

إنشاء الإسلام
في
حقوق العباد

دار عالم الكتب للنشر والطباعة، ١٤١٩ هـ
فهرسة مكتبة الملك فهد الوطنية

الغزالي، حسن أحمد

انشاء الالتزام في حقوق العباد - الرياض

٩٥٤. ص: ١٧ X ٢٤

ردمك ٥ - ٠٨ - ٨٤٠ - ٩٩٦٠

١ - الالتزامات (فقه إسلامي) ٢ - المعاملات (فقه إسلامي) ١ - العنوان

١٩/٣٩٦٦

ديوي ٢٥٣

جميع الحقوق محفوظة

الطبعة الأولى

١٤٢٠ هـ - ٢٠٠٠ م

رقم الإيداع: ١٩/٣٩٦٦

ردمك: ٥ - ٠٨ - ٨٤٠ - ٩٩٦٠



دار عالم الكتب

لِلطباعة والنشر والتوزيع

العليا - غرب مؤسسة التحلية

مت : ٤٦٥١٩٨٩ - ٤٦٣١٧٢٢

ص.ب. : ٦٤٢٠ - الرياض : ١١٤٤٢

تليفاكس : ٤٦٣١٢٣٦

الملكية القومية السعودية

إِنْشَاءُ الْإِتْرَاهِ

فِي

حَقُوقِ الْعِبَادِ

د. حَسَنُ بْنُ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ الْغَزَالِيِّ

الجزء الأول

دَارُ الْعَالَمِ الْكِتَابِ

للطباعة والنشر والتوزيع



مقدمة البحث

إن الحمد لله نحمده ونستعينه ونستغفره، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا وسيئات أعمالنا، من يهده الله فلا مضل له، ومن يضلل فلا هادي له، وأشهد أن لا إله إلا الله، وحده لا شريك له، وأشهد أن محمدا عبده ورسوله.

﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ حَقَّ تَقَاتِهِ وَلَا تَمُوتُنَّ إِلَّا وَأَنْتُمْ مُسْلِمُونَ ﴾^(١).

﴿ يَا أَيُّهَا النَّاسُ اتَّقُوا رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالًا كَثِيرًا وَنِسَاءً وَاتَّقُوا اللَّهَ الَّذِي تَسَاءَلُونَ بِهِ وَالْأَرْحَامَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلَيْكُمْ رَقِيبًا ﴾^(٢).

﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَقُولُوا قَوْلًا سَدِيدًا. يُصْلِحْ لَكُمْ أَعْمَالَكُمْ وَيَغْفِرْ لَكُمْ ذُنُوبَكُمْ وَمَنْ يُطِيعِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ فَقَدْ فَازَ فَوْزًا عَظِيمًا ﴾^(٣).

أما بعد: فإن من فضل الله علينا أن تعبدنا بهذا الدين الكامل الذى حفظ لنا به مصالح الدنيا والآخرة، ودرأ به عنا المفساد. ومن أعظم تشريعات هذا الدين التى تتجلى فيها هذه المنة فقه المعاملات، الذى يصون وينظم ركنًا عظيمًا من الأركان التى تقوم عليها وحدة الأمة وقوتها.

وذلك أن المعاملات تتعلق بالمنافع المادية التى هى عصب الحياة والتى لا تستغنى عنها الأمة، وهى تؤدى رسالتها فى هذه الحياة، وتجاهد الأمم الأخرى لإحقاق الحق. ولا تقف منفعة فقه المعاملات وأهميته عند حد صيانة القوى المادية للأمة ولكن الأمر يتعدى ذلك إلى صيانة وتقوية الروابط الاجتماعية. وذلك أن الإنسان بفطرته وواقعه لا يستغنى عما فى يد غيره من أعيان ومنافع، ولا يستغنى عن معونة غيره،

١ - سورة آل عمران، الآية رقم (١٠٢).

٢ - سورة النساء، الآية رقم (١).

٣ - سورة الأحزاب، الآيتان (٧٠، ٧١).

وكذلك غيره لا يستغنى عما عنده فتتم عملية تبادل المنافع والأعيان بدافع الحاجة والفطرة. وإذا لم تنظم عملية التبادل هذه وقعت المنازعات والتعدى على الحقوق، فكل يريد الخير كله لنفسه. ولذلك لم يترك الملك الحكيم الرحيم عباده هملاً ينظمون معاملاتهم - أخذاً وعطاء - على مقتضى أفكارهم، وعلى ما تدعو إليه نظرات عقولهم؛ لأن تلك الأفكار والنظرات كثيراً ما يلتبس فيها الحق بالباطل؛ نتيجة لتأثرها بالميول والرغبات، مع قصور العقل فى تصويره لعواقب الأمور والموازنة بين المصالح والمفاسد.

ومن شأن البشر أن بعضهم يستعصى على بعض، ولا يرى فى أوامره وتنظيماته نهجاً واجب الإتياع، ولا يزنها إلا وفق ميزان مصالحه الذاتية، فما كان منها متفقاً مع ما يراه مصلحة له فهو عنده قانون يجب اتباعه، وما كان منها حائداً عن هواه ومبتغاه فهو ظلم وقصور لا يالو جهداً فى الخروج عنه متى ما وجد إلى ذلك سبيلاً. فلا يخضع البشر برغبة واقتناع إلا لشرعية الله وقانونه إذا ما اهتموا إليه وآمنوا به، فبه تستقيم الأمور ظاهراً وباطناً، وتضام الدماء والأموال والأعراض.

فكان حقاً على العلماء وطلاب العلم بيان المنهج الربانى للناس، واستنباطه من النصوص، وصياغته بلغة يفهمها أهل العصر، وربط الأحكام بالواقع، وتنزيلها منازلها فى الحياة العملية.

وموضوع الالتزام هو حجر الزاوية فى نظام المعاملات؛ لأن عملية تبادل الأعيان والمنافع أكثر ما تتم عن طريق الالتزام الذى يبدؤه مالك الحق برضاه. ويترتب على هذا الالتزام آثار حاسمة تلحق جميع أطرافه فتثبت حقوق لم تكن ثابتة، وتلغى أخرى كانت ثابتة. من ذلك نقل ملك الشئ من شخص إلى آخر يحدث بطرق منها البيع، والهبة. ومن ذلك أيضاً تمكين طرف من الانتفاع بعين لا يملكها، كما هو الشأن فى الإجارة والإعارة، ومنه إلزام المرء بالوفاء بدين ثابت على غيره كما، فى الضمان والحوالة، ومنه تمكين إنسان من التصرف فى حق من حقوق غيره كما فى الوكالة.

والالتزام كله مبنى على اللبنة الأولى فيه وهى الإنشاء فإذا نشأ الالتزام بصورة صحيحة تحققت ثمراته وإذا فسدت عملية الإنشاء ترتب على ذلك فساد ما يليها. ولكل التزام ثمرة معينة ومصلحة تتحقق به، فيجب على المكلف أن يسلك لمراعاة الطريق الصحيحة الموصلة إليه. والخلط فى ذلك يؤدى إلى مفاسد عظيمة كمن

يبتغى بالإقراض الكسب، أو يبتغى بالنكاح المتعة المؤقتة، فيجريه بما يشبه عقد الإجارة.

وكما يكون الالتزام فى حقوق العباد، فإنه يكون فى حقوق الله تعالى كما هو الشأن فى النذر والإحرام بالحج، لكن موضوع الرسالة مقتصر على ما يتعلق بحقوق العباد، عدا النكاح فإنه ضمن مفردات الرسالة، باعتبار أنه حق من حقوق العباد، وإن كان عبادة من وجه.

ومما يزيد فى أهمية البحث فى موضوع إنشاء الالتزام أن إنشاء الالتزام يتعاطاه كل الناس وفيهم الجاهل، والمتجرى على حدود الله، والمتهاون فى معرفة الأحكام، وكل يسعى إلى تحقيق مآربه بالأسلوب الذى يروق له، ويكون أسلوباً فاسداً فى غالب الأحوال، ثم تبنى عليه التزامات أخرى ترى وتشعب، وكلها مبنية على أصل فاسد.

ومما يزيد فى الحاجة إلى العناية بموضوع إنشاء الالتزام ظهور المؤسسات الاقتصادية التى تعمل بأموال ضخمة وتسعى لتشغيل هذه الأموال فى النشاطات التجارية المتداولة، وتسعى لابتكار نشاطات جديدة تستوعب هذه الأموال الضخمة، وتريح أصحابها من عناء المنافسة فى النشاطات المعروفة.

وفى هذا المناخ يجب أن يكون النشاط الفقهي استنباطاً وتأليفاً ملبياً لهذه المتطلبات السريعة المتلاحقة. والبطء فى ذلك يؤدى إلى أن تنشأ فى الساحة معاملات مستحدثة، وبعد أن تصبح واقعاً له حضوره القوى فى الساحة تأتى الدراسات الفقهية لتقويم هذه المعاملات والحكم عليها، فيؤدى ذلك إلى إرباك النمو الاقتصادى. وقد يؤدى إلى صياغة الأحكام الفقهية بما يساير الواقع، إذا ابتلى كثير من المشتغلين بالفقه - قديماً وحديثاً - بالانصياع للأمر الواقع، وما ابتكره الناس من معاملات لتحقيق أطماعهم، ومحاولة تأصيل ذلك وإضفاء الصبغة الشرعية عليه؛ ظناً منهم أنهم بذلك يحققون ما دعت إليه الشريعة من التيسير فظهرت الحيل فى المعاملات، وظهرت العقود الغريبة التى تشبه الحلال فى صورتها، وتوصل إلى الحرام فى عاقبتها.

وعندما يتحدث أى متحدث عن أهمية البحث فى موضوع إنشاء الالتزام، فإنه لابد أن يلفت النظر إلى العناية الفائقة التى أبدتها دعاة القانون الوضعى بهذا الموضوع. لكنهم أرسوا البحث فيه على قواعد الجاهلية، لا الشريعة الربانية، فظهرت الكتب الكثيرة المؤلفة، وصيغت القوانين. خرج ذلك كله بعبارات مبسطة،

وتنظيم عجيب، مع الربط الفائق بما يجرى فى حياة الناس من معاملات، وهذا كله يغرى الجهلة ومتبعى الشبهات باعتماد هذه الأنظمة الجاهلية التى مهما بلغ أصحابها من النبوغ والجد فى العمل، إلا أنها تبقى على أصلها جهد مخلوق وصفه الله تعالى بأنه ظلمون جهول.

وأمام ذلك كله لا يسع المتخصصين فى علم الفقه الإسلامى إلا مواصلة البحث فى أحكام الالتزام فيما يتعلق بإنشائه أو انقضائه أو آثاره، ومتابعة ما يستحدثه الناس فى هذا الباب قبل استفحاله، وإظهار نتائج الدراسة والبحث فى قالب ميسر ومنظم، يعين الطالبين للحق على الوصول إليه.

وكان ذلك كله من الأسباب التى دفعتنى إلى أن أختار موضوع «إنشاء الالتزام فى حقوق العباد» موضوعاً لبحثى فى هذه الرسالة التى أعدها لنيل درجة الدكتوراه.

والحمد لله أولاً وأخيراً على ما أنعم به وتفضل فله الحمد والشكر.

وأجد أنه من الواجب أن أشكر كل من كان له فضل علىّ فى إعداد هذه الرسالة، وأحق الناس بالشكر والدَى الكريمان اللذان لهما اليد الطولى فى استمرارى فى طلب العلم. وأخص بالشكر والعرفان بالجميل أستاذى فضيلة الأستاذ الشيخ عبد العزيز بن عبد الله آل الشيخ الذى تكرم بالإشراف على هذه الرسالة فى مرحلة حاسمة من مراحل إعدادها ابتداء من يوم ٦/١٧ ١٤١٤هـ، وصاحب المعالى الشيخ الأستاذ د. محمد العجلان الذى تكرم بالإشراف على هذه الرسالة عند تسجيلها فى يوم ١١/١٠ ١٤١٠هـ ثم أملت عليه أعباء مسؤولية إدارة الجامعة الاعتذار عن الإشراف.

وأشكر أصحاب الفضيلة أعضاء لجنة المناقشة فضيلة الشيخ الدكتور/ محمد بن أحمد الصالح وأشكر أصحاب الفضيلة أعضاء مجلس قسم الفقه، وأعضاء مجلس الكلية الذين منحونى ثقتهم فى التصدى لهذا الموضوع ودراسته.

المخطط المنهجي

(١) قسمت البحث إلى أبواب، وتحت الباب فصول، وتحت الفصل مباحث، وتحت المبحث مطالب، وتحت المطلب مسائل، وتحت المسألة فروع، والفرع ينقسم إلى أقسام. كل ذلك بحسب الحاجة. ولم ألزم فى تقسيم وحدات البحث عدداً معيناً من الصفحات، فقد يكون فرعاً فى أحد الفصول أكبر من مبحث فى فصل آخر. فالمراعى فى تقسيم كل فصل هو الفصل بين الفروع الفقهية، وعدم الخلط بينها.

(٢) تناولت في كل مسألة ما تمكنت من الإطلاع عليه من أقوال أهل العلم. وكانت المذاهب الأربعة هي الوعاء الحاوي لذلك. وإن وُجد قول في المسألة لأحد من علماء أهل السنة لم يرد في المذاهب الأربعة فإنني أوردته. ونقلت أقوال المعاصرين من علماء الفقه الإسلامي في المسائل المحدثه خاصة. وفي بعض المواضع نقلت أقوال القانونيين المعاصرين للرد على ما فيها من تفسير خاطيء للفقه الإسلامي.

(٣) عند سرد الأقوال أقدم في البابين الأول والثاني القول الذي فيه إثبات على الذي فيه نفي؛ لأن في ذلك مراعاة لعنوان الباب. وفي الباب الثالث أقدم القول الذي فيه اعتبار النية؛ مراعاة لعنوان الباب.

ورببت المذاهب الأربعة في كل قول حسب تاريخ ظهورها.

(٤) ترتيبت الأقوال مع الأدلة والمناقشة والترجيح جعلته على الشكل التالي:

أعرض القول مع أدلته قبل الانتقال إلى القول الثاني وأدلته. وبعد كل دليل أورد ما دار حوله من مناقشة - إن وجد الاعتراض، ثم الجواب عن الاعتراض، ثم رد الجواب. وبعد الانتهاء من عرض الأقوال والأدلة يأتي عرض سبب الخلاف - إن استبان لي - ويعقبه الترجيح، مذيلاً بأسباب الترجيح.

(٥) أطلقت اسم «الدليل» على كل ما يستدل به من منقول أو معقول.

(٦) إذا لم أعثر للقول على دليل، وأمکن استخلاص دليل لهم من مسألة مشابهة، أو أصل عام فإنني أفعل ذلك قدر المستطاع.

(٧) الاعتراض إذا كان منصوباً عليه عند أحد من أهل العلم فإنني أنقله مصدراً بلفظ «أعترض بكذا» أو «اعترض فلان على كذا بكذا». وأما إذا كان فهماً، لا نقلاً فإنني أصدّره بكلمة «يرد الاعتراض على الدليل الفلاني بكذا وكذا».

(٨) نقلي للأقوال القاعدة فيه أنه نقل بالمعنى - غير أني أنقل الكلام «نصاً» عندما تدعو الحاجة إلى ذلك كأن يكون في معناه التباس. وإذا نقلت الكلام حرفياً صدرته بكلمة «قال فلان»، وحصرته بين علامات التنصيص. وأما إذا قلتُ «قال فلان»، ولم أحصر المنقول بين علامات التنصيص فإنه لا يكون منقولاً نقلاً حرفياً، وإنما بالفاظ مقاربة.

(٩) نقلت عن عدد من الكتب القانونية المعاصرة لخدمة هدف واحد، هو معرفة الواقع الذي يعمل به الناس في المسألة المبحوثة. أو لتعريف مصطلح من المصطلحات المحدثه، وليس لدراسة القانون الوضعي فيها، أو إثبات الحكم الشرعي.

(١٠) المسائل العصرية منها ما بحثته في مسألة مستقلة، ومنها ما أشرت إليه إشارة في الترجيح في المسألة المناسبة. ومعيار ذلك وجود أمر مستجد في المسألة العصرية يستحق الإيراد.

(١١) موضوع الرسالة يتسم بأنه واسع ومتشعب وله علاقة بجميع العقود، وليس الغرض منه تتبع الفروع واستيعابها بالبحث، وإنما الغرض معالجة الأسس التي تقوم عليها عملية إنشاء الالتزام، فكان تتبع الفروع محكوماً بهذا المقصد.

(١٢) وأما الهوامش فقد استخدمتها في الأغراض التالية:

(أ) توثيق المعلومات الواردة في الصلب. وقد التزمت التوثيق من المصادر الأصلية، فوثقت لكل قول في مذهب من كتب المذهب، ولكل قول منسوب إلى شخص معين إلى كتبه، فإن لم أتمكن من ذلك أوثق قوله من كتب المذهب الذي ينتسب إليه. وإذا اجتمع في هامش واحد مراجع من عدة مذاهب أرتبها حسب تاريخ ظهور المذهب. وأرتب مراجع المذهب الواحد حسب الحروف الأبجدية.

وفى بعض المواضع يتكرر الرقم الذي يشير إلى المصدر، وهذا علامة على أن الفقرات المشتركة في ذلك الرقم، هي مشتركة أيضاً في المصدر.

(ب) ورد في الهامش بعض الفقرات العلمية التي ليست من صلب موضوع الرسالة، ولكنها تفيد بدرجة كبيرة في توضيح مسألة من مسائل الإنشاء.

(ج) استخدمت الهامش في بيان المواضع المحال عليها من البحث بذكر رقم الصفحة، وكانت جميع الإحالات على مواضع متقدمة في الرسالة.

(د) عزوت في الهامش الآيات الواردة في الصدر إلى مواضعها من كتاب الله الكريم بذكر اسم السورة ورقم الآية.

وخرجت في الهامش الأحاديث والآثار الواردة في الصدر، فعزوت كل خبر إلى مصدر من الأمهات الحديثية التي يعتمد عليها في النقل، وفي بعض الأحيان عن مصدر ناقل، لعدم تمكني من الإطلاع على المصدر الأصلي. وبالنسبة لدرجة الحديث فإنني أنقل الحكم عليه - عند توفر ذلك - عن أئمة الفن.

(هـ) ترجمتُ لعدد من الأعلام الوارد ذكرهم، وكان الاختيار محكوماً بالضوابط التالية:

- أن يكون للعلم قول في مسألة من مسائل البحث. أما راوى الحديث، أو من ورد اسمه في حديث أو قصة فلا أترجم له.

عدلت عن الترجمة للنجوم من الأعلام كمشاهير الصحابة، والتابعين، والأئمة الأربعة.

(١٣) وضعت للبحث ستة فهارس: فهرس للأيات رتبت الأيات فيه حسب ورودها في المصحف، وفهرس للأحاديث، وثالث للآثار رتبت كلا منهما حسب أول كلمة في النص إن كان قولياً، وحسب أبرز عنوان - توصلت إليه - إن كان فعلياً. وفهرس رابع للأعلام المترجم لهم، رتبت أسماءهم فيه حسب الحروف الهجائية. وفهرس خامس للمصادر التي نقلت منها في البحث، رتبها حسب الفنون، وفي كل فن رتبت أسماء المصادر حسب الحروف الهجائية. وفهرس سادس وأخير للموضوعات.

(١٤) الخاتمة؛ وفيها تلخيص لأهم نتائج البحث.

مخطط البحث (١):

يتكون البحث من مقدمة، وتمهيد، وثلاثة أبواب، وخاتمة، وستة فهارس. التمهيد، فيه: التعريف بالالتزام، وإنشائه، وتمييزه عما يقاربه، وبيان أسبابه، وصوره.

ويتضمن أربعة مطالب:

المطلب الأول: تعريف الإنشاء:

وفيه ثلاث مسائل:

المسألة الأولى: تعريف الإنشاء لغة.

المسألة الثانية: تعريف الإنشاء عند علماء البلاغة.

المسألة الثالثة: نسبة ألفاظ العقود إلى أقسام الكلام.

المطلب الثاني: تعريف الالتزام:

وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: تعريف الالتزام لغة.

المسألة الثانية: تعريف الالتزام اصطلاحاً.

(١) أوردت في هذا المخطط الأبواب، والفصول، والمباحث، والمطالب، والمسائل في غالب الأحوال، وأورد الفروع التي تحت المسائل إذا لم يكن عنوان المسألة كافياً عن ذلك.

وقد حرصت على أن تكون جميع العناوين الكبيرة والصغيرة الموجودة في الخطة المقدمة لتسجيل الرسالة واردة في هذا المخطط، ليعلم موضع كل عنوان في الخطة المقدمة لتسجيل في هذا المخطط الأخير الذي استقرت عليه الرسالة.

وفي هذه المسألة: تعريف الالتزام عند الفقهاء المتقدمين.
تعريف الالتزام عند الفقهاء المعاصرين.
التعريف المختار للالتزام.

المطلب الثالث: تمييز الالتزام عما يقاربه في المعنى:
وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: تمييز الإلتزام عن العقد.
المسألة الثانية: الفرق بين التصرف والالتزام.
المطلب الرابع: أسباب الالتزام، وصوره.
الباب الأول: الالتزام من جانب واحد.

وفيه أربعة فصول:
الفصل الأول: الوعد.

وفيه تمهيد، وثلاثة مباحث:

التمهيد

وفيه تعريف الوعد، وبيان أقسامه.
المبحث الأول: الوعد ببذل مال، أو منفعة بغير عوض (الوعد في التبرعات).
المبحث الثاني: الوعد بإجراء عقد معاوضة.

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: الوعد بإجراء عقد معاوضة وعداً ملزماً.
المطلب الثاني: الوعد بإجراء عقد معاوضة وعداً غير ملزم.
المبحث الثالث: صور الوعد بالتعاقد الشائعة في السوق المحلية.
وفيه ستة مطالب:

المطلب الأول: المرابحة المصرفية.
وفيه ثلاث مسائل:

المسألة الأولى: التعريف بالمرابحة المصرفية.
المسألة الثانية: التطبيق العملي للمرابحة المصرفية.
المسألة الثالثة: تمييز المرابحة المصرفية عما يقاربها.

وتحتها فرعان:

الفرع الأول: تمييز المراجعة المصرفية عن بيع المراجعة المصطلح عليه عند الفقهاء.

الفرع الثاني: تمييز المراجعة المصرفية عن العقد المعلق على شرط.

المطلب الثاني: الاعتماد المستندي.

وفيه - بيان كيفية التعامل به.

- التكيف الفقهي لفتح الاعتماد المستندي.

المطلب الثالث: فتح الاعتماد البسيط.

المطلب الرابع: التواعد على الصرف في المستقبل بالسعر القائم وقت المواعدة.

المطلب الخامس: التواعد على الصرف في المستقبل بالسعر القائم وقت تنفيذ المواعدة.

المطلب السادس: اتفاق التوريد.

الفصل الثاني: تعليق الالتزام على أمر يمكن وقوعه في المستقبل.

وفيه تمهيد، وستة مباحث:

التمهيد وفيه: التعريف بتعليق العقد، وتمييز التعليق عما يقاربه.

وتحته فرعان:

الفرع الأول: وفيه تعريف التعليق، وبيان شروط تحقق التعليق (وفيها بيان

الفرق بين التعليق على أمر محقق الوقوع بإذن الله، والتعليق

على أمر يحتمل الوقوع وعدمه).

الفرع الثاني: تمييز التعليق عن الشرط الجعلي وعن خيار الشرط وتمييزه عن

الإضافة. وبيان عدم دخول الإضافة في موضوع الرسالة.

المبحث الأول: حكم تعليق عقود المعاوضة.

المبحث الثاني: حكم تعليق التبرعات.

المبحث الثالث: حكم تعليق التوثيقات.

المبحث الرابع: حكم تعليق الولايات.

المبحث الخامس: بيان أثر التعليق (وفيها بيان أثر التعليق في تحويل العقد إلى

مجرد وعد).

المبحث السادس: صور العقد المعلق الشائعة في السوق التجاري المحلي.

وهي صورتان: شرط التحكيم، عقد التوريد.

الفصل الثالث: إنشاء الالتزام بالإيجاب دون قبول.

وفيه خمسة مباحث:

المبحث الأول: إنشاء الوقف، والوصية بالإيجاب وحده.

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: إنشاء الوقف.

وفيه تمهيد، وأربع مسائل:

التمهيد: وفيه التعريف بالوقف، وبيان حكمه.

المسألة الأولى: إنشاء الوقف على معين بالإيجاب وحده.

المسألة الثانية: إنشاء الوقف على غير معين بالإيجاب وحده.

المسألة الثالثة: أثر قبول الموقوف عليه إيجاب الواقف.

المسألة الرابعة: حكم رجوع الواقف عن إيجابه.

المطلب الثاني: إنشاء الوصية بالإيجاب وحده.

وفيه تمهيد، ومسألان.

التمهيد، وفيه: التعريف بالوصية، وبيان مشروعيتها.

المسألة الأولى: إنشاء الوصية لشخص معين بالإيجاب وحده.

المسألة الثانية: إنشاء الوصية لغير معين بالإيجاب وحده. (وفيها

بيان أثر رجوع الموصي، وأثر قبول الموصى له،

وأثر رد الموصى له إيجاب الموصي).

المبحث الثاني: إنشاء الجعالة بالإيجاب وحده.

وفيه تمهيد، وثمانية مطالب.

التمهيد وفيه فرعان:

الفرع الأول: التعريف بالجعالة، وبيان الفرق بينها وبين الإجارة، وبينها وبين

الجوائز التي يعلن عنها مسوقو السلع.

الفرع الثاني: حكم الجعالة.

المطلب الأول: حكم الإيجاب في الجعالة، وبيان الصور المستثناة من هذا الحكم،

وهي خمس صور.

المطلب الثاني: الإيجاب الموجه إلى غير معين (الإيجاب الموجه للجمهور).

المطلب الثالث: الإيجاب الموجه إلى معين.

المطلب الرابع: مباشرة العامل العمل دون علم منه بالإيجاب الصادر عن صاحب العمل.

المطلب الخامس: إنشاء الجعالة دون قبول العامل . (وفيه إيراد مباشرة العامل العمل بعد علمه بإيجاب الجاعل).

المطلب السادس: رجوع صاحب العمل عن إيجابه.

المطلب السابع: رد العامل للإيجاب الموجه إليه.

المطلب الثامن: ما يثبت به الجعل للعامل.

المبحث الثالث: إنشاء الكفالة ، وحوالة الدين بالإيجاب وحده.

وفيه تمهيد وثلاثة مطالب:

التمهيد وتحتة فرعان:

الفرع الأول: التعريف بالكفالة ، وبيان أقسامها ، وحكم كل قسم.

الفرع الثاني: تبين الحقيقة الشرعية للكفالة.

المطلب الأول: إنشاء الكفالة بالإيجاب وحده.

وفيه ثلاث مسائل:

المسألة الأولى: إنشاء الكفالة من دون قبول المكفول.

المسألة الثانية: إنشاء الكفالة من دون قبول المكفول له.

المسألة الثالثة: أثر رد المكفول ، والمكفول له الكفالة.

وفيه فرعان:

الفرع الأول: أثر الرد على إنشاء الكفالة.

الفرع الثاني: أثر الرد على التزامات المكفول نحو الكفيل.

المطلب الثاني: إنشاء حوالة الدين ، وترتب آثارها بإيجاب من المحيل.

وفيه ثلاث مسائل:

المسألة الأولى: إنشاء الحوالة من دون إيجاب المحيل.

المسألة الثانية: إنشاء الحوالة من دون قبول المحال.

المسألة الثالثة: إنشاء الحوالة من دون قبول المحال عليه.

المطلب الثالث: أهم صور الكفالة والحوالة المستحدثة في السوق التجاري المحلي.

وهي: (١) خطاب الضمان المصرفي.

(٢) الأوراق التجارية.

المبحث الرابع: إنشاء الالتزام بالإيجاب في الصلح عن دم العمد، والتملك بالشفعة، وإنشاء الرهن.

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: إنشاء الصلح عن دم العمد بالإيجاب وحده.

وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: بيان ما يثبت لولي الدم على الجاني من حقوق.

المسألة الثانية: إنشاء الصلح بعد العفو عن القصاص بمجرد الإيجاب من ولي الدم دون قبول الجاني، أو بإيجاب من الجاني دون قبول ولي الدم.

المطلب الثاني: تملك الشفيع العين المبيعة بإيجاب منه دون قبول المالك.

وفيه تمهيد، ومسألتان:

التمهيد وفيه: التعريف بالشفعة.

المسألة الأولى: حكم التملك بالشفعة من دون رضا المشتري، أو حكم الحاكم.

المسألة الثانية: حكم الإيجاب في التملك بالشفعة.

المطلب الثالث: إنشاء الرهن بالإيجاب من الراهن.

المبحث الخامس: أحكام الالتزام بمعناه الخاص عند الملكية.

وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول: بيان الفرق بين الالتزام - بمعناه الخاص عند الملكية - ، والوعد.

المطلب الثاني: حكم الوفاء بالالتزام المطلق من غير تعليق.

وفيه ثلاث مسائل:

المسألة الأولى: حكم الوفاء بالالتزام لغير معين التزاماً مطلقاً.

المسألة الثانية: حكم الوفاء بالالتزام لمعين التزاماً مطلقاً. (سواء أكان مبنياً على وعد سابق أم مبتدأ من غير وعد). وفيها بيان أثر القبول من الملتزم له.

المسألة الثالثة: أثر تغير حال الملتزم على الحكم ببطالان التزامه (وفيها بيان أثر تقييد الالتزام بمدة معينة، وأثر تغير حال الملتزم).

المطلب الثالث: الالتزام المعلق.

وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: الالتزام المعلق على فعل الملتزم.

وتحتها ثلاثة فروع:

الفرع الأول: الالتزام المعلق على فعل الملتزم، الذي يقصد به حصول الفعل المعلق عليه.

الفرع الثاني: الالتزام المعلق على فعل الملتزم، الذي يقصد به الامتناع من ذلك الفعل المعلق عليه. (الإلتزام بصيغة اليمين).

الفرع الثالث: الالتزام المعلق على فعل الملتزم الذي لا يقصد به حصول الفعل المعلق عليه، ولا عدم حصوله، وإنما المقصود منه القربة (الالتزام من غير يمين).

المسألة الثانية: الالتزام المعلق على فعل الملتزم له.

وفيه سبعة فروع:

الفرع الأول: الالتزام المعلق على فعل الملتزم له الذي فيه منفعة للملتزم.

الفرع الثاني: الالتزام المعلق على فعل الملتزم له الذي فيه منفعة للملتزم له.

الفرع الثالث: الالتزام المعلق على فعل الملتزم له الذي فيه منفعة لغير الملتزم والملتزم له.

الفرع الرابع: الإلتزام المعلق علي فعل الملتزم له المباح الذي لا منفعة فيه لأحد (الإلتزام المقصود به التعجيز).

الفرع الخامس: الالتزام المعلق على فعل الملتزم له الواجب عليه.

الفرع السادس: الالتزام المعلق على فعل الملتزم له المحرم عليه.

الفرع السابع: قيام الملتزم له بالعمل دون علمه بإيجاب الملتزم.

المسألة الثالثة: الالتزام المعلق على فعل غير الملتزم والملتزم له.

وتحتها فرعان:

الفرع الأول: الالتزام المعلق على فعل غير الملتزم والملتزم له الذي ليس فيه مخاطرة بالحقوق.

الفرع الثاني: الالتزام المعلق على فعل غير الملتزم والملتزم له الذي فيه مخاطرة بالحقوق.

المطلب الرابع: الالتزام الذي فيه إسقاط حق قبل ثبوته، أو مخالفة إلتزام سابق.

الفصل الرابع: تولي شخص واحد طرفي العقد.

وفيه تمهيد، ومبحثان:

التمهيد وتحتة فرعان:

الفرع الأول: عرض موجز لأنواع النيابة.

الفرع الثاني: تميز عقد النكاح عن غيره من العقود.

المبحث الأول: تولي شخص واحد طرفي العقد في غير النكاح.

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: تولي شخص واحد طرفي العقد بموجب الوكالة. (بإذن خاص من

الوكيل أو بموجب عموم النيابة).

وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: تولي الوكيل العقد أصيلاً عن نفسه، ووكيلاً عن الطرف الآخر

(تعاقد الوكيل مع نفسه).

المسألة الثانية: تولي الوكيل طرفي العقد نائباً عن غيره.

المطلب الثاني: تولي شخص واحد طرفي العقد بموجب الولاية القهرية.

المطلب الثالث: الصور المستثناة بأحكام خاصة.

وهي صورتان:

الصورة الأولى: استثناء الأب من منع تولي طرفي العقد.

الصورة الثانية: استثناء الجد من منع تولي طرفي العقد.

المبحث الثاني: تولي شخص واحد طرفي عقد النكاح. (وفيه التفريق بين الوكيل

المأذون له في تولي طرفي العقد، والوكيل الذي يفعل ذلك

بموجب عموم النيابة، والحالات المستثناة).

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: انفراد الخاطب بإجراء عقد النكاح أصيلاً عن نفسه، ونائباً عن

المخطوبة بصفته ولياً عليها في عقد النكاح ولاية قهرية لا اختيارية.

المطلب الثاني: تولي شخص واحد بإجراء عقد النكاح نيابة عن الخاطب

والمخطوبة.

الباب الثاني: الإيجاب والقبول.

وفيه تمهيد وأربعة فصول:

التمهيد وفيه خمسة فروع:

الفرع الأول: التعريف اللغوي بالإيجاب والقبول.

الفرع الثاني: تعيين ما يسمى إيجاباً، وما يسمى قبولاً في كلام العاقلين.

الفرع الثالث: أثر تقدم القبول بالإيجاب.

الفرع الرابع: صدور الإيجاب والقبول بلفظ واحد من شخص واحد.

الفرع الخامس: تمييز الإيجاب والقبول عما يقاربهما.

أولاً: تمييز الإيجاب عن الدعوة إلى إجراء العقد والإعلان الدعائي.

ثانياً: تمييز الإيجاب والقبول عن المساومة.

الفصل الأول: شروط صحة الإيجاب والقبول.

وفيه ثلاثة شروط في ثلاثة مطالب.

المطلب الأول: توافق الإيجاب والقبول علي محل واحد.

وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: اشتراط توافق الإيجاب والقبول علي محل واحد.

المسألة الثانية: حكم التوافق الضمني بين الإيجاب والقبول.

المطلب الثاني: في الشرط الثاني، وهو: أن يكون الخطاب في الإيجاب موجهاً

للقابل بعينه.

وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: أقوال أهل العلم وأدلتهم في إثبات هذا الشرط لصحة الإيجاب

في التعاقد بين حاضرين.

المسألة الثانية: أقوال أهل العلم وأدلتهم في عدم إثبات هذا الشرط في التعاقد

بين غائبين.

المطلب الثالث: في الشرط الثالث، وهو: اتصال القبول بالإيجاب في مجلس

العقد. وفيه ثلاث مسائل:

المسألة الأولى: اشتراط اتصال القبول بالإيجاب في مجلس العقد.

المسألة الثانية: توقف تحقق شرط الاتصال علي صدور القبول فور فراغ الموجب

من إيجابه.

المسألة الثالثة: الصور المستثناة من شرط الاتصال.

الفصل الثاني: ارتباط القبول بالإيجاب.

وفيه أربعة مباحث:

المبحث الأول: مجلس العقد، وأثره في ارتباط القبول بالإيجاب.

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: مجلس العقد بين حاضرين.

وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: تبيين حقيقة التفرق.

المسألة الثانية: معيار التفرق بالأبدان، وأهم صوره.

المطلب الثاني: مجلس العقد بين غائبين.

وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: إثبات وجود مجلس للعقد في حالة التعاقد بين غائبين.

المسألة الثانية: تعيين الحد الذي ينتهي إليه مجلس العقد بين غائبين.

المبحث الثاني: تمام الإيجاب والقبول.

وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول: بيان ما يتم به الإيجاب بين عاقلين حاضرين.

المطلب الثاني: بيان ما يتم به القبول بين عاقلين حاضرين.

المطلب الثالث: بيان ما يتم به الإيجاب بين عاقلين غائبين.

المطلب الرابع: بيان ما يتم به القبول بين عاقلين غائبين.

المبحث الثالث: موانع ارتباط القبول بالإيجاب.

وفيه خمسة مطالب:

المطلب الأول: رجوع الموجب عن إيجابه قبل صدور القبول رجوعاً صريحاً.

المطلب الثاني: صدور إيجاب مختلف عن الإيجاب الأول.

المطلب الثالث: توقيت انتهاء الإيجاب بزمان يحل قبل التفرق من مجلس العقد.

المطلب الرابع: انشغال العاقلين عن إنشاء العقد بأمر آخر.

المطلب الخامس: موت أحد العاقدين ، أو فقد أهلية قبل صدور القبول.

المبحث الرابع: عقود لها طبيعة خاصة في إنشائها.

وفيه ثلاثة مطالب :

المطلب الأول: بيع المزايدة.

وفيه تمهيد ومسألان :

التمهيد وفيه : التعريف ببيع المزايدة ، وبيان مشروعيته .

المسألة الأولى: تعيين الإيجاب من القبول في بيع المزايدة .

المسألة الثانية: الأسباب التي يبطل بها العطاء الذي يتقدم به المشتري .

المطلب الثاني: عقد الإذعان .

وفيه تمهيد ، ومسألة :

التمهيد : فيه التعريف بعقد الإذعان ، وبيان خصائصه .

المسألة الأولى: تعيين الإيجاب والقبول في عقد الإذعان .

المطلب الثالث: التعاقد بالهاتف .

وفيه مسألان :

المسألة الأولى: صحة العقد مع عدم اجتماع العاقدين في مكان واحد .

المسألة الثانية: انتهاء المجلس في التعاقد بالهاتف .

الفصل الثالث: التعبير عن الإيجاب والقبول .

وفيه خمسة مباحث .

المبحث الأول: التعبير باللفظ .

وفيه ثلاثة مطالب .

المطلب الأول : في تقسيم اللفظ إلى صريح وكنائي ، وبيان ما يصح إنشاء الالتزام به منها .

وفيه ثلاث مسائل :

المسألة الأولى: اللفظ الصريح ، وإنشاء الالتزام به .

وتحتها ثلاثة فروع .

الفرع الأول: ضابط اللفظ الصريح .

الفرع الثاني: المرجع في الحكم على اللفظ بأنه صريح .

الفرع الثالث: حكم إنشاء الالتزام باللفظ الصريح .

المسألة الثانية: اللفظ الكنائي، وإنشاء الالتزام به.
وتحتها فرعان:

الفرع الأول: ضابط اللفظ الكنائي.

الفرع الثاني: حكم استعمال اللفظ الكنائي في إنشاء الالتزام.

المسألة الثالثة: تحول اللفظ الكنائي إلى لفظ صريح.

المطلب الثاني: التقيد في إنشاء الالتزام بلفظ معين.
وفيه ثلاث مسائل.

المسألة الأولى: التقيد في إنشاء النكاح بلفظ معين.

المسألة الثانية: التقيد في إنشاء غير النكاح من الالتزامات بلفظ معين.

المسألة الثالثة: إنشاء التزام معين بلفظ التزام آخر.

المطلب الثالث: أنواع الصيغ اللفظية، وحكم استعمال كل نوع في إنشاء الإلتزام.
وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: حكم استعمال الصيغ الفعلية في إنشاء الالتزام.
وتحتها ثلاثة فروع:

الفرع الأول: حكم استعمال صيغة الماضي في إنشاء الالتزام.

الفرع الثاني: حكم استعمال صيغة المضارع في إنشاء الالتزام.
والبحث فيه على قسمين:

القسم الأول: الفعل المضارع المقترن بما يدل على الاستقبال.

القسم الثاني: الفعل المضارع المقترن بما يفيد الإنشاء.

الفرع الثالث: حكم استعمال صيغة الأمر في إنشاء الالتزام.

المسألة الثانية: حكم استعمال الجملة غير الفعلية في إنشاء الالتزام.

المبحث الثاني: التعبير بالمعاطاة.

وفيه ستة مطالب.

المطلب الأول: صفة المعاطاة عند من يعتد بها.

المطلب الثاني: شروط صحة المعاطاة عند من يعتد بها.

المطلب الثالث: حكم إنشاء الالتزام بالمعاطاة من حيث الصحة والبطلان.

وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: حكم إنشاء الالتزام بالتعاطي من الجانبين من حيث الصحة والبطلان.

المسألة الثانية: حكم إنشاء الالتزام بالإعطاء من حيث الصحة والبطلان.

المطلب الرابع: بيان ما تفيد المعاطاة.

المطلب الخامس: حكم المعاطاة من حيث الحل والحرمة.

المطلب السادس: التزامات مستثناة من الأصل العام في المعاطاة.

وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: المستثنى من صحة إنشاء الالتزام بالمعاطاة عند من يعتد بها.

المسألة الثانية: المستثنى من منع إنشاء الالتزام بالمعاطاة عند من لا يعتد بها.

المبحث الثالث: التعبير بالإشارة.

وفيه ثلاثة مطالب.

المطلب الأول: إنشاء الالتزام بالإشارة من القادر على النطق.

المطلب الثاني: إنشاء الالتزام بالإشارة من غير القادر على النطق.

وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: إنشاء الالتزام بالإشارة من الأخرس خرساً عارضاً (معتقل

اللسان).

المسألة الثانية: إنشاء الالتزام بالإشارة من الأخرس خرساً أصلياً.

وتحتها فرعان:

الفرع الأول: إنشاء الإلتزام بإشارة الأخرس القادر على الكتابة.

الفرع الثاني: إنشاء الإلتزام بإشارة الأخرس غير القادر على الكتابة.

المطلب الثالث: صفة الإشارة.

وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: أنواع الإشارة من حيث دلالتها.

المسألة الثانية: شروط العمل بالإشارة. (وفيه إيراد تعضيد الإشارة بكلام سابق لها).

المبحث الرابع: التعبير بالكتابة.

وفيه ثلاثة مطالب :

المطلب الأول: بيان أنواع الكتابة، وتعيين ما يعتد به منها.

المطلب الثاني: إنشاء الالتزام بالكتابة بين حاضرين.

وفيه مسألتان :

المسألة الأولى: إنشاء عقد النكاح بالكتابة بين حاضرين.

المسألة الثانية: إنشاء الالتزام بالكتابة بين حاضرين في غير عقد النكاح.

المطلب الثالث: إنشاء الالتزام بالكتابة بين غائبين.

وفيه مسألتان :

المسألة الأولى: إنشاء عقد النكاح بالكتابة بين غائبين.

المسألة الثانية: إنشاء غير النكاح بالكتابة بين غائبين.

المبحث الخامس: الاكتفاء بالسكوت، ودلالة الحال.

وفيه أربعة مطالب :

المطلب الأول: أثر السكوت، ودلالة الحال في إنشاء الالتزام.

المطلب الثاني: تعيين القرائن التي تجعل من السكوت دالاً على إنشاء الالتزام.

المطلب الثالث: تعيين موقع السكوت المعتبر في إنشاء الالتزام.

المطلب الرابع: أشهر المسائل التطبيقية لإنشاء الالتزام بالسكوت ودلالة الحال.

وفيه مسألتان :

المسألة الأولى: سكوت المرأة في عقد نكاحها.

المسألة الثانية: سكوت المالك في بيع الفضولى ماله وهو حاضر.

الفصل الرابع: توقف أثر الإيجاب والقبول على القبض أو الإجازة.

وفيه تمهيد وتسعة مباحث :

التمهيد فيه : التعريف بالقبض، وبيان كيفيته في العقار، وفي المنقولات.

المبحث الأول: توقف إنشاء عقد الصرف بالإيجاب والقبول على قبض العوضين.

وفيه مطلبان.

المطلب الأول: توقف صحة عقد الصرف على القبض.

المطلب الثاني: صفة القبض الذي ينشأ به عقد الصرف.

وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: الفورية في القبض.

المسألة الثانية: قيام القبض الحكمي مقام القبض الحقيقي.

المبحث الثاني: توقف إنشاء عقد البيع في المطعومات الربوية بالإيجاب والقبول على قبض العوضين.

المبحث الثالث: توقف إنشاء السلم بالإيجاب والقبول على قبض الثمن.
وفيه ثلاثة مطالب.

المطلب الأول: اشتراط قبض الثمن لصحة السلم.

المطلب الثاني: صور مستثناة من اشتراط القبض.

المطلب الثالث: قيام القبض الحكمي مقام القبض الحقيقي.

المبحث الرابع: توقف إنشاء إجارة الذمة بالإيجاب والقبول على قبض الأجرة.

المبحث الخامس: توقف إنشاء الهبة بالإيجاب والقبول على قبض العين الموهوبة.

المبحث السادس: توقف إنشاء الوقف بالإيجاب والقبول على قبض الوقوف.

المبحث السابع: توقف إنشاء الرهن بالإيجاب والقبول على قبض العين المرهونة.

المبحث الثامن: توقف إنشاء العارية، والقرض، والوديعة، بالإيجاب والقبول على القبض.

المبحث التاسع: توقف أثر الإيجاب والقبول من العاقلين على إجازة شخص ثالث.

الباب الثالث: أثر النية على التعبير الظاهر.

وفيه أربعة فصول:

الفصل الأول: فقد النية المعتبرة.

وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: إنشاء الالتزام من قبل الصبي.

وفيه تمهيد، وثلاثة مطالب.

التمهيد، وفيه تبين مراحل الصبا، وعلاقتها بالأهلية لإنشاء الالتزام.

المطلب الأول: إنشاء الالتزام من الصبي غير المميز.

المطلب الثاني: إنشاء الالتزام من الصبي المميز.

وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: إنشاء الالتزام من الصبي المميز من دون إذن وليه.

وتحتها فرعان:

الفرع الأول: إنشاء الالتزام الذي هو ضرر محض من الصبي المميز من دون إذن وليه.

الفرع الثاني: إنشاء الالتزام الدائر بين النفع والضرر من الصبي المميز من دون إذن وليه.

المسألة الثانية: إنشاء الالتزام من الصبي المميز بإذن وليه.

المطلب الثالث: أثر إجازة الولي، وصيانة حقوق الطرف الآخر، إذا كان يظن أن الصبي بالغ.

المبحث الثاني: حكم إنشاء الالتزام من المجنون، والمغنى عليه.

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: حكم إنشاء الالتزام من المجنون.

وفيه تمهيد، وثلاث مسائل:

التمهيد فيه: تعريف الجنون، وبيان أقسامه.

المسألة الأولى: إنشاء الالتزام من المجنون جنوناً مطبقاً.

المسألة الثانية: إنشاء الالتزام من المجنون جنوناً متقطعاً.

المسألة الثالثة: أثر الحجر القضائي في الحكم ببطلان الالتزام، وأثر جهل العقاد بجنون الطرف الآخر في العقد.

المطلب الثاني: إنشاء الالتزام من المغنى عليه.

المبحث الثالث: إنشاء الالتزام من قبل السكران.

وفيه تمهيد، ومطلبان:

التمهيد: في تعريف السكر وبيان درجاته، وبيان الدرجة التي تؤثر في صحة الالتزام، وبيان أنواعه من حيث الباعث عليه (بعذر أو بغير عذر).

المطلب الأول: إنشاء الالتزام عن السكران.

المطلب الثاني: أثر استدراج السكران على الالتزام الذي يُقدم عليه.

الفصل الثاني: اختلاف النية مع اللفظ عن قصد.

وفيه أربعة مباحث.

المبحث الأول: التعبير الحكائي، وإنشاء الالتزام به.

وفيه تمهيد، ومطلبان.

التمهيد: وفيه: بيان المقصود بالتعبير الحكائي (وأثر القرائن في الحكم على أنه حكائي).

المطلب الأول: إنشاء الالتزام بالتعبير الحكائي في غير النكاح.

المطلب الثاني: إنشاء النكاح بالتعبير الحكائي.

المبحث الثاني: الهزل، وأثره على إنشاء الالتزام.

وفيه تمهيد، وأربعة مطالب.

التمهيد: وبه بيان معنى الهزل، ومحلّه.

المطلب الأول: أثر نية الهزل على إنشاء عقد النكاح.

المطلب الثاني: أثر نية الهزل على غير النكاح من الالتزامات (وفيه أيضاً حكم

الالتزام إذا تغيرت نية الملتزم من الهزل إلى الجدل).

المطلب الثالث: حكم الهزل في إنشاء الالتزام من حيث الحل والحرمة.

المطلب الرابع: أثر التصريح بالهزل.

المطلب الخامس: طرق إثبات الهزل عند التنازع في ثبوته (التصريح بذلك

قبل الإنشاء، القرائن، البيئة).

المبحث الثالث: العقد الصوري، وحكمه.

وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول: في بيان حقيقة الصورية.

وفيه خمس مسائل:

المسألة الأولى: معنى الصورية في العقود، وبيان أقسامها باعتبار الباعث

عليها، (صورية يقصد بها التهرب من الحقوق... إلخ).

المسألة الثانية: الفرق بين الصورية وما يقارنها.

وفيهما - الفرق بين الصورية، والهزل.

- الفرق بين التلجنة والإكراه.

المسألة الثالثة: موضوع الصورية.

المسألة الرابعة: محل الصورية.

المسألة الخامسة: الشروط التي يجب توافرها في العقد حتى يوصف بأنه صوري.

المطلب الثاني: حكم عقد التلجنة من حيث الصحة والبطالان.

وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: حكم عقد التلجنة في غير النكاح من حيث الصحة والبطالان.

المسألة الثانية: حكم نكاح التلجنة من حيث الصحة والبطالان.

المطلب الثالث: حكم العقد المبني على صورية اختيارية، وطرق إثبات

الصورية.

وفيه ثلاث مسائل:

المسألة الأولى: حكم العقد المبني على صورية اختيارية من حيث الصحة

والبطالان.

المسألة الثانية: حكم تعمد الصورية من غير اضطرار من حيث الحل والحرمة.

المسألة الثالثة: طرق إثبات الصورية عند التنازع في ثبوتها.

المطلب الرابع: حكم التعاقد مع مضطر.

المبحث الرابع: تأويل الملتزم لفظ الالتزام بغير المعنى الظاهر.

وفيه تمهيد، ومطلبان:

التمهيد فيه بيان: معنى التأويل.

المطلب الأول: أثر التأويل على إنشاء الالتزام.

وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: أثر التأويل على إنشاء عقد النكاح.

المسألة الثانية: أثر التأويل على إنشاء غير النكاح من الالتزامات.

المطلب الثاني: الضوابط المعتمدة في الحكم بثبوت التأويل، (سبب التأويل،

احتمال اللفظ للتأويل، حفظ حقوق العاقد الآخر).

الفصل الثالث: اختلاف النية مع اللفظ من دون قصد.

وفيه مبحثان:

المبحث الأول: الجهل بحقيقة الالتزام، وأثره.

وفيه تمهيد، وثلاثة مطالب.

المطلب الأول: جهل الملتزم بالحقيقة الشرعية للالتزام الذي أقدم عليه.

وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: أثر الجهل بالحقيقة الشرعية للالتزام.

المسألة الثانية: ضابط الالتزام الذي يعذر المرء بجهل حقيقته الشرعية. (وفيه

التفريق بين الالتزامات الشائعة وغيرها).

المطلب الثاني: جهل الملتزم بالآثار الشرعية للالتزام الذي أقدم عليه.

المطلب الثالث: جهل الملتزم ببطلان الشرط الجعلي الذي أدخله على الالتزام.

المبحث الثاني: الغلط، وأثره على إنشاء الالتزام.

وفيه تمهيد، وسبعة مطالب.

التمهيد وفيه: التعريف بالغلط، والتفريق بينه وبين الجهل والخطأ، التدليس

والغبن، وبيان الشروط التي بتوافرها يتحقق وجود الغلط.

المطلب الأول: الغلط في ماهية الالتزام، وأثره.

المطلب الثاني: الغلط في محل الالتزام، وأثره.

المطلب الثالث: الغلط في وصف محل الالتزام، وأثره.

وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: الغلط في وصف جوهرى، وأثره.

المسألة الثانية: الغلط في وصف غير جوهرى، وأثره.

المطلب الرابع: الغلط في القيمة، وأثره.

المطلب الخامس: الغلط في التعبير عن الإرادة، وأثره.

وفيه ثلاث مسائل:

المسألة الأولى: الغلط في تسمية الالتزام المقصود.

المسألة الثانية: الغلط في تسمية المرأة المعقود عليها عقد النكاح.

المسألة الثالثة: غلط الوسيط في نقل عبارة الملتزم.

المطلبج السادس: الغلط في الباعث على الالتزام، وأثره.

المطلبج السابع: وسائل كشف الغلط وإثباته.

الفصل الرابع: إنشاء الالتزام المباح ليكون وسيلة إلى غير مباح.
وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: ضوابط عامة في أثر المقاصد على الالتزامات.

وفيه تمهيد، ومطلب:

التمهيد فيه فرعان:

الفرع الأول: نسبة التزامات المكلفين ومقاصدهم منها إلى مقاصد الشارع من حيث الموافقة والمخالفة.

الفرع الثاني: صور التوسل بالترام مشروع للوصول إلى عمل غير مشروع.

المطلبج الأول: ضوابط عامة في أثر المقاصد على الالتزامات (هل العبرة بالمقاصد والمعاني، أم بالألفاظ والمباني).

المبحث الثاني: اتفاق العاقلين على إنشاء عقد مباح ليكون وسيلة إلى عمل غير مباح.

وفيه مطلبان:

المطلبج الأول: بيع العينة.

وفيه تمهيد، ومسالتان:

التمهيد فيه: بيان صفة العينة.

المسألة الأولى: حكم بيع العينة من حيث الحل والحزمة.

المسألة الثانية: حكم بيع العينة من حيث الصحة والبطالان.

المطلبج الثاني: حكم إجراء العقد مع من يستخدم المعقود عليه في معصية.

المبحث الثاني: انفراد أحد العاقلين بقصده إنشاء العقد المباح ليكون وسيلة إلى عمل غير مباح.

وفيه أربعة مطالب:

المطلبج الأول: الالتزامات التي يجزئها المريض مرض الموت.

وفيه تمهيد، وثلاث مسائل:

التمهيد: فيه التعريف بمرض الموت.

المسألة الأولى: إثبات أن لمرض الموت أثراً على صحة الالتزام.
المسألة الثانية: حكم التبرع لوارث من المريض مرض الموت.
المسألة الثالثة: حكم التبرع لأجنبي من المريض مرض الموت.
المسألة الرابعة: حكم إنشاء عقود المعاوضة من المريض من موت الموت.
وتحتها فرعان:

الفرع الأول: حكم البيع بثمن المثل من المريض مرض الموت.
الفرع الثاني: حكم النكاح من المريض مرض الموت.
المطلب الثاني: النكاح بنية التحليل.

وفيه تمهيد، وأربع مسائل:
التمهيد فيه: التعريف بنكاح التحليل، والفرق بينه وبين النكاح بنية التحليل.
المسألة الأولى: حكم النكاح المصرح فيه بشرط التحليل.
المسألة الثانية: أثر نية التحليل على عقد النكاح.
وتحتها فرعان:

الفرع الأول: أثر نية التحليل على انعقاد النكاح.
الفرع الثاني: حكم نية التحليل من حيث الحل والحرمة.
المسألة الثالثة: بيان مصدر نية التحليل المؤثرة في عقد النكاح.
المسألة الرابعة: حكم النكاح إذا تغيرت نية الزوج وقصد استدامة العقد.
المطلب الثالث: النكاح مع تبين نية الطلاق:
وفيه تمهيد وثلاث مسائل:
التمهيد وفيه: بيان صفة نكاح المتعة، والفرق بينه وبين النكاح مع تبين نية الطلاق.

المسألة الأولى: حكم نكاح المتعة.
المسألة الثانية: حكم النكاح مع تبين نية الطلاق من حيث الصحة والبطالان.
المسألة الثالثة: حكم النكاح مع تبين نية الطلاق من حيث الحل والحرمة.
المطلب الرابع: العقد على العين أو المنفعة لاحتكارها:
وفيه تمهيد، مسألتان:

التمهيد فيه: تعريف الاحتكار.

المسألة الأولى: حكم الاحتكار من حيث الحل والحرمة.

المسألة الثانية: أثر نية الاحتكار على العقد من حيث الصحة والبطلان.

الخاتمة: وفيها تلخيص لأهم نتائج البحث.

الفهارس:

- ١ - الآيات.
- ٢ - الأحاديث.
- ٣ - الآيات.
- ٤ - الأعلام المترجم لهم.
- ٥ - المصادر والمراجع.
- ٦ - الموضوعات.

التمهيد

**وفيه التعريف بالالتزام ، وبالإشـاء ، وتمييز
الالتزام عما يقاربه ، وبيان أسبابه ، وصوره**

وفيه أربعة مطالب :

المطلب الأول: تعريف الإشـاء .

المطلب الثاني: تعريف الالتزام .

المطلب الثالث: تمييز الالتزام عن ما يقاربه .

المطلب الرابع: أسباب الالتزام ، وصوره .

المطلب الأول

تعريف الإنشاء.

وفيه ثلاث مسائل:

المسألة الأولى: تعريف الإنشاء لغة.

المسألة الثانية: تعريف الإنشاء عند علماء البلاغة.

المسألة الثالثة: نسبة ألفاظ العقود إلى أقسام الكلام.

المسألة الأولى

تعريف الإنشاء لغة

الإنشاء: إيجاد الشيء وتربيته^(١)، وابتدأؤه^(٢).
أنشأت الله الخلق: أي ابتدأ خلقهم، وأنشأ فلان يفعل كذا، ويقول كذا. أي ابتدأ يفعل ويقول^(٣).
ويقال: أنشأ حديثاً وشعراً وعمارةً. واستنشأته قصيدة في الزهد، فأنشأها لي^(٤).

المسألة الثانية

تعريف الإنشاء عند علماء البلاغة

ينقسم الكلام إلى خبر وإنشاء:
والخبر هو: الكلام الذي يحتمل الصدق والكذب لذاته مع قطع النظر عن خصوص قائله، ومع قطع النظر عن القرائن، وخصوص المادة. فكلام الله تعالى، وكلام رسوله ﷺ كثير منه من قسم الخبر، لكنه لا يحتمل الصدق والكذب البتة. وكثير من الأمور لا يتطرق إلى وجودها خارج الذهن شيء من الشك، ومع ذلك يُسمى الإخبار عنها خبراً، كقولهم «طلعت الشمس»، أو قولك «زيد قائم» وأنت تراه أمامك قائماً. فاحتمال الكذب انتفى عن الخبر في هذه الصور لسبب أجنبى عن الخبر نفسه.

والإنشاء هو: ما ليس له صورة في الخارج، فلا يحتمل الصدق والكذب.

(١) المفردات في غريب القرآن ص ٤٩٤.

(٢) مختار الصحاح ص ٤٨١.

(٣) مقاييس اللغة ٤٢٨/٥، ٤٢٩، النهاية في غريب الحديث والأثر ٥١/٥.

(٤) مختار الصحاح ص ٤٥٥.

والإنشاء قد يطلق على الكلام، وقد يطلق على التكلم الذي هو فعل المتكلم^(١).
والإنشاء نوعان:

النوع الأول: الإنشاء الطلبى، وهو ما أفاد طلباً، فيطلب به تحصيل غير حاصل في خارج الذهن. ويدخل في الإنشاء الطلبى: الأمر والنهى والاستفهام والتمنى والنداء^(٢).

النوع الثانى: الإنشاء غير الطلبى، وهو إحداث معنى من المعانى دون أن يتضمن تحصيل غير حاصل في الخارج، كأفعال المدح والذم وأفعال التعجب والقسم^(٣).

ويذهب بعض أهل العلم إلى أن قسمة الكلام ثلاثية فهو: إما خبر، أو طلب، أو إنشاء. وخصوا "الطلب" بما سماه غيرهم الإنشاء الطلبى، وأطلقوا لفظ "الإنشاء" على ما عداه. فالخبر ما احتمل الصدق والكذب، والطلب ما تأخر معناه عن وجوده كلفظ "اضرب" والإنشاء ما قارن معناه لفظه "كأنت حر"^(٤).

المسألة الثالثة

نسبة ألفاظ العقود إلى أقسام الكلام

اتفق أهل العلم على أن صيغ العقود^(٥) فى اللغة هى صيغ خبرية، وعلى أنها تأتى فى الاستعمال الشرعى الاصطلاحي كذلك، كأن يقر الرجل على نفسه فيقول: "بعت" لفلان دارى، أو يقول "وهبت" لفلان دارى. ومحل النزاع فى صيغ العقود التى يوردها المتكلم لينشئ بها عقداً، كأن يقول "بعت" لينعقد البيع^(٦).
والأقوال فيها ثلاثة:

(١) شرح السعد على تلخيص المفتاح، انظر كتاب شروح التلخيص ٢/٢٣٤، ٢٣٥ عقود الجمان للسيوطى، وشرحه للسيوطى والمرشدى، انظر عقود الجمان ١/٣٥، ١٧٠ مفتاح العليوم للسكاكى ص ١٦٤، ١٦٥، كشف اصطلاحات الفنون للتهانوى ٢/١٨٦، ١٨٧.

(٢) شرح مسلم الثبوت ٢/١٠٣ - ١٠٦، شروح التلخيص ٢/٢٣٤ - ٢٣٦ كشف اصطلاحات الفنون ٢/١٨٦، مفتاح العلوم للسكاكى ص ٣٠٢.

(٣) شرح الفتاوى على التلخيص، انظر كتاب شروح التلخيص ٢/٢٣٦ عروس الأفراح فى شرح تلخيص المفتاح، انظر كتاب شروح التلخيص ٢/٢٣٤، ٢٣٥.

(٤) عقود الجمان وشرحه للسيوطى والمرشدى ١/٣٥، ٣٦، كشف اصطلاحات الفنون ٢/١٨٦، ١٨٧.

(٥) صيغ العقود هى جزء من صيغ إنشاء الالتزام، وانصب كلام أهل العلم عليها؛ لأنها أعظم أثراً من غيرها.

(٦) الإيضاح هامش كتاب شروح التلخيص ٢/٢٣٦، عقود الجمان بشرح المرشدى ١/١٧١. كشف اصطلاحات الفنون ٢/١٨٦، ١٨٧.

القول الأول: أن صيغ العقود صيغ خيرية.

به قال جمهور الحنفية^(١).

ودليلهم: أن المعنى الموجب للعقد يتقدم اللفظ، فيأتي اللفظ مخبراً عنه، فكلمة "بعت" هي خير يقتضى أن المتكلم قد باع. هذا هو المعنى اللغوي لجميع صيغ الالتزام، ولم يثبت أنها نقلت للإنشاء. وقد اعترض عليه باعتراضين:

الإعترض الأول: أن صيغ العقود لو كانت من باب الخير لكانت محتملة للتصديق والتكذيب، وهي لا تحتملها، فليست خيراً^(٢).

الاعتراض الثاني: أن صيغ العقود قبل صدورها ليس لها وجود في الخارج، وإنما يوجد أثرها مع صدورها، وهذا وصف الإنشاء لا الخير، فإن الخير تعبير عن شيء موجود في الخارج قبل صدور الخير^(٣).

القول الثاني: أن صيغ العقود وسائر الالتزامات هي إنشاء لا إخبار. به صرح المالكية^(٤) والشافعية^(٥).

أدلة القول الثاني:

الدليل الأول: أن العرف نقل صيغ العقود وما شابهها من الخيرية إلى الإنشاء، فالالتزام الذي يحدث بهذه الصيغ لا يحدث إلا بعد صدور الصيغة^(٦).

الدليل الثاني: لو كانت صيغ العقود أخباراً لكانت كاذبة، فقول المكلّف "بعت" إذا اعتبرناه خيراً كان كذباً؛ لأنه لم يبع قبل ذلك الوقت، والكذب غير معتبر شرعاً. لكن لما كانت معتبرة شرعاً. يترتب عليها أحكام دل ذلك على أنها ليست أخباراً كاذبة، وإنما صيغ إنشاء^(٧).

وقد اعترض عليه: بأن صيغ العقود الخيرية يلزم أن تكون كذباً لو لم يقدر فيها صاحب الشرع تقدم مدلولاتها قبل النطق بها، وقد قدر الشرع ذلك لضرورة تصديق

(١) شرح فتح القدير ٤٥٧/٥، شروح التلخيص ٢٣٤/٢، عقود الجمان ٣٦/١، كشف اصطلاحات الفنون ١٨٧/٢.

(٢) عقود الجمان بشرح المرشدي ٣٦/١، كشف اصطلاحات الفنون ١٨٧/٢.

(٣) الفروق للقرافي ٢٧/١.

(٤) كشف اصطلاحات الفنون ١٨٧/٢.

(٥) كشف اصطلاحات الفنون ١٨٧/٢.

(٦) الفروق ٢٨/١.

المتكلم بها. فيكون هناك كلام مضمر محله قبل نطق العاقد بصيغة العقد، وجواز الإضمار مجمع عليه فتبين بذلك أنه لا يلزم من وصف صيغ العقود بأنها أخبار أن توصف بأنها كاذبة، وعليه لا يكون هناك حاجة إلى نقلها من الخبرية إلى الإنشاء بل تبقى على أصلها أخباراً، ونقلها مخالفة للأصل بدون ضرورة^(١).

الدليل الثالث: أن صيغ العقود لو كانت أخباراً لكانت إما كاذبة ولا عبرة بها، وإما صادقة فتكون متوقفة على تقدم أحكامها؛ حتى تكون خبراً عن شيء وقع، وتكون الأحكام أيضاً متوقفة على ظهور الصيغة فيلزم منه الدور. وإن قيل إن ثبوت الأحكام لا يتوقف على ظهور الصيغة تحاشياً للدور، فإنه يلزم منه أن يخرج المال من ملك صاحبه دون تلفظ بالبيع، وهو خلاف الإجماع^(٢).

الدليل الرابع: أن صيغ العقود والالتزامات الأخرى لو كانت أخباراً، فإما أن تكون خبراً عن الماضي، وإما أن تكون خبراً عن الحاضر، وحيتث يتعذر تعليقها على الشرط؛ لأن من شرط الشرط ألا يتعلق إلا بمستقبل، أو بخبر عن المستقبل^(٣).

وقد اعترض عليه بأن صيغ العقود وسائر الالتزامات إخبار عن الماضي، فلا يتعذر تعليقها، وبيانه أن الماضي له تفسيران: أحدهما ماضٍ تقدم مدلوله قبل النطق به من غير تقدير، فهذا يتعذر تعليقه؛ لأن معنى التعليق: توقيف أمر في دخوله في الوجود على دخول أمر آخر في الوجود وهو الشرط، وما دخل في الوجود وتحقق لا يمكن توقيف دخوله في الوجود على غيره، فلأجل ذلك تعذر تعليق الماضي المحقق. وثانيهما: ماضٍ بالتقدير لا بالتحقيق، فهذا يصح تعليقه، فإذا قال لرجل «أنت وكيلى إذا سافرت» فقد أخبر عن ارتباط إنشاء الوكالة بالسفر. فيقدر صاحب الشرع هذا الارتباط قبل نطقه بزمن ليقع اللفظ الخبرى عند صدوره على شيء موجود ليكون خبراً صادقاً، وإذا قدر الارتباط قبل النطق صار الإخبار عن الارتباط ماضياً؛ لأن حقيقة الماضي أنه الذى يقع المخبر عنه قبل الإخبار، وهذا كذلك بالتقدير فيكون ماضياً مع التعليق، فاجتمع المضي والتعليق بهذا التفسير ولم يناف المضي التعليق^(٤).

القول الثالث:

إن صيغ الالتزامات اجتمع فيها الخبر والإنشاء.

فهى إخبار عما فى النفس من إرادة المتكلم إنشاء الالتزام، وفى الوقت نفسه سبب لإنشاء الالتزام فى الخارج. فاللفظ خبرى، والمعنى إنشائى، فهى تشبه فى اللفظ قولهم «أحببت. وأبغضت»، وتشبه فى المعنى قولهم «قم. واقعد».

(١) الفروق ٢٩/١. (٢) الفروق ٢٨/١.

(٣) الفروق ٣٠/١.

هو قول عند الحنفية^(١)، وعند المالكية^(٢)، وقول ابن القيم^(٣).

أدلة القول الثالث:

الدليل الأول: أن المعاني التي في النفس هي أصل كل الالتزامات، ومبدأ الحقيقة التي بها يصير اللفظ كلاماً معتبراً، فيصير اللفظ إنشاء باعتبار أنه هو السبب في حدوث الحكم الشرعي من انتقال الملك، أو إباحة البضع، ونحو ذلك. ويصير خيراً باعتبار أنه دال على ما في النفس^(٤).

الدليل الثاني: أن الأثر الشرعي لصيغة الإلتزام ليس من فعل العبد، فالانعقاد الذي يسعى إليه العاقدان بالإيجاب والقبول هو حكم شرعه الله، وليس للعبد قدرة على إحداثه وإنما العبد تعاطى السبب لينال الأثر الشرعي، فلا يقال إن صيغة الإلتزام صيغة إنشاء وإنما هي سبب للإنشاء وخير عن أن المتكلم يريد للإلتزام أن ينشأ في الحال^(٥).

الترجيح: الراجح فيما يظهر لي القول الثالث، لأن فيه مراعاة لأصل الوضع اللغوي، وللاستعمال العرفي.

(١) شرح فتح القدير ٤٥٦/٥، ٤٥٧.

(٢) تهذيب الفروق لابن الشاط ١٩٢/٣.

(٣) أعلام الموقعين ١١٩/٣، ٣٧٧.

(٤) أعلام الموقعين ١١٩/٣، ٣٧٧.

(٥) شرح فتح القدير ٤٥٧/٥.

المطلب الثاني

تعريف الإلتزام

وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: تعريف الإلتزام لغة .

المسألة الثانية: تعريف الإلتزام اصطلاحاً .

المسألة الأولى

تعريف الالتزام لغة

كلمة التزام مأخوذة من مادة «لزم»، واللام، والزاي، والميم أصل واحد صحيح يدل على مصاحبة الشيء بالشيء دائماً^(١). وهو أيضاً الفصل في القضية، فكأنه من الأضداد^(٢).

ويقال: التزمت وألزمته إياه فالتزمت^(٣). ويقال: ألزمته أى أثبتته، ولزمه المال وجب عليه، ولزمه الطلاق وجب حكمه وهو قطع الزوجية، وألزمته المال والعمل وغيره فالتزمت^(٤).

فالالتزام شيء غير الإلزام. وما يدل على ذلك قول صاحب القاموس وغيره: إن الملازم المعانق، والتزمت: اعتنقه، والالتزام: الاعتناق^(٥). فالالتزام فيه مبادرة من الملتزم. والإلزام يكون من جهة أخرى غير الملتزم نفسه^(٦). ومصدر «لَزِمَ» «لَزُوم». ومصدر «أَلْزَمَ» «إِلْزَام». ومصدر «التَزَمَ» «التَّزَام».

المسألة الثانية

تعريف الالتزام اصطلاحاً

أولاً: تعريف الالتزام عند الفقهاء المتقدمين

- (١) مقاييس اللغة ٢٤٥/٥. القاموس المحيط ١٧٧/٤، فصل اللام، باب الميم، لسان العرب فصل اللام، حرف الميم ١٤/١٦، ١٥، مختار الصحاح ص ٤٣٦.
- (٢) تاج العروس ٥٩/٩، فصل اللام من باب الميم، النهاية في غريب الحديث والأثر ٢٤٨/٤.
- (٣) القاموس المحيط ١٧٧/٤، لسان العرب ١٤/١٦، ١٥، مختار الصحاح ص ٤٣٦.
- (٤) المصباح المنير ١٢٦/٢، ١٢٧ مادة «لزم».
- (٥) القاموس المحيط ١٧٧/٤، لسان العرب ١٦، ١٤، ١٥.
- (٦) ما سبق، المفردات في غريب القرآن ص ٤٥٠.

أطلق الفقهاء لفظ «الالتزام» على النذر، فالنذر عندهم: التزام شيء من القربات لله تعالى^(١)، وأطلقوه على الضمان، فالضمان عندهم: التزام من يصح تبرعه ديناً وجب على غيره^(٢). وأطلقه بعض الحنفية على ما ينشأ بالإيجاب وحده دون مالا ينشأ إلا بإيجاب وقبول^(٣). وسمى بعضهم الحج التزاماً^(٤).

وأما تعريف الالتزام بمعنى جامع مانع فقد ورد فيه نقلان، أحدهما عن ابن القيم والآخر عن الخطاب^(٥) وهما كما يلي:

التعريف الأول:

لابن القيم فقد قال «الالتزام تارة يكون بصريح الإيجاب، وتارة يكون بالوعد وتارة يكون بالشروع كشروعه في الجهاد والحج والعمرة»^(٦). وهذه العبارة من ابن القيم وإن لم يسمها تعريفاً إلا أنها تعريف شامل للالتزام.

فالإلتزام عند ابن القيم: هو ما يلزم به الإنسان نفسه لاما هو لازم له في الأصل بغير اختياره بحكم الشرع. ويدخل فيه كل ما ألزم به الإنسان نفسه فيما يتعلق بحقوق الله تعالى كالنذر، أو ما يتعلق بحقوق الآدميين كالهبة. ويدخل ما ينفرد الملتزم بإنشائه كالوقف على غير معين، وما لا ينشأ إلا بقبول من المخاطب بالإيجاب كالبيع. ويدخل فيه ما كان من عقود المعاوضات وما كان من التبرعات.

التعريف الثاني:

للخطاب. فقد قال إن الالتزام في عرف الفقهاء «إلزام الشخص نفسه شيئاً من المعروف مطلقاً، أو معلقاً على شيء»^(٧)، وقال: «فدخل في ذلك الصدقة، الهبة، والحبس، والعارية، والعمرى، والعريّة، والمنحة، والإرفاق، والإخدام، والإسكان، والنذر، والضمان، والالتزام بالمعنى الأخص - أعني بلفظ الالتزام - والفرق بين هذه

(١) روضة الطالبين ٢٩٣/٣، ٣٠٠، ٣٠٥، كشف القناع ٢٧٣/٦.

(٢) الهداية بهامش شرح فتح القدير ٣٢٩/٦، روضة الطالبين ٢٦٠/٤، كشف القناع ٣٦٢/٤، ٣٦٣.

(٣) الهداية، والعناية بهامش شرح فتح القدير ٣١٤/٦، ٣١٥.

(٤) الدر المختار مع حاشية ابن عابدين ٢٤٧/٥.

(٥) هو أبو عبد الله محمد بن محمد الخطاب. المكي المولد والقرار. الفقيه الحافظ أحد العلماء الكبار المحققين. له تأليف تدل على سعة حفظه، وجودة نظره استدرك فيها على أعلام من أئمة الفقه والحديث كابن عرفة، وخليل، وابن حجر، والسيوطي، منها «شرح مختصر خليل»، لم يؤلف مثله، ومنها كتابه «تحرير الكلام في مسائل الالتزام»، لم يسبق إلى مثله. توفي سنة أربع مائة وخمسين وتسعمائة. انظر شجرة النور الزكية ١/٢٧٠، مقدمة كتاب تحرير الكلام للخطاب.

(٦) أعلام الموقعين ١٣٢/٢.

(٧) تحرير الكلام في مسائل الالتزام ص ٦٨.

الحقائق إنما هو بأمور اعتبارية اعتبرها الفقهاء في كل باب، فخصوا الصدقة والهبة بتمليك الرقاب، وجعلوا الأولى فيما كان لقصد الثواب من الله تعالى خاصة... إلخ»^(١).

وقال الخطاب إن المعاوضات لا تدخل في المعنى الاصطلاحي للالتزام^(٢). ولكنه قال في موضع آخر: إن من أنواع الالتزام ما يكون من باب المعاوضة، فيشترط في الملتزم أهلية المعاوضة فقط^(٣). ومن ذلك البيع بلفظ الهبة. وعده بيعاً لا هبة، والإجارة بلفظ الهبة، وعدها إجارة لا هبة^(٤). كما أنه عقد فصلاً كاملاً للشروط المنافية لمقتضى العقد. ومن العقود التي أوردتها النكاح، والبيع، والقراض^(٥).

فلعل حصره السابق للمعنى الاصطلاحي للالتزام في التبرعات دون المعاوضات جارٍ على الغالب في الاستعمال العرفي، فإنه قال: «مدلول الالتزام - لغة: إلزام الشخص نفسه ما لم يكن لازماً، وهو بهذا المعنى شامل للبيع، والإجارة، والنكاح، والطلاق، وسائر العقود، وأما في عرف الفقهاء فهو: إلزام الشخص نفسه شيئاً من المعروف مطلقاً، أو معلقاً على شيء - بمعنى العطية، وقد يطلق في العرف على ما هو أخص من ذلك، وهو: التزام المعروف بلفظ الالتزام، وهو الغالب في عرف الناس اليوم»^(٥).

وبمقارنة تعريف ابن القيم مع تعريف الخطاب يتبين أنهما اتفقا في أمرين:

(١) أن يكون الالتزام هو ما ألزم الإنسان به نفسه باختياره، دون ما كان لازماً له بإلزام الشارع دون اختياره.

(٢) أن الالتزام لا يطلق إلا على ما كان فيه إنشاء، أما ما كان إسقاط حق كالعتق، أو إنهاء عقد كالطلاق فإنه لا يسمى التزاماً.

واختلفاً في قصر الالتزام على التبرعات دون المعاوضات، فقال به الخطاب، ولم يقله ابن القيم.

وعدم قصره أولى - فيما يظهر لي - لسببين:

الأول: أن عقد المعاوضة مبني على التزام من كلا طرفي العقد، فوجد فيه معنى

(١) تحرير الكلام ص ٧١.

(٢) تحرير الكلام ص ٦٨.

(٣) تحرير الكلام ٢٠٠ - ٢٠٣.

(٤) تحرير الكلام ٣٢٧، وما بعدها، ٣٩٩، وما بعدها، ٣٩٩.

(٥) تحرير الكلام ص ٦٨.

الالتزام الذى وجد فى التبرع وزيادة، لأنه التزام من كلا الطرفين، والالتزام فى التبرع من طرف واحد فعقد المعاوضة أولى أن يوصف بأنه التزام.

الثانى: أن المعنى اللغوى للالتزام يصدق على المعاوضات كما يصدق على التبرعات، ولم يوجد فى الشرع معنى يوجب قصره على التبرعات، فبقى على عمومته.

ثانياً: تعريفات الالتزام عند الفقهاء المعاصرين.

عنى الفقهاء المعاصرون بوضع تعريف للالتزام، واختلفوا فى ذلك اختلافاً واسعاً. وجاءت تعريفاتهم فى الغالب مختلفة عن المعنى المعهود للالتزام عند المتقدمين إما بزيادة وإما بنقص. وظهر فى بعضها محاولة مجازاة القوانين الرضعية فى تعريف الالتزام. وقد اخترت أشملها وهى أربعة. فلذلك كان أفرادها ومقابلتها بتعريفات المتقدمين فيه مصلحة كبيرة لإبراز أوجه الاختلاف بين الاصطلاح الفقهى الأصيل، والمحاولات الفقهية المعاصرة.

التعريف الأول:

الالتزام هو «كون الشخص مكلفاً بفعل، أو امتناع عن فعل لمصلحة غيره»^(١).

التعريف الثانى:

الالتزام «إيجاب الإنسان أمراً على نفسه، إما باختياره وإرادته من تلقاء نفسه، وإما بإلزام الشرع إياه فيلزمه»^(٢).

التعريف الثالث: الالتزام هو: «التصرف المتضمن إرادة إنشاء حق من الحقوق، أو إنهاء حق، أو إسقاطه»^(٣).

التعريف الرابع: الالتزام هو «التصرف الاختيارى الذى يُنشئ حقاً كعقد الزواج والرهن، أو ينقله كعقد البيع والحوالة، أو ينهيه كالإقالة فى البيع والطلاق، أو يسقطه كالإبراء من الدين. سواء أكان نافعاً أم ضاراً، وسواء أكان الحق عينياً، أم ثابتاً فى الذمة»^(٤).

(١) المدخل الفقهى العام للزرقاء ٤٣٦/١، انظر شرح التعريف فى ٤٣٦/١، ٤٣٧، ٤٣٩، ٤٤٣.

(٢) الالتزامات، أحمد إبراهيم، ص ٢١، واختاره د. التركمانى فى ضوابط العقد ص ٢٠، والاستاذ على الخفيف فى بحث له منشور فى مجلة القانون والاقتصاد المصرية، العدد الخامس، السنة الحادية عشر سنة ١٩٤١م ص ٥١٥، ٥١٦.

(٣) المدخل للفقهاء الإسلامى، محمد سلام مذكور، ص ٥٠٨، ٥٠٩، المدخل فى التعريف بالفقهاء الإسلامى، محمد مصطفى شلبى، ص ٤١٣.

(٤) الذمة وتأثيرها بالموت، للمكاشفى، ص ٢٨٩.

وبالنظر فى هذه التعريفات، يتبين أنها اشتملت على ما تضمنته تعريفات المتقدمين واستعمالاتهم للفظ الالتزام، ولكن وجد فيها معان زائدة لم يدخلها المتقدمون فى مفهوم الالتزام دلت عليها عبارات المعرفين، ونصوا عليها فى شروحهم على تعريفاتهم، وهذه الزوائد هى ما يلى:

الأمر الأول: الحقوق الثابتة على المكلف دون اختياره، وإنما بإلزام الشرع له، كوجوب نفقة الفقير العاجز على قريبه الغنى، وحرمة التعدى على مال غيره ودمه وعرضه، ووجوب الضمان على المعتدى إذا ترتب على تعديه إتلاف، وإلزام المودع بحفظ الوديعة.

وقد وجد هذا فى التعريف: الأول، والثانى، والثالث.

الأمر الثانى: ما لا إنشاء فيه لالتزام من التصرفات التى هى إنهاء للالتزام لا إنشاء له، كإنهاء عقد الزوجية بالطلاق، وإسقاط ملك الرقبة بالعتق، أو إنهاء ولاية، كعزل الوكيل، ونحو ذلك. وقد وجد هذا فى التعريفين الثالث والرابع.

الأمر الثالث: آثار الالتزام التى لا تثبت إلا بعد وجود الالتزام. وهى نوعان:

النوع الأول: ما يلزم بحكم الشرع من غير اختيار العبد مثل حقوق العقد التى تجب على العاقدين، كوجوب تسليم المبيع وضمان عيوبه على البائع، وأداء الثمن ووجوب تسليم المبيع على المشتري. وهذا وجد فى التعريف الأول، والثانى، والرابع.

والنوع الثانى: ما يلزم باختيار العبد كالشروط الجعلية. وهذا وجد فى التعريف الأول.

وهذه الأمور الثلاثة لا تدخل فى معنى الالتزام فيما يظهر لى، وبيان ذلك فيما يلى:

أولاً: بيان خروج ما أوجبه الشرع على المكلف من مفهوم الالتزام

ترجح عندى أنه لا يدخل فى مفهوم الالتزام الواجبات الشرعية التى يلزم الله تعالى بها المكلفين حقاً للعباد.

وقد أوجب خروج ذلك من مفهوم الالتزام، ثلاثة موجبات:

الموجب الأول: استعمال الفقهاء للفظ الالتزام، ولفظ الإلزام فيطلقون الالتزام على ما يلزم المرء به نفسه، والإلزام على ما يلزمه به الشارع.

فكما مر في عرض استعمال الفقهاء للفظ الالتزام، انحصرت جميع الاستعمالات فيما يلزم به المرء نفسه، دون ما ألزمه به الشارع حقاً لغيره^(١).

ومن المواضع التي يتبين فيها تفريقهم بين الالتزام والإلزام قولهم في تعريف الذمة أنها: وصف يصير به المكلف أهلاً للإلزام والالتزام^(٢).

وجاء في شرح تحفة الحكام في تعريف الذمة: أنها وصف قائم بالإنسان يقبل الالتزام بما التزمه اختياراً من نفقة يتيم ونحوها، ويقبل أيضاً الإلزام لما ألزمه الشرع إياه من زكاة، وأرش جنائية، ونحو ذلك^(٣).

ويقول شيخ الإسلام ابن تيمية في عبارة يتبين فيها أن الإلزام عنده شيء غير الالتزام:

«من ألزم المسلم بعقد لم يرض به فقد ألزمه بما لم يلتزمه، ولم يلزمه الله به ولا رسوله. والمسلم لا يلزمه شيء إلا بالتزامه كما يلزمه في العقود، أو بإلزام الله ورسوله له»^(٤).

ويقول ابن حجر الهيتمي^(٥): «إن الميت تخرب ذمته بالنسبة للالتزام، وتبقى بالنسبة للإلزام»^(٦).

وإخراج الإلزام عن تعريف الالتزام من أهم الفروق بين معنى الالتزام المعهود عند فقهاء المسلمين، وبين معناه الشائع في القوانين الوضعية، فإن ما يلزم المرء من ضمان مالى بسبب تعدد منه يدخل في مفهوم الالتزام، وما يلزم العاقلين نتيجة للعقد يدخل كذلك. وبعض الفقهاء المسلمين المعاصرين لم يراع هذا الفارق.

الموجب الثاني: الاستعمال اللغوي الذي يفرق بين الالتزام والإلزام كما سبق بيانه^(٧). غير أنه يمكن لغة أن يكون الالتزام ناشئاً عن إلزام، فيقال: ألزمه الأمر

(١) انظر ص ٤١ ، ٤٢ .

(٢) كشاف القناع ٢٨٩/٣ ، ومثله في الخرشى ٢١٧/٥ ، مواهب الجليل ٥٣٤/٤ ، البجيرمي ٤٠٦/٢ ، حاشية الجمل ٣١١/٣ ، حاشية قليوبى ٢٨٥/٢ . وانظر أمثلة على ذلك في الفروق ٢٣٠/٣ .

(٣) البهجة شرح التحفة ١٥٦/٢ .

(٤) قاعدة في العقود ص ١٥٩ .

(٥) هو شهاب الدين أبو العباس أحمد بن محمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي الأنصاري . طلب العلم في جامع الأزهر . من شيوخه الشهاب الرملى ، وابن النجار الحنبلى . وأذن له في الإفتاء والتدريس وعمره دون العشرين . من مؤلفاته شرح الأربعين النووية . وله فتاوى مجموعة . توفي بمكة سنة ثلاثة وسبعين وتسعمائة . انظر شذرات الذهب ٣٧٠/٨ ، ٣٧١ .

(٦) تحفة المحتاج ١١٦/٥ .

(٧) انظر ص ٤٠ .

الفلانى فالتزمه . وعندما يكون هذا المعنى هو المقصود من كلمة التزام فلا بد فيما يظهر لى من التصريح بذلك ، وأما عند إطلاق كلمة «التزام» فإنها تدل على ما يلتزمه المرء بمادة من نفسه واختيار فى ابتدائه .

وإذا أضفنا إلى كلمة التزام كلمة «إنشاء» فإنه لا يبقى - فيما يظهر لى - أى احتمال أو مجال لإدخال الأمور اللازمة بحكم الشرع ، التى لا اختيار للإنسان فى وضعها ، وإنما يقتصر عمله على قبولها وتنفيذها .

الموجب الثالث : من حيث المعنى : فالواجبات التى يلزم الشرع بها المكلف ، مصدرها الشارع فهو الذى أنشأها وألزم المكلف بها ، ويقال إن الشرع ألزم الناس بكذا وكذا ، سواء امتثلوا أم لم يمتثلوا ، وإذا امتثلوا لا يقال ، إنهم هم الذين التزموا بذلك الأمر ابتداء وإنما يقال ألزمهم به الشرع فأطاعوا وامتثلوا .

ثانياً: بيان خروج ما لا إنشاء فيه من المعنى الاصطلاحي للالتزام

من التصرفات ما لا إنشاء فيه وأدخله بعضهم فى تعريف الالتزام ، كالطلاق والعق والابراء من الدين وعزل الوكيل ونحو ذلك . وقد أوجب خروج ذلك من مفهوم الالتزام ثلاثة موجبات :

الموجب الأول: الاستعمال الفقهي

فقد مر فى استعمالات الفقهاء للفظ «الالتزام» ، أنهم لا يطلقون هذا اللفظ إلا على التصرف الذى فيه إلزام المرء نفسه بحق لغيره ، أما ما فيه إزالة حق فإنهم يسمونه إسقاطاً وذلك كالطلاق والعق .

وبعض التصرفات معناه متردد بين الإنشاء والإسقاط كالإبراء والإقالة والخلع ، فبعضهم يجعلها من الالتزامات باعتبار أن فيها إنشاءً .

الموجب الثانى: المعنى اللغوى .

فإن مادة «لزم» التى هى الأصل تدور حول معنى الملازمة ، فإذا أضفنا إليه الإنشاء الذى يدل على الإحداث والإيجاد ، تأكد استبعاد الفسوخ والإسقاطات من المعنى الاصطلاحي للالتزام .

الموجب الثالث: مراعاة مقصد المتكلم .

فالمكلف عندما يعمد إلى إنشاء التزام ما فإنه يقصد من ذلك الانتفاع بالآثار الشرعية التى رتبها الشارع على إنشاء ذلك الالتزام . فالذى ينشئ عقد البيع - مثلاً - يهدف إلى تملك العين التى بيد الطرف الثانى بالعقد ، وما عقد البيع إلا وسيلة

للوصول إلى هذا الهدف. أما الإسقاطات فإن آثارها لا تكون مقصودة، فالذى يطلق مثلاً لا يهدف من وراء الطلاق الحصول على منافع مادية أو تحمل تبعات مادية، وكل ما يقصده هو إنهاء الرابطة الزوجية.

ثالثاً: بيان خروج آثار الالتزام من المعنى الاصطلاحي للالتزام

آثار الالتزام لا توجد إلا بعد وجود الالتزام، فهي ليست داخلية في ماهيته. كانتقال الملك بالبيع، وإباحة البضع بالنكاح، وكالشروط الجعلية. فلذلك يجب إخراجها من المعنى الاصطلاحي للالتزام..

وبعض الذين أدخلوها في الالتزام خرجوا عن ذلك في مواضع، من ذلك قول الأستاذ الزرقا: إن حقوق كل من العاقدین التي يكتسبها بالعقد تدخل في مفهوم الالتزام، كوجوب تسليم الثمن والمثمن^(١). وأما آثار العقد على المحل المعقود عليه فلا تدخل، فعقد البيع مثلاً أثره نقل ملك المبيع إلى المشتري والثمن إلى البائع^(٢).

رابعاً : التعريف المختار للالتزام:

بعد استعراض أقوى التعريفات للالتزام، ومناقشة ما ورد فيها من معان، وجدت أن ما وضعه ابن القيم من تصور لمعنى الالتزام هو الأوفق والأنسب والأشمل، ومما ذكره ابن القيم، أقول في تعريف الالتزام إنه:

"إيجاب المرء على نفسه فعلاً غير محرم في الشرع".

ويدخل في هذا التعريف الأمور التالية:

(١) ما ينشأ من الالتزامات بإرادة منفردة كالهبة. وما لا ينشأ إلا بإرادة طرفي الالتزام كالبيع.

(٢) ما كان لازماً لا يمكن لأحد من طرفيه فسخه بانفراده كالإجارة. وما كان جائزاً يمكن لكل من طرفيه إنهاؤه بانفراده كالعارية.

(٣) ما كان معاوضة مالية كالبيع أو غير مالية كالنكاح، وما كان تبرعاً لا معاوضة فيه كالهبة.

(٤) النذر وحقيقته إيجاب المرء على نفسه حقاً لله تعالى لم يكن واجباً عليه في الأصل^(٣).

(١) المدخل الفقهي العام ٤٣٦/١، ٤٣٧.

(٢) المدخل الفقهي العام ٤٣٩/١.

(٣) كشف القناع ٢٧٣/٦.

لكن يخرج النذر من موضوع الرسالة بالقيد الذى جاء فى عنوانها، وهو جملة "فى حقوق العباد".

ويخرج من التعريف: الإلزام، ما لا إنشاء فيه، وآثار الإلزام على ما سبق بيانه. وقال الزرقا فى بيان وجه تسمية العقد الجائز التزاماً: "والإلزام" أمر عام: لجميع العقود بلا استثناء، فما من عقد صحيح إلا وينشئ التزاماً معيناً على أحد عاقديه، أو التزامات متقابلة معينة بينهما موزعة عليهما هى من الآثار الخاصة للعقد" (١).

وقال: إن الإلزام فى اصطلاح نظرية العقد يقع على معنيين:
الأول: معنى إنشاء الالتزامات، فيقال عقد ملزم، بمعنى أنه ينشئ على العاقد التزاماً.

والثانى: معنى عدم إمكانية رجوع العاقد بإرادته المنفردة، فيقال عن العقد الذى يتصف بهذه الصفة أنه عقد ملزم (٢).

(١) المدخل الفقهي العام ٤٣٦/١ ، ٤٣٨.

(٢) المدخل الفقهي العام ٤٣٥/١.

المطلب الثالث

تمييز الالتزام عما يقاربه

وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: تمييز الالتزام عن العقد

المسألة الثانية: تمييز الالتزام عن التصرف

المسألة الأولى

تمييز الالتزام عن العقد

وفيها ثلاثة فروع

الفرع الأول تعريف العقد لغة:

«العين، والقاف، والذال»: أصل واحد يدل على شدٍّ، وشِدَّةٍ، وتوثق وإليه ترجع فروع الباب كلها^(١) ويطلق على الربط الحسى نحو: عقدتُ الحبل، أى ربطتُ بعضه ببعض^(٢)، ومنه قول الله تعالى ﴿ومن شر النفاثات في العقد﴾^(٣).

ويستعمل فى الربط المعنوى، فيطلق على اليمين، ووجه الربط فيه: أن الخالف ربط نفسه بالمحلوف عليه، وألزمها به، ويطلق على العهد والخلف والعزم والتوكيد^(٤).

الفرع الثانى: تعريف العقد اصطلاحاً:

ورد لفظ العقد وما فى معناه فى كتاب الله تعالى فى مواضع، منها قول الله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(٥).

قيل فى بيان المراد بالعقود: هى التى عقدها الله على عباده، وألزمهم بها من الأحكام، وقيل: هى العقود التى يعقدونها بينهم من عقود المعاملات، وقيل: هى شاملة للأمرين، وهو الأولى؛ لأنه لاوجه لتخصيص بعضها دون بعض^(٦).

(١) مقاييس اللغة ٨٦/٤.

(٢) السابق، القاموس المحيط ٣٢٧/١.

(٣) المفردات فى غريب القرآن للراغب الأصبهاني ص ٣٤١، الآية فى سورة الفلق، الآية الرابعة.

(٤) مقاييس اللغة ٨٦/٤.

(٥) سورة المائدة الآية (١).

(٦) الجامع لأحكام القرآن للطبرى ٤٤٩/٩ - ٤٥٥، فتح القدير للشوكاني ٤/٢.

وعلى هذا العموم جرى المفسرون فى تفسيرهم لكلمة العقد فى الآية:

فأدخلوا فيه ما ألزم الإنسان نفسه به من بيع وشراء وإجارة ونكاح ومزارعة ومصالحة وتمليك وشركة، والشرط الذى يشرطه العاقد على نفسه، والذمم التى نعقدها لأهل الحرب وأهل الذمة وغيرهم من سائر الناس. والمعاهدة التى تتم بين الرعية والأئمة فى طاعة الأئمة فى غير معصية الله، ومنه مبايعة الصحابة رسول الله ﷺ تحت الشجرة «بيعة الرضوان» على ألا يفروا. وكل ما ذكر يدخل فى مفهوم العقد الذى أمر الله تعالى بالوفاء به، بشرط ألا يكون خارجاً عن شريعة الله تعالى. وأدخلوا فيه ما ألزم الإنسان به نفسه لله تعالى، كالنذر واليمين، والطاعات كالحج والصيام والاعتكاف والقيام، وما أشبه ذلك^(١).

ونبه المفسرون فى تفسيرهم للفظ العقد فى الآية على: أن العقد لا يتناول إلا ما كان منتظراً مراعى فى المستقبل من الأوقات، فيسمى البيع والنكاح وسائر عقود المعاوضات عقوداً، لأن كل واحد من طرفى العقد قد ألزم نفسه الوفاء به.

وسمى اليمين على المستقبل عقداً؛ لأن الحالف قد ألزم نفسه الوفاء بما حلف عليه من فعل أو ترك، وكذلك العهد والأمان. وكذلك كل شرط شرطه إنسان على نفسه فى شيء يفعله فى المستقبل فهو عقد، وكذلك النذور وإيجاب القرب وما جرى مجرى ذلك، ومنه الطلاق المعلق على شيء فى المستقبل، لكن الطلاق المجرد الذى ليس معلقاً لا يسمى عقداً، فإنه على شيء ماض قد وقع.

وعللوا ذلك بتعليلين:

الأول: عقلى وهو أن ما لا يتعلق بمعنى فى المستقبل لا يمكن الوفاء به.

الثانى: لغوى وهو أن العقد لغة ضد الحل، ومعلوم أن ما قد وقع يستحيل حله^(٢).

واستعمل لفظ العقد فى كلام الفقهاء فى الأبحاث الفقهية فى ثلاثة استعمالات.

الاستعمال الأول: إطلاقه على ما ينشأ بتصرف انفرادي كالهبة والوصية^(٣)، وعلى ما فيه إسقاط حق كالعق والبراء، وما فيه فسخ لعقد كالطلاق والظهار والإقالة من

(١) أحكام القرآن لابن العربي ٥٢٤/٢، ٥٢٥، أحكام القرآن للجصاص ٢/٢٩٤ تفسير القرآن العظيم لابن كثير ٤٧١/٢، ٤٧٢، الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ٦/٣٢، ٣٣ قاعدة فى العقود لشيخ الإسلام ص ١٦، ٩٥، ٩٦.

(٢) أحكام القرآن للجصاص ٢/٢٩٤، ٢٩٥.

(٣) قاعدة فى العقود لشيخ الإسلام ص ١٨.

البيع^(١)، والخلع^(٢)، وإطلاقه على ما يترتب شرعاً على تصرف مستقل كترتب الولاء على العتق^(٣)، وعلى ما هو حق منعقد بين العبد وربه كالنذر^(٤)، واليمين^(٥)، والإحرام بالحج والعمرة^(٦).

الاستعمال الثانى: إطلاقه على ما لا يتم إلا بالإيجاب والقبول من التصرفات سواء، أكان القبول شرطاً فى صحته كالبيع والإجارة، أم شرطاً فى تمامه كالهبة والقرض والوقف والوصية والوكالة. وتخرج منه العقود التى مع الله تعالى كالنذر والحج، والتكاليف، والفسوخ وإسقاط الحقوق، وإنهاء العقود^(٧). وهذا هو الغالب فى استعمال الفقهاء، وذلك فيما اطلعت عليه.

الاستعمال الثالث: إطلاقه على ما لا يصح إلا بالإيجاب والقبول، فيخرج منه ما يصح بالإيجاب دون قبول^(٨).

وهذا الاستعمال هو الذى التزمته فى الرسالة لسببين:

الأول: أن العقد فى اللغة هو الارتباط الحاصل بين طرفين. فهذا أصله اللغوى.

الثانى: أن فى قصر العقد على المعنى المذكور تمييزاً بين ما يتم بالإرادة المنفردة من الالتزامات، وما لا يتم إلا بإرادتين.

وقد اختلفت تعبيرات الفقهاء فى تعريفهم للعقد على الاستعمال الثالث، فمنهم من وصفه بأنه الإيجاب والقبول^(٨). ومنهم من وصفه بأنه الارتباط الحاصل بين الإيجاب والقبول^(٩). فالأولون أخرجوا الأرباط بين الإيجاب والقبول من تعريف العقد؛ لأنه عندهم أمر خارج عن ماهية العقد، وما هو إلا أثر من آثاره^(١٠). وقد يوجد العقد ولا يترتب عليه أثره، فيسمى عقداً فاسداً، أو عقداً موقوفاً^(١١).

(١) جامع الفصولين ٢/٢، شرح فتح القدير ٧٦/٥.

(٢) ما سبق، قاعدة فى العقود ص ١٤٩، ١٥٩.

(٣) قاعدة فى العقود ص ١٨.

(٤) أحكام القرآن للشافعى ٦٦/٢، قاعدة فى العقود ص ٢١، القواعد لابن رجب ص ٥١.

(٥) أحكام القرآن للجصاص ٢٩٤/٢، شرح فتح القدير ٢١/٦. الأشباه والنظائر ٣١٢، قاعدة فى العقود ص ١٥١.

(٦) القواعد للزركشى ٣٩٧/٢، الفتوحات الربانية على الأذكار النووية ٢٥٦/٦.

(٧) أحكام القرآن للجصاص ٢٩٤/٢، ٢٩٥، حاشية الدسوقي ٥/٣، المجموع ١٧٥/٩، قواعد ابن رجب ص ٧٩، المغنى ٤٨/٦، ٤٩.

(٨) حاشية ابن عابدين ٩/٣، التوضيح على التنقيح ١٢٣/٢، حاشية الدسوقي ٥/٣.

(٩) العناية بهامش شرح فتح القدير ٤٥٦/٥.

(١٠) حاشية الدسوقي ٢/٣.

(١١) الفتاوى الهندية ٣/٣، قواعد ابن رجب ص ٦٧.

والحقائق الشرعية تشمل الصحيح والفساد. فالارتباط يسمى «انعقاداً»، ولا يسمى «عقداً».

والمخالفون لهم قالوا: إن إيراد «الارتباط» في التعريف إيراد صحيح؛ أنه هو المقصود بالإيجاب والقبول، وما وضع الإيجاب والقبول إلا سبباً لتحقيقه فهو العقد في الحقيقة، فالعقد هو مجموع ثلاثة أمور: الإيجاب والقبول، والارتباط الحاصل بينهما^(١).

والذي سرت عليه في هذه الرسالة: أن الإيجاب والقبول لا أسميهما عقداً إذا لم ينشأ بهما العقد بأن كان باطلاً. وأما إذا نشأ بهما عقد، لكنه موقوف فأسميه عقداً؛ لأن وقف العقد هو وقف لإثارة وليس إزالة للعقد نفسه.

الفرق الثالث: الفرق بين العقد والالتزام.

للفرق بين «العقد» والالتزام أوجه، تختلف باختلاف تعريف كل منهما. والفرق بينهما على التعريف الذي اخترته لكل منهما:

أن العقد فرد من أفراد الالتزام، إذ أنه الالتزام الذي لا ينشأ إلا بإرادة طرفين.

المسألة الثانية

الفرق بين «التصرف» و«الالتزام»

التصرف هو: كل قول أو فعل يصدر عن الإنسان باختياره، سواء أشاركه فيه غيره أم انفرد به، وسواء أكان فيه إنشاء لشيء. أم مجرد خبر وحكاية، فيدخل في ذلك العقد والالتزام^(٢).

والتصرف أعم من العقد بمعناه الواسع المرادف للمعنى اللغوي؛ لأنه يوجد من التصرفات ما لا يمكن أن يسمى عقداً بأي وجه من الوجوه، كالقتل والإقرار والإدعاء^(٣).

(١) العناية وشرح فتح القدير ٤٥٦/٥.

(٢) حقيقة التصرف، د. محمود الطنطاوى ص ٦، ٩، ١٠، ١٣، المدخل الفقهي العام للزرقا ٢٨٦٠١، ٢٩٠.

(٣) أحكام المعاملات، على الخفيف ص ٢٠٦، الشريعة الإسلامية، تاريخها ونظرية الملكية والعقود، بدران أبو العين ص ٣٦٦، ضوابط العقد للبعلى ص ٤٣، ٤٤. المدخل الفقهي العام للزرقا ٢٩٠/١، المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي د. محمد شلبى ص ٤١٤.

المطلب الرابع

أسباب الالتزام وصوره

وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: أسباب الالتزام.

المسألة الثانية: صور الالتزام

المسألة الأولى

أسباب الالتزام

المقصود بها الأسباب التي ينشأ بها الالتزام، وبعض الفقهاء المعاصرين يعبرون عنها بمصادر الالتزام، ليدخل فيها الإلزام، فيكون مصدراً تحته أسباب إضافة إلى الالتزام الاختياري، وتحته أسباب، ولما كان الإلزام لا يدخل في مفهوم الالتزام عند فقهاء الإسلام المتقدمين، كان للالتزام مصدر واحد، هو اختيار الملتزم وإرادته، وتحت هذا المصدر أسباب.

وبناء على التعريف الذي اخترته للالتزام، فإن الأسباب التي ينشأ بها الالتزام، ما يلي:

- (١) الوعد: وقد يكون من جانب واحد، وقد يكون من جانبيين، فيسمى مواعدة. وقد يكون وعداً مع الإلزام به عند من يرى ذلك، وقد يكون دون إلزام^(١).
- (٢) الإيجاب المجرد عن القبول^(٢).
- (٣) الإيجاب مع القبول^(٣).
- (٤) ما يقوم مقام الإيجاب والقبول من معاطاة، أو دلالة حالية أو نحو ذلك^(٤).
- (٥) الإيجاب والقبول والقبض «مجتمعة»^(٥).

(١) التاج والإكليل ٤١٢/٣، تحرير الكلام في مسائل الالتزام ص ١٥٣.
(٢) انظر أمثلة على ذلك في: الخرشى ٩٢/٧، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٢٧٨، ٢٧٩، المغنى ١٨٧/٨.
(٣) انظر أمثلة على ذلك في: البحر الرائق ٢٨٣/٥، حاشية الدسوقي ٣/٣، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٢٧٨، كشف القناع ١٤٧/٣.
(٤) انظر أمثلة على ذلك في: حاشية ابن عابدين ٦٨٨/٥، إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك، ص ٣٧٥، قواعد الأحكام ١٣٠/٢، أعلام الموقعين ٢١٨/١.
(٥) انظر أمثلة على ذلك في: بدائع الصنائع ١٨١/٥، البهجة شرح التحفة ١٥٨/٢، الأم ٩٥/٣، قواعد ابن رجب ص ٧١، القاعدة رقم ٤٩.

وكل واحد من هذه الأسباب يصلح أن يكون بانفراده سبباً ينشأ به الالتزام، عند من يعتد به سبباً.

وبعض الفقهاء المعاصرين يعد في مصادر الالتزام ما يلي:

(١) الفعل الضار: ويعنون به التعدي على بدن الإنسان أو ماله، مما يترتب عليه ضمان مالى.

(٢) الفعل النافع: ويعنون به الفعل الذى يترتب عليه حق مالى على غير الفاعل، كمن يؤدى عن آخر دينه بأمره، وكمن اشترى شيئاً فتيين بعد ذلك ملك لآخر واستحق من يده. فإنه يرجع على البائع بالثمن، وكمن دفع ديناً يظنه ثابتاً عليه فإذا هو برىء منه فإنه يرجع على القابض.

(٣) الحق الشرعى الثابت ابتداء بلا سبب ممن وجب عليه، كثبوت نفقة القريب على قريبة بضوابط معينة، وثبوت حقوق الجيرة على المرء لجاره^(١).

وهذه المصادر هى «إلزام، لا التزام» لما سبق بيانه، وهو لا يدخل فى مفهوم الالتزام فى الفقه الإسلامى، فلا تكون مصادر الإلزام من مصادر الالتزام.

المسألة الثانية

صور الإلتزام

المعيار هنا فى تعداد صور الالتزام الأثر يُحدثه الالتزام، والذى شرع من أجل تحقيقه، وسعى الملتزم إليه. وهى بالاستقراء ما يلى:

(١) التزام يؤدى إلى تمليك عين كالبيع والقرض.

(٢) التزام يؤدى إلى تمليك منفعة كالإجارة والإعارة.

(٣) التزام يؤدى إلى إباحة بضع وهو النكاح وملك اليمين.

(٤) التزام يؤدى إلى توثيق حق كالكفالة والرهن.

(٥) التزام يؤدى إلى إعطاء شخص الولاية على حق شخص آخر كالوكالة

والإمارة.

(١) الفقه الإسلامى وأدلته، د. وهبه الزحيلي ٢٣/٤، المدخل الفقهي العام للزرقا ٩٠/٣ - ٩٢.

الباب الأول

الالتزام من جانب واحد

وفيه أربعة فصول:

الفصل الأول: الوعد

الفصل الثانى: تعليق العقد على أمر يمكن وقوعه فى المستقبل

الفصل الثالث: إنشاء الالتزام بالإيجاب وحده

الفصل الرابع: تولى شخص واحد طرفى العقد

الفصل الأول

الوعد

وفيه تمهيد، وثلاثة مباحث:

التمهيد فيه تعريف الوعد، وبيان أقسامه

المبحث الأول: الوعد ببذل مال، أو منفعة بغير عوض

المبحث الثاني: الوعد بإجراء عقد معاوضة

المبحث الثالث: صور الوعد بالتعاقد الشائعة في السوق المحلية

تمهيد: فى التعريف بالوعد. وبيان أقسامه:

عرّف أهل العلم الوعد بأنه: إخبار عن إنشاء المخبر معروفاً فى المستقبل^(١).
وجرى هذا التعريف على الغالب فى الوعد، فإنه يكون فى الغالب وعداً بمعروف لا بمعاوضة. فإذا قيل فى تعريف الوعد إنه «إخبار عن إنشاء المخبر شيئاً فى المستقبل» كان التعريف شاملاً لجميع صور الوعد.

و«العدة»: اسم متقوص من الوعد يحمل معناه دون زيادة أو نقصان^(٢).
و«الموعدة»: أن يعد كل واحد من الطرفين صاحبه بشيء فى المستقبل^(٣).
والفرق بين «الوعد» و«العقد»: أن صيغة الوعد صيغة خبرية لا إنشائية، تدل على إرادة إنشاء الالتزام فى المستقبل، لا إنشائه فى الحال^(٤).
والفرق بين «الوعد» و«الشرط» كالفرق بينه وبين العقد^(٥)، ويتحول الوعد إلى شرط لازم إذا جرى العرف بأنه يكون شرطاً ملازماً للعقد^(٦).

وينقسم الوعد باعتبار موضوعه إلى قسمين:

القسم الأول: الوعد بتبرع، وهو الوعد ببذل مال، أو منفعة بغير عوض، وهذا موضوع المبحث الأول من هذا الفصل.

القسم الثانى: الوعد بمعاوضة، وهو الوعد بإنشاء عقد معاوضة. وهذا موضوع المبحث الثانى.

(١) عمدة القارى ١٥٣/١ تحرير الكلام فى مسائل الالتزام ص ١٥٣. وهو كذلك فى اللغة، انظر: مقاييس اللغة ١٢٥/٦.

(٢) مقاييس اللغة ١٢٥/٦.

(٣) التاج والإكليل ٤١٢/٣، تحرير الكلام ص ١٥٣.

(٤) التاج والإكليل ٤٤٦/٣، روضة الطالبين ٢٦٠/٤، كشاف القناع ٣/٣٦٣.

(٥) حاشية ابن عابدين ٢٧٦/٥، البهجة شرح التحفة ١٥٨/٢، تحرير الكلام ص ٢٣٩، ٢٤٠.

(٦) مجموع فتاوى شيخ الإسلام ٢٩ / ٣٣٣، ٣٣٤، ٣٣٦.

المبحث الأول

الوعد ببذل مال أو منفعة بغير عوض (الوعد فى التبرعات).

تحرير محل النزاع:

لا خلاف بين أهل العلم فى أن من وعد بفعل أمر واجب أنه يجب عليه الوفاء به. وأن من وعد بفعل أمر محرم فإنه يحرم عليه الوفاء به، واختلفوا فيما وعد بفعل أمر مباح أو مستحب، هل يجب عليه الوفاء به^(١)؟ وعلى القول بالوجوب هل يقضى به عند التنازع؟ والأقوال فى المسألة أربعة:

القول الأول:

يجب الوفاء بالوعد فى التبرعات، سواء أكان الوعد مطلقاً أم معلقاً. هو قول عند المالكية^(٢)، وصفه الخطاب بأنه ضعيف جداً^(٣). وقول عند الشافعية^(٤)، وقول عند الحنابلة^(٥)، اختاره شيخ الإسلام^(٥).
وأما الإلزام به قضاء فقد أثبتته بعض أصحاب هذا القول^(٦)، ونفاه بعضهم^(٧)، وسكت عنه آخرون، وليس الأمر كما ظن صاحب مجالس العرفان، فقد قال: «اختلف الفقهاء فى القضاء بالوعد، فقليل يقضى به مطلقاً، والقولان مبنيان على وجود الوفاء به وعدم وجوبه»^(٨).

(١) أحكام القرآن للجصاص ٤٤٢/٣. الأذكار للنووى مع شرحه الفتوحات الربانية ٢٥٨/٦. التمهيد ٢٥٨/٦، مرقاة المفاتيح شرح مشكاة المصابيح ٦٥٣/٤.

(٢) حاشية ابن الشاط على الفروق ص ٢٤/٤.

(٣) تحرير الكلام فى مسائل الالتزام ص ١٥٧.

(٤) إحياء علوم الدين ١٣٣/٣.

(٥) الفروع ٤١٥/٦، المبدع ٣٤٥/٩.

(٦) الفتوحات الربانية لابن علان ٢٥٨/٦، ٢٥٩.

(٧) صحيح البخارى ٣٤١/٥، عمدة القارئ ٦٠/١١، ١٧٤، ١٧٥، البيان والتحصيل ١٨/٨.

(٨) ٣٤/٢.

أدلة القول الأول:

الدليل الأول: الآيات الواردة في النهي عن إخلاف الوعد، وأقواها دلالة على ذلك

عند أصحاب القول الأول ما يلي:

الآية الأولى - قول الله تعالى ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لِمَ تَقُولُونَ مَا لَا تَفْعَلُونَ كَبِيرٌ

مَقْتًا عِنْدَ اللَّهِ أَنْ تَقُولُوا مَا لَا تَفْعَلُونَ ﴾^(١).

ووجه الاستدلال بالآية: أن الوعد إذا أخلف فهو قول لم يُفعل، فيلزم أن يكون

كذباً محرماً، وأن يحرم إخلاف الوعد^(٢).

ويؤيد هذا الاستدلال سبب نزول الآية، كما قال ابن العربي^(٣)، فقد قال في بيان

ذلك: إنهم - أي أصحاب النبي ﷺ - كانوا يقولون: لو نعلم أى الأعمال أفضل

وأحب إلى الله لعلمناه، فأنزل الله عز وجل هذه الآية^(٤).

واعترض على هذا الاستدلال باعتراضين:

الاعتراض الأول: أن الذم الوارد في الآية يلحق من وعد، وهو عازم على أن

لا يفى بما وعد، أو الإنسان الذى ينسب إلى نفسه من الخير ما لا يفعله. فإن هذا مادل

عليه سبب نزول الآية، فإنها نزلت في أقوام كانوا يقولون: جاهدنا مع أنهم لم

يجاهدوا، وفعلنا أنواعاً من الخيرات مع أنهم لم يفعلوها، وهذا محرم؛ لأنه كذب

وتسميع بطاعة الله^(٥).

الاعتراض الثانى: أن الصنف المذموم في الآية هم الذين يقولون ما لا يفعلون

في الأمور الواجبة، كالوعد بإنصاف من دين أو أداء حق، وهو من قبيل قوله تعالى

(١) سورة الصف: الآيتان الثانية والثالثة.

(٢) أحكام القرآن لابن العربي ١٧٩٩/٤، الفروق ٢٠/٤، وانظر الأذكار مع شرحه ٢٥٦/٦، ٢٥٧، فتح الباري ٣٤٢/٥.

(٣) هو القاضى أبو بكر محمد بن عبد الله بن محمد بن العربي الأندلسى. ممن بلغ رتبة الاجتهاد. تفقه بالإمام أبى حامد الغزالى، وأبى بكر الشاشى، وجماعة. ولى قضاء أشبيلية وكان ذا شدة وسطوة فعزل، فأقبل على نشر العلم وتدوينه. وكان وافر المال بحيث أنشأ على أشبيلية سوراً من ماله. كان أبوه «أبو محمد» من كبار أصحاب ابن حزم الظاهرى، بخلاف ابنه القاضى أبى بكر فإنه منافر لابن حزم. توفى بقاس سنة ثلاثة وأربعين وخمسمائة. انظر سير أعلام النبلاء ١٩٧/٢٠ - ٢٠٤.

(٤) أحكام القرآن ١٧٩٩/٤، وقال ابن العربي عن ما نقله في تفسير الآية: «هو حديث لا بأس به».

(٥) أحكام القرآن للجصاص ٤٤٢/٣، الفروق ٢٥/٤، وتهذيب الفروق ٤٦/٤.

﴿ ومنهم من عاهد الله لئن آتانا من فضله لنصدقن ولنكونن من الصالحين فلما آتاهم من فضله بخلوا به وتولوا وهم معرضون فأعقبهم نفاقاً فى قلوبهم إلى يوم يلقونه بما أخلفوا الله ما وعدوه وبما كانوا يكذبون ﴾^(١).

فقد ذمهم الله تعالى على إخلافهم؛ لأن الصدقة عن المال واجبة وإصلاح الإنسان نفسه واجب، فالوعد والعهد بذلك فرضان، فيكون إنجازهما فرضاً^(٢).

الآية الثانية: قول الله تعالى ﴿ يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود ﴾^(٣).

أوردها الغزالي فى معرض تعريفه للوعد الكاذب حين قال: إن اللسان سباق إلى الوعد، ثم النفس ربما لا تسمح بالوفاء فيصير الوعد خلفاً^(٤).

الدليل الثاني:

روى عبد الله بن مسعود - رضى الله عنه - وغيره عن النبى ﷺ أنه قال: (العدة دين)، وفى لفظ (عطية). وروى على - رضى الله عنه - أن النبى ﷺ قال: (العدة دين، ويل لمن وعد ثم أخلف، ويل له، ويل له، ويل له)، وفى لفظ (الواعد بالعدة، مثل الدين أو أشد)، وفى لفظ (عدة المؤمن دين، وعدة المؤمن كالأخذ باليد). وعن الحسن البصرى - مرفوعاً - أن رسول الله ﷺ قال: (العدة واجبة)^(٥).

وعن زيد بن أسلم - رضى الله عنه - أن النبى ﷺ قال: (وَأَيُّ الْمُؤْمِنِ وَاجِبٌ)^(٦). والوَأَى فى اللغة: الوعد الذى يوثقه الرجل على نفسه، ويعزم على الوفاء به^(٧).

وقد اعترض عليه بثلاثة اعتراضات:

(١) سورة التوبة: الآيات ٧٥، ٧٦، ٧٧.

(٢) المحلى ٣٠ / ٨.

(٣) سورة المائدة: الآية الأولى.

(٤) إحياء علوم الدين ١٣٢ / ٣.

(٥) قال العراقى فى تخريج الإحياء ١٣٢ / ٣، والهيئى فى مجمع الزوائد ١٦٩ / ٤، ١٧٠، والسخاوى فى المقاصد الحسنة ص ٤٥٤، والعجلونى فى كشف الخفا: أخرجه الطبرانى فى الأوسط، والقضاعى وغيرهما عن ابن مسعود، ورواه الطبرانى فى الأوسط والخراطى فى المكارم عن الحسن البصرى مرسلأ عن النبى ﷺ، وأخرجه ابن أبى الدنيا فى الصمت.

(٦) قال العراقى: أخرجه ابن أبى الدنيا فى الصمت من رواية ابن لهيعة مرسلأ، ورواه أبو منصور الديلمى فى مسند الفردوس من حديث على بسند ضعيف.

(٧) النهاية فى غريب الحديث والأثر ١٤٤ / ٥، الفروق ٢٠ / ٤.

الاعتراض الأول: أن جميع الأحاديث المذكورة بجميع رواياتها أسانيدُها ضعيفة^(١).

ويجاب عنه: بأن بعض أهل العلم حسنُها بتعدد الطرق^(٢).

الاعتراض الثاني: إن معنى قوله ﷺ (وأى المؤمن واجب): أن المؤمنين لكمال إيمانهم يجعلون الوفاء بالوعد عليهم واجباً^(٣).

ويجاب عنه: بأن اقتران الوفاء بالإيمان في كلام النبي ﷺ تأكيد للوفاء لا الخط من أهميته.

الاعتراض الثالث: أن ما كان من الأحاديث الواردة في الدليل ظاهره الوجوب، فالوجوب فيه مصروف إلى الندب، والصارف له إجماع أهل العلم على أن من وعد بمال ثم أفلس فليس للموعد أن يزاحم الغرماء^(٤).

وأجاب عنه الحافظ ابن حجر بقوله: إن دعوى الإجماع في ذلك مردودة، والخلاف مشهور، لكن القائل به قليل^(٥).

الدليل الثالث:

عن أبي هريرة - رضى الله عنه - أن رسول الله ﷺ قال: (آية المنافق ثلاث، إذا حدث كذب، وإذا وعد أخلف، وإذا أؤتمن خان)^(٦)، فقد دل الحديث دلالة صريحة على أن إخلاف الوعد محرم، وذلك أنه ذكر الإخلاف في سياق الذم، وليس هناك صارف لهذا التحريم إلى الكراهة التنزيهية^(٧).

ورد عليه اعتراضات كثيرة أهمها ما يلي:

الاعتراض الأول: أن الوعيد الوارد في الحديث هو في حق من وعد وهو عازم على ترك الوفاء من غير عذر، أما إن وعد، ثم عرض له بعد مانع، أو بدا له رأى فليس من صور النفاق^(٨).

