

الجمهورية التركية
جامعة صكّاريا
معهد العلوم الاجتماعية

أثر التصرفات الفعلية في المعاملات المالية

رسالة دكتوراه
إبراهيم البكار

التخصص العام: العلوم الإسلامية الأساسية
الفرع: الفقه الإسلامي

مشرف الرسالة: البروفيسور صونر دومان

كانون الأول – 2020

أثر التصرفات الفعلية في المعاملات المالية

رسالة دكتوراه

إبراهيم البكار

التخصص العام: العلوم الإسلامية الأساسية
الفرع: الفقه الإسلامي

"هذه الأطروحة تم مناقشتها عبر الإنترنت بتاريخ: 2020/12/25 وقبلت بالإجماع من قبل أعضاء لجنة المناقشة المذكورة أسماؤهم"

رأيه	أعضاء اللجنة
اجتاز بنجاح	البروفيسور: صونر دومان (Prof. Dr. Soner DUMAN)
اجتاز بنجاح	البروفيسور: عثمان جومان (Prof. Dr. Osman GÜMAN)
اجتاز بنجاح	البروفيسور: مُحمَّد علي يارجي (Prof. Dr. M. Ali YARGI)
اجتاز بنجاح	الأستاذ المشارك. نائل أوكويوجو (Doç. Dr. Nail OKUYUCU)
اجتاز بنجاح	الدكتور خيرى عمر خنجر (Dr. Öğr. Üyesi Khiry M. Omar) KHANGER

المقدمة

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين. وبعد: فإنَّ هذه الدراسة لم ترَ الثور إلاَّ بجهود المخلصين الذين لم ييخلوا عليَّ في الحصول على كلِّ ما احتجته في إعداد وصياغة هذا العمل؛ لذا فإنَّني أتوجَّه بفيضٍ من الشكر والعرفان المقرونين بعظيم الامتنان لمشرفي وأستاذي الفاضل البروفيسور صونر دومان (Prof. Dr. Soner DUMAN) لقبوله الإشراف على هذه الرسالة، وعلى ما أولاني إياه من عنايةٍ ودعمٍ وتوجيهات قيَّمة كانت عوناً لي في إتمام هذا البحث، والشكر موصول إلى الأساتذة الأفاضل أعضاء هيئة المناقشة؛ من داخل جامعة صكاريا أستاذي البروفيسور عثمان جومان (Prof. Dr. Osman GÜMAN) والدكتور خيرى عمر خنجر (Dr. Öğr. Üyesi Khiry M. Omar KHANGER) ومن خارج جامعة صكاريا؛ من جامعة 18 آذار في جناق قلعة البروفيسور مُحمَّد علي يارجي (Prof. Dr. Mehmet Ali YARGI) ومن جامعة مرمره الدكتور نائل أوكويوجو (Doç. Dr. Nail OKUYUCU) لتفضُّلهم بقبول مناقشتها، وتحملهم عناء قراءتها، فجزاهم الله جميعاً عني خير الجزاء وأعظم لهم الأجر والثواب. وأتقدَّم بالشكر أيضاً إلى جامعة صكاريا ممثلةً في كَلِيَّة الإلهيات التي كان لها الفضل بعد الله عزَّ وجلَّ في إكمال دراستي إلى هذه المرحلة، سائلاً الله عزَّ وجلَّ لهذه الجامعة والقائمين عليها كلَّ تقدُّمٍ وازدهارٍ. وأخيراً فإنَّني أشكر والدي على دعمها وتوجيهها المستمرَّ لي، وزوجتي وأولادي على تحملهم عناء الغربة معي وتشجيعهم المستمرَّ لي، كما أشكر كلَّ من قدَّم لي العون والنُصح والإرشاد، وكلَّ من ساهم في إخراج هذه الدراسة إلى حيِّز الوجود.

إبراهيم محمود البكار

2020/12/25

فهرس المحتويات

v	الاختصارات
vi	الملخص باللغة التركية
vii	الملخص باللغة الإنجليزية
1	مدخل
1	موضوع الدراسة
2	أهمية الدراسة
4	أهداف الدراسة
5	الدراسات السابقة
10	منهج الدراسة
14	1. الفصل الأول: تحديد مفهوم التصرفات الفعلية وما يتصل به من المفاهيم
14	1.1 تعريف التصرفات وأقسامها
14	1.1.1 تعريف التصرف
19	1.1.2 أقسام التصرفات
27	1.2 أقسام العقود وحقيقة التأثير الفعلي فيها
27	1.2.1 أقسام العقود
32	1.2.2 حقيقة التأثير الفعلي في عقود المعاملات المالية
35	1.3 وسائل التعبير عن الإرادة في المعاملات المالية ومكان التصرفات الفعلية منها
35	1.3.1 مصطلح الإرادة والألفاظ ذات الصلة به
38	1.3.2 وسائل التعبير عن الإرادة
39	1.3.2.1 الوسائل الصريحة في التعبير عن الإرادة
41	1.3.2.2 الوسائل الضمنية في التعبير عن الإرادة
56	2. الفصل الثاني: أثر التصرفات الفعلية في تكوين العقود

57	2.1 أثر التصرفات الفعلية في إنشاء صيغ العقود
57	2.1.1 أثر فعل المعاطاة في إنشاء صيغ العقود
60	2.1.1.1 أثر فعل المعاطاة في إنشاء صيغة عقد البيع
71	2.1.1.2 أثر فعل المعاطاة في إنشاء صيغ عقود المعاملات الأخرى
81	2.1.1.3 صور تطبيقية لانعقاد العقود بالمعاطاة
89	2.1.2 أثر فعل الاسترجار في إنشاء صيغة عقد البيع
89	2.1.2.1 معنى بيع الاسترجار
90	2.1.2.2 صور بيع الاسترجار وأحكامها الفقهية
96	2.1.2.3 جانب من التطبيقات المعاصرة لبيع الاسترجار
98	2.2 أثر التصرفات الفعلية في صحة العقود
98	2.2.1 أثر التصرفات الفعلية في انعقاد العقد صحيحًا
98	2.2.1.1 أثر فعل القبض في انعقاد العقد صحيحًا
109	2.2.1.2 أثر فعل الإكراه في صحة العقود المالية
113	2.2.2 أثر التصرفات الفعلية في تصحيح العقد الفاسد
113	2.2.2.1 معنى تصحيح العقد
115	2.2.2.2 أسباب فساد العقود
117	2.2.2.3 صور تصحيح العقود بواسطة التصرف الفعلي
122	3. الفصل الثالث: أثر التصرفات الفعلية في لزوم العقود وانحلالها (الفسخ والانفساخ)
123	3.1 أثر التصرفات الفعلية في لزوم العقود
123	3.1.1 أثر التصرفات الفعلية في إسقاط الخيارات ولزوم العقود
124	3.1.1.1 أثر التصرفات الفعلية في إسقاط خيار المجلس
124	3.1.1.2 أثر التصرفات الفعلية في إسقاط خيار الشرط
126	3.1.1.3 أثر التصرفات الفعلية في إسقاط خيار العيب

127	3.1.1.4 أثر التصرفات الفعلية في إسقاط خيار الرؤية.....
128	3.1.2 أثر التصرفات الفعلية في تحويل العقد الجائر إلى عقد لازم
128	3.1.2.1 أثر فعل الشروع في لزوم العقود
134	3.1.2.2 أثر فعل القبض في لزوم العقود.....
146	3.1.3 أثر التصرفات الفعلية في لزوم العقد الفاسد
148	3.2 أثر التصرفات الفعلية في انحلال العقود (الفسخ والانفساخ).....
148	3.2.1 حقيقة الفسخ والانفساخ.....
150	3.2.2 أثر التصرفات الفعلية التي تقع على العاقد في ثبوت حق الفسخ
150	3.2.2.1 أثر فعل الإكراه في ثبوت الخيار
151	3.2.2.2 أثر فعل تلقي الركبان في ثبوت الخيار
154	3.2.3 أثر التصرفات الفعلية التي تقع على المعقود عليه في فسخ العقد أو انفساخه
154	3.2.3.1 أثر التصرفات الفعلية التي تقع على المعقود عليه مع بقاء عينه في فسخ العقد
157	3.2.3.2 أثر التصرفات الفعلية التي تؤدي إلى ذهاب المعقود عليه أو انتقاصه في فسخ العقد
164	3.2.3.3 أثر إضافة صفة موهومة غير حقيقية إلى المعقود عليه في ثبوت حق الفسخ
171	4. الفصل الرابع: أثر التصرفات الفعلية في ثبوت آثار العقود
172	4.1 أثر التصرفات الفعلية في انتقال الملكية في العقود
172	4.1.1 تعريف الملكية
173	4.1.2 أثر فعل الاستيلاء في إنشاء الملكية
175	4.1.3 أثر اقتران التصرفات الفعلية في انتقال الملكية في العقود
175	4.1.3.1 أثر التصرفات الفعلية في انتقال الملكية في العقد الصحيح
186	4.1.3.2 أثر التصرفات الفعلية في انتقال الملكية في العقد غير الصحيح
192	4.2 أثر التصرفات الفعلية في استحقاق الضمان في العقود
192	4.2.1 تعريف الضمان

194.....	4.2.2 أثر التصرفات الفعلية في استحقاق الضمان في عقود الضمان
194.....	4.2.2.1 أثر التصرفات الفعلية في استحقاق الضمان في عقود الضمان الصحيحة
196.....	4.2.2.2 أثر التصرفات الفعلية في استحقاق الضمان في عقود الضمان غير الصحيحة
197.....	4.2.3 أثر التصرفات الفعلية في استحقاق الضمان في عقود الأمانات
198.....	4.2.3.1 أثر التصرفات الفعلية في استحقاق الضمان في عقد الإيداع
211.....	4.2.3.2 أثر التصرفات الفعلية في استحقاق الضمان في عقد الإعارة
216.....	4.2.3.3 أثر التصرفات الفعلية في استحقاق الضمان في الوكالة
222.....	4.2.3.4 أثر التصرفات الفعلية في استحقاق الضمان في عقدي الشركة والمضاربة
228.....	4.2.3.5 أثر التصرفات الفعلية في استحقاق الضمان في الوصاية
230.....	الخاتمة
233.....	المراجع
251.....	السيرة الذاتية

الاختصارات

تح	: تحقيق.
ط	: رقم الطّبعة.
د.ت	: دون تاريخ.
هـ	: التّاريخ الهجري.
م	: التّاريخ الميلادي
ص	: رقم الصّفحة (استخدمت أثناء الإحالة إلى صفحة سابقة ضمن هذا البحث).

TDV: Türkiye Diyanet Vakfı.



Sakarya Üniversitesi

Sosyal Bilimler Enstitüsü Tez Özeti

Yüksek Lisans	☐	Doktora	☒
Tezin Başlığı: Fiilî Davranışların Mâlî İşlemler Üzerindeki Etkisi			
Tezin Yazarı: İbrahim Albakkar		Danışman: Profesör Doktor Soner Duman	
Kabul Tarihi: 25 Aralık 2020		Sayfa Sayısı: vii (ön kısım) + 251 (tez)	
Anabilim Dalı: Temel İslam Bilimleri		Bilim Dalı: İslam Hukuku	
Malî muamelelerin hükümleri, bu hükümlere ilişkin olarak meydana gelen bir takım müessir durumlardan etkilenir. Hükümlere etki eden bu hususlar sözlü ifadeler ve benzerinde olduğu gibi sarîh olabileceği gibi şahıslardan sadır olan bazı fiiller gibi zımnî de olabilir. Bu çalışma, fiilî tasarrufların mali muamelelere ilişkin fikhî hükümlerin çeşitli yönlerine etkisini açıklamak üzere gerçekleştirilmiştir. Fiilî tasarrufların bir kısmı malî muamelelere bittiğinde daha öncesinde mevcut olmayan bir takım hukukî sonuçlar doğurur. Bu sonuç tasarrufun inşası yönünde olabileceği gibi sahihlik, bağlayıcılık, fesih, mülkiyetin intikali, tazmini hak etmek gibi hususlarda da olabilir. Bu çalışma fiilî tasarrufların yalnızca sahih akitlere özgü olmadığı, akdi bozan durumları ortadan kaldırmak suretiyle fasit akitlerin sahih hale getirmesine kadar uzanabileceğini de ortaya koymaktadır. Çalışmamız fiilî tasarrufların malî muameleler üzerindeki etkilerinin bu tasarrufların ilgili olduğu akitlerin türlerine bağlı olarak değişebileceğini de göstermektedir. Örneğin ribevî mallar üzerine yapılan akitlerde akde konu olan malın kabz edilmesi akdin sıhhatini etkilediği halde diğer akitlerde kabzın akit üzerindeki etkisi farklı olabilmektedir. Mesela karz, hibe ve icare gibi kimi akitlerde kabz malın mülkiyetinin intikal etmesi üzerinde etkili olurken satım akdinde tazmin yükümlülüğünün intikal etmesine etki etmektedir. Çalışmanın ortaya koyduğu bir başka husus ise fiilî tasarrufların hukukî neticelerinin söz konusu fiilî tasarrufun tabiatına göre değişiklik gösterdiği hususudur. Zira çalışmada fiilî tasarrufun tabiatının farklı türlere sahip olduğu, söz gelimi akde konu olan şeyin verilmesi, kabz edilmesi, itlafı, başka mallarla karıştırılması gibi bir takım tasarrufların söz konusu olabileceği, bu fiillerin tümünün doğasının farklı olduğu ortaya konulmuştur. Söz gelimi cuale veya mudarebe akdinde işe başlamanın etkisi satım akdinde akit konusunun itlaf edilmesinden farklıdır. İlki akdin bağlayıcı hale gelmesine etki ettiği halde ikincisi akdin feshedilmesine etki etmektedir. Yine satım akdinde rızaya delalet eden akit mahallinin tesliminin etkisi emanet akitlerinde akdin mahallinin itlaf edilmesinin etkisine göre farklılık göstermektedir. İlki akit sigasının inşasına etki ederken ikincisi tazminat hakkı elde etmeye etki etmektedir. Bütün bunlardan “fiilî tasarrufun hukukî etkisi” ifadesi ile kastedilen şeyin “iradenin fiil yoluyla ortaya konulması” ifadesinde kastedilenden daha kapsamlı olduğu anlaşılmaktadır. Araştırmamızda fiilî tasarrufların malî muamelelere etkisi konusunda mütekâmil bir teori ortaya koymaya ve aynı zamanda bu teorinin fıkıh mezheplerinin ictehadları üzerinde nasıl uygulandığını göstermeye çalıştık.			
Anahtar Kelimeler: Malî muamelat, fiilî tasarruflar, akitler, irade, tazmin			

Sakarya University

Institute of Social Sciences Abstract of Thesis

Master Degree	☐	Ph.D.	☒
Title of Thesis: Impact of Actual Conduct on Financial Transactions			
Author of Thesis: İbrahim Albakkar		Supervisor: Professor Doctor Soner Duman	
Accepted Date: 25 December 2020		Number of Pages: vii (pre text) + 251 (thesis)	
Department: Basic Islamic Studies		Subfield: Islamic jurisprudence	
The provisions of financial transactions change according to their effects, and these influences may be explicit as wording and other means of expression; it may be implicit as some acts of people. This research is to show the impact of actual behaviors in various sections of jurisprudence in its financial transaction division, from more than one side. Some of these actions, when combined with financial transactions, produce effects that would not have existed if these actions had not been there. Its effect may be in terms of establishment, correctness, necessity, expiration, property transfer or entitlement to security benefit. The research also shows that the effects of actual actions are not limited to the rightful contracts, but also extends to the corrupt contracts through their role of removing what is spoiling a contract. Through this research, it has been found that the effects of actual conduct in financial transactions vary depending on the type of contract involved; for example, in interest-based financial contracts, the impact of receiving is related to the validity of the contract, while in other contracts it has a different effect; it may affect the transfer of ownership; as in loan, gift and lease contracts, and may affect the transfer of compensation as in the sales contract. It also became clear that the effect of actual actions varies depending on the nature of the actual conduct. Research has shown that the nature of actual behaviors is diverse. It may consist of handling the contract, seizing or destroying it; or mixing it with other contracts or other conducts. The impact of these acts may vary depending on the nature of the act, for example: The initiation of a contract of royalty or speculation is different from destroying the subject of contract in the sales contract. The first has an impact on the creation of the contract formula and the second has an effect on the entitlement to the compensation. Thus, it is clear that the actual conduct has a more comprehensive effect than the expression of will by act. Through this research, we have tried to come up with an integrated theory on the impact of actual behaviors on financial transactions, and at the same time we have tried to show the forms of application of this theory in the different schools of jurisprudence.			
Keywords: Financial transactions, contracts, actual conduct, will, compensation			

مدخل

إنَّ الإنسانَ مدنيٌّ بطبعه؛ ومدنيَّته هذه تقتضي أن لا ينفكَّ عن الآخرين وأن لا يستغني عن التعامل معهم، ومن أبرز تلك التعاملات التي لا يستطيع الإنسان أن يستغني فيها عن الآخرين هي تعاملاته الماليَّة مع أبناء جنسه؛ إذ أنَّ تلك التعاملات تُلامس واقعَه الذي يعيشه كلَّ يوم.

ولكي لا يطغى الإنسان في تعاملاته وبالتالي تعمَّ حياته الفوضى جاء الشرع الحنيف بتنظيمها على وجه يتحقَّق من خلاله التوازن بين الحقوق والواجبات، وكان من جملة ذلك التَّنظيم أن نظَّم للنَّاس عقودهم من حيث إبرامها وصحَّتها وفسادها وغير ذلك، ورَتَّب على كلِّ عقد من تلك العقود آثارًا خاصَّة به؛ كانتقال المملَكِيَّة وانتقال الضَّمان وغير ذلك من الآثار، ومن خلال النَّظر في كتب الفقهاء السَّابِقين وبحوث المختصِّين المعاصرين ظهر لنا أنَّ هذه الآثار قد تختلف ضمن العقد الواحد وفقًا لما يعتريه من أحوال، وبعض هذه الأحوال هو ناتج عن التصرُّفات التي تصدر عن العاقدين أو أحدهما أو حتَّى عن غير العاقدين، إذ الإنسان يصدر عنه جملة من التصرُّفات، وهذه التصرُّفات منها ما هو صريح في دلَّالته كالتصرُّفات القوليَّة -من حيث العموم- ومنها ما هو غير صريح في دلَّالته كالتصرُّفات الفعلية؛ فبمصاحبة بعض التصرُّفات الفعلية للعقد تُنتج آثار لم تكن لتُوجد فيما لو خلا العقد عن تلك التصرُّفات.

موضوع الدِّراسة

هذا البحث يتناول أثر التصرُّفات الفعلية في مختلف أبواب فقه المعاملات الماليَّة؛ حيث بين أن للتصرُّفات الفعلية آثار في المعاملات المالية من حيث الإنشاء أو الصَّحَّة أو اللزوم أو الفسخ أو انتقال المملَكِيَّة أو

استحقاق الضمان، كما يبين البحث أيضاً أنّ آثار التصرفات الفعلية لا تقتصر فقط على العقود الصحيحة، بل إنّ أثرها يمتد ليشمل أيضاً تصحيح العقود الفاسدة من خلال دورها المتمثل في إزالة ما هو مفسد للعقد.

ومن خلال هذا البحث تبين أنّ الآثار المترتبة على التصرفات الفعلية في المعاملات المالية تختلف باختلاف نوع العقد الذي تدخل عليه هذه التصرفات؛ فعلى سبيل المثال: في عقود الأموال الربوية يكون تأثير القبض متعلقاً بصحة العقد، أمّا في غير ذلك من العقود فيختلف تأثيره؛ فقد يؤثر في انتقال الملكية؛ كما هو الحال في عقود القرض والهبة والإجارة، وقد يؤثر في انتقال الضمان كما هو الحال في عقد البيع.

كما بين أيضاً أنّ تأثير التصرفات الفعلية يختلف باختلاف طبيعة التصرف الفعلي؛ حيث اتضح من خلال البحث أنّ طبيعة التصرفات الفعلية متنوعة، فقد تتمثل بالمناولة محل العقد أو قبضه أو إتلافه أو خلطه بغيره أو غير ذلك من التصرفات، وأثر هذه الأفعال قد يختلف باختلاف طبيعة الفعل، فعلى سبيل المثال: إنّ الشروع في العمل في عقد الجعالة أو المضاربة يختلف أثره عن إتلاف محل العقد في عقد البيع؛ فالأول يكون أثره في لزوم العقد، والثاني يكون أثره في فسخ العقد، وأيضاً فإنّ مناولة محل العقد الدالة على الرضا في عقد البيع يختلف أثرها عن إتلاف محل العقد في عقود الأمانة؛ فالأول يكون أثره في إنشاء صيغة العقد والثاني يكون أثره في استحقاق الضمان، وبهذا يتضح أنّ التصرف الفعلي يكون أثره أشمل من التعبير عن الإرادة بواسطة الفعل.

أهمية الدراسة

من المعلوم أنّ أفعال الإنسان التي تصدر عنه هي أكثر بكثير من أقواله، وهذه الأفعال لها آثار كبيرة في تعاملاته المالية، حيث إنّ تطبيقات هذه الآثار لا يكاد يخلو عنها عقد من العقود على اختلاف أنواعها،

ولعلّ أبرزها هو قيام التصرّفات الفعلية في التعبير عن إرادة فاعلها، فلا يخفى ضرورة إظهار الإرادة كي تنتج أثرها الشرعي، فإذا لم تجتز الإرادة عتبة النفس لا يمكن أن يترتب عليها أثر، ولعلّ هذا الكلام أكثر ما يتّضح يتّضح في العقد؛ حيث إنّ جوهر العقد هو التعبير عن الإرادة، فلا يمكن للعقد أن يقوم إذا ظلّت الإرادة حبيسة نفس العاقد، وهذا ما تؤكّده نصوص الفقهاء؛ جاء في ردّ المحتار "البيع لا ينعقد بالتّية" وجاء في مواهب الجليل "لا يلزم البيع بالتّية" وهذا الأمر يقتضيه سببان؛ الأوّل هو طبيعة العلائق بين الآدميين؛ حيث إنّ الأشخاص جبلوا على أن يتبادلوا ما يضمرونه من أفكار بواسطة الأقوال أو الأفعال وليس بمجرد تفكيرٍ باطنيّ، والأمر الثاني يقتضيه مبدأ أصوليّ وهو إناطة الحكم بعقله ذات الوصف الظاهر المنضبط.

أمّا عن طبيعة هذا التعبير فإنّه يعتبر حاصلًا بصدور شيء عن الشخص المعبرّ إلى العالم الخارجي يفصح من خلاله عن إرادته، ولم يفرض الفقه الإسلاميّ في ذلك نمطًا شكليًا محددًا، فيمكن أن يتمّ التعبير بواسطة اللفظ أو الكتابة أو الإشارة أو السكوت المصحوب بالقرينة أو دلالة الحال أو الأفعال المادية المنبثقة عن الجسد، والذي يعنينا من تلك الوسائل هو التصرّفات الفعلية؛ فبواسطة التصرّفات الفعلية يمكن أن يعبر الشخص عن مراده؛ فعلى سبيل المثال لو أتى شخص إلى فَرّان وأعطاه ليرتين فقام الفَرّان بإعطائه رغيف خبز انعقد عقد البيع، وهذا الفعل هو ما يُعبرّ عنه الفقهاء بالمعاطاة، وفعل المعاطاة هذا لا يقتصر على البيع فحسب، إذ يمكن تطبيقه في معظم أبواب فقه المعاملات، كذلك إذا تعاقد العاقدان في عقد البيع واشترط المشتري الخيار فإنّ خياره يمكن أن يسقط بالتصرّفات الفعلية الصادرة عنه؛ كما لو كان المعقود عليه دابة فذبحها، أو طعامًا فأكله، أو ثوبًا فصبغه، أو أرضًا فبنى عليها أو غرس فيها.

ثم إن تأثير التصرفات الفعلية لا يقتصر على التعبير عن الإرادة الذي يمثل الصيغة (الإيجاب والقبول) فحسب، بل إن تأثيرها أوسع من ذلك، إذ يمكن أن تؤثر أيضاً في لزوم العقد وصحته وتصحيحه وفسخه وانتقال الملكية والضمان.

ومثال على ذلك في صحة العقد: إذا اشترى شخص شيئاً ثم أراد بيعه لآخر فإن هذا البيع تتوقف صحته على قبضه لما اشتراه مسبقاً، وكذلك بيع الأموال الربوية تتوقف صحتها على فعل التقابض.

ومثال على ذلك في لزوم العقد: فعل الشروع بالعمل في عقدي المزارعة والمضاربة وفعل الانطلاق في السبق في عقد المسابقة، كل ذلك يؤثر في لزوم تلك العقود عند فريق من الفقهاء كما سيأتي بيانه.

ومثال على ذلك في فسخ العقد: أن يقوم الواهب باستهلاك الشيء الموهوب قبل القبض، أو يقوم المؤجر بحرق أو هدم الدار التي أجزها.

ومثال على ذلك في انتقال الملكية: انتقال ملكية الهبة والقرض وغير ذلك من العقود بقبض محل العقد.

ومثال على ذلك في انتقال الضمان: كأفعال التعدي أو التقصير الواقعة على محل العقد في عقود الأمانة كما سيأتي تفصيله في ثانياً هذا البحث.

مما سبق ندرك عظيم أهمية آثار التصرفات الفعلية في المعاملات المالية، فهذه الآثار يجب على المكلف معرفتها، إذ بمعرفتها يدرك آثار أفعاله التي تصدر عنه تجاه الآخرين.

أهداف الدراسة

يسعى هذا البحث إلى تحقيق عدة أمور، أبرزها:

1- بيان حقيقة التصرفات الفعلية، وذلك من خلال الوصول إلى تعريف جامع مانع لها؛ لأنّ معظم من تكلم عن هذا الموضوع لم يعرف التصرفات الفعلية، ومن عرفها منهم لم يأت بتعريف جامع مانع لها.

2- التنبيه إلى أنّ أثر التعبير عن الإرادة بواسطة الفعل لا يقتصر على البيع بالتعاطي بل يشمل أيضاً باقي أبواب فقه المعاملات، مع القيام بعرض صور لذلك، وهذا الأمر لم يقدّم به أحد من أصحاب الدراسات السابقة.

3- التمييز بين التصرف الفعلي والتعبير عن الإرادة بواسطة الفعل، لأنّ التصرف الفعلي أشمل من التعبير عن الإرادة، حيث يشمل الأفعال الضارة أيضاً كالتي توجب الضمان، وهذا الأمر لم ينبّه إليه أحد من أصحاب الدراسات السابقة سوى بحث واحد دون أن يوفّي هذا الأمر حقه.

4- تصنيف آثار التصرفات الفعلية المتناثرة في مختلف أبواب المعاملات المالية وجمعها، ليكن هذا البحث بمثابة نظرية متكاملة الجوانب تضاف إلى ما كتبه السابقون من أرباب الاختصاص.

الدراسات السابقة

من خلال البحث في المراجع القديمة والحديثة - من موسوعات فقهية ودينية ورسائل علمية وأبحاث محكمة - عن الدراسات السابقة في الموضوع توصلنا إلى الآتي:

على صعيد كتب التراث الفقهي:

أثناء البحث في كتب الفقهاء القدامى لم نجد من أفرد هذا الموضوع بالدراسة بشكل مستقل، وإنما الذي وجدناه أنّهم يتناولون آثار التصرفات الفعلية في كتبهم بشكل متناثر في مختلف الأبواب الفقهية دون تأطير لتلك الآثار، فعلى سبيل المثال في عقد البيع يتناولون حكم البيع بالتعاطي أثناء حديثهم عن صيغة العقد،

وكذلك يتناولون الآثار المترتبة على إتلاف المبيع من قبل البائع أو المشتري أو شخص أجنبي، وأثناء حديثهم عن البيوع الربويّة يذكرون اشتراط فعل التقابض فيها، ويذكرون في معرض حديثهم عن عقود الأمانة أفعالاً توجب الضمان على صاحب يد الأمانة في كلّ عقد من تلك العقود، وهكذا.. وخلاصة القول: لم يفرّدوا لفعل من الأفعال بحثاً مستقلاً فضلاً عن عدم إفراد التصرفات الفعلية عموماً بذلك، وصنعهم هذا يتوافق مع طبيعة التصنيف في زمانهم؛ حيث كانت تسير مصنفاتهم وفق الأبواب الفقهية كما هو معلوم.

على صعيد الدراسات الحديثة:

أولاً: على صعيد الموسوعات العلمية: بالنسبة للموسوعات العلمية فقد جاء ذكر التصرفات الفعلية في الموسوعة الفقهية الكويتية (الصادرة عن وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية - الكويت) ضمن الحديث عن أنواع التصرف، واقتصر تناولهم للموضوع على تعريف التصرف الفعلي وذكر مثالين عليه، أمّا عن آثار التصرفات الفعلية في العقود فلم يخصّوها بالذكر، وإمّا جاء ذكر ذلك تبعاً في معرض الحديث عن باقي مواد الموسوعة.

كذلك الحال في موسوعة (Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi) الموسوعة الإسلامية التابعة لوقف الديانة التركية؛ حيث ورد ذكر التصرف الفعلي تحت مادة "Tasaruuf" للكاتب إبراهيم كافي دونماز (İbrahim Kâfi Dönmez) حيث ذكر تعريفاً له وذكر أنّه مؤثّر في التعبير عن الإرادة، وجاء ذلك بشكل مقتضب. وما عدا ذلك جاء ذكر التصرفات الفعلية عرضاً ضمن باقي مواد الموسوعة.

ثانياً: على صعيد الكتب المصنفة: أثناء البحث في كتب المعاصرين لا سيما من تحدّث عن نظرية العقد أو تحدّث عن التعبير عن الإرادة نجد أنّهم يذكرون التعبير الفعلي بشكل عامّ دون التعرّض لآثاره في العقد، أو

أنّ بعضهم تعرّض لآثاره في معرض حديثه بشكل مقتضب دون أن يعطي تصوّرًا كاملاً عنها، وفيما يلي نذكر أبرز تلك الكتب:

كتاب "المدخل الفقهي العام" للشيخ مصطفى الزرقا، ط.2 (دمشق: دار القلم، 2004م)، حيث ذكر في معرض حديثه عن العقد مفهوم التصرف وأقسامه، ومن تلك الأقسام التصرف الفعلي، دون أن يخصّ ذكر أثره في المعاملات الماليّة.

كتاب "التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلاميّ دراسة مقارنة بالفقه الغربيّ" للدكتور وحيد الدين سوار، ط.2 (الجزائر: الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، 1979م)، حيث ذكر في معرض حديثه عن التصرف القانونيّ مقارنةً للتصرف الفعليّ بالواقعة القانونيّة، كما بحث حكم البيع بالمعاطاة أثناء حديثه عن طرق التعبير عن الإرادة.

ثالثاً: على صعيد الأبحاث المحكّمة: لم يحظ هذا الموضوع ببحث مستقلّ وإنّما جاء ذكره عرضاً في بعض الأبحاث وفيما يلي بعضها:

- 1- A.Cüneyd Köksal, Fıkıh Düşüncesinde Fiil Kavramı ve Hissî-Şer'î Fiil Ayrımı, Sakarya Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, 12/21 (2010).

هذا البحث للدكتور عاصم جنيد كوكسال بعنوان "مفهوم الفعل في الفكر الفقهي والتفريق بين الفعل الحسّيّ والشرعيّ" وهو بحث صغير الحجم (14 صحيفة) يتكلّم من خلاله عن نشأة التّفرة بين مفهوم الفعل الحسّيّ والفعل الشرعيّ تاريخيّاً، ونظرة علماء الأصول وعلماء الفقه إلى هذا المفهوم، ولم يتطرّق إلى أثر التصرفات الفعلية في المعاملات الماليّة، سوى ما ذكره من أنّ الفعل يُستخدم في كتب الفروع للدلالة على الإرادة.

- 2- Ahmet Özdemir, Akitlerde İrade Beyanı, Çukurova İlahiyat Fakültesi Dergisi, 8/2, (2008).

هذا البحث للدكتور أحمد أوزدمير بعنوان "بيان الإرادة في العقود" وهو بحث صغير الحجم (16 صحيفة) تكلم فيه عن مفهوم الإرادة وطرق بيانها، وأنّ من تلك الطرق البيع بالتعاطي.

- 3- Muharrem Önder, İslâm Hukukunda İrade Beyanı Olarak Mükellefîn Sükûtu; Mâhiyeti, Kısımları ve Beyân Olma Sebepleri, Necmettin Erbakan Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, Sayı: 46 (2018).

هذا البحث للدكتور محرم أوندير بعنوان "التعبير عن الإرادة من خلال سكوت المكلف في الفقه الإسلامي" حيث تطرّق لأثر القرينة الفعلية المصاحبة للسكوت في التعبير عن الإرادة بشكل مقتضب.

- 4- أحمد ياسين القرالة، التعبير الضمني عن الإرادة في الفقه الإسلاميّ مقارنةً بالقانون المدنيّ وقانون الأحوال الشخصية، مجلّة دراسات للبحوث والدراسات، الجامعة الأردنية، 44 (2017). وهو بحث صغير الحجم تكلم فيه مؤلفه عن وسائل التعبير الضمنيّ وأن من ضمن تلك الوسائل التعبير بالأفعال؛ فساق بعض الأمثلة على ذلك.

رابعاً: على صعيد الرسائل الجامعية: من خلال البحث في الرسائل الجامعية وجدنا رسالتين تناولتا الموضوع، إحداها وهي رسالة دكتوراه تناولت الموضوع بشكل غير مباشر، والأخرى رسالة ماجستير تناولته بشكل مباشر، وفيما يلي بيان ذلك:

الرسالة الأولى: جاءت بعنوان "نظرية الشكل في الفقه الإسلاميّ" للباحث ناصر بن زيد بن داود، وهي رسالة دكتوراه في جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، ط. 2 (الرياض: كنوز إشبيلية، 2004م)، حيث تناول الباحث في أحد فصول الدراسة أثر الشكل الفعليّ في العقود المالية، فذكر بعض الأفعال المسيبة للعقود، وبعض الأفعال المانعة منها، وبعض الأفعال المشروطة لها، إلّا أنّ ما ذكره ما هو إلّا نذر يسير من آثار التصرفات الفعلية في المعاملات المالية؛ فعلى سبيل المثال لم يتطرّق إلى أثرها في انتقال الملكية ولا في استحقاق الضمان، حتى إنّ ما ذكره من نقاط لا يعطي تصوّراً كاملاً عنها من حيث حقيقتها وصورها

ومكانها بين وسائل التعبير عن الإرادة، يضاف إلى ذلك أنه لم يستوف آراء المذاهب الفقهية حول ما ذكره، كما أنه أدخل في التصرفات الفعلية ما ليس منها؛ كالسكوت وإعتاق بعض العبد وغير ذلك.

الرسالة الثانية: جاءت بعنوان "أثر التصرفات الفعلية في الالتزامات التعاقدية في الفقه الإسلامي" للباحث عماد عبد الحفيظ الزيات، وهو بحث مقدّم لنيل درجة الماجستير في الفقه وأصوله في الجامعة الأردنية (غير مطبوع)، ولعلّ هذا البحث هو الوحيد الذي تناول التصرفات الفعلية بشكل مباشر، إلا أنه ومن خلال الاطلاع عليه -وكما يتّضح من عنوانه أيضًا- تبين أنه يتكلّم عن أثر التصرفات الفعلية في الالتزامات التعاقدية عمومًا، فهو غير مخصّص للحديث عن أثر التصرفات الفعلية في المعاملات المالية، فعلى سبيل المثال يتناول البحث أحكام النكاح كالدخل والخلوة وغير ذلك، ولعلّ هذا كان هو السبب في أنّ البحث قد أغفل الكثير من النقاط المهمة المتعلقة بالمعاملات المالية، فعلى سبيل المثال: فبالرغم من أنّ عنوان البحث محصور بالالتزامات التعاقدية إلا أنّ الباحث لم يخصص قسمًا من بحثه للحديث عن أثر التصرفات الفعلية في التعبير عن الإرادة، ولا عن أنواع التصرفات الفعلية، وغير ذلك من النقاط، كما أنه يؤخذ على البحث الاستطراد في غير موضعه؛ حيث تناول بعض النقاط التي لا علاقة لها بالتصرفات الفعلية، ومن هذا القبيل تناوله لموضوع تعليق العقود، كما يؤخذ عليه أيضًا أنه في بعض الأماكن خلط بين أن تكون التصرفات الفعلية مؤثّرة في العقد وبين أن تكون مؤثّرة بها، ويضاف إلى ذلك أنّ بعض النقاط التي تناولها لم يوفّها حقها بالعرض.

بناء على ما تقدّم رأينا أنّ موضوع "أثر التصرفات الفعلية في المعاملات المالية" يحتاج إلى إفراد بالدراسة، فكتب ودراسات المعاصرين لم توفّ هذا الموضوع حقّه في التصوير ولا في بيان آثاره في العقود المالية، حيث إنّ جلّ المعاصرين الذين تناولوا التصرفات الفعلية في كتبهم يمثلون لها بمسألة "بيع المعاوضة"، في حين -وكما

سيُتّضح خلال هذا البحث - أنّ التّصرّفات المنشئة للعقد لا تقتصر في الإنشاء على المعاطاة، حتّى إنّ إنشاءها بطريق المعاطاة لا يقتصر على البيع فقط، فهي متعدّدة وتختلف باختلاف الأبواب الفقهيّة.

منهج الدّراسة

لم يعتمد البحث على منهج واحد في مراحل إعدادة، بل تعدّدت المناهج المتّبعة حسب ما تقتضيه الدّراسة، فاتّبع فيه أولاً المنهج الاستقرائي الذي يعتمد على جمع واستقصاء المادّة العلميّة مع أدلّتها من كتب الفقه المعتمدة، ثمّ بعد ذلك يأتي المنهج التحليلي من خلال مناقشة الأدلّة والترجيح بين الأقوال بحسب ما تقرّر من قواعد التّرجيح المعتمدة عند العلماء.

كما أنّه تمّ اتّباع المنهج الوصفي في بعض مواطن البحث، وذلك من خلال وصف بعض صور العقود المتّبعة، ومن ثمّ تحليل تلك الصّور من أجل الوصول إلى حكمها الفقهيّ. وقد التزم البحث بعض الضّوابط التي من شأنها أن تُساهم في نجاحه، وتتلّخص تلك الضّوابط بالآتي:

التّركيز على منهج البحث وعدم الاستطراد.

اعتمد البحث اتباع المذاهب الفقهيّة الأربعة والمقارنة بينها ولم يقتصر على مذهب بعينه، وذلك أنّ في الاقتصار على مذهب واحد لا يُعطى - فيما نرى - صورة متكاملة عن حقيقة التّصرّفات الفعلية وأثرها في المعاملات الماليّة؛ لأنّ المذاهب الفقهيّة قد تتباين فيما بينها تضييقاً وتوسيعاً في تناول بعض المسائل، وفي حال لم نذكر أحد هذه المذاهب في بعض مواطن البحث فإنّ ذلك يعني أنّه لم يتمّ العثور على قول لذلك المذهب في المسألة.

نقل أقوال كلّ مذهب على حدة من كتب أهل المذهب نفسه.

ترتيب أقوال المذاهب الفقهيّة يكون بدءًا بأقدمها، أي: الحنفيّة ثمّ المالكيّة ثمّ الشافعيّة ثمّ الحنابلة، وكذا ترتيب المراجع يكون بدءًا بأقدمها.

ذكر الأقوال في المسألة مع بيان من قال بها، والرجوع في ذلك إلى أمّهات المراجع والمصادر.

قد تتفرّق المسائل الفقهيّة التي من باب فقهيّ واحد على عدّة مباحث في فصول متعدّدة، وذلك تبعًا لموطن الشاهد فيها حسب تقسيمات فصول البحث.

قد يتكرّر ذكر مسألة واحدة في عدّة مواضع لكن ذكرها في موضع آخر يختلف عن ذكرها في الموضع السابق، وذلك يكون من خلال النّظر إلى جانب آخر من جوانب المسألة، أو حيثيّة من حيثياتها المغايرة لذكرها المتقدّم.

بعض الأمثلة المذكورة قد تصلح أن تكون مثالاً لموضع آخر، فأكتفي بالإحالة عليها في موضعها خشية التّكرار والإطالة.

الاكتفاء بذكر مجموعة من الأمثلة من مختلف الأبواب الفقهيّة من غير حصر لتلك الأمثلة.

محتويات البحث:

يتكوّن هذا البحث من أربعة فصول، وقد سبق هذه الفصول مدخل بيّننا من خلاله موضوع البحث وأهمّيته وأهدافه والمنهج الذي سرنا عليه في إعداده.

الفصل الأوّل: فقد تناول الحديث عن تحديد مفهوم التّصرّفات الفعليّة وما يتصل به من المفاهيم، وذلك من خلال بيان معنى التّصرّف وأقسامه، وأقسام العقود التي لها ارتباط ببحثنا، وحقيقة تأثير التّصرّفات الفعليّة في عقود المعاملات الماليّة، ثمّ انتقل بعدها للحديث عن التّعبير عن الإرادة ووسائله وبيان مكان التّصرّفات الفعليّة من تلك الوسائل، والفرق بين التّعبير بدلالة الأفعال وغيرها من وسائل التّعبير عن الإرادة.

الفصل الثَّاني: تناول هذا الفصل أثر التَّصرُّفات الفعلية في تكوين العقود، وكان ذلك في مبحثين:

المبحث الأول تناول أثر التَّصرُّفات الفعلية في إنشاء صيغ العقود وذلك من خلال بيان أثر فعل المعاوضة في إنشاء صيغ العقود لدى الفقهاء، وعرض صور تطبيقية لانعقاد العقود بالمعاوضة، ثمَّ ختم هذا المبحث بالحديث عن فعل الاسترجار في انعقاد عقد البيع، وذلك من خلال بيان معنى بيع الاسترجار، وصور بيع الاسترجار وأحكامها الفقهية، وعرض جانب من التطبيقات المعاصرة لبيع الاسترجار.

المبحث الثَّاني تناول أثر التَّصرُّفات الفعلية في صحَّة العقود المالية، حيث انقسم هذا المبحث إلى قسمين؛ الأول: تكلم عن التَّصرُّفات الفعلية المؤثرة في صحَّة العقود؛ وذلك من خلال بيان أثر فعلي القبض والإكراه في ذلك. والثاني: تكلم عن أثر التَّصرُّفات الفعلية في تصحيح العقد الفاسد.

الفصل الثالث: تناول أثر التَّصرُّفات الفعلية في لزوم العقود وانحلالها، وكان ذلك في مبحثين:

المبحث الأول: تناول أثر التَّصرُّفات الفعلية في لزوم العقود وذلك من خلال بيان أثرها في إسقاط الخيارات، وأثرها في تحوُّل العقد الجائز بطبيعته إلى عقد لازم من خلال بيان أثر فعل الشُّروع بالعمل في لزوم العقود، وأثر فعل القبض في لزوم العقد، ثمَّ ختم ببيان أثرها في إسقاط وجب فسخ العقد الفاسد.

المبحث الثَّاني: تناول أثر التَّصرُّفات الفعلية في انحلال العقود (الفسخ والانساخ)، حيث ابتدأ ببيان حقيقة الفسخ والانساخ، ثمَّ انتقل إلى بيان أثر التَّصرُّفات الفعلية في فسخ وانساخ العقود، وانقسمت تلك التَّصرُّفات إلى قسمين؛ الأول: التَّصرُّفات الفعلية التي تقع على العاقد، الثَّاني: التَّصرُّفات الفعلية التي تقع على المعقود عليه، وهذا القسم انقسم إلى ثلاثة أقسام؛ الأول: التَّصرُّفات الفعلية التي تقع على المعقود عليه مع بقاء عينه. الثَّاني: التَّصرُّفات الفعلية التي تؤدي إلى ذهاب عين المعقود عليه أو انتقاصه، الثَّالث: إضافة صفة موهومة غير حقيقية إلى المعقود عليه.

الفصل الرَّابع: تناول هذا الفصل أثر التَّصرُّفات الفعلية في ثبوت آثار العقود، وكان ذلك في مبحثين:

المبحث الأول: تناول أثر التصرفات الفعلية في انتقال الملكية في العقود، فابتدأ أولاً بتعريف الملكية وأثر فعل الاستيلاء في إنشاءها، ثم انتقل إلى بيان أثر اقتران التصرفات الفعلية بالعقود الصحيحة في انتقال الملكية، ثم أثرها في ذلك عند اقترانها بالعقود غير الصحيحة.

المبحث الثاني: تناول أثر التصرفات الفعلية في استحقاق الضمان في العقود، فبدأ أولاً بتعريف الضمان، ثم انتقل إلى بيان أثر التصرفات الفعلية في استحقاق الضمان في عقود الضمان؛ سواء أكانت تلك العقود صحيحة أو غير صحيحة، ثم انتقل بعدها إلى بيان أثرها في استحقاق الضمان في عقود الأمانات.

الخاتمة: حيث تضمنت أهم النتائج التي وصل إليها البحث، وبعض التوصيات المتعلقة بالبحث.

1 تحديد مفهوم التصرفات الفعلية وما يتصل به من المفاهيم

إنَّ بحثنا كما يتَّضح من عنوانه "أثر التصرفات الفعلية في المعاملات المالية" يتكوَّن من عدَّة مفاهيم، وهذه المفاهيم ينبغي تحديد المراد منها، كما من المناسب أيضًا أن نقوم بتحديد بعض المفاهيم الأخرى التي لها ارتباط ببحثنا؛ لذا سنتكلَّم هنا عن تعريف التصرف وأقسامه؛ وذلك من أجل الوصول إلى حقيقة التصرفات الفعلية ومكانها من تلك الأقسام، ثمَّ ننتقل بعد ذلك للحديث عن أقسام العقد التي لها ارتباط ببحثنا وحقيقة التأثير الفعلي فيها؛ حيث إنَّ تأثير التصرفات الفعلية في العقد يختلف باختلاف تلك الأقسام، ثمَّ سنتنقل بعدها للحديث عن التعبير عن الإرادة ووسائله وبيان مكان التصرفات الفعلية من تلك الوسائل.

1.1 تعريف التصرفات وأقسامها

1.1.1 تعريف التصرف

أولًا: تعريف التصرف لغة: يطلق التصرف في اللغة على عدَّة معانٍ متقاربة، وهي التَّقلُّب في الأمور، والاحتتيال في تدبيرها، والتَّوجيه والنَّقل؛ يقال: صَرَّف الأمر؛ أي دَبَّره أو نقله إلى وجهة أو صورة أخرى، ومنه قوله تعالى: "وَصَرِّفِ الرِّيحَ" (الجنَّة 5/45) أي تُوجِّه وتُنقل من جهة إلى جهة، وتارة تكون حارَّة وتارة تكون باردة، ويقال: فلان يتصرَّف أي يحتال.¹

¹ ينظر: إسماعيل الجوهري، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، تح. أحمد عبد الغفور عطار، ط. 4 (بيروت: دار العلم للملايين، 1987م)، 4: 1385؛ مُجَّد بن مكرم ابن منظور، لسان العرب، ط. 3 (بيروت: دار صادر، 1414)، 9: 190؛ مُجَّد الفيروز آبادي، القاموس المحيط، تح. مُجَّد نعيم العرقسوسي، ط. 8 (بيروت: مؤسسة الرسالة، 2005م)، 827؛ إبراهيم مصطفى-أحمد الزيات-حامد عبد القادر-مُجَّد النجار، المعجم الوسيط، تح. مجمع اللغة العربية بالقاهرة، ط. 1 (دار الدعوة، د.ت)، 1: 513.

ثانيًا: تعريف التصرف اصطلاحًا: لم يخصّ الفقهاء السابقون -فيما يبدو من خلال البحث- التصرف

بتعريف محدّد،² إلّا أنّهم قد أوردوا ذكر كلمة "التصرف" في مواطن مختلفة من كتبهم، ويريدون بها عمومًا

الأعمال التي تصدر عن المرء ويترتب عليها أثر شرعي³؛ حيث تشمل كلّ من:

- الأعمال التي قوامها اللسان أو الأفعال.

- الأعمال الصادرة عن طرف واحد كالطلاق والعتاق مثلاً، أو عن طرفين كالعقود.

- الأعمال الصادرة عن إرادة واختيار، أو عن غير إرادة؛ كتصرفات المخطئ والصغير والمجنون.

- الأعمال التي تعود على صاحبها بالنفع أو الضرر.

- أعمال العبادات وغير العبادات.⁴

أمّا عن تعريف العلماء المعاصرين للتصرف فلقد تناوله بعضهم بالتعريف، ومعظم تعريفاتهم توافقت في كثير

من الجوانب، وانفرد بعضها في جوانب أخرى، ونذكر هنا أبرز تلك التعريفات:

1- عرفه الشيخ مصطفى الزرقا بأنّه: "كل ما يصدر عن شخص بإرادته ويترتب الشرع عليه نتائج

حقوقية".⁵ وهذا التعريف قد ذكره العديد من العلماء والباحثين المعاصرين في مؤلفاتهم،⁶ ولعلّ السبب في

² جاء في الموسوعة الفقهية الكويتية: "لم يذكر الفقهاء في كتبهم تعريفًا للتصرف.. ينظر: الموسوعة الفقهية الكويتية الصادرة عن وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويتية، ط. 2 (الكويت: دار السلاسل، 1983م)، 12: 71.

³ ويدل على هذا الاستنباط نصوص كثيرة منها على سبيل المثال: ما جاء في بدائع الصنائع أثناء حديثه عن الحجر: "التصرف لا يخلو إما أن يكون من الأقوال، وإما أن يكون من الأفعال، أما التصرفات القولية فعلى ثلاثة أقسام: نافع محض، وضار محض ودائر بين الضرر والنفع. أما المجنون فلا تصح منه التصرفات القولية كلّها فلا يجوز طلاقه وعتاقه وكتابته وإقراره، ولا ينعقد بيعه وشراؤه حتّى لا تلحقه الإجازة، ولا يصح منه قبول الهبة والصدقة والوصية، وكذا الصبي الذي لا يعقل؛ لأن الأهلية شرط جواز التصرف وانعقاده ولا أهلية بدون العقل... " ويقول في موطن آخر: "التصرفات الحسية التي يقع عليها الإكراه في حق أحكام الآخرة ثلاثة أنواع: نوع هو مباح، ونوع هو مريض، ونوع هو حرام.. " وجاء في مغني المحتاج: "قال الإمام: تصرفات الرقيق ثلاثة أقسام: ما لا ينفذ وإن أذن فيه السيد كالولايات، وما ينفذ بغير إذنه كالعبادات والطلاق والخلع، وما يتوقف على إذنه كالبيع والإجارة".

ينظر: علاء الدين الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ط. 2 (بيروت: دار الكتب العلمية، 1986م)، 7: 170-171، و 7: 176؛ محمد الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، ط. 1 (بيروت: دار الكتب العلمية، 1994م)، 2: 514-515.

⁴ وقد ذكر الدكتور إبراهيم كافي دوغماز معظم هذه الأعمال التي يشملها مفهوم "التصرف" و لتفصيل ذلك ينظر:

İbrahim Kâfi Dönmez, "Tasarruf", Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi (İstanbul: TDV Yayınları, 2011), 40: 118.

ذلك أنه جامع لجلّ ما استُعْمِلَ فيه مصطلح "التّصَرّف" من قبل العلماء السّابقين، إلّا أنّه يؤخذ عليه أنّه قصر التّصَرّف على ما يصدر عن الإنسان بإرادته، وبهذا خرجت التّصَرّفات غير الإراديّة من هذا التعريف، وهذا فيه إشكال؛ حيث إنّّه لا يشمل تَصَرّفات النَّائم والمجنون والسّكران والمخطئ والصّغير وغيرها من التّصَرّفات الّتي رتّب الشّارع عليها أثرًا شرعيًّا بالرّغم من أنّها لا تنبني على الإرادة، فعلى سبيل المثال: إذا سقط نائم على آخر فقتله وجبت عليه الدّية، وهذا ما لا يشملُه هذا التّعريف.

2- عرّفه الدّكتور محمّد مصطفى شبلي بأنّه: "ما يصدر عن الشّخص المميّز بإرادته، ويرتّب عليه الشّارع نتيجة من النّتائج، سواء كانت في صالح ذلك الشّخص أو لا".⁷ وقريب منه تعريف الدّكتور إبراهيم كافي دونماز حيث عرّفه بأنّه: "مفهوم يشمل جميع الأفعال الصّادرة عن الشّخص المميّز بإرادته ويدرّج عليها نتائج فقهيّة"⁸ وهذان التّعريفان يلتقيان مع التّعريف السّابق في قصر التّصَرّف على ما يصدر عن الإنسان بإرادته، إلّا أنّهما زادا عليه قيدًا آخر وهو صدور التّصَرّفات عن المميّز، إلّا أنّ هذا القيد فيه إشكال أيضًا؛ حيث إنّّه لا يشمل تَصَرّفات الصّغير الغير مميّز الّتي يرّتب عليها الشّارع أثرًا شرعيًّا في بعض الحالات؛ كإتلافه للمال المتقوّم الّذي يملكه الغير.

⁵ مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، ط. 2 (دمشق: دار القلم، 2004م)، 1: 379. وقريبًا من هذا التعريف تعريف الموسوعة الفقهيّة الكويتية، ينظر: الموسوعة الفقهيّة الكويتية 12: 71.

⁶ ينظر: عبد الكريم زيدان، المدخل إلى دراسة الشريعة الإسلامية، ط. 1 (دمشق: الرسالة ناشرون، 2015م)، 270؛ عبد الناصر عطار، نظرية الالتزام في الشريعة الإسلامية والتشريعات العربية، ط. 1 (القاهرة: مطبعة السعادة، 1975م)، 26؛ عدنان خالد التركماني، ضوابط العقد في الفقه الإسلامي، ط. 1 (جدة: دار الشروق، 1981م)، 18.

⁷ مُجَد مصطفى شبلي، المدخل في الفقه الإسلامي، ط. 10، (القاهرة: الدار الجامعية، 1985م)، 413.

⁸ Kâfi Dönmez, "Ttasarruf", 40: 118.

3- عرفه الشيخ محمد أبو زهرة بأنه: "ما يكون من تصرفات الشخص القولية ويترتب عليها أثر شرعي".⁹ ويؤخذ على هذا التعريف أنه قصر التصرفات على الأعمال التي قوامها اللسان، وهذا غير جامع لكل أنواع التصرفات، حيث إنه يوجد تصرفات فعلية يترتب عليها أثر شرعي أيضاً؛ كالإتلاف والقتل والغصب وغير ذلك.

4- عرفه الدكتور عبد الحميد البعلي بأنه: "ما يملك الشخص الانفراد في إيجاده لكونه ملكه وحده، وليس لغيره الحق في منعه من إنشائه أو التدخل في وجوده".¹⁰ ويؤخذ على هذا التعريف أنه لا يشمل تصرفات المكره، حيث نصّ على أنه ليس لغير صاحب التصرف الحق في منعه من إنشائه أو التدخل في وجوده، كما يؤخذ عليه أيضاً أنه قصر معنى التصرف على المعاملات المالية، في حين أنّ التصرف أعم وأشمل من هذا.

5- عرفه الدكتور نشأت الدريني بأنه: "ما يصدر عن الشخص بإرادته أو بغير إرادته، ويرتب عليه الشرع حكماً؛ سواء كان في صالحه أم لا".¹¹ والذي يبدو أنّ هذا التعريف هو أقرب التعريفات التي ذُكرت إلى معنى التصرف؛ وذلك أنه يشمل: التصرفات القولية والفعلية، وتصرفات المميز وغير المميز، وتصرفات المكره وغير المكره، ولكن يؤخذ عليه أنه ليس تعريفاً بالحد؛¹² لأنه ذكر تفصيلات ليست من لوازم التعريف.

⁹ محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، ط.1 (القاهرة: دار الفكر العربي، 1996م)، 175. وتعريف أبو زهرة هذا اختاره وحيد الدين سوار في كتابه التعبير عن الإرادة، ينظر: وحيد الدين سوار، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، ط.2 (الجزائر: الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، 1979م)، 32.

¹⁰ عبد الحميد البعلي، ضوابط العقود في الفقه الإسلامي، ط.1 (بيروت: دار التوفيق، د.ت)، 54.

¹¹ نشأت الدريني، التراضي في عقود المبادلات المالية، ط.1 (جدة: دار الشروق، 1982)، 38.

¹² التعريف بالحد هو الجامع المانع، فيكون جامعاً لكل فرد من أفراد المعرف؛ بحيث لا يخرج عنه منها فرد، ومانعاً من دخول فرد ليس من أفراد المعرف فيه. ينظر: زكريا الأنصاري، الحدود الأنيقة والتعريفات الدقيقة، ط.1 (بيروت: دار الفكر المعاصر، 1411)، 65.

التعريف المختار: بناء على الاستنباط الذي ذكرناه سابقاً من استخدام الفقهاء لكلمة التصرف يمكننا تعريفه بأنه: كل عمل يصدر عن الشخص ويترتب عليه أثر شرعي.

فلفظ "كل" يشمل التصرفات التي يكون منشؤها الإرادة والتصرفات التي تنشأ من غير إرادة.

وكلمة "عمل" تشمل التصرفات القولية والفعلية.¹³

وكلمة "شخص" تشمل المكلف وغير المكلف وتشمل أيضاً الشخصيات الاعتبارية، وهذه الكلمة تخرج الأفعال التي تصدر عن غير الأشخاص ويترتب عليها أثر شرعي كأفعال البهائم، فكلمة "شخص" هي قيد توضيحي في هذا الجانب؛ لأن التصرف في اللغة وفي كلام الفقهاء لا يطلق إلا على عمل الأشخاص،¹⁴ وأما أفعال البهائم فلا تُسمى تصرفات،¹⁵ يضاف إلى ذلك أن أفعال البهائم إنما يترتب أثرها الشرعي على مالها لا عليها.

وعبارة: "يترتب عليه أثر شرعي" تُخرج التصرفات التي لا يترتب عليها أثر شرعي؛ كالتصرفات القولية للصغير غير المميز مثلاً.

¹³ وهو ما نبه إليه القسطلاني أثناء شرحه لحديث "إنما الأعمال بالنيات" حيث قال: "العمل إحداث أمر قولاً كان أو فعلاً".

ينظر: أحمد بن محمد القسطلاني، إرشاد الساري لشرح صحيح البخاري، ط. 7 (مصر: المطبعة الأميرية، 1323)، 1: 53.

¹⁴ ينظر: سوار، التعبير عن الإرادة، 33.

¹⁵ لذا نجد الفقهاء إذا ما تكلموا عن أفعال البهائم قالوا: جناية الدابة، وذكروا تحت ذلك أفعالها بمسميات خاصة فقالوا: إذا وطفت الدابة، أو كدمت، أو خبطت، أو نفحت، وغير ذلك من العبارات دون أن ينسبوا التصرف إليها.

1.1.2 أقسام التصرفات

اتَّضح من التعريف السابق أنَّ التصرفات تنقسم إلى قسمين: تصرفات قولية، وتصرفات فعلية.¹⁶

القسم الأول: التصرفات القولية:

وهي التصرفات التي يكون قوامها العمل اللساني ويترتب عليها أثر شرعي،¹⁷ وهذه التصرفات يمكن

تقسيمها إلى ثلاثة أقسام:

القسم الأول: تصرفات مبنية على توافق إرادتي شخصين، وهو ما يعبر عنه بالعقد؛ إذ العقد في حقيقته هو "ارتباط إيجاب بقبول على وجه مشروع يثبت أثره في محله." 18 كالنكاح والبيع والإجارة وغيرها من العقود.

القسم الثاني: تصرفات مبنية على إرادة منفردة تصدر عن شخص واحد، كإنشاء حقٍّ مثل النذر، أو إسقاطه مثل الإبراء، أو إنهاء عقد مثل الطلاق. وهذا النوع يعبر عنه أيضًا بالعقد عند قسم من العلماء،

¹⁶ وقد نص على هذا التقسيم مصطفى الزرقا في كتابه المدخل الفقهي العام وآخرون غيره، إلا أنه يؤخذ على ما ذكره الزرقا أنه قد حصر ذكر التصرف العقدي ضمن التصرفات القولية، وهذا فيه نظر؛ حيث إن إبرام العقود يمكن أن يتم أيضًا من خلال التصرفات الفعلية، وهذا الأمر يقره الشيخ الزرقا ذاته في مكان آخر من نفس الكتاب. وقد ذهب غير الزرقا أيضًا إلى عد التصرف العقدي من قبيل التصرفات القولية، فممن ذهب إلى ذلك الدكتور علي برداق وأغلوا والدكتور أحمد أونسال.

ينظر: الزرقا، المدخل الفقهي العام، 1: 379 و 1: 414؛

Ali Bardakoğlu, Akitlerde ve Hukuki İşlemlerde Kasdın Rolü, Erciyes Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, 3 (1986), 356; Ahmet Ünsal, İn'ikâdın (Akdin Hukukî Varlık Kazanması) Mahiyeti, Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, 51/2(2010), 94.

¹⁷ بدران أبو العينين بدران، تاريخ الفقه الإسلامي ونظرية الملكية والعقود، (بيروت: دار النهضة العربية)، 364؛ أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد، 181.

¹⁸ لجنة من العلماء، مجلة الأحكام العدلية، تح. نجيب هواويني، (كراتشي: نور محمد-كارخانه تجارات كتب) 29، (المواد 103-104)؛ الزرقا، المدخل الفقهي العام، 1: 382؛ أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد، 173؛

Ahmet Güneş, İslam Akit Sistematiği: Kâsâni Örneği, İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi, 27(2016), 528.

حيث يرون أنَّ كلَّ أمرٍ عَقْدُ الشَّخْصِ العزم عليه فهو عقد.¹⁹ ويمكن أن يطلق على القسم الأول الذي سبق ذكره "العقد بمعناه الخاص"، بينما يطلق على القسم الثاني "العقد بمعناه العام" إلا أنَّه إذا أطلق لفظ

"العقد" فالشَّائِعُ المشهور أنَّه يراد به العقد بمعناه الخاص، حتَّى يكاد ينفرد هو بالاصطلاح.²⁰

وبناء على تفسير العقد بمعناه العام يرى البعض أنَّه لا فرق بين التَّصَرُّفِ والعقد، أمَّا من ذهب إلى تفسير العقد بمعناه الخاص فإنَّه يرى أنَّ التَّصَرُّفَ هو أعمُّ من العقد؛ فكلَّ عقد تصرّف ولا عكس.²¹

القسم الثَّالث: تصرّفات ليس فيها ارتباط بين إرادتين ولا إرادة منفردة، وإنَّما هي عبارة عن أقوال يترتّب عليها أثر شرعيّ، كالدَّعوى والإنكار.²²

وبناء على شمول التَّصَرُّفات لهذا النوع يكون التَّصَرُّفُ أعمُّ من العقد، سواء فُسِّرَ العقد بمعناه العام أم الخاصّ.

القسم الثَّاني: التَّصَرُّفات الفعلية

بما أنَّ محور بحثنا يدور حول التَّصَرُّفات الفعلية يجدر بنا أن نولي هذا النوع شيئاً من التَّفصيل؛ كي يتَّضح نطاق هذه التَّصَرُّفات؛ فسنبدأ أولاً بتعريفها ثم بيان أنواعها.

أولاً: تعريف التَّصَرُّفات الفعلية

إنَّ مصطلح التَّصَرُّفات الفعلية مركَّب من كلمتين هما (التَّصَرُّف والفعل) وبما أنَّه سبق أن عرّفنا التَّصَرُّف بقي لنا أن نُعرِّف الفعل من أجل أن نستخلص تعريف هذا المصطلح.

¹⁹ ينظر: أحمد بن علي الجصاص، أحكام القرآن، تح. مُجَدِّ صادق قمحاوي، (بيروت: دار إحياء التراث العربي، 1405هـ)، 3: 285؛ أبو بكر ابن العربي، أحكام القرآن، ط. 3 (بيروت: دار الكتب العلمية، 2003م)، 2: 148؛ بدر الدين مُجَدِّ الزركشي، المنشور في القواعد الفقهية، ط. 2 (الكويت: وزارة الأوقاف الكويتية، 1985م)، 2: 297؛ أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد، 174.

²⁰ أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد، 175.

²¹ كامل موسى، أحكام المعاملات، ط. 2 (بيروت: مؤسسة الرسالة، 1994)، 57.

²² الزرقا، المدخل الفقهي العام، 1: 380.

تعريف الفعل لغة:

هو كناية عن كلِّ عمل متعَدٍّ أو غير متعَدٍّ،²³ وقد فرَّق بعض العلماء بين "الفعل" وبين "العمل" على النحو الآتي:

1- أنَّ الفعل يشمل ما صدر عن فاعله بقصد أو بغير قصد، بينما العمل يقتصر على ما صدر عن فاعله بقصد،²⁴ وبالتالي فإنَّ الفعل يمكن أن يقع من الإنسان أو من غيره كالحَيوان أو الجماد، أمَّا العمل فلا يقع إلَّا من الإنسان.²⁵

2- أنَّ الفعل يُراد به الأثر مطلقاً، سواء أكان فيه تشريف أم عقوبة، بينما العمل فإنَّه يطلق غالباً على ما فيه تعظيم للأمر فقط، ومنه قوله تعالى: "أَلَمْ تَرَ كَيْفَ فَعَلَ رَبُّكَ بِأَصْحَابِ الْفِيلِ". (الفيل 1/105)
فعبر بلفظ "فعل" لوجود العقوبة، بينما ذكر لفظ "عمل" في أفعال الخير، ومنه قوله: "مِمَّا عَمِلْتَ أُيُّدِينَا أَنْعَامًا" (يس 71/36) وقوله: "فَنَعَمْ أَجْرُ الْعَامِلِينَ" (الزُّمَر 74/39).²⁶

3- العمل يطلق على إيجاد الأثر في الشيء؛ كمن يعمل من الطَّين خزفًا، أمَّا الفعل فهو إيجاد الشيء.²⁷

4- العمل يحتاج إلى بذل جهد ومشقة، أمَّا الفعل فهو أعمُّ من ذلك؛²⁸ فقد يحتاج إلى جهد وقد لا يحتاج.

²³ ابن منظور، لسان العرب، 11: 528؛ مُجَدِّدُ الزَيْدِي، تاج العروس، تح. مجموعة من المحققين، (الكويت: دار الهداية)، 30: 182.
²⁴ الحسين بن مُجَدِّدُ المعروف بالراغب الأصفهاني، المفردات في غريب القرآن، تح. صفوان الداودي، ط. 1 (دمشق: دار القلم، 1412هـ)، 640.

²⁵ وهذا يتفق مع تعريف علماء المنطق للفعل، حيث يعرفونه بأنه: تأثير جرم في جرم آخر يحيله عن طبعه أو عن بعض كميَّاته إلى كميَّات أخرى؛ كفعل النار في الماء والهواء، وكفعل السكين في الشيء المقطوع، وقد يكون الفعل مجرِّداً؛ كالقيام والتحرك.
ينظر: علي ابن حزم، التقريب لحد المنطق والمدخل إليه بالألفاظ العامة والأمثلة الفقهيَّة، تح. إحسان عباس، ط. 1 (بيروت: دار مكتبة الحياة، د.ت)، 66.

²⁶ شهاب الدين أحمد القرافي، الأمانة في إدراك النية، (بيروت: دار الكتب العلمية)، 14.

²⁷ ينظر: الحسن بن عبد الله العسكري، الفروق اللغوية، تح. مُجَدِّدُ إبراهيم سليم، (القاهرة: دار العلم والثقافة)، 134.

5- الفعل قد يستغرق زمنًا ممتدًا لحدوثه، وقد يحدث دون امتداد الزمن، أمّا العمل فلا يمكن حدوثه

إلا مع امتداد الزمن.²⁹

من خلال هذه الفوارق يُستنتج أنّ الفعل لغة هو أعْمُ من العمل، وأنّ المراد منه: إحداث أمر ما.³⁰

تعريف الفعل اصطلاحًا:

لم يُفرد الفقهاء تعريفًا خاصًا للفعل، ولعلّ السبب في ذلك يعود إلى أنّ لفظ "الفعل" ليس من المصطلحات الفقهيّة التي تُذكر قصداً، وإنّما يُذكر تبعاً، ومن خلال تتبّع نصوص الفقهاء في استعمالهم لكلمة "الفعل" نستخلص أنّهم يريدون بذلك إحداث أمر ما من قبل الإنسان، سواء كان هذا الأمر مجراه اللسان، أو حركة الجسد، أو نيّة في القلب، ويؤيّد هذا الاستنتاج عبارات كثيرة لهم، منها على سبيل المثال لا الحصر:

- ما جاء في كتاب البناية في معرض الحديث عن الأفعال التي يتحقّق بها الشُّكر والحمد: "وذلك أنّ الفعل إمّا فعل القلب، أعني الاعتقاد باتّصافه بصفات الكمال، أو فعل اللسان.. أو فعل الجوارح".³¹
- وجاء في البحر الرائق أثناء الحديث عن نيّة الصِّيَام: "والنيّة فعل القلب".³²
- وجاء في تحفة الحبيب: "القول فعل اللسان، والاعتقاد فعل القلب".³³
- وجاء في مطالب أولي النهى أثناء الحديث عن نيّة الوضوء: "ليوافق فعل اللسان القلب".³⁴

²⁸ عبد الرحمن ابن رجب الحنبلي، فتح الباري، تح. مجموعة من المحققين، ط. 1 (المدينة المنورة: مكتبة الغرابة الأثرية، 1996م)، 1: 6.

²⁹ مُجَدُّ البركتي، التّعريفات الفقهيّة، ط. 1 (بيروت: دار الكتب العلمية، 2003م)، 152.

³⁰ وقد ذكر الدكتور عاصم جنيد كوكسال معظم هذه الفروق في مقالته "مفهوم الفعل في الفكر الفقهي والتفريق بين الفعل الحسي والشرعي" ثم ذكر بعد أن ساق تلك الفروق أن مفهوم "الفعل" يستخدم غالباً في كتب الاصول و الفروع مرادفاً لمفهوم "العمل" بمعنى: الاعمال والتصرّجات التي تصدر عن المكلفين بناء على إرادتهم. ينظر:

A.Cüneyd Köksal, Fıkıh Düşüncesinde Fiil Kavramı ve Hissî-Şer'î Fiil Ayrımı, Sakarya Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, 12/21 (2010), 2.

³¹ محمود بن أحمد بدر الدين العيني، البناية شرح الهداية، ط. 1 (بيروت: دار الكتب العلمية، 2000م)، 1: 111.

³² زين الدين ابن نجيم المصري، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ط. 2 (بيروت: دار الكتاب الإسلامي، د.ت)، 2: 283.

³³ سليمان البجيرمي، تحفة الحبيب على شرح الخطيب المعروف بحاشية البجيرمي، (بيروت: دار الفكر، 1995م)، 1: 31.

³⁴ مصطفى بن سعد الرحيباني، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، ط. 2 (بيروت: المكتب الإسلامي، 1994م)، 1: 106.

يَتَّضِحُ من مجمل النُّصوص السابقة أنَّ اعتبار التَّيَّة والقول من الأفعال إنما هو من حيث جهة صدورها، وأنَّ الفقهاء إذا قرنوا ذكر الفعل بالقول أو التَّيَّة فإنَّ مرادهم بالفعل حينها ينصرف إلى عمل الجوارح دون غيرها، كقولهم: "الرَّجعة تشمل القول والفعل"،³⁵ وكقولهم عن ركن البيع: "فركنه الفعل الدَّالُّ على الرِّضا بتبادل المملوكين من قول أو فعل".³⁶ فلفظ "الفعل" الأوَّل في هذه العبارة هو أعمُّ من لفظ "فعل" الثَّاني، حيث يشمل الأوَّل منهما القول أيضًا، ويدلُّ على ذلك استعمال "من" البيانيَّة والإتيان بعدها بـ "القول" و "الفعل".³⁷

إضافة إلى ذلك قد يَتَّضِحُ مرادهم أيضًا حسب السِّياق الَّذي يرد فيه استعمال لفظ الفعل.

تعريف التَّصَرُّفِ الفِعْلِيِّ اصطلاحًا:

اختلف العلماء المعاصرون في تحديد مفهوم التَّصَرُّفات الفِعْلِيَّة، فقد عرّفها بعضهم بأنَّها:

- 1- هي "الأفعال الَّتِي تكون سببًا للضَّمان، كغصب وإتلاف مال الغير".³⁸ ومن خلال إمعان النَّظر في هذا التعريف نجد أنَّه قد قصر التَّصَرُّف على الفعل الضَّار والأعمال غير المباحة، في حين أنَّ هذه التَّصَرُّفات المذكورة وإن كانت تدخل ضمن التَّصَرُّفات الفِعْلِيَّة إلَّا أنَّ هذا لا يمنع التَّصَرُّفات الفِعْلِيَّة من أن تشمل أيضًا الأعمال المباحة والَّتِي تنعكس خيرًا على فاعلها؛ كإحراز المباحات والاصطياد وغير ذلك، حتَّى إنَّ الإمام القرافي³⁹ ذكر أنَّ التَّصَرُّفات الفِعْلِيَّة غالبها خيرٌ محض ولا تقع إلَّا مفيدة.⁴⁰

³⁵ ابن عابدين، رد المختار، 6: 138.

³⁶ ابن نجيم، البحر الرائق، 5: 278.

³⁷ ابن عابدين، رد المختار، 4: 504.

³⁸ وهو تعريف صبحي الحمصاني كما ذكره وحيد الدين سوار، وقد أشار إلى ذلك أيضًا الدكتور إبراهيم كافي دونماز.

ينظر: سوار، التَّعبير عن الإرادة، 34؛

Kâfi Dönmez, "Tasarruf", 40: 118.

³⁹ هو أحمد بن إدريس، شهاب الدين القرافي، فقيه وأصولي مالكي، مصري المولد والنشأة والوفاة، من أبرز تصانيفه "الفروق" في القواعد الفقهية، و"الذخيرة" في الفقه، مات سنة (684 هـ). ينظر: إبراهيم ابن فرحون، الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب، تح. مُجَدِّ الأحمدي، (القاهرة: دار التراث)، 1: 236-237؛ خير الدين الزركلي، الأعلام، ط. 15 (بيروت: دار العلم للملايين، 2002م)، 1: 94.

2- بينما يرى فريق آخر أنَّ التَّصَرُّفات الفعلية هي وقوع عمل مادي باختيار الإنسان-كالحياسة- أو بدون اختيار منه -كواقعة الميلاد وواقعة الموت- يترتب عليه أثر معين، وهو ما يعبر عنه بالقانون بالواقعة القانونية.⁴¹ ومن خلال النَّظر في هذا الكلام نجد أنَّ اعتبار التَّصَرُّفات الفعلية مرادفة للواقعة القانونية ليس دقيقاً، فالتَّصَرُّفات الفعلية رغم التقائها مع الواقعة القانونية في بعض صورها؛ كالحيازة والإكراه مثلاً، إلَّا أنَّها تختلف عنها في بعض الصُّور الأخرى، فوقائع الموت والولادة هي في حقيقتها مجرد أوصاف تلصق بالإنسان، حتَّى إنَّ علماء اللُّغة يعدُّونها أفعالاً من قبيل المجاز لا الحقيقة، فبقولنا: مات أو عاش فلان، نقوم بنسبة الفعل إليه، لكن تلك الأفعال في حقيقتها لم تصدر عنه، وعلماء الشريعة - كما سبق بيانه - يطلقون "التَّصَرُّف" على ما يصدر عن الإنسان نفسه.⁴²

التعريف المختار للتَّصَرُّفات الفعلية: هو عمل مادي غير لساني يصدر عن الشَّخص ويترتب عليه أثر شرعي.

وقد بيَّنا سابقاً سبب اختيار هذا التعريف أثناء الكلام عن تعريف التَّصَرُّفات، إلَّا أنَّه تمَّ إضافة قيد جديد هنا، وهو "العمل المادي غير اللساني" لنخرج بذلك القيد الأعمال القلبية والأعمال اللفظية.

ثانياً: أنواع التَّصَرُّفات الفعلية

من خلال القيام بعملية استقراء للتَّصَرُّفات الفعلية وجدنا أنَّها تتنوع وفقاً لاعتبارات مختلفة، وسنقوم هنا بعرض تلك التَّنوعات بشكل مختصر وفق ما تقتضيه ضرورة البحث.

⁴⁰ أحمد بن إدريس القرائي، الفروق، (بيروت: عالم الكتب)، 1: 204.

⁴¹ وهذا ما ذهب إليه الدكتور السنهوري، ينظر: سوار، التعبير عن الإرادة، 32.

⁴² وقد بين الدكتور بلال آيكان أن تسمية "التصرف الفعلي" تكون دائماً مرتبطة بحق من الحقوق، وفي حال لم يكن الفعل مرتبطاً بحق من

الحقوق فإنه يبقى مجرد فعل ولا يسمى "تصرف فعلي". ينظر:

Bilal Aybakan, Fırû' Fıkıh Sistematiği Üzerine, Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, 31/2 (2006), 13.

1- أنواع التصرفات الفعلية من حيث الحكم التكليفي:

تنقسم التصرفات الفعلية وفقاً لهذا الاعتبار إلى ثلاثة أقسام؛ تصرفات مطلوبة، وتصرفات منهي عنها، وتصرفات مباحة، والمعني بالطلب والنهي هنا المخاطب الذي يقدم على إبرام العقود مع الآخرين.

أ- التصرفات الفعلية المطلوبة في العقود: هناك بعض التصرفات الفعلية يطلب من العاقد الإتيان بها قبل أو أثناء أو بعد القيام بالتعاقد، فعلى سبيل المثال من التصرفات المطلوبة قبل القيام بالتعاقد إحراز المبيع من قبل البائع؛ فلا يجوز بيع الطير البري في الهواء، ولا بيع الماء في النهر العام قبل إحرازه، فإذا أحرزه شخص جاز له بيعه لدخوله في ملكه، ومن التصرفات المطلوبة أثناء التعاقد التقابض في عقد الصرف، ومن التصرفات المطلوبة بعد التعاقد حفظ الوديعة من قبل الوديع.

ب- التصرفات الفعلية المنهي عنها في العقود: كالتصرفات التي تُفضي إلى تغيير المشتري، ومن هذا القبيل تزوير الوصف؛ وذلك بأن يفعل البائع في المبيع فعلاً يستر به عيبه، أو أن يفعل به شيئاً يضيف عليه مزية غير موجودة فيه حقيقة؛ ليوهم بذلك المشتري ويحثه على الإقبال على التعاقد،⁴³ ومثال ذلك تلطيخ ثوب العبد بالمداد ليبدو أنه كاتب، وتوجيه البضائع المعروضة للبيع من خلال وضع الجيد منها في الأعلى والردىء في الأسفل، وتصرية الإبل والغنم لتبدو كثيرة اللبن، ومن هذا القبيل في وقتنا الحاضر ما يقوم به بعض الباعة من عرض بعض المنتجات بعبوات كبيرة مع وجود كميات قليلة بداخلها دون كتابة الوزن عليها، فجميع هذه التصرفات منهي عنها إذا نتج عنها تغيير بالمشتري؛ لأنها تؤدي إلى إيقاع الضرر بالناس، وهذا النهي يتفاوت بين الكراهة والتحریم تبعاً لحجم المفسدة التي يوصل إليها.

ج- التصرفات الفعلية المباحة: كإحراز الأموال المباحة، والاصطياد.

⁴³ ينظر: الزرقاء، المدخل الفقهي العام، 1: 464.

2- أنواع التصرفات الفعلية من حيث عموم أثرها وخصوصه: وهي بهذا الاعتبار تنقسم إلى

قسمين:

- أ- عموم الأثر: ويقصد به نتائج التصرفات الفعلية التي ينعكس أثرها على جميع الناس أو على أكثرهم في مكان ما، سواء كان هذا الأثر فيه مصلحة أو مضرة، مثال ذلك: الضرر الناتج عن احتكار الطعام، أو النفع الناتج عن حفر بئر ماء للعامة أو بناء مسجد ووقفه عليهم.
- ب- خصوص الأثر: ويقصد به التصرفات الفعلية التي يكون أثرها خاصاً بأحد الناس، كصور التغيير التي سبق ذكرها؛ فإن أثرها يختص مباشرة بمن وقع عليه التغيير.

3- أنواع التصرفات الفعلية من حيث مصدرها: وهي بهذا الاعتبار تنقسم إلى قسمين:

- أ- تصرفات مبنية على توافق إرادتين، وهو ما يعبر عنه بالعقد؛ كإنشاء العقود بطريق المعاوضة.
 - ب- تصرفات مبنية على الإرادة المنفردة، كإحراز المباحات، والوقف.
- ## 4- أنواع التصرفات الفعلية من حيث نفعها وضررها: وهي بهذا الاعتبار تنقسم إلى قسمين:
- أ- التصرفات الفعلية التي من المفترض أن تعود بالنفع على فاعلها، كإحراز المباحات، وإجراء العقود.
 - ب- التصرفات الفعلية الضارة بفاعلها، كالتصرفات التي تستوجب الضمان.

5- أنواع التصرفات الفعلية من حيث قصد أثرها المترتب عليها: وهي بهذا الاعتبار تنقسم إلى

قسمين:

- أ- التصرفات الفعلية التي يقصد فاعلها أثرها المترتب عليها، كانعقاد العقود بطريق الأفعال كما هو الحال في التعاقد بالمعاطاة، أو كالتزام العقد وإسقاط الخيار من خلال القيام ببعض الأفعال التي تنبئ عن ذلك كما هو الحال في استعمال المبيع في زمن الخيار، وغير ذلك كما سيأتي بيانه.

ب- التصرّفات الفعلية التي قد لا يقصد فاعلها أثرها ولكن بالرغم من ذلك يتحمّل تبعيتها، كما هو الحال في ضمان الأمانات بالتعدي عليها كما سيأتي بيانه أيضاً.

1.2 أقسام العقود وحقيقة التأثير الفعلي فيها

1.2.1 أقسام العقود

كنا قد قدّمنا أنّ للعقد معنيين أحدهما أعمّ من الآخر، وما يعيننا بحثه هنا هو العقد بمعناه الأخصّ؛ الذي هو ارتباط إيجاب بقبول على وجه مشروع يثبت أثره في محله، وهذا النوع له تقسيمات عدّة وفق اعتبارات مختلفة،⁴⁴ وسنذكر هنا بشكل موجز بعض تلك التقسيمات التي لها ارتباط ببحثنا، وذلك على النحو الآتي:

أولاً: أقسام العقود من حيث الصحة وعدمها: تنقسم العقود وفقاً لإقرار الشرع لها إلى قسمين: القسم الأول: العقد الصحيح: وهو ما وافق أحكام الشرع بأصله ووصفه وترتّب عليه ثمرته المقصودة منه. ومعنى ذلك أن يستجمع العقد أركانه وشروطه، وأن لا يكون منهياً عنه لوصف ملازم له، فإذا استجمع ذلك ترتّب عليه ثمرته المقصودة منه، وثمرّة كلّ عقد تكون بحسبه؛ فثمرّة البيع نقل الملكية، وثمرّة الإجارة التمكن من المنافع، ونحو ذلك.⁴⁵

⁴⁴ ذكر الدكتور خير الدين كرمان أحد عشر قسماً للعقد وفق اعتبارات مختلفة، ولتفصيل ذلك ينظر:

Hayreddin Karaman, "Akid", Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi (İstanbul: TDV Yayınları, 1989), 2: 252.

⁴⁵ ينظر: عبد العزيز البخاري، كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي، (بيروت: دار المكتب الإسلامي)، 1: 258؛ عثّان الزيلعي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، ط. 1 (القاهرة: المطبعة الأميرية بولاق، 1313هـ)، 4: 44؛ صلاح الدين العلائي، تحقيق المراد في أن النهي يقتضي الفساد، تح. إبراهيم سلقيني، ط. 1 (دمشق: دار الفكر، 1982)، 281؛ محمد ابن النجار، مختصر التحرير شرح الكوكب المنير، تح. محمد الزحيلي - نزيه حماد، ط. 2 (الرياض: العبيكان، 1997م)، 1: 467.

القسم الثَّاني: العقد غير الصَّحيح: هو الَّذي لم يستجمع الأمور الَّتِي طلبها الشَّارع في العقد، كأن يصيبه الخلل في ركن من أركانه، أو وصف من أوصافه،⁴⁶ وهذا القسم وقع الخلاف فيه بين الفقهاء؛ أهو على درجة واحدة في الحكم، أم أنَّ له درجات متباينة؟

القول الأوَّل: ذهب الحنفية إلى أنَّ العقد غير الصَّحيح من عقود المعاملات له نوعان: باطل وفاسد. التَّوع الأوَّل: الباطل، وهو ما لم يكن مشروعًا لا بأصله ولا بوصفه؛ كأن يكون الخلل راجعًا إلى ركن العقد أو محلّه، كما لو صدر عن صبيٍّ غير ممِّيز أو مجنون، أو ورد على ميتة أو خنزير. وحكم هذا التَّوع من العقود أنَّه لا يترتَّب عليه أثره؛ فلا ينقل ملكًا، ولا يثبت به حقٌّ، سواء تمَّ فيه التَّقابض أم لا.

