شروط محل التصرف

في قانون المعاملات المدنية الإماراتي

(دراسة مقارنة)

إعداد

محمد بخيت علي مبارك الكثيري

رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراة في القانون المدني المقارن بالفقه الإسلامي من كلية حقوق جامعة القاهرة

بإشراف

الأستاذ الدكتور سعيد سليمان جبر
عن الجانب القانوني المدني

والأستاذ الدكتور / أنور محمود دبّور
عن الجانب الفقهي الإسلامي

العنوان

ص.ب:	٨٤
المدينة:	أبوظبي
الدولة:	دولة الإمارات العربية المتحدة
هاتف مكتب:	٠٠٩٧١٢ – ٤٤٤٨٣٠٠
هاتف متحرك:	٠٠٩٧١٥٠ – ٦٤٢٧٣٩٧
البريد الإلكتروني:	**binali70@emirates.ne.ae**

محتويات الرسالة

محتويات الرسالة

إهداء

مقدمة

فصل تمهيدي في مفهوم محل التصرف وتحديده

المبحث الأول – تحديد محل التصرف في الفقه الوضعي

الفرع الأول – تحديد مفهوم التصرف

الفرع الثاني – تحديد محل التصرف

المبحث الثاني : تحديد محل التصرف في الفقه الإسلامي

الفرع الأول – تحديد مفهوم التصرف

الفرع الثاني – تحديد محل التصرف

المبحث الثالث : تحديد محل التصرف في قانون المعاملات المدنية الإماراتي

الفرع الأول – تحديد مفهوم التصرف

الفرع الثاني – تحديد محل التصرف

الباب الأول الشروط العامة لمحل التصرف

الفصل الأول – المالية والتقوم

المبحث الأول – شرط المالية

الفرع الأول – مفهوم المال وضابطه في الفقه الوضعي والفقه الإسلامي

الفرع الثاني شرط المالية في قانون المعاملات المدنية وتطبيقاته

المبحث الثاني – شرط التقوم

الفرع الأول – شرط التقوم في الفقه الوضعي والفقه الإسلامي

الفرع الثاني – شرط التقوم في قانون المعاملات المدنية الإماراتي

الفصل الثاني – شرط الإمكان

المبحث الأول – الاستحالة الذاتية في الفقه الوضعي .

المبحث الثاني : الاستحالة الذاتية في الفقه الإسلامي

الفرع الأول – مدلولات الإمكان في الفقه الإسلامي .

الفرع الثاني – شرط القدرة على التسليم المعقود عليه في الفقه الإسلامي

المبحث الثالث – الاستحالة الذاتية في قانون المعاملات المدنية الإماراتي

الفصل الثالث – ألاّ يكون المحل تركه مستقبلة

المبحث الأول – التعامل في تركه مستقبله في الفقه الوضعي

الفرع الأول – مفهوم التعامل في تركة مستقبلة

الفرع الثاني : أساس الحظر

المبحث الثاني : التعامل في تركة مستقبلة في الفقه الإسلامي

الفرع الأول – مفهوم التعامل في تركة مستقبلة

الفرع الثاني – أساس الحظر

المبحث الثالث : التعامل في تركة مستقبلة في قانون المعاملات المدنية الاماراتي

الفرع الأول – المصدر التاريخي

الفرع الثاني – نطاق الحظر

الفرع الثالث – الاستثناءات على حظر التعامل في تركة مستقبلة

الفصل الرابع شرط القابلية لحكم التصرف

المبحث الأول – عدم القابلية لحكم التصرف في الفقه الوضعي والفقه الإسلامي

الفرع الأول – أحوال عدم القابلية لحكم التصرف في الفقه الوضعي

محتويات الرسالة

الفرع الثاني – أحوال عدم القابلية لحكم التصرف في الفقه الإسلامي
الفرع الثالث – مقارنة بين الفقهين الوضعي والإسلامي في أحوال عدم القابلية لحكم التصرف
المبحث الثاني – أحوال عدم القابلية لحكم التصرف وأهم تطبيقاتها في قانون المعاملات المدنية الإماراتي
الفرع الأول : ما يرجع إلى مخالفة الغرض
الفرع الثاني : ما يرجع إلى عدم أولوية الاستئثار بالشي
الفرع الثالث – ما يرجع إلى نهي الشارع
الباب الثاني : شروط المحل في عقود المعاوضات المالية
الفصل الأول : شرط الوجود
المبحث الأول : شرط وجود المحل في الفقه الوضعي
المبحث الثاني : شرط وجود المحل في الفقه الإسلامي
الفرع الأول : طبيعة شرط وجود المحل ونطاقة في الفقه الإسلامي
الفرع الثاني : متى يكون الغرر منتفياً ؟
الفرع الثالث : تطبيقات معاصرة
المبحث الثالث : موقف قانون المعاملات المدنية
الفرع الأول : شرط انتفاء الغرر في وجود المحل بالنسبة للمعاوضات المالية
الفرع الثاني : عدم اشتراط انتفاء الغرر في وجود المحل بالنسبة لعقود التبرع
الفصل الثاني : شرط التعيين
المبحث الأول : التعيين في الفقه الوضعي
الفرع الأول : نطاق شرط التعيين في الفقه الوضعي
الفرع الثاني : كيفية التعيين في الفقه الوضعي
الفرع الثالث : القابلية للتعيين في الفقه الوضعي
المبحث الثاني : التعيين في الفقه الإسلامي
الفرع الأول : نطاق شرط التعيين
الفرع الثاني : كيفية التعيين
المبحث الثالث : التعيين في قانون المعاملات المدنية
الفرع الأول : القاعدة العامة ومدى رعاية القانون لها في العقود الخاصة .
الفرع الثاني : كيفية التعيين في قانون المعاملات المدنية
الخاتمة وتلخيص نتائج الدراسة
فهرس الآيات القرآنية
فهرس أطراف الحديث
فهرس الأعلام
فهرس المراجع
فهرس الموضوعات

إهـداء

إلى صاحب السمو الشيخ زايد بن سلطان آل نهيان باني النهضة وقائد الدولة ووالد الأجيال طيب الله ثراه

تحية عرفان وذكرى للجميل الذي أسداه لي ولجيلي، ووفاءً لمن هيأ لنا التعليم والعمل والسكن والحياة الكريمة إخلاصاً لله عز وجل وحباً للوطن وللناس، فكافأه الناس حباً بحب وإخلاصاً بإخلاص، ودموعاً على الفراق تنبعث من أعماق الصدور، أما مكافأة الله فعلمها عنده سبحانه وتعالى، وما عند الله خير وأبقى .....

وإلى صاحب السمو الشيخ خليفة بن زايد آل نهيان رئيس الدولة وعموم أنجال الشيخ زايد الكرام، صاحب السمو الشيخ محمد بن زايد ولي العهد وإخوانه

تحية ولاء مقرونة بصادق الدعاء لله العلي القدير مع خالص التمنيات لكم بالتوفيق في حمل الأمانة ومواصلة المسيرة على نهج الوالد القائد رحمه الله .....

إلى معالي الشيخ أحمد خليفة السويدي، ذلك الجندي العظيم الذي نذر نفسه لخدمة الوطن والناس ولتشجيع طلبة العلم في هدوء وبلا ضجيج ولا دعاية

تحية حب باعثه ما بك من إخلاص يبعث على الإعجاب، ثمّ ما قدمته من نفع لي مع علمي أنك قد نسيتني في غمرة الناس وكثرة الوجوه والأسماء .....

إلى سعادة سلطان بن سعيد البادي وكيل وزارة العدل

تحية وفاء لجميل لا يمكن نسيانه برغم السنين ....

إهداء خاص

إلى والدي الذي كان سبباً في وجودي والذي حرص على تعليمي وتزويجي وعلى عملي وبذل في ذلك ما لا يعلمه إلا الله ولا يوفيه جزاءه إلاه، طيب الله ثراه

إلى أمي الغالية التي يعجز اللسان عن ذكر ما صنعته لي ولا أستطيع أن أوفيها شكرها ولا حقها لا هي ولا من كان شريكها في الحياة، حفظها الله

إلى زوجتي التي تحملت الكثير معي قبل إعداد هذه الرسالة وبعد إعداد هذه الرسالة واعتنت بالأولاد في غمرة انشغالاتي وأعبائي، وإلى أولادي وإخواني، وإلى كافة الأهل والأقارب وجميع الأصدقاء والزملاء

وإلى عامة أهل العلم في كل مكان وكل زمان

أهدي هذه الرسالة .....

محمد بخيت علي مبارك الكثيري

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة

إن الحمد لله نحمده ونستعينه ونستغفره، ونعوذ به من شرور أنفسنا ومن سيئات أعمالنا، من يهد الله فلا مضل له، ومن يضلل فلا هادي له، ونصلي ونسلم على أفضل خلقه: سيدنا محمد وعلى آله وصحبه ومن تبعه بإحسان إلى يوم الدين، وسلم تسليماً كثيراً.

أما بعد،

فلقد بدا على نحو لا تخطئه العين أن قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة[١]هو قانون متأثر بالشريعة الإسلامية الغراء في مذاهبها الأربعة المعروفة سواءً في المذكرة الإيضاحية المصاحبة له[٢] أو في غير ما نص من نصوصه، وإن من ينعم النظر فيه من بعد ذلك ليعثر على أنه قد ضمّن نصوصاً مستمدّة – في صياغتها على الأقل – من القانون المدني المصري المتأثر بالفقه الوضعي إجمالاً، فيظن لأول وهلة أنه لا أثر في هذا القانون للفقه الإسلامي وأنه لا يستمد من غير القانون الوضعي وفقهه .

من أجل ذلك نرى أن على الباحثين معالجة أبرز المسائل الواردة في هذا القانون من حيث معرفة أي الفقهين تأثر به في هذه المسألة أو تلك وفي أي مسألة من مسائله افترق الفقهان أو اختلفا، لا من أجل التمييز النظري فحسب، وإنما لما لذلك من أثر عملي بالغ الأهمية لا يمكن إنكاره؛ فإنه حيث اختلف الفقه المأخوذ عنه حكم المسألة واستدعت الحاجة استكمال هذا الحكم ومتابعة تفصيلاته، وجب الرجوع إلى المصدر المأخوذ عنه دون غيره من المصادر، وكما ينطبق ذلك على الفقه الإسلامي وعلى الفقه الوضعي فكذلك هو ينطبق على المذاهب والآراء المختلفة والمتشعبة في داخل كل منها، والتي يكون القانون بطبيعة الحال قد رجّح واحداً منها دون غيره.

وفي هذا الصدد ليس خافياً أن السمة الظاهرة في فقه الشريعة الإسلامية هي النزعة الموضوعية العملية، ولا أن السمة الظاهرة في الفقه الوضعي لا سيما الفرنسي منه بخاصة هي النزعة الذاتية، بيد أن أجلى ما تظهر فيه هاتان السمتان إنما هو محل التصرف؛ ذلك أن فقهاء القانون الوضعي في الأغلب

---

[١] رقم (١٩٨٥/٥) الصادر في ١٢/١٥/ ١٩٨٥ .

[٢] انظر في هذا الشأن مقدمة المذكرة الإيضاحية لقانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة ص٩، ١٠، ١١.

ينطلقون من فكرة سائدة : هي أن المحل إن هو إلا ركن في الالتزام، وأن ذاك لا يحتاج إلى أكثر من الإلمام بشروطه فقط، وأما التركيز فيجب أن يكون على التعبير عن الإرادة أو الرضا أو السبب [١].

بل إن جانباً من الفقه انتهى إلى عدم فائدة المحل أصلاً، وعدم صلاحيته لأن يشكل نظرية منسجمة ومترابطة فيما بينها، وأن شروطه لا تعدو أن تكون متناثرة على عدة نظريات لا يجمع بينها شيء[٢].

بينما الفقه الإسلامي يجعل المحل مقصد العقد والمشبع لحاجات المتعاقدين، وهو ملتقى الإيجاب والقبول، وهو مسقط الأثر الشرعي للعقد [٣].

فحيث كان موضوع المحل جيداً للمقارنة بين الفقهين على هذا النحو، كما أن شروط المحل ذات فائدة عملية أكثر من فائدة السبب، وعليها وعلى المحل وما يتعلق به من التزامات تدور أكثر النزاعات المتعلقة بالعقود، فلقد اخترت من دراسته أهم ماُ يحتاج إليه في العمل وهو شروط المحل ، وإن كنت لم أهمل النظر أيضاً، فخصصته بفصل تمهيدي على الوجه الضروري لمعرفة كنه هذه الشروط والفلسفة التي تقوم عليها في القانون.

تستهدف هذه الرسالة إذن ما يلي :

أ. مقارنة الفقه الإسلامي والفقه الوضعي في هذا الموضوع الحيوي ، وهو شروط محل التصرف .

ب. إلقاء الضوء على المصدر التاريخي الذي استمد منه القانون الإماراتي حُكم المسألة.

ج. البحث فيما سكت عنه القانون المشار إليه من الحلول الواجبة الاتباع على ضوء المادة الأولى منه، والتي نصت على أنه " إذا لم يجد القاضي نصاً في هذا القانون حكم بمقتضى الشريعة الإسلامية

---

[١] انظر على سبيل المثال رسالة الدكتور محمد يحيى عبد الرحمن المحاسة بعنوان " مفهوم المحل والسبب في العقد " ، حيث يقرر في مقدمتها أن صلب البحث يتمثل في تحديد مفهوم السبب لأن الخلاف الدائر حول مفهومه يطغى على ما في مفهوم المحل من غموض وحيرة ، ومن ثم فإن أمر اختياره لتحديد مفهوم المحل والسبب في العقد كبحث علمي لا يستطيع أن يقول إنه كان سليماً، ص أ من المقدمة ، انظر أيضاً في هذا المعنى صفحات ٢٨ وما بعدها و٣٣ و٣٤ و٣٥ وما بعدها.

[٢] جورلا مقال له بعنوان نظرية محل العقد في القانون المدني، منشور بمجلة القانون والاقتصاد السنة ٢٣ العددان الثالث سبتمبر وديسمبر سنة ١٩٥٣ ص١١٤-١١٥ عن الدكتور عبد الرحمن عياد، أساس الالتزام العقدي النظرية والتطبيقات ص ١٩٤ وخلاصة نظريته أن الأشياء الخارجة عن التعامل والأداءات غير المشروعة تفسرها نظرية العقد غير المشروع – أو السبب غير المشروع، أما المحل غير الموجود أو المستحيل وعدم تعيين المحل فيفسر بأن الإرادة غير جدية أي طبقاً لنظرية الإرادة، وبالنسبة إلى بطلان العقود المتعلقة بتركة مستقبلة فأساسها حماية نظام الإرث الخ. انظر عياد ، المرجع السابق ص ١٩٤ و ١٩٥ وقد أيد وجهة نظره ، وفي الالتزامات لآلان بينابنت ص ١٠٥ فقرة ١٤٠ أن المحل والسبب عنصران ضروريان لبنية العقد غير أن المحاكم تبطل العقود بناءً على السبب دون المحل ، وفي كتاب العقد في القانون الفرنسي لباري نيكولاس ص ١٠٩ ما ترجمته بتصرف أن الشرط المتفق عليه في البيع هو الثمن العادل reasonable price وذلك من شروط العقد الأساسية ، ولكن المحامي الانجليزي مثلاً يفاجأ بأن هذا الشرط يتعين أن يوضع استقلالاً تحت عنوان المحل فيما يسمى بشرط التعيين أو القابلية للتعيين .

[٣] يراجع في هذا الشأن الشيخ محمد أبو زهرة ، الملكية ونظرية العقد ص ٢٥٤ فقرة ١٤٨، د. محمد يوسف موسى، الأموال ونظرية العقد في الفقه الإسلامي ص٢٨١ فقرة ٣٨٢، د . وحيد سوار ، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي ، ص٥٠٢ فقرة ٥٢٢.

على أن يراعي تخير أنسب الحلول من مذهبي الإمام مالك[١]، والإمام أحمد بن حنبل [٢]، فإذا لم يجدْ فمن مذهبي الإمام الشافعي[٣] والإمام أبي حنيفة[٤]، حسبما تقتضيه المصلحة " .

د. معرفة الاتجاه الذي يقف فيه القانون الإماراتي ومدى المرونة أو الجمود الذي يتصف به في ضوء التشريعات الحديثة.

والخطة التي اعتمدتها في ذلك هي أن أتوخى الترتيب الذي سار عليه القانون الإماراتي بالنسبة لشروط المحل ، وأن أمهد لهذا بفصل أتحدث فيه عن ماهية المحل وتحديده. وبما أننا سنرى قانوننا يميز تمييزاً واضحاً بين عقود المعاوضات المالية وبين سائر التصرفات المالية، فإنني لذلك قسمت البحث إلى بابين ، تناولت في أولهما الشروط العامة للمحل، وفي الثاني الشروط المتعلقة بالمعاوضات المالية، فهذه هي أنسب خطة في رأيي للوفاء بالأهداف التي وضعتها لهذه الدراسة.

أما منهجي فهو التحليل والمقارنة، وذلك بأن أعرض لمختلف الاتجاهات القانونية والفقهية التي ترد في المسائل المراد معالجتها مبيِّناً حجج كل منها وأسانيده، أُردفه ببيان موقف القانون الإماراتي، مع تحديد المصدر الذي استقى منه حكم كل مسألة إن كان ثمة نص بذلك فيه، فإن لم يتضمن نصاً اجتهدت في تبيّن الحل الذي ينسجم مع القانون على النسق الذي أوردته المادة الأولى منه، والتي يفهم

---

[١] مالك بن أنس بن مالك الأصبحي أبوعبد الله ، صاحب المذهب الثاني من مذاهب علماء الأمصار وإمام دار الهجرة ، ولد بالمدينة المنورة سنة ٩٣ هـ على أصح الأقوال وتوفي بها سنة ١٦٨ هـ ، من شيوخه ابن هرمز وابن شهاب الزهري ونافع مولى ابن عمر وجعفر الصادق ، له كتاب الموطأ ، وروى سحنون عنه المدونة من طريق عبد الرحمن بن القاسم ، ولجلال الدين السيوطي فيه كتاب سماه تزيين الممالك بمناقب الإمام مالك (ترتيب المدارك ١ / ٤٤ وما بعدها ، الأعلام ٥ / ٢٥٧ ، ٢٥٨ ، معجم المؤلفين ٨ / ١٦٨ ، ، الديباج المذهب ص ٥٦ – ٨١ ، وغيرها كثير) .

[٢] أحمد بن محمد بن حنبل الشيباني ، أبو عبد الله ، إمام المذهب الحنبلي ، محدث ، ولد ببغداد سنة ١٦٤ هـ ، وتوفي بها سنة ٢٤١ هـ ، سافر في طلب العلم إلى أكثر بلاد الإسلام في عصره ، وسجن على زمني المأمون والمعتصم لامتناعه عن القول بخلق القرآن وضرب بسبب ذلك ، من كتبه المسند في الحديث ، الزهد ، الأشربة ، المسائل ، ولابن الجوزي كتاب في مناقبه (الأعلام ١ / ٢٠٣ ، معجم المؤلفين ٢ /٩٦ ، وفيات الأعيان ١ / ٤٠ – ٤٣ رقم ٢٠) .

[٣] محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع الهاشمي المطلبي القرشي ، إمام المذهب الشافعي وهو المذهب الثالث من مذاهب علماء الأمصار، ولد بغزة سنة ١٥٠ هـ ، وحمل إلى عسقلان ثم مكة وبها تعلم القرآن وأخذ عن شيوخها وشيوخ المدينة منهم مالك ودخل بغداد وغيرها وتلقى عن محمد صاحب أبي حنيفة وعنه أخذ أحمد والمزني وغيرهما ثم استقر بمصر وبها توفي سنة ٢٠٤ هـ ، من مؤلفاته الرسالة في أصول الفقه والأم في الفروع واختلاف الحديث وغيرها، وللإمام الرازي كتاب في مناقبه كما للإمام ابن حجر العسقلاني كتاب في ذلك سماه توالي التأسيس بمعالي ابن إدريس (الأعلام ٦ / ٢٦ ، شذرات الذهب ٢ / ٩ ، ترتيب المدارك ١ / ٢٢١ – ٢٣١ ، وفيات الأعيان ٢ / ٣١١ – ٣١٤ رقم ٥٥٨ ، معجم المؤلفين ٩ / ٣٢) .

[٤] النعمان بن ثابت الكوفي ، فارسي الأصل ، صاحب المذهب الأول من مذاهب علماء الأمصار ، ولد بالكوفة سنة ٨٠ هـ على الراجح وتوفي ببغداد معتقلاً على يد المنصور العباسي لرفضه ولاية القضاء وذلك سنة ١٥٠ هـ ، أدرك بعض الصحابة منهم أنس وأخذ عن عطاء والشعبي ونافع مولى ابن عمر ومحمد الباقر وتفقه بحماد بن سليمان ، من تلامذته أبو يوسف ومحمد بن الحسن الشيباني وزفر وغيرهم ، كتب في مناقبه وأخباره كثيرون منهم ابن عقدة وابن همام وأبو القاسم القربتي ، وهذا الأخير هو صاحب قلائد عقود الدرر والعقيان في مناقب الإمام أبي حنيفة النعمان (شذرات الذهب ١ / ٢٢٧ ، سير أعلام النبلاء ٦ / ٣٩٠ – ٤٠٣ ، الأعلام ٨ / ٣٦ ، وفيات الأعيان ٣ / ٢٠١ ، ٢٠٦ رقم ٧٦٥ ، تذكرة الحفاظ ١ / ١٢٦ – ١٢٧ رقم ١٦٣ ، تهذيب الأسماء واللغات ٢ / ٢١٦ – ٢٢٣ ، معجم المؤلفين ١٣ / ١٠٤ الخ) .

منها- مع تقييدها بتخير أنسب الحلول من المذاهب الأربعة المعروفة بترتيب معين - أنها استلزمت ضرورة الاجتهاد فيما لم يرد فيه نص في القانون .

وقد اعتبرت كل مذهب مدرسة فقهية قائمة برأسها، وذكرت أسماء أتباع هذه المذاهب عند الحاجة ، كالشأن مثلاً في رأي ابن تيمية[١] وابن القيم[٢]؛ فإن انفرادهما ببعض الآراء عن المذهب الحنبلي الذي انتميا إليه قد جعل منهما مدرسة قائمة بنفسها، وكما هو الشأن في ابن حزم [٣]مثلاً أو في بعض المالكية وغيرهم من كبار العلماء في سائر المذاهب، فإن ترجيحاتهم معتبرة في المذهب الذي ينتمي إليه كل واحد منهم، ولا تُستتَّم الصورة الصحيحة للمذهب إلا بتخصيص كل من هؤلاء باسمه، وبالنظر إلى أنهم قد لا يعلم تراجمهم أو عصرهم الذي عاشوا فيه غير قلة من الناس، فقد وضعت لكل من أوردت اسمه منهم في المتن ترجمة موجزة تعرّف به على قدر الحاجة .

ولعل أكثر ما واجهت من الصعوبات هو كثرة المراجع لا قلتها كما يُتوهم؛ ذلك لأني احتجت إلى قراءة كل ما وقعت عليه عيناي منها مسألة مسألة، وكابدت في ذلك من صعوبة ألفاظ الفقهاء وعويص مصطلحاتهم، وما وجّهوا فيه في المسألة الواحدة من تقريرات وتفريعات، ومن ردود ومناقشات ما الله عليم به، ثم عمدت إلى إيجاز الآراء التي استخلصتها من بين كل هذا بصورة قدّرت أنها تفي بالغرض، وأدخلت كلام بعضهم في بعض إن كانوا على رأي واحد حتى يكون كلامهم واحداً؛ كل ذلك حذر الإطالة أو الاستطراد فيما من شأنه أن يشتت الأفكار ويقطّع أواصر البحث أو يخرج بنا عن غرضه، ثم أحلت القارىء على المراجع التي أخذت عنها في الهامش لكي يتأكد إن قرأ النص الذي

---

[١] أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام بن عبد الله ابن تيمية الحراني الدمشقي الحنبلي ، تقي الدين أبو العباس ، من أكابر علماء الإسلام ، إمام من أئمة الحنابلة ، حافظ فقيه محقق مجتهد قوي الحجة أصولي متكلم ، ولد في حران سنة ٦٦١ هـ ومات بدمشق معتقلاً بسبب آرائه الفقهية سنة ٧٢٨ هـ ، بلغت مصنفاته ٣٠٠ مجلد ، من أكبرها وأهمها الفتاوى الكبرى والصغرى ، القواعد النورانية الفقهية ، نظرية العقد كذا سماه ناشره ، وله في العقيدة كتب مشهورة ذائعة وفي أصول الفقه كذلك ، وأكثر ذلك مجموع في فتاواه الكبرى ، طبعت مراراً عديدة ، ولابن قدامة بن عبد الهادي كتاب في سيرته اسمه العقود الدرية في مناقب شيخ الإسلام ابن تيمية (تذكرة الحفاظ ٤ / ١٩٢ – ١٩٣ رقم ١١٧٥ ، الدرر الكامنة ١ / ٨٨ -٩٦ رقم ٤٠٩ ، البدر الطالع ١ / ٤٦ – ٥١ رقم ٤٠ ، شذرات الذهب ٦ / ٨٠ – ٨٦ ، الأعلام ١ / ١٤٤ ، معجم المؤلفين ١ / ٢٦١ الخ) .

[٢] محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد بن حريز الزرعي الدمشقي ، أبو بكر شمس الدين الشهير بابن قيم الجوزية ، من أئمة ومحققي الحنابلة ، تلميذ ابن تيمية وحافظ كتبه وملازمه في معتقله ، ولد في حوران سنة ٦٩١ هـ وتحول إلى دمشق وبها توفي سنة ٧٥١ هـ ، مصنفاته متقنة بديعة بليغة مفيدة ، منها زاد المعاد في هدي خير العباد صلى الله عليه وسلم ، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية ، إعلام الموقعين عن رب العالمين ، أحكام أهل الذمة ، تحفة المودود بأحكام المولود ، وتآليفه في الأخلاق والزهد والعقيدة شهيرة كتآليف شيخه رحمهما الله (البدر الطالع ٢ / ٥٩ – ٦١ رقم ٤٢٣ ، شذرات الذهب ٦ / ١٦٨ – ١٧٠ ، الأعلام ٦ / ٥٦ ، معجم المؤلفين ٩ / ١٠٦ الخ) .

[٣] علي بن أحمد بن سعيد بن حزم بن غالب الأموي مولاهم اليزيدي الفارسي الأصل الأندلسي الظاهري ، من أئمة الإسلام في الفقه والأصول والحديث ، شيخ المذهب الظاهري ، حافظ مجتهد ، ولد بقرطبة سنة ٣٨٤ هـ ، وتوفي ببادية لبله من بلاد الأندلس سنة ٤٥٦ هـ ، مؤلفاته بلغت أربعمائة مجلد فيما ذكره ابنه الفضل ، من كتبه في الفقه المحلى بالأحاديث والآثار ، وهو كتاب نفيس جداً لما فيه من إلمام ومقارنة بين آراء أهل السنة الرائجة في زمانه وقبل زمانه ، وله في الأصول الإحكام في أصول الأحكام ،كتاب مطبوع متداول (شذرات الذهب ٣ / ٢٩٩ – ٣٠٠ ، الأعلام ٤ / ٢٥٤ ، ٢٥٥ ، وفيات الأعيان ٢ / ١٥٥ – ١٥٧ رقم ٤٤٨ ، تذكرة الحفاظ ٣ / ٢٢٧ – ٢٣٢ رقم ١٠١٦ ، معجم المؤلفين ٧ / ١٦ الخ) .

أحلته عليه أني فهمته على النحو الذي عبرت به عنه، وليكوّن رأيه من بعد ذلك فيما قلت. ولأجل عدم التطويل أو الاستطراد وابتغاء التسهيل فقد اقتصدت في النقل، ولم أستكثر من الرموز والمصطلحات إلا إذا كان مما تسهل معرفته، غير أني مع ذلك لم أغفل بيان الأدلة والحجج التي استند إليها كل فريق ضد غيره لدعم رأيه وتقرير نظريته؛ فلا يفهم الرأي حق الفهم إلا بعرض دليله، كما لا يُكتشف عيبه ومكمن الخلل فيه إلا بذلك.

وكل هذا لا يدرك صعوبته إلا من جرّب مثله.

ولست في حاجة لأن أقول إنني لا أدعي الكمال لنفسي فيما أتيت، ولا أن ما انتهيت إليه من البحث والرأي هو فصل الخطاب وعين الصواب، غير أن بوسعي القول إنني اجتهدت فبلغت لما أداني إليه اجتهادي ، وإني بذلت قصارى وسعي فيما أقدّر وأحسب، ولقد نقحت وأعدت الكتابة مراراً ، إما استجابةً لتوجيه الأستاذين الكريمين المشرفين على الرسالة، وإما من تلقاء نفسي تعقباً لما قصرت فيه أو أخطأت به أو لما كررته واستطردت فيه في غير طائل، بل لقد طالما قدّمت وأخّرت وزدت وأنقصت وبدلّت وغيرّت من تلقاء نفسي، وما ذاك إلا لأن الكمال في الإنسان نادر، وأن النقص فيه غالب، على أني أرجو مع ذلك أن أكون قد أتيت بشيء مفيد أو وقفت على أمر جديد ولو في المعالجة أو في أسلوب الأداء على الأقل.

وإني لأتوجه في ختام مقدمتي هذه بجزيل الشكر وبالغ الاحترام للمشرفين على رسالتي هذه : الأستاذ الدكتور سعيد سليمان جبر على جانبها القانوني، والأستاذ الدكتور أنور محمود دبور على جانبها الشرعي؛ إذ لطالما استفدت فوائد جمة مما لدى كل منهما من رأي صائب ومن نصحٍ موفق ، لا سيما في الجانب الذي يخص كل واحد منهما، هذا إلى ما أوليانى حفظهما الله من الحرية والثقة ومن الصبر والتحمل في الإشراف على بحثي هذا، مع ما أعلمه من كثرة الشواغل والأعباء التي كانا ومازالا ينهضان بها في الميدان العلمي، فجزاهما الله عني خيراً وأعانهما على ما يضطلعان به في سبيل العلم ونشره.

واللهَ أسأل أن ينفع بهذه الرسالة وأن يوفقنا جميعاً إلى مرضاته ، وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين.

محمد بخيت علي مبارك الكثيري

فصل تمهيدي
في مفهوم محل التصرف وتحديده

١ – تمهيد

نطاق هذه الدارسة هو شروط محل التصرف، ومحل التصرف هذا هو المصبّ الذي ترد عليه، ولذا يتعين أن نحدّده تحديداً جيداً، وليس يتأتى هذا إلا إذا أتينا على فكرة التصرف في حدّ ذاته : ما هو ؟ وما أنواعه ؟ وهل يندرج العقد تحته أم لا ؟ حتى إذا فرغنا من هذا انتهينا إلى تحديد محل التصرف.

وسنرى أن لكلٍ من الفقه الإسلامي والفقه الوضعي الغربي مفاهيم متمايزة ومستقلة على هذا الصعيد، كما أن للقانون محل الدارسة – قانون المعاملات المدنية الإماراتي – موقفاً يقف فيه بالنسبة لما ذكرنا. فمن أجل هذا كله نقسم الفصل الذي نحن بصدده إلى ثلاثة مباحث هي: تحديد محل التصرف في الفقه الوضعي، وتحديد محل التصرف في الفقه الإسلامي، وأخيراً تحديده في قانون المعاملات المدنية الإماراتي.

المبحث الأول
تحديد محل التصرف في الفقه الوضعي

ولتحديد محل التصرف في الفقه الوضعي يتعين أولاً أن نحدد مفهوم التصرف لدى هذا الفقه، فنقسم المبحث الذي بين أيدينا إلى فرعين كذلك:

الأول – في تحديد مفهوم التصرف نفسه.

والثاني – في تحديد محل التصرف.

الفرع الأول
تحديد مفهوم التصرف

٢ – التمييز بين التصرفات والوقائع القانونية

تأتي عبارة التصرف القانوني لدى فقهاء القانون الوضعي في معرض الحديث عن مصادر الالتزام، أي بمناسبة الكلام عن الأسباب المنشئة له، والشراح في هذا يميزون بين نوعين من المصادر : مصادر تنشيء التزاماً بإرادة الشخص في إنشائه وتحديد آثاره، ومصادر لا ينظر فيها إلى الإرادة في إنشاء الالتزام، فيطلقون على النوع الأول مصطلح التصرفات القانونية، وعلى الثاني مصطلح الوقائع القانونية؛ لهذا يعرّف جانب من الفقه التصرف القانوني بأنه : " إرادة محضة تتجه إلى

إحداث أثر قانوني يرتبه القانون "، كما يعرّف الواقعة القانونية بأنها " عمل مادي يقع باختيار الإنسان أو بغير اختياره، ويرتّب القانون عليه أثراً قانونياً معيناً، مثال الواقعة الاختيارية: العمل غير المشروع والحيازة، ومثال الواقعة غير الاختيارية: الميلاد والموت" [١].

ومفاد ما تقدم أن للتصرف القانوني خاصية تميزه عن الواقعة القانونية هي كونه عملاً إرادياً، أي عملاً أنشأته الإرادة وحددت آثاره ومضمونه، أما الواقعة القانونية فهي عمل مادي محض لا تأثير للإرادة فيه لا من حيث الإنشاء ولا من حيث تحديد المضمون أو الآثار، وقد يحصل أن يكون هذا العمل باختيار الشخص كما في تعمد الإضرار بالغير، غير أن النظر في ميدان الالتزام بالتعويض ليس إلى توفر هذا القصد أو عدمه، وإنما إلى الواقعة الموجبة للالتزام وهي الحادث الذي سبّب الضرر، وليس من فرق في تقدير التعويض على كلتا الحالتين كما يقرّر الفقه[٢].

٣- التصرف والالتزام

ورد في التعريف السابق للتصرف أن الأثر القانوني الذي تستهدفه الإرادة منه هو إما نقل التزام أوإنشاؤه أو تعديله أو إنهاؤه، ومنه يفهم أن التصرف هو مصدر للالتزام الذي يختلف باختلاف اتجاه الإرادة على الوجوه الآنفة الذكر.

ويعرّف الفقه الوضعي الالتزام – الذي عرفنا للتو أنه أثر قانوني – بأنه : " رابطة ما بين شخصين دائن ومدين، بمقتضاها يطالب الدائن المدين بإعطاء شيء أو القيام بعمل أو بالامتناع عن عمل "[٣]، أو هو "رابطة قانونية تجبرنا نحو شخص آخر على أن نعطي شيئاً أو أن نقوم بعمل أو نمتنع عن عمل" [٤].

٤ – محل الالتزام

ومحل الالتزام لدى فقهاء القانون الوضعي هو الأداء أو الامتناع المفروضان على المدين لمصلحة الدائن، فأما الالتزام بالأداء فنوعان: إما أن يكون التزاماً بنقل حق عيني، كتعهد البائع بموجب العقد بنقل ملكية المبيع إلى المشتري ، أو أن يكون التزاماً بعمل ،كما في التزام المؤجر بتسليم العين المؤجرة للمستأجر، أو التزام البائع بتسليم المبيع إلى المشتري ، والتزام هذا الأخير بأداء الثمن للبائع. وأما الالتزام بالامتناع عن عمل ما، فمثاله التزام التاجر بموجب عقد أيضاً بألا يزاحم منافساً له في التجارة [٥]. ولقد

---

[١] السنهوري ، نظرية العقد ص ٨١ فقرة ٧٩ ، مصادر الحق ٥٢/١، جميل الشرقاوي ، مصادر الالتزام ص ٤٣ فقرة ٨ ، عبد المنعم فرج الصدّة ، مصادر الالتزام ص ٤٣ فقرة ٢٨، البطلان ص ١٤ فقرة ٨ ، أحمد حشمت أبو ستيت نظرية الالتزام ص ٣٣ فقرة ٣٣.

[٢] أبو ستيت ، المصدر السابق ص ٣٣ فقرة ٣٣، لبيب شنب ، دروس في نظرية الالتزام ص ١٤-١٥ فقرتا ٧و ٨.

[٣] السنهوري ، مصادر الحق ٢١/١.

[٤] السنهوري ، نظرية العقد ، آخر الفقرة الأولى .

[٥] انظر فيما سبق غستان ، المطول فقرة ٦٧٦ ص ٢٣٨ ج١ ، بحث الشرقاوي عن المحل والسبب ص ٢٤ آخر فقرة ٦ ، عبد الحي حجازي مصادر الالتزام فقرة ١١٤ ، الصدة فقرة ١٩٨ ، نظرية العقد فقرة ١٤٨ ص ٣١٦ ، أنور سلطان ، الموجز في نظرية الالتزام فقرة ١٣٦ ص ١٢١ .

ردّ الفقه الالتزام بنقل حق عيني إلى كونه التزاماً بعمل أيضاً، إلا أنه قد جعله مميّزاً بسبب أنه يكون نافذاً بمجرد نشوئه قانوناً، وهذا ساعد على أن يقال اختصاراً في التعبير: إن محل الالتزام بنقل الحق العيني هو ذات الحق العيني المراد نقله، ثم اختلط الشيء الذي يُستعمل عليه هذا الحق بالحق ذاته، ليقال في نهاية المطاف إن محل الالتزام هو هذا الشيء الذي تنقل ملكيته ، كالمبيع في عقد البيع، وكالمال الموهوب في عقد الهبة، ويخطّيء الفقه هذا التعبير قولاً بأن الأدق هو أن يقال: إن محل الالتزام هو نقل الملكية، وموضوع هذا العمل هو حق الملكية، وحق الملكية هذا يستعمل على الشيء[١].

ومن هنا يخلص الفقه الوضعي السائد إلى أن القول بأن المبيع هو محل الالتزام لا يعدو أن يكون ضرباً من التجوز في التعبير لاغير، وأن الالتزام ما هو إلا الأثر القانوني الناشيء عن التصرف، و أن محله هو الأداء الواجب أو هو الامتناع الموعود.

٥ – خلط جانب من الفقه الوضعي بين الالتزام كأثر وبين التعهد

مع ذلك وجد في عبارات بعض الشراح ما يفيد الخلط بين الالتزام كأثر أو نتيجة تردّ إلى واقعة معينة هي التصرف القانوني، وبين الالتزام بمعنى هذه الواقعة أو هذا التصرف القانوني ، فمثلاً كان واضعو القانون المدني المصري القديم قد ضمّنوا المادتين ١٤٤/٩٠ تعريفاً للتعهد على أنه: " ارتباط قانوني، الغرض منه حصول منفعة شخص بالتزام المتعهد بعمل شيء معين أو بامتناعه عنه "، وانتقد الفقه هذا فتلافاه المشرع في القانون المدني المصري الحالي[٢].

ومن ذلك أيضاً أن بعض الكتاب أشار إلى أن صيغة الفعل " التزم " تنصرف إلى عمل الإرادة الذي تتجه به إلى إنشاء التزامات معينة، لا إلى هذه الالتزامات نفسها التي تنشأ نتيجة لهذا العمل[٣]، وعلى هذا النحو ذهب بعضهم إلى ضرورة إطلاق كلمة " إلزام" على ما مصدره المباشر القانون، واستعمال كلمة "التزام" على ما مصدره المباشر الإرادة[٤].

كما قد لوحظ مثل ذلك في عبارات بعض الكتاب وبعض التشريعات[٥].

٦ – أنواع التصرف

وإذا استبعدنا الالتزام من مفهوم التصرف واقتصرنا به على أن يكون أثراً ناشئاً عنه، فإنه بهذا المعنى يشمل – بلا خلاف – ما يسمى بالإرادة المنفردة، كالوعد الذي يوجهه شخص إلى الجمهور

---

[١] في هذا المعنى أيضاً ، انظر السنهوري ، نظرية العقد ص ١٣ فقرة ١٢ ، غستان ، المصدر السابق ج١ ص ٧٢٩ فقرة ٦٧٧ .

[٢] السنهوري ، نظرية العقد ، آخر الفقرة الأولى .

[٣] سليمان مرقس ، مصادر الالتزام ، نهاية الفقرة ١٥٨.

[٤] عبد الناصر توفيق العطار ، نظرية الالتزام ، ص ٩ ، ١١،٢٨.

[٥] بحث الشرقاوي المتقدم الذكر ص ٢٢، حيث يقول : " إن بعض الفقهاء إذ يتكلم عن الالتزام إنما يتكلم عن التعهد أو الوعد ، وإن بعض نصوص القانون الفرنسي تستعمل لفظة **Engagement** كما هو الحال في المادة ١١٠٨ ".

بجائزة يدفعها لمن يقوم لمصلحته بأداء عمل معين؛ وذلك لأن عملاً كهذا قد نتج عن إرادة التزم بموجبها صاحبها به، وعلى أساس منها رتب آثار هذا العمل ونطاقه، ولم يكن ملزماً له قبل ذلك، فيكون عملاً ناتجاً عن الإرادة أوالاختيار، وهذا هو معنى التصرف.

وقد يقال إن العقد- وهو عبارة عن ارتباط إرادتين- داخل في نطاق التصرف لذات الملحظ المتقدم، لأن العقد لا يخرج عن أن يكون عملاً إرادياً، بل إن الذي ولّد الآثار فيه ليس إرادة واحدة فحسب، بل إرادتان اثنتان، ومن ثم يتصور أن يكون أشد توكيداً وأظهر في معنى الاختيار أو الإرادة المؤكدة مما يسمى بالإرادة المنفردة. غير أننا نلاحظ أن ثمة اتجاهين متعارضين لدى فقهاء القانون الوضعي فيما يتصل بطبيعة العقد ومفهومه، نظراً لتعدد الإرادات الداخلة في تكوينه.

٧ – عرض اتجاهين حول طبيعة العقد

إننا نرصد في طبيعة العقد من حيث هل هو تصرف أم لا اتجاهين اثنين كما سبق القول:

الاتجاه الأول – وهو الاتجاه السائد لدى الفقه الوضعي، وخلاصته أن العقد نوع من التصرف أنشأته إرادتان أو أكثر، وأذن القانون له بالاعتبار ليصبح كياناً قانونياً صالحاً لتوليد الآثار المنوطة به. ومعنى كونه كياناً قانونياً أن له محلاً واحداً وسبباً واحداً وتراضياً واحداً، ومن ثم كان تصرفاً كأي تصرف، وكان زيادةً على ذلك هو النموذج الغالب في العمل؛ لأن الفرد في الحياة الاقتصادية لا يقدُم في العادة على إنشاء التزام على نفسه دون أن يحصل على ما يقابله في الناحية الأخرى، أي دون أن يحصل على التزام شخص آخر يكون حقاً له ومقابلاً لالتزامه، ولهذا نص القانون الألماني – وهو القانون الذي يتضح فيه الانتصار لمبدأ الإرادة المنفردة – في المادة (٣٥٠) – على أن " إنشاء علاقة التزام يلزم له عقد بين ذوي المصلحة ".

والاتجاه الثاني – ويذهب إلى أن العقد هو عبارة عن تصرفين متجاورين مرتبط بعضهما ببعض، وأن التصرف هو الإرادة ذاتها متجسدةً في عمل مادي ظاهر للعيان، فالإرادة الواحدة – بالمعنى الآنف البيان – تظل هي التصرف القانوني المنشيء للالتزام حتى في نطاق العقد، وكذلك الإرادة المقترنة بها، هي بدورها تصرف قانوني منشيء لالتزام آخر، وكلا التصرفين يتجاوران ويتساندان في آثارهما، وإنما يكون العقد ذا أثر ملزم للعاقدين؛ لما أنه في داخل كل رابطة عقدية تَعَهَّدَ كل واحد من العاقدين بإلزام نفسه الدخول في رابطة عقدية ، ملزماً نفسه بإرادته المنفردة وحدها، وهو ما يفسر الأثر الملزم للعقد؛ إذ هذا اللزوم إنما يستند في كل حال إلى نية صاحب الإرادة نفسه؛ لأنه هو الذي يقرر على نفسه مدى توقف هذا الالتزام الذي يرتبه على وجود العقد، أو استغنائه عن العقد والاكتفاء بقيامه على أساس من الإرادة المنفردة وحدها، أي دون توقف على التقائها بإرادة أخرى[١].

---

[١] الشرقاوي، نظرية بطلان التصرف القانوني ص ٣٤ – ٤٤ الفقرات من ١٢ إلى ١٤، بحثه عن طبيعة المحل والسبب ص ٣١، ٤٤ فقرتا ٧ و ٩، السنهوري، نظرية العقد هامش ص ١٨٦ نقلاً عن ديموج.

هذا ما نادى به بعض الفقه الوضعي لا سيما أنصار الإرادة المنفردة، وقد نتج عن ذلك آثار على حظ من الأهمية والخطر نعرض لبعضها فيما نحن بصدده.

الفرع الثاني
تحديد محل التصرف

٨ – تمهيد

انعكس الخُلْف بين الفقه الوضعي السائد وبين أنصار الإرادة المنفردة في تحديد الكائن الذي ينتمي إليه العقد على تحديد محل التصرف نفسه، وأدى ذلك إلى سلسلة مختلفة من النتائج على صعيد تحديد بعض المفاهيم القانونية الأخرى المرتبطة بمحل التصرف.

وفيما يلي نعرض للمدرستين اللتين تقدم بيانهما من حيث مدى وجود محل للتصرف، ومن حيث تحديد مفاهيم الرضا والسبب والشرط التي قد تختلط به.

المطلب الأول
الرأي السائد

٩ – مدى وجود محل للتصرف

إن الرأي السائد في الفقه الوضعي يغلب جانب الالتزام ولا ينظر إلى السبب المنشيء له الذي هو التصرف أو العقد، فهو من ثم يعتّد بمحل الالتزام وحده، ويجعل الشروط المنصوص عليها في القانون . وهي الإمكان والمشروعية والتعيين أو القابلية للتعيين . شروطاً له دون محل التصرف عموماً أو محل العقد بوجه خاص ، ثم هو بعد هذا منقسم على نفسه:–

أ – فالرأي الغالب منه على أنه لا يوجد محل في العقد أو في التصرف، وإنما للعقد آثار لكل منها محل، فإذا كان لابد من وجود محل للعقد، فإنه يكون هو إنشاء التزامات معينة فحسب، وما يعرف بمحل العقد ليس إلا وارداً على سبيل المجاز اختصاراً في التعبير[١].

ب – وهناك فريق يرى أن ثمة محلاً للعقد أو محلاً للتصرف بالتالي، ويعّرفه بأنه : " العملية القانونية التي يقصد الأطراف إلى تحقيقها أو المصلحة التي يهدف المتعاقدان إلى تسويتها ".

---

[١] السنهوري، نظرية العقد فقرة ٤٤٢ ، ٤٦٣ حيث يقول: " إذا كان للعقد محل فهذا المحل هو إنشاء التزامات معينة " ويلاحظ أن المادة ١٨٦من قانون لموجبات والعقود اللبناني قد تبنت هذا الرأي فنصت على " أن الموضوع الحقيقي لكل عقد هو إنشاء الموجبات – أي الالتزامات – على أن هذا الغرض لا يُنال إلا إذا كان للموجبات نفسها مواضيع توافرت فيها بعض الصفات " انظر جورج سيوفي، نظرية العقد ١٥٣/١، وفي هذا المعنى مرقس، المصدر السابق فقرتا ١١٧ و ١١٨، الموجز ذات الرقمين، إسماعيل غانم، مصادر الالتزام فقرة ١١٨ ص ٢٣٦، باري نيكولاس، العقد في القانون الفرنسي ص ١٠٨ حيث يقرر ما ترجمته إن المادة ١١٠٨ (مدني فرنسي) تتحدث عن موضوع العقد على أنه محتوى ما تعهد به المتعاقد، وواضح أنه ليس محل العقد بل محل الالتزام الذي أنشأه العقد . إلا أنه يعود فيقرر أن مصطلح المحل objet مستعمل في ثلاثة استعمالات : في العقد وفي الالتزام وفي التقدمة، وأن أكثر ما يستعمل في الأخيرين وفي الأخير منهما على الأخص ، وأنه يمكن التمييز بينها بسهولة مع ذلك .

ويشترط هذا الفريق في محل العقد أن يكون مشروعاً، وأثر التفرقة بين محل العقد ومحل الالتزام بناءً على ما تقدم هو أن ثمة أحوالاً تكون فيها العملية القانونية محرّمة قانوناً حيث يبطل معها العقد، مع أن الالتزامات الواجبة في ذاتها تكون مشروعة، مثال ذلك التعامل في تركة مستقبلة، فالأداءات الواجبة في مال معين تشكل التزامات مشروعة، ولكن العملية القانونية – أو محل العقد المقصود من هذا العقد – محرّمة قانوناً كما في هذا المثال، فالبطلان راجع إلى هذا المحل، وسبب هذا البطلان متعلق بالنظام العام، ومثال آخر : هو تحريم تعاقد القاضي على حق متنازع فيه، وقد أجاب الفريق الأول على هذه التفرقة بكونها لا محل لها؛ لأن البطلان راجع في المثال الأول إلى عدم مشروعية محل الالتزام، وفي المثال الثاني إلى أن محل التزام البائع فيه مستحيل ؛ لأنه يستحيل نقل الملكية إلى المشتري (القاضي)، وهو ناقص أهلية الوجوب قانوناً، لعدم استطاعته أن يكتسب بطريق الشراء الحق الذي تعهد البائع بنقله إليه[١].

وكيفما كان مصير هذه التفرقة، فإن من ذهبوا إلى ذلك يضعون شرطاً واحداً في محل العقد، هو المشروعية كما سبق ، أما شروط الإمكان أو التعيين أو القابلية للتعيين فتظل عندهم خاصة بمحل كل التزام، أكانت شروطاً في الالتزامات الناشئة عن العقد، أو شروطاً في الالتزامات المترتبة عن الإرادة المنفردة.

(ج) وقد اتجه بعض الرأي السائد الذي أشرنا إليه إلى أن محل العقد لا يعدو أن يكون أحد الالتزامات الرئيسية التي ينشئها العقد، وإنما خُصّ بذلك لما له من غاية اقتصادية طبعت العقد بطابع مميز كانت هي الهدف الذي سعي المتعاقدان إلى تحقيقه، مثال ذلك : أنه في حالة بيع العقار يعتبر نقل ملكية هذا العقار هو مادة التعهد أو محله[٢]. وفائدته أنه يعمل على تصنيف العقود الخاصة تبعاً لمنفقها الاقتصادية، وبذا يمكن وصفه بأنه محل العقد[٣].وهذا الرأي لا يخرج عن سابقيه من حيث إن شروط القانون في المحل إنما تنصب على شروط محل كل التزام على حدة .

١٠– أسانيد الرأي السائد في الاعتداد بمحل الالتزام دون محل العقد

إن الرأي السائد يستند في الاعتداد بمحل الالتزام دون محل العقد إلى أن للعقد آثاراً تتحلل في إنشاء التزام أو أكثر، وأن هذه الآثار تنشئها الإرادة وتتولى تعيينها، فيجب بناء على هذا أن تتقيد الإرادة بالشروط التي وضعها القانون؛ فلا يصح أن يلتزم شخص بإرادته عملاً غير ممكن أو غير معين

---

[١] إسماعيل غانم فقرة ١١٨ ص ٢٣٦.

[٢] بحث الشرقاوي المتقدم ص ٢١.

[٣] غستان ، المطول فقرة ١٩٧ج١ ص ٧٤١ ، آلان بينابنت ص ١٠٦ فقرة ١٤١ ، ويراجع بحث الشرقاوي عن المحل والسبب ص ١١ و ١٦، ونظرية بطلان التصرف ص ٣٢ فقرة ١٢، إذ ينسب إلى الفقهين أو بري ورو أنهما جعلا المحل في عقد البيع هو المبيع، وجعلا المحل هو في الالتزامات الرئيسية الناشئة عن العقد .

أو غير مشروع [٤]، كما يستند هذا الرأي كذلك إلى أن الآثار التي تنشئها الإرادة هي متعددة بتعدد الأشخاص الداخلين في الرابطة العقدية، وأنه لا يمكن أن يُسلّم القول بوحدة العقد إلا إذا افترضنا الشروط الواردة في المحل شروطاً في محل كل التزام من هذه الالتزامات؛ وذلك لأنها متعددة بطبيعتها، ومن الطبيعي أن يكون لكل منها محل يرد عليه[١].

١١ – تحديد بعض المفاهيم

ومما سبق يتضح ضمور مفهوم محل العقد وألا تأثير له على العقد في منطق الرأي السائد، ولا غرو في ذلك لما أن هذا الفقه يعوّل على الالتزامات التي ينشئها كل عقد على حدة، وأنه يجري على منطق نظرية الالتزام التي أخذ بها تبعاً للقانون الروماني، فما يسمى بالمحل وما يسمى بالسبب كذلك إنما يتحدّدان في الالتزام وحده وينصبّان عليه دون غيره.

وبناءً على ذلك يحدّد الفقه السائد مصطلحات الرضا والسبب والشرط على النحو التالي:

١- الرضا أو التراضي – هو ركن في الواقعة الإرادية المنشئة للالتزام وهي العقد والإرادة المنفردة كما سبق قوله، ولا فرق بين مدلول كل منهما إلا من حيث إن الرضا ينظر فيه إلى كل طرف من أطراف رابطة الالتزام، بينما ينظر في التراضي إلى الطرفين معاً ، فهو عبارة عن رضاء ثنائي أو رضاء في وضع المشاركة [٢]. ويتخذ الرضا مظهراً مادياً يتحدّد في الإيجاب والقبول في العقد، أو في الإيجاب وحده كما في الإرادة المنفردة.

ويقرر الشرّاح أن ركن العقد هو التراضي الذي هو الإيجاب والقبول، وأن موضوعه أي العقد هو إنشاء التزام، وأن ركني هذا الالتزام هما المحل والسبب، وأن المحل والسبب مع ذلك من عناصر التراضي أوالإرادة دون العقد الذي يكون ركنه الوحيد هو هذا التراضي أو هذه الإرادة، ومن ثم فإن القول بأن أركان العقد هي التراضي والمحل والسبب إنما جاء على سبيل الاختصار[٣].

ومما أوردناه آنفاً يُفهم أن الفقه الوضعي السائد مضطرب في تحديد المفهوم الذي يكون كل من المحل أو السبب عنصرين فيه ، فهما إما عنصران في الإرادة أو الرضا، وإما عنصران في الالتزام الناشئ عن الإرادة، كما أن مصطلح الرضا يطلق ويراد به الإرادة كما في أغلب عبارات الشراح، وقد يُعبّر به عما هو أخص من الإرادة، لاحتمال اختلاله مع وجودها في فروض عديدة، كالغلط والتدليس ونحو ذلك [٤]، أو قد يكون المراد بالرضا الإيجاب والقبول كما قدمنا ويكون ركناً في العقد.

---

[٤] السنهوري، نظرية العقد فقرة ١٢ ص ٤٤٥ ، الوسيط ج١ فقرة ٦٨.

[١] قارن بحث الشرقاوي المتقدم الذكر ص ٢و ١٢و ١٦ وهامش ص ١٦و ١٨ و ٢٢ ، نظرية بطلان التصرف ص ١٢ فقرة ٥ .

[٢] حجازي ١٩٢/١ فقرة ٩٧، الوسيط ٤٦٦/١ فقرة ٦، وحيد الدين سوار ، مصادر الالتزام ص ٦٢ فقرة ٦٧ والمراجع التي أشاروا إليها .

[٣] السنهوري نظرية العقد فقرة ١٥٢، العدة فقرة ٥١، وليم قلادة ، التعبير عن الإرادة في القانون المدني المصري ص ٣٩.

[٤] السنهوري ، المصدر السابق ، ص ١٤٨ فقرة ١٥٤ حيث يقول :" الرضا يكون بتحرك الإرادة إلى شيء معين وتعلقها به ، فالرضا يفترض وجود الإرادة ".

٢- والسبب – هو عنصر في الالتزام لا في العقد ولا في الإرادة المنفردة، وقد تدرّج الفقه التقليدي في مفهومه؛ إذ كان في البداية هو الالتزام المقابل لالتزام الشخص، كالالتزام بأداء الثمن في عقد البيع يكون هو سبب التزام البائع بتسليم الشيء المبيع، ويكون هذا الأخير سبباً للالتزام الأول، وفي العقود العينية كالقرض: سبب التزام المقترض بالرد سبق تسلمه للمبلغ الذي عليه ردّه، وفي عقود التبرع: سبب الالتزام هو نية التبرع، ثم طّوره (كابيتان) ليكون في العقود الملزمة لجانبين هو ارتقاب أو تنفيذ الالتزام المقابل، وفي العقود العينية كالقرض : التزام المقرض بتسليم مبلغ القرض، وفي عقود التبرع: نية التبرع المحددة في إرادة عدم تلقي مقابل[١]. فإذا اقترنت الهبة بتكليف كان السبب فيها قيام الموهوب له بالتكليف، وإذا كان التصرف وصية كان سبب الالتزام هو الباعث الذي دفع الموصي إلى التبرع[٢].

ثم جاء القضاء والفقه الحديثان في فرنسا بخاصة ليحدّدا سبب الالتزام في الباعث الرئيس على التعاقد، أي في الغاية التي دفعت الملتزم إلى التحمل بالتزامه هذا، وأصبحت الصفة الذاتية للسبب بهذا المعنى – رغم التسليم بها أولاً – أوضح مما كانت عليه من قبل.

٣- أما الشرط لدى هذا الفقه فعبارة عن نوعين: (الأول)–وصف للالتزام، بحيث يعُلَّق الالتزام في وجوده أو بقائه على واقعة خارجية بمقتضاها يوجد الالتزام أو ينقضي، ويسمى تعليق وجود الالتزام على حصول واقعة معينة بالشرط الواقف، بينما يسمى تعليق بقاء الالتزام على حصول واقعة معينة أخرى بالشرط الفاسخ[٣].

و(الثاني) – تكليف يدخل في صلب الواقعة المنشئة للالتزام، ويقرر الفقه هنا أن هذا التكليف أوهذا العبء لا يعدو أن يكون التزاماً أنشأته الإرادة إلى جانب أي التزام آخر قد تنشئه، غاية ما هنالك أنه يكون مقترناً بالواقعة المنشئة للالتزام، ومن الطبيعي والحال هذه أن يكون لهذا الشرط محل يرد عليه كأي التزام آخر ، إلا أن أثر عدم مشروعية الشرط المقترن بالعقد يختلف عن أثره في محل الالتزام، فعدم مشروعية محل الالتزام يحتم بطلان العقد لمخالفته شرطاً من شروط القانون يعتبر فيه قاعدة آمرة، وعدم مشروعية الشرط المقترن بالعقد يختلف أثره، فإذا لم يكن هذا الشرط هو الذي بعث على التعاقد، فُهم من ذلك أنه وضع لمصلحة من وضعه فقط وكان الجزاء بطلان الشرط دون العقد،

---

[١] حجازي ص ٢٥٥ فقرة ١٦٩، أبو ستيت ص ٢٢٤ آخر الفقرة ٢٢٨ ، سلطان ١٤٩-١٥٢ فقرة ١٨٧ .

[٢] سلطان ١٥٠-١٥١ فقرة ١٨٧.

[٣] قيل في تعريف الشرط كوصف : إنه الأمر المستقبل غير المحقق الوجود الذي يترتب على تحققه وجود الالتزام أو زواله ، مثال الأول : أن يقول شخص لآخر : وهبتك هذا المال لو تزوجت ، ومثال الثاني أن يقول الشخص : وهبتك هذا المال لو لم ترزق بولد ، فيقال للأول الشرط الواقف كما مر ، وللثاني الشرط الفاسخ ، ويرى بودري وبارد أنه يمكن للمتعاقد أن يصل إلى نفس النتيجة التي ينبغي الوصول إليها باستعمال كلا الشرطين ، وأثرهما كما يقرر الفقه مستند إلى الماضي . وفي هذا المعنى المادة ١٧٠ من القانون المدني المصري ، والمادة ٨١ من قانون الموجبات والعقود اللبناني ، إلا أن الشرط الفاسخ يخرج من حكم الأثر الرجعي للشرط في بعض الأحوال التي يتعذر فيها الأخذ بهذا الحكم ، كالعقود الدورية على سبيل المثال ، فتعليق انتهاء الإيجار بوجود مسكن آخر مثلاً لا يجعل هذا العقد فيما يخص الماضي منهياً لآثاره ، وإنما يجعله منهياً لها عند حصول الواقعة المشار إليها فيما يستقبل ، انظر في هذا المعنى الشرقاوي، نظرية بطلان التصرف، ص ٣٠٧ آخر الفقرة ١٠٨.

أما إذا كان الشرط الباطل هو الباعث على التعاقد، فإن بطلانه مؤدٍ إلى بطلان العقد بأسره؛ لأن إرادة أحد العاقدين لم تلتزم بآثار العقد إلا بالنظر لهذا الشرط، فكأن وجودها معلق عليه، فإذا انتفى هو انتفت، لهذا كان جزاء بطلان الشرط بطلان العقد، وعلى هذا النحو يجري الفقه الوضعي والقانون الوضعي كذلك[١].

المطلب الثاني
رأي أنصار الإرادة المنفردة

١٢ – وجود محل للتصرف

يتجه أنصار الإرادة المنفردة وجهة مغايرة لاتجاه الرأي السائد، فقد عرفنا أنهم يغلبون هذه الإرادة حتى في نطاق العقد ويسمونها التصرف القانوني، ومعنى ذلك عندهم أن محل التصرف هو محل الإرادة التي هي في أصلها نيّة ذاتية مؤكدة تعتمل في الشخص وإنما تتجسد ضرورةً في عمل مادي بادٍ للعيان كما سبق إيضاحه، فإذا كان ذلك فلا يلتفت هذا الفريق إلى الالتزامات من حيث إن شروط المحل المنصوص عليها قانوناً هي شروط في محالّ كل منها، وإنما يجعلون هذه الشروط في صلب محل الإرادة التي هي التصرف كما مرّ ، ولذا هم يعرّفون محل الإرادة هذا بأنه : " تصور تحقيق أثر ما مع سائر الآثار المرتبطة به " [٢].

وبهذا المعنى يقترب المحل من السبب الذي يعرّفه هذا الفريق بأنه هو الغاية التي ترمي الإرادة إلى تحقيقها؛ إذ من الواضح من خلال التعريف المتقدم للمحل أنه عنصر ذاتي في الإرادة كالسبب المجمع على كونه كذلك، بل يذهب الفريق الذي أشرنا إليه هنا مذهباً أبعد مما استخلصنا حيث يقررون أنه لا يستطاع أن يُفصل في مضمون الإرادة بين المحل والسبب؛ لما أن المحل يتحدد على ضوء الغاية أي السبب، ولأن العمل الإرادي كل لا يتجزأ بالنسبة لما ينصب عليه من موضوع وغاية.

وبالرغم من تحديد هذا الفريق للمحل وللسبب على النحو المتقدم، فإنهم يرون أن ما يسمى بشروط الإمكان والتعيين أو القابلية للتعيين لا يشترط شيء منها في ظل وجود إرادة منطوية بالضرورة على محلها وسببها المحددين اللذين لا تتطرق إليهما الاستحالة الطبيعية تبعاً لكونهما في الذهن، وقصارى ما يشترط لديهم هو شرط المشروعية؛ لإجماع الفقه وتنصيص التشريعات عليه في الجملة، أما ما يضرب مثلاً لتخلف المحل أو السبب أو ما يسمى بصحة السبب، فلا تعدو هذه الحالات أن تكون مجرد حالات لعيب الإرادة بالغلط أو الإكراه، كما أن شرط الإمكان الطبيعي لا محل له لديهم كذلك،

---

[١] المواد ١٦٤ أردني ، و ١٣١ عراقي .

[٢] الشرقاوي، نظرية بطلان التصرف ص ٢٨٠ ، فقرة ٩٧ ، مصادر الالتزام ص ٢٢٢ – ص ٢٢٨ ، بحثه المتقدم الذكر ص ٦٤، ٦٥، ٦٧، ٦٨، ٧٠، ٧١، ٧٣، ٧٩.

بالنظر لكون الاستحالة الطبيعية أمراً نسبياً في جميع صورها عدا الاستحالة القانونية التي تعني عدم المشروعية، وإنما يكون جزاء الاستحالة الطبيعية هو الفسخ أو الانفساخ في العقود.

ثم يقرر الفريق الذي أشرنا إليه أن شرط المشروعية إنما يختص بغاية الإرادة أو سببها لا محلها؛ لأنه لا بدّ من مراقبة مشروعية الغاية عن طريق مراقبة مضمون التعبير عن الإرادة، والتي على ضوئها يتحدد الحكم على مشروعية ما يعرف بالمحل[١].

وإن يكاد هذا الفريق لينتهي كما عُلم مما قدمنا إلى ذوبان محل التصرف – أي محل الإرادة – أوتلاشيه في سببه أو غايته، وكأن جميع المصطلحات المشار إليها كالتصرف والعقد والمحل والسبب وغيرها إنما تخدم أموراً معنوية، وتتعلق بأحوال ذاتية صرف لا يكاد يُسلم لها بوجود في الخارج !.

١٣ – تحديد بعض المفاهيم

وبناءً على ما سبق يخلص أنصار الإرادة المنفردة إلى تحديد المفاهيم التالية:

(١) الرضا – والإرادة شيء واحد ولا فرق بينهما ؛ لأن البطلان عيب في التصرف الذي هو الإرادة، ولأن الإرادة التي أصبحت معيبة يستوي تعيبها مع تخلفها تماماً من حيث إنها تصبح إرادة لا يأخذ بها القانون، أي لا توجد بالنسبة له، وهو ما يعني أنها منعدمة في نظره [٢].

(٢) السبب: هو الغاية الدافعة التي تمثل مصلحة عامة أو خاصة، والتي يحاول منشئو التصرف القانوني بلوغها عن طريق هذا التصرف[٣].

(٣) المحل: –كما سبق – هو تصور الإرادة تحقيق نتيجة أو أثر ما، فالإرادة لها عنصران لكي تظهر إلى الوجود، عنصر الغاية التي توجهها وذلك هو السبب، وعنصر النتيجة التي تتصورها وتسعى إليها وذلك هو المحل، وهما لدى هذا الفريق يشكلان العمل الإرادي الذي يكون كلاً لا يتجزأ بالنسبة لما ينصب عليه من موضوع وغاية؛ إذ الموضوع إنما يتحدد على ضوء الغاية، ويستشهدون على ذلك بما يقرره سائر الفقه من أن الإرادة المعتبرة قانوناً هي تلك التي تتجه إلى التعاقد وهي على بيّنة من المحل ومدركة للسبب[٤]، وأنه لا إرادة أصلاً بدون محل تقدره أو سبب تعلمه[٥].

---

[١] الشرقاوي، نظرية بطلان التصرف ، الفقرات ٩٥ – ١٠٥ .

[٢] الشرقاوي، المرجع السابق ، فقرة ٥ ، ص ١٤ ، ١٥ وهو يذهب إلى أن الرضا اصطلاح على الإرادة التي تتجه إلى تحقيق الآثار القانونية .

[٣] الشرقاوي، نظرية بطلان التصرف ص ٣٠٤ ، فقرة ١٠٥ ، مصادر الالتزام ص ٢١٠ ، ٢١١ فقرة ٤٧، بحثه ص ٤٢،٤٤، ٤٥ .

[٤] الصدة ، مصادر الالتزام ، فقرة ٦٢.

[٥] أبو ستيت ص ٧٠ فقرة ٧٢، ويلاحظ أن الفقه السائد يشترك مع أنصار الإرادة المنفردة في أن السبب والمحل عنصران في الإرادة كما سبق عن الأستاذ السنهوري ،وكما يذكره الاستاذ بهجت بدوي في أصول الالتزام فقرتا ٤٧ و ٤٨ وهو ما ذكره الصدة وأبو ستيت في كلامهما الآنف البيان ، وانظر كذلك أبو عافية ، التصرف المجرد ص ١٠١و ٣٠٧ ، وقد استعرض الأستاذ الشرقاوي في بحثه عن طبيعة المحل والسبب جملة من أقوال الفقه السائد في ذلك كما في ص ٤٥و ٤٨ وهامش ص ٣٦ و ٤٨ ، ومع هذا يتجه الفقه السائد إلى اعتبار السبب والمحل عنصرين في الالتزام كما سبق القول .

(٤) الشرط: يرى أنصار الإرادة المنفردة أن الشرط كوصف لا يحمل بذاته قصداً إلى مقابل معيّن، لأنه مجرّد تعليق وجود الالتزام أو بقائه على واقعة خارجية لا تعدّ مقابلاً لالتزام المتصرف، مثال ذلك: ما لو قال شخص لآخر: أهبك منزلي لو هلك منزلك، فإن الشرط هنا لا يحمل تكليفاً للمُشترَط عليه بأن يهدم منزله، وليس فيه التزام يمكن أن يقابل بالتزام واضع الشرط، ولهذا يكون الشرط هنا وصفاً، أما لو قال: أهبك منزلي لو نقلت من أسوان إلى القاهرة، فإن هذا الشرط يتضمن تكليفاً على عاتق المشترَط عليه بأن ينتقل من أسوان إلى القاهرة، وهو يقابل التزام المشترِط بهبة منزله، ولهذا كان عبئاً لا وصفاً، وبهذا المعنى وحده يعتبر الشرط جزءاً من المحتوى – أي المحل – ينطبق عليه ذات حكمه من الصحة أو البطلان[١].

ومفاد ذلك أنه إذا بطل الشرط وجب تقرير بطلان التصرف كله، اعتباراً بأن الشرط جزء من التصرف لا واقعة خارجية يرتبط بها تصرف مكتمل في نظر القانون بحيث يترتب عليها فقط نفاذ آثاره أوانتهاؤها، وقد اصطدم هذا الفريق من الفقه بنظرية إنقاص العقد المقررة قانوناً، حيث ينصّ القانون على بطلان الشرط والعقد في حالة واحدة هي ما إذا كان الشرط باعثاً على العقد، كما ينص على بطلان الشرط وحده وصحة العقد في غير ذلك، ولذا لجأوا إلى القول بأن هذا يكشف عن اتجاه القانون إلى الفصل ما بين تصرفين متجاورين، الأول هو الشرط الباطل وحده، والثاني هو التصرف الذي حكم القانون بصحته [٢].

---

[١] الشرقاوي، نظرية بطلان التصرف، ص ٣٠٧، آخر الفقرة ١٠٨ .

[٢] الشرقاوي، نظرية بطلان التصرف، ص ٨٤، فقرة ٣٠ . أما في حالات الإلزام الإجباري بالبقاء في عقد كما في الشرط الذي بمقتضاه تزيد الفائدة عما هو مقرر قانوناً، أو يكون أحد شروط عقد التأمين تعسفياً ويتدخل القانون فيلزم بالبقاء في العقد مع الرجوع إلى الفائدة القانونية أو من دون الشرط الباطل في التأمين، فقد انتقد الأستاذ الشرقاوي هذا المسلك واقترح جعله في حالات الضرورة لما فيه من إلزام العاقدين بما لم يريداه، وجعله تصرفاً جديداً مفروضاً بقوة القانون، المرجع السابق ص ٩٢ – ٩٤ الفقرة السابقة.

المبحث الثاني

تحديد محل التصرف في الفقه الإسلامي

على غرار ما سبق في المبحث الأول، نقسم المبحث الذي نحن بصدده إلى فرعين: الأول منهما: في تحديد مفهوم التصرف في الفقه الإسلامي، وثانيهما: في تحديد محله لدى هذا الفقه.

الفرع الأول

تحديد مفهوم التصرف

١٤ – تعريف التصرف

التصرف لغةً هو التوجيه والتدبير، تقول: صرّف الله الرياح أي دبرها ووجهها، وصرّفته في الأمر تصريفاً قلّبته فتقلب [١].

ولم يحفل أكثر الفقه بتعريفه اصطلاحاً، وإنما استعملوا مكانه العقد والعهد والالتزام ونحو ذلك وأبقوا مفهومه على أصل وضعه اللغوي، وقد عرّفه بعض المعاصرين بأنه: " ما يشمل عمل الإنسان في ملكه بعقد يجريه عليه أو بالانتفاع المباشر فيه استعمالاً وهدماً وبناءً "، وعرّفه آخرون بأنه: " كل ما يكون من تصرفات الشخص القولية ويرتب عليه الشارع أثراً شرعياً في المستقبل"[٢]، أو هو " كل ما يصدر عن الشخص بإرادته فيرتب عليه الشارع أثراً " [٣].

ومن هذا نستخلص أن التصرف في الفقه الإسلامي يطلق ويراد به معنيان:

الأول –كل ما يصدر عن الشخص من الأقوال أو الأفعال التي يرتب عليها الشارع أثراً معيّناً، فيدخل في ذلك السرقة والقتل والضرب من الأفعال، والبيع والهبة والوصية من الأقوال.

والثاني –كل ما يصدر عن الشخص من الأقوال سواءً من شخصين كالبيع، أو من شخص واحد كالوصية .

وتتنوّع التصرفات القولية بدورها إلى نوعين بحسب ما تقدم آنفاً: التصرفات العقدية كالبيع والإجارة والشركة، والتصرفات غير العقدية، وهذه بدورها على ضربين: الأول – يتضمن إرادة صاحبه على إنشاء حق أو إنهائه أو إسقاطه، أي تعهده بشيء من ذلك، كالوقف والطلاق والعتاق والإبراء

---

[١] القاموس المحيط ٣١٥/١، المفردات ص ٣٤١ ، البحر المحيط ٣ / ٤١١.

[٢] أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد ، ص ١٧٤ ، ١٧٥.

[٣] وحيد سوار، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي ص ٣٢، ٣٣، نحوه في المدخل لمصطفى شلبي ص ٤١٣، وعبارته أشمل لأنه يقول: "هو ما يصدر عن الشخص المميز بإرادته ويرتب عليه الشارع نتيجة من النتائج سواءً كانت في صالح ذلك الشخص أو لا"، وقرب منه د/ أنور دبور، النظريات العامة في الفقة الإسلامي ص ١٠.

والتنازل عن حق الشفعة، وأما الثاني – فلا يتضمن هذه الإرادة، وإن كان تندرج تحته أقوال تترتب عليها نتائج معتبرة، مثالها الدعوى والإقرار[١].

١٥ – أنواع التصرف

التصرف بالمعنى الأول الذي تقدم ذكره أشمل من العقد قولاً واحداً؛ لأنه عبارة عن الأقوال أوالأفعال الصادرة من الشخص، والعقد يدخل في نطاق الأقوال لا الأفعال؛ إذ هو كما يعبّر بعض المعاصرين:" تصرف قولي مخصوص " [٢]، فالتصرف بهذه المثابة أشمل منه.

وعلى ذلك فمن المسلّم به أن كل عقد تصرف، وأما أن كل تصرف عقد فغير مسلّم؛ أولاً – لأن العقد من قبيل الأقوال لا الأفعال كما تقدم، والتصرف بمعناه الأول يشتمل على الاثنين، وثانياً – على فرض أن التصرف مخصوص بالأقوال فقط، فإن العقد يطلق بحسب المعنى الشائع له على ما يصدر عن شخصين اثنين، **فالفقه الحنفي** يعرّف العقد بأنه : "ما يتم به الارتباط من كلام وغيره كالإشارة والكتابة ويترتب عليه التزام بين طرفين" [٣] .وحيناً يعرّفه هذا الفقه كما في مرشد الحيران (م ٢٦٢) بأنه : " عبارة عن ارتباط الإيجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه "[٤]، وطوراً يقتصر به على ارتباط الإيجاب والقبول. وبقية المذاهب تقترب من التعريف الأخير، **فالمالكية** مثلاً يعرّفون العقد بأنه ما يتوقف على إيجاب وقبول[٥]، **والشافعية** يعرّفون البيع الذي هو أهم العقود بأنه " عبارة عن إيجاب وقبول " [٦]، وعبارة **الحنابلة** : " البيع شرعاً مبادلة مال ولو في الذمة بقول أو معاطاة أو منفعة مباحة مطلقاً بمثل أحدهما [٧] "، ويوجد في عبارات أكثر الفقهاء ما يقصر العقد أو البيع على الإيجاب والقبول[٨]، وهذا هو المعنى الشائع للعقد كما مرّ ، ولا يكون إلا أحد أنواع التصرف حتى على معناه الثاني الذي تقدم بيانه.

---

[١] د / عبد الحميد البعلي، ضوابط العقود ، ص ٥٤ ، د أنور دبور، المدخل لدراسة الفقه الإسلامي ص ٣٠٩-٣١٠ ، المجلة م ١٦٦٠.

[٢] مصطفى الزرقاء، المدخل ٣٨١/١ .

[٣] العناية على هامش فتح القدير ٤٧/٥، البحر الرائق ٣/ ١٤١ ، حاشية ابن عابدين ٣/٣/ ، فتح القدير ٣٤١/٢، التوضيح على التنقيح ٢١٥/١.

[٤] انظر أيضاً المادة ١٠٣ من مجلة الأحكام العدلية حيث عرفت العقد بأنه " التزام المتعاقدين أمراً وتعهدهما به وهو عبارة عن ارتباط الإيجاب والقبول " والمادة ١٠٤ حيث عرفت الانعقاد بأنه " تعلق كل من الإيجاب والقبول الأخر على وجه مشروع يظهر أثره في متعلقهما " .

[٥] حاشية الدسوقي ٥/٣.

[٦] جواهر العقود ٤٩/١.

[٧] كشاف القناع ٢٢/٢، ٢٣.

[٨] مثلاً نظرية العقد لابن تيمية ص ٥٥ حيث قال : " والبيع إيجاب وقبول "، وتفسير الألوسي ٢٢/ ٢٣٩ حيث يقول : " أصل العقد الربط محكماً ثم تجوز به من العهد الموثق وفرق الطوسي بين العقد والعهد بأن العقد فيه معنى الاستيثاق والشدّ ولا يكون إلا بين اثنين ، والعهد قد ينفرد به واحد ".

ومع ذلك عُثر في عبارات بعض الفقهاء على ما يجعل العقد شاملاً لما يصدر عن شخصين أو ما يصدر عن شخص واحد، فمثلاً قال الإمام الجصّاص[١] – وهو حنفي المذهب – : " العقد ما يعقده العاقد على أمر يفعله هو أو يعقد على غيره فعله على وجه إلزامه إياه "[٢].

وكأن العقد بهذا المعنى مرادف لمعنى العهد، وهو كما لا يخفى يصدر من جانب واحد صدوره من جانبين اثنين، وبهذا المعنى هو أكثر انسجاماً مع معناه اللغوي؛ لأنه من عَقَدَ الحبل ونحوه، بمعنى الإحكام والشدّ والتوثيق، إما من جانب واحد أو من جانبين، ثم استعير من حيّز الأجسام إلى حيّز المعاني، ليقال مثلاً: عَقَد الأمر، أي أكدّه ووثّقه[٣].

وقد ذهب بعض المعاصرين إلى أن العقد بهذا المعنى مرادف للتصرف،[٤]وذهب أكثرهم إلى أن العقد حتى بهذا المعنى الذي يجعله شاملاً لما صدر من شخص واحد هو أخص من التصرف مطلقاً؛ لأن التصرف إن كان بمعنى الأفعال والأقوال هو أعم من العقد قطعاً، وإن كان بمعنى الأقوال فقط فلا يزال أعمّ منه أيضاً؛ إذ من التصرفات القولية ما لا يتضمن فكرة العهد، كالدعوى والإقرار والإسقاط والإبراء ونحو ذلك، وهذا هو الصحيح في المسألة.

والخلاصة أن العقد في الفقه الإسلامي تصرف ولا عكس، وأن ما يسمى بالإرادة المنفردة في الفقه الوضعي لا يخرج في عبارات كثير من الفقهاء عن أن يكون عقداً أيضاً، فيقال عقد الوقف وعقد الوصية، كما يقال عقد البيع وعقد الإجارة، ويناقشون كثيراً من الأمور المشتركة بين العقد والإرادة المنفردة في باب واحد، وعلى الجملة لا يفصل الفقه الإسلامي بين الأمرين فصلاً حادّاً كما هو الشأن في القانون الوضعي[٥].

الفرع الثاني
تحديد محل التصرف

١٦ – مفهوم المحل

ظهر لنا أن محل التصرف هو ماورد عليه التصرف، سواءً كان عقداً أم تصرفاً انفرادياً أو غير ذلك، ولما كان العقد نوعاً من التصرف كما مرّ بيانه، فإن محله هو ما ظهر فيه أثره وحكمه،كما

---

[١] أحمد بن علي الرازي الجصاص ، أبوبكر ، إمام الحنفية في عصره ، ولد ببغداد سنة ٣٠٥ هـ وتوفي بها سنة ٣٧٠ هـ من تصانيفه أحكام القرآن ، شرح مختصر الطحاوي (الفوائد البهية في تراجم الحنفية ص ٥٣ رقم ٣٩ ، الأعلام ١ / ١٧١، معجم المؤلفين ٢ / ٧) .

[٢] أحكام القرآن ٢/٣٧٠ ، ٣١٥ ، المفردات ص ٣٤١ .

[٣] أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد فقرة ١٠٢ ص ١٧٤ ، المفردات ص ٣٤١.

[٤] الزرقاء، المدخل ١/٣٨٠ و ٣٨١ بالهامش ، دبور ، النظريات العامة في الفقة الإسلامي ص ١١ ، مصطفى شلبي المدخل ص ٤١٢ ، ٤١٣ ، نزيه حماد ، الحيازة في العقود في الفقه الإسلامي ص ١٧.

[٥] السنهوري ، مصادر الحق ١/٥٨، ٥٩– وقارن الخفيف، التصرف الانفرادي والعقد ص ٤٧ ، وفتحي الدريني ، النظريات الفقهية هامش ص ٢٥١ حيث ذكر غلبة استعمال الفقه الحنفي للعقد على أنه ارتباط إرادتين .

يستنبط من تعريف الحنفية للعقد الذي تقدم، أو هو متعلق الإيجاب والقبول وملتقاهما وما وقع عليه التعاقد، كما يستفاد من التعريفات الأخرى للعقد عند الحنفية وغيرهم .

وعلى هذا النحو يعرّفه جملة من الفقهاء المعاصرين[١].

١٧ – مفهوم المحل في الفقه الحنفي

ولا يختلف الفقه الإسلامي إجمالاً في تحديد محل العقد أو الإرادة المنفردة على أنه شيء أو أشياء محددة، ولهذا يغلب عليه القول إن المعقود عليه في البيع مثلاً هو المبيع والثمن وفي الهبة المال الموهوب، وفي الإجارة الشيء المؤجر والأجرة التي تدفع في مقابله، وفي الرهن العين المرهونة وهكذا [٢].

غير أنه يظهر من عبارات **الفقه الحنفي** أن المحل في عقد البيع هو المبيع فقط دون الثمن، وأنه في عقد الإجارة هو منفعة المأجور دون الأجرة، وأن الثمن والأجرة كليهما بدل في هذين العقدين، والفرق عندهم أن الإخلال بشرائط المبيع والمنفعة يرتب بطلان كل منهما، بحيث لا يترتب على أي منهما أثر ولا ترد عليه الإجازة ، فمثلاً يبطل بيع الخنزير وإجارته مطلقاً.

أما البدل فاختلاله يوجب فساده لا بطلانه [٣]، فإذا زال سبب فساده صح، ولا يفيد الملك إلا بقبضه ولكل من عاقديه فسخه، مثال ذلك بيع الدار أو إجارتها ببدل هو الخمر أو الخنزير، فإنه فاسد لا باطل، بحيث لو صحح البدل قبل تقرر الفساد صح العقد، والسبب في هذا الفرق عندهم هو أن المبيع ومنفعة المأجور ونحوهما هما المقصودان بهذين العقدين، والبدل من ثمن و أجرة ونحوهما وسيلة إلى المقصود؛ فقد قالوا مثلاً في البيع : " إذ الانتفاع بالأعيان لا بالأثمان، لهذا اشترط وجود المبيع دون الثمن" [٤].

وأثر التفرقة بين الثمن والمبيع يظهر في الفرق بين الفاسد والباطل المشهور لدى الحنفية، وميزتها أنها تجعل فرصة لتصحيح العقد قبل تقرر الفساد كما يعرف عنهم في التفريق بين الفاسد والباطل، وعيبها أنها تنفي قيمة الانتفاع بالثمن، وذلك غير مُسلّم، وأنها تهدر كون الثمن مقصوداً للعاقدين، مع أن ذلك ثابت ولا يستطاع إنكاره.

---

[١] شلبي، المرجع السابق ص ٤٨٣، محمد يوسف موسى المرجع السابق ص ٢٨١ فقرة ١٠٨ ، محمد سلام مدكور المدخل إلى الفقه الإسلامي، ص ٥٨٦ الخفيف أحكام المعاملات الشرعية ص ٢٥٢، الزرقاء المدخل ٤٠٠/١ وقد عرّفه الدكتور فتحي الدريني في كتابه عن النظريات الفقهية بأنه ما يقصد بالعقد أصالة ص ٢٦٢ .

[٢] المراجع السابقة .

[٣] حاشية ابن عابدين ٤ / ٥٠١ ، الفتاوى الهندية ٤ / ٤٢٥ .

[٤] حاشية ابن عابدين ٤ / ٥٠١ .

١٨ – تمييز محل التصرف عن غيره

والعقد على وجه الخصوص قد يضمن شروطاً، كما هو يضمن بالشرع حقوقاً أو آثاراً، وقد يظهر على أنه وسيلة لغاية مشروعة، أي أن ثمة باعثاً يظهر في المحل يدفع على التعاقد، وهو ما قد يؤدي إلى الخلط بينهما، ولهذا نخص بالذكر هذه المصطلحات لنفّرق بينها وبين المحل على نحو ما يلي :

١– حقوق العقد وآثاره (التزاماته): يرد العقد – وأقل منه في ذلك الإرادة المنفردة – على سلسلة من الالتزامات أو الواجبات يكلّف الطرفان بأدائها في العادة، ككون تسليم المبيع والمأجور على البائع والمؤجر، وتسليم الثمن والأجرة على المشتري والمستأجر، أو كضمان الاستحقاق على البائع، ونحو ذلك، وقد تختلط هذه الالتزامات بالمعقود عليه، كما هو الشأن لدى أكثر الفقه الغربي على ما سبق أن بيّنا، ولذلك يميّز المحل عن الالتزامات في الفقه الإسلامي بالاستعانة بفكرة المقصد الأصلي للعقد، فهذا المقصد هو الغاية النوعية التي جعل العقد طريقاً إليها وشرع من أجلها، ففي عقد البيع حكمه الأصلي هو نقل ملكية المبيع إلى المشتري بعوض، وفي الهبة حكمها الأصلي تمليك العين الموهوبة مجاناً بلا عوض، وحكم عقد الإجارة تمليك منافع المؤجر بعوض وهكذا [١].

والذي يظهر فيه هذا الحكم الأصلي للعقد هو المحل، فنقل ملكية المبيع بعوض يقع على شيئين: المبيع والعوض وهو الثمن، وتمليك العين الموهوبة مجاناً يقع على شيء واحد، هو العين الموهوبة نفسها، وقد يجوز أن نعتبر المحل في عقد البيع هو المبيع فقط ؛ إذ هو الذي تتنقل ملكيته والعوض إنما يدفع في مقابلته، كما لنا أن نعتبر محل الإجارة هو منفعة المأجور فقط دون الأجرة التي تدفع في مقابل الانتفاع به، تبعاً للفقه الحنفي فيما نقلناه عنه.

وأياً ما كان ذلك فالفرق بين المعقود عليه وبين حقوق العقد أو التزاماته واضح لا لبس فيه؛ ذلك لأن حكم العقد الأصلي يترتب بمجرد انعقاد العقد، ومن ثم يتعين أن يكون له متعلق، هذا المتعلق هو المحل، أما التزامات العقد فلا يفترض تنفيذها بمجرد العقد؛ إذ أداء الثمن وتسليم المبيع لا بد فيها من تدخل العاقدين لوضعهما موضع التنفيذ، فلو قيل مثلاً: إن فلاناً باع داره لفلان، لفُهم من ذلك انتقال ملكية المبيع إلى المشتري، ولم يفهم أن البائع سلمه إياه، أو أن هذا أدى الثمن للبائع، وإن هذا الحكم – انتقال الملكية بمجرد العقد – لا يكون كذلك إلا إذا كان له متعلق أو محل يظهر فيه، فما يتمم الحكم الأصلي أو المقصد النوعي للعقد هو الذي يكون محلاً له فقط، دون آثاره الأخرى[٢].

---

[١] انظر الدر المختار شرح تنوير الأبصار، حيث يقول مؤلفه (ص ٦٩٤) : " وحكمه – أي البيع – ثبوت الملك " قارن الزرقاء ، المدخل ١/٤٠٠-٤٠١، سوار فقرة ٥٣٣ ص ٥٠٢.

[٢] وحيد الدين سوار، المرجع السابق ص ٥٥ فقرة ٥٧١ ، الزرقاء المرجع السابق ١/١٥٦، ٥١٧ .

٢- الشرط : قيل في حدّ الشرط : هو" كل أمر رُبط به غيره عدماً ووجوداً وهو خارج عن ماهيته" [١]، أوهو " ما يترتب على عدمه العدم ولا يترتب على وجوده الوجود [٢] " أو " ما يتوقف عليه وجود الشيء ويكون خارجاً عن ماهيته ولا يكون مؤثراً في وجوده "، أو " ما يتوقف ثبوت الحكم عليه "[٣]، ومع ذلك يمكن الوقوف في الفقه الإسلامي على خمسة أنواع للشرط متميز بعضها عن بعض :

أ- الشرط الشرعي : وهو ما يتوقف عليه وجود الشيء في نظر الشارع واعتباره، كقولنا إن التقوّم والمالية شرطان لصحة العقد على شيء محدد، ومن ذلك شروط محل التصرف التي نخصها بهذه الدارسة، فهي أوصاف أو وقائع ربط بها المشرع في قانون المعاملات المدنية الإماراتي وجود التصرف القانوني، ويترتب على عدم مراعاتها فيه بطلانه، أي يترتب على عدم توفرها عدم التصرف في نظر المشرع واعتباره، ولا يكون وجودها في حدّ ذاته مدعاة لوجود التصرف، لأنها قد توجد في محل ما ثم لا يقع عليه تعامل [٤].

ب- شرط التعليق : وهو الذي يكون خارجاً عن حقيقة العقد كذلك، ولكن وجود العقد يتوقف عليه في نظر العاقدين واعتبارهما، كأن يعلّق العاقدان عقد البيع على قدوم شخص آخر من سفره ، بحيث إذا لم يحضر لم يقع البيع ، وتعريفه عند بعضهم أنه : " ربط حصول مضمون جملة بحصول مضمون أخرى " [٥] أو هو " ما دخل على أصل الفعل بأداته ك " إن " و" إذا " [٦].

ج- الشرط المقترن بالعقد – ويعرّف بأنه " التزام أمر لم يوجد في أمر وجد بصيغة مخصوصة " [٧]، أو "إلزام أحد العاقدين الآخر بسبب العقد مافيه منفعة له "[٨]، أو " ماجزم فيه بأصل الفعل وشرط فيه أمر آخر[٩] "، مثال هذا الشرط المقترن بالعقد قول شخص لآخر: بعتك الدار بألف على أن تعطيني رهناً أو كفيلاً معيناً بالثمن .

والأنواع الثلاثة الأول تشترك في أمور، وتتباين في أمور. فمما تشترك فيه: أن المشترط فيها وقائع خارجية على ماهية التصرف، أو زائدة عليه ليس أحدها من حقيقته، ومما تختلف فيه: أن الشرط الشرعي هو من قبل الشارع، والشرطان الآخران من قبل المكلف؛ ولذا سميا معاً بالشرط الجعلي.كما ينفرد الشرط الشرعي بأنه أمر سابق على التصرف، وهذا تالٍ عليه؛ إذ لا يقع التصرف

---

[١] الزرقاء ، المدخل ٣٩٢/١.

[٢] الفروق ١ / ١٠٥، ١٠٦، أول الفرق الثالث، كشاف القناع ٣ / ٢١٦ .

[٣] كشاف اصطلاحات الفنون للتهانوي ١ / ٧٥٣ ، التعريفات للجرجاني ص ١٩٩ ، ٢٠٠ ، الكليات لأبي البقاء ص ٥٠٤ .

[٤] قارن التعريفات ص ٢٠٠ ، حيث يقرر بالنسبة للشرط الشرعي أن مصدر اشتراطه الشارع ، و يضرب مثلاً بلوغ الصغير شرطاً لتسليم المال إليه، ذلك ويميز الأستاذ الزرقاء بين الشرط والشرعي وغيره، فيسمى الأول شرائط العقد ويجعل اسم الشروط منطلقاً على غيره، المدخل ٣٩٧/١ .

[٥] الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٤٠٤ .

[٦] الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٤٥٣ ، الكتاب الرابع في أحكام يكثر دورها ويقبح بالفقيه جهلها ، القول في الشرط والتعليق .

[٧] حاشية ابن عابدين ٥ / ٢٤٠ .الموسوعة الفقهية الكويتية ٤ / ٣٠٥ .

[٨] كشاف القناع ٣ / ٢١٦ .

[٩] الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٤٥٣ .

صحيحاً منتجاً لآثاره إلا إذا كان مأذوناً فيه من قبل الشارع، وهو ما يفترض تقدم الشرط على التصرف. وأما الشرطان الآخران فمختلفان: فالشرط المعلق عليه التصرف يلزم أن يكون أمراً مستقبلاً، أي لا وجود له عند إجراء التصرف، ويكون مع ذلك محتملاً، كما قال الإمام القرافي[١]: "من شرط الشرط إمكان اجتماعه مع المشروط"[٢]،وكما قال ابن نجيم الحنفي[٣]:" شرط صحة التعليق كون الشرط معدوماً على خطر الوجود، فالتعليق بكائن تنجيز، وبالمستحيل باطل" [٤].

والشرط المقترن بالعقد هو كذلك أمر مستقبل، كما يؤخذ من قولهم إنه " التزام أمر لم يوجد في أمر قد وُجد "، أو قول الرملي[٥] الشافعي : " الشرط لا يكون إلا مستقبلاً " [٦]، غير أنه لما كان يُتلفظ به مع العقد قيل : إنه شرط مقترن به، والحال أن الشرط يُطلق على اللفظ الذي يُتلفظ به، كما يطلق على الواقعة أو التكليف الذي يراد اشتراطه، وهذا لا يكون إلا مستقبلاً أي بعد إنشاء العقد، ولا خلاف في أن العقد – مع هذا الشرط – يتم وتترتب آثاره؛ لأن الشرط إنما يعمل في هذه الآثار كما تفيده تعريفات الشرط المقترن بالعقد المتقدمة [٧].

وبالبناء على ما تقدم يختلف المحل عن شرطي التعليق والاقتران بالعقد من عدة وجوه:

الأول – أن شرطي التعليق والاقتران ليسا من أركان العقد عند الجمهور، كما ليسا من مقوماته أو لوازمه عند الحنفية، بينما المحل ركن في العقد على القول الأول، أو من مقوماته ولوازمه على القول الثاني، وكيفما كان توجيه القولين فلا خلاف على أن العقد أو التصرف لا يتم بوجه عام إلا إذا كان له محل يضاف إليه ، ولذلك قيل في الفقه الحنفي : " يلزم لكل عقد محل يضاف إليه " [٨] .

---

[١] أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن بن عبد الله الصنهاجي، شهاب الدين، أبو العباس الفقيه المالكي المشهور ، ولد بمصر سنة ٦٢٦ هـ وتوفي بها بالقرافة سنة ٦٨٤ هـ ، من مصنفاته الذخيرة في فروع المذهب المالكي مصنف حافل، شرح محصول الرازي في أصول الفقه، التنقيح في الأصول أيضاً، الفروق في قواعد الفقه المالكي أو أنوار البروق في أنواع الفروق، وهو من أبدع كتبه . (الديباج المذهب ص ١٢٨ رقم ١٢٤ ، شجرة النور الزكية ١ / ١٨٨ ، الأعلام ١ / ٩٤ معجم المؤلفين ١ / ١٥٨) .

[٢] الفروق ١٣٣/١ الفرق الثالث .

[٣] زين الدين بن إبراهيم بن محمد بن نجيم ، فقيه حنفي أصولي محقق، ولد بالقاهرة سنة ٩٢٦ هـ وتوفي بها سنة ٩٧٠ هـ وقيل في التي قبلها، من مؤلفاته:الرسائل الزينية ، الأشباه والنظائر في قواعد المذهب الحنفي، البحر الرائق شرح كنز الدقائق في فروع هذا المذهب، الفتاوى الزينية، الأنوار في أصول الفقه (شذرات الذهب ٨ / ٣٥٨ ، الكواكب السائرة ٣ / ١٥٤ ، الفوائد البهية هامش ص ٢٢١ و٢٢٢، الأعلام ٣ / ٦٤ ، معجم المؤلفين ٤ / ١٩٢) .

[٤] الأشباه والنظائر ص ٢٠١ ، ونحوه في التلويح على التوضيح ٢ / ٢٩٧ .

[٥] محمد بن أحمد بن حمزة الرملي المنوفي المصري الأنصاري الشافعي ، فقيه الديار المصرية في زمنه ومرجعها في الفتوى ، يقال له الشافعي الصغير، ولد بالقاهرة سنة ٩١٩ هـ ، وتوفي بها سنة ١٠٠٤ هـ ، من مؤلفاته في فروع الفقه الشافعي نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج للنووي كتاب حافل معتمد، غاية البيان في شرح زبدة ابن رسلان ، عمدة الرابح ، الفتاوى(خلاصة الأثر ٣ / ٣٤٢ – ٣٤٨ ، الأعلام ٦ / ٧ ، معجم المؤلفين ٨ / ٢٥٥ ، ٢٥٦) .

[٦] نهاية المحتاج ٣ /٤٦٠ ، ونحوه في الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٤٥٣ .

[٧] قارن هذا بقول الحجاوي (فقه حنبلي) عن الشرط : " ويعتبر لترتب الحكم عليه مقارنته للعقد "،كشاف القناع ٣ / ٢١٦ .

[٨] مرشد الحيران، المادة (٣٠٢) .

الثاني – أن المحل ما يظهر فيه حكم العقد الأصلي أو مقصده النوعي كما سبق بيانه – أما الشرطان المتقدمان فلا يظهر فيهما ذلك الحكم، بل من شأنهما أن يضعا أحكاماً جديدة مقرونة بالعقد وإلى جواره.

الثالث– أن جزاء الإخلال بشروط المحل المعتبرة شرعاً بطلان التصرف، سواءً أكان المحل هو المبيع ومنفعة المأجور في عقدي البيع والإجارة ونحوهما كما يرى الحنفية، أو كان المحل هو المبيع والثمن في البيع ، والمأجور والأجرة في الإجارة، كما هو رأي الجمهور، فالحنفية الذين قالوا بالقول الأول جعلوا جزاء بطلان الشروط المعتبرة في المحل – على المعنى الذي قصروه عليه – هو البطلان لا الفساد، والجمهور الذين قالوا بالقول الثاني جعلوا جزاء الإخلال بهذه الشروط البطلان كذلك، وإنما يختص الفساد لدى الحنفية بالبدل أو ما يقابل المحل ثمن وأجرة ، وهم لا يجعلون أياً منهما محلاً للبيع ولا للإجارة كما تقدم.

أما الإخلال بالشرط فمختلف؛ ففي شرط التعليق لا يتصور الإخلال به من العاقد؛ لأنه عبارة عن ربط وجود العقد بواقعة معينة، ومع ذلك إذا لم يقع الشرط لم يقع العقد أصلاً عند الحنفية، [١] أو لم يقع حكمه عند الشافعية[٢]، وعلى القولين لا تقع الآثار الناشئة عنه، وأما في شرط الاقتران، فإن جزاء إخلال أي من العاقدين بما شرطه عليه الآخر هو إثبات الخيار للعاقد الذي وضع الشرط لمصلحته في فسخ العقد أوإمضائه، ومن ثم لا يكون الإخلال بالشرط موجباً لبطلان العقد، لذا سُمي مقترناً بالعقد.

٤– وهناك شروط مؤكدة لمقتضى العقد: كأن يشترط البائع أداء الثمن أو أن يشترط المشتري تسليم المبيع، فهي جائزة بالإجماع؛ لأنها من مقتضى العقد تثبت من غير حاجة إلى وضعها، وإنما جاءت لزيادة التأكيد والبيان، لهذا قيل: إن " وجود الشرط المؤكد لمقتضى العقد كعدمه "، [٣] والاتفاق منعقد على صحته [٤].

٥– وثمّ شرط هو في حقيقته صفة للمعقود عليه: كأن يشترط المشتري كون العبد كاتباً، أو الدابة حاملاً أولبوناً، والفقه مجمع على جوازه لأسباب مختلفة، منها ما فيه من مصلحة لأحد العاقدين لكونه صفة مرغوبة في المحل، ولأنه –كما يرى الفقه الشافعي – إنما يسمى شرطاً مجازاً؛ لأنه التزام موجود

---

[١] التلويح على التوضيح ١ / ٣١١ وهامش ص ٣١٢ .

[٢] الإبهاج في شرح المنهاج ١ / ١١٠ حيث يقول : " لا يختص التكليف بوقت بل يوجد حال وجود الشرط وعدمه "، وقد رجعت إلى بعض كتب أصول الفقه عند الشافعية فلم أعثر على نص في شرط التعليق، ولكن الحنفية ينسبون ما قدمنا في المتن إلى الشافعي، كما في التلويح ١ / ٣١١ ، ونص عبارة المؤلف:" وجعل الشافعي التعليق إيجاباً للحكم على تقدير وجود الشرط وإعداماً له على تقدير عدمه، فصار كل من الثبوت والانتفاء حكماً شرعياً ثابتاً باللفظ منطوقاً ومفهوماً، وصار الشرط عنده تخصيصاً، وقصر عموم التقادير على بعضها "، وكما في قول التمرتاشي الحنفي : " التعليق بالشرط لا ينعقد سبباً لأن الإيجاب لا يوجد إلا بركن ولا يثبت إلا في محله خلافاً للشافعي رحمه الله تعالى " الوصول إلى قواعد الأصول ص ٢٤٣، ونحو هذا في كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام ٤ / ٣٣٩ ، والملكية ونظرية العقد للشيخ أبو زهرة ص ٢٤٧ و٢٤٨ فقرة ١٤٤ .

[٣] المغني ٤ / ٢٨٥ ، الشرح الكبير ٤ / ٤٨ .

[٤] المرجعان السابقان ، والمبسوط ١٣ / ١٤ ، البدائع ٥ / ١٧١، شرح الخرشي على خليل ٥ / ٨٠ .

عند العقد، غير متوقف على إنشاء أمر مستقبل: لأن الشرط لا يكون إلا مستقبلاً[١]، أو كما يرى الفقه الحنفي هو "صفة للمحل لا يتصور انقلابها أصلاً، ولا يكون لها حصة من البدل" [٢].

وبيّن أن هذا الشرط يوضح مزيداً من صفات المحل بلوغاً بالرضا إلى تمامه، ولذلك يتغلغل في صلب العقد ويلزم الوفاء به، إذ هو لا يعدّ شرطاً إلا مجازاً كما مرّ، ومع ذلك لا يمكن القول بتداخل ماهيته في ماهية المحل ؛ ذلك لأن المحل أصل قائم بنفسه والشرط إنما هو صفته ، والصفة ليست عين الذات ولذا فهو مميز عنها ، يؤكد هذا أن جزاء الإخلال بالشرط هنا إنما هو إثبات خيار الفسخ لمن شُرط لمصلحته، ولم يقل أحد ببطلان العقد بسبب ذلك، وأما الإخلال بالشروط المعتبرة شرعاً في المعقود عليه فإنه يرتب بطلان العقد من الأصل.

٣- **الباعث** :- والباعث أو السبب في الفقه الإسلامي مجمع على مدلوله، إذ هو العلة التي وقع لأجلها التعاقد، بدليل اقترانها في كلامهم بحرف اللام المفيد في اللغة للتعليل، كقولهم : " إن استأجر المسلم ذمياً لبيع الخمر أو الميتة أو الدم لم يجز "[٣]، أو قولهم: " ولا تجوز إجارة الإماء للزنا؛ لأنها إجارة على المعصية " [٤]، أو "بيع أرض لتتخذ كنيسة أو خمارة " [٥]. ومن ذلك قولهم في البيع: " يجوز بيع الفهد للصيد والفيل للقتال والقرد للحراسة والنحل للعسل " الخ [٦] .

ويعرّفه **الفقه المالكي** بأنه " المقصد في التصرف " [٧]، بينما يعرّفه **الشافعية** " بالنية التي هي حديث النفس " [٨]، وعند **الحنابلة** هو " القصد المقرون بالعقد "، أو " مقصد العقود التي تراد لأجلها"[٩]، أو"القصد والنية والاعتقاد " [١٠].

وحكم الباعث على النحو التالي:

١- إذا ظهر الباعث غير المشروع في التعبير – أي في العقد أو التصرف – فإن العقد أو التصرف يبطل بذلك.

٢- وإذا لم يظهر في التعبير فثم ثلاثة اتجاهات:

---

[١] نهاية المحتاج ٣/ ٤٦٠.

[٢] بدائع الصنائع ٥/ ١٧٢ ، ابن عابدين ٩٦/٤ ، مختصر الطحاوي ص ٢٨٠ وانظر من أجازوها في مواهب الجليل، ٤/ ٤٢٨، الالتزامات (تحرير الكلام) منشور في فتاوي عليش ٢٣٦/١ ، حاشية الدسوقي ٣/ ٥٩، الشرح الكبير (حنبلي) ٤/ ٥٥-٥٦ ، المحلى ٤١٢/٤ .

[٣] الفتاوى الخانية ٣٢٢/٢ ، بهامش الفتاوى الهندية .

[٤] البدائع ٤/ ١٩٠.

[٥] مواهب الجليل ٢٥٤/٤.

[٦] مغني المحتاج ١٦/٢/ بدائع الصنائع ١٤٢/٥، كشاف القناع ١٧٤/٣ .

[٧] الموافقات ٢٢٥/٢.

[٨] الأم ١٠ / ٢٧٢، كتاب النكاح، نكاح المتعة .

[٩] إعلام الموقعين ٣/ ٨٢، ٨٤، ١٧٢-١٧٣

[١٠] المغني ٢٢٣/٤.

الأول – بطلان التصرف مطلقاً؛ أخذاً بأن النية معتبرة في أعمال المكلّف، وهو قول **الحنابلة**[١] و**الظاهرية**[٢].

الثاني – الصحة مطلقاً؛ لاحتمال تغير القصد، ولأن عدم ظهوره فيه معناه أنه ليس ركناً فيه، فلا يؤثر فيه بالبطلان، وهو قول **الحنفية**[٣] و**الشافعية**[٤].

الثالث – التفصيل: فإن كان أحد العاقدين قد علم بالباعث غير المشروع من قبل الطرف الآخر في العقد فإن العقد يكون باطلاً، أما إذا لم يعلم فلا يبطل، وإنما يجبر من ظهر منه الباعث غير المشروع على إخراج ما صار إليه بالعقد من ملكه، وهو تحصيل مذهب **المالكية** [٥].

ويتضح مما تقدم أن الباعث إنما يظهر في محل العقد ؛ إذ هو المقصود به وهو مجلى آثاره وأحكامه، فلذا يتعلق به الباعث، لا سيما أنه ما من معقود عليه إلا وله في الغالب منفعة تُلتمس فيه أو أكثر، ولهذا درج الفقه على استعمال أدوات التعليل في ذلك كما قلنا.

وقد ورد للإمام المارزي[٦] المالكي كلام نفيس في هذا المعنى، خلاصته: أن الأعيان على قسمين:

الأول : ما لا منفعة فيه أصلا فلا يصح العقد به عليه.

الثاني : ماله منفعة وهو على ثلاثة أقسام:

الأول – ما كان جميع منافعه محرمة ، فلا يصح بيعه ولا تملكه.

الثاني – ما كان جميع منافعه محللة فيجوز بيعه إجماعاً.

الثالث– ما فيه منافع محللة ومنافع محرمة ، فهو المشكل على الإفهام، وقسمه المازري إلى ثلاثة أنواع أيضاً:

الأول – ما كان أغلب المنافع فيه محرمة ، وألحقه بالقسم الأول.

والثاني – ما كان أغلب المنافع فيه محللة وألحقه بالقسم الثاني، وأما النوع الثالث– فهو ما تراوحت منافعه المقصودة بين الحلال والحرام، أو ما وجدت فيه منفعة محرمة مقصودة وسائر منافعه محللة، قال

---

[١] كشاف القناع ١٤٦/٣ ، المغني ٤، ٢٢٣، إعلام الموقعين ١٣٨،٣-١٣٩.

[٢] المحلى ٣٦/٩.

[٣] البدائع ٤/ ١٨٩ ، ١٩٠ و ٥ / ١٤٤ ، ١٦٩، مختصر الطحاوي ص ٢٨٠، مجمع الأنهر ٢ / ٥٤٩ – ٥٥١ .

[٤] الأم ٦ / ٢٣٧ كتاب البيع ، و١٠ / ٢٧٢ ، كتاب النكاح ، نكاح المتعة .

[٥] بداية المجتهد ١٤٠/٢، الفروق ٢٦٦/٣ ، مواهب الجليل ٢٥٤/٤.

[٦] محمد بن علي بن عمر التميمي المازري الأندلسي ، أبو عبد الله ، إمام في الفقه المالكي أصولي محقق، أخذ عن أبي الحسن اللخمي وغيره وأخذ عنه خلق كثير ، توفي سنة ٥٣٦ هـ، من تآليفه الكثيرة شرح التلقين، المحصول من برهان الأصول (شجرة النور الزكية ١ / ١٢٧ ، الديباج المذهب ص ٣٧٤ ، ٣٧٥ رقم ٥٠٨) .

المازري :"فهذا هو المشكل وينبغي أن يلحق بالممنوع، وربما وقع في هذا النوع مسائل تشكل على العالم"[٧].

والفرق بين الأمرين أي بين المحل والباعث أن المحل يحقق مقصود العاقدين أو باعثهما على التعاقد، فالمحل غاية العقد القريبة، والباعث غايته البعيدة والتي تكون سابقة في الذهن على التعاقد وتالية عليه في الواقع، والمحل ذو صفة مادية أو موضوعية؛ إذ هو المبيع والثمن والمأجور والأجرة والموهوب ونحو ذلك على ما يراه الجمهور، أو هو بعض هذه الأشياء على ما يراه الحنفية، وأما السبب فذو صفة ذاتية أو نفسية كما هو محل تسليم من الكل.

ومن ثم يسوغ القول بأن كلا الأمرين بعيد عن الآخر ومتميز عنه في الفقه الإسلامي، بخلاف ما رأيناه بالنسبة لمنطق القانون الوضعي، والذي ساعد على هذا الوضوح في تمييز المحل عن الباعث في الفقه الإسلامي هو ما ألمعنا إليه في المقدمة من غلبة النزعة الموضوعية لدى هذا الفقه على النزعة الذاتية لا سيما ما يتصل منه بالمحل أو المعقود عليه حسب تعبيره.

---

[٧] مواهب الجليل ٤/٢٦٣- ٢٦٤.

المبحث الثالث

تحديد محل التصرف في قانون المعاملات المدنية الإماراتي

نقسم المبحث الذي بين أيدينا على النحو الآتي: الفرع الأول في تحديد مفهوم التصرف، والفرع الثاني في تحديد محل التصرف.

الفرع الأول

تحديد مفهوم التصرف

١٩ – استعمال القانون الإماراتي للتصرف فيما صدر عن الشخص من الأقوال فقط

فيما سبق عرّجنا على مفهومين متداخلين للتصرف:

الأول – هو كل ما من يصدر عن شخص مميز من شأنه أن يرتب أثراً شرعياً، فيشمل الفعل كالغصب والإتلاف والضرب والقتل الخ ، كما يشمل القول كالعقود والإقرارات والوعد والدعوى ونحو ذلك، وهذا المعنى يستعمل في الفقه الإسلامي لا في الفقه الغربي؛ إذ يميز هذا بين التصرفات القانونية والوقائع القانونية على نحو ما أسلفنا.

الثاني – هو كل ما صدر عن الشخص من الأقوال فقط ، ويشتمل على معنيين كذلك:

١ – معنى التعهد مطلقاً سواءً أكان من شخص واحد أو أكثر.

٢ – ومعنى أي قول يصدر باختيار الشخص ويترتب عليه حكم شرعي، ليدخل فيه الإقرار والإسقاط والإبراء والإجازة والخيار والدعوى.

وهذا هو المعنى الثاني للتصرف لدى الفقه الإسلامي، على ما سبق أن ذكرنا، وهو السائد لدى الفقه الوضعي .

وبإزاء العقد كذلك نحن بصدد مفهومين:

الأول – ما صدر عن شخصين من إيجاب وقبول، وهو المعنى الشائع للعقد كما سبق.

والثاني – ما صدر من شخصين أو صدر من شخص واحد، وهو ما ردّده جملة من فقهاء الشريعة كما هو المستفاد من إدراجهم أحكام الإرادة المنفردة في أحكام العقد عند معالجة بعض المسائل.

وقد استعمل المشرع في قانون المعاملات المدنية مفهومي التصرف المتقدمين في مواطن كثيرة؛ فمثلاً استعمل التصرف في مفهومه العام لدن تكلم في حق الملكية، حيث نص في المادة (١١٣٣) على أن حق الملكية هو سلطة المالك في أن يتصرف في ملكه تصرفاً مطلقاً عيناً ومنفعة واستغلالاً، واستعمل التصرف في مفهومه المقتصر على الأقوال ليعني به أحد أمرين:

١ – التصرفات القولية المتضمنة لإنشاء الحقوق وإسقاطها وإنهائها، كما في تصرفات الصغير والوصي والأولياء والقوّام (المواد ١٥٩، ١٦٧، ١٧٠، ١٧٤)،والإسقاطات المحضة وحكمها (المادة ٢٧٩) .

٢ – التصرفات القولية المنشئة للالتزام ، وهي أكثر وروداً في القانون من غيرها ، كما في نصّه في المادة (١٢٤) على أن " الالتزامات تتولد عن التصرفات والوقائع القانونية والقانون "، وأن مصادر الالتزام هي العقد والتصرف الانفرادي، وتكلم في الفصل المتعلق بالعقد على التصرفات المالية كما سيأتي (المادة ٢٠٠)، وفي العقد الموقوف (م ٢١٣) ذكر تحته عبارة " يكون التصرف موقوف النفاذ على الإجازة إذا صدر من فضولي "، وفي التصرف الانفرادي ذكر أنه " يتم بالإرادة المنفردة للمتصرف وأن أحكام العقد تسري عليه " (م ٢٧٦، ٢٧٧) الخ .

أما العقد فقد استعمله القانون في معناه الشائع المتعارف وهو الربط بين كلامين، أو بين إيجاب وقبول، وقد قسم مصادر الالتزام كما قدمنا إلى العقد والتصرف الانفرادي ، مما يجعله يميز بينهما بوضوح، كما ميز بينهما من جهة التعريف؛ إذ عرّف العقد بحسب المادة (١٢٥) بأنه " ارتباط الإيجاب الصادر من أحد المتعاقدين بقبول الآخر وتوافقهما على وجه يثبت أثره في المعقود عليه، ويترتب عليه التزام كل منهما بما وجب عليه للآخر "، وعرّف التصرف الانفرادي بحسب المادة (٢٧٦) بأنه " ما تم بإرادة منفردة دون توقف على قبول المتصرف إليه "، وبذلك يحتفظ القانون الإماراتي بالاستعمال الشائع للعقد، ويجعله في جميع الأحوال نوعاً من أنواع التصرف.

الفرع الثاني

تحديد محل التصرف

٢٠ – محل التصرف هو ما يظهر فيه أثره وحكمه

وإذ كان العقد نوعاً من التصرف، وكان العقد عبارة عن ارتباط الإيجاب والقبول على وجه يظهر أثره في المعقود عليه، فإن المعقود عليه – من ثم – يكون في مفهوم القانون الإماراتي هو ما يظهر فيه أثر العقد، ولقد زاد الأمر وضوحاً تفرقة هذا القانون بين حكم العقد وحقوقه أو التزاماته تبعاً للفقه

الحنفي على وجه الخصوص؛ إذ قد نص في المادة (٢٤٣) على أنه " يثبت حكم العقد في المعقود عليه وبدله بمجرد انعقاده دون توقف على القبض أو أي شيء آخر ما لم ينص القانون على غير ذلك، أما حقوق العقد (التزاماته) فيجب على كل المتعاقدين الوفاء بما أوجبه العقد عليه منها ".

ومفاد ذلك أن المعقود عليه هو ما يثبت فيه حكم العقد، وأن البدل كذلك يثبت فيه حكم العقد، إلا أن القانون يسميه بدلاً، تبعاً للفقه الحنفي فيما يظهر، وعلى هذا النحو ذكر عبارة محل التصرف ومقابله فنص في المادة (٢٠٤) على أنه " إذا كان محل التصرف أو مقابله نقوداً لزم بيان قدرها ونوعها " الخ . وفرّق بين العقد الباطل والعقد الفاسد على نحو ما ذهب إليه الفقه الحنفي (م ٢١٠، ٢١٢) ، ومعنى ذلك أن هذا القانون قد قصر اسم المعقود عليه على ما يُدفع البدل في مقابله ، وهو في هذا يجري على منطق الفقه الحنفي ويتأثر بصياغته كما هو واضح، ولا يُستبعد أن يكون جزاء اختلال البدل عنده فساد العقد دون بطلانه كالذي يقرره هذا الفقه.