واستشهد بعضهم لذلك بما روى عن سلمان - رضى الله عنه - : (أن علياً لقي أبا^(٩) ضعفا جميعاً العراقي، والهشمى والسخاوى والعجلونى، وابن حزم فى المحلى ٢٩/٨، والمنائى فى فيض القدير ٣٠٨/٤، ٣٦٠/٦).

(٢) أسنى المطالب. فقد قال الحوت: فيه حمزة بن داود ضعفه الدارقطنى، لكن له عدة طرق فهو حسن، وقال ابن مفلح فى البدع ٣٤٥/٩ رواية «العدة عطية» إسناده حسن، ورواية «العدة دين» إسناده ضعيف.

(٣) التمهيد ٢٠٧/٣، الجامع لأحكام القرآن للقرطبى ١١٥/١١.

(٤) فتح البارى ٣٤٢/٥.

(٥) أخرجه البخارى فى صحيحه ٣٤١/٥، ٣٤٢ فى كتاب الإيمان، باب علامة النفاق.

(٦) فتح البارى ٣٤٢/٥، الفروق ٢٠/٤.

(٧) عمدة القارئ ٢٥٣/١، الفترحات الربانية ٢٥٧/٦، المرقاة شرح المشكاة ١٠٦/١.

بكر وعمر - رضى الله عنهم - فقال: مالى أراكما ثقيلين؟ قالوا: حديث سمعناه من النبى ﷺ ذكر خلال المناق «إذا وعد أخلف، وإذا حدث كذب، وإذا أؤتمن خان»، فأينا ينجو من هذه الخصال؟ فدخل على على النبى ﷺ فذكر له ذلك، فقال: قد حدثتهما، ولم أضعه على الموضع الذى تضعونه، ولكن المناق إذا حدث وهو يحدث نفسه أن يكذب، وإذا وعد وهو يحدث نفسه أن يخلف، وإذا أؤتمن وهو يحدث نفسه أن يخون^(١).

ويجاب عنه: بأن الحديث إسناده ضعيف، لا يحتج به^(٢).

الاعتراض الثانى: أن المقصود بالحديث المنافقون الذى كانوا فى عهد النبى ﷺ، حدثوا النبى ﷺ بأنهم مؤمنون، وكذبوا عليه، واآتمنهم على سره وخانوه، ووعدوه بالخروج معه للجهاد وأخلفوه^(٣).

وأجاب عنه ابن رجب بقوله: إنه تأويل مخالف لما دل عليه الحديث، ذهب إليه طائفة من يميل إلى الإرجاء^(٤).

الدليل الرابع:

عن جابر - رضى الله عنه - قال: «لما مات النبى ﷺ جاء أبا بكر مال من قبل العلاء بن الحضرمى، فقال أبو بكر: من كان له على النبى ﷺ دين أو كانت له عدة فليأتنا، قال جابر: فقلت وعدنى رسول الله ﷺ أن يعطينى هكذا، وهكذا، فبسط يديه ثلاث مرات، قال جابر: فعَدَّ فى يدى خمسمائة، ثم خمسمائة، ثم خمسمائة»^(٥).

احتج به البخارى على وجوب الوفاء بالوعد. ووجه الدلالة فيه: أن أبا بكر - رضى الله عنه - جعل العدة كالدين، وأنجز لجابر ما وعده النبى ﷺ من المال، فدل ذلك على وجوب الوفاء^(٦).

يرد على الاستدلال به، على وجوب الإيفاء بما وعد به من مال، اعتراضان:

الاعتراض الأول: أن كلام أبى بكر - رضى الله عنه - هو إلى عدم لزوم الوفاء

(١) قال ابن رجب فى جامع العلوم والحكم ص ٥٢١: أخرجه الاسماعيلي وغيره.

(٢) قال ابن رجب: قال أبو حاتم الرازى: الحديث مضطرب وإسناده مجهول. وقال الدارقطنى: الحديث مضطرب غير ثابت، والله أعلم. ولكن العيني قال فى عمدة القارئ ٢٥٣/١: رواه الطبرانى بإسناد لا بأس به.

(٣) شرح التوى على صحيح مسلم ٤٧/٢، عمدة القارئ ٢٥٣/١.

(٤) قاله ابن رجب. ولم يبين وجه الإرجاء فيه. انظر جامع العلوم والحكم ص ٥٢٠.

(٥) أخرجه البخارى فى صحيحه ٣٤٢/٥، من كتاب الشهادات، باب من أمر بإنجاز الوعد، وفى كتاب الجزية، باب ما أقطع ﷺ، وما وعد من مال البحرين.

(٦) أضواء البيان ٣٠٤/٤، فتح الباري ٣٤٣/٥، المتقى ٢٢٧/٣.

بالوعد بما لا يقرب منه إلى اللزوم، فقد جعل العدة شيئاً آخر غير الدين، فدل ذلك على أن العدة لا يترتب عليها إثبات حق في ذمة الواعد.

الاعتراض الثاني: يحتمل أن مواعيد النبي ﷺ ليست كمواعيد غيره، فتكون لازمة، وواجبة الأداء^(١).

وأجيب عنه: بأن الأصل، أن فعل رسول الله ﷺ تشريع للأمة، كقوله^(٢). واستدل من قال من أصحاب القول الأول إنه لا يقضى على الواعد بما وعد به بدليلين:

الأول: أن الوعد معروف محض، فلا يلزم إلا بالقبض، كالهبة والعارية لا تلزمان إلا بالقبض^(٣).

الثاني: القياس على النفقة الواجبة على القريب لقريبه، فإنه إذا مضت مدة لم ينفق فيها على قريبه، لا يلزمه قضاء أداء ما مضى، وإن كان يأنم بترك الواجب^(٤).

الثالث: الإجماع على أن من وعد غيره أن يهبه مالاً ثم أفلس قبل أن يفي، فليس للموعد أن يزاحم الغرماء في مال المفلس^(٥).

واعترض عليه بأن دعوى الإجماع مردودة، والخلاف مشهور، لكن القائل به قليل^(٦). واستدل من قال إنه يقضى عليه بما وعد به بدليلين:

الأول: أن ما يلزم ديانة يلزم قضاء^(٧).

الثاني: أن كل نص يدل على وجوب الوفاء بالوعد يلزم منه وجوب القضاء به على الواعد^(٨).

القول الثاني:

لا يجب الوفاء بالوعد، سواء أكان مطلقاً أم معلقاً، ولا يأنم بالإخلاف. هو قول الحنفية^(٩). وقالوا يكره إخلافه كراهة تنزيه^(١٠). وهو قول عند

(١) عمدة القارئ ١١/١٧٥، الفتوحات الربانية ٦/٢٦١.

(٢) فتح الباري ٥/٣٤٣، المنقذ ٣/٢٢٧.

(٣) أضواء البيان ٤/٣٠٥.

(٤) الفتوحات الربانية شرح الأذكار النووية ٦/٢٥٩.

(٥) التمهيد ٣/٢٠٧، عمدة القارئ ١١/١٧٤، الفتوحات الربانية ٦/٦٨.

(٦) فتح الباري ٥/٣٤٢.

(٧) الفتوحات الربانية ٦/٢٥٩.

(٨) المحلى ٨/٢٩.

(٩) أحكام القرآن للجصاص، ٣/٤٤٢، عمدة القارئ ١/٢٥٣.

(١٠) أحكام القرآن للجصاص ٣/٤٤٢.

المالكية^(١)، وهو قول الشافعية^(٢)، والحنابلة^(٣) نص عليه الإمام أحمد^(٤). وقال ابن حزم: لا يجب الوفاء على الواعد، حتى لو حلف للموعد أن يفى، وحتى لو حصل من الإخلاف ضرر على الموعد^(٥). ونص غيره على أنه يحرم الإخلاف بقصد الإضرار بالموعد^(٦).

أدلة القول الثاني:

الدليل الأول:

قول الله تعالى ﴿وَلَا تَقُولُوا لشيءٍ إني فاعل ذلك غداً إلا أن يشاء الله﴾^(٧). ووجه الاستدلال: أن الله تعالى حرم على عباده الوعد من دون استثناء؛ لأن الوفاء به على الدوام فيه حرج عليهم، وليس من شأن الشارع إلزام العباد بما فيه حرج^(٨).

وقال ابن حزم: إن من وعد ولم يستثن فقد عصى الله في وعده ذلك، ولا يجوز أن يجبر على الوفاء بوعده هو معصية^(٩).

ويرد عليه اعتراضان:

الاعتراض الأول: أنه لا يلزم من النهي عن الوعد دون استثناء عدم وجوب الوفاء بالوعد إذا صدر، كالنذر فإنه منهي عنه، لكن إذا صدر من المكلف وجب عليه الوفاء.

الاعتراض الثاني: أن الآية تدل على وجوب الوفاء بالوعد، ووجه ذلك: أن فيها الأمر بالاستثناء ليسلم الواعد من الإثم لو لم يف. فلو كان ترك الوفاء لا إثم فيه لما كان ثم حاجة إلى الاستثناء^(١٠).

-
- (١) البيان والتحصيل ١٨/٨، تحرير الكلام ص ١٥٤، التمهيد ٢٠٨/٣، ٢٠٩.
 (٢) روضة الطالبين ٣٩٠/٥، شرح الإحياء للزبيدي ٥٠٧/٧، الفتوحات الربانية ٢٦٠/٦.
 (٣) شرح منتهى الإرادات ٤٥٦/٣، كشف القناع ٢٨٤/٦.
 (٤) المبدع ٣٤٥/٩.
 (٥) المحلى ٢٨/٨.
 (٦) مرقاة المفاتيح ٦٥٣/٤.
 (٧) سورة الكهف، الآيتان رقم ٢٢، ٢٣.
 (٨) المبدع ٣٤٥/٩.
 (٩) المحلى ٢٩/٨.
 (١٠) إحياء علوم الدين ١٣٣/٣.

الدليل الثاني:

عن زيد بن أرقم - رضى الله عنه - أن النبي ﷺ قال: (إذا وعد أحدكم أخاه، وفى نيته أن يفى فلم يف فلا إثم عليه)^(١).

واعترض على الاستدلال به باعتراضين:

الأول: من جهة الإسناد، فهو ضعيف لا يحتج به^(٢).

الثاني: من جهة المعنى، فإن رفع الإثم عن الإخلاف يحمل على ما لو منعه مانع من الوفاء، والحامل على ذلك هو مطلق الأمر بالوفاء، فى قول الله تعالى:

﴿ يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود ﴾^(٣).

الدليل الثالث:

عن صفوان بن سليم - رضى الله عنه -: أن رجلاً قال لرسول الله ﷺ: (أكذب امرأتى يا رسول الله؟ فقال رسول الله ﷺ: لا خير فى الكذب. فقال الرجل: يا رسول الله أعدّها وأقول لها؟ فقال رسول الله ﷺ لا جناح عليك)^(٤).

ووجه الاستدلال: أن رسول الله ﷺ أذن للرجل أن يعد امرأته وعداً لا يفى به. والدليل على أن السؤال والجواب كان حول الوعد الذى لا يفى به أمران:

الأول: أن الوعد الذى يوفى به لا يحتاج إلى سؤال عن حكمه

الثاني: أن السائل قرن الوعد المسئول عنه بالكذب، وظن أنه إذا فعل استصلاحاً لزوجته أنه يآثم فاستأذن فيه^(٥).

واعترض على هذا الاستدلال باعتراضين:

الأول: أن الحديث ضعيف فلا يصلح للاحتجاج به^(٦).

الثاني: أن الرجل سأل عن الوعد سؤالاً مطلقاً. ولا دليل فى الحديث على

(١) عارضة الأحوذى ١٠ / ١٠٠، غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر ٢٣٦ / ٣. والحديث أخرجه أبو داود فى سننه ٢٨٣ / ٧، كتاب الأدب، باب فى العدة، وأخرجه الترمذى فى سننه ٢٠ / ٥، كتاب الإيمان، باب ما جاء فى علامة المنافق.

(٢) قال الترمذى إسناده ليس بالقوى.

(٣) غمز عيون البصائر ٢٣٦ / ٣، والآية فى سورة المائدة، الآية الأولى.

(٤) أخرجه مالك فى الموطأ ٣١٣ / ٧.

(٥) الفروق ٢٢ / ٤.

(٦) قال العراقي فى تخريج الإحياء ١٣٧ / ٣: أخرجه ابن عبد البر فى التمهيد من رواية صفوان بن سليم عن عطاء ابن يسار مرسلاً، وهو فى الموطأ عن صفوان بن سليم معضلاً من غير ذكر عطاء بن يسار.

تخصيصه بالوعد الذى لا يفى به^(١). ولو سلمنا بأنه سأل عن الوعد الذى يكون عاجزاً عن الوفاء به وقت صدوره فإن الحديث - حيث - لا يدل على أكثر من إباحة الوعد من الإنسان بشيء هو عاجز عنه وقت صدوره، وقد يقدر عليه عندما يحين وقت الوفاء به. وقد يدل الحديث أيضاً على أن من وعد وهو عاجز على الإخلاف لا يأثم؛ لأن مجرد العزم على المعصية لا إثم فيه، ولكنه لا يدل على أن من أخلف لا يأثم^(٢).

الاعتراض الثالث: لو سلمنا بأن الحديث دل على عدم وجوب الوفاء بوعد الرجل امرأته، فإن ذلك يكون خاصاً بما بين الرجل وامراته، ولا يكون عاماً فى كل وعد، فقد دلت النصوص على أن القول بين الزوجين له خصوصية عن غيره فعن أم كلثوم بنت عقبة - رضى الله عنها - (أنها لم تسمع رسول الله ﷺ يرخص فى شيء مما يقول الناس كذباً، إلا فى ثلاث. الحرب، والإصلاح بين الناس، وحديث الرجل امرأته، وحديث المرأة زوجها)^(٣). وقد قال بعض أهل العلم فى بيان المراد بالكذب المرخص فيه: أنه الصريح، وقال آخرون: المراد به التورية مثل أن يعد الرجل زوجته أن يكسوها كذا، وينوى «إن قدر الله ذلك»؛ فيطيب بذلك خاطرها^(٤).

القول الثالث:

يجب الوفاء بالوعد إذا كان معلقاً على سبب وياشر الموعد ذلك السبب، ويحكم به قضاء فى هذه الحالة، وأما إذا كان الوعد مطلقاً أو معلقاً على سبب ولم يياشر الموعد السبب، فإن الوعد لا يجب الوفاء به ولا يأثم الواعد بالإخلاف. به قال الحنفية^(٥)، ومن قواعدهم. «المواعيد بصور التعاليق تكون لازمة»^(٦) فإذا قال شخص لآخر «ادفع دينى من مالك»، فوعده الرجل بذلك، ثم امتنع عن الأداء فإنه لا يلزم الواعد أداء الدين. أما لو قال رجل لآخر: «بع هذا الشيء لفلان، وإن لم يعطك ثمنه فأنا أعطيه إياك». فلم يعط المشتري الثمن، وطالب البائع بالثمن، لزم الواعد أداء الثمن بناء على وعده المعلق^(٦)، فإنه لم يطالب البائع فلا يلزم الواعد شيء^(٧).

(١) حاشية ابن الشاط على الفروق ٢٢/٤، المتقى ٣١٤/٧.

(٢) حاشية ابن الشاط ٢٢/٤.

(٣) أخرجه مسلم فى صحيحه ١٥٧/١٦، ١٥٨، كتاب البر والصلة، باب تحريم الكذب وبيان ما يباح منه.

(٤) شرح النووى على صحيح مسلم ١٥٨/١٦، المتقى ٣١٣/٧، ٣١٤.

(٥) الأشباه والنظائر لابن نجيم مع شرحه ٣٢٧/٣، الفتاوى البزازية، بهامش الفتاوى الهندية ٣/٦.

(٦) ما سبق، مجلة الأحكام العدلية مادة ٨٤.

(٧) مجلة الأحكام مادة ٨٤، ٦٢٣، ١٥١١، شرح القواعد للزرقاء ص ٣٥٧، القاعدة ٨٣ مادة ٨٤.

وإذا وعد آخر بأن يقرضه، وأخذ منه رهناً لا يجبر على الوفاء، ما لم يكن الوعد معلقاً على سبب وباشر الموعد السبب^(١).

وظاهر إطلاق الحنفية لهذه القاعدة «المواعيد بصور التعاليق تكون لازمة» أنها عامة في كل وعد أتى بصورة التعليق، ولكن الشيخ أحمد الزرقاء له رأى آخر، فإنه سلم بأن هذا هو ظاهر القاعدة لكنه قال: «والحال خلافه، فإنهم لم يفرعوا عليها غير مسألتي البيع والكفالة المتقدمتين، ولم يظهر لى بعد التسبع ثالث لهما»^(٢).

وإلى هذا القول - وهو القول الثالث - في مسألة حكم الوفاء بالوعد، ذهب جمهور المالكية^(٣). ومن أمثلتهم عليه: لو أن رجلاً اشترى كَرْمًا وخاف الوضيعة فأتى ليستوضع البائع، فقال «بع وأنا أرضيك»، فإن باع برأس ماله، أو ربح، فلا شيء له عند الواعد، وإن باع وضيعة، كان على الواعد، أن يرضيه^(٤). وقال الحنابلة: إن الوعد يلزم في مثل ما أورده الحنفية والمالكية من أمثلة على أنه ضمان، وليس على أنه مجرد وعد، وذلك على القول بأن الضمان يصح بكل لفظ دل عليه^(٥).

ويجب التنبيه هنا على قيد أورده الحنفية على القول إن المواعيد في صورة التعليق لازمة، وهو أن يكون الوعد فيما يصح التزامه شرعاً، فإن كان فيما لا يصح التزامه شرعاً، فإن الوعد لا يكون لازماً. ومثاله عندهم: لو قال رجل لآخر «اشتر هذا الشيء وإن خسرت فأنا أؤدى لك ما تخسره»، فاشتره فخسر، لا يلزم الواعد أن يؤدى إليه ما قال؛ لأن ضمان الخسران لا يصح^(٦). وهذا المثال، وإن كان يخالفهم فيه المالكية، والحنابلة، إلا أنهم لا يخالفونهم في أصل القاعدة.

أدلة القول الثالث:

الدليل الأول:

أن في هذا القول جمعاً بين أدلة القائلين بوجوب الوفاء وأدلة القائلين بعدم الوجوب^(٧).

وقد اعترض عليه بأن الجمع بين تلك الأدلة ينبغي أن يكون بحمل الأدلة الدالة

(١) غمز عيون البصائر ٣/ ٢٤٥.

(٢) شرح القواعد ص ٣٥٨.

(٣) البيان والتحصيل ١٨/ ٨، تحرير الكلام للحطاب ص ١٥٥، المتقى ٣/ ٢٢٧.

(٤) ماسبق. وقد خرج المالكية عن قولهم هذا في مسائل من الوعد المعلق، لم يقولوا فيها بلزومه. انظر الشرح الكبير وحاشية الدسوقي ٣/ ٣٣٥.

(٥) شرح منتهى الإرادات ٢/ ٢٥٠، كشف القناع ٣/ ٣٦٣.

(٦) شرح القواعد للزرقاء ص ٣٥٨، انظر البحر الرائق ٦/ ٩٢.

(٧) الفروق ٤/ ٢٥.

على عدم التأثيم فى إخلاف الوعد على الإخلاف اضطراباً، وتبقى الأدلة الدالة على التأثيم على ظاهرها^(١).

الدليل الثانى:

أن الوعد المطلق لا يقلب الأمور الاختيارية إلى واجبة، أما إذا كان الوعد فى صورة تعليق، فإنه يصبح لازماً لقوة الارتباط بين الشرط والجزاء من حيث إن حصول مضمون الجزاء موقوف على حصول شرطه، وذلك يكسب الوعد قوة كقوة الارتباط بين العلة والمعلولة، فيكون لازماً^(٢).

وهذا له نظير فى حقوق الله تعالى، فإن الوعد المطلق فيها لا يلزم بينما المعلق يلزم، فمن قال «أحج العام القادم» لم يلزمه الحج بمجرد هذه الكلمة، ومن قال «إن شفى الله مريضى أحج» يلزمه الحج إن شفى الله تعالى مريضه^(٣).

الدليل الثالث:

أن الواعد قد دفع الموعد لأن يقدم على عمل يغرم فيه، ويستغرق منه جهداً ووقتاً، فيجب أن يلزم بما وعد به دفعاً للضرر عن الموعد المغرر به^(٤).

ورد عليه اعتراضان:

الاعتراض الأول: قال فيه ابن حزم: أنه لم يرد نص يقضى على من أضر بآخر وظلمه وغره أن يغرم مالا. ومن قضى عليه بذلك فقد تعدى حدود الله فظلم نفسه^(٥).

والجواب عن هذا الاعتراض: أن دفع الضرر وتضمن المتسبب فيه أمر متقرر فى الشريعة، ليس فيه خلاف، فيما أعلم، وإنما الخلاف فى تعزيز المعتدى تعزيراً مالياً، إذا كانت جنايته لم تؤد إلى إتلاف مال للمجنى عليه.

الاعتراض الثانى: أن الكلفة التى يتكبدها الموعد قد يتوصل بها إلى منفعة أعظم، فلا يكون فى هذه الحالة متضرراً، فمن تزوج وبذل فى سبيل ذلك صداقاً ونفقة لا يعد متضرراً.

(١) تهذيب الفروق ٢٥/٤.

(٢) غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر ٢٣٧/٣.

(٣) درر الحكام شرح مجلة الأحكام ٧٧/١، غمز عيون البصائر ٢٣٧/٣ الفتاوى البزازية بهامش الفتاوى الهندية ٣/٦.

(٤) مجالس العرفان ٣٤/٢، المحلى ٢٩/٨.

(٥) للمحلى ٢٩/٨.

القول الرابع:

إذا كان الوعد معلقاً على سبب فإنه يجب الوفاء به، ويحكم به على الواعد، سواء أباشر الموعد السبب أم لم يباشره، وأما إذا كان الوعد مطلقاً فإنه لا يجب الوفاء به.

بهذا قال بعض المالكية^(١). ومن أمثلتهم عليه إذا قال رجل لآخر «أنكح وأنا أسلفك ما تصدقها» فإن رجع الواعد قبل أن ينكح الموعد يجبر على الوفاء، يحكم به عليه. ومنها: أن يقول: الرجل للرجل: «أعرنى دابتك إلى موضع كذا»، فيقول «أنا أعيرك غداً». أو يقول «على دين فأسلفنى مائة دينار»، فيقول «أنا أسلفك»، أو يبدوه الواعد فيقول «أعدك أن أعيرك بقري ومحراثي لخراتة أرضك»، فإن الواعد يلزم بالوفاء في ذلك كله، حتى لو لم يشرع الموعد في مباشرة السبب الذي ربط به الوعد^(٢).

ومن أمثلة الوعد المطلق، أن يقول الرجل لآخر «أسلفنى مائة دينار»، ولا يذكر حاجة، أو يقول أعرنى دابتك»، ولا يذكر موضعاً ولا حاجة، ففي ذلك كله لا يجب الوفاء على الواعد، ولا يحكم به عليه^(٣).

ودليل هذا القول: أن ربط الوعد بالسبب يدل على تأكد عزم الواعد على الوفاء وتحمل تبعات الوفاء. وأما الوعد المطلق فإنه لا يحمل هذه الدلائل فلا يجب الوفاء به^(٤).

ويرد عليه الاعتراض بأنه: إذا كان مصدر الإلزام عزم الواعد على الوفاء. فإنه ذلك يتبين بأساليب عدة منها التعبير عن الوعد بألفاظ صريحة جازمة.

الترجيح:

الراجح فيما يظهر لى - أن الوعد بمعروف يجب الوفاء به، سواءً أكان وعداً مطلقاً أم معلقاً؛ أخذاً بالنصوص الكثيرة التي ورد الأمر فيها بإنجاز الوعد، والأمر يقتضى الوجوب، ولم أجد قرينة كافية لصرفه إلى الندب.

(١) البيان والتحصيل ١٨/٨، تحرير الكلام للحطاب ص ١٥٤، الفروق ٢٥/٤.

(٢) البيان والتحصيل ١٨/٨، تحرير الكلام للحطاب ص ١٥٤، الفروق ٢٥/٤.

(٣) الفروق ٢٥/٤.

(٤) الملتقى ٢٢٧/٣.

ومن تعمد إخلاف الوعد بغير عذر يَأْثَمُ، وأما من أخلف لعذر فلا إثم عليه، كأن يعد بمال ثم يفتقر، أو يعد بهبة شيء فيزيد ثمناه .
وفى كل الأحوال لا يجبر الواعد قضاء على أن يفي بما وعد به من معروف؛ لأنه من قبيل التبرع.

المبحث الثاني

الوعد بإجراء عقد معاوضة

وفيه مطلبان:

- المطلب الأول:** الوعد بإجراء عقد معاوضة وعداً لازماً.
- المطلب الثاني:** الوعد بإجراء عقد معاوضة وعداً غير لازم.

المطلب الأول

الموعد بإجراء عقد معاوضة وعداً لازماً

اتسع العمل بهذا النوع من الالتزامات مع توسع الناس في التجارة، فكان للفقهاء المعاصرين نصيب وأفر في بحث حكم الإلزام بهذا الوعد، وحكم العقد المبنى على ذلك الوعد.

وانصبت الأقوال على عقد البيع، كما هو شأن الفقهاء في المسائل المشتركة بين البيع وغيره.

تفصيل الأقوال والأدلة:

القول الأول: إن الوعد بإجراء عقد معاوضة عقد غير لازم، وعقد المعاوضة المبنى على وعد ملزم عقد باطل.

هو قول الحنفية، فقد جاء في شرح الأتاسي لمجلة الأحكام العدلية: أن المواعيد ليست بلازمة في كل ما يُعد من التمليكات كالبيع، والإجارة، والقسمة، والنكاح، والهبة^(١). وهو قول المالكية^(٢)، وقد أخطأ بعض الفقهاء المعاصرين في تقرير مذهب المالكية فظن أن أحد أقوالهم المختلفة في وجوب الوفاء بالوعد يشمل الوعد بإنشاء عقد، فقالوا: إن المالكية يرون أن الوعد بإنشاء عقد هو وعد لازم يجب الوفاء به، ويقضى به^(٣). وليس الأمر كما ظنوا فإن المالكية عرّفوا الوعد بأنه إخبار عن إنشاء المخبر معروفاً في المستقبل^(٤).

(١) شرح الأتاسي على مجلة الأحكام ٢٣٨/١ وانظر أمثلة على ذلك في البحر الرائق ٩٢/٦، ٢٠٥.

(٢) مواهب الجليل ٤٠٥/٤، الموطأ مع المنتقى ٣٨/٥.

(٣) وقع في هذا الوهم اللجنة المكلفة بدراسة المراجعة للأمر بالشراء، العاملة ضمن مؤتمر المصرف الإسلامي الأول المنعقد في دبي ١٣٩٩هـ، انظر توصيات المؤتمر ص ١٣ وانظر ملاسبات ذلك ص ٢٩ - ٣١، من كتاب بيع المراجعة للأشقر، ووقع فيه د. يوسف القرضاوى، انظر كتابه بيع المراجعة ص ٦٧.

(٤) تحرير الكلام في مسائل الالتزام ص ١٥٣.

وجميع أمثلة المالكية على الوعد هي في الوعد بمعروف. ومن أقوالهم في ذلك ما يلي:

قال الخطاب: «إذا أرى الرجلُ الرجلَ السلعة، فقال: اشتر هذه وأربحك فيها، فاشترها الرجل فالشراء جائز، والذي قال أربحك فيها بالخيار إن شاء أحدث فيها بيعاً، وإن شاء تركه، وهكذا إن قال اشتر لي متاعاً ووصفه»^(١). وكذلك قال ابن رشد: إن الواعد مخير في أخذ السلعة وتركها^(٢).

وقال ابن رشد: «والعينة على ثلاثة أوجه: جائزة ومكروهة ومحظورة، فالجائزة أن يمر الرجل بالرجل من أهل العينة، فيقول له: هل عندك سلعة ابتاعها منك، فيقول، لا. فيخبره أنه قد اشترى السلعة التي سأل عنها فيبيعها بما شاء من نقد أو نسيئة. والمكروهة أن يقول له: اشتر سلعة كذا وكذا، فأنا أربحك فيها، وأشترها منك، من غير أن يراوضه على الربح»^(٣). فكل الصور ليس فيها إلزام، وبسبب الوعد المتقدم على العقد تحولت المراجعة إلى الكراهة. فكيف يقال بعد ذلك إن المالكية يرون الإلزام بالوعد بإنشاء عقد، وهم قد قالوا بتحريمه حتى من دون إلزام في حالة تعيين الربح. وهذه هي الصورة التي تُسب إلى المالكية القول بجوازها.

وبذلك قال الشافعي، نص عليه في البيع، وقال إنه يبطل إذا تقدمه وعد ملزم^(٣). وهو ما ظهر لى من أقوال الحنابلة في مسائل شتى، فإنهم قالوا: لا يكره للولى المجبر الرجوع عن الإجابة لغرض، ولا يكره للمرأة غير المجبرة لغرض صحيح، وبلا غرض صحيح يكره الرجوع منه؛ لما فيه من إخلاف الوعد، ولم يحرم؛ لأن الحق لم يلزم كمن ساوم في بيع سلعة، ثم بدا له ألا يبيعها^(٤).

ومن مسائل الحنابلة المبنية على هذا الأصل قول ابن القيم: «رجل قال لغيره: اشتر هذه الدار أو هذه السلعة من فلان بكذا وكذا وأنا أربحك فيها كذا وكذا، فخاف أن يشتريها ثم يبدو للآمر ألا يبيعها، فالحيلة في ذلك أن يشتريها على أنه بالخيار ثلاثة أيام أو أكثر، ثم يقول للآمر: قد اشتريتها بما ذكرت، فإن أخذها منه، وإلا تمكّن من ردها على البائع بالخيار، فإن لم يشتريها الأمر إلا بالخيار، فالحيلة أن يشترط له خياراً أنقص من مدة الخيار التي اشترطها هو على البائع،

(١) مواهب الجليل ٤/٤٠٥.

(٢) مقدمات ابن رشد ٢/٥٣٧.

(٣) الأم ٣/٣٩.

(٤) كشف القناع ١٩/٥، ٢٠.

ليتسع له زمن الرد، إن ردت عليه^(١) فالواعد بإجراء عقد لم يلزم، لذا أرشد ابن القيم إلى اللجوء إلى خيار الشرط؛ توكفاً من رجوع الواعد عن وعده بإنشاء البيع.

وبه قال جماعة من العلماء المعاصرين، منهم الشيخ عبد العزيز بن باز^(٢)، والشيخ د. بكر أبو زيد^(٣)، والشيخ د. عمر سليمان الأشقر^(٤)، ود. رفيق المصري^(٥)، ود. على السالوس^(٦).

أدلة القول الأول:

الدليل الأول: أن الإلزام بالوعد السابق للعقد يؤدي إلى أن الواعد يبيع ما لا يملك. بهذا استدل الشافعي^(٧). وبه أيضاً استدل الشيخ عبد العزيز بن باز^(٨). والدكتور بكر أبو زيد^(٩).

وقد نهى النبي ﷺ عن ذلك، فعن حكيم بن حزام - رضى الله عنه - قال: (قلت يا رسول الله، يأتيني الرجل، فيسألني البيع، ليس عندي ما أبيع منه، ثم ابتاعه له من السوق؟ قال لا تبع ما ليس عندك)^(١٠).

واعترض عليه باعتراضين:

الاعتراض الأول: أن ما يصدر من البائع قبل تملكه السلعة هو وعد لا عقد^(١١).

ويجاب عنه: بأن الوعد الملزم هو في حقيقته عقد، والعبرة بالحقائق، لا بالأسماء.

(١) أعلام الموقعين ٢٩/٤.

(٢) انظر فتواه ضمن كتاب المراجعة للأشقر ص ٥٥.

(٣) انظر بحثه عن المراجعة للأمر بالشراء في كتابه فقه النوازل ٦٨/٢.

(٤) انظر كتابه بيع المراجعة.

(٥) انظر بحثه عن المراجعة للأمر بالشراء في مجلة الفقه الإسلامي العدد الخامس، ٥/٢.

(٦) انظر بحثه في المصدر السابق.

(٧) الأم ٣٩/٣.

(٨) نص الفتوى ملحق بكتاب د. محمد الأشقر، بيع المراجعة ص ٥٥.

(٩) فقه النوازل ٦٨/٢ - ٧١.

(١٠) أخرجه أبو داود في سننه، ١٤٣/٥، كتاب البيع، باب في الرجل يبيع ما ليس عنده. وأخرجه الترمذي في سننه ٥٣٤/٣، كتاب البيوع، باب ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك. وقال الترمذي: هذا حديث حسن. وقال ابن حزم في المحلى ٥١٩/٨: هذا حديث صحيح. وقال الحافظ ابن حجر في تلخيص الحبير ٥/٣: وقد روى من غير وجه عن حكيم، وفي بعض طرقه عبد الله بن عصمة، زعم عبد الحق أنه ضعيف جداً، وهو جرح مردود، فقد روى عنه ذلك الحديث ثلاثة. اهـ.

(١١) بيع المراجعة للقرضاوى ص ٦٠، ٦١، تطوير الأعمال المصرفية د. سامي حمود ص ٤٣٣.

الاعتراض الثانى: ذهب القرضاوى إلى أن قول النبى ﷺ «ولا تبع ما ليس عندك» من باب سد الذرائع لا غير. قال فى ذلك: «ومن أجل ذلك لا يجد الفقيه المسلم المعاصر حرجاً دينياً من البحث فى العلة أو الحكمة أو الهدف من وراء النهى فى الحديث، فقد يظهر له - والله أعلم - أن المقصود منه سد الذرائع إلى التنازع، فقد يتورط فى الاتفاق على بيع ما ليس عنده، ثم لا يجده فى السوق، ويعجز عن تسليمه لمن باعه. وهنا يحدث النزاع الذى يحرص الإسلام على منعه لاسيما أن سوق المدينة فى ذلك الوقت كانت جد محدودة»^(١) وقد شاركه فى هذا التفسير للحديث الأستاذ عبد الكريم الخطيب^(٢).

والجواب عن هذا التفسير للحديث: أننا لو سلمنا - جدلًا - بأن سوق المدينة كانت فى ذلك الوقت محدودة، فإنه لا يجوز أن نجعل النهى الوارد فى الحديث محدوداً بزمان أو مكان. فالحديث يبين أصلاً من أصول المعاملات الإسلامية، وليس مجرد احتياط لصورة مخصوصة.

ومن جنس هذه التفسيرات البعيدة لحديث حكيم بن حزام قول بعض الباحثين المعاصرين: إن النهى الوارد فى كلام النبى ﷺ ليس على سبيل الإلزام، وإنما هو من باب النصح والإرشاد؛ لذا وجه النبى ﷺ النهى للبائع، لأنه الجانب الحريص على إتمام البيع، وحرصه هذا يدفعه إلى أن يتم صفقة البيع على سلعة لا يملكها^(٣).

الدليل الثانى:

الوعد الملتزم هو بيع معلق على أمر يُحتمل وقوعه وعدم وقوعه، ولا يجوز تعليق البيع وسائر عقود المعاوضة على الأخطار. وبهذا استدل الشافعى^(٤).

واعترض عليه باعتراضين:

الأول: أن الوعد ليس بيعاً.

الثانى: لو سلمنا أنه بيع، فإن عقد البيع وسائر عقود المعاوضة يجوز تعليقها على ما يحتمل وقوعه، فى قول لأهل العلم، فلا يكون قول الشافعى حجة على غيره^(٥).

(١) بيع المراجعة ١٨.

(٢) الموسوعة العلمية والعملية للبنوك الإسلامية ٤٠٨/٥.

(٣) الأم ٣٩/٣.

(٤) بيع المراجعة للقرضاوى ص ٧٠.

الدليل الثالث:

أن الوعد بعقد معاوضة، إذا كان ملزماً، فإنه يكون من باب بيع الكالئ بالكالئ، وهو باطل بالاتفاق^(١).

واعترض عليه: بأنه ليس بيعاً حتى يبطل بذلك. وعندما يعقد البيع يتم تسليم أحد البديلين^(٢).

الدليل الرابع:

إن عقد المعاوضة المبني على وعد ملزم فيه غرر فاحش، ووجه ذلك: أن المرء حينما يعد بالبيع بثمن معلوم، ويلزم نفسه بذلك على سلعة لا يملكها، قد يفاجأ بزيادة في مجموع تكاليف السلعة، إما لزيادة الثمن، وإما لظهور نفقات لم تكن في حسبان، ولهذه الأسباب يعد الثمن مجهولاً حتى يمتلك السلعة ويحوزها^(٣).

واعترض عليه: بأن الواعد بالبيع يعرف ما سيغرمه في السلعة من ثمن وتكاليف ونقل وخلافه بحكم ممارسته للبيع، واطلاعه على أحوال السوق^(٤).

الدليل الخامس:

أن الإلزام بالوعد المتعلق بعقود المعاوضة يتنافى مع الرضا الذي هو شرط صحة العقود، ووجه ذلك: أن المرء قد يعد بإجراء عقد في زمن مستقبل، ثم لما يحين ذلك الأجل تكون رغبته في البيع قد تغيرت، بسبب تغير وجه المصلحة، فإذا ألزم بالوعد السابق وأجبر على العقد كان ذلك عقداً من غير رضا. وهذا من أكل أموال الناس بالباطل^(٥).

الدليل السادس:

إن الإلزام بالوعد المتعلق بعقود المعاوضة يخالف قول رسول الله ﷺ: (البيعان بالخيار ما لم يتفرقا)^(٥)؛ لأنه يؤدي إلى إلزام المرء بالعقد قبل ابتداء مجلسه، فضلاً عن انقضائه^(٦).

(١) بيع المراجعة للقرضاوي ص ٩٦.

(٢) بيع المراجعة للقرضاوي ص ٩٦.

(٣) بحث د. رفيق المصري في مجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد الخامس ص ١١٥٠، ١١٥١.

(٤) مقال للدكتور القرضاوي في مجلة الأمة عدد ٦٤ ص ١١.

(٥) أخرجه البخاري في صحيحه ٣٨٥/٤، كتاب البيوع، باب البيعان بالخيار ما لم يتفرقا.

(٦) مقال القرضاوي في مجلة الأمة عدد ٦١ ص ٢٦.

واعترض عليه: بأن لكل من المتواعدين خيار المجلس، ما لم يتفرقا عن مجلس المراجعة^(١).

ويجاب عنه: بأن فيه إقراراً بأن الوعد الملزم هو عقد، لذا يشرع فيه خيار المجلس، وهو ما دأب المخالف على إنكاره، وبني مذهبه على أن الوعد الملزم لا يأخذ أحكام العقد.

الدليل السابع:

إن الوعد إذا تضمن بيان مقدار الربح، أو كان الثمن في البيع المبني على الوعد نسيئة، فإن البيع يكون من بيع العينة المحرمة. بهذا قال المالكية^(٢).

وقد اعترض عليه: بأن صورة العينة هي: أن يبيع رجل سلعة لآخر بثمن أجل، ثم يشتريها منه نقداً بأقل، وألحق المالكية بها صوراً كثيرة من باب سد الذرائع^(٣).

الدليل الثامن:

إن المأمور بالشراء إنما يشتري في الحقيقة للأمر لا لنفسه، لأنه قد توثق منه بالوعد الملزم، ثم يبيع السلعة له بثمن أكثر يكون منجماً في الغالب، فحقيقة فعله هذا أنه أقرض صاحبه قيمة السلعة قرضاً ربوياً، ولكنه قرض أخذ صورة البيع^(٤).

وقد اعترض عليه بثلاثة اعتراضات:

الأول: أن البيع المبني على وعد ملزم هو بيع، لا قرض ربوي، والفرق بينهما، أن المأمور بالشراء إذا اشتري، فإنه يتعرض لمخاطر هلاك المبيع حتى يقبضه المشتري، وإذا هلك فهو من ماله، ويتحمل أيضاً تبعه الرد بالعيب إذا قبضه المشتري فوجده معيباً.

الثاني: أنه لا يشترط لصحة البيع أن ينوي المشتري استهلاك السلعة، فله أن يشتريها لبيعها بأكثر مما اشتراها به، والبيع والشراء بهذه الصفة بيع صحيح مباح لا يشبه القرض الربوي في شيء، وهذا ما يحدث في حالة البيع المسبوق بوعد ملزم.

الثالث: أن تغيير الصورة يؤثر في بعض الأحيان في الحكم، ومن أمثلة ذلك في

السنة:

(١) بيع المراجعة للقرضاوى ٤٤.

(٢) مقدمات ابن رشد ٥٣٧/٢، الكافي لابن عبد البر ٣٢/٢.

(٣) بيع المراجعة للقرضاوى ص ٤٥، ٤٨.

(٤) بحث للشيخ عمر الأشقر في مجلة الجامعة الإسلامية عدد ٥٩، ص ١٠٠، ١٠١.

حديث أبى هريرة - رضى الله عنه -: (أن النبی ﷺ استعمل رجلاً على خبير، فجاءه بتمر جنب، فقال: أكل تمر خبير هكذا؟ قال: لا والله يا رسول الله، إنا لناخذ الصاع من هذا بصاعين، والصاعين بالثلاثة، فقال رسول الله ﷺ فلا تفعل: بع الجمع بالدراهم، ثم ابتع بالدراهم جنيهاً^(١)).

وأجيب عن الثالث: بأن الفرق بين مبادلة «التمر بالتمر»، وبين مبادلة «التمر بالنقد ثم النقد بالتمر» ليس مجرد فرق في الصورة؛ لأن الذي باع الجمع بالدراهم قد يشتري بعد ذلك الجنب من هذا البائع، أو من غيره، ولو كان ملزماً بالشراء من البائع نفسه لأمكن القول إنه مجرد فرق في الصورة^(٢).

القول الثاني:

إن الوعد بإجراء عقد وعد لازم، والعقد المبني عليه صحيح ونافذ.

هذا قول نص عليه طائفة من الفقهاء المعاصرين في مسألة البيع المبني على وعد ملزم سابق، ولكن استدلالهم تعم كل عقود المعاوضة، ومن هؤلاء د. يوسف القرضاوى^(٣). ود. الصديق الضير^(٤). وبه أخذت اللجنة المكلفة بدراسة «بيع المراجعة للأمر بالشراء» ضمن المؤتمر الإسلامى للمصرف الإسلامى^(٥).

أدلة القول الثاني:

الدليل الأول: عموم النصوص الواردة في وجوب الوفاء بالوعد، فإنها تعم الوعد بإنشاء عقد معاوضة، ولا تختص بالوعد في التبرعات^(٦).

واعترض عليه بأن النبی ﷺ أعطى للبيعين خيار المجلس ما لم يتفرقا، والعقد أوثق من الوعد، ومع ذلك أباح النبی ﷺ للعاقد الرجوع عما التزم به في مجلس العقد، فدل ذلك على أن المعاوضات يراعى فيها مصالح العباد بخلاف التبرعات، فإن المقصود بها الإحسان والمعروف، لا المصلحة^(٧).

(١) أخرجه البخارى في صحيحه ٤/٤٦٧، كتاب البيوع، باب إذا أراد بيع تمر بتمر خير منه.

(٢) قاله د. رفيق في رده على القرضاوى، انظر بيع المراجعة للقرضاوى ص ٩٦.

(٣) انظر كتابه «بيع المراجعة للأمر بالشراء كما تجزئه المصارف الإسلامية».

(٤) الموسوعة العلمية والعملية للبنوك الإسلامية ٥/٣٣٢.

(٥) انظر توصيات المؤتمر الأول المنعقد بدبي ١٣٩٩هـ، ص ١٣، وتوصيات المؤتمر الثانى المنعقد بالكويت عام ١٤٠٣ هـ ص ٧، ٨.

(٦) بيع المراجعة للقرضاوى ص ٦٧.

(٧) بحث د. رفيق في مجلة مجمع الفقه الإسلامى، العدد الخامس ٢/١١٥٠.

الدليل الثانى :

قياس الوعد فى المعاوضات على الوعد فى التبرعات فى وجوب الوفاء به وترتب آثاره، بل إن الأول أولى أن يقال فيه إنه ملزم، لأن كل واحد من طرفى المعاوضة يبنى على ما أجراه مع الطرف الآخر من مواعدة، وقد يبرم عقوداً أو يبذل أموالاً بناء على تلك المواعدة، فيكون فى عدم الإلزام غرر كبير على المتعاملين^(١).

واعترض عليه باعتراضين:

الأول: أن وجوب الوفاء بالوعد فى التبرعات محل خلاف فلا يصلح أن يكون أصلاً يقاس عليه.

الثانى: إن الغرر إنما يتحقق فى العقد المبنى على مواعدة ملزمة؛ لأن وجوه المصالح قد تتغير من زمن المواعدة إلى زمن إجراء العقد، ولو قيل إن الوعد ملزم على الإطلاق لوجب ألا يكون ملزماً فيما يتعلق بعقود المعاوضة؛ لما فى ذلك من غرر^(٢).

الدليل الرابع :

إن الأصل فى العقود الإباحة إلا ما ورد بتحريمه نص، ولم يرد نص بتحريم العقد المبنى على وعد ملزم^(٣).

ويعترض عليه: بأن العقد بهذه الصورة يدخل فى البيوع المنهى عنها، كما سبق بيانه^(٤).

الدليل الخامس :

قياس البيع المسبوق بوعد ملزم على عقد السلم، ففى السلم يتعاقد البائع على بيعه سلعة لما يملكها بعد^(٥).

ويعترض عليه، بوجود الفارق الذى يمنع صحة القياس، وهو من ثلاثة أوجه:

الوجه الأول: أن السلم عقد بين طرفين، بائع ومشتري، أما الصورة محل الخلاف ففيها ثلاثة أطراف، بائع وهو مالك السلعة، ومشتري له غرض فيها وهو الأمر،

(١) بيع المراجعة. للقرضاوى ص ٩٧ ، ٩٨ .

(٢) مجلة المجمع ص ١١٥٢ ، ١١٥٣ .

(٣) بيع المراجعة للقرضاوى ٩٥ .

(٤) انظر ص ٧٨ - ٨١ .

(٥) مجلة الأمة عدد ٦١ ص ٢٧ ، مقال للدكتور رفيق .

وثالث ليس مالكا للسلعة وليس له غرض فيها وهو المأمور، فهو يقوم بدور الممول للعقد إذ يقرض المشتري بربا^(١).

الوجه الثاني: أن السلم لا يصح إذا لم يسلم المشتري ثمن المسلم فيه إلى البائع في مجلس العقد. أما الوعد الملزم فلا يتم فيه شيء من ذلك.

الوجه الثالث: أن السلم عقد ينشؤه العاقدان بألفاظ العقد الجازمة، أما الوعد فصيغته تنفى وقوع العقد في الحال وتمنع ذلك.

الدليل السادس:

قياس البيع المبني على وعد ملزم. على عقد الاستصناع، فعقد الاستصناع هو مواعدة عند طائفة من الحنفية، وهو ملزم للصانع والمستصنع، إذا أتم الصانع عمله، فيلزمهما أن يجريا - حيثئذ - عقد البيع على المصنوع، وذلك في قول أبي يوسف^(٢).

على هذا الدليل أربعة اعتراضات:

الاعتراض الأول: أن أبا يوسف لم يقل إن الاستصناع لازم للطرفين، إلا بعد أن يفرغ الصانع من العمل، ويرى المستصنع الشيء المصنوع، فحيثئذ لا خيار للمستصنع في الرجوع، بل يلزمه أن يشتري، أما أبو حنيفة ومحمد بن الحسن فقد قالوا: له خيار الرؤية؛ لأن من اشترى ما لم يره فله الخيار إذا رآه. وأما قبل فراغ الصانع من العمل فقد اتفق أبو يوسف مع الحنفية على أن للصانع والمستصنع الرجوع، ولا إلزام في الاستصناع^(٣)، فلا يعدو قول أبي يوسف أن يكون نفياً لخيار الرؤية. وأما مسألة الخلاف فهي شيء آخر. فإن الوعد فيها يكون لازماً من حين صدوره.

الاعتراض الثاني: أن أبا يوسف لم يقل أن الاستصناع وعد، والقول الراجح عند الحنفية أنه عقد، وفي قول مرجوح أنه وعد^(٤). فالمخالف لم ينسب هذا القول المرجوح إلى أبي يوسف دون غيره من الحنفية، إلا لأنه قال بحرمان المستصنع من خيار الرؤية وإلزامه بالشراء، فيكون الدليل من أصله متكلفاً. فلا يجوز قياس الوعد الملزم على عقد الاستصناع.

(١) مجلة الأمة عدد ٦١ ص ٢٧، وانظر بيع المراجعة للقرضاوى ص ٩٨، ٩٩.

(٢) بيع المراجعة للقرضاوى ص ١٠٦، مجلة مجمع الفقه الإسلامى، العدد الخامس ٨٥٨/٢، ٨٥٩.

(٣) بدائع الصنائع ٤/٥، البسوط ١٣٦/١٢.

(٤) البحر الرائق ١٨٥/٦. بدائع الصنائع ٢/٥.

الاعتراض الثالث: أن عقد الاستصناع هو في الأصل عقد سلم، لكنه فقد شرطاً من شروط صحته، وهو قبض الثمن في مجلس العقد، ولكن الحنفية خالفوا الجمهور فأباحوه في أشياء معينة، وهى الأشياء التى تحتاج إلى تصنيع، وصححوه من دون قبض الثمن في مجلس العقد، وجعلوا له اسماً خاصاً، وهو الاستصناع^(١)، فهو إذاً معاملة خارجة عن الأصل الشرعى المنصوص عليه، أباحها الحنفية بدعوى الحاجة إليها وجريان العرف بها، فلا يجوز أن تتخذ أصلاً يقاس عليه.

الاعتراض الرابع: أن الحنفية خصوا جواز الاستصناع بما يحتاج إلى عمل^(٢)، أما مسألة الخلاف فهى عامة يدخل فيه ما يحتاج إلى عمل وما يتحصل بالشراء من دون عمل.

الترجيح:

الراجح ما ذهب إليه المتقدمون من أهل العلم. وأما ما جرح إليه بعض الفقهاء المعاصرين ففيه تناقض، إذ يعطون الوعد الملزم ما للعقد اللازم من آثار من حيث الانعقاد واللزوم، وفي الوقت نفسه لا يلتزمون فى هذا العقد الذى سموه وعداً بما ورد من شروط لصحة العقد، ولا يطلونه بما ثبت فى النصوص من مبطلات للعقد.

(١) العناية بهامش الفتح ٢٤١/٦، مجمع الأنهر ١٠٦/٢.

(٢) شرح فتح القدير ٢٤٢/٦.

المطلب الثاني

الوعد بإجراء معاوضة وعداً غير لازم

الأقوال فى حكم ذلك ثلاثة

القول الأول: جواز إجراء عقد المعاوضة بناء على وعد غير ملزم.

هو ظاهر قول محمد بن الحسن الشيبانى، والشافعى، وابن القيم، وهو صريح قول ابن حزم. فقد سئل محمد بن الحسن: «أرأيت رجلاً أمر رجلاً أن يشتري داراً بألف درهم، وأخبره أنه إن فعل اشتراها بألف درهم ومائة درهم، فأراد المأمور شراء الدار، ثم خاف إن اشتراها أن يبدو للأمر فلا يأخذها فتبقى فى يد المأمور، كيف الحيلة فى ذلك؟» فأجاب بقوله: «يشتري المأمور الدار على أنه بالخيار فيها ثلاثة أيام ويقبضها ويجيء الأمر، ويبدأ فيقول: قد أخذت منك هذه الدار بألف ومائة درهم فيقول المأمور: هى لك بكذا، فيكون ذلك للأمر لازماً، ويكون استيجاباً من المأمور للمشتري، أى ولا يقل المأمور مبتدئاً: بعثك إياها بألف ومائة؛ لأن خياره يسقط بذلك فيفقد حقه فى إعادة البيت إلى بائعه، وإن لم يرغب الأمر، فى شرائها تمكن المأمور من ردها بشرط الخيار، فيدفع عنه الضرر بذلك»^(١).

وقال الشافعى: «إذا أرى الرجل الرجل الرجل السلعة، وقال: اشتريها وأربحك فيها بكذا، فاشترها الرجل فالشراء جائز، والذي قال - أربحك فيها - بالخيار إن شاء أحدث فيها بيعاً، وإن شاء تركه، وهكذا إن قال: اشتر لى متاعاً، ووصفه له، أو قال: اشتر أى متاع شئت وأنا أربحك فيه، فكل هذا سواء. ويجوز البيع الأول، ويكون فيما أعطى من نفسه بالخيار، وسواء فى هذا ما وصفت إن كان قال: ابتعه وأشتره منك بنقد أو دين يجوز البيع الأول، ويكون بالخيار فى البيع الآخر، فإن جدده جاز»^(٢).

(١) الخليل لمحمد بن الحسن ص ٧٩، ١٢٧.

(٢) الأم ٣/٣٩.

وقد سبق إيراد نص كلام ابن القيم^(١). وأما ابن حزم فقد قال: «والتواعد في بيع الذهب بالذهب أو بالفضة، وفي بيع الفضة بالفضة، وفي سائر الأصناف الأربعة بعضها ببعض جائز تباعاً بعد ذلك أم لم يتباعاً؛ لأن التواعد ليس بيعاً، وكذلك المساومة أيضاً جائزة تباعاً أو لم يتباعاً»^(٢). وهو قول المالكية في النكاح خاصة، فإنهم قالوا: إن الرجل لو قال للمرأة: «إذا مضى شهر فأنا أتزوجك»، ورضيت الزوجة ووليها، وقصدوا جميعاً أنه وعد، فلا يضر ذلك بالعقد إذا عقدوه بعد^(٣).

ودليل هذا القول: عن الوعد إذا لم يكن ملزماً، فإنه كالمساومة، فلا يضر بالعقد الذي يُبنى عليه^(٤).

القول الثاني: كراهة عقد المعاوضة المبنى على وعد غير ملزم.

نقل ذلك عن عدد من التابعين^(٥). وقال عبد الله بن الإمام أحمد بن حنبل^(٦): «حدثني عبد الأعلى في حديثه عن حماد، قال: وكان حميد - يعني الطويل^(٧) - لا يرى بأساً أن يقول الرجل للرجل: إني أريد متاعاً، كذا وكذا، فإذا وقع عندك فأعلمني فإنني أريد نحوه، ولا تقولن: اشتر كذا وكذا حتى أشتريه منك؟ فسألت أبي عن ذلك، فقال: مثل قول حميد وقال: لا بأس به^(٨). ولم يفرق الإمام ومن سبقه بين البيع الذي ثمنه نقد والبيع الذي ثمنه أجل.

(١) انظر ص ٨١.

(٢) للمحلى ٥١٣/٨.

(٣) التاج والإكليل بهامش مواهب الجليل ٤٤٦/٣، شرح منيع الجليل ٣٣/٢.

(٤) للمحلى ٥١٣/٨.

(٥) أخرج هذه الآثار عبد الرزاق في مصنفه ٤٢/٨، ٤٣، كتاب البيوع، باب المواضعة. وابن أبي شيبة في مصنفه ١٩/٦.

(٦) هو أبو عبد الرحمن عبد الله بن الإمام أحمد بن حنبل. كان ثبناً فهِماً ثقة. وكان إماماً خبيراً بالحديث، من أروى الناس عن أبيه. وهو الذي رتب مسند والده. حدث عن أبيه، وعن عبد الأعلى بن حماد، ويحيى ابن معين، وأبي بكر بن أبي شيبة، وغيرهم. توفي سنة تسعين ومائتين ببغداد.

انظر شذرات الذهب ٢/٢٠٣، ٢٠٤، طبقات الختابة لأبي يعلى ١/١٨٠ - ١٨٨.

(٧) هو أبو عبيدة بن أبي حميد الطويل الخزاعي. تابعي من أهل الحديث. مات وهو قائم يصلي. كان أبوه مولى لطلحة الطلحات. له «صحيفة حميد الطويل». توفي سنة اثنتين وأربعين ومائة.

انظر الأعلام للزركلي ٢/٢٨٣.

(٨) مسائل الإمام أحمد، رواية ابنه عبد الله ص ٢٨٠.

وهو قول عند المالكية، نصوا عليه فى بيع المرابحة المبنية على مواعدة سابقة، فقد عدوها من بيوع العينة التى تدور بين الكراهية والتحريم، فقالوا بتحريمها إذا تضمن الوعد مقدار الربح أو الثمن نسيئة، وقالوا بالكراهة إذا لم يبين مقدار الربح^(١).

ودليل هذا القول: «أن رجلاً قال لرجل، ابتع لى هذا البعير بنقد، حتى ابتاعه منك إلى أجل، فستل؟ عن ذلك عبد الله بن عمر، فكرهه ونهى عنه»^(٢).

القول الثالث: تحريم عقد المعاوضة المبنى على وعد غير ملزم.

هو قول عند المالكية. ومن قواعدهم: «منع المواعدة بما لا يصح وقوعه فى الحال حماية». وبناء على هذه القاعدة منع مالك المواعدة على النكاح فى العدة، وعلى بيع الطعام قبل قبضه ووقت نداء الجمعة، وعلى ما ليس عند الواعد^(٣).

ووقع خلاف فى المذهب فى جواز المواعدة على الصرف على قولين: قول بالمنع، وقول بالجواز، وليس فى الأخير نقض للقاعدة؛ لأن إبرام العقد فى الصرف ليس محرماً حتى تحرم المواعدة عليه^(٤).

وقال بعضهم: يفسد عقد الصرف الناشئ عن مواعدة من غير عقد، كقول الرجل لآخر «اذهب بنا إلى السوق بدراهمك، فإن كانت جياداً أخذتها منك كذا وكذا بدينار».

وقال آخرون: يحرم ولا يفسد، وقالت طائفة منهم: الذى يحرم هو أن يتواعدة ويجعلا ذلك عقداً، أما لو جعلاه وعداً، ثم عقدا العقد فى حينه، فلا بأس^(٥).
وقال بعض المالكية: إن تحريم المواعدة فى عِدَّة المرأة خاص بالنكاح؛ احتياطاً للأنسَاب^(٥).

ودليل القول الثالث: أنه يحرم على المرء أن يبيع ما ليس عنده، فجعلت المواعدة تحريماً لتحريم البيع^(٦).

(١) مقدمات ابن رشد ٣٥٧/٢، الكافى فى فقه أهل المدينة ٣٢/٢.

(٢) أخرجه مالك فى الموطأ ٣٨/٥، ما جاء فى النهى عن بيعتين فى بيعة، والبيهقى فى السنن ٣١٧/٥، كتاب البيوع، باب ما ورد فى كراهية التبايع بالعينة.

(٣) إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك ص ٢٧٨، القاعدة ٦٥، وانظر مواهب الجليل ٤١٢/٣، ٤١٣.

(٤) إيضاح المسالك ص ٢٧٨، الخرشى، وحاشية العدوى ٣٨/٥.

(٥) حاشية العدوى ٣٨/٥، مواهب الجليل ٣١٠/٤.

(٦) إيضاح المسالك ص ٢٧٨.

الترجيح

القول الاول هو الأرجح - فيما يظهر لى - ، لأن الوعد عمل مباح ، ولم يرد فى نصوص الشارع أو قواعده ما يدل على أنه يؤثر فيما يليه من عقود ، فحاله كحال المساومة المتقدمة على العقد ، التى هى مباحة بالإجماع ، ولا أثر لها على العقد . بل إن المساومة لا تخلو من مواعدة فى الغالب ، فأباحتها دون كراهة تستلزم إباحة الوعد غير الملزم الذى ينبنى عليه العقد .

المبحث الثالث

صور الوعد بالتعاقد الشائعة فى السوق المحلية

وفيه ستة مطالب:

المطلب الأول: المربحة المصرفية.

المطلب الثانى: الاعتماد المستندى.

المطلب الثالث: فتح الاعتماد البسيط.

المطلب الرابع: التواعد على الصرف فى المستقبل بالسعر القائم وقت الموعدة.

المطلب الخامس: التواعد على الصرف فى المستقبل بالسعر القائم وقت تنفيذ الموعدة.

المطلب السادس: اتفاق التوريد.

المطلب الأول

المربحة المصرفية

وفيه ثلاث مسائل:

- المسألة الأولى: التعريف بالمربحة المصرفية.
- المسألة الثانية: التطبيق العملي للمربحة المصرفية.
- المسألة الثالثة: تمييز المربحة المصرفية عما يقاربها.

المسألة الأولى

التعريف بالمربحة المصرفية

هى عملية تجارية مركبة من: تواعد على البيع والشراء بين طرفين، يتلوه إجراء عقد البيع بينهما، فهى عملية تمر بمرحلتين:

المرحلة الأولى:

أن يتقدم شخص يطلق عليه العميل إلى المصرف، ويطلب أن يشتري سلعة معينة، يشتريها المصرف لنفسه يدفع ثمنها ويجلبها، ويتحمل نفقات حفظها حتى يسلمها للعميل. ويعدّ العميلُ المصرف أن يشتري تلك السلعة منه بثمن محدد بربح معين بالعدد، أو بالنسبة المئوية لصالح المصرف، ويعدّ المصرف العميل أن يبيع له السلعة بعد أن يملكها المصرف، وبثمن يتفق عليه^(١).

المرحلة الثانية:

إجراء البيع على السلعة بالتفاصيل التى اتفق عليها عند المواعدة^(٢). وقد أطلق على هذه المعاملة أسماء عدة، فسميت بيع المربحة^(٣)، وسميت بيع المربحة للأمر بالشراء^(٤)، وسميت بيع المربحة الذى يطلب السلعة من المصرف «الأمر بالشراء». وقد اخترت أن أسمى هذه المعاملة «المربحة المصرفية».

(١) بيع المربحة للأشقر ص ٢٦، بيع المربحة للأمر بالشراء فى المصارف الإسلامية د. رفيق يونس المصرى، بحث منشور فى مجلة مجمع الفقه الإسلامى العدد الخامس الجزء الثانى ص ١١٣٣، ١١٣٤. تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق والشريعة الإسلامية د. سامى حمود ٤٧٦ - ٤٧٩، فقه النوازل د. بكر أبو زيد ٦١/٢، الموسوعة العلمية والعملية للبنوك الإسلامية ٢٩/١.

(٢) جميع إعلانات المصارف الإسلامية يسميها بيع المربحة.

(٣) د. يوسف القرضاوى فى كتاب بيع المربحة، ود. عبد الحميد البعللى فى كتابه فقه المربحة ص ٧٧.

(٤) د. بكر أبو زيد، مجلة مجمع الفقه الإسلامى ص ٩٦٧.

المسألة الثانية

التطبيق العملي للمرابحة المصرفية

كثير من المصارف الإسلامية تلزم نفسها، وتلزم العميل بالمواعدة السابقة للعقد. وهذا الإلزام يتم بأسلوب عقدي، وذلك بأن يفرض بموجب اتفاق المواعدة على كل من الطرفين إجراء عقد البيع، إذا تمسك الطرف الآخر بالوعد القائم. وقد يتم بأسلوب مالي، بأن يلتزم الطرف الممتنع عن الوفاء بالوعد بتعويض الطرف الآخر مالياً. وقد يوثق الطرفان الوعد بعربون أو رهن، أو يوقع العميل على سندات دين؛ تأكيداً على التزامه بالوعد. ويوجد قليل من المصارف لا تلزم العميل بالوفاء بالوعد، ولا تلتزم بذلك، وبعض المصارف يلزم أحد الطرفين دون الآخر^(١).

ولكن لا بد من الإشارة هنا إلى أن التطبيق العملي، لما يسمى بالمرابحة للأمر بالشراء، يختلف في كثير من الأحيان عن الأنظمة والفتاوى، التي تصدرها اللجان الشرعية في تلك المصارف، ومن النماذج على ذلك ما ذكره د. عبد السلام داود العبادي، فهو مع أنه ممن يرى الإلزام بالوعد في بيع المrabحة المصرفية، إلا إنه اعترض على ما يفعله بعض المصارف الإسلامية من تجاوزات، حولت المrabحة إلى مجرد عملية تمويل بربا، فقال في ذلك: أقر قانون البنك الإسلامي الأردني الإلزام بالوعد في بيع المrabحة المصرفية. ولكن بعد أن انتقل القانون إلى الواقع التطبيقي، وأخذ به كثير من البنوك الإسلامية، وقع في كثير من المحاذير.

فقد كان واضحاً في قرار لجنة الفتوى في الأردن عند إقرار بيع المrabحة المصرفية الأساسيات التالية:

(أ) أن السلعة المأمور بشرائها يجب أن تدخل في ملك البنك وضمانه، وأن هذا هو أساس جواز أخذ البنك للربح، وأن العلاقة عند شراء البنك للسلعة يجب أن تقوم بين البنك وبائع السلعة، ولا يصح دخول العميل (الأمر بالشراء) بأي صورة من الصور محل البنك، وهذا يعني أن البنك في الشراء، هو الذي يفتح الاعتمادات، وتكون بوالص الشحن باسمه، وكذلك عليه في الشراء الداخلي جميع الإجراءات والالتزامات المترتبة على المشتريين.

(ب) أن عقد شراء العميل من البنك يجب أن يكون بعد استقرار ملك البنك للسلعة استقراراً يتحقق به القبض الشرعي.

(١) الموسوعة العلمية والعملية للبنوك الإسلامية ٢٩/١.

ولكن فى التطبيق العملى نجد أن البنوك الإسلامية قد تجاوز عدد منها هذه الضوابط حتى كادت صيغة المراجعة المصرفية أن تنقلب إلى مجرد صيغة تمويل مالى يعود على البنك بما يسمى بالربح، دون أن يقدم البنك غير المال، وبلا أى مخاطرة، وإذا أصبحنا أمام تمويل دون مخاطرة، وكان يسترد بزيادة فهذا الربا بعينه، فهو قرض بزيادة وإن أخذ صورة البيع، وأصبح الأمر مثل: أن يوكل شخص البنك بشراء السلعة له، ويطلب منه دفع ثمنها للبائع، على أن يقوم هو بتسديد الثمن بزيادة على أقساط.

ومن ذلك أيضاً ما يفعله بعض المصارف الإسلامية من توكيل للأمر بالشراء بمفاوضة البائع وتحرير الفواتير باسم البنك وتقديمها إلى البنك، وبعد ذلك يقوم البنك بدفع قيمتها للبائع دون أن يتسلم البضاعة ويتعرض لمخاطر ملكه وتسلمه، بل كل ما يحدث أن مندوبه يحضر للإشراف على تسليم البضاعة من البائع إلى الأمر بالشراء؛ اكتفاء بصورة دخول البضاعة فى ملك البنك بالإيجاب والقبول المتصور بين البنك والبائع^(١).

المسألة الثالثة

تمييز المراجعة المصرفية عما يقاربها

ونختار فرعان:

الفرع الأول: تمييز المراجعة المصرفية عن بيع المراجعة المصطلح عليه عند الفقهاء. عقد المراجعة المصطلح عليه عند الفقهاء هو: أن يبيع مالك السلعة سلعته إلى شخص معلوم بربح محدد بالعدد أو بالنسبة^(٢).

فالبائع يعرض سلعة يملكها على المشتري، يعرضها بعد أن تملكها، والمشتري يبرم عقد شراء لا مجرد وعد، فهى كالبيع المطلق، بيع المساومة لا يختلفان إلا فى أمر واحد، هو أن المشتري فى بيع المراجعة لا يساوم على السعر، وإنما يعتمد على قول البائع فى تحديد الثمن الذى اشترى به السلعة، ويربحه عليه مبلغاً يتفقان عليه.

فالفرق بين المعاملتين كبير وجلى، يتبين فى الأمرين التاليين:

الأول: أن عقد المراجعة عقد منجز على سلعة مملوكة للبائع. ويترتب على العقد

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامى، العدد الخامس ١١١٧/٢، ١١٢٥.

(٢) حاشية ابن عابدين ١٣٢/٥، الشرح الكبير، وحاشية الدسوقي ١٥٩/٣، ١٦٠ مغنى المحتاج ٧٦/٢، المبدع ١٠٣/٣، ١٠٤.

انتقال الملكية من البائع إلى المشتري بثمن معلوم وقت إنشاء العقد. أما المراجعة المصرفية فإنها تبدأ بمواعدة على سلعة لم يملكها المصرف بعد، فإذا ملكها يتم البيع على التفاصيل التي اتفق عليها العميل والمصرف وقت التواعد، وليس على التفاصيل التي يتراضيان عليها وقت البيع.

وإذا كانت المواعدة ملزمة، فإن البيع الذي يتم لاحقاً مجرد نتيجة حتمية لها، ويقع الإلزام على الطرفين، مع أن ثمن السلعة غير معلوم، لكونها لم تنتقل بعد إلى ملك المصرف.

الثاني: في عقد المراجعة يعرض البائع السلعة للبيع، بعد أن يملكها ويتعرض لمخاطر كساد السلعة ونقصان ثمنها، أما في المراجعة المصرفية فإن المصرف البائع لا يسعى لامتلاك السلعة إلا بعد أن يجد المشتري لها، ويتفق معه على الربح المضاف إلى تكاليف الشراء ويلزمه - في معظم الأحوال - بالشراء عندما يحصل المصرف على السلعة ويملكها.

الفرع الثاني: تمييز المراجعة المصرفية، عن العقد المعلق على شرط:

ذهب د. عبد الحميد البعلی إلى أن المراجعة المصرفية عقد معلق على شرط، وليست مجرد وعد، وفي الوقت نفسه لم يشترط لصحته ما يشترط لصحة عقد البيع، من كون المبيع في ملك البائع، ونحو ذلك من الشروط. ولم يورد أدلة على ما ذهب إليه، وإنما اكتفى بإيراد الأدلة على جواز تعليق العقود^(١).

والصحيح: أن المواعدة في المراجعة المصرفية ليست عقداً، دل على ذلك أمران:

الأول: أن طرفي المراجعة يجريان المواعدة بصيغة الوعد الصريحة، وهذا ينفي نفيًا جازماً أن يكون عقداً.

الثاني: أن طرفي المراجعة يقومان بعد توفر السلعة في يد المصرف بإجراء عقد بيع بينهما.

(١) فقه المراجعة في التطبيق الاقتصادي المعاصر، د. عبد الحميد البعلی ص ٩٩.

المطلب الثاني

الاعتماد المستندي

وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: تعريف الاعتماد المستندي.

المسألة الثانية: التكيف الفقهي للاعتماد المستندي.

المسألة الأولى

تعريف الاعتماد المستندي

هو تعهد يقدمه مصرف مالى لعميل له ، يلتزم بموجبه بتقديم ثمن البضاعة إلى البائع ، فى حالة استلام المصرف الوثائق التى تثبت وصول البضاعة إلى ميناء بلد المشتري فاتح الاعتماد^(١).

ويستعمل الاعتماد المستندى عادة فى أثناء عمليات الاستيراد الخارجية ، حيث تنعدم الثقة بين البائع المصدر والمشتري المستورد ، فالمصدر يخشى فيها لو أرسل البضاعة دون أن يتسلم ثمنها مقدماً ، أن يمتنع المستورد عن دفع ثمنها ، أو يماطل فى الدفع أو يدعى أن البضاعة خلاف المواصفات ، والمستورد يخشى أنه إذا دفع ثمن البضاعة قبل وصولها ألا يرسلها المصدر ، أو يتأخر فى إرسالها ، أو يرسل بضاعة لا تنطبق عليها المواصفات المتفق عليها فى عقد البيع ، فيجعل المصدر والمستورد بينهما وسيطا هو المصرف ، يقوم بتسليم الثمن للمصدر إذا استلم سندات البضاعة التى تثبت وصولها إلى البلد المستورد^(٢).

وقد يدخل فى عملية الاعتماد طرف رابع هو مصرف فى بلد المصدر ، ويختلف دوره حسب الاتفاق ، فقد يلتزم هذا المصرف بما التزم به مصرف المستورد التزاماً مستقلاً عن التزام مصرف المستورد ، فللمصدر حينئذ أن يطالب أيهما شاء بقيمة الاعتماد . وقد يكون هذا المصرف مجرد وسيط بين المصدر ومصرف المستورد «فاتح الاعتماد» . أو وكيلاً عنه ، وفى هذا تسهيل على المصدر فى إجراء الاتصالات بمصرف المستورد^(٣).

(١) الاعتمادات المستندية ، يوسف أحمد الجعلى ، توزيع الغرفة التجارية بجلدة ص ١١ .

(٢) الاعتمادات المستندية للجعلى ص ٤٣ . العقود التجارية وعمليات البنوك فى المملكة العربية السعودية ، ص ٣١٠ ، الكفالة لعلى السالوس ص ١٥٩ .

(٣) العقود التجارية وعمليات البنوك فى المملكة ، ص ٣١٠ ، ٣١٣ .

فالالتزامات التي تترتب على فتح الاعتماد المستندي ما يلي^(١) :

(١) التزام المصرف للمصدر أن يسدد قيمة البضاعة كاملة في حالة استلام المصرف الأوراق، التي تثبت وصول البضاعة مطابقة للمواصفات المتفق عليها، سواء أكان للمستورد غطاء مالى لدى المصرف يوازي قيمة البضاعة، أم لم يكن. ويعتمد المصرف على مستندات البضاعة، وليس ملزماً بمطابقتها على البضاعة فعلياً وليس ملزماً بالتأكد من صحة المستندات وعدم التزوير فيها، بل يكفي بمطابقة المستندات بما تم الاتفاق عليه في الاعتماد.

(٢) يلزم المستورد طالب الاعتماد أن يسدد للمصرف قيمة الاعتماد، إذا لم تكن مودعة عند المصرف عند فتح الاعتماد، وذلك إذا قام المصرف بالتسديد عنه، كما هو متفق عليه عند فتح الاعتماد.

(٣) يلتزم المستورد بدفع فوائد ربوية محددة سلفاً تضاف إلى مبلغ الاعتماد، الذي قام المصرف بإعطائه للمصدر ثمناً للبضاعة.

(٤) يلتزم المستورد طالب الاعتماد بتسديد التكاليف التي يتحملها المصرف في سبيل إتمام إجراءات فتح الاعتماد، وتنفيذه من أجور مكالمات ومراسلات ونحو ذلك.

والاعتماد قد يكون مغطى، وذلك بأن يضع المستورد طالب الاعتماد قيمة البضاعة كاملة لدى المصرف، وقد يكون غير مغطى فيقوم المصرف حيثنذ بدفع قيمة البضاعة للمصدر، ثم يستوفىها من طالب الاعتماد^(٢).

وفى الصور العملية الشائعة للاعتماد المستندي، لا يمكن للمصرف أن يرجع عن التزامه، انتهاء المدة المتفق عليها لسريان آثار هذا الإلتزام^(٣).

كما أن العميل ملزم بعدم الرجوع عن عملية فتح الاعتماد حتى لا يضر المصرف الذي التزم أمام المصدر^(٤).

غير أنه يوجد من الناحية النظرية نوع من الاعتماد، يحتفظ فيه المصرف بحق

(١) الاعتمادات المستندية للجملى ص ٥٢، ٥٣، العقود التجارية وعمليات البنوك فى المملكة ص ٣١٧، ٣١٨،

٣١٩، معاملات البنوك الحديثة فى ضوء الإسلام، د. على السالوس، ص ٧٣، موقف الشريعة من المصارف

الإسلامية المعاصرة د. عبد الله العبادى ص ٢٩٩، ٣٠٠.

(٢) العقود التجارية وعمليات البنوك فى المملكة ص ٣٠٧.

(٣) السابق، الاعتمادات المستندية للجملى ص ٦٣.

(٤) الاعتمادات المستندية ص ٥٢.

الرجوع عما التزمه بإلغاء الاعتماد أو تعديله فى أى وقت، دون حاجة إلى توجيه إخطار بذلك إلى المستفيد، ويسمى هذا النوع من الاعتماد، الاعتماد القابل للنقض^(١).

ويقول د. سامى حمود، ود. عبد الهادى العبادى: وحسبما اطلعنا عليه من واقع أعمال المصارف الإسلامية، فإن طريقة تنفيذ الاعتماد المستندى فى المصارف الإسلامية لا تختلف عنها فى المصارف الأخرى، باستثناء الفوائد الربوية، فإن المصرف الإسلامى إذا سدد عن العميل فإنه يعد ذلك من باب الإقراض، ولا يأخذ عليه ربا. ويأخذ المصرف من العميل أجرة لقاء قيامه بواجبات فتح الاعتماد وتنفيذه، يتم الاتفاق على مقدارها عند فتح الاعتماد^(٢).

المسألة الثانية

التكيف الفقهى للاعتماد المستندى

اختلف الباحثون المعاصرون فى تكييفه على خمسة أقوال:

القول الأول:

إن الاعتماد المستندى كفالة مالية، والمصرف كفيل غارم، وفتح الاعتماد هو المكفول، والمصدر هو المكفول له^(٣).

ويرد على هذا الرأي أربعة مآخذ:

المأخذ الأول: أن الاعتماد قد يكون مغطى بالكامل، فلا يقوم المصرف بأى كفالة، وكل ما يقوم به تسليم الثمن للبائع^(٤).

المأخذ الثانى: أن التزام الكفيل فى الكفالة الشرعية ناشئ عن ثبوت الحق فى ذمة المكفول، فإذا لم يثبت فى ذمته شيء فإن الكفيل لا يكون ملزما بشيء يؤديه للمكفول له^(٥).

(١) العقود التجارية وعمليات البنوك فى المملكة ص ٣٠٧.

(٢) الموسوعة العلمية والعملية للبنوك الإسلامية ٥/٥٠٢، موقف الشريعة من البنوك الإسلامية المعاصرة ص ٣٠٠، ٣٠١.

(٣) مشكلة الاستثمار فى البنوك الإسلامية. محمد الصاوى ص ٤٧٥.

(٤) مشكلة الاستثمار فى البنوك الإسلامية. محمد الصاوى ص ٤٧٥.

(٥) بدائع الصنائع ٦/١٠، الخرشي ٦/٢٦، روضة الطالبين ٤/٢٤٤، ٢٦٣، المغنى ٧/٧٣، ٧٤.

وفى الاعتماد المستندى يكون المصرف ملزماً بالسداد للمصدر، حتى لو ادعى فاتح الاعتماد أن المصدر لا يستحق الثمن كله أو بعضه. فإن التزام المصرف تجاه المصدر التزام مستقل عن عقد البيع الذى تم بين البائع والمشتري. وليس من شأن المصرف التثبت من استحقاق المصدر لمبلغ الاعتماد، ولا الالتفات إلى دعوى المستورد فاتح الاعتماد^(١).

المأخذ الثالث: أن صاحب الحق وهو المصدر لا يرجع فى المطالبة بحقه إلا على المصرف، ولا يطالب المستورد بأى حال من الأحوال^(٢)، بينما الكفالة الشرعية يكون المطالب الأصلي فيها هو المكفول، فإن لم يف، فالكفيل. وفى قول يطالب أيهما شاء. وفى قول ضعيف ليس له على المكفول مطالبة^(٣).

القول الثانى:

ذهب د. سامى حمود^(٣) ود. عبد الله العبادى^(٤) إلى أن الاعتماد المستندى وكالة، فالمصرف وكيل عن المستورد فى استلام سندات البضاعة، وفى تسليم قيمة البضاعة للمصدر. أو يكون وكيلاً للمصدر فى تسليم سندات البضاعة للمستورد، أو مصرف المستورد، ووكيلاً له فى استلام قيمة البضاعة. ويرد على هذا رأى ثلاثة مأخذ:

المأخذ الأول: أن المصرف يلزم بالتسديد عن فاتح الاعتماد، فى حالة عدم وجود غطاء للاعتماد. والصفة الشرعية للوكالة تقضى بأن الوكيل لا يلزم بذلك.

المأخذ الثانى: أن الموكل وهو فاتح الاعتماد لا يملك عزل الوكيل وهو المصرف، بينما الصفة الشرعية للوكالة تمكنه من عزل وكيله^(٥).

المأخذ الثالث: فى الاعتماد المستندى غير القابل للإلغاء، لا يمكن للمصرف الرجوع عن الاعتماد^(٦)، والصفة الشرعية للوكالة تمكن الوكيل من عزل نفسه، إذا لم تكن الوكالة بأجرة، فإن كانت فمحل خلاف^(٧).

(١) الاعتمادات المستندية للجملى ص ٥٣، الموسوعة العلمية والعملية للبنوك الإسلامية ١٥٦/٢.

(٢) بدائع الصنائع ١٠/٦، الحرشى ٢٨/٦، روضة الطالبين ٢٦٤/٦، المغنى ٨٦/٧.

(٣) تطوير الأعمال المصرفية ص ٣٠٦.

(٤) موقف الشريعة من أعمال البنوك الإسلامية المعاصرة ص ٣٠٤.

(٥) الدر المختار وحاشية ابن عابدين ٥٣٦/٥، بلغة السالك ١٧٢/٢، أسنى المطالب ٧٨/٢، المبدع ٣٦٢/٤.

(٦) العقود التجارية فى المملكة ص ٣٠٨، الموسوعة العلمية ١٥٦/٢.

(٧) الدر المختار مع حاشية ابن عابدين ٥٣٧/٥، بلغة السالك ١٧٢/٢، أسنى المطالب ٧٨/٢، المبدع ٣٦٢/٤.

القول الثالث:

ذهب د. على السالوس إلى أن الاعتماد المستندي المغطى غطاء كلياً هو وكالة وكفالة في الوقت نفسه، فالمصرف وكيل عن فاتح الاعتماد في تسليم الثمن واستلام سندات البضاعة، وكفيل عنه في ضمان حق المصدّر، الذي يعد مكفولاً له^(١). وأما الاعتماد غير المغطى بأى مبلغ، فهو كفالة محضة، والكفيل هو المصرف، والمكفول هو فاتح الاعتماد^(٢).

ويرد على هذا القول المآخذ التي وردت على القولين السابقين.

القول الرابع:

الاعتماد المستندي حوالة، فالبايع لم يقبل التخلي عن سلعته لمشتري لا يعرفه، فأحاله المشتري على جهة نالت ثقته، هي المصرف، وبقبول البائع ذلك ينتقل من ذمة المشتري.

القول الخامس:

الاعتماد المستندي وعد ملزم، من المصرف للعميل فاتح الاعتماد والمستفيد المصدّر. ويقول د. محمد صلاح الصاوى فى ذلك: إن البنك باعتباره قد قام بفتح الاعتماد والتزم بناء على أوامر عميله بأن يجعل تحت تصرف المستفيد (المصدّر) مبلغاً من المال، يدفع له مقابل مستندات الشحن، فلا شك أن هذا وعد منه بأن يكون وكيلاً عن عميله فى الوفاء بالدين الذى عليه للمصدّر، وعندما يقوم البنك بالتسديد الفعلى دون أن يكون للمستفيد غطاء مالى لدى البنك، فإن هذا التسديد يعد قرضاً. والتزام البنك بالإقراض يعد وعداً منه بالإقراض. كما أن البنك باعتباره لا يستطيع التحلل من هذا الالتزام، إلا بعد موافقة المستفيد، فهذا وعد منه للمستفيد بكفالة دينه الذى له على المشتري، وفى الاعتماد المستندي يعطى البنك المصدّر وعداً بالوفاء بدينه بمجرد وصول مستندات الشحن^(٢).

واختار د. محمد صلاح الصاوى هذا الترخيع للاعتماد المستندي، واستدل على مشروعيته، ومشروعية الإلزام به بما ورد فى وجوب الوفاء بالوعد إذا ترتب عليه التزام

(١) الكفالة وتطبيقاتها المعاصرة ص ١٦٠.

(٢) مشكلة الاستثمار فى البنوك الإسلامية ص ٤٧٧، وانظر تطوير الأعمال المصرفية ص ٣٠٤.

مالى، كما هو المشهور من مذهب المالكية^(١). ونبه على حرمة الفوائد الربوية التى يتقاضاها البنك، لقاء قيامه بالتسديد عن العميل^(٢).

الترجيح:

ترجح لدى أن الاعتماد المستندى هو وعد ملزم، حيث لم يَصَدَّقْ عليه اسم الوكالة، ولا الكفالة، ولا الحوالة، لعدم وجود الصفات الأساسية لأى عقد من هذه العقود فيه، ولا أراه ينتمى لأى عقد من العقود المسماة، ومصدر الالتزام فيه هو الوعد.

ومما يؤكد هذا: أن عملية الاعتماد المستندى تحولت من مجرد أسلوب توثيق إلى أسلوب كسب، تُقرُّ الأعراف المصرفية هذا، إذ يستخرج عميل البنك باسمه اعتماد استيراد من أحد المصارف لصالح المصدر، ثم يحول هذا الاعتماد إلى طرف آخر؛ ليستفيد منه فى استيراد البضاعة نفسها، ويخصم عليه من قيمة الاعتماد مبلغاً معيناً يأخذه، ويبقى المستفيد الجديد ملزماً بتسديد كامل قيمة الاعتماد، وقد يتكرر هذا أيضاً من المستفيد الثانى إلى ثالث، ومنه إلى رابع.

(١) مشكلة الاستثمار فى البنوك الإسلامية ص ٤٧٧.

(٢) السابق ص ٤٧٨.

المطلب الثالث

فتح الاعتماد البسيط

فتح الاعتماد البسيط فى عرف المصارف هو : اتفاق يتعهده المصرف بمقتضاه أن يضع تحت تصرف العميل مبلغاً معيناً من النقود خلال مدة معينة^(١).

ويستفيد العميل من الاعتماد المفتوح دفعة واحدة، أو على دفعات، ويتعهد العميل فى مقابل ذلك بدفع الفوائد الربوية، والمصروفات التى يتكبدها المصرف.

ويستعمل هذا الأسلوب فى الاقتراض عندما يتوقع العميل أنه سيحتاج إلى مبلغ مالى، أو أعيان، لينطى صفقة يسعى لتحقيقها، فإذا اقترض من فوره برىا حسبت عليه الفوائد الربوية من حين الاقتراض، وقد لا يحتاج إلى المال الذى اقترضه وقد يحتاجه فى وقت متأخر، ولتجنب هذه الزيادة فى الفوائد الربوية على القرض يسعى التاجر ليحصل على وعد من المصرف بأن يقرضه نقداً معيناً، أو ما يقوم مقامه، من الأعيان أو الأوراق المالية حالما يطلب ذلك، ويكون المصرف ملزماً بتنفيذ الوعد ولا يحق للمصرف قطع التزامه بذلك إلا بسبب قهري^(٢).

وقد يكون الاعتماد مصحوباً بحساب جار للعميل عند المصرف فيمكن العميل أن يسحب من المصرف بقدر ما التزم به المصرف من قرض، ويعيد من القرض ويسحب متى شاء فى حدود المبلغ المتفق عليه، دون أن يحتاج إلى إيجاب من المصرف فى كل مرة يسحب فيها^(٣).

والقانونيون يعرفون الاعتماد البسيط بأنه عقد، فمنهم من اعتبره عقد قرض، ومنهم من عرفه بأنه عقد مركب من عقدين هما القرض والوديعة، فالعميل فاتح

(١) العقود التجارية وعمليات البنوك. فى المملكة ص ٣٠١، موقف الشريعة من المصارف الإسلامية المعاصرة ٣٢، ٣٣.

(٢) العقود التجارية وعمليات البنوك فى المملكة ص ٣٠٢، مشكلة الاستثمار ص ٤٥٠، ٤٥١.

(٣) مقدمة فى النقود والبنوك ص ٢١٦.

الاعتماد يهدف من فتح الاعتماد إلى أمرين، الأول: أن يطمئن إلى وضع مبلغ الاعتماد تحت تصرفه، والثاني: أن يطمئن إلى وجود هذا المبلغ في ضمان غيره. ويفتح الاعتماد البسيط يكون العميل قد اقترض من البنك مبلغاً وأودعه لديه. ويرى بعضهم أن فتح الاعتماد البسيط عقد محدث، ابتدعه العرف المصرفي لأسباب تدفع إليه، ولا ينتمى لأي عقد من العقود المسماة^(١).
والذي أراه في تكييف الاعتماد البسيط أنه وعد بالإقراض على سبيل الإلزام، فإذا دخل فيه الربا كان قرضاً ربوياً محرماً لا يجوز الوفاء به.

(١) موقف الشريعة من المصارف الإسلامية المعاصرة ص ٣٣، ٣٥، الوسيط للسنهوري ٤٢٢/٥.

المطلب الرابع

التواعد على الصرف فى المستقبل بالسعر القائم وقت المواعدة

وصورته: تواعد بين طرفين على أن يتبادلا عمليتين مختلفتين، فى وقت مستقبل، بالسعر القائم لكل عملة وقت الاتفاق، مع اعتبار هذا التواعد ملزماً لكل من الطرفين^(١).

ويكثر استعمال هذه المعاملة فى التجارة الحديثة فى مجال الاستيراد والتصدير^(٢).
وصرح بعض الباحثين المعاصرين بأن المواعدة على الصرف بهذه الصورة جائزة، واستندوا فى ذلك إلى ما نقل عن الشافعى، وعن ابن حزم من جواز المواعدة على البيع وعلى الصرف^(٣).

وهذا الربط بين ما صرح به الشافعى وابن حزم غير موفق فيما يظهر لى، فإن الشافعى وابن حزم أباحا التواعد غير الملزم، ولم يرتبوا عليه أى أثر يلحق الصرف الفعلى الذى يحدث بعد ذلك^(٤)، بينما الذى يجرى فى المواعدة على الصرف بصورتها المعاصرة، هو الإلزام بالمواعدة، السابقة. ومنع بعض المالكية المواعدة على الصرف منعاً مطلقاً، سواء أكانت المواعدة ملزمة أم غير ملزمة^(٥).

وذهب د. أحمد محبى الدين إلى أنه لا يصح اعتبار ما يعرف فى السوق باسم المواعدة على الصرف مجرد مواعدة، ويرى أنه قد يقصد به اللزوم فى عرف أهل السوق. وعلى هذا القصد يتعامل الناس، فاعتبارها وعداً ينافى مقصد المتعاقدين، وينافى الغرض الذى من أجله استحدثت هذه المعاملة^(٥).

(١) الترشيد الشرعى للبنوك القائمة، جهاد أبو عويمر ص ١٩٥، ١٩٦، تطوير الأعمال المصرفية ص ٣١٨.

(٢) تطوير الأعمال المصرفية ص ٣١٨، الموسوعة العلمية والعملية ٥/٥٠٧.

(٣) الأم ٣/٣٩، المحلى ٨/٥١٣.

(٤) إيضاح المسالك ص ٢٧٨، مواهب الجليل ٣/٤١٢، ٤١٣.

(٥) عمل شركات الاستثمار الإسلامية فى السوق العالمية ص ٣٤٢.

وبناء عليه فإن إجراء المعاملة بهذا الاعتبار يؤدي بها إلى البطلان، لافتقار العقد إلى القبض الفوري^(١).

وفي سؤال عرض على هيئة الرقابة الشرعية لبيت التمويل الكويتي، عن حكم الاتفاق على بيع وشراء العملة بسعر يتفق عليه مقدماً، على أن تنفذ العملية في وقت لاحق، ويكون التسليم والاستلام بالنقد في وقت واحد. كان جواب الهيئة ما يلي: مثل هذه المعاملة تعتبر وعداً بالبيع، فإن أنفذوه على الصورة الواردة في السؤال فلا مانع شرعاً، وتنفيذ هذا الوعد يكون مشروعاً، ولكن إذا اقترن الوعد بما يدل على أنه عقد بيع، فيكون من قبيل بيع الكالء بالكالء، وهو ممنوع^(٢).

وصدرت فتوى عن المؤتمر الثاني للمصرف الإسلامي بالكويت، نصها أنه «لا يحل تباع الذهب والفضة والنقود بعضها ببعض إلا بالتقايض الفوري، ويكون التباع في هذه الأصناف على أساس التسليم الآجل هو من الربا المحرم شرعاً^(٣)».

وبسبب الإلزام في المواعدة على الصرف، تحولت من وسيلة تستعمل للحاجة عند الاستيراد، إلى وسيلة للربح، وتصيد ارتفاع أسعار العملات وهبوطها^(٤).

(١) بيت التمويل الكويتي، الفتاوى الشرعية ص ٩٠.

(٢) أبحاث ومقررات المؤتمر الثاني للمصرف الإسلامي ص ٧.

(٣) الموسوعة العلمية والعملية ٤١/١، ٤٢.

المطلب الخامس

التواعد على الصرف فى المستقبل بالسعر القائم وقت تنفيذ المواعدة

وصورته: أن يتفق العميل مع المصرف على أن يشتري من المصرف، أو يبيع له عملة غير عمله البلد، على أن يتم التقابض فى وقت مستقبل معين، ويكون سعر الصرف هو السعر القائم يوم التقابض^(١).

وتستخدم عمليات الصرف بالسعر الآجل لغرضين:

الأول:

التوقى من تقلب أسعار العملات، فإذا التزم شخص مستورد بأن يدفع للمصدر مبلغاً من النقد من عملة غير عملة بلده، فإنه يتفق مع أحد المصارف على أن يحصل منه على مبلغ، يوازى ثمن السلعة بالعملة المتفق عليها، وبسعر يوم تنفيذ الوعد.

الثانى:

تتبع أسعار الفائدة الربوية من بلد إلى آخر، حسب ارتفاع وانخفاض سعر الفائدة، وحتى لا يخسر بالصرف ما كسبه من فائدة ربوية، يجمع بين الصرف الفورى والصرف بالسعر الآجل. والحكم فى هذه المواعدة، كالحكم فى سابقتها.

(١) الترشيد الشرعى للبنوك ص ٢٧٦ - ٢٧٩، تطوير الأعمال المصرفية سامى حمود ٣٢١، ٣٢٢.

المطلب السادس

اتفاق التوريد

هو: اتفاق يتعهد بمقتضاه شخص لآخر بأن يسلم بضائع معينة بصفة دورية في مواعيد معينة، أو حسب الطلب نظير مبلغ معين^(١).

وقد اختلف في تكييفه: ف قيل: إنه وعد بالتعاقد لا عقد^(٢)، وقيل إنه عقد، وهو الرأي الشائع^(٣).

ويضعونه في قائمة العقود المستمرة، أو العقود الزمنية، ويقصد بها العقود التي تنفذ على مدة زمنية طويلة كإجازة، والإعارة، وشركة العقد^(٣). ومنهم من قال: إن عقد التوريد أشبه ما يكون بعقد الاستصناع المعروف عند الحنفية أو بعقد السلم^(٤).

ويرد على وصف «اتفاق التوريد» بأنه وعد أنه اتفاق ملزم للطرفين، وبذلك يكون في حقيقته عقداً، ووصفه بأنه وعد لا يغير من الأمر شيئاً؛ لأن كلا الطرفين غايته من الاتفاق إنشاء الالتزام في الحال، لا الإخبار عن إنشائه في المستقبل. ويرد على وصفه بأنه عقد المحاذير التالية:

(١) أن العاقد المتعهد بالتوريد ليس مالكا للشيء الذي تعهد بتوريده، وفي الوقت نفسه لا يقبض الثمن فيكون العقد خالياً من العوضين.

وللخروج من ذلك وُصف اتفاق التوريد بأنه أشبه ما يكون بعقد الاستصناع المعروف عند الحنفية، والذي يجيزونه مع عدم تسليم الثمن.

(١) القانون التجاري السعودي د. محمد الجبر ص ٦٧.

(٢) نظرية العقد، د. عبد الهادي العطاني ص ١٦٨.

(٣) المدخل الفقهي العام للزرقاء ١/ ٥٨٤، نظرية العقد في الشريعة الإسلامية والقانون والوضع، د. عبد المنعم فرج ص ١٣٩.

(٤) ورقة مقدمة من د. رفيق المصري إلى الدورة التاسعة لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي، بعنوان مناقصات العقود الإدارية ص ١٨، ١٩.

ويرد على هذا التخريج أن عقد الاستصناع لا يكون ملزماً عند الخفية عند إنشائه، وأن يكون ملزماً عند بعضهم إذا فرغ الصانع من صناعة الشيء المتفق عليه^(١). بينما اتفاق التوريد ملزم في حينه.

(٢) أن المعقود عليه غير ملزم عند إنشاء العقد وذلك: في كثير من صور عقد التوريد. كأن يتفق مستشفى مع مورد معدات طبية استهلاكية على توفير حاجة المستشفى من هذه المعدات، كلما دعت الحاجة إلى ذلك، بكميات تحدد حين الطلب، ويكون المورد ملزماً بتلبية طلب المستشفى بناء على هذا الاتفاق.

والذي يبدو لى أنه الصواب أن تكييف اتفاق التوريد، وغيره من المعاملات لا تحكمه تخرجات الفقهاء وتصوراتهم، وإنما يحكمه مقصد طرفي المعاملة وما يريدانه، هل يريدان إنشاء عقد، أو مجرد التواعد، وهل يريدان الوعد ملزماً أو غير ملزم، فإن اتجهت إرادتهما إلى أسلوب معين من أساليب التعامل المشروعة، وجب عليهما التقيد بما شرعه الشارع من شروط لصحة تلك المعاملة.

(١) بدائع الصنائع ٤/٥، المبوط ١٣٦/١٢.

الفصل الثانى

تعليق الالتزام علي أمر يمكن وقوعه في المستقبل

وفيه تمهيد فى: التعريف بالتعليق، وتمييزه عما يقاربه
وستة مباحث:

المبحث الأول: حكم تعليق عقود المعاوضة.

المبحث الثانى: حكم تعليق التبرعات.

المبحث الثالث: حكم تعليق التوثيقات.

المبحث الرابع: حكم تعليق الولايات.

المبحث الخامس: بيان أثر التعليق.

المبحث السادس: صور العقد المعلق الشائعة فى السوق التجارى المحلى.

التمهيد وفيه: التعريف بالتعليق، وتمييزه عما يقاربه.

وهو فرعان:

الفرع الأول: تعريف التعليق وبيان شروط تحققه.

التعليق: ربط حصول مضمون جملة بحصول مضمون جمل أخرى^(١).
وحتى توصف صيغة الالتزام بأنها صيغة تعليق لا بد أن تتوفر في الأمر المعلق عليه الشروط التالية:

(١) أن يكون أمراً زائداً على ما تقتضيه طبيعة الالتزام، بحيث إنه لو سكت عنه لم يثبت^(٢)؛ لأن شرط التعليق أمر يحدثه المكلفة في طبيعة الالتزام، زيادة على ما شرطه الشارع لإباحة ذلك الالتزام.

(٢) أن يكون معدوماً وقت التعليق. فإذا كان موجوداً اعتبر الالتزام منجزاً لا معلقاً^(٣)، كأن يقول - والمطر نازل - «إذا نزل المطر فقد بعثك بذور الحنطة». والعلة في ذلك: أن الشرط وجوابه لا يتعلقان إلا بأمر يوجد مستقبلاً، وكذلك ما في معناه من أساليب التعليق الأخرى^(٤).

(٣) أن يحتمل الوقوع، وإذا كان غير ممكن الوقوع في العادة فإن الصيغة تعد لغوا لا تعليقاً. ومن أمثلة تعليق العقود قول البائع للمشتري «إن قدم زيد بعثك هذه السلعة»، أو «إذا انصرف الحجاج أجرتك داري»^(٥)، أو «إذا أنهيت دراستك الجامعية زوجتك ابنتي»، أو نحو ذلك.

وقد ذكر الفقهاء في موضوع التعليق جملة أخرى من الشروط، لم أوردها لعدم الحاجة إليها، فما ذكرته كاف في توضيح ماهية التعليق.

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم مع شرحه غمز عيون البصائر ٤/٤١، شرح منتهى الإرادات ٢/١٥٢.

(٢) التلويح على التوضيح ٢/١٤٥. شرح منتهى الإرادات ٣/١٥٢.

(٣) الأشباه والنظائر لابن نجيم مع شرحه ٤١٤، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٣٧٦.

(٤) الفروق ١/٧٧، حاشية ابن عابدين ٥/٢٤١.

(٥) التقرير والتحرير ١/١٣٨، ١٣٩، التلويح ٢/١٤٥، الأشباه والنظائر لابن نجيم مع شرحه ٤/٤١.

الفرع الثاني: تمييز التعليق عما يقاربه أولاً: الفرق بين التعليق والشرط الجعلى

التعليق يدخل على أصل الفعل، وهو هنا إنشاء الالتزام، فيكون معلقاً غير متحقق، أما الشرط الجعلى فيدخل على فعل قائم مجزوم به - أى التزام قد نشأ - ، لكن يشترط فيه أمر آخر، لا يوجد فيه بدون الشرط^(١)، وعبروا عن هذا الفرق بقولهم: التعليق هو ترتيب أمر لم يوجد على أمر قد يوجد، والشرط ترتيب أمر لم يوجد فى أمر وُجد^(٢). ومثاله: أن يجرى اثنان بينهما عقد بيع سيارة، ويشترط البائع أن يستخدم السيارة؛ حتى يصل بها إلى بلده. فعقد البيع قد وُجد، والشرط الجعلى يُنتظر وجوده. بينما لو قال له «بعتك السيارة إذا وصلنا إلى البلد» فهذا تعليق دخل على أصل العقد.

ولكن يوجد بينهما شبه، فكل منهما من وضع العبد لا من وضع الشارع، وإن كان الشارع أذن فيهما عند من يقول بمشروعيتهما. كما أن لكل منهما تأثيراً على آثار الالتزام. فالشرط الجعلى يدخل عليها مباشرة فيقفها إلى أمد، والتعليق يقفها بسبب دخوله على أصل الالتزام. ويعبر عن كل منهما بأدوات الشرط «إن ، إذا، متى، كلما ، ونحوها»^(٣). ويمكن أن يعبر عن التعليق بأسلوب آخر غير أدوات الشرط، كأن يقول قائل: «المكافأة التى أحصل عليها هذا العام هبة منى لفلان». فلأجل هذا الشبه بينهما يعد التعليق نوعاً من أنواع الشرط الجعلى، ولكنه نوع متميز.

ثانياً: الفرق بين التعليق وخيار الشرط

الفرق بينهما: أن التعليق إذا ورد على العقد فإنه يمنع انعقاده، فلا ينعقد إلا حين يتحقق الأمر المعلق عليه. أما خيار الشرط فلا يمنع الانعقاد، بل إنه لا يوجد إلا بعده. وغاية أثره أنه يمنع سريان آثار العقد حتى تنتهى مدة الخيار، وعندها يتبين مصير العقد إما أن ينفذ، وإما أن يفسخ.

ومثال خيار الشرط، أن يتم عقد البيع بين طرفين، ويشترط المشتري لنفسه الخيار ثلاثة أيام: إن شاء أمضى البيع، وإن شاء فسخه.

ثالثاً: الفرق بين التعليق والإضافة

الإضافة نوعان:

(١) غمز عيون البصائر، شرح الأشياء والنظائر ٤١/٤، حاشية ابن قاسم على الروض المربع ٤٠٥/٤.

(٢) السابق. الأشياء والنظائر للسيوطى ص ٣٧٦.

(٣) الأشياء والنظائر لابن نجيم وشرحه ٤١/٤ ، ٤٢.

النوع الأول: إضافة الالتزام نفسه إلى زمن مستقبل، كقول المؤجر: «إذا جاء رأس الشهر فقد أجرتك»، أو قوله: «إذا جاء رأس الشهر فأنت وكيلي».

وهذا النوع من الإضافة تعليق^(١)، ولا يتميز عن غيره من صور التعليق، إلا في كون الشرط المعلق عليه أمراً محقق الوقوع كقدوم الشهر أو السنة.

النوع الثاني: إضافة آثار الالتزام إلى زمن مستقبل، كقول المؤجر «أجرتك داري سنة أولها من غد»، أو قوله «وكلتك في بيع هذا العبد، لكن لا تبعه حتى يجيء رأس الشهر»^(٢).

وهذا النوع من الإضافة تعليق لآثار الالتزام لا تعليق لإنشائه، وله أثر على صحته وإنشائه عند بعض أهل العلم^(٣). والفرق بينه وبين تعليق الالتزام: أن هذا النوع من الإضافة لا يرد على أصل الالتزام، وإنما هو تقييد لآثاره، كالشرط الجعلي، بخلاف تعليق الالتزام؛ فإنه يرد على إنشاء الالتزام ووجوده. لذا فإن الخوض فيها خارج عن موضوع الرسالة.

(١) انظر أمثلة ذلك في الدر المختار مع حاشية ابن عابدين ٢٤٣/٥، والحاشية ٢٤٨/٥، تحرير الكلام في مسائل

الالتزام ص ٢٦٢، ٢٦٣، روضة الطالبين ٢٦٠/٤، ٣٠١، ١٨٢/٥، ٣٢٥/٦، ٣٢٨، ٤٠/٧، مغنى المحتاج

٢٠٧/٢، كشف القناع ٢٥٠/٤، المغنى ٢٠٤/٧.

(٢) روضة الطالبين ٣٠١/٤، ١٨٢/٥، المغنى ٢٠/٨.

(٣) حاشية ابن عابدين ٢٥٦/٥، روضة الطالبين ١٨٢/٥، المغنى ٢٠/٨.

المبحث الأول

حكم تعليق عقود المعاوضة

المقصود بعقود المعاوضة: كل عقد فيه مبادلة شيء بشيء، وتكون المعاوضة مالية محضة كالبيع، أو غير مالية وهى النكاح.

وقد نفى النووى - رحمه الله^(١) - وجود خلاف فى عدم جواز تعليق عقود المعاوضة^(٢)، مع أن المسألة فيها خلاف على قولين:

القول الأول:

يجوز تعليق عقود المعاوضة على أمر محتمل الوقوع، فإذا وقع نشأ العقد ونفذ. هذا القول هو رواية عن الإمام أحمد^(٣)، اختارها شيخ الإسلام^(٤)، وابن القيم^(٥). وجزم شيخ الإسلام بأن هذا هو مذهب الإمام أحمد، وقال: ولم أجد عنه ولا عن قدماء أصحابه نصاً بخلاف ذلك، وإنما ذهب بعض المتأخرين إلى أن هذا لا يجوز^(٦) وقال ابن القيم: «نص أحمد على جواز تعليق البيع والنكاح بالشرط^(٧)،

(١) هو شيخ الإسلام محبى الدين أبو زكريا يحيى بن شرف بن مَرَى النووى. أستاذ المتأخرين من الشافعية. وإمام أهل زمانه، برع فى الفقه والحديث واللغة وأسماء الرجال وعلم السلوك. سمع من الحافظ النابلسى وإسماعيل بن أبى اليسر وغيرهما. اشتهر بالزهد وبالقيام بالأمر بالمعروف والنهي عن المنكر والجراة فى الحق. وبارك الله فى عمره اليسير فصنف التصانيف العظيمة، منها شرح مسلم، وشرح المذهب ولم يكمله. توفى بنوى من بلاد الشام سنة ست وتسعين وثمانئة.

انظر طبقات الشافعية للسبكي ٣٩٥/٨ - ٣٩٨، طبقات الشافعية لأبى شهبه رقم ٤٥٤.

(٢) المجموع ٣٤٢/٩.

(٣) الفروع ٦٢/٤.

(٤) قاعدة فى العقود ص ٢٢٧، مجموع الفتاوى ٣٤٨/١٩، ٣٥٠.

(٥) أعلام الموقعين ٣/٣٨٧.

(٦) الاختيارات مع الفتاوى الكبرى ٣٨٩/٥.

(٧) أعلام الموقعين ٣/٣٨٨.

وهو قول القاضى شريح^(١). فقد نقل عنه: «أن رجلاً باع طعاماً فقال: إن لم آتَكَ يوم الأربعاء فليس بينى وبينك بيع، فقال - يعنى شريحاً - للمشتري: أنت أخلفته، فقضى عليه»^(٢).

ومما يشكل فى تحقيق رأى ابن القيم فى جواز التعليق، أنه صرح فى ردوده على من لا يجيزون التعليق والاستثناء فى الطلاق، بأن البيع والنكاح لا يصح تعليقهما بالشرط بخلاف الطلاق^(٣). ولعله يعنى أن ذلك لا يجوز فى مذهب المخالف.

ويجب أن يستثنى من القول بجواز تعليق عقود المعاوضة كل عقد يشترط القبض لصحته، وهذا يصدق على عقدى الصرف والسلم، فإن الأول يشترط لصحته التقابض الفورى فى المجلس باتفاق أهل العلم^(٤)، وفى عقد السلم يشترط تسليم الثمن فى مجلس العقد^(٥).

أدلة القول الأول:

الدليل الأول:

أن الأصل فى العقود الإباحة، وكل ما ينفع الناس منها، ولم يحرمه الله ورسوله ﷺ هو من الحلال الذى ليس لأحد تحريمه. وعقود المعاوضة المباحة هى مباحة، على أى حال سواء أكانت منجزة أم معلقة، ما لم تأت على صورة منصوص على تحريمها بنص خاص أو عام^(٦).

الدليل الثانى:

أن الكتاب والسنة قد دلا على وجوب الوفاء بالعقود والعهود، والتعليق وسائر أنواع الشروط من العهود والعقود، فيجب الوفاء بها ما لم تكن مخالفة لكتاب الله وشرطه. ويكون الشرط مخالفاً إذا كان يناقض كتاب الله وشرطه. وأما إذا كان نفس الشرط والمشروط لم ينص الله تعالى على حله. بل سكت عنه، فليس مخالفاً

(١) هو أبو أمية شريح بن الحارث بن قيس الكندي. يقال إن له صحبه، ولم يصح، وإنما هو ممن أسلم فى حياة النبي ﷺ وانتقل من اليمن فى حياة الصديق - رضي الله - حدث عن عمر وعلي - رضي الله عنهما - وغيرهما. ولاء عمر قضاء الكوفة، وقال له: أنت أقضى العرب. توفي سنة ثمان وتسعين. انظر سير أعلام النبلاء ١٠٠ / ١٠٦، طبقات الحفاظ للسيوطي ص ٢٧.

(٢) أعلام الموقعين ٣/ ٣٨٩.

(٣) أعلام الموقعين ٤/ ٧٠.

(٤) فتح الباري ٤/ ٤٤٨، المغني ٦/ ١١٢، ٤٠٨، ٤٠٩.

(٥) أعلام الموقعين ٢/ ٢٠، المغني ٦/ ٤٠٨، ٤٠٩.

(٦) الفروع ٤/ ٦٢، قاعدة فى العقود ص ٢٢٧.

ولا فرق في ذلك بين النكاح والبيع، وغير ذلك من العقود^(١). بل الشروط في النكاح أكد منها في البيع^(٢).

الدليل الثالث:

ثبتت صحة تعليق النكاح بالشروط في تزويج موسى - عليه السلام - بابتنة صاحب مدين. قال ابن القيم: وهو من أصح نكاح على وجه الأرض، ولم يأت في شريعتنا ما ينسخه، بل أنت مقرر له كقوله ﷺ: (إن أحق الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج)^(٣)، فهذا صريح في أن حل الفروج بالنكاح قد يعلق على شرط^(٤).

مناقشة الدليل: لم يظهر لى وجه التعليق فيما ورد في سورة القصص في قول الله تعالى: ﴿ قَالَ إِنِّي أَرِيدُ أَنْ أَنْكَحَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ هَاتَيْنِ عَلَى أَنْ تَأْجُرْنِي ثَمَانِي حَجَجَ، فَإِنْ أَتَمَمْتَ عَشْرًا فَمِنْ عِنْدِكَ ﴾^(٥).

فقول صاحب مدين «على أن تأجرني» ليس تعليقاً للعقد، وإنما اشتراط لنوعية المهر ومقداره، والمهر ثابت في الأصل دون شرط.

الدليل الرابع:

مجموعة من الآثار عن عمر وابنه وابن مسعود - رضى الله عنهم - في جواز تعليق عقد البيع، ولم يعرف لهم من الصحابة مخالف^(٦). وهذه الآثار هي ما يلي:

الآثار الأول:

«كان عمر - رضى الله عنه - يعلق عقد المزارعة بالشروط، يدفع أرضه إلى من يعمل عليها، على أنه إن جاء عمر بالبذر فله كذا، وإن جاء العامل بالبذر له كذا»^(٧).

(١) مجموعة فتاوى شيخ الإسلام ٢٩/٣٤٦ - ٣٤٨، أعلام الموقعين ٣/٣٩٠.

(٢) أعلام الموقعين ٣/٣٨٧.

(٣) أخرجه البخارى فى صحيحه ٤/٣٨٠، كتاب الشروط، باب الشروط فى المهر عند عقدة النكاح.

(٤) أعلام الموقعين ٣/٣٨٧.

(٥) سورة القصص الآية ٢٧.

(٦) أعلام الموقعين ٣/٣٨٨.

(٧) أخرجه البخارى فى صحيحه معلقاً ٥/١٤. قال الحافظ ابن حجر فى الفتح ١٥٤، ١٦: أخرجه ابن أبى شيبة بسند متصل لكنه مرسل، وكذلك البيهقى بسند مرسل أيضاً فيقوى أحدهما بالآخر. وقال الألبانى فى إرواء الغليل ٥/٣٠٣، ٣٠٤: هذه التقوية فيها نظراً؛ لأن من شروط التقوية فى مثل هذا أن يكون شيوخ كل من المرسلين غير شيوخ الآخر، وإلا كان من قبيل تقوية الشاهد بنفسه. وهذا الشرط لم يتحقق فى سند هذا الأثر؛ لأن مداره عندهم جميعاً على يحيى بن سعيد. ويضاف إلى ذلك أن البيهقى لم يورد اسم يحيى بن سعيد فصار سنده معطلاً. اهـ =.

الأثر الثاني:

«أن نافع بن عبد الحارث اشترى داراً للسجن من صفوان بن أمية بأربعة آلاف درهم، فإن رضى عمر فالبيع له، وإن لم يرض عمر فأربعمائة لصفوان، فأخذه عمر»^(١).

الأثر الثالث:

قال ابن القيم: «نص الإمام أحمد على جواز تعليق البيع بالشرط في قول البائع للمشتري إن بعته هذه الجارية فأنا أحق بها بالثمن واحتج بأنه قول ابن مسعود»^(٢).

الأثر الرابع:

عن سليمان بن برصاء قال: «بايعت ابن عمر بيعاً، فقال لى: إن جاءتنا نفقتنا إلى ثلاث ليال فالبيع بيعنا، وإن لم تأتتنا نفقتنا إلى ذلك فلا بيع بيننا وبينك، ولك سلعتك»^(٣).

ورد الاعتراض على الأثر الأول: بأن التعليق فيه غير ظاهر، فيحتمل أن يكون معناه - كما قال ابن حجر - التخيير قبل العقد، ثم يقع العقد على أحد الأمرين. ويحتمل أنه كان يرى ذلك جعالة^(٤). على الاحتمال الأول: التعليق منفي عن العقد. وعلى الثاني: التعليق وارد فعلى تفاصيل العقد؛ وأما هو فمجزوم به.

= والراجح عند الفقهاء أن مرسل التابعي حجة خاصة إذا كان مرسل كبار التابعين أو تعضد مرسله بمرسل آخر أو بمسند من وجه آخر (انظر مقدمة النووي على شرح صحيح مسلم ٣٠/١، تدريب الراوى ١٩٨/١، أحكام الأحكام للأمدى ١٢٣/٢، التمهيد ١/١٣٠).

وعليه فإن إسناد ابن أبي شيبة للأثر يعول عليه في تصحيح الأثر؛ لأنه متصل إلى عمر بن عبد العزيز ثم يرويه عن عمر بن الخطاب.

(١) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه ٣٠٦/٧، كتاب البيوع والأقضية. وأخرجه ابن حزم في المحلى ٣٧٣/٨، وقال: ثبت هذا الأثر بأصح طريق وأثبتته في أشهر قصة.

وورد في إجازة بيع العربون حديث أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه ٣٠٤/٧ عن زيد بن أسلم - رضى الله عنه - أن النبي ﷺ أحل بيع العربان، ولكن الحافظ ابن حجر في التلخيص ١٧/٣ والشوكاني في نيل الأوطار ١٥١/٥ قال: هذا ضعيف مع إرساله. اهـ. ولم أجد من صححه أو احتج به.

(٢) أعلام الموقعين ٣٨٨/٣.

(٣) أخرجه ابن حزم في المحلى ٣٧٣/٨، وساق إسناذه بقوله: ومن طريق عبد الرزاق - أنا - ابن جريج - أخبرني -

سليمان بن البرصاء قال: بايعت ابن عمر...

(٤) فتح البارى ١٦/٥.

الدليل السادس:

قياس التعليق في عقود المعاوضة على التعليق في حقوق الله تعالى، بجامع الحاجة إلى التعليق في كل منهما. فقد شرع الله تعالى لعباده التعليق في حقوقه كالنذر، والاشتراط في أثناء الإحرام بالحج، وفي دعاء الاستخارة. قال ابن القيم: «والشروط في حقوق العباد أوسع من النذر في حق الله. والالتزام به أولى من الالتزام بالنذر»^(١).

يرد عليه اعتراض بوجود الفارق المؤثر بين حقوق الله تعالى وحقوق العباد؛ إذ لا يترتب على ورود التعليق في حقوق الله احتمال ضرر على العبد، ولا تفريط في حق الله تعالى، بينما يترتب على ورود التعليق في عقود المعاوضة مع العباد الغرر، والمقامرة، وإدخال العبد في عقد لم يقطع بالرضا بالدخول فيه، وحرمان العاقد من ثمرات العقد فترة تعليقه. وحقوق العباد عامة مبنية على المشاحة وعقود المعاوضة خاصة.

الدليل السابع:

يجوز تعليق عقد النكاح، كما يجوز تعليق الطلاق والجماعة وغيرها من العقود^(٢)، التي قام الاتفاق على جواز تعليقها.

ويرد عليه أن التسوية في الحكم بين عقد النكاح، والطلاق، وعقد الجماعة ليس من صحيح القياس؛ لأن النكاح عقد معاوضة. أما الجماعة فعقد يحتمل الجهالة، وأما الطلاق فهو فسخ.

الدليل الثامن:

إن الحاجة قد تدعو إلى تعليق العقد، ومن شأن الشارع التوسعة على العباد في معاشهم ومصالحهم، فشرع لهم التعليق بالشروط في كل موضع، يحتاجون فيه إلى التعليق^(٣). واستعمال الشرط يدفع عن الإنسان حيل أكثر المتحايين، ويجعل للرجل مخرجاً مما يخاف منه، وما يضيق عليه^(٤).

القول الثاني:

لا يجوز تعليق عقود المعاوضة على أمر محتمل الوقوع، وإذا علقه العاقدان، وتحقق ذلك الأمر لا ينشأ العقد إلا بصيغة جديدة منجزة لا تعليق فيها.

(١) أعلام الموقعين ٣/ ٨٦، ٣٨٧، ٣٩٠.

(٢) أعلام الموقعين ٣/ ٣٨٧.

(٣) أعلام الموقعين ٣/ ٣٨٦.

(٤) أعلام الموقعين ٣/ ٣٩٠.

هو قول جمهور أهل العلم، فيه قال الحنفية^(١)، والمالكية^(٢)، والشافعية^(٣)، وهو قول عند الحنابلة^(٤). غير أن المالكية والحنابلة لهم استثناءات. فاستثنى المالكية صورتين:

الأولى: أن يوصى الأب وهو مريض بقوله: «إذا ميتٌ فقد زوجت ابنتي من فلان»، فإذا مات، وقبل فلان صح العقد، حتى ولو طال مرض الأب قبل موته. وإذا عوفي من مرضه بطلت وصيته. وقال أصبغ^(٥): «إنه مجمع على إجازته - أى هذا النكاح - وهو من وصايا المسلمين»^(٦).

الثانية: أن يتزوج الرجل المرأة بصداق كذا وكذا، على أنه إن لم يأتها بصداقها إلى أجل كذا وكذا، فلا نكاح بينهما، فإن أتى به في الوعد، ودخل بها، فإن ابن القاسم وآخرين من المالكية يفرقون بينهما، وأما قبل الدخول فيفرق بينهما عند المالكية قولاً واحداً^(٧).

واستثنى الحنابلة من المنع بيع العربون فصاحوه مع أنه عندهم تعليق للعقد^(٨). وقد وجدت من كلام الإمام أحمد ما هو صريح في نهيهِ عن بيع العربون، فقد سأله ابنه عبد الله عن بيع العربون، فقال «دعه»^(٩)، وهو محمول على الكراهة؛ لأنه صرح في موضع آخر بالجواز^(١٠).

(١) الدر المختار وحاشية ابن عابدين ٢٤١/٥، ٢٤٢، الفتاوى الهندية ٣٩٦/٤، المبسوط ٤٠/١٣، ٤١.

(٢) الخرشي ١٧٨/٣، شرح منج الجليل ١٦/٢، مواهب الجليل ٤٢٢/٣.

(٣) حاشية قليوبي وعميرة ١٧٦/٢، ١٧٧، المجموع ٣٤٠/٩، ٣٤٢.

(٤) الإنصاف ٣٥٦/٤، الروض المربع ٤٠٧/٤، ٣٢٢/٦، كشف القناع ١٩٤/٣، ١٩٥، المبدع ٥٩/٤.

(٥) هو عبد الله أصبغ بن الفرج بن سعيد بن نافع. صاحب ابن القاسم وأشهب، وكان يفتى بمصر مع وجودهما بها. وكان ابن القاسم يراه نداءً له. قال ابن معين: كان أصبغ أعلم خلق الله كلهم برأى مالك. روى عنه البخاري وأخرج له. وقال ابن معين: ثقة. قال المزني وابن الربيع: كنا نأتى أصبغ قبل قدوم الشافعي فنقول له: علمنا بما علمك الله. طلبه المعتصم ليحمل في المحنة بالقول بخلق القرآن، فهرب إلى حلوان، فاستتر بها. توفي بمصر سنة خمس وعشرين ومائتين هـ.