التَّوع الثَّاني: الفاسد: وهو ما كان مشروعًا بأصله دون وصفه، كأن يشترط أحد العاقدین شرطًا لا يقتضيه العقد وفيه نفع لأحدهما، أو كالبيع مع جهالة في الثَّمن أو الأجل. وحكم هذا التَّوع أنَّه مُنتج لبعض آثاره، ومثال ذلك أنَّ المشتري في البيع الفاسد إذا قبض المبيع بإذن من البائع أفاد فعله ذلك انتقال الملك، إلَّا أنَّه يجب على المتعاقدين فسخ هذا العقد ما لم يمنع من ذلك مانع؛ كما لو تصرف المشتري بالمبيع تصرفًا ناقلاً للملكية كالبيع والهبة، أو أتلف المبيع، أو غيَّره عن صورته.⁴⁷

القول الثَّاني: أنَّ الباطل والفاسد مترادفان، فكلاهما يطلق في مقابلة الصَّحيح على حدِّ سواء، وإلى هذا ذهب الجمهور من المالكية،⁴⁸ والشافعية،⁴⁹ والحنابلة.⁵⁰

⁴⁶ ينظر: الزيلعي، تبين الحقائق، 4: 44؛ ابن عابدين، رد المحتار، 5: 49؛ مُجَدُّ الأنصاري الرضاع، الهداية الكافية الشافعية لبيان حقائق الإمام ابن عرفة الوافية المعروف بشرح حدود ابن عرفة، ط. 1 (بيروت: المكتبة العلمية، 1350هـ)، 277؛ علي السبكي، الإجماع في شرح المنهاج، تح. أحمد جمال الزمزمي - نور الدين صغيري، ط. 1 (دبي: دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، 2004م)، 2: 186.

⁴⁷ ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع، 5: 299؛ الزيلعي، تبين الحقائق، 4: 44؛ ابن عابدين، رد المحتار، 5: 49.

⁴⁸ ينظر: عثمان ابن الحاجب، منتهى الوصول والأمل، ط. 1 (بيروت: دار الكتب العلمية، 1985)، 41؛ مُجَدُّ ابن عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، (بيروت: دار الفكر)، 3: 54.

وسبب الخلاف بين الحنفية والجمهور يعود إلى أثر التَّهْيِ إذا توجَّه إلى وصف ملازم للعمل المنهي عنه؛ فالجمهور يرون أنه يقتضي بطلان كلِّ من الوصف والأصل،⁵¹ أمَّا الحنفية فيرون أنه يقتضي بطلان الوصف دون الأصل؛ وذلك أنَّ مخالفته للشرع ليست في أمر جوهريِّ كما هو الحال في العقد الباطل، وإنما هو في ناحية فرعية، لذا اقتضى أن لا تكون النتيجة واحدة في كلا الحالين.⁵²

ثانيًا: أقسام العقود من حيث اللزوم وعدمه: تنقسم العقود وفقًا لهذا الاعتبار إلى قسمين:

القسم الأوَّل: عقود لازمة، وهي التي لا يملك أحد العاقدين فسخها إلَّا برضا الطرف الآخر.

والقسم الثاني: عقود جائزة، وهي التي يملك أحد العاقدين فسخها دون أن يتوقَّف ذلك على رضا الطرف الآخر.⁵³

واللزوم أو الجواز قد يشمل العاقدين، وقد يشمل أحدهما فقط، وفيما يلي بيان مبسَّط لذلك:⁵⁴

أولًا: عقود لازمة للطرفين؛ فلا يحقُّ لأحدهما الانفرد بفسخها إلَّا برضا الطرف الآخر، ومثال ذلك عقد البيع، وعقد الإجارة.

ثانيًا: عقود لازمة في حقِّ أحد الطرفين دون الآخر: ومثال ذلك عقد الرهن، حيث يملك المرتهن فسخ العقد دون أن يتوقَّف ذلك على رضا الرَّاهن، أمَّا الرَّاهن فلا يملك ذلك إلَّا برضا المرتهن.

⁴⁹ ينظر: مُجَدُّ الغزالي، المستصفى، تح. مُجَدُّ عبد الشافي، ط.1 (بيروت: دار الكتب العلمية، 1993م)، 76؛ جمال الدين عبد الرحيم الإسنوي، التمهيد في تخريج الفروع على الأصول، تح. حسن هيتو، ط.1 (بيروت: مؤسسة الرسالة، 1400هـ)، 59؛ الزركشي، المنشور في القواعد الفقهية، 3: 7.

⁵⁰ ينظر: نجم الدين الطوسي، شرح مختصر الروضة، تح. عبد المحسن التركي، ط.1 (بيروت: مؤسسة الرسالة، 1987م)، 1: 441؛ مُجَدُّ البعلي، المطلع على ألفاظ المقنع، تح. محمود الأرناؤوط وآخرون، ط.1 (جدة: السوادي للتوزيع، 2003م)، 112.

⁵¹ ينظر: الغزالي، المستصفى، 76؛ العلائي، تحقيق المراد، 283.

⁵² ينظر: مُجَدُّ السرخسي، المبسوط، (بيروت: دار المعرفة، 1993م)، 13: 23؛ سعد الدين مسعود التفتازاني، شرح التلويح على التوضيح، (مصر: مكتبة صبيح)، 1: 421.

⁵³ ينظر: الموسوعة الفقهية الكويتية، 30: 329-330.

⁵⁴ ينظر: المرجع السابق، 30: 328؛

ثالثًا: عقود الأصل فيها الجواز لكنّها تؤوّل إلى اللزوم في بعض مراحلها: ومثال ذلك عقد الجعالة؛ فهو غير لازم قبل أن يشرع العامل في عمله، فإذا شرع في عمله انقلب العقد إلى اللزوم في حقّ الجاعل عند بعض الفقهاء.⁵⁵

رابعًا: عقود جائزة في حقّ الطرفين: ومثال ذلك عقد الشركة وعقد الوديعة وعقد الجعالة قبل شروع العامل بعمله، حيث يملك كلّ واحد من العاقدين فسخها متى أراد ذلك حتّى وإن لم يرض العاقد الآخر.

ثالثًا: أقسام العقود من حيث النّفاذ وعدمه: تنقسم العقود وفقًا لهذا الاعتبار إلى قسمين:

الأوّل عقود نافذة، والثّاني عقود موقوفة.⁵⁶ أمّا العقد النّافذ فهو: العقد الصّحيح الذي لم يتعلّق به حقّ لشخص آخر؛ فكلّ عقد استوفى أركانه وشروطه، ولم يتوقّف على إذن شخص آخر فهو عقد نافذ يثبت أثره في الحال، وعكسه العقد الموقوف، وهو: العقد الصّحيح الذي تعلّق به حقّ لشخص آخر وتوقّف على إجازته، كعقد الفضولي والعقود التي تقع تحت التّهديد - عند بعض الفقهاء كما سيأتي بيانه - فهذا النّوع من العقود يثبت أثره عند الإجازة.⁵⁷

رابعًا: أقسام العقود من حيث اشتراط القبض فيها

تنقسم العقود وفقًا لهذا الاعتبار إلى قسمين؛ عقود يُشترط فيها القبض وعقود لا يُشترط فيها القبض:⁵⁸

⁵⁵ وهو مذهب المالكيّة كما سيأتي بيانه ص. 129 من هذا البحث.

⁵⁶ وهذه القسمة عند الحنفيّة والمالكيّة والشّافعيّة في القديم من مذهبهم ورواية عند الحنابلة، أما المشهور عند الشّافعيّة والحنابلة فهو أن العقد الصحيح لا يكون إلا نافذًا. ينظر: الزيلعي، تبين الحقائق، 4: 44؛ الدسوقي، حاشية الدسوقي، 3: 12؛ يحيى بن شرف النووي، المجموع شرح المذهب، (بيروت: دار الفكر)، 9: 260؛ علي بن سليمان المرادوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، تح. عبد المحسن التركي - عبد الفتاح الحلو، ط. 1 (مصر: هجر للطباعة والنشر، 1995م)، 11: 55.

⁵⁷ Karaman, "Akid", 1989), 2: 252.

⁵⁸ ينظر: الموسوعة الفقهية الكويتية، 30: 330-331؛

Hamza Aktan, "Damân", Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi (İstanbul: TDV Yayınları, 1993), 8: 451.

القسم الأول: عقود من شرطها قبض المعقود عليه حين التعاقد: واشتراط القبض هنا إمّا أن يكون لنقل

الملكيّة كما في الهبة،⁵⁹ أو لتوقّف صحّة العقد عليه كما في الصّرف، أو للزومها كما في الرّهن.⁶⁰

القسم الثّاني: عقود ليس من شرطها قبض المعقود عليه حين التعاقد: ومثال ذلك عقد البيع، حيث تنتقل

ملكيّة المبيع إلى المشتري وملكيّة الثّمّن إلى البائع بمجرد التعاقد.⁶¹

خامساً: أقسام العقود من حيث إفادتها الضّمان: تنقسم العقود وفقاً لهذا الاعتبار إلى ثلاثة أقسام:⁶²

القسم الأول: عقود ضمان، وهي العقود الّتي يترتّب عليها الضّمان باعتباره أثراً لازماً لها بناء على تنفيذها

بانتقال المال من يد إلى يد بطريق القبض؛ حيث إنّ المال المقبوض فيها يكون مضموناً على قابضه بغض

النّظر عن سبب هلاكه، وهذه العقود هي عقد البيع والصّلاح عن مال بمال والقسمة والقرض والمخارجه.⁶³

القسم الثّاني: عقود أمانة، وهي العقود الّتي يكون المال المقبوض في تنفيذها أمانة في يد قابضه، فلا يترتّب

عليه الضّمان بمجرد تلف المال، وإنّما يترتّب إذا تعدّى أو قصّر في حفظه، ومثال هذه العقود الإيداع

والشّركة والمساقاة والمزارعة والوكالة.

⁵⁹ وهذا عند الجمهور خلافاً للمالكية حيث تنتقل ملكيّة الهبة عندهم بالعقد، كما سيأتي بيانه ص. 177 من هذا البحث.

⁶⁰ وهذا عند الجمهور خلافاً للمالكية حيث يلزم الرهن عندهم بالعقد كما سيأتي بيانه ص. 134 من هذا البحث.

⁶¹ إلا أن الحنفية والشافعية يشترطون التّقباض في البيع من أجل استقرار الملك. ينظر: زين الدين بن إبراهيم المعروف بابن نجيم المصري، الأشباه والنظائر، ط. 1 (بيروت: دار الكتب العلمية، 1999م)، 300؛ جلال الدين عبد الرحمن السيوطي، الأشباه والنظائر، ط. 1 (بيروت: دار الكتب العلمية، 1990م)، 280.

⁶² ينظر: الزرقا، المدخل الفقهي العام، 1: 641؛ محمد فوزي فيض الله، أحكام الضمان في الفقه الإسلامي، ط. 1 (الكويت: مكتبة التراث الإسلامي، 1983)، 25؛ وهبة الزحيلي، نظرية الضمان، ط. 9 (دمشق: دار الفكر، 2012)، 129، 137، 143؛

Karaman, "Akid", 2: 252.

⁶³ التّخارج: هو أن يصطلح الورثة على إخراج بعضهم من الميراث بمال معلوم. ينظر: محمود بن أحمد الباري، العناية شرح الهداية، (بيروت: دار الفكر)، 8: 439؛ العيني، البناية، 10: 38.

القسم الثالث: عقود مزدوجة الأثر، وهذه العقود يترتب عليها الضمان من وجه والأمانة من وجه آخر، ومثال ذلك عقد الإجارة، حيث يعتبر المال المأجور أمانة في يد مستأجره، لكن منافع ذلك المال مضمونة عليه بمجرد تمكُّنه من استيفائها.⁶⁴

1.2.2 حقيقة التأثير الفعلي في عقود المعاملات المالية

الأثر لغة هو ما يبقى من الشيء، وجمعه آثار، والتأثير هو إبقاء الأثر في الشيء، يقال: أثر فيه تأثيراً: أي ترك فيه أثراً.⁶⁵

أما اصطلاحاً فهو الأحكام والنتائج الشرعية التي تترتب على الشيء،⁶⁶ وقد عبّر عنه بعضهم بأنه: أمرٌ اعتباري لا يُدرَك بالحسّ ينقل المعقود عليه من حال إلى حال أخرى.⁶⁷

ومن هذا القبيل يقال: آثار العقد، أي الأحكام الشرعية المترتبة عليه، وهذه الآثار منها ما هو خاصٌ يترتب على كلِّ عقد بحسب موضوعه؛ كانتقال الملكية لقاء عوض في البيع، وبدون عوض في الهبة، وتملك المنافع لقاء عوض في الإجارة، ونحو ذلك، ومنها ما هو عام؛ أي أنَّ العقود جميعها أو معظمها تشترك فيه من حيث الأحكام والنتائج؛ كالنفاذ واللُّزوم ونحو ذلك.⁶⁸

بناءً على تعريف الأثر وعلى ما ذكرناه سابقاً من تعريف التصرفات الفعلية يمكننا القول بأنَّ التأثير الفعلي في عقود المعاملات هو: أن يقوم أحد العاقدين بفعل مادي غير لساني فيترك ذلك الفعل أثراً في العقد، وبيان ذلك أنَّ التصرف الفعلي الصادر عن أحد العاقدين يمكن أن يكون مؤثراً في إنشاء العقد أو فسخه،

⁶⁴ أشار الشيخ مصفى الزرقا إلى أن ما يميز عقود الضمان عن عقود الأمانة هو الأساس الذي يقوم عليه العقد؛ فإذا كان يقوم المعاوضة ولو مائلاً - كما في القرض - فهو عقد ضمان، وما سوى ذلك فهو عقد أمانة. ينظر: الزرقا، المدخل الفقهي العام، 1: 642.

⁶⁵ محمد بن أبي بكر الرازي، مختار الصحاح، تح. يوسف الشيخ محمد، ط. 5 (بيروت: المكتبة العصرية، 1999)، 13؛ ابن منظور، لسان العرب، 4: 5.

⁶⁶ ينظر: الزرقا، المدخل الفقهي العام، 1: 497؛ الموسوعة الفقهية الكويتية، 1: 249.

⁶⁷ سوار، التعبير عن الإرادة، 59.

⁶⁸ ينظر: الزرقا، المدخل الفقهي العام، 1: 497.

أو في الحكم على صفة العقد من حيث الصّحة والفساد، أو اللّزوم وعدمه، وصفة يد العاقد من حيث الضّمان وعدمه.

وسنقوم هنا بعرض هذه النّقاط على وجه الإجمال ونورد بعض الأمثلة عليها من أجل بناء تصوّر مبدئيّ عن حقيقة التّأثير الفعليّ في العقود دون التّعرض لأقوال الفقهاء فيها، حيث سيأتي ذلك فيما بعد في ثنايا البحث.

أولاً: أثر التّصرّفات الفعلية في إنشاء العقد: إنّ من التّصرّفات الفعلية تصرّفات تؤثّر في انعقاد العقد بمجرد صدورها عن فاعلها؛ أي أنّ العقد ينعقد بسبب وجودها إذا عبّرت عن إرادة فاعلها إيجاباً أو قبولاً، كإنشاء العقود بطريق المعاوضة،⁶⁹ وعرض البضائع في أماكن بيعها وكتابة ثمنها عليها، والبيع بطريق الاستجرار من البائع شيئاً فشيئاً؛ كأخذ الخبز من الفرن أو اللحم من الجزّار أو غير ذلك من الحوائج إذا تمّ ذلك بشكل فعليّ دون الإفصاح عن الإيجاب أو القبول لفظاً.

ثانياً: أثر التّصرّفات الفعلية في صحّة العقد: إنّ إبرام العقود مع الآخرين قد يتطلّب تصرّفات فعلية معينة، إذ عليها ينبنى صحّة العقد، وعند تخلفها يكون العقد فاسداً، فعلى سبيل المثال يطلب لصحّة عقد البيع إحراز المبيع قبل بيعه من قبل البائع، ويطلب لصحّة عقد الصّرف التّقابض وغير ذلك من التّصرّفات التي سيأتي بيانها.

وأيضاً في العقد الفاسد هناك تصرّفات فعلية إذا وقعت تقوم بتصحيح ذلك العقد عند فريق من الفقهاء؛ حيث إنّ القيام بتلك التّصرّفات ينتج عنه إزالة المفسد الذي بسببه حكم على العقد بالفساد.

⁶⁹ Güneş, İslam Akit Sistematiği: Kâsânî Örneği, 528.

ثالثاً: أثر التصرفات الفعلية في فسخ العقد وانفساخه: إنّ من التصرفات الفعلية تصرفات تؤثر في فسخ العقد أو انفساخه، كقيام أحد العاقدين ببعض التصرفات الفعلية المنهي عنها والتي يترتب عليها منح العاقد الآخر حق فسخ العقد، مثال ذلك التصرفات التي تُفضي إلى تغيير المشتري من خلال قيام البائع بتزوير وصف المبيع أو إخفاء عيب فيه.⁷⁰

وأيضاً التصرفات الفعلية التي تحل الارتباط العقدي وتلغي محل وجوده؛ كإتلاف المبيع قبل قبض المشتري وإتلاف العين المستأجرة وغير ذلك كما سيأتي تفصيله.

رابعاً: أثر التصرفات الفعلية في تحويل صفة العقد من الجواز إلى اللزوم: هناك بعض التصرفات الفعلية تعبر عن إرادة فاعلها بإسقاط حقه في الخيار والتزامه العقد، كقيامه بأفعال تؤدي إلى تلف المعقود عليه أو نقصانه أو زيادته زيادة متصلة غير متولدة من الأصل، أو قيامه بأفعال لا تصدر عادة إلا عن الملاك كالأفعال الناقلة للملكية، وقيامه باستعمال محل العقد أو استغلاله.⁷¹

خامساً: أثر التصرفات الفعلية في استحقاق الضمان: تؤثر التصرفات الفعلية في استحقاق الضمان على أحد العاقدين نتيجة فعل يقوم به العاقد الذي انتقل إليه الضمان؛ كالقبض في عقد البيع، وكالتعدي في عقد الإيداع وغيره من عقود الأمانات كما سيأتي بيانه.

⁷⁰ ينظر: الزرقاء، المدخل الفقهي العام، 1: 410.

⁷¹ ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع، 5: 269-271؛ ابن عابدين، رد المحتار، 4: 582.

1.3 وسائل التعبير عن الإرادة في المعاملات المالية ومكان التصرفات الفعلية منها

إنَّ التصرفات بنوعيتها -القولية والفعلية- تنبني على عنصرين:

العنصر الأول: وهو خفيّ يتمثل في قصد الأثر المترتب على سببه من قول أو فعل، ويُطلق عليه مصطلح الإرادة، كما يعبر عن ذلك أيضاً بمصطلحات أخرى؛ كالرضا والنية والاختيار، وفي حقيقة الأمر إنَّ معاني هذه المصطلحات جميعها تحكمها فيما بينها علاقة ترادف وافتراق دقيق⁷² كما سيأتي.

العنصر الثاني: وهو مظهر خارجي يتمثل بالصيغة الدالة على إرادة المتصرف كاللفظ والفعل ونحو ذلك، وهو ما يمكن أن نسميه بالتعبير عن الإرادة. هذا وسنعرض هنا بياناً موجزاً لهذين العنصرين.

1.3.1 مصطلح الإرادة والألفاظ ذات الصلة به

وفق ما اطلعنا عليه لم يورد الفقهاء السابقون تعريفاً للإرادة، إلّا أنَّ استعمالهم لهذا المصطلح يأتي بمعنى "القصد"⁷³ ومنه قولهم: "يشترط لصحتها -أي العقود- تلاقي الإرادتين." وفي اليمين: "يسأل الحالف عن مراده"⁷⁴ أي عن قصده.

وعرّفها بعض المعاصرين بأنّها "اعتزام الفعل والاتّجاه إليه."⁷⁵ أو "عمل نفسي ينعقد به العزم على شيء معين."⁷⁶ ومنه يعلم أنَّ حقيقة الإرادة هي أمر يكمن في داخل الإنسان.

الألفاظ ذات الصلة:

⁷² H. Yunus Apaydın, "İrade", Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi (İstanbul: TDV Yayınları, 2000), 22: 384.

⁷³ ينظر: الموسوعة الفقهية الكويتية، 2: 315؛

Apaydın, "İrade", 22: 384.

⁷⁴ الموسوعة الفقهية الكويتية، 2: 316.

⁷⁵ ينظر: الزرقا، المدخل الفقهي العام، 1: 451؛ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ط. 4 (دمشق، دار الفكر، 1985م)، 4: 3063؛ الموسوعة الفقهية الكويتية، 2: 316.

⁷⁶ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، (بيروت: دار إحياء التراث العربي، د. ت)، 174.

أولاً: الرضا: وهو عند الحنفية: امتلاء الاختيار بحيث يتعدى أثره باطن الشخص إلى ظاهره؛ كالبشاشة في الوجه،⁷⁷ وعرفه ابن عابدين⁷⁸ بأنه: "إيثاره -الشيء- واستحسانه."⁷⁹ ويستفاد من كلام الحنفية هذا أنه يجب أن يتوافر في الرضا ركنان: الأول نفسي؛ وهو الإيثار والاستحسان الذي ينبعث من القلب، والثاني مادي؛ وهو ظهور علامة تدل عليه، كالسرور الذي يبدو في وجه صاحبه، أما الرضا عند غير الحنفية فهو: إتيان الفعل اختياراً دون إكراه.⁸⁰

ويتضح من هذا الكلام أن معنى الرضا عند الحنفية هو أخص من معناه عند الجمهور؛ فعند الحنفية لا بد أن يبلغ الاختيار غايته، بينما عند الجمهور يكفي مجرد القصد اختياراً. ويتضح أيضاً أن الرضا معناه قريب من معنى الإرادة؛ لذا قد يطلق أحدهما على الآخر،⁸¹ وقد ذهب بعض العلماء إلى أن الإرادة أعم من الرضا؛ لأنها لا تستوجب الارتياح أو الرغبة بإتيان الفعل،⁸² ويمكن أن يستدل لهذه التفرقة بقوله تعالى: "فَإِنْ أَرَادَا فِصَالًا عَنْ تَرَاضٍ مِّنْهُمَا وَتَشَاوُرٍ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا." (البقرة 233/2) حيث قيدت الآية عموم إرادة الفطام بالتراضي.

⁷⁷ عبد العزيز البخاري، كشف الأسرار، 4: 382.

⁷⁸ هو محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين، فقيه الديار الشامية وإمام الحنفية في عصره، ولد وتوفي في دمشق، له عدة مصنفات، منها "رد المختار على الدر المختار" المعروف بحاشية ابن عابدين، و"العقود الدرية في تنقيح الحامدية" وله في الأصول "نسمات الأسرار على شرح المنار" وغير ذلك من المصنفات، مات سنة 1784هـ الموافق 1836م. ينظر: خير الدين الزركلي، الأعلام، 6: 42.

⁷⁹ ابن عابدين، رد المختار، 4: 507.

⁸⁰ الموسوعة الفقهية الكويتية، 22: 228.

⁸¹ ينظر: علي بن محمد الجرجاني، التعريفات، ط. 1 (بيروت: دار الكتب العلمية، 1983م)، 16.

⁸² ينظر: الحسن بن عبد الله العسكري، الفروق اللغوية، 133؛ مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، 1: 451-452؛ الزحيلي، الفقه الإسلامي، 4: 3063؛

Apaydin, "Irade", 22: 384.

ثانيًا: النية: لقد ورد للنية تعريفات كثيرة تدور حول الإرادة التي تسبق العمل، فعرفها بعض الحنفية بأنها: "قصد الطاعة والتقرب إلى الله تعالى في إيجاد الفعل."⁸³ وعرفها بعضهم أيضًا بقوله: "النية هي الإرادة."⁸⁴ وعرفها المالكية بأنها قصد الإنسان بقلبه ما يريد بأفعاله، وعرفها الشافعية بأنها: عزم القلب على العمل.⁸⁵ والذي يتضح من هذه التعريفات أن الفقهاء عمومًا يستخدمون النية و القصد والإرادة بمعنى واحد،⁸⁶ وقد فرّق بعضهم بين النية وبين الإرادة التي هي قصد الفعل، فاعتبروا أن بينهما عموم وخصوص، حيث إن النية أعم من الإرادة من جهة تعلّقها بالمقدور عليه والمعجوز عنه، بينما الإرادة لا تتعلّق إلا بالمقدور عليه،⁸⁷ والإرادة أعم من النية من جهة تعلّقها بفعل النّأوي وبفعل الغير، بينما النية لا تتعلّق إلا بفعل النّأوي.⁸⁸

ثالثًا: الاختيار: تعريف الاختيار هو محل خلاف بين الحنفية والجمهور، فعرفه الحنفية بأنه: "القصد إلى أمر متردّد بين الوجود والعدم، داخل في قدرة الفاعل بترجيح أحد الجانبين على الآخر."⁸⁹ ويقسم الاختيار عندهم إلى قسمين: اختيار صحيح واختيار فاسد، أمّا الصحيح منه فهو ما كان منبعثًا عن رغبة من الفاعل استقلالًا، وأمّا الفاسد فهو ما كان مُنبنيًا على اختيار شخص آخر غير الفاعل على وجه الإكراه،

⁸³ ابن عابدين، رد المختار، 1: 105.

⁸⁴ علي بن أبي بكر المرغيناني، الهداية في شرح بداية المبتدي، تح. طلال يوسف، (بيروت: دار إحياء التراث العربي)، 1: 46.

⁸⁵ النووي، لمجموع، 1: 310.

⁸⁶ ينظر: أحمد بن محمد الطحطاوي، حاشية الطحطاوي على مراقي الفلاح، تح. محمد عبد العزيز الخالدي ط. 1 (بيروت: دار الكتب العلمية، 1997م)، 215؛ ابن قدامة المقدسي، 3: 112.

⁸⁷ ينظر: محمد بن أبي بكر ابن قيم الجوزية، بدائع الفوائد، (بيروت: دار الكتاب العربي، د.ت)، 3: 190.

⁸⁸ ينظر: المرجع السابق؛ جلال الدين محمد السيوطي، منتهى الآمال في شرح حديث إنما الأعمال، تح. مصطفى عبد القادر عطا، ط. 1 (بيروت، دار الكتب العلمية، 1986)، 85.

⁸⁹ ينظر: عبد العزيز البخاري، كشف الأسرار، 4: 383.

وبناء على ذلك يكون الرضا أخص من الاختيار؛ لأنه منحصر في الرغبة بآثار الأقوال والأفعال، بينما الاختيار فإنه يشمل ما كان فيه رغبة بتلك الآثار وما لم يكن فيه ذلك.⁹⁰

أما عند جمهور الفقهاء فإنَّ الرضا والاختيار بمعنى واحد، ونتج عن ذلك أنَّهم اعتبروا الإكراه مُناف للاختيار.⁹¹

وبناء على ما ذكرناه من تعريف للإرادة بأنها مجرد اعتزام الفعل والاتجاه إليه تكون الإرادة أعم من الاختيار⁹² الذي هو ترجيح أحد الجانبين وفق مذهب الحنفية، أو إتيان الفعل دون إكراه وفق ما ذهب إليه الجمهور.

1.3.2 وسائل التعبير عن الإرادة

يتَّضح ممَّا سبق أنَّ الإرادة من الأمور المستترة الخفية، وبالتالي يتعدَّد الوقوف على حقيقتها والاطِّلاع عليها، وإذا بقيت الإرادة حبيسة النفس فإنها لا يمكن أن تقوم مقام الأفعال وسائر الإنشاءات؛ فعلى سبيل المثال لا ينعقد بالإرادة الخفية المجردة عقد حتَّى وإن تصادق وجودها لدى طرفي العقد،⁹³ فافتضى ذلك أن يكون التعبير عنها بوسيلة ماديَّة تدلُّ عليها كي يترتَّب عليها أثرها الشرعي، وهذه الوسيلة قد تكون لفظيَّة -منطوقاً أو مكتوبة- وقد تكون غير لفظيَّة؛ كدلالة الإشارة ودلالة الحال ودلالة الأفعال، وهذه جميعاً يعبر عنها بوسائل التعبير عن الإرادة، وهذه الوسائل قد تكون صريحة وقد تكون ضمنيَّة،⁹⁴ وحتَّى يتَّضح مكان

⁹⁰ ينظر: المرجع السابق.

⁹¹ محمد بن أحمد ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، (القاهرة: دار الحديث، 2004م)، 3: 101؛ موفق الدين ابن قدامة المقدسي، المغني، (القاهرة: مكتبة القاهرة، 1968م)، 7: 382.

⁹² ينظر: الزرقا، المدخل الفقهي العام، 1: 451-452؛

Apaydın, "İrade", 22: 384.

⁹³ ينظر: الزرقا، المدخل الفقهي العام، 1: 436؛

Muharrem Önder, İslâm Hukukunda İrade Beyanı Olarak Mükellefin Sükûtu; Mâhiyeti, Kısımları ve 57), 8 (2014) Beyân Olma Sebepleri, Necmettin Erbakan Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi,

⁹⁴ وهذه الوسائل يعبر عنها في كتب التراث الفقهي بـ"الصيغة" إن كانت لفظية، وبـ"ما ينوب عن الصيغة" إن لم تكن لفظية. ينظر: 57Önder, İslâm Hukukunda İrade Beyanı Olarak Mükellefin Sükûtu,

دلالة الأفعال من تلك الوسائل سنقوم بعرضها عرضًا موجزًا بما تستدعيه الضرورة، دون استطراد في ذكر محلّ خلاف الفقهاء فيها.

1.3.2.1 الوسائل الصريحة في التعبير عن الإرادة:

إنّ التعبير عن الإرادة بوسيلة صريحة يكون من خلال اتخاذ مظهر يدلّ على المراد إمّا بالوضع أو بكثرة الاستعمال، أو يمكن القول بعبارة أخرى: هو كلّ ما يؤدّي إلى فهم إرادة الشخص مباشرة دون استنتاج أو تخمين.⁹⁵ وهذا يتحقّق في كلّ من اللفظ والكتابة والإشارة، وبالتالي يمكن أن تُطلق على هذه الوسائل اسم الوسائل الصريحة في التعبير عن الإرادة، وفيما يلي بيان ذلك:

أولاً: اللفظ: تعتبر الألفاظ المنطوقة هي الأصل الذي يستدلّ من خلاله على الإرادة وسائر الأمور القلبية عند الإنسان، وهي أقوى الوسائل في هذا الجانب؛ وذلك لوضوحها ولوضعها أصالةً للتخاطب، فالألفاظ هي القوالب للمعاني⁹⁶ حقيقة كانت أم مجازية، وصريحة كانت أم كناية؛ لذا نجد الفقهاء متفقون على أنّ الوسيلة المفضّلة لانعقاد العقود هي الألفاظ التي تصدر عن المتعاقدين إذا أفادت الإيجاب والقبول.⁹⁷ ولكن هذه الوسيلة -الألفاظ- ليست هي الطريقة الوحيدة للتعبير عن الإرادة، إذ يوجد وسائل أخرى يمكن لها أن تقوم مقامها وتعبّر عن الإرادة تعبيرًا جازمًا مفيدًا، سواء لجأ إليها الأشخاص باختيارهم كانعقاد العقود بالمعاطاة، أو ألجأهم الضرورة إلى ذلك؛⁹⁸ كالعجز عن النطق أو السمع أو لبعد المسافة بين

⁹⁵ ينظر: الجرجاني، التعريفات، 133؛ السنهوري، الوسيط، 1: 176-177؛ علي حيدر، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، ط. 1 (بيروت: دار الجيل، 1991م)، 1: 31؛ طارق عفيفي صادق أحمد، نظرية الحق، ط. 1 (مصر: المركز المفوض للإصدارات القانونية 2016م)، 33.

⁹⁶ محمد بن علي الشوكاني، إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول، تح. أحمد عزو عناية، ط. 1 (دمشق: دار الكتاب العربي 1999م)، 2: 36.

⁹⁷ جاء في مواهب الجليل: واتفق الفقهاء على انعقاده -العقد- باللفظ الدال على الرضا. ينظر: الخطاب، مواهب الجليل، 6: 13.

⁹⁸ ينظر: ابن عابدين، رد المحتار، 4: 605؛ الدسوقي، حاشية الدسوقي، 3: 3؛ ابن قدامة، المغني، 3: 480.

الأطراف المتعاقدة أو لاختلاف اللغة أو وما شابه ذلك من الحالات التي يعسر أو يستحيل فيها استعمال النطق.

ثانياً: الكتابة: هي إحدى وسائل التعبير التي اعتمدها الفقهاء لتقوم مقام النطق في ذلك، فأنزلوا استعمالها بين الغائبين منزلة النطق بين الحاضرين، ونصُّوا على أنَّ "الكتاب كالخطاب"⁹⁹ والمقصود بالكتاب هنا هو الرسالة الموجَّهة من أحد المتعاقدين إلى الآخر، تحمل في طياتها عبارة الإيجاب أو القبول، مثل أن يكتب البائع إلى المشتري موجِّباً: بعت سلعتي منك بكذا، فإذا قابل المشتري ذلك بالقبول ترتَّب على هذه الصورة ما يترتَّب على الإيجاب والقبول بالنطق وهو انعقاد البيع؛ لأنَّ الكتابة في حقيقتها إمَّا هي ألفاظ مكتوبة، وكما يقولون: "القلم هو أحد اللِّسانين".¹⁰⁰ وقد اتَّفَق الفقهاء عمومًا على هذا الأمر،¹⁰¹ إلَّا أنَّهم اختلفوا في مدى الاعتداد بقبول الكتابة في بعض العقود كعقد النِّكاح.¹⁰²

هذا ويُشترط في الكتابة عمومًا أن تكون مستبينة يبقى أثرها بعد الانتهاء من الكتابة،¹⁰³ وأن تكون مرسومة وفق العرف المتداول بين النَّاس،¹⁰⁴ وهناك تفاصيل أخرى مبسطة في كتب الفقهاء.

⁹⁹ مُجَدِّد الزحيلي، القواعد الفقهيَّة وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، (دمشق: دار الفكر، 2006 م)، 1: 339.

¹⁰⁰ ابن عابدين، رد المحتار، 6: 410.

¹⁰¹ ينظر: ابن عابدين، رد المحتار، 4: 512؛ الدسوقي، حاشية الدسوقي، 3: 3؛ الشريبي، مغني المحتاج، 2: 238؛ البهوتي، كشف القناع 3: 148.

¹⁰² حيث لم يعتد بها في النكاح كل من المالكيَّة والشافعيَّة والحنابلة، وفرق الحنفية بين الحاضر والغائب؛ فمنعوا انعقاده للحاضر وأجازوه للغائب. ينظر: أحمد الدردير، الشرح الصغير، (مصر: مصطفى البابي الحلبي، 1952 م)، 1: 380؛ الشريبي، مغني المحتاج، 4: 230؛ منصور بن يونس البهوتي، كشف القناع، (بيروت: دار الكتب العلمية)، 5: 39؛ ابن عابدين، رد المحتار، 3: 12.

¹⁰³ الكتابة المستبينة هي التي يمكن قراءتها وفهمها بعد الانتهاء منها، كالكتابة على الصحيفة، أما غير المستبينة فهي ما يكتب على الهواء والماء أو كتابة شيء لا يمكن فهمه وقراءته. ينظر: ابن عابدين، رد المحتار، 3: 246.

¹⁰⁴ علي حيدر، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، 1: 69.

ثالثاً: الإشارة: هي أن يستعمل الشخص أحد أعضائه كالرأس واليدين في التعبير عن قصده،¹⁰⁵ كمن أشار برأسه إلى الأسفل مُعرباً عن موافقته لمن قال له: ابتعت منك كذا بكذا، أو أشار برأسه إلى الأعلى للإعراب عن رفضه.

والأصل في الإشارة أنّها لغة التخاطب لمن يعجز عن التعبير بالتّلق أو الكتابة، فإذا كان حال الشخص كذلك فالفقهاء متفقون على قبول إشارته المفهومة للاستدلال بها على إرادته واختياره،¹⁰⁶ ونصّوا على أنّ "الإشارات المعهودة للأخرس كالبيان باللسان."¹⁰⁷

واختلفوا في الاعتداد بإشارة من لا تستدعيه الضّروّة؛ كالقادر على التّلق أو الكتابة، فأجازها المالكيّة مطلقاً،¹⁰⁸ ومنع منها الجمهور إن كان قادراً على التّلق،¹⁰⁹ وفي قول عند الحنفيّة أنّه يمنع منها أيضاً إن كان قادراً على الكتابة.¹¹⁰

1.3.2.2 الوسائل الضمّنيّة في التّعبير الإرادة

قد يعدل الإنسان عن تلك الوسائل الصّريحة الّتي ذكرناها فيلجأ إلى وسائل ضمّنيّة ليعبّر عن خلاها عن إرادته، ويكون ذلك من خلال اتّخاذ موقفٍ في سياق معين، حيث تُستخلص الإرادة استخلاصاً بالاعتماد على الطّروف والحالة الّتي وقع فيها ذلك الموقف.¹¹¹

¹⁰⁵ علي حيدر، درر الحكام، 1: 70.

¹⁰⁶ وقد اشترط الحنفيّة خلافاً للجمهور: أن يولد الشخص على هذه الصّفة، وأما إن طرأ عليه الخرس بعد الولادة فيجب أن يستمر به هذا الحال حتّى الموت، ومن الحنفيّة من ألغى هذا الشرط إذا أصبحت إشارته مفهومة. ينظر: ابن عابدين، رد المحتار، 3: 241؛ الخطاب، مواهب الجليل، 4: 299؛ يحيى بن شرف النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، تح. زهير الشاويش، ط. 3 (بيروت: المكتب الإسلامي، 1991م)، 3: 343؛ البهوتي، كشف القناع، 5: 39.

¹⁰⁷ لجنة من العلماء، مجلة الأحكام العدلية، 24، (المادة 70).

¹⁰⁸ ينظر: الخطاب، مواهب الجليل، 4: 229؛ عبد الباقي بن يوسف الزرقاني، شرح الزرقاني على مختصر خليل، ط. 1 (بيروت: دار الكتب العلمية، 2002م)، 5: 6.

¹⁰⁹ ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع، 5: 135؛ الشرييني، مغني المحتاج، 4: 462؛ البهوتي، كشف القناع، 6: 453.

¹¹⁰ ينظر: ابن عابدين، رد المحتار، 3: 241.

وأما عن وسائل هذا الموقف أو ما يُسمَّى بوسائل التعبير الضمّني فيمكن أن تتحقّق من خلال القيام بفعل ما، أو من خلال امتثال السُّكوت، أو من خلال دلالة الحال،¹¹² وسنقوم هنا بعرض تلك الوسائل، وسنبداً أولاً بعرض "السُّكوت" ثمّ "دلالة الحال" عرضاً موجزاً، ثمّ نختتم بـ "الأفعال" بشيءٍ من التفصيل.

أولاً: السُّكوت: هو أن يترك الشَّخص الكلام مع قدرته عليه.¹¹³ وهو قسمان:¹¹⁴

الأوّل: السُّكوت المجرّد: وهو الذي لا يرافقه أيّ عمل – من فعل أو كتابة أو إشارة – يدلّ من خلاله على الإرادة.

القسم الثَّاني: السُّكوت المحتفّ بالقرينة: وهو أن يكون ظاهر الشَّخص ساكناً، ولكن ظروفه المقارنة له تدلّ على أنّ باطنه متّجه إلى إحداث أثر شرعيّ.¹¹⁵

والفقهاء عموماً يذهبون إلى اعتبار النوع الثَّاني دون الأوّل في التعبير عن الإرادة، ويتجسّد ذلك في القاعدة الفقهيّة الّتي تنصّ على أنّه: "لا ينسب إلى ساكت قول، ولكن السُّكوت في معرض الحاجة بيان".¹¹⁶ حيث يُستفاد منها أنّ الأصل هو عدم الاعتداد بالسُّكوت، وأنّ الاستثناء هو الاعتداد به إذا صحبته القرينة.¹¹⁷

¹¹¹ وقد عبر عنه أصوليو الحنفية ببيان الضُّرورة، ينظر: مُجَدِّد بن أحمد السرخسي، أصول السرخسي، (بيروت: دار المعرفة، د.ت)، 2: 51-52.

¹¹² سوار، التعبير عن الإرادة، 230 وما بعدها.

¹¹³ علي الجرجاني، التعريفات، 120.

¹¹⁴ ينظر: سوار، التعبير عن الإرادة، 264.

¹¹⁵ وقد بين الدكتور محمّد أوندِير أشكال هذه القرينة بالتفصيل في مقالته "سكوت المكلف كإعلان عن الإرادة في الفقه الإسلامي" فطبيعة بحثنا اقتضت الإجمال وطبيعة بحثه اقتضت التفصيل. ولمزيد من الاطلاع على تلك التفاصيل ينظر:

Önder, İslâm Hukukunda İrade Beyanı Olarak Mükellefin Sükûtu, 64-67.

¹¹⁶ لجنة من العلماء، مجلة الأحكام العدلية، 24، (المادة 67).

¹¹⁷ ينظر: ابن نجيم، الأشباه والنظائر، 129؛ علاء الدين عابدين، قرّة عين الأُخيار لتكملة رد المحتار، مطبوع بآخر رد المحتار، (بيروت: دار الفكر)، 8: 240؛ تاج الدين عبد الوهاب السبكي، الأشباه والنظائر، ط. 1 (بيروت: دار الكتب العلمية، 1991م)، 2: 168.

ثانيًا: دلالة الحال: يمكن تعريفها بأنها: الهيئة الظاهرة التي تُفيد مقصود الشخص من تصرفاته،¹¹⁸

ويسمّيها بعض العلماء بـ "الدلالة"¹¹⁹ ويسمونها أيضًا بـ "لسان الحال".¹²⁰

ولقد أخذ العلماء بدلالة الحال في الكشف عن قصد الشخص من تصرفه إذا لم يصرّح هو بنية ومراده،

ويؤكد هذا القواعد الفقهيّة العامّة التي يصيغونها، كقاعدة: "دلالة الحال تغني عن السؤال"¹²¹ ومعنى هذه

القاعدة: مع وجود دلالة الحال لا حاجة إلى السؤال عن القصد والمراد، فدلالة الحال كفيلة بإيضاح

ذلك،¹²² يقول الإمام السرخسي: "الرجوع إلى دلالة الحال لمعرفة المقصود بالكلام أصلٌ صحيحٌ في

الشرع".¹²⁴

ومن القواعد أيضًا: "للحالة من الدلالة كما للمقالة"¹²⁵ فهذه قاعدة صريحة جعلت دلالة الحال تسدّ مسدّد

دلالة الألفاظ، وفي هذا الجانب قام العزّ بن عبد السلام¹²⁶ في كتابه قواعد الأحكام بعنوانه فصلًا كاملاً

¹¹⁸ حيث عرّفها كلّ من ابن نجيم وابن عابدين في معرض الحديث عن الكناية في الطلاق بأنها: "الحالة الظاهرة المفيدة لمقصوده". ينظر: زين

الدين ابن نجيم، البحر الرائق، 3: 322؛ ابن عابدين، رد المحتار، 3: 297.

¹¹⁹ ينظر: علي حيدر، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، 31: 1.

¹²⁰ ينظر: شهاب الدين أحمد القراني، الذخيرة، تح. مُجدّ حجي وآخرون، ط.1 (بيروت: دار الغرب الإسلامي، 1994م)، 5: 453.

¹²¹ مُجدّ الزحيلي، القواعد الفقهيّة وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، 2: 798.

¹²² المرجع السابق، 2: 799.

¹²³ هو مُجدّ بن أحمد السرخسي -نسبة إلى سرخس في خراسان- فقيه حنفي، لُقّب بـ "شمس الأئمة" لسعة علمه، أملى كثيرًا من كتبه وهو

سجنيًا، ومن أشهر تصانيفه: المبسوط، والأصول، مات في حدود سنة (490هـ). ينظر: عبد القادر القرشي، الجواهر المضنية في طبقات

الحنفيّة، (كراتشي: مير مُجدّ كتب خانة)، 2: 292.

¹²⁴ مُجدّ السرخسي، شرح السير الكبير، (القاهرة: الشّركة الشرقيّة، 1971م)، 430.

¹²⁵ مُجدّ صدقي آل بورنو، موسوعة القواعد الفقهيّة، ط.1 (بيروت: مؤسسة الرسالة، 2003م)، 8: 732؛ مُجدّ البركتي، قواعد الفقه، ط.1

(كراتشي: الصدف بيلشرز، 1986م)، 104.

¹²⁶ هو عبد العزيز بن عبد السلام السُّلمي، أحد فقهاء الشّافعيّة، لُقّب بسلطان العلماء، وبلغ رتبة الاجتهاد، اشتهر بالأمر بالمعروف والنهي

عن المنكر، ولد في دمشق ونشأ فيها، ثمّ انتقل إلى مصر، أشهر تصانيفه: قواعد الأحكام في إصلاح الأنام. توفي سنة (660هـ). ينظر: خير

الدين الزركلي، الأعلام، 4: 21.

بقوله: "تنزيل دلالة العادات وقرائن الأحوال منزلة صريح الأقوال في تخصيص العموم وتقييد المطلق وغيرها".¹²⁷

وأما عن طريقة استعمال دلالة الحال في الكشف عن الإرادة فله شكلان:

الأول: أن يكون أثرها متعلقًا بالخطاب، بحيث يتعلّق بإيضاح دلالة الكلام من حيث التأكيد أو التفسير أو التقييد أو غير ذلك، ومن هذا القبيل ترك التزام عموم الكلام بدلالة الحال،¹²⁸ وقولهم: "مطلق الكلام يتقيّد بدلالة الحال".¹²⁹

الثاني: أن يكون أثرها متعلقًا بالأفعال، كحالة دفع الثوب إلى الخياط أو القصّار الذي يُعرف بأخذ الأجرة على عمله، حيث يُعتبر هذا الفعل كافيًا في استحقاق الأجرة المتعارف عليها لدلالة الحال.¹³⁰ ويستدلّ بكلا الشكلين السابقين على القوّة الدلاليّة للحال، حتّى شاع في كلام الفقهاء السابقين إضافة اللسان إلى الحال كما يتمّ إضافته إلى المقال، ومثال على هذه الإضافة ما قاله النَّفراوي¹³¹ عمن استعار شيئًا وأراد أن يعيره لغيره: "للمسعر أن يعير إن لم يحجر عليه المعير له ولو بلسان الحال".¹³² وكذلك ما عدّه القرائي من باب التّغير بالمشتري أن يقوم البائع بتلطّيح يد العبد بالخير فيظهر بذلك الحال أنّه يُحسن الكتابة، فهذا الفعل يعتبر تغيرًا؛ "لأنّ لسان الحال يقوم مقام لسان المقال".¹³³

¹²⁷ عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، (القاهرة: كتبة الكليات الأزهرية، 1991م)، 2: 126.

¹²⁸ ينظر: مُجّد بن مُجّد الغزالي، الوسيط في المذهب، تح. أحمد إبراهيم ومُجّد تامر، ط. 1، (القاهرة: دار السلام، 1997)، 3: 285.

¹²⁹ السرخسي، المبسوط، 8: 168.

¹³⁰ زين الدين عبد الرحمن ابن رجب، القواعد، (بيروت: دار الكتب العلمية)، 323.

¹³¹ هو أحمد بن غنيم النفراوي، نسبة إلى نفري بمصر، فقيه مالكي، من أبرز تصانيفه الفواكه الدواني، مات سنة (1126هـ). ينظر: الزركلي،

الأعلام، 1: 192.

¹³² أحمد بن غانم النفراوي، الفواكه الدواني على رسالة أبي زيد القيرواني، (بيروت: دار الفكر، 1995م)، 2: 162.

¹³³ القرائي، الذخيرة، 5: 64.

فقوة دلالة الحال في الكشف عن القصد جعلت الفقهاء يعبرون عنها بمثل هذا التعبير الذي يُحِيل منه للسامع أنَّ لها لساناً ناطقاً تنطق به.

ثالثاً: دلالة الأفعال: ويقصد بها الأفعال الحسيّة التي تصدر عن الإنسان بواسطة جوارحه مجرّدة عن اللفظ، كالقيام و القعود والمشي والتناول بالأيدي وغير ذلك، حيث تدلّ تلك الأفعال في بعض المواطن على القصد الذي يخفيه فاعلها في قلبه ليتربّب عليه الأثر الشرعيّ.

وبما أنَّ بحثنا يدور حول التصرفات الفعلية يجدر بنا أن نولي هذه الدلالة شيئاً من التفصيل وذلك من خلال النقاط الآتية:

النقطة الأولى: اعتداد الفقهاء بدلالة الأفعال في التعبير عن الإرادة:

لم يخصّ الفقهاء دلالة الأفعال -في تعبيرها عن الإرادة- بالدراسة بشكل مستقلّ، ولعلّ السبب في ذلك يعود إلى الأمور الآتية:

1- إنّ الأصل في التعبير عن الإرادة أن يكون بواسطة اللفظ، أمّا التعبير عنها بواسطة الأفعال فهو خروج عن هذا الأصل؛ لأنّها لم توضع لذلك.¹³⁴

2- إنّ الأفعال ليس لها صيغة أو شكل محصور في تعبيرها عن الإرادة، وإنّما تستنبط دلالتها استنباطاً، وهذا بخلاف الألفاظ؛ حيث إنّ لكلّ لفظ معنى لغويّ يدلّ عليه؛¹³⁵ لذا نجد الفقهاء قد خصّوا ألفاظاً معيّنة بالدراسة أثناء حديثهم عن التعبير عن الإرادة، وذكروا ما يترتب على تلك الألفاظ من أحكام، لا سيّما أثناء حديثهم عن النكاح والطلاق والأيمان وغير ذلك من الأبواب الفقهية.

¹³⁴ ينظر: الخطاب، مواهب الجليل، 4: 228.

¹³⁵ ينظر: عبد العزيز البخاري، كشف الأسرار، 1: 26.

3- إنَّ أكثر الأفعال عند حدوثها يتَّضح المراد منها بدهاءة، فعلى سبيل المثال: يُستدلّ بفعل من قام وغادر مجلس العقد بعد سماع الإيجاب الموجّه إليه دون أن يصدر القبول عنه على رفضه الإيجاب.

هذا وبالرَّغم من أنَّ الفقهاء لم يفرّدوا دلالة الأفعال بالدراسة إلّا أنّهم اعتدّوا بها في الكشف عن الإرادة، ويظهر هذا الأمر جليّاً فيما يذكرونه من أنَّ الرّضا في العقود يكون بما يصدر عن المتعاقدين من قول أو فعل،¹³⁶ جاء في مجموع الفتاوى: "وهذه القاعدة الجامعة الّتي ذكرناها من أنَّ العقود تصحُّ بكلِّ ما دلّ على مقصودها من قول أو فعل هي الّتي تدلُّ عليها أصول الشريعة، وهي الّتي تعرّفها القلوب"¹³⁷ يتَّضح من ذلك أنّهم يعتبرون الأفعال قسيمة الأقوال وموازية لها في التّعبير عن الإرادة، ويؤكّد هذا ما جاء في المبسوط: "مباشرة الفعل الّذي هو دليل الرّضا بمنزلة التّصريح بالرّضا."¹³⁸

بالمقابل وقع خلاف في المذهب الشافعي حول حكم الأخذ بالدلالة الفعلية في التّعبير عن الإرادة، والمشهور عندهم -من حيث المبدأ- هو عدم الأخذ بها،¹³⁹ وقد أشار بعض منهم إلى وقوع هذا الخلاف بقاعدة صاغها بصيغة الاستفهام "الفعل هل يقوم مقام القول؟"¹⁴⁰

ويحذر التّنبية هنا إلى أنّ أثر الدلالة الفعلية في التّعبير عن الإرادة لا يقتصر على إنشاء صيغ العقود فحسب، بل يشمل أيضاً لزوم العقد والرّجوع عنه وغير ذلك من الآثار، فعلى سبيل المثال: ما ذكره الفقهاء من أنّ المشتري إذا تصرّف بالمبيع في مدّة الخيار تصرّف المالك يسقط خياره،¹⁴¹ وأنّ الموصي إذا

¹³⁶ ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع، 5: 133؛ القرافي، الذخيرة، 5: 34؛ تقي الدين أحمد بن عبد الحليم ابن تيمية، القواعد النورانية الفقهية، تح. أحمد مجذ الحليل، ط. 1 (السعودية: دار ابن الجوزي، 1422هـ)، 153.

¹³⁷ تقي الدين أحمد بن عبد الحليم ابن تيمية، مجموع الفتاوى، تح. عبد الرحمن قاسم، (السعودية: مجمع الملك فهد، 1995م)، 29: 13.

¹³⁸ السرخسي، المبسوط، 5: 28.

¹³⁹ ينظر: عمر بن علي الأنصاري المعروف بابن الملّقن، الأشباه والنظائر في قواعد الفقه، تح. مصطفى الأزهرى، ط. 1 (الرياض: دار ابن القيم، 2010)، 2: 139.

¹⁴⁰ تقي الدين الحصري، القواعد، تح. عبد الله الشعلان - جبريل البصيلي، ط. 1 (الرياض: مكتبة الرشد، 1997)، 2: 117.

¹⁴¹ ينظر: ابن عابدين، رد المحتار، 4: 582؛ ابن قدامة، المغني، 3: 487.

تصرّف بالعين الموصى بها تصرّفًا يزيل عنها الملك أو الاسم أو أعظم منافعها أو ما يمنع تسليمها مثل البناء والبيع وغير ذلك يعتبر تصرّفه رجوعًا عن الوصيّة،¹⁴² وأنّ الأعمى إذا قام بجسّ المبيع أو شمّه أو تذوّقه أو ما شابه ذلك من الأفعال التي تقوم مقام الرؤيا يسقط خياره.¹⁴³

كما أنّ أثر الدلالة الفعلية في التعبير عن الإرادة غير منحصر بالعقود، فعلى سبيل المثال: من أخذ مالا متقومًا بغير إذن مالكة -على وجه يزيل يده عنه- دلّ فعله على أنّه أراد الغصب، ومن أخذ مقدارًا معينًا محرّرًا من المال خفية بلا شبهة ملك دلّ فعله على أنّه أراد السرقة.

يتّضح من هذا الكلام أنّ للتصرّفات الفعلية الأثر الكبير عند الفقهاء في التعبير عن الإرادة، وأنها تؤثر في العقود إذا دلّت على مقصود العاقدین دلالة واضحة، وفي هذا ردّ على ما ادّعاه بعض الباحثين بأنّ الفقه الإسلاميّ أقرّ نوعًا خاصًا من الشكليّة أسماها اللفظيّة، وأنّ هذه الشكليّة اللفظيّة هي أثر مما كان النّاس عليه من تقدّيس اللفظ في العصور الأولى، مُستشهدًا لذلك بما تتضمنه كتب الفقهاء من عناية ببعض صيغ التعبير اللفظي في إبرام العقود، وبأنّ الخلاف كان على أشده بينهم حول إبرام العقود بالتعاطي.¹⁴⁴

إلا أنّ هذا الادّعاء يدحضه الواقع، فالخلاف الفقهيّ حول البيع بالتعاطي لم يكن على أشده -كما سيأتي بيانه- بل كان خلافًا يسيرًا، حيث خالف فيه الشافعية ثمّ انتهى متأخروهم بعد ذلك إلى إقراره للحاجة، ثمّ إنّنا إذا أردنا أن نحكم على الفقه الإسلاميّ بصفة ما يجب أن ننظر إلى رأي جمهور الفقهاء فيها وليس إلى

¹⁴² ينظر: الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند، الفتاوى الهندية، ط. 2 (بيروت: دار الفكر، 1310هـ)، 6: 92؛ زكريا الأنصاري، أسنى المطالب في شرح روض الطالب، (بيروت: دار الكتاب الإسلامي)، 3: 64.

¹⁴³ ينظر: الزيلعي، تبين الحقائق، 10: 350.

¹⁴⁴ كما ادّعاه شفيق شحاته في كتابه النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الإسلامية، ينظر: سوار، التعبير عن الإرادة، 272؛ الزرقا، المدخل الفقهي العام، 1: 421.

من انفراد بالتضييق، وأمّا عن عناية الفقهاء في تقديم اللفظ على غيره في العقود فهذا أمر طبيعي؛ لأنّ اللفظ هو الطّريق الطّبيعيّ لذلك، وعنايتهم هذه تفيد ترجيحهم له دون الإلزام به.¹⁴⁵

النقطة الثانية: شروط اعتبار الدلالة الفعلية في التعبير عن الإرادة

دلالة الأفعال شأنها شأن باقي الدلالات، حيث يشترط في اعتبارها:

أولاً: أن لا تبقى الإرادة خفية حبيسة النفس، فيجب أن يقترن بما يعبر عنها من مظهر خارجي، ويتمثل هذا المظهر هنا بالتصرّف الفعلي،¹⁴⁶ وضابط هذا المظهر ليس له شكل ثابت بعينه، وإنّما يرجع في ذلك إلى عرف النّاس ودلائل الأحوال والقرائن المصاحبة له.¹⁴⁷

ثانياً: يجب أن يصدر التصرّف الفعلي عن شخص لديه نصيب من التّعقل والإدراك كي يفهم نتائج تصرّفاته، أي أن يكون متمّناً بأدنى حدّ كاف من الفهم ينتج عنه قصد صحيح معتبر، وهذا الحدّ من الفهم يعبر عنه بأهلية الأداء،¹⁴⁸ فأهلية الأداء تعرّف بأنّها "صلاحية الشّخص لصدور الفعل منه على وجه يعتدّ به شرعاً".¹⁴⁹ وهذه الصلاحية قد تكون قاصرة يقبل من صاحبها بعض التصرّفات دون بعض كما هو الحال في الصبيّ المميّز والمعتوه، وقد تكون كاملة وذلك إذا كان الفاعل بالغاً راشداً.¹⁵⁰

¹⁴⁵ ينظر: الزرقا، المدخل الفقهي العام، 1: 422-423.

¹⁴⁶ ينظر: المرجع السابق، 1: 435؛ البورنو، موسوعة القواعد الفقهية، 1: 158.

¹⁴⁷ ينظر: الزرقا، المدخل الفقهي العام، 1: 437.

¹⁴⁸ ينظر: المرجع السابق، 2: 787-788.

¹⁴⁹ سعد الدين التفتازاني، شرح التلويح على التوضيح، 2: 321.

¹⁵⁰ ينظر: عبد العزيز البخاري، كشف الأسرار، 4: 248-249؛ لجنة من العلماء، مجلة الأحكام العدلية (المواد 967، 978).

ثالثاً: أن لا يصدر عن الفاعل تصريح ينفي قصده من دلالة فعله؛ لأنَّ التعبير الصَّريح أكثر انضباطاً من التعبير بطريق الدلالة؛ لذا يُقدَّم عليه، وقد نصَّ الفقهاء على ذلك من خلال القاعدة الفقهيَّة القائلة: "لا عبرة للدلالة في مقابلة التَّصريح"¹⁵¹

رابعاً: أن لا تخالف تلك الأفعال في تعبيرها عن الإرادة نصّاً شرعياً، فقد نهي الشَّرع عن بعض الأفعال التي كان النَّاس يتَّخذونها بدلاً عن التَّطرق في عقودهم، مثال ذلك:

بيع الحصاة:

هو أحد بيوع الجاهليَّة المنهي عنها في حديث أبي هريرة رضي الله عنه "نهي رسول الله ﷺ عن بيع الحصاة وبيع الغر."¹⁵² وقد ذكر الفقهاء له صوراً عدَّة، أبرزها:

- أن يتَّخذ رمي الحصاة لتحديد المبيع، كأن يرمي الرامي حصاة تجاه مجموعة أثواب، وأيَّ ثوب تقع عليه تلك الحصاة كان هو المبيع، ولا خيار بعد ذلك، فهذه الصَّورة منهي عنها للجهالة بالمبيع وتعليق التَّمليك بالخطر،¹⁵³ كذلك الحال أن يقول للمشتري: بعثك من هذه الأرض إلى ما تنتهي إليه رمية هذه الحصاة بكذا.¹⁵⁴

- أن يستغني بالرمي عن الصَّيغة، كأن يقول: إذا رميت الحصاة، فهذا الثَّوب مبيع منك بكذا، وهذه الصَّورة ذكرها الشَّافعيَّة، ويعللون المنع بعدم وجود الصَّيغة.¹⁵⁵

¹⁵¹ لجنة من العلماء، مجلة الأحكام العدلية، 17، (المادة 13).

¹⁵² مسلم بن الحجاج النيسابوري، المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله ﷺ، تح. مُجد فؤاد عبد الباقي، (بيروت: دار إحياء التراث العربي)، "كتاب البيوع"، 1513.

¹⁵³ ينظر: ابن عابدين رد المحتار، 5: 65؛ الدسوقي، حاشية الدسوقي، 3: 57؛ ابن قدامة، المغني، 4: 156.

¹⁵⁴ ينظر: الدسوقي، حاشية الدسوقي، 3: 57؛ الشرييني، مغني المحتاج، 2: 380؛ ابن قدامة، المغني، 4: 156.

¹⁵⁵ ينظر: عبد الكريم الرافي، فتح العزيز بشرح الوجيز، (بيروت: دار الفكر)، 8: 194؛ زكريا الأنصاري، فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب، (بيروت: دار الفكر، 1994)، 1: 194.

- أن يعلّق انتهاء الخيار ولزوم البيع على رمي الحصاة، كأن يقول: متى رميت الحصاة لزم البيع. وسبب منع هذه الصّورة جهالة زمن رمي الحجر الذي يتوقّف عليه لزوم البيع.¹⁵⁶

بيع الملامسة:

هو أحد بيوع الجاهليّة المنهي عنها في حديث أبي هريرة رضي الله عنه "أنّ رسول الله ﷺ نهي عن الملامسة والمناذرة."¹⁵⁷ وقد ذكر الفقهاء له صوراً عدّة، أبرزها:

- أن يتفق الطرفان على الاكتفاء بلمس الثوب بدلاً من رؤيته - كأن يكونا في ظلمة - في إسقاط خيار الرّؤية. وفساد هذه الصّورة لتعليق التّملك عند الحنفية¹⁵⁸ ولعدم الرّؤية عند المالكية¹⁵⁹ والشافعية¹⁶⁰.
- أن يعلّق البائع البيع على لمس الثوب من قبل المشتري، فيقول له: إذا لمستّه وقع البيع. وفساد هذه الصّورة لعدم وجود الصّيغة عند الشّافعية¹⁶¹ ولتعليق البيع على شرط عند الحنابلة.¹⁶²
- أن يعلّق البائع لزوم البيع على لمس الثوب من قبل المشتري، فيقول له: إذا لمستّه لزم البيع. ويعلّل الحنفية المنع هنا بسقوط خيار المجلس¹⁶³ والشافعية بغياب الرّؤية.¹⁶⁴

بيع المناذرة:

هو أحد بيوع الجاهليّة المنهي عنها في حديث أبي هريرة رضي الله عنه المتقدّم ذكره، وأبرز صورته:

¹⁵⁶ ينظر: الدسوقي، حاشية الدسوقي، 3: 57؛ زكريا الأنصاري، فتح الوهاب، 1: 194.
¹⁵⁷ أخرجه البخاري ومسلم. ينظر: مُجَدِّد بن إسماعيل البخاري، الجامع المختصر الصحيح المختصر من أمور رسول الله ﷺ وسننه وأيامه، نج. مُجَدِّد زهير ناصر، ط. 1 (بيروت: دار طوق النجاة، 2001)، "كتاب البيوع"، 2146؛ مسلم، "كتاب البيوع"، 1511.
¹⁵⁸ ابن عابدين، رد المختار، 5: 65؛
¹⁵⁹ الدسوقي، حاشية الدسوقي، 3: 56.
¹⁶⁰ زكريا الأنصاري، فتح الوهاب، 1: 194.
¹⁶¹ المرجع السابق، 1: 194.
¹⁶² ابن قدامة، المغني، 4: 156.
¹⁶³ ابن عابدين، رد المختار، 5: 65.
¹⁶⁴ زكريا الأنصاري، فتح الوهاب، 1: 194.

- أن يكون التَّبذ من الطَّرْفين، بحيث يقوم كل واحد منهما بنبذ ثوبه إلى الطَّرْف الآخر دون التَّنظر إلى ثوب صاحبه، فيجعلون هذا التَّبذ بيعًا. وفساد هذه الصَّورة سببه الجهالة وتعليق التَّمليك بالخطر كما ذكره الحنفية.¹⁶⁵

- أن يكون التَّبذ من طرف واحد، بحيث يقول للطَّرْف الآخر: أنبذ إليك ثوبي بمائة، فيأخذه الآخر، أو بعته بكذا، فإذا نبذته إليك لزم البيع. وهذه الصَّورة باطلة عند الشَّافعية لقيام التَّبذ مكان الصَّيغة، وللتعليق وللشَّروط الفاسد.¹⁶⁶

خامسًا: أن تكون صادقة في تعبيرها عن الإرادة: يشترط في اعتبار الدَّلالة الفعلية - كما في بقية الدَّلالات - أن تكون صادقة في تعبيرها عن الإرادة، وهذا يعني أنه يجب أن تكون واضحة في تعبيرها،¹⁶⁷ وتحقق ذلك بواسطة دلالة الأفعال يختلف قوَّة وضعفًا، شأنها في ذلك شأن الألفاظ؛ فالألفاظ الصَّريحة يثبت حكمها بنفسها من غير حاجة إلى عزيمة، أمَّا الكناية فلا يثبت حكمها إلَّا بالنيَّة أو ما يقوم مقامها من دلالة الحال،¹⁶⁸ وكذلك بعض الأفعال فإنَّها تجري مجرى اللفظ الصَّريح فيبنى الحكم على ظاهرها دون التَّنظر إلى نيَّة فاعلها، وبعضها الآخر يجري مجرى اللفظ الكنائي، وإن كانت الكناية في أصلها من عوارض الألفاظ¹⁶⁹ إلَّا أنَّ بعض الأفعال يجري مجراها في ذلك، يقول الإمام السَّيبكي في معرض حديثه عن الصَّريح

¹⁶⁵ ابن عابدين، رد المختار، 5: 65.

¹⁶⁶ زكريا الأنصاري، أسنى المطالب، 2: 30.

¹⁶⁷ Üveys Ateş, İslam Hukukunda Fesih Hakkı Doğuran Bir Sebep Olması Açısından Akitte Yapılan Hata ve Türleri, Edebalı İslâmiyat Dergisi, 2/3 (2018), 51-52.

¹⁶⁸ ينظر: مُجَدِّد السرخسي، أصول السرخسي، (بيروت: دار المعرفة)، 1: 188-189.

¹⁶⁹ الكناية كما ورد تعريفها في كشف الأسرار هي: "ما استتر المراد به". والأصل فيها أنَّها من عوارض الألفاظ، جاء في ردِّ المختار أثناء الحديث عن الرَّجعة بالفعل: "هذا ليس من الصَّريح ولا الكناية لأنَّهما من عوارض اللفظ فافهم." وذهب الشَّافعية إلى تقسيم الإشارة إلى صريح وكناية، فالصريح منها ما اتفق كافة النَّاس على فهمه، والكناية هي الَّتِي يَفطن إليها بعض النَّاس. ينظر: عبد العزيز البخاري، كشف الأسرار، 1: 66؛ ابن عابدين، رد المختار، 3: 398؛ الغزالي، الوسيط في المذهب، 5: 378.

والكناية في الطَّلَاق: "الكلام في فعل يتنزل تارة منزلة الصَّريح، وتارة منزلة الكناية."¹⁷⁰ وسنضرب هنا

بعض الأمثلة من المعاملات الماليَّة توضِّح ذلك:

في خيار الشَّروط إذا اشترى شخص دابَّةً أو ثوبًا، واستعمل المبيع في مدَّة خياره، فهنا ينظر إلى نَيْتِه من الاستعمال، فإن كان الهدف منه التَّجربة؛ كما لو لبس الثَّوب لينظر إلى طوله وعرضه، أو ركب الدَّابَّة لينظر إلى سيرها وقوَّتها، يبقى حقُّه في الخيار قائمًا، فإذا كانت طبيعة الاستعمال تدلُّ على عدم قصد التَّجربة سقط حقُّه في الخيار،¹⁷¹ يقول ابن قدامة بعد أن ساق بعض الأمثلة على سقوط الخيار بالأفعال: "فما دلَّ على الرِّضا بالمبيع يقوم مقام القول ككنايات الطَّلَاق."¹⁷² ويمكن أن يُستدلَّ على الرِّضا هنا بما يصاحب الأفعال من دلائل الأحوال، حيث تفيد بغلبة الظَّن الكشف عن القصد، ومن القواعد الَّتِي ذكرها العلماء في هذا الصَّدَد "الأصل أنَّ للحالة من الدَّلالة كما للمقالة" ومعنى القاعدة: أنَّ لغير اللَّفظ من عرف أو إشارة أو علامة أو حال إفادة كما لِلْفَظ الصَّريح عند وجوده،¹⁷³ كما يمكن أن يستدلَّ على الرِّضا أيضًا بدلائل العادات، جاء في الذَّخيرة: "والفعل إن دلَّ في العادة على الإمضاء أو الرَّدَّ عُمَل

بمقتضاه.¹⁷⁴

¹⁷⁰ تاج الدين السبكي، الأشباه والنظائر، 1: 83.

¹⁷¹ ينظر: علاء الدين مُجَدِّد بن أحمد السمرقندي، تحفة الفقهاء، ط. 2 (بيروت: دار الكتب العلمية، 1994م)، 2: 71؛ عبد الله ابن مودود

الموصلي، الاختيار لتعليل المختار، (القاهر: مطبعة الحلبي، 1937م)، 2: 15.

¹⁷² موفق الدين ابن قدامة المقدسي، الشرح الكبير على متن المقنع، (بيروت: دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع)، 4: 74.

¹⁷³ مُجَدِّد صدقي آل بورنو، موسوعة القواعد الفقهيَّة، 8: 732.

¹⁷⁴ القراني، الذخيرة، 5: 34.

أما لو وقع نفس المثال السابق ولكن في خيار العيب، فإن استعمال المشتري للمبيع بعد علمه بالعيب يدلُّ على رضاه بالمبيع، ولا يُنظر إلى نيته هنا، وذلك أنَّ احتمال استعماله لأجل التجربة منفيٌّ؛¹⁷⁵ لذا أُجري فعله هنا مجرى اللفظ الصريح.

النقطة الثالثة: الفرق بين التعبير بدلالة الأفعال وغيرها من وسائل التعبير عن الإرادة

هناك بعض الفروق بين التعبير عن الإرادة بدلالة الأفعال وبين التعبير عنها بباقي الدلالات، وهذه الفروق يمكن عرضها على النحو الآتي:

أولاً: الفرق بين التعبير بدلالة الأفعال والتعبير الصريح

- 1- التعبير الصريح طرقة ثابتة، وتلك الطرق وُضعت أصلاً للتعبير عن الإرادة، بخلاف التعبير بدلالة الأفعال فطرقة متنوعة، وليس لها وضع لغوي، فالإرادة تُستخلص استخلاصاً منها كما ذُكر سابقاً.
- 2- التعبير الصريح مستقل بذاته في التعبير عن الإرادة، فهو لا يفتقر إلى نية أو قرينة من أجل الاعتداد به، يقول السرخسي: "حكم الصريح ثبوت موجه بنفسه من غير حاجة إلى عزيمة."¹⁷⁶ بخلاف التعبير بواسطة الدلالة الفعلية، حيث إنَّ بعض الأفعال لا تدلُّ بذاتها، وإنما تفتقر إلى القرائن والظروف الحالية لتستبين دلالتها كما بيناه قريباً.

- 3- عند التعارض بين التعبير الصريح ودلالة الأفعال يُقدَّم التعبير الصريح عليها؛ لأنَّ الدلالة الوضعية هي بطبيعتها أقوى من الدلالة الاستنباطية، وفي هذا يقول البايزي:¹⁷⁷ "دلالة الرضا لا تربو على

¹⁷⁵ ابن عابدين، رد المختار، 5: 19.

¹⁷⁶ السرخسي، أصول السرخسي، 1: 188.

¹⁷⁷ هو أكمل الدين محمد بن محمود البايزي نسبة إلى "بايزا" إحدى قرى بغداد، أحد فقهاء الحنفية، وكان إماماً في الحديث، من مصنفاته "شرح الهداية" في الفقه و"شرح السراجية" في الفرائض، و"شرح المنار". توفي سنة 786 هـ. ينظر: عمر رضا كحالة، معجم المؤلفين، (بيروت: إحياء التراث العربي)، 11: 298.

صريحه".¹⁷⁸ مثال ذلك: إذا دخل إنسان دار آخر بإذنه، ووضع صاحب البيت إناءً مُعدًّا للشرب أمام الضيف، ففعله هذا يعد إذنًا بالشرب دلالة، فإذا أخذ الضيف ذلك الإناء ليشرب منه فوقع من يده وانكسر، فلا يضمن ذلك الإناء؛ لأنَّه مأذون بذلك، أمَّا لو نحاه صاحب البيت أو الدار عن الشرب منه، ثمَّ أخذه ليشرب فوقع وانكسر فإنَّه يضمن قيمته؛ لأنَّ تصريح صاحب الدار بالتهيُّب أبطل حكم الإذن المستند إلى دلالة الحال.¹⁷⁹ وأمَّا عند عدم التعارض فيعمل بالدلالة لأنَّها في حكم التصريح وقوَّته.

ثانيًا: الفرق بين التعبير بدلالة الأفعال والتعبير بالكتابة

- 1- إنَّ الكتابة هي ألفاظ غير منطوقة، فالكاتب يقوم بإنشائها على مهل بشكل منضبط ليعبر بها عن مقصوده، أمَّا الأفعال فهي ليست من قبيل التعبير الإنشائي.
- 2- تتميز الكتابة -التي يعتدُّ بها- عن دلالة الأفعال ببقائها بعد الفراغ منها، ويمكن أن يدرك المقصود منها الحاضر والغائب، ويمكن ترديد النَّظر فيها أكثر من مرَّة، أمَّا الأفعال فإنَّها تزول في الحال، وتكون دلالتها بين الحاضرين.

ثالثًا: الفرق بين التعبير بدلالة الأفعال والتعبير بالإشارة

- 1- الأصل في الإشارة أنْ يستخدمها فئة محدودة من النَّاس عاجزة عن التَّطرق، حيث تقوم بذلك اضطرارًا، والأصل في دلالة الأفعال أنْ يستخدمها كافَّة النَّاس.
- 2- الأصل في اعتبار الإشارة أن تكون معهودة معلومة،¹⁸⁰ بخلاف دلالة الأفعال، فهي إمَّا أن تجري مجرى الصَّريح فتدلُّ بذاتها، أو تجري مجرى الكناية فتدلُّ بالقرائن والظُّروف الحالَّة.

رابعًا: الفرق بين التعبير بدلالة الأفعال والتعبير بدلالة الحال

¹⁷⁸ الباري، العناية، 6: 341.

¹⁷⁹ ينظر: لجنة من العلماء، مجلة الأحكام العدلية، 146، (المادة 772).

¹⁸⁰ المرغيناني، الهداية، 4: 548.

دلالة الحال مفهومها أوسع من دلالة الأفعال، فهي هيئة تبين مقصود الشخص من تصرفاته القولية والفعليّة، وقد تكون مجرّدة عن اللفظ والفعل، كسكوت البكر التي تستأمر في النكاح.

خامساً: الفرق بين التعبير بدلالة الأفعال والتعبير بالسكوت

إنّ الشخص الساكت لا يصدر عنه أيّ فعل ماديّ يستفاد منه الرضا والاختيار، وإنما يستفاد ذلك من ظروف الحال التي تحفّ به فقط، بخلاف الأفعال حيث تصدر عن الشخص أفعال ماديّة كالقيام ومغادرة المجلس والأخذ والإعطاء وغير ذلك.



2 أثر التصرفات الفعلية في تكوين العقود

إنّ كلّ عقد من العقود المالية يمرّ أثناء تكوينه بمرحلتين هما: مرحلة الانعقاد ومرحلة الصحة؛ أمّا بالنسبة لمرحلة الانعقاد فلها شروط، فإذا اجتاز العقد تلك الشروط انعقد وإذا لم يجتزها بطل، وأمّا بالنسبة لمرحلة الصحة فلها شروط أيضاً، فإن اجتازها العقد فهو عقد صحيح، وإن لم يجتزها فهو باطل عند جمهور الفقهاء خلافاً للحنفية؛ حيث يدور العقد عندهم بين الفساد والبطلان كما قدّمنا في بداية هذا البحث.

وسنبحث في هذا الفصل أثر التصرفات الفعلية في إنشاء صيغ العقود -التي هي شرط انعقاد- وأثرها في صحة العقود، وذلك من خلال المبحثين التاليين:

المبحث الأول: أثر التصرفات الفعلية في إنشاء صيغ العقود.

المبحث الثاني: أثر التصرفات الفعلية في صحة العقود.

2.1 أثر التصرفات الفعلية في إنشاء صيغ العقود

يعتبر الرضا من المبادئ الأساسية التي تقوم عليها العقود، ولما كان الرضا أمراً خفياً اقتضت حكمة الله عز وجل ردّ العباد إلى ضابط جليّ يفصحون من خلاله عن هذا الرضا متمثلاً ذلك بما يسمّى بالصيغة، يقول ابن القيم: "إنّ الله تعالى وضع الألفاظ بين عباده تعريفاً ودلالةً على ما في نفوسهم، فإذا أراد أحدهم من الآخر شيئاً عرفه بمراده وما في نفسه بلفظه، ورّتب على تلك الإرادات والمقاصد أحكامها بواسطة الألفاظ، ولم يرّتب تلك الأحكام على مجرّد ما في النفوس من غير دلالة فعل أو قول".¹⁸¹

وستحدّث في هذا القسم عن أثر التصرفات الفعلية في إنشاء صيغ العقود؛ حيث إنّ هذه التصرفات يمكنها أن تقوم مقام الألفاظ في التعبير عن الرضا، وسنبيّن مدى تقبّل مذاهب الفقهاء لهذا الأمر، مع عرض صور تطبيقية لذلك من مختلف أبواب فقه المعاملات المالية.

2.1.1 أثر فعل المعاوضة في إنشاء صيغ العقود

صيغة العقد هي الألفاظ وما في معناها -كالكتابة- أو الأفعال التي تدلّ على رضا المتعاقدين ينشأ بها العقد،¹⁸² جاء في مواهب الجليل في معرض الحديث عن الركن الأوّل من أركان البيع: "الصيغة التي ينعقد بها البيع هو ما يدلّ على الرضا من البائع ويسمّى بالإيجاب، وما يدلّ على الرضا من المشتري ويسمّى القبول، وسواء كان الدالّ قولاً .. أو كان فعلاً كالمعاوضة".¹⁸³

¹⁸¹ ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين، تح. مُحمّد عبد السلام إبراهيم، ط. 1 (بيوت: دار الكتب العلمية، م1991)، 3: 86.

¹⁸² عدا عقد النكاح وذلك احتراماً لأمر الفروج وخطورتها؛ حتّى إنه يحتاج للإشهاد عليه. ينظر: ابن عابدين، رد المختار، 3: 12؛ الزحيلي، الفقه الإسلامي، 9: 6525.

¹⁸³ الخطاب، مواهب الجليل، 4: 228.

هذا ويتفق جمهور الفقهاء في استعمال مصطلح "الإيجاب والقبول" في التعبير عن الصيغة اللفظية،¹⁸⁴ وذهب كل من المالكية¹⁸⁵ وبعض الحنابلة¹⁸⁶ إلى إطلاقه أيضًا على كل طريقة أخرى يتم من خلالها التعاقد بين طرفين، ومن بينها الصيغة الفعلية.¹⁸⁷

وأما عن الصيغة الفعلية فيعبر الفقهاء عنها بالمعاطاة أو التعاطي،¹⁸⁸ وقد يُعبر عنها بالمرابضة أيضًا،¹⁸⁹ وذكروا لهذه الصيغة تعريفات في عقد البيع، فهي كما عرفها الحنفية: "المبادلة الفعلية الدالة على التراضي"¹⁹⁰ وعرفها المالكية بالمبادلة الفعلية من غير تكلم ولا إشارة،¹⁹¹ وعلى هذا سارت جل تعريفات المعاصرين -التي وقفنا عليها- للمعاطاة؛ حيث انحصرت تعريفاتهم لها بما يتم تطبيقه في عقد البيع،¹⁹² إلا

¹⁸⁴ ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع، 5: 133؛ سليمان بن خلف الباجي، المنتقى شرح الموطأ، ط. 1 (مصر: مطبعة السعادة، 1332هـ)، 4: 157؛ أبو إسحاق إبراهيم الشيرازي، المذهب في فقه الإمام الشافعي، (بيروت: دار الكتب العلمية)، 2: 3؛ المرداوي، الإنصاف: 11: 14.

¹⁸⁵ ينظر: الباجي، المنتقى: 4: 157؛ الخطاب، مواهب الجليل، 4: 228.

¹⁸⁶ ينظر: المرداوي، الإنصاف 11: 14؛ إبراهيم ابن مفلح، النكت والفوائد السنية على مشكل المحرر، ط. 2 (الرياض: دار المعارف، 1404هـ)، 1: 260.

¹⁸⁷ وإطلاق جمهور الفقهاء عبارة "الإيجاب والقبول" على الصيغة اللفظية ليس من باب التخصيص، وإنما هو اصطلاح عربي بينهم، ويؤيد هذا ما جاء في بدائع الصنائع: "أما القول فهو المسمى بالإيجاب والقبول في عرف الفقهاء.. وأيضًا ما جاء في النكت والفوائد السنية: "عبارة أصحابنا وغيرهم تقتضي أن المعاطاة ونحوها ليست من الإيجاب والقبول وهذا تخصيص عربي، فالصواب .. أن لفظ الإيجاب والقبول يشتمل على صور العقد قولية أو فعلية." وهذا الخلاف لا يبنى عليه أثر من الناحية الشرعية، ولكن أفراد هذا القسم للحديث عن أثر الأفعال في صيغ العقود اقتضى التنبيه إليه.

ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع، 5: 133؛ إبراهيم ابن مفلح، النكت والفوائد السنية، 1: 260؛ ديبان الديبان، المعاملات المالية أصالة ومعاصرة، ط. 2 (الرياض: مكتبة الملك فهد الوطنية، 1432هـ)، 1: 310.

¹⁸⁸ هما من الألفاظ المترادفة في عرف الفقهاء، وقد ميز أهل اللغة بينهما، حيث ذهبوا إلى أن المعاطاة هي المناولة، وأن التعاطي يختص بتناول ما لا يحق، فيقال: فلان تعاطى أمرًا قبيحًا.

ينظر: الموسوعة الفقهية الكويتية، 12: 198؛ ابن منظور، لسان العرب، 15: 68-70؛ الفيروز آبادي، القاموس المحيط، 1312.

¹⁸⁹ ينظر: محمد تقي العثماني، فقه البيوع على المذاهب الأربعة مع تطبيقاته المعاصرة مقارنة بالقوانين الوضعية، (كراتشي: مكتبة معارف القرآن، 2015م)، 1: 66.

¹⁹⁰ مجلة الأحكام العدلية، 36، (المادة 175).

¹⁹¹ ينظر: أحمد الدردير، الشرح الكبير مطبوع مع حاشية الدسوقي، (بيروت: دار الفكر)، 3: 3؛ الخطاب، مواهب الجليل، 4: 228.

¹⁹² على سبيل المثال لذلك ينظر: الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، 4: 2948؛

/2، (2008)، Ahmet Özdemir, Akitlerde İrade Beyanı, Çukurova İlahiyat Fakültesi Dergisi,

أنَّ مجال التَّعاقد بالمعطاة هو أوسع من ذلك، فقد يكون في البيع وقد يكون في بعض العقود الأخرى كالإجارة والهبة، وقد تقوم المعطاة على المبادلة من الطرفين، ومثاله ما يقع في عقود المعاوضات الماليَّة كالبيع،¹⁹³ وقد يعطي أحد الطرفين دون أن يأخذ شيئاً، ومثال هذا ما يقع في التبرعات كالهبة،¹⁹⁴ وبناء على ذلك يمكننا القول بأنَّ للمعطاة معنيين، أحدهما: هو الإعطاء من جانب واحد، والثاني: هو الإعطاء من الجانبين،¹⁹⁵ كما يمكننا تعريفها بنوعيتها بأنَّها: المناولة الفعلية للمعقود عليه الدَّالة على الرضا.

