العقد ، فيرتفع الفساد ويلزم العقد ، ومن



ذلك أيضاً كل بيع لحقه الفساد بمفسد عارض يمكن إزالته في المجلس إذا أزيل في نفس المجلس ، وذلك كالفساد بسبب جهالة لحقت المبيع أو الثمن فارتفعت قبل تفرق المتبايعين .  
وثانيهما : نوع لا يرتفع فساد كالباع بالخمر أو الخنزير .

حكم البيع الصحيح — البيع الصحيح قسمان : بيع موقوف ، وبيع نافذ . فالموقوف : ما لم تتوافر فيه جميع شروط النفاذ التي أشرنا إليها فيما مضى ، وحكمه : أنه لا يفيد أثراً ما قبل إجازته ممن له حق الإجازة ، والنافذ : ما توافرت فيه جميع شروط النفاذ وحكمه أنه يفيد ما يأتي :

- ١ — إلزام المشتري بأن يدفع الثمن عند حلول أجله إن كان مؤجلاً ، وبأن يدفعه في الحال قبل تسليم المبيع إليه إذا كان حالاً ، وهو من النقود ، والمبيع حاضر .
- ٢ — إلزام البائع بتسليم المبيع إلى المشتري في الحال عند تأجيل الثمن ، أو بعد قبضه الثمن إن كان نقداً حالاً ، أو مع قبضه له إن كان عرضاً .
- ٣ — ضمان البائع الثمن للمشتري عند استحقاق المبيع أو عند هلاكه في يد البائع ، أو إتلافه عنده بفعل أجنبي إذا ما اختار المشتري فسخ العقد ، وكان جميع ذلك بعد قبض الثمن .
- ٤ — ضمان المشتري ثمن المبيع إذا تسلمه قبل أداء الثمن .

### المراجعة والتولية والوضيعة

ينقسم البيع بالنظر إلى الثمن الذي يتفق عليه المتبايعان أربعة أقسام :

(١) بيع المساومة (٢) بيع المراجعة (٣) بيع الوضيعة (٤) بيع التولية .

وذلك لأن الإنسان إذا باع ما يملك بما تصل إليه مساومته مع المشتري من الثمن دون نظر إلى ما قام به عليه المبيع من مال ، فذلك بيع المساومة . وهو البيع العادي ، وإذا باع الشيء على أنه إنما يبيعه بما قام به عليه من مال وهو كذا ، فذلك بيع التولية ، ومثاله : أن تشتري داراً بألف جنيه فتبيعها بما قامت عليك من ثمن ونفقات أنفقتها عليها في سبيل شرائها وإصلاحها وغير ذلك من كل ما يجري العرف بضمه إلى الثمن وجملة ذلك ١٢٠٠



جنه . وإذا باعه على أن يكون ثمنه هو ما قام به عليه من مال وهو كذا مضافاً إليه ربح مقداره كذا ، فهذا بيع المراجعة . وإذا باعه بأقل مما قام به عليه من مال بمقدار كذا أو أنه قام عليه بكذا ، فهذا بيع الوضعية .

وقد جرى عرف الناس بالتعامل على هذا الوجه ، واتخاذ ما قام به المبيع على البائع أساساً في الرضا به . فكان هذا التعامل صحيحاً لذلك .

وإذا ظهرت خيانة البائع فيما ذكره من ثمن أو نفقات ، فزاد فيهما أو في أحدهما بأن ذكر أن ثمن المبيع عشرون قرشاً وظهر أنه خمسة عشر قرشاً ، أو أنه أنفق عليه في الإصلاح عشرة قروش ، وظهر أنه لم ينفق عليه إلا خمسة إذا ظهر شيء من ذلك ، كان للمشتري عند الإمام الخيار في المراجعة والوضعية ، فإن شاء أخذ بالثمن الذي بين في العقد على ما فيه من زيادة . وإن شاء ترك ، أما في التولية فله حق إسقاط الزيادة ، وليس له فيها الخيار ، وذهب أبو يوسف إلى أن له الحق في إسقاط الزيادة في كل من المراجعة والوضعية والتولية وليس له خيار ، وذهب محمد إلى أن له الخيار في الأنواع الثلاثة ، فإن شاء ترك ، وإن شاء أخذ بالثمن المبين ، وليس له إسقاط شيء .

وجه قول الإمام : أن البيع قد تم على أنه مراجعة أو تولية أو وضعية ، وإذن فلا بد من أن يتحقق هذا المعنى ، وذلك بزيادة الثمن في المراجعة عما قام به المبيع على المشتري ونقصه في الوضعية عن ذلك ومساواته له في التولية ، وكل من الزيادة والنقص يتحقق بأية زيادة وبأى نقص ، فإذا ما كذب البائع في البيان ، فذلك لحمل المشتري على الشراء بما سمي من ثمن والرضا به ، فيتم معه البيع لتحقق معنى المراجعة بالزيادة التي زادها البائع ، وتحقق معنى الوضعية بالنقص الذي نقصه ، وإن أخفى عن المشتري قدر ذلك في الحقيقة ، ولكن لما كان الرضا به لم يتم إلا على وضع خاص ، وهو أنه يزيد على الثمن الذي اشترى به البائع زيادة معينة أو أنه ينقص عنه بمقدار معين كان فوات ذلك فواتاً لوصف مرغوب فيه ، فيترتب عليه الخيار ، فإن شاء أمضى البيع على ما تم ، وإن شاء فسخ لفوات ذلك الوصف . أما في التولية فلا يمكن أن يتحقق معناها إلا بالمساواة بين الثمنين ، وإذن يكون الأساس هو الثمن الأول ، فيكون للمشتري الحق في نقص الزيادة وأخذ المبيع بما قام به على



البائع فقط ، حتى يتحقق معنى التولية ، إذ أنه لو أخذ بما تم به العقد لم يكن العقد تولية ، وهو ما عقد إلا على هذا الأساس .

ووجه قول أبي يوسف : أن الأساس في الأنواع الثلاثة هو الثمن الأول بدليل أنه إذا كان معلوماً للعاقدين يتم العقد بينهما بذكر لفظ المراجعة والتولية ، وإذن فذكر المقادير يعتبر شرحاً وتفسيراً . فإذا ما كذب فيه وجب الرجوع إلى الأساس ، وهو ما قام به المبيع على بائعه فيتم العقد بالبناء عليه في الأنواع الثلاثة وتسقط الزيادة جبراً عن البائع وعلى ذلك إذا باع شخص كتاباً بمائة وعشرين قرشاً مراجعة على أن الربح ٢٠ في المائة فقط ، فظهر أن الثمن الأصلي ثمانون قرشاً ؛ فإن المشتري يحط الزيادة ويأخذ الكتاب بستة وتسعين قرشاً ، وإذا باعه بتسعين قرشاً وضيعة على أنه قد حط من ثمنه ١٠ في المائة فظهر أن ثمنه سبعون قرشاً أخذه بثلاثة وستين قرشاً وهكذا .

ووجه قول محمد : أن العبرة في المعاوضات بما تم الاتفاق عليه في العقد من الثمن المقدر إذ به يتم الرضا وينعقد البيع ، وما صاحب ذلك من ذكر المراجعة أو التولية أو الوضيعة فإنما هو للترويج فقط . فإذا فات ذلك ترتب على فواته أن يكون للمشتري الخيار في الفسخ ، وإذن فيما أن يمضى البيع على ما تم ، وإما أن يفسخ ، وذلك عندي أوجه الأقوال ، لأن ذلك نوع من التعرير به ، وبه يثبت خيار الفسخ ، وأخذ المبيع على أساس ما قام به على البائع لم يتم به رضا حقيقي ، فلا يضار إليه .

### السلم

التعريف به - السلم السلفُ . وزناً ومعنى . ويريد به الفقهاء بيع آجل بعاجل ، فالآجل ، المبيع : وهو المسلم فيه . وصاحبه هو المسلم إليه ، والعاجل : هو الثمن . وهو رأس مال السلم . وصاحبه هو المسلم ، وهو كذلك رب السلم ، وبتمامه يتملك المسلم إليه الثمن في الحال ، ويثبت المسلم فيه في ذمته ديناً للمسلم يتملكه عند تسليمه إليه ، ومثاله : أن يشتري رجل من آخر مائة قنطار من قطن كذا « وَيُبَيِّنُهُ بَيَانًا كافيًا » بخمسمائة جنبيه تدفع إليه الآن على أن يسلمه القطن بعد أربعة أشهر مثلاً في مكان كذا ، ويتم التعاقد على



ذلك ، وفي هذه الحال لا يجوز للمسلم أن يتصرف في السلم فيه قبل قبضه ، لأنه يبيع منقول ، فلا يجوز له أن يبيعه ، ولا أن يسلم فيه .

ولا يصح السلم عند الحنفية إلا فيما يمكن ضبطه وتعيينه وصفاً وقدرًا كالمكيلات والموزونات والمزروعات والعدييات المتقاربة والمتماثلة . فلا يصح في العدييات المتفاوتة إلا إذا بينت أحجامها وأوصافها إلى درجة تجعلها متقاربة ، ولا يصح في الحيوان ولا في الجواهر ولا في الأراضي .

والأصل فيه : قوله صلى الله عليه وسلم « من أسلم في شيء فَلَيْسَ بِمَعْلُومٍ فِي كَيْلٍ مَعْلُومٍ وَوِزْنٍ مَعْلُومٍ إِلَى أَجْلِ مَعْلُومٍ » .

شروطه — ويشترط فيه ما يأتي :

١ — قبض رأس ماله في المجلس قبل الافتراق بعد بيانه بياناً تاماً، فإذا تفرق المتعاقدان قبله انفسخ العقد . وعلى ذلك لا يجوز للمسلم إليه أن يتصرف فيه قبل قبضه بالتنازل عنه أو الشراء به من المسلم ، لأن في ذلك تفويتاً لحق الشرع وهو القبض في المجلس .

٢ — أن يكون المسلم فيه موجوداً بالأسواق وقت العقد ، وأن يستمر وجوده إلى وقت وفائه ، وذلك ليكون العقد بعيداً عن الغرر ، فإذا انعدم في هذه الفترة من الزمن أو في وقت الإيفاء فسد كما في العناية ، وفي الزيلعي أنه إذا لم يوجد وقت الإيفاء يفسد السلم عند زفر ، ويسترد رب السلم ماله ، وعند أئمتنا الثلاثة يكون له الخيار ، إن شاء فسخ العقد واسترد رأس مال السلم ، وإن شاء انتظر وجوده . وهو مذهب الشافعي .

وذهب مالك والشافعي وأحمد إلى جواز السلم في المعدوم إذا غلب على الظن وجوده في وقت الوفاء ، وهذا ظاهر الوجهة .

٣ — أن يكون مؤجلاً ، واختلف الحنفية في أقل أجل يقبل ، فقيل ثلاثة أيام ، وقيل أكثر من نصف يوم ، والفتوى على أنه شهر ، فإن كان دونه لم يصح به ، وذهب الشافعي إلى أنه ليس بشرط ، والتأجيل إلى الحصاد أو الجداد وما مائل ذلك جائز عند مالك ، وعند أحمد على رواية . ولا يجوز عند أبي حنيفة والشافعي للجهالة ، وهو رواية عن أحمد .



٤ — بيان جنس المسلم فيه كقطن وبر وشعير، ونوعه كقطن أشموني، وبر هندي ووصفه كجيد وردى وقدره كيلاً أو وزناً أو عدداً، ولا بد في المزروعات من بيانها بياناً تاماً بذكر أطوالها المختلفة وجميع الأوصاف التي تتعلق بنسجها وخبوطها.

٥ — بيان مكان الإبقاء فيما له حمل ومؤونة، والبلد الصغير جميعاً أما كنهه سواء. أما الكبير فلا بد من تعيين مكان الإبقاء فيه. وأما ما لا حمل له ولا مؤونة، فلا يشترط في الإسلام فيه ذلك، ولكن لو عين له مكان لزم.

وفاة أحد عاقديه — وإذا توفي رب السلم حل وارثه فيه محله، وإذا توفي المسلم إليه بطل الأجل، لأن الدين يحل بموت المدين، وإذن يشتري المسلم فيه من تركته في الحال، ولذا اشترط وجوده من وقت العقد إلى وقت الإيفاء، خشية موت المسلم إليه في المدة.

### الاستصناع

التعريف به — الاستصناع عقد على مبيع في الذمة مطلوب عمله، وذلك كأن تستصنع حذاءً أو ثوباً أو طربوشاً أو أريكة ونحو ذلك، وقد تعارفه الناس وجري عليه التعامل منذ القدم، فجاز لذلك استحساناً، وهو بيع يشبه الإجارة حتى قال بعضهم: إنه إجارة في الابتداء، يبع في الانتهاء، لما فيه من طلب العمل ابتداءً، ولذا يبطل بوفاة كل من المستصنع والصانع.

شروطه — يشترط لصحته ما يأتي:

١ — بيان المصنوع بياناً تاماً يحول دون النزاع بعد صنعه، فيبين جنسه ونوعه وقدره وجميع أوصافه، وذلك يختلف باختلاف حال المصنوع.

٢ — أن يكون فيما يجري التعامل باستصناعه كالأحذية والأواني والملابس وغيرها، فإن حصل فيما لم يجر به تعامل الناس كان سلباً، واشترط فيه جميع شرائط السلم الماضية من قبض رأس المال في المجلس وذكر الأجل، إلى آخر ما بينا وإلا كان فاسداً.

٣ — ألا يكون مؤجلاً إلى أجل يصبح معه السلم عند أبي حنيفة، وعلى ذلك إذا خلا من الأجل أو أجل إلى أجل دون الأجل المشترط في السلم، فإن العقد يصبح ويكون



استصناعاً. وإن أجل إلى أجل يقبل في السلم كان العقد سلماً واشتراط فيه ما يشترط في السلم .  
ووجه ذلك : أن التأجيل للإمهال وتأخير المطالبة ، وذلك لا يكون إلا عند لزوم العقد  
والاستصناع عقد غير لازم كما سيأتي ، فلا يتفق معه ذكر هذا الأجل ، فإن ذكر فيه هذا  
الأجل كان ذكره دليلاً على أن المراد به السلم فينقذ سلماً ، وعندئذ يجب أن تتوفر فيه  
شروط السلم ، ولهذا إذا ذكر الأجل فيه على سبيل الاستعجال لا على سبيل الإمهال ، بأن  
قال المستصنع للصانع : على أن تفرغ من هذا المطلوب غداً أو بعد غد أو في شهر أو في  
شهرين على الأكثر كان استصناعاً اتفاقاً ، لأن ذلك ليس بتأجيل ولا يمنع المطالبة .  
وذهب أبو يوسف إلى عدم اشتراط هذا الشرط ، وأن عقد الاستصناع يصح بلا  
أجل ومع ذكر أي أجل ترجيحاً لأعمال اللفظ على حقيقته ، ويحمل الأجل عند ذكره على  
الاستعجال لأن العقد غير لازم .

حكمه : والاستصناع عقد غير لازم من جهة الصانع ، لأن في إلزامه بالمضى فيه ضرراً  
وهو إتلاف ماله في عمل المطلوب ، فكان له أن يفسخ ولا يمضى فيه .

وإذا شرع في العمل فأنتم المطلوب كان له أيضاً أن يبيع ما صنعه لغير المستصنع ويفسخ  
العقد لأن ما صنعه لا يتعين محلاً للعقد إلا إذا رضيه المستصنع ، فإذا رآه المستصنع ورضيه  
لم يكن للصانع بيعه ولا فسخ العقد ، وكان للمستصنع حينئذ أخذه جبراً عن الصانع . وله  
مع ذلك تركه بخيار الرؤية إذا رآه وله فسخه قبل أن يراه . أما ثبوت الخيار له فلا أنه قد  
اشترى شيئاً لم يره ، وأما جواز فسخه قبل الرؤية فثبت هذا الخيار له ، وقد علمت أن من  
له خيار الرؤية يثبت له الفسخ قبلها .

قال الزيلعي : والصحيح أن الصانع لا خيار له ، وأن الخيار للمستصنع فقط . وذلك  
لا يخلو عن نظر إذا ما أتى الصانع بالمطلوب وفق الشروط والأوصاف ، ولذا فالأوجه عندي  
ما نقل عن أبي يوسف من أنه لا خيار لأحدهما .

والاستصناع : يفيد ثبوت ملك المستصنع في العين المباعة على أنها في الذمة ، وثبوت  
ملك الصانع في الثمن ملكاً غير لازم على ما بينا من الخلاف في ذلك .



## بيع الوفاء

قد يكون البيع باتاً لا رجعة فيه ، وقد يكون على غير ذلك ، فيشترط فيه أنه متى رد البائع الثمن إلى المشتري رد المشتري إليه المبيع ، وهذا هو بيع الوفاء .

وقد فزع الناس إلى هذا النوع من البيع حينما رأوا حرمة الربا ، واضطروا إلى الاستدانة ، وكف أصحاب الأموال عن الاقراض إلا بمنفعة ، فتعاملوا بذلك ليحتالوا على نفع الدائن من طريق لا يعد ربا ، وهيهات لهم ذلك ، لأن الحرام حرام من أى طريق وصلوا إليه ، وقد ذهب أكثر العلماء إلى أن هذا البيع غير صحيح ، وأن المنعقد به إذا ما أعقبه تسليم المبيع عقد رهن فله جميع أحكام الرهن ، ولذا لا يملك المشتري المبيع ولا يحل له أن ينتفع به ولا أن يتصرف فيه ، وإذا عيّن لرد الثمن زمنٌ فلم يُردّ فيه كان للمشتري أن يطالب ببيع المبيع في سبيل الوفاء بدينه إلى غير ذلك من أحكام الرهن التي ستعرفها في كتاب الرهن ، وذلك هو أرحح الأقوال في بيع الوفاء .

## الإقالة

الإقالة : رفع العقد وفسخه . وركنهما : إيجاب وقبول دالان على الرضا بفسخ العقد . والأصل فيهما : أن يكونا باللفظ ، كأقمتك . وفسخت البيع وقبلت ذلك ، وقد يتمان بالفعل كأن يتراد المتعاقدان « البائع والمشتري » البدلين .

وتصح من المتعاقدين ومن ورثتهما ، ومن وصيهما ، ولا تصح من ناظر الوقف ، ولا من الوصى على اليتيم إلا إذا كان فيها خير للوقف أو لليتيم . وتصح إقالة الإقالة ، وعند ذلك يعود العقد الأول كما كان .

شروطها — ويشترط فيها اتحاد المجلس ، وأهلية العاقدين ، وبقاء المبيع موجوداً في

يد المشتري حين الإقالة ، فإذا تلف جميعه لم تصح لزوال المحل ، وكذلك إذا تلف بعد تمامها قبل رده ، كما في البيع ، وإذا تلف بعضه صحت في الباقي منه بحصته من الثمن ، وإذا كانت مقايضة فتلف أحد البدلين ، صحت في البديل الباقي بقيمة البديل المالك ، لأنها ثمن الباقي ، ولا يؤثر فيها هلاك الثمن إذا كان عيناً ، فإذا هلك وتمت الإقالة رد مثله إن كان مثلياً وقيمه إن كان قيمياً .



حكماً :

١ - تعتبر الإقالة بالنسبة للمتعاقدین فسخاً لما تم بينهما من التعاقد، فترتفع جميع أحكامه الأصلية . سواء أتمت الإقالة قبل القبض أم بعده ، في عقار أو منقول ، فإذا تقايل البيعان عقد بيع رجع المبيع إلى ملك بائعه ، والتمن إلى ملك المشتري وكان لم يحصل بينهما البيع .

أما ما ليس من أحكام العقد الأصلية ، وإنما استلزمه نفاذه ، فلا يرتفع ، وعلى ذلك إذا اشترى إنسان من مدينه عيناً بدينه المؤجل ، فإن هذا العقد يستلزم حلول الدين وسقوطه لثبوت المقاصة في الدين ، فإذا ما تقايل هذا العقد فعاد الدين مطلوباً لم يرتفع حوله ولا يعود مؤجلاً كما كان ، لأن سقوط الأجل لم يكن من أحكام البيع الأصلية ، وإنما استلزمه نفاذه ، وكذلك إذا كان بهذا الدين كفيل فبرء الكفيل لسقوط المطالبة عن المدين بسبب البيع ثم تقايل لم تعد الكفالة بعد سقوطها لذلك السبب نفسه .

٢ - تعتبر كذلك فسخاً بالنسبة لغير العاقدین - إذا تمت بالتراد في البدلين بينهما أو بلفظ المتاركة « كتاركك البيع » أو بلفظ المفاسخة « كفاسختك البيع » - في جميع الأحوال ، تحقيقاً لمعنى اللفظ أو لما يدل عليه الفعل ، وإن تمت بلفظ الإقالة كأقلتك ، وكانت بعد القبض اعتبرت بيعاً جديداً ، سواء أكانت في عقار أم منقول ، فيترتب عليها ما يترتب على سائر العقود المبتدأة من شفعة وغيرها . وإن كانت قبل القبض اعتبرت كذلك بيعاً جديداً إذا كانت في عقار ، لجواز بيع العقار قبل قبضه خلافاً لمحمد . وإذا كانت في منقول اعتبرت فسخاً لعدم جواز بيع المنقول قبل قبضه .

وعلى ذلك : إذا بيع عقار ، فلم يطلبه شفيعه بحق الشفعة ، ثم تمت إقالة العقد بلفظ الإقالة ثبت له بها حق المطالبة بالشفعة ، سواء أكان ذلك قبل القبض أم بعده ، فإن تمت بلفظ المفاسخة ، يثبت له بها هذا الحق لما قدمنا .

السيد محمد



## القرض

القرض - عقد يفيد تملك مثل على أن يعوض بمثله ، وبناء على ذلك لا يجوز القرض في القيميات ، إذ لا يستطيع رد مثلها ، وإنما يجوز في الأموال المثلية ، مكيلات أو موزونات مما لا ينتفع به إلا باستهلاكه ، كالنقود والحبوب والزيوت وما أشبه ذلك .

شروطه - للقرض شبهان : أحدهما : أنه في ابتدائه شبيه بالتبرع من ناحية أنه إخراج بعض المال من ملك المقرض بدون عوض مقبوض في الحال ، ثانيهما : أنه في نهايته شبيه بالمعاوضة من ناحية أنه ينتهي بأداء مثل القرض إلى المقرض ، فيستوفى مثل ما أخرجه من ملكه .

وينبنى على الشبه الأول : أن المقرض يجب أن يكون من أهل التبرع ، فلا يجوز القرض من محجور عليه لصغر أو جنون أو سفه أو عته ، ولا من ولي على أموال هؤلاء على القول الأصح .

وينبنى على الشبه الثاني : أن الاقتراض لا ينفذ إلا إذا باشره بالغ رشيد لنفسه أو لمن هو تحت ولايته ، فإذا باشره محجور عليه كان نفاذه متوقفاً على الإجازة من الولي ، شأن التصرفات المالية الدائرة بين النفع والضرر .

وعلى ذلك : إذا اقترض الصغير غير المأذون له بالتجارة مالا وسلم إليه بغير إذن من وليه لم يملكه بالقبض ، ووجب رده إلى مالكه ما دام قائماً . فإن هلك من غير تعد لم يضمه عند محمد ، لأن مالكه قد سلطه عليه بتسليمه إليه ، وذهب أبو يوسف إلى تضمينه لأنه مؤاخذ بأفعاله وهو الأصح .

حكمه : ولا يفيد الملك إلا بالقبض عند الطرفين لشبهه بالتبرع ، فإذا قبض المقرض ما اقترضه من مال تملكه ووجب في ذمته للمقرض مثله ، وعلى ذلك لو طالبه المقرض بالوفاء حينئذ جاز له أن يدفعه نفسه وأن يدفع مثله ، وليس للمقرض أن يأبى .

وذهب أبو يوسف إلى أنه لا يملكه إلا باستهلاكه ، وإنما يدخل بالقبض في ضمانه ، وعلى ذلك إذا طالبه المقرض به قبل استهلاكه وجب عليه رد نفس المال المقرض ، لأنه لا يزال مملوكاً للمقرض .



وهو عقد غير لازم قبل القبض - فله مقرض أن يأبى تسليم المال وألا يمضى فيه وبالقبض يتم . وإذا أعسر المقرض فعجز عن الوفاء وجب إمهاله إلى الميسرة .

الأجل في القرض - وإذا تم القرض على تأجيل الوفاء إلى أجل معين ، لم يلزم ذلك الأجل ، وجاز للمقرض أن يطالب قبل حلول الأجل ، ويكون المقرض حينئذ ملزماً بالأداء ، وإلى هذا ذهب الشافعي وأحمد ، ووجه ذلك : أن المقرض مفضل محسن ، وليس على المحسن من سبيل .

وذهب مالك إلى أن الأجل فيه لازم ، فلا يجوز من المقرض أن يطلب الوفاء إلا عند حلوله ، لأن الوفاء بالعقود واجب ، لقوله تعالى « يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود » وقد تم العقد على تأجيل الأداء .

### الإجارة

الإجارة - عقد يفيد تملك المنافع بعوض ، ولأن محله المنفعة تميز من البيع لأن محله المبيع ، وهو لا يكون إلا عيناً مالية كما قدمنا .  
والكلام على الإجارة يكون ببيان ما يأتي .

(١) صيغة العقد (٢) العاقدین (٣) العين المستأجرة ومنافعها (٤) الأجرة (٥) حكم العقد (٦) انتهاء العقد .

١ - صيغة العقد - علمنا أن الصيغة مجموع الإيجاب والقبول ، وهما ركنا عقد الإجارة ، ويكفي في بيانها ما قدمناه من الشرح في بيان الأحكام العامة لصيغ العقود وأركانها .

وقد علمت أن الإجارة يفسدها التعليق ، وأنها قد تكون منجزة ، وقد تكون مضافة ، وأنها كالبيع تصح مع الشرط الصحيح والباطل ، ويفسدها الشرط الفاسد .

٢ - العاقدان - هما : المؤجر . والمستأجر ، ويقال للمؤجر : مكر ، ومكار ، وأجر ، والمستأجر : مكتر ، ويشترط فيهما ما يشترط في المتبايعين ، فإن عقد الإجارة عقد معاوضة



كالبيع ، فشروط العاقدين فيهما واحدة . وما لهذه الشروط من أثر في العقد لا يختلف ، فلا موجب للتكرار .

٣ — العين المستأجرة ومنافعها — الإجارة لا ترد إلا على منافع الأعيان . فمحل هذا العقد المنافع ، وهى المعقود عليه في عقد الإجارة ، وقد أقيمت الأعيان مقام منافعها في عقد الإجارة ، واعتبر وجودها وجوداً لمنافعها حتى يتحقق الارتباط بين المتعاقدين . ويتعلق بوجودها في الخارج لأن المنفعة معدومة .

ولأن الإجارة لا ترد إلا على المنافع لم تصح إجارة غابة لقطع أشجارها ولا استئجار بستان لأكل ثمره . ولا إجارة أرض مملوكة لرعى ما فيها من الكلاب ، ولا إجارة بركة من الماء لصيد ما فيها من السمك ، إلا على إجارة البركة لئتم فيها عمل الصيد . أما السمك نفسه فيملك بالاستيلاء عليه لا بالإجارة ، ومن هذا كانت إجارة المرضع مراعى فيها قيامها على شؤون الرضيع لا إرضاعه اللبن ، وكان جوازها لحاجة الناس إليها .