انظر ترتيب المدارك ١٧/٤ - ٢٢، الديباج المذهب ص ٩٧.

(٦) التاج والإكليل بهامش مواهب الجليل ٤٢٨/٣، الخرشي ١٧٨/٣، شرح منج الجليل ١٦/٢.

(٧) الخرشي ١٩٥/٣، شرح منج الجليل ٣٢/٢.

(٨) كشف القناع ١٩٥/٣، المبدع ٥٩/٤.

(٩) مسائل الإمام أحمد، رواية ابنه عبد الله ص ٢٨٠.

(١٠) الإنصاف ٣٥٧/٤، ٣٥٨.

أدلة القول الثاني:

الدليل الأول:

حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده (أن النبي ﷺ نهى عن بيع العربان)^(١). وصورته كما قال الإمام مالك: أن يتكاري الرجل الدابة، ثم يقول لصاحبها «أعطيك ديناراً على أني إن ركبت ما تكاريت منك، فالذي أعطيك هو من الكراء، وإن تركت فما أعطيتك باطل بغير شيء»^(٢).

الدليل الثاني:

أن النبي ﷺ نهى عن بيع الملامسة والمنازمة^(٣)، وهو من صور البيع المعلق، والعلة في النهي وجود الغرر بسبب التعليق، وكل عقد فيه غرر هو من البيوع المنهى عنها^(٤)، باستثناء عدد قليل من العقود رخص فيها الشارع مع وجود الغرر؛ للحاجة إليها^(٥).

مناقشة الدليل: وصفه شيخ الإسلام بأنه حجة ضعيفة وقال: إن التغرير والمقامرة

(١) أخرجه الإمام مالك في الموطأ ١٥٧/٤، كتاب البيوع، ما جاء في بيع العربان. والإمام أحمد في المسند ٤٤/١٥. وأبو داود في سننه ١٤٢/٥، كتاب البيوع، باب في العربان. وغيرهم.

وإسناد الحديث محل خلاف بين الأئمة، فقد قال النووي في المجموع ٣٣٤/٩: مثل هذا لا يحتج به عند جماهير العلماء. وقال الشوكاني في نيل الأوطار ١٥٣/٥: له عدة طرق يقوى بعضها بعضاً. اهـ. وجميع طرق الحديث عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده. فقد أخرجه مالك في الموطأ ١٥٧/٤ عن الثقة عنده - ولم يسمه - عن عمرو. قال الخطابي في معالم السنن ١٤٣/٥، والشوكاني في نيل الأوطار: إسناده متقطع؛ لأن فيه راوياً لم يسم. اهـ. وقال الذهبي في سير أعلام النبلاء ١٦٧/٥ - ١٨٠: وقد اختلف الناس في قبول رواية عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده.

وأخرجه البيهقي في سننه ٣٤٣/٥، كتاب البيوع، باب النهي عن بيع العربان موصولاً عن عمر، وفيه ابن لهيعة قال البيهقي: لا يحتج به. وأجاب أحمد شاكر عن ذلك في تخريجه للمسند ١٣/١١ بقوله: هذا إسناده صحيح متصل، خلافاً لما زعم البيهقي أن ابن لهيعة لا يحتج به.

وقال الحافظ: ابن حجر في التلخيص ١٧/٣، والخطابي في معالم السنن ١٤٣/٥: أخرجه موصولاً عن عمرو، وفيه عبد الله بن عامر الأسلمي ضعيف، وقال الشوكاني في نيل الأوطار ١٥٣/٥: وفيه حبيب كاتب مالك ضعيف.

وقال الحافظ: وأخرجه الدارقطني والخطيب عن عمرو، وفي إسنادهما الهيثم بن اليمان، ضعفه الأزدي، وقال أبو حاتم صدوق. وقال أحمد شاكر: لا عبرة بتضعيف الأزدي إذا انفرد به، والحديث إسناده جيد.

(٢) الموطأ ١٥٨/٤.

(٣) جاء ذلك في حديث البخاري في صحيحه ٤٢٠/٤، كتاب البيوع، باب بيع الملامسة.

(٤) جاء النهي عن بيع الغرر في حديث أخرجه مسلم في صحيحه: ٢١٩/١٠، كتاب البيوع، باب بطلان بيع الحصة، والبيع الذي فيه غرر، مطبعة قرطبة الطبعة الأولى ١٤١٢هـ.

(٥) حاشية ابن عابدين ٢٥٧/٥، شرح منح الجليل ٦٠٩/٢، الكافي في فقه أهل المدينة ١٨/٢، المجموع ٣٤٢/٩، قاعدة في العقود لشيخ الإسلام ص ٢٢٧. المغني ٢٩٨/٦.

فى العقود: أن يعقد أحد الطرفين للآخر عقداً يأخذ فيه ماله، وتبقى المنفعة التى ينشدها باذل المال مترددة بين أن تحصل له أولاً تحصل. فإذا لم تحصل يكون صاحبه قد أكل ماله بالباطل. وأما البيع نفسه فليس غرراً، سواء أكان منجزاً أم معلقاً بشرط؛ لأنه بيع على صفة معينة لا يتناول غير تلك الصفة فإن حصلت حصل العقد، ووصل طرفا العقد معاً إلى مقصودهما من العقد، وإن لم تحصل تلك الصفة لم يحصل العقد، ولم يترتب عليه أى التزام لأى طرف من الطرفين. ألا ترى أنه فى بيع الملامسة والمنابطة إذا التزم المشتري بالشراء قبل روية المبيع، وألزم به كان مخاطرة وقماراً، فإنه قد يكون جيداً يرضاه وقد لا يكون، وهذا لا يجوزه أحد من الأئمة، وأما إذا اشترى الثوب المطوى على أنه بالخيار إذا رآه، فهذه مسألة النزاع فيها قائم بين العلماء، وليس هذا هو الذى كان يفعله أهل الجاهلية، ونهاهم عنه رسول الله ﷺ. وأما إذا رأى البائع والمشتري الثوب، وقال البائع للمشتري: «إذا نبذته إليك فقد بعته»، فهذا تعليق للبيع على القبض. ولا فرق بين قول المشتري للبائع «أخذ الثوب بدرهم»، وقول البائع للمشتري: «إن أخذته فهو عليك بدرهم». ولا فرق بين قول المشتري «أنبذ إلى هذا الثوب بدرهم»، وقول البائع «إن نبذته إليك فهو عليك بدرهم»، وذلك إذا كان الثوب قد نشره وعلماه^(١).

وقال أيضاً: «إن بعض الفقهاء يظن أن الغرر صفة للبيع نفسه، وأن النبى ﷺ نهى عن البيع الذى هو غرر، وليس كذلك بل نهى عن بيع المبيع الذى هو غرر»^(٢).

الدليل الثالث:

أن عقد المعاوضة يقتضى التملك فى الحال، وتعليق العقد على أمر محتمل الوقوع يمنع التملك فى الحال، فيكون التعليق بذلك شرطاً متنافياً مع مقتضى العقد^(٣)، وكل شرط ينافى مقتضى العقد لا يصح إدخاله على العقد بالاتفاق.

يرد عليه الاعتراض بأن الشرط الذى ينافى العقد، هو ما ينافى ما شرع العقد من أجله، كأن يشترط البائع عدم انتقال السلعة إلى ملك المشتري^(٤)، وليس التعليق كذلك.

(١) قاعدة فى العقود ٢٢٧ - ٢٢٩.

(٢) قاعدة فى العقود ص ٢٢٤، وأنظر ص ٢٢٧.

(٣) المبسوط ١٣/٤٠، ٤١، كشف القناع ٣/١٩٥، المبدع ٤/٥٩.

(٤) القواعد النورانية ص ٢٢٥.

الدليل الرابع :

أن مقتضى العقد القبض عقب العقد، والتعليق يمنع ذلك^(١).

يرد عليه الاعتراض: بأن مقتضى العقود وموجبها ما تراضى به المتعاقدان من تقديم قبض وتأخر، ومن قال إن موجبها القبض عقبها، فليس له على ذلك حجة سليمة^(٢).

ويقول ابن القيم: إنه ليس كل ما يغير من آثار العقد متعارضاً مع مقتضى العقد، ومثل لذلك بقول النبي ﷺ: (من باع نخلاً قد أبرت، فثمرتها للبائع، إلا أن يشترطها المبتاع)^(٣)، فهذا الشرط خلاف مقتضى العقد المطلق، وقد جوزه الشارع. وضرب أمثلة أخرى^(٤).

الاعتراض الثاني: أن تعليق العقد ليس فيه تأخير تسليم المعقود عليه، وإنما فيه تأخير للعقد نفسه. فبحث منافاة تأخير تسليم المبيع لموجب العقد يكون مقبولاً في البيع المنجز، الذي يشترط فيه تأخير التسليم، ولا محل له في العقد المعلق. به اعترض د. الضير^(٥).

والجواب عنه: أن تأخير تسليم المعقود تسليم المعقود عليه متحقق في العقد المعلق، وهو نتيجة لازمة للتعليق، فبحثها ضمن العقد المعلق بحث في موضعه المناسب.

الدليل الرابع :

أن انتقال الأمل بالقبض لا يصح إلا برضا طرفي العقد، والتعليق يدل على عدم وجود الرضا من أوجه:

الأول: أن العاقد غير جازم بإنشاء العقد، ولذلك جعله معلقاً.

الثاني: أن وجود فاصل زمني بين تعليق العقد وتحقيق الشرط المعلق عليه - فيما

(١) كشف القناع ٣/ ١٩٥.

(٢) قاعدة في العقود ص ٢٣٤.

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه ٤/ ٤٦٩، كتاب البيوع، باب من باع نخلاً قد أبرت.

(٤) اعلام الموقعين ٣/ ٣٨٨.

(٥) الغرر في العقود ١/ ١٤٦، ١٤٨.

(٦) الفروق ١/ ٢٢٩، الفرق الخامس والأربعون.

لو تحقق - يُعرض مصالح العاقدین المتعلقة بالعقد للتغير، فخلال هذه الفترة قد تتغير قيمة السلعة بزيادة أو نقص، وقد يتغير حال العاقد فيصبح مستغنياً عن إجراء العقد بعد أن كان في حاجة إليه. وبهذا استدل القرافي.

يرد عليه الاعتراض بأن المالكية أجازوا التعليق في عقود التبرعات^(١)، وهي لا تصح إلا برضا العاقد ما يدل على أن التعليق لا يتنافى مع الرضا عندهم.

الدليل الخامس:

قياس البيع على النكاح في أن التعليق يبطل العقد، والجامع بينهما أن كلاهما عقد معاوضة^(٢).

يرد عليه الاعتراض بأن النكاح يصح إذا كان معلقاً عند أصحاب القول الأول^(٣)، ففسد القياس؛ لوجود الخلاف في الأصل المقيس عليه.

واستدل المالكية على الصورة الأولى المستثناة من التعليق بأن ذلك من وصايا المسلمين^(٤)، والوصية يجوز تعليقها بالإجماع.

ويرد عليه الاعتراض: بأن قول الأب «إذا أنا متُ فقد زوجت ابنتي من فلان»، إيجاب منه بالنكاح لا وصية، فإن صورة الوصية أن يطلب من الوصي أن يوجب بعقد نكاح ابنته على فلان.

واستدل الحنابلة على استثنائهم بيع العربون من منع التعليق بما ورد في إباحته من نصوص^(٥).

ويرد عليه الاعتراض: بأن موجب هذا النصوص تصحيح جميع العقود المماثلة للبيع، وعدم إفسادها بالتعليق.

الترجيح:

لم يتبين رجحان أحد القولين في المسألة على الآخر؛ لقوة أدلة القولين.

(١) مختصر خليل، وشرحه حاشية الدسوقي ٨٧/٤.

(٢) الكافي لابن قدامة ١٨/٢.

(٣) أعلام الموقعين ٣٨٧/٣.

(٤) الخرشي ١٧٨/٣، شرح منح الجليل ١٦/٢.

(٥) كشف القناع ١٩٥/٣، المبدع ٥٩/٤. وقد سبق إيرادها في ص ١١٥.

المبحث الثاني

حكم تعليق التبرعات

اتفق أهل العلم على جواز تعليق الوصية على موت الموصي؛ وما الوصية إلا تبرع مضاف إلى ما بعد الموت، ولا تكون وصية إلا بذلك^(١)، واختلفوا فيما عداها على قولين.

القول الأول:

يجوز تعليق التبرعات على أمر مستقبل محتمل الوقوع.
هو قول المالكية^(٢). واختيار شيخ الإسلام^(٣)، وابن القيم^(٤)، ونبه شيخ الإسلام على أن التعليق لا يحول العقد الجائز إلى لازم، فللعائد الرجوع بعد التعليق^(٥).

أدلة القول الأول:

الدليل الأول: حديث أم كلثوم بنت أبي سلمة أن النبي ﷺ قال لأمها أم سلمة - رضي الله عنهم -: (إني أهديت إلى النجاشي حلة وأواقى من مسك، ولا أرى النجاشي إلا قد مات، ولا أرى هديتي إلا مردودة، فإن رُدَّتْ فهي لك. فكان ما قال رسول الله ﷺ ورُدَّتْ عليه الهدية، فأعطى كل امرأة من نسائه أوقية مسك، وأعطى أم سلمة بقية المسك والحلة)^(٦).

واعترض عليه بأنه وعد لا هبة^(٧).

(١) الدر المختار مع حاشية ابن عابدين ٦/٦٤٨، حاشية الدسوقي ٤/٤٢٢، نهاية المحتاج ٦/٤١، المغنى ٨/٣٨٩.

(٢) بداية المجتهد ٢/٣٢٩، الشرح الكبير، وحاشية الدسوقي ٤/٨٧.

(٣) قاعدة في العقود ص ٢٢٧.

(٤) أعلام الموقعين ٣/٣٨٧.

(٥) قاعدة في العقود ص ١٤٦.

(٦) أخرجه الإمام أحمد في مسنده ١٥/١٧١. وقال الهيثمي في مجمع الزوائد ٤/١٥١: رواه أحمد والطبراني، وفيه: مسلم بن خالد الزنجي، وثقه ابن معين وغيره. وضعفه جماعة، وفيه أم موسى ابن عقبة لم أعرفها،

وبقية رجاله رجال الصحيح.

(٧) المغنى ٨/٢٥٠.

ويجاب عنه بأنه صيغته صيغة إنشاء لا إخبار، فهو هبة لا وعد.

الدليل الثاني:

أن عمر - رضى الله عنه - أوصى، فكان فى وصيته: هذا ما أوصى به عبد الله عمر أمير المؤمنين إن حدث به حدث أن ثَمَعاً^(١) صدقة^(٢).

ووقفه هذا كان بأمر النبي ﷺ. فأجراه بهذه الصيغة، واشتهر بين الصحابة فلم ينكر، فكان إجماعاً، ويكون التعليق على سائر الشروط كالتعليق على الموت^(٣).

واعترض عليه ابن قدامة: بأن التعليق على الموت وصية، وليس كذلك التعليق على غيره، فلا يصح قياس أحدهما على الآخر^(٤).

الدليل الثالث:

أن النصوص التى دلت على إباحة التبرعات لم تقيد بالإباحة بما كان مطلقاً دون ما كان معلقاً، فتقيدها تحكم^(٥).

الدليل الرابع:

أن الحاجة تدعو فى كثير من الحالات إلى إنشاء الالتزام معلقاً، وتكون فيه المصلحة والشرعية جاءت فى المعاملات وغيرها بسد الحوائج ورعاية المصالح^(٦).

لا يجوز تعليق التبرعات، ولا ينشأ الالتزام مع وجود التعليق.

به قال الحنفية^(٧)، والشافعية^(٨)، وهو المشهور عند الحنابلة^(٩).

والقاعدة فى ذلك أن كل ما كان من باب التمليكات لا يصح تعليقه^(١٠)؛ كالهبة والوقف. واختلف أصحاب هذا القول فى بعض الالتزامات، بسبب اختلافهم فى تطبيق القاعدة، فصحح بعض الحنفية^(١١)، وبعض الشافعية^(١٢) الوقف معلقاً؛ لأن

(١) قال الحافظ ابن حجر فى الفتح ٤٦١/٥: قال أبو عبيد البكرى هى أرض تلقاء المدينة كانت لعمر.

(٢) أصله فى صحيح البخارى ٤٦٠/٥، كتاب الوصايا، باب ما للوصى أن يعمل فى مال اليتيم.

(٣) المغنى ٢١٦/٨.

(٤) قاعدة فى العقود ص ١٤٦.

(٥) أعلام الموقعين ٣٨٧/٣.

(٦) البحر الرائق ١٩٥/٦، الدر المختار وحاشية ابن عابدين ٢٥٥/٥، شرح فتح القدير ٨١/٦.

(٧) الأشباه والنظائر للسيوطى ص ٣٧٧، روضة الطالبين ٣٦٦/٥.

(٨) الإنصاف ١٣٣/٧، المبدع ٣٦٧/٢، المغنى ٢٥٠/٨.

(٩) شرح فتح القدير ٨١/٦، الأشباه والنظائر للسيوطى ص ٣٧٧، المغنى ٢٥٠/٨.

(١٠) البحر الرائق ٢٠٢/٦، حاشية ابن عابدين ٣٦٢/٣.

(١١) الأشباه والنظائر للسيوطى ص ٣٧٧، نهاية المحتاج ٣٧٥/٥.

فيه شبهاً بالعتق فألحقوه به، وفي قول عند الحنابلة^(١) يصح تعليق الوقف على الموت؛ لأنه يكون حيثئذ وصية. وقال بعض الشافعية يصح تعليق الجعالة؛ لأنها التزام يشبه النذر^(٢). وقال الحنفية: يجوز تعليق الهبة على الشرط الملائم كقوله: وهبتك على أن تعوضني كذا، فإن كان غير ملائم صحت الهبة وبطل الشرط، وهو خلاف قولهم التمليكات تبطل بالتعليق.

ودليلهم: أن التبرعات تمليك، كالبيع، ونحوه من عقود المعاوضات، وما كان كذلك لا يصح من التعليق؛ لما سبق من الأدلة^(٣). إلا أن احتجاجهم هناك بأن التعليق غرر، والمعاوضة لا تصح مع الغرر لا يجرى هنا؛ لأن التبرع يغتفر فيه من الغرر ما لا يغتفر في المعاوضة^(٤).

الترجيح:

الراجح - فيما يظهر لي - أن التبرع ينشأ مع التعليق، ويكون نافذاً؛ لأن المقصود به الإحسان لا المعاوضة، فلا يترتب على التعليق ما قد يترتب من محاذير على تعليق عقود المعاوضة.

(١) الإنصاف ٢٣/٧، شرح منتهى الإرادات ٤٩٦/٢، كشف القناع ٢٥٠/٤. المغنى ٢١٦/٨.

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٣٧٧.

(٣) غمز عيون البصائر ٤٤/٤. وقال ابن عابدين في الحاشية ٢٤١/٥: الشرط الملائم هو ما يؤكد موجب العقد.

(٤) حاشية ابن عابدين ٢٤٩/٥.

المبحث الثالث

حكم تعليق التوثيقات

المراد بالتوثيقات: الالتزامات التي يكون الغرض منها توثيق حق. وأهم هذه الالتزامات الضمان المالى، والكفالة بالنفس.

ولأهل العلم فى صحة تعليق التوثيقات ثلاثة أقوال:

القول الأول:

يجوز تعليق الضمان والكفالة على أمر محتمل الوقوع.

هو قول عند الحنابلة^(١)، اختاره شيخ الإسلام^(٢)، وابن القيم^(٣).

ودليلهم: ما أورده من أدلة على صحة تعليق عقود المعاوضة. وتعليق التبرعات^(٤).

القول الثانى:

يجوز تعليق الضمان والكفالة بالشرط الملائم دون غيره.

هو قول الحنفية^(٥)، وظاهر كلام المالكية^(٦). وهو قول عند الشافعية^(٧). وعند

الحنابلة^(٨). والشرط الملائم هو الذى يكون سبباً لظهور الحق، أو وجوبه، أو وسيلة إلى الأداء كأن يقول: إذا ثبت الحق على فلان ضمنته عنه، أو يقول: إذا لم يف فلان بما عليه ضمنته عنه، أو يقول: إذا جاء فلان تكفلتُ بحضوره^(٩).

(١) الإنصاف ٢١٣/٥، شرح منتهى الإرادات ٥٣/٢، كشف القناع ٣٧٧/٣.

(٢) قاعدة فى العقود ص ٢٢٧.

(٣) أعلام الموقعين ٣٨٧/٣.

(٤) انظر ص ١١٣ - ١١٧، ١٢٤، ١٢٥.

(٥) حاشية ابن عابدين ٢٥١/٥، ٢٥٥، شرح فتح القدير ٨١/٦.

(٦) الخرشي ٢٤١/٤.

(٧) شرح المحلى ٣٣٠/٢، نهاية المحتاج ٤٥٦/٤.

(٨) الإنصاف ٢١٣/٥، المغنى ١٠٢/٧.

(٩) شرح فتح القدير ٨١/٦، المغنى ١٠٢/٧.

أدلة القول الثاني:

استدلوا على جواز التعليق على الملائم بدليلين:

الأول: أن هذا الشرط من مقتضيات العقد، فلا يترتب عليه معنى جديد يغير حكم العقد^(١).

الثاني: أنه إذا جاز ضمان المجهول، وما لم يجب بعد، فأولى أن يجوز تعليق الضمان على سبب ثبوته، أو شرط ثبوته^(٢).

القول الثالث:

لا يجوز تعليق الضمان والكفالة على أمر مستقبل يحتمل الوقوع. ولا ينشأ الالتزام مع وجود التعليق.

هو الراجح عند الشافعية^(٣)، وقول ضعيف عند الحنابلة^(٤). فمنعوا التعليق على الملائم، وعلى غيره.

ودليلهم: أن كلاً من الضمان والكفالة عقد، كالبيع والهبة، فيه إثبات حق لأدمى معين، فلا يجوز تعليقه على الخطر^(٥).

الترجيح:

الراجح - فيما يظهر - لى أن الضمان والكفالة كال تبرعات فى جواز التعليق؛ لأن كلاً من الضمان والكفالة تبرع كالهبة والعارية.

(١) المغنى ٧ / ١٢٠.

(٢) روضة الطالبين ٤ / ٢٦٠.

(٣) شرح المحلى ٢ / ٣٣٠، نهاية المحتاج ٤ / ٤٥٦.

(٤) الإنصاف ٥ / ٢١٢، ٢١٣، المغنى ٧ / ١٠٢.

(٥) المغنى ٧ / ١٠٢.

المبحث الرابع

حكم تعليق الولايات

المقصود بالولايات: الالتزامات التى يقصد بها منح إنسان حق التصرف فى حق آخر، برضا من صاحب الحق. وذلك كالإمارة، والوكالة. وفى حكم تعليقها ثلاثة أقوال.

القول الأول:

يجوز تعليق الإمارة، الوكالة، وسائر الولايات على أمر محتمل الوقوع. هو ظاهر مذهب المالكية، فإن القرافي قال إن التعليق لا يصح عند المالكية، فيما هو من التمليكات كالبيع^(١)، ومفهوم ذلك أنه يصح فيما عداه. وهو قول الشافعية إلا فى الوكالة، فالراجح عندهم بطلانها بالتعليق^(٢). وقول عند الحنابلة^(٣)، اختاره شيخ الإسلام^(٤)، وابن القيم^(٥). وهو قول الحنفية فى الوكالة، خاصة دون غيرها من الولايات^(٦). وأما تعليق عزل الوكيل فله حكم آخر، عند أصحاب هذا القول^(٧).

أدلة القول الأول:

استدلوا على جواز تعليق الإمارة بدليلين:

الدليل الأول: عن عبد الله بن عمر - رضى الله عنهما - قال أمر رسول الله ﷺ فى غزوه مؤتة زيد بن حارثة، قال رسول الله ﷺ: (إن قُتل زيد فجعفر، وإن قتل

(١) الفروق ١/٢٢٩.

(٢) شرح المحلى وحاشية قليوبي ٢/٣٤٠، مغنى المحتاج ٣/٧٧، الوجيز ص ١٨٩.

(٣) الإنصاف ٥/٣٥٥، القواعد لابن رجب ص ٢٦٩، قاعدة رقم ١١٨، المغنى ٧/٢٠٤.

(٤) قاعدة فى العقود ص ٢٢٧.

(٥) أعلام الموقعين ٣/٣٨١.

(٦) البحر الرائق ٥/٢٠٦، حاشية ابن عابدين ٥/٢٥٢.

(٧) حاشية ابن عابدين ٥/٢٤٦، قواعد ابن رجب ص ٢٦٩.

جعفر فعبد الله بن رواحه^(١) قال ابن حجر: وفي الحديث دليل على جواز تعليق الإمامة بالشرط^(٢).

الدليل الثاني:

قال ابن القيم: إن أبا بكر علق تولية عمر - رضى الله عنهما - بالشرط، ووافقه عليه سائر الصحابة^(٣). ولعله يريد أن أبا بكر ولى عمر بشرط أن يتقى الله فى الرعية^(٤).

واستدلوا على صحة تعليق الوكالة بأربعة أدلة:

الدليل الأول:

القياس على الإمامة، بجامع أن كلا منهما نيابة، بل إن الوكالة أولى بتصحيحها مع التعليق؛ لأنها نيابة خاصة، والإمامة نيابة فى عموم مصالح الأمة^(٥). واعترض عليه بأن تعليق الإمامة خلاف الأصل، وإنما أبيح للضرورة، فلا يقاس غيره عليه^(٦).

الدليل الثاني:

القياس على الوصية بجامع أن كلا منهما إذن فى التصرف^(٧). واعترض عليه بالفارق، فالوصية لا يؤثر فى صحتها الغرر، فتقبل التعليق، بخلاف الوكالة^(٨).

الدليل الثالث:

القياس على الطلاق والعق بجامع أن الجميع إطلاق تصرف^(٩).

الدليل الرابع:

قياس تعليق الوكالة على تقييدها بزمان أو مكان معينين أو موضوع معين، والتعليق نوع تقييد^(١٠).

(١) أخرجه البخارى فى صحيحه ٥٨٣/٧، كتاب المغازى، باب غزوة مؤتة من أرض الشام.

(٢) فتح البارى ٥٨٦/٧، وانظر مغنى المحتاج ٧٢/٣، والمغنى ٢٠٤/٧.

(٣) أعلام الموقعين ٣٨٨/٣.

(٤) قال الهيثمى فى مجمع الزوائد ٢٢٣/٤: رواه الطبرانى: وهو منقطع الإسناد، ورجاله ثقات.

(٥) الفروع ٣٤٠/٤، المغنى ٢٠٤/٧.

(٦) حاشية قلوبى ٣/٣٤٠، نهاية المحتاج ٢٨/٥.

(٧) السابق، المغنى ٢٠٤/٧.

(٨) نهاية المحتاج ٢٨/٥.

(٩) بدائع الصنائع ٦/٢٠.

(١٠) المغنى ٢٠٤/٧.

القول الثاني:

يصح تعليق الولايات على الشرط الملازم دون غيره.

هو قول الحنفية في سائر الولايات عدا الوكالة^(١).

ودليله: ما سبق إيراد من أدلة على عدم جواز التعليق، مع استثناء الملازم؛ لأنه من مقتضى العقد.

القول الثالث:

لا يصح تعليق الوكالة، ولا يصح تعليق الإمارة.

هو قول عند الحنابلة^(٢)، وعند الشافعية^(٣)، وصرحوا بأن جميع الولايات لا يصح تعليقها إلا الإمارة والإيصاء، غير أن الشافعية قالوا: إذا بطلت الوكالة بسبب التعليق جاز للوكيل التصرف فيما وكل فيه بعموم الإذن، ويظهر أثر بطلان الوكالة في سقوط الجعل ويستحق الوكيل بدلاً عنه أجره المثل^(٤).

أدلة القول الثالث:

الدليل الأول: أن الوكالة عقد تؤثر فيه الجهالة فلم يصح تعليقه كالبيع والإجارة^(٥).

الدليل الثاني:

قياس إنشاء الوكالة على فسخها في البطلان بالتعليق^(٥).

وقد اعترض ابن القيم على قول بعض الشافعية: إن الوكالة تبطل بالتعليق، ولكن ينفذ تصرف الوكيل بعموم الإذن بقوله: ولا يظهر فرق بين امتناع تعليق التوكيل، وجواز تعليق الإذن بالتصرف، فإن الإذن هو المقصود بالتوكيل، وما التوكيل إلا وسيلة إليه، فإذا صح تعليق الغاية فتعلق الوسيلة أولى بالصحة^(٦).

الترجيح:

الراجح - فيما يظهر لي - أن الولايات تنشأ مع التعليق؛ لأنها في معنى التبرعات.

(١) البحر الرائق ٢٠٥/٥، حاشية ابن عابدين ٢٤٠/٥.

(٢) الإنصاف ٣٥٥/٥، الفروع ٣٤٠/٤.

(٣) نهاية المحتاج ٢٨/٥ الوجيز ص ١٨٩.

(٤) حاشية قليوبي على شرح المحلى ٣٤٠/٢، نهاية المحتاج ٢٨/٥.

(٥) المبدع ٣٥٦/٤.

(٦) أعلام الموقعين ٣٨٨/٣.

المبحث الخامس

بيان أثر التعليق على الالتزام

فى الحالات التى يحكم فيها بىطلان الالىزام بسبب التعليق؁ فإن الالىزام يكون من قبيل الوعد؁ ولا يكون فيه إنشاء شىء فى الحال.

وأما فى الحالات التى يحكم فيها بصحة الالىزام المعلق؁ فإن أثر التعليق محل بحث.

وقد نص على هذه المسألة الحنفية والشافعية؁ والقول فيها عندهم عام يشمل التعليق فى كل قول ينشأ عنه أثر؁ التزاماً كان أو غيره؁ فجاءت أمثلتهم فى الالىزامات وفى غيرها.

فقال الحنفية: إن التعليق يمنع المعلق عن أن يكون سبباً لثبوت الأثر الشرعى^(١)؁ وقال الشافعية: إن التعليق ينحصر تأثيره فى تأخير آثار السبب إلى حين تحقق الشرط المعلق عليه؁ ولا يؤدى إلى منع السببية فى الحال؁ فجعلوه كخيار الشرط^(٢).

ومن الأمثلة التى تبين الفرق بين القولين:

لو قال رجل «لو تزوجت فلانة فهى طالق»؁ ثم تزوجها؛ فإنها تطلق عند الحنفية؛ لأن السبب وجد بوجود الشرط المعلق عليه؁ فصادف محلاً قابلاً فأثر فيه؁ ولا تطلق عند الشافعية؛ لأن السبب وجد فى الحال عند التلفظ فلم يصادف محلاً قابلاً - لأن المرأة لم تكن زوجة له حينئذ - فبطل^(٣).

ولو قال رجل «إن شفى الله مريضى فله على أن أتصدق بدينار». فتصدق قبل الشفاء لم يعد ذلك وفاء بالنذر عند الحنفية؛ لأن اللفظ الصادر لا يكون سبباً لوجوب أداء النذر إلا بعد تحقق الشرط المعلق عليه؁ وما أخرجه الرجل سابق للسبب؁ فلا يكون أثراً له. وعند الشافعية يعد الدينار وفاء بالنذر؛ لأنه خرج بعد وجود السبب^(٤).

(١) التقرير والتحير ١/١٣٨؁ حاشية ابن عابدين ٥/٢٥٥.

(٢) تخريج الفروع على الأصول للزنجاني ص ١٤٨.

(٣) التقرير والتحير ١/١٣٣؁ تخريج الفروع ص ١٤٩.

(٤) التقرير والتحير ١/١٣٣؁ وانظر مثلاً فى معناه فى تخريج الفروع ص ١٥٠.

ودليل الحنفية: أن صيغة التعليق تدل على أن المعلق أراد تعليق السبب لا الحكم. وأراد بلفظه تأخير السبب إلى تحقق الشرط المعلق عليه، ولم يرد وجوده في الحال، فيبقى الأمر على أصله، وهو العدم الأصلي، فلا يوجد السبب حتى يتحقق شرط وجوده^(١).

ودليل الشافعية: أن السبب يوجد بوجود صيغته، وكل ما يؤدي إليه التعليق تأخير وجود آثار السبب، لamen صحتة، إذ لو كان يؤدي إلى منع وجوده وصحته ما ترتب عليه أثره بعد تحقق الشرط المعلق عليه^(٢).

ووصف شيخ الإسلام ابن تيمية البيع المعلق بأنه: بيع على صفة معينة لا يتناول غير تلك الصفة، فإن حصلت حصل العقد، وإن لم تحصل لم يحصل العقد، ولم يترتب على اللفظ المعلق أى التزام لا على المتكلم ولا على المخاطب^(٣).

والخلاف في المسألة لفظي - فيما يظهر لى - ؛ لأن الشافعية الذين قالوا: إن السبب يوجد في الالتزام المعلق لم يرتبوا على ذلك آثاراً عملية، فيما اطلعت عليه. كما أنهم لا يصححون التعليق في العقود اللازمة، ولا في أى التزام يترتب عليه تمليك عين، أو منفعة، فلا يكون لقولهم أثر عملي في باب الالتزامات في حقوق العباد.

غير أن د. عبد الحميد البعلى قال: إنه يجوز للرجل أن يجرى عقد بيع على سلعة لم يملكها، ويجعل العقد معلقاً على ملكه لها، وجعل ذلك من البيوع المعلقة، التى أجازها طائفة من أهل العلم^(٤).

وهو قول في غاية الضعف؛ لأن الذين أجازوا التعليق في البيع أجازوه على صفة، لا غرر فيها، لا فى المبيع، ولا فى صفته، وبينوا أن البيع الذى أجازوا تعليقه هو البيع المعقود على سلعة مملوكة للبائع ومعروفة لدى المشتري. وفى الوقت نفسه قالوا: إن البيع لا وجود له قبل تحقق الشرط المعلق عليه^(٥).

وأما الشافعية الذى قالوا: إن السبب يوجد بوجود اللفظ، ولو كان معلقاً، فإنهم لم يجيزوا تعليق البيع، ولا غيره من عقود التمليك^(٦).

فلا يصح هذا القول المحدث على أى قول من أقوال أهل العلم فى أثر التعليق. والله أعلم.

(١) بدائع الصنائع ١٢١/٤، التقرير والتحرير ١٣٢/١.

(٢) تخرىج الفروع ص ١٤٨.

(٣) قاعدة فى العقود ص ٢٢٧ - ٢٢٩، وانظر حاشية ابن قاسم على الروض المربع ٤٠٥/٤.

(٤) فقه المراجعة للبعلى ص ٩٩.

(٥) قاعدة فى العقود ص ٢٢٤، ٢٢٧.

(٦) المجموع ٣٤٠/٩، ٣٤٢.

المبحث السادس

صور العقد المعلق الشائعة فى السوق التجارى المحلى

من أهم هذه الصور: التحكيم، وعقد التوريد فى بعض صورته.

الصورة الأولى: التحكيم.

من مجموع كلام الفقهاء يعرف التحكيم بأنه: تولية طرفى النزاع آدمياً، ليحكم بينهما^(١).

وأركانه ثلاثة:

الأول: طرفا التحكيم، الطرف الأول: المحكّمون.

الطرف الثانى: المحكّم.

الثانى: إيجاب وقبول بين طرفى التحكيم.

الثالث: موضوع التحكيم، وهو النزاع المراد إنهاؤه عن طريق التحكيم.

والفرق بين التحكيم والصلح: أن الصلح اتفاق بين المتنازعين على صفة معينة للأمر المتنازع فيه، وبهذا الاتفاق ينتهى النزاع، كما لو تنازع رجلان على ملكية أرض، فاصطلحا على اقتسامها^(٢). أما التحكيم فهو: اتفاق بين المتنازعين على تولية رجل؛ ليحكم بينهما فى موضوع النزاع بما يراه حقاً^(٣).

والفرق بين التحكيم والقضاء: أن القاضى يوليه السلطان، وأما الحكم فيوليه الخصوم ليحكم بينهم. وكلاهما وسيلة لإنهاء النزاع بحكم ملزم^(٤).

(١) انظر أمثلة لهذه التعريفات فى البحر الرائق ٢٤/٧، تبصرة الحكام ٤٣/١. المغنى ١٠٧/٩، وانظر التعريف المختار وشرحه فى رسالة ماجستير عنوانها «التحكيم فى الفقه الإسلامى»: إعداد حسن الغزالى. مطبوعة على الآلة الكاتبة ص ٢٥ - ٢٧.

(٢) بدائع الصنائع ٤٢/٦ الفروق ٢/٤، الفرق ٢٠٢، معنى المحتاج ١٧٧/٢ - ١٧٩، كشف القناع ٣/٣٩١، ٣٩٢.

(٣) انظر التعريفات السابقة، وانظر الشرح الكبير للدردير ١٤٠/٤، ١٤١، تحفة المحتاج ١١٩/١١، المغنى ١٠٧/٩.

(٤) مجمع الأنهر ١٧٣/٢، الإحكام فى تمييز الفتاوى من الأحكام ص ١٦٩، أدب القاضى للماوردى ١٧٩/٢، ١٨٠. وانظر رسالة التحكيم للغزالى ص ٣٩، ٤٠.

والتحكيم المعمول به بين الناس نوعان:

النوع الأول: تحكيم فى نزاع قائم. وهذا عقد مطلق غير معلق. ويسمى فى عرف السوق «مشاركة التحكيم».

النوع الثانى: تحكيم فى نزاع محتمل، وصورته: أن يتفق طرفان بينهما على عقد عمل، وعلى أن أى نزاع ينشأ بينهما فيما يتعلق بعقد العمل أن ينهىه بطريق التحكيم، ويجعل ذلك شرطاً فى العقد، وهذا الاتفاق ملزم، وليس لأى طرف من الطرفين - بانفراده - أن يأبى إجراء التحكيم عندما يتحقق سببه، ويتم تعيين الحكم، وتوليته عند حصول النزاع^(١).

ويشيع العمل بهذا النوع من التحكيم فى عقود العمل، التى تتم بين الشركات الأجنبية عن البلد، وأطراف أخرى محلية أو أجنبية. ويسمى هذا النوع من التحكيم «شرط التحكيم».

ولا يكاد يخلو عقد عمل يخلو من هذا الشرط^(٢). والغرض منه التهرب من الترافع أمام المحاكم القضائية عند حصول نزاع بين طرفى عقد العمل. وكما يقال إن الباعث على هذا التهرب هو الوقت الطويل الذى تستغرقه إجراءات التقاضى فى المحاكم، مما يضيق على الشركات الوافدة لإنجاز أعمال فى وقت محدد وقتاً كثيراً، وقد تنتهى مدة عمل الشركة قبل البت فى القضية، بينما يمكن الحكم فى النزاع بطريق التحكيم فى وقت سريع^(٣).

وأطراف عقد العمل عندما يدرجون شرط التحكيم فى عقد العمل، يضعونه على أنه عقد ملزم معلق على أمر مستقبل محتمل الوقوع^(٤).

ولكن لا يصح اعتبار شرط التحكيم بهذه الصفة عقد تحكيم؛ لأنه لم تتوفر فيه أركان عقد التحكيم، فالمحكم لم يعين، ولم يؤل، وموضوع التحكيم، وهو النزاع المراد إنهاؤه لم يوجد بعد.

لذلك فإن هذا الاتفاق «شرط التحكيم»، لا يعد عقداً معلقاً. وهو بين أمرين: إما أن تكون صيغته غير جازمة فى الدلالة على الإنشاء، فيكون حينئذ من باب

(١) التحكيم تأليف عبد الهادى عباس، وجهاد هوش ص ٤٠، ٥٢، التحكيم فى القوانين العربية ص ١١، ١٨. وانظر المادة رقم (١) من نظام التحكيم السعودى.

(٢) التحكيم ٤٣ - ٥٢. دراسة قانونية لنظام التحكيم فى المملكة، إعداد صلاح سالم، ص ٦.

(٣) التحكيم فى القوانين العربية ص ١٨. وانظر أسباباً أخرى فى رسالة التحكيم للغزالى ص ٢، ٣.

(٤) التحكيم ص ٤٠، ٤١، دراسة عالمية مقارنة للتحكيم التجارى ص ٢٢، وانظر المادة (١) من نظام التحكيم السعودى.

المواعدة. والمواعدة على إجراء عقد غير ملزمة على الصحيح^(١). وإما أن تكون الصيغة جازمة، فيكون الاتفاق - حيثئذ - عقداً باطلاً لعدم اكتمال أركانه.

الصورة الثانية: عقد التوريد

عقد التوريد يأتي في بعض صوره - في المجال العملي - معلقاً، ويقع ذلك في الغالب عندما يكون المحتاج إلى السلعة الموردة مقدماً على مشروع إنشائي كبير، كبناء المجمعات السكنية الكبيرة، والجسور، والموانئ، والمطارات، وقبل إقدامه على التعاقد على إنشاء المشروع، يقوم بإجراء عقود توريد توفر له ما يحتاج إليه؛ لإنشاء المشروع، من مواد بناء، ومعدات وغير ذلك، وبأسعار محددة تتناسب مع قيمة عقد الإنشاء، ولكنه لا يجعل عقد التوريد نافذاً بل معلقاً على نجاحه في التعاقد لإنشاء المشروع.

فيحتاج لنفسه بذلك من التورط في مشروع، دون أن يضمن لنفسه العناصر الأساسية اللازمة لإنشائه، وبأسعار تتناسب مع العوض الذي سيحصل عليه مقابل الإنشاء، وفي الوقت نفسه يضمن لنفسه أن لا يشتري أشياء بأثمان باهظة، ثم يجد نفسه غير محتاج إليها، وذلك إذا لم يوفق في التعاقد لإنشاء المشروع. أو يجد نفسه قد التزم بإنشاء المشروع بعوض معين، ثم يعجز عن الحصول على المعدات والمواد بأسعار مناسبة، تترك له ربحاً.

(١) انظر ص ٧٥ ، ٧٦ ، ٧٧ ، ٨٥ .

الفصل الثالث

إنشاء الالتزام بالإيجاب وحده

وفيه خمسة مباحث

المبحث الأول: إنشاء الوقف والوصية بالإيجاب وحده.

المبحث الثاني: إنشاء الجعالة بالإيجاب وحده.

المبحث الثالث: إنشاء الكفالة، وحالة الدين بالإيجاب وحده.

المبحث الرابع: إنشاء الالتزام بالإيجاب في الصلح عن دم العمد والتملك بالشفعة، والرهن بالإيجاب وحده.

المبحث الخامس: إنشاء الالتزام - بمعناه الخاص - عند الملكية - بالإيجاب وحده.

المبحث الأول

إنشاء الوقف والوصية بالإيجاب وحده

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: إنشاء الوقف بالإيجاب وحده.

المطلب الثاني: إنشاء الوصية بالإيجاب وحده.

المطلب الأول

إنشاء الوقف بالإيجاب وحده.

وفيه تمهيد وأربع مسائل:

المسألة الأولى: إنشاء الوقف على معين بالإيجاب وحده.

المسألة الثانية: إنشاء الوقف على غير معين بالإيجاب وحده.

المسألة الثالثة: أثر قبول الموقوف عليه إيجاب الواقف.

المسألة الرابعة: حكم رجوع الواقف عن إيجابه.

التمهيد: فى التعريف بالوقف، وبيان حكمه

وفيه فرعان

الفرع الأول: التعريف بالوقف

اختلفت تعريفات الفقهاء للوقف، بناء على اختلافهم فى مسائل جوهرية، تتعلق بحقيقة الوقف وأثره. وهى:

(١) اختلافهم فى تكييف الوقف، هل هو مجرد إسقاط حق، كالعتق، أو أنه تمليك على سبيل التبرع، كالهبة.

(٢) اختلافهم فى لزوم الوقف. فمنهم من ذهب إلى لزومه، وهم الجمهور، ومنهم من ذهب إلى عدم لزومه، وهم قليل.

(٣) اختلافهم فى تعيين الجهة المالكة للعين بعد وقفها، فمنهم من قال: إن الملك يكون للموقوف عليهم، ومنهم من قال: يكون الملك لله تعالى.

(٤) اختلافهم فى اشتراط القرية فى الوقف.

واكتفى بتعريف واحد هو الأقرب لمعنى الوقف لغة وشرعاً، وهو تعريف ابن قدامة الوقف بأنه: تحييس الأصل وتسبيل الثمرة^(١).

الفرع الثانى: مشروعية الوقف:

ذهب جمهور أهل العلم إلى مشروعية الوقف، وخالف فى ذلك عدد قليل من أهل العلم تمسكوا بأدلة نقلية، فاقترضوا الأمر التفصيل فى هذه المسألة، بالقدر الذى تثبت به مشروعية الوقف.

القول الأول:

أن الوقف مستحب، وهو عقد لازم يودى إلى إخراج العين الموقوفة من ملك الواقف، فلا يملك التصرف فيها.

(١) المغنى ٨/ ١٨٤. وانظر مزيداً من التعريفات فى الجوهرة النيرة ٢/ ٢٠، ٢١، شرح منح الجليل ٤/ ٣٤، مغنى المحتاج ٢/ ٣٧٦.

عليه قول أكثر الحنفية^(١)، وبه قال المالكية^(٢)، والشافعية^(٣)، والحنابلة^(٤).

دليل القول الأول:

للجمهور على مشروعية الوقف أدلة كثيرة، أقواها حديث عبد الله بن عمر قال: (أصاب عمر بخير أرضاً، فأتى النبي ﷺ فقال: أصبت أرضاً لم أصب مالا قط أنفس منه، فكيف تأمرني به؟ قال: إن حبست أصلها وتصدق بها. فتصدق عمر أنه لا يباع أصلها ولا يوهب ولا يورث، في الفقراء والقربى والرقاب وفي سبيل الله والضيف وابن السبيل. لا جناح على من وليها أن يأكل منها بالمعروف أو يطعم صديقاً غير متمول فيه)^(٥). قال الحافظ ابن حجر: وحديث عمر هذا أصل في مشروعية الوقف. وعبارة «حبس الأصل وسبل الثمرة» تدل على تأييد الوقف. ونقل عن أبي يوسف أنه كان يجيز بيع الوقف، فبلغه حديث عمر هذا فقال: هذا لا يسع أحداً خلافة، ولو بلغ أبا حنيفة لقال به، فرجع عن بيع الوقف^(٦).

وقد اعترض الطحاوي الحنفي^(٧) على الاستدلال بعبارة «حبس الأصل وسبل الثمرة» على تأييد الوقف؛ بأن يحتمل أن يكون أراد منها الحبس مدة اختياره لذلك، لا التأكيد المطلق، ويحتمل أنه أراد التأييد المطلق، فلا يكون الدليل حجة على من لم ير تأييد الوقف والإلزام به^(٨).

وقد عاب ابن حجر على الطحاوي هذا الاعتراض، وعده مما جرت به عادة الطحاوي من الانتصار لمذهبه، وأجاب عنه بجوابين:

الجواب الأول: أنه لا يفهم من قوله «وقف، وحبست» إلا التأييد.

الجواب الثاني: أن لحديث عمر رواية وصف فيها عمر وقفه بأنه «حبس ما دامت السموات والأرض»^(٩).

(١) الدر المختار وحاشية ابن عابدين ٣٣٨/٤، ٣٣٩، شرح معاني الآثار ٩٥/٤.

(٢) شرح منح الجليل ٣٤/٤.

(٣) مغنى المحتاج ٣٧٦/٢.

(٤) أخرجه البخاري في صحيحه ٤٦٨/٥، كتاب الوصايا، باب الوقف كيف يكتب.

(٥) فتح الباري ٤٧٢/٥.

(٦) هو أبو جعفر أحمد بن محمد بن سلامة الأزدي الطحاوي. كان ثقة ثباتاً. انتهت إليه رئاسة الحنفية في زمنه. قال ابن عبد البر: كان عالماً بجميع مذاهب الفقهاء. روى أنه كان شافعي المذهب يقرأ على خاله المزني، ثم انتقل إلى طلب المذهب الحنفي. صنف كتاباً مفيدة، منها «معاني الآثار»، و«بيان مشكل الآثار». توفي سنة إحدى وعشرين وثلاثمائة.

انظر الجواهر المضيئة ٢٧١/١ - ٢٧٧، الطبقات الستة ٤٩/٢ - ٥٢.

(٨) شرح معاني الآثار ٩٥/٤، ٩٦.

(٩) فتح الباري ٤٧٢/٥.

القول الثانى :

أن الوقف مشروع فى السلاح والكراع خاصة .
قال ابن حزم : به قالت طائفة^(١) .

ودليل هذا القول :

ما روى عن على وابن مسعود وابن عباس - رضى الله عنهم - من أنهم قالوا : لا حبس إلا فى سلاح ، أو كراع^(٢) .

واعترض عليه ابن حزم بثلاثة اعتراضات :

الاعتراض الأول : من حيث الإسناد فقد قال : إن ما نقل لا يصح عن أحد ممن ذكر^(٣) .

الاعتراض الثانى : أن ما يروى عن على من منع الوقف فى غير السلاح والكراع مخالف لما صح عنه ، فإن وقفه ينبع أشهر من الشمس ، فيتبين بذلك أن الرواية المانعة التى لا أصل لها هى كذب^(٣) .

الاعتراض الثالث : أنه قد صحت السنة بمشروعية الوقف ، ولا حجة فيما خالف السنة .

ويجاب عنه بأن الصحابة - رضوان الله عليهم - أعرف بالسنة ، وأحرص عليها ، ولذلك لم يصح ما نُقل عنهم عن عدم مشروعية الوقف فى غير السلاح والكراع .

الترجيح

رجحان قول الجمهور ظاهر ؛ لقوة دليلهم ؛ وعدم صلاحية أدلة المخالفين لمعارضتها

(١) المحلى ١٧٥/٩ .

(٢) المحلى ١٧٦/٩ ، وقال فى تفصيل ذلك : إن ما روى عن ابن مسعود هو من طريق سفيان بن عيينة ، عن مطرف بن طريف ، عن رجل ، عن القاسم بن عبد الرحمن بن عبد الله بن مسعود عن عبد الله بن مسعود . ثم قال : وهذه رواية ساقطة لسيين :

الأول : أنها عن رجل لم يسم .

الثانى : أن والد القاسم لا يحفظ عن أية كلمة ، وكان له إذ مات أبوه ست سنين ، فكيف ولده . وقال فيما روى عن على وابن عباس : لا نعرف له أصلاً .

(٣) المحلى ١٧٦/٩ .

المسألة الأولى

إنشاء الوقف على معين بالإيجاب وحده

المقصود بالوقف على معين: أن يكون الموقوف عليه شخصاً معيناً، أو أفراداً محصورين، يتصور وقوع القبول منهم.

وقد نقل د. محمد مصطفى شلبي^(١)، ود. أحمد فراج حسين^(٢): اتفاق الفقهاء على أن الوقف ينشأ بالإرادة المنفردة، وذلك بالإيجاب من الواقف دون أن تتوقف صحته على القبول. والأمر - فيما تبين لى - خلاف ما قالوه، فإن الخلاف فى المسألة قائم على التفصيل التالى:

القول الأول:

ينشأ الوقف على معين بالإيجاب من الواقف، ولا يتوقف إنشاؤه على قبول الموقوف عليه. به قال الحنفية^(٣)، وجمهور المالكية^(٤)، وهو وجه عند الشافعية^(٥)، والمشهور عند الحنابلة^(٦). وإذا رد الموقوف عليه إيجاب الواقف فإن الوقف لا يبطل عند أصحاب هذا القول، إلا المالكية منهم، فإنهم قالوا: ينظر إلى قصد الواقف، فإن قصد مطلق الوقف فإنه يبطل، وإن قصد نفع الموقوف عليه بخصوصه، فإن الوقف يبطل^(٧).

أدلة القول الأول:

الدليل الأول: عن أنس بن مالك - رضى الله عنه - أنه لما نزلت:

﴿لَنْ تَنَالُوا الْبِرَّ حَتَّى تُنْفِقُوا مِمَّا تُحِبُّونَ﴾^(٨).

(١) أحكام الوصايا والوقف ص ٣٢٤.

(٢) أحكام الوصايا والوقف ص ٣١٤.

(٣) أحكام الأوقاف لهلال ص ١١، الإسعاف فى أحكام الأوقاف ص ١٧. حاشية ابن عابدين ٤٩٨/٣.

(٤) شرح الخرشى ٩٢/٧، الشرح الصغير ٣٢٩/٢، مختصر خليل ص ٢٥٢.

(٥) الأشباه والنظائر للسيوطى ص ٢٧٨، ٢٧٩، مغنى المحتاج ٣٨٣/٢.

(٦) المقنع ص ١٦٢، القروع ٥٨٩/٤، المغنى ١٨٧/٨.

(٧) التاج والإكليل بهامش مواهب الجليل ٣٢/٦، ٣٣، حاشية الدسوقي ٨٨/٤.

(٨) الآية رقم ٩٢ من سورة آل عمران.

قام أبو طلحة فقال: يا رسول الله إن الله يقول «لن تنالوا البر حتى تنفقوا مما تحبون» وإن أحب أموالى إلىَّ بَرٌّ، وأنها صدقة لله أرجو برها وذخرها عند الله، فضمها حيث أراك الله، فقال (بخ، ذلك مال رابع، وقد سمعتُ ما قلت وإنى أرى أن تجعلها في الأقربين. قال أبو طلحة: أفعلُ ذلك يا رسول الله)، فقسمها أبو طلحة في أقاربه وبنى عمه^(١).

قال ابن حجر: في رواية همام عن إسحاق عن أبي طلحة، فقال ﷺ: (ضعها في قرابتك، فجعلها حدائق بين حسان بين ثابت، وأبي بن كعب)^(٢).

وقال ابن حجر في الاستدلال بالحديث: وفي قصة أبي طلحة من الفوائد أن الوقف لا يحتاج في انعقاده إلى قبول الموقوف عليه^(٣).

الدليل الثاني:

قياس الوقف على العتق، فكما أن العتق يستحق منفعة نفسه بالإعتاق دون أن يتوقف ذلك على قبوله، فإن الموقوف عليه يستحق منفعة الوقف بمجرد الإيجاب من الواقف، دون أن يتوقف ذلك على قبوله. والجامع بين الوقف والعتق: أن كلاهما إزالة ملك يمنع البيع والهبة والميراث^(٤).

واعترض عليه بأن إلحاق الوقف بالعتق غير صحيح؛ لقيام الفارق، فالعتق لا يُرد، ولا يبطل بالشروط الفاسدة، بخلاف الوقف باتفاق القائلين إن الملك فيه ينتقل إلى الله تعالى^(٥).

الدليل الثالث:

قياس الوقف على معين على النوع الآخر، وهو الوقف على غير معين، وقد اتفقوا على أنه لا يشترط لإنشائه القبول^(٦).

القول الثاني:

لا ينشأ الوقف بمجرد الإيجاب من الواقف، بل لابد من قبول الموقوف عليه المعين.

(١) أخرجه البخارى في صحيحه، ٤٦٥/٥، كتاب الوصايا، باب إذا أوقف أرضاً ولم يبين الحدود فهو جائز، وكذلك الصدقة.

(٢) قال ابن حجر في الفتح ٤٦٥/٥: أخرجه أبو داود الطيالسى في مسنده.

(٣) فتح البارى ٤٦٧/٥.

(٤) روضة الطالبين ٣٢٤/٥، معنى المحتاج ٣٨٣/٢، المغنى ١٨٧/٨.

(٥) كشف القناع ٢٥٢/٤، المغنى ١٨٧/٨.

(٦) المغنى ١٨٧/٨، ١٨٨.

هو قول عند المالكية^(١)، وهو الوجه المشهور عند الشافعية^(٢). وفي بيان مذهب الحنابلة يقول ابن قدامة: «وقال أبو الخطاب^(٣): إن كان الوقف على آدمي معين ففي اشتراط القبول وجهان»، ثم قال: «وإن قلنا يفتقر إلى القبول فردّه من وقف عليه بطل في حقه، وصار كالوقف المنقطع ابتداء^(٤) يُخرج في صحته في حق مَنْ سواه وبطلانه وجهان^(٥)»، ولكن شيخ الإسلام لا يرى صحة هذا التخريج إذ قال: «وإذا كان الوقف على معين، ولم يقبله فالتحقيق أنه ليس كالوقف المنقطع، بل الوقف هنا صحيح قولاً واحداً^(٦)».

أدلة القول الثاني:

الدليل الأول: قياس الوقف على الهبة والوصية في عدم الانعقاد دون القبول^(٧).

اعترض عليه باعتراضين:

الاعتراض الأول: أن قياس الوقف على الوصية قياس مع الفارق، والفرق بينهما

من وجهين:

الوجه الأول: أن الوقف لا يختص بالمعين، بل يتعلق به حق من يأتي من البطون في المستقبل، فيكون الوقف على جميعهم، إلا أنه مرتب، فصار بمنزلة الوقف على الفقراء الذين لا يبطل الوقف برد واحد منهم، ولا تتوقف صحة إنشائه على قبوله، والوصية لمعين ليس فيها هذه المعاني^(٨).

الوجه الثاني: أن الوصية والهبة لا تمنع البيع والميراث، فللموصى له والموهوب له أن يبيع ما تملكه، وإذا مات يتقل إلى ورثته، بخلاف الوقف^(٩).

ويجيب عن هذا الوجه من الاعتراض: بأن ما ذكر لا يستلزم اشتراط القبول، بل

(١) حاشية الدرقي ٨٨/٤، مواهب الجليل ٢٢/٦.

(٢) حاشية الشرقاوى على التحرير ١٧٣/٢، مغنى المحتاج ٣٨٣/٢.

(٣) هو أبو الخطاب محفوظ بن أحمد بن الحسن بن أحمد الكلوزاني. درس الفقه على القاضي أبي يعلى، ولزمه حتى برع في المذهب والخلاف. وصار إمام وقته وأحد أئمة المذهب. صنف كتاباً حسناً في المذهب والاصول والخلاف. وتُقل عن أبي البركات ابن تيميه أنه كان يشير إلى أن ما ذكره أبو الخطاب في رؤوس المسائل هو ظاهر المذهب، وله مسائل يفرد بها عن الأصحاب. توفي سنة عشر وخمسمائة.

انظر تكملة ابن رجب لطبقات الحنابلة لأبي يعلى ١١٦/١ - ١١٢٠، شذرات الذهب ٢٧/٤.

(٤) مثاله أن يقف على من لا يجوز الوقف عليه كنفسه، أو عبده، أو كنيسته. وفي صحته وجهان: وجه بأنه يصح، وتنتقل المنفعة إلى جهة أخرى يجوز صرفها إليها، ووجه بأن يبطل. انظر: الإنصاف ٨/٧، ٣٣ ٢٩. المغنى ٢١٤/٨.

(٥) المغنى ١٨٧/٨، وانظر الإنصاف ٢٦/٧، ٢٧.

(٦) مختصر الفتاوى المصرية ص ٣٩٦.

(٧) مغنى المحتاج ٣٨٣/٢.

(٨) كشف القناع ٢٥٢/٤.

(٩) المغنى ١٨٨/٨.

على النقيض من ذلك يستلزم عدم اشتراط القبول، ووجه ذلك: أن الوقف لا يؤدي إلى غمك العين الموقوفة بخلاف الهبة والوصية. فهو أضعف منهما فيكون أولى منهما، بعدم اشتراط القبول.

الاعتراض الثاني: أن قياس الوقف على الهبة والوصية يدل على أن القبول شرط لاستحقاق الموقوف عليه منفعة الوقف، لا أنه شرط لصحة الوقف.

الدليل الثاني:

إن الإنسان لا يدخل في ملكه عين أو منفعة قهراً بغير رضاه، ويستثنى من ذلك الإرث ولا يستثنى غيره^(١).

ويرد عليه الاعتراض: بأن غاية ما فيه أنه يدل على أن الموقوف عليه لا يستحق منفعة الوقف دون قبول منه، وليس هذا محل الخلاف، فإن الخلاف هو في صحة الوقف دون قبول الموقوف عليه.

سبب الخلاف والترجيح:

تبين لي - من العرض السابق - أن سبب خلاف الفقهاء في المسألة: اختلافهم في تحديد حقيقة الوقف، فمنهم من ذهب إلى أنه مجرد إسقاط حق كالعق، والحق فيه لله تعالى، فلم يشترطوا القبلو لصحة إنشاء الوقف. ومنهم من ذهب إلى أنه تمليك، كالهبة به ينتقل الملك إلى الموقوف عليه المعين، فاشترطوا لصحة الوقف قبول الموقوف عليه^(٢).

والرامج في المسألة فيما يظهر بي - القول الأول القاضي بصحة إنشاء الوقف علي معين بالإيجاب وحده لأن الأدلة النقلية المثبتة لمشروعية الوقف يدل ظاهر علي أن الوقف ينشأ بمجرد الإيجاب، ولأن الوقف قرينة يقصد بها الثواب ويتحقق هذا المقصد دون قبول الموقوف عليه.

المسألة الثانية

إنشاء الوقف على غير معين بالإيجاب وحده

إذا كان الموقوف عليه جهة غير معينة، كالمساكين، والمجاهدين، أو جهة لا يتصور منها القبول، كالمساجد، فإن الوقف ينشأ بمجرد الإيجاب من الواقف، ولا يتوقف على القبول.

وهو محل اتفاق، فبه قال الحنفية^(٣)، والمالكية^(٤)، والشافعية^(٥)، والحنابلة^(٦).

(١) حاشية الشرقاوى على التحرير ١٧٣/٢، روضة الطالبين ٣٢٤/٥.

(٢) انظر أيضاً الإنصاف ٢٧/٧، مجموع فتاوى شيخ الإسلام ٢٣١/٣١.

(٣) الإيساف في أحكام الأوقاف ص ١٥، حاشية ابن عابدين ٤٩٨/٣.

(٤) التاج والإكليل بهامش مواهب الجليل ٣٢/٦، ٣٣ الشرح الكبير للدردير ٨٨/٤.

(٥) روضة الطالبين ٣٢٤/٥، مغنى المحتاج ٣٨٣/٢.

(٦) كشف القناع ٢٥٢/٤، المغنى ١٨٧/٨.

إلا أنه جاء في الإنصاف: «فإن كان على غير معين - أى الوقف - فقطع المصنف هنا: أنه لا يشترط القبول، وهو صحيح، وهو المذهب، وعليه الأصحاب، وذكر الناظم احتمالاً: أن نائب الإمام يقبله»^(١) ولم يذكر أن أحداً قال بهذا الاحتمال. والأدلة على عدم اشتراط القبول لصحة الوقف على غير معين ما يلي:

الدليل الأول:

أنه يتعذر القبول من غير المعين^(٢)، فاشتراطه يسد باب هذا النوع من الوقف.

الدليل الثاني:

القياس على الهبة والوصية، فإنهم إن كانتا لغير معين، لم يشترط لصحة قبول الموهوب له، أو الموصى له^(٣).

الدليل الثالث:

أن الوقف على المساجد أشبه بالعتق، فإن الحق في كل منهما خالص لله تعالى، والعتق لا يشترط لصحته قبول العتيق، والدليل على أن الحق في الوقف على المساجد خالص لله تعالى ﴿وَأَنَّ الْمَسَاجِدَ لِلَّهِ فَلَا تَدْعُوا مَعَ اللَّهِ أَحَدًا﴾^(٤).

المسألة الثالثة

أثر قبول الموقوف عليه إيجاب الواقف

البحث في أثر قبول الواقف فرع عن القول بعدم اشتراط القبول، وبه يتبين أثر القبول في تمام الوقف ونفوذ أثر الإيجاب.

قال الحنفية: إن قبول الموقوف عليه شرط لاستحقاقه منفعة الوقف، فإذا لم يقبل فإنه لا يستحقها، وتنتقل إلى غيره. وليس له أن يقبل بعد أن رد. وإذا رد جميع الموقوف عليهم الوقف ينتقل استحقاق المنفعة إلى المساكين، سواء أذكرهم الواقف في إيجابه أم لم يذكرهم^(٥).

وقال المالكية: إذا رد الموقوف عليه الوقف ولم يقبله فإنه لا يملك المنفعة، وتنتقل إلى المساكين، أو يبطل الوقف^(٦).

(١) الإنصاف ٢٦/٧، وهو أيضاً في الفروع ٥٨٩/٤.

(٢) الشرح الكبير للدردير ٨٨/٤، مغنى المحتاج ٣٨٣/٢.

(٣) كشف القناع ٢٥٢/٤، المغني ١٨٧/٨.

(٤) مجموع فتاوى شيخ الإسلام ٣١ / ٢٣١، والآية في سورة الجن، رقم ١٨.

(٥) أحكام الوقف لهلal ص ١١، حاشية ابن عابدين ٤٩٨/٣.

(٦) حاشية الدسوقي ٨٨/٤، الخرشي ٩٢/٧، علي ما سبق تفصيله في ص ١٤٤.

والشافعية اختلفوا علي قولين فمنهم من قال: لا يشترط لاستحقاق الموقوف عليه منفعة الوقف أن يقبل، فإنه يستحقها بمجرد الإيجاب من الواقف، حتى ولو صرح برد الإيجاب. ومنهم من قال: يشترط لكي يكتفى في القبول أن يتناول المنفعة، مع عدم تصريحه برد إيجاب الواقف^(١).

ويظهر لي أن الحنابلة أيضاً اختلفوا في هذه المسألة، فمذهب بعضهم أنه إذا رد الموقوف عليه إيجاب الواقف، أو سكت عن القبول، فإن استحقاق المنفعة ينتقل إلي غيره^(٢). ومذهب آخرين أنه لو رد غلة الوقف سنة، ثم رغب فيها أخرى فإنه يستحق ما قبله^(٣).

وقال شيخ الإسلام يكفي في القبول أن يأخذ الموقوف عليه ريع الوقف^(٤). والذي يظهر لي رجحانه: أن القبول ليس شرطاً لاستحقاق الموقوف عليه منفعة الوقف؛ لأنه استحق المنفعة بتبرع من الواقف، فيكفي أن يأخذ ريع الوقف، أو ينتفع به، إلا أنه إذا رد الإيجاب، ولم يباشر الاستفادة من الوقف، فإن المنفعة تصرف إلى غيره؛ حيث لا يتعطل الوقف، ويفوت مقصود الشارع ومقصود الواقف من الوقف.

المسألة الرابعة

حكم رجوع الواقف عن إيجابه

المسألة فيها قولان

القول الأول:

يجوز للواقف الرجوع عن الوقف متى شاء. هو قول أبي حنيفة، قال ابن عابدين^(٥): «كان أبو حنيفة لا يجيز الوقف فأخذ بعض الناس بظاهر هذا اللفظ، وقال: لا يجوز الوقف عنده، والصحيح أنه جائز

(١) روضة الطالبين ٣٢٤/٥، ٣٢٥.

(٢) كشف القناع ٢٥٢/٤، المقنع ص ١٦٢.

(٣) الفروع ٥٨٩/٤.

(٤) اختيارات شيخ الإسلام، انظر الفتاوي الكبرى ٤٢٧/٥.

(٥) هو محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي. فقيه الديار الشامية. وإمام الحنفية في عصره. اشتغل أول أمره بالتجارة، ثم اتجه إلى العلم. وأول ما تفقه على المذهب الشافعي. كان غيوراً على الدين أمراً بالمعروف ناهياً عن المنكر، مسموع الكلمة عند الولاة. توفي في دمشق سنة ١٢٥٢ هـ. انظر الاعلام ٤٢/٦، والترجمة التي كتبها ابن ابن عابدين في تكملة لكتاب والده «رد المحتار».

عند الكل، وإنما الخلاف بينهم في اللزوم وعدمه، فعنده يجوز جواز الإعارة فتصرف منفعته إلى جهة الوقف ومع بقاء العين على حكم ملك الواقف، ولو رجع عنه حال حياته جاز مع الكراهة ويورث عنه، ولا يلزم إلا بأحد أمرين: إما أن يحكم به القاضى، وإما أن يخرج الواقف مخرج الوصية عندهما - أى الصاحبين - يلزم دون ذلك وهو قول عامة العلماء، وهو الصحيح^(١)، وهو قول الشعبي^(٢). والقاضى شريح^(٣).

ودليل القول الأول:

الحديث المروى عن عبد الله بن عباس - رضى الله عنهما - أنه قال: (سمعت رسول الله ﷺ بعد ما أنزلت سورة النساء وفرض فيها الفرائض يقول: لا حبس بعد سورة النساء)^(٤).

واعترض على الاستدلال بالحديث باعتراضين: أحدهما من جهة الإسناد، والآخر من جهة المعنى. فمن حيث الإسناد: حكم كثير عن الأئمة عليه بالضعف؛ لوجود رجلين ضعيفين فيه، هما ابن أبي لهيعة عبد الله، وعيسى^(٥). ومن حيث المعنى: قيل إن المراد بالحديث النهى عن حبس المال عن وارثه، وعدم إطلاقه إلى يده، وهو ما كان يفعله العرب في الجاهلية^(٦).

القول الثانى:

للواقف أن يرجع عن الوقف ما لم يقبض الموقوف عليه. أو ناظر الوقف العين الموقوفة.

هو قول عند الحنفية^(٧)، وقول الإمام مالك^(٨)، ورواية عن الإمام أحمد^(٩). وزاد

(١) حاشية ابن عابدين ٣٣٨/٤، ومثله فى الإسعاف ص ٣.

(٢) البسوط ٢٩/١٢.

والشعبى هو: أبو عمر عامر بن شراحيل الكوفى وكذا لست سنين مضت من خلافة عمر على المشهور. وأدرك خمسمائة من الصحابة. قال عن نفسه: ما حدثني رجل بحديث فأحببت أن يعيده. قال أبو مخلد: ما رأيت أفتقه من الشعبى. وقال عبد الملك بن عمير: مر ابن عمر على الشعبى وهو يحدث بالمغازى، فقال: شهدت القوم فلهم أحفظ لها وأعلم بها. مات سنة ثلاثة ومائة. انظر طبقات الحفاظ ص ٤٠.

(٣) شرح معاني الآثار ٩٥/٤.

(٤) أخرجه الدارقطنى فى سننه ١٦٢/٦ كتاب الوقف، باب وقف المشاع. والبيهقى فى سننه ٤٥٤/٢، فى الفرائض،

والطحاوى فى شرح معاني الآثار ٩٦/٤، ٩٧.

(٥) نصب الراية ٤٧٦/٣ نيل الأوطار ٢٣/٦.

(٦) حكاه البيهقى عن الشافعى عن مالك فى السنن الكبرى ١٦٣/٦، ورجحه الشوكانى فى نيل الأوطار ٢٣/٦.

(٧) حاشية ابن عابدين ٣٤٣/٤، ٣٤٥، البسوط ٣٥/١٢.

(٨) المحرشي ٨٣/٧.

(٩) كشاف القناع ٢٥٤/٤، المغنى ١٨٧/٨.

مالك: أنه يشترط أن تبقى العين الموقوفة في حوزة الموقوف عليه أو الناظر سنة كاملة، فإن مضت فليس للواقف الرجوع، وقبلها أن يرجع^(١).

أدلة القول الثاني:

الدليل الأول:

أن عمر - رضى الله عنه - جعل وقفه في يد ابنته حفصة، وإنما فعل ذلك ليتم وقفه، وهو قبل تمامه غير لازم، يجوز الرجوع عنه^(٢).

واعترض عليه: بأن عمر - رضى الله عنه - إنما جعل وقفه في يد ابنته حفصة؛ لكثرة أعماله فخشى التقصير في القيام به، ولأنه رغب في أن يكون في يدها بعد موته^(٣).

ويجاب عنه: بأنه تكلف في تفسير فعل عمر، وما ورد في الاستدلال هو الأقرب للصحة، والله أعلم.

الدليل الثاني:

أن الوقف تبرع، فناسب ذلك أن يكون تسليمه أيضاً تبرعاً، فإذا كان كذلك جاز له الرجوع، ولا يجبر على تسليمه. فلذلك لا تتم الهبة ولا الصدقة ولا تلزمان إلا بالقبض. والوقف مثلهما، في أن الجميع تبرع، فيكون مثلهما في أنه لا يلزم إلا بالقبض، وقبله يجوز الرجوع عنه^(٤).

واعترض عليه بأنه قياس مع الفارق، فإن الهبة والصدقة فيهما غليك للعين الموهوبة، أو المتصدق بها، أما الوقف فلا يملك فيه الموقوف عليه العين الموقوفة، وإما يملك منفعتها، فتبقى العين في يد الواقف، وإذا أخرجها من يده فإنها تكون في يد ناظر الوقف المولى من قبله، فلا يترتب على الإقباض كبير أثر^(٥).

الدليل الثالث:

أن الوقف المعروف من يده إلى غيره، يوكل فيه من يقوم به^(٦).
ويعترض عليه بأن هذا ليس شرطاً لصحة الوقف، ولا هو من أركانه.

(١) الخرشى ٨٣/٧.

(٢) المبسوط ٣٦/١٢، كشاف القناع ٢٥٤/٤، المغنى ١٨٧/٨. والآخر أخرجه الحافظ في الفتح ٤٧١/٥ عن الدارقطنى وعن غيره.

(٣) المبسوط ٣٦/١٢.

(٤) المبسوط ٣٥/١٢، المغنى ١٨٧/٨.

(٥) المبسوط ٣٥/١٢، المغنى ١٨٧/٨.

(٦) المغنى ١٨٧/٨.

القول الثالث:

ليس للواقف الرجوع إذا نشأ الوقف بالقول، ولو لم يتم القبض.
هو قول عند الحنفية^(١)، وقول الشافعية^(٢)، ورواية عن الإمام أحمد^(٣).

دليل القول الثالث:

أن الوقف كالعق، في أن كلا منهما فيه إزالة الملك إلى غير مالك من العباد، وفي أن كلاهما يمنع التصرف بالبيع، والهبة، والوصية، وغير ذلك، والعق يلزم بمجرد القول، ولا يمكن الرجوع عنه بعد صدوره، فيجب أن يكون الوقف مثله^(٤).

الترجيح:

الذى يظهر لى رجحانه، أن الواقف ليس له الرجوع إذا أوجب بلسانه وأخرج الوقف عن يده، ومكّن الموقوف عليه منه؛ لأن الوقف حبس لأصل المال، وبهذا يفترق عن العارية، وأما رجوعه بعد الإيجاب، وقبل الإقباض، فلم يتبين لى فيه ترجيح.

(١) حاشية ابن عابدين ٣٤٣/٤، المبسوط ٣٥/١٢.

(٢) روضة الطالبين ٣٢٤/٥، مغنى المحتاج ٣٨٣/٢.

(٣) المغنى ١٨٧/٨.

(٤) المبسوط ٣٦/١٢، المغنى ١٨٧/٨.

المطلب الثاني

إنشاء الوصية بالإيجاب وحده

وفيه تمهيد، ومسألان:

المسألة الأولى: إنشاء الوصية لشخص معين بالإيجاب وحده.

المسألة الثانية: إنشاء الوصية لشخص غير معين بالإيجاب وحده

التمهيد: فى التعريف بالوصية، وبيان مشروعيتها:

عرفها الحنفية: بأنها تملك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع^(١). وقال ابن قدامة هى: التبرع بالمال بعد الموت^(٢).

وأجمع أهل العلم على مشروعيتها^(٣)، وأدلتهم على ذلك كثيرة: منها قول الله تعالى ﴿كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيراً الوصية للوالدين والأقربين بالمعروف حقاً على المتقين﴾^(٤).

وكانت الوصية واجبة ثم نُسخ الوجوب بنزول آيات الموارث وبقي الاستحباب. وحديث ابن عمر - رضي الله عنه - أن رسول الله ﷺ قال: (ما حق امرئ مسلم يبني ليلتين وله شيء، إلا ووصيته مكتوبة عند رأسه)^(٥).

(١) الدر المختار مع حاشية ابن عابدين ٦/٦٤٨.

(٢) المغني ٨/٣٨٩، وانظر حاشية الدسوقي ٤/٤٢٢، نهاية المحتاج ٦/٤١.

(٣) الإفصاح لابن هبيرة ٢/٧٠، نهاية المحتاج ٨/٣٨٩، المغني ٨/٣٨٩.

(٤) سورة البقرة الآية رقم ١٨٠.

(٥) أخرجه البخاري في صحيحه ٥/٤١٩، أول باب في كتاب الوصايا.

المسألة الأولى

إنشاء الوصية لمعين بالإيجاب وحده

اتفق أهل العلم على أن الوصية تنشأ بإيجاب من الموصى، وأنه لا يشترط القبول لصحة إنشائها، وإنما يشترط للزومها وتتمامها، ويشترط أيضاً لانتقال ملكية الموصى به إلى الموصى له، وذلك على قول جمهور أهل العلم، بينما ذهب زفر^(١) والإمام أحمد في رواية إلى عدم اشتراطه للزوم الوصية ولا لانتقال الملك. والقبول المعتبر في كل الأحوال هو الذي يقع من الموصى له بعد موت الموصى. وهذا الاتفاق لم أجد من نص عليه صراحة من متقدمي أهل العلم، وإنما خلصت إليه بعد النظر في كلام أهل العلم حول القبول في الوصية. ولهذا السبب فإنني سأعرض المسألة بشكل فيه شيء من الاختلاف عما التزمته في عرض باقي المسائل. والاختلاف يتلخص فيما يلي:

(١) أذكر البحث في كل مذهب على حدة.

(٢) جمعت في عرض كل مذهب بين ثلاث مسائل مترابطة، وهي:

صحة الوصية بالإيجاب من غير قبول. وأثر القبول على الوصية. وأثر قبول الموصى له. ثم عرضت مسألة رجوع الموصى عن الإيجاب في نهاية عرض المذاهب.

مذهب الحنفية:

صرح كثير من الحنفية: بأن القبول ليس شرطاً لصحة الوصية، وإنما هو شرط ثبوت الملك للموصى له^(٢)، عند من اشترطه.

وجاء في مجمع الأنهر: أن ركن الوصية أن يقول الموصى: «أوصيت بكذا لفلان»^(٣).

(١) هو زفر الهذلي بن قيس العبدي. أحد أصحاب الإمام أبي حنيفة، وعين من أعيان المذهب. كان الإمام يجعله ويقول: هو أقيس أصحابي. وقال فيه أيضاً: زفر إمام من أئمة المسلمين. وقال ابن معين، وابن حاتم، وأبو نعيم: زفر ثقة مأمون. اشتغل أول أمره بعلم الحديث. ثم غلب عليه الفقه والقياس. جمع إلى علمه الورع والزهد. توفي سنة ثمان وخمسين ومائة.

(٢) بدر المتقي بهامش مجمع الأنهر ٦٩٣/٢، العناية مع تكملة فتح القدير ٣٥٦/٩.

(٣) ٦٩١/٢.

وعند مقابلة هذه النقول مع نقول أخرى تفيد أن القبول فى الوصية ركن عند أبى حنيفة وصاحبيه يبدو شىء من التعارض فيها.

يقول الكاسانى^(١): وأما ركن الوصية فقد اختلف فيه، قال أصحابنا الثلاثة: هو الإيجاب والقبول من الموصى له، فما لم يوجد جميعاً لا يتم الركن، وإن شئت اليأس من رده بموته، وهذا أسهل لتخريج المسائل على ما نذكر. وقال زفر فى إحدى الروايتين عنه: الركن هو الإيجاب من الموصى فقط.

وتعليقه لذلك: أن ملك الموصى به بمنزلة ملك الوراثة، فكما أن ملك الوراثة للميراث لا يفتقر إلى قبوله فكذا ملك الموصى له للموصى به، والجامع بين ملك الميراث وملك الموصى به أن كلا منهما ينتقل بالموت. ثم رد الكاسانى على هذا التعليل بقوله: ولنا قوله تبارك وتعالى ﴿وَأَنْ لَّيْسَ لِلْإِنْسَانِ إِلَّا مَا سَعَى﴾^(٢).

فظاهره ألا يكون للإنسان شىء دون سعيه، فلو ثبت الملك للموصى له من غير قبول لثبت من غير سعيه وهذا منقضى، إلا ما خصّ بدليل^(٣).

ولأن القول بثبوت الملك له من غير قبوله يؤدى إلى الإضرار به من وجهين:

الوجه الأول: أنه يلحقه ضرر المنة.

الوجه الثانى: أن الموصى به قد يكون شيئاً يتضرر به الموصى له، كالعبد المقعد ونحو ذلك^(٤).

وعلى هذه الشاكلة وجدت الحنفية يعرضون المسألة، فيتبين من خلال هذا العرض: أن الخلاف بين زفر وأئمة المذهب هو فى اشتراط القبول لثبوت الملك، لا فى اشتراطه لصحة الوصية^(٥).

وقالوا فى التعليل لاشتراط القبول: إن الوصية من جانب الموصى قد تمت بموته تماماً لا يلحقها الفسخ من جهته، وإنما توقفت لحق الموصى له^(٦).

ومن الآثار المترتبة على الاختلاف فى اشتراط القبول لثبوت الملك:

أنه إذا أوصى رجل لآخر بجاريته التى ولدت بالنكاح من الموصى له، فإنها

(١) هو أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاسانى. الملقب بملك العلماء. مؤلف كتاب «البدائع»، وهو شرح كتاب «تحفة الفقهاء». توفي سنة سبع وثمانين وخمسمائة. انظر الفكر السامى ٨٢/٢.

(٢) سورة النجم الآية: ٣٩.

(٣) بدائع الصنائع ٣٣١/٧.

(٤) بدائع الصنائع ٣٣١/٧، ٣٣٢.

(٥) حاشية ابن عابدين ٦/٦٥٠، المبسوط ٢٨/٤٧، ٤٨.

(٦) الهداية مع تكملة فتح القدير ٩/٣٥٨.

لا تصير أم ولد للموصى له، ما لم يقبل الوصية، أو يموت قبل أن يقبل أو يرد الوصية، فيقوم ذلك مقام القبول. فإذا مات أو قبل صارت أم ولد له؛ لأنه ملك جارية قد ولدت منه بالنكاح، فتصير أم ولد له وينسخ النكاح^(١).

أما على قول زفر، بعدم اشتراط القبول لثبوت الملك فإنها تصير أم ولد له وينسخ عقد النكاح بمجرد صدور الإيجاب، ودون أن يتوقف ذلك على القبول.

مذهب المالكية:

قال خليل^(٢): «وقبول المعين شرط بعد الموت، فالملك له بالموت»^(٣). وقال الخطاب في تبين المقصود بكلمة «شرط»: قبول الموصى له شرط في وجوبها^(٤). وقال الخرشي^(٥): «قوله - شرط - أى فى اللزوم، أى فى لزومها للموصى، فلا ينافيه قوله فالملك له بالموت؛ لأن القبول بعد الموت كاشف للملكه بالموت، لا فى الصحة؛ لأنها صحيحة مطلقاً»^(٦).

وملك الموصى به قبل القبول، فإن قبل الموصى له بعد موت الموصى تبين أن العين الموصى بها دخلت فى ملكه بموت الموصى، وإن رده تبين أنها لم تزول على ملك الموصى. وبناء على ذلك فإن الغلة الحادثة بعد موت الموصى وقبل القبول هى للموصى له. وهذا هو المشهور فى المذهب^(٧).

ومما يتعلق بمسألة القبول وينبنى عليها عند المالكية، احتساب ثناء الموصى به وغلته من الثلث، أو عدم احتسابه عند تقويم الموصى به.

فاختار بعض المالكية أن الموصى به يُقَوَّم عند القبول بعد موت الموصى بما نتج

(١) بدائع الصنائع ٣٣٢/٧، المبسوط ٤٨/٢٨.

(٢) هو ضياء الدين أبو المودة خليل بن إسحاق بن موسى بن شعيب. حامل لواء مذهب مالك فى زمانه بمصر مع أن أباه كان حنفى المذهب. وضع مختصراً فى المذهب بين فيه المشهور، فيه فروع كثيرة جداً مع الإيجاز، وكان ملخصاً فى غاية الإتقان حتى أنه أصبح مقصد المالكية فى كل مكان، وكثرت عليه الشروح حتى وضع عليه أكثر من مائة تعليق ما بين شرح وحاشية. توفى سنة تسع وستين وسبع مائه. انظر مقدمة مختصر خليل ٣ - ٧.

(٣) مختصر خليل ص ٣٠١.

(٤) مواهب الجليل ٣٦٧/٦.

(٥) هو أبو عبد الله محمد بن على الخراسي. انتهت إليه الرئاسة فى العلم فى مصر، حتى أنه لم يبق فيها أواخر عمره إلا طلبته وطلبة طلبته. وهو أول من تولى مشيخة الأزهر. كان ورعاً متواضعاً محبوباً لدى العامة والخاصة. نسبت إلى قرية يقال لها أبو خراش، لكنه اشتهر بالخرشي لا الخراسي. له شرح نفيس على مختصر خليل. توفى سنة إحدى ومائة وألف.

انظر الأعلام ٢٤٠/٦، ٢٤١، وانظر ترجمة العدوى للخرشي فى مقدمة شرح الخرشي على مختصر خليل.

(٦) الخرشي ١٦٩/٨.

(٧) التاج والإكليل بهامش مواهب الجليل ٣٦٦/٦، شرح منيع الجليل ٦٤٥/٤.

عنه من غلة. واختار آخرون من المالكية أنه يقوم بلا غلة؛ لأن الموصى به دخل فى ملك الموصى له بمجرد موت الموصى، فالغلة بعده وقبل يوم نفاذ الوصية كلها للموصى له^(١).

وعبروا عن حكم الوصية إذا ردها الموصى له بقولهم، «ويطلب برده»^(٢).

وإذا مات الموصى له قبل قبول الوصية فإن الوصية تكون بين حالتين:

إما أن يحكم ببطلانها - وهو قول عند المالكية - والتعليل له: أن الوصية تحتاج إلى قبول الموصى له، وإنما تكون لورثته إذا قبلها، فإذا لم يقبل سقط حقهم فيها، ورجعت لورثة الموصى^(٣).

وإما أن ينتقل حق القبول للورثة؛ حتى لو كان الموصى له مات وهو لا يعلم بالوصية، وبه قال ابن القاسم من المالكية^(٤)، وأدخل عليه الخرشى قيدا بقوله: اللهم إلا أن يريد الموصى الموصى له بعينه فليس لوارثه القبول^(٥).

وفى قول ثالث عندهم: ينتقل ملك الموصى به للورثة بمجرد موت الموصى له، ولا يتوقف ذلك على قبولهم، وليس لهم رد الوصية^(٦).

مذهب الشافعية:

صنف الشافعية الوصية ضمن العقود التى تفتقر إلى القبول لفظاً^(٧)، ونصوا على أنه لا يكتفى فى إنشائها بعدم الرد^(٨). واستثنى بعضهم الوصية بالعق فتنشأ - عنده - من غير قبول، فلو قال «أعتقوا عبدى بعد موتى»، فأعتقوه بعد موت الموصى عتق ولو لم يقبل العبد؛ لأنها وصية بشئ فيه حق لله تعالى؛ فكان الوصية لجهة عامة^(٩).

وفى تعيين الوقت الذى يملك فيه الموصى له الموصى به ثلاثة أقوال عندهم:

القول الأول: أنه يملكه بموت الموصى.

(١) الخرشى ١٦٩/٨، شرح منج الجليل ٦٤٥/٤.

(٢) مختصر خليل ص ٣٠١.

(٣) مواهب الجليل ٣٦٧/٦.

(٤) المدونة ٣٥/٦.

(٥) الخرشى ١٦٩/٨.

(٦) مواهب الجليل ٣٦٧/٦.

(٧) مغنى المحتاج ٥٣/٣، نهاية المحتاج ٦٦/٦.

(٨) الأشباه والنظائر للسيوطى ص ٢٧٨، ٢٧٩.

(٩) مغنى المحتاج ٥٣/٣.

القول الثاني: أنه يملكه بالقبول بعد موت الموصى .

القول الثالث: أن الملك موقوف، فإن قبل بعد موت الموصى تبين أنه ملك بالموت، وإلا بان أنه كان للوارث^(١).

وفى أثر رد الإيجاب على الوصية ذهب الشافعية إلى التفصيل التالي:

إن وقع الرد فى حياة الموصى فلا أثر له .

وإن وقع بعد موت الموصى فله أحوال:

الأولى: كأن يقع قبل القبول، فترتد الوصية، ويستقر الملك للورثة فى الموصى به .

الثانية: أن يقع بعد القبول، وبعد القبض، فلا يصح رده، فإن رضى الورثة فهو ابتداء تمليك منه لهم .

الثالثة: أن يقع الرد بعد القبول وقبل القبض، فقولان أصحهما ليس له ذلك^(٢).

وإذا مات الموصى له قبل القبول والرد، وبعد موت الموصى، فإن الحق فى القبول ينتقل إلى وارثه^(٣).

مذهب الحنابلة

فى تبين أثر القبول فى الوصية يقول ابن رجب^(٤): «الموصى له هل يملك الوصية من حين الموت، أم من حين قبولها لها؟ فى المسألة وجهان معروفان. وعلى القول بأنه إنما يملكها من حين قبوله فهل هى قبله على ملك الميت، أو على ملك الورثة؟ على وجهين أيضاً، وأكثر الأصحاب على القول بأنه ملك للموصى له، بل نص أحمد فى مواضع على أنه لا يعتبر له القبول، فيملكه قهراً كال ميراث، وهو وجه للأصحاب حكاه غير واحد^(٥). وقال ابن قدامة: ولا يملك الموصى له الوصية إلا بالقبول إذا كانت لمعين يمكن القبول منه، فأما إن كانت لغير معين، ومن لا يمكن حصرهم، كبنى هاشم وتميم، أو على مصلحة كمسجد، لم يفتقر إلى قبول، ولزمت بمجرد موت الموصى^(٥).

(١) روضة الطالبين ١٤٢/٦.

(٢) روضة الطالبين ١٤٢/٦، شرح المحلى على المنهاج وحاشيتى قلوبى وعميرة ١٦٥/٣، ١٦٦.

(٣) مغنى المحتاج ٥٤/٣، نهاية المحتاج ٦٦/٦.

(٤) هو شهاب الدين أحمد بن الشيخ الإمام رجب عبد الرحمن البغدادي، الشهير بابن رجب لقب جده عبد الرحمن. حافظ ثقة. أجازه ابن النقيب والنوى. واشتغل بسمع الحديث باعتهاء والده. قال ابن حجر: أتقن فن الحديث وصار أعرف أهل زمانه بالعلل، وتبع الطرق. وتخرج به غالب الحنابلة بدمشق وكانت مجالس تذكيره مباركة مؤثرة. له مصنفات نافعة منها القواعد. توفى سنة خمس وتسعين وسبع مائة.

انظر شذرات الذهب ٣٣٩/٦، ٣٤٠، طبقات الحفاظ ص ٥٤٠.

(٥) قواعد ابن رجب، المسائل الملحقه بالقواعد، المسألة الحادية عشرة ص ٣٩٧.

(٥) المغنى ٤١٨/٨.

والدليل على أنها لا تملك إلا بعد قبول القياس على البيع والهبة^(١).

وتفريعاً على القول بأن الوصية لا تملك إلا بالقبول، قال بعض الحنابلة: إن الملك يثبت من حين القبول، وقال آخرون: إنه إذا قبل تبينا أن الملك ثبت حين موت الموصى^(٢).

ولا يتعين القبول باللفظ بل يجزئ ما قام مقامه من الفعل الدال على التراضى، كما هو الحال فى البيع والهبة^(٣).

وإذا رد الموصى له الوصية بعد موت الموصى، فلذلك أحوال:

الأولى: أن يقع الرد قبل القبول فتبطل الوصية.

الثانية: أن يقع الرد بعد القبول والقبض، فلا تبطل، وإن تراضى مع الورثة على أن لا يأخذ الموصى به، فإن ذلك يكون هبة منه لهم.

الثالثة: أن يقع الرد قبل القبض وبعد الموت، ففي بطلانها قولان^(٤).

وإذا مات الموصى له قبل موت الموصى بطلت الوصية. وإذا مات بعد موت الموصى دون أن يقبل، أو يرد قام وارثه مقامه فى القبول والرد؛ لأنه حق ثبت للمورث فينتقل إلى الوارث بعد موته^(٥)، وفى رواية تبطل الوصية.

والعلة فى ذلك: أن الوصية تفتقر إلى القبول، فإذا مات الموصى له قبل صدور القبول بطلت كالهبة^(٦).

وأما رجوع الموصى عن الوصية: فقد قال فيه ابن رشد^(٧): «وهذا العقد عندهم هو من العقود الجائزة باتفاق، أعنى أن للموصى أن يرجع فيما أوصى به، إلا المدبر فإنهم اختلفوا فيه»^(٨). والمدبر هو: العبد الذى يُعلق سيده عتقه على موته - أى

(١) السابق، كشف القناع ٣٤٤/٤٤، المبدع ١٩/٦.

(٢) قواعد ابن رجب ص ٣٩٧.

(٣) كشف القناع ٣٤٤/٤.

(٤) السابق، المبدع ٢٠/٦.

(٥) كشف القناع ٣٤٦/٤.

(٦) المبدع ٢١/٦.

(٧) هو محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن أحمد بن رشد، المشهور بالحفيد. من أهل قرطبة. برع فى علمى الأصول والفقه، كما برع فى علم الطب. وكانت الدراية أغلب عليه من الرواية. وكان على علم مكانه شديد التواضع. له تأليف جليلة منها كتاب «بداية المجتهد، ونهاية المقتصد». تولى القضاء بقرطبة وحمدت سيرته. توفى سنة خمس وتسعين وخمسمائة.

انظر الديباج المذهب ٢٥٧/٢ - ٢٥٩.

(٨) بداية المجتهد ٣٣٦/١، وانظر الأم ١١٨/٤، كشف القناع ٣٤٨/٤.

السيد - أما الوصية بالعتق فهي: أن يوصى بعتق عبده^(١). فجعل الشافعية^(٢)، والحنابلة^(٣) في قول حكمهما واحد، وهو جواز الرجوع عن التدبير وعن الوصية. وفرق الحنفية^(٤) والمالكية^(٥) في قول. وبعضالحنابلة^(٦) بين التدبير والوصية بالعتق، فقالوا: لا يجوز الرجوع عن التدبير، ويجوز الرجوع عن الوصية بعتق كسائر الوصايا.

ودليل جواز الرجوع عن الوصية: قول عمر - رضى الله عنه - : يُغَيَّر الرجل ما شاء من وصيته^(٧). ونحوه، عن عائشة - رضى الله عنها -^(٨). ولأنها عطية تنجز بالموت فجاء له الرجوع عنها قبل تنجزها، كهبه ما يفتقر إلى القبض قبل قبضه^(٩). وقال ابن حزم: ولأن سائر الوصايا - غير العتق - إنما هي مواعيد، والوعد لا يلزم إنفاذه^(١٠).

ويعترض عليه: بأن فيه خلطاً بين العقد والوعد، فإن العقد إنشاء، والوعد إخبار والإيجاب بالوصية هو إنشاء ولا إخبار.

المسألة الثانية

إنشاء الوصية لغير معين بالإيجاب وحده

اتفق أهل العلم على أن الوصية لغير معين تنشأ بالإيجاب وحده. فعليه نص الحنفية^(١١)، والمالكية^(١٢)، والشافعية^(١٣) والحنابلة^(١٤).

(١) بداية المجتهد ١/٣٣٨، المبدع ٦/٣٢٥، ٣٢٦.

(٢) أسنى المطالب ٤/٤٦٨، مغنى المحتاج ٤/٥١٢.

(٣) المبدع ٦/٣٢٨، المغنى ١٤/٥١٢.

(٤) بدائع الصنائع ٤/١٢٠، ١٢١.

(٥) بداية المجتهد ١/٣٨٨، ٣٨٩.

(٦) المبدع ٦/٣٢٨، المغنى ١٤/٤٢٢.

(٧) أخرجه عبد الرزاق فى مصنفه ٩/٧١، كتاب الوصايا، باب الرجل يعود فى وصيته. وأخرجه الدارمى فى سننه ٢/٤١٠. قال الألبانى فى إرواء الغليل ٦/٩٩ «وهذا سند صحيح، رجاله ثقات، إن كان عمرو بن شعيب سمعه من عبد الله بن أبى ربيعة، فإن كان هذا عبد الله بن أبى ربيعة المخزومى، المكى، الصحابى، وإلا فلم أعرفه».

(٨) أخرجه الدارمى فى سننه ٢/٤١٠. وقال الألبانى فى الإرواء ٦/٩٩: «إسناده صحيح وسكت عليه الحفاظ».

(٩) كشف القناع ٤/٣٤٨.

(١٠) المحلى ٩/٣٤٢.

(١١) بدائع الصنائع ٧/٣٤٣.

(١٢) التاج والإكليل بهامش مواهب الجليل ٦/٣٦٦، شرح منح الجليل ٤/٦٤٥.

(١٣) حاشية عميرة على شرح المحلى ٣/١٦٥، نهاية المحتاج ٦/٦٦.

(١٤) كشف القناع ٤/٣٤٤، المغنى ٨/٤١٨.

ولم أجد أقوالاً بخلاف ذلك إلا قولاً لابن الرفعة^(١) في الوقف على المسجد خاصة، إذ قال: «لا بد من قبول قيم المسجد فيما نظنه»^(٢). وعللوا له: بأن الوقف على مسجد وقف على معين^(٣).

فلا يكون هذا القول معارضاً الأصل المتفق عليه؛ لأنه في غير بابه. واستدل أهل العلم على إمكان إنشاء الوصية لغير معين بالإيجاب وحده بثلاثة أدلة:

الدليل الأول:

أن اعتبار القبول من جميع الموصى لهم متعذر - في حالة كونهم غير محصورين - وفي الوقت نفسه لا يصح أن يكتفى بقبول بعضهم، لأنه ليس أولى من غيره بذلك، فسقط اعتبار القبول^(٣).

الدليل الثاني:

أن الملك لا يثبت للموصى لهم بالقبول، بل يثبت لكل واحد منهم بالقبض، فيقوم قبضه مقام قبوله^(٤).

الدليل الثالث:

قياس الوصية لغير معين على الوقف على غير معين، فإنه ينشأ بالاتفاق بالإيجاب وحده، والجامع بينهما أن المتبرع له في كل منهما غير معين^(٥).

(١) هو نجم الدين أبو العباس أحمد بن محمد بن علي بن مرتفع بن صارم بن الرفعة. شيخ الشافعية مع كثرة الأئمة في عصره. سمع الحديث من الدمي، وغلب عليه الفقه. باشر حسيه مصر، ودرس بالمدرسة المعزنية بها. من تصانيفه «المطلب في شرح الوسيط». توفي بمصر سنة عشر وسبع مائة. انظر طبقات الشافعية الكبرى للسبكي ٢٣/٩ - ٢٧، طبقات الشافعية لابن شعبة رقم ٥٠٠.

(٢) مغني المحتاج ٥٣/٣.

(٣) الخرشي ١٦٩/٨، كشاف القناع ٣٤٤/٤، المغني ٤١٨/٨.

(٤) المغني ٤١٨/٨.

(٥) بدائع الصنائع ٣٤٣/٧.

المبحث الثاني

إنشاء الجعالة بالإيجاب وحده

وفيه تمهيد، وثمانية مطالب.

المطلب الأول: حكم الإيجاب فى الجعالة.

المطلب الثانى: الإيجاب الموجه إلى غير معين (للجمهور).

المطلب الثالث: الإيجاب الموجه إلى معين.

المطلب الرابع: مباشرة العامل العمل دون علم منه بالإيجاب الصادر عن صاحب العمل.

المطلب الخامس: إنشاء الجعالة بالإيجاب دون قبول.

المطلب السادس: رجوع صاحب العمل عن إيجابه.

المطلب السابع: رد العامل للإيجاب الموجه إليه.

المطلب الثامن: ما يثبت به الجعل للعامل.

1

2

التمهيد: فيه التعريف بالجعالة، وبيان حكمها

الفرع الأول: التعريف بالجعالة، وبيان الفرق بينها وبين ما يقاربها.
الجعالة هي: التزام عوض معلوم على عمل معلوم، أو مجهول، لشخص معين، أو مجهول^(١).

وأهم الفروق بين الجعالة والإجارة: أن الجعالة تكون في حالات العمل التي لا تصح فيها الإجارة، كأن يتفق صاحب العمل مع عامل على رد بهيمة ضائعة مكانها غير معلوم، أو يتفق مع طبيب على معالجة مريض على ألا يستحق الطبيب العوض إلا بشفاء المريض. فذلك كله لا يصح إجارة؛ لأن العمل المقصود مجهول. أو يكون العامل غير معين كأن يقول صاحب العمل: «من خاط ثوبى فله مائة ريال». ولا يستحق العامل في الجعالة الجعل إلا بعد تمام العمل على خلاف الإجارة، فإن الأجير كلما أنجز جزءاً من العمل استحق أجرته. وفي الجعالة يصح أن يكون الجعل مجهولاً بخلاف الإجارة، فإنه لا بد لصحتها من أن تكون الأجرة معلومة^(٢).

والفرق بين الجعالة والجوائز التي يعلن عنها مسوقو السلع: أن الجعالة عوض مقابل عمل، أما الجوائز فهي هبة.

الفرع الثاني: حكم الجعالة

لأهل العلم في مشروعية الجعالة قولان:

القول الأول: مشروعية الجعالة

هو قول الجمهور، فيه قال المالكية^(٣)، والشافعية^(٤)، والحنابلة^(٥). وورد عند المالكية قول بأنها لا تصح إلا في العمل اليسير^(٦). ونسبه ابن رشد إلى

(١) أسهل المدارك ٣٤٣/٢، تكملة المجموع ١١٥/١٥، الإنصاف ٣٨٩/٦.

(٢) الخرشي ٥٩/٧، نهاية المحتاج ٤٦٢/٥، كشف القناع ٢٠٢/٤.

(٣) شرح الخرشي، وحاشية العدوي ٥٩/٧، قوانين الأحكام ص ١٧٢، المدونة ٤٥٦/٤، ٤٥٧.

(٤) أسنى المطالب ٤٣٩/٢، ٤٤٠، الإقناع ٢٠/٢، مغنى المحتاج ٤٢٩/٢، نهاية المحتاج ٤٦٢/٥.

(٥) كشف القناع ٢٠٢/٤، مجموع فتاوى شيخ الإسلام ٥٠٦/٢٠، ٥٠٧، المغنى ٣٢٣/٨، ٣٢٤.

(٦) بداية المجتهد ٢٣٥/٢.

الشافعي^(١)، ولكن المتقرر فى كتب الشافعية القول بمشروعيتها، ولم أطلع على خلاف عندهم فى ذلك.

دليل القول الأول:

عن أبى سعيد الخدرى - رضى الله عنه - قال: (انطلق نفر من أصحاب النبى ﷺ فى سفرة سافروها حتى نزلوا على حى من أحياء العرب، فاستضافوهم، فأبوا أن يضيفوهم، فلُدغ سيد ذلك الحى، فسعوا له بكل شىء لا ينفعه شىء، فقال بعضهم: لو أتيتم هؤلاء الرهط الذين نزلوا لعله أن يكون عند بعضهم شىء، فأتوهم، فقالوا: يا أيها الرهط إن سيدنا لُدغ، وسعينا له بكل شىء لا ينفعه، فهل عند أحد منكم من شىء؟. فقال بعضهم: نعم والله، إني لأرقى، ولكن والله لقد استضيفناكم فلم تضيفونا فما أنا براقٍ لكم حتى تجعلوا لنا جُعلاً، فصالحوهم على قطع من الغنم. فانطلق يتفل عليه، ويقرأ: ﴿الحمد لله رب العالمين﴾^(٢).

فكأنما نشط من عقال، فانطلق يمشى وما به قلبه. قال: فأوفوهم جُعلهم الذى صالحوهم عليه. فقال بعضهم: أفسموا، فقال الذى رقى: لا تفعلوا حتى نأتى النبى ﷺ، فنذكر له الذى كان، فننظر ما يأمرنا. فقدموا على رسول الله ﷺ، فذكروا له، فقال: وما يدريك أنها رقية؟ ثم قال: قد أصبتم، واقسموا واضربوا لى معكم سهماً فضحك النبى ﷺ^(٣) استدلل به الجمهور على مشروعية الرقية^(٤).

القول الثانى: لا تصح الجعالة مع فقد شرط من شروط صحة الإجارة، وإذا توفرت الشروط فإنها تكون إجارة، وذلك إذا كان كل من العاقلين معلوماً والعمل معلوماً، وتم إيجاب وقبول بين صاحب العمل، وعامل معين به قال الحنفية^(٥). واستثنوا الجعالة على رد العبد الآبق، فإنها تصح عندهم مع مخالفتها للقياس فيما يرون؛ لورود النص بها^(٦).

(١) مقدمات ابن رشد ٦٣١/٢.

(٢) سورة الفاتحة، الآية الأولى.

(٣) أخرجه البخارى فى صحيحه ٥٢٩/٤، ٥٣٠ كتاب الإجارة، باب ما يعطى فى الرقية على أحياء العرب بفاتحة الكتاب.

(٤) بداية المجتهد ٢/٢٣٥، المذهب مع تكملة المجموع ١٥/١١٣، المغنى ٨/٣٢٣.

(٥) أحكام القرآن للجصاص ٣/١٧٥، المبسوط ١١/١٨.

(٦) أحكام القرآن للجصاص ٣/١٧٥.

الترجيح:

ترجح عندى القول الأول لثبوته بالدليل الثقلى . ولم أجد فى دليل القول الثانى ما يقوى على معارضته . بل إن قواعد الحنفية تحكم بجواز الجعالة ، فإن الحنفية أباحوا كثيراً من المعاملات بداعى الحاجة مع مخالفتها القياس^(١) ، والجعالة على العمل المجهول ، أو مع العامل المجهول مما تمس الحاجة إليه .

(١) انظر على سبيل المثال تصحيحهم عقد الاستصناع فى العناية بهامش شرح فتح القدير ١٤١/٦ ، مجمع الأنهر ١٠٦/٢ . وتصحيحهم بيع الوفاء فى البحر الرائق ٨/٦ .

المطلب الأول

حكم الإيجاب فى الجعالة

الأصل فى الجعالة أنها لا تصح إلا بإيجاب من الجاعل . وهذا الأصل محل اتفاق بين القائلين بمشروعية الجعالة، قال ابن قدامة: «من رد لقطة أو ضالة، أو عمل لغيره عملاً غير رد الآبق بغير جعل لم يستحق عوضاً بغير خلاف نعلمه»^(١).
ودليل هذا الأصل: أن الجعالة التزام يترتب عليه إلزام صاحب العمل بالعوض، فإذا لم يلتزمه ابتداء فإنه لا يلزمه عند إتمام العمل^(٢).
ولكن هذا الأصل ورد عليه استثناءات تتمثل فى الصور التالية:

الصورة الأولى: رد العبد الآبق:

اختلف أهل العلم فى إثبات هذا الاستثناء، وتصحيح الجعالة فى هذه الصورة دون إيجاب من مالك العبد على قولين:

القول الأول: من رد العبد الآبق فله الجعل، ولو كان رده دون إيجاب من المالك أو شرط من العامل. وهذا فى رد الآبق خاصة، فلو رد ماشية ضالة دون إيجاب من مالكة فليس له شيء. وللراد أن يحبس الآبق؛ لاستيفاء الجعل، حتى لو مات فى يده لم يضمن.

به قال المالكية، إلا أنهم اشترطوا أن يكون العامل ممن عُرِفَ باشتغاله بطلب الإبقاء^(٣). وهو قول الحنابلة^(٤)، ونسبه ابن قدامة إلى شريح، وعمر بن عبد العزيز^(٥). حتى الحنفية الذى ذهبوا إلى عدم مشروعية الجعالة صححوا هذه الصورة من الجعالة^(٦).

(١) المغنى ٣٢٨/٨. وانظر مختصر خليل مع شرح الخرشي ٦٠/٧، ومغنى المحتاج ٤٢٩/٢.

(٢) شرح منتهى الإرادات ٤٧٠/٢.

(٣) الشرح الكبير، وحاشية الدسوقي ٦٤/٤، مواهب الجليل ٤٥٥/٥.

(٤) شرح منتهى الإرادات ٤٧٠/٢، المغنى ٣٢٨/٨.

(٥) المغنى ٣٢٨/٨، وانظر أخبار القضاة لوكيع ٢٧٢/٢.

(٦) بدائع الصنائع ٢٠٣/٦.

وفى تأصيل هذا القول: يقول الكاساني: إن استحقاق العامل الجعل سبب لصيانة الآبق عن الضياع، وصيانتته واجب، فكان المالك شرطاً للأجر عند الأخذ والرد دلالة. بخلاف الضال من الدواب، فإنها ترعى فى المراعى المألوفة، فيمكن الوصول إليها بالطلب عادة فلا تضيع، فلا حاجة إلى الصيانة بالجعل، فإن ردها أحد كان فى الأخذ والرد محتسباً، فلا يستحق الأجر.

ومقتضى هذا التأصيل: أن الجعالة نشأت بطريق دلالة الحال حيث أغنت عن التصريح بالإيجاب، فيكون الإيجاب وجد حكماً، وإن لم يوجد حقيقة. ويكون الجعل قد ثبت بعد ثبوت الالتزام، وهو ثمرة من ثمراته. وعليه لا يكون فى هذه الصورة استثناء من الأصل. أما ابن رجب فإنه صرح بأن الجعل ثبت من جهة الشرع لا من جهة صاحب العمل^(١).

فيكون الجعل - حيثئذ - ناشئاً عن إلزام لا عن التزام. وتكون الجعالة فى رد الآبق صحت من غير إيجاب.

أدلة القول الأول:

الدليل الأول: عن ابن أبى مليكة^(٢)، وعمرو بن دينار^(٣) قالوا: (مازلنا نسمع أن النبى ﷺ قضى فى العبد الآبق يوجد خارجاً من الحرم ديناراً أو عشرة دراهم)^(٤). وفى لفظ أن رسول الله ﷺ قضى فى العبد الآبق... الحديث.

واعترض عليه من جهة الإسناد، فإن له إسنادين، أحدهما متصل إلى ابن عمر: أن رسول الله ﷺ قضى فى الآبق... الحديث، ولكن فيه رجل ضعيف

(١) قواعد ابن رجب ص ١٣٥.

(٢) هو أبو بكر عبد الله بن عبيد الله بن أبى مليكة زهير بن عبد الله بن جدهان. كان قاضياً لابن الزبير ومؤذناً. أدرك جمعاً كبيراً من الصحابة، وروى عن بعضهم، وروى عنه عطاء بن أبى رباح وعمرو بن دينار وغيرهما، وثقه أبو زرعة وأبو حاتم وغيرهما. توفى سنة سبع عشرة ومائة. انظر طبقات الحفاظ ص ٤٨.

(٣) هو أبو محمد عمرو بن دينار الجمحي - مولا هم - أحد الأئمة الأعلام، وشيخ الحرم فى زمانه. سمع من عدد من الصحابة. وهو من الإثبات المتفق على إمامتهم، قال الإمام أحمد: كان شعبة لا يقدر على عمرو بن دينار أحداً. أفتى بمكة ثلاثين سنة. ممن حدث عنه الزهري وأيوب السخيتاني وسفيان الثوري. توفى سنة خمس وعشرين ومائة.

انظر سير أعلام النبلاء ٥/ ٣٠٠ - ٣٠٧. طبقات الحفاظ ص ٥٠.

(٤) أخرجه عبد الرزاق فى مصنفه ٢٠٨/ ٨ كتاب البيوع، باب الجعل فى الآبق، قال فيه أخبرنا معمر، عن عمرو بن دينار. وأخرجه ابن أبى شبة فى مصنفه ٥٤٠/ ٦، كتاب البيوع والاقضية، جعل الآبق. قال فيه حدثنا حفص، عن ابن جريج، عن عطاء، أو ابن أبى مليكة وعمرو بن دينار. انظر الاستدلال به فى شرح فتح القدير ٥/ ٣٦٢، المغنى ٨/ ٣٢٩.

الحفظ هو عبد الرحمن الجزري، والإسناد الآخر صحيح إلى ابن أبي مليكة وعمرو بن دينار: أن رسول الله ﷺ قضى... فهو مرسل^(١).

وقد أجاب ابن حزم عن الاعتراض على الإسناد الثاني بقوله: «ولا مرسل أصح منه، فإن ابن أبي مليكة، وعمرو بن دينار، وعطاء ثقات أئمة نجوم، وكلهم أدرك الصحابة»، ثم قال: «ولا سيما مع قول اثنين منهما لا بُدَّ أن يُبالي أيهما سمع ذلك»^(٢).

الدليل الثاني: مجموعة من الآثار عن عدة من أصحاب النبي ﷺ قضوا فيها بالجعل لمن رد أبقاً دون إيجاب من المالك. وتفصيلها كما يلي:

الأثر الأول: عن سعيد بن المسيب أن عمر - رضى الله عنه - جعل في جعل الآبق ديناراً، أو اثني عشر درهماً^(٣).

الأثر الثاني: عن أبي عمرو الشيباني قال: «أتيت ابن مسعود - رضى الله عنه - بأباق أصبتهم بالعين، فقال: الأجر والغنيمة: قلت هذا الأجر، فما الغنيمة؟ قال أربعون درهماً»^(٤).

الأثر الثالث: عن أبي إسحاق أنه قال: «أعطيت الجعل في زمن معاوية أربعين درهماً»^(٥).

فقد دلت هذه الآثار على ثبوت الجعل في رد الآبق من غير إيجاب من وجهين:

الوجه الأول: أن هذه الآثار تضمنت تعيين مقدار الجعل، وتعيين المقادير ليس من الأمور الاجتهادية، ولا يكون إلا سماعاً من رسول الله ﷺ، فكان لهذه الآثار حكم الخبر المرفوع^(٦).

الوجه الثاني: أن الصحابة - رضوان الله عليهم - الذين حكموا بالجعل مع تخلف الإيجاب لا يعرف لهم مخالف فيما ذهبوا إليه، فكان كالإجماع منهم^(٧). خاصة أثر أبي إسحاق، فإنه يشعر بأن إعطاء الجعل على رد الآبق كان معلوماً في ذلك الوقت بين الصحابة، وغيرهم لا ينكره أحد^(٨).

(١) انظر سنن البيهقي ٢٠٠ / ٦، كتاب للقطعة وإرواء الغليل للألباني ١٤ / ٦، المغنى لابن قدامة ٣٣٠ / ٨.

(٢) المحلى ٢٠٧ / ٨.

(٣) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه ٥٤١ / ٦. وأخرجه ابن حزم في المحلى ٢٠٨ / ٨ من طريقين، أحدهما طريق ابن أبي شيبة.

(٤) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه ٢٠٨ / ٨، وابن أبي شيبة في مصنفه ٥٤١ / ٦. والبيهقي في سننه ٢٠٠ / ٦: عن طريق عبد الرزاق وقال هو أمثل ما في الباب وقال الهيمشي في مجمع الزوائد ١٧٤ / ٤ أثر ابن مسعود فيه أبو رياح لم أعرفه، وبقية رجاله رجال الصحيح.

(٥) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه ٥٤٢ / ٦.

(٦) شرح فتح القدير ٣٦٢ / ٥.

(٧) الهداية مع شرح فتح القدير ٣٦٢ / ٥، المغنى ٣٢٩ / ٨.

وقد اعترض ابن حزم على الأثرين الأولين بأن أسانيدهما ضعيفة، فلا يحتاج بهما^(١).

واعترض على الأثر الثالث بأنه ليس فيه أن معاوية - رضى الله عنه - قضى بذلك، وظاهره أن أبا إسحاق أعطى الجعل تطوعاً.

الدليل الثالث:

أن فرض الجعل لمن رد الآبق فيه مصالح معتبرة شرعاً كافية لبناء الحكم عليها، منها: صيانة المال عن الضياع، فالآبق إذا لم يرده أحد فأتى على مالكه^(٢).

وفى رد الآبق حفظ لدينه، فقد يلحق الآبق بدار الحرب ويرتد عن دينه^(٣).

وفى رده أيضاً صيانة للأمن، فقد يقدم الآبق على قطع الطريق ونهب الأموال إذا بقى مشرداً لا عائل له، ولا مصلح^(٤).

وهذه المصالح لا تحفظ إلا بأن يفرض للراد جعل، فإن الرد فيه مؤونة ومشقة ومخاطرة، وفى غالب الأحوال لا يتحمل الراد هذه المشاق، إلا إذا علم أن له جعلاً^(٥).

اعترض عليه باعتراضين:

الاعتراض الأول: أن تحقق هذه المصالح بفرض الجعل دون إيجاب ليس ثابتاً. فإنه ليس الغالب هربهم إلى دار الحرب إلا فى المجلوب منها إذا كانت قريبة، وهذا قليل فيهم^(٥).

الاعتراض الثانى: أن المصالح المذكورة لم يثبت اعتبار الشارع لها^(٥).

ويجاب عنه: بأن رعاية المصالح المذكورة مندرج فى الأصل المتفق عليه، وهو وجوب صيانة الدين، وحفظ المال.

القول الثانى:

أن راد الآبق لا جعل له إذا لم يسبق الرد لإيجاب من المالك. يستوى فى ذلك من يعرف بطلب الضوال ومن لا يعرف به.

(١) المحلى ٢٠٨/٨. قال فى أثر سعيد عن عمر - رضى الله عنه - : أنه روى بإسنادين أحدهما منقطع، وهو إسناد ابن أبى شيبه. والثانى: فى الحجاج بن أرطاة، وهو ساقط. وقال عن أثر ابن مسعود: إنه مروى عن شيخ لا يدرى من هو، وفى إسناد - أيضاً - عبد الله بن رباح القرشى، وهو غير مشهور بالعدالة.

(٢) المبسوط ١٦/١١.

(٣) شرح المنتهى ٢/ ٤٧٠.

(٤) شرح فتح القدير ٣٦٢/٥، المبسوط، شرح المنتهى ٢/ ٤٧٠.

(٥) المغنى ٣٢٩/٨.

هو قول الشافعية^(١)، وقال ابن قدامة وروى عن الإمام أحمد أنه لم يكن يوجب ذلك^(٢).

وعلل له الشربيني^(٣): بأن العامل إذا أنجز العمل دون إذن من صاحب العمل، فهو متبرع لا يستحق جعلاً^(٤).

وعلل له ابن قدامة: بأن الأصل عدم الوجوب، والخبر المروى فى الوجوب فيه مقال، والتعليل الذى بنى عليه الموجبون الجعل لم يرد دليل على اعتباره فى الشرع، فبقيت المسألة على الأصل^(٥).

الترجيح:

يظهر لى رجحان القول الأول؛ لأن الأخبار تدل عليه، وهى وإن كانت لا تخلو من مقال فى أسانيدها، إلا أنها أقوى ما فى الباب، وضعف بعضها منجبر.

ويظهر لى أنه لا بد من أن يشترط لاستحقاق العامل الجعل دون إيجاد من المالك: أن يكون فى الرد مصلحة للمالك تربو على الجعل الذى سيغرمه للراد، وهذا هو الغالب، والآثار جرت على الغالب، وليس المقصود من الآثار تغريم المالك، وإنما المقصود حفظ ماله مع مكافأة العامل على ما عمله، والله أعلم بالصواب.

الصورة الثانية:

أن يقوم بالعمل شخص معروف بالقيام بمثل هذا العمل مقابل جعل، ذهب المالكية إلى أن العامل يستحق الجعل إذا رد ضالة هاربة إلى مالكها، أو عبداً أبقا إلى سيده، ولو لم يسبق العمل لإيجاب من المالك، ويشترط لاستحقاق العامل الجعل. أن يكون معروفاً لدى الناس بأنه يقوم بتلك الأعمال وما مائلها بجعل لا تبرعاً^(٦).

(١) الام ٦٩/٤.

(٢) المغنى ٣٢٨/٨.

(٣) هو شمس الدين محمد بن محمد الشربيني القاهري. أخذ عن الشيخ أحمد البرلى الملقب بعميرة، والنور المحلى، والشهاب الرملى، وغيرهم، وأجازوه بالإفتاء والتدريس، فدرس وأفتى فى حياة أئباخه. شرح كتاب «المنهاج»، و«التبىة» شرحين عظيمين. توفى سنة سبع وسبعين وتسعمائة.

انظر شذرات الذهب ٣٨٤/٨.

(٤) مغنى المحتاج ٤٢٩/٢.

(٥) المغنى ٣٢٨/٨.

(٦) أسهل المدارك ٣٤٥/٢، شرح الخرشي ٦٤/٤، الشرح الكبير، وحاشية الدسوقي ٦٤/٤، مواهب الجليل ٤٥٥/٥.

وعبّر القرطبي^(١) عن هذه الصورة عند المالكية بتعبير واسع يخرجها عن كونها استثناء من الأصل محدوداً بضوابط إلى كونها قاعدة مطلقة في إنشاء الجعالة دون إيجاب، فقال: «قال أصحابنا: إن مَنْ فعل بالإنسان ما يجب عليه أن يفعله بنفسه من مصالحه لزمه ذلك، وكان له أجر مثله إن كان ممن يفعل ذلك بالأجر»^(٢).

ودليل القائلين بثبوت الجعل في هذه الصورة:

القياس على رد الآبق، فقد ورد فيه النص بأن الراد يستحق الجعل، ولو لم يسبق العمل بإيجاب من المالك، فيقاس عليه رد الضالة وكل ما كان فيه حفظ مال المالك. بهذا علل القرطبي لقول المالكية^(٣).