وقد اختلف الفقهاء في حكم انعقاد عامة العقود بطريق المعطاة، وجرت عادتهم أن يُفصلوا حكم ذلك في باب البيع دون غيره من أبواب المعاملات، ولعلَّ السَّبب في ذلك يعود إلى عادة أخرى لديهم وهي أنَّهم يبحثون المسائل المشتركة بين البيع وغيره في باب البيع، ولا يكررون بحثها في باب آخر من أبواب المعاملات؛ إلَّا اذا اقتضى ذلك الباب أحكاماً خاصَّة به في تلك المسائل، وبناء على ذلك يمكننا القول مبدئياً: إنَّ قول الفقهاء في حكم المعطاة في هذا الباب يمثِّل رؤيتهم في حكم المعطاة بشكل عامٍّ، ويؤكد هذا الكلام طريقة استدلالهم ومناقشتهم في حكم البيع بالمعطاة؛ حيث يدور محور الاستدلال والنقاش حول مدى إمكانية قيام الدَّالة الفعلية بالتعبير عن الرضا عمومًا، ونحن إذ نقول هذا نقول أيضاً: قد يخرج أحد المذاهب عن المبدأ العامِّ له في حكم الاعتداد بالدَّالة الفعلية في باب آخر من أبواب المعاملات لسبب ما، لذا سنقوم هنا ببحث أثر فعل المعطاة في إنشاء صيغة عقد البيع بالتفصيل، ثمَّ نبين بعد ذلك كيف تعامل الفقهاء مع أثر فعل المعطاة في أبواب المعاملات الأخرى على وجه الإجمال.

¹⁹³ مجلة الأحكام، 36، (المادة: 175).

¹⁹⁴ ينظر: علي حيدر، درر الأحكام، 2: 405؛ ابن عابدين، رد المحتار، 5: 688.

¹⁹⁵ وقد عبر بعض المعاصرين كوحيد الدين سوار عن التعاطي من جانب واحد بـ"التعاطي بالمعنى الضيق" ومن جانبين بـ"التعاطي بالمعنى الواسع". ينظر: سوار، التعبير عن الإرادة، 232.

2.1.1.1 أثر فعل المعاوضة في إنشاء صيغة عقد البيع

اختلف الفقهاء في حكم انعقاد البيع بالمعاوضة، ويمكن حصر اتجاهاتهم في ذلك ضمن أربعة أقوال:

القول الأول: يرى أصحاب هذا القول صحة انعقاد البيع بالمعاوضة مطلقاً، سواء في الأموال النفيسة أو

الخسيسة. وهذا مذهب جمهور الفقهاء من الحنفية،¹⁹⁶ والمالكية،¹⁹⁷ وقول لبعض علماء الشافعية،¹⁹⁸

والحنابلة في الرَّاجح عندهم.¹⁹⁹

القول الثاني: يرى أصحابه أنه لا يصحّ التعاقد بالمعاوضة مطلقاً، وهذا هو المشهور من مذهب

الشافعية،²⁰⁰ ورواية عند الحنابلة.²⁰¹

القول الثالث: يرى أصحابه صحة التعاقد بالمعاوضة في الأموال اليسيرة -وهو ما يعبر عنه بالمحقرات- دون

النفيسة، وهو قول بعض المتقدمين من الحنفية،²⁰² وقول عند الشافعية²⁰³ وبعض الحنابلة.²⁰⁴

¹⁹⁶ ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع، 5: 134؛ كمال الدين محمد السيواسي المعروف بابن الهمام، فتح القدير، (بيروت: دار الفكر)، 6: 252؛ ابن عابدين، رد المحتار، 4: 513.

¹⁹⁷ ينظر: الخطاب، مواهب الجليلي، 4: 228؛ الدسوقي، حاشية الدسوقي، 3: 3.

¹⁹⁸ ومن اختار هذا القول من الشافعية الإمام النووي والبغوي والمتولي، حيث ذهبوا إلى صحة التعاقد بالتعاطي في كل ما جرى به العرف. ينظر: النووي، روضة الطالبين، 3: 339؛ زكريا الأنصاري، أسنى المطالب، 2: 3؛ شمس الدين محمد الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، (بيروت: دار الفكر، 1984م)، 3: 375.

¹⁹⁹ ينظر: ابن قدامة، المغني، 3: 481؛ المرداوي، الإنصاف، 11: 12؛ كشاف القناع، 3: 148.

²⁰⁰ إلا أن الشافعية يربون عليه بعض الآثار في حال وقوعه، فمنهم من أعطاه حكم المقبوض في العقد الفاسد، وبالتالي يجب على العاقد أن يتردا ما تم قبضه إن كان باقياً، وبذلك إن كان المقبوض تالفاً. ومنهم من حمله على الإباحة اللازمة التي لا يجوز الرجوع فيها، ومنهم من قال بأنه يجب على العاقد أن يتردا ما تم قبضه إن كان باقياً، فإن كان المقبوض تالفاً سقطت المطالبة. وأصح هذه الأقوال عندهم هو القول الأول. ينظر: النووي، المجموع، 9: 164؛ زكريا الأنصاري، أسنى المطالب، 2: 3؛ شمس الدين الرملي، نهاية المحتاج، 3: 375-376.

²⁰¹ ينظر: المرداوي، الإنصاف، 11: 12؛ إبراهيم ابن مفلح، المبدع في شرح المقنع، ط. 1 (بيروت: دار الكتب العلمية، 1997م)، 4: 451، 4: 6.

²⁰² وهو قول الكرخي ونسبه في البدائع للقدوري أيضاً. ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع، 5: 134؛ الزيلعي، تبين الحقائق، 4: 4؛ ابن عابدين، رد المحتار، 4: 513.

²⁰³ ومن ذهب إلى هذا القول من الشافعية ابن سريج، ينظر: النووي، المجموع، 9: 164؛ الرملي، نهاية المحتاج، 3: 376.

²⁰⁴ وهذا القول اختاره القاضي أبو يعلى، ينظر: ابن قدامة، المغني، 3: 481؛ البهوتي، كشاف القناع، 3: 148.

واختلفوا في الحدّ الفاصل بين المحقّر والتّقيس: فحدّه بعض الحنفية بما قلّ ثمنه أو أكثر، ومثّلوا لما قلّ ثمنه بالخبز، ولما ارتفع ثمنه بالعبد، ومنهم من حدّ ذلك بنصاب السرقة،²⁰⁵ والمشهور عند الشافعية أنّ تقدير ذلك يعود إلى العرف.²⁰⁶

القول الرابع: يرى أصحابه صحّة التّعاقّد بالمعاطاة إذا كان المتعاقدان بما ممّن عرف بين النّاس بممارسة العقود حتّى صار هذا الأمر سمة لهما، وهو قول لبعض الشافعية.²⁰⁷

الأدلة والمناقشة:

أدلة أصحاب القول الأوّل: استدلّ أصحاب هذا القول بجملّة من الأدلّة أبرزها الآتي:
أوّلاً: قوله تعالى: "يا أيها الذين آمنوا لا تأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ." (النساء 29/4)

وجه الاستدلال بهذه الآية أنّ التجارة هي جعل الشّيء ملكاً للغير لقاء بدل، وهذا هو التّعاطي.²⁰⁸
ويردّ الشافعية على هذا الاستدلال بأنّ الآية علّقت صحّة التجارة على توافر عنصر الرضا، والرضا أمر خفيّ، فلا بدّ من أمر ظاهر يدلّ عليه وهو اللفظ، أمّا الأفعال فدلالته على ذلك غير ظاهرة.²⁰⁹
وأجيب على ردّ الشافعية: أنّ الله عز وجلّ قد علّق صحّة البيع على وجود التراضي، ولم يبيّن لنا كيفية التعبير عن هذا التراضي، فوجب الرجوع إلى العرف في ذلك؛ لأنّ انتفاء الدلالة الوضعيّة -وهي اللفظ- هنا لا يلزم منه أن ننفي مطلق الدلالة، فالدلالة العرفيّة على الرضا لا تزال باقية.²¹⁰

²⁰⁵ ينظر: ابن عابدين، رد المحتار، 4: 513.

²⁰⁶ ينظر: النووي، المجموع، 9: 164.

²⁰⁷ ينظر: الشريبي، مغني المحتاج، 2: 326.

²⁰⁸ ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع، 5: 134؛ خليل ابن إسحاق، التوضيح في شرح المختصر الفرعي لابن الحاجب، تح. أحمد عبد الكريم نجيب، ط. 1 (مصر: مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث، 2008م)، 5: 191.

²⁰⁹ ينظر: الشريبي، مغني المحتاج، 2: 325؛ أحمد ابن حجر الهيتمي، تحفة المحتاج، (مصر: المكتبة التجارية الكبرى، 1983م)، 4: 216؛ الرملي، نهاية المحتاج، 3: 375.

ثانيًا: إنَّ من تتبَّع الوارد عن النَّبي ﷺ والوارد عن صحابته -رضوان الله عليهم- من المبيعات والتبرعات علم أنَّهم لم يكونوا يلتزمون في ذلك صيغة لفظية من الطرفين، ثمَّ العقود -لا سيما البيع- ممَّا تعمَّ بها البلوى، فلو كان من الواجب على النَّاس التزام لفظ معيَّن فيها لبين ذلك النَّبي ﷺ، ولو حدث أنَّ بينه لنقل ذلك نقلًا شائعًا، وإنَّما الآثار المنقولة خلاف ذلك، منها: ما روي عن رسول الله ﷺ أنَّه كان إذا أتى بطعام سأل عنه: "أهدية أم صدقة؟" فإن قيل صدقة، قال لأصحابه: "كلوا" ولم يأكل، وإن قيل هدية، ضرب بيده ﷺ، فأكل معهم.²¹¹ وغير ذلك من الأحاديث التي كان النَّبي ﷺ يقبل فيها الهدية دون أن يتلفظ بقبول والَّتي كان يعطي فيها أصحابه دون أن يتلفظوا بإيجاب.²¹²

ثالثًا: المعقول: وذلك من وجهين:

الأوَّل: أنَّ الألفاظ غير مقصودة لذواتها في الدلالة على التراضي، بدليل أنَّ العقد لا ينقصد بها إذا لم يتراض المتعاقدان،²¹³ وبناء عليه إذا وُجد ما يقوم مقامها في الدلالة على الرضا -كالمعاطاة- قبل ذلك. الثاني: أنَّ التَّبايع بالمعاطاة قد تعامل به النَّاس على مرَّ العصور في أسواقهم لسهولة هذه الطريقة بالتَّعامل، وهذا لا ينكره المخالفون، ولو كان التَّلَفُّظ بالإيجاب والقبول شرطًا في العقود لشقَّ ذلك على الأُمَّة.²¹⁴

أدلة أصحاب القول الثاني:

استدلَّ أصحاب هذا القول بجملة من الأدلة أبرزها الآتي:

أوَّلًا: قد أحلَّ الله البيع، والبيع هو اسم للإيجاب والقبول وليس للقيام بتسليم المبيع واستلام الثَّمَن، إذ لمن قام بالتَّسليم أن يدَّعي أنَّه لم يقصد البيع.²¹⁵

²¹⁰ ينظر: خليل ابن إسحاق، التوضيح، 5: 191؛ الخطاب، مواهب الجليل، 4: 228؛ ابن قدامة، المغني، 3: 481.

²¹¹ أخرجه البخاري عن أبي هريرة رضي الله عنه، "كتاب الهبة وفضلها والتحريض عليها"، 2576.

²¹² ينظر: ابن قدامة، المغني، 3: 482-483.

²¹³ ينظر: علي حيدر، درر الحكام، 1: 143.

²¹⁴ ينظر: ابن قدامة، المغني، 3: 481-482.

ويمكن أن يجاب على هذا بأنّ تفسير البيع بالإيجاب والقبول لا يُسلّم به لا من حيث اللُّغة ولا من حيث الاصطلاح، أمّا من حيث اللُّغة فالبيع هو "مبادلة مال بمال"²¹⁶ وأمّا من حيث الاصطلاح فالشّافعية أنفسهم يعرفون البيع بأنّه: "مقابلة مال بمال على وجه مخصوص".²¹⁷ والبيع بطريق المعاطاة يشمل هذا؛ لأنّ المعاطاة تقوم على المبادلة بالأخذ والإعطاء، ونصوص الشّرع تدلّ على أنّ مجرد المبادلة يمكن إطلاقها على البيع والشّراء، من ذلك قوله تعالى: "إِنَّ اللَّهَ اشْتَرَى مِنَ الْمُؤْمِنِينَ أَنْفُسَهُمْ وَأَمْوَالَهُمْ بِأَنْ لَهُمُ الْجَنَّةُ" فسمّى مبادلة الجنّة بالقتال اشتراء وبيعاً وإن لم يوجد لفظ البيع؛ لقوله في نهاية الآية: " فاستبشروا ببيعكم الذي بايعتم به " (التوبة 111/9).²¹⁸

ثانياً: أنّ جوهر العقود هو الرّضا، والرّضا من الأمور الخفية التي لا يمكن الاطلاع عليها، فافتضت الحكمة ردّ المتعاقدين إلى أمر جلّي يستدلّ به على الرّضا، والذي يصلح لذلك هو الإيجاب والقبول لفظاً؛²¹⁹ لأنّه يكشف عن الرّضا بشكل جازم، أمّا المعاطاة فلا تصلح لذلك؛ لأنّ صورة العقد الواحد بطريق المعاطاة قد تحمل أنواعاً مختلفة من العقود، وهذا يؤدّي إلى وقوع النزاع والشّقاق بين المتعاقدين.²²⁰

ويمكن أن يجاب على هذا بأنّ التّمييز بين العقود التي تحتملها المعاطاة يكون بالقرائن والظّروف التي تحيط بها، وبالعرف الغالب مكان حدوثها. فعلى سبيل المثال: من قدّم لآخر شيئاً في ليلة زفافه يُحمل فعله هذا على الهبة وليس على عقد آخر كالإيداع مثلاً، وكذلك الفران الذي يُعطي قطعة من الخبز ويأخذ ثمنها يُحمل فعله على البيع وليس على عقد آخر، وهكذا.

²¹⁵ ينظر: أبو حامد محمد الغزالي، إحياء علوم الدين، (بيروت: دار المعرفة)، 2: 67.

²¹⁶ أحمد الفيومي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، (بيروت: المكتبة العلمية)، 1: 69.

²¹⁷ زكريا الأنصاري، فتح الوهاب، 1: 186؛ الشربيني، مغني المحتاج، 2: 322.

²¹⁸ ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع، 5: 134.

²¹⁹ ينظر: الشربيني، مغني المحتاج، 2: 325؛ الرملي، نهاية المحتاج، 3: 375.

²²⁰ ينظر: الغزالي، إحياء علوم الدين، 2: 67.

أدلة أصحاب القول الثالث:

استدل القائلون بصحة المعاطاة في المحقرات دون غيرها بدليلين:

الأول: أن العادة جرت بين الناس في إبرام العقود بالمعاطاة في المحقرات؛²²¹ لأن الناس يستقبحون التلّظ بالإيجاب والقبول فيها، ويعتبرون ذلك ضرباً من التّكلف، ومن يفعل ذلك ينسب إليه إقامة الوزن لأمر حقير، وهذا بخلاف التلّظ بالإيجاب والقبول في نفائس الأموال، ففاعله لا يُستقبح منه ذلك ولا يُعد متكلّفاً.²²²

ويمكن أن يجاب على هذا بأن أصحاب هذا القول قد علّلوا المنع بجريان العرف والعادة، ولكن ما هو قولهم فيما لو جرى العرف بالتّعاقّد بطريق المعاطاة في الأموال التّفيسة فهل يأخذون به؟ فإن أجابوا بلا، قلنا لهم هذا تحكم؛ إذ لا معنى للتّفريق والتّفصيل! وإن أجابوا بنعم، قلنا: بطل ما يدّعون من التّفريق.

الثاني: أن اشتراط الإيجاب والقبول في المحقرات فيه مشقّة على الناس، فكانت الحاجة ماسّة للمعاطاة من أجل تصحيح تلك العقود؛ لذا كان التّعاقّد بالمعاطاة فيها معتاداً عليه زمن الصحابة، ولو كُلفوا بالإيجاب والقبول مع الحَبّاز والقصاب وما شابه ذلك لثقل عليهم فعله.²²³

ويمكن أن يجاب على هذا من وجوه:

الأول: القول بوجود الحاجة الماسّة للمعاطاة في المحقرات لا يلزم منه عدم صحة المعاطاة في الأموال التّفيسة.

الثاني: ربط صحة المعاطاة بالحاجة ودفع المشقّة قد يوجد في المحقرات وقد يوجد في غيرها.

²²¹ ينظر: الزيلعي، تبين الحقائق، 4: 4؛ النووي، المجموع، 9: 163.

²²² ينظر: الغزالي، إحياء علوم الدين، 2: 67.

²²³ ينظر: المرجع السابق.

الثالث: إنَّ تحديد ما هو محقَّر وما هو غير محقَّر قد يَعسُر ضبطه على عامة النَّاس، لاسيما أنَّ القائلين بهذا القول قد اختلفوا فيما بينهم في تحديد ذلك.

أدلة أصحاب القول الرابع:

لم نجد لأصحاب هذا القول دليلاً حول ما ذهبوا إليه من حصر صحّة التّعاقد بالمعاطاة بمن عُرف بين النَّاس بممارسة العقود، ولكن يمكن أن يُستدلّ لهم بأنَّ المتعاقدين إن كانوا معروفين بممارسة العقود يمكن يُستدلّ على حقيقة الرّضا منهما من خلال فعلهما المتمثّل بالأخذ والإعطاء، أمّا إن لم يكونا معروفين بذلك فيبقى أمر الرضا مشوباً بالخفاء.

ويمكن أن يجاب بأنَّ هذا التّفريق يصعب ضبطه؛ فقد يعرف الشّخص بممارسة البيع في سلعة دون غيرها، أو بممارسة نوع من العقود دون غيره.

الموازنة بين الأقوال:

من خلال عرض الأدلّة ومناقشتها نجد أنَّ الرّأي الأوّل القاضي بصحّة التّعاقد بالمعاطاة مطلقاً يستند إلى فعل النبي ﷺ وإلى فعل أصحابه، ولم يُنقل لنا دليل يقتضي التّحريم أو المنع من التّعاقد بالمعاطاة، ونجد أيضاً أن قول أصحاب الرّأي الأوّل تعضده عدة أمور منها:

أوّلاً: أنّه قد جرى العمل بالمعاطاة عرفاً، فلو قلنا بالمنع من التّعاقد بالتّعاطي وشرطنا التّعاقد بالإيجاب والقبول لوقع النَّاس بالضيق والحرص، ولكانت أكثر عقود النَّاس وأمواهم محرّمة. فوجب العمل بما جرت به عوائد النَّاس وأعرافهم.

ثانياً: أنَّ الألفاظ و غيرها من الكتابة أو الإشارة غير مقصودة لذواتها؛ وإنّما هي أدلّة للكشف عن مراد المتكلّم، فإذا قامت أيّ وسيلة أخرى بهذا الأمر ينبغي أن تُقبل، يقول الشّيخ أبو زهرة: "فكلّ ما عدّه

النَّاس دَالًا عَلَى الْبَيْع يَنْعَقِدُ الْبَيْع بِهِ...وليس لذلك حدّ لا في شرع ولا في لغة، بل يَتَنَوَّعُ بِتَنَوُّعِ النَّاسِ كَمَا تَتَنَوَّعُ لُغَاتُهُمْ.²²⁴

وقد عقد ابن تيمية -رحمه الله- في كتابه القواعد التَّوَرَاتِيَّةُ فصلًا عنونه بقوله: "العقود تصحّ بكلّ ما دلّ على مقصودها من قول أو فعل"،²²⁵ وبعد أن ذكر أقوال الفقهاء في المسألة قال: "وهذه القاعدة الجامعة التي ذكرناها من أنّ العقود تصحّ بكلّ ما دلّ على مقصودها من قول أو فعل هي التي تدلّ عليها أصول الشريعة، وهي التي تعرفها القلوب" ثمّ شرع في ذكر الأدلّة على ذلك فذكر جملة من الآيات، منها: قول الله عزّ وجلّ: "وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ" (البقرة 275/2)، وقوله تعالى: "فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَّرِيئًا" (النساء 4/4)، وقوله تعالى: "إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ" (النساء 29/4)، إلى غير ذلك من الآيات المشروعة فيها العقود إمّا أمرًا أو إباحة، ثمّ وجه استدلاله ذلك بأنّ الله تعالى قد أمر بالتراضي في البيع، وبطيب النفس في التبرع، ولم يشترط لفظًا ولا فعلًا معيّنًا للدلالة على ذلك، وأنّ أسماء العقود إمّا جاءت في كتاب الله وسنّة رسول الله ﷺ معلقًا بها أحكام شرعية، وهذه الأسماء لا بدّ لها من حدّ، وهذا الحدّ منه ما يعلم باللّغة كالشّمس والقمر، ومنه ما يعلم بالشرع كالمؤمن والكافر، وما لم يكن له حد في اللّغة ولا في الشرع فالمرجع فيه إلى عرف النَّاس، ومن المعلوم أنّ البيع والإجارة والهبة ونحو ذلك من العقود لم يحدّ الشرع لها حدًّا لا في الكتاب ولا في السنّة، ولم ينقل عن أحد من الصّحابة والتابعين أنّه عيّن للعقود صيغة معيّنة أو قال ما يدلّ على ذلك.²²⁶

²²⁴ أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد، 206.

²²⁵ ابن تيمية، القواعد التَّوَرَاتِيَّةُ، 153.

²²⁶ المرجع السابق، ص. 160 وما بعدها.

نستنتج ممّا سبق: من خلال النّظر في أدلّة الأقوال الأخرى وردودهم نجد أنّها لم تسلم من التّقد والمناقشة؛ فالمتّبع لمذهب الشّافعيّة -حامل لواء عدم قبول التّعاقّد بالمعاطاة- يجد عندهم استثناءات كثيرة لهذا المبدأ -كما سيّتمّ عرضه لاحقاً- ولربّما كان لتّطور الاجتهاد الفقهي بين متقدّمي المذهب ومن جاء بعدهم ولتطوّر العرف بين العصور أثر في ذلك، فعلى سبيل المثال نجد أنّ الأصل في المذهب الشافعي هو عدم انعقاد الإجارة بالمعاطاة، إلا أنّ الذي عليه أكثر المتأخّرين هو جواز انعقادها بالمعاطاة.²²⁷ كما نجد أيضاً عند المتأخّرين أنّهم لا يمانعون من تقدير صيغة الإيجاب والقبول ضمناً في بعض الحالات الأخرى، مثال على ذلك ما جاء في مغني المحتاج: "تنبيه: اعتبار الصّيغة جار حتّى في البيع الضمّني لكنّ تقدّيراً، كأنّ يقال: أعتق عبدك عتيّ على كذا، فيفعل، فإنّه يعتق عن الطّالب ويلزمه العوض.. فكأنّه قال: بغيره وأعتقه عني."²²⁸

هذا ويجدر بنا أن ننوّه إلى أنّ لانعقاد البيع بطريق المعاطاة شروطاً متّفقا عليها بين الفقهاء القائلين بانعقاده بطريق المعاطاة، ووقع خلاف في بعض صور هذه الشّروط، وفيما يلي هذه الشّروط وصورها بشكل موجز. **أوّلاً: الرّضا:** عنصر "الرّضا" هو الأساس الذي تقوم عليه العقود عموماً، والفقهاء يؤكّدون على هذا العنصر أثناء حديثهم عن التّعاقّد بالمعاطاة، حتّى إنّ بعضهم عبّر عن المعاطاة بـ "البيع بالتّراضي"²²⁹ ولعلّ السّبب في ذلك يعود إلى أنّ الأفعال المتمثّلة بالأخذ والإعطاء لم توضع أساساً للتّعبير عن مراد الشّخص، فاقتضى هذا الأمر التّأكيد على وجوب استناد المعاطاة إلى رضا لا يرقى إليه الشّك،²³⁰ فإذا تعارض التّعبير بالتّعاطي مع التّعبير اللفظي فُدِّم التّعبير اللفظي لأنّه الأقوى في التّعبير عن الإرادة وذلك

²²⁷ ينظر: الشريبي، مغني المحتاج، 3: 478.

²²⁸ الشريبي، مغني المحتاج، 2: 328.

²²⁹ ينظر: الزيلعي، تبين الحقائق، 5: 292.

²³⁰ ينظر: سوار، التّعبير عن الإرادة، 235.

لوضوحه؛²³¹ لذا نجد فقهاء الحنفية سرعان ما يتخلّون عن قبول التّعاقّد بالمعاطاة إذا اختلطت صورة التّبادل الفعليّ بتصريح ينفي وجود الرّضا، حتّى وإن كان بالإمكان تأويل ذلك التّصريح بما يفيد الرّضا،²³² مثال ذلك: لو دفع المشتري التّقود إلى البائع ليشتري منه شيئاً، فأخذها البائع منه وهو يقول: لا أقبل؛ يريد بذلك تطييب قلب المشتري بهذه الصّفقة -وهذه عادة الكثير من الباعة- فأخذ المشتري المبيع ومضى، فإنّ هذا البيع لا يصحّ.²³³ يلاحظ من هذا المثال أنّ قيام البائع بقبض التّقود، وعدم استرداده السلعة من المشتري لم يرقيا إلى حمل رفضه الصّريح على الرّضا.

ثانياً: تسمية الثّمّن: يؤكّد الفقهاء على وجوب تسمية الثّمّن في بيع المعاطاة؛ لما اعتاد عليه النّاس من إهمال ذكر الثّمّن فيه،²³⁴ وينوب عن التّسمية أن يكون الثّمّن معلوماً للجانبين كثمن الخبز،²³⁵ ويمكن أن يقاس على ذلك في زماننا الأشياء التي تعرض في المتاجر ويكون ثمنها مكتوباً عليها،²³⁶ والأشياء التي يتعارف أهل بلدة ما على بيعها بسعر موحد، كالمشروبات التي تباع في المقاهي، وبعض أنواع الأطعمة الجاهزة، والصّحف اليومية ونحو ذلك.

ثالثاً: أن لا تكون المعاطاة مبنية على بيع فاسد أو باطل: مثال ذلك لو باع شخص من شخص آخر سمكة في البحر بعشر ليرات وحصل بينهما الإيجاب والقبول، فإنّ هذا البيع لا يصحّ، فلو اصطاد البائع السمكة وأعطاهما للمشتري والمشتري سلّمه التّقود؛ فإنّ هذا العقد لا ينعقد بالمعاطاة؛ لأنّ حقيقة ما جرى

²³¹ Özdemir, Akitlerde İrade Beyanı, 8/2, (2008), 129.

²³² ينظر: عبد الرحمن بن مُجَدِّد بن سليمان المدعو بشيخي زاده، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، (بيروت: دار إحياء التراث العربي)، 5: 2.

²³³ الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند، الفتاوى الهندية، 3: 10-11.

²³⁴ ينظر: النووي، المجموع، 9: 163-164.

²³⁵ وهذا عند الحنفية وقول عند الحنابلة اختاره تقي الدين ابن تيمية. ينظر: علي حيدر، درر الحكام، 1: 144؛ المرداوي، الإنصاف، 11: 132-131.

²³⁶ هنا يكون التعبير عن الإيجاب بطريق الكتابة والتعبير عن القبول بطريق التّصرّف الفعليّ، حيث يأخذ المشتري السلعة ويدفع ثمنها دون أن يتكلّم.

هو قيام الطرفين بفعل التبادل تنفيذاً لعقد سابق غير صحيح، أمّا لو قام المتعاقدان بالتبادل بعد أن تتركا العقد السابق فإنّ البيع ينعقد حينها بالمعاطاة على أنّه عقد جديد.²³⁷

رابعاً: الحركة الإيجابية الصادرة عن الأطراف المتعاقدة: وتتمثل هذه الحركة بالإعطاء من أحدهم والأخذ من الآخر، لكن اختلفت آراء الفقهاء في تحديد الصورة التي تتحقق بها المعاطاة على النحو الآتي:

الرأي الأول: يذهب أصحابه إلى أنّ المعاطاة مفاعلة، وهذا يقتضي وجوب حصولها من الجانبين، بحيث يعطي المشتري الثمن للبائع، ويعطي البائع المبيع للمشتري، وإلى هذا ذهب فريق من الحنفية.²³⁸

الرأي الثاني: يذهب أصحابه إلى أنّ المعاطاة يمكن أن تتمّ بالإعطاء من جانب واحد فقط، وصورة ذلك أن يتفق الجانبان على الثمن مسبقاً، ثمّ يأخذ المشتري المتاع ويمضي دون دفع الثمن، أو يدفع الثمن ويمضي دون استلام المبيع، وإلى هذا الرأي ذهب فريق آخر من الحنفية،²³⁹ والمالكية،²⁴⁰ والظاهر من مذهب الحنابلة.²⁴¹

إلا أنّ المالكية يرون أنّ المعاطاة التي تفيد لزوم العقد هي التي تقوم على المبادلة من الطرفين، أمّا إذا اقتصرّت المبادلة على طرف واحد فإنّ هذا الفعل يفيد انعقاد العقد دون لزومه إلى أن يتمّ دفع الثمن، واستحسن بعضهم تسمية هذه الصورة بـ "الإعطاء" وتسمية الصورة الأولى التي يقع فيها الفعل من الطرفين بالمعاطاة.²⁴²

²³⁷ ينظر: علي حيدر، درر الحكام، 1: 144-145؛ العثماني، فقه البيوع على المذاهب الأربعة، 1: 72.

²³⁸ وقد نقل ابن نجيم عن الطرسوسي أن هذا الرأي عليه أكثر المشايخ، وعن البزارية أنه هو الرأي المختار، وهو ما أفتى به الحلواني. ينظر: ابن نجيم، البحر الرائق، 5: 291.

²³⁹ وهو ما صححه ابن الهمام، وقال الحصكفي: "به يفتى". ينظر: ابن الهمام، فتح القدير، 6: 253؛ ابن عابدين، رد المختار، 4: 514.

²⁴⁰ ينظر: الدسوقي، حاشية الدسوقي، 3: 3؛ نجد عlish، منح الجليل شرح مختصر خليل، (بيروت: دار الفكر، 1989م)، 4: 435.

²⁴¹ ينظر: ابن مفلح، النكت والفوائد السنية، 1: 298-299؛ الرحيباني، مطالب أولي النهى، 3: 7.

²⁴² ينظر: الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، 3: 3.

الرأي الثالث: يرى أصحابه أنه يمكن الاكتفاء بالإعطاء من جانب واحد فقط إذا وقع ذلك من قبل البائع، ولا يمكن الاكتفاء به إذا وقع فقط من قبل المشتري بدفعه للثمن، وإلى هذا الرأي ذهب بعض الحنفية.²⁴³

كما وقع الخلاف بين الحنفية والجمهور في صورة المعاطاة التي يرافقها لفظ من أحد الجانبين، كمن قال لآخر: خذ هذا الشيء بمائة، فقبضه منه دون أن يقول له شيئاً، فما كان من هذا القبيل لا يعتبر من المعاطاة عند الحنفية، وإنما هو قبول بالفعل؛ لأنَّ المعاطاة ليس فيها إيجاب، بل قبض بعد معرفة الثمن،²⁴⁴ أمَّا عند جمهور الفقهاء فالمعاطاة يمكن أن يرافقها لفظ من أحد الجانبين.²⁴⁵

نستنتج ممَّا سبق: أنَّ القول بصحة البيع بالمعاطاة موجود لدى جميع المذاهب، ولكن بنسب متفاوتة فيما بينهم، فالمالكية هم الأكثر توسُّعاً في المسألة؛ فقد قالوا بصحة ذلك في الأموال عموماً، سواء حصل التبادل بين العاقدين، أو كان الإعطاء من جانب واحد، ثمَّ يقترب منهم الحنابلة؛ باستثناء ما نُقل عن بعضهم من قصر محل العقد على المحقَّرات، ثمَّ يليهم الحنفية؛ حيث وقع الخلاف بينهم في محل العقد وفي اشتراط التبادل بين العاقدين، ثمَّ يليهم الشافعية؛ فجمهورهم لا يقبل البيع بالمعاطاة، والذين قبلوا به وقع الخلاف بينهم في محل العقد الذي يصلح لذلك.

²⁴³ ينظر: ابن نجيم، البحر الرائق، 5: 292.

وقد نقل وحيد الدين سوار عن السنهوري أنه ذهب إلى أن المذهب الحنفي قد شهد تطوراً في هذه المسألة، بحيث كان يشترط تقابض البدلين في العقد، ثمَّ صار بعد ذلك يكفي قبض أحدهما، إلا أن هذا الكلام فيه نظر؛ حيث نقل بعض علماء المذهب كابن نجيم وابن عابدين أن منشأ الخلاف في هذه المسألة منقول عن الإمام مُجَدِّد، فالأمر ليس تطوراً كما صوّره السنهوري، وإنما هو موجود من فجر تكوين المذهب. ينظر: ابن نجيم، البحر الرائق، 5: 292؛ ابن عابدين، رد المحتار، 4: 515؛ سوار، التعبير عن الإرادة، 4: 515.

²⁴⁴ ينظر: ابن الهمام، فتح القدير، 6: 249؛ ابن عابدين، رد المحتار، 4: 507.

²⁴⁵ ينظر: الخطاب، مواهب الجليل، 4: 231؛ النووي، المجموع، 9: 163؛ الشربيني، مغني المحتاج، 2: 326؛ البهوتي، كشف القناع، 3: 148.

2.1.1.2 أثر فعل المعاوضة في إنشاء صيغ عقود المعاملات الأخرى

كنا قد ذكرنا سابقاً أنّ قول أيّ مذهب من المذاهب الفقهيّة في حكم البيع بالمعاوضة من المفترض أن يمثّل رؤية ذلك المذهب في حكم المعاوضة في باقي المعاملات الماليّة؛ ذلك أنّ محور الاستدلال والتّناقش في صحّة البيع بالمعاوضة من عدمه دائر حول مدى إمكانيّة قيام الدّلالة الفعلية بالتّعبير عن الرّضا عموميّاً، إلّا أنّ المتنبّع للمذاهب الفقهيّة يجد أنّ هذا الأمر ينطبق فقط على مذهب المالكيّة دون غيرهم، أمّا بقيّة المذاهب فبالرّغم من تمسّكهم - من حيث المبدأ - بما ساروا عليه في عقد البيع إلّا أنّنا نجدهم قد يخرجون عن ذلك في عقود المعاملات الماليّة الأخرى لسبب ما، وهذا الخروج قد يشمل الإيجاب والقبول معاً في بعض العقود، وقد يقتصر على الإيجاب دون القبول في عقود أخرى، ولإيضاح هذا الأمر أكثر سنقوم بعرض موجز لذلك وفق المذاهب الفقهيّة نبيّن من خلاله مدى قابليّتها للأخذ بمبدأ المعاوضة في باقي عقود المعاملات الماليّة.

أولاً: مذهب الحنفيّة

يمكننا القول أنّ عقود المعاملات الماليّة عند الحنفيّة انقسمت ثلاثة أقسام من حيث قابليّتها للانعقاد بالمعاوضة:

القسم الأوّل: عقود يمكن أن تنعقد بالمعوضة دون إيجاب أو قبول لفظيّين، كالإجارة²⁴⁶ والجعالة في العبد

الآبق²⁴⁷ والإيداع²⁴⁸ والهبة.²⁴⁹

²⁴⁶ ابن نجيم، البحر الرائق، 6: 6؛ ابن عابدين، رد المختار، 6: 5-6.

²⁴⁷ واقتصرهم على العبد الآبق يرجع إلى عدم جواز الجعالة عندهم في غيره، ويعللون عدم الجواز لما تحتوي عليه الجعالة من التردد في التملك بين الوجود والعدم من جهة، ولجهالة من توجه إليه من جهة أخرى. ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع، 6: 203؛ ابن عابدين، رد المختار، 6: 95.

²⁴⁸ الباري، العناية، 8: 484؛ ابن نجيم، البحر الرائق، 7: 273؛ ابن عابدين، رد المختار، 5: 663.

²⁴⁹ ابن عابدين، رد المختار، 5: 688 و690؛ مجلة الأحكام العدلية، 162، (المادة 839).

القسم الثاني: عقود قبلوا فيها بإعمال الدلالة الفعلية في القبول فقط دون الإيجاب، وهذه العقود هي:

أولاً: عقد الإعارة: لقد ذهب عامة كتب المذهب الحنفي إلى اشتراط التلقظ بالإيجاب في عقد الإعارة،

بخلاف القبول حيث يُكتفى فيه بالتعبير بمظهر فعلي يدل عليه.²⁵⁰

ومن خلال البحث لم نجد سبباً ظاهراً لهذه التفرقة عندهم، وقد أشار الرافعي²⁵¹ إلى هذا الإشكال في

تقريراته على ردّ المختار قائلاً: "وأما الإيجاب فلا يصحّ إلّا به- أي باللفظ- محلّ تأمل، فإنّ البيع والهبة

يصحّان بالتعاطي، فالعارية كذلك بالأولى."²⁵² ويبدو أنّ هذا الإشكال المشار إليه هو الذي حمل واضعي

نصوص مجلة الأحكام وكذلك شارحيها إلى تقرير وجه آخر يوافق أصل المذهب في صحّة انعقاد العقود

بالمعاطاة دون التمييز بين الإيجاب والقبول.²⁵³

وقد يُقال: لعلّ السبب فيما سارت عليه عامة كتب المذهب من اشتراط التلقظ في الإيجاب أنّ العارية

يقصد منها الانتفاع بها وهذا فيه شيء من التملك، هذا من جهة، ومن جهة أخرى أنّ المعطي قد تكون

إرادته بهذا الفعل شيئاً آخر غير الإعارة كالإيداع مثلاً، فافتضى ذلك أن يفصح عن إرادته بشكل لا يحتمل

اللبس.

وهذا يمكن أن يُجاب عنه: بأنّ دلالة الحال والعرف والعادة يمكن أن تحدّد المراد، ثمّ إنّ الحنفية قد أجازوا

الهبة بالمعاطاة كما ذكرناه قريباً، والهبة تقتضي التملك.

²⁵⁰ الكاساني، بدائع الصنائع، 6: 214؛ ابن نجيم، البحر الرائق، 7: 280؛ ابن عابدين، رد المختار، 5: 677.

²⁵¹ هو عبد القادر بن مصطفى الرافعي، فقيه حنفي من علماء الأزهر، علت شهرته في فقه الحنفية حتى كان يلقب بأبي حنيفة الصغير، ترأس المجلس العلمي في المحكمة الشرعية بالقاهرة. من أبرز مصنفاته "تقرير على الدر المختار" و"تقرير على الأشباه والنظائر"، توفي في القاهرة سنة (1323 هـ الموافق: 1905 م). ينظر: الزركلي، الأعلام، 4: 46.

²⁵² عبد القادر الرافعي، تقارير الرافعي على رد المختار، ط. خاصة (الرياض: عالم الكتب، 2003)، 2: 684.

²⁵³ ينظر: مجلة الأحكام، 154، (المادة 804)؛ علي حيدر، درر الحكام، 2: 338.

ثانيًا: الوكالة: كذلك اشترط الحنفية في الوكالة أن يكون الإيجاب لفظًا، بخلاف القبول؛ حيث يُكتفى باتخاذ الوكيل مظهرًا فعليًا للتعبير عن قبوله، كأن يسند الموكل أمرًا إليه، فيقوم الوكيل بتنفيذ ذلك الأمر أو بمحاولة تنفيذه دون أن يتلفظ بالقبول،²⁵⁴ ولم نجد لهم تعليلًا منصوصًا لهذه التفرقة بين الإيجاب والقبول، ولعلّ السبب في ذلك أنهم نظروا إلى أنّ الوكالة تقتضي إنابة الغير عن النفس في التصرف، وهذا التصرف ينبغي أن يكون معلومًا دفعًا للجهالة المؤدية إلى وقوع الخلاف بين المتعاقدين، وبالتالي إذا لم يكن الإيجاب منصوصًا توجب حمل العقد على الإيداع؛ لأنه أدنى التصرفات المقصودة، ومما يؤيد هذا التحليل أنّ الحنفية يقولون: لو قال الموكل: "وكلتك في مالي" دون أن يبيّن نوع التصرف الموكل به انصرف كلامه إلى أدنى احتمال وهو حفظ المال،²⁵⁵ ولو قال: "وكلتك بشراء ثوب" لم تصح تلك الوكالة؛ لأنه لم يبيّن نوعه وصفته،²⁵⁶ فإذا كان الأمر كذلك عندهم في حال صدور الإيجاب اللفظي، فهو من باب أولى أن يكون كما ذكرنا في حال تمّ التعبير عنه بشكل فعلي.

فإذا كان هذا هو السبب عند الحنفية فيمكن أن يجاب عنه بأنّ جريان العرف على نحو ما من شأنه أن يرفع الجهالة عن نوع التصرف الموكل به، ويرسم حدودًا له.²⁵⁷

ثالثًا: شركة العقد: ذهب الحنفية إلى أنّ خلط المالكين أو الشروع في أعمال التجارة ممن وُجّه إليه الإيجاب كافيًا لانعقاد الشركة، أمّا الإيجاب فيجب أن يكون لفظًا،²⁵⁸ ولعلّ السبب في ذلك أنّ شركة العقد تتضمن الوكالة، والوكالة عند الحنفية - كما رأينا قريبًا - يشترط فيها أن يكون الإيجاب لفظًا.

²⁵⁴ ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع، 6: 20؛ علي حيدر، درر الحكام، 3: 497.

²⁵⁵ ابن مودود، الاختيار، 2: 156؛ ابن نجيم، البحر الرائق، 7: 141.

²⁵⁶ ابن الهمام، فتح القدير، 6: 157.

²⁵⁷ ذكر العز بن عبد السلام في كتابه قواعد الأحكام فصلاً كاملاً يشرح فيه هذا الجانب، عنوانه بقوله: "تنزيل دلالة العادات وقرائن الأحوال منزلة صريح الأقوال في تخصيص العموم وتقييد المطلق وغيرها". ينظر: عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام، قواعد الأحكام في مصالح الأناس، (القاهرة: كتبة الكليات الأزهرية، 1991م)، 2: 126.

القسم الثالث: ما لا يمكن عقده إلا بالإيجاب والقبول اللَّفْظِيَّين، وهذا القسم ينطبق عندهم على كلٍّ من عقد المضاربة،²⁵⁹ والمزراعة²⁶⁰ والمساقاة.²⁶¹ واشتراطهم التَّلَفُّظ بالإيجاب في العقود المذكورة هنا قد يبدو مسوغاً؛ لأنَّه من خلاله يَتَّضِح نصيب الأطراف المتعاقدة، ولأنَّ تصرُّفات العامل مقيدة بما يشترطه ربُّ المال، ولكن اشتراطهم إيَّاه في القبول أيضاً لم نجد له مسوغاً؛ فأما في المضاربة فلا تُهمَّ يقولون إنَّها تأخذ حكم "الإيداع" في بدايتها، وإنَّ العامل "وكيل" عند العمل قبل أن يتحقَّق الربح، و"شريك" بعد تحقُّقه، و"أجير" إن فسدت المضاربة،²⁶² وهم يَجُوزون - كما رأينا سابقاً - التَّعبير عن القبول بواسطة التَّصرُّفات الفعلية في كلٍّ من الإيداع والوكالة والشركة والإجارة، فمن المفارقة أن لا نجد ذلك عندهم في المضاربة! لاسيما أنَّ بعضهم ينصَّ على أنَّ عقد المضاربة هو أدنى من عقد المشاركة،²⁶³ فكان من الأولى مساواتها بها من هذه الجهة.

وأيضاً في الزراعة يقولون إنَّها تنعقد في بدايتها إجارة ثمَّ تتمَّ شركة،²⁶⁴ وكذلك يقولون في المساقاة،²⁶⁵ ولكنهم لم يَجُوزوا في انعقادها التَّعبير بالأفعال كما جُوزوه في الإجارة والشركة.

²⁵⁸ ينظر: ابن عابدين، رد المحتار، 4: 305؛ مجلة الأحكام العدلية، 254، (المادة 1330).

²⁵⁹ ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع، 6: 79؛ ابن عابدين، رد المحتار، 5: 646.

²⁶⁰ ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع، 6: 176؛ مجلة الأحكام، 276، (المادة 1432).

²⁶¹ ينظر: بدائع الصنائع، 6: 185؛ مجلة الأحكام، 278، (المادة 1442).

²⁶² البابري، العناية، 8: 447-448؛ ابن عابدين، رد المحتار، 5: 646.

²⁶³ لأنَّ العامل لا يتحمل الخسارة إن وقعت. ينظر: السرخسي، المبسوط، 11: 176.

²⁶⁴ ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع، 6: 177.

²⁶⁵ ينظر: شيخي زاده، مجمع الأنهر، 2: 506.

ثانيًا: مذهب المالكيّة

ذكرنا أنّ مذهب المالكيّة من أكثر المذاهب اتساعًا بالأخذ بالمعاطاة، إذ أنّهم لم يحددوا عن مبدئهم هذا في معظم أبواب المعاملات الماليّة، جاء في مواهب الجليل: "الدّلالة على الرّضا يكفي فيها الفعل؛ لأنّه يدلّ على الرّضا في كثير من الأمور دلالة عرفيّة".²⁶⁶

فالممتنع لمذهب المالكيّة يجد أنّهم قد أجازوا انعقاد كلّ من الإجارة²⁶⁷ والجعالة²⁶⁸ والإيداع²⁶⁹ والإعارة²⁷⁰ والوكالة²⁷¹ والهبة²⁷² وشركة العقد²⁷³ والمضاربة²⁷⁴ والمساقاة²⁷⁵ بطريق المعاطاة إذا جرى العرف بذلك، ولم يفرّقوا بين الإيجاب والقبول في ذلك سوى في المساقاة؛ حيث اشترطوا التّلقّظ بالإيجاب واكتفوا بعمل العامل في الدّلالة على القبول.

ثالثًا: مذهب الشّافعيّة

مرّ معنا سابقًا أنّ المشهور من مذهب الشّافعيّة هو عدم صحّة البيع بالمعطاة، وأنّ من أجاز ذلك منهم وقع الخلاف بينهم في المبيع الذي يمكن أن تجري فيه المعاطاة، إلّا أنّه ومن خلال تتبّع هذا المذهب في باقي

²⁶⁶ الخطاب، مواهب الجليل، 4: 229.

²⁶⁷ الخطاب، مواهب الجليل، 5: 390؛ أحمد الدردير، الشرح الصغير، 2: 264.

²⁶⁸ علي بن أحمد العدوي، حاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني، تح. يوسف الشيخ مُجدّ البقاعي، (بيروت: دار الفكر، 1994م)، 2: 193؛ الصاوي، حاشية الصاوي، 2: 292.

²⁶⁹ الخطاب، مواهب الجليل، 5: 252؛ مُجدّ بن عبد الله الخرشي، شرح مختصر خليل، (بيروت: دار الفكر، د.ت)، 6: 108؛ النفراوي، الفواكه الدواني، 2: 170.

²⁷⁰ أحمد الدردير، الشرح الكبير، 3: 435؛ الخرشي، حاشية الخرشي، 6: 123.

²⁷¹ الخطاب، مواهب الجليل، 5: 190؛ الخرشي، مختصر الخرشي، 6: 70.

²⁷² مُجدّ بن يوسف المواق، التاج والإكليل لمختصر خليل، ط. 1 (بيروت: دار الكتب العلمية، 1994م)، 8: 10؛ الدسوقي، حاشية الدسوقي، 4: 100-101.

²⁷³ خليل بن إسحاق، التوضيح، 6: 336؛ الخرشي، شرح مختصر خليل، 6: 39.

²⁷⁴ الدسوقي، حاشية الدسوقي، 3: 517؛ العدوي، حاشية العدوي على الخرشي، 6: 202.

²⁷⁵ جلال الدين عبد الله بن نجم بن شاس، عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة، تح. حميد بن مُجدّ لحر، ط. 1 (بيروت: دار الغرب الإسلامي، 1003م)، 3: 916؛ خليل بن إسحق، التوضيح، 7: 121.

أبواب المعاملات المالية وجدنا أنّ أخذهم بالدلالة الفعلية في انعقاد العقود كان أوسع مما ساروا عليه في باب البيع، ونضرب فيما يلي بعض الأمثلة على ذلك:

أولاً: الإجارة: ذهب الشافعية في أصل مذهبهم إلى عدم جواز انعقاد الإجارة بالمعاطة،²⁷⁶ وأفتى فريق منهم بصحة ذلك بشرط دلالة العرف، وعلى هذا سار كثير من متأخري مذهبهم.²⁷⁷

ثانياً: الجعالة: ذهب الشافعية إلى أنّه لا يشترط في صيغة عقد الجعالة أن يتلقَّط العامل بالقبول، وأنّه يكفي القيام بالعمل المعلن عنه لاستحقاق الجعل المفروض،²⁷⁸ ويؤكد هذا ما ذكره الزركشي²⁷⁹ في معرض الحديث عن اعتبارات تقسيم العقود: "الاعتبار الرابع.. ما يشترط فيه الإيجاب ويكفي القبول بالفعل تصرفاً كالوكالة في الأصح، وكذلك الوديعة والجعالة."²⁸⁰ ويعلّلون ذلك بنفي الحرج والتضييق في محلّ الحاجة،²⁸¹ وهذا التعليل نفسه قد علّل به المجيزون لعقد البيع بالمعاطة كما ذكرناه سابقاً.

ثالثاً: الإيداع: ذهب الشافعية في الأصحّ عندهم إلى التفريق بين الإيجاب والقبول؛ حيث يشترطون التصريح لفظاً في الإيجاب، ولا يشترطون ذلك في القبول، ويكتفون بالفعل الدالّ عليه كالقبض،²⁸² ويعلّلون هذه التفرقة بأنّ العلم بحصول المقصود يحصل باللفظ؛²⁸³ فمجرد دفع المال دون التلقّط بالإيجاب

²⁷⁶ النووي، روضة الطالبين، 5: 230.

²⁷⁷ ومن استحسن جوازها بشرط دلالة العرف الإمام الغزالي والنووي والرويانى ونقل الشريبي أنه قد أفتى بذلك كثير من المتأخرين. ينظر: يحيى بن شرف النووي، منهاج الطالبين وعمدة المفتين، تح. عوض قاسم أحمد عوض، ط. 1 (بيروت: دار الفكر، 2005م)، 162؛ الشريبي، مغني المحتاج، 3: 478؛ أحمد سلامة القليوبي-أحمد البرلسي عميرة، حاشيتا قليوبي وعميرة على شرح المحلى، (بيروت: دار الفكر، 1995م)، 82: 3.

²⁷⁸ زكريا الأنصاري، أسنى المطالب، 2: 439.

²⁷⁹ هو محمد بن بهادر بن عبد الله الزركشي، فقيه شافعي، تركي الأصل مصري الولادة والوفاة، من أبرز مصنفاته "المنثور" في القواعد الفقهية، و"البحر المحيط في الأصول". توفي سنة (794هـ الموافق 1392م). ينظر: الزركلي، الأعلام، 6: 60-61.

²⁸⁰ الزركشي، المنثور في القواعد الفقهية، 2: 405.

²⁸¹ ينظر: الشريبي، مغني المحتاج، 3: 619.

²⁸² الشيرازي، المهذب، 2: 181؛ النووي، روضة الطالبين، 6: 324؛ الشريبي، مغني المحتاج، 4: 127.

²⁸³ ينظر: الشريبي، مغني المحتاج، 4: 127.

يحتمل وجوهاً عدّة، فقد يقصد فاعله الإيداع وقد يقصد الهبة أو القرض أو غير ذلك، فكان لا بدّ من التلقّف بالإيجاب لبيان المقصود.

يلاحظ هنا أنّ هذا التعليل هو أحد التعليلات التي ذكرها الشافعية سابقاً في المنع من انعقاد البيع بالمعاطاة، إلّا أنّهم هناك لم يفرّقوا بين الإيجاب والقبول كما فرّقوا هنا، ويمكن مناقشته هنا بما تمّت مناقشته هناك؛ بأنّ الذي يحدّد إرادة الموجب إن كان يقصد الإيداع أو غيره هو قرائن الحال المصاحبة للعقد، فعلى سبيل المثال: من نخض من مجلسه لقضاء حاجة ما تاركاً متاعه بين يدي غيره، يُستبعد تفسير فعله - في هذا الحال - بالقرض أو الهبة، ثمّ على فرض أن فعله هذا احتمل جميع ذلك، فإنّه يجب تفسيره على الأدنى من تلك الاحتمالات لأنّه متيقّن؛ وبيان ذلك أنّ كلّاً من القرض والهبة يقتضي التّملك، بخلاف الإيداع فإنّه لا يقتضي ذلك، ويؤيّد هذا ما جاء في البحر الرائق: "الإعطاء يحتمل الهبة والوديعة، والوديعة أدنى، وهو متيقّن".²⁸⁴

رابعاً: الإعارة: ذهب الشافعية في الأصحّ عندهم إلى وجوب اللفظ من أحد الطّرفين المتعاقدين والاكتفاء بالفعل من الطّرف الآخر، وذهب بعضهم إلى صحّة انعقاد الإعارة بالمعاطاة سواء حدث ذلك من قبل الطّرفين أو من قبل أحدهما فقط.²⁸⁵

خامساً: القرض: هذه أيضاً إحدى المسائل التي قد خالف فيها الشافعية مبدأهم العام المتمثّل في المنع من انعقاد العقود بواسطة المعاطاة، فلهم في صيغة انعقاد القرض ثلاثة أقوال، وجميع هذه الأقوال تقر بمبدأ المعاطاة، وفيما يأتي بيان لذلك:

²⁸⁴ ابن نجيم، البحر الرائق، 7: 373.

²⁸⁵ النووي، روضة الطالبين، 4: 429-430؛ أحمد سلامة القليوبي، حاشية قليوبي على شرح المحلى، 3: 20.

القول الأول: أنّ القرض يمكن أن ينعقد بالصيغة الفعلية فيما يُسمونه بـ "القرض الحكمي" فقط، وهو أن يقوم شخص بدفع مال في سبيل قضاء حاجة غيره بنية القرض، كأن يُنفق شخص على لقيط، أو يطعم جائعاً، أو يكسو عرياناً، أو ينفذ أمر غيره بشراء شيء له، أو أن يأمره بأن يدفع عنه مالاً إلى جهة ما،²⁸⁶ وقد عدّ متأخرو الشافعية من هذا القبيل أيضاً: الهدايا التي تقدّم في الأفراح، وما يتمّ تقديمه من طعام لأهل الميت على أن يردوا مثله إذا حدثت وفاة عند المعطي، ودفع بعض الناس عن بعضهم أجرة الحمام وثمن ما يتناولونه في المقهى، وما يرسله الجيران لبعضهم البعض إن جرت العادة أن يردّ الطرف الآخر مقابل ذلك.²⁸⁷

القول الثاني: أنّ القرض يمكن أن ينعقد بالإيجاب لفظاً والقبول فعلاً،²⁸⁸ كأن يقول المقرض: خذ هذه المائة قرصاً فأخذها المقرض دون أن يتلقّظ بشيء.²⁸⁹

القول الثالث: أن يقع القرض بطريق المعاوضة من الطرفين، كأن يدور بينهما حديث حول القرض، ثم يخرج أحدهما مبلغاً ويعطيه للآخر.²⁹⁰

سادساً: الوكالة: يشترط الشافعية في الإيجاب أن يكون لفظاً، بخلاف القبول على الأصحّ عندهم؛ حيث يُكتفى فيه باتخاذ للوكيل مظهرًا فعليًا للتعبير عن قبوله.²⁹¹

²⁸⁶ الشربيني، مغني المحتاج، 3: 30؛ زكريا الأنصاري، أسنى المطالب، 2: 141.

²⁸⁷ سليمان العجيلي المعروف بالجمال، فتوحات الوهاب بتوضيح شرح منهج الطلاب المعروف بحاشية الجمال، (بيروت: دار الفكر)، 3: 255-256؛ سليمان البجيرمي، حاشية البجيرمي، 2: 350؛ سعيد بن محمد الحضرمي، شرح المقدمة الحضرمية المسمى بشرى الكريم بشرح مسائل التعليم، ط. 1 (جدة: دار المنهاج للنشر والتوزيع، 2004م)، 477.

²⁸⁸ وقد قدمنا سابقاً أن هذه إحدى صور المعاوضة عند الجمهور خلافًا للحنفية؛ حيث عبروا عنه "بالقبول الفعلي"، ينظر ص. 70 من هذا البحث.

²⁸⁹ وقد صحح هذه الصورة كلّ من الإمام الجويني، والعز بن عبد السلام. ينظر: عز الدين بن عبد السلام، قواعد الأحكام، 2: 87؛ النووي، روضة الطالبين، 4: 33.

²⁹⁰ هذا الرأي قال به الإمام المتولي صاحب تنمة الإبانة، وقال الأذري: "الإجماع الفعلي عليه وهو الأقوى والمختار." ينظر: النووي، روضة الطالبين، 4: 33؛ الشربيني، مغني المحتاج، 3: 30.

سابعاً: الهبة والهدية:²⁹² ذهب الشافعية في الصحيح عندهم إلى أنَّ التَّصَرَّفَ الفعليَّ يمكن أن يقوم مقام اللَّفْظ في التعبير عن الإيجاب والقبول في الهدية دون الهبة إذا احتفَّ بهذه التَّصَرِّفات قرائن تدلُّ على التَّمليك بغير عوض،²⁹³ وذهب فريق آخر منهم إلى عدم التَّفَرُّق بين الهدية والهبة في قبول انعقادهما بالمعاطاة.²⁹⁴

ومَّا يؤخذ على الشَّافعية القائِلين بوجوب التَّلَفُّظ بالإيجاب والقبول في عقد الهبة أنَّهم قد استثنوا من ذلك كثيراً من المسائل، منها ما يسمونه بالهبة الضَّمنيَّة، كأن يقول شخص لآخر: أعتق عبدك عني، فيعتق ذلك الشَّخص العبد، فإنَّ العبد هنا يدخل في ملك الأمر بالعتق هبة ولا يحتاج إلى القبول، وكذلك لو قال سائل لآخر: اشتر لي لحماً فاشتراه له، ومن المستثنيات أيضاً: ما يشتريه الوالد لولده الصَّغير من حلِّي وزينة.²⁹⁵

يستنتج ممَّا سبق: أنَّ الشَّافعية لم يهملوا العمل بالدَّلالة الفعلية بالكليَّة، بل أخذوا بها في انعقاد كثير من المعاملات، إلَّا أنَّ أخذهم بها اقتصر في كثير من الأحيان على القبول دون الإيجاب، ولعلَّ السَّبب في ذلك أنَّهم يرون أنَّه لا بدَّ من التَّلَفُّظ بالإيجاب لبيان المقصود، أمَّا القبول فلا يشترط فيه ذلك لأنَّه معطوف على الإيجاب ومُكَمَّل له فيكتفى فيه بالتَّصَرَّف الفعليَّ المعبر عنه.

²⁹¹ ينظر: النووي، روضة الطالبين، 4: 301، الشريبي، مغني المحتاج، 3: 241.

²⁹² ذهب كثير من الفقهاء إلى أن الهبة والهدية لفظان مترادفان يدلان على التملك بدون عوض، وقد فرق بعضهم فخص الهدية بما يعطى على وجه الإكرام، ومن ذهب إلى هذه التفرقة الإمام النووي ومجلة الأحكام. ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع، 6: 115؛ أحمد الدردير، الشرح الكبير، 4: 97؛ النووي، روضة الطالبين، 5: 364؛ مجلة الأحكام العدلية، 161 (النواد 833-834).

²⁹³ قال النووي: "لا حاجة فيها -أي الهدية- إلى إيجاب وقبول باللفظ، بل يكفي القبض ويملك به، وهذا هو الصحيح الذي عليه قرار المذهب ونقله الأئمة من متأخري الأصحاب.." النووي، روضة الطالبين، 5: 365.

²⁹⁴ ينظر: يحيى بن أبي الخير العمراني، البيان في مذهب الإمام الشافعي، تح. قاسم محمد النوري، ط. 1 (جدة: دار المنهاج، 2000م)، 8: 113.

²⁹⁵ الشريبي، مغني المحتاج، 3: 560.

رابعاً: مذهب الحنابلة

من خلال تتبع مذهب الحنابلة لم نجد أنهم منعوا من الأخذ بالدلالة الفعلية في انعقاد عقد من العقود، إلا أنهم في بعض العقود قبلوا بها في الإيجاب والقبول، وفي بعضها الآخر قبلوا بها في القبول فقط، ومنه يعلم أن عقود المعاملات المالية عند الحنابلة انقسمت قسمين من حيث قابليتها للانعقاد بالمعاطاة:

القسم الأول: عقود يمكن أن تنعقد بالمعاطاة دون إيجاب أو قبول لفظيين، كالإجارة،²⁹⁶ والإعارة،²⁹⁷ والوكالة،²⁹⁸ والهبة،²⁹⁹ وشركة العقد،³⁰⁰ والمساقاة.³⁰¹

القسم الثاني: عقود قبلوا فيها بإعمال الدلالة الفعلية في القبول فقط دون الإيجاب، كالجعالة،³⁰² والإيداع،³⁰³ والمضاربة.³⁰⁴

وبناء عليه يمكننا القول أن مذهب الحنابلة جاء في الدرجة الثانية بعد المالكية في الأخذ بالدلالة الفعلية في انعقاد العقود.

²⁹⁶ ابن قدامة، المغني، 3: 481.

²⁹⁷ المرجع السابق، 5: 166؛ البهوتي، كشف القناع، 4: 62.

²⁹⁸ البهوتي، كشف القناع، 3: 461 462؛ الرحيباني، مطالب أولي النهى، 3: 429.

²⁹⁹ المرادوي، الإنصاف، 17: 11.

³⁰⁰ عثمان بن عبد الله بن جامع الحنبلي، الفوائد المنتخبات في شرح أخصر المختصرات، تح. عبد السلام برجس آل عبد الكريم-عبد الله محمد

البشر، ط. 1 (بيروت: مؤسسة الرسالة، 2003م)، 2: 791؛ الرحيباني، مطالب أولي النهى، 3: 501.

³⁰¹ الرحيباني، مطالب أولي النهى، 3: 559.

³⁰² ينظر: ابن قدامة، المغني، 6: 94.

³⁰³ شرف الدين موسى الحجاوي، الإقناع في فقه الإمام أحمد، تح. عبد اللطيف السبكي، (بيروت: دار المعرفة)، 2: 377؛ الرحيباني،

مطالب أولي النهى، 4: 148.

³⁰⁴ البهوتي، شرح منتهى الإرادات، 2: 216؛ الرحيباني، مطالب أولي النهى، 3: 514.

2.1.1.3 صور تطبيقية لانعقاد العقود بالمعاطاة

أولاً: صور انعقاد البيع بطريق المعاطاة

كنا قد ذكرنا بعض صور بيع المعاطاة أثناء الحديث عن شروط بيع المعاطاة؛ لذا سنكتفي هنا بعرض بعض الصور المعاصرة لهذا العقد:

1- البيع والشراء بواسطة الماكينة الآلية: وهي آلة صماء مزودة ببعض البضائع مثل المأكولات والمشروبات ونحوه، تعمل هذه الآلة بواسطة برنامج إلكتروني، بحيث يضع المشتري النقود في مكان محدد منها، ثم يضغط على أحد الأزرار التي ترمز إلى الصنف الذي يرغب به ليخرج له ذلك الصنف، والبيع بهذه الصورة يمكن اعتباره من المعاطاة،³⁰⁵ وذلك لتحقيق المناولة الفعلية الدالة على الرضا؛ فصاحب الماكينة قد وضع آلة مزودة بالإمكانات اللازمة لاستقبال النقود وإعطاء العوض، وأعلن عن إيجابه بالبيع من خلال عرض تلك السلع للجمهور وكتابة سعرها عليها، وهذا الإيجاب يبقى قائماً حتى تنفذ البضائع المعروضة، إلا أنه إيجاب غير ملزم ما لم يعلن المشتري عن قبوله المتمثل بفعله من خلال وضع النقود في المكان المعين والضغط على زرّ الشراء.³⁰⁶

2- وقريب من هذه الصورة ما يقوم به بعض الباعة من عرض سلعهم لمن يأخذها بثمانها، حيث يقومون بوضع السلع في متاجرهم مع كتابة أسعارها وتخصيص مكان لدفع ثمنها، ليأتي المشتري بعد ذلك

³⁰⁵ ينظر: فادي هاني شحير، أثر القرائن في العقود في الفقه الإسلامي، ط. 1 (دمشق: دار المقتبس، 2018م)، 323؛ العثماني، فقه البيوع على المذاهب الأربعة، 1: 76.

³⁰⁶ وقد عبر بعض الباحثين عن هذه الصورة بـ "الإيجاب بطريقة العرض" ينظر: صالح عبد العزيز الغليقة، صيغ العقود في الفقه الإسلامي، ط. 2 (الرياض: كنوز إشبيليا، 2012م)، 96.

في حين يرى الشيخ محمد تقي العثماني أن عرض السلع وكتابة سعرها عليها بهذه الطريقة ليس إيجاباً وإنما هو دعوة إلى الإيجاب. ينظر: العثماني، فقه البيوع على المذاهب الأربعة، 1: 76.

ويأخذ السلعة التي يرغب بها ويدفع ثمنها وفق الطريقة المحددة، دون أن يلتقي بالبائع،³⁰⁷ وقد يكون تحديد الثمن وفق ما هو متعارف عليه عادة، كأن يكون ثمن السلعة واحداً لا يختلف باختلاف الباعة في تلك البقعة، فهذه الصورة يمكن اعتبارها أيضاً من بيع المعاطاة، جاء في مجلة الأحكام الشرعية في معرض الحديث عن بيع المعاطاة: "وَضَعَ المشتري ثَمَنَ السلعة لمثلها عادة وأخذها عقبه -أي عقب وضع الثمن- ولو لم يكن المالك حاضراً انعقد البيع."³⁰⁸

3- توزيع السلعة ثمّ تحصيل ثمنها: وأكثر ما تقع هذه الصورة في المطاعم والمقاهي وأماكن التجمّعات البشرية، حيث يقوم البائع بتوزيع الأصناف المتواجدة عنده على الزبائن وفق ما يرغبون به، ثمّ يباشر الزبائن بتناول ما تمّ تقديمه إليهم، ثمّ ينقدوه الثمن بعد ذلك.

4- ومن هذا القبيل أيضاً أن يعتمد أحد الباعة إلى مكان قد اجتمع فيه الناس، ثمّ يبدأ بتوزيع سلعة ما عليهم، فإذا وصل إلى آخرهم يقوم بالتعريف بالسلعة وثنائها، ثمّ ينتظر برهة من الزمن مانحاً الناس فرصة للتفكير، ثمّ يعاود البائع التجوال عليهم ليأخذ النقود ممن وافق على الشراء او والسلعة ممن لا يرغب.

5- ومما شاع في زماننا في المطاعم أو الفنادق ما يسمّى بـ "طعام البوفيه" وهو أن يقوم صاحب المطعم أو الفندق بوضع أنواع من الطّعام في صحنون كبيرة، ويأذن لزبائنه بأن يأكلوا منها ما يشاءون بضمن معلوم، فهذه الصورة لا تجوز وفق القياس؛ لأنّ المبيع وقدره مجهول والجهالة تؤدّي إلى الغرر، إلّا أنّ هذا الغرر يسير والغرر اليسير مغتفر،³⁰⁹ وأمّا عن صيغة العقد فيمكن تخريجها على المعاطاة؛ فالبائع يعرض ما عنده والمشتري يأخذ ما يريد ويدفع ثمنه دون أن يتخلّل ذلك صيغة لفظية.

³⁰⁷ وهذه الطريقة بدأت بالانتشار في بعض البلدان الغربية كالسويد، ويعتبرون عنها بـ "البيع بالثقة بدون بائع" ينظر: <https://www.khabaragency.net/news59882.html>
³⁰⁸ أحمد القاري، مجلة الأحكام الشرعية، تح. عبد الوهاب أبو سليمان ومُجد أحمد علي، ط. 3 (مطبوعات تامة: 2005)، 119، (المادة 229).

³⁰⁹ العثماني، فقه البيوع على المذاهب الأربعة، 1: 388.

ثانيًا: صور انعقاد الإجارة بالمعاطاة:

يذكر الفقهاء صورًا كثيرة لانعقاد الإجارة بالمعاطاة، وفيما يلي بعض هذه الصور:

1- من استأجر من آخر قدورًا -أو سلعة أخرى- دون تعيينها فإنّ هذا لا يجوز؛ لأنّ القدور تتفاوت في أحجامها، فإذا قام المؤجّر بعزل بعض تلك القدور وأعطاه للمستأجر، وقبل المستأجر ذلك جاز على أنّه إجارة مُبتدأة بالمعاطاة.³¹⁰

2- من استأجر دارًا لمدة سنة مثلاً، ثمّ عند انتهاء المدة قال له صاحب الدار: فرّغها وإلا فكلّ شهر تسكنه بألف ليرة، فبقي المستأجر ساكنًا شهرًا أو أكثر، فإنّه يُعدّ مستأجرًا بالمعاطاة.³¹¹

3- ومن الصور أيضًا صعود السفينة وركوب الدواب المعدة للكراء، والاحتجام، ودخول الحمام، ودفع الثوب إلى الخياط ليخيطه.³¹² ويجب في جميع ذلك الأجرة إن كانت معلومة، وإن لم تكن معلومة فأجر المثل.³¹³

ومن الصور المعاصرة للإجارة بالمعاطاة:

1- صعود وسائل النقل التي تعمل بالأجرة: كصعود الحافلات، والبواخر، والقطارات، والتراتام ونحوه؛ حيث إنّ هذه الوسائل تقف في مواقف معلومة لحمل الركاب، وأجرتها معلومة في كلّ بلد، وفي اشتراط الإيجاب والقبول تضيق على الناس وخرج.

³¹⁰ ينظر: الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند، الفتاوى الهندية، 4: 409؛ ابن عابدين، رد المختار، 4: 409.

³¹¹ وقد منع الحنفية من الإجارة الطويلة إذا كانت الأجرة غير معلومة، ينظر: ابن نجيم، البحر الرائق، 6: 6؛ ابن عابدين، رد المختار، 6: 5-6.

³¹² ينظر: ابن عابدين، رد المختار، 6: 5-6؛ الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند، الفتاوى الهندية، 4: 409؛ الخطاب، مواهب الجليل، 5: 290.

³¹³ ينظر: مجلة الأحكام العدلية، 84، (المادة 436).

2- دخول الأماكن الخدمية والترفيهية المأجورة: كدخول أماكن المعالجة الصحية، والتّزول في الفنادق، ودخول أحواض السّباحة، واستئجار الحلاق وغير ذلك.

ثالثاً: صور انعقاد الجعالة بالمعاطاة

كأن يقول: من ردّ عليّ ضالّتي فله كذا، أو من خاط لي هذه القطعة من القماش قميصاً أو من حفر لي بئراً فله كذا، فيقوم شخص بفعل ذلك العمل المعلن عنه، ومن التطبيقات المعاصرة لهذا العقد:

1- أن تقوم مؤسسات الدولة برصد مبلغ من المال لمن يجد في أراضيها مكاناً يصلح لإقامة مشروع معيّن، فيقوم بعض الأشخاص أو الشركات³¹⁴ بالبحث عن ذلك المكان للحصول على الجعل المسمّى، ومن هذا القبيل أيضاً أن تعلن الدولة عن جعل لمن يُنقّب عن البترول أو غيره من المعادن والثروات الباطنية فيقوم من وجّه إليه الإعلان بفعل التنقيب.³¹⁵

2- ما يتمّ رصده من مبلغ للسّمسار إن قام ببيع عقار أو تأجير، وكذلك ما يتمّ رصده لشركات التّسويق إن استطاعت أن تسوّق منتج ما، وغالباً ما يتمّ توزيع مواصفات ذلك العقار أو المنتج على أكثر من جهة، والفائز بالجعل هو من يقوم بتحقيق الهدف قبل غيره.³¹⁶

3- أن يكون الجعل مشروطاً بالقيام بالاكتشافات والاختراعات،³¹⁷ كأن يتمّ الإعلان عن جائزة نقدية لمن يجد علاجاً لمرض معيّن، أو لمن يخترع آلة معيّنة، فيقوم شخص بإيجاد ذلك العلاج أو اختراع تلك الآلة.

³¹⁴ يستوي في عقد الجعالة أن يكون الجاعل أو العامل شخصاً طبيعياً أو معنوياً، ينظر: المعايير الشرعية، (المنامة: هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، النص الكامل للمعايير الشرعية: 2017)، المعيار رقم (15)، 438.

³¹⁵ أحمد عرفة أحمد يوسف، التوازي في العقود وتطبيقاته المعاصرة، ط. 1 (الإسكندرية: دار التعليم الجامعي، 2019)، 329.

³¹⁶ المرجع السابق، 331، ربيع يونس المصري، بحث في فقه المعاملات المالية، ط. 2 (دمشق: دار المكتبي، 2009)، 212.

³¹⁷ غدير أحمد خليل، تطبيق عقد الجعالة في الخدمات المصرفية الإسلامية، بحث منشور ضمن أعمال المؤتمر العلمي الثاني بعنوان: الخدمات المصرفية بين النظرية والتطبيق، (الأردن: جامعة عجلون، 2013)، 12.

4- أن تعلن الدولة عن مكافأة مادية لمن يلقي القبض على إرهابيٍّ معيّن ملاحق من قبلها، فيقوم شخص بالإتيان به.

رابعاً: صور انعقاد الوكالة بالمعاطاة

عقد الوكالة يمكن أن ينشأ باتّخاذ مظهر فعليٍّ من قبل الجانبين -الموكل والوكيل- أو من قبل أحدهما فقط، ومن أمثلة ذلك:

1- أن يقول شخص لآخر وكلّتك بهذا الأمر، فيتشبّث من وجّهت إليه الوكالة بتنفيذ ذلك الأمر دون أن يتلقّظ بالقبول،³¹⁸ كمن يقول لآخر بع لي هذه السلعة فيبادر إلى بيعها.

2- دفع الثوب إلى خيّاط أو قصّار.³¹⁹

3- إذا وجدت القرائن الدّالة على إرادة الوكالة؛ كمن أرسل متاعه إلى آخر فقام ببيعه له، وكانت العادة قد جرت بذلك،³²⁰ وهذا كثير الوقوع بين التّجار.

4- ومن تطبيقات ذلك اليوم ما يقوم به كثير من المصنّعين بدفع منتجاتهم إلى وسطاء معروفين بتصريف ذلك التّوع من المنتجات، دون أن يجري بين الطّرفين عقد توكيل لفظيٍّ ببيعها، وإنّما يكون ذلك بدفعها فقط من قبل المالك، ليقوم الوسيط ببيعها وفق العرف والعادة، وأيضاً ما يقوم به بعض المزارعين من إحضار محصولاتهم إلى السّوق المركزيّ لبيع الخضار "سوق الهال" ودفع تلك المحصولات إلى شخص وسيط يسمّى بـ "الدّلال"، ليقوم هو بدوره ببيعها نيابة عن مالكيها.

خامساً: صور انعقاد الإيداع بالمعاطاة

³¹⁸ علي حيدر، درر الحكام، 3: 497.

³¹⁹ ينظر: ابن مفلح، المبدع في شرح المقنع، 4: 325؛ الرحيباني، مطالب أولي النهى، 3: 429.

³²⁰ ينظر: العدوي، حاشية العدوي على شرح الخرشي، 6: 70.

1- كما لو ترك أحدٌ ماله بجانب صاحب دُكَّان دون أن يتلقَّظ بشيء - كهذا المال وديعة عندك -
وذهب، ورآه صاحب الدُّكَّان ولم يتكلَّم.³²¹

2- أن ينعقد الإيداع بالإيجاب بطريق الدَّلالة الفعلية وبالقبول صراحة: كما لو ترك أحدٌ ماله بجانب
صاحب دُكَّان دون أن يتلقَّظ بشيء، وبينما هو ذاهب قال صاحب الدُّكَّان: إني قبلت هذا المال
وديعة،³²² ويمكن عكس هذه الصُّورة بأن يقول صاحب المال لآخر: أودعتك هذا المال، فيأخذه منه
دون أن يتلقَّظ بالقبول.

سادساً: صور انعقاد الإعارة بالمعاطاة

يذكر الفقهاء بعض الصُّور لانعقاد الإعارة بالمعاطاة منها:

- 1- من رأى شخصاً حافي القدمين فأعطاه نعلًا، أو رأى عريانًا أو شخصاً يشعر بالبرد فألبسه قميصًا.³²³
- 2- من رأى صديقه متعباً فدفع إليه دابَّته -أو عربته- ليركب عليها.³²⁴
- 3- من رأى شخصاً يريد الصَّلَاة ففرش له سجَّادة ليصلي عليها.³²⁵

ويقاس على هذه الصُّور أيضاً:

- 1- من رأى شخصاً نفذ شحن هاتفه أو حاسوبه، فناوله آلة شحن ليشحن بها جهازه.
- 2- من رأى شخصاً يصلح شيئاً -كإصلاح عربته في قارعة الطَّريق- وهو بحاجة إلى معدَّات صيانة،
فناوله تلك المعدَّات.

- 3- من رأى شخصاً يريد الكتابة فأعطاه قلمه، أو يبحث عن هاتف ليتكلَّم به فأعطاه هاتفه.

³²¹ علي حيدر، درر الحُكام، 2: 258.

³²² المرجع السابق، 2: 259.

³²³ ينظر: النووي، روضة الطالبين، 4: 430؛ البهوتي، كشف القناع، 4: 62.

³²⁴ البهوتي، كشف القناع، 4: 62.

³²⁵ النووي، روضة الطالبين، 4: 430.

ففي جميع هذه الصّور يعتبر تقديم المتاع من الطّرف الأوّل إيجاباً، وأخذ الطّرف الثّاني له قبولاً.

سابعاً: صور انعقاد الهبة بالمعاطاة

- 1- ما يقوم به البعض من إعطاء الفقراء دون أن يتلقّظ المعطي أو الآخذ بشيء.³²⁶
- 2- ما يشتريه الآباء لأولادهم، ك شراء الكتب والمركبات، وجهاز الرّفاف.³²⁷ وما يعطيه الأزواج لزوجاتهم من عطايا.³²⁸
- 3- ما يحدث اليوم من تقديم الهدايا والهبات في بعض المناسبات كالأعراس؛ حيث يقوم النّاس بتقديمها لصاحب المناسبة، فيأخذها منهم دون أن يتخلّل ذلك أيّ لفظ يدلّ على التّملك من المعطي أو القبول من الآخذ.

ثامناً: صور انعقاد الشّركة بالمعاطاة

وصورة ذلك: لو أنّ شخصاً أخرج نقوداً وقال لآخر: أخرج مثلها واشتر، وما يرزقنا الله به من ربح فهو بيننا، أو لك من الرّبح نسبة كذا ولي نسبة كذا.. ففعل الطّرف الآخر كما قال له صاحبه دون أن يتكلّم؛ فإنّ الشّركة تنعقد عنائاً بينهما، وأيضاً يمكن لشركة المفاوضة أن تنعقد بواسطة التّصرّف الفعليّ؛ كأن يقوم أحد الطّرفين بإخراج كلّ ما يملكه من التّقود، ويقول للطّرف الآخر الذي يملك قدر ما أخرج: أخرج نقودك لتتجر بمالّينا، وما يرزقنا الله به من ربح فهو بيننا على السّواء، وأنا كفيل عنك وأنت كفيل عني بديون تجارتنا، فيفعل الطّرف الآخر كما قال له صاحبه دون أن يتكلّم؛ فإنّ الشّركة تنعقد مفاوضة بينهما.³²⁹

³²⁶ ينظر: ابن عابدين، رد المختار، 5: 688؛ علي حيدر، درر الحكام، 2: 405.

³²⁷ ينظر: الدسوقي، حاشية الدسوقي، 4: 101.

³²⁸ ينظر: ابن عابدين، رد المختار، 5: 688.

³²⁹ ينظر: الموسوعة الفقهيّة الكويتية، 26: 42.

فكما هو ملاحظ في الصّورتين السّابقتين أن الإيجاب وقع لفظاً والقبول وقع فعلاً، لكن هل يمكن أن تنعقد الشّركة بالفعل من كلا الطّرفين؟ يذكر الحنابلة صورة لذلك، وهي أن يدور كلام بين الطّرفين حول الشّركة، ثمّ بعد برهة من الزّمن يقوم كلّ شخص بإحضار ماله، ويشرعا في العمل.³³⁰

تاسعاً: صور انعقاد المزارعة والمساقاة بالمعاطاة:

يمكن تصوير ذلك في عقد المزارعة بأن يقول صاحب أرض لآخر: ازرع أرضي ولك مقدار كذا مما تُخرج الأرض، فيشرع العامل بزراعة الأرض دون أن يتلقّظ بالقبول.

ويمكن تصوير ذلك في عقد المساقاة بأن يقول: سلّمت إليك شجري لتعمل به، أو لتعتني به ولك مقدار كذا من ثمرها فيشرع العامل بالعمل؛ فشروع العامل بعمله من تسوية الأرض وفلاحتها، وإلقاء البذر فيها، وجرّ المياه إليها ونحوه يقوم مقام تلقّظه بالقبول، وهذا وفق مقتضى ما ذهب إليه المالكيّة³³¹ والحنابلة.³³²

³³⁰ الرحيباني: مطالب أولي النهى، 3: 501.

³³¹ ينظر: ابن شاس، عقد الجواهر، 3: 916.

³³² ينظر: الرحيباني، مطالب أولي النهى، 3: 559.

2.1.2 أثر فعل الاستجرار في إنشاء صيغة عقد البيع

2.1.2.1 معنى بيع الاستجرار

من البيوع الشائعة قديماً وحديثاً أن يأخذ الناس حوائجهم -وغالباً ما تكون حوائج يومية- من البائع شيئاً فشيئاً دون أن يحاسبوه على أثمانها في الحال، كأخذ الخبز من الفرن أو اللحم من الجزار أو غير ذلك من الحوائج، وقد يكون ذلك الأخذ مع تعرض لذكر الثمن أو بدون تعرض لذكره،³³³ وهو ما يسمّى ببيع الاستجرار،³³⁴ وسبب هذه التسمية أنّ أخذ المال من قبل المشتري بين الفينة والأخرى فيه معنى الجرّ والجذب هذا من جهة، ومن جهة أخرى هو مأخوذ مما يغلب فيه من تأخير الثمن؛ حيث إنّ العرب تقول: أجزرت له دينه: أي أخرته له.³³⁵

وهذا النوع من البيوع له تعلق كبير بالبيع بالمعاطاة؛ وذلك لتخلف الصيغة اللفظية أثناء انعقاده غالباً، ولعلّ هذا هو السبب في أنّ بعض الفقهاء تناول بحثه أثناء أو عقب حديثهم عن البيع بالمعاطاة مباشرة،³³⁶ ولعلّ ذلك أيضاً هو ما حمل بعض المعاصرين على تعريفه بأنه: "أن يأخذ الرجل من البيّاع الحاجات المتعددة شيئاً فشيئاً دون أن يجري بينهما مساومة أو إيجاب وقبول في كلّ مرّة".³³⁷ وبالرغم من التقاء بيع الاستجرار مع بيع المعاطاة في بعض الحالات إلاّ أنّه هناك ثمة فروق بين البيعين يمكن تلخيصها على النحو الآتي:

³³³ ينظر: الشربيني، مغني المحتاج، 2: 326.

³³⁴ وهذه التسمية وردت عند متأخري الحنفية والشافعية، وعبر المالكية عن هذا النوع من البيوع بـ "بيع أهل المدينة" لاشتهاره ووجوده في المدينة. ينظر: ابن عابدين، رد المختار، 4: 517؛ الخطاب، مواهب الجليل، 4: 538؛ الرملي، نهاية المحتاج، 3: 375؛

³³⁵ محمود اللحام، بيع الدين وتطبيقاته المعاصرة في الفقه الإسلامي، ط. 1 (الرياض: دار اليمان، 2012)، 1: 610.

³³⁶ ينظر: ابن عابدين، رد المختار، 4: 516؛ النووي، المجموع، 9: 164.

³³⁷ محمد تقي العثماني، بحوث في قضايا فقهية، ط. 1 (دمشق: دار القلم، 1998)، 1: 58؛ وينظر أيضاً:

Hüseyin Okur, İslam Borçlar Hukukunda İsticrâr Akdi ve Mezheplerin Konuyla İlgili Mülâhazaları, Tasavvur / Tekirdağ İlahiyat Dergisi, 5/2 (2019), 1256.