شروط المعقود عليها — يشترط في المنفعة المعقود عليه ما يأتى :

١ — أن تكون مباحة شرعاً ، فلا تنعقد الإجارة على المعاصى كاستئجار النائمة للنوح ، واستئجار شخص للاعتداء على الآخر بالضرب أو بالشم . وإذن فبهذا شرط يرجع إلى انعقاد العقد .

٢ — أن تكون معلومة عند التعاقد علماً تنتفى به الجهالة المؤدية إلى النزاع سواء كان العلم بها نتيجة للعرف أم نتيجة لوصفها ، أو للإشارة إليها .

فأما علمها بالعرف فهو في مثل إجارة الدور والحوانيت ، فإن استعمال الدور معروف عرفاً ، وكذلك استعمال حوانيت كل ناحية من نواحي البلد . فتتعقد إجارتها على منفعتها المتعارفة ، لأن المعروف بالعرف كالمشروط ، وعلى ذلك يتقيد بها المستأجر فلا يخرج عنها ، ومثل ذلك إجارة بعض الأراضي لزراعتها ، فإن العرف إذا قضى بزراعتها بأصناف معينة وجب على المستأجر ألا يتجاوزها إلى ما يضر بالأرض ، ولكن إذا استأجرها على أن يزرع فيها ما يشاء لم يتقيد بالعرف ، لأن النص أقوى دلالة منه .

وأما معرفتها بوصفها ، فتكون في مثل الاستئجار على صبغ هذا الثوب بلون كذا ، أو



على خياطته بشكل كذا ، أو على دهان المنزل ، أو على نقل هذا المتاع من جهة كذا إلى جهة كذا ، وكما في استئجار الأرض ليزرع فيها نوع معين من النبات أو لبنى فيها منزل أو لغرس فيها أشجار هي كيت وكيت ، واستئجار الدابة لركوبها من جهة كذا إلى جهة كذا وغير ذلك من الأمثلة .

وأما معرفتها بالإشارة فيكون في مثل الاستئجار على حمل هذا المتاع من هذه الجهة إلى هذه الجهة ، أو على إصلاح هذه الآلة ، أو على هدم هذا البناء .

بيان المدة في الإجارة - إذا كانت المنفعة المعقود عليها قابلة للامتداد والبقاء ، لم يكفِ ذكر اسمها لتحديد مقدارها ، كاسكنى والزراعة واللبس والخدمة ووجب تمام العلم بها ذكر مدتها حتى تكون معياراً لها ، ويكون هذا في استئجار المنازل والأراضي والأجير الخاص ، فإذا أغفل ذكر المدة فيها فسد العقد .

وفي هذه الأحوال إما أن تذكر المدة منكراً ، كسنة وشهر ويوم ، أو معينة كسنة كذا وشهر كذا ، فإن ذكرت منكراً ، ابتدأت من وقت العقد إذا لم ينص على وقت تبدأ منه ولم يكن في العقد خيار الشرط ، كما إذا قلت : استأجرت هذه الدار سنة بعشرة جنيهات فقبل مالسكها . فإن سمي وقت تبدأ منه ابتدأت منه ، كما إذا استأجرت هذه الدار شهراً بجنيهين ابتداء من الشهر الآتى فقبل مالسكها ، وإن لم يسم ، وكان في عقد الإجارة خيار شرط ابتدأت من وقت سقوط الخيار . وإن ذكرت معينة اقتضت الإجارة عليها وانتهت بانتهائها كما إذا استأجرت منزلاً سنة كذا .

وتصح الاجارة أيضا مشاهرة على أن تعين أجرة الشهر ، ولا يسمى عدد الأشهر فتقع عندئذ على الشهر الأول التالى للعقد ، فإذا انتهى كان لكل من العاقدين فسخها قبل مضى اليوم الأول من الشهر التالى ، بشرط إعلام الآخر بذلك . فإذا مضى اليوم الأول لزمتم الاجارة فيه أيضاً وهكذا ، وإذا كان المستأجر قد عجل أجرة شهرين فأكثر . كان ذلك التعميل دالا على مدتها ، فتلزمه الإجارة في المدة التي عجل أجرتها ، وبناء على ما ذكر لا يصح استئجار عامل من غير ذكر بيان العمل الذي يطلب منه ، ولا استئجار مسكن أو أرض بلا بيان مدة الاجارة ، ولا استئجار دابة الركوب بلا بيان مدة الركوب أو مسافته



وهكذا ، لوجود الجهالة المفضية إلى النزاع .

٣ — أن تكون المنفعة مقدورة التسليم بالقدرة على تسليم محلها — وهو العين المستأجرة — وعلى ذلك : لا تصح إجارة دابة ضالة للحمل ولا للركوب ولا إجارة العين المرهونة ولا المستأجرة لعدم القدرة على تسليم هذه الأعيان ، إما لعدم استطاعة تسليمها ، وإما لتعلق حق غير العاقدين بها وإسائها عنده لحقه ، ولذا تنفذ إذا ما كانت مضافة إلى ما بعد انتهاء حق المستأجر .

ومما تقدم يتبين لنا أن هذين الشرطين « الثاني والثالث » يتعلقان بصحة عقد الإجارة وأن الإجارة عند عدم توافر أحدهما فاسدة غير أن عدم القدرة على التسليم إذا كان سببه تعلق حق الغير بالعين كانت الإجارة صحيحة موقوفة على إجازة صاحب الحق أو انتهاء حقه بأي سبب من الأسباب ، كما قدمنا في حكم المبيع إذا تعلق به حق غير العاقدين .

٤ — ألا يكون بمحلها عيب يخل بالانتفاع أو يمنعه ، فإن وجد بالعين المستأجرة وقت العقد أو وقت التسليم ما يخل بالانتفاع بها لم يلزم العقد ، وكان للمستأجر فسخه ، كما إذا وجد أن الأرض المستأجرة ليس لها شرب مثلا وكذلك يصير العقد غير لازم إذا وجد هذا العيب في أثناء مدتها كما سيأتي .

٥ — أن يكون محل المنفعة معروفا للمستأجر عند العقد ، لأنه قد رآه ، فإن لم يكن رآه لم يلزم العقد عند رؤيته ، وكان للمستأجر فسخه عند الرؤية .

ومن هذا يتبين أن هذين الشرطين الأخيرين يتعلقان بلزوم عقد الإجارة .

محل العقد في الإجارة — محل عقد الإجارة قد يكون منفعة عين من الأعيان ، كما في

إجارة الأرض والدور والأواني والملابس والأسلحة والآلات والدواب والعربات وما إلى ذلك وقد يكون عمل عامل ، فيسمى العامل حينئذ بالأجير ، كما في استئجار الخدم والصناع والأطباء والمحامين .

إجارة الأعيان واستيفاء منافعها — إذا كان العقد على منفعة عين من الأعيان كان

للمستأجر أن يستوفيها على وفق ما تم التعاقد عليه من شروط ، وعلى ما هو معروف بالعرف فإذا استأجر دابة على أن يركبها لم يجرئه أن يحمل عليها ، وإذا استأجرها ليحمل عليها إردباً



من القمح لم يجز له أن يحمل عليها إردبا ونصف إردب ، وإذا استأجرها لتحمله إلى جهة معينة لم يجز له أن يتجاوزها ، وإذا استأجرها ليحمل عليها قنطاراً من القطن لم يجز له أن يحمل عليها قنطاراً من الحديد ، وإذا استأجر الأرض ليزرعها نباتاً معيناً لم يجز له أن يزرعها نباتاً أشد على الأرض منه ضرراً ، وهكذا لا يجوز له أن يتجاوز المشروط إلى ما هو أشد منه ضرراً ، فإن تجاوزه إلى ذلك كان بذلك معدياً ، وكان في انتفاعه بالعين في هذه الحال خاصباً ، فإن عطبت ضمن قيمتها ، وإن سلمت لم يلزم بأجر انتفاعه عند الحنفية . وذلك لما علمت من أنهم لا يرون المنافع متقومة إلا بالعقد عليها للضرورة . فإذا تجاوز المستأجر العقد بتجاوز شروطه فقد استوفى المنفعة بغير عقد . وهي في هذه الحال ليست بمال ولا بتقومة ، فلا يطالب ببدها إلا أن يكون المال المستأجر : مال اليتيم ، أو مال الوقف أو معدداً للاستغلال .

وخالف الشافعي فألزمه بأجر المثل ، بناء على أن المنافع عنده أموال متقومة ولو لم يتم عليها تعاقده ، وهذا أوجه .

وأما إذا خالف الشرط إلى ما هو أدنى منه ضرراً أو إلى مثله . فذلك جائز ، لأن الرضا بنوع من الضرر يعد رضا بما هو مثله أو أدنى منه ، فإذا استأجر دابة لحمل إردب من القمح كان له أن يحمل عليها إردباً من الأرز ، لتمائل النوعين ، وإذا استأجرها ليحمل عليها قنطاراً من الحديد جاز له أن يحمل عليها قنطاراً من القطن ، لأنه أدنى ضرراً .

وكذلك يلزمه أن يتقيد بالعرف في الاستعمال ، فإذا كانت العين المستأجرة دابة لم يجز له أن يضر بها ولا أن يكبحها بلجامها ولا أن يسير بها سيراً عنيفاً ، وإذا كانت داراً لم يجز له أن يباشر فيه أعمالاً توهن بناءها ، وهكذا مما ينكره عليه العرف . فإذا تجاوزه كان معدياً ، لأن المعروف بالعرف كالمشروط .

تصرف المستأجر في المنفعة — من الأعيان ما يتفاوت الناس في الانتفاع به ، ومنها مالا يتفاوتون في الانتفاع به ، وإن شئت قلت : قد تختلف المنفعة باختلاف المنتفع ، وقد لا تختلف باختلافه . فإذا كانت تختلف باختلافه ، كركوب الدابة ولبس الثياب ، فقد ينص في عقد الإجارة على المنتفع ، وقد ينص فيه على التعميم ، وقد يطلق فلا يتعرض فيه لذلك .



فإن نص فيه على المنتفع فاستؤجرت الدابة على أن يركبها فلان تقييد المستأجر به ،  
فليس له أن يمكن غيره من ركوبها بإجارة أو إعارة ، فإذا خالف كان غاصباً ، وإذا  
هلكت الدابة عند ذلك كان ضامناً ، وليس عليه الأجر بهذا الانتفاع ، وإن سلمت الدابة  
كما تقدم . أما عدم وجوبه مع هلاكها فلأنه لا يجتمع أجر و ضمان وهي قاعدة عند الحنفية ،  
وأما عند سلامتها فلأنه انتفاع بمغصوب ، ومنافع المغصوب غير مضمونة عند الحنفية .

وإن نص في العقد على التعميم أو أطلق تعين المنتفع بأول من ينتفع بها ، وكأنه قد  
شروط في العقد ألا ينتفع بها غيره ، وإذن يعرف الحكم مما تقدم .

وإذا كانت لا تختلف باختلاف المنتفع كركوب السيارة ، لم يقيّد المستأجر بمنتفع  
خاص ، سواء أشرط ذلك في العقد أم لم يشرط ، وعندئذ يبطل الشرط ، فله أن يؤجر  
العين لغيره ، وأن يعيرها إياه . لأنه مالك للمنفعة ، ومقتضى الملك جواز التصرف ، وليس  
في التقييد فائدة ، غير أنه إذا أراد أن يؤجر العين لغيره ، وجب أن تكون لغير مالكيها ،  
إذ لا يستأجر الإنسان ملكه ، وألا تزيد الأجرة على الأجرة الواجبة عليه إلا في حالتين :  
الأولى : أن يؤجرها المستأجر بأجرة ليست من جنس الأجرة الأولى .

الثانية : أن يكون المستأجر قد أصلح في العين أو زاد فيها زيادة لها انتفاع ، وإذا  
انتهت مدة الإجارة الأولى قبل انتهاء مدة الثانية ولم يحجز المالك استمرارها انفسخت  
الإجارة في باقي المدة . ولا يكون المستأجر الثاني مطالباً أمام المالك ، بل المطالب أمامه  
المستأجر الأول .

سلامة العين المستأجرة — يجب أن تكون العين المستأجرة سليمة من العيوب بحيث  
يتسكن المستأجر من استيفاء ما استحق عليها من منفعة بعقد الإجارة ، لأنه ما أقدم على  
العقد عليها إلا ليستوفي منها تلك المنفعة ، فإذا لم يؤد العقد عليها إلى استيفائها لم يكن راضياً  
به ، وفسد العقد لذلك ، وعلى هذا : إذا كان المستأجر على علم بالعين وعيوبها حين التعاقد  
بأن كان رآها من قبل ثم وجدها على مارآها عليه ، لم يحجز له فسخ العقد ، ووجب عليه  
المضى فيه لرضاه بها وبعيوبها ، ولكن إذا وجد بها عيباً لم يعلمه من قبل كان له بسبب  
ذلك خيار العيب ، فإن شاء أمضى الإجارة وإن شاء فسخ ، كما يكون له أيضاً خيار الرؤية



إذا استأجرها قبل أن يراها ، فيثبت له الفسخ عند الرؤية ، تحقيقاً لكمال رضاه .  
فإذا تسلمها على الهيئة التي رآها عليها ، ثم حدث بها عيب بعد ذلك ، فإن لذلك  
أحوالاً ثلاثة :

الأولى : أن يكون هذا العيب غير مؤثر في الانتفاع بالعين . وفي هذه الحال ليس له  
حق الفسخ ، وحدثه لا يؤثر شيئاً .

الثانية : أن ينقص به الانتفاع فقط ، وفي هذه الحال يكون للمستأجر حق فسخ  
عقد الإجارة ، ولا تسقط عنه الأجرة إلا بالفسخ ، فإذا لم يفسخ بقي العقد وألزم بالأجرة ،  
سواء انتفع أم لا . ولا يتم الفسخ إلا بحضرة المالك ، فإذا لم يمكن ذلك بسبب غيبته ، أو  
مرضه أقام القاضى عنه وكيلًا ليفسخ العقد أمامه ، فإذا لم يفسخ المستأجر العقد حتى زال  
العيب بأى سبب ، زال حقه في الفسخ ، ومثال ذلك : أن تكون العين داراً ، فيسقط  
منها جدار أو تهدم منها حجرة .

الثالثة : أن يذهب العيب بكل المنفعة ، وفي هذه الحال يسقط الأجر عن المستأجر ،  
فسخ العقد أم لا . وكان له حق الفسخ ولو في غيبة المالك ، ومثال ذلك : أن تكون العين  
أرضاً فيغطيها ماء النشع .

يد المستأجر وضمانه ورد العين المستأجرة — يد المستأجر على العين المستأجرة يد أمانة

مادام لم يتجاوز حقه في الانتفاع بها بمقتضى العقد وما شرط فيه ، ولم يخرج في انتفاعه بها  
عن المعروف بالعرف ، وعلى ذلك : إذا تلفت العين عنده في هذه الحال بلا تعد منه أو  
تقصير في المحافظة عليها فلا ضمان عليه ، أما إذا تعدى عليها أو قصر في المحافظة عليها ، فإنه  
يكون ضامناً لما ينشأ عن ذلك من تلف أو نقصان ، وكذلك الحكم إذا تجاوز في الانتفاع  
بها حقه المشروط أو المعروف بالعرف .

وبناء على ذلك : إذا تجاوز بالدابة المحل الذي استأجرها إليه للحمل أو للركوب بما  
لا يتسامح فيه عرفاً ، أو ضربها أو حمل عليها ما هو أشد ضرراً ، أو جعل دار السكنى  
مصنعاً ، فتلفت العين بسبب ذلك أو نقصت ضمن قيمتها أو قيمة نقصها للمالكها .  
وكذلك إذا استأجر دابة لحمل مقدار معين من صنف ، فتجاوزه إلى ما لا تطيق حمله



منه ، ولم يكن ذلك بإذن من مالكيها ، فعطبت بسبب ذلك ضمن قيمتها . فإن تجاوزه إلى ما تطيقه عادة فعطبت ضمن من قيمتها بنسبة الزيادة إلى ما حمل عليها . فإذا كانت الإجارة على حمل قنطار من القطن ، فحملها منه قنطاراً ونصفاً ، فعطبت بسبب ذلك ، وكانت قيمتها ١٢ جنيناً ضمن ثلث قيمتها وهو ٤ جنينيات ، وعليه الأجرة المتفق عليها ، لأن العطب كان من فعل مأذون فيه ، ومن فعل غير مأذون فيه ، فتنقسم القيمة عليهما . وهذا بخلاف ما إذا حملها قنطاراً من صنف آخر أشد ضرراً كالحديد ، فإنه يكون ضامناً لقيمتها كلها ، وإن لم يتجاوز ثقل القدر المتفق عليه .

هذا كله إذا حملها المستأجر بنفسه ، أما إذا شاركه في ذلك مالكيها فليس على المستأجر إلا نصف الواجب حينئذ ؛ لأن التلف كان نتيجة عملها جميعاً فتنقسم القيمة عليهما .

ويظهر لي أن ذلك مشروط بالألا يعلم مالكيها ما حملته ، فأما إذا علم فشارك ، كان ذلك إذناً منه وتسليطاً ، وفي هذه الحال لا ضمان .

وكذلك يكون ضامناً للعين إذا منعها عن مالكيها بعد طلبها منه عند انتهاء مدة الإجارة ، فإذا هلكت — ولو من غير تعد — كان عليه ضمانها .

أما إذا لم يطلبها مالكيها فلا ضمان عليه ، لأن المستأجر ليس عليه نفقات تسليم العين ولا نقلها إلى مالكيها ، ولكن ذلك على المالك ، فعليه أن يحضر بعد انتهاء مدة الإجارة ليتسلمها ، وعند ذلك يجب على المستأجر تسليمها فارغة ، فإن كانت أرضاً مشغولة بزراع لم يستخضد أو بشجر مشمر لم ينضج ثمره ، كان له استبقاؤها إلى أن يستحصد الزرع وينضج الثمر بأجر المثل حتى لا يناله ضرر ، وإن كانت مشغولة ببناء أو شجر غير مشمر وجب عليه هدم البناء وزرع الشجر إن لم يضر ذلك بالأرض ، فإن أضر بها كان للمالك أن يتملكه جبراً عن المستأجر بقيمته مستحق القلع .

إجارة العامل — وإذا كان محل العقد عملاً لعامل فيما أن يكون هذا العامل أجيراً خاصاً كال موظف والخادم ، وإما أن يكون أجيراً مشتركاً ، كالجمال والدلال والحائك والطبيب



التعريف بهما - الأجير المشترك من يستأجر لعمل معين من غير أن يختص به شخص معين أو أشخاص معينون ، ومعنى ذلك : أنه كل أجير يجوز له أن يتقبل العمل من كثير من الناس في وقت واحد سواء أعمل لشخص واحد فعلاً أم عمل لكثير ، وسواء أجعل الزمن معياراً لعمله عند الحاجة إلى ذلك ، بأن يكون العمل مما يمتد كرعى الغنم ، أم لم يجعل الزمن معياراً له ، كالاستئجار على إصلاح آلة معينة ، ومثاله : الحامى والطبيب والمهندس والبناء والحمال إذا لم يقصروا على العمل لمعين وإن عملوا فعلاً لشخص واحد ماداموا لم يمنعوا من أن يعملوا لغيره بالتعاقد معهم على ذلك ، ومنه راع استأجرته لرعى غنمك شهراً بكذا ، وبناء استأجرته ليقوم بإصلاح مباني منزلك ، فإن كلا منهما - وإن كان يعمل لشخص معين - لا يمتنع عليه أن يتقبل إجارة على العمل لغيرك في الوقت المحدد لعملك . ولكن إذا اشترطت عليه في العقد ألا يقوم بعمل لغيرك في هذا الوقت كان فيه أجيراً خاصاً غير مشترك كما سيأتى .

والأجير الخاص : من يستأجر مدة معينة أو محددة لكي يقوم فيها بعمل معين لشخص معين أو أشخاص معينين على أن يكون مختصاً بهم . فلا يتقبل من غيرهم أن يقوم لهم بأى عمل فيها ، كالمطبخى تستأجره مدة شهر ليطهى لك ، والموظف تستأجره الحكومة أو شركة من الشركات لعمل بمرتب شهر هو كذا ، والسائق يستأجر بالشهر لقيادة سيارة أو عربة وهكذا .

المعقود عليه في إجارة العامل - والمعقود عليه بالنسبة للأجير المشترك هو العمل أو الأثر والوصف الذى يحدثه العامل في العين بعمله ، ولذا لا يحتاج إلى ذكر مدة له إلا إذا كان عملاً ممتداً كرعى الغنم ، فيحتاج حينئذ إلى ذكر المدة لتقديره . أما إذا كان مما لا يمتد فلا يحتاج إليها ، وإذا ذكرت معه كان ذكرها للاستعجال فقط ، ويستحق المستأجر هذا العمل على الأجير ويثبت ديناً في ذمته . كسبوت الدين في ذمة المدين ، ولذا لا تردحم ذمته بكثير الأعمال ، كما لا تردحم بكثير الديون ، ويلزم بالقيام به نتيجة العقد ، ويستوجب الأجر بعمله .

والمعقود عليه بالنسبة للأجير الخاص منفعه في المدة الميئة بالعقد ، وإن شئت قلت :



نفس الأجير أو وقته ، ولذا يستحق الأجرة بتسليمه نفسه في المدة ، وإن لم يعمل شيئاً كالموظف يستحق مرتبه إذا ما ذهب إلى محل عمله ، وإن لم يجد عملاً يقوم به ، وكالطاهي يستحق أجرته وإن لم يحضر له المستأجر ما يطهيه من الطعام ، واستحقاقه لها يكون بحسب المدة لا بحسب العمل الذي يقوم به فيها ، ويمتنع عليه لما ذكرنا أن يعمل في مدة الإجارة لغير مستأجره ، فإن عمل فيها لغيره نقص من أجرته بقدر ما أضع من الزمن في العمل للغير ، وكذلك لا يجوز له أن يعمل لنفسه شيئاً إلا ما يقضى العرف بالتسامح فيه ، حتى لقد ذهب بعضهم إلى أنه لا يجوز له أن يشغل نفسه فيها بأداء النافلة من الصلاة ، وهذا بخلاف الأجير المشترك ، فإنه لا يستحق الأجرة إلا بالعمل ، فإذا لم يعمل لم يستحق ، كالحياط والنجار والحمال .

### أحكام كل منهما

١ — استحقاق الأجرة — إذا سلم الأجير الخاص نفسه في مدة الإجارة استحق الأجرة وإن لم يعمل ، متى كان متمكناً من أن يقوم بعمله وإن منعه منه المستأجر ، فإذا سلم نفسه مريضاً لا يستطيع عملاً لم يستحق أجرته .  
وليس للمستأجر أن يمتنع عن إعطائه أجر المدة كلها وإن استغنى عنه فيها ، بل يجب عليه أداؤها إليه متى لم يكن بالأجير عذر يميز للمستأجر فسخ الإجارة كالمرض مثلاً .  
أما الأجير المشترك فلا يستحق أجره إلا بالعمل وعلى حسبه كما تقدم ، ولا بد لاستحقاقه الأجر من تسليم عمله إلى المستأجر ، فإذا تلف عمله قبل التسليم لم يستحق أجراً عليه ، وذلك كحياط خاط ثوباً ثم فتقت خياطته قبل تسليم الثوب إلى مالكة فلا يستحق عليها الأجر إلا إذا أعادها ، وكذلك إذا تلف المال « محل عمله » بما فيه من عمل قبل تسليمه إلى مالكة فإن الأجير لا يستحق أجراً عليه عند الإمام وصاحبيه إذا لم يكن ضامناً لقيمته بهذا التلف فإن ضمنها بسببه كان المالك بالخيار إن شاء ضمنه قيمة المال قبل العمل ولا أجر له ، وإن شاء ضمنه قيمته بعد العمل وله الأجرة .

وإذا تضمن عقد الإجارة بين المستأجر والأجير شرطاً بأداء الأجرة في وقت معين ، اتبع ذلك الشرط ، فإن اتفقا على دفعها في أول المدة أو في آخرها أو قبل تمام العمل أو بعده



نقد ذلك ولزم ، وإن لم يشترط شيئاً من ذلك في الأجير الخاص تعطى له الأجرة عند تمام كل مدة ، وفي الأجير المشترك يختلف الحكم ، فإن كان يعمل في منزل المستأجر جاز له أن يطلب أجرة ما أتم من العمل المستأجر عليه وإن لم يتمه كله ، لأنه قد سلم ماعمل ، وإن كان يعمل في غير منزله فليس له أن يطلب شيئاً من الأجرة المتفق عليها إلا بعد تمام العمل وتسليم المال « محل العمل » إلى المستأجر . وقيل : لا يستحق الأجرة في الحالين إلا بعد تمام العمل ، لأنه لا ينتفع ببعضه كما في الخياطة مثلاً ، ولكن لو عجل له المستأجر الأجرة جاز وتملكها الأجير .

٢ — حبس محل العمل لاستيفاء الأجرة — وللأجير حبس محل عمله عنده حتى يستوفى أجرته ، إذا كان لعمله أثر ظاهر في المحل — كالصباغ والخياط — وكانت الأجرة حالة ، وفي هذه الحال إذا تلف المحل عنده فلا أجر له إذا لم يكن التلف بتعد أو بتقصير ، فإن كان بتعد أو بتقصير ، فإن شاء المالك ضمنه القيمة قبل عمله ولا أجر له ، وإن شاء ضمنه القيمة بعد تمام العمل وأعطاه أجرته .  
وإن كانت الأجرة مؤجلة فحبسه لأجلها فتلف ، فعليه الضمان ولا أجرة له إن ضمن القيمة قبل العمل .

وإذا لم يكن لعمله أثر في العين كالحمال ، فليس له حبس العين لأجل أجرته ، فإن حبسها فتلفت فعليه الضمان ، ولا أجرة له إن ضمن القيمة قبل العمل ، فإن ضمنها بعد العمل بطلب المالك كان له الأجرة .

وإذا تلف محل العمل قبل حبسه عن ماله و بعد تمام العمل وكان في حيازة الأجير فلا أجر للصانع ، وأما الضمان فسيأتي حكمه ، وإن كانت في حيازة المستأجر فله أجر ماعمل لوجود التسليم .

٣ — بيان المدة في إجارة العامل — إذا لم تعين مدة الإجارة للأجير الخاص فسد العقد في جميع الأحوال ، لأن الزمن معه معيار لما يطلب منه من منفعة فعند عدم ذكره يكون محل العقد مجهولاً جهالة تفضي إلى النزاع فيفسد العقد ، بخلاف الأجير المشترك ، فإن تحديد مدة له قد يكون لتقدير المنفعة المطلوبة إذا كانت تمتد أزماناً كرعى الغنم مثلاً ،



وعندئذ يجب ذكرهما وإفساد العقد للجهالة ، وقد يكون للاستعجال إذا كانت لا تمتد ،  
كخياطة الثوب وخبز كيلة من الدقيق .

فإذا استأجر شخص حائكا ليخيط له هذا الثوب اليوم ، أو خبازاً ليخبز له اليوم هذا  
الدقيق : كان ذكر اليوم للتعجيل عند صاحبه ، وصحت الإجارة وإذا لم يتم الأجير العمل  
في هذا اليوم أتمه في اليوم التالي ، وذهب الإمام إلى أنها إجارة فاسدة ، لأن ذكر المدة  
فيها مع هذا النوع من العمل مؤد إلى النزاع ، فقد يحتج المؤجر بأن الأجرة على الزمن ،  
فإذا أتم العمل في نصفه لم تزمه الأجرة كلها ، ويحتج المستأجر بالعمل فيطالب بجميع  
الإجارة لأنه أتمه ، ولكن إذا استأجره لذلك على أن ينتهي منه اليوم أو على أن يبدأ اليوم  
جازت الإجارة اتفاقاً .