اعترض عليه: بأنه لا يصح قياس رد الدابة الضالة على رد الآبق؛ لوجود الفارق بينهما من وجهين:

الوجه الأول: أن الآبق يفر ويتخفى من طالبه، فإذا وجده إنسان ثم تركه ولم يرده فقد لا يعثر عليه سيده، بخلاف الدابة الضالة فإنها لا تتهرب عن يطلبها وتتردد على أماكن معلومة تجد فيها الماء والكلأ، فلا يكون في تركها تفويت لها على مالِكها^(٤).

الوجه الثاني: أن رد الآبق فيه مؤونة أكثر مما في رد الدابة الضالة، فإن رد الآبق يحتاج إلى زيادة جهد في حفظه، واحتياط في مراعاته حتى لا يَأْبَق مرة أخرى^(٥). والذي يظهر لي أن استثناء المالكية هذه الصورة من اشتراط الإيجاب مرجوح؛ لأن الأصل أن الالتزام لا ينشأ إلا بإيجاب من الملتزم، ولم يورد المالكية ما يسوغ الخروج عن هذه الأصل.

الصورة الثالثة: العمل الذي فيه إنقاذ مال من هلكة

ذكرها الحنابلة واختلفوا فيها على قولين:

القول الأول: في الصحيح المنصوص من مذهب الإمام أحمد - رحمه الله - أن من خلّص مال غيره من هلكة فإنه يستحق جعلاً بما يماثل أجرة المثل، سواء أكان

(١) هو أبو عبد الله محمد بن أحمد بن بكر الخزرجي القرطبي. كان إماماً محققاً. حسن التصنيف جيد النقل. له تصانيف مشهورة، من أعظمها التفسير الجامع لأحكام القرآن، الحاكي لمذاهب السلف كلها. توفي في صعيد مصر سنة إحدى وسبعين وستمائة. انظر شذرات الذهب ٣٣٥/٥.

(٢) الجامع لأحكام القرآن ٩/٢٣٢.

(٣) شرح منتهى الإرادات ٢/٤٧٠.

(٤) شرح فتح القدير ٥/٣٦٢، ٣٦٣.

العامل ممن يعمل فى ذلك عادة أم لا ، كأن يخلص دابة من سبع ، أو متاعاً كان فى سفينة فأنكسرت فى البحر ، فأنقذه من الغرق ، بخلاف اللقطة ، فإنه لا يستحق عليها شيئاً إلا بإيجاب من المالك . وخصه بعضهم بالدواب والمتاع ، وقال لا جعل فى إنقاذ الآدمى إلا بإيجاب^(١) .

وعلل ابن رجب لاستحقاق العامل الجعل فى هذه الحالة بأن فيه ترغيباً للناس فى إنقاذ الأموال من المهلك ، وحفظها لأصحابها^(٢) .
وقياساً على رد الآبق .

ومن أخرج الآدمى علل : بأن الآدمى أهل - فى الجملة - لحفظ نفسه بخلاف الدواب والمتاع^(٣) .

القول الثانى : عند الخنابلة أن العامل لا يستحق جعلاً فى حالة إنقاذه مال غيره من الهلكة^(٤) . ويجرى هذا القول على الأصل وهو ألا يثبت لعامل جعل إلا بإيجاب من صاحب العمل^(٥) .

وترجح عندى القول الأول ؛ لما فيه من المحافظة على الأموال وهو غير مناقض للأصل العام القاضى بأنه لا يلزم المرء إلا ما التزمه ابتداء ، لأن الغرض المقصود بهذه الأصل منع أكل أموال الناس بالباطل كما أمر ربنا سبحانه بقوله :

﴿ وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ ﴾^(٥) .

وفى تشجيع الناس على إنقاذ الأموال من المهلك المفاجئة حيث لا يمكن انتظار إيجاب من المالك ، حفظاً لأموال الناس ، لا أكلها بالباطل . والجعل الذى يؤخذ من المالك هو فى مقابل منفعة حصلت له .

الصورة الرابعة : العمل على الصدقات

نص الخنابلة على هذه الصورة ، ولهم فيها قولان :

القول الأول :

إن العامل على الصدقات يستحق بعمله جعلاً ، ولا يشترط فى استحقاقه

(١) الإنصاف ٦/٣٩٢ ، ٣٩٣ ، شرح منتهى الإرادات ٢/٤٧٠ .

(٢) قواعد ابن رجب ص ١٣٦ .

(٣) الإنصاف ٦/٣٩٣ .

(٤) الإنصاف ، وقواعد ابن رجب .

(٥) سورة البقرة الآية رقم ١٨٨ .

الجعل أن يسبق العمل إيجاب من السلطان بالجعالة، بل يستحقه بقول الله تعالى : ﴿ إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسْكِينِ وَالْعَامِلِينَ عَلَيْهَا ﴾ (١).

القول الثانى :

لا يستحق العامل الجعل فى حالة عدم الإيجاب، إلا إذا كان معروفاً بأخذ الأجرة على عمله (٢).

والترجيح :

ينبنى على تحديد صفة المال الذى يعطى للعامل، هل هو جعل أو أجرة أو زكاة. ويتبين ذلك فى أقوال الفقهاء فى حكم إعطاء العامل من الزكاة إذا كان هاشمياً. فقال أبو حنيفة لا يعطى؛ لأن ما يعطاه صدقة من وجه. والصدقة لا تحل لآل محمد ﷺ، فتلحق بالصدقة التى هى صدقة من كل وجه. وقال مالك والشافعى يعطى أجر عمالته؛ لأن النبى ﷺ بعث علياً بن أبى طالب - رضى الله عنه - إلى اليمن مُصَدِّقاً (٣).

ولأنه أجرة على عمل مباح فوجب أن يستوى فيه الهاشمى وغيره، اعتباراً بسائر الصناعات (٤).

وفى جواز إعطاء الكافر من الزكاة إذا كان من العاملين عليها. قال ابن قدامة: إن فيه قولين: قولاً بالجواز، وعلل له بأن ما يأخذه على العمالة أجرة لعمله، فلم يمنع من أخذه كسائر الإجازات. والقول الآخر لا يجوز أن يكون العامل كافراً؛ لأن من شرط العامل أن يكون أميناً، والكفر ينافى الأمانة (٥).

فيتبين بذلك أن ما يعطاه العامل هو أجرة، أو جعل يستحقه بالعمل، وتكليف السلطان له بجمع الزكاة دون أن ينص السلطان على فرض جعل له.

ولا يشترط أن يكون ممن عرف بأخذه العوض على العمل؛ لأن كتاب الله أسبق وأولى من العرف.

لكن يجب التنبيه على أن العامل وإن كان يستحق جعلاً أو أجرة بعمله إلا أنه لا يجوز له أن يأخذه بنفسه، وإنما يعطيه الإمام المكلف بجمع الزكاة وتفريقها على مستحقيها.

(١) قواعد ابن رجب ص ١٣٥ والآية فى سورة التوبة، رقم ٦٠.

(٢) قواعد ابن رجب ص ١٣٥.

(٣) الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ١٧٨/٨.

(٤) المغنى ١٠٧/٤.

أما ما احتج به مالك والشافعي من أن النبي ﷺ بعث علياً إلى اليمن عاملاً على الزكاة.

فيرد عليه اعتراضان:

الأول: أن علياً - رضى الله عنه - أخبر عن نفسه (بأن النبي ﷺ بعثه قاضياً، ولم يقل عاملاً على الزكاة)^(١). وأخرج البخارى فى حديث جابر فى حجة النبي ﷺ قول جابر: «فقدّم على بن أبى طالب - رضى الله عنه - بسعائته»^(٢). قال الحافظ ابن حجر: «وقوله هنا وقدم على بسعائته» يعنى ولايته على اليمن، لا بسعاية الصدقة. قال النووى تبعاً لغيره: لأنه كان يحرم عليه ذلك كما ثبت فى صحيح مسلم فى قصة طلب الفضل بن عباس - رضى الله عنهما - أن يكون عاملاً على الصدقة، فقال له النبي ﷺ (إنها أوساخ الناس)^(٣).

الثانى: لو سلمنا أنه كان عاملاً على الصدقة، فإن هذا لا يستلزم أن يكون قد أعطاه جعلاً من مال الزكاة، فقد يكون أعطاه من الخمس.

الصورة الخامسة: أن يصدر الإيجاب من غير المالك

يقول الشافعية وبعض الحنابلة: إنه لا يشترط فى الجعالة أن يكون الملتزم بالجعل هو الشخص الذى يقع العمل فى ملكه، فلو قال غير المالك «من رد عبد فلان فله كذا» يستحق الراد الجعل على القاتل، بينما لو نادى رجل فقال: «من رد عبد زيد فله على زيد كذا» لم يستحق الراد على المنادى شيئاً^(٤).

والعلة فى إلزام الأول بالجعل أنه التزمه، لم توجد فى الثانى فلم يلزمه الجعل، وإنما هو مخبر^(٥).

وصرح الشافعية بأن ثبوت الجعل للعامل ناشئ عن صحة الالتزام، وعللوا لصحة الالتزام مع عدم تصريح المالك بالإيجاب بأنه راض قطعاً برد ماله، فلا حاجة إلى التصريح^(٥).

(١) أخرجه الإمام أحمد فى مسنده، انظر المسند مع الفتح الربانى ١٣٢/٢٣.

(٢) صحيح البخارى ٦٦٩/٧، كتاب المغازى، باب بعث على وخالد بن الوليد إلى اليمن.

(٣) فتح البارى ٦٦٩/٧، وانظر نيل الأوطار ١٧٣/٤.

وقصة الفضل فى صحيح مسلم بشرح النووى ٢٤٩/٧ - ٢٥١، كتاب الزكاة، باب ترك استعمال آل النبي ﷺ على الصدقة. مطبعة قرطبة، الطبعة الأولى ١٤١٢هـ.

(٤) روضة الطالبين ٢٦٨/٥، ٢٦٩، شرح المحلى مع حاشية قليوبى ١٣١/٣، مغنى المحتاج ٤٢٩/٢، كشف القناع ٢٠٤/٤.

(٥) نهاية المحتاج ٤٦٨/٥.

المطلب الثاني

الإيجاب الموجه إلى غير معين (إلى الجمهور)

إذا وجه صاحب العمل إيجاباً لطائفة معينة من الناس، أو للجمهور عامة فإنه يصبح ويرتب عليه التزام.

نص عليه المالكية^(١)، والشافعية^(٢)، والحنابلة^(٣). وأجاز بعض الحنفية الإيجاب الموجه لطائفة معينة، ولم يميزوا الموجه للجمهور^(٤). والأدلة على ذلك ثلاثة:

الدليل الأول: قول الله تعالى في مخاطبة يوسف - عليه السلام - للغير التي كان فيها إخوته ﴿ولمن جاء به حمل بعير﴾^(٥).

فخاطب يوسف - عليه السلام - بالإيجاب عموم الرعية^(٦).

الدليل الثاني: عن قتادة - رضى الله عنه - أن النبي ﷺ قال يوم حنين: (من قتل قتيلاً له عليه بيعة فله سلبه)^(٧). فالحديث دليل على جواز توجيه الإيجاب في الجعال للجمهور.

وعليه: إذا خاطب قائد الجيش أفراد جيشه قائلاً «من قتل قتيلاً فله سلبه»، فإن هذا يكون إيجاباً منه بالجعالة، هذا إذا اعتبرنا السلب جعلاً، وإعطاءه جعالة. ويقول شيخ الإسلام في ذلك: «وقد تنازع العلماء في سلب القاتل: هل هو مستحق

(١) التاج والإكليل ومواهب الجليل ٤٥٢/٥، المدونة ٤٥٨/٤.

(٢) روضة الطالبين ٢٦٩/٥، شرح المحلى وحاشية قلبوى ١٣١/٣.

(٣) كشف القناع ٢٠٣/٤، المغنى ٣٢٥/٨.

(٤) أحكام القرآن للجصاص ١٧٥/٣، المبسوط ١٨/١١.

(٥) سورة يوسف، آية رقم ٧٢.

(٦) أحكام القرآن للجصاص ١٧٥/٣، المهذب مع تكملة المجموع ١١٣/١٥.

(٧) الدليل قطعة من حديث أبي قتادة، أخرجه البخارى في صحيحه ٢٨٣/٦، كتاب الخمس، باب من لم يُخمس للأسلاب، ومن قتل قتيلاً فله سلبه.

بالشرع كقول الشافعى. أو بالشرط كقول أبى حنيفة ومالك؟. على قولين، هنا روايتان عن أحمد، فمن جعله مستحقاً بالشرط جعله من هذا الباب^(١) أى من الجعالة.

الدليل الثالث: أن الحاجة تدعو إلى العمل بالإيجاب الموجه للجمهور، فإنه قد يكون للموجب عمل ولا يعرف من هو صالح للقيام به، فإذا نادى فى الناس قام للعمل من هو قادر عليه بإذن الله^(٢).

(١) مجموع فتاوى شيخ الإسلام ٥٠٧/٢٠. وانظر شرح الخرشى ٥٩/٤.

(٢) أسنى المطالب ٤٣٩/٢. المذهب مع تكملة المجموع ١١٣/١٥.

المطلب الثالث

الإيجاب الموجه إلى معين

إذا وجه صاحب العمل إيجابه إلى عامل معين، فقال بالعمل غيره لم يستحق الثاني الجعل. وكذلك إذا شاركه في العمل ولم ينفرد به، سواء أقصد إعانته مجاناً أم بعوض، أو خص طائفة معينة، فقام بالعمل رجل من غيرهم لم يستحق الجعل. نص عليه الشافعية^(١)، والحنابلة^(٢). ولم أطلع على ما يخالفه عند القائلين بمشروعية الجعالة.

ودليله: أن صاحب العمل التزم للعامل الأول دون غيره، فلا يلزمه إلا ما التزمه، وما قام به العامل هو تبرع منه لا معاوضة.

(١) روضة الطالبين ٢٦٨/٥، نهاية المحتاج ٤٦٨/٥.

(٢) كشف القناع ٢٠٤/٤، المغنى ٣٢٦/٨.

المطلب الرابع

مباشرة العامل العمل دون علم منه بالإيجاب

الصادر عن صاحب العمل

إذا كان الإيجاب من صاحب العمل موجهاً إلى غير معين، فقام شخص بإتمام العمل دون علم منه بإيجاب صاحب العمل، فهل ينشأ بهذا العمل التزام بين العامل وصاحب العمل، ويترتب عليه استحقاق العامل الجعل.

فى المسألة أقوال ثلاثة:

القول الأول: يستحق العامل فى هذه الصورة الجعل

هو قول عند المالكية^(١).

ودليله: أن صاحب العمل قد بذل الجعل، وجعل شرط استحقاقه إتمام العمل، وقد تحقق الشرط، فالعدل حينئذ ترتب المشروط.

القول الثانى: يستحق العامل - فى هذه الصورة - الجعل إذا كان معروفاً بتتبع هذه الأعمال وإنجازها، فإن لم يكن كذلك فليس له إلا نفقته.

به قال ابن القاسم من المالكية^(٢).

ودليله: قال فيه ابن رشد: قول ابن القاسم أظهر؛ لأن الجاعل إنما أراد بقوله تحريض من سمع قوله على طلبه، فوجب أن لا يجب ما سمي من الجعل إلا لمن سمعه، فطلبه بعد ذلك^(٣).

وهذا التعليل محل اعتراض - فيما يظهر لى - فإن مقتضاه أن العامل لا يستحق الجعل بإتمام العمل إلا إذا سمع الإيجاب، وليس هذا قول ابن القاسم.

(١) التاج والإكليل ٥/٤٥٢، الشرح الكبير ٤/٦٤.

(٢) التاج والإكليل ٥/٤٥٢.

القول الثالث: لا يستحق العامل فى هذه الصورة جعلاً.

به قال الشافعية^(١). وهو قول الحنابلة^(٢).

دليله: أن عمل العامل قبل علمه بالإيجاب تبرع منه، ليس مبنياً على إذن من صاحب العمل، فلا يستحق على صاحب العمل عوضاً^(٣).

الترجيح:

يظهر لى رجحان القول الأول؛ لأن سبب استحقاق العامل الجعل إيجاب الجاعل، لا علم العامل، فلا عبرة بكونه علم بالإيجاب، أو كونه لم يعلم.

(١) أسنى المطالب ٢/٢٣٩، ٢٤٠، المذهب ١٥/١٤.

(٢) الفروع ٤/٤٥٥، ٤٥٦، كشف القناع ٤/٢٠٥.

(٣) المذهب مع تكملة المجموع ١٥/١١٤.

المطلب الخامس

إنشاء الجعالة بالإيجاب وحده دون قبول العامل

اتفق أهل العلم على أن الجعالة تنشأ بالإيجاب من صاحب العمل من غير قبول العامل^(١)، ونص بعضهم على أن مباشرة العامل للجعل يقوم مقام القبول^(٢).

وقاسوها في ذلك على الوكالة، وجعلوه من الفروق بين الجعالة والإجارة.

ورتبوا على عدم اشتراط القبول مسائل:

منها: أن الإيجاب إذا وجهه صاحب العمل إلى عموم الناس، أو طوائف منهم فإنه يصح^(٣).

ومنها: عدم اشتراط الأهلية في العامل، إذا كان معيناً، في قول بعضهم، واشترط آخرون الأهلية، ولكنهم لم يشترطوا القبول^(٤).

وعلل الفقهاء لانعقاد الجعالة دون القبول بتعليين:

التعليل الأول: أن تحققه في غير المعين محال، واشتراطه في المعين فيه تضيق، والحاجة تدعو إلى عدم الاشتراط^(٥).

التعليل الثاني: أن حقيقة الجعالة أنها التزام من الجاعل، فالتزامه هو الجعالة، ولا يتوقف ذلك على قبول المجعول له^(٦).

(١) الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي ٤/ ٦٠، روضة الطالبين ٥/ ٢٦٩، حاشية الجمل ٣/ ٦٢٣، المبدع ٥/ ٢٦٩.

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطي ٢٧٨، ٢٧٩، المبدع ٥/ ٢٦٩.

(٣) حاشية الجمل ٣/ ٦٢٣، مغنى المحتاج ٢/ ٤٣٠.

(٤) التاج والإكلیل بهامش مواهب الجليل ٥/ ٤٥٥.

(٥) مغنى المحتاج ٢/ ٤٣٠.

(٦) نهاية المحتاج ٥/ ٤٧٠.

المطلب السادس

رجوع صاحب العمل عن إيجاب

النظر في حكم رجوع صاحب العمل عن إيجابه الغرض منه: بيان حال الالتزام بعد وجود الإيجاب، وقبل صدور ما يدل على الرضا بالالتزام من قبل العامل من قول أو فعل، لذا فإن البحث يقتصر هنا على رجوع صاحب العمل قبل شروع العامل في العمل.

ولأهل العلم في ذلك قولان:

القول الأول: ليس له الرجوع، ويلزمه ما أوجب به. هو قول عند المالكية^(١).

القول الثاني: لصاحب العمل أن يرجع عن إيجابه، قبل شروع العامل في العمل.

وهو قول جمهور أهل العلم، فيه قال الشافعية^(٢)، والحنابلة^(٣)، وهو المشهور عند المالكية^(٤).

وبالنظر إلى تعليقات أصحاب هذا القول، يتبين أن قولهم هذا لا يتنافى مع القول إن الجعالة تنشأ بمجرد الإيجاب. فإنهم عللوا له: بأن العامل يستحق الجعل بسبب العمل، فإذا لم يعمل لا يستحق شيئاً، فلا يترتب على مجرد الإيجاب التزام مالى^(٥). وليس في هذا التعليل ما ينفي أن الجعالة نشأت وصحت بمجرد الإيجاب، وإنما فيه اشتراط إتمام العامل العمل لاستحقاقه الجعل.

والراجع: ما ذهب إليه الجمهور؛ لأنه لا يتعلق بإيجاب رب العمل حق لأحد من الناس، فله الرجوع عنه.

(١) الخرشى ٦٥/٧، مقدمات ابن رشد ٣٠٧/٢، ٦٢٤.

(٢) المهذب ٤١٩/١، مغنى المحتاج ٤٣٣/٢، نهاية المحتاج ٤٧٤/٥.

(٣) كشف القناع ٤١٩/٢، المبدع ٢٦٩/٥.

(٤) الخرشى ٦٥/٧.

(٥) المهذب ٤١٩/١.

المطلب السابع

رد العامل للإيجاب الموجه إليه

إذا وجه صاحب العمل إيجابه إلى عامل معين، فردَّ الإيجاب، ثم قبل بعد ذلك الإيجاب لفظاً، أو باشر العمل فهل يستحق الجعل؟
انفرد الشافعية بالنص على هذه المسألة، وصرحوا بأنه لا يستحق الجعل.
وعللوا له: بأن العمل لا يكون مبنياً على إذن رب العمل في تلك الحالة^(١).
وهو تعليل محل نظر فيما يظهر لى؛ لأن إذن الجاعل قائم لم يرجع عنه، فإنه لا يبطل بالرد من غيره.

والتعليل الذى اختاره هو: أن يقال إن الجعالة التزام لا ينشأ دون رضا العامل، والرد دليل على انتفاء الرضا.

وهذا التعليل لا يتنافى اتفاق أهل العلم على صحة الجعالة دون القبول؛ لأن هذا لا يقتضى صحتها مع عدم الرضا، لذلك يقول السيوطي^(٢): إن العقود تنقسم بالنسبة لافتقارها إلى القبول إلى خمسة أقسام: منها قسم لا يفتقر إلى القبول أصلاً بل شرطه عدم الرد، وقسم لا يفتقر إلى القبول لفظاً، ويكفى فيه الفعل، وعد فيه الجعالة^(٣).
ويقول ابن مفلح^(٤): من الفروق بين الجعالة والإجارة أن العمل فى الجعالة قائم مقام القبول؛ لأنه يدل عليه، كالوكالة^(٥).

(١) مغني المحتاج ٢/ ٤٣٠، نهاية المحتاج ٥/ ٤٧٠.

(٢) هو جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر بن محمد الحضيرى السيوطي. إمام حافظ مكثّر من التأليف له نحو ٦٠٠ مصنف. ولما بلغ الأربعين عاماً اعتزل الناس وخلا بنفسه فألف أكثر كتبه. وكان الأغنياء والأمرء يزورونه ويعرضون عليه الأموال والهدايا فيردها. من مؤلفاته «تفسير القرآن» وكتاب «الأشباه والنظائر في فروع الشافعية». توفي سنة ٩١١هـ.

انظر شذرات الذهب ٨/ ٥١.

(٣) الأشباه والنظائر ص ٢٧٨، ٢٧٩.

(٤) هو شمس الدين أبو عبد الله محمد بن مفلح بن محمد بن مفرج المقدسي. شيخ الإسلام. قال عنه الذهبي: هو شاب عالم له علم ونظر في رجال السنن، ولم يُر في زمانه في المذاهب الأربعة من له محفوظات أكثر منه. وقال ابن القيم ما تحت قبة الفلك أعلم بمذهب الإمام أحمد من ابن مفلح. وكان أخير الناس باختيار شيخ الإسلام وفقيهه حتى أن ابن القيم كان يراجع. وأثنى عليه شيخ الإسلام، توفي سنة ثلاث وستين وسبع مائة. انظر شذرات الذهب ٦/ ١٩٩.

(٥) المبدع ٥/ ٢٦٩.

المطلب الثامن

ما يثبت به الجعل للعامل

العمل في الجعالة شرط لاستحقاق الجعل^(١)، فلا يستحق العامل الجعل إلا إذا أتم العمل، كما أراده الجاعل في إيجابه^(٢). فلو وجد العامل الأبق وأخذه إلى الجاعل، فمات الأبق، أو هرب في بعض الطريق فلا شيء للعامل، أو علّم صبيّاً فلم يتعلم؛ لبلادته، فلا شيء له، أو قام ببعض العمل وترك الباقي، فلا شيء له^(٣). وعلل البهوتي^(٤) لذلك بقوله: يستقر الجعل بتمام العمل كالربح، في المضاربة^(٥). واختلفت عبارات الشافعية في بيان مكانة العمل من الجعالة، فوصفه بعضهم بأنه ركن من أركان الجعل^(٦)، ووصفه آخرون بأنه شرط لاستحقاق العامل الجعل^(٧). والوصف الثاني هو الصحيح؛ لأن وصف العمل بأنه ركن في الجعالة يقتضي أنها لا تنشأ قبل فراغ العامل من العمل، وليس الأمر كذلك، فهي تنشأ بالإيجاب من الجاعل، والعمل ما هو إلا أثر من آثارها.

(١). أسهل المداوك ٤٣٤/٢، شرح منتهى الإرادات ٤٦٩/٢، كشاف القناع ٢٠٣/٤.

(٢). مغني المحتاج ٤٣٤/٢، شرح المنتهى ٤٧٠/٢.

(٣). هو منصور بن يونس بن صلاح الدين بن حسين بن إدريس البهوتي. شيخ الحنابلة بمصر في عصره. نسبته إلى بهوت في غربية مصر. له مؤلفات عظيمة القدر منها «الروض المربع شرح زاد المسئع»، وكتاب «كشاف القناع عن متن الإقناع». توفي سنة ١٠٥١هـ.

انظر الأعلام ٣٠٧/٧.

(٤). كشاف القناع ٢٠٣/٤.

(٥). أسنى المطالب ٤٤٠/٢، مغني المحتاج ٤٣٠/٢.

(٦). روضة الطالبيين ٢٧٤/٥.

1

2

3

المبحث الثالث

إنشاء الكفالة ، وحوالة الدين بالإيجاب وحده

وفيه تمهيد، وثلاثة مطالب :

المطلب الأول: إنشاء الكفالة بالإيجاب وحده .

المطلب الثاني: إنشاء حوالة الدين ، وترتب آثارها بإيجاب من المحيل .

المطلب الثالث: أهم صور الكفالة ، وحوالة الدين المستحدثة في السوق التجاري المحلي .

التمهيد: وفيه التعريف بالكفالة وأقسامها، وتبيين حقيقتها الشرعية.

وفيه فرعان

الفرع الأول: التعريف بالكفالة، وبيان أقسامها، وحكم كل قسم.
عرفها الفقهاء بعدة تعريفات، ملخصها أن الكفالة: ضم ذمة شخص إلى ذمة شخص مدين في التزام ما على المدين من حق مالى، أو فى إحضاره^(١). وهى قسمان:

القسم الأول: الكفالة بالمال؛ وذلك بأن يلتزم الكفيل بأداء ما على المكفول من حقوق مالية إذا لم يؤدها المكفول. ويطلق عليها أكثر الفقهاء اسم الضمان. وليس بين الفقهاء خلاف فى مشروعيتها^(٢). وذلك فيما اطلعت عليه.

القسم الثانى: الكفالة بالنفس؛ وذلك بأن يلتزم الكفيل إحضار المكفول إلى مجلس القضاء، أو إلى صاحب الحق. وقد ذهب جمهور الفقهاء إلى القول بمشروعيتها^(٣). وفى وجه عند الشافعى أنها غير مشروعة. ولا يترتب عليها أى التزام^(٤).

الفرع الثانى: تبين الحقيقة الشرعية للكفالة

تنقسم الالتزامات إلى تبرعات ومعاوضات. والتبرع هو: بذل مال أو منفعة دون عوض، والمعاوضة مبادلة مال، أو منفعة بمال، أو منفعة.

وبين القسمين فروق فى كثير من الأحكام، منها صفات الأهلية فى الملتزم، فأهلية التبرع فيها زيادة شروط عن الأهلية للمعاوضة، فليس كل من تصح منه المعاوضة يصح منه التبرع، ومنها: اشتراط الرضا من طرفى الالتزام، فإنه شرط فى كل معاوضة، أما التبرع ففيه تفصيل وخلاف.

(١) العناية على الهداية، انظر شرح فتح القدير ٦/٢٨٣، جواهر الإكليل ٢/١٠٩، مختصر خليل ص ٢٠٩، مغنى المحتاج ٢/١٩٨، شرح منتهى الإرادات ٢/٢٥٢، المبدع ٤/٢٤٨، ٢٢٢.

(٢) الإفصاح ١/٣٨٧، بداية المجتهد ٢/٢٩٥.

(٣) العناية على الهداية، وشرح فتح القدير ٦/٢٨٥، بداية المجتهد ٢/٢٩٥، روضة الطالبين ٤/٢٤٠، ٢٥٣، المغنى ٩٧/٧.

(٤) روضة الطالبين ٤/٢٥٣.

والكفالة بقسميها من التبرعات^(١). وقال الشافعية: الكفالة بالمال تكون قرضاً محضاً، إذا ثبت للكفيل حق الرجوع على المكفول، فلا تصح من السفية ونحوه، كإبيع وسائر التصرفات المالية. وإذا لم يثبت الرجوع فهي تبرع يشترط لصحتها أهلية التبرع في الكفيل^(٢).

(١) مجمع الأنهر ١٢٤/٢، الهداية، وشرح فتح القدير ٣١٤/٦. ٣١٥، التاج والإكليل بهامش مواهب الجليل ١٠٠/٥، الخرشى ٢٢/٦، نهاية المحتاج ٤٣٣/٤، ٤٣٤، ٤٣٨، شرح منتهى الإرادات ٢/٢٤٥، كشف القناع ٣٦٣، ٣٦٢/٣.

(٢) روضة الطالبين ٢٤١/٤، ٢٤٢.

المطلب الأول

إنشاء الكفالة بالإيجاب وحده

يجتمع في الكفالة ثلاثة أطراف: الكفيل، والمكفول، والمكفول له، ولا يمكن شرعاً أن تنشأ الكفالة دون إيجاب من الكفيل، فلم يكن ذلك محل بحث، وإنما يرد البحث فيما يتعلق بالمكفول، والمكفول له. فكان في هذا المطلب مسألتان.

المسألة الأولى

إنشاء الكفالة دون قبول المكفول

فى هذه المسألة يختلف حكم الكفالة بالمال عن حكم الكفالة بالنفس؛ فيكون لكل من نوعى الكفالة بحق مستقل.

الفرع الأول: إنشاء الكفالة بالمال (الضمان) دون قبول المكفول.

قال ابن قدامة: «لا يعتبر رضا المضمون عنه لا نعلم فيه خلافاً»^(١). وقال النووي: «لا يشترط رضا المضمون عنه قطعاً»^(٢). إلا على قول عند الشافعية، هو عندهم شاذ لا يعتد به^(٣).

فهو قول الحنفية^(٤)، والمالكية^(٥)، والشافعية^(٦)، والحنابلة^(٧).

غير أن المالكية قالوا: إذا ثبت أن بين المكفول والكفيل عداوة، فإن الكفالة لا تنشأ إلا برضا المكفول^(٨). وليس فى هذا خروج عن الأصل المتفق عليه، وإنما هو ضابط يمنع استخدام الكفالة بالمال وسيلة إلى الإضرار بالمكفول، والتسلط عليه من قبل الكفيل. وهذا احتياط مطلوب فى كل الالتزامات عندما تظهر الحاجة إليه.

والأدلة على صحة إنشاء الكفالة بمال دون قبول المكفول ما يلى:

الدليل الأول: عن سلمة بن الأكوع - رضى الله عنه - قال: (كنا جلوساً عند النبي ﷺ فأثنى بجنائز فقالوا: يا رسول الله صل عليها. قال: هل ترك شيئاً؟

(١) المغنى ٧/٧٢.

(٢) المنهاج مع مغنى المحتاج ٢/٢٠٠.

(٣) نهاية المحتاج ٤/٤٣٨.

(٤) الجوهرة النيرة ١/٣٧٦، ٣٧٧، الفتاوى الهندية ٤/١١٢، مجمع الأنهر ٢/١٣٢، ١٣٣.

(٥) شرح الخرشي ٦/٢٥، القوانين الفقهية ٢١٤.

(٦) روضة الطالبين ٤/٢٤٠، مغنى المحتاج ٢/٢٠٠، نهاية المحتاج ٤/٤٣٨.

(٧) شرح المنتهى ٢/٢٤٨، كشف القناع ٣/٣٦٦، مجموع الفتاوى لشيخ الإسلام ٢٩/٥٤٦.

(٨) الخرشي، وحاشية العدوى ٦/٢٦، حاشية الدسوقي ٣/٣٣٤.

قالوا: لا. قال: هل عليه دين؟ قالوا ثلاثة دنائير. قال: صلوا على صاحبكم، فقال أبو قتادة: صل عليه يا رسول الله وعلى دينه، فصلى عليه^(١) قال ابن حجر: وفي رواية ابن ماجه من حديث أبي قتادة نفسه «فقال أبو قتادة وأنا أتكفل به»^(٢).

ووجه الاستدلال من حديث أبي قتادة: أن النبي ﷺ قبل الضمان من أبي قتادة، مع تعذر الإطلاع على رضا المضمون عنه، ولو كان رضا المضمون عنه معتبراً لما قبل النبي ﷺ الضمان، أو لسأل الورثة عن رضاهم بالضمان قبل أن يقره^(٣).

الدليل الثاني:

القياس على قضاء الدين، فإن المدين يبرأ من الدين إذا تبرع شخص فقضاه عنه، ولا يشترط لذلك رضا المدين، والكفالة بالمال تبرع مثله، فتصح من غير رضا المكفول^(٤).

ويمكن أن يعترض على هذا القياس بأنه قياس مع الفارق، فلا يصح، والفارق بين الأصل والفرع: أن المتبرع بقضاء الدين لا يعود على المدين بما أداه عنه، وأما الكفيل فإنه يعود على المكفول بما أداه عنه بالاتفاق إذا كانت الكفالة تمت برضا المكفول، وعلى أحد القولين إذا تمت دون قبول منه^(٥).

الدليل الثالث:

القياس على الشهادة، فكما أنه لا يشترط لصحة الشهادة رضا المشهود له، فكذا لا يشترط لصحة الضمان رضا المضمون عنه، والجامع بين الشهادة والضمان أن كلاهما أسلوب توثيق للحق، لا يتوقف إتمامه على رضا المتتبع^(٦). ويرد على هذا الاستدلال من الاعتراض ما ورد على السابق.

الدليل الرابع:

أن الضمان تبرع ومعروف من الضامن، ومن أوجب المعروف على نفسه لزمه. استدلل به بعض المالكية^(٧).

(١) أخرجه البخاري في صحيحه ٥٥٤/٤ في كتاب الحوالة، وأخرجه في كتاب الكفالة. وفي المسألة أحاديث أخرى تدل على ما دل عليه هذا الحديث.

(٢) أخرجه ابن ماجه في سننه، كتاب الهبات، باب الكفالة، انظر صحيح سنن ابن ماجه للالباني ٥١/٢.

(٣) مغني المحتاج ٤٣٨/٤، شرح المنهاج ٢٤٨/٥، المغني ٧٢/٧.

(٤) الشرح الكبير للدردير ٣٣٤/٣، مغني المحتاج ٢٠٠/٢، نهاية المحتاج ٤٥٢/٤.

(٥) انظر هذا القول في روضة الطالبين ٢٤٠/٤، الإنصاف ١٨٩/٥.

(٦) المغني ٧٢/٧.

(٧) التاج والإكليل ١٠٠/٥.

يعترض عليه: بأن القول باللزوم فرع عن القول بالصحة، فلا يثبت الفرع قبل ثبوت الأصل.

الفرع الثاني: إنشاء الكفالة بالنفس دون قبول المكفول.

اختلف أهل العلم في هذه المسألة على قولين.

القول الأول: تنشأ الكفالة بالنفس دون رضا المكفول.

هو قول الحنفية، فإنهم قالوا إن المدعى عليه إذا طُلب منه كفيل بنفسه يحضره في مجلس القضاء فأبى، فإنه يجبر على ذلك، إذا كانت الدعوة في حق من حقوق العباد^(١).

وهو ما ظهر لى من مذهب المالكية؛ فإنهم لم يفرقوا بين الكفالة بالمال، والكفالة بالنفس. وهو وجه عند الشافعية^(٢)، وصفه النووي بأنه الصحيح^(٣). وهو المذهب عند الحنابلة^(٤).

أدلة القول الأول:

الدليل الأول: القياس على الكفالة بالمال^(٥).

اعترض عليه بالفارق بين الكفالة بالمال والكفالة بالنفس؛ فإن الأولى تستدعى من الكفيل أداء الدين، دون أن يتوقف ذلك على حضور المدين، أما الثانية فإنها تستدعى إحضار المكفول، ومع وجود الفارق لا يصح القياس^(٦).

واستدلوا بالدليلين الثالث^(٦) والرابع^(٧)، والواردين في الكفالة بمال.

القول الثاني: لا تنشأ الكفالة بالنفس دون رضا المكفول.

هو وجه عند الشافعية^(٨)، وقول عند الحنابلة^(٩).

أدلة القول الثاني:

الدليل الأول: أن فائدة الكفالة بالنفس إحضار الكفيل للمكفول؛ فإذا لم يقبل

(١) العناية بهامش شرح فتح القدير ٢٩٥/٦.

(٢) معنى المحتاج ٢٠٦/٢، نهاية المحتاج ٤٥٢/٤.

(٣) روضة الطالبين ٢٥٩/٤.

(٤) الإنصاف ٢١٣/٥، ٢١٤، الفروع ٢٤٦/٤، المغنى ١٠٤/٧.

(٥) كشف القناع ٣٧٥/٣، ٣٧٧.

(٦) المغنى ١٠٤/٧.

(٧) الهداية. وشرح فتح القدير ٣١٥/٦.

(٨) معنى المحتاج ٢٠٦، ٢، نهاية المحتاج ٤٥٢/٤.

(٩) الإنصاف ٢١٤/٥، المغنى ١٠٤/٧.

المكفول بالكفالة عند إنشائها فإنه لا يكون ملزماً بالحضور مع الكفيل، وحيث لا تكون للكفالة ثمرة^(١).

مناقشة الدليل: هذا الاستدلال معارض بقول بعض فقهاء المالكية، والشافعية، والحنابلة أن المكفول إذا امتنع عن الحضور مع الكفيل، فإن الكفيل يضمن حيث الحق المالي للدائن^(٢). وبذلك تكون للكفالة ثمرة حتى مع عدم قبول المكفول بإيجاب الكفيل.

الدليل الثاني:

أن الكفالة بالنفس تؤدي إلى إلزام المكفول بحق معنوي، هو الحضور مع الكفيل، وهذا الإلزام لا يصح إلا برضا المكفول عند إنشاء سببه^(٣).

الترجيح:

الراجح - والله أعلم - القول الثاني الذي ذهب أصحابه إلى أن الكفالة بالنفس لا تنشأ دون قبول المكفول؛ لما ذكره في دليلهم الثاني، وعدم وجود ما يعارضه.

المسألة الثانية

إنشاء الكفالة بالنفس، أو بالمال دون قبول المكفول له

في المسألة قولان:

القول الأول: تنشأ الكفالة بالنفس أو بالمال، وتنفذ بالإيجاب من الكفيل، ولا يتوقف ذلك على قبول المكفول له.

هو قول المالكية^(٤)، والحنابلة^(٥)، ووجه عند الشافعية^(٦)، وآخر القولين لأبي يوسف^(٧)، وقيل: إنه لم يرجع عن قوله الأول الذي فيه أن الكفالة لا تنشأ دون قبول المكفول له^(٧).

أدلة القول الأول:

الدليل الأول: عن أبي هريرة - رضى الله عنه - (أنه كان يؤتى إلى رسول الله

(١) نهاية المحتاج ٢/٢٠٦، كشف القناع ٣/٣٧٥، المغنى ٧/١٠٤.

(٢) المدونة ٥/٢٥٢، نهاية المحتاج ٤/٤٥٢، المغنى ٧/٩٧.

(٣) مغنى المحتاج ٢/٢٠٦، المغنى ٧/١٠٤.

(٤) الخرشي ٦/٢٥، الشرح الكبير، وحاشية الدسوقي ٣/٣٣٤.

(٥) شرح منتهى الإرادات ٢/٢٤٨، مجموع فتاوى شيخ الإسلام ٦/٢٩٤، المغنى ٧/٧٢، ١٠٤.

(٦) جواهر العقود ١/١٨٢، روضة الطالبين ٤/٢٤٠، نهاية المحتاج ٤/٤٣٨، ٤٥٢.

(٧) بدائع الصنائع ٢/٦، حاشية ابن عابدين ٥/٢٨٣، والهداية، والعناية، وشرح فتح القدير ٦/٣١٥، ٣١٦.

ﷺ بالرجل المتوفى؛ ليصلى عليه، وعليه دين فيسأل: هل ترك لدينه من قضاء؟ فإن حدث أنه ترك وفاء صلى عليه، وإلا قال: صلوا على صاحبكم. فلما فتح الله عليه الفتوح؛ قال: أنا أولى بالمؤمنين من أنفسهم، فمن توفى وعليه دين فعلى قضاؤه^(١) وقد ورد في هذا المعنى عدة أحاديث، منها حديث سلمة بن الأكوع، وحديث أبي قتادة السابق^(٢).

ووجه الاستدلال: أن النبي ﷺ لم يصرح ولم يعرض بشيء يدل على اشتراط رضا المكفول له^(٣).

الدليل الثاني:

أن الكفالة أسلوب توثيق كالشهادة، وكما أنه لا يشترط في الشهادة رضا المشهود له^(٤).

الدليل الثالث:

القياس على الإقرار لصالح شخص، فإن صحته لا تتوقف على رضا المقر له. والجامع بين الإقرار والكفالة؛ أن كلا منهما التزام بما فيه مصلحة للآخرين^(٥).

واعترض عليه بالفارق بين المقيس والمقيس عليه، فالكفالة عقد لا يتم إلا بإيجاب وقبول، فلا ينعقد بقول طرف واحد، وأما الإقرار فإنه إخبار عن حدث سابق، والإخبار يحصل بالمخبر وحده^(٦).

ويمكن أن يجاب عن هذا الاعتراض: بأن أكثر الفقهاء يسمون ما ينشأ من الالتزامات بقول طرف واحد عقوداً^(٧)، فلا يلزم من كون الكفالة عقداً ألا لا تنشأ بقول واحد.

الدليل الرابع:

أن الكفالة التزام لا يترتب عليه إلزام المكفول له بشيء، بل يترتب عليه مصلحة محضة له؛ وهي تمكنه من مطالب الكفيل بما على المكفول^(٨).

(١) أخرجه البخاري في الصحيح ٥٥٧/٤، كتاب الكفالة، باب الدين.

(٢) انظر ص ١٩٠.

(٣) بدائع الصنائع ٢/٦، معنى المحتاج ٢/٢٠٠، كشاف القناع ٣/٣٦٦، المغنى ٧/٧٢.

(٤) شرح منتهى الإرادات ٢/٢٤٨، المغنى ٧/٧٢.

(٥) الجوهرة النيرة ١/٣٧٨، العناية ٦/٣١٤، المبسوط ١٩/١٧٠.

(٦) المبسوط ١٩/١٧٠.

(٧) انظر قاعدة في العقود لشيخ الإسلام ص ١٨، قواعد ابن رجب ص ٧٩.

(٨) شرح فتح القدير ٦/٣١٥، المبسوط ١٩/١٧٠، نهاية المحتاج ٤/٤٣٨، المغنى ٧/٧٢.

اعترض عليه بأنه حصول الضرر على المكفول له وارد؛ لأن الكفالة إذا صحت برئ الأصيل وتحمل الكفيل؛ وذلك على قول بعض العلماء، ولعل قاضياً يرى هذا الرأي فيحكم به فيؤدى إلى إلزامه بالتعامل مع شخص، لم يرض ابتداءً أن يتعامل معه^(١).

الدليل الخامس:

أن الكفالة تصرف من الكفيل في ذمته، وله الولاية على ذمته^(٢).

القول الثانى: لا تنشأ الكفالة دون قبول المكفول له.

هو قول أبى حنيفة ومحمد بن الحسن، وبه أخذ كثير من الحنفية^(٣)، وهو قول عند الشافعية^(٤). واستثنى الحنفية صورة من صور الكفالة فقالوا إن العقد فيها ينشأ دون قبول المكفول له، وهى: أن يطلب المريض من وارثه أن يكفله فيما عليه من الدين، فيقبل الوارث، والغرماء غائبون، فإن الكفالة تنشأ. وقيد بعض الحنفية هذا الاستثناء بأن يكون للميت مال عند انعقاد الكفالة. وزاد بعضهم قيداً آخر، وهو أن يقول المريض: «قبلت»، وذلك بعد أن يقول للوارث: «تكفل عني»، فيقول «الوارث كفلت»^(٥).

أدلة القول الثانى:

الدليل الأول: أن المقصود من الكفالة المكفول له حق مطالبة الكفيل بإحضار المكفول أو الغرم عنه، والتمليك لا ينشأ إلا بإيجاب وقبول بين طرفيه^(٥).

واعترض علي هذا الاستدلال باعتراضين:

الاعتراض الأول: أن الكفالة مجرد التزام من الكفيل عار عن التملك، والإمارة على ذلك أن الكفالة تحتل الجهالة والتعليق بالشرط، والتمليك لا يحتمل ذلك^(٥).

وقد أجيب عن هذا الاعتراض: بأن الكفالة فيها التزام فردى، وفيها تملك، ولكل منهما أثر، فآثر الأول جواز تعليق انعقادها على تحقق شرط، وعدم تأثرها بالجهالة، وآثر الثانى فيها ألا تتم إلا بشرطى العقد الإيجاب والقبول^(٥).

الاعتراض الثانى: أن الكفالة عند أصحاب هذا الاستدلال دون قبول المكفول.

(١) المبسوط ١٩/١٧١.

(٢) شرح منتهى الإرادات ٢/٢٤٨، المغنى ٧/٧٢.

(٣) الجوهرة النيرة ١/٣٧٨، حاشية ابن عابدين ٥/٢٨٣، الهداية، والعناية، وشرح فتح القدير ٦/٣١٥، ٣١٦.

(٤) روضة الطالبين ٤/٢٤٠، مغنى المحتاج ٢/٢٠٠، نهاية المحتاج ٤/٤٣٨.

(٥) بدائع الصنائع ٦/٢، الجوهرة النيرة ١/٣٧٨، المبسوط ١٩/١٧٠.

إذا قال المريض لورثته «اضمنوا عني ما عليّ من الدين لغرمائي» - وهم غائبون - فقبل الورثة. وهذا تسليم بأن الكفالة ليست تمليكاً، فيلزمهم أن يمشوا على النهج نفسه في جميع صور الكفالة؛ لعدم وجود ما يستلزم استثناء هذه الصورة بحكم خاص^(١).

وقد أجيب عن هذا الاعتراض: بأن صحة الضمان في المثال المذكور مبنية على أن قول المريض «اضمنوا عني» إيضاء منه إليهم بالقضاء عنه؛ لذلك لا يلزم الورثة تنفيذ قوله إذا لم يكن له مال^(٢).

وقد علل الحنفية لصحة إنشاء الكفالة من المريض، دون قبول المكفول له بالتعليين التاليين:

الأول: أن طلب المريض من ورثته أن يضمنوا عنه وصية، أو في معنى الوصية، فكأنه قال للورثة «اقضوا عني ديني»، لذلك لا تصح الكفالة في هذه الحالة إلا إذا كان للميت مال حين موته، فإن لم يكن له مال فلا يؤخذ الوارث بدين المورث، ولو كانت الكفالة هنا كفالة محضة وليست في معنى الوصية، للزم الوارث أن يؤدي عن المورث (المكفول)^(٣).

ولكن الملحوظ: أن توقف صحة الكفالة في هذه الحالة على وجود مال للمريض ليس شرطاً عند جميع الحنفية، وإنما هو قيد أضافه بعضهم إلى المسألة.

الثاني: أن المريض يُقام في هذه الصورة مقام أصحاب الحق في حفظ حقهم، وفي هذا نفع للمريض بإبراء ذمته، ونفع لأصحاب الحق الغائبين بتوثيق حقهم، فيقوم المريض مقامهم في عقد الكفالة^(٣).

وأما إلزام المريض بأن يقول «قبلت»، بعد أن يقول للوارث «تكفل عني»، فيقول الوارث «كفلت». فعملوا له: بأن المريض في هذه الصورة من الكفالة قائم مقام المكفول لهم، فيكون القبول منه. والقبول لا يكون إلا بعد إيجاب من الوارث الكفيل. وقول المريض في أول الأمر للوارث «تكفل عني» هو مقدمة للعقد كالمساومة، وليس إيجاباً ولا قبلاً، فإذا اقتصرنا على ذلك لم تنعقد الكفالة؛ لعدم وجود القبول، كما أن البيع لا ينعقد، لو أن المشتري قال للبائع «بعني هذا السلعة بكذا»، فقال البائع، «بعتك»، واقتصرنا على ذلك، لكن لو عاد المشتري فقال: «قبلت»، انعقد البيع^(٣).

(١) بدائع الصنائع ٢/٦.

(٢) شرح فتح القدير ٣١٥/٦.

(٣) شرح فتح القدير ٣١٦/٦.

سبب الخلاف والترجيح:

سبب الخلاف بالنسبة للكفالة بالمال: اختلافهم فى تحديد الآثار المترتبة على الكفالة، فذهب الحنفية فى قول، والمالكية، والشافعية، والحنابلة إلى أن الكفالة تؤدى إلى شغل ذمة الكفيل بالدين، إضافة إلى شغل ذمة المدين الأصلي (المكفول) بالدين نفسه، فيكون للدائن حق مطالبة الكفيل ومطالبة المكفول^(١).

وبهذا لا يترتب على الكفالة إلزام المكفول له بشيء، فلا يشترط قبوله عند إنشاء الكفالة، وذهب الحنفية فى أصح الروايتين، والظاهرية إلى أن الأثر المترتب على الكفالة، هو نقل الدين من ذمة المدين (المكفول) إلى ذمة الكفيل^(٢). والدين حق الدائن، فلا يملك المدين نقله من ذمة قد ارتضاها إلى ذمة دون قبوله، كما أن الدائن لا يملك أن ينقل دينه إلى ذمة الكفيل دون رضا المدين.

والراجع - فيما يظهر لى - القول الأول الوارد فى سبب الخلاف؛ لأنه الموافق لمعنى الكفالة فإنها أسلوب توثيق، وليست أسلوب نقل للحق. وعليه تنشأ الكفالة بالمال دون قبول من المكفول له.

وهذا القول هو الراجح أيضاً - فيما يظهر لى - فى الكفالة بالنفس؛ فإن المكفول له ينحصر حقه فى إحضار المكفول إلى مجلس القضاء. وأما تعيين من يتكفل بإحضاره فأمر لا أثر له على حقه الذى يطالب به، فلا يعتبر رضاه فيه.

المسألة الثالثة

أثر رد المكفول، أو المكفول له الكفالة

وفىها فرعان:

الفرع الأول: أثر الرد على إنشاء الكفالة.

الفرع الثانى: أثر الرد على التزامات المكفول نحو الكفيل.

الفرع الأول أثر الرد على إنشاء الكفالة

البحث فى هذه المسألة خاص بالحالات التى لا يشترط فيها قبول المكفول، أو المكفول له لإنشاء الكفالة على التفصيل السابق، سواء أكانت فى الكفالة بالنفس أم فى الكفالة بالمال.

(١) شرح فتح القدير ٦/٢٨٣، حاشية الدسوقي ٣/٣٣٠.

(٢) شرح فتح القدير ٦/٢٨٣.

وأقوال أهل العلم صريحة في أنه لا أثر للرد من قبل المكفول، أو المكفول له على إنشاء الكفالة، وذلك في الحالات التي لا يشترط فيها قبوله. ومن عباراتهم الدالة على ذلك قولهم: إنه لا يعتبر رضا المكفول والمكفول له، وقولهم: لا يشترط رضاهما، فإن ذلك يدل على أن الكفالة تنشأ ولو ظهر منهما ما ينافي الرضا؛ لأن وجوده وعدمه سواء.

قال ابن قدامة: «ولابد من رضا الضامن فإن أكره على الضمان لا يصح. ولا يعتبر رضا المضمون عنه؛ لأنه لو قضى الدين عنه بغير إذنه ورضاه صح، فكذلك إذا ضمن عنه، ولا يعتبر رضا المضمون له»^(١). وقال «ولا يعتبر رضا المكفول، أو المكفول له»^(٢).

وقال النووي في المنهاج: «والأصح اشتراط معرفة المضمون، وأنه لا يشترط قبوله ولا رضاه، ولا يشترط رضا المضمون عنه قطعاً»^(٣). وأيضاً قالوا في الكفالة بالنفس إنه لا يشترط رضا المكفول له^(٤).

وقسم السيوطي العقود في افتقارها إلى القبول وعدم افتقارها إليه إلى أقسام: منها مالا يفتقر إلى القبول أصلاً، ولكن يشترط فيه عدم الرد، ومنها مالا يرتد بالرد، قال: ومنه الضمان^(٥).

وقال المالكية: إن الضمان يصح مع غيبة المضمون عنه عن المجلس، ولم يشترطوا علمه، وعللوا لذلك بأن الضمان معروف، ومن أوجب المعروف على نفسه لزمه^(٦). فعدم اشتراطهم علمه مع غيبته يدل على أنه لو رد إيجاب الضامن فإنه لا أثر لرده، وأن الضمان نشأ مع تصريحه بعدم الرضا.

وشبه المالكية الضمان عن الشخص في عدم اعتبار رضا المضمون عنه، أو المضمون له بأداء الشخص الدين عن آخر وفقاً به، فإنه إذا فعل لزم رب الدين قبوله، ولا كلام له ولا للمدين، - كما قال المالكية - إذا دُعي أحدهما إلى القضاء. إلا إذا كان المتبرع فعل ذلك ليملك على المدين حق المطالبة فيؤذيه، فإن تبرعه يرد من أصله، والقرائن تدل على المقاصد^(٧).

(١) المغنى ٧/٧٢.

(٢) المغنى ٧/١٠٤، وانظر المبدع ٤/٢٦٤.

(٣) مع مغنى المحتاج ٢/٢٠٠.

(٤) روضة الطالبين ٤/٢٥٩، مغنى المحتاج ٢/٢٠٦.

(٥) الأشباه والنظائر ص ٢٧٩.

(٦) التاج والإكليل بهامش مواهب الجليل ٥/١٠٠.

(٧) الخرشى ٦/٢٥.

الفرع الثاني: أثر الرد على التزامات المكفول نحو الكفيل

إذا نشأت الكفالة بقبول من المكفول، فإن كانت كفالة بالنفس فإنه يلزم المكفول أن يحضر مع الكفل إلى المكان الذى التزم الكفيل بإحضار المكفول إليه.

وإن كانت كفالة بالمال، وأدى الكفيل الدين عن المكفول، فإن له الرجوع على المكفول بما آداه عنه؛ ما لم يكن قد صرح عند الأداء بأنه متبرع لا ينوى الرجوع على المكفول.

وهذا كله لا أعلم فيه خلافاً فى الجملة.

ولكن محل البحث فيما لو نشأت الكفالة دون رضا المكفول بأن رد إيجاب الكفيل ولم يقبله. وذلك على قول من لا يشترط لصحة إنشائها قبوله، فهل لهذا الرد أثر على التزاماته نحو الكفيل؟ الجواب عن السؤال فيما يلى:

القسم الأول: أثر الرد فى الكفالة بالنفس

الذين ذهبوا إلى أن الكفالة بالنفس تنشأ دون قبول المكفول، قالوا إن المكفول لا يلزمه فى هذه الحالة الحضور مع الكفيل إلى المكان الذى يطلبه إليه^(١). فيغرم الكفيل حيثئذ المال، وقيل يحبس^(٢).

وعللو لذلك: بأن المكفول لم يلتزم للكفيل عند إنشاء الكفالة بالحضور معه عند تنفيذها، فلا وجه لإلزامه بشيء لم يلتزمه ابتداء^(٣).

وقال بعض الفقهاء: إن المكفول له إذا طالب الكفيل بإحضار المكفول؛ فإنه يلزم المكفول الحضور معه، لا بسبب الكفالة، ولكن بسبب الوكالة فإن مطالبة المكفول له توكيل منه للكفيل فى إحضار المدين^(٣). وقال بعضهم: لا يعد ذلك توكيلاً، وإنما هو مجرد مطالبة بالدين، فلا يلزم المكفول الحضور مع الكفيل^(٤).

القسم الثانى: أثر الرد فى الكفالة بمال

تحرير محل النزاع: الكفالة بالمال تأتى على صورتين:

الأولى: أن تنعقد ابتداء على أنها كفالة بالمال.

الثانية: أن تنعقد ابتداء على أنها كفالة بالنفس، ويلتزم الكفيل بأنه. إذا لم يحضر

(١) الجوهرة النيرة ٣٧٤/٢، شرح فتح القدير ٢٨٥/٦، روضة الطالبين ٢٥٩/٤. نهاية المحتاج ٤٥٢/٤، ٤٥٣، الإنصاف ٢١٧/٥، المبدع ٢٦٧/٤.

(٢) روضة الطالبين ٢٥٩/٤، نهاية المحتاج ٤٥٢/٤، ٤٥٣، الإنصاف ٢١٧/٥، المبدع ٢٦٧/٤، المغنى ١٠٥/٧.

(٣) روضة الطالبين ٢٥٩/٤، نهاية المحتاج ٤٥٢/٤، ٤٥٣، الإنصاف ٢١٧/٥، المبدع ٢٦٧/٤، المغنى ١٠٥/٧.

(٤) المغنى ١٠٥/٧.

المكفول فإنه يؤدي عنه ما عليه من دين، فتصبح الكفالة باعتبار العاقبة كفالة بالمال^(١).
فيشملها البحث في هذا الفرع كسابقتهما.
وردد المكفول له الكفالة، له حالتان:

الأولى: أن يتمتع عن الإذن بإنشاء الكفالة، ويمتنع عن الإذن بأداء الكفيل ما عليه من دين. فهذه هي المقصودة بالبحث في هذا الفرع.

الثانية: أن يتمتع عن الإذن بإنشاء الكفالة، ولكنه يأذن للكفيل بأداء الدين عنه. وهذه قيل فيها: إن الإذن الثاني لا يغير من الأمر شيئاً فحكمها كالأولى، وقيل: إن الإذن الثاني يقوم مقام الإذن بالإنشاء فيعد راضياً بالكفالة^(٢).

تفصيل الأقوال والأدلة:

القول الأول: للكفيل أن يرجع على المكفول بما أداه عنه، إذا لم يرض المكفول بالكفالة، وهو قول المالكية^(٣). وقول عند الحنابلة^(٤).

دليل هذا القول:

أن المكفول يلزمه إبراء ذمته من حق الكفيل، كما أنه يلزمه إبراء ذمته من حق المكفول له، وهذا الحق ثبت بما فعله الكفيل نيابة عنه، فإنه أدى عن المكفول ما كان يجب عليه أدائه بنفسه، وكونه لم يرض بقيام الكفيل بأداء الحق إلى صاحبه لا يسقط الحق عنه، كما لو قام الحاكم بأداء الحق الذي عليه من ماله بغير رضاه^(٥).

ويعترض عليه بأنه قياس فاسد؛ لأنه قياس مع الفارق، فالحاكم مأذون له شرعاً بمقتضى الولاية أن ينصف الناس، بعضهم من بعض، فيأخذ من مال المدين الممتنع عن الوفاء، ويعطيه الدائن، وأما الكفيل فإنه غير مأذون له في ذلك.

القول الثاني: ليس للكفيل أن يرجع على المكفول بما أداه عنه.

هو قول الحنفية^(٦)، والشافعية^(٧)، وقول عند الحنابلة^(٨).

(١) الجوهرة النيرة ١/٣٧٥، نهاية المحتاج ٤/٤٥١، المبدع ٤/٢٦٧.

(٢) روضة الطالبين ٤/٤٦٧، المغني ٧/٩٠.

(٣) حاشية الدسوقي ٣/٣٣٤، الخرشبي ٦/٢٥٠.

(٤) شرح منتهى الإرادات ٢/٢٥٠، المغني ٧/٩٠.

(٥) ما سبق، شرح فتح القدير ٦/٣٠٤.

(٦) الجوهرة النيرة ١/٣٧٦، ٣٧٧، مجمع الأنهر ٢/١٣٢.

(٧) روضة الطالبين ٤/٢٦٠، ٢٦٦.

(٨) المبدع ٤/٢٥٧، المغني ٧/٩٠.

أدلة القول الثاني:

الدليل الأول: حديث سلمة بن الأكوع^(١)، وحديث أبي سعيد الخدري^(٢) فإن الأولى ثبت فيه أن النبي ﷺ امتنع عن الصلاة على الميت حتى كفل دينه أبو قتادة، وفي الحديث الثاني امتنع من الصلاة على الميت حتى كفل دينه علي - رضي الله عنه وعن جميع أصحاب النبي ﷺ - فلما صلى النبي ﷺ على الميت علم أن ذمته قد برئت من الدين، ولو كان للكفيل حق الرجوع عليه، لصارت ذمته مشغولة بحق الكفيل، كما كانت مشغولة بحق المكفول له، ولو كانت مشغولة لما صلى عليه رسول الله ﷺ؛ لاستمرار وجود المانع، وهو اشتغال ذمته بحق غيره^(٣).

واعترض علي هذا الاستدلال بأن أبا قتادة وعلياً ما أرادا الرجوع علي الميت بما ضمنوه عنه لأنهم إنما ضمنوا عنه ليرثوا ذمته، وهما يعلمان أنه لم يترك ما يفي بأداء دينه^(٤).

الدليل الثاني: أن الضامن عن آخر بغير إذنه متبرع في الأداء عنه، والمتبرع لا يستحق عوضاً^(٥).

الترجيح:

الذي يظهر لي رجحانه القول الثاني الذي ذهب أصحابه إلي أن المكفول إذا لم يرض بالكفالة، فإنه لا يغرم للكفيل ما أداه عنه؛ لأن الكفيل وليج من باب التبرع، فحكمه حكم المتبرع.

(١) انظر ص ١٩٠.

(٢) أخرجه الدارقطني في سننه ٤٧/٣، كتاب البيوع.

(٣) مغني المحتاج ٢/٢٠٩، المغني ٧/٩٠.

(٤) شرح المتبهي ٢/٢٥٠، ٢٥١، المغني ٧/٩٠.

(٥) الجوهرة النيرة ١/٣٧٧، روضة الطالبين ٤/٢٦٦، المغني ٧/٩٠.

المطلب الثانى

إنشاء حوالة الدين ، وترتب آثارها بإيجاب من المحيل

وفيه ثلاث مسائل :

المسألة الأولى: إنشاء الحوالة دون إيجاب من المحيل .

المسألة الثانية: إنشاء الحوالة دون قبول المحال .

المسألة الثالثة: إنشاء الحوالة دون قبول المحال عليه .

الحوالة : هى نقل الحق المالى من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه^(١) . ويجتمع فى

الحوالة ثلاثة أطراف: المحيل ، والمحال ، والمحال عليه . وبحث دور كل

منهم فى إنشاء الحوالة فى مسألة مستقلة .

(١) البحر الرائق ٢٦٦/٦ ، الكافى فى فقه أهل المدينة ١٣٢/٢ ، أسنى المطالب ٢٣٠/٢ المبدع ٢٧٠/٤ .

المسألة الأولى

إنشاء الحوالة دون إيجاب من الخيل

تصوير المسألة: إذا اتفق المحال (الدائن) والمحال عليه، على أن تنتقل المطالبة بالدين من المدين الأصلي إلى شخص آخر (المحال عليه)، وتم بينهم إيجاب وقبول على ذلك، فهل ينشأ عقد الحوالة ويبرأ الدائن الأصلي، أو لا بد من رضاه بذلك؟ لأهل العلم في المسألة قولان:

القول الأول: لا تنشأ الحوالة دون إيجاب من المدين.

هو قول عند الحنفية^(١). وبه قال المالكية^(٢)، الشافعية^(٣)، والحنابلة^(٤).

أدلة القول الأول:

الدليل الأول: أن في نقل الدين من ذمة المدين بتحمل غيره الوفاء عنه منة يأنف منها أهل المروءات، ولا يجبر الإنسان على ما يأنف منه من المباحات^(٥).

الدليل الثاني: أن للمحيل إيفاء الحق الذي عليه من أى جهة شاء؛ لكونه ثابتاً في ذمته مرسلاً، وليس مقيداً بجهة معينة^(٦).

يمكن أن يعترض عليه بأن الدائن لا يبحث عن بديل يؤدي له حقه إلا بعد عجز المدين الأصلي، وفي هذه الحالة لا مصلحة ترجى من تخيير المدين في تعيين الشخص الذي يؤدي عنه الدين.

(١) حاشية ابن عابدين ٣٤١/٥، مجمع الأنهر ١٤٧/٢.

(٢) شرح الخرشى ١٦/٦، مواهب الجليل ٩١/٥.

(٣) أسنى المطالب ٢٣٠/٢، روضة الطالبين ٢٢٨/٤، نهاية المحتاج ٤٢٣/٤.

(٤) الإنصاف ٢٢٧/٥، شرح منتهى الإرادات ٢٥٦/٢، المغنى ٦٠/٧.

(٥) حاشية ابن عابدين ٣٤١/٥.

(٦) مجمع الأنهر ١٤٧/٢، نهاية المحتاج ٤٢٣/٤، المغنى ٦٠/٧.

(٧) بدائع الصنائع ١٦/٦، أسنى المطالب ٢٣٠/٢.

الدليل الثالث: أن الحوالة إبراء، ولكن فيها معنى التملك، فتفسد بالإكراه كسائر أساليب التملك^(١).

يمكن أن يعترض عليه بأن الحوالة ليس فيها شائبة التملك بالنسبة للمدين.

القول الثاني:

ينشأ عقد الحوالة وينفذ دون رضا المدين.

هو قول محمد بن الحسن الشيباني، وبه أخذ بعض الحنفية^(٢). وقال بعض الحنفية: إن الحوالة عند محمد بن الحسن تتم بإيجاب من المدين، وتتم دون ذلك، فإذا تمت بإيجاب منه لزمه أن يعرض المحال عليه عما أداه، وإذا تمت دون إيجاب منه لم يلزمه ذلك^(٣).

وقد ورد في كلام المالكية ما يوافق ذلك، فقد قال خليل: «شرط الحوالة رضا المحيل والمحافظ فقط»، وقال الخرشي شارحاً: «أى شرط لزوم الحوالة - أى حوالة القطع - رضا من عليه الدين»^(٤). ومؤداه أن رضا المحيل ليس شرطاً فى صحة إنشاء الحوالة، ولكنه شرط فى إلزام المدين تعويض ما يغرمه المحال عليه.

دليل القول الثاني:

يظهر لى أن دليلهم أن المحال عليه متبرع فى تحمله الدين عن المدين، فلا تتوقف صحة تبرعه على رضا المتبرع له وهو المدين.

سبب الخلاف والترجيح:

سبب الخلاف - فيما يظهر لى: أن نقل الدين بالحوالة من ذمة المدين فيه نفع مادى له متحقق، يقابله ضرر معنوى محتمل، أما النفع فهو إبراء ذمته من الدين. وهذا يناسبه تصحيح الحوالة دون اشتراط رضا المدين، وأما الضرر المعنوى فهو تحمل المنة، وهذا يناسبه اشتراط رضاه لصحة الحوالة.

والذى يظهر لى رجحانه فى المسألة القول الأول، وهو قول الجمهور أن الحوالة لا تنشأ إلا برضا المدين؛ لأن النصوص النقلية يدل ظاهرها على أن الحوالة لا تنشأ إلا بمبادرة من المدين كقوله ﷺ: (مُطْلُ الغنى ظلم، فإذا أتبع أحدكم على ملىء فليتبّع)^(٥)، وفى لفظ: (من أُحِيل بحقه على ملىء فليحتل)^(٦).

(١) بدائع الصنائع ١٦/٦، أسنى الطالب ٢/ ٢٣.

(٢) حاشية ابن عابدين ٣٤١/٥، مجمع الأنهر ١٤٧/٢.

(٣) الفتاوى الهندية ٢٩٥/٣، مجمع الأنهر ١٤٧/٢.

(٤) الخرشي ١٦/٦.

(٥) أخرجه البخارى فى صحيحه ٥٤٢/٤ كتاب الحوالة، باب الحوالة، وهل يرجع فى الحوالة.

(٦) أخرجه الترمذى فى سننه ٦٠١/٣، كتاب البيوع، باب ما جاء فى مطلق الغنى أنه ظلم، وقال الهيثمى فى مجمع الزوائد ١٣٤/٤، أخرجه أحمد فى المسند عن ابن عمر، ورجاله رجال الصحيح خلا الحسن بن عرفة وهو ثقة.

المسألة الثانية

إنشاء الحوالة دون قبول المحال

قال الأسيوطى^(١): «اتفق الأئمة على أنه إذا كان لإنسان على آخر حق، فأحاله على من له عليه دين لم يجب على المحتال قبول الحوالة»^(٢). والصحيح - فيما اطلعت عليه - أن المسألة فيها خلاف على قولين:

القول الأول: تنشأ الحوالة دون قبول المحال.

هو قول أبى يوسف من الحنفية، إلا أنه جعل آثار العقد موقوفة على إجازة المحال^(٣)، وهو قول الحنابلة، والحوالة عندهم صحيحة ونافذة، دون قبول المحال^(٤). واشتروا أن يكون المحال عليه مليئاً^(٥)، والملاءة فى المال أن يكون قادراً على الوفاء، والملاءة فى القول ألا يكون ممطلاً، والملاءة فى البدن أن يمكن إحضاره إلى مجلس الحكم، فلا يلزم الدائن أن يحتال على والده؛ لأنه لا يجوز له مطالبته بالدين، أو من هو فى غير بلده، أو على ذى سلطان يمتنع بسلطانه^(٥).

أدلة القول الأول:

الدليل الأول: حديث أبى هريرة - رضى الله عنه - أن رسول الله ﷺ قال: (مطل الغنى ظلم، فإذا أتبع أحدكم على مليء فليتبّع)، وفى لفظ (من أحيّل بحقه على مليء فليحتل)^(٦).

اعتراض على الاستدلال بالحديث: بأن الأمر فيه مصروف عن الوجوب، والصارف له النصوص الكثيرة التى دلت دلالة قاطعة على أن المعاملات المالية مبنية على التراضى، من هذه النصوص قول الله تعالى: ﴿يَأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾^(٧).

(١) هو محمد بن أحمد بن على بن عبد الخالق الأسيوطى المنهاجى. قرأ على الجلال البلقينى، والولى العراقى، والشهاب السخاوى. جمع فى الشروط كتاباً سماه «جواهر العقود ومعين القضاة والشهود». وله براءة فى الأدب وله قصائد. وُلد سنة ثلاث عشرة وثمانمائة.

انظر الضوء اللامع ١٣/٧.

(٢) جواهر العقود ١/١٧٩.

(٣) البحر الرائق، وحاشية ابن عابدين عليه ٦/٢٦٨، ٢٦٩.

(٤) الإنصاف ٥/٢٢٧.

(٥) كشف القناع ٣/٣٨٦، ٣٨٧، المغنى ٧/٦٢، ٦٣.

(٦) سبق تخريجه فى ص ٢٠٦.

(٧) سورة النساء، الآية ٢٩.

وحديث عمرو بن اليربى الضمرى - رضى الله عنه - قال: (شهدت خطبة النبى ﷺ بمنى فكان فيما خطب به قال: ولا يحل لأحد من مال أخيه إلا ما طابت به نفسه)^(١). فالحوالة كسائر عقود المعاوضة لا تصح إلا بالتراضي بين جميع الأطراف^(٢). والأمر فى الحديث مصروف عند بعضهم إلى الاستحباب^(٣)، وعند آخرون إلى الإباحة^(٤).

الدليل الثانى:

أن للمحيل أن يوفى الحق الذى عليه بنفسه أو بوكيله، وقد أقام المحال عليه نائباً عنه فى الإيفاء، فلزم المحال القبول^(٥).

القول الثانى: لا تنشأ الحوالة دون قبول المحال.

هو قول الحنفية^(٦). قال فى مجمع الأنهر «بالإجماع»^(٧). وبه قال المالكية^(٨)، والشافعية^(٩)، وهو رواية عن الإمام أحمد^(١٠).

أدلة القول الثانى:

الدليل الأول: أن الناس يتفاوتون فى الأمانة والوفاء. فلا يجبر المدين (المحال) على نقل حقه من ذمه شخص رضى التعامل معه (المحيل) إلى آخر لم يرضه (المحال عليه)^(١١).

الدليل الثانى: أن الحوالة معاوضة، فيعتبر لصحة إنشائها الرضا من العاقلين، كسائر المعاوضات^(١٢).

(١) الحديث روى عن عمرو اليربى، وعن أنس، وعن ابن عباس، وعن أبى حمزة الرقاشى، مرفوعاً، وأصحها ما روى عن عمرو، انظر سنن الدارقطنى ٣/ ٢٥، ٢٦، ومجمع الزوائد ٤/ ١٧٤، ١٧٥. وحديث عمرو له عدة أسانيد أخرجه الدارقطنى، والبيهقى ٦/ ١٠٠ كتاب الغصب، باب لا يملك أحد مال أحد إلا بطيب نفسه. وقال الهيثمى فى مجمع الزوائد ٤/ ١٧١ رواه أحمد، وابنه من زياداته أيضاً، والطبرانى، ورجال أحمد ثقات، وأخرجه أحمد، واليزار بسند آخر ولفظ مقارب، ورجاله رجال الصحيح.

(٢) نهاية المحتاج ٤/ ٤٢٣.

(٣) السابق.

(٤) شرح فتح القدير ٥/ ٤٤٤.

(٥) المغنى ٧/ ٦٣.

(٦) حاشية ابن عابدين ٥/ ٣٤١، الفتاوى الهندية ٣/ ٢٩٥، ٢٩٦.

(٧) ١٤٦/٢.

(٨) شرح الخرشى ٦/ ١٦، مواهب الجليل ٥/ ٩١.

(٩) روضة الطالبين ٤/ ٢٢٨، نهاية المحتاج ٤/ ٤٢٣.

(١٠) الإنصاف ٥/ ٢٢٧، الإفصاح لابن هبيرة ١/ ٣٨٣.

(١١) حاشية ابن عابدين ٥/ ٣٤١، مجمع الأنهر ٢/ ١٤٦، نهاية المحتاج ٤/ ٤٢٣.

(١٢) بدائع الصنائع ٦/ ١٦، المغنى ٧/ ٦٣.

الدليل الثالث: أن إلزام الدائن بالحوالة كإلزامه بأن يقبل من المدين عرضاً؛ عوضاً عن الدين^(١).

اعترض عليه ابن قدامة بأنه قياس مع الفارق، ففي الصورة المقيس عليها أعطى المدينُ الدائن غير الحق الواجب له فلم يلزم الدائن قبوله، أما في الحوالة فإن المدين يعطى الدائن ما يستحقه^(٢).

سبب الخلاف والترجيح:

سبب الخلاف - فيما يظهر لى - اختلافهم فى وصف حقيقة الحوالة، فبعضهم يصنفها ضمن أساليب النيابة، فكان المحيل وكل المحال عليه فى الإيفاء عنه، فلم يشترط قبول المحال، بينما يصنفها فريق آخر ضمن عقود المعاوضة، باعتبار أنها عقد، ينتقل به الدين من ذمة المدين المحيل إلى ذمة المحال عليه، فاشتروا لصحتها رضا المحال.

والراجع: ما نص عليه حديث رسول الله ﷺ من أن المحال ملزم بأن يحتال، وليس له حق الامتناع إذا أحاله المدين إلى ملىء. وسواء أوصفنا الحوالة بأنها من أساليب النيابة، أم وصفناها بأنها عقد معاوضة لا بد من إعمال الحديث. ولو سلمنا بأن الحوالة عقد معاوضة، فإنه عقد له طبيعة خاصة، وليس من اللازم أن تكون كل عقود المعاوضة على سنن البيع والإجارة، فإن الشارع قصد بالعقود حفظ المصالح ودرء المفاسد، والمصلحة فى الحوالة تقضى بأن يُمكن المدين من الوفاء بدينه بالطريق المتيسرة له، وفى ذلك إبراء ذمته من الدين وإعادة الحق إلى أهله.

المسألة الثالثة

إنشاء الحوالة دون قبول المحال عليه

قال ابن سلمون^(٢) من المالكية: «ولا يشترط رضا المحال عليه جميع العلماء»^(٣).

إلا أنى وجدت فى المسألة خلافاً على قولين:

القول الأول: تنشأ الحوالة بدون قبول المحال عليه.

(١) المغنى ٦٣/٧.

(٢) هو الفقيه المالكي أبو القاسم سلمون بن على بن عبد الله بن سلمون الكنانى. من أهل غرناطة. كان عالماً بالأحكام والشروط، له الإمامة فى ذلك. ألف فى الوثائق المرتبطة بالأحكام كتاباً مفيداً.

انظر الديباج المذهب ٣٩٧/١.

(٣) حلى المعاصم للتاوى ٥٥/٢.

هو قول عند الشافعية^(١)، وقول الحنابلة^(٢)، والمالكية^(٣).

غير أن ابن القاسم اشترط حضور المحال عليه مجلس العقد وألا يصرح برد إيجاب المحيل، وتابعه في ذلك كثير من المالكية^(٤)، ولكنهم اختلفوا في صحة الحوالة عند عدم توفر هذا الشرط^(٥).

وهذا الاستثناء المنقول عن ابن القاسم، اشتراط صريح - فيما يظهر لى - لقبول المحال عليه، وعلى هذا يكون غير متفق مع القول المشهور عند المالكية الذى يقضى بصحة الحوالة دون قبول المحال عليه.

وقد استثنى القائلون من المالكية، بصحة الحوالة دون قبول المحال عليه من قولهم، صورتين، اشترطوا فيهما لصحة الحوالة قبول المحال عليه.

الصورة الأولى: أن تكون بين المحال والمحال عليه عداوة قائمة قبل إنشاء الحوالة^(٥).

الصورة الثانية: إذا لم يكن للمحيل دين على المحال عليه، وأعلم المحيل المحال بذلك، وشرط عليه براءته من الدين بمجرد الحوالة، ورضى المحال بذلك؛ فإن الحوالة تصح حينئذ، ويبرأ المحيل من الدين، وينتقل الحق إلى ذمة المحال عليه؛ بشرط أن يرضى بذلك^(٦).

أدلة القول الأول:

الدليل الأول

أن المحيل هو صاحب الحق، وله أن يستوفى حقه من المدين بنفسه أو بواسطة غيره، وقد أقام المحال نائباً عنه فى استيفاء حقه. ولا ينشأ عن ذلك التزام جديد فى حق المحال عليه، يحتاج إلى رضاه^(٧).

اعترض عليه بعض الحنفية بأن الحوالة يترتب عليها إلزام المحال عليه بالتعامل مع المحال، على أنه دائن له فلا يلزم إلا برضاه؛ لأن الناس يتفاوتون فى حسن المعاملة؛ وقد يرضى المحال عليه أن يكون مديناً للمحيل، ولا يرضى أن يكون مديناً للمحال^(٨).

(١) أسنى المطالب ٢/٢٣٠، روضة الطالبين ٤/٢٢٨، نهاية المحتاج ٣/٤٢٣.

(٢) الإنصاف ٥/٢٢٧، كشف القناع ٣/٣٨٦، المغنى ٧/٦٣.

(٣) البهجة شرح التحفة ٢/٢٥، الخرشي ٦/١٦، مواهب الجليل ٥/٩١.

(٤) البهجة شرح التحفة ٢/٢٥، حاشية الدسوقي ٣/٣٢٥، مواهب الجليل ٥/٩١، ٩٢.

(٥) البهجة شرح التحفة ٢/٢٥، حاشية الدسوقي ٣/٣٢٥، مواهب الجليل ٥/٩١، ٩٢.

(٦) الخرشي ٦/١٧، حاشية العدوى على الخرشي ٦/١٦.

(٧) أسنى المطالب ٢/٢٣٠، نهاية المحتاج ٤/٤٢٣، كشف القناع ٣/٣٨٦، المغنى ٧/٦٣.

(٨) شرح فتح القدير ٦/٣٤٧.

الدليل الثاني:

أن المحال عليه محل الحق والتصرف، كالرقيق المبيع. قاله بعض الشافعية^(١).
مناقشة هذا الاستدلال: لو لم يكن في القياس شيء فاسد، لوجب حتماً أن يكون هذا القياس فاسداً.

وقد علل المالكية لما نقل عن ابن القاسم من اشتراط حضور المحال عليه وإقراره بصحة الحوالة: بأن في ذلك منح المحال عليه فرصة ليثبت براءته من الدين، إن كان بريئاً منه^(٢)، أو يثبت وجود عداوة بينه وبين المحال إن كانت موجودة، أو يثبت إفساره إن كان معسراً^(٣)، وكل هذه الاحتمالات الواردة إذا وجدت، فإنها تمنع صحة الحوالة دون قبول المحال عليه.

وعملوا للصورة المستثناة الأولى: بأن وجود العداوة بين المحال والمحال عليه يؤدي في غالب الأحوال إلى أن يسمى المحال في مطالبة المحال عليه ويؤذيه، فلا يجوز أن يسلط المحال على المحال عليه، ويمكن من ذلك^(٤).

وعملوا للصورة المستثناة الثانية: بأن الحوالة تكون محالة وتبرعاً من المحال عليه إذا لم يكن عليه دين للمحيل، ولا يصح التبرع إلا برضا المتبرع^(٥).
القول الثاني: لا تنشأ الحوالة دون قبول المحال عليه.

هو قول بعض المالكية^(٦)، وقول عند الشافعية^(٧). وقول الحنفية^(٨).

إلا أن الحنفية لم يشترطوا حضور المحال عليه مجلس العقد، وقبوله الحوالة في الحال، مع أنهم اشترطوا ذلك في سائر العقود واشترطوه بالنسبة للمحال. قال ابن عابدين: «الشرط قبول المحتال في المجلس ورضا المحال»، وقال: «لا خلاف في المحال عليه في أن حضرته غير شرط» وقال «ولا تشترط حضرة المحتال عليه لصحة الحوالة حتى لو أحاله على رجل غائب. ثم علم الغائب، فقبل صححت الحوالة»^(٩).

(١) أسنى المطالب ٢/ ٢٣٠، نهاية المحتاج ٣/ ٤٢٣.

(٢) حاشية الدسوقي ٣/ ٣٢٥.

(٣) البهجة شرح التحفة ٢/ ٥٥، ٥٦، مواهب الجليل ٥/ ٩١، ٩٢.

(٤) شرح الخرشي ٦/ ١٦.

(٥) الخرشي ٦/ ١٧.

(٦) البهجة شرح التحفة ٢/ ٥٥.

(٧) روضة الطالبين ٤/ ٢٢٨، نهاية المحتاج ٤/ ٤٢٣.

(٨) الفتاوى الهندية ٣/ ٢٩٦.

(٩) حاشية ابن عابدين ٥/ ٣٤٢.

واستثنى بعض الحنفية صورة تصح فيها الحوالة دون رضا المحال عليه: وذلك إذا استدان الزوج النفقة بأمر القاضى، فللزوجة أن تحيل من استدان منه على زوجها، وتصح الحوالة من غير قبول الزوج^(١).

أدلة القول الثانى:

الدليل الأول:

أن المحال عليه يصبح بالحوالة مدينًا للمحال، ملزماً بالوفاء بهذا الدين، ولا يصح أن يلزم بما لم يلتزمه ابتداءً^(٢).

يرد اعتراض على قولهم «ولا يصح أن يلزم بما لم يلتزمه ابتداءً» بأنه يصح، فالحاكم يلزم المنكر إذا قامت عليه البينة وهذا إلزام دون التزام^(٣).
وأجيب عن هذا الاعتراض: بأن حكم الحاكم فى المثال المذكور إظهار للالتزام، وليس إلزاماً^(٤).

الدليل الثانى:

قال بعض الشافعية: إن استيفاء الدين من المحال عليه معامله مبتدأة بين المحال والمحال عليه، تفتقر إلى رضا الطرفين^(٥).

سبب الخلاف والترجيح:

قال ابن رشد: إن من العلماء من رأى أن الحوالة معامله مالية فاعتبر رضا المحال عليه، كما اعتبر رضا المحال. ومنهم من جعل المحال كالنائب عن المحيل فى استيفاء حقه من المحال عليه، فلم يشترط رضا المحال عليه، كما أنه لا يشترط رضاه فيما لو طالبه المحيل.

والذى يظهر لى رجحانه: أن الحوالة تنشأ دون رضا المحال عليه؛ لأنه إذا لم يشترط لصحتها رضا المحال، فأولى ألا يشترط رضا المحال عليه، فإن الأول مطالب بالحق، والثانى مطالب به^(٥).

(١) حاشية ابن عابدين ٣٤١/٥.

(٢) حاشية ابن عابدين ٣٤١/٥، الهداية مع شرح الفتح ٣٤٧/٦.

(٣) العناية على الهداية مع شرح فتح القدير ٣٤٧/٦.

(٤) نهاية المحتاج، وحاشية الرشيدى ٤٢٣/٣.

(٥) بداية المجتهد ٢٩٩/٢.

المطلب الثالث
أهم صور الكفالة ، والحوالة المستحدثة
فى السوق التجارى المحلى

أهم هذه الصور:
- خطاب الضمان المصرفى
- الأوراق التجارية .

المسألة الأولى

خطاب الضمان

وفيها فرعان

الفرع الأول: تعريف خطاب الضمان

هو تعهد كتابي يتعهد بمقتضاه المصرف بكفالة عميل له، في حدود مبلغ معين لصالح طرف ثالث، سببه التزام تحمله العميل، وبمقتضى هذا الخطاب يدفع المصرف المبلغ المضمون للطرف الثالث، عند أول مطالبة خلال مدة سريان خطاب الضمان^(١). وقد يكون للعميل المكفول رصيد مالى لدى المصرف الكفيل، يغطى مبلغ الكفالة أو بعضه، وقد لا يكون له أى رصيد، ويترتب على إصدار هذا الخطاب الالتزامات التالية:

- (١) التزام المصرف بالتسديد الفوري عن العميل المكفول، عند أول مطالبة تحصل قبل انتهاء مدة صلاحية الخطاب، سواء أكان للمكفول رصيد لدى المصرف أم لم يكن.
- (٢) التزام العميل المكفول بتسديد المبالغ التى يدفعها المصرف للمكفول له، بموجب خطاب الضمان فى حالة قيام المصرف بذلك.
- (٣) التزام العميل بدفع فائدة ربوية للمصرف فى حالة تسديد المصرف أى مبالغ عنه للمكفول له^(١).

الفرع الثانى: التكليف الفقهي لخطاب الضمان:

اختلفت فيه الأقوال فوصلت إلى ستة.

القول الأول: إن خطاب الضمان يدور بين الكفالة والوكالة، فإن كان غير مغطى من العميل فهو عقد كفالة بالمال؛ لأن الكفالة ضم ذمة الكفيل إلى ذمة المكفول، وقد رضى المصرف أن يكون مطالباً تجاه الدائن بما على المدين المكفول.

(١) الترشيد الشرعى للبنوك القائمة جهاد عويمر ٢٥٥، العقود التجارية وعمليات البنوك فى المملكة ٣٢١. الكفالة فى ضوء الشريعة الإسلامية ١٣١.

وأما إن كان الخطاب مغطى بالكامل، فإن المصرف يكون وكيلاً عن العميل في التسديد، ولكن العلاقة بين المصرف والطرف الثالث علاقة كفالة، فالطرف الثالث يقبل خطاب الضمان من المصرف باعتبار المصرف كفيلاً لا وكيلاً. وأما إذا كان الخطاب مغطى، جزئياً فإن العلاقة تكون بين المصرف والعميل علاقة وكالة بالنسبة للجزء المغطى وكفالة بالنسبة للباقي.

هذا هو رأى هيئة الرقابة الشرعية لبنك فيصل الإسلامى، وقالوا إن أخذ الأجرة على الوكالة جائز، أما أخذها على الكفالة فمحل خلاف^(١).

ويرى الأستاذ جهاد عويمر أن خطاب الضمان فى جميع أحواله كفالة^(٢).

بينما ذهب د. سامى حمود إلى أنه عقد وكالة. وعلل له بأن تكليف الخطاب على أساس الوكالة يتيح المجال لإباحة أخذ المصرف أجرة مقابل إصدار الخطاب؛ لأن أخذ الأجرة على الوكالة جائز، أما أخذها على الكفالة فلا يجوز، خاصة إذا قام الكفيل بالوفاء عن المكفول^(٣).

وقد اعترض على هذا التكليف الفقهي لخطاب الضمان: بأن الكفالة المالية التزام من الكفيل بما وجب، أو بما قد يجب من حق مالي على المكفول، أما خطاب الضمان فهو التزام من المصرف بتسديد قيمة الخطاب للمستفيد من الخطاب، بغض النظر عن ثبوت الدين على العميل أو عدم ثبوته، حتى لو عارض العميل فى إمضاء التسديد، فإن المصرف ملزم بالتسديد، والعميل ملزم بالآثار المترتبة على ذلك.

وقد يحدث خلاف بين العميل والمستفيد حول العمل الأصلي الذى استصدر خطاب الضمان من أجله، ومع ذلك يكون المصرف ملزماً بموجب خطاب الضمان بتسديد القيمة المثبتة فيه، وليس من حقه أن يمتنع عن التسديد، ويتمسك بالأسباب التى يتمسك بها العميل للتبرؤ من الدين. فوصف خطاب الضمان بأنه عقد كفالة، لم يراع فيه هذه الفروق الجوهرية بينه وبين الكفالة^(٤).

القول الثانى: اقترحت هيئة الرقابة الشرعية لبنك فيصل الإسلامى أن يشارك البنك العميل فى العملية المطلوب من أجلها الضمان، وجعلت هذا حلاً يلجأ إليه المصرف ليحصل على الربح.

(١) انظر رأى الهيئة فى كتاب أساسيات العمل المصرفى الإسلامى ص ٣٠، ٣١.

(٢) الترشيد الشرعى للبنوك القائمة ص ٢٥٧، ٢٥٨.

(٣) الكفالة فى ضوء الشريعة الإسلامية ١٣٤.

(٤) أساسيات العمل المصرفى الإسلامى د. عبد الحميد البعلى ص ٣٧ - ٤٠، تطوير الأعمال المصرفية ص ٢٩٥، مشكلة الاستثمار فى البنوك الإسلامية ص ٤٨٢.

ولم توافق الهيئة على ما تفعله معظم المصارف من إصدار الخطاب، مقابل عوض مالي يدفعه العميل^(١).

وقد اعترض د. البعلى على هذا التكييف لعملية خطاب الضمان؛ بأن هذا لا يتفق مع مقصد المصرف من إصدار الخطاب، فإن المصرف لا يقصد المشاركة فى العمل والتعرض لمخاطر الخسارة، ولكن المقصود الحصول على عمولة الإصدار، دون مخاطرة، فالعميل مركزه المالى معروف، وحقوق المصرف مكفولة^(٢).

القول الثالث: وقد اختار د. محمد صلاح الصاوى أن خطاب الضمان هو وعد بالعقد، وأنه ملزم للبنك فى حالة دخول العميل التزاماً مالياً، بناء على خطاب الضمان الذى التزم فيه البنك بالإقراض. ولا يجوز للبنك أن يرجع عن وعده إلا إذا طرأت ظروف قاهرة، تجعل وفاء بما وعد متعذراً أو مضرراً بالنسبة له، فيعفى حينئذ من الوفاء. وفى غير ذلك يلزم قضاء بتنفيذ ما تضمنه خطاب الضمان.

وقد خرج قوله هذا فى خطاب الضمان على القول المشهور عند المالكية فى الإلزام بالوعد المعلق على سبب إذا باشر الموعد ذلك السبب. وقد أورد اعتراضاً محتملاً على هذا الاختيار وأجاب عنه:

والاعتراض هو أن الوعد المعلق فى خطاب الضمان إذا لم يكن ملزماً بمجرد إصداره فإن هذا يؤدى إلى اضطراب وحيرة بالنسبة للعميل، فهو يخشى رجوع البنك عن وعده؛ مما يجعله يقدم على ترتيب خططه التجارية بخطوات مضطربة وعزيمة فائترة.

وأجاب عنه: بأن هذا التوجس من قبل العميل الموعد بالقرض لا وجه له؛ لأنه إن دخل فى التزام وتورط فيه بناء على الوعد، فإن المصرف يجبر على الوفاء. وإذا لم يدخل فى التزام فإنه لا يتضرر من رجوع البنك عن التزامه^(٣).

القول الرابع: أن خطاب الضمان إذا كان له غطاء كامل لدى البنك من قبل العميل، فهو وكالة.

وأما إذا لم يكن له غطاء كامل فإن الأمر يصبح وعداً بالإقراض للعميل من قبل المصرف، ووعداً بالوكالة عنه فى الوفاء بدينه إلى المستفيد، وكفالة له أمام الجهة التى يقدم إليها هذا الخطاب. فخطاب الضمان - كما قيل فى تعريفه - هو تعهد يعد فيه البنك بالقيام بالأعمال المذكورة فى خطاب الضمان.

(١) أساسيات العمل المصرفى الإسلامى ص ٣٠.

(٢) السابق ص ٤١ - ٤٣.

(٣) مشكلة الاستثمار ص ٤٥٣، ٤٥٩.

وإذا أصدر البنك خطاب الضمان، وأعلم به المستفيد، فلا يجوز له أن ينكث في وعده؛ لأنه قد أدخل المستفيد مع العميل، بناء على هذا الوعد وورطه معه. فلا يحل له الخلف. لما يترتب عليه في هذه الحالة من ضرر يلحق المستفيد. وأما إذا كان المستفيد لم يبدأ بعد في الارتباط مع العميل، وبدأ للبنك أن يرجع عن التزامه هذا لأسباب وجيهة وأعدار شرعية مقبولة، فلا بأس بذلك، بشرط أن يعلم المستفيد برجوعه عن وعده وتحلله من التزامه^(١).

القول الخامس: إن خطاب الضمان قرض عادي^(٢).

واعترض عليه: بأن العميل لا يتسلم المبلغ المخصص له في حينه، وإنما عند الحاجة وقد لا يحتاج إليه البتة، والقرض لا يصح في عرف المصارف إلا بالقبض^(٣). وأقول: إن هذا العرف مردود فإن القرض يصح كما صرح فقهاء الإسلام بمجرد الإيجاب والقبول، ويثبت الملك بالقبض، وصرح بعضهم بعدم الحاجة إلى القبول^(٤). ومع ذلك لا أقول إن خطاب الضمان قرض؛ لأن صيغته التي ينشأ لها ليس فيها الجزم بإنشاء العقد، وإنما تدل على مجرد التعهد من قبل البنك بوضع أوراق مالية نقدية أو غيرها، تحت تصرف العميل. وذهبت طائفة إلى أن عقد قرض معلق على شرط، هو استفادة العميل - فعلاً - من الخطاب^(٥).

ويرد عليه أن عدم تحقق الشرط لا يؤثر صحة العقد ولا في آثاره، فالبنك يستحق عمولة خطاب الضمان، ولو لم يسحب العميل شيئاً من المبلغ المعتمد^(٦).

القول السادس: ذهب بعض القانونيين إلى اعتباره عقداً مركباً من عقدين هما القرض والوديعة، فالعميل يقترض من البنك ويودع المال المقرض لديه^(٧).

ويعترض عليه: بأن العميل لا يريد أن يقترض فوراً، وإنما يرغب في أن يطمئن إلى أن البنك سيقرضه عندما يحتاج إلى ذلك. وتهرب العميل من الاقتراض الفوري قد يكون له سبب مشروع، كأن يقصد إبراء ذمته.

وعدم إشغالها إلا عند تحقق الحاجة إلى ذلك، وفي الوقت نفسه يغلب على ظنه أنه سيحتاج إلى ذلك، فيسعى للحصول على التزام من المصرف بأن يقرضه عند الحاجة.

(١) السابق ص ٤٨٦.

(٢) الكامل في قانون التجارة، ٤٣٣/٣.

(٣) بدائع الصنائع ٣٩٤/٧، مغنى المحتاج ١١٧/٢، كشف القناع ٣١٤/٣.

(٤) العقود التجارية وعمليات البنوك في المملكة ص ٣٠٣، ٣٠٤.

الرأى السابع: ذهب أكثر المختصين إلى أن خطاب الضمان وعد بالقرض^(١)؛ لأن حقيقة أن المصرف يتعهد بإقراض العميل عندما يطلب ذلك، وليس فيه تخيير القرض مالا.

ولكن لا يحل للمصرف أن يتقاضى ربا نظير الإقراض، أو عمولات نظير قيامه بإجراءات فتح الاعتماد، فالقرض مبنى على الإحسان ابتداء وانتهاء، وليس وسيلة إلى الكسب.

وبإمكان البنك أن يدخل شريكاً مع طالب الاعتماد، ابتداءً إذا رأى فى مشروعه جدوى اقتصادية.

المسألة الثانية

الأوراق التجارية وعملية الخصم

وفيها فرعان

الفرع الأول: التعريف بالأوراق التجارية، وطرق استعمالها، وطريقة الخصم على الأوراق التجارية.

الأوراق التجارية هي: صكوك محررة وفق أشكال معينة قابلة للتداول بالطرق التجارية، وتُمثل حقاً بمبلغ معين من النقود، يجب الوفاء به فور مطالبة الدائن، أو بعد أجل قصير^(٢).

وأهم الأوراق التجارية المتداولة ما يلى:

الكمبيالة وهي: صك يأمر فيه الساحب (محرر الكمبيالة الدائن) شخصاً يسمى المسحوب عليه (المدين) بدفع مبلغ معين من النقود، فى تاريخ معين أو لحامل الصك، ويطلق عليه اسم «المستفيد»^(٣).

السند الإذنى وهو: صك يتعهد فيه شخص يسمى «المحرر» بدفع مبلغ معين من النقود فى تاريخ معين، لشخص آخر يسمى «المستفيد»^(٣).

(١) الكامل فى قانون التجارة ٤٣٤/٣، مشكلة الاستثمار فى البنوك الإسلامية ص ٤٥٣، موقف الشريعة من المصارف الإسلامية المعاصرة ص ٣٣.

(٢) موقف الشريعة الإسلامية من المصارف الإسلامية المعاصرة، د. عبد الله العبادى ص ٣٦، النظام البنكى فى المملكة العربية السعودية د. عبد المجيد عبود ص ٢٠٠.

(٣) الأوراق التجارية فى الشريعة الإسلامية، د. محمد سراج، د. حسين حسان، ٤٣ - ٤٥، موقف الشريعة من المصارف الإسلامية ص ٣٦.

الشيك وهو: صك يأمر فيه الساحب المسحوب عليه بدفع مبلغ من النقود من حساب لديه إما إلى الساحب نفسه، وإما إلى شخص آخر، وإما لحامله.

وظيفة الأوراق التجارية: أنها أداة للوفاء الفوري بما فيها من دين حال. وفي الوقت نفسه أداة توثيق للدين المؤجل.

واتسع العمل بالأوراق التجارية وتداولها بسبب تزايد النشاط التجارى، وتسابق أصحاب الأعمال إلى استثمار نقودهم بأسرع وقت ممكن، وبيان ذلك: أن التاجر يكون فى الغالب دائناً لتاجر، وفى الوقت نفسه مديناً لتاجر آخر، فلو التزم فى وفائه بدينه بالعملة النقدية، لتعين عليه أن يحتفظ فى خزائنه بقيمة الدين حتى حلول الأجل، ولكنه لا يفعل ذلك، بل يحرر سنداً للدائن يثبت فيها حقه، ثم هذا الدائن يريد أن يستفيد من حقه الذى فى ذمة المدين، لا أن ينتظر استرداده فيلجأ إلى طريقة تسمى فى العرف التجارى «خصم الأوراق التجارية»، وهى: أن يقدم حامل الورقة التجارية المتضمنة ديناً له، مؤجل، تلك الورقة إلى المصرف؛ فيقوم المصرف بإعطائه النقد المثبت فى الورقة فى حينه، بعد خصم فائدة ربوية معينة، وخصم عمولة أجرة على عملية الخصم، ثم يطالب المصرف المدين الأصلي الذى أصدر الورقة حين يحين أجل الدين. ويستطيع المصرف إذا دعت الحاجة أن يعيد خصم الأوراق المخصوصة عنده مرة ثانية لدى البنك المركزى، وقد يقوم حامل الورقة الدائن الأول بتقديم الورقة إلى تاجر، لا إلى مصرف، فيستوفى منه عيناً أو منفعة، ولا يعطيه قيمة ما استوفاه نقداً، وإنما ينقل الدين الذى فى الورقة إليه بطريقة تسمى التظهير، وهو بيان على ظهر السند الإذنى يثبت نقل ملكية السند من المظهر إلى المظهر إليه، أو يثبت رهن قيمة السند للمظهر إليه، أو توكيله فى تحصيل قيمة السند^(١).

الفرع الثانى: الحقيقة الفقهية لعملية خصم الأوراق التجارية،

تشعبت الأقوال فى ذلك كثيراً، وأهمها ما يلى:

القول الأول: إن عملية خصم الأوراق التجارية حوالة. وما يأخذه المصرف بالخصم هو أجرة على هذه الحوالة^(٢). لكن اشتراط قبول المحرر للسند، أو المسحوب

(١) الأوراق التجارية: د. زيد أبو رضوان ص ٥، بنوك تجارية دون ريا، د. محمد الشيبانى ص ٨٦، ٨٧، تطوير الأعمال المصرفية، د. سامى حمود ص ٢٨١، ٢٨٢ موقف الشريعة الإسلامية من المصارف الإسلامية ص ٣٦، ٣٧، النظام البنكى فى المملكة العربية السعودية ص ٢٠٠، ٢٠٦.

(٢) الأعمال المصرفية والإسلام، مصطفى الهمشرى ص ٢٠٣، ٢٠٤، الأوراق التجارية فى الشريعة الإسلامية ص ٥١، تطوير الأعمال المصرفية، د. سامى حمود ص ٢٨٣.

عليه الشيك، محل خلاف مترتب على الخلاف فى اشتراط قبول المحال عليه، فعلى القول باشتراطه يكون امتناع المحرر أو المسحوب عليه قبول الورقة التجارية مانعاً من صحة الحوالة نفسها. ومن لا يشترطه يحكم بصحة الحوالة ولزومها.

وأما تتابع التظهيرات على الورقة فهو من قبيل تتابع الحوالات^(١).

ويقول د. عيسى عبده: إن المواضع التى قلنا فيها إن التظهير يعتبر حوالة شرعية إنما يكون التظهير كذلك حينما يكون المسحوب عليه مدينًا للساحب، فإن لم يكن مدينًا له بالدين الذى تُثبت الورقة التجارية - ويتصور هذا فى الشيك - فإن التظهير لا يمكن اعتباره عقد حوالة، إلا عند من لا يشترط مديونية المحال عليه للمحيل من فقهاءنا. وقد يكتفى بوجود عين للساحب لدى المسحوب عليه كالوديعة، إن كان هذا هو الواقع، وكان الوفاء مقيداً بتلك العين، ولكن لا بد حينئذ عند الفقهاء من قبول المحال عليه^(٢).

واعترض عليه بأن عملية الخصم، إن كانت حوالة، فهي حوالة باطلة لسببين^(٣):
الأول: أنه يشترط لصحة الحوالة التساوى بين الدين المحال به والدين المحال عليه، وقد فات هذا الشرط^(٤).

الثانى: أنه يشترط لصحة الحوالة أن يكون للمحيل دين قائم على المحال عليه، وحامل الورقة ليس له دين على المصرف، الذى سيدفع المبلغ المثبت فيها بعد الخصم^(٥).

واعترض على قول من قال إن ما يأخذه المصرف هو أجرة على الحوالة: بأن المصرف يخصم على حامل الورقة ثلاثة أشياء: (١) - الأجرة. (٢) - الفائدة الربوية. (٣) - مصاريف الخصم^(٦).

القول الثانى: إن عملية الخصم من باب بيع عملة بأخرى مع اختلاف الجنس، فإن الأوراق التجارية تقوم مقام النقد فى التعامل، فهي نوع من النقد، ولكنها لا تتساوى من كل وجه بالأوراق النقدية، لما بينهما من فروق تجعل الورقة التجارية جنساً آخر، فيجوز التفاضل بينهما^(٦).

(١) العقود الشرعية الحاكمة للمعاملات المالية المعاصرة، د. عيسى عبده ص ٢٦٠.

(٢) العقود الشرعية الحاكمة للمعاملات المالية المعاصرة، د. عيسى عبده ص ٢٦٠.

(٣) الأعمال المصرفية والإسلام ص ٢٠٧.

(٤) تطوير الأعمال المصرفية ص ٢٨٣.

(٥) النظام المصرفى الإسلامى، د. محمد سراج ص ١٣٤.

(٦) الأعمال المصرفية والإسلام ص ١٩٩، ٢٠٠.

واعترض عليه بأن الورقة التجارية ليست نقداً وإنما هى وثيقة بالدين، ويوفى هذا الدين عند استحقاقه بالعملية النقدية. ومجرد تقديم المدين للورقة التجارية لا يعد وفاء بما عليه، ولا يتحقق الوفاء إلا إذا أوفى قيمتها بالنقد. ولذلك لا تقبل البنوك الورقة التجارية إلا بعد فحص الحالة المادية للمدين^(١).

القول الثالث: إن عملية الخصم هى بيع بنقد بزيادة فى أحد العوضين، وهو بيع صحيح؛ لأنه يجوز، عند طائفة من أهل العلم، بيع الدين بنقد^(٢).

واعترض عليه بأنه بيع ربوى باطل، عند من يصحح بيع الدين بنقد؛ لأن العوضين هنا من النقود، ولا يجوز بيع النقود بجنسها مع التفاضل، وعند اختلاف الجنس يشترط التماثل والتقابض^(٣).

القول الرابع: إن عملية الخصم قرض ربوى، مع توكيل المصرف فى استرداد القرض^(٤).

يقول د. سامى حمود فى بيان ذلك: إذا نظرنا إلى الهدف من عملية الخصم، فإنه من الواضح أن الهدف هو القرض. والأسلوب هو التظهير، والعمليتان مرتبطتان؛ بحيث لا يمكن الوقوف عند إحداهما وحدها. والمصرف لم يقصد أن يكون مشترياً الحق الثابت فى الورقة، ولا أن يكون محالاً به، وإنما قصد الإقراض، فقبل انتقال ملكية الورقة المخصومة إليه على سبيل الضمان؛ فإذا حل ميعاد استحقاقها ولم يدفع أى من الملتزمين قيمتها، فإن المصرف يعود على الخاصم بالقيمة، وهو لا يكلف نفسه بملاحقة الملتزمين حتى نهاية المطاف^(٥).

والراجع - فيما يظهر لى - أن عملية الخصم قرض ربوى، جرى بأسلوب الحوالة، فعملية نقل الدين من ذمة إلى أخرى هى حوالة، والفائدة الربوية ليست ملازمة، من الناحية النظرية لعملية الخصم، فيمكن أن تتم من غير ربا، لكن من حيث الواقع العملى لا تنفك عملية الخصم من الربا، بل إن الفائدة الربوية، مقابل الدين، هى المقصد الأول من عملية الخصم.

(١) الأعمال المصرفية والإسلام ص ١٩٩، ٢٠٠.

(٢) الأعمال المصرفية والإسلام ص ٢٠٢، البنوك الإسلامية، د. عبد الله الطيار، ص ١٤٢، تطوير الأعمال المصرفية ص ٢٨٤، ٢٨٥.

(٣) الأعمال المصرفية والإسلام ص ٢٠٧، تطوير الأعمال المصرفية ص ٢٨٣، النظام المصرفى الإسلامى ص ١٣٤.

(٤) تطوير الأعمال المصرفية ص ٢٨٤.

المبحث الرابع

إنشاء الالتزام بالإيجاب في الصلح عن دم العمد

والتملك بالشفعة وإنشاء الرهن

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: إنشاء الصلح عن دم العمد بالإيجاب وحده.

المطلب الثاني: تملك الشفيع العين المبيعة بإيجاب منه دون قبول الملك.

المطلب الثالث: إنشاء الرهن بإيجاب من الراهن.

المطلب الأول

إنشاء الصلح عن دم العمد بالإيجاب وحده

وفيه مسألتان

المسألة الأولى: بيان ما يثبت لولى الدم على الجانى من حقوق .

المسألة الثانية: إنشاء الصلح بعد العفو عن القصاص بمجرد الإيجاب . من ولى الدم دون قبول الجانى ، أو بإيجاب من الجانى دون قبول ولى الدم .

المسألة الأولى

ما يثبت لولى الدم على الجانى من حقوق

هذه المسألة أصل يبنى عليه الحكم فى مسألة إنشاء الصلح عن دم العمد بالإيجاب وحده. ولأهل العلم فيها قولان:

القول الأول: يثبت لولى الدم على الجانى القصاص وحده. هو قول الحنفية^(١). وقول جمهور المالكية^(٢)، وقول عند الشافعية^(٣)، وقول عند الحنابلة^(٤).

ولأصحاب هذا القول عدة أدلة، أهمها ما يلى:

الدليل الأول:

قول الله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقَصَاصُ فِي الْقَتْلِ﴾^(٥).

فنصت الآية على أن القصاص هو الحق المكتوب، أى المفروض شرعاً لولى الدم^(٦).

الدليل الثانى:

عن أنس بن مالك - رضى الله عنه - (أن الربيع بنت النضر كسرت ثنية جارية، فطلبوا الأرش وطلبوا العفو، فأبوا فأتوا، النبى ﷺ فأمرهم بالقصاص، فقال أنس ابن النضر: اتكسر ثنية الربيع يا رسول الله؟ لا والذى بعثك بالحق لا تكسر ثنيتهما، فقال: يا أنس، كتاب الله القصاص، فرضى القوم وعفوا، فقال النبى ﷺ: إن من عباد الله من لو أقسم على الله لأبره)^(٧).

(١) تبين الحقائق ٩٨/٦، الدر المختار، وحاشية ابن عابدين ٥٢٩/٦.

(٢) حاشية الدسوقي ٢٤٠/٤، الخرشى ٥/٨.

(٣) أسنى المطالب ٤٣/٤، المهذب ١٨٩/٢.

(٤) الإنصاف ٥/١٠، الفروع ٦٦٩/٥.

(٥) سورة البقرة، الآية رقم ١٧٨.

(٦) تبين الحقائق ٩٨/٦، المهذب ١٨٩/١.

(٧) أخرجه البخارى فى صحيحه ٣٦٠/٥، كتاب الصلح، باب الصلح فى الدية.

ووجه الاستدلال أن النبي ﷺ حكم بالقصاص ولم يخير، ولو كان الخيار للولى لأعلمهم النبي ﷺ، إذ لا يجوز للحاكم أن يحكم لمن ثبت له أحد شيئين بأحدهما، من قبل أن يعلمه بأن الحق له فى أحدهما^(١).

واعترض عليه: بأن قول النبي ﷺ «كتاب الله القصاص» إنما وقع عند طلب أولياء المجنى عليه القود، فأخبر النبي ﷺ أهل الجاني أن كتاب الله يقضى بأن المجنى عليه إذا طلب القود أجيب إلى ذلك^(٢).

القول الثانى:

أنه يثبت لولى الدم على الجاني القصاص أو الدية، فقال بعضهم يثبت القصاص بعينه، وعند سقوطه تثبت الدية بدلاً عنه، وقال آخرون: يثبت للولى أحد الأمرين ولا يلزمه أحدهما بعينه.

هو قول عند المالكية^(٣)، وعند الشافعية^(٤)، وعند الحنابلة^(٥).

ولأصحاب هذا القول أدلة أقواها، حديث أبى هريرة - رضى الله عنه - (أنه عام فتح مكة قتلت خزاعة رجلاً من بنى ليث، بقتيل لهم فى الجاهلية، فقام رسول الله ﷺ، فقال فى خطبته: ومن قتل له قتيل فهو بخير النظرين، إما أن يودى وإما أن يقاد)^(٥).

ووجه الاستدلال: أن النبي ﷺ جعل القود والدية حقين ثابتين للولى^(٦).

واعترض عليه: بأن معنى قوله ﷺ «فهو بخير النظرين» محمول على أن ولى المقتول مخير بشرط أن يرضى الجاني بالدية، دل على ذلك حديث أنس^(٧).

الترجيح:

يظهر لى رجحان القول الثانى؛ لصراحه دليله، وبعد الاحتمال الذى عورض به، ولكون دليل القول الأول سبب وروده، يبين أنه فى صورة غير مسألة الخلاف.

(١) فتح البارى ٢١٨/١٢.

(٢) الخرشى ٥/٨، مواهب الجليل ٢٣٤/٦.

(٣) المهذب ١٨٩/٢، نهاية المحتاج ٣١٠/٧.

(٤) الروض المربع مع حاشية ابن قاسم ٢٠٥/٧، كشف القناع ٥٤٣/٥.

(٥) أخرجه البخارى فى صحيحه ٢١٣/١٢، كتاب الديات، باب من قتل له قتيل فهو بخير النظرين.

(٦) فتح البارى ٢١٨/١٢، مواهب الجليل ٢٣٤/٦، أسنى المطالب ٤٣/٤.

(٧) فتح البارى ٢١٨/١٢.

المسألة الثانية

إنشاء الصلح بعد العفو عن القصاص بمجرد الإيجاب

من ولى الدم دون قبول الجاني

وتحتها فرعان :

الفرع الأول: إنشاء الصلح بعد العفو عن القصاص بمجرد الإيجاب من ولى الدم.

فى هذا الفرع خلاف على قولين، وهو مبنى على الخلاف فى المسألة السابقة.

القول الأول:

إذا عفا الولى عن القصاص عفواً مطلقاً غير معلق على مال سقط القصاص، ولا يلزم الجاني مال، لا بمقدار الدية ولا أكثر ولا أقل، إلا برضاه بعقد صلح، ينشأ بينه وبين الولى.

وهذا هو ما ذهب إليه أصحاب القول الأول فى المسألة السابقة؛ فهو مبنى على أن الواجب للولى بالقتل العمد القصاص وحده.

ودليل هذا القول:

أن الحق الواجب شرعاً للولى وهو القصاص سقط بالعفو، والعدول إلى المال بدلاً عنه معاوضة، ولا يجبر أحد على المعاوضة، كما هو الشأن فى سائر المعاوضات^(١).

القول الثانى:

إذا عفا ولى الدم عن القصاص، واختار أن يأخذ الدية لزم الجاني دفعها، ولو لم يرض، وهذا هو ما ذهب إليه أصحاب القول الثانى^(٢)، سواء من قال منهم إن الثابت للولى، بالقتل القود بعينه والدية بديل، ومن قال إن الواجب أحدهما لا بعينه^(٣). وعللوا بتعليين:

التعليل الأول: أن الجاني محكوم عليه، فلا يعتبر رضاه كالمحال عليه، والمضمون عنه^(٤).

(١) تبين الحقائق ٩٩/٦، معنى المحتاج ٤٩/٤.

(٢) الخرشي ٥/٨، المهذب ١٨٩/٢، الروض المربع ٢٠٥/٧.

(٣) روضة الطالبين ٢٣٩/٩، المغنى ٥٩٢/١١.

(٤) معنى المحتاج ٨٤/٤.

التعليل الثاني: أن قبول الدية بدلاً عن القصاص سبب لنجاة الجاني من الهلاك، فيثبت هذا السبب في حقه، دون أن يتوقف ذلك على رضاه؛ دفعاً للهلاك عنه، وإذا لم يرض لا يلتفت إلى امتناعه؛ لأنه في هذه الحالة متعتاً يتلف نفسه ليستبقى المال لوارثه، فيجبر على ما فيه نجاة نفسه، كالمضطر إذا وجد طعاماً ومعه ثمنه لزمه الشراء^(١).

وهذا التعليل يفهم منه أن الدية ثبتت بالتزام انفراد الولي بإنشائه، ولم تتوقف صحته على رضا الطرف الآخر.

وقد اعترض عليه: بأن المضطر لا يدخل الطعام في ملكه بغير رضاه، وإنما يأثم إذا ترك الشراء مع القدرة، ومات بسبب الجوع^(٢).

وإذا اختار ولي الدم القصاص، فهل لهم أن يرجعوا عنه ويأخذوا الدية من الجاني؟ لهم في المسألة قولان، قال عنهما ابن رجب: إن قلنا الواجب هو القصاص عيناً فللولي ترك القصاص إلى الدية؛ لأن العفو أسقط الحق المتعين وهو القصاص، ولم يسقط البذل وهو الدية.

وإن قلنا الواجب أحد شيئين - القصاص أو الدية - فعلى وجهين^(٣):

وجه: بأنه ليس لهم ذلك؛ لأن الدية حق أسقطوه باختيارهم القصاص، فليس لهم الرجوع إليه^(٤).

وجه: بأن له ذلك وتثبت له الدية باختياره هذا. ويحتمل أن يكون ثبوتها له من باب استيفاء الحق الثابت للولي بحكم الشرع، لا من باب إنشاء الالتزام من طرف واحد. ومما جرى على هذا الاحتمال تعليل بعض أصحاب هذا القول لثبوت الدية في هذه الحالة، بأن القصاص أعلى والدية أدنى، فللولي الانتقال من الأعلى إلى الأدنى^(٥).

ويحتمل أن يكون ثبوت الدية في هذه الحالة ناشئ عن التزام، انفراد الولي بإنشائه، ومما يوافق هذا الاحتمال تصريح بعض أصحاب هذا القول بأن الدية التي ثبتت في هذه الحالة هي غير الدية التي وجبت بالقتل، وعللوا لثبوتها بأن في ذلك تحقيق مصلحة الجاني والولي^(٦).

(١) تبين الحقائق ٩٨/٦، مواهب الجليل ٢٣٤/٦.

(٢) تبين الحقائق ٩٨/٦.

(٣) القواعد ص ٣٠٧، القاعدة رقم ١٣٧.

(٤) المذهب ١٨٩/٢، الإنصاف ٥/١٠، الفروع ٦٦٨/٥.

(٥) المذهب ١٨٩/٢، الروض المربع ٢٠٧/٧، كشف القناع ٥٤٤/٥.

(٦) الإنصاف ٣/١٠، كشف القناع ٥٤٤/٥، المغنى ٥٩٣/١١.

الترجيح:

يظهر لى رجحان القول الثانى، فللولى إذا عفا عن القصاص أن يأخذ الدية من الجانى، ولو لم يرض الجانى بذلك، وهو بهذا يستوفى حقاً، ثبت له بالشرع.

الفرع الثانى: إنشاء الصلح بعد العفو عن القصاص بعرض من الجانى دون قبول ولى الدم.

إذا جاء العرض من الجانى، فإنه لا يكون من باب إنشاء الالتزام؛ لأن الجانى ليس هو صاحب الحق ولا المطالب به، فإن جاء عرضه الدية قبل العفو عنها من قبل الولى، فإن عرضه هذا أداء حق وجب عليه بحكم الشرع، كإخراج الزكاة والكفارات.

وإن جاء بعد سقوط الدية، بالعفو من قبل الولى، فإن عرضه هذا يكون هبة محضة.

المطلب الثانى

تملك الشفيع العين المبيعة بإيجاب منه

دون قبول المالك

وفيه تمهيد ومسألان:

المسألة الأولى: حكم التملك بالشفعة دون رضا المشتري، أو حكم الحاكم.

المسألة الثانية: حكم الإيجاب فى التملك بالشفعة.

تمهيد فى التعريف بالشفعة:

الشفعة: هى استحقاق الإنسان انتراع حصة شريكه من يد مشتريها^(١).

والشفيع هو الشريك المستحق للشفعة، والمشتري هو الأجنبى الذى اشترى من

الشريك البائع، والشقص هو الجزء المبيع.

(١) المقنع مع المبدع ٢٠٣/٥، وانظر مجمع الأنهر ٤٧١/٢، الخرشى ١٦٢/٦ مغنى للحتاج ٢٩٦/٢.

المسألة الأولى

حكم التملك بالشفعة دون رضا المشتري

أو حكم الحاكم

إذا باع الشريك نصيبه في حال تجرى فيها الشفعة، فإن لشريكه حق تملك الشقص المبيع بالثمن، الذي بذله المشتري، ولهذا التملك ثلاث طرق:

الأولى: التراضى بين الشفيع والمشتري.

الثانية: قضاء القاضى بتمليك الشفيع الشقص المبيع.

الثالثة: مجرد الإيجاب من الشفيع.

ولا خلاف في صحة التملك بالطريقتين الأوليين، وإنما الخلاف في صحته بالطريقة الثالثة، وهو خلاف على قولين.

القول الأول:

يتحقق التملك بالشفعة بالإيجاب من الشفيع، ولا يشترط لصحته رضا المشتري، ولا حكم الحاكم.

هو قول جمهور المالكية^(١)، والشافعية^(٢)، وقول الحنابلة^(٣).

ووصف بعض أصحاب هذا القول التملك بالشفعة بأنه استحقاق قهرى كالإرث، ووصفه آخرون بأنه عقد بيع تم بالإيجاب من طرف واحد^(٤).

واشترط بعض المالكية^(٥)، وبعض الشافعية^(٦)، لانتقال الملك أن يصحب الإيجاب أحد الأمرين التاليين:

(١) الشرح الكبير للدردير ٤٨٧/٣، شرح منج الجليل ٦٠٣/٣.

(٢) روضة الطالبين ٨٥/٥، مغنى المحتاج ٣٠٠/٢.

(٣) كشف القناع ١٥٢/٤، المغنى ٤٧٤/٥.

(٤) إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك ص ٣٨٣، البهجة شرح التحفة ١١٧/٢، ١٢٢، شرح منتهى الإرادات ٤٣٧/٢، المبدع ٢٢٠/٤.