1- أنّ بيع الاستجرار يمكن أن ينعقد بالصيغة اللفظية ويمكن أن ينعقد أيضًا بالصيغة الفعلية وهو الغالب،

بينما البيع بالمعاطاة يقوم على المناولة الفعلية للمعقود عليه.³³⁸

2- أنّ في بيع الاستجرار لا يتم دفع الثمن أثناء التعاقد، وإنما يكون لاحقًا -وهو الغالب- أو يتم اقتطاعه

من مبلغ تمّ وضعه مسبقًا عند البائع كما سيأتي بيانه، بينما في البيع بالمعاطاة يكون دفع الثمن حين

التعاقد غالبًا.

3- أنّ بيع الاستجرار يجري غالبًا على خلاف المألوف من حيث عدم ذكر الثمن والأجل ورؤية المبيع،

بينما البيع بالمعاطاة لا يوجد فيه ذلك.

4- أنّ بيع الاستجرار يشمل غالبًا مجموعة من الصفقات المتتالية؛ بمعنى أنّ المشتري في كلّ مرة يأخذ مبيعًا

جديدًا غير الذي أخذه سابقًا، بينما في البيع بالمعاطاة فالغالب فيه أن المشتري يأخذ المبيع دفعة

واحدة.

وبناء على ما تقدم يمكننا القول بأنّ بيع الاستجرار هو: أخذ السلع من البائع شيئًا فشيئًا دون مساومة.

2.1.2.2 صور بيع الاستجرار وأحكامها الفقهية

الصورة الأولى: بيع الاستجرار مع تأخير الثمن

وذلك بأن يأخذ المشتري ما يحتاجه من سلع دون دفع أثمانها حين أخذه لها، ليقوم بعد مدّة معيّنة -وغالبًا

ما تكون في مواعيد دوريّة- بتسديد أثمانها، وهذه الصورة أكثر الصّور وقوعًا في تعاملات الناس اليوميّة،

حتى إنّ بعض الفقهاء اقتصر على ذكر هذه الصّورة أثناء حديثه عن بيع الاستجرار، ففي الدّر المختار قال

³³⁸ ويجدر التنويه هنا إلى أن العبرة في كون بيع الاستجرار قد تم بالصيغة اللفظية أو الفعلية إنما يعود إلى ما تم عليه العقد حين الأخذ لا بالاتفاق السابق، فعلى سبيل المثال: لو وضع المشتري نقودًا عند البائع وقال له: هذه النقود سأشتري بها ما أحتاجه من السلع، ثمّ فيما بعد أخذ السلع شيئًا فشيئًا، فإن العقد على تلك السلع المأخوذة ينعقد بالتصرف الفعلي المتمثل بالأخذ لا بالتصرف اللفظي.

واصفًا هذا البيع: "ما يستجرّه الإنسان من البيّاع إذا حاسبه على أثمانها بعد استهلاكها.."³³⁹ مثال ذلك: أن يدخل أحدهم إلى دكان يقال كان قد تفاهم معه مسبقًا على أخذ ما يحتاجه منه، فيأخذ ما يريده من حاجيات كالمالح والعدس والزيت ونحو ذلك ثم يمضي، دون أن يقع بينهما مساومة أو تلقّظ بإيجاب وقبول - وعادة يُكتب ما أخذ المشتري إلى دفترين؛ دفتر المشتري ودفتر صاحب الدكان لمنع الإنكار أو احتمال النسيان - ثم يأتي المشتري في نهاية اليوم أو الأسبوع أو الشهر أو غير ذلك ليقوم بتسديد ثمن ما استجرّه من حاجيات.³⁴⁰

وللوقوف على حكم هذه الصورة ينبغي الوقوف على واقع التعامل الذي يتم به هذا البيع، حيث إنّ الثمن المؤجل تعثره حالتان:

الأولى: أن يكون الثمن محددًا من قبل المتعاقدين.

الثانية: أن يكون الثمن غير محدد من قبل المتعاقدين.

أما الحالة الأولى وهي أن يكون الثمن محددًا من قبل المتعاقدين:

كأن يذكر البائع الثمن للمشتري كلّما أراد أن يأخذ منه شيئًا، أو أن يكون الثمن معلومًا بطريقة ما،³⁴¹ كأن يكتب سعر السلعة عليها، أو يكون هناك اتفاق مسبق بين البائع والمشتري على أنّ ما سيأخذه من السلعة الفلانية كلّ يوم سعرها كذا.

وحكم هذا البيع أنّه بيع بالأجل تمّ دون إيجاب وقبول لفظي، وهو جائز عند من أجاز البيع بالمعاطاة.³⁴²

³³⁹ محمد بن علي الحصفى، الدر المختار شرح تنوير الأبصار، ط. 2 مطبوع مع حاشية رد المحتار، (بيروت: دار الفكر، 1992م)، 4: 516.

³⁴⁰ العثماني، بحوث في قضايا فقهية، 1: 57.

³⁴¹ المرجع السابق، 1: 60.

³⁴² ابن عابدين، رد المحتار، 4: 516؛ الدسوقي، حاشية الدسوقي، 3: 3؛ الشربيني، مغني المحتاج، 2: 326؛ ابن قدامة، المغني، 3: 481.

الحالة الثانية: أن لا يكون الثمن محددًا من قبل المتعاقدين:

كأن يتفق الطرفان مسبقًا على أن ما يستجره المشتري من سلع يكون ثمنه بسعر السوق يوم أخذه، ثم يتم بعد ذلك استرجار السلع من قبل المشتري دون ذكر ثمنها على أن يدفع الثمن في وقت لاحق، أو أن يستجر المشتري السلعة دون أي اتفاق مسبق ودون تحديد الثمن.

وحكم هذا البيع اختلف فيه الفقهاء، وفيما يلي بيان موجز لذلك:

مذهب الحنفية: الحنفية يجيزون ذلك لكنهم يختلفون في تكييف المسألة؛ فمنهم من قال إن هذا من باب بيع المعدوم إلا أنه أجاز استحسانًا، ووجه كونه من بيع المعدوم هو أن المشتري يشتريها بعد استهلاكها، ومنهم من قال إن هذا من باب ضمان المتلفات بإذن مالكها عرفًا، إلا أن الحموي³⁴³ استشكل ذلك؛ لأن الضمان بالإذن غير معروف في كلام الفقهاء، ولأن ضمان المثليات يكون بالمثل لا بالقيمة وكذلك ضمان القيميات يكون بالقيمة لا بالمثل، وأجيب على ذلك بأن ما قاله هو القياس وأن المسألة من باب الاستحسان.

ومنهم من فرق بين الأشياء المتعارف على ثمنها وبين غير المتعارف على ثمنها؛ فما كان ثمنه متعارفًا عليه كالعدس والخبز واللحم أجازوه واعتبروه من قبيل البيع بالمعاطاة، وأما غير المتعارف على ثمنه فيمكن تخريجه على القرض المضمون بمثله أو قيمته، أو على الهبة بشرط العوض، أو على المقبوض على سوم الشراء.³⁴⁴

³⁴³ هو أحمد بن محمد الحموي المصري الحنفي، عالم مشارك في أنواع من العلوم، له تصانيف كثيرة، منها "كشف الرمز عن خبايا الكنز" و"غمز عيون البصائر" و"حاشية على الدرر والغرر" توفي رحمه الله سنة 1098هـ الموافق 1687م. ينظر: عمر كحالة، معجم المؤلفين، 2: 93.

³⁴⁴ ينظر: شهاب الدين أحمد مكي الحموي، غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر، ط. 1 (بيروت: دار الكتب العلمية، 1985م)، 2: 285؛ ابن عابدين، رد المختار، 4: 516-517.

ولعلّ الراجح هو التّكييف الأوّل بأنّ هذا البيع أجزى استحساناً كما ذكره ابن عابدين؛ لأنّ القياس لا يقتضيه،³⁴⁵ وعلى كلّ حال فبالرّغم من اختلاف عبارات الحنفية في تكييف هذه المسألة إلّا أنّهم اتّفقوا على جوازها من حيث الحكم الفقهيّ.

مذهب المالكية: الذي يظهر من نصوصهم أنّهم لا يجيزون بيع الاستجرار ما لم يكن الثّمن معلوماً، جاء في المنتقى: "... والثّالث أن يترك عنده في سلعة معيّنة أو غير معيّنة على أن يأخذ منها في كلّ يوم بسعره .. فإنّ ذلك غير جائز؛ لأنّ ما عقدا عليه من الثّمن مجهول، وذلك من الغرر الذي يمنع صحّة البيع."³⁴⁶

مذهب الشافعية: وقع الخلاف عندهم في هذه الصّورة حتّى عند من أجاز المعاطاة منهم على النّحو الآتي: القول الأوّل: أنّ هذا البيع لا يصحّ دون تحديد الثّمن في كلّ مرّة، وهذا قول أكثر المجيزين للمعاطاة.³⁴⁷

القول الثّاني: أنّ هذا البيع يجوز بناء على جواز المعاطاة، وممن ذهب إلى هذا القول الإمام الغزالي،³⁴⁸ وأمّا عن ثمن السلعة فقالوا: إنّ الغالب من التّعامل في بيع الاستجرار أنّ ثمن السلعة يكون معلوماً للطرفين عند الأخذ والإعطاء فيستغنى عن التّلفّظ به.³⁴⁹

مذهب الحنابلة: الذي يظهر من مذهب الحنابلة أنّهم يجيزون بيع الاستجرار حتّى وإن لم يحدّد الثّمن من قبل المتعاقدين، حيث يحدّد سعر يوم الأخذ، وذلك إقامة للعرف مقام النّطق.³⁵⁰

ومن خلال النّظر في هذه الأقوال يتبيّن أنّ أوسع المذاهب في قبول هذه الصّورة هم الحنفية، حيث أجازوا التّعامل بها سواء كان ثمن السلعة معلوماً أم لم يكن كذلك، أمّا بقية المجيزين فقد أجازوا ذلك بناء على أنّ

³⁴⁵ قال ابن عابدين: "كلّ هذا -أي الاعتراض- قياس، وقد علمت أنّ المسألة استحسان." عابدين، رد المحتار، 4: 516

³⁴⁶ الباجي، المنتقى، 5: 15.

³⁴⁷ ينظر: النووي، المجموع، 9: 163-164؛ الرملي، نهاية المحتاج، 3: 375.

³⁴⁸ ينظر: الغزالي، إحياء علوم الدين، 2: 72؛ الشريبي، مغني المحتاج، 2: 326؛ الرملي، نهاية المحتاج، 3: 375.

³⁴⁹ ينظر: عبد الحميد الشرواني، حاشية الشرواني على تحفة المحتاج، (مصر: المكتبة التجارية، 1983م)، 4: 217.

³⁵⁰ ينظر: ابن مفلح، النكت والفوائد السنية، 1: 298؛ البهوتي، شرح منتهى الإرادات، 2: 318.

الثَّمن يحدّده العرف، وهذا في حقيقته لا يكون إلّا في الأشياء الّتي لا تتفاوت آحادها ولا أسعارها، فهم بذلك يقتربون من قول المالكيّة؛ لأنّ تعليل المنع من قبلهم إنّما كان بسبب الغرر المترتب على جهالة الثَّمن، وهذا لا يكون إلّا فيما اختلفت آحاده وأسعاره، ونذكر فيما يأتي مثالين من واقعنا المعاصر لتوضيح ذلك:

المثال الأوّل: لقد ظهرت اليوم أشياء كثيرة منضبطة الثَّمن، فلا يحتاج إلى ذكر ثمنها في كلّ مرّة يتمّ شراؤها؛ لأنّه لا يحتمل وقوع النزاع فيها، ومن هذه الأشياء الصّحف اليوميّة، وصورة الاستجرار فيها أن يأتي المشتري في صباح كلّ يوم إلى بائع الصّحف فيأخذ الصّحيفة ويمضي؛ ويكون ذلك دون التّعرض لذكر ثمنها لا سابقًا ولا أثناء الأخذ على أن تتمّ المحاسبة في نهاية كلّ شهر مثلاً،³⁵¹ أو أن يلقي بائع الصّحف الصّحيفة في مكتب أو بيت المشتري على نفس هذا النّحو، فالّذي تقتضيه جميع مذاهب الفقهاء -خلافًا لجمهور الشافعيّة- صحّة هذا البيع بهذه الطّريقة لأنّ احتمال المنازعة منفيّ.

المثال الثّاني: هناك بعض الأشياء نادرة الاستعمال أو ليست نادرة ولكن تتفاوت آحادها، وبالتّالي فإنّ أثمانها غير متعارف عليها، كالأدوية النّادرة ومستحضرات التّجميل، فالّذي تقتضيه جميع مذاهب الفقهاء أنّ ما كان من هذا القبيل يجب بيان ثمنه ليصحّ بيعه، حتّى الحنفية -وهم الموسعون في المسألة- لا يعتبرون ذلك من قبيل البيع إذا كانت العين قائمة ما لم يكن الثَّمن معلومًا، أمّا بعد استهلاكها فاختلفوا في تكييف الجواز كما ذكرنا.

³⁵¹ فقه البيوع على المذاهب الأربعة، 1: 75.

الصورة الثانية: الاسترجار الذي يسبقه تقديم مبلغ من المال يوضع عند البائع

وصورة هذه المسألة أن يقوم المشتري بوضع مبلغ من المال عند البائع ثم يستجر منه ما يحتاجه من الأشياء.³⁵² ويمكن تلخيص وضع المال هنا في حالتين:

الحالة الأولى: وضع المبلغ دون أن يقترن بصيغة الشراء:

حيث يقوم المشتري بوضع المال عند البائع فقط، ثم يشرع بعد ذلك باسترجار ما يريد، وهذه الحالة ينطبق عليها من حيث الحكم ما ذكرناه سابقاً في حكم الاسترجار مع تأخير الثمن؛ لأنّ انعقاد البيع إنّما يتم حين الأخذ، وغاية ما في الأمر أنّ الثمن سيؤخذ كلّ مرّة يتم فيها الاسترجار من المبلغ الذي سبق تقديمه للبائع. جاء في ردّ المختار: "ولو أعطاه الدراهم وجعل يأخذ منه كلّ يوم خمسة أمان - من الخبز - ولم يقل في الابتداء اشتريت منك يجوز وهذا حلال، وإن كانت نيّته وقت الدّفع الشّراء؛ لأنّه بمجرد النّيّة لا ينعقد البيع، وإنّما ينعقد الآن بالتّعاطي".³⁵³

وأما عن صفة المبلغ الذي يوضع عند البائع قبل الاسترجار فهي "دفعة تحت الحساب" يقصد بها تفرغ ذمّة المشتري عن أداء الثمن عند حصول البيع لاحقاً.³⁵⁴

الحالة الثانية: أن يقترن وضع المال بصيغة الشراء:

³⁵² وأكثر المذاهب ذكراً لهذه الصورة هم المالكيّة، بل إن معظم ما ذكروه من حالات لهذا البيع تقوم على تقديم مبلغ من المال. ينظر: الباجي، المنتقى، 5: 15.

³⁵³ ابن عابدين، رد المختار، 4: 516.

³⁵⁴ هذا المبلغ لا يصح اعتباره ثمنًا؛ لأنّ العاقدين لم ينصا على البيع والشراء حين وضعه، ولا يصح اعتباره أمانة؛ لأنه لو كان كذلك لما جاز للبائع أن يتصرف فيه والواقع في بيع الاسترجار خلاف ذلك، فالباعة يقيدون المبالغ المدفوعة إليهم في حساب المعطي ثم يتصرفون فيها، ولا يصح اعتباره قرضًا؛ لأنّ تقديمه من قبل المشتري لم يكن على وجه الصلة، وإنّما كان ليقع به البيع لاحقاً، لذلك كان من المناسب وصفه بـ "دفعة تحت الحساب" يجوز للبائع التصرف بها وتكون مضمونة عليه. ينظر: العثماني، بحوث في قضايا فقهية، 1: 67.

بحيث يضعه عند البائع فقط، ثمَّ يشرع بعد ذلك باسترجار ما يريد، وهذه الحالة تدخل ضمن الصّيع اللّفظيّة؛ لذا نكتفي بالإشارة هنا إلى أنّ الحنفيّة حكموا بفساد هذه الحالة إلّا إذا كان المبيع معيّنًا في مجلس العقد³⁵⁵ خلافًا للمالكية حيث أجازوا أن يقترن وضع المال بصيغة الشّراء.³⁵⁶

2.1.2.3 جانب من التطبيقات المعاصرة لبيع الاسترجار

إنّ الهدف من بيع الاسترجار هو تلبية احتياجات النّاس اليوميّة والتّسهيل عليهم فيما يمارسونه من بيع وشراء، لذا كان من شأن هذا البيع أن يتطوّر مع تطوّر تلك الاحتياجات، فلم يعد يقتصر على تعاملات النّاس الفرديّة فحسب، بل اتّسعت دائرة ذلك ليشمل التّعامل مع المؤسّسات أيضًا، وفيما يلي نذكر مثالين من تلك التّعاملات.

المثال الأوّل: الاشتراك في توريد الخدمات الاستهلاكية:

كبيع خدمات الطّاقة الكهربائيّة والماء والاتّصال الهاتفّي والإنترنت وغير ذلك، حيث تمرّ عمليّة بيع تلك الخدمات غالبًا بمرحلتين: الأولى: تتطلّب دفع مبلغ ثابت من أجل تأسيس الاشتراك لطلب الخدمة، ثمّ يقوم المشترك بالشّراء بعد ذلك من خلال الاستهلاك شيئًا فشيئًا حسب احتياجه دون أن يدفع شيئًا وقت الاستهلاك، وإنّما يكون الدّفع في مواعيد دوريّة وغالبًا ما تكون شهريّة وفق تسعيرة معيّنة يعلمها المستهلك قبل استهلاكه.

ومن خلال إمعان النّظر في هذا التّوع من استرجار الخدمات نجده لا يخرج عن صورة بيع الاسترجار مع تأخير الثّمّن الّتي ذكرناها سابقًا، فعمليّة البيع إنّما تتمّ لحظة الاستهلاك من قبل المشتري، ودفع الثّمّن يتمّ لاحقًا.

³⁵⁵ ينظر: ابن عابدين، رد المحتار، 4: 516.

³⁵⁶ الباجي، المنتقى، 5: 15.

المثال الثاني: الاستجار بواسطة بطاقات مسبقة الدفع:

وصورة ذلك أنّ بعض المؤسسات أو المحالّ التجاريّة تقوم في تسويق منتجاتها من خلال طرح بطاقات أو قسائم مسبقة الدفع تحوّل حاملها أخذ ما يحتاجه من سلع متوفّرة في تلك المؤسسات أو المحالّ ضمن حدود قيمة تلك البطاقة، وعادة يقوم حامل تلك البطاقة بصرفها شيئاً فشيئاً، وفي كلّ مرّة يقوم فيها بالأخذ يتمّ حسم قيمة ما أخذه من الرصيد الموجود إلى أن ينفد الرصيد، وهذه الطّريقة نفسها أصبح يلجأ إليها بعض المتبرّعين في صرف تبرّعاتهم على الفقراء، حيث يقوم المتبرّع بشحن البطاقة ومن ثمّ إعطاؤها إلى الفقير ليقوم هو بالتسوّق من خلالها من المراكز التي تتبع للجهة المصدّرة لها.

ومن خلال إمعان النظر في هذا النوع من استجار البضائع نجد أنّه في حقيقته لا يخرج عن الصّورة الثّانية من صور بيع الاستجار التي ذكرناها سابقاً والتي تقوم على تقديم مبلغ من المال يوضع عند البائع دون أن يقتن بصيغة الشّراء، حيث يتمّ الشّراء به لاحقاً من خلال أخذ الأشياء وحسم ثمنها من البطاقة دون أن يتخلّل ذلك إيجاب وقبول لفظي.

2.2 أثر التصرفات الفعلية في صحة العقود

إنّ للتصرفات الفعلية أثرًا في صحة العقود، حيث إنّ بعض الأفعال يشترط تواجدها قبل العقد كما هو الحال في اشتراط قبض المبيع من قبل المشتري قبل بيعه، وبعضها يشترط مصاحبته للعقد كما هو الحال في تقابض البدلين في بيع الأموال الربوية، وبعضها الآخر يشترط خلوّ العقد عنها، فإذا وجدت أدت إلى فسادها كما هو الحال في الإكراه. هذا وإنّ بعض الأفعال قد يكون أثرها في تصحيح العقد الفاسد من خلال قيامها بإزالة ما هو مفسد للعقد كما سيأتي بيانه.

2.2.1 أثر التصرفات الفعلية في انعقاد العقد صحيحًا

2.2.1.1 أثر فعل القبض في انعقاد العقد صحيحًا

كنا قد ذكرنا أنّ لفعل القبض أثرًا في صحة العقود، وفيما يلي نعرض جانبًا لبعض المسائل التي تتوقّف صحتها على القبض، ونبتدئ أولاً ببيان حقيقة القبض ثمّ نعرض بعدها تلك المسائل.

أولاً: حقيقة القبض

اختلفت أنظار الفقهاء في تحديد مفهوم القبض باختلاف المحلّ الذي يقع عليه التّعاقد، فعند الحنفية يقع القبض في العقار وفي سائر الأموال الأخرى بالتّخلية، والتّخلية هي رفع الحوائل التي تمنع من التّصرف بالمعقود عليه، ومنه يعلم أنّ فقهاء الحنفية قد قبلوا بالقبض الحقيقي والحكمي لمحلّ العقد.³⁵⁷

وإلى مثل هذا ذهب بعض الشّافعية،³⁵⁸ والحنابلة في رواية،³⁵⁹ بينما ميّز باقي الفقهاء بين قبض العقار وقبض المنقول، فالعقار عندهم يكون قبضه بالتّخلية، أمّا المنقولات كالثياب والطّعام والنّقد وسائر الأموال

³⁵⁷ ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع، 5: 244؛ البابري، العناية، 3: 332؛

Mustafa Kisbet, İslam Borçlar Hukukunda Kabzın Akitlere Etkisi, İHYA Uluslararası İslam Araştırmaları Dergisi, 1/2 (2015), 2.

³⁵⁸ ينظر: النووي، روضة الطالبين، 3: 517.

فقبضها يختلف باختلاف تلك الأموال بما جرت به العادة؛ فالأموال التي يمكن تناولها باليد كالنقود يكون قبضها باليد، وإن كانت مما يحتاج إلى تحريك كالدابة ونحوها فقبضها يكون بتحريكها، وإن كانت مما يكال أو يوزن أو يُعدّ أو يذرع فقبضها يكون باستيفائها بما يناسبها كيلاً أو وزناً أو عدداً أو ذرعاً، وهذا هو مذهب المالكية،³⁶⁰ والشافعية،³⁶¹ والحنابلة.³⁶²

من خلال ما سبق يتّضح أنّ القبض هو: جعل المعقود عليه في حيّز العاقد بحيث يمكنه التصرف فيه، سواء أكان ذلك تناولاً باليد، أو بزوال المانع من التصرف.³⁶³

وهناك بعض التصرفات الفعلية من شأنها أن يحكم بقيامها مقام القبض حقيقة ويترتب عليها آثار القبض، ، وفيما يلي أمثلة عليها:³⁶⁴

1- إتلاف المبيع أو تعييبه أو استهلاكه من قبل المشتري: إذا كان المبيع بيد البائع وقام المشتري بإتلافه أو تعييبه قبل أن يخلى البائع بينه وبين المبيع اعتبر إتلافه أو تعييبه قبضاً منه؛ لأنّه إذا اعتُبر المشتري قابضاً بالتخلية لتمكّنه من التصرف في المبيع فمن باب أولى اعتبار هذه الأفعال قبضاً لأنّها تصرف

³⁵⁹ ينظر: ابن قدامة، المغني، 4: 85.

³⁶⁰ ينظر: القرافي، الذخيرة، 5: 132؛ الدسوقي، حاشية الدسوقي، 3: 144-145.

³⁶¹ ينظر: النووي، روضة الطالبين، 3: 517؛ الشربيني، مغني المحتاج، 2: 467.

³⁶² ينظر: ابن قدامة، المغني، 4: 85.

³⁶³ وقريب منه ما ذكره الدكتور مصطفى كيسبيت؛ حيث بين أن مفهوم القبض هو "الاستيلاء والاستحواذ على محل العقد" وهو أمر عربي يختلف باختلاف حقيقة الشيء المراد قبضه، وأن الفقهاء استخدموا هذا المصطلح لأن هذه الكلمة هي الواردة في الأحاديث.

Kisbet, İslam Borçlar Hukukunda Kabzın Akitlere Etkisi, 2-3.

³⁶⁴ وقد عرض الدكتور مصطفى كيسبيت جانباً من تلك التصرفات وشرحها بشكل موسع مع أقوال الفقهاء فيها، وذلك في أطروحته "قبض

وتسليم المال في عقد البيع في الفقه الإسلامي" وللاطلاع على ذلك ينظر:

Mustafa Kisbet, İslam Hukukuna Göre Satım akdinde Malın Kabz ve Teslimi, (Bursa: Uludağ Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2010), 84.

حقيقة،³⁶⁵ كأن يكون المبيع طعامًا يأكله،³⁶⁶ أو عبدًا فيقطع يده أو يشج رأسه،³⁶⁷ أو كتابًا فيمزقه، أو

يتلف أو يعيب أحد المبيعين إذا كانا بحكم الشيء الواحد كزوجي الخداء أو مصراعي الباب.³⁶⁸

2- تصرف المشتري بالمبيع تصرفًا لا يقع عادة إلا من المالك: كأن يقوم المشتري باستخدام المبيع أو

الانتفاع به أو إعارته من أجنبي أو إيداعه، فإن جميع ذلك يقوم مقام القبض الحقيقي ويأخذ أحكامه.³⁶⁹

3- تضمين الجاني الأجنبي في جنايته: إذا قام أجنبي بالجناية على المبيع قبل قبضه وقام المشتري بمتابعة

الجاني وتضمنه فإن ذلك يعتبر قبضًا.³⁷⁰

4- تصرف البائع بأمر من المشتري: إذا قام البائع بالتصرف بالمبيع قبل القبض أو التخلية بأمر من

المشتري تصرفًا يوجب نقصانًا فيه أو إتلافًا له، فإن ذلك التصرف يُضاف إلى المشتري ويعتبر قبضًا.³⁷¹

ومن هذا القبيل أن يشتري حنطة ويأمر البائع بطحنها فيطحنها، أو أن يستعمل البائع المبيع قبل تسليمه

بإذن من المشتري في مصلحة تعود على المشتري فكل ذلك يعد قبضًا.³⁷²

5- كيل المكيل ووزن الموزون المعيّنين: إذا قام البائع بكيل ما هو مكيل أو وزن ما هو موزون بأمر من

المشتري ووضعها بعد ذلك في الإناء أو الظرف الذي هيأه المشتري ليوضع فيه اعتبر ذلك تسليمًا.³⁷³

هذا ويجدر بنا أن ننوّه إلى أنّه هناك مصطلحات أخرى تستخدم في القبض، وأبرز تلك المصطلحات:

الحيازة والتخلية والمناولة باليد والتسجيل العقاري، وفيما يلي بيان موجز لها.

³⁶⁵ ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع، 5: 246؛ النووي، روضة الطالبين، 3: 501؛ البهوتي، شرح منتهى الإرادات، 2: 62.

³⁶⁶ ينظر: الشربيني، مغني المحتاج، 2: 458.

³⁶⁷ ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع، 5: 246.

³⁶⁸ علي حيدر، درر الحكماء، 1: 256.

³⁶⁹ ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع، 5: 246؛ علي حيدر، درر الحكماء، 1: 258.

³⁷⁰ ينظر: المرجعين السابقين.

³⁷¹ ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع، 5: 247؛ ابن عابدين، رد المختار، 4: 563؛ علي حيدر، درر الحكماء، 1: 256.

³⁷² علي حيدر، درر الحكماء، 1: 256.

³⁷³ ينظر: مجلة الأحكام العدلية، 56، (المادة 273)؛ علي حيدر، درر الحكماء، 1: 256.

الحيازة: وهي بمعنى القبض،³⁷⁴ وقد يستعمل بعض الفقهاء هذا المصطلح في القبض الحقيقي المقابل

للقبض الحكمي،³⁷⁵ ويعبر المالكية عن الحيازة بلفظ "الحوز" واستعمالهم لهذا المصطلح يأتي في معنيين:

الأول: هو اثبات اليد على شيء والتّمكن من قبضه.³⁷⁶

الثاني: هو ما يمارسه الشخص على شيء بموجب سلطته الفعلية عليه، كالبنیان والهدم والزّراعة والبيع والهبة،

وما شابه ذلك من التّصرفات التي تصدر عن المالك.³⁷⁷

التّخلية: وهي قبض حكمي للأشياء يتيح للشخص التّصرف بالمعقود عليه؛ كأن يملك البائع المشتري من

الوصول إلى المبيع والتّصرف فيه.³⁷⁸ وأكثر ما تقع هذه الصّورة على العقار والأشياء التي يصعب تحريكها من مكانها.

المناولة: وهو ما يُعبّر عنه الفقهاء بالأخذ بالبراجم،³⁷⁹ أي الأخذ باليد حقيقة بحيث تحوز الشيء

المقبوض، وهذا يقع فيما خفّ وزنه، كالتقود والتياب والأواني وما شابه ذلك.³⁸⁰

التّسجيل العقاري: ذهب بعض العلماء المعاصرين إلى اعتبار قبض العقار بما استحدثته الأنظمة القانونية

من تسجيل بيعه في السّجلات الرّسمية؛ وهو ما يسمّى بالسّجل العقاري؛ لأنّ بتسجيل البيع يتمكّن

المشتري من المبيع أكثر من تمكّنه من التّسليم الفعلي.³⁸¹

³⁷⁴ قال السرخسي: "القبض عبارة عن الحيازة، وهو أن يصير الشيء في حيز القابض." ، وقال ابن جزي: "القبض هو الحوز." ينظر: السرخسي، المبسوط، 12: 65؛ محمد بن أحمد ابن جزي، القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية، تح. ماجد الحموي، ط.1 (بيروت: دار ابن حزم، 2013م)، 533.

³⁷⁵ وهو ما يعبرون عنه بالقبض الكامل. ينظر: البابري، العناية، 10: 140.

³⁷⁶ العدوي، حاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني، 2: 271.

³⁷⁷ ينظر: الخطاب، مواهب الجليل، 6: 222.

³⁷⁸ ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع، 5: 244؛ النووي، روضة الطالبين، 3: 517.

³⁷⁹ ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع، 5: 244.

³⁸⁰ ينظر: النووي، المجموع، 9: 276.

³⁸¹ الزرقا، المدخل الفقهي العام، 2: 954.

ثانيًا: أبرز المسائل التي تتوقّف صحتها على فعل القبض

المسألة الأولى: بيع المبيع قبل قبضه

صورة المسألة: إذا اشترى شخص شيئًا ثم أراد بيعه لآخر فهل تتوقّف صحة هذا البيع على قبضه لما اشتراه مسبقًا، أم يكتفى بعقده الذي عقده في جواز بيعه ثانية؟

لقد اختلف الفقهاء في هذه المسألة، وبيان ذلك على النحو الآتي:

القول الأول: المنع مطلقًا؛ في الطعام والعقار وسائر المبيعات، فيشترط أن يقبض الشخص ما اشتراه أولًا ليصحّ بيعه من الآخرين بعد ذلك، وهذا ما ذهب إليه الشافعية،³⁸² ومُجّد وأبو يوسف في قول له من الحنفية،³⁸³ والإمام أحمد في رواية.³⁸⁴

القول الثاني: المنع مطلقًا إلا في العقار؛ وهذا ما ذهب إليه أبو حنيفة وأبو يوسف في قول آخر له.³⁸⁵
القول الثالث: الجواز مطلقًا إلا في الطعام؛ والمنع في الطعام مقيد فيما إذا تعلّق به حقّ توفية من وزن أو كيل أو عدّ، أمّا إذا بيع جزائيًا فلا يشترط لصحته القبض، وهذا مذهب المالكية،³⁸⁶ والراجح عند الحنابلة.³⁸⁷

القول الرابع: الجواز مطلقًا دون تفريق بين منقول أو عقار، سواء كان المنقول طعامًا أو غير ذلك، وهو ما ذهب إليه عثمان البتي،³⁸⁸ إلا أنّ الفقهاء اعتبروا هذا القول شاذًّا متروكًا.³⁸⁹

³⁸² ينظر: النووي، روضة الطالبين، 3: 508؛ الشريبي، مغني المحتاج، 2: 461.

³⁸³ ينظر: السرخسي، المبسوط، 13: 9؛ ابن الهمام، فتح القدير، 6: 513.

³⁸⁴ ينظر: ابن قدامة، المغني، 4: 83؛ ابن مفلح، المبدع في شرح المقنع، 4: 118.

³⁸⁵ ينظر: السرخسي، المبسوط، 13: 9. ابن الهمام، فتح القدير، 6: 513.

³⁸⁶ ينظر: القرافي، الذخيرة، 5: 132؛ ابن عبد البر، الكافي، 2: 661.

³⁸⁷ ينظر: ابن قدامة، المغني، 4: 83؛ المرداوي، 11: 507.

³⁸⁸ عثمان البتي: هو عثمان بن مسلم البتي البصري، حدث عن أنس بن مالك والشعبي، وحدث عنه شعبة وسفيان وغيرهم، كان صاحب رأي وفقه، توفي رحمه الله سنة 143هـ. ينظر: أحمد بن حجر العسقلاني، تهذيب التهذيب، ط. 1 (الهند: دار المعارف النظامية، 1326هـ)،

ومن خلال عرض الأقوال في المسألة يلاحظ أنه لم يوجد بينها من قال بصحة البيع قبل القبض بشكل مطلق، إلا ما نُقل عن عثمان البتي، وقد ردّ العلماء هذا القول واعتبروه مخالفاً للإجماع، وقالوا لا يلتفت إليه،³⁹⁰ أمّا بقيّة الأقوال فهي ما بين مانع له بشكل مطلق كالشافعية ومن وافقهم، أو مخصّص له ببعض دون بعض على نحو ما ذكرناه من أقوال المذاهب الأخرى، وسبب الاختلاف الواقع بين المذاهب في هذه المسألة يعود إلى الأحاديث العامة التي تمنع من بيع الشيء قبل أن يتمّ قبضه، كحديث حكيم بن حزام رضي الله عنه عن النبي ﷺ أنه قال: "لا تبع ما ليس عندك"³⁹¹ وفي رواية: "لا تبعه حتّى تقبضه"³⁹² فمن الفقهاء من أخذ بعموم هذه الأحاديث فمنع من بيع الشيء قبل قبضه سواء أكان طعاماً أو غير ذلك، وهذا ما ذهب إليه الشافعية ومن وافقهم،³⁹³ والحنفية أخذوا بهذا العموم أيضاً، إلّا أنّهم خصّوا جواز بيع العقار قبل قبضه لندرة هلاكه،³⁹⁴ أمّا الفريق الآخر من الفقهاء فقد اعتبر أنّ هذا العموم مخصوص بأحاديث أخرى

7: 153-154؛ شمس الدين محمد الذهبي، سير أعلام النبلاء، تح. مجموعة من المحققين بإشراف شعيب الأرنؤوط، ط.3 (بيروت: مؤسسة الرسالة، 1985م)، 6: 148.

³⁸⁹ ينظر: يوسف ابن عبد البر، التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، تح. مصطفى العلوي-محمد البكري، (المغرب: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، 1387هـ)، 21: 137؛ محي الدين يحيى بن شرف النووي، المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج، ط.2 (بيروت: دار إحياء التراث العربي، 1392هـ)، 10: 170.

³⁹⁰ ينظر: ابن عبد البر، التمهيد، 21: 137؛ النووي، شرح صحيح مسلم، 10: 170.

³⁹¹ أخرجه أبو داود في سننه، والترمذي في سننه وقال: حديث حسن، ونقل المنذري تحسين الترمذي وأقره كما في تحفة الأحوذى، وصححه ابن الملقن في البدر المنير. ينظر: سليمان بن الأشعث، سنن أبي داود، تح. محمد محي الدين عبد الحميد، (بيروت: المكتبة العصرية)، "كتاب البيوع"، 3503؛ محمد بن عيسى الترمذي، سنن الترمذي، تح. أحمد محمد شاكر وفؤاد عبد الباقي وإبراهيم عطوة، ط.2 (مصر: مصطفى البابي الحلبي، 1975م)، "البيوع" 1232؛ محمد المباركفوري، تحفة الأحوذى بشرح جامع الترمذي، (بيروت: دار الكتب العلمية، د.ت)، 4: 360؛ ابن الملقن سراج الدين عمر بن علي، البدر المنير في تخريج الأحاديث والآثار الواقعة في الشرح الكبير، تح. مصطفى أبو الغيط-عبد الله بن سليمان - ياسر بن كمال، ط.1 (الرياض: دار الهجرة للنشر والتوزيع، 2004م)، 6: 448.

³⁹² أخرجه أحمد في مسنده، وقال شعيب الأرنؤوط: حديث صحيح لغيره. ينظر: أحمد بن محمد بن حنبل، مسند الإمام أحمد، تح. شعيب الأرنؤوط - عادل مرشد وآخرون، ط.1 (بيروت: مؤسسة الرسالة، 2001م)، 24: 32.

³⁹³ النووي، المجموع، 9: 271.

³⁹⁴ ابن الهمام، فتح القدير، 6: 513.

؛ كحديث: "من ابتاع طعاماً فلا يبعه حتى يقبضه"³⁹⁵ فحمل المنع على بيع الطعام فقط، وهذا ما ذهب إليه المالكيّة والحنابلة.³⁹⁶

ومن خلال الموازنة بين الأقوال نجد أنّ القول الأوّل الأخذ بعموم المنع عملاً بالأحاديث التي تقتضي هذا العموم، وتخصيصها بالطعام محلّ نظر؛ لأنّ العموم لا يخصّ بذكر بعض أفراد،³⁹⁷ والطعام هو فرد من تلك الأفراد التي ورد النهي عنها، فيحتمل أن يكون ذكر الطعام من باب ذكر الغالب في تعاملاتهم.

المسألة الثانية: أثر فعل التّقبض في صحّة بيع الأموال الربويّة ببعضها

إذا تباع اثنتان أموالاً ربويّة؛ كأن يكون محلّ العقد برّاً أو تمرّاً، أو نحو ذلك ممّا يجري فيه الرّبا، فهل يعتبر التّقبض من الأفعال المؤثّرة في صحّة هذا العقد؟
للفقهاء في ذلك اتجاهان هما:

الاتّجاه الأوّل: اعتبار فعل التّقبض في مجلس العقد شرطاً في صحّة بيع الأصناف الربويّة، فلو تفرّق العاقدان قبل التّقبض بطل العقد، وأصحاب هذا الاتّجاه هم جمهور الفقهاء من المالكيّة،³⁹⁸ والشافعيّة،³⁹⁹ والحنابلة.⁴⁰⁰

³⁹⁵ أخرجه البخاري ومسلم عن ابن عمر رضي الله عنهما. ينظر: البخاري، "كتاب البيوع"، 2136؛ مسلم، "كتاب البيوع"، 1526.

³⁹⁶ ينظر: ابن عبد البر، التمهيد، 13: 328؛ ابن قدامة، المغني، 4: 85.

³⁹⁷ القرافي، الذخيرة، 5: 135.

³⁹⁸ ينظر: عبد الوهاب بن علي بن نصر الثعلبي، الإشراف على نكت مسائل الخلاف، تح. الحبيب طاهر، (بيروت: دار ابن حزم، 1999م)، 2: 532؛ الدسوقي، حاشية الدسوقي، 3: 33.

³⁹⁹ ينظر: علي بن مجاهد الماوردي، الحاوي الكبير، تح. علي محمد معوض - عادل عبد الجواد، ط. 1 (بيروت: دار الكتب العلمية، 1999م)، 5: 78؛ الراعي، فتح العزيز، 8: 165؛ النووي، روضة الطالبين، 3: 380.

⁴⁰⁰ ينظر: المرداوي، الإنصاف، 12: 97؛ الرحيباني، مطالب أولي النهى، 3: 159.

الاتجاه الثاني: عدم اشتراط فعل التّقباض في المجلس إلّا في عقد الصّرف، فلو تبايعا ذهبًا بفضّة وجب التّقباض قبل التّفريق عن مجلسهما، أمّا لو تبايعا قمحًا بقمح أو بتمر أو نحو ذلك فلا يشترط التّقباض وإنّما يُكتفى بالتّعيين، وأصحاب هذا الاتجاه هم الحنفيّة.⁴⁰¹

دليل أصحاب الاتجاه الأوّل:

استدلّوا بحديث عبادة بن الصّامت رضي الله عنه عن النّبي صلى الله عليه وآله أنّه قال: "الذهب بالذهب، والفضّة بالفضّة، والبرّ بالبرّ، والشّعير بالشّعير، والتّمر بالتّمر، والملح بالملح، مثلاً بمثل، سواء بسواء، يدا بيد، فإذا اختلفت هذه الأصناف، فبيعوا كيف شئتم، إذا كان يدا بيد."⁴⁰²

ووجه الاستدلال: أنّ الحديث ذكر أجناسًا مختلفة من الأموال الرّبويّة وأمر بالتّقباض في جميعها، وهذا ظاهر بقوله: "يدًا بيد".⁴⁰³

ونوقش هذا الاستدلال بأنّ المقصود باليد إمّا أن يكون القبض وإمّا أن يكون التّعيين من خلال الإشارة بها؛ لأنّها تصلح أن تكون آله في كليهما، وحمله على التّعيين أولى؛ للتّوفيق بين الحديث وعموم الأدلّة الأخرى الّتي تجيز أكل أموال الآخرين عن تراض دون اشتراط القبض، وأيضًا أن عبارة "يدًا بيد" تفيد نفي تأجيل القبض دون اشتراط تعجيله، فتعاقب القبض لا يعتبر مؤثّرًا في عرف التّجار، واستثني مما ذكر الصّرف؛ لأنّ التّعيين فيه لا يكون إلّا بالقبض.⁴⁰⁴

⁴⁰¹ ابن مودود، الاختيار، 2: 31؛ ابن الهمام، فتح القدير، 7: 18؛ ابن عابدين، رد المحتار، 5: 178.

⁴⁰² أخرجه مسلم، "كتاب المساقاة"، 1587.

⁴⁰³ ينظر: الماوردي، الحاوي الكبير، 5: 78؛ الشّريبي، مغني المحتاج، 2: 364.

⁴⁰⁴ ينظر: الكاساني، بدائع الصّنائع، 5: 219، الباري، العناية، 7: 19.

وأجيب: إنّ هذا الحديث ذكر جملاً معطوفة على بعضها، وأثبت لها حكماً واحداً وهو تعجيل القبض، دون تمييز بين صنف وآخر، فوجب أن يكون لها نفس الحكم، ثمّ لفظ "يداً بيد" الحقيقة فيه التّقابض، وما عدا ذلك فهو من قبيل المجاز، وحمل اللفظ على حقيقته أولى.⁴⁰⁵

دليل أصحاب الاتجاه الثاني:

استدلّوا أيضاً بحديث عبادة بن الصّامت رضي الله عنه، ولكن على التّحو الذي سبق ذكره أثناء مناقشتهم لاستدلال الجمهور؛ فقالوا يشترط التّقابض في الصّرف لأنّ البدل والمبدل لا يمكن أن يتعيّنا بدونه، أمّا فيما عدا الصّرف فلا يشترط التّقابض؛ لأنّ المبيع متعيّن، مثله كمثل من باع ثوباً بثوب؛ فلا يشترط تقابض الثوبين في صحّة هذا البيع.⁴⁰⁶

وقد سبقت مناقشة الحنفية في وجه تفريقهم بين الصّرف وغيره، وأمّا قياسهم على بيع الثوب فقد نقضه بأنّه قياس مع الفارق؛ لأنّ الثياب لا يجري الرّبا فيها.⁴⁰⁷

الموازنة بين الأقوال:

من خلال النّظر في أقوال الفقهاء في المسألة نجد أنّ ما اتّجه إليه جمهور الفقهاء في اعتبار فعل التّقابض مؤثّراً في صحّة بيع الأموال الرّبويّة ببعضها يعضده وجه استدلالهم بالحديث من جهة، وقوّة ردّهم على ما استدلّ به الحنفية من جهة أخرى، ويضاف أيضاً أنّ البيوع الرّبويّة يُحتاط فيها ما لا يُحتاط في غيرها، والقول بوجوب التّقابض هو الأحوط هنا.

المسألة الثالثة: أثر قبض الأجرة في صحّة عقد الإجارة

إنّ المنافع التي تجري الإجارة عليها نوعان:

⁴⁰⁵ الماوردي، الحاوي الكبير، 5: 78.

⁴⁰⁶ ابن الهمام، فتح القدير، 7: 18؛ ابن عابدين، رد المحتار، 5: 178.

⁴⁰⁷ الماوردي، الحاوي الكبير، 5: 79.

التّوع الأوّل: أن تكون منفعة متعلّقة بعين معيّنة بذاتها؛ كمن استأجر دارًا للسُّكنى، أو دكانًا للعمل فيها، أو دابةً معيّنة أو ما يقوم مقامها في وقتنا الحالي من وسائل النّقل إن كانت معيّنة بذاتها، أو كاستئجار شخص بعينه للقيام بعمل ما كالبناء أو الخياطة ونحو ذلك، وهذا التّوع من الإجارة لا يشترط في صحّة عقده قبض الأجرة ويجوز تأجيلها عند عاقبة الفقهاء؛⁴⁰⁸ لأنّ إجارة العين المعيّنة هو بيع لمنفعتها، والبيع يصحُّ فيه تأجيل الثّمن.⁴⁰⁹

التّوع الثّاني: أن تكون منفعة موصوفة في الدّمة: أي أن يكون الحقّ في المنفعة الّتي جرى عليها العقد متعلّقًا بذمة المؤجّر؛ كأن يستأجر منه عربة موصوفة للوصول إلى مكان معيّن أو للحمل عليها، واشترط تسليم الأجرة في هذا التّوع وقع الخلاف فيه بين الفقهاء، ويمكن حصر ذلك في التّجاهين: الاتّجاه الأوّل: يرى أصحابه أنّه لا يشترط في صحّة عقد الإجارة قبض الأجرة في نفس العقد؛ لأنّ الأجرة إذا لم يشترط المؤجّر تعجيلها فإنّها تستحقّ باستيفاء المنفعة شيئًا فشيئًا لأنّ البدل يكون مقابلًا للمبدل، وأصحاب هذا الاتّجاه هم الحنفيّة،⁴¹⁰ والحنابلة على الصّحيح من مذهبهم.⁴¹¹

الاتّجاه الثّاني: يرى أصحابه أنّه يُشترط في صحّة عقد الإجارة قبض الأجرة في نفس العقد إذا كان العقد واقعًا على شيء موصوف في الدّمة؛ لأنّها من قبيل السّلم في المنافع، والسّلم يشترط فيه تعجل الثّمن، وإلاّ

⁴⁰⁸ ينظر: ابن عابدين، رد المختار، 6: 10؛ الشيخ نظام لجنة من العلماء، الفتاوى الهندية، 4: 412؛ الدسوقي، حاشية الدسوقي، 4: 3؛ النووي، روضة الطالبين، 5: 174؛ المرداوي، الإنصاف، 14: 507.

⁴⁰⁹ الشريبي، مغني المحتاج، 3: 443؛ موفق الدين عبد الله ابن قدامة المقدسي، الكافي في فقه الإمام أحمد، ط. 1 (بيروت: دار الكتب العلمية، 1994م)، 2: 175.

⁴¹⁰ ينظر: ابن الهمام، فتح القدير، 9: 66؛ ابن نجيم، البحر الرائق، 8: 7.

⁴¹¹ ينظر: ابن قدامة، الكافي، 2: 175؛ المرداوي، الإنصاف، 14: 507.

كان ذلك من قبيل بيع الدين بالدين، وأصحاب هذا الاتجاه هم المالكية،⁴¹² والشافعية،⁴¹³ والحنابلة إن جرت بلفظ السلم أو السلف.⁴¹⁴

واستثنى المالكية من ذلك الشروع بالقبض خلال ثلاثة أيام من مضي العقد فيجوز حينئذ؛ لانتفاء بيع المؤخر بالمؤخر ولأن قبض الأوائل كقبض الأواخر.⁴¹⁵

ومن خلال الموازنة بين الأقوال في المسألة نجد أن ما ذهب إليه أصحاب الاتجاه الأول من عدم اشتراط تسليم الأجرة يعضده أمران:

الأول: أن الإجارة في الذمة لا ينطبق عليها حكم السلم من كل وجه، وبيان ذلك أنه يمكن تعجيل استيفاء المنفعة في الإجارة، أما السلم الحال فلا يصح عند جمهور الفقهاء⁴¹⁶ عدا الشافعية.⁴¹⁷ الثاني: أن الذي يتوافق مع ضمان حقوق الناس اليوم هو تأخير الأجرة؛ لأن الإجارة لم تعد تقتصر على أعمال بسيطة كما هو الحال في السابق، وإنما بلغت أعمالاً باهظة التكلفة كإنشاء الأبراج السكنية مثلاً، وربما يؤدي تعجيل الأجرة إلى تهاون الأجير في تنفيذ العمل ضمن المواصفات المطلوبة.

المسألة الرابعة: أثر قبض رأس المال في صحة عقد السلم

يشترط لبقاء عقد السلم صحيحاً أن يقبض المسلم إليه رأس مال السلم في مجلس العقد قبل الافتراق، فإذا تفرق العاقدان قبل ذلك انفسخ العقد، وهذا عند جمهور الفقهاء من الحنفية،⁴¹⁸ والشافعية،⁴¹⁹

⁴¹² ينظر: الدسوقي، حاشية الدسوقي، 4: 3، الخطاب، مواهب الجليل، 5: 395.

⁴¹³ ينظر: النووي، روضة الطالبين، 5: 176؛ الشربيني، مغني المحتاج، 3: 443.

⁴¹⁴ ينظر: البهوتي، شرح منتهى الإرادات، 2: 252؛ الرحيباني، مطالب أولي النهى، 3: 613.

⁴¹⁵ ينظر: الخطاب، مواهب الجليل، 5: 395؛ الخرشي، مختصر الخرشي، 7: 3.

⁴¹⁶ ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع، 5: 212؛ عبد الوهاب التعلبي، الإشراف، 2: 567؛ ابن قدامة، المغني، 4: 218.

⁴¹⁷ ينظر: النووي، روضة الطالبين، 4: 7؛ الرملي، نهاية المحتاج، 4: 189.

⁴¹⁸ ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع، 5: 202؛ ابن عابدين، رد المحتار، 5: 216؛ مجلة الأحكام، 75، (المادة 387).

⁴¹⁹ ينظر: النووي، روضة الطالبين، 4: 3؛ الشربيني، مغني المحتاج، 3: 4.

والحنابلة،⁴²⁰ وعلة ذلك أنّ تفرّق العاقدين دون قبض رأس المال هو من باب بيع الدّين بالدّين المنهيّ عنه، وأنّ السّلم يعني التسليم والسّلف يعني التّقدم، وهذا يقتضي تسليم رأس مال السّلم وتقديم قبضه على المسلم فيه.⁴²¹

وذهب المالكيّة في المشهور عندهم إلى جواز أن يتأخّر القبض تأخّرًا يسيرًا نحو يومين أو ثلاثة أيّام، معلّين ذلك بأنّ "ما قارب الشّيء يعطى حكمه" والتّأخير اليسير هو في حكم التّعجيل.⁴²²

2.2.1.2 أثر فعل الإكراه في صحّة العقود الماليّة

يعتبر الإكراه من أهم عيوب الرّضا، وقد فصل الفقهاء آثاره في سائر التّصرّفات القوليّة والفعليّة، والذي يعيننا هنا هو أثره في العقود الماليّة منها، وقبل عرض هذا الأثر سنقوم هنا ببيان تعريف الإكراه وصوره وأقسامه، ثمّ نتقل بعدها لبيان أثره.

أولاً: تعريف الإكراه وصوره

الإكراه كما عرّفه صاحب الدّر المختار هو: "فعل يُوجد من المكره فيحدث في المحلّ -المكره- معنيّ يصير به مدفوعاً إلى الفعل الذي طلب منه".⁴²³

وللفعل الذي يوجد في الإكراه صورتان:⁴²⁴

الأولى: أن يقوم المكره بإيقاع فعل مضرّ بالمكره ممّا يدفعه إلى التماس الخلاص من الضّرر الواقع عليه عن طريق الاستجابة لما طلب منه فعله، مثال ذلك الإكراه على إجراء عقد من العقود.

⁴²⁰ ينظر: ابن قدامة، المغني، 5: 223؛ البهوتي، كشاف القناع، 3: 289.

⁴²¹ ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع، 5: 202.

⁴²² ينظر: القرافي، الذخيرة، 5: 230؛ الخطاب، مواهب الجليل، 4: 515؛ الخرشي، حاشية الخرشي، 5: 202.

⁴²³ الحصكفي، الدر المختار، 6: 128.

⁴²⁴ ينظر: الزرقا، المدخل الفقهي العام، 1: 452-453.

الثانية: أن يقوم المكره بتهديد المكره بإيقاع الضرر به إن لم يفعل ما أمره به، فيمثل المكره مطيعاً بفعل ذلك الأمر دفعاً لما يتوقعه من ضرر في حالة الامتناع، مثال ذلك الإكراه على عدم فسخ عقد شرط لصاحبه الخيار حتى تمضي مدة الخيار.

ثانياً: أقسام الإكراه

يشترط جمهور الفقهاء في الإكراه حتى يكون مؤثراً في العقد أن لا يكون الإكراه مشروعاً، لذا نجدهم يقسمون الإكراه إلى إكراه بحق وإكراه بغير حق:⁴²⁵

أولاً: الإكراه بحق: هو الإكراه الجائز شرعاً الذي لا يشتمل على ظلم للمكره، بأن يكون للمكره الحق بالزام المكره بما أكرهه عليه؛ مثال ذلك أن يجبر ولي الأمر أحداً على بيع داره من أجل توسعة مسجد أو طريق للعامة أو مقبرة، أو أن يجبره على بيع متاعه للقيام بوفاء دينه أو لأداء نفقة من تلزمه نفقتهم، أو أن يجبره على بيع طعام عنده إذا دعت حاجة الناس إليه، فهذا النوع من الإكراه لا يمنع من انعقاد العقد وذلك أن رضا الشرع يقوم مقام رضا المكره.⁴²⁶

ثانياً: الإكراه بغير حق: وهو ما كان فيه ظلم للمكره، أو كانت وسيلته محرمة، أو كان المطالب به محرماً؛ كإكراه المفلس على بيع لباسه الذي يلبسه أو فراشه الذي ينام عليه.⁴²⁷

ولقد اتجه الحنفية إلى تقسيم الإكراه من خلال النظر إلى شدته وقوة تأثيره، فقسموه إلى إكراه ملجئ وإكراه غير ملجئ:

⁴²⁵ ينظر هذه التقسيمات مع الأمثلة عليها: ابن عابدين، رد المختار، 6: 128؛ الخطاب، مواهب الجليل، 4: 248؛ الشيرازي، المهذب، 2: 4؛ البهوتي، كشف القناع، 2: 150؛ الموسوعة الفقهية الكويتية، 6: 104.

⁴²⁶ ينظر: ابن عابدين، رد المختار، 6: 128؛ الخطاب، مواهب الجليل، 4: 228؛ النووي، المجموع، 9: 159؛ الشربيني، مغني المحتاج، 2: 333.

⁴²⁷ الموسوعة الفقهية الكويتية، 6: 104.

أما الإكراه الملجئ عندهم فهو الذي يذهب برضا من تعرّض له ويفسد اختياره، كتهديده بالقتل، أو إتلاف عضو من أعضائه، أو حبسه حبسًا مديدًا وما شابه ذلك من الأفعال.

أما الإكراه غير الملجئ فهو الذي لا يخشى منه فوات النفس أو الأعضاء؛ كالضرب اليسير والحبس لمدة قصيرة.⁴²⁸

وثمرّة هذه التفرقة عندهم أنّ النوع الأول يعتبرونه إكراهًا تامًّا لعدم الرضا ويفسد الاختيار؛ لأنّه كان مبنياً على اختيار شخص آخر، أما النوع الثّاني فهو إكراه ناقص لعدم الرضا فقط دون أن يفسد الاختيار؛ لأنّه كان منبعثًا عن رغبة الفاعل استقلالاً.⁴²⁹ ومنه يعلم أنّ العقود الماليّة يوّثر فيها الإكراه بنوعيه؛⁴³⁰ لأنّه يشترط لصحّتها ونفاذها الرضا.

ثالثًا: أثر فعل الإكراه بغير حقّ في صحّة العقود

اختلف الفقهاء في ذلك إلى ثلاثة أقوال:

القول الأوّل: أنّ عقد المكره لا ينعقد مطلقًا؛ وذلك أنّ الإكراه يعدم الرضا، وهو مذهب الشافعيّة،⁴³¹ والحنابلة.⁴³²

القول الثّاني: أنّ العقود التي تقع من المكره هي عقود غير لازمة له فيها الخيار بين إمضاءها أو ردّها بعد زوال الإكراه، وهذا مذهب المالكيّة،⁴³³ وزفر من الحنفيّة.⁴³⁴

⁴²⁸ ينظر: عبد العزيز البخاري، كشف الأسرار، 4: 384.

⁴²⁹ ينظر: عبد العزيز البخاري، كشف الأسرار، 4: 384؛ الكاساني، بدائع الصنائع، 7: 175؛ ابن عابدين، رد المختار، 6: 130.

⁴³⁰ ينظر: مجلة الأحكام العدلية، 194، (المادة 1006).

⁴³¹ ينظر: النووي، روضة الطالبين، 3: 344؛ أحمد سلامة القليوبي-أحمد البرلسي عميرة، حاشيتنا قليوبي وعميرة، 2: 195.

⁴³² البهوتي، كشف القناع، 3: 150.

⁴³³ ينظر: الدسوقي، حاشية الدسوقي، 3: 6؛ أحمد الصاوي، بلغة السالك لأقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، 1: 451.

⁴³⁴ ابن عابدين، رد المختار، 6: 130.

القول الثالث: وهو مذهب الحنفية أن إرادة المكره معتبرة في الإنشاءات التي تحمل الفسخ كالبيع والإجارة والهبة ونحو ذلك من العقود، حيث تقع فاسدة لا باطلة، فإذا حصل الرضا بعد زوال الإكراه صحّت تلك العقود.⁴³⁵

ومبنى هذا الخلاف بين الحنفية والجمهور - كما ذكرناه سابقاً - هو ما ذهب إليه الحنفية من الموازنة بين الرضا والخيار في ترتيب الحكم، حيث يرون أن التصرف الصحيح يجب أن يتوافر فيه شرطان: الأول: الرضا بمباشرة التصرف. والثاني: الرضا بالأثر المترتب على التصرف، وقد يعبرون عن اجتماع القصد بمباشرة السبب والرضا بالأثر المترتب عليه بـ "الرضا"، وعن القصد بمباشرة السبب دون الرضا بأثره المترتب عليه بـ "الاختيار" جاء في كشف الأسرار في معرض الحديث عمّن جرى البيع على لسانه خطأ: "فينعقد البيع لوجود أصل الاختيار ويفسد لفوات الرضا".⁴³⁶ وبناء على هذا يكون الرضا والاختيار عند الحنفية أمرين مختلفين، فالرضا هو الرغبة في حكم العقد، وهو شرط صحة لا يتوقف عليه انعقاد التصرفات التي تقبل الفسخ كالبيع والإجارة ونحو ذلك، وبالتالي فإن عقود المكره هذه تقع فاسدة، وللمكره فسخها أو إمضاؤها بعد زوال الإكراه، أما الاختيار فهو القصد إلى العبارة المنشئة له وعليه يتوقف انعقاد العقد.⁴³⁷

أما جمهور الفقهاء فلم يفرقوا بين هذه المعاني وجعلوها في مرتبة واحدة، فالتصرف الصحيح يجب أن يتوافر فيه الرضا بمباشرة التصرف، والرضا بالأثر المترتب على التصرف، ويعبرون عن كلا الأمرين بالرضا أو

⁴³⁵ ينظر: الزيلعي، تبين الحقائق، 5: 182؛ ابن عابدين، رد المختار، 6: 130؛ مجلة الأحكام العدلية، 194، (المادة 1006).
وثمة الخلاف بين زفر من جهة وبين الإمام وصاحبيه من جهة أخرى تظهر في صور، منها قبض المبيع في العقد الذي تم تحت الإكراه هل يدخل في ملك المشتري قبل الإجازة أم لا؟ فعند زفر لا يدخل، وعند أبي حنيفة وصاحبيه يدخل طالما حصل القبض. ينظر: أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد، 391.

⁴³⁶ ينظر: عبد العزيز البخاري، كشف الأسرار، 4: 382.

⁴³⁷ ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع، 7: 182. ابن عابدين، رد المختار، 4: 507.

بالاختيار، فهما مفهومان متلازمان، وبالتالي فإن الاختيار يكون باطلاً بانعدام أحد العنصرين أو كليهما كما يحدث في الإكراه.⁴³⁸

ومن خلال الموازنة بين الأقوال فالذي يبدو أنّ ما ذهب إليه الجمهور من بطلان العقود المالية التي يبرمها المكره يتماشى مع مبدأ أنّ الرضا هو الركن الأساس في عقود المعاملات، ثمّ إنّ هذا القول يشكّل نظرة واقعية تحمي المتعاقد المكره، حيث إنّ في هذه الحالة إذا وجد بعد زوال الإكراه أنّ من مصلحته إمضاء العقد فيمكنه أن يجدد العقد ويحدث عقداً جديداً، أمّا قول الحنفية بالتمييز بين الرضا والاختيار قد يعترض عليه بأن الرضا عندهم - كما بيناه سابقاً - هو امتلاء الاختيار بحيث يتعدى أثره باطن الشخص إلى ظاهره؛ كالْبِشَاشَة في الوجه ونحوه، إلّا أنّ هذا في حقيقة الأمر لا يكفي للدلالة على وجود الرضا، فلهازل قد يبرم عقداً ما والبشاشة تملأ وجهه، ورغم ذلك يحكم الحنفية على عقده بالفساد.⁴³⁹

2.2.2 أثر التصرفات الفعلية في تصحيح العقد الفاسد

كنا قد ذكرنا أثناء الحديث عن أقسام العقود أنّ جمهور الفقهاء يقسمون العقود من حيث الصّحة وعدمها إلى عقود صحيحة وعقود باطلة، بينما ذهب الحنفية إلى إضافة قسم ثالث وهو العقود الفاسدة، وبناء عليه فإنّ الحديث هنا عن تصحيح العقود الفاسدة سيكون وفق مذهب الحنفية في المسألة.

2.2.2.1 معنى تصحيح العقد

العقد الفاسد هو عقد استوفى شرائط الانعقاد ولكن طرأت عليه صفة ما منهي عنها؛ لذا استوجب الفسخ، إلّا أنّه إذا أمكن إزالة تلك الصّفة المفسدة للعقد قبل فسخ العقد عاد العقد صحيحاً،⁴⁴⁰ جاء في

⁴³⁸ ينظر: علي الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية، (القاهرة: دار الفكر العربي، 2008م)، 341؛ مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، 1: 456.

⁴³⁹ ينظر: ابن عابدين، رد المحتار، 4: 507.

⁴⁴⁰ ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع، 5: 200.

الاختيار: "وروى الكرخي⁴⁴¹ عن أصحابنا أنّ سائر البياعات الفاسدة تنقلب صحيحة بحذف المفسد." ⁴⁴² فهذا التّقل بمثابة قاعدة عامّة في المذهب،⁴⁴³ وبناء عليه يمكننا القول بأنّ التّصحيح هو: جعل العقد غير الصّحيح صحيحاً من خلال رفع سبب فساد، جاء في الموسوعة الفقهيّة: "التّصحيح عند الفقهاء هو رفع أو حذف ما يفسد العبادة أو العقد." ⁴⁴⁴

ويشترط في العقود كي تقبل التّصحيح:

- 1- أن يكون العقد فاسداً لا باطلاً، بمعنى أن تتوافر فيه شروط الانعقاد، ولكن هذا العقد قد اعتراه خلل غير جوهريّ فيه، فيأتي التّصحيح ليرفع هذا الخلل.⁴⁴⁵
- 2- أن لا يكون الفساد متمكّناً في صلب العقد، كتعلّقه بالبدلين أو بأحدهما.⁴⁴⁶
- 3- أن يكون محلّ العقد لا يزال قائماً، فإذا هلك المحلّ قبل تصحيح العقد لم يعد تصحيح العقد ممكناً، شأنه في ذلك شأن إجازة البيع الموقوف بعد هلاك المبيع.⁴⁴⁷
- 4- أن لا يترتّب على رفع المفسد ضرر بأحد العاقدين، كما إذا باعه جزعاً في سقف.⁴⁴⁸

⁴⁴¹ هو عبيد الله بن الحسين الكرخي، أبو الحسن: فقيه انتهت إليه رئاسة الحنفية بالعراق، ولد في الكرخ وتوفي في بغداد. من تصانيفه "رسالة في الأصول" وعليها مدار فروع الحنفية، و "شرح الجامع الصغير" و "شرح الجامع الكبير". توفي سنة (320هـ. الموافق: 952م). ينظر: الزركلي، الأعلام، 4: 193.

⁴⁴² ابن مودود الموصلي، الاختيار، 2: 26.

⁴⁴³ خلافاً لزفر؛ حيث ذهب إلى أن العقد الفاسد لا يمكن تصحيحه بإزالة سبب الفساد، وإنما يستأنف العاقدان إبرامه من جديد إن أرادوا ذلك. ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع، 5: 178.

⁴⁴⁴ الموسوعة الفقهيّة الكويتية، 12: 55.

⁴⁴⁵ ينظر: ابن الهمام، فتح القدير، 6: 414.

⁴⁴⁶ ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع، 5: 178.

⁴⁴⁷ ينظر: السرخسي، المبسوط، 13: 49-50.

⁴⁴⁸ ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع، 5: 168.

2.2.2.2 أسباب فساد العقود

أسباب فساد العقود كثيرة، منها ما هو خاصّ ببعض العقود ومعرفتها يرجع إلى معرفة شرائط صحّة تلك العقود، ومنها ما هو عامّ؛ وهي الجهالة الفاحشة والغرر والإكراه والشّرط الفاسد والضّرر،⁴⁴⁹ وسنقتصر هنا على ذكر الأسباب العامّة؛ لأنّ المراد هو بيان أثر التصرّفات الفعلية في تصحيح العقود عمومًا.

أولاً: الجهالة الفاحشة: وهي جهالة في الصّفة تُفضي إلى المنازعة بين المتعاقدين على وجه يتعدّد حسمه بينهما لتساوي حجّة الطرفين المبنية على تلك الجهالة، كما لو باعه شاة من قطيع دون تعيينها؛ فرمّا يُطالب المشتري بعدها بأفضل شاة من القطيع، والبائع في الوقت نفسه يرغب بإعطائه الرديئة منه، فتحصل المنازعة؛ لأنّ كلّ واحد منهما متمسك بالجهالة وهي عدم تعيين المبيع في العقد.⁴⁵⁰ أمّا الجهالة اليسيرة فإنّها لا تفضي إلى المنازعة، وبالتالي فإنّها لا تفضي إلى فساد العقد،⁴⁵¹ مثال ذلك لو باعه جميع ما في هذا البيت، أو جميع ما هو موجود داخل هذا الصندوق جاز وإن جهل مقداره؛ لأنّ معرفة حدود الشّيء تغني عن معرفة المقدار،⁴⁵² والفاصل في اعتبار نوع الجهالة يسيرة أم فاحشة يعود الى العرف.⁴⁵³

والجهالة الفاحشة التي تفضي إلى فساد العقد تتعلّق بأربع جهات:⁴⁵⁴

- 1- جهالة تتعلّق بالمعقود عليه: كجهالة المبيع في عقد البيع، وجهالة المأجور في عقد الإجارة.
- 2- جهالة تتعلّق بالعوض: كجهالة الثمن في عقد البيع، والبدل المصالح عليه في الصّح.

⁴⁴⁹ ينظر: وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، 4: 3139؛ محمد يوسف الزعبي، "أسباب فساد العقد بين الفقه الحنفي والقانون المدني الأردني"، مجلة مؤتة للبحوث والدراسات في جامعة مؤتة، 2/3 (1988)، 13.

وقد حصر الشيخ مصطفى الزرقا أسباب الفساد العامة بالجهالة والغرر والإكراه. ينظر: الزرقا، المدخل الفقهي العام، 2: 741.

⁴⁵⁰ ينظر: الزرقا، المدخل الفقهي العام، 2: 742؛ محمد يوسف الزعبي، أسباب فساد العقد بين الفقه الحنفي والقانون المدني الأردني، ص 13.

⁴⁵¹ ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع، 5: 156.

⁴⁵² ينظر: ابن عابدين، رد المحتار، 4: 529.

⁴⁵³ ينظر: الزحيلي، الفقه الإسلامي، 5: 3441.

⁴⁵⁴ ينظر: الزرقا، المدخل الفقهي العام، 2: 743.

3- جهالة تتعلق بالأجل في العقود التي تقبل التأجيل: كجهالة موعد استحقاق الثمن في عقد البيع.

4- جهالة تتعلق بوسائل التوثيق: كاشتراط البائع على المشتري تقديم رهن أو كفيل دون أن يتم تعيينهما.

ثانيًا: الإكراه: هو مفسد للعقود المالية على رأي جمهور الحنفية خلافاً لرفر حيث ذهب إلى أن العقد مع الإكراه يقع صحيحاً غير لازم كما ذكرناه سابقاً.

ثالثًا: الشرط الفاسد: الشرط الفاسد عند الحنفية هو الشرط الذي يخالف مقتضى العقد، وغير ملائم له وفيه نفع لأهل الاستحقاق، ولم يجر العرف به، ولم يقره الشرع بدليل خاص.⁴⁵⁵

رابعًا: الضرر: يشترط في المعقود عليه أن يكون مقدورًا على التسليم، ويشترط في هذا التسليم أن لا يترتب عليه ضرر يلحق بأحد المتعاقدين، فإذا ترتب على التسليم ضرر فسد العقد، مثال ذلك في عقد البيع ما لو كان المبيع فصّ خاتم مركّباً فيه أو ذراعاً من خشبة، فإن تسليم المبيع للمشتري فيه ضرر على البائع.⁴⁵⁶

خامسًا: الغرر: هو "ما يكون مستور العاقبة"⁴⁵⁷ كأن يعتمد العاقد في تعاقدته على أمر لا يدري أيكون أم لا، والغرر من حيث أثره قد يؤدي إلى بطلان العقد، وذلك إذا كان واقعاً في أصل المعقود عليه، كبيع ضربة القانص والغائص،⁴⁵⁸ فهو باطل لأنّ البائع يبيع ما لا يملكه ولجهالة ما يخرج،⁴⁵⁹ وقد يؤدي الغرر إلى فساد العقد دون بطلانه، وذلك إذا كان واقعاً في إحدى أوصافه الفرعية، كمن اشترى ناقة على أنّها حامل، أو بقرة على أنّها حلوبة، فهذا يحتمل الوجود والعدم.⁴⁶⁰

⁴⁵⁵ ينظر: ابن عابدين، رد المحتار، 5: 85.

⁴⁵⁶ ينظر: ابن نجيم، البحر الرائق، 6: 82؛ ابن عابدين، رد المحتار، 5: 64.

⁴⁵⁷ ينظر: السرخسي، المبسوط، 13: 68.

⁴⁵⁸ ضربة القانص هو بيع ما سيخرج في شبكة الصيد، وضربة الغائص هو بيع ما سيخرجه الصيد في غوصته من الماء، وكلاهما باطل.

ينظر: الحصكفي، الدر المختار، 5: 64-65.

⁴⁵⁹ ينظر: ابن الهمام، فتح القدير، 6: 414-415.

⁴⁶⁰ وقد روي عن أبي حنيفة أن هذا البيع جائز. ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع، 5: 168.

2.2.2.3 صور تصحيح العقود بواسطة التصرف الفعلي

ذكرنا أنّ العقد الفاسد قد يكون قابلاً للتصحيح من خلال إزالة سبب فساد، وقد ذكر الفقهاء صوراً لإزالة سبب الفساد، ومن خلال مطالعة تلك الصور تبين أنّ للتصرفات الفعلية أثراً عظيماً في ذلك، وسنعرض هنا جانباً من تلك الصور.

أولاً: صور تصحيح العقد الفاسد بسبب الجهالة

الجهة الأولى: تصحيح ما كان سببه جهالة في المبيع

1- من باع شاة من قطع، أو ثوباً من أثواب ونحوه دون أن يعيّن المبيع فسد العقد؛ لأنّ في عدم تعيينه بقي المبيع مجهولاً جهالة مفضية للنزاع، ولكن لو قام البائع بعد ذلك بتعيين الشاة أو الثوب وسلّمه إلى المشتري ورضي المشتري به صحّ العقد.⁴⁶¹

2- ذهب أبو حنيفة -خلافًا لصاحبيه- إلى أنّ من باع صبرة طعام على أنّ كلّ قفيز بدرهم، صحّ بيعه في قفيز واحد وفسد في الباقي لجهالة معرفة المبيع والثمن، ولكن لو قام البائع بكيل الصبرة قبل انتهاء المجلس صحّ البيع في جميعها؛ لأنّ الجهالة زالت.⁴⁶²

فالذي يُستفاد من الصورتين السابقتين أنّ العقد قد تمّ ملازمًا للفساد، إلّا أنّ مجلس العقد لا يزال مستمرّاً، فصار كأنّ المبيع قد كان معلوماً عند التعاقد؛ لأنّ المجلس له حكم حالة العقد.⁴⁶³

الجهة الثانية: تصحيح ما كان سببه جهالة في الثمن

يشترط الحنفية في الثمن أن يكون معلوم القدر، وفي حال شاع في البلد استعمال أكثر من نقد ولم يكن هناك ثمة عرف يحدّد ما هو رائج من تلك النقود فيجب حينها على العاقدین تحديد صفة النقد وإلا فسد

⁴⁶¹ ينظر: المرجع السابق، 5: 156.

⁴⁶² ينظر: المرغيناني، الهداية، 3: 24؛ ابن مودود، الاختيار، 2: 5.

⁴⁶³ ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع، 5: 158.

العقد لجهالة الثمن،⁴⁶⁴ وهذا الفساد يتقرر بتفرق العاقدین عن المجلس، أما لو زالت الجهالة قبل ذلك بتعيين أحد التقدين جاز،⁴⁶⁵ وهذا التعيين يمكن أن يتم فيما لو قام المشتري بإخراج الثمن وسلمه للبائع أو وضعه أمامه ونحو ذلك من التصرفات التي ترفع الجهالة عن الثمن.

الجهة الثالثة: تصحيح ما كان سببه جهالة في الأجل

إذا ضرب المتعاقدان أثناء التعاقد أجلاً مجهولاً في استحقاق البدل - في العقود التي يصح فيها الأجل - فسد العقد، كأن يحددا ذلك بقدوم الحصاد أو القطاف أو قدوم الحجاج أو نزول المطر أو هبوب الريح ونحو ذلك مما يجهل وقت حصوله.⁴⁶⁶

ولكن ذهب الحنفية إلى تصحيح هذه العقود في حال أسقط الأجل المجهول، لأن الفساد معللاً بحصول المنازعة بسبب الجهالة، وقد ارتفع قبل تقررهِ، وإسقاط الأجل يكون من قبل من له الحق به، فعلى سبيل المثال في عقد البيع يكون المشتري هو صاحب الحق بإسقاطه،⁴⁶⁷ ويمكنه أن يفعل ذلك عن طريق تعيين الوقت بشكل يقطع الجهالة، أو عن طريق التصرف الفعلي الذي ينهي الأجل، ويمكن تصوير الإسقاط الفعلي بأن يخرج المشتري الثمن وينقده البائع، ويجب أن يكون ذلك قبل التفرق عن مجلس العقد إذا كان الأجل يتفاوت في زمن وقوعه تفاوتاً فاحشاً، ويصح بعد مجلس العقد قبل حلول الأجل إذا كانت الجهالة متقاربة، والجهالة الفاحشة هي التي يكون الأجل فيها غير محقق الحدوث، كنزول المطر، وهبوب الريح، والجهالة المتقاربة هي ما كان وقوع الأجل محقق الحدوث إلا أن زمن حدوثه قد يقترب أو يبتعد قليلاً، كوقت الحصاد أو القطاف.⁴⁶⁸

⁴⁶⁴ ينظر: المرغيناني، الهداية، 3: 24؛ ابن الهمام، فتح القدير، 6: 262-263.

⁴⁶⁵ ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع، 5: 158.

⁴⁶⁶ ينظر: ابن نجيم، البحر الرائق، 6: 96؛ ابن عابدين، رد المختار، 5: 82-83.

⁴⁶⁷ ينظر: المرجعين السابقين.

⁴⁶⁸ ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع، 5: 178؛ ابن عابدين، 5: 82-83.

الجهة الرَّابعة: تصحيح ما كان سببه جهالة في وسائل التوثيق

يبرز أثر التصرف الفعلي في هذه المسألة فيما لو اشترط البائع رهناً توثيقاً لحقه وقبل المشتري بذلك إلا أنهما لم يحددا الرهن، فحينها يمكن تصحيح هذا العقد بطريقتين:

الأولى: إذا اتفق العاقدان على تعيينه في مجلس العقد أو قام المشتري بتسليمه إلى البائع.⁴⁶⁹

الثانية: قيام المشتري بتسديد الثمن للبائع وإبطال الرهن؛ لأن الغاية من الرهن هي الاستيفاء في حال لم يُسدد المشتري وقد استوفاه البائع هنا حقيقة.⁴⁷⁰

ثانياً: صور تصحيح العقد الفاسد بسبب الإكراه

كما قد ذكرنا سابقاً أن الحنفية ذهبوا إلى فساد العقود المالية التي تقع تحت الإكراه، لكن هذه العقود تصح إذا صدر من المكره بعد زوال الإكراه عنه ما يشير إلى رضاه بالعقد صراحة أو دلالة،⁴⁷¹ فكل ما يصح أن يكون قبولاً من التصرفات الفعلية في العقود يصح أن يكون إجازة،⁴⁷² ويمكن تصوير ذلك هنا بأن يكره البائع على إبرام العقد دون التسليم أو الاستلام، فلو قبض الثمن طوعاً اعتبر قبضه إجازة فعلية للعقد، ولو سلم المبيع طائعاً راضياً صح عقده أيضاً؛ لأن الفساد كان لمعنى وقد زال،⁴⁷³ جاء في كنز الدقائق: "وقبض الثمن طوعاً إجازة كالتسليم طوعاً".⁴⁷⁴ وقد ذهب فريق من الحنفية إلى أن هذا التسليم يكون بيعاً مبتدأً بطريق التعاطي.⁴⁷⁵

⁴⁶⁹ ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع، 5: 171؛ ابن نجيم، البحر الرائق، 6: 92.

⁴⁷⁰ ينظر: السرخسي، المبسوط، 13: 19؛ الكاساني، بدائع الصنائع، 5: 172-173؛ ابن نجيم، البحر الرائق، 6: 92.

⁴⁷¹ ينظر: السرخسي، المبسوط، 24: 59.

⁴⁷² الموسوعة الفقهية الكويتية، 1: 308.

⁴⁷³ ينظر: ابن عابدين، رد المحتار، 6: 131؛ علي حيدر، درر الحكام، 2: 736.

⁴⁷⁴ أبو البركات عبد الله بن أحمد النسفي، كنز الدقائق، تح. سائد بكداش، ط. 1 (بيروت: دار البشائر الإسلامية، 2011م)، 569.

⁴⁷⁵ ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع، 7: 186.

وكذلك الحال إذا كان المكروه هو المشتري، فللمشتري الحق بالفسخ قبل القبض أو بعده،⁴⁷⁶ ولكن لو قبض أو أقبض بعد زوال الإكراه اعتبر ذلك الفعل إجازة منه للعقد.

ثالثاً: صور تصحيح العقد الفاسد بسبب الشرط الفاسد

كنا قد ذكرنا أنّ الحنفية يعتبرون كلّ شرط مخالف لمقتضى العقد، أو غير ملائم له وفيه منفعة لأهل الاستحقاق هو شرط مُفسد للعقد، ويعلّلون ذلك بأنّ هذه الشروط تدخل الرّبا على العقد؛ لأنّها زيادة لا يقابلها عوض، والعقد الذي فيه ربا أو شبهة الرّبا هو عقد فاسد.⁴⁷⁷

فإذا اشترط أحد المتعاقدين أمراً ربوياً فسد العقد، وكذلك وجوده فيها دون اشتراط يفسد العقد أيضاً، فعلى سبيل المثال: المال الربويّ إذا بيع بجنسه يشترط في صحته التّساوي والتّقابض في المجلس، وبناء عليه يكون عندنا في هذه الحالة صورتان مفسدتان للعقد:

الأولى: عدم المماثلة، وهذا الأمر يمكن تصحيحه بواسطة التّصرّف الفعليّ من خلال زيادة التّقصّ الحاصل، أو الأخذ من الزّائد حتّى يحصل التّساوي، فإذا تمّ هذا في المجلس صحّ العقد لارتفاع المفسد.

الثّانية: التّأجيل، وهذا يمكن تصحيحه بأن يقوم صاحب الأجل بإبطال أجله ونقد ما عليه في المجلس بحيث يفترقا عن تقابض، فإذا فعل ذلك انقلب العقد جائزاً عند الحنفية خلافاً لزم.⁴⁷⁸

رابعاً: صور تصحيح العقد الفاسد بسبب الضّرر

من باع جذعاً في سقف أو أجراً في جدار، أو ذراعاً من ثوب، وأراد تسليم المبيع فإنّ ذلك يتطلّب منه الهدم والتّحطيم والقطع، وهذا مفسد للعقد؛ لأنّ فيه إلحاق ضرر بالبائع، والضّرر لا يستحقّ بالعقد.⁴⁷⁹

⁴⁷⁶ ينظر: علي حيدر، درر الحكام، 2: 739.

⁴⁷⁷ ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع، 5: 169.

⁴⁷⁸ ينظر: المرجع السابق، 5: 217.

⁴⁷⁹ ينظر: المرجع السابق، 5: 168؛ ابن الهمام، فتح القدير، 6: 413.

إلا أنّ العقد بهذه الصّورة يمكن تصحيحه من قبل البائع إذا رضي بتحمّل الضّرر وقام بتسليم المبيع قبل أن يفسخ المشتري،⁴⁸⁰ جاء في فتح القدير: "فلو قطع البائع الذّراع، أو قلع الجذع قبل أن يفسخ المشتري يعود -العقد- صحيحًا لزوال المفسد."⁴⁸¹

خامسًا: تصحيح العقد الفاسد بسبب الغرر

كنا قد ذكرنا أنّ الغرر إذا كان واقعًا في إحدى أوصاف العقد الفرعية أدّى إلى فساد، والذي يبدو أنّ هذا النوع من الغرر لا يقع منفردًا،⁴⁸² وإنما يجتمع مع سبب آخر من أسباب فساد العقد، كاجتماعه مع الشّروط الفاسد الذي يوجد فيه غرر،⁴⁸³ والطّريق إلى تصحيح العقود الفاسدة بسبب الغرر يكون برفع المفسد الآخر الذي اجتمع معه؛ لأنّ بارتفاعه يرتفع الغرر معه أيضًا.

⁴⁸⁰ ينظر: ابن نجيم، البحر الرائق، 6: 82؛ ابن عابدين، رد المحتار، 5: 64.

⁴⁸¹ ابن الهمام، فتح القدير، 6: 413.

⁴⁸² لأنه إذا وقع منفردًا يكون متعلقًا بأصل العقد، كمن باع سمكًا في الماء أو طيرًا في الهواء أو حيوانًا ناذًا شاردًا، وكضربة القانص والغائص، فهذه البيوع باطلة لتعلق الغرر بوجود المبيع ودخوله في ملك البائع.

⁴⁸³ ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع، 5: 168.

3 أثر التصرفات الفعلية في لزوم العقود وانحلالها (الفسخ والانفساخ)

كما قد ذكرنا في الفصل الأول أنَّ العقود إمَّا أن تكون لازمة أو جائزة، وأنَّ اللزوم أو الجواز قد يشمل العقدين، وقد يشمل أحدهما فقط، وسنبحث في هذا الفصل أثر التصرفات الفعلية في لزوم العقد وذلك من خلال بيان أثرها في إسقاط الخيارات التي ترفع صفة اللزوم عن العقد اللازم، وأثرها في تحوُّل العقد الجائز بطبيعته إلى عقد لازم، وأثرها في إسقاط وجب فسخ العقد الفاسد، ثمَّ تنتقل بعدها إلى الجانب الآخر وهو أثر التصرفات الفعلية في انحلال العقد إمَّا بفسخها أو انفساخها، وسيكون ذلك وفق المبحثين

التاليين:

المبحث الأول: أثر التصرفات الفعلية في لزوم العقود.