وإذا كان محل التصرف ما تقدم فإنه يسهل التمييز بينه وبين ما عسى أن يختلط به على هذا النحو:

١ – التراضي أو الرضاء – هو عمل نفسي أو ذهني ، ولكنه يتحدد في الإيجاب والقبول كما هو بيّن من عبارة المادة (١٢٩) التي ذكرت من الأركان اللازمة لانعقاد العقد أن " يتم تراضي طرفي العقد على العناصر الأساسية "، وتكلمت المواد التي بعدها عن الإيجاب والقبول.

٢ – والباعث أو سبب العقد : هو سبب الالتزامات الناشئة عن العقد (م ١٢٩) أو هو الغرض المباشر المقصود منه (م ١/٢٠٧)، ويُشترط فيه أن يكون موجوداً وصحيحاً ومباحاً وغير مخالف للنظام والآداب. ووضع هذه الشروط على استقلال عن الشروط المتقدمة للمحل يشعر بالتفرقة والتمييز بينهما ، كما أن وصف السبب بكونه الغرض المباشر المقصود من العقد يجعله ذا صبغة معنوية، وإن كان الأقرب إلى هذه الطبيعة أن يعرّفه على أنه الغاية الدافعة أو الباعث على التعاقد.

٣ – أما التزامات العقد: فقد سبق أن ذكرنا استعمال القانون الإماراتي لما عليه الفقه الحنفي من حيث التفرقة بين حكم العقد وحقوقه أو آثاره (م ٢٤٣)، وكيف أنه رتب ثبوت حكم العقد بمجرد الانعقاد، وأوجب في حقوق العقد الوفاء بها، ومفاد هذا أنه يفرّق تفرقة واضحة بين المعقود عليه وبدله اللذين يثبت فيهما حكم العقد، وبين ما ينشئه العقد من الالتزامات أو الحقوق.

٤ – الشرط : وهو يأتي على أربعة أنواع:

(١) الشرط القانوني المقابل للشرط الشرعي، كما في شروطه في الأركان اللازمة لانعقاد العقد (م ٢٩) وشروط محل العقد (م ٢٠٠–٢٠٥) وسبب العقد (م ٢/٢٠٧) الخ.

(٢) شرط التعليق، وقد عرّفه كما في المادة (٤٢٠) بأنه أمر مستقبل يتوقف عليه وجود الحكم أو زواله عند تحققه، وشرَط فيه أن يكون مدلول فعل الشرط معدوماً على خطر الوجود لا متحققاً ولا مستحيلاً (م ٤٢٣)، وألا يعلق على شرط مستحيل أو أحل حراماً أو حرم حلالاً أو خالف النظام العام أو الآداب (م ٤٢٤).

(٣) الشرط المقترن بالعقد، وقد أجاز منه الملائم لمقتضى العقد أو ما جرى به العرف والعادة وما فيه نفع لأحد المتعاقدين أو لغيرهما (م ٢٠٦).

(٤) الشرط المؤكد لمقتضى العقد ، وقد أجازه في المادة (٢٠٦) المتقدمة.

والتفرقة بين هذه المدلولات وبين محل العقد قد سبق بيانها في المبحث الثاني.

وأما الشرط الذي هو صفة مرغوبة في المحل، فيبدو أنه مندرج في عموم الشروط الجائز اقتران العقد بها على ما سبق.

وبهذا ننتهي إلى أن قانون المعاملات المدنية قد حاول الجمع بين مقررات القانون الوضعي وفقهه وما قرره الفقه الإسلامي، وأن الخلاف بينهما يمكن تلخيصه في النقاط التالية :

١ – مفهوم التصرف في أكثر الفقه الوضعي يقتصر على التصرفات الإرادية المتضمنة لإنشاء حق أو إنهائه أو تعديله، ومفهوم الفقه الإسلامي له بمعناه العام يمتد لمنطقة الأفعال ، وبمعناه الخاص يقتصر على الأقوال التي تشمل معنى العقد والإرادة المنفردة ، وأقوالاً أخرى ليست من هذه الطائفة تترتب عليها آثار شرعية كالإقرار وحق الدعوى ، والفقه الإسلامي أوسع – حتى بالمفهوم الثاني للتصرف – من الفقه الوضعي ؛ لأن الدعوى مثلاً لا تنشيء التزاماً، على أن أكثر ما استعمله القانون الإماراتي هو التصرف بالمعنى السائد لدى الفقه الوضعي، وهو القدر المشترك المسلّم به في الفقه الإسلامي.

٢ – ومحل التصرف هو ما يظهر فيه حكمه، وفي هذا ينتصر القانون الإماراتي للفقه الإسلامي ويجري على طريقته ذات النزعة الموضوعية ، مما يسهل معه تمييز هذا المحل عن غيره.

٣ – ابتعد القانون الإماراتي عن نظرية التصرف القانوني لدى أنصار الإرادة المنفردة، وميّز بين المحل والسبب تمييزاً واضحاً، وجعل لكل منهما شروطاً تخصه.

٢١ – نطاق الدراسة

وإن موضوع دراستنا هو الشروط التي وضعها قانون المعاملات المدنية الإماراتي لمحل العقد ولمحل التصرف الانفرادي، أو هو بوجه عام الشروط التي وضعها هذا القانون في محل التصرف [١] بحيث يترتب على عدم مراعاتها بطلانه.

وسيتكشف لنا من استقراء نصوصه في ذلك أنه يضع شروطاً عامة فيما أسماه بالتصرفات المالية، كما يضع شروطاً خاصة بعقود أسماها عقود المعاوضات المالية، ولنا أن نقول أيضاً إنها شروط عامة في هذه الطائفة من العقود.

فشروط المحل العامة هي :

أ. أن يكون المحل مالاً متقوماً.

ب. أن يكون ممكناً .

ج. ألا يتضمن تعاملاً في تركة مستقبلة.

د. أن يكون قابلاً لحكم التصرف.

والشروط المتعلقة بالمعاوضات المالية هي:

أ. أن ينتفي الغرر في وجود المال، وبعبارة أخرى أن يكون محقق الوجود.

ب. أن يعيّن تعييناً نافياً للجهالة الفاحشة.

ج. أن يكون مقدور التسليم على الأرجح.

وخطة البحث أن نجعل الشروط العامة في باب أول، وأن نجعل الشروط المتعلقة بالمعاوضات المالية في باب ثانٍ . ونظراً لاتصال القول ما بين شرط الإمكان وشرط القدرة على التسليم في الفقه الإسلامي رأينا من المناسب أن نتطرق إليهما في مكان واحد جمعاً لأشتات البحث وحتى تسهل المقارنة ويمكن فهم ما بينهما من الفرق، ولذا نتناولهما عند الحديث على الشروط العامة.

وسنرى أن طريقة القانون الإماراتي تتوازى في أكثر هذه الشروط مع الفقه الإسلامي؛ إذ من شروط هذا الفقه في المحل :

---

[١] قارن هذا بعبارة المحكمة العليا في الدولة (محكمة النقض) حيث تقول في عبارة عامة : " شرط صحة العقد أن يرد على محل قابل لحكمه لغرض قائم وصحيح ومشروع ولم يقترن بشرط مفسد له . اختلال ركنه أو محله أو الغرض منه أثره البطلان " الطعن ٥٩ لسنة ١٣ القضائية جلسة ١٩ / ١١ / ١٩٩٢ ، ص ٦٥٨ مجلد ٢١ . مما يفهم منه أن كل ما يشترط في المحل أن يكون قابلاً لحكم العقد ، وهو خلاف ما يراه القانون الإماراتي محل الدراسة .

أ. أن يكون موجوداً حين العقد.

ب. أن يكون مالاً عند الأحناف والحنابلة، أو منتفعاً به عند المالكية والشافعية.

ج. أن يكون مملوكاً لمن يلي العقد.

د. أن يكون مقدور التسليم.

هـ. أن يكون معلوماً لكل من العاقدين، وهو عند الأحناف شرط صحة لا شرط انعقاد ، فإذا تخلف لم يبطل العقد، بل يصير فاسداً.

و. أن يكون طاهراً عند المالكية والشافعية على الأخص.

ز. ألا يكون من العقود المنهي عنها عند المالكية.

ح. ألا يكون محرماً عند المالكية أيضاً [1].

وقد خلت أكثر القوانين المستمدة من غير الشريعة الإسلامية من التفصيل الذي أورده قانوننا بالنسبة إلى عقود المعاوضات المالية، ونحن نسير على خطة هذا القانون كما سبق لكونه هو موضوع دراستنا هذه.

---

[1] انظر الموسوعة الفقهية الكويتيّة ، الجزء التاسع ص ١٥ ، ١٦ –كذلك راجع المجموع شرح المهذب ١٦٩/٩، وانظر في ذلك الشرح الكبير للدردير بهامش حاشيه الدسوقي ١٠/٣، ١١، ١٥، ١٦ ، المنهاج للنووي ص ٩٤ و ٩٥ ،كشاف القناع (فقه حنبلي) ١٧٤/٣–١٩٨، بدائع الصنائع (فقه حنفي) ١٣٨/٥–١٤٨، أما أهل الظاهر فيشترطون في المحل وجوده، والعلم به، وأن يكون منتفعاً به، وألا يكون محرماً . انظر المحلى ٢٣/٩ المسألة ١٥٣٠ ، ٨/٩ المسألة ١٥١٢، ٢٤/٩ المسألة ١٥٣٢ ، ٨ / ٤٤٤ المسألة ١٤٦٤ ، ٢٤/٨ المسألتان ٢١٥٣٣ و ١٥٣٤ . ويشترط الزيدية وجوده في الملك ، وكونه غير موقوف، وصحة تملكه، وتعريه عن المفسدات المنهي عنها، والعلم به. انظر البحر الزخار ٢٩٣/٣، أما الشيعة الإمامية فيشترطون فيه: أن يكون مملوكاً مطلقاً أي غير موقوف كالوقف وأم الولد، مقدوراً على تسليمه، معلوماً ، انظر شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام للمحقق الحلّي ١٥/٢–١٧، وهناك شروط أخرى منها ألا يكون محرّماً (ص ٦ من المرجع السابق) وأن يكون منتفعاً به (ص ٧). بينما يشترط الإباضية ألا يكون محرّماً، وألا يشتمل على غرر، كبيع الجزر و اللفت في الأرض . شرح النيل ١٤/٨و١٥ .

الباب الأول
الشروط العامة لمحل التصرف

الباب الأول
الشروط العامة لمحل التصرف

٢٢ – تمهيد

عرفنا فيما سبق أن قانون المعاملات المدنية الإماراتي قد تكلم عن شروط عامة في محل التصرفات المالية، وشروط خاصة بمحل عقود المعاوضات. وعلى هذا نقسم الباب الذي نحن في صدده إلى الفصول التالية : –

الفصل الأول – في شرط المالية والتقوم، وهما شرطان لا ينفك أحدهما عن الآخر، ولذا نستطيع أن نجعلهما شرطاً واحداً ؛ خصوصاً وأن قانوننا جعلهما كذلك بما قرره في المادة (٢٠٠) من أن " في التصرفات المالية يشترط أن يكون المحل مالاً متقوماً "، فنعقد مبحثاً لكل من المالية والتقوم، نعرض فيهما لمفهوم كليهما وضابطه وغير ذلك في كل من الفقهين الوضعي والإسلامي ، ثم في القانون الذي ندرسه.

الفصل الثاني – في شرط الإمكان، ونبحث فيه مفهوم الاستحالة وأنواعها لدى الفقه الوضعي، ثم مفهومها وأنواعها لدى الفقه الإسلامي كذلك، والفارق بين شرط الإمكان وشرط القدرة على تسليم المحل المختلف فيها في هذا الفقه، والذي هو شرط لعقود المعاوضات المالية كما نرجحه في قانوننا الذي أغفل النص عليه صراحة، ثم نفضي من كل ذلك إلى بيان حقيقة هذا الشرط وخصائصه في قانوننا .

الفصل الثالث – في شرط عدم كون المحل تركة مستقبلة، وهو شرط سلبي مانع من صحة التعاقد تبدو صياغته مأخوذة من الفقه الوضعي، كما يبدو أنه يصطدم بقواعد الإرث والوصية في الشريعة الإسلامية، ولكننا سنعلم أنه يمكن تأصيل هذا الشرط على قواعد الشريعة، ونقارن بين ما لدى كل من هذين الفقهين من حيث معيار التعامل المحظور وأساس الحظر فيه، ثم نبسط القول في إعمال هذا الشرط في قانوننا من حيث ما ذكرنا ، ومن حيث الاشتثناءات الواردة عليه .

الفصل الرابع – في شرط القابلية لحكم التصرف، وفيه نعرض لأحوال عدم القابلية لحكم التصرف في الفقهين المذكورين لنقارن بينهما، ثم ننتهي إلى هذه الأحوال وتطبيقاتها في قانون المعاملات المدنية الإماراتي.

وفيما يلي تفصيل ما تقدم .

الفصل الأول

المالية والتقوم

في هذا الفصل مبحثان كما أشرنا : الأول في شرط المالية، ونعرض فيه لمفهومه وضابطه في القانون الوضعي وفي الفقه الإسلامي، ثم ننتهي إلى شرط المالية ككل في قانون المعاملات المدنية الإماراتي، حيث نعرض لمفهوم المال وضابطه وتطبيقاته فيه، وأما المبحث الثاني فنخصصه لشرط التقوم، ونأتي فيه على ذات المطالب المتقدمة التي نعالجها في شرط المالية .

المبحث الأول

شرط المالية

نعرض في هذا المبحث كما أشرنا إلى مفهوم المال وضابطه في الفقه الوضعي وفي الفقه الإسلامي، ونفرد لذلك فرعاً نظراً لضيق نطاق المسائل التي يخصها الفقه الوضعي بالدراسة في هذا الجانب، حتى إذا انتهينا من ذلك خصصنا فرعاً نتحدث فيه عن مفهوم المال وضابطه وتطبيقاته في قانون المعاملات المدنية الإماراتي .

الفرع الأول

مفهوم المال وضابطه في الفقه الوضعي والفقه الإسلامي

وفي هذا الفرع نتحدث عن مفهوم المال وضابطه في الفقه الوضعي في مطلب أول، وعن مفهومه وضابطه في الفقه الإسلامي في مطلب ثانٍ .

المطلب الأول

مفهوم المال وضابطه في الفقه الوضعي

٢٣- تعريفات مختلفة للمال

يعرّف المال في منطق الفقه الوضعي بعدة تعريفات، منها أن المال هو " كل عنصر من عناصر الثروة سواء المادي منها أو الحقوق المالية [(١)]"، ومنها أنه " كل شيء نافع للإنسان يصح أن

---

(١) سليمان مرقس ، الوافي في شرح القانون المدني ، المدخل للعلوم القانونية ، شرح الباب التمهيدي للقانون المدني ، ١ / ٨٣٧ وهامشها ، نقلاً عن بلانيول ج ١ نبذة ٢١٧١ ، وقارن عبد السلام ذهني ، في الأموال المنقولات والعقارات ص ٣ فقرة ٤ ، حيث يعرف الأموال بأنها المفردات التي تتكون منها ثروة الإنسان .

يستأثر به دون غيره ويكون محلاً للحقوق [١] "، ومنها أنه " كل حق له قيمة يمكن تقديرها بمبلغ من النقود [٢] "، أو هو " كيان مستقل عن الشخص يمكن تقويمه بالنقود كالأرض والسيارة والحيوان والمجوهرات الخ" [٣].

ويلاحظ من التعريفات المتقدمة أنها تدور على معنيين: المعنى الأول هو أن المال شيء مادي قابل للتقدير بالنقود، أي هو شيء من الأشياء، وذلك هو المتبادر من التعريف الأول والتعريف الأخير بخاصة ، وفي هذا الصدد يقرر جانب من الفقه أن الأموال تنقسم إلى أموال مادية وهي ما كان لها وجود مادي مرئي ومحسوس كالأرض والمعادن والنباتات والحيوانات وغير ذلك، وأموال معنوية وهي التي لها وجود خيالي أو افتراضي أو ذهني، مثل العمل الذي يتعهد المدين بأدائه بل وجميع الحقوق الشخصية وكذا جميع الحقوق العينية عدا حق الملكية كقوق العقار وحقوق الارتفاق[٤] .

والمعنى الثاني للمال هو أنه حق أو قيمة ترد أو تستعمل في شيء ، أي أنه غير الشيء المادي الذي يرد عليه ، وهذا في الحقيقة ما يهدف إليه الفقه الوضعي بمعزل عن التعريفات السابقة. فالفقه السائد يجري على أن تاريخ الشرائع يدل على أن المال كان في الأصل هو الشيء المادي الذي يرد عليه الحق حيث كانت كل الأموال أشياءً وإن لم تكن كل الأشياء أموالاً ، وأنه ابتداءً من فجر القانون الروماني اعتبر فقه القانون الحقوق الشخصية والحقوق العينية فضلاً عن الأشياء المادية أموالاً كلها شرط أن تكون لها قيمة مالية، ويحتج الفقه لذلك بأن قصر المال على الشيء المادي يؤدي إلى نتيجة مختلة منطقياً، وهي أن يصبح الشيء المادي مالاً وأن تكون بعض الحقوق المترتبة عليه –كحق الارتفاق المقرر على عقار أو حق الملكية أو حق الانتفاع المقرر على شيء ما — أموالاً هي الأخرى متميزة عن الشيء الذي تترتب عليه، وهذا معناه مضاعفة الأموال ؛ إذ يكون الشيء مالاً ويكون الحق المقرر عليه مالاً أيضاً، والحال أننا بصدد مال واحد، كما أن معناه أن يكون الشيء وهو من أركان الحق مساوياً للحق ذاته[٥].

ووفقاً لهذا المفهوم يتعين دفعاً للإشكال المتقدم استبعاد الشيء المادي ليكون المال هو الحق المالي، ويكون الشيء المادي هو محل هذا الحق حتى بالنسبة لحق الملكية المقرر على الشيء؛ إذ لا مناص من اعتبار حق الملكية مالاً ما دامت الحقوق المتفرعة عنه كذلك، ومن ثم فالذي يعتبر مالاً بالمعنى

---

[١] مرقس ، المرجع السابق ، ص ٨٣٥ فقرة ٣٥٠ ، نقلاً عن كامل مرسي في الملكية والحقوق العينية طبعة ثالثة ج ١ ص ٩ نبذة ١ ، وفتحي زغلول ص ٤٤ ، وكذا ص ٨٣٩ من المرجع السابق ، وذهني ، المرجع السابق نفس الموضع .

[٢] منصور مصطفى، مذكرات في المدخل للعلوم القانونية ، نظرية الحق ص ٢٤٢ .

[٣] ذهني ، المرجع السابق، ص ٤ فقرة ٤ ، وفي مباديء القانون لعبد الناصر توفيق العطار ص ١٩٨ فقرة ١٢٩ أن المال هو كل كائن غير الشخص الطبيعي في اصطلاح القانون .

[٤] آلان بيابنت، الالتزامات، ص ١٠٧ فقرة ١٤٣ .

[٥] انظر مرقس، المرجع السابق ص ٨٣٧ ، ٨٣٨ .

الصحيح هو نفس الحقوق المتوقعة على الأشياء لا الأشياء ذاتها، وضابطها أنها الحقوق التي تستحيل في النهاية إلى حقوق الدائنية[١]، وعلى منطق هذا الرأي ينتقد بعض الفقه تسمية الأشياء المباحة أموالاً مباحة ؛ فالصواب أن تسمى أشياءً مباحة فقط لأنها غير متحملة بحق مالي؛ لأن الحق المالي من حق ملكية وغيره لا يترتب عليها إلا من وقت حيازتها وامتلاكها[٢].

غير أن الفقه يعود بعد ذلك ليقرّر استثناءً مهمّاً يتصل بحق الملكية، فهو يقرر أن جميع أنواع الحقوق تعتبر أموالاً إلا حق ملكية الأشياء المادية، فيكون الشيء المادي هو المال، وعلة ذلك هي قوة حق الملكية ، فهو من القوة بحيث يشمل محله – أي الشيء الوارد عليه – ويتحد به اتحاداً تاماً لا تبقى معه أهمية عملية للتمييز بين حق الملكية ومحله، بل لا يعود ممكناً هذا التمييز بعد ذلك ، ولذا يصح أن يطلق على الشيء أنه مال مثلما العرف جارٍ به، فيقال إن السيارة أو العقار مثلاً مال، ولكن لا يقال إن العقار مال للشخص إذا كان كل ما للشخص فيه هو حق ارتفاق مثلاً، كما أنه متى صارت الأشياء المباحة مملوكة محازة جاز أن يقال عنها إنها أموال لصيرورتها بالحيازة والتملك كذلك[٣].

٢٤ – انتقاد المقرر في الفقه الوضعي

وهكذا يقع الفقه الوضعي في تناقض حاد، فهو من جهة يفصل نظرياً بين المالية وبين الشيء المادي الذي هو محل لها على نحو ما تقدم، ثم هو من جهة أخرى يعود فيقرّر أن الشيء المادي يعتبر مالاً فيما خص حق الملكية المقرر عليه دون غيره من الحقوق، وهذا على ما فيه من مجافاة المنطق تحكم ؛ لأننا إذا اعتبرنا المالية هي الحقوق أو المنافع أو القيم الواردة على الأشياء نفسها دون هذه الأشياء فينبغي أن نتابع هذا المنطق إلى نهايته فلا نستثني حق الملكية لنخص الأشياء المادية به دون غيره من الحقوق. ثم إننا نكون بما انتهينا إليه قد هدمنا النظرية من أساسها؛ لأننا إذا قلنا إن الشيء المادي ليس مالاً ثم عدنا فقلنا إنه مال لأنه لا ينفك عن حق الملكية المحمّل به فكأنما قلنا بالشيء وبنقيضه في آن معاً كما هو واضح. وهذا فضلاً عن أن تعريف المال بأنه حق مالي هو تعريف للشيء بنفسه، وهو تعريف معيب لخلوّه من الفائدة.

وفي الحق أن الفقه الوضعي قد ابتغى جعل الحقوق الأخرى غير حق الملكية أموالاً متميزة عن حق الملكية هذا وإن كانت ناشئة عنه، ولم يسوّغ كيف يعتبر الشيء المادي مالاً وتعتبر الحقوق التي تتصل به أوالتي ترد عليه بعبارة أخرى هي في ذات الوقت أموالاً كذلك، كما أنه راعه أيضاً أن الأشياء المادية ليست هي كل ما يمكن تسميتها أموالاً، فهناك الأعمال وهي تنفك عن أصحابها، وجل

---

[١] ذهني ، المرجع السابق ص ٤ آخر فقرة ٥ .

[٢] مرقس ، المرجع السابق ص ٨٤٠ .

[٣] المرجع السابق ص ٨٣٨ ، ٨٣٩ ، ٨٤٠ .

الالتزامات الشخصية التي هي عبارة عن حقوق من الناحية الإيجابية هي عبارة عن أعمال وهي ذات قيمة، كما أن الأموال المعنوية هي أموال أيضاً وإن لم تكن أشياء مادية، ولهذا صار الفقه في جملته إلى القول المتقدم.

وفي رأينا أنه لا حاجة لذلك كله إذا ما اعتبرنا المالية قيمة يوصف بها شيء أو منفعة شيء، فالسيارة مثلاً مال لأنها ذات قيمة، والمنفعة هي كذلك مال لأنها ذات قيمة، فالمال هو كل ما له قيمة أكان شيئاً مادياً أو غير مادي، والقيمة ضابطها أن يمكن تقديرها بالنقود، أو هي بحيث تغري الشخص بالتعامل في هذا الشيء أو في هذه المنفعة، أما ما يسمى بالحقوق الشخصية أو الحقوق العينية ومن بينها حق الملكية، فإن الاصطلاح عليها باسم الحق ينظر فيه إلى ناحية أخرى، فإن الحق هو ما يجعل الشخص مستأثراً بشيء من الأشياء أومنفعة شيء من الأشياء من غير أن ينازعه في هذا منازع[1].

ومهما اختلفت تعريفات الحق فالقدر المشترك بينها هو أن الحق ينظر فيه من ناحية الاستئثار أوالاستبداد به أو منع مزاحمة الغير فيه، ولهذا تعددت الحقوق ولو لم تكن واردة على أموال، كحق الحرية مثلاً وحق الزوج على زوجته في الطاعة وغير ذلك.

أما المالية فقيمة يتصف بها شيء أو منفعة شيء بحيث يقدران بالنقود أو بحيث تبذل فيهما النقود هذه، ومن ثم فما يسمى بحقوق الارتفاق أو الانتفاع مثلاً هي حقوق من حيث الاستبداد بها كما تقدم، ولكنها من حيث المالية هي منافع شيء، ولهذا لا إشكال عندنا في أنها أموال لأنها ذات قيمة كما ذكرنا، كما لا إشكال في اتصافها بذلك مع كون الشيء المتفرعة هي عنه مالاً كذلك؛ فإن المالية هي وصف للشيء بكل ما اشتمل عليه من منافع، وإذا كانت المالية وصفاً للكل فهي بطريق اللزوم وصف لأجزاء هذا الكل أيضاً؛لأن الأصغر يندرج في الأكبر.

ولهذا يجوز عندنا أن تتجزأ المنافع أو تنفصل عن الشيء من حيث من له حق عليها، فيكون الشيء لزيد ويكون لعمرو عليه منفعة ارتفاق مثلاً، وهذه المنفعة تسمى مالاً من حيث ما لها من قيمة، وتسمى حق ارتفاق من حيث استئثار هذا بها دون مالك الشيء كما تقدم، ولا تعارض بين الأمرين.

---

[1] الحق عند أهل اللغة هو الثابت الذي لا يسوغ إنكاره ، وفي اصطلاح أهل المعاني هو الحكم المطابق للواقع ، ويقابله الباطل (التعريفات ص ١٥٣)، وفي المدخل للزرقاء ٣ / ١٩ أن الحق اختصاص يقرر به الشرع سلطة أو تكليفاً ، ونقل عن الشيخ عبد الحليم بن محمد أمين اللكنوي في حاشيته على شرح المنار أن الحق حكم يثبت ، وانتقده بأنه غير كاشف لخصائص الحق التي هي ميزة ممنوحة لصاحب الحق ممنوعة عن غيره، كما نقل عن الشيخ الخفيف في كتابه الحق والذمة (ص ٣٦) تعريفه للحق بأنه مصلحة مستحقة شرعاً وانتقده بما سبق وبأن فيه تعريفاً للشيء بنفسه لأنه حتى نعرّف الحق لا بد أن نعرف المستحقة وبالعكس وهذا دور الخ هامش ص ٢٠- ٢٣، وفي فقه القانون الوضعي عرّف الحق بتعريفات مختلفة منها " قدرة أو سلطة إرادية يخولها القانون شخصاً معيناً ويرسم حدودها " و " مصلحة ذات قيمة مالية يحميها القانون " و " اختصاص مشروع بمنفعة ذات قيمة مالية " و " استئثار بقيمة معينة يمنحه القانون ويحميه " الخ (فتحي الدريني ، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده ص ١١٣ – ١١٨ ، مرقس ، المدخل ص ٤٢٣ ، السنهوري ، مصادر الحق ١ / ٧ ، نظرية العقد ص ٢ والمراجع التي أشاروا إليها، بحث الدكتور عجيل جاسم النشمي عن الحقوق المعنوية، مجلة المجمع الفقهي، العدد الخامس، ج ٣ ، ص ٢٢٨١ – ٢٢٨٢ وص ٢٢٩٣ - ٢٢٩٤) .

ونرى أن الإشكال الوارد على حق الملكية وما يقال إنه مختلط بالشيء مدفوع بما قررنا من أن الحق هو استئثار بالشيء، وأن في التملك استئثاراً بالشيء المملوك وبكل منافعه من حقوق انتفاع وارتفاق وغيرها، ولا تلازم بين التملك والمالية؛ إذ قد لا يكون المملوك مالاً لخلوه من القيمة كما في الحبة الواحدة من القمح مثلاً كما سيأتي عن الفقه الإسلامي أو كما في ملكية الاستمتاع بين الزوجين وملكية الأم لحضانة الولد ونحو ذلك مما لا يقدر بالنقود، وقد لا يكون المال مملوكاً لأحد معيّن كما في الأشياء المباحة والأموال العامة وأموال الوقف على المستحقين بالصفة دون الاسم كالفقراء مثلاً، فهذه الأشياء أموال لأنها ذات قيمة مقدرة بالنقود، ولكنها غير مملوكة، ولهذا ننتقد اعتراض الفقه الوضعي على إطلاق وصف المالية على الأشياء المباحة ،وذلك لأنها ذات قيمة فهي من ثم أموال، فالتلازم في مفهوم المالية إنما هو بين الشيء والقيمة.

وعلى هذا فحق الملكية إنما هو اصطلاح خاص بالاستئثار العام بالشيء انتفاعاً واستغلالاً وارتفاقاً ونحو ذلك ، فهو اصطلاح جامع لحقوق كثيرة، فأما من حيث ما لهذه الحقوق من قيمة، أي من مالية فهي – على ما قدمنا – منافع ليس غير.

المطلب الثاني

مفهوم المال وضابطه في الفقه الإسلامي [١]

٢٥ – اتجاهان في تحديد مفهوم المال

يُجمل رأي الفقه الإسلامي في تحديد مفهوم المال في اتجاهين رئيسين:

الاتجاه الأول – ويعتمد على شرطين يكون بهما الشيء مالاً، أولهما : إمكان الانتفاع بالشيء في الأحوال المعتادة ، فيخرج ما يطرحه الناس كالفلس وحبة القمح وما أشبه، وثانيهما : إباحة الانتفاع بالشيء في غير أحوال الضرورة، فيخرج الكلب والخنزير والنجس وكل ما لا يجوز الانتفاع به في حال السعة والاختيار.

وقد عبّر **الشافعية** عن هذين القيدين بقولهم في صدد تعريف المال: " ماله قيمة يباع بها وتلزم متلفه وإن قلت ومالا يطرحه الناس " [٢]، وعبر **الحنابلة** عنها بقولهم: " المال ما فيه منفعة مباحة لغير

---

[١] من البحوث المعاصرة الجيدة في مفهوم المال في الفقه الإسلامي بحث الدكتور نزيه حمّاد بعنوان (المال حقيقته وأقسامه) منشور في كتابه قضايا فقهية معاصرة في المال والاقتصاد ص ٢٩– ص ٦٢ ،ويراجع المدخل لمصطفى شلبي ص ٣٢٩ وما بعدها، محمد يوسف موسى، الأموال ونظرية العقد ص ١٤٩–١٥٣، محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد ص ٤٧–٥٤ ، على الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية ص ٢٨–٤١ محمد سلام مدكور ، المدخل ص ٤٨٢ – ٤٩١.

[٢] الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٤٠٦ .

ضرورة " [٣]، وعبارة **المالكية** : " المال ما يقع عليه الملك ويستبدّ به المالك عن غيره إذا أخذ من وجهه " [٤]، وثم تعريف آخر لهم : أن " المال ما تمتد إليه الأطماع ويصلح عادةً وشرعاً للانتفاع به"[١]، وتعريف ثالث:" المال ما يتمول في العادة ويجوز أخذ العوض عنه" [٢].

الاتجاه الثاني – وهو يحتكم إلى شرطين لتحديد مفهوم المال، **الأول**: أن الطبع يميل إليه في العادة، وهو ما يُترجم عند الجمهور بماله قيمة أو يمكن الانتفاع به عادةً أو بما فيه منفعة مباحة لغير ضرورة، وفقاً لما تقدم في تعريفاتهم السابقة. **والثاني**: إمكان حيازة الشيء.

وقد تزعم **الحنفية** هذا الاتجاه؛ إذ عرّفوا المال بأنه " ما يميل إليه الطبع ويمكن ادخاره لوقت الحاجة ". وثم تعريفات أقل شهرة،كقولهم:" إن المال ما يجري فيه البذل والمنع ". أو قولهم: " إن المال اسم لغير الآدمي خُلق لمصالح الآدمي، وأمكن إحرازه والتصرف فيه على وجه الاختيار" [٣].

فالقيد الأول هو لإخراج مالا يميل إليه الطبع كحبة القمح والفلس ونحو ذلك، وفقاً لذات ما قرره الجمهور. وأما القيد الثاني– وهو العلامة الفارقة بين الحنفية والجمهور– فهو لإخراج المنافع والديون والحقوق، فهذه الأشياء عندهم ليست أموالاً وإنما هي أملاك فقط؛ لأن الملك من شأنه أن يتصرف فيه صاحبه بوجه الاختصاص، والمال من شأنه أن يُدخر للانتفاع به وقت الحاجة، والمنافع والديون والحقوق لا يمكن في نظرهم أن تدخر لهذا الغرض، فخرجت عن أن توصف بكونها أموالاً وإن بقيت على أنها أملاك[٤].

٢٦ – الترجيح من الخلاف السائد

ومذهب الحنفية هذا مرجوح لجواز أن يُردّ عليهم بما يلي : –

أ. أنه ليس في الكتاب ولا في السنة دليل على أن المنافع ليست أموالاً[٥]، بل لقد أجاز الشارع اعتبارها أموالاً حيث يجوز بالإجماع أن تكون مهراً في الزواج، وأن يرد عليها عقدا الإجارة والإعارة ونحوها. ولا يجوز الذهاب إلى أن هذه العقود قد جاءت على غير قياس؛ لأن الدليل

---

[٣] شرح منتهى الإرادات ١٢٦/٣ ،كشاف القناع ١٧٥/٣.

[٤] الموافقات للشاطبي ٩/٢، المسألة الرابعة من كتاب المقاصد .

[١] أحكام القرآن لابن العربي ٦٠٧/٢ ، المسألة السادسة من مسائل آية (السارق والسارقة) المائدة : ٣٨ .

[٢] الإشراف على مسائل الخلاف للقاضي عبد الوهاب ٩٤٧/٢ المسألة ١٩٠٣ من كتاب القطع .

[٣] يراجع حاشية ابن عابدين ٥٠٢/٤ والمراجع الأخرى التي نقل عنها د/ نزيه حماد ، في كتابه السابق الذكر ، ص ٣٠ ، وأبو زهرة ، المرجع السابق ، ص ٤٨ فقرة أولى ، وجاء في المادة ٢٦ من مجلة الأحكام العدلية " المال هو ما يميل إليه طبع الإنسان ويمكن ادخاره إلى وقت الحاجة ، منقولاً أو غير منقول " وجاء في حاشية ابن عابدين أيضاً ٥٠/٥ : " والمال ما يميل إليه الطبع ويجري فيه البذل والمنع" .

[٤] ابن عابدين ، المرجع السابق نفس الموضع ، أبو زهرة المرجع السابق ص ٥٢ ، فقرة ٥ .

[٥] المذكرة الإيضاحية ص ٧١ .

الشرعي هو الأصل الذي يتعين القياس عليه والمعيار الذي ينبغي الاحتكام إليه، وإذ خلا النص من بيان عدم مالية المنافع مع ورود النصوص بقابليتها للعقود، فيتعين اعتقاد أن هذه العقود جاءت على الأصل ووافقت القياس.

ب. ثم إن الطبع يميل إلى المنافع وفقاً لما شرطه الحنفية، فيتعين أن يصار إلى القول بماليتها، ضرورة أن الذوات لا تصير أموالاً إلا بمقدار ما فيها من منفعة وما تشبعه من حاجة، فهي سبب مالية الذوات والأشياء[١].

ج. وقد اتخذ الناس المنافع أموالاً باتخاذهم إياها مُتجراً ومستغلاً، كالحانات والأسواق والبيوت المعدّة للاستغلال. ولا شك أن استعمال الناس حجة يجب العمل بها، لا سيما وقد استثنى الحنفية من حكمهم بعدم مالية المنافع ثلاث منافع اعتبروها أموالاً: وهي منفعة المال الموقوف، ومنفعة مال اليتيم، ومنفعة الأعيان المعدّة للاستغلال، قالوا: لأن استعمال الناس حجة يجب العمل بها [٢].

د. أنه ليس من الضروري لأن يعد الشيء مالاً أن تتوفر فيه الحيازة الحسية ، بل يكفي في ذلك حيازته بحيازة أصله، وذلك متحقق في المنفعة ؛ إذ تعدّ محوزةً بحيازة ما تقوم به، وبهذه الحيازة تثبت لها المالية والتقوّم [٣].

٢٧ – تطبيق الفقه الإسلامي المعاصر لمفهوم المال على الحقوق المعنوية

انتهت كلمة الفقهاء المعاصرين في جملتهم إلى أن الأشياء المعنوية هي أموال باعتبار أن الناس تمولوها واعتدوا بها ؛ فقد أصدر مجمع الفقه الإسلامي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي في دورة مؤتمره الخامس بالكويت ، في الفترة من ١٠ إلى ١٥/ ١٢/١٩٨٨ قراره الخامس بالآتي:

---

[١] أبوزهرة، المرجع السابق، نفس الموضع، وعبارته : " إن المصلحة في التحقيق تقوم بمنافع الأشياء لا بذواتها فالذات لا تصير أموالاً إلا بمنافعها فلا تقوم إلا بمقدار ما فيها من منفعة وما تشبعه من حاجة نافعة إذ كل شئ لا منفعة فيه لا يكون مالاً .. فكيف نسلب المالية والتقوم عما كان سببهما ومناطهما والعلة في وجودهما في الذوات والأشياء ؟ " .

[٢] حاشية ابن عابدين ٦/٦– ١٢ كتاب الإجارة، ومجلة الأحكام العدلية م ٤١٧ حيث تنص على الآتي : " المعدّ للاستغلال هو الشيء الذي أعدّ وعُيّن على أن يعطى بالكراء كالخان والدار والحمام والدكان من العقارات التي بنيت واشتريت على أن تؤجر وكذا كروسات الكراء ودواب المكارين وإيجار الشيء ثلاث سنين على التوالي دليل على كونه معداً للاستغلال والشيء الذي أنشأه أحد لنفسه يصير معداً للاستغلال بإعلامه الناس بكونه معداً للاستغلال". انظر في هذا المعنى ايضاً المذكرة الإيضاحية ص ٧١، أبو زهرة المرجع السابق ص ٥٢، وهامش ص ٥٣ .

[٣] الشيخ علي الخفيف، بحث له بعنوان المنافع منشور بمجلة القانون والاقتصاد العددين الثالث والرابع سبتمبر وديسمبر، ١٩٥٠ ، ص ٥، وقد عرّف المنفعة تعريفاً جيداً، حيث ذكر أنها الفائدة العرضية التي تستفاد من الأعيان بطريق استعمالها (ص ١ من بحثه المشار إليه سابقاً)، كما عرّفها على نحو أشمل الشيخ محمد زكريا البرديسي في كتابه الميراث والوصية ص ١١٧ (مشار إليه في بحث الدكتور عجيل جاسم النشمي عن الحقوق المعنوية ، مجلة المجمع الفقهي عدد ٥ ج ٣ ص ٢٣١١) وهو : " كل ما يقوم بالأعيان من أعراض وما ينتج عنها من غلة كسكن الدار وأجرتها وثمرة البستان ولبن الدابة " .

أولاً: الاسم التجاري والعنوان التجاري والعلامة التجارية والتأليف والاختراع أو الابتكار هي حقوق خاصة لأصحابها أصبح لها في العرف المعاصر قيمة مالية معتبرة لتمول الناس لها، وهذه الحقوق يعتد بها شرعاً فلا يجوز الاعتداء عليها.

ثانياً: يجوز التصرف في الاسم التجاري أو العنوان التجاري أو العلامة التجارية ونقل أي منها بعوض مالي، إذا انتفى الغرر والتدليس والغش، باعتبار أن ذلك أصبح حقاً مالياً.

ثالثاً: حقوق التأليف والاختراع أو الابتكار مصونة شرعاً، لأصحابها حق التصرف بها، ولا يجوز الاعتداء عليه[١].

ويحتج بعض الفقهاء لمالية الأشياء المعنوية على النحو التالي:

٢٨ – أولاً: فيما يتعلق بحق التأليف

اعتبر الفقهاء القدامى حق التأليف مالاً في بعض التطبيقات وإن لم يشيروا إلى ذلك صراحة. فقد أوجب الإمام أحمد استئذان من سقطت منه ورقة فيها حديث، واعتبر بعضهم أن من انتحل مؤلفات غيره فهو سارق، ومن نقل عن مؤلف من المؤلفات دون أن يعزو إليه فهو معتدٍ، وقد حاكم جلال الدين السيوطي[٢] ــ الفقيه الشافعي المعروف ــ الشيخ القسطلاني[٣] أمام القاضي الشيخ زكريا الأنصاري[٤] ، لأنه كان يأخذ من كتبه دون أن ينسب إليها [٥]. وهذه التطبيقات تقطع باعتبار حق المؤلف، وبعدم جواز الاعتداء عليه، وهي تبرر الحماية القانونية المعاصرة لهذا الحق .

---

[١] قرارات وتوصيات مجمع الفقة الإسلامي ، ص ٩٤ ، مجلة المجمع ، العدد الخامس ج ٣ ص ٢٢٦٧ ، وقرار المجمع الفقهي التابع لرابطة العالم الإسلامي في دورته التاسعة في الفترة من ١٢ إلى ١٩ رجب سنة ١٤٠٦ هـ (١٩٨٦) ص ١٩٢ و ص ١٩٤ من كتاب قرارات المجمع الفقهي الإسلامي التابع لهذه الرابطة .

[٢] عبد الرحمن بن أبي بكر بن محمد بن أبي بكر الخضيري السيوطي الشافعي، جلال الدين أبو بكر، العلامة المتبحر في علوم اللغة والفقه والتفسير والأصول والحديث وغيرها ، من أئمة الشافعية ، مؤرخ أديب حافظ ، كثير التصانيف جداً حتى إنها تبلغ زهاء ٦٠٠ عنوان ، ولد بمصر يتيماً سنة ٨٤٩ هـ ، ويبدو من النسبة إلى أسيوط أنه ولد بها ، وتوفي بالقاهرة سنة ٩١١ هـ ، من مؤلفاته في الفقه الأشباه والنظائر في فروع وقواعد الشافعية كتاب قيّم ، شرح التنبيه ، الحاوي للفتاوي (معجم المؤلفين ٥ / ١٢٨ ، الضوء اللامع ٤ / ٦٥ – ٧٠ ، شذرات الذهب ٨ / ٥١ – ٥٥ ، الأعلام ٣ / ٣٠١ ، ٣٠٢) .

[٣] أحمد بن محمد بن أبي بكر بن عبد الملك القسطلاني، شهاب الدين أبو العباس، فقيه شافعي، ولد بمصر سنة ٨٥١ هـ، وقدم مكة وتوفي بالقاهرة سنة ٩٢٣ هـ، من مؤلفاته إرشاد الساري على صحيح البخاري، الابتهاج بشرح صحيح مسلم بن الحجاج (معجم المؤلفين ٢ / ٨٥ ، شذرات الذهب ٨ / ١٢١ – ١٢٣، الضوء اللامع ٢ / ١٠٣ ، الأعلام ١ / ٢٣٢) .

[٤] زكريا بن محمد بن أحمد بن زكريا الأنصاري المصري الشافعي ، أبو يحيى ، زين الدين، يلقب بشيخ الإسلام ، قاض مفسر فقيه من حفاظ الحديث ، ولد بشرقية مصر سنة ٨٢٣ هـ ، وتعلم في القاهرة وكف بصره سنة ٩٠٦ هـ، وولي القضاء ، وتوفي بمصر سنة ٩٢٦ هـ، مؤلفاته كثيرة في التفسير والفقه والحديث ، منها في الفقه أسنى المطالب في شرح روض الطالب، الغرر البهية في شرح البهجة الوردية، منهج الطلاب وشرحه، شرح مختصر المزني (الأعلام ٣ / ٤٦، معجم المؤلفين ٤ / ١٨٢، شذرات الذهب ٨ / ١٣٤ – ١٣٦) .

[٥] انظر فيما تقدم، د / محمد سعيد رمضان البوطي ، قضايا فقهية معاصرة، ج / ص ٨٩– و د / محمد توفيق رمضان البوطي، البيوع الشائعة ص ٢١٣ ، والقصة في شذرات الذهب لابن العماد الحنبلي ٨/ ١٢٢ في أثناء ترجمة الشيخ زكريا الأنصاري رحمه الله .

٢٩ – ثانياً: فيما يتعلق بالاسم التجاري وما إليه

أما فيما يتعلق بالاسم التجاري والعلامات التجارية وحق الابتكار الذي يدخل حق التأليف فيه كعنصر من عناصره، فإن جانباً من الفقه يقرر أنها وإن كانت أموراً مستجدة، إلا أن إثبات ماليتها ومن ثم قابليتها لوجوه التصرفات الجائزة يسهل تخريجه على قواعد الفقه الإسلامي في مدارسه المختلفة؛ فهي على ما يقرره هذا الرأي حقوق مجردة، حيث يجيز الأئمة الثلاثة – عدا المذهب الحنفي – بيعها بوجه عام ، لقابليتها للانتقال من شخص إلى آخر، وهي بعدُ حقوق مالية لأنها قابلة للتقدير المالي، ثم إن العبرة لإلصاق صفة المال بالشيء عرف الناس واستعمالهم ـكما مرّ بيانه في المنافع ـ فما تمولوه أصبح مالاً ، وأصبح من ثم جائز التعامل فيه، كحق الشِرب وحق الانتفاع وغيرهما من الحقوق التي أجاز بيعها على استقلال جمهور أهل الفقه، وإذا كان المذهب الحنفي على خلاف ذلك، فإن الرأي الذي نحن بصدده قد خرّج عليه اعتبار الحق في هذه الأشياء ملتحقاً بالأعيان؛ وذلك لأن تسجيلها حكومياً وإصدارها في شهادات مكتوبة بيد الحامل وفي دفاتر الحكومة بمثابة الإحراز لها، وإحراز كل شيء بما يلائمه، ولأن الحق المعنوي بهذه الكيفية يمكن ادخاره لوقت الحاجة طبقاً لشرط هذا المذهب، فكان من الجائز الاعتياض عن هذه الحقوق[1].

وهذا الرأي عندنا يصح مع التقييد بأن ما ورد في شأن الحقوق المجردة من أنها منافع من جهة المالية وأن النظر هنا إنما هو إلى القيمة أي إلى المالية لا إلى مجرد الحق، وإن كان لا إنكار لكونها حقوقاً من جهة الاستئثار بها كما سبق أن قرّرنا.

٣٠ – حجج المخالفين

على أن من الطبيعي أن يوجد إلى جانب هذا الذي يشبه الإجماع على صحة التعامل في الأشياء المعنوية آراء تناقضه، من أبرز حججها ما يلي:

أ. أن حق الابتكار وغيره من الحقوق ليس من الأعيان، وإنما هو من الحقوق المجردة التي لا يجوز أخذ العوض عنها بمفردها.

ب. أن من باع كتاباً إلى آخر فقد ملّك هذا الأخير الكتاب بجميع أجزائه، وله بمقتضى الملكية التي انتقلت إليه أن يعيد نقلها إلى الغير، أسوةً بأي شيء يباع.

---

[1] د/ محمد تقي الدين العثماني ، بحوث في قضايا فقهية معاصرة ص ١٢٠ ، وقد اشترط تتميماً لجواز التعامل في الحقوق المعنوية هذين الشرطين:-
الأول تسجيلها عند الحكومة بصفة قانونية لان ما ليس مسجلاً لا يعدّ مالاً في عرف التجار .
والثاني – أن يقع الإعلان من قبل المشتري أن منتج هذه البضاعة غير المنتج السابق لكيلا يقع الالتباس أو الخديعة في حق المستهلكين .
وقد مرّ بنا أن المجمع الفقهي اشترط لصحة التعامل في الحقوق المعنوية أن ينتفي الغرر والتدليس والغش ، وكأنه نظر إلى رأي الباحث المتقدم ، والذي عرض رأيه هذا في بحث قدمه إلى ذات المجمع .

ج. أن الذي ينتج الشيء المبتكر أو يطبع الكتاب المؤلف، فإنه لا يسّبب خسارة للمنتج أو للمؤلف، وإنما الشأن أن يقلل من ربحهما، وهو أمر لا ينطبق عليه اسم الخسارة.

د. أن الاحتفاظ بالحقوق المعنوية – بمعنى عدم جواز إعادة الطبع أو الإنتاج إلا بإذن صاحب الشأن– يعمل على تضييق الدائرة التي ينبغي أن ينتشر فيها المؤلف أو الشيء المبتكر، على حين أنه ينبغي نشر العلم والإفادة من المخترعات ما أمكن ذلك[١].

٣١– تفنيد الحجج السابقة

وفي الواقع ليس في هذه الحجج ما ينفي أن الأشياء المعنوية هي ذات قيمة مالية، فقد سبق الجواب عن الدليل الأول فيما سقناه آنفاً من التدليل على صحة الاعتياض عمّا يسمى بالحقوق المجردة وتخريج الأشياء المعنوية على قواعد المذهب الحنفي الذي انفرد بمنع الاعتياض عن هذه الحقوق، وأما عن الدليل الثاني، فإن الذي يملكه المشتري بشراء الكتاب هو جواز التصرف به وبيعه وإعارته وهبته وما إلى ذلك، وليس من بين هذه الأمور حق إخراج مثل هذا الكتاب بتصويره أو بإعادة طباعته من جديد ثم استغلاله بعد ذلك، لما فيه من عدوان على الأفكار والكلمات المستكنة في العمل الإبداعي بدون إذن من صاحبه، وعلينا أن نعتبر في هذا بالأوراق النقدية، التي يجوز التعامل فيها بيعاً وهبة وقرضاً، ولكن لا يجوز سكّ أوراق نقدية مشابهة لها بغير الطريق الحكومية، وهكذا يجب الفصل بين حق إعادة بيع ذات الكتاب والتصرف فيه من قبل مالكه، وبين حق التأليف، وهو عبارة عن الكلمات والمعاني وغيرها مما يميز العمل الإبداعي عن غيره [٢].

أما بالنسبة إلى الدليلين الثالث والرابع، فإن تقليل ربح صاحب الحق هو ضرر فادح وليس الشأن أنه لا يسمى خسارة، والضرر في الشريعة مرفوع [٣]، ثم إن القول بتضييق دائرة انتشار الكتاب ونحوه وتقليل حجم الاستفادة منه مردود بألاّ مانع من زيادة انتشاره بالشراء، بل إن مصادرة الحق المعنوي في حقيقة الأمر من شأنها أن تضيّق من فرص الإبداع فلا تنتشر في أرجاء المجتمع وعموم البلاد؛ لأن المبدع إذا علم أن تعبه غير مجدٍ واجتهاده غير نافع إلا في أول فائدة محدودة يتقاضاها عن طريق أول بيع يبيع به عمله، بينما يستفيد من هذا العمل من يملك القدرة المالية عليه دون أن يقاسي مقاساته أو يبدع مثل

---

[١] المرجع السابق ، ص ١٢٤ ، د / محمد توفيق رمضان البوطي، المؤلف السابق ، ص ٢١٩ .

[٢] محمد تقي العثماني، المرجع السابق ص ١٢٤ .

[٣] المرجع السابق ص ١٢٤ حيث يقول المؤلف :" إن قلة الربح وإن لم يكن خسارة ولكنه ضرر وبين الخسارة والضرر فرق واضح " .

إبداعه، فلسوف يحجم عن إعنات بدنه وكدّ فكره في غير طائل. وبذلك تتقلص مساحة الإبداع وتضيق الدائرة التي يسطع فيها نور العلم من حيث يرمي الرأي المخالف إلى عكس هذا [٤].

ويتضح مما تقدم ما في الرأي الذي يقضي بعدم مالية الأشياء المعنوية من الغلو والشطط والتزام مالا يلزم، فلا غرو أن يطّرحه أكثر الفقهاء، وأن تنبو عنه قرارات المجامع الفقهية المتخصصة.

الفرع الثاني
شرط المالية في قانون المعاملات المدنية وتطبيقاته

٣٢ – مفهوم المال وضابطه

سلك قانون المعاملات المدنية مسلكاً وسطاً في جمعه لشتى تعريفات المال السابقة، فتبنّى رأي الجمهور والحنفية من حيث ضرورة النص على إمكان الانتفاع بالشيء، وأما في مدى إمكان حيازته فقد توخى موافقة الجمهور بوجه خاص، مستعملاً مع هذا معيار المذهب الحنفي في ضرورة إمكان حيازة الشيء حتى يكون مالاً: بأن جعل هذا الإمكان يتم إما بحيازة الشيء نفسه، وإما بحيازة أصله كالمنافع. وبذلك اشترط إمكان الحيازة كالحنفية، غير أنه وسّع من نطاق هذا الشرط ليُدخل فيه المنافع كرأي الجمهور. وهذه صناعة دقيقة هدي إليها القانون بلا ريب، ووفق فيها إلى حدّ بعيد ، وإليك البيان:

أ. ينص القانون في المادة (٩٥) على أن المال هو كل عين أو حق له قيمة مادية في التعامل[١].وهذه المادة في روحها تتمشى مع مذهب الجمهور[٢]؛ إذ أدخلت الحقوق إلى تعريف المال وهي غير معترف بماليتها لدى الحنفية، مع تسليم الجميع بضرورة أن يكون للشيء قيمة مادية في التعامل وفقاً لما تقدم؛ وذلك لأن الجمهور يشترط للمال أن يكون فيه منفعة، وما لا قيمة مادية له في التعامل لا منفعة فيه فلا يكون مالاً على الحقيقة[٣]، والحنفية يشترطون في المال أن يميل إليه الطبع، ولا شك أن ما ليس له قيمة مادية في التعامل لا يميل إليه الطبع فلا يكون مالاً[٤].

ب. وينص القانون في المادة (٩٦) على أن المال قد يكون متقوماً أو غير متقوم، فالمال المتقوم هو ما يباح للمسلم الانتفاع به شرعاً، وغير المتقوم هو ما لا يباح للمسلم الانتفاع به شرعاً. وهذا يجري

---

[٤] المرجع السابق ص ١٢٥ حيث يقول: إن المبتكرين لو منعوا حق أسبقيتهم بالاسترباح مما ابتكروه لفشلت هممهم عن اقتحام المشاريع الكبيرة من أجل الاختراعات الجديدة حينما يرون أن ذلك لا يدّر إلا ربحاً بسيطاً. ونحو هذا في قرار رابطة العالم الإسلامي المشار إليه ، ص ١٩٣ ، وقد اعتبروا أن النسخ على الطريقة القديمة كان للضرورة .

[١] قارن المواد ٨١ / ١ مصري وليبي و ١٥٧ أردني ، و١٢٦ عراقي ، و١٨٦ و ١٩٦ لبناني .

[٢] انظر في هذا المعنى، نزيه حمّاد المؤلف السابق ص ٣١ .

[٣] وبتعبير المالكية لا تمتد إليه الأطماع ولا يتموله أحدٌ في العادة ، نزيه حماد ، المرجع السابق ص ٣١ .

[٤] على أن اختيار القانون لصيغة ما له قيمة مادية في التعامل أفضل من الصيغة التي استعملها الحنفية ، وذلك أن من الأموال المتفق عليها ما لا يميل إليه الطبع كالأدوية المرة ، والسموم والمخدرات . انظر في هذا المعنى أبو زهرة المؤلف السابق ، ص ٤٧ ، فقرة أولى .

على المذهب الحنفي؛ لأننا رأينا كيف أن الجمهور لا يعترف بمالية الشيء الذي لا يجوز الانتفاع به شرعاً، بينما المذهب الحنفي يعترف بذلك. وعلى هذا النحو فإن الخمر والخنزير والمنخنقة والموقوذة تعد أموالاً في قانون المعاملات المدنية[٥]، إذ هي ممكنة الحيازة و لها قيمة مادية في التعامل.

ج. وأخيراً ينص القانون في المادتين (٩٧) و (٩٨) على أن كل شيء يمكن حيازته مادياً أو معنوياً والانتفاع به انتفاعاً مشروعاً ولا يخرج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون يصح أن يكون محلاً للحقوق المالية، وأن الأشياء التي تخرج من التعامل بطبيعتها هي التي لا يستطيع أحد أن يستأثر بحيازتها.

ومعنى ذلك أن القانون قد تبنى مذهب الشافعية والمالكية والحنابلة في اعتبار المنافع أموالاً؛ وذلك لأن المنفعة تصح حيازتها بحيازة أصلها أي مصدرها كالدار مثلاً، فإن من حازها فقد حاز منفعتها أيضاً بطريقة غير مباشرة [١]، ولذا يصح أن تكون المنفعة محلاً للحقوق المالية بنص القانون، وهذا عين مذهب الجمهور، وإن استعمل القانون المعيار الذي استمده المذهب الحنفي لتعريف المال، وهو معيار إمكان الحيازة كما تقدم، ولذا أخرج الأشياء التي لا يستطيع أحد أن يستأثر بحيازتها من حيز التعامل.

إن هذا المذهب الذي تبناه قانون المعاملات المدنية واضح تماماً، وقد أكده في المادة (٢٠٠) حيث نص على أنه : "

١) في التصرفات المالية يشترط أن يكون المحل مالاً متقوماً.

٢) ويصح أن يكون عيناً أو منفعة أو أي حق مالي آخر كما يصح أن يكون عملاً أو امتناعاً عن عمل ".

ونحن نؤيد القانون فيما ذهب إليه لما تقدم من إدخال المنافع والديون والحقوق في مفهوم المال، وهو الرأي الراجح في المسألة وفقاً لما بيّنا.

٣٣ – تطبيق شرط المالية على الحقوق المعنوية

يجوز التعامل في الحقوق المعنوية تبعاً لنص المادة(٩٧)؛لأن الحيازة لم تعد قاصرة على الوضع المادي، بل تعدّت ذلك لتكون حيازة معنوية هي التي تتم بصدور هذه الأشياء المعنوية عن صاحبها ونسبتها إليه. وبناءً على هذا النص يمكن القول بلا تحفظ إن قانون المعاملات المدنية قد أجاز التعامل في الأشياء المعنوية المعروفة في عصرنا الحاضر كالأسماء التجارية والعلامات التجارية أيضاً، وكالأعمال

---

[٥] المذكرة الإيضاحية لـ (ق م م أ) ص ٧٠ .

[١] المذكرة الإيضاحية أيضاً ص ٧١، ٧٢ .

الفنية أو الأدبية على اختلافها، وبذلك فقد نزل على ما تعارفه الناس تعارفاً لم يعد مجال للشك فيه أو إنكاره[٢].

ولم يخرج موقف القانون بذلك عن روح الشريعة الإسلامية الغراء، فقد سبق أن عرفنا أن مذهب الجمهور من أهل الفقه على أن المنافع ونحوها أموال، وما من ريب في أن الحقوق المعنوية كحق التأليف مثلاً هي من هذا القبيل؛ إذ هي منفعة يحتجزها الشخص لنفسه من وراء ما يبتكره أو يعمل فيه عملاً خاصّاً، ثم إن كلمة الفقه الإسلامي المعاصر قد كادت تطبق على ضرورة حماية هذه الحقوق وجعل حق استغلالها بيد من وضعها أو سبق إليها وفقاً لما أسلفنا .

٣٤ – الحقوق المعنوية في القوانين الخاصة

تفريعاً على الأصل القاضي بجواز التعامل في الأشياء المعنوية صدرت قوانين خاصة تنظم وجوه هذا التعامل، كما تنظم الحماية الواجبة المفروضة لها، من ذلك:

أ. القانون الاتحادي رقم ٤٤ لسنة ١٩٩٢ الصادر في ١٩٩٢/١٠/١٢ في شأن تنظيم وحماية الملكية الصناعية لبراءة الاختراع والرسوم والنماذج الصناعية، وقد أشار القانون السالف الذكر إلى جواز استغلال هذه الأشياء وبيعها وعرضها للبيع والتنازل عنها والحجر عليها ورهنها ونزع ملكيتها (المواد ٤و ٧و١٥و١٩و٢١و٢٢)، مما يدل على أنه اعتبرها أموالاً يجوز التعامل فيها بوجوه التعامل المختلفة وفقاً للشروط التي حدّدها.

ب. القانون الاتحادي رقم ٣٧ لسنة ١٩٩٣ الصادر في ١٩٩٣/١٢/١٩ في شأن العلامات التجارية، حيث أجاز نقل ملكيتها وحجزها ورهنها (المادتان ٢٧و٢٩ من القانون المذكور).

ج. القانون الاتحادي رقم ٧ لسنة ٢٠٠٢ م الصادر في ٢٠٠٢/٧/١ في شأن حقوق المؤلف والحقوق المجاورة، وقد نظم استغلال هذه الحقوق ونقلها مشترطاً في ذلك كتابة الاتفاق المتعلق بهذا النقل، وأجاز تقاضي المقابل المادي عن هذه الحقوق (المواد ٧ و ٩ و١٠ من القانون الآنف الذكر) .

د. القانون الاتحادي رقم ١٨ لسنة ١٩٩٣ الصادر في ١٩٩٣/٩/٧ في شأن المعاملات التجارية، وقد ورد في المادة ٥٧ منه تعريف الاسم التجاري وشروطه، وحماه بنصوص المادتين ٥٩ و ٦٢ من ذات القانون، إلا أنه منع التصرف فيه بالنسبة للتاجر الفرد تصرفاً مستقلاً عن التصرف في المحل التجاري المخصص له (المادة ٦١ / ١) على أنه إذا تصرف صاحب المحل التجاري فيه فإن هذا التصرف لا يشمل الاسم التجاري ما لم ينص على شموله صراحةً أو ضمناً.

---

[٢] المذكرة الإيضاحية لـ(ق م م أ) ص ٧١ .

وبهذا لا يدع المشرع الإماراتي مجالاً للشك في اعتداده بالأشياء المعنوية واعتباره إياها أموالاً جائزاً التصرف فيها بوجوه التصرفات المختلفة كالبيع وغيره، وعلى ذلك درجت أحكام المحاكم[١].

المبحث الثاني

شرط التقوم

٣٥ – تمهيد

على غرار المبحث السابق، نتناول في هذا المبحث شرط التقوم بالنسبة للفقه الوضعي والفقه الإسلامي معاً لقلة ما يناقش من ذلك في الفقه الوضعي، وذلك في فرع أول، ونعرض فيه لمفهوم التقوم وضابطه والأحوال التي يكون المال فيها متقوماً والأحوال التي لا يكون فيها كذلك، ونستبعد معيار الطهارة الذي قال به جلة الفقهاء لنوجهه إلى معيار آخر مسلم به، هو معيار جواز الانتفاع، ونبين أسباب استبعادنا لمعيار الطهارة هذا، ثم ننتقل في الفرع الثاني إلى مفهوم شرط التقوم في قانون المعاملات المدنية الإماراتي، والمعيار الذي أخذ به في ذلك و الأحوال التي يكون المال فيها متقوماً أو غير متقوم، ونخصص لذلك مطلباً، ثم ننتقل إلى تطبيقات ما تقدم مما له مساس بحياتنا المعاصرة ومن واقع الخلاف الفقهي السائد لنستجلي موقف قانوننا منها، فنفرد لها مطلباً كذلك .

الفرع الأول

شرط التقوم في الفقه الوضعي والفقه الإسلامي

نقسم الفرع الذي نحن في صدده إلى مطلبين، الأول : في مفهوم فكرة التقوم لدى الفقه الوضعي وضابطه إن كان، والمطلب الثاني نخصصه للفقه الإسلامي فيما يتعلق بفكرة التقوم وضابطه، والأحوال التي يكون المال فيها متقوماً أو غير متقوم، ومعيار الطهارة الذي قال به الفقه المتقدم ، وأسباب استبعادنا له .

المطلب الأول : شرط التقوم في الفقه الوضعي

٣٦ – الدخول في دائرة التعامل

---

[١] من ذلك حكم صدر في جلسة ٢٥ / ٤ / ٢٠٠١ م في الطعنين ٩٩ و ١٧٤ لسنة ٢١ قضائية منشور في ص ٨٤١ وما بعدها من مجموعة الأحكام مجلد ٥٠، مرسياً في عبارة عامة المبدأ التالي : " حق المؤلف في استغلال مصنفه مالياً بأي طريق من طرق الاستغلال يثبت له وحده ، جواز أن يتنازل عن هذا الحق بأن ينقله إلى الغير ليباشر هو هذا الاستغلال بموجب عقد لقاء مقابل مالي ، أثره : للمتنازل إليه حماية هذا الحق ودفع التعرض عنه حتى في مواجهة المؤلف نفسه " .

لا يعرف الفقه الوضعي مصطلح التقوم الذي يقول به ويصطلح عليه الفقه الإسلامي، ولكنه يقول بما يشبهه، وهو الدخول في دائرة التعامل الذي يستنبط مما تنص عليه بعض القوانين الوضعية من نحو قولها : " كل شيء غير خارج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون يصح أن يكون محلاً للحقوق المالية، والأشياء التي تخرج عن التعامل بطبيعتها هي التي لا يستطيع أحد أن يستأثر بحيازتها، وأما الخارجة بحكم القانون فهي التي لا يجيز القانون أن تكون محلاً للحقوق المالية " (م ٨١ مصري، م ٦١ عراقي).

وقد تذهب بعض القوانين إلى تعريف المال بأنه كل حق له قيمة مادية، كما نصت على ذلك المادة ٦٥ مثلاً من القانون العراقي، أو أنه كل عين أو حق له قيمة مادية في التعامل، كما هو نص المادتين (٩٥) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي والمادة ٥٣ من القانون الأردني، فيستنبط من هذا كله أن المال ما له قيمة مادية مطلقاً أي ولو كان غير جائز التعامل فيه، وأن القانون مع ذلك يشترط لكي يصح جعل هذا المال محلاً للحقوق المالية أن يكون داخلاً في دائرة التعامل قانوناً، أي أن يجيز القانون هذا التعامل، وأن الأصل هو أن كل ما يسمى مالاً قابل للتعامل إلا إذا خرج عن ذلك في الحالتين المشار إليهما فيما سبق : فالحالة الأولى أن تكون خارجة بطبيعتها عن التعامل بأن كان لا يستطاع الاستئثار بها من أحد كما هو منطوق النص، وبتعبير آخر أنها تلك " التي يمكن أن ينتفع بها كل الناس بغير أن يحول انتفاعهم دون انتفاع البعض الآخر ، كالهواء والماء الجاري وأشعة الشمس الخ "، والحالة الثانية : أن يمكن الاستئثار بحيازتها ولكن القانون لا يجيز التعامل فيها . وهذه يقرر الفقه أنها على نوعين : الأول : ما يخل بالنظام العام كالمواد المخدرة ، والثاني : الأموال المملوكة للدولة والأشخاص الاعتباريين العامين ، وهي تلك الأموال المخصصة لمنفعة عامة ، ويقصد بذلك ألا تكون صالحة لتقرير حقوق الأفراد.

ويرى بعض الفقه أن الأموال العامة لا محل لوصفها بكونها خارجة عن التعامل؛ لأنها تظل محلاً لحق الدولة، ولأنها من الجهة الأخرى قد تصلح لتكون محلاً لحقوق الأفراد على النحو الذي لا تتعارض فيه مع تخصيصها للمصلحة العامة، مثال ذلك ما تنص عليه المادة ١٠١٥ من التقنين المصري من أنه " يجوز أن يترتب الارتفاق على مال عام إن كان لا يتعارض مع الاستعمال الذي خصص له هذا المال " [١].

ولكن هذا الرأي غير سائد بالرغم من وجاهته؛ ذلك لأن المال العام هو مال جائز التعامل فيه بحسب الأصل، إلا أنه لما كان مرصوداً لمنفعة عامة تعيّن أن يقبل تركيبه على بعض العقود دون بعض، بما يسمى القابلية للتعامل الذي يأتي الحديث عنه لاحقاً، وهذا أمر تشترك فيه غالبية الأموال كما

---

[١] منصور مصطفى، مذكرات في المدخل للعلوم القانونية ، ص ٢٤٣ ، ٢٤٤ .

سنعرف، ولا يمكن القول إنها كلها غير متقومة أو أن التعامل فيها غير جائز، وإنما يظهر وجه اشتراط التقوم في المال الذي لا يجوز التعامل فيه بصفة عامة ولا يقتصر الحظر فيه على حالة أو أحوال مخصوصة، كالشأن في المواد المخدرة مثلاً.

وعلى أية حال فثم قدر من الاشتراك بصفة عامة بين الفقه الوضعي والفقه الإسلامي فيما يقرّره كلاهما من حيث المبدأ من أن من الأموال ما لا يجوز الانتفاع به، غير أنا نلاحظ أن الفقه الوضعي لا يستعمل اصطلاح التقوم، كما أنه لا يجعل التقوم متميزاً عن القابلية للتعامل التي هي أعم منه، وهذا فضلاً عن أن أمر ذي بال لا ينبغي إغفاله هنا، وهو أن الفقه بالشريعة الإسلامية يحتم ضمّ الإثم إلى جانب تقرير بطلان التعاقد على مال غير متقوم، ولا كذلك فقه القانون الوضعي الذي يكتفي بتقرير البطلان فقط.

المطلب الثاني : شرط التقوم في الفقه الإسلامي

٣٧ – مفهوم التقوم وضابطه

يطلق التقوم في الفقه الإسلامي ويراد به أحد معنيين: الأول – وهو الشائع في الاستخدام — ما يباح الانتفاع به شرعاً، وقد درج عليه جمهور الفقه، والثاني: المال المحرز، كالسمك في البحر غير متقوم، وإذا اصطيد صار متقوماً بالإحراز، وهو ما استعمله الفقه الحنفي في بعض ما يقرره وإن كان قد استعمل المعنى الأول أيضًا[١].

وأثر عدم التقوم أنه ينافي ورود العقود من المسلم على المال غير المتقوم — فالبيع والهبة والإجارة والإعارة والرهن والوصية والشركة الخ هي عقود ترد على المال — ويشترط لانعقادها أن يكون المال الذي ترد عليه متقوماً ، أي مباح الانتفاع به شرعاً، فإن لم يكن متقوماً بهذا المعنى بطل العقد.

وليس ثمّ خلاف في ذلك بين الفقهاء من حيث المبدأ؛ لأن الشريعة متى نهت عن شيء فإنه ساقط الحرمة في نظرها فاقد لأي قيمة يمكن أن تكون له، ويجب أن يكون الأمر كذلك بالنسبة إلى كل مسلم[٢]، إلا أن عبارات الفقهاء مختلفة في صياغة هذا الشرط؛ فالفقه الحنفي يستعمل عبارة التقوم

---

[١] تنص المادة ١٢٧ من مجلة الأحكام العدلية على المذهب الحنفي على أن " المال المتقوم يستعمل في معنيين الأول: ما يباح الانتفاع به والثاني بمعنى المال المحرز، فالسمك في البحر غير متقوم وإذا اصطيد صار متقوماً بالإحراز "، وقد أخذ هذا النص من صاحب التلويح؛ حيث قسم التقوم إلى معنيين: المعنى الشرعي وهو جواز الانتفاع الشرعي، والمعنى العرفي، وهو الإحراز .

[٢] جاء في شرح حدود ابن عرفة للرصاع ٢ / ٦٥١ : " إن المعتبر في التقويم إنما هو مراعاة المنفعة التي أذن الشارع فيها ، وما لا يؤذن فيه فلا عبرة به فلا يعتبر قيمته ؛ لأن المعدوم شرعاً كالمعدوم حساً "، وفي الوسيط للغزالي ٣ / ٢٠ وفتح العزيز للرافعي ٤ / ٣٠ ما خلاصته أن المعدوم قسمان

المتقدمة، والفقه الحنبلي ــ على نحو ما رأينا في المبحث السابق ــ يجعل الانتفاع الجائز شرعاً أحد شرطي المال؛ فلا يكون الشيء مالاً في هذا المذهب حتى يكون مما يجوز الانتفاع به في الشريعة، مع شرط الانتفاع به في العادة كالذي مرّ بيانه . وأما المذهبان المالكي والشافعي فينصان على مدلول التقوم الذي قدمناه تحت شرط خاص في المعقود عليه، هو كونه منتفعاً به شرعاً[٣].

وإنما يعرض الخلاف في أمور، منها : هل كل مال متقوم وكل متقوم مال أم لا ؟ فالجمهور كما رأينا من تعريفاتهم للمال يجعلون كل ما هو متقوم مالاً، ولكنهم لا يقولون بالعكس ؛ فمن الممكن أن يكون الشيء مالاً وإن كان محرماً استعماله أو العقد عليه، والحنابلة يقولون ــ وعلى ما نأخذه من تعريفهم للمال ــ بتلازم المالية والتقوم؛ فعندهم كل مال متقوم، وكل متقوم مال، [١]مع مراعاة القيد الذي سلف بيانه في المال، وهو ما يجوز الانتفاع به في غير حاجة أو ضرورة .

ومنها: هل لاعتناق أو عدم اعتناق الإسلام أثر في التقوم أم لا ؟ وبعبارة أخرى: هل ما يعد مالاً متقوماً لدى غير المسلمين يجب على المسلمين في مجموعهم أو على الدولة أن تعتبره مالاً متقوماً فيما بينهم، بحيث تحترم التعاقد عليه فيما بينهم، وتضمّن من أتلفه من المسلمين أو غير المسلمين، أخذاً بكونه كذلك عندهم ؟ أم ينبغي أن يُهدر هذا الاعتبار في النظر الشرعي؛ أخذاً بأن التقوم إنما يُنظر فيه فقط إلى ما ينبغي أن تكون عليه الصورة المثلى في الإسلام ؟

في الفقه الإسلامي اتجاهان متعارضان، والذي عليه الجمهور هو أن العبرة بالنظرة المثلى، فلا يكون للتقوم عند غير المسلمين، ولا لعدم اعتناق أو اعتناق الإسلام أي أثر في ذلك، فيبطل العقد إذا تناول غير المتقوم شرعاً ولو كان بين غير المسلمين إلا إذا لم يظهروه، كما لا يضمنه متلفه مسلماً كان أو غير مسلم، إلا أنه إذا أتلفه مسلم والحال أنهم لم يظهروه أثم المتلف، وإذا غصبه غاصب وأمكن رد عينه وجب ذلك [٢]، وعند **الحنفية وعند المالكية** وجوب عدم التعرض لهم فيما يتعاطونه بينهم من العقود، وإذا أتلفه متلف وجب ضمانه؛ لأنا مأمورون بتركهم وما يدينون، أو لأن ذلك يعتبر عندنا مالاً

المعدوم حقيقة والمعدوم حكماً ، وهو الذي حكم الشارع بعدمه وإن كانت له صورة ووجود في الخارج، وهو ما سقطت منفعته شرعاً وما هي لغرض محرم لا يصلح لغيره فتلك المنفعة المحرمة شرعاً كالمعدوم حساً.

[٣] في الفقه الشافعي : مغني المحتاج ٢ / ٥- ١٦، تحفة الطلاب ص ١٤١ – ١٤٥، قليوبي وعميرة ٢ / ١٥٧، نهاية المحتاج ٣ / ٣٩٥ ، وفي الفقه المالكي : القوانين الفقهية ص ٢٤٥، بداية المجتهد ٢ / ١٢٥-١٢٧ ، ١٦٨ - ١٧١ ، مواهب الجليل ٤ / ٢٦٣ ، جواهر الإكليل ٢ / ١٤٩ ، الشرح الكبير بحاشية الدسوقي ٣ / ١٠، شرح الزرقاني ٥ / ١٦.

[١] قارن في هذا المعنى أبو زهرة ، المرجع السابق ص ٤٩ آخر فقرة ٢، و الزرقاء ، نظرية الالتزام ص ١٣٤ ، وقد تبنيا رأي الجمهور، و ممن فطن إلى خلاف الحنابلة ، د . حسن صلاح الصغير في كتابه " صلاحية المبيع للانتفاع به في الفقه الإسلامي و القانون الوضعي " ص ٤١ .

[٢] نهاية المحتاج ٥ / ١٦٥ ، ١٦٦ ، المغني ٥ / ٢٢٢، ٢٢٣ ، الموسوعة الفقهية مادة خنزير ج ٢٠ ص ٣٢ ، ومادة أشربة ج ص٥ ٢٤ ، ٢٥ .

متقوماً مادام بينهم، [٣] ولعل هذا الخلاف يتخرّج على أصل مختلف فيه في علم أصول الفقه وهو : هل غير المسلمين مخاطبون بفروع الشريعة أم لا ؟[٤].

ومن المختلف فيه أيضاً : الأحوال التي يعد المال فيها متقوماً، والأحوال التي لا يعد فيها كذلك، على النحو الذي نبيّنه أدنى هذا.

٣٨ – معرفة الأحوال التي يكون فيها المال متقوماً والتي لا يكون فيها كذلك

الأصل أن كل ما ينتفع به عادةً مما لا يطرحه الناس هو مال متقوم شرعاً؛ لأن الشريعة الغراء لم تأت للناس بالعنت وإنما جاءت بالإصلاح، قال تعالى: (هو الذي خلق لكم ما في الأرض جميعاً) البقرة :٢٩. وقد استنبط الفقهاء من هذه الآية الكريمة أن الأصل في الأشياء الإباحة.

ومن ثم لا يكون المال غير متقوم إلا إذا كان ثمة دليل من النصوص يقضي بذلك، وإلا كان القول بعدم التقوم تحكماً بغير دليل وافتئاتاً على الشارع الذي إليه يرد أمر الفصل في الحلال والحرام، فينتج من هذا أن المال يكون غير متقوم في حالتين:

الحالة الأولى – إذا ورد نص قاطع في ثبوته ودلالته على عدم جواز الانتفاع بشيء معين، ويلحق بالنص الإجماع على ذلك؛ لأنه لا يكون مستنداً إلا إلى نص . فإذا ورد نص صريح في تحريم الانتفاع بشيء معين أو تحريم أكله أو حرمة بيعه، ولم يكن ثمة خلاف في ثبوت هذا النص بدلالة الإجماع على ثبوته وعلى دلالته القاطعة،كان هذا المال غير متقوم ولم يجز أن يكون محلاً لتصرف مالي . من ذلك ورود نصوص القرآن الكريم في حرمة الميتة والدم والخنزير والخمر والأنصاب وما ذبح على

---

[٣] حاشية ابن عابدين ٥ / ٢٢٨ ، ٢٢٩ ، بدائع الصنائع ٥ / ١٤٣ ، مواهب الجليل ٤ / ٢٥٨ ، ٥ / ٢٨٠ ، الشرح الصغير ٣ / ٢٢ ، ٤ / ٤٧٤ .

[٤] هذه مسألة أصولية وفيها خمسة آراء ، الأول : أنهم مخاطبون بالفروع وبأصل الإيمان كذلك بحيث في الآخرة يحاسبون على الأمرين ، ولكن لا تصح منهم عباداتهم في الدنيا لأن من شرط صحة العبادة الإسلام، هذا هو المشهور في مذهب مالك وأكثر الشافعية ، وهو المذهب عندهم على ما حكاه المتولي والنووي ، واختاره الرازي وأبوحامد الإسفراييني ، وهو الراجح عند الحنفية كأبي زيد الدبوسي والسرخسي وقال صاحب البحر المحيط إن جمهورهم على هذا، لكن يقرون على تعاطي وتبايع الخمر والخنزير لأنا مأمورون بتركهم وما يدينون ، ويشترط الشافعية لإقرارهم ألا يظهروا ذلك ، ويظهر أن الجمهور على هذا الرأي، الثاني : أنهم غير مخاطبين بالفروع وهو قول أبي حنيفة وقول لأبي يوسف وقول المزني من الشافعية ، وحكى صاحب شرح الكوكب المنير أن أكثر الحنفية على هذا القول خلافاً لما ذكره صاحب البحر المحيط الآنف الذكر ، وهو رواية عن أحمد ، وعلى هذا يكون الخمر والخنزير مالاً متقوماً في حقهم ، الثالث : أنهم مخاطبون بالمنهي عنه كتحريم الزنا والخمر والسرقة والربا دون المأمور به كالصلاة ، وهذا رأي قلة من أهل الأصول ، ورواية عن أحمد ، الرابع : أنهم مكلفون بما سوى الجهاد ، الخامس : أنهم مكلفون بالفروع إلا المرتد . انظر فيما تقدم ، البحر المحيط للزركشي ١ / ٣٢٠ – ٣٣٨ ، وقد أطال في ذلك ، شرح الكوكب المنير ١ / ٥٠٠ – ٥٠٤ ، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٣٣١ – ٣٣٢ ، بدائع الصنائع ٧ / ١٤٣ ، حاشية ابن عابدين ٥ / ٢٢٩ ، المبسوط ٩ / ٥٦ ، فتح القدير ١٠ / ٦١ ، ، أحكام القرآن لابن العربي ١ / ٦٤٧، وذكر أنه لا خلاف في مذهب مالك أنهم يخاطبون، مواهب الجليل ١ / ٤٧٠ وفيه أن مخاطبتهم هي المشهور، وكذا ٤ / ٢٥٨ ، نهاية المحتاج ٥ / ١٦٩ ، ١٧٠ ، المجموع ١ / ٥ ، ٢ / ٥٩٦ .

النصب والموقوذة والمتردية والنطيحة وما أكل السبع، [١]الخ . فقد ورد القرآن كله بطريقه التواتر المقطوع به، كما أجمع المجتهدون على أن النصوص التي جاءت بتحريم هذه الأشياء نصوص قطعية الدلالة، ولما كانت العقود وسائل لتحصيل الغايات والمقاصد وليست مقصودة في ذاتها، لزم أن تأخذ حكم الغاية المؤدية إليها في الغالب، ومن المعلوم أن هذه الأشياء تقصد غالباً للتناول المحرم، فلزم من ذلك حرمة إجراء العقود عليها؛ لأن في هذا على حدّ تعبير بعض المعاصرين " حملاً على الانتفاع بها واتخاذها، وفي تحريم إجراء العقود عليها من بيع أو إجارة أو خلاف ذلك إهمال لذكرها، وإبعاد للناس عن مباشرتها "[٢].

إلا أننا نلحظ قلة النصوص القرآنية المقطوع بدلالتها على الحرمة، ومن جهة أخرى نلحظ في الكثرة الكاثرة من الأحاديث النبوية التي وردت في هذا السياق أنها إما ظنية الورود أو ظنية الدلالة أو كلاهما – وهو ما ينقلنا إلى:

الحالة الثانية : ونوجزها في ورود نص غير قطعي الدلالة أو الثبوت قد يدل على عدم جواز الانتفاع بالشيء، وبالتالي قد يقصيه عن دائرة التقوم في نظر بعض المجتهدين دون بعض، أو قد يرد نص مقطوع بدلالته وثبوته، ولكنه إذ يكون كذلك إنما يكون أصلاً عاماً يحتمل الخلاف على اندراج بعض الأشياء تحته، بما يسمى في علم أصول الفقه تحقيق المناط. من ذلك أن الله تعالى يقول : (ويحرم عليهم الخبائث) الأعراف: ١٥٧. فالنص كما نرى مقطوع بوروده ودلالته على تحريم الخبائث، لكن الذي يجري الخلاف فيه هو انطلاق وصف الخبيث على بعض أنواع الحيوان مثلاً، وبيان ذلك أن الفقهاء في تأويل الخبائث على قولين: **الأول** : أنها كل ما حرّمه الشارع، **والثاني**: أنها كل ما حرّمه الشارع وكل ما كان مستقذراً من جهة الطعم، كالعقارب والخنافس والوزع ونحوها، وممن قال بالأول مالك وابن عباس، وممن قال بالثاني الإمام الشافعي، ولهذا كانت دائرة التحريم عنده لبعض أنواع الحيوان أشمل من الدائرة التي اقتصر عليها الإمام مالك[١].

---

[١] المنخنقة هي الشاة تحبس نفسها حتى تموت ، والموقوذة : المضروبة حتى تشرف على الموت ، وقيل المضروبة بعصا أو حجر لا حدّ له فتموت بلا ذكاة ، والمتردية : الساقطة في بئر أو المتهورة من جبل ، والنطيحة هي التي ينطحها غيرها فتموت بالنطح ، والسبع كل ذي ناب وظفر من الحيوان كالأسد والنمر والدب والذئب والثعلب ونحوها وقد خصه البعض بالأسد ويطلق السبع أحياناً على ذوات المخالب من الطير . انظر مثلا البحر المحيط لابن حيان ٤١٠/٣ . والآية هي الرابعة من سورة المائدة .

[٢] د. يوسف القرضاوي ، الحلال والحرام في الإسلام ص ٢٣٢ .

[١] قال الإمام القرطبي في تفسيره ج ٢ ص ٢٠٨ و ج ٧ص ١١٥ و ٣٠٠ ما نصه بتصرف : " والخبائث مختلف في تأويلها ، فقيل هي المحرمات أخذاً من تفسير مالك للطيبات أنها هي المحللات ومن قول ابن عباس : الخبائث هي لحم الخنزير والربا وغيره، وقيل هي المحرمات بالشرع والمتقذرات ، وهو قول الشافعي لأن الطيب عنده هو المستلذ من جهة الطعم ، إلا أن اللفظة عنده ليست على عمومها ، بل يراها مختصة فيما حلله الشرع، لأن عمومها بهذا الوجه يقتضي تحليل الخمر والخنزير ، والناس على هذين القولين . فعلى تأويل الشافعي يحرم أكل الحيوان القذر ، فيحرم العقارب والخنافس والوزع وما جرى هذا المجرى ، وعلى تأويل مالك ، يجوز أكل المتقذرات المذكورة وغيرها " .

ومن ثم يتصور اتساع نطاق البطلان في تقوّم بعض الأموال، ولا أدلّ على هذا من أننا لو بقينا في نطاق المحرمات من الحيوان لكنا بصدد مذهبين متعارضين، مذهب يرمي إلى جواز تناول كل ما لم ينص على تحريمه في القرآن الكريم. ومذهب يرمي إلى تحريم كل ما ورد القرآن أو السنة بالنهي عنه ككل ذي ناب من السبع وكل ذي مخلب من الطير. ثم لو انتقلنا إلى المحرمات من الشراب لوجدنا كذلك مذهبين ظاهري التعارض: مذهب يحصر الخمر المحرّم في عصير العنب فقط، ومذهب يعممه على كل شراب مسكر[٢].

لكننا نلحظ على الحالتين أن النظر الشرعي هو المحك لسبر تقوّم المال، فالمال يكون متقوماً أو غير متقوم إما بنص شرعي وإما بقياس على نص شرعي، وهذا لا يخرج بالاجتهاد عن دائرة الشريعة،كما لا يخرج شارح القانون متى ما اجتهد في بعض نصوصه عن روح القانون.

٣٩ – ضابط آخر : الطهارة

عرفنا أن الضابط المسلم به من الفقه هو ضابط جواز أو عدم جواز الانتفاع بالشيء لإفادة تقوّمه أو عدم تقومه شرعاً، إلا أن ثمة ضابطاً آخر قال به جمهور أهل الفقه، وهو ما إذا كان المال نجساً، فإنهم يحكمون رأساً من هذا أنه لا يكون متقوماً أي جائزاً أن ينتفع به بالعقود وغيرها؛ لهذا شرط أكثرهم بمناسبة الحديث عن شروط البيع – رأس العقود في الفقه الإسلامي – أن يكون المبيع طاهراً، وقد قاسوا ماسوى البيع على البيع، وهم يعتبرون النصوص الواردة في تحريم الخمر والخنزير والميتة والدم مبنية على كونها نجسة، فلأجل هذه العلة فرضوا القول بحرمة الانتفاع بأي نجس بالبيع أو غيره، وبالرغم

---

[٢] انظر في هذا المعنى ابن تيمية : القواعد النورانية الفقهية ص ٢١ – ص ٢٢ وما بعدها ، حيث يقول ما نصه باختصار : " إن أهل المدينة مالكاً وغيره يحرمون من الأشربة كل مسكر وليسوا في الأطعمة كذلك بل الغالب عليهم فيها عدم التحريم فيذبحون الطيور مطلقاً وإن كانت من ذات المخالب ويكرهون كل ذي ناب من السباع وفي تحريمها عن مالك رأيان وكذلك في الحشرات والبغال والحمير الخ . وأهل الكوفة في باب الأشربة مخالفون لأهل المدينة وسائر الناس، ليست الخمر عندهم إلا من العنب ولا يحرمون القليل من المسكر إلا أن يكون خمراً من العنب أو أن يكون من نبيذ التمر أو الزبيب الشيء أو يكون من مطبوخ عصير العنب إذا لم يذهب ثلثاه ، وهم في الأطعمة في غاية التحريم حتى حرموا الخيل والضباب وقيل إن أبا حنيفة يكره الضب والضباع ونحوها " ، ويذهب ابن تيمية إلى أن أهل الحديث يعني أحمد ومن معه وسط بين مذهب العراقيين والحجازيين ، إذ أخذوا في الأشربة بقول أهل المدينة وسائر أهل الأمصار، وأخذوا في الأطعمة بقول أهل الكوفة أي بالحرمة في المذهبين الخ .

ذلك والأحاديث التي وردت بتحريم كل ذي ناب من السباع روى بعضها البخاري (٥٥٣٠) ومسلم (١٩٣٢) وأبو داود (٣٨٠٢) والترمذي (١٤٧٧) والنسائي (٤٣٣٠ و ٤٣٣١) وابن ماجة (٣٢٣٢) من طريقين عن أبي ثعلبة ، وأحاديث النهي عن كل ذي مخلب من الطير منها حديث ابن عباس ، أخرجه مسلم (١٩٣٤) وأبو داود (٣٨٠٣و٣٨٠٥) والنسائي (٤٣٥٤) وابن ماجه (٣٢٣٤) انظر مثلاً ص ٢٣ من الكتاب المشار إليه بتخريج عبد الرؤوف عبد الحنان ، كما أخرجه أحمد في المسند (٣١٤١) أمّا رقم الحديث الذي نهى عن كل ذي ناب من السباع في المسند فهو ١٧٧٥٥ .

من أننا رأينا المذهب الحنفي يضع الضابط الذي أشرنا إليه وهو جواز الانتفاع الشرعي سبيلاً لمعرفة تقوم المال، فإن في بعض نصوص هذا المذهب ما يشير إلى أن تقوم الشيء عنده مبني على شرط الطهارة [١].

ويقودنا هذا إلى ضرورة معرفة الضابط الذي يكون به المال متقوماً: أولا يكفي أن يكون الشيء جائزاً الانتفاع به ليكون مالاً متقوماً شرعاً ؟ أم لا بد في ذلك من ضابط آخر يعمل إلى جانب الانتفاع الجائز شرعاً، هو معيار الطهارة ؟

وإنه لا يمكن القول بأن نجاسة الشيء وعدم جواز الانتفاع به شيء واحد؛ فالذين ذهبوا إلى اعتبار الطهارة وعدمها، إنما رتبوا عليها جواز التعامل في الشيء أو عدم جوازه لا مجرد الانتفاع به؛ إذ مالوا إلى جواز الانتفاع بالشيء النجس في بعض الصور ما عدا البيع ونحوه .

٤٠ – أسباب استبعاد ضابط الطهارة

ونريد أن نبيّن هنا أن معيار الطهارة غير صالح لتحديد طبيعة المال من حيث التقوم وعدمه؛ وذلك لأنه معيار غير منضبط، ومعيار غير كافٍ، ومعيار غير واضح:

أ. فالنجس في تعريف الفقه هو اسم لكل عين مستقذرة شرعاً، أي أنه كل ما حرمه الشارع من جهة أنه لا يجوز الانتفاع به في الأكل أو اللباس ونحو ذلك، ومن هذه الجهة يمكن القول بأن النجاسة المعهودة فقهاً مرادفة للشيء المحّرم التناول. إلا أن النجاسة تتناول بعض وجوه الانتفاع، ولا تمتد لتشملها كلها بالضرورة؛ دليل هذا : أن الفقهاء يجيزون الانتفاع ببعض ما قيل بنجاسته على اختلاف في ذلك، فمثلاً قيل في المذهب المالكي بجواز بيع الزبل وهو فضلة غير مأكول اللحم للضرورة، وفي المذهب أيضاً جواز الاستصباح بالزيت المتنجس دون جواز بيعه[١]، ويرى أهل الظاهر جواز بيع الإنسان بوله وعذرته وما يطرحه [٢]، وأخيراً يرى بعض المالكية والشافعية أن وسيلة الاعتياض عن بعض النجس هي الإذن بالانتفاع به على أن يعطيه المنتفع به ما يرضيه[٣].

---

[١] انظر مثلاً المرغيناني، الهداية شرح بداية المبتدي ٤٦/٣و ٤٧ حيث يقول ولا يجوز بيع شعر الخنزير لأنه نجس العين . ولا بأس ببيع جلود الميته والانتفاع بها بعد الدباغ لأنها قد طهرت بالدباغ ، ولا بأس ببيع عظام الميتة وعصبها وصوفها وقرنها وشعرها ، ووبرها والانتفاع بذلك كله لأنها طاهرة لا يحلها الموت الخ ، والزيلعي ، تبين الحقائق ٣٧٦/٤ و ٣٧٧و ٣٧٨ مثل هذا النص أيضاً – وقد ذكر د .محمد يوسف موسى رحمه الله ، في مؤلفه السابق ص ٢٩٠ فقرة ٣٩٥ أنه لا يوجد عند الأحناف نص في اشتراط طهارة محل العقد أو عدم اشتراطها ولكن يفهم من بعض الفروع والتطبيقات الذهاب إلى هذا الشرط .

[١] انظر الحطاب ، موهب الجليل ٢٥٩/٤ . وكذلك المدونة ٧٧/٧ وسيأتي بيان مذهب الإمام مالك في هذه المسألة بالتفصيل ، وفي الزيت المتنجس يراجع الزرقاني ١٦/٣ ، عليش ٤٥٢/٤ ، بداية المجتهد ٢١٦/٢ .

[٢] ابن حزم ، المحلى ، ٣١/٩ المسألة رقم ١٥٤٥ .

[٣] في حاشية الباجوري على ابن القاسم الغزي (فقه شافعي) ١/ ٣٦٨ عند قول المتن : " ولا يصح بيع عين نجسة " : " ويجوز نقل اليد عن النجس بالدراهم ، وطريقه أن يقول المستحق له : أسقطت حقي من هذا بكذا فيقول الآخر : قبلت " . وفي بلغة السالك للصاوي المالكي بهامش الشرح الصغير ٢٣/٣، ما نصه : "وقول بعض شراح خليل عن بيع الزبل لا يجوز بوجه وإنما يجوز إسقاط الحق فيه للضرورة كلام يضارب بعضه ، لأن حقيقة

ومن ثم فالزعم بأن كل نجس هو غير جائز الانتفاع به مطلقاً ليس إلا زعماً مجانباً للصواب، فينتج منه أن معيار النجاسة أو الطهارة لا يزال معياراً غير منضبط للوفاء بالحالات التي يجوز الانتفاع فيها بالأشياء النجسة، اللهم إلاّ إذا جعلناها مستثناة من القاعدة العامة، مع أننا لو انتقلنا رأساً إلى معيار جواز الانتفاع الشرعي لما احتجنا إلى أي استثناء يذكر.

ب. كذلك فإن معيار الطهارة يبقى غير كافٍ بنفسه في تغطية الحالات التي يكون المحل فيها طاهراً، ومع هذا يبطل العقد بسبب من ورود النص الشرعي بعدم جواز الانتفاع به، من ذلك الذهب والحرير، فإنهما محرمان على الرجال وهما طاهران بلا خلاف، وكالأصنام وقداح الميسر ونحو ذلك، فهذه الأشياء لم يغنِ معيار الطهارة شيئاً في رفع التحريم عنها بالرغم من طهارتها، فلهذا لم يزل محتاجاً إلى ما يكمله، وهو جواز الانتفاع، الذي هو كافٍ بنفسه في إثبات الحل والحرمة ولا يحتاج إلى معيار آخر.

ج. يقرر الفقه ألّا تلازم بين حرمة تناول الشيء وبين جواز التعامل فيه، وتفريعاً على هذا ينص الشافعية ومعهم الأحناف والحنابلة على جواز بيع الفهد للصيد والفيل للقتال والقرد للحراسة والنحل للعسل، والعندليب للأنس بصوته والطاووس للأنس بلونه والعلق لامتصاص الدم. والجامع المشترك في هذه الأشياء هي أنه ينتفع بها [٤].

ويذهب بعض المعاصرين إلى أن اقتناء أي نجس أمر غير جائز، إلا إذا كان ثمة مصلحة شرعية في ذلك، والمصلحة الشرعية في اقتنائه تعني أنه ينتفع به. أما حديث (إن الله إذا حرم عليهم أكل شيء حرم عليهم ثمنه) فيرى صاحب هذا الرأي أن هذا فيما ليس للانتفاع به وجه إلا أكله، وإن نص الحديث (لعن الله اليهود ثلاثاً – إن الله حرم عليهم الشحوم فباعوها وأكلوا أثمانها وإن الله إذا حرم

البيع ما دل على الرضا وإسقاط الحق من ذلك القبيل "، وهذا النص يفهم منه إجازة بعض شراح خليل إسقاط الحق بعوض عن بعض ما يعّد نجساً في المذهب .

[٤] يراجع في ذلك الشربيني ، مغني المحتاج (فقه شافعي) ١٦/٢، والكاساني ، البدائع (فقه حنفي) ١٤٢/٥ وما بعدها – وفيه جواز بيع كل ذي ناب من السباع سوى الخنزير كالكلب والفهد والأسد والنمر والأرنب والهر ونحوها ، وفي القرد روايتان ، صحح الكاساني القول بالمنع ، ويجوز بيع الفيل بالإجماع ، ولا ينعقد بيع الحية والعقرب وجميع هوام الأرض كالوزغة والضب والسلحفاة والقنفذ ونحو ذلك لأنها محرمة الانتفاع بها شرعاً لكونها من الخبائث الخ ،انظر أيضاً البهوتي ، كشاف القناع (فقه حنبلي) ١٧٤/٣ وما بعدها وفيه : يجوز بيع بغل وحمار ودود قز وديدان لصيد السمك وعلق لمص دم وبيع طير لقصد صوته كبلبل وهزار وببغاء ونحوها ويصح بيع نحل منفرداً عن كوارته وسباع بهائم كالفهد، وجوارح طير كصقر وباز يصلحان لصيد ويصح بيع قرد للحفظ لا للعب وكرهه أحمد الخ . ذلك ويشترط الأحناف في النحل أن يباع مع كوارته لا منفرداً ، البدائع ١٤٤/٥ واختلف في دود القز منفرداً وفي بيع الدود ، وروى هشام عن محمد أنه يجوز بيع النحل منفرداً عن كوارته الخ .

عليهم أكل شئ حرم عليهم ثمنه) [١]، يدلّ على أن بيع الشحوم ليس للانتفاع بها وجه إلا في أكلها وهو استعمال محرم، فيجب أن تكون الذريعة إليه وهي البيع محرمة كذلك.

وينتهي هذا الرأي إلى أن مناط صحة البيع وحل ثمن الشيء وجود منفعة معتبرة شرعاً أو عدم وجودها، لا حل أكله أو عدم أكله [٢].

ونحن نرى أن حرمة الأكل أو التناول لا تؤدي إلى حرمة الانتفاع بالشيء إلا إذا غلب استعماله في ذلك، فيحرم العقد عليه سداً للذريعة إلى ذلك الغرض، أما ما تعددت أغراضه ولم يغلب غرض منها على غرض فما ينبغي تحريم العقد عليه لذاته، وإنما للباعث عليه إن وجد، ثم إن ما لا يتصور أكله أو شربه بحسب ما أعدّ له فإنه يجوز التعامل فيه بغض النظر عن نجاسته أو طهارته؛ إذ النجاسة إنما تمنع الأكل أو الشرب فقط، ولكنها لا تمنع الاقتناء أو الانتفاع بالضرورة.

ولما كان لا تلازم بالضرورة بين طهارة الشيء وجواز الانتفاع به، لما أننا رأينا بعض ما قيل بطهارته – كالأصنام ونحوها – محرمة الانتفاع، فكذلك ينبغي ألا يكون ثمة تلازم بين نجاسة الشيء وعدم جواز الانتفاع به.

إلا أن هذا لا يعفينا من أن نتريث عندما نكون بصدد ما قيل بنجاسته ؛ ذلك أنه متى حكم الشارع بأن شيئاً ما هو نجس أو رجس، فإنه يفهم منه أنه لا يجوز الانتفاع به فيما يستعمل فيه بحسب العادة، بل الأصل تحريم الانتفاع به بأي وجه؛ لأن الشارع أطلق التحريم، ولا سبيل إلى تقييد هذا الإطلاق إلا بموافقة منه؛ بيان ذلك أن النجس كما قدمنا هو اسم لكل عين مستقذرة شرعاً، ومن مقتضى ذلك إلزام المكلف استقذارها وذمها أيضاً بالكف عن استعمالها والانتفاع بها، وهذه فائدة النص على أنها نجس أو رجس، ولهذا اتفق الفقه على شرط الطهارة في الجملة؛ وإذن فالنجاسة قرينة على عدم جواز الانتفاع متى ثبتت للشيء، ولكنها قرينة قابلة لإثبات العكس، متى ما وجد وجه جائز للانتفاع لا يشوبه قصد آخر [١]، ويمكن القول على هذا إن ما أجاز الشارع الانتفاع به لا يكون نجساً من هذا الوجه.

---

[١] أخرجه البخاري (٢٢٣٦و٤٦٣٣) ومسلم (١٥٨١) ، كما أخرجه أيضاً أبو داود (٣٤٨٦ و ٣٤٨٨) والترمذي (١٢٩٧)والنسائي (٤٢٦٢و٤٦٧٨) وابن ماجة (٢١٦٧) وهو مروي عن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما ، وأخرجه أحمد في المسند عن ابن عباس (٢٢٢١) وعن أبي هريرة (١٠٥٩٦) .

[٢] د. توفيق رمضان البوطي ، المؤلف السابق ص ٢٧١، ٢٧٢ .

[١] قارن هذا بما قاله الخطاب في مواهبه ج ٤ ص ٢٥٨ : " والدليل على منع بيع النجس على الوجه المذكور – أي ما نجاسته ذاتية – نهى الله تعالى عن أكل المال بالباطل، لأن ما كان كذلك لا تحصل به منفعة للمسلم أو تحصل به منفعة يسيرة فكأنه غير منتفع به أصلاً فأخذ العوض عنه من أكل المال بالباطل المناقض للتجارة " .

فيجب أولاً- أن يثبت أن الشيء نجس، وذلك يتم بالنص الصريح كما في قوله تعالى عن الخنزير : (فإنه رجس) ، الأنعام : ١٤٥ ، أو بالنص على عدم جواز أكله أو تناوله كما في الميتة والدم ولحم الخنزير. الخ أو بالنص على عدم جواز الصلاة متلبساً به في البدن أو الثوب. الخ.

ويجب ثانياً- ألا يثبت أن لذلك الشيء وجهاً جائزاً للاستعمال، كما سنرى في الزيت والثوب المتنجسين والكلب المأذون في اتخاذه وغير ذلك مما نعرض له.

وأخيراً - يجب ألا تكون إحدى منافعه المقصودة في الغالب محرمة هي التي لأجلها قيل بنجاسته، وذلك ينقلنا إلى نظرية الباعث.

وفي جميع الأحوال فإن طهارة الشيء تبقى مفتقرة إلى شرط جواز الانتفاع الشرعي به، كما أن نجاسة الشيء لا تعمل عملها في تحريم الانتفاع به إلا بمراعاة القيود السابقة، مع أننا لو اعتبرنا مدى جواز هذا الانتفاع في الشرع لكان هذا كافياً للقول بالحل أو بالحرمة، ولكان معياراً صالحاً أيضاً للقول بما إذا كان هذا المال متقوماً أو غير متقوم، ولا بأس في أثناء النظر من أخذ عامل النجاسة في الحسبان وفقاً لما ما أسلفنا.

الفرع الثاني

شرط التقوم في قانون المعاملات المدنية الإماراتي

وحيث بالنظر إلى تشعب تطبيقات شرط التقوم، فإنه يلزم أن نفرد لها مطلباً يخصها، إلى جانب المطلب الذي نخصصه لمفهوم الشرط نفسه وضابطه في القانون الذي نعنيه.

المطلب الأول

مفهوم شرط التقوم وضابطه في القانون الإماراتي

٤١ – التقوم بمعنى جواز الانتفاع الشرعي – عدم الأخذ بضابط الطهارة

تنص المادة (٩٦) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي على ما يلي " المال قد يكون متقوماً أو غير متقوم، والمال المتقوم هو ما يباح للمسلم الانتفاع به شرعاً ، وغير المتقوم هو ما لا يباح الانتفاع به شرعاً "، كما تنص المادة (٢٠٠) من ذات القانون على ما يلي: "

١) في التصرفات المالية يشترط أن يكون المحل مالاً متقوماً.

٢) ويصح أن يكون عيناً أو منفعة أو أي حق مالي آخر كما يصح أن يكون عملاً أو امتناعاً عن عمل " .

ويبين مما سلف الآتي :

أولاً – أن قانوننا قد تبنى ضابط المال المتقوم بمعنى إباحة الانتفاع به شرعاً كالمتفق عليه في الفقه الإسلامي، والتفت هنا عن الاستخدام الثاني لمعنى التقوم وهو الإحراز كالذي عليه الفقه الحنفي في بعض ما يستعمله إلى جانب المعنى الأول الشائع ، كما يتضح من صريح نص المادة (٩٦) المتقدمة[١].

ثانياً – أنه وإن نص على أن المتقوم هو ما يباح للمسلم الانتفاع به شرعاً، وغير المتقوم ما لا يكون كذلك، إلا أنه لم يهدر ما يتعامل فيه غير المسلمين فيما بينهم مما لا يعد متقوماً في الشريعة؛ ذلك أن المذكرة الإيضاحية للقانون قد أشارت في تقرير الأخذ بهذه المادة إلى مراجع الفقه الحنفي، وقد مر بنا أن هذا المذهب يأخذ في الاعتبار أموال غير المسلمين مطلقاً ولو غير متقومة، كما أن المذهب المالكي الذي له صدارة التطبيق في الدولة هو على هذا النهج كذلك، ومن ثم فإن صياغة هذه المادة بهذا الشكل توهم أن القانون كذلك مطلقاً، وعكس هذا هو الصحيح لما مرّ.

ثالثاً – أهدر القانون معيار الطهارة الذي قال به الجمهور؛ فلم يضمّنه شيئاً من نصوصه، وكأنه اعتبر أن المعيار الأساس الذي يتعين الأخذ به والتعويل عليه في النهاية هو معيار التقوم أو معيار جواز الانتفاع الشرعي، وعليه فكلما كنا بصدد ما قيل بنجاسته في الفقه الإسلامي، وأردنا تعرّف

---

[١] إن المادة ٩٦ من قانوننا تقابل المواد ٥٣ و ٥٤ و ٥٥ من القانون الأردني و ٨١ من القانون المصري و ٨٣ من القانون السوري و ٦١ من القانون العراقي – وقد أخذت كما تصرح المذكرة الإيضاحية (ص٧٢) من المدخل للشيخ مصطفى الزرقاء ١٤٣/٣ وهي تقابل الصفحات ١٣٣إلى ١٣٨ من الجزء الثالث من الطبعة التي اعتمدنا عليها في هذا الكتاب الذي خصصه مؤلفه لنظرية الالتزام ، كما تراجع المواد ٣٠٢، و٢٦٣– ٢٦٦ من مرشد الحيران .

حكمه من حيث صحة أو بطلان إجراء العقد عليه في قانوننا، كنا بإزاء ضابطين قد يقع بينهما تعارض :

الضابط الأول: وهو ضابط الاعتماد على المذهبين المالكي والحنبلي عند عدم وجود نص في المسألة، فإن لم يوجد فمن مذهبي الشافعي وأبي حنيفة حسبما تقتضيه المصلحة، وهذا ضابط عام كما سبق أن أشرنا، وفيه وجوب الأخذ قبل كل شيء بما يقرره مذهبا مالك وأحمد: وهما يشترطان طهارة المعقود عليه على وجه لا لبس فيه ولا شك، ويجب بناءً على نص المادة الأولى من القانون متى ما وجد نص من هذين المذهبين على حكم المسألة تقديمهما على مذهبي الشافعي وأبي حنيفة، وإذا كان مذهب الشافعية متسقاً مع مذهبي مالك وأحمد في اشتراط طهارة المقصود عليه صراحة، فإن أبا حنيفة لا يقول بهذا الشرط صراحة، كما أنه قد أجاز ــ بناءً على ضابط جواز الانتفاع الشرعي ــ كثيراً من وجوه التعامل في النجاسات الجائزة الاستعمال وفقاً لما يلي، فيقتضي الضابط المتقدم ترجيح مذهبي مالك وأحمد، على مذهب أبي حنيفة في خصوص هذه المسألة وغيرها مما لم يرد فيه نص.

والضابط الثاني: هو ما سبق أن أشرنا إليه من أن معيار تقوم المال هو مدى جواز الانتفاع به شرعاً، تبعاً لنص المادة (٩٦) من قانون المعاملات المدنية التي أخذته عن المذهب الحنفي كما أسلفنا، وهذا ضابط أخص من الأول .

ومن المتصور أن يقع الخلف والتعارض بين هذين الضابطين إذا ورد كلاهما على مال نجس يجوز الانتفاع به في بعض الوجوه، فعلى موجب الضابط الأول يكون بيعه وإجارته ونحو ذلك باطلاً لإخلاله بشرط الطهارة الذي وضعته المذاهب الثلاثة عدا مذهب أبي حنيفة، وعلى موجب الضابط الثاني يكون بيعه وإجراء كافة العقود عليه جائزاً تبعاً لجواز الانتفاع به.

ونحن نرجح الضابط الثاني لما يلي : –

أولاً : لأن الخاص مقدم على العام، وهذه قاعدة أصولية مسلّم بها فقهاً، كما هي مسلّم بها في قانوننا الذي تنص المادة الثانية منه على أنه : " يُرجع في فهم النص وتفسيره وتأويله إلى قواعد وأصول الفقه الإسلامي " . فإذا كان الضابط الأول عاماً في تقديم مذهبي مالك وأحمد عند خلوّ القانون من حكم المسألة ، فإن الثاني خاص في الاعتداد بمعيار جواز الانتفاع الشرعي وحده، والخاص يُقدم على العام .

وثانياً : لأن محل تطبيق نص المادة الأولى من القانون إنما هو حيث لا يوجد نص على حكم المسألة، وفي خصوص المال المتقوم وغير المتقوم فقد وجد نص يقضي بالاعتداد بجواز الانتفاع الشرعي به

– وهو نص المادة (٩٦) المتقدمة – ويترتب على ذلك الاعتماد على هذا المعيار وحده في جواز إيراد مختلف العقود على المال أو عدمه على حسب الأحوال .

٤٢ – الأحوال التي يكون فيها المال متقوماً والتي لا يكون فيها كذلك

عرفنا مما تقدم لا سيما من المادة (٩٦) أن المعتبر للتقوم هو إباحة الانتفاع المنصوص عليه في الشريعة الإسلامية؛ فالشريعة الإسلامية هي المحك لسبر تقوم المال، أي مدى جواز التعامل فيه والتوسل إليه بالعقود المختلفة، وإذا كان الأمر كذلك كنا بصدد أشياء مجمع على تحريم الانتفاع بها وأشياء مختلف فيها ، وفي هذا يتصور فرضان :

الأول – أن يكون الشيء متفقاً على نجاسته، وعندئذٍ ننظر هل ثم خلاف في جواز الانتفاع به أم لا ؟ فإذا كان ثمة خلاف أخذنا بالمذهبين المالكي والحنبلي ثم بالمذهبين الشافعي والحنبلي حسب المصلحة كما تقضي بذلك المادة الأولى من القانون، وإذا أدى البحث بحسب ذلك إلى الجواز، قلنا بجواز العقد تبعاً لذلك، اللهم إلا إذا كان الإجماع قد انعقد على عدم قابليته للتعامل، فيكون الإبطال بدلالة الإجماع، وإنما صرنا للرأي المتقدم؛ لأنه لا يمكن في ظل هذا القانون أن يكون الشيء جائز الانتفاع به، ثم يكون التعاقد عليه باطلاً حتى ولو كان نجساً إلا للإجماع على المنع كما مرّ، على أنه إن كان يجوز الانتفاع بالشيء النجس في وجه دون وجه نظرنا في العلة الباعثة عليه أو التي تغلب عليه وانتقلنا إلى نظرية الباعث.

والفرض الثاني– أن يكون الشيء متفقاً على طهارته، فننظر كذلك إلى مدى جواز الانتفاع به أو عدم جوازه، ونعمل ما تقدم من القواعد، ولا نلتفت إلى طهارة الشيء لنبني عليها القول بالجواز، كما لا نلتفت إلى نجاسة الشيء لنبني عليها القول بالمنع ، وهذا الفرض أيسر من الأول.

والمادة الأولى وإن رسمت للقاضي بعض ما يستهدي به، إلا أنها أفسحت له في الاجتهاد ليحدّ بصره ويعمل قريحته فيما لم يرد فيه نص في القانون، وإذا كان كذلك كنا بصدد أمور متفق عليها في فقه الشريعة لا يجوز لأحد إهدارها باجتهاده الخاص، وأمور يسوغ الاجتهاد فيها، وهي التي لم يرد فيها إجماع؛ لكون النصوص الشرعية الموجهة بها ظنية الورود أو ظنية الدلالة أو إياهما معاً، كما مر مفصّلاً.

المطلب الثاني

تطبيق فكرة التقوم الواردة قانوناً على بعض الأشياء

نعرض فيما يلى لأهم النتائج العملية المترتبة على استبعاد الأخذ بمعيار الطهارة والأخذ بمعيار جواز الانتفاع الشرعي وحده في قانوننا، وذلك من واقع الخلاف الفقهي السائد بين الفقهاء في بعض المسائل التي لها مساس بحياتنا المعاصرة.

٤٣ – أولاً : أجزاء الميتة – أبرز الصور المختلف فيها

أجمع الفقهاء على تحريم بيع الميتة، [١] واختلفوا في جواز الانتفاع بشحمها، وفي جواز بيع جلدها وشعرها والأجزاء الصلبة منها كالعظام والسن على نحو ما يلي :

أ – شحم الميتة: ورد في شحم الميتة حديث جابر المروي في الصحيحين أن النبي صلى الله عليه وسلم قال يوم الفتح : " إن الله حرم بيع الخمر والأنصاب والميتة والخنزير، فقال بعض الناس كيف ترى في شحوم الميتة يدهن بها السفن والجلود ويستصبح بها الناس ؟ فقال: لا هي حرام. ثم قال عند ذلك: قاتل الله اليهود، إن الله لما حرّم عليهم الشحوم جملوه فباعوه وأكلوا ثمنه ".

وقد اختلف الفقهاء في بيان المراد من قوله عليه الصلاة والسلام: لا، هو حرام، فذهب جمهورهم إلى أن المقصود حرمة الانتفاع به مطلقاً، فلا ينتفع من الميتة بشيء إلا ما خص بالدليل وهو الجلد المدبوغ، وذهب الشافعي ومن تبعه إلى أن المقصود إنما هو حرمة البيع، وعليه فلا يحرم الانتفاع بشحم الميتة، وإنما يحرم البيع فقط، ودليل ذلك فيما يبدو بقية الحديث، والأحناف مع الجمهور في هذا [٢].

فهل يشكل ما تقدم على معيار الانتفاع الشرعي الجائز ؟

الحق أنه لا إشكال إلا على مذهب الشافعي الذي يجيز استعمال شحم الميتة في غير البيع، وهو مذهب مرجوح؛ لأن الحديث وارد في النهي عن بيع شحوم الميتة، وهذا كافٍ في ترتيب القول بعدم تقومه؛ إذ التقوّم إنما هو لأجل إجازة العقد على المال لا لتقرير مصلحة نظرية صرفة.

وبالرغم من أن لشحوم الميتة استعمالات ذكرها من سأل الرسول صلى الله عليه وسلم، فإن هذه الاستعمالات بعيدة، والذي يكون الأقرب إلى المتبادر هو استعمالها للأكل، ولهذا منع العقد عليها سدّاً للذريعة، ويكفي تصريح الحديث بهذا ، فيكون نزاع الإمام الشافعي في غير محله لما يفضي إليه من

---

[١] الإجماع لابن المنذر ص ١٢٨ .

[٢] الإمام ابن حجر ، فتح الباري بشرح صحيح البخاري ، ١١٤٠/١ شرح الحديث رقم ٢٢٣٦ وهو حديث جابر المذكور في المتن .

نتائج غير مستقيمة مع المنطق، إذ ما دام قد حُرّم بيع الشيء فمن الطبيعي أن يكون أثر هذا النهي ألا يجوز اقتناؤه، لأن البيوع وغيرها من العقود إنما شرعت لتحصيل منافع للأشياء، وليست هي غاية بنفسها[١].

ب – جلد الميتة: اخلف الفقهاء في بيع جلد الميتة، تبعاً لاختلافهم في مدى طهارته بالدباغ أو بغيره، فأما في خصوص طهارته فقد انقسم الفقه إلى ثلاثة آراء:

الأول ــ طهارته مطلقاً ولو لم يدبغ، هذا رأي الإمام الزهري [٢]، وهو وجه شاذ في المذهب الشافعي[٣].

الثاني ــ طهارته بالدباغ، هذا مذهب الجمهور، إلا أن هذا الفريق انقسموا بعد ذلك في استثناء أو عدم استثناء ما لا يطهر بذلك، فقال الظاهرية [٤] وسحنون [٥] وابن عبدالحكم [٦]من المالكية وهو رواية عن أبي يوسف صاحب أبي حنيفة [٧]: أنه يطهر بذلك مطلقاً، ولو كلباً أو خنزيراً.