(٥) شرح منج الجليل ٦٠٣/٣.

(٦) روضة الطالبين ٨٤/٥، نهاية المحتاج ٢٠٢/٥.

(أ) تسليم الثمن من قبل الشفيع، وإن لم يرض المشتري.
(ب) أن يُشهد الشفيع على إيجابه في حضور المشتري لا في غيبته، وقيل: وفي غيبته أيضاً^(١).

واشترط بعض الحنابلة دفع ثمن الشقص ما لم يصبر مشتريه^(٢)، وقال آخرون منهم لا يشترط دفع الثمن، ويكفى ملاءة الشفيع بالثمن^(٣).

والبيع الذي ينعقد، هو بيع لازم، فلا يملك الشفيع الرجوع^(٤)، إلا إذا كان جاهلاً بالثمن فله الرجوع^(٥). ولا خيار له ولا للمشتري^(٦)، وتصرف المشتري بعد ثبوت الملك للشفيع باطل^(٧)، وقيل موقوف يملك الشفيع نقضه وإمضاءه^(٨).

أدلة القول الأول:

الدليل الأول:

أن الأخذ بالشفعة حق ثبت بالنص والإجماع، فلا يفتقر إلى رضا المشتري أو حكم حاكم، كالرد بالعيب^(٩).

ومن النصوص التي ثبت بها هذا الحق حديث جابر - رضى الله عنه - أن النبي ﷺ (قضى بالشفعة في كل شركة لم تقسم ربعة أو حائط، لا يحل له أن يبيع حتى يؤذن شريكه، فإن شاء أخذ، وإن شاء ترك، فإذا باع ولم يؤذنه فهو أحق به)^(١٠).

الدليل الثاني:

أن التملك بالشفعة هو تملك مال بالقهر، والمقهور لا يعتبر رضاه^(١١).
واستدل الحنفية على وقوع التملك بالأخذ دون قول بالقياس على تملك المباحات، فإنه لا يفتقر إلى قول.

(١) الخرشى ١٧٤/٦.

(٢) الفروع ٥٣٥/٤.

(٣) شرح منتهى الإرادات ٤٣٧/٢، كشف القناع ١٤٢/٤.

(٤) منح الجليل ٦٠٣/٣، المغنى ٤٧٤/٥.

(٥) ماسبق، مواهب الجليل ٣١٦/٥.

(٦) المغنى ٤٧٤/٥.

(٧) روضة الطالبين ٨٥/٥، شرح منتهى الإرادات ٤٤١/٢، كشف القناع ١٥٢/٤، ١٥٣.

(٨) الخرشى ١٧٤/٦، الشرح الكبير للدردير ٤٨٧/٣.

(٩) روضة الطالبين ٨٣/٥، المذهب ٣٨٩/١، شرح منتهى الإرادات ٤٤٥/٢، كشف القناع ١٥٩/٤.

(١٠) أخرجه مسلم في صحيحه ٤٦/١١، باب الشفعة.

(١١) كشف القناع ١٤٢/٤.

ويرد عليه الاعتراض: بوجود الفارق، فالمباح لا مالك له، فلا حاجة إلى الإيجاب في تملكه، وأما الشقص المشفوع، فإنه مملوك للمشتري، وقد جرت سنة الشارع بأن الملك ينتقل من شخص إلى آخر بالإيجاب المجرد، أو المقرون بالقبول.

القول الثاني:

لا يتحقق التملك بالشفعة بالإيجاب من الشفيع، إلا إذا أعقبه القبول من المالك، أو حكم حاكم بالتملك.

هو قول الحنفية^(١)، وقول عند المالكية^(٢). فإذا رضى المشتري بإيجاب الشفيع كان رضاه قبولاً، وإذا لم يرض، وانتقل الملك إلى الشفيع بقضاء القاضي، فإن في تحديد طبيعة هذا الانتقال خلافاً بين أصحاب هذا القول؛ فبعضهم قال: ينتقض البيع الأول، وينعقد للشفيع بيع آخر بالقضاء، وقال آخرون لا ينتقض، بل تتحول الصفقة إلى الشفيع^(٣).

وقبل تحقق أحد الأمرين، رضا المشتري، أو قضاء القاضي، يبقى ملك الشقص المشفوع للمشتري، والآخر الذى ينشأ عن مطالبة الشفيع هو ثبوت حقه فى التملك، ولكن لا يحصل التملك إلا بأحد الأمرين المذكورين^(٤).

دليل القول الثاني:

إن تملك الإنسان مال غيره لا سبيل إليه إلا بالتراضى، أو قضاء القاضي^(٥). واعترض عليه: بأنه منقوض بالرد بالعيب، وبأخذ الزوج نصف الصداق إذا طلق قبل الدخول، فإن الملك فى ذلك كله يتم دون رضا المأخوذ منه، ودون حكم حاكم^(٦).

الترجيح:

يظهر لى رجحان القول الأول؛ لأن منطوق حديث النبى ﷺ الذى رواه عنه جابر، رضى الله عنه.

(١) بدائع الصنائع ٢٣/٥، تبين الحقائق ٢٤٢/٥.

(٢) الخرشي ١٧٤/٦، شرح منح الجليل ٦٠٣/٣ - ٦٠٦.

(٣) بدائع الصنائع ٢٣/٥.

(٤) تبين الحقائق وحاشية الشلبي ٢٤٢/٥، مجمع الأنهر ٤٧٢/٢.

(٥) بدائع الصنائع ٢٣/٥، ٢٥، مجمع الأنهر ٤٧٢/٢.

(٦) المغنى ٧/٤٥٠، ٤٥١.

المسألة الثانية

حكم الإيجاب في التملك بالشفعة

الإيجاب في الشفعة هو: أن يتلفظ الشفيع بما يدل على أنه قد تملك الشقص، وتقابله المطالبة، وهي: أن يطلب الشفيع من المشتري أن يبيع له الشقص.

وفي تعيين أى الأمرين، الذى يتحقق به التملك، خلاف بين القائلين إن التملك لا يتوقف على قبول المشتري. فقال جمهورهم: لا يملكه إلا بلفظ يدل على الأخذ، كقوله: «أخذت»، و«تملكت»، أو بالأخذ نفسه، فهو يقوم مقام اللفظ^(١).

وعللوا لصحة التملك باللفظ: بأن هذا التملك هو تملك بعقد، والعقد ينشأ باللفظ الدال عليه^(٢).

وعللوا لصحة التملك بالأخذ: بأن الشقص مال يملكه الشفيع قهراً، فيملكه بالأخذ، كالغنائم والمباحات^(٢).

وقال أبو الخطاب - من الخنابلة - يملكه بمجرد المطالبة، وعلل له بأن البيع السابق سبب، فإذا انضمت إليه المطالبة كان كالإيجاب في البيع إذا انضم إليه القبول^(٢).

واعترض عليه: بأن لو كان الشفيع يملك الشقص بمجرد المطالبة لما سقطت الشفعة بالعفو بعد المطالبة، ولوجب إذا كان للشقص شفيعان فطلبوا الشفعة ثم ترك أحدهما أن يكون للآخر أخذ قدر نصيبه، ولا يملك أخذ نصيب صاحبه^(٢).

الترجيح:

الراجع - فيما يظهر لي - أن التملك بالشفعة لا يكون إلا عن طريق الإيجاب من الشفيع؛ لأن هذا هو الأصل في انتقال الأملاك بالمعاملات المالية، ولم أجد في تعليقات المخالفين ما يوجب الخروج عن هذا الأصل.

(١) حاشية الدسوقي ٤٩٨/٣، نهاية المحتاج ٢٠٣/٥، كشف القناع ١٤٢/٤.

(٢) الشرح الكبير لابن قدامة ٧١/٣.

المطلب الثالث

إنشاء الرهن بالإيجاب من الراهن

تمهيد فى : التعريف بالرهن ، وبيان حكمه :

الرهن هو : حبس شيء مالي في حق يمكن استيفاءه منه^(١) .
وبعضهم يعبر عن الرهن بكلمة «أخذ» ، أو «جعل» ، وهي أدنى فى المعنى من كلمة «حبس»^(٢) . وتطلق كلمة «الرهن» على العين المرهونة^(٣) .

وقد أجمع أهل العلم على مشروعية الرهن ، ومستند الإجماع قول الله تعالى :

﴿ وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَى سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَقْبُوضَةٌ ﴾^(٤) .

أقوال أهل العلم وأدلتهم فى إنشاء الرهن بإيجاب من الراهن دون قبول المرتهن :

القول الأول : ينشأ الرهن بالإيجاب وحده ، دون حاجة إلى قبول المرتهن .
هو قول عند الحنفية^(٥) .

أدلة القول الأول :

الدليل الأول :

أن الرهن عقد تبرع ، فينفرد المتبرع بإنشائه ، كالهبة ، والصدقة^(٦) .
ووجه كونه تبرعاً : أن الراهن أثبت للمرتهن يداً على العين المرهونة ، دون أن يعتاض عنه شيئاً عن المرتهن^(٥) .

(١) ملتنى الأبحر مع مجمع الأنهر ٢/ ٥٨٤ .

(٢) أسهل المدارك ٢/ ٣٦٦ ، نهاية المحتاج ٤/ ٢٣٤ ، المغني ٦/ ٤٤٣ .

(٣) أسهل المدارك ٢/ ٣٦٦ ، المغني ٦/ ٤٤٣ .

(٤) سورة البقرة ، الآية ٢٨٣ ، وانظر الاستدلال بها فى نهاية المحتاج ٤/ ٢٣٤ ، المغني ٦/ ٤٤٤ .

(٥) الجوهرة النيرة ص ٢٧٤ .

(٦) الجوهرة النيرة ص ٢٧٤ ، حاشية الشلبي على تبين الحقائق ٦/ ٦٣ .

الدليل الثاني :

أن الرهن يوجد بمجرد الإيجاب، وركن الشيء هو ما يوجد به^(١).
ويعترض عليه بأنه استدلال بمحل الخلاف.

القول الثاني : لا ينشأ الرهن دون القبول.

هو قول عند الخنفية^(٢). فلو حلف لا يرهن وأوجب به ولم يقبل المرتهن لا يحث^(٣). وقال بعضهم: الركن هو الإيجاب، أما القبول فهو شرط صيرورة الإيجاب علة^(٤).

وهو قول المالكية^(٥)، والشافعية^(٦)، والحنابلة^(٧).

أدلة القول الثاني :

الدليل الأول : أن الرهن عقد، وكل عقد لا ينشأ إلا بقبول مع إيجاب^(٨).

واعترض عليه : بأن عقود التبرعات تنشأ بالإيجاب وحده، فلم تصح المقدمة التي بُني عليها الدليل^(٩).

الدليل الثاني :

أن الرهن عقد مالي كالبيع فلا ينشأ إلا بالقبول^(٩).

ويعترض عليه : بالفارق بين الرهن والبيع، فالبيع يؤدي إلى انتقال ملك البائع عن المبيع، وملك المشتري عن الثمن، وليس في الرهن انتقال ملك.

الدليل الثالث :

أن الرهن عقد إرفاق يفتقر إلى القبول، كالقرض^(١٠).

ويعترض عليه : بأن اشتراط القبول لصحة القرض محل خلاف، فلا يصح

القياس.

(١) الجوهرة الغيرة ص ٢٧٤.

(٢) مجمع الأنهر ٥٨٤/٢.

(٣) حاشية ابن عابدين ٤٧٨/٦.

(٤) حاشية ابن عابدين ٤٧٨/٦، مجمع الأنهر ٥٨٤/٢.

(٥) أسهل المدارك ٣٦٧/٢، حاشية الدسوقي ٢٣١/٣.

(٦) روضة الطالبين ٥٧/٤، نهاية المحتاج ٢٣٤/٤.

(٧) كشف القناع ٣٢٢/٣، المغني ٤٤٦/٦.

(٨) شرح فتح القدير ٦٥/٩.

(٩) حاشية الشلبي على تبيين الحقائق ٦٣/٦، نهاية المحتاج ٣٤/٤.

(١٠) شرح منتهى الإرادات ٢٣٢/٢، المغني ٤٤٦/٦.

الترجيح:

الراجح - والله أعلم - القول الثاني، وهو قول الجمهور إن الرهن لا ينشأ بالإيجاب من غير قبول المرتهن؛ لأن المرتهن وإن كان قابضاً في عقد الرهن لا معطياً، إلا أن له حقاً في عقد الرهن، وعليه فيه تبعات، وكل من الأمرين يستوجب ألا ينشأ العقد إلا بقبوله. أما الحق فهو استيثاقه للدين الذي له على الراهن، فإذا لم يجد العين المرهونة كافية للاستيثاق؛ فليس من الملائم أن يجبر على قبولها. أما التبعات التي تلزمه بالرهن فهي كونه ملزماً بحفظ العين المرهونة.

المبحث الخامس

أحكام الالتزام بمعناه الخاص عند الملكية

وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول: وفيه بيان الفرق بين الالتزام بمعناه الخاص عند الملكية، والوعد.

المطلب الثاني: حكم الوفاء بالالتزام المطلق من غير تعليق.

المطلب الثالث: الالتزام المعلق.

المطلب الرابع: الالتزام الذى فيه إسقاط حق قبل ثبوته، أو مخالفة التزام سابق.

المطلب الأول

في بيان الفرق بين الالتزام بمعناه الخاص

عند الملكية والوعد

قال الخطاب: إن الملكية فرقوا بين الالتزام والعدة من أوجه:

الوجه الأول: التعريف، فالالتزام عند الملكية: «إلزام الشخص نفسه شيئاً من المعروف». فهو إنشاء في الحال لتبرع من التبرعات، كالهبة، والوقف، والعارية، وليس مجرد إخبار^(١). وأما الوعد فهو إخبار عن إنشاء المخبر معروفاً في المستقبل^(٢).

الوجه الثاني: الصيغة. فالصيغة التي تدل على الإنشاء في الحال، كالفعل الماضي هي صيغة التزام، والصيغة التي تدل على الإخبار عن الإنشاء في المستقبل هي صيغة وعد كصيغة المضارع^(٣).

الوجه الثالث: الأثر الشرعي. فالالتزام يؤدي إلى اللزوم باتفاق المالكية، كما قال الخطاب، وأما العدة فاختلّفوا فيها^(٤). ومن المسائل التي يتبين بها الفرق عندهم: أن التدبير - عند مالك - لازم للمدبر؛ لأنه إيجاب الزم به نفسه، وأما الوصية بالعتق فعدة إن شاء رجع فيها^(٥). ومنها قولهم إنما جاز رجوع الموصى عن الوصية؛ لأن الوصية وعد بعد الموت وليست تنجز شيء في الحال^(٦).

(١) تحرير الكلام في مسائل الالتزام للخطاب. ص ٦٨.

(٢) تحرير الكلام ص ١٥٣.

(٣) تحرير الكلام. ص ١٥٩، ١٦٠، ١٨٨.

(٤) تحرير الكلام ص ٧٢.

(٥) المدونة، الجزء السادس في المجلد الثالث ص ١٥٠.

(٦) المعيار المغرب ٩/ ١٧٣.

المطلب الثانى

حكم الوفاء بالالتزام المطلق من غير تعليق

وفيه ثلاث مسائل :

المسألة الأولى : حكم الوفاء بالالتزامات لغير معين التزاماً مطلقاً.

المسألة الثانية : حكم الوفاء بالالتزام لمعين التزاماً مطلقاً.

المسألة الثالثة : أثر تغير حال الملتزم على الحكم ببطان التزامة .

المسألة الأولى

حكم الوفاء بالالتزام لغير معين التزاماً مطلقاً

يجب على من التزم لغير معين بمعروف أن يفى بما التزم به ديانة. أما الإلزام به قضاء. فالمشهور عند المالكية أنه لا يقضى به عليه.

وعللوا لعدم لزوم الوفاء قضاء مع لزومه ديانة بتعليلين:

الأول: أن الملتزم إذا أُجبر على المضي في التزامه فوفى به مجبراً لا مختاراً، فإنه لا يكون له فيه أجر، فيخلو الالتزام في هذه الحالة من الفائدة المرجوة منه^(١).

وهذا التعليل لا يستقيم إلا إذا حصرنا الالتزام لغير معين في الالتزام للمساجد ونحوه من وجوه البر.

الثاني: أن الملتزم له في هذا النوع من الالتزام غير معين، وإذا كان غير معين فإنه لا يوجد مطالب يملك حق المطالبة^(٢).

المسألة الثانية

حكم الوفاء بالالتزام لمعين التزاماً مطلقاً.

يجب على الملتزم أن يفى بما التزم به، ديانة، وقضاء. وقال الخطاب: «ولا أعلم في القضاء به خلافاً إلا على القول إن الهبة لا تلزم بالقول، وهو خلاف معروف في المذهب»^(٣).

وقد استدل المالكية على لزوم الالتزام والقضاء به بدليلين:

الأول: أن من أوجب على نفسه معروفاً لزمه^(٤).

الثاني: القياس على الهبة، فكما أنها تلزم بالقول فالالتزام أولى؛ لأنه أقوى في الدلالة على الإيجاب والإمضاء^(٥).

وإذا كان الالتزام مسبقاً بوعدهم فإن الحكم يكون للالتزام؛ لأنه أقوى عندهم فإنهم اتفقوا على لزومه واختلفوا في الوعد.

(١) تحرير الكلام ص ١٤٥.

(٢) تحرير الكلام ص ٧٢، وانظر الخرشي ١٠٥/٧ - ١٠٧، شرح منح الجليل ٨٨/٤.

(٣) تحرير الكلام ص ٧٢، حاشية الدسوقي ٢٢٦/٣.

(٤) تحرير الكلام ص ٧٣.

ولم يشترط المالكية لوجوب الوفاء بالالتزام قبول الملتزم له بالالتزام عند إنشائه، بل يلزم بمجرد الإيجاب من الملتزم.

المسألة الثالثة

أثر تغير حال الملتزم على الحكم ببطان التزامه

يبطل الالتزام عند المالكية إذا تغير حال الملتزم قبل وفائه تغيراً يعوقه عن الوفاء، فيبطل بموت الملتزم^(١)، ومرضه^(٢)، وفلسه^(٣)، أو حلول دين عليه^(٤). ويبطل بموت الملتزم له^(٥)، كما يبطل بانقضاء مدته، إذا كان مؤقتاً بمدة^(٦).

(١) تحرير الكلام ص ٧٥، ٨٤، ٨٩، شرح منح الجليل ٨٩/٤.

(٢) تحرير الكلام ص ٧٥.

(٣) السابق.

(٤) المعيار العرب ١٦٤/٩.

(٥) تحرير الكلام ص ٧٥، ١١٣، شرح منح الجليل ٨٩/٤، ٩٠.

(٦) تحرير الكلام ص ٧٧.

المطلب الثالث

الالتزام المعلق

وفيها مسألتان:

المسألة الأولى: الالتزام المعلق على فعل الملتزم.

المسألة الثانية: الالتزام المعلق على فعل الملتزم له.

المسألة الأولى

الالتزام المعلق على فعل الملتزم

وفيها ثلاثة فروع:

الفرع الأول: الالتزام المعلق على فعل الملتزم، الذى يقصد به حصول الفعل المعلق عليه، ويكون الوفاء بالالتزام - حيثئذ - من باب الشكر لله تعالى على حصول المطلوب، كقوله «أن أتممت هذا الكتاب فلفلان على كذا»^(١). فهذا النوع من الالتزام هو من باب النذور، والنذر يؤمر بالوفاء به، لكنه لا يجبر عليه قضاء؛ لأنه لو وفى به مجبراً لم يكن له أجر^(٢).

الفرع الثاني: الالتزام المعلق على فعل الملتزم، والذى يقصد به الامتناع من ذلك الفعل المعلق عليه، كقوله لزوجته «إن تزوجت عليك فلك ألف دينار»^(٣)، وهذا النوع من الالتزام يسمى يميناً، واختُلف فى القضاء به، والمشهور عند المالكية أنه لا يقضى به، سواء أكان الملتزم له معيناً أم لا^(٤).

وفى حكم هذا النوع كل صدقة تكون فى منازعة ومخاصمة لا يقضى بها للمتصدق بها عليه، إلا أن المتصدق بها يوعظ ويؤمر بإمضاها^(٥)؛ لأنه لم يقصد بها البر ولا إمضاها وإنما قصد بها اللجاج وتحقيق ما نازع فيه، كمن قال لامرأته «كل جارية أفسرر بها عليك فهى صدقة عليك»، ففسرر لا شىء يلزمه^(٥).

الفرع الثالث: الالتزام المعلق على فعل الملتزم، والذى لا يقصد به حصول الفعل المعلق عليه، ولا عدم حصوله، وإنما المقصد منه القرية^(٦). فهذا الالتزام إن كان لمعين فإنه يقض به على صاحبه، وإن كان لغير معين فقولان^(٧).

(١) تحرير الكلام ص ١٦٣.

(٢) السابق، المعيار العرب ١٧٢/٩.

(٣) تحرير الكلام ص ١٦٣، ١٦٤، ١٦٩، المعيار العرب ٣٩٩/٤، ٤٠٠، ١٤٠/١٠، ١٤١.

(٤) تحرير الكلام ص ١٦٦.

(٥) تحرير الكلام ص ١٦٨.

(٦) تحرير الكلام ص ١٦٢.

(٧) تحرير الكلام ص ١٦٩.

المسألة الثانية

الالتزام المعلق على فعل الملتزم له

وفيه سبعة فروع:

الفرع الأول: الالتزام المعلق على فعل الملتزم له الذي فيه منفعة للملتزم

وهو على أربعة أوجه:

الوجه الأول: أن يكون مضمون الالتزام تمليك الملتزم الملتزم له شيئاً. وهذا التمليك معلق ومتوقف على تمليك الملتزم له للملتزم، أو لغيره شيئاً آخر. مثاله: أن يقول الملتزم لغيره «إن أعطيتني دارك، فقد التزمت لك بكذا». وحكمه أنه يبيع من البيوع يشترط له ما يشترط لصحة البيع^(١).

الوجه الثاني: أن يكون مضمون الالتزام تمليك الملتزم للملتزم له شيئاً، وهذا التمليك معلق ومتوقف على تمليك الملتزم له للملتزم أو لغيره منفعة من المنافع مثاله: أن يقول الملتزم لغيره «إن أسكتني دارك سنة، فلك مائة دينار»، أو يقول «إن أسكنت قريبى زيداً سنة فلك مائة دينار»، وحكمه: أنه إجارة، فيشترط فيه ما يشترط لصحة الإجارة في العاقدين والعوضين^(٢).

الوجه الثالث: أن يكون الفعل المعلق عليه عملاً يعمله الملتزم له للملتزم أو لغيره.

مثاله: أن يقول الملتزم لغيره «إن جئتني ببيعري الشارد فلك عشرة دراهم»، أو يقول له «إن جئت ببيعير فلان الشارد فلك عشرة دراهم». وحكمه: أنه من باب الجعل، فيشترط فيه ما يشترط لصحة عقد الجعالة^(٣).

الوجه الرابع: أن يكون مضمون الالتزام أن يترك الملتزم له حقاً من حقوقه مقابل عوض.

مثاله: قول الأب لمن لها حضانة ولده «إن أسقطت حقك من الحضانة فلك مائة دينار».

وحكمه: قال فيه الخطاب؛ وهذا يشبه أن يكون من باب الجعل^(٣).

(١) تحرير الكلام ص ٢٠٠.

(٢) تحرير الكلام ص ٢٠٣.

(٣) تحرير الكلام ص ٢٠٣، وانظر تبصرة الحكام ١/ ١٥٤، ١٥٥.

الفرع الثاني: الالتزام المعلق على فعل الملتزم له الذي فيه منفعة للملتزم له

حكمه: أنه لازم إذا تحقق الأمر المعلق عليه. ونصوا على أنه لا يشترط للزومه الحوز تفريقاً بينه وبين الالتزام المعلق على فعل غير الملتزم والملتزم له، وعللوا لهذا التفريق بأن هذا النوع من الالتزام فيه معنى العوض عن المنفعة، فجعلوه لازماً لا يفتقر إلى حيازة^(١).

ويجب أن يكون قصد التملك صريحاً، فإن التبس فلم يتبين هل المقصود به التملك أو مجرد التحريض، فإنه لا يكون لازماً. ومن الصور الملتبسة عند المالكية: ما لو قال رجل لابنه «أصلح نفسك، وتعلم القرآن، ولك الدار الفلانية»، فاستقام الابن على ما أراد الأب، فهل يلزم الأب بما قال أولاً؟ قالوا: يحتمل أن مقصود الأب تملك ابنه، ويحتمل أن المقصود مجرد التحريض، فإن كان قد أشهد علي نفسه بما قال فإن ذلك قرينة على أنه أراد التملك^(٢).

الفرع الثالث: الالتزام المعلق على فعل الملتزم له الذي فيه منفعة لغير الملتزم والملتزم له

مثاله: أن يقول الملتزم لآخر «إن وهب عبدك لفلان فلك عندى كذا»، أو قال «إن أسكنته دارك سنة فلك عندى كذا»، أو قال «إن جئت لفلان بعبده فلك عندى كذا». حكمه: أنه كالمعلق على ما فيه منفعة للملتزم له، فو إما من باب هبة الثواب، وإما من باب الإجارة، وإما من باب الجعل، فيشترط في كل نوع شروطه، للهبة شروطها، وللإجارة شروطها، وكذا الجعالة^(٣).

الفرع الرابع: الالتزام المعلق على فعل الملتزم له المباح الذي لا منفعة فيه لأحد

المقصود بهذا النوع من الالتزام التعجيز، ومثل له المالكية بقول الرجل لآخر «إن سعدت هذا الجبل فلك كذا». ومن المسائل العصرية لها الشائعة إعلان بعض الشركات أو المصانع لجمهور المستهلكين أن من وجد عيباً فى شيء من مبيعاتهم فإن له كذا وكذا.

وقال المالكية: إن هذا الالتزام هو من الجعالة، واختلفوا فى الجعالة: هل يشترط لصحتها أن يكون فى العمل المجهول عليه منفعة للجاعل، أو لا يشترط، على قولين^(٤).

(١) تحرير الكلام ص ٢٤٨، ٢٤٩.

(٢) تحرير الكلام ص ٢٤٨، ٢٤٩.

(٣) تحرير الكلام ص ٢٥٧.

(٤) تحرير الكلام ص ١٩٧ - ١٩٩، شرح منح الجليل ٨/٤.

الفرع الخامس: الالتزام المعلق على فعل الملتزم له الواجب عليه

إذا علق الملتزم التزامه على فعل هو واجب على الملتزم له، فإنه لا يلزمه أن يفى بالتزامه. ولا يحكم به عليه قضاء؛ لأن الملتزم له أدى ما وجب عليه فلا يستحق على ذلك عوضاً من الملتزم ولا من غيره^(١). ويشترط لعدم اللزوم أن يكون الملتزم جاهلاً بوجوب الفعل على الملتزم له، فإن كان يعلم لزمه ما التزم به^(٢). فيحمل التزامه على أنه أراد أن يرغب الملتزم له في الإتيان بذلك الفعل. فيكون من باب المعروف، والمعروف يلزم من التزمه^(٣).

وإن كان الفعل واجباً على الكفاية فالالتزام المعلق عليه لازم، كقول الملتزم «إن غسلت هذا الميت فلك كذا وكذا»^(٤).

ومن أمثلة هذا النوع من الالتزام:

أن يقول الملتزم لآخر «إن جئتني بمتاعى الضائع فلك عندى كذا وكذا»، وكان المتاع عنده أو كان يعلم مكانه، فإن ذلك غير لازم للملتزم؛ لأن رد المتاع واجب على الملتزم له، وكذلك الإعلام بموضعه، ولا يجوز له أن يأخذ على ذلك شيئاً. أما لو كان الملتزم له لا يعلم بمكان الضائعة فوجدتها وردها إلى الملتزم فإنه يستحق الشيء الملتزم به^(٥).

الفرع السادس: الالتزام المعلق على فعل الملتزم له المحرم عليه

حكمه: أنه لا يلزم. مثاله: أن يقول الملتزم لآخر «إن قتلت فلاناً فلك كذا وكذا»^(٦).

و تعليل ذلك: أن هذا الالتزام فيه إعانة على معصية وترغيب في فعلها، فلا يصح، وإذا لم يصح فلا ينتج عنه إلزام^(٦).

ولا يشكل على ذلك قول من قال إن حلوان الكاهن، وما تأخذه الزانية وما يأخذه القواد أنه لا يرد إلى من بذله؛ لأن من قال بذلك لم يعلل له بأن من التزم بشيء في تلك المعاصي لزمه، وإنما علل له بأن في تفويت المال على معطيه تأديباً له^(٦).

(١) تحرير الكلام ص ١٨٨، ١٩٠، وانظر فتوى للونشريسي مخالفة لذلك في المعيار المغرب ٢٩٧/٨.

(٢) تحرير الكلام ص ١٩٠، ١٩٧.

(٣) تحرير الكلام ص ١٨٧ - ١٨٨، وانظر خلاف ذلك في ص ١٩٦.

(٤) تحرير الكلام ص ص ١٨٨، ١٩١.

(٥) تحرير الكلام ص ١٩٦.

(٦) تحرير الكلام ١٩٧.

الفرع السابع: قيام الملتزم له بالعمل دون علمه بإيجاب الملتزم

إذا أتى الملتزم له بالفعل المعلق عليه الالتزام دون أن يعلم بإيجاب الملتزم استحق الشيء الملتزم به. ويؤخذ هذا من قول المالكية إن من التزم بجعل لمن يجد متاعه الضائع، ووجده رجل لم يكن يعلم بمكانه، ودون أن يعلم بالالتزام ورده لصاحبه استحق الجعل^(١).

المسألة الثالثة

فى الالتزام المعلق على فعل غير الملتزم والملتزم له

وفى فرعان

الفرع الأول: الالتزام المعلق على فعل غير الملتزم والملتزم له، الذى ليست فيه مخاطرة بالحقوق. حكمه: حكم الالتزام المطلق يجب الوفاء به مطلقاً، إذا وجد المعلق عليه، ويقضى به إذا كان الملتزم له معيناً، وإن لم يكن معيناً فلا يقضى^(٢) به.

قال الخطاب: وأكثر مسائله من باب النذر المعلق، وباب الضمان كقول الملتزم لآخر «إن شفانى الله من مرضى فلك ألف درهم»، يقضى بذلك على قائله^(٣).

الفرع الثانى: الالتزام المعلق على فعل غير الملتزم والملتزم له الذى فيه مخاطرة بالحقوق. إذا كان فى الالتزام مخاطرة بالحقوق فإنه لا يلزم. ومثاله: أن يقول رجل لآخر: «لفلان على ألف درهم إن شاء فلان»، فهذا التزام باطل لا يلزم - شاء فلان أو لم يشأ - لأنه خطر^(٤).

(١) تحرير الكلام ص ١٩١، شرح منح الجليل ٣/٤، ٤.

(٢) تحرير الكلام ص ٢٦١، المدونة المجلد الخامس ص ٢٦٠.

(٣) تحرير الكلام ص ٢٦١.

(٤) تحرير الكلام ص ٢٦٩.

المطلب الرابع
الالتزام الذى فيه إسقاط حق قبل ثبوته أو
مخالفة التزام سابق

وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: الالتزام الذى فيه إسقاط حق قبل ثبوته

المسألة الثانية: الالتزام الذى فيه مخالفة التزام سابق

المسألة الأولى

الالتزام الذى فيه إسقاط حق قبل ثبوته

الأصل فيه أنه لا يلزم. قال مالك: إذا سلم الشفع الشفعة بعد البيع فلا قيام له، ولو قال للمبتاع قبل الشراء «اشتر فقد سلمت لك الشفعة»، وأشهد بذلك فله القيام بعد الشراء؛ لأنه سلم ما لم يجب له^(١). قال الخطاب: ويجرى فيها قول آخر أنه لا شفعة له، قياساً على من قال «إن تزوجت فلانة فهى طالق»، فإنه إن تزوجها طلقت منه، وهو فى الشفعة أبين، لأنه أدخل المشتري فى الشراء، ولولا ذلك لم يشتري^(٢).

فالظاهر أن المالكية يفرقون بين من تنازل عن حق قبل ثبوته بصيغة التعليق فيلزمون القائل إذا تحقق الشرط المعلق عليه، ومن تنازل دون تعليق فلا يلزمونه^(٣).

وكذلك يلزمونه إذا ترتب على التنازل إدخال الملتزم له فى مغرم، كما لو قال له «اشتر ذلك الشقص والثلث على»، فاشتره لزمه أن يغرم الثلث؛ لأنه أدخله فى الشراء^(٤).

المسألة الثانية

الالتزام الذى فيه مخالفة التزام سابق

المقصود به الشرط الذى يشترط فى صلب الالتزام وهو مناف له. كاشتراط البائع على المشتري ألا يبيع ما اشتري منه. وهذا الشرط منه ما يبطل به الالتزام، ومنه ما يبطل ويصح الالتزام ويمضى دونه^(٥). وإذا جرى الالتزام دون هذا الشرط، ثم تطوع الملتزم فالزم نفسه به فإنه لا يفسد العقد، ويصح على أنه التزام مستقل، أو على أنه وعد^(٦).

(١) تحرير الكلام ص ٢٧٤، المدونة ج ١٤ المجلد ٥ ص ٤٠٨، الخرشى ١٧٢/٦، ١٧٣.

(٢) تحرير الكلام ص ٢٧٤، المعيار العرب ١١٩/٤، ١٢٠.

(٣) انظر أمثلة فى تحرير الكلام ص ٢٧٦.

(٤) تحرير الكلام ص ٢٧٤، الفروق ٢٥/٤، الفرق ٢١٤.

(٥) تحرير الكلام ص ٣٢٧ - ٤١٧.

(٦) تحرير الكلام ص ٢٣٨، وما بعدها، المدونة مجلد ٤ ص ١٣٣.

الفصل الرابع

تولى شخص واحد طرفي العقد

وفيه تمهيد ومبحثان:

- المبحث الأول: تولى شخص واحد طرفي العقد في غير النكاح.
المبحث الثاني: تولى شخص واحد طرفي عقد النكاح.

التمهيد، وفيه فرعان:

الفرع الأول: عرض موجز لأنواع النيابة

النيابة: قيام شخص مقام آخر فى التصرف عنه فى حق من حقوقه .

ولتقسيمها عدة أوجه . ومن هذه الأوجه تقسيمها باعتبار مصدرها، وهى بهذا الاعتبار تنقسم إلى قسمين:

القسم الأول: النيابة الاختيارية:

وهى التى تنشأ باختيار المنوب عنه، كعقد الوكالة والخلافة، فالمنوب عنه هو الذى يولى النائب .

القسم الثانى: النيابة القهرية:

وهى التى لا يكون للمنوب عنه دور فى إنشائها، ويطلق عليها الولاية. فى غالب أحوالها. ولها صور كثيرة تتنوع باختلاف مصدرها، فنيابة مصدرها القرابة، كولاية الأب على ابنه. ونيابة مصدرها الوصاية، كولاية وصى الأب على الصغار، ونيابة تثبت على المنوب عنه من جهة القضاء، كولاية الحاكم على من لا ولى له.

الفرع الثانى: تميز النكاح عن غيره من العقود

النكاح عقد من العقود، لكن له خاصية ميزته فى كثير من الأحكام عن غيره من العقود. وهذه الخاصية هى كونه سبباً لإباحة المرأة للرجل. وقد عنى الشارع العناية الكاملة بحفظ الأعراض وصيانتها. فجعل الأصل فى الإبضاع التحريم حتى يتحقق سبب الإباحة، وهو النكاح أو ملك اليمين. والنكاح هو أشرف السببين، وأكثرهما رواجاً. وأوجب الشهادة فى عقد النكاح، وجعلها شرطاً من شروط صحته، وأوجب إذن الولى، وجعله شرطاً من شروط الصحة ومنع المرأة من أن تلى العقد لنفسها أو لغيرها، وإنما يتولاه الولى أو وكيله، وحرم نكاح المرأة فى عدتها، ولم يجز فى النكاح خيار الشرط.

المبحث الأول

تولى شخص واحد طرفى العقد فى غير النكاح

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: تولى شخص واحد طرفى العقد بموجب الوكالة.

المطلب الثانى: تولى شخص واحد طرفى العقد بموجب الولاية القهرية.

المطلب الثالث: الصور المستثناة بأحكام خاصة.

المطلب الأول

تولي شخص واحد طرفي العقد بموجب الوكالة

وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: تولى الوكيل العقد أصيلاً عن نفسه، ووكيلاً عن الطرف الآخر (تعاقد الوكيل مع نفسه).

المسألة الثانية: تولى الوكيل العقد نائباً عن غيره.

بحث أهل العلم حكم تولى شخص واحد طرفي العقد في عقد البيع، وجعلوا الحكم عاماً فيه وفي غيره، وكما هو شأن أهل العلم في الأمور المشتركة بين البيع وغيره، فإنهم يوردونها في البيع ويكتفون بما ذكروه فيه. فمن الملائم أن تنصب الأقوال والأمثلة والتعليلات على عقد البيع، مع شمولها غيره من العقود وسائر الالتزامات، عدا النكاح، فإن له تميزاً عن غيره من الالتزامات.

المسألة الأولى

تولى الوكيل العقد أصيلاً عن نفسه، ووكيلاً عن الطرف الآخر

(تعاقد الوكيل مع نفسه)

وهذا له ثلاث حالات:

الحالة الأولى: أن يكون الوكيل منهياً عن إجراء العقد لنفسه. فليس له في هذه الحالة أن يجرى العقد مع نفسه، ولم أجد في ذلك خلافاً فيما اطلعت عليه.

والعلة في ذلك: أن الوكيل يجب عليه أن يتقيد بمضمون الوكالة، وليست له ولاية التصرف في ملك الوكيل بغير ما أذن له فيه^(١).

الحالة الثانية: أن يكون مأذوناً له في إجراء العقد مع نفسه. وفي جواز إجرائه العقد لنفسه في هذه الحالة قولان:

القول الأول:

يجوز للوكيل أن يجرى العقد لنفسه، إذا كان عنده إذن سابق بذلك من الموكل، سواء أكان في البيع أم في الشراء.

هو قول عند الحنفية^(٢). وقول المالكية^(٣). وقول عند الشافعية^(٤). وهو المذهب عند الحنابلة^(٥).

أدلة القول الأول:

الدليل الأول: أن تعاقد الوكيل مع نفسه بإذن الموكل داخل في نص عقد

(١) المغنى ٢٢٩/٧.

(٢) حاشية ابن عابدين ٥١٨/٥.

(٣) شرح الخرشى ٧٧/٦، الشرح الكبير، وحاشية الدسوقي ٣٨٧/٣.

(٤) روضة الطالبين ٣٠٤/٤، ٣٠٥، نهاية المحتاج ٣٥/٥، الوجيز ١٩٠/١.

(٥) القواعد الفقهية لابن رجب قاعدة رقم ٧٠ ص ١٢٧، كشاف القناع ٤٧٣/٣، المغنى ٢٣١/٧.

الوكالة، فيصح منه، كما تصح سائر تصرفاته في حقوق الموكل الداخلة في نص عقد الوكالة^(١).

الدليل الثاني: يمكن أن يستدل أيضاً بالأصل في إنشاء المعاملات، وهو الإباحة^(٢)، وذلك إذا توفر التراضي، والأصل فيها إذا أنشئت الصحة^(٣).

القول الثاني:

لا يجوز للوكيل أن يجرى العقد مع نفسه، سواء أكان في البيع أم في الشراء. هو قول جمهور الحنفية^(٤). وهو الوجه المشهور عند الشافعية^(٥)، قال عنه النووي: «هو الصحيح المعروف»^(٦). وقد نص النووي على أن كلام الشافعية في هذه المسألة يسرى على غير البيع من التصرفات المالية، ومما مثل به الهبة فلو أن رجلاً وكل آخر في الهبة لنفسه، فليس له أن يفعل بناء على هذا الوجه. وكذا لو وكل الدائن المدين في إبراء نفسه من الدين، فليس له أن يفعل، وذلك على القول إن الإبراء يفتقر إلى القبول^(٦).

وإذا أراد الوكيل أن يحتال لإجراء العقد مع نفسه فوكل شخصاً يتولى معه إجراء العقد، فإن ذلك لا يغير من الأمر شيئاً، فلا يصح إجراؤه العقد لنفسه بهذه الطريقة، ولا بغيرها^(٧).

وذهب الشيخ مجد الدين ابن تيمية^(٨) إلى أن هذا القول هو وجه عند الحنابلة، قال ابن رجب «فأما إن أذن له الموكل في الشراء من نفسه، فإنه يجوز. قال كثير من الأصحاب: رواية واحدة، وحكى الشيخ مجد الدين فيه وجّهاً آخر بالمنع»^(٩).

(١) المغنى ٢٣١/٧.

(٢) مجموع فتاوى شيخ الإسلام ١٦/٢٩.

(٣) القواعد النورانية لشيخ الإسلام ص ٢١٠.

(٤) بدائع الصنائع ٢٨/٦، ٣١، الجوهرة النيرة ٣٦٨/١، حاشية ابن عابدين ٥٢٥/٤.

(٥) أسنى المطالب ٢٦٨/٢. الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع ٢٩٥/١، ٢٩٦.

(٦) روضة الطالبين ٣٠٤/٤.

(٧) حاشية الشيرازي على نهاية المحتاج ٣٥/٥.

(٨) هو أبو البركات عبد السلام بن عبد الله بن أبي القسم بن تيمية الحراني. جد شيخ الإسلام تقي الدين أحمد بن عبد الحليم ابن عبد السلام بن تيمية. قال عنه شيخ الإسلام: كان جدنا عجيباً في حفظ الأحاديث وسردها، وحفظ مذاهب الناس بلا كلفة. وقال الذهبي: مجد الدين معدوم النظير في زمانه رأساً في الفقه وأصوله وفرد زمانه في معرفة المذهب. من مصنفاته «المحرر في الفقه». توفي سنة اثنين وخمسين وستمائة بهران. انظر شذرات الذهب ٢٥٧/٣، ٢٥٨.

(٩) القواعد الفقهية ١٢٨.

وقد نفى ^(١) المرادوي وجود خلاف فى المذهب حول جواز إجراء الوكيل العقد لنفسه إذا أذن له الموكل فى ذلك، فقال: «محل الخلاف إذا لم يأذن له فى الشراء من نفسه» ^(٢).

أدلة القول الثانى:

لم يتفق أصحاب هذا القول فى استدلالاتهم، بل إنها اختلفت اختلافاً ظاهراً، وهى كما يلى:

الدليل الأول:

أن تعاقد الوكيل مع نفسه يؤدى إلى اضطراب فى آثار العقد، إذ يصبح الوكيل مطالباً ومسلماً وفى الوقت نفسه مطالباً ومتسلماً، وهذا محال. وهذا التعليل مبنى على أن حقوق العقد وآثاره تتعلق - أولاً - بالوكيل الذى يباشر العقد قبل أن تنتقل إلى الموكل. بهذا استدل الحنفية ^(٣). ولم ينظروا إلى جانب التهمة الواردة على الوكيل إذا أجرى العقد لنفسه، بأن يكون قد حابى نفسه على حساب موكله، ونجدهم فى مسألة مشابهة قد أباحوا للوكيل أن يتعاقد مع من لا تقبل شهادته لهم من أقاربه ^(٤).

مناقشة الدليل: يبدو لى أن هذا التعليل شكلى أكثر منه حقيقياً، إذ أن مطالبة الوكيل بتنفيذ آثار العقد أصالة عن نفسه، ونياية عن موكله ليس فيه أى اضطراب؛ لأن آثار العقد، وإن كانت متقابلة إلا أنها غير متعارضة.

الدليل الثانى:

أنه لا يجوز اتحاد الموجب والقابل؛ لأن الإيجاب والقبول لا يتتزمان من شخص واحد، فلا يصح العقد من شخص واحد حتى لو انتفت التهمة. بهذا استدل الشافعية ^(٥). ولذلك صرحوا بأنه لا يجوز للوكيل أن يجرى العقد لنفسه، حتى ولو كان الموكل قد حدد له الثمن ونهاه عن الزيادة عليه ^(٦).

واعترض ابن رجب على هذا الاستدلال: بأن الشافعية قد أجازوا للأب أن يشتري لنفسه من مال ولده الذى هو تحت ولايته، مع اتحاد الموجب والقابل فى هذه الحالة ^(٧).

(١) هو علاء الدين أبو الحسن على بن سليمان بن أحمد بن محمد المرادوي. شيخ المذهب وإمامه فى زمانه. ومصحح المذهب باشر نيابة الحكم دهرأ طويلاً فحسنت سيرته. ثم فتح عليه فى التصنيف فصنف كتباً كثيراً أعظمها نفعاً «الإنصاف فى معرفة الراجع من الخلاف» سلك فيه مسلكاً لم يسبق إليه وصار قوله حجة فى المذهب. توفى سنة خمس وثمانين وثمانمائة.

انظر شذرات الذهب ٣٣٩/٧، ٣٤٠، الضوء اللامع ٢٢٥/٥ - ٢٢٨.

(٢) الإنصاف ٣٧٦/٥.

(٣) بدائع الصنائع ٢٨/٦، ٣١، العناية شرح الهداية، مع شرح فتح القدير ٧/٧٠.

(٤) نهاية المحتاج ٣٥/٥.

(٥) القواعد الفقهية ص ١٢٧.

وقد اعتذر الرملى عن ذلك؛ بأنه جاز لعارض متعلق بالأب، فبقى من عداه على المنع^(١). وهو كمال شفقة الأب وحرصه على مصلحة ابنه^(٢).

ويمكن الجواب عن هذا الرد، بأن نفيه تسليماً بأن إجراء النائب - وكيلاً، أو ولياً - العقد لنفسه يصح إذا انتفت التهمة، وأن اتحاد الموجب والقابل لا يكون حيثئذ سبباً فى منع العقد.

الدليل الثالث:

أن إجراء الوكيل العقد لنفسه يؤدى إلى التضاد بين مصلحة الموكل والوكيل؛ لأن المعاملة التجارية قائمة على تجاذب المصالح، وهذا يولد تهمة تلحق الوكيل فى محاباته نفسه على حساب موكله. بهذا استدل بعض الشافعية^(٣).

واعترض عليه ابن قدامة بأن التضاد يزول بأن ينص الموكل على ثمن السلعة، فإذا بذله الوكيل فقد حصل للموكل غاية مقصوده، وإذا لم ينص الموكل على الثمن يرجع الوكيل فى تقديره إلى ثمن المثل، فيتقيد به فى شرائه لنفسه، كما يتقيد به لو باع من أجنبي^(٤).

وقد علل الشافعية لمنعهم الوكيل من توكيل شخص آخر يجرى معه العقد، فيمكنه بذلك تجنب اتحاد القابل والموجب، وعللوا له بأن من لا يملك فعل شيء بنفسه لا يملك أن يوكل فيه^(٥).

الترجيح:

يظهر لى أن القول الأول هو الراجح؛ فيجوز للوكيل أن يجرى العقد لنفسه فيما وكل فيه إذا أذن له الموكل بذلك.

وسبب ترجيحي الجواز على المنع: أن العقود مبنية على التراضى، فكل عقد انبنى على الرضا الخالى من الخطأ والغش هو عقد صحيح، إلا إذا تعارض مع حق

(١) نهاية المحتاج ٣٥/٥.

(٢) التكملة الثانية للمجموع ١٢٤/١٤.

(٣) الإقناع ٢٩٨/١، نهاية المحتاج ٣٥/٥.

(٤) المغنى ٢٣١/٧.

(٥) حاشية الشيراملى على نهاية المحتاج ٣٥/٥.

من حقوق الله تعالى، وليس فى إجراء الوكيل العقد لنفسه بإذن موكله شىء من هذه المحذورات.

والقائلون بالمنع أكثر تعليلاتهم تتعلق بأمور شكلية، لم يرد دليل فى الشرع على وجوب التزامها عند إنشاء الالتزام.

الحالة الثالثة: ألا يأذن الموكل للوكيل فى إجراء العقد لنفسه، ولا ينهاء عن ذلك،

اختلف أهل العلم فى جواز إجراء الوكيل العقد لنفسه فى هذه الحالة على قولين.

القول الأول:

يجوز للوكيل أن يجرى العقد مع نفسه إذا أطلق الموكل الوكالة فلم ينهه، ولم يأذن له. هو قول عند المالكية^(١)، وبه قال بعض الحنابلة^(٢)، ولكنهم أدخلوا عليه قيوداً متعددة، هى كما يلى:

(١) يجب على الوكيل أن يشتري بأعلى سعر بذل فى السلعة بعد تقديمها للمزايدة. بهذا قال بعض المالكية^(١)، وقال بعض الحنابلة: بل يزيد على أعلى سعر^(٢).

(٢) أضاف بعض الحنابلة قيداً آخر إلى القيد السابق، وهو أن يتولى النداء على السلعة شخص غير الوكيل. واعتبروه شرطاً بينما عده آخرون قيداً مستحجباً^(٣).

(٣) نص بعض الحنابلة على أنه يكفى عن القيدتين السابقين أن يوكل الوكيل من يتولى معه إجراء العقد^(٣).

(٤) فريق آخر من الحنابلة منح الوكيل الخيار فى أن يسد باب تهمة المحاباة عنه بأحد أمرين: إما الزيادة على أعلى ثمن، وإما التوكيل^(٣).

(٥) نقل عن الإمام أحمد أسلوب آخر فى الاحتياط لحق الموكل، وهو أن يبيع الوكيل السلعة لشخص ويشاركه فى امتلاكها، ولا يجوز أن ينفرد الوكيل بشرائها^(٣).

ونص بعض الحنابلة على أن الوكيل يجوز له أن يجرى العقد لنفسه دون أن يلزمه إجراء شىء من القيود السابقة^(٤).

دليل القول الأول: أن مقصود الموكل فى البيع حصول الثمن، وفى الشراء تملك

(١) شرح الخرشي ٧٧/٦، الشرح الكبير للدردير ٣/٣٨٧.

(٢) المغنى ٧/٢٢٨.

(٣) الإنصاف ٥/٣٧٥، ٣٧٦، القواعد الفقهية لابن رجب ١٢٧.

(٤) الإنصاف ٥/٣٧٦.

السلعة. وهذا يتحقق بالتعاقد مع أى شخص يفى بالعقد، ولا اعتبار لشخصه، فليس لتعيينه أثر على مقصد العاقدين من العقود المالية، بخلاف النكاح ونحوه فإن لتحديد شخصية العاقد أثراً واعتباراً عند العاقد الآخر^(١).

واستدل الحنابلة على القيود التى أوردوها: بأن الغرض منها صيانة حق الموكل، كما هو واضح من عرضهم القيود.

وأما من أطلق يد الوكيل من القيود، فأباح له أن يجرى العقد لنفسه، كما يجزى لغيره، فقد علل بأن الوكالة مبنية على الأمانة، فدين الوكيل وأمانته يحملانه على الحق، وربما زاد خيراً^(٢).

القول الثانى: لا يجوز للوكيل أن يجرى العقد لنفسه فى البيع أو الشراء. به قال الحنفية^(٣). وهو قول عند المالكية^(٤)، يروى عن الإمام مالك فى البيع^(٥)، وعن ابن القاسم فى السلم^(٦)، ونصوا فيه على صحة البيع حتى لو بذل الوكيل الثمن الذى حدده الموكل للسلعة^(٧). وهو قول الشافعية^(٨)، وقول عند الحنابلة نصوا فيه على المنع، حتى لو زاد الوكيل على أعلى ثمن بُذل فى السلعة، أو وكل من يتولى أحد طرفى العقد^(٩). وقال ابن القيم: «قال بعضهم: له أن يتحيل على الشراء بأن يدفع إلى غيره دراهم، ويقول له: اشتريها لنفسك، ثم يملكها منه»، ورد ابن القيم هذه الحيلة، وقال: إن الذى تقتضيه قواعد المذهب أن هذا لا يجوز، ثم بين أن الحيلة الجائزة فى هذه الحالة أن يبيع الوكيل السلعة بيعاً بتاتاً ظاهراً لشخص أجنبى عنه يثق به، ثم يشتريها منها شراء مستقلاً^(١٠).

أدلة القول الثانى:

استدل الحنفية، والشافعية على قولهم فى هذه المسألة بما استدلوا به فى المسألة السابقة.

(١) التكملة الثانية للمجموع، ١٢٤/١٤، المغنى ٢٣١/٧.

(٢) الإنصاف ٣٧٦/٥.

(٣) بدائع الصنائع ٢٨/٦، ٣١، الجوهرة النيرة ٣٦٨/١.

(٤) بداية المجتهد ٣٠٣/٢، الشرح الصغير ١٧٢/٢.

(٥) التاج والإكليل ٢٠٠/٥.

(٦) الشرح الصغير ١٧٢/٢.

(٧) أسنى المطالب ٢٦٨/٢، روضة الطالبين ٣٠٤/٤، ٣٠٥، نهاية المحتاج ٣٥/٥.

(٨) كشف القناع ٤٧٣/٢، المغنى ٢٢٨/٧.

(٩) أعلام الموقعين ٣٤٨/٣.

واستدل الحنابلة بالدليلين التاليين :

الدليل الأول: أن سياق التوكيل فى البيع يدل على إخراج الوكيل من جملة

المشتريين من أوجه :

(أ) أن الموكل جعل الوكيل بائعاً فلا يكون مشترياً^(١).

(ب) أن العرف يقتضى عدم إجراء الوكيل العقد لنفسه فكأن الموكل قال له : «بعه

من غيرك»^(٢).

(ج) أن إذن الموكل بالبيع يقتضى البيع ممن يستقصى عليه الوكيل فى الثمن، وفى

البيع من نفسه لا يستقصى فى الثمن، فلا تدخل هذه الصورة فى الإذن^(٣).

واعترض عليه ابن قدامة، بأن الثمن يكون معلوماً إما بنص الموكل، وإما بثمن

المثل^(٤).

الدليل الثانى: أن فى بيع الوكيل من نفسه دون إذن الموكل تهمة تلحقه، وهى

محاباته نفسه، وفى منعه سد لذريعة المحاباة^(٥). وقد شارك الحنفية الحنابلة فى هذا

الاستدلال^(٦).

وأما قول بعض الفقهاء إنه يجوز للوكيل أن يدفع دراهم إلى من يشتري السلعة

بنفسه، ثم يملكها منه، فقد رده ابن القيم، واعتبره حيلة غير مشروعة، وعلل لرده

بأنه ذريعة إلى تهاون الوكيل فى استقصاء الثمن؛ لعلمه أن السلعة ستؤول إليه^(٧).

وعلل المالكية لقولهم إنه لا يجوز للوكيل أن يجرى العقد مع نفسه، ولو بذل

الثمن الذى حدده الموكل، بأن السلعة قد يُبذل فيها أكثر مما ظن صاحبها^(٨).

الترجيح :

الذى يظهر لى رجحانه أن العقد الذى يجريه الوكيل لنفسه هو عقد صحيح، لكنه

لا يكون نافذاً إلا بعد إجازة الموكل.

وسبب تصحيحه: أنه عقد توفرت فيه شروط الصحة، وتحققت أركانه فينشأ

صحيحاً، وسبب وقف آثاره على إجازة الموكل صيانه حقوق الموكل.

(١) أعلام الموقعين ٣/٣٤٨.

(٢) كشاف القناع ٢/٤٧٣.

(٣) المغنى ٧/٢٣١.

(٤) بدائع الصنائع ٦/٢٨، حاشية ابن عابدين ٥/٥١٨.

(٥) أعلام الموقعين ٣/٣٤٩.

(٦) الشرح الصغير ٢/١٦٩، ١٧٠.

المسألة الثانية

تولى الوكيل العقد نائباً عن غيره

وصورة المسألة: أن يكون الشخص وكيلاً عن طرفى العقد، فيكون - على سبيل المثال - وكيلاً عن البائع، ووكيلاً عن المشتري فى صفقة واحدة. ولم يفرق أكثر أهل العلم فى حكم هذه المسألة بين كون الوكيل مأذوناً له فى ذلك، أو غير مأذون له.

ولأهل العلم فى المسألة قولان:

القول الأول: يجوز للوكيل أن يتولى طرفى العقد وكالة عن غيره. سواء أذن له الموكلون فى ذلك، أم لم يأذنوا.

هو قول عند الشافعية مخرج على القول، الذى أباح للوكيل أن يجرى العقد مع نفسه، ورد بعضهم هذا التخريج، ولم يجعل حكم هذه المسألة داخلاً فى الخلاف فى المسألة السابقة. ولم يورد فى هذه المسألة إلا قولاً واحداً هو المنع^(١). وهو مذهب الحنابلة قولاً واحداً فى حالة الإذن، وعلى أحد الوجهين فى حالة عدم الإذن^(٢). وقيد ابن قدامة الإباحة فى حالة عدم الإذن، بآلا يكون الوكيل متهماً بمحاباة أحد الطرفين^(٣).

دليل القول الأول:

أن الوكيل قد أذن له أصحاب الحق فى تولى طرفى العقد فجاز أن يليهما^(٤).

القول الثانى:

لا يجوز للوكيل أن يلى العقد وكالة عن الطرفين الأصليين، حتى لو أذن له فى ذلك، وإذا فعل لم يصح العقد. به قال الحنفية^(٥)، والشافعية^(٦)، وهو قول عند الحنابلة فى حالة عدم الإذن^(٧).

أدلة القول الثانى:

الدليل الأول: قياس حكم تولى الوكيل طرفى العقد على حكم إجرائه العقد

(١) أسنى المطالب ٢/٢٦٨، روضة الطالبين ٤/٣٠٥.

(٢) الإنصاف ٥/٣٧٧، كشف القناع ٢/٤٧٣. أعلام الموقعين ٣/٣٦١.

(٣) المغنى ٧/٢٣٠.

(٤) المغنى ٧/٢٣٠.

(٥) حاشية ابن عابدين ٤/٥٠٤، ٥٢٥.

(٦) أسنى المطالب ٢/٢٦٨، روضة الطالبين ٤/٣٠٥.

(٧) الإنصاف ٥/٣٧٧، أعلام الموقعين ٣/٣٤٩.

لنفسه فى المنع وما ورد على الحالة السابقة من تعليقات المنع برد على هذه الحالة، وخصوصاً التهمة التى تلحق الوكيل فى محاباته نفسه، بل هى هنا أشد^(١).

واعترض ابن القيم على هذا القياس، بأن التهمة التى تلحق الوكيل فى الشراء لنفسه أظهر من التهمة التى تلحقه فى الشراء لموكله^(١). لأن الإنسان أكثر ميلاً فى محاباته لنفسه منه فى محابة غيره.

الترجيح:

الذى يظهر لى فى هذه المسألة أن مدار الترجيح على سد باب التهمة وصيانة حقوق الموكل، فإذا كان كل من الموكلين قد أذن للوكيل فى أن يتولى طرفى العقد نيابة عنهما، أو كان ذلك مقبولاً فى العرف، أو كان وقوعه شائعاً ولم يمنع الموكل الوكيل منه، فإنه يجوز للوكيل أن يتولى طرفى العقد؛ لانتفاء التهمة حينئذ.

وإذا منع أحد الموكلين الوكيل من تولى طرفى العقد، أو كان العرف دالاً على المنع، فليس للوكيل أن يتولى طرفى العقد.

وإذا خلت الحالة من الإذن والمنع، وما يدل على أحدهما فإن العقد ينشأ صحيحاً، لكنه يكون موقوفاً على إجازة الموكل؛ صيانة لحقه.

(١) أعلام الموقعين ٣/٣٤٩.

المطلب الثاني

تولى شخص واحد طرفى العقد بموجب الولاية القهرية

لأهل العلم فى هذه المسألة قولان :

القول الأول: يجوز للولى أو الوصى أن ينفرد بإنشاء العقد أصيلاً عن نفسه ونائباً عن غيره، أو نائباً عن طرفى الالتزام .

هذا قول الحنفية إلا زفر^(١) ، وقيدوه بثلاثة ضوابط :

(١) لا يملك القاضى أن يجرى العقد لنفسه، إذا كان الالتزام عقداً، ولكنه يملك إجراء العقد مع قاض آخر، ويملك إجراء العقد نيابة عن طرفيه^(٢) .

(٢) لا يملك الوصى المنصب من قبل القاضى أن يجرى العقد لنفسه، أو يتولى طرفى العقد نيابة عن غيره، فحكمه حكم الوكيل^(٢) .

(٣) يشترط لصحة إجراء وصى الأب العقد لنفسه أن يكون فيه نفع ظاهر لصالح الصبى، بأن يكون الثمن أكثر مما يستحقه المبيع بمقدار الثلث، أو فيه نفع من وجه آخر أو درء مفسدة^(٣) .

وهو قول المالكية مع الكراهة، نصوا فيه على الإجارة، الرهن، والبيع، واشتروا لصحته أن يكون فيه نفع ظاهر للمولى عليه^(٤) ، وهو أحد القولين عند الحنابلة^(٥) .

أدلة القول الأول:

الدليل الأول: قول الله تعالى: ﴿ لَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ ﴾^(٦) .

(١) بدائع الصنائع ١٣٦/٦ ، جامع الفصولين ١٥/٢ ، حاشية ابن عابدين ٥٢٥/٤ .

(٢) الفتاوى الهندية ١٧٥/٣ ، ١٧٦ .

(٣) السابق ، بدائع الصنائع ١٣٦/٦ .

(٤) الشرح الكبير للدردير ٢٩٩/٣ ، قوانين الأحكام ٣٤٩ .

(٥) القواعد لابن رجب ص ١٢٨ ، المغنى ٢٢٩/٧ .

(٦) سورة الإسراء، الآية رقم ٣٤ ، وفى سورة الأنعام الآية رقم ١٥٢ .

ووجه الاستدلال بالآية: أن من اشترى مال اليتيم بأكثر من ثمن المثل فقد قرب به بالتي هي أحسن، ويدخل في ذلك النائب عن اليتيم في حفظ ماله من ولى، ووصى وحاكم^(١).

مناقشة الدليل: لاختلاف في أن قربان مال اليتيم بالتي هي أحسن مباح، ولكن الخلاف في الحكم على مسألة الخلاف هل صورة العقد الذى فيها من قربان مال اليتيم بالتي هي أحسن، أو هي ذريعة إلى أكل ماله.

الدليل الثانى:

أن الوصى المنصب من قبل الأب نائب عن الأب، فيجوز له فى مال الصغير ما يجوز للأب، وقد اتفق أهل العلم على أنه يجوز للأب أن يعقد لنفسه فى مال ولده الصغير، وأن يتولى طرفى العقد نيابة عمن هم تحت ولايته^(٢). واعترض عليه بأن غير الأب لا يماثل الأب فى كمال الشفقة، فتهمة المحاباة قائمة فى حقه، فهو أشبه بالوكيل^(٣).

وقد أجيب عنه: بأن وصى الأب فيه شبه بالأب وشبه بالوكيل، أما شبهه بالوكيل فكونه أجنبياً، وشبهه بالأب فكونه وصى الأب، فالظاهر أن الأب ما رضى به إلا لوفور شفقتة على الصغير، فثبت له ما يثبت للأب.

والاستثناءات التى أوردها الحنفية على أصل قولهم عللوا لها بما يلى:

(١) عللوا لمنع القاضى من إجراء العقد لنفسه، بأنه قضاء منه لنفسه، وقضاؤه لنفسه باطل^(٤).

(٢) وعللوا لمنع وصى القاضى من الانفراد بالعقد، بأن مجرد وكيل محض، والوكيل لا يملك الانفراد بالعقد^(٥).

القول الثانى:

لا يجوز للوصى أو الولى أن ينفرد بإجراء العقد، سواء أأجراه عن نفسه أصيلاً وعن غيره نائباً، أم نائباً عن طرفى العقد.

هو قول زفرة من الحنفية^(٥)، والشافعية^(٦)، وقول عند الحنابلة، واستثنى بعضهم الحاكم، فألحقه بالأب فى جواز انفراده بالعقد^(٧).

(١) بدائع الصنائع ١٣٦/٦، المغنى ٢٢٩/٧.

(٢) المغنى ٢٢٩/٧.

(٣) بدائع الصنائع ١٣٦/٦.

(٤) حاشية ابن عابدين ٥٢٥/٤.

(٥) بدائع الصنائع ١٣٦/٦، حاشية ابن عابدين ٥٠٤/٤، ٥٢٥.

(٦) روضة الطالبين ١٨٨/٤، نهاية المحتاج، وحاشية الشيرازى ٣٥/٥.

(٧) القواعد لابن رجب ص ١٢٨، المغنى ٢٢٩/٧.

أدلة القول الثانى:

الدليل الأول: عن صلة بن زفر قال: «جاء عبد الله بن مسعود رجل من همدان على فرس أبلق، فقال إن رجلاً أوصى إلى تركة له، وإن هذا من تركته أفأشتريه؟ قال: كلا، ولا تشتري من ماله شيئاً»^(١).

الدليل الثانى: قياس الوصى على الوكيل فى المنع بجامع أن كلاهما يلى مال غيره بتولية، بل التهمة فى الوصى أكد منها فى الوكيل؛ لأن الوكيل يتهم فى ترك الاستقصاء فى الثمن فحسب، والوصى يتهم فى ذلك، وفى أنه يشتري من مال اليتيم ما لاحظ لليتيم فى بيعه، فكان أولى بالمنع^(٢).

الترجيح:

الراجح فيما يظهر لى القول الثانى الذى يمنع الوصى من أن يعقد لنفسه فى مال اليتيم، أو يتولى العقد عن غير اليتيم فى مال اليتيم؛ سداً لباب التهمة، وأخذاً بالأثر عن ابن مسعود - رضى الله عنه - الذى هو أقوى دليل صريح فى المسألة.

(١) أخرجه عبد الرزاق فى مصنفه ٩٤/٩، كتاب الوصايا، باب الرجل يشتري ويبيع فى مرضه، وما على الموصى، وسنده: أخبرنا الثوري عن إسحاق عن صلة بن زفر. وأخرجه البيهقي فى سننه ٢٨٥/٦، كتاب الوصايا، باب ما يجوز للموصى أن يصنعه فى أموال اليتامى.

وانظر الاستدلال به فى المغنى ٢٢٩/٧.

(٢) المغنى ٢٢٩/٧.

المطلب الثالث

الصور المستثناة بأحكام خاصة

الصورة الأولى: استثناء الأب من منع تولى طرفى العقد.

لأهل العلم فى المسألة قولان:

القول الأول: يجوز للأب - خاصة - أن يجرى العقد لنفسه فى مال ولده، وأن يتولى طرفى العقد نيابة عن أبنائه.

به قال الحنفية باستثناء زفر^(١). وأدخلو عليه بعض الضوابط، وهى:

(١) ألا يكون فى البيع أو الشراء ضرر على الصغير^(٢).

(٢) ألا يكون فى البيع أو الشراء غبن لصالح الصغير، وذلك إذا كان الأب سىء التدبير فى أمور البيع، فإن كان حسن التدبير، أو مستور الحال صح البيع بضمن المثل أو بنقص يسير^(٣). وأطلق بعضهم صحة تصرف الأب بضمن المثل، أو بغبن يسير فى العادة حتى لو كان سىء التدبير^(٤).

(٣) ألزم بعض الحنفية الأب أن يجرى العقد عن طريق القاضى، فيقيم القاضى، وصياً بتسلم الثمن فى حالة البيع، والمبيع فى حالة الشراء، ثم يعيد الوصى ما تسلمه إلى الأب^(٥).

وبه قال الشافعية^(٦). وهو قول المالكية، واشتروطوا ألا يكون فى البيع ضرر بالغ على الصغير^(٧)، وبه قال الحنابلة^(٨).

(١) بدائع الصنائع ١٣٥/٥، الفتاوى الهندية ٧٣/٣.

(٢) جامع أحكام الصغار ٢٦٦/٢.

(٣) الفتاوى الهندية ٧٣/٣.

(٤) حاشية ابن عابدين ٤٩٦/٦.

(٥) جامع أحكام الصغار ٢٦٣/٢، الفتاوى الهندية ٧٤/٣.

(٦) روضة الطالبين ١٨٨/٤، ١٨٩، نهاية المحتاج وحاشية الشبراملى ٣٥/٥.

(٧) الشرح الكبير، حاشية الدسوقي ٢٩٩/٣، شرح الخرشي ٢٩٦/٥.

(٨) الإيضاف ٣٢٥/٥، كشف القناع ٤٥٠/٣، المغنى ٢٣٣/٧.

أدلة القول الأول: الدليل الأول: الاستحسان. به استدل الحنفية. وهو في هذه المسألة مخالف عندهم للقياس، فالقياس يقتضى المنع لاستحالة اتحاد الموجب والقابل، ودليل الاستحسان كما قال الكاساني: قول الله تعالى ﴿ولا تقربوا مال اليتيم إلا بالتي هي أحسن﴾^(١).

والبيع والشراء بضمن المثل، أو بما يتغابن الناس فيه عادة قد يكون قرباناً على وجه الأحسن بحكم الحال، والظاهر أن الأب لا يفعل ذلك إلا في تلك الحال لكمال شفقتة، فكان البيع والشراء بذلك قرباناً على وجه الأحسن^(٢).

ويعترض عليه بأن: القياس لا يقتضى التسوية بين الأب وغيره في تصرفه في مال الصغير. بل يقتضى تمييز الأب عن غيره.

الدليل الثاني:

أن ولاية الأب هي ولاية قهرية بحكم الشرع، لا اعتبار فيها لإذن المولى عليه، فلا يقيد الأب إلا بالإحسان في تصرفه^(٣).

الدليل الثالث:

كمال شفقة الأب وحرصه على مصالح ابنه، يضمن اجتهاده في حفظ مال ابنه، وعدم اتخاذ العقد وسيلة للتفريط فيه، أو محاباة نفسه^(٤).

القول الثاني:

لا يجوز للأب أن يجرى العقد لنفسه في مال ولده، ولا يجوز له أن يتولى طرفي العقد نيابة عن من هن تحت ولايته. به قال زفر من الحنفية^(٥).

ودليله في ذلك: الأصل المقرر عند الحنفية في منع تولي النائب، وكيلاً كان أو غيره من أن يجرى العقد لنفسه، أو يجرى نيابة عن غيره، والقياس يحيل اتحاد الموجب والقابل.

وقد اعترض الحنفية على تعليقات زفر باعتراضين:

(١) في سورة الأنعام، الآية رقم ١٥٢، وفي سورة الإسراء، الآية رقم ٣٤.

(٢) بدائع الصنائع ١٣٦/٦.

(٣) القواعد لابن رجب ١٢٨، المغني ٢٣٣/٧.

(٤) التكملة الثانية للمجموع ١٢٤/١٤، كشاف القناع ٤٥٠/٣.

(٥) جامع أحكام الصغار ٢٦٣/٢.

الاعتراض الأول: أورده الكاسانى وقال فيه: القول بالاستحالة ممنوع فتعدد القول من العاقد الواحد يقوم مقام تعدد الأشخاص، فيكون التعدد قد وجد حكماً^(١).

وهذا الاعتراض: يؤدى إلى إبطال قاعدة الحنفية فى منع اتحاد الموجب والقابل والتي بها منعوا انفراد الوكيل بالعقد.

الاعتراض الثانى: لو سلمنا بأن القياس يحيل انتظام صدور الإيجاب والقبول من شخص واحد، لوجب أن يستثنى الأب؛ لكمال شفقته^(٢).

الدليل الثانى:

القياس على عدم جواز تزويج الرجل بنت عمه من نفسه إذا كان هو الولي. أورده ابن قدامة دليلاً لزفر^(٣).

مناقشة الدليل: اعترض عليه ابن قدامة بقوله لا نسلم ما ذكر فيما إذا أراد أن يتزوج بنت عمه ونقول يجوز له أن يعقد لنفسه^(٤).

الترجيح:

الراجح ما ذهب إليه الجمهور وهو استثناء الأب من منع تولي طرفي العقد؛ لزوال التهمة فى حقه، وتعليلات زفر ضعيفة أجاب عنها الحنفية، وكلها تتعلق بأمور شكلية، لم يرد دليل على اعتبارها فى إنشاء العقود.

الصورة الثانية: استثناء الجد من منع تولي طرفي العقد

لأهل العلم فى هذه المسألة قولان:

القول الأول: إلحاق الجد بالأب فى جواز تولي طرفي العقد، أصيلاً عن نفسه ونائباً عن الطرف الآخر، أو نائباً عن الطرفين. به قال الحنفية^(٥)، والشافعى^(٦).

ودليله: أن الجد كالأب فى كمال الشفقة، والحرص على مال الصغير^(٧).

القول الثانى: عدم إلحاق الجد بالأب فى تولي طرفي العقد.

هو قول الحنابلة^(٨).

(١) بدائع الصنائع ١٣٦/٦.

(٢) المغنى ٢٣٣/٧، ٢٣٤.

(٣) الفتاوى الهندية ١٧٤/٣.

(٤) روضة الطالبين ١٨٨/٤، ١٨٩.

(٥) المغنى ٢٣٣/٧، ٢٣٤.

وعلل له ابن قدامة بتعليين :

الأول: أن الجد لا ولاية له على ابن ابنه .

الثاني: أن تهمة المحاباة تلحق كل نائب، ماعدا الأب المعنى يوجد فيه، ولا يوجد في غيره، وهو كمال شففته^(١).

الترجيح:

لم يتبين سبب يقتضى ترجيح أحد القولين على الآخر .

(١) المغني ٧/ ٢٣٣ ، ٢٣٤ .

المبحث الثانى

تولى شخص واحد طرفى عقد النكاح

يستوى فى حكم هذا المبحث النيابة الاختيارية مع النيابة القهرية؛ لذا انصب البحث فيه على عموم النيابة بدون تفريق. فجاء هذا المبحث فى مطلبين:

المطلب الأول: انفراد الخاطب بإجراء عقد النكاح أصيلاً عن نفسه، ونائباً عن المخطوبة.

المطلب الثانى: تولى شخص واحد إجراء عقد النكاح نيابة عن الخاطب والمخطوبة.

المطلب الأول

انفراد الخاطب بإجراء عقد النكاح أصيلاً عن نفسه ونائباً عن المخطوبة بصفته ولياً عليها في عقد النكاح ولاية قهرية لا اختيارية

لأهل العلم في حكمه قولان:

القول الأول: يجوز لمن له ولاية النكاح على امرأة - تحل له - أن يجرى العقد عليها لنفسه، بشرط أن تأذن له في ذلك^(١).

به قال الحنفية^(٢). واستثنى بعضهم القاضى فمنعه من أن يعقد لنفسه على من هي تحت ولايته^(٣). وهو قول المالكية^(٤). ووجه عند الشافعية^(٥)، ضعفه النووي^(٦). وهو قول الحنابلة^(٧)، ولهم فيه بعض الشروط والاستثناءات، وهي كما يلي:

(١) أجاز بعض الحنابلة لمن له ولاية بالشرع على امرأة - ولياً كان أو حاكماً - أن يعقد لنفسه على المرأة بمجرد أن تأذن له في مطلق التزويج، ولا يشترط أن تأذن له في تزويج نفسه خاصة. وألحق بعضهم الوصى بالحاكم والولى^(٨).

(٢) اشترط الإمام أحمد لصحة العقد ألا يتفرد النائب بإجرائه، بل ينبغي رجلاً يتولى أحد طرفي العقد. ولا يجوز ذلك لغير الإمام، فلو أن الولي غيره، وأراد أن

(١) مع الأخذ في الاعتبار أن المرأة ليس لها أن تلى العقد بنفسها، كما أنه ليس لها أن تفوض العقد إلى من تشاء، وإنما هو إلى من جعله الشارع ولياً عليها في النكاح.

(٢) بدائع الصنائع ٢/٢٣١، حاشية ابن عابدين ٣/٧٦، ٩٧.

(٣) بدر الملقى شرح ملقى الأنهر ١/٣٣٨.

(٤) الشرح الكبير ٢/٢٠٧، قوانين الأحكام ١٣٤.

(٥) أسنى المطالب ٢/٢٦٨، نهاية ٦/٢٥٢.

(٦) روضة الطالبين ٤/٣٠٥، ٣٠٤، ٧١/٧.

(٧) القواعد لابن رجب ٦/١٢٨، كشف القناع ٥/٥٧، ٥٨، المغنى ٩/٣٧٤.

(٨) القواعد لابن رجب ٦/١٢٨، كشف القناع ٥/٥٧، ٥٨، المغنى ٩/٣٧٤.

يتزوج موليته ويوكل رجلاً يتولى أحد طرفي العقد لم يجز، والصورتين أن نائب الإمام ليس وكيلاً خاصاً به، وإنما هو نائب عن عموم المسلمين كالإمام^(١).
 وذهب بعض الحنابلة إلى إسقاط هذا القيد فأجازوا للإمام أن يتولى طرفي العقد^(٢).

أدلة القول الأول: قول الله تعالى: ﴿وَيَسْتَفْتُونَكَ فِي النِّسَاءِ قُلِ اللَّهُ يَفْتِيكُمْ فِيهِنَّ وَمَا يُتْلَىٰ عَلَيْكُمْ فِي الْكِتَابِ فِي يَتَامَى النِّسَاءِ اللَّاتِي لَا تُؤْتُونَهُنَّ مَا كُتِبَ لَهُنَّ وَتَرْغَبُونَ أَنْ تَنْكِحُوهُنَّ﴾^(٣).

ورد في تفسير الآية ما يبين الاستدلال بها، «فعن عروة أنه سأل عائشة - رضى الله عنها عن قول الله تعالى ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يَقْسُوا فِي الْيَتَامَى﴾^(٤).
 قالت: يا ابن أخي هذه اليتيمة تكون في حجر وليها، فيرغب في جمالها ومالها، ويريد أن يتنقص صداقها، فنهوا عن نكاحهن إلا أن يقسطوا في إكمال الصداق، وأمروا بنكاح مَنْ سواهن. قالت: واستفتى الناس رسول الله ﷺ بعد ذلك، فأنزل الله تعالى: ﴿وَيَسْتَفْتُونَكَ فِي النِّسَاءِ - إِي - وَتَرْغَبُونَ أَنْ تَنْكِحُوهُنَّ﴾ فأنزل الله لهم أن اليتيمة إذا كانت ذات جمال ومال رغبوا في نكاحها ونسبها، وإذا كانت مرغوبة عنها في قلة المال والجمال تركوها، وأخذوا غيرها من النساء. قالت: فكما يتركونها حين يرغبون عنها فليس لهم أن ينكحوها إذا رغبوا فيها إلا أن يقسطوا لها، ويعطوها حقها الأوفى من الصداق^(٥).

فدللت الآية على أن للولي أن يتزوج موليته التي تحل له، ولم يطلب منه أكثر من أن يوفيه مهر المثل ولم ينه عن تولي طرفي العقد. ولما عرتب الولي على إنقاص مهر اليتيمة علم أنه يمكنه أن ينفرد بإجراء العقد لنفسه بالمهر الذي يعطيها إياه^(٦).

الدليل الثاني:

قول الله تعالى: ﴿وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَىٰ مِنْكُمْ﴾^(٧).

(١) قواعد ابن رجب ص ١٢٩.

(٢) القواعد لابن رجب ١٢٨/٦، كشف القناع ٥٧/٥، ٥٨، المغنى ٣٧٤/٩.

(٣) الآية ١٢٧ من سورة النساء.

(٤) الآية ٣ من سورة النساء.

(٥) أخرجه البخاري في الصحيح ٤٠/٩، كتاب النكاح، باب الأكفاء في المال وتزويج المقل الثرية.

(٦) بدائع الصنائع ٢/٢٣٢.

(٧) سورة النور الآية رقم ٣٢.

وجه الاستدلال بالآية: أن الله تعالى أمر الرجال أن يتزوجوا من الأيامي من غير تفرقة بين حالة إنكاح الولي غيره أو إنكاحه نفسه من موليته التي تحل له^(١).

الدليل الثالث:

فعل رسول الله ﷺ، (فقد أعتق صفية رضى الله عنها - ، وجعل عتقها مهرها)^(٢). والظاهر أنه ﷺ تولى طرفى العقد.

الدليل الرابع:

عن عروة أن عائشة - رضى الله عنها - أخبرته أن النبي ﷺ قال: (أيما امرأة نكحت بغير إذن مواليها، فنكاحها باطل، فنكاحها باطل، فنكاحها باطل)^(٣).

(١) بدائع الصنائع ٢/٢٣٢.

(٢) أخرجه البخارى فى صحيحه ٣٢/٩، كتاب النكاح. باب من جعل عتق الأمة صداقها.

وانظر الاستدلال به فى الفتح ٣٣/٩، والمغنى ٣٧٤/٩.

(٣) أخرجه الإمام أحمد فى مسنده ١٥٤/١٦، وأبو داود فى سننه ٢٨/٣، كتاب النكاح، باب فى الولي. والترمذى فى سننه ٤١٠/٣، كتاب النكاح، باب ما جاء لا نكاح إلا بولي، حسنه.

وقال الترمذى: وقد تكلم بعض أصحاب الحديث فى سند هذا الحديث وهو: عن ابن جريج، عن سليمان ابن موسى، عن الزهرى، وعن عروة، عن عائشة رضى الله عنها، فإنه حكى عن ابن جريج أنه قال: لقيت الزهرى، فسألته، فأنكره، فضعفوا هذا الحديث من أجل هذا. وأثنى الزهرى على سليمان بن موسى، وقال أخشى أن يكون وهم على. أهـ.

وقال الترمذى، والشوكانى فى نيل الأوطار ١١٩/٦، والزيلعى فى نصب الراية ١٨٥/٣. إن هذه الحكاية عن ابن جريج قد أعلها ابن معين، وابن حبان، وابن عدى، وابن عبد البر، والحاكم. أهـ. وأثبتها الطحاوى فى شرح معانى الآثار ٨/٣، وقال: وهم يسقطون الحديث بأقل من هذا.

وقال الزيلعى: وعلى تقدير صحة هذه الحكاية فإنها لا تقدر فى سند الحديث، فقد صرح ابن حبان، والحاكم، والبيهقى وابن الجوزى بأنه لا يلزم من نسيان الزهرى أن يكون سليمان بن موسى وهم فيه، وأنه قد وقع من كثير من الأئمة الإثبات أن يروى أحدهم شيئاً. ثم ينسأه، فإذا سئل عنه أنكره، فلا يكون نسيانه دالاً على بطلان الخبر.

وقال الزيلعى فى نصب الراية ١٨٧/٣، والحاكم فى المستدرک ١٦٨/٢، ١٦٩، والخطابى فى معالم السنن ٢٩/٣. والدليل على أن الزهرى نسى أن هذا الحديث رواه جعفر بن ربيعة، وقره بن عبد الرحمن، وابن إسحاق فدل على ثبوته.

وقال الطحاوى فى شرح معانى الآثار ٨/٣، إن فى إسناد ابن لهيعة. وقال الماوردى فى الحاوى الكبير: رواه عن الزهرى ثلاثة غير سليمان بن موسى، ورواه عن عروة اثنان غير الزهرى. (انظر الحاوى الكبير محقق فى رسالة دكتوراه مطبوعة على الآلة بالكتابة ٢٢٧/١. كلية الشريعة. جامعة أم القرى) أهـ.

وقال الألبانى: فى إرواء الغليل ٢٤٦/٦ إذا نظرنا إلى إسناد الحديث وصرنا النظر عن هذه الحكاية المنسوبة إلى ابن جريج، فإن الحديث رجاله كلهم ثقات رجال مسلم، إلا أن سليمان بن موسى مع جلالة فى الفقه، فقد قال عنه الخافض: «صدوق فقيه، فى حديثه بعض لين وخط قبل موته بقليل». وعلى هذا فالحديث حسن الإسناد، وأما الصحة فهى بعيدة عنه. أهـ.

فوافق الألبانى فى تحسينه للحديث تحسين الترمذى له فى سننه ٤١٠/٣. أهـ.

ووجه الاستدلال - كما قال ابن حزم - : أن من أنكح موليته من نفسه بإذنها، فقد نكحت بإذن وليها، فهذا نكاح صحيح، ولم يشترط رسول الله ﷺ أن يكون الولي غير الناكح^(١).

الدليل الخامس:

فعل صاحب رسول الله ﷺ عبد الرحمن بن عوف - رضى الله عنه -، فعن سعيد بن خالد، أن أم حكيم بنت قارظ، قالت لعبد الرحمن بن عوف: إنه قد خطبني غير واحد فزوجني أيهم رأيت. قال: وتجعلين ذلك إلى؟ فقالت: نعم. قال: قد تزوجتك^(٢).

الدليل السادس:

فعل صاحب رسول الله ﷺ المغيرة بن شعبة - رضى الله عنه -، فقد ورد «أن المغيرة خطب بنت عمه عروة بن مسعود، فأرسل إلى عبد الله بن أبي عقيل، فقال زوجنيها، قال: ما كنت لأفعل، أنت أمير البلد وابن عمها. فأرسل إلى عثمان ابن أبي العاص، فزوجها منه»^(٣). قال ابن حجر: وعبد الله بن أبي عقيل هو ابن عمها؛ لأن جده مسعود المذكور. وأما عثمان بن أبي العاص فهو وإن كان ثقیفاً أيضاً، إلا أنه لا يجتمع معهم إلا في جدهم الأعلى ثقیف^(٤).

وقد استدلل الحنابلة لاشتراط إذن المرأة بالدليلين التاليين:

الأول: أن إطلاق الإذن بالتزويج للنائب من ولي، أو حاكم يقتضى تزويج المرأة من غيره، فهو خارج عن عموم الولاية^(٥).

ويرد عليه الاعتراض بأن هذه دعوى لا دليل عليها.

الثاني: قياس النكاح على البيع، فكما أنه لا يجوز للنائب أن يبيع من نفسه، فكذا لا يجوز له أن يعقد النكاح لنفسه، وذلك في حالة عدم وجود إذن خاص بذلك من صاحب الحق^(٦).

(١) المحلى ٣٧٤/٩.

(٢) أخرجه البخارى معلقاً في صحيحه ٥٩/٩. كتاب النكاح. باب إذا كان الولي هو المخاطب. وقال ابن حجر في الفتح ٥٩/٩: وصله ابن سعد. وهو كذلك عند ابن سعد في الطبقات ٣٤٦/٨.

(٣) أخرجه البخارى معلقاً في صحيحه ٩٤/٩. كتاب النكاح. باب إذا كان الولي هو المخاطب. وقال ابن حجر في الفتح ٩٥/٩: هذا الأثر وصله وكيع في مصنفه والبيهقي. وقال ابن التركمانى في الجوهر النقى ١٤٣/٧: أخرجه البيهقي في كتاب المعرفة.

(٤) فتح البارى ٩٥/٩.

(٥) المغنى ٣٧٤/٩.

(٦) كشف القناع ٥٧/٥، ٥٨.

ويرد عليه الاعتراض: بأن بين البيع والنكاح فارقاً يمنع صحة القياس، لأن البيع يقصد به الربح، بخلاف النكاح.

ومن استثنى منهم صاحب الولاية العامة. فأباح له أن يعقد لنفسه، على موليته دون إذن منها، علل له بأن ولايته اكتسبها بالإذن الشرعى وليس بإذن من المرأة^(١). وعلل للتفريق بين البيع والنكاح فى هذه المسألة بأن البيع يُقصد به الربح، فيكون فى تولى الولي أو الحاكم البيع لنفسه من مال من هو تحت ولايته تهمة المحاباة، بخلاف النكاح فإن القصد منه العشرة الحسنة والكفاءة^(٢).

ويرد عليه اعتراض: بأن الولاية على المرأة فى النكاح لا تسقط حقها فى الرضا بفلان من الناس زوجاً لها أو ردّه، وإسناد الولاية لشخص معين يخرج من جملة الرجال الذين أذنت المرأة بالتزويج منهم. فيحتاج إلى إذن خاص.

واستدل من اشترط من الحنابلة لصحة العقد أن يوكل النائب من يجرى العقد معه: بأنه لا يجوز أن يكون الشخص الواحد موجباً وقابلاً فى الوقت نفسه^(٣).

ويرد عليه الاعتراض بأنه استدلال بمحل الخلاف.

ويمكن أن يُعلل لمنع الحنفية القاضى من إجراء العقد لنفسه، بأن عقده لنفسه، هو من باب قضاء القاضى لنفسه، وقضاؤه لنفسه باطل. وقد علل الحنفية بذلك فى كتاب البيع، عندما نصوا على منع القاضى من إجراء العقد لنفسه فى مال من هو تحت ولايته^(٤).

القول الثانى:

لا يجوز لمن له ولاية النكاح على امرأة - تحل له - أن يجرى العقد عليها لنفسه، حتى إن أذنت له فى ذلك، ولياً كان، أو وصياً، أو حاكماً.

به قال زفر من الحنفية^(٥). وهو القول المقدم عند الشافعية^(٦). ولهم فيه بعض المسائل التى تعد استثناء من المنع، فقد قال النووى: «وفى الإمام وجه مشهور، أنه يتولى الطرفين، وفى القاضى وابن العم وجه أبعد، ويجيء مثله فى المعتق»^(٧).

(١) كشف القناع ٥/٥٧، ٥٨.

(٢) القواعد لابن رجب ص ١٢٩.

(٣) المغنى ٩/٣٧٤، ٣٧٥.

(٤) بدر المتقى شرح ملتقى الأنهر ١/٣٣٨.

(٥) بدائع الصنائع ٢/٢٣١.

(٦) أسنى المطالب ٢/٢٦٨، نهاية المحتاج ٦/٢٥٢.

(٧) روضة الطالبين ٧/٧١.

ونقل ابن حجر، عن الشافعي، أنه يجوز للولي إذا أراد أن يتزوج موليته التي تحل له أن يوكل ولياً أدنى منه درجة في القرابة فيتولى معه إجراء العقد^(١).

ووضع الشافعية مخرجاً من المأزق الذي ينشأ عن منع الولي من تزويج نفسه من موليته التي تحل له، فقالوا: إذا أذنت المرأة لمن له الولاية عليها أن يتزوجها، فله أن يجرى العقد مع ولي آخر لها مماثل له في درجة القرابة أو أعلى، فإن لم يوجد فالحاكم أو نائبه. وإذا أراد الحاكم أن يتزوج من لا ولي لها يزوجه وإلّا آخر مماثل، أو أعلى، وإذا وقع ذلك للخليفة يزوجه أحد نوابه^(٢).

أدلة القول الثاني:

الدليل الأول: قول النبي ﷺ (لا بد في النكاح من أربعة الولي، والزوج، والشاهدين). وفي رواية (لا نكاح إلا بأربعة: خاطب، وولي، وشاهدين). وفي لفظ (كل نكاح لم يحضره أربعة فهو سفاح: زوج، وولي، وشاهدان)^(٣). وقد اعترض عليه من حيث الإسناد، ومن حيث المعنى.

فمن حيث الإسناد: قال الزيلعي^(٤): «وهذا حديث منكر، والأشبه أن يكون موضوعاً»^(٥).

ومن حيث المعنى اعترض عليه باعتراضين:

الاعتراض الأول: أن العموم الوارد في الحديث قد خُص منه تزويج السيد أُمته لعبده الصغير، فتخص منه مسألة الخلاف أيضاً^(٦).

(١) فتح الباري ٩/٩٥.

(٢) نهاية المحتاج ٦/٢٥٢.

(٣) أخرجه الدارقطني في سننه ٣/٢٢٥، والبيهقي في سننه ٣/١٤٢، ١٤٣، كتاب النكاح، باب لا يزوج نفسه امرأة هو وليها. وانظر الاستدلال به في نيل الأوطار ٦/١٢٦، نهاية المحتاج ٦/٢٥٢.

(٤) هو جمال الدين أبو محمد عبد الله بن يوسف بن محمد الحنفي. أخذ عن الفخر الزيلعي شارح الكنز، والقاضي علاء الدين بن التركماني، وغيرهما. ولازم مطالعة كتب الحديث إلى أن خرج «أحاديث الهداية»، و«أحاديث الكشف»، واستوعب ذلك استيعاباً بالغاً. كان هو والعراقي يعين كل واحد منهما الآخر في تخريج الحديث. مات سنة اثنتين وستين وسبع مائة. انظر طبقات الحفاظ ص ٥٣٥.

(٥) نصب الرأية ٣/١٨٧، وأخرجه الدارقطني في السنن ٣/٢٢٥، وقال: لا يصح إسناد الحديث بلفظه الأول لوجود راو مجهول هو أبو الخصب، واسمه نافع بن ميسرة، ولا يصح إسناد الثاني؛ لأن فيه المغيرة بن موسى البصري، قال عنه البخاري: منكر الحديث. أهد وكذلك قال الحافظ ابن حجر في التلخيص ٣/١٦٣، والشوكاني في نيل الأوطار ٦/١٢٦.

وهو في ابن أبي شيبة ٤/١٣١، كتاب النكاح، باب من قال لا نكاح إلا بولي أو سلطان، لكنه موقوف على ابن عباس، وقد قال البيهقي في السنن ٧/١٤٣: وروى موقوفاً على ابن عباس بإسناد صحيح إلا أنه عن قتادة، وهو لم يدرك ابن عباس. أهد.

(٦) المغني ٩/٣٧٤.

الاعتراض الثاني: أن المقصود في الحديث الأربعة المذكورون، أو من يقوم مقامهم، وليس المقصود أشخاصهم، فالولى إذا وكل فى الإيجاب صح العقد عند الجميع مع أنه لم يحضر العقد^(١).

الدليل الثانى:

فعل المغيرة بن شعبة - رضى الله عنه - فإنه لم يعقد لنفسه على امرأة هى تحت ولايته^(٢).

وورد عليه اعتراضان:

الاعتراض الأول: أن الحجة فيما يروى عن النبى ﷺ لا فيما يروى عن غيره، وقد ثبت أن رسول الله ﷺ: أعتق صفية وتزوجها، وجعل عتقها صداقها. قاله ابن حزم^(٣).

الاعتراض الثانى: أن هذا الأثر وما فى معناه من الآثار التى دلت على أن الولى يطلب من غيره من الأولياء، أن يتولى معه إجراء العقد ليس فيه دلالة على أن ذلك واجب، أو شرط لصحة العقد^(٤).

الدليل الثالث:

أن تهمة محاباة النفس تلحق النائب فى حالة إجرائه العقد نفسه^(٥).

ويرد عليه اعتراضان:

الاعتراض الأول: أن النكاح لا يقصد به الربح المادى حتى يتهم النائب بمحاباته نفسه^(٥).

الاعتراض الثانى: على التسليم بورود تهمة المحاباة، فإنه يمكن وضع ضوابط تسد باب المحاباة، وذلك بأن يفرض للمرأة مهر لا يقل عن مهر مثيلاتها.

الدليل الرابع:

قياس النكاح على البيع فى عدم جواز تولى شخص واحد طرفى العقد^(٦).

ويرد عليه اعتراضان:

(١) نيل الأوطار ١٣٣/٦.

(٢) سبق ذكره فى أدلة القول الأول. انظر ص ٢٧٨ من هذا البحث. وانظر الاستدلال به فى المحلى ٤٧٣/٩.

(٣) المحلى ٤٧٣/٩. ٤٧٤.

(٤) فتح البارى ٩/٩٥.

(٥) القواعد لابن رجب ص ١٢٩.

(٦) نهاية المحتاج ٦/٢٥٣.

الاعتراض الأول: أن الأصل المقيس عليه وهو عدم جواز تولي شخص واحد طرفي عقد البيع محل خلاف، فلا يصح القياس.

الاعتراض الثاني: أنه يوجد فارق موثر بين البيع والنكاح يمنع صحة القياس، وهو أن المقصود بالبيع الربح، بينما المقصود بالنكاح المعاشرة الحسنة والإعفاف^(١).

وعلى الشافعية لمنع الولي غير الحاكم من توكيل رجل يجرى معه العقد، بأن الوكيل يقوم مقام الموكل، فما لا يحل للموكل فعله لا يحل للوكيل. وأما الحاكم فيجوز له ذلك؛ لأن ولايته عامة وليست مستفادة بتفويض من المرأة^(٢).

وقد اعترض ابن قدامة على هذا الاستدلال باعتراضين:

الاعتراض الأول: أن وكيل النائب يجوز له أن يلى العقد على المرأة لغير موكله، فصح أن يليه عليها لموكله، كالإمام إذا أراد أن يتزوج موليته يفوض لثأبه أن يزوجه.

الاعتراض الثاني: أنه لا يجوز أن يتولى الحاكم عقد امرأة لها ولي حاضر غير عاضل، وهذا هو مفهوم قول رسول الله ﷺ (السلطان ولي من لا ولي له)^(٣).

الترجيح:

الراجح فيما يظهر لى القول الأول الذى ذهب أصحابه إلى أن للمتولى عقد نكاح امرأة - تحل له - أن يعقد لنفسه؛ لأن الأصل أن العقد إذا تم بشروطه وأركانه ومنها رضا المرأة بالعقد وبالنزوح المعين، فإن العقد ينشأ صحيحاً ونافاً. ولم يظهر لى سبب يقتضى بطلانه كما ظهر فى عقود المعاوضة المالية، وهو تهمة المحاباة.

وأرجح ما اشترطه الحنابلة من وجوب أن ترضى المرأة بالنائب زوجاً لها، لأنه لا بد لصحة العقد من تعيين الزوج، فإذا وكلته فى أن يعقد لها على من يراه كفئاً، فإن أراد أن يعقد لنفسه فلا بد من رضاها؛ لأن رضاها به زوجاً، وقد وكلته لزوجها ممن يشاء محل شك.

والاحتياط للنكاح يقتضى وجوب رفع هذا الشك. وهذا لا يتعارض فيما يظهر لى مع ما فعله عبد الرحمن بن عوف - رضى الله عنه - لما قالت له أم قارظ قد خطبني أكثر من واحد فزوجني أيهم رأيت. فعقد لنفسه عليها؛ لأنها كانت راضية به

(١) القواعد لابن رجب ص ١٢٩.

(٢) نهاية المحتاج ٢٥٢/٦، المغنى ٣٧٥/٩.

(٣) المغنى ٣٧٥/٩، ٣٧٦. والحديث قطعة من حديث «أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها». وسبق تخريجه فى ص ٢٧٦.

بدليل أنها لم تأب لما قال لها «قد تزوجتك». وهذا يدل على أنه لا يجب أن تأذن له إذناً صريحاً في أن يعقد لنفسه، فيكفى أن يعرف رضاها بمقتضى الحال. فإذا ادعت بعده أنها لم تكن راضية به تقبل دعواها؛ لأن لا النكاح لا يصح دون رضاها، والرضا شيء يحصل من جهتها فتصدق في الإخبار عنه، ما لم يكن سبق منها ما يدل صراحة على رضاها؛ كأن تكون مكنته من الدخول بها.

المطلب الثاني

تولى شخص واحد إجراء عقد النكاح نيابة عن الخاطب والمخطوبة

لأهل العلم فى حكم هذا المطلب قولان:
القول الأول: يجوز لمن له ولاية النكاح على ذكر وأنثى أن يتولى طرفى العقد نيابة عنهما.

هو قول جمهور الحنفية^(١). وهو ظاهر مذهب المالكية، فإنهم صرحوا فى مسألة إجراء النائب عقد النكاح لنفسه، بأنه يجوز للنائب أن يتولى طرفى العقد، ولم يخصوه بحالة معينة^(٢). وهو قول للشافعية، إلا أنهم اشترطوا لصحة العقد أن يوكل النائب شخصاً آخر يجرى معه العقد^(٣). وهو قول للحنابلة، واشترط بعضهم فيه ما اشترطه أصحاب هذا القول من الشافعية^(٤).

أدلة القول الأول:

الدليل الأول: عن عقبة بن عامر - رضى الله عنه - : أن النبى ﷺ قال لرجل: (أترضى أن أزوجه فلانة؟) قال: نعم. وقال للمرأة: أترضى أن أزوجه فلاناً؟ قالت: نعم، فزوج أحدهما صاحبه^(٥).

الدليل الثانى: أن الوكيل فى النكاح ليس عاقداً، وإنما هو سفير عن العاقد،

(١) بدائع الصنائع ٢/٢٣١، حاشية ابن عابدين ٣/٩٦، كتاب الحجّة على أهل المدينة ٣/٢٦٤، ٢٦٥.

(٢) الشرح الكبير ٢/٢٠٧، قوانين الأحكام ص ١٣٤.

(٣) روضة الطالبين ٧/٧١، نهاية المحتاج ٦/٢٥٣.

(٤) أعلام الموقعين ٣/٣٤٩، المغنى ٩/٣٧٦.

(٥) أخرجه أبو داود فى سننه ٣/٥٣، كتاب النكاح، باب فىمن تزوج ولم يسم صداقاً حتى مات. قال الشوكانى فى

نيل الأوطار ٦/١٣٣: سكت عنه أبو داود والمنذرى، وفى إسناده عبد العزيز بن يحيى صدوق يهم. أهـ.

وقال ابن التركمانى فى الجوهر النقى ٧/١٤٣: سنده صحيح. وأخرجه الحاكم فى المستدرک ٢/١٨٢ وقال:

صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه.

ومعبر عنه، فلا ترجع حقوق العقد إليه، وإذا كان معبراً عن الوكيل وله ولاية على الزوجين، فإن عبارته تكون كعبارة الموكل، فصار كلامه ككلام شخصين، فيعتبر إيجابه كلاماً للمرأة، كأنها قالت «زوجت نفسي من فلان»، ويعتبر قبوله كلاماً للزوج، كأنه قال «قبلت»، فيقوم العقد باثنين حكماً، والثابت حكماً ملحق بالثابت حقيقة^(١).

علل الشافعية: لاشتراطهم توكيل النائب لمن يشاركه في إجراء العقد؛ بأن في ذلك تحقيقاً للحكم الوارد في حديث «كل نكاح لا يحضره أربعة فهو سفاح»، وما ماثله في المعنى من الأحاديث^(٢).

القول الثاني:

لا يجوز للنائب أن يتولى طرفي العقد، سواء أتولى ذلك بنفسه، أم وكل فيه. به قال زفر^(٣)، وهو القول المعتمد عند الشافعية^(٤)، ورواية عند الحنابلة^(٥). لكن الحنابلة وبعض أصحاب هذا القول من الشافعية استثنوا من المنع صورتين:

الصورة الأولى: يجوز للجد خاصة أن يتولى طرفي عقد النكاح إذا كان ولياً على الزوجين، كأن يزوج بنت ابنه من ابن ابنه الصغير وهما يتيمان^(٦).

الصورة الثانية: يجوز للسيد أن يزوج أمته الصغيرة من عبده الصغير^(٦).

وقد نص الشافعية على مخرج عملي يؤدي إلى إجراء العقد وعدم تعطيله، فقالوا: عندما يكون تحت ولاية العم ابنه الصغير، وبنت أخيه الصغيرة فله أن يتولى أحد طرفي العقد ويتولى الحاكم أو نائبه الطرف الآخر، وليس له أن يوكل رجلاً يتولى أحد طرفي العقد بخلاف القاضي فإنه يتولى أحد طرفي العقد ويتولى نائبه الطرف الآخر^(٧).

أدلة القول الثاني:

الدليل الأول: (حديث كل نكاح لا يحضره أربعة فهو سفاح)، وما في معناه من الأحاديث.

(١) بدائع الصنائع ٢٣٢/٢ وهذا المثال لا يصح إلا على مذهب الحنفية في جواز تولي المرأة عقد نكاحها.

(٢) نهاية المحتاج ٢٥٣/٦.

(٣) بدائع الصنائع ٢٣٢/٢، حاشية ابن عابدين ٩٦/٣.

(٤) روضة الطالبين ٧١/٧، نهاية المحتاج ٢٥٣/٦.

(٥) أعلام المرفعين ٣٤٩/٣، المغنى ٣٧٦/٩.

(٦) روضة الطالبين ٧١/٧، ٧٢، نهاية المحتاج ٢٥٢/٦، قواعد ابن رجب ١٢٩، المغنى ٣٧٦/٩.

(٧) نهاية المحتاج ٢٥٣/٦.

ويرد على الاستدلال به من الاعتراضات من حيث السند والمعنى ما ورد على الاستدلال به في المسألة السابقة^(١).

الدليل الثاني:

القياس على سائر العقود، في أن العقد لا ينشأ إلا بإيجاب وقبول من الطرفين. يعترض عليه: بأن الإيجاب والقبول في العقود غير مقصودين، وإنما هما وسيلة تعبير عن الرضا الذي هو أساس العقد، ورضا النائب يكفي عن رضا الأصل.

الترجيح:

الراجح هو القول الأول؛ لأنه الذي دل عليه فعل النبي ﷺ، كما في حديث عقبة بن عامر. فيجوز لمن له ولاية النكاح على امرأة ورجل أن يعقد للرجل على المرأة، وينفرد بإجراء العقد، ولا يجب عليه ولا يندب له أن يوكل من يجرى معه العقد؛ لعدم وجود ما يدل على مشروعية ذلك.

(١) انظر ص ٢٨١ من هذا البحث.

الباب الثانى

الإيجاب والقبول

وفيه تمهيد، وأربعة فصول:

الفصل الأول: شروط صحة الإيجاب والقبول.

الفصل الثانى: ارتباط القبول بالإيجاب.

الفصل الثالث: التعبير عن الإيجاب والقبول.

الفصل الرابع: توقف أثر الإيجاب والقبول على القبض، والإجازة.

التمهيد:

فى التعريف بالإيجاب والقبول، وتعيين ما يسمى إيجاباً وما يسمى قبولاً، وتمييز الإيجاب والقبول عما يقاربهما.

وفيه خمسة فروع:

الفرع الأول: التعريف اللغوى بالإيجاب والقبول

قال ابن فارس^(١): «وجب» الواو، والجيم والباء، أصل واحد يدل على سقوط الشئ ووقوعه، ثم يتفرع، ووجب البيع وجوباً: حق ووقع^(٢).

والإيجاب: الإيقاع، يقال وجب البيع يجب جبة، وأوجبه إيجاباً: أوقعته^(٣). والقبول: مصدر قبل، قال ابن فارس: «القاف، والباء، واللام»، أصل واحد صحيح تدل كلمه كلها على مواجهة الشئ للشئ، ويتفرع بعد ذلك^(٤). والقاف فى المصدر مفتوحة، فيقال قبول، وقد تضم^(٥)، وقال بعضهم: ضمها شاذ^(٦).

الفرع الثانى: تعيين ما يسمى إيجاباً، وما يسمى قبولاً فى كلام العاقدین

لأهل العلم فى تعيينهما قولان:

القول الأول:

الإيجاب هو ما سبق فى الصدور من أحد العاقدین، والقبول هو ما تلاه من العاقد الآخر. به قال الحنفية^(٧).

(١) هو أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكريا القزوينى المالکى. كان رأساً فى الادب بصيراً بفقہ مالک، مناظراً متكلماً على طريقة أهل الحق، ومذهبه فى النحو على طريقة المتكلمين. كان من أئمة اللغة محتجاً به من غير منازع. وكان من رؤوس أهل السنة المجردين على مذهب أهل الحديث. مات سنة خمس وتسعين وثلاثمائة. انظر سير أعلام النبلاء ١٧/١٠٣ - ١٠٦.

(٢) مقاييس اللغة ٦/٨٩.

(٣) التعريفات للجرجاني ص ٣٣، مختار الصحاح ص ٣٣، المطلع على أبواب المقنع ص ٢٢٧.

(٤) مقاييس اللغة ٥/٥١.

(٥) القاموس المحيط ٤/٣٦.

(٦) المطلع على أبواب المقنع ص ٢٢٧، وانظر ضده فى مختار الصحاح ص ٣٨٢، وأثبت ما ظهر لى أنه الصواب.

(٧) البحر الرائق ٥/٢٨٣، ٢٨٤، الجوهرة النيرة ١/٢٢٥، حاشية ابن عابدين ٤/٥٠٦.

دليل القول الأول:

علل الحنفية لتسميتهم اللفظ المتأخر قبولاً بأنه تعبير عن قبول صاحبه، ورضاه بما أثبتته العاقد الأول. وعليه يكون اللفظ المتقدم إيجاباً^(١).

القول الثاني:

الإيجاب هو ما صدر عن من يكون منه التملك سواء أتقدم في الصدور أم تأخر مما يدل على رضاه بنقل الملك منه، والقبول هو ما صدر عن من ينتقل إليه الملك مما يدل على رضاه بالانتقال الملك إليه.

به قال المالكية^(٢)، والشافعية^(٣)، والحنابلة^(٤). وعليه يكون الإيجاب في البيع - مثلاً - هو كلام البائع الذي يدل على رضاه بنقل ملكه منه حتى لو سبقه كلام المشتري ويكون القبول هو كلام المشتري الذي يدل على رضاه بانتقال ملك المبيع إليه حتى لو تقدم على كلام البائع.

دليل القول الثاني:

يمكن أن يستدل له بأن الإيجاب من المملك هو الأصل في العقد؛ لأنه يصدر في البيع عن مملك السلعة التي هي محل العقد، وإنما الثمن وسيلة إليها فكلامه تأسيس للعقد وإثبات له سواء أتقدم أم تأخر، وكلام المملك إتمام له، فيكون هو القبول سواء أتقدم أم تأخر. وعلى هذا القياس تكون مكانة الإيجاب في باقي العقود^(٥).

الترجيح:

الكلام في المصطلحات لا مشاحة فيه، والاختلاف فيها هو اختلاف في الأسماء لا في الحقائق، والإيجاب والقبول مصطلحان ثبتا بالاصطلاح لا بالنقل.

ولكن للخلاف آثاراً عملية^(٦) قليلة أهمها ما يلي:

(١) إذا تقدم القبول على الإيجاب لم ينشأ العقد عند طائفة من أهل العلم^(٧).

(٢) في استعمال صيغة الأمر في إجراء العقد: قال الحنابلة بعدم الجواز إلا في حالة تقدم القبول بصيغة الأمر على الإيجاب^(٨).

(١) البحر الرائق ٥/٢٨٣، ٢٨٤، الجوهرة النيرة ١/٢٥٥، حاشية ابن عابدين ٤/٥٠٦.

(٢) حاشية الدسوقي ٢/٢٢٢، ٣/٣ شرح الحرشي ٥/٦، شرح منح الجليل ٢/٤٦٣، مواهب الجليل في كتاب النكاح ٣/٤٢٢.

(٣) روضة الطالبين ٣/٣٣٩، فتح الوهاب ١/١٥٧، مغنى المحتاج ٢/٣، نهاية المحتاج ٣/٣٧٥.

(٤) الروض المربع مع حاشية ابن قاسم ٣/٣٢٨، ٣٢٩، غاية المنتهى ٢/٣، المبدع ٣/١٤٦، الفروع ٤/٤، المغنى ٦/٧.

(٥) المراجع السابقة لأصحاب القول الثاني.

(٦) ذهب د. وهب الزحيلي في كتابه الفقه الإسلامي وأدلته ٤/٩٣. إلى أن الخلاف لفظي لا ثمره له.

(٧) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٢٨٠، الفروع ٤/٤.

(٨) كشف القناع ٣/١٣٧.

الفرع الثالث: أثر تقدم القبول الإيجاب على إنشاء العقد

الكلام فى هذه المسألة محصور لا يأتى إلا على القول بأن الإيجاب ما صدر من المملك، والقبول ما صدر من المملك وهم أصحاب القول الثانى فى الفرع السابق، أما الحنفية وهم أصحاب القول الأول، فلا يتصور عندهم تقدم القبول على الإيجاب، لذا فقد أنكر ابن الهمام^(١) ما جاء فى الدراية وغيرها من قولهم: لو قدم القبول على الإيجاب، بأن قال «تزوجتُ ببتك»، فقال «زوجتكها» ينعقد به، وعلل لذلك بأن تقدم القبول لا يتصور؛ لأن ما يتقدم من كلام العاقدين هو الإيجاب، وما يتأخر هو القبول^(٢). ومن هنا نعرف أيضاً خطأ ابن هبيرة^(٣) فى قوله: «قال أبو حنيفة إذا تقدم القبول على الإيجاب فى النكاح صح، فأما فى البيع فإن كان تقدم القبول فيه بلفظ الماضى صح، وإن كان بلفظ الطلب والأمر لم يصح»^(٤). فالكلام فى مسألة هذا الفرع هو للمالكية، والشافعية، والحنابلة، ولهم فيها قولان.

القول الأول:

ينشأ العقد مع تقدم القبول على الإيجاب. هو قول المالكية^(٥). وقول عند الشافعية^(٦). وقول عند الحنابلة فى غير النكاح^(٧).

ونص أصحاب هذا القول من الشافعية والحنابلة على أن قولهم مقيد، بأن تكون صيغة الإيجاب والقبول بعد تقديم القبول مؤدية للمعنى المقصود منها، وإلا فلا يجوز التقديم فعلى سبيل المثال: القبول بكلمة «اشتريت» يصح تقديمه عندهم باتفاق فيعقبه قول البائع بعث، والقبول بكلمة «أتبيعنى» لا يصح عندهم

(١) هو كمال الدين محمد بن عبد الواحد بن عبد الحميد السيوسى المعروف بابن الهمام الحنفى. أخذ الفقه عن المحب بن الشحنة، والحديث عن أبى زرعة. وتقدم على أقرانه. اعتزل الناس ثم عاد للمخالطة لما وجد حاجة الناس إلى علمه. من أعظم مؤلفاته قدراً. شرح للهداية سماه «فتح القدير» لم يكمله، ووصل فيه إلى الوكالة. توفى سنة إحدى وستين وثمانمائة. انظر شذرات الذهب ٢٩٧/٤ - ٢٩٩، الفكر السامى ١٨٥/٢.

(٢) شرح فتح القدير ١٠٢/٣.

(٣) هو أبو المظفر يحيى بن محمد بن هبيرة العراقى الحنبلى. تفقه بأبى الحسين بن القاضى أبى يعلى. كان سلفياً أثرياً. وكان أول أمره معذماً فترقى حتى تولى الوزارة للمقتضى لأمر الله ولولده من بعده. لم تشغله أعباء الوزارة عن طلب العلم ونشره. أثنى عليه الذهبى وابن الجوزى فى علمه ودينه وأخلاقه وإكرامه العلماء. له كتاب فى شرح الصحيحين، وألف كتاباً فى العبادات على مذهب الإمام أحمد. مات مسموماً سنة ستين وخمسمائة. انظر سير أعلام النبلاء ٤٢٦/٢٠ - ٤٣٢.

(٤) الإفصاح ١/٣٢٤.

(٥) حاشية الدسوقى ٣/٣، شرح الخرشى ٦/٥.

(٦) حاشية قلبوسى ١٥٣/٢، روضة الطالبين ٣/٣٣٧، معنى المحتاج ٤/٢، ٥، نهاية المحتاج ٣/٣٧٨.

(٧) الروض المربع ٣/٣٢٨، ٣٢٩، شرح منتهى الإرادات ٢/١٤٠، الفروع ٤/٤، كشف القناع ٣/١٤٧.

باتفاق، ولو أعقبه البائع بقوله «بعت» لم ينعقد. والقبول بكلمة «بعتى» إذا أعقبه قول البائع «بعتك» مختلف فيه^(١)،^(٢). فيصح تقدم القبول بلفظ الماضى، ولا يصح بلفظ الاستفهام، وأما تقدمه بلفظ الطلب فمحل خلاف. وبما اختلف فيه تقدم القبول بلفظ «قبلت»، ثم يعقبه قول البائع «بعت».

دليل القول الأول:

أن الغرض من الإيجاب والقبول إظهار رضا العاقلين بإجراء العقد، وهذا الغرض يتحقق مع تقدم القبول على الإيجاب^(١)،^(٢).

القول الثانى: لا ينشأ العقد إذا تقدم القبول على الإيجاب.

هو قول عند الشافعية^(٣)، وعند الحنابلة^(٤).

دليل القول الثانى:

إن القبول إنما هو قبول للإيجاب، فإذا وجد قبله لم يكن قبولاً له^(٥).

سبب الخلاف والترجيح:

قال السيوطى: إن سبب اختلاف الفقهاء فى هذه المسألة هو اختلافهم فى الإيجاب والقبول، هل هما أصلان فى العقد، أو الإيجاب أصل، والقبول فرع؟ فمن قال إنهما أصلان أجاز تقدم أحدهما على الآخر، ومن قال إن القبول فرع لم يصح العقد مع تقدم الفرع على الأصل^(٦).

والذى يظهر لى رجحانه القول الأول بالضابط المذكور فيه؛ لأن الأصل صحة العقد، ولا يقال بطلانه إلا بدليل، ولا دليل على عدم صحة العقد مع تقدم القبول. والمعنى اللغوى للإيجاب والقبول لا يمنع من تقدم القبول؛ لأن القبول يمكن أن يكون قبولاً لشيء سابق قد وقع، ويمكن أن يكون لشيء تالٍ يترقب وقوعه.

الفرع الرابع: صدور الإيجاب والقبول بلفظ واحد من شخص واحد.

يحدث فى بعض حالات الالتزام أن يتولى شخص واحد طرفى العقد، نائباً عن

(١) حاشية قليوبى ١٥٣/٢، روضة الطالبين ٣٣٧/٣، مغنى المحتاج ٤/٢، ٥، نهاية المحتاج ٣٧٨/٣.

(٢) الروض المربع ٣٢٨/٣، ٣٢٩، شرح منتهى الإرادات ١٤٠/٢، الفروع ٤/٤، كشف القناع ١٤٧/٣.

(٣) الأشباه والنظائر للسيوطى ص ٢٨٠، مغنى المحتاج ٥/٢.

(٤) الإنصاف ٢٦١/٤، ٢٦٢، الفروع ٤/٤، المبدع ٥/٤.

(٥) كشف القناع ٣٧/٥.

(٦) الأشباه والنظائر للسيوطى ص ٢٨٠.

غيره، أو أصيلاً عن نفسه ونائباً عن غيره^(١)، فهل يكتفى منه بلفظ واحد يكون إيجاباً وقبولاً في الوقت نفسه، أو لابد من أن يتلفظ بالإيجاب، ويتلفظ بالقبول؟ قولان لأهل العلم في ذلك.

القول الأول: يكفي لفظ واحد يصدر عن العاقد.

فيقول في النكاح - مثلاً - «زوجت فلانة من فلان»، أو يقول الأب في البيع «بعت بيتي هذا من ابني».

هو قول الحنفية^(٢). جاء في مجمع الأنهر ما فيه تقييد للجواز ونصه:

«الأب إذا اشترى مال ولده الصغير لنفسه، أو باع ماله من ولده فإنه يكتفى بلفظ واحد، وقال خواهر زاده^(٣): هذا إذا أتى بلفظ يكون أصلاً في ذلك اللفظ بأن باع ماله، فقال «بعت هذا من ولدي» فإنه يكتفى بقوله «بعت»، أما إذا أتى بلفظ لا يكون هو أصلاً في اللفظ بأن أراد أن يبيع ماله من ولده، فقال «اشتريت هذا المال لولدي» لا يكتفى بقوله «اشتريت»، ويحتاج إلى قوله «بعت»^(٤). وهو قول المالكية، نصوا عليه في النكاح^(٥)، ووجه عند الشافعية^(٦)، ورواية عند الحنابلة^(٧).

أدلة القول الأول:

الدليل الأول:

عن عبد الرحمن بن عوف - رضى الله عنه - «أنه قال لأم حكيم بنت قارظ: أتجعلين أمرك إلي؟ قالت: نعم، قال: قد تزوجتك»^(٨).

الدليل الثاني:

أن إيجاب متولى طرفى العقد يتضمن القبول فأشبهه صورة تقدم الاستدعاء، ولهذا إذا قال لأمه «أعتقتك، وجعلت عتقك صداقك» انعقد النكاح بمجرد هذا القول^(٩).

(١) بدائع الصنائع ١٣٦/٦، الشرح الكبير للدردير ٢٩٩/٣، المغنى ٢٢٩/٧.

(٢) شرح فتح القدير ١٩٨/٣.

(٣) هو محمد بن الحسين بن محمد، المعروف ببيكر خواهر زاده، أو خواهر زاده. كان شيخ الحنفية فيما وراء النهر.

مولده ووفاته في بخارى. له «المبسوط»، و«المختصر»، و«التجسس» في الفقه. وهو ابن أخت القاضي أبى ثابت

محمد بن أحمد البخارى، ولهذا قيل له بالعجمي خواهر زاده، وتفسيره ابن أخت عالم. مات سنة ٤٨٣. انظر

الأعلام ١٠٠/٦.

(٤) ٤/٢، ومثله في البحر الرائق ٢٧٨/٥، ٢٧٩.

(٥) مختصر خليل، وشرحه مواهب الجليل ٤٣٩/٣.

(٦) المجموع ١٧٠/٩.

(٧) المغنى ٣٧٤/٩.

(٨) سبق تخريجه في ص ٢٧٧. وانظر الاستدلال في المغنى ٣٧٤/٩.

(٩) المغنى ٣٧٤/٩.

الدليل الثالث:

أنه كما جاز للرجل الواحد أن يتولى طرفى العقد، فإنه يجوز أن يقوم لفظه مقام لفظ العاقلين^(١).

القول الثانى:

لا يكفى لفظ واحد، ولا بد أن يتلفظ العاقد بالإيجاب، ويتلفظ بالقبول. فيقول الأب إذا باع مال نفسه لولده: بعت مالى لولدى، وقبلته له. هو وجه عند الشافعية^(٢). وقول عند الحنابلة^(٣).

دليل القول الثانى:

أن الإيجاب يدل على إزالة الملك، والقبول يدل على معنى آخر هو التملك، فلا يكفى أحد اللفظين عن الآخر^(٢).