٤ — إتابة الأجير غيره — لا يجوز للأجير الخاص في جميع أحواله أن يكلف غيره  
بإنجاز ما استؤجر لأجله ، لأن العقد وقع على منفعه نفسه لا على عمل غيره ، ويجوز للأجير  
المشترك إذا لم يشترط عليه العمل بنفسه أن يكلف غيره بذلك العمل ، لأن العقد وقع  
على العمل نفسه ، سواء أقام به الأجير أم قام به غيره بتشكيف منه ، ويكون حينئذ ضامناً  
لما يتلف في يد من كلفه عند صاحبه .

٥ — عمل الأجير لغير من استأجره — لا يجوز للأجير الخاص أن يعمل لغير المستأجر  
في وقت العمل ، فإذا عمل نقص من أجرته بقدر ما أضع من الزمن في هذا العمل ، لأن  
منفعته في ذلك الزمن ملك المستأجر ، بخلاف الأجير المشترك فإنه يجوز أن يعمل لكل  
من يطلب منه العمل ، وتقدم هذا .

٦ — يد الأجير — مال المستأجر في يد الأجير الخاص أمانة ، فإذا تلف في يده لم  
يضمنه إلا إذا كان تلفه بتعد منه عليه أو تقصير ، فإذا ما تلف الطعام من الطاهي  
أو انكسرت آنية من الخادم فلا يضمن أحدهما شيئاً من ذلك ، وإن شرط عليه الضمان ،  
لأنه شرط باطل مع الأمين ، وهو كذلك في يد الأجير المشترك عند الإمام وزفر والحسن  
ابن زياد ، وهذا هو القياس ، وفي رد المحتار : أن الأجير المشترك ضامن لما يتلف في يده  
من مال المستأجر إذا ما تلف بفعله ، باعتداء منه أو بغير اعتداء اتفاقاً بين الإمام وصاحبه ،



أما إذا تلف بفعل غيره - وكان يمكن الاحتراز عنه - فإنه لا يضمن عنده ، ويضمن عندها ، وأفتى المتأخرون في هذه الحال بالصلح على نصف القيمة مراعاة للقولين . وبناء على ذلك يضمن الحال ما يسقط من يده من متاع فيتلف ، والمكاري ما يسقط عن ظهر دابته فيتلف إذا انقطع الحبل الذي شد به على ظهرها ، والطامى المشترك ما يفسد في يده من طعام يقوم بطهيه اتفاقاً ، لأن التلف هنا بفعل الأجير ، وكذلك إذا احترق المتاع عند الأجير بحريق ليس غالباً ، وكان بحيث يمكن الاحتراز عنه كان ضامناً له عندها . وبه أفتى ، خلافاً له . وقد أفتى المتأخرون في مثل هذه الحال بوجوب الصلح على نصف القيمة كما ذكرنا ، فيضمن الأجير نصف قيمته فقط . وأما إذا لم يمكن الاحتراز عنه ، كأن احترق بحريق غالب مثلاً ، فلا يضمن اتفاقاً . وتضمن الأجير المشترك حيث لا يضمن الأجير الخاص استحسان ذهب إليه كثير من السلف ، حتى لا يكون القول بعدم تضمينه في هذه الأحوال سبباً لضياع أموال الناس والتهاون في حفظها ، وحتى لا يكون ذلك أيضاً سبباً في عدم انتفاع الناس بأعمال الأجراء خوفاً على أموالهم مع حاجتهم جميعاً إلى ذلك .

### الأجرة

الأجرة — ما جعله العاقدان بدلاً عن المنفعة .

وكل ما صلح ثمناً صلح أجره ، ويصح أن تكون الأجرة كذلك منفعة من المنافع . وإن كانت لا تصلح ثمناً ، غير أنه يشترط في هذه الحال أن يكون جنس إحدى المنفعتين مغايراً لجنس الأخرى ، كأن تستأجر داراً للسكنى بزراعة قطعة أرض ، وذلك لكيلا تفسد الإجارة بشبهة الربا عند اتحاد جنس المنفعتين .

ويشترط فيها أن تكون معلومة علماً يرفع الجهالة التي تفضى إلى نزاع ، كأن يشار إليها ، أو توصف وصفاً يميزها عن غيرها كما في الثمن .

ويصح تعجيلها بأدائها عقب الإجارة في جميع الأحوال وأن يشترط ذلك في العقد إلا إذا كانت الإجارة مضافة فعند ذلك يكون شرطاً فاسداً غير ملزم . لأنه يتنافى مع مقتضاها فإن مقتضاها إرجاء آثارها إلى الوقت الذي أضيفت إليه . ومن آثارها : تملك الأجرة



وأدائها إلى المؤجر ، فيكونان مرجأين بإضافتهما إلى ذلك الوقت ، فلا يصح مع ذلك مخالفة هذا المقتضى باشتراط تعجيلها ، لأنه إلغاء لمقتضى العقد .

وإذا صح اشتراط التعجيل في الإجارة المنجزة كان للمؤجر أن يمتنع عن تسليم العين المستأجرة إلى أن تؤدي إليه الأجرة المشترط تعجيلها ، فإن لم تؤد كان له فسخ عقد الإجارة بسبب ذلك ، كما يكون للأجير أن يمتنع عن العمل حتى يستوفى أجرته إذا كان قد اشترط تعجيلها ، وله فسخ العقد إن لم تعجل إليه .

وكذلك يصح اشتراط تأجيلها وتنجيلها في العقد في جميع أحوالها ، فيلزم الشرط عند ذلك . وعندئذ لا يجوز للمالك العين أن يجسها حتى يستوفى الأجرة ، ولا يجوز للأجير أن يمتنع عن العمل لذلك ، لأن الأجرة لا تلزم إلا إذا حل أجلها ، فإذا لم ينص في العقد على شيء من ذلك اتبع العرف ، فإن اقتضى تأجيلاً أو تعجيلاً كان الأمر كما يقتضى ، فإن لم يكن عرف لم يجب أداء الأجرة إلا عند استيفاء المنفعة ، فإن كانت الإجارة على المدة كما في إجارة الدار للسكنى والأرض للزراعة ، فإنها تجب وتؤدي عن كل مدة تمضي يمكن أن يجعل لها أجر معلوم بلا مشقة ، وكذلك إذا وقعت على عدة أعمال ، كما في قطع المسافات بالدابة المستأجرة ، فإنها تؤدي عن كل مرحلة عند اجتيازها إذا ما تبين من العقد أجره كل مرحلة بلا مشقة ، وإن وقعت على عمل واحد كالخياطة ، فلا تؤدي الأجرة إلا بالفراغ من العمل كله ، أما عند تمام بعضه فلا ، لعدم الانتفاع به حينئذ . وقيل : تؤدي عنه أيضاً إذا سلم للمستأجر ، كما إذا كان الأجير يعمل في منزل المستأجر ، لأن المنزل في يده هو وما يحويه .

### حكم الإجارة

الإجارة إما صحيحة ، وإما فاسدة ، وإما باطلة .

فإن كانت صحيحة نافذة أفادت المبادلة بين ملك المنفعة وملك بدنها ، وهو الأجرة عند استيفاء المنفعة ، أو عند التمكن من استيفائها بتسليم العين المستأجرة إلى المستأجر خالية من الموانع التي تحول دون الانتفاع بها في مدة الإجارة ومكانها ، لأن ذلك هو ما يستطيعه المؤجر ، أو ما يطلب منه ، فكان في حكم الاستيفاء .



فإذا استوفى المستأجر شيئاً من المنفعة أو تمكن من استيفائه - على ما بينا - تملك المؤجر في نفس الوقت بدل ما استوفى على حسب ما انفق عليه من الأجرة ، ذلك لأن عقد الإجارة عقد معاوضة يقتضى التسوية بين المتعاقدين في تملك البدلين وتسلمهما ، حتى لا يكونا جميعاً في ملك أحدهما في وقت واحد إذا ما سبق أحدهما الآخر بتملك بدل صاحبه ، وحتى لا يمتاز أحدهما بأسبقية تسلمه لما تملك . ولذا قال الحنفية : إن عقد الإجارة ينقضي ساعة فساعة على حسب حدوث المنافع ، فكما حدثت منفعة تمت المبادلة بينها وبين حصتها من الأجرة بمقتضى العقد . وذلك لا يتأتى وقت إنشاء العقد لانعدام المنفعة في حينه ، فيتأجل انعقاده إلى وقت وجودها باستيفائها ، ولذا كانت الإجارة مضافة بطبيعتها ، وكان الارتباط فيها بين المتعاقدين ابتداء على اعتبار قيام العين المستأجرة مقام منافعتها في حق صحة الإيجاب والقبول ، وفي حق تسليم العين على المؤجر ، فكانت منعقدة في الحال بالنسبة لذلك ، ولذا ترتب عليها في الحال إزام المؤجر بتسليم العين ، وإلزام الأجير بالشروع في العمل . وكانت في الواقع مضافة في حق المنفعة إلى وقت حدوثها ، فإذا تسلم المستأجر العين استحق المؤجر عليه الأجرة على الوجه الذي بيناه في الأجرة ، ولا يملكها كلها إلا إذا عجلت فعلاً ، أو شرط تعجيلها ، أو استوفى المستأجر المنفعة المعقود عليها أو تمكن من استيفائها . وذلك بتسليم العين المستأجرة في مدة الإجارة ومكانها .

ولا فرق في هذا بين الإجارة المنجزة والإجارة المضافة . غاية الأمر : أن المضافة لا يترتب عليها وجوب تسليم العين المستأجرة ولا الشروع في العمل إلا عند حلول الوقت الذي أضيفت إليه ، ولذا جاز للمؤجر أن يتصرف في العين قبل حلول ذلك الوقت فتنفسخ الإجارة حينئذ ، وذلك كما إذا باع العين المستأجرة قبل الزمن المضاف إليه ، ومن هذا يظهر أن الإجارة المضافة غير لازمة ، بخلاف المنجزة فإنها لازمة وقيل : إن الإجارة بنوعها لازمة فلا ينفرد أحدهما بفسخها بغير سبب موجب للفسخ . وستعرف الأسباب الموجبة له ، وعلى هذا ينع المؤجر من التصرف في العين المستأجرة ، ولو كان العقد مضافاً ، إذا ما ترتب على نفاذ ذلك التصرف فسخ العقد . والقولان مصححان .

ومما ذكر يتبين أن الإجارة تخالف البيع ، فإن البيع يفيد أثره في المبادلة بين العوضين في الحال ، وليست الإجارة كذلك .



وإن كانت فاسدة - لعدم توافر شروط صحتها - لم يترتب على العقد أى أثر ، فلا يلزم المؤجر بتسليم العين المستأجرة ، ولا يلزم الأجير بالشروع فى العمل ، وذلك كما فى الإجارة مع جهالة الأجرة أو مع عدم بيان المدة ، أو مع تأجيل الأجرة إلى أجل مجهول ، أو مع عدم بيان المنفعة ، وكما فى الإجارة على عمل من الأعمال على أن تكون الأجرة جزءاً من المال الذى هو محل للعمل ، كأن تستأجر إنساناً ليطحن البر بجزء من دقيقه . ولكن إذا ترتب عليها استيفاء المنفعة فعلاً ، وكان ذلك بناء على تسليم المؤجر أو نائبه العين المستأجرة إلى المستأجر - فى الإجارة على منفعتها - وجبت الأجرة على المستأجر عوضاً عما انتفع به ، ولكن الأجرة الواجبة هى أجرة المثل فى جميع الأحوال ، ولا تجب الأجرة المسماة إلا فى حال واحدة . وهى أن تكون الأجرة المسماة معلومة علماً تاماً وأقل من أجرة المثل ، لأن اتفاق المتعاقدين عليها يعد تنازلاً عما فى أجرة المثل من زيادة . وقال الشافعى : يجب أجر المثل أيضاً فى هذه الحال ، لبطلان هذا الاتفاق بسبب فساد العقد .

ولا يترتب على تمسكين المستأجر فى الإجارة الفاسدة وجوب أجر المثل ، إلا فى ثلاث مسائل : هى أن تكون العين المستأجرة موقوفة ، أو مملوكة ليتيم ، أو معدة للاستغلال ، ففى هذه المسائل الثلاث تجب الأجرة بالتمسك ، وإن كانت الإجارة فاسدة .

وإن كانت باطلة كان العقد لاغياً ، ولم يترتب على الانتفاع المبني عليه أثر ، لأن المنافع لا تقوم إلا بالعقد ، كما قدمنا ، وذلك فى غير المسائل الثلاث التى ذكرناها آنفاً .

انتهاء الإجارة وبقاؤها - يستمر عقد الإجارة ما بقيت مدته ، فإذا انتهت مدته انتهى ، ووجب رد العين المستأجرة إلى مالكها عند طلبها ، ولا تبقى الإجارة بعد ذلك إلا لعذر يقتضى بقاءها ، كما إذا انتهت المدة وفى الأرض المستأجرة زرع لم يستحصد ، فإنه فى هذه الحال يبقى فيها إلى أن يستحصد بأجر المثل ، وكذلك إذا استأجر سفينة لمدة معينة فأنتهت والسفينة فى عرض البحر لم تصل إلى غرضها ، فإن الإجارة تبقى بأجر المثل حتى تصل السفينة إلى المكان المقصود وهكذا .

وهذا إذا لم يحدث قبل انتهاء المدة ما تنفسخ به الإجارة ، أو تنفسخ به ، فإن حدث فى أثناء المدة ما تنفسخ به الإجارة انفسخت ، إلا إذا وجد عذر يقتضى بقاءها . وهى تنفسخ بسبب من الأسباب الآتية :



١ — وفاة المستأجر عند الحنفية ، فلا يحل ورثته في الإجارة محله ، لأنها التزام ولا إلزام بغير التزام ، ولأن المنافع لا بقاء لها حتى تكون متروكة على ملك المتوفى ويرثها عنه ورثته ، فلا تورث ، وإذن تنتهي الإجارة بوفاته ، وترد العين إلى مالكها ، إلا إذا اقتضى بقاءها عذر ، كما في الأرض يكون فيها زرع لم يستحصد ، ففي هذه الحال وأمثالها : تبقى الإجارة إلى استحصاد الزرع أو زوال العذر المقتضى للبقاء بالأجرة المسماة ما بقيت المدة التي تمت عليها الإجارة ، فإذا انتهت واحتيج إلى بقاء الإجارة مدة أخرى بعد ذلك فإنها تبقى بأجر المثل بالغاً ما بلغ .

٢ — وفاة المؤجر ، فإن العين المستأجرة تنتقل بوفاته إلى ورثته بالميراث ، وذلك يستلزم انفساخ عقد الإجارة فيها ، لأنها تتجدد كما قدمنا بحسب تجدد المنافع . وما يحدث من المنافع بعد وفاة المؤجر يكون مملوكاً لورثته تبعاً للعين ، فلا ينفذ فيه عقده ، ومحل ذلك كما قدمنا : ألا يوجد عذر يقضى ببقائها ، وإلا بقيت على الأساس الذي بيناه ، كما إذا توفى المؤجر قبل وصول الدابة المستأجرة براكبها إلى الغاية التي استؤجرت لأجلها . فإن الإجارة تبقى بأجر المثل في هذه الحال ، وكما في الأرض يكون فيها عند وفاته زرع لم يستحصد . وقد بينا ذلك .

والمراد بكل من المستأجر والمؤجر : من كان العقد له ، سواء أبشره بنفسه ، أم باشره عنه نائب ، لا من باشر العقد لغيره ، فلا تأثير لوفاة وكيل كل من المؤجر والمستأجر في عقد الإجارة ، ولا لوفاة ولي الصغير ولا للوصى عليه ، ولا لناظر الوقف إذا ما باشروا عقد الإجارة عن هم تحت ولايتهم ، لأن هؤلاء لا يتصرفون لأنفسهم ، وإنما يتصرفون لغيرهم . وإذا توفى المؤجر وقد عجل له المستأجر أجرة المدة التالية لوفاته ، فإن أجرة هذه المدة — وقد انفسخت الإجارة فيها — تعتبر ديناً عليه المستأجر وتؤدي إليه من تركته . ويكون المستأجر بالنسبة إليها مقدماً على الغرماء الآخرين في الاستيفاء من ثمن العين المستأجرة ولذا يكون له حق حبسها لديه حتى يستوفى ما عجله ، فإذا بيعت في هذه السبيل أخذ المستأجر من ثمنها أولاً ما عجله من أجرة ، ثم يكون الباقي لسائر الدائنين ، ثم للورثة ، فإن لم يوف ثمنها بالأجرة كان المستأجر فيما بقي منها كسائر الغرماء في تركته ، ذلك هو مذهب الحنفية .



٣ — هلاك العين المستأجرة ، فإذا استأجر دابة معينة للركوب أو للحمل فهلكت الدابة انفسخت الإجارة . أما إذا لم تكن الدابة معينة . بأن استأجر إنسانا ليحمل المتاع على دابة ما ، فحمل بعضه على دابة ثم تلفت : لم تنفسخ الإجارة بهلاكها واستمرت ، وعلى المسكاري أن يحمله على أية دابة أخرى .

٤ — غضب العين المستأجرة ، فإذا غضبها من المستأجر غاصب لم يقدر على دفعه . انفسخت الإجارة ، وذهب بعض الحنفية إلى أنها لا تنفسخ ، ولكن تسقط الأجرة فقط مدة الغضب ، ويجوز للمستأجر فسخها ، وفائدة الخلاف تظهر فيما إذا ردت العين قبل انتهاء مدة الإجارة فعلى القول الأول : لا يلزم المستأجر بأن ينتفع بها المدة الباقية بعد ردها : وذلك لانفساخ العقد بالغضب وعلى الثاني : يلزم بالمضى في العقد إلى انتهاء مدته لبقائه وعليه حصة المدة الباقية من الأجرة ، إلا إذا كان قد فسخ العقد عند قيام الغضب .

٥ — حدوث عذر للمستأجر أو المؤجر يقتضى الفسخ ، وضابطه : أن يترتب على بقائها لزوم ضرر بأحدهما غير مستحق بالعقد ، ولا منظور ترتبه على بقاءه ، وعلى ذلك : يفسخ عقد الإجارة إذا ما استأجر إنسان طبيباً ليقوم بعملية جراحية ، ثم زال . ما استوجبها قبل الشروع فيها ، كما إذا توفي المريض أو برىء مما دعا إلى هذه العملية ، أو استأجر طباًخاً لعمل ولية لسبب من الأسباب الداعية إليها كعرس أو انتظار ضيوف ، فلم يتم شيء من ذلك ، وكذلك يجوز للمستأجر أن يفسخه إذا ما استأجر بيتاً للسكنى في مدينة فترك سكانها الداعية ، كأن يكون موظفاً فنقل ، أو اقتضته شؤونه المعيشية أن يرحل عنها ، أو استأجر دابة ليركبها في سفر فعدل عن السفر لسبب من الأسباب . ويجوز فسخ الإجارة : بسبب من الأسباب الآتية .

١ — بخيار شرط أو خيار رؤية ، وقد سبق أن تكلمنا عليهما بما فيه كفاية .

٢ — بخيار عيب ، فللمستأجر أن يستقل بفسخها في جميع الأحوال قبل قبض العين المستأجرة وبعده إذا حدث العيب قبل العقد أو بعده ، سواء أكان قبل تسليم العين أم بعده ، بشرط ألا يكون المستأجر قد رضى به ، وبشرط أن يؤثر العيب في الانتفاع بالعين سواء أترتب عليه نقص الانتفاع أم زواله ، لافرق بين الحالين في ثبوت حق الفسخ للمستأجر مادام العيب قائماً لم يزل .



فإن لم يخل العيب بالانتفاع لم يترتب عليه حق الفسخ ، كخادم المنزل إذا ذهبت إحدى عينيه ، فإن ذلك العيب لا يضر بالخدمة . وكذلك لا يكون له حق الفسخ إذا زال العيب قبل أن يفسخ ، كأن ينهدم بعض الدار فيبادر مالسكها إلى إعادتها كما كانت قبل أن يقوم المستأجر بفسخ عقد الإجارة ، ففي هذه الحال لا يكون للمستأجر حق الفسخ بعد إصلاحها .

٣ — وكذلك يجوز للمؤجر أن يطلب من القاضى فسخ الإجارة إذا اضطر إلى بيع العين المستأجرة في سداد دين ثابت بسبب مشاهد أو بينة أو بإقرار - على رأى بعضهم - إذا لم يكن له مال آخر خلفها يمكنه أن يبيعه في سداد ذلك الدين ، لأن في عدم بيعها ضرراً به . إذ قد يؤدي ذلك إلى حبسه بسبب المظل ، ولكن إذا كانت أجرتها معجلة وقيمتها لا تزيد عنها لم يكن له بيعها ، إذ لا فائدة من بيعها حينئذ . لأن دين المستأجر حينئذ مقدم على دين غيره .

٤ — وكذلك يجوز للمستأجر أن يفسخ إجارة الأجير إذا ما ترتب عليها استهلاك عين له كما في إجارة كاتب لينقل له هذا الكتاب على هذا الورق ، وكما في إجارة خياط ليحيط له هذا الثوب ، أو بناء ليبنى له هذا الجدار أو ليهدمه ، أو زارع ليزرع له أرضه بهذا البذر ، فإنه إذا ما بدا له أن يعدل جازله الفسخ ، لأن في استمرارها استهلاك مال له ، وذلك ضرر به ، فكان له حق الفسخ ، ولعل مرادهم : أنه لا يكون له ذلك إلا إذا عدل نهائياً عن العمل المطلوب ، وإذن فلا يكون له هذا الحق لمجرد إرادة تغيير العامل وإلا كان هذا الحكم محل نظر .

وما تقدم يتبين أن الإجارة كما تبقى بالأعذار تنفسخ أو تفسخ بالأعذار على حسب ما بينا ، وهذا مبدأ عظيم الأثر جليل الخطر ، ويجب ألا يترك لتقدير المتعاقدين إلا عند تراضيهما ، أما إذا اختلفا فالواجب فيه الرجوع إلى القضاء ليفصل فيما اختلفا فيه ، أهو عذر يترتب عليه الفسخ أم لا ؟ وقد خالف في ذلك كله مالك والشافعي وأحمد ، فذهبوا إلى أن الإجارة لا يجوز فسخها بالأعذار ولا ببدول المستأجر عن العمل الذى قصده منها ، لأنها كالبيع في لزومها ، ولا يفسخ البيع لمثل ذلك اتفاقاً .



## الجمالة

التعريف بها — الجمالة ( بتثليث الجيم ، وكسرهما أشهر ) ما يعطيه الإنسان لغيره نظير عمل يقوم به كأجلع ، وعند الفقهاء : التزام مال معلوم نظير عمل معين معلوم أو لباسته جهالة مثالها عند ما يكون العمل معلوماً : أن يقول شخص : من نقل متاعى هذا إلى مكان كذا فله مبلغ كذا من المال ، ومثالها عند ما تلابسه جهالة : أن يقول : من رد على فرسى الضال فله كذا من المال ، فإن العمل الذى يباشره العامل فى هذه الصورة غير معلوم ، لأن كيفية البحث وطرقه ومقداره كل ذلك غير معلوم .

وهذا الالتزام قد يكون لشخص معلوم ، كما إذا قال الجاعل لفلان : إن قت بكذا ، فلك كذا ، وقد يكون لشخص مجهول ، كما فى المثالين السابقين .

وهذا العقد صحيح عند الشافعية والمالكية والحنابلة استناداً إلى قوله تعالى ( ٧٢ : ١٢ )  
وَلَمَّا جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ ) فإن ذلك من الجمالة ، وقد قصها القرآن علينا من غير اعتراض عليها ، فكانت مشروعة .

ويتم عقد الجمالة من طرف واحد مادام العمل لم يشرع فيه أحد إلا أنه يكون غير لازم ، فإن شرع فيه شخص عالماً به فآتمه كان ذلك ارتباطاً من ناحيته ، ولزم به العقد بينه وبين الجاعل ، ووجبت له الجمالة ، وإن آتمه غير عالم به لم يستحق شيئاً ، لأنه متبرع بعمله « المهذب »

وهو بالنسبة إلى الجاعل عقد غير لازم عندهم قبل الابتداء فى العمل ولازم بعد تمامه اتفاقاً ، أما بعد الابتداء فيه وقبل أن يتم . فالشافعى وأحمد يذهبان إلى أنه غير لازم أيضاً ، سواء استجاب له أحد ، فشرع فى العمل أم لم يستجب له أحد ، ولذا يجوز للجاعل أن يفسخه ويرجع عنه فى هاتين الحالين . فإن رجع عنه قبل أن يشرع فى العمل أحد ثم شرع فيه شخص عالماً برجوعه لم يلزم الجاعل شئ من الجمالة لذلك العامل ، وإن شرع فيه شخص جاهلاً به فآتمه فالأصح عند الشافعية أنه لا يستحق كذلك شيئاً على الجاعل ، واستحسن البلقينى أنه يستحق الجعل فى هذه الحال . ما لم يتم الجاعل باعلان رجوعه .



وإن رجع الجاعل بعد الشروع فيه كان للعامل أجر مثل ما عمل فقط . وأما مالك فيرى أنه لازم فلا يملك الجاعل أنه يستبد بفسخه حتى لا ينال العامل ضرر .

وأما بالنسبة إلى العامل فهو غير لازم اتفاقاً فيجوز له أن يفسخ هذا العقد قبل شروعه في العمل وبعد شروعه سواء أكان معيناً أم غير معين ولا يستحق من الجعالة شيئاً على ما عمل لرجوعه قبل تمام العمل غير أن مالكا يشترط لعدم استحقاقه شيئاً من الجعل حينئذ ألا ينتفع الجاعل بما أتم العامل منه ، فإن انتفع به بأن استأجر من قام بتمام العمل بناء على ما تم منه ، كان له أجر مثله على ما عمل .

وذهب الحنفية إلى أن الجعالة إجارة فاسدة ، لعدم توافر شروط الإجارة فيها . ولا يجب فيها إلا أجر المثل بالعمل ، بشرط ألا يزيد عن المسمى .

شروطها - ويشترط فيها ما يأتي :

- ١ - أن تتوافر في الجاعل شروط المؤجر التي بينها في الإجارة ، فإن لم تتوافر كانت الجعالة باطلة لا يترتب عليها أثر ، كجعالة الصبي والسفيه .
- ٢ - أن يتم العامل العمل ، وإن لم يكن بالغاً ، فيصح أن يكون صبياً مميزاً وإن لم يأذنه وليه بذلك ، ويستحق الأجر إذا أتم العمل .
- ٣ - أن تكون صيغتها دالة على التزام قائمها ، فلا تصح الجعالة إذا ما أسندها قائمها إلى غيره ، كأن يقول : إن فلانا يعطى من يفعل كذا أجراً هو كذا ، لعدم التزام كل منهما .
- ٤ - أن يكون الجعل معلوماً ، فإن كان به جهالة تفضى إلى النزاع وجب أجر المثل عند إتمام العمل .

ولا يشترط فيها أن يكون العمل للجاعل ، فتصح إذا قال شخص : من رد على فلان ضالته وهي كذا أعطيته جنيهاً ، فإذا قام إنسان بردها استحق الجنيه على الجاعل ، لأنه الملتزم ، لا على مالك الضالة ، لأنه لم يلتزم

وكذلك لا يشترط في صحتها أن يكون العمل ذا منفعة للجاعل ، وذلك الشرط محل خلاف بين العلماء ، فمن قال : من يتسلق هذا الجبل فله منى كذا ، لزمه الجعل إذا قام به إنسان عند فريق من العلماء ، ولا يلزمه عند فريق آخر لعدم انتفاع الجاعل بمثل هذا العمل .