---

[١] مما قيل في هذا الصدد ، قول الزرقاني في شرح خليل ٢/٥ في أول باب البيع : " وحكمة مشروعيته – أي البيع – التوصل إلى ما في يد الغير على وجه الرضا الخ " . وفي المغني لابن قدامة ٣/٤ أول كتاب البيوع : " والحكمة تقتضيه لأن حاجة الإنسان تتعلق بما في يد صاحبه وصاحبه لا يبذله بغير عوض ففي شرع البيع وتجويزه شرع طريق إلى وصول كل واحد فيها إلى غرضه ودفع حاجته " . ومن المعلوم في الفقه الإسلامي أن عقد البيع هو الأصل – أي النظرية العامة في العقود بتعبيرنا .

[٢] محمد بن مسلم بن عبد الله بن شهاب الزهري القرشي ، أبو بكر ، تابعي من أكابرهم حافظ محدث ثقة ، من فقهاء المدينة المنورة السبعة المشهورين ، هو أول من دون الحديث ، أخذ عنه مالك وغيره ، ولد بالمدينة سنة ٥٨ هـ ، وتوفي بشغْب آخر حد الحجاز وأول حد فلسطين سنة ١٢٤ هـ (الأعلام ٧ / ٩٧) .

[٣] المجموع للنووي ١ / ٢٦٨ ، وقد بالغ في إنكار ذلك وبيان شذوذه .

[٤] المحلى ٩ / ٣٢ ، المسألة (١٥٤٩) وعبارة ابن حزم : " بيع جلود الميتات كلها حلال إذا دبغت وكذلك جلد الخنزير "

[٥] عبد السلام بن سعيد بن حبيب التنوخي الملقب بسحنون ، أبو سعيد ، مؤلف المدونة عمدة المذهب المالكي أخذها عن ابن القاسم عن الإمام مالك ، إمام جليل من كبار أئمة المالكية ، زاهد ، ولد بالقيروان مدينة بتونس سنة ١٦٠ هـ ، وولي قضاء القيروان ، وهو من نشر مذهب مالك بالمغرب ، سمع من ابن القاسم كما مر ومن ابن وهب وأشهب ، توفي سنة ٢٤٠ هـ بالقيروان (الديباج المذهب ص ٢٦٣ – ٢٦٨ ، رقم ١٦٠ ، شذرات الذهب ٢ / ٩٤ ، وفيات الأعيان ٢ / ٨٦ –٨٧ رقم ٣٨٢ ، ترتيب المدارك ١ / ٣٣٩ – ٣٦٣ وقد أطال في ترجمته ، الأعلام ٤ / ٥ ، معجم المؤلفين ٥ / ٢٢٤) .

[٦] عبد الله بن عبد الحكم بن أعين ، أبو محمد ، من كبار المالكية وأعلامهم ، مؤرخ ، قال ابن عبد البر كان ثقة متحققاً بمذهب مالك . ولد ابن عبد الحكم بالإسكندرية سنة ١٥٥ هـ كما ذكر عياض ، وقال الزركلي تبعاً لبعض الأقوال : سنة ١٥٠ هـ ، سمع من مالك والليث بن سعد وسفيان بن عيينة وابن لهيعة وعبد الرزاق وابن القاسم وابن وهب ، وأفضت إليه رئاسة المذهب المالكي بعد وفاة أشهب ، وروى عنه جماعة منهم ابن المواز ، من تآليفه المختصر الكبير والأوسط والصغير ، والأموال ، كتاب القضايا ، كتاب المناسك الخ ، توفي بمصر سنة ٢١٤ هـ ، وذكر ابن عبد البر أنه توفي سنة ٢١٠ هـ (ترتيب المدارك ١ / ٣٠٤ ، ٣٠٦ ، الديباج المذهب ص ٣٣٠ رقم ٥٣٣ ، شجرة النور الزكية ١ / ٥٩ ، الأعلام ٤ / ٩٥ ، معجم المؤلفين ٦ / ٦٧ ، شذرات الذهب ٢ / ٣٤) .

[٧] يعقوب بن إبراهيم بن حبيب الأنصاري الكوفي البغدادي ، أبو يوسف ، صاحب أبي حنيفة وتلميذه وأول من نشر مذهبه ، كان فقيهاً علامة من حفاظ الحديث ، ولد بالكوفة سنة ١١٣ هـ وتفقه بالحديث والرواية ثم لزم أباحنيفة فغلب عليه الرأي وولي القضاء ببغداد أيام المهدي والهادي والرشيد ومات ببغداد سنة ١٨٢ هـ، من كتبه الخراج ، الآثار ، النوادر ، اختلاف الأمصار ، أدب القاضي ، الأمالي ، الرد على مالك بن أنس (الأعلام ٨ / ١٩٣ ، شذرات الذهب ١ / ٢٩٨ ، تذكرة الحفاظ ١ / ٢١٤ ، ٢١٥ رقم ٢٧٣ ، الفوائد البهية ص ٣٧٢ – ٣٧٣ رقم ٥٠٤) .

وقال الحنفية في المعتمد لديهم [١] وابن وهب[٢] من أصحاب مالك : يطهر كل شيء بالدباغ ما عدا الخنزير.

وقال الشافعية[٣] وهو رواية عن أحمد [٤]: يطهر بالدباغ كل شيء ما عدا الخنزير والكلب.

وقال الأوزاعي[٥] وابن المبارك[٦] وأبوثور [٧] وإسحق بن راهويه[٨] : كل شيء يطهر به عدا مأكول اللحم [٩].

الثالث _ عدم طهارته بالدباغ، نص على ذلك مالك [١٠] وهو المشهور عن أحمد [١١]، ونقل نحوه عن الشافعي [١٢]، إلا أن مالكاً يجيز استعماله في اليابسات دون المائعات ما عدا الماء فيجوز استعماله فيه ما لم يتغير، كما تجوز الصلاة فيه لا عليه [١٣].

---

[١] بدائع الصنائع ٥ / ١٤٢ ، حاشية ابن عابدين ٥ / ٧٣ ، وفيه أيضاً عدم جواز التطهير بالدباغ في جلد الإنسان والحية الصغيرة والخنزير .

[٢] عبد الله بن وهب بن مسلم القرشي مولاهم ، أبو محمد ، حافظ محدث ثقة ، من أكابر المالكية ، ولد بمصر سنة ١١٥ هـ ، وصحب مالكاً عشرين سنة ، وروى عنه وعن الليث والثوري وابن عيينة وابن جريج وعبد العزيز بن الماجشون ، وروى عنه أصبغ وبنو عبد الحكم وغيرهم ، توفي سنة ١٩٧ هـ بمصر ، تآليفه خدمت المذهب ، منها الجامع في الحديث ، الموطأ الكبير ، الموطأ الصغير ، تفسير القرآن (ترتيب المدارك ١ / ٢٤٣ – ٣٤٧ ، شجرة النور الزكية ١ / ٥٨ ، معجم المؤلفين ٦ / ١٦٢ ، الأعلام ٤ / ١٤٤) .

[٣] المجموع ١ / ٢٦٨ ، مغني المحتاج ١١٧/١ .

[٤] المغني ١ / ٥٦ .

[٥] عبد الرحمن بن عمرو بن يحمد الأوزاعي ، أبو عمر فقيه الديار الشامية ، إمام محدث ثقة ، له مذهب في الفقه قليل الأتباع ، ولد ببعلبك سنة ٨٨ هـ ، وتوفي ببيروت سنة ١٥٧ هـ (الأعلام ٣ / ٣٢٠ ، شذرات الذهب ١ / ٢٤١) .

[٦] عبد الله بن المبارك بن واضح الحنظلي مولاهم التميمي المروزي التركي الأب الخوارزمي الأم ، أبو عبد الرحمن ، من أئمة الإسلام ، حافظ فقيه أصولي ومفسر لغوي مؤرخ ، كما اشتهر بالزهد والجهاد والتجارة وكثرة الرحلات ، حتى قال الزركلي : أفنى عمره في الأسفار حاجاً ومجاهداً ومعتمراً ، ولد بمرو فيما يظهر من النسبة إليها وذلك سنة ١١٨ هـ ، ولقي مالكاً وأخذ عنه ، وتوفي سنة ١٨١ هـ بمدينة هيت ، بلدة على الفرات فوق الأنبار عقب انصرافه من غزو الروم ، من مؤلفاته الجهاد ، الزهد ، السنن في الفقه ، كتاب التفسير (طبقات ابن سعد ٧ / ١٧٨ – ١٧٩ ، رقم ٣٦٣١ ، الأعلام ٤ / ١١٥ ، تذكرة الحفاظ ١ / ٢٠١ – ٢٠٤ رقم ٢٦٠ ، شذرات الذهب ١ / ٢٩٥ ، تهذيب الأسماء واللغات ١ / ٢٨٥- ٢٨٧ ، الديباج المذهب ص ٢١٢ ، ٢١٣ رقم ٢٦١ ، شجرة النور الزكية ١/ ٥٧ ، معجم المؤلفين ٦ / ١٠٦) .

[٧] إبراهيم بن خالد بن أبي اليمان الكلبي البغدادي ، أبو ثور ، فقيه حافظ من أئمة الشافعية ، صحب الإمام الشافعي ، مات ببغداد سنة ٢٤٠ هـ (تذكرة الحفاظ ٢ / ٧٤ رقم ٥٢٨ ، الأعلام ١ / ٣٧ ، شذرات الذهب ٢ / ٩٣) .

[٨] إسحاق بن إبراهيم بن مخلد الحنظلي التميمي المروزي ، أبو يعقوب بن راهويه ، عالم خراسان في عصره ومن كبار حفاظ الحديث وأئمته ، ولد بمرو سنة ١٦١ هـ وقيل في التي قبلها وقيل غير ذلك ، ورحل في طلب الحديث ، وكان له مناظرات مع الشافعي في بيوت مكة ، توفي بنيسابور على أقوال أشهرها سنة ٢٣٨ هـ ، من كتبه المسند ، والتفسير (تذكرة الحفاظ ٢ / ١٧ ، ١٨ ، رقم ٤٤٠ ، شذرات الذهب ٢ / ٨٩ ، وفيات الأعيان ١ / ١٠٨ ، ١٠٩ ، رقم ٨٥ ، الأعلام ١ / ٢٩٢ ، معجم المؤلفين ٢/ ٢٢٨).

[٩] انظر المجموع ١ / ٢٧٠ وما بعدها ، شرح صحيح مسلم للنووي ، ص ٤٠٦ ، الاستذكار ٥ / ٥٣٠ وما بعدها ، نيل الأوطار ١ / ٧٧ ، ٧٨ .

[١٠] القرطبي ، الجامع الأحكام القرآن ج٢ ص ٢١٨ و ٢١٩ .

[١١] المغني ٥٥/١- ٥٩ ، الاستذكار ٥ / ٥٣٤ وقال ابن عبد البر إن أحمد شذ هنا .

ومما سبق يفهم أن جواز بيع الجلد إذا دبغ هو مذهب الجمهور[١]؛ إذ عامة الفقهاء يتجهون للقول بطهارة الجلد بالدباغ كما تقدم .

وقد احتجوا للأمرين بحديث " أيما إهاب قد دبغ فقد طهر " [٢]، وبحديث البخاري ومسلم عن ابن عباس قال: " تُصدق على مولاة لميمونة بشاة فماتت فمرّها رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال: هلا أخذتم إهابها فدبغتموه فانتفعتم به ؟ فقالوا إنها ميتة، قال: إنما حرم أكلها ، وفي لفظ آخر قال : يطهرها الماء والقرظ" [٣].

أما من قال : لا يجوز، ومنهم _كما سبق _ مالك وأحمد في المشهور عنهما، فقد احتجوا لذلك بأن جلد الميتة جزء منها، وبأن أحمد وداود رويا بإسنادهما أن النبي صلى الله عليه وسلم كتب إلى جُهينة " إني كنت رخصت لكم في جلود الميتة فإذا جاءكم كتابي هذا فلا تنتفعوا من الميتة بإهاب ولا

تابع هوامش الصفحة السابقة

[١٢] مغني المحتاج ١١٧/١ وفيه : " أن الجلد النجس بالموت ولو من غير مأكول يطهر بدبغه ولو بإلقاء الدابغ عليه بنحو ريح أو إلقائه على الدابغ ، وكذا باطنه على المشهور وهو ما لم يلاق الدابغ " .

[١٣] الشرح الصغير ٢٣/٣ .

هوامش الصفحة الحالية

[١] نيل الأوطار ١ / ٧٨ ، ٧٩ ، وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ١٥٧/١، رمضان البوطي، المؤلف السابق ص ٢٨٦ .

[٢] رواه بهذا اللفظ عن ابن عباس النسائي (٤٢٤٧) ، وابن ماجة (٣٦٠٩) ، والترمذي (١٧٢٨)، وصححه، ورواه مسلم بلفظ : " إذا دُبغ الإهاب فقد طُهر " (٣٦٦) ،كما رواه أبو داود بهذا اللفظ أيضاً (٤١٢٣) .

[٣] الحديث هو في البخاري (١٤٨٢، ٢٢٢١ ، ٥٥٣١ ، ٥٥٣٢) وفي مسلم (٣٦٣ ، ٣٦٥) وقد رواه أبو داود (٤١٢٠)، أما لفظ يطهرها بالماء والقرظ، فرواه أبو داود (٤١٢٦) عن العالية بنت سبيع، وصححه الألباني (ص ٤٥٠ من سنن أبي داود) .

عصب " [٤]، كما روى أبو بكر الشافعي بإسناد حسن إلى أبي الزبير عن جابر أنه قال صلى الله عليه وسلم " لا تنتفعوا من الميتة بشيء "[١].

والأرجح طبقاً لمعيارنا أنه فيما عدا جلد الخنزير النجس العين- كما سيأتي- يجوز الانتفاع بجلود الميتة المدبوغة مطلقاً، وذلك لصحة وعموم حديث أيما إهاب قد دبغ فقد طهر، فقد رواه مسلم فهو صحيح، ثم هو عام في إباحة كل ما لم يرد نص بمنعه من الجلود، ولم يرد ما يخصص هذا العموم إلا جلد الخنزير فهو حجة ، وأقوى منه وأصح حديث ميمونة المشار إليه، فقد رواه البخاري فهو أصح من حديث مسلم، ثم هو أقوى منه لأنه ورد في شاة ميتة أجاز الحديث الانتفاع بجلدها بعد دبغها، فهو نص في المسألة. أما حديث لا تنتفعوا من الميتة بشيء، وكذا الحديث الذي فيه لا تنتفعوا من الميتة بإهاب ولا عصب فإننا بناءً على الحديثين المتقدمين وجمعاً بين الأدلة نراهما مقيدين بما لم يدبغ، لا سيما وأن اسم الإهاب في اللغة خاص بالجلد الذي لم يكن كذلك، وهو ما ذكره أئمة اللغة [٢]، وأيضاً فإن هذين الحديثين عامان وحديث ميمونة خاص، والخاص مقدم على العام[٣].

ولا يشكل على ما تقدم استلزام الدباغ، فالحق أن الدباغ إنما هو لأجل تهيئة الجلد للانتفاع به في الجلوس والنوم والصلاة وغير ذلك، وطهارة الجلد به إنما هي صلاحه للانتفاع به فيما ذكر.

---

[٤] رواه أبو داود (٤١٢٧ ، ٤١٢٨) والترمذي (١٧٢٩) والنسائي (٤٠٧٩) وأحمد في مسنده (٨٦٨٤ ، ١٨٦٨٦ ، ١٨٦٨٧ ، ١٨٦٨٨) قال ابن حجر : رواه الشافعي والبخاري في تاريخه والدارقطني والبيهقي وابن حبان عن عبد الله بن عكيم، ثم ذكر ممن رواه ابن عدي والطبراني ، وقد روي بروايات مختلفة منها أن ذلك قبل موته صلى الله عليه وسلم بشهر أو شهرين كما روي عن مشيخة جهينة من طريق عبد الله بن عكيم نفسه ، ولم يكن له صحبة ، وعلى كل حال فقد حسنه الترمذي ، وقال هو والخلال إن أحمد كان يذهب إليه ويقول : هذا آخر الأمر ثم تركه لما اضطربوا في إسناده على نحو ما تقدم، كما صححه ابن حبان فيما يبدو من كلامه، وقال صاحب المغني إنه مروي بإسناد جيد ، وقد أعله البيهقي والخطابي والماوردي بالإرسال، وضعفه بعضهم من جهة الاضطراب كما سبق ، وقيل فيه بالانقطاع أيضاً ما بين أحد رواته وهو عبد الرحمن بن أبي ليلى وعبد الله بن عكيم وهذا منتهى ما ذهب إليه ابن حجر وتابعه عليه الشوكاني والصنعاني ورشيد رضا في تعليقه على المغني ، أما الألباني فصححه وانتصر لذلك، وجعل المنقطع هو الرواية التي فيها أن ذلك قبل موته بشهر أو شهرين، وخلاصة ما قال أن الانقطاع مدفوع بالرواية الأخرى التي رواها أبو داود موصولة، وأن ثم طريقين أخريين موصولتين رجالهما ثقات عن أشياخ من جهينة، وذكر أن أشياخ جهينة لا تضر جهالتهم لأنهم صحابة. ونختار صحة هذا الحديث لما ذكره الألباني، ولأن الترمذي وابن حبان وصاحب المغني صححوه، ولأن أحمد كان قد صححه كذلك (انظر في جميع ما سبق غير السنن والمسند ، المغني ١ / ٥٦ ، تلخيص الحبير ١ / ٢٠٠ ، ٢٠١ ، نيل الأوطار ١ / ٦٣ ، سبل السلام ١ / ٣٦، شرح معاني الآثار ١ / ٤٦٨، إرواء الغليل ١ / ٧٦ - ٧٩) .

[١] قال في المغني ٥٦/١: وإسناده حسن ، وفي تلخيص الحبير ١ / ٢٠١ : رواه الشافعي في فوائده من طريق أخرى، ثم نقل قول صاحب المغني السابق البيان، أقول: ولم أر هذا الحديث في هذين الكتابين ، إلا أن من طرق حديث عبد الله بن عكيم السالف ذكره رواية أخرى بذات اللفظ الذي ورد به الحديث الذي نحن الآن بصدد تخريجه . انظر المراجع السابقة.

[٢] أي لم يدبغ ، ففي لسان العرب : الإهاب الجلد من البقر والغنم والوحش ما لم يدبغ ١/ ٢١٧ ، وكذا في القاموس ٣٩/١ . ويراجع سنن أبي داود ص ٤٥٠، وقد جاء في تلخيص الحبير ١ / ٢٠٢ أن الجلد بعد الدباغ لا يسمى إهاباً بل شناً أو قربة ، وأن الذين حملوه على ذلك ابن عبد البر والبيهقي ، ونقل المؤلف ذلك عن النضر بن شميل، وذكر أن الجوهري قد جزم به، كما ذكر الجمع على هذه الطريقة المتقدمة عن ابن شاهين في الناسخ والمنسوخ ، وهذا الذي تقدم نقله الشوكاني أيضاً في نيل الأوطار ١ / ٧٨، يراجع أيضاً الاستذكار ٥ / ٥٣٦ .

[٣] نيل الأوطار ١ / ٧٨ .

ج- شعر الميتة: شعر الميتة مختلف في جواز بيعه والتصرف فيه على قولين، **قول** بجوازه اعتباراً بطهارته، إذ لا حياة فيه ولا دم يسرى إليه، ويستدل الحنابلة على الخصوص بحديث ضعيف رواه الدار قطني أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : " لا بأس بمسك الميتة إذا دبغ وصوفها وشعرها إذا غسل " [٤]وهو رأي الجمهور عدا الشافعية، **وقول** يتجه إلى عدم الجواز، لأن شعر الميتة من أجزائها فتلتحق بها في الحكم، وهو قول الشافعية[٥].

د- الأجزاء الصلبة للميتة والتي لا دم فيها: اختلف الفقهاء أيضاً في الأجزاء الصلبة التي لا دم فيها من الميتة، كالسنّ والعظم والحافر والمنقار والظلف والعصب والريش والقرن، وهم في ذلك على قولين أيضاً:

القول الأول: أن هذه الأجزاء كلها نجسة تبعاً للميتة، فلا يجوز الانتفاع بها بالبيع أو بغيره. وهو قول الجمهور والقول المشهور لمالك [١].

والثاني: أن هذه الأجزاء طاهرة ليست بنجسة، هذا هو مذهب الأحناف [٢]، وهو الرأي المقابل للمشهور في مذهب الإمام مالك اعتماداً على أنه لا حياة فيها؛ إذ الميتة من الحيوان شرعاً اسم لما زالت حياته لا بصنع إنسان أو بصنع غير مشروع، ولا حياة في هذه الأشياء فلا تكون ميتة، ولأن نجاسة الميتات لما فيها من الدماء السائلة والرطوبات النجسة ولم توجد في هذه الأشياء [٣]. والمعيار في ذلك أن هذه الأجزاء لا يسري فيها الدم من الحيوان.

وقيّد الحنفية هذا القول بما يلي:

أ - ألا يكون في العظم دسم (ودك)، فإنه إذا كان ذلك كذلك كان نجساً من الميتة فإذا زال عنه العظم زال عنه النجس.

---

[٤] قال الإمام ابن حجر (بتصرف) : " أخرجه الدارقطني بسنده عن أم سلمة رضي الله عنه بلفظ " لا بأس بمسك الميتة إذا دبغ، لا بأس بصوفها و شعورها و قرونها إذا غُسل بالماء "، وفيه يوسف بن السفر، و هو متروك "،كذا في الدراية ١/ ٥٧-٥٨، مشار إليه في موسوعة ابن حجر الحديثية ١/ ١٥٩.

[٥] يراجع الشرح الصغير ١/ ٤٩، ٥٠، بداية المجتهد ١/٧٦ ، المغني ١/ ٥٢، ٧٢،٧٤،٧٩ مغني المحتاج ١/ ٧٨ - البدائع ٦٣/١، أحكام القرآن للجصاص الحنفي ١٤٩/١، ويرى البوطي أن الشعر نامٍ وهو من أظهر خصائص الحياة، وهذا يشعر باتجاهه إلى رأي الشافعية، يراجع أيضاً وهبة الزحيلي، المرجع السابق ١٥٧/١، توفيق رمضان البوطي، المؤلف السابق ص ٢٨٧ .

[١] يراجع الشرح الصغير ٤٩/١ ، ٥٠ ، بداية المجتهد ١/ ٧٦ .

[٢] البدائع ٥ / ١٤٢، أحكام القرآن للجصاص الحنفي ١٤٩/١ .

[٣] البدائع ٦٣/١، مواهب الجليل ٢٦١/٤ وهبة الزحيلي ، المرجع السابق ، ١٤١/١.

ب – ألا تكون هذه الأشياء جزءاً من الخنزير لأنه نجس العين [٤] ولما كان الأحناف قد قالوا بطهارة هذه الأشياء فإنه يجوز إجراء العقود عليها تبعاً لهذا الأصل متى كان يمكن الانتفاع بها [٥].

ونرى أن المعوّل عليه ليس هو الطهارة فحسب، وإنما هو مدى إمكان الانتفاع بهذه الأجزاء، ولا ريب أن هذا ممكن جداً؛ إذ يمكن الاستفادة من ناب الفيل مثلاً في صنع كثير من المنتوجات، وقس على ذلك الريش والقرن والعظم والسن، ثم لا يمكن تصور أن تؤكل هذه الأشياء مثلاً حتى بفرض القول بأنها نجسة، فلهذا نراها أموالاً متقومة .

٤٤ – ثانياً : الدم

لا خلاف في أنه لا يجوز بيع الدم أياً كان مصدره أو التجارة والارتزاق به؛ لقوله تعالى :(إنما حرم عليكم الميتة والدم) البقرة : ١٧٣، وقوله تعالى : (قل لا أجد فيما أوحى إليّ محرماً على طاعم يطعمه إلا أن يكون ميتة أو دماً مسفوحاً) الأنعام: ١٤٥ وقوله تعالى (حرمت عليكم الميتة والدم) المائدة : ٣، ولما صح عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن ثمن الدم[١].

ولكن البحث إنما يثور في جواز بيع الدم البشري المعبأ في أكياس خاصة لاستخدامه في عمليات نقل الدم لإنقاذ المريض أو علاجه، وهو ما نتطرق إليه فيما يلي.

٤٥ – بيع الدم للأغراض الطبية

---

[٤] حاشية ابن عابدين ٢٠٦/١ وما بعدها و ٥ / ٧٣ ، البدائع ٥ / ١٤٢ ، وهبة الزحيلي ١٤١/١ المرجع السابق ، تبيين الحقائق ٣٧٧/٤ ، ٣٧٨ .

[٥] على أن أبا حنيفة ومالكاً يذهبان إلى تأثير ذكاة الحيوان في طهارة جميع أجزائه من جلد أو غيره، فتجعلها طاهرة جائزاً بيعها والوضوء فيها دون اشتراط أن يدبغ الجلد مثلاً، وهذا الرأي عندهما مقيد بشرط ألا يكون الحيوان المذكى هو الخنزير ، إذ لا تعمل فيه الذكاة شيئاً، ويختلف مالك عن أبي حنيفة في أن اللحم يكون عند الأول مكروهاً فحسب، أي يجوز أكل الحيوان المذكى من سبع أو كلب أو غيرهما بكراهة، بينما يذهب أبو حنيفة إلى أن اللحم يكون محرماً ، وإنما تؤثر الذكاة في طهارة أجزاء الحيوان عدا ما استثنى منها فلا يحتاج إلى ذكاة لأنه طاهر بنفسه كالشعر والقرن والحافر والعظم ، انظر رحمة الأمة ص ٣٥،٣٦ . ويذهب الشافعي وأحمد إلى أن الذكاة لا تعمل شيئاً فيما لا يؤكل ، فإذا ذكيت صارت ميتة . المرجع السابق ص ٣٥ و ٣٦ .

ويلاحظ أن مالكاً رحمه الله قد توسع في جواز أكل السباع والكلاب وغيرها كما توسع في طهارتها ، وفقاً لما بيناه في هامش سابق، ومع هذا فالمشهور من مذهبه أن أجزاء الميتة الصلبة لا سيما ناب الفيل تعتبر نجسة فلا يجوز بيعها ، مستدلاً بما تقدم ، وقد ذهب ابن رشد في بداية المجتهد ١٢٩/٢ وهو مالكي المذهب إلى أن سبب الخلاف في ناب الفيل هو التردد بين أن يكون ناباً أو يكون قرناً ونص عبارته (واختلفوا فيما يتخذ من أنياب الفيل لاختلافهم هل هو نجس أم لا ؟ فمن رأى أنه ناب جعله ميتة ، ومن رأى أنه قرن معكوس جعل حكمه حكم القرن ، والخلاف فيه في المذهب .)

[١] رواه البخاري (٢١٢٣) باب ثمن الكلب من كتاب البيوع .

يذهب المجمع الفقهي في دورته الرابعة المنعقدة في جدة (القرار رقم ٢٦ في الفترة من ٦-١١-١٩٨٨-٢) إلى أنه لا يجوز أن يكون عضو من أعضاء جسم الإنسان محلاً لعقد بيع، وقد عرف العضو بأنه أي جزء من الإنسان، من أنسجة وخلايا ودماء ونحوها، وسواء كان متصلاً به أو منفصلاً عنه[٢].

وأكثر الفقه الإسلامي المعاصر وإن أجاز عمليات نقل الدم للأغراض الطبية، بل وأوجبه في حالات الضرورة القصوى، قد مال بالرغم من ذلك إلى حرمة بيع هذا الدم لأربعة اعتبارات: **(الأول)** نجاسة الدم المجمع عليها **(الثاني)** الإجماع على حرمة بيعه **(الثالث)** أن الجسم عضو من أعضاء الإنسان، ولا يجوز أن يخضع جسد الإنسان للبيع بحال ما، اعتباراً لآدميته **(الرابع)** أن الإنسان نفسه لا يملك أن يبيع شيئاً من أعضاء جسده، لأن الإنسان ملك لله عز وجل وليس للإنسان في هذا الجسد ملك ولا ولاية، فيكون بيعه شيئاً من جسده بيعاً غير جائز شرعاً [٣].

أما هبة الدم فقد أجازها هؤلاء الفقهاء، وأجازها قرار المجمع الفقهي المشار إليه بقوله: "يجوز نقل العضو من جسم إنسان إلى جسم إنسان آخر إن كان هذا العضو يتجدد تلقائياً كالدم والجلد، ويراعى في ذلك اشتراط كون الباذل كامل الأهلية وتحقق الشروط الشرعية المعتبرة "[١]، وهذا الرأي قد خلا من الشروط التي وضعتها لجنة الفتوى بالأزهر الشريف ودار الإفتاء المصرية؛ فقد اشترطت لجنة الفتوى بالأزهر أن يتوقف شفاء من يحتاجه أو إنقاذ حياته على نقل الدم، أو أن تتوقف سلامة العضو أو قيامه بوظائفه على ذلك[٢]، و نحو هذا صدر عن دار الإفتاء المصرية، مع إضافة ألا يوجد من المباح ما يقوم مقام نقل الدم فيما تقدم [٣]، وهذه الشروط لا تجد تفسيرها إلا في قواعد الضرورة [٤].

وبإزاء ما تقدم نلاحظ ثلاثة اتجاهات مخالفة للاتجاه السائد في الفقه الإسلامي المعاصر :

---

[٢] قرارات المجمع الفقهي ، ص ٥٧ –٦٠ ، مجلة المجمع ، العدد الرابع ج١ ص ٨٩ .

[٣] انظر على سبيل المثال ، توفيق رمضان البوطي ، المؤلف السابق ص ٢٥٢ وص ٢٨٣ ، وطه محمد إبراهيم سيد أحمد ، مشروعية محل الالتزام بين الشريعة والقانون ص ٩٦ و ١٩٧ وقد نقل عن ص ٢٣٨ و٢٣٩ من كتاب قضايا معاصرة للإمام الأكبر المرحوم الشيخ جاد الحق على جاد الحق ، وعن جريدة أخبار اليوم تاريخ ١٩٩٧/٥/٢ وجريدة الأهرام تاريخ ١٩٧٩/٥/٤ بيان مجمع البحوث الإسلامية ودار الإفتاء وعصمت الله عناية الله محمد ، الانتفاع بأجزاء الآدمي ص ١٥٩-ص١٦٤ .

[١] قرارات المجمع الفقهي ، ص ٥٧ –٦٠ ، مجلة المجمع ، العدد الرابع ج١ ص ٨٩ .

[٢] مجلة الأزهر مجلد ٢٠ ص ٧٤٣ ، الفتوى رقم ٤٩٢ ، برئاسة شيخ الأزهر عبد المجيد سليم .

[٣] دار الإفتاء المصرية برئاسة الشيخ حسن مأمون، ذو الحجة سنة ١٣٧٨ هـ ، الفتاوى الإسلامية ٧ / ٢٤٩٥ .مذكور في كتاب الصغير السالف الذكر هامش ص ٢٥٥ ، وفي كتاب الموقف الفقهي والأخلاقي من قضية زرع الأعضاء للدكتور محمد علي البار ص ٢٧٨ ، وقد نشرها كاملة . وجاء في فتوى الشيخ جاد الحق علي جاد الحق شيخ الأزهر السابق أيام تولى منصب المفتي برقم ١٣٢٣ وتاريخ ٥ / ١ / ١٤٠٠ هـ الموافق ٥ / ١٢ / ١٩٧٩ م أنه : " يحرم اقتضاء مقابل للعضو المنقول أو جزئه ، كما يحرم اقتضاء مقابل للدم لأن بيع الآدمي الحر باطل شرعاً لكرامته "، مشار إلى هذه الفتوى في المرجع الآنف الذكر ص ١٨٩ .

[٤] طه محمد إبراهيم ، المؤلف السابق ص ١٩٦ و ١٩٨ ، الصغير ، المؤلف السابق ص ٢٥٥ .

الاتجاه الأول : وهو جواز بيع الدم إذا خرج من جسم الشخص؛ لأن الفقهاء قديماً إنما أجمعوا على حرمة بيعه لعدم المنفعة فيه، أو لأن المنفعة التي يحققها محرمة في زمانهم، وما عرفوا فوائد عمليات نقل الدم الإنساني بمثل ما عرفه أهل عصرنا هذا ، وإلا لجرى بينهم من الخلاف في بيعه مثلما جرى في بيع لبن المرأة[٥].

وقد أخذ بهذا الرأي قلة من الفقهاء [٦].

والاتجاه الثاني : ويذهب إلى أن بذل الدم الإنساني يمكن أن يقابل بالجعالة، سواءً أكان المريض هو الملتزم بها أم غيره. وحجته أن الدم غير قابل للبيع لأنه متفق على عدم ماليته ونجاسته، ثم هو لا ينقاس على اللبن لأنه من مقومات الجسم ويجب أن يبقى في جسم صاحبه ليقوم بوظائفه الحيوية وفي خروجه إيذاء للجسم عادة، وأما اللبن فهو من مفرزات الجسم وفي بقائه فيه إيذاء له، فالقياس مع الفارق، كما أن الدم الإنساني غير قابل للهبة أيضاً، إما لعدم ماليته كما عند الحنابلة والأحناف[١]، وإما لنجاسته التي تمنع الهبة أسوةً بالبيع كما في المذهب الشافعي[٢]، وإما لكونه غير مملوك من الواهب كما يقرر المذهب المالكي، والدم ليس مملوكاً للواهب[٣].

ثم إن الدم الإنساني غير قابل للإجارة؛ لأنه غير منضبط فلا يصح فيه الأجر، فلا يبقى إلا أن يكون جواز بذله مخرجاً على عقد الجعالة، ومما يستأنس لهذا النظر ما قرره بعض المالكية من أن الأصل في الطب الجعالة [٤]، وما نص عليه بعض الشافعية من أنه لا يشترط في الجاعل كونه مالكاً[٥].

---

[٥] محل الخلاف في بيع لبن المرأة إذا كان منفصلاً بعد حلبه ، فأما إذا كان متصلاً ببدن المرأة فإن ذلك جائز إجماعاً، وتفصيل الخلاف في هذه المسألة انحلاله إلى رأيين مهمين ، والثالث لا أهمية له لأنه يقوم على تخصيص لبن الأمة بجواز البيع دون الحرة وهو رأي أبي يوسف ووجه للحنابلة ، الرأي الأول : ويقضي بمنع بيع لبن المرأة وهو للحنفية ، وحجته أنه ليس بمال عرفاً ولأنه جزء مكرم من الآدمي فلا يبتذل ببيع ولا شراء وإنما أبيح الانتفاع به لضرورة تغذية الطفل فقط فلا يجوز أن يعدى به موضع الحاجة ، الرأي الثاني : ويذهب إلى الجواز وهو رأي جمهور الفقهاء ، لعموم النصوص المجيزة للبيع في الجملة ، وعدم النص على التحريم ، وقياساً على جواز استرضاع المرأة وعلى جواز بيع لبن الغنم بجامع كونهما لبناً، طاهرًا منتفعاً به . انظر فيما تقدم البدائع ١٤٥،/٥ قواعد ابن رجب قاعدة رقم ١٤٢ ص ٣١٣، المجموع شرح المهذب للنووي ٣٠٤،٣٠٥/٩ ،شرح فتح القدير لابن الهمام الحنفي ٣٨٩/٦ ، المحلى ٣١/٩.

[٦] من هؤلاء د / علي داود الجفال في رسالته عن موقف الشريعة الإسلامية من العمليات الطبية المعاصرة ص ٢١ ، نقلاً عن الدكتور الصغير في كتابه السالف الذكر عن صلاحية المبيع للانتفاع به ، هامش ص ٢٥٧ ،و د/ محمد نعيم ياسين ، بيع الأعضاء الآدمية ، بحث بمجلة الحقوق الكويتية عدد (١) ، مارس ١٩٨٧ ص ٢٥٩. و هنا يقرر عصمت في مؤلفه السابق ص ٢١٦ أن تجويز الانتفاع به للضرورة أو القول بعدم ماليته دعوى لا برهان لها ، لأنه لو صح هذا لوجب الاكتفاء بالألبان الصناعية المعروفة اليوم والتي لم تكن كذلك فيما مضى .

[١] يشترط الحنابلة والحنفية في الموهوب أن يكون مالاً ، كذا في البدائع ١١٩/٦ ، وكشاف القناع ٤/ ٢٩١ .

[٢] يقرر الشافعية أن ما جاز بيعه جازت هبته و أن كل ما لا يجوز بيعه .. فلا تجوز هبته ، كذا في مغني المحتاج (٣٩٩/٢)

[٣] يشترط المالكية أن يكون الموهوب مملوكاً ، كذا في القوانين الفقهية ص ٣١٤ و ٣١٥.

[٤] شرح الخرشي على خليل ٧ / ٦١ وفيه : " نص سحنون على أن الأصل في مداواة المريض الجعالة " .

[٥] مغني المحتاج ٤٢٩/٢ .

وهذا الرأي أخذت به قلة من الفقهاء أقل من سابقتها [٦] تخلصاً من القول بجواز البيع المجمع على حرمته شرعاً، وتشجيعاً ـ من جهة أخرى ـ على التبرع بالدم، وهو غير مسلّم؛ لأن الدم هو المقصود من العقد لا عمل صاحبه، فحكم التعاقد – وهو ثبوت ملكية الدم لمن أخذه بعوض – إنما يظهر فيه على الخصوص، لذلك فإنه هو المحل في هذا العقد، خصوصاً وأن الدم لا يملكه طالبه أو من طلب له، وهذا كله بخلاف ما تقرره الجعالة؛ فإن المقصود فيها أداء خدمة معينة هي التي تبرر إعطاء الجعل في مقابلها ، فكان محلها العمل، لهذا ألحقها الفقهاء بالإجارة على الأعمال كما منعها الحنفية لجهالة العمل المؤدية إلى جهالة الأجرة[٧].

والاتجاه الثالث : ويذهب إلى إجازة أخذ المكافأة أو الهدية على سبيل التعويض عن الدم المفقود[٨]، ومن هؤلاء من يشترط أن يكون الأخذ بعد التبرع لا قبله، وألا يشترط قدراً معيناً، وإلا كان بيعاً [١]. ولم يجزم المجمع الفقهي في قراره المتقدم بما يجيز أو يمنع التبرع في هذه الحالة[٢]، وإن كان المجمع الفقهي الآخر التابع لرابطة العام الإسلامي قد أجاز ذلك صراحة [٣].

وقد أخذ على هذا الرأي أنه كالبيع ، وأنه سيفتح المجال للتحايل على تقاضي ثمن للدم تحت ذريعة الهدية أو المكافأة [٤].

٤٦ – رأينا

---

[٦] من هؤلاء د / محمد توفيق رمضان البوطي في كتابه السالف الذكر ، ص ٢٨٤ حيث يقول : " وبناءً على ذلك فإنه يمكن أن يعتبر إسعاف مريض بدم ملائم على جعالة أمرًا مشروعاً سواءً التزم بالجعالة المريض أم غيره، ومن الممكن إجراء الاستحسان في استحقاق الجعالة عند إسعاف المريض بدم ينقذ حياته ، أي بناءً على قواعد المذهب الحنفي حيث منعوا صحة الجعالة إلا في ردّ الآبق استحساناً " .

[٧] لأن الأجر يقابل العمل . انظر في هذا الشأن الدر المختار ص ٥٩٠ للحصكفي (فقه حنفي) وكذا حاشية ابن عابدين التي هي شرحه ج ٦ ص ٩٥ حيث يقول الحصكفي : " من دلني على كذا فله كذا فهو باطل ولا أجر لمن دلّه إلا إذا عين الموضع " كذلك يراجع ، د/ الصديق محمد الأمين الضرير ، الغرر وأثره في العقود في الفقه الإسلامي ص ٤٩١ ولابن عابدين رحمه الله تفصيل جيد في هذا الشأن يراجع في نفس الموضع السابق .

[٨] من هؤلاء الشيخ عبدالله المشد ، و د / خالد الجميلي في بحثه عن أحكام الخصيتين و المبيضين المقدم للمجمع الفقهي بجدة ، الدورة السادسة ، ١٤١٠هـ ، ١٩٩٠م .

[١] الباحث أسامة عبد السميع في رسالته للماجستير عن مدى مشروعية التصرف في جسم الآدي في ضوء الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي ص ١٢٤، ٢١٩، و قد اشترط هذا الأخير أن يكون الأخذ بعد التبرع لا قبله، و ألا يشترط قدراً معيناً، و إلا كان بيعاً، الصغير، المصدر السابق، هامش ص ٢٥٧ .

[٢] القرار رقم ٢٦(٤/١) ص ٦٠ من قرارات المجمع الفقهي، حيث قال إنها محل بحث و نظر .

[٣] الدورة الحادية عشرة في ١٣ – ٢٠ رجب سنة ١٤٠٩ هـ ، ١٩ – ٢٦ فبراير ١٩٨٩ ونصها بعد ذكر حرمة البيع : " ولا مانع من إعطاء المال على سبيل الهبة أو المكافأة تشجيعاً على القيام بهذا العمل الإنساني الخيري لأنه يكون من باب التبرعات لا من باب المعاوضات " . مشار إلى ذلك في كتاب الدكتور محمد علي البار السالف الذكر ص ١٨٩ .

[٤] الصغير ، المصدر السابق ، ص ٢٥٨.

ونرى أن نقل الدم تبرعاً جائز إذا ما روعيت الضوابط الطبية بناءً على قانون الضرورة، بل إنه قد يكون واجباً في الحالات التي لا يوجد فيها إلا هذا الدم، مع خطورة الانتظار – في سبيل البحث عن دم آخر – على حياة المريض.

أما في خصوص البيع وما إليه، فيجب قبل ترجيح الرأي الذي نراه صواباً في هذه المسألة أن نستظهر فيما بين أيدينا الحقائق التالية:

أ. أن الإجماع منعقد على نجاسة الدم وعلى عدم ماليته وعدم جواز بيعه، بالنظر لورود النهي القرآني بذلك، وللنص على أنه رجس.

ب. أن الإجماع منعقد أيضاً على أن الآدمي مكرم، وأن كل أجزائه ينبغي أن تكون مثله في هذا التكريم.

ج. أنه ينبغي ملاحظة أن بعض من يقدم دمه إلى الجهات الطبية إنما يفعل ذلك بدافع الجشع والطمع في المال، غير ملاحظ قانون الضرورة ولا حدودها.

د. أن الدم جزء من أجزاء الإنسان، الذي هو ملك لله عز وجل، فلا يجوز التصرف فيه إلا وفقاً لما شرعه الله تبارك وتعالى، ولا يقال هنا إن لبن المرأة يمكن أن ينقاس عليه؛ لأنه معدّ لانتفاع الغير به، بخلاف الدم الذي هيأه الله عز وجل لينتفع به صاحبه نفسه لا لينفع به الغير.

هـ. أن ثمة إشكاليات عديدة تنتاب بيع الدم، منها مثلاً أنه لو تعاقد شخص مع هيئة طبية أو مع شخص آخر على بيع جزء من دمه وهو لم يخرج بعد، فمقتضى البيع ثبوت الملك، وما دام في جسد صاحبه فكيف يثبت ملك شخصٍ ما لجزء من دم إنسان آخر لم يزل فيه ؟ ومقتضى البيع كذلك حق المشتري في جبر البائع على تسليم المبيع، والقول بإجباره هنا على تسليم جزء من دمه فيه عدوان صارخ على حق لصيق من حقوق الإنسان، بل عدوان على حق الله تعالى. فالغرر الناشئ عن القدرة على التسليم، والمساس بقاعدة من قواعد النظام العام تحدان صداهما في خصوص بيع الدم، وإذا انضاف إلى هذا خطورة نقل الدم في بعض الأحيان لعدم احتمال الجسم له، كان هذا وجهاً من وجوه الحظر كذلك.

و. على ضوء هذه الحقائق يمكن أن نقول إن الانتفاع بالدم في هذه الأحوال وأمثالها عن طرق البيع غير جائز . غير أنه إذا خرج الدم من جسد صاحبه وأصبح معباً في الأكياس المعدة للانتفاع به طبياً ، فما الذي يمنع من بيعه هنا مع جواز الانتفاع به في هذه الصورة بالاتفاق ؟[١].

نرى أن الدم هنا قد تحقق فيه وصفان جعلاه صالحاً للانتفاع به، الأول أنه انفصل من جسد صاحبه، فلم يعد ملكاً له، ولم يعد سائغاً القول بأن في إجباره على تسليمه عدواناً عليه أو أن الغرر يتخلله، والثاني: أنه بوضعه في الأكياس المعدة لاستعماله قد أصبح مهيئاً للانتفاع المشروع به.

ذلك ويمكن تخريج القول بالجواز على الآتي :

أ. أن الدم المنهي عن ثمنه الوارد في الحديث الشريف بصيغة العموم مخصوص بحالة الضرورة في كتاب الله عز وجل حيث قال جل شأنه : " فمن اضطر غير باغٍ ولا عاد فلا إثم عليه " البقرة : ١٧٣، والضرورة هي التي يندفع بها خطر الهلاك، ولا شك أن استعمال الدم للأغراض الطبية ينطبق على قانون الضرورة لأنه يعمل على دفع خطر الهلاك ما أمكن، ولما كان ذلك لا يحصل إلا إذا كثر فإن في إجازة بيعه على هذا الوجه تشجيعاً على تكثيره وإفشائه، فهو بهذه المثابة عنصر من عناصر الضرورة المشار إليها.

ب. أن أهل الظاهر ذهبوا إلى أن ما يطرحه الناس من بول وعُذرة ونحو ذلك مما ينتفع به يجوز بيعه [٢].ولا شك أن حفظ الدم في أكياسه بالشروط الطبية المتفق عليها مما ينتفع به .كما قد ذهب المالكية إلى جواز التعاقد على بعض ما هو نجس في المذهب كالزبل وما في معناه، وأيضاً فإن الحنفية أجازوا التعامل في بعض النجاسات عندهم، كخثاء البقر ونحوه مما ينتفع به [١].

---

[١] قارن القانون المصري رقم ١٨٧ لسنة ١٩٦٠ الذي تضمن أن أحد مصادر الحصول على الدم من البشر يكون عن طريق الشراء وحسب تسعيرة محددة هي ٥٠ قرشاً للقنينة الواحدة .

[٢] يذهب ابن حزم إلى جواز التعامل فيما يطرحه الناس من الشعر والعذرة والبول للصِباغ ، وحجته أن هذه الأشياء مما يطرحه الناس ولا يمنع منه أحد ، وما دام يجوز تملكها ، فإنه يجوز بيعها (المحلى ٣١/٩ مسألة رقم ١٥٤٥) وواضح من هذا الرأي انطلاقه من أن الأصل في أعضاء جسم الإنسان تحريم التعامل فيها بأي وجه من وجوه التعامل ، إلا أنه يجعل ما يطرحه الناس – مما يزهدون فيه ولا يتعلقون به كالشعر وما إليه – محلاً للعقود المالية بكافة أنواعها معاوضةً كانت أم تبرعاً ، وأساس ذلك أنه ما دامت هذه الأشياء مما يجوز تملكها وتحصيل المنفعة فيها فإنه يجوز بيعها ولو كانت نجسة . هذا في رأينا تحصيل مذهب ابن حزم .

[١] جاء في البدائع على سبل المثال ١٤٤/٥ : ويجوز بيع السرقين والبعر لأنه مباح الانتفاع به شرعاً على الإطلاق فكان مالاً ، ولا ينعقد بيع العذرة الخالصة لأنه لا يباح الانتفاع بها بحال فلا تكون مالاً إلا إذا كان مخلوطاً بالتراب والتراب غالب فيجوز بيعه لأنه يجوز الانتفاع به ، وروي عن أبي حنيفة رضي الله عنه أنه قال : كل شيء أفسده الحرام والغالب عليه الحلال فلا بأس ببيعه الخ . وهذا مع أن أغلب الفقه الحنفي على نجاسة السرقين والبعر ، ففي البدائع أيضاً (٦١/١و٦٢) ما ملخصه : لا خلاف في أن بول كل مالاً يؤكل لحمه نجس واختلف في بول ما يؤكل لحمه قال أبو حنيفة وأبو يوسف : نجس ، وقال محمد : طاهر . وأما الأرواث فكلها نجسة عند عامة العلماء وقال زفر : روث ما يؤكل لحمه طاهر .. وهو قول مالك ولنا أن معنى النجاسة موجود فيها وهو الاستقذار في الطباع السليمة لاستحالتها إلى نتن وخبث رائحة مع إمكان التحرز عنه ، فكانت نجسة الخ .أما في المذهب المالكي، فيراجع على سبيل المثال مواهب الجليل ٢٥٩/٤و ٢٦٠ و٢٦١ .

ج. أن الفقهاء منعوا التعامل في النجس لأن نجاسته مفضية إلى عدم وجود وجه للانتفاع به انتفاعاً مشروعاً، فإذا وجدت منفعة مشروعه فيه، وكان لا يتصور أن ينتفع به في غيرها كما هو الشأن في أكياس الدم الإنساني التي توضع في بنوك الدم وفي المستشفيات وغيرها من الهيئات الطبية، فإن القول بجواز بيعه سائغ في هذه الحالة.

د. من نافلة القول أن نقرر أن من دواعي إجازة بيع الدم الحاجة إلى تنظيم الانتفاع المشروع به عن طريق قيام هيئات معنوية تدير شؤونه وتصرف من ثمنه على موظفيها وعلى ما تحتاج إليه من مرافق.

ومن هذا يتضح أن بيع الدم لا يتصور أن يجري إلا بين الأشخاص المعنويين كبنوك الدم والمستشفيات في الخارج والداخل، ولا يتصور أن يتم ذلك عن طريق الأفراد، لما في ذلك من المحاذير التي تحفّ به والتي سبق أن بيّناها.

ولما كان الغرض من وراء قيام بنوك الدم شريفاً فلهذا لا تجوز المغالاة في ثمن الدم، كما لا يجوز لمستشفى خاص على سبيل المثال أن يستغل حاجة المريض إليه فيبيعه إياه، فمثل هذه الاتفاقات ينبغي المصير إلى بطلانها على أساس من مخالفتها لقواعد النظام العام والآداب، وقد يُردّ التحريم إلى الأصل المتفق عليه من عدم قابلية الدم ليكون محلاً للعقود؛ لأن خروجه عن هذا الأصل إنما كان وفقاً لمعايير أو قيود معينة تضمن الانتفاع به على الوجه المشروع، فما لم ينضبط بهذه القيود أو المعايير يبقى على أصل التحريم.

٤٧ – ثالثاً : شعر الخنزير وجلده إذا دبغ

قرر الفقهاء بلاخلاف أن الخنزير نجس العين، لورود الآيات الكثيرة من القرآن الكريم القاطعة في دلالاتها على حرمة لحم الخنزير وما يترتب عليه ذلك من حرمة تداوله بالبيع أو بغيره من العقود، وقد سقنا بعضاً من هذه الآيات الكريمة من قبل، كما أجمعوا بخاصة على أن بيع الخنزير وشراءه حرام[٢].

ولكن القول مع هذا يدقّ في حكم التعامل في شعر الخنزير وجلده إذا دُبغ، والمسألة في ذلك على ثلاثة أقوال:

الأول: المنع، اعتباراً بأن الخنزير نجس بنص القرآن الكريم، والشعر والجلد جزء منه فيأخذ ذات حكمه، هذا هو الراجح من مذهب أبي حنيفة، وهو قول الشافعي، وقول أصبغ من المالكية[١].

---

[٢] الإجماع لابن المنذر ص ١٢٨ .

[١] أصبغ بن الفرج بن سعد بن نافع الأموي مولاهم ، أبو عبد الله ، من كبار المالكية ، قال ابن معين عنه إنه من أعلم الناس بمذهب مالك مسألة مسألة ومتى قالها ومن خالفه فيها ، وقال ابن فرحون : كان حسن القياس نظاراً، وقال ابن الماجشون : ما أخرجت مصر مثل أصبغ !كان أقرب تلاميذ ابن وهب إليه وكاتبه ، ولد بمصر بعد سنة ١٥٠ هـ ، ودخل المدينة يوم وفاة مالك ولم يلقه ، وأخذ عن ابن القاسم وابن وهب وأسامة بن زيد بن أسلم وغيرهم ، وروى عنه البخاري والترمذي ووثقه أهل الحديث وممن تفقه به ابن المواز وابن حبيب ، توفي بمصر سنة ٢٢٥ هـ ، من كتبه : تفسير

الثاني: يجوز الشعر خاصة دون الجلد، اعتباراً بأنه كالشعر من الميتة غير الداخل في التحريم، هذا هو مذهب ابن القاسم[٢] صاحب مالك [٣]، وهو المعتمد لدى المالكية[٤]، وقد روي عن أبي حنيفة أنه طاهر يجوز بيعه، غير أن صاحب البدائع[٥] رجّح أن أبا حنيفة يرى نجاسته وعدم جواز بيعه؛ لأنه جزء من الخنزير الذي هو نجس العين بجميع أجزائه، وأنه إنما رخّص في استعماله للخرّازين للضرورة [٦].

الثالث: عكس الرأي الثاني، وهو جواز بيع جلد الخنزير إذا دُبغ ومنع بيع شعره بكل حال، هذا رأي ابن حزم فقيه المذهب الظاهري، وقد احتج لذلك بحديث ابن عباس في شاة ميمونة، فذهب إلى أن الجواز الوارد فيه عام في جلد كل ميتة إذا دُبغ ومن ذلك جلد الخنزير، وإلى أن الانتفاع الوارد فيه يشمل البيع، ولالتزامه بظاهريته هنا استبقى شعر الخنزير على أصل المنع؛ لأنه لم يرد في هذا الحديث أو غيره ما يفيد الجواز، ومن ثم يكون عنده تابعاً للخنزير في الحرمة، وهذا نص عبارته : " وهو — أي الخنزير – حرام كله حاشا طهارة جلده بالدباغ فقط" [١].

٤٨ – الترجيح من الخلاف الفقهي في هذه المسألة

ولعل الصحيح فيما تقدم من الخلاف أنه لا يجوز بيع أي شيء من الخنزير؛ لأن الله تعالى يقول : (فإنه رجس) الأنعام : ١٤٥، والرجس في اللغة: القذر[٢]، وهو في هذا المقام ما استقذره الله عز وجل، وقد ذم الله تعالى الخنزير بهذا اللفظ المطلق، الذي يقتضي أن كل ما في جسمه قذر مثله فلا

غريب الموطأ ، الأصول ، آداب الصيام، سماعه من ابن القاسم، المزارعة، آداب القضاء (ترتيب المدارك ١ / ٣٢٥ — ٣٢٨ ، الديباج المذهب ص ١٥٨ ، ١٥٩ رقم ١٧٣ ، شجرة النور الزكية ١ / ٦٦ ، تذكرة الحفاظ ٢ / ٣٤ — ٣٥ رقم ٤٦٦، سير أعلام النبلاء ١٠ / ٦٥٦ ، وفيات الأعيان ١ / ١٢٨ رقم ١٠١ ، الأعلام ١ / ٣٣٣ ، معجم المؤلفين ٢ / ٣٠٢) .

[٢] عبد الرحمن بن القاسم بن خالد بن جنادة العتقي المصري، أبو عبد الله، حافظ محدث ثقة ثبت، من أكابر المالكية، وهو الذي أخذ عنه سحنون المدونة عمدة المذهب المالكي رواية عن مالك، أصله من عرب الطائف، ولد بمصر سنة ١٣٢ هـ وقيل بل ١٢٨ هـ ، وروى عن مالك والليث، وعنه روى ابن الماجشون وأصبغ وسحنون كما مر وعلي بن دينار ومحمد بن عبد الحكم ، وهو من شيوخ البخاري ووثقه النسائي وأشاد بدقته وضبطه، توفي بمصر سنة ١٩١ هـ (ترتيب المدارك ١ / ٢٥٠ — ٢٥٩ ، تذكرة الحفاظ ١ / ٢٦٠ — ٢٦١ رقم ٣٤٦ ، الأعلام ٣ / ٣٢٣ ، شذرات الذهب ١ / ٣٢٩ ، شجرة النور الزكية ١ / ٥٨ ، معجم المؤلفين ٥ / ١٦٥) .

[٣] بداية المجتهد ١٢٩/٢ .

[٤] الشرح الصغير ١/ ٤٦ و ٤ / ٤٧٤ ، مواهب الجليل ٤ / ٢٥٨ .

[٥] أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني، علاء الدين، من أعلام المذهب الحنفي فقيه متقن محقق ، لقب بملك العلماء ، ولد بكاسان بلدة وراء نهر سيحون في أول تركستان وتسمى أيضاً كاشان ، وتتلمذ على محمد بن أحمد السمرقندي صاحب تحفة الفقهاء وتزوج ابنته، توفي بحلب سنة ٥٨٧ هـ، من مؤلفاته بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع في فروع الفقه الحنفي، كتاب نفيس متين يظهر فيه دقة الرأي وجودة التنسيق وقوة العبارة، والسلطان المبين في أصول الدين، وكتاب اسمه الكتاب الجليل (الفوائد البهية في تراجم الحنفية ص ٩١ — ٩٢ رقم ٩٣ ، الأعلام ٢ / ٧٠، معجم المؤلفين ٣ / ٧٥ ، ٧٦) .

[٦] بدائع الصنائع ٥/ ١٤٢ .

[١] المحلى ٣٢/٩ المسألة رقم ١٥٤٩.

[٢] راجع لسان العرب ٩٤/٦ والقاموس المحيط ٢٢٧/٢ مادة رجس .

يجوز التعامل فيه، إذ مجيء التعليل هنا لفائدة وهي التحريم المطلق، وعلى هذا فمادام الانتفاع بشعر الخنزير أو جلده غير جائز، فلا يكون محلاً لعقدٍ ما لعدم تقومه.

ولا يشكل على هذا ما ذكرنا من الاعتداد بجواز الانتفاع الشرعي؛ لأنا قلنا فيما سبق إن نجاسة الشيء قرينة على عدم جواز الانتفاع به، وهنا إطلاق الآية الكريمة يقتضي أن النجاسة تتخلل الخنزير بجميع أجزائه، إذا ما علمنا أنها اسم لكل عين مستقذرة من قبل الشارع، فتكون رديفة في هذا المقام لعدم جواز الانتفاع بالخنزير في أي وجه من وجوه الانتفاع، بما في ذلك شعره وجلده.

٤٩ – رابعاً : الكلب المأذون في اتخاذه

لا يجوز اتخاذ الكلب في الشريعة الإسلامية إلا لحاجة ماسّة، كالحاجة إلى اتخاذ كلب للصيد أوللزراعة أو لحماية الماشية وما إلى ذلك، والأصل في هذا الباب ما رواه مسلم بسنده عن ابن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: " من اقتنى كلباً إلا كلب ماشية أو كلب صيد نقص من عمله كل يوم قيراط"[٣].

أما حكم بيع الكلب فالعلماء فيه على ثلاثة أقوال:

القول الأول: أنه لا يجوز بيع الكلب أصلاً ويكون باطلاً إن وقع، ذهب إلى ذلك جمهور أهل العلم لا سيما مالك والشافعي وأحمد [٤] .

واستدلوا لمذهبهم بأحاديث، منها حديث أبي جحيفة أنه اشترى حجّاماً فأمر فكسرت محاجمه وقال " إن رسول الله صلى الله عليه وسلم حرّم ثمن الدم وثمن الكلب وكسب الأمة" ، رواه البخاري، وحديث أبي مسعود عقبة بن عامر قال: " نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ثمن الكلب ومهر البغي وحلوان الكاهن " رواه الجماعة [١] .

---

[٣] الحديث في صحيح مسلم عن ابن عمر (١٥٧٤) وهو مروي بألفاظ مختلفة، بعضها بلفظ قيراط وأكثرها بلفظ قيراطان، وأكثر ما روي عنه لفظ قيراط كما في بعضها كلب زرع أو غنم بحسب رواية مسلم أيضاً عن أبي هريرة، وفي بعض ألفاظه كلب حرث أو كلب زرع .

[٤] الشوكاني، المرجع السابق، ١٥١/٥ بداية المجتهد ١٢٩/٢، الشيخ محمد الشيباني تبيين المسالك ٢٨٨/٣، شرح صحيح مسلم للنووي للحديث رقم ١٥٦٧، الشرح الكبير بهامش الدسوقي ١١/٣ وقد اقتصر على القول بالمنع تبعاً لخليل في قوله وعدم نهي لا ككلب صيدٍ وكشاف القناع ١٧٧/٣، ومغني المحتاج ١٥/٢، والأم ٦ / ٣٨ الخ .

[١] انظر حديث أبي جحيفة في البخاري (٢٢٣٨) أما حديث ابي مسعود عقبة بن عامر فهو في البخاري (٢٢٣٧) ومسلم (١٥٦٧) والترمذي (١١٣٣) وأبي داود (٣٤٢٨) والنسائي (٤٢٩٨) وابن ماجة (٢١٥٩) وأحمد (١٧٠٦٩) وقد ورد في البخاري والترمذي والنسائي في مواضع أخرى . في هذه الأحاديث ، الإمام الشوكاني ، نيل الأوطار ٥/ ١٥١ .

وظاهرها عدم الفرق بين المعلم وغيره ، وما يجوز اقتناؤه وما لا يجوز، كما استدل الشافعي وأحمد خاصّة بحديث " إذا ولغ الكلب في الإناء فاغسلوه سبع مرات وعفّروه الثامنة في التراب" نص في نجاسة الكلب كما هو عام في كل كلب [٢].

والقول الثاني: أن بيع الكلب المأذون في اتخاذه جائز . قال بذلك أبو حنيفة وأصحابه[٣]، وقد روي عن مالك [٤] مثل الذي لأبي حنيفة، ورجحه من أصحابه سحنون وابن كنانة[٥].

وربما أُحتجّ لهذا القول بأنه مادام الكلب مأذوناً بالانتفاع به فإنه بذلك يكون مالاً متقوماً، أي قابلاً لحكم البيع.

والقول الثالث: أن بيع كلب الصيد هو الجائز دون غيره ، هذا قول بعض أئمة السلف،عطاء[٦] وجابر بن زيد[٧]والنخعي [٨].

استدل أصحاب هذا القول بما أخرجه النسائي من حديث جابر قال:" نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ثمن الكلب إلا كلب الصيد"، وأخرج نحوه الترمذي من حديث أبي هريرة ، قالوا : وينبغي حمل المطلق على المقيد.

وقد مال إلى هذا القول الإمام الشوكاني[١]، مشترطاً أن يكون الحديث الذي تضمن القيد صالحاً للاحتجاج به [٢].

---

[٢] الحديث بهذا اللفظ وراه عن عبد الله بن المغفل مسلم (٢٨٠) وأبو داود (٧٤ و٣٣٦) والنسائي (٦٧) وابن ماجة (٣٦٥) وأحمد (١٦٧٩٢) وقد روي عن أبي هريرة وابن عمر بألفاظ أخرى . وقد صححه الألباني وغيره ، لا سيما وهو من مرويات مسلم .

[٣] بدائع الصنائع ٥ / ١٤٢، ١٤٣ .

[٤] تبيين المسالك ٢٨٨/٣ ، بداية المجتهد ١٢٩/٢ ، الشرح الكبير ٣/ ١١ .

[٥] عثمان بن عيسى بن كنانة مولى عثمان بن عفان ، أبو عمر ، من كبار تلامذة الإمام مالك ، أخذ عنه ، وجلس في حلقته بعد وفاته ، توفي بمكة سنة ١٨٦ هـ وقيل سنة ١٨٥ هـ (ترتيب المدارك ١ / ١٦٤) .

[٦] عطاء بن أسلم بن صفوان ، تابعي من أجلاء الفقهاء ، ، ولد في جند باليمن سنة ٢٧ هـ ، ونشأ بمكة ، وأخذ عن جابر وابن عباس وابن الزبير وغيرهم ، وروى عنه الزهري والأوزاعي وغيرهما ، قيل عنه : أعلم الناس بالمناسك ، انتهى إليه الإفتاء والتحديث بمكة ، وبها توفي سنة ١١٤ هـ ، وقال ابن خلكان بل سنة ١١٥ هـ (الأعلام ٤ / ٢٣٥ ، وفيات الأعيان ٢ / ١٢٤ – ١٢٥ رقم ٤١٩) .

[٧] جابر بن زيد الأزدي العماني البصري أبو الشعثاء ، تابعي من الأئمة ، فقيه البصرة وعالمها ، يعد مع الحسن وابن سيرين ، وكان من بحور العلم ، أخذ عن ابن عباس ، ولد بعمان بضم العين حوالي سنة ٢١ هـ أو ١٨ ونزل بالبصرة وتوفي بها على أقوال أصحها سنة ٩٣ هـ فيما ذكر البخاري وأحمد ، قال الذهبي : وشذ من قال سنة ٩٣ هـ ، وإليه تنتسب الإباضية (طبقات ابن سعد ٧ / ٩٣ ، ٩٤ رقم ٣٠٤٥ ، سير أعلام النبلاء ٤ / ٤٨١ ، ٤٨٢ رقم ١٨٤ ، الأعلام ٢ / ١٠٤) .

[٨] إبراهيم بن يزيد بن قيس بن الأسود النخعي اليماني الكوفي ، أبو عمران ، تابعي من أئمة الإسلام حافظ محدث ثقة ، فقيه العراق ،كان مجتهداً له مذهب ، ولد سنة ٤٦ هـ وتوفي سنة ٩٦ هـ (تذكرة الحفاظ ١ / ٥٩ رقم ٧٠ ، سير أعلام النبلاء ٤ / ٥٢٠ – ٥٢٩ رقم ٢١٣ ، الأعلام ١ / ٨٠ ، تهذيب الأسماء واللغات ١ / ١٠٤ ، شذرات الذهب ١ / ١١١) .

[١] محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني الصنعاني اليمني ، أبو عبد الله ، علامة فقيه حافظ متعدد المواهب ، من كبار أهل العلم ، ولد بشوكان من أعمال خولان سنة ١١٧٣ هـ ونشأ بصنعاء وولي القضاء وتوفي بصنعاء سنة ١٢٥٠ هـ ، تصانيفه كثيرة مفيدة بلغت ١١٤ مصنفاً ، منها

القول الرابع: أن بيع الكلب مكروه فقط، هذا قول لمالك، ولم نقف على وجه هذا، وإن كان يمكن تخريجه على التنزّه ، أو على الاحتياط مراعاة للخلاف الوارد.

٥٠ – الترجيح في ذلك

ونحن نرى صواب ما قرره الحنفية لما يلي:

أ. أن الأحاديث التي جعلت ثمن الكلب خبيثاً قد تحمل على الكراهة التنزيهية فحسب، كما فعل ذلك أكثر العلماء بالنسبة لما ورد من الأحاديث الدالة على كون كسب الحجام خبيثاً، وهو عين ما سلكوه بالنسبة إلى الهرّ، رغم ثبوت الحديث الوارد في الزجر عنه[٣].

ب. أن ما رواه الصحابة الأجلاء من النهي أو الزجر عن ثمن الكلب أو تحريمه الخ ليس قاطعاً في تحريم ثمن كل كلب على الإطلاق؛ لأنه يحتمل أن تكون واردة في الكلب غير المأذون باتخاذه ، والمفهوم من الاستثناءات الواردة في الأحاديث المتقدمة أن الأصل عدم جواز اتخاذ الكلب إلا لفائدة محققة كالصيد والحراسة ونحو ذلك مما يحتاج إليه، فيحمل ما ورد من النهي عن ثمن الكلب على ما لا يجوز اتخاذه تبعاً ًللأصل، وأما ما يجوز اتخاذه فخارج عن ذلك؛ إذ من مقتضى القول بجواز الاتخاذ جواز البيع وغيره من العقود، يوضح هذا أن العقود ليست مقصودة لذاتها إلا لما فيها من تبادل المصالح والمنافع، فمادام يجوز الانتفاع بالشيء فإن التوسل إليه بهذه العقود مما لا ينبغي منعه.

ج. ولقد أصبحت الحاجة إلى الكلاب البوليسية للكشف عن مرتكبي الجرائم شديدة الأهمية في عصرنا الحاضر، ولا يمكن تبادل هذا النوع من الكلاب إلا بالبيع الذي يكلف مبالغ طائلة، فالقول بعدم جواز بيعها أو شرائها مع جواز الانتفاع بها مشكل، ولا يمكن تخريج جواز البيع في هذه الحالة إلا بناءً على القاعدة التي قررها المذهب الحنفي.

فتح القدير في التفسير وله في الأصول إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول ، وفي فقه الحديث نيل الأوطار وفي الفقه السيل الجرّار المتدفق على حدائق الأزهار والرسائل والدرر البهية وغيرها (البدر الطالع لصاحب الترجمة ٢ / ١٠٦ – ١١٣ ، الأعلام ٦ / ٢٩٨ ، معجم المؤلفين ١١ / ٥٣) .

[٢] حديث جابر في النسائي (٤٣٠١ و٤٦٧٧) وضعفه وقال : هذا منكر ، انظر ص ١٠١٦ و ص ١٠٨٤ أما حديث أبي هريرة فرواه الترمذي (١٢٨١) وضعفه كما ضعف حديث جابر رضي الله عنه ٢٦٦ ، بينما حسنه الألباني ، والأولى اتباع ما قرره الأئمة من ضعف الحديثين . انظر الشوكاني ، نيل الأوطار ١٥٢/٥ حيث ضعف الحديثين .

[٣] روى مسلم (١٥٦٩) بسنده عن أبي الزبير قال : " سألت جابراً عن ثمن الكلب والسنور أي الهر ؟ قال : زجر النبي صلى الله عليه وسلم عن ذلك " وقد رواه أبو داود (٣٤٧٩) بلفظ : "عن جابر أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن ثمن الكلب والسنور " كما رواه الترمذي ص ٢٢٦ ، و روي من طرق أخرى . و رغم ثبوت هذا الحديث فقد أجاز الجمهور التعاقد على الهر لطهارته وإباحة الانتفاع به ، انظر شرح صحيح مسلم للنووي ص ١١٩٩، وبداية المجتهد ٢١٥/٢، والمفهم لما أشكل من تخليص كتاب مسلم للحافظ أبي العباس أحمد بن عمر بن إبراهيم القرطبي ٤٤٧/٤ وهو غير القرطبي صاحب التفسير ، و مع هذا قال ابن عبد البر : حديث بيع السنور لا يثبت رفعه .

على أننا لو أمعنا النظر في الآراء المخالفة لما نأخذ به لما وجدناها تجتمع على أصل واحد ترجع إليه لتعمم الأخذ به في كافة العقود، وإنما هي تقرر المنع كقاعدة عامة ثم تردفه بالاستثناء تلو الآخر، بينما الرأي الذي نأخذ به يجري على قانون واحد لا محل فيه لاستثناء ما ؛ فمثلاً يرى الشافعية جواز كون الكلب المأذون في اتخاذه محلاً للوصية قولاً واحداً [١]. وعندهم وجه بصحة كونه محلاً للإجارة قولاً بأنها منفعة مباحة من عين معروفة منتفع بها، وأن المانع من بيع الأصل ليس بمانع من إجارته، كالوقف وأم الولد [٢]، بل لقد ذهب بعضهم إلى ما يشبه الحيلة على النهي الشرعي المطلق الذي استظهروه في بيع الكلب، بأن قرروا بأن طريقة الانتفاع بالكلب المباح اتخاذه هي أن يأذن صاحبه لمن تصرف إليه بالانتفاع به، ثم يعطيه هذا المتصرف إليه ما يرضيه ، وبعض المالكية معهم في هذا، وغير خافٍ أن هذه الصورة بيع حقيقة . والأصل أن الملك ثابت للكلب كما يفهم من إجازة الوصية به واستئجاره ، وأنه مال لأنه ذو قيمة مادية، وأنه كذلك مأذون باتخاذ بعض أنواعه، وإذن فما الذي يمنع تداوله بالبيع أو بغير البيع لاستعماله في الوجوه المأذون بها ؟ ولم جاز الاستئجار على حسب هذه الأقوال ولم يجز البيع، مع أن الإجارة من عقود المعاوضة كالبيع وتدخل في مسماه عند الإطلاق ؟ .

ويرى الإمام مالك على المشهور من مذهبه في منع بيع الكلب ضمان قيمته بكل حال على من قتله؛ لما روي عن عبد الله بن عمرو أنه قضى في كلب صيد قتله رجل بأربعين درهماً وقضى في كلب ماشية بكبش[٣]، وهذا القول من مالك لا يخلو من إشكال؛ لأنه يستلزم أن يكون الكلب المأذون في اتخاذه مالاً متقوماً عنده ، وإلا فكيف يلزم من قتله بقيمته ؟ يؤكد هذا أنه لم يقل بنجاسة الكلب وإنما اعتبره طاهراً [٤]، ويقتضيه هذا أن يصحح بيعه وفقاً للرواية الأخرى التي نقلت عنه، ففي المشهور من مذهب مالك تخالفٌ بين الأصل والفرع لغير موجب ، ونرى أنه يندفع بتقرير أن المعوّل عليه هو النظر إلى ما يجوز الانتفاع به، فيجوز هذا الانتفاع بجميع الطرق بما فيها البيع وغيره، وإلى ما لا يجوز مطلقاً أن ينتفع به، فيتعين إيصاد كل وجه من وجوه الانتفاع به بما في ذلك العقود على اختلافها، وهو ما ينطبق على الكلب المأذون في اتخاذه وغير المأذون.

٥١ – خامساً : السماد

---

[١] انظر في هذا الصدد مختصر الأم للمزني ص ٢٢٨ حيث يقول الشافعي (ولو قال أعطوه كلباً من كلابي أعطاه الوارث أيها شاء) وكذلك الحاوي الكبير للماوردي شرحاً لهذا القول ٢٣٦/٨ ، والمهذب للشيرازي ٦٣٢/١ .

[٢] الحاوي الكبير ٣٨٠/٥ ، المهذب ٥٥١/١ وقد صحح الوجه القائل بعدم جواز إجارة الكلب المأذون في اتخاذه .

[٣] شرح معاني الآثار للطحاوي ٥٨/٤ رواه عن يونس عن ابن وهب عن ابن جريج عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عبد الله بن عمرو .

[٤] الشرح الكبير ٤٨/١ ، الشرح الصغير ٤٣/١ ، بداية المجتهد ٧٤/١ .

اختلف العلماء في السماد من السرقين والزبل ونحوها [١]، فانقسموا فيها أقساماً ثلاثة :

الاتجاه الأول: ويذهب إلى تحريم البيع مطلقاً أخذاً بأن جميع فضلات البهائم من باب النجاسات، هذا مذهب الشافعي[٢]، وواضح ما فيه من تشدد سببه القول بأن كل نجس لا يجوز بيعه ، وهو الأصل الذي قدمنا عليه معيار التقوم الشرعي كما سبق.

الاتجاه الثاني: ويذهب إلى التفريق بين البهائم المأكولة وغير المأكولة، بناءً على أن هذه الأخيرة وحدها هي التي تكون نجسة يتعلق بها تحريم البيع، أما خثاء البقر وبعر الغنم والإبل، فلما كانت طاهرة عند من قال بهذا الرأي جاز بيعها والتصرف فيها، وهذا هو مذهب مالك وأحمد فيما اشتهر عنهما [٣]، وهو كما رأينا مذهب لا يزال متمسكاً بشرط الطهارة ، إلا أنه يرى أن فضلات البهائم المأكولة تعتبر طاهرة .

وفي بيع زبل الدواب – أي غير المأكولة – خلاف في المذهب المالكي، فقد نص الإمام مالك على نجاستها بينما أجازها ابن القاسم، وذلك حيث أجاب في سؤال سحنون له عن قول مالك في زبل الدواب بقوله: (لم أسمع منه فيه شيئاً إلا أنه عنده نجس، وإنما كره العذرة – من الإنسان – لأنها نجس وكذلك الزبل أيضاً، وأنا لا أرى في بيعه شيئاً)[٤].

وترتب على هذا خلاف في المذهب في جواز بيع زبل الدواب، فالمنع المطلق رأي ابن عبد الحكم وقد فهمه خليل [١] وابن عرفة [٢] وابن بشير [٣] من عبارة المدونة المتقدمة الذكر، والكراهة قول

---

[١] في لسان العرب ٢٠٨/١٣ (مادتا سرجن وسرقن) ما تدمل به الأرض ، وقد سَرْجنَها وسَرْقنها وقال الجوهري : هو معرب ، كذا في القاموس ٢٣٦/٤ حيث قال : السرجين والسرقين بكسرهما الزبل معرباً سركين بالفتح – والزبل هو السرقين وما أشبهه ، انظر لسان العرب ٣٠٠/١١ مادة زبل – والقاموس ٣٩٨/٣ و٣٩٩ قال وزبل زرعه يزبله سمده .

[٢] مغني المحتاج ١٥/٢ ، المهذب ٦٥/١و٣٦٣ ، نهاية المحتاج ٢٤١/١ و٣٩٢/٣و٣٩٣ .

[٣] في المذهب المالكي ، الشرح الصغير : ٤٧/١، بداية المجتهد ٧٧/١ ، القوانين الفقهية ص ٣٣ شرح الزرقاني ١٦/٣ ، تبيين المسالك ٢٨٠/٣ ، المدونة ١٠٩/١ مواهب الجليل ٢٥٩/٤ الخ ، وفي المذهب الحنبلي ،كشاف القناع ١٨٠/٣ وفيه : " ولا يصح بيع سرجين أي زبل نجس بخلاف الطاهر منه كرَوْث الحمام وبهيمة الانعام " ، شرح منتهى الإرادات ١٢٨/٣ ، المبدع ١٤/٤، الشرح الكبير ٢/ ٣١٢ .

[٤] المدونة ٧ / ٧٨ ، مواهب الجليل ٤ / ٢٦٠ .

[١] خليل بن إسحاق الجندي الكردي المصري ، أبو الضياء ، أشهر متأخري المالكية ، صاحب المختصر في الفقه المالكي الذي بلغ الغاية في التحرير مع الإيجاز البليغ والاستيعاب التام لفروع كثيرة جداً ، وقد عكف من بعده على شرحه والتحشية عليه حتى قيل إن عليه أكثر من مائة شرح ، منها مواهب الجليل والشرح الكبير وشرح الزرقاني وشرح الخرشي وغيرها ، ومن مؤلفات خليل رحمه الله كذلك التوضيح شرح مختصر ابن الحاجب ، والمناسك ، وشرح على المدونة لم يكمل . توفي بالقاهرة سنة ٧٦٧ هـ وقيل ٧٦٩ وقيل ٧٧٦ وهو الذي اختاره الزركلي (الدرر الكامنة ٢ / ٨٦ رقم ١٦٥٣ ، الديباج المذهب ص ١٨٦ رقم ٢٢٤ ، الأعلام ٢ / ٣١٤ ، شجرة النور الزكية ١ / ٢٢٣ ، معجم المؤلفين ٤ / ١١٣ ، ١١٤) .

لأشهب [٤]؛ لأنه قال: " المشتري فيها أعذر من البائع " ، وقد فهم ذلك اللخمي[٥] وأبو الحسن [٦]، والجواز وهو مذهب ابن القاسم كما سبق أن نقلناه عنه صريحاً، ووجهه مراعاة الضرورة، وثم قول رابع بالتفرقة بين الاضطرار وعدمه، فما كان سبب الضرورة جاز، وإلا بقي على أصل المنع[٧].

الاتجاه الثالث: ويذهب على نحو صريح إلى إلغاء اعتبار النجاسة في هذه المسألة، والنظر إلى أنه ما دام يجوز الانتفاع بالسماد على العموم فإن بيعه أو ابتياعه لتسهيل هذا الانتفاع جائز لا محذور فيه، هذا رأي أبي حنيفة وأصحابه[١] ومذهب أهل الظاهر[٢]وهو قول مخرج في المذهب الحنبلي[٣].

---

[٢] محمد بن محمد بن بن محمد بن عرفة الورغمي التونسي ، أبو عبد الله ، من أئمة المالكية ، صاحب كتاب المختصر الفقهي المعروف بحدود ابن عرفة ، كان إمام تونس وعالمها وخطيبها في عصره ، ولد بتونس سنة ٧١٦ هـ ، وتوفي بها سنة ٨٠٣ هـ وقيل إنه على قبره وجد أنه توفي سنة ٨٠٠ هـ ، من مؤلفاته كذلك المختصر الكبير ، المبسوط ، مختصر الفرائض ، الطرق الواضحة في عمل المناصحة . (الديباج المذهب ص ٤١٩ ، ٤٢٠ رقم ٥٨٥ ، الأعلام ٧ / ٤٣، شجرة النور الزكية ١ / ٢٢٧ ، شذرات الذهب ٧ / ٣٨ ، الضوء اللامع ٩ / ٢٤٠- ٢٤٢ ، معجم المؤلفين ١١ / ٢٨٥) .

[٣] إبراهيم بن عبد الصمد بن بشير التنوخي المهدوي ، فقيه مالكي ، أخذ عن اللخمي قريبه وعن السيوري ، له التنبيه ، جامع الأمهات ، التذهيب على التهذيب ، المختصر ، كان حياً عند منتصف القرن السادس كما يفهم من بعض كتاباته المؤرخة في تللك الفترة (شجرة النور الزكية ١ / ١٢٦) .

[٤] مسكين بن عبد العزيز بن داود القيسي العامري المصري الشهير بأشهب ، أبو عمرو ، من أكابر المالكية ، انتهت إليه رئاسة المذهب بعد ابن القاسم ، وصحب مالكاً قبله ودامت صحبته له عشرين عاماً ، ولد بمصر سنة ١٤٠ هـ ، أخذ عن مالك والليث والشافعي وغيرهم ، وتوفي بمصر سنة ٢٠٤ هـ (الديباج المذهب ص ١٦٢ رقم ١٨٠ ، ترتيب المدارك ٢ / ٤٤٧ ، شجرة النور الزكية ١ / ٥٩ ، الأعلام ١ / ٣٣٣) .

[٥] علي بن محمد الربعي اللخمي ، أبو الحسن ، رئيس فقهاء المالكية في عصره ، تفقه بابن محرز والسيوري وغيرهما ، وكان ذا معرفة بالأدب والحديث ، شغل بتخريج الخلاف في المذهب وربما اختار لنفسه فخرج عن المذهب بذلك ، وقد اعتمد عليه خليل في مختصره فضلاً عن غيره ، ولد بالقيروان ونزل بصفاقص ، وبها وفاته سنة ٤٧٨ هـ ، وهما مدينتان بتونس ، له تعليق كبير على المدونة اسمه التبصرة (ترتيب المدارك ٢ / ٣٤٤ ، الأعلام ٤ / ٣٢٨ ، شجرة النور الزكية ١ / ١١٩ ، معجم المؤلفين ٧ / ٢٢٧) .

[٦] علي بن عمر بن أحمد البغدادي القاضي أبو الحسن المعروف بابن القصار ، من شيوخ المذهب المالكي ، أصولي نظار ، ولي قضاء بغداد ، له كتاب عيون الأدلة في مسائل الخلاف قيل إنه لا يعرف في الخلاف أكبر منه ، توفي ببغداد سنة ٣٩٨ هـ (ترتيب المدارك ٢ / ٢١٤ ، الديباج المذهب ٢٩٦ رقم ٣٨٦ ، شجرة النور الزكية ١ / ٩٢ ، سير أعلام النبلاء ١١ / ٢٣ ، شذرات الذهب ٣ / ١٤٩ ، معجم المؤلفين ٧ / ١٠٦) .

[٧] وفيه رواية أخرى تمنع الاستصباح به ، انظر في جميع ما تقدم مواهب الجليل ٢٥٩/٤، ٢٠٦، ٢٦١ .

أما عذرة الآدمي ففيها بسبب غموض عبارة ابن القاسم خلاف ، فيرى اللخمي أن مذهب ابن القاسم جواز بيع العذرة ، والمازري وابن عبد السلام – من فقهاء المالكية – معه في هذا لأنه استدل – أي ابن القاسم – على أن مذهب مالك منع الزبل بمنعه بيع العذرة ، ولما كان لا يرى ببيع الزبل بأساً فكذلك لازم مذهبه أنه لا يرى بأساً ببيع العذرة وسائر النجاسات ، فكأنه ألغى اعتبار النجاسة مانعة من جواز البيع ، بينما يرى ابن عرفة وابن بشير أن مذهب ابن القاسم هو عدم جواز بيع العذرة ، وأنه لم يلغ اعتبار النجاسة مانعة من جواز البيع ، غاية ما هنالك أنه قال : إن نجاسة الزبل لا تمنع بيعه ، وهذا لا يلزم منه القول بإباحة العذرة ، ومال الحطاب إلى أن مذهب ابن القاسم إباحة النجاسات (٦٠/٤) ونحن نرى أن عبارة ابن القاسم المتقدمة قد حملت فوق ما تحتمل لأنه نص على جواز بيع الزبل وحده ، أما ما عدا ذلك فلم يتطرق إليه ، ويبعد أن يكون قد خالف ابن القاسم إمامه في اشتراط طهارة المعقود عليه ، لأنه لو كان ذلك لكان قد صرح به ابن القاسم او لاستفسره سحنون فيه على عادته من الاستقصاء ، وليس في المدونة شيء مما تقدم .

[١] جاء في البدائع ١٤٤/٥ للكاساني : " ويجوز بيع السرقين والبعر لأنه مباح الانتفاع به شرعاً على الإطلاق فكان مالاً " .

[٢] وفي المحلى ٣١/٩ المسألة ١٥٤٥ ما يفيد جواز بيع العذرة للتزبيل ، وفي ص ٢٣ المسألة ١٥٣٠ يقول : " لا يحل بيع الحيوان إلا لمنفعة إما لأكل وإما لصيد وإما لدواء فإن كان لا منفعة فيه لشيء من ذلك لم يحل بيعه ولا ملكه لأنه إضاعة مال من المبتاع وأكل مال بالباطل من البائع ، فإن كان فيه منفعة لشيء مما ذكرنا أو لغيره جاز بيعه لأنه بيع عن تراض الخ " .

[٣] جاء في الإنصاف في مسائل الخلاف للمرداوي ٢٠٢/٤ و٢٠٣ : " ولا يجوز بيع السرجين النجس ، هذا المذهب وعليه جماهير الأصحاب وقطع به كثير منهم ، وخرج قول بصحة بيعه من الدهن النجس وأطلق ابن رزين في بيع النجاسة وجهين" ويراجع نحو هذا النص في الفروع لابن مفلح ٦/٤ .

٥٢ – الترجيح من الخلاف

ونحن مع الاتجاه الأخير القاضي بجواز بيع السماد مطلقاً ؛ ذلك لأن السماد حاجة من حوائج الإنسان التي لا يستغني عنها في زراعته، فلزم من ذلك تسهيل الانتفاع به عن طريق البيع وغيره، وإن القول بغير هذا لينطوي على حرج لا تقول به الشريعة الغراء، ثم لا دليل عليه إلا النظر في بعض النجاسات المتفق على حرمة بيعها، واحتساب أن القاسم المشترك بينها في ذلك هو كونها نجسة، مع أن أسباب التحريم لا تنحصر في هذا السبب وحده كما هو المسلم به.

٥٣ – سادساً : المتنجس

لا خلاف في أن الزيت إذا تنجس لا يجوز أكله، إلا أن المشهور من المذهب المالكي أنه يجوز الانتفاع به في غير الأكل كالاستصباح به وعمل الصابون منه[٤]، والمذهب الشافعي نحوه في هذا [٥]، وإنما اختلف العلماء في جواز بيعه على أقوال ثلاثة أيضاَ:

القول الأول: أنه لا يجوز بيعه للنجاسة التي أصابته، هذا هو المشهور عند مالك[٦] وهو مذهب الشافعي[٧] أيضاً بناءً على أصله الذي تمسك به من أن كل نجس لا يجوز بيعه، ولحديث جابر أنه سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم عام الفتح يقول : " إن الله ورسوله حرم بيع الخمر والميته والخنزير " الحديث .

القول الثاني: أنه يجوز بيعه بشرط البيان، هذا مذهب الإمام أبي حنيفة[١]وقول ابن وهب من أصحاب مالك، دليله أن الحاجة إلى منفعته غير المحرمة – وهي الاستصباح به – كالحاجة إلى المحرمة على السواء ، وما رُوي عن على وبن عباس وابن عمر رضي الله عنهم أنهم أجازوا بيع الزيت النجس ليستصبح به[٢].

---

[٤] شرح الزرقاني ٣٤/١ حيث يقول خليل : " وينتفع بمتنجس لا نجس في غير مسجد وأكل " .

[٥] المهذب ٣٦٣/١ ، المجموع ١ / ٢٩٩ ، ٩ / ٢٨٣ ، وقال في هذا الموضع : " قطع به صاحب الهذب والمزني وسائر العراقيين وكثير من الخراسانيين ، وهو المذهب " ، ثم أشار إلى وجود وجه بتحريمه .

[٦] شرح الزرقاني ١٦/٣، تبيين المسالك ٢٢٨٠/٣ المعونة على مذهب أهل المدينة ١٠٤١/٢ شرح عليش ٤٥٢/٤ ، حاشية البناني ١٦/٣، التاج والإكليل بهامش مواهب الجليل للمواق ١١٣/١.

[٧] المجموع ٩ / ٢٨١ – ٢٨٢ ، نهاية المحتاج ٣ / ٣٩٣ ، مغني المحتاج ٢ / ١٥.

[١] حاشية ابن عابدين ٥ / ٧٣ ، بدائع الصنائع ٥ / ١٤٤ .

[٢] المراجع المتقدمة.

وأفتى ابن اللبّاد المالكي [٣] بهذا القول، ورجّحه ابن رشد الجدّ [٤] قائلاً: " والأظهر في القياس أن بيعه جائز ممن لا يغش به إذا بيّن، لأن تنجيسه بسقوط النجاسة فيه لا يسقط ملكه عنه ولا يذهب جملة المنافع عنه ولا يجوز أن يتلف عليه، فجائز له أن يبيعه ممن يصرفه فيما كان له هو أن يصرفه فيه " [٥].

هذا على القول بنجاسة الزيت المتنجس، وأما على القول بأنه يطهر بالغسل، وهو مروي عن مالك أيضاً فيجوز بيعه ويكون سبيله سبيل الثوب المتنجس، وحكم الثوب المتنجس أنه يجوز بيعه، ويجب بيان كونه متنجساً في أي من الحالتين التاليتين:

أ. إذا كان الغسل يفسده.

ب. إذا كان من شأن حلول النجاسة فيه أن تنتقص من ثمنه.

فإذا حصل البيع في أي من الحالتين المتقدمتين دون تبيين وجب الرد، ومفاد هذا كله أن الزيت المتنجس يعامل معاملة المبيع المعيب من حيث إن الخيار ثابت فيه، مع تقرير القول بصحته.

القول الثالث: أنه يجوز بيعه لغير المسلم، وهو أحد الأقوال الثلاثة في مذهب مالك [٦].

٥٤ – الترجيح

والراجح هنا القول الثاني؛ لأن الزيت المتنجس لم يزايله وصف المال، ومنافعه المقصودة غالباً ظلت محتفظة بجواز استعمالها، فينبغي أن يكون الزيت المتنجس – ومثله الثوب المتنجس – من قبيل الأموال المتقومة شرعاً ، وإذا كانت كذلك كان التعامل فيها بطريق البيع أو غيره جائزاً، على أن هذا لا

---

[٣] محمد بن محمد بن وشاح ، أبو بكر ، يعرف بابن اللباد القيرواني ، جده موسى بن نصير فاتح الأندلس ، فقيه مالكي مفسر لغوي ، ولد بالقيروان سنة ٢٥٠ هـ ، تفقه بابن أبي زيد وغيره ، فلج وتوفي في القيروان سنة ٣٣٣ هـ ، من كتبه كتاب في الطهارة ، كتاب في فضائل مالك ، الآثار والفوائد (الديباج المذهب ص ٣٤٦ رقم ٤٦٤ ، شجرة النور الزكية ١ / ٨٤ ، معجم المؤلفين ١١/ ٣٠٩ ، الأعلام ٧ / ١٩) .

[٤] محمد بن أحمد بن رشد القرطبي المالكي الفقيه الأشهر ، أبو الوليد يقال له الجد تمييزاً له من حفيده الفيلسوف المعروف صاحب بداية المجتهد ، كما يلقب بزعيم الفقهاء وبحافظ المذهب كما في حاشية كنون بهامش الرهوني (باب الجعالة) ٦ / ٢٥ ، وهو شيخ القاضي عياض ، ولد بقرطبة سنة ٤٥٤هـ ، وولي قضاء الجماعة ، وتوفي بها سنة ٥٢٠ هـ ، السنة التي ولد فيها حفيده المشار إليه ، من كتبه : البيان والتحصيل في فروع المذهب المالكي مصنف كبير ، المقدمات الممهدات ، فتاوى ابن رشد . (شجرة النور الزكية ١ / ٢٩ ، الأعلام ٥ / ٣١٦ ، ٣١٧ ، معجم المؤلفين ٨ / ٢٢٨) .

[٥] مع هذا رجح الحطاب وجوب التبيين في كل حال وإن كان الثوب المتنجس لا يفسده الغسل وإن لم يكن عيباً خشية أن يصلي فيه مشتريه خصوصاً إذا كان بائعه ممن يصلي فيه ، فإنه يحمل على الطهارة ، وهو أمر غير متصور في الزيت المتنجس . وانظر الشرح الكبير للدردير ١٠/٣ حيث أوجب البيان بكل حال وأثبت الخيار وتبيين المسالك ٢٧٩/٣– ٢٨٠ وأما البنّاني ١٦/٣ ففرق بين ما يفسده الغسل ومالا يفسده وفي ثوب الميت بين ميت الوباء وغيره ، وعزا الزرقاني ١٦/٣ إلى الحطاب أنه يرى بأنه عيب في الجديد مطلقاً فيجب البيان .

[٦] مواهب الجليل ٢٦٣/٤ نقلاً عن التوضيح لخليل ، شرحاً لمختصر ابن الحاجب .ذلك ولا دليل على سلامة هذا القول، لأنه لا معنى للتفرقة بين مسلم وغيره في أمر ليس له شأن باعتقاد، وإن كان يمكن أن يوجه هذا القول بأن غير المسلم لا يعتقد في حرمة النجاسة وما يترتب عليها من حرمة البيع كما نعتقد نحن .

يحول دون اعتبار العرف فيما إذا كان التنجس العارض هنا من قبيل العيب أو عدمه، فإذا كان عيباً كان من شأن ذلك إثبات الخيار، طبقاً لأحكامه المقررة [١].

٥٥ – موقف قانون المعاملات المدنية الإماراتي مما تقدم

نحسب أن القانون المدني الإماراتي – وفقاً لمعيار التقوم الذي ينحصر عنده في مدى جواز الانتفاع الشرعي فقط – يجيز في كل ما اتفق الفقه الإسلامي على جواز الانتفاع به أن ترد عليه العقود المختلفة، كالكلب المأذون في اتخاذه والمتنجسات والأسمدة على اختلاف أنواعها، وأنه في هذه الأمثلة يهدر معيار الطهارة ولا يحفل به أخذاً بفكرة التقوم التي تابع فيها الفقه الحنفي على نحو ما أسلفنا. ولكنه فيما عدا ذلك يلزمنا باتباع المذهبين المالكي والحنبلي فيما لم يرد فيه نص خاص في هذا القانون وفقاً لما رسمته المادة الأولى منه والتي سلف بيانها.

ومفاد هذا أنه كلما اختلف الفقه الإسلامي فيما بينه بخصوص ما يجوز الانتفاع به مما لا يجوز ، تحتم أن نستهدي بالمادة الأولى في أي المذاهب نرجع إليها، حتى إذا ما انتهينا إلى حكم جواز الانتفاع به، وقفنا عند هذا الحد وقلنا بجواز التعامل فيه بناءً على قولنا بجواز الانتفاع به، ولم ننظر إلى ما قرره المذهب المعني من عدم جواز التعامل؛ إذ كل ما نأخذه منه هو قوله بجواز الانتفاع فقط؛ لأننا عندئذٍ نعمل المبدأ القانوني المنصوص عليه من أن ثمرة التقوم جواز التعامل مطلقاً . وهذا نوع من التلفيق ما بين ذينك الضابطين المشار إليهما لم نجد ما يدفعه في قانوننا ؛ لاسيما في ضوء القاعدة الأصولية التي تقرر أنه يجب الجمع بين الدليلين اللذين يبدو بينهما التعارض كلما أمكن ذلك.

وتفريعاً على ذلك وتفصيلاً له، يمكن لنا أن نستجلي موقف قانوننا على هذا النحو: –

أولاً : في الميتة رأينا أن الجمهور على حرمة الانتفاع بشحومها خلافاً للإمام الشافعي، وأن الإجماع على حرمة بيعها ، وإذن فإن القانون الذي نحن بصدده يبطل بيعها تبعاً لحرمة استعمالها، وللإجماع على حرمة بيعها كذلك.

---

[١] إن عبارة ابن رشد الجدّ لدقيقة في هذا الشأن وهي قوله "فجائز له أن يبيعه ممن يصرفه فيما كان له هو أن يصرفه فيه " شرح عليش لمختصر خليل ٤٥٢/٤، حاشية البناني ١٦/٥ التاج والإكليل ١١٣/١ . وقد مضى ابن رشد الحفيد على هذا السنن بقوله في الزيت النجس : " وعمدة من أجازه أنه إذا كان في الشيء أكثر من منفعة واحدة وحرم منه واحدة من تلك المنافع أنه ليس يلزمه أن يحرم منه سائر المنافع ولا سيما إذا كانت الحاجة إلى المنفعة غير المحرمة كالحاجة إلى المحرمة، فإذا كان الأصل هذا يخرج منه الخمر والميتة والخنزير وبقيت سائر محرمة الأكل على الإباحة: أعني أنه إن كان فيها منافع سوى الأكل فبيعت لهذا جاز " بداية المجتهد ٢/ ١٣٠ .

وأما بالنسبة لجلد الميتة فيظهر أنه يجيز بيعها تبعاً للإمام مالك في المشهور عنه من جواز الانتفاع بها إذا دبغت، كما هو قول الجمهور، لا فيما قرره من بطلان بيعه كالذي اشتهر عنه مذهب مالك، وتقدم أن جواز البيع رواية عنه.

ولكننا نقف هنا بالنسبة لما قرره المذهب المالكي من طهارة جلد الخنزير بالدباغ؛ لأن أكثر أهل الفقه عدا الظاهرية على عدم جواز بيعه في هذه الحالة، وإذا كان كذلك كان قوله بجواز الانتفاع به هنا مرجوحاً.

وأما بخصوص شعر الميتة فمذهب القانون كما هو واضح هو جواز التعامل فيه؛ لأن المالكية والحنابلة على الخصوص يرون جواز ذلك، وهو قول الجمهور أيضاً .

وبالنسبة لسن الميتة وعظمها ونحو ذلك نرى هنا تقيد القانون بالمذهب المالكي في المشهور عنه وبمذهب الجمهور أيضاً فيما يقررونه من عدم جواز الانتفاع بذلك، فيلزم منه أن التعامل بالبيع وغيره يكون باطلاً أيضاً، على أنه يراعى هنا ما يقرره المذهب المالكي من تأثير الذكاة فيها.

ثانياً : بالنسبة للدم يقف القانون هنا مع الإجماع على حرمة التعامل فيه، وفي خصوص بيع الدم للأغراض الطبية نص المشرع الإماراتي في المادة (٧) من القانون رقم (١٥) لسنة ١٩٩٣ في شأن مشروعية نقل الأعضاء على منع بيع الأعضاء أو شرائها بأي وسيلة أو تقاضي أي مقابل مادي عنها ، ونرى أن هذا يمتد ليشمل بيع الدم، كما أجاز في المادة (٥) من ذات القانون التبرع أو الوصية بها، ويدخل الدم في ذلك، وسنتطرق لذلك من بعد.

ثالثاً : في أجزاء الخنزير عرفنا أن الإجماع على منع الانتفاع به أو بشيء من أجزائه، وعلى حرمة إيراد التصرفات الشرعية عليه، وذلك فيما عدا شعره و جلده إذا دبغ، وأن في الجلد قولين : أحدهما المنع على ما للأكثر، والثاني الجواز وهو مذهب أهل الظاهر، كما في الشعر قولان كذلك: المنع، وهو قول الجمهور بمن فيهم أهل الظاهر، والجواز، وهو المعتمد لدى المالكية، وقد روي عن أبي حنيفة خلافاً للراجح في مذهبه.

ومتى كان ذلك فإن قانوننا فيما يظهر على بطلان أي تعامل في جلد الخنزير تبعاً لقول المالكية بعدم طهارة جلد الميتة، ولقول الجمهور بحرمة ذلك في الخنزير، كما أن المالكية إذ يقولون بطهارة شعر الميتة ولو من الخنزير قد رأينا أنهم يجيزون التعامل فيه، ويظهر مما رسمته المادة الأولى من القانون أنه يجيز التعامل في شعره تبعاً لذلك، وهو خلاف الراجح في المسألة وفقاً لما بيّنا.

رابعاً : اتفق الفقه على أن من الكلاب ما يجوز استعمالها فيما هيئت له، وأن منها ما لا يجوز استعماله، وأشرنا إلى أن من مقتضى ذلك أن ما كان جائزاً استعماله جاز التعامل فيه، والعكس صحيح ، ويظهر من الضابطين الواردين في القانون أن هذا هو اتجاهه في المسألة.

خامساً وسادساً : ما يقال في السماد وفي المتنجس ينطبق على مسألة الكلب، فمادام يكاد يقع الاتفاق على جواز الانتفاع بكل منهما، لا سيما السماد، فإنه بذا يكون مالاً متقوماً شرعاً، وبالتالي قابلاً للتعامل.

وقد رأينا إجازة المذهب المالكي في طائفة من فقهائه لبيع زبل الدواب وغيرها حتى مع القول بنجاستها، كما رأينا ابن وهب وابن اللباد وابن رشد الجد يجيزون التعامل في المتنجس بشرط البيان، وعلى القول بنجاسته ففي المشهور يجوز الانتفاع به في غير مسجد وآدمي.

وإذا كان كذلك فيظهر أن القانون يجيز التعامل فيه إذا لم يستعمل للمسجد أو للآدمي، ويثبت به خيار العيب تبعاً للمشهور في هذا المذهب من هذه الحيثية، فأما على القول الآخر بإمكان تطهير المتنجس، فإنه يجوز التعامل فيه مطلقاً، أي ولو في مسجد وآدمي، ويخضع بعد ذلك لحكم القواعد العامة في العيب كما سبق القول.

٥٦ – مدى التزام القاضي الإماراتي بالمذهب المالكي عند انعدام النصوص القانونية

وهنا مسألة مهمة وهي هل يلتزم القاضي بالمشهور من المذهب المالكي، أم يجوز أن يأخذ بغيره ؟ أم ينتقل رأساً إلى غير هذا المذهب مما تضمنته المادة الأولى من القانون ؟

أشرنا من قبل إلى أن المادة وإن صدّرت المذهب المالكي ثم المذهب الحنبلي، إلا أنها مع ذلك أتاحت للقاضي فرصة الاجتهاد بما نبهت عليه من تحري المصلحة، كالذي ورد في عجزها، وإذا كان كذلك فلا بد له من أن يستكمل مقومات الاجتهاد، ولا يتأتى الوقوف على ذلك إلا إذا هو بسط حججه وأسانيده فيما يأخذ به أو يدعه، وعلى أن ما يفصل فيه هو من مسائل القانون، فقد يمكن لمحكمة النقض أن توافق على ما انتهى إليه، كما يمكن أن تعارضه فتنقضه.

وبالرغم من هذا فإن الدائرة الشرعية في محكمة النقض قد درجت على الأخذ بمشهور المذهب المالكي واطراح الأقوال المخالفة له ولو كانت أقوالاً في المذهب[1]، بينما تجيز الدوائر الأخرى كثيراً من وجوه التعامل، بناءً على الاجتهاد المتحرر من أي قيد مذهبي ولو خالف المذاهب الأربعة.

---

[1] لا أدل على هذا من أن الدائرة الشرعية بمحكمة النقض قد نقضت حكماً ورّث امرأة من المتوفى أخذاً بأنها استشهدت بمن أخبر بأنه وقد طلقها كان يتردد عليها في مسكنها مما يدل على أنه راجعها بالفعل ، على الرغم من أنه وثق قبل وفاته إقراراً بأنه لم يراجعها ، وقد أخذت محكمتا الموضوع بما ذكره ابن وهب على خلاف مشهور المذهب المالكي من أن الرجعة تصح بالفعل أي الوطء ولو لم تصحبه نية المراجعة ، فنقضت الدائرة المشار إليها

وغير خافٍ أن من شأن ذلك أن يؤدي إلى تعارض أحكام الدائرة الشرعية مع غيرها في تطبيق المادة الأولى من القانون، وذلك أمر يستدعي تدخلاً تشريعياً عاجلاً منعاً لتضارب الأحكام في الدولة الواحدة وبين دوائر محكمة واحدة هي أعلى محكمة فيها، مع أن فلسفة إنشاء محكمة النقض – كما هو معلوم . هي منع تعارض الأحكام وتوحيد الاجتهاد القضائي في النظام القانوني الواحد نشداناً لاستقرار التعامل.

الفصل الثاني

شرط الإمكان

٥٧ – تمهيد

هذا الحكم وقالت في أسباب ذلك ما مفاده أن فقهاء المذهب المالكي المعمول به في الدولة نصوا على أمرين : الأول أن المشهور في المذهب هو عدم صحة الرجعة بالفعل الذي لم ينو به الزوج ارتجاع زوجته ، والحال أن هذه النية منفية بذلك الإقرار الموثق ، والثاني وهو محل الشاهد أن القاضي إذا كان مقلداً بأن لم يبلغ درجة الاجتهاد التي بلغها الأئمة الأربعة يجب عليه أن لا يحكم إلا بالقول المشهور أو الراجح ولا يجوز له أن يقضي بالقول الضعيف أو الشاذ فإن حكم بذلك نقض حكمه . (الطعن ٤٠٠ لسنة ٢٦ نقض شرعي أحوال شخصية ، جلسة ٢٩ / ٣ / ٢٠٠٤ م غير منشور) .

أقول : هذا الحكم يبدو أنه ينسحب على ما لم يرد فيه نص قانوني سواءً في الأحوال الشخصية أو في التصرفات المالية ، لأن القضاء لا يستطيع أن يهدر نصاً قانونياً قائماً ، وكان هذا الحكم قبل صدور قانون الأحوال الشخصية الحالي ، وإننا مع احترامنا لمشايخنا قضاة الدائرة الشرعية لا يسعنا إلا أن نتحفظ على ما ذهبوا إليه ؛ ذلك لأن هذا الذي ذهبوا إليه يصادر نصوصاً قانونية مأخوذة من مذاهب أخرى تشير إلى ما يتعين تطبيقه في النازلة المعروضة على البحث كنص المادة الأولى من ق م م أ التي أشارت إلى الأخذ من المذهب المالكي وغيره على حسب المصلحة ، ومثل النص الذي يعرف المال المتقوم بأنه ما يجوز الانتفاع به شرعاً وإمكان الاستعانة بهذا الضابط في شأن التعاقد على ما يجوز الانتفاع به شرعاً وإن قرر الفقه المالكي أو غيره عدم صحة العقد عليه بالرغم من ذلك الخ .

ثم إن في القضاء المتقدم مصادرة كذلك على حق القاضي في الترجيح وكأنه ملزم بمذهب معين في القضاء ، مع أن الدولة لا تلزمه بذلك في كل قضائه وإنما تلزمه بما تختاره هي وفقاً للمصلحة العامة وأخذًا بالاتجاه السائد في عموم الدول الإسلامية اليوم ، وقد اختفت الصورة القديمة التي كان يتقلد القاضي فيها القضاء مشترطاً عليه ألا يخرج عن قول الإمام الفلاني أو المذهب الفلاني، فضلاً عن إهدار هذا القضاء لواقع أن المذهب المالكي ليس هو الوحيد من المذاهب المعمول بها في الدولة وليس ثمة نص وقفنا عليه يقضي بأن يكون هو المذهب الوحيد المعمول به فيها .

شرط الإمكان مؤدّاه ألا يكون المحل المتعاقد عليه مستحيلاً مطلقاً، وإنما يكون في دائرة الإمكان البشري المعتاد، وبعبارة أخرى أن يكون في مقدور الشخص المعتاد أن يسلمه إن كان شيئاً، أو يقوم به إن كان عملاً.

وسنرى أن هذا القدر محل اتفاق بين الفقه الوضعي والفقه الإسلامي، وإن كان في الفقه الوضعي من يجري على افتراضه مطلقاً في كل العقود، على ما نتطرق إليه في حينه. وإنما يعرض الخلاف بين الفقهين فيما هو أبعد من هذا، وهو درجة الحصول أو الحدوث، فسنرى أن الفقه الإسلامي على الإجمال يطلب أكثر من مجرد الإمكان والاحتمال العادي، بينما يقتصر الفقه الوضعي على الحدود الدنيا فيه، وإن كان يطلب درجة أشد منه في أحيان أخرى.

وعلى غرار النهج الذي انتهجناه في السابق نعرض للاستحالة الذاتية التي هي المقابل لشرط الإمكان مفهوماً ومعياراً وأنواعاً كما هي في الفقه الوضعي، ثم نعرض لمثل ذلك في الفقه الإسلامي، لنصل في النهاية لما يقرره قانون المعاملات المدنية الإماراتي في هذا الصدد.

المبحث الأول

الاستحالة الذاتية في الفقه الوضعي

ونعرض فيه لمفهومها ومعيارها أولاً ثم لأنواعها في مطلبين.

المطلب الأول

مفهوم الاستحالة الذاتية ومعيارها في الفقه الوضعي

٥٨ – قيامها في حق الكافة

نستطيع أن نقرر أن الاستحالة الذاتية تعني عدم إمكانية تسليم محل التصرف إلى المتصرف إليه مطلقاً، أي أن أحداً لا الملتزم ولا سواه يستطيع القيام بذلك، وبذا يتحدد لنا معيار هذه الاستحالة، فهي استحالة تقوم بالنسبة إلى جميع الناس، ولا تقتصر على المدين وحده.

فإذا لم يقدر المدين على ما عسى أن يقدر عليه غيره لأسباب خاصة به لم يمنع ذلك صحة التصرف، مثاله ما لو تعاقد شخص مع آخر ليضع له لوحة فنية مع أنه لا يجيد هذا الفن، أو تعاقد شخص مع غير طبيب لكي يقوم بعلاجه، ففي هذين المثالين توجد استحالة قاصرة على المدين في كل منهما؛ لأن هناك من يستطيع القيام بهذا العمل، ومن ثم لا يبطل التصرف، وإنما يجوز لمن وقعت الاستحالة النسبية السالفة الذكر ضد مصلحته أن يطلب فسخ العقد، مع التعويض إن كان له مقتضى وفقاً للقواعد العامة.

٥٩ – مفهوم آخر للاستحالة المطلقة

ويذهب رأي إلى أن الاستحالة لا تكون نسبية بمجرد أن شخصاً آخر غير المدين يستطيع القيام بالعمل الذي تعهد به المدين، وإنما الصحيح أن الأمر يعد مستحيلاً استحالة مطلقة إذا كان لا يستطيع أحد القيام به، أو كان لا يستطيعه الرجل المعتاد إذا وجد في مثل ظروف المدين المنظورة والمفروض حتماً أن يعلمها الدائن، وبعبارة أخرى يكفي لقيام هذه الاستحالة أن يكون الأمر مستحيلاً بالنسبة إلى الرجل العادي في مثل ظروف المتعهد ووفقاً للمعيار الموضوعي[١]، وعلى هذا فإن تعّهد صاحب عربة يد لا يملك غيرها من وسائل النقل بنقل مئات الأطنان من السلع في مدة محدودة يعتبر مستحيلاً استحالة مطلقة، مع أن تعهد شركة نقل متخصصة بذلك أمر ممكن، وبيع ملك الغير باطل لاستحالة محله استحالة مطلقة، لأن الرجل العادي إذا وجد في مثل ظروف هذا البائع الظاهرة، ومنها انعدام ملكيته للمبيع يعجز عن الوفاء بالتزامه بنقل ملكيته فور التعاقد، وهذا بالرغم من أن المالك الحقيقي يستطيع القيام بنقل حق الملكية الذي تعهد البائع بنقله[٢].

ولا يخفى أن ظروف المدين هذه تختلف من مدين إلى آخر، ومن ثم فكل استحالة كنا نعتبرها نسبية ستكون بناءً على المعيار السابق استحالة ذاتية، ولن يعود ثمة وجود للاستحالة النسبية، وبذا يختفي المعيار الموضوعي المشار إليه ويتغلب عليه معيار ذاتي محض، كما تتسع من الجهة الأخرى دائرة البطلان في العقود بناءً على ذلك . وهذا الرأي يقترب من شرط القدرة على التسليم المعروف في الفقه الإسلامي كما سيأتي.

٦٠ – تقدير قيام الاستحالة الذاتية مرهون بوقت إصدار التصرف

ويشترط في الاستحالة الذاتية أن تقع عند إصدار التصرف، وبعبارة أخرى يجب أن تقدر هذه الاستحالة في هذا الوقت لا في غيره، لأنها لو نشأت بعد صدوره لاتضح أن التصرف قد ورد على محل قابل لأن يرد عليه فيكون قد نشأ صحيحاً لا سبيل من الناحية المنطقية إلى إبطاله بعد التسليم بصحة نشأته، وإنما يحق للمتضرر من تنفيذ آثاره أن يفسخه لو كان عقداً، أو يرجع فيه لو كان تصرفاً ناشئاً بالإرادة المنفردة [١].

---

[١] سليمان مرقس ، في الالتزامات ص ١٠٦ فقرة ١٢١ .

[٢] المرجع السابق فقرة ١٢١ ص ١٠٦

[١] جاء في مجموعة الأعمال التحضيرية للتقنين المدني المصري (٢ / ٢١٢) : " إذا كانت الاستحالة مطلقة فالمحل غير موجود في الواقع ولا يكون للالتزام نصيب من الوجود، إلا إذا طرأت الاستحالة بعد قيام العقد فيكون للمتعاقد في هذه الحالة أن يرفع دعوى الفسخ لا دعوى البطلان، أما إذا كانت الاستحالة نسبية أي قاصرة على الملتزم وحده فالعقد صحيح ويلزم المتعاقد بتنفيذه، على أن التنفيذ إذا استحال على المدين كان للدائن أن يقوم به على نفقة هذا المدين طبقاً للقاعدة العامة، وله أيضاً أن يطالب بالتعويض إلا إذا اختار فسخ العقد مع المطالبة بتعويض إضافي إن كان ثمة محل لذلك " .

ونعتقد أن الحكمة في الاتفاق على ذلك هي ضرورة الفصل بأسرع وقت ممكن في مدى صحة التصرف حسماً للمنازعه التي يمكن أن تنشب بين أطرافه، ففي هذا الوقت – أي وقت صدور التصرف – ننظر إلى إمكان المحل أو إلى استحالته، هذا فضلاً عن أن المنطق يفرض أن تراقب شروط صحة التصرف وقت صدوره فقط وليس قبل ذلك أو بعده [٢].

وتطبيقاً لهذا إذا كان المحل مستحيلاً وقت التعاقد مثلاً ثم إن الظروف تغيرت فأصبح ممكناً، فإن العقد يظل باطلاً ما دام قد صدر والمحل مستحيل في ذاته [٣].

المطلب الثاني

أنواع الاستحالة الذاتية

٦١ – استحالة طبيعية واستحالة قانونية

يقسم شراح القانون الاستحالة الذاتية إلى نوعين:

أ. استحالة طبيعية وهي التي ترجع إلى طبيعة الأشياء، كما لو تعهد شخص بنقل جبل أو بشرب مياه محيط أو تعهد شخص بنقل ملكية شيء كان قد هلك قبل التعاقد، أو بمنع إفشاء سر كان قد أُفشي.

ب. استحالة قانونية يرجع قيامها إلى حكم القانون، وهي استحالة ذاتية؛ لأنها تصادم عقبة قانونية تقف في وجه تسليم المحل أو تنفيذه، من ذلك مثلاً أن يبيع شخص شيئاً على أنه مملوك له ويتضح أنه مملوك للمشتري نفسه، فإنه مع وجود المحل فلا يمكن تنفيذه أو تسليمه؛لأن القانون يستلزم أن يكون الشيء غير مملوك للمشتري حتى تنتقل ملكيته إليه ابتداءً، وفي هذا المثال فإن النتيجة متحققة قبل العقد، والملكية قائمة وثابته للمشتري، فلا فائدة من العقد، وبالتالي توجد عقبة قانونية تحول دون نشأة الالتزام على البائع بتسليم المبيع إلى المشتري كنتيجة لذات العقد نفسه.

وإذا اتفق محامٍ مع شخص على أن يقرر بالاستئناف في حكم فات ميعاد استئنافه كان قيام العمل المتفق عليه، وهو التقرير بالاستئناف وما يعقبه من ترافع مصطدماً بعقبة قانونية تحول دون ذلك، فلا يكون العقد صحيحاً. فالمحل هنا ممكن بحسب العادة، ولكنه لما اصطدم بهذه

---

[٢] إسماعيل غانم ص ٢٣٩ فقرة ١٢٠، سلطان ص ١٢٢ فقرة ١٣٧، حجازي ص ٢٢٥ فقرة ١٤٠ وحيد سوار، مصادر الالتزام ص ١٣٥ فقرة ١٦٠ عبد المنعم فرج الصدة ، نظرية العقد في البلاد العربية ص ٣٢٠ فقرة ١٨٧ومصادر الالتزام ص ٢٥٣ فقرة ٢٠٠ حيث يقول :" إنما يشترط في الاستحالة المطلقة أن تكون قائمة وقت انعقاد العقد"، كذلك سليمان مرقس ، فقرة ١٢٢.