الترجيح:

يظهر لى رجحان القول الأول؛ لقوة دليله من حيث الأثر والمعنى. أما الأثر فهو ما نقل عن عبد الرحمن بن عوف - رضى الله عنه - ولا معارض له، وقول الصحابى، وفعله حجة. وأما المعنى فإن لفظ الإيجاب، أو لفظ القبول ليس مقصوداً وإنما هو وسيلة تعبير عن الرضا، فإذا كان مصدر الرضا واحداً فيكفى فى التعبير عنه لفظ واحد.

الفرع الخامس: تمييز الإيجاب والقبول عما يقاربهما فى المعنى

أولاً: تمييز الإيجاب عن الدعوة إلى إجراء العقد، والإعلان الدعائى.

يسبق إنشاء العقد فى كثير من الأحيان عرض من أحد طرفى العقد، يريد به أن يستطلع رأى الطرف الآخر، ويقف على رغبته فى إجراء العقد، فإذا تبين أن لديه رغبة فى إنشاء العقد دخل معه فى مفاوضات قد تطول أو تقصر. وكل ما يدخل فى نطاق المفاوضات هو دعوة إلى إنشاء العقد، ولا يعد إيجاباً صالحاً لأن يقترب به قبول يؤدى إلى إنشاء العقد؛ وذلك لعدم توفر شرط الجزم بإنشاء العقد فى كلام المتعاقدين، فتكون تلك الدعوة من قبيل الوعد؛ لأنها إخبار عن رغبة المعلن فى إنشاء العقد لا إنشاء فى الحال.

(١) المجموع ٩/ ١٧٠.

(٢) المجموع ٩/ ١٧٠، معنى المحتاج ٣/ ٢.

(٣) المغنى ٩/ ٣٧٤.

ومثل ذلك عرض البضائع مع بيان ثمنها، أو نشر إعلان بالبضائع وأسعارها، أو الإعلان عن الحاجة إلى موظفين مع ذكر الشروط والميزات وطبيعة العمل. ولا ينشأ أى التزام بهذه المقدمات التى لم ترق إلى أن تكون إيجاباً. وإذا ترتب على الإعلان تغير بالجمهور، أدى إلى أضرار مادية لحقت بهم فإن الأمر ينظر فيه من جهة إلزام المعلن بالضمان، أو عدم إلزامه وإيقاع العقوبة به، وعدم إيقاعها.

ثانياً: تمييز الإيجاب والقبول عن المساومة.

المساومة هى محاورة مباشرة بين طرفى العقد، أو من يقوم مقامهما، موضوعها عقد معين لكل منهما رغبة فى إجرائه، والفرق بينها وبين الدعوة إلى إجراء العقد، والإعلان الدعائى أنها محاورة مباشرة بين طرفين معينين. وتفترق المساومة عن الإيجاب والقبول فى أن المساوم يخبر عن الصفة التى يريدّها للعقد، أو يطلب من الآخر أن يوافق على طلبه، على أن يكون العقد صفته كذا وكذا، فكلام المساوم بين خبر وطلب، بينما الإيجاب والقبول إنشاء.

الفصل الأول

شروط صحة الإيجاب والقبول

وفيه ثلاثة شروط في ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: توافق الإيجاب والقبول على محل واحد.

المطلب الثاني: أن يكون الخطاب في الإيجاب موجهاً إلى شخص معين.

المطلب الثالث: اتصال القبول بالإيجاب في مجلس العقد.

المطلب الأول
فى الشرط الأول ،
وهو توافق الإيجاب والقبول على محل واحد

وفيه مسألتان :

- المسألة الأولى:** اشتراط توافق الإيجاب والقبول على محل واحد .
المسألة الثانية: حكم التوافق الضمنى بين الإيجاب والقبول .

المسألة الأولى

اشتراط توافق الإيجاب والقبول على محل واحد

يشترط أن يتفق القبول مع الإيجاب فى العناصر الأساسية للالتزام، قال الكاسانى فى معرض حديثه عن شروط صحة الإيجاب والقبول: «أن يكون القبول موافقاً للإيجاب، بأن يقبل المشتري ما أوجبه البائع، وبما أوجبه»^(١). وقال الشربىنى الشافعى: يشترط أن يتفق القبول مع الإيجاب فى المعنى كالجنس، والنوع، والصفة، والعدد، والحلول، والأجل^(٢). وجاء فى الإقناع وشرحه: ويشترط لانعقاد البيع أن يكون القبول على وفق الإيجاب فى القدر، والنقد، وصفته، والحلول، والأجل^(٣). وعلى هذا الشرط نص الحنفية^(٤)، والشافعية^(٥)، والحنابلة^(٦)، ولم أجد فى كلام المالكية ما يخالفه.

ودليل هذا الشرط قول الله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾^(٧).

ووجه الاستدلال: أن المخاطب بالإيجاب إذا رضى بإنشاء العقد على صفة تخالف ما ورد فى الإيجاب فإنه يكون قد رد الإيجاب، ولم يقبله فلا يكون راضياً بإنشاء العقد^(٨).

(١) بدائع الصنائع ١٣٦/٥.

(٢) مغنى المحتاج ٦/٢.

(٣) كشاف القناع ١٤٦/٣، ١٤٧.

(٤) البحر الرائق ٤٨٩/٥، شرح فتح القدير ٤٥٩/٥، الفتاوى الهندية ٧/٣.

(٥) المجموع ١٦٩/٩، ١٧٠، مغنى المحتاج ٦/٢، الوجيز ١٤٠/١، ١٤١.

(٦) الروض المربع ٣٢٩/٤، شرح منتهى الإرادات ١٤٠/٢، كشاف القناع ١٤٦/٣.

(٧) الآية ٢٩، من سورة النساء.

(٨) كشاف القناع ١٤٧/٣.

ونص أهل العلم على أهم الصور التي يقع فيها الاختلاف بين الإيجاب والقبول وتركزت الأمثلة لهذه الصور على عقد البيع، وأبرزها ثمانى صور.

الصورة الأولى: أن يقبل المشتري غير ما أوجبه البائع. ومثالها: أن يوجب بيع في العبد، فيقبل المشتري الجارية^(١).

الصورة الثانية: أن يقبل المشتري بعض ما أوجبه البائع. ومثالها: أن يوجب البائع في عبيدين معينين، فيقبل المشتري أحدهما، أو يوجب البائع في كل العبد، فيقبل المشتري نصفه^(١).

وخصوا الصورة الثانية بثلاثة تعليقات انبنى عليها صحة الإيجاب والقبول:

التعليل الأول: أن القبول في أحد العبيدين فيه تفريق الصفقة على البائع، والصفقة إذا وقعت مجتمعة من البائع لا يملك المشتري تفريقها قبل التمام؛ لأن من عادة التجار ضم الرديء إلى الجيد ترويحاً لكرديء بواسطة الجيد فلو ثبت للمشتري حق التفريق لقبل في الجيد دون الرديء فيضر بالبائع، والضرر في الشرع ممنوع^(١).

التعليل الثاني: أن غرض التبرع من بيع العبيدين لا يحصل إلا بالقبول فيهما جميعاً^(١).

التعليل الثالث: أن القبول في أحدهما دون الآخر يكون إعراضاً عن الجواب بمنزلة القيام من المجلس.

واستثنى بعض أهل العلم التبرعات من اشتراط الموافقة، فلو قبل المتبرع له بعض ما أوجبه المتبرع صح عندهم الإيجاب والقبول. ففي قول عند الشافعية، يصح الإيجاب والقبول في الهبة إذا قبل الموهوب له بعض ما أوجبه الواهب، كأن يكون الواهب أوجب بمائتي درهم، فقبل الموهوب له مائة. ومثل الهبة الوصية فإذا قبل الموصي له بعض الوصية صححت فيما قبله^(٢).

والعلة في استثناء التبرعات الموافقة أنها تبرع^(٢).

وورد في كلام الحنابلة ما يفيد أنه يصح في التبرعات قبول بعض الإيجاب، فقالوا في الوصية: إن الموصي له إذا مات قبل أن يقبل الوصية، أو يردها فإن ورثته يقومون مقامه في القبول والرد، فإن قبل بعضهم، ورد بعضهم فإن الوصية تصح في حق من قبل وله نصيبه منها، وتبطل في حق من لم يقبل^(٣). وعليه يصح من الواحد أن يقبل بعض الوصية ويرد بعضها.

(١) بدائع الصنائع ١٣٦/٥، ١٣٧، المجموع ١٧٠/٩، مغني المحتاج ٦/٢، كشاف القناع ١٤٦/٣، ١٤٧.

(٢) حاشية أبي القضاة الشبراملسي على نهاية المحتاج ٤٠٧/٥، حاشية قليوبي على شرح المحلى ١١/٣. نهاية المحتاج ٤٠٥/٥، ٦٦/٦.

(٣) كشاف القناع ٣٣٦/٤.

وذهب الحنفية، وطائفة من الشافعية إلى أنه يشترط في التبرعات ما يشترط في المعاوضات من توافق القبول مع الإيجاب، فإذا قبل الموصى له بعض ما أوجب به الموصى لم يصح الإيجاب والقبول، وإذا قبل الموهوب له بعض ما أوجب الواهب لم تصح الهبة. أو أوصى لرجلين فقبل أحدهما بعد موته ورد الآخر لم يصح القبول^(١).

وعلل الكاساني لعدم الصحة بقوله: إن القبول إذا خالف الإيجاب لم يرتبط به، فلا يتم الركن^(٢).

الترجيح:

يظهر لى أن قبول المتبرع له بعض ما أوجب به المتبرع ليس فيه تفويت بشرط التوافق بين الإيجاب والقبول؛ لأنه لا يتعارض مع ماضيه الموجب، إلا إذا ترتب على القبول ضرر على الموجب فإن القبول لا يكون - حينئذ - موافقاً للإيجاب، بل هو متعارض، ومثاله: أن يهب عبيدين، أباً وابنه، والأب عاجز عن خدمة نفسه ليس له من يخدمه غير ابنه، فقبل الموهوب له الابن دون الأب، فهذا القبول غير موافق للإيجاب؛ لأننا نعلم من دلالة الحال أن الموجب يتضرر بهذه التجزئة، فلا يعد راضياً بها، ولذا وهب العاجز مع القادر ليكتفى مؤنته.

الصورة الثالثة: أن يقبل المشتري بثمن يختلف في جنسه عن الثمن الذي ورد في إيجاب البائع، كأن يوجب البائع بدنانير، فيقبل المشتري بديارهم^(٣).

الصورة الرابعة: أن يقبل المشتري بثمن أقل مما ورد في إيجاب البائع، كأن يوجب البائع بألف، فيقبل المشتري بخمسمائة^(٣).

الصورة الخامسة: أن يخاطب البائع بالإيجاب مشتريين، فيقبل أحدهما دون الآخر^(٤).

وعلل له الحنفية: بأن البائع أضاف الإيجاب إلى المشتريين معاً، فلا يصح جواب أحدهما جواباً للآخر^(٤).

والصورة السادسة: أن يخاطب المشتري بائعين، فيقبل أحدهما دون الآخر، ويصدق عليه التعليل السابق في الصورة الخامسة.

(١) بدائع الصنائع ٣٣٤/٧، حاشية قلوبى ١١/٣، نهاية المحتاج ٤٠٥/٥، ٦٦/٦.

(٢) بدائع الصنائع ٣٣٤/٧.

(٣) بدائع الصنائع ١٣٧/٥، شرح الفتح، والعناية ٤٦٢/٥، ٤٦٣، مغنى المحتاج ٦/٢ المجموع ١٧٠/٩، شرح منتهى الإرادات ١٤٠/٢، كشف القناع ١٤٦/٣، ١٤٧.

(٤) شرح الفتح، والعناية ٤٦٢/٥، ٤٦٣.

الصورة السابعة: أن يوجب البائع بضمن حال، ويقبل المشتري بضمن مؤجل^(١).

وفى جميع هذه الصور التي لم يوافق القبول فيها الإيجاب على محل واحد لا ينشأ العقد، ولكن القبول لا يبطل بل يصلح إيجاباً مبتدأً موجهاً إلى الطرف الآخر، فإن قبله وكان قبوله موافقاً لهذا الإيجاب الأخير، نشأ العقد^(٢).

ويشترط لتصحيح القبول فى هذه الحالة واعتباره إيجاباً أن تكون الصفقة قابلة للتفريق، كما لو قال البائع «بعتك هذين الكُرَيْنَ بعشرين درهماً»، فقبل المشتري فى أحدهما صح القبول وعدُّ إيجاباً، فإن قبله البائع بقبول نشأ العقد لتماثل قُفْزَانِ الكُرَيْنِ^(٣). وكذلك إذا قال «بعته منك هذين العبيدين بألف درهم»، فقبل المشتري فى أحدهما ويبيّن ثمنه، فقال البائع «بعته» يجوز، وأما إذا لم يبين ثمنه فلا يجوز؛ لأن أثمان العبيد، تختلف هذا إذا لم يبين البائع حصة كل واحد من العبيدين، بأن قال «بعته منك هذين العبيدين، بالفدرهم» فإن بين بأن قال «بعته منك هذين العبيدين». هذا بألف درهم وهذا بخمسمائة»، فقبل المشتري فى أحدهما دون الآخر جاز البيع^(٤).

الصورة الثامنة: أن يقبل ما ورد فى الإيجاب مع تجزئته: كأن يقول البائع للمشتري «بعتك السلعة هذه بألف»، فيقول المشتري قبلت نصفها بخمسمائة، ونصفها بخمسمائة.

انفرد طائفة من الشافعية بتصنيف هذه الصورة ضمن صور مخالفة القبول للإيجاب، وخالفهم فى ذلك بعض الشافعية. وعللوا لذلك بأن البائع أوجب بعقد واحد، وأما القبول فإنه جاء على عقدين^(٥).

المسألة الثانية

حكم التوافق الضمنى بين الإيجاب والقبول

للاختصار يسمى القبول الضمنى، وهو القبول الذى يتضمن الإيجاب وزيادة، كأن يقول البائع للمشتري: «بعتك السلعة هذه بألف»، فيقبلها المشتري «بألف وخمسمائة»، أو يقول البائع «بعتك بألف مؤجلة»، فيقول المشتري «قبلتها بألف

(١) شرح الفتح، والعناية ٤٦٢/٥، ٤٦٣.

(٢) بدائع الصنائع ١٣٦/٥، ١٣٧.

(٣) البحر الرائق ٤٩/٥، ٤٩٠، الكفاية على الهداية مع شرح فتح القدير ٤٦٣/٥.

(٤) شرح فتح القدير ٤٦٤/٥.

(٥) حاشية قليوبى ١٥٥/٢، المجموع ١٧٠/٩، مغنى المحتاج ٦/٢.

حالة». فالقبول الضمنى مخالف للإيجاب من حيث اشتماله على أمر زائد على ما فى الإيجاب لا يناقص ما تضمنه الإيجاب.

ولأهل العلم فى الحكم على القبول الضمنى بأنه موافق للإيجاب، أو غير موافق قولان:

القول الأول:

القبول الضمنى قبول موافق للإيجاب، وينشأ به العقد.

به قال الحنفية^(١). ونصوا على أن القدر الزائد فى القبول لا يدخل فى ملك الموجب إلا إذا قبله فى المجلس^(٢)، فهو هبة مستقلة عن الالتزام الأصيل. وهو قول مرجوح عند الشافعية^(٣). وهو ما ظهر لى من مذهب الحنابلة، دل عليه أمران، الأول: أن أمثلة الحنابلة للقبول غير موافق للإيجاب انصبت على القبول الذى يناقص عن الإيجاب، مما يدل على أن القبول الزائد عن الإيجاب موافق عندهم^(٤). الأمر الثانى: أنهم صرحوا بأنه يصح فى الوصية تجزئة الإيجاب بحيث يقبل الموصى له بعضها ويرد بعضها^(٥). فأولى أن يصح عندهم القبول الضمنى، لأنه تضمن قبول الإيجاب كاملاً.

دليل القول الأول:

يمكن أن يستدل له بأن القبول الضمنى تعبير صريح بالرضا بجميع ما أوجبه الموجب، وما فيه من الزيادة لا يناقض الإيجاب، بل هو فى مصلحة الموجب.

القول الثانى:

إن القبول الضمنى لا يوافق الإيجاب، وهو قبول غير صحيح لا ينشأ به العقد. هو المذهب عند الشافعية^(٥).

ودليله: عدم التوافق بين الإيجاب والقبول^(٥).

ويعترض عليه بأن القبول الضمنى موافق فى المعنى للإيجاب، ولكنه يخالفه فى الصورة، والمخالفة فى الصورة مع الموافقة فى المعنى لا تؤدى إلى بطلان القبول

(١) مجلة الأحكام العدلية، مادة رقم ١٧٨ ص ٣٧.

(٢) حاشية قليوبى ١٥٥/٢، المجموع ١٧٠/٩.

(٣) انظر هذه الأمثلة فى: الروض المربع ٣٢٩/٤، شرح منتهى الإرادات ١٤٠/٢، كشف القناع ١٤٦/٣.

(٤) كشف القناع ٣٤٦/٤.

(٥) حاشية قليوبى ١٥٥/٢، المجموع ١٧٠/٩، مغنى المحتاج ٦/٢.

والإيجاب عند الشافعية فيما لو صدر القبول مطابق للإيجاب، ولكنه بلفظ مخالف، كأن يقول البائع للمشتري «بعتك»، فيقول المشتري «تملكت»^(١).

الترجيح:

يظهر لى رجحان القول الأول؛ لأن الغرض من القبول دلالة على الرضا بما ورد فى الإيجاب، فإذا تحقق هذا الغرض صح القبول وأجزأ.

(١) المهذب، مع شرحه المجموع ١٦٢/٩.

المطلب الثانى

فى الشرط الثانى وهو: أن يكون الخطاب فى الإيجاب موجهاً إلى شخص معين

يكون لفظ الإيجاب موجهاً إلى القابل إذا اشتمل على كاف الخطاب مثل «بعتك» أو بغير ذلك من الأساليب اللغوية.

والكلام فى هذا الشرط خاص بالالتزامات التى يشترط لصحتها تعيين المخاطب بالإيجاب، أما الالتزامات التى تصح مع عدم تعيينه كالجعالة^(١)، والوقف على غير معين^(٢)، فإنه لا يشترط لصحته أن يكون موجهاً للموجب، وذلك إذا كان الإيجاب موجهاً للقابل^(٣). ومحل البحث فى هذا الشرط هو حالة التعاقد بين حاضرين، وهو موضوع المسألة الأولى. أما البحث فى اشتراطه فى حالة التعاقد بين غائبين، بحيث لا يجمعها مجلس واحد، فهو موضوع المسألة الثانية.

(١) الميسوط ١٨/١١، المدونة ٤/٤٥٨. شرح المحلى ٣/١٣١، المغنى ٨/٣٢٥.

(٢) الإيساعف فى أحكام الأوقاف ص ١٥، الشرح الكبير للدردير ٤/٨٨، مغنى المحتاج ٢/٣٨٣ والمغنى ٨/١٨٧.

(٣) البحر الرائق ٥، ٢٨٨، نهاية المحتاج ٣/٣٧٦، ٣٧٧، كشف القناع ٣/١٤٨.

المسألة الأولى

أقوال أهل العلم وأدلتهم فى إثبات الشرط الثانى لصحة الإيجاب فى التعاقد بين حاضرين

القول الأول:

يشترط لصحة الإيجاب أن يوجهه الموجب إلى القابل بما يدل على ذلك من الأساليب اللغوية، كاستعمال كاف الخطاب. أو بما يدل على ذلك من قرائن خارجية تحيط بالإيجاب فتغنى عن استعمال الأدوات اللفظية، كأن يقول المشتري للبائع «أتبيعنى سيارتك هذه؟»، فيقول «بعت»، فيرد المشتري «قبلت».

به قال الحنفية^(١). وبه قال الشافعية^(٢)، واستثنى بعضهم البيع الذى يتوسط فيه سمسار بين البائع والمشتري، حيث يتوجه فيه الإيجاب للسمسار لا للقابل، ويتوجه الخطاب من القابل للسمسار لا للموجب، بأن يقول السمسار للبائع «بعت بكذا؟»، فيقول: «نعم»، أو يقول للمشتري: «اشتريت بكذا؟»، فيقول «نعم»، أو يقول «اشتريت».

ففى هذه الصورة لم يوجه الخطاب فى الإيجاب للقابل، ومع ذلك صححها بعض الشافعية استثناء من الأصل، وحكّم بعضهم فيها الأصل فلم يصححها^(٣). ويظهر لى أن مذهب الحنابلة اشتراط توجيه الخطاب فى الإيجاب للقابل، ودل على ذلك أمران:

الأول: أمثلتهم فى صيغ العقود المختلفة يكون الإيجاب فيها دائما موجها للقابل إما باشتماله على كاف الخطاب، وإما بدلالة سياق الكلام، بينما لا يشتمل القبول على ذلك^(٤). ولم يخرج عن هذه الالتزامات التى لا يشترط فيها تعيين العاقد للموجب. كالوقف لغير معين^(٥).

(١) البحر الرائق ٢٨٨/٥، شرح فتح القدير ٤٥٩/٥.

(٢) حاشية قليوبى ١٥٤/٢، ١٥٥، روضة الطالبين ٣٩/٧. نهاية المحتاج ٣٧٦/٣. ٣٧٧.

(٣) المجموع ١٧٠/٩.

(٤) انظر أمثلتهم فى البيع، فى الإنصاف ٢٦١/٤ - ٢٦٣، كشاف القناع ١٤٧/٣ وأمثلتهم فى الإجارة فى الإنصاف

٤/٦، وكشاف القناع ٥٤٧/٣، وأمثلتهم فى النكاح فى الإنصاف ٤٦/٨ - ٤٩، كشاف القناع ٣٧/٥، ٣٨،

وأمثلتهم فى الوكالة فى الإنصاف ٣٥٤/٥، كشاف القناع ٤٦١/٣.

(٥) كشاف القناع ٢٤٢/٤.

الثانى: قال البهوتى فيما تصح به الإعارة: «يكفى مادل على الرضا من قول، أو فعل كما لو سمع من يقول: أردتُ من يعيرنى كذا فأعطاه كذا؛ لأنها إباحة لا عقد»^(١) فيفهم منه أن الالتزام الذى يشترط لصحته تعيين العاقد المقابل للموجب لا بد من اشتمال الإيجاب فيه على ما يدل على أنه موجه للقابل.

القول الثانى:

لا يشترط لصحة الإيجاب أن يكون موجهاً لشخص معين.

به قال المالكية، نصوا عليه فى البيع فيكون ما عداه أولى باستثناء النكاح، فقد قالوا فى البيع: لو عرض رجل سلعته وقال من أتانى بعشرة فهى له، فأتاه رجل بذلك إن سمع كلامه، أو بلغه فهو لازم، وليس للبائع منعه، وإن لم يسمعه ولم يبلغه فلا شيء عليه^(٢). وإذا أقام رجل سلعته فى السوق فجاءه مشتر، فسأله: «بكم تبيعها؟» فقال: «أبيعها بمائة»، فقال السائل: «أخذتها»، انعقد البيع^(٣).

دليل القول الثانى:

لم ينص المالكية على دليل معين، ولكن مسلكهم فى صيغ العقود فى الإباحة، وتصحيح العقد وسائر الالتزامات بكل ما يدل على الرضا.

الترجيح:

الذى يظهر لى من كلام الفقهاء من هذه المسألة أن الخلاف أثره طفيف، فأصحاب القول الأول لم يحصروا أسلوب المخاطبة فى الدلالات اللفظية، وإنما صححوا العمل بالقرائن الخارجية. وأصحاب القول الثانى أمثلتهم فى تصحيح الإيجاب غير الموجه تحفها القرائن.

المسألة الثانية

أقوال أهل العلم فى عدم إثبات الشرط الثانى

فى التعاقد بين غائبين

الذى ظهر لى من أمثلة أهل العلم ومسائلهم أنهم لا يشترطون فى الإيجاب أن تكون صيغته موجهة إلى القابل، إذا كان العقد بين غائبين. فقد قال الحنفية: إن البائع لو قال فى المجلس: بعث عبدى هذا من زيد، وأمر إنساناً أن يبلغ زيداً بهذا الإيجاب، فبلغه هو، أو تطفل آخر فبلغه، فقبل انعقد البيع^(٤). أو حضر زيد المجلس،

(١) كشف القناع ٦٢/٤.

(٢) حاشية الدسوقي ٤/٣.

(٣) شرح منح الجليل ٢٦٤/٢.

(٤) الفتاوى الهندية ٩/٣، شرح فتح القدير ٤٦٢/٥.

فقال «اشتريت»، صح العقد^(١). وقال النووى من الشافعية فى التعاقد بين غائبين: لو قال البيع «بعت دارى لفلان» وهو غائب، فلما بلغه الخبر قال: «قبلت»، انعقد البيع^(٢). وقال البهوتى من الحنابلة: إذا كان المشتري غائباً عن المجلس. فكتبه البائع، أو راسله «إنى بعثك دارى بكذا»، أو «إنى بعت فلاناً دارى بكذا»، فلما بلغه الخبر قبل البيع، صح العقد^(٣). فسوى البهوتى بين الإيجاب الموجه «بعثك»، والإيجاب المجرد «بعت».

فالظاهر من هذه النقول أن الإيجاب الموجه لغائب لا يشترط فيه أن يكون موجهاً للقابل.

(١) البحر الرائق ٥/٢٧٣. ولهم أمثلة أخرى فى بدائع الصنائع ٥/١٣٧.

(٢) المجموع ٩/١٦٧.

(٣) كشاف القناع ٣/١٤٨.

المطلب الثالث

فى الشرط الثالث وهو: اتصال القبول بالإيجاب فى مجلس العقد

وفيه ثلاث مسائل:

المسألة الأولى: اشتراط اتصال القبول بالإيجاب فى مجلس العقد.

المسألة الثانية: توقف تحقق شرط الاتصال على صدور القبول، فور فراغ الموجب

من إيجابه .

المسألة الثالثة: الصور المستثناة من شرط الاتصال.

المسألة الأولى

اشتراط اتصال القبول بالإيجاب فى مجلس العقد

إذا تبع القبول الإيجاب فى مجلس العقد، وتوفر باقى شروط الصحة فيهما فإن العقد ينشأ. أما إذا صدر الإيجاب وانتهى المجلس قبل صدور القبول، ثم بعد ذلك صدر فإن القبول لا يصح، ولا ينشأ العقد.

وأما العاقدان الغائبان اللذان لا يجمعهما مجلس واحد، فإن مجلس القبول فى أحدهما هو المجلس الذى يبلغ فيه الإيجاب القابل برسول أو كتاب، فإذا بلغه وقبل فى مجلسه ذلك فقد اتصل القبول بالإيجاب حكماً^(١)، وبعض أهل العلم يرى أن المجلس يتجدد بقراءة الكتاب فى مجلس آخر^(٢).

وهذا الشرط محل اتفاق بين أهل العلم، فعليه نص الحنفية^(٣)، والشافعية^(٤)، والحنابلة^(٥)، وبه أخذ المالكية^(٦) واستدلوا على ثبوته بثلاثة أدلة:

الدليل الأول:

أن القياس يقتضى ألا يتأخر أحد شطرى العقد عن الآخر فى المجلس؛ لأنه كلما وجد أحدهما انعدم الثانى فى زمان وجوده، إذ اللفظ لا يبقى بعد الفراغ منه، فيوجد اللفظ الثانى وقد انعدم الأول، فلا ينتظم الركن، إلا أن مراعاة هذا الأصل يؤدى إلى سد باب البيع، فجعل المجلس جامعاً للشرطين مع تفرقهما للضرورة^(٧)، واعتبر انتهاء المجلس حداً ينتهى عنده حق القابل فى القبول؛ مراعاة لمصلحة

(١) مجمع الأنهر ١/ ٣٢٠، مواهب الجليل ٢/ ٢٤١.

(٢) حاشية ابن عابدين ٤/ ٥١٢.

(٣) بدائع الصنائع ٥/ ١٣٦، الهداية مع شرح فتح القدير ٥/ ٤٦٣، ٤٦٤.

(٤) المهذب، وشرحه المجموع ٩/ ١٧٤.

(٥) المبدع ٤/ ٥.

(٦) الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ٩/ ٢٣٢.

(٧) بدائع الصنائع ٥/ ١٣٦، نهاية المحتاج، وحاشية الشيرازي ٣/ ٣٨٠.

الموجب. ففى تمديد خيار القبول إلى نهاية المجلس رفق بالقابل، وفى إنهائه بانتهااء المجلس رفق بالموجب^(١).

الدليل الثانى:

قال القرافى: «الفرق السادس والستون بين قاعدة الإيجابيات التى يتقدمها سبب تام، قاعدة الإيجابيات التى هى أجزاء الأسباب» قال فيه: «وأما القسم الثانى الذى هو جزء السبب فهذا لا يجوز تأخير، كالقبول بعد الإيجاب فى البيع، والهبة، والإجارة، فلا يجوز تأخير هذا القسم إلى ما يدل على الإعراض منهما عن العقد؛ لئلا يودى إلى التشاجر والخصومات بإنشاء عقد آخر مع شخص آخر»^(٢).

الدليل الثالث:

أن حال القبول مع الإيجاب كحال المستثنى مع المستثنى منه فى أنه متعلق به لا يفهم معناه ولا يكون له أثر دونه، والاستثناء لا يصح إلا إذا اتصل بأصل الكلام دون فاصل^(٣).

وعللوا إلحاق الإتصال الحكمى فى التعاقد بين غائبين بالإتصال الحقيقى فى التعاقد بين حاضرين، بأن الرسول سفير ومعبر عن كلام المرسل ناقل كلامه إلى المرسل إليه، فإذا سمعه وقبل فقد اتصل لفظه بلفظ الموجب حكماً، وكذلك الكتاب الموجه من الموجب إلى القابل يكون كمخاطبته إياه مشافهة فى المجلس^(٤).

المسألة الثانية

توقف تحقق شرط الاتصال على صدور القبول، فور فراغ الموجب من إيجابه

البحث فى هذه المسألة شامل لحالة التعاقد بين حاضرين، وحالة التعاقد بين غائبين. ولأهل العلم فيها قولان:

القول الأول:

يشترط لتحقيق الاتصال بين الإيجاب والقبول فى المجلس أن يصدر القبول فور فراغ الموجب من إيجابه، وإذا تراخى عنه لم يصح القبول لو صدر فى المجلس.

(١) البحر الرائق ٢٨٤/٥، العناية مع شرح فتح القدير ٤٦٠/٥.

(٢) الفروق ١٧٢/٣، ١٧٣.

(٣) البدع ٥/٤.

(٤) العناية مع شرح فتح القدير ٤٦١/٥، كشف القناع ١٤٨/٣.

بهذا قال المالكية فى عقد النكاح خاصة^(١)، وبه قال بعضهم فى الوكالة^(٢). وهو قول الحنابلة فى بيع المعاطاة خاصة، فإذا وجد التراخى فى بيع المعاطاة بين قول أحد العاقدين وفعل الآخر، أو بين فعليهما لم يصح البيع^(٣). وهو قول الشافعية، وهو شامل عندهم لحالة التعاقد بين غائبين فيجب على من وصل إليه إيجاب من آخر أن يقبل فور وصول الخبر فإن تراخى قبله لم يصح^(٤). واختلف موقفهم من التشديد والتخفيف فى تطبيق هذا الشرط، فاشتراط بعضهم عدم الفصل بين الإيجاب والقبول بأى لفظ حتى لو بحرف مفهم، فإذا حصل من عامد عالم لم ينشأ العقد. وقال بعضهم: حتى لو كان الحرف غير مفهم. واعتبر بعضهم السكوت اليسير فاصلاً إذا قصد به الإعراض، وغير ضار إذا لم يقصد به الإعراض^(٥)، وقال النووي: لو تخللت كلمة أجنبية بين الإيجاب والقبول بطل العقد^(٦)، والكلام الأجنبي هو الكلام الذى لا يقتضيه العقد، ولا هو من مصالحه، ولا من مستحباته، والسكوت الطويل يبطل الإيجاب والقبول عندهم ولو مع الجهل والنسيان^(٧). ولم يعدوا من التراخى الذى ينافى الفورية اشتغال العاقد بما يعد من مقدمات العقد، كأن يقول المشتري بعد سماعه الإيجاب «بسم الله، والحمد لله، والصلاة والسلام على رسول الله، قبلت»^(٨). ومنه كلام الكاتب ولو فى غير موضوع العقد، بعد أن فرغ من كتاب الإيجاب وإرساله، وكذلك كلام المكتوب إليه قبل اطلاعه على ما فى الكتاب^(٩). ومنه أيضاً كلام السمسار مع العاقدين فى محاولاته لاستخراج الإيجاب والقبول منهما^(١٠).

ولكن الشافعية الذى اشترطوا الفورية اختلفوا فى عقود عدة: هل يشترط فيها الفورية فى صدور القبول. وهذه العقود هى ما يلى:

(١) كل عقد يجرى بين غائبين^(١١).

(٢) عقد الوكالة^(١٢).

(٣) عقد النكاح^(١٣).

(١) شرح منح الجليل ١٢/٢، القوانين الفقهية ص ١٣١.

(٢) شرح الخرشي ٧٠/٦، مواهب الجليل ١٩٠/٥، ١٩١.

(٣) شرح منتهى الإرادات ١٤١/٢، كشاف القناع ١٤٩/٣.

(٤) روضة الطالبين ٣٩/٧، معنى المحتاج ٦/٢، نهاية المحتاج ٣٨١/٣.

(٥) المجموع ١٦٩/٩. نهاية المحتاج، وحاشية أبى الضياء الشيرازي ٣٨١/٣. حاشية قليوبي ١٥٤/٢.

(٦) معنى المحتاج ٦/٢.

(٧) حاشية قليوبي ١٥٤/٢.

(٨) نهاية المحتاج ٣٨١/٣.

(٩) حاشية قليوبي ١٥٤/٢، روضة الطالبين ٣٣٨/٣، ٣٣٩، ٣٨/٧.

(١٠) روضة الطالبين ٤/٣٠٠.

(١١) روضة الطالبين ٣٩/٧.

أدلة القول الأول:

الدليل الأول:

أن الأصل عدم جواز تأخر القبول عن الإيجاب، لأنهما بمجموعهما يكونان العقد، ولكن الضرورة استلزمت أن يتأخر القبول لعدم إمكان صدورهما في وقت واحد، فيقتصر التأخير على قدر الضرورة، بأن يصدر القبول عقب صدور الإيجاب مباشرة، فإذا تراخى بطل؛ عملاً بالأصل، ولعدم وجود ضرورة تستلزم مخالفة ذلك الأصل^(١).

الدليل الثاني:

أن وجود فاصل بين الإيجاب والقبول دليل على إعراض القابل عن الإيجاب، والإعراض عن الإيجاب يمنع قيام العقد^(٢).
ويعترض عليه بأن المخالف لا يسلم بأن الفاصل اليسير يعد إعراضاً عن العقد، والعرف يقتضى ألا يدل على الإعراض.

الدليل الثالث:

استدل به من بالغ من الشافعية في تطبيق شرط الفورية، وهو قياس الإيجاب والقبول على الصلاة فكما أن الصلاة لا يجوز التلفظ في أثناءها بكلام أجنبي عنها ولو حرفاً واحداً، فكذا الإيجاب والقبول. وقاسوا أيضاً على قراءة الفاتحة في الصلاة في عدم جواز إدخال كلام أجنبي في أثناء قراءتها^(٣).
ويعترض عليه بأنه قياس مع الفارق فلا يصح، والفارق هو أن الصلاة عبادة محضة، وليست العقود كذلك.

واستدل الحنابلة على تخصيص بيع المعاوضة باشتراط الفورية في صدور القبول، بأن بيع المعاوضة الذي يقع بقول من أحد طرفي العقد وفعل من الآخر، أو بفعل من الجانبين هو أضعف من العقد الذي ينشأ بلفظ من الجانبين^(٣) فيتوثق للعقد باشتراط الفورية.

القول الثاني:

لا يشترط لاتصال القبول بالإيجاب في المجلس الفورية، ولا يعد تراخى القبول عن الإيجاب فاصلاً متى ما صدر القبول في المجلس.

(١) نهاية المحتاج، وحاشية أبي الضياء الشيرازي ٣/ ٣٨٠.

(٢) نهاية المحتاج، وحاشية أبي الضياء الشيرازي ٣/ ٣٨١.

(٣) كشف القناع ٣/ ١٤٩.

به قال الحنفية^(١)، والمالكية^(٢)، وهو قول الحنابلة فى غير بيع المعاطة^(٣).

أدلة القول الثانى:

الدليل الأول:

الحاجة إلى اعتبار ساعات المجلس كلها ساعة واحدة، لها حكم واحد، بحيث إذا وقع القبول فى أى منها اتصل بالإيجاب، وفى تقييد القبول بالساعة التى تلى الإيجاب مباشرة عسر وخرج على الناس، وقد جاءت الشريعة برفع العسر والخرج عن الناس فى معاملاتهم^(١).

ومما يدل على أن ساعات المجلس حكمها واحد قول رسول الله ﷺ (البيعان بالخيار ما لم يتفرقا)^(٤)، فجعل رسول الله ﷺ لساعات المجلس قبل التفرق حكم واحد لا يختلف إلا بالتفرق^(٥).

الدليل الثانى:

أن العرف قد جرى باعتبار القبول الذى يصدر فى مجلس العقد جواباً للإيجاب وإن طال الفصل بينهما، ما لم يحدث من القابل ما يدل على إعراضه عن الإيجاب^(٦).

الدليل الثالث:

أن حالة المجلس قبل القبول كحالته بعده، من حيث إنه كله محل لاعتبار الأحكام الشرعية، من ذلك كونه كله محلاً للقبض فيما لا يصح، أو لا يتم من الالتزامات إلا بالقبض، لا فرق بين أوله وآخره^(٧).

الترجيح:

يظهر لى أنه لا يشترط لاتصال القبول بالإيجاب الفورية، وأن التراخى المحدود بالمجلس لا يمنع اتصالهما؛ لأن الشرط المنصوص عليه لصحة الإيجاب والقبول هو

(١) بدائع الصنائع ١٣٩/٥، حاشية ابن عابدين ١٤/٣، الهداية مع شرح فتح القدير ٥/٤٦٠.

(٢) بلغة السالك ٤/٢، مواهب الجليل ٢٣٩/٤ - ٢٤١.

(٣) الإنصاف ٤/٢٦٣، الفتاوى الكبرى لشيخ الإسلام ابن تيمية ٣٨٧/٥، الفروع ٢/٢٤٢، ٤/٤، مطالب أولى النهى ٣/٤٢٩، ٥٥٩.

(٤) أخرجه البخارى فى صحيحه ٣/٣٨٥، كتاب البيوع، باب «البيعان بالخيار ما لم يتفرقا».

(٥) حاشية ابن قاسم على الروض المربع ٤/٣٢٩.

(٦) مواهب الجليل ٤/٢٤٠، الفتاوى الكبرى لشيخ الإسلام ٥/٣٨٧.

(٧) الروض المربع ٤/٣٢٩، كشف القناع ٣/١٤٨.

التراضى فى قول الله ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ ﴾^(١).

وتراخى القبول لا ينافى التراضى، بل إنه مما يعين على تحقيق الرضا من القابل حيث يجد فرصة للتروى قبل أن يقبل، فيكون قبوله بعد التروى أكثر دلالة على رضاه من قبوله فور صدور الإيجاب. غير أن قول الحنابلة إن الفعل بعد القول فى بيع المعاطاة يجب أن يعقبه على الفور قول له وجاهته، فليس الفعل كالقول فى الدلالة على الرضا، بل فيه ضعف، وينعبر هذا الضعف بالفورية.

المسألة الثالثة

الصور المستثناة من شرط اتصال القبول بالإيجاب

فى مجلس العقد

وفى ثمانية فروع:

الفرع الأول: استثناء الوصية من شرط اتصال القبول بالإيجاب فى مجلس العقد:

اتفق أهل العلم على أن القبول فى الوصية لا يصح إلا بعد وفاة الموصى. وإذا قبل الموصى له الوصية فى حياة الموصى فإن هذا القبول لا يصح. ولا يجب أن يصدر القبول فور موت الموصى فإنه يصح ولو تراخى^(٢).

والعلة فى استثناء الوصية من شرط الاتصال؛ أنها عقد مضاف إلى ما بعد الموت لا ينفذ إلا بعده، فكان الملائم لطبيعة هذا العقد أن يتأخر القبول عن الإيجاب، لا أن يتصل به^(٣).

وإذا لم يقبل الموصى له ولم يرد الوصية فإن لورثة الموصى مطالبته بالقبول أو الرد؛ دفعاً للضرر عنهم، فإن امتنع وجب على الحاكم أن يحكم ببطالان الإيجاب؛ لأن الملك لا يتقل إلا بالتقبل إلا بالقبول ولم يوجد فيبطل الإيجاب^(٤).

الفرع الثانى: استثناء الوكالة عند الحنابلة، وبعض الشافعية من شرط الاتصال.

(١) النساء: ٢٩.

(٢) بدائع الصنائع ٣٣٣/٧، الهداية مع شرح فتح القدير ٣٥٦/٩، مختصر خليل ص ٣٠١، مواهب الجليل ٣٦٧/٦، روضة الطالبين ١٤٢/٦، الفروع ٦٨٣/٤، المغني ٤١٩/٨.

(٣) بدائع الصنائع ٣٣١/٧، ٣٣٢، مواهب الجليل ٣٦٧/٦، نهاية المحتاج ٦٦/٦، الفروع ٦٨٣/٤.

(٤) حاشية قليوبي ١٦٦/٣، كشف القناع ٣٤٥/٤.

صرح الحنابلة^(١) وبعض الشافعية^(٢) بأنه لا يشترط لصحة القبول في الوكالة أن يتصل بالإيجاب في مجلس العقد.

واستدلوا علي ذلك بثلاثة أدلة:

الدليل الأول:

إن وكلاء النبي ﷺ كان قبولهم متراخياً في كثير من الأحيان^(٣).

الدليل الثاني:

قياس الوكالة علي الوصية في جواز تأخير القبول عن الإيجاب. بجامع أن كلا منهما التزام يحتمل ضرورياً من الجهالة، ويصح في الموجود والمفقود^(٤).

ويعترض عليه بأن هذا الشبه الذي في عقد الوكالة بالوصية لا يستلزم إلحاق الوكالة بالوصية في جواز تأخير القبول عن مجلس العقد.

الدليل الثالث:

أن التوكيل إذن في التصرف، والإذن قائم ما لم يرجع عنه صاحبه، فأشبهه الإباحة^(٥).

ويعترض عليه بأن هذا الإذن ليس إذنًا محضاً وإنما فيه تمليك، فإن الموكل يملك بالتوكيل ولاية التصرف في الحق الموكل فيه.

نص بعض الشافعية علي أنه يشترط في الوكالة ما يشترط في غيرها من اتصال القبول بالإيجاب في مجلس العقد^(٦) وتمسكوا في ذلك بالأصل العام في العقود، ولا فرق في ذلك بين الوكالة والبيع فكل منهما عقد حال الحياة^(٧). ولم يرد عند الحنفية، أو المالكية استثناء للقبول اللفظي في الوكالة من الأصل العام.

والذي يظهر لي رجحانه: أن القبول اللفظي في الوكالة لا يصح إلا باتصاله بالإيجاب في مجلس العقد. عملاً بالأصل العام الذي يحكم القبول اللفظي في سائر العقود. والوكالة فيها من التأثير على الحقوق ما يستدعي الاحتياط والتوثق عند إنشائها فهي تؤدي إلي جعل الوكيل شريكاً للموكل في التصرف في حقوقه بعد أن

(١) الإنصاف ٢٨/٧، الفتاوى الكبرى لشيخ الإسلام ابن تيمية ٤٢٧/٥، المغني ٢٠٤/٧.

(٢) روضة الطالبين ٣٠٠/٤، شرح المحلي مع حاشية قليوبي ٣٤٠/٢، المهذب مع تكملة المجموع ١٠٥/١٤.

(٣) المهذب مع تكملة المجموع ١٠٥/١٤، المغني ٢٠٤/٧.

(٤) الإنصاف ٢٨/٧.

(٥) المغني ٢٠٤/٧.

(٦) روضة الطالبين ٣٠٠/٤، شرح المحلي مع حاشية قليوبي ٣٤٠/٢.

(٧) المهذب مع تكملة المجموع ١٠٥/١٤.

كان لا يملك أدني تصرف فيها. وما ذكره أصحاب القول الأول من أن وكلاء النبي ﷺ كان قبولهم متراخياً لم أطلع على ما يشبهه، فرجعت إلى الأصل العام الذي يحكم العقود جميعاً.

الفرع الثالث: استثناء الحنابلة العقود الجائزة من شرط الاتصال.

جاء في الإقناع وشرحه: ويصح قبول الوكالة على الفور والتراخي، بأن يوكله في بيع شيء فيبيعه بعد سنة، أو يبلغه أنه وكله منذ شهر فيقول «قبلت» لأن الوكالة إذن في التصرف، والإذن قائم ما لم يرجع عنه أشبه الإباحة، وكذا سائر العقود الجائزة كشركة، ومضاربة، ومساقاة، ومزارعة، ونحو ذلك يصح القبول فيها على الفور وعلى التراخي؛ لما سبق^(١).

ويرجع تصحيح القبول بعد انقضاء المجلس في الالتزامات المذكورة عند الحنابلة إلى تصحيحهم الاكتفاء بالفعل عن القبول في الالتزامات المذكورة^(٢)، وإذا جاز تراخي الفعل عن مجلس الإيجاب فإن تراخي القبول لفظاً أولى بالجواز؛ لأن القول أقوى في الدلالة على القبول من الفعل. ولذلك فإن الحنفية^(٣)، والشافعية^(٤) لم يستنوا هذه العقود من القاعدة العامة؛ لأن القبول باللفظ عندهم ركن في إنشائها. أما المالكية فقالوا: إن المخاطب بالإيجاب في عقد الشركة إذا سكت نشأت الشركة^(٥).

الفرع الرابع: استثناء الوقف من شرط الاتصال في قول عند الحنابلة.

قال شيخ الإسلام عن القبول في الوقف: «إذا اشترط القبول على المعين، فلا ينبغي أن يشترط المجلس، بل يلحق بالوصية، والوكالة، فيصح معجلاً ومؤجلاً بالقول، والفعل، فأخذ ريعه قبول»^(٦). والمذهب اشتراط اتصال القبول بالإيجاب في المجلس، فإن تراخي عنه بطل الإيجاب؛ كما يبطل في البيع والهبة^(٧).

ولم يتبين لي سبب موجب لاستثناء الوقف من اشتراط اتحاد المجلس بين الإيجاب والقبول.

(١) كشف القناع ٤٦٢/٣.

(٢) انظر تصحيحهم القبول بالعمل في شرح المتهى ٣٢٧/٢، الإنصاف ٣٥٤/٥، الفروع ٤٠٧/٤.

(٣) بدائع الصنائع ٧٩/٦، ٨٠.

(٤) فتح العزيز ٤٠٦/١٠، حاشية الشرواني ٢٨١/٥.

(٥) مواهب الجليل ١٢٢/٥.

(٦) الفتاوى الكبرى لشيخ الإسلام ٤٢٧/٥، الإنصاف ٢٨/٧.

(٧) الإنصاف ٢٨/٧.

الفرع الخامس: استثناء الهبة والهدية من شرط الاتصال في قول عند الشافعية.

قال النووي: «وعن ابن سريج^(١) جواز تأخير القبول كما في الوصية، وهذا الخلاف حكاه كثيرون في الهبة، وخصه المتولي^(٢) بالهدية، وجزم بمنع التأخير في الهبة والقياس التسوية بينهما^(٣). وهذا القول مخالف للمشهور عند الشافعية، فإنه يشترط عندهم اتصال القبول بالإيجاب في مجلس العقد في الهبة، بل وتشترط الفورية كالبيع تماماً^(٤). وعليه نص الحنفية^(٥) والمالكية^(٦) والحنابلة^(٧) في الهبة بخصوصها.

الفرع السادس: استثناء عقد النكاح من شرط الاتصال على قول عند الحنابلة.

جاء في الفروع عبارة توهم أن النكاح ينعقد إذا صدر القبول بعد تفرق العاقدین عن مجلس العقد، فقال ابن مفلح في معرض حديثه عن الإيجاب والقبول: «وإن تراخى عنه في مجلسه صحح إن لم يتشاغلا بما يقطعه عرفاً، وإلا فلا. وكذا نكاح، وعنه لا يبطل بالتفرق، وعنه مع غيبة الزوج^(٨)، وذهب القاضي^(٩) إلى أن القبول في النكاح يصح إذا صدر بعد المجلس، ولكن حقيقة الأمر تبين في كلام المرداوي حيث قال: «قال الشيخ تقي الدين - رحمه الله - أخذت هذه الرواية من قوله - في رواية أبي طالب - في رجل مشى إليه قوم، فقالوا زوج فلاناً، فقال قد زوجته على ألف،

(١) هو أحمد بن عمر بن سريج البغدادي. كان يلقب بالياز الأشهب. فقيه الشافعية في عصره. فضله بعضهم على جميع أصحاب الشافعي حتي المزني. كانت له ردود على محمد بن داود الظاهري ومناظرات معه. له نحو ٤٠٠ مصنف. ولي القضاء بشيراز، ثم اعتزل، وعرض عليه قضاء القضاة فامتنع. مات سنة ست وثلاثمائة. انظر طبقات الشافعية ٨٧/٢.

(٢) هو أبو سعد عبد الرحمن بن مأمون بن علي المتولي. أحمد الأئمة المقدمين عند الشافعية. ذاع صيته ودرّس بالنظامية. توفي سنة ثمان وسبعين وأربعمائة. انظر طبقات الشافعية للسبكي ١٠٦/٥، ١٠٧ طبقات الشافعية لابن شعبة رقم ٢١١.

(٣) روضة الطالبين ٣٦٦/٥.

(٤) حاشية قليوبي على شرح المحلي ١١١/٣، نهاية المحتاج ٤٠٧/٥.

(٥) مجمع الأنهر ٣٥٤/٢.

(٦) مواهب الجليل ٥٤/٦.

(٧) كشف القناع ٣٠٠/٤.

(٨) الفروع ٤/٤.

(٩) هو أبو يعلى محمد بن الحسين بن محمد خلف بن أحمد الفراء. كان عالم زمانه. والمقدم عند أصحاب الإمام أحمد. أعلم أهل زمانه بذهب الإمام أحمد. كان يحضر دروسه الألف، ونبغ من تلاميذه كثير، منهم أبو الوفاء ابن عقيل، والعكبري، وأبو الخطاب. وكان من المنافحين عن معتقد السلف. انظر طبقات الحنابلة لأبي يعلى، ابن المرحوم له ١٩٣/٢ - ٢٠٦.

فرجعوا إلى الزوج، فأخبروه، فقال قد قبلت، هل يكون هذا نكاحاً؟ قال: نعم، فأشكل هذا النص على الأصحاب، فقال القاضي: هذا حكم بصحته بعد التفرق عن مجلس العقد. قال: وهو محمول على أنه كان قد وكل من قبل العقد عنه، ثم أخبر بذلك فأمضاه، ورده ابن عقيل^(١)، وقال رواية أبي طالب تعطي أن النكاح الموقوف صحيح. قال الشيخ تقي الدين رحمه الله: قد أحسن ابن عقيل. وهو طريقة أبي بكر، فإن هذا ليس تراخياً للقبول، وإنما هو تراخ للإجازة^(٢).

الفرع السابع: في استثناء الإيجاب المؤقت انتهاؤه بزمان يحل بعد انقضاء المجلس.

وصورة ذلك: أن يعين الموجب لانتهاؤه إيجابه حداً زمنياً يحل بعد انقضاء المجلس، فإذا أتى القبول في أثناء هذه المدة، وبعد انقضاء المجلس هل يكون متصلاً بالإيجاب ويعد صحيحاً، أو يكون شرط الاتصال فيه مفقوداً، ويعد باطلاً؟. هذه الصورة من العقد اتسع العمل بها في المعاملات المعاصرة. وللفقهاء المعاصرين فيه قولان:

القول الأول:

أن القبول بهذه الصورة غير صحيح؛ وهو غير متصل بالإيجاب. به قال الأستاذ علي الخفيف^(٣)، ود. عبد العظيم شرف الدين، وقال - أيضاً - إنه لازم قول الحنفية، والشافعية، والحنابلة؛ لأنهم نصوا على أن القبول لا يصح إلا إذا اتصل بالإيجاب في مجلس العقد^(٤). والذي يظهر لي أنه لا يلزم من قولهم يبطلان القبول إذا لم يتصل بالإيجاب غير المؤقت في مجلس العقد أن يقولوا ببطلانه إذا كان الإيجاب مؤقتاً بزمان يحل بعد انقضاء المجلس، لوجود الفارق بين الصورتين، الذي يمكن أن يكون له اعتبار في الحكم، والفارق هو: تصريح الموجب بأنه باق على إيجابه إلى مدة كذا وكذا.

(١) هو أبو الوفاء علي بن عقيل بن محمد بن عقيل البغدادي. أحد الأئمة الأعلام كان من أذكى بني آدم. متسع الدائرة في العلوم. له مواقف عظيمة في الإنكار على المجاهرين بالذنوب. نغم عليه الحنابلة في زمانه تردده على بعض شيوخ المعتزلة، وظهر أثر ذلك عليه في قوله بعض الصفات، ولكنه تاب، وأشهد على توبته كبار الحنابلة، وكتب بتوبته كتاباً. وله من الكلام في الانتصار للسنّة والرد على خصومها شيء كثير. مات سنة ثلاث عشرة وخمسمائة.

انظر تكملة ابن رجب لطبقات الحنابلة ١/١٤٢ - ١٦٤، شذرات الذهب ٤/٣٥.

(٢) الإنصاف ٨/٥١.

(٣) أحكام المعاملات ص ١٧٥.

(٤) نظرية العقد ص ٢١، ٢٢.

واستدل أصحاب هذا القول بدليلين:

الأول: أن اشتراط اتصال القبول بالإيجاب في مجلس العقد هو شرط من وضع الشارع، فلا يملك الموجب رفعه^(١).

الثاني: أن التزام الموجب ببقاء إيجابه بعد انقضاء المجلس تبرع منه، والتبرع ليس مصدراً من مصادر الالتزام^(٢).

ويعترض عليه بأن غاية مايلزم منه أن الموجب له حق الرجوع عن التوقيت الذي تبرع به، ولايلزم منه أن توقيته لا يكون له اعتبار إذا لم يرجع عنه.

القول الثاني:

أن القبول إذا صدر في المدة التي وقتها الموجب هو قبول صحيح، ويستثنى من شرط الاتصال بالإيجاب في المجلس.

به قال د. مصطفى شلبي^(٢)، ود. وهبة الزحيلي^(٣). وقال د. عبد العظيم شرف الدين: إنه لازم مذهب المالكية، واستشهد على ذلك بمسألة أوردها المالكية وهي: لو أن رجلاً مسافراً باع داره من زوجته الغائبة عنه، وكتب إيجابه وأرسله إليها صح الإيجاب، وإذا قبلت صح العقد^(٤).

وهو استشهاد في غير محله؛ لأنه في التعاقد بين غائبين، ومسألة الخلاف في التعاقد بين حاضرين.

واستدل الزحيلي على صحة القول الثاني بقول رسول الله ﷺ (المسلمون على شروطهم)^(٥).

(١) نظرية العقد ص ٢١، ٢٢.

(٢) المدخل للفقه الإسلامي ص ٢٤٣.

(٣) المدخل للفقه الإسلامي وأدلته ١١٢/٤.

(٤) نظرية العقد ص ٢١، والمثال المذكور في مواهب الجليل ٢٤١/٤.

(٥) الفقه الإسلامي وأدلته ١١٢/٤.

والحديث أخرجه أبو داود في سننه ٢٠/٤، (انظر طبعة دار الحديث، الطبعة الأولى) كتاب الأقضية، باب في الصلح والتمذي في سننه مع عارضة الأحوذى ١٠٣/٥، ١٠٤، كتاب الأحكام، باب ما ذكر رسول الله ﷺ في الصلح (انظر الطبعة التي نشرتها دار العلم للجميع). والحاكم في المستدرک ١٠١/٤. وغيرهم. وقال الحافظ ابن حجر في فتح الباري ٣٥٨/٥ الحديث ورد من عدة طرق وفي صحتها خلاف. أه. وقال الترمذي: حديث حسن صحيح. وقال شيخ الإسلام ابن تيمية في الفتاوى الكبرى ٣/٣٣٣ (الطبعة المصرية، مطبعة كروستان العلمية): «كثير بن عمرو - وهو أحد رجال السند - ضعفه الجماعة، وضرب أحمد على حديث في المسند فلم يحدث به، فلعل تصحيح الترمذي له لروايته من وجوه ثم قال - وهذه الأسانيد وإن كان الواحد منها ضعيفاً فاجتماعها من طرق يشد بعضها بعضاً». أه. وقال الشوكاني في نيل الأوطار ٥/٢٥٥: «ولا يخفى أن الأحاديث المذكورة، والطرق يشهد بعضها لبعض فأقل أحوالها أن يكون المتن الذي اجتمعت عليه حسناً».

الترجيح:

الراجح فيما يظهر لي أن الموجب إذا جعل لإيجابه حداً يحل بعد انقضاء المجلس، فإن القبول يصح إذا صدر في هذه المدة ولو بعد انتهاء المجلس. ومستند هذا الترجيح أن الشارع اشترط لصحة العقد رضا العاقلين، فإذا انتفى الرضا قبل تمام العقد بطل، ولذلك يعد تأخر القبول عن مجلس العقد من الموانع التي تمنع إنشاء العقد؛ لأنه دليل على انتفاء الرضا، فإذا وقع هذا التأخر على صفة ينتفي معها احتمال عدم الرضا، فإنه لا يكون مانعاً من قيام العقد وصحته. ولا أعرف دليلاً على أن مجرد تأخر القبول عن المجلس مانع من صحة العقد، وإنما يكون كذلك إذا دل على انتفاء الرضا، وهو الأصل ما لم يصاحب التأخر دليل على أنه ليس بسبب انتفاء الرضا بالعقد.

الفرع الثامن: استثناء بعض الشافعية عقد تولية القاضي من شرط الفورية في المذهب.

الأصل عند الشافعية أن شرط اتصال القبول بالإيجاب في مجلس العقد لا يتحقق، إلا إذا صدر القبول فور فراغ الموجب من إيجابه، وذلك في التعاقد بين حاضرين أو غائبين، واستثنوا عقد تولية القاضي، فإن القبول مع التراخي يصح إذا كان الإيجاب بتولية القاضي قد صدر مكتوباً ووجه إليه وهو غائب.

وعللوا لهذا الاستثناء بالقياس على التوكيل^(١)، ولعل الجامع بينهما عندهم أن كلاهما عقد تولية.

(١) روضة الطالبين ١١/١٢٤.

الفصل الثانى

ارتباط القبول بالإيجاب

وفيه أربعة مباحث:

المبحث الأول: مجلس العقد، وأثره فى ارتباط القبول بالإيجاب.

المبحث الثانى: تمام الإيجاب والقبول.

المبحث الثالث: موانع ارتباط القبول بالإيجاب.

المبحث الرابع: عقود لها طبيعة خاصة فى إنشائها.

المبحث الأول

مجلس العقد ، وأثره فى ارتباط القبول بالإيجاب

وفيه مطلبان :

المطلب الأول : مجلس العقد بين حاضرين .

المطلب الثانى : مجلس العقد بين غائبين .

المطلب الأول

مجلس العقد بين حاضرين

مجلس العقد هو الطرف الزماني والمكاني الذي يجمع العاقدين من أجل العقد، وسمي مجلس العقد؛ لأن العقد ينشأ فيه، فيسمى كذلك حتى قبل تمام العقد. ويبدأ المجلس بصدور الإيجاب وينتهي بالتفرق. وبمعرفة معنى التفرق عن مجلس العقد، ومعياره وأهم صورة تبين حدود مجلس العقد التي ينتهي إليها.

فكان في هذا المطلب مسألتان:

المسألة الأولى: تبين حقيقة التفرق.

المسألة الثانية: معيار التفرق بالأبدان، وأهم صورته.

المسألة الأولى

تبين حقيقة التفرق

المقصود بالتفرق هنا هو التفرق بالأبدان، فإذا وقع انتهى مجلس العقد، حتى لو وقع ذلك قبل تمام القبول^(١).

ودليل ذلك: حديث عبد الله بن عمر - رضي الله عنهما - أن رسول الله ﷺ قال: (المتبايعان كل واحد منهما بالخيار على صاحبه مالم يتفرقا إلا بيع الخيار). وفي لفظ: (البيعان بالخيار مالم يتفرقا)^(٢). فالحديث وإن كان في خيار المجلس إلا أن فيه تحديداً لمجلس العقد، ومتى ينتهي، وهو موضع الاستشهاد.

قال ابن حجر: حمل ابن عمر، وأبو برزة^(٣) - رضي الله عنهم - التفرق على التفرق بالأبدان ولا يعرف لهما مخالف من الصحابة^(٤). فابن عمر كان إذا بايع رجلاً فأراد ألا يقيله قام فمشى هنيهة، ثم رجع إليه^(٥).

وأبو برزة ثبت عنه في حديث أبي الوضيء عباد بن نسيب، قال: غزونا فنتزلنا منزلاً، فباع صاحب لنا فرساً بغلام، ثم أقاما بقية يومهما ويلتهما، فلما أصبحا من الغد قام الرجل إلى فرسه يسرجه، فندم، فأتى الرجل وأخذه بالبيع، فأبى الرجل أن يدفعه إليه، فقال: بيني وبينك أبو برزة، صاحب النبي ﷺ، فأتيا أبا برزة في ناحية العسكر، فقالا له هذه القصة، فقال: أترضيان أن أقضي بينكما بقضاء رسول

(١) فتح الباري ٣٨٨/٥ البحر الرائق ٢٨٥/٥، الجوهرة النيرة ٢٢٥/١، بداية المجتهد ١٧٠/٢، المغني ١١/٦.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه ٣٨٥/٤، كتاب البيوع، «باب البيعان بالخيار مالم يتفرقا».

(٣) هو أبو برزة الأسلمي. اختلف في اسمه واسم أبيه، وأصبح ما قيل فيه إنه نضلة بن عبيد، قاله الإمامان أحمد وابن حنبل، ويحيى بن معين. أسلم قديماً، وشهد فتح مكة وخيبر، وهو الذي قتل عبد العزى بن خطل تحت أستار الكعبة كما أمر رسول الله ﷺ بذلك. وحضر مع علي رضي الله عنه حرب الحرورية. كان باراً بالمساكين. مات سنة ستين. انظر سير أعلام النبلاء ٤٠/٣ - ٤٣.

(٤) فتح الباري ٣٨٥/٤، ٣٨٦.

(٥) أخرجه مسلم في صحيحه ٢٤٨/١٠، كتاب البيوع، باب ثبوت خيار المجلس للمتبايعين.

الله ﷻ، فإنه قال: (البيعان بالخيار مالم يفترقا، ما أراكما افترقتما)^(١).

مناقشة الاستدلال بالحديث: اعترض كثير من أهل العلم على تفسير التفرق المذكور في الحديث بأنه التفرق بالأبدان^(٢)، وقالوا: إن التفرق المقصود في الحديث هو التفرق بالأقوال، بأن يقول الموجب «رجعت»، أو يقول المخاطب بالإيجاب «لا أقبل» وقالوا: إن إطلاق التفرق على تفرق الناس في أقوالهم كثير في نصوص الكتاب، من ذلك قول الله تعالى ﴿وما تفرق الذين أوتوا الكتاب إلا من بعد ما جاءتهم البينة﴾^(٣).

وقد أجيب عن هذا الاعتراض بثلاثة أجوبة:

الجواب الأول: أنه ورد للحديث رواية دلالتها قاطعة في أن التفرق المقصود في الحديث هو التفرق بالأبدان، فعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده - رضي الله عنهم - أن رسول الله ﷺ قال: (أبما رجل ابتاع من رجل بيعة فإن كل واحد منهما بالخيار حتى يتفرقا من مكانهما، إلا أن يكون صفقة خيار، ولا يحل له أن يفارقه خشية أن يستقيله)^(٤).

والدلالة فيه من وجهين:

الوجه الأول: لفظ (من مكانهما) فإنه لا يحتمل غير التفرق بالأبدان. قال ابن عبد البر^(٥): «وإذا ثبت لفظ مكانهما، لم يبق للتأويل

(١) أخرجه أبو داود في سننه ٩٦/٥، كتاب البيوع، باب خيار المتبايعين وأخرجه الترمذي في سننه ٥٤٩/٣، كتاب البيوع، باب ما جاء في البيعين بالخيار مالم يتفرقا. والبيهقي في سننه ٢٧٠/٥، كتاب البيوع، باب المتبايعان بالخيار مالم يتفرقا إلا بيع الخيار. وقال المنذري في مختصره لسنن أبي داود ٩٦/٥ ورجال إسناده ثقات، . اهـ. وكذلك قال الشوكاني في نيل الأوطار ٢١٢/٥.

(٢) وهؤلاء يسلمون بأن تفرق العاقلين بأبدانهما ينتهي به المجلس، ولكنهم يقولون إن الحديث لا يدل عليه.

(٣) البحر الرائق ٢٨٤/٥، شرح فتح القدير ٤٦٥/٥، ٤٦٦، المنتقى ٥٥/٥. والآية في سورة البينة، الآية رقم ٤.

(٤) أخرجه البيهقي في سننه ٢٧١/٥، كتاب البيوع، باب المتبايعين بالخيار. وأخرجه الإمام أحمد، وأبو داود،

والترمذي دون لفظ «مكانهما»، أحمد في المسند ٥٨/١٥، وأبو داود في سننه ٩٦/٥، كتاب البيوع، باب

«خيار المتبايعين»، والترمذي في سننه ٥٥٠/٣، كتاب البيوع، باب ما جاء في البيعين بالخيار مالم يتفرقا.

وقال الترمذي هو حديث حسن. وقال ابن حزم في المحلى ٣٦٠/٨: «لا يصح». قال الألباني في إرواء الغليل

١٥٥/٥: إنما قال هذا من أجل أن الحديث من رواية عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده، وقد استقر رأي

جماهير الحديث على الاحتجاج بحديث عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده بعد خلاف قديم، والحديث

حسن. اهـ.

(٥) هو أبو عمر يوسف بن عبد البر بن عبد الله النمري. شيخ علماء الأندلس، وكبير حديثها. كان بصيراً بالفقه

ومعاني الحديث. وله بسطة كبيرة في علم الأنساب. كان موقفاً في التأليف، من أعظم مؤلفاته «التمهيد لما في

الموطأ من المعاني والأسانيد في لم يقدمه إلى مثله أحد قال بن حزم: لا أعلم في الكلام في فقه الحديث مثله

فكيف أحسن منه. توفي سنة ثمانين وثلاثمائة.

انظر طبقات الحفاظ ص ٤٣١، والديباج ٣٦٧/٢ - ٣٧٠.

مجال، وبطل بطلاناً ظاهراً حملة على تفرق الأقوال^(١).

الوجه الثاني: قوله ﷺ (ولا يحل له أن يفارقه)، فإنه لا يحتمل غير المفارقة بالبدن.

الجواب الثاني: أن لفظ الحديث لا يحتمل تفسيره بأنه التفرق بالأقوال كالتفرق المذكور في قول الله تعالى ﴿وما تفرق الذين أوتوا الكتاب﴾، فليس بين المتبايعين تفرق بلفظ ولا باعتقاد^(٢)، قال ابن حجر: ويقال لمن زعم أن التفرق بالكلام: ماهو الكلام الذي يقع به التفرق؟ أهو الكلام الذي وقع به العقد أم غيره؟ فإن كان غيره فما هو، وليس بين العاقلين كلام غيره؟ وإن كان هو ذلك الكلام بعينه لزم أن يكون الكلام الذي اتفقا عليه، وتم بيعهما به هو الكلام الذي افترقا به وانفسخ بيعهما به، وهذا في غاية الفساد^(٣).

الجواب الثالث: من جهة اللغة، وقال ابن المفضل: «يفترقان» بالكلام، «ويتفرقان» بالأبدان.

ورد هذا الجواب بأمرين:

الأول: أن الحديث ورد بلفظ «يفترقا»^(٤) كما ورد بلفظ «يتفرقا».

الثاني: قال ابن العربي: إن حمل التفرق على التفرق بالأبدان يردّه قول الله تعالى ﴿وما تفرق الذين أوتوا الكتاب﴾ فإنه ظاهر في التفرق بالاعتقاد والأقوال، لا أنه بالأبدان^(٥).

المسألة الثانية

معيّار التفرق بالأبدان، وأهم صورته

المعيّار في التفرق يرجع إلى عرف الناس وعاداتهم فيما يعدونه تفرقاً^(٦).

(١) سبل السلام ٤/٣.

(٢) البحر الرائق ٥/٢٨٥، المغني ١١/٦.

(٣) فتح الباري ٥/٣٨٨.

(٤) وردت الرواية بهذا اللفظ عند أبي داود في ثلاثة أحاديث ٥/٩٣، ٩٦، ٩٧.

(٥) فتح الباري ٥/٣٨٣. أصل العبارة في الفتح «فإنه ظاهر في التفرق بالكلام لا أنه بالاعتقاد»، وظاهره أنه خطأ، وصححه بما كتبه.

(٦) فتح الباري ٥/٣٨٦. معالم السنن للخطابي مع مختصر سنن أبي داود ٥/٩٥، مواهب الجليل ٤/٢٤٠، المجموع ٩/١٩٢، مغني المحتاج ٢/٤٥، حاشية قليوبي ٢/١٩١، كشف القناع ٣/١٤٧، ١٤٨، المبدع ٤/٦٥، المغني ٦/١٢.

والدليل على ذلك: أن الشارع بني على التفرق حكماً ولم يبين صفة التفرق، فدل السكوت عن بيان صفته أنه أراد الصفة التي يعرفها الناس، كما هو شأن الشارع في تعيين صفة القبض والإحراز، فإنه جعل العرف هو المعيار، وذلك بسكوته عن إلزام العباد بصفة معينة^(١).

وأهم الصور العملية لهذا المعيار مايلي:

الصورة الأولى: خروج العاقلين، أو أحدهما عن البقعة التي بدأ فيها إنشاء العقد.

إذا كان العاقدان في بيت يحصل التفرق بخروج أحدهما منه، وإذا كانا في دار واسعة يحصل بخروج أحدهما إلى مرفق آخر من مرافق الدار، وإذا كانا في سوق يحصل بأن يولي أحدهما الآخر ظهره، أو يخطو خطوات عن صاحبه^(٢)، وشرط بعضهم: البعد بحيث لا يسمع خطابه^(٣)، وقال بعضهم: يتعد عنه حتى لا يراه^(٤)، وإذا كانا في سفينة فلا يكون تفرقهما إلا بخروج أحدهما من السفينة، كما نص على ذلك بعض الشافعية^(٥). والأقرب عندي - بناء على ما سبق - أن السفينة لها حكم الدار، فإن كانت كبيرة ذات مرافق فإن التفرق يكون بخروج أحدهما إلى مرفق غير المرفق الذي كان فيه مع العاقد الآخر.

ومما يستدل به على ماورد في الصورة الأولى من حالات التفرق:

حديث عبد الله بن عمر رضي الله عنهما قال: «بعت من أمير المؤمنين عثمان بن عفان - رضي الله عنه - مالاً بالوادي بمال له في خير، فلما تابيعنا رجعت على عقبي حتى خرجت من بيته خشية أن يرادني البيع، وكانت السنة أن المتبايعين بالخيار حتى يتفرقا»^(٦).

وكان عبد الله بن عمر إذا باع من أحد شيئاً في السوق، وأراد ألا يقيه مشى خطوات^(٧).

(١) معالم السنن، المغني.

(٢) فتح الباري ٣٨٦/٥. معالم السنن للخطابي مع مختصر سنن أبي داود ٩٥/٥، مواهب الجليل ٤/٢٤٠، المجموع ١٩٢/٩، مغني المحتاج ٤٥/٢، حاشية قليوبي ١٩١/٢، كشف القناع ١٤٧/٣، ١٤٨، المبدع ٦٥/٤، المغني ١٢/٦.

(٣) المجموع ١٩٢/٩.

(٤) المحلى ٣٥١/٨.

(٥) المجموع ١٨٦/٩.

(٦) أخرجه البيهقي في سننه ٢٧١/٥. وقال الألباني في الإرواء ١٥٥/٥: سننه صحيح، وقد علقه البخاري في الصحيح ٣٩٢/٤ بصيغة الجزم، وقال الحافظ في الفتح ٣٩٤/٤: وصله الإسماعيلي، وأبو نعيم.

(٧) أخرجه مسلم في صحيحه ٢٤٨/١٠.

ولا يعتبر من التفرق إلا ما حصل اختياراً، فإن حصل اضطراراً، كما لو تفرقا لفزع أو سيل أو سقطا من المكان الذي هما عليه، أو حُمل أحدهما فأخرج مكرهاً، فقولان لأهل العلم في اعتبار ذلك تفرقاً منهياً المجلس، فقيل إنه لا يعد تفرقاً، لعدم وجود الاختيار^(١).

وقيل بل هو تفرق؛ لأن الرضا في الفرقة غير معتبر، كما أنه لا يعتبر رضا العاقد بالفسخ لو فسخ صاحبه العقد^(٢).

وهذا التعليل الأخير يعترض عليه بأنه في رضا العاقد بالفسخ الصادر من الآخر، والمسألة في عدم رضا العاقد بسبب الفسخ الذي أجبر عليه.

وإذا غادر أحد العاقلين المكان وهو يجهل أن ذلك ينهي المجلس، أو ناسياً فإن المجلس ينتهي^(٣)؛ لأن الحديث علق انتهاء المجلس على التفرق ولم يفرق في ذلك بين الذي يحصل جهلاً أو نسياناً والذي يقع عن علم وعمد^(٤).

الصورة الثانية: المشي في أثناء التلطف بالإيجاب والقبول:

في صورة التبايع في أثناء المشي قولان:

القول الأول: أن المشي تفرق عن المجلس فلا ينشأ العقد.

إليه ذهب جمهور الحنفية، فقالوا: إذا تبايع العاقدان وهما يمشيان أو يسيران على دابتين، أو دابة واحدة في محمل واحد، فإن خرج الإيجاب والقبول منهما متصلين انعقد، وإن كان بينهما فصل وسكوت - وإن قلَّ - لا ينعقد، بينما لو حصل الفصل السير بالسكوت في التبايع وهم جلوس أو قيام لم يؤثر^(٥).

وعملوا لما قالوه: بأن المجلس يتبدل بالمشي وإن قل، بخلاف ما لو تبايعا وهما في سفينة فإن العقد ينشأ سواء أكانت واقفة أم جارية، وسواء أخرج الشطران متصلين أم منفصلين؛ لأن جريان السفينة يكون بجريان الماء، ولا يملك العاقدان وقفها، فلا يكون جريانها إغراضاً منهما عن العقد^(٦).

القول الثاني: أن مشي العاقلين معاً لا يعد تفرقاً عن المجلس، والتبايع

(١) كشف القناع ٣/ ٢٠٠، المغني ١٣/ ٦.

(٢) الفروع ٨٢/ ٤، المبدع ٦٥/ ٤.

(٣) مغني المحتاج ٤٥/ ٢، الفروع ٨٢/ ٤، المبدع ٦٥/ ٤.

(٤) المغني ١٣/ ٦.

(٥) بدائع الصنائع ١٣٦/ ٥، الجوهر النيرة ٢٢٥/ ١، حاشية ابن عابدين ١٤/ ٣.

(٦) ماسبق.

من العاقلين وهما يمشيان، كتبايعهما وهما جالسان أو واقفان.
هو قول عند الحنفية^(١). وهو قول نص عليه الشافعية فقالوا: لو تماشيا ثلاثة أيام
ما انقطع المجلس^(٢)، وبه قال الحنابلة^(٣).

دليل القول الثاني:

عند عبد الله بن عمر - رضي الله عنهما - قال: (كنا مع النبي ﷺ في سفر،
فكنت على بكر صعب لعمر، فكان يغلبني، فيتقدم أمام القوم، فيزجره عمر ويرده،
ثم يتقدم فيزجره عمر ويرده، فقال النبي ﷺ لعمر: «بعنيه»، فقال عمر: «هو لك
يارسول الله»، فقال رسول الله ﷺ «بعنيه»، فباعه من رسول الله ﷺ، فقال رسول
الله ﷺ: هو لك عبد الله بن عمر تصنع به ماشئت^(٤)).

الترجيح:

يظهر لي رجحان القول الثاني؛ لأن مكان الذي يجتمع فيه العاقدان ليس مقصوداً،
وإنما المقصود اجتماع العاقلين، فإذا حصل المقصود مع تبدل المكان لم يكن لتبدله أثر
على المجلس.

الصورة الثالثة: قيام أحد العاقلين بعد أن كان قاعداً.

نص الحنفية على هذه الصورة واختلفوا فيها، فقال بعضهم إذا قام أحد العاقلين
في أثناء التبايع فإن المجلس ينقطع ولو لم ينصرف عن المكان. وقال بعضهم لا ينقطع
المجلس^(٥).

والراجح - فيما يظهر لي - أن القيام إذا كان غضباً وإنكاراً من العاقد لما قاله
الآخر، فإن المجلس ينقطع به أو أراد به قطع المجلس، وما يدل على هذا أن عبد الله
بن عمر - رضي الله عنه - «كان إذا ابتاع يبعاً وهو قاعد قام؛ ليجب له البيع»^(٦).

الصورة الرابعة: تغير حال أحد العاقلين.

قال الحنفية: إن المخاطب بالإيجاب إذا كان في صلاة فريضة، ففرغ منها، ثم قبل
صبح، وكذا لو كان في نافلة فخطب في الركعة الأولى فضم إليها ركعة ثانية، ثم

(١) شرح فتح القدير ٤٦١/٥.

(٢) مغني المحتاج ٤٥/٢.

(٣) الفروع ٨٢/٤، كشف القناع ٢٠١/٣، المبدع ٦٥/٤.

(٤) أخرجه البخاري في صحيحه ٣٩٢/٤، كتاب البيوع، باب إذا اشترى شيئاً فوهب من ساعته قبل أن يتفرقا.

(٥) البحر الرائق ٢٨٨/٥.

(٦) أخرجه الترمذي في سننه ٥٤٨/٣، كتاب البيوع، باب ما جاء في البيعين بالخيار.

قبل جاز بخلاف ما لو أكملها أربعاً. ولو كان في يده كوز فشرب ثم أجاب وجاز، وكذا لو أكل لقمة، بخلاف ما لو اشتغل بالأكل^(١).

ويفهم من هذه الأمثلة أن التصرف اليسير الذي بدأه المخاطب قبل الإيجاب لا يعد إعراضاً عن العقد، بخلاف ما لو تمادى فيه وزاد فإنه يكون كما لو ابتدأ تصرفاً بعد صدور الإيجاب، فيكون إعراض عن العقد. وقال الحنابلة: إذا نام الموجب بالنكاح في مجلس العقد لم يبطل الإيجاب،.

وعللوا له: بأن النوم لا يبطل العقود الجائزة، والإيجاب وحده له حكم العقد الجائز^(٢).

والذي يظهر لي اعتباره أن تغير حال العاقد لا يعد منهيّاً لمجلس العقد، ما لم يكن غرض العاقد منه التعبير عن انسحابه من المشاركة في إنشاء العقد.

(١) شرح فتح القدير ٤٦١/٥.

(٢) كشاف القناع ٤٠/٥.

المطلب الثاني

مجلس العقد بين غائبين

وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: في إثبات وجود مجلس للعقد في حالة التعاقد بين غائبين.

المسألة الثانية: تعيين الحد الذي ينتهي إليه مجلس العقد بين غائبين.

المسألة الأولى

في إثبات وجود مجلس للعقد في حالة التعاقد بين غائبين

إذا كان العاقدان في مكانين مختلفين فإن مجلس العقد هو المجلس الذي يصل فيه الإيجاب إلي القابل، ووجودهما في مكانين متباعدين لا يمنع وجود مجلس للعقد، كما أنه لا يعد تفرقاً منهياً لمجلس العقد^(١)؛ لأن التفرق الذي ورد في حديث «البيعان بالخيار ما لم يتفرقا» وما كان في معناه هو تفرق العاقدين بعد أن اجتمعا في مكان واحد وشرعا في إنشاء العقد ففرغا منه. وكما أن وجود العاقدين في مكانين متباعدين ليس داخلاً في التفرق المنصوص عليه كذلك هو ليس في معناه، فإن تفرق العاقدين بعد اجتماعهما دليل على إعراضهما عن إنشاء العقد إن وقع التفرق قبل إنشاء العقد، ودليل على إعراضهما عن فسخ العقد بخيار المجلس إن وقع بعد إنشائه، بخلاف التباعد السابق للعقد ليس فيه شيء من تلك المعاني.

والأدلة على اعتبار المجلس الذي وصل فيه الإيجاب للقابل هو مجلس العقد مايلي:

الدليل الأول: أن الإيجاب إذا نقله رسول، فقبل المخاطب اتصل لفظه بلفظ الموجب حكماً؛ لأن الرسول ناقل للإيجاب^(٢).

الدليل الثاني: أننا لو لم نقر بأن المجلس الذي وصل فيه الإيجاب هو مجلس العقد بين غائبين فإن ذلك سيؤدي إلى سد باب التعاقد بين الناس إلا لمن اجتمعوا في مكان واحد، وهذا ما لم يقل به أحد؛ لأنه يتصادم مع الإباحة المطلقة للعقود والتي هي غير مقيدة باجتماع في مكان واحد.

(١) بدائع الصنائع ١٣٨/٥، مواهب الجليل ٢٤١/٤، روضة الطالبين ٣٦٦/٥، مجموع فتاوى شيخ الإسلام ٤١١/١٣.

(٢) شرح فتح القدير ٤٦٢/٥.

المسألة الثانية

تعيين الحد الذي ينتهي إليه مجلس العقد بين غائبين

الغرض من تعيين هذا الحد معرفة حدود مجلس العقد، ويختلف الحكم في هذه المسألة باختلاف الوساطة التي انتقل بها الإيجاب من الموجب إلى القابل، فقد فرق بعض الحنفية بين العقد الذي ينتقل فيه الإيجاب بواسطة كتاب، وبين العقد الذي ينتقل فيه الإيجاب بواسطة رسول.

فكانت المسألة في فرعين:

الفرع الأول: تعيين الحد الذي ينتهي إليه مجلس العقد بين غائبين انتقل الإيجاب بينهما بواسطة كتاب. وفي تعيين ذلك قولان:

القول الأول: ينتهي مجلس العقد بين غائبين بانتهاء المجلس الذي بلغ فيه الإيجاب القابل. فينتهي في حق الموجب والقابل.

هو المشهور عند الحنفية^(٢)، وهو قول الشافعية^(٣)، والحنابلة^(٤) فأطلقوا الحكم في حق كل عقد بين غائبين، ولم يفرقوا بين عقد انتقل الإيجاب فيه بواسطة كتاب، أو عقد انتقل الإيجاب فيه بواسطة رسول.

أدلة القول الأول:

الدليل الأول: ماسبق أن قاله بعض أهل العلم من أن الأصل عدم تأخر القبول عن الإيجاب، وإنما جاز ذلك بقدر الضرورة والحاجة، وجعل الشارع لذلك حداً هو اجتماع العاقلين في مجلس العقد^(٥)، وتطبيق هذا الأصل على صورة التعاقد بين

(١) شرح فتح القدير ٤٦٢/٥.

(٢) بدائع الصنائع ١٣٨/٥، الهداية وشرح فتح القدير ٤٦١/٥، ٤٦٢.

(٣) حاشية قليوبي ١٥٤/٢، روضة الطالبين ٣٦٦/٥، شرح روض الطالب ٤/٢.

(٤) كشاف القناع ١٤٨/٣، مجموع فتاوى شيخ الإسلام ٤١١/١٣.

(٥) بدائع الصنائع ١٣٩/٥، نهاية المحتاج، وحاشية الشبراملسي ٣/٣٨٠.

غائبين يجب الحكم بأن مجلس العقد ينتهي بانتهاء المجلس الذي وصل فيه الإيجاب للقابل .

الدليل الثاني: أن مجلس العقد بين غائبين لا بد أن تكون له نهاية، وإلا لترتب عليه غرر فاحش وضرر متحقق على الموجب ببقاء إيجابه معلقاً على قبول الآخر دون حد ينتهي إليه^(١). فوجب أن يكون له حد ينتهي إليه وأقرب حد ثبت اعتباره في الشرع هو تفرق مجلس العقد.

القول الثاني: أن الإيجاب المنقول بالكتاب خاصة يتجدد مجلسه كلما قُريء، ولا ينتهي مجلس العقد بانتهاء المجلس الذي قُريء فيه الكتاب أول مرة.

هذا قول خواهر زاده من الحنفية في النكاح خاصة^(٢)، وقال ابن عابدين: «وظاهره أن البيع كذلك»^(٣).

وهذا الاستنتاج من ابن عابدين يتصادم مع أصليين من أصول الحنفية في إنشاء الالتزامات:

الأصل الأول: قاعدة الحنفية «الكتاب كالخطاب حتى يعتبر له مجلس وصوله»^(٤) وبناء عليه فإن مجلس العقد ينتهي بانتهاء المجلس الذي وصل فيه الكتاب، كما أن مجلس العقد من الحاضرين ينتهي بانتهاء المجلس الذي صدر فيه الإيجاب.

الأصل الثاني: أن القبول لا يجوز أن يتأخر عن الإيجاب لحظة واحدة، ولكن الأخذ بذلك يؤدي إلى انسداد باب العقود، فاغتفر التأخر الذي تستدعيه الحاجة، وجعل مجلس العقد جامعاً لشطري العقد مع تفرقهما للضرورة^(٥). وقد أيد الأستاذ علي الخفيف استنتاج ابن عابدين، وزاد عليه أن الإيجاب المكتوب يبقى قائماً حتى دون أن يُقرأ^(٦)، بينما قال ابن عابدين: إنه لا يتجدد الإيجاب إلا بإعادة قراءته.

أدلة القول الثاني:

الدليل الأول: قياس تكرار قراءة الإيجاب المكتوب في مجلس آخر تالياً للمجلس الذي وصل فيه على تكرار التلفظ بالإيجاب من صاحبه في مجلس آخر^(٧).

(١) البحر الرائق ٢٨٤/٥.

(٢) البحر الرائق ٢٩١/٥، حاشية ابن عابدين ٥١٢/٤.

(٣) حاشية ابن عابدين ٥١٢/٤.

(٤) الأشباه والنظائر لابن نجيم، مع شرحه غمز عيون البصائر ٤٤٥/٣.

(٥) بدائع الصنائع ١٣٦/٥.

(٦) أحكام المعاملات المالية ص ٢١٤.

(٧) حاشية ابن عابدين ٥١٢/٤، ٥١٣.

وقد اعترض عليه باعتراضين:

الاعتراض الأول: أن هذه القول يتجافى مع القياس الصحيح؛ لأن فيه إعطاء الإيجاب المنقول بواسطة الكتاب والرسول قوة أكثر مما للإيجاب الذي يصدر عن الموجب مباشرة فإن أثره يتقيد بالمجلس نفسه.

الاعتراض الثاني: أن الغرض من الكتاب الموجه من الموجب هو مجرد إبلاغ القابل بالإيجاب، وهذا الغرض يتحقق بمجرد اطلاع القابل على مضمون الكتاب^(١) وفي استخدام الكتاب في أمر زائد على ذلك إلزام للكاتب بما لم يلتزمه ابتداء. والحال نفسها تصدق على كلام الرسول، فإنه إذا كرر الإيجاب في مجلس آخر دون تفويض من المرسل، فإنه يكون فضولياً.

واستدل ابن عابدين على لزوم قراءة الخطاب في المجلس الذي يصدر فيه القبول، بأن قراءة الإيجاب الوارد في الكتاب يقوم مقام التلفظ بالإيجاب، فإذا صدر القبول في المجلس نفسه، فقد تم الاتصال بين القبول والإيجاب^(٢).

واستدل علي الخفيف على عدم لزوم قراءة الخطاب، بأن التلفظ بالعقد ليس مشروطاً لصحته، فلا يشترط قراءة ما في الكتاب من إيجاب، بل يعتبر وجود الكتاب إيجاباً بالكتابة قائماً دون قراءة، وللمرسل إليه أن يقبل في أي وقت شاء، وينشأ العقد بقبوله^(٣).

واستدل ابن عابدين على إلحاق البيع بالنكاح بالقياس، وعده الخفيف من قياس الأولى؛ لأن البيع يتساهل فيه بما يتساهل في النكاح^(٤).

واعترض عليه: بأنه قياس مع الفارق، فهو فاسد، فإن النكاح يفتقر في إنشائه إلى الشهود، وقد يكونون غير موجودين عند وصول الكتاب، فاستدعى الحال أن يبقى الإيجاب قائماً حتى يتوفر الشهود في مجلس آخر، وهذا المعنى غير موجود في البيع فإنه لا يفتقر في إنشائه إلى الإشهاد^(٥).

الترجيح:

يظهر لى رجحان ماذهب إليه الجمهور، الذين حددوا نهاية مجلس العقد بالنسبة للغائبين بنهاية المجلس الذي وصل فيه الإيجاب للقابل؛ لقوة تعليلاتهم وضعف تعليلات القول المخالف.

(١) الأموال ونظرية العقد، محمد يوسف مرسى ص ٢٧٠.

(٢) حاشية ابن عابدين ١٤/٣.

(٣) أحكام المعاملات المالية ص ٢١٤.

(٤) الأحوال الشخصية، أبو زهرة، ص ٤٧.

المسألة الثانية

تعين الحد الذي ينتهي إليه مجلس العقد بين غائبين

انتقل الإيجاب بينهما بواسطة رسول

إذا وصل الإيجاب بواسطة رسول فإن مجلس العقد ينتهي بقيام المخاطب بالإيجاب من المجلس الذي سمع فيه الإيجاب^(١). ولم أجد في ذلك خلافاً حتى أن ابن عابدين الذي نقل قول خواهر زاده في عدم انتهاء المجلس بقيام القابل من المجلس الذي وصله فيه الإيجاب مكتوباً وقرأه فيه، نبه على أن الإيجاب المبلغ برسالة شفوية ليس كالإيجاب المبلغ بكتاب^(٢).

غير أن الأستاذ علي الخفيف رجح قول خواهر زاده في الإيجاب المكتوب وألحق به الإيجاب المنقول بواسطة رسول^(٣). ولم أجد لقوله هذا سابقة عند الفقهاء.

والعلة في الحكم بانتهاء مجلس العقد بقيام المرسل إليه من المجلس: أن الرسول تنتهي مهمته بمجرد أن يُبلغ الرسالة، فإذا كرر الإيجاب في مجلس آخر لم يصح منه^(٤).

واعترض عليه الخفيف بأن انتهاء مهمة الرسول لا تستلزم بطلان الإيجاب الذي يصدر عنه، إذ الإيجاب يصح عند الحنفية إذا بلغ القابل بواسطة فضولي^(٥).

وقد أجاب د. فتحي الدبريني عن هذا الاعتراض: بأن صحة الإيجاب الذي ينقله فضولي لا يستلزم صحة الإيجاب من الرسول إذا تكرر منه بعد انتهاء مهمته؛ لأن الموجب لم يرض بتكرار الإيجاب، بينما في صورة الفضولي قام الفضولي بنقل إيجاب صدر عن الموجب برضاه وقصد أن يبلغ القابل، ووجهه إليه بواسطة شخص، فتطفل الفضولي بنقله^(٦).

(١) لم يفرق جمهور أهل العلم بين الإيجاب المكتوب، والإيجاب المنقول مشافهة، انظر بدائع الصنائع ١٣٨/٥، مواهب الجليل ٢٤١/٢، روضة الطالبين ٣٦٦/٥، كشف القناع ١٤٨/٣.

(٢) حاشية ابن عابدين ٥١٣/٤.

(٣) أحكام المعاملات، علي الخفيف ص ٢١٤.

(٤) حاشية ابن عابدين ١٤/٣.

(٥) أحكام المعاملات ص ٢١٤، ٢١٥.

(٦) التراضي في عقود المبادلات ص ٣٠٧.

المبحث الثانى

تمام الإيجاب والقبول

وفيه أربعة مطالب:

- المطلب الأول:** بيان ما يتم به الإيجاب بين عاقلين حاضرين.
- المطلب الثانى:** بيان ما يتم به القبول بين عاقلين حاضرين.
- المطلب الثالث:** بيان ما يتم به الإيجاب بين عاقلين غائبين.
- المطلب الرابع:** بيان ما يتم به القبول بين عاقلين غائبين.

المطلب الأول

ما يتم به الإيجاب بين عاقلين حاضرين

لأهل العلم في تعيين ذلك قولان.

القول الأول: يتم الإيجاب بين عاقلين حاضرين إذا سمعه القابل.

نص على ذلك الحنفية^(١). غير أن بعضهم استثنى النكاح، فقال: يتم الإيجاب بمجرد تلفظ العاقد به ولو لم يسمعه القابل^(٢). ونبه الحنفية على أن السماع لا يؤدي الأثر المطلوب إلا إذا صاحبه فهم معنى الإيجاب^(٣)، وإذا تلفظ الموجب بصوت يسمعه أهل المجلس، وزعم القابل أنه لم يسمعه فإنه لا يصدق قضاء إلا إذا كان في سمعه ثقل^(٤). وقال الشافعية: يتم الإيجاب بين حاضرين إذا تلفظ بالإيجاب بصوت يسمعه من هو في مجلس العقد. فإذا صدر بهذه الصفة فقد تم، ولو لم يسمعه القابل، إلا إذا كان به ضعف في حاسة السمع. وإذا صدر الإيجاب بصوت خافت لا يسمعه من في مجلس العقد عادة، لكن القابل سمعه لحدة في سمعه أو لقوة الريح، فإنه لا يصح. ونص بعضهم على أنه إذا أوجب الموجب فلم يسمعه صاحبه وقبل اتفاقاً نشأ العقد^(٥). وورد في كلام المالكية ما يدل على أنهم يشترطون لتمام الإيجاب أن يسمعه القابل، فقد قالوا: لو عرض رجل سلعته، وقال من أتاني بعشرة فهي له، فأتاه رجل بذلك إن سمع كلامه أو بلغه فهو لازم، وليس للبائع منعه، وإن لم يسمعه ولا بلغه فلا شيء عليه^(٥). فقولهم «إن سمع كلامه» يدل على اشتراط سماع الإيجاب الموجه للحاضر. وقالوا، في حكم الإيجاب أو القبول بالإشارة من الأبكم إنه يصح

(١) البحر الرائق ٢٨٨/٥، الفتاوى الهندية ٣/٣، الفتاوى البزازية بهامش الفتاوى الهندية ٣٦٤/٤.

(٢) الفتاوى الهندية ٣/٣.

(٣) الدر المختار وحاشية ابن عابدين ١٥/٣.

(٤) حاشية البجيرمي ١٧٠/٢، ١٧١، حاشية قليوبي ١٥٤/٢، نهاية المحتاج ٣/٣٨٢.

(٥) شرح منحة الجليل ٢/٢٦٤.

إذا كانت إشارته مفهومة، بحيث لا يشك المخاطب بها في مراده منها^(١)، واشتراط الفهم يستلزم من باب أولى اشتراط السماع. وهو قول الحنابلة، قال ابن قدامة في تعليقه لعدم انعقاد النكاح بإشارة الأخرس غير المفهومة: «لأن النكاح عقد بين شخصين؛ فلا بد من فهم كل واحد منهما ما يصدر عن صاحبه»^(٢).

وجاء في الإنصاف حول تخاطب العاقدین في النكاح بالإيجاب والقبول: «وإن كان كل منهما لا يحسن لسان الآخر ترجم بينهما ثقة يعرف اللسانين»، وقال الشيخ تقي الدين: «ولم يشترط تعدده، أي الثقة الذي يترجم بين العاقدین»^(٣) فاشتراط الترجمة لصحة الإيجاب والقبول دليل صريح في أنه يشترط لتمام الإيجاب والقبول أن يفهمه المخاطب به، والتعليقات التي أوردوها تدل على أن الأمر شرط في كل عقد.

أدلة القول الأول:

الدليل الأول: قال الحنفية أن الإيجاب كلام، والكلام مأخوذ من الكَلَم وهو الجرح، سمي به؛ لأنه يؤثر في نفس السامع فتكليمه فلاناً لا يحصل إلا بإسماعه^(٤).

وعلل الشافعية لقولهم بتمام الإيجاب بمجرد تلفظ الموجب به بصوت مسموع ولو لم يسمعه القابل؛ بأن الإيجاب هو تكليم الموجب صاحبه بما يدل على رضاه بإنشاء العقد، فإذا خاطبه بصوت يسمعه من في المجلس عادة مع عدم وجود ما يمنع الإسماع فقد كلمه، كما لو حلف لا يكلمه فخاطبه بصوت يسمعه من في المجلس عادة فقد حث^(٥).

ويرد عليه اعتراض: بوجود الفارق المؤثر بين الخطاب في اليمين والخطاب في إنشاء العقد، فإن الخطاب في اليمين يقتصر تأثيره على المتكلم، ولا يتعلق به حق لأحد من المخلوقين، ومن ثم فإن سماعه كلام الخالف وعدم سماعه سيان، وليس الأمر كذلك في خطاب الموجب للقابل، فإن للقابل مصلحة تتأثر تأثراً بخطاب الموجب، فهو شريك له في إنشاء العقد.

وعلل الشافعية لعدم تمام الإيجاب وصحته إذا تلفظ به الموجب بصوت لا يسمع في

(١) البهجة شرح الصفحة ٨٤/٢، ٨٥.

(٢) المغني ٤٦٢/٩، وهو أيضاً في الشرح الكبير ٢٦٨/٤.

(٣) الإنصاف ٣٩/٥.

(٤) حاشية ابن عابدين ٥٣٥/١.

(٥) شرح البهجة للأصاري ٣٩٣/٢.

العادة، لكل القابل سمعه لحدة في سمعه، بأن اللفظ بصوت لا يسمع في العادة مماثل لعدم التلفظ^(١). فجعلوا خفض الموجب صوته دليلاً على عدم إرادته إنشاء العقد.

القول الثاني:

يتم الإيجاب إذا تلفظ به الموجب ولا يتوقف تمامه على سماع القابل. هو قول عند الحنفية^(٢).

ودليله: أن الموجب مطالب بأن يتلفظ بالإيجاب، فإذا تلفظ فقد تم الإيجاب، وترتبت عليه أحكامه. وأما الإسماع فشيء زائد على مجرد التلفظ بالإيجاب.

وهذا مأخوذ من قول الحنفية في الصلاة، أن المصلي صلاة سرية إذا تلفظ بالقراءة فاسمع نفسه فحسب فقد قرأ، بل قال بعضهم: لا يجب أن يسمع نفسه ويكفي أن يحرك لسانه ويخرج الحروف من مخارجها ويكون بذلك قد قرأ. وفي الطلاق أو اليمين إذا تلفظ ترتب الحكم على مجرد التلفظ، فجعلوا المذكورات حكمها واحد، إذا تلفظ بالسبب ترتب عليه الأثر الشرعي للفظ^(٣).

مناقشة الدليل: إلحاق البيع بالصلاة والطلاق واليمين في الاكتفاء بمجرد التلفظ لا يستقيم فيما يظهر لي؛ لوجود الفارق المؤثر بين البيع وما ذكر، فالإيجاب في البيع يتعلق به حق لأدمي فلا بد من أن يسمع، أما الصلاة فهي حق الله تعالى وهو - سبحانه - يعلم السر وأخفى، فإذا تلفظ وأسمع نفسه فقد أدى ما عليه. والطلاق تصرف ينفرد به الزوج، فلا تتوقف صحته ووجوده على سماع غيره. واليمين عقد بين العبد وربه.

الترجيح:

يظهر لي أن الإيجاب لا يتم إلا إذا سمعه القابل؛ لأن الإيجاب خطاب من الموجب للقابل، فلا يكون كذلك إلا إذا سمعه القابل. وليس الإيجاب مجرد كلام يتلفظ به الموجب، ويقوم مقام السماع رؤية الإشارة في حالة التعبير بالإشارة وقراءة المكتوب في حالة التعبير بالكتابة، فالسماع ليس مقصوداً لذاته في كلام الفقهاء، وإنما دار كلامهم حوله؛ لأنه الغالب في التعبير عن الإيجاب والقبول.

وإذا صدر الإيجاب بصوت خفيض فسمعه القابل لحدة في سمعه، أو لأي سبب آخر فإن الإيجاب يكون قد صدر تاماً وصحيحاً فإذا تلاه القبول نشأ العقد.

(١) البجيرمي على شرح الخطيب ١٥٣/٢.

(٢) الدر المختار، وحاشية ابن عابدين ٥٣٥/١، شرح فتح القدير ٢٨٩/١.

(٣) بدائع الصنائع ١٦٢/١.

المطلب الثاني

ما يتم به القبول بين عاقلين حاضرين

لأهل العلم في المسألة قولان:

القول الأول: يتم القبول إذا سمعه الموجب وفهمه، فإذا تم نشأ العقد. عليه نص جمهور الحنفية^(١)، وهو قول الشافعية^(٢)، والحنابلة^(٣).

أدلة القول الأول:

الدليل الأول: أن عدم سماع الموجب القبول يقدح في تحقق شرط التراضي بين طرفي العقد^(٤).

مناقشة الدليل: لم يتبين لي وجه القدح، فإن الرضا من العاقد أمر ينبعث منه، ولا يتوقف على علم الآخر.

الدليل الثاني: أن الموجب إذا لم يسمع القبول فكأنه غائب عن مجلس العقد^(٥).

القول الثاني:

يتم القبول بصدوره عن القابل ولا يتوقف تمامه على سماع الموجب. هو قول اختاره بعض الحنفية^(٦).

ودليلهم هو ما سبق في مسألة تمام الإيجاب.

ويرد عليه من الاعتراض في هذه المسألة ماورد في المسألة السابقة.

الترجيح:

ترجح عندي القول الأول. وسبب الترجيح: أن العقد يترتب عليه آثار تلزم الموجب، وهذا يستلزم سماعه للقبول حتى يعلم أن العقد قد نشأ.

(١) الفتاوى البرازية بهامش الفتاوى الهندية ١٦٤/٤، شرح فتح القدير ١٠٢/٣، مجمع الأنهر ١/٣٢٠.

(٢) حاشية قلوبني ١٥٤/٢، نهاية المحتاج، وحاشية الشبراملسي ٣٨٢/٣.

(٣) المغني ٤٦٢/٩.

(٤) حاشية ابن عابدين ٢١/٣.

(٥) درر الأحكام شرح مجلة الأحكام ٣٢٩/١.

(٦) الدر المختار مع حاشية ابن عابدين ٥٣٥/١، شرح فتح القدير ٢٨٩/١.

المطلب الثالث

ما يتم به الإيجاب بين عاقلين غائبين

نص الحنفية، على أنه يتم بوصوله إلى القابل بواسطة رسول أو كتاب فإذا بلغه وفهمه تم^(١). وهو قول المالكية^(٢)، والحنابلة^(٣)، فإنهم لم يرتبوا على الإيجاب حكماً حتى يبلغ القابل.

أما الشافعية فقد نصوا في مسألة التعاقد بين حاضرين على أنه يكفي الموجب أن يتلفظ بالإيجاب بصوت مسموع، فإذا فعل تم الإيجاب ولو لم يسمعه القابل، ويرى د. وحيد الدين سوار أن الشافعية بهذا القول يرون أنه لا يجب لتمام الإيجاب أن يسمعه القابل الحاضر في مجلس العقد، وبناء عليه لا يجب لتمام الإيجاب أن يبلغ القابل الغائب عن مجلس العقد^(٤).

وفيما يظهر لي أن إلزام الشافعية بهذه النتيجة غير صحيح، فقول الشافعية في مسألة تمام الإيجاب بين متعاقدين حاضرين ليس فيه إسقاط اعتبار سماع القابل للإيجاب، وذلك أنهم اشترطوا أن يتلفظ الموجب بصوت واضح يسمعه من في المجلس في العادة، مما يؤكد أنهم يرون ضرورة سماع كل من المتعاقدين كلام الآخر حتى يتم لكل منهما خطابه، غير أنهم اتخذوا لقضية السماع ضابطاً حسيماً مبنياً على الغالب؛ حسماً للتنازع بين المتعاقدين.

(١) شرح فتح القدير ٤٦٢/٥.

(٢) مواهب الجليل ٢/٢٤١.

(٣) كشف القناع ٣/١٤٨.

(٤) التعبير عن الإرادة هامش ص ١١٧.

المطلب الرابع

ما يتم به القبول بين عاقلين غائبين

صرح الحنفية^(١)، والشافعية^(٢)، والحنابلة^(٣) بأن الإيجاب إذا وصل إلى القابل، فسمعه إن كان بواسطة رسول، أو قرأه إن كان مكتوباً، ثم قبل فإن القبول يتم بمجرد صدوره وينشأ بتمامه العقد، ولم يشترطوا لتمامه سماع الموجب علمه بصدور القبول.

وقال الأستاذ مصطفى الزرقاء: «والرأي الفقهي في الإيجاب والقبول بالكتابة أن حكمها لا يبدأ منذ كتابة العبارة بل عقب وصول الكتاب وقراءته، فعندئذ تأخذ العبارة مفعولها، فيعتبر الموجب موجباً والقابل قابلاً»^(٤) والثابت من كلام الفقهاء في القبول من الغائب أنه يتم بمجرد صدوره.

(١) بدائع الصنائع ١٣٨/٥، حاشية ابن عابدين ٥١٢/٤، شرح فتح القدير ٤٦٢/٢. مجمع الأنهر ١/ ٣٢٠.

(٢) روضة الطالبين ٣/ ٣٣٩.

(٣) كشف القناع ٣/ ١٤٨، مجموع فتاوى شيخ الإسلام ١٣/ ٤١١.

(٤) المدخل الفقهي العام ١/ ٣٢٧. وفي المسألة نقولات أخرى مهمة في ضوابط العقد للبعلي ص ١٥٥.

المبحث الثالث

موانع ارتباط القبول بالإيجاب

وفيه خمسة مطالب :

المطلب الأول: رجوع الموجب عن إيجابه قبل صدور القبول رجوعاً صريحاً.

المطلب الثاني: صدور إيجاب مختلف عن الإيجاب الأول.

المطلب الثالث: توقيت انتهاء الإيجاب بزمن يحل قبل التفرق من مجلس العقد.

المطلب الرابع: انشغال العاقدین عن إنشاء العقد بأمر آخر.

المطلب الخامس: موت أحد العاقدین، أو فقدته الأهلية قبل تمام القبول.

المطلب الأول

رجوع الموجب عن إيجابه قبل صدور القبول ، رجوعاً صريحاً

رجوع الموجب عن إيجابه قد يحصل قبل قيام العقد بتمام القبول ، وقد يحصل الرجوع بعد قيام العقد ، وقبل التفرق من المجلس . وحالة الرجوع قبل قيام العقد هي التي تدخل في موضوع البحث ، فهو رجوع في مرحلة إنشاء العقد . وأما حالة الرجوع بعد قيام العقد فلا تدخل فيه ؛ لأنها تكون بعد تجاوز مرحلة الإنشاء . وتبحث عادة عند أهل العلم في موضوع خيار المجلس .

أقول أهل العلم وأدلتهم في رجوع الموجب عن الإيجاب قبل صدور القبول .

القول الأول :

للموجب أن يرجع عن الإيجاب ، وذلك قبل صدور القبول ، فإذا رجع فإن القبول بعده لا يصح ، ولا يحصل بينه وبين الإيجاب ارتباط فلا ينشأ العقد .

هو قول جمهور أهل العلم ، فيه قال الحنفية ، واشترط بعضهم لصحة الرجوع أن يعلم به الطرف الآخر في الالتزام ، ونص آخرون منهم على نفى هذا الشرط ، ونصوا على أنه لو توافق الرجوع مع القبول فإن الرجوع يقدم^(١) . وهو قول عند المالكية نُسب إلى الإمام مالك كما نسب إليه خلافه^(٢) . وهو قول الشافعية^(٣) . والحنابلة^(٤) .

أدلة القول الأول :

الدليل الأول : قول الله تعالى ﴿ يا أيها الذی آمنوا لا تأکلوا أموالکم بینکم بالباطل

إلا أن تكون تجارة عن تراضٍ منکم ﴾^(٥) . قال الكاساني في بيان وجه الاستدلال :

(١) البحر الرائق ٢٨٤/٥ ، الفتاوى الهندية ٨/٣ ، الهداية مع شرح فتح القدير ٤٦١/٥ ، ٤٦٢ .

(٢) الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ٥٧/٣ .

(٣) روضة الطالبين ٢٤١/٤ .

(٤) كشف القناع ٣٠٠/٤ ، ٤٠/٥ ، المغنى ٤٦٣/٩ .

(٥) الآية ٢٩ من سورة النساء .

«لأن أحد الشطرين لو لزم قبل وجود الآخر لكان صاحبه مجبراً على ذلك الشطر، وهذا لا يجوز»^(١).

الدليل الثاني:

حديث عبد الله بن عمر - رضى الله عنهما أن رسول الله ﷺ قال: (البيعان بالخيار ما لم يتفرقا)^(٢). حمل بعض الحنفية الخيار الوارد في الحديث على خيار الموجب في الرجوع عن الإيجاب، وعلى خيار المخاطب بالإيجاب في أن يقبل الإيجاب، أو يعرض عنه، ففسروا لفظ المتبايعين بأنهما المتساومان اللذان لما يقع منهما البيع بعد^(٣). وحكي عن الإمام مالك أن وقت التفرق الوارد في الحديث هو ما بين قول البائع «بعثك هذا بكذا»، وقول المشتري «اشتريت»، فالمشتري بالخيار في قوله اشتريت، والبائع بالخيار إلى أن يوجب المشتري^(٤). وقد اعترض الشافعية، والحنابلة، وبعض الحنفية، على هذا التفسير للخيار الوارد ذكره في الحديث بثلاثة اعتراضات:

الاعتراض الأول: أن للحديث روايات أكثر دلالة على أن الخيار يكون بعد إنشاء العقد، فقد صح عنه ﷺ أنه قال: (إذا تباع الرجلان فكل واحد منهما بالخيار)^(٥)، فجعل لكل واحد منهما الخيار بعد تبايعهما^(٦)، وقال: (وإن تفرقا بعد أن تبايعا، ولم يترك أحدهما البيع فقد وجب البيع)^(٧).

الاعتراض الثاني: أن تفسير الخيار الوارد في الحديث بأنه خيار القبول، أو خيار الرجوع عن الإيجاب يؤدي إلى إبطال فائدة الحديث؛ لأن تمكين المتبايعين من الخيار أثناء العقد معلوم، وهو من العلم العام الذي استقر بيانه من باب أن الناس لا يكرهون على إخراج أموالهم من أيديهم، ولا تملك عليهم إلا بطيب من أنفسهم، والخبر الخاص إنما يروى في الحكم الخاص^(٧).

(١) بدائع الصنائع ٣٤/٥.

(٢) أخرجه البخارى في صحيحه ٣٨٥/٤.

(٣) البحر الرائق ٢٨٤/٥، الحجة على أهل المدينة في حاشية ص ٢٨١ من ج ٢، شرح فتح القدير ٤٦٦٠/٥، ٤٦٦٠/٥.

(٤) فتح الباري ٣٨٨/٥.

(٥) أخرجه البخارى في صحيحه ٣٩٠/٤. كتاب البيوع، باب إذا خير أحدهما صاحبه بعد البيع فقد وجب البيع.

(٦) كشف القناع ١٩٨/٣، المغنى ١١/٦.

(٧) فتح الباري ٣٨٨/٥، معالم السنن ٩٤/٥، البحر الرائق ٢٨٤/٥، المجموع ١٨٧/٩، المبدع ٦٤/٤، المغنى ١١/٦.

ويجاب عنه: بأن هذا الحديث من مصادر العلم بأن للمتبايعين الخيار في المضي في إنشاء العقد أو الرجوع، قال ابن رشد: «ويحتمل أن تكون فائدة الحديث أن من أوجب البيع من المتساومين لصاحبه لا يلزمه، وله الرجوع عنه في المجلس ما لم يجبه صاحبه بالقبول»^(١).

الاعتراض الثالث: قال فيه الشافعي: إن طرفي العقد لا يسميان متبايعين حتى ينشأ العقد، وقبل ذلك يسميان متساومين، واستدل على ذلك بدليلين:

الدليل الأول: أن رجلاً لو حلف أنه ما بايع، وكان قد ساوم فإنه لا يعد حائثاً بالاتفاق.

الدليل الثاني: أن لفظ «متبايعين» اسم مشتق من البيع، فما لم يوجد البيع لم يجز أن يشتق منه؛ لأن كل اسم مأخوذ من معنى لا يصح اشتقاقه حتى يوجد^(٢).

الدليل الثالث: أن الإيجاب من الموجب ورجوعه عنه تصرف منه في ملكة، ولا يترتب عليه إبطال أى حق للعاقد الآخر في المعقود عليه^(٣).

وقد أورد أصحاب هذا الدليل على دليلهم اعتراضاً محتملاً، واجابوا عنه:

الاعتراض هو أن رجوع الموجب يترتب عليه إبطال حق ثبت للعاقد الآخر بمجرد صدور الإيجاب، وهو حقه في التملك بواسطة القبول، فلا بد من منع الموجب من هذا التصرف الذي يؤدي إلى إبطال حق لغيره، كما هو الشأن في مسألة تعجيل الزكاة فإن من عجلها قبل أجلها لا يملك الرجوع.

والجواب عنه: أنه لو سلم بصحته، فإن غاية ما فيه إثبات التعارض بين حق الموجب في الملك الذي هو قائم فعلاً، وبين حق العاقد الآخر في التملك، والحق الأول أقوى بدلالة الإجماع، ومن الشواهد على هذا الإجماع: أن الأب له الحق في أن يملك من مال ابنه عند الحاجة، ولكن قبل تملكه بالفعل يجوز للولد أن يتصرف بما شاء في ماله الذي ملكه عليه قائم حقيقة، ولا يمنع من ذلك مراعاة لحق أبيه في أن يملك من مال ابنه ما شاء^(٤).

وأما تعجيل دفع الزكاة للمستحق فإنه يُثبت للمستحق حق الملك لا حق التملك؛ لذلك لا يجوز استردادها. وبناء على ما تقدم فإنه يلزم تمكين الموجب من التمتع بنفوذه

(١) مواهب الجليل ٤/ ٢٤٠.

(٢) المجموع ٩/ ١٨٧، وانظر فتح الباري ٥/ ٣٨٨، البحر الرائق ٥/ ٢٨٤، المنتقى ٥/ ٥٥.

(٣) البحر الرائق ٥/ ٢٨٤، الهداية مع شرح الفتح ٥/ ٤٦٠.

(٤) العناية مع الفتح ٥/ ٤٦٠.

الشرعي في ملكه القائم في يده، فله أن يوجب وأن يرجع، ولا يُعطل هذا الحق بحق أضعف، هو حق التعاقد الآخر في التملك بواسطة القبول^(١).

القول الثاني:

ليس للموجب أن يرجع عن الإيجاب، وإذا رجع وأعقبه صاحبه بالقبول نشأ العقد. هو قول عند الحنفية في التعاقد بين غائبين خاصة، قال ابن نجيم: «ويصح الرجوع عن الرسالة قبل التبليغ إلا في رواية»^(٢). ولا يشترط لصحة الرجوع علم الرسول به^(٣). وهو القول المشهور عند المالكية، نصوا عليه في البيع^(٤)، وعزي إلى مالك، كما عزي إليه القول بصحة الرجوع^(٥)، وفي الهبة - وهي عندهم عقد يلزم بالقول - اضطربت أقوالهم، فبعضها يدل على أن للموجب الرجوع، وبعضها يدل على خلاف ذلك، قال الدردير: «الواهب إذا رجع عن هبته ووهب العين لآخر، وحاز الثاني قبل الأول فهي للثاني؛ لتقوي جانبه بالحيازة ولو جدَّ الأول في الطلب»^(٦). فهذا يدل على جواز الرجوع. وقال في موضع آخر: «إذا باع واهب هبته بعد عقدها قبل علم الموهوب بالهبة لا تبطل الهبة، ويخير في رد البيع وإجازته وأخذ الثمن، وكذلك إذا علم الموهوب وجدَّ في حوزها، وأما إن علم وفرط في طلب حوزها مضى البيع»^(٨). وهذا يدل على عدم جواز الرجوع، إلا في حالة وجود ما يبدل على إعراض الموهوب له من القبول. وقال ابن عبد البر في الهبة: «تجب بالقول من الواهب والقبول عن الموهوب له، وتتم بالقبض، وتجوز المطالبة بها لمن استوهبها وقبلها إذا منعه الواهب إياها»، وقال: «لو أن رجلاً أرسل إلى رجل بشيء، ثم أراد ارتجاعه كان له ذلك ما لم يُشهد على نفسه، فإن كان أشهد على نفسه بعد ذلك فهي للمرسل إليه، ولو مات المرسل إليه كان ذلك لورثته»^(٩).

(١) البحر الرائق ٥/ ٢٨٤، العناية بهامش شرح فتح القدير ٥/ ٤٦٠.

(٢) البحر الرائق ٥/ ٢٨٧.

(٣) هو زين بن إبراهيم بن محمد بن محمد بن محمد المشهور بابن نُجيم، وهو اسم لبعض أجداده. كان إماماً عالماً عاملاً. له مصنفات كثيرة جليلة القدر ذُرَّتْها كتابه «البحر الرائق» لكن اخترمته المنية قبل إكماله.

توفي في مصر سنة سبعين وتسعمائة. انظر شذرات الذهب ٨/ ٣٥٨، الطبقات السنية ٣/ ٢٧٥.

(٤) حاشية الدسوقي ٤/ ٣، مواهب الجليل ٤/ ٢٤٠، ٢٤١.

(٥) الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ٣/ ٣٥٧.

(٦) هو أبو البركات أحمد بن الشيخ محمد العدوي الأزهرى الخلوٲى، الشهير بالدردير. شيخ الدسوقي والصاوي وغيرهما. أفتى في حياة شيوخه. أصبح شيخ الأزهر. وكان يصدع بالحق ويأمر بالمعروف وينهي عن المنكر. له مؤلفات غاية في التحرير رزق في غالبها القبول، منها شرح المختصر. توفي سنة ١٢٠١ هـ. انظر شجرة النور ١/ ٣٥٩.

(٧) الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي ٤/ ١٠١.

(٨) الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي ٤/ ١٠٣.

(٩) الكافي ٢/ ٣٠٠.

وتخرج العقود غير اللازمة من قول المالكية بعدم صحة رجوع الموجب، قال الخرشي: «للموجب في الوصية أن يرجع؛ لأنها عقد غير لازم»^(١). ولو لم يصح الرجوع في العقود غير اللازمة لتحولت إلى لازمة، ومن العقود غير اللازمة عندهم الجعالة والقراض والمغارسة، والوكالة والتحكيم^(٢).

ودليل القول الثاني: أن الموجب ألزم نفسه بمقتضى الإيجاب فليزمه^(٣).

ويرد عليه اعتراضان:

الاعتراض الأول: أن الموجب لم يرد بالتزامه التزاماً منجزاً غير معقل على شرط حتى يلزم به، وإنما أراد التزاماً متوقفاً على قبول الآخر، فإذا لم يوجد القبول لم يوجد التزام يمنعه من الرجوع. بهذا اعترض الأستاذ علي الخفيف على دليل المالكية^(٤).

وهو اعتراض غير قوي، فإن الموجب جازم بالرضا، ورضاه ليس معلقاً على قبول الآخر، وإنما المعلق على قبول الآخر هو تكون العقد.

الاعتراض الثاني: كون الموجب ألزم نفسه لا يستلزم منعه من الرجوع عما التزم به، كما هو الشأن في العقود الجائزة، فإنه يصح الرجوع من الموجب.

وعلل الحنفية لقولهم يصح الرجوع دون علم الرسول: بأن الرسول يحكي كلام المرسل، وينقله إلى المرسل إليه، عليه فكان سفيراً ومعبراً محضاً، فلم يشترط علمه بالرجوع.

مناقشة الدليل: أورد عليه أصحابه اعتراضاً محتملاً، وأجابوا عنه.

فالاعتراض هو: أن الوكيل لا ينزل إلا إذا علم بعزل الموكل له، فيجب أن يعامل المرسل بالإيجاب كذلك فلا يبطل الإيجاب إلا بعلم الرسول.

والجواب هو: وجود الفارق بين الرسول والوكيل، فالرسول مجرد ناقل لكلام المرسل، أما الوكيل فإنه يتصرف في مصالح الموكل بتفويض منه، فهو نائب عنه يقوم مقامه، فيشترط علمه بالعزل صيانة له عن التغير^(٥).

(١) شرح الخرشي ١٦٩/٨.

(٢) الفروق ١٣/٤.

(٣) الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ٣٥٧/٣.

(٤) أحكام المعاملات ١٨٢.

(٥) البحر الرائق ٥/ ٢٩٠، ٢٩١، شرح فتح القدير ٤٦٢/٥.