ولا يشترط في استحقاق الجعل عمَلُ العامل بنفسه ، فله أن يستعين بغيره في أدائه .  
وتخالف الجعالة الإجارة فيما يأتي :

- ١ — في جوازها مع جهالة العمل ، خلافا للإجارة .
- ٢ — في صحتها عند عدم تعيين الطرف الآخر .
- ٣ — في تمامها مع عدم القبول
- ٤ — في أنها غير لازمة قبل العمل .
- ٥ — في أن الجعل إذا عجل فيها لم يملك بالتعجيل ، بخلاف الإجارة ، فإن الأجرة إذا دفعت معجلا للمؤجر تملكها .

وتنسخ الجعالة بموت الجاعل وبجنونه وبإغمائه ، إذا حصل قبل الشروع في العمل ، وكذلك إذا حصل بعد الشروع فيه عند الشافعي وأحمد ، غير أنه إذا كان المتوفى هو الجاعل ، وأتم العامل باقي العمل بعد الوفاة ، كان له أجر مثل ما عمل في الحياة فقط ، دون ما عمل بعد الوفاة ، لبطلان الجعالة ، فإن لم يتمه لم يستحق شيئاً ، وإذا كان المتوفى هو العامل فأتم العمل وارثه استحق بقدر ما عمل مورثه فقط ، فإن لم يتم وارثه العمل لم يستحق شيئاً على ما أتمه مورثه .

وعند مالك لا تبطل بعد الشروع بموت الملتزم ، ولا بموت العامل ، فيلزم الورثة بأداء الجعل من تركة الملتزم عند تمام العمل ، ويقوم ورثة العامل بإتمامه عند وفاة مورثهم ، ولهم الجعل عند إتمامه .

### المزارعة

التعريف بها — هي عقد بين مالك أرض ومزارع على أن يزرعها ببعض الخارج منها وتسمى كذلك بالحاقلة والقرّاح .

وهي عقد فاسد عند أبي حنيفة والشافعي ومالك ، لورود الأثر بالنهي عنها ، وأجازها الصحابان وأحمد لحاجة الناس إليها ، ولأن النبي صلى الله عليه وسلم عامل أهل خيبر على نصف ما تخرجه أرضها من ثمر وزرع .



وهي إجارة في الابتداء وشركة في الانتهاء ، ولذا كان المعقود عليه فيها إما منفعة الأرض إن كان البذر على المزارع ، وإما عمل المزارع إن كان البذر على صاحب الأرض .

شروطها — يشترط فيها ما يأتي :

- ١ - أهلية العاقدين لمباشرة عقود المعاوضات .
- ٢ - بيان مدة لها تتسع لزراع الأرض وإدراك ما يزرع فيها ، فإذا لم تبين مدة فسدت . وروى عن محمد أنها تصح وتقع على زراعة واحدة .
- ٣ - صلاحية الأرض للمزراعة ، لأنها المقصودة من العقد .
- ٤ - التخلية بين الأرض والمزارع ، فإذا شرط على صاحب الأرض أن يعمل كذلك فسدت ، لأن ذلك يحول دون التخلية ، ويؤدي إلى النزاع .
- ٥ - بيان نوع البذر الذي سيذر في الأرض للمزراعة ، ومن عليه ذلك البذر من العاقدين ويكفي في بيان ذلك العرف ، فإذا كان العرف مشتركاً لا يعين أحد العاقدين فسدت .
- ٦ - الشركة في الخارج مع بيان نصيب كل منهما فيه . فإذا ذكر ما قدم يمنع الشركة فسدت ، وذلك كاشتراط رفع الخراج من الخارج ابتداء ، أو رفع البذر ، أو رفع أى مقدار معين ، فقد لا يخرج منها سوى ما اشترط رفعه ابتداء ، فلا تتحقق الشركة في الخارج بين العاقدين .

حكما - وهي عقد لازم ، إلا بالنسبة لمن شرط عليه البذر ، قبل إلقائه في الأرض ، فله حينئذ أن يستقل بفسخها حتى لا يجبر على إتلاف ماله - وهو البذر - ببذره في الأرض ، وقد ينبت وقد لا ينبت ، وإذا نبت فقد تصيبه آفة .

وإذا صححت المزارعة كان الخارج من الأرض بين صاحبها والمزارع على ما شرطاً ، فإن لم يخرج الأرض شيئاً فلا شيء للمزارع ، إذ لا استحقاق له إلا في الخارج .

وإذا كانت فاسدة فمضى فيها العاقدان كان على صاحب البذر أجر مثل الأرض إن كان المزارع ، وأجر مثل المزارع إن كان مالك الأرض ، سواء أخرجت الأرض شيئاً أم لا ، ولا يزداد على ما شرط لها في العقد للرضا به . وهذا عند الشيخين . وقال محمد : الواجب أجر المثل في الحالين بالغاً ما بلغ ، لفساد الرضا والتقدير بسبب فساد العقد ، فإن



خرج شيء من الأرض كان لصاحب البذر، لأنه نماء ملكه .  
انتهائها -- تنتهي المزارعة بانتهاء مدتها ، فإذا انتهت والزرع لم يدرك بقى الزرع في الأرض ، وعلى المزارع أجر ما تشغله حصته في الزرع من الأرض ، وتكون النفقة حينئذ عليهما بقدر حصصهما .

وإذا مات مالك الأرض قبل انتهاء مدتها والزرع بقل ، وأراد المزارع المضي في عمله ، كان له ذلك ، وليس لورثة المالك منعه ، كما أنهم لا يملكون إجباره حينئذ على المضي في العقد وإذا مات المزارع قبل إدراك الزرع كان لورثته أن يقوموا مقامه حتى يدرك ، رضى بذلك مالك الأرض أو أبى ، فإذا لم ير المزارع أو ورثته المضي في العقد في الحالين السابقين كان لمالك الأرض أو ورثته الخيار في واحد من ثلاثة :

(١) الإنفاق على الزرع ومحاسبة المزارع أو ورثته على ما ينحصر من النفقة ، ثم قسمة الخراج بينهم على الشرط .

(٢) قلع الزرع وقسمته في الحال على حسب الشرط .

(٣) تملك حصة المزارع بقيمتها وقت إرادة ذلك ، فيخلص جميع الزرع لصاحب الأرض أو ورثته .

### المساقاة

التعريف بها - المساقاة عقد على دفع الشجر أو الكرم أو ما في حكمهما إلى من يقوم عليه نظير حصة شائعة معينة من الثمر ، وتسمى كذلك معاملة ومناسبة .

والمراد بالشجر وما في حكمه : كل ما ينبت في الأرض ويبقى بها للاستثمار سنة فأكثر ومحل العقد فيها ، عمل المساقى . وهي إجارة في الابتداء وشركة في الانتهاء .

شروطها - يشترط فيها كل ما يلائمها من شروط المزارعة التي بينها . وهي :

١ - أهلية المتعاقدين .

٢ - التحلية بين المساقى والشجر .

٣ - بيان حصة كل في الثمر على أن تكون شائعة . محققة للشركة فيه .



٤ - بيان مدة يظن خروج الثمر فيها ، فإن لم يبين لها مدة وقعت على أول ثمر يظهر ، وإن بينت مدة قد يخرج الثمر وقد لا يخرج ، ثم لم يخرج فيها - ظهر فسادها ، وكان للمساق أجر مثل عمله .

حكما - يرى أبو حنيفة أنها فاسدة لأنها في معنى الإجارة بجزء من المال المستأجر عليه وذهب أصحابه والأئمة الثلاثة إلى أنها صحيحة لورود الأثر بها في تعاقد النبي صلى الله عليه وسلم مع أهل خيبر .

وأثرها عندهم : ثبوت الشركة في الخارج من الثمر كالزراعة ، غير أنها تخالفها في أنها لازمة في جميع أحوالها .

وإذا انتهت مدتها استمر المساق في العمل بلا أجر إلى إزهاء الثمر .  
وإذا حددت لها مدة لا يحتمل فيها خروج الثمر فسدت وكان للمساق أجر المثل إذا عمل .  
وإذا صححت المساقاة فلم يثمر الشجر في المدة التي ذكرت فلا شيء لأحد العاقدين على الآخر ، لأن ذلك لا يكون إلا لآفة ، فلا يتبين فساد العقد حينئذ .

وما يترتب على انتهاء المدة في المزارعة ، وعلى موت أحد طرفيها من الأحكام يترتب مثله على انتهاء المدة في المساقاة ، وعلى موت أحد طرفيها من الأحكام ، لا فارق بينهما فراجع إليه .

## العارية

التعريف بها - العارية : تملك المنفعة بالجمان حال حياة المملك ، فتميزت عن البيع ، لأنه تملك عين ، وعن الإجارة ، لأنها تملك المنفعة بمال ، وعن الوصية بالمنفعة ، لأنها تملك بعد الوفاة ، وتطلق العارية كذلك على العين المستعارة ، ويسمى المملك معيراً والآخذ مستعيراً .

ركنها - وركنها : الإيجاب من المعير والقبول من المستعير .  
بم تنعقد ؟ وتنعقد بكل لفظ يفيد التملك مجاناً ، كأعرتك أرضي ، ومنحتك ثوبي لتلبسه ، وأعطيتك سيارتي لتحملك إلى مكان كذا . وبالفعل متى دل عليها بما صاحبه



من القرائن ، كأن يذكر شخص لآخر حاجته إلى قلم ليكتب به هذا الكتاب فيعطيه إياه بلا لفظ .

ولا تتم العارية ولا يترتب عليها أثرها إلا بالقبض ، لما قدمنا ، فإذا قبض المستعير العين المستعارة تم العقد وترتب عليه أثره ، وهو ملكه المنفعة ملكاً غير لازم .

وذهب مالك إلى أنها تلزم بمجرد القول مادام المعير حياً .

وذهب الشافعي وأحمد إلى أنها لا تفيد تملكاً ، وإنما تفيد إباحة فقط ، وإلى هذا

ذهب بعض الحنفية كالكرخي .

شروطها — يشترط في كل من المعير والمستعير ما يشترط في المؤجر والمستأجر ،

ويشترط في العين المستعارة أن ينتفع بها مع بقائها سواء كانت من القيمات أم من المثليات ، فلا تجوز إعاره النقود لاستهلاكها . وكذلك يشترط تعيينها ، فإذا أعار شخص صديقه سيارة من سياراته لم تصح العارية إلا إذا جعل له أن يأخذ ما شاء منها .

حكما — والعارية غير لازمة ، سواء أكانت مطلقة ، أم مقيدة بمدة ، فإذا قيدت

بمدة معينة ، جاز للمعير استردادها قبل مضيها ، ولكن إذا ترتب على استردادها ضرر كالأرض تستعار لزراعتها ثم تسترد والزرع لم يدرك ، فإنها تترك في يد المستعير حتى يستحصد الزرع بأجر المثل منعاً للضرر .

فإن استعيرت للبناء أو الغراس ولم تقيد بمدة جاز استردادها في أي وقت ، وكلف

المستعير القلع إذا كان لا يضر بالأرض ، ويجوز أن يملكه المعير حينئذ بالاتفاق مع المستعير ، فإذا أضر بالأرض لم يمكن المستعير من القلع ، وجاز للمعير أن يملكه جبراً عنه بقيمته مستحق القلع .

وإن كانت مقيدة بمدة فرجع المعير قبل مضيها ، ضمن الفرق بين قيمة البناء أو الغراس

مستحق القلع الآن وقيمته مستحق القلع عند مضي المدة إن لم يضر القلع بالأرض ، فإن أضر بها تملكه المعير بقيمته مستحق القلع عند مضي المدة جبراً عن المستعير .

وذهب مالك إلى أن العارية تلزم إذا قيدت بمدة معينة لوجوب الوفاء بالعقد ، وكذلك

تلزم إذا أطلقت واقتضى العرف تقييدها بمدة . فلا يجوز استردادها قبل انتهائها على الأصح



عنده ، ولذا لا تنتهي بموت المستعير في هذه الحال . بل يستوفى وارثه المنفعة إلى نهاية المدة المعينة بالنص أو بالعرف .

يد المستعير - والعارية في يد المستعير أمانة ، لا تضمن إلا بالتعدي عليها ، أو التقصير في حفظها ، فإذا تلفت هلكت على مالئها - وإن شرط ضمانها على المستعير عند إعارتها - لأنه شرط باطل ، فيبطل وتصح العارية .

وفي التبئين : أن المعير إذا شرط على المستعير ضمانها كانت يده عليها يد ضمان ، فيضمنها إذا تلفت عنده ، ولو من غير تعد أو تقصير .

وذهب الشافعي إلى أن يده عليها يد ضمان في جميع الأحوال حتى إذا شرط عدم ضمانها لغا الشرط ، وذلك لما روي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حين استعار من صفوان ابن أمية دروعه يوم حنين قال له صفوان « أغضب يا محمد ؟ فقال عليه السلام : لا ، بل عارية مضمونة »

أنواعها ، وكيفية الانتفاع بالعين - العارية إما مطلقة وإما مقيدة ، فإن كانت مطلقة انتفع المستعير بالعين المستعارة الانتفاع الذي يريده ، غير متجاوز فيه المعروف عرفاً . لأنه كالمشروط ، فإذا تجاوزه كان معتدياً في ذلك ، فإذا تلفت بسبب ذلك أو نقصت كان ضامناً لقيمتها أو نقصها ، فإذا استعار دابة خاصة بالركوب ، ولم يذكر في العقد أنه يستعيرها ليركبها لم يحز له أن يحمل عليها ، لأن العرف يقيد الانتفاع بها فيخصه بركوبها ، وكان ذلك قد شرط فليس له أن يحمل عليها لذلك .

وإن كانت مقيدة بنوع من الانتفاع ، أو بزمن أو بمكان تقيدت بما قيدت به ، فلا يجوز للمستعير مجاوزته إلى ما هو أشد ضرراً ، كما قدمنا في الإجارة ، فإذا تجاوزه إلى ما هو أشد ضرراً فتلفت أو نقصت كان ضامناً .

تصرف المعير في المنفعة - ليس للمعير أن يؤثر العارية . لما قدمناه من أن الإجارة لازمة ، والعارية غير لازمة ، أما إعارته إياها فهناك حكماها :

إذا كان الانتفاع بالعارية لا يختلف باختلاف المستعمل كحمل شيء خاص على دابة جاز للمستعير أن يعيرها لغيره لمثل هذه المنفعة ، سواء أعين المنتفع أم لم يعين ، ذلك لأنه



إذا عين المنتفع في العارية فالتعيين لا يفيد ، لأن الانتفاع لا يختلف باختلاف المستعمل .  
فكان المستعير وغيره سواء ، وإن لم يعين ، فالأمر ظاهر .

وإن اختلفت فتحت ذلك صورتان :

إحداها : أن يُعيَّن المنتفع ، وعندئذ لا يجوز إعارتها لغيره ، فإذا استعار شخص العين على أن ينتفع هو بها لم يعطها لغيره ، وإذا استعارها على أن يركبها فلان لم يجوز أن يركبها المستعير .

ثانيتهما : ألا يعين المنتفع ، وفي هذه الحال تنقيد العارية بأول منتفع بها ، فلا تعار لغيره بعده ، فإن انتفع هو بها فعلا لم يعرها لغيره ، وإن أعارها لغيره ابتداء فانقفع بها لم يجوز له أن ينتفع هو بها ، وهذا ما اختاره فخر الإسلام ، واختار شمس الأئمة السرخسي أنها لا تنقيد بأحد في هذه الحالة .

ويجوز للمستعير أن يودع العارية في جميع الأحوال التي يجوز له فيها أن يعيها ، وليس له إيداعها إذا لم يجوز له إعارتها .

نققات العارية — ونققات العين المستعارة سواء أكانت لازمة لحفظها أم لحياتها ، أم لردّها إلى معيها واجبة على المستعير ، فإذا كانت حيوانا فعلفه على المستعير وقت عاريته ، وإذا أرا رد العارية إلى مالكها وجب عليه أن يقوم بنفسه بذلك إن كانت من الأشياء النفيسة وأن يسلمها إلى المعير نفسه ، فإذا ردها بواسطة رسول أو سلمها لغير مالكها فتلفت كان عليه ضمانها ، وإن لم تكن من الأشياء النفيسة كان له ردها بواسطة أمينه ، ويكفي أن تسلّم إلى المعير ، أو إلى من هو في عياله ممن لا ينكر العرف تسليمها إليه ، فإذا هلكت بعد ذلك لم يكن ضامنا .

انتهاء العارية — تنتهي العارية بمضى مدتها إذا كانت مقيدة بمدة ، فإن كانت مطلقة انتهت بطلب المعير ردها ، وكذلك تنتهي بموت المعير أو المستعير ، وذهب مالك إلى أنها إذا قيدت بمدة لم تنته إلا بمضيها .

### الوديعة

التعريف بها — الوديعة عقد يفيد تسليط المالك غيره على حفظ عين من ماله ، ويسمى المالك مودعاً ، والحافظ وديعاً ومستودعاً ، والمال وديعة .



ركنها — وركنها : الإيجاب والقبول ، ويكونان باللفظ الدال على الإيداع وقبوله صراحة ، كأودعتك هذا الكتاب وقبلت وبالفعل الدال على ذلك أيضاً ، وكوضع الحيوان في الحظيرة المعدة للإيداع أمام حارسها بدون لفظ ، وكرتكت متاع أمام جالس ينظر إليه بدون اعتراض منه كما يحصل في المساجد عادة ، فتتم الوديعة بمثل هذا ، لدلالته عليها عرفاً ، وبهذا يتبين أن الوديعة أخص من الأمانة ، فإن الأمانة لا يلزم أن تكون نتيجة عقد ، فاللقطة في يد الملتقط أمانة ، وليست وديعة ، وعلى ذلك فكل وديعة أمانة ، وليس كل أمانة وديعة .

شروطها — يشترط في الوديع أن يكون مكلفاً ، فلو استودع صبي ميمز أو غير ميمز فاستهلك الوديعة فلا ضمان عليه لوجود التسليط من المودع ، وأن يكون المودع ميمزاً ، وأن تكون الوديعة قابلة لوضع اليد عليها ، فلا ينعقد إيداع طير في الهواء ، ولا تتم إلا بالقبض كالعارية .

حكمها — يترتب على تمامها بالقبض ما يأتي :

- ١ — وجوب الحفظ على الوديع . فيلزمه أن يحفظها بما لا ينكره عليه العرف .
- ٢ — ودفعها إلى المودع عند طلبه ، فلا يجوز للوديع أن يؤخر ردها بعد الطلب ، فإذا لم يجب إلى ذلك فوراً فتلفت ضمن .

ولا يجوز للوديع أن يسلمها إلا إلى مودعها أو رسوله ، فلو سلمها لغيرها فتلفت ضمن إلا إذا أكره على ذلك إكراهاً ملجئاً ، ومؤونة ردها على مالكيها لا على الوديع .

وإذا توفى المودع أو الوديع ظلت أمانة في يد الوديع أو ورثته ، فإذا طلبها المودع أو ورثته سلمت إليهم إن وجدت في تركة الوديع ، فإن لم توجد كان ضمانها من التركة ، لأن الأمين يضمن بموته مجهلاً الأمانة .

٣ — وأنها في يد الوديع أمانة لا تضمن إلا بالتعدى عليها أو بالتقصير في حفظها ، ومحل ذلك : إذا لم يكن الإيداع بأجر ، فإن كان بأجر كان الوديع أجيراً ، وكان ضامناً لها إذا هلكت بفعل يمكن الاحتراز عنه ، ولو لم يكن منه تقصير .

وإذا شرط المودع على الوديع شروطاً في طريقة حفظها وجب اتباعها إذا كانت مفيدة فإذا خالفها فتلفت الوديعة كان ضامناً لها لتقصيره بالخالف ، ومحل ذلك : إذا لم تكن الخالفة



لضرورة ، كأن يشترط المودع عليه أن يحفظها في منزل معين فيضطر إلى نقلها منه لاشتعال النار فيه ، فإذا هلكت بعد ذلك بدون تعد لا يضمن .

هذا ، وليس للوديع أن ينتفع بالوديعة أى انتفاع ، فإذا انتفع كان متعدياً بانتفاعه فإذا تلفت ضمنها ، وإذا أذنه المودع بالانتفاع صارت عارية لا وديعة ، وكذلك : ليس له أن يتصرف فيها بإيداع أو إجارة أو إعاره أو رهن ، ولا أن يسافر بها إلا إذا اضطر إلى السفر ولم يمكنه أن يتركها عند عياله ، لأنه لا عيال له أوله عيال لا يمكن أن يعهد إليهم في حفظها .  
وضمان الوديعة يكون بأداء مثلها وإن كانت مثلية ، وبأداء قيمتها إن كانت قيمة ، كما قدمنا ذلك غير مرة .

## الرهن

التعريف به - الرهن في اللغة : حبس الشيء بأى سبب ، ومنه قوله تعالى في سورة المدثر « كل نفس بما كسبت رهينة » أى محبوسة بجزاء عملها .

وعند الفقهاء حبس مال بحق يمكن أن يستوفى منه جميعه أو بعضه . كما إذا كان عليك دين لآخر فأعطيته ساعتك رهناً به إلى أن يؤديه إليك فإن الساعة مال جعلته محبوساً في الدين الذى عليك ، وهذا الدين حق يمكن أن يستوفى كله من ثمن الساعة ، إذا بيعت بما لا يقل عن الدين ، أو بعضه إذا ما بيعت بأقل من الدين ، وبمقتضى التعريف لا يعد من الرهن حبس مائس بمال نظير حق مالى ، ولا حبس مال نظير قصاص ، لأنه حق لا يمكن استيفاؤه من المال وليس من الواجب أن يكون الحبس لدى صاحب الحق ، بل قد يكون عنده ، وقد يكون عند أمين يتفق عليه الدائن والمدين ، ويسمى بالعدل ، وليس من الواجب كذلك أن تكون قيمة الرهن أكثر من الدين ، أو مساوية له ، بل قد تكون أقل منه وقد يكون الرهن من جنس الدين ، كما فى رهن صرة من النقود نظير دين معين من النقود . وقد يكون من غير جنسه .

ومعطى الرهن يسمى رهنًا ، وآخذه يسمى مرتهنًا ، والعين المرهونة تسمى رهنًا ورهينة ومرهونة ، والفعل رهن إذا أعطى رهنًا ، وارتهن إذا أخذ رهنًا .

ركنه - ركنه الإيجاب والقبول ، وقيل : ركنه الإيجاب فقط ، والقبول شرط ،



وعلى كل حال فلا يتم إلا بالقبض . لقوله تعالى في آخر سورة البقرة ( فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ ) وهذا محل اتفاق .

شروطه - لا يتحقق رهن إلا بوجود رهن ، وموتهن ، ومرهون ، ومرهون به ، ولكل شروط .

١ - شروط الراهن - يشترط في الراهن أن يكون أهلاً للمعاوضة المالية ، فـرهـن فاقـد الأهلية باطل ، ورهن ناقص الأهلية ، كالصبي المميز أو من ألحق به كالفقيه : متوقف على إجازة الولي أو القيم ، لأنه من قبيل التجارة ، كما في البدائع ، فيصح منهما متوقفاً على الإجازة ، وكذلك رهن المحجور عليه بدين مستغرق يتوقف على إجازة بقية الدائنين لأنه استيفاء من وجه ولا يملك المحجور عليه بسبب الدين تفضيل دائن على آخر في الوفاء .

٢ - شروط المرتهن - يشترط في المرتهن ما يشترط في الراهن من أهلية المعاوضة لأن الارتهان استيفاء للدين من وجه كما ذكرنا ، ولا يستوفي الدين إلا من توافرت فيه أهلية المعاوضة ، وذلك ما يفهم من البدائع .

٣ - شروط المرهون - يشترط في المرهون : أن يكون مالاً متقوماً مقدور التسليم مميزاً من غيره محوزاً ، غير مشغول بملك الراهن . وعليه فلا يصح رهن محصول أرض قبل ظهوره لعدم وجوده ، ولا رهن خمر لدى مسلم لعدم تقومه ، ولا رهن طير في الهواء لعدم القدرة على تسليمه ، ولا رهن مشاع لعدم تميزه ، سواء أ كان الشيوع فيما يقبل القسمة أم فيما لا يقبلها ، وسواء أ كان للشريك أم لغيره . وكذلك لا يصح رهن الثمر على الشجر ، بدون الشجر لعدم إمكان حيازته على هذه الصفة ، ولا رهن دار مشغولة بأمتعة الراهن . أما إذا كان شاغلاً لملك الراهن كرهن الأمتعة في البيت ، فإنه يجوز بالتخيلية بين المرتهن وبينها متى تمكن من قبضها .

٤ - شروط المرهون به - يشترط في المرهون به : أن يكون ديناً أو عيناً مضمونة بنفسها ، وتريد بالدين ما كان ثابتاً في الذمة وقت الرهن أو موعوداً به في ذلك الوقت ، ولما يثبت ، فإذا طلبت من صديقك أن يقرضك مبلغاً من المال ، فقال : لا أفعل إلا إذا أعطيتني به رهناً ، فأعطيته به رهناً قبل الإقراض صح ذلك رهناً ، لأن الدين موعود به حين الرهن .



وتزيد بالعين المضمونة بنفسها : أن تضمن عند الهلاك بمثلها أو بقيمتها كالعين المغصوبة والعين التي عينت مهراً لزوجته . أما إن كانت مضمونة بغيرها كالبيع في يد البائع - « إذ أنه مضمون بالثمن » - أو غير مضمونة أصلاً ، كالوديعة في يد الوديع ، فلا يصح إعطاء رهن بها ، وعلى هذا إذا أعطى الغاصب رهنًا بما غصب لمن اغتصب منه صح ذلك ، ولا يصح إعطاء الوديع رهنًا بالوديعة ، ولا البائع رهنًا بالبيع .

هذا ولا يشترط في الرهن أن يكون ملكاً للراهن ، بل يجوز الرهن من غير المالك إذا كان أباً أو وصياً ، فيجوز لكل منهما أن يرهن مال موليه بدين على نفسه . وعلوا ذلك بأنه يجوز لكل منهما إيداع مال الصغير ، فيكون أمانة في يد الوديع ، إذا هلك من غير تعد هلك على الصغير وإذا جاز الإيداع كان جواز الرهن أولى ، لأنه أقل ضرراً من الوديعة ، إذ العين المرهونة إذا هلكت من غير تعد لم تهلك مجاناً كما تهلك الوديعة ، فلا تضع قيمتها جميعاً بهلاكها على الصغير ، وإلى هذا ذهب الطرفان ، وخالف في ذلك أبو يوسف ، لأن الرهن فيه معنى التبرع فلا يجوز من الولي .

وإذا لم تكن للراهن ولاية لم ينفذ رهنه مال غيره في دين على نفسه إلا بإذن مالكة أو بإجازته ، ويسمى المرهون حينئذ بالرهن المستعار ، وفي هذه الحال يتقيد الراهن بما يقيده به المالك ، فإذا قيده بقدر من الدين أو بدائن معين أو ببلد معين فلا يجوز له مخالفة ذلك إلا إلى خير منه .