[٣] د/ محمد الزين ، النظرية العامة للالتزامات ص ١٦٢ فقرة ٢١٣ .

العقبة القانونية، صار غير ممكن قانوناً، ولهذا كان العقد باطلاً، لأن المراد من العقد حكمه وآثاره، ولما كان غير ممكن ترتيب حكمه ولا الالتزام بآثاره تحتم المصير إلى البطلان[١].

٦٢ – رأي آخر

وفي المقابل يذهب رأي إلى الاقتصار على الاستحالة القانونية دون ما يسمى بالاستحالة الطبيعية، فالاستحالة القانونية على هذا الرأي هي التي يبطل التصرف بها، أما الاستحالة الطبيعية فهي استحالة نسبية على الدوام ليس من شأنها أن تبطل التصرف، وإنما تصلح أساساً للفسخ في العقود ولحق الرجوع في غيرها، ويؤسس هذا الرأي على ضرورة تشجيع البحث العلمي، فما يسمى مستحيلاً في وقت ما قد لا يكون كذلك في وقت آخر، فقد كان الطيران هو المثل الذي يضرب على الاستحالة المطلقة على عهد الرومان وأصبح اليوم شيئاً معتاداً ولا استحالة فيه، وينتهي هذا الرأي إلى أن المعوّل عليه لكي يصح التصرف هو أن يكون الملتزم عالماً بالصعوبات التي تعترض طريقه، وألا يكون هازلاً، وألا يتخلل التصرف استحالة قانونية، أي استحالة رتبها القانون، فإذا انتفى الغلط والهزل ولم يمنع مانع من القانون من نشأة التصرف تبعاً للشروط المتقدمة، لم يكن مقبولاً إبطاله بحجة قيام هذه الاستحالة الطبيعية [٢].

لكن يؤخذ على هذا الرأي إغفاله لبعض الأمثلة التي يقطع الذهن فيها باستحالة المحل لعدم وجوده، كما لو هلك الشيء قبل التعاقد، فهنا لا يوجد المحل ولا يمكن أن يوجد، وكما لو تعهد شخص بإحضار جرم الشمس إلى مجلس العقد، فإنه يستحيل استحالة مطلقة تنفيذ هذا التعهد. كما أن القول بأن الاستحالة الطبيعية نسبية على الدوام لا يخلو من مغالطة ولا من تناقض، أما المغالطة فلأننا إنما نقدر قيام الاستحالة بوقت صدور التصرف فقط لا فيما بعد ذلك، وهو ما يسلم به الفقه، وأننا لا نعتمد في ذلك على اعتقاد العاقدين فقط، وإنما نعتمد على معيار موضوعي يصلح للكافة ولا يقتصر عليهما وحدهما كما سبق القول، وأما التناقض فلأن القول بأن الاستحالة الطبيعية هي استحالة نسبية من شأنه وفقاً للمعيار المتقدم أن يسحب هذا الحكم على الاستحالة القانونية أيضاً؛ ذلك لأنه يمكن تعديل القانون فيزول المانع الذي حال دون صحة التصرف، كما لو صدر القانون بفتح ميعاد الاستئناف بأثر رجعي، فهل يمكن القول بأن التعهد الذي سبق اعتباره باطلاً لمصادمته لمانع قانوني أصبح بعد هذا التعديل ممكناً، وبالتالي كان من الواجب تقرير صحته من أول الأمر بناءً على هذه النسبية التي نراها للأشياء ؟

---

[١] السنهوري ، نظرية العقد ص ٤٦٨ فقرة ٤٥١ ، الوسيط ج ١ ص ٤١٩ فقرة ٢٢٠ الصدة ، مصادر الالتزام ص ٢٥٣ فقرة ٢٠٠ .

[٢] الشرقاوي ، نظرية بطلان التصرف ص ٢٨٨– ٢٨٩ ، الفقرة ١٠٢ .

نرى أن إمكانية المحل ينبغي أن تُلتمس وفقاً للمعطيات التي تكون متوافرة في أثناء صدور التصرف فقط – فهذا المعيار هو الذي يلائم المنطق الذي يقضي بأن الفصل في صحة التصرف إنما يقع في أثناء صدوره لا بعد ذلك.

٦٣ – صلة الوجود بشرط الإمكان

ويرى الفقه الوضعي أن مؤدى شرط الإمكان هو أن يكون الحق المراد نقله موجوداً أو قابلاً للوجود [١]، وتفصيل ذلك أن إرادة المتعاقدين قد تنصرف إلى التعاقد على الشيء إما على اعتبار أنه موجود فعلاً وقت التعاقد، وإما على اعتبار أنه سيوجد في المستقبل، كما في بيع المنزل أو تأجيره قبل بنائه، وكما في بيع مصنوعات مصنع قبل إنتاجها ومحصولات أرض قبل أن تنبت.

ففي الحالة الأولى : يتصور حدوث أحد احتمالات ثلاثة:

الاحتمال الأول– أن يوجد الشيء فعلاً حين التعاقد، فلا إشكال هنا في صحة العقد.

والاحتمال الثاني– أن يكون الشيء موجوداً في أصله، ثم يظهر أنه قد هلك قبل التعاقد، فهنا يبطل العقد، ولا إشكال في هذا أيضاً.

والاحتمال الثالث– ألا يكون الشيء موجوداً أصلاً ويمكن وجوده في المستقبل، وهنا يقرر الفقه أن العقد يكون باطلاً؛ لأن الإرادة انصرفت إلى وجود الشيء في وقت التعاقد لا بعده، فيكون محل الالتزام مستحيلاً استحالة ذاتية، لما تقدم من أن تقدير قيام هذه الاستحالة مرهون بوقت إصدار التصرف بغض النظر عما إذا أمكن وجود الشيء في المستقبل[٢].

و**في الحالة الثانية** : يجب أن يكون الشيء قابلاً للوجود في المستقبل حتى يكون ممكناً، فإذا باع شخص محصول قطن لأرض غير مزروعة بالقطن، ولم يعد ممكناً أن تزرع به لفوات موعده، أو إذا أجر شخص شقة في طابق علوي من منزل يراد بناؤه، ثم تبين أن القانون يمنع من الارتفاع بالبناء إلى الطابق المراد تأجير الشقة المذكورة فيه، كان العقد باطلاً؛ لأن الالتزام لم ينشأ بسبب من استحالة المحل.

ومن الأمثلة على ذلك في القانون الانجليزي أنه لا بدّ من وجود أصل الشيء المستقبل في ملك المدين، كالقمح الذي سيزرع في أرض البائع، والصوف الذي سيجز من غنمه الموجودة، وكاللبن الذي

---

[١] السنهوري ، نظرية العقد ص ٤٤٦ فقرة ٤٤٨.

[٢] إسماعيل غانم ص ٢٤٢ أواخر الفقرة ١٢٠ ، و ص ٢٤١ .

سيحلب من بقره الموجودة،والأولاد التي ستلدها بهائمه الموجودة وما أشبه ذلك، لأن الاحتمال في هذه الأشياء لا يكون إلا كذلك[١].

فإذا كان الالتزام وارداً على إعطاء شيء فإنه يكون مستحيلاً استحالة مطلقة إذا لم يكن هذا الشيء موجوداً، مثال ذلك التزام المؤجر بتمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة، فلابدّ من وجود الشيء حتى يكون الالتزام ممكناً[٢].

ومما تقدم يلحظ أن الوجود ذو صلة بشرط الإمكان، هذه الصلة يحددها الفقه بقوله : إن الإمكان هو الشرط الذي يتعين اشتراطه، وإن الوجود ما هو إلا عنصر ضروري لتحقيق هذا الشرط في الالتزام بإعطاء شيء أو بعمل متصل بشيء[٣]، أو إن الوجود والإمكان شرط واحد يعبر عنه بالإمكان في حالة وبالوجود في أخرى تبعاً لنوع المحل الذي يرد عليه الالتزام[٤].

على حين يذهب رأي آخر إلى أن شرط الإمكان لا يغني عن شرط الوجود، كما لا يغني شرط الوجود عن شرط الإمكان؛ وذلك لأن شرط الإمكان كما سبق قوله إنما يستلزم أن يكون الحق

---

[١] الصديق الضرير ، الغرر ص ٣٨٨ و٣٨٩ ، والمراجع التي أشار إليها ، لكن قارن هذا بما ينقله الدكتور فتحي عبد الرحيم عبد الله في العناصر المكونة للعقد (ص ٣٠٠ فقرة ١٦٨) عن القضاء الانجليزي من إجازة عقد بيع شحنة هلكت في سفينة قبل التعاقد كان البائع دون المشتري يعلم أن السفينة التي تقلها قد غرقت ، وذهاب المؤلف مع تسليمه بوجود صور كثيرة أبطلت المحاكم فيها عقوداً كان المحل فيها مستحيلاً إلى أن الإبطال فيها هو على أساس فكرة الغلط المشترك (ص ٢٩٧ فقرة ١٦٧ من كتابه السالف الذكر)، ومفاد ذلك لو صح أن القانون الانجليزي لا يستلزم الإمكان شرطاً للعقد، وإلى نحو هذا الرأي يذهب باري نيكولاس في كتابه عن العقد في القانون الفرنسي فهو يقرر (ص ١١٠) أنه حيث يقرر القانون الفرنسي أن المحل يجب أن يكون ممكناً وأن العقد تعهد بالأداء يرى القانون الانجليزي أن العقد ضمان نتيجة guarantee of result "؛ لذا ليس في القانون الانجليزي ما هو غير قابل للاتفاق في الوعد بالمستحيل أو بتسليم شيء سيوجد "، وهذان الرأيان مردهما فيما نعتقد إلى غموض القانون الانجليزي وتعارض الصور التي يذهب إلى تصحيحها أو بطلانها نظراً لأنه قانون مستقى من السوابق القضائية كما نعلم ، وهي أحكام متعددة وقد يظهر بينها تعارض ، والذي نرجحه فيما اطلعنا عليه من مراجع هو أن الإمكان شرط في هذا القانون، لما تقدم عن المراجع التي أشار إليها الدكتور الضرير في كتابه الآنف البيان ، ولأننا نعثر في ص ٢٨١ من كتاب المدخل إلى القانون الانجليزي لفيليب وجيمس ما ترجمته بتصرف : " إن الاعتبار consideration لا بد أن يكون حقيقياً ، أي يجب أن يكون شيئاً له قيمة محققة في نظر القانون ..... فالتعهد بإعطاء شيء واضح تماماً أنه مستحيل كالتعهد بلمس الشمس مثلاً أمر لا قيمة له بوضوح " . على أن ما تنبغي ملاحظته هنا هو أن القانون الانجليزي يضع شرطاً عاماً تندرج فيه كل شروط المحل والسبب معاً هو شرط الاعتبار consideration وتعريفه باختصار هو أنه مقابل أو ثمن التعهد المقدم من العاقد الآخر أو شيء له قيمة تقدرها المحاكم (قانون العقد لباول ريتشارد ص ٥١) ويدخل شرط الإمكان في ذلك كما يبين مما تقدم .

[٢] انظر إسماعيل غانم ، ص ١٤٠ ، ٢٤١، ٢٤٢، ٢٤٣ الفقرة ١٢٠،ومع هذا فإن حدود الاستحالة محل خلاف في فقه القانون المدني المقارن تبعاً لمدى استلزام وجود الشيء المتعلق بالالتزام، فهناك ميل من القضاء الفرنسي ألا يجيز التعامل في دين مستقبل إلا بعد أن يوجد مصدر هذا الدين من عقد أو عمل أو غير ذلك، كالمؤلف لا يحق أن يتنازل عما له في ذمة الناشر إلا بعد التعاقد معه، وقد اعترض بلا نيول وريبر واسمان على هذا الرأي، انظر نظرية العقد للسنهوري هامش ص ٤٧٣ .

[٣] إسماعيل غانم ، ص ٢٤٢،٢٤١.

[٤] عبد المنعم فرج الصدة ، مصادر الالتزام ص ٢٥٢ فقرة ١٩٩، ونظرية العقد الفقرة ١٨٦. عبد السلام ذهني ، الالتزامات ص ١٣٨ فقرة ١٥٢، أحمد محمود سعد، مصادر الالتزام في القانون اليمني ص ٤٤٦فقرة ١٧٠، والوجيز ص ١٠٦، و١١٠

المراد نقله موجوداً أو قابلاً للوجود [١]، أما شرط الوجود فيستلزم وجود هذا الحق في وقت معيّن يتم تقديره عند التعاقد.

ويمكن لنا أن نقول إن الفقه الوضعي يشترط وجود المحل بصفة عامة، ولكنه لا يستلزمه عند التعاقد،كما لا يتشدد في القطع بوجوده، بل يكفي أن يكون المحل قابلاً للوجود في المستقبل، وتفريعاً على هذا يجيز الفقه الوضعي بيع الأمل أو بيع الأشياء المحتملة كما سنرى عند الكلام على شرط الوجود.

ثم إن إمكان الوجود هذا يتسع ويضيق بحسب طبيعة التعاقد، وجملة ذلك أنه يجب أن يقدر في وقت التعاقد ما إذا كان يمكن وجود الشيء في الزمن الذي يجب فيه تنفيذ الالتزام بتسليمه، وكأثر لهذا يبطل العقد ولو كان محله موجوداً عند التعاقد متى كان اقتضاؤه غير ممكن في أجل التسليم، كما يبطل إذا كان أجل التسليم هو وقت التعاقد، ولم يكن الشيء الذي تعلق به تنفيذ هذا الالتزام موجوداً في هذا الوقت بالذات.

ومن هنا يزول الإشكال المتعلق ببعض التطبيقات المختلفة في ظاهرها والتي ترد جميعها إلى قانون واحد تنزل عليه فيكون أمر بطلانها أو صحتها مرهوناً بمدى تقيدها أو عدم تقيدها به: ذلك هو قانون الإمكان وحده– كما أسلفنا– منظوراً إليه من جهة الزمن الذي يجب تنفيذه الالتزام فيه.

---

[١] قارب منصور مصطفى في شرط وجود المبيع ، العقود المسماة ، فقرة ٢٢ص ٤٢، ٤٣.

المبحث الثاني

الاستحالة الذاتية في الفقه الإسلامي

ونقسم هذا المبحث إلى فرعين، الأول : في تعداد معاني الإمكان في الفقه الإسلامي، والثاني : في أحد أفراد معاني الإمكان في هذا الفقه، وهو القدرة على تسليم المعقود عليه .

الفرع الأول

مدلولات الإمكان في الفقه الإسلامي

يطلق الإمكان وينصرف باستقرائنا إلى ثلاثة مدلولات[١]:

٦٤ – المدلول الأول : الاحتمال

المدلول الأول للإمكان هو ما يرادف الاحتمال العقلي المحض، أي إمكان الوقوع أو عدمه، ويعرّفه أهل الاصطلاح : بأنه ما لا يقتضي الوجود أو العدم [٢]، وعلى هذا المعنى يكون الممكن هو الذات التي لا تقتضي وجوداً و لا عدماً، فيكون مرادفاً للمحتمل أو للغرر [٣]المعروف في الفقه الإسلامي في باب المعاملات؛ ذلك لأن الغرر يدور على حصول الشيء أو عدمه مهما تعددت تعريفاته، تقول : أجلت لك قبض الثمن إلى حين قدوم زيد، وتعني بذلك أن قبض الثمن قد يحصل وقد لا يحصل؛ لأن قدوم زيد هذا محتمل، وتقول : بعتك ما في كمي بما في جيبك، فيحتمل أن يكون ما في الكم رخيصاً أو غالياً، كما يحتمل أن يكون ما في الجيب قليلاً أو كثيراً، وهذا المعنى للغرر هو ذات مدلول الإمكان الذي نحن في صدده، أي احتمال الوجود والعدم، وجدير بالذكر أنه ليس هو المراد من حديثنا في هذا الفصل.

٦٥ – المدلول الثاني : الجواز الشرعي

---

[١] قارن ما نقوله في المتن بما قاله صاحب الكليات ص ١٨٥ : " الإمكان أعم من الوسع لأن الممكن قد يكون مقدوراً للبشر وقد يكون غير مقدور له، والوسع راجع إلى الفاعل والإمكان إلى المحل ، وقد يكونان مترادفين بحسب مقتضى المقام " .

[٢] الجرجاني ، التعريفات، ص ٩٣ .

[٣] الغرر في اللغة هو الخطر، وفي الاصطلاح ترددت أقوال شتى في تعريفه، منها : ماله ظاهر يغر المشتري وباطن مجهول، ومنها ما تردد بين السلامة والعطب، وقيل ما انطوى عنك أمره وخفيت عليك عاقبته كما أوردنا في المتن نقلاً عن الشيرازي ، وقيل المجهول العاقبة، أو المستور العاقبة، أو المتردد بين أمرين أغلبهما أخوفهما أو المتردد بين حالين أحدهما على الغرض والثاني على خلافه . يراجع الدسوقي ٤٩/٣، الشرقاوي على تحفة الطلاب ٩/٢، البدائع ٢٦٣/٥، المبسوط ١٩٤/١٣ ، ومن الكتب المعاصرة الجيدة في بابها كتاب الدكتور الشيخ الصديق الضرير ، الغرر وأثره في العقود في الفقه الإسلامي ص ٢٧– ص ٣٤.

والمدلول الثاني للإمكان هو الإذن أو الجواز الشرعي، تقول : يمكن لي شرعاً أن أشتري بيت الورثة هذا، أو أن أوصي للفقراء والمساكين بأي مبلغ من المال، وهذا المدلول متفق على اعتباره في كل تصرف؛ لأن المعدوم شرعاً كالمعدوم حساً، وما أبطلت الشريعة التعامل فيه لا وجود له في نظر الشارع واعتباره [١]، ومن ثم لا ينتج عنه أثر، ولا ترد عليه إجازة.

وهذا متفق عليه في الجملة كما سبق قوله، وتحته مع ذلك **ثلاث ملحوظات** :

الأولى – ما سبق أن أشرنا إليه في فصل المالية والتقوم من أن إفادة التحريم أو البطلان في الشريعة خاضعة للاجتهاد، وذلك في تبين دلالات نصوصها وقواعدها وكلياتها، وفي تبين مدى ثبوت بعض هذه النصوص كذلك، كالأحاديث والأخبار المقررة لوجود الإجماع أو لعدمه في المسألة المبحوث عنها.

والملحوظة الثانية – أن الفقه مع ما تقدم يرتب بعض الآثار على مخالفة الإذن الشرعي، إما رفعاً للظلم، وإما ابتغاءً لاستقرار التعامل، فمثلاً يفرق المذهب الحنفي بين العقد الباطل والعقد الفاسد بأن الباطل ما كان الاختلال راجعاً فيه إلى ركنه أو محله أو الغرض منه، والفاسد ما كان الاختلال راجعاً فيه إلى وصفه، كفساد البدل على ما مر، أو جهالة الأجل، ونحو ذلك . والفرق عندهم أن الفاسد إذا زال سبب فساده صح بخلاف الباطل، وأنه يفيد الملك في المعقود عليه بقبضه، ولا كذلك الأول[٢]، والمذهب المالكي يرتب فوات المعقود عيه بإجراء عقد تمليك آخر، أو بمجرد التصرف بالهدم والبناء ونحو ذلك[٣].

وثالث الملحوظات – أن الفقهاء يجعلون الإذن الشرعي المعتبر شاملاً لأصل التعاقدكما سبق تقريره آنفاً، ولحق من حقوقه هو القدرة على تسليم المعقود عليه، فشرطهم في القدرة على التسليم:

١– أن يكون مقدوراً عليه حساً، كما يأتي عما قليل .

٢– أن يكون مقدوراً عليه شرعاً، وبيان ذلك ألا يترتب على هذا التسليم ضرر لم يأذن به الشارع، لما فيه من إضاعة المال المنهي عنه شرعاً كما يقرر المالكية [٤]، أو لما فيه من ضرر بأحد المستحقين لا يوجبه العقد كما يقرر الحنفية[٥]، أو لما يدخل المال في ذلك من بطلان المنفعة أو نقص القيمة فيه أو في

---

[١] شرح حدود ابن عرفة للرصاع ٢ / ٦٥١ ، الموسوعة الفقهية الكويتية ٢٠ / ٣٦ ، وانظر مثلاً المنهاج للإمام النووي ، فقد جاء في ص ١٦٠ من كتاب الإجارة " أن الامتناع الشرعي كالحسي فلا يصح استئجار لقلع سن صحيحة، ولا حائض لخدمة مسجد، وكذا منكوحة لرضاع أو غيره بغير إذن الزوج في الأصح ".

[٢] البدائع ٥ / ٢٩٩ – ٣٠٠ ، فتح القدير ٦ / ٤٢٣ – ٤٣٥ ، الشباه والنظائر لابن نجيم ص ٢٣٦ ، تبيين الحقائق ٤ / ٣٩٧ – ٤٣٠ ، البحر الرائق ٦ / ١٥٠ – ١٦٣ الخ .

[٣] مواهب الجليل ٤ / ٣٨٠ ، ٣٨١، حاشية الدسوقي والشرح الكبير بهامشه ٣ / ٧٠ ، ٧١ ، شرح الخرشي ٥ / ٨٥ – ٩٣ .

[٤] التاج و الإكليل ٤/ ٢٧٤ ، حاشية الرهوني ٥٣/٥ .

[٥] بدائع الصنائع ٥ / ١٤٧ ، ١٦٨ .

باقيه نقصاً يحتفل بمثله كما بقرر الشافعية[٦]. مثال ذلك : ما لو باع شخص لآخر نصف إناء مفرز، أو نحو جذع في بناء، أو فصاً من خاتم. فالتسليم في هذه الصور يترتب عليه كسر الإناء، وإتلاف البناء ، ونقص قيمة الخاتم بنزع الفص عنه.

وحكمه مختلف فيه على ثلاثة أقوال :

الأول – البطلان؛ لأن المعجوز عنه شرعاً كالمعجوز عنه حساً، وما نهى عنه الشارع يبطل التصرف فيه، وهذا قول المذهب الشافعي[١].

والثاني – الفساد فحسب، والمعنى أن الحكم لا يقع إلا إذا قام المالك بتسليم المعقود عليه بأن نزعه مما هو فيه، أو قطعه وسلمه للمتملك باختياره قبل أن يختار هذا الفسخ، فإن فعل قبل الفسخ أجبر المتملك على الأخذ، ويأثم المالك، هذا الذي يفهم من المذهب الحنفي [٢].

والثالث – صحة العقد من حيث هو، وحرمته ديانةً على المالك، أي مع حرمة الإقدام عليه وإثم المالك إن أثمه؛ لما فيه من إضاعة المال كما سبق، وهو نظر المذهب المالكي [٣] .

٦٦ – المدلول الثالث : القدرة على الأداء

أما المدلول الثالث للإمكان فهو القدرة البشرية على القيام بعمل أو الامتناع عن عمل، وقد عرّفها أهل الاصطلاح : بأنها الصفة التي تمكن الحي من الفعل وتركه بالإرادة [٤]، ومن ثم يراد بالإمكان بهذا المدلول أو بالقدرة في الفقه الإسلامي أحد معنيين اثنين :

أ – **المعنى الأول** : ما يقابل التعذر[٥]، أي أن الأمر المكلف به غير مقدور ممن عليه القيام به، وهو المستحيل .

والاتفاق في الفقه الإسلامي على أن الشارع الحكيم لم يأمر به في الواقع، وإذا كان قد وقع خلاف بين الأصوليين في هل يكلف الله سبحانه وتعالى بالمستحيل [٦]، فهذا مقيد بقيدين :

---

[٦] نهاية المحتاج ٣ /٤٠٠ ، قليوبي وعميرة ١٥٩/٢ .

[١] المراجع السابقة .

[٢] البدائع ٥ / ١٦٨ .

[٣] الشرح الكبير ١٤/٣ ، الزرقاني ٢١/٥.

[٤] التعريفات ، ص ٢٥٢ ، ٢٥٣ .

[٥] نهاية المحتاج ٣ / ٣٩٩ .

[٦] إرشاد الفحول ص ٢٩ ، الإحكام للآمدي ١ / ١٧٩ ، وخلاصة الخلاف أخذاً من شرح الكوكب المنير (١ / ٤٨٥ – ٤٩٠) أنه عند الأكثر لا يصح التكليف بمحال لذاته وهو المستحيل العقلي كالجمع بين الضدين، ولا بالمحال عادة كالطيران كذلك ، وخالف أكثر الأشاعرة والطوفي الحنبلي ، فقالوا بجواز التكليف بالمحال مطلقاً ، وفرق الآمدي بين المحال العقلي فلا يجوز التكليف به وبين غيره فيجوز، وأما المحال لغيره فيجوز التكليف به إجماعاً، كتكليف من علم الله سبحانه أنه لا يؤمن . ا . هـ بتصرف كبير .

الأول – أن الجميع على على عدم وجوده في الواقع ، كما قيل : " التكليف بما لا يطاق ..... غير واقع في الشريعة " [١]، وإنما الخلاف الجاري بينهم في هل هو ممكن عقلاً، وهو مجرد خلاف نظري .

والثاني – أنهم جعلوا ذلك من الخالق جل وعز للمخلوقين، وليس بين المخلوقين بعضهم وبعض، ولهذا قيل بعدم وقوع التكليف ما لا يطاق في الشريعة كما تقدم، وما ذاك إلا بدلالة قوله تعالى : (لا يكلف الله نفساً إلا وسعها) البقرة : ٢٨٦ .

والمعنى الذي نشير إليه يرد عند أهل الاصطلاح تحت اسم القدرة الممكنة، وتعريفها عندهم : أنها عبارة عن أدنى قوة يتمكن بها المأمور من أداء ما لزمه، بدنياً كان أو مالياً، قالوا : وهذا النوع شرط في حكم كل أمر، احترازاً من تكليف ما ليس في الوسع، وأصل التكليف يتوقف عليها، لذا فهي شرط محض[٢].

ومن تطبيقات ذلك في باب العقود ما أشاروا إليه من أن الشيء المعدوم الذي يستحيل وجوده لا يصلح أن يكون محلا للعقد سواءً كان ذلك شيئاً أو منفعة، وأنه إذا استحال وجود المحل قبل العقد لسبب من الأسباب لم ينعقد، مثال ذلك ما إذا تعاقد شخص مع طبيب على علاج مريض توفي، فإن الميت لا يصلح أن يكون محلاً للعلاج، وكذا إذا تعاقد شخص مع عامل على أن يقوم بحصد زرعه الذي احترق[٣].

ب – المعنى الثاني: ما يقابل التعسر[٤]، والمقصود فيه أنه يمكن القيام به مع مشقة غير معتادة في طلبه وتحصيله، ويسميه أهل الاصطلاح بالقدرة الميسرة، وتعريفها عندهم : أنها ما يوجب اليسر على الأداء، قالوا : وهي زائدة على القدرة الممكنة بدرجة واحدة في القوة؛ إذ بها يثبت الإمكان ثم اليسر،

---

[١] البحر المحيط للزركشي ١ / ١١١ ، بتصرف، ونحو هذا في الفروق ١/ ٢٩٣ – ٢٩٥ الفرق ٢٦ بين قاعدة خطاب التكليف وقاعدة خطاب الوضع ، حيث جاء ما نصه : " يشترط في خطاب التكليف علم المكلف وقدرته على ذلك الفعل وكونه من كسبه " وهو يفرق بين هذا وبين خطاب الوضع ، ويجعل العقود من قبيل خطاب الوضع ، لأنها من قبيل أسباب انتقال الأملاك ، ومع ذلك يقرر صراحة أنه استثناء مما ذكره من عدم اشتراط العلم والقدرة في خطاب الوضع يشترط في العقود العلم والإرادة والقدرة ، ثم رجع إلى القول بأن العقود من خطاب التكليف أيضاً كما أنها من خطاب الوضع . أما صاحب شرح الكوكب المنير (١ / ٤٨٩ – ٤٩٠) فقد ساق كعادته خلافاً فيما تقدم ، فقرر أن الأكثر على أن التكليف بالمحال لذاته لم يقع ، ثم نقل عن ابن الزاغوني أن ذلك ممتنع سمعاً إجماعاً ، وعن أبي بكر بن عبد العزيز الحنبلي وأبي إسحاق بن شاقلا أنه وقع بدليل قوله تعالى : " يوم يدعون إلى السجود فلا يستطيعون " كما ساق الخلاف بالنسبة للتكليف بالمحال عادة .

[٢] التعريفات، ص ٢٥٢ .

[٣] مصطفى شلبي ، المدخل إلى الفقه الإسلامي ص ٤٨٤ ، علي الخفيف ، أحكام المعاملات الشرعية ص ٢٥٣.

[٤] نهاية المحتاج ٣/ ٣٩٩ .

بخلاف الأولى؛ إذ لا يثبت بها إلا الإمكان، وهذه ليست بشرط محض، حيث لم يتوقف التكليف عليها [٥].

والإمكان بمعنى القدرة في كلا نوعيه يتصل بشرط القدرة على تسليم المعقود عليه المعروف في باب العقود، والكلام فيه محله الفرع التالي.

الفرع الثاني

شرط القدرة على تسليم المعقود عليه في الفقه الإسلامي

٦٧ – مفهوم القدرة على التسليم، ومقارنتها بما يقرره الفقه الوضعي

القدرة على تسليم المعقود عليه تأتي مقابلة للتعذر؛ لأن التعذر يعني عدم إمكان القيام بالعمل، أي عدم القدرة على التسليم، وهو ما قد يحصل لجمع من الناس أو لشخص واحد، كما تأتي مقابلة للتعسر؛ لأنه يعني أداء العمل مع المشقة غير المعتادة كما سبق، وبالرغم مما تقدم من أن تعسر أداء عمل ما لا يبطل التكليف به، إلا أن الفقه الإسلامي مع ذلك يلحق التعسر بالتعذر في الحكم، ويجعلهما في باب العقود شيئاً واحداً [١].

ثم إن عدم القدرة على التسليم هذا بنوعيه السابقين إما أن يختص بشخص معين، وإما أن يشمل جميع الناس، فمثلاً : التعامل في شيء محدد سبق أن هلك قبل التعاقد تتحقق به عدم القدرة على التسليم بالنسبة للجميع، وبيع الشيء المغصوب من غير الغاصب يكون غير مقدور عليه في حق غير الغاصب الذي اشتراه، ولكنه يكون مقدوراً عليه بالنسبة لهذا الغاصب وحده .

٦٨ – رأي يطابق ما بين القدرة على التسليم في الفقه الإسلامي والإمكان في الفقه الوضعي

ويذهب بعض الباحثين إلى أن شرط القدرة على التسليم في الفقه الإسلامي يماثل شرط الإمكان في الفقه الوضعي، وأن الفقه الإسلامي يقسم ما يقابله إلى ما لا يمكن لأحد أن يقوم به، وهو

---

[٥] التعريفات ، ص ٢٥٣ .

[١] لعل من أظهر ما يشهد لصحة ما قلناه ما قرره الرملي في نهاية المحتاج ج٣ص٣٩٨ و٣٩٩ عند قول النووي : " الثالث إمكان تسليمه فلا يصح بيع الضال والآبق والمغصوب" : الشرط الثالث من شروط المبيع الإمكان يعني قدرة البائع حساً وشرعاً على تسليمه بلا كبير مشقة ، وإلا لم يصح ،والإمكان يطلق تارة في مقابلة التعذر، وتارة في مقابلة التعسر، وهو المراد هنا، كما أشار إلى ذلك الشارح بقوله بأن يقدر عليه الخ . والشاهد العبارة الأخيرة، فهي تفيد أن شرط القدرة على التسليم يقابل التعسر أو المشقة أيضاً .ولذلك انتقد الشربيني صاحب مغني المحتاج التعبير بالإمكان، حيث قال (مغني المحتاج ٢ / ١٨) : " كان أولى أن يعبر بالقدرة بدل الإمكان كما عبر بها في المجموع، إذ لا يلزم من ثبوت إمكانه ونفي الاستحالة عنه القدرة عليه " ومعنى هذه العبارة واضح، وهي أن المطلوب القدرة التي هي أكثر من مجرد الإمكان أو نفي الاستحالة، وذلك ما يجعلها في مقابل التعسر أو المشقة وما يجعلها تتصل بشخص العاقد، ويستفاد ذلك مما يقرره الشافعية في السمك في البركة والتفريق بين ما إذا كان يمكن اصطيادها بتعب شديد أو لا، وأنهم يجيزون الثاني دون الأول . المرجع السابق ٢ / ١٨، نهاية المحتاج ٣ / ٢٩٩ .

الاستحالة المطلقة، وإلى ما يقتصر على عاقد دون آخر، فيكون العقد به صحيحاً قابلاً للفسخ، وإن كان الفقه الإسلامي يستعمل على ما هو المفهوم المصطلحات الخاصة به.

ويستدل هؤلاء لرأيهم هذا بما فرق به الحنفية بين بيع المغصوب إلى غير الغاصب إذا كان هذا منكراً ولا بيّنة للمالك، وبين بيعه إلى ذات الغاصب : ففي الفرض الأول لا يصح البيع وهذه استحالة مطلقة، وفي الثاني يصح، وهذه استحالة نسبية، كما أنه في بيع الدين إلى غير المدين لا يصح للاستحالة المطلقة، بينما يصح بيع الدين إلى ذات المدين، لأن القدرة على التسليم غير ضرورية هنا[1].

٦٩ – تفنيد هذا الرأي

ونرى أن هذا النظر غير دقيق لما يلي :

١. أن المنظور إليه في الشريعة الإسلامية هو مدى استحالة المحل بالنسبة إلى العاقد ذاته، بينما المنظور إليه في الفقه الغربي هو مدى استحالة المحل بالنسبة إلى الكل. وإن سائر الأمثلة التي يذكرها الفقه الإسلامي بهذه المناسبة لتقطع بعدم الفرق في مفهومه بين الاستحالة النسبية والاستحالة المطلقة؛ ففي هذه الأمثلة أيُّ استحالة تعرض للشخص المتعاقد في وقت التعاقد، ويترتب عليها عدم القدرة على تسليم المعقود عليه في الحال، تؤدي إلى بطلان العقد على الفور؛ أخذاً بأنها غير قائمة في حقه هو في هذا الوقت، ولا يهم هل هي غير ممكنة في حق غيره أو لا، أو هل هي ممكنة في حقه في وقت آخر غير هذا الوقت أو لا، وأكثر الأمثلة المتقدمة تكون الاستحالة فيها نسبية في نظر الفقه الوضعي؛ لأن بيع المغصوب وبيع الدين يستحيلان أو يتعسران في حق غير الغاصب وغير الدائن، ولكنهما لا يستحيلان أو لا يتعسران على نفس الغاصب أو نفس الدائن، وهذا هو مؤدى الاستحالة النسبية لا المطلقة .

فإذا كان لا بد من الأخذ بالتقسيم الذي يأخذ به الفقه الوضعي، فذلك بالنظر إلى شخص العاقد ووقت التعاقد، فما كان مستحيلاً في هذا الوقت على مثل هذا الشخص في مثل ظروفه وباعتبار الوقت الذي عليه أن يسلم فيه المعقود عليه، وهو وقت التعاقد غالباً، كان العقد به باطلاً، للاستحالة المطلقة، وإلا كان صحيحاً موقوف النفاذ على التسليم لأن الاستحالة فيه نسبية لا غير، وقد أشار الفقه

---

[1] السنهوري ، مصادر الحق ٤١/٣ وقد سايره في هذا القول ، د / صلاح الصغير في كتابه عن صلاحية المبيع للانتفاع به ، ص ١٢٩ ، ١٣٠ . كما سايره د/ محمد حسن عبد الرحمن في كتابه : مشروعية المحل في التشريعات العربية ص ٧٩، حيث يذكر أن فقهاء القانون فرقوا مع فقهاء الشريعة الإسلامية بين الاستحالة المطلقة والاستحالة النسبية وإن اختلفت معايير التفرقة عند كل ، ثم أخذ يعدّد مضمون الأمثلة الواردة أعلاه ، هذا وهو في ص ٧٨ يرى أن القدرة على التسليم في الفقه الإسلامي أعم من شرط الإمكان في القانون موافقة للدكتور الصديق الضرير في كتابه عن الغرر ص ٣٥١، ٣٥٢ ، لأنها تشمل المعدوم والموجود غير المقدور على تسليمه كما ذكر .

الحنفي إلى هذا حيث قرر في بيع المغصوب من غير الغاصب أنه ينعقد موقوفاً على التسليم بخلاف بيع الآبق؛ "لأن في المغصوب المالك قادر على التسليم بقدرة السلطان والقاضي وجماعة المسلمين، إلا أنه لم ينفذ للحال لقيام يد الغاصب صورة، فإذا سلم زال المانع فينفذ، والآبق بخلاف هذا؛ لأنه معجوز التسليم على الإطلاق إذ لا تصل إليه يد لما أنه لا يُعرف مكانه، كبيع الطير في الهواء وبيع السمك الذي لم يوجد في الماء " [٢]. ويكون الحكم بطلان بيع العبد الآبق ولو رجع بعد ذلك، حتى" لو ظهر يحتاج إلى تجديد الإيجاب والقبول، إلا إذا تراضيا فيكون بيعاً مبتدأً بالتعاطي" [١]، ولو قال : " عبدك عند فلان فبعه لي، انعقد موقوفاً على التسليم، ولو أخذه ثم اشتراه بعد ذلك جاز، لأن المعقود عليه مقدور التسليم في ظن العاقد "[٢].

ونرى مع ذلك أن عبارة الاستحالة المطلقة لا تؤدي هذا الغرض؛ لأن الإطلاق فيها يستلزم ألا يُنظر في تقديرها إلى وقت محدد أو شخص معين .

ومن ثم يمكن القول بأنّ الفقه الإسلامي ينفرد عن الفقه الوضعي في أنه يحفل بقدرة العاقد وحده من حيث ظروفه والوقت الذي هو فيه، ولا ينظر إلى شخص آخر، فالذي لا يقدر عليه هذا الشخص يكون هو المعتبر في بطلان العقد ولو استطاعه غيره، أي بأن كان مستحيلاً عليه استحالة نسبية فقط وفقاً للمعيار السائد في الفقه الوضعي.

٢ ٠ أن شرط القدرة على التسليم في الفقه الإسلامي أشدّ وأعمّ من شرط الإمكان المنصوص عليه في الفقه الوضعي، ويتبدّى ذلك فيما يلي :

- أن الفقه الإسلامي يشترط تحقق القدرة على التسليم لا إمكانه فحسب، بينما الفقه الوضعي يكتفي فقط بإمكانية القدرة على التسليم، وكل ما يشترطه ألا يكون المحل مستحيلاً بذاته، وعلى هذا يقبل الفقه الوضعي الاحتمال والغرر في ذلك، بخلاف الفقه الإسلامي عند من وضع منه هذا الشرط، فلا يكفي هنا احتمال هذه القدرة، بل لا بد من تحققها في وقت العقد ومن شخص العاقد، والقاعدة في هذا أن الشك بمنزلة العدم، على أن التحقق الذي أشرنا إليه لا يُتطلب فيه الوصول إلى درجة

---

[٢] أي في مثل ظروف البائع ، و في الوقت الذي عليه أن يسلمه فيه و هو وقت التعاقد ، لا من حيث إن كل الناس لا تستطيع تسليمه في أي وقت من الأوقات بعد ذلك .

[١] بدائع الصنائع ٥/١٤٧-١٤٨.

[٢] البدائع ٥ / ١٤٧- ١٤٨.

اليقين، بل تكفي فيه غلبة الظن؛ إذ القاعدة أن غلبة الظن تنزل منزلة اليقين، وعلى هذا قول بعضهم إن العقد على المنافع جائز؛ لأنها مقدور على استيفائها غالباً[٣]، ونحو هذا في المسلم فيه في عقدي السلم وغيره مما نعرض له؛ لهذا يمكن القول إن شرط القدرة على التسليم في الفقه الإسلامي هو شرط زائد على مجرد الإمكان.

- أن الفقه الوضعي يفرّق بين استحالة تشمل الجميع، وهذه لا يصح معها عقد ولا تصرف، وبين استحالة تقتصر على عاقد دون عاقد لظروف خاصة بهذا العاقد ليست تشمل غيره بالضرورة، فهنا يصح العقد ولو كان العاقد المدين بالتسليم غير قادر بنفسه على تنفيذ عليه، وإن كان يحق للعاقد الآخر فسخ العقد أو المطالبة بالتعويض إذا لزم الأمر . والفقه الإسلامي يشترط اختصاص القدرة على التسليم بالعاقد الذي عليه القيام به كما سبق، ويقترب منه رأي في الفقه الوضعي يجري على ضرورة النظر إلى مثل ظروف المدين، وبذا فدائرة البطلان جرّاء مخالفة شرط القدرة على التسليم في الفقه الإسلامي عند من قالوا به أوسع مما لدى الفقه الوضعي السائد ولدى من لم يقل بهذا الشرط أو لم يتشدّد فيه من الفقه الإسلامي.
- أن الفقه الإسلامي يتوسع في شرط القدرة على التسليم على نحو لا يعرفه الفقه الوضعي؛ وذلك لما مر من أنه يدخل في مقابله ما يكون في تنفيذه كبير مشقة أي ما يقابل التعسر، إلى جانب أنه يستعمله فيما يقابل المستحيل مطلقاً أي المتعذر.

وبذلك نصل إلى استقلال الفقه الإسلامي عن الفقه الوضعي فيما يختص بإمكان المحل، سواءً من حيث الدرجة أو الأشخاص أو المقدار .

٧٠ – نطاق شرط القدرة على التسليم في الفقه الإسلامي

---

[٣] بداية المجتهد ٢/٢٢٣، وفيه أن المنافع وإن كانت معدومة في حال العقد فهي مستوفاة في الغالب، وأن الشرع إنما لحظ من هذه المنافع ما يستوفى في الغالب، أو يكون استيفاؤه وعدم استيفائه على السواء .

إذا كان ما سبق فيمكن القول إن ثمة ثلاثة اتجاهات في الفقه الإسلامي بالنسبة إلى مدى استلزام هذا الشرط:

- **الاتجاه الأول**: ويستلزم القدرة على التسليم في كل العقود من حيث المبدأ؛ لأن التسليم هو مقصود العقد فيجب أن تتحقق القدرة عليه، ويقف في هذا الاتجاه أكثر الفقه الإسلامي استدلالاً بالنهي عن بيع الغرر ونحوه، وفقاً لما نتطرق إليه في الباب الثاني من هذه الدراسة .
- **والاتجاه الثاني** :عكس الأول تماماً؛ إذ يكتفي بشرطي الوجود والتعيين فقط، وهو مذهب أهل الظاهر، وحجتهم أنه لا غرر فيه لعدم جهل المقدار أو الصفات، وهو حد الغرر عندهم، كما أن التسليم غير لازم؛ إذ لم يوجبه قرآن ولا سنة، واللازم إنما هو عدم الحيلولة دون المعقود عليه، ثم إن المعقود عليه غير المقدور على تسليمه مما صح ملكه، فلا يزول بنحو شرود أو إباق[١].

وهذا الذي قال به أهل الظاهر يلحظ فيه عدم الفرق بين عقود المعاوضات المالية وغيرها من جهة، كما يلحظ فيه أنه قد اعتبر شرط الإمكان المقابل للتعذر هو كل ما يشترط في هذا الباب، و بيّنٌ من هذا الفرق بين المعنيين .

- **والاتجاه الثالث**: ويذهب إلى الاقتصار بالشرط على عقود المعاوضات المالية، فلا يلزم التسليم في التبرعات، ويمثل هذا الاتجاه المالكية وابن تيمية وابن القيم وغيرهم، وحجتهم سيأتي بيانها عند الكلام على شرطي الوجود و التعيين، وتضاف إليها حجج أخرى أبرزها : أن العقد إذا كان المعقود عليه غير مقدور على تسليمه لا يكون مفيداً، لأن هذه القدرة هي فائدته[٢]، ومنها أن الانتفاع بالمعقود عليه متوقف على ذلك[٣]، أو أنه لا بد من التوثق بحصول العوض [٤]، أو أن التسليم هو المقصود بالعقد[٥]. ومعاني هذه التعليلات متقاربة.

٧١ – محدودية شرط القدرة على التسليم – أمثلة

وعلى فرض القول بالشرط المتقدم الذكر فإننا نلحظ سمتين بارزتين تحدّان من قوته وأثره :

الأولى : أن مورده العقود اللازمة فقط؛ فالعقود غير اللازمة كالجعالة في ردّ الآبق ونحوها لا يتصور فيها إعمال الشرط، وإلا بطلت فائدة العقد[٦].

---

[١] المحلى ٩ / ٣٦٢ ، ٣٦٣ .

[٢] البدائع ٥ / ١٤٧ .

[٣] الرملي ، نهاية المحتاج ٣ / ٣٩٨ .

[٤] شرح المحلي على المنهاج ، بهامش قليوبي و عميرة ، ٢ / ١٥٨ ، نحوه في مغني المحتاج ٢/ ١٨ .

[٥] المهذب ١/ ٣٦٦ .

[٦] المنثور في القواعد للزركشي ١٢٥/٢.

والثانية: أن الفقه انقسم في بعض الصور، فعدّها فريق مما تتوفر على عدم القدرة على التسليم ولم يعدّها فريق آخر كذلك.

ونضرب على ذلك بعض الأمثلة [٧]

ففي بيع العبد الآبق ونحوه روي الجواز عن بعض الصحابة والتابعين وفقهاء الأمصار منهم ابن عمر وشريح [١]وابن سيرين[٢] والشعبي [٣] وعثمان البتي[٤] وأبو بكر بن داود[٥]، وهو مذهب أهل الظاهر كما مرّ، ومع هذا يشترط أن يُعلم البائع المشتري بأن المبيع آبق أو بأن البعير شارد، وألا يدلس عليه في ذلك [٦].

أ. وحتى عند من قال ببطلان بيع العبد الآبق والجمل الشارد والمال الضائع، فهولاء يختلفون فيما إذا عرف مكان كل منهم، فعند أكثرهم يترتب البطلان بغض النظر عن معرفة مكان المعقود عليه، وعند بعض الشافعية إذا علم الموضع الذي هو فيه جاز بيعه.

ب. وفي السمك في الماء : إذا كانت البركة التي بها السمك ضيقة بحيث يسهل معها أخذ السمك، فيقرّر الحنفية والمالكية والإباضية أنه ما دام السمك يحتاج إلى اصطياد فلا يجوز بيعه، ويقرّر الشافعية

---

[٧] يراجع في جميع هذه المسائل البحر الرائق ١٢٩/٦، ١٣١، ١٢٠، تبيين الحقائق ٣٦٥/٤، ٣٧٣، مجمع الأنهر ٧٩/٣، ٨٤، البيان والتحصيل ١٩/٨، الفروق ٢٣٣/٣، الفرق ١٩٨، بداية المجتهد ١٦٠/٢، ١٦١، المهذب ٣٦٥/١، كشاف القناع ١٨٦/٣، ١٨٧، شرح المنتهى ١٣٦/٣، المغني ٢٧١/٤، ٢٧٢، الشرح الكبير ٢٤/٤، شرائع الإسلام ١٢/٢، ١٣ وفيهما أن الآبق لا يباع منفرداً ويصح بيعه منضماً إلى ما يصح بيعه وص ٣٧، الصديق الضرير ، الغرر ص ٣٠٢-٣٤٦، وهبة الزحيلي الفقه الإسلامي وأدلته ٤٢٩/٥، ٤٣١. الصغير ، صلاحية المبيع للانتفع به ، ص ١١٣-١٢٣ .

[١] شريح بن الحارث بن قيس الكندي ويقال شريح بن شرحبيل ويقال له شريح القاضي تابعي جليل ثقة استقضاه عمر وعلي رضي الله عنهما ومن بعدهما على الكوفة ، وحدث عنهما وعن ابن مسعود ، وعنه حدث الشعبي وابن سيرين وغيرهم ، عمّر طويلاً ، توفي سنة ٧٨ هـ وقيل غير ذلك (تذكرة الحفاظ ١ / ٤٧ ، ٤٨ رقم ٤٤ ، الأعلام ٣ / ١٦١).

[٢] محمد بن سيرين ، أبوبكر ، مولى أنس بن مالك رضي الله عنه ، تابعي جليل القدر وافر العلم ثقة اشتهر بتعبير الرؤيا ، توفي بالبصرة سنة ١١٠ هـ عن نيف وثمانين سنة (طبقات ابن سعد ٧ / ٩٩ – ١٠٨ ، الأعلام ٦ / ١٥٤) .

[٣] عامر بن شراحيل بن بن عبد بن ذي كبار الشعبي الحميري اليمني ، تابعي كوفي جليل القدر وافر العلم محدث ثقة ، أدرك جمعاً كبيراً من الصحابة ، ولد بالكوفة على أقوال أصحها في سنة ٣١ هـ ، وتوفي بها سنة ١٠٤ هـ (تذكرة الحفاظ ١ / ٦٣ – ٦٨ رقم ٧٦ ، تهذيب التهذيب ٢ / ٢٦٤ – ٢٦٥ ، الأعلام ٣ / ٢٥١) .

[٤] عثمان بن مسلم وقيل أسلم وقيل سليمان بن جرموز البتي نسبة إلى البت وهو الغليظ من الكساء، أبو عمرو ، فقيه البصرة ومفتيها، تابعي ، كان أصله من الكوفة، حدث عن أنس والشعبي وعنه شعبة وسفيان، وقد وثقه أحمد والدارقطني وابن سعد واختلف عن ابن معين في توثيقه، وليس فيما بين يدي من المراجع ما يحدد مولده أو وفاته ولا وجدت له ترجمة في الأعلام (سير أعلام النبلاء ٦ / ١٤٨ ، ١٤٩ ، تهذيب التهذيب ٣ / ٧٩ ، ميزان الاعتدال ٣ / ٥٩ ، ٦٠).

[٥] محمد بن داود بن علي الظاهري، أبوبكر، علامة بارع في الفقه والأدب معاصر ومناظر لابن سريج، والده داود بن علي إمام الظاهرية، ولد ببغداد سنة ٢٥٥ هـ وتوفي بها مقتولاً سنة ٢٩٧ هـ ، من كتبه في الفقه الإنذار والإعذار ، التقصي ، الفرائض ، المناسك ، الانتصار ، اختلاف مسائل الصحابة (سير أعلام النبلاء ١٣ / ١٠٩ – ١١٦ ، شذرات الذهب ٢ / ٢٢٦ ، الأعلام ٦ / ١٢٠ ، معجم المؤلفين ٧ / ٩٠) .

[٦] المحلى ٣٨٨/٨ وما بعدها ، المسألة ١٤٢١.

والحنابلة والشيعة الإمامية جواز البيع. ثم إذا كانت البركة متصلة بالنهر فهل يجوز البيع ؟ منع الشافعية، وأجاز الحنابلة، وقد روي جواز بيع السمك في الماء مطلقاً عن عمر بن عبد العزيز[٧].

ج. وفي بيع الطير في الهواء، إذا كان الطير يروح ويجيء كالحمام فهل يجوز بيعه ؟ في فتاوى بعض الحنفية – وعند الشيعة الإمامية – يجوز لأنه مقدور على تسليمه، وفي ظاهر الرواية وعند الشافعية والحنابلة لا يجوز؛ لأنه غير مقدور على تسليمه.

وحمام البرج إذا كان مغلقاً: قال الشافعية والحنابلة والإمامية يجوز في هذه الحالة، وقال الحنفية: لا يجوز إلاّ إذا كان البيع ليلاً؛ لأنه يكون داخل البرج فيكون مقدوراً عليه.

وإذا كان البرج كبيراً ولو مغلقاً – فهل يقدر عليه أو لا يقدر عليه ؟ قال الشافعية: لا يجوز هنا لأنه لا يقدر على أخذه إلا بتعب، فيكون غير مقدور على تسليمه في الحال، وقال غيرهم– ممن رأى جواز بيع حمام البرج مغلقاً– : يجوز.

د. وجرى الخلاف في بيع ما لم يقبض بعد: فمذهب الشافعية والظاهرية والزيدية المنع في كل شيء. ومذهب الحنفية المنع في كل منقول، وأما المالكية فيقصرون المنع على الطعام فقط، بينما يذهب الحنابلة وكثير من السلف إلى أن النهي إنما يرد على المقدرات فقط كالمكيلات والموزونات ونحوها.

هـ. وفي بيع المغصوب من غير الغاصب – تنقسم الأقوال الواردة فيه إلى أربعة أقوال:

- **الأول:** الجواز مطلقاً – وفقاً لما صححه بعض الحنفية موقوفاً على التسليم؛ لأن المالك في بيع المغصوب يكون قادراً على التسليم بقدرة السلطان والقاضي وجماعة المسلمين، إلا أنه لم ينفذ في الحال، فإذا سلم الغاصب المبيع زال المانع فينفذ البيع.
- **والثاني:** يصح البيع بشرط أن يقدر البائع على استرداده وتسليمه، وأن يقدر المشتري على أخذه من الغاصب. وهو رأي الشافعية.
- **والثالث:** يصح البيع إذا أقر الغاصب بالغصب وكانت تأخذه الأحكام، وهو رأي المالكية.

---

[٧] عمر بن عبد العزيز بن مروان بن الحكم الأموي القرشي أمير المؤمنين وخامس الخلفاء الراشدين ، تابعي من أكابر أهل العلم ، عده الذهبي في الحفاظ ، ولد بالمدينة المنورة وقيل في حلوان بمصر سنة ٦١ هـ ، ونشأ بمصر ثم ولي المدينة وعهد إليه سليمان بن عبد الملك بالخلافة فأقامها بالعدل على سنة جده لأمه عمر بن الخطاب رضي الله عنه، وأخباره في هذا مشهورة، وهو أول من أمر بتدوين الحديث ، توفي بدير سمعان بسورية وقبره معروف يزار سنة ١٠١ هـ ، ولابن الجوزي كتاب في مناقبه رضي الله عنه ، وكذا عبد الله بن عبد الحكم (تذكرة الحفاظ ١ / ٨٩ – ٩١ رقم ١٠٤ ، شذرات الذهب ١ / ١١٩ ، تهذيب الأسماء والصفات ٢ / ١٩ ، الأعلام ٥ / ٥٠ وغيرها كثير) .

- **والرابع**: الفرق بين جحد الغاصب وعدم وجود البينة لدى المالك، وبين وجود الإقرار أو البينة، ففي الحالة الأولى لا يصح البيع لعدم القدرة على التسليم، وفي الحالة الثانية يجوز ولكن يكون موقوفاً على تسليم الغاصب المبيع، وهو رأي بعض الأحناف.

وفي المذاهب تفصيل واختلاف في كثير من الصور وعديد من الأمثلة، إلا أن الخلاصة التي يمكن الخروج بها هي أن المذاهب الأربعة متفقة على بطلان بيع ما لا يقدر على تسليمه، مع الخلاف في بعض القيود أحياناً أو مع أقوال ضعيفة في المذهب [١].

وأما غير البيع من عقود التبرعات وغيرها فالخلاف فيها وإن أشرنا إليه فيما سبق، فإنّا إذا صرنا إلى شرطي الوجود والتعيين تجلّى لنا مزيد من حجج هذا الخلاف وأسانيده.

٧٢ – استلزام كون القدرة على التسليم في وقت التعاقد

إن من وضع شرط القدرة على التسليم من الفقهاء قد استلزم تقديرها في وقت العقد فقط، وعليه إذا كان المعقود عليه معجوزاً عنه في هذا الوقت، بطل العقد عند من وضع هذا الشرط ولو كان مقدوراً عليه بعد ذلك . ومقابله أنه إذا ثبتت القدرة على التسليم عند العقد صح، ولا يضر ما لو انتفت بعده؛ " لأن القدرة على التسليم كانت ثابتة لهذا العاقد فانعقد، ثم زالت على وجه يحتمل عودها، فيقع الشك في زوال المنعقد بيقين، والثابت بيقين لا يزول بالشك " [١].

٧٣ – طبيعة هذا الشرط وصلته بشرط الوجود

يتطلّب شرط القدرة على التسليم وجود المعقود عليه إذا كان معيّناً بالذات؛ لأنه لا يمكن أن يستلزم هذا الشرط من استلزمه دون أن يكون المعقود عليه موجوداً بذاته من باب أولى؛ إذ من الواضح أنه شرط زائد على مجرد الوجود، كما هو شرط زائد على مجرد الإمكان؛ وذلك لأن مقتضى الشرط أن يقدر العاقد على تسليم المعقود عليه للعاقد الآخر، وهو ما يتطلّب وجود المعقود عليه بداهةً، وإلا لم يتحقق الشرط.

مثال ذلك أرض معينة أو سيارة معينة، فإن عدم وجودهما عند التعاقد يبطله لسببين : أولهما عدم وجوده، وثانيهما عدم القدرة على تسليمه، وعلى هذا الأساس يبطل التعاقد على نتاج الماشية ولبن البقرة قبل الحلب، وعلى التركة قبل وفاة صاحبها، وعلى الزرع قبل ظهوره[٢].

---

[١] وهبة الزحيلي ، المرجع السابق ج٥ص٤٣١.

[١] البدائع ٥ / ١٤٧.

[٢] الخفيف ، المرجع السابق ص ٢٥٢– ٢٥٣، محمد يوسف موسى ، الأموال ونظرية العقد في الفقه الإسلامي ص ٢٨٢ ، فقرة ٣٨٤ .

أما إذا كان المعقود عليه مما لا وجود له عند العقد مما أجازه الشرع، وإنما الشأن فيه أن يوجد في المستقبل أو في زمن بعينه من هذا المستقبل، كالإيجار و السلم والمساقاة والمزارعة ونحو ذلك، فإن مؤدى شرط القدرة على التسليم هو ألا يكون التسليم متعذراً أو متعسراً في أجله، بمعنى أن يمكن بحسب المعتاد وجود المحل في كل من هذه العقود، وأن يمكن تسليمه في غير مشقة أيضاً، فإذا لم يُستطع الوقوف على ذلك عند التعاقد، كانت كلها باطلة غير منعقدة [٣].

وتطبيقاً لهذا يجب أن يكون ما تستوفى منه منفعة الإيجار موجوداً، كالدار مثلاً، ويجب في عقد السلم أن يكون المسلم فيه عام الوجود في محله، ولا يجوز أن يسلم شخص في ثمر إلى أجل لا يعلم وجود ذلك الثمر فيه، أو كان لا يوجد فيه إلا نادراً، ولا يجوز التسليم في ثمار نخلة معينة أو ثمار بستان بعينه للشك في إمكان تسليمه [٤].

والفقه المالكي وغيره على ما نأتي إليه في مكانه المناسب قد أجاز التبرع بالمعدوم، ومع ذلك فإن بعضهم يشير إلى أن محل هبة المعدوم إنما هو حيث يكون متوقع الوجود [١]. وبعضهم يذهب إلى استظهار حكمة الشارع في ذلك " لكثرة وقوعه قطعاً" [٢]، مما يفيد بأن من ذهب إلى ذلك في التبرعات قد اقتصر في محالها على أن تكون ممكنة فقط، أي غير متعذرة .

٧٤ – والخلاصة

أن الإمكان في الفقه الإسلامي يراد به إطلاقات شتى :

١– فهو يراد به المحتمل الوجود، وليس مقصوداً هنا .

٢– ويراد به الإمكان الشرعي، وهذا النوع إن ورد على جملة العقد كان محل تسليم من حيث المبدأ مع الخلاف في التطبيقات، لأن مراعاة إذن الشارع في كل عقد واجبة، وإن ورد على كيفية التسليم فهو محل خلاف، كما في بيع عمود البيت .

٣– ويراد به القدرة على الفعل والترك، وفي المعقود عليه القدرة على تسليمه، وهو نوعان : نوع يقابل المتعذر على كل الناس، وهذا القدر متفق على اشتراطه في كل عقد؛ لأنه شرط في كل تكليف، ونوع يقابل المتعسر على عاقد دون آخر، والفقه الإسلامي يشترطه في العقود اللازمة من الطرفين على

---

[٣] الخفيف المرجع السابق ص ٢٥٢ ، ٢٥٣ .

[٤] المغني لابن قدامة ٣٢٥/٤ ، د/ نزيه حماد ، عقد السلم فقرة ٤٧ص ٥٨، مصادر الحق في الفقه الإسلامي ٢٧/٣، البدائع ٥/ ٢١١ .

[١] بداية المجتهد لابن رشد ج ٢ ص ٣٣٢ حيث قال : "ولاخلاف في المذهب في جواز هبة المجهول والمعدوم المتوقع الوجود ، وبالجملة كل ما لايصح بيعه في الشرع من جهة الغرر " .

[٢] الإمام القرافي ، الفروق ج١ ص ١٧٢ حيث يقول : " أما الإحسان الصرف فلا ضرر فيه فاقتضت حكمة الشرع وحثه على الإحسان التوسعة فيه بكل طريق بالمعلوم والمجهول، فإن ذلك أيسر لكثرة وقوعه قطعاً وفي المنع من ذلك وسيلة إلى تقليله الخ " .

الجملة خلافاً لأهل الظاهر، ومنهم من يشترطه في المعاوضات فقط كرأي المالكية وابن تيمية وابن القيم .

المبحث الثالث

الاستحالة الذاتية في قانون المعاملات المدنية الإماراتي

٧٥ – اقتصار النص القانوني على الإمكان الذاتي المقابل للاستحالة المطلقة – ترجيح اشتراطه القدرة على التسليم مع ذلك

تنص المادة (٢٠١) من قانون المعاملات المدنية على أنه : " إذا كان المحل مستحيلاً في ذاته وقت العقد كان العقد باطلاً " [(١)].

---

(١) **القانون المقارن** : يشترط القانون الفرنسي وجود المحل الذي يشكل مادة التعهد (م١١٠٨) وينص في المادة ١/١٦٠ على أنه إذا هلك المبيع كله قبل البيع يكون العقد باطلاً . وبذلك يظهر أن هذا القانون يبطل العقد إذا كان مستحيلاً في ذاته ولكنه لا ينص على هذا في قاعدة عامة، وإنما يشير إليه من خلال شرط وجود المحل ومن خلال إبطال العقد إذا هلك المبيع قبل العقد (طه إبراهيم : مشروعية محل الالتزام ص ٤٦) ويشترط القانون الإنكليزي أن تكون البضائع المستقبلة محتملة الوجود وتعتبر كذلك إذا كانت النتاج الطبيعي أو الزيادة المتوقعة لشيء مملوك أو في حوزة البائع وقت إبرام العقد كالصوف على غنم موجودة واللبن من بقرة معينة الخ (الغرر للدكتور الضرير ص ٣٨٨ – ٣٨٩، والمرجع الذي أشار إليه) ويفهم من ذلك أن هذا القانون يشترط إمكان المحل أيضاً، على أن القانون الألماني (م٣٠٦) يشترط صراحة لصحة العقد أن يكون محل الالتزام ممكناً فإذا كان مستحيلاً يكون العقد باطلاً ويراد بالاستحالة هنا الاستحالة المطلقة ، ومثل ذلك ما سلكته المادة ٢٠ من قانون الالتزامات السويسري ببطلان العقد إذا كان المحل مستحيلاً ، والمادة ٢٣ من المشروع الفرنسي الإيطالي تستلزم أن يكون محل العقد ممكناً، وكذا القانون المصري القديم م ١٤٩/٩٥ حيث ينص على أنه يجب أن يكون الغرض من التعهد فعلاً ممكناً جائزاً وإلا كان باطلاً . وقد فهم الشراح من هذا النص ضرورة أن يكون الشيء الذي يتعلق به الحق موجوداً أو قابلاً للوجود (انظر نظرية العقد للسنهوري فقرة ٤٤٣ ص ٤٦٤ وهامشها ، وص ٤٦٥ فقرة ٤٤٥ ، وص ٤٦٦ فقرة ٤٤٨ ، وعبد السلام ذهني : في الالتزامات فقرة ١٥٢ ص)١٣٨ ، أما القانون المصري الجديد فيقضي صراحة (م ١٣٢) بأنه إذا كان محل الالتزام مستحيلاً في ذاته كان العقد باطلاً ، وعلى هذا النحو تقضي المواد ١٣٢ من القانون الليبي، و م ١٣٣، ١١٨ من القانون المدني السوري ، و٨٠ من القانون السوداني القديم و١٣٠ من القانون التجاري الكويتي . (نظرية العقد في قوانين البلاد العربية للعدة فقرة ١٨٦)أما إضافة وقت العقد فقد وردت أصلاً في م ١٥٩ من قانون الموجبات والعقود اللبناني و م٩٣ من القانون المدني الجزائري . وهناك قوانين تفصل نوع الاستحالة التي يبطل معها العقد، فيقضي

وقد ورد في المذكرة الإيضاحية شرحاً لهذا النص : (إذا كان المحل مستحيلاً في ذاته أي مستحيلاً استحالة مطلقة وقت العقد فالمحل غير موجود في الواقع ولا يكون للعقد نصيب من الوجود، أما إذا كان ممكناً وقت العقد وصار مستحيلاً بعد ذلك فإن العقد ينعقد ثم ينفسخ، أي يكون المجال مجال الفسخ لا البطلان، فتنطبق قواعد الفسخ لا البطلان، هذا إذا كانت الاستحالة مطلقة، أما إذا كانت الاستحالة نسبية أي مقصورة على المتعاقد وحده، فلا تكون هذه الاستحالة سبباً في عدم انعقاد العقد، بل يكون العقد منعقداً لأن المحل ممكن في ذاته) [٢].

ومما تقدم يتضح الآتي :

أولاً : أن المقصود بالاستحالة هي الاستحالة المطلقة، أي التي تقوم حيال الكل، بدليل الإشارة إليها في المذكرة الإيضاحية، وبدليل اشتقاق هذه المادة من القانون المصري بلفظها، ومعنى ذلك أن المشترط في هذه المادة إنما هو شرط الإمكان المطلق، أي القدرة الممكنة لكل أحد، وهو القدر المتفق عليه بين الفقه الإسلامي والفقه الوضعي، تبعاً لقاعدة لا تكليف بمستحيل المسلم بها من كل شريعة.

ثانياً : أن شرط القدرة على تسليم المعقود عليه المنصوص عليه في الفقه الإسلامي والذي يدخل فيه ألا يكون في تسليم الشيء كبير مشقة، هو غير منصوص عليه في هذه المادة، كما هو غير منصوص عليه في القواعد العامة صراحةً، ولم يشترطه القانون إلا في عقد الرهن، إذ أوجب في المرهون رهناً حيازياً أن يكون مقدور التسليم عند الرهن (م ١٤٤٩).

ثالثاً : ومع ذلك هل شرط القدرة على التسليم بالمعنى المعروف في الفقه الإسلامي مطلوب في قانوننا هذا ؟

يبرز في ذلك احتمالان:

- **الأول**: أن ذلك لا يشترط كقاعدة عامة، وأن ما ورد بشأن الرهن هو من قبيل المستثنيات عليها؛ وذلك لأن القانون في القواعد العامة قد أغفل النص على بطلان العقد لعدم القدرة على تسليم محله، وكأنه راعه اتساع نطاق الخلاف فيما يندرج تحت هذا الشرط في الفقه الإسلامي، مع ذهاب طائفة منه إلى عدم اشتراطه جملة وذهاب طائفة أخرى إلى تحديده وحصره في عقود المعاوضات وحدها، ومن ثم فقد آثر ترك النص عليه اكتفاءً بالقواعد الأخرى التي قرّرها، ويدخل في ذلك من باب أولى ما يسمى بالإمكان الشرعي أو القدرة على التسليم من غير ضرر.

الفصل ٦٤ من القانون التونسي على أن العقد يبطل إذا كان على شيء أو عمل غير ممكن من حيث طبيعته أو من حيث القانون، ويقضي الفصل ٥٩ من القانون المغربي على أنه يبطل الالتزام الذي يكون محله شيئاً أو عملاً مستحيلاً إما بحسب طبيعته أو بحكم القانون .

[٢] المذكرة الإيضاحية لـ(ق م م أ)ص ١٥٢.

- **والثاني**: - وهو الأرجح عندنا — أن القدرة على تسليم المحل حسياً شرط في عقود المعاوضات المالية بخاصة؛ ذلك لأن التسليم هو المقصود من كافة الشروط التي قررها القانون فيها، فإذا كانت تجوز المعاوضة على الشيء المستقبل أي المعدوم عند التعاقد بشرط أمن الغرر طبقاً لنص المادة (٢٠٢)، وإذا كان لا يجوز العقد على محل مستحيل استحالة مطلقة (م ٢٠١) وكان يشترط في عقود المعاوضات المالية تعيين المحل على نحو ينفي عنه الجهالة الفاحشة (م ٢٠٣)، فإنه يتجلى بادياً للنظر المقصد الذي عليه أدار المشرع كل الشروط المتقدمة، وهو تسليم المعقود عليه لمن صدر له العقد على نحو يمنع المنازعة.

ولقد أفصح المشرع عن هذه النية في عقد الرهن الحيازي كما قدمنا، وهذا العقد لا يخلو من معنى المعاوضة كما هو واضح؛ لأنه مقابل للدين الذي انعقد لضمانه، فهذا الشرط في المعاوضات المحض أولى وآكد قطعاً، ثم لا يخفى اتفاق المذاهب الأربعة وغير المذاهب الأربعة على هذا الشرط في الجملة لا سيما في عقود المعاوضات، وسر ذلك أن عدم التحقق من القدرة على تسليم المعقود عليه من باب الغرر وهو ممنوع شرعاً، وشرط الوجود والتعيين مقصودان لنفي الغرر وهي علة متعدية إلى شرط القدرة على التسليم، فوجب الأخذ به لقاعدة أن الأحكام بعللها.

ذلك وقد نص مشروع القانون المدني الموحد لدول مجلس التعاون الخليجي (المادة ١٩٨) ومشروع القانون الموحد للدول العربية (المادة ٢٠١) على أنه" يشترط في محل العقد أن يكون ممكناً في ذاته ومقدور التسليم "، فلا أقل من موافقة قانوننا لهما في عقود المعاوضات المالية بخاصة.

إذا كان هذا فإن الأمثلة التي أوردها الفقه تدليلاً على هذا الشرط وما جرى فيها من الخلاف تهدينا إلى أن من المستحسن النص على الشرط إجمالاً، وترك ما عدا هذا من التطبيقات لقضاء الموضوع وبإشراف من محكمة النقض؛ ذلك لأن هذا الشرط ذو صفة نسبية : فما يقدر عليه شخص قد لا يقدر عليه غيره، بل ما يقدر عليه الشخص في ظرفٍ ما غير ما يقدر عليه ذات الشخص في ظرف آخر، لا سيما أن أغلب الصور المختلف فيها – في الفقه الإسلامي – لم يعد لها اليوم وجود.

ويظهر أن هذا هو ما ذهبت إليه المحكمة الاتحادية العليا في الدولة، فقد جاء في بعض ما قررته بمناسبة إبطال محاكم الموضوع عقود التوكيل التي يكون المحل فيها شيئاً مستقبلاً كالمضاربات التي تجري في البورصة أن عمليات البيع والشراء التي يقوم بها الوكيل لفائدة موكله إذا كان محلها شيئاً مستقبلاً لا تبطل

متى خلت من شائبة الغرر، وأن عدم القدرة على التسليم هو من قبيل الجهالة الفاحشة التي تنطوي على الغرر المبطل للعقد، وأن تقدير ذلك موضوعي متى كان سائغاً[١].

ومفاد ذلك اتجاه أعلى محكمة في الدولة إلى ما نرجحه من أن القدرة على التسليم شرط في صحة عقود المعاوضة في قانون المعاملات المدنية الإماراتي أسوة برأي جمهور أهل الفقه، فهذا الشرط معتبر فيما ذكر من حيث المبدأ، إلا أن القيام على توفره واستظهاره في كل عقد هو من إطلاقات محكمة الموضوع وبإشراف محكمة النقض من حيث مراقبة حسن استعمالها لهذه السلطة التقديرية.

أما القدرة على التسليم من غير ضرر، أو ما يسمى بشرط الإمكان الشرعي، كبيع جذع في بناء أو فص من خاتم، فقد رأينا أن الفقه المالكي يعتبره فيفتي فيه بالمنع والتحريم من غير أن يبطله، ومعنى ذلك أن قانوننا لا يبطله تبعاً لهذا المذهب الذي هو مقدم عنده، أي أنه لا يعتبره من صور عدم القدرة على التسليم المبطلة للعقد كما يذهب إلى ذلك الفقه الشافعي ومن وافقه.

الفصل الثالث

ألا يكون المحل تركة مستقبلة

٧٦ – تمهيد

تنص المادة (٢٠٢) من قانون المعاملات المدنية على أنه: " لا يجوز التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة ولو كان برضاه إلا في الأحوال التي ينص عليها القانون " .

وهذا النص كما يتبدّى من ظاهر عبارته عام في حظر كل تعامل على تركة مستقبلة، لذلك نرى أن من الشروط العامة في محل التصرف في القانون الإماراتي ألا يكون عبارة عن تركة مستقبلة.

---

[١] الطعن ٦٣٧ لسنة ٢١ القضائية ، جلسة ٢١ / ٣ / ٢٠٠١ م ص ٥١٢ مجلد ٥٠ ، الطعن ١٤٤ لسنة ٢٠ القضائية ، جلسة ٢٨ / ٣ / ٢٠٠٠ م ، ص ٤٥٣ مجلد ٤٨ .

وينبغي أن نعرف من ثم مصدر هذا الحكم، وأن نلم بتطبيقاته وحدوده في قانون المعاملات المدنية الإماراتي. وعلى عادتنا نتطرق إلى هذا الشرط في الفقه الوضعي في مبحث أول، ثم إليه في الفقه الإسلامي في مبحث ثانٍ .

المبحث الأول

التعامل في تركة مستقبلة في الفقه الوضعي

وفيه فرعان: مفهوم التعامل في تركة مستقبلة، وأساس الحظر لذلك .

الفرع الأول
مفهوم التعامل في تركة مستقبلة

٧٧ – شرطان لهذا المفهوم

إن التعامل في تركة مستقبلة لا يكون كذلك طبقاً لما استقر عليه الفقه إلا إذا تحقق شرطان:

الشرط الأول: أن يكون محل التصرف منتمياً إلى تركة مستقبلة، أي تركة لم تفتتح بعد، فلو افتتحت بوفاة صاحبها لم يكن ذلك من قبيل التصرف المحظور؛ إذ تصبح التركة ملكاً للورثة يجوز التصرف فيها بأي ضرب من ضروب التصرفات على حسب القواعد العامة، والتركة المستقبلة هي مجموع ما ينتظر أن يتركه شخص لا يزال على قيد الحياة من حقوق والتزامات عند موته[١].

والشرط الثاني: أن يكون الحق الممنوح للمستفيد من التصرف حقاً احتمالياً. وفكرة الحق الاحتمالي هذه تحتاج إلى مزيد بيان بالنظر لما مرّ قبلها من أدوار حتى تم الاستقرار عليها.

٧٨ – معيار الصفة الميراثية

الفقه التقليدي على ضرورة توفر الصفة الوراثية لمحل التصرف لتمييز التصرف المحظور عن غيره، ومؤداه النظر إلى من قام بالتصرف، فإذا كان يستند إلى أي ادعاء ميراثي له على التركة التي يشكل محل التصرف جزءاً منها، كان هذا تعاملاً في تركة مستقبلة، وإذا كان لا يستند إلى مثل هذا الحق عُدّ هذا من قبيل التصرف في مال الغير، وهو يخضع لقواعد مغايرة تختلف عما نحن بصدده، فإذا باع شخص لوحة فنية لشخص آخر وكان البائع قريباً من صاحب اللوحة بحيث يحتمل أن يكون وارثاً له، عدّ ذلك تصرفاً محظوراً لكونه وارداً على تركة مستقبلة، والأمر على العكس من ذلك إذا كان البائع بعيداً في درجة القرابة عن صاحب اللوحة، بحيث لا يمكن أن يعتبر وارثاً احتمالياً له.

كان هذا مذهب أغلب الفقه وعليه سار القضاء، إلا أن هذا الاتجاه قد انتقد بما يلي:

---

[١] انظر على سبل المثال إسماعيل غانم ، المؤلف السابق ص ٢٤٥ فقرة ١٢٢

أ. أن التصرف الذي يقوم به صاحب التركة نفسه لا يتصور فيه مثل هذا الشرط؛ ذلك لأن المال محل التصرف مملوك له، ولا يتصور أن يكون المرء وارثاً لنفسه، مع أنه يتصور أن يصدر تصرفاً محله تركته المستقبلة، فعلى أي أساس يبرر الحظر هنا، وما هي الصفة الميراثية التي يستند إليها المورث في هذا الفرض؟ هذا ما حدا بعض الفقه إلى عدم اشتراط هذا الشرط في مثل الحالة التي أشرنا إليها تخلصاً من عدم الانسجام الذي يتخلله من الناحية المنطقية، وإن كان أغلب الفقه على اشتراطه حتى في مثل هذه الصورة مع تحوير مفهومه ليكون مناسباً لها، وذلك بأن تكون الصفة الوراثية ممنوحة إلى شخص المستفيد في مواجهة المتصرف، ولا يجوز أن ينظر إليها من جهة المتصرف نفسه.

ب. أن هذا المعيار لا يشمل جميع أنواع التعامل في التركات المستقبلة؛ لأنه لا يُعد التصرف كذلك إلا إذا أكسب المستفيد منه صفة وراثية، وليس هذا بلازم، فالشخص الذي يرهن مالاً مستقبلاً أو يعد ببيع شيء يرجو أن يحصل عليه من تركة مورثة أو بيع كل موجودات التركة، لا يمنح للمتصرف إليه الصفة الوراثية وإنما يقتصر منح هذه الصفة على تصرفات التبرع وحدها، وفي هذا قصور واضح ينأى بالمعيار المتقدم عن أن يكون معياراً مقبولاً.

ج. هذا فضلاً عن مخالفه المعيار المذكور لنص القانون؛ ذلك أن المادة ١١٣٠ من القانون المدني الفرنسي التي حظرت التعامل على التركات المستقبلة لم تتطلب ظهور الصفة الوراثية، وإنما عمّمت الحظر كما هو واضح ليشمل كل تصرف في تركة لم تفتتح بعد، ولا يجوز الانحراف عن عبارة النص متى كانت واضحة، كما لا اجتهاد في مورد النص.

٧٩ – معيار الحق الاحتمالي

نتيجة لهذا أوجد كابيتان شرطاً بديلاً عن شرط الصفة الميراثية، هو شرط وجود الحق الاحتمالي، وتوجز نظريته في هذا الصدد في أن المتصرف إليه لا يكتسب من وراء التصرف المحظور أي حق حال في مواجهة المتصرف، بدليل أنه يتعذرعليه أن يطالبه بشيء، فالتوريث الممنوح له يعطيه حقاً على التركة لا على صاحبها، أو حقاً في مواجهة الورثة لا في مواجهة المورث، وفي أموال المورث المستقبلية لا في أمواله الحالية، والاحتمال في هذا الحق هو الأمل في حق معلق على سبق وفاة الشخص الذي يجري التعامل على تركته، ومن هنا سمي الحق احتمالياً، فهو حق سينشأ عند وفاة الملتزم وسيوجد ضد ورثته، وليس من شأنه أن يكسبه صفة الوجود المؤكد، فقد يموت المتصرف إليه قبل المتصرف، إن كان هذا الأخير هو صاحب التركة، وقد يموت المتصرف، إن لم يكن صاحب التركة قبل وفاة هذا الأخير.

ويرى كابيتان أن معيار الحق الاحتمالي هذا يصلح أن يعمّم على جميع التعاملات في تركة مستقبلة والتي تدخل تحت نطاق الحظرحتى في التعاملات التي لا ينشئها صاحب التركة نفسه،

فالمتصرف إنما ينقل في هذا المثال حقاً احتمالياً حتى وإن استند إلى صفته الوراثية؛ لأن تصرفه ليس من شأنه أن يمحو الصفة الميراثية عنه ليخلعها على المستفيد، وليس مجرد التصرف بالتركة قبل افتتاحها من شأنه أن يقطع صلته بها فيصبح أجنبياً عنها، وإنما لابدّ أن يقبل التركة عند افتتاحها لينقلها إلى من تصرف إليه، فالصفة الوراثية حين يُعتدّ بها لا يكون الاعتداد بها لذاتها، بل لما تكشف عنه من وجود الحق الاحتمالي.

وقد سار الفقه والقضاء في فرنسا وغيرها بعد ذلك على خطى كابيتان، وأصبح النظر هو في طبيعة الحق الممنوح في التصرف، فإن كان حالاً ومؤكداً كان تعاملاً عادياً يخضع للقواعد العامة، وإن كان احتمالياً — أي يلزم التركة ولا يلزم صاحبها بشيء قبل وفاته – كان ذلك من قبيل التعامل المحظور[1].

٨٠- تمييز التعامل المحظور عن غيره

على هدي المعيار الذي توصل إليه كابيتان ميّز الفقه بين نوعين من التصرفات يختلطان بالتعامل في تركة مستقبلة وليسا كذلك، هما بيع ملك الغير والالتزامات المؤجلة إلى حين الوفاة :

أ. أصبح التمييز بين بيع ملك الغير والتعامل المحظور على تركة مستقبلة سهلاً في ظل المعيار الذي أتى به كابيتان، فالذي يبيع ملك الغير يبيعه على أنه مال للغير أو مال لنفسه، وهو باعتباره نائباً وهمياً أو مالكاً وهمياً يرتب على نفسه التزاماً مؤكداً وينشيء لمن تعامل معه حقاً مؤكداً في مقابل هذا الالتزام، ولا كذلك التعامل في تركة مستقبلة، فالبائع هنا ينقل إلى المشتري حقاً احتماليا – أي حقاً قد يوجد وقد لا يوجد – وبعبارة أخرى فإن البائع ينظر على نفسه على أنه وارث محتمل ويتعامل معه المشتري على هذا الأساس، ويلتزم بالثمن في مقابل انتقال هذا الحق المحتمل من صاحب التركة إلى البائع، فبيع ملك الغير – كما يذهب بعض الفقه– يعني أن المرء يتعامل مع حق ليس له، أما بيع التركة المستقبلة فيعني أن المرء يتعامل على الحقوق المحتملة التي له على هذه التركة وباعتبارها حقوقاً له لا للآخرين، والضابط في هذا ليس هو نية البائع وحدها، وإنما علم المشتري بهذه النية، وكثيراً ما تكون القرائن مرجحة في شأن التمييز بين بيع ملك الغير والتعامل المحظور في تركة مسقبلة،

---

[1] إن جميع ما تقدم ملخص من كتاب الدكتور جلال محمد إبراهيم ، التعامل في التركات المستقبلة ، ١٩٩٥من ص ١١٨– ص ١٤٨ ، وإسماعيل غانم، المرجع السابق هامش ص ٢٤٧– وقد انتقد انتقد فكرة الحق الاحتمالي بأمرين : الأول عدم الاتفاق على تحديد المقصود بها، والثاني أن فكرة المحل وحدها كافية لتحديد نطاق الحظر، مقرراً أن أغلب الفقه الفرنسي لا يستعين بفكرة الحق الاحتمالي وإنما بفكرة المحل ناقلاً عن بيدان ولاجاردج ٨ فقرة ١٨٩ وبلا نيول وريبير وموري وثيالتون ج ٤ فقرة ١٩ مكرر ، وبلا ينول وريبير وإسمان ج ٦ فقرة ٢٤٦ص ٣١٠ ، ٣١١ ، مازو ح ٤ فقرة ٦٨٨–٦٩٠ ، ديموج ج ١ فقرة ٨٥٠ حيث يقرر أن العبرة هي بالنتيجة وما إذا كانت منع تطبيق القواعد القانونية في تنظيم انتقال التركة وبودري وباردج ١ فقرة ٢٦٥ ، انظر أيضاً حجازي، ج١ ص ٢٣٤–٢٣٥ .

فإذا باع شخص عقاراً مملوكاً لمورّثه، واشترط أن البيع لا ينفذ إلا بعد المورث فُهم من ذلك أن البائع يتصرف في حق من حقوقه المحتملة في تركة مستقبلة [١].

ب. و الفقه مجمع إجماعاً ثابتاً ومطرداً على جواز تأجيل الالتزامات إلى وفاة الملتزم أو الملتزم له أو شخص من الغير[٢]، فيدق الفارق جداً بين هذه القاعدة العامة وبين التصرف المحظور في تركة مستقبلة، وقد توصل الفقه بناءً على فكرة الحق الاحتمالي إلى التمييز بين الأمرين، وخلاصة ما انتهى إليه أن التعامل في تركة مستقبلة يكون المنظور فيه إلى أن الحق لا ينشأ ولا يولد إلا عند تحقق الوفاة، أما قبل ذلك فلا وجود له، بينما في الالتزام المؤجل إلى الوفاة يكون الحق قد نشأ حالاً وقت التصرف، ولكن اقتضاءه وإمكانية المطالبة به يتراخيان إلى الزمن الذي أجل إليه هذه الالتزام، ولو كان زمن وفاة الملتزم أو غيره كما سبق القول.

فإذا استهدف التصرف تحميل المتصرف بالتزام على ذمته المالية أو على ذاته هو، كنا بصدد تصرف عادي وإن كان هذا التصرف مؤجل التنفيذ إلى وقت الوفاة، أما إذا استهدف عدم تحميل المتصرف بأي التزام وإنما تحميل التركة التي قد يخلفها بعد وفاته، كنا بصدد تعامل في تركة مستقبلة فلا يصح.

والتفرقة كما نرى دقيقة، ولكن صور التصرفين في العمل هي أشدّ دقة:

- فإذا أرجأ البائع تسليم العين المبيعة إلى وقت وفاته هو، كان هذا الإرجاء جائزاً قانوناً، وهو يختلف تماماً عما لو أرجأ تسليم العين إلى الوفاة مشترطاً لنفسه حق التصرف بها بحيث يكون تنفيذ هذا الالتزام رهيناً بمحض الصدفة، كما لو قام البائع ببيع الشيء المبيع مرة أخرى، فهنا تقطع دلالة الحال

---

[١] السنهوري ، الوسيط ج ١ ص ٤١٥ نظرية العقد هامش ص ٤٧٦ ، عبد الفتاح عبد الباقي ، نظرية العقد والإرادة المنفردة هامش ص ٤١٦ و ٤١٧ ، وقد نقل السنهوري عن دمبوج ٢ فقرة ٨٦٠ص ٧٧٢- ص ٧٧٣ ودي هلتش ، ٤ ، البيع فقرة ٧٧- ووالتون ١ ص ٥٢- ومحكمة مصر الكلية الأهلية ٣٠ أكتوبر سنة ١٩١٨ المجموعة الرسمية ٢١ رقم ٤٤ ، انظر أيضاً عبد الفتاح عبد الباقي ، نظرية العقد صفحة ٤١٦ حيث يقرر أن المعتبر في كون التصرف تعاملاً في تركة مستقبلة لابيع ملك الغير اتجاه نية البائع إلى أن المال هو مما سيرته بعد وفاة مورثه المحتمل وقبول المشتري على هذا الأساس .

[٢] السنهوري ، نظرية العقد ص ٤٧٨ ، وإسماعيل غانم المؤلف السابق ص ٢٤٦ ، وعبد الفتاح عبد الباقي ، المؤلف السابق ص ٤١٩ ، وجلال محمد إبراهيم ص ١٤٩ فقرة ١١٠ . وننوه هنا إلى أن المعمول به في فقه الشريعة الإسلامية أن التأجيل إلى الوفاة غرر من شأنه أن يبطل العقد، وقد اختلف فقهاء الشريعة في بعض صور التأجيل كالتأجيل إلى حين ميسرة أو إلى الحصاد أو إلى النيروز الخ ولكنهم لم يختلفوا في أن التأجيل إلى وفاة الملتزم أو الملتزم له لايصح ويترتب عليه البطلان، إلا ما جاء في العمرى والرقبى ونحوهما ، يراجع البدائع ٥ / ١٨٧ ، الهداية ٣ / ٤٩ ، البحر الرائق ٥ / ٣٠٣ ، المنتقى ٥/٢، ٤٢،٤١،٢٢ ، مواهب الجليل ٤ / ٤١٤ ، حاشية الدسوقي ٣ / ٢٠٥ ، التاج والإكليل ٤ / ٥٢٨، المجموع ٤١٢/٩، ٤١٣، المهذب ١ / ٢٩٩ ، الإنصاف ٥ / ١٠٠ وما بعدها كشاف القناع ٢٢٢/٣، المحلى ٤٤٤/٨، ٤٤٥ المسألة (١٤٦٤) وقد نص على بطلان ما هو أهون من الوفاة كالحصاد والعطاء وما أشبه ذلك الخ ،كما يراجع كذلك الغرر ص ٢٨٣- ٢٩٤، ود / عبد الناصر توفيق العطار، الأجل في الالتزام الفقرة ١١٣ حيث ذكر ثلاثة أقوال في الأجل المجهول : الأول بطلان البيع، وهو للمالكية والشافعية، والثاني فساده وهو للحنفية، والثالث بطلان التأجيل وحلول العقد وهو للحنابلة .

بأن البيع هو لعين من الأعيان منظوراً إليها على أنها جزء من التركة فيكون بيعاً باطلاً، وإن أُصطنع شرط تأجيل التسليم إلى حين الوفاة.

- وإذا وعد شخص شخصاً آخر ببيع شيء معين إليه على أن يكون الخيار له في شراء الموعود به بعد وفاة الواعد لا قبلها، فإنه يتعين النظر فيما إذا احتفظ الواعد لنفسه بحرية التصرف، فيكون تصرفاً محظوراً لأن الحق الذي نشأ للموعود له حق احتمالي، أو إذا التزم بإبقاء الموعود ببيعه على ملكه، فيكون التزاماً عادياً مُرجأ التنفيذ لا غير، ويكون بالتالي صحيحاً؛ لأن الحق الذي للموعود له حق مؤكد حال، وإن كان اقتضاؤه لا يتأتى إلا في الزمن الذي أضيف إليه، وهو هنا – بالفرض – وفاة الواعد.

وإن النظر – ونحن بصدد التمييز بين هذين النوعين – يجب أن يكون إلى مسألة ذات بال هي: هل الحق المرتب في هذا التصرف حق تمكن المطالبة به في بعض الأحوال، كما لو أفلس من رتب هذا الحق مثلاً أو أضعف التأمينات التي أعطاها للمتصرف إليه من رتب هذا الحق ضماناً له، وهل يستطيع المتصرف إليه أن يباشر الإجراءات الاحتياطية والتحفظية التي كفلها القانون أم لا ؟.

وبعبارة أخرى لابد من النظر إلى طبيعة الالتزام الذي أنشأه التصرف، هل هو التزام يقابله حق للمتصرف إليه، التزام يقع على شخص المتصرف وحده في ذمته المالية، ويمكن المطالبة به في بعض الأحوال ومباشرة بعض مظاهر التملك عليه، أم هو التزام مرتب على تركة يخلفها المتصرف لورثته، بحيث لا يؤخذ الحق إلا من هذه التركة وحدها إن وجد منها ما يكفي للوفاء به، فإن لم يوجد ما يكفي للسداد أو جرى تفويت المال المعقود عليه ببيع أو غيره، لم يصبح ثمة أي حق للمتصرف إليه يمكن له أن يطالب به المتصرف.

ويستعان هنا بصيغة العقد كما في هذه الأمثلة، وببدء سريان المدة التي أضيف إليها الالتزام كما لو أبرم شخص عقد إيجار لشخص آخر على عقار معين، وقرنه بوعد ببيع العقار إلى المستأجر إذا تم سداد الثمن لمدة خمس سنوات من تاريخ إبرام عقد الإيجار ثم توفي المؤجر في أثناء ذلك، كان هذا قاطعاً في دلالته على أن الحق قد نشأ قبل الوفاة.

٨١ – تطبيقات

بهذا النظر الدقيق اجتهد القضاء في فرنسا في تصويب بعض التصرفات باعتبارها مؤجلة التنفيذ فقط، وفي إبطال بعضها الآخر باعتبارها تنطوي على تعامل في تركة مستقبلة:

١ – من ذلك مثلاً أنه لا يعدّ تعاملاً في تركة مستقبلة التصرف الذي يؤجل المدينون المتضامنون فيه اقتضاء دين المقترض إلى وفاة شخص من الغير يُعّد أحدهم وارثاً له؛ لأنهم ملتزمون بالدين بصفتهم

الشخصية ولو لم يكن أحدهم وارثاً يتلقى شيئاً من التركة، ولكن كفالة الأبناء الدين الذي على أمهم والمشروط فيها أنه لا سداد إلا بعد وفاتها ومن تركتها فقط، هو من قبيل التعامل في تركة مستقبلة، ذلك لأن الكفالة منصبة فقط على الأموال التي سينقلونها من تركة أمهم ولا تشمل أموالهم الخاصة التي قد تحصل من مصادر أخرى غير التركة.

ولا تكون هذه الكفالة صحيحة إلا إذا كان الالتزام مطلقاً بحيث يشمل جميع الأموال التي تقع في ملكهم عند وفاة والدتهم، ولو كان مصدرها ما عسى أن يقع في نصيبهم من تركتها.

٢- وإذا تنازلت البنت لدائنيها عن نصيبها من تركة والدها على أن تبرأ ذمتها بهذا التنازل حتى لو لم يكن نصيبها الميراثي كافياً لسداد هذه الديون، كنا بصدد تعامل في تركة مستقبلة أيضاً لما تقدم، ولا أثر لكفالة الأب لابنته على هذا التعهد من حيث كونه واقعاً تحت طائلة الحظر.

٣- وإذا منح الأب والأم بعض ولدهما عقاراً واشترطا الانتفاع به طوال حياتهما على ألا يتم التسليم إلا بوفاة آخر من يظل حياً منهما، كانت هذه الهبة صحيحة مرجأة التنفيذ ولا مطعن في صحتها، فإذا قام الابن الموهوب له من باب التسوية بينه وبين بقية إخوته بتخييرهم بين نصف العقار أو دفع قيمة هذا النصف كان هذا صحيحاً أيضاً؛ لأن هذا الابن تصرف فيما يملك؛ إذ حق الانتفاع المقرر لوالديه على العقار الموهوب لا يحول دون كونه مالكاً للرقبة، له الحرية المطلقة في التصرف بها.

٤- والهبة التي اشترط الواهب ألا يدفع محلها إلا بعد وفاته ومن الأموال الأكثر ظهوراً في التركة تقع صحيحة؛ لأن محل الهبة دين ألزم المتصرف نفسه به حالاً ولا رجوع فيه، وإن تأجل اقتضاء هذا الدين ليوم وفاة الواهب [١].

نخلص مما تقدم إلى أننا يجب أن ننظر إلى طبيعة الحق الممنوح وما إذا كان مؤكداً أم احتمالياً، فإذا كان الحق مؤكداً جاز التعامل عليه ولو كان مرجأ التنفيذ إلى وقت الوفاة؛ إذ تكون الوفاة مجرد أجل يمتد إليه تنفيذ آثار التصرف، أما إذا كان الحق احتمالياً، أي غير مؤكد لأنه رهين بمحض الصدفة ولا تمكن المطالبة به قبل الوفاة وتتحمل به التركة وحدها، فإننا نكون حينئذٍ بصدد تعامل محظور؛ لأنه من الواضح في هذا الفرض أن الوفاة أصبحت واقعة منشئة لحق لم يكن ليتأكد إلا بها، وأما قبلها فهو أمر معلق على غرر به يحتمل أن يوجد الأمر أو لا يوجد.

٨٢ – انتقاد فكرة الحق الاحتمالي

تعرضت هذه الفكرة للهجوم عليها من قبل جانب من الفقه لما يلي:

---

[١] المراجع المتقدمة لا سيما جلال محمد إبراهيم ، المؤلف السابق ص ١٥٩-١٦٠ والمراجع التي أشار إليها .

أ. عدم الاتفاق على تحديد المقصود بهذه الفكرة؛ فبينما يرى البعض أن الاحتمال يعود إلى وجود الحق من حيث إنه يتوقف على وفاة صاحب التركة أولاً وفقاً لتحديد كابيتان، يرى آخرون أن الاحتمال يرجع إلى عدم تحديد مضمون الحقوق الميراثية في حال تصرف الشخص في مجموع التركة، أما إذا كان التصرف يتعلق بمال معين فإن الصفة الاحتمالية للحق المتفق عليه ترجع إلى أنه لاُ يعرف وقت الاتفاق هل سيبقى هذا المال إلى حين الوفاة أم يتم التصرف به قبل ذلك فلا ينشأ الحق المتفق عليه[٢].

ب. عقم هذه الفكرة : إذ هي لا تضيف جديداً؛ لأن فكرة المحل كافية لتمييز التعامل المحظور عن التعامل الجائز، فإذا كان محل التصرف تركة مستقبلة إما في مجموعها أو أحد عناصرها كان هذا التصرف محظوراً لأن الحق الذي يراد إنشاؤه ترتب على هذه التركة أو على عنصر من عناصرها، أما إذا كان التعهد قد أنشأ التزاماً على ذمة الشخص نفسه حال حياته كنا بصدد تعهد مؤجل التنفيذ إلى وقت الوفاة، والملاحظ أن أغلب الفقه الفرنسي يكتفي في تحديد نطاق الحظر بفكرة المحل، وبعضهم يستعين بفكرة الحق الاحتمالي في حالة ما إذا تم التصرف من قبل صاحب التركة نفسه[٣].

٨٣ – رأينا في الموضوع

ونرى أن عدم الاتفاق على تحديد المقصود بفكرة الحق الاحتمالي يعود إلى اختلاف الزوايا التي ينشأ الاحتمال منها، فقد يتعلق الاحتمال بعدم التأكد من وفاة صاحب التركة قبل وفاة المتصرف أو قبل وفاة المتصرف إليه، وقد يتعلق بعدم تحديد مقدار التركة عموماً في حال ورود التصرف على مجموعها، أو لأنه لا يمكن الجزم بما إذا كان المال باقياً عند افتتاح التركة.

ولا نرى تعارضاً بين فكرة المحل وفكرة الحق الاحتمالي؛ لأن المحل هنا هو هذا الحق الاحتمالي، فالتصرف المحظور إنما محله نقل حق في تركة لم تفتح إلى المتصرف إليه، هذا الحق قد يتعلق بمجموع التركة كلها كما لو نقل المتصرف إلى المتصرف إليه نصف التركة مثلاً، وقد يتعلق بمال معين من هذه التركة فقط، كما لو نقل إليه ملكية عقار من عقارات المورث على ألا يتم هذا النقل إلا بعد الوفاة، ولعل هذا هو الفارق الدقيق الذي يميز بين بيع ملك الغير وبين التصرف في تركة مستقبلة، فالمحل في المثال الأول هو مال بعينه للغير، والمحل في المثال الثاني هو حق محتمل في مال معين، وهذا المال المعين لا يزال متعلقاً

---

[٢] هذا رأي بولانجيه وريبير ، انظر إسماعيل غانم هامش ص ٢٤٧ و٢٤٨ ، أما رأي كابيتان فقد تابعه عليه الدكتور عبد الحي حجازي في الالتزامات ج١ ص ٢٣٤– ٢٣٥ .

[٣] إسماعيل غانم ، هامش ص ٢٤٨ نقلاً عن بودري وبارد ج١ فقرة ٢٦٥ حيث يقول: يشترط لاعتبار التصرف قابلاً في تركة مستقبلة أن يكون قد نظر إلى الطرف الآخر باعتبار أن له حقوقاً احتمالية في تلك التركة .

بحق مؤكد للمورث في حياته وللورثة بعد وفاته، فالحق المحتمل يفترض أن يحل محل هذا الحق المؤكد الذي لا يوجد ما يدل على أنه سينتهي، ومن هنا كان وجه الاحتمال في التعامل المحظور في التركة المستقبلة.

ونحسب أن فكرة الحق الاحتمالي مفيدة جداً على صعيد التمييز بين التصرف المحظور وغير المحظور المتعلق بمال حاضر: فإذا كان التصرف يرتب حقاً مؤكداً على المال الحاضر بحيث ينهي أي حق آخر للمورث على هذا المال ويرتب حقاً آخر مؤكداً مكانه، كنا بصدد تصرف عادي مرجأ التنفيذ إلى حين افتتاح التركة، وإذا كان هذا التصرف لا ينهي حقاً مؤكداً ولا يحل حقاً آخر مكانه، وإنما يقر حق المورث على المال كما هو، ويأذن لحق آخر في أن يترتب على أنقاضه لم تكن بصدد تصرف جائز؛ لأن هذا الحق التالي لا يمكن أن ينهي الحق الأول، وإنما الشأن فيه أن يحل محله إذا انتهى لسبب من الأسباب المرتهنة بمحض الصدفة، ومن هنا كان الاحتمال الذي يعرض للحق الأخير . مصداق ذلك أن التصرف المحظور لا يرتب أي حق على المال إذا تم تفويته بالبيع أو بأي تصرف آخر ناقل للملكية، وأن الدائن لا يستطيع المطالبة به ولا بالتعويض عن هذا الفوات؛ ذلك لأنه يستند إلى حق قد يوجد لو بقي المال في حوزة التركة، وقد لا يكون له نصيب من الوجود لو خرج منها قبل ذلك لأي سبب [١].

من هنا تشتد الحاجة إلى معيار الحق الاحتمالي؛ لأنه جلي الفائدة في كثير من التصرفات التي يدق القول فيها ويصعب التمييز.

الفرع الثاني
أساس الحظر

٨٤ – اختلاف الفقه الوضعي في تحديده

نقل قانوننا نص المادة (٢٠٢) من القانون المدني المصري، وهي مشابهة للمادة ١١٣٠ من القانون المدني الفرنسي.

---

[١] ومع ذلك ذهب رأي في الفقه إلى أن التعامل المحظور إنما يقع على التركة كلها لا على عنصر من عناصرها بدليل أن نص المادة ١١٣٠ ق . فرنسي اقتصرت على التركة كلها ولم يتعرض إلى مال معين من أموالها، كما أن التصرف في مال معين لا يمس حرية الإيصاء، وقد قيل في رد هذا الرأي غير السائد في الفقه إن القول به يمكن من تفريغ التركة من محتوياتها عن طريق إبرام عقود بيع جزئية متتابعة من شأنها أن تجعل الحظر الوارد على التعامل في تركة مستقبلة لغواً عديم الفائدة، كما وأن ثمة نصوصاً صرحت بتعميم الحظر على كل ماله صلة بتركة مستقبلة متى كان الحق المتفق عليه موصوفاً بالاحتمال وعدم الاستقرار ، من ذلك نص المادة ٧٩١ من ذات القانون التي تمنع الشخص من أن يحول الحقوق الاحتمالية التي يمكن أن تكون له في تركة مستقبلة، انظر جلال محمد إبراهيم، ص ٢٢٩ نقلاً عن بولانجيه وبريتون ، دالوز رقم ١٣ ويمكن أن يزاد على ذلك حجة أخرى مفادها أن أقل ما ينطلق عليه اسم التركة ينبغي أن يقع تحت طائلة الحظر ، وذلك كما يصدق على التركة كلها يصدق على عنصر من عناصرها ، ولا دليل على التخصيص بمال معين ، أما عن حرية الإيصاء فإن التعامل الوارد على مال معين يقيد هذه الحرية لأنه لا يجيز الرجوع عن هذا المال ، ثم هو في ذات الوقت يمنحه حرية التصرف في هذا المال حال حياته ولو بنقله إلى الغير ، وبالتالي لا ينشأ للدائن فيه حق .

كان الوضع في القانون الروماني هو جواز التعامل على تركة مستقبلة إذا أجازها المورث، لأن الحظر كان مراعاة لمصلحته واعتباراً لرضاه؛ إذ إن في التصرف في تركته بدون رضا منه استعجالاً لموته ومضاربة على حياته، وهذا من شأنه أن يولد الرغبة في قتله مما يخالف الآداب العامة؛ لذا لزمت مراعاة رضاء المورث في هذا القانون [١].

لكن المشرع الفرنسي أطلق الحظر وعممّه ولم يقيده برضاء المورث أو إجازته؛ فقد ضمنت المادة ١١٣٠ السالفة الذكر نصاً صريحاً يقضي بمنع هذا التصرف ولو تم برضاء المورث[٢]، وقد قيل في تبرير هذا الحظر:

أ . أن الحظر مقصود به تحقيق المساواة بين الورثة، وذلك ما أشارت إليه اللجنة التحضيرية لمشروع القانون الفرنسي، فقد كانت العادة الإقطاعية السائدة إبّان صدور هذا القانون وما قبله هي توريث الابن الأكبر كامل التركة ضماناً لاستقرار إقطاعية العائلة وشهرتها وحتى لا تؤول التركة إلى غيره من الذكور الأصغر منه سناً، فلا يحملون مسؤولية المحافظة على ثروة الأسرة واسمها[٣].

وقد أدى ذلك أيضاً إلى حرمان البنت من الإرث عن طريق إجبارها على التنازل عن نصيبها في التركة لقاء الدوطة التي يعطيها إياها الأب عند زواجها، وكان من شأن هذا أن يكرّس نظام الإقطاع من جهة، وأن يخل بمبدأ المساواة بين الورثة من الجهة الأخرى[١].

ب. وقيل أيضاً إن المادة ١١٣٠ مؤسسّة على قرينة الغبن الذي يشوب التعامل في التركة قبل افتتاحها؛ وذلك لأن الشاب قد يضحي بمال مستقبل لا يعلمه مقابل فائدة زهيدة يحصل عليها، فيقع بذلك فريسة في يد المرابين الجشعين، والمقصود بالحظر هو تفادي هذا الغبن المفترض؛ لأن القواعد العامة في الغبن لا تنهض لإبطال مثل هذا النوع من التصرفات[٢].

وقد انتقد هذا النظر بأن الغبن ينافي الاحتمال الذي هو جوهر التصرف في تركة مستقبلة، وبأن هذا التصرف لا يستلزم الغبن بالضرورة، كما أن قواعد الغبن لا تنطبق في هذا الفرض؛ لأن بطلان هذا

---

[١] ويسمى شرط الحصول على رضاه لتجويز ذلك التصرف بشرط جستنيان . جلال محمد إبراهيم ، التعامل في التركات المستقبلة ، الفقرات من ٥٦-٦٠) .

[٢] نص المادة ١١٣٠ كما في كتاب الالتزامات لآلان بينابنت ص ١٠٥ : " يمكن أن تكون الأشياء المستقبلية موضوعاً لموجب، على أنه لا يمكن العدول عن إرث غير مفتوح بعد أو القيام بأي اشتراط على مثل هذه التركة حتى برضا من يتعلق به الأمر في التركة " .

[٣] جلال محمد إبراهيم المرجع السابق ، الفقرة ٦١ .

[١] جلال محمد إبراهيم ، المرجع السابق ص ٨٠ .

[٢] المرجع السابق فقرة ٦٣ .

التصرف بطلان مطلق متعلق بالنظام العام بخلاف الغبن الذي يكون البطلان فيه مقرراً لمن شرع لمصلحته[٣].

ج .على أن ثمة مبرراً للحظر هو أكثر قبولاً واعتماداً من سابقيه، وذلك هو رغبة المشرع في أن يحفظ للمرء حريته في الإيصاء، فالوصية دائماً قابلة للرجوع فيها والعدول عنها، وفي التصرف في التركة قبل افتتاحها غلّ لهذه الحرية، لأنه يقوم على اللزوم وعدم جواز الرجوع، وهذا مخالف للنظام العام الذي يعتبر الحرية في الإيصاء قاعدة لا يجوز التنازل عنها أو الاتفاق على خلافها[٤].

ولكن هذا التعليل إنما يصدق على حالة ما إذا تصرف المورث نفسه في تركته قبل وفاته، كما أن الفقه يجيز – من غير خلاف – إضافة الالتزام إلى أجل مقترناً بمنع التصرف بالمال الذي يتعلق الالتزام به في خلال الأجل، مع التسليم بأن الالتزام المؤجل المقترن بمنع التصرف قد يتعلق بوصية وقد يتعلق بغيرها، هذا إلى أن القضاء الفرنسي قد أجاز الشرط الذي يقضي بعدم جواز تصرف الموهوب له في المال الموهوب عن طريق الوصية، وفي كلا هذين المثالين عدوان على حرية الإيصاء ومساس بها كما هو بيّن[٥].

د . والمبرر الأكثر قبولاً مما تقدم هو أن في التعامل في تركة مستقبلة عدواناً على قاعدة من قواعد النظام العام، وهي أحكام الميراث، يستوي بعد ذلك أن يحصل عدوان على حرية الإيصاء أو لا يحصل، وأن يقع غبن أو لا يقع، وأن تختل المساواة بين الورثة أو لا تختل، ذلك أن أحكام الميراث كافية بنفسها في منع أي تصرف صدر من المورث أو من الوارث لوارث أو للغير، خلافاً لها ورغبة في ترتيب أحكام أخرى غير التي ترتبّها، وقد أشار الشراح إلى هذا المبرر إشارات عابرة في بعض الصور، ولعله ينطبق على جميعها[١]. وأشارت بعض الأحكام الصادرة في مصر إلى هذه العلة[٢].

---

[٣] جلال محمد إبراهيم ، المرجع السابق الفقرة ٦٤

[٤] المرجع السابق فقرة ٦٥

[٥] المرجع السابق فقرة ٦٦ص ٩٠ و٩١ وهامشها .

[١] في هذا المعنى انظر إسماعيل غانم ص ٢٤٨ فقرة ١٢٢، حيث يعدد بعض صور التعامل الذي يبرمه الشخص نفسه في شأن تركته ثم يقرر بطلان العقد في هذه الأحوال لتضمن هذه العقود تعديلاً في أحكام الميراث وهو لا يكون إلا بطريقة الوصية في حدود القانون والتي تتميز بجواز الرجوع فيها . قارن أيضاً نظرية العقد للسنهوري ص ٤٧٧، جلال محمد إبراهيم ، المرجع السابق فقرة ٧١ ص ٩٩ حيث تذكر المادة ١٣٨٩ على الزوجين إبرام الاتفاقات التي يكون محلها إهدار النظام القانوني للميراث، وقد كان الاتجاه الأول للقضاء الفرنسي هو مراعاة هذه الغاية في تعريف التعامل في الشركة المستقبلة، المرجع السابق فقره ٧١ و٧٣.

[٢] جاء في حكم لمحكمة النقض المصرية في جلسة ١٤ يونيو ١٩٣٤ م : " إن كون الإنسان وارثاً أو غير وارث وكونه يستقل بالإرث أو يشركه فيه غيره إلى غير ذلك من أحكام الإرث وتعيين الورثة وانتقال الحقوق في التركات بطريق التوريث لمن لهم الحق فيه شرعاً كل هذا مما يتعلق بالنظام العام، والتحيل على مخالفة هذه الأحكام باطل بطلاناً مطلقاً لا تلحقه الإجازة ويحكم القاضي به من تلقاء نفسه في أي حالة تكون عليها الدعوى، وتحريم التعامل في التركات المستقبلة يأتي نتيجة لهذا الأصل، فلا يجوز قبل وفاة أي أي إنسان الاتفاق على شيء يمس بحق الإرث عنه سواءً من جهة إيجاد ورثة غير من لهم الميراث شرعاً أو من جهة الزيادة أو النقص في حصصهم الشرعية أو من جهة التصرف في حق الإرث قبل انفتاحه لصاحبه واستحقاقه إياه، بل

٨٥ – هل ثمة فائدة لمعرفة أساس الحظر؟

قيل في بيان أهمية معرفة أساس الحظر إن ذلك ينير الطريق أمام القاضي والفقيه فيما يتعلق بتحديد مضمون النصوص وتحديد نطاق إعمالها في الحدود التي تحقق هدفها دونما إفراط أو مجاوزة[٣]، ولكن جانباً من الفقه مع هذا لا يعول على معرفة أساس الحظر شيئاً، فالعبرة بعموم النص ووضوحه، ولا محل من ثم للتساؤل عن حكمة إعماله والأسباب الكامنة وراءه[٤].

وقد اختار القضاء الفرنسي تعميم نطاق الحظر أخذاً بعمومية النص الحاظر، وذلك في كثير من التطبيقات دون وقوف عند حدود العلة التي أدت إلى المنع، وهو ما نراه عندما انتهج في البداية منهج المنع للشرط التجاري، وشرط التنمية أو التكاثر.

فالشرط التجاري مؤداه أن يكون ثمة مشروع تجاري مملوكاً ملكية خاصة لأحد الزوجين، ويستغل من قبل الزوجين، ويضمن عقد الاستثمار شرطاً مؤداه أن يحتفظ الزوج بالمشروع التجاري الذي كان يستغله الزوج المتوفى أياً كان نوعه لقاء أن يدفع للورثة قيمته وفقاً لتقدير أهل الخبرة[٥].

أما **شرط التنمية أو التكاثر** فمؤداه أن يتعهد كل شريك في مال مشترك بأيلولة هذا المال لآخر من يبقى حياً منهما بعد وفاة الأول دون أن يلتزم بدفع أي مقابل لورثته[١].

فقد منع القضاء الفرنسي صحة هذين الشرطين في أول الأمر ذهاباً إلى أنهما ينطويان على تعامل في تركة مستقبلة، وأن النص الذي حظر هذا التعامل قد ورد عاماً ومطلقاً فلا محل لتخصيصه أو تقييده بالنظر في أساس الحظر وإجازة مالا يتعارض معه من التصرفات، ثم عدل القضاء المشار إليه عن هذا المبدأ وقضى بتصحيح شرط التنمية أو التكاثر استناداً إلى فكرة الأثر الرجعي للشرط الفاسخ، حيث

جميع هذه الاتفاقات وما شابهها مخالف للنظام العام " . (مجموعة عمر ١ ص ٤٤٩ مشار إلى ذلك في مصادر الالتزام للدكتور أحمد حشمت أبو ستيت ، هامش ص ٢٠٠ و٢٠١) .

[٣] جلال محمد إبراهيم ، المرجع السابق فقرة ٥٣ ص ٦٤ و٦٥ و٦٦ نقلاً عن ماسيلي فقرة رقم ٧١ وما بعدها .

[٤] المرجع السابق ص ٢٠٢ آخر الفقرة ١٥٢ نقلاً عن رسالة لموران ص ٧٨ وص٧٩ .

[٥] صدر في فرنسا القانون رقم ٥٧٠ لسنة ١٩٦٥ في ١٣ يوليو ١٩٦٥ فيما يتعلق بالنظام المالي للزوجين حيث أضاف إلى القانون المدني المادة ١٣٩٠ التي نصت على مبدأ صحة الشرط التجاري كما أن المادة ١٣٩١ تضمنت شروط صحته وحددت المادة ١٣٩٢ إجراءاته وكيفية إعماله ، فقد نصت المادة ١٣٩٠ على أنه يستطيع الزوجان أن يشترطا في عقد الزواج أنه عند انحلال الزواج بموت أحدهما فإن من يبقى حياً تكون له إمكانية أن يتملك أو عند الاقتضاء أن يحصل عند القسمة على بعض الأموال المملوكة بصفة خالصة لمن توفي أولاً بشرط أن يدفع قيمتها للتركة بحسب القيمة التي تكون لها يوم ممارسته لهذا الحق ، انظر في هذا المرجع السابق ص ٢٠٣ وص ٢٠٤ .

[١] المرجع السابق ص ٢١٦ و٢١٨ .

اعتبر الوفاة شرطاً فاسخاً يجعل الباقي من الشركاء مالكاً منذ اكتساب الملكية الشائعة، واعتبر في نفس الوقت كل شريك مالكاً لجميع المال المشترك تحت شرط واقف هو استمرار حياته[٢].

أما بالنسبة إلى الشرط التجاري، فقد صدر القانون رقم ٥٧٠ لسنة ١٩٦٥ الذي يقضي بجواز هذا الشرط صراحة، فضلاً عن أن محل البحث في منع ذلك الشرط قبل صدور هذا القانون إنما هو حيث يكون المشروع مملوكاً ملكية خاصة لأحد الزوجين دون الآخر[٣].

المبحث الثاني

التعامل في تركة مستقبلة في الفقه الإسلامي

نقسم هذا المبحث إلى فرعين ضروريين في رأينا لإلقاء الضوء على أحكام هذا التعامل من وجهة نظر الفقه الإسلامي هما مفهوم هذا التعامل من وجهة نظر هذا الفقه، وأساس الحظر الذي يستند إليه هذا الفقه فيما لو قلنا باتجاهه إلى الحظر.

الفرع الأول

مفهوم التعامل في تركة مستقبلة

---

[٣] المرجع السابق ص ٢١٣ ومن الأحكام المجيزة لشرط التنمية باعتبار الوفاة شرطاً واقفاً ذا أثر رجعي حكم محكمة النقض الفرنسية في ١٩٥٩/٢/٣ بينما الغرفة المختلطة لمحكمة النقض في ١٩٧٠ استندت إلى فكرة الأثر الرجعي للشرط الفاسخ المتمثل في سبق وفاة من يتوفى أولاً أي أن سبق وفاة المتعاقد شرط فاسخ لزوال ملكيته للعقار مثلاً من تاريخ اكتسابه بحيث كأن لم تكن، وبحيث تثبت ملكية هذا العقار لمن بقي حياً من المتعاقدي ، جلال إبراهيم ، المؤلف السابق ص ٢١٦، وقد انتقد لوكا هذه الإباحة لأن من شأنها تصحيح الهبات المقترنة بشرط واقف هو سبق وفاة الواهب كما أنه نوع من الالتفاف حول الحظر الذي تنص عليه المادة ١١٣ من القانون الفرنسي .

[٣] المرجع السابق ص ٢٠٨ فقرة ١٥٥.