المبحث الثاني: أثر التصرفات الفعلية في انحلال العقود (الفسخ والانفساخ).

3.1 أثر التصرفات الفعلية في لزوم العقود

العقود اللازمة هي التي لا يملك أحد العاقدين فسخها إلا برضا الطرف الآخر،⁴⁸⁴ ولكن ماهي الصيغة التي توجب اللزوم؟

سبق أن عرفنا أن الصيغة التي تنشأ بها العقود قد تكون لفظية وقد تكون فعلية، وكذلك هو الحال في الصيغة التي توجب اللزوم في العقود، فقد تكون لفظية وقد تكون نتيجة تصرف فعلي يؤدي إلى ثبوت لزوم العقد، وسنعرض هنا جانباً من تلك التصرفات الفعلية التي تؤثر في لزوم العقود.

3.1.1 أثر التصرفات الفعلية في إسقاط الخيارات ولزوم العقود

الخيارات التي تثبت في عقود المعاوضات المالية كثيرة ولكل نوع منها تعريف خاص به،⁴⁸⁵ إلا أنها من حيث العموم هي: إعطاء حق الفسخ أو الإمضاء للعائد إذا ظهر مسوغ شرعي لذلك، أو بمقتضى اتفاق مسبق بين العاقدين.⁴⁸⁶

وهذه الخيارات إذا ما ثبتت لا يمكن لها أن تستمر إلى الأبد، فلا بد لها من أن تنتهي إما بالإجازة - وهذا يعني لزوم العقد - أو بالفسخ، وانتهاء الخيارات له أسباب وطرق عدّة أبرزها الانتهاء بصريح العبارة أو بطريق الدلالة من قبل من يثبت له الخيار، وسنذكر هنا بعض الأمثلة على انتهاء الخيار ولزوم العقد بطريق

⁴⁸⁴ H. Yunus Apaydın, "Lüzum", Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi, (İstanbul: TDV Yayınları, 2003), 27: 260.

⁴⁸⁵ وقد أوصلها بعض الفقهاء إلى سبعة عشر خياراً أو أكثر. ينظر: أحمد الحجي الكردي، فقه المعاوضات، ط. 8 (دمشق: منشورات جامعة دمشق، 2008)، 263.

⁴⁸⁶ ينظر: البهوتي، شرح منتهى الإرادات، 2: 35؛ الموسوعة الفقهية الكويتية، 20: 41. وقد وصف الدكتور حسن شاهين هذا التعريف بأنه ناقص، وأضاف عليه عبارة "أو إعطاء حق الاختيار لأحد المنتجات" ليدخل بتلك الإضافة خيار التعيين، ويمكن أن يجاب بأن ذلك يدخل ضمن قولنا "بمقتضى اتفاق مسبق بين العاقدين". ينظر:

Hasan Şahin, İslam Borçlar Hukukunda Ta'yin Muhayyerliği, Ondokuz Mayıs Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, 45 (2018), 188.

الدّلالة الفعلية، وسنقتصر في ذلك على أهمّ الخيارات الواردة في عقد البيع وهي: خيار المجلس، وخيار الشرط، وخيار العيب، وخيار الرؤية.

3.1.1.1 أثر التصرفات الفعلية في إسقاط خيار المجلس

خيار المجلس هو إعطاء العاقد الحقّ في إمضاء العقد أو رده ما لم يحدث التفريق، والقائلون بهذا الخيار⁴⁸⁷ ذهبوا إلى لزوم العقد بصدور بعض التصرفات الفعلية ومنها:

1- قيام أحد العاقلين بمغادرة مجلس العقد⁴⁸⁸ بعد صدور الإيجاب والقبول، فإنّ هذا الفعل يؤدّي إلى سقوط خيار المجلس دون التّظر إلى نيّة المغادر، فمثلاً لو تعمّد أحد العاقلين الهروب من المجلس بعد تمام الصّيغة من أجل أن يلزم الطّرف الآخر، أو حمّله على الهروب سبب آخر كالخوف من ظالم فإن خيار المجلس ينتهي ويلزم العقد؛ لأنّه كان بوسع المغادر أن يفسخ العقد بالقول لو رغب بذلك، وكذلك الطّرف الآخر كان بوسعه أن يفسخه أيضاً عندما رأى هروب صاحبه.⁴⁸⁹

2- إذا كان الخيار للمشتري وتصرف بالمبيع تصرف المالك كالبيع والهبة أو استخدم المبيع بغير قصد التجربة سقط خياره؛ لأنّ ذلك التصرف دلّ على رضاه بالمبيع وأنّه قد اختار المضيّ في العقد.⁴⁹⁰

3.1.1.2 أثر التصرفات الفعلية في إسقاط خيار الشرط

خيار الشرط هو حقّ يثبت بالاشتراط لأحد المتعاقدين أو لكليهما في إمضاء العقد أو فسخه خلال مدّة معيّنة،⁴⁹¹ وهناك بعض الأفعال لو قام بها صاحب الخيار في مدّة الخيار اعتبرت بمثابة التصريح في إسقاط

⁴⁸⁷ وهم الشافعية والحنابلة وبعض المالكية كابن حبيب وعبد الحميد الصائغ والسيوري. ينظر: النووي، روضة الطالبين، 3: 439؛ ابن قدامة، المغني، 1: 482؛ الصاوي، بلغة السالك، 2: 46.

⁴⁸⁸ وضابط مسافة التفرق بالأبدان هو عرف الناس وعاداتهم. ينظر: الشربيني، مغني المحتاج، 2: 408.

⁴⁸⁹ ينظر: النووي، روضة الطالبين، 3: 443؛ الشربيني، مغني المحتاج، 2: 407، ابن قدامة، المغني، 3: 484.

⁴⁹⁰ ينظر: ابن قدامة، المغني، 3: 490؛ البهوتي، كشف القناع، 3: 208.

⁴⁹¹ ينظر: ابن عابدين، رد المحتار، 4: 567.

حقه والتزامه العقد، وهذا عند جمهور الفقهاء⁴⁹² خلافاً لقول عند الشافعية،⁴⁹³ ورواية مرجوحة عند الحنابلة.⁴⁹⁴

جاء في بدائع الصنائع في معرض الحديث عن مُسقطات الخيار للبائع والمشتري "فأيهما أجاز صريحاً... أو فعل ما يدلّ على الإجازة بطل خياره ولزم البيع من جانبه."⁴⁹⁵

فإذا كان الخيار للمشتري سقط خياره بالتصرّفات الفعلية الآتية:⁴⁹⁶

- 1- الأفعال التي تؤدّي إلى تلف المعقود عليه؛ كما لو كان المعقود عليه دابة فذبحها، أو طعاماً فأكله.
- 2- الأفعال التي تؤدّي إلى نقصان المعقود عليه؛ لأنّه لو ردّ الباقي كان ذلك تفرقاً للصّفقة.
- 3- الأفعال التي تحدث في المعقود عليه زيادة متّصلة غير متولّدة من الأصل؛ كما لو كان المبيع ثوباً فصبغه، أو أرضاً فبنى عليها أو غرس فيها.
- 4- الأفعال التي لا تصدر عادة إلاّ عن الملاك، كالأفعال الناقلة للملكية من بيع أو هبة وما شبه ذلك من العقود، وكذلك أيضاً المساومة والإجارة والرهن.
- 5- الأفعال التي تتمثّل باستعمال محلّ العقد⁴⁹⁷ أو استغلاله؛ كأن يكون المعقود دابة فيستخدمها لحاجة نفسه كالركوب والحمل عليها، أو ثوباً فيرتديه، أو داراً فيسكنها أو يُسكنها غيره، أو أرضاً فيها زرع فيسقيه، أو رحي فاستمر بالطحن عليها.

⁴⁹² ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع، 5: 270؛ النفراوي، الفواكه الدواني، 2: 84؛ الشربيني، مغني المحتاج، 2: 242؛ ابن قدامة، المغني،

3: 487؛ البهوتي، كشف القناع، 3: 208.

⁴⁹³ ينظر: العمراني، البيان، 5: 36.

⁴⁹⁴ ينظر: المرداوي، الإنصاف، 11: 317-319.

⁴⁹⁵ ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع، 5: 271.

⁴⁹⁶ ينظر: المرجع السابق، 5: 269-271؛ ابن عابدين، رد المختار، 4: 582.

⁴⁹⁷ مع مراعاة موضوع الاستعمال بقصد التجربة والاختبار فهو لا يبطل الخيار كما أشرنا إليه سابقاً، بخلاف خيار العيب فإنه لا ينظر فيه إلى نية المستعمل إن كانت للتجربة والاختبار؛ لأن المقصد من الخيارين مختلف؛ ففي خيار الشرط هو للتزوي، أما في خيار العيب فهو لرفع

كذلك إذا كان الخيار للبائع وتصرّف بالتّمن - إذا كان عيباً - تصرّفاً يدلّ على إسقاطه للخيار والتزامه البيع؛ كأن يبيعه أو يساوم على بيعه أو يرهنه أو يستهلكه.⁴⁹⁸

3.1.1.3 أثر التّصرّفات الفعلية في إسقاط خيار العيب

هو خيار يتيح للعاقِد ردّ المعقود عليه إذا اطلّع على عيب فيه "تخلّوا عنه أصل الفطرة السّليمة - أي كان العيب عارضاً - ممّا يُعدُّ به ناقصاً"⁴⁹⁹ كمن اشترى شيئاً أو استأجر عيناً ثمّ عثر فيها على عيب مؤثّر فيها فمن حقّه ردّ ذلك الشّيء أو تلك العين، ولكنّ حقّه هذا يسقط إذا أحدث فيها عيباً جديداً أو صدر عنه ما يُشير إلى رضاه بالعيب، والتّصرّفات الفعلية التي تسقط هذا الحقّ هي نفسها التي تسقط الرّد في خيار الشّروط بالنّسبة للمشتري،⁵⁰⁰ ويضاف إليها هنا أنّ المشتري لو انشغل بأمر آخر ولم يُبادر إلى الرّد فور علمه بالعيب سقط حقّه في الرّد عند الشّافعية.⁵⁰¹ وذهب المالكية إلى أنّ الرّد يكون مقبولاً بعد يوم من اطلاعه على العيب، فإن تأخّر إلى اليوم الثّاني كان له ردّه مع اليمين بأنّ تأخّره لم يكن رضاه بالعيب، فإن تأخّر أكثر من ذلك فليس له ردّه،⁵⁰² في حين ذهب الحنفية،⁵⁰³ والحنابلة في الرّاجح عندهم⁵⁰⁴ إلى أنّه يمكنه الرّد ما لم يوجد منه ما يدلّ على الرّضا، جاء في مجموع الفتاوى في معرض الحديث عن خيار العيب: " فإذا ظهر ما يدلّ على الرّضا سقط خياره بالاتّفاق."⁵⁰⁵

الضرر الواقع حقيقة. ينظر أيضاً: الكاساني، بدائع الصنائع، 5: 270؛ أسعد بن مُجّد الكرابيسي، الفروق، تح. مُجّد طوموم، ط. 1 (الكويت: وزارة الأوقاف الكويتية، 1982م)، 2: 63.

⁴⁹⁸ ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع، 5: 267.

⁴⁹⁹ ابن الهمام، فتح القدير، 6: 355.

⁵⁰⁰ ينظر: المرجع السابق، 6: 390-391؛ الكاساني، بدائع الصنائع، 5: 282؛ ابن عابدين، رد المختار، 5: 35.

⁵⁰¹ ينظر: الشيرازي، المهذب، 2: 50؛ العمراني، البيان، 5: 286.

⁵⁰² ابن عرفة، حاشية الدسوقي، 2: 121.

⁵⁰³ ابن عابدين، رد المختار، 5: 3.

⁵⁰⁴ ابن قدامة، المغني، 7: 188.

⁵⁰⁵ ابن تيمية، مجموع الفتاوى، 29: 366.

3.1.1.4 أثر التصرفات الفعلية في إسقاط خيار الرؤية

خيار الرؤية هو خيار يثبت به للمتملك الحق بفسخ العقد أو المضي فيه عند رؤية محال العقد الذي عقد عليه دون أن يراه،⁵⁰⁶ ويسقط هذا الحق ببعض التصرفات الفعلية الدالة على الرضا قبض المبيع بعد الرؤية، والتصرف به تصرف المالك؛ كأن يكون المبيع ثوباً فيقطعه، أو أرضاً فيبني عليها أو يزرعها ونحو ذلك من التصرفات التي ذكرناها في خيار الشرط ومن شأنها أن تبطل حق المشتري بالرد،⁵⁰⁷ ويضاف هنا أن لاستعمال بعض الحواس كاللمس ونحوه أثراً في سقوط خيار الرؤية ولزوم العقد، وبيان ذلك أنه إذا اشترى شخص شيئاً دون أم يتمكن من رؤيته؛ كأن كان في ظلمة أو كان به عمى، ثم قام بجس المعقود عليه أو شمّه أو ذوقه وكان المعقود عليه ممّا يمكن إدراكه بتلك الأفعال ولم يُصرّح بعد ذلك بفسخ العقد فإن خيار الرؤية يسقط ويلزم العقد، وهذا عند جمهور الفقهاء القائلين بخيار الرؤية؛ وهم الحنفية⁵⁰⁸ والمالكية⁵⁰⁹ ورواية عند الحنابلة؛⁵¹⁰ لأنّ المراد بالرؤية هو العلم بالمقصود.⁵¹¹ وحقيقة بعض الأشياء يمكن أن تنكشف للعائد بواسطة أفعال أخرى غير الرؤية البصرية؛ فعلى سبيل المثال: بالسمع تنكشف حقيقة الطبل والدّف، وبالشمّ تنكشف حقيقة رائحة الطيب، وباللمس ينكشف سمن الدّابة من ضعفها، وبالتذوّق ينكشف طعم الخل.

⁵⁰⁶ ينظر: الموسوعة الفقهية الكويتية، 20: 64.

⁵⁰⁷ ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع، 5: 296-297؛ ابن الهمام، فتح القدير، 6: 341.

⁵⁰⁸ ابن عابدين، رد المختار، 4: 600.

⁵⁰⁹ ويشترط المالكية فيه أن يشترط المشتري الخيار في العقد وإلا كان العقد فاسداً، وسبب ذلك أنهم يعتبرون خيار الرؤية من الخيارات الإرادية، أو بعبارة أخرى هم لا يرون أن هذا الخيار يثبت بحكم الشرع. ينظر: الخطاب، مواهب الجليل، 4: 296؛ الدسوقي، حاشية الدسوقي، 3: 25-26.

⁵¹⁰ المرادوي، الإنصاف، 11: 95.

⁵¹¹ ينظر: ابن الهمام، فتح القدير، 6: 337.

جاء في فتح القدير: "البصير إذا لم ير المبيع ولكن شمّه فقط، وهو ممّا يعرف بالشمّ كالمسك ونحوه، فرضي به ثمّ رأى فلا خيار له."⁵¹² وجاء في المبسوط: "والأعمى في كلّ ما اشترى إذا لم يقلّب ولم يجسّ بالخيار، فإذا قلّب أو جسّ فهو بمنزلة النظر من الصحيح ولا خيار له، إلّا أن يجد به عيباً."⁵¹³

3.1.2 أثر التصرفات الفعلية في تحويل العقد الجائز إلى عقد لازم

كنا قد ذكرنا في الفصل الأوّل أنّ من العقود عقوداً غير لازمة لكلا العاقلين أو لأحدهما، وسيّضح في هذا المبحث أنّ صفة الجواز هذه قد تؤوّل إلى اللزوم بمقتضى أحد التصرفات الفعلية التي تصدر عن أحد العاقلين، وسنعرض هنا جانباً من تلك التصرفات وذلك من خلال بيان أثر فعلي الشروع والقبض في لزوم العقد.

3.1.2.1 أثر فعل الشروع في لزوم العقود

المقصود بفعل الشروع هو الانطلاق والبدء بتنفيذ ما تمّ الإعلان عنه في العقد، وسيّضح ذلك أكثر من خلال عرض المسائل الآتية.

المسألة الأولى: أثر الشروع بالعمل في لزوم عقد الجعالة

عقد الجعالة عند جمهور الفقهاء هو عقد غير لازم للجاعل ولا للعامل قبل أن يشرع العامل في عمله،⁵¹⁴

أمّا إذا شرع العامل في العمل فهل يؤثّر فعله هذا في لزوم العقد بحقّ الجاعل، أم لا ؟

اختلف الفقهاء في هذه المسألة إلى قولين:

⁵¹² المرجع السابق، 6: 348.

⁵¹³ السرخسي، المبسوط، 13: 77.

⁵¹⁴ ينظر: محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، المقدمات الممهدات، تح. محمد حجي، (بيروت: دار الغرب الإسلامي، 1988م)، 2: 179؛ النووي، منهاج الطالبين، 179؛ البهوتي، كشف القناع، 4: 206.

أما الحنفية فكما ذكرنا سابقاً لا يجيزون الجعالة إلا في العبد الآبق، ولا يعلقون جوازها على إيجاب المالك، لذلك لم نذكر قولهم هنا ضمن أقوال المذاهب الأخرى، ينظر: السرخسي، المبسوط، 11: 18؛ الكاساني، بدائع الصنائع، 6: 203.

القول الأول: ذهب كل من الشافعية،⁵¹⁵ والحنابلة⁵¹⁶ إلى أنّ شروع العامل ليس له أثر في لزوم العقد؛ فللجاعل أو العامل فسخه متى أراد ذلك.

وعملوا قولهم بأنّ استحقاق الجعل معلق على شرط، لذا جاز للجاعل فسخ عقده قبل تحقّق ذلك الشرط؛ حيث شابهت بذلك الوصية في جواز فسخها، هذا من جهة، ومن جهة أخرى أنّ العقد وقع على عمل مجهول، فجاز فسخها كما هو الحال في المضاربة.⁵¹⁷

القول الثاني: ذهب المالكية إلى أنّه إذا شرع العامل بعمله يلزم الجاعل بالعقد.⁵¹⁸ وعملوا قولهم بأنّ رجوع الجاعل يلحق الضرر بالعامل في ضياع ما بذله من جهد.⁵¹⁹

ومن خلال الموازنة بين الأقوال نجد أنّ ما ذهب إليه المالكية من تأثير شروع العامل بالعمل في إلزام الجاعل بالعقد يعضده أنّ قياس الجعالة على الوصية هو قياس مع الفارق؛ إذ أنّ الموصى له لا يبذل عملاً في سبيل الحصول على الموصى به، بخلاف الجعالة التي يبذل فيها العامل جهداً ووقتاً في سبيل الحصول على الجعل، كما أنّ قياس الجعالة على المضاربة فيه نظر، ذلك أنّه لو قلنا بجواز فسخ الجعالة بعد الشروع بالعمل لربما انتظر الجاعل العامل حتّى يقترب من تحصيل المراد، أو يكشف له بعض الأمور الهامة التي تُسهّل عليه الوصول إلى ما يبحث عنه، فيقدم على فسخ العقد، لا سيما إذا كانت أجرة المثل هي أقل من الجعل المسمّى، فيترتب على ذلك إلحاق الضرر بالعامل.

⁵¹⁵ ينظر: الرافعي، العزيز، 6: 202؛ منهاج الطالبين، 179؛ كمال الدين محمد بن موسى الدميري، النجم الوهاج في شرح المنهاج، ط. 1 (جدة: دار المنهاج، 2004م)، 6: 100.

⁵¹⁶ ينظر: ابن قدامة، الكافي، 2: 187؛ البهوتي، الروض المربع، 446.

⁵¹⁷ الشربيني، مغني المحتاج، 3: 624؛ البهوتي، الروض المربع، 446.

⁵¹⁸ ينظر: ابن رشد، المقدمات الممهّدات، 2: 179؛ الدسوقي، حاشية الدسوقي، 4: 65.

⁵¹⁹ ابن رشد، المقدمات الممهّدات، 2: 179.

المسألة الثانية: أثر شروع العامل بالعمل في لزوم عقد المضاربة

اتَّفَق جمهور الفقهاء على عدم لزوم عقد المضاربة للعامل أو لربِّ المال قبل شروع العامل في العمل، وأَنَّهُ لكلِّ واحد منهما فسخ العقد حتَّى وإن لم يرض الطرف الآخر،⁵²⁰ ولكن وقع الخلاف في لزوم عقد المضاربة بعد شروع العامل في العمل؛ فذهب الحنفية،⁵²¹ والشافعية،⁵²² والحنابلة⁵²³ إلى أنَّ العقد يبقى غير لازم للطرفين، وخالفهم المالكية في ذلك؛ حيث ذهبوا إلى تأثير هذا الشروع في تحويل صفة العقد من الجواز إلى اللزوم في حقِّ الطرفين.⁵²⁴

واستدلَّ الجمهور لما ذهبوا إليه من عدم تأثير شروع العامل في العمل في لزوم العقد بأنَّ العامل كالوكيل؛ لأنَّه يتصرَّف في المال بإذن من ربِّ المال، وللموكل عزل وكيله متى شاء.⁵²⁵ وعللَّ المالكية قولهم بلزوم العقد بعد الشروع بأنَّ بقاء العقد على صفة الجواز يؤدِّي إلى حقوق الضرر بالعاقدين أو بأحدهما؛ فلحقوق الضرر بربِّ المال يكون فيما لو عاد إليه ماله عرضاً لا نقداً، ولحقوقه بالعامل أنَّه لا يستحقَّ نصيبه من الربح إلَّا بانتهاء العقد.⁵²⁶

ومن خلال الموازنة بين الأقوال نجد أنَّ قول المالكية بتأثير الشروع بالعمل في لزوم العقد يعضده قوَّة تعليلهم في حماية حقوق المتعاقدين من الضياع، وأنَّ ما استدل به الجمهور من قياس المضاربة على الوكالة يمكن أن

⁵²⁰ ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع، 6: 109؛ التعلبي، التلقين، 2: 160؛ الشربيني، معني المحتاج، 3: 415؛ ابن قدامة، المغني، 5: 46.

وقد نقل ابن رشد إجماع العلماء على عدم لزوم المضاربة قبل شروع العامل بالعمل، ينظر: ابن رشد، بداية المجتهد، 4: 24.

⁵²¹ ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع، 6: 109؛ ابن نجيم، البحر الرائق، 7: 268.

⁵²² ينظر: الشيرازي، المهذب، 2: 232؛ زكريا الأنصاري، فتح الوهاب، 1: 289؛ الشربيني، معني المحتاج، 3: 415.

⁵²³ ينظر: ابن قدامة، المغني، 5: 46؛ محفوظ بن أحمد الكلؤاني، الهداية على مذهب الإمام أحمد، تح. عبد اللطيف هيم- ماهر الفحل، ط. 1 (الكويت: مؤسسة غراس للنشر والتوزيع، 2004م)، 289؛ البهوتي، كشف القناع، 3: 520.

⁵²⁴ ينظر: ابن رشد، بداية المجتهد، 4: 24؛ تاج الدين برهام الدميري، تحبير المختصر، تح. أحمد عبد الكريم نجيب-حافظ عبد الرحمن خير، ط. 1 (مصر: مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث، 2013م)، 4: 531؛ الدسوقي، حاشية الدسوقي، 3: 535.

⁵²⁵ ينظر: ابن نجيم، البحر الرائق، 7: 268؛ الشيرازي، المهذب، 2: 232؛ ابن قدامة، المغني، 5: 46.

⁵²⁶ ينظر: عبد الوهاب الثعلبي، المعونة على مذهب عالم أهل المدينة، تح. حميش عبد الحق، (مكة المكرمة: المكتبة التجارية-مصطفى أحمد الباز)، 2: 1127؛ ابن رشد، بداية المجتهد، 4: 24.

يُردّ عليه بأنّ المضاربة وإن شابحت الوكالة في بعض الوجوه فهي تختلف عنها من وجوه أخرى، ومنها أنّ العامل لا يستبين له ما يستحقّه من ربح إلاّ بتحويل عروض التجارة إلى نقود.

المسألة الثالثة: أثر عمل العامل في لزوم عقد المزارعة

طبيعة العمل الزراعيّ تتطلّب القيام ببعض الأمور اللازمة؛ كحرث الأرض، وجرّ المياه إليها، وبذر الحبّ، ونحو ذلك من الأعمال، والسؤال الذي يرد هنا: هل لهذه الأفعال أثر في لزوم عقد المزارعة؟
لقد وقع الخلاف بين الحنفية والمالكية في هذه المسألة،⁵²⁷ وبيان ذلك على النحو الآتي:

ذهب الحنفية إلى أنّ عقد المزارعة يلزم الطرفين بعد بذر الحبّ في الأرض، أمّا قبل بذر الحبّ في الأرض فإنّ العقد يكون لازماً للعامل دون صاحب البذر، وعلّلوا ذلك بأنّ مضي صاحب البذر في المزارعة يترتّب عليه إتلاف ماله؛ وذلك أنّ البذر يهلك بإلقائه في التراب، ولا يدري بعد ذلك إن كان سينبت أم لا، فكان كمن استأجر آخر ليهدم له داراً ثمّ تراجع عن ذلك، أمّا إلزام العامل في المضي بالمزارعة فلائنه لا يلحقه ضرر بوفائه بالعقد.⁵²⁸

أما المالكية فعندهم في ذلك ثلاثة أقوال:⁵²⁹

القول الأوّل: أنّ المزارعة لا تلزم قبل بذر الحبّ؛ لأنّ الغالب عليها أنّها من قبيل شركة العمل، وهذا النوع من الشركة لا يكون لازماً إلاّ بالعمل؛ وهو هنا إلقاء البذر؛ وهذا القول هو الرّاجح عندهم.

⁵²⁷ تمّ الاختصار على ذكر الخلاف بين الحنفية والمالكية في هذه المسألة لأن الشافعية يرون أن المزارعة تجوز إذا كانت تابعة للمساقاة، والمساقاة عندهم من العقود اللازمة، وبالتالي فإن عقد المزارعة لازم عندهم، وأما الحنابلة فإنهم يرون أن عقد المزارعة من العقود الجائزة، ينظر: الماوردي، الحاوي الكبير، 7: 360 و 366؛ الرملي، نهاية المحتاج، 5: 258؛ ابن قدامة، المغني، 5: 299؛ البهوتي، كشف القناع، 3: 527.
⁵²⁸ ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع، 6: 182؛ ابن الهمام، فتح القدير، 9: 472-473؛ ابن عابدين، رد المختار، 6: 279.
⁵²⁹ ينظر: القرافي، الذخيرة، 6: 105؛ الدسوقي، حاشية الدسوقي، 3: 372.

القول الثَّاني: أنَّها تلزم إذا قام العامل بأيِّ عمل، كحرث الأرض، أو تسوية ترابها، أو إجراء الماء فيها، وأصحاب هذا القول علَّلوا قولهم بنفس تعليل أصحاب القول السَّابق؛ إلَّا أنَّهم لم يفرِّقوا بين إلقاء البذر وغيره.

القول الثَّالث: أنَّها تلزم بمجرَّد التَّعاقد؛ لأنَّ الغالب عليها هو صفة عقد الإجارة.

وبهذا نعلم أنَّ الأفعال الَّتِي يقوم بها العامل مؤثِّرة في لزوم عقد المزارعة عند الحنفيَّة والمالكيَّة، على خلاف بينهم في تحديد نوع العمل الَّذي من شأنه أن يؤثِّر في صفة العقد.

ومن خلال الموازنة بين الأقوال يمكننا القول بأنَّ عقد المزارعة يؤوِّل إلى اللُّزوم بعد أن يباشر العامل عمله سواء قبل إلقاء البذر أم بعده؛ لأنَّه إذا كان صاحب البذر لا يتضرَّر بالفسخ إلَّا إذا وقع بعد إلقاء البذر؛ فإنَّ الضرر واقع على العامل في كِلَا الحالتين، بل ربَّما يكون بذل الجهد من قبله قبل إلقاء البذر أكبر من بذله بعده؛ لما قد تحتاجه الأرض من إعداد للزَّراعة.

المسألة الرَّابعة: أثر الانطلاق في السَّبق في لزوم عقد المسابقة

عقد المسابقة بين المتسابقين إمَّا أن يكون بغير عوض، أو يكون بعوض يناله الفائز،⁵³⁰ فإذا كانت من غير عوض فإنَّ العقد لا يكون لازماً؛ إذ لا ضرر بانسحاب أحد المتسابقين على الآخرين، وهذا عند جمهور

⁵³⁰ المسابقة على عوض أجازها جمهور الفقهاء بشرط أن يكون العوض من أحد المتسابقين، أو من أجنبي، أو من المتسابقين مع وجود شخص محلل يدخل بينهم دون أن يبذل شيئاً، وفي صورة وجود المحلل هذه قولان للمالكية. ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع، 6: 206؛ القرائي، الذخيرة، 3: 464-465؛ الدسوقي، حاشية الدسوقي، 2: 210؛ الشربيني، مغني المحتاج، 6: 170؛ ابن قدامة، المغني، 9: 471.

الفقهاء،⁵³¹ فإن كانت بعوض فهي أيضًا من العقود غير اللازمة طالما لم ينطلق المتسابقون في السبق بعد،

وهذا عند كلٍّ من الحنفية،⁵³² والشافعية في قول عندهم،⁵³³ والمذهب لدى الحنابلة.⁵³⁴

ولكن إذا انطلق المتسابقون، وظهر تقدّم أحد المتسابقين على الآخرين، فهل يؤثر تقدّمه هذا على جواز

العقد؛ بحيث ينقلب إلى اللزوم في حق المتسابقين الآخرين؟

للفقهاء في هذه المسألة قولان:

القول الأوّل: أنّ للانطلاق في السبق أثرًا في لزوم العقد، وهذا قولٌ للشافعية،⁵³⁵ والمذهب عند

الحنابلة،⁵³⁶ وعلّلوا ذلك بأنّ عقد السباق إذا لم يكن لازماً بعد الانطلاق به، فإنّ من رأى من نفسه أنّه

سوف يُغلب بادر إلى فسخ العقد، وهكذا يضيع المقصود من تلك المسابقة.⁵³⁷

القول الثّاني: أنّ الانطلاق في السبق ليس له أثر في لزوم العقد، وهذا مذهب الحنفية،⁵³⁸ والأصحّ عند

الشافعية،⁵³⁹ وعلّلوا قولهم بأنّ عقد المسابقة من العقود الجائزة قبل الانطلاق، فيبقى كذلك بعده.⁵⁴⁰

⁵³¹ ابن عابدين، رد المختار، 6: 402؛ الدسوقي، حاشية الدسوقي، 2: 211؛ الرملي، نهاية المحتاج، 8: 166؛ البهوتي، كشف القناع، 4: 52.

⁵³² ينظر: أحمد بن محمد القدوري، التجريد، تح. محمد أحمد سراج، علي جمعة، ط. 2 (القاهرة: دار السلام، 2006م)، 12: 6391؛ ابن عابدين، رد المختار، 6: 402.

⁵³³ ينظر: الشيرازي، المهذب، 2: 275؛ النووي، روضة الطالبين، 10: 361.

⁵³⁴ ابن قدامة، المغني، 9: 468.

⁵³⁵ ينظر: الشيرازي، المهذب، 2: 275؛ النووي، روضة الطالبين، 10: 361.

⁵³⁶ ينظر: ابن قدامة، المغني، 9: 469؛ البهوتي، كشف القناع، 4: 53.

⁵³⁷ ينظر: الشيرازي، المهذب، 2: 276؛ البهوتي، كشف القناع، 4: 53.

⁵³⁸ ينظر: القدوري، التجريد، 12: 6391؛ ابن عابدين، رد المختار، 6: 402.

⁵³⁹ ينظر: الشيرازي، المهذب، 2: 275؛ الشربيني، مغني المحتاج، 6: 169.

⁵⁴⁰ ينظر: الشيرازي، المهذب، 2: 276؛ النووي، روضة الطالبين، 10: 361.

ومن خلال الموازنة بين الأقوال نجد أنَّ القول الأوَّل الذي يقضي بلزوم عقد المسابقة بعد الانطلاق فيها يعضده أمر آخر وهو أنَّ القول بجواز فسخ العقد يؤدي إلى فوات مقصود المسابقة كما أنه يؤدي إلى الإجحاف بحق المتسابق الذي تقدّم على باقي المتسابقين؛ حيث يتبدّد جهده الذي بذله دون فائدة.

3.1.2.2 أثر فعل القبض في لزوم العقود

بعض عقود المعاملات الماليّة لا تكون لازمة لأحد الأطراف ما لم يتمّ قبض محلّ العقد من الطرف الآخر، فالتعبير اللفظي في هذه العقود يجب أن يدعمه التصرف الفعليّ المتمثّل بالقبض من أحد الأطراف من أجل تحوّل صفة العقد من الجواز إلى اللزوم في حقّ الطرف الآخر،⁵⁴¹ وفيما يلي أبرز تلك العقود.

المسألة الأولى: أثر فعل القبض في لزوم عقد الرهن

إذا قام الرّاهن بتسليم العين المرهونة إلى المرتهن بعد انعقاد العقد بينهما، فهل يؤثر قبض المرتهن لتلك العين في لزوم عقد الرهن أم لا؟

اتّفق جمهور الفقهاء على أنَّ عقد الرهن من العقود الجائزة بحقّ المرتهن، وأنّ قبضه للعين المرهونة لا يؤثر في لزوم العقد بحقه؛⁵⁴² لأنّ المقصود من هذا العقد هو الاستيثاق لحفظ حقّ المرتهن، فجاز له التنازل عن هذا الحقّ متى شاء.⁵⁴³

أمّا بالنسبة للرّاهن فقد وقع الخلاف فيه بين الفقهاء على قولين:

القول الأوّل: أنَّ عقد الرهن لا يلزم الرّاهن إلّا بقبض المرتهن، أمّا قبل القبض فله الرجوع عنه، وهذا ما ذهب إليه كلّ من الحنفيّة⁵⁴⁴ والشافعيّة⁵⁴⁵ والحنابلة.⁵⁴⁶

⁵⁴¹ Kisbet, İslam Hukukuna Göre Satım akdinde Malın Kabz ve Teslimi, 45.

⁵⁴² ينظر: ابن مودود، الاختيار، 2: 69؛ عبد الوهاب بن علي الثعلبي، عيون المسائل، تج. علي محمد بورويّة، ط. 1 (بيروت: دار ابن حزم، 2009م)، 534؛ الشيرازي، المهذب، 2: 87؛ ابن قدامة، المغني، 4: 271.

⁵⁴³ الشيرازي، المهذب، 2: 87؛ ابن قدامة، المغني، 4: 271.

القول الثاني: أنَّ عقد الرهن يلزم الرّاهن بمجرد العقد، ويجبر على إقباض المرتهن، وهذا مذهب المالكية.⁵⁴⁷

واستدل الجمهور لقولهم بعدّة أدلّة، منها:

أولاً: قوله تعالى: "فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ" (البقرة 283/2)، ووجه الاستدلال: أنَّ الرهن الذي ورد ذكره هنا جاء

موصوفاً بالقبض، فافتضى أن يكون القبض شرطاً فيه، وإلا لما كان لذكر هذا الوصف فائدة.⁵⁴⁸

ثانياً: أنَّ الرهن من عقود التبرعات؛ لأنَّ الرّاهن لا يوجب على المرتهن شيئاً مقابل الرهن، والتبرعات تفتقر

إلى القبول ثمَّ القبض، فلا يلزم إلاّ به؛ كالهبة.⁵⁴⁹

واستدل المالكية بما يأتي:

أولاً: بالآية التي استدلل بها الفريق الأول إلاّ أنَّ وجه الاستدلال مختلف عندهم؛ حيث اعتبروا أنَّ القبض

الوارد ذكره في الآية هو صفة للرهن، فالعقد يحصل أولاً، ثمَّ يجب بعد ذلك تحقّق القبض.⁵⁵⁰

ثانياً: أن الرهن هو عقد كسائر العقود الأخرى، فلا يشترط في انعقاده القبض، ولأنّه من العقود اللازمة

فوجب أن يلزم بالعقد؛ كالبيع.⁵⁵¹

ومن خلال الموازنة بين الأقوال نلاحظ قوّة استدلال به جمهور الفقهاء نقلاً وعقلاً، وأنّ ما استدلل به المالكية

يمكن أن يجاب عنه على النحو الآتي:

⁵⁴⁴ ينظر: ابن مودود، الاختيار، 2: 63؛ الباري، العناية، 10: 137؛ ابن عابدين، رد المختار، 6: 479.

⁵⁴⁵ ينظر: الشيرازي، المهذب، 2: 87؛ زكريا الأنصاري، أسنى المطالب، 2: 155.

⁵⁴⁶ ينظر: ابن قدامة، المغني، 4: 247؛ البهوتي، عمدة الطالب، 1: 148.

⁵⁴⁷ ينظر: ابن رشد، بداية المجتهد، 4: 57؛ ابن شاس، عقد الجواهر الثمينة، 2: 772؛ الدسوقي، حاشية الدسوقي، 3: 231.

⁵⁴⁸ الكاساني، بدائع الصنائع، 6: 137؛ الشيرازي، المهذب، 2: 87؛ ابن قدامة، المغني، 4: 247.

⁵⁴⁹ ابن مودود، الاختيار، 2: 63؛ ابن عابدين، رد المختار، 6: 478؛ الشيرازي، المهذب، 2: 87.

⁵⁵⁰ ينظر: القاضي عبد الوهاب، الإشراف، 2: 576؛ القرافي، الذخيرة، 8: 100-101.

⁵⁵¹ عبد الوهاب الثعلبي، المعونة، 1154.

أولاً: قولهم بأن القبض هو صفة للرهن يمكن مناقشته بأنه حتى وإن كان صفة فهذا لا يستلزم أن لا يكون شرطاً للزوم العقد.

ثانياً: قياسهم عقد الرهن على باقي العقود يمكن أن يجاب بأنه قياس وقع مقابلًا للنص الذي استدل به الجمهور، وكذلك قياس الرهن على البيع هو قياس مع الفارق؛ لأن الرهن ليس من عقود المعاوضة كما هو الحال في عقد البيع.

المسألة الثانية: أثر فعل القبض في لزوم عقد الإعارة

إذا استعار شخص من آخر عيناً وقبضها، فهل يؤثر هذا القبض في لزوم العقد بالتسبة للمعير أم لا؟
اختلف الفقهاء في هذه المسألة على النحو الآتي:

القول الأول: ذهب الحنفية⁵⁵² والشافعية⁵⁵³ والحنابلة في الراجح عندهم⁵⁵⁴ إلى أن المعير له حق الرجوع بالعارية متى شاء، إلا أن أصحاب هذا القول قد ذكروا بعض الأفعال التي تمنع من الرجوع بالعارية، ونذكر هنا على سبيل المثال لا الحصر بعضاً منها:

- من استعار من آخر فرساً مدة محددة من أجل الغزو، فللمعير المطالبة بذلك الفرس حتى وإن لم تنته المدة المحددة إذا كان المستعير لم يدخل بالفرس أرض الجهاد بعد، فإذا فعل المستعير ذلك ودخل به أرض الجهاد ولم يكن قادراً على شراء أو اكتراء فرس غيره فليس للمعير المطالبة بفرسه.⁵⁵⁵
- من استعار من آخر لوحاً ليصلح به سفينته، فللمعير المطالبة بذلك اللوح قبل أن يلج المستعير البحر بتلك السفينة، وكذلك بعد أن يخرج منه، أما أثناء الولوج فليس له ذلك.⁵⁵⁶

⁵⁵² ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع، 6: 216؛ الباري، العناية شرح الهداية، 9: 7.

⁵⁵³ ينظر: الشيرازي، المهذب، 2: 189؛ النووي، روضة الطالبين، 4: 436.

⁵⁵⁴ ينظر: ابن قدامة، المغني، 5: 170؛ المرداوي، الإنصاف، 6: 104.

⁵⁵⁵ ابن نجيم، البحر الرائق، 7: 281.

- كذلك من استعار من آخر سفينة، فليس للمعير المطالبة بها وهي في لجة البحر.⁵⁵⁷
- من استعار من آخر حائطاً ليضع عليه طرف خشبه، فللمعير الرجوع ما لم يبين المستعير فوقه، فإذا بنى لزمه العقد؛ لأنّ الرجوع بعد ذلك يقتضي هدم البناء.⁵⁵⁸
- من خلال عرض هذه الصّور التي يمتنع فيها الرجوع بالعارية نجد أنّ سبب المنع هو استعمال العارية من قبل المستعير على وجه لو أخذت منه بعد مباشرة الاستعمال لأدّى به ذلك إلى حقوق الضّرر به.⁵⁵⁹
- ويعلّل أصحاب هذا القول قولهم بجواز رجوع المعير بالعارية متى شاء -عدا ما استثنوه من صور- بعدّة وجوه على التّحو الآتي:
- الوجه الأوّل: أنّ العارية من عقود الإرفاق التي لا يقابلها عوض، وهذا النوع من العقود غير لازم كالهبة.⁵⁶⁰
- الوجه الثّاني: أنّ منافع العارية مستقبلية، فكان الرجوع فيها بعد قبضها بمثابة الرجوع فيها قبل القبض.⁵⁶¹
- الوجه الثّالث: أنّ القول بلزوم عقد الإعارة يقتضي إخراج حكم هذا العقد من الإعارة إلى الإجارة.⁵⁶²
- الوجه الرّابع: أنّ المعير قد أباح للمستعير استخدام العين المعارة، شأنه في ذلك شأن إباحة الطّعام للغير، فكان له الرجوع متى شاء.⁵⁶³

⁵⁵⁶ ابن قدامة، المغني، 5: 170.

⁵⁵⁷ أحمد القليوبي، حاشية قليوبي، 3: 23.

⁵⁵⁸ ابن قدامة، المغني، 5: 171.

⁵⁵⁹ إلا أنه ثمة فرق في هذه المسألة بين الحنفية والشافعية من جهة، وبين الحنابلة من جهة أخرى؛ وهو أن الحنفية والشافعية يوجبون أجر المثل على المستعير في مثل هذه الحالات، وقولهم هذا يقضي بانتهاء عقد الإعارة؛ لأن عقد الإعارة هو: تمليك للمنفعة بغير عوض. ينظر: الزيلعي، تبين الحقائق، 5: 83؛ ابن نجيم، البحر الرائق، 7: 280-281؛ زكريا الأنصاري، أسنى المطالب، 2: 331؛ ابن قدامة، المغني، 5: 171.

⁵⁶⁰ ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع، 6: 216؛ الماوردي، الحاوي الكبير، 7: 118.

⁵⁶¹ ابن قدامة، المغني، 5: 170.

⁵⁶² الماوردي، الحاوي الكبير، 7: 118.

القول الثاني: ذهب المالكيّة⁵⁶⁴ والحنابلة في قول عندهم⁵⁶⁵ إلى أنّه ليس للمعير الرجوع بالعارية بعد قبضها، فإن كانت مقيدة بعمل معين أو بأجل محدّد فإنّه ليس للمعير الرجوع بالعارية حتّى ينقضي ذلك العمل أو ينتهي ذلك الأجل، أمّا إذا كانت مطلقة عن القيد فالعقد يلزم المعير إلى أن ينتفع المستعير بالعارية وفق ما تقتضيه العادة، وبناء عليه فمن استعار أرضاً ليزرعها، فليس للمعير الرجوع بالأرض قبل أن ينتهي المستعير من زراعة الأرض وجني المحصول، وكذلك من استعار داراً ليسكنها مدّة محدّدة فليس للمعير الرجوع بالدار حتّى ينتهي ذلك الأجل.

ويستدلّ أصحاب هذا القول بجملة من الأدلّة، منها:

أوّلاً: قوله تعالى: " أَوْفُوا بِالْعُقُودِ. " (المائدة 1/5) ووجه الاستدلال: أنّ الأمر هنا للوجوب، وعقد الإعارة هو واحد من تلك العقود الّتي يجب الوفاء بها.⁵⁶⁶

ثانيّاً: أنّ العين صارت في يد المستعير بطريق مباح، وأنّ منفعة تلك العين قد أصبحت ملكاً له، فاقترض رجوع المعير أن يكون باختيار مالك المنفعة.⁵⁶⁷

ومن خلال الموازنة بين أقوال الفقهاء نلاحظ قوّة الاستدلال العقلي -الدليل الثاني- عند أصحاب القول الثاني، أمّا ما استدللّ به أصحاب القول الأوّل فيمكن مناقشته على التّحو الآتي:

⁵⁶³ الشيرازي، المذهب، 2: 189.

⁵⁶⁴ ينظر: ابن رشد، بداية المجتهد، 4: 97؛ الدسوقي، حاشية الدسوقي، 3: 439.

⁵⁶⁵ المرادوي، الإنصاف، 6: 104.

⁵⁶⁶ القاضي عبد الوهاب، الإشراف، 2: 623؛ مُجَدُّ بن صالح بن مُجَدُّ عثيمين، الشرح الممتع على زاد المستقنع، ط.1 (السعودية: دار ابن الجوزي، 1428هـ)، 10: 115.

⁵⁶⁷ القاضي عبد الوهاب، المعونة، 2: 1210؛ ابن قدامة، المغني، 5: 170.

أولاً: قياسهم العارية على الهبة، يمكن أن يجاب بأنه لا يسلم لهم بأن عقد الهبة غير لازم؛ فهذا الأمر مختلف فيه، ثم هم يقولون بأن العارية من عقود الإرفاق، فكيف يحصل الإرفاق هنا إن عاد المعير بالعارية قبل أن ينتفع بها المستعير؟!

ثانياً: قياسهم الرجوع بالعارية بعد قبضها على الرجوع فيها قبل القبض هو قياس مع الفارق؛ لأنه قد يترتب على قبضها دخول المستعير في التزامات، وقد يترتب أيضاً أن يبذل جهداً وعملاً، وكل هذا من شأنه أن يلحق الضرر به برجع المعير.

وقد يجاب على هذا الكلام - وفق مذهب الحنفية والشافعية - أننا نقول بلزوم العقد في حال لحوق الضرر بالمستعير ولكن مع وجوب أجرة المثل عليه، إلا أن هذا الجواب يمكن أن يُردّ عليه بأن المستعير لم يقصد في استعارته عقداً من عقود المعاوضة، ثم هذا الكلام قد يدفع البعض إلى تغيير الآخرين، وذلك من خلال إعارتهم العين، فإذا ما شرع المستعير بالاستفادة منها على وجه لا يمكنه ردّها إلا بضرر يلحقه، طالبه المعير بردّ العين ليلجئه إلى دفع الأجرة.

ثالثاً: قياس عقد العارية على عقد الإجارة: يمكن أن يجاب بأن قياسهم هذا هو قياس مع الفارق؛ لأنّ عقد العارية هو عقد تبرّع وإرفاق، بينما عقد الإجارة هو عقد معاوضة، والتقاء العارية بعد القبض مع الإجارة في لزوم العقد لا يخرجها عن كونها إعارة.

رابعاً: قولهم بأن العارية هي كإباحة الطعام: يمكن أن يجاب بأن هذا ينطبق على العارية إن كانت مطلقة قبل قبضها، أمّا إن كانت مقيدة وتم قبضها فلا ينطبق عليها هذا القياس، لما أسلفنا ذكره من لحوق الضرر بالمستعير.

المسألة الثالثة: أثر فعل القبض في لزوم عقد القرض

القرض إما أن يكون محدّدًا بأجل أو يكون مطلقًا عن الأجل، وفي كلّ الحالتين هو عقد غير لازم عند كلّ من الحنفية⁵⁶⁸ والشافعية⁵⁶⁹ والمذهب عند الحنابلة،⁵⁷⁰ في حين ذهب المالكية⁵⁷¹ إلى أنّ عقد القرض عقد لازم بالنسبة للمقرض؛ فإذا كان محدّدًا بأجل لزمه الانتظار حتّى حلول الأجل، وإذا لم يكن محدّدًا بأجل فليس له استرجاع القرض قبل أن ينتفع به المقرض؛ ومرّد تحديد ذلك إلى العادة، ووافق الحنابلة - في وجه عندهم - المالكية في لزوم عقد القرض إذا كان محدّدًا بأجل.⁵⁷² والسؤال الذي يرد هنا: متى يلزم عقد القرض عند كلّ من المالكية والحنابلة، فهل يلزم بمجرد العقد، أم أنّ اللزوم متوقف على فعل القبض؟ ذهب الحنابلة إلى تأثير فعل القبض في لزوم العقد، فإذا أراد المقرض فسخ العقد قبل قبض المقرض فله ذلك؛⁵⁷³ لأنّ المقرض يقف تصرّفه على القبض فيقف ملكه على ذلك أيضًا، كما هو الحال في عقد الهبة.⁵⁷⁴ أمّا بعد القبض فليس له ذلك؛ لأنّه أزال ملكه من غير أن يكون له الخيار.⁵⁷⁵ وذهب المالكية إلى لزوم عقد القرض بمجرد التّعاقد حتّى وإن لم يتحقّق القبض من المقرض،⁵⁷⁶ وذلك قياسًا على باقي العقود التي يقصد بها الإرفاق وفعل المعروف؛ كالهبة والصدقة.⁵⁷⁷

⁵⁶⁸ الكاساني، بدائع الصنائع، 7: 396؛ ابن عابدين، رد المحتار، 5: 159.

⁵⁶⁹ النووي، روضة الطالبين، 4: 34؛ الشربيني، مغني المحتاج، 3: 34.

⁵⁷⁰ ابن قدامة، المغني، 4: 237؛ البهوتي، كشف القناع، 3: 316.

⁵⁷¹ ابن عبد البر، الكافي، 2: 727؛ الحرشي، شرح مختصر خليل، 5: 232؛ مُجَدِّد عَليش، منح الجليل، 5: 407.

⁵⁷² المرادوي، الإنصاف، 12: 340؛ البهوتي، كشف القناع، 3: 316.

⁵⁷³ ابن مفلح، المبدع في شرح المقنع، 4: 195؛ علي بن سليمان المرادوي، تصحيح الفروع، 6: 348.

⁵⁷⁴ البهوتي، كشف القناع، 3: 314.

⁵⁷⁵ ابن قدامة، المغني، 4: 237.

⁵⁷⁶ ينظر: الصاوي، حاشية الصاوي، 2: 106؛ مُجَدِّد عَليش، منح الجليل، 5: 407.

⁵⁷⁷ الدسوقي، حاشية الدسوقي، 3: 226.

ومن خلال الموازنة بين الأقوال نجد أنَّ قول الحنابلة بعدم لزوم عقد القرض إلَّا بالقبض يعضده أنَّ الأصل في نقل الملكية أن يكون عن طيب نفس، ورجوع المقرض قبل القبض دليل على أنَّ نفسه لم تعد تطب بذلك، لاسيما أنَّ المقرض محسن، فمن المناسب أن يعطى فرصة للتأمل والرجوع، وأمَّا ما ذهب إليه المالكية من قياس القرض على الهبة فيمكن أن يجاب عليه بأنَّه لا يسلم بأنَّ الهبة تلزم بمجرد العقد، ثمَّ إنَّ القرض مأخوذ لغة من القطع، وهذا يدلُّ على أنَّ ملك المقرض لا يزول عن المال حتَّى يقتطعه من بقيَّة ماله ويقبضه المقرض، فكان له الرجوع قبل زوال ملكه عن المال.

المسألة الرابعة: أثر فعل القبض في لزوم عقد الهبة

يذهب جمهور الفقهاء إلى أنَّ عقد الهبة قبل القبض من العقود الجائزة غير اللازمة،⁵⁷⁸ خلافاً للمالكية في المشهور عندهم⁵⁷⁹ حيث ذهبوا إلى أنَّ انعقاد الهبة يُعتبر كافياً للزوم العقد. ولكن إذا قام الشَّخص الموهوب له بقبض العين الموهوبة فهل يؤثر هذا الفعل في صفة العقد بحيث يجعله لازماً في حقِّ الواهب، وبالتالي يمنعه من الرجوع في الهبة، أم أنَّ هذا القبض لا أثر له في ذلك؟ اختلف الفقهاء في هذه المسألة إلى رأيين:

الرأي الأول: أنَّ القبض فعلٌ معتبرٌ له أثره في لزوم عقد الهبة، فلا يجوز للواهب بعد هذا الفعل أن يرجع في هبته باستثناء هبة الوالد لولده، هذا ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من الشافعية،⁵⁸⁰ والحنابلة،⁵⁸¹ بالإضافة إلى المالكية الذين منعوا من الرجوع قبل القبض، فكان المنع عندهم بعده من باب أولى.⁵⁸²

⁵⁷⁸ ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع، 6: 123؛ الزيلعي، تبين الحقائق، 5: 91؛ الدسوقي، حاشية الدسوقي، 4: 101؛ الشربيني، مغني المحتاج، 3: 566؛ البهوتي، كشف القناع، 4: 301.

⁵⁷⁹ ابن رشد، المقدمات الممهدات، 2: 409؛ ابن شاس، عقد الجواهر الثمينة، 3: 979؛ النفراوي، الفواكه الدواني، 2: 155.

⁵⁸⁰ وألحق الشافعية - في المشهور عندهم - بالأب سائر الأصول، ينظر: زكريا الأنصاري، أسنى المطالب، 2: 484؛ الشربيني، مغني المحتاج، 3: 568.

⁵⁸¹ ينظر: ابن قدامة، المغني، 6: 65؛ المرادوي، الإنصاف، 17: 81.

الرأي الثاني: أن فعل القبض لا أثر له في لزوم عقد الهبة، فللواهب الرجوع في هبته - مع الكراهة - قبل القبض أو بعده إلا لمانع، وأصحاب هذا الرأي هم الحنفية.⁵⁸³

وقد استدلل الجمهور بجملة من الأدلة، منها:

أولاً: ما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال: قال النبي ﷺ: "العائد في هبته كالكلب يقيء ثم يعود في قيئه".⁵⁸⁴ وفي رواية أخرى: "ليس لنا مثل السوء، الذي يعود في هبته كالكلب يرجع في قيئه".⁵⁸⁵ ووجه الاستدلال: أن هذه الأحاديث أتت منقّرة من عود الرجل في هبته، وهذا التّفير يدلّ على تحريم العود؛ حيث شبّهه بالقيء وهو محرّم.⁵⁸⁶

ثانياً: ما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال: قال النبي ﷺ: "لا يحلّ للرجل أن يعطي عطية ثم يرجع فيها إلا الوالد فيما يعطي ولده".⁵⁸⁷ ووجه الاستدلال: أن هذا الحديث قد نصّ على عدم جواز الرجوع في الهبة واستثنى من عموم المنع رجوع الأب فيما يهبه لولده، وذلك لانتفاء التّهمة في حقّه، فحُتّوه يحمله على أن لا يرجع إلا لمصلحة أو حاجة، ولأنّ الآباء جبلوا على إثثار أولادهم على أنفسهم.⁵⁸⁸

واستدلّ الحنفية بالأدلة الآتية:

⁵⁸² وألحق المالكية بالأب الأم أيضاً، هذا ويعبر المالكية عن الرجوع بالهبة بكلمة "الاعتصار" ومعناه: أن يرجع المعطي في عطيته من غير عوض دون إرادة المعطي. ينظر: الخرشي، شرح مختصر خليل، 7: 113؛ الدسوقي، حاشية الدسوقي، 4: 110.

⁵⁸³ ينظر: المرغيناني، الهداية، 3: 225؛ الزيلعي، تبين الحقائق، 5: 97؛ ابن عابدين، رد المختار، 5: 698.

وموانع الهبة عندهم سبعة، يختصرونها في كتبهم بـ "دمع خزقه" وهي: الزيادة المتصلة، والموت، وأخذ العوض عنها، وخروج الهبة من ملك الموهوب له، والزوجية، وقربة ذي الرحم المحرم، وهلاك العين الموهوبة. ينظر: النسفي، كنز الدقائق، 538-540.

⁵⁸⁴ البخاري، "كتاب الهبة وفضلها والتحريض عليها"، 2589.

⁵⁸⁵ البخاري، "كتاب الهبة وفضلها والتحريض عليها"، 2622.

⁵⁸⁶ ينظر: البهوتي، كشف القناع، 4: 312؛ الرحيباني، مطالب أولي النهى، 4: 404.

⁵⁸⁷ أخرجه أبو داود في سننه والترمذي في سننه -واللفظ له- وقال: حديث حسن صحيح، والحاكم في مستدركه وقال عنه: صحيح الإسناد ووافقه الذهبي. ينظر: سنن أبي داود، "كتاب البيوع"، 3539؛ سنن الترمذي، "الولاء والهبة"، 2132؛ محمد بن عبد الله الحاكم، المستدرک على الصحيحين، تح. مصطفى عبد القادر عطا، ط. 1 (بيروت: دار الكتب العلمية، 1990)، 2: 53.

⁵⁸⁸ ينظر: القاضي عبد الوهاب، المعونة على مذهب عالم المدينة، 3: 1615؛ الماوردي، الحاوي الكبير، 7: 546؛ الرملي، نهاية المحتاج، 5: 416؛ ابن قدامة، الكافي في فقه الإمام أحمد، 2: 262.

أولاً: قوله تعالى: "وَإِذَا حُيِّتُمْ بِتَحِيَّةٍ فَحَيُّوا بِأَحْسَنَ مِنْهَا أَوْ رُدُّوهَا." (النساء 4: 86) ووجه الاستدلال: أنَّ

التحية قد يراد منها عمومًا السلام أو الثناء أو الهدية، والمراد منها هنا هو الهدية، ودليل هذا التعيين قوله

"أو رُدُّوهَا" وهو يعني إعادة الشيء، وهذا يمكن تصوُّره في الأعيان دون الأعراض.⁵⁸⁹

ثانيًا: ما روي عن أبي هريرة رضي الله عنه أنَّ النبي صلى الله عليه وسلم قال: "الرجل أحقُّ بمحبته ما لم يُثَبَّ مِنْهَا."⁵⁹⁰ ووجه

الاستدلال: أنَّ الحديث أعطى الواهب أحقية الرجوع في هبته إذا لم يقابلها عوض من الموهوب له.⁵⁹¹

إلا أنَّ هذا الحديث وإن كان نصًّا في الموضوع يمكن أن يناقش بأنَّه ضعيف.

ثالثًا: أنَّ الواهب قد يقصد من هبته العوض المالي، فإذا لم يحصل مقصوده هذا جاز له أن يرجع بهبته، لأنَّ

العقود التي تحتل الفسخ إذا فات المقصود منها ارتفع لزومها؛ ومثال ذلك في عقد البيع إذا وجد المشتري

عيبًا في المبيع لم يكن ملزمًا بالعقد؛ لأنَّ مقصوده من العقد لم يحصل.⁵⁹²

ومن خلال الموازنة بين الأقوال نجد أنَّ فعل القبض له تأثير في جعل عقد الهبة لازمًا، وذلك لما يأتي:

أولاً: قوَّة الأدلَّة التي استدلَّ بها جمهور الفقهاء، في حين أنَّ الحديث الذي استدلَّ به الحنفية قد ضعفه

العلماء.

ثانيًا: ما ذكره الحنفية من جواز الرجوع بالهبة إذا لم يتحقَّق مقصود الواهب؛ يمكن أن يردَّ عليه بأنَّ هذا

يخصَّ هبة الثَّواب - التي تكون مقابل العوض - دون غيرها، ثمَّ إنَّ قياسهم الهبة على عقد البيع هو قياس

⁵⁸⁹ ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع، 6: 128؛ الباري، العناية، 9: 40.

⁵⁹⁰ أخرجه ابن ماجه في سننه والبيهقي في السنن الكبرى، وضعفه البيهقي لوجود إبراهيم بن إسماعيل في سنده ونقل تضعيفه أيضًا الزيلعي في

نصب الراية. ينظر: ابن ماجه محمد بن يزيد القزويني، سنن ابن ماجه، تح. شعيب الأرنؤوط - محمد كامل قره بللي - عبد اللطيف حرز الله، ط. 1.

(بيروت: دار الرسالة العالمية، 2009م)، "الهبات" (2387)؛ أحمد بن الحسين البيهقي، السنن الكبرى، تح. محمد عبد القادر عطاء، ط. 3.

(بيروت: دار الكتب العلمية، 2003م)، "كتاب الهبات" 12024؛ جمال الدين عبد الله بن يوسف الزيلعي، نصب الراية، تح. محمد عوامة،

ط. 1 (بيروت: مؤسسة الريان للطباعة والنشر، 1997م)، 4: 125.

⁵⁹¹ ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع، 6: 128؛ ابن نجيم، البحر الرائق، 7: 291.

⁵⁹² ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع، 6: 128؛ المرغيناني، الهداية، 3: 227.

مع الفارق لاختلاف طبيعة العقدين؛ فعقد البيع هو من عقود المعاوضات؛ لذا كان للمشتري الحق بفسخ العقد إذا وجد عيبًا بالمبيع، بينما عقد الهبة هو من عقود التبرعات.

ثالثًا: إن القول بجواز الرجوع بالهبة بعد قبضها ينزع صفة الاستقرار عن هذا العقد، ويؤدي إلى زعزعة الثقة بين الناس.

هذا وبالرغم مما ذهب إليه الحنفية من أن للواهب حق الرجوع بهبته قبل القبض وبعده، وما ذهب إليه جمهور الفقهاء من استثناء حق رجوع الوالد بهبته، إلا أن هناك بعض التصرفات الفعلية لو قام بها الموهوب له أو غيره من الأشخاص من شأنها أن تمنع الواهب من الرجوع، وهذه التصرفات يمكن لها أن تأخذ أشكالًا متعددة على النحو الآتي:

أولًا: خروج الشيء الموهوب عن ملك الموهوب له أو سلطانه؛ كقيام الموهوب له بتسليم الشيء الموهوب على وجه البيع أو الهبة أو الرهن، فإن كل ذلك يعد مانعًا من الرجوع في الهبة، وهذا عند جمهور الفقهاء.⁵⁹³

ثانيًا: الإتلاف الكلي: إذا قام الموهوب له أو شخص آخر بفعل أدى إلى إتلاف عين الشيء الموهوب أو استهلاكه؛ كأن كان دارًا فهدمها، أو طعامًا فأكله، أو ثوبًا فمزقه، فإن هذا الفعل يعتبر مانعًا من الرجوع بالهبة عند جمهور الفقهاء؛⁵⁹⁴ لأن الرجوع في المالك متعذر، والرجوع بالقيمة متعذر أيضًا لأن عقد الهبة لم يرد عليها.⁵⁹⁵

⁵⁹³ ينظر: الزيلعي، تبين الحقائق، 7: 293؛ شيعي زاده، مجمع الأنهر، 2، 362؛ خليل بن إسحاق، التوضيح، 7: 351؛ الدسوقي، حاشية الدسوقي، 4: 111؛ الشربيني، مغني المحتاج، 3: 568؛ ابن قدامة، المغني، 6: 56-57.

⁵⁹⁴ ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع، 6: 128؛ النفراوي، الفواكه الدواني، 2: 155؛ النووي، روضة الطالبين، 5: 380؛ المغني، ابن قدامة، 6: 56.

⁵⁹⁵ الكاساني، بدائع الصنائع، 6: 128.

ثالثًا: انتقاص الشيء الموهوب: إذا قام الموهوب له أو شخص آخر بفعل أدى إلى انتقاص الشيء الموهوب كإتلاف أو استهلاك بعضه، أو إعايقه، كهدم بعض الدار، أو أكل بعض الطعام، فإن ذلك يعتبر مانعًا من الرجوع عند المالكية في المشهور من مذهبهم،⁵⁹⁶ خلافًا لجمهور الفقهاء، حيث لا يرون ذلك مانعًا؛⁵⁹⁷ لأنه إذا ثبت له الرجوع بتمام حقه ثبت له أيضًا الرجوع ببعضه، ولأن الضرر إنما يقع على الواهب دون الموهوب له.⁵⁹⁸

رابعًا: الزيادة المتصلة بالشيء الموهوب: كحفر البئر أو البناء أو الغرس في الأرض، وكخياطة أو صبغ القماش، وما شابه ذلك من الأفعال التي من شأنها أن تحدث زيادة في العين الموهوبة، فإن ذلك يعتبر مانعًا من الرجوع في الهبة.

أما إن كانت الزيادة منفصلة فهل تمنع من الرجوع بالهبة؟

ذهب الحنفية،⁵⁹⁹ والمالكية،⁶⁰⁰ والحنابلة في رواية،⁶⁰¹ إلى أنه يحق له الرجوع بالأصل فقط، ويعللون ذلك بأن الواهب له حق الرجوع بالأصل الذي وهبه، أما الزيادة فهي ليست من حقه لأنها حدثت في ملك الموهوب له، ولما امتنع الرجوع بالزيادة دون الأصل لاتصالها به ألحق الأصل أيضًا بالمنع.

وذهب الشافعية⁶⁰² والحنابلة في رواية أخرى⁶⁰³ إلى أن الزيادة المتصلة لا تمنع من الرجوع، وعللوا ذلك بأن الزيادة تتبع الأصل.

⁵⁹⁶ ينظر: النفراوي، الفواكه الدواني، 2: 155؛ الدسوقي، حاشية الدسوقي، 4: 111.

⁵⁹⁷ ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع، 6: 129؛ القرافي، الذخيرة، 6: 269؛ الشربيني، معني المحتاج، 3: 571؛ البهوتي، كشف القناع، 4: 316.

⁵⁹⁸ ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع، 6: 129؛ القرافي، الذخيرة، 6: 269.

⁵⁹⁹ ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع، 6: 129؛ ابن عابدين، رد المحتار، 5: 704.

⁶⁰⁰ ينظر: النفراوي، الفواكه الدواني، 2: 155؛ الدسوقي، حاشية الدسوقي، 4: 111.

⁶⁰¹ ينظر: ابن قدامة، المغني، 6: 58؛ البهوتي، كشف القناع، 4: 315.

⁶⁰² ينظر: النووي، روضة الطالبين، 5: 382؛ الشربيني، معني المحتاج، 3: 570؛

ومن خلال الموازنة بين الأقوال نجد أنَّ قول الفريق الأول يعضده أنَّ الموهوب له هو من أحدث هذه الزيادة بعد أن ثبتت يده على العين الموهوبة بطريق شرعيّ، والقول بالرجوع في هذه الحالة فيه إجحاف بحقه؛ إذ أنّه علاوة على خسارته للعين الموهوبة خسر جهده الذي بذله، كما أنَّ القول بالرجوع هنا يؤدي إلى تقييد الموهوب له من التصرف في ملكه خشية ذهاب ما سيبدله من جهد في وقت ما إذا رجع الواهب بمبته. خامساً: زيادة قيمة الشيء الموهوب بنقله من مكان إلى آخر: كأن يقوم بنقله من سوق إلى سوق آخر، أو من بلد إلى بلد فتزيد قيمته بتبدل المكان، وهذا الصورة ذكرها الحنفية⁶⁰⁴ والمالكية⁶⁰⁵.

3.1.3 أثر التصرفات الفعلية في لزوم العقد الفاسد

يذهب الحنفية إلى أنَّ القبض في العقد الفاسد يفيد انتقال الملكية، وأنَّ هذا الملك غير لازم ويجب فسخه رفعاً للفساد لأنّه معصية،⁶⁰⁶ إلّا أنَّ حقّ الفسخ هذا قد يبطل بطريق الضرورة نتيجة بعض التصرفات الفعلية التي تقع على محلّ العقد ويترتب عليها لزوم العقد ويتقرر الضمان، وذلك في أحوال منها:⁶⁰⁷

1- إذا تصرف المشتري بالمبيع تصرفاً مزيلاً للملك من كلّ وجه كالبيع والهبة والإعتاق فإنّ تصرفه صحيح لأنّ ملكه قائم بالقبض ويبطل بتلك التصرفات حقّ الفسخ، أمّا إذا تصرف بالمبيع تصرفاً مزيلاً للملك من وجه دون وجه فينظر: فإن كان تصرفه ممّا لا يقبل الفسخ كالاستيلاء والتدبير صحّ عقده وسقط حقّ الفسخ، وإن كان تصرفه ممّا يقبل الفسخ كالإجارة أو الإعارة فيبقى وجوب الفسخ قائماً.

⁶⁰³ ابن قدامة، المغني، 6: 570.

⁶⁰⁴ ينظر: نصر بن محمد السمرقندي، عيون المسائل، تح. صلاح الدين الناهي، (بغداد: مطبعة أسعد، 1386هـ)، 351؛ شيخي زاده،

مجمع الأنهر، 2: 361.

⁶⁰⁵ ينظر: الدميري، تحبير المختصر، 5: 22؛ الزرقاني، شرح الزرقاني، 7: 193.

⁶⁰⁶ ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع، 5: 299-300؛ ابن عابدين، رد المحتار، 5: 89، 91.

⁶⁰⁷ ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع، 5: 301-304.

- 2- أن يزيد المبيع زيادة متّصلة غير متولّدة من الأصل، كما لو كان المبيع سويّاً فقام المشتري بلّته بسمن أو عسل، فإنّ ذلك يمنع الفسخ؛ لأنّ الزيادة لم تدخل تحت المبيع فلا تدخل تحت الفسخ كذلك.
- 3- أن يهلك المبيع في يد المشتري أو أن يقوم هو باستهلاكه، فيمتنع الفسخ لتعذّر القدرة على الرّد.
- 4- لو كان المبيع حنطة فطحنها المشتري، أو عنباً فعصره، أو ثوباً فخاطه، أو قطعاً فغزله، أو غزلاً فنسجه، أو شاة فذبحها بطل حقّ الفسخ، ولو كان أرضاً فبنى عليها بطل أيضاً عند أبي حنيفة خلافاً للصّاحبين.



3.2 أثر التصرفات الفعلية في انحلال العقود (الفسخ والانفساخ)

سنبحث هنا أثر التصرفات الفعلية في انحلال العقود المتمثل في فسخ العقد وانفساخه، حيث إنّ تأثيرها إمّا أن يكون برفع صفة لزوم عنه لاختار العاقد فسخه إن شاء ذلك، أو يكون أثرها في انفساخ العقد شرعاً.

3.2.1 حقيقة الفسخ والانفساخ

الفسخ هو حلّ الرابطة العقدية،⁶⁰⁸ ويستعمله بعض الفقهاء بمعنى: رفع العقد من أصله كأن لم يكن،⁶⁰⁹ ويستعمله بعضهم الآخر بمعنى: رفع العقد من حين حدوث الفسخ؛⁶¹⁰ أي بالتسببة للمستقبل.⁶¹¹ أمّا الانفساخ فهو انحلال الرابطة العقدية وانتهائها.⁶¹²

والفرق بين الفسخ والانفساخ يعود إلى السبب الذي أدى إلى انحلال العقد، فإذا كان مبناه إرادة العاقدين أو أحدهما أو القضاء سميّ فسخاً، كالفسخ الناتج عن خيار الشرط أو بحكم القاضي، أمّا إذا كان مبناه حادث طارئ أدى إلى استحالة تنفيذ العقد سميّ انفساخاً، ومثال ذلك هلاك أحد العوضين.⁶¹³ وقد عبّر القرافي عن الفرق بين هذين المصطلحين بقوله: "الفسخ: قلب كلّ واحد من العوضين لصاحبه،

⁶⁰⁸ ابن نجيم، الأشباه والنظائر، 292، السيوطي، الأشباه والنظائر، 287.

⁶⁰⁹ الكاساني، بدائع الصنائع، 5: 282.

⁶¹⁰ ينظر: الشرواني، حاشية على تحفة المحتاج، 5: 114؛ البهوتي، كشف القناع، 3: 243.

⁶¹¹ ووقع هذا الاختلاف في الاستعمال يعود إلى اختلاف أحكام كلّ عقد عن الآخر، فمن حيث العموم للفسخ أثر رجعي في العقود الفورية كالبيع، وليس له أثر رجعي في العقود المستمرة مع توالي الزمن كالإجارة والشركة. ينظر في ذلك: الزرقا، المدخل الفقهي العام، 1: 598؛ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، 4: 3216-3217.

⁶¹² ينظر: نزيه حماد، عقد الوديعة في الشريعة الإسلامية، ط. 1 (دمشق: دار القلم، 1993)، 88.

⁶¹³ ينظر: نزيه حماد، معجم المصطلحات المالية والاقتصادية في لغة الفقهاء، ط. 1 (دمشق: دار القلم - الدار الشامية، 2008م)، 353؛ الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، 4: 3150؛

، "Fesih", Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi (İstanbul: TDV Yayınları, 1995), Ali Bardakoğlu 12: 433.

والانفساخ: انقلاب كل واحد من العوضين لصاحبه، فالأول: فعل المتعاقدين أو الحاكم إذا ظفروا بالعقود

المحرمة، والثاني صفة العوضين، فالأول سبب شرعي والثاني حكم شرعي.⁶¹⁴

أما عن أثر التصرفات الفعلية في انحلال العقود المالية فإن أثرها موجود في كلا الأمرين:

أما الأمر الأول وهو الفسخ: كأن يصدر عن من يملك الفسخ تصرف فعلي ينهي به العقد وإعادة

الأموال التي جرى العقد عليها،⁶¹⁵ ومن هذا القبيل إنهاء العقد الواجب فسخه شرعاً كما هو الحال في

العقد الفاسد، جاء في بدائع الصنائع: "فسخه - أي العقد الفاسد - بطريقين: قول وفعل، فالقول هو أن

يقول من يملك الفسخ: فسخت... والفعل هو أن يرّد المبيع على بائعه."⁶¹⁶

أو أن يصدر عن أحد العاقدين تصرف فعلي ينتج عنه إعطاء الخيار للطرف الآخر بين الاستمرار بالعقد

أو فسخه؛ لأن الخيار - كما ذكرنا سابقاً - هو إعطاء حق الفسخ للعائد إذا ظهر مسوّغ شرعي لذلك، أو

بمقتضى اتفاق مسبق بين العاقدين، ويتّضح من هذا الكلام أنّ أسباب ثبوت الخيار نوعان:

الأول: الثبوت الحكمي، حيث يثبت الخيار لأحد المتعاقدين بمقتضى حكم الشرع؛ لدفع ضرر عنه، دون

الحاجة إلى اتفاق عقدي لإثباته.

الثاني: الثبوت الإرادي، حيث تكون إرادة العاقدين هي مصدر الخيار، ويكون ذلك من أجل التّروي في

اختيار ما فيه مصلحة العائد.⁶¹⁷

⁶¹⁴ القرائي، الفروق، 3: 269.

⁶¹⁵ Bardakoğlu, "Fesih", 12: 433.

⁶¹⁶ الكاساني، بدائع الصنائع، 5: 300.

⁶¹⁷ ينظر: عدنان التركماني، ضوابط العقد في الفقه الإسلامي، 204؛ الموسوعة الفقهية الكويتية، 20: 44.

والتصرفات الفعلية السالبة للزوم العقد والتي تُوجب الخيار تدخل ضمن النوع الأول وهو الثبوت الحكمي الذي لا يتوقف على اتفاق مسبق، وإنما يثبت رعاية لمصلحة المتعاقدين من أن يشوب العقد تغير أو تجهيل أو سوء نية أحد الأطراف المتعاقدة أو ظرف قاهر لأحدهما وقع العقد في ظلّه كالإكراه. وأما الأمر الثاني وهو الانفساخ: كأن يصدر عن أحد العاقدین تصرف فعليّ في محلّ العقد - كإتلافه - يؤدّي إلى تعذّر تنفيذ العقد.

وسنعرض في المباحث القادمة بعضاً من تلك التصرفات الفعلية المؤثرة في فسخ أو انفساخ العقد.

3.2.2 أثر التصرفات الفعلية التي تقع على العاقد في ثبوت حق الفسخ

التصرفات الفعلية السالبة للزوم العقد هنا هي التي تقع على أحد العاقدین فتحمله على التّعاقّد؛ كمن أجرى عقده في ظل ظرف قاهر أثر على إرادته واختياره كالإكراه، أو أجرى عقده في ظلّ تجهيل قام به العاقد الآخر فأوقعه في الغبن، ومثال على ذلك ما يُعرف بتلقّي الرّكبان. ويظهر أثر هذه التصرفات بإتاحة الخيار لأحد المتعاقدين بفسخ العقد، وهذا الخيار لا يتوقف على توافق الإرادتين، وإنما يثبت حكماً رعاية لمصلحة أحد المتعاقدين.

3.2.2.1 أثر فعل الإكراه في ثبوت الخيار

كنا قد ذكرنا سابقاً أنّ المالكية وزفر قد ذهبوا إلى صحّة انعقاد العقود الواقعة تحت ظلّ الإكراه مع إيقافها على إجازة صاحب الحقّ بعد زوال الإكراه، وأنّ الحنفية ذهبوا إلى أنّ عقود المكره تقع فاسدة، وللمكره فسخها أو إمضاؤها بعد زوال الإكراه،⁶¹⁸ ووفقاً لذلك فإنّ فعل الإكراه يُعتبر مؤثراً في العقود المالية في إعطاء حقّ الفسخ بعد زوال الإكراه.

⁶¹⁸ ينظر ص. 111 من هذا البحث. وأيضاً:

Karaman, "Akid", 2: 253; H. İbrahim Açar, İslam borçlar hukukunda iradeyi sakatlayan sebepler II – İktah, Atatürk üniversitesi ilahiyat fakültesi dergisi, 18 (2002), 33-34

3.2.2.2 أثر فعل تلقّي الرّكبان في ثبوت الخيار

تلقّي الرّكبان: ⁶¹⁹ هو أن يخرج المشتري من البلدة التي تُجلب إليها السلعة، فيشتريها من القادمين قبل أن ينزلوا بها إلى السوق. ⁶²⁰

وغالبًا ما يكون هدف المشتري من فعله هذا هو الحصول على تلك السلعة بثمن أقلّ من ثمنها الذي تستحقّه، ⁶²¹ وهذا الأمر قد يترتب عليه غبن البائع إذا كان جاهلاً بثمن السلعة، وقد يحصل فعل التلقّي دون أن يترتب عليه ذلك، والسؤال هنا: هل فعل المشتري هذا يعطي البائع الخيار أم لا؟

اختلفت أقوال الفقهاء في ذلك، وكان لهم في المسألة ثلاثة أقوال:

القول الأوّل: أنّ للبائع الخيار في فسخ العقد إذا تبين أنّه كان قد باع بأقلّ من سعر البلد الذي كان يقصده قبل أن يتلقّاه المشتري؛ وهذا القول هو المذهب عند الشافعية، ⁶²² والحنابلة. ⁶²³
القول الثّاني: ثبوت الخيار للبائع مطلقاً؛ وهذا قول عند الشافعية، ⁶²⁴ ورواية عند الحنابلة. ⁶²⁵
القول الثّالث: لا يثبت الخيار مطلقاً؛ وهذا مذهب الحنيفة، ⁶²⁶ والمالكية. ⁶²⁷

⁶¹⁹ ويعبر عنه الحنفية بتلقي الجلب؛ أي تلقي الجالب والمجلب، ويعبر عنه المالكية بتلقي السلع، ينظر: ابن مودود، الاختيار، 2: 27؛ ابن عابدين، رد المحتار، 5: 102؛ عبيد الله بن الحسين ابن الجلاب، التفريع في فقه الإمام مالك، تح. سيد كسروي حسن، ط. 1 (بيروت: دار الكتب العلمية، 2007م)، 2: 110؛ المواق، التاج والإكليل، 6: 251.

⁶²⁰ ينظر: الدسوقي، حاشية الدسوقي، 3: 70؛ قليوبي وعميرة، حاشيتا قليوبي وعميرة، 2: 227.

⁶²¹ ينظر: مجد الدين ابن الأثير، النهاية في غريب الحديث والأثر، تح. طاهر أحمد الزاوي-محمود نجّاد الطناحي، (بيروت: دار الكتب العلمية، 1979م)، 4: 266.

⁶²² ينظر: الماوردي، الحاوي الكبير، 5: 348؛ النووي، روضة الطالبين، 3: 415.

⁶²³ ينظر: ابن قدامة، المغني، 4: 164؛ البهوتي، شرح منتهى الإرادات، 2: 41.

⁶²⁴ ينظر: العمراني، البيان، 5: 353؛ النووي، روضة الطالبين، 3: 415.

⁶²⁵ ينظر: ابن مفلح، المبدع في شرح المقنع، 4: 76؛ المرداوي، الإنصاف، 11: 335.

⁶²⁶ ينظر: جمال الدين علي المنبجي، الباب في الجمع بين السنة والكتاب، تح. نجّاد فضل المراد، ط. 2 (دمشق: دار القلم، 1994م)، 2: 499؛ ابن الهمام، فتح القدير، 6: 478.

⁶²⁷ ينظر: ابن رشد، بداية المجتهد، 3: 183؛ الدسوقي، حاشية الدسوقي، 3: 70.

دليل أصحاب القول الأول: استدّلوا بالحديث الذي يرويه أبو هريرة رضي الله عنه، عن النبي ﷺ أنّه قال: "لا تلقوا الجلب، فمن تلقاه فاشترى منه، فإذا أتى سيّده السوق، فهو بالخيار."⁶²⁸

ووجه الاستدلال: أنّ الحديث قد نهي عن فعل تلقّي الرّكبان، وأثبت للبائع الخيار في حال حدوثه، إلّا أنّه علّق ذلك الخيار على إتيانه السوق لا من حين انعقاد البيع، وفي ذلك إشارة إلى أنّ الخيار إنّما يثبت بعد التّحقّق من حقوق الغبن به، كما في مسألة المصّرّة.⁶²⁹

وقد اعترض المخالفون على هذا الحديث بدعوى النّسخ بحديث: "البّيعان بالخيار ما لم يتفرّقا."⁶³⁰ فإذا تفرّق العاقدان لزم البيع ولم يبق لأحدهما الخيار.⁶³¹

ويمكن أن يجاب على هذا الاعتراض بأنّ أصحابه قد خالفوا أنفسهم باستدلالهم بهذا الحديث في لزوم العقد بالتّفرّق، لأنّ مذهبهم هو عدم الأخذ بخيار المجلس، ثمّ على فرض التّسليم بلزوم العقد بالتّفرّق إلّا أنّه لا يسلم لهم بدعوى النّسخ؛ لأنّ المنسوخ يجب أن يكون متقدّمًا على النّاسخ، وهذا لم يثبت هنا، وعلى فرض ثبوته أيضًا فيجب أن يكون النّصان متعارضين في الحكم، وهنا لا يوجد تعارض؛ لأنّ الحديث الأوّل ورد في ثبوت الخيار لمن وقع في الغبن، والحديث الّذي يذكرونه ورد في لزوم العقد لمن لم يغبن.

دليل أصحاب القول الثّاني: استدّلوا بنفس الحديث الّذي استدلّ به أصحاب القول الأوّل، إلّا أنّهم قالوا: إنّ قول النبي ﷺ: "فهو بالخيار" مطلق عن تقييده بوجود الغبن.⁶³²

⁶²⁸ أخرجه مسلم، "كتاب البيوع"، 1519.

⁶²⁹ ينظر: الشيرازي، المهذب، 2: 63؛ ابن قدامة، المغني، 4: 165؛ ابن مفلح، المبدع في شرح المقنع، 4: 76.

⁶³⁰ أخرجه البخاري ومسلم عن حكيم بن حزام رضي الله عنه. ينظر: البخاري، "كتاب البيوع"، 2110؛ مسلم، "كتاب البيوع"، 1532.

⁶³¹ ينظر: أبو جعفر أحمد بن محمّد الطحاوي، شرح معاني الآثار، تح. محمّد زهير النجار-محمّد سيد جاد الحق، ط. 1 (بيروت: عالم الكتب، 1994م)، 4: 9؛ جمال الدين المنبجي، الباب في الجمع بين السنة والكتاب، 2: 499.

⁶³² ينظر: الشيرازي، المهذب، 2: 63؛ النووي، المنهاج شرح صحيح مسلم، 10: 163.

ويمكن أن يجاب بأنه لو كان الأمر كذلك لكان ما ورد في الحديث من تعليق الخيار على قدوم البائع السوق لا فائدة منه.

أدلة أصحاب القول الثالث:

أولاً: استدلّوا بما ذكرناه قريباً من دعوى التسخ.

ثانياً: أنّ النّهي الوارد في الحديث إنّما جعل مراعاة لمصلحة أهل السوق وليس البائع.⁶³³

ويمكن أن يجاب بأنه لا يمكن قصر النّهي على مراعاة مصلحة أهل السوق فقط؛ وإنّما النّهي من أجل دفع الضرر عن الجميع، والحديث قد نصّ على رفع الضرر عن البائع بإثبات الخيار له.