حكم عقد الرهن - لا يتم الرهن ولا يكون لازماً بمجرد صدور الإيجاب والقبول . وعلى ذلك لا يلزم الراهن بالمضى فيه قبل تسليم المرهون ، فله أن يرجع عنه . فإذا تسلّم المرتهن المرهون لزم بالنسبة للراهن ، فلا يكون له أن يفسخه ، ولا يملك استرداده ورفع يد المرتهن عنه ، ولكنه لا يلزم بالنسبة للمرتهن فله أن يفسخه ويرد المرهون إلى مالكة . وذهب الإمام مالك إلى أن الرهن لا يتم إلا بالتقبض ، ولكنه يلزم بصدور الإيجاب والقبول . فيلزم الراهن بالمضى فيه مادام حياً ، فإذا مات بطل ، ويترتب على تسليم الرهن إلى المرتهن الآثار الآتية :

أولاً - حق الحبس - فيكون للمرتهن حق حبسه إلى أن يستوفى الدين الذي رهن به ولا يجوز له أن يحبسه بدين آخر لم يرهن به ، سواء أ كان سابقاً على الرهن أم لاحقاً له .



وإذا تعدد الدائنون فأعطاهم المدين رهناً واحداً بديونهم جاز لهم أن يتفقوا على حبس الرهن عند أحدهم ، أو عند عدل يختارونه ، أو يتهايئوا حفظه ، فيحبسه كل منهم مدة معينة وإذا كان الرهن مما يتجزأ دون ضرر جاز لهم أن يقتسموه بينهم بنسبة ديونهم ، فيحتبس كل منهم حصة منه ، وعلى أية حال فليس للراهن أن يطالب بتسليمه أو بتسليم أى جزء منه إلا إذا أدى جميع ديون المرتهين . فإذا أدى دين واحد منهم لم يكن له أن يسلم إليه ما قام على حبسه من الرهن . لأنه لا يزال محبوساً بالنسبة لديون الآخرين ، وهو نائب عنهم فى حبسه .

ثانياً — حبس الرهن بأى جزء من الدين — للمرتهن أن يحتبس الرهن جميعه عنده ما بقى له جزء من الدين المرهون به ، لأنه محبوس كله بجميع الدين ، فلا يسلم إلا بسداده كله ، ولكن إذا كان الرهن شيئين وعين لكل منهما وقت الرهن مقدار من الدين فإنه يجب تسليم أى الشئيين عند ما يؤدى ما رهن به من الدين .

ثالثاً — حق المطالبة بالدين مع الرهن — لا يمنع الرهن المرتهن من حقه فى المطالبة بدينه متى كان حالا ، لأن الرهن للتوثيق والدين معه قائم ، فإذا كان حالا كان لصاحبه حق المطالبة به .

وإذا حضر الدين لم يسلم إلى الدائن إلا بعد إحضار الرهن ، إذ لا موجب لبقائه فى يد المرتهن بعد وفاء الدين .

رابعاً — اختصاص المرتهن بالرهن — يكون المرتهن أحق بالرهن من سائر الغرماء . وعلى ذلك: إذا كان على الراهن ديون كثيرة لا تفي بها أمواله ويبيع الرهن لسداد الدين كان للمرتهن أن يستوفى دينه أولاً من ثمنه ، فإن وفى فيها ، وكان الباقي منه لسائر الغرماء ، وإن لم يوف كان المرتهن أسوة الغرماء فى بقية دينه .

خامساً — تأثير الموت فى الرهن — لا تأثير لوفاة الراهن ولا لوفاة المرتهن فى الرهن ، فإذا توفى الراهن لم يكن لوارثه طلب العين المرهونة من المرتهن إلا إذا أوفى الدين ، وذلك لأنه ورث العين محملة بحق المرتهن ، فلا يستخلصها الراهن إلا إذا وفى دينه ، وإذا



مات المرتهن قام وارثه في احتباس الرهن مقامه ، لأن حق الاحتباس حق مالى ينتقل بالوراثة إلى ورثة المرتهن .

سادساً — الانتفاع بالرهن — لا يجوز للراهن ولا للمرتهن الانتفاع بالرهن إلا بإذن الآخر ، لأن الرهن باق على ملك الراهن ، وحق المرتهن متعلق بماليته لا بمنافعه ، فلا ينتفع به إلا بإذن مالكه وهو الراهن ، وكذلك ليس للراهن يد عليه لأنه في يد المرتهن ولا يمكنه الانتفاع به إلا بقبضه منه وهو لا يكون إلا بإذنه ، غير أنه إذا أذن الراهن المرتهن بالانتفاع وكان ذلك شرطاً في ثبوت الدين أو غرضاً فيه لم يحل للمرتهن أن ينتفع لشبهة الربا .

وإذا سلم المرتهن الرهن للراهن لينتفع به فسد الرهن لفوات شرط الرهن ، وهو بقاء الرهن في يد المرتهن ، ولكن يكون للمرتهن في هذه الحال حق استرداده جبراً ، فإذا استرده ارتفع الفساد وعاد الرهن صحيحاً .

وإذا أذن الراهن المرتهن بأن ينتفع بالرهن ثم تلف الرهن حال انتفاعه به ، فإنه يهلك هلاك الأمانة لا هلاك الرهن ، لتحول يد المرتهن حينئذ بالإذن إلى يد مستعير ، فتكون يد أمانة لا يد ضمان . أما إذا هلك قبل الانتفاع به فعلاً أو بعد انتهاء الانتفاع به فإنه يهلك حينئذ هلاك الرهن ، أى بالأقل من قيمته ومن الدين .

سابعاً — هلاك الرهن — إذا هلك الرهن عند المرتهن وكان هلاكه بدون تعد أو تقصير ، فإنه يهلك بالأقل من قيمته وقت قبضه ومن الدين ، فإذا كانت قيمة الرهن وقت تسليمه إلى المرتهن مساوية لقيمة الدين سقط الدين بهلاكه ، وإن كانت أقل سقط من الدين بقدرها ، وكان للمرتهن أن يطالب الراهن بما بقي له بعد ذلك من دينه ، وإن كانت أكثر سقط بهلاكه الدين كله ، ولم يكن للراهن أن يطالب المرتهن بزيادة الرهن على الدين لأنها أمانة في يده ، فتهلك بالجمان ، ولا فرق في هذا الحكم بين أن يكون الدين موجوداً وقت الهلاك أو معيناً موعوداً به لما يثبت ، وعليه: إذا هلك الرهن في يد المرتهن بعد الوعد بالدين وقبل ثبوته ضمن المرتهن قيمته إن كانت مساوية للدين أو أقل ، وإن كانت أكثر: لم يضمن من قيمته إلا بقدر الدين ، لأن الزائد عليه أمانة ، وكذلك يكون الحكم



إذا ما هلك الرهن بعد تسديد الدين وقبل تسليمه إلى الراهن ، لأنه في يد المرتهن مضمون  
أما إذا هلك بعد الإبراء من الدين وقبل أن يطلبه الراهن ، فإنه يهلك هلاك الأمانة  
استحساناً .

وذهب الشافعي وأحمد إلى أن الرهن أمانة في يد المرتهن . فإذا هلك في هذه الحالة لم  
يضمنه .

حكم الرهن المستعار - وإذا كان الرهن مملوكاً لغير الراهن ، وقد استعير لذلك ، فلم يعير  
أن يستخلصه بأداء الدين إلى المرتهن ثم يرجع به على الراهن إن كان مساوياً لقيمة الرهن  
أو أقل منها ، فإن كان أكثر من قيمة الرهن لم يرجع إلا بقيمة الرهن ، ولا يرجع بما زاد  
من الدين عليها ، لأنه يعد متبرعاً به ، إذا كان له أن يشترط على الراهن ألا يزيد الدين  
على قيمته .

وعلى المرتهن في هذه الأحوال أن يسلم الرهن إلى مالكة « المعير » إلا إذا كانت  
قيمته أكثر من الدين . فعند ذلك لا يجبر على التسليم ، لأن ما في الرهن من زيادة على  
الدين يعتبر أمانة في يد المرتهن من قبل الراهن فيحتاج إلى إذنه في تسليمه لغيره .

وضع الرهن تحت يد العدل - إذا اتفق الراهن والمرتهن على أن يكون الرهن تحت يد  
عدل جاز ذلك ، وقام قبضه مقام قبض المرتهن . وترتب على ذلك جميع ما بيننا من الأحكام  
وليس للعدل في هذه الحالة أن يسلمه إلى واحد منهما إلا باتفاقهما ، لأنه وديع الراهن بالنسبة  
للعين ، ووديع المرتهن بالنسبة للمالية ، فيكون تسليمه الرهن إلى أحدهما تسليمًا لأجنبي ، إما  
بالنسبة إلى المالية وإما بالنسبة إلى العين ، وذلك لا يجوز ، فإذا سلمه إلى أحدهما لم يبطل  
الرهن ووجب عليه أن يسترده ، فإن هلك قبل استرداده ضمن العدل قيمته بتعديه بالتسليم  
وأخذها منه الراهن والمرتهن جميعاً ووضعها عنده أو عند غيره وتصير رهناً لقيامها مقام  
المرهون ، فإذا أدى الراهن الدين إلى المرتهن سلمت القيمة عندئذ للعدل إن كان ضمانها  
بسبب تسليمه إلى الراهن ، ذلك لأن الراهن قد وصله حقه بتسليم الرهن إليه ، حين سلمه  
إليه العدل ، والمرتهن قد وصله حقه بأداء الدين إليه ، وإن كان ضمانها في هذه الحال بسبب  
تسليمه إلى المرتهن كانت للراهن عوضاً عن ملكه وهو الرهن .



ويجوز للراهن أن يوكل العدل في بيع الرهن وتسديد الدين من ثمنه ، وحينئذ لا يملك عزله من الوكالة قبل أداء مهمته .

نماء الرهن - نماء الرهن قد يكون متولداً من عينه ، كالولد والثمر والحبوب واللبن والصوف ونحو ذلك ، وقد يكون غير متولد ، كأجرة الأرض والدابة . وما أشبه ذلك . وهو ملك للراهن مطلقاً عند ما يحدث في يد المرتهن ، لأنه نماء ملكه ، وإذا هلك في يده من غير تعد ولا تقصير هلك مجاناً ، وإن تعدى عليه المرتهن فأنتفقه ضمن قيمته وقت إنلافه ، لأنه مال مملوك لغيره .

غير أنه يجب أن يفرق في الحكم بين نماء متولد ونماء غير متولد فالمتولد : يعتبر رهناً مع الأصل في حق فكاكه واستخلافه لصيرورته مقصوداً بطلب فكاكه ، فيقابله عند ذلك جزء من الدين على حسب ما يأتي ، ويحل محله في ذلك قيمته عند استهلاكه .

وعلى ذلك : لا يجوز للراهن أن يفتكه ما بقي أصله ، إلا بسداد كل الدين كما لا يجوز له أن يفتك أصله إلا بذلك ، لأن المجموع رهن محبوس جميعه بالدين كله . فإذا هلك النماء وحده قبل افسكاكه هلك مجاناً كما تقدم ، وبقي أصله وحده رهناً بالدين كما كان ، وإذا هلك الأصل وبقي النماء لم يجعل النماء رهناً بالدين جميعه ، ولكن بما يقابله من الدين ، ويعرف ذلك بقسمة الدين قسمة تناسلية ، كنسبة قيمة الأصل يوم قبضه إلى قيمة النماء يوم استخلافه ، فيستخلص النماء بأداء ما يخصه بهذه القسمة من الدين ، ويسقط ما يخص الأصل منه لهلاك ذلك الأصل .

وفي حكم بقاء النماء : ما إذا استهلك الراهن النماء أو أذن المرتهن باستهلاكه . فإذا هلك بعد ذلك الأصل قسم الدين عليه وعلى نمائه ، المستهلك ، فما أصابه سقط وما أصاب نماءه ألزم به الراهن .

أما غير المتولد من النماء فلا يصير رهناً إذا حدث في يد المرتهن ، وإنما يعطى حكم الوديعة .

نفقات الرهن - وما يلزم لحفظ الرهن من نفقات يجب على المرتهن لأنه مكلف

بمحفظة ، أما ما يلزم لإصلاحه وبقائه . فهي على الراهن ، لأنه المالك ، وإذا أنفق أحدهما على الرهن ما ليس واجباً عليه دون أن يأذنه الآخر . فهو متبرع إلا إذا دعت الضرورة فاستأذن القاضي في ذلك وأذنه .



سداد الدين من الرهن — إذا كان الدين مؤجلا لم يكن للمرتهن أن يطالب الراهن بإيفائه إلا إذا حل الأجل ، وإذا كان حالا ، كان للمرتهن هذا الحق . فإذا أوفاه الراهن أخذ رهنه ، وإذا أبى رفع المرتهن الأمر إلى القاضى ، فيأمر القاضى الراهن بالوفاء أو ببيع الرهن فإن امتثل فبها ، وإلا باعه القاضى جبرا عنه وسدد الدين من ثمنه ، وإذا كان الرهن فى يد عدل ، وكان وكيفا بالبيع فللعدل حينئذ بيع الرهن وسداد الدين من الثمن جبرا عن الراهن ، فإن وفى الثمن بالدين فيها ، ويكون للراهن مابقى منه إن بقيت منه بقية ، وإن لم يوف أعطى الثمن كله للمرتهن ، واستوفى بقية دينه بالطرق العادية .

حكم الراهن الفاسد — وما ذكرناه من الأحكام يترتب على الراهن إذا كان صحيحا فإن كان فاسدا لعدم استيفائه شرطا من شروط الصحة ، كما إذا كان الرهن مشاعا أو مشغولا بأمته الراهن . فإما أن يكون سابقا على الدين أو لاحقا ، فإن كان سابقا على الدين : كان للمرتهن حق الحبس حتى يستوفى دينه ، وكان أحق به من سائر الغرماء ، كالرهن الصحيح وكان كذلك مضمونا بالأقل من قيمته ومن الدين . وإن كان لاحقا للدين : فلا يكون للمرتهن حق الحبس ، ولا يكون أولى به من سائر الغرماء ، ولكن إذا هلك عنده فقد اختلف الحنفية فى ضمانه ، فذهب بعضهم إلى أنه يكون مضمونا كذلك بالأقل من قيمته ومن الدين ، وذهب آخرون ، ومنهم الكرخى إلى أنه لا يكون مضمونا ، والأول أصح . كما فى الهندية .

أما الرهن الباطل فلا يتعلق به ضمان باتفاق ، ولا يملك به المرتهن حبس العين المرهونة فى الدين .

### الكفالة

التعريف بها — الكفالة فى اللغة : الضمان . يقال : كفل يكفل كفولا وكفلا . والاسم الكفالة ، ويقال : تكفلت بالمال ، أى التزمت به وتحملت به ، وكفلت به كفالة ، وكفلت عنه بالمال وكفلته .

وعند الفقهاء : ضم ذمة إلى ذمة فى المطالبة بدين أو عين أو نفس ، فالذمة المضمونة :



هي ذمة الكفيل ، وهو الضامن المتلزم بتأدية ما على الأصيل من الحق ، والذمة المضمون إليها : هي ذمة الأصيل ، وهو المطالب في الأصل ، ويسمى المكفول عنه والمكفول ، أما صاحب الحق فهو المكفول له وهو المطالب ، والحق هو المكفول به .

فاذا كفّل إنسان آخر بدين أو بتسليم نفس أو عين أصبح مطالباً بما كان مطالباً به المكفول من دين أو تسليم نفس أو عين ، لأن ذمته إنما انضمت إلى ذمة الأصيل في حق المطالبة فقط ، فيصبح كل من المكفول والكفيل مطالباً ، ولا تُشغل ذمة الكفيل بما تشغل به ذمة المكفول من دين أو غيره ، وهذا هو الذي اختاره بعض الحنفية .

وذهب آخرون إلى أن ذمة الكفيل تصير بالكفالة مشغولة بما تشغل به ذمة المكفول . ويؤيد هذا الرأي أن الدائن يجوز له أن يهب الدين للكفيل وأن يشتري به عيناً من أمواله ، ومن المقرر شرعاً أن تملك الدين لغير من عليه الدين غير جائز ، وليس يترتب على هذا الخلاف أثر عملي .

ركنها — ركنها الإيجاب والقبول من الكفيل والمكفول له عند الطرفين ، ويكون بكل لفظ يفيد الضمان وقبوله ، فالإيجاب : كضمنت وكفلت وتحملت ، وأنا بذلك كفيل وحميل وزعيم ، والقبول : كرضيت وقبلت وأنفذت . وذلك لما في الكفالة من تملك المكفول له حق مطالبة الكفيل ، فلا بد أن يرضى بها كل منهما .

وأما المكفول فلا دخل له في التزام الكفيل ولا في تملك الأصيل ، فلا تتوقف على رضاه ولا على علمه .

وروى عن أبي يوسف أن ركنها إيجاب الكفيل وحده لأنها مجرد التزام . وهو يتم بعبارة الكفيل ، والمطالبة تثبت المكفول له نتيجة لالتزام الكفيل لا تملكاً بعقد ، فإن شاء استعمل حقه فطالب الكفيل ، وإن شاء لم يستعمله ، فلا يشترط فيها رضاه ، وإلى هذا ذهب الأئمة الثلاثة واستدلوا بحديث جابر رضى الله عنه : فقد روى « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أتى بميت ليصلى عليه . فقال عليه الصلاة والسلام : أعلى صاحبكم دين ؟ قالوا : نعم يا رسول الله ، ديناران ، فقال : صلوا على صاحبكم . فقال أبو قتادة : هما عليّ يا رسول الله ، فصلى عليه » فقد ارتضى عليه السلام كفالة أبي قتادة ، ولم يقبلها أحد ،



وصلى على الميت بقاء عليها ، وذلك دليل على أنها تتم بالإيجاب وحده ويرى أبو يوسف مع هذا أنها ترتد برد المكفول له فاذا ردها بطلت .

شروطها : تُعدُّ الكفالة من التبرعات ، ولذا يشترط في الكفيل أهلية التبرع ، لأنه يعد بها متبرعا . ويشترط في المكفول له ما يشترط في المتبرع له . فيصح أن يكفل إنسان دين المجنون والصغير الذى لا يميز ، ويكون القبول من وليهما فى المجلس ، ويصح قبولها من الصبي المميز لأنه نفع محض ، وكذلك يصح قبولها من الفضولى ، ولكن تتوقف الكفالة على إجازتها من المكفول له ، ولا تصح لمجهول لأنه لا يملك ، فإذا كفلت صديقك لمن يقرضه لم تصح الكفالة ويشترط في المكفول ، وهو الأصيل أن يكون قادراً على تسليم المكفول به إما بنفسه وإما بنائبه ، فلا تصح كفالة مدين مات مفلسا ، وإلى هذا ذهب الإمام ، وذهب الصحابان إلى صحة كفالة دين الميت المفلس ، لحديث جابر بن عبد الله السابق . وألا يكون مجهولا فاحشة ، فإذا قال شخص لآخر : كفلت لك شخصا تقرضه لم تصح الكفالة ، ولكن لو قال له : كفلت لك هذا أو هذا بمالك عليه صحت الكفالة ، وعليه أن يعين أحدهما . ولا يشترط فيه عقل ، فتصح الكفالة عن المجنون والصبي الذى لا يميز .

ويشترط في المكفول به . وهو المعقود عليه ما يأتى :

١ - أن يكون مقدور التسليم من الكفيل ، فلا تصح الكفالة بالحدود ولا بالقصاص ، لأن الكفيل لا يحد ولا يقتص منه ، ولكن تصح الكفالة بنفس من عليه الحد أو القصاص للقدرة على تسليمه .

٢ - أن يكون مطلوبا من الأصيل بحيث يجبر الأصيل على تسليمه ، وعلى ذلك : تجوز الكفالة بالديون إذ يجبر المدين على أدائها ، وبتسليم المبيع والمغصوب والمهر وبدل الخلع وبدل الصلح والوديعة والعارية ، إذ كل منها واجب التسليم عند قيامه فجازت الكفالة بتسليمه ، كما فى الفتح ، وعلى هذا : لافرق بين عين مضمونة بنفسها أو بغيرها ، وعين غير مضمونة إذا كانت الكفالة بتسليمها ما بقيت فقط فإذا هلكت فلا شئ على الكفيل . أما إذا كانت الكفالة بها بحيث يكون الكفيل ضامنا لقيمتها عند هلاكها



فإنه يشترط في صحة الكفالة حينئذ أن تكون العين مضمونة بنفسها كالمبيع بيعاً فاسداً والمغضوب أما إذا كانت مضمونة بغيرها كالعين المرهونة والمبيع قبل تسليمه ، أو غير مضمونة . كالعارية والعين المستأجرة . فلا تصح الكفالة بها .

٣ - ويزاد على ما تقدم عندما يكون المكفول به ديناً أن يكون صحيحاً . ويراد به مالا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء ، فلا تجوز الكفالة بدين الزكاة لسقوطه بالموت . واستثنى من هذا الشرط استحسانا دين نفقة الزوجة فتجوز به الكفالة وإن لم يكن صحيحاً عند الحنفية لسقوطه بالنشوز عندهم ، أما عند الشافعية : فهو دين صحيح ، وبهذا الرأي أخذت لأئمة المحاكم الشرعية

ويشترط فيها اتحاد مجلس الإيجاب والقبول لأنها من العقود المالية . وألا يترتب عليها أن يطالب الإنسان نفسه ، فلا يصح أن يكفل الوكيل بالمبيع المشتري في الثمن ، لأن المطالبة بالثمن من حقه ، ولا يطالب الإنسان نفسه .

حكمها - الكفالة : عقد لازم بالنسبة إلى الكفيل . فلا يملك أن يفسخه بدون رضامن المكفول له إلا إذا كانت الكفالة مضافة إلى زمن أو معلقة بشرط ، فيجوز له عندئذ الرجوع عنها ما كان عدوله قبل ترتب الدين وشغل ذمة الأصيل به ، أما بعد ذلك فلا يجوز ، فإذا قال شخص لآخر : إذا أقرضت فلاناً ألف جنيه فأنا كفيل بها ، وقبل ، جاز للكفيل أن يرجع عن كفالته قبل الإقراض لا بعده ، بشرط أن يعلم المكفول له بذلك حتى لا يتورط في الإقراض كما جاء في البحر . وهي غير لازمة بالنسبة إلى المكفول له ، فله أن يفسخها متى شاء لأنها حقه وله أن يتنازل عنه . ويترتب على نفاذ الكفالة ثبوت الحق للمكفول له في مطالبة الكفيل بما يطالب به الأصيل : من دين ثابت في ذمة الأصيل فيلزم الكفيل بأدائه أو نفس مطلوب إحضارها ليستوفي منها حق ، كدين أو قصاص مثلا ، فيطلب منه إحضارها أو عين يجب على الأصيل تسليمها مادامت قائمة فإن هلكت ضمن قيمتها أو مثلها فيطلب من الكفيل ذلك ، فإن هلكت ضمن كذلك قيمتها أو مثلها ، أو عين يجب على الأصيل تسليمها ما دامت قائمة ، فإن هلكت بلا تعد فلا شيء عليه فيطلب من الكفيل تسليمها فقط مادامت قائمة .



ولا يشترط في ذلك تعذر مطالبة الأصيل به ، بل يكون للكفيل أن يطالب من يشاء منهما في وقت واحد ، وأن يطالبهما معاً . وعن مالك رواية أخرى ، وهي : أنه لا يجوز مطالبة الكفيل إلا عند تعذر الاستيفاء من الأصيل .

وإذا شرط في عقد الكفالة براءة الأصيل كان العقد حوالة لا كفالة ، لأن العبرة بالمعاني لا بالألفاظ ، كما أنه إذا شرط في عقد الحوالة مطالبة المدين كان العقد كفالة لا حوالة .  
تعدد الكفلاء -

وإذا كفل الدين أكثر من كفيل واحد ، فإن كفله كل واحد بعقد مستقل جاز مطالبة كل واحد منهم به ، وأيهم أدى برىء الباقيون والأصيل ، وإن كفله الجميع بعقد واحد : طوب كل منهم بحصته من الدين بعد قسمته على عدد رؤوسهم ، فإن كانوا ثلاثة : طوب كل واحد بثلثه ، وهذا إذا لم يكفل كل واحد أصحابه بما هو كفيل به . فإن فعلوا : طوب كل منهم بجميع الدين ، وأيهم أدى برىء الآخرون والأصيل .

وقت المطالبة - وإذا كانت الكفالة منجزة والدين حالا : كان للمكفول له مطالبة الكفيل في الحال ، وإذا كان الدين مؤجلاً : تأجلت المطالبة إلى وقت حلوله ، وإذا كانت الكفالة مضافة أو معلقة على شرط ملائم لم يكن له حق المطالبة إلا عند حلول الوقت الذي أضيفت إليه أو عند تحقق الشرط الذي علقته به ، فإن علقته على شرط غير ملائم بطلت فلم يترتب عليها أثر ، وإذا كانت مؤقته بمدة . كسنة كذا أو من يوم كذا إلى يوم كذا اقتصرت المطالبة على تلك المدة فقط ، فلا يطالب قبل ابتدائها ولا بعد انتهائها .  
الكفالة بالنفس - قد يطالب من شخص أن يحضر في وقت معين ليستوفي منه حق .

كدين أو قصاص ، فيحضر كفيلاً بنفسه ليضمن إحضاره في ذلك الوقت حتى يستوثق من حضوره فيه فلا يغيب عند طلبه . فإذا كفله الكفيل بذلك : صحت كفالته ووجب عليه إحضاره في ذلك الوقت بناء على طلب المكفول له ، وليس للمكفول له أن يطالب الكفيل بإحضاره قبل الوقت ، ولكن له حق المطالبة في الوقت وبعده ، ومع ذلك إذا أحضره الكفيل قبل حلول الوقت برىء من الكفالة ، سواء أقبله المكفول له أم لا ، لأنه التزم بإحضاره مرة واحدة فلا يكلف غيرها .



وإذا طالبه المكفول له بإحضاره في الوقت فلم يفعل نظر ، فإن كان ذلك لمَطْلٍ حِسبه القاضى ، وإلا بأن كان لعذر فلا شىء عليه ، ولا يلزم بالحق المطلوب من المكفول في الحالين ومن العذر هروب المكفول وعدم العلم بمكانه .

وذهب مالك وأحمد إلى أنه يلزم بالحق إذا كان ديناً في هذه الحال .  
وإذا قيد إحضار المكفول بمكان لزم ذلك الكفيل عند زفر . وعليه الفتوى . وإذا أطلقت الكفالة بالنفس عن الوقت كان على الكفيل إحضاره عند الطلب ، فإذا أحضره بناء على الطلب برىء ، وكذلك إذا أحضره من غير طلب يبرأ إذا أخبر أنه إنما يحضره بناء على الكفالة .

وفي جميع الأحوال المتقدمة لا يكون إحضاره سبباً لبراءة الكفيل إلا إذا كان في مكان يمكن مخصصته فيه ، فإن أحضره في مكان لا يمكن مخصصته فيه . لم يبرأ بإحضاره . وتبطل هذه الكفالة بموت المكفول ، وكذلك تبطل بموت الكفيل ، ولا يقوم وارثه مقامه فيها ، لأنه لم يلتزم ، ولا تبطل بموت المكفول له ، بل يكون لوارثه حق الطلب .  
الكفالة بالدين - تصح الكفالة بالدين ، سواء أكان معلوم المقدار وقت الكفالة أم غير معلوم ، وسواء أكان ثابتاً في الزمة وقت الكفالة أم موعوداً به ، وعلى هذا إذا قال شخص لآخر : أنا كفيل لك بما على فلان من الدين صار كفيلاً ، وإن لم يعلم مقدار هذا الدين ، وكذلك إذا قال له : أنا كفيل بما يثبت لك في ذمة فلان ، أو أنا كفيل بما تقرضه فلان ، وكذا إذا قال لمشتري : أنا كفيل بما يدركك في هذا البيع « ويسمى هذا ضمان الدرك » فيكون بذلك ضامناً للثمن عند استحقاق المبيع ، وتنفذ الكفالة في جميع هذه الصور وما ماثلها .