في الفقه الإسلامي توجد منطقتان متميزتان بوضوح في التصرفات التي تتخذ من التركة المستقبلة محلاً لها، هاتان المنطقتان هما: التصرفات التي يجريها المورث في مال معين له أو في نصيب شائع من تركته، والتصرفات التي يجريها الوارث في هذه التركة، ولهذا نتكلم عن كل من هاتين المنطقتين وما يندرج تحت كل منهما من الصور المتعددة.

المطلب الأول
تصرفات المورث

يمكن قسمة التصرفات التي يجريها المورث على تركته إلى طائفتين، الأولى الوصايا وما في حكمها، والثانية التصرفات التي ليس فيها معنى الوصية.

٨٦ – الطائفة الأولى: الوصايا وما في حكمها

أ – الوصية : تعرّف الوصية بأنها تصرف بطريق التبرع مضاف إلى ما بعد المورث، ومعنى كونها بطريق التبرع أنها صدرت بدون مقابل، والحكم الأساسي الذي يميزها عن غيرها هو أنها قابلة للرجوع فيها من قبل الموصي لازمة بعد وفاته، وأنها تنفذ في ثلث التركة ويكون ما زاد على هذا القدر موقوفاً على إجازة الورثة، وأنه لا وصية لوارث ما لم يجزها الورثة، اقتصرت على الثلث أو على ماهو أكثر من الثلث .ويرى جانب من الفقه أنّ الوصية استثناء من حكم القاعدة التي لا تجيز تأخير الملك، وسبب إجازتها شرعاً – غير ورود النصوص من الكتاب والسنة في ذلك – رغبة الشارع الحكيم في الإحسان والتوسع فيه بكل طريق ممكن، وحرصه على أن يستدرك الموصي ما عسى أن يكون قد فاته في حياته من وجوه الخير[١].

أما ابن تيمية وابن القيم فأصلهما معروف في هذا وشبيهه، وهو أن كل ما ثبت بنص من الشارع غير خارج عن حد القياس، وأنه هو الأصل الذي يقاس عليه غيره ولا يقاس على غيره [١]، ورأي ابن تيمية وابن القيم أرجح من جهة النظر، وإن كان لا فرق بين الرأيين من جهة العمل.

ب– التصرفات في مرض الموت : لمرض الموت وهو الذي يكون سبباً لوفاة المريض به[٢] طبيعة خاصة، منشأ هذه الطبيعة أن المريض ينظر فيما يقدم عليه من تصرفات إلى توقع وفاته، وأنه يبتغي من

---

[١] البدائع ٣٣٠/٧ حيث يقول : "القياس يأبى جواز الوصية لأنها تمليك مضاف إلى ما بعد الموت والموت مزيل للملك فتقع الإضافة إلى زمان زوال الملك فلا يتصور وقوعه تمليكاً فلا يصح إلا أنهم استحسنوا جوازها بالكتاب العزيز والسنة الكريمة والإجماع ثم قال :" وأما الإجماع فإن الأمة من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى يومنا هذا يوصون من غير إنكار من أحد فيكون إجماعاً من الأمة على ذلك والقياس يترك بالكتاب العزيز والسنة الكريمة والإجماع مع أن ضرباً من القياس يقتضي الجواز وهو أن الإنسان يحتاج إلى أن يكون ختم عمله بالقربة الخ " .

[١] انظر إعلام الموقعين الجزء الأول ص ٣٨٣ – ص٤٠١ والجزء الثاني ص ٣–١٥٨ وقد أطال كثيراً في ضرب الأمثلة على الأصل الذي قرره .

[٢] على أنه إذا انجلى المرض وصح المتصرف ، أو امتد مرضه سنة أو أكثر ، وهو على حالة واحدة دون ازدياد اعتبرت تصرفاته كتصرفات الصحيح ، كما في نص المادة ٥٩٧ من ق م م أ .

تصرفاته هذه إجراء ترتيبات معينة قد يكون فيها إضرار بالورثة كلهم أو ببقيتهم إذا كان التصرف مجرى لأحدهم، وسواءً كان المتصرف متعمداً لهذا الإضرار أو غير متعمد، كأن كان يريد أن يبريء ذمته من الديون والالتزامات التي ترتبت عليه في حال صحته.

وجملة ذلك أن التصرفات التي يجريها المريض تنقسم إلى قسمين: إقرارات وإنشاءات، والإنشاءات بدورها إما أن تكون معاوضات صرفة لا مكان فيها لمحاباة ،كالبيع بثمن المثل أو الزيادة عليه، وكالشراء بثمن المثل أو أقل، وإما أن تكون تبرعات، وهذه إما محضة كالهبة والصدقة والوقف ونحوها، وإما معاوضات تتخلّلها المحاباة، كالبيع بما يقل كثيراً عن ثمن المثل، والشراء بما يزيد كثيراً عن ثمن المثل . وعلى جميع الأحوال قد يكون الإقرار أو الإنشاء لوارث أو لأجنبي.

وحكم الفقهاء في كل ذلك يمكن إجماله على النحو الآتي:

١ – في الإقرار : يمكن ردّ الخلاف في الإقرار إلى أربعة أقوال :

الأول – أن الإقرار نافذ معمول به في حق الوارث وغير الوارث على السواء؛ لأن المريض قد بلغ إلى حالة يتوب فيها العاصي ويصدق فيها الكذوب، ولأنه لا فرق بين الإقرار في حال المرض أو في حال الصحة والذي يكون لوارث أو لأجنبي؛ فالمقر يخبر في الحالين عن حق عليه وجب لغيره في ماله وحال حياته . وإلى هذا ذهب الشافعية على المذهب عندهم، وقطع بعضهم به[٣]، وهو القول الثاني في مذهب مالك المقابل للمشهور[٤] ومذهب أهل الظاهر[٥].

القول الثاني– أنه يفرّق بين الإقرار الذي يكون لأجنبي أي لغير وارث، وبين الذي يكون للوارث، فالثاني هو الذي يبطل وحده للتهمة في محاباته في صورة إقرار إلا أن يجيز بقية الورثة أو يثبت الدين ببيّنة، والأول لا يبطل بل يصح من رأس المال في حال الوفاة لعدم التهمة في الإقرار لأجنبي، وإلى هذا ذهب الأئمة الأربعة وأتباعهم ومعظم أهل الفقه[١]، وهو قول في المذهب الشافعي رجحه بعضهم [٢].

---

[٣] قليوبي وعميرة ٣/٥ ، مغني المحتاج ٣٢٤/٢ ، حاشية الجمل ٣٣٥/٥ ، الشرواني وابن قاسم ٧/ ١٤٠، ١٤١ ، نهاية المحتاج ٦٩/٥ – ٧٠ .

[٤] شرح ميّارة ٣٧٩/٢ ، و نحوه في البهجة للتسولي ٢ / ٦٠٦ .

[٥] المحلى ٨/ ٤٠٣ ، المسألة (١٧٧٢) .

[١] البدائع ٢٢٤/٧ ، المبسوط ١٨ / ٢٤ ، ٣١ ، حاشية ابن عابدين ٤ / ٤٨١ ، شرح علي حيدر ٤ / ١٢٦ – ١٣١ ، ١٣٢ ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٣ / ٣٩٧ ، ٣٩٨ ، شرح الزرقاني ٥ / ٢٢ ، ٣٩٥ ، حاشية الرهوني ٥ / ٣٤٨ – ٣٥٧ ، شرح ميارة ٣٧٩/٢ ، ، البهجة للتسولي ٢ / ٦٠٦، و ما سلف من مراجع الشافعية ، وفي الفقه الحنبلي المغني ٥ / ١٩٧، ٣٤٢ ، ٣٤٣ ،كشاف القناع ٦ / ٤٨٥ ، شرح منتهى الإرادات ٦ / ٧٢٣ ، الشرح الكبير بهامش المغني ٥ / ٢٧١ ، ٢٧٤ ، المواد من ٣٩٣ إلى ٣٩٥ من المجلة ، والمواد من ٣٥٨–٣٦١ من مرشد الحيران ، المدخل للزرقاء ٥٠١/١ ، ٥٠٢ .

[٢] مراجع الشافعية السالفة البيان .

على أن الحنفية يقولون بأن موجب الإقرار يكون من رأس المال استحساناً، وأن القياس أن يخرج من ثلث التركة [٣].

أما متى يكون المقر له وارثاً أو غير وارث للمقر، فباعتبار وقت وفاة هذا الأخير لا وقت التصرف، وهذا رأي جمهور هذا الفريق، وعند الحنابلة أن الاعتبار بحالة الإقرار؛ لأنه بهذا الوقت إما أن تتحقق التهمة فلا ترتفع بعد ذلك، وإما أن تنتفي فيكون الإقرار صحيحاً من الأول ولا مدخل فيه لتهمة [٤].

القول الثالث – أن المدار على التهمة فقط؛ فحيث تحققت كان الإقرار غير نافذ، سواء أكان المقر له وارثاً أو غير وارث، هذا ما يمكن فهمه عن المذهب المالكي في المشهور عنه من قراءة نصوصه، من ذلك ما يقرر أن " المريض يصح الإقرار منه ولو بأزيد من ثلثه حيث كان المقر له غير متهم عليه، وإلا منع ولو في الثلث [٥]"، وأنه تطبيقاً للمشهور قيل : " إن وُرث المقر كلالة لم يترك ولداً ولاولد ابن وإن سفل ولا أباً ولاجداً وإن علا فالإقرار باطل غير معمول به، وإن ورث غير كلالة فالإقرار صحيح معمول به [٦]".

وقد مثّل بعضهم للتهمة وعدمها بأنه إن كان له بنت وابن عم فأقر لابنته لم يقبل للتهمة بمحاباة البنت، وإن أقر لابن العم صح ذلك " لأنه لا يتهم في أنه يمنع ابنته ويصل ابن عمه [٧]".

وذكروا الفرق بين الصديق وغير الصديق من غير الورثة، وأن الصديق هو الذي لا ينفذ الإقرار له بخلاف غيره.

ثم على القول بالإبطال على التهمة قيل إن البطلان يتعلق بما جاوز الثلث أسوة بالوصية وهو قول ابن القاسم، وقيل بل يبطل جملة[١]، ولعل مستند هذا القول هو أنه بالوفاة أصبح الورثة هم أصحاب المال لا المورث، ومن ثم لا يلزمهم إقرار غيرهم في مالهم، ويختلف عن الهبة ونحوها في مرض الموت لأن هذا لا يتضمن إنشاءً بخلاف غيره .

---

[٣] البدائع نفس الموضع السابق .

[٤] كشاف القناع ٦ / ٤٨٥ ، شرح منتهى الإرادات ٦ / ٧٢٣ .

[٥] حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٣ / ٣٩٧ ، ٣٩٨ .

[٦] شرح مّيارة ٣٧٩/٢ .

[٧] الشرح الكبير بهامش حاشية الدسوقي ٣ / ٣٩٨ .

[١] شرح ميّارة ٢ / ٣٨٠ .

القول الرابع – أن الإقرار سواءً أكان لوارث أو لأجنبي مادام في مرض الموت يعدّ تهمة، ولذا يبطل فيما زاد على الثلث، وهذه رواية مرجوحة وقعت في المذهب الحنبلي، والقياس فيها هو على الإقرار لوارث في ذلك المرض[٢].

ولا يوجد في سائر الأقوال المتقدمة ما يمنع الإقرار لأجنبي بإطلاق، بل قيل بالإجماع على صحة ذلك[٣]، وما في المذهب المالكي بالنسبة للأجنبي مقيد كما عرفنا بالتهمة.

والرأي الذي قالته المالكية هو الذي نرجحه؛ ذلك لأنه لم يرد نص قاطع في التفرقة بين الوارث وغيره، ولأن مبنى هذه التفرقة يقوم على علة التهمة فقط، وهذه العلة تحصل فيما يكون لوارث وفيما يكون لغير وارث، كما أنها تختلف من ناحية الوجود والعدم من حالة لأخرى على نحو ما رأينا من الأمثلة التي قلناها، ومن المعروف المتقرر أن الأحكام بعللها، ولذا فأفضل طريقة أن نقول إنه متى تحققت التهمة كان الإقرار منطوياً على تصرف حقيقي يهدف المورث من ورائه إلى إخراج بعض مال التركة ودفعه لمن لا يستحقه كلاً أو بعضاً.

وزيادةً على ما سبق فإن المسألة دائرة مع الشروط العامة للإقرار والتي من بينها شرط انتفاء تهمة الكذب؛ لأن الفقه يقرّر أنه يشترط كون الإقرار مما لا يكذبه العقل أو الحس، وليست هذه المسألة إلا تطبيقاً له وفرعاً منه لا تخرج عنه.

وهذا فضلاً عن أن رأي المالكية الذي أشرنا إليه هو وسط بين الآراء كلها، وهو كما نرى مجرد عن سلبياتها وفي ذات الوقت غير خالٍ من إيجابياتها؛ وذلك لأنه يفسح الباب لمن أراد أن يبريء ذمته ويؤتي لكل ذي حق حقه، بيد أنه يوصده حيال من يبتغي أن يحرم الورثة من بعض التركة إضراراً بهم أو محاباة لغيرهم أو لأحدهم.

والمدار في ذلك على التهمة كما مر، على أن التهمة لا تُعرف كما هو واضح إلا بواسطة معطيات مادية يسهل تعرّفها وتبيّنها كما رأينا من أمثلة المالكية المتقدمة.

٢– في الإنشاء : يمشي الفقه على أن المعاوضات المحضة التي يجريها المورث تكون نافذة صحيحة لا يعترض عليها لعدم الضرر؛ لأن المال هنا لا يخرج إلا بمقابل، وحق الورثة محفوظ في هذا المقابل فلا إشكال، ومقتضى هذا أنه يستوي أن يكون التصرف الذي أجراه المورث لوارث أو لغير وارث، وذلك رأي الجمهور ورأي صاحبي أبي حنيفة .

---

[٢] المغني ٥ / ٣٤٣ و أشار المؤلف إلى أنها رواية أبي الخطاب .

[٣] مراجع الفقه الشافعي المتقدمة، وفيها أن الذي حكى الإجماع هو الإمام الغزالي، وفي الإجماع لابن المنذر نحو هذا، حيث يقول ما نصه ص ١٠١ : " وأجمعوا على أن إقرار المريض في مرضه بالدين لغير وارث جائز إذا لم يكن عليه دين في الصحة " .

وعند أبي حنيفة أن بيع المريض لوارثه أو شراءه منه موقوف على إجازة الورثة، إلا أنه قد نقل في مذهبه أن شراء المريض من وارثه بثمن المثل مع معاينة الشهود له وأنه أعطاه الثمن صحيح بالاتفاق، فيكون ثمة اضطراب في النقل عن أبي حنيفة بالنسبة للشراء [١].

فإذا كان التصرف من قبيل التبرع كالهبة والصدقة أو كالبيع بأقل من ثمن المثل أو الشراء بأزيد منه، أي بمحاباة كما أسلفنا، وكان ذلك على ما مرّ في مرض الموت، فإن قول المذاهب الأربعة وعامة أهل العلم على معاملة ذلك معاملة الوصية في أنها تتقدر بالثلث[٢].

وقول **أهل الظاهر** هو أن التبرعات من المريض تصح كتبرعات الصحيح كما أن إقراره يصح أيضاً كإقرار الصحيح، وهذا أصل ثابت عندهم في كل شيء من أعمال المريض وتصرفاته[٣].

حجة الجمهور حديث ورد في أن رجلاً من الأنصار أعتق ستة أعبد له عند موته لم يكن له مال غيرهم فبلغ ذلك النبي صلى الله عليه وسلم فقال فيه قولاً شديداً، ثم دعاهم فجزأهم أثلاثاً ثم أقرع بينهم فأعتق اثنين وأرقّ أربعة[٤]. وجه دلالته أن العتق تبرع وقد وقع حسب الثابت بالحديث في مرض موت المعتق، وحكم رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه عامل العتق معاملة الوصية بأن جزأ العبيد الستة إلى اثنين اثنين أي بقدر الثلث، وبالقرعة خرج اثنان أي الثلث وبقي الأربعة أي الثلثان، وهذا حكم الوصية.

والحديث المشهور عن سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه : جاءني رسول الله صلى الله عليه وسلم يعودني من مرض اشتدّ بي، فقلت : يا رسول الله قد بلغ بي الوجع ما ترى وأنا ذو مال ولا يرثني إلا ابنة لي، أفأتصدق بثلث مالي ؟ قال : "لا " إلى أن قال : قلت : فالشطر ؟ قال : " لا " ثم قال :

---

[١] درر الحكام ١/ ٣٦٢ ، شرح المادتين ٣٩٤ ، ٣٩٤ .

[٢] المغني ٥/ ٢١٩ ، ٦ / ٤٣ المبسوط ١٢ / ١٠٢ و ٢٩ /٤٠ ، البدائع ٧ / ٣٣٧ ، حاشية ابن عابدين ٥ / ٦٨٧ – ٦٩٨ – ٧٠١ ، التاج و الإكليل ٦ / ٥٧ ، الاستذكار ٨ / ٢٧٦ ، بداية المجتهد ٢ / ٣٢٢ . ويلاحظ أن الحنفية والشافعية على أنه يشترط مع ذلك في الهبة التي تأخذ حكم الوصية أن تكون مقبوضة وإلا لم تصح " لأنه وإن كان وصية حتى اعتبر فيه الثلث فهو هبة حقيقة فيحتاج إلى القبض " (ابن عابدين ٥ / ٧٠٠) أو " لأن الهبة لا تكون إلا مقبوضة " (الأم ١٤ / ٧٠) أو لأنه لا يملك من غير قبض (المهذب ١/ ٦٩٥) ، ومن عبارات الحنابلة يفهم اشتراط القبض في المكيل والموزون ، كذا في المغني ٦ / ٢٤٨ ، ٢٤٩ ، ٢٥١ . أما المالكية فلا يشترطون في الهبة أصلاً القبض فمن باب أولى لا يشترط ذلك فيها في مرض الموت ، بل إنهم أهدروا أثر عدم القبض حتى حصول الوفاة المبطل لها ، إذ لما نقلوها إلى باب الوصية التي لا أثر فيها للقبض جعلوها تأخذ حكمها من كل وجه ، قال ابن عبد البر في الاستذكار ٨ / ٢٧٦ " و أما جمهور العلماء وجماعة أئمة الفتوى بالأمصار فقالوا : هبة المريض قبضت أو لم تقبض إذا مات من مرضه لا تكون إلا في الثلث كالوصايا، وممن قال بذلك مالك " .

[٣] المحلى ٩ / ٣٤٨ المسألة (١٧٧٢) ، ونص عبارته – ابن حزم – عن المريض و المحبوس للقتل وغيرهما : " كل ما أنفذوا في أموالهم من هبة أو صدقة أو محاباة في بيع أو هدية أو صدقة أو إقرار كان كل ذلك لوارث أو لغير وارث أو إقرار لوارث أو عتق أو قضاء بعض غرائمه دون بعض كان عليهم دين أو لم يكن فكله نافذ من رؤوس أموالهم كما قدمنا في الأصحاء الآمنين المقيمين، ولا فرق في شيء أصلاً ، ووصاياهم كوصايا الأصحاء و لا فرق " .

[٤] أخرجه أبوداود في سننه من حديث عمران بن الحصين ، كتاب العتق (٣٩٥٨) وصححه ابن حزم ، كذا في المحلى ٩/ ٣٥٨.

" الثلث والثلث كثير " [١]. وجه دلالته أن في بعض ألفاظه جاء بلفظ الصدقة [٢]، وفي أكثرها ورد بلفظ الوصية، فدل على أنه لا فرق بين الأمرين، وأن كل تبرع في مرض الموت يكون حكمه كحكم الوصية[٣] .

وهذا الاستدلال ضعيف كما لا يخفى؛ لأن سياق الحديث يدل على الوصية وإن استعملت بلفظ آخر بدليل قول سعد : " ولا يرثني إلا ابنة لي "، والوصية نوع من الصدقة عُبّر بها عنها من باب إطلاق الكل وإرادة الجزء، ومحل النزاع هو في الهبة أو الصدقة المنجزة في حال الحياة إذا وقعت من المريض، غير أن الحديث الأول ظاهر في محل النزاع على الوجه الذي تقدم.

أما حجة أهل الظاهر فتتحصل في أن هذا التصرف من المريض هو في حال حياته وفي خالص ملكه، وألا نص على ما ذهب إليه الجمهور بالنسبة لمرض الموت، إلا ما ورد في العتق فهو مقصور عليه لا يتجاوزه؛ لأن القياس باطل عندهم، كما أنه ليس في الحديث أن المعتق كان مريضاً، إنما ورد أن العتق كان عند موته وقد يفجأ الموت الصحيح، فيكون وصية بالعتق كما روي من طريق آخر، أو يحمل على من لم يكن لديه مال[٤].

وهذا الرأي هو الضعيف؛ لأن العتق هو إخراج للملك بلا مقابل، فهو تبرع، فكذا غيره، نظيره أن المعاوضات داخلة في مسمى البيع، فكذلك هنا، ولأن حقوق الورثة قد تعلقت بالمال من أول المرض تنزيلاً للسبب وهو المرض منزلة المسبب وهو الموت، ثم لأن عامة أهل العلم على ذلك، كما هم على صحة القياس والأخذ به. أما التعليلات الأخرى فهي متكلفة؛ بدليل لفظ الحديث الثابت : " أعتق عند موته "، فإذا كان قد فجأه الموت فهو عند العتق وقبل الموت كان مريضاً ؛ لأنه لا يموت إلا بعلة ، وهذا هو معنى المرض.

٨٧ – الطائفة الثانية :التصرفات التي ليس فيها معنى الوصية:

وهي تلك التي تقع في حال الصحة لا في حال المرض، وفي هذا نستطيع أن نلحظ سمة بارزة تميز الفقه الإسلامي عن الفقه الوضعي، هي التمييز بين المعاوضات والتبرعات :-

---

[١] البخاري (٢٥٣٢) ، (٢٥٣٧) ، (٢٥٣٩) ، (٥٢٢٧) ، مسلم (٣٠٧٦) ، (٣٠٧٩) ، الترمذي (٢٠٤٢) ، النسائي (٣٥٧٥) ، ابن ماجة (٢٦٩٥) ، الموطأ (١٢٥٨) ، أحمد (١٣٦٣) .

[٢] في صحيح مسلم (٣٠٧٦) ، وفي الموطأ (١٢٥٨) .

[٣] في هذا المعنى يراجع المنتقى للإمام الباجي ٦ / ١٥٧ .

[٤] المحلى ٨ / ٣٥٨ .

أ. **المعاوضات**: فإذا كان التصرف من قبيل المعاوضات، فلا خلاف في الفقه على كونه باطلاً بالكيفية التي تقدمت، وذلك لما يلي:

١ - إذا كان التصرف مشروطاً فيه نقل ملكية مال بعينه بعد الوفاة، فإن أكثر الفقه الإسلامي على عدم جواز تأخير نقل الملك، إلا ما كان من خلاف ابن تيمية وابن القيم[١].

٢ - وإذا كان التصرف مشروطاً فيه نقل الملكية في الحال، وتأجيل تسليم المال إلى ما بعد وفاة المورث، ففي هذه الصورة سببان للبطلان لا سبب واحد. (**الأول**) جهالة الأجل الذي امتدّ إليه تنفيذ آثار التصرف؛ فالإجماع في الفقه الإسلامي في باب المعاوضات منعقد على عدم جواز التأجيل إلى أجل فيه غرر، لاسيما الوفاة [٢]، و(**الثاني**) أن ثمة ما يشبه الإجماع في هذا الفقه على عدم جواز تأجيل تسليم الأعيان. فقد حكى ابن رشد[٣] إجماع العلماء

---

[١] أجاز ابن تيمية وتلميذه ابن القيم إضافة البيع وغيره إلى زمن مستقبل كما أجازا تعليقه بلا فرق، ودفعا ما قيل من أن موجب العقد التسليم في الحال بما يلي:-

١- أن هذا الأصل لم يدل عليه الشرع بل إن الشرع دل خلافه ، فالنبي صلى الله عليه وسلم جوّز بيع الثمر بعد بدو الصلاح مستحق البقاء إلى كمال الصلاح، فموجب العقد يكون تارة استحقاق التسليم عقبه وتارة يكون تأخير التسليم لمصلحة من المصالح التي تقتضي التأخير ويكون التأخير إما في الثمن وإما في المثمن.

٢- أن المصلحة قد تقتضي التأخير ويكون التأخير في تسليم المبيع ،كما كان لجابر رضي الله عنه غرض صحيح في تأخير تسليمه بعيره إلى المدينة.

٣- أن ذلك قد يكون شرطاً للمتعامل لا ضرر فيه على المتعاقد الآخر.

٤- أن العرف قد يقتضيه اتفاقاً كما إذا باع شخص مخزناً له فيه متاع كثير لا ينقل في يوم ولا أيام فلا يجب عليه جمع دواب البلد ونقله في ساعة واحدة، والمستثنى بالشرط أقوى من المستثنى بالعرف، كما أنه أوسع من المستثنى بالشرع .

٥- أن موجب العقد المطلق استحقاق التسليم عقيبه، أما موجب مطلق العقد فعلى حسبما إذا كان مقيداً أم مطلقاً، فإذا كان مقيداً فموجبه ما قيد به كما لو قيل بتأجيل الثمن وثبوت خيار الشرط والرهن والضمين، وإذا كان مطلقاً فيوجب استحقاق التسليم عقيبه كما تقدم، ولا يشترط أن يلزم القبض في الحال بل يكفي القبض المعتاد، كما في بيع الثمر بعد بدوّ صلاحها مستحقة إلى كمال الصلاح فموجب البيع فيها القبض المعتاد عند انتهاء صلاحها .

٦- أن قبض الأعيان والمنافع كالقبض في الديون، ولو لم ترد السنة بذلك لكان محض القيام يقتضي جوازه . انظر في جميع ما تقدم نظرية العقد لابن تيمية ٢٢٧-٢٢٩ ، ويراجع كذلك إعلام الموقعين لابن القيم ١٠/٢ ، الغرر للدكتور الضرير ص ١٤٢ ، ١٤٣ ، ١٤٤، أما جمهور الفقهاء فقد قرروا أن الأصل في عقود التمليك المالية أنه يترتب عليها أثرها في الحال، وأن موجب العقد التسليم في الحال كذلك. انظر في هذا الغرر للدكتور الضرير ص ١٣٩ وص ١٤٨ وص ٢٨٨، بداية المجتهد لابن رشد ١٥٩/٢، حاشية رد المحتار لابن عابدين ٢٤١/٥ ،كشاف القناع للبهوتي الحنبلي ٢٢٢/٣ ، المغني في الفقه لابن قدامة الحنبلي ٢٥٦/٦ كتاب الهبة ، المهذب ٣٧٠/١ بقوله : ولا يجوز تعليق البيع على شرط مستقبل كمجيء الشهر وقدوم الحاج . التجريد المسمى حاشية البحيرمي ٢٢٨/٢ ، تحفة الحبيب ١٥/٢ لذات المؤلف .

[٢] يراجع ما سبق ، هامش صفحة ١٢٣ .

[٣] ابن رشد الحفيد الفقيه والفيلسوف الشهير، هو محمد بن أحمد بن محمد بن رشد، جده أبو الوليد ابن رشد قاضي الجماعة المكنى بأبي الوليد أيضاً، ولد المترجم له بقرطبة سنة وفاة جده عام ٥٢٠ هـ ، وتوفي بمراكش ثم دفن بقرطبة سنة ٥٩٥ هـ ، له مؤلفات كثيرة في الطب والفلسفة ، أما في الفقه فأشهر ما كتب هو بداية المجتهد ونهاية المقتصد في الفقه المقارن ، وهو من أهم كتب هذا الفن لأنه يذكر أهم الأدلة وسبب اختلاف الفقه في المسائل المنصوص عليها أو القريبة من المنصوص عليها ، وله كذلك كتاب التحصيل في الاختلاف مذاهب العلماء ، ويظهر أن أهمية المترجم له في الفقه على كبرها هي أقل من أهمية جده الذي لقب بحافظ المذهب (الديباج المذهب ص ٣٧٨ ، ٣٧٩ ، سير أعلام النبلاء ١٣ / ٧٠ ، الأعلام ٥ / ٣١٨ ، شذرات الذهب ٤ / ٣٢٠ ، معجم المؤلفين ٨ / ٣١٣) .

على عدم جواز بيع المبيع العين والثمن المعين[١]. وصرّح الأحناف بأن العلة في تأجيل الدين هي أن يتمكن العاقد من الحصول على العوض أثناءه، وأما العين فلا فائدة في تأجيله لأنه معين حاضر[٢]. وقد مرّ بنا خلاف ابن تيمية وتلميذه ابن القيم، من حيث أجازا إضافة البيع وغيره إلى زمن مستقبل كما أجازا تعليقه بناءً على دفع مقولة أن موجب العقد التسليم في الحال، فتسليم المحل في زمن مستقبل مع إبقاء الأثر الفوري لحكم العقد جائز عندهما من باب أولى، لولا ما يعترض هنا من جهالة الأجل المجمع على أنه غرر في هذه الصورة.

٣ - وإذا كان التصرف قد وقع بمعاوضة على جزء شائع من التركة ففي هذه الصورة غرر فاحش يتعلق بمقدار المحل؛ لأن المتصرف والمتصرف إليه لا يعلمان مقدار التركة بالضبط، وقد أجمع الفقهاء على منع بيع مالا يعرف قدره إلا في صورة بيع الجزاف التي تخرج عن حكم هذه الصورة، كما يوجد الغرر من جهة أخرى هي جهة الوجود، لأن الطرفين لا يعلمان كذلك هل تبقى للمورث تركة أم أن الديون سوف تستغرقها، يضاف إلى ذلك وجوه البطلان التي تقدمت في البندين السابقين، وهي تنطبق على البند الذي نحن في صدده.

ب. التبرعات: وإذا تصرف المورث في شيء من تركته على وجه التبرع وبغير طريق الوصية، فإما أن يتصرف في عين معينة، وإما أن يتصرف في نصيب شائع من تركته، ولكلٍ حكمه:

١ - **التصرف في عين معينة:** لا نكاد نعثر في الفقه الإسلامي على صورة لهذا التصرف إلا ما جاء في الرُقبى وهي أن يقول شخص لآخر: هذه الدار لآخرنا موتاً أو أرقبتك إياها أو هي لك حياتك فإذا مت فهي لي أو لفلان، ونحو ذلك[٣].

وقد اختلف الفقه في هذه الصورة على أقوال أهمها ثلاثة:

القول الأول: بطلان الشرط وصحة العقد على أنه هبة بناءً على أن الهبة لا تبطلها الشروط الفاسدة.

ذهب إلى ذلك أبو يوسف[٤] والشافعي في قوله الجديد [٥] ورواية لأحمد هي ظاهر المذهب[٦] وقول أهل الظاهر[٧].

---

[١] بداية المجتهد ١٥٩/٢.

[٢] الهداية ٤٩/٣، شرح فتح القدير ٤١٢/٦

[٣] انظر المغني ٣١٣/٦، الشرح الكبير ٢٦٧/٦ ، المهذب ٦٢٧/١ ومايلي من مراجع .

تابع هوامش الصفحة السابقة

[٤] البدائع ١١٦/٦، ١١٧ ، تبيين الحقائق ٧٥/٦.

القول الثاني: صحة الشرط والعقد، فيملك المتصرف إليه منفعة الشيء المرقب حتى إذا مات رجع إلى المالك إلا إذا شرط أنه له ولعقبه رقبى، وعندئذ لا يعود إليه إلا إذا مات عقب المتصرف إليه احتراماً للشرط.

ذلك قول للشافعي حكاه ابن قدامة[١] عنه[٢]كما هو رواية لأحمد، تنزيلاً للرقبى منزلة العمرى [٣] وهو قول الإمامية [٤].

القول الثالث: بطلان الشرط والعقد؛ لأن المراقبة في نفس التمليك، إذ معناها هذه الدار لآخرنا موتاً،كأنه يقول: أراقب موتك وتراقب موتي فإن مت قبلك فهي لك أو قبلي فهي لي، فكان تعليقاً للملك بالموت وهو خطر يبطل معه العقد لمنعه ثبوت الملك للحال.

قال بذلك مالك [٥] وأبو حنيفة ومحمد [٦]، وهو قول في المذهب الشافعي كذلك [٧] .

لكن ذهب أبو حنيفة ومحمد إلى أن العقد يتحول إلى إعارة لأن المرقب بالكسر دفع الشيء إلى المرقَب بالفتح وأطلق له الانتفاع به وهو معنى العارية[٨].

---

[٥] المهذب ٦٢٧/١ ، تكملة المجموع ٣٦٥/١٦، المغني ٣٠٨/٦ الشرح الكبير ٢٦٧/٤،.إلا أن صاحب المهذب لم يحكِ هذا القول على أنه من جديد مذهب الشافعي، وإنما جعله مقابلاً للقول بالبطلان وسيأتي في القول الثالث، وقد صحح قوله باعتبار العقد هبة.

[٦] المغني ٣١٣/٦، الشرح الكبير ٢٦٨/٤،٢٦٥،٢٦٤.

[٧] المحلى ٩/ ١٦٤ المسألة رقم ١٦٤٨.

هوامش الصفحة الحالية

[١] عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي الدمشقي ، شيخ المذهب الحنبلي كما يسمى ، ولد بجماعيل من أعمال نابلس بفلسطين سنة ٥٤١ هـ ، وحمل إلى دمشق واستوطنها وتوفي بها سنة ٦٢٠ هـ ، من مؤلفاته المغني كتاب مشهور ، المقنع ، العمدة ، الكافي ، كل في الفقه الحنلي ، روضة الناظر في الأصول (الأعلام ٤ / ٦٧ ، شذرات الذهب ٥ / ٨٨ ، مقدمة العدة شرح العمدة كتبها المرحوم الشيخ محب الدين الخطيب ص ٧ – ١٤) .

[٢] المغني ٣٠٧/٦ ، الشرح الكبير ٢٦٦/٤.

[٣] العمرى أن يقول رجل لآخر أعمرتك هذه الدار أو هي لك ولعقبك وفيها أربعة أقوال الأول البطلان وهو للشافعي، الثاني صحة العقد والشرط، وهو لمالك والشيعة الأمامية ولبعض السلف وقول قديم للشافعي حكاه ابن قدامة ورواية لأحمد، الثالث تكون وصية وهو للزهري، الرابع ، يلغو الشرط وتعتبر العمرى هبة نافذة للحال وهو للأحناف وظاهر مذهب أحمد وقول الشافعي الجديد ، وقول أهل الظاهر .المراجع السابقة .

[٤] الخلاف ٥٦٢/٣ ،٩ شرح حدود ابن عرفة للرصاع ٥٥١/٢ الزرقاني ١٠٤/٧ ، الدسوقي ٠٩/٤ الخرشي ١١٢/٧.

[٥] البدائع ١١٦/٦ ، تبيين الحقائق ٧٥/٦ .

[٦] محمد بن الحسن الشيباني، صاحب أبي حنيفة، الإمام الفقيه المحدث، وصاحب كتب ظاهر الرواية وغيرها ،ولد بالعراق في مدينة واسط سنة ١٣١ هـ وقيل بل سنة ١٣٢ وقيل بل سنة ١٣٥ ، جالس أبا حنيفة وروى الحديث وتلقى عن مالك الموطأ ، وتوفي سنة ١٨٩ هـ بالري ، من كتبه المبسوط، الأصل، الجامع الكبير، الحجة على عمل أهل المدينة (تذكرة الحفاظ ١ / ٢١٤ و٢١٥ رقم ٢٧٣ ، وفيات الأعيان ٢ / ٣٢١ رقم ٥٦٧ ، الأعلام ٦ / ٨٠ ، معجم المؤلفين ٩ / ٢٠٧) .

[٧] المهذب ٦٢٧/١ حيث يقول : الرقبى كالمسألة الثالثة من العمرى . فتكون على قولين وقد حكى المسألة الثالثة بقوله : الثالثة : أن يقول أعمرتك حياتك فإن مت عادت إليّ إن كنت حياً وإلى ورثتي إن كنت ميتاً فهي كالمسألة الثانية فتكون على قولين أحدهما تبطل ، والثاني تصح، لأنه شرط أن تعود إليه بعدما زال ملكه أو إلى وارثه وشرطه بعد زوال الملك لا يؤثر في حق المعمر فيصير وجوده كعدمه .

بقية هوامش الصفحة السابقة

وإذن فيتخرج لنا قولان : بطلان العقد، أو صحته على أنه هبة أو عمرى أو عارية، وبطلان العقد أولى؛ لأن إرادة مُصدر التصرف ما انبعثت له إلا على ضوء الشرط، فحيث بطل فلا نجبر صاحبها على تصرف لم تتعلق به إرادته ولا توفر عليه رضاؤه، كالشأن إذا جمعت الصفقة الواحدة حلالاً وحراماً عند أكثر الفقه[١].

وما قررنا هو مذهب القضاء في مصر أيضاً[٢].

٢ – هبة نصيب شائع من التركة

إذا وهب الشخص جزءاً شائعاً من تركته في حال صحته إلى شخص آخر، فلا شك في أن الفقه الإسلامي يبطل هذه الهبة لأسباب عديدة، منها جهالة قدر التركة، وجهالة أجل الوفاة، بل وجهالة وجود التركة نفسها، وعلى قول مالك الذي يجيز الغرر في عقود التبرعات فلا تصح أيضاً؛ لأن أصول مذهبه تقضي بأن القبض شرط لتمام الهبة وأن الهبة تبطل بالموت أو بالفلس قبل الحيازة، وقد مات الواهب بالفرض قبل أن يتمكن الموهوب له من قبض المال الموهوب، لهذا وجب أن يصار إلى بطلان هذا التصرف في مذهب مالك[٣].

---

[٨] بدائع الصنائع ٦/ ١١٧ وقد وجه خلاف أبي حنيفة ومحمد القائلين بالبطلان مع قول أبي يوسف بالصحة بأنه خلاف لفظي، لأنه إن عنى بالعقد هبة الرقبة جاز بلا خلاف، وإن عنى مراقبة الموت لم يجز بلا خلاف، كما لو قال لرجلين داري لأطولكما حياة .

هوامش الصفحة الحالية

[١] يرى الجمهور أن الصفقة إذا جمعت حلالاً وحراماً تبطل لقاعدة الحرام يغلب الحلال وقيد الشافعية والحنابلة هذا بما لا ينقسم الثمن عليهما بالأجزاء ورجح صاحب المغني الصحة فيما يجوز فقط أي ذهب مذهب تجزئة العقد المعروف في القانون المقارن راجع المغني ٤/٢٩١،-٢٩٣، المهذب ١/٣٧٤، ٣٧٥، القوانين الفقهية ص ٢٢٣ ، على أن في مذهب مالك تسعة أقوال ذكرها الونشريسي في قواعده ص ١١١، ١١٢ قاعدة ٥٩ وأوردها الرهوني في حاشيته ٥/٥٤، ٥٥ .

[٢] عرضت على محكمة النقض المصرية قضية زوجين باع كل منهما في نفس اليوم للآخر أمواله بثمن صوري واشترط ألا يمتلك أيهما أموال الآخر إلا بعد موته وقد ذهبت محكمة الموضوع إلى اعتبار التصرف وصية فأبطلته محكمة النقض لأن تصرف الزوجين هو تبادل منفعة معلق على الخطر والغرر ولاغرض منه سوى حرمان ورثة كل منهما من حقوقهم الشرعية في الميراث، أما التبرع المحض الذي هو قوام الوصية وعمادها فلا وجود له فيه، ومن ثم ترى المحكمة أنه من قبيل الرقبى المحرمة شرعاً .

(١٤ يونيو ١٩٣٤ مجموعة الأحكام ج١ ص ٤٤٩ نقلاً عن نظرية العقد للدكتور عبد الفتاح عبد الباقي ص ٤١٧، ٤١٨)

[٣] المقرر في مذهب مالك رضي الله عنه أن عقود التبرعات كلها وسماها بعضهم عقود المرافق مثل الهبة والعارية والصدقة والعمرى ونحوها تبطل بالفلس قبل الحوز وهو الدين المحيط بمال الواهب كما تبطل بموت الواهب ونحوه . انظر حاشية الرهوني ٧/١٩٠ ، تحرير الكلام ١/٢١٨ ، البيان والتحصيل، كتاب العارية، سماع أشهب من كتاب فيه الوصايا والحج جـ ١٥ ص ٣٢٣، ٣٢٤، حاشية الدسوقي ٤/١٠٢ والشرح الكبير بهامشه ، شرح الزرقاني على خليل ٧/٩٦، ٩٧ .

المطلب الثاني
تصرفات الوارث المحتمل في تركة المورث

٨٨ – تحرير محل الخلاف

لا خلاف في الفقه الإسلامي على أنه لا يجوز لأحد الورثة المحتملين بيع نصيبه في تركة مورثه المحتمل بناءً على أن عقود المعاوضات تبطل بالغرر الفاحش، وجه الغرر أن البائع قد يتوفى قبل وفاة مورثه وقد لا يترك له المورث شيئاً، أو قد تنتفي صفة البائع الميراثية عند الوفاة بظهور وارث يحجبه لم يكن موجوداً عند إبرام التصرف[١].

إلا أن القول يدق فيما إذا كان تصرف الوارث المحتمل تبرعاً سواءً كان عقداً كما في هبة الوارث نصيبه من أحد الورثة أو لأجنبي، أو كان تصرفاً انفرادياً كما لو أسقط نصيبه من تركة مورثه، لاسيما مع تسامح المذهب المالكي في باب التبرعات على الخصوص، وهو ما يستدعى بعض التفصيل.

٨٩ – في المذهب المالكي

إن المشهور من المذهب المالكي على أن هبة الوارث بعضاً مما سيخرج له من التركة في غير مرض مورثه أو إبراءه وتنازله عن نصيبه الميراثي، كل ذلك لا لزوم له، أي لا أثر، بحيث يجوز له بعد وفاة المورث أن يطالب بنصيبه من التركة ولا يحتج أمامه بتنازله السابق؛ وذلك لأن الوارث تنازل عمّا لم يتقرر ملكه عليه[٢].

ويقابل المشهور رأي يذهب إلى لزوم هذا التنازل في جميع الأحوال؛ أخذاً بالقاعدة العامة في المذهب والتي تقضي بجواز هبة ما فيه غرر، فقد نصت المدونة على أنه " إن وهب نصيبه ومورثه من فلان وهو لا يدري كم ربع أو سدس أو وهبه نصيبه في دار أو جدار ولا يدري كم ذلك، فذلك جائز، والغرر في الهبة لغير الثواب يجوز لا في البيع " [٣].

وظاهره سواءً كانت الهبة في الصحة أو في المرض أو بعد الموت، بل وقع في رواية الموازية للموطأ التصريح بذلك، ففي كتاب الصدقات من كتاب محمد[٤]، فيمن قال: ما أرث من فلان صدقة عليك وفلان صحيح، قال: يلزم ذلك إذا كان في غير يمين[٥].

---

[١] علي الخفيف ، أحكام المعاملات الشرعية ص ٢٥٢، ٢٥٣.

[٢] تحرير الكلام في مسائل الالتزام للحطاب ، منشور في فتاوى عليش ج١ ص ٣١١.

[٣] المرجع السابق ص ٣١٣ وتراجع المدونة ج ١٠ص ٣١٣ ، ٣٢٧.

[٤] هو محمد بن إبراهيم بن زياد الإسكندري الشهير بابن المواز ، من أئمة المذهب المالكي، كان عالماً راسخاً في الفقه والفتيا، ولد بالإسكندرية فيما يظهر من نسبته سنة ١٨٠ هـ، وتوفي بدمشق سنة ٢٦٩ هـ على الأشهر، وقيل ٢٨١ هـ، تفقه بابن الماجشون وابن عبد الحكم واعتمد على أصبغ ، له كتابه المشهور الكبير المسمى كتاب محمد، قال القاضي عياض : وهو أجل كتاب ألفه المالكيون وأصحه مسائل، رجحه القابسي (أبو الحسن علي بن

والمشهور أن هذا النص ينطبق على غير الحالة التي تقع الهبة فيها في صحة الموروث كما ذكر الوَانُوغِي[١]، إذ لا خلاف في المذهب على أن تنازل الوارث عن نصيبه في مرض مورثه الذي يموت فيه ملزم لصاحبه، وقد صرّح بذلك الإمام مالك في الموطأ، [٢] وقرر ابن رشد الجد أنه لا يعلم نص خلاف في أن هبة الوارث لنصيبه في مرض الموروث جائزة [٣]. وإن كان ذلك مقيداً بما إذا لم يدع عدم العلم بقدر المال الذي يقع في نصيبه، فهنا أجازوا له أن يطالب بنصيبه على شرط أن تقع قرينة تدل على صدق قوله، وعلى أن يحلف أيضا على عدم العلم بذلك، كما أن هذا اللزوم مقيّد أيضاً بما إذا لم يكن هناك ضغط أدبي على من صدر من التنازل كأن يكون في نفقته وعياله ويخاف أن يقطع عنه معروفه[٤].

وفي المذهب خلاف فيما إذا أجاز الوارث الوصية الزائدة عن الثلث أو لوارث لا في مرض المورث وإنما في سفر أو غزو مثلاً، فمذهب ابن القاسم أن الإجازة تلزمه في هذه الحالة، ولعلّه شبه ذلك بمرض الموت من حيث غلبة الخوف على حياة الموروث في الحالتين، وذهب ابن وهب ومحمد وأصبغ إلى أنها لا تلزمه، واقتصر خليل في مختصره على القول بعدم اللزوم[٥].

ولا ريب في أن هذا الخلاف ينسحب على هبة الوارث نصيبه لفلان؛ لأنه لا فرق بينهما في المعنى[٦].

فإذا ابتعدنا عن مسألة الغزو والسفر، واقتصرنا على مسألة الهبة في مرض الموت أو في حال الصحة، وجدنا أن الهبة في الحالة الأولى تلزم على الأرجح في المذهب؛ لانعقاد سبب الملك للوارث وهو مرض الموت، ووجدناها في حال الصحة غير لازمة على الراجح لما تضمنته من إسقاط حق قبل ثبوته.

محمد بن خلف المعافري المتوفى بالقيروان سنة ٤٠٣ هـ) على سائر الأمهات (الديباج المذهب ص ٣٣١ – ٣٣٢ رقم ٤٤٢ ، ترتيب المدارك ١ / ٤٠٥ – ٤٠٧ ، شجرة النور الزكية ١ / ٦٨ ، الأعلام ٥ / ٢٩٤ ، سير أعلام النبلاء ٩ / ٢ ، شذرات الذهب ٢ / ١٧٧ معجم المؤلفين ٨ / ٢٠٠) .

بقية هوامش الصفحة السابقة

[٥] تحرير الكلام ص ٣٠٨ .

هوامش الصفحة الحالية

[١] محمد بن أحمد بن عثمان الوانوغي التونسي ، المالكي ، أبو عبد الله ، ولد بتوزر في تونس سنة ٧٥٥ هـ وذكر الزركلي وكحالة أنه ولد ظناً سنة ٧٥٩ هـ ، وتوفي مجاوراً بمكة سنة ٨١٩ هـ، تفقه على ابن عرفة، و عنه أخذ ابن ناجي، له طرر على المدونة، وكتاب على قواعد ابن عبد السلام، وكتاب عشرون سؤالاً (شجرة النور الزكية ١ / ، ٢٤٣ ، الأعلام ٥ / ٣٣١ ، شذرات الذهب ٧ / ١٣٨ ، الضوء اللامع ٧ / ٣ ، معجم المؤلفين ٨ / ٢٨٩) .

[٢] الموطأ ص ٤٧١ باب الوصية للوارث والحيازة .

[٣] البيان والتحصيل ٣٦٨/١٣ كتاب الصدقات والهبات الأول و١٠/ ٦٩ كتاب الشهادات الثاني .

[٤] تحرير الكلام ص ٣٠٩، ٣١٠، مختصر خليل ص ٣٠٣ حيث يقول : " ولزم إجازة الوارث بمرض لم يصح بعده إلا لتبين عذر بكونه في نفقته أو دينه أو سلطانه إلا أن يحلف من يجهل مثله أنه جهل أن له الرد " .

[٥] مختصر خليل ص ٣٠٣ قال بعد قوله السابق (لا بصحة ولو بكسفر) وانظر أيضاً شروحه وحواشيه تعليقاً على هذه الجملة ، كشرح الزرقاني ١٨٠/٨، والرهوني ٢٧٠/٨ وقد أورد المسألة الحطاب في التزاماته ص ٣٠٨.

[٦] قارن بالمرجع السابق ص ٣١٠ ، ٣١٢ ، ٣١٤، ٣١٥.

إلا أننا نرى ألا خلاف في هذا المذهب على جواز تعليق الهبة على الملك، فلو قال شخص: إن ملكت الشيء الفلاني فهو صدقة على فلان، فهي هبة لازمة إن كانت في غير يمين، وعليه فإن الخلاف المتقدم محله الهبة الواقعة بطريق الجزم من الآن، أي الهبة المنجزة فقط[١].

فنستخلص مما ذكرنا لاسيما آنفاً أن المذهب المالكي يجيز ما يشبه التعامل في تركة مستقبلة إن كان بطريق التبرع، وأنه يبطله إن وقع على سبيل المعاوضة، ويتبدّى ذلك أكثر ما يتبدى في صورة التعليق التي سلف بيانها؛ إذ هو عين الحق الاحتمالي المعروف في الفقه الغربي،كما يتبدى ذلك أيضاً في الرأي المرجوح الذي يقضي بلزوم الهبة في غير مرض الموت؛ لأنه لا يوجد هنا حق ولا سبب يستند إليه كمرض الموت وما يلحق به.

على أنه يمكن تأصيل ما تقدم لإخراجه من حيز التعامل في تركة مستقبلة على النحو التالي:

فبالنسبة للرأي القاضي بجواز هبة الوارث في مرض موت مورثه لنا أن نقول إن الوارث قد تصرف في حق له انعقد سببه وهو مرض الموت وبقي أوان استحقاقه وهو الموت، وكذا بالنسبة للرأي الذي ينطوي على جواز هبة المال على شرط الملك التي يدخل في بعض صورها التعامل في تركة مستقبلة، فيمكن تخريجه أيضاً على أساس من أن الهبة لا يمكن أن تقع إلا بعد حصول الملك، وهذا لا يحصل بدوره إلا بعد افتتاح التركة، حيث يثبت حق الإرث ويكون من الجائز التصرف فيه بوجوه التصرفات الجائزة، فلا يُعدّ من قبيل التصرف في تركة مستقبلة.

إلا أن الذي لا يمكن تخريجه على غير طريق التعامل في تركة مستقبلة هو القول بلزوم الهبة أو الإجازة في غير مرض الموت ونحوه، فهو تعامل صريح في تركة لم تفتتح لصاحبها بعد، كما لا يوجد علة لإجرائه في غير أوان سببه كمرض الموت على ما تقدم، ومن ثم كان من قبيل التعامل في تركة مستقبلة، على أننا قد رأينا مع ذلك أن هذا القول ضعيف في المذهب، فهو لذلك حري بعدم الاعتداد به؛ إذ لا يمكن على كل حال أن يمثّل المذهب المالكي كله.

٩٠ – في المذاهب الأخرى

وفيما عدا النصوص التي أشرنا إليها نقلاً عن المذهب المالكي، فإن الفقه الإسلامي يمشي على أن الحق المتوقع غير الثابت في الحال هو حق غير مستقر مهما زادت درجة توقعه، ويظهر ذلك على وجه الخصوص في حق الإرث حال حياة المورث، إذ لا يزال ممكناً أن يموت الوارث المحتمل قبل موت المورث، أو أن يموت المورث مثلاً ولا يرثه ذلك الوارث المحتمل، بأن يحجبه وارث لاحق له في الوجود ومقدم عليه في المرتبة، كالأخ مع أخيه الذي لا ولد له ثم يتزوج هذا وينجب ولداً ذكراً.

---

[١] المرجع السابق ص ٣١٤ ، التنبيه الأول .

ولا يمكن أن يتقرر هذا الحق إلا بموت المورث، فإذا مات استقر وثبت وجاز التعامل عليه بجميع ضروب التعامل بما فيها البيع، لأنه بهذه الكيفية قد أصبح ملكاً خالصاً للوارث، وللوارث أن يتعامل فيه بكافة وجوه التصرفات الجائزة[١] .

هنا يظهر معيار الحق الاحتمالي واضحاً جلياً في الفقه الإسلامي؛ ذلك أن هذا الفقه يضرب المثل على عدم استقرار الحق الجائز التعامل عليه بحق الوارث المحتمل في الإرث حال حياة المورث.

٩١ – الخلاصة

وتلخيصاً للفرع الذي بين أيدينا مقارنةً بما قبله نستطيع أن نقرر أنه لكي يكون التعامل في تركة مستقبلة كذلك يلزم أن يتوفر على الصفات الآتية:

أ. أن يتناول جزءاً شائعاً من التركة أو مالاً معيناً على أنه أحد عناصر هذه التركة.

ب. ألا يكون ثمة حق ثابت في الحال للمتصرف إليه، وألا ينتقل هذا الحق إليه بشكل مؤكد إلا بعد وفاة المورث، وقد رأينا مصداق ذلك في صورة بيع جزء من التركة، وبيع مال معين أو هبته على أن تتراخى ملكيته إلى وفاة المورث.

ج. على أن هذا الحق محتمل واحتماله يظهر في فروض عدة، فهو محتمل من حيث ثبوته أو عدم ثبوته للمتصرف إليه؛ لأن هذا المال قد يفوت قبل الوفاة ببيع أو هلاك مثلاً، وقد يتوفى المتصرف إليه قبل المورث، وهو محتمل من حيث وجوده، لأنه لا ضمان لكون ذلك المال أو هذه التركة موجودين بعد الوفاة، وأخيراً هو محتمل من حيث مقداره؛ لأنه لا يُعلم على التحديد قدر ما ينوب المتصرف إليه من التركة، وهو ما يظهر بصفة خاصة في التصرف الوارد على نصيب شائع من هذه التركة.

ويختلف الفقه الإسلامي مع هذا في صحة هذه التصرفات:

ففي التصرفات التي يجريها المورث يفرق هذا الفقه بين التصرف الذي يتم بطريق المعاوضة فلا يجيزه قولاً واحداً اعتماداً على بطلان بيوع الغرر وتقاس جميع المعاوضات على البيع في ذلك، وبين التصرف الذي يتم تبرعاً . فإذا كان محل التبرع مالاً بعينه كالرقبى فإن أكثر الفقه الإسلامي على إلغاء الشرط الفاسد وحمل التصرف على محمل الهبة التي ترتب حقاً مؤكداً وثابتاً في الحال، ويرى فريق آخر بطلان هذا التصرف لعدم جواز تعليق الملك بالخطر مع اعتباره عارية على قول أو باطلاً مطلقاً على قول آخر، وهناك رأي ثالث يعتبر هذا التصرف صحيح الأثر نافذ الشرط.

---

[١] قارن بحث الدكتور محمد تقي العثماني، بيع الحقوق المجردة وهو منشور في كتابه بحوث في قضايا فقهية معاصرة ص ٨٣– ٨٤ وقد أسمى حق الإرث من الحقوق الشرعية التي تثبت لصاحبها أصالة لا لدفع الضرر، وحكمه عنده عدم جواز بيعه وجواز الصلح عنه والتنازل بمال شرط أن يكون ثابتاً ، أي بعد وفاة المورث، ولكنه لا يتمسك بهذا الأصل الذي يمنع بيع هذا الحق مطلقاً فنراه يصرح بجواز هذا البيع بعد الوفاة .

أما إذا كان محل التبرع جزءاً شائعاً، فقد رأينا أن من أجاز الهبة والصدقة ونحو ذلك من وجوه التبرعات ولو انطوت على غرر، فإن من تمام مذهبه بطلانها إذا جرى الموت أو التفليس قبل الحيازة، وبذلك لا تتخرج هذه الصورة على مذهب معتبر من مذاهب الفقه الإسلامي.

أما ما كان من قبيل الوصية وما في حكمها مما أشرنا إليه فلا يدخل في الحظر؛ إما لأن الوصية مستثناة من ذلك شرعاً وتدخل فيها تبرعات المريض بمرض الموت كرأي الجمهور، وإما لأن المعاوضات التي يعقدها المورث وكذا الإقرارات الصادرة لغير وارث أو إلى شخص غير متهم بمحاباته المورث أو غير ذلك مما اختلف فيه كله ناجز ذو أثر فوري، وبالتالي هو غير داخل في مسمى التعامل في تركة مستقبلة .

وفي التصرفات التي يجريها الوارث المحتمل على تركة مورثه المحتمل لوارث غيره أو لأجنبي، نلحظ أنه باستثناء الفقه المالكي الذي رأينا كيف أنه انتهى إلى ما يشبه القول بجواز التعامل بطريق التبرع في تركة مستقبلة بنصه على جواز تعليق الهبة على شرط الملك لا من الآن مع إجازته أيضاً لتبرع الوارث ببعض نصيبه من تركة مورثه في مرض هذا الأخير أو ما يلحق به من سفر أو غزو تبعاً لبعض الأقوال، فباستثناء هذا المذهب فإن سائر الفقه الإسلامي يذهب إلى بطلان جميع التصرفات التي يجريها أي شخص على حق غير ثابت له في الحال ولا مستقر، بما في ذلك حق الإرث بالنسبة للوارث المحتمل حال حياة مورثه.

وبهذا يظهر لنا معيار الحق الاحتمالي أجلى وأتم ما يكون بالنسبة إلى تعامل الوارث المحتمل في تركة مورثه، وإن كان يمكن تخريج وجود هذا الحق الاحتمالي بالنسبة إلى تصرفات المورث نفسه التي يجريها على تركته لوارث أو لغيره؛ إذ وجه الاحتمال هنا يعود إلى جهالة من يتوفى أولاً وجهالة الوجود والمقدار كذلك، وقد سبق أن أشرنا إلى هذا.

الفرع الثاني
أساس الحظر

٩٢ – اعتبارات النظام العام هي أساس الحظر

ما هو أساس الحظر في الصور التي أتينا عليها بالنسبة إلى الفقه الإسلامي ؟

يمكننا أن نردّه في بعض هذه الصور إلى الغرر المتمثل في جهالة الوجود والمقدار والأجل، أو الجهالة في بعض هذه الأشياء دون البعض الآخر، إلا أن الغرر وإن كان يصلح أساساً لعقود المعاوضات فإنه لا يصلح أساساً لبطلان غيرها من التصرفات؛ إذ الفقه الإسلامي ليس على كلمة واحدة في بطلان التبرعات لذلك السبب وفقاً لما نتطرق إليه في حينه.

علينا إذن أن نكتشف أساساً صالحاً في الفقه الإسلامي نردّ إليه جميع الصور التي تتخذ من تركة لم يتم افتتاحها بعد أو عنصر من عناصرها محلاً لتصرف ما، هنا يخطر في الذهن معيار الحق الاحتمالي، ولكننا نرى أن هذا المعيار إنما يصلح ضابطاً على هديه نتعرف إلى التعامل المحظور في التركة المستقبلة وتمييزه عن التصرف المعتاد في مال الغير، وكذا عن التصرف الذي يتخذ وضعية الوصية في مرض الموت، ويشبه معيار الحق الاحتمالي ما اصطلح على تسميته في الفقه الإسلامي بالتصرف في حق قبل ثبوته، فكلا هذين الأمرين يصلح لمعرفة طبيعة التصرف كما سبق القول في ذلك، إلا أنه في رأينا لا يكفي أساساً للقول بالتحريم، ولا سيما أن الذين قالوا بعدم لزوم التصرف في حق قبل ثبوته لم ينصوا على البطلان بنحو صريح، وإنما يمكن استنتاجه من أقوالهم فقط.

إننا نرى أن اعتبارات النظام العام هي العلة الجامعة التي تصب فيها جميع صور التعامل في تركة مستقبلة على غير طريقة الوصية، حتى في نطاق الشريعة الإسلامية، بل نحسب هذه الشريعة الغراء أعلى صوتاً وأكثر تأكيداً على ذلك من سائر الأنظمة القانونية؛ لأن الله تعالى يقول بعد ذكر آية المواريث : (تلك حدود الله، ومن يطع الله ورسوله يدخله جنات تجري من تحتها الأنهار خالدين فيها وذلك الفوز العظيم ومن يعص الله ورسوله ويتعدّ حدوده يدخله ناراً خالداً فيها وله عذاب مهين) النساء : ١٣،١٤.

يقول الإمام القرطبي[١] شرحاً لهاتين الآيتين الكريمتين : " أي هذه أحكام الله قد بيّنها لكم لتعرفوها وتعملوا بها، ومن يطع الله ورسوله في قسمة المواريث فيقّر بها ويعمل بها يدخله جنات تجري من تحتها الأنهار، ومن يعص الله ورسوله في قسمة المواريث فلم يقسمها ولم يعمل بها ويتعّد حدوده أي يخالف أمره يدخله ناراً خالداً فيها"[٢].

على هذا فإن حقيقة التصرف الذي يرد على تركة مستقبلة وعلى غير طريقة الوصية أنه التفاف وتحيّل على أحكام الميراث؛ وذلك لأنه ينصب على أموال أو على حقوق كانت أحكام الميراث وحدها كفيلة بترتيبها دونما حاجة إلى ذلك التصرف، وفائدة التصرف لو صح هي تعديل هذه الأحكام سلباً أو إيجاباً، ومحواً أو إثباتاً، ولما كانت هذه الأحكام مقطوعاً بجملتها في الشريعة الإسلامية لا يجوز الاتفاق على ما يخالفها ولا إصدار تصرف ما يجاوزها ويتنكب عنها، لزم من ذلك بطلانها جميعاً، إلا أن شرط بطلانها أن تكون منطوية على منح حق احتمالي، بألا تنتقل هذه الأموال ولا يترتب عليها أيما حق من

---

[١] محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري الأندلسي القرطبي المالكي المفسر الكبير ، ولد بقرطبة وتوفي بمصر سنة ٦٧١ هـ ، من أنفس كتبه الجامع لأحكام القرآن (الديباج المذهب ص ٤٠٦ – ٤٠٧ ، رقم ٥٤٨ ، الأعلام ٥ / ٣٢٢ ، شذرات الذهب ٥ / ٣٣٥ ، معجم المؤلفين ٨ / ٢٣٩) .

[٢] أحكام القرآن للقرطبي ٥/٨١، ٨٢.

خلال ذلك التصرف إلا بعد وفاة المورث والتي لا يعلم على التحديد متى تقع ولا ما إذا كانت ستسبق وفاة المتصرف إليه أم تتأخر عنها.

والحق في الإرث هو حق جبري يجب ثبوته أولاً للوارث حتى يمكن لهذا الأخير أن يتصرف فيه بما يشاء من أوجه التصرفات السائغة شرعاً، وهو لا يكون ثابتاً إلا إذا مات المورث أولاً وكان الوارث محتفظاً بصفته الميراثية هذه بعد الوفاة، فالتصرف من قبل الوارث المحتمل أو من قبل المورث في هذا الحق بإسقاطه أو التنازل عنه أو بيعه أو هبته أو قسمته الخ هو اعتداء على هذا الحق، وسعي إلى التحايل عليه والالتفاف حوله كما قدمنا، ومن ثم كان أي من هذه التصرفات باطلاً بطلاناً مطلقاً[١].

إذا ثبت هذا فإن الخلاف الذي دار حول صحة بعض التصرفات التي ترد على تركة مستقبلة ليس من شأنه أن يخل بالمبدأ المستقر عليه في فقه الشريعة من عدم جواز المساس بقواعد الإرث، غاية ما هنالك أن ثمة من ألغى ذلك القيد باعتباره شرطاً فاسداً واعتبر التصرف هبة يترتب عليها نقل الملك في الحال، أو ذهب في بعض التصرفات إلى اعتبارها نوعاً من أنواع الوصية التي هي جائزة شرعاً.

وقد سبق أن أصّلنا رأي المالكية في المعتمد لديهم من إجازة هبة الوارث لنصيبه من تركة مورثه في مرض موته وكذا ما في حكمه من غزو أو سفر مثلاً، وقلنا إن ذلك من قبيل ترتب الحكم بمجرد انعقاد السبب تنزيلاً له منزلة المسبب وهو الموت، كما أنه بالنسبة للهبة المعلقة على شرط الملك وبطريق الجزم من الآن يمكن تخريجها على أنها هبة مرجأة إلى حين افتتاح التركة؛ إذ هي لا يمكن أن تقع إلا بعد حصول الملك، ولا ترتب قبل ذلك حقاً محتملاً تمكن حمايته، فلا تُعدّ من قبيل التعامل في تركة مستقبلة، وقنا إن ما يُعدّ كذلك على نحو لا خفاء به هو القول الضعيف في المذهب الذي يجيز الهبة من الوارث في غير مرض مورثه أو ما في حكمه، ونحيل لما ذكرنا هناك [٢].

---

[١] قارب صبحي محمد محمصاني ، النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية ٣٣٠/٢ حيث يقول : "أما الشريعة الإسلامية فقد قامت بمنع التعاقد على التركات المستقبلة أو التنازل عن الإرث غير المستحق وتعليل ذلك أن الإرث حق جبري لا يجوز التنازل عنه وأن ما ثبت شرعاً من حق لازم لا يسقط بالإسقاط وأن الإرث لا يستحق إلا بموت المورث" الخ، وقد رأينا ما في هذا الإطلاق وقارن أيضاً ، مصطفى الزرقاء ، المدخل ٣٤١/١، ٣٤٢٠ ، حيث يقول: " الإرث ثابت بحكم الشريعة دون حاجة إلى سابق اتفاق أو وصية .. لأنه معدود من النظام العام ، وهذا معنى قولهم إن الإرث جبري " الخ .

[٢] آخر الفقرة ٨٩.

المبحث الثالث

التعامل في تركة مستقبلة في قانون المعاملات المدنية الإماراتي

نعالج في هذا المبحث الوضع في قانون المعاملات المدنية من حيث المصدر التاريخي الذي يتعين الرجوع إليه لتطبيق مفهوم التعامل في تركة مستقبلة، ومن حيث نطاق الحظر، والاستثناءات الواردة عليه.

الفرع الأول
المصدر التاريخي

٩٣ – نقاط التشابه بين الفقهين

إننا لا نعدم نقاط تشابه بين الفقه الوضعي والفقه الإسلامي تظهر فيما يلي:

أ. ظهر لنا أن خير معيار لمعرفة طبيعة هذا التصرف وتمييزه عما سواه من الالتزامات المؤجلة والوصايا وما في حكمها، هو معيار الحق الاحتمالي، فالمتصرف طبقاً لهذا المعيار يمنح حقاً غير مؤكد ولا مستقر للمتصرف إليه، وهو يكون كذلك في صور عدة وفروض مختلفة، ولا يلزم أن ينشأ الاحتمال من جهة واحدة فقط، كما ينادي بعض الفقه الغربي، فالصواب في المسألة أن العبرة هي بكون الحق المراد ترتيبه أو نقله إلى المتصرف إليه حقاً غير مؤكد بمعزل عن المنشأ الذي ينفذ منه هذا الاحتمال، فيجوز أن يكون مرد الاحتمال إلى جهالة سبق وفاة المورث على وفاة الوارث مثلاً، كما يجوز أن يرد إلى جهالة وجود التركة نفسها عند الوفاة أو جهالة مقدارها الخ، فكل ذلك أو بعضه يكفي لإسباغ صفة الاحتمال على الحق المراد نقله والتصرف فيه، ومقتضى الاحتمال ألا يكون للمتصرف إليه اقتضاء هذا الحق قبل تأكده، فلا يحل بسبب من الأسباب التي تحل بها الديون، ولا يستطيع المتصرف إليه أن يتتبعه أو يتخذ عليه أي إجراء من الإجراءات التحفظية أو الوقائية، هو لا يستطيع شيئاً من ذلك؛ لأن الاحتمال عنصر جوهري في هذا الحق ، فيصير الأمر أشبه بالمقامرة التي تعتمد على المصادفة فقط، بينما حقيقة الأمر أن ثمة حقاً آخر مؤكداً على ذلك المال، وأن الحق الممنوح للمتصرف إليه إنما يتأكد بعد زوال ذلك الحق المؤكد اللصيق بالمال، وهو حق ينتقل للورثة بعد وفاة مورثهم.

ب. ويمكن لنا أن نعتبر الغرر المعروف في فقه الشريعة، مرادفاً للاحتمال الذي نقصده ونرمي إليه، وإن كان ينبغي القول إن الغرر هنا غرر فاحش ، بل إنه أشد أنواع الغرر.

وإنه إذا كان لابدّ من استصحاب أساس الحظر وحكمته فلا بدّ في رأينا من أن نحصر هذا الأساس في علة واحدة نضعها نصب أعيننا، وهي علة نرى أنها منطقية ومبررة: تلك هي المساس بأحكام الميراث التي هي من صميم قواعد النظام العام، لقد رأينا مصداق هذا القول بالنسبة إلى الفقه الغربي، كما رأينا مصداقه أيضاً بالنسبة إلى الفقه الإسلامي، ونحسب صوت الفقه الإسلامي في هذا –وكما سبق أن بيّنا – أعلى من صوت الفقه الغربي، وقد جرى قانون المعاملات المدنية الإماراتي هذا المجرى بنصه في المادة (١٣) منه على أنه (يعتبر من النظام الأحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية كالزواج والميراث والنسب الخ) كما ذهب قانون الأحوال الشخصية لدولة الإمارات العربية المتحدة هذا المذهب أيضاً، وعلى نحو أصرح وأقوى من قانون المعاملات المدنية، فقد نصت المادة (٣١٦) من هذا القانون على أنه " يعتبر باطلاً كل تحايل على أحكام الميراث بالبيع أو الهبة أو الوصية أو غير ذلك من التصرفات ".

والنتيجة الطبيعية للقولين المتقدمين هي أن المصدر التاريخي للمادة (٢/٢٠٢) من قانون المعاملات المدنية، والتي حظرت التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة ولو كان ذلك برضاه هو الشريعة الإسلامية في مذاهبها الواسعة المتعددة، بالرغم من صياغته على مثال المادة ٢/١٣١ من القانون المدني المصري تبعاً للمادة ١١٣٠ فقرة ثانية من القانون المدني الفرنسي[١].

على أن هذا لا يعني تجاهل الفقه الوضعي من حيث ضرورة الاسترشاد بما قرره على صعيد معرفة التصرفات الواقعة في نطاق الحظر، فقد لاحظنا أن ثمة قدراً مشتركاً يمكن الركون إليه بين الفقه الإسلامي وفقه القانون بغض النظر عن عديد الآراء الموزعة بين هذا وذاك، فمن ثم يحق لنا أن نقول هنا إن الفقه الوضعي يعتبر مصدراً تاريخياً ثانياً لحظر التعامل في التركات المستقبلة الوارد في قانون المعاملات المدنية الإماراتي.

---

[١] انظر نظرية العقد للسنهوري فقرة ٤٥٦ص ٤٧٤ وهامشها، وقد ذكر أن المشرع الفرنسي طبق هذا التحريم في حالتين خاصتين إحداهما حالة التنازل عن تركة مستقبلة ولو في العقد الذي ينظم الحالة المالية للزوجين (م ٧٩١) والثانية حالة بيع تركة مستقبلة (م ١٦٠٠) وجدير بالذكر أن القانون المصري القديم اقتصر على حالة البيع فقط (م ٢٦٣/ ٣٣٢) واعتبر الشراح هذا النص الخاص بالبيع تطبيقاً لقاعدة عامة وإن كانت المسألة محل نظر؛ لأنه يمكن القول إن نص التحريم استثنائي فلا يقاس عليه . علماً بأن القوانين الحديثة ليست مجمعة على تحريم التعامل في التركات المستقبلة ، فقد استثنى القانون الألماني من التحريم اتفاق الورثة على تحديد أنصبتهم بكتابة رسمية وأجاز للمورث أن يتعامل في تركته مع الغير (م ٢٢٧٤) و ٢٣٤١) وأجاز القانون السويسري (م ٦٣٦) التعامل في تركة إنسان برضاه وأباح للمورث نفسه ذلك م ١٥٤، و٤٩٤ و ٥١٣ و٥١٥ انظر المصدر السابق هامش صفحتي ٤٧٤ و ٤٧٥ .

الفرع الثاني
نطاق الحظر

٩٤ – شمول الحظر لكافة التصرفات

تقضي الفقرة الثانية من المادة (٢٠٢) من قانون المعاملات المدنية بأنه " لا يجوز التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة ولو كان ذلك برضاه إلا في الأحوال التي ينص عليها القانون ".

ويؤخذ من هذا النص أن أي تعامل في تركة إنسان على قيد الحياة باطل ولو كان ذلك برضاه، ذلك أن (أي) هنا هي للعموم والاستغراق [١] . فكل تعامل أياً كان مصدره ما دام بهذه الصفة ولم ينص القانون على إباحته يندرج في هذا العموم ويقع تحت طائلة الحظر المستمد من النص المتقدم.

فعلى هذا يشمل التعامل المحظور التصرفات التي يجريها المورث في تركته، كأن يتفق مع أحد ورثته المحتملين على أن يكون نصيبه من التركة أكبر أو أقل من نصيبه القانوني أو أن يكون لهذا الوارث الحق في أن يختص بمال من أموال التركة أو أن يتحمل الوارث وحده ديون التركة، ومثل ذلك أن يتفق شخص مع شخص من غير الورثة المحتملين على أن يكون له نصيب في تركته تبرعاً أو معاوضةً.

كما يشمل التعامل المحظور التصرفات التي يبرمها الورثة المحتملون فيما بينهم، كأن يتفقوا على اقتسام تركة مورثهم في حياته، أو على ألا يعتدوا بأي وصية منه لأحدهم أو على ألا يطعنوا في أية وصية تصدر من المورث أو أن يتنازل أو يبيع وارث محتمل نصيبه من التركة إما لوارث آخر أو لأجنبي عن هذه التركة [٢].

ويشمل التعامل المحظور كذلك المعاوضات كالبيع والقسمة والإيجار والصلح والشركة وهبة الثواب، والتبرعات كالهبة بلا مقابل، والصدقة وما يسمى العمرى والرقبى في الفقه لعموم النص، ويشمل الحظر كذلك أعمال التصرف وأعمال الإدارة، فقد قضي في فرنسا ببطلان الوعد الصادر من الوارث الاحتمالي بتأجير العقار الذي سيؤول إليه من تركته[٣].

---

[١] هذا الأمر متفق عليه في أصول الفقه الإسلامي والأخذ بها واجب في فهم نصوص القانون وتفسيرها تبعاً للمادة الثانية من (ق م م أ) ، إذ تنص على أنه يرجع في فهم النص وتفسيره وتأويله إلى قواعد وأصول الفقه الإسلامي .

[٢] انظر نظرية العقد للدكتور السنهوري ص ٤٧٦ ، ٤٧٧ ، وإسماعيل غانم ، المرجع السابق ص ٢٤٨ ، ٢٤٩.

[٣] جلال محمد إبراهيم ، المرجع السابق فقرة ٢٢٥ ص ٢٩٨و٢٩٩ وفقرة ٢٢٤ ص ٢٩٨ والمراجع التي أشار إليها وقد نصت المادة ٦٣٢ من قانوننا على أنه لا يجوز الوعد بالهبة ولاهبة المال المستقبل. ولا ريب أن من أظهر تطبيقات هذا النص الوعد بهبة جزء من مفردات التركة أو كلها وكذا هبة هذه التركة كلاً أو بعضاً.

والتصرفات الانفرادية كالتصرفات العقدية من حيث إن أياً منها يستهدف للحظر متى ما ورد على تركة مستقبلة؛ ذلك أن المادة (١٧٧) من قانون المعاملات المدنية صريحة في سريان الأحكام الخاصة بالعقود على التصرف الانفرادي، إلا ما تعلق منها بضرورة وجود إرادتين متطابقتين لإنشاء العقد.

وإن من أظهر صور التصرفات الانفرادية في مجال التركة المستقبلة الإسقاط والإبراء (م ٢٧٩) فإذا تنازل وارث محتمل عن نصيبه في التركة التي لم يزل صاحبها على قيد الحياة، أو أبرأ مديناً للمورث في أثناء حياته على ألا ينفذ مفعول هذا الإبراء إلا بعد وفاته كانت هذه التصرفات غير جائزة في قانون المعاملات المدنية الإماراتي لعموم الحظر الوارد في الفقرة الثانية من المادة (٢٠٢) المتقدمة، لا سيما وقد نصت المذكرة الإيضاحية على أن الإسقاط لا يكون إلا في الحقوق الموجودة فعلاً فهي التي تقبل الزوال والانتهاء، " أما الحقوق قبل وجودها فلا تقبل الإسقاط لأن إسقاط الساقط محال، فإسقاط الحق قبل وجوده باطل لا أثر له[١]".

ونرى أن هذا النص ينسحب على الإبراء من دين على تركة لم تفتتح بعد، وكذا على إسقاط الوارث المحتمل نصيبه الإرثي في حياة مورثه.

ويمكن أن يُفهم من نص المادة (١/٢٨٠) التي أوجبت الوعد، بأن الوعد ببيع جزء من تركة مستقبلة أو هبته أو جعله حصة في شركة أو المصالحة عليه، كل ذلك ملزم لصاحبه أخذاً بعموم النص. إلا أن هذا النص عليه قيدان فيما نلاحظ:

القيد الأول: أن ذات المادة في فقرتها الثانية قد نصّت على أن الوعد يلزم صاحبه ما لم يمت أو يفلس، فالنص يضع قيداً على لزوم الوعد هو أن يكون في حياة الواعد فقط، فلا يمتد إلى ما بعد حياته وبالتالي لا سبيل إلى ورود الوعد على تركة مستقبلة بيعاً أو هبة أو غير ذلك، هذا إلى أن المذكرة الإيضاحية توجب في الالتزام الذي لا يكون على وجه المعاوضة أن يتم بالحيازة، وإلا بطل بالموت والفلس قبلها كما في سائر التبرعات [٢]. ومن ثم فلا محل تعميم لزوم الوعد أو صحته على التركات التي لم يتم افتتاحها.

والقيد الثاني: أن القانون يبطل الوعد في صورة خاصة وهو ما إذا ورد على هبة المال المستقبل (م ٦٣٢) ولا ريب أن التركة المستقبلة أولى بالمنع من غيرها لأنها من قبيل المال المستقبل.

---

[١] المذكرة الإيضاحية ل ق م م أ ص ٢٦٢

[٢] المرجع السابق ص ٢٦٤.

وإذا كان يصح أن تكون الكفالة مضافة إلى زمن مستقبل (م ١٠٦٠)[٣] فإنه لا يصح التشكيك حول بطلان الكفالة إذا كان محلها تركة مستقبلة يمكن أن تكون محملة بالتزام عليها، مثال ذلك ما إذا تطوع الولد بكفالة ديون الشركة التي يحتمل أن يخلفها والده، فمثل هذه الكفالة تكون باطلة وإن ورد النص بإباحة الكفالة المضافة إلى زمن مستقبل، رعايةً للحظر العام المنصوص عليه في المادة (٢٠٢) السالفة الذكر، وأخذاً بقاعدة تقديم دلالة المنطوق على دلالة المفهوم عند التعارض.

وأخيراً فإن التعامل المحظور في تركة مستقبلة ينبغي أن يمتدّ ليشمل التصرف في جزء شائع من أجزاء تركة لم تفتتح بعد، أو في مال معين من الأموال منظوراً إليه على أنه جزء من مشتملات هذه التركة.

الفرع الثالث

الاستثناءات على حظر التعامل في تركة مستقبلة

٩٥ – عموم النص

يقضي عجز البند الثاني من المادة (٢٠٢) من قانون المعاملات المدنية بما مفاده أن مما يستثنى على النهي العام عن التعامل في تركة مستقبلة تلك الأحوال المستثناة بنص القانون، والقانون لفظ من ألفاظ العموم هنا، فأي قانون نافذ في الدولة من شأنه أن ينص على جواز تصرف من التصرفات المتضمنة لتركة مستقبلة يخرج هذا التصرف من حيز البطلان إلى منطقة الصحة والنفاذ، وبذلك فقد حسم القانون أي سبيل لاختيار القاضي رأياً فقهياً من الآراء الفقهية المتعددة يبيح التعامل في تركة مستقبلة بأي وجه من وجوه التعامل؛ إذ النص الوارد في المادة (٢٠٢) من قانون المعاملات المدنية عام ينسحب على كل تعامل هذه صفته، ولا يرتفع هذا الحظر إلا بنص يجيزه في هذا القانون أو في قانون آخر.

٩٦ – استعراض الاستثناءات في قانون المعاملات المدنية مقارنة بالقوانين المشابهة

من الاستثناءات على الحظر، الوصية، والوصية بقسمة أعيان التركة، والاتفاق بين الشركاء على استمرار الشركة مع ورثة الشريك المتوفى، والاتفاق على استمرار الشركة بين باقي الشركاء مع التعويض

---

[٣] تنص المادة ١٠٥٧ من ق م م أ على أنه يكفي في انعقاد الكفالة ونفاذها إيجاب الكفيل، ما لم يردها المكفول له ومن هذا النص يفهم أن الكفالة تصرف انفرادي . ومع هذا أدرجت الكفالة تحت باب عقود التأمينات الشخصية وهو الباب الخامس من الكتاب الثاني من القانون، ويرجع الأمر في رأينا إلى عدم الفصل الحادّ في هذا القانون بين التصرفات العقدية والانفرادية.

عن نصيب المتوفي نقوداً، كل هذه التصرفات جرى الخلاف بين الشراح في مدى اعتبارها استثناءً من نطاق الحظر:

أ. فالوصية مجمع على جوازها شرعاً بنص القرآن الكريم، ومع هذا فقد حرص المشرع على تضمين القانون تعريفاً للوصية وبياناً لحكمها وإفادة للمرجع الذي يتحتم النزول عليه في أحكامها التفصيلية إذ تنص المادة (١٢٥٧) على ما يلي:(

١ - الوصية تصرف من الشخص في التركة مضاف إلى ما بعد الموت.

٢ - ويكسب الموصى له بطريق الوصية ملكية المال الموصى به)

وتنص المادة (٢٨٥) على ما يلي:" تسري على الوصية أحكام الشريعة الإسلامية والنصوص الشرعية المستمدة منها "[١].

وقد جرى الفقه في مصر على أن الوصية استثناء من قاعدة حظر التعامل في التركات المستقبلة، بينما يذهب رأي إلى عدم اعتبارها كذلك؛ أخذاً بأن علة الحظر هي العدوان على حرية الإيصاء، والوصية من ثم لا تقيد من هذه الحرية، كما أنه ليس من الفقهاء الفرنسيين من يذكر الوصية على أنها استثناء من قاعدة حظر التعامل في التركات المستقبلة[٢].

وهذا الرأي مبني على أن علة الحظر هي المساس بحرية الإيصاء الذي يتميز بجواز الرجوع فيه، لكننا نرى أن الوصية هي مظهر من مظاهر التصرف في التركة التي سيخلفها الشخص بعد وفاته، وهي غير قابلة للاقتضاء حال حياته، كما أن معيار الحق الاحتمالي ظاهر فيها كل الظهور؛ إذ لا يعرف ما إذا كان سيخلف الموصي تركة أم لا، كما أنه لا يعرف قدر ما يتم الإيصاء به من الأموال التفصيلية التي تشتمل عليها التركة، وحتى لو أوصى الشخص بمال معين من أمواله فلا تعرف قيمته ولا يمكن الجزم ببقائه من حين الوصية إلى حين استحقاقها، هذا إلى أن كون الوصية استثناء على التعامل في التركات المستقبلة أكثر انسجاماً مع مقررات الفقه الإسلامي في هذا الشأن.

ب. وتصح الوصية بحسب المادة (١٢٥٠) بقسمة أعيان التركة على ورثة الموصي بحيث يعيّن لكل وارث أو لبعض الورثة قدر نصيبه، فإذا زادت قيمة ما عين لأحدهم على استحقاقه في التركة كانت الزيادة وصية. وهذا نوع من الوصية لوارث أجازه النص المذكور بنحو صريح، وهو يندرج في الوصية بوجه

---

[١] أحكام الوصية مندرجة في قانون الأحوال الشخصية في دولة الإمارات العربية المتحدة ، وذلك في الكتاب الرابع من هذا القانون من المادة ٢٤٠ إلى المادة ٢٧٣.

[٢] انظر إسماعيل غانم ، الالتزامات ، هامش ص ٢٥٠ ، وقارن السنهوري الوسيط فقرة ٢١٧ ، الجزء الأول ، حشمت أبو ستيت فقرة ٢١١، أنور سلطان فقرة ١٦١، عبد المنعم الصدّة فقرة ٢٠٤ ، سليمان مرقس فقرة ١٤٢، عبد الحي حجازي فقرة ١٥٢.

عام من حيث كونها استثناءً على عدم جواز التعامل في التركات المستقبلة، ولهذا ليس غريباً أن يجري فيها الخلاف المتقدم حول كونها استثناءً على هذا الحظر أو ليست كذلك[٣].

ج. من الصور التي قيل بأنها استثناء على المبدأ التقدم، ما إذا اتفق الشركاء على استمرار الشركة مع ورثة الشريك المتوفي، ونلاحظ أن استثنائية هذا الاتفاق غير ملحوظة في قانوننا؛ ذلك أن المادة (٦٧٥) تنص على أنه: " يجوز الاتفاق على أنه إذا مات أحد الشركاء استمرت الشركة مع ورثته ولو كانوا قصّراً، وفي هذه الحالة يحل الورثة محل مورثهم بعد موافقتهم أو موافقة ولي فاقد الأهلية منهم أو وصيّه، وذلك مع مراعاة الشروط والأحكام التي نص عليها القانون ".

فالنص يجيز الاتفاق بين الشركاء على استمرار الشركة مع جميع الورثة لا مع بعض منهم دون بعض . وقد كان النص الوارد في المادة ١٨٦٨ من القانون المدني الفرنسي يقضي باستمرار الشركة مع وارثه بصيغة المفرد وليس لفظ ورثته بصيغة الجمع، مما أثار انقساماً في الرأي بين الشراح في فرنسا، إذ ذهب البعض إلى جواز الشرط حتى ولو تم لصالح وارث واحد فقط أو مجموعة معينة من الورثة، بينما ذهب البعض الآخر إلى وجوب اعتبار الكلمة تعني الورثة في مجموعهم، وقد تلافى المشرع المصري (م ٥٢٨) والإماراتي (م١/٦٧٥) هذا الإشكال فاستعملا لفظ الورثة بصيغة الجمع[١].

وإذا كان النص يجيز الاتفاق بين الشركاء على استمرار الشركة مع مجموع الورثة، فإنه لا يحمل حسب الظاهر استثناء على مبدأ عدم جواز التعامل في تركة مستقبلة؛ لأن اشتراط استمرار الشركة مع ورثة الشريك المتوفي لا يعني إلا الرجوع إلى القاعدة العامة التي تقضي بأن المتعاقد يتعاقد له ولورثته وأن آثار العقد تنتقل إلى ورثته بدون تمييز، وإذا كان النص الفرنسي محل إشكال، وقد حسمه المشرع في قانون الشركات الصادر في ٢٤ أكتوبر ١٩٦٦، وقانون الشركات رقم ٧٨/٩ الصادر في ٤ يناير ١٩٧٨ وأخيرا في المادة ١٨٧٠ من القانون المدني الفرنسي التي جرى تعديلها بالقانون الصادر في عام ١٩٧٩ [٢].

---

[٣] ورد مثل هذا النص في المادة (٣٠٦) من قانون الأحوال الشخصية المشار إليه ونصها " تصح الوصية بقسمة أعيان التركة على ورثة الموصي بحيث يعين لكل وارث أو لبعض الورثة قدر نصيبه وتأخذ حكم الوصية لوارث " .

[١] انظر جلال محمد إبراهيم ، المرجع السابق هامش ص ٢٢٧.

[٢] قانون الشركات الصادرة في ١٩٦٦/١٠/٢٤ يقضي بأنه " إذا نص على أنه عند موت أحد الشركاء فإن الشركة تستمر مع وارثه أو فقط بين الشركاء الأحياء فإن هذه النصوص يعمل بها بشرط موافقة الشركة ليصبح الوارث شريكاً، وكذلك الأمر إذا اشترط استمرار الشركة مع الزوج الحي أو وارث واحد أو عدة ورثة " الخ وقانون الشركات رقم ٧٨/٩ الصادر في ٤ يناير ١٩٧٨ جعل الشركة لا تنقضي بوفاة أحد الشركاء بل تستمر مع ورثته الذين يجب أن يوافق عليهم باقي الشركاء وأضاف قانون ١٩٧٨ إلى المادة ١٨٧٠ فقرة تقضي بأن حقوق الورثة أو الموصى لهم الذين لن يصبحوا شركاء لا يكون لهم الحق إلا في قيمة حصة مورثهم مدفوعة من قبل الملاك الجدد للحصة أو من قبل الشركة على أن تقدر هذه القيمة يوم وفاة الشريك، انظر في جميع ما تقدم المرجع السابق، ص ٢٤٣، ٢٤٤ آخر الفقرة ١٨٣.

فإنه يجب تفسير هذا النص تفسيراً ضيقاً بحيث يقتصر حكمه على الفرض الذي ينظمه فقط، ولا يجوز مدّ هذا الحكم إلى غير هذا الفرض، فإذا جرى الاتفاق على استمرار الشركة مع بعض أو أحد ورثة الشريك المتوفي فإن هذا الاتفاق يظل محكوماً بالقواعد العامة التي تقضي ببطلانه لكونه تعاملاً في تركة مستقبلة؛ ذلك أن في هذه التجزئة تنظيماً جديداً على أنقاض أحكام الميراث لا يضع في حسابه ضرورة المساواة بين الورثة، وعليه فيمكن القول إن النص المتقدم الوارد في المادة (٦٧٥) من قانون المعاملات المدنية والمادة ٥٢٨ من القانون المدني المصري، لا يتضمن استثناءً على مبدأ عدم جواز التعامل في التركات المستقبلة[١].

ومع هذا فالرأي الغالب في فرنسا على أن أي اتفاق على استمرار الشركة بين الأحياء وكل ورثة الشريك المتوفي أو أحدهم أو بعضهم، كل ذلك يعد جائزاً قانوناً على أنه استثناء من حظر التعامل في تركة مستقبلة، فهو بحسب الأصل تعامل في هذه التركة؛ وذلك لأنه على جميع الأحوال عبارة عن التزام مفروض على التركة كلهم أو بعضهم هو الدخول في الشركة، وهو في نفس الوقت قيد على حقهم في طلب تصفية الأموال الموروثة بهذا الدخول الإلزامي، بواسطة استنزال حصة الشريك المتوفي من أن تدخل في مجموع التركة وما يترتب عليها من طلب إنهاء الشيوع وإجراء القسمة، أما الحق الاحتمالي الذي يميز التعامل في التركات المستقبلة فهو يتضح من جهة الشركاء الآخرين؛ ذلك أن لهم بهذا الشرط حقاً في أن يطلبوا من الورثة كلاً أو بعضاً الدخول في الشركة، هذا الحق لن يولد لهم إلا بعد وفاة الشريك، ومؤدى الشرط المتقدم أن الورثة سيلزمون بمقتضاه على أن يتصرفوا على أنهم شركاء لا على أنهم ورثة ، أكانوا مجموعة من الورثة أو كانوا جميع الورثة على حدّ سواء[٢].

وكبار فقهاء القانون التجاري في مصر على هذا الرأي؛ إذ هم يجيزون الاتفاق على استمرار الشركة مع بعض الورثة دون البعض الآخر، على الرغم مما تضمنته المادة ٢/٥٢٨ من القانون المصري من استعمال لفظ الجمع دون لفظ المفرد، ويبدو أن هذا الرأي يستند إلى ذات الحجج التي أوردها الشراح في فرنسا، ولعله يمكن أن تضاف حجة أخرى اتجه إلى تقريرها بعض الفقهاء الفرنسيين، مؤادها أن هذه المادة وأشباهها في القانون المقارن يجب النظر إليها على أنها مادة مستقلة ومتفردة تمنح الشركاء الحق في أن يتخذوا من التصرفات ما يلزم لضمان استمرارية الشركة على الرغم

---

[١] انظر في هذا المعنى مصطفى كمال طه القانون التجاري فقرة ٣٦٣، وعلي يونس في الشركات التجارية فقرة ١١٠، وعلي البارودي وفريد العريني ، القانون التجاري ص ٣٤٣ ، سميحة القليوبي ، الشركات التجارية ص ١٤٤ ، مشار لها في كتاب جلال محمد إبراهيم السالف الذكر ص ٢٤٥ .

[٢] في هذا المعنى كابيتان تعليق بدالوز ١٩٣٩ص ٩١، بيفين ص ٧٩ نقلاً عن جلال محمد إبراهيم.

من وفاة أحدهم وبالطريقة التي يرونها مناسبة، وأن هذه المادة هي استثناء مطلق على مبدأ حظر التعامل في تركات مستقبلة، ومن ثم فينبغي أن يبقى المطلق على إطلاقه[٣].

والرأي عندي أن النص الوارد في قانون المعاملات المدنية، والذي ذكر الورثة بصيغة الجمع ليس إلا ترديداً للقاعدة العامة في الميراث، وهي انتقال حصة الشريك المتوفي إلى ورثته بحيث يصبحون ملاكاً على الشيوع لهذه الحصة، وإذا كان هذا الشرط من شأنه فرض بقاء الشركة واستعصائها على الانتهاء بالموت طبقاً للمادة ٦٧٣ [١]، فليس من شأنه أن ينظم حقوق ورثة المتوفي على خلاف الطريقة المرسومة في أحكام الميراث، وإنما قصاراه أن يقيد من حقهم في اقتسام هذه الحصة طبقاً لقواعد الإرث، بالنظر إلى أن من شأن هذا أن ينهي الشركة التي حرص الشركاء ومنهم الشريك المتوفى على بقائها بذلك الاتفاق، وبإزاء هذا التعارض رجح القانون بقاء الشركة وعدم انتهائها بالموت وفقاً للقواعد العامة، وليس في هذا استثناء من حظر التعامل في تركة مستقبلة لأنه لا ينطوي على مثل هذا التعامل، ولكنه في الحقيقة استثناء من القاعدة التي تقرر انتهاء الشركة بوفاة أحد الشركاء.

على أننا نلاحظ بإزاء ذلك أمرين، الأول: أن مآل جميع الشركات إلى الانتهاء بسبب من الأسباب التي بينها القانون، وبالتالي فإن حصة الشريك المتوفى ستؤول إلى ورثته وستقسم عليهم بحسب أنصبتهم المقررة، والأمر الثاني: أن مصير هذه الشركة سيكون مهدداً دائماً بحلها عن طريق القضاء (م ٦٧٦) أو بفصل أحد الشركاء (م ٦٧٧) أو بتصفيتها (م٦٧٨) تبعاً للأحكام العامة الواردة في هذا الشأن، ومن ثم فلا ضير على الشركاء ولا على الورثة من جراء تقرير ذلك الشرط.

هذا على أننا ينبغي أن نتأمل في السبب الذي حدا بالقانون المصري، والقانون الإماراتي من بعده وبعدد من قوانين البلاد العربية إلى إطلاق كلمة الورثة بدلاً من كلمة الوارث، إننا نرى دلالة هذا واضحة، ومؤداها أن هذا المدونات قد راعها الانقسام في الرأي الذي ساد في فرنسا بهذا الخصوص، فاستعملت صيغة الجمع دلالةً على أن أي صيغة بخلافها ترمي إلى تمييز أحد الورثة أو بعضهم هي ولابّد واقعة تحت طائلة الحظر، لأنها في هذه الحالة تكون تعاملاً صريحاً في تركة مستقبلة وذلك بإعادة تنظيم حقوق الورثة على حصة الشريك المتوفي تنظيماً جديداً مختلفاً عن قانون الإرث[٢] . ولما كانت النصوص القانونية لا تسعف في تجويز مثل هذا التصرف، فإنه لا يصح الحكم بجوازه استناداً إلى أنه استثناء على التعامل المحظور؛ إذ يبقى نص المادة (٢/٢٠٢) التي

---

[٣] كتاب جلال محمد إبراهيم السالف الذكر هامش صفحة ٢٤٥ ، والمراجع التي أشار إليها .

[١] إسماعيل غانم ، المرجع السابق ص ٢٥١.

[٢] انظر في هذا المعنى سافييننيه ، المجلة الفصلية للقانون المدني الفرنسي ١٩٥٦ص ١٦٠ رقم ١٠ كابيتان ، تعليق بدالوز ، ١٩٣١ ص ٤ مذكوران في كتاب د. جلال محمد إبراهيم ص ٢٣٨.

حظرت أي تعامل في أي تركة مستقبلة قائماً وعاماً في حق كل تصرف من هذا القبيل لم يرد النص القانوني باستثنائه صراحة.

د. أخيراً من الصور التي قيل بأنها استثناء من مبدأ الحظر ما يقضي به البند الثاني من المادة (٦٧٥) السالفة البيان، وذلك حيث ينص على ما يلي : " يجوز الاتفاق على استمرار الشركة بين باقي الشركاء إذا مات أحدهم أو حجر عليه أو أفلس أو انسحب، وفي هذه الحالات لا يكون لهذا الشريك أو ورثته إلا نصيبه في أموال الشركة، ويقدر هذا النصيب بحسب قيمته يوم وقوع الحادث الذي أدّى إلى خروجه من الشركة ويدفع له نقداً، ولا يكون له نصيب فيما يستجد بعد ذلك من حقوق إلا بقدر ما تكون تلك الحقوق ناتجة عن عمليات سابقة على الحادث".

هـ. وقد قيل في شبيه هذا النص في القانون المدني المقارن إنه عبارة عن استثناء مؤكد على مبدأ الحظر؛لأن الشرط الوارد في النص من شأنه أن ينظم الانتقال الوراثي لجزء من أموال شخص حيّ، وهو من الجهة الأخرى يعطي للشركاء حقاً احتمالياً على حصة من يموت منهم في مقابل دفع قيمتها لورثته، مؤدى هذا الحق انتقال حصة الشريك المتوفى إلى من بقى من الشركاء الأحياء، فالالتزام بنقل هذه الحصة لا يقع على الشريك وإنما يقع على التركة، فيكون الورثة بمقتضى الشرط المتقدم مجبرين على قبول مبلغ من المال بدل أن يرثوا هذه الحصة التي كانت لمورثهم بمقتضى عقد الشركة، ولولا هذا الشرط لكان لهم الحق في طلب تصفية الشركة باعتبارهم مالكين لجزء منها على الشيوع، وهذه خواص التعامل في تركة مستقبلة.

الفصل الرابع

شرط القابلية لحكم التصرف

٩٧ – تمهيد في مفهوم الشرط

أشرنا فيما سبق إلى أن حكم التصّرف يعني غايته النوعية أو المقصد الأصلي الذي شرع التصرف من أجله، وقلنا إنه ثابت غير مختلف في أفراد النوع الواحد من التصرف.

ومعنى القابلية لحكم التصرف التي هي شرط لصحة التصرف أن يتصف المحل بطبيعة خاصة أو صفة معينة تجعل تحقيق هذا الحكم ممكناً فيه، فمثلاً لا يقبل الخنزير أو الخمر أو الجيفة أحكام عقود البيع أو الإجارة أو الإعارة التي هي نقل الملك أو المنفعة بعوض أو بدونه؛ لأن أياً منها ليس مالاً قابلاً لذلك، وقد تقبل بعض الأشياء حكم بعض التصرفات دون بعض، فمثلاً لا ينعقد بيع المال الموقوف أو العام لعدم قابليته للحكم المتقدم وهو نقل الملك، وإن كان كلاهما يقبل الإجارة؛ لأن حكم هذه هو تمليك المنافع دون تمليك الأصل، وهو قابل لذلك بحكم تجدد منافعه شيئاً فشيئاً.

وعلى هذا إما أن يكون هذا الشرط مطلقاً في كل تصرف، وإما أن يكون نسبياً، أي يختلف باختلاف كل تصرف .

وقد يقال هنا إن شرط التقوم الذي مر في الفصل الأول يغني عن شرط القابلية للتعامل محل هذا الفصل، إذ إن المال الغير المتقوم لا يقبل التعامل أيضاً، فهل هذا من قبيل التكرار المعيب ؟

ونجيب على ذلك بأن شرط التقوم خاص وشرط القابلية للتعامل أعم منه كما سبق أن أشرنا إلى هذا، وبيان هذا أن التقوم أحد أحوال هذه القابلية، ولكنه لا يكفي لتغطية الحالات التي لا يصح فيها التعامل مع أن المال الذي يرد عليه مال متقوم، مثال ذلك مال الوقف والمال المرصود لمنفعة عامة والأموال المستهلكة التي لا تصح إعارتها وغير ذلك مما سنعرفه، فكل تعامل على مال غير متقوم هو غير قابل لحكم العقد، ولا عكس؛ لما علمنا من أن من المال ما يكون متقوماً بحسب الأصل ولكن طبيعة الحكم الذي يرتبه العقد المراد إنشاؤه لا تسمح بإجرائه عليه، مثال ذلك المال العام كما سبق أن أشرنا،

لأن المال العام شيء من الأشياء ذو قيمة يجوز الانتفاع به شرعاً، ولكن رصده للمنفعة العامة يمنع بيعه لفرد من الناس، لما في ذلك من تفويت هذا الغرض .

كما أنه يمكن القول إن شرط التقوم قاصر على المال المراد التعاقد عليه بينما شرط القابلية للتعامل لا يقتصر على ذلك، فهو يأخذ في الاعتبار بحكم العقد نفسه المراد إجراؤه وينظر إلى المحل من حيث انطباق هذا الحكم عليه من عدمه، ومما يجدر بالذكر أن حكم العقد هذا هو عبارة عن العملية الشرعية أو القانونية التي يتوسل بالعقد لإجرائها، وقد سبق أن نقلنا عن الفقه الوضعي أنه يتصور أن تكون هذه العملية محرمة مع أن المحل الذي ترد عليه غير محرم، كما في حال التعامل في تركة مستقبلة، وذلك ما ينطبق على الرشوة مثلاً مما يشترك فيه الشرع والقانون، فبواعث العقد وغايته القريبة والبعيدة والنتيجة التي ينتهي إليها ومعرفة ذلك من خلال حكم كل عقد، هي كلها أبعد وأوسع مما يعطيه شرط التقوم الذي يقتصر على خصوص محل العقد دون نظر إلى صلته بغاية العقد ومقصده والباعث عليه، وهو ما يدرك تماماً عند الحديث على مفهومي النظام العام والآداب العامة.

ومن أجل ذلك ندرس شرط القابلية للتصرف في فصل مستقل، كما ندرسه لأن القانون الذي نخصه بهذا البحث، وهو قانون المعاملات المدنية الإماراتي قد جعله شرطاً مستقلاً كما جعل التقوم شرطاً كذلك، وإذ نتطرق لهذا فإنما نتطرق إليه من حيث الأحوال التي تنعدم فيها هذه القابلية في الفقه الوضعي وفي الفقه الإسلامي مع المقارنة بينهما في مبحث أول، ثم من حيث هذه الأحوال وأهم تطبيقاتها العملية في قانون المعاملات المدنية الإماراتي في مبحث ثانٍ .

المبحث الأول

عدم القابلية لحكم التصرف في الفقه الوضعي والفقه الإسلامي

نقسم هذا المبحث إلى ثلاثة أفرع : الأول نعرض فيه لأحوال عدم القابلية لحكم التصرف في الفقه الوضعي، والثاني نعرض فيه لهذه الأحوال في الفقه الإسلامي، والثالث نخصصه للمقارنة بين الفقهين في مفاهيم هذه الأحوال وخصائصها، نرصد فيه نقاط الوفاق ونقاط الخلاف بينهما .

الفرع الأول

أحوال عدم القابلية لحكم التصرف في الفقه الوضعي

٩٨ – تمهيد

يذهب الشراح إلى أن أحوال عدم القابلية للتعامل تنحلّ إلى ثلاثة أنواع:

الأول – إذا كانت طبيعته تتعارض مع التعامل فيه كالإنسان والشمس، أو كالهواء والبحر، ويدخل المال المباح في ذلك .

الثاني– إذا كان الغرض الذي خصص له يتنافى وهذا التعامل، وذلك كالملك العام والمال الموقوف.

الثالث– إذا كان التعامل في المحل غير مشروع، وبعبارة أخرى: إذا كان هذا التعامل مخالفاً للنظام العام سواء ورد نص في القانون بتحريمه أو لم يرد.

ومن الشراح من يقسم الأشياء التي تخرج عن التعامل إلى قسمين:

أ. أشياء تخرج عن التعامل بطبيعتها، وهي الأشياء المشتركة بين الناس كالهواء وأشعة الشمس ولا تصلح محلاً للحق، لعدم قيامها على فكرة الاستئثار الحاجز التي تميز الحق عن غيره، فالالتزام بإنشاء حق عليها التزام بمستحيل.

ب. أشياء تخرج عن التعامل بحكم القانون، وهذه الأشياء يكون الالتزام بإنشاء حق عليها إما واقعاً على محل مستحيل كما في الأموال العامة وأموال الوقف، وإما واقعاً على محل غير مشروع كالأشياء التي يعتبر التعامل عليها مخالفاً للنظام العام أو للآداب مثل المخدرات أو المنازل المعدة للدعارة، مع التسليم بنسبية عدم القابلية للتعامل في هذه الأشياء، والذهاب إلى عدم استقلال هذا الشرط، لأنه إما تطبيق لشرط الإمكان، وإما تطبيق لشرط المشروعية[١].

ونختار هنا التقسيم الأول لسهولته، فنعالجه على نحو ما يلي :

المطلب الأول

الأشياء التي لا تقبل التعامل بطبيعتها

٩٩ – الأشياء الطبيعية والإنسان

الأشياء الطبيعية هي الأشياء التي لا يستأثر بحيازتها أحد، وهي أنواع عديدة كالشمس والقمر والهواء والبحر، والفقه الوضعي يقرر أن التعاقد الذي يكون محله واحداً منها باطل بالنظر لاستحالة التنفيذ عليها استحالة مطلقة، غير أن هذا الفقه نفسه يقرر أنه إذا أمكن التعامل في هذه الأشياء الطبيعية من بعض الوجوه كان ذلك جائزاً، كالشمس يحصرها المصور الفوتوغرافي، وكالهواء يستعمله الكيماوي في أغراضه، والبحر يؤخذ من مائه ما يصلح أن يكون محلاً للتملك [٢].

وأما الإنسان فيذهب شراح القانون إلى أنه غير قابل للتعامل فيه بطبيعته، أي بحكم إنسانيته.

---

[١] إسماعيل غانم ، المرجع ، السابق ، ص ٢٤٤ فقرة ١٢١، وص ٢٤٣– ومنصور مصطفى منصور ، ص ٥٠و٥١، فقرة ٢٧

[٢] يراجع على سبيل المثال السنهوري مصادر الحق ٥٧/٣، نظرية العقد ص ٤٨٧ فقرة ٤٦٨، الوسيط من ٤٣٣ فقرة ٢٢٧ الجزء الأول.

ولا خلاف في هذا الذي قدمنا، ولكن البحث يدق في جواز بعض تصرفات تقع على أجزاء من الجسد الإنساني لحاجة ماسة إليها – كعمليات نقل الأعضاء البشرية، وفيما يلي إشارة إلى ذلك بالقدر الذي يقتضيه المقام.

١٠٠ – مدى جواز التعامل في الأعضاء البشرية

ويُقصد بالأعضاء البشرية هنا الأجزاء من جسد الإنسان التي لا يمكن أن تتجدد لو فقدت كإحدى الكليتين أو العينين مثلاً، بخلاف الأشياء التي تتجدد في الجسم كالدم أو لبن المرأة ونحو ذلك، والتي أشرنا إليها فيما سبق[١].

والرأي السائد يجري على عدم جواز أخذ العوض عنها أو تلقي أي مقابل لها؛ احتراماً لآدمية الإنسان، وحتى لا تكون أعضاؤه سبيلاً للمتاجرة والكسب [٢].

ومع ذلك يوجد بين أهل القانون من يذهب خلافاً لما تقدم إلى أن أعضاء جسم الإنسان المزدوجة كالكليتين والرئتين لها قيمة مالية، بدليل ما تجري عليه المحاكم من تعويض الضرر الجسمي بالمقابل النقدي [٣].

---

[١] ذهب الدكتور منذر الفضل في كتابة " التصرف القانوني في الأعضاء البشرية " ص ١٤ إلى أن العضو هو جزء من الإنسان من أنسجة وخلايا ودماء ونحوها سواءً أكان متصلاً به أم انفصل عنه، وقد ورد هذا في قرار مجمع الفقه الإسلامي في جدة رقم (١) في ١٩٨٨/٨/٤م، وجاء في خاتمة القرار المشار إليه أن الدم يعتبر من أعضاء الإنسان المتجددة، إلا أن الدكتور حسن على الذنون يقصي الدم من اسم العضو اعتباراً بالمعنى اللغوي لكلمة العضو وهو كل لحم وافر بعظمه . انظر ص ١٤ من كتاب منذر الفضل المشار إليه، وانظر تعريف العضو السابق الذكر في لسان العرب ٥٦٠ ج١٥ص٦٨، مادة عضو .. وقد تابع الدكتور الذنون على الرأي المتقدم حسني عودة زعال في كتابه التصرف غير المشروع بالأعضاء البشرية ، حيث يرى بأن العضو من الناحية الطبية هو مجموعة متميزة وله شكل متميز يمكن التعرف عليه وهو يؤدي وظائف معينة، أما الدم فهو نسيج يتألف من خلايا عالقة في مادة سائلة تسمى البلازما ويحتوي على مواد بروتينية تتحول إلى ألياف عند حصول عملية التخثر، فهو ليس ذ ا شكل معين ولا يعطي وظيفة معينة، كما أن لبن المرأة والشعر والأظافر ليست من قبيل الأعضاء في مفهوم الأستاذ زعال، انظر كتابه السالف الذكر ص ٥١،٥٢، ٥٣ والمراجع الطبية التي أشار إليها في الهامش. ونحن نؤيد هذا الرأي كل التأييد بلا شك؛ لأن المتبادر من إطلاق كلمة العضو هو هذا المعنى ، أما الدم فلا ينصرف إليه اسم العضو عند الإطلاق على رغم أهميته، كما لا يطلق اسم العضو على لبن المر أة . وإن كان الدم واللبن والشعر والأظافر من أجزاء الجسم أو من ملحقات بعض الأعضاء كما هو الشأن في الشعر والأظافر، فإنها من ملحقات الجلد الذي هو عضو من أعضاء الجسد.

[٢] آلان بينابنت، الالتزامات ص ١٠٩ فقرة ١٤٦ ناقلاً عن محكمة النقض الفرنسية في جلستها المنعقدة بتاريخ ٣١ / ٥ / ١٩٩١ قولها بمناسبة إبطال أمومة الاستبدال " الاتفاقيات التي يكون مفعولها إضفاء قيمة ذمة مالية على الجسم البشري وعناصره ونتاجاته باطلة " .

[٣] انظر حسني عودة زعال، المؤلف السابق ص ٦٣،٦٤ نقلاً عن د/ سعدون العامري، تعويض الضرر في المسؤولية التقصيرية، منشورات مركز البحوث القانونية، بغداد ١٩٨١ ص ١٠١، وقد ذهب د/ محمد نعيم ياسين في بحثه المنوه عنه ص ٢٦٣ إلى جواز بيع الأعضاء الآدمية للحاجة، بالقيود التالية : ١– عدم التعارض مع الكرامة الآدمية، أي انتفاء قصد الربح والتجارة والتداول ٢– أن يكون بيعها من أجل الانتفاع بها بمثل ما خلقت له وألا تباع

كما أن ثمة رأياً خلاصته جواز التعامل بالأعضاء متى كانت مستأصلة ومنفصلة لاستحالتها عندئذٍ إلى حقوق مالية قابلة للتعامل[١].

وهذان الرأيان ضعيفان ومرجوحان عند غالب الفقه.

على أنه إذا كان التصرف في عضو من أعضاء جسم الإنسان لا أثر للمعاوضة فيه، كأن كان تبرعاً محضاً، فإن أغلب الدراسات القانونية كما أن أغلب القوانين الوضعية تجيز مثل هذه التصرفات بقيود معينة[٢].

إلا لمن يعلم أنه يستعملها في ذلك ٣- دفع البائع بالبيع مفسدة أعظم من مفسدة فقد العضو ٤- عدم معارضة نص خاص كالشعر أو مبدأ شرعي كمني الرجل ٥- انتفاء بديل آخر صناعي ٦- وقوع البيع تحت إشراف مؤسسة متخصصة رسمية للتحقق من توفر الشروط المتقدمة . وانظر في هذا أيضاً الدكتور حسام الدين كامل الأهواني ، المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات زرع الأعضاء البشرية ، ١٩٧٥ ص ١٤١ والدكتور أحمد محمود سعد، زرع الأعضاء بين الحظر والإباحة ، دار النهضة العربية، ١٩٨٦ ص ١٤٣-١٤٤ مشار إليهما في كتاب التصرف القانوني في الأعضاء البشرية لمنذر الفضل ص ٤٦ وما بعدها. ويذهب أحمد شرف الدين في رسالته : الأحكام الشرعية للأعمال الطبية ص ٩٤ إلى منع البيع شرعاً وهو يجيب عن مسألة التعويض والدية بأنهما ثابتتان في نظير حق القصاص لا في نظير العضو وهو الصواب عندنا .

[١] حسني عودة زعال، المؤلف السابق، ص ٦٤ نقلاً عن عبد الحي حجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية ، مطبوعات جامعة الكويت ، ١٩٧٠، ص ٢٠٠.

[٢] يشترط المشرع الفرنسي في القانون رقم ٦٥٤ / ٩٤ الصادر في ١٩٩٤/٧/٢٩ أن يكون المتبرع راشداً عاقلاً وأن يكون موافقاً على أن يسجل موافقته أمام رئيس المحكمة المدنية أو قاضٍ يخوله بذلك بالنسبة للأعضاء غير المتجددة، والتبرع في ظل هذا القانون الجديد محصور بالأب والأم أو الابن أو البنت أو الأخ أو الأخت، ويكون للزوج عند الضرورة ولا يجوز أخذ شيء من القصر إلا النخاع العظمي للأخ أو للأخت فقط، وبشرط موافقة الولي الشرعي على أن يبت في ذلك لجنة خبراء مكونة من طبيبين وشخص آخر كالإخصائي النفسي مثلاً، على أن النائب العام يحل محل الولي الشرعي في حالات الضرورة . انظر في هذا أحمد عبد الدائم، أعضاء جسم الإنسان ضمن التعامل القانوني، رسالة من ستراسبورغ ، ص ٦٦، ١٠٢،١٠٣، ١٠٤ ، ١١٥ وص ٣٩٧ و ٣٠٩و٣٢٠ و٣٢٧ ، أما المشرع الإيطالي في القانون رقم ٤٥٨ الصادر في ١٩٦٧/٦/٢٦ بشأن تنظيم عمليات غرس الكلية فيشترط للتبرع : أن تكون الموافقة بطلب يقدم للقاضي المختص الذي يتعين أن يبصر الأطراف بخطورة العمل فإن رفض الطلب يمكن النظر فيه من المجلس الاستئنافي على أن يكون المتبرع مؤمناً مسبقاً من الأخطار الحاضرة والمستقبلة من العملية الجراحية ، أحمد محمود سعد ، المؤلف السابق، مشار إليه في كتاب منذر الفضل السابق ص ٦٣، ويشترط القانون اللبناني رقم ١٠٩ الصادر في ١٩٨٣/٩/١٦ موافقة المتبرع الخطية وألا يقل سنّه عن ١٨ عاماً ، وأن تكون حالته الصحية تسمح بإجراء النقل وأن يقوم الطبيب المختص بمعاينته وبتنبيهه إلى مخاطر العملية إن وجدت (مصطفى العوجي ، المسؤولية الجنائية ص ٥١٩، ومنذر الفضل ، المرجع السابق ص ٨٣، ٨٤) وتشترط المادتان الثانية والثالثة من مشروع القانون العربي الموحد لعمليات زرع الأعضاء البشرية المقترح من قبل اللجنة الطبية في مجلس وزراء الصحة العرب في المؤتمر المنعقد في ١٩٨٦ أن يكون المتبرع أو الموصي كامل الأهلية قانوناً ويكون التبرع أو الوصية صادرين بموجب إقرار كتابي موقع منه بذلك، وألا يطال النقل عضواً أساسياً في الحياة حتى ولو كان بموافقة المتبرع . وتقرر المادة ٤ من ذات المشروع جواز التبرع بالأعضاء إجمالاً (منذر المفضل المرجع السابق ص ٧٩) كما يمكن القول بأن القانون المقارن يستلزم الكتابة كشرط لصحة التبرع بالعضو، أي أنه يفرض نوعاً من الشكلية على موافقة المتبرع تختلف شدة وخفة بحسب كل قانون على حدة، وزيادة على ذلك فإن معظم التشريعات تتيح للمتبرع الرجوع في تبرعه في أي وقت دون قيد أو شرط مادام قبل التنفيذ، أي تذهب هذه التشريعات إلى ضرورة عدم تحميله أي تعويض أو غرامة نتيجة لرجوعه في تبرعه، والعلة في هذا واضحة، هي كرامة الإنسان من جهة خصوصاً وأن الحظر هو الأصل في هذا الجانب، وتشجيع المرء على التبرع بأعضائه من جهة أخرى؛ لأنه لو منع رجوعه في تبرعه، أو ألزم بمبالغ مالية حيال هذا الرجوع فلن يقدم أحد على التبرع .