ثالثاً: أنّ الخيار الوارد في الحديث هو للمشتري وليس للبائع، وتأويل ذلك: أنّ من اشترى شيئاً في وعاء دون أن يراه، ثمّ رآه بعد أن حمله للسوق وفضّ الوعاء، كان له خيار الرؤية.⁶³⁴

ويمكن أن يجاب بأنّ هذا تكلف في تأويل الحديث؛ لأنّ الحديث ابتدأ بالنّهي عن التّلقي، فكيف يكون الخيار لمن خالف وارتركب المنهي عنه دون البائع الذي غُبن في بيعه، ثمّ إنه لو كان الأمر كما ذكرتم فما الفائدة من تعليق الخيار على مجيء المشتري إلى السوق؟ إذ يمكن رؤيته في السوق أو في مكان آخر غيره.

ومن خلال الموازنة بين الأقوال وأدلتها نجد أنّ القول الأوّل الذي يقضي بثبوت الخيار للبائع -الجالب- إذا غبن في بيعه بسبب فعل من تلقاه يتوافق مع صحيح النصّ الشرعيّ، وأن ردود وأدلة المخالفين لهم لم ترق إلى معارضتها.

⁶³³ ينظر: ابن رشد، بداية المجتهد، 3: 183.

⁶³⁴ ينظر: أحمد بن علي الجصاص، شرح مختصر الطحاوي، تح. سائد بكداش وآخرون، ط. 1 (بيروت: دار البشائر الإسلامية، 2010م)، 3: 98.

3.2.3 أثر التصرفات الفعلية التي تقع على المعقود عليه في فسخ العقد أو انفساخه

يمكن تقسيم التصرفات الفعلية التي تقع على المعقود عليه والتي تؤثر في فسخ العقد أو انفساخه إلى عدة أنواع:

النوع الأول: التصرفات الفعلية التي تقع على المعقود عليه دون أن تؤدي إلى ذهاب عينه أو انتقاصه أو إضافة صفة مرغوبة فيه، كالصرف بالمبيع قبل قبضه على وجه الاستعمال دون الاستهلاك، أو تسليمه لطرف آخر في مدة الخيار بموجب أحد العقود الناقلة للملكية كالبيع والهبة.

النوع الثاني: التصرفات الفعلية التي تؤدي إلى ذهاب المعقود عليه أو انتقاصه؛ كإتلافه كلياً أو جزئياً.

النوع الثالث: التصرفات الفعلية التي تؤدي إلى تغيير أحد العاقدین من خلال إضافة صفة موهومة غير حقيقية إلى المعقود عليه.

وسنعرض فيما يلي هذه الأنواع على الترتيب الذي قدمنا.

3.2.3.1 أثر التصرفات الفعلية التي تقع على المعقود عليه مع بقاء عينه في فسخ العقد

أولاً: أثر تصرف البائع في المبيع في زمن الخيار في فسخ العقد

إذا قام البائع في زمن الخيار -وكان الخيار له- بفعل لا يتصرف به عادة إلا المالك؛ مثل أن يستعمل المبيع، أو يقوم بعرضه للبيع، أو يقوم بتسليمه لشخص آخر على وجه الهبة أو الرهن أو البيع، أو ما شابه تلك الأفعال فهل يعتبر اختياراً لفسخ العقد من قبل البائع أم لا؟

ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية⁶³⁵ والمالكية⁶³⁶ والشافعية في الصحيح من مذهبهم،⁶³⁷ والحنابلة في رواية عندهم⁶³⁸ إلى أن اختيار الفسخ كما يمكن أن يقع بالقول يمكن أن يقع أيضاً بالفعل؛ لأن قيام البائع بمثل

⁶³⁵ ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع، 5: 272؛ ابن الهمام، فتح القدير، 6: 314؛

⁶³⁶ ينظر: القرافي، الذخيرة، 5: 38؛ الدسوقي، حاشية الدسوقي، 3: 98-99؛ الصاوي، الشرح الصغير، 2: 49.

هذه الأفعال يدلّ على رغبة منه في استبقاء ملكه في المبيع وتراجعه عن البيع،⁶³⁹ ودليل الشّيء في الأمور الباطنة يقوم مقامه، حتّى إنّ بعض الحنفيّة الذين اشترطوا على البائع اعلام المشتري بالفسخ - فيما لو وقع الفسخ بطريق التصريح - لم يشترطوا ذلك عليه لو وقع منه الفسخ بطريق الدّلالة الفعلية.⁶⁴⁰

ثانياً: أثر تصرّف الواهب في العين الموهوبة في فسخ العقد

إنّ تصرّف الواهب بالعين الموهوبة إمّا أن يكون قبل قبض الموهوب للهبة أو بعده:

فإذا تصرّف بالشّيء الموهوب تصرّف المالك قبل قبض الموهوب فإنّ عقد الهبة يفسخ وفق مقتضى قول جمهور الفقهاء؛ فعند الحنفيّة يجوز للواهب الرجوع بمبته قبل القبض وكذلك بعده إلّا لمانع،⁶⁴¹ وعند الشافعية⁶⁴² والحنابلة⁶⁴³ فإنّ عقد الهبة لا يلزم إلّا بقبض الموهوب له، وتصرّف الواهب قبل القبض يعتبر فسحاً للعقد، أمّا عند المالكية: فالأصل أنّ العقد لا يفسخ بهذا التصرف وفقاً لمقتضى قولهم في المشهور من مذهبهم بأنّ الهبة تلزم بمجرد العقد دون القبض؛ إلّا أنّهم يستثنون بعض الصّور التي تبطل فيها الهبة قبل قبضها، ومنها أنّه إن باع الواهب الشّيء الموهوب بعد عقد الهبة فإنّ الموهوب له بالخيار بين فسخ البيع ليأخذ المبيع وبين أخذ ثمنه، وكلّ هذا مشروط بأن يكون الموهوب له غير مقصّر بحوز ما وهب له قبل البيع، فإن كان مقصراً في ذلك بطلت هبته،⁶⁴⁴ وما استثنوه أيضاً أن يهب الواهب شيئاً لشخص، ثمّ يهبه مرّة ثانية لشخص آخر قبل قبض الأوّل، فإنّهم يقولون في مثل هذه الصّورة: إذا قبض الموهوب له الثّاني قبل

⁶³⁷ ينظر: النووي، المجموع، 9: 202؛ بدر الدين محمد الأسدي ابن قاضي شعبة، بداية المحتاج في شرح المنهاج، ط.1 (جدة: دار المنهاج للنشر والتوزيع، 2011م)، 2: 50.

⁶³⁸ ينظر: ابن قدامة، المغني، 3: 488؛ المرداوي، الإنصاف، 11: 316.

⁶³⁹ ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع، 5: 272؛ ابن عابدين، رد المحتار، 4: 580؛ ابن قدامة، المغني، 3: 488.

⁶⁴⁰ ابن الهمام، فتح القدير، 6: 314.

⁶⁴¹ العيني، البناية، 10: 190.

⁶⁴² الشرييني، مغني المحتاج، 3: 565.

⁶⁴³ البهوتي، كشف القناع، 4: 301.

⁶⁴⁴ ابن شاس، عقد الجواهر الثمينة، 3: 981؛ الدسوقي، حاشية الدسوقي، 4: 103.

الأول بطلت هبة الأول وانعقدت للثاني،⁶⁴⁵ وبناء عليه فإنّ عقد الهبة يفسخ عندهم أيضًا إذا تصرف الواهب بالشّيء الموهوب تصرفًا يخرجّه عن ملكه قبل قبض الموهوب له إن كان مقصرًا في طلبه أو حوزة. أمّا تصرف الواهب بالعين الموهوبة بعد القبض فإنّه لا يؤثر في فسخ عقد الهبة، لأنّه يُعتبر متصرفًا في ملك غيره كالأجنبيّ، وهذا وفق قول الشافعيّة والحنابلة بلزوم الهبة بالقبض، وكذلك أيضًا عند الحنفيّة القائلين بجواز الرجوع بعد القبض، لأنّ هذا الجواز مشروط عندهم بالتراضي بين العاقدين أو قضاء القاضي،⁶⁴⁶ ويستثنى من ذلك هبة الأب لابنه عند المالكيّة،⁶⁴⁷ وقول عند الشافعيّة،⁶⁴⁸ وقول عند الحنابلة،⁶⁴⁹ فإذا وهب الأب لابنه شيئًا وقبضه الابن، ثمّ قام الأب بضمّ ذلك الشّيء إلى ملكه، أو قام باستغلاله لنفسه، أو وهبه للغير، فإنّ ذلك يعتبر فسخًا لما وهبه لابنه.

ثالثًا: أثر التّصرف الفعليّ في العين المرهونة في فسخ العقد

ذهب جمهور الفقهاء⁶⁵⁰ إلى أنّه إذا تصرف العاقدان أو أحدهما -بعد لزوم العقد- في العين المرهونة تصرفًا من شأنه أن يزيل ملك الرّاهن عن العين المرهونة؛ وأجاز الطّرف الآخر هذا التّصرف وكان زوال الملكيّة هذا غير مقابلٍ بديل كالهبة اعتبر التّصرف نافذًا ومبطلًا للرّهن؛ لأنّه في حال كانت الإجازة من المرتن فهي

⁶⁴⁵ الدسوقي، حاشية الدسوقي، 4: 101.

⁶⁴⁶ ينظر: الزيلعي، تبين الحقائق، 5: 101؛ العيني، البناية، 10: 201.

⁶⁴⁷ ينظر: ابن جزى، القوانين الفقهيّة، 607؛ الخرشي، حاشية الخرشي، 7: 114؛ الدسوقي، حاشية الدسوقي، 4: 110.

⁶⁴⁸ ينظر: الشريبي، مغني المحتاج 3: 568؛ الهيتمي، تحفة المحتاج، 6: 310.

⁶⁴⁹ المغني، 6: 60.

⁶⁵⁰ ينظر: الزيلعي، تبين الحقائق، 8: 298؛ البابري، البناية، 12: 448؛ القرافي، الذخيرة، 8: 116-117؛ الصاوي، حاشية الصاوي،

2: 114؛ النووي، روضة الطالبين، 4: 82؛ ابن قدامة، المغني، 4: 272؛ البهوتي، كشف القناع، 3: 334.

إسقاط لحقه في الحبس، وإن كانت من قبل الرّاهن فهي إبطال لحقه في العين، أمّا إن كان زول الملكية يقبله بدل كالبيع؛ فإنّ الرّهن يبطل عن العين المرهونة، وفي انتقاله إلى البدل خلاف بين العلماء.⁶⁵¹

3.2.3.2 أثر التّصرّفات الفعلية التي تؤدّي إلى ذهاب المعقود عليه أو انتقاصه في ثبوت حقّ

فسخ العقد أو انفساخه

أولاً: أثر إتلاف المبيع: قد يصدر عن البائع أو شخص أجنبي⁶⁵² تصرّف فعليّ يؤدّي إلى إتلاف المبيع بشكل كليّ أو جزئيّ، كأن يكون المبيع طعاماً فيأكله كلّ أو بعضه، أو متاعاً فيعرّضه للحرق، أو حيواناً فيذبحه، أو ما شابه ذلك من التّصرّفات التي قد تُفوّت على المشتري مقصوده من الشّراء، فينتج عن هذا الفعل أثر يدور بين ثبوت حق فسخ العقد أو انفساخه وفق ما ذهب إليه جمهور الفقهاء - كما سنرى - خلافاً للمالكية؛ حيث ذهبوا إلى أنّ إتلاف المبيع لا أثر له في فسخ العقد؛ سواء وقع بفعل من البائع أم من شخص أجنبيّ، وسواء في ذلك الإتلاف الكليّ أو الجزئيّ، حيث يوجبون على من فعل ذلك تعويض المشتري.⁶⁵³

أمّا ما ذهب إليه جمهور الفقهاء في أثر فعل الإتلاف الكليّ أو الجزئيّ فيمكن عرضه على التّحوّلات الآتي:

⁶⁵¹ فجمهور الفقهاء خلافاً للشافعية يقولون بانتقاله إلى البدل، وقد ذكروا تفصيلات في المسألة. ينظر: الزيلعي، تبين الحقائق، 8: 298؛ ابن عابدين، رد المختار، 6: 508، الدسوقي: حاشية الدسوقي، 3: 242؛ الزرقاني، حاشية الزرقاني، 5: 435، زكريا الأنصاري، أسنى المطالب، 2: 163؛ البهوتي، كشاف القناع، 3: 337-338.

⁶⁵² اقتصرنا هنا على أثر إتلاف الأشخاص دون غيرهم كالعوارض السماوية؛ لأن المقصود في بحثنا هذا هو أثر التّصرّفات الفعلية الصادرة عن الأشخاص، ولم يتمّ التعرّض لإتلاف المشتري لأن إتلافه لا أثر له في فسخ العقد؛ فإتلافه قبل القبض يعتبر بمثابة قبض للمبيع، وبعده يعتبر متصرفاً في ملكه. ينظر: ابن الهمام، فتح القدير، 6: 308؛ ابن نجيم، البحر الرائق، 6: 11؛ ابن عرفة، حاشية الدسوقي، 3: 150؛ الحسين بن مسعود البغوي، التهذيب في فقه الإمام الشافعي، تج. عادل عبد الموجود- علي معوض، ط. 1 (بيروت: دار الكتب العلمية، 1997م)، 3: 395؛ ابن قدامة، المغني، 4: 83.

⁶⁵³ ينظر: الخطاب، مواهب الجليل، 4: 481-482؛ ابن عرفة، حاشية الدسوقي، 3: 148، 150، 152؛ الصاوي، بلغة السالك، 2: 72.

إنّ الإلتلاف المؤثّر في ثبوت حقّ فسخ العقد أو انفساخه إمّا أن يقع قبل قبض المشتري أو بعد قبضه، وإمّا أن يصدر عن البائع أو عن شخص أجنبيّ، وفيما يلي بيان ذلك:

أثر إلتلاف المبيع قبل القبض بفعل من البائع

أولاً: إلتلاف المبيع كلياً: ذهب الحنفية⁶⁵⁴ والشافعية في الأظهر عندهم⁶⁵⁵ إلى أنّ البائع لو قام بهذا الفعل انفسخ العقد لانعدام قدرته على التسليم، بينما ذهب الشافعية في قول آخر عندهم⁶⁵⁶ والحنابلة⁶⁵⁷ إلى أنّ المشتري يكون بالخيار بين فسخ العقد أو المضيّ فيه، فإذا اختار المضيّ فيه كان له حقّ المطالبة بمثل المبيع إن كان مثلياً، أو قيمته إن كان قيميّاً.

ومن خلال الموازنة بين الأقوال نجد أنّ القول الثاني يعضده أنّ العقد قد وقع صحيحاً بين الطرفين، والعقد الصحيح تترتب عليه آثاره، وأنّ المشتري له مقصد من هذا الشراء فإذا تلف المبيع يترك له الخيار ليختار ما هو الأنسب لمقصده في تعويض ما فاته جزاء هذا الإلتلاف.

ثانياً: إلتلاف المبيع جزئياً: لو صدر عن البائع فعل أدّى إلى تلف جزء من المبيع مع بقاء جزء آخر منه، فإنّ هذا التصرف عند جمهور الفقهاء يؤدّي إلى انفساخ العقد بقدر الجزء التالف، والمشتري بالخيار بعد ذلك بين فسخ العقد أو المضيّ فيما تبقى من المبيع؛ وذلك لتفرّق الصّفقة عليه، فإذا اختار المضيّ سقطت حصّة الجزء التالف من الثمن عند الحنفية؛ لأنّ كامل الثمن كان في مقابل كامل المبيع،⁶⁵⁸ وذهب الشافعية في الأصحّ عندهم إلى وجوب كامل الثمن على المشتري؛ لأنّ له حقّ الفسخ إن لم يرض بدفع

⁶⁵⁴ ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع، 5: 238؛ ابن نجيم، البحر الرائق، 6: 10.

⁶⁵⁵ ينظر: النووي، روضة الطالبين، 3: 502؛ الشربيني، مغني المحتاج، 2: 459.

⁶⁵⁶ ينظر: المرجعين السابقين.

⁶⁵⁷ ينظر: ابن قدامة، المغني، 4: 84؛ الرحيباني، مطالب أولي النهى، 3: 145؛ ابن النجار، منتهى الإرادات، 2: 336.

⁶⁵⁸ ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع، 5: 240؛ السرخسي، المبسوط، 13، 171.

كامل الثمن مقابل ما تبقي من المبيع بعد تلف بعضه⁶⁵⁹ أما عند الحنابلة فله أن يرجع على البائع بعوض الجزء التالف.⁶⁶⁰

ومن خلال الموازنة بين الأقوال نجد أن قول الحنفية بأن المشتري مخير بين الفسخ وبين المضي مع إسقاط حصّة الجزء التالف من الثمن يعضده أن الضرر قد وقع على المشتري و"الضرر يدفع بقدر الإمكان."⁶⁶¹ وأن المشتري لما قبل بدفع الثمن كاملاً قبل الإتلاف كان ذلك لقاء المبيع الكامل.

أثر إتلاف المبيع قبل القبض بفعل من أجنبي

أولاً: إتلاف المبيع كلياً: ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية،⁶⁶² والشافعية على الصحيح من مذهبهم،⁶⁶³ والحنابلة⁶⁶⁴ إلى أنه إذا قام طرف آخر غير المتعاقدين بإتلاف المبيع كلياً قبل قبضه فإن المشتري بالخيار بين فسخ العقد أو المضي فيه، فإن مضى فيه كان له حق مطالبة المتلف بمثل المبيع إن كان مثلياً أو قيمته إن كان قيمياً، وذهب الشافعية في قول آخر عندهم⁶⁶⁵ إلى وجوب فسخ العقد لفوات تسليم المعقود عليه. ومن خلال الموازنة بين الأقوال نجد أن قول الجمهور بتخير المشتري بين فسخ العقد أو المضي فيه يعضده أن المشتري - كما ذكرنا آنفاً - له مقصود من الشراء، فإذا تلف المبيع يترك له الخيار ليختار ما هو الأنسب في تعويض ما فاتته جراء هذا التلف.

⁶⁵⁹ ينظر: النووي، روضة الطالبين، 3: 423-424؛ زكريا الأنصاري، أسنى المطالب، 2: 43.

⁶⁶⁰ ينظر: ابن قدامة، المغني، 4: 84؛ البهوتي، شرح منتهى الإرادات، 2: 59؛ الرحيباني، مطالب أولي النهى، 3: 144.

⁶⁶¹ مجلة الأحكام العدلية، 19، (المادة 31).

⁶⁶² ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع، 5: 238؛ ابن نجيم، البحر الرائق، 6: 15.

⁶⁶³ ينظر: العمراني، البيان، 5: 384؛ البغوي، التهذيب، 3: 395.

⁶⁶⁴ ينظر: ابن قدامة، المغني، 4: 83؛ الرحيباني، مطالب أولي النهى، 3: 145.

⁶⁶⁵ ينظر: العمراني، البيان، 5: 383؛ البغوي، التهذيب، 3: 395.

ثانيًا: إتلاف المبيع جزئيًا: لو قام طرف أجنبيّ بإتلاف جزء من المبيع قبل قبض المشتري له، فعند جمهور الفقهاء من الحنفية⁶⁶⁶ والشافعية⁶⁶⁷ والحنابلة⁶⁶⁸ لا يوجب هذا الفعل انفساخ العقد، ولكن يكون للمشتري الخيار بين فسخ العقد أو المضي فيه، فإن اختار المضي فيه وجب عليه كامل الثمن، وكان له حق الرجوع على المثلّف لتضمينه ما أتلّف.

أثر إتلاف المبيع بعد القبض: إنّ الإتلاف بعد القبض سواء أكان كليًا أم جزئيًا من أيّ شخص كان لا يؤثّر في فسخ العقد أو انفساخه، وذلك أنّه إن صدر عن المشتري فهو تصرّف في ملكه، وإن صدر عن البائع أو الأجنبيّ فهو اعتداء على مال الغير لأنّ ملكيّة المبيع قد استقرّت للمشتري بقبضه له، وهذا عند جمهور الفقهاء،⁶⁶⁹ إلّا أنّ الحنفية استثنوا حالة واحدة من ذلك، وهي إذا كان المشتري قد اشترى بثمن حالّ، وقبض المبيع قبل دفع الثمن بغير إذن من البائع، فقام البائع بإتلاف المبيع كليًا أو جزئيًا؛ فإنّ البائع يعتبر قد استردّ المبيع؛ لأنّ له حقّ استرداده من أجل استيفاء ثمنه، وبالتالي انفسخ العقد بقدر الجزء المثلّف.⁶⁷⁰

ثانيًا: أثر اتلاف العين المستأجرة: الإجارة هي تملك منفعة بعوض،⁶⁷¹ فالمستأجر يبذل العوض لقاء امتلاك المنفعة، فإذا استأجر شخص عينًا معيّنة بذاتها للانتفاع بها، ثمّ اعترضه من التصرفات الفعلية ما

⁶⁶⁶ ينظر: الكاساني، البدائع، 5: 240؛ برهان الدين محمود بن أحمد ابن مازة، المحيط البرهاني في الفقه النعماني، تح. عبد الجندي، ط. 1 (بيروت: دار الكتب العلمية، 2004م)، 6: 552.

⁶⁶⁷ ينظر: كريا الأنصاري، فتح الوهاب، 1: 207؛ الرملي، نهاية المحتاج، 4: 84.

⁶⁶⁸ ينظر: ابن قدامة، الشرح الكبير، 11: 502؛ البهوتي، شرح منتهى الإرادات، 2: 58؛

⁶⁶⁹ ينظر: ابن رشد، بداية المجتهد، 3: 201؛ الخرشي، شرح مختصر خليل، 5: 162؛ الرملي، نهاية المحتاج، 4: 81؛ الرحيباني، مطالب أولي النهى، 3: 146.

⁶⁷⁰ ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع، 5: 241، السرخسي، المبسوط، 13: 173.

⁶⁷¹ ينظر: السرخسي، المبسوط، 15: 74؛ الصاوي، بلغة السالك، 2: 263؛ البهوتي، كشاف القناع، 2: 546.

يحول بينه وبين تحصيل تلك المنفعة؛ كأن تكون العين المستأجرة دارًا فيقوم شخص بحرقها أو هدمها، فإنَّ

لهذا التصرّف أثرًا يدور بين فسخ العقد وانفساخه عند جمهور الفقهاء على النحو الآتي:

القول الأوّل: ذهب الحنفية في قول عندهم،⁶⁷² والمالكية،⁶⁷³ والشافعية في الرَّاجح عندهم،⁶⁷⁴ والحنابلة

في الرَّاجح عندهم أيضًا⁶⁷⁵ إلى انفساخ عقد الإجارة؛ وذلك لعدم تمكّن المستأجر من تحصيل المنفعة التي

قصدها من العقد.

القول الثّاني: ذهب الحنفية في الرَّاجح عندهم،⁶⁷⁶ والشافعية في قول⁶⁷⁷ وبعض الحنابلة⁶⁷⁸ إلى عدم

انفساخ عقد الإجارة، وأنَّ للمستأجر حقّ الفسخ إن أراد ذلك؛ لتصوّر عود الانتفاع بالعين المستأجرة

بوجه ما؛ كأن ينصب خيمة بدل الدّار التي انهدمت مكان انهدامها مثلاً.

ومن خلال الموازنة بين الأقوال نجد أنَّ القول الثّاني يعضده أنَّ إعطاء الخيار للمستأجر يتيح له أن يختار ما

هو الأنسب لقصده من الاستئجار.

ثالثًا: أثر إتلاف العين الموهوبة: إذا أتلف أحد العاقدين العين الموهوبة؛ كأن تكون دارًا فيهدمها أو متاعًا

فيحرقه أو ما شابه ذلك من التصرّفات الفعلية التي تُذهب عين الشيء الموهوب، فهل لذلك أثر في فسخ

عقد الهبة؟

يمكننا الإجابة على هذا السؤال وفق مقتضى مذاهب الفقهاء فيما يلزم به عقد الهبة على النحو الآتي:

⁶⁷² ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع، 4: 196؛ الزيلعي، تبين الحقائق، 5: 144.

⁶⁷³ ينظر: ابن عرفة، حاشية الدسوقي، 4: 29؛ الصاوي، حاشية الصاوي، 2: 280.

⁶⁷⁴ ينظر: النووي، روضة الطالبين، 5: 241؛ زكريا الأنصاري، أسنى المطالب، 2: 430.

⁶⁷⁵ ينظر: ابن قدامة، المغني، 5: 337؛ البهوتي، شرح منتهى الإرادات، 2: 264.

⁶⁷⁶ ينظر: الزيلعي، تبين الحقائق، 5: 144؛ ابن عابدين، رد المحتار، 6: 76.

⁶⁷⁷ ينظر: الشيرازي، المهذب، 2: 262؛ النووي، روضة الطالبين، 5: 242.

⁶⁷⁸ وهو اختيار القاضي أبي يعلى، ينظر: ابن قدامة، المغني، 5: 337؛ المرداوي، الإنصاف، 14: 452.

أولاً: أثر إتلاف الواهب للعين الموهوبة في فسخ عقد الهبة: إذا أتلّف الواهب العين الموهوبة قبل القبض فإنّ العقد يفسخ بهذا الفعل عند جمهور الفقهاء بناء على قولهم بعدم لزوم عقد الهبة ما لم تقبض العين الموهوبة، فقولهم بجواز الرجوع في الهبة قبل القبض مع قيام العين الموهوبة ينتج عنه من باب أولى أن يفسخ العقد إذا أتلّفت العين قبل القبض، ويؤيّد انفساخ العقد عند الحنفية أيضاً ما ذهبوا إليه في عقد البيع من وجوب انفساخ العقد إذا أتلّف البائع المبيع قبل قبض المشتري؛ وذلك لانعدام قدرة البائع على التسليم،⁶⁷⁹ فالمشتري رغم بذله للعرض لا يستطيع أن يلزم البائع بالعقد -والبيع كما هو معلوم من العقود اللازمة- فمن باب أولى أن يكون ذلك في حقّ الموهوب له أيضاً؛ لأنّ عقد الهبة عندهم من العقود الجائزة. ومذهب المالكية في لزوم عقد الهبة بالعقد يقتضي عدم فسخ العقد بإتلاف الواهب للعين الموهوبة؛ إلا أنه يُستفاد مما ذكره من بعض الاستثناءات حول اللزوم قبل القبض أنّ عدم الفسخ مشروط بعدم تقصير الموهوب له في الطلب.⁶⁸⁰

أمّا إتلاف الواهب للعين الموهوبة بعد القبض؛ كمن وهب لآخر ثوباً وبعد قبض الموهوب له قام الواهب باختلاسه منه وإتلافه، فإنّهُ يضمنه، ولا يعتبر فعله هذا فسخاً لعقد الهبة؛ لأنّ العقد لازم بعد القبض عند جمهور الفقهاء، و عند الحنفية يحتاج الرجوع بالهبة إلى تراضي العاقدین أو حكم الحاكم.⁶⁸¹

ثانياً: أثر إتلاف الموهوب له للعين الموهوبة في فسخ عقد الهبة: إنّ إتلاف الموهوب له للعين الموهوبة بعد قبضها هو من قبيل التصرف في ماله، أمّا إذا أتلّفها قبل القبض بلا إذن من الواهب انفسخ العقد، ولا

⁶⁷⁹ ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع، 5: 238؛ ابن نجيم، البحر الرائق، 6: 10.

⁶⁸⁰ ينظر: ابن شاس، عقد الجواهر الثمينة، 3: 981؛ الدسوقي، حاشية الدسوقي، 4: 103.

⁶⁸¹ ينظر: السمرقندي، عيون المسائل، 351؛ ابن مازة، المحيط البرهاني، 6: 261.

يعتبر إتلافه قبضاً، وهذا عند الحنفية⁶⁸² والشافعية⁶⁸³ والحنابلة،⁶⁸⁴ أمّا المالكية فلا يشترطون الإذن لذلك.⁶⁸⁵

رابعاً: أثر إتلاف العين المرهونة: إذا قام أحد طرفي العقد بإتلاف العين المرهونة بغير إذن من صاحبه فإنّ ذلك لا يؤثّر في فسخ عقد الرهن، والطرف المتلف ملزم ببذل تلك العين ليحبس مكانه، أمّا إن كان الإتلاف قد صدر عن الرّاهن بإذن من المرتهن أو العكس، فإنّ هذا الفعل يكون فسخاً لعقد الرهن؛ لأنّ من أذن لصاحبه بأن يتلف العين المرهونة قد أسقط حقّه في تلك العين، إذ لا يصحّ أن يلزم المتلف بالبدل مع وجود الإذن.⁶⁸⁶

خامساً: أثر إتلاف مال الشركة:

إذا قام أحد الشريكين في شركة الأموال بفعل أدّى إلى إتلاف مال الشركة؛ كأن يشترك اثنان على المتاجرة بعروض لهما فيقوم أحدهما بإحراقه، وكذلك الحال في شركة المضاربة إذا قام العامل بإتلاف رأس مال المضاربة بحيث لا يمكن العمل به بعد ذلك، فإنّ الشركة تنفسخ جرّاء هذا الفعل، سواء أوقع ذلك قبل القيام بالعمل أو بعده؛ لأنّ المال المتلف هو المعقود عليه في الشركة، وإذا هلك المعقود عليه انتهى معه العقد.⁶⁸⁷

⁶⁸² ينظر: السرخسي، المبسوط، 12: 65؛ ابن مازة، المحيط البرهاني، 6: 261، الشيخ نظام، الفتاوى الهندية، 4: 402.

⁶⁸³ ينظر: الجويني، نهاية المطلب، 8: 410؛ تحفة المحتاج، النووي، 6: 306.

⁶⁸⁴ ينظر: البهوتي، كشاف القناع، 4: 301؛ الرحيبي، مطالب أولي النهى، 3: 152.

⁶⁸⁵ ينظر: الدسوقي، حاشية الدسوقي، 4: 101.

⁶⁸⁶ ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع، 6: 163-164؛ الدسوقي، حاشية الدسوقي، 3: 243؛ الشربيني، مغني المحتاج، 3: 64؛ ابن قدامة، المغني، 4: 253؛ البهوتي، كشاف القناع، 3: 335.

⁶⁸⁷ ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع، 6: 78؛ ابن الهمام، فتح القدير، 6: 179؛ الرملي، نهاية المحتاج، 5: 7.

3.2.3.3 أثر إضافة صفة موهومة غير حقيقية إلى المعقود عليه في ثبوت حق الفسخ

يُعبّر عن إضفاء صفة غير حقيقية على المعقود عليه بالتّغير، وهو في عقود المعاوضات أن يصدر عن أحد المتعاقدين أو شخص آخر مرتبط بأحدهما كلام أو تصرّف يقصد منه خداع الطرف الآخر،⁶⁸⁸ ويعبّر عن هذا التّصرّف أيضًا بالخلافة والغش والتدليس والخيانة والخدعة، وبعض هذه المصطلحات قد يختلف معناها حسب السياق الذي ترد به.⁶⁸⁹

والتّغير الفعليّ هو عمل يقوم به أحد العاقدين في المعقود عليه ليظهر به الكمال، ممّا يؤدّي إلى إيهام العاقد الآخر فيحمله على التّعاقد،⁶⁹⁰ كقيام بعض الباعة بتغيير إحدى صفات المبيع أو إخفائها، أو إضفاء صفات غير موجودة فيه من أجل رفع ثمنها أو ترغيب الناس في الإقبال على الشراء منه؛ كقيامهم أثناء عرض بضائعهم للبيع بوضع ما هو جيد منها في الأعلى وما هو رديء في الأسفل، وكنفخ اللحم بعد سلخه، وكسقي الحيوان أو إطعامه مقدارًا زائدًا ليلبدو سمينًا، وكتصرية الدواب⁶⁹¹ التي تُشتري من أجل لبنها لتبدو كثيرة اللبن وهي خلاف ذلك.⁶⁹²

ومن صور التّغير الفعليّ الواقعة اليوم إضافة لما سبق ذكره: استبدال البطاقات التي توضع على البضائع من أجل التعريف بنوعيتها وصفاتها ببطاقات أخرى، وطلاء السلع القديمة لتبدو جديدة، وتلاعب بعض بائعي

⁶⁸⁸ H. Mehmet Günay, "Tağrîr", Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi (İstanbul: TDV Yayınları, 2010), 39: 375.

⁶⁸⁹ وقد بين ذلك مع الأمثلة الدكتور حجيّ مُجدّ غون آي في المادة التي كتبها تحت عنوان "التغير" في الموسوعة الإسلامية، وقد تكلم فيها أيضًا عن أعم هذه المصطلحات، وبين أن الفقهاء استخدموا هذه المصطلحات مكان بعضها البعض في مواضع مختلفة من كتبهم للتعبير بما عن عيوب الإرادة، وأن الكتاب المعاصرون تناولوا كل هذه المصطلحات (التدليس والخلافة..) ضمن مصطلح الخداع، وأن القوانين المدنية المعاصرة في الدول الإسلامية تستخدم في ذلك مصطلح "تغير" أو "تدليس" أو أنها تستخدم كلا المصطلحين معًا. ينظر: Günay, "Tağrîr", 39: 375.

⁶⁹⁰ ينظر: الزرقا، المدخل الفقهي العام، 1: 464.

⁶⁹¹ التصرية هي أن يعمد البائع إلى ترك حلب الناقة أو غيرها من الحيوان مدة من الزمن قبل بيعها؛ ليجتمع اللبن في ضرعها، فيوهم المشتري أنها غزيرة اللبن. ينظر: ابن عابدين، رد المختار، 5: 44؛ ابن رشد، بداية المجتهد، 3: 192؛ زكريا الأنصاري، أسنى المطالب، 2: 61.

⁶⁹² ينظر: الخطاب، مواهب الجليل، 4: 345؛ النفراوي، الفواكه الدواني، 2: 81؛ الصاوي، بلغة السالك، 2: 88.

السيارات المستعملة بطلاء مكان العيب فيها لتبدو سليمة، وتلاعبهم أيضاً بمؤشّر المسافة فيها من خلال إنقاص رقم المؤشّر لتبدو السيارة قليلة الاستعمال، ومن هذا القبيل أيضاً تغيير إعدادات الأدوات الإلكترونية المستعملة لتبدو قليلة الاستعمال، وتغليف السلع بغلاف يوحي إلى أنّ المنتج الذي بداخله يحتوي على صفات وحجم معيّن وهي ليست كذلك.

بعد عرض هذه الصّور للتّغيير الفعليّ يأتي السّؤال عن أثره في ثبوت الخيار من عدمه في حقّ من غرّر به؟ من خلال التّدقيق في الصّور السّابقة يظهر أنّ التّغيير الفعليّ نوعان:

النّوع الأوّل: تغيير فعليّ يهدف منه فاعله إخفاء عيب يعلمه في السلعة، وهو ما يعبر عنه الفقهاء بالتدليس،⁶⁹³ وهذا النّوع يدخل ضمن خيار العيب، وهو متّفق على ثبوت الخيار فيه لدى جمهور الفقهاء.⁶⁹⁴ وقد استدلّوا على مشروعيتّه بقوله تعالى: "يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ." (النساء 29/4) ووجه الاستدلال أنّ الآية علّقت جواز أخذ مال الغير برضاه، والمشتري يختلّ رضاه إذا لم يكن المبيع سالماً من العيوب.⁶⁹⁵

النّوع الثّاني: تغيير فعليّ يهدف منه فاعله حصول زيادة في الثّمّن من خلال إضافة وصف ما إلى السلعة، وهذا النّوع وقع الخلاف فيه بين الفقهاء في مدى اعتباره عيباً من العيوب التي توجب الخيار، وكانت مسألة تصرية الحيوان هي الممثّل الأبرز لخلافهم في ذلك، فكان لهم فيها قولان:

⁶⁹³ ومنه يعلم أنّ التّغيير أعم من التدليس؛ لأنّ التدليس يقتصر على إخفاء العيوب. ينظر: عبد العزيز البخاري، كشف الأسرار، 3: 70؛ ابن عبد البر، الكافي، 2: 11؛ تقي الدين السبكي، تكملة المجموع، 12: 115؛ ابن قدامة، المغني، 4: 114.

⁶⁹⁴ ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع، 5: 274؛ الدسوقي، حاشية الدسوقي، 3: 105؛ النووي، روضة الطالبين، 3: 460؛ ابن قدامة، المغني، 4: 109.

⁶⁹⁵ ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع، 5: 274.

القول الأول: ذهب المالكيّة،⁶⁹⁶ والشافعيّة،⁶⁹⁷ والحنابلة،⁶⁹⁸ إلى اعتبار فعل التصرية موجباً للخيار، ولم يقصروا ذلك على التصرية فحسب؛ بل إنّ المبدأ عندهم أنّ كلّ تغيير فعليّ يختلف به الثمن هو موجب للخيار دون التمييز بين إن كان الفاعل قد أضاف بفعله وصفاً للسلعة، أو عمى على وصف آخر موجود فيها،⁶⁹⁹ هذا وقد وافق أبو يوسف من الحنفية أصحاب هذا القول في حكم التصرية.⁷⁰⁰

القول الثاني: يرى أصحابه وهم الحنفية⁷⁰¹ أنّ التصرية لا تثبت الخيار للمشتري، والأمر كذلك عندهم في كلّ تغيير فعليّ إذا اقتصر أثره على إظهار السلعة بمظهر حسن مخالف لما هو عليه في الواقع.

أدلة أصحاب القول الأول:

الدليل الأول: استدلّوا بحديث: "لا تصرّوا الإبل والغنم، فمن ابتاعها بعد فإنّه بخير التطرين بعد أن يحتلبها: إن شاء أمسك، وإن شاء ردّها وصاع تمر." ⁷⁰² وفي رواية أخرى: "من ابتاع شاة مصرّة فهو فيها بالخيار ثلاثة أيام، إن شاء أمسكها، وإن شاء ردّها، وردّ معها صاعاً من تمر." ⁷⁰³

⁶⁹⁶ ينظر: الزرقاني، شرح الزرقاني على مختصر خليل، 5: 238؛ الصاوي، الشرح الصغير، 2: 56.

⁶⁹⁷ ينظر: العمراني، البيان، 5: 265؛ النووي، روضة الطالبين، 3: 460.

⁶⁹⁸ ينظر: ابن قدامة، المغني، 4: 102 و108؛ المرادوي، الإنصاف، 11: 350.

⁶⁹⁹ ومن خلال مراجعة التطبيقات التي يذكرها أصحاب هذا القول في كتبهم، نجد أنّهم وإن كان قد اتفقوا من حيث الجملة على هذا المبدأ، إلا أن الخلاف قد وقع بينهم في بعض المسائل، ومن تلك المسائل التي وقع الخلاف فيها ما يذكرونه حول تلطيخ ثوب أو يد العبد بالمداد لإيهام المشتري بأنه كاتب، فذهب المالكية والشافعية في قول، والحنابلة في قول إلى أن للمشتري حق الخيار بسبب هذا التغيير، والقول الراجح عند كلّ من الشافعية والحنابلة هو عدم ثبوت الخيار، لأن هذه الأفعال يمكن للمشتري أن يكشفها فيما لو بحث وتقصى حقيقة الأمر؛ فلا يثبت له الخيار بسبب تقصيره في ذلك. ينظر: الدسوقي، حاشية الدسوقي، 3: 116؛ الصاوي، بلغة السالك، 2: 56؛ النووي، روضة الطالبين، 3: 471؛ الشربيني، مغني المحتاج، 2: 455؛ ابن قدامة، المغني، 4: 108؛ البهوتي، كشف القناع، 4: 214.

⁷⁰⁰ المبسوط، 13: 38؛ ابن عابدين، رد المختار، 5: 44.

⁷⁰¹ ينظر: القدوري، التجريد، 5: 602؛ السرخسي، المبسوط، 13: 38؛ ابن نجيم، البحر الرائق، 6: 51؛ ابن عابدين، رد المختار، 5: 44.

⁷⁰² أخرجه البخاري ومسلم عن أبي هريرة رضي الله عنه واللفظ للبخاري. البخاري، "كتاب البيوع"، 2148؛ مسلم، "كتاب البيوع"، 1515.

⁷⁰³ أخرجه مسلم، "كتاب البيوع"، 1524.

ووجه الاستدلال: أنّ هذا الحديث قد أعطى المشتري خيار الردّ لأنّ البائع قد غرّر به من خلال فعل التصرية الذي قام به.⁷⁰⁴

وقد اعترض الحنفية على هذا الحديث من عدّة وجوه، منها:

الوجه الأوّل: أنّ هذا الحديث من أحاديث الآحاد، وأحاديث الآحاد تفيد الظنّ، وقد خالف القياس المستفاد من أصول الشريعة القطعية في دلالتها، والقطعيّ مقدّم على ما هو ظنيّ.⁷⁰⁵

وقد أُجيبوا بأنّ هذا الحديث قد بلغ حدّ الشهرة،⁷⁰⁶ بل إنّ بعض العلماء قد نقل بلوغه درجة التواتر،⁷⁰⁷

وعلى فرض التسليم بأنّه من أخبار الآحاد؛ فإنّه مقدّم على القياس في حالة التعارض؛ لأنّ احتمال الخطأ في نقل الخبر هو أقلّ من احتمال في القياس؛ لأنّ القياس يبنى على الاجتهاد،⁷⁰⁸ والحنفية أنفسهم في

مواطن أخرى كثيرة قدّموا خبر الآحاد على القياس؛ كما في مسألة نقض الوضوء بالقهقهة داخل الصلاة.⁷⁰⁹

وفيما يخص دعوى مخالفة هذا الحديث للأصول العامة المقطوع بها؛ فقد ذكر الحنفية وجوه تلك المخالفة،

وقد ردّ الجمهور عليها جميعاً، ويمكن تلخيص ذلك في التّقطّتين الآتيتين:

النقطة الأولى: من حيث الضّمان: من المقرر أنّ المال المثليّ يكون ضمانه بمثله، والقيميّ بقيمته، وقد

خالف هذا الحديث ذلك؛ حيث أوجب ضمان اللّبن بالتّمر.⁷¹⁰

⁷⁰⁴ ينظر: ابن قدامة، المغني، 4: 103.

⁷⁰⁵ ينظر: ابن عابدين، رد المحتار، 5: 44.

⁷⁰⁶ ينظر: ابن رشد، بداية المجتهد، 3: 192.

⁷⁰⁷ ينظر: تقي الدين السبكي، تكملة المجموع، 12: 7.

⁷⁰⁸ ينظر: مصطفى سعيد الخن، أثر الاختلاف في القواعد الأصولية في اختلاف الفقهاء، ط. 3 (بيروت: مؤسسة الرسالة، 1982م)،

413.

⁷⁰⁹ ينظر: الخن، أثر الاختلاف في القواعد الأصولية في اختلاف الفقهاء، 403.

⁷¹⁰ ينظر: المبسوط، السرخسي، 13: 40.

وقد أُجيبوا على ذلك بأن ردّ قيمة اللبن أو مثله متعذر هنا للجهل بمقدار اللبن الواجب إعادته، وذلك أنّ اللبن الذي كان قبل التصرية قد خالطه لبن آخر حدث في ملك المشتري، فإذا ما تقرّر هذا التعذر جاز العمل ببديل آخر أقرّه الشرع وهو التمر، وهذا المبدأ له نظير في مواضع أخرى أجاز الشرع فيها التّضمين بغير المثل أو القيمة؛ كدية الحرّ بالإبل.⁷¹¹

النقطة الثانية: أنّ الأصل في الخيارات التي يثبتها الشرع دون اشتراط المتعاقدين أنّ لا تُوقّت بزمان؛ كخيار العيب، أمّا هذا الحديث فقد وقّت للمشتري خيار الردّ بثلاثة أيام.⁷¹²

وقد أُجيبوا بأنّ تحديد المدّة هنا هو خاصّ بهذه الصورة؛ لأنّه غالباً في مثل هذه المدّة يتّضح اللبن الحقيقي من اللبن المجتمّع بسبب تدليس البائع.⁷¹³

ويضاف إلى ما سبق أيضاً أن هذا الحديث على فرض أنه قد خالف الأصول العامة فإنّه يعتبر أصلاً مستقلاً بنفسه شأنه شأن باقي الأصول المستقلّة.⁷¹⁴

الوجه الثّاني: أنّه يحتمل أن يكون الحديث قد ورد في حقّ من اشترى شاة واشترط أن تكون غزيرة اللبن، فأمره النبي ﷺ بردها لفساد عقد البيع بالشرط الفاسد، وأمره أن يردها معها صاعاً من تمر مكان اللبن.⁷¹⁵ وأُجيب بأنّ الحديث قد علّق الحكم بتصرية الحيوان، والاحتمال الذي تذكرونه يقتضي أنّ ذكر التصرية كان لغوّاً.⁷¹⁶

⁷¹¹ ينظر: تقي الدين السبكي، تكملة المجموع، 12: 23-24.

⁷¹² ينظر: المبسوط، السرخسي، 13: 40.

⁷¹³ ينظر: تقي الدين السبكي، تكملة المجموع، 12: 24.

⁷¹⁴ ينظر: ابن القيم، إعلام الموقعين، 3: 221.

⁷¹⁵ ينظر: المبسوط، السرخسي، 13: 40.

⁷¹⁶ ينظر: تقي الدين السبكي، تكملة المجموع، 12: 27؛ أحمد بن علي بن حجر، فتح الباري شرح صحيح البخاري، (بيروت: دار المعرفة، 1379هـ)، 4: 367.

الدليل الثاني: أنّ التّغير الفعليّ مؤثّر في اختلاف الثّمّن، وهنا في مسألة التّصريح قد دفع المشتري الثّمّن لقاء صفة معيّنة في الحيوان - من شاة ونحوها- وهي أن يكون حلوبًا، والحيوان يزيد سعره وينقص وفقًا لتوافر تلك الصّفة من عدمه، فإذا قام البائع بفعل التّصريح فإنّه يأخذ بذلك مقدارًا زائدًا من الثّمّن دون رضا من المشتري، فيثبت له الخيار.⁷¹⁷

أدلة أصحاب القول الثاني:

الدليل الأول: أنّ قيام البائع بإضافة وصف ما إلى المبيع لا يعتبر عيبًا؛ لأنّ المبيع لو كان خاليًا من تلك الصّفة لا يحقّ للمشتري ردّه، وكذلك الحال لو أضيفت إليه صفة ثمّ خلت عنه، وبيان ذلك في الشّاة المصّرة: لو اشترى شخص شاة غير مصّرة، فأتضح له أنّها قليلة اللّبن من أمثالها؛ فإنّ هذا لا يعدّ صفة السّلامة فيها، ولا يحقّ له ردّها، وكذلك المصّرة تقاس عليها.⁷¹⁸

ويمكن أن يناقش بأنّه لو تمّ التسليم بأنّ قيام البائع بإضافة وصف ما إلى المبيع ليس بعيب، إلّا أنّ إضافة ذلك الوصف يوحي بكمال المبيع، وقد يكون هو السّبب الدّافع للشّراء، وقد يقابل ذلك الوصف مقدار من المال، فيستحقّ المشتري الخيار لفوات مقصوده من الشّراء.

الدليل الثاني: أنّه ينبغي التّمييز بين أن يكون المشتري مغتربًا وبين أن يكون قد غرّر به، والفرق أنّه في الحالة الأولى يكون المشتري هو الذي ظنّ وجود صفة غير موجودة في المبيع، فلا يثبت له الخيار؛ لأنّه كان ينبغي عليه أن يسأل البائع ليبني على ما يسمعه منه، أمّا في الحالة الثّانية التي يثبت فيها الخيار فهي أنّ يخبره البائع بوجود تلك الصّفة ثمّ لا يجدها المشتري بعد ذلك، فيكون حينها مغرورًا، ومثال ذلك: أنّ من اشترى

⁷¹⁷ ينظر: العمراني، البيان، 5: 266؛ ابن قدامة، المغني، 4: 108.

⁷¹⁸ ينظر: السرخسي، المبسوط، 13: 39.

شاة وهو يظن أنها حامل بسبب انتفاخ بطنها، ثم اتضح أن ذلك الانتفاخ ناتج عن علف صاحبها لها فلا يثبت له الخيار، وكذلك الحال في المصرة، فإنه قد وقع ضحية ظنه بأنها حلوب.⁷¹⁹

ويمكن أن يناقش بأنه لا يُسلم بأن المشتري مغترًا وأنه كان ينبغي عليه أن يسأل؛ لأن امتناعه عن السؤال قد يكون مبنياً على أن الأصل في تعاملات المسلم خلوها من الغش والخداع.

الموازنة بين الأدلة: من خلال عرض أدلة الفريقين ومناقشة تلك الأدلة تبدو الأمور الآتية:

أولاً: قوة الأدلة التقلية التي استدلل بها الفريق الأول والرد على معارضة المخالف لتلك الأدلة.

ثانياً: أن منشأ الخلاف بين الحنفية وبين الجمهور في المسألة هو مدى تحقيق المناط في اعتبار إضافة تلك الأوصاف إلى المبيع عيباً أم لا، وكما هو معلوم أن الحكمة من الرد بخيار العيب هو رفع الضرر الواقع على المشتري، والضرر يلحق بالمشتري أيضاً من خلال ما يقوم به البائع من إضافة أوصاف غير حقيقية إلى السلعة، حيث إن الذي حمل البائع على إضافة تلك الأوصاف إلى السلعة علمه المسبق بأنها تقصد عادة ومن شأنها أن تحمل المشتري على الشراء، وبفوات تلك الأوصاف قد يفوت مقصود المشتري.

ثم إنه قد نُقل في مسألة المصرة عن الإمام أبي حنيفة فتوى تفيد بأن للمشتري أن يرجع بالنقصان على البائع،⁷²⁰ وقوله بحق الرجوع هذا ما هو إلا لثبوت وقوع الضرر على المشتري، فإذا ثبت وقوع الضرر فـ"الضرر يزال"، وإزالته هنا تكون بإعطاء المشتري الخيار بالرد.

⁷¹⁹ ينظر: المرجع السابق، 13: 39.

⁷²⁰ قال ابن الهمام، : وقيل: "لو اختيرت هذه الفتوى لكان حسناً." ينظر: ابن الهمام، فتح القدير، 6: 400.

4 أثر التصرفات الفعلية في ثبوت آثار العقود

عندما يقوم شخص بعقد عقد من العقود فإنه يهدف إلى تحقيق غاية ما من ذلك العقد، وإنّ للأفعال التي تصدر عن الأطراف المتعاقدة نتائج مؤثرة في تحقيق تلك الغاية، وهذه النتائج قد تكون إيجابية وقد تكون سلبية، وسنتكلم في هذا الفصل عن أثر التصرفات الفعلية في ثبوت بعض آثار العقود في كلا الأمرين؛ فسنستكلم عن أثرها في انتقال الملكية، وعن أثرها في استحقاق الضمان وفق المبحثين الآتين:

الأول: أثر التصرفات الفعلية في انتقال الملكية في العقود.

الثاني: أثر التصرفات الفعلية في استحقاق الضمان في العقود.

4.1 أثر التصرفات الفعلية في انتقال الملكية في العقود

إنّ الإنسان بطبيعته بحاجة إلى الانتفاع بالأعيان التي خلقها الله عز وجل من حوله، وإنّ الضرورة تستدعي تنظيم هذا الانتفاع لسدّ باب التنازع بين الناس، ومن دواعي هذا التنظيم بيان طريقة تملك الأموال وتداولها فيما بينهم، وسنبحث هنا أثر التصرفات الفعلية في انتقال الملكية من خلال العقود الناقلة للملكية، ولكن قبل ذلك سنتطرق بشكل موجز إلى تعريف الملكية وبيان أثر التصرفات الفعلية في إنشاء الملكية - التملك بالاستيلاء - لأنّ التملك بهذه الطريقة ناتج عن التصرفات الفعلية التي تصدر عن الإنسان وله ارتباط بالمعاملات المالية.

4.1.1 تعريف الملكية

يعبّر الفقهاء السابقون عن الملكية بـ "الملك" بينما شاع بين العلماء المعاصرين استخدام لفظ "الملكية"⁷²¹ وهي تعني: "اختصاص حازر شرعاً يسوّغ صاحبه التصرف إلاّ لمانع".⁷²² ومن هذا الكلام يتضح عدّة أمور:

- أنّ الملكية هي حقّ يتيح لصاحبه أن يتصرف فيه ما لم يمنعه مانع من ذلك؛ كنقص الأهلية أو ثبوت حقّ للغير فيه.

- أنّ هذا الحقّ هو اختصاص يثبت ابتداءً، أي لا يستمدّه صاحبه من غيره، وعليه فإنّ التصرف بالنيابة لا يسمّى ملكاً.

⁷²¹ Hasan Hacak, İslâm Hukuk Düşüncesinde Özel Mülkiyet Anlayışı, Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, 29 (2005), 100-101.

⁷²² الزرقا، المدخل الفقهي العام، 1: 333.

هذا ويذكر الفقهاء للملك تعريفات أخرى عدة، وهذه التعريفات قريبة في مرماها وإن اختلفت في مبناها، وقد نقل الشيخ محمد أبو زهرة جملة منها، ينظر: أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد، 63-64.

- أن هذا الاختصاص قد أقره الشرع، ومنه يعلم أن الملك يثبت بإثبات الشرع له وينتفي بنفيه.
 - أن هذا الاختصاص يحجز غير المالك عن أن ينتفع أو يتصرف بما هو مملوك دون إذن من المالك.
 - أن الملكية تشمل الأعيان والمنافع.
- هذا ويذكر الفقهاء أقوالاً عدّة في أسباب التملك،⁷²³ ولعلّ ما جاء في الدر المختار يجمع تلك الأسباب، حيث قسمها إلى:

- 1- التملك بنقل الملكية؛ كالبيع والهبة.
 - 2- التملك بالخلفيّة؛ كال ميراث.
 - 3- التملك بالأصالة؛ وهو الاستيلاء.⁷²⁴
- أما التملك بالخلفيّة فلن نتطرق له لأنّه لا دخل للتصرّفات الفعلية فيه؛ حيث إنّه يقع جبراً دون أن يتوقّف على فعل يباشره الإنسان، وأما التملك بالاستيلاء فهو ناتج عن التصرّفات الفعلية التي تصدر عن الإنسان وله ارتباط بالمعاملات الماليّة كما أسلفنا؛ لذا سنتطرق له بإيجاز.

4.1.2 أثر فعل الاستيلاء في إنشاء الملكية

إنّ بعض التصرّفات الفعلية قد تكون سبباً منشئاً لمليكة الأعيان التي لا يملكها أحد، وذلك من خلال الاستيلاء⁷²⁵ على الأشياء المباحة التي خلقها الله تعالى لينتفع بها الناس على وجه معتاد ولم تدخل في حيازة أحد من الناس، وهذه الأشياء قد تكون منقولة كالحيوان البرّي والنباتات البريّة والماء العام، وقد تكون غير منقولة كأراضي الموات، ومليكة تلك الأشياء تثبت بفعل وضع اليد عليها دون قول أو

⁷²³ وقد نقلت الموسوعة الفقهية الكويتية جملة من تلك الأقوال، ينظر: الموسوعة الفقهية الكويتية، 39: 38.

⁷²⁴ ينظر: الحصكفي، الدر المختار، 6: 463.

⁷²⁵ الاستيلاء كما جاء في البدائع هو: إثبات اليد على المحل، وجاء في البحر الرائق أنه: الاقتدار على المحل حالاً ومآلاً. ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع، 7: 121؛ ابن نجيم، البحر الرائق، 5: 103.

عقد،⁷²⁶ وإنشاء الملكية بسبب فعليّ يختلف عن انتقالها بأسباب أخرى - كالعقود - بأنّه أقوى منها، فلو قام محجور عليه أو سفيه بوضع يده على مال مباح فإنّه يترتب على هذا الفعل أثره ويصح تملكه، بخلاف الأسباب القوليّة؛ فلو اشترى أو قارض أو تصدّق فإنّه لا يترتب على ذلك انتقال الملك،⁷²⁷ جاء في ردّ المختار "إنّ وضع اليد والتصرّف من أقوى ما يستدلّ به على الملك."⁷²⁸

أمّا عن طبيعة الفعل الذي تثبت به ملكيّة الأموال المباحة فإنّ لكلّ نوع من تلك الأموال طريقة تناسبه، فملكيّة المال المباح والركاز يكون بكشفها وحوزها، والكلأ ونحوه يكون بقطعه وإحرازه،⁷²⁹ والماء يكون بإحرازه في الأواني والظروف، والحيوان - البرّي والبحريّ - يكون باصطياده أو حظره في حظيرة بحيث يمكن أخذه من غير صيد،⁷³⁰ والأرض الموات بالإحياء من خلال غرسها أو زرعها أو سقيها وكرامها⁷³¹ أو جرّ الماء إليها أو إنشاء الأبنية فيها،⁷³² أمّا لو اكتفى بوضع حجارة أو أسلاك أو خطّ خطأ حولها فإنّ هذه الأفعال لا تعتبر إحياء وإنّما تحجير، وبها يصير أحقّ من غيره في إحياء تلك الأرض.⁷³³

أنواع الاستيلاء:

الاستيلاء إمّا أن يكون حقيقيّاً بفعل وضع اليد أو حكميّاً بالتهيئة له:⁷³⁴

⁷²⁶H. Mehmet Günay, İslam Hukukunda ve Osmanlı Uygulamasında Kamu Malları, (İstanbul: Şule Yayınları, 2001), 49-50; Hamza Aktan, "İhrâz", Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi (İstanbul: TDV Yayınları, 2000), 21: 543

⁷²⁷ ينظر: القراني، الفروق، 1: 204؛ إبراهيم البقوري، ترتيب الفروق واختصارها، تح. عمر ابن عباد، (المغرب: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، 1994)، 1: 310؛ محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد، 107.

⁷²⁸ ابن عابدين، رد المختار، 4: 180.

⁷²⁹ وقال بعض الحنفية يكون بسقيه والقيام عليه. ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع، 6: 193.

⁷³⁰ ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع، 6: 193.

⁷³¹ الكراب: قلب الأرض للحرث، وهو كاف للإحياء على قول أبي يوسف، أما عند محمد فلا بد من الكراب والسقي معاً، فإذا وجد أحدهما فقط فهو تحجير. ينظر: علي حيدر، درر الحكم، 3: 283.

⁷³² هذا ويشترط الإمام أبو حنيفة إذن الإمام لثبوت الملك بالإحياء. ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع، 6: 193.

⁷³³ ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع، 6: 195.

⁷³⁴ ينظر: الحصكفي، الدر المختار، 6: 463؛ الموسوعة الفقهية الكويتية، 4: 163.

أما الاستيلاء الحقيقي: فيكون بوضع اليد فعلاً على مباح، ووضع اليد هذا تثبت به الملكية دون حاجة إلى نية أو قصد، كمن ضبط صيداً في يده، وكذلك يعتبر من قبيل الاستيلاء الحقيقي من نصب شبكة للصيد -حتى وإن لم يكن مالكا للشبكة- فوقع بها صيد بحيث لا يستطيع الخلاص، أو التجأ الصيد إلى دار فأغلق صاحب الدار الباب عليه فإنه يملكه بهذا الفعل إن أمكنه أخذه من غير صيد.⁷³⁵

أما الاستيلاء الحكمي: فيكون بواسطة آلة تُهَيَّأ لوضع اليد على المال المباح بحيث لا يكون من هيئتها قريباً منها، فهنا لا بدّ من اجتماع القصد مع الفعل؛ كمن حفر حفرة لجمع الماء ووقع صيد فيها فإنه يملك الماء ولا يملك الصيد إلا بوضع يده عليه، فلو سبقه غيره وأخذه ملكه،⁷³⁶ وكذلك من علّق كوزه فامتأ بماء السحاب فإنه لا يملك الماء ما لم يعدّه لذلك،⁷³⁷ ومثاله لو نصب شبكة لتجفيفها فوقع فيها صيد فإنه لا يملكه إلا بوضع يده عليه حقيقة.⁷³⁸

4.1.3 أثر اقتران التصرفات الفعلية في انتقال الملكية في العقود

4.1.3.1 أثر التصرفات الفعلية في انتقال الملكية في العقد الصحيح

لقد شُرِعت العقود كأسباب من أجل الوصول إلى أحكام مقصودة؛ فعقد البيع سبب لانتقال الملك بطريق المعاوضة، والهبة لانتقاله بطريق التبرع ونحو ذلك،⁷³⁹ فالأصل في العقود الناقلة للملكية -كعقد البيع مثلاً- أن تكون أسباباً في انتقال الملكية بذاتها في الحال بمجرد إنشائها دون أن يتوقف ذلك على قبض

Hamza Aktan, "İhrâz", 21: 543; Şevket Topal, İslam Hukuku Açısından Zilyedliğin Oluşumunda İradenin Yeri, Ondokuz Mayıs Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, 11/11 (1999), 246-248.

⁷³⁵ ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع، 6: 193؛ ابن عابدين، رد المحتار، 6: 463؛ الرملي، نهاية المحتاج، 8: 124-125.

⁷³⁶ ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع، 6: 194.

⁷³⁷ ينظر: نظام الدين البلخي ولجنة من العلماء، الفتاوى الهندية، 4: 404.

⁷³⁸ ينظر: مجلة الأحكام العدلية، 248، (المادة 1303).

⁷³⁹ ينظر: ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، 6: 261.

محلّ العقد،⁷⁴⁰ إلا أنّ بعض العقود استثنيت من هذا الأصل ووقع الخلاف بين الفقهاء في تعليق انتقال الملكية فيها على فعل القبض، وبعضهم ذهب إلى أبعد من ذلك فاشتراط في انتقالها بعد القبض التّصرّف بمحلّ العقد⁷⁴¹ أو استهلاكه،⁷⁴² وفيما يلي نعرض جانباً من تلك المسائل التي وقع الخلاف فيها:

المسألة الأولى: أثر فعل القبض في انتقال ملكيّة المنفعة والأجرة في عقد الإجارة

للفقهاء في ذلك اتّجاهان:

الاتّجاه الأول: يذهب أصحابه وهم الحنفيّة⁷⁴³ والمالكيّة⁷⁴⁴ إلى أنّ عقد الإجارة المطلق عن شرط تقديم الأجرة لا يثبت فيه ملك المنفعة للمستأجر ولا الأجرة للمؤجر إلا باستيفاء المستأجر المعقود عليه أو التّمكن منه. الاتّجاه الثّاني: يذهب أصحابه وهم الشّافعيّة⁷⁴⁵ والحنابلة⁷⁴⁶ إلى أنّ آثار العقد تثبت بمجرد التّعاقّد دون أن يتوقّف ذلك على استيفاء المنفعة أو القبض.

وعلّل أصحاب الاتّجاه الأوّل ما ذهبوا إليه بأنّ الإجارة عقد معاوضة، والمعاوضة تقتضي تقابل البدلين في الملك والتّسليم في زمان واحد، والمنفعة المعقود عليها تكون غير موجودة حين العقد وإمّا تحدث شيئاً فشيئاً؛ لذا لا يصحّ أن تكون محلاً للتملك حين العقد.⁷⁴⁷

⁷⁴⁰ ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع، 5: 243؛ ابن رشد، بداية المجتهد، 4: 114؛ النووي، المجموع، 9: 282.

⁷⁴¹ وهو ما ذهب إليه بعض الشّافعيّة في اشتراط تصرف المستقرض بمحل القرض تصرفاً يزول به الملك لانتقال الملكية. ينظر: النووي، روضة الطالبين، 4: 35.

⁷⁴² ومثال ذلك ما نقل عن الإمام أبي يوسف من أن القرض لا يملك حتّى يستهلك. ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع، 7: 396.

⁷⁴³ ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع، 4: 201؛ الشيخ نظام، الفتاوى الهندية، 4: 413؛ ابن عابدين، رد المحتار، 6: 10-11.

⁷⁴⁴ ينظر: القاضي عبد الوهاب، عيون المسائل، 593؛ القرافي، الذخيرة، 5: 386؛ ابن جزى، القوانين الفقهيّة، 18؛ الدسوقي؛ حاشية الدسوقي، 4: 4.

⁷⁴⁵ ينظر: الشيرازي، المهذب، 2: 251؛ النووي، روضة الطالبين، 5: 174؛ الرملي، نهاية المحتاج، 5: 326.

⁷⁴⁶ ينظر: ابن قدامة، المغني، 5: 329-330؛ البهوتي، كشف القناع، 4: 40.

⁷⁴⁷ ينظر: السرخسي، المبسوط، 15: 109؛ الكاساني، بدائع الصنائع، 4: 201.

ويمكن أن يردّ على ذلك بأنّهم قد أجازوا اشتراط تعجيل الأجرة قبل استيفاء المنفعة،⁷⁴⁸ فهل الشرط يجعل المعدوم موجوداً؟!!

ويمكن أن يجاب هذا بأنّ تقابل البدلين في الملك والتسليم في زمان واحد إنّما كان من أجل تحقيق المساواة بين العاقدين، وباشتراط التعجيل يكون قد تنازل أحد المتعاقدين عن حقّه بمساواة العاقد الآخر.⁷⁴⁹ وعلل أصحاب الاتجاه الثاني ما ذهبوا إليه بأنّ الإجارة عقد معاوضة والأجرة عوض أطلق ذكره في العقد فُستحقّ بمطلق العقد كالثمن،⁷⁵⁰ وأنّ المنفعة يقدر وجودها حكماً ضرورة من أجل تصحيح العقد كي لا يكون بيع دين بدين، فإذا ثبت وجودها ثبت تملكها بمجرد العقد.⁷⁵¹

ويجاب على هذا بأنّ الملك لا يثبت في المعاوضة المطلقة في أحد العوضين ما لم يثبت في العوض الآخر،⁷⁵² وأما تقدير وجود المنفعة فلا وجه له؛ لأنّ تقدير وجود الشيء حكماً إنّما يكون إذا أمكن أن يتصوّر ذلك حقيقة، والموجود من المنفعة حقيقة لا يقبل العقد؛ لأنّها لا يمكن أن تبقى وقتين، والتسليم إذا وجب بالعقد وجب أن يقع عقبيه وهذا لا يتصوّر هنا، ثمّ إن تقدير الوجود الحكمي إنّما يكون بطريق الضّرورة ولا ضرورة هنا إلى إيجاب ملك البدل بذات العقد من أجل تصحيح العقد، إذ يمكن تصحيحه من خلال إقامة العين مقام منفعتها في حقّ صحّة الإيجاب لأنّها سبب في وجودها، وانعقاد العقد في حقّ المعقود عليه يكون بحكم المضاف إلى وقت حدوث المنافع.⁷⁵³

⁷⁴⁸ ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع، 4: 201؛ الدسوقي؛ حاشية الدسوقي، 4: 4.

⁷⁴⁹ ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع، 4: 203.

⁷⁵⁰ ينظر: ابن قدامة، المغني، 5: 329.

⁷⁵¹ ينظر: النووي، روضة الطالبين، 5: 174.

⁷⁵² ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع، 4: 201.

⁷⁵³ ينظر: السرخسي، المبسوط، 15: 109.

ومن خلال الموازنة بين الأقوال نجد أنّ ما علّل به أصحاب الاتجاه الثاني رأيهم في تقدير وجود المنفعة حين التعاقد كان من أجل تصحيح العقد، والحنفية -أصحاب الاتجاه الأول- قد أوجدوا طريقاً آخر لهذا التصحيح دون اللجوء إلى هذا التقدير فلم يعد هناك ضرورة إليه.

المسألة الثانية: أثر فعل القبض في انتقال ملكية الهبة

إذا قال شخص لآخر: وهبتك هذه العين أو هذا الشيء، وقبِل الموهوب له، إلّا أنّه قبل أن يقبض الهبة بدا للواهب أن يتراجع عن هبته، فهل يحقّ له ذلك، أم أنّ ملك العين الموهوبة انتقل بمجرد العقد؟
اختلف الفقهاء في هذه المسألة بين معتبر لفعل القبض في انتقال الملكية وبين مكثف بانعقاد العقد في ذلك، ويمكن عرض اتجاهاتهم على النحو الآتي:

الاتجاه الأول: ذهب الحنفية،⁷⁵⁴ والمالكية على خلاف المشهور عندهم،⁷⁵⁵ والشافعية في المشهور من مذهبهم،⁷⁵⁶ والحنابلة في قول عندهم⁷⁵⁷ إلى اشتراط قبض العين الموهوبة لانتقال ملكيتها.
الاتجاه الثاني: ذهب المالكية في المشهور عندهم،⁷⁵⁸ والشافعية في قول،⁷⁵⁹ والحنابلة في رواية⁷⁶⁰ إلى أنّ انعقاد الهبة بالصيغة وحدها يُعتبر كافياً لانتقال ملكية العين الموهوبة من الواهب إلى الموهوب له.
الاتجاه الثالث: ذهب الحنابلة في رواية⁷⁶¹ إلى تأثير القبض في انتقال ملكية الشيء الموهوب فيما يكال أو يوزن، وما عدا ذلك تنتقل ملكيته بالعقد.

⁷⁵⁴ ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع، 6: 123؛ الزيلعي، تبين الحقائق، 5: 91.

⁷⁵⁵ الدسوقي، حاشية الدسوقي، 4: 101.

⁷⁵⁶ الشربيني، مغني المحتاج، 3: 566؛

⁷⁵⁷ البهوتي، كشف القناع، 4: 301.

⁷⁵⁸ ينظر: ابن رشد، المقدمات الممهدة، 2: 409؛ ابن شاس، عقد الجواهر الثمينة، 3: 979؛ النفراوي، الفواكه الدواني، 2: 155.

⁷⁵⁹ النووي، روضة الطالبين، 5: 375.

⁷⁶⁰ البهوتي، كشف القناع، 4: 301.

⁷⁶¹ ابن قدامة، المغني، 6: 41.

أدلة أصحاب الاتجاه الأول:

استدلوا بجملة من الأدلة العقلية والعقلية، وفيما يلي أبرز تلك الأدلة:

أولاً: ما روته السيدة عائشة رضي الله عنها أنّ والدها أبا بكر الصديق رضي الله عنه قال لها في مرض موته "إني كنت لحلتك جادّ عشرين وسقاً، فلو كنت جدّتيه واحتزتيه كان لك، وإنما هو اليوم مال وارث".⁷⁶²

ووجه الدلالة: أنّ سيدنا أبا بكر رضي الله عنه جعل انتقال ملكية الموهوب موقوفاً على قبضه، وكان موقفه هذا بمحض من الصحابة دون مخالفة أحد منهم، فكان ذلك إجماعاً.⁷⁶³

ثانياً: ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنّه قال لأمّ سلمة حين تزوّجها: "إني قد أهديتُ إلى النّجاشي حُلّةً وأواقِي من مِسكِ، ولا أرى النّجاشي إلا قد مات، ولا أرى إلا هديتي مردودةً عليّ، فإن رُدّت عليّ فهي لك".⁷⁶⁴

وجه الاستدلال: أنّ الهبة لو كانت تُملك قبل قبضها لملكها النّجاشي، ولما تصرّف فيها رسول الله صلى الله عليه وسلم بتوزيعها بين نسائه.⁷⁶⁵

ويمكن أن يناقش بأنّ هذا الحديث هناك من ضعفه،⁷⁶⁶ وعلى فرض صحّته فإنّ هذا الحديث لا يثبت عدم انتقال الملك إلى النّجاشي لعدم قبضه، وإنّما يفيد ما أخبر به النبي صلى الله عليه وسلم من أنّ هديته سُرّدت إليه، بدليل قوله: "فإن رُدّت فهي لك".

⁷⁶² أخرجه البيهقي في السنن الكبرى، ومالك في الموطأ واللفظ له، وقال عنه ابن حجر: "رواه الموطأ بإسناد صحيح". ينظر: البيهقي، السنن الكبرى، "كتاب الهبات"، 11948؛ مالك بن أنس الأصبحي، الموطأ، تح. محمد فؤاد عبد الباقي، (بيروت: دار إحياء التراث العربي، 1985م)، "كتاب الأفضية"، 40؛ ابن حجر، فتح الباري، 5: 215.

⁷⁶³ وقد نقل هذا الإجماع الإمام الكاساني وابن قدامة، ينظر: بدائع الصنائع، 6: 123؛ ابن قدامة، المغني، 6: 41.

⁷⁶⁴ أخرجه أحمد في مسنده والحاكم في المستدرک وقال عنه: صحيح الإسناد، وقال الذهبي: حديث منكر. ينظر: مسند الإمام أحمد، 45، 246؛ الحاكم، المستدرک على الصحيحين، 2: 205.

⁷⁶⁵ الماوردي، الحاوي الكبير، 7: 535.

⁷⁶⁶ ضعفه الإمام الذهبي بسبب وجود مسلم الزنجي في سنده. ينظر: تعليق الذهبي على المستدرک على الصحيحين، 2: 205.

ثالثًا: أنَّ عقد الهبة هو من عقود التبرع - وعقود التبرع ضعيفة في نفسها - ويقابله ملك قوي ثابت للواهب، والملك القوي لا يزول بالسبب الضعيف، فاحتاج عقد الهبة من أجل انتقال الملكية إلى أن يُضم إليه ما يتأيد به وهو القبض.⁷⁶⁷

رابعًا: أنَّ الهبة من عقود التبرعات، ولو قلنا بانتقال الملكية قبل القبض لوجب على الواهب تسليم الشيء الموهوب، ولثبت للموهوب له حق المطالبة، فتصبح بذلك عقد ضمان، وهذا مخالف لموضوع التبرعات.⁷⁶⁸ أدلة أصحاب الاتجاه الثاني:

أولًا: قوله تعالى: "يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ." (المائدة 1/5) ووجه الاستدلال: أنَّ هذه الآية عامة في لزوم الوفاء بالعقود دون اشتراط القبض، واللزوم يترتب عليه ثبوت الملك، وعقد الهبة واحد من تلك العقود، والعام يبقى على عمومته ما لم يرد المخصص.⁷⁶⁹

ثانيًا: قياس عقد الهبة على عقد البيع بجامع أحكما عقدان لازمان،⁷⁷⁰ أي: كما أنَّ المبيع تثبت ملكيته للمشتري بمجرد العقد وجب ذلك في الهبة أيضًا.

أدلة أصحاب الاتجاه الثالث:

استدل أصحاب هذا القول على أثر القبض فيما يكال أو يوزن في انتقال ملك الموهوب بالحديث الذي رواه السيدة عائشة رضي الله عنها في نحلة أبيها لها، وأما ما لا يكال ولا يوزن فقاسوه على البيع على النحو الذي سبق ذكره في أدلة الفريق الثاني.⁷⁷¹

⁷⁶⁷ السرخسي، المبسوط، 12: 48.

⁷⁶⁸ ينظر: المرجع السابق؛ الكاساني، بدائع الصنائع، 6: 123.

⁷⁶⁹ ينظر: القاضي عبد الوهاب، الإشراف، 2: 674، عبد العزيز القرشي المعروف بابن بزيّة، روضة المستبين في شرح كتاب التلقين، تح. عبد اللطيف زكاع، ط. 1 (بيروت: دار ابن حزم، 2010م)، 2: 1410.

⁷⁷⁰ ينظر: القاضي عبد الوهاب، الإشراف، 2: 674؛ ابن رشد، المقدمات الممهدة، 2: 409.

⁷⁷¹ ابن قدامة، المغني، 6: 41.

ومن خلال الموازنة بين الأقوال وأدلتها نجد أنَّ القول الأول الذي يقضي بعدم انتقال ملك الموهوب من الوهاب إلى الموهوب له ما لم يحدث فعل القبض تعضده التقاط الآتية:

أولاً: الأدلة التقلية التي استدلتوا بها هي نص في الموضوع ولم يرد ما يقوى على ردها.

ثانياً: أنَّ الهبة من التبرعات، ورجوع الوهاب قبل القبض يدل على أنَّ نفسه لم تعد تطب بذلك التبرع، والقول بانتقال الملكية بمجرد العقد هنا ينافي روح التبرع المتجسد بإخراج المال عن طيب نفس.

ثالثاً: أدلة القائلين بانتقال الملكية بمجرد العقد يمكن أن يُردَّ عليها بما يلي:

- أنَّ ما استدلتوا به من عموم الآية قد قابله أدلة خاصة؛ وهي الأحاديث التي استدلت بها أصحاب الفريق الأول، ثمَّ إنَّ الوفاء بالعقود مختص بالعقود اللازمة، ولا يسلم بأنَّ عقد الهبة يلزم بمجرد العقد دون القبض.

- أنَّ قياسهم الهبة على عقد البيع هو قياس مع الفارق لاختلاف طبيعة العقدين؛ فعقد البيع هو من عقود المعاوضات؛ لذلك كان للمشتري المطالبة بالمبيع لقاء ما يدفعه من ثمن، بينما عقد الهبة هو من عقود التبرعات.

المسألة الثالثة: أثر قبض محل القرض والتصرف فيه واستهلاكه في انتقال الملكية

هل للأفعال التي يقوم بها المقترض أثر في انتقال ملكية القرض إليه أم أنه يُكتفى بالعقد في ذلك؟

للفقهاء اتجاهان في المسألة، وفيما يلي بيان لهما:

الاتجاه الأول: يرى أصحابه أنَّ ملكية القرض لا تنتقل بالعقد، وإنما تنتقل بالتصرفات الفعلية، واختلفوا

فيما بينهم في تحديد الفعل الكافي لذلك، فكانت أقوالهم على النحو الآتي:

القول الأول: أنّ الملكية تنتقل بمجرد قبض المقرض محلّ العقد، وهذا القول عند الحنفية كما في ظاهر

الرواية،⁷⁷² والشافعية في الأظهر من مذهبهم،⁷⁷³ والحنابلة.⁷⁷⁴

القول الثاني: أنّه لا يكفي بمجرد القبض لانتقال الملكية، وإنّما يجب أن يتصرّف المقرض بمحلّ القرض

تصرّفًا يزول به الملك؛ كالبيع والهبة والإتلاف، وهذا ما ذهب إليه الشافعية في قول عندهم.⁷⁷⁵

القول الثالث: ذهب الإمام أبو يوسف أبعد من الجميع فاشتراط في انتقال ملكية القرض أن يتم

استهلاكه.⁷⁷⁶

الاتجاه الثاني: يرى أصحابه وهم المالكية أنّ ملكية القرض تنتقل إلى المقرض بمجرد العقد.⁷⁷⁷

أدلة أصحاب الاتجاه الأول:

احتجّ من قال بأنّ القرض تنتقل ملكيته بمجرد القبض بما يأتي:

أولاً: أنّ اسم القرض مأخوذ في اللغة من القطع، فانقطاع ملك المقرض يكون بالتسليم،⁷⁷⁸ أي أنّه يقطع

جزءاً من ماله للمقرض.

⁷⁷² ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع، 7: 396؛ ابن عابدين، رد المحتار، 5: 164.

⁷⁷³ ينظر: النووي، روضة الطالبين، 4: 35؛ الرملي، نهاية المحتاج، 4: 232.

⁷⁷⁴ ابن قدامة، المغني، 4: 236؛ البهوتي، كشف القناع، 3: 314.

⁷⁷⁵ ينظر: النووي، روضة الطالبين، 4: 35؛ الرملي، نهاية المحتاج، 4: 232.

⁷⁷⁶ ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع، 7: 396؛ ابن عابدين، رد المحتار، 5: 164.

وفائدة الخلاف بين أبي يوسف وبين الطرفين تظهر فيما لو باع المقرض القرض من المقرض بعد القبض وقبل الاستهلاك؛ فلا يجوز عند الطرفين لأنه باع شيئاً لا يملكه، ويجوز عند أبي يوسف لأن القرض لم يخرج عن ملكه بعد فيجوز له بيعه. وكذلك الحال لو أقرضه قرضاً وأراد المقرض أن يرد قيمة القرض لا عينه فله ذلك عند الطرفين حتّى وإن كانت عين القرض قائمة؛ لأنها خرجت عن ملك المقرض بالقبض، خلافاً لأبي يوسف حيث يجب عنده رد عين القرض إذا لم تستهلك. ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع، 7: 396؛ الحموي، غمز عيون البصائر، 3: 466؛ ابن عابدين، رد المحتار، 5: 164.

⁷⁷⁷ ينظر: الخرشي، حاشية الخرشي، 5: 232؛ الدسوقي، حاشية الدسوقي، 3: 226؛ الصاوي، بلغة السالك، 2: 106.

⁷⁷⁸ ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع، 7: 396.

ثانيًا: أنّ للمقترض التّصرّف في القرض بيعًا وهبة وسائر التّصرّفات بنفس القبض دون أن يتوقّف تصرّفه على إجازة من المقرض، وهذا إن دلّ على شيء فإنّما يدلّ على أنّ الملك قد انتقل إليه بالقبض.⁷⁷⁹

إلاّ أنّ هذا الكلام يمكن أن يردّ عليه بأنّ انتقال ملكيّة الشّيء من ذمّة إلى أخرى لا يتوقّف على ثبوت حقّ التّصرّف في ذلك الشّيء، والدّليل أنّه في عقد البيع تنتقل ملكيّة المبيع إلى المشتري بمجرد العقد إلاّ أنّه لا يجوز للمشتري التّصرّف به إذا كان من الأموال المنقولة ما لم يقبضها.⁷⁸⁰

ويمكن أن يجاب على هذا الرّد بأنّ قياس القرض على البيع هو قياس مع الفارق؛ لأنّ البيع معاوضة محصّنة وردت الأدلّة فيه على منع بيع الشّيء قبل قبضه، أمّا القرض فقد اجتمع فيه جانب المعاوضة وجانب التّبرّع، والتّبرّع فيه غالب لأنّ الغاية منه بذل منافع المال دون عوض.

ثالثًا: قياس عقد القرض على الهبة،⁷⁸¹ فكما أنّ ملكيّة الشّيء الموهوب تنتقل من الواهب إلى الموهوب له بالقبض كذلك ملكيّة القرض تنتقل بالقبض، فكلاهما ينطوي على تبرّع، ولا يشترط في انتقال ملكيّة التّبرّعات التّصرّف بمحلّ العقد ولا استهلاكه، ثمّ هو أولى من الهبة في انتقاله بالقبض؛ لأنّ الهبة لا يقابلها عوض، أمّا القرض فيقابلها عوض فكان أولى بانتقاله بالقبض.⁷⁸²

ويمكن أن يردّ على هذا القياس بأنّ المالكيّة لا يسلمون بانتقال ملكيّة الهبة بالقبض؛ فهي تنتقل عندهم بمجرد العقد، فلا يكون هذا الكلام حجة عليهم.

⁷⁷⁹ ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع، 7: 396؛ الرملي، نهاية المحتاج، 4: 232.

⁷⁸⁰ ينظر ص. 102 من هذا البحث.

⁷⁸¹ ينظر: الهيتمي، تحفة المحتاج، 5: 48؛ الرحيباني، مطالب أولي النهى، 3: 340.

⁷⁸² ينظر: الرافعي، فتح العزيز، 9: 391؛ زكريا الأنصاري، أسنى المطالب، 2: 143.

واحْتِج الشَّافِعِيَّةُ لِقَوْلِهِمُ الثَّانِي بِانْتِقَالِ مِلْكِيَّةِ الْقَرْضِ بِالتَّصَرُّفَاتِ: بِأَنَّ الْقَرْضَ لَيْسَ تَبَرُّعًا مُحَضًّا لَوْجِبَ الْبَدْلُ فِيهِ، وَلَيْسَ مَعَاوِضَةً حَقِيقَةً، فَوَجِبَ انْتِقَالُ مِلْكِيَّتِهِ بَعْدَ اسْتِقْرَارِهِ بِبَدْلِهِ،⁷⁸³ وَاسْتِقْرَارُهُ يَكُونُ بِالتَّصَرُّفِ فِيهِ.

وَيُمْكِنُ أَنْ يَرَدَّ عَلَيْهِ بِأَنَّ هَذَا الْقَوْلَ يَقْتَضِي انْتِقَالَ الْمَلِكِ مِنَ الْمَقْرُضِ إِلَى الْمُقْتَرِضِ بِمَجَرَّدِ الْقَبْضِ دُونَ التَّصَرُّفِ؛ لِأَنَّ الْقَرْضَ لَوْ لَمْ يَدْخُلْ فِي مَلِكِ الْمُقْتَرِضِ بِالْقَبْضِ لَامْتَنَعَ عَلَيْهِ أَنْ يَتَصَرَّفَ فِيهِ أَصْلًا، وَأَيْضًا يَوْجَدُ قَوْلُ عِنْدَ الشَّافِعِيَّةِ يَمْنَعُ الْمَقْرُضَ مِنَ الرَّجُوعِ بَعَيْنِ مَالِهِ بَعْدَ الْقَبْضِ وَيَتِيحُ لِلْمُقْتَرِضِ أَنْ يُؤَدِّيَ حَقَّهُ مِنْ مَالٍ آخَرَ كَسَائِرِ الدَّيُونِ،⁷⁸⁴ وَهَذَا إِنْ دَلَّ فَإِنَّمَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّ الْمُقْتَرِضَ قَدْ مَلَكَ الْقَرْضَ بِالْقَبْضِ.