وإذا كان الدين المكفول مجهولاً لدى الكفيل فاختلف مع الأصيل أو مع المكفول له في مقداره لم يلزم الكفيل إلا بما يقره هو به أو بما تقوم عليه البينة ، ولا ينفذ إقرار المدين عليه ولا مصادقة الدائن والمدين ، لأن الإقرار حجة قاصرة على المقر ، ولكن لو كانت الكفالة بما ثبت على فلان لفلان . فان إقرار المدين يكون حجة على الكفيل في هذه الحال من جهة أن إقراره كافٍ في ثبوت الدين .

والدين إما مؤجل على الأصيل أو حال ، فإن كان مؤجلاً على الأصيل فكفله به



الكفيل كفالة مطلقة كان مؤجلاً كذلك على الكفيل ، وإن كفله على أن يكون حالاً عليه لزمه حالاً ، لأن الأجل حق له وله إسقاط حقه .

وإن كان الدين حالاً فكفل به شخص كان حالاً عليه ، وإن كفل به على أن يكون مؤجلاً تأجل كذلك على الأصيل لقبول الدائن تأجيله ، إلا إذا أضاف الكفيل الأجل إلى نفسه ، كأن يقول : على أن يكون مؤجلاً بالنسبة لي ، أو قبل الطالب الكفالة على أن يكون الأجل للكفيل وحده ، فعندئذ لا يتأجل على الأصيل ، ويقتصر التأجيل على الكفيل .

وإذا كان الدين المكفول به حالاً فأجله الدائن على الأصيل تأجل على الكفيل تبعاً ، وإذا أجله للكفيل لم يتأجل على الأصيل .

وإذا كان الدين مؤجلاً فتنازل الأصيل عن الأجل لم يلزم ذلك الكفيل ، كما لا يلزم ذلك الأصيل إذا كان التنازل عن الأجل من الكفيل .

الرجوع بالدين على الأصيل - وإذا أدى الكفيل الدين . كان له حق الرجوع به على الأصيل إن كانت الكفالة بأمره وكان أمره معتبراً بأن كان بالغاً عاقلاً ، فإن كان صبيّاً مميّزاً لم يعتد بأمره .

وقد يكون الأمر صراحة كقوله : ا كفلني ، وقد يكون حكماً ، كما إذا كفل الأب ابنه الصغير لزوجه في مهرها ، فله الرجوع في ماله إذا أدى عنه ، لأنه ولي عنه ، فكانت كفالته كأنها بالأمر .

وإن كانت الكفالة بغير أمر المدين لم يكن للكفيل حق الرجوع إذا أدى ، لأنه يعتبر بأدائه متبرعاً .

وذهب مالك وأحمد إلى أن له حق الرجوع كذلك ، فإن الدائن بقبوله الدين منه يعتبر أنه قد ملكه ما على المدين من الدين ، فيحل محله في المطالبة .

ومبنى هذا الخلاف : خلافهم في جواز تمليك الدين لغير من عليه الدين . لا يجوز الحنفية فلم يعتبروا ذلك تمليكا من الدائن ، ويجوزه مالك . فجاز له أن يجعل ذلك تمليكا ، واستتبع ذلك رجوع الكفيل على المدين بما أدى ، لأنه حل محل الدائن في دينه .



وإذا أدى الكفيل الدين إلى الدائن قبل حلول أجله : لم يكن له أن يرجع على الأصيل  
إذا كان له حق الرجوع إلا عند حلول الأجل على الأصيل ، إذ لا يستطيع الإضرار بغيره .  
تأثير الموت في الكفالة - إذا توفى المكفول له لم يكن لوفاته أثر وحل وارثه محله  
في المطالبة .

وإذا توفى المدين أو الكفيل ، وكان الدين مؤجلاً حل الدين بالنسبة للمتوفى منهما .  
فإن كان الأصيل ، كان للدائن أخذه من تركته . وبأخذه يبرأ الكفيل ، وإن كان  
الكفيل كان للدائن أخذه من تركته وللورثة أن يرجعوا على الأصيل إذا كانت الكفالة  
بأمره ، وكان حالاً ، فإن كان مؤجلاً انتظروا حلول الأجل .

وإذا ماتاً معاً . كان للدائن أخذه من أى التركتين أراد ، فإن أخذه من تركة الأصيل  
برئت تركة الكفيل ، وإن أخذه من تركة الكفيل . كان لورثته الرجوع في تركة الأصيل  
إذا كان له حق الرجوع ، وإذامات أحدهما ولم يترك شيئاً ما رجع الدائن على التركة الموجودة  
البراءة من الكفالة :

١ - إذا أدى الأصيل الدين براء الكفيل وكفيله إن كان له كفيل ، وكذلك  
إذا أدى الكفيل الدين براء الأصيل بالنسبة للدائن .

٢ - إذا أبرأ الدائن الأصيل براء الكفيل تبعاً له ، لأن براءة الأصيل تستلزم  
براءة الكفيل ، ولكن إذا أبرأ الدائن الكفيل لم يبرأ الأصيل ، لأن إبراء الكفيل معناه  
إسقاط كفالته ، ولا يلزم من سقوط الكفالة سقوط الدين .

٣ - إذا توفى الدائن وانحصر ميراثه في المدين براء الكفيل ، فإن كان من الورثة  
براء بقدر ما يسقط عنه من الدين .

٤ - إذا أحال المدين دائنه على آخر حوالة مقبولة براء بذلك الكفيل ، لأنها  
توجب براءة المدين فيبرأ كفيله تبعاً له .

### الحوالة

إذا كنت مديناً لحمد بألف جنيه ، فطلبت منه أن يستوفيه من محمود ، وقبل ذلك  
منك كل من محمد ومحمود ، فإن الدين بقبولها ينتقل من ذمتك إلى ذمة محمود ، وتصبح



بريثاً منه ، فلا تطالب به وإنما يطالب به محمود ، وهذا التعاقد هو ما يسمى بالحوالة ، وتسمى به أنت محيلاً ، ويسمى به محمد محالاً ومحتالاً ومحالاً له ومحتالاً له ، ويسمى به محمود محالاً عليه ومحتالاً عليه ، والدين محالاً به ومحتالاً به ، وإذن فالحوالة : هي نقل الدين من ذمة المدين إلى ذمة شخص آخر .

ركنها - الحوالة عقد لا يتم إلا بين عاقلين يجب أن يكون أحدهما المحتمل باتفاق . سواء أباشر العقد بنفسه أم بواسطة نائب عنه ، فإن باشره عنه فضولى توقف العقد على إجازته .

أما العاقد الثانى ، فإما أن يكون المحتمل عليه ، وإما أن يكون المحيل ، فإن كان المحتمل عليه صحت الحوالة ، ونفذت إذا رضى بها المدين اتفاقاً ، كأن يقول شخص لمن له دين على آخر : احتل بهذا الدين على ، فيقول الدائن : قبلت ، ويرضى المدين بذلك ، فإن لم يرض بها صحت ونفذت أيضاً على رواية الزيادات . لأن الحوالة التزام ليس المدين طرفاً فيه فلا يشترط رضاه وجاء فى القدورى أنه يشترط فى تمامها رضاه ، ووجهه : أن ذوى المروءة يأنفون أن يتحمل غيرهم دينهم فلا بد من الرضا .

وإن كان العاقد الثانى المحيل اشترط لتمامها رضا المحال عليه عند الحنفية ، ومثال ذلك : أن يقول مدين لدائنه : أحتلتك على فلان لتستوفى دينك منه فيقبل فإذا رضى المحال عليه تمت الحوالة وإذا لم يرض لم تتم ، لأن الدين ينتقل بها إلى ذمته ، وذلك التزام فلا بد من أن يكون من ناحيته ويرى المالكية والشافعية والحنابلة أنه يشترط فى الحوالة أن يكون المحال عليه مديناً للمحيل وعلى ذلك : لا يكون رضاه شرط لتمامها عندهم ، لأنه يجب على المدين أن يؤدى الدين إلى الدائن وإلى من يطلب الأداء إليه ، فإن لم يكن المحال عليه مديناً كانت الحوالة عليه من قبيل الكفالة ووجب لتمامها عند ذلك رضاه .

وإذن فركنها الإيجاب والقبول من المحتمل ومن باشر معه العقد من المحيل أو المحال عليه على الوجه الذى شرحناه .

شروطها - يشترط فى كل من المحيل والمحال : العقل والبلوغ ، فالحوالة على الصبي



المميز وإحاطته على آخر متوقفة على إجازة وليه ، ويشترط لنفاد إجازته أن يكون المحال عليه أملاً من المدين عند ما يكون المحتال صبيهاً حتى تكون الحوالة في مصلحته .  
وكذلك يشترط في المحال عليه أن يكون من أهل التبرع ، لأن قيامه بأداء الدين عن المدين يعتبر تبرعاً .

ويشترط في الدين المحال به أن يكون صحيحاً معلوماً ، فلا تصح الحوالة بالدين الجهول ويشترط فيها كذلك اتحاد مجلس الإيجاب والقبول ، وأن يكون المحيل مديناً للمحال وإلا لم يتحقق معنى الحوالة .

أنواعها — الحوالة إما مطلقة وإما مقيدة ، فتكون مقيدة إذا تضمن عقدها تقييدها بدين في ذمة المحال عليه للمحيل أو بأمانة له عنده ، ومثلها : أن يكون لك عند شخص دين أو ودیعة ، فتحيل عليه دائماً لك ليستوفي دينه مما لك عند هذا الشخص من دين أو ودیعة .

وتكون مطلقة إذا لم تقيد بشيء من ذلك ، وإن كان المحال عليه مديناً في الواقع للمحيل أو ودیعاً .

حكمها — يترتب على الحوالة سواء أكانت مطلقة أم مقيدة ما يأتي :

أولاً — براءة المحيل من مطالبته بالدين المحال به اتفاقاً ، أما براءة ذمته منه فمحل خلاف ، فذهب أبو يوسف إلى أن ذمته تبرأ منه أيضاً ، وذهب محمد إلى أنه لا يبرأ منه ، بل تظل ذمته مشغولة به ، والأول أصح ، كما في فتح القدير ، وتظهر ثمره الخلاف فيما يأتي :

ا — إذا أبرأ المحال المحيل من الدين ، قال أبو يوسف : لا يصح ، لأنه غير مدين ، وقال محمد : بصح لأنه مدين ، وإذن يبرأ المحال عليه . كذلك لسقوط الدين بالبراءة .

ب — إذا أحال الراهن المرتهن بدينه على آخر كان له أن يسترد الرهن من المرتهن عند أبي يوسف ، لأنه أصبح غير مدين ، وليس له ذلك عند محمد ، لأنه لا يزال مديناً . وإنما أرجئت مطالبته إلى حين .

غير أن براءة ذمة المحيل عند من يرى ذلك مقيدة بسلامة حق المحال ، وإن لم يشترط ذلك في عقد الحوالة ، لأنه مقتضى العرف ، والمعروف عرفاً كالمشروط ، وعلى ذلك إذا لم



يسلم ماله محال من حق قبل المحتال عليه كان له الرجوع على المحيل بدينه ، لأن ما ثبت له لدى المحال عليه خلف عما كان له عند المحيل ، فإذا فاتته الخلف رجع إلى الأصل .  
ويتفرع على ذلك : أنه إذا نوى الدين عند المحال عليه كان للمحال أن يرجع به على المحيل فيعود إلى مطالبته به والتنفيذ عليه .

وتواء الدين لا يتحقق إلا بأحد الأمرين الآتين : الأول : أن يموت المحال عليه مفلساً لم يترك أداء للدين ولا كفيلاً به ، ويضاف إلى ذلك أن يحكم بفلاسسه عند الصاحبين خلافاً للامام ، لأنه يرى ألا يجزى على مدين . الثاني : أن يجحد المحال عليه الحوالة ولا دليل عليه . ففي هاتين الحالين يرجع المحال على المحيل .

ثانياً - انتقال الدين بالصفة التي هو عليها من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه ومطالبته به بناء على ذلك ، فإن كان حالاً انتقل حالاً وطولب المحال عليه بأدائه حالاً ، وإن كان مؤجلاً انتقل كذلك وتأجلت المطالبة إلى حلول الأجل ، فإن مات المحيل حينئذ لم يؤثر موته في الأجل ، وإن مات المحال عليه حل الدين بموته واستوفى من تركته لأن الدين يحل بموت المدين دائماً ، فإن لم تف تركته وبقيت منه بقية رجع بها المحال على المحيل لتوأمها حينئذ .

ويترتب عليها عند ماتكون مقيدة : انقطاع حق المحيل في المطالبة بما له عند المحال عليه من دين أو عين قيدت بهما الحوالة ، وذلك لتعلق حق المحال بهما ، فليس للمحيل بناء على ذلك أن يطالب المحال عليه بشيء منهما ، ولا يملك المحال عليه أن يدفع شيئاً منهما إلى المحيل ، فإذا فعل كان ضامناً لأنه استهلك بهذا العمل مالا تعلق به حق المحال .

وأما إذا كانت الحوالة مطلقة وكان لدى المحال عليه للمحيل دين أو عين لم تقيد بهما الحوالة ، فلا يكون لها تأثير فيما للمحيل من حق في مطالبة المحال عليه بتسليم ذلك إليه . وإذا سلمه إليه لم يؤثر ذلك في بقاء الحوالة ، وللمحيل أن يستمر في مطالبة المحال عليه بما له عنده من دين أو عين ، وإذا أجابه إلى ما طلب لم تبطل الحوالة به .

غير أن المحال عليه إذا كان مدينًا للمحيل وأدى للمحال دينه ففي ذلك صورتان :  
الأولى : أن يكون المحيل طرفاً في عقد الحوالة أو تكون الحوالة بأمره ، وفي هذه



الحال يسقط عن المحال عليه بطريق المقاصة من دين المحيل بقدر ما أدى للمحال ، فإن زاد ما أداه رجع بالزيادة على المحيل .

الثانية : ألا يكون المحيل طرفاً في عقد الحوالة ولم تكن بأمره ، وفي هذه الحال يكون

الحال عليه متبرعاً بما أداه للمحال ، فلا يسقط عنه شيء من دين المحيل وعليه أدأؤه .

مبطلات الحوالة - علمنا أن براءة المحيل من الدين مقيدة بسلامة حق المحال ، لأن

ذلك معروف عرفاً ، فصار كالمشروط ، ولو أن المحال اشترط لنفسه في عقد الحوالة خيار

الرجوع على المحيل إذ اعتذر عليه الاستيفاء من المحال عليه لصح ذلك ولما كان له حق الرجوع .

وعلى ذلك إذا بطلت الحوالة بسبب من الأسباب دون أن يستوفى المحال دينه كان له

حق الرجوع به على المحيل لأن المقصود منها الاستيثاق والوفاء على أحسن وجه ، فإذا فات

ذلك عاد المحال إلى حقه الأول ، وهو مطالبة المحيل بالوفاء ، كالدائن الذي يصلح عن دينه

على عين معينة فتهلك قبل أن يتسلمها فإن دينه يعود كما كان .

وتبطل الحوالة بسبب من الأسباب الآتية :

١ - أن يحدد المحال عليه الحوالة ولا يبينه عليه وتوجه إليه اليمين فيحلف إذ لا وسيلة

إلى إلزامه حينئذ بأداء الدين ، وبذا تصير الحوالة كأنها لم تكن وتعتبر باطلة .

٢ - أن يموت المحال عليه مفلساً فلا يترك مالا يفي بالدين ولم يترك كفيلاً به ، إذ

لا سبيل إلى الوفاء حينئذ فتبطل .

فإن ترك مالا يفي بالدين أو كفيلاً به لم تبطل الحوالة إذا كانت مطلقة لإمكان

استيفائه كله حينئذ .

وإذا ترك ما يفي ببعض الدين فقط بطلت بالنسبة للباقي .

وإذا ترك مالا يفي به ولكنه مدين بدين أخرى فإن ما يوجد له من مال يقسم بين

جميع غرمائه - ومنهم المحال - قسمة تناسبية بقدر ديونهم ونسبتها بعضها إلى بعض ، ثم

تبطل الحوالة بالنسبة لما لم يوف من دينها فيرجع به المحال على المحيل . وأما إذا كانت مقيدة

فإنها تبطل بمجرد موت المحال عليه كما سيأتي .

٣ - أن يُحكّم بافلاس المحال عليه في حياته ، وإلى هذا ذهب الصحابان ، لأنهما



يريان الحجر بسبب الدين ، فإذا حكم بذلك وقسمت أمواله بين دائئيه حسب ديونهم بطلت الحوالة بالنسبة إلى ما لم يوف من دينها ، ويرجع به المحال على المحيل ، لتحقق عجز المحال عليه حينئذ عن الأداء ، وخالف في ذلك الإمام فقال : لا تبطل ، لأن العجز غير متحقق ، فإن مال الله غاد ورائح ، وعسى أن يرث أو يوهب له أو يتجر فيربح .

ويلاحظ أنها إذا كانت مقيدة بعين للمحيل فلا تبطل حينئذ إذ يمكن الوفاء من مال المحيل القائم في يد المحال عليه ، ولا يؤثر في ذلك الحكم بافلاسه .

وإذا كانت الحوالة مقيدة فهي ضربان : مقيدة بدين ، ومقيدة بعين . فإن قيدت بدين على المحال عليه للمحيل ثم ظهرت براءة المحال عليه بسبب سابق على الحوالة بطلت ، كما إذا كان الدين ثمناً لمبيع ثم ظهر استحقاق المبيع وأن المحيل قد باع ما لا يملك ، وإن ظهرت براءته بسبب عارض بعد الحوالة فلا تبطل عند أئمتنا الثلاثة استحساناً ، وتبطل عند زفر والشافعي ، كما إذا كان المحيل بائعاً فاستوجب بيعه ديناً على المشتري منه ثم أحال عليه دائناً ليستوفى دينه مما في ذمته من ثمن ، ثم تلف بعد ذلك المبيع في يد المحيل قبل تسليمه إلى مشتريه - وهو المحال عليه - فإن البيع يبطل ويسقط الثمن عن المشتري فتبرأ ذمته منه ، فإن البراءة من هذا الدين بعد تمام الحوالة .

وجه قول زفر والشافعي : أن الحوالة مقيدة بدين لم يعد له وجود فتبطل لسقوطه .  
ووجه قول أئمتنا الثلاثة : أن الحوالة في هذه الحال قيدت بدين موجود عند إنشائها ، فلا يؤثر فيها عارض يسقطه بعد إنشائها ، لأنها حين نشأت نشأت صحيحة لازمة ، بخلاف الحال الأولى ، فإنها قيدت بدين غير موجود في الواقع فنشأت باطلة .

وإن قيدت بعين مضمونة « كالغصوب لدى المحال عليه » فتلفت العين عنده لم تبطل لأن بدل العين يقوم مقامها . وإن قيدت بعين هي أمانة في يد المحال عليه فتلفت تلقاً يوجب ضمانها لم تبطل الحوالة لقيام بدل العين مقامها في الوفاء ، ولذا تبطل الحوالة باستحقاق العين المقيدة بها في جميع الأحوال ، لعدم وجود بدل لها عند الاستحقاق يقوم مقامها في الوفاء منه .



هل للمحال امتياز على سائر الغرماء؟ — ليس للمحال امتياز على سائر الغرماء ، وبناء عليه : إذا قيدت الحوالة بدين أو عين ، ثم توفي المحيل مدينًا بديون أخرى غير دين المحال قبل أن يستوفى المحال دينه من المحال عليه لم يكن المحال أولى من سائر الدائنين بما عند المحال عليه من مال للمحيل ، بل يقسم هذا المال بين جميع الدائنين بنسبة ديونهم لا يفضل المحال عليهم ، لأنه لا يزال مالا مملوكا للمحيل ، ولم يثبت للمحال عليه حق اختصاص به ، لأن ذلك لا يكون إلا باليد كالمرتها ، وليست له يد عليه ، فإذا بقى للمحال بعد القسمة شيء من الدين لم يطالب به المحال عليه ، لأن الحوالة مقيدة بما كان عنده من مال ، وقد قسم بين الغرماء ، وإنما يتبع تركة المحيل إذا ظهر له مال ، فإن لم يظهر له مال فلا سبيل إلى وفائه .

وذهب زفر إلى أن المحال يكون أولى من سائر الغرماء بالنسبة لهذا المال ، فيستوفى منه حقه أولاً ، كما يستوفى المرتهن حقه من الرهن . وذلك لثبوت حقه فيه بالحوالة ، وليس من الواجب أن يكون حق الاختصاص نتيجة يد ، بل كما يكون بسبب اليد في الرهن يكون كذلك بسبب الحوالة المفيدة .

أثر الموت في الحوالة — وفاة المحيل لا تأثير لها في الحوالة إذا كانت مطلقة ، فيستمر المحال على مطالبة المحال عليه بأداء الدين ، فإذا أداه بعد الوفاة فإن الظاهر لى أنه يكون مختصاً به ، ولا يحق لسائر غرماء المحيل أن يشاركوه فيه بقدر ديونهم إذا احتاجوا إلى ذلك بسبب عدم وفاء التركة .

ووجه ذلك : أن المحيل قد برىء من دين المحال بمقتضى عقد الحوالة ، وصار المحال دائماً للمحال عليه لا للمحيل ، فلا وجه لأن يشاركه غرماء المحيل فيما يستوفيه من مدينه المحال عليه ، ولكن ما نقله ابن عابدين في حاشيته على البحر عن البرازية والحاوى يفيد أن هذا المال لا يختص به المحال ، بل يشاركه فيه سائر غرماء المحيل ، بناء على أن الحوالة تبطل بالموت وأن المحال يصير دائماً للمحيل بمجرد موته ، وهذا غير ظاهر ، لأنه لو صح أنها تبطل بالموت لترتب على ذلك عدم إلزام المحال عليه بالدين بعد وفاة المحيل وانقطاع مطالبة المحال بما أحيل به على المحال عليه وبخاصة إذا لم يكن المحال عليه مدينًا للمحيل .



وإن كانت الحوالة مقيدة بعين أو دين لدى المحال عليه بطلت بوقاة المحيل ، فإن هذه العين أو هذا الدين يتعلق بهما بمجرد الوفاة حق وريثة المحيل لقيامهم مقام مورثهم فيما كان يملك ، وذلك منه ، فلهم وحدهم حق المطالبة بهما ، وبذا تبطل الحوالة ويرجع المحال على تركة المحيل .

وإذا مات المحال قام وراثته مقامه في مطالبة المحال عليه ، وفي حق الرجوع على المحيل عند التوى .

وإذا مات المحال عليه ، فإن كانت الحوالة مقيدة بطلت بموته . لأنها التزام في مال مملوك للمحيل ، وقد سلط عليه من قبله ، وذلك التسليط لا ينتقل إلى الورثة بل يبطل بالوفاة ، وعندئذ يرجع المحال على تركة المحيل ، وإن كانت مطلقة استوفى المحال دينه من تركته باعتباره دائناً من دائنيها ، فإن بقيت له بقية رجع بها على المحيل لتوائها حينئذ .

براءة المحال عليه - يبرأ المحال عليه بسبب من الأسباب الآتية :

١ - أداءه الدين إلى المحال ، وعند ذلك يكون له حق الرجوع به على المحيل إن كانت الحوالة بأمره وكانت مطلقة ، ولم يكن مديناً له بمثل ما أدى أو أكثر ، أما إذا كانت بغير أمره - ولو كانت برضاه على ما هو رأى جمهور الحنفية - فلا يرجع ، لأن المحال عليه متبرع حينئذ بأدائه الدين .

وأما إذا كانت مقيدة بمال ، فإن وفاء الدين المحال به يكون من هذا المال ، فإذا لم يف لم يلزم المحال عليه بأداء زيادة الدين ، فإذا أداها كان متبرعاً ، ولا يكون له حق الرجوع على المحيل . وإذا لم يؤدها فالظاهر أنه يكون للمحال أن يرجع على المحيل لعدم سلامة حقه ، ذلك لأن براءة المحيل مقيدة بسلامة حق المحال .

وأما إذا كان المحال عليه مديناً بمثل ما أحيل به عليه أو أكثر ، فإن كانت الحوالة بأمر المحيل فإنه يسقط من الدين بقدر ما يؤديه إلى المحتال ، وإن لم تسكن بأمره لم يسقط شيء ، كما هو الظاهر .

٢ - إذا أبرأ المحال المحال عليه من الدين . وعند ذلك لا يكون لأحدهما حق الرجوع على المحيل ، وإن كانت الحوالة بأمره ، لأن البراءة تعتبر حينئذ تنازلاً من المحال عن الدين لا تمليكا ، ولذا لا يسقط بها ما قد يكون للمحيل لدى المحال عليه من دين .



- ٣ - إذا أحال المحال عليه المحال حوالة صحيحة . فإن كانت على المحيل كان ذلك فسخاً للحوالة الأولى ، ولذا لا يترتب على توى الدين لدى المحيل في هذه الحال الرجوع على المحال عليه باعتباره محيلاً ، وأما إذا كانت على غيره ، فهي حوالة تترتب عليها جميع آثارها .
- ٤ - هبة الدين من المحال للمحال عليه . وعند ذلك يكون للمحال عليه حق الرجوع على المحيل إذا كانت الحوالة بالأمر ، ولذا يلتقى الدينان قصاصاً إذا كان المحال عليه مديناً للمحيل . أما هبته للمحيل من المحال فغير صحيحة على المقتى به .
- ٥ - إذا مات المحال ولا وارث له غير المحال عليه ، فحكم ذلك حكم هبة الدين له .

### الشركة

الشركة نوعان : شركة ملك وشركة عقد . وشركة الملك كذلك ضربان : اختيارية ، وهي التي تنشأ من أن يتملك اثنان أو أكثر عيناً من الأعيان بسبب من أسباب الملك ، كأن يشتريها معاً . واضطرارية ، وهي الناشئة عن اختلاط مالين بدون إرادة مالكيهما اختلاطاً لا يمكن من الفصل بينهما ، كأن يكونا من نوع واحد ، كمقدارين من الأرز . أو يكون ممكناً مع كثير من المشقة ، كمقدار من أرز مع آخر من قمح ، أو عن اشتراك شخصين في ميراث من آخر . وليست شركة الملك من العقود ، ولذا فهي خارجة عن موضوعنا . وعلى ذلك لا نبين إلا شركة العقد .

شركة العقد : هي عقد بين اثنين أو أكثر على الاشتراك في رأس المال وفي ربحه ، أو على الاشتراك في الربح فقط إذا لم يكن رأس مال .

ركنها - ركنها الإيجاب والقبول . كأن يقول أحد الشريكين أو الشركاء : شاركتك في كذا أو شاركتم في كذا ، أو ما يؤدي هذا المعنى . ويقبل غيره ذلك .  
شروطها - يشترط فيها ما يأتي :

- ١ - اتحاد مجلس الإيجاب والقبول لأنها من العقود المالية .
- ٢ - أن يكون كل من عاقدتها أهلاً للتوكيل والوكالة ، إذ كل شريك في الشركة وكيل عن الآخرين ، فهو موكل لغيره ووكيل عنه .