وقد صدر في فرنسا القانون رقم ٧ لسنة ١٩٤٩ حيث أجاز الإيصاء بالأعين لمؤسسة عامة أو خاصة بقصد استعمالها لأشخاص آخرين قد كف بصرهم، كما صدر القانون رقم ٧٧٨٧/ ٧٦ في١٩٧٦/١٢/٢٢ وقد أجاز التبرع بالأعضاء وخلا من الإشارة إلى حكم بيع العضو البشري،

المطلب الثاني

الأشياء التي لا تقبل التعامل لعدم مشروعيتها

١٠١ – أمثلة

قد يكون الشيء غير قابل لحكم التصرف بالنظر إلى النص القانوني بحظر التعامل في شيء معين، مثاله ما تنص عليه التشريعات من عدم جواز النزول عن الحرية الشخصية أو الأهلية أو التعديل في أحكامها، وبطلان كل شرط يقضي بالإعفاء من المسئولية المترتبة على الفعل الضار، وعدم جواز الاتفاق على عدم حق الطرفين في طلب تعديل الشرط الجزائي بما يجعل التقدير مساوياً للضرر .

١٠٢ – أسباب النص القانوني

ويقرر الفقه أن القانون ينظر دائماً إلى اعتبارات النظام العام والآداب العامة، ليبني عليها علة الحظر بغض النظر عن النص، وأن النص يكشف عن المخالفة ولكنه لا يستقل بإنشائها، لأن وجوده لأسباب عارضة فقط، منها عناية خاصة من المشرع كالنص الذي يمنع النزول عن الأهلية أو التعديل في أحكامها، أو الإيضاح في مقام يكون إغفال التنصيص على الحكم فيه سبباً في غموض الحكم وخفائه، كما في تحريم التعامل في تركة مستقبلة، أو التحديد الذي لابدّ فيه من تدخل المشرع، كما هو الشأن إذ حدد الربا الفاحش، أو مراعاة ظرف خاص بالبلد كما في حالة منع المتاجرة بالمواد المخدرة [(١)].

١٠٣ – اعتبارات النظام العام والآداب هي علة عدم المشروعية

وجاء القانون رقم ٦٥٤ في ١٩٩٤/٧/٢٩م وهو أضيق من القانون السابق حيث ألغت المادة العشرون منه التبرع بالمني والخلايا المشيجية، وحدّ من جواز التبرع بالأعضاء لأنه قصره على الأقارب كما سيأتي وألزم بكون الموافقة أمام رئيس المحكمة المدنية أو قاض يندبه لهذا الغرض الخ انظر أحمد عبد الدائم ، أعضاء جسم الإنسان ضمن التعامل القانوني، رسالة من ستراسبورغ وصدر في أمريكا القانون الوطني لغرس الأعضاء البشرية عام ١٩٦٠ وفي إيطاليا القانون رقم ٤٥٨ في ١٩٦٧/٦/٢٦ بخصوص غرس الكلية، وفي الكويت القانون رقم ١٩٨٣/٧ في شأن زراعة الكلى، وفي الأردن القانون رقم ١٩٧٠/٢٣ في شأن مصارف العيون والقانون رقم ١٩٨٦/٨٥ في شأن عمليات زرع الأعضاء البشرية وفي سوريا القانون رقم ٣١/ ٧٢ المعدل بالقانون رقم ١٩٨٦/٤٣ وهو يشبه القانون الإماراتي رقم ١٩٩٣/١٥ عدا ما يخص ضرورة إجراء الموافقة بشاهدين كاملي الأهلية، وفي الجزائر صدر القانون ٥/٨٥ ،كما صدر مشروع القانون العربي الموحد بخصوص زراعة الأعضاء البشرية في الفترة من ١٦-١٩٨٦/١٢/١٨م وللرجوع إلى مزيد من الإشارة إلى القوانين المختلفة يراجع كمال الدين جمعة بكرو، حكم الانتفاع بالأعضاء البشرية والحيوانية ص ٢٩٧-٣١٠، ومنذر الفضل، التصرف القانوني في الأعضاء البشرية ص ١٢ ، ٦٠، ٦١، ٦٣، وحسين عودة زعال، التصرف غير المشروع بالأعضاء البشرية ص ١٢ وما بعدها .

(١) انظر في جميع ما تقدم السنهوري ، الوسيط ص ٣٩٩ فقرة ٢٢٨ نظرية العقد فقرة ٤٧٠ ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي ٥٩٢٠٨/٣ ، أنور سلطان ، الموجز في الالتزامات ص ١٣٤و١٣٥ فقرة ١٥٧.

ينتهي الفقه كما أشرنا آنفاً إلى أن المحل يكون غير مشروع – أو غير قابل لحكم التصرف بتعبير آخر – إذا كان مخالفاً للنظام العام أو للآداب، سواء ورد نصه في القانون بتحريم التعامل فيه أو لم يرد[٢]، وأسباب ذلك الحظر:

أ. احتمال الخلاف في دلالات بعض النصوص القانونية، فهذا الخلاف لا يمكن دفعه ولا رفعه إلا إذا عرفنا ما إذا كان هذا النص مبنياً على هذه الاعتبارات، فلا يجوز إصدار إتفاق أو تصرف أو شرط على خلافها وإلا وقع باطلاً، أو كان هذا النص غير مبني على هذه الاعتبارات، فلا يكون التصرف الذي صدر بخلافها باطلاً[١].

ب. إذا كان النص القانوني منعدماً، وأصبحت المسألة خلافية لم يقطع فيها برأي جازم، فيُستأنس بمعايير النظام العام أو الآداب وسيلة إلى معرفة مدى مشروعية هذه المسألة في القانون[٢].

ج. أنه من المستحيل على المشرع أن يضع قائمة جامعة مانعة لكل ما يعتبر مخالفاً للنظام العام أو الآداب، فالقاعدة أن النصوص تتناهى ولكن الوقائع لا تتناهى، وعليه يكفي النص على أنه إذا منع القانون التعامل في شيء أو كان مخالفاً للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلاً، ومعظم التشريعات على ذلك[٣].

د. أن المشرع يحتاج إلى وضع قواعد فيها من المرونة ما يجعلها قابلة للتطور المستمر، ومستجيبة إلى حاجات التعامل التي يفرزها الزمن جيلاً بعد جيل، دون الحاجة إلى تدخل تشريعي في كل مرة يكون من شأنه أن يؤثر سلباً على الثبات المنشود في قواعد القانون.

والنص على قواعد النظام العام والآداب من شأنه أن يجعل للقانون منفذاً رئيسياً على التيارات الاجتماعية والأخلاقية التي تجد من خلاله سبيلها إلى النظام القانوني، لتثبت فيه ما يعوزه من عناصر الجدة والحياة [٤].

١٠٤ – تعريف النظام العام

يجمع الفقه الوضعي على صعوبة تعريف النظام العام، وإن كان ثمة من حاول ذلك، والتعريف الذي يميل إليه الأكثرون هو أن النظام العام ما هو إلا " القواعد التي يقصد بها إلى تحقيق مصلحة عامة

---

[٢] إسماعيل غانم ، المرجع ، السابق ، ص ٢٤٤ فقرة ١٢١، وص ٢٤٣– ومنصور مصطفى منصور ، ص ٥٠و٥١، فقرة ٢٧.

[١] انظر في هذا المعنى مصادر الحق في الفقه الإسلامي ٥٨/٣.

[٢] مصادر الحق ٥٩/٣.

[٣] انظر مثلاً م ١٣٣ مصري ، و١٣٠ سوري ،وم ١٩٢ موجبات وعقود لبناني ، قارن ، أنور سلطان ، المرجع السابق ص ١٣٤ فقرة ١٥٧، وص ١٣٥.

[٤] انظر على سبيل المثال مجموعة الأعمال التحضيرية لمشروع القانون المدني المصري ٢٢٣/٢– وبهجت بدوي ، أصول الالتزام آخر فقرة ٩٧ ص ١٥٤ حيث يقول : (من أجل ذلك قيل إن الشارع يستلهم قواعد النظام العام والآداب دون أن يستطيع حصرها في النصوص).

سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية تتعلق بنظام المجتمع الأعلى وتعلو على مصلحة الأفراد "، وأثرها يتحدد في ضرورة مراعاتها من قبل الأفراد في الاتفاقات التي يبرمونها فيما بينهم، بحيث لا يجوز لهم أن يناهضوها باتفاقات خاصة مهما كان من شأن هذه الاتفاقات لو صحت أن تحقق لهم من مصلحة شخصية [٥].

وتتميز قواعد النظام العام طبقاً لما يقرره الفقه بكونها ذات طابع نسبي، أي أنها تضيق وتتسع حسبما يعده الناس في حضارة معينة في زمن معين مصلحة عامة، وهو أمر يختلف باختلاف الأدوار التي يمرّ بها كل مجتمع على حدة بين مرحلة زمنية سابقة ومرحلة أخرى لاحقة، فما كان يعدّه شعب مصر مثلاً على أنه من النظام العام في سنة ١٩٠٠م ليس من الضروري أن يكون كذلك في عام ٢٠٠٦، وكما يختلف النظام العام في الشعب الواحد بين آونة وأخرى، فمن البديهي أن يختلف في ذات الآونة بين شعبين كل منهما ينتمي إلى حضارة غير الأخرى، فالشعب الفرنسي يعدّ تعدد الزوجات أمراً مخالفاً للنظام العام في بلده ، بينما ترى أكثر الشعوب العربية ذلك أمراً عادياً بل ترى أن حظر هذا الحق على الأزواج فيه مساس بالحرية الشخصية التي يجب أن تكون موفورة ومصانة، هذا على رغم ما يكون من تشابه بين القواعد التشريعية في هذه الدول.

وبالنظر لما تقدم ينتهي الفقه إلى أن خير سبيل لتحديد ما يراد بالنظام العام هو إيراد تطبيقات عملية عليه[١] .

١٠٥ – تعريف الآداب العامة

قيل في تعريف الآداب العامة: إنها "مجموعة القواعد التي وجد الناس أنفسهم ملزمين باتباعها طبقاً لناموس أدبي يسود علاقاتهم الاجتماعية، هذا الناموس الأدبي وليد المعتقدات الموروثة والعادات المتأصلة، وما جرى به العرف وتواضع عليه الناس، وللدين كبير الأثر في تكييفه، وكلما اقترب الدين من

---

[٥] يقول الدكتور عبد الحي حجازي ، المرجع السابق ص ٢١٧ فقرة ١٣٠:" اصطلح الشراح على صعوبة إيراد تعريف للنظام العام فقال vareilles إن في محاولة تعريف النظام العام إعناتاً ذهنياً كبيراً وقال أحد القضاة الإنجليز " إنك إذا حاولت تعريف النظام العام فإنما تركب حصاناً جامحاً لا تدري على أي أرض سيلقى بك" وقال Beudant : ليس كفكرة النظام تتأبى على التعريف الدقيق، ثم نقل عن هيمار تعريفه للنظام العام " بأنه القواعد التي وضعها الشارع لصالح الجماعة " وتعريف كابيتان بأنه :" النظام العام في الدولة أي مجموعة النظم والقواعد اللازمة لسير الدولة " وتعريف لالاند بقوله إن النظام العام هو الخضوع لهذه القواعد . ذلك وفقه القانون الانجليزي يستعمل مصطلح السياسة العامة public policy للدلالة على هذا المفهوم ، وتعريف فيليب وجيمس له (كما في كتابهما المدخل إلى القانون الانجليزي ص ٢٨٧ و٢٨٨) هو أنه عبارة عن قيود معينة تفرضها المحاكم على الحق في إنشاء العقود التي تعتقد أنها مناقضة للمصلحة العامة " ، وهذا التعريف يعتقد المؤلفان أنه الأنسب هنا مع إقرارهما بأن السياسة العامة قد تستعمل في أهداف القانون العام والعدالة التي تطورت عبر القرون والتي أحدثها القضاة على هدي ما تصوروه لأجل الخير العام .

[١] السنهوري ، نظرية العقد ، الفقرة ٤٧٦ ، الوسيط ج ١ ص ٤٣٨.

الحضارة ارتفع المعيار الخلقي وزاد التشدد فيه، وإلى جانب ذلك بل في الصميم منه ميزان إنساني يزن الحسن والقبح، ونوع من الإلهام البشري يميز بين الخير والشر" [٢].

ويلاحظ مما سبق آنفاً أن الآداب العامة هي أقل تطوراً وأكثر ثباتاً من النظام العام؛ لأنها وهي تخاطب السلوك الخاص ينبغي أن تتحلى بقدر من الانضباط والثبات وتتوفر على حظ من الاستقرار والاستمرار يأمن المرء فيه غائلة الاتصاف بعدم الأخلاقية تبعاً لتغير الظروف واختلافها، كما يلاحظ من جهة أخرى أنها أكثر تشدداً منه[٣]، ومع هذا لا ينكر الفقه الوضعي أنها قابلة للتطور والتغير هي الأخرى.

الفرع الثاني
أحوال عدم القابلية لحكم التصرف في الفقه الإسلامي

١٠٦ – تمهيد

يرجع عدم قابلية المحل لحكم التصرف في الشريعة الإسلامية في العموم إلى سبب واحد، هو الحظر الشرعي؛ إذ إن مصدر المنع والإباحة في هذه الشريعة هو الشارع وحده، وما ترك الشارع النص عليه الأصل فيه الجواز كما تقدم وإنما يلتحق بالممنوع بالنص من باب القياس.

وهذا السبب مع ذلك لا ينفي أن لعدم القابلية للتصرف حالات متعددة لا تخرج في المبدأ عما يقرره الفقه الوضعي في هذا الشأن. فعلى الجملة نستطيع أن نرد أحوال عدم القابلية لحكم التصرف إلى ثلاثة : النهي الشرعي، وعدم أولوية الاستئثار بالشيء، ومخالفة التصرف للغرض الذي خصص له الشيء .

المطلب الأول
النهي الشرعي

١٠٧ – اختلاف طرق النهي

---

[٢] السنهوري ، الوسيط فقرة ٤٠٠ ص ٢٢٨ – نظرية العقد فقرة ٥٠١ ص ٥٢٩.

[٣] قارن عبد الحي حجازي المرجع السابق فقرة ١٣٦ ص ٢٢٣ حيث يقول: " وقواعد الأخلاق أسمى وأكثر تهذيباً من قواعد القانون ولذلك فإن قواعد الأخلاق تخاطب ضميراً سامياً، ثم هي أكثر تشدداً من قواعد القانون ، أما قواعد القانون فقد وضعت للرجل المتوسط وللعلاقات العادية في الحياة " .

قد يرد النص الشرعي في منع التصرف في شيء معين مباشراً في ذلك، كما قد يرد غير مباشر، فقوله تعالى : " وأحل الله البيع وحرم الربا " البقرة : ٢٧٥ ، وقوله تعالى : " حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير وما أهل لغير الله به" المائدة : ٣، نصوص مباشرة فيما وردت فيه. وقوله تعالى : " ويحرم عليهم الخبائث " الأعراف : ١٥٧، أو قول الرسول صلى الله عليه وسلم : " إن الله إذا حرم على قوم شيئاً حرم عليهم ثمنه "[١]، نصّ في تحريم الخبائث وتحريم ثمن ما حُرّم، لكنهما غير نص في معرفة الخبيث أو المحرم الذي حرّمه الله تعالى، فهذا كله إنما يستفاد من نصوص أُخَر، ومن ذلك منع التعامل في المال غير المتقوم شرعاً، فمتى يكون المال كذلك ؟ هذا ما يحتاج لنص آخر.

ويدخل في هذا ما يسمى في علم الأصول بتحقيق المناط، أي معرفة الوصف المناسب الذي علق الحكم الشرعي على وجوده، فمثلاً : ما علة تحريم مبادلة الذهب بالذهب مع الزيادة، أو الذهب بالفضة مع الأجل ؟ وباب القياس هذا في الفقه الإسلامي واسع، وتطبيقاته مثار خلف كبير، كما هو مصدر خصب من مصادر الفقه لا غناء عنه .

وكل ما تقدم لا يخرج عن النص الشرعي؛ لأن المسألة الوارد فيها الحظر إما أن يكون منصوصاً عليها، وإما أن تكون مقيسة على منصوص، ولا يكون الاجتهاد السائغ شرعاً إلا كذلك، والإجماع كما مر داخل في النص لأنه لا يكون مستنداً إلا إليه؛ إذ لا يجوز لأحد أن يأتي بشرع من عنده، وهذا مجمع عليه من غير حاجة إلى إيراد النصوص في ذلك .

١٠٨ – بعض الأمثلة على هذا القسم

وفيما يلي بعض الأمثلة على ما يعود في عدم قابليته لحكم التصرف إلى النهي الشرعي، و نشير هنا إلى أن عدم القابلية فيها مطلقة، أي غير قابلة لحكم تصرف ما .

- **الرشوة** : الإجماع في الشريعة الإسلامية على حرمة أخذ الرشوة[١]، لقوله تعالى: " ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل وتدلوا بها إلى الحكام لتأكلوا فريقاً من أموال الناس بالإثم وأنتم تعلمون " البقرة ١٨٨. وفي الحديث: "لعنة الله على الراشي والمرتشي في الحكم" [٢]، وفي حديث آخر " من استعملناه على عمل فرزقناه رزقاً فما أخذه بعد ذلك فهو غلول "[٣] .

---

[١] رواه أبو داود عن ابن عباس رضي الله عنهما (٣٤٨٨) ، وقد صححه النووي في المجموع ٢٧٣/٩، كما صححه الألباني ، انظر كتاب سنن أبي داود ، باب في ثمن الخمر والميتة ص ٣٨٨ .

[١] القرضاوي ، الحلال والحرام في الإسلام ص ٢٩٩-٣٠٠.

[٢] رواه الترمذي (١٣٣٦) وغيره عن أبي هريرة رضي الله عنه بلفظ قال :لعن رسول الله صلى الله عليه وسلم الراشي والمرتشي في الحكم ، وقد صححه الترمذي وغيره.

[٣] رواه أبو داود (٢٩٤٣) عن عبد الله بن بريدة عن أبيه وصححه الألباني . انظر سنن أبي داود ص ٣٣٣ باب في أرزاق العمال كتاب الخراج والإمارة والفيء.

- **مهر البغي** : وأجمع المسلمون على حرمة ما تعطاه المرأة على الزنا [٤]، كما روى البخاري بسنده إلى أبي مسعود البدري رضي الله عنه أن " رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن ثمن الكلب ومهر البغي وحلوان الكاهن " [٥]. وروى مسلم بسنده إلى رافع بن خديج رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال :" كسب الحجام خبيث ومهر البغي خبيث " [٦] .

وروى أبو داود عن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال :" لا يحل ثمن الكلب ولا حلوان الكاهن ولا مهر البغي " [٧] .

١٠٩ – هل يجوز التعويض عن علاقة محرمة شرعاً ؟

والتعويض عن علاقة جنسية محرمة إما أن يكون في مقابلة إنهاء هذه العلاقة، فيكون من قبيل أخذ الأجر على واجب هو ترك الزنا فلا يجوز، وإما أن يكون في مقابل الألم النفسي الذي سببته هذه الجريمة للمرأة، إلا أن المرأة متى طاوعت الرجل على الزنا فلا حق لها في التعويض، إذ هي التي اختارت وقوع الضرر وسعت إليه، ومن سعى في نقض ماتم من جهته فسعيه مردود عليه[١].

فإذا ثبت أن المرأة مكرهة على الزنا أي لم يكن باختيارها وموافقتها فهل يقبل مثل هذا التعويض ؟

مذهب مالك والشافعي وأحمد أن لها مهر المثل[٢]، غير أن إيجابه هنا إنما هو بالشرع لا بالشرط، فيفارق الصورة التي أوردها فقه القانون، ففي هذا الفقه لا ينفذ الالتزام إلا نتيجة لتعهد هذا

---

[٤] شرح صحيح مسلم للنووي ص ٩٩٧.

[٥] حديث أبي مسعود في البخاري برقم (٢٢٣٧) باب ثمن الكلب ، وفي الباب عن أبي جحيفة رضي الله عنه (٢٢٣٨) أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن ثمن الدم وثمن الكلب وكسب الأمة الخ.

[٦] حديث رافع بن خديج في صحيح مسلم برقم (١٥٦٧).

[٧] حديث أبي هريرة المتقدم هو في سنن أبي داود برقم (٣٤٨٤) وقد صححه النووي في المجموع ٢٧٢/٩ .

[١] المادة ٧٠ من (ق م م أ).

[٢] أما المالكية والشافعية فلم أعثر لهم على نص يخالف هذا . راجع الزرقاني ٢٧/٤-٢٨ ومواهب الجليل ٥١٨/٣، روضة الطالبين ٢٧٤/٦،، وأما الحنابلة فالمشهور من مذهبهم هو هذا ، انظر المغني ٩٧/٨ والشرح الكبير بهامشه ٩٨/٨، كشاف القناع ١٧٥/٥، الفروع ٢٢٣/٥، شرح منتهى الإرادات ٢٧٩/٥ وفي المذهب رواية بالمنع نقلها القاضي أبو يعلى واختارها ابن تيمية قال : وهو خبيث ، قال صاحب الفروع : "وظاهر كلامه و لو بشبهة لأنه قال : البضع إنما يتقوم على زوج أو شبهه فيملكه به " ، ونقل ابن قدامة في المغني عن القاضي أيضاً أن أحمد قال في رواية أبي طالب في حق الأجنبية إذا أكرهها على الزنا وهي بكر فعليه المهر وأرش البكارة .

فيتحصل في المذهب الحنبلي ثلاث روايات : الأولى – وهي ظاهر المذهب ثبوت مهر المثل للمكرهة على الزنا من دون أرش البكارة إن كانت بكراً ، وهذه اختارها ابن قدامة وغيره.

الثانية – المنع مطلقاً اختارها ابن تيمية .

الثالثة – مهر المثل مع أرش البكارة .

وقد نقل صاحب المغني عن أبي حنيفة قوله : لا مهر لمكرهة على الزنا .

الشخص بإرادته المنفردة، بينما في الفقه الإسلامي يثبت مهر المثل للمُكْرَهة على الزنا قِبَل المكْرِهِ ولو لم يرضَ به.

أما ما زاد على المثل فلا يلزم الشخص إلا إذا التزم به كما يقرر الفقه المالكي[٣].

- **القمار** : إن القمار مجمع على تحريمه في الإسلام، قال تعالى : " إنما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه لعلكم تفلحون " المائدة : ٩٠، والميسر هو القمار، وهو العوض الذي يلتزم به كل واحد من المتعاقدين إذا فاز أحدهما على الآخر في مسابقة، أو إذا تراهنا على صحة أمر أو بطلانه ونحو ذلك .

وهناك صور عديدة للقمار بخلاف ما ذكر، من ذلك الغرر الفاحش في عقود المعاوضات المالية على ما سيأتي، لأنه نوع من المقامرة؛ إذ لا يدري دافع المال هل يحصل الذي دفع المال في مقابله أم لا يحصل؟ ومن ذلك عقود التأمين على رأي، وهي من عقود الغرر أيضا، وسوف نشير إليها في المكان المناسب .

إلا أننا نشير هنا إلى معاملة استجدّت في العمل هي المسابقات عن طريق الهاتف: وصورتها أن يتصل الشخص المشترك بشركة لها مكاتب متعددة على هواتف دولية يدفع أجور مكالماتها على أن يجيب على أسئلة معلومات عامة، ثم إذا كانت إجابته صحيحة قيد اسمه، وعليه أن ينتظر فرز الأسماء الفائزة ليربح من ظهر اسمه فقط دون الباقين، ويُعطى الفائزون جوائزهم من مجموع تكاليف الخدمة الهاتفية محسوماً منها ما للشركة التي رتبت مثل هذه المسابقة، وهو أكبر مما يمكن تصوره، مع القدر المقرر لشركة الاتصالات المحدد بالاتفاق، وسائر المصروفات. ولا شك في اندراج هذه الصورة في حيز المقامرة لأنها نوع من أنواع اليانصيب[١].

---

[٣] قال ابن رشد الجد في البيان والتحصيل ج١٥ص٣٢٤: والمعروف على مذهب مالك وجميع أصحابه لازم لمن أوجبه على نفسه ما لم يمت أو يفلس . ونحو هذا قرر الحطاب في التزاماته المسماة تحرير الكلام في مسائل الالتزام(منشور في فتاوى عليش ج١ص٢١٨) حيث قال ما نصه : " فصل في الالتزام الذي ليس بمعلق وهو إلزام الشخص نفسه شيئاً من المعروف من غير تعليق على شيء فدخل في ذلك الصدقة والهبة والحبس والعارية والعمرى والعرية والمنحة والإرفاق والإخدام والإسكان والنذر إذا كان غير معلق وهذا القسم يقضى به على الملتزم ما لم يفلس أو يمت أو يمرض مرض الموت إن كان الملتزَم له بفتح الزاي معيناً ، ولا أعلم في القضاء به خلافاً إلا على القول بأن الهبة لا تلزم بالقول، وهو خلاف المعروف في المذهب " . وأصل ما تقدم في المدونة (ج٩ص١٨٥ كتاب الحمالة) حيث يقول ابن القاسم في رواية سحنون والمعروف من أوجبه على نفسه لزمه .. ولهذا نظائر يرجع إليها في المدونة ، كما في كتاب المديان ج٩ ص١١٧.

[١] قارن على سبيل المثال فتوى فضيلة الدكتور يوسف القرضاوي المؤرخة ٢٠٠٣/٧/٢٧م وفتوى فضيلة الدكتور علي السالوس المؤرخة ٢٠٠٣/٨/١٣م منشورتان في موقع إسلام أون لاين على الشبكة الدولية (الانترنت). وفتاوي معاصرة للدكتور القرضاوي ج٣ص٣٩٤-٤٠١.

وربما رجع عدم القابلية لحكم التصرف إلى تعلق المحل بحق من حقوق الله تعالى، وحقيقة ذلك أن ثمة نهياً شرعياً في هذه المسألة، لذلك تدخل حقوق الله في النهي الشرعي، وفيما يلي فكرة موجزة عن مفهوم حقوق الله وتأثيرها على حكم التصرفات .

١١٠ – حقوق الله تعالى

يطلق حق الله عز وجل ويراد به " ما يتعلق به النفع من غير اختصاص بأحد " ، وهو ينسب إلى الله تعالى " لعظم خطره، وشمول نفعه " [٢]، ويقابل حق العبد، وهو ما تعلق به مصلحة خاصة، وفارق ما بينهما أن حق العبد يجوز فيه العفو و الإبراء و الصلح، بينما لا يجوز في حق الله شيء من ذلك.

ومن أمثلة هذه الحقوق الحدود الشرعية، وأحكام النسب والميراث والوصية والولاية والأهلية، وكحق الطلاق والتعدد للزوج والنفقة والإحسان للزوجة، والنفقة والرعاية للطفل، والتربية والطاعة للأب الخ، وكل ذلك مما يقابل فكرة النظام العام السائد في الفقه الوضعي، مع اختلاف التفاصيل والأحكام. وقد أشرنا إلى هذه الفكرة عند الحديث على التعامل في تركة مستقبلة، وسنعرض لبعض تطبيقاتها بالنسبة للأحوال الشخصية في الوضع القانوني السائد بدولة الإمارات العربية المتحدة، ونمثّل هنا ببعض الأمثلة المناسبة.

١١١ – بعض الأمثلة على هذا القسم

- **الوظيفة العامة** : يجري الفقه الإسلامي على عدم جواز بيع الوظيفة العامة، ومع هذا يختلف هذا الفقه في مدى جواز الاعتياض عن هذه الوظيفة بغير طريق البيع، ويتضح منه تضمنه لثلاثة اتجاهات في هذا الشأن :

الاتجاه الأول: ويقضي بالمنع؛ لأن الوظيفة من الحقوق المجردة التي لا تقبل التنازل كحق الشفعة، ولأن الموظفين نواب لصاحب الدولة، فما بأيديهم شيء ينزلون عنه لغيرهم، بدليل أنهم لو انعزلوا لا يعودون إلا بتولية جديدة.

ذهب إلى ذلك أكثر الفقه فيما يظهر[١].

والاتجاه الثاني: يقضي بالجواز؛ لأن حق الوظيفة ثبت لصاحبه أصالةً فلا يحرم الاعتياض عنه كما في القصاص وغيره، ويفارق الشفعة من حيث إنها شرعت لدفع الضرر فلا يجوز الاعتياض عنها بخلافه.

---

[٢] التلويح على التوضيح ٢ / ٣١٩ .

[١] محمد تقي العثماني ، بيع الحقوق المجردة ص ١٠٤و١٠٨ ، قارن ذلك بما في الفروق ١١٧/٢ الفرق ٧٩ بين قاعدة النقل وقاعدة الإسبقاط .

ذهب إلى ذلك بعض المذهب الحنفي كابن عابدين[٢]، كما ذهب إليه بعض الشافعية كالرملي، إلا أن هذا يخرّجه على الجعالة، " فيستحقه النازل ويسقط حقه وإن لم يقرر الناظر المنزول له – أي على وظيفته الجديدة – لأنه بالخيار بينه وبين غيره" [٣].

أماالاتجاه الثالث: فينحو إلى الجمع بين الرأيين السابقين؛ إذ يقصر جواز الاعتياض عن الوظائف على وظائف الأوقاف الدائمة؛ لأن الموظف يملك النزول عن حقه المقرر في هذه الوظيفة فيجوز الاعتياض عنه، ولا كذلك الوظائف الحكومية كالكتبة ونحوهم، فهم إنما يتصرفون فيها بالنيابة عن صاحب الدولة، فليس لهم يد حقيقة على شيء ينزلون عنه.

ذهب إلى ذلك الشبراملسي[٤]من الشافعية،[٥] وهو قول لبعض المعاصرين، والفرق بين البيع والاعتياض عند من قال به أن الاعتياض إنما هو في مقابل إسقاط الحق وزوال المزاحمة، ولذا يستحق النازل العوض على هذا الرأي بمجرد النزول ولو لم يقر السلطان أو نائبه ذات المنزول إليه، فإن بقي الموظف النازل على مكانته استحق المنزول له تعويضاً يعادل ما أداه إليه، ضرورة ألا يجتمع العوض والمعوض في تصرف واحد، لإخلاله بالتزامه له بالتفرغ عن الوظيفة،ولا كذلك البيع لأن من شرطه الملك والإمكان[٦].

- **حرية الزواج**: ولا يجوز منع الشخص من الزواج، أو الحدّ من حريته فيه، ومع هذا يجيز الفقه المالكي أن يعطي الرجل زوجته على أن تمتنع عن الزواج أو العكس، فإذا أخل أي منهما بالالتزام لم يستطع المشترط منعه؛ لأن حرية الزواج من حقوق الله، وإنما له أن يرجع عليه بما أخذ[١].

وقد تأتي هذه المسألة في صورة اتفاق أعم، كما لو خالع الرجل زوجته على أن تتحمل بالولد مدة وشرط عليها ألا تتزوج في الحولين مدة الرضاع أو بعدها .

---

[٢]حاشية ابن عابدين ٥٢٠/٤ ، وابن عابدين هو محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي شيخ متأخري الحنفية وعلامة الشام ومفتي دمشق في عصره، ولد بدمشق سنة ١١٩٨ هـ وتوفي بها سنة ١٢٥٢ هـ، من كتبه حاشيته المعروفة واسمها رد المحتار على الدر المختار، ومجموعة رسائل، والعقود الدرية في الفتاوى الحامدية (الأعلام ٦ / ٤٢ ، معجم المؤلفين ٩ / ٧٧) .

[٣] نهاية المحتاج ٤٨٠/٥، ٤٨١.

[٤] علي بن علي الشبراملسي الشافعي القاهري، أبو الضياء نور الدين، نسبة إلى شبراملس بالغربية، ولد سنة ٩٩٧ هـ و توفي سنة ١٠٨٧ هـ، له حاشية على نهاية المحتاج للرملي في شرح منهاج الطالبين في الفقه الشافعي للإمام النووي وحاشية على شرح ابن قاسم للورقات لإمام الحرمين في أصول الفقه (معجم المؤلفين ٧ / ١٥٣ ،١٥٤ ، خلاصة الأثر ٣ / ١٧٤ ، الأعلام ٥ / ١٢٩) .

[٥] حاشية الشبراملسي على نهاية المحتاج ٤٨١/٥.

[٦] انظر في هذا المعنى الدكتور محمد تقي العثماني ، المرجع السابق ص ١٠٧،١٠٨،١٠٩.

[١] جاء في التزامات الحطاب المنشور في فتاوى عليش (٢٣٤/١) ما يلي: " وأما إعطاء الرجل زوجته أو أم ولده شيئاً على ألا تتزوج فهو جائز وكذا عكسه أي على أن يتزوجا ولا يمنعان من الزواج، ولكن يرجع عليهما بما أخذتا " .

ويجري المذهب المالكي في ذلك على أنه لا يلزمها الشرط بعد الحولين، أما في أثنائهما ففيه أربعة أقوال حكاها ابن رشد :

١- عدم الجواز لكونه شرطاً لما حرم الله .

٢- الجواز ، وقد روي عن مالك وقال به ابن نافع[٢]، ورجحه ابن سلمون[٣] والحطاب[٤] .

٣- اللزوم حتى بدون شرط ماداما قد تصالحا على أن ترضع ولدها في الحولين وقد ورد هذا في المدونة .

٤- التفريق بين الإضرار بالصبي فيلزم ، وبين عدم الإضرار فلا يلزم "[٥].

- **عدم جواز أخذ الأجرة على واجب** : ولا يجوز أخذ الأجر على واجب متعين، ويدخل في ذلك الأجر على ترك محرم ؛ لأن الترك هنا واجب ولا أجر على واجب. وهذه القاعدة لا خلاف فيها إلا في بعض صور، من ذلك إرضاع الأم لطفلها، وبدل الطعام للمضطر إليه، وبعض ما يتعين من حرف كالقضاء ونحوه، فعند **الشافعية** أن كل ذلك واجب يسوغ فيه أخذ الأجر، وإن كان لا خلاف عندهم في صواب المبدأ المقرر، وهو عدم جواز أخذ الأجر على الواجب المتعين على الشخص[١].

---

[٢] يظهر أن ابن نافع هنا هو عبد الله بن نافع مولى بني مخزوم المعروف بالصائغ لأن أحمد قال : كان صاحب رأي مالك و لم يكن صاحب حديث . وقال القاضي عياض : وهو الذي سمع منه سحنون وكبار أتباع أصحاب مالك، وقال : توفي بالمدينة سنة ١٨٦ هـ (ترتيب المدارك ١ / ٢٠٥ ، ٢٠٦) وهناك عبد الله بن نافع الأصغر، ترجم له القاضي عياض وذكر أنه لم يكن فقيهاً، روى عن مالك، و قد ثقه البخاري و ابن معين و البزار وخرج عنه مسلم، توفي في قول البخاري سنة ٢١٠ هـ ، ورجح عياض وفاته في سنة ٢١٦ هـ (المرجع السابق ص ٢١١ ، ٢١٢) .

[٣] عبد الله بن علي بن عبد الله بن سلمون الكناني الأندلسي، فقيه مالكي، ولد بغرناطة سنة ٦٦٩ هـ وتوفي في وقعة طريف سنة ٧٤١ هـ ، من آثاره العقد المنظم للحكام في نكت العقود و الأحكام مطبوع بهامش تبصرة الحكام لابن فرحون، و الشافي في تحرير ما وقع من الخلاف بين التبصرة والكافي في فروع الفقه المالكي (الأعلام ٤ / ٢٤٣ ، معجم المؤلفين ٦ / ٩٠ ،كتاب العقد المنظم للحكام المشار إليه) .

[٤] محمد بن محمد بن عبد الرحمن بن حسين المعروف بالحطاب الرعيني، فقيه مالكي متقن، أصله من المغرب، ولد بمكة سنة ٩٠٢ هـ و توفي بطرابلس الغرب سنة ٩٥٤ هـ، من تصانيفه مواهب الجليل شرح مختصر خليل ، الالتزامات ، قرة العين بشرح الورقات لإمام الحرمين (معجم المؤلفين ١١ / ٢٣٠ ، ٢٣١ ، الأعلام ٧ / ٢٨٦) .

[٥] انظر تحرير الكلام ٢٣٢/١، ٢٣٣، والبيان والتحصيل لابن رشد ج ٥ ص ٢٤٩ كتاب التمييز والتمليك الأول : قارن أيضاً القانون الإنجليزي حيث يبطل العقد الذي منع من الزواج إطلاقاً أو من الزواج من شخص خلاف شخص معين دون فرض قيد مماثل على هذا الشخص؛ لأن هذا ضار بالصالح الاجتماعي للدولة ومخل بنظام الزواج ، ومع هذا فإن اتفاق تقييد حرية الزواج إذا كان جزئياً ومعقولاً يكون صحيحاً، مثلاً العقد الذي يتعهد فيه الشخص بعدم الزواج من شخص يدين بعقيدة معينة . انظر فتحي عبد الرحيم عبد الله ، العناصر المكونة للعقد ص ٣٥٤ وهامشها ، الفقرة ١٩٥. دنيس كينان وسارة ريتش ، قانون الأعمال التجارية business law ص ٢٠٧ .

[١] يراجع في ذلك الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٥٥٣.

وعند غير الشافعية يعمل هذا المبدأ مطلقاً، لكن يزيد **الأحناف والمالكية والحنابلة** وغيرهم ضابطاً آخر: هو أن كل طاعة مما يستقل بها المسلم، أي مما يشترط فيه إسلام فاعله ولا تصح فيه النيابة، كالصلاة وقراءة القرآن ونحو ذلك لا يصح أخذ الأجرة عنه[٢].

المطلب الثاني

ما لا يقبل التعامل لعدم أولوية الاستئثار به

١١٢ – تعريفه

قيل في شرح هذا إن مما لا يقبل حكم العقد ما يرجع إلى علاقة العاقدين به، وأن كليهما لا يملك فيه أكثر مما يملك الآخر[٣]، ومما يمثل لذلك الأشياء المباحة، ونلقي نظرة على مفهوم المال المباح في فقه الشريعة الإسلامية .

١١٣ – المال المباح

ويعرّف بأنه ما ليس في ملك أحد كالطير في الهواء والسمك في الماء، والقاعدة فيه أنه لا يقبل التعامل فيه وإن كان مالاً لعدم إحرازه والانتفاع به[٤].

وبناءً على ورود بعض الأحاديث في النهي عن بيع الماء[١] وفضله[٢] ونقع البئر[٣]وما إلى ذلك، استنبط جمهور العلماء أن بيع المباحات كالكلأ في المرعى والماء في النهر غير جائز قبل الحيازة والإحراز.

---

[٢] يراجع المبسوط ٣٦/١٦، الشرح الكبير بهامش الدسوقي ٢١،٢٢/٤، المغني ١٣٩/٦-١٤٣ والمادة ٥٩٩ من مجلة الأحكام الشرعية على المذهب الحنبلي، المحلى ١٩١/٨ المسألة ١٣٠٢، السيل الجرار ٧٣٧/٢، شرح النيل ١٠/ ١٨ ، ٢١ ، ٢٢، ٢٣، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٢٩٩، شرائع الإسلام للحلي ٨/٢، وفي الفقه على المذاهب الأربعة للجزيري ٦٧١/٣ ذكر عن المذهب الحنفي جواز أخذ الأجر اليوم على الأذان والإمامة وتعليم القرآن والفقه على المفتى به للضرورة . وفي شرح النيل في الفقه الإباضي ٢٣/١٠ : أن المفتي إن تعين عليه الواجب لعدم غيره في البلد فهو حرام باتفاق وإن لم يتعين فأقوال الجواز والمنع والكراهة. ومن هنا يفهم أن الشافعية في هذه المسألة أوسع المذاهب ؛ لأنهم يقتصرون على الواجب المتعين فقط، فيجعلونه هو الضابط المعتبر في عدم جواز أخذ الأجر عليه ، ويجيزون ما عداه ولو كان من فروض الكفاية ، إلا الجهاد وصلاة الجنازة (الأشباه والنظائر ص) ٥٥٣ .

[٣] علي الخفيف ، أحكام المعاملات الشرعية ، ص ٢٥٥ .

[٤] المذكرة الإيضاحية لـ (ق م م أ) ص ٧٠ ، ١٥٦.

[١] حديث ضعيف ورواه أبو عبيد في الأموال بلفظ نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الماء إلا ما حمل منه ، ص ٣٠٢ فيه نعيم بن حماد يخطيء كثيراً وبقية بن الوليد مدلس وأبو بكر بن أبي مريم ضعيف (البيوع الشائعة ص ٦٥).

[٢] النهي عن بيع فضل الماء رواه البخاري (٢٣٥٣) ومسلم (١٥٦٦) كلاهما في كتاب المسافاة عن أبي هريرة رضي الله عنه بلفظ " لا يمنع فضل الماء ليمنع به الكلأ" .

[٣] حديث لا يمنع نقع البئر رواه بن ماجه في كتاب الرهن (٢٤٧٩) وفي الزوائد في إسناده حارثة بن أبي الرجال، ضعفه أحمد وغيره سنن ابن ماجة ص ٥٧٥، البيوع الشائعة ص ٦٧.

أما ما يحوزه المرء من الماء في إنائه أو يأخذه من الكلأ في حبله أو يحوزه في رحله أو يصطاده مثلاً، فإنه يملكه بلا خلاف، وإذا جاز تملكه جاز بيعه والتصرف فيه بجميع أنواع التصرفات الجائزة [٤].

على أن ثمة في الفقه من يرى جواز بيع المال قبل تملكه[٥]. وهو مذهب مرجوح لما مرّ من الأحاديث المعارضة له .

والفقهاء إذ يضعون هذا الشرط فإنما يضعونه لأن المال المباح لا يجوز أن يستأثر بحيازته أحد ما كان بحالته تلك، بل هو مباح للكافة، وذلك أدنى إلى العدالة.

ويستفاد حكم هذه المسألة من اشتراط الفقهاء في المعقود عليه أن يكون مملوكاً في نفسه[٦].

المطلب الثالث

مالا يقبل التعامل بسبب من طبيعته

١١٤ – أشعة الشمس والهواء والإنسان

لا أحد في الفقه الإسلامي يجيز التعامل في أشعة الشمس والهواء، ولعل هذا لاستحالة الوفاء بها أو لعدم ماليتها، والإنسان الحر كذلك، فقد ورد في ذلك حديث :" قال الله تعالى : ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة : رجل أعطى بي ثم غدر، ورجل باع حراً فأكل ثمنه، ورجل استأجر أجيراً، فاستوفى منه ولم يعطه أجره " [١] .

وإذا كان يجوز بيع الرقيق في الزمن الماضي، فلم يعد في هذا الزمن رقيق جرى استرقاقه بوجه مشروع، حتى يسوغ القول بجواز بيعه.

وهذا الذي قدمناه متفق عليه إجمالاً، وإنما الخلاف في أعضاء الآدمي، نتيجة لما أفرزه العلم الحديث من إمكان نقلها من إنسان إلى آخر.

١١٥ – التصرفات المتعلقة بنقل الأعضاء الآدمية

---

[٤] انظر في هذا المعنى المغني ٢٥/٤، الأموال لأبي عبيد ص ٣٠٠-٣٠٢ الدسوقي ١١/٣، المنهاج ص ٢٤، البدائع ٢١٩/٥، كشاف القناع ١٨١/٣ تحفة المحتاج ٢٣٩/٤، محمد توفيق رمضان البوطي ، المؤلف السابق ص ٦٥و ٦٩ ، روضة الطالبين ٢١/٥ ٢٣ ٣١٣ انظر في إشارة الفقهاء إلى أن يكون المال مملوكاً في نفسه البدائع ٢٢١٩/٥، البحر الزخار ٢٣٩/٣ بلفظ أن يكون البيع مملوكاً ملكاً تاماً للبائع ومن في حكمه، الشرح الكبير بهامش المغني ٢٤/٤– هذا وبعض الفقهاء ينصون على شرط القدرة على التسليم ويدرجون المسألة فيه (انظر الدسوقي ١١/٣، المنهاج ٩٤ المغني ٢٤/٤، المجموع ٢٢٧٠/٩ البدائع ٥/ ١٤٦).

[٥] يراجع المغني ٢٥/٤.

[٦] المراجع السابقة .

[١] رواه عن ابن عمر البخاري (٢٢٧٠) باب إثم من منع أجر الأجير ، وابن ماجة (٢٤٤٢) زاد بعد قوله ثلاثة أن خصمهم يوم القيامة " ومن كنت خصمه خصمته يوم القيامة " لكن ليس في حديث ابن ماجة إسناد القول إلى الله تعالى كما في حديث البخاري . وفي الإجماع لابن المنذر ص ١٢٨ : " وأجمعوا على أن بيع الحر باطل " .

يجب باديء ذي بدء أن نميز بين ثلاث حالات في هذا الصدد:

الحالة الأولى: ألا يكون ثمة أي منفعة متوخاة من وراء نقل العضو ولا ضرورة ولا مصلحة، فمن البديه والحال هذه أن يبطل أي تصرف على هذا العضو مهما كان وضعه لما تضمنه من امتهان لكرامة الإنسان في غير حاجة.

الحالة الثانية: أن يكون ثمة فائدة وضرورة ملحة إلى ذلك النقل، غير أن المتبرع بها أو المعتاض عنها يكون عرضة للهلاك إن فعل، وهنا لا إشكال أيضاً في بطلان هذا التصرف مهما كان وضعه لما ينطوي عليه من قتل للنفس بغير الحق، أو لما فيه على الأقل من تعريضها للخطر، والله تعالى يقول (ولا تقتلوا أنفسكم) النساء : ٢٩ .

الحالة الثالثة: أن تحصل الفائدة والضرورة الملجئة، ولا تهدد حياة الإنسان المراد نقل العضو منه إلى غيره، كما لو كان ثمة مريض آخر بحاجة إلى هذه العملية لاستدامة حياته أو للتجميل أو لأي غرض آخر من الأغراض المفيدة، فهنا يدق القول، والذي نلحظه أن التصرفات الواردة بهذا الخصوص لا تنفك عن أن تكون تصرفات معاوضة أو تصرفات تبرع، فعلينا إذن أن نفرد لكل من هذين النوعين كلاماً يعرّف به.

١. **إذا كان التصرف من تصرفات المعاوضة**: الاتجاه الغالب لدى فقهاء الشريعة الإسلامية، بل والإجماع على منع أي تصرف من تصرفات المعاوضة في أعضاء الإنسان لما هو مجمع عليه من كرامته بمقتضى القرآن، قال تعالى : (ولقد كرّمنا بني آدم) الإسراء : ٧٠، وهذه الكرامة تنسحب على جميع أجزائه، فيكون لها ما للإنسان كله من الحرمة[١].

ثم مادام جسم الإنسان ملكاً لله عز وجل فلا يجوز له أن يقطع عضواً من أعضاء جسده هو لقاء عرض من الدراهم،كما لا يجوز لغيره أن يتلف عليه ذلك، وهذا إلى أن الأصل في الآدمي أن يملك لا أن يُملك؛ إذ هو أغلى من أن يكون محلاً للتبادل المبتذل كحال السلع، يستوي في هذا كله أو عضو من أعضائه [٢].

---

[١] في حاشية ابن عابدين ٥ / ٥٨ : " الآدمي مكرّم ولو كافراً " .

[٢] انظر عصمت الله عنايت الله محمد ، الانتفاع بأجزاء الآدمي في الفقه الإسلامي ص ٢٢٢، وكمال الدين جمعة بكرو، حكم الانتفاع بالأعضاء ص ٦٦و٦٧ والمراجع التي نقلا عنها وحسني عودة زعال ، التصرف غير المشروع بالأعضاء البشرية ص ٣٣ ومنذر الفضل ، التصرف القانوني في الأعضاء البشرية ، ص ٤٥وقد جاء فيه أن كلمة الفقهاء المسلمين متفقة على بطلان بيع أي جزء من أجزاء الإنسان عدا لبن المرأة ، إما لكرامة الآدمي بجميع أعضائه وإما لعدم تصور الانتفاع بها في حالة انفعال الجزء عنه ، انظر أيضاً ص ٢٥٣ مجلة الحقوق السنة ١١ سنة ١٩٨٧ بحث الدكتور محمد نعيم ياسين بعنوان (بيع الأعضاء الآدمية) ومحمد بن محمد المختار الجكني ، أحكام الجراحة الطبية ص ٥١٩ .

وقد احتج بعض الفقهاء بحديث"إن الله عز وجل إذا حرّم على قوم أكل شيء حرم عليهم ثمنه"[٣]، ووجه الاستدلال من هذا الحديث أن لحم الآدمي حرام أكله، فثمنه إذن وبيعه مثل ذلك.

١١٦ – شبهتان وردّهما

وليس في الفقه الإسلامي القديم عبارة تجيز بيع الأعضاء البشرية، بل إن قواعده وأصوله تحرم ذلك تحريماً قاطعاً كما تقدم، ومع هذا ثارت في هذا الصدد شبهتان حول موقف الفقه الإسلامي:

أولاهما: الخلاف الفقهي الذي ثار في لبن المرأة وشعر الإنسان وبوله وعذرته، فإن البعض أراد تعميم ذلك الخلاف على ما يعرفه الطب في زماننا من نقل الأعضاء .

وثانيهما: كلام لابن قدامة الحنبلي يصلح في نظر البعض ليكون دليلاً على جواز إجراء البيع وكافة التصرفات على أعضاء الإنسان.

أما عن الشبهة الأولى فإن الخلاف حول بول الإنسان ولبن المرأة وشعر الآدمي ونحو ذلك إنما يتناول أشياء متجددة مفرزة من الجسم بمثابة الزوائد، أي إنما هو خلاف حول تقومها وماليتها وفقاً لما سلف بيانه، فلا يمكن سحبه على ما ينتزع من جسد الإنسان لأجل غرسه في جسد إنسان آخر.

وأما عن الشبهة الثانية، فقد جاء في صدد كلام الإمام الفقيه ابن قدامة عن جواز بيع لبن المرأة وعن جواز بيع العضو المقطوع من جسد الإنسان ما يلي : " وحُرّم بيع الحرّ لأنه ليس بمملوك، وحُرّم بيع العضو المقطوع لأنه لا نفع فيه" [٤].

ومفهومه أنه لو كان ثمة نفع في نقل أعضاء جسم الإنسان كما هو الواقع في زماننا لجاز التصرف فيها بجميع أوجه التصرفات ولو كانت معاوضة؛ إذ علة المنع وهي عدم النفع غير متحققة، فإذا انتفت العلة انتفى المعلول ورجع الأمر إلى الأصل: وهو أنه حيث كان الشيء جائز الانتفاع به حال السعة والاختيار كان مالاً، وحيث لم يرد نص بمنع التعامل فيه، جاز هذا التعامل بكافة الوجوه وكيفما كان هذا التعامل.

إلا أننا نرى أن الذي حمل ابن قدامة على التعليل المتقدم إنما هو حماسته في الانتصار لمذهبه في جواز بيع لبن المرأة تعليلاً دفع به إلى حدّه الأقصى بافتراض ما لم يكن في عصره، دون تفرقة بين ما

---

[٣] سبق تخريجه ص ١٦٥ .

بقية هوامش الصفحة السابقة

[٤] المغني ٣٠٤/٤ والمسألة واردة في الخلاف على بيع لبن المرأة، قال بعد نقل الخلاف : " والأول أصح لأنه لبن طاهر منتفع به فجاز بيعه كلبن الشاة ، ولأنه يجوز أخذ العوض عنه في إجارة الظئر فأشبه المنافع ، ويفارق العرق فإنه لا نفع فيه ولذلك لا يباع عرق الشاة ويباع لبنها ، وسائر أجزاء الآدمي يجوز بيعها فإنه يجوز بيع العبد والأمة ، وإنما حرم بيع الحر لأنه ليس بمملوك وحرم بيع العضو المقطوع لأنه لا نفع فيه ".

يتجدد في الجسم مما يفرزه في كل مرة كالشعر واللبن والدم، وبين العضو المقطوع من البدن والذي يحدث النقص في البدن بفقده، ولا يجوز تقويله ما لم يقل، لما هو معلوم من أن لازم المذهب ليس بلازم.

على أنّ غاية ما يمكن تخريجه من قوله هو جواز التعاقد على عضو مقطوع من البدن بعد انفصاله، لا جواز التعاقد على ذلك العضو من البدن وهو فيه، وشتان بين الأمرين، فالأول ليس فيه عدوان على حق مادام قد انفصل العضو بحادث غير منظور فيه إلى العقد، والثاني محله عضو لم يزل في الجسد، ويراد من الملتزم به تسليمه عن طريق اقتطاعه من ذلك الجسد، فهو عدوان محض لا يمكن أن يقرره ابن قدامة ولا غيره.

لا جرم أن الشريعة الإسلامية لا تسيغ أن تكون أعضاء النفس البشرية سبيلاً للمتاجرة والكسب احتراماً للإنسان وآدميته من جهة، واعتباراً بأن هذا الجسد ملك لله عز وجل من جهة أخرى، ولعل هذا يفسر اطراد دور الفتوى والمجامع الفقهية المتخصصة على بطلان بيع الأعضاء الآدمية وحرمته في الشرع[1].

٢ – إذا لم يكن التصرف من تصرفات المعاوضة: أما إذا كان التصرف المراد إجراؤه من قبيل التبرعات التي لا يكون في مقابلها شيء ذو قيمة مالية، فقد أجازها جلة الفقهاء المعاصرين بالنظر إلى الضرورة أو الحاجة التي أملاها تقدم الطب في زماننا بخصوص نقل الأعضاء، ومن الجهة الأخرى لأن قصد المتاجرة والربح والخوف من استغلال الحاجة الاقتصادية للناس لا يكون متوفراً في التبرعات التي تحصل بالمجان. ولهذا يرى بعض الباحثين أن التبرع بالعضو البشري خارج عن نطاق العقود التي تنحصر في المال فقط، وأنه إنما سمي تبرعاً لغةً لا اصطلاحاً[1].

هوامش الصفحة الحالية

[1] انظر على سبيل المثال قرار هيئة كبار علماء المملكة العربية السعودية رقم ٩٩ بتاريخ ١٤٠٢/١١/٦هـ، وقرار المجمع الفقهي رقم ٢٦–(٤/١) مجلة المجمع، العدد ٤ ج ١ص ٨٩ وقرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي ص ٥٧ وما بعدها وفيه : (سابعاً : وينبغي ملاحظة أن الاتفاق على جواز نقل العضو في الحالات التي تم بيانها مشروط بأن لا يتم ذلك بواسطة بيع العضو ، إذ لا يجوز إخضاع أعضاء الإنسان للبيع بحال ما) وكذلك الشأن في قرار المجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي من ١٩–١٩٨٥/١/٢٨م وفتوى شيخ الأزهر السابق ، المرحوم / جاد الحق على جاد الحق ص ١١٣ رقم ٢٧٤، ١٩٧٩/١٢/٥، (عندما كان المفتي) وانظر أيضاً فتوى لجنة الإفتاء بالمجلس الإسلامي الأعلى في الجزائر في ١٩٧٢/٤/٢٠، وغيرها من الفتاوى ضمنت كتاب الدكتور عصمت الله عنايت الله المشار إليه من ص ١٦٠ إلى ص ٢٩٠.

[1] كمال الدين جمعة بكرو ، المرجع السابق ص ٧١، محمد نعيم ياسين ، المرجع السابق ص ١٦٢ و١٦٣ حيث يقول :"فلا يصنف هذا التصرف أنه عقد بيع ولا عقد هبة وإنما هو تصرف بحق لله تعالى تعلق به حق عبد اقتضته ضرورة الحفاظ على حق أعظم لله تعالى"،وقد جاء في فتوى الشيخ جاد الحق على جاد الحق المشار إليها أن الإيصاء ببعض أجزاء الجسم لا يدخل في نطاق الوصية بمعناها الاصطلاحي الشرعي لأن جسم الإنسان ليس تركة ولكنه يدل في المعنى اللغوي للفظ الوصية وهو العهد إلى الغير بفعل شيء حال حياة الموصي أو بعد وفاته .عصمت الله عنايت الله ، المؤلف السابق ص ٢٦٨. وانظر على سبيل المقارنة بحث الدكتور جاسم علي سالم الشامسي ، بعنوان نقل الأعضاء البشرية ص ١٧و١٨ حيث يلتمس في نظرية الالتزام مصدراً لهذا النقل.

ومع اتفاقهم على الجواز من حيث المبدأ، فإنهم بالنظر لخطورة الأمر على حياة المتبرع، ولأن المتبرع قد يحصل أن يرجع في تبرعه، قد وضعوا جملة من الشروط تمنع هذه الخطورة،كما أوجبوا عدم إلزام المتبرع إن هو أراد الرجوع في تبرعه مايةً ورعايةً لحريته، وتشجيعاً له على التبرع[٢].

أما إذا أعطي المتبرع مبلغاً من المال على سبيل التعويض أو التشجيع، فقد توقف مجلس مجمع الفقه الإسلامي في هذا، وأشار إلى أن المسألة محل اجتهاد ونظر، وأجازه المجمع الفقهي التابع لرابطة العالم الإسلامي على ما أسلفنا في الدم [١].

---

[٢] يجب أن ننوه هنا إلى أن معظم رجال الشريعة الإسلامية المعاصرين قدأجازوا نقل الدم بلا مقابل، ولكننا إذ نقصد الأعضاء غير المتجددة من جسم الإنسان، فإننا نقصي الدم جانباً، ونقتصر على هذه الأعضاء وحدها، فيمكن القول على هذا إنهم قد انقسموا في هذا المجال إلى قسمين ، القسم الأول : ويرى منع التبرع بالعضو أصلاً اعتباراً بأن العضو الإنساني ملك لله عز وجل ومن حقوقه تعالى، ولا اختصاص للبشر في التصرف فيه أو الإيثار به، وهؤلاء قلة بالنسبة لمن أجاز التبرع . منهم أبو الأعلى المودودي في كتابه رسائل ومسائل ٢٩٢/٣-٢٩٥ (مشار إليه في كتاب عصمت الله عنايت الله السابق البيان ص ٢٩٠) ومنهم الشيخ حسن بن علي السقاف في كتابه الإمتاع والاستقصاء لأدلة تحريم نقل الأعضاء ، ط أولى ، ١٩٨٩، جمعية عمال المطابع التعاونية ، عمّان ، ص ١٥، ٤١، مشار إليه في كتاب كمال الدين جمعة بكرو السالف البيان ، ص ٦٧، ٣٤٢ ، ومنهم الشيخ محمد متولي الشعراوي، جريدة الشرق الأوسط العدد ٥٤٩٠ في ١٩٩٣/١٢/٩/ مشار إليه في الكتاب الآنف الذكر ص ٦٧، والدكتور حسن الشاذلي في بحثه عن انتفاع الإنسان بأعضاء جسم آخر حياً أو ميتاً ، مجلة المجمع الفقهي عدد(٤) ١٩٨٩ ص ٧٥ ، والدكتور أحمد فهمي أبو سنة في بحث له بعنوان حكم العلاج بنقل دم الإنسان أو نقل أعضاء أو أجزاء منها، مجلة المجمع الفقهي العدد الأول ص ٢٥، والدكتور بكر بن عبد الله أبو زيد ، في بحثه ، التشريح الجثماني والنقل والتعويض الإنساني ، مجلة المجمع الفقهي العدد الأول ص ٢٢ ، ٢٠-٢٢ ، ومن ذلك الأستاذ كمال الدين جمعة بكرو في كتابه المشار إليه لا سيما ص ٣٥٩ وما بعدها.

أما القسم الثاني : وهم الأكثرون فيرون جواز التبرع بنقل العضو بشروط محددة ، من ذلك قرار هيئة كبار العلماء في المملكة العربية السعودية ، رقم ٩٩ في ١٤٠٢/١١/٦هـ حيث يرون الجواز في حالة ضرورة إنقاذ الحياة ويشترط في نقل العضو من الميت أمن الفتنة و الضرورة وغلبة نجاح العملية ، وفي القرار ٦٢ في ١٣٩٨/١٠/٢٥هـ يجوز نقل القرنية من الميت ما لم يمنع أولياؤه ، وإذاكانت سليمة في عين قرر نزعها جاز نقلها للاستفادة منها في عين مسلم آخر مضطر إليها ، ومن ذلك قرار المجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي حيث اشترط قيام حالة الاضطرار لإنقاذ الحياة أو لاستعادة وظيفة العضو ، وعدم الضرر وعدم الإكراه ، وكون النقل هو الوسيلة الوحيدة للعلاج ، وتحقق نجاح العملية عادة أو غالباً ، وإذاكان العضو من ميت فلا بد من إذنه قبل موته (مشار إليهما في كتاب عصمت الله عنايت الله ص ٢٦٣-٢٦٤)، وتشترط دار الفتوى المصرية بالفتوى رقم ١٣٢٣ ص ٣٧٠٢-٣٧١٥ وهي فتوى الشيخ جاد الحق علي جاد الحق المنوّه عنها ، عدم الضرر بالمأخوذ منه ، واستفادة المنقول ، وشهادة طبيب ذي خبرة ولو غير مسلم ، وفي الميت وصيته أو موافقة ورثته مع عرض الأمر على النيابة العامة للتحقق وتشترط موافقتها في حال جهالة المتوفي أو أسرته ، لأنها نائبة عن ولي الأمر .

أما قرار المجمع الفقهي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي في دورته رقم ٤ من ٦-١٩٨٨/٢/١١ فيشترط في التبرع بالأعضاء المتجددة كالدم والجلد كمال أهلية المتبرع كقرنية العينين – أي كليهما فيما يبدو – وأن تتوقف حياة المستفيد على العضو المراد نقله أو تتوقف على الأقل سلامة وظيفة أساسية فيه على ذلك ، وفي النقل من الميت يشترط إذنه أو إذن ورثته أو إذن ولي الأمر في مجهول الهوية ومن لا ورثه له القرار رقم ٢٦/(١/٤) مجلة المجمع ، العدد ٤ ج ١ ص ٨٩ ، وما بعدها ، وقرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي ص ٥٧-ص ٦٠ ، وتشترط لجنة الإفتاء بالمملكة العربية الأردنية الهاشمية بتاريخ ١٩٧٧/٥/١٨ لجواز التبرع موافقة المتبرع الخطية أو موافقة وليه بعد وفاته ، أو موافقة ولي الأمر بالنسبة لمجهول الهوية ، وأن تكون ثمة حاجة وضرورة إلى النقل بأن تتوقف حياة المنقول له على ذلك أو تتوقف سلامة أحد أجهزة الجسم عليه ، وأن يتم التقرير بذلك من قبل لجنة موثوق بدينها وعلمها وخبرتها ، وألا يكون العضو المنقول أساسياً في الحياة بحيث يحتمل أن يؤدي نقله لوفاة المتبرع وألا يترتب على النقل تشويه لجسد المتبرع.، ويشترط في القرنية (الفتوى المؤرخة في ١٩٨٤/٤/١)تحقق الوفاة ، وأن يغلب على الظن نجاح العملية ، وأن يأذن الميت أو ورثته بذلك . انظر نص الفتوى في كتاب عصمت الله عنايت الله المشار إليه ص ٢٧١- ٢٧٥.

[١] انظر ما سبق آخر الفقرة ٤٥ من هذه الرسالة .

والأرجح المنع خوف اتخاذ ذلك ذريعة لبيع أعضاء الإنسان واستغلال حاجاته أسوة بالدم إذا تبرع به صاحبه، بخلاف ما لو جرت تعبئة الدم في الأكياس الخاصة به التي رأينا جواز بيعها بشروط معينة بين الهيئات الطبية لعدم الخطورة فيها؛ إذ الدم متجدد في الإنسان يمكن تعويضه. على أن هذا إنما يصار إليه إذا كان المتبرع يعلم بالمال المبذول في مقابل تبرعه، كما لو كان المستفيد جهة حكومية أو أهلية اعتادت على ذلك، وإلا بأن لم يكن يعلم فإننا نرى هنا ألا محظور في ذلك لأنه مجرد تبرع بلا مقابل .

المطلب الثالث

الأشياء التي لا تقبل التعامل لمنافاتها للغرض المخصص لها

١١٧ – أمثلة : أموال الوقف والمال العام والأموال المستهلكة ونحوها

ويمثل لذلك عادةً بالأموال الموقوفة، والأموال المرصودة للمنفعة العامة كالجسور والقناطر، وهي لا تقبل في الأحوال المعتادة نقل ملكيتها بالبيع والهبة؛ ذلك أن حكم كل منهما منافٍ للغرض الذي خصصت له، وهو المنفعة لعموم الناس في الأموال العامة، أو منفعة من رُصد له المال بحسب شرط الواقف في أموال الوقف، والبيع أو الهبة يفوتان الغرضين كليهما؛ لأن مقتضى كل منهما أن ينتقل ملك هذه الأموال للمتصرف إليه، مع ما في ذلك من تمكينه من الاستئثار بها لمصلحة نفسه.

ويلاحظ أن عدم القابلية هنا أمر نسبي؛ إذ لو كانت هذه الأموال خارجة كلياً عن أن تكون محلاً لتصرف ما، لكان معنى هذا أن تكون غير متقومة شرعاً، والفرض غير ذلك؛ لأنها مملوكة لجمع من الناس يقل أو يكثر، وعلى هذا يجوز أن تكون الأموال العامة أو الموقوفة محلاً لعقد إيجار، بل هذا مما يحفظ الغرض الذي خصصت له؛ لأنه لا يمكن صيانة بعضها و الحفاظ عليه إلا باستغلاله على هذا النحو.

ومما يمكن أنُ يمثّل في الفقه الإسلامي لعدم قابليته لحكم بعض التصرفات دون بعض، الأموال المستهلكة، والمال المأجور، والأموال التي يتسارع إليها الفساد.

- **فالأموال المستهلكة** : لا تقبل في الفقه الإسلامي عقد الإعارة ؛ لأنّ من خصائص هذا العقد أن يرد على المنفعة دون العين، ولا يمكن الانتفاع بهذه الأموال إلا باستهلاكها فلا تصح إعارتها، كالدراهم والدنانير وطعام الأكل والشموع وكل مكيل وموزون.

  وإذا لم تصح إعارتها فهل يكون العقد عليها حينئذٍ عقد قرض اعتباراً بالمعنى ؟

أكثر الفقه الإسلامي على ذلك [١]. وفي المذهب الحنبلي قول بعدم صحته قرضاً، وهّنه صاحب المغني[٢]، وظاهر المذهب الشافعي أنه لا يصح قرضاً أيضاً؛ لأن هذا المذهب يقرر بأن من شرط المستعار كونه منتفعاً به مع بقاء عينه، فلا تصح إعارة طعام ونحوه لأن منفعته باستهلاكه، وقد وقع التصريح في المذهب بأن العارية تكون عندئذٍ فاسدة مضمونة[٣].

- **وفي المأجور** : يشترط ألا تذهب أجزاؤه بالانتفاع به كالشأن في العارية، وإلا كان العقد عليه فاسداً عند الأكثر ولم يصح على أنه قرض[٤]، ولدى بعض المذهب المالكي ما يفيد القول بصحته قرضاً [٥].

- **وفي الأموال التي يتسارع إليها الفساد** : لا يجيز الفقه الحنفي رهن الأموال التي يتسارع إليها الفساد كالخضروات الطازجة والجمْد وهو الجليد؛ لأن حكم الرهن هو احتباس المرهون لأجل استيفاء الدين منه عند عدم الوفاء به في أجله، وهذه الأشياء على ماليتها لا تقبل البيع عند أجل الرهن أو بعده؛ إذ يتسارع إليها الفساد بتلفها أو ذوبانها [٦].

الفرع الثالث

مقارنة بين الفقهين الوضعي والإسلامي في أحوال عدم القابلية لحكم التصرف

١١٨ – اتفاق من حيث المبدأ مع اختلاف في المصطلحات وبعض التفاصيل

ومما تقدم نستطيع أن نقارن بين الفقه الوضعي والفقه الإسلامي في أحوال عدم قابلية المحل لحكم التصرف وخصائص كل منها على هذا النحو :

١. يتفق الفقهان من حيث المبدأ في أن النص الذي يحظر التعامل إما أن يكون مباشراً، وإما أن يكون غير مباشر، ولكن يختلفان هنا في أنه في الفقه الوضعي يكون النص غير المباشر كذلك إذا اصطدم التصرف بقاعدة من قواعد النظام العام أو الآداب؛ إذ علة الحظر هي مخالفة هذه القواعد حتى مع ورود النص المباشر، وفي غير ذلك لا مكان للحظر، بينما في الفقه الإسلامي

---

[١] المغني ٣٥٩/٦، الشرح الكبير ٣٥٦/٦ ، القوانين الفقهية ص ٣٢٠ ، مختصر ابن الحاجب المسمى جامع الأمهات (فقه مالكي) ص ٤٠٧ ، الفقه على المذاهب الأربعة ج ٣ ص ٧٤٥-٧٤٧ بدائع الصنائع ج ٦ص ٢١٤-٢١٥ ، ويستثني ما يلحق بالمنفعة كإعارة الشاة للبنها ، وتستثنى هذه المذاهب من الدراهم والدنانير الحلي فيجوز إعارتها لإمكان الانتفاع بها مع بقاء عينها .

[٢] المغني ٣٥٩/٦، الشرح الكبير ٣٥٦/٦.

[٣] نهاية المحتاج ١٢١/٥ ، تحفة المحتاج ٢٤٤/٧ ، ومع هذا فإن قولهم بأن العارية مضمونة يشبه القول بكونها قرضاً ، لأن النتيجة واحدة كما لا يخفى كسائر الضمانات والديون.

[٤] منار السبيل ٣٨٣/١-٣٨٦ ، المغني ١٣٢/٦ ، ١٣٣، الشرح الكبير ٣٥/٦، روضة الطالبين ٣٤٦/٤، نهاية المحتاج ٢٧٠/٥ مغني المحتاج ٤٥٤/٢تحفة المحتاج ٥١٤/٧ مختصر ابن الحاجب ص ٤٣٥، الفقه على المذاهب الأربعة ج٣ص ٦٦٠-٦٦٢ .

[٥] في الكافي لابن عبد البر ، ما يفيد صحة العقد على أنه قرض لا إجارة (ص ٣٦٨) حيث قال : " اكتراء الدنانير والدراهم فإن نزلت فيها الإجارة إلى مدة كانت قرضاً إلى تلك المدة وسقطت فيها عن مستأجرها الأجرة " .

[٦] الشيخ مصطفى الزرقاء ، المدخل الفقهي العام ج ٣ ص ٤٢٦ و ٤٢٧ .

إذا لم يكن النص صريحاً في إفادة الحظر يرجع في ذلك إلى القياس وغيره من أصول الفقه، وتختلف الأفهام بحسب ذلك، فما قد يمنعه قوم قد لا يمنعه آخرون .

٢. وما يسمى بحقوق الله تعالى يردّ في الأصل إلى النص الشرعي، فالنص هو الذي يحدد أي الحقوق هو من حق الله أو من حق العبد ، بينما رأينا أن فكرة النظام العام والآداب فكرة قائمة قبل النص وبعده، فهي التى يبنى عليها كل نص حاظر، وقد تتبدل النصوص بحسب التبدّل في مفهوم النظام العام والآداب نفسه، ولذلك تُرك تحديده لكل مجتمع على حدة بحسب ما يعرض له من أذواق، وما يتأدى إليه من أفكار، وما يبلغه من مفاهيم، وذلك بين آونة وأخرى.

٣. ويتصل بهذا أن حقوق الله تعالى عصية على التبدل، فالتشريع فيها ثابت بأشد من التشريع في غيرها، لا سيما ما يتصل منها بالجوانب الخلقية، ولا كذلك النظام العام والآداب، فهي عرضة للتبدل كما مر، وإن كان التبدّل الذي يطول النظام العام أيسر من التبدّل الذي يطول الآداب العامة، بحكم أن الأخلاق أثبت لدى الإنسان من غيرها.

٤. ومع هذا نرى أن فكرة حقوق الله تعالى تشابه فكرة النظام العام، من حيث إن المرعيّ فيهما غير المصلحة الخاصة بكل شخص، وهو ما اتصل بالنفع العام للمجتمع ، وإن إضافته لله عز وجل إنما هي لتأكيد ذلك وتقريره كما سبق.

٥. وفي الأشياء التي لا تقبل التعامل بسبب طبيعتها، رأينا أن الفقه الوضعي يدخل فيها الأموال المباحة، ولا كذلك الفقه الإسلامي الذي يرد المنع من التعامل فيها إلى عدم جواز الاستئثار بها بتلك الحالة؛ إذ لكل واحد فيها ما للآخر، وإنما يدخل الفقه الإسلامي في هذا الصنف الإنسان وأعضاءه، كما قد يدخل فيه أشعة الشمس أو الهواء إذا كان مما لا ينال أو لم يكن مالاً شرعاً وإلا كان من قبيل الأموال المباحة وقد مضى حكمها. ورأينا مدى احترام الفقهين للإنسان، وكيف أنه لا يجوز فيهما أن يكون محلاً لتصرف كما أن أعضاءه لا يجوز أن تكون سبيلاً للمتاجرة والكسب، وبالتالي لا تجوز المعاوضة عنها عند الأكثرين خلافاً للتبرعات؛ إذ الغالب على إجازتها بشروط معينة مختلف بينها لدى الفقهاء أنفسهم سواءً في الفقه الإسلامي أو في الفقه الوضعي، وما ذاك إلا للمحاذير التي تحف بعمليات النقل هذه، ولما فيها خاصة من الخطورة على حياة المتبرع أو حريته، وقد أشرنا إلى طائفة من هذه الشروط من قبل.

٦. وأخيراً، ثم تشابه بين الفقهين من حيث المبدأ في الأشياء التي لا تقبل التعامل فيها لمنافاته الغرض الذي خُصّصت له، كالأموال العامة وأموال الوقف، وقد وَضُحَتْ لنا نسبية ذلك بحسب منافاة أو موافقة التصرف المراد إجراؤه لهذا الغرض أو لذاك، فإجارة طائفة من المال العام أو إجارة أموال الوقف لا تعارض ما خُصّصت له، بل توافقه، ولهذا جازت بخلاف البيع والهبة . ومما يضرب لذلك شغل جزء من الطريق العام، أو منح رخصة لإقامة دكاكين على

شواطئ البحر، أو إكراء الأرض الزراعية الموقوفة لمن يستأجرها، أو دفعها لمن يزرعها بجزء مما يخرج منها مزارعة[١].

[١] ذلك ومن الممكن أن تعود هذه الأموال أموالاً خاصة، كما إذا بيعت للجمهور لسبب من الأسباب الجائزة شرعاً أو قانوناً . انظر مصادر الحق للسنهوري ٥٨/٣. وقارن أبو زهرة ص ٦٦ فقرة ١٨. حيث يفرق بين الأموال العامة والأموال الموقوفة بأنها وإن كانت جميعها مخصصة لجهة من جهات الانتفاع فيمتنع ورود التصرفات التي تثبت الملكية لأحاد الناس عليها، فإن الأموال العامة أشد في كونها لا تقبل التمليك مطلقاً مادامت مخصصة لمنفعة الكافة، بينما تقبل الأموال الموقوفة وأموال بيت المال التمليك في بعض الأحوال دون بعض إما لضرورة ملجئة أو حاجة ماسة أو مصلحة راجحة .

المبحث الثاني

أحوال عدم القابلية لحكم التصرف وأهم تطبيقاتها في قانون المعاملات المدنية الإماراتي

١١٩ – تمهيد

قسمت المذكرة الإيضاحية لقانون المعاملات المدنية أحوال عدم قابلية المحل لحكم العقد إلى ثلاثة أقسام :

الأول: ما يرجع إلى نهي الشارع لحكمة راعاها في ذلك.

الثاني: ما يرجع إلى منافاة حكم العقد ما خصص له ذلك المحل من أغراض عامة كالمساجد والقناطر.

الثالث: ما يرجع إلى علاقة المتعاقدين به وأن كلاً منهما لا يملك فيه ما يملكه الآخر، وليس هو أولى به منه، ومن أمثلة هذا القسم التعاقد على تمليك الأشياء المباحة[1].

ويبدو أن الأشياء التي لا تقبل التعامل بطبيعتها كالشمس والهواء والبحر تدخل في هذا القسم، وإن كان لا يظهر دخول الإنسان فيه؛ لأن حرمة التعامل فيه لا تعود بحسب هذا التقسيم إلى أن كلاً من المتعاقدين لا يملك فيه ما يملكه الآخر، ولذلك فهو يعود إلى نهي الشارع ، أي إلى القسم الأول من الأقسام التي أشارت إليها المذكرة الإيضاحية.

وواضح من هذا التقسيم، ومما أوردته المادة (١٢٧) من عدم جواز التعاقد على معصية أن القانون الإماراتي يأخذ بما يقرره الفقه الإسلامي، غير أنه إذ يورد نصوصاً تشير إلى النظام العام والآداب العامة ولاسيما بالنسبة للمحل يُفهم منه استهدافه إلى المزج بينهما، كأنه يرى ألا فرق جسيماً بينهما إلا فوارق يكمل بعضها بعضاً ولا تتعارض. على أن من نافلة القول أن يقال إن هذا القانون يعلي جانب الشريعة حيثما كان خلاف بينها والفقه الوضعي ويلزم القضاة بذلك نزولاً على مقتضيات المادة الأولى منه.

فأحوال عدم قابلية المحل للتصرف إذن كما نأخذها من القانون الذي نعالجه، ومما أوردته المذكرة الإيضاحية المصاحبة لصدوره ثلاث، هي :

---

[1] المذكرة الإيضاحية لق م م أ – ص ١٥٥-١٥٦ ، ومن الواضح نقلها عن الشيخ علي الخفيف ، المؤلف السابق ، ص ٢٥٥. ويراجع السنهوري ، مصادر الحق ٣/٥٧،٨٥ نظرية العقد ص ٤٨٨، ٤٨٩ فقرة ٤٧٠، والوسيط ج ١ ص ٤٣٢و٤٣٣ فقرة ٢٢٧.

١- ما يرجع إلى نهي الشارع : ومن أمثلته الإنسان ، وما نص على المنع منه شرعاً أو قانوناً، وما يخالف النظام العام و الآداب.

٢- ما يرجع إلى منافاة الغرض: ومن أمثلته الأموال العامة.

٣- ما يرجع إلى عدم أولوية الاستئثار بالشيء : ومن أمثلته الأموال المباحة .

ونبدأ بالحالتين الأخيرتين لقلة القول والخلاف فيهما على نحو ما يلي .

الفرع الأول

ما يرجع إلى مخالفة الغرض

١٢٠ – أمثلة

من الأمثلة التي تضرب هنا الأموال العامة، وقد نصت المادة (١٠٣/ ١) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي على : " أنه تعتبر أموالاً عامة جميع العقارات والمنقولات التي للدولة أو الأشخاص الاعتبارية العامة والتي تكون مخصصة لمنفعة عامة بالفعل أو بناءً على قانون "، ونصت هذه المادة على أنه لا يجوز التصرف فيها أو الحجر عليها أو تملكها بمرور الزمان .

ولكن الأموال المستهلكة يجوز رهنها في هذا القانون خلافاً للمذهب الحنفي وأخذاً عن المذهب الحنبلي؛ وذلك حيث تنص المادة (١٤٥١) منه على " أنه يجوز رهن ما يسرع فساده بدين مؤجل ويحفظ إن أمكن وإلا بيع بالمزاد العلني وجعل ثمنه رهناً مكانه [١] ".

الفرع الثاني

ما يرجع إلى عدم أولوية الاستئثار بالشيء

١٢١ – إحالة

ومن أمثلة هذا القسم الأموال المباحة، ولا خلاف على ذلك لا في الفقه الإسلامي ولا في الفقه الوضعي، ومن ثم نحيل إلى ما سبق أن قررناه هناك .

---

[١] انظر المذكرة الإيضاحية لق م م أ . ص ١٠١٤ حيث أشارت إلى المادة ١٧٠ من التقنين الحنبلي ، والشرح الكبير لابن قدامة ص ٣٧٢-٣٧٣ ، وقد جاء في المادة ١٠٢٩ من مجلة الأحكام الشرعية على المذهب الحنبلي ما يلي " يصح رهن ما يتسارع فساده بدين حال أو مؤجل " وقد أخذت هذه المادة من شرح منتهى الإرادات ٣٣٤/٣ ، وكشاف القناع ٣٦٢/٣ حيث جاء في متن المنتهى : " أو يسرع فساده بمؤجل ويباع ويجعل ثمنه رهناً "، وفي متن الإقناع : "ويصح رهن ما يسرع إليه الفساد بدين حال أو مؤجل إذا كان مؤجلاً وكان الرهن مما يمكن تجفيفه كالعنب فعلى الراهن تجفيفه وإن كان مما لا يمكن تجفيفه وشرط بيعه وجعل ثمنه رهناً فعل ذلك وإن أطلق بيع " . أي باعه الحاكم .

الفرع الثالث

ما يرجع إلى نهي الشارع

ومن أمثلته الإنسان، وما نص على المنع منه شرعاً أو قانوناً، وما يخالف النظام العام و الآداب ونعقد لكل منها مطلباً.

المطلب الأول

الإنسان

١٢٢ – عدم قابليته للتعامل

لا جدال في أن الإنسان غير قابل لحكم أي عقد أو تصرف كما هو المسلم به، وإنما الخلاف في شأن أعضاء الآدمي المراد نقلها لإنسان آخر.

في هذا الصدد صدر في الدولة القانون الاتحادي رقم ١٥ لسنة ١٩٩٣ بشأن مشروعية نقل الأعضاء، وقد نصت المادة (٧) منه على أنه يمنع بيع وشراء الأعضاء بأية وسيلة كانت أو تقاضي أي مقابل مادي عنها .

وتضمن هذا القانون جواز تبرع الشخص أو وصّيته بأحد أعضاء جسمه بالشروط التالية:

١ - أن يكون كامل الأهلية قانوناً.

٢ - أن يتم التبرع أو الوصية بموجب إقرار كتابي موقع عليه من المتبرع أو الموصي ويشهد عليه شاهدان كاملا الأهلية. (م ٢).

٣ - ألا يرجع في تبرعه قبل إجراء عملية الاستئصال (م ٥) [(١)] .

٤ - ألا يكون العضو المراد استئصاله هو العضو الأساسي في الحياة أو ألا يكون استئصال هذا العضو مفضياً إلى موت صاحبه أو معطلاً له عن واجب. (م ٣).

وقد ثارت مسألتان في صدد التبرع :

---

(١) تنص المادة (٥) من القانون رقم ١٩٩٣/١٥ على أنه يجوز للمتبرع قبل إجراء عملية الاستئصال أن يرجع في تبرعه في أي وقت دون قيد أو شرط ولا يجوز للمتبرع استرداد العضو الذي تم استئصاله منه بعد أن تبرع به وفقاً للقانون، وتنص المادة (٦) من ذات القانون في شأن الميت على أنه يجوز نقل الأعضاء من جثة متوفى بشرط الحصول على موافقة أقرب الأشخاص إليه حتى الدرجة الثانية ، فإذا تعدد الأقارب في مرتبة واحدة وجب موافقة غالبيتهم وفي جميع الأحوال يجب أن تصدر الموافقة بإقرار كتابي وذلك بالشروط الآتية : ١- التحقق من الوفاة بصورة قاطعة بوساطة لجنة تشكل من ثلاثة أطباء متخصصين ممن يوثق فيهم من بينهم طبيب متخصص في الأمراض العصبية على ألا يكون من بين أعضاء اللجنة الطبيب المنفذ للعملية ٢- ألا يكون الشخص المتوفي قد أوصى حال حياته بعدم استئصال أي عضو من جسمه وذلك بموجب إقرار كتابي يشهد عليه شاهدان كاملا الأهلية.

الأولى: هي ما إذا بذل المستفيد من العضو ابتغاء الحصول على العضو المطلوب مالاً عند الضرورة، أوكان منه على سبيل المكافأة والتكريم، فهل يغير هذا البذل من حقيقة التبرع بالعضو ؟ سبق أن أشرنا إلى توقف مجلس مجمع الفقه الإسلامي في هذا[١]، ورجحنا المنع إلا إذا كان المتبرع جاهلاً حين التبرع بأن المستفيد سوف يعطيه، وإذا قلنا بالمنع فإنما ذلك لأن القانون المذكور يمنع تلقي أي مقابل مادي نظير التبرع بنقل العضو، ولقيام معنى المعاوضة هنا، بخلاف ما لوكان جاهلاً لانتفائها آنئذٍ.

الثانية : هي الهبة المقترنة بتكليف، والتي أجازها قانون المعاملات المدنية كقاعدة عامة في المادة (٢/٦١).

ذهب رأي إلى أنه يلزم التفريق بين طبيعة الشخص الذي يستفيد من التكليف، فإذا كان الاشتراط لصالح من يلتزم الواهب بالإنفاق عليه قانوناً، أو فعلاً فلا يجوز لظهور فكرة المعاوضة؛ لأن للواهب مقابلاً مالياً لاستئصال العضو الذي تطوع بنقله منه، وهو لا يجوز بنص المادة (٧) من القانون رقم ١٩٩٣/١٥ المتقدم الذكر، أما إذا كان الاشتراط لمصلحة عمل من أعمال البر أو لجمعية ذات نفع عام مثلاً، فإنه لا يظهر هنا معنى المعاوضة. ومثل ذلك أية حالة لا تلحظ فيها المعاوضة، كما لو أوصى شخص ببعض أعضائه لشخص آخر لقاء التزام هذا الأخير بعمل ليس له قيمة، أو عمل يستفيد منه غير الورثة[٢].

ولكن الأرجح في رأينا المنع؛ لأن المادة (٢/٦١٤) من قانون المعاملات المدنية تنص على: " أنه يجوز للواهب مع بقاء فكرة التبرع أن يشترط على الموهوب له القيام بالتزام معين، ويعتبر هذا الالتزام عوضاً "، وهذا نص صريح في أن الهبة هنا يقابلها عوض هو التكليف، وليس مما يمنع هذا بقاء فكرة التبرع، فالنص القانوني صريح في أن كل مقابل مادي يتقاضاه المتبرع أمر غير جائز، يستوي أن يكون هذا المقابل مشترطاً له أو لغيره، لأننا إذا أجزناه للغير فينبغي أن نجيزه له أولاً، وإذا لم يكن جائزاً لنفسه هو فلا يجوز لغيره، ضرورة أنه إذا سقط الأصل سقط الفرع، ولأنه إذا اشترط العوض للغير فكأنه اشترطه أولاً لنفسه، ووكل الموهوب له بتسليمه إلى الغير ، وأذن للغير بأن يتسلمه من الموهوب له.

المطلب الثاني

النهي الشرعي أو القانوني

١٢٣ – أمثلة

---

[١] القرار رقم ٢٦(٤/١) ص ٦٠ من قرارات المجمع الفقهي .

[٢] بحث الدكتور جاسم علي سالم الشامسي ، المشار إليه ، ص ١٧و ١٨.

إن المناهي الشرعية التي أشرنا إلى طرف منها داخلة في المطلب الذي نحن بصدده؛ لما تقدم من لزوم إعمال قواعد الشريعة في قوانين دولة الإمارات، ومن ثم نحيل إلى ما قلناه هناك .

وأما بخصوص ما تضمنته التشريعات من النصوص الدالة على حظر بعض التصرفات، فمثالها في قانون المعاملات المدنية الإماراتي النص على عدم جواز النزول عن الحرية الشخصية أو الأهلية أو التعديل في أحكامها (م ٨٩ ١) والنص على بطلان كل شرط يقضي بالإعفاء من المسئولية المترتبة على الفعل الضار (م ٢٩٦) والنص على عدم جواز الاتفاق على عدم حق الطرفين في طلب تعديل الشرط الجزائي بما يجعل التقدير مساوياً للضرر (م ٢/٣٩٠).

ومن ذلك بطلان كل اتفاق أو شرط يقصد به إسقاط الحق في طلب البائع تعديل السعر المجحف الذي باع به المشتري في عقد السلم (م ٣/٥٤٧) ، إلى غير ذلك من النصوص الآمرة.

المطلب الثالث

ما يخالف النظام العام والآداب العامة

القسم الأول : النظام العام

١٢٤ – مفهومه ومدى قابليته للتطور

نص قانون المعاملات المدنية الإماراتي على تعريف النظام العام في المادة الثالثة كما يلي:" يعتبر من النظام العام الأحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية كالزواج والميراث والنسب والأحكام المتعلقة بنظم الحكم وحرية التجارة وتداول الثروات وقواعد الملكية الفردية وغيرها من القواعد والأسس التي يقوم عليها المجتمع وذلك بما لا يخالف الأحكام القطعية والمبادئ الأساسية للشريعة الإسلامية ".

ويؤخذ من هذه المادة تعريفها للنظام العام بأنه القواعد والأسس التي يقوم عليها المجتمع[١] . ونرى منها أن المشرع في دولة الإمارات العربية المتحدة لم يشأ أن يخرج باستعمال عبارة النظام العام والآداب عن المعهود في الفقه الإسلامي[٢]، وأن هذه العبارة تعادل عبارة حقوق الله عز وجل، وإنما عدل عنها فيما يبدو لتحقيق فائدتين من وجهة نظره فيما نرى :

---

[١] وقد عرّفت بعض أحكام المحكمة الاتحادية العليا قواعد النظام العام بما لا يخرج على ما أشار إليه النص المتقدم وبما لا يخرج كذلك عن المعنى السائد في فقه القانون الوضعي، وهو " القواعد التي يستهدف الشارع بها تحقيق مصلحة عامة سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية تتصل بنظام المجتمع الأعلى وتعلو على مصلحة الأفراد " . (الطعن ١٢٤ لسة ٦ قضائية ، جلسة ١٦ / ١٠ / ١٩٨٥ م ص ٨٠ من العدد ٤٦ من مجلة العدالة ، والطعن ١٦ لسنة ٨ قضائية ، جلسة ١٤ / ٥ / ١٩٨٦ م ص ٤٦ من العدد ٤٩ من مجلة العدالة ، ١٩٨٦ م) .

[٢] وقد عثر في بعض الأحكام على أنها لا تفرق بين مفهوم النظام العام وبين حقوق الله تعالى ، فمثلاً تذهب هذه الأحكام بمناسبة إبطال الوكالة في شراء وبيع العملات الآجلة دون تسليم وتسلم أنها من عقود الغرر والمقامرة والرهان وأن السبب في بطلان هذه هو انطواؤها على تجاوز لحدود الله تعالى (انظر مثلاً الطعن ٣٣٩ لسنة ٢٠ القضائية ، جلسة ٢٦ / ١١ / ٢٠٠٠ ، ص ١٦٤٠ ، مجلد ٤٨) .

الأولى – أن يستعمل عبارة يراها أقرب للمعاصرة، وأقرب لمنطق الصياغة الحديثة للقوانين، بدلاً من عبارة حقوق الله عز وجل المعهودة في الفقه الإسلامي .

والثانية – أن ينبّه إلى ضرورة مراعاة الأفراد في اتفاقاتهم الخاصة لقوانين الدولة، والتي تختلف عن بعض ما لدى الدول الأخرى، كما ينبه إلى ضرورة مراعاة الآداب التي تدخل فيها العادات والتقاليد أحياناً.

وإذا كانت فكرة النظام العام والآداب في فقه القانون الوضعي فكرة مرنة قابلة للتطور، حتى قيل إن " القاضي يكاد يكون مشرعاً في هذه الدائرة المرنة على ألا يرجع إلى ذوقه الخاص أو آرائه الشخصية، وإنما عليه الاعتماد على معيار المصلحة العامة حيثما استظهر وجود قاعدة من قواعد النظام العام في الواقعة المعروضة أمامه " [(١)].

فإننا نرى أن هناك قدراً من الثبات في هذا المفهوم مستمداً من قطعيات الشريعة الإسلامية التي تشكل الرواكز الأساسية التي تقوم عليها المجتمعات الإسلامية، ومنها مجتمع الإمارات.

وعلى هذا يمكن القول بأن الشريعة الإسلامية الغراء في ثوابتها الأساسية تعتبر قيداً على المرونة والنسبية اللتين يتصف بهما النظام العام في القانون الوضعي.

على أن شيئاً من هذا كله ليس بمانع لسنة التطور أن تعمل عملها في المجتمع، فهو من جهة سنة محتومة، وهو من الجهة الأخرى مأذون به في حدود العرف والعادة بحسب الأطوار أو الأحوال التي تعرض للمجتمع في خلال سيره، وفقاً للقاعدة الشرعية التي تقرر أنه لا ينكر تغير الفتوى باختلاف الزمان والمكان، وهي قاعدة عليها العملُ عند أهل العلم، وعلى أن يقيّد ذلك أخذاً مما قرّروه في هذه القاعدة بالشروط الآتية:

١ – أن تعمل هذه القاعدة في غير الأحكام الثابتة على النص؛ إذ النص أقوى من العرف، من حيث إنه لا يمكن أن يستند على باطل، بخلاف العرف والعادة .

٢ – وأن يلحظ فيها مصلحة جهة معينة.

[(١)] السنهوري الوسيط ص ٤٣٧ آخر فقرة ٢٢٨ نظرية العقد ص ٤٩٣ فقرة ٤٧٤، ويرى حجازي ، المرجع السابق ص ٢٢١ فقرة ١٣٣ أنه يتعين على القاضي عند عدم وجود النص أن يستخلص فكرة النظام العام بشرط أن يستند في ذلك إلى مجموع التشريع وإلى القواعد الرئيسية المستمدة من الدستور ، ولا يجوز له أن يستوحي مزاجه أو ميوله السياسية أو الاجتماعية الخاصة، لأنه خادم للقانون ، فيجب عليه أن يستوحي في سبيل تحديده لفكرة النظام العام ما يقدر أنه فكرة الشارع وقت عرض القضية عليه، كما أن مسألة تحديد النظام العام لا تعتبر مسألة وقائع بل مسألة قانونية تخضع لرقابة محكمة النقض (الفقرة ١٣٤ص ٢٢٢).

٣ – وأن تكون بحال لا تشهد لها قواعد الشرع بالإلغاء، أو تشهد لها قواعد الشرع بالاعتبار كالمصلحة المرسلة[٢].

فإذا استتمت هذه الشروط ساغ للتطور في النظام العام أن يأخذ مجراه.

ثم إن الأحكام المبنية على النص ليست كلها مقطوعاً بدلالة النصوص التي تستند إليها ولا مقطوعاً بثبوتها كذلك في نفس الأمر؛ إذ دائرة القطعيات دائرة ضيقة في الشريعة، ووظيفتها عصمة الدين والحفاظ على خصائصه ومزاياه من أن تنال منها عاديات الزمن، لهذا قيل في العلماء : "اتفاقهم حجة قاطعة واختلافهم رحمة واسعة "[١].

ونخلص مما ذكرنا إلى القول بأن النظام العام في دولة الإمارات العربية المتحدة نظام مرن ونسبي حيث كنا في دائرة الخلافيات التي هي دائرة واسعة قابلة للاجتهاد في كل مرة، وهو نظام مرن ونسبي حيث تتغير الأعراف والعادات في المجتمع من جهة إلى أخرى ومن طور إلى آخر، إلا أن حدود مرونة النظام العام في قانوننا ليست مطلقة بالشكل الذي يعرفه فقه القانون الوضعي، ولهذا لا غرو أن تنتهي المادة الثالثة منه بعد تعداد أبرز تطبيقات النظام العام إلى التقييد " بما لا يخالف الأحكام القطعية والمبادئ الأساسية للشريعة الإسلامية ".

١٢٥ – أهم تطبيقاته : أولاً : الأحوال الشخصية

الأحوال الشخصية هي تلك الروابط التي تخص الإنسان من حيث هو كالزواج والنسب والميراث، وكالحالة المدنية وقواعد الأهلية، وهذه الأحكام من النظام العام تبعاً لنص المادة (٣) من قانوننا السالفة البيان، ومن أمثلتها أنه لا يجوز لأحد أن ينزل عن حريته الشخصية ولا عن أهليته أو أن يعدل في أحكامها (م ٨٩) ولا يجوز التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة ولو كان ذلك برضاه إلا في الأحوال التي ينص عليها القانون (م ٢٠٢).

ولايجوز الاتفاق على أن يتبنى إنسان شخصاً آخر أو يلحقه به خلافاً لقواعد النسب، ويبطل الاتفاق الذي يبرمه الزوج مع امرأته التي طلقها طلاقاً بائناً بينونة كبرى على أن تعود إليه دون أن تنكح زوجاً غيره.

---

[٢] يراجع في هذه القاعدة المادة ٣٩ من المجلة وشرح علي حيدر ج١ص٤٣ ، كما يراجع إعلام الموقعين لابن القيم ج٣ص ١٤ إلى ص٧٠ ، وقد استفاض في ذكر أمثلة موفقة من السنة لهذه القاعدة ، كما يراجع كتاب شرح القواعد الفقهية للشيخ أحمد بن الشيخ محمد الزرقاء من ص ٢٢٧ إلى ص ٢٢٩، ومن الأمثلة على هذه القاعدة عدم إجبار الزوجة على مفارقة بلدها مع زوجها وإن عجل مهرها لغلبة العقوق وكانت في الزمن الماضي تجبر، وتحليف الشهود اليمين وكانوا لا يحلفون، ولزوم رؤية كل بيت من الدار المبيعة لإسقاط خيار الرؤية وفقاً لزفر، وكان أبو حنيفة وصاحباه يكتفون برؤية بيت منها لإسقاطه ، وسبب ذلك أن الدور أصبحت تبنى على كيفيات مختلفة لا على نمط واحد كما كان الحال في زمن أبي حنيفة وصاحبيه .

[١] انظر المغني للإمام ابن قدامة ج١ص٣.

١٢٦ – حرية التعاقد على تعديل أو إسقاط حقوق الأحوال الشخصية في ظل الأوضاع السابقة على القانون الجديد المنظم لها

وقبل أن يصدر قانون الأحوال الشخصية الجديد كان يجب تطبيق الشريعة الإسلامية مع مراعاة تخير أنسب الحلول من مذهبي الإمام مالك والإمام أحمد بن حنبل فإذا لم يوجد فمن مذهبي الإمام الشافعي والإمام أبي حنيفة حسبما تقتضيه المصلحة (المادة الأولى)، وقد جرت المحكمة الاتحادية العليا بالرغم من هذا على تطبيق المعتمد من المذهب المالكي في الغالب[١].

ويجب أن نلحظ أن المذهب المالكي واسع بعض الشيء في تبني مبدأ سلطان الإرادة، وإن كان يضيق بالشروط المضمنة عقد الزواج، ونختار هنا عدة نماذج للتدليل على ما نقول:

أ. **النموذج الأول:** يجيز المذهب المالكي في المشهور منه إسقاط الوارث لنصيبه من الإرث قبل وفاة المورث، كما يجيز هبته إياه إذا وقع أي من هذين التصرفين في مرض الموت إلحاقاً له به، وهناك رأي ضعيف في المذهب على لزوم هذا التنازل وعلى صحة هذه الهبة ولو وقعت في صحة المورث، ويوجد خلاف قوي في المذهب فيما إذا وقع هذان التصرفان في حال الصحة على سبب كالغزو والسفر وما إليهما، وقد سبق أن أشرنا إلى ذلك وقررنا اندراج هذين التصرفين في حظر التعامل في التركات المستقبلة المبين في المادة ٢/٢٠٢من قانون المعاملات المدنية، ولولا هذا المنع القانوني لكان من المرجح جوازهما [٢].

ب. **النموذج الثاني:** في حق المبيت عند الزوجة: المعتمد في الفقه المالكي أن للزوج أو للضرة شراء يوم الزوجة الأخرى منها بعوض معين وتختص الضرّة بما اشترت ويخص الزوج من شاء منهن بما اشترى، زمنا معيناً يوماً كان أو أكثر ، بل ذهب بعضهم إلى جواز شراء النوبة ولو على الدوام[٣].

وهذه مرونة في المذهب المالكي لا وجود لها في المذاهب الأخرى، والأرجح عندنا أن يصح الاتفاق لمدة معينة لا إلى الأبد، قياساً على الإيجار، وبيان ذلك أن هذا الاتفاق لا يتصور أن يباع فيه الحق إلا تبعاً للأصل الذي هو الزوجة وهو غير جائز ولا متصور، فلا يبقى ما يشبهه إلا عقد

---

[١] انظر على سبيل المثال لا الحصر الطعن رقم ١٥١ س ٢٣ شرعي ، ٢٠٠٢/٧/٣٠ حيث يقرر تبعاً لما في الفقه المالكي أن المطلقة بائناً غير الحامل لا نفقة لها وإنما لها السكنى فقط، منشور بمجلة العدالة العدد ١١٥ ص ١١٣ وما بعدها – ومع ذلك خرجت المحكمة العليا عن المنصوص عليه في المذهب المالكي من سقوط حضانة من سكنت بعيداً عن الولي بمسافة تزيد على ستة برد، واختارت مذهب أبي حنيفة من أن المعتبر لسقوطها كون المسافة تمنع الولي من رؤية الطفل مع الرجوع في نهاره، مبررة ما في المذهب المالكي بأن هذه علته ، ولهذا إذا تقدمت المواصلات كما هو في عصرنا تعين عدم التقيد بمسافة ستة برد (الطعن ٦٠ لسنة ٢٣ نقض شرعي ، جلسة ٢٠٠١/٩/٢٩ العدالة العدد ١٠٩ ص ١٣٧– ١٤٢) .

[٢] انظر الفقرتين ٨٩ و٩٤ من هذه الدراسة .

[٣] حاشية الدسوقي ٥٣٨/٢ وفيها " نص على ذلك خليل تبعاً لابن عبد السلام ، وقد اختلف المذهب في بيعها اليوم واليومين والأقرب الجواز على ما ذكر ابن عبد السلام ونقله خليل في التوضيح ونص ابن رشد على كراهته .... وقال الشيخ أحمد الزرقاني :يجوز شراء النوبة ولو على الدوام "، وانظر أيضاً تحرير الكلام في مسائل الالتزام للحطاب ٣١٨/١، ٣١٩.

الإيجار؛لأنه يختص بنقل ملكية منفعة بعوض ولمدة معلومة ويبطل إذا جهل الأجل، وهذا في معناه؛ لأن الحق قد يكون له منفعة أو قيمة مالية، والأصل هنا يتعذر أن يكون له ذلك.

ج. **النموذج الثالث: الخلع بإسقاط الأم لحضانتها**: يجوز في المذهب المالكي الخلع وهو الطلاق بعوض بإسقاط الزوجة حضانة الولد لوالده، وينتقل الحق له ولو كان هناك من يستحقها غيره قبله في مشهور المذهب، وهو رأي المدونة، وإن كان عمل القضاة والمفتين على غيره[١].

د. بل أجاز المالكية أن يتفق رجل وزوجته على أن تسقط هذه حضانتها للولد بعوض يدفعه لها، بعيداً عن مسألة الخلع، هذا على القول بأن الحضانة للأم، أما على القول بأنها حق للولد، فلا يلزمها عندئذٍ تركها ويحق لها أن ترجع فيها ويرجع الزوج في العوض إذا شاء [٢].

هـ. **النموذج الرابع: مسائل النفقات**: النفقة في الأصل على الزوج لزوجته وعلى الأب لولده، وهذا متفق عليه بين المذاهب اتفاقاً يجعله من النظام العام بتعبير رجال القانون، غير أن الفقه المالكي قد صحح جملة من الاتفاقات التي تخص هذه المسألة نتناولها فيما يلي:

أ. من ذلك أنه يجوز الخلع على أن تلتزم المرأة نفقة الولد بعد مدة الرضاع على ما جرى عليه العمل في المذهب، وإن كان رأي مالك وابن القاسم على عدم جواز ذلك ابتداءً، فإن وقع صح الخلع وسقط الزائد على الحولين . أما إذا اشترط الزوج نفقة الولد أو غيره أعواما معلومة عاش المنفق عليه أو مات، فإنه يصح هذا الاتفاق على رأي مالك وابن القاسم أيضاً، لانتفاء الغرر حينئذٍ[٣].

ب. ومن ذلك صحة اشتراط الأب على الأم نفقة أولاده وكسوتهم إذا انتقلت إلى موضع بعيد، وكذلك يجوز أن يشترط عليها أنها إذا خرجت بهم بغير إذنه فنفقتهم وكسوتهم عليها[٤] .

ج. ومن ذلك أن بعض المالكية اعتبر تنازل الزوجة عن نفقة المستقبل صحيحاً لازماً بناءً على أن سبب وجوب النفقة وهو الزوجية قد وجب، وهناك قول آخر بعدم اللزوم بناءً على أن

---

[١] حاشية الدسوقي ٥٤٧/٢، ٥٤٩، ٥٥٠- وفي تحرير الكلام ص ١٢٤ لأنه تضمن إسقاط حق الجدة وغيرها قبل وجوبه ، وقال ابن عرفة معللاً :" لأنها أسقطت ما لم يجب "، أنظر أيضاً حاشية العدوي على شرح الخرشي ٢١٧/٤، وفي تحرير الكلام ٣٢٤/١ ، ٣٢٥ ذكر المتيطي أن ذلك الذي عليه العمل وخالف غيره من القرويين .

[٢] تحرير الكلام ٢٧٨/١.

[٣] المرجع السابق ٢٢٧/١، ٢٢٨.

[٤] المرجع السابق ٢٦٧/١.

النفقة لم تجب بعد، والقولان متكافئان فيما يبدو، وإن كان قد ذكر بعض أنصار القول بعدم اللزوم أنه قول الأصحاب وظاهر المذهب[٥].

ولقد كان الأرجح في ظل قانون المعاملات المدنية بطلان هذه الاتفاقات إذا أخذنا في الاعتبار أن المادة (٤٧٠) من هذا القانون تقضي بأنه لا يصح الإبراء إلا من دين قائم ولا يجوز عن دين مستقبل، وهذا نص عام نحسب أنه كان ينطبق على الإبراء من النفقة المستقبلة وغيرها من الديون المستقبلة، وأنه لم يكن يوجد ما يخصصه ومن ثم يبقى الحظر على عمومه.

أما وقد صدر قانون الأحوال الشخصية فإن البطلان هو الحل الواجب الاتباع يقيناً بحكم المادة (١١٠) منه، حيث جاء صريحاً في هذه المادة ما يلي: " ولا يصح التراضي على إسقاط نفقة الأولاد أو حضانتهم" [١].

١٢٧ – ثانياً :الأحكام المتعلقة بنظم الحكم

يمكن أن نعرّف الأحكام المتعلقة بنظم الحكم بأنها تلك الأحكام التي تتعلق بتنظيم السلطات الثلاث المعروفة في كل دولة وهي السلطة التنفيذية والسلطة التشريعية والسلطة القضائية، كما تتعلق بتحديد اختصاص كل منها، وبتنظيم مختلف الروابط بينها وحدها، أو بينها من جهة وبين الأفراد المتصلين بها أو الخاضعين لحكمها[٢].

---

[٥] المرجع السابق ٣٢٢/١ ، ٣٢٣، الفروق للإمام القرافي ج١ ١ ص ٢١٣ ، الفرق الثالث والثلاثون ، قارن السنهوري ، الوسيط ص ٤٤٧ فقرة ٢٣٦ج١، ومصادر الحق ٦٤/٣ حيث يذهب إلى أنه لا يجوز تنازل الشخص مقدماً عن حقه في مطالبة من تجب عليه النفقة له وإن كان يجوز التنازل عن النفقة المتجمدة بعد تجمدها – قارن المذهب المالكي بالمذهب الحنبلي وهو الثاني في الذكر بعد المذهب المالكي بحسب المادة الأولى من (ق م م أ) ، فقد أجاز هذا المذهب شراء الزوجة الخيار ببقائها في عصمة زوجهاأو تركها له (المغني ٣٥/٧)، ويجوز في المذهب المذكور خلافاً للشافعي أن تخالع المرأة على إرضاع ولده سنتين وهي مدة الرضاع، ويجوز أن يخالعها على كفالة ولده عشر سنين ويرجع عند الإطلاق إلى نفقة مثله، المغني ١٩٢/٨، وفي شرح منتهى الإرادات ٥/ ٣٤٥:" ويصح على رضاع ولده مطلقاً وينصرف إلى حولين أو تتمتهما"، وقد ورد خلاف في المذهب الحنبلي بخصوص مدى جواز المخالعة على إسقاط نفقة الولد، وهي كفالته كما ورد في المغني ، فقد منعه القاضي أبو يعلى فيما زاد على الحولين، واعتبر الزركشي هذا القول مخصصاً كلام الخرقي ، انظر الشرح الكبير ١٩٨/٨، وشرح الزركشي على متن الخرقي ٥٢٤/٣.

ويجوز في المذهب الحنبلي أن تقول المرأة لزوجها طلقني بألف على أن تطلق ضرتي أو على ألا تطلقها، وأن الشرط والعوض صحيحان، فإن لم يفِ فله الأقل من الألف ومن المسمى ؛ لأنه لم يطلق إلا بعوض فإذا لم يسلم له رجع إلى ما رضي بكونه عوضاً وهو المسمى إن كان أقل من الألف، فإن كان أكثر فله الألف فقط لأنه رضي بكونه عوضاً عنها وعن شيء آخر، فإذا جعل كله عنها كان أحظ له (شرح المنتهى ٣٥٣/٥).

ومن هذا نرى أن المذهب الحنبلي كالمذهب المالكي في هذا الباب، خصوصاً وأن من المعلوم عنه توسعه في باب الشروط.

[١] جاء في المادة ١١٠ من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي مايلي :-

(١- الخلع عقد بين الزوجين يتراضيان فيه على إنهاء عقد الزواج بعوض تبذله الزوجة أو غيرها .

٢- يصح في مسمى بدل الخلع ما تصح تسميته في المهر ، ولا يصح التراضي على إسقاط نفقة الأولاد أو حضانتهم .

٣- إذا لم يصح البدل في الخلع وقع الخلع واستحق الزوج المهر المسمّى .

٤- الخلع فسخ).

[٢] أو بتعبير الدكتور السنهوري روابط القانون العام، وهو يحدد وظيفة القانون العام بتنظيم روابط الأفراد بالهيئات العامة وروابط الهيئات العامة بعضها ببعض. الوسيط ١ص ٤٣٨ فقرة ٢٣٠.

ونعرض هنا لأهم التطبيقات التي تثير مقارنة بين الفقه الإسلامي وبين الفقه الوضعي:

أ. **القانون الدستوري:** يحترم الدستور الحرية الشخصية والتي تتفرع إلى حرية التنقل والإقامة وحرية الرأي والتعبير وحرية العقيدة، وحرية الاجتماع وحرية المراسلات البريدية والبرقية وغيرها من وسائل الاتصال وحرمة سريتها (المواد ٢٦و٢٩و٣٠و٣١و٣٢و٣٣) كما ينص على حق كل مواطن في اختيار عمله أو مهنته أو حرفته (م ٣٤).

هذه الحريات لا ينبغي أن تمس إلا في حدود القانون، ومن ثم يقع باطلاً أي اتفاق يحدّ منها خلافاً لما رسمه القانون، فإذا اتفق إنسان مع آخر على أن يقتله ولو شفقة به كان هذا الاتفاق باطلاً مطلقاً – وما جرى من خلاف الفقهاء على عفو القتيل عن القاتل قبل موته ومدى سقوط القصاص به إنما يمس حق القصاص فقط، ولا يمتد ليشمل جواز الاتفاق على القتل إجماعاً؛ لأن حرمة النفس الآدمية من حقوق الله عز وجل، فلا يجوز المساس بها أو العدوان عليها إلا في حالات القصاص وما إليه[١].

ويكون باطلاً كل اتفاق يتعهد بمقتضاه شخص أن يعرض سلامته لخطر لا توجبه الضرورة كالاتفاق على المبارزة أو الملاكمة أو المصارعة، وإن كان هناك من يميل إلى إباحة التعاقد على الألعاب الرياضية مهما كان مقدار العنف فيها. وقد تباينت فتاوى الفقهاء في مدى جواز الاتفاق على ذلك[٢].

ويذهب شراح القانون إلى جواز الاتفاق على تقييد إقامة الشخص لمدة معينة بالسبب المشروع، وعلى الإقامة في جهة معينة إذا وجد مبرر قوي لذلك، وإن يكن جزاء الإخلال بالالتزام على الحالتين هو التعويض لا التنفيذ العيني[٣].

---

[١] في مسألة إبراء القتيل لقاتله رأيان . رأي الجمهور على سقوط القصاص – ورأي المالكية على أنه إذا أنفذ مقتله يصح الإبراء لإسقاطه شيئاً بعد وجوبه ، وإذا لم ينفذ مقتله فلا يصح الإبراء لتضمنه إسقاط حق قبل وجوبه، انظر في هذه المسألة الفقه الإسلامي وأدلته للدكتور الزحيلي ٦/٢٩٢، بدائع الصنائع ٧/٢٤٩ مغني المحتاج ٤/٦٢، حاشية الدسوقي ٤/٢٤٠، ونقل مؤلف تحرير الكلام ١/٣٢٥ قولاً بعدم القصاص كالجمهور لشبهة العفو ثم قال : "هذا أظهر".

[٢] راجع في الجانب القانوني ، السنهوري ، الوسيط ج١ ص ٤٤٠ فقرة ٢٣١ ، أما في الجانب الشرعي بالنسبة إلى مدى جواز الملاكمة ونحوها، فقد أفتى العلامة المرحوم الشيخ عبد الله بن عبد العزيز بن باز المفتي السابق للملكة العربية السعودية بحرمة الملاكمة لما فيها من الأضرار الكثيرة والخطر العظيم وقيد جواز المصارعة الحرة بما ليس فيها خطر ولا أذى ولا كشف للعورات (الفتوى رقم ١٠٠١٧من موقع نداء الإيمان بتاريخ ٢٠٠٣/٤/١٥ م وقد نشرت قديماً، وهي منشورة في موقعه على الشبكة الدولية. وعلى هذا النحو أفتى مجلس المجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي في دورته العاشرة بمكة المكرمة من ١٩٨٧/١٠/١٧إلى ١٩٨٧/١٠/٣١ الموافقة ٢٤ صفر ١٤٠٨هـ إلى ٢٨ صفر ١٤٠٨هـ ص ٢١٦ – ٢١٨ من كتاب قرارت المجمع الفقهي التابع لهذه الرابطة . وقد أفتى الشيخ عطية صقر حفظه الله في الفتوى رقم ٢٧٠ المؤرخة في مايو ١٩٩٧ بجواز الملاكمة مطلقاً . وهي منشورة في موقع موسوعة الفتاوى . والأولى في نظري منع الملاكمة للعلة التي ذكرها الشيخ ابن باز رحمه الله تعالى ، فإذا قلنا بالحرمة فإن أي اتفاق على الملاكمة باطل لا أثر له ، أما المصارعة بضوابطها التي سلف بيانها فليست محرمة ومن ثم لا يبطل الاتفاق عليها . والله أعلم .

[٣] راجع الوسيط ،ج ١ ص ٤٣٩ فقرة ٢٣١.

وحرية الزواج من النظام العام، فلا يجوز الحد منها باتفاقات خاصة، ومع هذا يذهب الفقه القانوني إلى تصحيحها بالسبب المشروع كما لو تعهدت زوجة لزوجها بألا تتزوج بعده لترعى أولاده، وإن كان لا يذهب في الجواز إلى حد بطلان الزواج الثاني ويكتفي بإلزام الزوجة بالتعويض جزاءً لإخلالها بما تعهدت به، ويغلب أن يتمثل هذا التعويض في حرمانها من الهبة أو الوصية أو المعاش الذي رتبه لها الزوج في مقابل التعهد[١].

والمذهب المالكي يقرر حكماً كهذا كما سبق بيانه.

وحماية حق الشخص في اختيار عمله مكفولة، حتى في الأحوال التي يقيد فيها هذا الحق بناءً على اتفاق، فإن ذلك مشروط بعدم جواز التعسف في استعمال الحق الناشيء عن هذا الشرط، وهكذا[٢].

ب. **القانون الإداري**: لما كانت النظم الإدارية من النظام العام لتعلقها بتحقيق مصلحة عامة فلا يجوز تقاضي الرشوة جزاءً لإخلال الموظف ببعض واجبات عمله أو حتى أداء لها، فالشأن أن الوظيفة العامة يجب أن تكون بمنأى عن أن تصبح مصدراً للربح أو وسيلة للاتجار[٣]، والإجماع في الشريعة الإسلامية على حرمة أخذ الرشوة كما تقدم.

وسبق أن أشرنا إلى عدم جواز بيع الوظيفة شرعاً، وأشرنا إلى الخلاف في صحة الاعتياض عنها، وأن بعض الفقه قد ذهب إلى ذلك بحكم أن المنزول عنه هو الحق في الوظيفة لا الوظيفة نفسها، ولا شك في أن قانوننا يبطل هذه الاتفاقات لمساسها بقواعد النظام العام[٤]، وربما انضاف إلى هذا السبب ما في الاتفاق المشار إليه من الاستحالة الذاتية المنصوص عليها في المادة (٢٠٢)؛ إذ لا يمكن إلزام الدولة بتوظيف إنسان بدلاً من إنسان آخر.

ج. **النظام القضائي**: يعتبر النظام القضائي في الدولة من النظام العام في مجموعه، عدا مسألتين هما الاختصاص المحلي وقواعد الإثبات. وقد درج القضاء في دولة الإمارات العربية المتحدة في شأن هاتين المسألتين على ما يلي:

---

[١] المرجع السابق ص ٤٣٩، ٤٤٠ نقلاً عن محكمة النقض الفرنسية في ١٩١٦/١٠/٢٤.