الترجيح:

الرجح فيما يظهر لي - هو القول الأول الذي قرر فيه الجمهور أن للموجب الرجوع عن إيجابه. ومستند الترجيح: أن الشارع الحكيم أباح لكل واحد من العاقلين أن يرجع عن إيجابه بعد الانعقاد ما لم يتفرقا من المجلس، فأولى أن يباح له الرجوع قبل الانعقاد.

المطلب الثاني

صدور إيجاب مختلف عن الإيجاب الأول

قال الحنفية في التمثيل له: لو قال البائع للمشتري: «بعت منك هذا العبد بألف درهم»، فقبل المشتري، ثم قال: «بعت منك هذا العبد بمائة دينار» في ذلك المجلس أو في غيره، وقال المشتري «اشتريت»، يتعقد البيع الثاني، وينفسخ الأول^(١). ومن قواعدهم «تكرار الإيجاب مبطل للأول»^(٢). ونص الشافعية على أن الإيجاب الأول يبطل، كما قال الحنفية، ويبطل الإيجاب الثاني أيضاً عندهم خلافاً للحنفية^(٣). ولم ينص المالكية، والحنابلة على هذه المسألة - وذلك فيما اطلعت عليه -، واكتفوا بالحديث عن الرجوع عموماً، وهذه المسألة من صور الرجوع. وأما قول الشافعية ببطان الإيجاب الثاني فلا أعلم له تعليلاً؛ ولا أراه يصح - والله أعلم -، وذلك أنه لم يرد عليه ما يبطله، والإيجاب المتقدم لا يؤثر في المتأخر.

(١) حاشية ابن عابدين ٥٠٨/٤، ٥١٠، شرح فتح القدير ٤٥٩/٥، الفتاوى الهندية ٧/٣.

(٢) الأشباه والنظائر مع شرحه غمز عيون البصائر ٢/٢٧٣.

(٣) نهاية المحتاج ٣/٣٨٢.

المطلب الثالث

توقيت انتهاء الإيجاب بزمن ينتهي قبل

التفرق من مجلس العقد

إذا وُقَّت الموجب إيجابه بمدة تنتهي قبل التفرق من المجلس، فإن هذا يعد رجوعاً منه عن الإيجاب، ولا يختلف عن الرجوع الصريح إلا في كونه معلقاً على زمن مستقبل. فعلى مذهب الجمهور في صحة الرجوع الصريح المنجز يصح هذا الرجوع المعلق، فإذا انتهت مدة الإيجاب قبل صدور القبول يبطل الإيجاب، ولا ينشأ العقد. وأما المالكية فإنهم قالوا في الإيجاب المطلق غير المقيّد: لا يصح الرجوع عنه، وعللوا لذلك بأن الموجب ألزم نفسه بمقتضى الإيجاب فيلزمه فقياس ذلك أن يكون مذهبهم في الإيجاب المقيّد بمدة أنه يصح الرجوع عنه؛ لأن الموجب ألزم نفسه إلزاماً مقيّداً. والله أعلم.

المطلب الرابع

انشغال العاقدین عن إنشاء العقد بأمر آخر

للفقهاء في المسألة قولان متقاربان:

القول الأول: إذا حصل من العاقدین أو أحدهما تشاغل بأمر خلاف العقد من كلام، أو أكل، ونحو ذلك فإن المجلس ينقطع. به قال الحنفية^(١)، وهو قول عند الشافعية^(٢). ويستدل له بأن التشاغل دليل على الإعراض عن العقد.

القول الثاني: أن التشاغل عن العقد لا ينتهي به مجلس العقد، إلا إذا دل العرف على أنه إعراض عن العقد.

إليه ذهب المالكية^(٣)، قال الخطاب: «وكذا لو حصل فاصل يقتضي الإعراض عن ماكانا فيه حتى لا يكون جوابه جواباً للكلام السابق في العرف لم ينعقد البيع، ولا يشترط ألا يحصل بين الإيجاب والقبول فصل بكلام أجنبي عن العقد»^(٤). وهو الصحيح عند الشافعية^(٥)، وهو قول الحنابلة^(٦)، قال شيخ الإسلام: لو فصل بين الإيجاب والقبول بكلام أجنبي عن العقد طويلاً لم يسغ ذلك بلا نزاع، ومن حكى عن أحمد خلاف ذلك فقد أخطأ^(٧)، وهو مقيد عند الحنابلة بما دل العرف على أنه

(١) بدائع الصنائع ١٣٦/٥، الجوهرة النيرة ٢٥/١.

(٢) المجموع ١٨٠/٩.

(٣) بلغة السالك ٤/٢.

(٤) مواهب الجليل ٢٤٠/٤.

(٥) المجموع ١٨٠/٩.

(٦) الروض المربع ٣٢٩/٤.

(٧) مجموع الفتاوى ٤١١/١٣.

(٨) شرح منتهى الإرادات ١٤١/٢، كشف القناع ١٤٨/٣.

إعراض عن العقد، ومثلوا له بالسكوت الطويل، والأكل، والكلام الأجنبي عن العقد^(١).

والعلة في اعتبار التشاغل على هذه الصفة منهيّاً للمجلس أنه إعراض عن العقد، والإعراض كالدرد الصريح^(٢).

الترجيح:

الفرق بين القولين أن الأول حكم ببطلان العقد بمطلق التشاغل، والثاني حكم ببطلانه إذا خرج على هيئة تعد في عرف الناس إعراضاً عن العقد. والقول الثاني هو الأعدل والأرجح - فيما يظهر لي -؛ لأنه الذي يتوافق مع مقاصد الشارع، فإني لا أعرف في نصوص الشرع نصّاً خاصاً أو عاماً يدل على أن انشغال العاقدين يمنع ارتباط القبول بالإيجاب فلا يصح أن يقال إن مطلق الاشتغال يمنع الارتباط. لكن إذا اشتغل أحد العاقدين عن العقد بشيء على هيئة تعد في العرف إعراضاً عن العقد، فإن نصوص الشارع التي بها ثبت اشتراط رضا العاقدين لصحة العقد كلها يدل على عدم ارتباط القبول بالإيجاب في هذه الحالة.

(١) مجموع الفتاوى ١٣/٤١١.

(٢) شرح منتهى الإرادات ٢/١٤١، كشف القناع ٣/١٤٨.

المطلب الخامس

موت أحد العاقدين ، أو فقداه الأهلية قبل صدور القبول

وفيه مسألتان :

المسألة الأولى : موت الموجب ، أو فقداه الأهلية قبل صدور القبول .

المسألة الثانية : موت القابل ، أو فقداه الأهلية قبل صدور القبول .

المسألة الأولى

موت الموجب، أو فقد أهلية قبل صدور القبول

للوصية حكم متميز عن باقي الالتزامات والعقود لذا لزم إفرادها بالبحث، فكان في المسألة فرعان:

الفرع الأول: موت الموصي، أو فقد أهلية قبل صدور القبول.

القسم الأول: موت الموصي قبل صدور القبول.

اتفق أهل العلم على أن الموصي إذا مات قبل صدور القبول فإن الإيجاب لا يبطل، بل يبدأ وقت القبول، ولا عبرة بالقبول الصادر قبل موت الموصي^(١).

القسم الثاني: فقد الموصي الأهلية قبل موته.

فقد الأهلية بجنون ونحوه كالموت في عدم إبطاله الإيجاب بل أولى بذلك؛ لأن فقد الأهلية أدنى^(٢). ولم أجد من فرق بينهما إلا الحنفية، فإنهم قالوا: إن الموجب إذا جُن جنوناً مطبقاً بطلت الوصية، وهو الجنون الذي يمتد سنة في قول أبي يوسف، وشهراً في قول محمد^(٣).

وعملوا له: بأن الوصية عقد جائز كالوكالة، فيكون لبقائه حكم الإنشاء. كالوكالة فتعتبر أهلية العقد إلى وقت، الموت كما تعتبر أهلية الأمر في باب الوكالة^(٤).

ولم يتبين لي وجه الترجيح في المسألة.

الفرع الثاني: موت الموجب، أو فقد أهلية قبل صدور القبول في غير الوصية.

(١) بدائع الصنائع ٣٣٣/٧، مواهب الجليل ٣٦٧/٦، روضة الطالبين ١٤٢/٦، المغني ٤١٩/٨.

(٢) قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام ١٤٧/٢.

(٣) بدائع الصنائع ٣٩٤/٧، حاشية بن عابدين ٦٦٣/٦.

(٤) بدائع الصنائع ٣٩٤/٧.

القسم الأول: موت الموجب قبل صدور القبول.

إذا مات الموجب قبل صدور القبول بطل الإيجاب. نص على ذلك الحنفية^(١)، والشافعية^(٢)، والحنابلة^(٣)، وهو الظاهر من أقوال المالكية، فإنهم نصوا: على أن الهبة تبطل إذا أرسل الواهب العين الموهوبة، فمات قبل أن تصل للموهوب له^(٤).

وذهب د. بدران أبو العيين إلى أنه ينبغي أن يكون مذهب المالكية في هذه المسألة عدم بطلان الإيجاب بموت الموجب لأنهم قالوا إن الإيجاب لا يبطل برجوع الموجب قبل التفرق، بل يبقى حكمه قائماً، فينبغي أن يجعل قائماً في حالة خروج الموجب عن أهليته، بل إن القول بعدم بطلان الإيجاب فيها أولى، ووجه ذلك عنده: أن الموجب إذا أظهر رجوعه عن الإيجاب علمنا أنه لا يريد إنشاء العقد، ولا يرغب فيه، ومع هذا لا يبطل الإيجاب ويتم العقد بالقبول، فإذا مات أو جن قبل أن يوجد منه ما يدل على الرجوع لم يكن هناك ما يدل على أنه لا يريد إنشاء العقد، بل الظاهر أن إرادته في إنشاء العقد باقية كما كانت؛ استصحاباً لما كان^(٥).

الأدلة على بطلان الإيجاب بموت الموجب:

الدليل الأول: قياس الإيجاب قبل تمام القبول على العقود الجائزة في البطلان بموت الموجب، بجامع أن كلاً منها قول غير لازم^(٦).

الدليل الثاني: أن من شرط صحة الإيجاب أن ينضم إليه القبول في مجلس العقد^(٧).

القسم الثاني: فقد الموجب الأهلية قبل صدور القبول في غير الوصية.

فقد الموجب الأهلية بجنون ونحوه مبطل للإيجاب كموته^(٨)؛ لما سبق ذكره من تعليقات في بطلان الإيجاب بموت الموجب.

(١) البحر الرائق ٢/٥، ٢٩٤.

(٢) حاشية قليوبي ٢/١٥٤، قواعد الأحكام ٢/١٤٧، المجموع ٩/١٦٩.

(٣) الإنصاف ٨/٤٩، كشف القناع ٤/٣٠٣، ٥/٤٠، المغني ٩/٤٦٤.

(٤) الشرح الكبير للدردير ٤/١٠٢.

(٥) الشريعة. تاريخها ونظرية الملكية والعقود ص ٣٧٧، ٣٧٨.

(٦) كشف القناع ٤/٣٠٢، ٥/٤٠، المغني ٩/٤٦٤.

(٧) كشف القناع ٤/٣٠٢، ٥/٤٠، المغني ٩/٤٦٤.

(٨) بدائع الصنائع ٦/٣٨، حاشية قليوبي ٢/١٥٤، قواعد الأحكام ٢/١٤٧، كشف القناع ٤/٣٠٣، ٥/٤٠.

المسألة الثانية

موت القابل قبل صدور القبول، أو فقد أهلية

الفرع الأول: موت الموصى له قبل صدور القبول، أو فقد أهلية.

القسم الأول: موت الموصى له قبل صدور القبول.

إذا مات الموصى له قبل موت الموصي بطل الإيجاب، وبطلت الوصية^(١)؛ لأن العقد وقع له لا لغيره فلا يمكن إبقاؤه عقداً لغيره^(٢). ولأن الوصية عطية صادفت المعطى ميتاً فلم تصح كما لو وهب لميت^(٣).

وأما إن مات الموصى له بعد موت الموصي، وقبل القبول ففي بطلان الإيجاب قولان:

القول الأول: يُبطل الإيجاب بموت الموصى له قبل القبول.

هو قول عند المالكية^(٤)، ورواية عند الحنابلة^(٥).

والعلة في ذلك: أن الموصى به لا ينتقل ملكه للورثة حتى يثبت للمورث^(٦).

القول الثاني: لا يبطل الإيجاب بموت الموصى له قبل القبول.

هو قول الحنفية^(٧)، وقول عند المالكية^(٨)، وقول الشافعية^(٩)، ورواية عند الحنابلة^(١٠).

والعلة في ذلك: أن القبول حق ثابت للموصى له فينتقل إلى الوراث بعد موته^(١١).

القسم الثاني: فقد الموصى له الأهلية قبل صدور القبول.

لم أجد من فرق من أهل العلم بين الموت وفقد الأهلية في أثره على الإيجاب.

(١) بدائع الصنائع ٣٩٤/٧، مواهب الجليل ٣٦٧/٦، روضة الطالبين ١٤٣/٦، كشاف القناع ٣٤٤/٤.

(٢) بدائع الصنائع ٣٩٤/٧.

(٣) كشاف القناع ٣٤٤/٤.

(٤) مواهب الجليل ٣٦٧/٦.

(٥) المبدع ٢١/٦.

(٦) مواهب الجليل ٣٦٧/٦، المبدع ٢١/٦.

(٧) بدائع الصنائع ٣٣٢/٧.

(٨) الخرشي ١٦٩/٨.

(٩) نهاية المحتاج ٦٦/٦.

(١٠) كشاف القناع ٣٤٦/٤.

(١١) السابق.

وتعليلات أهل العلم في مسألة الموت تصدق على مسألة فقد الأهلية.

الفرع الثاني: موت القابل قبل صدور القبول، أو فقده الأهلية في غير الوصية.

القسم الأول: موت القابل قبل صدور القبول.

إذا مات القابل قبل صدور القبول بطل الإيجاب، ولا ينتقل حق القبول إلى الورثة: وسموا هذا الحق المنفي عن الورثة خيار القبول.

نص عليه الحنفية^(١). قال ابن عابدين: «وأجمعوا على أن خيار القبول لا يورث»^(٢)، وبه قال الشافعية، قال النووي: «أما خيار القبول فلا يورث بلا خلاف، هذا هو المذهب، وبه قطع الأصحاب، وحكى الروياني^(٣) وجهاً أنه إذا قبل وارثه في الحال صح البيع، وهو شاذ وباطل»^(٤). وهو قول المالكية^(٥) والحنابلة^(٦).

وقال المتولي من الشافعية في التعليل لعدم توريث خيار القبول، وعدم صحة قياسه بخيار المجلس: «والفرق بينهما أن خيار القبول ليس بلازم؛ لأن من عليه وهو البائع لو قال «رجعت» أو «أبطلت» الإيجاب بطل خيار المشتري بخلاف الخيار في هذه المسألة - أي خيار المجلس - فإنه لازم حتى لو قال من عليه الخيار لصاحبه أبطلت عليك خيارك لم يبطل حقه، فما كان جائزاً سقط بالموت، وما كان لازماً لم يسقط بالموت كالعقود، فإنه يبطل بالموت الجائز منها دون اللازم»^(٧).

القسم الثاني: فقد القابل الأهلية قبل صدور القبول:

إذا فقد القابل الأهلية قبل صدور القبول بطل الإيجاب^(٨)؛ لأن أهلية العاقد شرط في صحة العقد منه^(٩).

(١) البحر الرائق ٢٨٨/٥، ٢٩٤.

(٢) حاشية ابن عابدين ٥٨٢/٤.

(٣) هو أبو المحاسن عبد الواحد بن إسماعيل بن أحمد الروياني. أحد أئمة المذهب. كان يلقب «فخر الإسلام». يحكى عنه أنه قال: لو احترقت كتب الشافعي لأمليتها من حفظي. له كتب كثيرة، أكبرها كتاب «البحر»، قال عنه ابن كثير: حدث عن البحر ولا حرج. وهو أوسع من الحاوي للماوردي. مات الروياني شهيداً على يد الملاحدة سنة اثنتين وخمسمائة.

انظر طبقات الشافعية للسبكي ١٩٣/٧ - ١٩٦، وطبقات الشافعية لابن شعبة رقم ٢٥٦.

(٤) المجموع ١٦٩/٩، وانظر ص ٢١١.

(٥) الشرح الكبير للدردير ١٠٢/٤.

(٦) كشف القناع ٣٠٣/٤.

(٧) المجموع ٢١١/٩.

(٨) حاشية قلوبوي ١٥٤/٢، كشف القناع ٣٠٣/٤، ٤٠/٥.

(٩) بدائع الصنائع ١٣٥/٦، مواهب الجليل ٢٤١/٤.

المبحث الرابع

عقود لها طبيعة خاصة في إنشائها

وفيه ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : بيع المزايدة .

المطلب الثاني : عقد الإذعان .

المطلب الثالث : التعاقد بالهاتف .

المطلب الأول

بيع المزايدة

نمهيذ في التعريف ببيع المزايدة، وبيان مشروعيتها.

الفرع الأول: التعريف ببيع المزايدة.

هو أن يعرض المالك، أو من يقوم مقامه سلعته للبيع دون أن يحدد لها ثمناً، للراغبين في شرائها، ويعرض الراغب في الشراء ثمناً، فإن رضى البائع أمضى البيع، وإلا امتنع حتى يُعرض فيها ثمن أكثر، وتستمر الزيادة في الثمن حتى يرضى البائع فيبيع^(١).

وهذه هي الطريقة المعهودة لبيع المزايدة، وقد يتم عرض طلبات الشراء والأسعار كتابة في مظاريف سرّيه يفتحها القائم على البيع في وقت واحد^(٢).

الفرع الثاني: بيان مشروعية البيع بطريقة المزايدة:

نقل ابن قدامة^(٣)، وابن عبد البر^(٤)، الإجماع على مشروعية بيع المزايدة. لكن كتب أهل العلم تنقل لنا خلافاً في ذلك لبعض من يعتد برأيه من أهل العلم.

قاله مسألة فيها قولان:

القول الأول: جواز البيع بطريقة المزايدة.

به قال جمهور أهل العلم، فهو قول الحنفية^(٥)، والمالكية^(٦)، والشافعية^(٧)، والحنابلة^(٨).

(١) القوانين الفقهية ص ١٧٥.

(٢) العقود المسماة للزرقاء ص ١٩٣.

(٣) المغني ٣٠٧/٦.

(٤) فتح الباري ٤/٤١٥.

(٥) تبين الحقائق ٦٧/٤، الدر المختار مع حاشية ابن عابدين ١٠٢/٥، ١٠٣.

(٦) بداية المجتهد ١٦٥/٢، القوانين الفقهية ص ١٧٥.

(٧) روضة الطالبين ٤١٣/٣، المهذب ٢٩٨/١.

(٨) كشف القناع ١٨٣/٣، المغني ٣٠٧/٦.

أدلة القول الأول:

الدليل الأول: عن الأخضر بن عجلان قال: حدثني أبو بكر الحنفي، عن أنس ابن مالك - رضي الله عنه : (أن رجلاً من الأنصار أتى النبي ﷺ فشكا إليه الحاجة، فقال له النبي ﷺ: ما عندك شيء؟، فأتاه بحلس وقدر، وقال النبي ﷺ: من يشتري هذا؟، فقال: رجل أنا أخذهما بدرهم، قال: من يزيد على درهم؟، فسكت القوم، فقال: من يزيد على درهم؟، فقال رجل: أنا أخذهما بدرهمين، فقال: هما لك^(١)).

الدليل الثاني: عن جابر - رضي الله عنه - (أن رجلاً أعتق غلاماً له عن دبر، فاحتاج، فأخذه النبي ﷺ، فقال: من يشتريه مني؟، فاشتراه نعيم بن عبد الله بكذا وكذا، فدفعه إليه)^(٢).

واعترض عليه الإسماعيلي^(٣)، فقال: ليس في قصة المدبر بيع المزايدة^(٤).

فأجاب ابن بطل بأن شاهد الترجمة منه قوله ﷺ في الحديث (من يشتريه مني؟)، فعرضه للزيادة ليستتضي فيه للمفلس الذي باعه عليه^(٥).

القول الثاني: أن بيع المزايدة غير مشروع إلا في بيع الغنائم والمواثيق.

(١) بدائع الصنائع ٢٣٢/٥، المغني ٣٠٧/٦.

والحديث أخرجه الإمام أحمد في المسند ٥٣/٩. والترمذي في سننه ٥٢٢/٣ في أبواب البيوع، باب «ما جاء في بيع من يزيد»، وابن ماجه في سننه ٧٤٠/٢، ٧٤١، كتاب التجارات، باب بيع المزايدة. والبيهقي في سننه ٣٤٤/٥.

وقال الترمذي: حديث حسن لا نعرفه إلا من حديث الأخضر بن عجلان عن أبي بكر الحنفي. وقال الزيلعي في نصب الراية ٢٣/٤، والحافظ في التلخيص: ١٥/٣: أعله ابن القطان بجهل حال أبي بكر الحنفي، ونقل عن البخاري أنه قال: لا يصح حديثه. وقال: لا أعرف أحداً نقل عدالته وإنما حسنه الترمذي على عادته في قبول المشاهير. وقال الزيلعي: وقال الترمذي في العلل الكبير، سألت محمد بن إسماعيل عن هذا الحديث، فقال: الأخضر بن عجلان ثقة، وأبو بكر الحنفي اسمه عبد الله.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه ٤١٥/٤، كتاب البيوع، باب بيع المزايدة.

(٣) هو الإمام الحافظ شيخ الإسلام أبو بكر أحمد بن إبراهيم بن إسماعيل الإسماعيلي. شيخ الشافعية. حدث عنه خلق كثير، منهم الحاكم، الذي قال عنه: الإسماعيلي واحد عصره، وشيخ المحدثين. أهد. وقد صنف تصانيف كثيرة تشهد له بالإمامة، منها «المستخرج على الصحيحين»، قال الحسن بن علي الحافظ: كان الواجب على الشيخ أبو بكر أن يصف لنفسه شيئاً فإنه كان يقدر على ذلك، وهو أجل من أن يتقيد بغيره، البخاري أو غيره. مات سنة إحدى وسبعين وثلاثمائة.

انظر سير أعلام النبلاء ١٦/٢٩٢ - ٢٩٦.

(٤) فتح الباري ٤١٦/٤.

(٥) فتح الباري ٤١٦/٤.

بهذا قال مجاهد،^(١) وعطاء،^(٢) والأوزاعي، واسحاق بن راهويه، وكرهه النخعي^(٣).

أدلة القول الثاني:

الدليل الأول: عن سفيان بن وهب قال: (سمعت النبي ﷺ ينهى عن بيع المزايدة)^(٤)، وفي رواية عن زيد بن أسلم قال: (سمعت رجلاً - يقال له شهراً كان تاجراً - وهو يسأل عبد الله ابن عمر عن بيع المزايدة، فقال: نهى رسول الله ﷺ أن يبيع أحدكم على بيع أخيه حتى يذر إلا الغنائم والموارث)^(٥).

الدليل الثاني: عن أبي هريرة - رضي الله عنه - أن رسول الله ﷺ قال (لا يسم المسلم على سوم أخيه)^(٦).

واعترض عليه: بأن لا يشمل بيع المزايدة، وإنما هو خاص بالبيع الذي مال فيه البائع لإجراء العقد مع المشتري، ولم يتطلع إلى عرض من مشتر آخر، فإن كان يتطلع إلى ذلك ويطلبه فإنه يجوز لمشتري آخر أن يسوم، ولا يدخل فعله هذا فيما نهى عنه النبي ﷺ، دل على ذلك الأحاديث الواردة في مشروعية بيع المزايدة^(٧).

(١) انظر قوله وقوله من بعده في فتح الباري ٤/١٦٤.

ومجاهد هو أبو الحجاج مجاهد بن جبر المكي مولى بني مخزوم. شيخ القراء والمفسرين. روى عن ابن عباس فأكثر وأطاب. وأخذ عنه القرآن والتفسير والفقه، وعن جمع من الصحابة. قال: عرضت القرآن على ابن عباس ثلاث عرضات أفقه عند كل آية، أسأله فيم نزلت وما يرد بها. وأخذ عنه الرواية والعلم جمع من كبار التابعين. انظر سير أعلام النبلاء ٤/٤٤٩ - ٤٥٧.

(٢) هو محمد عطاء بن أبي رباح، مولى بني جمح. قال ابن سعد: انتهت إليه فتوى أهل مكة. وكان ثقة فقيهاً عالماً كثير الحديث. أدرك مائتي صحابي. قدم ابن عمر مكة، فسأله، فقال: تسألوني وفيكم ابن أبي رباح. مات سنة أربع عشرة ومائة. انظر طبقات الحفاظ ص ٤٥، ٤٦.

(٣) هو أبو عمران إبراهيم بن يزيد بن قيس النخعي البصري. الإمام الحافظ فقيه العراق. أدرك جماعة من أصحاب النبي ﷺ، ولكنه لم يحدث عنهم. قال الشعبي: ما وجدت أعلم منه ولا أفقه، وقال الإمام أحمد: كان إبراهيم ذكياً صاحب سنة. توفي سنة ست وتسعين.

انظر سير أعلام النبلاء ٤/٥٢٠.

(٤) قال الهيثمي في مجمع الزوائد ٨٧/٤: رواه الزوار وإسناده حسن.

وقال الشوكاني في نيل الأوطار ١٦٩/٥: فيه ابن لهيعة وهو ضعيف.

(٥) قال الهيثمي في مجمع الزوائد ٨٧/٤: رواه أحمد، والطبراني في الأوسط. وفيه ابن لهيعة، وحديثه حسن، وبقي رجاله رجال الصحيح، وجاء في التعليق المغني على سنن الدارقطني ١٣/٣: أخرجه الدارقطني عن ابن عمر موقوفاً من ثلاث طرق: في الأولى ابن لهيعة، وفي الثانية شهر بن حوشب وقد تكلم فيهما، وفي الثالثة الواقدي، وهو متروك.

(٦) أخرجه مسلم في صحيحه ٣/١١٥٤ - ١١٥٥، كتاب البيوع، باب «تحرير بيع الرجل على بيع أخيه». وأخرجه

البخاري في صحيحه ٤/٤١٣ بلفظ: «لا يبيع بعضكم على بيع أخيه».

(٧) تبين الحقائق ٤/٦٧، المهذب ١/٢٩٨، المغني ٦/٣٠٧.

المسألة الأولى

تعيين الإيجاب والقبول في بيع المزايدة

يمر عقد المزايدة بثلاث مراحل، الأولى: المناذاة على السلعة، والثانية: تقديم المزايد لشرائها بسعر معين. والثالثة: رضا البائع بما تقدم به المزايد، ويسمى إرساء المزداد. والمناذاة ليست إيجاباً ولا قبولاً، ولكنها دعوة إلى التبايع. وينحصر الإيجاب والقبول في تقديم المزايد للشراء، ورضا البائع بعرضه. والإيجاب عند الخفية في بيع المساومة ما صدر أولاً، والقبول ما تلاه^(١). وأما عند الجمهور فإن الإيجاب ما صدر عن «المملك» ولو تأخر، والقبول ما صدر عن الممثلة ولو تقدم^(٢). وكذلك الأمر عندهم في بيع المزايدة. فهذا الباجي يقول: «وقد استحسب مالك للسلطان فيما يبيع على مفلس أو ميت أن يتأني ثلاثاً عسى بزائد أن يزيد...، فإذا بلغ انتهاءه على أحد استأناه قبل الإيجاب يكون فيه الخيار للسلطان لا للمبتاع، فإن زيد عليه قبله وإلا لزمه، فإذا أوجبه، ثم جاء من يزيد لم تقبل زيادته»، وقال: «وبيع المزايدة هو: الرجل يعرض سلعته في السوق، يمشي بها على من يشتري تلك السلعة ويطلب زيادة من يزيد فيها، فهذا لا يمنع أحد من الزيادة فيها قبل الإيجاب، فيلزم من زاد فيها شراؤها بما زاد، وإن فارقه بغير الإيجاب...، فإذا أوقع الإيجاب له لم تقبل عليه زيادة^(٣)».

وقال شيخ الإسلام: «لو قيل إنه في بيع المزايدة: ليس لأحدهما أن يفسخ، لما فيه من الضرر بالآخر كان متوجهاً؛ لأنه لو لم يقبل أمكنه أن يبيع الذي قبله فإذا قبل، ثم فسخ كان قد غر البائع^(٤)».

المسألة الثانية

الأسباب التي يبطل بها العطاء الذي يتقدم به المشتري

السبب الأول: رجوع المزايد عن العطاء الذي تقدم به. الأصل في هذه المسألة ما ذكره أهل العلم في مسألة رجوع الموجب عن إيجابه،

(١) الجوهرة النيرة ١/ ٢٢٥.

(٢) الحُرشي ٦/٥، مغني المحتاج ٣/٢، غاية المنتهى ٣/٢.

(٣) المنتهى ١٠١/٥. وانظر مواهب الجليل ٢٣٨/٤.

(٤) حاشية ابن قاسم ٣٨٠/٤.

وسواء اعتبرنا العطاء الذي يتقدم به المزايد إيجاباً أو قبولاً فإن الحكم في الرجوع عن أيهما واحد؛ لاشتراكهما في علة المنع أو الجواز. وقد ذهب الجمهور إلى أن للموجب في البيع أن يرجع عن إيجابه^(١)، ولم يوردوا هنا في بيع المزايدة استثناءً يخالف ذلك. وذهب المالكية إلى أن الموجب ليس له أن يرجع، على هذا نصوا في بيع المزايدة^(٢)، كما نصوا عليه في بيع المساومة^(٣). وقد استحسّن شيخ الإسلام ذلك فقال: «لو قيل إنه في بيع المزايدة: ليس لأحدهما أن يفسخ، لما فيه من الإضرار بالآخر كان متوجهاً؛ لأنه لو لم يقبل أمكنه أن يبيع الذي قبله، فإذا قبل ثم فسخ كان قد غر البائع، بل يتوجه، كقول مالك: إنه في بيع المزايدة إذا زاد أحدهما شيئاً لزمه، ألا ترى أنه في النجش إذا زاد غر المشتري، فكذلك هنا إذا زاد فقد غر البائع، وقد نُهي عن أنواع من العقود لما فيها من الإضرار بالغير، فعلى قياسه يُنهي عن الفسوخ التي فيها ضرر بالبائع»^(٤).

السبب الثاني: سقوط عطاء المشتري بعطاء من مشتر آخر.

انصب كلام أهل العلم في هذه المسألة على المزايدة العلنية، ولكن المزايدة السرية بواسطة المظاريف فيها من التميز ما قد يوجب اختلافها في الحكم عن المزايدة العلنية، فلزم من ذلك إفرادها بالبحث.

أولاً: سقوط عطاء المشتري بعطاء من مشتر آخر في مزايدة علنية.

يرد في المسألة لأهل العلم قولان:

القول الأول: يسقط العطاء بآخر لاحق.

هو قول منصوص عليه عند المالكية. وقال الخطّاب: وقد جرى العرف في مكة وكثير من البلاد على ذلك^(٥). وهو مقتضى قول أهل العلم غير المالكية جميعاً، فإنهم اتفقوا على أنه إذا صدر عن أحد العاقدين قبل الانعقاد ما يدل على إعراضه عن العقد، كتشاغل بكلام أجنبي عن العقد فإن العقد لا ينشأ، وتوجه المناادي إلى مشتر آخر إعراض صريح منه عن عرض الأول^(٦).

ودليل هذا القول: أن التشاغل بعرض آخر إعراض صريح عن الأول.

(١) البحر الرائق ٥/٢٨٤، روضة الطالبين ٤/٢٤١، المغني ٩/٤٦٣.

(٢) مواهب الجليل ٤/٢٣٨.

(٣) حاشية الدسوقي ٣/٤.

(٤) حاشية ابن قاسم ٤/٣٨٠.

(٥) مواهب الجليل ٤/٢٣٧.

(٦) بدائع الصنائع ٥/١٣٦، المجموع ٩/١٨٠، المغني ٦/١٢.

القول الثاني: لا يسقط العطاء بعطاء آخر أزيد منه، بل يلزم صاحبه. فكل من قدم عرضاً في بيع المزايدة يُلزم به.

هو قول عند المالكية^(١). وهو جار على أصل المالكية في أن الموجب لا يملك الرجوع عن إيجابه. فلا يلزم البائع أن يرسي المزايدة على المشتري الذي قدم أعلى ثمن.

وعلى له الخطاب: بأن البائع قد يكون له غرض صحيح في ترك الثمن الأعلى واختيار الأدنى، كأن يرغب في معاملة صاحب العطاء الأدنى دون غيره. ولا يُعد طلبه للزيادة بعد سماعه العطاء الأدنى إبراء لصاحب العطاء الأدنى^(٢).

والراجح فيما يظهر لي أن العطاء اللاحق يُبطل السابق؛ لأن البائع أعرض عن الأول وأقبل على الثاني، وإعراضه عن الأول رد له، فلا يبقى له حق في التمسك به.

ثانياً: سقوط عطاء المشتري بعطاء من مشتر آخر في المزايدة بواسطة المظاريف السرية.

المزايدة التي تتم بطريقة المظاريف السرية تختلف في طبيعتها عن المزايدة العلنية في أمر جوهري، وهو أن العطاءات المقدمة عبر المظاريف تفتح في وقت واحد، فلا يكون هناك عطاء متقدم على الآخر، لذلك يرى الشيخ مصطفى الزرقا: أن جميع العطاءات المقدمة عن طريق المظاريف جميعها إجابات قائمة لا يبطل بعضها بعضاً؛ لأن فتح البائع المظاريف وإطلاعه عليها جميعاً لا يعد إعراضاً منه عن بعضها إلى بعض^(٣).

وهو رأي له وجاهته - فيما يظهر لي - لأن الحكم ببطلان العرض المتأخر بالمتقدم في المزايدة العلنية علته أن البائع أعرض عن عرض المشتري إلى عرض آخر فيبطل، وليست هذه العلة متحققة في العروض المقدمة بواسطة المظاريف السرية.

السبب الثالث: التفريق من مجلس البيع قبل رسو المزايدة.

يرسو المزايدة برضا البائع بآخر عطاء قُدم إليه، فإذا خرج البائع أو من ينوب عنه من مجلس البيع فهل يبطل العطاء أولاً؟ قولان لأهل العلم.

القول الأول: إذا فارق المشتري البائع دون إيجاب من البائع في بيع المزايدة يلزمه

(١) مواهب الجليل ٢٣٧/٤.

(٢) العقود المسماة ص ١٣٤.

العطاء الذي تقدم به بخلاف الحال في بيع المساومة لا يلزم المشتري فيه شيء إذا حصل التفرق قبل تمام العقد.

هو قول عند المالكية^(١)، وهو ظاهر كلام الحنفية فقد جاء في الفتاوى الهندية أنه: «إن كان الدلال هو الذي ينادي على السلعة وطلبها إنسان بثمان، فقال الدلال حتى أسأل المالك، فلا بأس للغير أن يزيد بعد ذلك في هذه الحالة، فإن أخبر الدلال المالك، فقال بعه بذلك، وأقبض الثمن، فليس لأحد أن يزيد بعد ذلك»^(٢).

أدلة القول الأول:

الدليل الأول: أن المشتري ألزم نفسه بالشراء^(٣) فيلزمه ما التزمه.

الدليل الثاني: أن العرف يقتضي إلزام المشتري في بيع المزايدة بالثمن الذي عرضه في السلعة حتى ولو انفض المجلس قبل رضا البائع بذلك، بينما يقتضي العرف خلاف ذلك في بيع المساومة^(٤).

القول الثاني: يبطل العطاء بانتهاء المجلس ما لم يسبقه اتفاق على عدم بطلانه، أو يدل العرف على عدم البطلان.

هو قول عند المالكية^(٥). وقد اتفق أهل العلم على أن كلا من الإيجاب والقبول يبطل إذا حصل التفرق من المجلس قبل صدور الآخر، وذلك في بيع المساومة^(٥)، وقولهم - هناك - عام لا يخرج عنه بيع المزايدة.

ودليل هذا القول:

أن التفرق دليل على الإعراض عن العقد.

والراجع: فيما يظهر لي القول الثاني، ؛ لأنه الأصل المتفق عليه في بيع المساومة، ولم يوجد ما يوجب الخروج عنه في بيع المزايدة، والنصوص التي دلت على أن مجلس العقد ينقضي بالتفرق لم تفرق بين بيع المساومة وبيع المزايدة.

(١) مواهب الجليل ٢٣٨/٤، المتقى ١٠١/٥.

(٢) ٢١٠/٣.

(٣) مواهب الجليل ٢٣٧/٤.

(٤) مواهب الجليل ٢٣٨/٤.

(٥) البحر الرائق ٢٨٥/٥، بداية المجتهد ١٧٠/٢، فتح الباري ٣٨٨/٥، المغني ١١/٦.

المطلب الثاني

عقد الإذعان

وفيه نهيد ومسألة:

التمهيد: فيه التعريف بعقد الإذعان، وبيان خصائصه.

عقد الإذعان: هو نوع شائع من العقود، يقع على منفعة من المنافع العامة الضرورية كالكهرباء والماء تخضع لاحتكار جهة معينة، فيقوم هذا المحتكر بعرض هذه الخدمة على المحتاجين إليها بشروط وتفاصيل ينفرد بوضعها، فعقد الإذعان يتميز بالخصائص التالية:

١] أن موضوع العقد ومحل منفعة ضرورية لعموم الناس لاغنى بهم عنها كالماء، والكهرباء، والهاتف.

٢] أن المنفعة محتكرة في يد جهة واحدة، أو جهات قليلة، ولا يجد المستهلك المحتاج إلى المنفعة جهة أخرى يستغني بها عن معاملة الجهة المحتكرة.

٣] أن المحتكر ينفرد بوضع تفاصيل العقد، ولا يكون للطرف الآخر دور في وضعها، وفي الغالب تكون هذه التفاصيل في صالح المحتكر. فبعضها يتضمن عقوبات جزائية ضد المستفيد في حالة إساءته استعمال المنفعة، وبعضها يعفي المحتكر من مسؤولية أى أضرار تقع على المستفيد.

٤] يكون العرض الصادر عن المحتكر موحداً في تفاصيله لايفرق بين مستفيد وآخر، ويكون موجهاً إلى الجمهور، أو طائفة معينة من الجمهور لا إلى شخص معين.

٥] تهدف الجهة التي تعرض الخدمة إلى أن يبقى عرضها ساري المفعول لمدة طويلة. ولا تحصره عادة في الزمن اليسير الذي يكفي لقبول العرض فحسب، كما هو الشأن في العقود.

٦] يكون المحتكر للخدمات ملزماً في غالب الأحوال بقبول طلبات التعاقد التي تقدم إليه من قبل المستفيدين^(١).

فيتبين مما ذكر أن قبول الفرد المحتاج إلى الخدمة بالشروط التي وضعها محتكر الخدمة هو في الحقيقة رضوخ، وتسليم للأمر الواقع، وليس رضا بالمعنى الشرعي المقصود، فالمستفيد من الخدمة لاغنى به عن الخدمة المعروضة لأنها تتعلق بمنفعة ضرورية، وفي الوقت نفسه لا يملك مناقشة شروط العقد وتفصيله، فليس أمامه إلا الإذعان لما يمل به المحتكر. فوصف هذه المعاملة بأنها عقد محل نظر بسبب الاضطرار الذي أحاط بالمستفيد من الخدمة.

(١) انظر في جميع ماسبق مصادر الحق في الفقه الإسلامي ٧٤/٢، ٧٥؛ نظرية العقد، د. عبد المنعم فرج ص ٢٤٧ - ٢٥٠. نظرية العقد والإرادة المفردة د. عبد الفتاح عبد الباقي ص ٢٠٧، ٢٠٨.

المسألة الأولى

تعيين الإيجاب والقبول في عقود الإذعان

الرأى الشائع فى تحديد الإيجاب والقبول فى عقود الإذعان: أن الإيجاب فى عقود الإذعان هو عرض الخدمة أو السلعة على الجمهور من قبل الجهة التى تملك التصرف فيها. والقبول هو الرضا بإنشاء العقد على أساس الشروط التى يعرضها الموجب^(١). وفى هذه الحالة يفتقد الإيجاب إلى شرط من شروط صحته، وهو أن يكون موجهاً لمعين.

وذهب بعضهم إلى أن الإيجاب هو تقدم المشترك فى الخدمة بطلب الاشتراك. وأن القبول يصدر فعلاً لا قولاً من المحتكر عندما يقوم بإيصال الخدمة المطلوبة^(٢). وفى هذه الحالة يفتقد القبول إلى شرط من شروط صحته وهو اتصاله بالإيجاب فى مجلس العقد.

فيجب النظر فى هذه العقود وترتيب إجراءاتها بما يتوافق مع القواعد الشرعية.

(١) مصادر الحق ٧٤/٢، ٧٥، نظرية العقد، د. عبد المنعم فرج ص ٢٥٠. نظرية العقد د. عبد الفتاح عبد الباقي ص ٢٠٧.

(٢) للدخل الفقهى العام ١/ ٣٣٠.

المطلب الثالث

التعاقد بالهاتف

ينظر في حكم التعاقد بالهاتف من حيث صحة العقد، ومن حيث الحد الذي ينتهي إليه مجلس العقد.

المسألة الأولى

صحة العقد مع عدم اجتماع

العاقدين في مكان واحد

ينشأ العقد بالمحادثة الهاتفية، ولا يكون عدم اجتماع العاقدين مانعاً من ذلك. وهذا مرجعه إلى ثلاثة أمور:

الأول: أن حالة التعاقد بالهاتف أقل من حيث الفرقة من حالة التعاقد بين غائبين بواسطة رسول أو كتاب، فإن المتعاقدين عبر الهاتف يسمع أحدهما كلام الآخر. وقد اتفق أهل العلم على صحة العقد الذي يجريه الغائبان بينهما بواسطة كتاب أو رسول^(١).

الثاني: أن أهل العلم نصوا على أن التفرق المنهي لمجلس العقد يرجع للعرف، فما دل العرف على أنه إعراض عن العقد، فإنه يكون منهيّاً لمجلس العقد^(٢)، والمحادثة الهاتفية هي في العرف إقبال على العقد لا إعراض.

الثالث: أن الفقهاء نصوا على أن رجلين لو تناديا وكل منهما في مكان بحيث لا يرى أحدهما الآخر، فأوجب أحدهما وقبل الآخر صح العقد، بشرط ألا يؤدي البعد إلى التباس الفهم والسمع^(٣).

المسألة الثانية

انتهاء المجلس في التعاقد بالهاتف

الاحتمالات الواردة بالنسبة لانتهاء المجلس في التعاقد بواسطة الهاتف ثلاثة:

(١) بدائع الصنائع ١٣٨/٥، مواهب الجليل ٢٤١/٤، روضة الطالبين ٣٦٦/٥، مجموع فتاوى شيخ الإسلام ٤١١/١٣.

(٢) فتح الباري ٣٨٦/٥، مواهب الجليل ٢٤٠/٤، المجموع ١٩٢/٩، المغني ١٢/٦.

(٣) البحر الرائق ٢٩٤/٥، روضة الطالبين ٤٣٨/٣، مطالب أولي النهى ٨٨/٣.

أولاً: أن يقال إن المجلس ينتهي بقيام كل من العاقلين من موضعه الذي كان فيه في أثناء المكالمة.

ثانياً: أن يقال إنه ينتهي بقيام واحد منهما، ولو لم يقم الآخر.

ثالثاً: أن يقال إنه ينتهي بمجرد انتهاء المكالمة.

فأما قيام كلا العاقلين فهو ينهي المجلس قطعاً؛ لأن الفقهاء قالوا في خيار المجلس بين المتنادين إنهما لو قاما انقطع الخيار^(١).

ولو قام أحدهما انتهى المجلس أيضاً - فيما يظهر لي - لأن الفقهاء قالوا إنه إذا قام أحد المتنادين عن مجلسه انقطع خياره، واختلفوا في الآخر الذي لم يقم هل ينقطع خياره أو لا؟^(١)، ولكن الشأن في تحديد نهاية مجلس العقد ليس كالشأن في خيار المجلس، فإن مجلس العقد ينتهي إذا انقطع المجلس بالنسبة لأحد العاقلين، كما لو كانا في مكان واحد فخرج أحدهما.

ويبقى النظر في انقضاء المجلس بمجرد انتهاء المكالمة الهاتفية. والقاعدة الثابتة في كلام الفقهاء في تعيين ما ينقطع به مجلس العقد أنه ينقطع بكل ما دل على إعراض العاقلين أو أحدهما عن إجراء العقد.

وبناء عليه إذا أوجب أحد المتحدثين بالهاتف ولم يقبل الآخر حتى انتهت المكالمة بطل الإيجاب؛ لأن إعراضه عن القبول حتى انتهاء المكالمة إعراض صريح عن العقد. أما إذا استمهل صاحبه فأمله، وانتهت المكالمة على ذلك، فلا يعد تأخير القبول إعراضاً عن العقد. والله أعلم. وهذا يوافق ما ذكره أهل العلم من أن الإيجاب إذا كان مكتوباً فقرأ على المخاطب به فلم يقبل حتى انفض المجلس ثم قبل بعد ذلك لم ينعقد العقد لبطلان الإيجاب بالتفرق^(٢).

(١) المجموع ١٨١/٩. مطالب أولى النهى ٨٨/٣.

(٢) انظر ص ٣٣١.

الفصل الثالث

التعبير عن الإيجاب والقبول

وفيه خمسة مباحث:

المبحث الأول: التعبير باللفظ .

المبحث الثاني: التعبير بالمعاطاة .

المبحث الثالث: التعبير بالإشارة .

المبحث الرابع: التعبير بالكتابة .

المبحث الخامس: الاكتفاء بالسكوت، ودلالة الحال .

المبحث الأول

التعبير باللفظ

وفيه ثلاث مطالب:

المطلب الأول: في تقسيم الألفاظ إلى صريح وكنائي، وبيان ما يصح إنشاء الالتزام به منها.

المطلب الثاني: التقيد في إنشاء الالتزام بلفظ معين.

المطلب الثالث: أنواع الصيغ اللفظية، وحكم استعمال كل نوع في إنشاء الالتزام.

المطلب الأول

فى تقسيم الألفاظ إلى صريح وكنائى ، وبيان ما يصح
إنشاء الالتزام به منها .

وفيه ثلاث مسائل:

- المسألة الأولى: اللفظ الصريح ، وحكم إنشاء الالتزام به .
- المسألة الثانية: اللفظ الكنائى ، وحكم إنشاء الالتزام به .
- المسألة الثالثة: تحول اللفظ الكنائى إلى لفظ صريح .

المسألة الأولى

اللفظ الصريح، وحكم إنشاء الالتزام به

وفيه ثلاث فروع.

الفرع الأول: ضابط اللفظ الصريح.

اللفظ الصريح: هو ما دل على معنى الالتزام الذي وضع اللفظ علماً عليه دون حاجة إلى قرينة أو مفسر، بحيث إذا أطلق علم أن المقصود ذلك الالتزام بعينه دون غيره^(١).

وهذا الضابط يسري على الأساليب الأخرى في التعبير - غير اللفظ - فما دل منها على إنشاء التزام معين ولم يحتمل معنى آخر، فهو أسلوب صريح في إنشاء الالتزام^(٢).

الفرع الثاني: المرجع في الحكم على اللفظ بأنه صريح:

في الفرع السابق تبين الوصف العام للفظ الصريح؛ أما المرجع في الحكم على لفظ بعينه أنه صريح أو لا، فقد قال السيوطي في بيانه: اختلف أهل العلم في تحديد المرجع في الحكم على اللفظ بأنه صريح فقليل: إنه ورود اللفظ في نصوص الشرع، وقيل: شهرة الاستعمال^(٣)، وقال البهوتي: إن الصريح ما كان في عرف الشارع والاستعمال كذلك^(٤). وقال الحنفية: الصريح ما غلب استعماله في معنى^(٥). وقال السبكي: إن الصريح مراتب، أقواها ما تكرر وروده في نصوص الكتاب والسنة،

(١) البحر الرائق ٢٦٩/٣، شرح فتح القدير ٣/٣٥٠، ٣٥١. الفروق للقرافي، الفرق ١٦١، ج ٣ ص ١٥٢، تهذيب الفروق ٣/١٩٠، المتقى ٤/١٥٧، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٢٩٣، نهاية المحتاج ٣/٣٧٥، قواعد ابن رجب قاعدة ٣٩ ص ٥٠.

كشف القناع ٥/٢٤٥، المغني ١٠/٣٥٦.

(٢) أصول السرخسي ١/١٨٧، المتقى ٤/١٥٧.

(٣) الأشباه والنظائر ص ٢٩٣، وانظر نهاية المحتاج ٣/٣٧٥.

(٤) كشف القناع ٥/٢٤٥.

(٥) الهداية وشرح فتح القدير ٣/٣٥١.

وشاع استعماله عند العلماء والعامّة. وأدناها ما لم يرد به نص، ولا شاع عند العلماء، وإنما شاع عند العامّة، وبينهما مراتب، وما ورد في النص أقوى مما لم يرد وشاع في الاستعمال، وما شاع عند العلماء أقوى مما شاع عند العامّة^(١).

وقال ابن الشاط^(٢): إنه يسوّى بين الوضع اللغوي والاستعمال العرفي في الحكم على اللفظ بأنه صريح فيما استعمل فيه أو غير صريح، فإذا كان اللفظ موضوعاً في اللغة لمعنى معين، ثم استعمل في العرف في معنى آخر وشاع استعماله، ففي أي المعنيين استعمل اللفظ فإنه يعد صريحاً^(٣).

الفرد الثالث: حكم إنشاء الالتزام باللفظ الصريح.

اللفظ الصريح ينشأ به الالتزام دون حاجة إلى نية تفسر المراد به، أو قرينة^(٤). وقال ابن الهمام: لا ينشأ الالتزام بمجرد اللفظ بلا نية، فلا يثبت بلفظ البيع حكمه بلا نية إلا إذا أُراده به، ولا فرق في ذلك بين لفظ صريح، ولفظ كنائي^(٥).

وعلل لذلك: بأن المعنى هو المعتبر في العقود عند جميع الفقهاء، ومن المسائل التطبيقية عنده على ذلك أن الرجل لو قال لآخر «وهبتك هذه الدار بدارك الفلانية»، فرضي الآخر، فهو بيع بالإجماع لا هبة. ومنها أنه لا ينعقد البيع ونحوه باللفظ الصريح من الهازل. وبذلك يثبت عنده أن اللفظ ليس له تأثير في إنشاء الالتزام، إذا لم تقارن نية إنشاء الالتزام^(٦).

ولكن ابن الهمام لم يطرد قاعدته هذه على الطلاق والعتاق، فسلم فيهما بأن اللفظ الصريح يُعمل ولا يُنظر إلى وجود النية أو عدم وجودها، بينما اللفظ الكنائي لا يعمل إلا إذا قارنته النية^(٦)، وهذا تسليم منه بأن اللفظ الصريح يفيد بذاته إنشاء الالتزام، ولا يفتقر إلى النية، فإن الشارع جعله مفيداً لذلك.

ولا يظهر لي فرق كبير مؤثر بين ما ذهب إليه الجمهور وما ذهب إليه ابن الهمام، فهذا شيخ الإسلام ابن تيمية - وهو ممن لم يشترط النية في الصريح - يقول: «إن

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٢٩٣.

(٢) هو أبو القاسم قاسم بن عبد الله بن محمد بن الشاط. كان موفور الحظ في الفقه، صاحب نظر عجيب، أخذ عنه الجلة من أهل الأندلس. وله باع طويل في العربية. له تأليف عديدة منها «اتوار البروق في تعقب مسائل القواعد والفروق». توفي في مدينة سبته بالأندلس عام ثلاثة وعشرين وسبع مائة. انظر الديباج ١٥٢/٢، ١٥٣.

(٣) تهذيب الفروق ١٩٧/٣.

(٤) أصول السرخسي وانظر روضة الطالبين ٢٣/٨، نهاية المحتاج ٤٢٤/٦، كشف القناع ٢٤٦/٥، المبدع ٢٦٩/٧، المغني ٣٥٥/١٠.

(٥) شرح فتح القدير ٤٥٨/٥، ٤٥٩.

(٦) شرح فتح القدير ٤٥٨/٥، ٤٥٩.

العقود وغيرها من التصرفات مشروطة بالقصود كما قال النبي ﷺ: (إنما الأعمال بالنيات)^(١)، ثم قال: وكل لفظ بغير قصد من التكلم؛ لسهو وسبق لسان وعدم عقل، فإنه لا يترتب عليه حكم. وأما إذا قصد اللفظ ولم يقصد معناه كالهازل، فهذا فيه تفصيل^(٢). والسيوطي - وهو أيضاً ممن لم يشترط النية في الصريح - أورد قاعدة «الأمور بمقاصدها»، وأورد ما يدخل فيها من المسائل، فقال: «ومما تدخل فيه من العقود ونحوها كنيات البيع والهبة والوقف...» ثم قال: ويدخل أيضاً فيها في غير الكنيات مسائل شتى: كقصد لفظ الصريح لمعناه، ونية المعقود عليه في المبيع والتمن، وعوض الخلع، والمنكوحة^(٣)، ثم قال في موضع آخر: «الصريح لا يحتاج إلى نية والكنية لا تلزم إلا بنية»^(٤) وقال بعده: «قد يشكل على قولهم الصريح لا يحتاج إلى نية قولهم: يشترط في وقوع الطلاق قصد حروف الطلاق بمعناه، وليس بمشكل، فإن المراد في الكنية قصد إيقاع الطلاق، وفي الصريح، قصد معنى اللفظ بحروفه لا الإيقاع، ليخرج ما إذا سبق لسانه، وما إذا نوى غير معنى الطلاق - الذي هو قطع العصمة - كالحل من وثاق، ويدخل ما إذا قصد المعنى ولم يقصد الإيقاع كالهازل»^(٥).

المسألة الثانية

اللفظ الكنائي، وحكم إنشاء الالتزام به

وفيها فرعان

الفرع الأول: ضابط اللفظ الكنائي.

اللفظ الكنائي في الدلالة على معنى الالتزام هو: مادل على إنشاء التزام معين، ودل في الوقت نفسه على معنى آخر أو أكثر من معنى، واحتاج إلى مفسر من نية، أو قرينة تعين المعنى الذي قصده التكلم بذلك اللفظ^(٦).

(١) أخرجه البخاري في صحيحه ١٥/١ كتاب بدء الوحي، الحديث الأول {طبعة دار الريان للتراث الطبعة الثانية ١٤٠٩ هـ تحقيق محب الدين الخطيب}.

(٢) مجموع الفتاوى ١٠٧/٣٣.

(٣) الأشباه والنظائر ص ١٠.

(٤) الأشباه والنظائر ص ٢٩٣.

(٥) الأشباه والنظائر ص ٢٩٤.

(٦) أصول السرخسي ١٨٧/١، البحر الرائق ٣٢١/٧، الفروق للقرافي ١٥٣/٣ الفرق ١٦١، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٢٩٣، نهاية المحتاج ٤٢٤/٦، ٤٢٥، كشف القناع ٢٤٦/٥.

وهذا الضابط يسري على الأساليب غير اللفظ، فما كان منها محتملاً لمعنى غير إنشاء الالتزام فهو كنائي^(١).

الفرد الثاني: حكم استعمال اللفظ الكنائي في إنشاء الالتزام.

لم أطلع على قول يمنع استعمال اللفظ الكنائي على الإطلاق، وإنما البحث قائم في تقييد استعمال اللفظ الكنائي والفقهاء في ذلك على قولين:

القول الأول:

ينشأ الالتزام باللفظ الكنائي إذا صاحبه نية إنشاء الالتزام، أو قرينة خارجية تدل على أن المراد به إنشاء الالتزام.

به قال الحنفية^(٢)، والمالكية^(٣)، والحنابلة^(٤).

أدلة القول الأول:

الدليل الأول: عموم الآيات والأحاديث الواردة في مشروعية إنشاء العقود وسائر الالتزامات^(٥) كقول الله تعالى: ﴿ وَأَهْلُ اللَّهِ بَيْعٌ ﴾^(٦)، وقوله ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ ﴾^(٧)، وقوله ﷺ (من أسلم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم)^(٨). فهذه النصوص، وما كان في معناها يدل على أن الالتزامات تنشأ بكل ما دل على معناها دون تخصيص بالصرح منها^(٩).

والدليل على حاجة اللفظ الكنائي لمفسر هو: أن المعنى المراد باللفظ الكنائي فيه تردد، فلا يكون اللفظ موجباً للحكم ما لم يزل ذلك التردد بدليل يقتضيه^(١٠).

(١) أصول السرخسي ١٨٧/١، المنتقى ١٥٧/٤.

(٢) أصول السرخسي ١٨٨/١، شرح فتح القدير ١٠٦/٣، ١٠٧.

(٣) تفسير القرآن للقرطبي ٣٥٧/٣ في تفسير قول الله تعالى: ﴿ وَأَهْلُ اللَّهِ بَيْعٌ ﴾، حاشية الدسوقي ٥٠٤/٣.

المدونة مجلد ٢٢٢/٤، المنتقى ١٥٧/٤.

(٤) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٢٩٣، نهاية المحتاج ٢١٢/٦.

(٥) كشف القناع ٢٤٧/٥، المغني ٣٥٥/١٠.

(٦) سورة البقرة آية رقم: ٢٧٥.

(٧) سورة النساء، آية رقم: ٢٩.

(٨) أخرجه البخاري في صحيحه ٥٠٠/٤، كتاب السلم، باب السلم في وزن معلوم.

(٩) أعلام الموقعين ٢٩١/٢، الفتاوى الكبرى ١٠/٤ - ١٢.

(١٠) أصول السرخسي ١٨٨/١.

القول الثاني:

التفصيل، وإليه ذهب الشافعية، فقالوا: إن كل تصرف يستقل به الشخص ينعقد بالكناية كانعقاده بالصریح.

وما لا يستقل به الشخص ويفتقر إلى قبول بعد إيجاب فهو ضربان.

الضرب الأول: ما لا ينشأ باللفظ الكنائي، وهو ما يشترط الإشهاد لانعقاده مثل:

بيع الوكيل المشروط فيه الإشهاد، ومثل النكاح.

الضرب الثاني: ما لا يشترط فيه الإشهاد، وهو نوعان:

النوع الأول: ما يقبل مقصوده التعليق كعقد الكتابة، فهذا ينعقد باللفظ الكنائي، إذا اقترنت به نية إنشاء العقد.

النوع الثاني: ما لا يقبل التعليق كالبيع والإجارة، وهذا في صحة إنشاء العقد به

وجهان في المذهب، قال السيوطي: أصحهما الانعقاد^(١)، وهو القول الذي أطلقه أكثر الشافعية^(٢).

وعلى الشافعية: لمنع إنشاء الالتزام باللفظ الكنائي فيما يشترط لصحته الإشهاد، بأن الشهود لا يطلعون على نية العاقد فلا تتحقق الشهادة على وجهها الصحيح^(٣). ويعترض عليه بأن النية تظهر من القرائن والدلالات المحيطة بالالتزام، وبها يعرف الشهود نية المتلفظ.

الترجيح:

يظهر لي رجحان القول الأول؛ لموافقة الأصول التي انبنت عليها مشروعية العقود وسائر الالتزامات، ولم أطلع على دليل يقتضي الخروج عنها.

المسألة الثالثة

حول اللفظ الكنائي إلى لفظ صريح

قال شيخ الإسلام: إن الكناية لا تفتقر إلى النية مطلقاً، بل تتحول إلى أسلوب صريح، وذلك في الحالات التالية:

أ) إذا قُرُنَ بها لفظ من ألفاظ الصريح، أو حكم من أحكام العقد، كما قالوا في «الوقف» أنه ينعقد بالكناية «كتصدقته»، و«حرمته»، و«أبدته».

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٢٩٦، فتح الوهاب ١٥٧/١، المجموع ١٦٦/٩.

(٢) المجموع ١٦٦/٩، نهاية المحتاج ٣٧٨/٣، ٣٧٩.

(٣) مجموع الفتاوى ٢٩/١٦، ١٧.

ب) إذا اقترنت بها دلالة الحال. وهذا لانزاع فيه، كتقدم الخطبة وتعيين المهر قبل إجراء عقد النكاح.

ج) إذا أُضيف لفظ العقد إلى محل العقد.

وقال ابن الشاط في تقرير مذهب المالكية في ألفاظ الطلاق: إن الكنايات الظاهرة مثل الصريح لا يتوقف عملها على النية، فالنية إنما يُحتاج إليها في اللفظ المتردد في الدلالة على المراد، فيدل عليه وعلى غيره، والكناية الظاهرة لها معنى في العرف شاع استعماله، فقام الوضع العرفي مقام الوضع اللغوي، بينما الكنايات التي لم يشع استعمالها يتوقف عملها على النية^(١).

(١) تهذيب الفروق ٣/ ١٩٣، ١٩٨.

المطلب الثاني

التقيد في إنشاء الالتزام بلفظ معين

وفيه ثلاث مسائل:

المسألة الأولى: التقيد في إنشاء النكاح بلفظ معين .

المسألة الثانية: التقيد في إنشاء غير النكاح بلفظ معين .

المسألة الثالثة: إنشاء التزام بلفظ التزام آخر .

المسألة الأولى

التقيد في إنشاء النكاح بلفظ معين

نحير محل النزاع: قال ابن عبد البر: «أجمعوا على أنه لا ينعقد بلفظ الإحلال والإباحة»^(١) وعلى أنه ينعقد بلفظ «الإنكاح»، ولفظ «التزويج» فهما اللفظان المنصوص عليهما في الكتاب والسنة^(٢). واختلفوا في انعقاده بما سوى «الإنكاح»، و«التزويج» من الألفاظ.

وقال السيوطي: «وحكى ابن هبيرة إجماع الأئمة الأربعة على الصحة في: رضيت نكاحها. قال: ويجب التوقف في هذا النقل، والذي يظهر أنه لا يصح»^(٣) وأجاب عنه أبو زكريا الأنصاري^(٤) بقوله: إن هذا التوقف فيه نظر؛ لأنهم صححوا قول الخاطب «قبلت نكاحها»؛ لدلالته على الرضا، مع الإتيان بلفظ النكاح، فأولى أن يصح لفظ الرضا، وقد صح ما دل عليه^(٥). وبمثله قال ابن القيم^(٦).

القول الأول: ينعقد النكاح بكل لفظ دل عليه.

هو قول الحنفية^(٧). قال ابن الهمام؛ إن الألفاظ تنقسم - عند الحنفية - إلى أقسام، قسم منها لاختلاف في انعقاد النكاح به في المذهب، وهو كل لفظ يدل على التملك

(١) الفروق ٤٣/٣.

(٢) المغني ٤٦٠/٩، البحر الرائق ٩١/٣، بدائع الصنائع ٢٢٩/٢، المغني ٤٦٠/٩.

(٣) الأشباه والنظائر ص ٣٠١.

(٤) هو أبو يحيى زكريا بن محمد بن أحمد بن زكريا الأنصاري المصري الشافعي، قاض مفسر من حفاظ الحديث. نشأ فقيراً معدماً، ولده السلطان قايتباي الجركسي قضاء القضاة فلم يقبله إلا بعد مراجعة وإلحاق، ولما رأى من السلطان عدولاً عن الحق في بعض أعماله كتب إليه يزجره عن الظلم فعزله السلطان، فعاد إلى اشتغاله بالعلم إلى أن توفي سنة ٩٢٦هـ. له تصانيف كثيرة في شتى العلوم منها «أسنى المطالب شرح روض الطالب». انظر الأعلام ٤٦/٣.

(٥) شرح روض الطالب ١١٨/٣.

(٦) أعلام الموقعين ٢٩١/١.

(٧) البحر الرائق ٩١/٣، بدائع الصنائع ٢٢٩/٢، الجوهرة النيرة ٧٣/٢. الدر المختار مع حاشية ابن عابدين ١٦/٣.

المؤبد كلفظ الهبة، والعطية، والصدقة، والتملك. والجعل، والبيع، والشراء، وقسم لاختلاف في أنه لا ينعقد به وهو: الإباحة والإحلال، والإعارة، والرهن، والتمتع، والإقالة، والخلع. وقسم فيه خلاف في المذهب وهو سوى ما ذكر، كلفظ السلم، والقرض، والصلح، والإقالة، والخلع^(١).

وهو قول المالكية^(٢). قال الدسوقي^(٣): إن الألفاظ - عند المالكية - تنقسم إلى أربعة أقسام: الأول: ما ينعقد به النكاح مطلقاً، سواء أسمى صداقاً أم لم يسم، وهو «أنكحت»، و«زوجت» والثاني: ما ينعقد به إن سمي صداقاً وإلا فلا وهو لفظ «وهبت»، والثالث: ما فيه الخلاف عندهم، وهو «كل لفظ يقتضي البقاء مدة الحياة»، قيل: ينعقد به إن سمي صداقاً، وقيل: لا ينعقد به مطلقاً، والرابع: ما لا ينعقد به مطلقاً اتفاقاً، وهو كل لفظ لا يقتضي البقاء مدة الحياة، كلفظ العارية، والإجارة^(٤).

وهو قول عند الحنابلة^(٥)، قال شيخ الإسلام: ينعقد بما عده الناس نكاحاً بأي لغة، ولفظ، وفعل كان، سواء أكان كناية أم صريحاً^(٦). وقال: إنه المنصوص عن الإمام أحمد - رحمه الله - وقياس مذهبه، وعليه قدماء أصحابه فإن الإمام نص في غير موضع على أنه ينعقد بقوله: «جعلت عتقك صداقك». وليس في هذا اللفظ «إنكاح»، ولا «تزويج»، ولم ينقل عنه أنه خص صحة النكاح بهذين اللفظين^(٧).

أدلة القول الأول:

الدليل الأول: أن النبي ﷺ زوج رجلاً امرأة فقال: (أذهب فقد ملكتها بما معك من القرآن)^(٨). وهو آخر حديث سهل بن سعد في الواهبة نفسها.

(١) شرح فتح القدير ١٠٧/٣.

(٢) الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي ١٩٦/٢، ١٩٧. شرح منح الجليل ١١/٢، الفروق ١٤٣/٣، مواهب الجليل ٤٢٢/٣.

(٣) هو شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي الأزهري. كان يحضر دروسه بمصر نوابغ الطلبة. وتميزت دروسه بسهولة العرض لا يرتكب ما يتكلفه غيره من التعاطف وفخامة الألفاظ، ولهذا كثر الآخذون عليه. له تأليف رزق فيها القبول منها حاشيته على شرح الدردير. كان متحلياً بلين الجانب وحسن الخلق. مات سنة ١٢٣٠ هـ. انظر شجرة النور ١/٣٦٢.

(٤) حاشية الدسوقي ١٩٧/٢.

(٥) الإنصاف ٤٥/٨، الفروع ١٦٨/٥، القواعد لابن رجب ص ١٣، المغني ٤٦١/٩.

(٦) الإنصاف ٤٥/٨.

(٧) الإنصاف ٤٦/٨.

(٨) أخرجه البخاري في صحيحه ٣٤/٩، كتاب النكاح، باب تزويج المعسر.

ومحل الاستدلال عقده ﷺ النكاح بلفظ «ملكته»^(١). وورد الحديث أيضاً بلفظ «أمكنها» و«أبحناها»، وغير ذلك من الألفاظ^(٢).

وقد اعترض على الاستدلال بلفظ «ملكته» بأنه يرد عليه ثلاثة احتمالات كل واحد منها يمنع صحة الاستدلال:

الاحتمال الأول: أن هذا اللفظ وهم من معمر. والدليل على أنه وهم منه، أن رواية الجمهور هي بلفظ «زوجه»^(٣)، والجماعة أولى بالحفظ من الواحد^(٤).

الاحتمال الثاني: أنه روي بالمعنى، ظنا من الراوي أن لفظ، «ملكته» مرادف لـ «زوجه»^(٥).

الاحتمال الثالث: أن يكون النبي ﷺ جمع بين اللفظين فعقد النكاح بقوله «زوجه»، ثم أردفه بقوله «ملكته»، إشارة إلى قوة حق الزوج وأنه كالمالك^(٦).

والجواب عن الاحتمال الأول أنه خلاف الأصل، فإن الأصل أن رواية الثقة الضابط صحيحة، ولا يُغلط فيها دون دليل على ذلك.

وأجاب شيخ الإسلام عن الاحتمال الثاني، بأنه لما كان اللفظان عندهم في مثل هذا الموضع سواء روي الحديث تارة هكذا وتارة هكذا^(٧).

والجواب عن الثالث: أنه احتمال يرد نص الحديث.

الدليل الثاني:

أن اللفظ إذا دل على العقد بوجه من الوجوه وجب حمله عليه وتصحيحه، كما هي الحال في إيقاع الطلاق بالكنايات^(٨).

القول الثاني:

لا ينعقد النكاح إلا بلفظ النكاح أو التزويج دون غيرهما من ألفاظ العقود. هو قول عند المالكية^(٩)، قالوا فيه إذا خلا شرط العقد من لفظ الإنكاح والتزويج لم ينشأ العقد، وإذا كان الإيجاب بأحد اللفظين صح القبول بأي لفظ دل على

(١) تبين الحقائق ٩٧/٣، المغني ٩/٤٦٠.

(٢) قاله الحافظ في الفتح ١٧٢/٦، والبعوي في شرح السنة ١١٩/٩.

(٣) نهاية المحتاج ٢١٢/٦، شرح الروض ١١٨/٣.

(٤) نهاية المحتاج ٢١٢/٦، شرح روض الطالب ١١٨/٣، المغني ٩/٤٦١، كشاف القناع ٣٨/٣.

(٥) الفتاوى الكبرى ٩/٩.

(٦) شرح فتح القدير ١٠٥/٣، ١٠٦، الفتاوى الكبرى ٩/٤٦٠، المغني ٩/٤٦٠.

(٧) الفروق ١٤٣/٣، الفرق ١٥٧.

القبول^(١)، وألحق بعض أصحاب هذا القول من المالكية لفظ الهبة بلفظي «الإنكاح» و«التزويج»، لكنهم اشترطوا تسمية الصداق^(٢).

وهو قول الشافعية، ويصح العقد عندهم بالصيغ المشتقة من لفظي «الإنكاح»، و«التزويج» كأن يقول الولي للخاطب: «أنا مزوجك بنتي فلانة». وإذا ورد أحد اللفظين في الإيجاب وخلا القبول منهما، واكتفى الخاطب بلفظ «قبلت» ففي الانعقاد عندهم قولان^(٣).

وفي انعقاده باللفظ الأعجمي الذي هو معنى الإنكاح والتزويج خلاف عندهم، فمنهم من منعه مطلقاً، وقال على العاقد أن ينتظر حتى يتعلم النطق بالعربية أو يوكل، ومنهم من صححه مطلقاً، ومنهم من صححه لمن لا يحسن العربية^(٤).

وهو قول عند الحنابلة^(٥). قال المرداوي: إن عليه جماهير الأصحاب^(٦). ومع ذلك فإن أكثر أصحاب هذا القول من الحنابلة صححوا العقد إذا قال الخاطب للولي: أزوجت؟ فأجابه: نعم^(٧). وصححوا جميعاً اكتفاء الخاطب بقوله «قبلت»، بعد قول الولي: «زوجتك»^(٨). واستثنى كثير منهم لفظ «أعتقتك»، وجعلت عتقتك صداقتك، فقالوا: ينعقد به النكاح^(٩). واختلفوا في الأعجمي الذي يقدر على تعلم لفظي العقد «الإنكاح»، و«التزويج» فمنهم من قال: يلزمه تعلم أحدهما، ومنهم من قال: لا يلزمه، وله أن يجري العقد بلسانه بالمعنى الخاص الذي يرادف أحد اللفظين^(١٠).

وأما الناطق بالعربية فلا يصح منه العقد إلا بالعربية حتى لو كان العاقد الآخر لا ينطق بالعربية ولا يفهمها^(١١). وإلى هذا القول ذهب ابن حزم، وأضاف إلى لفظي «الإنكاح»، و«التزويج» لفظ «الإملاك» ولفظ «التمكين»^(١٢).

(١) شرح منح الجليل ١١/٢. مواهب الجليل ٤٢٢/٣، الشرح الكبير، وحاشية الدسوقي ١٩٧/٢.

(٢) شرح منح الجليل ١١/٢، الشرح الكبير، وحاشية الدسوقي ١٩٧/٢.

(٣) الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع ٧٤/٢، شرح المحلي، وحاشية قليوبي ٢١٦/٣، ٢١٧. فتح الوهاب ٣٤/٢، نهاية المحتاج ٢١١/٦ - ٢١٣.

(٤) الإنصاف ٤٥/٨، المغني ٤٦٠/٩، كشاف القناع ٣٨/٥، القروع ١٦٨/٥.

(٥) الإنصاف ٤٥/٨.

(٦) الإنصاف ٤٨/٨، ٤٩.

(٧) الإنصاف ٤٩/٨، المغني ٤٥٩/٩، القروع ١٦٨/٥.

(٨) مجموع فتاوى شيخ الإسلام ١٥/٣٢، شرح منتهى الإرادات ١١/٣.

(٩) الإنصاف ٤٨/٨، المغني ٤٦١/٩.

(١٠) المغني ٤٦١/٩، كشاف القناع ٣٩/٣.

(١١) المحلى ٣٦٤/٩.

أدلة القول الثانى

الدليل الأول - قول الله تعالى ﴿ وامرأة مؤمنة إن وهبت نفسها للنبي إن أراد النبي أن يستنكحها خالصة لك من دون المؤمنين ﴾^(١).

وجه الاستدلال: أن قوله تعالى «خالصة لك من دون المؤمنين» عائد على إجراء النكاح بلفظ الهبة، فيكون ذلك خاصاً بالنبي ﷺ بنص الآية^(٢). وقد نقل بعض الحنابلة عن الإمام أحمد أنه قال: إذا وهبت لرجل فليس بنكاح، فإن الله تعالى قال: ﴿ خالصة لك من دون المؤمنين ﴾^(٣).

وقد اعترض على هذا الاستدلال، بأن الحكم الخاص بالنبي ﷺ في الآية هو النكاح بغير مهر، وليس النكاح بمهر بلفظ الهبة. وهذا هو مقصود الإمام أحمد^(٣). ويدل على صحة هذا التفسير للخصوصية في الآية أمور:

الأمر الأول: أنه ورد ذكر المهر في آية أعقبت هذه الآية في قول الله تعالى: ﴿ قد علمنا ما فرضنا عليهم في أزواجهم ﴾، فجعلت الواهبة في مقابلة من فرض لها مهر، فيكون معنى الآية: أحللتنا لك الأزواج المؤتى مهورهن، والتي وهبت نفسها لك فلم تأخذ مهراً، خالصة هذه الخصلة الأخيرة لك من دون المؤمنين، أما هم فقد علمنا ما فرضنا عليهم في أزواجهم من المهر وغيره^(٤).

الأمر الثانى: أن الله تعالى قال: ﴿ لتلا يكون عليك حرج ﴾، ومعلوم أنه لا حرج يلحقه في التزام لفظ معين، وإنما الحرج في إعطاء المهر، فدل على أن الخصوصية متعلقة بالمهر؛ لأنه محل الحرج^(٥).

الأمر الثالث: أن الآية وردت في معرض الامتنان، وإنما تتحقق المنة في تصحيح عقد النكاح له ﷺ دون مهر، لا في إباحة العقد بلفظ الهبة^(٥).

الدليل الثانى: أن النبي ﷺ قال: (اتقوا الله في النساء فإنكم أخذتموهن بأمانة الله، واستحللتم فروجهن بكلمة الله)^(٦)، وكلمته ما ورد في كتابه، ولم يرد فيهما

(١) سورة الأحزاب، آية رقم ٥٠.

(٢) نهاية المحتاج ٢١١/٦، المغني ٤٦٠/٩.

(٣) الفتاوى الكبرى لشيخ الإسلام ٨/٤.

(٤) البحر الرائق ٩١/٣، تبين الحقائق ٩٧/٣، شرح فتح القدير ١٠٦/٣.

(٥) ماسبق، بدائع الصنائع ٢/٢٣٠.

(٦) أخرجه مسلم في صحيحة ٨٨٩/٢، كتاب الحج، باب حجة النبي ﷺ والحديث قطعة من خطبته ﷺ في حجة الوداع.

سوى لفظ «الإنكاح»، ولفظ «التزويج»، وما كان مشتقا منهما، ولا يصح قياس غيرهما عليهما؛ لأن القياس في الإنكاح ممنوع، إذ الإنكاح ضرب من التعبد^(١).

اعتراض عليه بثلاثة اعتراضات:

الاعتراض الأول: وارد على تفسيرهم «كلمة الله» بأنها لفظ معين والصواب أن معنى كلمة الله: حكم الله، كقول الله تعالى: ﴿وَلَوْلَا كَلِمَةٌ سَبَقَتْ مِنْ رَبِّكَ﴾، فكلمة الله المقصودة في الحديث حكمه الشرعي، وكل لفظ يدل على التملك المؤبد: هو من كلمة الله التي جعلها علماً على الإنكاح^(٢).

الاعتراض الثاني: وارد على قولهم إن الإنكاح ضرب من التعبد، فلا يصح إلا بما ورد من الألفاظ، والاعتراض هو: أننا وإن كنا متعبدين بالإنكاح نفسه إلا أن ذلك لا يستلزم أن نكون متعبدين فيه بألفاظ معينة، كالعقوبة فإنه قرينة لكن لا يلزم فيه لفظ معين^(٣).

الاعتراض الثالث: أن القول بأننا متعبدون في الإنكاح بألفاظ معينة يؤدي إلى أن يكون الإنكاح كالصلاة في نوع القرينة، وهذا غير صحيح فإن الإنكاح يصح من الكافر والصلاة لا تصح منه، وبهذا يتبين أن الإنكاح ليس عبادة محضة، وأنه عبادة من وجه، وعادة من وجه آخر^(٤).

الدليل الثالث:

أن جميع ألفاظ العقود وسائر الالتزامات لاتصلح للدلالة على معنى الإنكاح؛ لأنها تخلو من المعنى الذي يتميز به الإنكاح عن سائر الالتزامات، فلفظ البيع والهبة يدل على نقل الملك في الرقبة، ثم المنافع والثمار بعد ذلك مستفادة من الملك غير معقود عليها. ولفظ الإجارة يدل على تملك المنفعة المقدرة، والمنافع في الإنكاح غير مقدرة. ولفظ التملك لا يناسب الإنكاح إذا التملك مفسد للأنكاح، فإن الرجل إذا ملك زوجته أو العكس انحل عقد الإنكاح، وهذا يدل على تضاد معنى التملك مع معنى الإنكاح.

(١) الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع ٧٤/٢، شرح روض الطالب ١١٨/٣، نهاية المحتاج ٢١١/٩، مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية ١٥/٣٢، شرح منتهى الإرادات ١١/٣، الروض المربع مع حاشية ابن قاسم ٢٤/٦، ٤٧.

(٢) بدائع الصنائع ٢٣٠/٢.

(٣) الفتاوى الكبرى لشيخ الإسلام ابن تيمية ٩/٤.

(٤) أعلام الموقعين ٢٩١/١، ٢٩٢.

وإن نوى مجموعة من المعاني ملفقة من أكثر من عقد وجمعها في لفظ واحد فإن اللفظ - حيثئذ - يكون لفظاً كنائياً، فلا يصلح لإنشاء العقد؛ لأن اللفظ الكنائي لا ينشأ به العقد إلا بالنية، وهو بهذه الصفة لا يصلح لإنشاء عقد النكاح؛ لأن الإشهاد شرط لصحته والنية مما لا يمكن الإشهاد عليه لحفاؤها في القلب، فلهذه الاعتبارات لا يمكن إجراء عقد النكاح بغير اللفظ الصريح الخاص به وهو لفظ «الإنكاح»، و«التزويج» وما اشتق منهما^(١).

مناقشة الدليل: عورض هذا الدليل بستة اعتراضات الخمسة الأولى منها لشيخ الإسلام:

الاعتراض الأول: عدم التسليم بأن ماسوى لفظي «الإنكاح»، و«التزويج» كناية، بل ثم ألفاظ هي حقائق عرفية في العقد أبلغ من لفظ «أنكحت» فإن هذا اللفظ مشترك بين الوطاء والعقد، ولفظ «الإملاك» خاص بالعقد لا يفهم إذا قال القائل «أملك فلان على فلانة» إلا العقد، كما في الصحيحين: «ملكتهما على ما معك من القرآن» سواء أكانت الرواية باللفظ أم بالمعنى^(٢).

الاعتراض الثاني: عدم التسليم بأن الكناية تفتقر إلى النية مطلقاً، بل إذا اقترن بها لفظ من ألفاظ الصريح، أو حكم من أحكام العقد كانت صريحة، كما قالوا في «الوقف» إنه ينعقد بالكناية «كتصدقته»، و«حرمت»، و«أبدت» إذا قرن بها لفظ، أو حكم، فإذا قال «أملكتهما»، فقال «قبلت هذا التزويج»، ونحو ذلك، فقد قرن بها من الألفاظ والأحكام ما يجعله صريحاً.

وإذا أضاف اللفظ إلى المرأة الحرة، فإن ذلك يبين أن المراد بلفظ «أعطيتها» ونحوه إنشاء عقد النكاح، فالإضافة إلى المحل بينت المعنى المراد^(٣).

وإذا اقترن باللفظ الكنائي دلالة الحال تحول إلى صريح في الظاهر بلانزع، ومعلوم أن اجتماع الناس، وتقديم الخطبة، وذكر المهر، والمفاوضة فيه قاطع في إرادة النكاح^(٤)، فإذا قال الولي بعد ذلك «ملكتهما بألف درهم» علم الحاضرون بالاضطرار أن المراد به الإنكاح^(٥).

(١) بدائع الصنائع ٢/ ٢٣٠، تبين الحقائق ٣/ ٩٦، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٣٠٠، قواعد الأحكام للعين عبد السلام ٩١/ ٢، نهاية المحتاج ٦/ ٢١٢، مجموع فتاوى ابن تيمية ٣٢/ ١٥، الغني ٩/ ٤٦٠، ٤٦١.

(٢) مجموع فتاوى شيخ الإسلام ٣٢/ ١٥.

(٣) مجموع فتاوى شيخ الإسلام ٣٢/ ١٦.

(٤) مجموع فتاوى شيخ الإسلام ٣٢/ ١٧.

(٥) الفتاوى الكبرى لشيخ الإسلام ٩/ ٩، ووافقه في ذلك الحنفية، انظر شرح فتح القدير ٣/ ١٠٦.

الاعتراض الرابع: أن الشهادة على العقد إذا أدت عند الحاكم ثبت بها العقد عنده على أي صيغة كان العقد، فعلم أن اعتبار الشهادة في العقد لا يمنع إنشاءه بالصيغ الكنائية^(١).

ويمكن أن يجاب عن هذا الاعتراض: بأن عقد النكاح لا ينعقد بالكناية عند المخالفين، فلا تصح الشهادة على انعقاده عند الحاكم.

الاعتراض الخامس: أن العاقلين يمكنهما تفسير مرادهما، ويشهد الشهود على مافسروه^(٢).

الاعتراض السادس: أن كثيراً من القائلين بعدم صحة عقد النكاح بغير لفظي «الإنكاح»، و«التزويج» قد سلموا بأن المقصود هو المعنى لا اللفظ، وبناء عليه صححوا العقد من العجمي بلغته بلفظ يدل على المقصود^(٣)، ويلزمهم طرداً لما قالوه وبنو عليه أن يصححوا العقد من العربي بأي لفظ عربي، فإنه أقرب للفظ «الإنكاح» أو «التزويج» من المقابل لهما في العجمية.

الاعتراض السابع: أن المعنى الخاص الذي يتميز به النكاح عن سائر التملكيات يحدث بحكم الشرع بمجرد انعقاد النكاح باللفظ الدال عليه^(٤).

الاعتراض الثامن: أن القول بأن ملك الرجل زوجته الأمة يبطل عقد النكاح يدل على أن التملك، وما أدى معناه من الألفاظ يعارض لفظ النكاح قول منقرض بأن الزوج لو قال لزوجته الحرة «تزوجي»، ونوى به الطلاق فإن الطلاق يقع، فثبت بذلك أنه ليس كل لفظ أبطل النكاح أنه معارض له، وإنما يبطل النكاح في حق الأمة إذا ملكها زوجها، لأن النكاح فيه التزام من قبل الزوج بحقوق خاصة لزوجته، وهذه الحقوق كثير منها لا يكون للأمة على سيدها^(٥).

الدليل الرابع:

أن لفظ «النكاح» لا ينعقد به البيع والهبة فكذلك لا ينعقد النكاح بلفظ البيع، والهبة، أو لفظ أي التزام آخر^(٥).

مناقشة الدليل: يعترض عليه بأن لاتلازم بين الأمرين، وإنما ينظر إلى اللفظ المستعمل لإنشاء الالتزام هل يدل على المعنى الذي يتميز به الالتزام.

(١) مجموع فتاوى شيخ الإسلام ١٦/٣٢.

(٢) الروض المربع ٢٤٧/٦.

(٣) بدائع الصنائع ٢/٢٣٠، تبين الحقائق ٩٧/٣.

(٤) تبين الحقائق ١٤/٣.

(٥) أخرجه البخاري في صحيحه ٣٢/٩، كتاب النكاح، باب من جعل عتق الأمة صداقها.

واستدل من قال بصحة العقد بلفظ «أعتقتك» بحديث أنس - رضي الله عنه - :
(أن النبي ﷺ أعتق صفية وجعل عتقها صداقها)^(١).

وحتى لا يكون ذلك أصلاً يقاس عليه ما شابهه من الألفاظ، فإنهم قالوا: إن هذه الصورة خارجة عن القياس، وليست أصلاً يقاس عليه^(٢).

واستدل ابن حزم على صحة العقد بلفظي «الإملاك»، و«التمكين»، بأنهما وردا في بعض طرق حديث سهل بن سعد الساعدي عن الواهة نفسها^(٣).

وعلل من قال بتصحيح العقد باللفظ العجمي المرادف للفظ «الإنكاح» و«التزويج» بثلاثة تعليقات:

الأول: أن اللفظين المذكورين لسنا متعبدين بهما، فيكتفى بما يؤدي معناه في اللغات الأخرى^(٤).

الثاني: أن من عجز عن اللفظ سقط عنه إلى ما يقوم مقامه، كالأخرس، إذا عجز عن اللفظ انتقل إلى الإشارة، أو الكتابة^(٥).

الثالث: أن اللفظ المرادف يشتمل على معنى اللفظ العربي فكأنه أتى به^(٦).

وأما من منع الانعقاد باللفظ الأعجمي المرادف للفظ «الإنكاح»، و«التزويج» فإنه علل بتعليقين:

الأول: أنه يجب الاقتصار على ما وردت به النصوص^(٧).

الثاني: أن ما كانت العربية شرطاً فيه فإنه يلزم فاعله أن يتعلمها كالتكبير في الصلاة^(٨).

واعترض عليه بأنه النكاح غير واجب فلم يجب تعلم أركانه، فهو كالبيع وليس كالتكبير في الصلاة^(٩). وحمل ابن القيم على من ألزم العجمي باللفظ العربي في النكاح، وعد قوله في الأقيسة الفاسدة وبين ذلك بقوله: والعجب أنكم اشترطتم تلفظه بلفظ لا يدري معناه البتة، فصححتهم العقد به، وأبطلتموه باللفظ الذي يعرف معناه، وهذا من أبطل القياس، ولا يقتضي القياس إلا ضد هذا^(١٠).

(١) أخرجه البخاري في صحيحه ٣٢/٩، كتاب النكاح، باب من جعل عتق الأمة صداقها.

وانظر الاستدلال به في الروض المربع مع حاشية ابن قاسم ٢٤٧/٦، شرح منتهى الإرادات ١١/٣.

(٢) الفتاوى الكبرى لشيخ الإسلام ٨/٤.

(٣) لفظ الإملاك ثابت في الصحيح كما سبق بيانه، أما لفظ التمكين، فقد قال عنه الحافظ في الفتح ١٧٢/٦،

والبغوي في شرح السنة ١١٩/٩. إنه ورد في بعض طرق حديث الواهة نفسها.

(٤) قواعد الأحكام للعلامة ابن عبد السلام ٩١/٢، نهاية المحتاج ٢١٢/٦، الكافي لابن قدامة ٢٩/٣.

(٥) المغني ٤٦١/٩.

(٦) الروض المربع مع حاشية ابن قاسم ٢٤٩/٦، الكافي ٢٩/٣.

(٧) أعلام الموقعين ٢٩٢/١.

وعلل من ذهب إلى الاكتفاء بلفظ «قبلت» في القبول، بأن ما أوجبه الولي هو كالمعاد لفظاً كما هو الأصح في البيع، ولا يفتقر إلى نية؛ لأنه لا ينصرف إلا إلى ماتضمنه الإيجاب^(١).

وأما من منع فإنه علل: بأن لفظ «قبلت» لا يعدو أن يكون لفظاً كنائياً، والنكاح لا يتعقد بالكناية، بخلاف البيع فإنه يتعقد بها^(٢)، ووجه الضعف في لفظ «قبلت» أن معناه متردد بين الإخبار بإنشاء القبول، بل جزم بعضهم بأنه إخبار لا عقد^(٣).

سبب الخلاف والترجيح:

قال ابن الشاط: إن سبب الخلاف هو تردد النكاح بين قاعدتين:

القاعدة الأولى: أن كل حكم شرعي لا بد له من سبب شرعي، وإباحة المرأة حكم فله سبب يجب تلقيه من السمع، فما لم يسمع من الشرع لا يكون سبباً. فتكون ألفاظ النكاح بذلك كالألفاظ الصلاة، ونحوها من العبادات يقتصر فيها المتعبد على ما ورد به السمع.

والقاعدة الثانية: أن الشرع قد ينصب خصوص الشيء سبباً مشتركاً بين أشياء كالألفاظ الطلاق، فإن المنصوب منها سبباً ما دل على انطلاق المرأة عصمة الرجل. والنكاح من النوع الثاني؛ لأنه ورد في استعمال الشارع بألفاظ متعددة^(٣).

فالراجع - فيما يظهر لي - القول الأول، فينشأ عقد النكاح بكل لفظ يدل عليه.

ولانتحصر الألفاظ التي ينشأ بها عقد النكاح في ألفاظ معينة، لأن الله تعالى أباح لنا النكاح ولم يلزمنا بلفظ معين. وكل الأدلة التي ساقها أصحاب القول الثاني للاستدلال بها على أن الشارع ألزمنا بالألفاظ معينة لم تكن موصلة إلى مرادهم، وذلك فيما يظهر لي.

وللنكاح أهمية خاصة في الشرع لتعلقه باستباحة الفروج، وهذه الأهمية يناسبها التقليل من الأسباب المؤدية إلى الحكم ببطالان النكاح.

ومن هذه الأسباب حصر الألفاظ التي يصح بها العقد في لفظين أو ثلاثة.

ولكن لا يصح النكاح فيما يظهر لي باللفظ المحتمل، ولا بد من أن يكون صريحاً في إنشاء عقد النكاح؛ لأن الأصل في الأبضاع التحريم حتى يتحقق سبب الإباحة.

(١) نهاية المحتاج ٢١٣/٦، المغني ٤٦٠/٩.

(٢) نهاية المحتاج ٢١٠/٦.

(٣) تهذيب الفروق ١٨١/٣.

المسألة الثانية

التقيد في إنشاء غير النكاح بلفظ معين

ورد في المسألة قولان لأهل العلم:

القول الأول: ينشأ الالتزام بكل ما دل على معناه الخاص وميزه عن غيره.
هذا أصل قرره الحنفية^(١)، والمالكية^(٢)، والشافعية^(٣)، وهو المعتمد عند الحنابلة^(٤).
فمن قواعد الحنفية قولهم: «العبارة في التصرفات من عقود، وغيرها بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني»، فينشأ العقد بكل لفظ دل عليه وميزه عن غيره^(٥).
وقال المالكية: «ليس للإيجاب والقبول لفظ معين، وكل لفظ وإشارة فهم عنها الإيجاب والقبول لزم به البيع وسائر العقود»^(٦) ولكن ابن القاسم استثنى «المساقاة» فإنها لا تنعقد عنده إلا بلفظ «ساقيت»^(٥)، ويفهم من تعليل بعض المالكية لكلام ابن القاسم أنه يلحق بالمساقاة كل ما كان في معناها، إذ قالوا: إن الرخص تفتقر إلى الألفاظ تختص بها، لذا لا تنعقد المساقاة إلا بلفظ «ساقيت»^(٥).

وقال السيوطي في بيان مذهب الشافعية: «ليس لنا عقد يختص بصيغة إلا النكاح والسلم»^(٦)، ونصوا على أن البيع ونحوه من المعاملات يصح بالعجمية مع القدرة على العربية قطعاً، وأما النكاح فمحل خلاف^(٧).

وقال شيخ الإسلام ابن تيمية في بيان مذهب الحنابلة: ليس لنا لفظ معين لا يتم العقد إلا به، ولا يجب على الناس التزام نوع معين من الاصطلاحات في

(١) حاشية ابن عابدين ١٦/٣، ١٧، شرح فتح القدير ١٠٥/٣، الفتاوى الهندية ٣/٣٠٤.

(٢) المنتقى ١٥٧/٤، مواهب الجليل ٢٢٩/٤.

(٣) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٢٨٠، قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام ٩١/٢.

(٤) أعلام الموقعين ٢٩١/١، الإنصاف ٢٦١/٤، الفتاوى الكبرى ٦/٤.

(٥) تهذيب ٣٧/٤.

(٦) الأشباه والنظائر ص ٢٨٠.

(٧) المجموع ١٧١/٩، مغني المحتاج ٥/٢.

المعاملات، بل تتنوع اصطلاحاتهم كما تتنوع لغاتهم^(١). وقال ابن القيم: كل لفظ يفهم منه العاقدان الرضا بالعقد فإن العقد ينشأ به^(٢).

أدلة القول الأول:

الدليل الأول: أن لفظ (العقد) ولفظ «العهد»، وغيرهما من الألفاظ التي هي أفراد الالتزام جاءت في كتاب الله وسنة رسول ﷺ معلقاً بها أحكام شرعية، وكل اسم لا بد له من حد، فمنه ما يعلم باللغة «كالشمس» و«القمر» ومنه ما يعلم بالشرع «كالؤمن» و«الكافر» و«المنافق» وما لم يكن له حد في اللغة ولا في الشرع فالمرجع فيه إلى عرف الناس «كالقبض» ومعلوم أن البيع، والإجارة، والهبة ونحو ذلك لم يحد الشارع له حداً، لا في كتاب الله ولا في سنة رسوله ﷺ، بل ولم ينقل عن أحد من الصحابة والتابعين أنه عين للعقود صيغة معينة من الألفاظ أو غيرها، أو قال ما يدل على أنها لا تنعقد إلا بصيغ معينة، بل قد قيل: إن هذا القول مما يخالف الإجماع القديم، وأنه من البدع^(٣).

الدليل الثاني:

أن الذين خصصوا للعقود ألفاظاً معينة لا تنعقد إلا بها، ولا تنعقد بسواها مما هو دال على التراضي قد فرقوا بين التماثلات التي جمعها الله تعالى بحكم واحد، فإذا قال البائع «بعث»، والمشتري «اشتريت» صححوا العقد، وإذا قال كل منها «رضيت بالبيع كل الرضا» لم يصححوه مع كون هذا اللفظ أدل على الرضا الذي جعله الله سبحانه شرطاً للحل من لفظة «بعث»، و«اشتريت»، فإنه صريح فيه، و«بعث»، و«اشتريت» إنما يدل عليه بالضرورة^(٤).

القول الثاني:

أن الالتزام لا يصح إلا باللفظ الخاص به، فالبيع لا يصح إلا بلفظ «بعث»، و«اشتريت».

هو قول عند الحنابلة^(٥) نصوا عليه في البيع، وتعليلاتهم تدل على أنه عندهم قاعدة في كل الالتزامات، وقال شيخ الإسلام عنه: إنه خلاف المعروف من أصول الإمام أحمد^(٦).

(١) الفتاوى الكبرى ٦/٤.

(٢) أعلام الموقعين ٢٩١/١.

(٣) الفتاوى الكبرى ١٠/٤ - ١٢.

(٤) أعلام الموقعين ٢٩١/٢.

(٥) الإنصاف ٢٦١/٤، الفروع ٤/٤، المبدع ٥/٤.

(٦) الفتاوى الكبرى ٦/٤.

وبه قال ابن حزم نص عليه في البيع، وزاد على اللفظين المذكورين لفظ «التجارة»؛^(١) وتعليلاته تدل على أن هذا القول عنده ليس خاصاً بالبيع، ولكنه قاعدته في كل الالتزامات. وقال إن العقد ينشأ بغير العربية باللفظ الذي يرادف في المعنى أحد الألفاظ الثلاثة.

دليل القول الثاني:

إن الأسماء كلها توقيف من الله تعالى، ولا سيما أسماء أحكام الشريعة التي لا يجوز فيها الإحداث ولا تعلم إلا بالنصوص، والأسماء التي وردت للبيع هي البيع كما في قول الله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾^(٢)، ولفظ الشراء كما في حديث جابر بن عبد الله - رضي الله عنه - أن رسول الله ﷺ قال (رحم الله رجلاً سمحاً إذا باع وإذا اشترى وإذا اقتضى)^(٣)، ولفظ التجارة الوارد في قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾^(٤)، فمتى أخذ المال بغير الاسم الذي أباح الله تعالى به الأخذ، كان أخذه من باب أكل أموال الناس بالباطل كما هو نص كلام الله تعالى^(٥). وقال: لا خلاف بيننا وبين المخالفين في أن امرءاً لو قال لآخر «أقرضني هذا الدينار، وأقضيك ديناراً إلى شهر كذا»، أو لم يعينا وقتاً فإنه قرض صحيح وعمل بر، ولو قال له «بعني هذا الدار بدينار إلى شهر» ولم يسم أجلاً فإنه ربا، وكبيرة من الكبائر، والعمل واحد وإنما فرق بينهما الاسم فحسب^(٦).

مناقشة الدليل: استدلال ابن حزم منقوض بأربعة اعتراضات:

الاعتراض الأول: أن النصوص التي استدل بها حجة عليه لا له، فإن الحكم بالإباحة في قول الله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ منصب على حقيقة البيع لا على كلمة «بيع»، والحكم في قول الله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً﴾ منصب على

(١) المحلى ٨/ ٣٥٠.

(٢) سورة البقرة، الآية رقم ٢٧٥.

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه ٣٥٩/٤، كتاب البيوع، باب السهولة والسماحة في الشراء والبيع.

(٤) سورة النساء، الآية رقم ٢٩.

(٥) المحلى ٨/ ٣٥٠.

(٦) المحلى ٨/ ٣٥٠، ٣٥١.

حقيقة التجارة لا على كلمة «تجارة»، وبذلك يكون في هذه النصوص، وما كان في معناها إباحة لحقيقة المعاملة دون تقييد بصيغة معينة، ويكون التقييد أمراً زائداً على مادل عليه الدليل، وليس تمسكاً بظاهر الدليل.

الاعتراض الثاني: أن مدار استدلال ابن حزم هو قوله إن الأسماء التي وردت في النصوص الشرعية كلها توقيفية يجب التزامها في مواطنها. وهذا الكلام لا يعدو أن يكون دعوى، وليس دليلاً.

الاعتراض الثالث: لو طردنا قاعدة ابن حزم في تحكيم الأسماء في الحكم على الحقائق لأدي ذلك إلى إباحة المعاملات للمحرمة إذا غير المتعاملون أسماءها.

الاعتراض الرابع: أن المثال الذي أورده في القرض، ثم أورده في البيع هو مثال لتغير الاسم مع تغير المعنى فليست له فيه حجة على أن مدار الحكم على اللفظ.

الدليل الثاني:

قاس بعض الحنابلة البيع على النكاح في وجوب التزام لفظ معين^(١).

يرد عليه الاعتراضان التاليان:

الاعتراض الأول: لا نسلم أن النكاح يجب فيه التزام لفظ معين.

الاعتراض الثاني: لو سلمنا أن ذلك في النكاح ثابت، فإنه لا يلزم منه أن يكون البيع مثله؛ لوجود الفارق، وهو وجود معان في النكاح لا توجد في غيره، كما هو مصرح به عند من قال بالإلزام في النكاح بصيغة معينة.

الترجيح:

القول الأول ظاهر الرجحان، وهو القول الذي ذهب فيه جمهور أهل العلم، إلى أن الالتزام ينشأ بأي لفظ دل على معناه الخاص الذي يتميز به عن غيره من الالتزامات. وإذا لم يؤد اللفظ إلى هذا المعنى فإنه يكون غير صالح للتعبير عن الالتزام المراد إنشاؤه.

ومن الجائز أن يكون للالتزام أكثر من لفظ يختلف باختلاف الأمكنة والأزمنة.

ولا يتعارض مع ما ذكر أن يتعارف أهل سوق معين على لفظ معين للالتزام معين لا ينشأ إلا به، ويكون الباعث لذلك ضبط المعاملة، فإن التقييد في هذه الصورة ليس تقييداً للحكم الشرعي، وهو إباحة إنشاء الالتزام بأي لفظ دل عليه، وإنما هو

(١) الإنصاف ٢٦١/٤، الفروع ٤/٤، المبدع ٥/٤.

تفسير لمقاصد المتعاملين من ألفاظهم، فتحمل على ما تعارفوا عليه. ومن الصور العملية لذلك الإشارات الدقيقة المتعارف عليها في أسواق الذهب والمعاملات المعروفة «بالبورصة»، فكل إشارة تدل على التزام معين من «بيع وشراء» أو «حالة» أو غير ذلك^(١).

ويجب أن يكون المعنى المقصود باللفظ معلوماً، فإذا داخله الغموض وجب الإتيان باللفظ الخاص بالعقد، أو ذكر الآثار الشرعية الخاصة بالالتزام، والتي تميزه عن غيره من الالتزامات، من ذلك قول بعض أهل العلم: إن شركة المفاوضة يجب أن تكون بلفظ المفاوضة لبعد هذا النوع من العقود عن علم العوام، فإذا ذكرت بعض آثارها التي تميزها فلا يشترط الإتيان بلفظ «المفاوضة»^(٢).

المسألة الثالثة

إنشاء التزام معين بلفظ التزام آخر

البحث في هذه المسألة فرع عن القول الراجح في المسألة السابقة، وهو قول من صحح الالتزام بكل لفظ يدل عليه، والجديد في هذه المسألة أن اللفظ المراد استعماله لإنشاء «التزام ما» هو لفظ التزام آخر، وليس لفظاً مطلقاً. فكان لهذا المعنى أثر محدود على العمل باللفظ على هذه الصورة.

قال الحنفية: من القواعد المعمول بها «العبرة في العقود بالمقاصد والمعاني» ومن التطبيقات العملية للحنفية على قاعدتهم هذه أنه يجوز إنشاء الالتزام بلفظ التزام آخر بشرط أن يقترب باللفظ ما يدل على الالتزام المقصود كأن يقترب به بعض آثاره التي تميزه ومثاله: انعقاد الحوالة بلفظ الكفالة إذا اشترط فيها براءة المدين، أو الكفالة بلفظ الحوالة إذا اشترط فيها عدم براءته. أو يكون اللفظ المستعمل قد جرى به العرف فيصح ولو كان العرف خالف اللفظ المعهود في الشرع أو اللغة^(٣).

واشترطوا ألا يقترب باللفظ ما يفسده، لذا قالوا إن البيع مع نفي الثمن لا ينعقد بيعاً ولا هبة، وكذا الإجارة بلا بدل لا ينعقد عارية على قول. ووجه عدم الانعقاد في المسألتين: أن الأمر دار فيهما بين عقد محظور وهو البيع بلا ثمن، والإجارة بلا

(١) مع ملاحظة للخالفات في أسواق البورصة المتعارضة مع أحكام المعاملات الشرعية.

(٢) العناية مع شرح الفتح ٤٥٨/٥، حاشية سعدي جليبي على العناية مع شرح الفتح ٤٥٧/٥.

(٣) شرح القواعد الفقهية، أحمد الزرقاء ص ١٣.

بدل، وكلاهما فاسد، وبين عقد مباح وهو الهبة، والعارية فغلب الحاضر. فهذه القاعدة وهي ترجيح المقصد على اللفظ لا يعمل بها إلا إذا كان كل من اللفظ والمعنى يؤدي إلى مباح^(١).

واختلف الشافعية فيما لو تعارضت صيغة العقد مع معناه بأيهما العبرة. ومن تطبيقات ذلك عندهم: إذا قال أحد العاقدين للآخر «اشتريت منك ثوباً صفته كذا بهذه الدراهم»: فقال «بعثك». فهل ينعقد بيعاً أو سلماً؟ قال بعضهم: ينعقد بيعاً باعتبار اللفظ، وقال آخرون ينعقد سلماً باعتبار المعنى.

ومنها: إذا وهب أحدهم إلى آخر بشرط الثواب، فقال بعضهم ينعقد بيعاً باعتبار اللفظ، وقال آخرون ينعقد هبة باعتبار المعنى^(٢).

وقال شيخ الإسلام: «إن أحمد لا يرى اختلاف أحكام العقود باختلاف العبارات كما يراه طائفة من أصحابه الذين يجوزون من هذه المعاملة - المزارعة - بلفظ الإجارة، ويمنعونها بلفظ المزارعة، وكذلك يجوزون بيع ما في الذمة بيعاً حالاً بلفظ البيع، ويمنعونه بلفظ السلم؛ لأنه يصير سلماً حالاً»^(٣).

(١) الأشباه والنظائر مع شرحه غمز عيون البصائر ٢/٢٦٩، ٢٧٠، البحر الرائق ٥/٢٩١، شرح القواعد الفقهية للزرقاء ص ٣٢.

(٢) نهاية المحتاج ٤/١٨٨.

(٣) الفتاوى الكبرى ٣/٤٦٧.

المطلب الثالث

أنواع الصيغ اللفظية ، وحكم استعمال كل نوع فى إنشاء الالتزام

وفيه مسألتان:

- المسألة الأولى:** حكم استعمال الصيغ الفعلية فى إنشاء الالتزام .
- المسألة الثانية:** حكم استعمال الصيغ غير الفعلية فى إنشاء الالتزام .

المسألة الأولى

حكم استعمال الصيغ الفعلية في إنشاء الالتزام

ونختتمها بثلاثة فروع.

الفروع الأول: حكم استعمال صيغة الماضي في إنشاء الالتزام.

اتفق أهل العلم على أن صيغة الماضي صالحة لإنشاء الالتزام^(١).

وهي من الصيغ الصريحة إذا أخذت من مادة صريحة في الدلالة على معنى الالتزام المراد إنشاؤه، كلفظ «بعت»^(٢)، وهي من الصيغ الكنائية إذا أخذت من مادة غير صريحة كلفظ «جعلته لك» في عقد البيع^(٣).

لذلك ينعقد النكاح عند الشافعية بقول الولي للخاطب «زوجك الله بتي» مع أن الصيغة بلفظ الماضي؛ لأنه مأخوذ من مادة «جعل» وهي غير صريحة في الدلالة على النكاح، والنكاح لا يصح عندهم باللفظ الكنائي^(٤).

وبه الحنابلة على أن الإيجاب والقبول قد يكونا جميعاً بصيغة الماضي، ومع ذلك لا ينشأ بهما العقد؛ لأنهما ركبا بطريقة لا تؤدي المعنى المطلوب، كما لو تقدم لفظ المشتري بقوله «قبلت»، ثم أعقبه البائع بقوله «بعتك»، فإن البيع لا ينعقد في رواية عندهم، وفي الأخرى ينعقد^(٥).

والأدلة على صلاحية صيغة الماضي لإنشاء الالتزام مايلي:

الدليل الأول: أن صيغة الماضي أكثر دلالة من غيرها على الإنشاء، فهي في الأصل صيغة خبرية استعملت في الدلالة على أمر حالي؛ للتأكيد على إرادة المتكلم إحداثه، كأنه أمر ماضٍ قد وقع وفرغ منه^(٦).

(١) الجوهرة النيرة ١/٢٢٥، حاشية ابن عابدين ٤/٥١٠، الهداية والعناية مع شرح فتح القدير ٥/٤٥٦، حاشية الدسوقي ٣/٣، الشرح الصغير وبلغة السالك ٣/٢، مواهب الجليل ٤/٢٢٨، ٢٣١، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٣٩٧ - ٣٠١، المجموع ٩/١٧٦ نهاية المحتاج ٣/٣٧٦، الإنصاف ٤/٢٦٣، الروض المربع مع حاشية ابن قاسم ٤/٣٢٨ شرح منتهى الإرادات ٢/١٤٠، الكافي ٢/٣.

(٢) نهاية المحتاج ٣/٣٧٧.

(٣) نهاية المحتاج ٣/٣٧٩.

(٤) نهاية المحتاج ٦/٢١٢.

(٥) المبدع ٤/٥.

(٦) شرح فتح القدير وبهامشه الكفاية مع العناية ٥/٤٥٧.

الدليل الثاني:

أن صيغة الماضي استعملت في عرف التيارع في إنشاء الالتزام^(١) من ذلك قول ﷺ في حديث الواصية نفسها: «زوجتكها بما معك من القرآن»^(٢).

الدليل الثالث:

أن العرف قد جرى وشاع في استعمال صيغة الماضي لإنشاء الالتزام في الحال، وأما لفظ تعارف الناس على اتخاذه صيغة للعقد وهو قابل لذلك فهو كذلك^(٣). ويقول القرافي في بيان دور العرف في ذلك: إن الشهادة تصح بالمضارع دون الماضي واسم الفاعل، فيقول الشاهد «أشهد بكذا عندك»، ولو قال «شهدتُ بكذا»، أو «أنا شاهد بكذا» لم يقبل منه. وأما البيع فإنه يصح بالماضي دون المضارع - عند من لا يعتد بالمضارع - عكس الشهادة، فلو قال «أبيعك بكذا» لم يكن إنشاء للبيع وإنما إخبار عنه، ولو قال «بعتك» كان إنشاء للبيع. وفي الطلاق يمكن الإنشاء بالماضي واسم الفاعل نحو «طلقتك»، و«أنت طالق». وسبب الفرق في هذه المواطن الوضع العرفي، فما وضعه أهل العرف للإنشاء كان إنشاء، فإن اتفق أن العوائد تغيرت فإن الحكم يتغير، كسائر الأحكام المترتبة على العوائد تدور معها كيفما دارت^(٤).

الفرع الثاني: حكم استعمال صيغة المضارع في إنشاء الالتزام والبحث فيه على

قسمين:

القسم الأول: الفعل المضارع المقترن بما يدل على الاستقبال.

الفعل المضارع بطبيعته متردد بين معنى الإنشاء في الحال، ومعنى الإخبار عن المستقبل، فإذا اقترن بما يحصر دلالاته في الإخبار عن المستقبل فقد صلاحته للإنشاء في الحال، كأن يقترن «بالسين»، أو «سوف» الداليتين على الاستقبال. وعليه فإن المضارع المقترن بما يدل على الاستقبال لا يصلح لإنشاء الالتزام، فهو لا يفيد أكثر من الوعد الذي هو إخبار عن المستقبل^(٥).

ولا يمكن للنية أن تحول هذا النوع من المضارع فتجعله صالحاً لإنشاء الالتزام؛ لأنه لفظ خال عن معنى الإنشاء، والنية لا تحدث في اللفظ معنى ليس فيه، وإنما غاية ما تؤدي إليه تغليب أحد المعاني الداخلة في اللفظ على الأخرى بحيث يكون هو المقصود باللفظ دون سواه.

(١) الهداية مع شرح فتح القدير ٤٥٧/٥؛ مجمع الأشهر ٤/٢.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه ٣٤/٩.

(٣) الفتاوى الكبرى لشيخ الإسلام ١٠/٤ - ١٢.

(٤) الفروق ٥٣/١، ٥٧/٤.

(٥) الدر المختار مع حاشية ابن عابدين ٥١١/٤، العناية بهامش شرح فتح القدير ٤٥٧/٣ الفتاوى الهندية ٤/٣.

ولم أجد أحداً من أهل العلم أعمل المضارع المقترن بما يدل على الاستقبال في إنشاء الالتزام. والأصول العامة التي يطلقها. كثير من أهل العلم، والتي تفيد صحة إنشاء الالتزام بأي صيغة تعارف عليها الناس^(١) لا تطل الصيغة التي حملت في طياتها ما يدل صراحة على عدم صلاحيتها لإنشاء الالتزام.

القسم الثاني: المضارع المقترن بما يفيد الإنشاء:

لأهل العلم في هذه المسألة قولان:

القول الأول:

ينشأ الالتزام بصيغة المضارع إيجاباً كان أو قبولاً أو هما معاً، إذا صاحبه قرينة لفظية تدل على إنشاء الالتزام في الحال، أو جرى عرف خاص باستعمال المضارع في إنشاء الالتزام، وإذا لم يتوفر قرينة، أو عرف يرجع الأمر إلى نية المتلفظ، فإن كان قصد بالمضارع إنشاء الالتزام في الحال فإنه ينشأ به. ومثال القرينة اللفظية أن يقول البائع للمشتري: «أبيعك الآن».

بهذا قال جمهور الحنفية^(٢). وينشأ عندهم سائر الالتزامات غير النكاح بصيغة المضارع في الإيجاب والقبول في وقت واحد، أما في النكاح فلا بد أن يكون القبول ماضياً إذا كان الإيجاب مضارعاً، ومثلوا للمضارعين في البيع بأن يقول البائع للمشتري «أبيع منك هذا العبد بألف»، فيقول المشتري «آخذه»^(٣)، ومثلوا للمضارع مع ماضٍ في النكاح؛ بأن يقول الخاطب للولي «تزوجني بنتك»، فيقول الولي: «زوجتك»^(٤).

وإذا ادعى العاقد المتلفظ بصيغة المضارع بعد العقد أنه لم يقصد الإنشاء وإنما قصد الوعد لم يصدق^(٥).

وهو قول المالكية^(٦)، وقالوا: إن المضارع إذا خلا من القرينة الظاهرة فإن دلالة على إنشاء الالتزام تكون محتملة، فإذا ادعى المتكلم بعد تمام الالتزام أنه لم يقصد الإنشاء، وإنما قصد الإخبار، فإن قوله يقبل مع يمينه، وأما إذا قامت قرينة خارجية

(١) انظر نماذج لهذه العبارات في البحر الرائق ٥/٢٩١، مواهب الجليل ٤/٢٢٩، أعلام الموقعين ١/٢٩١، الفتاوى الكبرى ٦/٤.

(٢) البحر الرائق ٥/٢٨٥، بدائع الصنائع ٥/١٣٣، الفتاوى الهندية ٤/٣.

(٣) الدر المختار، وحاشية ابن عابدين ٣/١١، الهداية مع شرح فتح القدير ٥/٤٥٧، مجمع الأنهر ٢/٥٢٤.

(٤) الدر المختار، وحاشية ابن عابدين ٣/١١.

(٥) حاشية ابن عابدين ٣/١١.

(٦) حاشية الدسوقي ٣/٤٠٣، شرح الحرشي ٥/٧، مواهب الجليل ٤/٢٣١، ٢٣٤، ٢٣٦.

تدل على أن القصد من المضارع إنشاء الالتزام فإن العقد يلزمه إن كان مما يلزم ولا يلتفت إلى إنكاره^(١)، ومثاله عندهم: أن يعرض الرجل دابته في السوق، فيقول له آخر: «تبيعني بكذا وكذا» فيقول «لا أفعل إلا بكذا»، فيقول له المشتري «أنقصني ديناراً» فيقول «لا أنقص»، فيقول المشتري «قد أخذتها بما قلت»، فالبيع لازم للبائع والمشتري، ولا تقبل دعوي البائع أنه لم يرد البيع، لأنه تبين بتردد الماكسة أن البائع جاد في السوم غير لاعب^(٢).

ونص بعض المالكية على أن المضارع في النكاح خاصة دلالة صريحة كالماضي ولا يحتاج إلى قرينة. وقال آخرون منهم: المضارع في النكاح كالمضارع في غيره دلالة كنائية محتملة^(٣).

وهو قول الشافعية^(٤)، إلا أنهم استثنوا النكاح فإنه لا ينشأ عندهم بالصيغ الكنائية ومنها المضارع^(٥). وهو قول عند الحنابلة^(٦)، هو اختيار شيخ الإسلام ابن تيمية الذي ذهب إلى صحة كل عقد بكل صيغة تعارف الناس عليها^(٧).

أدلة القول الأول:

استدلالات أصحاب هذا القول انصبت على أمرين: الأول - صلاحية المضارع للإنشاء مع أنه صيغة استقبال. والثاني - تصنيف المضارع ضمن الصيغ الكنائية لا الصريحة.

فبالنسبة للأمر الأول، استدلو بما سبق ذكره من أدلة على القول بأن الالتزام ينشأ بكل ما دل عليه في العرف^(٨)، وزادوا على ذلك دليلين خاصين بالمضارع وهما:

الدليل الأول:

أن صيغة المضارع في الأصل ليست موضوعة للاستقبال وإنما موضوعة للحال،

(١) حاشية الدسوقي ٤/٣، شرح الخرشي ٧/٥، مواهب الجليل ٢٣١/٤، ٢٣٤، ٢٣٦.

(٢) مواهب الجليل ٢٣٢/٤.

(٣) بلغة السالك ٣٥٣/١، حاشية الدسوقي ١٩٦/٢.

(٤) مغني المحتاج ٥/٢، نهاية المحتاج ٣٧٨/٣.

(٥) فتح الوهاب ٣٤/٢ مغني المحتاج ١٤١/٣.

(٦) الإنصاف ٤٥/٨.

(٧) الفتاوى الكبرى ١٠/٤ - ١٢.

(٨) انظر ص ٣٩٣، ٣٩٤.

ولكن غلب استعمالها للاستقبال، فاستعمالها في الإنشاء استعمال يناسب معناها باعتبار أصل الوضع اللغوي^(١).

الدليل الثاني:

القياس على مسائل شرعية، عوملت فيها صيغة المضارع معاملة الصيغة الحالية منها: أن من قال: «أشهد أن لا إله إلا الله، وأشهد أن محمداً رسول الله» يكون مؤمناً في الحال. ولو قال قائل: «أشهد أن لفلان على فلان كذا» يكون - في الحال - شاهداً، ولو قال: «كل مملوك أملكه فهو حر» يعتق عليه كل مملوك هو في ملكه وقت ما قال^(٢).

وأما استدلالاتهم بالنسبة للأمر الثاني، وهو تصنيف المضارع ضمن الأساليب الكنائية، فمدارها على أن دلالة المضارع على الإنشاء تعارضها دلالته على الاستقبال، واختلفوا في بيان منشأ التعارض، فطائفة منهم قالوا: إنه جاء من غلبة الاستعمال ولم يأت من أصل الوضع، فإن المضارع في أصل الوضع دال على الحال فأصبح متردداً بين المعنيين، فاحتاج إلى قرينة خارجية تعين المراد منهما^(٣).

وطائفة قالوا: إن الأصل في المضارع أنه للإخبار عن المستقبل فهو يفيد الوعد بإنشاء الالتزام في المستقبل، ولا يفيد إنشاءه في الحال، ولكن العرف جرى باستخدامه لإنشاء الالتزام في الحال، ولهذا التضاد الموجود في دلالته وضع واستعمال نزل عن رتبة الصريح إلى الكنائي^(٤).

ومع أن الحنفية، والمالكية قرروا أن صيغة المضارع كنائية لا ينشأ الالتزام بها إلا مصحوباً بقرينة فإنهم قالوا إن النكاح ينشأ بها دون قرينة، وعللوا لذلك بأن النكاح عقد لا تجري فيه المساومة، فصيغة المضارع فيه تفيد الإنشاء لا الوعد^(٥).

القول الثاني: لا ينشأ الالتزام إذا عبر عنه بصيغة المضارع.

هو مقتضى قول البابرتي^(٦) من الحنفية، فإنه قال: إن النبي ﷺ استعمل في البيع

(١) البحر الرائق ٢٨٥/٥، بدائع الصنائع ١٣٣/٥.

(٢) بدائع الصنائع ٦٧/٤.

(٣) البحر الرائق ٢٨٥/٥، بدائع الصنائع ١٣٣/٥.

(٤) بلغة السالك ٤٠٣/٢، حاشية الدسوقي ١٩٦/٢.

(٥) ماسبق، حاشية ابن عابدين ١١/٣.

(٦) هو أكمل الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن محمود بن الشيخ شمس الدين بن الشيخ جمال الدين الرومي. إمام محقق علامة يفقه الحنفية له عناية وباع في الأدب وعلوم اللغة. نسبته إلى بابرتي أو بابرتي قرية في بلاد الترك. رحل إلى حلب ثم القاهرة. وعرض عليه القضاء مراراً فامتنع. له تصانيف نافعة شرح الهداية المسمى «العناية». توفي بمصر سنة ٧٨٦هـ. انظر الأعلام ٤٢/٧.

لفظ الماضي، فكان الانعقاد مقتضراً عليه^(١). وهو ظاهر كلام القرافي فإنه قال: «لو قال، أبيعك لم يكن إنشاء للبيع، بل إخبار لا ينعقد به البيع، بل وعدٌ بالبيع في المستقبل»^(٢). وهو قول عند الحنابلة، فقد نصوا على أن البائع لو قال للمشتري «بعتك بكذا»، فقال: «أخذه بكذا» لم يصح، بينما لو قال: «أخذته بذلك» صح البيع^(٣). ونصوا على أن القبول لو تقدم بصيغة المضارع فإن العقد لا يصح^(٤).