٣ — أن يكون العقود عليه قابلاً للوكالة ليكون تصرف كل واحد منهم للجميع ، فيكون نفسه أصالة وغيره بمقتضى الوكالة . وعليه فلا شركة في أخذ مال مباح ، كالأحطاب والاصطياد ، لأنه لا يجوز فيه التوكيل ، إذ يتملكه من يستولى عليه بمجرد الاستيلاء وليس لغيره عليه أمر فيه .

٤ — أن يكون الربح جزءاً شائعاً معلوم القدر ، حتى لا يكون عدم شيوعه مؤدياً إلى قطع الشركة في الربح ، ولا عدم الجهل بقدره مفضياً إلى النزاع . وهذه هي الشروط العامة في شركة العقد .

أقسامها — تنقسم الشركة ثلاثة أقسام : شركة أموال ، وشركة أعمال ، وشركة وجوه . وكل قسم من هذه الأقسام ينقسم قسمين : شركة مفاوضة ، وشركة عنان . ولقسمة الأنواع الثلاثة إلى مفاوضة وعنان نبداً ببيان معناها :

شركة المفاوضة — من معاني المفاوضة في اللغة : المساواة . ومن هذا أخذ هذا الاستعمال ، فيريد بها الفقهاء الشركة بين شريكين أو أكثر إذا تساوا في القدرة على التصرف ، وفي المال الذي تصح فيه الشركة وهو النقود ، وفي الدين ، وفي الربح ، ولا تنعقد إلا بلفظ المفاوضة أو بلفظ الشركة ، مع النص على جميع شروطها ، وعند ذلك يكون كل شريك وكيلاً عن الشركاء الآخرين ، وكفيلاً عنهم بجميع شؤون الشركة ، وبجميع ديونها المترتبة على أي تصرف باشره أحد الشركاء للشركة ، فإذا ورث أحدهم نقداً انقلبت الشركة شركة عنان لعدم التساوي في المال الذي تصح فيه الشركة . وذلك بزيادته عليهم النقد الذي ورثه ، ويندر أن يكون لهذا النوع من الشركات وجود وهو إلى الخيال أقرب .

شركة العنان — كلمة « العنان » إما مأخوذة من عنّ لي كذا أي عرض ، فسميت بذلك لأن كل شريك فيها عنّ له أن يشترك مع الآخرين ، وإما مأخوذة من عنان الفرس لأن كلا من الشركاء أعطى عنان التصرف في المال لشريكه . ويريد بها الفقهاء أن يشترك اثنان أو أكثر في رأس مال أو في عمل ، على أن يكون الربح الناتج مشتركاً بينهما .

وتتضمن الوكالة . فيكون كل من الشركاء وكيلاً عن الآخر في التصرف ، حتى إذا



تصرف كان لنفسه بطريق الأصالة ولسائر الشركاء بطريق الوكالة ، فيتحقق الشركة ، وإلا كان التصرف له خاصة فيختص بالربح .

وتصح في أى نوع من أنواع الاتجار مع التفاضل في رأس المال والربح ، أو مع التساوى فيهما ، أو مع التفاوت في أحدهما والتساوى في الآخر ، متى عمل كل الشركاء ، فإذا كان العمل على بعضهم فقط وجب أن يكون سهم غير العامل في الربح متناسباً مع سهمه في رأس المال حتى لا يعطى من الربح ما ليس له مقابل ، ولكن يصح زيادة ربح العامل عن حصته في رأس المال نظير عمله .

شركة الأموال — يجب أن يكون رأس مالها من الذهب أو الفضة أو النقود المتداولة ويجب أن يكون حاضراً ، فلا يصح إدخال الديون فيها إلا بعد أدائها وصيرورتها نقوداً . وعليه لا يصح أن يتكون رأس مالها من العروض إلا إذا باع أحد الشريكين حصة شائعة في عروضه بحصة شائعة في عروض صاحبه ، فتصير العروض بذلك مشتركة بينهما ، وعند ذلك يصح لهما أن يعقدا الشركة على هذه العروض بقدر ما لكل فيها .

ولا يشترط في هذه الشركة خلط أموال الشركاء ولا تسليمها . بل تتم بالتعاقد ، فإذا تصرف أحد الشركاء في حصته كان تصرفه لحساب الشركة بناء على التعاقد الذى صار به وكيلاً عنهم ، وإذا حصل ربح كان بينهم على حسب الاشتراط ، مع ملاحظة ما بيناه في شركة العنان ، أما الخسارة فيجب أن تسكون على حسب ما لكل منهم في رأس المال ، وإن شرط غير ذلك كان شرطاً لاغياً .

ويكون لكل شريك في هذه الشركة أن يتصرف فيها على حسب ما اتفق عليه الشركاء في عقد الشركة ، ولا يخرج عن ذلك إلا برضاهم ، إذ أنه وكيل عنهم ، فيتقيد بما يقيدونه به ، فإن خالف كان التصرف له خاصة ولم ينفذ على الشركاء .

وهذه الشركة إذا تحققت فيها شروط المفاوضة كانت مفاوضة ، وبعيد أن يحصل ذلك وإلا فهي شركة عنان .

شركة الأعمال — ويسمى هذا النوع أيضاً شركة الصنائع ، وشركة التقبل ، وشركة

الأبدان . ويراد بها أن يتفق اثنان أو أكثر من أرباب المهن والأعمال على الاشتراك في



تقبل الأعمال من الناس ، على أن يكون ربح هذه الأعمال أو أجورها مشتركة بينهم على حسب ما يتفقون عليه ، وذلك كاشتراك نجارين أو بناءين أو مهندسين أو محامين أو طبيين ، ولا يشترط فيها اتحاد مهنة الشركاء ، فيجوز اشتراك نجار مع طبيب ، وبناء مع مهندس ، ولا يشترط فيها التساوي بين الشركاء في الربح ، ولا يلزم فيها أن يكون الربح على حسب العمل ، لأن الأعمال تختلف ، وإجاداتها كذلك تختلف . وهي تتضمن الوكالة فكل عمل يتقبله أحد الشركاء يكون مطلوباً من باقيهم ، لأنه يعتبر وكيلاً عنهم في تقبله . ولذا يكون الكسب بينهم جميعاً على حسب الشرط ، وإن لم يعمل أحدهم ، لأنه يستحق الأجر حينئذ بضمانه والتزامه ، ولهذا كانت شركة العنان في الأعمال في حكم شركة المفاوضة من حيث ضمان العمل فقط ، وجواز مطالبة كل شريك به ، وجواز مطالبة كل شريك بأجره ، وجواز دفع الأجر لكل شريك ، وليس هذا في شركة العنان في الأموال ، إذ يطبق فيها أحكام الوكالة ، وذهب الشافعي إلى أن هذه الشركة غير جائزة لعدم المال فيها .

شركة الوجوه — ويقال لها شركة المفاليس ، وسميت بشركة الوجوه لأنها تبنى على مال الشركاء فيها من وجهة ومنزلة في الناس بسبب حسن المعاملة ، ويراد بها : أن يشترك اثنان أو أكثر ممن ليس لهم رأس مال على أن يشتروا بالنسيئة ثم يبيعوا ما يشترونه على أن يكون ما يربحونه من هذه التجارة بينهم . وهذا النوع من الشركة غير جائز عند الشافعي ومالك .

وإذا تمت هذه الشركة تضمنت وكالة كل شريك عن سائر الشركاء . وإن شرطوا التساوي بينهم في كل شيء وتوافرت فيها شروط المفاوضة كانت مفاوضة ، وإلا كانت عنانا وسبب استحقاق كل شريك حصته من الربح في هذه الشركة هو ضمانه . وبما أن ضمان ثمن المشتري هو بحسب مال كل شريك فيه من حصة وجب أن يكون تقسيم الربح بينهم على حسب مال كل منهم من سهام في الشركة . فإذا شرط لأحدهم زيادة كان شرطاً لاغياً والخسارة فيها على قدر حصصهم كذلك .

انتهاء الشركة : والشركة عقد غير لازم لتضمنه الوكالة التي هي عقد غير لازم ،

فتبطل بما يأتي :



- ١ — فسخ أحد الشركاء للشركة بشرط أن يعلم صاحبه بذلك .
- ٢ — جنون أحد الشركاء جنوناً مطبقاً وإن لم يعلم شريكه بذلك ، لأنه قد انعزل عن وكالته بفقد أهليته .
- ٣ — موت أحد الشريكين وإن لم يعلم الآخر بذلك لما تقدم .  
وإذا كان الشركاء أكثر من اثنين لم تفسخ بالأسباب المتقدمة إلا في نصيب من خرج عن الأهلية أو فسخها وبقيت بين الآخرين .
- ٤ — هلاك المال المشترك جميعه ، فتفسخ بذلك بين جميع الشركاء لزوال محلها .

### المضاربة

التعريف بها - هي نوع من الشركة يكون فيها رأس المال من جانب والعمل من جانب آخر ، وتسمى كذلك مقارضة وقراضاً . لأن صاحب المال يقطع قدرأ من ماله ويسلمه إلى العامل وهو المضارب ، وقد سمي بذلك لأنه يضرب في الأرض ويسعى فيها ، قصداً إلى التجارة وتنمية المال .

وقد عرفها الفقهاء بأنها عقد على الاشتراك في الربح على أن يكون رأس المال من طرف والعمل فيه من الطرف الآخر . وقد يتعدد صاحب رأس المال كما يتعدد العامل . وهي من العقود المالية الدائرة بين النفع والضرر .

ركنها - الإيجاب والقبول ، ويكون ذلك بكل ما يدل على معناها ، كأن يقول رب المال : خذ هذا المال فضارب فيه على أن يكون لك من الربح ثلثه ، أو اعمل فيه على ذلك أو اتجر فيه ونحو ذلك .

شروطها - يشترط في رب المال أن يكون أهلاً للتوكيل ، وفي المضارب أن يكون أهلاً للوكالة ، وذلك لأن المضارب وكيل عن رب المال في العمل فيه وأمين عليه ، ككل شريك مع شريكه .

ويشترط في رأس المال ما يأتي :

- ١ - أن يكون ذهباً أو فضة أو نقداً رائجاً ، فلا يجوز أن يكون عقاراً أو عروضاً إلا



إذا قال المالك للمضارب : بعها وضارب في الثمن ، فعند ذلك يكون وكيلًا في بيعها ثم مضارباً في ثمنها بعد قبضه ، ولا تنفقد المضاربة صحيحة عندئذ إلا عند قبضه . حتى لو تصرف قبله لم يكن تصرفه للمضاربة .

٢ - أن يكون معلوماً ، فلا تصح في مجهول تجنباً للمنازعة .

٣ - أن يكون عينياً ، فلا تصح في الدين إلا إذا قال له : اقبضه وضارب فيه .

٤ - أن يسلمه صاحبه إلى المضارب ليتمكن من العمل ، فلو شرط أن يعمل فيه معه فسدت المضاربة ، لأن ذلك يخل بكمال التسليم . والمراد ألا يعمل صاحب المال مع المضارب فيه ، كما لا يعمل صاحب الأرض مع المزارع . ولكن لو دفع الأب أو الوصي مال موليه مضاربة وجعل كل منهما لنفسه أن يعمل جاز ، إذ يجوز لكل منهما أن يضارب بمال موليه ، ولا مانع من تعدد المضارب .

وقد علمت أنها شركة في الربح . وعلى ذلك لا بد فيها من بيان نصيب كل من رب المال والمضارب ، فلو جعل الربح كله لرب المال وعمل المضارب فيه مجاناً صح العقد ، وسمى حينئذ بضاعة ، والعامل مستبضعاً ، ولو جعل الربح كله للعامل كان العامل بذلك مقترضاً للمال من صاحبه ، وكذلك يجب أن يكون نصيب كل من رب المال والمضارب في الربح مقداراً مبيناً شائعاً فيه ، فلا يصح اشتراط دراهم معلومة لأحدهما ، كعشرين جنيهاً في الشهر أو خمس رأس المال لصاحبه أو نحو ذلك ، لأن هذا يؤدي إلى قطع الشركة ، فعسى ألا يزيد الربح عما شرط .

وعلى الجملة : فكل شرط اقتضى جهالة في الربح أو كان مفضياً إلى قطع الشركة فيه أفسد المضاربة . أما إذا لم يؤد إلى ذلك فإنه يصح إن لم يخالف مقتضاها ، ويلغو إن خالفه ، دون أن يؤثر في صحة المضاربة ، كما إذا شرط في العقد أن تكون الخسارة أو بعضها على المضارب .

حكمها - يصير المضارب بالعقد وكيلًا عن رب رأس المال إذا عمل ، ويصير المال في يده أمانة بتسليمه ، لأن ذلك شأن الوكيل ، ولذا يضمنه إذا توفي مجهلاً له ، وإذا ظهر ربح كان شريكاً فيه على مقتضى الشرط ، وإذا ظهرت خسارة كانت على رب رأس المال



وحده ، واحتسبت أولاً من الربح إن كان المال قد ربح لأنه تبع للمال .  
وكذا إذا هلك من رأس المال شيء بلا تعد احتسب أيضاً من الربح للسبب نفسه .  
فإن لم يربح بذلك احتسب الزائد من رأس المال ، ولا يرجع رب المال على المضارب  
بشيء منه . ولا فرق في ذلك بين ربح لا يزال مضموماً إلى رأس المال لم يرفع منه وربح قد  
رفع منه وقسم بين المضارب ورب المال على ما شرطاً ، فيجب أن يتراداً كل ربح قسم  
بينهما فيما مضى ، فيحسب منه مقدار الخسارة أو التلف حتى يسلم لرب المال ماله ، وما بقي  
فهو بينهما على الشرط ، وإذن فلا يستقر ملك المضارب لما يأخذه من ربح إلا بفسخ  
المضاربة مع سلامة رأس المال لصاحبه ، حتى إذا استهلكه في شؤون نفسه ثم تلف رأس  
المال كان ضامناً لما أخذه من الربح ، حتى يسلم رأس المال لصاحبه .

المضاربة إما مطلقة وإما مقيدة ، فالمطلقة : هي التي لم تقيد بقيد ، والمقيدة : ما قيدت  
بزمان أو مكان ، أو نوع من التجارة ، أو بمعاملة أناس مخصوصين ، كأن يقيد المضارب  
بالمضاربة مدة ثلاث سنين فقط من وقت تسلمه المال ، أو بالمضاربة في القاهرة ، أو بالمضاربة  
في القطن أو في الحبوب ، أو بالعمل مع أهل مدينة كذا دون غيرهم ، وفي هذه الحال يتقيد  
بما قيد به . لأنه وكيل ، والوكيل يتقيد بما يقيد به موكله . فإن خالف كان غاصباً ،  
وانقلبت يده حينئذ يد ضمان ، وكان تصرفه لنفسه وربحه له لا لرب رأس المال ولا على  
الشرط . فإذا نقص رأس المال بأي سبب كان ضامناً لتقصه .

وإذا فسدت المضاربة بسبب من الأسباب ، كاشتراط قدر محدد من الربح لرب المال  
وعمل المضارب فيها كان أجيراً في المال وأميناً عليه ، فيستحق أجر مثله ، سواء أربح أم لم  
يربح ، ولا يستحق ما سمي له لتساق التسمية بفساد العقد ، وإنما يستحق أجره وإن لم يربح  
لأنه لم يرض بالعمل مجاناً . ولكن لا يزداد أجره على ما شرط له عند أبي يوسف : وقال محمد  
والشافعي : له أجر مثله بالغاً ما بلغ ، وإذا هلك في يده المال بلا تعد ولا تقصير لم يضمه .

نفقات المضارب — ونفقات المضارب إذا سافر في شؤون المضاربة تجب في مالها .  
وتشمل الطعام والكسوة والركوب ونفقة المبيت . يصرف منه في سبيل ذلك بالمعروف .  
أما في حال إقامته فنفقته في مال نفسه .



ماتنتهى به المضاربة : تنتهى بما يأتى :

١ — بهلاك مال المضاربة جميعه بلا تعد ولا تقصير قبل التصرف فيه لزوال محلها .  
فإن هلك بعد التصرف فيه لم تبطل ، كما إذا اشترى المضارب نسيئة والمال فى يده ثم هلك ،  
فإنه يأخذ ثمن ما اشتراه من رب المال ولا تبطل .

٢ — بموت رب رأس المال أو المضارب . فإذا مات رب المال انعزل المضارب ، علم  
بذلك أو لم يعلم ، فلا يملك التصرف بعد الموت فى مال المضاربة إلا بجعله ناضاً ، أى بتحويله  
بالبيع إلى نقود إذا كان عروضاً ، فإذا كان مال المضاربة حين موت أحدهما عروضاً كان  
للمضارب عند موت رب المال أن ينضها أى أن يبيعها بنقود حتى يظهر بذلك ربحه ،  
ولكن لا يشتري بالنقود شيئاً لانتهاى المضاربة ، وكان ذلك لوصى المضارب عند موته ، فإن  
لم يكن له وصى جعل القاضى له وصياً فى ذلك ، وقيل : يكون ذلك عندئذ لرب المال مع  
وصى المضارب . والأول أصح .

٣ — بجنون أحدهما جنوناً مطبقاً ، فإذا حصل الجنون والمال عروض كان للمضارب  
أو القيم عليه أن ينضه .

٤ — بعزل المضارب من قبل رب المال ، لأن المضاربة عقد غير لازم ، ولكن  
لا ينعزل إلا متى علم بذلك وكان المال ناضاً ، وإذا كان المال حين العزل غير ناض كان له  
أن يحوله بالبيع إلى نقود ليظهر ربحه ، وليس له الشراء بهذه النقود لانتهاى المضاربة  
وإذا كان للمضاربة ديون وفيها ربح أجبر المضارب بعد العزل على اقبضاء الديون ،  
لأنه أجبر ، وذلك من عمله ، فإن لم يكن فيها ربح لم يجبر على الاقتضاء ، ولكن يؤمر بأن  
يوكل رب المال باقتضاءها .

### القسمة

التعريف بها — القسمة : جمع النصيب الشائع من مال مشترك فى جانب معين منه ، بناء  
على طلب أحد الشركاء ، فإذا كانت أرض مشتركة بين اثنين فقسمت بينهما على حسب



سهامهما فاخص كل منهما بجانب معين منهما ، وكان ذلك بناء على طلب أحدهما . تمت  
القسمة وصحت ، فإذا لم يكن من أحدهما طلب لم تقع صحيحة .

ركنها - وركنها الفعل الذي يحصل به الإقرار والتمييز بين الأنصباء ، كالكيل في  
المكيلات ، والعد في المعدودات ، والزرع في المزروعات .

أنواعها - المال المشترك إما أن يكون من جنس واحد أو جنسين فأكثر ، وعلى كل  
فإما أن يكون مثلياً أو قيمياً . وقسمته في جميع هذه الأحوال تتضمن المبادلة والإفراز على  
الوجه الآتي بيانه :

المبادلة : أن يأخذ كل شريك بعض ما كان لغيره من الشركاء في المال المشترك نظير  
مأخذه من ملكه في هذا المال .

الإفراز : أن يأخذ كل شريك بعض حقه عيناً .

فإذا اشترى اثنان كتابين شركة بينهما لكل منهما النصف ، كان كل كتاب من  
هذين الكتابين مشتركاً بينهما ، لكل منهما نصفه شائعاً فيه ، فإذا اقتسماهما فأخذ كل  
كتاباً فقد أخذ عين حقه في هذا الكتاب وهو نصفه ، وكان ذلك إفرازاً لبعض ملكه  
عن ملك صاحبه ، وأخذ النصف الآخر من شريكه بدلاً عما يملكه في الكتاب ،  
الآخر وهو نصفه ، وذلك معنى المبادلة ، إذ يتم بذلك بين الشريكين تبادل ومعاوضة في  
نصفي الكتابين وبهذا يملك كل شريك كتاباً معيناً ، نصفه كان ملكاً له من قبل ،  
ونصفه تملكه بدلاً عما يملكه في الكتاب الآخر وذلك بمقتضى المبادلة التي بينها .

فإذا كانت القسمة في جنس واحد مثلي ، كقمح مشترك وكتابين من نوع واحد ،  
فإن معنى المبادلة يكون ضعيفاً لتساوي البدلين من كل وجه ، ومعنى الإفراز يكون حينئذ  
ظاهراً لعدم التفاوت بين آحاد المال المشترك ، فكان كل شريك قد أخذ عين حقه بهذه  
القسمة وفصله عن ملك شركائه ، وبناء على هذا يجوز لكل من الشركاء أن يقسم في غيبة  
الآخرين وبدون علمهم ، وأن يتسلم نصيبه كذلك في غيبتهم ، ولكن لا تتم القسمة  
إلا بتسلم الغائب حصته ، حتى إذا تلفت قبل أن يتسلمها كان الباقي من المال مشتركاً بين  
الجميع ، ولكن إذا تلفت أولاً حصة القاسم من الشركاء بعد أن تسلمها تمت القسمة بالنسبة



إليه ، وكان تلف حصته عليه ، ولا يكون ما استبقاه لشريكه شركة بينهما .  
وإذا كانت في جنس واحد قيمى كعشرين شاة مشتركة بين اثنين مثلاً ، فأخذ  
أحدهما تسع شياه وأخذ الآخر إحدى عشرة ، كان معنى المبادلة فيها أظهر من معنى الإفراز  
لوجود التفاوت بين آحاد المال المشترك ، فلا يكون كل من الشركين قد أخذ عين حقه ،  
وبناء على ذلك : لا تجوز القسمة إلا بحضور جميع الشركاء ، ولا يجوز لأى شريك أن  
يأخذ حصته في غيبة الباقيين ، ولكن لاتحاد الجنس ورغبة أحد الشركاء فى الانتفاع بحصته  
مفرزة يجبر القاضى سائر الشركاء عليها إذا أبوها عند ما يطلبها أحدهم .

وإذا كانت فى جنسين أو أكثر من مال قيمى أو مثلى أو مال مختلط ، كأن يكون  
المال المشترك إبلا وخيلاً وغنماً ، أو قمحاً وشعيراً وأرزاً ، أو حبوباً وغنماً ، وبموجبها اختص  
أخذ الشركاء بجنس من الأجناس ، فإن معنى المبادلة يكون أوضح منه فى النوع السابق ،  
ولذا لا تجوز القسمة على هذا الوجه إلا بحضور جميع الشركاء ، ولا يجوز لأحدها أن يأخذ  
حصته فى غيبة الآخرين ، ولا تتم إلا بالتراضى بين الجميع ، وإذا طلبها بعضهم لم يجبر  
القاضى من ياباها منهم .

وفى حكم الأجناس المختلفة : الجنس الواحد إذا تعددت آحاده وتفاوتت قيمها تفاوتاً  
فاحشاً كالجواهر ، أو لم تعدد ولكن لا يختلط بعد قسمته بمنفعته التى كانت له قبل  
القسمة كالحمام الصغير والكتاب والثوب والفرس من كل مالا ينتفع به بعد قسمته الانتفاع  
الذى كان له من قبل ، فإن القسمة فيه لا تتم بالإجبار من القاضى ، ولا تتم إلا برضا الشركاء .  
ومما تقدم يتبين لنا أن القسمة قد تتم بقسمة كل واحد من المال المشترك . وتسمى  
حينئذ قسمة تفريق ، كأن يكون المال المشترك أرضاً أو داراً أو مقداراً من القمح ، فيقسم  
كل من الأرض والدار والقمح ، وقد تتم بجعل نصيب أحد الشريكين وجمعه فى بعض  
آحاد المال ، كأن يكون المال المشترك أرضاً وداراً ، فيأخذ أحد الشريكين الأرض والآخر الدار  
وتسمى هذه قسمة جمع ، وكل من قسمته التفريق والجمع قد تتم بطريق القضاء والجبر عليها  
فتسمى حينئذ قسمة قضاء ، وتكون أمام القاضى بناء على طلب بعض الشركاء وإياء  
بعضهم الآخر ، وقد تتم بالتراضى بين الشركاء ، وتسمى حينئذ قسمة تراض ، وتارة تكون  
أحكام — ١٧



هذه في مجلس القضاء إذا ما تراضى عليها جميع الشركاء في مجلسه ، وتارة تكون في غير مجلسه إذا تمت بين الشركاء بعيداً عن القاضي .

والأموال بالنسبة إلى هذين النوعين من القسمة نوعان : الأول : ما يقبل كلا منهما ، وذلك كل مال متعدد تقبل أحاده التجزئة مع بقاء منفعتها التي كانت لها قبل قسمتها ، وذلك كعدد من الدور الكبيرة والضياع . الثاني : ما يقبل أحدهما فقط ، وهو إما أن يقبل قسمة التفريق فقط ، كدار كبيرة أو أرض زراعية واسعة . وضابطه : أن يكون المال شيئاً واحداً يقبل التجزئة مع بقاء منفعته التي كانت له قبل قسمته ، وإما أن يقبل قسمة الجمع فقط ، وهو أن يكون متعدد الأحاد ولكن أحاده إذا قسمت تغيرت منفعتها بعد القسمة ، فلا يمكن أن ينتفع بكل حصة منها الانتفاع الذي كان لها قبل القسمة ، كعشرين شاة وخمس عشرة سيارة .

شروطها : ١ - يشترط في المال المقسوم ما يأتي :

١ - أن يكون عيناً ، فلا تصح قسمة الدين قبل اقتضائه . وذلك لأنه وصف اعتباري في ذمة المدين ، وقسمته لا تؤدي إلى مساواة بين الشركاء ، فقد يتولى بعض الدين ولا يتولى بعضه الآخر ، فيتضرر من كان التاوى في حظه ، وعلى ذلك إذا كان لاثنين دين مشترك لدى مدينيين لم يجز اتفاقهما على أن يختص كل واحد منهما بدين معين منهما ، بل يكون ما يستوفيه كل منهما شركة بينهما . وذهب أحمد إلى جواز قسمة الدين في ذمم المدينيين ( كشف القناع ج ٤ ص ٢٢٣ )

٢ - الإفراز والتمييز بين الحصص ، فإن كان المقسوم أرضاً لزم فيها بيان الحدود ، لأن القسمة إفراز ، ولا يتم إلا بهذا . فلا تصح بأن يجعل لفلان الجانب الشرقي منهما ، وللآخر الجانب الغربي منهما دون بيان حد .

٣ - أن يكون ذلك المال ملكاً للشركاء حين القسمة لملك لغيرهم فيه ، فقسمة الغاصبين لما غصبوا غير صحيحة .

ب - ويشترط في القسمة ما يأتي :

١ - ألا تفوت بها منفعة الشركاء . فإذا فاتت بها منفعتهم جميعاً لم يجز للقاضي أن يجبرهم عليها ، وذلك إذا كان المال المشترك واحداً لا يقبل القسمة كآلة خياطة ، ولكن إذا رضى



جميع الشركاء فيها بقسمتها جاز ذلك ، وإن تلفت لأن المال مالم ، وإن فات بها منفعة أحدهم فقط ، وذلك كما في دار كبيرة مشتركة بين اثنين لأحدهما فيها متر مربع مثلاً ، وللآخر باقيها فقد اختلف الحنفية ، فقيل : يجوز للقاضي أن يجبر عليها عند الطلب من لا تقوت منفعتها ، لأنه صاحب الجزء الأكبر ، ويريد أن ينتفع بماله ، فلا يجوز أن يضار في ذلك بسبب غيره وقيل : لا يجبر القاضي عليها إلا عند طلب من تقوت منفعتها ، لا عند طلب الآخر ، لأن في إجابة طلب الآخر الإضرار بشريكه ، فلا يقر على ذلك . وقيل يجبر عليها عند طلب أحدهما ٢ - أن تكون عادلة ، فإن ادعى أحد الشركاء أن فيها غبناً ، فإن كان يسيراً لم يلتفت إلى قوله ، إذ لا يمكن الاحتراز عنه عادة ، وإن كان فاحشاً ، وكان بقضاء بطلت اتفاقاً ، لأن قضاء القاضي مقيد بالعدل ، وإن كانت بالتراضي لم يسمع لقوله عند بعضهم ، لسبق رضاه بها فيكون متناقضاً ، والأصح : أنها تفسخ إذا أثبت ذلك .