[٢] ادعت في دولة الإمارات شركة على شخص كان عاملاً لديها تعهد لديها ألا يعمل لدى أي من الشركات المحلية أو المنافسة لتلك الشركة في الإمارات وقطر وسلطنة عمان لمدة سنة من انتهاء علاقة عمله بها، فقضت محكمة استئناف أبوظبي برفض الدعوى لتعسف الشركة في استعمال حقها هذا، ولأن وظيفة ذلك العامل لم تكن تتيح له الاطلاع على الأسرار ومعرفة العملاء كما أن الشركة لن تضار بعمل العامل لدى غيرها، وكذا لا توجد مصلحة مشروعة يتعين رعايتها للشركة مقيمة الدعوى (الاستئناف ٣٥٤ / ١٩٩٢ م جلسة ١٧ / ٤ / ١٩٩٣ ، ص ١٤١ – ١٤٤ من العدد ٨١ من مجلة العدالة السنة ٢٢ يناير ١٩٩٥ م) .

[٣] السنهوري ، الوسيط ج١ ص ٤٠٦،٤٠٧ص ٢٣٢، نظرية العقد.

[٤] قارن الوسيط ج١ ص ٤٠٦ فقرة ٢٣٢ حيث يقول : "إن الوظيفة ذاتها أمر لا يجوز التعامل فيه ولا يصح أن يكون محلاً لتصرف ما" .

١ – أن قواعد الاختصاص المحلي غير متعلقة بالنظام العام بالنظر إلى أن القواعد المتصلة إنما هي تلك القواعد الأساسية لنظام التقاضي، وقد أشار قانون الإجراءات المدنية إلى هذا الحكم في المادة ٣١/ المتعلقة بالاختصاص المحلي للمحاكم، حيث تقضي في بندها الخامس بما يلي: (في غير الأحوال المنصوص عليها في المواد ٣٢ومن ٣٤ إلى ١٣٩[١]، يجوز الاتفاق على اختصاص محكمة معينة بنظر النزاع، وفي هذه الحالة يكون الاختصاص لهذه المحكمة أو للمحكمة التي يقع في دائرتها موطن المدعى عليه أو محل إقامته أو محل عمله) [٢].

٢ – قواعد الإثبات يجوز الاتفاق على مخالفتها والتنازل عنها صراحة أو ضمناً، ومن ذلك مبدأ الإثبات بالكتابة، لكون هذه القواعد غير متصلة بالنظام العام[٣].

١٢٨ – ثالثاً : الأحكام المتعلقة بقواعد الملكية الفردية وحرية التجارة وتداول الثروات

إذا أخذنا في الاعتبار كون الشريعة الإسلامية هي المصدر الرئيسي للتشريع في النظام القانوني لدولة الإمارات العربية المتحدة فسنجد قانون المعاملات المدنية يحترم الملكية الخاصة، وما يتفرع عن ضرورة احترامها من الاعتراف بحرية التجارة وتداول الثروة.

ومن الطبيعي والحال كذلك بطلان أي اتفاق من شأنه أن يمنع المالك في أن يتصرف في ملكه بما يشاء أو منع الشخص من أن يمارس التجارة إذا أراد، هذا إذا ورد المنع بصيغة قاطعة وبصفة مطلقة، فأما إذا ما ورد الاتفاق بتقييده حق الملك أو حق الاتجار لبعض الوقت، فقد تطور الفقه والقضاء في كل من فرنسا ومصر، فبعد أن كانا يصححان الشرط القاضي بمنع بائع المحل التجاري من فتح محل تجاري آخر يمارس ذات النشاط في تلك الجهة بشرط تقييده بزمان معين أو مكان محدد، دأبا على تصحيحه

---

[١] تتحدث المواد من ٣٢– ٣٩ من قانون الإجراءات المدنية عن الاختصاص في دعاوى العقار العينية والشخصية والتركة والإفلاس والتوريدات ونحوها والتأمين والإجراءات المؤقتة والمستعجلة والطلبات العارضة .

[٢] هذا النص صريح في صحة اتفاق كهذا، وقد يؤكده ماهو نصوص عليه بالمادة ٨٤ من ذات القانون بما مفاده أن الدفع بعدم الاختصاص المحلي والدفع بالبطلان غير المتصل بالنظام العام وسائر الدفوع المتعلقة بالإجراءات الغير متصلة يجب إبداؤها معاً قبل إبداء أي دفع إجرائي آخر الخ ، والنص صريح في عدم اتصال قواعد الاختصاص المحلي بالنظام العام، ولعل علة هذا أن القواعد المتعلقة بالاختصاص المحلي قصد بها حق الخصم ، فإذا لم يتمسك به سقط حقه في الاحتجاج به . وإذا اتفق مع الآخر على إسقاطه جاز ذلك بالنظر لذات العلة .

[٣] تواترت المحكمة العليا في دولة الإمارات العربية المتحدة على ذلك . انظر مثلاً في كون قاعدة عدم جواز لإثبات في أحوال الكتابة إلا بما غير متعلقة بالنظام العام الطعون التالية : –

١– ١٧٦ لسنة ق في جلسة ١٩٩٣/٢/٢ ص ٢١٩ ، مجلد ٢٦.

٢– ٩ لسنة ١٥ ق شرعي في جلسة ١٩٩٣/٣/٢ ص ٦٠٦ مجلد ٢٦.

٣– ٨٨ لسنة ١٥ ق في جلسة ١٩٩٣/١٠/٢٦ ص ١٣٠٤ مجلد ٢٦ .

٤– ٨٥ لسنة ١٥ ق في جلسة ١٩٩٣/١١/٧ ص ١٣٦٠ مجلد ٢٦ .

٥– ٣٣٤ لسنة ق في جلسة ١٩٩٥/١٢/١٢ ص ١٢٤٠ مجلد ٣٦ .

إذا كان معقولاً لا تعسف فيه من غير حاجة إلى تقييده بمدة معينة، بل يذهب جانب من الفقه إلى جواز اشتراط الكف عن العمل في هذا النوع من التجارة[٤].

إلا أنّ قانون المعاملات المدنية الإماراتي لم يشتطّ في تصحيح مثل هذا الشرط على نحو ما سلك الفقه والقضاء في ذينك البلدين، بل أورد نصاً عاماً ومطلقاً منع فيه المالك من أن يشترط في تصرفه عقداً كان أو وصية شروطاً تقيد حقوق المتصرف إليه، إلا إذا كانت هذه الشروط مشروعة وقصد بها حماية مصلحة مشروعة للمتصرف أو المتصرف إليه أو الغير لمدة محدودة (المادة ١١٤٥)، وفرض البطلان على كل شرط يمنع المتصرف إليه من التصرف خلافاً لما اشترطه في ذلك (المادة ١١٤٦) [١].

هنا تمسك القانون الإماراتي بشرط المدة المحددة خلافاً لما انتهى إليه الفقه والقضاء في كل من فرنسا ومصر، مستمداً ذلك مما قرره المذهبان المالكي والحنبلي من جواز اشتراط البائع لنفسه منفعة يسيرة لا تعود بمنع المتصرف في أصل البيع، مثل أن يبيع الدار ويشترط سكناها مدة يسيرة، فذلك جائز لحديث جابر [٢]، وما عداه مما يفهم منه المنع من تصرف خاص أو عام كأن يبيع الأمة على ألا يبيعها المشتري، فلا يجوز لأنه من باب الثنيا[٣].

وبيّن من هذا التحديد مخالفته عما جاء في المادة ٨٢٣ من القانون المدني المصري ونظائرها، والتي تصحح الشرط المانع من التصرف إذا كان مبنياً على باعث مشروع — هو حماية مصلحة مشروعة للمتصرف أو للمتصرف إليه أو الغير — ومقصوراً على مدة معقولة. فإن المدة المعقولة بحسب هذه المادة يجوز أن تستغرق مدى حياة المتصرف أو المتصرف إليه أو الغير. ولا كذلك نص المادة ١١٤٥ من قانون

---

[٤] السنهوري ، الوسيط ج١ص٤٤١ آخر الفقرة ٢٣١وص ٤٤٢ وقد نقل عن محكمة النقض الفرنسية في ١٧ مايو سنة ١٩١١ سيريه ١٩١٣-١-٢٥٣ — محكمة الاستئناف المختلطة من ٧ أبريل سنة ١٩٢٠م ٣٢ص ٢٦٠ ، وفي ٧ ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٣٤ص٤٢ وفي ٢٨ يناير سنة ١٩٣٠ جازيت ٢٠ ص ١٦٢ رقم ١٤٦، ومحكمة مصر الكلية الوطنية في ٣ نوفمبر سنة ١٩٤٩ المحاماة ٢٩رقم ٤٤٩ص٧٩٠، والنقض رقم ١١٤ لسنة ١٣ في ١٩٦٢/٦/٧ص ٧٦٤ وفي الحكم الأخير أن الشرط لا يبطل إلا إذا تضمن تحريم الاتجار كلية على البائع.ويراجع في القانون الانجليزي فيليب وجيمس ، المدخل إلى القانون الانجليزي ص ٢٨٨ و٢٨٩ .

[١] وتطبيقاً لهذا صححت المحكمة العليا شرطاً مضمناً قي عقد تأسيس جمعية تعاونية بمقتضاه يمتنع على أي عضو بها أن يبيع أسهمه قبل مرور سنة على اكتساب عضويتها . فقد أقامت شركة دعوى بطلب تسجيل مجموعة من الأسهم اشترتها من عضو جمعية تعاونية نص نظامها على الشرط المتقدم، فرفضت الدعوى في درجتي التقاضي فطعنت الشركة في هذا القضاء لتنتهي المحكمة العليا إلى رفض الطعن استناداً إلى أن الشرط قصد إلى حماية مصلحة مشروعة هي حق المشتركين في حماية أسرارهم وما إلى هذا، وأنه وضع لمدة محددة هي السنة كما في هذا المثال (الطعن ١٠٧ لسنة ١٠ قضائية جلسة ٢٢ / ١١ / ١٩٨٨ م ص ٧٣٨ مجلد ٣٥) .

[٢] حديث جابر رضي الله عنه أنه كان يسير على جمل له قد أعيا فمر النبي صلى الله عليه وسلم فضربه فدعا له ، فسار بسير ليس يسير مثله، ثم قال " بعنيه بوقيّة ! قلت : لا . ثم قال : بعنيه بوقيّة ! ، فبعته فاستثنيت حِمْلانه إلى أهلي، فلما قدمنا أتيته بالجمل ونقدني ثمنه، ثم انصرفت فأرسل على إثري ، قال " ما كنت لأخذ جملك، فخذ جملك ذلك فهو مالك " متفق عليه ، رواه البخاري في كتاب الشروط باب إذا اشترط البائع ظهر الدابة إلى مكان مسمى جاز رقم (٢٧١٨) ورواه مسلم في كتاب المساقاة، باب بيع البعير واستثناء ركوبه رقم (٧١٥) وهو برقم (١٠٢٩) في اللؤلؤ والمرجان فيما اتفق عليه الشيخان ، للمرحوم محمد فؤاد عبد الباقي ، ص ٤٥٠ وفيه روايات أخرى اتفق الشيخان فيها على هذه الرواية .

[٣] بداية المجتهد ٢/ ١٦٤، ويراجع كذلك المغني ٤/ ٢٨٦،٢٨٥،٥٥،٤٩، أما حديث النهي عنه الثنيا فرواه مسلم في باب النهى عن المحاقلة والمز ابنة من كتاب البيوع عن جابر (١٥٣٦) زاد الترمذي (١٢٩٠) والنسائي (٤٦٤٢) : إلا أن تعلم . التلخيص الحبير ١٢/٣.

المعاملات المدنية، فإنها تصر على مدة محدودة أولاً، ثم هي تنطلق مما قرره الفقهان المالكي والحنبلي وفقاً لما أشارت إليه المذكرة الإيضاحية للقانون، وهما إنما يقتصران على المدة اليسيرة كما سبق أن ذكرنا[٤].

وبهذا ينسجم القانون الإماراتي مع ما قرره من اعتبار الأحكام المتعلقة بقواعد الملكية الفردية وحرية التجارة وتداول الثروات من النظام العام، مستمداً من أحكام الشريعة الإسلامية التي لا خلاف فيها على ذلك، وإن كان لا إنكار لكون القانون – تبعاً للفقه الإسلامي – قد قيد هذه الأحكام بقيود كثيرة أوردها في نصوصه، كعدم جواز التعسف في استعمال الحق (م١٠٦) وكنزع الملكية للمنفعة العامة (م١١٣٥) ومنع الإضرار بالغير (م١١٣٦-١١٣٨) وقيود الجوار (م١١٣٩وما بعدها) وحق الطريق (م١١٤٧- ١١٥١).

وقد اتجه القضاء في الإمارات وجهة التضييق في بعض الأحيان من المبدأ المتقدم، فمثلاً بناءً على المرسوم الأميري رقم ٣٣ لسنة ١٩٦٨ المنظم لقواعد الاستثمار في إمارة أبوظبي فسرت المحكمة العليا البند الثاني منه والذي يقضي بأن قيمة البناء الذي سيقام – والذي يعود للمالك طبقاً للبند الأول منه بعد أربع سنوات – تحدد وترفق معه الخرائط الخ بأن هذا النص من النظام العام الذي يترتب على مخالفته البطلان، وعلى هذا قضت في دعوى المالك استرداد البناء قبل انتهاء العقد بأنه لا يحق له إلا أن يسدد للمستأجر قيمة التكاليف الفعلية بنسبة المدة المتبقية من العقد، تأسيساً على أن قيمة البناء إذ لم تحدد كما أوجبه البند الثاني المشار إليه كان العقد باطلاً، واستخلصت أن هذا البند يفهم منه رغبة المشرع في حماية كل من طرفي العقد أن يستغل أحدهما الآخر، ومن ثم اعتبرت أن مبدأ سلطان الإرادة هنا مقيد بقاعدة من قواعد النظام العام هي هذا البند، ولهذا أبطلت العقد وأوجبت تقصي القيمة الفعلية للبناء أو زيادتها بالقدر المعقول الذي يجري به العرف في مجال البناء مع ما يوجبه تنفيذ العقد من حسن نية تطبيقاً فيما يبدو لمبدأ عدم جواز الإثراء بلا سبب[١].

ومن هذا القبيل ما قضت به من أن الشروط التي أوجبها المشرع والتي تتعلق ببيع الأراضي السكنية أو التجارية أو الزراعية قد استهدف منها تنظيماً على نحو محدد لا يجوز الخروج عليه في شأن انتقال ملكية الأراضي بين المواطنين التزاماً بمقتضيات الصالح العام مما تعتبر معه قواعده في هذا الشأن من القواعد الآمرة المتعلقة بالنظام العام، ولذا أبطلت استهداءً بما تقدم بيع الأراضي لغير المواطنين[٢].

---

[٤] المذكرة الإيضاحية لـ (ق م م أ) ص ٨٣٠.

[٢] الطعن ٤٤٤ لسنة ١٩ قضائية ، جلسة ١٠ / ١١ / ١٩٩٨ ، ص ١١١٥ مجلد ٤٤ .

[١] الطعن ٣٨ لسنة ٧ قضائية جلسة ٢٣ / ١٠ / ١٩٨٥ ، ص ١١٨ من العدد ٤٦ من مجلة العدالة ، ١٩٨٦ م .

كما قضت في حكم آخر ببطلان عقد شركة موضوعه تصرف ناقل لملكية عقار إلى من يسري عليه حظر تملك العقارات[٣].

١٢٩ – رابعاً : النظم المتعلقة بحماية العامل

وتذهب بعض أحكام المحكمة الاتحادية العليا في الدولة ومحكمة تمييز دبي إلى أن أحكام قانون العمل متعلقة بالنظام العام، وأن من مؤدى ذلك عدم جواز مخالفة العقد للحقوق والمزايا التي نص عليها القانون، وتطبيقاً لذلك لا يعتبر الشرط الذي بمقتضاه يشترط رب العمل على العامل أن تكون نفقات عودة العامل إلى الجهة التي استقدم منها عليه، وإنما النص القانوني الذي يلزم رب العمل بأن يتحمل هذه النفقات (المادة ١٣١ من قانون العمل) هو الذي يتعين تطبيقه، إلا إذا كان إنهاء العمل عائداً إلى سبب من جانب العامل فيتم ترحيله على نفقته إلا إذا لم يكن لديه ما يفي بذلك تبعاً للنص المشار إليه[١].

وحق العامل في الحصول على أجره من النظام العام، فلا يجوز مثلاً اشتراط الشركة مالكة السفينة على العمال بها عدم استحقاقهم لأجورهم في حال اختلست أموالها أو أحدث ضرر متعمد بالمال[٢].

بل وملحقات الأجر المقررة في قانون العمل كبدل الإجازة وبدل الإنذار ومكافأة نهاية الخدمة وتذكرة عودة العامل إلى وطنه هي كذلك من النظام العام، وعليه فالمصالحة أو الإبراء من الحقوق المستحقة للعامل وإن صح ورودها على المتفق عليه في عقد العمل كالرواتب المتأخرة أو بدل السكن فلا تجوز عن الحقوق المقررة للعامل بموجب قانون العمل كبدل الإنذار وغير ذلك مما تقدم أياً ما كان تاريخ هذه المصالحة أو هذا الإبراء [٣].

١٣٠ – خامساً : الأوامر السامية الصادرة من صاحب السمو رئيس الدولة أو من صاحب السمو حاكم الإمارة

والأوامر السامية التي يصدرها صاحب السمو رئيس الدولة بصفته كذلك أو بصفته حاكم الإمارة في شأن حظر بعض التصرفات كبيع الأراضي في ظرف معين أو تقييده بشروط خاصة هي من

---

[٢] الطعن ١٤٠ لسنة ٦ قضائية ، جلسة ٨ / ٥ / ١٩٨٥ م ، ص ٦٧ من العدد ٤٨ من مجلة العدالة ، ١٩٨٦ م .

[١] الطعنان ٩٤ و ١٤٨ لسنة ٢١ القضائية ، جلسة ١٦ / ١ / ٢٠٠١ م ، ص ٦٦ ، مجلد ٥٠ .

[٢] الحكم في الطعن ٢٥٢ / ١٩٩٥ الصادر عن محكمة تمييز دبي بجلسة ٢٨ / ١ / ١٩٩٦ م ، ص ٧٦ – ٨١ من العدد السابع من مجلة القضاء والتشريع ، يوليو ١٩٩٨ م .

[٣] الحكم في الطعن ١٢٧ / ١٩٩٣ الصادر عن محكمة تمييز دبي بجلسة ٧ / ١١ / ١٩٩٣ م ، ص ٧٣٨ – ٧٤٥ من العدد الرابع من مجلة القضاء والتشريع، يونيو ١٩٩٦ م .

قبيل النظام العام لما فيها من استهداف المصلحة العامة دون غيرها وما بها من عموم وتجريد، ومن ثم درجت المحكمة الاتحادية العليا على عدم جواز إجراء التصرفات على نحو مخالف لما جاء في هذه الأوامر السامية، وإلى أن هذه التصرفات تكون باطلة بطلاناً مطلقاً من النظام العام.

ومن ذلك بطلان بيع أراضي إمارة أبوظبي بناءً على أمر صاحب السمو رئيس الدولة المؤرخ في ١٤ / ٣ / ١٩٩٧ م والمبلغ لوزارة العدل في ١٩ / ٣ / ١٩٩٧ م، والذي ارتفع لاحقاً بموجب القانون المحلي رقم (٣) لسنة ٢٠٠٥ م في شأن تنظيم التسجيل العقاري الذي أجاز بيع الأراضي بشروط معينة ونص في مادته رقم (١٥) على بطلان كل حكم يخالف أو يتعارض مع أحكامه[1].

القسم الثاني: الآداب العامة

١٣١ – مفهومها ومدى قابليتها للتطور

مرّ بنا تعريف الآداب العامة قانوناً، وخلاصته أنها عبارة عن مزيج من العادات والتقاليد والعرف والدين والفطرة التي تزن الخير والشر، ولكننا في ظل النظام القانوني السائد في الدولة نرى أن تعرّف بتعريف يلاحظ فيه الدين الإسلامي وحده ميزاناً للحسن والقبح في الأشياء، لا على أنه عنصر من عناصر الآداب لا غير، بل الدين – دين الإسلام – هو العنصر الوحيد الذي على أساسه يُسبر مفهوم الآداب العامة؛ لاحتوائه على رواكز الأخلاق الفاضلة التي هي عصارة دقيقة لتعاليم السماء وفلسفات الأرض؛ لقول الله عز وجل :"يؤتي الحكمة من يشاء ومن يؤت الحكمة فقد أوتي خيراً كثيراً " البقرة :

---

[1] ينص الحكم في الطعن رقم ٦٩٠ لسنة ٢٢ القضائية جلسة ٢٦ / ٥ / ٢٠٠٤ م (منشور في ص ٧٠ – ٧٤ من العدد ١٢٠ من مجلة العدالة) على أن من المقرر وبمقتضى الأمر الصادر عن صاحب السمو رئيس الدولة في ١٤ / ٣ / ١٩٩٧ م أنه يمنع منعاً باتاً بيع وشراء جميع أنواع العقارات التجارية والسكنية والمساكن والأراضي السكنية والزراعية والصناعية في إمارة أبوظبي بين المواطنين أو غير المواطنين باستثناء حالات الأحكام الشرعية المتعلقة بالإرث والهبة ويتعرض كل من يخالف هذا الأمر المشتري والبائع على حد سواء لعقوبة تتمثل في غرامة مالية تعادل قيمة العقار، وينفذ هذا الأمر من تاريخه ، بما مفاده أن هذا الأمر يتصل بالنظام العام ويمتد أثره في المجال المدني إلى عقود بيع العقارات في إمارة أبوظبي السابقة على نفاذه طالما لم يتم نقل ملكيتها بتسجيلها وأخذ موافقة المجلس التنفيذي لإمارة أبوظبي وذلك عملاً بنص المادة ١٠ من القانون رقم ١١ بسنة ١٩٧٩ م في شأن تسجيل الأراضي والمعمول به في إمارة أبوظبي والمعدل بالقانون رقم ٥ لسنة ١٩٨٠ م وهو ما لا يتعارض مع مبدأ رجعية القوانين .كما يذهب حكمان آخران (الطعن ٣٦٧ / ٢١ ق جلسة ٢١ / ٥ / ٢٠٠٠ م ص ٨١٠ مجلد ٤٨ ، والطعنان رقما ٨ و ٣٨ / ٢٢ ق في ٢١ / ٢ / ٢٠٠١ م ص ٣٧٨ مجلد ٥٠) إلى أن حق المالك في التصرف في ملكه حق مطلق ما لم يقع تصرفه مخالفاً للقانون أو النظم المتعلقة بالمصلحة العامة، وأن حظر بيع العقارات الوار في الأمر المشار إليه فوري ومباشر من تاريخ نفاذه لتعلقه بالنظام العام دون أن ينعطف أثره على ما وقع من تصرفات تم تنفيذها قبل نفاذها فيلحق العقود التي لم يتم نقل الملكية فيها للمشتري . ونحو هذين الحكمين حكم آخر متعلق ببطلان بيع المزارع الممنوحة للمواطنين إلى الغير (الطعنان ٩٣ و ١٧٨ / ٢٣ ق ، في٣٠ / ١٢ / ٢٠٠١ م ، ص ١٩٧٩ مجلد ٥٠) .

ثم يجيء القانون رقم ٣ / ٢٠٠٥ م السابق ذكره ليجيز في المادة العاشرة منه بيع الأراضي على اختلاف أنواعها بقيود خاصة، ولينص على ما يلي في مادته الخامسة عشرة : " يلغى القانون رقم ١١ لسنة ١٩٧٩ م في شأن تسجيل الأراضي المعدل بالقانون رقم (٥) لسنة ١٩٨٠ م كما يلغى كل حكم يخالف أو يتعارض مع أحكام هذا القانون " .

٢٦٩ ، ولقول الرسول صلى الله عليه وسلم " إنما بعثت لأتمم مكارم الأخلاق "[٢]. وما روي عنه أنه قال " الحكمة ضالة المؤمن أنى وجدها فهو أحق بها "[٣].

والعادات والأعراف والتقاليد عليها أن تنزل على أخلاق الإسلام ومُثُله وأن تنضبط بتعاليمه ووصاياه؛ لأن أكثر الآخلاق الإسلامية متفق عليها ومقطوع بها كما نعلم.

لما كان ذلك فإن بوسعنا تعريف الآداب العامة في النظام القانوني لدولة الإمارات العربية المتحدة بأنها أصول الأخلاق المقطوع بها في الشريعة الإسلامية والتي يجب على الأفراد مراعاتها في تصرفاتهم.

ومن الحق أن هذه الآداب العامة تشابه النظام العام من حيث احتواؤهما على أمور مقطوع بها في الشرع سميت بحقوق الله تعالى، إلا أن ثمة فروقاً بينهما على صعيد النظر: فالنظام العام يخاطب البنيان الاجتماعي للأمة بينما تخاطب الآداب العامة السلوك الخاص لكل فرد من أفراد الأمة، والنظام العام تجوز الزيادة فيه والحدّ منه في كثير من الأحوال التي لا تصطدم بالمباديء الأساسية والأحكام القطعية في الشريعة الإسلامية، أو في موارد الخلاف بتعبير آخر، وهو من ثم أكثر قابلية للتطور بحسب المصالح أو المفهومات الظرفية التي يمر بها المجتمع في انتقاله من دور إلى دور، وليست الآداب العامة على هذه الشاكلة؛ لأنها لما كانت تستند وفقاً لنظامنا القانوني إلى قاعدة الحرام والحلال التي هي في ميدان الأخلاق مقطوع بها إجمالاً فإنه لا يمكن تصور اختلاف مفهوم هذه الآداب بحسب اختلاف الزمان والأحوال، ولا يمكن تصور أنها مرنة قابلة للتطور؛ ذلك أن سلطان الدين الإسلامي الحنيف له أثر لا يمحى في ضمير المجتمع ، بل في ضمير كل مجتمع مسلم، فمن المحال أن يجيز القضاء تحت أي ذريعة بيع الأشرطة الجنسية أو تأجيرها أو إعارتها مثلاً، كما لا يمكن أن يقر أي اتفاق بين رجل وامرأة على الزنا بمقابل الخ، فهذه الاتفاقات باطلة بطلاناً مطلقاً لإخلالها بمفهوم الآداب العامة المستمدة من قطعيّات الدين وما علم منه بالضرورة، وهي كما نعلم ثابتة عصية على التبّدل.

١٣٢ – أبرز تطبيقاتها : أولاً : العلاقات الجنسية

إن من أظهر تطبيقات الآداب العامة التصرفات التي يكون محلها العلاقات الجنسية إيجاداً أو تنظيماً أو غير ذلك، وشراح القانون يبطلون من غير حاجة إلى نص قانوني كل اتفاق على إيجاد علاقة جنسية غير مشروعة وكل تعهد محله استئجار امرأة على إقامة علاقة جنسية بمقابل، وكذا على استمرار

---

[٢] الحديث أخرجه أحمد (٨٩٣٢) بسنده إلى أبي هريرة ،قال ابن كثير في تفسيره ج٤ص٤٠٣: قال الإمام أحمد حدثنا سعيد بن منصور حدثنا عبد العزيز بن محمد عن محمد بن عجلان عن القعقاع بن حكيم عن أبي صالح عن أبي هريرة قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : " إنما بعثت لأتمم صالح الأخلاق " تفرد به أ . هـ .ورواه الحاكم وقال : على شرطهما ، ووافقه الذهبي ، وصححه العراقي(المسند ٥٦/٩.)

[٣] أخرجه الترمذي عن أبي هريرة (٢٦٨٧) بلفظ الكلمة الحكمة ضالة المؤمن الخ قال الترمذي حديث غريب ، وفيه إبراهيم بن الفضل المدني يضعف من قبل حفظه ، ص ٤٣٤، وقد رمز له الألباني بأنه ضعيف جداً ولكن لا ريب في صحة معناه أخذاً من الآية المتقدمة وغيرها من الأحاديث الثابتة .

هذه العلاقة أو العودة إليها إذا كانت قد انقطعت، ويستثني الفقه ما التزم فيه بدفع مبلغ من المال على سبيل التعويض لما أصاب الشخص الآخر من ضرر العلاقة الجنسية، فهذا التعهد لدى الفقه صحيح لأنه عبارة عن اعتراف بالتزام طبيعي[١].

وليس في قانون المعاملات المدنية نص بإبطال أي اتفاق على إيجاد العلاقات الجنسية، إلا أنه أورد نصاً عاماً لا يدع مجالاً للشك في هذا البطلان، وهو نص المادة (١٢٧) التي تقضي بأن كل اتفاق على معصية لا يجوز، وما من ريب في أن مثل هذه الاتفاقات من المعاصي في الشريعة الإسلامية، فقد أجمع المسلمون على حرمة ما تعطاه المرأة على الزنا كما سبق القول، ويدخل في ذلك التعويض عن الحرمان من هذه العلاقة أو التضرر بها، لعدم الحق في التعويض عن ضرر سعت إليه المرأة، ولعدم جواز أخذ أجر عن واجب ترك هذه العلاقة، وفي الإكراه على الزنا و إيجاب مهر المثل لدى أكثر الفقه الإسلامي، رأينا كيف أن البعض خالف في ذلك، وأن القائلين بالوجوب لم يبنوا الالتزام على محض إرادة الملتزم، بل على إرادة الشارع عند من قال بذلك، ولا يصح الالتزام كما أشرنا إلا إذا كان من قبيل المعروف والإحسان المحض في فقه مالك المعمول به في الدولة.

١٣٣ – ثانياً : بيوت الدعارة

الاتفاق على استغلال بيت للدعارة وكل ما يتعلق بشراء أثاثه واستئجار أشخاص ما للخدمة فيه، وإنشاء شركة ما لاستغلاله ونحو ذلك كله باطل في نظر شراح القانون لمخالفته للآداب العامة، ولو حُصل على ترخيص من جهة الإدارة المختصة[١].

ونرى أن بعض هذه الصور يرد بطلانها إلى عدم مشروعية الباعث، كما في بيع بيت لغرض الدعارة أو إيجاره أو شراء مفروشات له لهذا الغرض عينه، وأن الصورة التي يتمحض البطلان فيها بناءً على عدم مشروعية المحل، هي في إنشاء شركة لاستغلال بيت للدعارة، وكذا في استئجار أشخاص ليقوموا بالخدمة في بيت معد للدعارة؛ إذ موضوع الصورة الأولى هو الدعارة وتنظيمها وتجهيز بيت لها وما إلى ذلك. وموضوع الصورة الثانية خدمة معينة معروفة في تنظيم أعمال الدعارة، فلو اقتصرت الخدمة على الطبخ مثلاً أو على عمل لا يدخل في تنظيمها، فهنا قد يؤسس البطلان على الباعث المحرم متى ما علم به العامل، أو كان في مقدوره أن يعلم به[٢].

---

[١] انظر في هذا الصدد السنهوري ، نظرية العقد هامش ص ٥٣٠، وقد أشار إلى حكم محكمة الاستئناف الأهلية (في مصر قديماً) جلسة ١٩٠٩/٦/١٣ كما أشار إلى حكم لمحكمة النقض الفرنسية في جلسة ١٩٢٥/٣/١٠) .

[١] نظرية العقد للسنهوري فقرة ٥٠٣، الوسيط ص ٤٤٩ فقرة ٢٣٩، مصادر الحق لذات المؤلف ٦٥/٣.

[٢] انظر ص ٥٣١ من نظرية العقد للسنهوري، حيث يقول : " إن هذه العقود تكون باطلة حتى لو وقعت على بيت لم يكن معداً للعهارة وكان المتعاقد الآخر لا يعلم بهذا الباعث "، ويستدرك في الهامش بقوله : "على أن القضاء لا يبطل عقد التأمين على بيت يدار للعهارة . نقض فرنسي ١٩٠٣/٥/٤ ولا عقد بنائه أو ترميمه (السين الابتدائية ١٩٢٨/٦/١٦) "،ونرى من هذه النصوص أن الأستاذ الدكتور السنهوري رحمه الله قد خلط

١٣٤ – ثالثاً : المقامرة

فرّق قانون المعاملات المدنية بين الرهان المحظور والرهان الجائز، فاشترط لصحة الرهان :

أ. أن يرد على السباق والرماية وما هو من الرياضة أو الاستعداد لأسباب القوة (م ١٠١٣) .

ب. أن يكون الجعل معلوماً والملتزم ببذله معيناً بذاته .

ج. أن يتم وصف موضوع العقد بصورة نافية للجهالة ، كأن يحدد في السباق المسافة بين البداية والنهاية وأن يسن في الرماية عدد الرشقات والإصابة المقبولة (م ١٠١٤).

د. ألا يشترط المتعاقد أن للفائز منهما قبل الآخر جعلاً (م ١٠١٩) لأن العقد ينقلب قماراً [(١)].

وفيما عدا ما تقدم يكون رهاناً باطلاً أو قماراً محظوراً، إذ ينص القانون على أن (كل اتفاق على مقامرة أو رهان محظور يكون باطلاً، ولمن خسر في مقامرة أو رهان محظور أن يسترد ما دفعه خلال ستة أشهر ابتداءً من الوقت الذي أدّى فيه ما خسر ولو كان هناك اتفاق مخالف لما ذكر، وله أن يثبت ادعاءه بجميع طرق الادعاء) (م ١٠٢١).

هكذا تفرد قانون المعاملات المدنية عن القانون المدني المصري على وجه الخصوص وعن القوانين الأخرى المشابهة له، فإن القانون المصري على سبيل المثال يجري على بطلان كل اتفاق خاص بمقامرة أو رهان (م ٧٣٩م) فالأصل في هذه القوانين إذن هو البطلان إلا ما أُستثني، وهو خلاف ما نراه في قانوننا وفي القانونين الأردني والعراقي؛ لأن الرهان جائز في الشريعة الإسلامية الغراء بشروطه المتقدمة الذكر، والمدة التي يحق لمن خسر أن يسترد ما دفعه هي ثلاث سنوات من تاريخ الأداء في القانون المصري

بين الباعث المحرم وبين المحل المحرم، وعلى أية حال فالأخذ بما قرره يقتضي إبطال جميع العقود التي لم يعلم الطرف الآخر بعدم مشروعيتها ؛ لأن المحل غير مشروع على الدوام، وهذا يختلف عما لو أسسنا البطلان هنا على نظرية الباعث غير المشروع، فإنه لا يبطل العقد الذي ينطوي على باعث غير مشروع إلا إذا تبينه الطرف الآخر من الظروف والملابسات المحيطة ، ونحن نؤثر الأخذ بالحل الثاني لعدالته ، إذ ما ذنب المالك إذا أجر بيته لرجل آخر اتضح بأنه يديره لغرض غير مشروع وهو لا يعلم ؟ !.

ومما يؤكد ما قررناه في المتن ما جاء في كتاب الفقه الإسلامي وأدلته للدكتور وهبة الزحيلي ١٨٦/٤و١٨٧ حيث يعد إعداد دار للدعارة أو للقمار من قبيل الباعث المختلف فيه في الفقه الإسلامي، فقد صححه الحنفية والشافعية مع الكراهة التحريمية عند الحنفية أو الحرمة عند الشافعي ، بينما أخذ المالكية والحنابلة والشيعة الزيدية والإمامية بتحريم هذا العقد ، شرط أن يعلم الطرف الآخر بالسبب غير المشروع أو كان بإمكانه أن يعلم ، وجاء في مواهب الجليل للحطاب ٢٦٣/٤وما بعدها ما يلي : " لا يجوز بيع أرض بناء كنيسة أو بيع خشب بقصد صنع صليب " الخ .

وانظر في استئجار الذمي من المسلم بيتاً يبيع فيه الخمر ، فقد أجازه الشافعي لأن العقد يرد على منفعة البيت ولا يتغير عليه بيع الخمر فيه ، فله أن يبيع فيه شيئاً آخر . قال السرخسي : تصريحهما بالمقصود لا يجوز اعتبار معنى آخر فيه ، وما صرّح به معصية ، المبسوط للسرخسي ٣٨،٣٩/١٦.

(١) إن الصحيح الجائز هو أن يكون بذل الجعل من أحد العاقدين فقط أو من شخص غيرهما – وتعتبر كل فئة في حكم الشخص الواحد في الالتزام بالجعل (م ١٠١٧) على أن تبذل إحدى الفئتين لا كلاهما الجعل لمن يفوز منهما .

ونظائره، وهي في قانوننا ستة أشهر، ويستثني القانون المصري الرهان في الألعاب الرياضية كقانوننا، ولكنه يجيز – بحسب ما يفهم من إطلاق النص – أن يكون الجعل من كلا المتسابقين أحدهما للآخر، كما يجيز أن يكون من شخص أو جهة أخرى تبعاً لهذا النص، ولا ريب هنا أن هذا الإطلاق مخالف للشريعة الإسلامية.

وأخيراً يستثني القانون المصري أوراق اليانصيب من حكم الحظر العام (م ٧٤٠)، ولا وجود لهذا الاستثناء في قانون المعاملات المدنية، غير أن من الواضح بمفهوم المخالفة بطلان الاتفاق عليها لعدم توفرها على شروط الرهان الجائز، ولأن المقامرة باطلة بنص المادة (١٠٢١) وهي نوع منها، هذا إلى إجماع علماء الإسلام المعاصرين على حرمة أوراق اليانصيب تأسيساً على كونها ضرباً من القمار[١].

أما إعداد دار للمقامرة فيتصور فيها ما يلي:

أ. أن يكون مؤجر الدار قد علم بهذا الباعث أو كان في إمكانه أن يعلم، فيكون أساس المنع راجعاً إلى الباعث غير المشروع لا بناءً على نظرية المحل.

ب. أن يشترط المستأجر على المؤجر ذلك، فيبطل الشرط ولكن العقد لا يبطل، إلا إذا كان ذلك الشرط هو الباعث على التعاقد (م ٢٠٦).

فعلى الحالتين ينبغي إخراج كل منهما من نظرية المحل، ومن ثم ليس مقبولاً ما يقرره بعض الفقه من أن بطلان بيع بيت يدار للمقامرة وإيجاره وكل ما يقع عليه من العقود بقصد استغلاله للمقامرة هو مؤسس على بطلان المحل [٢]، فالصحيح بحسب رأينا كفاية نظرية الباعث غير المشروع لإفادة البطلان.

١٣٥ – رابعاً : كسب المال من طريق غير شريف

إن أي كسب للمال من طريق غير شريف يعتبر أمراً محظوراً في كل شريعة سماوية أو غير سماوية، ولكن معيار الشرف يمكن أن يكون محل اختلاف بين هذه الشرائع، ولا أدل على هذا من أن القضاء في فرنسا كان في الزمن الماضي يبطل ما يسمى بعقد الهتافة، وهو العقد الذي يتم إبرامه بين مدير المسرح وأشخاص تنحصر مهمتهم في الهتاف عند بعض المقاطع من فصول العرض المسرحي لما

---

[١] انظر الحلال والحرام للدكتور يوسف القرضاوي ص ٢٧٨– والمنتقى من المنار للسيد رشيد رضا ج١ ص ٢٨٨ وما بعدها ، والفتوى رقم ٥١٧ الصادرة من بيت التمويل الكويتي في خصوص السحب لشراء سيارة ، منشورة في موقع الإسلام ، قسم الفتاوى الاقتصادية ، والفتوى رقم ٤٠٠ للمرحوم الشيخ محمد بخيت المفتي السابق بمصر في رجب ١٣٣٣هـ والفتوى ٣١٦ لذات المفتي المؤرخة ١٩١٧/٤/٢٣رجب ١٣٣٥هـ وفتوى المرحوم الشيخ أحمد هريدي رقم ١٠٦٨ في ١٩٦٨/١١/١١، منشورة في موقع الفتاوى التابع لجامعة الأزهر الشريف من الشبكة الدولية .

[٢] انظر على سبيل المثال ، السنهوري ، الوسيط ج١ص٤٤٩ ، ٤٥٠ فقرة ٢٤٠.

كان يراه في ذلك من تضليل الجمهور، ثم عدل عن هذا الرأي إلى تصحيح هذا العقد تشجيعاً للمثلين الجدد[٣].

وثمة طرق يكاد ينعقد الإجماع على عدم مشروعيتها، مثالها ما لو تعهد شخص بألا يرتكب جريمة في مقابل عوض مالي يدفع إليه، وما لو اتفق شخص مع آخر على ألا يعترف أحدهما بمسؤولية الآخر ولو اضطر إلى الكذب، ومالو اتفق مدير مصنع مع مهندس يعمل في مصنع آخر على أن يبوح له هذا بالأسرار الفنية في مصنعه لقاء أجر[٤].

هذه الاتفاقات لا شك في بطلانها لتنكبها عن جادة الشرف وواجب مراعاة الذمة في التعامل، ويذهب شراح القانون إلى عدم جواز تقاضي أجر عن عمل يعتبر واجباً على من قام به، فإذا تعهد شخص برد وديعة كانت عنده أو مال اقترضه سابقاً أو شيء كان قد سرقه مقابل أجر يأخذه، كان هذا التعهد باطلاً، من حيث إنه لا يمكن إلزام الطرف الآخر ببذل الأجر الذي التزم به بناءً عليه، ويدخل في هذا المعنى صور الامتناع عن أمر يعد الامتناع عنه حتماً مفروضاً، كما في مثال التعهد بعدم ارتكاب جريمة مقابل أجر، السالف ذكره[١].

وفي فقه القانون الانجليزي أمثلة شتى على بطلان أي اتفاق بموجبه يتقاضى شخص أو جهة مالاً مقابل أداء واجب، منها مثلاً بطلان تعهد مالك السفينة بتوزيع أجر بعض الملاحين الذين تركوها في البحر على بقية الملاحين إذا ما أرسوها في الميناء لأن إرساءها هذا هو واجب عليهم أصلاً[٢]، ومنها بطلان تعهد المدعى عليه للمدعي بأن يؤدي إليه تعويضاً من جراء تسببه في جلبه للمحكمة بتكليف منها له بالحضور بمناسبة قضية كان المدعى عليه فيها هو المدعي لأن الحضور بتلك الطريقة كان واجباً على المدعي[٣]، ومنها عدم استحقاق هيئة الشرطة مكافأة تعهد المدعى عليه ببذلها لمن يدلي بمعلومات من شأنها أن تدين مجرماً معيناً، لأن ذلك من صميم واجبات الشرطة [٤]الخ .

على أن باب الاختلاف في فقه القانون على هذا المجال واسع، بالنظر إلى اتساع المفهوم الخلقي الذي يجب الركون إليه، فهذا المفهوم عرضة للتبدل بحسب اختلاف العصور وتبدل الأفكار وتغاير

---

[٣] السنهوري ، الوسيط ج ١ص ٤٥٠ فقرة ٢٤١ نظرية العقد ص ٥٣٣ ،٥٣٤ فقرة ٥٠٦.

[٤] السنهوري ، مصادر الحق ٦٦/٣.

[١] السنهوري ، الوسيط ج١ص ٤٥٠ فقرة ٢٤١ وقد جاء فيه أيضاً (ولا يعد باطلاً اتفاق أحد النسابة genealogiste مع وارث على أن يكشف له عن نسبه ليحصل على ميراث يستحقه ما دام النسابة لم يخدع من تعاقد معه بل كشف له عن سر حقيقي كان يجهله)، ولا نرى هذا العقد مشروعاً في نظامنا القانوني المستمد من الشريعة الإسلامية ، لأن من شرط الإجارة أن يكون العمل مباحاً، وشرط الإباحة أن يكون عملاً منتفعاً به، وهذا لا منفعة فيه لأن أحكام الشريعة تغني عنه .

[٢] فيليب وجيمس ، المدخل إلى القانون الانجليزي ص ٢٨٢ .

[٣] باول ريتشارد ، قانون العقد ص ٥٧ .

[٤] المرجع السابق ، ص ٥٩ .

المصالح، وبعبارة أخرى ليس ثمة قانون ثابت للآداب العامة، ومن هنا وجد كثير من الخلاف حول بعض التطبيقات كان بالإمكان تفاديه لو أوجدنا أرضية ثابتة نستند عليها كلما كنا بصدد البحث في نقطة تتعلق بالآداب العامة، وهذه الأرضية الثابتة – هي في نظامنا القانوني – قاعدة الحلال والحرام في الإسلام.

فعلى ضوء هذه القاعدة تمكن معرفة ما إذا كان الكسب طيباً أو خبيثاً، وما إذا كان الاتفاق المتعلق به صحيحاً أو باطلاً، وهذه القاعدة في ميدان الأخلاق لا يكاد يكون ثمة خلاف في تطبيقها؛ لأن الاستقراء يجزم بأن أكثر الأحكام الخلقية مقطوع به في الشريعة الإسلامية.

وبناءً على هذا لا يصح أيما اتفاق على كذب أو غش أو خداع أو جريمة بأجر أو بغير أجر، ويكون باطلاً لا أثر له لو وقع، ولا يجوز أخذ الأجر على واجب متعين، ويدخل في ذلك الأجر على ترك محرم؛ لأن الترك هنا واجب ولا أجر على واجب، وهذه القاعدة لا خلاف فيها في الفقه الإسلامي إلا في بعض صور كما مرّ، ونحيل عليها فيما هنا.

الباب الثاني
شروط المحل في عقود المعاوضات المالية

الباب الثاني
شروط المحل في عقود المعاوضات المالية

١٣٦ – تمهيد

قدمنا أن الإجماع في الفقه الإسلامي وفي الفقه الوضعي على السواء على لزوم إمكان المحل، بما مفاده أن يكون هذا المحل موجوداً أو قابلاً للوجود في أجله .

ولكن هل من تمام شرط الإمكان أن يشترط وجود محل التصرف وجوداً مادياً وقت إصداره ؟ ثم هل يلزم تعيين المحل ؟

ينبغي أن نلاحظ في كلا الأمرين ما يلي :

أولاً : أن الخلاف في الفقه الإسلامي قائم في مدى اشتراط وجود المحل وتعيينه في كل العقود أو قصر ذلك على عقود المعاوضات المالية دون غيرها، وهي التي تعرّف بأنها عبارة عن ضرب من التمليكات تقوم على أساس إنشاء حقوق والتزامات متقابلة بين العاقدين " خلافاً للتبرعات التي تقوم على أساس الرفق والمعونة من طرف لآخر دون مقابل" [(١)].

---

(١) يقول الأستاذ الدكتور نزيه حماد في كتابه معجم المصطلحات الاقتصادية في لغة الفقهاء ص ٣١٥ و٣١٦، ما يلي بتصرف : " المعاوضة لغة من العوض الذي يبذل في مقابلة غيره وعند جمهور الفقهاء المبادلة بين عوضين وجمعها معاوضات وهي عندهم قسمان محضة هي التي يقصد فيها المال من الجانبين وغير المحضة ما ليست كذلك، خصّها المالكية بنوع من المبادلات المالية وهو بيع المقايضة . أما عقود المعاوضات في المصطلح الفقهي فهي عبارة عن ضرب من التمليكات"، إلى آخر ما نقلناه في المتن فليرجع إليه ، ويعرّف الدسوقي المعاوضة بأنها عقد محتو على عوض من الجانبين (حاشية الدسوقي ٣ / ٢) وعند الشيخ محمصاني ٢ / ٢٧٢ أنها ما كان النفع فيها للمتعاقدين جميعاً الخ ، والتعريفات كلها لا تخرج عن هذا المعنى ، ومن ثم لا حاجة لنقلها . على أن للمرحوم أحمد إبراهيم بك في كتابه الالتزامات في الشرع الإسلامي ص ٤٨و٤٩و٥٠ ما يستحق أن ننقله بطوله لأهميته : " مجموعة التمليكات ...نوع من أنواع العقد وجنس ينتظم المعاوضات والتبرعات (أ) المعاوضات : هي نوع من أنواع التمليكات وجنس ينتظم ما يأتي : مبادلة مال بمال، ومبادلة مال بمنفعة ومبادلة مال بغير مال ولا منفعة بالمعنى المصطلح عليه عند الفقهاء ، ويلتحق بها مبادلة منفعة بمنفعة ومبادلة منفعة ما ليس بمال ولا منفعة في الاصطلاح الشرعي ، فهي تشمل البيع بجميع أنواعه من بيع مطلق ومقايضة وصرف وسلم والاستصناع والصلح عن إقرار وقسمة الأعيان والتخارج والهبة بشرط العوض على قول وحوالة الحق أي بيع الدين والإيجار والمؤاجرة والجعالة والسباق والرمي والمهايأة والزواج والخلع (ب) التبرعات، وهي نوع من أنواع التمليكات ويندرج تحتها ما يأتي : تبرعات ابتداء وانتهاء، وتبرعات ضمن عقد معاوضة وتبرعات ابتداءً، وقد ينتهي بها الأمر إلى أن تستمر تبرعات إلى النهاية أو تنقلب معاوضات، فهي تشمل الهبة والصدقة والوصية والإعارة والقرض والكفالة وحوالة الدين المطلقة والمحاباة في عقود المعاوضات والوقف والإبراء من جهة كونهما تمليكاً والعمرى والرقبى والتحليل والإباحة والصلح عن إنكار والهبة بشرط العوض على قول " . ا . هـ .

ولا يوجد مثل هذا الخلاف في الفقه الوضعي؛ لأن هذا الفقه لا يميز من هذه الناحية بين عقد وعقد، ولأنه في التعيين بخاصة يستلزم قدراً في كل عقد ما يكفي لتمييزه عن غيره، لكنه لا يتشدد في تعيين الصفات التي يتفاوت بها البدل، كما لا يتشدد بالنسبة لمعرفة المقدار وتحديده، على النحو الذي نعرفه في جملة مدارس الفقه الإسلامي .

ثانياً : مع الخلاف المتقدم، لا خلاف في أن من العقود ما لا يوجد محله وقت التعاقد وإنما يوجد في المستقبل، إما مرة واحدة كما في عقود التوريد والسلم والاستصناع وأداء عمل محدد، وإما شيئاً بعد شيء، كما في عقود الإيجارات التي تتجدد فيها المنفعة المعقود عليها دفعةً إثر أخرى .

وبالنسبة لشرط التعيين، هناك استثناءات في الفقه الإسلامي، منها مثلاً البيع بلا وصف ولا رؤية عند الحنفية، وبشرط عدم نقد الثمن عند المالكية، ومنها بيع الجزاف وبيع ما في الكم، وغير ذلك مما نعرض له .

ثالثاً : أن قانون المعاملات المدنية الإماراتي قد قصر شرط التعيين على عقود المعاوضات المالية فقط، ولم يستلزم وجود المحل ساعة التعاقد، وإنما اشترط وجوده مستقبلاً على نحو محقق، ولهذا ندرس شرطي الوجود والتعيين تحت هذا الباب، ونتوسع فيهما مع ذلك بحسب الاتجاهات السائدة وصولاً لمعرفة الاتجاه الذي يقف فيه القانون ومن أي مصدر أخذ .

لكل ما تقدم نقسم الباب الذي نحن بصدده إلى الفصلين التاليين :

الفصل الأول – في شرط وجود المحل، وفيه نتكلم عن هذا الشرط في الفقه الوضعي، ثم عن الاتجاهات السائدة في الفقه الإسلامي بالنسبة له، ثم موقف القانون في الإمارات منه، وما وضعه عليه من الاستثناءات عليه إن كانت .

الفصل الثاني – في شرط التعيين، وبالنظر لقلة المسائل المختلف فيها بالنسبة له في الفقه الوضعي وكثرتها في الفقه الإسلامي مع كونه مصدراً لقانون المعاملات المدنية، نفرد للفقه الوضعي مبحثاً يخصه، وللفقه الإسلامي مبحثاً آخر مشتملاً على فرعين اثنين هما : نطاق التعيين، وكيفيته، وفي كيفية التعيين نرى أن للفقه الإسلامي تفصيلات شتى بحسب اختلاف مدارسه وكثرة مسائله، ولذا نقسم هذا الفرع إلى التعيين قبل التعاقد والتعيين عند التعاقد والتعيين بعد التعاقد، وفي التعيين الذي يحصل عند التعاقد إما أن يكون المحل معيناً بالذات وإما أن يكون معيناً بالنوع، وإذا كان معيناً بالذات إما أن يكون حاضراً مجلس العقد وإما أن يكون غائباً، ثم إذا كان حاضراً إما أن يرى المقصود منه وإما ألا يرى، وإذا لم يُرَ فإما أن يستحيل ذلك أو يمكن، وإذا أمكن فإما أن يشق وإما ألا يشق ، ولكلٍ حكمه ، وكل ذلك يخلو منه الفقه الوضعي .

ولما كان قانوننا مستمداً من الفقه الإسلامي فإن غرض البحث لا يتحقق إلا إذا أتينا على هذه التفصيلات وبالطريقة التي ألمعنا إليها آنفاً تسهيلاً للفهم من جهة وإلماماً بجملة ما يقرره الفقه الإسلامي في هذا الشأن من جهة أخرى . حتى إذا بلغنا لما نريد انتقلنا للبحث عما يخص شرط التعيين في قانوننا لنستخلص منه الأحكام التي قررها والمصادر التي أخذ عنها .

الفصل الأول

شرط الوجود

١٣٧ – تمهيد

يقصد بالوجود هنا وجود محل العقد في وقت التعاقدكما سبق القول هل هو شرط ؟ ولذلك نقسم الفصل الذي بين أيدينا إلى ثلاثة مباحث، نتحدث في أولها عن الوضع في الفقه الوضعي، وفي الثاني عن الوضع في الفقه الإسلامي، وفي الثالث عن الوضع في قانون المعاملات المدنية الإماراتي.

المبحث الأول

شرط وجود المحل في الفقه الوضعي

١٣٨ – جواز التعاقد على مال مستقبل

إن الأنظمة اللاتينية مجمعة على الاعتراف بأن الأشياء المستقبلة يمكن أن تكون موضوعاً للعقد، وكذلك الشأن في البلدان الأنجلو أمريكية وفي الأنظمة الألمانية والإسكندنافية، على رغم أن أكثر هذه الأنظمة لا تنص على هذا صراحة[1]، أما تشريعات أغلب البلاد العربية فقد انطوت على القول بأنه يجوز أن يكون الشيء المستقبل محلاً للالتزام (م ١/١٣١ مصري، و١٣١/ ١ مدني ليبي، و١٣٢/ ١ مدني سوري، و١١٧ / مدني سوداني (قديم) وم٦٦ مغربي و٢/١٨٨ موجبات وعقود لبناني، ١٣٠ تجاري كويتي، ٦٤ تونسي) وذلك دون قيد أو شرط، وبما يفهم منه جواز أن يكون محل العقد شيئاً موجوداً وقت التعاقد أو شيئاً سيوجد فيما بعد، ولو كان هذا الشيء غير محقق

---

[1] المطول " جاك غستان " ص ٧٤٦ فقرة ٦٨٥. وقد أجاز القانون الروماني بيع الشيء المحتمل الوجود كبيع الصياد لما تصيده شبكته وبيع الأمل كبيع ورقة اليانصيب حيث يكون الثمن مستحقاً ولو لم يتحقق الأمل، كما أجاز أن ينعقد البيع على شرط واقف هو تحقق وجود الشيء ولكنه يحرم التعاقد على المستحيل كالتعاقد على طيران إنسان وقد كان ذلك مستحيلاً (نظرية الالتزامات في القانون الروماني شفيق شحاته فقرة ٢٣٣ ص ١٩٥) واستلزم القانون الإنجليزي لصحة بيع البضائع المستقبلة أن تكون محتملة الوجود وهي تكون كذلك إذا كانت نتاجاً طبيعياً لشيء مملوك أو في حوزة البائع وقت العقد كاللبن الذي سيتم حلبه من البقرة الموجودة في حوزة البائع (الغرر للدكتور الضرير ص ٣٨٨-٣٨٩ والمراجع التي شار إليها) وقد اشترط القانون الفرنسي (م ١١٠٨) وجود مادة التعهد ولكن الشراح يتوسعون في مفهوم هذا الشرط كما يلي في المتن، وانظر الفقرة من هذا البحث حيث أشرنا إلى عدد من القوانين الأوروبية التي تقتصر على اشتراط ألا يكون المحل مستحيلاً استحالة مطلقة .

الوقوع[١]، و يظهر ذلك من إجازة الفقه الوضعي في عمومه البيوع المحتملة وبيع الأمل وبيع ضربة الغائص [٢]. وفيما يلي إلماع لما يقرره الفقه الوضعي في شأن بيع الأشياء المستقبلة.

١٣٩ – بيع الأشياء المستقبلة في الفقه الوضعي

يقرر الفقه الوضعي أن بيع الأشياء المستقبلة له صورتان:

الأولى – أن يعلق البيع على شرط واقف هو وجود المبيع في المستقبل، فإن تحقق الشرط أصبح البيع باتاً وإن لم يتحقق لايتم البيع، مثال ذلك أن يبيع شخص محصول قطن أرض معينة في سنة معينة قبل أن تنتج، ويجوز أن يكون البيع في هذه الصورة بسعر الوحدة، كأن يبيع القطن بسعر القنطار كذا، كما يجوز أن يكون بثمن معين لكل ما تنتجه الأرض من القطن، وفي هذه الحالة يلتزم المشتري بدفع الثمن المتفق عليه بصرف النظر عن الكمية التي تنتجها الأرض.

الصورة الثانية: أن يكون البيع منجزاً، أي أن المشتري يتعاقد مع البائع على شراء الشيء المحتمل الوجود بثمن يلتزم بدفعه وجد المبيع أو لم يوجد، مثال ذلك أن يبيع الصياد ضربة شبكته أو يبيع الزارع ما تنتجه أرضه من القطن بثمن معين، فإن المشتري يجب عليه دفع الثمن ولو لم يخرج من الشبكة شيء أو لم تنتج الأرض شيئاً، وهنا يكون البيع عقداً احتمالياً لاشك في وجوده ككائن قانوني، ولكنه

---

[١] ليس أصرح في هذه القوانين من المادة ٦١ من القانون المغربي التي نصت على أنه قد يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلاً وغير محقق عدا ما استثني في القانون انظر الدكتور وحيد سوار، الاتجاهات العامة في (ق م م أ) ص ٦٥ ونحو ذلك م ٢/١٨٨ لبناني التي تنص على أن عدم وجود الموضوع: يستلزم انتفاء وجود العقد، ومع ذلك يجوز أن يكون الموضوع شيئاً مستقبلاً وتجب الإشارة هنا إلى عدم تضمن القانون المصري القديم لمبدأ جواز التعامل في الأشياء المستقبلة إذ كل ما شرطته م ١٤٩/٩٥ منه هو أن يكون الغرض من التعهد فعلاً ممكناً جائزاً وإلا كان باطلاً . ولكن الشراح قد فسروا هذا النص بضرورة أن يكون الشيء موجوداً إذا كان عبارة عن نقل حق عيني (نظرية العقد للسنهوري ص ٤٦٥ فقرة)٤٤٥ وبأن معنى الإمكان أن يكون محل العقد شيئاً موجوداً أو سيوجد أي قابلاً للوجود، المرجع نفسه ص ٤٦٦ فقرة ٤٤٨ ، ذهني ، الالتزامات ص ١٣٨ فقرة ١٥٢ ، وقد جاء في مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري الحالي (٢ / ٢٠٦) أن المشرع قصد أن يزيل كل شك يكتنف حكم الأشياء المستقبلة، فقرر صلاحيتها لأن تكون محلاً للالتزام .

[٢] أصل هذا كله القانون الروماني، راجع شفيق شحاتة نظرية الالتزامات في القانون الروماني ص ١٩٥ فقرة ٢٣٣ حيث يقول : " لا يشترط في المبيع أن يكون محقق الوجود فقد يكون عبارة عن شيء محتمل الوجود ، من ذلك أنهم – أي الرومان – أجازوا بيع الصياد لما تصيده شبكته ، بل إن ما يعرف ببيع الأمل كبيع ورقة اليانصيب مثلاً لأشد غرراً من مجرد بيع ضربة الغائص ، لأن الثمن يكون مستحقاً ولو لم يتحقق الأمل في هذا البيع . ولا كذلك بيع ضربة الغائص التي يكون المبيع فيها مؤملاً أي محتمل الوجود فقط" . انظر المصدر السابق، وقارن وحيد سوار في الالتزامات ص ١٢٧ حيث يصرّ على عدم الفرق بينهما، إذ يقول : فالبيع في هذه الحال يظل صحيحاً ولو لم تأت الشبكة بأية سمكة ومحل العقد هنا ليس الشيء المستقبل ذاته بل الحظ أو الأمل بالحصول عليه، وقد سبق أن نقلنا هذا، وقارن بالفقه الإسلامي تدرك الفرق، ويكفي من ذلك – بالنسبة لضربة الغائص على الخصوص – حديث أورده ابن ماجة في سننه برقم (٢١٩٦) باب النهي عن شراء مافي بطون الأنعام وضروعها وضربة الغائص، من كتاب التجارات ، عن أبي سعيد الخدري قال : "نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن شراء ما في بطون الأنعام حتى تضع وعما في ضروعها إلا بكيل وعن شراء العبد وهو آبق، وعن شراء المغانم حتى تقسم وعن شراء الصدقات حتى تقبض وعن ضربة الغائص " . ورواه الدار قطني في سننه وعبد الرزاق في مصنفه وغيرهم وفي الحديث محمد إبن إبراهيم ذكر أبو حاتم أنه مجهول . وفيه أيضاً شهر بن حوشب وهو مختلف فيه . انظر نصب الراية ج٤ص٤٦٣، أما تفسير ضربة الغائص كما قال ابن الأثير في النهاية ج٣ص٣٥٤ فهو أن يقول الغائص في البحر للتاجر : أغوص لك غوصة فما أخرجته فهو لك بكذا ، نهي عنه لأنه غرر وعلى الخلاف في ثبوت الحديث ، فالإجماع منعقد على منع بيع الغرر ، وهذه الصورة تنطوي عليه بلا شك ، انظر البدائع ١٦٣/٥ والهداية ٤٤/٣، وقد سماه ضربة القانص.

غير محدد المقدار؛ إذ لا يستطيع المتعاقد أن يحدد وقت التعاقد قدر ما أخذه أو قدر ما أعطاه، فالاحتمال ينشأ من أن القدر الذي يأخذه المشتري في هذا المثال غير محدد، فقد يكون كثيراً أو قليلاً أو منعدماً، ولكن وجود البيع ليس محل شك لأنه قد وجد على كل حال ، سواءً وجد النتاج أو لم يوجد وسواءً كثر أو قل.

فالفرق بين الصورتين المتقدمتين إذن هو أن المشتري في الصورة الأولى لا يدفع الثمن إذا لم يوجد شيء من المبيع، وقد لا يدفع إلا على مقدار ما يأخذ إذا كان البيع بسعر الوحدة، وقد يدفع أكثر أو أقل مما يأخذ إذا كان المبيع جزافاً، أما في الصورة الثانية فإن المشتري قد يدفع أكثر أو أقل مما يأخذ، وقد يدفع الثمن ولا يأخذ شيئاً مطلقاً.

ومعرفة ما إذا كان العقد معلقاً على شرط أو هو عقد احتمالي يرجع في المقام الأول إلى نية المتعاقدين، وتستخلص هذه النية من ظروف التعاقد، وبنوع خاص من مقدار الثمن، فإذا روعي في تقديره أن يكون قليلاً لاحتمال عدم وجود الشيء فيغلب أن يكون المتعاقدان قد أرادا عقداً احتمالياً، أما إذا كان الثمن مناسباً مع قيمة الشيء، فالغالب أن العقد معلق على شرط.

ولكن الصورة العادية لبيع الأموال المستقبلة هي أن يكون البيع احتمالياً في مقداره أي بيعاً باتاً لا معلقاً على شرط واقف وإن كان مقداره محتملاً، وذلك لأن تعليق العقد على وجود المال المبيع يقتضي إضافة كل آثاره إلى المستقبل، ومنها التزام المشتري بدفع الثمن في الحال، فإنه يكون مؤجل الاقتضاء بناءً على هذا التعليق، وذلك يجري على خلاف الأصل؛ لأن من يبيع محصوله الزراعي قبل نضجه إنما يقصد الحصول على الثمن في الحال لا إضافته إلى المستقبل. وإن كان لا يوجد مانع لدى الفقه الوضعي من تعليق البيع على وجود المبيع بموجب اتفاق صريح.

١٤٠ – قيود التعاقد على الأشياء المستقبلة في الفقه الوضعي

قدمنا أن الفقه الوضعي يتجه إلى قبول مبدأ الاحتمال في الشيء المستقبلة كقاعدة عامة، ومع هذا يقيده على النحو التالي :

١ – ما يستثني القانون التعامل فيه، إما لخطورته كما في حظر هبة المال المستقبل ورهنه، وإما لمساس ذلك بقواعد النظام العام والآداب، كما رأينا في منع التعامل في تركة مستقبلة .

٢ – ما يضعه الفقه الوضعي من اشتراط الإمكان ومن أن الإمكان قد يقصد به وقت التعاقد شيء موجود فعلاً.

وتفصيل ذلك أن الفقه يقيد صحة التعامل في الشيء المستقبل بأمرين:

(**الأول**) ألا يقصد المتعاقدان التعاقد على شيء موجود وقت العقد، ففي هذه الحالة يكون الوجود ضرورياً، وهو يكون كذلك كما سبق القول في الالتزام بإعطاء شيء، أو في الالتزام بالعمل إذا تعلق بشيء، كالتزام المؤجر بتمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة، لابدّ معه من وجود هذه العين[١].

(**والثاني**) ألا يكون الشيء مستحيل الوجود في ذاته، وإلا كان العقد باطلاً. وقد سبق أن أشرنا عند الكلام على شرط الإمكان إلى صلة الوجود بالإمكان لدى الفقه الوضعي، وانتهينا ثمة إلى أن الفقه الوضعي يشترط بصفة عامة وجود المحل منظوراً فيه إلى الوقت الذي يراد فيه تنفيذ الالتزام بتسليمه، وإلى ما ذكرنا هناك نحيل [٢].

١٤١ – أدلة الفقه الوضعي على جواز التعاقد على الأشياء المستقبلة

يستند الفقه الوضعي إلى نصوص التشريعات القانونية، والتي يتضح من خلالها أنها بسطت إباحة التعامل على جميع الأموال المستقبلة دون أثر للتفرقة بين المعاوضات والتبرعات في عبارات مطلقة توجب إبقاءها على إطلاقها[٣] . ثم إنه لا محل عند الفقه الوضعي لخشية الخلاف المراعاة في الفقه الإسلامي؛ ولعل هذا لأن حق التقاضي المقرر لكل إنسان في العالم المتمدن من شأنه أن يرجع الأمور إلى نصابها فيما يرتئيه هذا الفقه [٤].

---

[١] انظر مثلاً إسماعيل غانم ، المرجع السابق ص ٢٤١و٢٤٢ فقرة ١٢٠.

[٢] انظر الفقرة ٦٣ من هذه الرسالة .

[٣] وحيد سوار ، الاتجاهات العامة في (ق م م أ) ص ٦٥.

[٤] لمراجعة ما تقدم انظر ما يلي : الوسيط للسنهوري ١/٣٧٥-٣٨٣و٤ / ١٩١، ١٩٣، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية للدكتور الصدة ٢/٣-١٢، شرح العقد المدنية المسماة للأستاذ الدكتور جميل الشرقاوي ج١ ص ٨٥و٩٠و٩٥و٩٨، نظرية العقد للدكتور السنهوري هامش ص ٤٧٣، وهامش ص ٣٨٧وص ٣٨٦، ٣٨٧ من كتاب الغرر للدكتور الصديق الضرير، النظرية العامة للالتزام في القانون السوري للدكتور وحيد سوار ج ١ ص ١٢٧ فقرة ١٥١، وكتابه عن الاتجاهات العامة في (ق م م أ) هامش ص ٦٥ حيث يقرر في شرحه للمادة ١٣٢ من ق . سوري . المنقولة حرفياً عن م ١٣١ من ق . المصري والتي تنص على أنه يجوز أن يكون الشيء المستقبل محلاً للالتزام بأن " المشرع السوري يقر العقود الاحتمالية كما لو اشتريت ضربة الغائص وهو ما يخرج من الصيد بضرب الشبكة مرة ولو لم تأت الشبكة بأية سمكة ومحل العقد آنذاك ليس الشيء المستقبل ذاته بل الحظ أو الأمل بالحصول عليه " وقد انتقد د. عبد الناصر توفيق العطار ص ١٦١ من كتابه مصادر الالتزام الإرادية في (ق م م أ) هذا الفهم الذي تقفه هذه القوانين تبعاً للشريعة الإسلامية . ومع هذا فإن من العجيب أن يفهم الأستاذ الدكتور حسام الدين كامل الأهواني في كتابه مصادر الالتزام – المصادر الإرادية ص ١٤٢فهماً مغايراً لما توحي به المادة ١٣١ من القانون المصري التي نقلناها فيما سبق، فهو يقول : " ويجب لصحة بيع الشيء المستقبل ألا يكون وجوده رهيناً بمحض الصدفة، لأنه لو كان كذلك لكان المحل شيئاً احتمالياً وليس مستقبلاً فيبطل بيع السمك الذي سوف يوجد في شبكة الصيّاد عند إخراجها، فالمحل ليس شيئاً مستقبلاً وإنما هو تعاقد على شراء أمل وجود الشيء ويدخل ذلك في نطاق أعمال المخاطرة والمقامرة، ويرد المحل على شيء مستقبل إذا كان قد ورد على شيء يرتبط وجوده بإرادة البائع لأن ذلك يبعده عن محض الصدفة وإذا كان وارداً على شيء يرتبط وجوده بواقعة خارجية فيجب ألا يكون تحقق تلك الواقعة مرتبطاً بالصدفة المحضة مثل الأحوال الجوية الملائمة لنضج المحصول فالمحل يرد على شيء مستقبل " ثم ينتهي في هامش ص ١٤٢ إلى أنه إذا لم يوجد الشيء في المستقبل فإن ذلك لا يؤثر على صحة العقد الذي ولد صحيحاً بإمكانية وجود المحل مستقبلاً وإنما قد يفسخ أو ينفسخ بحسب الأحوال . ولكن ما قرره الأستاذ الأهواني مخالف لما قرره أكثر شراح القانون المدني المقارن كما رأينا .

ومن الحجج التي يمكن أن تذكر في هذا الصدد القول بأن الأخذ بمبدأ سلطان الإرادة يحتم تصحيح كل العقود ما أمكن إلا ما ورد فيه نص قانوني خاص يحظره، وبالتالي لا وجه للنظر في خشية الاختلاف أو عدمه لتقرير القول بصحة هذا التصرف أو ذاك، كما قد يقال بأن التطور في الاقتصاد يحتم تشجيع الناس على التعامل بكل سبيل ممكنة.

١٤٢ – تفنيد أدلة الفقه الوضعي

ونرى أنه لا يكفي تقرير مبدأ سلطان الإرادة لإفادة جواز التعامل؛ لأن المسلّم به أنه ليس كل ما تقره الإرادة من العقود يكون صحيحاً تشريعاً، ولو أنّا نظرنا إلى وجوه المصلحة والمفسدة وحدها لكان في بيع الأشياء المحتملة مفاسد الغش والخداع وأكل أموال الناس بالباطل ومفاسد الظلم والندم الخ [(١)].

وليس يحول دون ذلك تقرير حق التقاضي؛ لأن هذا الحق في حد ذاته لا يعطي كل ذي حق حقه بالضرورة كما لو أخفق صاحب الحق في إثبات حقه مثلاً، ولأن حق التقاضي لا يوجد شيئاً معدوماً، وما يفرضه القضاء من تعويض عن عدم تنفيذ الالتزام يستلزم عدم تحقق الغرض من وراء التعاقد على الشيء، وهو غير المطلوب في العقد ولا هو المقصود من إجرائه.

ولسنا نحسب أن الحياة الاقتصادية ستتعطل أو تتوقف حركتها إذا قيدت المعاوضات بالشروط التي ينتفي معها الغرر. بل إن الأفراد سيكونون على بينة من أمرهم وهم يباشرونها، وستحاط أموالهم بالثقة والأمان المطلوبين في التجارة، وإن من شأن هذا أن يزيد في فرص التعامل التجاري والاقتصادي؛ لأنه بقدر ضمان عدم التعرض للظلم أو للتغرير يصبح الإقبال على المعاملات المالية على أشدّه، والعكس صحيح كذلك.

---

(١) قارن، الصديق الضرير، الغرر، ص ٣١٩ حيث يقرر في تعليل منع البيوع الاحتمالية " أنه بيع يؤدي إلى النزاع أو إلى الندم والحسرة وأكل المال بالباطل ولا حاجة تدعو إليه".

المبحث الثاني

شرط وجود المحل في الفقه الإسلامي

١٤٣ – تمهيد

والكلام فيه من ثلاثة وجوه :

الأول – هل يلزم وجود المحل في كل عقد عند التعاقد، أم يلزم في عقود المعاوضات فقط ؟ أم يكفي من ذلك في عقود المعاوضات انتفاء الغرر الفاحش ؟ ولنا أن نعبر عن هذا الوجه بطبيعة شرط الوجود ونطاقه، ومن ثم نفرد له فرعاً خاصاً.

والثاني – نرى بالرغم من الخلاف السائد في الفقه الإسلامي حول ما تقدم نرى كثرة صور ومسائل التعاقد على معدوم حتى في نطاق المعاوضات، وهذه الصور والمسائل إما استثناءات على الأصل القاضي بالمنع كما يرى الفقه الغالب، وإما لأنها تجري مع الأصل الذي قرره جانب من هذا الفقه وهو انتفاء الغرر الفاحش فيها . ونرى من كثرتها أنها تجري على أصل؛ ولذا نفرد لها فرعاً يستوعبها كما حصلناها بالاستقراء.

والثالث – ما تطبيق الرأي الراجح على بعض العقود المعاصرة كالتعامل في البورصة والتأمين التجاري والتعاوني وذلك بالاقتضاب اللازم ؟ وهو ما يقودنا إلى إفراد فرع خاص لهذا الغرض.

الفرع الأول

طبيعة شرط وجود المحل ونطاقه في الفقه الإسلامي

١٤٤ – تحديد أربعة اتجاهات

طبيعة وجود المحل ونطاقه في الفقه الإسلامي مختلف فيها لدى هذا الفقه، ويمكن باستقرائنا لماتقرره مدارسه أن نرصد في هذا الشأن أربعة اتجاهات[1]:

---

[1] من المراجع الحديثة التي تكلمت عن شرط وجود المعقود عليه بوجه عام الملكية ونظرية العقد لأبي زهرة ص ٢٥٦ فقرة ١٤٩، ومحمد يوسف موسى، الأموال ونظرية العقد ص ٢٨٢ فقرة ٣٨٤ ، السنهوري مصادر الحق ٣٤/٣، الصديق الضرير، الغرر ص ٣٥٣ وما بعدها، علي الخفيف ص ٢٥٢ أحكام المعاملات الشرعية، وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته ١٧٣/٤ و ٣٥٧، محمد توفيق البوطي، البيوع الشائعة ص ١٣٩، محمد سلام

١- الاتجاه الأول: ويقضي بأن وجود المحل في وقت التعاقد لازم في كل العقود إلا ما أُستثني منها، وهذا رأي الجمهور من أهل الفقه.

٢- والاتجاه الثاني: ويقضي بأن ذلك الوجود لازم في عقود المعاوضات فقط إلا ما أُستثني منها، مع التخفيف من ذلك وفق الضرورة، وهذا رأي المذهب المالكي.

٣ – والاتجاه الثالث: وينتهي إلى أن العبرة هي بطبيعة العقد ومقتضاه، أي بما يقصد العاقدان إلى تحقيقه بالعقد، وهذا الرأي قال به بعض المعاصرين.

٤ – والاتجاه الرابع: ويجري على أن النظر في عقود المعاوضات إنما هو إلى مدى وجود الغرر في تسليم المعقود عليه لا إلى وجوده عند العقد أو عدم وجوده، وهذا رأي ابن تيمية وابن القيم وابن عبدالسلام[١] ومن تابعهم من المعاصرين.

وفيما يلي التفصيل.

١٤٥ – الاتجاه الأول : اشتراط وجود المحل في كافة العقود إلا ما أُستثني

يقضي هذا الاتجاه بلزوم وجود المحل ساعة العقد في كل عقد أكان معاوضةً أم غيره، وسواءً كان سيوجد في المستقبل أم لم يكن، فكل معدوم لا يصلح محلاً للعقد مطلقاً، سواءً أكان هذا المعدوم قد فُقد بعد وجوده أم لم يوجد بعد [٢].

وقد أُدعي الإجماع على ذلك[٣].

كما أن القائلين به هم الأكثرون، فقد قال بذلك الأحناف[٤] والشافعية [٥] والحنابلة [٦]وأهل الظاهر[٧].

مذكور، المدخل إلى الفقه الإسلامي ص ٥٨٧، مصطفى شلبي ، المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي ص ٤٨٤ و٤٨٥ الخ ، أما مراجع التراث فتأتي في أماكنها المناسبة .

[١] عبد العزيز بن عبد السلام بن أبي القاسم بن حسن بن محمد بن مهذب السلمي، أبو محمد، عز الدين، الملقب بسلطان العلماء، علامة من أكابر فقهاء المذهب الشافعي والبارعين فيه، وقد قيل عنه إنه بلغ رتبة الاجتهاد المطلق ، ولد بدمشق سنة ٥٧٧ هـ وقيل في التي بعدها وتفقه على ابن عساكر وغيره وزار بغداد واستقر بالقاهرة وبها توفي سنة ٦٦٠ هـ ، من مؤلفاته الغاية في اختصار النهاية في الفقه، تفسير القرآن، مصالح الأنام في قواعد الأحكام ، الفتاوى، الإلمام في أدلة الأحكام (الأعلام ٤ / ٢١ ، معجم المؤلفين ٥ / ٢٤٩) .

[٢] انظر نزيه حماد ، معجم المصطلحات الاقتصادية ص ٣١٧،٣١٨.

[٣] النووي : المجموع شرح المهذب ٣١٠/٩ ، شرح صحيح مسلم ص ١١٧٩ ، وفي الإجماع لابن المنذر ص ١٢٩: " وأجمعوا على فساد بيع الحبلة وما في بطن الناقة ،بيع المجر وهو بيع ما في بطون الإناث، وأجمعوا على فساد بيع المضامين والملاقيح، قال أبو عبيد : هو ما في الأصلاب وما في البطون، وأجمع أهل العلم على أنه لا يجوز بيع الثمار حتى يبدو صلاحها نهى البائع والمشتري .....وأجمعوا أن بيع الثمار سنين لا يجوز " .

[٤] البدائع ١٣٨/٥ قال : "وأما الذي يرجع إلى المعقود عليه فأنواع منها أن يكون موجوداً فلا ينعقد بيع المعدوم وماله خطر العدم، وفي هذا المعنى المواد ٨٥٦،٢٠٥،١٩٧من المجلة والمواد ٣٦٧و٣٨٤و٣٨٥ من مرشد الحيران .

كما قال به من غير هؤلاء كل من الإباضية [١]والشيعة، سواءً أكانوا من المذهب الزيدي [٢] أم من المذهب الإمامي [٣].

١٤٦ – أدلة أصحاب هذا الاتجاه

١ – من الحديث الشريف: استدل أصحاب الاتجاه المتقدم بطائفة من الأحاديث الشريفة، منها ما رواه أبو هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الغرر[٤]، قالوا: فالمعدوم غرر، لأنه ما انطوى عنا أمره وخفيت علينا عاقبته، فلم يجز بيعه [٥].

كما احتجوا بما رواه أصحاب السنن عن حكيم بن حزام أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع ما ليس عندك[٦]، قالوا: والمبيع يتعين فلا يصح معدوماً لنهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع ما ليس عنده إلا في السلم[٧] .

ومن ذلك أحاديث وردت بالنهي عن بيع السنين[٨]وبيع حبل الحبلة[٩]وبيع الملاقيح والمضامين[١٠]وبيع اللبن في الضرع [١١]ونحوها، جامع ما بينها أن المبيع في كل منها غير موجود عند

---

[٥] المجموع ٩/٣١٠، المهذب ١/٢٦٢، شرح التنبيه ١/٣٦٢، إرشاد الفقيه ٢/١١.

[٦] المغني ٥/٢٧٦، الشرح الكبير ٤/٢٧ عند الكلام على بيع حبل الحبلة .

بقية هوامش الصفحة السابقة

[٧] المحلى ٥/٤٥٨ المسألة ١٦٢٥ و٥/٤٠٧ المسألة ١٤٤٣ و٦م١١٦ المسألة ١٦٢٥ الخ .

هوامش الصفحة الحالية

[١] شرح النيل ٤/١٣٦-١٣٧ و٦/٣و١٩٢.

[٢] السيل الجرار ٢/٥٣١ ، البحر الزخار ٣/١٩١.

[٣] شرائع الإسلام ٢/١٧،١٦

[٤] الحديث رواه مسلم (١٥١٣) وأبو داود (٣٣٧٦) والترمذي (١٢٣٠) وابن ماجة (٢١٩٤) كلهم عن أبي هريرة رضي الله عنه بلفظ نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الحصاة وعن بيع الغرر . و قد سبق تعريف الغرر عند الكلام على إطلاقات كلمة الإمكان في الفقه الإسلامي .

[٥] المهذب ١ / ٣٦٥ .

[٦] أخرجه أبو داود (٣٥٠٣) والترمذي (١٢٣٢) وصححه ، والنسائي (٤٦٢٢) وابن ماجه (٢١٨٧) وأحمد (١٥٣١١) وفيه عبد الله بن عصمة ضعفه عبد الحق ، وقال ابن حجر : مقبول ، يعني عند المتابعة وإلا فهو لين . التلخيص الحبير ٣/١٠، ١١ بتحقيق عادل عبد الموجود وعلي معوض ، وقد صححه الألباني وغيره .

[٧] المرتضى ، البحر الزخار ، ٣/١٩١.

[٨] رواه مسلم (١٥٣٦) وأبو داود (٣٣٧٤) وابن ماجة (٢٢١٨) والنسائي (٤٥٣٩) وأحمد (٤٣٢٤) عن جابر رضي الله عنه .

[٩] رواه البخاري (٢١٣٤) ومسلم (١٥١٤) والترمذي (١٢٢٩) وأبو داود (٣٣٨٠) والنسائي (٤٦٣٣) وغيرهم عن ابن عمر رضي الله عنهما، وزاد في راوية البخاري : وكان بيعاً يتبايعه أهل الجاهلية ،كان الرجل يبتاع الجزور إلى أن تنتج الناقة ثم تنتج التي في بطنها .

[١٠] رواه مالك في الموطأ عن سعيد بن المسيب مرسلاً ، ص ٤٠٥ (٧٦١) وقد فسرت المضامين ببيع ما في بطون الإبل والملاقيح ببيع مافي ظهور الجمال، ولعله تفسير مالك، وتقدم قول أبي عبيد: هو ما في الأصلاب وما في البطون، وذكر الهيثمي أن البزار أخرجه، قال : وفيه صالح ابن أبي الأخضر وهو ضعيف (مجمع الزوائد ٤/١٠٧).

التعاقد، فكل ما كان معدوماً في هذا الوقت فهذه سبيله، فقد اعتبروا المعدوم في ذاته غرراً مبطلاً للعقد ولو كان محقق الحصول في المستقبل على الغالب، وهذا هو تأويل الإجماع على منع بيع المعدوم؛ لأنهم يعتبرون المعدوم واقعاً في وصف الغرر، فوجب أن يقع في مورد الإجماع لزوماً[١].

٢- من المعقول : أمّا أدلتهم من المعقول فتتحصّل في الآتي:

أ. أن الأحكام والآثار أوصاف شرعية يقدرها الشارع في محل موجود، فالمعدوم لا يتعلق به حكم العقد ولا آثاره، كما أن المعدوم لا يقبل الملك، إذ الملك يقتضي شيئاً موجوداً مستقراً ثابتاً يقوم به، لهذا قيل: تمليك المعدوم محال[٢].

ب. المعدوم ليس شيئاً، ولو كان كذلك لكان الله عز وجل لم يزل والأشياء معه، وهذا كفر ممن قاله.

ج. يقتضي البيع والصدقة والعطية مبيعاً وموهوباً ومتصدقاً به، فمن باع معدوماً أو أعطاه أو تصدق به لم يبع شيئاً ولا وهب ولا تصدق، ولا يلزمه حكم.

د. حرم الله تعالى على لسان رسوله عليه الصلاة والسلام أموال الناس إلا بطيب أنفسهم، ولا تطيب النفس ببذل مالا تعرف صفاته ولا ماهيته ولا مقداره ولا قيمته، وقد تطيب النفس غاية الطيب ببذل الشيء وبيعه، وإذا علم صفاته أو قدره أو قيمته لم تطب نفسه به، فكان من قبيل أكل أموال الناس بالباطل، فلا يحل[٣].

هـ. أن المال عين يمكن إحرازها وإمساكها، والمعدوم لا يمكن إحرازه ولا إمساكه. ولكن هذا الاستدلال إنما ينهض على المذهب الحنفي الذي عرف عنه عدم اعتباره لمالية المنفعة، وهو غير مسلّم[٤].

بقية هوامش الصفحة السابقة

[١١] روي موقوفاً ومرفوعاً مسنداً ومرسلاً كما قال الزيلعي في نصب الراية ٤٥٧/٤، قال : فالمرفوع المسند رواه الطبراني ثم ساق السند إلى ابن عباس رضي الله عنهما قال : نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن تباع ثمرة حتى تطعم ولا يباع صوف على ظهر ولا لبن في ضرع. ثم قال وأخرجه الدار قطني ثم البيهقي. قال البيهقي : تفرد برفعه عمرو بن فروخ وليس بالقوي، ونقل الذهبي توثيقه عن أبي داود وابن معين وأبي حاتم . المصدر السابق بتصرف .

هوامش الصفحة الحالية

[١] قارن في هذا الشأن، السنهوري ، مصادر الحق ٢٣/٣.

[٢] أبو زهرة المرجع السابق ص ٢٥٦ فقرة ١٤٩ ، محمد يوسف موسى ، المرجع السابق ص ٢٨٢ فقرة ٣٨٤، البدائع ١١٩/٦ و١٣٨/٥

[٣] يراجع المحلى ٤٠٧/٥و٤٥٨و١١٦/٦ في المسائل ١٦٢٥و١٤٣٤و١٤٣٥و١٤٧٠و١٥٢١ وقد تصرفنا في النقل ، ويلحظ هنا أن ابن حزم لم ينص على البيع وأدخلناه في كلامه، لأنه خص التبرعات بالذكر رداً على مذهب مالك الذي يجوز الغرر فيها على ما يلي بيانه ، أما البيع فكأنه اعتبر النهي فيه عن المعدوم مجمعاً عليه فلا يحتاج إلى مناقشة ولا إيراد.

[٤] حاشية ابن عابدين ٥٢/٥، وقد نصت المادة ١٩٧ من المجلة على شرط وجود المبيع وعرفت البيع في المادة ١٠٥ بمبادلة مال بمال ، كما عرفت المال في المادة ١٢٦ بأنه ما يمكن إحرازه وادخاره . انظر شرح المجلة لعلي حيدر ص ١٥٢ ج ١.

و. أن في التعامل على معدوم مدعاة للتنازع والخلاف المفسد للتعاقد للغرر الذي ينطوي عليه، من جهة أن البائع ومن في حكمه عاجز عن تسليم الشيء المعدوم[١] .

وواضح أن هذه العلة غير مطردة في التبرعات التي لا يتصور – وقد قامت على نية التبرع والإحسان المحض – أن يثور فيها نزاع على تسليم محل العقد كالذي يتصور في المعاوضات مثلاً.

١٤٧ – مناقشة ما استدل به الجمهور

ويمكن مناقشة مذهب الجمهور على النحو التالي:

أولاً: لا يمكن التسليم بأن المعدوم لا يصلح للتعاقد عليه إلا في الأحوال المستثناة نصاً أو إجماعاً؛ فمن الملحوظ على نحو لاخفاء به كثرة الاستثناءات على هذا الأصل بما رأيناه من تشريع السلم والاستصناع والإجارة ونحو ذلك مما لا يكون محلها موجوداً ساعة العقد، ولا يكفي تبريرها بالقول إنها جازت للإجماع على جوازها، أو لعموم الحاجة إليها والتي إذا عمت كانت كالضرورة [٢]، بل لا بد من جعلها أصلاً لكثرتها، ولقد لاحظ الإمام العز بن عبد السلام أن الشريعة الإسلامية مليئة بالتصرفات التي تنعقد على معدوم، لهذا قرر بأنه من العجب أن يعتقد أن المعاوضة على المعدوم على خلاف الأصل، مع أن الشريعة طافحة بها في جميع التصرفات[٣].

ورأينا بعض أصحاب هذا الاتجاه كالشافعية والحنابلة يخففون من حدة شرط الوجود في رهن الثمرة قبل بدو صلاحها من غير شرط القطع على القول بجواز ذلك. قالوا: "لأن الغرر الذي فيه – أي الرهن أقل من الغرر في البيع، لأن هلاك الثمرة لا يسقط الدين وإنما تبطل الوثيقة والغرر في بطلان الوثيقة مع بقاء الدين قليل، بخلاف البيع فإن هلاك الثمرة يترتب عليه ذهاب الثمن جملة فيعظم الغرر"[٤].

كما رأينا أن الأحناف والزيدية وأكثر الشافعية والحنابلة على صحة الوصية بالمعدوم، وذلك كأن يوصي شخص بما تثمر نخيله أو بالولد في البطن أو باللبن في الضرع، قالوا : لأن الوصية تحتمل

---

[١] محمد توفيق البوطي ، المرجع السابق ص ١٤٢، ومصادر الحق للسنهوري ٣/١٣٢،٣١.

[٢] الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٠٩. ويعتبر صاحب البدائع (٥ / ٣) أن القياس بقضي بعدم جواز الاستصناع إلا أهم تركوا القياس لإجماع الناس على التعامل به ، وانظر ج٦ ص ١٧٥و١٨٥ منه حيث أجرى أبو حنيفة القياس على عقدي المزارعة والمساقاة فمنعهما وأجازهما صاحباه لتعامل الناس بهما، وفي المغني ٣/٦ أن الإيجار جاز للحاجة لأن العقد على المنافع لا يمكن بعد وجودها لأنها تتلف بمضّي الساعات، وفي المحلى ١٨٣/٨ الإجارة ليست بيعاً لأنها تجوز فيما لا يجوز بيعه كالحر ولأنها انتفاع بمنافع الشيء المؤجر التي لم تخلق بعد ولا يحل بيع مالم يخلق الخ انظر كذلك الغرر ص ٤٧٣ و٤٧١.

[٣] العز بن عبد السلام، قواعد الأحكام في مصالح الأنام ج٢ ص ٧٧ وقد ضرب أمثلة قوية على ما قرره من أنه لا يعرى شيء من العقود والمعاوضات من جواز إيراده على معدوم (ص ٧٦) ثم خلص إلى ما نقلناه عنه في المتن ، وكلامه كله جيد في هذا الموضوع.

[٤] المهذب ٤٢٩/١ ، مغني المحتاج ١٧٠/٢ ، المغني والشرح الكبير ٣٨٠/٤ الإنصاف ١١٠/٥، كشاف القناع ٣٦٥/٣، ٣٦٦ وقد اقتصر على رواية الجواز .

الغرر ويتسامح فيها بخلاف البيع [١]، وإن كان ثمة من ساير أهل الظاهر والإباضية في التمسك بالأصل المقرر[٢]. وكل هذا كما سبق يتطلب إعادة نظر في هذا الأصل.

ثانياً : أظهر ما استدل به الجمهور حديث لا تبع ما ليس عندك. ولكننا إذ نتأمل في سبب ورود الحديث نقف على معناه، فقد روى حكيم بن حزام قال: " أتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقلت: يأتيني الرجل يسألني من البيع ما ليس عندي، أبتاع له من السوق ثم أبيعه ؟ قال: لا تبع ما ليس عندك "[٣].

فالمنع –وفقاً لسبب ورود الحديث– كان لشيء لم يضمن حكيم رضي الله عنه حصوله له وتسليمه من ثم إلى المشتري في وقت محدد هو الوقت الذي جرى فيه العقد، وهذا ليس معدوماً وإنما اندرج المعدوم فيه بطريق القياس تبعاً لعدم القدرة على تسليم المعدوم، فما لا يستطاع تسليمه في الحال لكونه لم يخلق بعد أو لعدم القدرة على تسليمه مطلقاً أي لأي سبب كان يبطل التعاقد عليه بطريق المعاوضة، هذا إذا كان مشروطاً تسليمه في حال العقد، فأما إذا لم يكن هذا شرطاً فيه، وكان لم يوجد بعد، ولكن من الممكن ضبطه بالوصف وكان وجوده في الوقت الذي أضيف إليه أجل تسليمه ممكناً فهو خارج عن محل النزاع وفقاً لما سنبين، فكل ما يمنع هو ألا يوجد المحل في وقت التسليم مقدراً في وقت التعاقد[٤].

هذا إلى أن أكثر الفقهاء قد فسروا معنى ما ليس عندك بأنه ما ليس مملوكاً للبائع بأن يبيع مالا يملكه وقت العقد بالأصالة عن نفسه على أن يمضي إلى السوق فيشتريه ويسلمه للمشتري. قال ابن قدامة: "ولا نعلم فيه مخالفاً " [٥].

ثالثاً : من حجج ابن حزم فقيه أهل الظاهر أن المعدوم ليس شيئاً وأن الهبة تقتضي موهوباً الخ، والجواب عليها هو أن ابن حزم رحمه الله لم يفرق بين الشيء المستقبل المحقق الوقوع غالباً، والشيء المستقبل المتردد بين الوجود والعدم الذي يتخلله الغرر والاحتمال. فالملكية قبل تحقق الشيء ملكية على شيء في الذمة كالدين والمنفعة تماماً ولا فرق، غاية ما هنالك أنه يجب في هذا النوع أن يكون قابلاً

---

[١] المهذب ٦٣٢/١ ، المجموع شرح المهذب ٣١٨/٩، البدائع ٣٣٠/٧، الغرر ص ٥٣٥، ٥٣٦، ٥٣٨.

[٢] شرح النيل ٩٢/٦ ، المحلى ٣٢٢/٩ قال : "ولا تجوز الوصية بما لا ينفذ لمن أوصى له بها أو فيما أوصى به ساعة موت الموصي بحمل بستانه في المستأنف أو بغلة داره وما أشبه ذلك ". إلا أن الإباضية اختلفوا في الوصية بثمار السبتان عشر سنين، مع العلم بمنعهم الوصية بالبعير الشارد ونحوه، فلعل المنع هو الأرجح لديهم .

[٣] سبق تخريجه ص ٢١٣ بالهامش .

[٤] انظر في هذا المعنى الصديق الضرير ، المرجع السابق ص ٣٢٠ حيث يقول :" وأرى أن عدم جواز ماليس عند البائع خاص فيما كان فيه البيع حالاً كما يستفاد من قصة الحديث " الخ .

[٥] المغني ج٤ص ٢٧٤و٢٧٥ ولفظه : " ولا يجوز أن يبيع عيناً ولا يملكها ليمضي ويشتريها ويسلمها رواية واحدة وهو قول الشافعي ولا نعلم فيه مخالفاً" ، ثم استدل بحديث حكيم بن حزام السالف الذكر، راجع كذلك المنتقى ٢٨٦/٤، البدائع ١٤٧/٥، حاشية ابن عابدين ٥٠٥/٤، المهذب ٣٦٥/١، المجموع ٣١٢/٩.

للتعيين بالوصف أو قابلاً لتحمل الذمة به وذلك بأن لا يرد على شيء معين بالذات، ليكون من السهل وفي المقدور تنفيذ الالتزام بتسليمه ممن هو عليه.

على أن من حق الشارع أن يشترط درجة القطع في هذا الوجود، أو أن يخفف منه إلى درجة الاكتفاء بإمكانه، وعلى حسب خطورة نوع التصرف المراد إنشاؤه.

رابعاً : ويمكن أن نردّ على الأحناف قولهم إن المعدوم لا يقبل أوصافا ذاتية وجودية كالملكية لأن تمليك المعدوم محال، بأن هذا المعدوم- وإن كان غير موجود وقت العقد- فهو قابل لهذا الوجود، فالملكية إذ ترد عليه إنما تكون بحسب ما يؤول إليه، وإذا كان المذهب الحنفي لا يقبل مالية المنفعة، فإنه يقبل تملكها، وكذا الدين وغير الموجود يقع في معنى ذلك، لأنه شيء موصوف تتحمله الذمة فيكون أشبه بالدين والمنفعة. وما المنفعة ولا الدين إلا أحد الأنواع التي تصح أن تكون محلاً للتصرفات المالية كما لا يخفى.

أما القول بأن في التعامل بالمعدوم غرراً يفضي إلى النزاع فمحله ما في وجوده غرر، وما كان على سبيل المعاوضة -كما تقدم — وسنلقي مزيداً من الضوء على هذه الفكرة عند الكلام على الأحوال التي يكون فيها وجود المحل محققاً.

١٤٨ – الاتجاه الثاني : التمييز بين المعاوضات والتبرعات

يتجه المذهب المالكي وجهة التمييز بين المعاوضات والتبرعات، فبالنسبة إلى المعاوضات لا يجيز هذا المذهب التعامل في الأشياء المعدومة عند العقد إلا ما استثناه الشارع نصاً أو إجماعاً كالإجارة والسلم والمضاربة والمساقاة، وبناءً على ذلك لا يجوز بيع الثمر قبل أن يظهر على الشجرلأنه من باب بيع ما لم يخلق ومن بيع السنين والمعاومة، ولا تجوز بيوع الغرر التي وردت في السنة النبوية كحبل الحبلة والمضامين والملاقيح، أما السلم والمساقاة والمضاربة والإجارة فقد صرح هذا المذهب بأنها على خلاف القياس لأنها من باب التعاقد على معدوم[١].

وبالنسبة إلى التبرعات فإنها تصح عندهم بالمعدوم والمجهول وما لا يقدر على تسليمه، على معنى أنها تصح بكل ما لا يصح في البيع من جهة الغرر، وقد صار هذا من قواعد المذهب[٢].

---

[١] يراجع مواهب الجليل ٥١٤/٤، القوانين الفقهية ص ٢٤٠ ، ٢٤٣، بداية المجتهد ٢٤٧/٢ في المساقاة ، ونحوه ص ٢٣٩ في القراض – أي المضاربة.

[٢] بداية المجتهد ٣٣٢/٢ وذكر أنه لا خلاف في المذهب في جواز ذلك ، ونص عبارته : " ولا خلاف في المذهب في جواز هبة المجهول والمعدوم المتوقع الوجود وبالجملة كل مالا يصح بيعه في الشرع من جهة الغرر " . راجع كذلك الفروق ١٧٢/١ الفرق ٢٤. الدكتور الصديق الضرير ، الغرر ، ص ٥٢١و٥٢٢.

وإذن فلا مجال للشك في أن المالكية يشترطون في عقود المعاوضات وجود المحل وجوداً مادياً كالجمهور كقاعدة عامة. ولكنهم لا يتطلبون ذلك في عقود التبرعات، ثم هم في عقود المعاوضات لم يتشددوا تشدد الجمهور كما يظهر من التطبيقات التالية:

أ. أجاز المذهب المالكي بيع ما يوجد من الثمر أو الزرع بعضه بعد بعض متى كان بطوناً مختلفة ولم يتميز أوله من آخره وذلك كالبطيخ والقثاء والباذنجان والقرع، لأنه لا يمكن حبس أوله على آخره، إذ لا يظهر الكل دفعة بل على التعاقب بعضها بعد بعض، فلو لم يجز بيع الكل عند ظهور البعض لوقع الناس في حرج، ولهذا يجوز – في هذا المذهب– أن يباع ما لم يخلق مع ما خلق وبدا صلاحه مراعاة للضرورة [١].

ومن أمثلة القاعدة المتقدمة أن مالكاً أجاز بيع لبن الغنم أياماً معدودة إذا كان ما يحلب منها معروفاً في العادة[٢] " .

ولم يلتزم المذهب المالكي بقاعدة ما لا يحل بيعه فلا يجوز رهنه، وأظهر ما يتبدى هذا في إجازته رهن الزرع الذي لم يبدُ صلاحه، ورهن الأموال المستقبلة، إذ شيء يوثق به خير من عدمه، كما أجاز ابن الماجشون [٣]رهن الجنين، والقاعدة في ذلك أنه يجوز يسير الغرر في الرهن دون الكثير، فإذا كان لا يجوز بيع البعير الشارد ونحوه فإنه يجوز رهنه وفقاً لهذا المذهب، لهذا عرّف الشيخ خليل في مختصره الرهن بأنه " بذل من له البيع ما يباع أو غرراً " [٤] .

١٤٩ – الغرر المؤثر وعكسه عند مالك

والأصل في مذهب الإمام مالك أن الغرر غير الفاحش لا يؤثر في المعاوضات، ولهذا أجاز الصور المتقدمة، والفاحش هو المؤثر، غير أنه غير متفق على ضابطه مع الاتفاق في جواز هذه الصور، فمن عبارات بعض المالكية يمكن استشفاف عدة ضوابط لا ضابط واحد:

---

[١] انظر فيما تقدم بداية المجتهد ج ٢ ص ١٦٠، القوانين الفقهية لابن جزي ص ٢٢٤و٢٢٥ مواهب الجليل ٢٩٤/٤، محمد يوسف موسى ، الأموال ونظرية العقد ص ٢٨٣ فقرة ٣٨٥، البدائع نقلاً عن الإمام مالك ١٣٨/٥-١٣٩ ، المنتقى للباجي ٢٢٢/٢-٢٢٤، الصديق الضرير ، المؤلف السابق ص ٣٨١و٣٨٢– أما إذا تميزت هذه البطون كالقصيل الذي يُجز مدةً بعد مدة فثم روايتان في مذهب مالك إحدهما على الجواز والأخرى على المنع ، وسنتطرق إلى هذا .

[٢] يراجع المنتقى للباجي ٢٢٢/٢ – ٢٢٤ ، الغرر للدكتور الضرير ص ٣٨١و٣٨٢ .

[٣] عبد الملك بن عبد العزيز بن عبد الله بن أبي سلمة بن الماجشون التيمي القرشي مولاهم ، أبو مروان ، فقيه مالكي كبير من أهل المدينة المنورة ، دارت عليه الفتوى في أيامه وعلى أبيه قبله، وكان في آخر عمره ضريراً وقيل كان كذلك من صغره ، ولد بالمدينة فيما يظهر، وتفقه بأبيه وبالإمام مالك وابن كنانة والمغيرة وغيرهم ، وتأدب في البادية وأخذ عنه ابن حبيب وسحنون، له سماعات عن مالك وغيره ، وكتاب في الفقه توفي سنة ٢١٢ أو ٢١٤ هـ ، وله بضع وستون سنة فيما ذكر عياض رحمه الله (ترتيب المدارك ٢ / ٢٠٧ ، الديباج المذهب ص ٢٥١ ، ٢٥٢ رقم ٣٥٦ ، الأعلام ٤ / ١٦٠ ، شجرة النور الزكية ١ / ٥٦ ، معجم المؤلفين ٦ / ١٨٤) .

[٤] حاشية الدسوقي ٢٣١/٣ ، بداية المجتهد ٢٧٥/٢، المنتقى ٢٤١/٥، الغرر ص ٢١٢و٥٥٣، الشرح الصغير ١٢١/٢، محمد يوسف موسى ، المرجع السابق ص ٢٨٢ فقرة ٣٨٥.

الأول – أن الغرر الفاحش هو ما لا يحصل معه المقصود أصلاً أو يحصل نادراً، وغير الفاحش هو ما يحصل غالباً [٥].

الثاني – أن الفاحش هو الكثير أو الذي لا تدعو إليه ضرورة أو الذي يجمع بينهما، وغير المؤثر هو اليسير أو الذي تدعو إليه الضرورة أو ما جمع بينهما[١]، ومن هذا تستفاد عدم ضرورة ملازمة اليسارة للضرورة، فالمغتفر على هذا إما أن يكون يسيراً فحسب، أو تدعو إليه الضرورة حتى لو كان كثيراً، أو ما كان يسيراً وكانت الضرورة تدعو إليه في نفس الوقت.

الثالث – أن الفاحش هو ما غلب على العقد حتى وصف به، وغير الفاحش هو ما لا يكاد يخلو منه عقد [٢].

الرابع _ أن الفاحش الذي يكون كثيراً كبيع السمك في الماء أو الطير في الهواء، أو مقصوداً كبيع الحيوان بشرط الحمل، أو غير ضروري، وغير المؤثر هو الضروري القليل غير المقصود، أي لا بد من اجتماع هذه الأمور الثلاثة لصحة المعاوضة إن اختل أحدها بطلت، ومن أمثلة الغرر غير المؤثر شراء الدار دون رؤية أساسها، أو العمامة دون أن يُعلم بطانتها، واستئجار الحمام دون أن يعلم قدر الماء المستعمل فيه، ونحو ذلك[٣]، هذا ما حصلّه بعض المعاصرين بمناسبة الكلام على عقد التأمين، وستأتي مناقشته.

الخامس – أن الغرر الفاحش هو ما لا يتسامح الناس في مثله عادةً، وغير الفاحش عكسه[٤].

١٥٠ – الترجيح

ونرى أن العلة الجامعة للأمثلة المتقدمة هي الأمن من أثر الغرر الذي هو الظلم وأكل أموال الناس بالباطل، وعلى ألا يؤدي التشدّد في مراعاة هذا المذهب إلى الإخلال بمبدأ آخر هو حق المجتمع

---

[٥] القرافي، الفروق، وعبارته أن الغرر " ثلاثة أقسام ، أحدها مالا يحصل معه المعقود أصلاً . والثاني ما يحصل معه ذلك نادراً . والثالث ما يحصل معه غالب المعقود عليه ، فيجتنب الأولان ويغتفر الثالث " .

[١] القرافي، الفروق الموضع السابق ، و نص عبارته : " ذهب ابن رشد إلى تقسيم الغرر إلى كثير وقليل ووسط . وأن الفقهاء متفقون على أن الغرر الكثير في البياعات لا يجوز ، وأن القليل يجوز ، ويختلفون في أشياء من أنواع الغرر. وأن الغرر غير المؤثر هو اليسير أو الذي تدعو إليه الضرورة أو ما جمع الأمرين" .

[٢] المنتقى للباجي ١ / ٤١ و عبارته أن " الغرر اليسير هو ما لا يكاد يخلو منه عقد ، و الغرر الكثير هو ما كان غالباً في العقد حتى صار العقد يوصف به " ومثل هذا قول ابن رشد (في المقدمات الممهدات) ١ / ٢٢٢ : " اليسير هو الذي لا تنفك البيوع منه " .

[٣] قال الدردير شارحاً قول خليل : " و اغتفر غرر يسير للحاجة لم يقصد " : " للحاجة أي للضرورة، لم يقصد أي غير مقصود، فخرج بقيد اليسارة الكثير كبيع الطير في الهواء و السمك في الماء ، فلا يغتفر إجماعاً، و بقيد عدم القصد : بيع الحيوان بشرط الحمل، فإنه يقصد عادةً، و هو غرر إذ يحتمل حصوله وعدم حصوله، وعلى تقدير حصوله فهل تسلم أمه أم لا ؟ " ثم ضرب الأمثلة المتقدمة على الغرر اليسير الواردة في المتن .

[٤] حاشية الدسوقي ٣ / ٥٢ .

في تبادل الأموال وحق الفرد في الانتفاع بعائد ملكه بنقله إلى الغير، وعلى ضوء ذلك يمكن لنا أن نستخلص أن الغرر غير المؤثر يكون كذلك بأحد ثلاثة أمور:

الأول – أن يكون قليلاً غير مقصود، والإجماع منعقد على ذلك لا إشكال فيه.

الثاني – أن تدعو إليه الضرورة، وهو يكون كذلك إذا كان الناس لا يتعاملون فيه إلا على هذا الوجه، أو كان ترك التعامل فيه يؤدي إلى ضرر في المال، مثاله أن يوقف بيع الثمار على بدو صلاحها كلها، فقد تتلف الثمار التي بدا صلاحها انتظاراً لبدو الصلاح في الباقي، ولهذا انعقد الإجماع على جواز البيع بهذه الحالة، ومن ذلك تأجير الحمّام، فإنه لا يمكن لصاحبه حساب قدر الماء المستعمل فيه وفي اشتراط ذلك عليه ضرر به؛ لأنه لا يمكن تأجيره إلا على هذا النحو، ويدخل فيه بيع الدار دون معرفة أساساتها، وبيع العمامة دون معرفة بطانتها، والفاكهة دون معرفة ما بداخل قشرتها أو صوانها الخ ، فكل هذه الصور لا يمكن أن يتم البيع فيها إلا مع الجهل بذلك، ولو اشترطنا العلم به لكان معناه أن يتلف الشيء المبيع، وذلك لا تأتي به شريعة .

الثالث – أن يؤمن ضرره، والأمثلة على ذلك كثيرة، ففي التبرعات نفسها يجوز الغرر لأن القابل فيها لم يدفع في مقابلها شيئاً حتى يخسره ويتضرر به، وفي بيع الغائب يمنع بشرط النقد ويجوز تطوعاً من عند المشتري لكيلا يضيع عليه ماله في شيء لم يتحقق من صفاته، وفي الجعالة مثلاً لا تضر جهالة العمل لأنه غير لازم للمجعول له أي للعامل، ورهن المستقبل وبيع الدار دون معاينة الأساس الخ كل ذلك مأمون الضرر عادةً لأنه لا يتغابن الناس في مثله أو لأنه يمكن استدراكه أو تركه، والأصل في ذلك أن الغرر نوع من الخداع والظلم لجهالة العاقبة فيه، وما يمكن استدراكه أو تركه وما يُدخل فيه على بصيرة لا يكون كذلك، ولعل ما أشرنا إليه هو العلة التي تردّ إليها الصور المختلفة التي أجاز مالك فيها وجوه الغرر تلك[1].

١٥١ – أدلة المذهب المالكي في هذا التمييز

احتج مالك لمذهبه بأنّ الطائفة الأولى من العقود وهي عقود المعاوضات يقصد بها تنمية المال، فمن حكمة الشرع اجتناب الغرر والجهالة فيها على النحو الذي إذا فات المبيع به ضاع المال المبذول في مقابلته إلا ما دعت الضرورة إليه عادةً، وأما التبرعات وهي الطائفة الثانية من العقود فهي إحسان صرف لا يقصد بها تنمية المال كالصدقة والهبة والإبراء، فاقتضت حكمة الشرع وحثه على الإحسان

---

[1] قارن ما قلناه بما وضعه الدكتور الصديق الضرير من ضوابط للغرر الفاحش وذلك في كتابه القيم عن الغرر وأثره في العقود في الفقه الإسلامي ص ٥٨٥ – ٥٩٩ ، وخلاصته أن الغرر الفاحش يكون كذلك إذا ورد على معاوضات مالية ، وإذا غلب على العقد حتى صار يعرف به كما قاله الباجي أو يترك ذلك على حسب الأحوال ووفقاً لمعايير مرنة، و إذا ورد على المعقود عليه أصالةً لا تبعاً، و إذا لم تدع إليه حاجة، وهي التي إذا لم يتناولها المرء يكون في جهد ومشقة .

التوسعة فيه بكل طريق بالمعلوم والمجهول، لأن ذلك أيسر لكثرة وقوعه وفي المنع منه وسيلة إلى تقليله، ثم إنه لا ضرر على المتبرع إليه، لأنه لم يبذل شيئاً في مقابلة المال الذي تعهد المتبرع.

كما يرى بعض المالكية أن الأحاديث التي تضمنت النهي عن الغرر قد وردت في البيع ونحوه، وأنه من ثم لا يصح تعميمها على كل العقود[١].

وبذلك يظهر أن مالكاً رحمه الله قد ربط الحكم بعلته ربطاً محكماً، فعلة منع الغرر إنما هي ما عسى أن يؤدي إليه من الغبن وأكل أموال الناس بالباطل، وهو لا يتصور في عقود التبرع؛ لأن المتبرع فيها يدخل بنية ألا يتلقى مقابلاً لما تعهد به، وبالتالي فليس ثمة غبن ولا أكل لأموال الناس بالباطل فلا اعتبار للغرر؛ لأن الغرر إنما يتصور في العقود التي تبنى على المساواة، ويراد من شرط انتفائه ألا يخل بها أو ينال منها بوجه، ولا كذلك عقود التبرع التي تبنى على المسامحة والتفضل ولا محل فيها لمراعاة المساواة.

وإذا كان مالك رحمه الله لم يراع الغرر في عقود التبرعات فإنه قد قيّد ذلك بأمرين:

الأول – أن لا يحدث مانع من فلس أو زوال أهلية أو موت قبل الحيازة وإلا بطل التبرع، وقد سبق أن أشرنا إلى ذلك .

والثاني – ويتعلق بالإجراءات، وهو يقوم على شيئين كذلك، الأول منهما : أن المتبرع في حال الخلاف في مقدار الشيء الذي تبرع به يكون مصدقاً بيمينه، كما هو الشأن في الوارث يهب بعض نصيبه لشخص آخر، ثم يدعي أنه لا يعلم أن نصيبه هو هذا القدر [٢] . والثاني منهما أنه في الدعاوى التي يرفعها المتبرع إليه ضد المتبرع، يزعم فيها أن سبب الدين الذي يطالبه به قد نشأ من تبرع لا يجوز عند أغلب الفقه المالكي تحليف المتبرع أنه ما تبرع للمدعي؛ لأن المتبرع متفضل وقد كان في مقدوره ألا يتبرع أصلاً [٣].

---

[١] الفروق للإمام القرافي ، الفرق ٢٤ ج١ص١٧٢ . وقد ذكر أن مالكاً رحمه الله تعالى قسم التصرفات ثلاثة أقسام : أحدها معاوضة صرفة يقصد بها تنمية المال ، فلا بد من اجتناب الغرر فيها وفقاً لما أشرنا إليه في المتن، والثاني إحسان صرف لا يقصد به تنمية المال كالصدقة والهبة وإلابراء ، وهذا القسم يجوز فيه الغرر ، والثالث : ما لم يكن معاوضة صرفاً ولا إحساناً صرفاً فيجوز فيه الغرر القليل دون الكثير – وسماه الواسطة بين الطرفين ، قال فهو من جهة أن المال فيه ليس مقصوداً وإنما قصده المودة والألفة والسكون يقتضي أن يجوز فيه الجهالة والغرر مطلقاً ومن جهة أن صاحب الشرع اشترط فيه المال بقوله تعالى (أن تبتغوا بأموالكم) يقتضي امتناع الجهالة والغرر فيه ، فلوجود الشبهين توسط مالك فجوز فيه الغرر القليل دون الكثير ، نحو عبد من غير تعيين وشورة بيت ولا يجوز على العبد الآبق ، والبعير الشارد .. وألحق الخلع بأحد الطرفين الأولين (القسم الثاني)الذي يجوز فيه الغرر مطلقاً، لأن العصمة وإطلاقها ليس من باب ما يقصد للمعاوضة ، بل شأن الطلاق أن يكون بغير شيء فهو كالهبة .

[٢] تحرير الكلام في مسائل الالتزام موجود في فتاوى عليش ج١ص٣١٣ البيان والتحصيل ج١٤ص٨٥و٨٦ رسم الأقضية والحبس من سماع أصبغ ، كتاب الصدقات والهبات الرابع .

[٣] هذا على المشهور، ويستثنى ما إذا كان الشيء المدعى هبته أو صدقته تحت يد المدعي في وقت الدعوى فإن اليمين تجب على مالكه أنه ما وهبه ولا ما تصدق به ، راجع شرح ميارة على التحفة ١٦/١، والبهجة شرح التحفة للتسولي ج١ص١٥٨ ، وقد ذكر الجلاب قولاً مخالفاً لهذا في أن اليمين تتوجه في التبرع وأنه إن نكل المطلوب حلف الطالب .

١٥٢ – الاتجاه الثالث :النظر إلى طبيعة العقد ومقتضاه

ويذهب جمع من الفقهاء المعاصرين إلى أن طبيعة العقد قد تكون نفسها هي الحكم في الأمر، فإذا كانت طبيعته تقتضي أن يكون محله موجوداً – وجوداً مادياً عند التعاقد—كان وجوده هذا شرطاً لوجود العقد؛ لأن طبيعته ومقتضاه على أنه شرع لدفع نزاع أو تجنب ضرر، مثاله البيع، فإن من طبيعته ومقتضاه نقل ملكية شيء موجود فعلاً من مالك إلى آخر، فيجب أن يكون موضوعه موجوداً حين العقد؛ لأنه إنما شرع " لنقل ملكية قائمة من البائع إلى المشتري، وهذه الملكية لا وجود لها، ولو قيل بصحة هذا النوع لترتب عليه كثير الغرر وكبير الضرر فلا يصح لذلك. وليست هذه الأشياء مع هذا مما يثبت في ذمة البائع فيملكها المشتري باعتبارها ديناً يشغل الذمة، لأنها ليست من الأمثال التي يتخير البائع في الوفاء بها " [١].

ويترتب على هذا النظر أنه لا يجوز بيع الزرع قبل ظهوره، ولا الحمل في بطن أمه، ولا لبن هذه البقرة قبل أن تحلب، ولا بيع نصيبه في تركة أبيه قبل وفاته، فربما لا تلد الماشية إلا جثة ميتة، وربما لا تنبت الأرض، وإذا أنبتت فقد لا يثمر الزرع لآفة تصيبه، وقد يتوفى البائع قبل وفاة أبيه، وقد لا يترك شيئاً عند وفاته[٢]. ومثل هذا يقال في عقد الصرف؛ فإنه يقتضي وجود محله عند انعقاده؛ لأن الصرف يستلزم القبض في المجلس، ولا يتأتى ذلك بغير وجود البدلين فيه وهما محله أو موضوعه، ومن هنا لزم فيه وجودهما.