أدلة القول الثاني:

الدليل الأول: أن الالتزامات من بيع ونكاح ونحوها تصرفات شرعية، والتصرف الشرعي لا يعرف إلا بالشرع، والشرع قد استعمل في إنشاء الالتزام صيغة الماضي، وذلك في جميع الالتزامات ليدل على التحقق والثبوت^(٥).

وقد اعترض عليه بأنه لا يصح القول بأن النبي ﷺ لم يستعمل إلا لفظ الماضي، فقد استعمل غيره من الألفاظ، فعن جابر بن عبد الله - رضي الله عنه - (أنه كان يسير على جمل له قد أعيأ، فمر النبي ﷺ فضربه ودعا له، فسار سيراً ليس يسير مثله، ثم قال بعنيه بأوقية، قلت: لا، ثم قال: بعنيه بأوقية، فبعته، واستثنت حملانه إلى أهلي. فلما قدمنا أتيت به بالجمل ونقدني ثمنه، ثم انصرفت فأرسل في أترى فقال: ما كنت لأخذ جملك، فخذ جملك ذلك فهو مالك)^(٦).

الدليل الثاني: أن المضارع صيغة طلب لا إنشاء^(٧)، فلا يؤدي معنى القبول ولا استدعاء القبول [وهو الإيجاب]^(٨).

ويرد عليه الاعتراض بأننا لو سلمنا بأن صيغة المضارع في أصل الوضع اللغوي هي للطلب لا للإنشاء، فإنها في الاستعمال للإنشاء لا للطلب، والعبرة في الحكم على مقصد المتكلم من كلامه هو المعنى الذي يعرفه.

(١) العناية بهامش شرح فتح القدير ٤٥٧/٥.

(٢) الفروق ٥٩/٤.

(٣) الإنصاف ٢٦١/٤، حاشية ابن قاسم على الروض المربع ٣٢٩/٤.

(٤) الإنصاف ٤٦٢/٤، حاشية ابن قاسم ٣٣٠/٤، شرح منتهى الإرادات ١٤٠/٢.

(٥) مجمع الأنهر ٤/٢، العناية بهامش شرح فتح القدير ٤٥٧/٥.

(٦) أخرجه البخاري في صحيحه ٣٧٥/٤، كتاب البيوع، باب شراء الدواب والخمير.

(٧) الإنصاف ٢٦٢/٤.

(٨) شرح منتهى الإرادات ١٤١/٢، كشاف القناع ١٤٧/٣.

الترجيح:

القاعدة المحكّمة في جميع طرق التعبير عن الالتزام، هي أن كل ما أفصح عن رضا الملتزم فإن الالتزام ينشأ به، وذلك في القول الذي ظهر لي أنه أرجح من غيره.

الفرع الثالث: حكم استعمال صيغة الأمر في إنشاء الالتزام:

تكون صيغة الأمر هي أحد شقي الالتزام، بينما يكون الشق الآخر من الالتزام بصيغة الماضي. صيغة الأمر هي المتقدمة في الغالب، سواء أكانت الإيجاب أم القبول، وذلك على القول بجواز تقدم القبول على الإيجاب^(١) والبحث في حكم استعمال صيغة الأمر ينقسم إلى قسمين:

القسم الأول: إنشاء عقد النكاح بصيغة الأمر.

المسألة فيها قولان.

القول الأول: ينشأ عقد النكاح بصيغة الأمر.

هو قول الحنفية^(٢)، والمالكية^(٣)، والشافعية^(٤)، والحنابلة، واشترط بعضهم عدم تقدم القبول^(٥).

دليل القول الأول:

استدلوا بالعمومات الواردة في تصحيح كل التزام بكل لفظ يدل عليه وبالدليل التالي:

وهو حديث سهل بن سعد في الواهة نفسها^(٦)، ومحل الشاهد فيه قول الرجل للنبي ﷺ «زوجني»، ووجه الاستشهاد أن النبي جعل كلمته هذه شرطاً للعقد لذا؛ أعقبه ﷺ بقوله «زوجتكها»، فنشأ العقد.

القول الثاني: لا ينشأ عقد النكاح بصيغة الأمر.

هو قول عند الحنفية، إلا أنهم قالوا: إن الخاطب إذا قال للولي: «زوجني»،

(١) انظر هذا القول في ص ٢٩١.

(٢) شرح فتح القدير والعناية بهامشه ٤٥٨/٥، المبسوط ١٦/٥، ١٧، ١٠١/١٢.

(٣) حاشية الدسوقي ٤، ٣/٣، مواهب الجليل ٤٢٣/٣.

(٤) المجموع ١٦٨/٩، ١٦٩، نهاية المحتاج ٣٧٨/٣، ٢١٣/٦.

(٥) الإنصاف ٢٦١/٤، ٢٦٢، ٥٠/٨، المبدع ٥/٤، ١٩/٧، الفروع ٤/٤.

(٦) أخرجه البخاري في صحيحه ٣٤/٩.

فقال: «زوجتك» نشأ العقد. لكن قول الخاطب «زوجني» ليس إيجاباً ولا قبولاً، وإنما هو توكيل منه للولي في أن يتولى عقد نكاحه نيابة عنه، وقول الولي «زوجتك» هو العقد بشطريه، فقام مقام الإيجاب والقبول^(١).

وقد رد أكثر الحنفية هذا التفسير للمسألة، واعترضوا عليه باعتراضين:

الاعتراض الأول: أنه لو كان قول الخاطب للولي «زوجني بنتك» توكيلاً لما كان خاصاً بالمجلس، ولتمكن الولي من تزويجه خارج المجلس، ولكن هذا غير جائز بإقرار المخالف.

وأجيب عنه: بأن هذا التوكيل مقيد بالمجلس وهذا التقييد جاء ضمناً لا صراحة^(٢).

الاعتراض الثاني: لو كان توكيلاً لما اشترط الإشهاد عليه؛ لأن الوكالة لا يشترط لصحتها الإشهاد بخلاف عقد النكاح.

وأجيب عنه بجوابين:

الجواب الأول: أنه لا يشترط الإشهاد على عقد النكاح إذا كان الإيجاب فيه بصيغة الأمر، كما هو قول بعض الحنفية.

ويُرد هذا الجواب بأن هذا الاستثناء دعوى لا دليل عليها.

الجواب الثاني: أن الإشهاد اشترط من أجل اللفظ الصادر عن الولي^(٣).

الترجيح:

الراجح هو ماذهب إليه الجمهور من انعقاد النكاح بصيغة الأمر الدالة على الإنشاء؛ لوجود الدليل النقلي الصحيح الصريح في ذلك، وهو حديث سهل بن سعد.

وتفسير بعض الحنفية المسألة المشهورة عندهم بما يخرجها عن النكاح إلى الوكالة خلاف ما هو ثابت في المذهب.

القسم الثاني: إنشاء غير النكاح من الالتزامات بصيغة الأمر:

(١) شرح فتح القدير والعناية بهامشه ٤٥٨/٥، المبسوط ١٦/٥، ١٧، ١٠١/١٢.

(٢) البحر الرائق وبهامشه حاشية ابن عابدين على البحر ٨٨/٣، ٨٩ شرح فتح القدير ٢٥٨/٥، المبسوط ١٦/١٥، ١٧.

(٣) البحر الرائق وبهامشه حاشية ابن عابدين على البحر ٨٨/٣، ٨٩ شرح فتح القدير ٤٥٨/٥، المبسوط ١٦/١٥، ١٧.

لأهل العلم في المسألة قولان:

القول الأول: ينشأ الالتزام بصيغة الأمر سواء أكانت هذه الصيغة في الإيجاب أم في القبول.

هو قول عند الحنفية^(١)، وقول المالكية، واختلفوا فيها هل هي صريحة أو كناية، ومن آثار ذلك عندهم أنه إذا ادعى المتلفظ بصيغة الأمر أنه لم يقصد إنشاء الالتزام يصدق في دعواه مع يمينه عند من قال إنها كناية، ولا يلتفت إلى إنكاره عند من قال إنها صريحة^(٢).

وهو القول الأظهر عند الشافعية^(٣)، خصه بعضهم بالقبول فيصح بالأمر، على أن يتقدم على الإيجاب، أما الإيجاب فلا يصح بالأمر عندهم^(٤). واستثنى بعضهم الوكالة فقالوا: لو أن رجلاً قال لآخر «وكلني في كذا»، فقال «وكلتك» لم تنعقد الوكالة حتى يأتي الأول بالقبول^(٥).

وهو قول عند الحنابلة، سواء أكان الأمر المتقدم هو الإيجاب كقول البائع للمشتري «اشتر هذا بكذا»، أم هو القبول كقول المشتري للبائع «بعني هذا بكذا»^(٦)، وقال بعضهم إن هذا ليس مطلقاً في كل صيغة أمر، فيصح في نحو قول المشتري «بعني كذا بكذا»، وفي نحو قول البائع «أخذه بكذا»، ولا يصح في نحو قول البائع «أبتعه»، أو قوله «اشتره»^(٧). قال البهوتي: قال في النكت، وفيه نظر ظاهر، والأولى أن يكون كتقدم الطلب من المشتري^(٨).

أدلة القول الأول:

استدل أصحابه على قولهم بصلاحيّة صيغة الأمر لإنشاء الالتزام بالأدلة العامة في صلاحية كل صيغة متعارف عليها وبالدليلين التاليين:

الدليل الأول: ثبت عن النبي ﷺ أنه استعمل صيغة الأمر في إنشاء الالتزام في مواضع عدة، منها مايلي:

الأول: في حديث جابر - رضي الله عنه -، في قصة بيعه الجمل من النبي ﷺ، قال له النبي ﷺ (بعنيه)^(٩).

(١) البحر الرائق ٢٨٦/٥.

(٢) بلغة السالك ٣/٢، حاشية الدسوقي ٤٠٣/٣، مواهب الجليل ٤٢٣/٣.

(٣) شرح المحلى مع حاشية قليوبي وعميرة ١٥٣/٢، نهاية المحتاج ٣٧٨/٣، ٢١٣/٦.

(٤) المجموع ١٦٨/٩، ١٦٩.

(٥) روضة الطالبين ٣٠١/٤.

(٦) الإنصاف ٢٦١/٤، ٢٦٣، شرح منتهى الإرادات ١٤٠/٢، القروع ٤/٤، كشف القناع ١٤٧/٣، المغنى ٧/٦.

(٧) حاشية ابن قاسم على الروض المربع ٣٢٨/٤، كشف القناع ١٤٧/٣.

(٨) كشف القناع ١٤٧/٣.

(٩) أخرجه البخاري في صحيحه ٣٧٥/٤.

الثاني: في حديث عن أنس - رضي الله عنه - قال: (أُتي النبي ﷺ بمال من البحرين، فقال: انثروه في المسجد، وكان أكثر مال أُتي به النبي ﷺ، إذ جاءه العباس، فقال يارسول الله أعطني - فإني فاديت نفسي وعقيلاً -، قال خذه، فحشا في ثوبه^(١)).

الثالث: أن النبي ﷺ قال لبني النجار^(٢) (ثامنوني بحائطكم هذا)، فقالوا: والله لانطلب ثمنه إلا إلى الله^(٣).

الرابع: «أن النبي ﷺ قال لسلمة بن الأكوع^(٤) في جارية خرجت في سهمه من سبي العدو: (ياسلمة هب لي المرأة لله أبوك، فقلت: هي لك يارسول الله، فو الله ما كشفت لها ثوباً، فبعث بها رسول الله ﷺ إلى أهل مكة، ففدى بها ناساً من المسلمين كانوا أسروا بمكة)^(٥) فالحديث نص في الهبة ويقاس عليها باقي الالتزامات^(٦).

الدليل الثاني:

قياس البيع وسائر الالتزامات على عقد النكاح، فإنه ينشأ بصيغة الأمر^(٧).

واعترض عليه بوجود الفارق بين النكاح والبيع من وجهين:

الوجه الأول: أن النكاح يسبقه في العادة مقدمات من خطبة ونحوها، فإذا قال الخاطب للولي: «زوجني» كان هذا اللفظ دالاً على إرادته إنشاء العقد، ولا يحتمل معنى المساومة بخلاف البيع، فإنه إذا قال أحدهم للآخر: «بعني كذا»، فيحتمل أنه يريد الإنشاء، ويحتمل أنه يساوم^(٨).

(١) أخرجه البخاري في صحيحه ٢٦٢/٥، كتاب الهبة، باب إذا وهب هبة، أو وعد ثم مات قبل أن تصل إليه.

(٢) هم بنو النجار واسمه: تيم الله بن ثعلبة بن عمرو بن الخزرج بن حارثة بن عمرو. بطن من بطون الخزرج، من الأزد القحطانية. منهم أخوال رسول الله ﷺ، ومنهم زيد بن ثابت، ومعاذ ومعوذ وعوف بنو الحارث. انظر العقد الفريد ٣٧٧/٣، معجم قبائل العرب، عمر رضا كحالة ١١٧٢/٣.

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه ٤٧٤/٥، كتاب الوصايا، باب وقف الأرض للمسجد.

وانظر الاستدلال به في نهاية المحتاج ٣٧٩/٣، حاشية ابن قاسم على الروض المربع ٢٥٠/٦.

(٤) هو أبو ياس سلمة بن عمرو بن الأكوع سنان بن عبد الله الأسلمي. ممن بايع تحت الشجرة مرتين، ومن بايع يوم الحديبية. كان شجاعاً رامياً، قال فيه رسول الله ﷺ: «خير رجالنا سلمة بن الأكوع». لما قُتل عثمان - رضي الله عنه - خرج إلى الريدة. كانت وفاته سنة أربع وسبعين. انظر أسد الغابة ٤٢٣/٢، ٤٢٤.

(٥) أخرجه مسلم في صحيحه ١١/١٠٠، كتاب الجهاد والسير، باب التنفيل.

(٦) حاشية عميرة على شرح المحلي ١٥٣/٢.

(٧) مواهب الجليل ٢٣٠/٤.

(٨) أحكام القرآن للجصاص ١٧٣/٢، المبسوط ١٧/٥، ١٠٩/١٢، نهاية المحتاج ٢١٣/٦.

الوجه الثاني: أن الضرورة توجب أن يكون قول الخاطب: «زوجني ببتك» إيجاباً؛ لأنه إذا لم يُجعل كذلك، فيحتمل أن يقول له الولي: «زوجتك»، ثم لا يقبل الخاطب فيلحق الولي الشين، وهذا الاحتمال منعدم في غير النكاح^(١).

وعلى من استثنى الوكالة من الشافعية بأنها ضعيفة، لذا لا يكتفى في إنشائها بصيغة الأمر^(٢).

واعترض عليه بأن الوكالة يحتمل فيها ما لا يحتمل في البيع، فهي أولى منه بتصحيح العقد بصيغة الأمر^(٣).

وقال البهوتي في التعليل لتصحيح العقد بقول البائع: «اشتره بكذا»، أو «ابتعه بكذا» إذا أعقبه المشتري بقوله: «اشتريت»، بأنه دال على الإيجاب والقبول فلا وجه لقول من رده^(٤).

وأما استدلالهم على نوع الدلالة في صيغة الأمر فهي كما يلي:

أولاً: الاستدلال على أن صيغة الأمر من الصريح.

من ذهب إلى ذلك قال إن صيغة الأمر إذا استعملت في موضعها فإنها لاتدل إلا على إنشاء الالتزام، وهذا هو الصريح من الصيغ^(٥).

ثانياً: الاستدلال على أن صيغة الأمر من الكنايات:

من ذهب إلى ذلك قال: إن الأمر موضوع في أصل اللغة للطلب، فلما استعمل في الإنشاء صح هذا الاستعمال، لكنه معارض بالأصل فنزلت رتبته من الصريح إلى الكنايات^(٦).

القول الثاني: صيغة الأمر لا ينشأ بها الالتزام:

هو وجه مرجوح عند الشافعية^(٧). وهو قول الحنفية^(٨)، إلا أنهم أدخلوا عليه استثناءات في ست صور:

(١) بدائع الصنائع ١٣٣/٥، ١٣٤، شرح فتح القدير ٤٥٨/٥.

(٢) روضة الطالبين ٣٠/٤.

(٣) السابق.

(٤) كشاف القناع ١٤٧/٣.

(٥) بلغة السالك ٣/٢، مواهب الجليل ٣٣٠/٤، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع ٧٤/٢، شرح المحلي مع حاشيتي قليوبي وعميرة ١٥٣/٢، مجموع فتاوي شيخ الإسلام ٢٣٥/١٩.

(٦) بلغة السالك ٤/٢، شرح منح الجليل ٤٦٣/٢.

(٧) المجموع ١٦٨/٩، مغني المحتاج ٥/٢.

(٨) البحر الرائق ٢٨٥/٥، البسوط ١٠٩/١٢.

الصورة الأولى: عقد الكفالة، قال ابن الهمام: فإذا قال «أكفل لي بما لي على زيد»، أو «أكفل لي بنفس زيد»، فقال «كفلت» تمت الكفالة^(١).

الصورة الثانية: عقد الهبة، فإذا قال الرجل لآخر «هب لي هذا»، فقال «وهبته لك»، تمت الهبة^(٢).

الصورة الثالثة: البيع المؤدي إلى العتق، وذلك في صورة معينة، وهي: أن يقول السيد لعبده «اشتر نفسك مني بألف»، فإذا قال «فعلت» عتق^(٣).

الصورة الرابعة: الإقالة.

ذهب أبو يوسف إلى أن الإقالة بيع، ومع أنه لا يصح إنشاء عقد البيع بصيغة الأمر، إلا أنه صحح الإقالة بصيغة الأمر. فإذا جاء المشتري أو البائع فقال لصاحبه «أقطني»، فأجابه «أقلتك» فقد نشأ عقد الإقالة^(٤).

أما الإمام أبو حنيفة وصاحبه محمد بن الحسن فإنهما لا يصححان الإقالة بصيغة الأمر، ويقولان: إنها لا تنعقد إلا بماضيين كالبيع^(٥).

الصورة الخامسة: التعاقد بين غائبين.

نقل عن محمد بن الحسن أنه قال: إن المشتري لو كتب للبائع «بعتي بكذا» فرد البائع «بعته» فإن البيع يتم^(٦). واختلف الحنفية في تفسير موقف محمد بن الحسن من صيغة الأمر في هذا البيع، فذهب بعضهم إلى أنه يرى بناء على فتواه هذه جواز إنشاء عقد البيع بين غائبين بصيغة الأمر. وبذلك يختلف حكم الغائب عن الحاضر. وبهذا قال بعض الحنفية^(٧). وذهب بعضهم إلى أن مراد محمد هنا التفريق بين النكاح والبيع في اشتراط الإشهاد، وليس مراده تبين اللفظ الذي ينعقد به البيع^(٨).

الصورة السادسة: صيغة الأمر التي تدل بطريق الاقتضاء على الحال، ويمثل لها الحنفية بقول البائع للمشتري: «خذ، وهات الثمن»، فقله هذا يقتضي أنه قد باع، فكأنه قال «بعتك فخذ وهات الثمن»^(٩).

(١) البحر الرائق ٢٨٥/٥، المبسوط ١٠٩/١٢.

(٢) بدائع الصنائع ٣٠٦/٥، الفتاوى الهندية ١٥٦/٣.

(٣) المبسوط ١٦/١٥.

(٤) شرح فتح القدير ٤٦٢/٥.

(٥) حاشية ابن عابدين ٥١٠/٤.

أدلة القول الثاني:

الدليل الأول: أن صيغة الأمر هي طلب للإيجاب والقبول، وليست إيجاباً ولا قبولاً كلفظ الاستفهام، فتلفظ العقاد بها يكون من باب المساومة، ولا بد أن يتبعه لفظ يدل على إنشاء العقد في الحال^(١). والنية لا تنتقل دلالة من الطلب إلى الإنشاء، لأن اللفظ لا يحتمل معنى الإنشاء^(٢).

الدليل الثاني: أن صيغة الأمر لو تأخرت ما نشأ بها العقد فلا ينشأ بها وهي متقدمة^(٣).

ويعترض عليه: بأن السبب في ذلك أنها لا تدل وهي متأخرة على الإنشاء دلالة كافية.

واستدلوا على استثنائهم صيغة الأمر التي تدل على إنشاء الالتزام بطريق الاقتضاء، بأن دلالة الاقتضاء لا تنقل عن صيغة الماضي في إظهار الرضا بإنشاء الالتزام، فإن الماضي صيغة خبرية استعمالها في الإنشاء يدل على جزم صاحبها فكأنه يخبر عن أمر قد تم ووجد، وكذلك صيغة الأمر التي تدل على الإنشاء بدلالة الاقتضاء توصل إلى هذا الجزم من الملتزم^(٤).

ويعترض على هذا الاستدلال بأنه صحيح ولكن يلزم منه تصحيح الالتزام بصيغ الأمر عامة، فإنها كلها تدل على إنشاء الالتزام دلالة اقتضاء. وهو ما ذهب إليه بعض الحنفية بناء على ذلك الاستدلال^(٥).

وعللوا لاستثنائهم عقد الإقالة^(٦)، والتعاقد بين غائبين^(٧) بأن احتمال المساومة لا يرد على صيغة الأمر في الحالين فكانت دلالتها على الإنشاء ظاهرة^(٨).

الترجيح:

يظهر لي رجحان القول الأول القاضي بالاعتداد بصيغة الأمر في إنشاء سائر الالتزامات، ويستند الترجيح إلى الأمور التالية:

(١) البحر الرائق ٢٨٥/٥، شرح فتح القدير، والعناية بهامشة ٤٥٨/٥.

(٢) أحكام القرآن للجصاص ١٧٣/٢، بدائع الصنائع ١٣٤/٥، المبسوط ١٢/٨-١٠.

(٣) الكافي لابن قدامة ٣/٢.

(٤) البحر الرائق ٢٨٥/٥، شرح فتح القدير، والعناية بهامشه ٤٥٨/٥.

(٥) العناية ٤٥٨/٥.

(٦) بدائع الصنائع ٣٠٦/٥.

(٧) شرح فتح القدير ٤٦٢/٥، المبسوط ١٦/٥.

(٨) العناية ٤٥٨/٥.

- الأول:** خصوص النصوص التي وردت في إنشاء البيع والنكاح وغيرهما بصيغة الأمر.
- الثاني:** عموم النصوص الواردة في مشروعية العمل بالعقود وسائر الالتزام والتي لم تلزم المكلفين بصيغة معينة.
- الثالث:** الطبيعة اللغوية لصيغة الأمر حيث تقتضي بالضرورة جزم المكلف بإنشاء الالتزام لا مجرد الطلب.
- الرابع:** خرق المخالفين قاعدتهم من منع إنشاء الالتزام بصيغة الأمر، وذلك بإدخال استثناءات كثيرة عليها مما يدل على ضعف القاعدة.

المسألة الثانية

حكم استعمال الجملة غير الفعلية في إنشاء الالتزام

ونختار ثلاثاً فروعاً.

الفروع الأول: حكم استعمال صيغة الاستفهام في إنشاء الالتزام.

تكون صيغة الاستفهام في أحد شقي العقد، وهو الشق المتقدم، ويأتي الشق الآخر جواباً للاستفهام المتقدم. ومثالها في البيع؛ أن يقول المشتري للبائع «أتبيع مني هذا الشيء بكذا؟» فيقول: «بعت». أو يقول البائع للمشتري «أشتري مني هذا الشيء بكذا؟»، فيقول المشتري «أشتريت»^(١). ولأهل العلم في صلاحية صيغة الاستفهام لإنشاء الالتزام قولان:

القول الأول:

ينشأ الالتزام بصيغة الاستفهام إذا كان المقصود منها إنشاء.

هو قول المالكية، ولكنهم اختلفوا فيها هل صيغة الاستفهام صريحة أو كناية، وفي النكاح لم يوردوا هذا الخلاف ولم ينفوه^(٢).

دليل المالكية: أن الأصل أن الالتزام ينشأ بكل ما كان دالاً عليه في عرف

الناس.

(١) بدائع الصنائع ١٣٣/٥، المغني ٧/٦.

(٢) مواهب الجليل ٤٢٢/٣، ٤٢٣، ٤٢٢/٤ - ٢٣٤.

القول الثاني:

لا ينشأ الالتزام بصيغة الاستفهام:

هو قول الجمهور حتى أن الكاساني، وابن قدامة نقلوا اتفاق أهل العلم على ذلك^(١). فبه قال الحنفية^(٢)، إلا أن الطحاوي قال: إن الخاطب إذا قال للولي «هل أعطيتني فلانة؟» فقال الولي «أعطيتك»، وكان المجلس للعقد فكلامهما عقد، وأما إن كان المجلس للوعد فكلامهما وعد^(٣). وبه قال الشافعية^(٤)، وهو المنصوص عليه عند الحنابلة^(٥).

أدلة القول الثاني:

الدليل الأول: أن صيغة الاستفهام لاتدل على إنشاء شيء في الحال، وإنما تفيد الطلب، وهو سؤال الإيجاب والقبول، ولا يكون ذلك إيجاباً ولا قبولاً^(٦).

وعلى الطحاوي للصورة التي صحح فيها النكاح بصيغة الاستفهام بأن واقع الحال بين أن مقصود الخاطب من كلامه الإنشاء لا الاستفهام^(٧).

الترجيح:

الذي يظهر لي رجحانه في صيغة الاستفهام أنها غير صالحة لإنشاء الالتزام، ولو شاع استعمالها في ذلك؛ لأنها صيغة لا تقبل معنى الإنشاء.

ولكن صيغة الاستفهام قد تحيط بها قرائن ودلالات خارجية تدل على إنشاء الالتزام، فينشأ بها لا بالاستفهام.

الفرع الثاني: حكم استعمال الجملة الاسمية في إنشاء الالتزام.

يختلف الحكم بصلاحيية الجملة الاسمية لإنشاء الالتزام باختلاف المعنى الذي تؤديه، فإن تمحض معناها للحال فدل على الإنشاء في الحال فإنها تكون حيثئذ صالحة لإنشاء الالتزام وتكون لفظاً صريحاً.

(١) بدائع الصنائع ١٣٣/٥، المغني ٧/٦.

(٢) شرح فتح القدير ١٠٣/٣، مجمع الأنهر ٧٣٦/٢.

(٣) شرح فتح القدير ١٠٣/٣.

(٤) حاشية عميرة على شرح المحلي ١٥٣/٢، شرح الطالب ٣/٢، ١١٨/٣، المجموع ١٦٩/٩.

(٥) الإنصاف ٢٦٢/٤، شرح المنتهى ١٤٠/٢، ١٤١، الكافي لابن قدامة ٣/٢.

(٦) بدائع الصنائع ١٣٤/٥، مجمع الأنهر ٧٣٦/٢، الكافي ٣/٢، كشف القناع ١٤٧/٣، المبدع ٥/٤، ١٩/٧.

(٧) شرح فتح القدير ٣٤٥/٢.

ومثل الحنفية للجملة الاسمية الصريحة بأن يقول البائع للمشتري «هذا الكتاب عليك بألف»، فيقول المشتري «قبلت»، أو «فعلت». أو يقول «هو لك بألف إن وافقك»، فيقول المشتري «وافقتي» أو يقول المشتري «أخذتُ هذا الشيء بكذا»، فيقول البائع «الله يبارك لك». وعللوا له بأن قول البائع «الله يبارك لك» هو هاهنا بمعنى «ها أنا بعث فخذ»^(١).

وأما إذا كانت الجملة الاسمية محتملة لمعنى المساومة فإن الالتزام لا ينشأ بها، ومثلوا لها بما لو قال المشتري للبائع «أنا مشتر»، أو «جئتك مشترياً»^(٢).

في النكاح تقوى دلالة الجملة الاسمية على الإنشاء في الحال، فيعتد فيه بصيغ من الجملة الاسمية لا يعتد بها في غيره، والعلة في ذلك: أن النكاح لا يقبل المساومة، فإذا قال الرجل لولي المرأة «جئتك خاطباً ابتك»، أو «لتزوجني ابتك»، فقال الأب «زوجتك»، فالتكاح لازم^(٣). أو قال الخاطب «يا عروسي»، فقالت «لييك» انعقد النكاح، أو قال لها «زوجي نفسك مني»، فقالت «بالسمع والطاعة»، فهو نكاح^(٤).

ويقول الخطاب من المالكية في التمييز بين ما يصلح من الجملة الاسمية لإنشاء عقد البيع وما لا يصلح: «وأما الألفاظ المحتملة فلا يلزم بها بمجرد ما ينزل بها عرف أو عادة، أو ما يدل على البيع»^(٥). ومثل المالكية للجملة الاسمية الصريحة في إنشاء الالتزام بما لو قال المشتري للبائع: «أخذت غنمك هذه كل شاة بدرهم»، فقال «ذلك لك»^(٦).

ومن المحتمل مسألة السوم، وهي أن يقف رجل بسلعته في السوق، فيأتيه آخر ويقول له «بكم سلعتك هذه»، فيقول «بمائة دينار»، فيقول «قد أخذتها»، فإن العقد ينشأ عنده لكن إذا أنكر البائع أنه قصد إنشاء العقد، فإن ضعف دلالة الجملة الاسمية على إنشاء العقد يظهر في هذه الحالة فلا تصلح نصاً قاطعاً في إنشاء العقد، فيلجأ إلى المفسرات الخارجية، فمنهم من قال: يحلف البائع أنه لم يرد الإيجاب، فإن حلف لم يلزمه البيع^(٧). ومنهم من قال: إن كانت السلعة قد أقيمت في سوقها، فذلك قرينة على أن البائع قصد بيعها فيلزمه البيع، ولا يلتفت إلى إنكاره^(٨).

(١) مجلة الأحكام العدلية مادة ١٧٢.

(٢) شرح فتح القدير ٤٥٩/٥.

(٣) شرح فتح القدير ١٠٣/٣.

(٤) البحر الرائق ٩٤/٣، الدر المختار مع حاشية ابن عابدين ١٢/٣. وهذه الأمثلة جارية على قول الحنفية بجواز مباشرة المرأة نكاح نفسها.

(٥) مواهب الجليل ٢٢٩/٤، ٢٣٠.

(٦) المدونة، مجلد ٤/ ص ٢٢٣.

(٧) شرح منقح الجليل ٤٦٤/٢، المدونة مجلد ٤ ص ٢٢٢، مواهب الجليل ٢٣٣/٤.

(٨) مواهب الجليل ٢٢٩/٤، ٢٣٠.

وقال الشافعية: ومن الصريح المشتقات كبائع ومبيع، فإذا قال البائع للمشتري «هذا مبيع منك بكذا»، أو «أنا بائعه بكذا» انعقد البيع نصوا عليه في البيع^(١).
وعملوا له: بالقياس على وقوع الطلاق بلفظ «طالق» و «مطلقة»^(٢).

ومثلوا للكناية من الجملة الاسمية: بقول البائع للمشتري «هو لك بكذا»^(٣)، و«هذا لك بكذا»^(٣).

ويقول الحنابلة: لو قال المشتري للبائع «بعتي كذا» فقال له: «بارك الله لك فيه»، أو «هو مبارك عليك»، أو «إن الله باعك»، صح البيع؛ وعملوا له بدلالة اللفظ على المقصود^(٤).

ولو قال المشتري «أنا آخذه منك بكذا» لم يصح^(٥)؛ لأن ذلك وعد بأخذه لا إنشاء للتعقد^(٦)، أو قال البائع «بعتك كذا بكذا»، فقال المشتري «أنا آخذه» فإنه لا يصح أيضاً^(٧).

وقاعدة شيخ الإسلام ابن تيمية في التمييز بين ما يصلح من الصيغ لإنشاء الالتزامات وما لا يصلح هو العرف، فما عُد في العرف من الجمل الاسمية صيغة لإنشاء الالتزام فهو في الحكم الشرعي كذلك^(٨).

الأدلة على صلاحية الجملة الاسمية لإنشاء الالتزام.

هي الأدلة العامة في إثبات صحة الالتزام بكل ما دل عليه. وأربعة أدلة من سنة النبي ﷺ.

الدليل الأول:

(أن النبي ﷺ قال لسلمة بن الأكوع في جارية: هب لي المرأة، فقال له: هي لك يارسول الله)^(٩). فقيس على الهبة باقي العقود^(١٠).

(١) حاشية عميرة على شرح المحلى ١٥٢/١٢، نهاية المحتاج ٣٧٦/٣.

(٢) المجموع ١٦٦/٩.

(٣) نهاية المحتاج ٣٧٩/٣.

(٤) شرح منتهى الإرادات ١٤٠/٢، كشاف القناع ١٤٧/٣.

(٥) الإنصاف ٢٦١/٤، الفروع ٤/٤.

(٦) كشاف القناع ١٤٧/٣.

(٧) غاية المنتهى ٢/٢.

(٨) مجموع الفتاوى ١٥/٩، ١٨، ٢٣٥.

(٩) أخرجه مسلم في صحيحه ١١/١٠٠.

(١٠) حاشية عميرة على شرح المحلى ١٥٣/٢.

الدليل الثاني: (حديث جابر - رضي الله عنه - في قصة بيعه الجمل من النبي ﷺ) (١). وموضع الشاهد فيه أن جابراً أوجب بالبيع قائلاً: «فهو لك» (٢).

الدليل الثالث: (قول بني النجار للنبي ﷺ - لما قال لهم - ثامنوني بحائطكم هذا - : والله لا نطلب ثمنه إلا إلى الله) (٣)، فكان ذلك وقفاً ترتبت عليه آثاره، فأمر النبي ﷺ ببناء المسجد.

الدليل الرابع: (وهب النبي ﷺ عبد الله بن عمر جملأً بقوله: هو لك يا عبد الله بن عمر تصنع به ما تشاء) (٤).

الفرع الثالث: استعمال حرف الجواب «نعم» في إنشاء الالتزام

ينقسم البحث في هذا الفرع إلى قسمين:

القسم الأول: وقوع «نعم» إيجاباً.

يقع حرف الجواب «نعم» إيجاباً في عدة صور، وتستدعي طبيعة المسألة أفراد كل صورة بيان ماهيتها وحكمها.

الصورة الأولى من وقوع «نعم» إيجاباً: أن يسبقها استفهام، كأن يقول المشتري للبائع «أتبيع سلعتك هذه؟»، فيجيبه البائع: «نعم»، فيقول المشتري: «اشتريت».

نص الحنفية (٥)، والشافعية (٦)، والحنابلة (٧) على هذه الصورة وقالوا: إن كلمة «نعم» هي الإيجاب، وقول المشتري بعده «اشتريت» هو القبول. وأما الاستفهام المتقدم فلم ينشأ به شيء. وقالوا: إن «نعم» لفظ صريح في الدلالة على إنشاء العقد.

وعلى الحنابلة لذلك، بأن السؤال مضمّر في الجواب معاد فيه، كما في قول الله تعالى ﴿هل وجدتم ما وعد ربكم حقاً، قالوا نعم فأذن مؤذن بينهم أن لعنة الله على الظالمين﴾ (٨). فقولهم «نعم» أي نعم وجدنا ما وعدنا ربنا حقاً. فإذا قال

(١) أخرجه البخاري في صحيحه ٣٧٥/٤.

(٢) المجموع ١٦٦/٩.

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه ٤٧٤/٥.

(٤) أخرجه البخاري في صحيحه ٣٩٢/٤.

(٥) حاشية ابن عابدين ٥١١/٤، شرح فتح القدير ٤٥٩/٥، الفتاوى الهندية ٣/٣.

(٦) المجموع ١٧٠/٩.

(٧) شرح منتهى الإرادات ١٢/٣، المبدع ١٩/٧، المغنى ٤٥٩/٩.

(٨) سورة الأعراف، آية رقم: ٤٤.

الولي في النكاح «نعم» بعد أن سأله الخاطب «أزوجت» فإن معنى قوله نعم: «زوجت فلانة»، ولهذا كانت «نعم» صريحة في الإقرار بحيث يقطع السارق بها مع أن الحدود تدرأ بالشبهات^(١).

وصحح المالكية العقد في هذه الصورة إلا أنهم جعلوا الاستفهام المتقدم قبولاً متقدماً، وكلمة «نعم» بعده إيجاباً متأخراً، ولا حاجة بعد ذلك إلى قول المشتري «اشتريت». ودلالة «نعم» عند بعضهم كناية لا صريحة، لذلك إذا ادعى المتلفظ بها أنه لم يقصد إنشاء العقد - ففي أحد القولين - عندهم تقبل دعواه، وفي قول آخرين منهم لا تقبل فتكون دلالتها عندهم صريحة^(٢).

الصورة الثانية من وقوع «نعم» إيجاباً: أن يتم إجراء العقد بين طرفيه بواسطة سمسار.

نص عليه الشافعية في البيع، والحنابلة في النكاح خاصة. وهي عند الشافعية: أن يقول السمسار للبائع «بعت بكذا»، فيقول: «نعم»، ثم يقول للمشتري «اشتريت بكذا»، فيقول «نعم»، فقول البائع «نعم» إيجاب، وقول المشتري «نعم» قبول^(٣).

وقد اختلفت الشافعية في الاعتداد بـ «نعم» في هذه الصورة على قولين:
القول الأول: إنه ينشأ بها العقد، وعدوها من اللفظ الصريح. وعللوا لذلك بأنها صيغة تدل على الرضا فينشأ بها العقد^(٤).

القول الثاني: لا ينشأ بها العقد: وعللوا له: بعدم قيام التخابط بين العاقلين^(٥). وهذا التعليل يدل بمفهومه على أن «نعم» تصلح لإنشاء العقد، لكن امتنع إنشاؤه في هذه الصورة؛ لسبب خارج عنها.

وأما الحنابلة فنصوا عليها في النكاح، واختلفوا فيها على قولين:

القول الأول: ينشأ العقد بها، ودلالتها صريحة.

وعللوا له: بأن «نعم» تتضمن في معناها الاستفهام المتقدم فهو معاد فيها

(١) شرح المتهى ١٢/٣، المدع ١٩/٧، المغنى ٤٥٩/٩.

(٢) مواهب الجليل ٢٤١/٤.

(٣) المجموع ١٧٠/٩.

(٤) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٢٩٧، شرح روض الطالب ٥/٢، المجموع ١٧٠/٩.

(٥) المجموع ١٧٠/٩.

معنى^(١). وهذا التعليل يفيد أن الحكم ليس خاصاً بعقد النكاح؛ لأن علة الحكم توجد فيه وفي غيره.

ولم يسلم ابن رجب بأن «نعم» من الصريح فقال: و«نعم» ههنا كناية؛ لأن التقدير «نعم زوجت»، و«نعم قبلت»، وأكثر ما يقال إنها صريحة في الإعلام بحصول الإنشاء، فالإنشاء إنما استفيد منها، فيكون كناية عن لفظ النكاح وقبوله^(٢).

القول الثاني: لا ينشأ بها العقد.

وعلاوا له بأن النكاح لا يصح إلا بلفظ «الإنكاح»، أو لفظ «التزويج»^(٣). ويفهم من هذا التعليل أن «نعم» ينشأ بها غير النكاح من الالتزامات، لأن علة المنع في النكاح لا توجد في غيره.

الصورة الثالثة من وقوع «نعم» إيجاباً: أن يقول المشتري للبائع: «أشتري منك كذا؟» فيقول البائع «نعم».

نص عليها الشافعية، ولهم فيها قولان:

قول بأنه ينشأ بها العقد^(٤). وقول بأنه لا ينشأ، لعله خارجة عنها هي أنه لم يسبقها التماس^(٥).

القسم الثاني: وقوع «نعم» قبولاً.

وقوع حرف الجواب «نعم» قبولاً له ثلاث صور:

الصورة الأولى: أن يقول المشتري للبائع، «اشتريت منك بـالف»، فيقول البائع «نعم»، أو يقول له: «بعني»، فيقول: «نعم».

نص عليها الحنفية، واتفقوا على أن «نعم» تكون في هذه الصورة قبولاً.

وعلاوا لذلك: بأن قول البائع «نعم» بعد قول المشتري «اشتريت» جواب له فكأنه قال «نعم اشتريت»؛ لأن الإخبار عن الشراء يستلزم وقوع البيع قبله^(٥).

الصورة الثانية من وقوع «نعم» قبولاً: أن يقول البائع للمشتري «بعتك» هذه السلعة، فيقول المشتري «نعم».

(١) الإنصاف ٤٨/٨، ٤٩، شرح منتهى الإرادات ١٣/٣ الفروع ١٦٩/٥، كشف القناع ٣٨/٥، المبدع ١٩/٧.

(٢) قواعد ابن رجب، القاعدة ٣٩، ص ٥١.

(٣) الإنصاف ٤٨/٨، ٤٩، شرح منتهى الإرادات ١٢/٣، كشف القناع ٣٨/٥، المبدع ١٩/٧.

(٤) نهاية المحتاج ٣٧٧/٣.

(٥) البحر الرائق ٢٨٦/٥، حاشية ابن عابدين ٥١١/٥، ٥١٢، الفتاوى الهندية ٤/٣.

نص عليها الحنفية والشافعية، واختلفوا فيها على قولين:

القول الأول: ينشأ بها العقد. هو قول للشافعية^(١).

القول الثاني: لا ينشأ بها العقد. هو قول الحنفية^(٢)، وقول للشافعية^(٣).

وعللو له: بأنه لم يسبقها طلب، فهي مجرد تصديق من قائلها لما سبقها، كأنه قال «إنك صادق في إيجاب البيع».

وعلل الحنفية لتفريقهم بين الصورتين الأولى والثانية مع تشابههما، بقولهم إن قول المشتري في الصورة الثانية «نعم» لا يعدو أن يكون تصديقاً لقول البائع: «بعتك»، فلم يوجد في العقد إلا شق واحد نطق به البائع وصدقه المشتري فيه، بخلاف ما لو سبق المشتري بقوله «اشتريت»، فأعقبه البائع بقوله «نعم»، فكأنه قال «نعم اشتريت مني»، والشراء يستلزم وجود بيع سابق.

الصورة الثالثة من وقوع «نعم» قبولاً: أن يتم التعاقد بواسطة سمسار.

نص عليها الشافعية، والحنابلة، ولهم فيها من التفصيل والتعليل ما أورده في وقوع «نعم» إيجاباً في التعاقد بواسطة سمسار^(٣).

الترجيح:

يظهر لي أن كلمة «نعم» تستمد دلالتها قوة وضعفاً مما هي جواب له، ففي حالة وقوعها جواباً لاستفهام تقريري أو حقيقي صريح فإنها تكون صريحة في المعنى الذي تضمنه الاستفهام، فإذا تضمن إنشاء الالتزام، فإنها تكون صريحة في إنشاء الالتزام، كما لو قال له البائع أو السمسار «اشتريت»؟ فأجاب بـ «نعم».

وأما إذا سبقها جملة غير استفهامية، كقول البائع للمشتري «بعتك هذه السيارة»، فإن «نعم» التي تعقبها لا تكون صريحة في الإنشاء؛ لأن ما سبقها ليس صريحاً، فهو يحتمل الخبر والإنشاء.

وعليه، فإنه يترجح عندي أن «نعم» لفظ صريح في إنشاء الالتزام إذا كانت جواباً لاستفهام، سواء أوقعت إيجاباً أم قبولاً، أما إذا سبقها جملة غير استفهامية فإنها تكون محتملة تعتمد على القرائن.

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٢٩٧، ٢٩٨، نهاية المحتاج ٣/٣٧٧.

(٢) البحر الرائق ٣/٩٤، ٥/٢٨٦، حاشية ابن عابدين ٤/٥١٢، مجمع الأنهر ٥/٢.

(٣) انظر ص ٤٢١.

المبحث الثاني

التعبير بالمعاطاة

وفيه ستة مطالب:

المطلب الأول: صفة المعاطاة عند من يعتد بها.

المطلب الثاني: شروط صحة المعاطاة.

المطلب الثالث: حكم إنشاء الالتزام بالمعاطاة من حيث الصحة والبطالان.

المطلب الرابع: بيان ما تفيد المعاطاة.

المطلب الخامس: حكم المعاطاة من حيث الحل والحرمة.

المطلب السادس: التزامات مستثناة من الأصل العام في المعاطاة.

المطلب الأول

صفة المعاطاة عند من يعتد بها

وردت المعاطاة بهذا الاسم، وبأسماء أخرى مشابهة كالتعاطي والإعطاء، ولكل منها شيء من التميز في المعنى عن الآخر، وكثيراً ما يستعمل الفقهاء لفظاً منها مكان الآخر.

وفي هذا المطلب بيان المعنى المتميز لكل واحد من هذه الأسماء المتشابهة.

التعاطي: بذل كل واحد من طرفي العقد العرض الذي في يده دون تلفظ بالإيجاب والقبول^(١). وقد يسبق التعاطي مساومة لاتصل إلى رتبة الإيجاب والقبول^(٢). ويطلق على هذه المعاملة معاطاة وتعاط^(٣).

والإعطاء: يكون من جانب واحد، لا يقابله إعطاء من الجانب الآخر^(٤).

وهو على حالين:

الحالة الأولى: ألا يقابل الإعطاء تلفظاً بالعقد. كأن يأخذ المشتري سلعة من مالكة ويدفع له الثمن، ولم يتلفظ هو أو البائع بإيجاب أو قبول^(٥).

الحالة الثانية: أن يقابل الإعطاء من أحد طرفي العقد تلفظاً بالعقد من الطرف الآخر. كأن يقول «أعطني بهذا الدرهم خبزاً» فيعطيه ما يرضيه من الخبز مع سكوته، أو يساومه بثمن في سلعة فيقول البائع «خذها» فيأخذها المشتري ويسكت^(٦).

(١) أحكام القرآن للجصاص ١٧٣/٢، الشرح الكبير للدردير ٣/٣، شرح منح الجليل ٤٦٢/٢. المجموع ١٦٣/٩، الروض المربع، وحاشية ابن قاسم ٣٣٠/٤، شرح منتهى الإرادات ١٤١/٢.

(٢) المجموع ١٦٣/٩.

(٣) ماسبق.

(٤) أحكام القرآن للجصاص ١٧٣/٢، الشرح الكبير للدردير ٣/٣، شرح منح الجليل ٤٦٢/٢.

(٥) الشرح الكبير للدردير ٣/٣، الروض المربع مع حاشية ابن قاسم ٣٣٠/٤، شرح منتهى الإرادات ١٤١/٢.

(٦) البحر الرائق ٢٩٢/٥، شرح منح الجليل ٤٦٢/٢، المجموع ١٦٣/٩، شرح منتهى الإرادات ١٤١/٢، غاية المنتهى ٣/٢.

وانفرد ابن عابدين بالقول بأن هذه الحالة من المعاملة ليست من بيع المعاطاة، مع تسليمه بأنها بيع صحيح^(١).

وقال المالكية^(٢)، والحنابلة^(٣): إنه قد يكون المقابل للإعطاء شيئاً غير اللفظ مما يدل على الرضا بإنشاء العقد، كالإشارة.

ونبه الفقهاء على أن المعاطاة بجميع صورها قد تتم دون قبض، تتم بما يقوم مقامه، كما لو قال «بكم تبيع قفيز حنطة»؟ فقال «بدرهم»، فقال: «اعزله»، فعزله، فهو بيع، أو قال للقصاب: «زن لي كذا وكذا»، فهو بيع. فإن الأمر بالعزل، والأمر بالوزن قائم مقام القبض، ويجب أن مقام الأيجاب، وعزل المخاطب السلعة، أو وزنها قبول^(٤).

ونبهوا كذلك على أن التقابض المسبوق بعقد فاسد لا يكون معاطاة ينشأ بها العقد، إذ لا بد من التصريح بترك العقد الفاسد، ولا بد أن يكون المقصود بها إنشاء العقد ابتداء^(٥).

وبحث الشافعية^(٥) والحنابلة^(٦) نسبة المعاطاة إلى الإيجاب والقبول، فاختلفوا فيها على قولين: الشافعية وبعض الحنابلة يقولون: إن المعاطاة صورة من صور الإيجاب والقبول.

وفي قول عند الحنابلة: أن المعاطاة لا تسمى إيجاباً وقبولاً وإنما هي ضرب مغاير من أضرب إنشاء الالتزام^(٦).

ورجح شيخ الإسلام ابن تيمية الرأي الأول، فقال: «والصواب أن الإيجاب والقبول اسم لكل تعاقّد، فكل ما انعقد به البيع من الطرفين سمي إثباته إيجاباً والتزامه قبولاً»^(٧).

ويطلق لفظ المعاطاة والتعاطي على ما خلا من اللفظ البتة، وعلى ما كان فيه لفظ من طرف وإعطاء من طرف آخر^(٨).

(١) حاشية ابن عابدين ٥١٣/٥.

(٢) شرح منحة الجليل ٤٦٢/٢.

(٣) الإنصاف ٢٦٣/٤، ٢٦٤، مجموع فتاوى شيخ الإسلام ٥/٢٩.

(٤) البحر الرائق ٢٩٢/٥، حاشية ابن عابدين ٥١٤/٥.

(٥) المجموع ١٦٣/٩.

(٦) الإنصاف ٢٦٤/٤، الروض المربع وحاشية ابن قاسم ٣٣٠/٤، ٣٣١، البدع ٦/٤، المغني ٧/٦.

(٧) الإنصاف ٢٦٤/٤.

(٨) المجموع ٥١٣/٥.

المطلب الثاني

شروط صحة المعاظة عند من يعتد بها

الشرط الأول: وجود مايدل على الرضا بإنشاء الالتزام كجلوس البائع ببضاعته في السوق، أو تجواله على الراغبين في الشراء في أماكنهم^(١).

الشرط الثاني: جريان العرف بها.

أورده بعض القائلين بالعمل بالمعاظة على أنه شرط للعمل بها، فما جرى العرف باستعمال المعاظة فيه من الالتزامات، فإنه ينشأ بها، وأورده آخرون على أنه دليل من أدلة صحة العمل بها في إنشاء الالتزام^(٢).

(١) شرح منح الجليل ٤٦٢/٢، قواعد الأحكام ١٣٧/٢، المجموع ١٦٣/٩، شرح منتهى الإرادات ١٤١/٢، المغني ٧/٦.

(٢) شرح منح الجليل ٤٦٢/٢، المجموع ١٦٣/٩، مجموع فتاوى شيخ الإسلام ١٩/٥ - ٨.

المطلب الثالث

حكم إنشاء الالتزام بالمعاطاة من حيث الصحة والبطالان

وفيه مسالتان:

المسألة الأولى: حكم إنشاء الالتزام بالتعاطي من الجانبين من حيث الصحة والبطالان.

المسألة الثانية: حكم إنشاء الالتزام بالإعطاء من حيث الصحة والبطالان.

المسألة الأولى

حكم إنشاء الالتزام بالتعاطي من الجانبين

من حيث الصحة والبطالان

الخلاف في المعاطاة يجري في جميع الالتزامات^(١)، ولكن الأمثلة انصبت على البيع كمادة الفقهاء في الأمور المشتركة بين الالتزامات يبحثونها في عقد البيع.

ولأهل العلم في هذه المسألة ثلاثة أقوال:

القول الأول: ينشأ عقد البيع بالمعاطاة.

هو قول عند الحنفية^(٢)، وقول المالكية^(٣)، وقول جماعات من الشافعية. كما قال النووي، ورجحه^(٤)، ووافقه على ذلك السيوطي^(٥). وهو قول عند الحنابلة^(٦) قال شيخ الإسلام إنه ظاهر مذهب الإمام أحمد^(٧).

ولهذا القول ضوابط عند الشافعية، والحنابلة، فقال الشافعية: إن المعاطاة يتعقد بها البيع فيما جرت به عادة الناس فيه بالمعاطاة وعدوه بيعاً، وأما الذي لم تجر فيه العادة بالمعاطاة كالجواري والدواب والعقار فلا تكون المعاطاة فيه بيعاً^(٨). ومثل شيخ الإسلام لما تصح فيه المعاطاة بناء على هذا القيد بقوله: كالمبيعات بالمعاطاة - وكالوقف في مثل من بنى مسجداً وأذن للناس في الصلاة فيه، أو سبيل أرضاً للدفن

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٢٧٩، المجموع ١٦٥/٩. مجموع الفتاوى لشيخ الإسلام ٦٠٥/٢٩.

(٢) بدائع الصنائع ١٣٤/٦، حاشية ابن عابدين ٥١٣/٤، الهداية والعناية وشرح فتح القدير ٤٥٩/٥.

(٣) بلغة السالك ٣/٢، حاشية الدسوقي ٣/٣، شرح منح الجليل ٤٦٢/٢.

(٤) المجموع ١٦٢/٩، ١٦٣.

(٥) الأشباه والنظائر ص ٢٧٩.

(٦) أعلام الموقعين ٥/٤، الإنصاف ٣/٧، قواعد ابن رجب ص ٩٣، ٩٥، القاعدة رقم ٥٥، المغني ١٩٠/٨.

(٧) مجموع الفتاوى ٢٣٥/١٩.

(٨) المجموع ١٦٢/٩، ١٦٣.

فيها، أو بنى مطهرة وسبلها للناس، وكبعض أنواع الإجارة كمن دفع ثوبه إلى غسال أو خياط يعمل بالأجرة، أو ركب سفينة ملاح، وكالهدية ونحو ذلك. بخلاف المعاطة في الأموال الجليلة فإنه لا حاجة إليه ولم يجز به العرف. ثم ذكر قولاً بالجواز المطلق في كل ما تعارف الناس على أنه يصح بالمعاطة^(١).

أدلة القول الأول:

الدليل الأول: أن الله تعالى أباح التملك عن طريق المعاوضات أو التبرعات بشرط وجود الرضا من المملوك، فقال سبحانه في شأن المعاوضات: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾^(٢)، وقال في شأن التبرعات: ﴿فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا﴾^(٣)، ولم يلزمنا ربنا - سبحانه - بأسلوب معين في إظهار الرضا بالتملك والتمليك، فكل ما كان في عرف الناس كافياً في الدلالة على الرضا فإن الالتزام ينشأ به وتصح المعاملة ويقع التملك، والمعاطة في عرف الناس أسلوب صريح في التعبير عن الرضا بإنشاء الالتزام فينشأ بها^(٤).

الدليل الثاني: أن النصوص التي وردت فيها إباحة العقود وغيرها من الالتزامات لم يرد فيها تقييد الإباحة بنوع معين من الأساليب المعروفة لإنشاء الالتزامات، فقول الله سبحانه وتعالى: ﴿وَأَهْلَ اللَّهِ الْبَيْعُ﴾^(٥) يشمل البيع بأي أسلوب يعرفه المخاطبون مما لم يرد فيه نهى، وليس للبيع ولا لغيره من الالتزامات حد معين في اللغة بحيث يقال إن أهل اللغة يسمون هذا بيعاً، ولا يسمون هذا بيعاً حتى يدخل أحدهما في خطاب الله تعالى ولا يدخل الآخر، بل إن تسمية أهل العرف من العرب المعاطة بيعاً دليل على أنها تسمى في لغتهم بيعاً، والأصل بقاء اللغة لانقلها وتغييرها^(٦).

(١) مجموع فتاوى ٦،٥/٢٩ وانظر ٢٣٥/١٩.

(٢) سورة النساء آية رقم ٢٩.

(٣) سورة النساء آية رقم ٤.

(٤) مجموع فتاوى ابن تيمية ١٤/١٥، وقريب منه في البحر الرائق ٢٩١/٥، الجوهرة النيرة ٢٢٥/١، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي ٣/٣، الروض المربع مع حاشية ابن قاسم ٣٣١/٤، المبدع ٦/٤.

(٥) سورة البقرة آية رقم ٢٧٥.

(٦) مجموع فتاوى شيخ الإسلام ١٥/٢٩، ١٦، والاحتجاج بالعرف في مواهب الجليل ٢٢٨/٤، الشرح الكبير، وحاشية الدسوقي ٣/٣، شرح منتهى الإرادات ١٤١/٢، المبدع ٤/٤ المجموع ١٦٣/٩.

وبالرجوع إلى حقيقة المعاطاة نجد أنها أقرب إلى حقيقة العقود وسائر الالتزامات من التلطف بالإيجاب والقبول، فالبيع - على سبيل المثال - هو: مبادلة شيء بشيء، وهذه هي المعاطاة. وأما التلطف بالإيجاب والقبول فهو مجرد دليل على الرضا بالمبادلة الفعلية. وهذا معهود في نصوص الشارع، من ذلك قول الله تعالى ﴿إِنْ اللَّهُ اشْتَرَى مِنَ الْمُؤْمِنِينَ أَنْفُسَهُمْ وَأَمْوَالَهُمْ بِأَنْ لَهُمُ الْجَنَّةُ﴾^(١)، فقد سمى الله سبحانه مبادلة الجنة بالنفس والمال بيعاً^(٢).

ونظراً لثبوت هذا الأصل وهو الرجوع إلى العرف في المباحات التي لم يأت لها حد معين في الشرع ولا في اللغة فإن الامتناع عن تصحيح المعاطاة المتعارف عليها يعد خروجاً عن الأصل، ويقول السيوطي: إن من قواعد الشافعية «أن ما ورد به الشرع مطلقاً، ولا ضابط له فيه، ولا في اللغة يرجع فيه إلى العرف، - ثم قال - وخرجوا عن ذلك في مواضع منها المعاطاة»^(٣).

الدليل الثالث: أن نصوص الكتاب والسنة تذكر العقود بالجانب العملي فيها، لا بأسمائها اللفظية وهذا يقوي جانب المعاطاة على جانب الألفاظ، ومن ذلك قول الله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ﴾^(٤). وقوله ﴿فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾^(٥)، وقوله ﴿مَنْ ذَا الَّذِي يقرضُ اللَّهُ قَرْضًا حَسَنًا﴾^(٦)، قال شيخ الإسلام: ومن تتبع ما ورد عن النبي ﷺ وأصحابه من أنواع المعاوضات والتبرعات علم ضرورة أنهم لم يكونوا يلتزمون الصيغة من الطرفين، فمن ذلك: أن رسول الله ﷺ بنى مسجده، والمسلمون بنوا المساجد على عهده وبعد موته، ولم يأمر أحداً أن يقول «وقفت هذا المسجد»، ولا ما يشبه هذا اللفظ، بل قال النبي ﷺ (من بنى لله مسجداً يبتغي به وجه الله بنى الله له مثله في الجنة)^(٧) فعلق الحكم على البناء لا على التلطف بلفظ الوقف.

(١) سورة التوبة، آية رقم ١١١.

(٢) يدائع الصنائع ١٣٤/٥.

(٣) الأشباه والنظائر ص ٩٨، ٩٩.

(٤) سورة البقرة آية رقم ٢٨٢.

(٥) سورة البقرة آية رقم ٢٨٣.

(٦) سورة الحديد آية رقم ١١.

(٧) أخرجه البخاري في صحيحه ٦٤٨/١، كتاب الصلاة، باب من بنى مسجداً [دار الريان للتراث، الطبعة الثانية

١٤٠٩ هـ، تحقيق محب الدين الخطيب].

وكما وهب رسول الله ﷺ الجمل لابن عمر قائلًا: (هو لك يا عبد الله بن عمر) (١)، ولم يصدر عن ابن عمر لفظ قبول. وكان ﷺ يُهدي ويهدي إليه، فيكون قبض الهدية قبولها. ولما نحر البدنات قال: (من شاء اقتطع) (٢) مع إمكان قسمتها، فكان هذا إيجاباً، والاقتطاع هو القبول. وعن أبي هريرة - رضي الله عنه - قال: (كان رسول الله ﷺ إذا أتى بطعام سأل عنه: أهدية، أم صدقة، فإن قيل صدقة قال لأصحابه: كلوا، ولم يأكل، وإن قيل هدية ضرب بيده وأكل معهم) (٣). وعن سلمان - رضي الله عنه - (أنه جاء إلى النبي ﷺ بتمر، وقال: رأيتك لا تأكل الصدقة، وهذا شيء أهديته لك، فقال النبي ﷺ: بسم الله، وأكل) (٤)، ولم ينقل عنه قبول ولا أمر بإيجاب.

فتضافرت الدلائل من الكتاب والسنة على أن الفعل في الالتزامات أدل على الرضا من القول وأكثر استعمالاً في فعل من تقوم الحجة بفعله، وأصبح هذا معلوماً مشهوراً في الأمة، حتى قيل إن منع الانعقاد بالمعاطاة يخالف الإجماع القديم، وأنه من البدع (٥).

الدليل الرابع: أن الأصل في العادات، ومنها المعاملات الإباحة إلا ما حرمه الشرع، وهذا أصل معلوم باستقراء نصوص الشريعة، ومما يقوي هذا الأصل أن البيع كان معلوماً عند العرب وغيرهم باللفظ والمعاطاة، ولا يمنع الشرع من ذلك فلا يجوز تغييره بالرأي والتحكم. ويقتصر التغيير على ماورد النهي عنه (٦).

الدليل الخامس: أن منع الناس من إنشاء الالتزام عن طريق المعاطاة، وقصرهم على التلفظ وما شابهه فيه حرج ومشقة عليهم، خاصة فيما يكثّر تداوله بينهم من الالتزامات (٧).

واستدل أصحاب القول الأول على تعميم الحكم بصحة المعاطاة في كل بيع في نفيس، أو رخيص، بأن عموم الأدلة يقتضي ذلك ويمنع التفريق (٨).

- (١) أخرجه البخاري في صحيحه ٣٩٢/٤.
- (٢) هو قطعة من حديث أخرجه البيهقي في سننه ٢٣٧/٥، كتاب الحج، باب نحر الإبل، بسند قال عنه الألباني في الأرواء ١٩/٧: إسناده رجال كلهم ثقات.
- (٣) أخرجه البخاري في صحيحه ٢٤٠/٥، ٢٤١، كتاب الهبة، باب قبول الهدية.
- (٤) أخرجه الإمام أحمد في المسند، وقال الساعاتي في الفتح الرباني ٨١/٩ في تخريجه: أورده الهيثمي، وقال: فيه ابن إسحاق وهو ثقة لكنه مدلس، وبقيّة رجاله رجال الصحيح.
- (٥) الفتاوى الكبرى لابن تيمية ١٢/٤، مجموع الفتاوى ١٩، ١٨، ١٩.
- (٦) الفتاوى الكبرى ١٢/٤، ١٣، المغني ٨/٦.
- (٧) مجموع فتاوى شيخ الإسلام ١٧/١٩، ١٨، الروض المربع مع حاشية ابن قاسم ٣٣١/٤، المغني ٩/٦.
- (٨) البحر الرائق ٢٩٢/٥، بدائع الصنائع ١٣٤/٥، شرح منتهى الإرادات ١٤١/٢.

القول الثاني: لا ينشأ الالتزام بالمعاطاة مطلقاً في نفيس، أو رخيص.

هو قول جمهور الشافعية^(١). وهو قول عند الحنابلة^(٢).

أدلة القول الثاني:

الدليل الأول: أن النبي ﷺ نهى عن بيع المنابذة والملاسة وبيع الحصاة، فيكون بيع المعاطاة وما مثله من العقود في الحكم؛ لأنه مثلها في الصورة، والجامع بينها أن كلا منها يحدث دون لفظ^(٣).

اعترض عليه بأن بيع المعاطاة ليس من جنس البيوع المذكورة، فبيع الملاسة هو: وقوع البيع باللمس، وبيع المنابذة: هو وقوع البيع بنقد الثوب إلى المشتري، وبيع الحصاة هو: أن يضع على البيع حصاة، فتكون هذه الأفعال موجبة عندهم لوقوع البيع، وهي بهذه الصيغة تفترق عن بيع التعاطي في أمرين جوهرين:

الأول: أن البيوع المذكورة معلقة على أمر يحتمل الوقوع وعدمه، ولا يجزم فيها بإنشاء العقد، وأما بيع التعاطي فإن الجزم فيه بإنشاء العقد متحقق.

الثاني: أن لمس الثوب ونبذه ووضع الحصاة عليه أفعال علق عليها العقد، وهي أفعال لاعلاقة لها بالعقد، فلا هي من موجباته ولا هي من أحكامه، أما التعاطي فإنه من موجبات العقد^(٤).

الدليل الثاني: أن الرضا أمر خفي لا اطلاع لنا عليه، فنصب الشرع عليه دليلاً حسياً هو الإيجاب والقبول، ودون هذا الدليل لا يتحقق شرط الرضا الذي بنى الشرع عليه صحة المعاملات^(٥).

اعترض عليه بأنه لم يرد في كتاب الله ولا في سنة رسوله ﷺ أن التلفظ بالإيجاب والقبول هو الطريق الذي لا غيره للكشف عن الرضا بالتمليك أو التملك. بل ثبت بالأدلة أن المعهود في حياة النبي ﷺ، وفي عهد أصحابه من بعده استعمال المعاطاة وسيلة للتعبير عن الرضا بالالتزام، وهو أمر معهود في الناس في كل زمان ومكان ظاهر لكل أحد، وبعض الناس يحمله اللدد في نصره لقول معين على أن يجحد ما هو مستقر عند الناس معلوم، فلا عبرة بجحد مثل هذا، فإن جحد

(١) المهذب، وشرحه المجموع ١٦٢/٩، نهاية المحتاج ٣/٣٧٥.

(٢) الإنصاف ٢٦٣/٤، الفروع ٤/٤، المبدع ٦/٤.

(٣) أحكام القرآن للجصاص ١٧٣/٢.

(٤) أحكام القرآن للجصاص ١٧٣/٢.

(٥) تخریج الفروع للزنجاني ص ١٤٣، نهاية المحتاج ٣/٣٧٥.

الضروريات قد يقع كثيراً عن مواطأة وتلقين في الإخبار والمذاهب، فالعبرة بالنظرة السليمة التي لم يعارضها ما غيرها^(١).

الدليل الثالث: أن البيع في عرف الشرع اسم يطلق على صورة معينة هي «الإيجاب والقبول»، وأما التعاطي فلم يعرف في عرف الشرع بيعاً، فيجب الوقوف على ما حده الشرع^(٢)، ولا يجوز إلحاق غيره به؛ لأن الإيجاب والقبول قول مأثور به، فصار كالذكر في الصلاة المنصوص عليه لا يستبدل بغيره عن طريق القياس^(٣).

اعتراض عليه باعتراضين:

الاعتراض الأول: قال فيه ابن قدامة: إن الثابت المعروف من هدي النبي ﷺ وأصحابه - رضوان الله عليهم - من بعده في بيوعهم وسائر معاملاتهم المالية هو العمل بالمعاطاة، ولم ينقل عنه ﷺ ولا عن أصحابه مع كثرة وقوع البيع ونحوه منهم استعمال الإيجاب والقبول، ولو استعملوه لنقل نقلاً شائعاً. ولو كان شرطاً لوجب نقله ولم يتصور منهم إغفاله؛ لأن البيع مما تعم به البلوى، فالسكوت عن بيان هذا الشرط أو أغفال نقله يؤدي إلى وقوع العقود الفاسدة بكثرة من الناس وأكلهم المال بالباطل^(٤).

والاعتراض الثاني: أن الله تعالى لم يتعبدنا بلفظ الإيجاب والقبول^(٥)، وإنما تعبدنا باتِّباع أمره ونهيه في معاملتنا.

القول الثالث: ينشأ الالتزام بالتعاطي في الأشياء الرخيصة دون الأشياء النفيسة.

هو قول عند الحنفية^(٦)، وقال الكاساني: ورواية الجواز في الأصل مطلقة عن هذا التفصيل^(٧).

وهو قول عند الشافعية^(٨)، وعند الحنابلة^(٩).

ولم يضع أصحاب هذا القول حداً منضبطاً للفرق بين الرخيص والنفيس، وأرجعه

(١) مجموع فتاوى شيخ الإسلام ١٥/١٩.

(٢) تخريج القروع للزنجاني ص ١٤٣.

(٣) مجموع الفتاوى لابن تيمية ٢٣٥/١٩.

(٤) المغني ٨/٦، ومثله في المجموع ١٦٣/٩.

(٥) الفتاوى الكبرى لشيخ الإسلام ١٢/٤، ١٣، البدع ٦/٤.

(٦) البحر الرائق ٢٩٢/٥، بدائع الصنائع ١٣٤/٥.

(٧) بدائع الصنائع ١٣٤/٥.

(٨) للمجموع ١٦٢/٩، نهاية المحتاج ٣٧٥/٣.

(٩) الإنصاف ٢٦٣/٤، البدع ٦/٤، مجموع فتاوى شيخ الإسلام ٦/١٩.

بعض الشافعية للعرف، وفي وجه شاذ عندهم أن الرخيص ما كان دون نصاب السرقة^(١).

والفرق بين هذا القول والقول الأول الذي استثنى بعض أصحابه النفائس كالجواري والعقار، هو في الأشياء التي ارتفعت عن رتبة الرخيص، ودنت عن رتبة النفيس، وتشمل غالب الأشياء المتداولة، فتصح بالتعاطي عند أصحاب القول الأول، ولا تصح به عند أصحاب القول الثالث.

أدلة القول الثالث:

الدليل الأول: أن العرف جرى بإجراء العقود في المحقرات بالمعاطاة ولم يعجر بها في غير المحقرات.

مناقشة الدليل: الاستدلال بالعرف يقتضي ربط الحكم به، فمتى ما ثبت أنه جرى بصحة العقد بالمعاطاة في غير الرخيص وجب الأخذ به، وهذا ما لم يسلم به أصحاب القول الثالث^(٢).

الدليل الثاني: الحاجة الماسة إلى إباحة تداول الأشياء الرخيصة بالمعاطاة، إذ لو لم تبح المعاطاة فيها لشق ذلك على الناس وعرض عقودهم للفساد^(٣).

مناقشة الدليل: التعليل بالحاجة يقتضي إباحة المعاطاة حيث وجدت الحاجة إليها، لا حصر ذلك في تداول الرخيص.

الترجيح:

الذي يظهر لي رجحانه في هذه المسألة، هو أن المعاطاة ينشأ بها الالتزام في مواضع دون مواضع. فينشأ بها الالتزام إذا كان معروفاً شائعاً بين الناس كالبيع، والإجارة والهبة ونحو ذلك. إذ تكفي المعاطاة للدلالة على رضا الطرفين بإنشاء الالتزام.

ولا ينشأ بالمعاطاة الالتزام نادر الحدوث الذي يجهله أكثر الناس؛ لأن المعاطاة في هذا النوع من الالتزامات لاتدل دلالة كافية على الرضا بإنشاء الالتزام. ومن هذا النوع من الالتزام «التحكيم» فقد يتحدث الخصمان مع رجل بينهما أدخله، أو تدخل لحل النزاع، فشرع كل واحد منهما في عرض دعواه والإدلاء بحججه، وشرع هو في سماع الدعوى وسؤال الخصمين، فإن هذا كله معاطاة؛ لأنه شروع في آثار

(١) المجموع ١٦٤/٩.

(٢) تبين الحقائق ٤/٤، مجموع فتاوى شيخ الإسلام ٧، ٦/١٩.

التحكيم، لكنه ليس كافياً للدلالة على أن الطرفين - الخصوم، والوسيط - قصدا إنشاء عقد التحكيم، فيحتمل أن الطرفين قصدا إنشاءه، ويحتمل أنهما أرادا الصلح ويحتمل أنهما أرادا المشورة ويحتمل أنهما أرادا الفتيا، ويحتمل أن كل واحد من الخصمين قصد الاستنصار بالوسيط على خصمه، وما دخل فيه الطرفان من مقتضيات التحكيم صالح للدلالة على الاحتمالات السابقة جميعها، فلا ينشأ عقد التحكيم مع قيام هذه الاحتمالات الواردة على المعاطاة.

المسألة الثانية

حكم إنشاء الالتزام بالإعطاء من جانب واحد

من حيث الصحة والبطالان

البحث في هذه المسألة متفرع عن القول بصحة العقد إذا تم بطريق التعاطي من الجانبين. وهي من المسائل التي يكثر وقوعها من الناس خاصة في السلع التي يكثر تداولها كالمواد الغذائية، فيأخذ المشتري دون أن يتلفظ هو أو البائع بما يدل على العقد، ويكون الثمن مؤجلاً، وهو ما يسميه بعض الفقهاء بيع الاستجرار. وقد اختلف القائلون بانعقاد البيوع وغيرها بالمعاطاة من الجانبين في صحتها، بالإعطاء من أحد العاقلين لا يقابله من العاقد الآخر قول ولا فعل، ولهم في المسألة قولان:

القول الأول: ينشأ العقد بالإعطاء من أحد العاقلين، ولو لم يقابله قول أو فعل من العاقد الآخر.

هو قول عند الحنفية، وعينوا العوض الذي يجب تسليمه واختلفوا فيه أهو الثمن أم السلعة^(١). وهو قول المالكية^(٢)، إلا أن العقد لا يلزم إلا ببذل العوض الآخر^(٣)، وهو قول الحنابلة^(٤) فيصح عندهم العقد بإعطاء السلعة حتى دون معرفة الثمن وقت الإعطاء^(٥)، بل يصح ولو لم يكن المالك حاضراً^(٦)، فانتظم قول الحنابلة فلم يقيدوه ولم يستثنوا منه، كما حصل مع غيرهم. وهو قول عند الشافعية^(٧).

(١) البحر الرائق ٢٩١/٥، ٢٩٢، حاشية ابن عابدين ٥١٣/٤، ٥١٥.

(٢) شرح منح الجليل ٤٦٢/٢.

(٣) بلغة السالك ٣/٢، حاشية الدسوقي ٣/٣.

(٤) مجموع الفتاوى ٨، ٧/١٩.

(٥) حاشية ابن قاسم على الروض ٣٣٠/٤، ٣٣١.

(٦) غاية المنتهى ٣/٢، البدع ٦/٤.

(٧) نهاية المحتاج ٣/٣٧٥.

دليل القول الأول:

أنه قد جرى العرف باعتبار هذه الصورة من صور المعاطة المعتمدة في التعامل^(١).

القول الثاني: لا ينشأ العقد بالإعطاء من جانب واحد.

هو قول عند الحنفية^(٢)، ولكن ابن عابدين قال: يصح، ولكنه لا يكون من المعاطة^(٣).

وهو قول عند الشافعية، قال النووي: فأما إذا أخذ منه شيئاً ولم يعطه شيئاً، ولم يتلفظ ببيع، بل نوى أخذه بثمنه المعتاد كما يفعله كثير من الناس، فهذا باطل بلا خلاف^(٤).

دليل القول الثاني:

أن هذا البيع لا هو بيع ولا هو بيع معاطة، فلا يعد بيعاً^(٥)، ووجه كونه خارجاً عن بيع المعاطة أن لفظ المعاطة والتعاطي صيغة مفاعلة تدل على وجود الفعل من الجانبين كلفظ المضاربة، والمقاسمة، والمخاصمة^(٥).

الترجيح:

الراجح - فيما يظهر لي - هو قول الحنابلة الداخل ضمن القول الأول؛ إذ صححوا العقد بالإعطاء من جانب واحد تصحيحاً مطلقاً عن القيود التي قال بها الآخرون.

وسبب الترجيح أصران:

الأول: ما ثبت من الأدلة في صحة العقد بالتعاطي من الجانبين فإنه يدل على صحته بالإعطاء من جانب واحد، وهما وإن اختلفا في الصورة بعض الشيء إلا أن كلاً منهما يدل على رضا العاقدين بالعقد وهذا هو الوصف المناسب الذي ينبنى عليه الحكم.

الثاني: أن القول بوجوب وقوع التعاطي من الجانبين وعدم الاكتفاء بالإعطاء من أحد العاقدين يؤدي إلى القول بوجوب تسليم البديلين عند العقد وإلا لا يصح العقد، وهذا قول باطل عند أصحاب القول الثاني، فإنه يكفي عندهم لصحة عقود المعاوضة تسليم أحد البديلين عند العقد^(٦).

(١) شرح المنتهى ١٤١/٢.

(٢) البحر الرائق ٢٩٢/٥، حاشية ابن عابدين ٥١٣/٤، وسبب اختلافهم هو اختلافهم في تفسير كلام محمد ابن الحسن فإنه يحتمل القولين.

(٣) حاشية ابن عابدين ٥١٣/٥.

(٤) المجموع ١٦٣/٩، ١٦٤.

(٥) البحر الرائق ٢٩٢/٥، حاشية ابن عابدين ٥١٣/٤.

(٦) بدائع الصنائع ٢٠٢/٥، مختصر خليل ص ١٧١، ١٧٢.

المطلب الرابع **بيان ماتقيده المعاطاة**

وفيه مسالتان:

المسألة الأولى: بيان ماتقيده المعاطاة من حيث أثرها.

المسألة الثانية: بيان ماتقيده المعاطاة من حيث نوع دلالتها على إنشاء الالتزام.

المسألة الأولى

بيان ما تفيد المعاطاة من حيث أثرها

وَصَحَّ المرء يده على ملك غيره بإذنه، إما أن يكون على سبيل التملك، وإما أن يكون من باب الإباحة^(١). والمعاطاة تفيد التملك كما يفيد التلفظ بالإيجاب والقبول، ودل على ذلك ثلاثة أمور:

الأول: أنهم جعلوا المعاطاة مساوية للإيجاب والقبول اللفظيين، وهما يفيدان التملك لا مجرد الإباحة^(٢).

الثاني: أنهم استدلوا بالعرف على صحة المعاطاة، والعرف جار على أنها مؤدية إلى التملك^(٣).

الثالث: أنهم استدلوا على صحة المعاطاة بالأدلة الواردة في مشروعية الالتزامات من عقود وغيرها وكلها تؤدي إلى التملك، فالمعاطاة موصلة لما دلت عليه تلك النصوص.

المسألة الثانية

بيان ما تفيد المعاطاة من حيث نوع دلالتها

على إنشاء الالتزام

ينقسم البحث في هذه المسألة إلى قسمين: قسم في التعاطي، وقسم في الإعطاء من عاقد واحد.

القسم الأول: بيان ما يفيد التعاطي من الجانبين.

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٢٧٨، ٢٧٩.

(٢) انظر على سبيل المثال: الفتاوى الكبرى ١٢/٢، ١٣.

المعاطاة من الجانبين هي عند أكثر المصححين لها أسلوب صريح في الدلالة على إنشاء العقد وسائر الالتزامات، نص على ذلك الحنفية^(١)، والشافعية^(٢)، وقال شيخ الإسلام ابن تيمية: إن الأفعال المتعارف على إنشاء الالتزام بها هي في قوة الدلالة كالألفاظ الصريحة المتعارف عليها، بل إنها أقوى دلالة منها^(٣).

ولم يرد عند المالكية ما يدل على قصور، دلالة المعاطاة من الجانبين عن رتبة الصريح وهذا يدل على أنها عندهم من الصريح، فإن دأبهم فيما دون الصريح أن يصفوا العقد به بأنه غير ملزم إذا ادعى العاقد بأنه لم يقصد بذلك الأسلوب إنشاء العقد^(٤).

وذهب ابن رجب إلى خلاف ذلك فقال: «وهل المعاطاة التي ينعقد بها البيع والهبة ونحوهما إلا كنايةات»^(٥).

القسم الثاني: بين ما يفيد الإعطاء من جانب واحد.

القول في دلالة الإعطاء من جانب واحد، كالقول في دلالة التعاطي من الجانبين لم يفارقه إلا في قول المالكية، فإنهم قالوا عن البيع الذي ينشأ بإعطاء من جانب واحد دون أن يقابله لفظ من الجانب الآخر إنه غير ملزم مع قولهم بصحته^(٦).

والذي يظهر لي أنه الراجح في القسمين أن كلاً من التعاطي من العاقلين والإعطاء من أحدهما أسلوب صريح في إنشاء الالتزام. لتضافر دلائل الكتاب والسنة على أن الفعل في العقود وغيرها من الالتزام طريق لإنشائها، فإذا ادعى أحد طرفي الالتزام أنه ما أراد بالمعاطاة إنشاء الالتزام، ولم تكن هناك قرينة تدل على ذلك وقت التعاطي فإنه لا يلتفت إلى قوله. والالتزام الذي ينشأ بالمعاطاة، والإعطاء هو تام ونافذ كالذي ينشأ باللفظ الصريح.

(١) بدائع الصنائع ١٣٤/٦، حاشية ابن عابدين ٥١٣/٤، الهداية، والعناية وشرح فتح القدير ٤٥٩/٥.

(٢) قواعد الأحكام للعلامة ابن عبد السلام ١٣٧/٢.

(٣) مجموع الفتاوى ١٤/٢٩، ١٥.

(٤) انظر مثلاً على ذلك في مواهب الجليل ٤٢٣/٣.

(٥) قواعد ابن رجب، القاعدة ٣٩ ص ٥٠.

(٦) بلغة السالك ٣/٢، حاشية الدسوقي ٣/٣.

المطلب الخامس

حكم المعاطاة من حيث الحل والحرمة

الحكم بالحل والحرمة بالنسبة للمعاطاة فرع عن الحكم عليها بالصحة أو البطلان. وصرح شيخ الإسلام ابن تيمية^(١)، بأن الغالب على معاملات النبي ﷺ من بيع وهبات وغيرها أنه يجريها بطريقة المعاطاة، وأنه لم ينقل عنه ﷺ التزام الإيجاب والقبول اللفظي، وقد يدل ذلك على استحباب إنشاء الالتزامات بطريقة المعاطاة بتفضيلها على الأسلوب اللفظي.

وقد لا يدل على الاستحباب ويكون اختياره ﷺ للمعاطاة من باب الأخذ بالأسير في قضاء الحوائج.

إلا أن المالكية قالوا إنه يستحب ترك المعاطاة فيما لم تجر العادة بالتبايع فيه بالمعاطاة من الأشياء الثمينة كالعقارات والجواري مع قولهم بصحة العقد فيها بالمعاطاة^(٢). ولم أطلع على دليل للمالكية على هذا الاستحباب المخالف لما ذهبوا إليه في المعاطاة، وفي جميع طرق التعبير عن الإرادة، من أن الالتزام ينشأ بكل ما دل عليه.

والقائلون ببطلان المعاطاة في الالتزامات لم أجد أحداً منهم قال بتحريمها، إلا ما ورد عن مانعي المعاطاة من الشافعية، فإنه وجد فيهم من وصف المعاطاة في البيع بأنها معصية، وتفاوت قولهم في التشديد فيها، فمنهم من عدّها من الصغائر، ومنهم من عدّها من الكبائر، وقالوا إن المقبوض بعقد المعاطاة كالمقبوض بالعقد الفاسد. وقالوا إنه يحرم على غير الشافعي ممن يرى إباحة بيع المعاطاة أن يجريه مع شافعي لأنه يعينه - حيثئذ - على المعصية^(٣).

(١) الفتاوى الكبرى ١٢/٤.

(٢) شرح منح الجليل ٤٦٢/٢.

(٣) حاشية أبي الضياء الشيرازي على نهاية المحتاج ٣/٣٧٥، ٣٧٦.

ولم تجتمع كلمة مانعي المعاطاة من الشافعية على اعتبارها معصية، فهذا النووي يقول: «ذكر أبو سعيد بن أبي عمرو^(١) تفريعاً على المشهور أن البيع لا يصح بالمعاطاة أنه لا مطالبة بين الناس فيها في الدار الآخرة، لوجود طيب النفس بها، ووقوع الاختلاف فيها»^(٢).

(١) هو القاضي شرف الدين أبو سعد عبد الله بن محمد بن هبة الله التميمي الموصلية. قال عنه الذهبي: كان إمام الشافعية في عصره. اهـ. تولى التدريس بالغرّالية. وولي القضاء في عدة بلدان. كان إماماً محققاً في الأصول والخلاف. من تلاميذه فخر الدين بن عساكر. له كتب منها «صفوة المذهب على نهاية المطلب» في مجلدات. انظر طبقات الشافعية للسبكي ١٣٢/٧ - ١٣٤. وفيات الأعيان ٢٥٦/٢ - ٢٥٨.

(٢) المجموع ١٦٥/٩.

المطلب السادس

التزامات مستثناة من الأصل العام فى المعاطاة

وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: المستثنى من صحة إنشاء الالتزام بالمعاطاة عند من يعتد بها.

المسألة الثانية: المستثنى من منع إنشاء الالتزام بالمعاطاة عند من لا يعتد بها.

المسألة الأولى

المستثنى من صحة إنشاء الالتزام بالمعاطاة عند من يعتد بها

المشهور عند الفقهاء أن النكاح لا ينعقد بالمعاطاة^(١)، ولكن شيخ الإسلام ابن تيمية يقول: «وينعقد النكاح بما عده الناس نكاحاً بأي لغة وفعل كان، ومثله كل عقد»^(٢). وقال في معرض استدلاله لصحة إنشاء العقد بكل لفظ وفعل يدل عليه: «وهذه القاعدة الجامعة التي ذكرناها من أن العقود تصح بكل مادل على مقصودها من قول أو فعل هي التي تدل عليها أصول الشريعة، وهي التي تعرفها القلوب، وذلك أن الله سبحانه قال: ﴿فَانكحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ﴾^(٣) وقال ﴿وَانكحُوا الْأَيَامَىٰ مِنْكُمْ﴾^(٤)»^(٥).

ولم يتبين لي مراد شيخ الإسلام من كلامه.

وقال بعض الحنفية أن عقد النكاح ينشأ بإيجاب من الولي وتسليم المهر من الزوج دون لفظ منه. وأنكره جمهور الحنفية وعدوه من التعاطي^(٦).

(١) البحر الرائق ٨١٧/٣، الدر المختار، وحاشية ابن عابدين ٢/٣، ٢١، الفروق ١٤٤/٣ الفرق ١٥٧، المجموع ١٦٣/٩، الإنصاف ٤٥/٨، المبدع ١٨/٧.

(٢) الاختيارات مع الفتاوى الكبرى لشيخ الإسلام ٥/٤٥٠، وانظر مجموع الفتاوى ٩/٢٩، ٣٢ - ١٥، ١٧، والإنصاف ٤٥/٨، المبدع ١٨/٧.

(٣) سورة النساء، آية رقم ٣.

(٤) سورة النور، آية رقم ٣٢.

(٥) مجموع الفتاوى ١٣/١٩، ١٤.

(٦) البحر الرائق ٨٧/٣.

الأدلة على استثناء النكاح من إباحة الانعقاد بالمعاطاة:

الدليل الأول: أن النكاح لا بد فيه من لفظ يُشهد عليه، ولا يصح دون الشهادة، بخلاف البيع ونحوه فإنه لا يشترط له الإشهاد؛ لذلك صححوه بالمعاطاة^(١).

الدليل الثاني: النكاح عظيم القدر والأثر، وما كان كذلك فإن قاعدة الشرع فيه الاحتياط والتوثق، لذا اشترط في النكاح الصداق والشهادة والولي، ومن الاحتياط فيه ألا يصح إلا بالفاظ معينة. فالأصل في الأبضاع التحريم حتى يعقد على المرأة. والأصل في السلع الإباحة حتى تملك، والقاعدة أن الشرع يحتاط في الخروج من الحرمة إلى الإباحة أكثر من الخروج من الإباحة إلى الحرمة؛ لأن التحريم هو دفع للمفسدة فلا يرتفع التحريم إلا بسبب قوي يدل على زوال المفسدة، لذا فإن الطلاق - وهو خروج من الإباحة إلى التحريم - يقع بكل لفظ يدل عليه صريح أو كنائي، أما النكاح فليس فيه هذا التوسع بالاتفاق. والبيع يصح بكل الصيغ اللفظية ويصح بالأفعال الدالة على الرضا بنقل الملك في العوضين؛ لأنه خروج من الحل إلى الحرمة فيكون ذلك موجباً لقصوره عن النكاح في باب الاحتياط^(٢).

الدليل الثاني: أن البيع يتكرر وقوعه كثيراً بينما النكاح من النادر وقوعه من الشخص الواحد، والقاعدة في الشريعة التخفيف في كل ماعمت به البلوى، والتشديد فيما لم تعم البلوى به^(٣).

والذي يظهر لي أنه الصواب الموافق للنصوص: أن النكاح لا ينعقد بالمعاطاة فعلى كثرة النصوص الواردة في وقائع النكاح في حياة النبي ﷺ وفي عهد أصحابه من بعده لا يعرف أن أياً منها تم بالمعاطاة، وذلك فيما اطلعت عليه، بخلاف البيع والهبة والوقف ونحو ذلك من الالتزامات فإن الشائع المعروف من لدن النبي ﷺ وعلى مر العصور إجراؤها بالمعاطاة.

المسألة الثانية

المستثنى من منع إنشاء الالتزام

بالمعاطاة عند من لا يعتد بها

اقتصر البحث في هذه المسألة على الالتزامات التي نص فيها على أنها مستثناة من

(١) الفروق ٣/١٤٤، تهذيب الفروق ٣/١٨١، المجموع ٩/١٦٣.

(٢) البحر الرائق ٣/٨١٧، الدر المختار وحاشية ابن عابدين ٣/٢٠، ٢١، الفروق ٣/١٤٤ تهذيب الفروق ٣/١٨١، ١٨٢.

(٣) تهذيب الفروق ٣/١٨٢.

منع الإنشاء بالمعاطاة، وذلك أنه يوجد التزامات لا يشترط القبول فيها وإنما يدخل العاقدان في مقتضياتها بمجرد الإيجاب. ولم استطرد في مقارنة الأقوال في كل صورة مستثناة من منع المعاطاة؛ لأن الأصل الذي رجحته صحة المعاطاة في الالتزامات عامة، وما ذكر في إثبات هذا الأصل من أدلة يشمل الصور المستثناة.

وأكثر الاستثناءات وردت عند الشافعية، لأنهم أكثر المذاهب اتجاهاً إلى منع المعاطاة.

الفرع الأول: استثناء البيع الضمني عند الشافعية، والحنابلة من منع الانعقاد بالمعاطاة.

قال النووي: قال أصحابنا جميع ماسبق من صيغتي الإيجاب والقبول هو فيما ليس بضمني من البيوع، فأما البيع الضمني فيما إذا قال «أعتق عبدك عني ألف» فلا تشترط فيه الصيغ التي قدمناها، بل يكفي فيه الالتماس والإعتاق عنه بلا خلاف^(١). وبذلك أيضاً قال الحنابلة^(٢).

الفرع الثاني: استثناء الهدية، وصدقة التطوع عند الشافعية من عدم صحة الإنشاء بالمعاطاة.

استثنى جمهور الشافعية الهدية، وصدقة التطوع من منع الانعقاد بالمعاطاة مع أن الهبة لاتصح عندهم إلا باللفظ^(٣). قال السيوطي: من العقود مالا يفتقر إلى الإيجاب والقبول لفظاً، ومنه الهدية فالصحيح أنه لا يشترط فيها الإيجاب والقبول لفظاً، بل يكفي البعث من المهدي والقبض من المهدي إليه^(٤).

واستدلوا على ذلك بأن «الهدايا كانت تحمل إلى رسول الله ﷺ فيأخذها ولا لفظ هناك»^(٥). وقالوا: فإن اعترض عليه بأن هذا إباحة هدية وتمليك، فالجواب عنه: أنه لو كان إباحة ماتصرفوا فيه تصرف الملاك، ومعلوم أن ما قبله النبي ﷺ من الهدايا كان يتصرف فيه، ويملكه غيره^(٥).

وقالوا الصدقة كالهدية بلا فرق. ومثلهما ما يجعله السلطان على العادة^(٦).

(١) المجموع ١٧١/٩.

(٢) المبدع ٦/٤.

(٣) شرح روض الطالب ٤٧٨/٢، ٤٧٩، قواعد الأحكام ١٣٧/٢، المجموع ١٦٥/٩.

(٤) الأشباه والنظائر ص ٢٧٨، ٢٧٩.

(٥) شرح روض الطالب ٤٧٨/٢، ٤٧٩، قواعد الأحكام ١٣٧/٢، المجموع ١٦٥/٩.

(٦) الأشباه والنظائر ص ٢٧٩.

والمذكورات يشترط لصحتها عند الشافعية الإيجاب والقبول، ولكنه لا يجب أن يكون لفظاً على القول المذكور، وفي القول الآخر لا يصح إلا باللفظ^(١).

ونص شيخ الإسلام على أن الهدية مستثناة عند القائلين بمنع الإنشاء بالمعاطاة لدلالة النصوص على ذلك^(٢). وهذا الاستثناء كما هو وارد عند الشافعية فهو وارد عند الحنابلة^(٣).

الفرع الثالث: استثناء الهبة عند الحنابلة من عدم صحة الإنشاء بالمعاطاة.

نص بعض الحنابلة على أن الهبة تصح بالمعاطاة حتى على القول بأن الأصل عدم صحة العقود وسائر الالتزامات بالمعاطاة، ومن أمثلته: تجهيز الرجل لبنته بجهاز إلى زوجها يعد تمليكاً لها ولو دون تلفظ بالهبة^(٤).

الفرع الرابع: استثناء العارية عند الشافعية من عدم صحة الإنشاء بالمعاطاة.

استثنى الشافعية العارية، واختلفوا في محل الاستثناء، فالأصح الأشهر: أن المعتبر اللفظ من أحد الطرفين والفعل من الآخر، فإذا قال المالك «خذني لتنتفع به»، فأخذه صحت الإعارة. وقال الغزالي: يعتبر اللفظ من جهة المعير، ولا يعتبر من جهة المستعير، وإنما يعتبر منه القبول بالفعل أو بالقول.

وقال المتولي: لا يعتبر اللفظ في واحد منهما حتى لو رآه عارياً فأعطاه قميصاً فلبسه تمت العارية، وكذا لو فرش لضيفه فراشاً فجلس عليه كان ذلك إعارة، بخلاف مالو دخل رجل فجلس على الفرش المبسوطة فإن هذا الفعل ليس من العارية؛ لأن صاحب الفرش لم يقصد بها انتفاع شخص بعينه، ولا بد في العارية من تعيين المستعير^(٥).

الفرع الخامس: استثناء الوديعة عند الشافعية من عدم صحة الإنشاء بالمعاطاة.

في اشتراط القبول باللفظ في الوديعة ثلاثة أوجه عند الشافعية. أحدها عندهم: لا يشترط بل يكفي القبض في العقار والمنقول. والثاني: يشترط. والثالث: يشترط إن كان بصيغة عقد كأودعتك، ولا يشترط إن قال: أحفظه، أو هو وديعة عندك^(٦).

الفرع السادس: استثناء الخلع عند الشافعية من عدم صحة الإنشاء بالمعاطاة.

(١) شرح روضة الطالب ٢/٤٧٩، المجموع ٩/١٦٥.

(٢) مجموع الفتاوى ٦/١٩.

(٣) الإنصاف ٤/٢٦٤.

(٤) الإنصاف ٤/٢٦٤، ٢٦٥، القروع ٤/٤.

(٥) روضة الطالبين ٤/٤٢٩، فتح العزيز شرح الوجيز مع المجموع ١١/٢١٤، ٢١٥.

(٦) روضة الطالبين ٦/٣٢٤، ٣٢٥، نهاية المحتاج ٦/١١٢، ١١٣.

ذهب الشافعية إلى أن الخلع يكفي فيه اللفظ من جانب، والإعطاء من جانب^(١). وهو عندهم عقد^(٢).

الفرع السابع: استثناء الوكالة عند الشافعية من عدم صحة الإنشاء بالمعاطاة.

قسم السيوطي العقود إلى أقسام، منها قسم يفتقر إلى الإيجاب لفظاً ولا يفتقر إلى القبول لفظاً بل يكفي الفعل، ومنها قسم لا يفتقر إلى القبول أصلاً بل شرطه عدم الرد، وأورد في القسم الأول «الوكالة»، فكلامه صريح في أن القبول في الوكالة شرط لصحتها ويقوم الفعل مقام اللفظ^(٣). وجاء في المنهاج وشرحه نهاية المحتاج: أنه لا يشترط في وكالة بغير جعل القبول لفظاً بل الشرط ألا يرد، ثم جاء في الشرح: أن الرديعة يكتفي فيها بلفظ من أحدهما وقبول من الآخر، وقياسه جريان ذلك هنا؛ لأنها توكيل وتوكل. ثم جاء في المتن والشرح: وقيل: يشترط القبول مطلقاً، لأنه تمليك للتصرف، وقيل: يشترط في صيغ العقود كوكلتك دون صيغ الأمر كبيع؛ لأنه إباحة^(٤). وهذا الكلام فيه إجمال، فيحتمل أن الخلاف هو في اشتراط القبول وعدم اشتراطه، ويحتمل أن يكون في اشتراط التلفظ بالقبول أو عدم اشتراط ذلك والاكتفاء بالفعل من قبل الوكيل. وأحال في باب القراض على ما ذكره في الوكالة فقال: وقيل يكفي القبول بالفعل كما في الوكالة والجعالة^(٥).

الفرع الثامن: استثناء القراض عند الشافعية من عدم صحة الإنشاء بالمعاطاة.

عده السيوطي فيما يفتقر من العقود إلى الإيجاب والقبول ولا بد فيه من صدور الإيجاب لفظاً، أما القبول فيكتفي فيه بالفعل^(٦). وجاء في المنهاج وشرحه نهاية المحتاج: يشترط لصحة القراض إيجاب وقبول بلفظ متصل بالإيجاب، وقيل يكفي القبول بالفعل مطلقاً، وقيل يكفي القبول بالفعل إن صدر الإيجاب بصيغة أمر كقوله «خذ هذا المال واتجر فيه»، ولا بد من القبول باللفظ إن صدر بصيغة العقد كقوله «قارضتك»^(٧). وقال النووي: ويشترط القبول، ولو قال «خذ هذا الألف واتجر فيه على أن الربح بيننا نصفان»، فقطع البغوي بأنه قراض ولا يفتقر إلى القبول، وقطع الأكثر من نقلة المذهب: أنه لا بد من القبول بخلاف الجعالة والوكالة؛ لأن القراض عقد معاوضة يختص بمعين^(٨).

(١) روضة الطالبين ٣٩٩/٧.

(٢) روضة الطالبين ٣٩٥/٧.

(٣) الأشباه والنظائر ص ٢٧٨، ٢٧٩.

(٤) المنهاج وشرحه نهاية المحتاج ٢٢٨/٥.

(٥) الأشباه والنظائر ص ٢٧٨، ٢٧٩.

(٦) روضة الطالبين ١٢٤/٥.

أما النووي فقد عرض الخلاف على أنه خلاف في اشتراط القبول وعدم اشتراطه، وليس في اشتراط كونه باللفظ، وعدم اشتراطه^(١).

الفرع التاسع: استثناء الهدى عند الشافعية، والحنابلة من عدم صحة الإنشاء بالمعاطاة.

قال شيخ الإسلام: إن الذين ذهبوا إلى أن الأصل في العقود أنها لا تصح إلا بالصيغة، استثنوا مواضع دلت النصوص على جوازها بالمعاطاة، منها الهدى إذا عطب دون محله، فإنه ينحر، ثم يضمخ نعله المعلق في عنقه بدمه علامة للناس، ومن أخذه ملكة^(٢).

وبذلك قال الشافعية^(٣).

(١) روضة الطالبين ٤ / ٣٠٠.

(٢) مجموع الفتاوى ١٩ / ٥٠٦.

(٣) المجموع ٩ / ١٦٢.

فهرس الموضوعات

الصفحة	مقدمة البحث، وفيها:
٧	أهمية الموضوع
١٠	المخطط المنهجي
١٣	مخطط البحث
	التمهيد، وفيه:
٣٧	تعريف الإنشاء لغة
٣٧	تعريف الإنشاء عند علماء البلاغة
٤٣	تعريف الالتزام لغة
	تعريف الالتزام اصطلاحاً، وفيه ثلاث مسائل:
٤٣	١] تعريف الالتزام اصطلاحاً عند الفقهاء المتقدمين
٤٦	٢] تعريف الالتزام اصطلاحاً عند الفقهاء المعاصرين
٥٠	٣] التعريف المختار للالتزام اصطلاحاً
	تمييز الالتزام عما يقاربه، وفيه مسألتان:
	الأولى: تمييز الالتزام عن العقد، وفيها:
٥٣	أ (تعريف العقد لغة
	ب) تعريف العقد اصطلاحاً، وفيه:
٥٣	١ - بيان معنى العقد في كتاب الله
٥٥	٢ - استعمالات لفظ العقد عند الفقهاء
٥٦	٣ - المعنى المختار للعقد
٥٦	ج) الفرق بين العقد، والالتزام
٥٦	الثانية: الفرق بين التصرف، والالتزام
٥٨	أسباب الالتزام
٥٩	صور الالتزام

الباب الأول: الالتزام من جانب واحد.

الفصل الأول: الوعد.

- ٦٥ _____ التعريف بالوعد، وبيان أقسامه
- ٦٧ _____ الوعد ببذل مال، أو منفعة بغير عوض { الوعد في التبرعات } -
- ٨٢ _____ الوعد بإجراء عقد معاوضة وعداً لازماً
- ٩٢ _____ الوعد بإجراء عقد معاوضة وعداً غير لازم
- صور الوعد بالتعاقد الشائعة في السوق المحلية، وهي ست صور:

الأولى: المراجعة المصرفية، وفيها:

- ٩٩ _____ ١ - التعريف بالمراجعة المصرفية
- ١٠٠ _____ ٢ - التطبيق العملي للمراجعة المصرفية
- ١٠١ _____ ٣ - تمييز المراجعة المصرفية عن بيع المراجعة المصطلح عليه عند الفقهاء
- ١٠٢ _____ ٤ - تمييز المراجعة المصرفية عن العقد المعلق على شرط

الثانية: الاعتماد المستندي، وفيها:

- ١٠٤ _____ ١ - تعريف الاعتماد المستندي
- ١٠٦ _____ ٢ - التكييف الفقهي للاعتماد المستندي

الثالثة: فتح الاعتماد البسيط

- ١١٠ _____
- الرابعة: التواعد على الصرف في المستقبل بالسعر القائم وقت
- ١١٢ _____ المواعدة

الخامسة: التواعد على الصرف في المستقبل بالسعر القائم وقت

- ١١٤ _____ تنفيذ المواعدة

السادسة: اتفاق التوريد

- ١١٥ _____
- الفصل الثاني: تعليق العقد على أمر يمكن وقوعه في المستقبل.

- ١١٩ _____ تعريف التعليق
- ١١٩ _____ الشروط التي بتوافرها يتحقق التعليق
- ١٢٠ _____ الفرق بين التعليق، والشرط الجعلي
- ١٢٠ _____ الفرق بين التعليق، وخيار الشرط
- ١٢٠ _____ الفرق بين التعليق، والإضافة

١٢٣	حكم تعليق عقود المعاوضة
١٣٣	حكم تعليق التبرعات
١٣٧	حكم تعليق التوثيقات
١٣٩	حكم تعليق الولايات
١٤٣	بيان أثر التعليق على الالتزام
	صور العقد المعلق، الشائعة في السوق التجاري المحلي، وهي صورتان:
١٤٥	الأولى: التحكيم { شرط التحكيم }
١٤٧	الثانية: عقد التوريد { في بعض صورته }
	الفصل الثالث: إنشاء الالتزام بالإيجاب وحده.
	المبحث الأول: إنشاء الوقف، والوصية بالإيجاب وحده.
	المطلب الأول: إنشاء الوقف بالإيجاب وحده، وفيه:
١٥٣	التعريف بالوقف
١٥٣	مشروعية الوقف
١٥٦	إنشاء الوقف على معين بالإيجاب وحده
١٥٩	إنشاء الوقف على غير معين بالإيجاب وحده
١٦٠	أثر قبول الموقوف عليه إيجاب الواقف
١٦١	حكم رجوع الواقف عن إيجابه
	المطلب الثاني: إنشاء الوصية بالإيجاب وحده، وفيه:
١٦٦	التعريف بالوصية
١٦٦	بيان مشروعيته
١٦٧	إنشاء الوصية لمعين بالإيجاب وحده
١٧٣	إنشاء الوصية لغير معين بالإيجاب وحده
	المبحث الثاني: إنشاء الجعالة بالإيجاب وحده، وفيه:
١٧٧	التعريف بالجعالة
	أهم الفروق بين الجعالة، والإجارة، وبين الجعالة، والجوائز
١٧٧	التي يعلن عنها مسوقو السلع
١٧٧	حكم الجعالة
١٨٠	حكم الإيجاب في الجعالة

الصور المستثناة من الحكم بعدم صحة الجعالة إلا بالإيجاب،
وهي خمس صور:

١٨٠ ————— **الأولى: رد العبد الآبق**

الثانية: أن يقوم بالعمل شخص معروف بالقيام بمثل هذا العمل

١٨٤ ————— مقابل جعل

١٨٥ ————— **الثالثة:** العمل الذي فيه إنقاذ مال من هلكة

١٨٦ ————— **الرابعة:** العمل على الصدقات

١٨٨ ————— **الخامسة:** أن يصدر الإيجاب من غير المالك

١٨٩ ————— الإيجاب الموجه إلى غير معين {إلى الجمهور}

١٩١ ————— الإيجاب الموجه إلى معين

مباشرة العامل العمل دون علم منه بالإيجاب الصادر عن

١٩٢ ————— صاحب العمل

١٩٤ ————— إنشاء الجعالة بالإيجاب وحده، دون قبول العامل

١٩٥ ————— رجوع صاحب العمل عن إيجابه

١٩٦ ————— رد العامل للإيجاب الموجه إليه

١٩٧ ————— ما يثبت به الجعل للعامل

المبحث الثالث: إنشاء الكفالة، ودعوة الدين بالإيجاب وحده.

المطلب الأول: إنشاء الكفالة بالإيجاب وحده، وفيه:

٢٠١ ————— التعريف بالكفالة

٢٠١ ————— بيان أقسامها، وحكم كل قسم

٢٠١ ————— تبين الحقيقة الشرعية للكفالة

إنشاء الكفالة بالإيجاب وحده، وفيها فرعان:

١ - إنشاء الكفالة دون قبول المكفول، وفيه:

٢٠٤ ————— أ (إنشاء الكفالة بالمال، دون قبول المكفول

٢٠٦ ————— ب) إنشاء الكفالة بالنفس دون قبول المكفول

٢٠٧ ————— ٢ - إنشاء الكفالة بالنفس، أو بالمال دون قبول المكفول له

أثر رد المكفول، أو المكفول له الكفالة، وفيه مسألتان:

٢١١ ————— ١ - أثر الرد على إنشاء الكفالة

٢ - أثر الرد على التزامات المكفول نحو الكفيل ، وفيها فرعان :

٢١٣ (أ) أثر الرد في الكفالة بالنفس _____

٢١٣ (ب) أثر الرد في الكفالة بمال _____

المطلب الثاني: حوالة الدين، وترتب آثارها بإيجاب من المحيل، وفيه:

٢١٧ إنشاء الحوالة دون إيجاب من المحيل _____

٢١٩ إنشاء الحوالة دون قبول المحال _____

٢٢١ إنشاء الحوالة دون قبول المحال عليه _____

المطلب الثالث: أهم صور الكفالة، والحوالة المستحدثة في السوق التجاري المحلي، وهي صورتان:

الأولى: خطاب الضمان ، وفيها :

٢٢٦ (أ) تعريف خطاب الضمان _____

٢٢٦ (ب) التكيف الفقهي لخطاب الضمان _____

الثانية: الأوراق التجارية، وعملية الخصم، وفيها :

(أ) التعريف بالأوراق التجارية، وطرق استعمالها، وبيان

٢٣٠ طريقة الخصم _____

٢٣١ (ب) الحقيقة الفقهية لعملية «خصم الأوراق التجارية» _____

المبحث الرابع: إنشاء الالتزام بالإيجاب في الصلح عن دم لعمد، والتملك بالشفعة، وإنشاء الرهن.

المطلب الأول: إنشاء الالتزام في الصلح عن دم العمدة، وفيه:

٢٣٧ بيان ما يثبت لولي الدم على الجاني من حقوق

إنشاء الصلح بعد العفو عن القصاص بمجرد

٢٣٩ الإيجاب من ولي الدم دون قبول الجاني

إنشاء الصلح بعد العفو عن القصاص

٢٤١ بعرض من الجاني دون قبول ولي الدم _____

المطلب الثاني: تملك الشفعين المبيعة بإيجاب منه دون قبول المالك، وفيه:

حكم التملك بالشفعة دون رضا المشتري، أو

٢٤٣ حكم الحاكم _____

٢٤٦ حكم الإيجاب في التملك بالشفعة _____

المطلب الثالث: إنشاء الرهن بالإيجاب من الراهن، وفيه:

- ٢٤٧ تعريف الرهن —
أقوال أهل العلم، وأدلتهم في إنشاء الرهن بإيجاب من
٢٤٧ الراهن دون قبول المرتهن —

المبحث الخامس: أحكام الالتزام بمعناه الخاص عند المالكية، وفيه:

- ٢٥٢ بيان الفرق بين الالتزام بمعناه الخاص عند المالكية، والوعد —
٢٥٤ حكم الوفاء بالالتزام لغير معين التزاماً مطلقاً —
٢٥٤ حكم الوفاء بالالتزام لمعين التزاماً مطلقاً —
٢٥٥ أثر تغير حال الملتزم على الحكم ببطالان التزامه —
٢٥٧ الالتزام المعلق على فعل الملتزم الذي يقصد به حصول المعلق عليه —
الالتزام المعلق على فعل الملتزم، الذي يقصد به الامتناع من
٢٥٧ ذلك الفعل —
الالتزام المعلق على فعل الملتزم، الذي لا يقصد به حصول
٢٥٧ الفعل المعلق عليه، ولا يقصد عدم حصوله —
٢٥٨ الالتزام المعلق على فعل الملتزم له، الذي فيه منفعة للملتزم —
٢٥٩ الالتزام المعلق على فعل الملتزم له، الذي فيه منفعة للملتزم له
الالتزام المعلق على الفعل الملتزم له، الذي فيه منفعة لغير
الملتزم، والملتزم له —
٢٥٩ الالتزام المعلق على فعل الملتزم له، المباح الذي لامنفعة فيه
لأحد (المقصود به التعجيز) —
٢٥٩ الالتزام المعلق على فعل الملتزم له، الواجب عليه —
٢٦٠ الالتزام المعلق على فعل الملتزم له المحرم عليه —
٢٦٠ قيام الملتزم له بالعمل، دون علمه بإيجاب الملتزم —
٢٦١ الالتزام المعلق على فعل غير الملتزم، والملتزم له —
٢٦١ الالتزام الذي فيه إسقاط حق قبل ثبوته —
٢٦٣ الالتزام الذي فيه مخالفة لالتزام سابق —
٢٦٣

الفصل الرابع: تولي شخص واحد طرفي العقد.

التمهيد، وفيه:

- ٢٦٧ عرض موجز لأنواع النيابة —
٢٦٧ تمييز النكاح عن غيره من العقود —

المبحث الأول: تولي شخص واحد طرفي العقد في غير النكاح، وفيه:

تولي الوكيل العقد أصيلاً عن نفسه، ووكيلاً عن الطرف الآخر، وفيه ثلاث حالات:

- ٢٧١ ١ - أن يكون منهياً عن ذلك
- ٢٧١ ٢ - أن يكون مأذوناً له في ذلك
- ٢٧٥ ٣ - ألا يأذن له الموكل في ذلك، ولا ينهائه
- ٢٧٨ تولي الوكيل طرفي العقد نائباً عن غيره
- ٢٨٠ تولي شخص واحد طرفي العقد بموجب الولاية القهرية
- ٢٨٣ استثناء الأب من منع تولي شخص واحد طرفي العقد
- ٢٨٥ استثناء الجد من منع تولي شخص واحد طرفي العقد

المبحث الثاني: تولي شخص واحد طرفي عقد النكاح وفيه:

انفراد الخاطب بإجراء عقد النكاح أصيلاً عن نفسه

٢٨٨ ونائباً عن المخطوبة

٢٩٧ تولي شخص واحد إجراء عقد النكاح نيابة عن الخاطب والمخطوبة

الباب الثاني: الإيجاب والقبول.

التمهيد، وفيه:

- ٣٠٣ التعريف اللغوي بالإيجاب والقبول
- ٣٠٣ تعيين ما يسمى إيجاباً، وما يسمى قبولاً
- ٣٠٥ أثر تقدم القبول الإيجاب على إنشاء العقد
- ٣٠٦ صدور الإيجاب والقبول بلفظ واحد، من شخص واحد
- ٣٠٨ تمييز الإيجاب عن الدعوة إلى إجراء العقد، والإعلام الدعائي
- ٣٠٩ تمييز الإيجاب والقبول عن المساومة

الفصل الأول: شروط صحة الإيجاب، والقبول، وهي ثلاثة:

الشرط الأول: توافق الإيجاب والقبول على محل واحد، وفيه:

- ٣١٣ ١ - أقوال أهل العلم، وأدلتهم في إثبات هذا الشرط
- ٣١٦ ٢ - حكم التوافق الضمني بين الإيجاب والقبول

الشرط الثاني: أن يكون الخطاب في الإيجاب موجهاً إلى شخص

معين، وفيه:

- ٣١٩ ————— ١ - بيان أسلوب توجيهه
- ٣٢٠ ————— ٢ - إثبات هذا الشرط في التعاقد بين حاضرين
- ٣٢١ ————— ٣ - عدم إثبات هذا الشرط في التعاقد بين غائبين
- الشرط الثالث:** اتصال القبول بالإيجاب في مجلس العقد، وفيه:
- ٣٢٤ ————— ١ - اشتراط اتصال القبول بالإيجاب في مجلس العقد
- ٢ - توقف تحقق شرط الاتصال على صدور القبول فور فراغ
- ٣٢٥ ————— ٣ - الصور المستثناة من شرط اتصال القبول بالإيجاب في مجلس العقد، وهي ثمان صور:
- ٣٢٩ ————— (١) استثناء الوصية
- ٣٢٩ ————— (٢) استثناء الوكالة
- ٣٣١ ————— (٣) استثناء العقود الجائزة
- ٣٣١ ————— (٤) استثناء الوقف
- ٣٣٢ ————— (٥) استثناء الهبة، والهدية
- ٣٣٢ ————— (٦) استثناء عقد النكاح
- ٣٣٣ ————— (٧) استثناء الإيجاب المؤقت انتهاءه بزمان يحل بعد انقضاء المجلس
- ٣٣٥ ————— (٨) استثناء تولية القاضي

الفصل الثاني: ارتباط القبول بالإيجاب.

المبحث الأول: مجلس العقد، وأثره.

المطلب الأول: مجلس العقد بين حاضرين، وفيه:

- ٣٤١ ————— تبين حقيقة التفرق الذي ينتهي به المجلس
- ٣٤٣ ————— معيار التفرق بالأبدان، وأهم صوره

المطلب الثاني: مجلس العقد بين غائبين، وفيه:

- ٣٤٩ ————— إثبات وجود مجلس للعقد في حالة التعاقد بين غائبين
- تعيين الحد الذي ينتهي إليه مجلس العقد بين غائبين، وفيه فرعان:

- الأول: تعيين الحد الذي ينتهي إليه مجلس العقد بين غائبين انتقل الإيجاب بينهما بواسطة كتاب
- ٣٥٠ —————

الثاني: تعيين الحد الذي ينتهي إليه مجلس العقد بين غائبين

٣٥٣ ————— انتقل الإيجاب بينهما بواسطة رسول

المبحث الثاني: زمام الإيجاب والقبول، وفيه:

٣٥٦ ————— ما يتم به الإيجاب بين عاقلين حاضرين

٣٥٩ ————— ما يتم به القبول بين عاقلين حاضرين

٣٦٠ ————— ما يتم به الإيجاب بين عاقلين غائبين

٣٦١ ————— ما يتم به القبول بين عاقلين غائبين

المبحث الثالث: موانع ارتباط القبول بالإيجاب، وهي:

٣٦٤ — ١ - رجوع الموجب عن إيجابه قبل صدور القبول، رجوعاً صريحاً —

٣٧٠ — ٢ - صدور إيجاب مختلف عن الإيجاب الأول —

٣٧١ — ٣ - توقيت انتهاء الإيجاب بزمان ينتهي قبل التفريق من مجلس العقد —

٣٧٢ — ٤ - انشغال العاقلين عن إنشاء العقد بأمر آخر —

٥ - موت أحد العاقلين، أو فقداه الأهلية قبل صدور القبول، وفيه:

٣٧٥ — (أ) موت الموصي قبل صدور القبول —

٣٧٥ — (ب) فقد الموصي الأهلية قبل موته —

٣٧٥ — (ج) موت الموجب - في غير الوصية - قبل صدور القبول —

٣٧٦ — (د) فقد الموجب - في غير الوصية - الأهلية قبل صدور القبول —

٣٧٦ — (هـ) موت الموصي له قبل صدور القبول —

٣٧٧ — (و) فقد الموصي له الأهلية قبل صدور القبول —

٣٧٧ — (ز) موت القابل - في غير الوصية - قبل صدور القبول —

٣٧٨ — (ح) فقد القابل - في غير الوصية - الأهلية قبل صدور القبول —

المبحث الرابع: عقود لها طبيعة خاصة في إنشائها، وهي ثلاثة:

الأول: بيع المزايدة، وفيه:

٣٨٠ ————— التعريف ببيع المزايدة

٣٨٠ ————— بيان مشروعية البيع بطريقة المزايدة

٣٨٣ ————— تعيين الإيجاب والقبول في بيع المزايدة

الأسباب التي يبطل بها العطاء الذي يتقدم به المشتري، وهي:

٣٨٣ — ١ - رجوع المزايد عن العطاء الذي تقدم به —

٢ - سقوط عطاء المشتري بعطاء من مشتري آخر، وفيه:

- ٣٨٤ ————— أ) سقوطه في مزايده علنية —————
 ٣٨٥ ————— ب) سقوطه في مزايده بواسطة المظاريف السرية —————
 ٣٨٥ ————— ٣ - التفرق من مجلس البيع قبل رسو المزاد —————

الثاني: عقد الإذعان، وفيه:

- ٣٨٧ ————— التعريف بعقد الإذعان، وبيان خصائصه —————
 ٣٨٩ ————— تعيين الإيجاب والقبول في عقد الإذعان —————

الثالث: التعاقد بالهاتف، وفيه:

- ٣٩١ ————— صحة العقد مع عدم اجتماع العاقدين في مكان واحد —————
 ٣٩١ ————— انتهاء المجلس في التعاقد بالهاتف —————

الفصل الثالث: التعبير عن الإيجاب والقبول.

المبحث الأول: التعبير باللفظ.

المطلب الأول: تقسيم الألفاظ إلى صريح، وكنائي، وبيان

مايصح إنشاء الالتزام به منهما، وفيه:

- ٣٩٧ ————— ضابط اللفظ الصريح —————
 ٣٩٧ ————— المرجع في الحكم على اللفظ بأنه صريح —————
 ٣٩٨ ————— حكم إنشاء الالتزام باللفظ الصريح —————
 ٣٩٩ ————— ضابط اللفظ الكنائي —————
 ٤٠٠ ————— حكم استعمال اللفظ الكنائي في إنشاء الالتزام —————
 ٤٠١ ————— تحول اللفظ الكنائي إلى لفظ صريح —————

المطلب الثاني: التقيد في إنشاء الالتزام بلفظ معين، وفيه:

- ٤٠٤ ————— التقيد في إنشاء النكاح بلفظ معين —————
 ٤١٤ ————— التقيد في إنشاء غير النكاح بلفظ معين —————
 ٤١٨ ————— إنشاء التزام معين بلفظ التزام آخر —————

المطلب الثالث: أنواع الصيغ اللفظية، وحكم استعمال كل

نوع في إنشاء الالتزام، وفيه:

- ٤٢١ ————— صيغة الماضي —————
 ٤٢٢ ————— الفعل المضارع المقترن بما يدل على الاستقبال —————
 ٤٢٣ ————— الفعل المضارع المقترن بما يفيد الإنشاء —————

- ٤٢٧ إنشاء عقد النكاح بصيغة الأمر
 ٤٢٨ إنشاء غير النكاح من الالتزامات بصيغة الأمر
 ٤٣٤ صيغة الاستفهام
 ٤٣٥ الجملة الاسمية
 ٤٣٨ حرف الجواب «نعم»

المبحث الثاني: التعبير بالمعاطاة، وفيه:

- ٤٤٤ صفة المعاطاة عند من يعتد بها
 ٤٤٦ شروط صحة المعاطاة عند من يعتد بها
 حكم إنشاء الالتزام بالتعاطي من الجانبين، من حيث الصحة
 والبطلان
 ٤٤٨ حكم إنشاء الالتزام بالإعطاء من جانب واحد، من حيث
 الصحة والبطلان
 ٤٥٥ بيان ما يفيد المعاطاة، من حيث أثرها
 ٤٥٨ بيان ما يفيد التعاطي من الجانبين، من حيث نوع الدلالة على
 إنشاء الالتزام
 ٤٥٨ بيان ما يفيد الإعطاء من جانب واحد، من حيث نوع الدلالة
 على إنشاء الالتزام
 ٤٥٩ حكم المعاطاة من حيث الحل والحرمة
 ٤٦٠ استثناء النكاح من إباحة الانعقاد بالمعاطاة عند من يعتد بها
 ٤٦٣ المستثنى من منع إنشاء الالتزام بالمعاطاة عند من لا يعتد بها،
 وفيه:

- ١ - استثناء البيع الضمني ٤٦٥
- ٢ - استثناء الهدية، وصدقة التطوع ٤٦٥
- ٣ - استثناء الهبة ٤٦٦
- ٤ - استثناء العارية ٤٦٦
- ٥ - استثناء الوديعة ٤٦٦
- ٦ - استثناء الخلع ٤٦٦
- ٧ - استثناء الوكالة ٤٦٧
- ٨ - استثناء القراض ٤٦٧
- ٩ - استثناء الهدي ٤٦٨