٣ - إذا كانت القسمة بالتراضي وجب فيها تراضي جميع الشركاء ، ولا تصح في غيبة أحدهم ، وإذن لا بد من حضورهم بأنفسهم أو بوكلائهم . وإذا كان منهم صغير أو محجور عليه قام وليه أو وصيه أو القيم عليه مقامه ، فإن لم يكن له ولي نصب له الحاكم وصياً أو قيميا يتولى القسمة بدلا عنه .

٤ - إذا قضى بالقسمة وجب أن يكون ذلك بناء على طلب أحد الشركاء على الأقل . قسمة الجمع : إذا تمت بين الشركاء كانت صحيحة لازمة متى كانت برضاهم وفي حضرتهم وإذا لم يرض بها جميع الشركاء احتاج طالبها إلى رفع الأمر إلى القضاء ، وعندئذ لا يجبر القاضي من أبائها إلا إذا كان المال المشترك من جنس واحد ، سواء أ كان مثليا أم قيميا ، أما إذا كان مكونا من عدة أجناس ولم يمكن قسمة كل جنس على حدة ، فلا يجبر القاضي عليها . وفي حكم ذلك : ما إذا كان المال المشترك جواهر أو دوراً متعددة ولو في مصر واحد على قول الإمام ، وخالف الصحابان في دور المصر الواحد ففوضا الأمر فيها إلى القاضي ، إن شاء قسمها جبراً ، وإن شاء لم يجبر حسب ما يرى .

قسمة التفريق : تتم بالتراضي بين الشركاء ، فإن رفع الأمر فيها إلى القاضي بسبب إباء بعضهم أجبر عليها إذا انتفع كل شريك بحصته الانتفاع الذي كان لها من قبل وإلا لم يجبر



عليها ، وقد قدمنا الخلاف عند الحنفية في ذلك . وقد ذهب بعض الحنابلة إلى أن القاضي يبيع المال المشترك في هذه الحال إذا تضرر بها أحد الشركاء ، ويقسم ثمنه بين الشركاء حتى لا يتضرر أحدهم ، ويجوز أن يباع حينئذ لمن يرغب فيه منهم .

القسام : ينبغي للإمام أن يعين قاسمين يرزقون من بيت المال رحمة بالناس . ويجوز أن تجعل أجرتهم على المتقاسمين على نسبة الأنصباء عند الصاحبين ، وعلى عدد رؤوس الشركاء عند الإمام في غير المكيل والموزون ، أما فيهما فعلى الأنصباء . وروى عنه أيضاً عدم استثناء المكيل والموزون ، وجعل الأجرة فيهما على عدد الرؤوس في جميع الأحوال . وروى عنه أن الأجرة على طالب القسمة دون آيها . أما كيفية فترجع إلى طرق عملية وحسابية وهندسية تختلف باختلاف المال المقسوم ، ليس من مهمتنا بيانها . والشرط أن تكون عادلة كما ذكرنا فيما مضى .

ولا يدخل القسام النقود في قسمته - سواء أكانت قسمة منقول أم قسمة عقار - لكي يعادل بها بين الأقسام إلا برضا الشركاء ، لأن إدخالها يستلزم معاوضة صريحة . ولا تكون إلا عن رضا . ومن العلماء من أجاز ذلك بغير الرضا إذا دعت إليه الضرورة وكانت القسمة بالقضاء ، فإن القاضي قد يبيع مال المدين جبراً عنه قضاء لدينه ، فيجوز له ذلك عند القسمة إذا دعت الضرورة إليه . وهذا حسن .

حكم القسمة وثبوت الخيارات فيها : إذا تمت القسمة وتعين لكل شريك نصيبه بالقرعة أو بالرضا فقد لزم ، فلا يجوز لأحدهم العدول عنها لأنها لازمة ، إلا إذا أثبت فيها غبناً أو خطأ

ولما في القسمة من معنى المعاوضة تثبت فيها الخيارات ، فإذا كانت قسمة جمع في أجناس مختلفة يثبت خيار العيب وخيار الرؤية وخيار الشرط ، وكذلك في قسمة القيمي مطلقاً من جنس واحد . وفي قسمة المثلي من جنس واحد لا يثبت إلا خيار العيب .

المهايأة : كما تجوز قسمة الأعيان على النحو الذي بيناه تجوز قسمة المنافع بالمهايأة ، فتختص المهايأة بالمنافع ولا تجوز في الأعيان ، كثمار الأشجار ولبن الحيوان ، بل يقسم المتحصل منها على الوجه الذي سبق .



والمهاياة نوعان : زمانية ومكانية ، فالزمانية : أن يتبادل الشركاء منافع المال المشترك أزماناً بحسب حصصهم فيه ، فإذا كانت دار مشتركة بين ثلاثة لكل الثلث ، أمكنهم أن يتهايتوا سكنها على أن يسكنها كل واحد شهراً أو سنة مثلاً ، وإذا كان لأحدهم الثلث وللآخر السدس ، وللثالث النصف تهايتوها على أن يسكنها صاحب النصف ثلاثة أشهر ، وصاحب الثلث شهرين وصاحب السدس شهراً وهكذا .

والمكانية : أن يتبادل الشركاء منافع المال المشترك بقسمته بينهم قسمة مؤقتة غير لازمة فإذا كان أرضاً زراعية وهي لشريكين ، فأخذ أحدهما نصفها الغربي فانتفع به ، وأخذ الآخر نصفها الباقي ، أو داراً ، فأخذ أحدهما سفليها ، والآخر علوها . كان هذا من قبيل المهاياة المكانية ولا بد في الزمانية من تعيين المدة لأنها معيار الانتفاع .  
أما المكانية فلا يلزم فيها تعيين مدة كما هو ظاهر .

وإذا طلب أحد الشريكين المهاياة وطلب الآخر القسمة قدم طلب القسمة إذا أمكنت لأنها أقوى ، فإذا لم تمكن القسمة أجبر الطالب لها على المهاياة بطلب شريكه . ويجوز لكل شريك بعد الاتفاق على المهاياة أن يستوفى المنفعة بنفسه ، وأن يؤجر حصته لغيره .

والمهاياة إن كانت بالتراضي فهي عقد غير لازم ، فيجوز لأحد المتهايتين أن يفسخها ، وإن كانت بقضاء القاضى لسبب امتناع بعضهم عنها لم تفسخ إلا برضاهم جميعاً .

### الصلح

التعريف به — الصلح : عقد يرفع النزاع ويقطع الخصومة بين المتصالحين بتراضيهما ، فإذا ادعى إنسان على آخر حقاً فصالحه عنه المدعى عليه جاز ، وكان طالب الحق مصالحاً والمطالب به مصالحاً ، والحق المطلوب مصالحاً عنه ، وما أعطى للطالب مصالحاً عليه ، أو بدل صلح .

ركنه : وركنه الإيجاب والقبول ككل عقد له طرفان .  
شروطه : يشترط في طرفيه أن يكون كل منهما أهلاً لمباشرة العقد الذى يشكل به .



صلحهما . فإن شكل صلحهما يبيع اشترط فيهما ما يشترط في عاقدى البيع ، وإن شكل بإجارة فكذلك يشترط فيهما ما يشترط في المؤجر والمستأجر ، وإن شكل بإبراء اشترط في المتنازل عن بعض حقه منهما ما يشترط في المبرىء وهكذا ، وسنبين ذلك قريباً .

ب — ويشترط في المصالح عنه ما يأتى :

١ — أن يكون حقاً مدعيه ، سواء أ كان مالا أم منفعة . فإذا لم يكن حقاله بأن كان حقاً لله تعالى ، كحد القذف أو طلاقاً أو زواجا . أو كان حقاً لغيره ، كنسب يدعيه لولده « فإنه حق الصغير » فلا تجوز مصالحة المدعى به عليه ، لأنه لا يستطيع إسقاطه ، إذ ليس ذلك له .  
٢ — أن يكون حقاً مالياً غير مجرد ، ونعنى به أن يكون حقاً ثابتاً متقراً في محله ، ولذا لا تصح المصالحة عن حق الشفعة ولا عن خيار الشرط ، لأنه ليس حقاً متقراً في محله وهو المبيع ، بل يرجع إلى مشيئة صاحب الحق ، فلا يلزم بذلك الصلح مال وإن ترتب عليه سقوط الحق لصحة التنازل عنه ، وهذا بخلاف حق القصاص فيصح الصلح عنه لأنه متقرر في محله إذ يصير به الحل — وهو نفس القاتل — مملوكاً لولى المقتول في حق الاستيفاء منه فيصح الصلح عنه .

ج . ويشترط في بدل الصلح ما يأتى :

١ — أن يكون ملكاً للمصالح ، سواء أ كان مالا أو منفعة ، فإذا كان غير مملوك له توقف الصلح على إجازة مالكه دفعه إلى المصالح .

٢ — أن يكون معلوماً إذا احتيج إلى تسليمه ، فإن لم يحتج إلى تسليمه لم يشترط كما إذا كان كل من المتصالحين يدعى على الآخر حقاً ثم تصالحا على أن يترك كل منهما حقه ، فإن ذلك جائز ، وإن لم يبين كل منهما مقدار ما يدعيه . وصفته .

ويشترط فيه شروط أخرى تختلف باختلاف تكليف عقد الصلح ، فإن اعتبر سلباً مثلاً ، روعيت فيه شروط السلم ، وإن اعتبر صرفاً ، روعيت فيه شروط الصرف ، وهكذا .  
حكاه — وحكمه : أنه عقد لازم فلا يملك أحد المتصالحين بعد تمامه أن يستبد بفسخه . ومتى تم دخل بدل الصلح في ملك المدعى وسقطت دعواه ، فلا يقبل منه أن



يدعى بالحق مرة أخرى ، ولا يملك المدعى عليه أن يسترد بدل الصلح منه ، وإذا توفى أحد المتصلحين لم يترتب على وفاته انفساخ الصلح إلا إذا كان في معنى الإجارة . كما إذا صالح المدعى عليه المدعى على أن يترك حقه نظير سكناه لداره سنة ، ثم توفى أحدهما قبل انقضاء السنة ، فإن الصلح يفسخ في باقى المدة ، ويكون للمدعى أن يرجع فى دعواه بقدر ماله من مدة باقية من السنة .

### أقسامه : ينقسم ثلاثة أقسام :

١ - صلح عن إقرار . وصورته : أن يدعى إنسان على آخر حقاً ، كإئة جنيه مثلاً ، فيقر بها المدعى عليه ، ثم يصلحه على خمسين جنياً ، أو على أن يعطيه سيارة مثلاً . وهذا صلح جائز ، وهو فى الصورة الأولى : استيفاء لبعض الحق وترك لبعضه الآخر ، وفى الثانية : معاوضة بين المتصلحين ، فيترتب عليه جميع ما يترتب على البيع من أحكام .

٢ - صلح عن إنكار ، وذلك كما إذا أنكر المدعى عليه الدين فى الصورة السابقة ثم صالح المدعى على ما ذكر ، ويعتبر هذا من ناحية المدعى عليه قطعاً للنزاع وافتداء لليمين ومن ناحية المدعى يعتبر فى الصورة الأولى : استيفاء لبعض الحق وإسقاطاً لبعضه الآخر . وفى الثانية : معاوضة تترتب عليها جميع أحكام البيع بالنسبة له فقط ، فإن كان بدل الصلح عقاراً كان لجاره أن يأخذه منه بالشفعة ، لأنه قد تملكه فى زعمه نظير حقه .

٣ - صلح عن سكوت ، كما إذا سكت المدعى عليه فى الصورة الميينة فلم يعترف بالدين ولم ينكره ، ولكنه عرض الصلح المذكور على المدعى فقبله منه ، وحكمه كحكم النوع الثانى .

ولما كان الصلح يتشكل بعقود كثيرة حسب موضوعه كان الأصل فيه أن يحمل على أشبه العقود به ، فيحمل عند الإقرار على المعاوضة عند اختلاف جنس البديلين كما بينا . ويحمل على إسقاط بعض الحق عند اتحاد البديلين ونقص أحدهما عن الآخر كما تقدم ، ويحمل على الإجارة عند ما يكون بدل الصلح منفعة أعطيت نظير عين مدعاة ، وكذلك يعتبر صرفاً إن كان البدلان من تقدين مختلفين . وعلى هذا يشترط فى كل حالة من هذه الأحوال



ما يشترط في العقد الذي شكل به الصلح فيها وحمل عليه ، كما تقدم . وعندئذ يترتب على الصلح كل ما يترتب على العقد الذي حمل عليه من آثار .

وإذا كان عن إنكار أو سكوت لم يمكن أن يحكم عليه بحكم واحد بالنظر إلى المتصلحين ، بل نحكم عليه بالنظر إلى المدعى بحكم ، ونحكم عليه بالنظر إلى المدعى عليه بحكم آخر . فنحكم عليه بالنظر إلى المدعى : بما نحكم عليه به عند إقرار المدعى عليه . ونحكم عليه بالنظر إلى المدعى عليه بأنه فداء لليمين وقطع للخصومة ، وعلى ذلك يترتب على الصلح بالنسبة إلى المدعى فقط جميع ما يترتب على العقد الذي حمل عليه من آثاره . وعلى ذلك يتفرع ما يأتي :

١ -- ثبت للمدعى فقط جميع الخيارات التي تثبت في عقد المعاوضة ، لأن ما أخذه يعتبر عوضاً عما يدعيه في زعمه ، إذا كان الصلح عن إنكار أو سكوت ، أما إذا كان عن إقرار فإن الخيارات تثبت لكل من طرفي الصلح على حسب ما بيناه في عقود المعاوضة .

٢ -- إذا كان الصلح عن إنكار أو سكوت ، وكان الحق المدعى عقاراً ، لم تثبت فيه الشفعة كما تقدم ، لأنه لا يزال في يد من يدعى أنه ملكه لم يخرج منه ، وإذا كان بدل الصلح في هذه الحال عقاراً ثبتت فيه الشفعة ، لأنه انتقل من ملك المدعى عليه إلى ملك المدعى نظير ما يدعيه من الحق .

وإذا كان الصلح عن إقرار ثبتت الشفعة في البديلين إذا كان كل منهما عقاراً — إلى آخر ما تقدم في الشفعة .

٣ -- إذا استحق الحق المدعى به كله أو بعضه وكان ذلك بالبينة رجع المدعى عليه على المدعى بما يقابل المستحق من بدل الصلح كلاً أو بعضاً ، لأنه مادفع بدل الصلح إلا ليسلم له هذا الحق ، فإذا لم يسلم رجع فيما دفعه بدلا عنه ، وحينئذ يكون للمدعى — إن أراد — أن يخاصم من أقام البينة على استحقاقه في القدر الذي استحقه بها ، ولا فرق في ذلك بين أن يكون الصلح عن إقرار ، أو إنكار ، أو سكوت .

٤ -- إذا استحق بدل الصلح كلاً أو بعضاً بالبينة ، فإن كان مما لا يتعين بالتعيين



رجع المدعى على المدعى عليه بمثل ما استحق ، وإن كان مما يتعين بالتعين رجوع إلى الدعوى بما يقابل البديل المستحق كلاً أو بعضاً ، إن كان الصلح عن إنكار أو سكوت ، فيرفع الدعوى على المدعى عليه بذلك ، لأنه ماترك حقه إلا نظير هذا البديل ، فإذا لم يسلم له رجوع إلى دعواه بما يقابل ما أخذ منه ، وإن كان الصلح عن إقرار رجوع على المدعى عليه بما يقابل البديل المستحق من الحق المعترف به كلاً أو بعضاً بدون حاجة إلى مخاصمة جديدة في إثباته لأنه ثابت بالإقرار .

### الإبراء

التعريف به — هو إسقاط شخص ماله من حق قبل شخص آخر ، كإسقاط الدائن دينه . ويكون بكل لفظ يدل على ذلك ، كأبرأت وأسقطت ، وأنت برىء من الدين . ولا يتوقف نفاذه على القبول من المدين ، ولكن يرتد برده في مجلس الإبراء لمسا فيه من معنى التملك ، فإنه قد يصور بأنه تملك الدين لمن عليه الدين .

وقد يكون الإبراء عاماً ، كأبرأتك من كل حق هو لى قبلك ، وقد يكون خاصاً ، كما في أبرأتك من هذا الحق

شروطه — الإبراء من قبيل التبرع . فيشترط في المبرىء أن يكون من أهل التبرع ، فلا يصح إلا من العاقل البالغ غير المحجور عليه لسفه أو دين ، وإذا كان في مرض الموت كان حكمه حكم الوصية ، فلا ينفذ بعد وفاة المبرىء إلا فيما يسعه ثلث تركته بعد وفاء الدين إذا كان عليها دين ، ويتوقف فيما زاد على الثلث على إجازة الورثة بعد الوفاة وهم من أهل التبرع . وهذا إذا كان المبرأ أجنبياً . فإن كان وارثاً توقف على إجازة باقي الورثة ، قليلاً كان الدين المبرأ منه أم كثيراً . وبمقتضى قانون الوصية رقم ٧١ سنة ١٩٤٦م يكون المدين الأجنبي والوارث سواء في نفاذ إبراء الدائن المريض لهما متى لم يتجاوز الدين الساقط ثلث التركة بعد وفاء الدين المبرىء .

ويشترط في الشخص المبرأ أن يكون معلوماً . فإذا قال شخص : أبرأت مديناً لى لم



يصح الإبراء ، وكذلك إذا قال : أبرأت كل مدين لي لم يصح ، لما فيه من معنى التملك ،  
ولكن إذا كان المبرأ متعدداً محصوراً ، كأبرأت هؤلاء صح الإبراء .

وكذلك يشترط في الإبراء أن يكون من حق ثابت قائم ، فلا يصح الإبراء من حق  
لم يوجد ، ولا الإبراء من الأعيان . وعلى هذا لا يصح إبراء الزوجة زوجها من نفقة العدة  
إذا صدر قبل الطلاق ، ولا الإبراء من كتاب اغتصبه غاصب ، ولكن يصح الإبراء من  
حق الادعاء بالأعيان ، فلا تسمع الدعوى بها بعد ذلك الإبراء ، لأنه حق وهو  
يقبل السقوط .

حكمه — حكمه : اللزوم فإذا كان خاصاً سقط به الحق المسقط به ، فلا تصح المطالبة به  
بعد ذلك ، وإذا صدر عاماً شمل جميع الحقوق القائمة عند صدوره ، فلا تصح المطالبة بها  
كلها ، ولا يشمل ما يحدث بعده من الحقوق . والله أعلم وهو الموفق للصواب .  
وصلى الله على محمد وآله وسلم .



٢٦٦  
١٢٨  
—  
١٤٨

٢٦٦  
—  
١٤٨



## فهرس

- ٤٦ ثبوت الشفعة بالجوار  
٤٧ مراتب الشفعة  
٤٩ شروط الشفعة  
٤٩ في أى مال تكون الشفعة ؟  
٥١ وقت ثبوت حق الشفعة للشفيع  
٥٣ شروط المشفوع به  
٥٥ طريق الوصول إلى الأخذ بالشفعة  
٦١ الملك بالشفعة  
٦٢ ما يجب على الشفيع أدائه  
٦٣ تصرف المشتري في المشفوع فيه  
وزباده وتقصه في يده  
٦٧ نقص المشفوع فيه في يد المشتري  
٦٨ ماتسقط به الشفعة  
٧٢ العقد  
٧٤ ركنا العقد  
٧٥ انعقاد العقد  
٧٦ مجلس العقد  
٧٩ العبارة الواحدة وأثرها  
٧٩ صيغة العقد  
٨١ عبارة العاقد ونيته  
٨٦ تأثير إرادة العاقد في إنشاء العقود  
وتجديد آثارها  
٨٩ اختلاف الفقهاء في شروط العقد  
٩٣ اتصال آثار العقد بصيغته  
٩٤ العقد المعلق  
٩٩ العقود مع الإضافة  
١٠٠ محل العقد
- ٣ المال  
٤ أقسام المال  
٨ الملك  
٩ « التام وخواصه  
١٠ « الناقص وأقسامه  
١٠ ملك العين  
١١ « المنفعة  
١٢ الإباحة والفرق بينها وبين الملك  
١٦ حقوق الارتفاق  
١٩ حق الشرب والشفة  
٢٨ « المجرى  
٢٤ « المرور  
٢٥ « التعلّي  
٢٨ أسباب الملك التام  
٣٠ الكلاً والآجام  
٣٠ الصيد  
٣١ شروط إفادة الملك  
٣٣ الاستيلاء على الركاز  
٣٣ أنواع المعادن  
٣٤ « الكنز وإحيائها  
٣٦ الأرض الموات  
٣٩ الميراث  
٣٩ العقود الناقلة للملكية  
٤٢ الشفعة  
٤٣ ثبوت الشفعة بالشركة في العقار  
٤٤ ثبوت الشفعة بالشركة في حق العقار  
الخاص



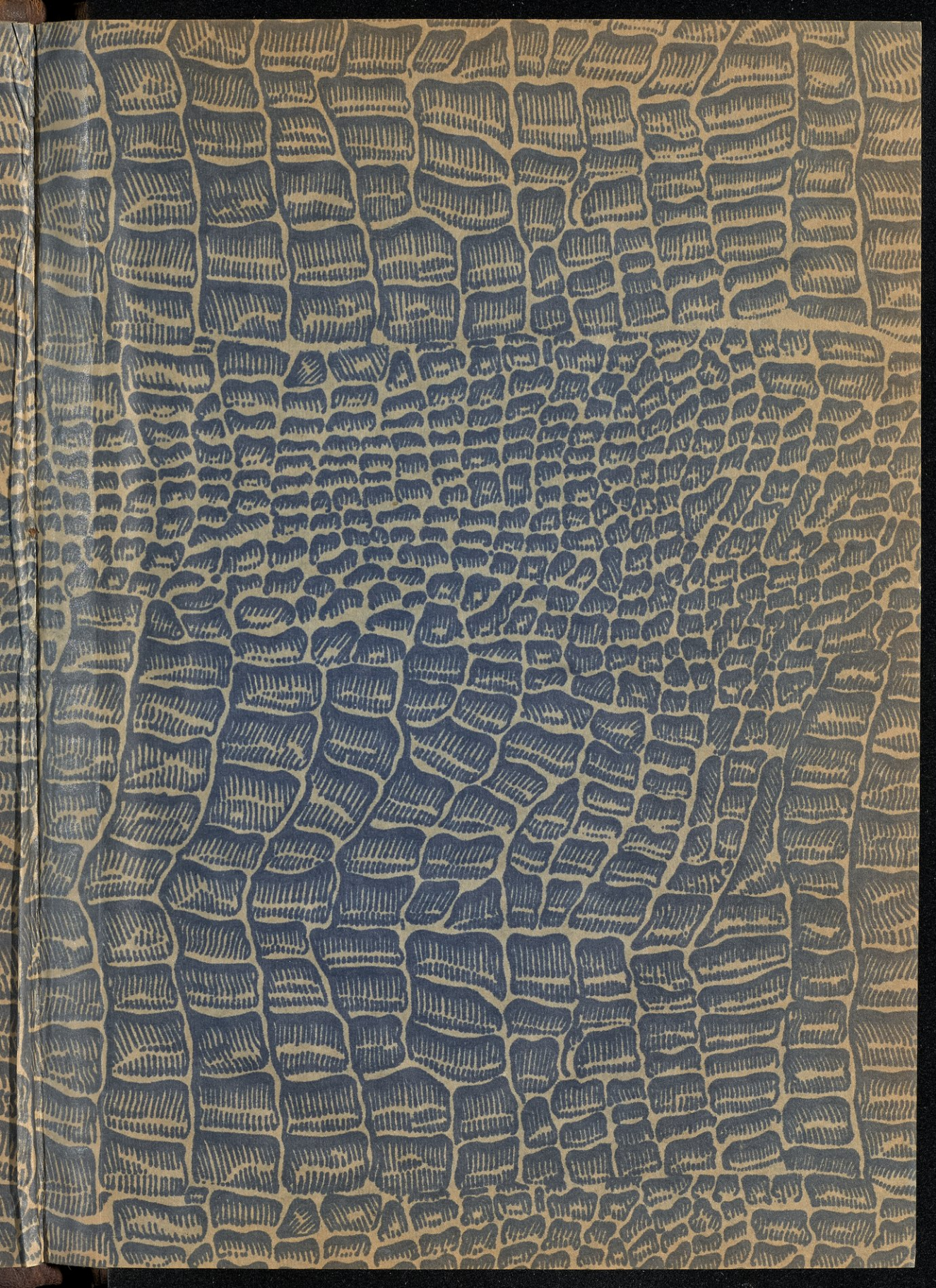
١٧٢ أقسام العقود بالنظر إلى آثارها  
على وجه الإجمال  
١٧٤ البيع  
١٧٤ العاقدان  
١٧٥ المبيع  
١٨٢ الثمن  
١٨٦ أحكام البيع  
١٨٨ المراجعة والتولية والوضعية  
١٩٠ السلم  
١٩٢ الاستصناع  
١٩٤ بيع الوفاء  
١٩٤ الاقالة  
١٩٦ القرض  
١٩٧ الإجارة  
٢٠٠ إجارة الأعيان واستيفاء منافعتها  
٢٠٤ إجارة العامل  
٢٠٩ الأجرة  
٢١٠ حكم الإجارة  
٢١٦ الجمالة  
٢١٨ المزارعة  
٢٢٠ المساقاة  
٢٢١ العارية  
٢٢٤ الوديعة  
٢٢٤ الرهن  
٢٢٣ الكفالة  
٢٤٠ الحوالة  
٢٤٨ الشركة  
٢٥٢ المضاربة  
٢٥٥ القسمة  
٢٦١ الصلح  
٢٦٥ الإبراء

١٠١ الأهلية  
١٠١ أهلية الوجوب  
١٠٢ » الأداء  
١٠٧ عوارض الأهلية  
١١٣ الولاية  
١١٦ الولاية في المال  
١١٩ عقد الأب  
١٢١ عقد وصى الأب  
١٢٢ عقد الجد ووصيه  
١٢٣ » القاضى »  
١٢٣ » الوكيل »  
١٢٢ أقسام لوكالة وشروطها  
١٢٥ الفرق بين الوكالة والرسالة  
١٢٨ حكم العقد وحقوقه ولمن ترجع  
١٣٠ علاقة الوكيل بموكله  
١٣٢ انتهاء الوكالة  
١٣٣ عقد الفضولى  
١٣٥ أثر الإجازة وشروطها  
١٣٦ العقد يباشره شخص واحد  
١٣٨ حكم العقد  
١٣٩ أقسام العقد عند الحنفية  
١٤١ أقسام العقد عند الجمهور  
١٤٤ » » الصحيح  
١٤٥ » » النافذ  
١٤٦ الرضا والاختيار وما يؤثر فيهما  
١٤٩ الغلط في العقد  
١٥٠ الغبن والغرور  
١٥٣ الخيارات  
١٥٤ خيار الشرط  
١٦١ » الرؤية  
١٦٦ » العيب











893.799  
K52644

APR 17 1962



COLUMBIA LIBRARIES OFFSITE



CU58843663

893.799 K52644

Mukhtasar Ahkam al-m