وَأَمَّا حُجَّةُ قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ فِي تَعْلِيقِ انْتِقَالِ مِلْكِيَّةِ الْقَرْضِ عَلَى الْاسْتِهْلَاكِ: أَنَّ الْقَرْضَ إِعَارَةٌ، وَدَلِيلُ ذَلِكَ أَنَّ الْأَجَلَ لَا يُلْزَمُ فِيهِ بِخِلَافِ الْمَعَاوِضَاتِ الَّتِي يُلْزَمُ فِيهَا الْأَجَلُ،⁷⁸⁵ فَإِذَا كَانَ الْأَمْرُ كَذَلِكَ فَالْإِعَارَةُ تَمْلِكُ الْمُنْفَعَةَ لَا تَمْلِكُ الْعَيْنَ، وَلَا يَمْلِكُهَا الْمُقْتَرِضُ إِلَّا بِالْاسْتِهْلَاكِ.

وَيُنَاقِشُ الْحَنْفِيَّةُ قَوْلَ أَبِي يُوسُفَ هَذَا بِأَنَّهُ مَعَ التَّسْلِيمِ بِأَنَّ الْقَرْضَ إِعَارَةٌ إِلَّا أَنَّ قَبْضَ الْعَيْنِ يَقَامُ مَقَامَ قَبْضِ الْمُنْفَعَةِ، وَالْمُنْفَعَةُ فِي الْإِعَارَةِ تَنْتَقِلُ مِلْكِيَّتُهَا بِالْقَبْضِ.⁷⁸⁶

حُجَّةُ أَصْحَابِ الْأَتْجَاهِ الثَّانِي بِأَنَّ مِلْكِيَّةَ الْقَرْضِ تَنْتَقِلُ إِلَى الْمُقْتَرِضِ بِمَجَرَّدِ الْعَقْدِ: هِيَ قِيَاسُ الْقَرْضِ عَلَى الْهَبَةِ بِحُجَّةِ أَنَّ كِلَا الْعَقْدَيْنِ مِنْ عَقُودِ التَّبَرُّعِ، وَالْهَبَةُ يَنْتَقِلُ الْمَلِكُ فِيهَا بِمَجَرَّدِ الْعَقْدِ.⁷⁸⁷ وَيُمْكِنُ أَنْ يَرَدَّ عَلَى هَذَا الْقِيَاسِ بِأَنَّ جُمْهُورَ الْفُقَهَاءِ الْمُخَالَفُونَ لِلْمَالِكِيَّةِ فِي الْمَسْأَلَةِ لَا يَسْلَمُونَ لَهُمْ بِانْتِقَالِ مِلْكِيَّةِ الْهَبَةِ بِالْعَقْدِ،

⁷⁸³ ينظر: الرافعي، فتح العزيز، 9: 391.

⁷⁸⁴ الشربيني، مغني المحتاج، 3: 35.

⁷⁸⁵ ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع، 7: 396.

⁷⁸⁶ ينظر: المرجع السابق.

⁷⁸⁷ ينظر: الدسوقي، حاشية الدسوقي، 3: 226؛ الصاوي، بلغة السالك لأقرب المسالك، 2: 106.

بل يرون أنّ انتقال ملكيّة الهبة إنّما تكون بالقبض؛⁷⁸⁸ لذا نجدهم قد قاسوا القرض على الهبة في استدلالهم أيضاً.

الموازنة بين الأدلة: بعد عرض الأدلة ومناقشتها يبدو أنّ قول الجمهور بأنّ ملكيّة القرض تنتقل بالقبض تعضده الأمور الآتية:

أولاً: إنّ أصحاب الاتجاه الأول متفقون على تأثير الأفعال في انتقال ملكيّة القرض، ولكن الخلاف وقع بينهم في تحديد الفعل المؤثّر في ذلك، والقول بتعليق انتقال الملك على التصرّف كما ذهب إليه بعض الشافعيّة، أو على الاستهلاك كما ذهب إليه الإمام أبو يوسف فيه إشكال؛ لأنّ جواز التصرّف أو الاستهلاك يقتضي أن يسبقه انتقال ملكيّة القرض إلى المقترض.

ثانياً: إنّ الخلاف مع المالكيّة مبني على وقوع الخلاف الحاصل في الأصل الذي تمّ القياس عليه وهو انتقال ملكيّة الهبة، وقد بينّا سابقاً أنّ الرّاجح في ذلك هو قول الجمهور بانتقال ملكيّة الهبة بالقبض لا بالعقد،⁷⁸⁹ كما يعضد قول الجمهور أيضاً ما ذكره من أدلة أخرى تؤيّد انتقال ملكيّة القرض بالقبض.

المسألة الرابعة: أثر قبض العارية في انتقال ملكيّة منفعتها

ذهب الشافعيّة⁷⁹⁰ والحنابلة⁷⁹¹ في الأصحّ عندهم إلى أنّ عقد الإعارة يتيح إباحة الانتفاع بالعارية دون تمليك المنفعة، وبالتالي من ملك حقّ الانتفاع جاز له أن ينتفع بنفسه فقط؛ فلا أثر للقبض ولا العقد في انتقال ملكيّة المنفعة فيها.

⁷⁸⁸ ينظر ص. 178 من هذا البحث.

⁷⁸⁹ ينظر ص. 181 من هذا البحث.

⁷⁹⁰ ينظر: كريا الأنصاري، فتح الوهاب، 1: 270؛ الشربيني، مغني المحتاج، 3: 314.

⁷⁹¹ ينظر: ابن قدامة، المغني، 5: 168؛ البهوتي، شرح منتهى الإرادات، 2: 287.

في حين ذهب الحنفية⁷⁹² والمالكية⁷⁹³ إلى أنّ عقد الإعارة يفيد انتقال ملكية المنفعة إلى المستعير،⁷⁹⁴ وبناء عليه نعلم أنّ البحث حول انتقال ملكية المنفعة من المعير إلى المستعير منحصر بين الحنفية والمالكية، وبيان هذا الاختلاف أنّ الحنفية⁷⁹⁵ اشترطوا في نقل ملكية منفعة العارية أن يقوم المستعير بقبض العارية فعلاً، بينما ذهب المالكية⁷⁹⁶ إلى أنّ انتقال ملكيتها إنّما يحصل بمجرد العقد ولا أثر للقبض في ذلك، واستدلّ كلا الفريقين بالقياس على الهبة؛ لأنّ الإعارة من عقود التبرعات، وطريق تملك التبرعات هو القبض عند الحنفية والعقد عند المالكية، ومنه نعلم أنّ أصل الخلاف الحاصل بين الفريقين هو الخلاف في الأصل الذي تمّ بناء الحكم عليه، وقد بينّا سابقاً أنّ الرّاجح في انتقال ملكية التبرعات كالهبة والقرض إنّما يكون بالقبض لا بالعقد.⁷⁹⁷

4.1.3.2 أثر التصرفات الفعلية في انتقال الملكية في العقد غير الصحيح

كُنّا قد قدّمنا أنّ جمهور الفقهاء لم يفرّقوا بين العقد الفاسد والباطل في التسمية، فهما عندهم لفظان مترادفان لما يقابل العقد الصحيح، وهذا خلافاً للحنفية؛ حيث ذهبوا إلى التفرقة بين العقد الفاسد والباطل؛ فالباطل عندهم هو ما لم يكن مشروعاً لا في أصله ولا في وصفه، والفاسد ما كان مشروعاً في أصله دون وصفه، والسؤال هنا: هل للتصرفات الفعلية كالقبض أثر في انتقال الملكية في العقد غير الصحيح أم ليس لها ذلك؟

⁷⁹² ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع، 6: 214-215؛ ابن عابدين، رد المحتار، 5: 677؛ علي حيدر، درر الحكام، 2: 234.

⁷⁹³ ينظر: الخرشي، حاشية الخرشي، 6: 120؛ الدسوقي، حاشية الدسوقي، 3: 432؛ مُجَدِّدُ عَلِيْش، منح الجليل، 7: 49.

⁷⁹⁴ وبناء عليه فإن من استعار شيئاً جاز له إعارته، ولكن عند المالكية له أن يعيره لغيره إذا كانت الإعارة مطلقة عن التقيد، أما عند الحنفية فله ذلك حتّى وإن كانت مقيدة طالما أن الاستعمال لا يختلف باختلاف المستعملين. ينظر: الخرشي، شرح مختصر خليل، 6: 122؛ النفراوي، الفواكه الدواني، 2: 168؛ النفراوي، الفواكه الدواني، 2: 168.

⁷⁹⁵ الكاساني، بدائع الصنائع، 6: 214.

⁷⁹⁶ خليل ابن اسحاق، التوضيح، 6: 493.

⁷⁹⁷ ينظر ص. 181 و 185 من هذا البحث.

اختلف الفقهاء في حكم انتقال ملكية المقبوض بعقد غير صحيح إلى ثلاثة أقوال:

القول الأول: ذهب الحنفية إلى أن القبض في العقد الباطل ليس له أثر في انتقال الملكية، أما في العقد الفاسد فيفيد انتقال الملكية ويكون المقبوض مضموناً بالقيمة إن كان المبيع قيمياً وبالمثل إن كان مثلياً.⁷⁹⁸

القول الثاني: ذهب الشافعية⁷⁹⁹ والحنابلة⁸⁰⁰ إلى أن القبض في العقد الفاسد - أو الباطل - لا يفيد انتقال الملكية.

القول الثالث: ذهب المالكية إلى أن القبض في العقد الفاسد ينقل الملكية إذا انضم إليه فوات المعقود عليه، أما إذا بقي المعقود عليه قائماً فلا ينقلها،⁸⁰¹ ومحل انتقال الملكية عندهم إنما يكون فيما اختلف في فساده ولو خارج مذهبهم.⁸⁰²

الأدلة والمناقشة:

استدل أصحاب القول الأول بجملة من الأدلة يمكن عرضها وفق الآتي:

أولاً: أن ركن العقد قد صدر من أهله مضافاً إلى محله،⁸⁰³ فالعاقدان يتمتعان بالعقل والبلوغ، ومحل العقد تحققت فيه المالئة.⁸⁰⁴

⁷⁹⁸ هذا ويشترط الحنفية لانتقال الملكية أن يأذن البائع للمشتري بالقبض صراحة أو دلالة، ويكفي بالإذن دلالة أن يقبضه في مجلس العقد بحضرة البائع، أما بعد المجلس فلا بد من الإذن صراحة. ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع، 5: 299، 304؛ الزيلعي، تبين الحقائق، 4: 61-62؛ العيني، البناية، 8: 141؛ ابن عابدين، رد المختار، 5: 49، 89-90.

⁷⁹⁹ الماوردي، الحاوي الكبير، 5: 316؛ الروياني، بحر المذهب، 5: 25؛ النووي، المجموع، 9: 367.

⁸⁰⁰ ابن قدامة، المغني، 4: 172؛ المرداوي، الإنصاف، 11، 262.

⁸⁰¹ خليل بن إسحاق، التوضيح، 5: 505؛ الخطاب، مواهب الجليل، 4: 380.

⁸⁰² الدردير، الشرح الصغير، 3: 111.

⁸⁰³ ينظر: المرغيناني، الهداية، 3: 51؛ الزيلعي، تبين الحقائق، 4: 63؛ ابن نجيم، البحر الرائق، 6: 99؛

⁸⁰⁴ فإذا كان الثمن خمرًا أو خنزيرًا اعتبر مألًا من وجه ميلان طباع الناس إلى الخمر والخنزير، ولم يعتبر مألًا متقوفاً من وجه إهانة الشرع، وإذا كان الحال كذلك لم يبطل البيع بل يفسد. ينظر: العيني، البناية، 8: 198.

ويمكن أن يناقش بأنّ هذا القول يقتضي انتقال الملك بتحقيق ركن العقد دون أخذ الوصف المفسد للعقد بعين الاعتبار، وهذا فيه نظر؛ لأنّ انتقال الملك يجب أن يكون موافقاً لإذن الشرع، والشرع قد نهي عن هذا الوصف المفسد وحرّمه، والنهي عن الوصف كأنّه نهي عن الأصل أيضاً.

ثانياً: أنّ البيع الفاسد يفيد انتقال الملك كسائر البيوع المشروعة لأنّه يصدق عليه اسم البيع، والنصوص التي جاءت في البيوع المشروعة جاءت عامّة مطلقة، فمن ادّعى تخصيصاً أو تقييداً لها فعليه بالدليل.⁸⁰⁵

ويمكن أن يناقش بأنّه لانتقال ملكيّة المبيع لا يكتفى بصورة العقد ظاهراً دون الالتفات إلى ما يعتريه من جهالة وغرر ومفاسدات أخرى.

ثالثاً: دعوى الإجماع، جاء في بدائع الصنائع: "الاستدلال بدلالة الإجماع أيضاً، وهو أنّنا أجمعنا على أنّ البيع الخالي عن الشروط الفاسدة مشروع ومفيد للملك، وقران هذه الشروط - الفاسدة - بالبيع ذكرًا لم يصح، فالتحق ذكرها بالعدم."⁸⁰⁶

ويمكن أن يناقش بأنّ دعوى الإجماع هذه فيها نظر؛ لأنّ الإجماع الواقع هو على صحّة البيع الخالي عن الشرط المفسد، أمّا إلحاق الشرط المفسد بالعدم فقد وقع فيه الخلاف، إلّا إذا كان القصد من الكلام هو إجماع الحنفية وحدهم.

واستدل أصحاب القول الثّاني بجملة من الأدلّة يمكن عرضها وفق الآتي:

أولاً: قوله تعالى "الَّذِينَ يَأْكُلُونَ الرِّبَا لَا يَقُومُونَ إِلَّا كَمَا يَقُومُ الَّذِي يَتَخَبَّطُهُ الشَّيْطَانُ مِنَ الْمَسِّ" (البقرة 275/2) ووجه الاستدلال: لو كان المقبوض بموجب عقد فاسد تنتقل ملكيته بالقبض لما استحقّ هذا الوعيد.⁸⁰⁷

⁸⁰⁵ الكاساني، بدائع الصنائع، 5: 299.

⁸⁰⁶ المرجع السابق.

⁸⁰⁷ ينظر: الماوردي، الحاوي الكبير، 5: 316؛ النووي، المجموع، 9: 378.

ويمكن أن يناقش بأنّ الرّبط بين انتقال الملك وبين الوعيد الشّدِيد في الآيّة فيه نظر؛ فغاية ما تشير إليه الآيّة هو النّهْي عن تعاطي الرّبا، وليس فيها دلالة على منع انتقال الملكيّة في عقد تحقّقت صورته الظّاهرة، ثمّ ليس من ضرورة ثبوت الحرمة انتفاء الملك، فعلى سبيل المثال: من ملك عصيرًا ثمّ تخمّر يبقَى مملوكًا لصاحبه.

ثانيًا: القياس؛ وذلك بثلاثة طرق:

الأوّل: قياس ما تمّ شراؤه فاسدًا على ما تمّ شراؤه بميتة أو دم.⁸⁰⁸

ويمكن أن يناقش بأنّه قياس مع الفارق؛ لأنّهم قاسوا ما تمّ النّهْي عنه لوصف فيه على ما كان النّهْي عنه متعلّقًا بحقيقته، فالميتة والدم ليسا بمال، والعقد عليهما يعني أنّ الفائت هو ركن من أركان العقد.

والثّاني: قياس العقد الفاسد قبل تحقّق القبض على العقد الفاسد بعد تحقّقه.⁸⁰⁹

ويمكن أن يناقش بأنّ المنع من انتقال الملكيّة قبل القبض كان من أجل منع إقرار الفساد المنهْي عنه.

والثّالث: القياس على الغصب، وذلك أنّ كلًّا من المقبوض بموجب عقد فاسد والمقبوض بطريق الغصب

يجب ردّها بنمائهما المنفصل عنهما، وما وجب فيه ذلك لم يكن ملكًا لمن لزمه الرد.⁸¹⁰

ويمكن أن يناقش بأنّ هذا القياس فيه نظر؛ لأنّ القبض الذي ينقل الملكيّة في العقد الفاسد إنّما يتمّ برضا

من البائع مسبوقًا بعقد من طبيعته نقل الملكيّة، إلّا أنّ هذا العقد اعتراه ضعف بسبب وجود المفسد فيه،

أمّا الغصب فهو خلاف ذلك.

ثالثًا: إنّ القول بانتقال الملكيّة في العقد الفاسد إمّا أن يحصل بمجرد العقد أو بمجرد القبض، أو بالعقد مع

القبض، فأما انتقالها بمجرد العقد فلا يجوز، وأما انتقالها بمجرد القبض دون أن يسبق بعقد فلا يجوز أيضًا،

⁸⁰⁸ النووي، المجموع، 9: 378.

⁸⁰⁹ ينظر: الماوردي، الحاوي الكبير، 5: 316؛ ابن قدامة، المغني، 4: 173.

⁸¹⁰ ينظر: الماوردي، الحاوي الكبير، 5: 316.

كذلك الحال لا يجوز انتقالها باجتماع العقد الفاسد مع القبض لسببين: الأول: أن انتقالها بهذا الطريق مخالف لموضوع البيوع الذي تنتقل فيه الملكية بنفس العقد، والثاني: أن البائع له استرجاع المبيع الذي قبضه المشتري بموجب عقد فاسد، فلو كانت ملكية المبيع قد انتقلت للمشتري فعلاً لما جاز للبائع استرجاعه.⁸¹¹

يمكن أن يناقش هذا الكلام بأن ملكية المبيع إنما تنتقل بمجرد العقد في العقد الصحيح، أما في الفاسد فلا تنتقل بمجرد العقد؛ لأن العقد فيه ضعف، وهذا الضعف يقوّيه فعل القبض، ثم في العقد الصحيح قد يتأخر انتقال الملك أيضاً كما هو الحال فيما لو انعقد بشرط الخيار، وأما القول بأن للبائع استرجاع المبيع فيمكن أن يردّ عليه بأن ذلك للنهي المتعلق بالعقد، ثم إن الشافعية - أصحاب هذا الاستدلال - قد أجازوا للأب وسائر الأصول الرجوع في الهبة بعد قبضها،⁸¹² فهل يذهبون بناء على طريقة استدلالهم هذه إلى أن الولد لا يملك الشيء الموهوب له من قبل أصوله لأن للأصول حق الرجوع فيما وهبوه إياه؟!

واستدل أصحاب القول الثالث بأن العقد الفاسد حرام منهى عنه، وما كان محرماً لا يصلح سبباً للانتفاع به، والواجب فسخه إذا كانت السلعة قائمة، فإذا فاتت السلعة تعدّر الرد لشبهة الملك مراعاة لاختلاف المجتهدين فيه.⁸¹³

الموازنة بين الأدلة: بعد استعراض أقوال الفقهاء وأدلتهم، نجد أن ما ذكره أصحاب القول الثاني - الشافعية والحنابلة - من أدلة قد تم مناقشتها مناقشة قوية، إضافة إلى ذلك فإنه ليس من الإنصاف التسوية بين عقدين أحدهما وقع الخلل في أصله والآخر وقع الخلل في وصفه، إذ وقوع الخلل في الأصل أكبر من وقوعه في الوصف.

⁸¹¹ ينظر: المرجع السابق، 5: 316-317.

⁸¹² ينظر: زكريا الأنصاري، أسنى المطالب، 2: 484؛ الشربيني، مغني المحتاج، 3: 568.

⁸¹³ ينظر: المواق، التاج والإكليل، 6: 256؛ محمد عليش، فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب مالك، بيروت: دار المعرفة، 1: 342.

أما ما ذهب إليه المالكية: فبالرغم من توسّطهم بين القولين⁸¹⁴ من خلال تعليق انتقال الملكية على فوات المعقود عليه إلا أنّ قولهم هذا لا يعضده دليل قوي.

أما بالنسبة لقول الحنفية إضافة إلى الأدلة التي استندوا إليها فإننا نجد في قولهم هذا حماية للغير من تحمّل تبعيّة فساد العقد، فربما أبرم شخص مع آخر عقداً حول شيء كان قد وصل إليه بموجب عقد فاسد.

هذا وتجدر الإشارة هنا إلى أنّ الحنفية قد نصّوا على أنّ الملك الناشئ عن قبض المعقود عليه في العقد الفاسد يختلف عن الملك الناشئ عن العقد الصحيح، وأهمّ النقاط التي يختلف فيها عنه:

1- أنّ الملك الناشئ عن العقد الفاسد لا يحلّ معه الانتفاع بالشيء الذي انتقلت ملكيته، فلو كان المبيع ثوباً أو طعاماً أو داراً فلا يباح له لبس ذلك الثوب ولا أكل ذلك الطعام ولا سكّنى تلك الدار لأنّه ملك خبيث، ولكن يصحّ فيه التصرفات المزيّلة للملك كالبيع والهبة.⁸¹⁵

2- أنّ هذا العقد غير لازم ويجب فسخه رعاية لحقّ الشارع في إزالة الفساد عن العقد.⁸¹⁶

3- أنّه ملك مضمون على المشتري بالقيمة فيما كان قيمياً وبالمثل فيما كان مثلياً، بخلاف العقد الصحيح فإنّه يكون مضموناً بالتّمنّ المسمّى.⁸¹⁷

⁸¹⁴ يقول الإمام الزركشي: "وأما المالكية فتوسطوا بين القولين، ولم يفرقوا بين الباطل والفساد في التسمية، ولكنهم قالوا: البيع الفاسد يفيد شبهة الملك فيما يقبل الملك." بدر الدين محمد بن عبد الله الزركشي، البحر المحيط في أصول الفقه، ط. 1 (دار الكتي، 1994م)، 2: 26.

⁸¹⁵ ينظر: السمرقندي، تحفة الفقهاء، 2: 60؛ الكاساني، بدائع الصنائع، 5: 304.

⁸¹⁶ ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع، 5: 300؛ الحصكفي، الدر المختار، 5: 91.

⁸¹⁷ الكاساني، بدائع الصنائع، 5: 304.

4.2 أثر التصرفات الفعلية في استحقاق الضمان في العقود

كنا قد ذكرنا في الفصل الأول أنّ من العقود عقوداً تفيد الضمان، وعقوداً أخرى لا تفيد ذلك وهي عقود الأمانة، وسنبحث هنا أثر التصرفات الفعلية في استحقاق الضمان في كلا النوعين.

4.2.1 تعريف الضمان

إنّ مفهوم الضمان في الفقه الإسلاميّ متّسع المدلول، فهو يطلق على الكفالة، وعلى غرامة المتلفات والغصب والتعيبات، وعلى ضمان المال والتزامه بعقد وبغير عقد، وعلى وضع اليد على المال، وعلى ما ألزم به الشارع بسبب الاعتداءات كالديّات والكفّارات وضمان قيمة صيد الحرم وغير ذلك،⁸¹⁸ لذا نجد تعريفات الفقهاء للضمان قد اختلفت وفقاً لتلك المعاني:

فعرّفه الحنفية بأنّه "إعطاء مثل الشّيء إن كان من المثلّيات أو قيمته إن كان من القيميّات"،⁸¹⁹ وعرّفه المالكية بأنّه: "شغل ذمّة أخرى بالحقّ".⁸²⁰

وعرّفه الشافعية بأنّه: "التزام حقّ ثابت في ذمّة الغير، أو إحضار من هو عليه أو عين مضمونة".⁸²¹

وعرّفه الحنابلة بأنّه: "ضمّ ذمّة الضّامن إلى ذمّة المضمون عنه في التزام الحقّ".⁸²²

⁸¹⁸ ينظر: مجّد فوزي فيض الله، أحكام الضمان في الفقه الإسلامي، ط. 1 (الكويت: مكتبة التراث الإسلامي، 1983)، 13، الموسوعة الفقهية الكويتية، 28: 319-320.

Aktan, "Damân", 8: 450.

⁸¹⁹ هذا التعريف أخذت به مجلة الأحكام العدلية، وهو قريب من تعريف الحموي حيث عرف الضمان بأنّه: "رد مثل المالك أو قيمته". ينظر: مجلة الأحكام العدلية، 80، (المادة 416)؛ الحموي، غمز عيون البصائر، 4: 7.

⁸²⁰ مجّد بن عبد الله الصقلي، الجامع لمسائل المدونة، ط. 1 (السعودية: معهد البحوث العلمية وإحياء التراث الإسلامي بجامعة أم القرى، 2013م)، 18: 33؛ عثّمان ابن الحاجب، جامع الأمهات، تح. أبو عبد الرحمن الأخضر، ط. 2 (دمشق: اليمامة للطباعة والنشر والتوزيع، 2000م)، 491؛ خليل ابن إسحاق، مختصر خليل، 176.

⁸²¹ زكريا الأنصاري، أسنى المطالب، 2: 235؛ سليمان العجيلي، حاشية الجمل، 3: 377.

⁸²² ابن قدامة، المغني، 4: 399.

ومن خلال النظر في هذه التعريفات نجد أنّ تعريف الحنفية فيه تضيق لمعنى الضمان؛ إذ اقتصر على ضمان الضرر المالي التاجم عن التعدي دون الضمان الناشئ عن العقد، وتعريفات الجمهور إنّما تتكلم عن الكفالة.⁸²³

كذلك تباينت أيضاً تعريفات المعاصرين توسيعاً وتضييقاً لما يقع عليه مفهوم الضمان، فعرفه الشيخ علي الحنيف بأنّه: "شغل الذمة بما يجب الوفاء به من مال أو عمل".⁸²⁴ وقريب منه تعريف الدكتور حمزة أكتان؛ حيث عرفه بأنّه "التزام ذمة المرء بدين يجب عليه أدائه"⁸²⁵ ويؤخذ على هذين التعريفين أنّهما يعمّان كلّ ما يجب الوفاء به، فيدخل في ذلك الزكوات والكفارات وغيرها مما يجب الوفاء به.

وعرفه الدكتور محمد فوزي فيض الله بأنّه: "شغل الذمة بحقّ أو تعويض عن ضرر".⁸²⁶ فهذا التعريف وإن كان جامعاً لكلّ أنواع الضمان إلّا أنّه يؤخذ عليه ما أخذ على التعريفين السابقين.

وعرفه الشيخ مصطفى الزرقا بأنّه: "التزام بتعويض مالي عن ضرر للغير".⁸²⁷ وهذا التعريف بالرغم من أنّه يجمع بين الإيجاز والوضوح إلّا أنّه يؤخذ عليه أنّه قد حصر الضمان في الالتزام، ومن المعلوم أنّ ذلك لا يصدر إلّا عن مكلف بعقد، ومفهوم الضمان أعم من ذلك.

واحترازاً لما وقع فيه أصحاب التعريفات السابقة فالذي نرجحه أن يكون تعريف الضمان على النحو الآتي:
شغل الذمة بتعويض مالي عن ضرر لحق بالغير. فهو تعريف موجز جامع لضمان الأموال وغيرها.

⁸²³ Aktan, "Damân", 8: 450.

ويؤكد ذلك أنهم يعنونون في كتبهم للكفالة بالضمان، وقد سار بعض الحنفية أيضاً على تناول أحكام الكفالة تحت عنوان الضمان. ينظر: المرغيناني، الهداية، 3: 95؛ الدسوقي، حاشية الدسوقي، 3: 330؛ الشربيني، مغني المحتاج، 3: 198؛ ابن قدامة، المغني، 4: 399.

⁸²⁴ علي الحنيف، الضمان في الفقه الإسلامي، د.ط. (القاهرة: دار الفكر الإسلامي، 2000م)، 8.

⁸²⁵ Aktan, "Damân", 8: 450.

⁸²⁶ فيض الله، أحكام الضمان في الفقه الإسلامي، 14.

⁸²⁷ الزرقا، المدخل الفقهي العام، 2: 1035.

والذي يعنينا في هذا البحث هو ما جرى استعماله على ألسنة الفقهاء من تحمّل تبعيّة الهلاك في العقود المالية وأثر التصرفات الفعلية في تحمّل تلك التبعيّة.

4.2.2 أثر التصرفات الفعلية في استحقاق الضمان في عقود الضمان

4.2.2.1 أثر التصرفات الفعلية في استحقاق الضمان في عقود الضمان الصحيحة

عقود الضمان هي عقود يترتب عليها تحمّل تبعّة الهلاك بقبض محلّها.⁸²⁸ ويستفاد من هذا الكلام أنّ الضمان في هذا النوع من العقود ينتقل من عاقد إلى عاقد آخر بفعل القبض؛ فإذا قبضه كان ذلك المحلّ مضموناً عليه، سواء هلك بفعل الشخص القابض له، أم بفعل شخص أجنبي، أم بأفة سماوية. وهذه العقود هي عقد البيع والصّح عن مال بمال والقسمة والقرض والمخارعة؛ إذا وقعت تلك العقود صحيحة.

أولاً: عقد البيع: لعلّ عقد البيع هو أظهر مثال لعقود الضمان، إذ أن المقصود الأساس منه هو المعاوضة، ويكون ضمان محلّ العقد فيه قبل قبضه على البائع، وبعد قبضه ينتقل إلى المشتري، فالعامل المؤثّر في إيجاب الضمان في هذا العقد هو وضع اليد، وهذا عند الحنفية⁸²⁹ والشافعية⁸³⁰ ووافقهم في ذلك المالكية⁸³¹ والحنابلة⁸³² إذا كان محلّ العقد مكيلاً أو موزوناً، أمّا إن لم يكن كذلك فإنهم يرون أنّ انتقال الضمان إنّما يكون بمجرد العقد دون الالتفات إلى وضع اليد.

⁸²⁸ ينظر: الزحيلي، نظرية الضمان، 129.

⁸²⁹ ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع، 5: 241؛ ابن نجيم، البحر الرائق، 6: 15-16؛ علي حيدر، درر الحكام، 1: 275، 278.

⁸³⁰ ينظر: الماوردي، الحاوي الكبير، 5: 221؛ الرافعي، العزيز، 4: 286-287؛ النووي، روضة الطالبين، 3: 501.

⁸³¹ ينظر: عبد الوهاب، عيون المسائل، 403؛ ابن جزي، القوانين الفقهية، 164؛ الصاوي، بلغة السالك، 2: 70.

⁸³² ينظر: ابن قدامة، المغني، 3: 489؛ المرداوي، الإنصاف، 11: 501.

ثانياً: عقد قسمة الأعيان: هذا العقد أيضاً يشتمل على المعاوضة، لأنَّ القسمة تعني "تعيين الحصّة الشائعة"⁸³³ وتعيينها يكون بالإفراز من جهة، وبالمبادلة من جهة أخرى، فلو أنّ حنطة مشتركة بين اثنين كان لكلّ شريك النّصف في كلّ حبة منها، فإذا قسمت إلى قسمين وأعطى قسم لكلّ واحد منهما فإنّ كلّ واحد قد أفرز نصف حصّته وبادل شريكه بالنّصف الآخر من حصّته،⁸³⁴ لذلك كانت القسمة تشتمل على المعاوضة، وبما أنّها تشتمل على المعاوضة فهي من عقود الضّمان، فإذا قبض أحد الشّريكين نصيبه ثمّ هلك بعد ذلك كان ضامناً له.⁸³⁵

ثالثاً: عقد الصّلاح عن مال بمال: هذا العقد أيضاً يتضمّن معنى المعاوضة؛ لأنّ أحد الطّرفين يتنازل عن بعض حقّه لقاء البذل الذي يأخذه من الطّرف الآخر، لذا نجد الفقهاء يشترطون في بدل الصّلاح نفس الشّروط الّتي يشترطونها في بدل البيع،⁸³⁶ ومنه يُعلم أنّ الصّلاح من عقود الضّمان، فمن قبض بدل الصّلاح ثمّ هلك بعد قبضه كان هلاكه عليه.

رابعاً: عقد المخارجة: وهي أن يصطلح الورثة على إخراج بعضهم من الميراث بمال معلوم،⁸³⁷ فهي عقد معاوضة يترتّب عليه الضّمان بالقبض.

خامساً: عقد القرض: وهو يشبه البيع؛ لأنّه في حقيقته إعطاء مال مثليّ على أن يتقاضاه منه،⁸³⁸ فإذا قبض المقرض المال ثمّ هلك بفعل منه أو بفعل غيره هلك مضموناً عليه، شأنه في ذلك شأن المشتري في قبضه للمبيع.⁸³⁹

⁸³³ مجلة الأحكام، 214، (المادة 1114).

⁸³⁴ المرجع السابق، (المادة 1116).

⁸³⁵ ينظر: وهبة الزحيلي، نظرية الضمان، 136.

⁸³⁶ ينظر: غانم البغدادي، مجمع الضمانات، (بيروت: دار الكتاب الإسلامي، د.ت)، 390.

⁸³⁷ ينظر: البابرتي، العناية، 8: 439؛ العيني، البناء، 10: 38.

⁸³⁸ ينظر: ابن عابدين، رد المحتار، 5: 161.

4.2.2.2 أثر التصرفات الفعلية في استحقاق الضمان في عقود الضمان غير الصحيحة

ذكرنا أنّ الضمان في عقود الضمان الصحيحة ينتقل من عاقد إلى عاقد آخر بفعل القبض، لكن إذا

وقعت تلك العقود باطلة أو فاسدة فهل يبقى لفعل القبض فيها أثر في انتقال الضمان؟

ذهب جمهور الفقهاء من المالكية⁸⁴⁰ والشافعية⁸⁴¹ والحنابلة⁸⁴² إلى ترتيب الضمان على العاقد القابض

لمحل العقد سواء أكان العقد فاسدًا أم باطلاً، واعتبروا تلك العقود - من حيث الضمان - كالعقود

الصحيحة، حتى إن الشافعية والحنابلة صاغوا في ذلك الأمر قواعد عامة، فجاء في منهاج الطالبين: "وحكم

فاسد العقود حكم صحيحها في الضمان"⁸⁴³ وجاء في منتهى الإرادات "وكل عقد لازم يجب الضمان في

صحيحه يجب في فاسده."⁸⁴⁴

إلا أنّ المالكية اشترطوا لاستحقاق الضمان أن يكون محل العقد مما يحلّ تملكه وأن يكون آخذه قد قبضه

على جهة التملك قبضًا مستمرًا، فلو قبض المشتري السلعة ثمّ ردّها إلى بائعها على وجه الأمانة فهلك

كان هلاكها على البائع.⁸⁴⁵

أمّا الحنفية فقد ميّزوا بين العقد الباطل والعقد الفاسد من حيث انتقال الضمان، وبيان ذلك على النحو

الآتي:

أولاً: انتقال الضمان في العقد الباطل: اختلف فقهاء الحنفية في تأثير فعل القبض في انتقال الضمان في

العقد الباطل:

⁸³⁹ ينظر: وهبة الزحيلي، نظرية الضمان، 137.

⁸⁴⁰ ينظر: النفراوي، الفواكه الدواني، 2: 87؛ العدوي، حاشية العدوي، 2: 161.

⁸⁴¹ ينظر: الماوردي، الحاوي الكبير، 6: 42؛ زكريا الأنصاري، أسنى المطالب، 2: 37؛ الرملي، نهاية المحتاج، 4: 282.

⁸⁴² ينظر: ابن قدامة، الشرح الكبير على متن المقنع، 4: 57؛ البهوتي، شرح منتهى الإرادات، 2: 214.

⁸⁴³ النووي، منهاج الطالبين، 117.

⁸⁴⁴ محمد أحمد ابن النجار، منتهى الإرادات، تح. عبد الله عبد المحسن التركي، ط. 1 (بيروت: مؤسسة الرسالة، 1999م)، 3: 20.

⁸⁴⁵ ينظر: العدوي، حاشية العدوي، 2: 161.

ذهب فريق منهم⁸⁴⁶ إلى أنّ يد القابض على محلّ العقد هي يد أمانة فلا يضمن بمجرد القبض، وإنّما يضمن بالتّعدي أو التقصير، وعلّلوا ذلك بأنّ العقد الباطل غير معتبر، وأنّ القابض قد قبض محلّ العقد بإذن من الطرف الآخر؛ لذا فلا يضمن ما لم يتعدّ أو يقصّر في الحفظ، وهذا الرأى مروي عن أبي حنيفة رحمه الله، وبه أخذت مجلة الأحكام العدليّة.⁸⁴⁷

وذهب فريق آخر منهم إلى أنّ المقبوض في العقد الباطل يكون مضموناً في يد قابضه بمثله إن كان مثلياً وبقيمته إن كان قيميّاً، وعلّلوا ذلك بأنّ المقبوض في أدنى درجاته لا يكون أدنى حالاً من المقبوض على سوم الشراء، وهذا الرأى مروي أيضاً عن أبي حنيفة وهو ما ذهب إليه الصّاحبان،⁸⁴⁸ وقيل عليه الفتوى،⁸⁴⁹ وهذا القول يعضده أنّ القابض محلّ العقد لم يقبضه على وجه الأمانة، وإنّما قبضه بقصد التملّك ويجب عليه ردّه بحكم الشرع، وأمّا عن إذن الطرف الآخر له فإنّه قد جاء مخالفاً للشرع فينبغي أن لا يكون له اعتبار لمخالفته تلك.

ثانياً: انتقال الضّمان في العقد الفاسد: ذهب الحنفية إلى أنّ المقبوض في العقد الفاسد هو مضمون في يد قابضه بالمثل إن كان مثلياً أو قيمته إن كان قيميّاً.⁸⁵⁰

4.2.3 أثر التصرفات الفعلية في استحقاق الضّمان في عقود الأمانات

عقود الأمانات هي عقود لا يترتب عليها تحمّل تبعه الهلاك بمجرد قبض محلّها، وإنّما يترتب عليها الضّمان بالتّعدي أو بالتقصير في حفظ المحلّ،⁸⁵¹ ويستفاد من هذا الكلام أنّ القبض في هذا النوع من العقود ليس

⁸⁴⁶ كأبي نصر بن أحمد الطواويسى، ورواه الحسن بن زياد عن أبي حنيفة. ينظر: ابن الهمام، فتح القدير، 6: 404.

⁸⁴⁷ مجلة الأحكام العدلية، 73، (المادة 370).

⁸⁴⁸ ونقل أنه اختيار السرخسي، ينظر: ابن الهمام، فتح القدير، 6: 404؛ ابن عابدين، رد المختار، 5: 59.

⁸⁴⁹ كما نقله الحصكفي وابن عابدين. ينظر: ابن عابدين، رد المختار، 5: 59.

⁸⁵⁰ ينظر: ابن الهمام، فتح القدير، 6: 404؛ علي حيدر، درر الحكام، 1: 394.

⁸⁵¹ ينظر: وهبة الزحيلي، نظرية الضمان، 137.

هو المؤثر الوحيد في استحقاق الضمان - كما هو الحال في عقود الضمان - وإنما يستحق الضمان بأفعال أخرى تصدر عن العاقد تُحوّل يده من يد أمانة إلى يد ضمان، وهذه الأفعال متعددة ومتنوعة، وهي عمومًا يعبر عنها بالتعدي والتقصير.

وعقود الأمانات هي الإيداع، والإعارة عند فريق من الفقهاء، والوكالة، والشركات، والوصاية، والهبة عند الرجوع بها،⁸⁵² وسنعرض فيما يلي أمثلة من التصرفات الفعلية التي تحوّل يد الأمانة إلى يد ضمان في تلك العقود، وسنولي عقد الإيداع الجانب الأكبر من ذلك؛ لأنّ هذا العقد يمثل نقطة مشتركة بين عقود الأمانة، ولأنّ المقصد الأساس منه الاستئمان.

4.2.3.1 أثر التصرفات الفعلية في استحقاق الضمان في عقد الإيداع

ذكرنا أنّ المقصد الأساس من هذا العقد هو الاستئمان بقصد الحفظ،⁸⁵³ لذا نجد أنّ عامة المذاهب الفقهية على أنّ هذا العقد هو من عقود الأمانة،⁸⁵⁴ ونقل بعضهم إجماع علماء الأمصار على ذلك،⁸⁵⁵ والسبب في كون يد الوديع يد أمانة هو أنّ حفظ الوديعة من باب المعروف والإحسان، فلو كانت مضمونة على الوديع بمجرد قبضها من غير عدوان منه لزهّد الناس في قبول الودائع، وهذا يؤدّي إلى وقوع الناس في الحرج والمشقة لمسيس حاجتهم إليها.⁸⁵⁶

⁸⁵² المرجع السابق.

⁸⁵³ وهو ما يميزه عن بقية عقود الأمانة الأخرى، حيث إنّ موضوع الحفظ في بقية العقود لا يقصد أصالة، وإنما هو يتبع لمقصد آخر كالاستعمال والانتفاع والتصرف ونحو ذلك. ينظر: علي حيدر، درر الحكام، 2: 227؛ وهبة الزحيلي، نظرية الضمان، 138.

⁸⁵⁴ ينظر: المرغيناني، الهداية، 3: 213؛ الزرقاني، شرح الزرقاني على مختصر خليل، 6: 204؛ الشيرازي، المهذب، 2: 181؛ ابن قدامة، المغني، 6: 436.

⁸⁵⁵ ينظر: الشيرازي، المهذب، 2: 181.

⁸⁵⁶ ينظر: الزيلعي، تبين الحقائق، 5: 77؛ الشيرازي، المهذب، 2: 181؛ ابن مفلح، المبدع، 5: 85.

ولما كان المقصد من الإيداع هو الحفظ فإنَّ يد الوديع تتحوّل من يد أمانة إلى يد ضمان إذا تصرف تصرفات خارجة عن تحقيق هذا المقصد، وسنذكر هنا جانبًا من التصرفات الفعلية التي توجب تحول صفة يده.

المسألة الأولى: أثر إتلاف الوديعة في استحقاق الضمان

يذهب جمهور الفقهاء إلى أنَّ إتلاف الوديعة للوديعة دون إذن من المودع يوجب عليه ضمانها؛⁸⁵⁷ لأنَّ فعله هذا مناف لما يوجبه أصل العقد وهو الحفظ، ويذهب المالكية أبعد من ذلك؛ فعندهم لو أتلّفها بإذن المودع فعليه الضمان أيضًا، فعلى سبيل المثال: لو قال المودع للوديع ألقها -أي الوديعة- في البحر أو في النَّار ففعل الوديع ما أمر به فهو ضامن، ويعلّلون ذلك بالتهني عن إضاعة المال.⁸⁵⁸

لكن لو أنَّ الوديع أخذ الوديعة ليقضي بها حوائجه فأتلّفها، ثمَّ ردَّ بدلها مكانها، فهل تعود يده على الوديعة يد أمانة، أم أنَّ هذا الفعل الذي قام به يعتبر مؤثرًا في بقاء يده يد ضمان؟ للفقهاء في ذلك اتجاهان:

الاتجاه الأول: ذهب الحنفية،⁸⁵⁹ والشافعية،⁸⁶⁰ والحنابلة⁸⁶¹ إلى أنَّ هذا الفعل يعتبر مؤثرًا في بقاء يده يد ضمان، وعلّلوا ذلك بأنّه في حال أتلّف الوديعة ثمَّ ردَّ بدلها مكانها لا يعتبر ذلك عودًا إلى الموافقة التي كانت قبل فعل الإتلاف؛ لأنَّ الوديع جاء بملك نفسه ولم يأت بعين الوديعة، والاستئمان إنّما كان على عين الوديعة لا بدلها.⁸⁶²

الاتجاه الثاني: ذهب المالكية إلى التفصيل بين ما كان مثليًا وما كان قيميًا، فقالوا:

⁸⁵⁷ ينظر: علي حيدر، درر الحكام، 2: 289؛ الدسوقي، حاشية الدسوقي، 3: 420؛ ابن قدامة، المغني، 6: 437.

⁸⁵⁸ ينظر: الخطّاب، مواهب الجليل، 5: 251؛ الدسوقي، حاشية الدسوقي، 3: 420.

⁸⁵⁹ ينظر: السرخسي، المبسوط، 11: 111، 113؛ ابن نجيم، البحر الرائق، 7: 277.

⁸⁶⁰ ينظر: الماوردي، الحاوي الكبير، 8: 361؛ النووي، روضة الطالبين، 6: 335.

⁸⁶¹ ابن قدامة، المغني، 6: 451.

⁸⁶² ينظر: السرخسي، المبسوط، 11: 113؛ ابن نجيم، البحر الرائق، 7: 277.

إذا كانت الوديعة مالا قيميا وأتلفها الوديع ثم ردّ مكانها مثل صفتها فإنّ يده لا تعود يد أمانة وتبقى يد ضمان، وأمّا إذا كانت مثلية وردّ مثلها مكانها فلا شيء عليه وتبقى يده يد أمانة،⁸⁶³ وعلّلوا ذلك بأنّ المقصود من الإيداع هو حفظ الوديعة في أتمّ مراتب الحفظ، وحفظ الأموال المثلية في ذمة الوديع إن كان موسرا أبلغ من حفظها تحت يده لاستحالة آفات الفساد من التيل منها.⁸⁶⁴

والقول الأوّل هو الموافق للأصول؛ لأنّ الاستئمان إنّما كان على المال المودع لا بدله، ولأنّ تصرف الوديع بالمال خيانة للمودع، إلّا أنّ ما ذهب إليه المالكية يوافق الاستحسان؛ لأنّ الأغراض في الأموال المثلية لا تختلف، وكلّ مثل يقوم مقام مثله في التوسل للمقصود منه، فهذا ما يميّز الأموال المثلية عن القيمة؛ فقد يختلف الغرض باختلاف العين، ويؤيد هذا أنّ الحنفية أنفسهم قد أجازوا مثله استحسانا في مواطن أخرى غير الوديعة، فمما يذكرونه: لو أنّ رجلا أمر آخر بقبض ديونه ومن ثمّ التصدّق بها، فقام المأمور بالتصدّق من ماله أوّلا ليرجع فيما بعد على المديون فهو جائز، وكذلك الحال لو أعطاه دراهما ليتصدّق بها عن زكاته فقام المأمور بالتصدّق بدراهم نفسه مع نيّة الرجوع على دراهم الموكل جاز،⁸⁶⁵ وأيضا لو وكلّه بالشراء فأمسك الوكيل النقود المدفوعة من قبل الموكل ونقد الثمن من مال نفسه صحّ.⁸⁶⁶

المسألة الثانية: أثر استعمال الوديعة في استحقاق الضمان

استعمال الوديعة إمّا أن يكون بغير إذن من المودع أو بإذن منه، وفيما يلي أثر هذا الاستعمال في تحوّل صفة يد الوديع في كلا الحالتين:

الحالة الأولى: أثر استعمال الوديعة دون إذن من المودع: هذه الحالة لها صورتان:

⁸⁶³ ينظر: ابن عبد البر، الكافي، 2: 803؛ القرافي، الذخيرة، 9: 170-171.

⁸⁶⁴ ينظر: القرافي، الذخيرة، 9: 176.

⁸⁶⁵ ينظر: ابن نجيم، البحر الرائق، 7: 186.

⁸⁶⁶ ينظر: المرجع السابق، 7: 156؛ غانم البغدادي، مجمع الضمانات، 254.

الصورة الأولى: لو أنّ زيداً من الناس أودع عربته عند عمرو، ثمّ قام عمرو بإخراج العربة من أجل استعمالها في قضاء حوائجه دون إذن من المودع زيد، ثمّ بعد إخراجها بدا له أن لا يستعملها وأعادها مكانها سالمة، فتلفت بعد ذلك دون تعدّد منه أو تقصير، فهل يعتبر هذا الفعل -إخراجها بنية الاستعمال- مؤثراً في تحوّل يد الوديع عمرو إلى يد ضمان؟ للفقهاء في ذلك اتجاهان:

الاتجاه الأول: ذهب الحنفية⁸⁶⁷ والمالكية⁸⁶⁸ إلى أنّ الوديع لا يضمن بمجرد فعل الأخذ والردّ، فإذا أخذ الوديع الوديعة ليستعملها ثمّ تراجع عن ذلك وردّها مكانها فإنّ يده تبقى يد أمانة لا تضمن إلّا في حالة التعدي والتفريط، واستدلّوا لرأيهم بما يأتي:⁸⁶⁹

أولاً: بحديث "إنّ الله تجاوز عن أمّتي ما حدّثت به أنفسها ما لم تعمل أو تتكلم".⁸⁷⁰ ووجه الاستدلال أنّ ظاهر الحديث هو عموم العفو عما حدّثت به النفس.

ثانياً: أنّ فعل الأخذ بحدّ ذاته ليس بإتلاف، ونية الإتلاف أيضاً ليست بإتلاف، فلا يجب الضمان. الاتجاه الثاني: ذهب الشافعية⁸⁷¹ والحنابلة⁸⁷² إلى أنّه لو أخذ الوديع الوديعة ليقضي بها حوائجه، ثمّ بدا له عدم استعمالها فردّها مكانها سالمة فتلفت بعد ذلك اعتُبر فعله هذا موجباً للضمان، وعلّلوا ذلك بأنّ الوديع قد تعدّى بأخذه للوديعة وأنّ فعله هذا خيانة تستوجب الضمان.⁸⁷³

⁸⁶⁷ ينظر: السرخسي، المبسوط، 11: 112؛ الكاساني، بدائع الصنائع، 6: 213؛ العيني، البناية، 10: 115.

⁸⁶⁸ ينظر: المواق، التاج والإكليل، 7: 273؛ الدسوقي، حاشية الدسوقي، 3: 421.

⁸⁶⁹ الكاساني، بدائع الصنائع، 6: 213.

⁸⁷⁰ أخرج البخاري عن أبي هريرة رضي الله عنه. البخاري، 7: 46 (5269).

⁸⁷¹ ينظر: النووي، منهاج الطالبين، 196؛ الهيتمي، تحفة المحتاج في شرح المنهاج، 7: 122.

⁸⁷² ينظر: ابن مفلح، المبدع في شرح المقنع، 5: 90-91؛ البهوتي، كشف القناع، 4: 176.

⁸⁷³ ينظر: النووي، روضة الطالبين، 6: 334.

ومن خلال الموازنة بين الأقوال نجد أنَّ ما ذهب إليه أصحاب الاتجاه الأول يعضده أنَّ الوديع لم يصدر عنه تعدٍّ إذ لم يستعمل الوديعة ولم ينتفع بها ولم يتلفها، وعلى فرض اعتبار مجرد فعل الأخذ موجباً للضمان فإنَّ هذا الفعل قد عقبه فعل آخر يمكن أن يُقام مقام الأداء؛ وهو ردُّ الوديعة إلى حرزها سالمةً.

الصورة الثانية: وهي نفس الصورة السابقة إلّا أنَّ الوديع قد استعمل الوديعة ثمَّ ردّها سالمة إلى المكان الذي تحفظ فيه، كأن تكون دابةً فيركبها أو ثوباً فيلبسه، فهل يد الوديع تبقى يد أمانة أم أنَّها تتحوّل إلى يد ضمان بفعل الاستعمال هذا؟ للفقهاء في ذلك اتجاهان أيضاً:

الاتجاه الأول: ذهب الحنفية⁸⁷⁴ والمالكية⁸⁷⁵ إلى أنَّ الوديع إذا ردَّ الوديعة سالمة إلى مكانها ثمَّ هلكت فإنَّه لا يضمن؛ لأنَّ يده قد عادت بعد ردِّه إيَّها يد أمانة كما كانت، وعلّلوا ذلك بجملة من الأدلة منها:

أولاً: أنَّ الذي يوجب الضمان هو هلاك الوديعة لا الانتفاع بها، والهلاك هنا لم يحدث أثناء الانتفاع بها فلا ضمان عليه.⁸⁷⁶

ثانياً: أنَّ أمر المودع بالحفظ باقٍ على إطلاقه في كلِّ الأوقات، وأنَّ ارتفاع حكم العقد كان بسبب ثبوت نقيضه، فإذا زال النقيض عاد حكم العقد كما كان، مثله كمن استأجر شخصاً آخر للحفظ شهراً، فترك ذلك الشخص الحفظ بعض أيام الشهر ثمَّ حفظ فيما تبقى منه فإنَّ العقد يبقى ويستحقُّ الأجرة بقدر ما حفظ.⁸⁷⁷

⁸⁷⁴ ينظر: العيني، البناية، 10: 116؛ ابن عابدين، رد المحتار، 5: 670.

⁸⁷⁵ ينظر: صالح عبد السميع الآبي، جواهر الإكليل شرح مختصر خليل، ط. 1 (بيروت: دار الكتب العلمية، 1997)، 2: 210؛ الدسوقي، حاشية الدسوقي، 3: 421.

⁸⁷⁶ ينظر: صالح عبد السميع الآبي، جواهر الإكليل، 2: 210.

⁸⁷⁷ ينظر: المرغيناني، الهداية، 3: 214؛ الكاساني، بدائع الصنائع، 6: 212؛ ابن نجيم، البحر الرائق، 7: 277.

الاتّجاه الثّاني: ذهب الشّافعيّة⁸⁷⁸ والحنابلة⁸⁷⁹ إلى أنّ يد الوديع تتحوّل إلى يد ضمان بمجرد استعماله للوديعة أو التّعدي عليها بأيّ فعل، ويده لا تعود يد أمانة إلّا بتجديد العقد مع صاحبها، وعلّلو ذلك بأنّ فعله هذا عدوان يبطل به الاستئمان؛ كمن جحد الوديعة ثمّ أقرّ بها،⁸⁸⁰ إلّا أنّهم قد استثنوا من الاستعمال الموجب للضّمان ما فيه مصلحة للوديعة، كمن لبس الثّوب لتهوئته كي لا يفسده الدّود، أو الدّابة من أجل علفها أو سقيها فلا ضمان عليه بذلك.⁸⁸¹

ومن خلال الموازنة بين الأقوال نجد أنّ ما ذهب إليه أصحاب الاتّجاه الأوّل يعضده أنّ الوديعة بعد ردّها لا تزال قائمة ولم يلحق بها ضرر، وأمّا ما استدلّ به أصحاب الاتّجاه الثّاني بالقياس على الجحود فيمكن أن يجاب بأنّه قياس مع الفارق؛ لأنّه في حالة الجحود ينفسخ العقد، وعوده يقتضي تجديده، أمّا هنا فإنّ العقد لا يزال قائماً.⁸⁸²

ويجدر التّنبية إلى أنّ الحنفية قد قيدوا قولهم في المسألة بأنّ لا تكون هناك نيّة لدى الوديع في استعمال الوديعة مرّة أخرى،⁸⁸³ والمالكية قالوا بأنّ للمودع أجر المثل لقاء هذا الاستعمال.⁸⁸⁴

الحالة الثّانية: أثر استعمال الوديعة بإذن من المودع:

الكلام حول أثر هذا الاستعمال هو عند الشّافعيّة والحنابلة؛ لأنّه كنا قد ذكرنا أنّه عند الحنفية والمالكية تعود يد الوديع يد أمانة طالما أعاد الوديعة سالمة بعد الاستعمال حتّى وإن كان استعماله بغير إذن، فإن كان بإذن فهو من باب أولى.

⁸⁷⁸ ينظر: ابن حجر الهيتمي، تحفة المحتاج، 7: 132.

⁸⁷⁹ ينظر: ابن تيمية، المحرر في الفقه، 1: 363؛ البهوتي، شرح منتهى الإرادات، 2: 356.

⁸⁸⁰ ينظر: ابن قدامة، المغني، 6: 452.

⁸⁸¹ ينظر: النووي، منهاج الطالبين، 196؛ البجيرمي، حاشية البجيرمي، 3: 294؛ ابن قدامة، المقنع، 228؛ ابن مفلح، المبدع، 5: 92.

⁸⁸² ينظر: العيني، البناية، 10: 117.

⁸⁸³ ينظر: ابن عابدين، رد المحتار، 5: 670.

⁸⁸⁴ ينظر: الدسوقي، حاشية الدسوقي، 3: 421.

أما الشافعية⁸⁸⁵ والحنابلة⁸⁸⁶ فيذهبون إلى أنّ المودع إذا أذن للوديع بالاستعمال فإنّ يده تظلّ يد أمانة ما لم يستعمل الوديعة، فإذا استعملها انقلبت يده إلى يد ضمان، وعلّلوا ذلك بأنّ عقد الإيداع ينقلب إلى عقد إعارة، والعارية مضمونة عندهم كما سنرى لاحقاً.

المسألة الثالثة: أثر السّفر بالوديعة في استحقاق الضّمان

إذا عرض للوديع سفر وسافر بالوديعة فهل لفعله هذا أثر في تحوّل يده من يد أمانة إلى يد ضمان أم ليس له أثر في ذلك؟

اختلفت آراء الفقهاء في ذلك، ولعلّ سبب هذا الاختلاف يعود إلى اختلاف وجهات نظرهم في كون فعل السّفر تفريطاً أم لا؟

وقبل عرض أقوال الفقهاء في المسألة لابدّ من الإشارة إلى أنّ السّفر بالوديعة لا يحوّل يد الوديع إلى يد ضمان إذا كان قد استدعته الضّرورة إلى ذلك، كما لو داهم البلد غزو ولم يجد الوديع من يدفع إليه الوديعة وخاف عليها الهلاك إن تركها.⁸⁸⁷

أما إذا انتفى العذر وسافر الوديع بالوديعة فقد اختلف الفقهاء في المسألة إلى ثلاثة أقوال:

القول الأوّل: ذهب الإمام أبو حنيفة،⁸⁸⁸ والحنابلة في قول عندهم⁸⁸⁹ إلى أنّ للوديع أن يسافر بالوديعة إذا كان الطّريق آمناً ولم ينهه المودع عن السّفر، واستدلّوا لرأيهم بجملة من الأدلّة منها:

أوّلاً: أنّ الأمر بالحفظ قد صدر عن المودع دون تعيين للمكان، فيبقى المكان مطلقاً طالما لم يقيّد.⁸⁹⁰

⁸⁸⁵ ينظر: الشريبي، مغني المحتاج، 4: 129؛ الشرواني، حاشية الشرواني، 7: 105.

⁸⁸⁶ البهوتي، كشف القناع، 4: 167.

⁸⁸⁷ ينظر: ابن عابدين، رد المحتار، 5: 663-664؛ الحرشي، حاشية الحرشي، 6: 109؛ النووي، روضة الطالبين، 6: 329؛ المرداوي، الإنصاف، 16: 32.

⁸⁸⁸ ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع، 6: 209؛ الزيلعي، تبين الحقائق، 5: 79.

⁸⁸⁹ ينظر: ابن قدامة، المغني، 6: 439؛ المرداوي، الإنصاف، 16: 30؛ الرحيباني، مطالب أولي النهى، 4: 156.

ثانيًا: أنّ الخوف على الوديعة من الهلاك ليس من الممكنة وإنّما من الناس، فإذا لم يكن الطريق مخوفًا كان الحفظ في السفر كالحفظ في المصر.⁸⁹¹

القول الثاني: ذهب المالكيّة،⁸⁹² والشافعيّة،⁸⁹³ والحنابلة في الرّاجح عندهم⁸⁹⁴ إلى عدم جواز السفر بالوديعة، واستدلّوا لذلك بما يأتي:

أولًا: بالحديث الذي ورد فيه "أنّ المسافر وماله على قلّت إلّا ما وقى الله"⁸⁹⁵ والقلت يعني الهلاك.⁸⁹⁶ ووجه الاستدلال: أنّ هذا الأثر قد بيّن أنّ مال المسافر معرّض للهلاك، وبالتالي فإنّ في سفر الوديعة تعريض الوديعة للهلاك.⁸⁹⁷

ويردّ على هذا الدّليل بأنّه ليس حديثًا وإنّما هو من كلام بعض السّلف،⁸⁹⁸ وعلى فرض كونه حديثًا فإنّه يُحمل على ما كان عليه الحال في بداية الإسلام من عدم أمن الطريق.⁸⁹⁹

ثانيًا: أنّ الإيداع يقتضي الحفظ المتعارف عليه، والمتعارف عليه إنّما هو الحفظ في الأمصار فينبغي التّقيّد بذلك.⁹⁰⁰

⁸⁹⁰ ينظر: السرخسي، المبسوط، 11: 122؛ الكاساني، بدائع الصنائع، 6: 209؛ الزيلعي، تبين الحقائق، 5: 79.

⁸⁹¹ ينظر: السرخسي، المبسوط، 11: 122؛ المرغيناني، الهداية، 3: 215؛ الزيلعي، تبين الحقائق، 5: 79.

⁸⁹² ينظر: القرافي، الذخيرة، 9: 163؛ الخرشي، حاشية الخرشي، 6: 109.

⁸⁹³ ينظر: النووي، روضة الطالبين، 6: 328؛ الهيتمي، تحفة المحتاج، 7: 108.

⁸⁹⁴ ينظر: المرداوي، الإنصاف، 16: 30؛ البهوتي، شرح منتهى الإرادات، 2: 355.

⁸⁹⁵ لم أجده في كتب السنن والصحاح، لكن ذكره الديلمي بغير سند في الفردوس، وضعفه الحافظ السخاوي، ونقل ابن حجر أنه كلام لبعض السلف، ينظر: أبو شجاع الديلمي شيرويه بن شهدار، الفردوس بمأثور الخطاب، ط. 1 (بيروت: دار الكتب العلمية، 1986)، 3: 353؛ شمس الدين محمد السخاوي، المقاصد الحسنة، تح. محمد عثمان الخشت، ط. 1 (بيروت: دار الكتب العلمية، 1985)، 549؛ أحمد ابن حجر العسقلاني، التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير، ط. 1 (بيروت: دار الكتب العلمية، 1989)، 3: 215.

⁸⁹⁶ نقله ابن حجر عن الخليل وغيره، ينظر: ابن حجر، التلخيص الحبير، 3: 215.

⁸⁹⁷ ينظر: البهوتي، شرح منتهى الإرادات، 2: 355.

⁸⁹⁸ ينظر: ابن حجر، التلخيص الحبير، 3: 215.

⁸⁹⁹ ينظر: السرخسي، المبسوط، 11: 122؛ الكاساني، بدائع الصنائع، 6: 209.

⁹⁰⁰ ينظر: الشيرازي، المهذب، 2: 184؛ النووي، المجموع، 14: 185.

وأجيب بأنّ المتعارف هو كون الإيداع يتم في المصر لا كون الحفظ فيه.⁹⁰¹

القول الثالث: ذهب الإمامان أبو يوسف ومُحَمَّد من الحنفية إلى أنّ السفر إذا كان بعيداً، أو كان يترتب على المودع تكاليف من حمل ومؤونة في استرداد وديعته إذا مات المودع في سفره ذاك فلا يجوز للمودع السفر بالوديعة حينها، أما إذا لم يحتج المودع إلى ذلك جاز للمودع السفر. وعلّلوا رأيهم هذا بأنّ في السفر الذي فيه حمل ومؤونة إلحاق ضرر بالمودع وهو أمر لا يرضى به.⁹⁰²

وقد أجيب بأنّ هذا الضرر ليس بغالب، وعلى فرض أنّه غالب فالمودع هو الذي أضّر بنفسه لأنّه أطلق الأمر ولم يقيّد إيداعه بالمصر.⁹⁰³

ومن خلال الموازنة بين الأقوال نجد أنّ أصحاب القول الأوّل بأنّ للمودع أن يسافر بالوديعة إذا كان الطريق آمناً قد استدلووا بأدلة قويّة، وهذه الأدلة يعضدها أنّ المنع من السفر بالوديعة إنّما هو من أجل رفع الضرر عن المودع، ووقوع هذا الضرر يختلف باختلاف الزمان والأحوال، ففي بعضها قد يكون الطريق غير آمن لانتشار قطاع الطرق، وفي بعضها الآخر ليس ثمة فرق معتبر بين السفر والحضر، فعلى المودع أن ينظر إلى ما هو أحفظ للوديعة؛ لأنّه هو المقصود من عقد الإيداع، فإن كان سفره بها أحفظ لها وجب عليه أخذها، وإن كان عكس ذلك فلا يجوز له القيام بهذا الفعل.

المسألة الرابعة: أثر خلط الوديعة بغيرها في استحقاق الضمان

اتّفقت كلمة الفقهاء⁹⁰⁴ على أنّ المودع لو قام بخلط الوديعة بغيرها من الأموال وبقيت الوديعة متميّزة عما خلطها به فإنّه لا يضمنها وتبقى يده عليها يد أمانة، مثال ذلك: خلط الدرهم السود بالبيض، وخلط الدنانير بالدرهم، أو تكون الوديعة تمرّاً فيخلطها بقمح أو شعير، ونحو ذلك.

⁹⁰¹ المرغيناني، الهداية، 3: 215.

⁹⁰² ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع، 6: 209.

⁹⁰³ ينظر: المرجع السابق.

أما لو خلطها بغيرها من جنسها؛ كخلط التَّقود ببعضها واخلط زيت بزيت مثله، أو خلطها بغير جنسها بحيث يتعدّر تمييزها؛ كخلط الحنطة مع الشعير مثلاً، فهل يؤثر هذا الفعل في تحوّل صفة اليد من الأمانة إلى الضّمان؟

اختلفت آراء الفقهاء في ذلك إلى ثلاثة أقوال:

القول الأوّل: ذهب الإمام أبو حنيفة⁹⁰⁵ والشافعية⁹⁰⁶ والحنابلة إلى أنّ الوديع يكون ضامناً بهذا الفعل ويكون المخلوط كلّ له، وعلّلوا قولهم بما يأتي:

أوّلاً: بأن خلط الوديعة بما لا يتميّز عنها يُصيّرها في حكم التّالفة؛⁹⁰⁷ لأنّه يفوّت على المودع الوصول إلى عين حقّه.⁹⁰⁸

ثانياً: بأنّ المودع لا يرضى بهذا الفعل،⁹⁰⁹ فيكون في تصرّف الوديع خيانة،⁹¹⁰ والخيانة تستوجب الضّمان. القول الثّاني: ذهب أبو يوسف ومُحمّد إلى أنّ الوديع إذا خلط مال الوديعة بجنسه خلطاً يتعدّر معه التّمييز؛ كخلط الدّراهم البيض بالبيض والقمح بالقمح فالمودع بالخيار؛ إن شاء ضمّنه وإن شاء قبل الشّركة معه، وعلّلوا ذلك بما يأتي:

أوّلاً: أنّ المودع يتعدّر عليه الوصول إلى عين حقّه صورة لكنّه يمكنه الوصول إليه معنى بطريق القسمة.

⁹⁰⁴ ينظر: السرخسي، المبسوط، 11: 110؛ ابن شاس، عقد الجواهر الثّمينية، 2: 851؛ الشريبي، مغني المحتاج، 4: 140؛ ابن قدامة، المغني، 6: 440.

⁹⁰⁵ ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع، 6: 213؛ العيني، البناية، 10: 113.

⁹⁰⁶ ينظر: النووي، روضة الطالبين، 6: 336؛ الشريبي، مغني المحتاج، 4: 140.

⁹⁰⁷ ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع، 6: 213؛ ابن مفلح، المبدع، 5: 91.

⁹⁰⁸ ينظر: السرخسي، المبسوط، 11: 110؛

⁹⁰⁹ ينظر: الشريبي، مغني المحتاج، 4: 140؛ ابن حجر الهيتمي، نخفة المحتاج، 7: 123.

⁹¹⁰ النووي، روضة الطالبين، 6: 336.

ثانيًا: أنّ ما فعله الوديع هو استهلاك للوديعة من وجه دون وجه، وبيان ذلك أنّ عين الوديعة موجودة، إلّا أنّها قد اختلطت مع غيرها على وجه لا تتميز فيه، فكان للمودع أن يختار أيّهما شاء.⁹¹¹

القول الثالث: ذهب المالكيّة إلى أنّه إذا خلط الوديع الأموال المثلّيّة بمثلها جنسًا وصفة وكان غرضه من ذلك حفظ تلك الأموال فإنّه لا يضمنها إذا تلفت، ويكون التالف شركة بين مالكيه كلّ حسب نصيبه، أمّا إذا خلطها بغير جنسها كخلط حنطة بشعير، أو خلطها بجنسها مع اختلاف صفتها كخلط جيّد برديء فإنّ يده تتحوّل إلى يد ضمان بهذا الفعل، وكذلك الحال فإنّه يضمن بخلط الأموال غير المثلّيّة.⁹¹² وعلّلوا ما ذهبوا إليه من استثناء المال المثلّيّ بأنّه قد يشقّ على الوديع أن يجعل كلّ مال عنده على حدة، ولأنّه لو أتلف الوديعة أو استهلكها ثمّ وضع مكانها مثلها فتلفت بعد ذلك لا يضمن وكذلك الخلط فإنّه كرّد مثلها.⁹¹³

ومن خلال الموازنة بين الأقوال نجد أنّ قول الصّاحبين بإعطاء الخيار للمودع بأن يختار بين تضمين الوديع أو الشركة يعضده أنّ في حال تضمين الوديع فإنّ الوديع ينال بذلك جزاء فعل تعدّيه، وفي حال اختار المودع الشركة فإنّه لا مانع منه طالما أنّ عين الوديعة لا تزال موجودة لم تستهلك بعد، أمّا ما علّل به أصحاب الفريق الأوّل من استحقاق الضّمان بسبب عجز المودع عن الوصول إلى عين ماله صورة فإنّ ذلك قد ارتفع بتمكّنه من الوصول إليه حكمًا إن اختار الشركة، وأمّا ما ذهب إليه المالكيّة من حصر الشركة في المال المثلّيّ التالف يبدو مرجوحًا؛ لأنّ الغاية هي حفظ مال المودع، وهذا يتحقّق في منحه الخيار ليختار ما هو أوفق له.

⁹¹¹ ينظر: المرغيناني، الهداية، 3: 213، الكاساني، بدائع الصنائع، 6: 213؛ العيني، البناية، 10: 111-112.

⁹¹² ينظر: القرافي، الذخيرة، 9: 167؛ المواق، التاج والإكليل، 7: 272؛ نجد عlish، منح الجليل، 7: 6-7.

⁹¹³ المواق، التاج والإكليل، 7: 272.

المسألة الخامسة: أثر نقل الوديعة في استحقاق الضمان

اتَّفَق الفقهاء على أنه يجب على الوديع في حالة الإطلاق أن يحفظ الوديعة في حرز مثلها، فإن خالف ووضعها في مكان لا يناسب حرز مثلها فإنَّ يده تكون يد ضمان.⁹¹⁴

ولكن إذا عيّن المودع مكاناً للحفظ، وقام الوديع بنقل الوديعة إلى مكان آخر دون أن تستدعيه الضرورة إلى ذلك فهل يعتبر فعله هذا مؤثراً في تحوّل يده من يد أمانة إلى يد ضمان؟
للفقهاء في ذلك ثلاثة أقوال:

القول الأوّل: ذهب الحنفية⁹¹⁵ والمالكية⁹¹⁶ والشافعية⁹¹⁷ والحنابلة في رواية عليها مذهبهم⁹¹⁸ إلى أنّ الوديع لا يكون ضامناً إذا نقلها إلى حرز مساوٍ أو أعلى في الحفظ،⁹¹⁹ واستدلّوا لرأيهم بما يأتي:
أولاً: أنّ تعيين الحرز من قبل المودع يقتضي الإذن منه في مثله، كمن اكترى أرضاً ليزرعها برّاً فله أن يزرعها بما يماثله في الضرر أو بما هو أقلّ ضرراً على الأرض.⁹²⁰
ثانياً: أنّه عند استواء الحرزّة يكون التقييد غير مفيد.⁹²¹

⁹¹⁴ ينظر: ابن عابدين، رد المحتار، 5: 673؛ محمد قدري باشا، مرشد الخيران إلى معرفة أحوال الإنسان، ط. 2 (بولاق: المطبعة الكبرى الأميرية، 1891م)، 115؛ ابن رشد، المقدمات الممهّدات، 2: 466؛ الشيرازي، المهذب، 2: 182؛ البهوتي، شرح منتهى الإرادات، 2: 352-353.

⁹¹⁵ ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع، 6: 210؛ العيني، البناية، 10: 128.

⁹¹⁶ ينظر: القرافي، الذخيرة، 9: 181؛ الدسوقي، حاشية الدسوقي، 3: 423؛ الزرقاني، شرح الزرقاني على مختصر خليل، 6: 208.

⁹¹⁷ ينظر: النووي، روضة الطالبين، 6: 339؛ الشرييني، مغني المحتاج، 4: 133.

⁹¹⁸ ابن مفلح، المقنع في شرح المبدع، 5: 86؛ المرادوي، الإنصاف، 16: 11؛ البهوتي، كشف القناع، 4: 169.

⁹¹⁹ وقيد الشافعية عدم الضمان بشرط سلامة العاقبة، فإذا هلك الوديعة بسبب يتعلق بالنقل ضمن؛ لأن هلاكها كان بسبب مخالفة أمر المودع. ينظر: النووي، روضة الطالبين، 6: 339؛ الشرييني، مغني المحتاج، 4: 133.

ويمكن أن يرد على قيد الشافعية هذا بأن الجواز يناهض الضمان، فكيف تجوزون له النقل ثمّ ترتبون عليه الضمان بعد ذلك؟!

⁹²⁰ ينظر البهوتي، شرح منتهى الإرادات، 2: 353.

⁹²¹ ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع، 6: 210؛ العيني، البناية، 10: 128.

القول الثاني: ذهب الحنابلة في رواية أخرى إلى تضمين يد الوديع في حال نقل الوديعة من الحرز المعين إلى غيره، سواء في ذلك أكان الحرز المنقول إليه مماثلًا في الحرزية أو أعلى منه؛ لأنهم يرون أن الوديع قد تعدى بفعله هذا بسبب مخالفته لأمر المودع.⁹²²

ومن خلال الموازنة بين الأقوال نجد أن ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من عدم الضمان بمجرد النقل إذا كان الحرز مماثلًا للحرز المعين أو أعلى منه يعضده أن تعيين المودع لمكان الحفظ لا يظهر منه إرادته لذات المكان بشكل واضح، وغاية ما في الأمر أنه أراد أن يكون الحرز مناسبًا للشئ المودع،⁹²³ ونقل الوديع إلى حرز مماثل ليس فيه تقصير في الحفظ.

المسألة السادسة: أثر تضييع الوديعة في استحقاق الضمان

المراد بتضييع الوديعة هنا أن يقوم الوديع بفعل أو يمتنع عن فعل ينتج عنه تلف الوديعة، كأن يقوم بإلقائها في مفازة، أو يضعها في غير حرز مثلها، أو أن يتأخر في إحرازها مع قدرته على ذلك فتهلك؛ فإن هذه التصرفات ونحوها تحول يد الوديع من الأمانة إلى الضمان؛ لأنه مأمور بحفظها عن أسباب التلف،⁹²⁴ ومن هذا القبيل ما يذكره الشافعية: لو كانت الوديعة دابة وشارفت على الهلاك فترك الوديع تخليصها وهو قادر على ذلك، أو كان قادرًا على ذبحها إن تعذر تخليصها فترك ذبحها فإنه يضمن،⁹²⁵ وكذلك يذكر الحنابلة

⁹²² ينظر: ابن مفلح، المقنع في شرح المبدع، 5: 86؛ المرداوي، الإنصاف، 16: 11.

⁹²³ أما لو ناه عن إخراج الوديعة من مكانها المعين فإنه يجب على الوديع التقيد بهذا النهي فلا ينقلها، فإن فعل اعتبر ضامنًا؛ لأن إرادة المودع لذات المكان قد اتضحت، وفي إخراجها مخالفة لشرطه، وهذا عند الشافعية والحنابلة خلافاً للحنفية؛ حيث لا يرون في هذا القيد فائدة طالما أن النقل كان إلى حرز مساوٍ أو أعلى من الحرز المعين. ينظر: النووي، روضة الطالبين، 6: 339؛ البهوتي، شرح منتهى الإرادات، 2: 353؛ الزيلعي، تبين الحقائق، 5: 81.

⁹²⁴ ينظر: الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند، الفتاوى الهندية، 4: 342-343؛ ابن جزي، القوانين الفقهية، 616؛ النووي، روضة الطالبين، 6: 341.

⁹²⁵ ينظر: ابن حجر، تحفة المحتاج، 7: 119.

أنّه لو أودعه دابةً لزم الوديع أن يسقيها ويعلفها حتّى وإن لم يأمره المودع بذلك؛ لأنّ حفظها يكون بالقيام بهذا الفعل، ولأنّ العرف يقتضي ذلك.⁹²⁶

وصور التصرّفات الفعلية التي تؤدي بالوديعة إلى الضياع والهلاك قد يصعب حصرها، والمرجع في ذلك عند الفقهاء هو العرف، وذلك يختلف باختلاف الأزمنة والأمكنة وعوائد الناس،⁹²⁷ ويؤكد هذا ما جاء في الفتاوى الهندية: "لو ترك -الوديعة- باب الدكان مفتوحاً، وكان في موضع ذلك عرفهم وعادتهم لا ضمان."⁹²⁸

4.2.3.2 أثر التصرّفات الفعلية في استحقاق الضمان في عقد الإعارة

اتّفق الفقهاء على أنّ العارية أمانة في يد المستعير في حال الاستعمال المأذون فيه،⁹²⁹ وقد نقل صاحب البدائع⁹³⁰ وغيره⁹³¹ الإجماع على ذلك، ولكن في غير حالة الاستعمال المأذون فيه هل تكون العارية مضمونة أم أنّها تكون أمانة؟ وإذا كانت أمانة فما هي التصرّفات الفعلية المؤثرة التي تصيّر مضمونة على المستعير؟

للإجابة على هذين السؤالين سنبحث أولاً أثر التصرّفات الفعلية في توصيف عقد الإعارة بين الضمان والأمانة، ثمّ نبحث بعدها أثر تلك التصرّفات في تغيير ذلك الوصف عند من يقول بأنّه عقد أمانة.

⁹²⁶ البهوتي، كشف القناع، 4: 170.

⁹²⁷ ينظر: نزيه حماد، عقد الوديعة في الشريعة الإسلامية، ط. 1 (دمشق: دار القلم، 1993)، 139.

⁹²⁸ الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند، الفتاوى الهندية، 4: 344.

⁹²⁹ ينظر: السرخسي، المبسوط، 11: 135؛ ابن شاس، عقد الجواهر، 3: 859؛ الشربيني، مغني المحتاج، 3: 319؛ البهوتي، كشف القناع، 4: 71.

⁹³⁰ يقول الإمام الكاساني: "وأما بيان حال المستعار: فحاله أمانة في يد المستعير في حال الاستعمال بالإجماع." الكاساني، بدائع الصنائع، 6: 217.

⁹³¹ جاء في مجمع الضمانات: "أما لو هلك -العارية- في حالة الانتفاع لم يضمن بالإجماع." غانم البغدادي، مجمع الضمانات، 55.

المسألة الأولى: أثر فعل القبض في استحقاق ضمان العارية

إذا تلفت العارية بعد العقد وبعد قبض المستعير لها وفي غير حالة الاستعمال والانتفاع المأذون فيه؛ وبلا تعدٍ ولا تقصير من المستعير، فهل يؤثر قبضها في تحوّل هذا العقد إلى عقد ضمان؟ للفقهاء في ذلك ثلاثة أقوال:

القول الأول: ذهب الحنفية،⁹³² والشافعية في قول مخالف للمشهور عندهم،⁹³³ وكذا الحنابلة في قول عندهم،⁹³⁴ إلى أنّ العارية أمانة بيد المستعير لا يضمنها إلّا في حالة التعدي أو التقصير.

القول الثاني: ذهب الشافعية في المشهور عندهم، والحنابلة فيما عليه مذهبهم⁹³⁵ إلى أنّ العارية مضمونة على المستعير مطلقاً، سواء أكان تلفها في حالة التعدي أو التقصير، أو كان ناجماً عن آفة سماوية.

القول الثالث: ذهب المالكية إلى التوسط بين القولين السابقين فقالوا: إنّ العارية أمانة فيما يظهر هلاكه كالعقار والحيوان ونحوهما، ومضمونة فيما يخفى هلاكه كالثياب والأواني والحليّ ونحو ذلك، إلّا إذا قامت بينة على عدم تعدي أو تقصير المستعير فتكون حينها غير مضمونة.⁹³⁶

أدلة أصحاب القول الأول:

أولاً: حديث "ليس على المستعير غير المغل ضمان".⁹³⁷ ووجه الاستدلال: أنّ الحديث نفى الضمان عن المغل، والمغل هو الخائن، فإذا انتفت الخيانة انتفى الضمان.⁹³⁸

⁹³² ينظر: المرغيناني، الهداية، 3: 218؛ الزيلعي، تبين الحقائق، 5: 84.

⁹³³ ينظر: الرافعي، فتح العزيز، 11: 218؛ النووي، روضة الطالبين، 4: 431.

⁹³⁴ ينظر: ابن مفلح، المبدع، 5: 10؛ المرداوي، الإنصاف، 15: 90.

⁹³⁵ ينظر: ابن قدامة، المغني، 5: 163؛ ابن مفلح، المبدع، 5: 9؛ المرداوي، الإنصاف، 15: 88.

⁹³⁶ ينظر: ابن رشد، بداية المجتهد، 4: 97؛ القرافي، الذخيرة، 6: 200؛ مُجَدِّدُ عِلِيْش، منح الجليل، 7: 55.

⁹³⁷ أخرجه الدارقطني في سننه وقال: في سنده راويان ضعيفان، ينظر: علي بن عمر الدارقطني، سنن الدارقطني، تح. شعيب الأرناؤوط.

وآخرون، ط. 1 (بيروت: مؤسسة الرسالة، 2004م)، "كتاب البيوع"، 2961.

⁹³⁸ ينظر: السرخسي، المبسوط، 11: 135.

ثانيًا: أنَّ المستعير لم يوجد منه سبب يستدعي الضمان، وبيان ذلك أنَّ الضمان لا يجب على المرء بدون فعله، والفعل الذي قام به هنا هو العقد والقبض، وهذان لا يصلحان سببًا لوجوب الضمان، فأما العقد فهو عقد تبرع بالمنفعة، فلا يكون عقد ضمان كالهبة، وأما القبض فلا يصلح لأنَّ القبض المأذون فيه لا يكون تعديًا؛ والسبب في ذلك أنَّه لا يفوت يد المالك، والضمان إنما يكون في حالة التعدي، ثمَّ إنَّ القبض ليس بأعظم من الإلتلاف؛ فإذا كان الإلتلاف بإذن لا يوجب الضمان فعدم إيجابه بالقبض أولى.⁹³⁹

أدلة أصحاب القول الثاني:

أولًا: حديث: "على اليد ما أخذت حتى تؤدي".⁹⁴⁰

فأصحاب هذا القول يستدلون بهذا الحديث على ضمان العارية⁹⁴¹ دون أن ينصوا على وجه الاستدلال به، ولعلَّ السبب في ذلك أنَّهم يرون أنَّ وجه الاستدلال ظاهر وهو أنَّ العارية داخلة ضمن ما أخذته اليد، وما أخذته اليد يجب فيه الضمان، فيشملها عموم هذا الحديث بوجوب ضمانها سواء كان تلفها بتعدي أم لا.

إلاَّ أنَّه يمكن أن يجاب على ذلك بأنَّ الحديث يحتمل ضمان التلّف وضمان الرّد، والذي ينبغي حمله هنا هو ضمان الرّد؛ لأنَّ حمل الكلام على ما هو مجمع عليه أولى،⁹⁴² وإلاَّ لاستوجب ذلك أن تكون الوديعة مضمونة أيضًا في حال تلفها.

⁹³⁹ ينظر: المرجع السابق؛ الكاساني، بدائع الصنائع، 6: 217.

⁹⁴⁰ أخرجه الترمذي في سننه وقال عنه: حديث حسن صحيح، والحاكم في المستدرک وقال عنه: صحيح على شرط البخاري. ينظر: سنن الترمذي، "البیوع"، 1266؛ الحاكم، المستدرک على الصحيحين، 2: 55.

⁹⁴¹ ينظر: زكريا الأنصاري، فتح الوهاب، 1: 271؛ نجد الشربيني، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، تح. مكتب البحوث والدراسات في دار الفكر، (بيروت: دار الفكر)، 2: 331؛ ابن قدامة، المغني، 5: 164؛ منصور بن يونس البهوتي، الروض المربع شرح زاد المستقنع، (بيروت: مؤسسة الرسالة)، 420.

⁹⁴² القرافي، الذخيرة، 6: 201.

ثانيًا: ما روي عن صفوان بن أمية عن أبيه أن رسول الله ﷺ استعار منه يوم خير أدرعًا، فقال: أغصبًا يا مُجَدُّ؟ فقال بل عارية مضمونة.⁹⁴³

ووجه الاستدلال: أن هذا الحديث واضح في دلالة على أن العارية مضمونة عند التلف،⁹⁴⁴ دون التفصيل بين التعدي وعدمه.

وقد أجيب بأن المقصود بالضمان هنا هو ضمان الرد؛ لأن الحديث جعل الضمان صفة للعارية، وقيل بأن هذا كان من قبيل الضمان بالشروط؛ أي أن رسول الله ﷺ قد اشترطه على نفسه.⁹⁴⁵

ثالثًا: أن المستعير قد أخذ مال غيره لمنفعة نفسه ولم يأخذه على وجه الاستيثاق، فكان مضمونًا عليه.⁹⁴⁶ ويمكن أن يجاب بأنه أخذه كان بإذن من المالك وتبرع منه بلا عوض، والتبرع لا يفيد الضمان.

رابعًا: قياس الأخذ في العارية على أخذ الغاصب؛ لأن المستعير أخذ العارية لنفع نفسه من غير استحقاق ولا إذن من المالك بالإتلاف، فكان مضمونًا عليه كالغصب.⁹⁴⁷

ويمكن أن يجاب بأن الخلاف في المسألة يدور حول تلف العارية دون تعدي من المستعير، ثم إن أخذ المستعير لنفع نفسه لا يعد سببًا كافيًا لوجوب الضمان، فشأنه من هذه الجهة شأن من أخذ الهبة.

أدلة أصحاب القول الثالث:

⁹⁴³ أخرجه أبو داود في سننه والدارقطني في سننه والحاكم في المستدرک، وله عدة طرق، وقال الحاكم عن أحدها: صحيح الإسناد ولم يخرجاه ووافقه الذهبي. ينظر: سنن أبي داود، "الإجارة"، 3562؛ سنن الدارقطني، "البيع"، 2955؛ الحاكم، المستدرک على الصحيحين، 3: 51.
⁹⁴⁴ ينظر: عبد الواحد الروياني، بحر المذهب، تح. طارق فتحي السيد، ط. 1 (بيروت: دار الكتب العلمية، 2009م)، 6: 393؛ أحمد بن مُجَدُّ الأنصاري المعروف بابن الرفعة، كفاية النبيه في شرح التنبيه، تح. مجدي باسلوم، ط. 1 (بيروت دار الكتب العلمية، 2009م)، 10: 393.

⁹⁴⁵ ينظر: السرخسي، المبسوط، 11: 136.

⁹⁴⁶ ينظر: الشيرازي، المهذب، 2: 189.

⁹⁴⁷ ابن قدامة، المغني، 5: 164.

استدلّوا لما ذهبوا إليه من التّفارقة بين ما يخفى هلاكه وبين ما لا يخفى بحملهم الأحاديث التي تستوجب الضّمان على ما يخفى هلاكه، والأحاديث الأخرى على ما لا يخفى هلاكه، وذلك من باب الجمع بين الأدلّة.⁹⁴⁸

وأيدوا ما ذهبوا إليه بأنّ يد المستعير فيها شبهة يد الأمانة من جهة ويد الضّمان من جهة أخرى؛ فشبهة يد الأمانة لأنّ القبض فيها بإذن من المالك بدون عوض؛ ففارق بذلك الغصب والبيع الفاسد، وشبهة يد الضّمان لأنّه قبضها لنفع نفسه ففارق الودعيّة، فقويت شبهة الضّمان فيما يُغاب على المالك لوجود التّهمة، وقويت شبهة الأمانة فيما لا يُغاب عليه.⁹⁴⁹

الموازنة بين الأدلّة: من خلال الموازنة بين الأقوال نجد أنّ أصحاب القول الأوّل بأنّ العارية غير مضمونة إلّا في حالة التّعدي أو التّفريط قد استدلّوا بأدلة مفسّرة، أمّا ما استدلّ به الفريق الثّاني من الأدلّة التّقليّة فأوجه استدلالهم بها كانت ضعيفة كما اتّضح ذلك من خلال مناقشتها، يُضاف إلى ذلك أنّ قول الحنفية ينسجم أكثر مع ما تدعو إليه الشّريعة الغراء من التّعاون على البرّ، والتّيسير على النّاس، وأنّه لا عدوان إلّا على الظّالمين.

أمّا ما ذهب إليه المالكيّة من الجمع بين الأدلّة فيمكن أن يُجاب بأنّ الأدلّة غير متساوية في الحجّيّة حتّى يصار إلى الجمع، وأنّ ما تكلموا به حول وجود التّهمة فيما يُغاب فيمكن أن يُردّ عليه بأنّ الأموال لا تُستحلّ بالتّهمة.

⁹⁴⁸ ينظر: وهبة الزحيلي، نظرية الضمان، 139.

⁹⁴⁹ ينظر: القرافي، الذخيرة، 6: 202.

المسألة الثانية: أثر التصرفات الفعلية في تحول العارية من أمانة إلى مضمونة عند من يقول بأنها أمانة
كنا قد ذكرنا قريباً أنّ الرّاجح من أقوال الفقهاء أنّ العارية أمانة في يد مستعيرها، فإذا كان الأمر كذلك
فمن الطبيعيّ أن تتحوّل يد المستعير إلى يد ضمان بنفس الأفعال التي تحوّل يد الوديع إلى يد ضمان، ويؤيد
هذا ما جاء في بدائع الصّنائع: " فالذي يغير حال المستعار من الأمانة إلى الضّمان ما هو المغيّر حال
الوديعة وهو الإتلاف..⁹⁵⁰

وقد سبق في باب الوديعة أن بيّنا التصرفات الفعلية الموجبة للضّمان، وهي: إتلاف الوديعة، واستعمالها بغير
إذن صاحبها، والسّفَر بها، وخلطها بغيرها، ونقلها.
والعارية لا تختلف عن الوديعة في مثل هذه المسائل؛ لأنّ سبب الضّمان في هذه المسائل هو التّعدي،
والعارية مضمونة بالتّعدي، بل إنّ بعض الفقهاء اعتبرها أخرى من الوديعة في ذلك، فقد جاء في الفواكه
الدّواني " ومن تعدّى على وديعة بأن حرقها.. ضمنها لصاحبها.. ولا مفهوم لقوله - أي قول أبي زيد
القيرواني - وديعة، إذ غيرها أخرى في الضّمان بالتّعدي من عارية ورهن وغيرها..⁹⁵¹

وقد نقل ابن المنذر الإجماع على تضمين المستعير في حال أتلف الشيء المستعار.⁹⁵²

4.2.3.3 أثر التصرفات الفعلية في استحقاق الضّمان في الوكالة

اتّفق الفقهاء على أنّ الأصل في صفة يد الوكيل أنّها يد أمانة لا تضمن إلّا بالتّعدي أو التّفريط كيد
الوديعة،⁹⁵³ وبالتالي وجب على الوكيل أن يحفظ ما بيده من مال موكلّه على النّحو المعتاد لذلك المال؛ فلا
يُفَرِّط في حفظه ولا يتعدّى عليه.

⁹⁵⁰ الكاساني، بدائع الصنائع، 6: 218.

⁹⁵¹ أحمد بن غانم النفراوي، الفواكه الدواني، 2: 171.

⁹⁵² ابن المنذر، الإجماع، 109.

أما عن التصرفات الفعلية التي تحول يد الوكيل من يد أمانة إلى يد ضمان فيمكننا القول بأنها هي نفس التصرفات الفعلية التي تحول يد الوديع إلى يد ضمان، فالوكيل يضمن بما يضمن الوديع في الودائع،⁹⁵⁴ وسنلقي الضوء هنا على بعض تلك التصرفات.

المسألة الأولى: أثر استعمال الوكيل للمال الموكّل فيه في استحقاق الضمان

يمكن تصوير المسألة بالمثال الآتي: لو وُكِّل شخص شخصاً آخر ببيع عربة له، فقام الوكيل باستخدام تلك العربة في مصالحه الخاصة، ثمّ قام ببيعها، أو وُكِّل به بيع ثوب فقام بارتدائه ثمّ بيعه بعد ذلك، فهل يؤثر مثل هذا الاستعمال في تحوّل يده على الثمن من يد أمانة إلى يد ضمان؟

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على نحو قريب من اختلافهم في أثر استعمال الوديعة؛ فكان في المسألة قولان:

القول الأول: ذهب الحنفية⁹⁵⁵ ومقتضى مذهب المالكية⁹⁵⁶ والشافعية في المعتمد عندهم،⁹⁵⁷ والحنابلة في الرّاجح عندهم⁹⁵⁸ إلى أنّ الوكيل لو تعدّى فاستعمل المال الموكّل فيه فإنّه لا تبطل وكالته بذلك، فلو باعه وقبض ثمنه فإنّ يده تعود يد أمانة على الثمن ولا يضمنه إلّا بالتعدّي أو بالتفريط.

⁹⁵³ ينظر: السرخسي، المبسوط، 19: 59؛ الشبلي، حاشية الشبلي على تبين الحقائق، 4: 261؛ القراني، الذخيرة، 8: 15؛ المطيعي، تكملة المجموع، 14: 158؛ ابن مفلح، المبدع، 4: 347.

⁹⁵⁴ ينظر: وهبة الزحيلي، نظرية الضمان، 142.

⁹⁵⁵ ينظر: غانم البغدادي، مجمع الضمانات، 260؛ علي حيدر، درر الحكم، 2: 354.

⁹⁵⁶ لم أجد للمالكية نصّاً في المسألة، ولكن هذا ما يقتضيه مذهبهم وفق ما ذهبوا إليه من أن الوديع لا يضمن الوديعة بمجرد استعمالها، وهم يقولون: الإيداع تكويل بحفظ المال. ينظر: الدسوقي، حاشية الدسوقي، 3: 419.

⁹⁵⁷ ينظر: الشيرازي، المهذب، 2: 177؛ زكريا الأنصاري، أسنى المطالب، 2: 330؛ ابن حجر الهيتمي، تحفة المحتاج، 5: 333.

⁹⁵⁸ ينظر: المرادوي، تصحيح الفروع، 7: 37؛ البهوتي، كشف القناع، 3: 469.

ولعلّ حجة الحنفية والمالكية في ذلك تبدو واضحة من خلال ما ذكرناه سابقاً أثناء التعدي على الوديعة، وهي أنّ الذي يوجب الضمان هو هلاك المال لا الانتفاع به، والهلاك هنا لم يحدث أثناء الانتفاع، وأنّ ارتفاع حكم العقد إنّما يكون بسبب ثبوت نقيضه، فإذا ارتفع هذا النقيض عاد حكم العقد كما كان. وأما عن حجة الشافعية والحنابلة فمبنية على أنّ الثمن الذي قبضه الوكيل هو غير الذي تعدّى عليه بالاستعمال، أمّا الذي تعدّى عليه بالاستعمال فقد دخل في ملك المشتري وضمّانه،⁹⁵⁹ وأنّ الوكالة لا ترتفع بالتعدي؛ لأنّ الوكالة تقتضي أمران: الأمانة والإذن في التصرف، فإذا اختل الأمر الأوّل بقي الأمر الثاني قائماً ونفذ تصرف الوكيل بالبيع،⁹⁶⁰ فإذا قبض الثمن عاد أميناً عليه. الاتجاه الثاني: ذهب الشافعية في قول عندهم⁹⁶¹ والحنابلة في وجه عندهم⁹⁶² إلى أنّ تعدي الوكيل بالاستعمال يبطل وكالته، وبالتالي فإنّ يده تتحوّل إلى يد ضمان؛ لأنّ الوكالة تبطل بالتعدي شأنها في ذلك شأن الوديعة.

ومن خلال الموازنة بين الأقوال نجد أنّ ما ذهب إليه أصحاب القول الأوّل يعضده أنّ الوكالة تتفق مع الوديعة من جهة أنّ كلاهما يتضمّن الأمانة، وتختلف عنها من جهة أنّها تشتمل على الإذن بالتصرف، فإذا تصرف الوكيل بعد تعديّه بالاستعمال وفق إرادة الموكل صحّ تصرفه، وتكون يده على ما قبضه من بدل يد أمانة؛ لأنّه قبضه قبضاً مأذوناً فيه.

⁹⁵⁹ ينظر: البهوتي، كشف القناع، 3: 469.

⁹⁶⁰ ينظر: الشربيني، مغني المحتاج، 3: 254؛ ابن حجر الهيتمي، نخبة المحتاج، 5: 333-334.

⁹⁶¹ ينظر: الماوردي، الحاوي الكبير، 6: 534؛ المطيعي، تكملة المجموع، 14: 134.

⁹⁶² ينظر: المرداوي، تصحيح الفروع، 7: 37؛ المرداوي، الإنصاف، 13: 470.

المسألة الثانية: أثر قيام الوكيل بالخصومة بقبض الحق في استحقاق الضمان

تصوير المسألة: لو وكل شخص شخصاً في خصومة شخص آخر في حق من الحقوق، فهل للوكيل أن يقبض الحق الذي خلص إليه في تلك الخصومة، فعلى سبيل المثال لو وكله بالخصومة في دين، فهل للوكيل أن يقبض ذلك الدين، أم أنّ وكالته مقيدة بالخصومة فقط وفي حال قبض الدين يكون ضامناً له؟
للعلماء في ذلك قولان:

القول الأول: ذهب الحنفية إلى أنّ من كان وكيلاً بالخصومة كان وكيلاً بالقبض أيضاً، وعلّلوا ذلك بأنّ القبض من تمام الوكالة التي وكل بها، ومن ملك شيئاً ملك إتمامه.⁹⁶³
ويمكن أن يردّ على هذا التعليل: إنّ من إتمام الوكالة أن لا يُقصر الوكيل في حدود ما وكل به لا أن يتجاوز تلك الحدود.

القول الثاني: ذهب الشافعية،⁹⁶⁴ والحنابلة،⁹⁶⁵ وزفر من الحنفية⁹⁶⁶ إلى أنّ من كان وكيلاً بالخصومة فقط ليس له قبض الحق الذي خلص إليه، وعلّلوا ذلك بأنّ الموكل قد يرضى للقيام بالخصومة من لا يرضاه للقيام بقبض الحق؛ إذ أنّ هناك من الأشخاص من له القدرة على الخصومة ولكنّه لا يتسم بسمة الأمانة.⁹⁶⁷

⁹⁶³ ينظر: العيني، البناية، 9: 289؛ ابن نجيم، البحر الرائق، 7: 178.

⁹⁶⁴ ينظر: الشيرازي، المهذب، 2: 167؛ الروياني، بحر المذهب، 6: 42؛ العمراني، البيان، 6: 415.

⁹⁶⁵ ينظر: ابن قدامة، المغني، 5: 73؛ المرداوي، الإنصاف، 13: 529.

⁹⁶⁶ ينظر: ابن مودود، الاختيار، 2: 164؛ ابن نجيم، البحر الرائق، 7: 178.

⁹⁶⁷ ينظر: ابن مودود، الاختيار، 2: 164.

ومن خلال الموازنة بين الأقوال نجد أنَّ القول الثَّاني بأنَّ فعل القبض مؤثِّر في استحقاق الضَّمان فيه حفظ لأموال النَّاس، لا سيما أنَّ فساد الدَّم قد كثر، ولهذا السَّبب أفتى الحنفيَّة بقول زفر، جاء في البحر الرَّائق: "والفتوى اليوم على قول زفر لظهور الخيانة في الوكلاء."⁹⁶⁸

المسألة الثالثة: أثر تأخُّر الوكيل في تسليم البدل لغير عذر في استحقاق الضَّمان

يمكن تصوير أثر هذا الفعل بأن يشتري الوكيل بالشَّراء شيئاً ويقبضه ولكنه يتأخَّر في تسليم الثَّمن لغير عذر، ثمَّ يهلك الثَّمن في يده، فحكمه أنَّه يضمن الثَّمن، والسَّبب في ذلك أنَّه مفترط في إمساكه،⁹⁶⁹ وكذلك الوكيل بالشَّراء نسيئة ليس له أن يجبس ما اشتراه عن الموكل إلى أن يؤدِّيه ثمنه؛ لأنَّ الثَّمن يكون مؤجَّلاً في حقِّ الموكل أيضاً، فإذا فعل ذلك وهلك ما اشتراه كان هلاكه على الوكيل.⁹⁷⁰

المسألة الرَّابعة: أثر قيام الوكيل بالبيع أو الشَّراء بتسليم البدل قبل استلام المبدل به في استحقاق

الضَّمان

وتصوير المسألة: إذا اشترى الوكيل بالشَّراء شيئاً وسلَّم الثَّمن للبائع قبل أن يقبض منه المبيع، أو إذا باع الوكيل بالبيع وسلَّم المبيع للمشتري قبل أن يقبض منه الثَّمن، ثمَّ هرب الطَّرَف الآخر -البائع أو المشتري- أو أفلسا، فهل يعتبر فعل الوكيل مؤثِّراً في استحقاق الضَّمان عليه؟

للفقهاء في المسألة قولان:

القول الأوَّل: ذهب الحنفيَّة إلى أنَّ فعل الوكيل هذا لا يوجب عليه الضَّمان، لأنَّ التَّسليم من حقوق العقد،⁹⁷¹ ويمكن أن يُستدلَّ لهم أيضاً بأنَّ إطلاق الوكالة هنا يقتضي جواز التَّسليم.

⁹⁶⁸ ابن نجيم، البحر الرَّائق، 7: 178.

⁹⁶⁹ ينظر: ابن قدامة المقدسي، المغني، 5: 74.

⁹⁷⁰ ينظر: علي حيدر، درر الحُكام، 3: 604.

⁹⁷¹ ينظر: غانم البغدادي، مجمع الضمانات، 264؛ علي حيدر، درر الحُكام، 3: 554.

القول الثاني: ذهب جمهور الفقهاء من المالكية،⁹⁷² والشافعية،⁹⁷³ والحنابلة⁹⁷⁴ إلى أنّ تسليم الوكيل قبل الاستلام يوجب عليه الضمان، وعلّتهم في ذلك أنّ في تصرف الوكيل المتمثل بالتسليم خطر ظاهر، فإن خالف وسلّم ضمن لتعديده.⁹⁷⁵

الموازنة بين الأقوال: الذي نراه أنّه ينبغي التمييز بين تسليم الثمن وبين تسليم المبيع، أمّا في تسليم الثمن فالذي يبدو راجحاً هو الأخذ بالقول الأول وهو جواز قيام الوكيل بالإقباض قبل القبض؛ لأنّه في البيع المطلق يجب على المشتري أن يسلم الثمن أولاً، فإذا قام الوكيل بالشراء - وكانت الوكالة مطلقة غير مقيدة - بتسليم الثمن قبل تسلّم المبيع لا يكون مفترطاً في الوكالة لأنّ الوكيل نائب عن موكله، هذا من حيث المبدأ، أمّا لو جرى العرف بأن لا يسلم الوكيل حتّى يقبض فالذي يبدو أنّه على الوكيل التقيد بذلك؛ لأنّ "المعروف بين التجار كالمشروط بينهم"⁹⁷⁶ وأيضاً إذا كان الطرف الآخر القابض مجهولاً بالنسبة للوكيل أو معروفاً بفساد الذمّة فيجب عليه عدم تسليمه الثمن قبل قبض البدل؛ لأنّ الوكيل يتصرّف في مال غيره فيلزمه أن يكون محتاطاً وحريصاً على ذلك المال.

أمّا بالنسبة لتسليم المبيع فالذي يبدو راجحاً هو ما ذهب إليه الجمهور من أنّ تسليم الوكيل بالمبيع قبل استلام الثمن يوجب عليه الضمان، حتّى إنّ الحنفية أنفسهم ينصّون في باب البيع على أنّه ينبغي

⁹⁷² ينظر: الخطاب، مواهب الجليل، 5: 194؛ محمد بن الحسن الباني، الفتح الرباني فيما ذهل عنه الزرقاني، ط. 1 (بيروت: دار الكتب العلمية، 2002)، 6: 140؛ محمد عlish، منح الجليل، 6: 374.

⁹⁷³ ينظر: النووي، منهاج الطالبين، 135؛ الشريفي، مغني المحتاج، 3: 346.

⁹⁷⁴ ينظر: الرحيباني، مطالب أولى النهى، 3: 476؛ البهوتي، كشف القناع، 3: 481.

⁹⁷⁵ ينظر: سراج الدين عمر بن علي الأنصاري المعروف بابن الملّقن، عجالة المحتاج إلى توجيه المنهاج، (إريد: دار الكتاب، 2001م)، 2: 839؛ الهيتمي، تحفة المحتاج، 5: 321.

⁹⁷⁶ محمد الصديق آل بورنو، موسوعة القواعد الفقهية، 10: 752.

تسليم الثمن أولاً،⁹⁷⁷ فعلى هذا إذا سلم الوكيل بالبيع المبيع قبل تسلّم الثمن كان مُفَرِّطاً؛ لأنّ الوكيل نائب عن موكله.

4.2.3.4 أثر التصرفات الفعلية في استحقاق الضمان في عقدي الشركة والمضاربة

اتفق الفقهاء على أنّ يد الشريك على مال الشركة هي يد أمانة؛⁹⁷⁸ لأنّ قبضه للمال كان بإذن من المالك فصار المقبوض كالوديعة⁹⁷⁹ وبعد الشراء يصبح كالوكيل⁹⁸⁰ فلا يضمن ما تلف منه إلّا في حال التعدي أو التقصير، وكذلك الحال بالنسبة للمضاربة؛ فجمهور الفقهاء متفقون على أنّ يد العامل المضارب هي يد أمانة؛⁹⁸¹ لأنّ العامل المضارب كالوكيل،⁹⁸² والوكيل لا يضمن ما في يده إلّا في حال التعدي أو التقصير. إلّا أن بعض التصرفات الفعلية قد تحوّل صفة يد الشريك أو المضارب من الأمانة إلى الضمان، وفيما يأتي بيان لذلك.

المسألة الأولى: أثر مخالفة أحد العاقلين شرط الطّرف الآخر في استحقاق الضمان

إنّ الشّروط التي قد يشترطها أحد العاقلين على الآخر كثيرة، والذي ذهب إليه الفقهاء من حيث الجملة أنّ مخالفة شرط ربّ المال في عقد المضاربة يوجب الضمان،⁹⁸³ وفي حقيقة الأمر إنّ هذه المخالفة غالباً ما تتمثّل بتصرف فعليّ يقوم به الطّرف المخالف، فعلى سبيل المثال: في عقد المضاربة لو اشترط عليه ربّ

⁹⁷⁷ ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع، 5: 244.

⁹⁷⁸ ينظر: ابن الهمام، فتح القدير، 6: 185؛ الدسوقي، حاشية الدسوقي، 3: 354؛ النووي، روضة الطالبين، 4: 286؛ ابن رجب، القواعد.

⁹⁷⁹ ينظر: ابن الهمام، فتح القدير، 6: 185؛ النووي، روضة الطالبين، 4: 286.

⁹⁸⁰ ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع، 6: 87.

⁹⁸¹ ينظر: ابن نجيم، البحر الرائق، 7: 271؛ الدسوقي، حاشية الدسوقي، 3: 523؛ الشيرازي، المهذب، 2: 231؛ ابن قدامة، المغني، 5: 55.

⁹⁸² هذا من حيث العموم دون التطرق لبعض المسائل المستثناة من ذلك، أي أن تصرفات المضارب بالمجمل لا تخرج عما يجوز للوكيل عمله، فالفقهاء يصرحون أن المضارب "بمنزلة الوكيل" وأن "القراض توكيل" ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع، 6: 87؛ خليل بن إسحاق، مختصر خليل، 198؛ الشريبي، مغني المحتاج، 3: 405.

⁹⁸³ ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع، 6: 87؛ الشريبي، مغني المحتاج، 3: 411.

المال أن لا ينزل بالمال وادياً أو لا يحمله ليلاً ويمشي به أو لا ينزل به بحراً، فقام العامل بالتزول به الوادي أو البحر أو قام بحمله ليلاً، فإذا فعل شيئاً من ذلك وكان بوسعه امتثال أمر رب المال وجب عليه الضمان.⁹⁸⁴

هذا ويقام مقام نهي رب المال ما هو متعارف عليه بين التجار، فلو لم ينهه رب المال عن ركوب البحر صراحة وركبه العامل في حين ارتجائه أو في زمن من المعروف أنه لا يُركب البحر فيه وما شابه ذلك من التصرفات التي فيها خطر على المال فإنه يضمن؛ لأن الأصل في هذا العقد حفظ المال وطلب التمام، وفعل العامل على النحو المذكور مخالف لذلك.⁹⁸⁵

كذلك الحال في شركة العنان فإن مخالفة أحد الشريكين لما يشترطه عليه شريكه أو التصرف دون إذن منه لما نهاه عنه يوجب الضمان عليه.⁹⁸⁶

المسألة الثانية: أثر التبرع من مال الشركة أو المضاربة في استحقاق الضمان

ذهب جمهور الفقهاء إلى أن العامل في المضاربة المطلقة ليس له أن يتبرع بشيء من مال المضاربة، فإذا فعل ذلك بغير إذن من رب المال فإنه يضمن؛⁹⁸⁷ لأن المقصود من هذا العقد هو تحصيل الربح، والتبرع يناقض ذلك.

⁹⁸⁴ ينظر: الدسوقي، حاشية الدسوقي، 3: 526.

⁹⁸⁵ ينظر: يوسف ابن عبد البر، الكافي في فقه أهل المدينة، تح. محمد أحمد، ط. 2 (الرياض: مكتبة الرياض الحديثة، 1980م)، 2: 773.

⁹⁸⁶ ينظر: ابن الهمام، فتح القدير، 6: 185؛ الصاوي، حاشية الصاوي، 2: 171؛ محمد الزهري الغمراوي، السراج الوهاج على متن المنهاج، بيروت: دار المعرفة، د.ت)، 245.

⁹⁸⁷ ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع، 6: 92؛ غانم البغدادي، مجمع الضمانات، 304؛ ابن عبد البر، الكافي، 2: 773؛ النووي، روضة الطالبين، 5: 135؛ عبد السلام ابن تيمية، المحرر في الفقه على مذهب الإمام أحمد، ط. 2 (الرياض: دار المعارف، 1998م)، 1: 351.

وما ذهب إليه الفقهاء في حكم التبرع بمال المضاربة ذهبوا إليه أيضًا في الشركة، فقالوا ليس للشريك التبرع وصنع المعروف - كالإقراض - من مال الشركة؛⁹⁸⁸ لأن الشركة وضعت للاسترباح، وما ليس كذلك فلا يشمل العقد.⁹⁸⁹

وذهب المالكية إلى جواز التبرع من أجل استئلاف الناس.⁹⁹⁰

ومن خلال الموازنة بين الأقوال نجد أنّ ما ذهب إليه المالكية يعضده أنّ عقدي الشركة والمضاربة يقتضيا العمل بما هو من صنيع التجارة، لذا يُستثنى التبرع بالشئ اليسير كالضيافة لأنّ عرف التجار يقتضيه، ومنه ما يقوم به بعض التجار اليوم من باب الدعاية من تقديم بعض الهدايا التي تحمل اسم الشركة أو تكون نموذجًا يتعرّف من خلاله الزبون على نوعيّة وخصائص المنتج، والقاعدة تقول: "مَنْ ملك شيئًا ملك ما هو من ضروراته" والمقصود بالملك هنا: ملك ذات العين أو التصرف،⁹⁹¹ ويؤيد ذلك ما جاء في الفتاوى الهندية في هذا الصدد: "والصحيح أنّ ذلك مُنصرف إلى المتعارف وهو ما لا يعدّه التجار سرًّا".⁹⁹²

المسألة الثالثة: أثر خلط المال بغيره في استحقاق الضمان

صورة المسألة: قد يقدم أحد الشريكين أو العامل في المضاربة على خلط ما في يده من المال بمال آخر، كأن يقدم على صفقة تجارية مُتَوَحِّيًا منها حصول الربح إلا أنّ ما في يده من المال لا يكفي لها، فيقوم بخلطه بمال آخر من أجل الإبحار بكلا المالين جميعًا، فهل يعتبر فعله هذا سببًا للضمان؟

للفقهاء في هذه المسألة ثلاثة أقوال:

⁹⁸⁸ ينظر: ابن عابدين، رد المختار، 4: 319؛ ابن عبد البر، الكافي في فقه أهل المدينة، 2: 784؛ الخرشي، شرح مختصر الخرشي، 6: 43؛ مرعي يوسف الكرمي، غاية المنهى في جمع الإقناع والمنتهى، ط. 1 (الكويت: مؤسسة غراس للنشر والتوزيع والدعاية والإعلان، 2007م)، 1: 688.

⁹⁸⁹ ينظر: الحصكفي، الدر المختار، 4: 318-319.

⁹⁹⁰ ينظر: الدردير، الشرح الكبير، 3: 352.

⁹⁹¹ ينظر: مُجَدِّد الزحيلي، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، 1: 439.

⁹⁹² نظام الدين البلخي مع لجنة من العلماء، الفتاوى الهندية، 2: 312.

القول الأول: ذهب الحنفية⁹⁹³ والحنابلة⁹⁹⁴ إلى عدم جواز الخلط في حالة كان العقد بين الطرفين مطلقاً

عن ذلك، وأنه يشترط لجواز ذلك التفويض في أمور التجارة كقول: "اعمل برأيك" كي لا يضمن.

واستدلوا لذلك بأن الخلط يوجب حقاً في المال لغير رب المال،⁹⁹⁵ وأن رب المال رضي بشركته لا بشركة

غيره، وأن الخلط أمر عارض لا تتوقف عليه التجارة فلم يكن داخلياً تحت مطلق العقد، ولكنه يفيد تمييز

المال لذا يدخل في العقد عند الدلالة عليه، وقول العاقد: "اعمل برأيك" يدل عليه.⁹⁹⁶

القول الثاني: ذهب المالكية إلى جواز الخلط بموجب العقد المطلق إذا رأى أنه ينبي على هذا الخلط مصلحة

متحققة، بل ذهب بعضهم أبعد من ذلك حيث أوجبوا الخلط على المضارب إذا كان متيقناً من تحقق

المصلحة، وأوجبوا عليه ضمان الخسران إن لم يفعل.⁹⁹⁷

واستدل المالكية لجواز الخلط بأنه لا ضرر فيه على أحد المتعاقدين،⁹⁹⁸ ولعل من ذهب منهم إلى وجوب

الخلط قد رأى في ذلك تحقيق مصلحة تجارية وهو مقصود العقد.

القول الثالث: ذهب الشافعية إلى أن العامل المضارب إذا قام بخلط مال المضاربة بمال آخر فإنه يضمن،

سواء أكان مفوضاً في العمل أم لا، إلا أن يأذن له رب المال بالخلط فحينها لا يضمن.⁹⁹⁹

ولعل حجّتهم في ذلك أن التفويض لا يعتبر كافياً للقول بجواز الخلط لما يترتب على الخلط من حقوق في

المال، وأن العامل المضارب يده يد أمانة فيضمن بما يضمن الأمين كما هو الحال في الوديعة؛ لذا قالوا لا

بدّ من الإذن.

⁹⁹³ ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع، 6: 92؛ المرغيناني، الهداية، 3: 208.

⁹⁹⁴ ينظر: ابن قدامة، المغني، 5: 36-37؛ البهوتي، كشف القناع، 3: 502.

⁹⁹⁵ ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع، 6: 96.

⁹⁹⁶ المرغيناني، الهداية، 3: 208.

⁹⁹⁷ ينظر: الدسوقي، حاشية الدسوقي، 3: 523-524؛ الزرقاني، شرح الزرقاني على مختصر خليل، 6: 395.

⁹⁹⁸ ابن رشد، البيان والتحصيل، 12: 350.

⁹⁹⁹ ينظر: النووي، روضة الطالبين، 5: 148؛ زكريا الأنصاري، أسنى المطالب، 2: 392؛ الرملي، نهاية المحتاج، 5: 235.

ومن خلال الموازنة بين الأقوال نجد أنَّ القول الأوّل القائل بعدم جواز الخلط إذا كان العقد مطلقاً عن التفويض يعضده أنَّ الشّريك أو المضارب قد لا يرضى بالحقوق المترتبة على خلط المال، أمّا إذا فوض الأمر للمتعاقد الآخر معه فيجوز حينها؛ لأنّ التفويض ينصرف إلى جميع الأعمال التي يُتوخّى الرّبح فيها.

المسألة الرابعة: أثر السّفر بمال الشّركة والمضاربة في استحقاق الضّمان

المقصود هنا أن يقوم أحد العاقلين -الشّريك أو العامل المضارب- بالسّفر بالمال من أجل تنميته دون إذن من الطّرف الآخر، فهل قيامه بهذا الفعل يوجب عليه الضّمان أم أنّ له ذلك؟
للفقهاء في ذلك قولان:

القول الأوّل: ذهب الحنفية¹⁰⁰⁰ والحنابلة في الرّاجح عندهم¹⁰⁰¹ إلى أنّه يحق لكلّ من الشّريك والمضارب السّفر من أجل تنمية المال بموجب العقد دون إذن من الطّرف الآخر، وقيد الحنابلة ذلك بأمن الطّريق، وهو قول لبعض الشّافعية،¹⁰⁰² أمّا المالكية فقد ذهبوا إلى أنّ للعامل المضارب أن يسافر بالمال،¹⁰⁰³ أمّا فيما يخصّ الشّريك فلم نجد لهم نصّاً في المسألة.¹⁰⁰⁴

واستدلّ أصحاب هذا القول بما يأتي:

أوّلاً: أنّ العقد إذا جاء مطلقاً في التّجارة فإنّه يجري على إطلاقه إلّا لدليل، وطالما أنّه لم يقدّم الدّليل فإنّه يتناول التّجارة داخل البلد وخارجه.¹⁰⁰⁵

¹⁰⁰⁰ ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع، 6: 71؛ علي حيدر، درر الحكام، 3: 401 و425؛

¹⁰⁰¹ ينظر: ابن قدامة، المغني، 5: 30؛ المرداوي، الإنصاف، 14: 36؛ الرحيباني، مطالب أولي النهى، 3: 504.

¹⁰⁰² ينظر: روضة الطالبين، 5: 134.

¹⁰⁰³ ينظر: الدسوقي، حاشية الدسوقي، 3: 524.

¹⁰⁰⁴ والذي يظهر من عموم نصوص المالكية أهمّ بمنعون الشّريك في شركة العنان من السفر دون إذن صاحبه بخلاف شركة المفاوضة حيث يجيزون له ذلك، جاء في الفواكه الدواني أثناء حديثه عن شركة المفاوضة: "يجوز لكلّ واحد التّصريف بالمصلحة من غير إذن شريكه.. إلّا أنّه لا يجوز له التّصريف في هذه -أي شركة العنان- إلّا بإذن صاحبه." النفراوي، الفواكه الدواني، 2: 121.

¹⁰⁰⁵ ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع، 6: 71.

ويمكن أن يجاب بأنه وإن كان العقد مطلقاً إلا أنه يقيّد بما ليس فيه إضرار بالمال، والسفر فيه تعريض المال للخطر.

ثانياً: أنّ الوديع يحقّ له السفر في حال كان العقد مطلقاً، فيحقّ للشريك والعامل المضارب من باب أولى؛ لأنّ الوديع موكل بالحفظ فقط، أمّا الشريك والعامل المضارب فهما موكلان بالتصرف أيضاً.¹⁰⁰⁶

ويمكن أن يجاب بأنّ جواز سفر الوديع بالوديعة ليس محلّ اتفاق بين الفقهاء.

القول الثاني: ذهب الشافعية¹⁰⁰⁷ والحنابلة في رواية عندهم،¹⁰⁰⁸ وأبو يوسف في رواية عنه¹⁰⁰⁹ إلى أنه

ليس للشريك ولا العامل المضارب السفر دون إذن من الطرف الآخر، واستثنى الشافعية من ذلك حالة الضرورة، كأن يحلّ في البلد قحط أو يداهم البلد عدو غاشم، أو أن يتمّ التعاقد في حالة السفر.¹⁰¹⁰

وعلّلوا المنع من السفر بالمال لما في السفر من اقتحام الخطر،¹⁰¹¹ واقتحام الخطر في ملك الغير لا يجوز إلا بإذن مالكة.¹⁰¹²

وهذا يمكن أن يجاب بأنه إذا كان المنع بسبب خطر الطريق اقتضى ذلك أن يقيّدوا ما ذهبوا إليه في حالة كانت الطريق مخوفة فقط، وليس المنع مطلقاً؛ لأنه ليست كلّ الطرق مخوفة.

ومن خلال الموازنة بين الأقوال نجد أنّ القول بجواز السفر من أجل التجارة وتنمية المال إذا كان الطريق آمناً يعضده أنّ السفر تقتضيه طبيعة العمل التجاري، لا سيما في أيامنا هذه؛ حيث خفّت كثيراً مخاطر التنقل

¹⁰⁰⁶ ينظر: المرغيناني، الهداية، 3: 201؛ الكاساني، بدائع الصنائع، 6: 71.

¹⁰⁰⁷ ينظر: النووي، روضة الطالبين، 5: 134؛ الشربيني، مغني المحتاج، 3: 227.

¹⁰⁰⁸ ابن قدامة، المغني، 5: 30؛ المرداوي، الإنصاف، 14: 36.

¹⁰⁰⁹ الكاساني، بدائع الصنائع، 6: 71.

¹⁰¹⁰ ينظر: الشربيني، مغني المحتاج، 3: 277.

¹⁰¹¹ ينظر: الغزالي، الوسيط في المذهب، 4: 120؛ الشربيني، مغني المحتاج، 3: 277؛ ابن قدامة، المغني، 5: 30.

¹⁰¹² ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع، 6: 71.

بين البلدان والمناطق، وأصبح اجتياز المسافات الطويلة ممكنًا بوقت قصير خلافًا لما كان عليه الحال في السابق.

4.2.3.5 أثر التصرفات الفعلية في استحقاق الضمان في الوصاية

قد يقوم شخص - كالأب والجد - بتعيين شخص آخر لينظر في شؤون من هم تحت ولايته من القاصرين بعد موته، فيتولّى ذلك الوصي المختار إدارة شؤونهم المالية من حفظ وتثمين وتنمية وإنفاق ونحو ذلك، وتعدّ يده على مال القاصرين يد أمانة لا تضمن دون تعدّ أو تقصير منه،¹⁰¹³ وسنذكر هنا بعضًا من التصرفات الفعلية التي إذا صدرت عن الوصي اعتبرت من ضمن التعدّي أو التقصير.

المسألة الأولى: أثر إقراض مال الموصى عليه في استحقاق الضمان

ذهب جمهور الفقهاء إلى عدم جواز الإقراض من مال الموصى عليه، فإذا قام الوصي بفعل ذلك اعتبر ضامنًا؛ إلّا أنّ الحنفية¹⁰¹⁴ والشافعية¹⁰¹⁵ أجازوا ذلك في حالة الضرورة كالخوف من حريق أو نهب، وأجازوه أيضًا للمالكية¹⁰¹⁶ والحنابلة¹⁰¹⁷ إن كان فيه مصلحة للموصى عليه.

ويعلل الفقهاء عدم جواز الإقراض من مال الموصى عليه بأنّ الإقراض يشبه التبرّع؛ حيث فيه إزالة للملك دون أن يقابله عوض في الحال فلا يجوز فعله.¹⁰¹⁸

¹⁰¹³ ينظر: السرخسي، المبسوط، 28: 29؛ الخطاب، مواهب الجليل، 5: 71؛ البجيرمي، حاشية البجيرمي على المنهج، 3: 290؛ ابن مفلح، المبدع، 4: 347.

¹⁰¹⁴ ينظر: ابن نجيم، البحر الرائق، 7: 24؛ الدر المختار، 5: 418.

¹⁰¹⁵ ينظر: الشيرازي، المهذب، 2: 128؛ النووي، روضة الطالبين، 4: 191؛

¹⁰¹⁶ ينظر: الدسوقي، حاشية الدسوقي، 4: 454.

¹⁰¹⁷ ينظر: ابن قدامة، المغني، 4: 183؛ المرداوي، الإنصاف، 13: 378.

¹⁰¹⁸ ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع، 5: 153.

المسألة الثانية: أثر خلط مال الموصى عليه بمال غيره.

ذهب جمهور الفقهاء إلى جواز خلط نفقة الموصى عليه - كاليتيم - بماله إذا كان ذلك فيه رفق لليتيم ومصلحة له،¹⁰¹⁹ لأنّ أفراد نفقته فيه مشقة لا سيما إن كانوا في بيت واحد،¹⁰²⁰ وحصر الشافعية جواز ذلك بما لا بدّ منه كخلط الدقيق بالدقيق للطبخ ونحوه، أمّا خلط الدراهم بالدراهم والحنطة بالحنطة فليس له ذلك.¹⁰²¹

وحاصل الأمر: إنّ التصرّفات الفعلية التي تعتبر من قبيل التعدي وتوجب الضمان على الوصي هي التصرّفات التي ليس فيها مصلحة للموصى عليه.¹⁰²²

¹⁰¹⁹ ينظر: غانم البغدادي، مجمع الضمانات، 411؛ القرائي، الذخيرة، 8: 241؛ ابن قدامة، المغني، 4: 183.

¹⁰²⁰ القرائي، الذخيرة، 8: 242.

¹⁰²¹ ينظر: الرافعي، العزيز، 7: 284؛ النووي، روضة الطالبين، 6: 322.

¹⁰²² ينظر: السرخسي، المبسوط، 28: 28-29، الخطاب، مواهب الجليل، 5: 60.

الختامة

- الحمد لله الذي منَّ بإتمام هذا البحث، والصَّلاة والسلام على سيِّدنا مُحَمَّد وعلى آله وصحبه وسلَّم، وبعد:
- فإنَّ موضوع أثر التَّصرُّفات الفعليَّة في المعاملات الماليَّة هو متعلِّق بالأفعال الحسيَّة الصَّادرة عن العاقد أو غيره من الأشخاص ومدى تأثير هذه الأفعال في المعاملات الماليَّة، وقد انتهى هذا البحث بالنتائج الآتية:
- التَّصرُّف الفعليّ: هو عمل مادّي غير لسانیّ يصدر عن الشَّخص ويترتَّب عليه أثر شرعيّ.
 - تُعتبر التَّصرُّفات الفعليَّة إحدى الأدوات الضمنيَّة للتعبير عن الإرادة في العقود الماليَّة، وهذه التَّصرُّفات بعضها ينزل منزلة اللَّفظ الصَّريح والبعض الآخر منزلة اللَّفظ الكنائيّ.
 - الدَّلالة الفعليَّة كباقي الدَّلالات لها شروط في اعتبارها، أهمُّها: أن يتمَّ التَّعبير عنها بمظهر خارجيٍّ، وأن لا يصرِّح الفاعل بنفي قصده من فعله، وأن لا تخالف نصًّا شرعيًّا.
 - من خصائص الدَّلالة الفعليَّة أنَّها ليس لها طُرُق محدَّدة، وإنَّما تُستخلص استخلاصًا من الموقف والظَّرف الذي وقعت فيه.
 - انعقاد عقد البيع بطريق المعاوضة موجود لدى جميع المذاهب الفقهيَّة ولكن بنسب متفاوتة فيما بينهم، فالمالكيَّة هم الأكثر توسُّعًا في المسألة؛ حيث قالوا بصحَّة ذلك في الأموال عموماً، سواء حصل التَّبادل من العاقلين، أو كان الإعطاء من جانب واحد، ثمَّ يقترب منهم الحنابلة؛ باستثناء ما نُقل عن بعضهم من قصر محلِّ العقد على المحقَّرات، ثمَّ يليهم الحنفيَّة؛ حيث وقع الخلاف بينهم في محلِّ العقد وفي اشتراط التَّبادل بين العاقلين، ثمَّ يليهم الشَّافعيَّة؛ فجمهورهم لا يقبل البيع بالمعاوضة، والَّذين قبلوا به وقع الخلاف بينهم في محلِّ العقد الَّذي يصلح لذلك.
 - يذهب جمهور الفقهاء إلى انعقاد العقود الماليَّة -من حيث الجملة- بكلِّ ما يُستدلُّ به على رضا العاقلين من قول أو فعل، ولكن نسبة قبول أعمال الدَّلالة الفعليَّة في الإيجاب والقبول تختلف من

مذهب إلى آخر، وأوسع تلك المذاهب هو المذهب المالكي؛ حيث أخذ بها في جميع العقود المالية في الإيجاب والقبول سوى عقد المساقاة، ويأتي في الدرجة الثانية مذهب الحنابلة حيث أخذوا بها أيضًا في جميع العقود، إلا أنهم اقتصروا في بعضها على قبول الدلالة الفعلية في القبول فقط، وقريب من مذهب الحنابلة مذهب الحنفية إلا أنهم اشترطوا في بعض العقود التلقظ بالإيجاب والقبول كعقد الإعارة، ويأتي في المرتبة الرابعة مذهب الشافعية، حيث أخذوا بالدلالة الفعلية في كثير من العقود، ولكن كثرت الاستثناءات عندهم.

- إنَّ الأخذ بالدلالة الفعلية في انعقاد العقود فيه تيسير على الأمة ورفع الحرج عنهم، لا سيما في استجرار حوائجهم اليومية من البائع.
- إن نطاق الأخذ بالدلالة الفعلية في انعقاد العقود لا يقتصر على تعاملات الأشخاص فيما بينهم فحسب، بل إنه تطوّر مع تطوّر الاحتياجات ليشمل التعامل مع المؤسسات والشركات أيضًا.
- للتصرّفات الفعلية أثر في صحة العقود، حيث إنَّ بعض الأفعال يُشترط تواجدها قبل العقد كما هو الحال في اشتراط قبض المبيع من قبل المشتري قبل بيعه، وبعضها يُشترط مصاحبته للعقد كما هو الحال في تقابض البدلين في بيع الأموال الربوية، وبعضها الآخر يُشترط خلو العقد عنها، فإذا وجدت أدّت إلى فسادها كما هو الحال في الإكراه.
- للتصرّفات الفعلية أثر في تصحيح العقد الفاسد؛ حيث تقوم تلك التصرّفات بإزالة ما هو مفسد للعقد، كمن باع شيئًا مع جهالة في الثمن، فقام المشتري بنقد الثمن في المجلس وقبل به البائع.
- للتصرّفات الفعلية أثر في لزوم العقد الجائر، كالأفعال التي تصدر عن صاحب الخيار في مدة الخيار والتي تدلّ على إجازته للعقد، وكالشروع في العمل في عقد الجعالة والمضاربة والمزارعة، وكالانطلاق في السبق في عقد المسابقة، وكفعل القبض في كلّ من الرهن والهبة.

- للتصرّفات الفعلية أثر في فسخ وانفساخ العقود المالية، كفعل الإكراه وفعل تلقي الرّكبان، وكتصرّف البائع بالمبيع في زمن الخيار إذا كان الخيار له، وكتصرّف الواهب بالعين الموهوبة وإتلاف البائع للمبيع وإتلاف العين الموهوبة إذا حدث كلّ ذلك قبل القبض، وكإتلاف العين المستأجرة وإتلاف مال الشّركة، وكالتّغريب الفعليّ بأحد العقّادين.

- الأصل في انتقال الملكية أن يكون من خلال العقود النّاقلة لها، ولكن يستثنى من ذلك بعض العقود فلا تنتقل فيها الملكية إلا بفعل القبض، مثل عقود التّبرعات؛ كالهبة والقرض وانتقال ملكية منفعة العارية.

- للتصرّفات الفعلية أثر في انتقال الملكية في العقد الفاسد عند الحنفية، وذلك أنّ العقد الفاسد إذا اتصل به قبض أفاد ملكاً خبيثاً واجب الفسخ.

- هناك فرق بين التصرّف الفعليّ والتّعبير عن الإرادة بواسطة الفعل، فالتصرّف الفعليّ أشمل من التّعبير عن الإرادة بواسطة الفعل، حيث يشمل أيضا الأفعال الضّارة التي توجب الضّمان.

- للتصرّفات الفعلية أثر في استحقاق الضّمان في العقود، ففي عقود الضّمان يعتمد على فعل القبض، وفي عقود الأمانة يعتمد على التصرّفات الفعلية المتمثلة بالتّعدي أو التّفصير، كالإتلاف والاستعمال غير المأذون فيه، ونقل محلّ العقد والسّفرة به وخلطه بغيره.

أهمّ التّوصيات:

إنّ طبيعة الإنسان تقتضي أن تكون تصرّفات الفعلية الصادرة عنه أكثر من تصرّفات القولية في شتى مجالات الحياة؛ لذا نوصي الباحثين بدراسة أثر التصرّفات الفعلية في باقي أبواب الفقه، كتأثيرها في الأحوال الشخصية، وتأثيرها في المسؤولية الجنائية.

قائمة المصادر والمراجع

- ابن اسحاق، خليل. التوضيح في شرح المختصر الفرعي لابن الحاجب. تح. أحمد عبد الكريم نجيب. ط.1. مصر: مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث، 2008م.
- ابن الأثير، مجد الدين. النهاية في غريب الحديث والأسر. طاهر الزاوي-محمود الطناحي. بيروت: دار الكتب العلمية، 1979م.
- ابن الجلاب، عبيد الله. التفرع في فقه الإمام مالك. تح. سيد كسروي حسن. ط.1. بيروت: دار الكتب العلمية، 2007م.
- ابن الحاجب، عثمان بن عمر. جامع الأمهات. تح. أبو عبد الرحمن الأخضر. ط.2. دمشق: اليمامة للطباعة والنشر والتوزيع، 2000م.
- ابن الحاجب، عثمان بن عمر. منتهى الوصول والأمل. ط.1. بيروت: دار الكتب العلمية، 1985م.
- ابن العربي، أبو بكر. أحكام القرآن. ط.3. بيروت: دار الكتب العلمية، 2003م.
- ابن الملقن، عمر بن علي. الأشباه والنظائر في قواعد الفقه. تح. مصطفى الأزهرى. ط.1. الرياض: دار ابن القيم، 2010م.
- ابن الملقن، عمر بن علي. البدر المنير في تخريج الأحاديث والآثار الواقعة في الشرح الكبير. تح. مصطفى أبو الغيط-عبد الله بن سليمان- ياسر بن كمال. ط.1. الرياض: دار الهجرة للنشر والتوزيع، 2004م.
- ابن الملقن، عمر بن علي. عجالة المحتاج إلى توجيه المنهاج. إريد: دار الكتاب، 2001م.
- ابن النجار، محمد بن أحمد. مختصر التحرير شرح الكوكب المنير. تح. محمد الزحيلي - نزيه حماد، ط.2. الرياض: العبيكان، 1997م.
- ابن النجار، محمد بن أحمد. منتهى الإرادات. تح. عبد الله عبد المحسن التركي. ط.1. بيروت: مؤسسة الرسالة، 1999م.

- ابن تيمية، تقي الدين أحمد بن عبد الحليم. القواعد النورانية الفقهية. تح. أحمد محمد الخليل. ط. 1. السعودية: دار ابن الجوزي، 1422هـ.
- ابن تيمية، تقي الدين أحمد بن عبد الحليم. مجموع الفتاوى، تح. عبد الرحمن قاسم. السعودية: مجمع الملك فهد، 1995م.
- ابن جامع، عثمان بن عبد الله. الفوائد المنتخبات في شرح أخصر المختصرات. تح. عبد السلام برجس آل عبد الكريم - عبد الله محمد البشر. ط. 1. بيروت: مؤسسة الرسالة، 2003م.
- ابن جزى، محمد بن أحمد. القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية. تح. ماجد الحموي. ط. 1. بيروت: دار ابن حزم، 2013م.
- ابن حجر، أحمد العسقلاني. التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير. ط. 1. بيروت: دار الكتب العلمية، 1989م.
- ابن حجر، أحمد العسقلاني. تهذيب التهذيب. ط. 1. الهند: دار المعارف النظامية، 1326هـ.
- ابن حجر، أحمد العسقلاني. فتح الباري شرح صحيح البخاري. بيروت: دار المعرفة، 1379هـ.
- ابن حجر، أحمد الهيتمي. تحفة المحتاج. مصر: المكتبة التجارية الكبرى، 1983م.
- ابن حزم، علي. التقريب لحد المنطق والمدخل إليه بالألفاظ العامية والأمثلة الفقهية. تح. إحسان عباس. ط. 1. بيروت: دار مكتبة الحياة، د.ت.
- ابن حنبل، أحمد بن محمد. مسند الإمام أحمد. تح. شعيب الأرنؤوط - عادل مرشد وآخرون. ط. 1. بيروت: مؤسسة الرسالة، 2001م.
- ابن رجب، عبد الرحمن بن أحمد. القواعد. بيروت: دار الكتب العلمية.
- ابن رجب، عبد الرحمن بن أحمد. فتح الباري شرح صحيح البخاري. تح. مجموعة من المحققين. ط. 1. المدينة المنورة:
- ابن رشد، محمد بن أحمد. بداية المجتهد ونهاية المقتصد. القاهرة: دار الحديث، 2004م.

- ابن شاس، عبد الله بن نجم. عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة. تح. حميد بن محمد لحر. ط. 1. بيروت: دار الغرب الإسلامي، 1003م.
- ابن عابدين، محمد أمين. رد المختار على الدر المختار. ط. 2. بيروت: دار الفكر، 1992م.
- ابن عبد البر، يوسف. التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد. تح. مصطفى العلوي-محمد البكري. المغرب: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، 1387هـ.
- ابن عبد البر، يوسف. الكافي في فقه أهل المدينة. تح. محمد أحمد. ط. 2. الرياض: مكتبة الرياض الحديثة، 1980م.
- ابن عبد السلام، عز الدين عبد العزيز. قواعد الأحكام في مصالح الأنام. القاهرة: كتبة الكليات الأزهرية، 1991م.
- ابن عثيمين، محمد بن صالح. الشرح الممتع على زاد المستقنع. ط. 1. السعودية: دار ابن الجوزي، 1428هـ.
- ابن فرحون، إبراهيم. الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب، تح. محمد الأحمد. القاهرة: دار التراث للطبع والنشر.
- ابن قاضي شعبة، محمد. بداية المحتاج في شرح المنهاج. ط. 1. جدة: دار المنهاج للنشر والتوزيع، 2011م.
- ابن قدامة، موفق الدين عبد الله. الشرح الكبير على متن المقنع. بيروت: دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع.
- ابن قدامة، موفق الدين عبد الله. الكافي في فقه الإمام أحمد. ط. 1. بيروت: دار الكتب العلمية، 1994م.
- ابن قدامة، موفق الدين عبد الله. المغني، القاهرة: مكتبة القاهرة، 1968م.
- ابن قيم الجوزية، محمد بن أبي بكر. إعلام الموقعين، تح. محمد عبد السلام إبراهيم. ط. 1. بيروت: دار الكتب العلمية، 1991م.
- ابن قيم الجوزية، محمد بن أبي بكر. بدائع الفوائد. بيروت: دار الكتاب العربي.

ابن ماجه، مُجَدِّد. سنن ابن ماجه. تح. شعيب الأرناؤوط- مُجَدِّد كامل قره بللي- عبد اللطيف حرز الله.
ط.1. بيروت: دار الرسالة العالمية، 2009م.

ابن مازة، برهان الدين محمود بن أحمد. المحيط البرهاني في الفقه النعماني. تح. عبد الجندي. ط.1. بيروت:
دار الكتب العلمية، 2004م.

ابن مفلح، إبراهيم بن مُجَدِّد. المبدع في شرح المقنع. ط.1. بيروت: دار الكتب العلمية، 1997م.
ابن مفلح، إبراهيم بن مُجَدِّد. النكت والفوائد السنية على مشكل المحرر. ط.2. الرياض: دار المعارف،
1404هـ.

ابن منظور، مُجَدِّد بن مكرم. لسان العرب. ط.3. بيروت: دار صادر، 1414هـ.
ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم. الأشباه والنظائر. ط.1. بيروت: دار الكتب العلمية، 1999م.
ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم. البحر الرائق شرح كنز الدقائق. ط.2. دار الكتاب الإسلامي، د.ت.
أبو العيينة بدران، بدران. تاريخ الفقه الإسلامي ونظرية الملكية والعقود. بيروت: دار النهضة العربية.
أبو داود، سليمان بن الأشعث. سنن أبي داود، تح. مُجَدِّد محي الدين عبد الحميد. بيروت: المكتبة العصرية.
أبو زهرة، مُجَدِّد. الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية. ط.1. القاهرة: دار الفكر العربي، 1996م.
أبو شجاع، شبرويه بن شهردار. الفردوس بمأثور الخطاب. ط.1. بيروت: دار الكتب العلمية، 1986م.
الآبي، صالح عبد السميع. جواهر الأكليل شرح مختصر خليل. ط.1. بيروت: دار الكتب العلمية،
1997م.

أحمد يوسف، أحمد عرفة. التوازي في العقود وتطبيقاته المعاصرة. ط.1. الإسكندرية: دار التعليم الجامعي،
2019م.

الإنسوي، جمال الدين. التمهيد في تخريج الفروع على الأصول. تح. حسن هيتو. ط.1. بيروت: مؤسسة
الرسالة، 1400هـ.

الأصبحي، مالك بن أنس. الموطأ. تح. مُجَدِّد فؤاد عبد الباقي. بيروت: دار إحياء التراث العربي، 1985م.

الأصفهاني، الحسين بن مُحمَّد. المفردات في غريب القرآن. تح. صفوان الداودي. ط.1. دمشق: دار القلم، 1412هـ.

آل بورنو، مُحمَّد صدقي. موسوعة القواعد الفقهيَّة. ط.1. بيروت: مؤسسة الرسالة، 2003م.

الأنصاري، أحمد ابن الرفعة. كفاية التَّبيه في شرح التنبيه. تح. مجدي باسلوم. ط.1. بيروت دار الكتب العلمية، 2009م.

الأنصاري، زكريا. أسنى المطالب في شرح روضة الطالب. بيروت: المكتب الإسلامي.

الأنصاري، زكريا. الحدود الأنيفة والتَّعريفات الدقيقة. ط.1. بيروت: دار الفكر المعاصر، 1411هـ.

الأنصاري، زكريا. فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب. بيروت: دار الفكر، 1994م.

البابري، محمود بن أحمد. العناية شرح الهداية. بيروت: دار الفكر.

الباجي، سليمان بن خلف. المنتقى شرح الموطأ. ط.1. مصر: مطبعة السعادة، 1332هـ.

البجيرمي، سليمان. تحفة الحبيب على شرح الخطيب المعروف بحاشية البجيرمي. بيروت: دار الفكر، 1995م.

البخاري، عبد العزيز. كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي. بيروت: دار المكتب الإسلامي.

البخاري، مُحمَّد بن إسماعيل. الجامع المختصر الصَّحيح المختصر من أمور رسول الله ﷺ وسننه وأيامه. تح. مُحمَّد زهير ناصر. ط.1. بيروت: دار طوق النجاة، 1422هـ.

البركتي، مُحمَّد. التَّعريفات الفقهيَّة. ط.1. بيروت: دار الكتب العلمية، 2003م.

البركتي، مُحمَّد. قواعد الفقه. ط.1. كراتشي: الصدف بيلشرز، 1986م.

البعلي، شمس الدين مُحمَّد. المطلع على ألفاظ المقنع. تح. محمود الأرنبوط-ياسين الخطيب. ط.1. جدة: مكتبة السوادى للتوزيع، 2003م.

البعلي، عبد الحميد. ضوابط العقود في الفقه الإسلامي. ط.1. بيروت: دار التوفيق، د.ت.

- البغدادى، غانم. مجمع الضمانات. دار الكتاب الإسلامى.
- البغوي، الحسين بن مسعود. التهذيب في فقه الإمام الشافعي. تح. عادل عبد الموجود - علي معوض. ط.1. بيروت: دار الكتب العلمية، 1997م.
- البقوري، إبراهيم. ترتيب الفروق واختصارها. تح. عمر ابن عباد. المغرب: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، 1994م.
- البناني، محمد بن الحسن. الفتح الرباني فيما ذهل عنه الزرقاني. ط.1. بيروت: دار الكتب العلمية، 2002م.
- البهوتي، منصور بن يونس البهوتي. الروض المربع شرح زاد المستقنع. بيروت: مؤسسة الرسالة.
- البهوتي، منصور بن يونس. كشف القناع. بيروت: دار الكتب العلمية.
- البيهقي، أحمد بن الحسين. السنن الكبرى. تح. محمد عبد القادر عطا. ط.3. بيروت: دار الكتب العلمية، 2003م.
- التركمانى، عدنان. ضوابط العقد في الفقه الإسلامى. ط.1. جدة: دار الشروق، 1981م.
- الترمذي، محمد بن عيسى. سنن الترمذي. تح. أحمد محمد شاكر - فؤاد عبد الباقي - إبراهيم عطوة. ط.2. مصر: مصطفى البابي الحلبي، 1975م.
- التفتازاني، سعد الدين مسعود. شرح التلويح على التوضيح. مصر: مكتبة صبيح.
- الثعلبي، عبد الوهاب بن علي بن نصر. الإشراف على نكت مسائل الخلاف. تح. الحبيب طاهر. بيروت: دار ابن حزم، 1999م.
- الثعلبي، عبد الوهاب بن علي. عيون المسائل. تح. علي محمد بورويبة. ط.1. بيروت: دار ابن حزم، 2009م.
- الثعلبي، عبد الوهاب. المعونة على مذهب عالم أهل المدينة. تح. حميش عبد الحق. مكة المكرمة: المكتبة التجارية.

- الرجاني، علي بن مُحمَّد. التعريفات. ط.1. بيروت: دار الكتب العلمية، 1983م.
- الخصاص، أحمد بن علي. أحكام القرآن. تح. مُحمَّد صادق قمحاوي. بيروت: دار إحياء التراث العربي، 1405هـ.
- الخصاص، أحمد بن علي. شرح مختصر الطحاوي. تح. سائد بكداش وآخرون. ط.1. بيروت: دار البشائر الإسلامية، 2010م.
- الجوهري، إسماعيل. الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية. تح. أحمد عبد الغفور عطار. ط.4. بيروت: دار العلم للملايين، 1987م.
- الحاكم، مُحمَّد بن عبد الله. المستدرک علی الصحیحین. تح. مصطفى عبد القادر عطا. ط.1. بيروت: دار الكتب العلمية، 1990م.
- الحجاوي، شرف الدين موسى. الإقناع في فقه الإمام أحمد. تح. عبد اللطيف السبكي. بيروت: دار المعرفة.
- الحصكفي، مُحمَّد بن علي. الدر المختار شرح تنوير الأبصار. ط.2 مطبوع مع حاشية رد المحتار. بيروت: دار الفكر، 1992م.
- الحصني، تقي الدين. القواعد، تح. عبد الله الشعلان وجبريل البصلي. ط.1. الرياض: مكتبة الرشد، 1997م.
- الحضرمي، سعيد بن مُحمَّد. شرح المقدمة الحضرمية المسمى بشرى الكريم بشرح مسائل التعليم. ط.1. جدة: دار المنهاج للنشر والتوزيع، 2004م.
- الخطاب الرعيني، مُحمَّد. مواهب الجليل في شرح مختصر خليل. ط.3. بيروت: دار الفكر، 1992م.
- حماد، نزيه. عقد الوديعه في الشريعة الإسلامية. ط.1. دمشق: دار القلم، 1993م.
- حماد، نزيه. معجم المصطلحات الماليّة والاقتصادية في لغة الفقهاء، ط.1. دمشق: دار القلم - الدار الشامية، 2008م.

الحموي، شهاب الدين أحمد مكي. غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر. ط.1. بيروت: دار الكتب العلمية، 1985م.

حيدر أمين أفندي، علي. درر الحكام في شرح مجلة الأحكام. ط.1. بيروت: دار الجيل، 1991م.

الخرشي، محمد بن عبد الله. شرح مختصر خليل. بيروت: دار الفكر.

الخفيف، علي. أحكام المعاملات الشرعية. القاهرة: دار الفكر العربي، 2008م.

الخفيف، علي. الضمان في الفقه الإسلامي. القاهرة: دار الفكر الإسلامي، 2000م.

خليل، غدير أحمد. تطبيق عقد الجعالة في الخدمات المصرفية الإسلامية. بحث منشور ضمن أعمال المؤتمر العلمي الثاني بعنوان: الخدمات المصرفية بين النظرية والتطبيق. الأردن: جامعة عجلون، 2013م.

الخن، مصطفى سعيد. أثر الاختلاف في القواعد الأصولية في اختلاف الفقهاء. ط.3. بيروت: مؤسسة الرسالة، 1982.

الدارقطني. علي بن عمر. سنن الدارقطني. تح. شعيب الأرناؤوط وآخرون. ط.1. بيروت: مؤسسة الرسالة، 2004م.

الديان، ديبان. المعاملات المالية أصالة ومعاصرة. ط.2. الرياض: مكتبة الملك فهد الوطنية، 1432هـ.

الدريني، نشأت. التراضي في عقود المبادلات المالية. ط.1. جدة: دار الشروق، 1982م.

الدسوقي، محمد بن أحمد بنم عرفة. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير. بيروت: دار الفكر.

الدميري، تاج الدين برهام. تحرير المختصر. تح. أحمد عبد الكريم نجيب-حافظ عبد الرحمن خير. ط.1. مصر: مركز الدميري، محمد. النجم الوهاج في شرح المنهاج. ط.1. جدة: دار المنهاج، 2004م.

الذهبي، شمس الدين محمد. سير أعلام النبلاء. تح. مجموعة من المحققين بإشراف شعيب الأرناؤوط. ط.3. بيروت: مؤسسة الرسالة، 1985م.

الرازي، محمد بن أبي بكر. مختار الصحاح. تح: يوسف الشيخ محمد. ط.5. بيروت: المكتبة العصرية، 1999م.

- الرافعي، عبد القادر. تقارير الرافعي على رد المحتار. ط. خاصة. الرياض: عالم الكتب، 2003.
- الرافعي، عبد الكريم الرافعي. فتح العزيز بشرح الوجيز. بيروت: دار الفكر.
- الرحباني، مصطفى بن سعد. مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى. ط. 2. بيروت: المكتب الإسلامي، 1994م.
- الرصاص، محمد بن قاسم. الهداية الكافية الشافية لبيان حقائق الإمام ابن عرفة الوافية المعروف بشرح حدود ابن عرفة. ط. 1. بيروت: المكتبة العلمية، 1350هـ.
- الرملي، شمس الدين محمد. نهایة المحتاج إلى شرح المنهاج. بيروت: دار الفكر، 1984م.
- الرواني، عبد الواحد. بحر المذهب. تح. طارق فتحي السيد. ط. 1. بيروت: دار الكتب العلمية، 2009م.
- الزبيدي، محمد مرتضى. تاج العروس. تح. مجموعة من المحققين. الكويت: دار الهداية.
- الزحيلي، محمد. القواعد الفقهيّة وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة. دمشق: دار الفكر، 2006 م.
- الزحيلي، وهبة. الفقه الإسلامي وأدلته. ط. 4. دمشق، دار الفكر، 1985م.
- الزحيلي، وهبة. نظرية الضمان. ط. 9. دمشق: دار الفكر، 2012م.
- الزرقا، مصطفى. المدخل الفقهي العام. ط. 2. دمشق: دار القلم، 2004م.
- الزرقاني، عبد الباقي بن يوسف. شرح الزرقاني على مختصر خليل. ط. 1. بيروت: دار الكتب العلمية، 2002م.
- الزركشي، بدر الدين محمد. البحر المحيط في أصول الفقه. ط. 1. دار الكتي، 1994م.
- الزركشي، بدر الدين محمد. المنشور في القواعد الفقهيّة. ط. 2. الكويت: وزارة الأوقاف الكويتية، 1985م.
- الزركلي، خير الدين. الأعلام. ط. 15. بيروت: دار العلم للملايين، 2002م.

الزغبى، مُحمَّد يوسف. أسباب فساد العقد بين الفقه الحنفي والقانون المدني الأردني. بحث محكم. جامعة مؤتة: مؤتة للبحوث والدراسات، 1988م.

زيدان، عبد الكريم. المدخل إلى دراسة الشريعة الإسلامية. ط.1. دمشق: الرسالة ناشرون، 2015م.

الزليعي، عبد الله بن يوسف. نصب الراية. تح. مُحمَّد عوامه. ط.1. بيروت: مؤسسة الريان للطباعة والنشر، 1997م.

الزليعي، عثمان بن علي. تبين الحقائق شرح كنز الدقائق. ط.1. القاهرة: المطبعة الأميرية بولاق، 1313هـ.

السبكي، تاج الدين عبد الوهاب. الأشباه والنظائر. ط.1. بيروت: دار الكتب العلمية، 1991م.

السبكي، علي. الإبهاج في شرح المنهاج. تح. أحمد جمال الزمزمي - نور الدين صغيري. ط.1. دبي: دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، 2004م.

السخاوي، شمس الدين مُحمَّد. المقاصد الحسنة. تح. مُحمَّد عثمان الخشت. ط.1. بيروت: دار الكتب العلمية، 1985م.

السرخسي، مُحمَّد. أصول السرخسي. بيروت: دار المعرفة.

السرخسي، مُحمَّد. المبسوط. بيروت: دار المعرفة، 1993م.

السرخسي، مُحمَّد. شرح السير الكبير. القاهرة: الشركة الشرقية، 1971م.

السمرقندي، علاء الدين مُحمَّد بن أحمد. تحفة الفقهاء. ط.2. بيروت: دار الكتب العلمية، 1994م.

السمرقندي، نصر بن مُحمَّد. عيون المسائل، تح. صلاح الدين الناهي. بغداد: مطبعة أسعد، 1386هـ.

السنهوري، عبد الرزاق، الوسيط. بيروت: دار إحياء التراث العربي.

سوار، وحيد الدين. التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي. ط.2. الجزائر: الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، 1979م.

السيواسي، كمال الدين مُحمَّد المعروف بابن الهمام. فتح القدير. بيروت: دار الفكر.

- السيوطي، جلال الدين عبد. الأشباه والنظائر. ط.1. بيروت: دار الكتب العلمية، 1990م.
- السيوطي، جلال الدين مُحمَّد. منتهى الآمال في شرح حديث إنما الأعمال، تح. مصطفى عبد القادر عطا. ط.1. بيروت، دار الكتب العلمية، 1986م.
- شبلبي، مُحمَّد مصفى. المدخل في الفقه الإسلامي. ط.10. القاهرة: الدار الجامعية، 1985م.
- شحيبر، فادي هاني، أثر القرائن في العقود في الفقه الإسلامي. ط.1. دمشق: دار المقتبس، 2018م.
- الشربيني، مُحمَّد. الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع. تح. مكتب البحوث والدراسات في دار الفكر. بيروت: دار الفكر.
- الشربيني، مُحمَّد. مغني المحتاج. ط.1. بيروت: دار الكتب العلمية، 1994م.
- الشرواني، عبد الحميد. حاشية الشرواني على تحفة المحتاج. مصر: المكتبة التجارية، 1983م.
- الشوكاني، مُحمَّد بن علي. إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول، تح. أحمد عزو عناية. ط.1. دمشق: دار الكتاب العربي 1999م.
- الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند، الفتاوى الهندية. ط.2. بيروت: دار الفكر، 1310هـ.
- شيخ زاده، عبد الرحمن بن مُحمَّد. مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر. بيروت: دار إحياء التراث العربي.
- الشيرازي، أبو إسحاق إبراهيم. المذهب في فقه الإمام الشافعي. بيروت: دار الكتب العلمية.
- صادق أحمد، طارق عفيفي. نظرية الحق. ط.1. مصر: المركز المفوض للإصدارات القانونية 2016م.
- الصقلي. مُحمَّد بن عبد الله. الجامع لمسائل المدونة. ط.1. السعودية: معهد البحوث العلمية وإحياء التراث الإسلامي بجامعة أم القرى، 2013م.
- الطحاوي، أحمد بن مُحمَّد. شرح معاني الآثار، تح. مُحمَّد زهير النجار-مُحمَّد سيد جاد الحق. ط.1. بيروت: عالم الكتب، 1994م.
- الطحطاوي، أحمد بن مُحمَّد. حاشية الطحطاوي على مراقي الفلاح. تح. مُحمَّد عبد العزيز الخالدي. ط.1. بيروت: دار الكتب العلمية، 1997م.

الطوفي، نجم الدين سليمان. شرح مختصر الروضة. تح. عبد المحسن التركي. ط.1. بيروت: مؤسسة الرسالة، 1987م.

عابدين، علاء الدين. قرّة عين الأخيار لتكملة رد المحتار، مطبوع بآخر رد المحتار. بيروت: دار الفكر.

العثماني، مُحمَّد تقي. بحوث في قضايا فقهية. ط.1. دمشق: دار القلم، 1998م.

العثماني، مُحمَّد تقي. فقه البيوع على المذاهب الأربعة مع تطبيقاته المعاصرة مقارنة بالقوانين الوضعية. كراتشي: مكتبة معارف القرآن، 2015م.

العجيلي، سليمان المعروف بالجميل. فتوحات الوهاب بتوضيح شرح منهج الطلاب المعروف بحاشية الجمل. بيروت: دار الفكر.

العدوي، علي بن أحمد. حاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني. تح. يوسف الشيخ مُحمَّد البقاعي. بيروت: دار الفكر، 1994م.

العسكري، الحسن بن عبد الله. الفروق اللغوية. تح. مُحمَّد إبراهيم سليم. القاهرة: دار العلم والثقافة. عطار، عبد الناصر. نظرية الالتزام في الشريعة الإسلامية والتشريعات العربية. ط.1. القاهرة: مطبعة السعادة، 1975م.

العلائي، صلاح الدين. تحقيق المراد في أن النَّهي يقتضي الفساد. تح. إبراهيم مُحمَّد سلقيني. ط.1. دمشق: دار الفكر، 1982م.

عليش، مُحمَّد. فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب مالك. بيروت: دار المعرفة.

عليش، مُحمَّد. منح الجليل شرح مختصر خليل. بيروت: دار الفكر، 1989م.

العمري، يحيى بن أبي الخير. البيان في مذهب الإمام الشافعي، تح. قاسم مُحمَّد النوري. ط.1. جدة: دار المنهاج، 2000م.

العيني، محمود بن أحمد. البناية شرح الهداية. ط.1. بيروت: دار الكتب العلمية، 2000م.

الغزالي، مُحمَّد بن مُحمَّد. المستصفى من علم أصول الفقه. تح. مُحمَّد عبد الشافي. ط.1. بيروت: دار الكتب العلمية، 1993م.

الغزالي، مُحمَّد بن مُحمَّد. الوسيط في المذهب، تح. أحمد ابراهيم - مُحمَّد تامر. ط.1. القاهرة: دار السلام، 1997م.

الغزالي، مُحمَّد بن مُحمَّد، إحياء علوم الدين. بيروت: دار المعرفة.

الغليقة، صالح عبد العزيز. صيغ العقود في الفقه الإسلامي. ط.2. الرياض: كنوز إشبيلية، 2012م.

الغمرائي، مُحمَّد الزهري. السراج الوهاج على متن المنهاج. بيروت: دار المعرفة.

الفيروز آبادي، مُحمَّد. القاموس المحيط. تح. مُحمَّد نعيم العرقسوسي. ط.8. بيروت: مؤسسة الرسالة، 2005م.

فيض الله، مُحمَّد فوزي. أحكام الضَّمان في الفقه الإسلامي. ط.1 الكويت: مكتبة التراث الإسلامي، 1983.

الفيومي، أحمد. المصباح المنير في غريب الشرح الكبير. بيروت: المكتبة العلمية.

القاري. أحمد. مجلة الأحكام الشرعية. تح. عبد الوهاب أبو سليمان و مُحمَّد أحمد علي. ط.3. مطبوعات تهامة، 2005م.

قدري باشا، مُحمَّد. مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان. ط.2. بولاق: المطبعة الكبرى الأميرية، 1891م.

القدوري، أحمد بن مُحمَّد. التجريد. تح. مُحمَّد أحمد سراج-علي جمعة مُحمَّد. ط.2. القاهرة: دار السلام، 2006م.

القراقي، شهاب الدين أحمد. الأمانة في إدراك النية. بيروت: دار الكتب العلمية.

القراقي، شهاب الدين أحمد. الذخيرة. تح. مُحمَّد حجي-سعيد أعراب- مُحمَّد بو خبزة. ط.1. بيروت: دار الغرب الإسلامي، 1994م.

- القراقي، شهاب الدين أحمد. الفروق. بيروت: عالم الكتب.
- القرشي، عبد العزيز. روضة المستبين في شرح كتاب التلقين. تح. عبد اللطيف زكاع. ط. 1. بيروت: دار ابن حزم، 2010م.
- القرشي، عبد القادر. الجواهر المضية في طبقات الحنفية. كراتشي: مير محمد كتب خأنه.
- القرطي، أبو الوليد محمد بن أحمد. المقدمات الممهدة. تح. محمد حجي. بيروت: دار الغرب الإسلامي، 1988م.
- القسطلاني، أحمد بن محمد. إرشاد الساري لشرح صحيح البخاري. ط. 7. مصر: المطبعة الأميرية، 1323هـ.
- القليوبي، أحمد سلامة - البرلسي، عميرة أحمد. حاشيتا قليوبي وعميرة على شرح المحلي. بيروت: دار الفكر، 1995م.
- الكاساني، علاء الدين. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع. ط. 2. بيروت: دار الكتب العلمية، 1986م.
- كحالة. عمر رضا. معجم المؤلفين. بيروت: إحياء التراث العربي.
- الكرابيسي، أسعد بن محمد. الفروق. تح. محمد طوموم. ط. 1. الكويت: وزارة الأوقاف الكويتية، 1982م.
- الكردي، أحمد الحجي. فقه المعاوضات. ط. 8. دمشق: منشورات جامعة دمشق، 2008م.
- الكرمي، مرعي يوسف. غاية المنهى في جمع الإقناع والمنتهى. ط. 1. الكويت: مؤسسة غراس للنشر والتوزيع والدعاية والإعلان، 2007م.
- الكلوذاني، محفوظ بن أحمد. الهداية على مذهب الإمام أحمد. تح. عبد اللطيف هيم - ماهر الفحل. ط. 1. الكويت: مؤسسة غراس للنشر والتوزيع، 2004م.
- لجنة من العلماء. مجلة الأحكام العدلية. تح. نجيب هواويني. كراتشي: نور محمد - كارخانة تجارات كتب.
- للحام، محمود. بيع الدين وتطبيقاته المعاصرة في الفقه الإسلامي. ط. 1. الرياض: دار اليمان، 2012م.

الماوردي، علي بن مُحمَّد. الحاوي الكبير. تح. علي مُحمَّد معوض - عادل عبد الجواد. ط.1. بيروت: دار الكتب العلمية، 1999م.

المباركفوري، مُحمَّد. تحفة الأحوذى بشرح جامع الترمذي. بيروت: دار الكتب العلمية.

المرداوي، علي بن سليمان. الإنصاف في معرفة الرَّاجح من الخلاف. تح. عبد المحسن التركي - عبد الفتاح الحلو. ط.1. مصر: هجر للطباعة والنشر، 1995م.

المرداوي، علي بن سليمان. تصحيح الفروع. تح. عبد الله عبد المحسن التركي. ط.1. بيروت: مؤسسة الرسالة: 2003م.

المرغيناني، علي بن أبي بكر. الهداية في شرح بداية المبتدي. تح. طلال يوسف. بيروت: دار إحياء التراث العربي.

المصري، رفيق يونس. بحوث في فقه المعاملات الماليَّة. ط.2. دمشق: دار المكتبي، 2009م.

مصطفى، إبراهيم - الزيات، أحمد - عبد القادر، حامد - النجار، مُحمَّد. المعجم الوسيط. تح. مجمع اللغة العربية بالقاهرة. ط.1. دار الدعوة، د.ت.

المعايير الشرعيَّة. المنامة: هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات الماليَّة الإسلامية، النص الكامل للمعايير الشرعيَّة: 2017.

المنبجي، جمال الدين علي، الباب في الجمع بين السنة والكتاب. تح. مُحمَّد فضل المراد. ط.2. دمشق: دار القلم، 1994م.

المواق، مُحمَّد بن يوسف. التاج والإكليل لمختصر خليل. ط.1. بيروت: دار الكتب العلمية، 1994م.

الموسوعة الفقهيَّة الكويتية الصادرة عن وزارق الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويتية. ط.2. الكويت: دار السلاسل، 1983م.

موسى، كامل. أحكام المعاملات. ط.2. بيروت: مؤسسة الرسالة، 1994م.

الموصللي، عبد الله ابن مودود. الاختيار لتعليل المختار. القاهرة: مطبعة الحلبي، 1937م.

النسفي، أبو البركات عبد الله. كنز الدقائق. تح. سائد بكداش. ط.1. بيروت: دار البشائر الإسلامية، 2011م.

النفراوي، أحمد بن غانم. الفواكه الدواني على رسالة أبي زيد القيرواني. بيروت: دار الفكر، 1995م.

النووي. يحيى بن شرف. روضة الطالبين وعمدة المفتين. تح. زهير الشاويش. ط.3. بيروت: المكتب الإسلامي، 1991م.

النووي، يحيى بن شرف النووي. المجموع شرح المذهب. طبعة معها تكملة السبكي والمطيعي. بيروت: دار الفكر.

النووي، يحيى بن شرف النووي. منهاج الطالبين وعمدة المفتين. تح. عوض قاسم أحمد عوض. ط.1. بيروت: دار الفكر، 2005م.

النووي، يحيى بن شرف. المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج. ط.2. بيروت: دار إحياء التراث العربي، 1392هـ.

النيسابوري، مسلم بن الحجاج. المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم. تح. محمد فؤاد عبد الباقي. بيروت: دار إحياء التراث العربي.

المراجع التركية

- Açar, H. İbrahim. “İslam borçlar hukukunda iradeyi sakatlayan sebepler II-ikrah”. Atatürk üniversitesi ilahiyat fakültesi dergisi 18 (2002), 13-32.
- Aktan, Hamza. “Damân”. Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi. İstanbul: TDV Yayınları, 1993.
- Aktan, Hamza. “İhrâz”. Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi. İstanbul: TDV Yayınları, 2000.
- Apaydın, H. Yunus. “İrade”. Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi, İstanbul: TDV Yayınları, 2000.
- Apaydın, H. Yunus. “Lüzum”. Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi. İstanbul: TDV Yayınları, 2003 .
- Ateş,Üveys. “İslam Hukukunda Fesih Hakkı Doğuran Bir Sebep Olması Açısından Akitte Yapılan Hata ve Türleri”. Edebali İslâmiyat Dergisi 2/3 (2018), 47-75.
- Aybakan, Bilal. “Fürû‘ Fıkıh Sistematiği Üzerine”. Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi 31/2 (2006), 5-32.
- Bardakoğlu, Ali. “Fesih”. Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi. İstanbul: TDV Yayınları, 1995.
- Bardakoğlu, Ali. “Akitlerde ve Hukuki İşlemlerde Kasdın Rolü”. Erciyes Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi 3 (1986), 353-573.
- Günay, H. Mehmet. “Tağrîr”. Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi. İstanbul: TDV Yayınları, 2010.
- Günay, H. Mehmet. İslam Hukukunda ve Osmanlı Uygulamasında Kamu Malları. İstanbul: Şule Yayınları, 2001.
- Güneş, Ahmet. “İslam Akit Sistematiği: Kâsânî Örneği”. İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi 27(2016), 521-551.
- Hacak, Hasan. “İslâm Hukuk Düşüncesinde Özel Mülkiyet Anlayışı”. Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi 29 (2005), 99-120.
- Kâfi Dönmez, İbrahim. “Tasarruf”. Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi. İstanbul: TDV Yayınları, 2011.
- Karaman, Hayreddin. “Akid”. Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi. İstanbul: TDV Yayınları, 1989.
- Kisbet, Mustafa. “İslam Borçlar Hukukunda Kabzın Akitlere Etkisi”. İHYA Uluslararası İslam Araştırmaları Dergisi 1/2 (2015), 1-21.

- Kisbet, Mustafa. İslam Hukukuna Göre Satım akdinde Malın Kabz ve Teslimi. Bursa: Uludağ Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2010.
- Köksal, A.Cüneyd. “Fıkıh Düşüncesinde Fiil Kavramı ve Hissî-Şer’î Fiil Ayrımı”. Sakarya Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, 12/21 (2010), 1-14.
- Okur, Hüseyin. “İslam Borçlar Hukukunda İsticrâr Akdi ve Mezheplerin Konuyla İlgili Mülahazaları”. Tasavvur / Tekirdağ İlahiyat Dergisi 5/2 (2019), 1251 – 1271.
- Önder, Muharrem. “İslâm Hukukunda İrade Beyanı Olarak Mükellefin Sükûtu; Mâhiyeti, Kısımları ve Beyân Olma Sebepleri”. Necmettin Erbakan Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi 46 (2018), 55-94.
- Özdemir, Ahmet. “Akitlerde İrade Beyanı”. Çukurova İlahiyat Fakültesi Dergisi 8/2, (2008), 117-131.
- Şahin, Hasan. “İslam Borçlar Hukukunda Ta'yin Muhayyerliği”. Ondokuz Mayıs Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi 45 (2018), 183 – 208.
- Topal, Şevket. “İslam Hukuku Açısından Zilyedliğin Oluşumunda İradenin Yeri”. Ondokuz Mayıs Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi 11/11 (1999), 239 - 256.
- Ünsal, Ahmet. “İn‘ikâdın (Akdin Hukukî Varlık Kazanması) Mahiyeti”. Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi 51/2(2010), 93-124.