فإذا كانت طبيعة العقد وشرعته لا تقتضي وجود محله وقت التعاقد،كما في العقد على المنافع من إجارة ومزارعة ومساقاة، وكما في عقد السلم وعقد الاستصناع وما إلى ذلك، فلا يشترط عندئذٍ وجود المحل؛ وذلك لأن طبيعة هذه العقود تقضي بألا توجد موضوعاتها مرة واحدة، فلا معنى لاشتراط أن يكون محل كل منها موجوداً حين التعاقد، وإنما يكفي لصحتها أن يشترط إمكان وجودها في المستقبل، أي أن يكون هذا المحل متوقع الوجود عادة في المستقبل أو محتملاً[٣].

وبناءً على هذا الرأي لا عبرة في النظر إلى طبيعة العقد من حيث كونه من عقود المعاوضة أو من عقود التبرع، والمعوّل عليه إنما هو النظر إلى طبيعة العقد من جهة ما إذا كانت تتطلب القبض في الحال أو لا تتطلبه، فإذا كانت تقتضي قبض المحل في وقت العقد كان وجوده شرطاً لصحته، كعقود التمليك

---

[١] المرجع السابق ، نفس الموضع الأخير .

[٢] الشيخ علي الخفيف ، أحكام المعاملات الشرعية ص ٢٥٢، ٢٥٣.

[٣] المرجع السابق – والأموال ونظرية العقد لمحمد يوسف موسى ص ٢٨٥ آخر فقرة ٣٨٧ ، ومصطفى شلبي ، المدخل ص ٤٨٤ حيث يقول: " يشترط في المحل أن يكون موجوداً عند العقد أو متوقعاً وجوده في المستقبل حسبما تقتضيه طبيعة العقد، فعقود البيع والهبة والرهن ترد على عين والعارية والإجارة كلاهما يرد على منفعة وهي غير موجودة قطعاً وقت العقد " الخ أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد ص ٢٥٦ – فقرة ١٤٩، د/ فتحي الدريني ، النظريات الفقهية ص ٣٣٧.

على الأعيان من بيع أو هبة أو صرف، أما إذا كانت طبيعة العقد لا تقتضي قبض المحل في وقت العقد، كبيع الموصوف في الذمة كالسلم والاستصناع وكالعقود على المنافع المتجددة من إجارة ومزارعة مساقاة وإعارة وغيرها، فإن وجود المحل ليس شرطاً لصحة كل منها ما دام يتأتى وجوده في وقت التسليم أو في مدة العقد.

١٥٣ – أدلة هذا الفريق

ويظهر أن الذي استدعى هذا التمييز بين ما تقتضي طبيعته وجود محله وما لا تقتضي طبيعته ذلك هو الكثرة الكاثرة من العقود التي أجازتها الشريعة الإسلامية والتي يبدو محلها معدوماً في وقت صدورها كالإجارة والسلم والاستصناع وغيرها. وهي كثرة توجب ألا تكون هذه العقود واردة على سبيل الاستثناء، بل لابدّ أن تخضع لقاعدة عامة تندرج تحتها وتكون هي الأصل في العقود التي تشبهها، لاسيما مع الاتجاه إلى تقنين أحكام الشريعة الإسلامية ومع كثرة ما يفرزه الزمن الحالي من اتساع وجوه التعامل، ولا بدّ في هذا الشأن من وضع قاعدة قانونية تتسع لها العقود المستحدثة مهما تطاول الزمن[١].

وقد يجد هذا الرأي مستنداً له فيما قرره الفقه من قاعدة اختلاف أحكام التصرفات لاختلاف مصالحها[٢].

١٥٤ – مناقشة هذا الرأي

وهذا الرأي غير مسّلم؛ ذلك لأنه من الناحية النظرية يستلزم أن تكون طبيعة العقد حاكمة على شروط الشارع في العقد، والحال أن الشارع هو الذي يضع أوصافاً أو شروطاً ينبغي التقيد بها في التعاقد على أمر معيّن سبيلاً للقول بصحة العقد، ومن ثم لا يمكن القول من ناحية المنطق إن طبيعة العقد هي التي تملي على العقد شروط صحته، بل إنما يمليها قصد الشارع، كما لا يمكن القول إن طبيعة العقد التي وضعها الشارع في كل عقد كنقل ملكية شيء قائم في البيع مثلاً هي التي يستظهر منها اتجاهه إلى شرط وجود المبيع وقت التعاقد؛ ذلك أن كل ما يفهم من طبيعة عقد البيع مثلاً هو نقل ملكية المبيع بمقابل،

---

[١] أبو زهرة المرجع السابق ص ٢٥٦ وهامشها ، الفقرة ١٤٩ ، وهو يقول في هذا المعنى : " إن افتراض أكثر الفقهاء ومنهم أبو حنيفة وأصحابه أن المعدوم لا يصلح أن يكون محلاً للعقد لا يستقيم ، لأن ما سمى بالعقود غير القياسية وهي التي محلها في ذاته معدوم وقت العقد كالإجارة والسلم والاستصناع هي عقود كثيرة ، والاستثناء لا يكون بهذا القدر من العدد ، والاستحسان لا يكون على هذا النحو ، بل الأولى تعديل الفرض والنظر في هذا الحكم نظرة فاحصة كاشفة وتخصيص عمومه ليتسع لعدد من العقود أكثر مما وسع"،وانتهى إلى أننا لو خصصنا قضية عدم صلاحية المعدوم لأن يكون محلاً للعقد بعقود التمليك التي تقتضي القبض في المجلس كعقد الصرف وكذا عقد الهبة كانت القاعدة مستقيمة لا استثناء فيها عند أبي حنيفة وأصحابه . وانظر مصطفى شلبي ، المرجع السابق ص ٤٨٤.

[٢] انظر قواعد الأحكام في مصالح الأنام ج٢ص٩٤ وما بعدها تحت عنوان قاعدة في اختلاف أحكام التصرفات لاختلاف مصالحها ، ويذكر الإمام العز بن عبد السلام أن عقود المنافع لا يتصور وجودها في حال العقد، أما المعدوم فلا يجوز بيعه وإجارته وهبته لما في ذلك من الغرر وعدم الحاجة .

وذلك ما يقتضي وجود المبيع في الجملة، أما متى يكون المبيع موجوداً : أي هل لا بد من وجوده وقت التعاقد أو يجوز أن يوجد بعده بمدة، فذلك ما لا تستلزمه طبيعة البيع من حيث هي، بل لا بد من دليل آخر؛ لأنه يمكن أن يجيز الشارع وجود المبيع فيما بعد التعاقد، ولا سيما أنه من المعلوم في البيع مثلاً أنه كما يرد على العين المعينة بالذات في صورة البيع العادي فإنه يرد أيضاً على العين الموصوفة التي هي غير موجودة وقت التعاقد في صورة السلم، ومن ثم فالتعويل على طبيعة العقد هنا غير منتج، ولا بد كما تقدم من البحث عن دليل آخر يشترط أو لا يشترط وجود المحل وقت التعاقد.

١٥٥ – الاتجاه الرابع : النظر إلى الغرر أو عدمه في عقود المعاوضة

يقوم هذا الاتجاه على دعامتين:

الأولى: أن وجود المحل وقت العقد لا يشترط على الإطلاق– متى كان العقد من عقود التبرعات — لأنه لا ضرر على المتبرع إليه إذا لم يوجد الشيء المتبرع به، وهذا يشبه مذهب الإمام مالك الذي يجيز الغرر في التبرعات دون المعاوضات كما سبق أن ذكرنا.

و**الثانية**: أنه لا يشترط وجود المحل — وجوداً مادياً– وقت التعاقد في عقود المعاوضة إلا إذا كان ثمة غرر في وجوده بعد ذلك، فالمعدوم لا يمنع التعامل به إلا لجهة مافيه من الغرر لا لجهة مابه من العدم، والنهي عن التعامل في المعدوم إذا كان في وجوده غرر إنما يقتصر على البيع ونحوه من عقود المعاوضات. قال بهذا ابن تيمية وتلميذه ابن القيم وهما حنبليا المذهب.

١٥٦ – أدلة هذا الرأي

ويمكن تلخيص أدلة هذا الرأي فيما يلي:

أ– بالنسبة لعقود المعاوضات:

١ - عدم ورود نص في الكتاب أو في السنة ينهى صراحة عن بيع المعدوم، وإنما ورد النهي عن بعض الأشياء التي هي معدومة لجهة مافيها من الغرر، تماماً كما ورد النهي عن بعض الأشياء التي هي موجودة لهذه العلة أيضاً كالبعير الشارد ونحوه.

٢ - أن الشارع قد صحح بيع المعدوم في بعض المواضع، كبيع الثمر بعد بدوّ صلاحه والحب بعد اشتداده.

٣ - الإجماع على دخول أجزاء الثمار وما يتلاحق في الشجر فيها ولو لم تخلق بعد، أي بأن كانت معدومة.

٤ - المشقة والضرر في بعض صور المعدوم لو قلنا بالمنع، مثال ذلك بيع المقاثي والمباطخ والباذنجان، فإنه لا يمكن بيعها لقطة لقطة، ولا تتميز اللقطة المبيعة من غيرها ولا تقوم المصلحة ببيعها كذلك، ومالا يباع إلا على وجه واحد لا ينهى الشارع عن بيعه .

ب– بالنسبة لعقود التبرعات:

١ - ورد النص بجواز هبة المشاع المجهول، وذلك في قول النبي صلى الله عليه وسلم لصاحب كبة من الشعر حين أخذها من المغنم وسأله أن يهبها له: " أما ما كان لي ولبني عبد المطلب فهو لك " [١].

٢ - عدم الضرر في تعلقها بالمعدوم وما يقدر على تسليمه وما لا يقدر، لأنها تبرع محض وما كان كذلك فلا محذور فيه من ظلم أو قمار أو ميسر أو مخاطرة، إذ مُوجب البيع تسليم المبيع، فإذا كان البائع عاجزاً عن تسليمه فهو غرر ومخاطرة وقمار فإنه لا يباع إلا بوكس، فإن أمكن المشتري تسلمه كان قد قمر البائع وإن لم يمكنه ذلك قمره البائع، وهكذا المعدوم الذي هو غرر، كما إذا باعه ما تحمل هذه الأمة أو هذه الشجرة، فالمبيع لا يعرف وجوده ولا قدره ولا صفته وهذا من الميسر، ونظير هذا في الإجارة أن يكريه دابة لا يقدر على تسليمها سواءً كانت موجودة أو معدومة وكذلك سائر عقود المعاوضات، بخلاف الوصية فإنها تبرع محض، وطرده الهبة إذ لا محذور فيها [٢].

١٥٧ – الترجيح من بين الاتجاهات السالف ذكرها

ونرى أن رأي ابن تيمية وابن القيم أرجح بالنسبة لعقود المعاوضات، وأن المحذور هو الغرر في تسليم المعقود عليه في وقت نفاذ آثار العقد لا مجرد عدم وجوده حيث لا يطلب، فإذا كان شيئاً معيناً فإن العقد يكون باطلاً؛ لأنه إما كان قد وجد سابقاً فهلك، وإما أن يكون وهماً لا وجود له في الواقع فلا يتعلق به انعقاد ولا يتأتى تسليمه؛ لأن الفرض أنه شيء محدد معروف يمكن تمييزه عن غيره، وهو ما لا وجود له، فأما إذا كان شيئاً شائعاً في جنسه أي يثبت في الذمة مثل أن يلتزم

---

[١] رواه النسائي (٣٦٢٨) وأبو داود (٢٣١٩) وأحمد (٦٤٤١) كلهم عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عبد الله بن عمرو بن العاص ، رضي الله عنهما، وعمرو بن شعيب مختلف في توثيق كتابه الذي يرويه عن أبيه عن جده .

[٢] إعلام الموقعين لابن القيم ج٢ص٨و١٣– وقد أشاد بأقواله في هذا المعنى الدكتور السنهوري في مصادر الحق ٣٠/٣ حيث قال : " إنه قول سديد قوي في هذا المعنى" ، بينما انتقد هذا الرأي الدكتور محمد توفيق البوطي في البيوع الشائعة ص ٥٩ ناعياً عليه مخالفته للإجماع من وجهة نظره .

العاقد بإحضار إردب قمح مصري وصفه كذا من النوع الجيد في أجل محدد فلا يبطل العقد قطعاً؛ لأن هذا سلم تحققت فيه شروطه، والمال الوارد عليه العقد مال مثلي يثبت في الذمة .

والذي اختلف فيه الجمهور مع ابن تيمية وابن القيم ليس هذا، وإنما هو في المال المعين كثمار الشجرة الفلانية من حديقتك، كما يختلف الفريقان في إعمال المبدأ في هذه العقود، وهما ينظران إلى أن المعتبر القدرة على التسليم ولو بعد حين من العقد؛ لأنه لا دليل عندهما على أن موجب العقود على الأعيان تسليمها في الحال.

ونرى من حيث المبدأ أن انعدام المحل وقت العقد ليس دليلاً على عدم تحقق وجوده في الزمن الذي أضيفت إليه آثاره، وأن الشرط- في عقود المعاوضة — إنما هو أن يكون وجود المعقود عليه محققاً في أجله ولو لم يكن موجوداً حين العقد، ولكن هذا يصعب تصوره في الأعيان إلا في بيع الثمار التي لم يكتمل نموها كما سنأتي إليه في الفرع التالي؛ وإلا فإن سائر المعدومات المقول فيها بالجواز هي أوصاف تتحملها الذمة أو منافع لأعيان موجودة وقائمة، وما عدا ذلك من الأعيان المراد بيعها مثلاً والتي لا تكون موجودة حين العقد يصاحبها احتمال الوجود والعدم، ومن ثم لا تكون القدرة على تسليمها محققة، فيكون العقد عليها غرراً .

ومع ذلك فإننا نرجح هنا رأي المالكية وابن تيمية وابن القيم ومن معهم في عدم استلزام وجود المعقود عليه في عقود التبرعات متى كان ممكناً غير مستحيل؛ أخذاً بأن هذه العقود لا تقوم على المساواة بل على التفضل، ولا على المشاحة بل على المكارمة، فعلة منع الغرر- وهي أكل أموال الناس بالباطل- لا تظهر فيها، ولما كان ذلك فلا ضير من أن يباح فيها من الغرر ما لا يباح في غيرها، فتصح في رأينا في المجهول وفي المعدوم المتوقع الوجود في الزمن الذي يضاف إليه العقد؛ إذ القاعدة أن الأحكام رهن بعللها تدور معها وجوداً وعدما، فحيث انتفت مظنة الغرر- وهي الظلم والغبن في عقود التبرعات – لم يكن للتقيد به معنى، ولنعتبر في ذلك بالوصية فإنها هي الأصل الذي ينبغي أن يقاس عليه في هذا دون غيره.

وربما كان تقرير نظرية ابن تيمية وابن القيم بالنسبة لعقود المعاوضة مفيداً مع ذلك في استخلاص قاعدة نافعة في مجال عقود المعاوضة التي تفرزها عوامل التطور، فعن طريق الأخذ برأيهما نستطيع الفصل في مدى صحة المعاوضة الواردة على الأموال المستقبلية، بحيث إذا أبصرنا غرراً فاحشاً في وجود المعقود عليه استطعنا تقرير بطلانها دون عناء، وإذا لم نلحظ مثل ذلك لم يكن علينا ضير في أن نقرر صحتها وقد خلت من وجوه الغرر المبطلة للتعاقد.

والأدلة التي اعتضد بها هذان الفقيهان الكبيران صالحة للأخذ بها إلى جانب المناقشات الموجهة إلى أدلة الجمهور.

الفرع الثاني

متى يكون الغرر منتفياً ؟

١٥٨ – تمهيد

لانجد للفقهاء كلاماً فاصلاً وصريحاً في هذا المعنى، إلا إشارات هنا وهناك يستطاع من مجموعها استخلاص الحالات التي يكون المحل فيها محقق الوجود ومنفي الغرر.

ويمكن القول إن الغرر في وجود المال المستقبل ينتفي بإحدى حالات ثلاث:

الأولى: أن يكون المحل موصوفاً في الذمة. على معنى أن تتحمله الذمة المالية للشخص الطبيعي أو المعنوي. وذلك لا يكون إلا لما يسمى بالمال المثلي، أو بالمحل المعين بالنوع وفقاً لما سنبينه.

والثانية: أن يكون أصل المحل موجوداً عند التعاقد وإن لم يتكامل بعد، ويخرج من هذه الحالة ما يسمى ببيع الثمار قبل بدوّ صلاحها بشرط التبقية، وسنأتي إلى بيان أن هذا الاستثناء قد نص عليه الشارع لأجل ما يعرض للثمار من التلف والعاهة.

والثالثة – أن يكون المحل منفعة عين قائمة أو منفعة شخص طبيعي، ويدخل في الصورة الأولى كافة عقود المنفعة كالإيجار وما يندرج تحته، بينما يدخل في الصورة الثانية ما يسمى حديثاً بعقود العمل، وهي في حقيقتها نوع من المؤاجرات، وفيما يلي تفصيل ما تقدم.

المطلب الأول

الموصوف في الذمة

١٥٩ – أولاً : الثمن والأجرة

لا خلاف في الفقه الإسلامي على صحة التعاقد على الثمن والأجرة موصوفين في المذمة، أكانا من النقود الذهبية والفضية أم من النقود الورقية أم من نوع آخر من الأموال المثلية كالقمح والأرز والدقيق والسكر ونحو ذلك.

وكأثر لذلك يقرّر المالكية والأحناف أن النقود دائماً أثمان ومعايير لغيرها من الأموال، وأنها لا تتعين بالتعيين ولو أشير إليها أو نص على مكانها، فهي تقع على الذمة ولو عينت، ويترتب على هذا فيما يقرره المذهب المالكي أنه لو غصب غاصب ديناراً بعينه فله أن يعطي مالكه غيره[١].

وأصل هذا أن المال المثلي يثبت ديناً إذا عين بأوصافه بخلاف القيمي، فإنه لا يثبت في الغالب ديناً في الذمة ولكن يتعين بالإشارة إليه أو ما يقوم مقامها [١]، وسنأتي إلى هذا بعد .

١٦٠– ثانياً : المسلم فيه

والمسلم فيه هو مال موصوف في الذمة جاز السلم فيه في الفقه الإسلامي إجماعاً على رغم كونه معدوماً وقت العقد [٢]، بل أكثر الفقه على عدم صحته حالاً لإفضائه إلى المنازعة الناشئة عن العجز عن المسلم فيه[٣].

ومؤداه أن السلم في العادة يكون في مال مستقبل؛ إذ هي الصورة المتفق على جوازها، ومع هذا لا خلاف في اشتراط أن يكون المسلم فيه عام الوجود في محله، أي أن يكون كثير الوجود عادةً عند حلول الأجل، مأمون الانقطاع حتى يمكن تسليمه عند حلول أجله دون مشقة ولا ضرر، وهو ما يمكن أن نعبّر عنه بكونه محقق الوجود في المستقبل[٤].

---

[١] الفروق ٢ / ٨٧ ، ١٤٠، وخالف الحنابلة والشافعية فقرروا أن النقود تتعين بالتعيين، فلو قال : اشتريت منك بهذه الدراهم وقبل البائع ثم تلفت لزم البيع وليس على المشتري أن يدفع دراهم بدلاً من تلك التي هلكت، ووافق زفر وهو – حنفي– هذين المذهبين ، أما الأحناف فالأصل عندهم أن النقدين الذهب والفضة لا يتعينان بالتعيين، وأن ما دونهما من العروض والفلوس يتعين، ويشترط لتحمل الذمة بكل منهما أن يكونا ثمناً ، بأن تدخل الباء عليهما ، لأن الأصل في الثمن أن تتحمل الذمة به، ويوافق المذهب المالكي المذهب الحنفي في هذا، غير أنه يستلزم التعيين بالنسبة للذهب والفضة في عقد الصرف حذراً من ربا النسيئة (المرجع السابق ، المادة ٢٤٣ من مجلة الأحكام العدلية ونصها : " لا يتعين الثمن بالتعيين في العقد " ، وفي حاشية ابن عابدين ٥ / ٩٦ أن التعيين بالدراهم لا في المعاوضات وفي الفاسد روايتان) .

[١] المادتان ٧٩٨و٧٩٩ من مرشد الحيران ، بدائع الصنائع ٧ / ٣٩٥.

[٢] يراجع الدكتور نزيه حماد ، عقد السلم ص ٥٤ فقرة ٣٣.

[٣] يذهب الجمهور إلى عدم جواز السلم الحال لأن الرسول صلى الله عليه وسلم أمر بالأجل في الحديث حيث قال " إلى أجل معلوم " والأمر يفيد الوجوب، ولأن السلم جوز رخصةً للرفق ولا يحصل إلا بالأجل فإذا زال الأجل زال هذا المعنى، ولأن السلم الحال يفضي إلى المنازعة ، لأن السلم بيع المفاليس فالظاهر أن يكون المسلم إليه عاجزاً عن تسليم المسلم فيه ورب السلم يطالب بالتسليم فيتنازعان على وجه تقع معه الحاجة إلى الفسخ وفيه ضرر برب السلم .

وخالف الشافعية فأجازوا السلم حالاً ومؤجلاً لأنه إذا جاز مؤجلاً جاز حالاً من باب أولى لأنه عن الغرر أبعد.

ويذهب أهل الظاهر إلى أنه لابد من الأجل إلا أن حد الأجل عندهم ساعة فما فوقها.

انظر في كل ما تقدم المغني ٣٢٨/٤، المحلى ١٠٥/٩، ١٠٩، المنتقى ٢٩٧/٤، بدائع الصنائع ٢١٢/٥، المهذب ٤١١/١، الأم ١٨٩/٥ ونزيه حماد ، المرجع السابق فقرات ٤٣و٤٤و٤٥ ص ٥٤ وما بعدها.

[٤] نزيه حماد المرجع السابق ص ٥٨ فقرة ٤٧، المغني ٣٢٥/٤.

يوضح هذا إبطال الفقه الإسلامي – في عمومه – التسليم في ثمرة بستان بعينه خوفاً من تلفه وعدم وجوده في ذلك البستان، ولحديث: " أما من حائط بني فلان فلا، ولكن كيل مسمى إلى أجل مسمّى" [٥].

ولا يصح السلم إن كان في الرطب أو العنب مثلاً إلى غير وقته؛ لأن المسلم فيه لا يوجد في هذا الوقت، أو يوجد فيه ولكن بشكل نادر[٦].

ومن تمام هذا الشرط أنه لا يجوز استقصاء جميع صفات المسلم فيه التي يتعذر الوفاء بها والتي تجعل وجوده عند الأجل بعيد التصور، فلو " استقصى الصفات حتى انتهى إلى حال يندر وجود المسلم فيه بتلك الصفات بطل السلم" [١].

وعلى هذا يحمل الخلاف في الجواهر والياقوت والزبرجد والحيوان واللحم المطبوخ وغير ذلك؛ لأن منشأ الخلاف هو: هل يمكن وجود هذه الأشياء بالصفات المشترطة في عقد السلم عند حلول أجل التسليم، أم أن هذا الوجود متعذر فلا يصح العقد تبعاً لهذا ؟ [٢].

١٦١– ثالثاً : المستصنع

الاستصناع عقد بيع موصوف في الذمة وشرط عمله على الصانع[٣].

ويختلف الفقه الإسلامي في تشريعه وجوازه؛ إذ انفرد الحنفية بإجازته، وأما غيرهم فأدرجوه في السلم على ما يشترط فيه من لزوم تعجيل رأس المال إلا اليومين واليوم عند المالكية ووجوب الأجل فيه،

---

[٥] ابن ماجة (٢٢٨١) بسنده إلى عبد الله بن سلام رضي الله عنه أعلّه الألباني بحمزة بن يوسف لجهالته ، وبالوليد بن مسلم لتدليسه، ومن ثم انتهى إلى تضعيفه، إرواء الغليل ج٥ص٢١٨، ٢١٩ومابعدها .

[٦] نزيه حماد المرجع السابق ص ٥٨.

[١] المغني ٣١٨/٤.

[٢] أجاز الجمهور السلم في الحيوان عدا الأحناف ورواية مرجوحة في المذهب الحنبلي ويمنعون السلم في الجواهر والياقوت و الزبرجد عدا مالك ، فيجيزها إن كانت شيئاً معلوماً أو ذات وزن معروف، وصحح الشافعي كل ما يمكن ضبطه من العدديات كالحيوان والجواهر واللآلي والبطيخ الخ وأجاز المالكية والحنابلة السلم في اللحم المطبوخ، وسر الخلاف في الجميع تردده بين أن يضبط الوصف أو لا . انظر منح الجليل ٣٧٠/٥، بداية المجتهد ٢٠٥،٢٠٤/٢ نزيه حماد ، المرجع السابق ، السنهوري مصادر الحق ٢٧/٣و٢٨ ، إبراهيم العطيف ، رسالته ص ٢٧٧.

[٣] السمرقندي ، تحفة الفقهاء ٣٦٢/٢، ٣٦٣، بينما عرفه السرخسي (المبسوط ١٥ / ٨٥) بأنه بيع عين شرط فيه العمل، أما الشيخ مصطفى الزرقاء في بحثه بمجلة المجمع الفقهي العدد (٧) ج٢ص٢٣٥، بعنوان عقد الاستصناع ومدى أهميته في الاستثمارات الإسلامية المعاصرة فقد عرّفه بأنه عقد يشترى به في الحال شيء مما يصنع صنعاً يلتزم البائع بتقديمه مصنوعاً بمواد من عنده بأوصاف معينة وثمن محدد ، وانظر كذلك بحث الدكتور علي القرة داغي في ذات العدد من مجلة المجمع الفقهي ص ٣٢٥ – ٣٧٦ ، وبحوثاً أخرى عديدة وردت في ذلك العدد، وقد أجاز الاستصناع أكثر الفقهاء لا سيما أعضاء المجمع الفقهي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، وجعلوه لازماً تشجيعاً وتسهيلاً للصناعة ، يراجع قرار المجمع الفقهي رقم ٦٧ / ٣ / ٧ ، المنشور في العدد السالف الذكر ص ٧٧٧ و ٧٧٨.

علماً بأن أبا حنيفة يشترط في الاستصناع عدم الأجل وإلا عدّ سلماً[٤]. ومهما يكن من أمر هذا الخلاف فلا بد أن قدراً من الاستصناع الذي هو عقد على ما لا وجود له جائز عند الأئمة، وذلك هو المطلوب هنا.

١٦٢ –رابعاً : بيع الموصوف في الذمة حالاً

يذهب الشافعية إلى إجازة السلم في الحال كما أشرنا، ولكنهم يفرقون في هذا المقام بين صورتين:

الأولى: أن يذكر العقد بلفظ السلم أو السلف، فهذا سلم صريح يشترط فيه ما يشترط في السلم من قبض رأس المال في المجلس، وأنه لا يجوز الاستبدال به ولا الحوالة به ولا عليه، ولا يجري على لؤلؤ كبار أو ياقوت ونحو ذلك مما لا يغلب وجوده، وإن كان يصح حالاً كما تقدم.

الثانية: أن يذكر العقد بلفظ البيع، فثمة قولان في اعتبار شروط السلم المتقدمة أو عدم اعتبارها، القول الأول:– أن ينعقد بيعاً اعتباراً باللفظ فلا يشترط شيء مما تقدم، إلا أنه لابد من تعيين أحد العوضين لكيلا يصير من باب بيع دين بدين، وهذا لا يقتضي قبض المبيع أو الثمن في المجلس؛ لأن التعيين بمنزلة القبض لصيرورة المعين حالاً لا يدخله الأجل. والقول الثاني — أن ينعقد سلماً اعتباراً بحقيقة المعنى، فتشترط الشروط المتقدمة ومن بينها قبض رأس المال في المجلس [١] .

وللحنابلة ثلاثة أقوال في هذا الشأن: فيذهب قول إلى عدم صحة هذا البيع مطلقاً، وهو مروي عن الإمام أحمد وظاهر كلام كثير الحنابلة .

ويذهب قول ثانٍ إلى صحة هذا البيع مطلقاً قياساً على السلم لأنه في معناه. ويفترق هذا القول إلى قسمين في مدى استلزام قبض رأس المال أي الثمن، أو قبض المبيع قبل التفرق من مجلس العقد، فيذهب صاحب المغني وغيره إلى أنه لا يجوز التفرق عن مجلس العقد قبل قبض المبيع أو قبض ثمنه، لكي يخرج من بيع دين بدين، إذ هو بيع في الذمة فلم يجز التفرق فيه قبل قبض أحد العوضين كالسلم، ويذهب القاضي [٢] وغيره إلى أنه لا يشترط قبض أي من العوضين لأنه بيع

---

[٤] يراجع في كل ذلك المراجع المتقدمة ، الزرقاني ٢٢١/٥، البدائع ٢/٥–٤، رد المحتار ٢٢٣/٥–٢٢٥ ، مواهب الجليل ٥٣٩/٤ ، الشرح الكبير ٢١٧/٣ ، الشرح الصغير ٢٨٧/٣، الفروع ١٨/٤، والمجلد الثاني من العدد السابع من مجلة مجمع الفقه الإسلامي ، حيث أفردت للاستصناع بحوثاً قيمة . و د / كاسب بدران، عقد الاستصناع من ص٩٥–١٢٣ .

[١] نهاية المحتاج ١٨٨/٤ مغني المحتاج ١٤٢/٢، ١٤٣.

[٢] هو محمد بن الحسين بن محمد بن خلف الفراء الملقب بالقاضي شيخ الحنابلة وعالم عصره في أنواع الفنون، ولد ببغداد سنة ٣٨٠ هـ، وتوفي بها سنة ٤٥٨ هـ، له الأحكام السلطانية، عيون المسائل، أحكام القرآن وغيرها (الأعلام ٦ / ٩٩ – ١٠٠ ، شذرات الذهب ٣ / ٣٠٦ ، معجم المؤلفين ٤ / ٤٥) .

حال اعتباراً بلفظه دون معناه فجاز التفرق فيه قبل القبض كبيع الأعيان. وهذا الرأي لا يستقيم مع تسليم أصحابه بجوازه قياساً على السلم لكونه في معناه.

وثم رأي ثالث متوسط بين القولين السابقين، هو أن بيع الموصوف في الذمة حالاً يصح شرط أن يكون في ملك البائع، فإن لم يكن في ملكه فهو بيع ما ليس عندك المنهي عنه في حديث حكيم بن حزام، لأنه لو لم يصح هذا البيع حالاً – ومثله السلم حالاً- لكان صلى الله عليه وسلم قد قال لا تبع هذا سواءً كان عنده أوْ لا ، فلما قال ذلك دل على جواز بيع السلم حالاً وما في معناه . وإذا لم يكن عنده فالبيع غير جائز للغرر الذي يعتوره، وجه الغرر أنهُ: يبيعه بأعلى ويشتريه بأرخص ويلزمه تسليمه في الحال، وقد لا يقدر عليه، وقد لا تحصل له تلك السلعة إلا بثمن أعلى مما تسلف فيندم، وإن حصلت بسعر أرخص من ذلك ندم المسلف إذ كان يمكن أن يشتريه هو بذلك الثمن، فإن حصل ندم البائع وإن لم يحصل ندم المشتري [٣].

وهذا الرأي اختاره ابن تيمية، ولم ينص على مدى استلزام قبض الثمن أو المبيع، وظاهره عدم اشتراط ذلك[١].

هذا عن رأي المجيزين لبيع الموصوف في الذمة حالاً – سواءً آعتبرناه سلماً أو لم نعتبره كذلك – وقد يبدو من عبارات **المذهبين الحنفي والمالكي** اللذين منعا السلم للحال أنهما على هذا المنع بإطلاق، ولكننا إذ نمعن النظر في نصوص كتبهما نجدهما على تجويز صورة من بيع الموصوف في الحال حقيقة أو حكماً، وإليك البيان:-

١ - أجاز الأحناف بيع الاستجرار، وصورته أن يأخذ الشخص من البقال والخباز ونحوهما الملح أو الخبز ونحو ذلك ثم يستهلكه، ويأتي على البائع فيشتريه منه بالثمن بعدما استهلك. فلا يحدث في هذه الصورة مساومة، ولا يحصل بيان للثمن.

وقد خرّج بعض الأحناف جواز بيع الاستجرار على أنه من باب ضمان المتلفات بإذن مالكها، ولكن هذا التخريج لا مسوغ له؛ لأن الفقهاء لا يعرفون الضمان بإلاذن، إذ لا ضمان حيث يكون الإذن، كما أن ضمان المثليات بالمثل لا بالقيمة، وضمان القيميات بالقيمة لا بالثمن. ويذهب ابن عابدين إلى تخريج هذا البيع على قرض الأعيان ويكون

---

[٣] المغني ٤/٨٥، ٨٦،٨٧، الشرح الكبير بهامشه ٤/٢٦، ٢٧، كشاف القناع ٤/١٨٧، ١٨٨، شرح منتهى الإرادات ٣/١٣١، ١٣٨، الإنصاف ٤/٢١٦، الفروع ٤/١٦، ١٧.

[١] الفروع ٤/١٨،١٧ وتصحيح الفروع بهامشه ص ١٦، وخلاصة ما تقدم قول صاحب الفروع: " وبيع موصوف غير معين يصح في أحد الوجهين اعتباراً بلفظه ، والثاني لا ، وحكاه شيخنا عن أحمد كالسلم الحال، والثالث يصح إن كان ملكه ، فعلى الأول حكمه كالسلم ويعتبر قبضه أو ثمنه في المجلس في وجه ، وفي آخر لا ، فظاهره لا يعتبر تعيين ثمنه ، وظاهر المستوعب وغيره يعتبر وهو أولى ، وجوز شيخنا بيع الصفة والسلم حالاً إن كان في ملكه " عنى بشيخنا ابن تيمية ، نص على هذا صاحب تصحيح الفروع.

ضمانها بالثمن استحساناً. وبعضهم يخرجه على كون المأخوذ من العدس ونحوه بيعاً بالتعاطي، وأنه لا يحتاج مثله إلى بيان الثمن للعمل به[٢].

وينبغي أن نخرج من دائرة الجواز عند الأحناف ما لو قال المشتري : اشتريت منك كذا رطلاً من الخبز ودفع الدراهم، ثم جاء كل يوم فأخذ قدراً منه، كان البيع فاسداً عندهم، لأنه اشترى خبزاً غير مشار إليه فكان المبيع مجهولاً، وهو خلاف ما قرره المالكية كما سيأتي قريباً.

٢ - ويذهب المالكية في المشهور إلى تجويز الشراء من دائم العمل حقيقة أو حكماً، لكون البائع من أهل حرفة ذلك الشيء لتيسره عنده، فأشبه المعقود عليه المعين . ويكون الشراء بإحدى صورتين: الأولى: أن يشتري جملة من الشيء ويأخذها مفرقة على أيام، كقنطار خبز كل يوم رطلين. ولا يجوز الفسخ في هذه الصورة. والثانية: أن يعقد مع البائع على أن يشتري منه كل يوم عدداً معيناً. فإن مات البائع وجب الفسخ هنا على عكس الصورة الأولى.

والمقصود بدائم العمل من نصّب نفسه على أن يؤخذ منه كل يوم مثلاً ما نصّب نفسه له من وزن أو كيل أو عدد كالخباز واللبان والجزار والبقال، ويشترط لصحة هذا البيع كما يفهم من استعراض المذهب المالكي ثلاثة شروط:

الشرط الأول – أن يشرع المشتري في أخذ ما أسلم فيه حقيقة أو حكماً، ومعنى حكماً أنه يجوز تأخير الأخذ لنصف شهر، اعتباراً بكونه بيعاً لاسلماً.

والشرط الثاني – أن يكون أصل الشيء عند المسلم إليه (البائع) لتيسره عنده كما تقدم. وفي هذا يتفق المشهور من مذهب المالكية مع اختيار ابن تيمية كما أسلفنا بيانه.

والشرط الثالث – أن يكون البائع دائم العمل. فإن لم يدم فالعقد سلم، ويكون ديناً في الذمة " كعقد على قنطار خبز يؤخذ من المسلم إليه البائع بعد شهر قدره وصفته كذا "[١].

والفرق بين هذا البيع والبيع على أساس سعر الوحدة أن جملة المبيع هنا معروفة والثمن معلوم (فلا يكون إلا بأمر معلوم ويسمى ما يأخذه كل يوم)، والبيع على أساس سعر الوحدة بخلاف ذلك.

أما الفرق بين البيع الذي نحن بصدده وبيع السلم، فهو أن تسليم رأس المال في مجلس العقد أو ما في حكمه – كاليوم ونحوه – شرط لصحة السلم، وهو ما قرره المالكية خلافاً للجمهور الذين

---

[٢] انظر في هذا حاشية ابن عابدين ٥١٦/٤، وشرح المجلة لعلي حيدر ٥٧/١ شرحاً للمادة ٢٠٥ من المجلة التي منعت بيع المعدوم.

[١] شرح الزرقاني ٢٢١/٥، الشرح الكبير ٢١٦/٣، ٢١٧(بهامش الدسوقي).

يستلزمون قبضه في مجلس العقد ولما درج عليه قانوننا في المادة (٥٧٠)، وأما هذا البيع فيجوز تأخير رأس المال فيه كما يجوز تعجيله.

ويجب أن نعلم بأن هذا البيع عند المالكية حالّ، وأن تأجيل تسليم المبيع نصف شهر مثلاً لا يضاد الحلول، جرياً على القاعدة العامة التي قررها المالكية من إعطاء الشيء ما يقارب حكمه.

ومن هذه النصوص مجتمعة يفهم أنه يجوز بيع الموصوف في الذمة على الحلول في المذاهب الأربعة المتقدمة شريطة انتفاء الغرر. وينبغي أن يكون هذا هو حكم قانون المعاملات المدنية، وانتفاء الغرر إما أن يكون بوجود جنس الشيء عند البائع أو بقبض الثمن في مجلس العقد أو بكثرة وجود الشيء المبيع في الأسواق مع سهولة الحصول عليه وما إلى هذا.

ولا يدخل هذا في النهي عن بيع ما ليس عندك؛ لأنه وارد في عين معينة لا تحضر البائع على أن يشتريها ويسلمها للمشتري، وكلامنا في عين موصوفة غير معينة [١].

١٦٣– خامساً : بيع الدين ممن هو عليه

أكثر الفقه على أن المال المثلي هو الذي يصح أن يكون ديناً في الذمة، إنما الخلاف في المال القيمي هل تتحمله الذمة أم لا ؟ [٢] .

على أنه لا خلاف في جواز تمليك الدين لمن هو عليه بعوض أو بغير عوض [٣]، وذلك لانتفاء الغرر الناشيء من القدرة على تسليم الدين؛ لأن الدائن يبيع أو يهب دينه الذي في ذمة المدين إليه، فيصير كما لو سلمه إياه فلا يكون ثمة غرر ، هذا والدين مال مستقبل لكونه في الذمة ولم يتم الوفاء به.

المطلب الثاني

نماء الأصل

١٦٤ – تعريف

---

[١] انظر المغني ٢٧٤/٤، ٢٧٥، الشرح الكبير ١٦/٤.

[٢] في إقراض المال القيمي أربعة أقوال : الأول – المنع مطلقاً كما هو مذهب الأحناف . الثاني – الجواز إن كان مما يصح السلم فيه وهو ما يملك بالبيع ويضبط بالوصف وهو مذهب المالكية والشافعية مع بعض تفصيل. الثالث – الجواز إن كان مما يجوز بيعها إلا الرقيق. وهو مذهب الحنابلة. الرابع – الجواز مطلقاً وهو قول المزني صاحب الشافعي، ومحمد بن جرير الطبري، وقول أهل الظاهر. ينظر نزيه حماد، عقد القرض ص ٣٣–٣٦، المادتان ٧٩٨، ٧٩٩ من المجلة ، البدائع ٣٩٥/٧، الزرقاني ٢٢٦/٥، الخرشي ٢٢٩/٥، كشاف القناع ٣٥١/٣، المحلى ٨١/٨ و٨٢ .

[٣] يستثني الأحناف والشافعية والحنابلة بدل الصرف ورأس مال السلم من القاعدة المتقدمة لما في ذلك من تفويت شرط القبض فيهما، والشافعية والحنابلة يستلزمون في الأموال التي يجري الربا فيها أن يقبض الدائن من المدين العوض المقابل للدين قبل التفرق من المجلس. انظر في هذا نزيه حماد، بيع الدين أحكامه وتطبيقاته منشور في كتابه قضايا فقهية معاصرة في المال والاقتصاد ص ١٨٩–ص٢٢١ مع المراجع التي أشار إليها في بحثه.

قد يرد العقد على شيء وجد أصله ثم هو في سبيله إلى الاكتمال والنمو، كما لو باع شخص أصول الشجر الكائن بأرضه، أو حيواناً مع ما فيه من الحمل أو اللبن، فكل زيادة يرجى حصولها في المبيع تكون للمشتري، إذ التابع للشيء تابع له في الحكم. ولا يضره احتمال الغرر فيها " كما احتملت الجهالة في بيع اللبن في الضرع مع بيع الشاة والنوى في التمر مع التمر وأساسات الحيطان في بيع الدار" [٤].

ولا يشكل على هذا الأصل حديث " من باع نخلاً قد أُبّرت فثمرها للبائع إلا أن يشترطها المبتاع [٥]" بل هو ألزم له؛ لأن الثمار إن كانت للمشتري فهي تابعة لشجرها فلا إشكال، وإن كانت للبائع يكفي أنها مستثناة من حظر بيع الثمار قبل بدوّ صلاحها تبعاً للأصل الذي أشرنا إليه.

وإنما يمنع بيع الثمار منفردة عن أصولها في غير هذه الصورة لما كانت عرضة للتلف بجائحة أو آفة من الآفات، فيكون المشتري معرضاً للخسارة بذلك، كما جاء في الحديث " أرأيت إذا منع الله الثمرة بم يأخذ أحدكم مال أخيه" [١].

فإذا استصحبنا هذا المأخذ سهل لنا توجيه الخلاف الوارد في هذه المسألة على النحو الذي نعرض له فيما يلي:

١٦٥- أولاً : بيع الثمار قبل بدوّ صلاحها

إذا بيعت الثمار منفردة عن أصولها قبل بدوّ صلاحها كنا بصدد ثلاثة أحوال يختلف معها حكم البيع:(الأولى) أن تباع بشرط الترك أو التبقية. (الثانية) أن تباع بشرط القطع للحال . (الثالثة) أن تباع مطلقاً من غير اشتراط قطع ولا تبقية، ولكلٍ حكمه:

---

[٤] المغني ٢٠٢/٤.

[٥] أخرجه البخاري في باب من باع نخلاً قد أبرت أو أرضاً مزروعة (٢٢٠٤) ومسلم في باب من باع نخلاً عليها ثمر (١٥٤٣) كلاهما عن ابن عمر رضي الله عنهما . ومعنى التأبير التلقيح، المرجع السابق ص ١٨٦ .

[١] رواه البخاري عن أنس رضي الله عنه في باب إذا باع الثمار قبل أن يبدو صلاحها ثم أصابته عاهة فهو من البائع (٢١٩٨) ولمسلم عن جابر في باب وضع الجوائح من كتاب المساقاة (١٥٥٤) : " لو بعت من أخيك ثمراً فأصابته عاهة فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئاً بم تأخذ مال أخيك بغير حق " ؟ أما الخلاف في ملكية الثمر. ففيه أربعة أقوال: الأول أنها للبائع مطلقاً قبل التأبير وبعده وهو مذهب أبي حنيفة. الثاني. أنها للمشتري مطلقاً قبل التأبير وبعده وهو رأي ابن أبي ليلى. الثالث أنها قبل التأبير للمشتري مطلقاً ولو شرطها البائع، لأنها كالجنين لا يصح استثناؤه، وما بعد التأبير للبائع إلا أن يشترطها المبتاع كما جاء في الحديث وهو مذهب مالك ، ولعلّه أقيس الآراء وأقربها في ذات الوقت للحديث . الرابع أنها قبل التأبير للمشتري إلا أن يشترطها البائع، وبعد التأبير للبائع إلا أن يشترطها المشتري. وهو مذهب الشافعي وأحمد. لكن يؤخذ على هذا المذهب تسليمه بكون الثمر غير المؤبر كاماً لظهوره غاية وأنه تابع لأصله قبل ظهوره كالحمل في الحيوان (راجع المغني والشرح الكبير ٤ ، ١٩٠،١٩١) ، إلا أن (ق م م أ) قد وافق مذهبي أحمد والشافعي كما يظهر من قول المادة ٥٩٠ / ٢ (ولكل من البائع والمشتري أن يشترط لنفسه ما لصاحبه كله أو بعضه) والنص مطلق ، وقد دلت إشارته للبعض على خلاف ابن القاسم . انظر المغني ١٩١/٤.

١ - فإذا بيعت الثمار بشرط التبقية بطل البيع عند الأكثر للأحاديث الواردة بالنهي المقتضي فساد المنهي عنه، ولم يشذ إلا الهادوية فصححوه إن علمت المدة لعدم الغرر بذلك[٢]، وإلا ما ذكره اللخمي تخريجاً على مذهب مالك [٣]، لهذا قيل بإجماع الناس على المنع[٤].

٢ - وإذا بيعت بشرط القطع للحال جاز البيع عند الأكثر، إلا ما روي ضعيفاً عن الثوري[٥] وابن أبي ليلى[٦] من عدم الجواز [٧] . لهذا ادعى صاحب المغني الإجماع على جواز هذا البيع كذلك [٨] .

٣ - ودليل المسألة والتي قبلها حديث: " أرأيت إن منع الله الثمرة بم يأخذ أحدكم مال أخيه " ونحوه، أي أن علة المنع هي تعريض الثمار للتلف بالجوائح، فشرط التبقية يحققها فيمتنع معه البيع، وشرط القطع تنتفي به فيجوز [١].

إلا أن الفقه يستلزم في البيع بشرط القطع أن تكون الثمار بحال ينتفع بها لئلا يباع مالا منفعة فيه تبعاً للشروط العامة في البيع [٢]، وزاد الحنابلة شرطاً مؤداه ألا تكون الثمار مشاعة مع شريك آخر[٣]، وعند المالكية ثلاثة شروط هي : قرب القطع من العقد على وجه لا ينتقل الثمر به من طور إلى طور، والحاجة إلى القطع، وهو يعادل شرط الانتفاع السالف ذكره، وعدم التواطؤ أو التمالؤ على شرط القطع ولو باعتبار العادة[٤].

---

[٢] سبل السلام ٦١/٣.

[٣] بداية المجتهد ١٥٢/٢.

[٤] المغني ٢٠٢/٢، والإجماع لابن المنذر ص ١٢٩ وقد تقدم .

[٥] سفيان بن سعيد بن مسروق الثوري ، من بني مضر، أبو عبد الله ، أمير المؤمنين في الحديث، من أكابر أهل العلم والفقه في الإسلام، ولد في الكوفة سنة ٩٧ هـ ، وسكن مكة والمدينة مختفياً لرفضه ولاية القضاء للمنصور فالمهدي ، ومات بالبصرة سنة ١٦١ هـ ، من مؤلفاته رضي الله عنه الجامع الصغير ، الفرائض، وألف الحافظ ابن الجوزي في مناقبه كتاباً (الأعلام ٣ / ١٠٤ ، معجم المؤلفين ٤ / ٢٣٤ ، تهذيب التهذيب ٢ / ٥٦ – ٥٨ ، تذكرة الحفاظ ١ / ١٥١ – ١٥٣ رقم ١٩٨) .

[٦] محمد بن عبد الرحمن بن أبي ليلى يسار الغفاري الكوفي فقيه متفنن ، ولد سنة ٧٤ هـ ، تفقه بالشعبي وعنه أخذ الثوري وولي القضاء لبعض خلفاء بني أمية فبني العباس ، وتوفي بالكوفة سنة ١٤٨ هـ (تذكرة الحفاظ ١ / ١٢٩ رقم ١٦٥ ، شذرات الذهب ١ / ٢٢٤ ، وفيات الأعيان ٢ / ٣١٩ ، ٣٢٠ لرقم ٥٦٤) .

تابع هوامش الصفحة السابقة

[٧] بداية المجتهد ١٥٢/٢.

[٨] المغني ٢٠٢/٤.

هوامش الصفحة الحالية

[١] المرجع السابق نفس الموضع.

[٢] راجع البدائع ١٣٩/٥، كشاف القناع ٣١٦/٣ ، نهاية المحتاج ١٤٦/٤.

[٣] كشاف القناع ٣١٦/٣، ٣١٧.

[٤] شرح الزرقاني على خليل ١٨٧/٥.

٤ - أما إذا كان بيع الثمار مطلقاً من غير شرط لتبقية ولا لقطع، والحال أنه لم يبدُ صلاحها كما تقدم، ففي هذا يجري خلاف الفقهاء:

أ. فأكثر الفقه الإسلامي ــ مالك والشافعي وأحمد وإسحاق والليث[٥] والثوري وغيرهم ــ على أن البيع باطل لعموم النهي وإطلاق النص، فقد أطلق النبي صلى الله عليه وسلم النهي عن بيع الثمرة قبل بدو صلاحها، فعُلم منه أن ما بعد الغاية بخلاف ما قبل الغاية، والنهي يتناول البيع المطلق والبيع بشرط التبقية، ولأن إطلاق العقد يقتضي التبقية فيقاس على ما لو شرطها [٦].

ب. ويذهب أبو حنيفة وأصحابه إلى جواز البيع استدلالاً بأن إطلاق العقد يقتضي القطع وأن موجب العقد التسليم في الحال، فهو كما لو اشترط فيه القطع، وشرطهم أن يكون الثمر بحال ينتفع به كما تقدم عنهم في البيع بشرط القطع، وإن كان بعض الأحناف على عدم اعتبار هذا الشرط. وقد عللوا النهي الوارد في الحديث بأن يبيعها مدركة قبل إدراكها بدلالة قوله عليه السلام " أرأيت إن منع الله الثمرة، بم يأخذ أحدكم مال أخيه" فلفظة المنع تدل على أن العقد يتناول معنى هو معقول في المال حتى يتصور المنع وهو ما تقدم[١]، وفي مذهب مالك قول كقول أبي حنيفة. ويذهب الهادوية إلى صحة البيع اعتباراً بأن العقد إذا تردد بين الصحة والفساد فمحمول على الصحة، ما لم يجرِ عرف ببقاء الثمر مدة مجهولة فيكون فاسداً لجهالة الأجل[٢].

وأجاز بعض أهل الرأي هذا البيع من جهة أن أحاديث النهي عن بيع الثمار قبل بدوّ صلاحها محمولة على الندب [٣]، ولكن هذا القول منتقد؛ لأنهم إذا كانوا قد أجازوا البيع مطلقاً فمن المحتم أن يجيزوا بيع الثمر قبل بدو صلاحها على شرط التبقية، وهم لا يقولون بذلك.

---

[٥] الليث بن سعد الفهمي مولاهم المصري، أبو الحارث ، من الأئمة الأعلام الفقهاء المجتهدين، حافظ ثقة له مذهب قليل الأتباع ، يعد في طبقة مالك وفضله بعضه عليه وكان صديقاً له وجرت بينهما رسائل مشهورة ، ولد رضي الله عنه في قلقشندة سنة ٩٤ هـ ، وتوفي بالقاهرة ، أي الفسطاط سنة ١٧٥ هـ ، حدث عن عطاء ونافع والزهري وغيرهما، وللحافظ ابن حجر كتاب في سيرته ومناقبه سماه الرحمة الغيثية في الترجمة الليثية (تذكرة الحفاظ ١ / ١٦٤ – ١٦٦ رقم ٢١٠ ، الأعلام ٥ / ٢٤٨ ، طبقات ابن سعد ٧ / ٢٣٩ رقم ٤٠٦٠ ، وفيات الأعيان ٢ / ٢٩٦ – ٢٩٧ رقم ٥٤٩)

[٦] بداية المجتهد ١٥٢/٢، ١٥٣، البدائع ١٦٦/٥، الزرقاني على خليل ١٨٨/٥، المغني ٢٠٢/٤، المهذب ٣٩٠/١.

[١] البدائع ١٣٩/٥.

[٢] سبل السلام ٦١/٣.

[٣] بداية المجتهد ١٥٣/٢ وفيه أن حجتهم في بيع الثمار مطلقاً قبل أن تزهى حديث" من باع نخلاً قد أبرت فثمرتها للبائع إلا أن يشترطها المبتاع " قالوا : فلما جاز أن يشترطه المبتاع جاز بيعه مفرداً وحملوا حديث النهي عن بيع الثمار قبل بدو صلاحها على الندب، واحتجوا بما روى زيد بن ثابت أن الناس في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم كانوا يتابعون الثمار قبل أن يبدو صلاحها فإذا جدّ الناس وحضر تقاضيهم قال المبتاع : أصاب الزمان أصابه ما أضرّ به قشام ومراض لعاهات يذكرونها ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لما كثرت عنده الخصومة في ذلك كالمشورة يشير بها عليهم : "لا تبيعوا الثمر حتى يبدو صلاحها " قال ابن عبد السلام" (٦٢/٣) : وأفهم قوله كالمشهورة أن النهي للتنزيه لا للتحريم ،كأنه فهمه من السياق وإلا فأصله التحريم .١. هـ.

١٦٦ – ثانياً : شراء مالك الأصل الثمرة من مالكها

ثمة حالة يتصور فيها أن يكون مالك الأصل غير مالك الثمرة، ويريد مالك الأصل أن يشتريها من مالكها، كما لو كانت " للبائع ولا يشترطها المبتاع ، فيبيعها له بعد ذلك، أو يوصي لرجل بثمرة نخلة فيبيعها لورثة الموصي " [٤]، فهنا يظهر رأيان:

الأول: عدم صحة البيع تبعاً لعموم النهي، ولأن العقد يتناول الثمرة خاصة وذلك لا يخلو من الغرر المبطل، كما لو كان البيع لأجنبي أي لغير مالك الأصل، بخلاف بيع الأصل مع الثمرة في عقد واحد، لأن الثمرة تكون عندئذٍ تابعاً ويجوز في التابع من الغرر مالا يجوز في المتبوع كما تقدم. هذا أحد الوجهين لأحمد وأصحاب الشافعي، والقول المقابل للمشهور في مذهب مالك.

الثاني – أن البيع يكون صحيحاً بالنظر إلى اجتماع الأصل والثمرة للمشتري، فيصح ذلك كما لو اشتراهما معاً ابتداءً، ولعدم الغرر في القدرة على التسليم؛ لأن مالك الثمرة إذا باعها لمالك الأصل فقد حصل التسليم إليه على الكمال، لكونه مالكاً لأصولها وقرارها. وهذا وجه في المذهبين الشافعي والحنبلي، والقول المشهور في مذهب مالك، وهو الراجح لما تقدم من أدلته [٥].

١٦٧ – ثالثاً : بيع بطون الثمار المتصلة غير المتميزة

القول الذي لا اختلاف فيه في المذهب المالكي أنه إذا كانت أصول الثمار مما يطعم بطوناً في السنة جاز بيع البطون المتصلة غير المتميزة كالبطيخ والمقاثيء والباذنجان والقرع والتين، فإن تميزت كالقصيل أو كالباكور مع تين العصير فروايتان:

الأولى – أنه لا يجوز بيع البطن الثاني منها إلا إذا بدا صلاحه، واقتصر على هذه الرواية ابن جزي[١] صاحب القوانين الفقهية، ونقل الاتفاق على ذلك [٢]، والحجة له أنه " لا يمكن حبس أوله

---

[٤] المغني ٢٠٢/٤.

[٥] المرجع السابق ص ٢٠٢، ٢٠٣، شرح الزرقاني على خليل ١٨٧/٥، كشاف القناع ٣١٧/٣، المهذب ٣٩٠/١.

[١] هو محمد بن أحمد بن عبد الله بن محمد بن يحيى بن عبد الرحمن بن يوسف بن جزي الكلبي الغرناطي الأندلسي ، من أئمة الفقه المالكي ، عالم بالتفسير والأصول والعربية ، ولد بغرناطة سنة ٦٩٣ هـ ، وتوفي وهو يحرض المؤمنين على قتال نصارى قشتالة في وقعة طريف أمام جبل طارق سنة ٧٤١ هـ ، من مؤلفاته القوانين الفقهية مختصر في الفقه الإسلامي بليغ العبارة واضح المعنى مع إشارة إلى خلاف غيره من المذاهب وهو أشهر كتبه ، وله أيضاً التسهيل في علوم التنزيل، وتقريب الوصول إلى علم الأصول، ووسيلة المسلم إلى تهذيب مسلم (الأعلام ٥ / ٣٢٥ ، معجم المؤلفين ٨ / ٢٨٥ ، الديباج المذهب ص ٢٣٨ ، مقدمة القوانين الفقهية للأستاذ عبد الكريم الفضيلي) .

[٢] القوانين الفقهية ص ٢٢٥، ونص عبارته : " إذا كانت الثمرة تطعم بطناً بعد بطن جاز بيع سائر البطون ببدء صلاح الأول إذا كانت متتابعة كالمقاثي والتين خلافاً لهم، فإن كانت منفصلة لم يجز بيع الثاني بصلاح الأول اتفاقاً كالباكور مع تين العصير، وإنما يجوز بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها على شرط القطع إن كانت مما ينتفع به كالقصيل وغيره ، فإن شرط فيها التبقية لم يجز البيع ، وإن سكت عن التبقية والقطع فقولان " .

على آخره فجاز أن يباع ما لم يخلق منها مع ما خلق وبدا صلاحه، أصله جواز بيع ما لم يطب من الثمر مع ما طاب، لأن الغرر في الصفة شبهّه بالغرر في عين الشيء، كأنه رأى أن الرخصة هنا يجب أن تقاس على الرخصة في بيع الثمار أي ما طاب مع ما لم يطب لموضع الضرورة "، وإنما منع بيع القصيل بطناً أكثر من واحد على هذه الرواية " لأنه لا ضرورة هناك إذا كان متميزاً"[٣]. فإن باعه هذا الذي لم يتميز فقاً لهذه الرواية فالحكم أنه إن كان على شرط القطع جاز إذا كان مما ينتفع به كالقصيل وغيره، وإن كان على شرط التبقية لم يجز البيع، وإن كان مسكوتاً عن التبقية والقطع فقولان، كل هذا بناءً على القاعدة العامة.

والثانية- وقد حكاها ابن رشد، وهي جواز ذلك تشبيهاً للقصيل ونحوه بما لا يتميز، وقد ضعّف ابن رشد هذا التشبيه [٤]، ولم يذكرها صاحب القوانين كما مرّ.

والمذاهب الأخرى تتجه وجهة المنع من كل ذلك؛ لعدم بدوّ الصلاح في تلك البطون المعتبر لجواز العقد، ومع هذا وافق مالكاً بعض الحنابلة منهم ابن تيمية وابن القيم[٥]، كما وافقه بعض الحنفية وإن شرط بعضهم أن يكون الخارج أكثر، وعن محمد أنه أجاز بيع غير الموجود مع الموجود في بيع الورد على الأشجار[١].

المطلب الثالث

المنافع

١٦٨ – تنوعها واندراج العقود الواردة عليها في مسمى الإجارة

العقود الواردة على المنافع كثيرة متنوعة، وهي جميعاً تقع في مسمى الإجارة في الفقه الإسلامي، وقد رأينا أن أكثر هذا الفقه جارٍ على استثنائها من منع التعاقد عندهم على المحل المعدوم ساعة التعاقد، ولذلك لا يقيسون عليها غيرها.

---

[٣] بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد ج٢ص١٦٠. ،وقرر ابن القيم في إعلام الموقعين ج٢ص ١٢ مذهب مالك هذا عن بعض أصحاب أحمد، وذكره صاحب الإنصاف عن ابن تيمية ٥٥/٥ ، وقد صرح ابن القيم بصحته في كتابه السالف الذكر .

[٤] ابن رشد ، المرجع السابق ، نفس الموضع .

[٥] قرر ابن القيم في إعلام الموقعين ج٢ص ١٢ مذهب مالك هذا عن بعض أصحاب أحمد، وصرح هو بصحته، كما حكاه صاحب الإنصاف عن ابن تيمية ٥٥/٥ .

[١] الذي في مراجع الفقه الحنفي أن هذا الرأي هو لشمس الأئمة الحلواني، وأنه قد حكي عن الإمام أبي بكر محمد بن الفضل البخاري أنه كان يفتي بجوازه ويقول : أجعل الموجود أصلاً وما يحدث بعد ذلك تبعاً ولهذا شرط أن يكون الخارج أكثر . وعن محمد مثله في بيع الورد على الأشجار ، كذا في شرح فتح القدير ٢٦٨/٦، ٢٦٩ ، وتبيين الحقائق ٢٩٦/٤، و المبسوط ١٩٧/١٢.

ونرى أنه لما كانت عقود المنافع كثيرة كما أسلفنا فإنها تخرج عن أن تكون استثناءً على أصل، وإنما هي أصل بنفسها وإن الغرر الفاحش مأمون فيها، والذي بها من احتمال هلاك العين أو عدم تسليمها أو وفاة الأجير القائم بها، كل ذلك ليس من قبيل الغرر المؤثر.

والاتفاق على أن شرط تسليم المنفعة يتحقق بتسليم محلها أو أصلها، ففي إجارة الأعيان يجب أن تكون ممكنة التسليم ومقدورة الاستيفاء. وهذا لا يتصور إلا إذا كان أصل المنفعة أو محلها – وهو العين – قائماً وموجوداً عند التعاقد، بل هذا ما يستفاد من إطلاق كلمة العين في هذا المقام؛ لأنها تطلق هنا في مقابلة الذمة. ومن عبارات الفقهاء في ذلك أن " تسليم عين المنفعة لا يتصور وأنه لما كان ذلك لا يتأتى لكونها معدومة، لزم تسليم العين باعتبار أن العين هي سبب وجود المنفعة، فلهذا أقيمت مقامها في حق صحة الإيجاب والقبول وفي حق وجوب التسليم ".

ومما نصوا عليه أن من شروط إجارة الآدمي كونه جائز التصرف مستوفياً لشرائط العقد من سلامة الأسباب والآلات، قادراً على تسليم المنفعة المطلوبة منه حساً وشرعاً، ولم يكن فيما يستأجر عليه معصية، وأن من شرط الأجير الخاص أن يسلم نفسه لمستأجره ليتمكن من استيفاء منفعة المعقود عليها في مدة العقد[٢]، وأنه لا يجوز استئجار الأخرس للتحدث، والأعمى للكتابة لعدم القدرة على التسليم [٣].

ويخلص *مما تقدم* أن شرط تسليم المنفعة يتحقق إذا كانت مقدورة الاستيفاء وممكنة التسليم، ولا يتحقق هذا إلا بتسليم العين التي تستوفى منها المنفعة، وفي إجارة الآدمي بشروط تجعل المنفعة المتوخاة منه والمعقود عليها ممكنة الحدوث من مثله . ومن هذا يستفاد بطريق اللزوم والاستتباع ضرورة وجود الشيء أو الشخص اللذين تتوخى منهما المنفعة محل العقد.

والأصل إمكان القدرة على تسليم المنفعة. ولهذا فمتى وجد الشيء أو وجد الشخص ، فإن المنفعة المرجوّة من أيهما مقدورة الاستيفاء في الغالب، أي محققة الوجود عادةً .

الفرع الثالث

تطبيقات معاصرة

١٦٩ – تمهيد

نعرض في هذا الفرع لعقدين من العقود المعاصرة التي يكون المعقود عليه فيها مالاً مستقبلاً : هما عقود البيوع الآجلة، أو ما يسمى المستقبليات، وهي التي تجري في البورصة ، وعقود التأمين ،

---

[٢] روضة الطالبين ٣٤٨/٤، ٣٤٩، نهاية المحتاج ٢٧١/٥، مغني المحتاج ٤٥٤/٢.

[٣] حاشية الدسوقي ٤ / ١٩ ، ومغني المحتاج ، نفس الموضع السابق .

ونهدف من وراء ذلك إلى استجلاء رأي الفقه الإسلامي المعاصر فيها ببيان مفهومها ومحل العقد فيها، ثم بيان ما إذا كان بها غرر من عدمه، وإذا كان الذي بها غرراً فهل هو مؤثر أو غير مؤثر ؟

ومن ثم نفرد مطلباً لكل من هاتين الطائفتين من العقود بحثاً في المسائل التي أشرنا إليها، ونزيد على ذلك في عقود التأمين ما يخص الغرر في تعيين المعقود عليه؛ لأن الفقه الإسلامي المعاصر لا يفصل في دراسته بين الأمرين .

المطلب الأول

بيع المستقبليات

١٧٠– طبيعة المعاملات الجارية في البورصة بالنسبة لبيع المستقبليات

تقوم البورصة على عضوية منتجي السلع وتجارها ومؤسسات السمسرة، ولا يشتري غير العضو أو يبيع إلا عن طريق السماسرة الأعضاء. ولكي يسمح بالتعامل في هذه السوق لابد للعضو من فتح حساب لدى إدارة السوق وإيداع مبلغ معين على أنه ضمان لتصفية التعامل على حسب قواعد السوق.

والتعامل في البورصة يشمل السلع والأسهم والسندات والأوراق المالية، والمعاملات التي تجري عليها إما أن تكون عاجلة، وفي هذه الحالة يغلب على الفقه الإسلامي المعاصر أنه يجيز التعامل في تلك الأشياء بشروط محددة ليست من غرضنا هنا، وإما أن تكون المعاملات آجلة، وفي هذه الحالة يغلب أن يكون ما يجري عليه التعامل مالاً مثلياً شأنه أن يثبت في الذمة في العادة، غير أن الشروط التي تحف به والكيفية التي يتم بها تجعله مالاً مستقبلاً غير محقق ، وهذا الذي نتكلم على حكمه في هذا المطلب .

وفي بيع المستقبليات هذا يتاح للمشترك في عضوية البورصة أن يشتري أو يبيع كمية من السلع لتاريخ مستقبل مقسمة على وحدات تجارية محددة الأنواع جودةً ورداءةً. فمثلاً يقدم البائع عرضه إلى إدارة السوق، ويقبل المشتري عن طريق الإدارة نفسها هذا العرض، وتضمن الإدارة بحكم قانون إنشائها تسليم السلعة وأداء الثمن في أجل معين، وفي أثناء سريان هذا الأجل تباع هذه السلعة مرات عديدة وبأثمان مختلفة حسب تقلبات السوق وتراوح العرض والطلب، فإذا بلغت الأجل المقرر لتسليمها يُخطَر المشتري الأخير بما إذا كان يرغب في تسلمها أو إعادة بيعها إلى البائع الأول، فإذا اختار أن يتسلمها سُلِّمت إليه من المستودع وسُلِّم الثمن إلى البائع، وإذا اختار إعادة بيعها إلى البائع الأول تُصفّى المعاملة على أساس دفع فوارق السعر بين ما اشترى به أخيراً وما باع به أولاً ربحاً أو خسارةً.

أما المشترون والباعة أثناء سريان الأجل فيأخذون الأرباح فقط والمتحصلة من فرق السعر بين البيع والشراء عن طريق غرفة المقاصة ولا يأخذون أصل الثمن كاملاً، كما لا يسلمون أو يتسلمون السلعة التي جرى عليها العقد.

هذه صورة شائعة من صور التعامل في البورصة لا سيما في الغرب، محل التعاقد فيهاكما بيّنا هو أموال أو سلع مستقبلة مثل القمح والأرز والقطن، ولا يسلم المبيع فيها فور العقد بل بعد وقت عند الرغبة في تسلمه واقتضائه، ثم إن البائع فيها يخير في تسليم ما يشاء من درجات المبيع، والمشتري لا يسلم الثمن فوراً، وهي صورة لم تعهد في الزمن القديم .

١٧١ – رأي الفقه الإسلامي المعاصر في بيع المستقبليات

ولما عرضت هذه الصورة على رجال الفقه الإسلامي المعاصرين انتهوا إلى إبطالها للأسباب الآتية:

أ. أنها من قبيل بيع ما لا يملكه الإنسان لحديث حكيم السابق، والبيوع اللاحقة التي تتم خلال أمد التسليم أكثرها من قبيل بيع الطعام قبل قبضه، وفي الحديث الصحيح أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال:" من اشترى طعاماً فلا يبيعه حتى يستوفيه" [١].

ب. أن الثمن دين على المشتري والمبيع دين على البائع، فهما من باب الكالىء بالكالىء، وهو منهي عنه[٢]، أما ضمان إدارة السوق للثمن فلا يخرجه عن أن يكون ديناً في ذمة المشتري .

ج. أنه لا يصح سلماً لعدم تعجيل الثمن، بل هو يؤجل أكثر من اليومين والثلاثة، أي بأكثر مما أجازه المذهب المالكي، فضلاً عن أن نفس هذا المذهب صريح في بطلان شرط التأخير، مع أن العاقدين في بيوع البورصة إنما يدخلان على هذه العادة التي تُنزّل منزلة الشرط.

ولا توصف السلعة في هذا البيع بأوصاف المسلم فيه، بل يخير البائع في تسليم ما يشاء من درجات المبيع، مما يجعله مجهولاً جهالة فاحشة، علاوةً على ما به من الشرط المبطل لعقد السلم، وهو تخيير آخر مشترٍ بين المطالبة بتسليم السلعة أو بيعها من البائع الأول، يضاف إلى هذا أنه لا يجوز للمشتري أن يبيع المسلم فيه إلى غيره قبل قبضه .

---

[١] رواه مسلم عن ابن عمر (٢٨١٢) و (٢٨١٣) وأحمد عنه (٤٥٠٦) وعن ابن عباس (٢٣١٢) وأبي هريرة (٨٠٨٦).

[٢] ورد في هذا حديث وهنه أصحاب الحديث كأحمد لأن فيه موسى بن عبيدة الربذي وهو ضعيف، وقد رواه الدار قطني والبيهقي والطحاوي والحاكم والبزار وابن أبي شيبة وابن عدي وعبد الرزاق . لكن معناه مما تلقته الأمة بالقبول واتفقت عليه المذاهب الأربعة . انظر إرواء الغليل ج٥ص٢٢٠-٢٢٢ الحديث رقم ١٣٨٢ وقد حكم عليه بالضعف . وسبل السلام ٥٩/٣ قال ابن حجر : " رواه إسحاق والبزار بإسناد صحيح" ، ونحوه في التلخيص ج٣ص ٧٠، ٧١، وفيه معنى الكالىء وهو دين بدين ، أي النسيئة بالنسيئة . قال في النهاية في غريب الحديث ١٩٤/٤ : "هو أن يشتري الرجل شيئاً إلى أجل فإذا حل الأجل لم يجد ما يقضي به فيقول بعنيه إلى أجل آخر بزيادة شيء فيبيعه ولا يجري بينهما تقابض "، وقال في السبل (الموضع السابق) :" الكاليىء من كلأ الدين كلؤ اً فهو كالىء إذا تأخر، وكلأُته إذا أنسأته".

د. أنه لا يصح وعداً ببيع سلعة مخصوصة في تاريخ معين بحيث يكون الموعود له بيع هذا الحق إلى رجل ثالث وهكذا إلى أوان التسليم، وذلك لأن الوعد المحض ليس ملزماً في القضاء لدى جمهور الفقهاء، ولا ضرورة هنا تتيح القول بإجازته، ثم إنه يكيّف في الواقع على أنه بيع لا وعد. وأخيراً فإنه لا يجوز الاعتياض عن هذا الحق لأنه حق مجرد غير قابل للاعتياض عنه لدى جمهور الفقهاء إلا بشروط معينة لا يتوفر عليها هذا العقد.

هـ. أن الباعث على هذا العقد باعث فاسد، فمن المعروف أن المتعاملين في سوق البورصة نوعان: الأول هم المخاطرون وهؤلاء لا يقصدون شراء السلع أو بيعها ولا تسلمها ولا تسليمها، وإنما يقصدون الحصول على فرق سعري البيع والشراء، وهو ربح لما لا يضمنه الإنسان، ودون أن ينتج عن تجارة حقيقية. والنوع الثاني هم الذين يريدون التحرز عن الخسارة [١] على ما اشتروه في السوق الحقيقية، فيدخلون في سوق البورصة تجنباً للخسائر المحتملة من وراء تقلبات الأسعار، ومثل هذا التحرز إنما يحتاج إليه من يريدون الاحتكار لمدة معينة يعتد بها ليزيد ربحهم، وهو غرض غير مشروع أيضاً[٢].

فإذا تناول بيع المستقبليات نقوداً انضم إلى وجوه التحريم ما يشوب النقود من بطلان بيع بعضها ببعض نسيئة، سواءً تضمن العقد شرطاً بأن ينتهي بالتسليم والتسلم، أو لم يتضمنه و أمكن تصفيته بعقد معاكس [١].

والذي انتهى إليه الفقهاء من الرأي لا ينال منه ما قرره الفقه الوضعي من أن المحل في هذه العقود هو مال مثلي يمكن تسليمه مستقبلاً[٢]؛ ذلك لأنه مع الكيفية التي يتم التعامل فيها عليه يصبح في وجوده غرر مبطل للتعاقد، ومن الواضح أنه يشبه أن يكون صورة من صور السلم الباطل شرعاً؛ لأنه من جهة لم يُضبط بالأوصاف الدقيقة في مثله، ومن جهة لم يُسلم فيه الثمن فوراً، وفيه علاوةً على ذلك

---

[١] يحصل ذلك بأن يشتري شخص سلعة حقيقية وينوي بيعها بعد أجل معين كثلاثة أشهر مثلاً، ولكنه يخاف انخفاض سعرها فيدخل البورصة ويبيع مثل الكمية التي اشتراها لذات المدة، فيكون الربح في إحدى هاتين العمليتين جابراً للخسارة في الأخرى ، لأنه لو انخفض السعر في السوق الحال ربح في البورصة ما يقارب الخسارة في السوق الحالة، ولو انخفض السعر في البورصة فقد ربح في الأخرى . الدكتور محمد تقي العثماني في كتابه بحوث فقهية معاصرة ص ١٣٤.

[٢] مجلة المجمع العدد السادس ج٢ص١٢٧٣ والعدد السابع ج١ص٧٣ والعدد التاسع ج٢ص٥، وقرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي ص ١٣٥-١٤١ القرار رقم ٦٣(٧١/١) في الدورة السابعة بجدة من ٩ إلى ١٤ مايو ١٩٩٢م . كما يراجع فيما سبق الدكتور محمد تقي العثماني في كتابه السالف الذكر ص ١٣٤ وما بعدها ، وبحث الدكتور علي السالوس المنشور بمجلة المجمع الفقهي العدد السادس ص ١٣٤٤ وما بعدها ، وبحث الدكتور وهبة الزحيلي بنفس العدد ص ١٣٢٤ و ما بعدها، و بحث الدكتور علي محيي الدين القره داغي في العدد السابع من المجلة المذكورة ص ١٩٠ و ما بعدها .

[١] القرار رقم ٦٣ (١/ ٧) المشار إليه ، العدد السابع من مجلة المجمع الفقهي ، ص ١٣٩ و ١٤٠ بتصرف .

[٢] السنهوري ، الوسيط ص ١٠٣٣ فقرة ٥١٣ الجزء السابع ، المجلد الثاني حيث يقول: " المبيع من المثليات، لأنه إما أوراق مالية أو بضائع مثلها يوجد في السوق ويستطيع البائع وقت التسليم أن يشتريها بالنقد ".

بيع للطعام قبل القبض إن كان المبيع طعاماً أي سلعة غذائية كما هو الغالب في هذه البيوع، وذلك مما جرى الاتفاق على بطلانه شرعاً [٣].

المطلب الثاني

التأمين

١٧٢ – اتجاهات الفقه الإسلامي المعاصر حول التأمين

إن الكلام في التأمين كثير متشعب، خصوصاً وقد أفردت للبحث في حكمه وتقرير الرأي فيه مؤلفات كثيرة ومؤتمرات عدة، والذي يظهر من استقراء جملة من البحوث والكتب والمؤتمرات التي تحدثت عنه أن الفقهاء المعاصرين منقسمون في حكمه إلى ثلاثة اتجاهات رئيسة:

الاتجاه الأول – إجازة بعض أنواع من التأمين ومنع بعض آخر، وهؤلاء أقسام عديدة، والقسم السائد يجري على أن التأمين التجاري ذا القسط الثابت وهو الشائع في الحياة المعاصرة محرم شرعاً لما يشوبه من غرر فاحش وما فيه من ربا وما يتوفر فيه من معنى القمار والرهان المحرم، ولأنه إلى ذلك أكل لأموال الناس بالباطل وفيه التزام لما لا يلزم، وأن التأمين التعاوني أو ما يسمى بالتأمين التبادلي ذا القسط المتغير هو الحلال لما فيه من التعاون على تفتيت المصائب التي تنزل بالأشخاص في أنفسهم أو أموالهم بين أكبر عدد من الناس بحيث لا يشعر بها أحد ولا يستقل بتحملها شخص من نزلت به، وهو تعاون على البر، وأن ما فيها من غرر بين الأموال المدفوعة من المساهمين وما يتلقاه أحدهم من تعويض لا محذور فيه؛ لأن المساهم يبذل أمواله تبرعاً ولا ينتظر مقابلاً لما تطوع به، والغرر في التبرعات مغتفر عند من يعتد بقوله من الفقهاء، وإذا حصل أن استحق تعويضاً لضرر نزل به فذلك لأنه يدخل في جملة المستحقين بالصفة، كمن يقف ماله على طلبة العلم ثم يطلب العلم فإنه يأخذه لتحقق وصف طلب العلم فيه، وكمن يقف على الفقراء، فإنه يستحق من ريع الوقف إذا أصبح فقيراً، وأن المال الذي تأخذه الجمعية التعاونية أو الهيئة التي تقوم على تنظيم ذلك يعتبر أجراً لها لا ربحاً؛ لأنها لا تمارس العمل باعتبارها تاجرة تقوم به لنفسها، وإنما تقوم به بصفتها وكيلة عن مجموع المساهمين تعمل بأجر[١].

---

[٣] الإجماع لابن المنذر ص ١٣٢، وعبارته : " وأجمع أهل العلم على أن من اشترى طعاماً فليس له أن يبيعه حتى يقبضه " .

[١] يراجع القرار رقم ٤/٩١٩ الصادر عن مجمع الفقه الإسلامي في مؤتمره الثاني بجدة من ٢٢-١٩٨٥/١٢/٢٨ (منشور بمجلة المجمع العدد ٢ ج٢ص ٥٤٥) كذلك تراجع البحوث الواردة في ذات العدد الآنف الذكر من مجلة المجمع . والمجمع الفقهي التابع لرابطة العالم الإسلامي في دورته الأولى بمقر الرابطة بمكة في ١٠ شعبان ١٣٩٨هـ، وقرار مجلس هيئة كبار العلماء في المملكة العربية السعودية في دورته العاشرة بمدينة الرياض بتاريخ ١٣٩٧/٤/٤هـ تحت رقم (٥٥). (مشار إليهما في ص ٦٤٤ من العدد المذكور من مجلة المجمع الفقهي و ص ٣٢٠ من قرارات المجمع الفقهي التابع لرابطة العالم الإسلامي) والمؤتمر العالمي الأول للاقتصاد الإسلامي في توصيته رقم ٦ بتاريخ ٢١-١٩٧٦/٢/٢٦ بمكة المكرمة – ومن القائلين بذلك د/ يوسف

وأما الأقسام الأخرى فمن أصحابها من يذهب إلى أن التأمين التعاوني حلال كله، وكذلك التأمين التجاري إلا التأمين على الحياة[٢]، ومنهم من يذهب إلى استثناء التأمين على السيارات فيجعله جائزاً أيضاً[٣]، ثم هناك من يجيز التأمين على المسئولية عن فعل الإنسان فقط، أو يجيز التأمين على المسئولية عموماً، أو يجيز التأمين على الأضرار كلها، أو يبيح التأمين على الحياة فقط ويمنع الباقي، أو يبيح التأمين على الحياة لغير المؤمن له ويمنع سائر أنواع التأمين الأخرى[٤].

الاتجاه الثاني – أن التأمين بكافة أنواعه بما فيه التأمين التبادلي أو التعاوني حرام شرعاً؛ لأن كليهما معاوضة غير خالية من الربا والغرر، وفي تشريع الزكاة و الصدقة والوقف وغيرها من وجوه البر ما يغني عنه، أو لأن هذا التزام لما لا يلزم، وهذا الرأي قال به قلة نادرة من الفقهاء المعاصرين لاسيما الأوائل منهم[٥].

الاتجاه الثالث– أن التأمين كله جائز التجاري منه والتعاوني؛ لأن كليهما مبني على التعاون في غايته البعيدة، وما فيه من غرر فمغتفر لذلك، وأما بالنسبة لما يظهر فيه من معنى المعاوضة فيغتفر الغرر الذي به أيضاً للحاجة الماسة إليه والمتمثلة في تعقد المعاملات وكثرتها و ازدياد حجم الأخطار التي قد تتعرض لها وجريان الحياة المعاصرة على اتباع نظام التأمين فيها، وأن كل ذلك يجعل غرر التأمين إن كان من قبيل الغرر اليسير الذي لا يؤثر في صحة المعاوضة.

قاسم (التعامل التجاري في ميزان الشريعة، ص ٢٩٢، ٢٩٣)، ود / عيسى عبده " العقود الشرعية الحاكمة للمعاملات المعاصرة " ود / محمد بلتاجي في كتابه عقود التأمين من وجهة الفقه الإسلامي، والدكتور حسين حامد حسان في كتابه حكم الشريعة الإسلامية في عقود التأمين لا سيما ص ٤٧، ٥٦ ، ٦٦ – ٨٢ . والدكتور الصديق الضرير في كتابه عن الغرر و أثره في العقود في الفقه الإسلامي ص ٦٣٩ – ٦٦٣ . والدكتور علي السالوس في كتابه الاقتصاد الإسلامي والقضايا الفقهية المعاصرة ص ٤٧٧، ٤٧٨، والدكتور علي محيي الدين القره داغي في كتابه القيم عن التأمين الإسلامي، والدكتور وهبة الزحيلي في بحثه المقدم إلى المجمع الفقهي الإسلامي والمنشور في مجلة المجمع، العدد الثاني ج ٢ ص ٥٤٩ ، ٥٥٠ ، ٥٥٢ الخ .

[٢] نقل هذا عن الشيخ علي الخفيف، السالوس، كتابه السالف الذكر ص ٤٨٨ .

[٣] الأستاذ الشيخ محمد أبو زهرة، وقد رجع عنه كما يفيده كتاب الأستاذ الشيخ مصطفى الزرقاء، نظام التأمين : حقيقته والرأي الشرعي فيه، هامش ص ٥٩ . وفي كتاب أحكام عقود التأمين ومكانها من شريعة الدين للعلامة المرحوم الشيخ عبد الله بن زيد آل محمود، رئيس المحاكم الشرعية بدولة قطر سابقاً ما يفيد أنه يجيز التأمين على الحوادث المرورية عدا التأمين على الحياة . انظر ص ٦٥-٨٦ ، وص ٩٢ ، و هو بحثه المقدم للمجمع الفقهي والمنشور بالعدد الثاني ج٢ ، ص٦١٧-٦٤١

[٤] الدكتور عبد الناصر توفيق العطار ، حكم التأمين في الشريعة الإسلامية ص ٢٢ .

[٥] من بينهم الإمام الكبير ابن عابدين مفتي الشام كما في حاشيته ٤ / ١٧٠، و الشيخ المفتي محمد بخيت المطيعي في كتابه أحكام السيكورتاه، والشيخ أحمد إبراهيم ، مجلة الشبان المسلمين ٧ / ١١ / ١٩٤١ ، والشيخ المفتي عبد الرحمن قراعة ، مجلة المحاماة السنة الخامسة ص ٤٤٦ ، العطار ص ٢٢ ، السالوس ص ٤٨٥ ، ٤٨٦ ، محمد الدسوقي ، التأمين وموقف الشريعة الإسلامية منه ص ٨١ – ٨٦ ، ومن المعاصرين الأحياء الدكتور سليمان إبراهيم الثنيان في كتابه التأمين وأحكامه .

والقائلون بهذا الاتجاه يلون الاتجاه الذي أجاز التأمين التعاوني ومنع التأمين التجاري من حيث عدد القائلين به[١].

والذي يعنينا في هذا المقام هو أن نلمّ بفكرة عما يقرره الفقه الإسلامي المعاصر في شأن هذا العقد الذي لم يكن له سابقة عند الفقهاء الأولين، وذلك من حيث مفهوم كل من التأمين التجاري والتأمين التعاوني، ومعرفة المحل في كل منهما مدى وجود الغرر الذي فيهما، ووجه هذا الغرر إن كان ونوعه وأثره في النوعين كليهما على النحو الذي يلي :

١ – التأمين التجاري

١٧٣ – مفهومه

الفقه الإسلامي هنا تبنّى التعريف القانوني السائد له وهو أنه " عقد يلتزم المؤمن بمقتضاه أن يؤدي إلى المؤمن له أو إلى المستفيد الذي اشترط التأمين لصالحه مبلغاً من المال أو إيراداً مرتباً أو أي

---

[١] على رأس هؤلاء، الأستاذ الشيخ مصطفى الزرقاء في كتابه الآنف الذكر، وفي بحثه في أسبوع الفقه الإسلامي ص ٣٨٢ ــ ٤٥٤، و في بحث قدمه إلى المؤتمر العالمي الأول للاقتصاد الإسلامي بمكة المكرمة سنة ١٣٩٦ هـ بعنوان " نظام التأمين، موقعه في الميدان الاقتصادي بوجه عام وموقف الشريعة الإسلامية منه، منشور في كتابه من ص ١٠٣ إلى ص ١٨٤، وفي اعتراضه في مؤتمر الفقه الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي كما في مجلة المجمع الفقهي العدد الثاني ج ٢ ص ٦٥٢ – ٦٥٤ و ص ١٥٥– ١٥٧ من كتابه، وفي مناقشاته بمؤتمر الفقه الإسلامي التابع لمنظمة مؤتمر العالم الإسلامي، مجلة المجمع ، العدد الثاني ج ٢ ص ٦٥٧ – ٦٦٠، وهو أعلاهم صوتاً بلا جدال، وكذا الأستاذ الشيخ علي الخفيف في بحثه المقدم لمجمع البحوث التابع للأزهر الشريف سنة ١٣٨٥ هـ ، ص ١٩ ، ٤٠ ، مجلة الأزهر جلستي ٢ و ٣، وفي بحثه للمؤتمر العالمي الأول للاقتصاد الإسلامي بمكة المكرمة مشار إليه في مواضع عديدة من كتاب الدكتور حسين حامد، مع الإشارة إلى أن الشيخ الخفيف منع من التأمين على الحياة كما سبق، والشيخ أحمد طه السنوسي، مجلة الأزهر المجلد ٢٥ ج ٢ ص ٢٣٢ ، ج٣ ص ٣٠٣ ، والأستاذ الدكتور محمد يوسف موسى، الأهرام الاقتصادي ، العدد ١٣٢ ص ٢٠ ، وكتابه الإسلام والحياة ص ٢١٦ ، والشيخ عبد الرحمن عيسى في كتابه المعاملات الحديثة وأحكامها ص ٨٤ طبعة أولى ، والشيخ محمد بوالحسن الحجوي المالكي صاحب كتاب الفكر السامي ٤ / ٣٠٨ – ٣١٧ كما في الدكتور محمد الدسوقي عن التأمين وموقف الشريعة الإسلامية منه ص ٧٨ – ١٠٣ ، والدكتور الطيب النجار،والدكتور محمد البهي في كتابه نظام التأمين في هدي أحكام الإسلام وضرورات المجتمع المعاصر ص ٢٩، والشيخ عبد الحميد السائح في فتواه على الآلة الكاتبة لمجمع البحوث الإسلامية ، ومن الشيعة علي آل كاشف الغطاء، كذا في كتاب الدكتور العطار السالف ذكره ص ٢١ ، ٤٢ ، ٤٣ ، ٤٤ ، والدكتور محمد سلام مدكور ، مجلة العربي ، العدد ١٩٥، فبراير ١٩٧٥ م ، ص ٢٠ و ٢٤، والدكتور رفيق يونس المصري في كتابه هل التأمين التجاري جاز شرعاً ؟ ص ٦ وما بعدها ، ولتراجع المذكرة الإيضاحية لـ(ق م م أ) ص ٧٦٢ ، الوسيط مجلد ٢ ج ٢ هامش ص ١٠٨٧– ص ١٠٩٠ .

عوض مالي آخر في حالة وقوع الحادث أو تحقق الخطر المبين في العقد، وذلك في نظير قسط أو أية دفعة مالية أخرى يؤديها المؤمن له للمؤمن " [١]، وأنواعه عديدة منها :

١- التأمين على الأضرار، كالتأمين على الأشياء من الحريق أو التلف أو السرقة، والتأمين على المسئولية كتلك الناشئة عن أضرار حوادث السير أو الحريق الذي يتسبب فيه المؤمن له أو ما ينشأ من مسئوليته عن مهنته أو عمله، ومن هذا التأمين على مسئولية رب العمل عن حوادث العمل.

٢- التأمين على الأشخاص، كالتأمين على الحياة، وأنواعه عديدة، منها التأمين على حالة الوفاة مطلقاً أو في خلال مدة معينة، أو إذا ظل حياً لمدة معينة (التأمين لحالة البقاء)، أو للمستفيد إذا بقي حياً بعد وفاة المؤمن له على حياته. ومن التأمين على الأشخاص كذلك التأمين من الإصابات التي يتعرض لها المؤمن له [٢].

١٧٤ – محله

يجمع أكثر الفقه الإسلامي المعاصر تبعاً للفقه الوضعي على أن محل التأمين التجاري مجموع في ثلاثة عناصر على الأقل[٣]:

الأول – وهو عنصر قسط التأمين الذي يدفعه المؤمن له كل شهر أو كل سنة وبصفة منتظمة نظير مبلغ التأمين الذي تتحمل به شركة التأمين عند حلول الحادث أو الخطر المؤمن منه.

الثاني – وهو مبلغ التأمين المشروط الذي تلتزم شركة التأمين بأدائه للمستأمن أو للمستفيد عند حلول الحادث أو الخطر المؤمن منه نظير التزام المستأمن بأداء القسط المشار إليه أعلاه.

الثالث – وهو أهم هذه العناصر؛ لأنه أصل للعنصرين السابقي البيان، وبه يتميز عقد التأمين عن غيره، ألا وهو الخطر المؤمن منه الذي يلتزم بسببه كل من المؤمن والمؤمن له، ويمكن تعريفه : بأنه كل حادث احتمالي مستقبل وممكن، يترتب على حدوثه تحقق التزام المؤمن (الشركة) بدفع مبلغ التأمين لمن شُرط لمصلحته، وسواءً كان هذا الحادث مكروهاً كالموت أو الإصابة، أو سعيداً كالزواج والولادة، وسواءً ترتب عليه ضرر كالإصابة أو الحريق أو حوادث السيارات أو حوادث العمل، أو لم يترتب عليه شيء من ذلك كالتأمين لحالة البقاء والتأمين على الزوجة والأولاد، فإذا كان الحادث واقعاً قبل التعاقد بطل التأمين لأنه اتضح بأنه حادث محقق لا محتمل، وإذا كان مستحيل الوقوع بطل التأمين أيضاً لأنه تبين

---

[١] المواد ٧٤٧ مصري ، و ٧١٣ سوري ، و ٧٤٧ ليبي ، و ٩٨٣ عراقي ، و ٩٥٠ لبناني .

[٢] حسين حامد ص ٣٣ – ٣٨ .

[٣] حسين حامد ص ٢٠ ، ٢١ .

أنه غير محتمل كذلك. ومن هنا يصنف الفقه الوضعي عقد التأمين هذا على أنه من عقود الغرر والاحتمال، كما تسلكه القوانين المختلفة في عقود الغرر.

١٧٥ – رأي آخر في الفقه الإسلامي

ويذهب رأي مخالف لرأي الأكثرية من الفقه الإسلامي فيما يبدو لنا إلى أن المحل في هذا العقد ليس هو هذه العناصر الثلاثة مجتمعة، وإنما هو عنصران فقط: القسط الذي يدفعه المستأمن والأمان الذي يحصل عليه من جراء التزام المؤمن (الشركة) بأداء مبلغ التأمين، وأن المعاوضة إنما هي بين ذين الأمرين، وحجة هذا الرأي هي أن كلمة التأمين يفهم منها أن موضوعه الأمن والاطمئنان، وأنه يجوز شرعاً أن يقابل الشيء المعنوي وهو الأمان كما في هذا العقد بالمال وهو قسط التأمين، نظيره العقد على الحراسة؛ إذ غايته اطمئنان المستأجر على أشيائه المعهود بحراستها إلى الحارس، وكالصلح الذي تعقده الدولة مع البلاد المفتوحة لحماية أهلها مقابل الجزية[١].

وقد رُدّ على هذا الرأي بأن عقد الحراسة عقد على عمل هو واجبات الحارس، وأن الأمان أمر نفسي لا يمكن لأحد تحقيقه؛ لأنه ليس من عمل أحد منع وقوع الخطر أوالحيلولة دونه، فمن ثم لا يستحق المؤمن عليه أجراً، وأن القول بتمثل هذا الأمان في ترميم آثار الحادث النازلة بالمؤمن له لا يعطي مدلول الأمان المشار إليه كما يفهم من إطلاقه، وفضلاً عن هذا فإن الأمان ما هو إلا الباعث على التعاقد وغايته، ولا يمكن أن يكون محلاً لعقد ما لعدم ماليته ولعدميّته [٢]، ولا سيما أن المرجع في فهم هذا العقد ومعرفة محله هم رجال القانون لأن القوانين هي التي سنّته، وهؤلاء لا يقولون بذلك، وإنما يردون محل عقد التأمين إلى عناصره الثلاثة السالف بيانها، ومنها الخطر المبني على الغرر والاحتمال الذي هو أهمها كما سبق[٣].

ولقد عاد من قال بأن أداء القسط هو في مقابل الأمان إلى التسليم بأن محل عقد الحراسة هو العمل لا الأمان، وبأن الأمان في التأمين ليس محلاً له حقاً[٤]، ولكنه إنما يرفع عنه الغرر كما سيأتي عما قليل.

١٧٦ – مدى وجود الغرر في محل عقد التأمين ووجهه ومدى تأثيره فيه

---

[١] الزرقاء، كتابه السالف الذكر ص ٥٢ ، ٥٣ و ص ٨١ وهامشها، وأسبوع الفقه الإسلامي ص ٤٠٢ ، ٥٤٧ ، ٥٤٨ .

[٢] أبو زهرة، مناقشاته للزرقاء، منشورة في كتاب الزرقاء ص ٨٠ وفي أسبوع الفقه الإسلامي ص ٥٢٠ – ٥٢٢ ، البلتاجي ص ٩٢ ، ٩٣، حسين حامد ص ٢٣ ، الضرير، الغرر ص ٦٥٣ ، العطار ص ٤٦ ، ومناقشة الدكتور تقي العثماني بالدورة الثانية للمجمع الفقهي لمنظمة المؤتمر الإسلامي المسجلة في العدد الثاني من الجزء الثاني من مجلة المجمع ص ٧٠٠ .

[٣] حسين حامد ص ٢٦ .

[٤] الزرقاء، كتابه السابق الذكر ص ١٦٦ .

بهذا الذي تقدم ينتهي أكثر الفقه الإسلامي المعاصر إلى أن التأمين التجاري يشتمل على الغرر، ووجه ذلك أن التزام المؤمن معلق على حصول الحادث المؤمن منه الذي لا يدرى هل يقع أم لا بحيث يتوقف عليه وجود هذا الالتزام أو عدمه؛ لأنه إذا لم يوجد هذا الحادث لم يوجد الالتزام بأداء مبلغ التأمين في الحقيقة والواقع، وإذا وجد الحادث تحقق الالتزام، وهذا غرر في وجود أحد أجزاء المحل في عقد التأمين وإن كان التزام المؤمن له بسداد قسط التأمين محققاً، كما هو غرر في حصول هذا المبلغ الذي دفع القسط في مقابله.

وغرر آخر هو أن المؤمن له لا يدري حين العقد قدر ما عليه أن يدفعه حتى يحصل الحادث المؤمن منه، فقد يدفع أقل من مبلغ التأمين في حال الحصول عليه، كما قد يدفع أكثر، وإن كان هذا الفرض نادراً، وعلى الحالين هو لا يعرف قدر ما يدفعه بالضبط، فهذه جهالة في المقدار تقابلها جهالة أخرى في مقدار ما على المؤمن(الشركة) دفعه في حال حصول الحادث، فقد يكون قدر المدفوع أكثر من المتوقع، كما في حال التعويض عن ضرر حادث مؤمن منه نجمت عنه وفاة أكثر من شخص وإتلاف أكثر من سيارة مثلاً ولم يكن هذا في حسبان المؤمن.

وغرر آخر هو الأجل الذي يتحقق فيه هذا الحادث، كما في التأمين لحالة الوفاة لا يُدرى في أي وقت تتحقق، فهذه جهالة في الأجل.

وبهذا يسلم الفقه سواءً من قال بجواز التأمين التجاري ومن قال بمنعه [(١)]، إلا أن من ذهب إلى حرمة التأمين التجاري قد بنى القول بذلك على مقدمتين:

الأولى – أن هذا العقد هو من عقود المعاوضة، وتظهر المعاوضة فيه من جهة أن قسط التأمين مقابل لمبلغ التأمين.

والثانية — أن الغرر الذي اشتمل عليه هو أفحش أنواع الغرر على الإطلاق، وهو غرر الوجود وغرر الحصول وغرر الجهالة بقدر العوض والمعوض عنه وهما مبلغ التأمين وقسط التأمين وغرر الأجل، وواحد منها يكفي لإبطال العقد ، فكيف إذا اجتمعت كلها كما في هذا العقد؟

---

(١) يذهب الفقيه الفرنسي جوسران إلى أن الاحتمال هو المحل الرئيس في عقد التأمين، وأن الالتزامين الآخرين التزام المؤمن له بأداء القسط والتزام المؤمن بأداء مبلغ التأمين ما هما إلا تبع له وفرع عنه، انظر في هذا المعنى السنهوري ، الوسيط ١٢٢٢/٧ هامش ص ١٢١٨ — نقلاً عن جوسران فقرة ١٣٨٠ ص ٧٢٥ كما تراجع فقرة ٦٠٠ ، وص ١٢١٧ فقرة ٥٩٧ ، وفقرة ٥٩٩، ص١٢٧٩، ١٢٢٠، وفقرات ٥٦٠ ، ٥٦١ ، ٥٦٢، ٥٦٣ من المرجع السابق ، والثنيان كتابه السابق الذكر ص ٦٣ ، ٦٤، ٦٥، ٦٨، ذلك وقد أكدت المحكمة الاتحادية العليا على أن انتفاء عنصر الاحتمال يبطل عقد التأمين كما في الطعنين ١٣٤و١٩٢ لسنة ٢١ قضائية ، جلسة ٢٠٠٠/٢/٨ص ١٧٨مجلد ٤٨ ، وقد جاء في هذا الحكم أن المحل في حوادث السيارات هو الخطر أو حادث يخشى وقوعه والذي يدفع المؤمن له مقابلاً إلى المؤمن لقاء التزام الأخير بدفع مبلغ التأمين للمؤمن له أو المستفيد عند وقوع الحادث أو تحقق الخطر المؤمن منه وأن انتفاء الاحتمال عن الخطر أو الواقعة المؤمن منها كما لو وقع الحادث المروري قبل إبرام عقد التأمين يبطله استناداً للمادة ١٠٢٦ من ق م م أ .

وقد استدل هؤلاء بنصوص فقهية أبرزها ما جاء عن المذهب المالكي المتوسع في مفهوم الغرر في المعاوضات على ما سبق بيانه، فاستخلصوا منها ما تقدم آنفاً من أن الغرر الفاحش يتحقق فيما ذُكر، كما استخلصوا أن الغرر المغتفر في المعاوضات هو الغرر اليسير، وهو يكون كذلك بثلاثة أمور:

الأول – أن يكون قليلاً لا كثيراً كالطير في الهواء والسمك في الماء.

الثاني – ألا يكون مقصوداً كبيع البيت دون رؤية أساسه والجبة دون رؤية بطانتها، فإن كان مقصوداً عادة كبيع الدابة بشرط الحمل كان غرراً فاحشاً.

الثالث – أن يكون ضرورياً، أي تدعو الحاجة لارتكابه كما مر من هذه الأمثلة .

وأنه بتطبيق ذلك عند هذا الفريق يتضح كون الغرر في التأمين فاحشاً لا يسيراً لما يلي:

أولاً – لأن الزيادة في قدر العوضين أو النقص تتعلق بهما النفوس عادةً فيكون كثيراً.

وثانياً – لأن الغرر قد انصب على محل المعاوضة وهو قسط التأمين ومبلغ التأمين لا على أمر تابع، فيكون مقصوداً.

وثالثاً – لأن الشرع لم يرد بجواز التأمين كما ورد بجواز البيع حتى تعم الحاجة إلى اغتفار ما به من غرر، فكيف والتأمين نفسه غرر ؟[١]

وقد يجاب بأن هذا غير مسلّم؛ لأن نصوص المالكية المتقدمة كما لابن رشد أن من الغرر ما يجوز لموضع الضرورة، وأن غير المؤثر هو اليسير أو الذي تدعو إليه الضرورة أو ما جمع الأمرين[٢]، وأنه إذا كان الغرر القليل لا يجوز إلا إذا كان ضرورياً فلا فائدة مما قالوا وبيّنوا؛ لأن الإجماع على أن الغرر القليل يجوز ولو لم تكن إليه ضرورة في المعاوضات وغير المعاوضات على السواء دفعاً للحرج، وفي هذا نص بعض المالكية على أن " الغرر اليسير الذي لا تنفك البيوع منه مستخف جائز فيها " [٣].

على أن المعلوم من مذهب مالك أيضاً أنه يخفف من تأثير الغرر على المعاوضات أكثر من غيره من المذاهب، وأن معه في هذا بعض الحنابلة كابن تيمية وابن القيم، ومن ثم لا بد من زيادة لدى الفقه المالكي ومن تابعه على القدر المتفق عليه بين المذاهب حول الغرر، وهو معنى ما سبق أن رجحناه من أن النظر ليس إلى القلة والكثرة، وإنما إلى الضرورة وعدمها، وإلى أمن الضرر وعدمه، وعليه لا يكون التخريج الذي نحن بصدده مفيداً.

---

[١] حسين حامد ص ٨٢ .

[٢] بداية المجتهد ٢ / ١٥٧ .

[٣] المقدمات الممهدات ٢ / ٧٣.

أما من قالوا بالجواز فقد ذهبوا إلى أن الغرر في التأمين غير فاحش، وبيان ذلك من وجوه هي:

١ – ما سبق بيانه آنفاً من أن الغرر غايته أمان المؤمن له، ووجه ذلك أنه يحصل على الأمان بمجرد العقد، فيستوي لديه تحقق الخطر أو عدمه؛ لأنه إن لم يقع الخطر ظلت أمواله وحقوقه ومصالحه سليمة، وإن وقع أحياها التعويض[١].

وقد أجيب عن هذا بأنه ليس صحيحاً أن وقوع الخطر أو عدم وقوعه يستوي لدى المؤمن له، بل الصحيح أنه يفضل أن يدفع ألف مرة ولا يصاب بأذى في نفسه أو ماله، وليس ترميم الآثار بإحياء ولا رد للأعضاء المفقودة، ولأن المؤمن له أحياناً يرغب في حصول الخطر ليتقاضى مبلغ التأمين، كما في التأمين على الأشخاص، وقد صرح الشراح بأن وظيفة التأمين هنا هي الادخار وتكوين رؤوس الأموال، وأن ليس له هاهنا صفة تعويضية[٢] .

٢ – أنه بالنسبة للمؤمن لا يكاد يكون ثمة غرر عند النظر إلى مجموع العقود التي يبرمها مع مجموع المؤمن لهم؛ لأنه يستعمل قواعد الإحصاء وقواعد الأعداد الكبيرة التي تجعله على بينة مما سيدفعه من مبالغ تأمين في خلال السنة لصالح مجموع المؤمن لهم إجمالاً، وبالتالي يتناقص الغرر بالنسبة إليه[٣].

وأجيب عن هذا بعدم دقة هذه الإحصاءات لكونها تقريبية لا يقينية، ولأنها لا تضمن عدم حصول المفاجآت كما لو حدثت كارثة طبيعية غير متوقعة، وآية ذلك إفلاس بعض شركات التأمين في الدول الكبرى كانجلترا مثلاً، ومن جهة أخرى فلو فرض انتفاء الغرر في جانب المؤمن فإنه لا يزال في جانب المؤمن له متحققاً أيضاً؛ إذ لا يمتلك هذا بحسب العادة وسائل الإحصاء التي تمتلكها الشركات المؤمنة، فيبقى الغرر قائماً في حقه [٤].

٣ – أن الجهالة في قدر العوضين لا تمنع المنازعة الناشئة عن التسليم والتسلم؛ فالتزام المؤمن له بأقساط التأمين والتزام المؤمن بأداء مبلغ التأمين عند تحقق الخطر كلاهما مبلغ معلوم المقدار عند الاستحقاق لا يثير طلبه نزاعاً، نظيره الصلح على إسقاط جميع الحقوق يجوز لعدم المنازعة في التسليم والتسلم دون بعض هذه الحقوق فقط المثيرة للمنازعة، قالوا : وإنما تعرض الجهالة في التأمين من عدم

---

[١] الزرقاء في أسبوع الفقه الإسلامي ص ٤٠٣، كتابه السابق ص ١٦٦.

[٢] حسين حامد ص ٢٣ ، ٢٤ ، ٢٥ ، ٢٦ ، ٢٧.

[٣] الزرقاء، كتابه السالف البيان ص ٥٢ ، ١٦٥ ، ١٦٦ .

[٤] البلتاجي ص ٩٠، العطار ص ٤٢، حسين حامد ص ٥٠ ، ٥١ .

معرفة كمية الأقساط التي يتوجب دفعها، وهذه غير مؤثرة لأنها تعرف عند المطالبة، فالجهالة هنا غير مانعة[٥].

وأجيب بأنه ليس صحيحاً في اعتبار الغرر المؤثر أن يكون مؤدياً إلى النزاع؛ لأن هذا ليس من حد تعريفات الفقه للغرر، ثم إن من المسلّم أن تراضي العاقدين على البيع المحرم ليس مما يجيزه إجماعاً، فالعقد المحرم يكون محرماً ولو لم يختلف طرفاه، والعقد الجائز يكون جائزاً ولو اختلف طرفاه[١].

ومن جهة أخرى فإن من المشاهد ما تعجّ به المحاكم من نزاعات حول تحقق شروط التأمين، وكيف أن شركات التأمين تحاول أن تتحلل من التزاماتها بأداء مبالغ التأمين لمن شرطت له بأي طريقة، وكل هذا ينفي البناء على عدم إثارة النزاع للقول بجواز التأمين[٢].

٤ – أن مبنى التأمين وغايته هي التعاون في أوسع معانيه كما سبق، وحقيقة ذلك أن شركة التأمين تقوم بدور الوسيط والمنظم بين مجموعة من الناس لا يعرف بعضهم بعضاً يتعاونون فيما بينهم على جبر الأضرار التي تحصل لأي منهم من مجموع الأقساط التي يدفعونها، والنظر إلى ذلك إلى نظام التأمين في مجموعه دون النظر إلى العقود الجزئية التي تبرمها الشركات مع كل شخص على حدة ويظهر فيها معنى المعاوضة هو الذي يخفف من وقع الغرر الواقع في هذه العقود ويجعله من باب الغرر اليسير المغتفر في المعاوضات[٣].

وأجيب عن هذا الوجه بأن النظر إلى مجموع العقود وافتراض الصلة بينها وبين أشخاصها نظر قائم على محض التصور والافتراض؛ فإن الحقيقة هي أن الشركة المؤمنة في هذا النوع من التأمين تبرم العقود مع كل واحد من المتعاقدين معها على انفراد، وهي تلزمه بمقتضيات العقد والتزاماته وتطالبه بذلك لمصلحة نفسها وتبتغي الربح لنفسها كما تحتجزه لنفسها كذلك، ومن ثم لا مكان للقول بفكرة التعاون هذه، كما أن انضمام العقود الفاسدة بعضها إلى بعض لا يجعلها صحيحة، فلا نظير لهذا في الفكر الفقهي الإسلامي في كل ما يقرره [٤].

٥ – أنه ليس صحيحاً أن الغرر المغتفر هو ما كان قليلاً فقط، فالغرر ولو كثيراً معتفر في المعاوضات بقدر الحاجة، فمثلاً من المعلوم أن عمدة من أجاز الجعالة لجوازها هي الحاجة، مع أن الغرر

---

[٥] الزرقاء في أسبوع الفقه الإسلامي ص ٣١٧ ، ٤٠٣ ، ٤٠٦، كتابه السابق الذكر ص ٥٠ ، ٥١ ، ٥٢ ، ٥٤ ، ٥٥ ، ١٣٨، الخفيف بحثه المقدم لمجمع البحوث ص ٦ ، ١٩ ، ٢٠ ، مذكور مجلة العربي العدد ١٩٥ ، ص ٢١ .

[١] الثنيان، المؤلف السابق ، ص ٢٣٩ وقد سلم بأن المذهب الحنفي يجعل النزاع علامة يميز بها بين الغرر الممنوع والغرر المتسامح فيه، ولكنه ذهب إلى أن هذا المذهب لا يجعل النزاع علة للغرر . وإلى المعنى الذي ذهب إليه الدكتور الثنيان ذهب الدكتور البلتاجي أيضاً كما في ص ٧١ من كتابه .

[٢] البلتاجي ص ٩٠، حسين حامد ص ١٠٤ .

[٣] الزرقاء ، كتابه ص ٥٢ ، الخفيف بحثه للمؤتمر الاقتصادي ص ٣ مشار إليه في كتاب حامد ص ٩٧ .

[٤] حسين حامد ص ٩٩ ، ١٠١ ، ١٠٢ ، البلتاجي ص ٨٤ .

الذي فيها المتمثل في جهالة العمل من نوع الغرر الكثير، ودليل ذلك أنه لوكان المقصود مما قيل في المذهب المالكي إن الغرر اليسير يغتفر للحاجة هو القليل لما كانت ثم حاجة لإيراده؛ لأنه لا تأثير أصلاً للغرر اليسير بهذا المعنى، للحاجة العامة إلى التجاوز عنه دفعاً للحرج، وإنما يقصد به هنا ما دعت إليه حاجة بخصوصه ولوكثيراً [١].

وقد يجاب بأن هذا غير ما تفيده عبارة الدردير[٢] : " فخرج بقيد اليسارة الكثير "، وهي واضحة في إرادة اليسير بمعنى القليل، وأن كل كثير من الغرر هو غرر مؤثر في المعاوضات بإبطالها، وبأن ما قيل في شأن الجعالة هو من باب اليسير غير المبطل؛ لأن العمل فيها غير لازم للمجعول له [٤] بخلاف التأمين التجاري الذي هو –كما يُراد به – عقد لازم من الجانبين.

إلا أننا نرجح هنا ما سبق أن وجّهنا به عبارة الدردير هذه بالنسبة إلى الحد ما بين الغرر الفاحش وغير الفاحش، أو ما بين الغرر المؤثر وغير المؤثر.

٢ – التأمين التعاوني

١٧٧ – مفهومه

قيل في تعريف التأمين التعاوني إنه : اتحاد غير مقيد يقوم به المؤمن لهم أنفسهم بدفع اشتراكات دورية بجدول متفق عليه لتغطية الخسائر التي تقع لبعضهم في حالات معينة محتملة الحدوث توزع عليهم دورياً، وهذا التأمين ينقسم إلى نوعين:

الأول : تأمين مباشر أو بدائي، ويقوم بين أهل حرفة واحدة أو أفراد يتعارفون فيما بينهم، ولا يظهر فيه طلب للربح ولاحتى للأجر، فإذا فاضت المبالغ المودعة لهذا الغرض عن الحاجة ردت لأصحابها، وإذا نقصت عن قدر التعويضات المطلوبة توجب على المساهمين أن يدفعوا الفرق.

والنوع الثاني : تأمين غير مباشر أو تبادلي، وهو الذي تقوم به شركة متخصصة على نطاق واسع غير محصور بنوع من المخاطر أو بفئة خاصة من الناس، ويكون جميع المؤمن لهم مساهمين في هذه الشركة، وتتكون منهم الجمعية العمومية ثم مجلس الإدارة، ويحدث أن تطلب الشركة على عملها هذا

---

[١] الزرقاء، كتابه السابق ص ١٧١، وفي كتاب رفيق المصري ص ٦٧ أن الحكم على الغرر هل هو كثير أو يسير يتوقف على النظر إلى مقداره بالنسبة إلى المصلحة التي يحققها .

[٢] أحمد بن محمد بن أحمد بن أبي حامد العدوي المالكي الشهير بالدردير، أبو البركات، من كبار متأخري المالكية، ولد ببني عدي من صعيد مصر سنة ١١٢٧هـ وتوفي بالقاهرة سنة ١٢٠١ هـ، من مؤلفاته أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك، والشرح الصغير عليه، وشرح مختصر خليل المسمى بالشرح الكبير (معجم المؤلفين ٢ / ٦٧ ، عجائب الآثار للجبرتي ٢ / ص ٢٢ ، ٢٣ ، ٢٤) .

[٣] جاء في المنتقى للباجي (٥ / ١١) تأييداً لهذا القول : " إنما جاز أن يكون العمل مجهولاً لأن جهالته لا يترتب عليها ضرر؛ لأن العقد غير لازم بالنسبة للعامل ، فيستطيع أن يتخلص من مضرة غرره إذا بدا له ما يكره من مشقة المضي في العمل " . ونشير إلى أن المعتمد عند الحنفية وهو مذهب أهل الظاهر هو أن الجعالة باطلة شرعاً لجهالة العمل، خلافاً للجمهور الذين أجازوها للحاجة، انظر رد المحتار ص ٥٩٠ ، المحلى ٨ / ٢٠٤ ، المغني ٥ / ٦٥٦ – ٦٥٧ ، الشرح الكبير بهامش الدسوقي٤ / ٥٦ ، ٥٨ ، ٥٩ ، الدسوقي ٤ / ٥٦ ، المهذب ١ / ٤١٧ ، البحر الزخار ٤ / ٦٢ .

أجراً بعد أداء التعويضات وسداد أجور العاملين ونحو ذلك، وربما استعانت بما تستعين به الشركات التجارية المؤمنة من إمساك الدفاتر وتسوية الحسابات والأخذ بقواعد البيانات والإحصاءات[١].

ومن أهم خصائص التأمين التعاوني بنوعيه أن أقساطه مخفضة إلى القدر الكافي لجبر الأضرار وتغطية أجور العاملين ومصروفات الخدمة، وأن صفتي المؤمن والمؤمن له تجتمعان في شخص واحد، وما الشركة أو الجمعية التي تجمع هذه الأموال وتنظم وجوه صرفها إلا وكيل أو وسيط لا غير؛ لأن التأمين فيها يقوم على فكرة التعاون لا على فكرة التجارة والاستثمار، ولذلك لا يظهر فيها قصد الربح.

وقام الفقه الإسلامي المعاصر بتشجيع هذا النوع ووضع الضوابط والتخريجات الفقهية والحلول العملية له، حتى أصبح المساهم فيه غير متحمل لأي غرم ما في حال لم تكفِ الأموال المدفوعة للوفاء بالتعويضات المطلوبة؛ لأن دورها يتحدد على النحو التالي: أنها في البداية وكيلة عن المساهمين بأجر أو بدون أجر، ثم هي تدير الأموال المحصلة مضاربة أو وكالة، ولا تتحمل الخسارة إلا إذا قصرت أو تعدت أو خالفت شرطاً تبعاً لأحكام الوكيل بالاستثمار أو المضارب، ولها أجرها المتفق عليه إن كانت وكيلة، أو نسبتها الشائعة من الربح إن كانت مضاربة، يلي ذلك أن أن المساهم لا يخسر إلا إذا كان حساب التأمين يخسر أكثر مما جمع من الأقساط، ومع ذلك لا يكون لها محل أيضاً؛ لأن القسط ثابت في التأمين التعاوني المركب مع التعديل، لوجود إعادة التأمين، فإن لم تفِ مبالغ إعادة التأمين تقرض الشركة حساب التأمين بقدر الحاجة ثم تسترده من الفائض المستقبلي، ولا يكون ربحاً لأنه المتبقي من الأقساط وأرباحها بعد المصاريف والتعويضات. فإذا تحققت الأرباح وُزِّع قسم منها على الأعضاء وقسم للاحتياطات، وإذا كان الفائض متراكماً وُزِّع في وجوه الخير؛ لأنه بمثابة المال الذي لا يُعرف صاحبه: نص تراثنا الفقهي على أنه يُصرف في وجوه الخير.

والحادث أو الخطر المؤمن منه في هذا النظام هو شرط معلق عليه أداء مبلغ التأمين، وتكييف ما يعطيه المشترك لحساب التأمين بحسب هذا الاجتهاد أنه تبرع مشروط أو هبة بشرط العوض، وفي تراثنا الفقهي أنها وإن أخذت من أحكام البيع فصار فيها معنى المعاوضة إلا أنها لا تخرج عن أن تكون هبة في سائر أحكامها[٢]، وهي في هذا الشق يُغتفر فيها الغرر أسوةً بسائر التبرعات على وفق المذهب المالكي ورأي ابن تيمية وابن القيم [٣].

---

[١] انظر د/ سليمان بن إبراهيم الثنيان، التأمين وأحكامه ص ٨٥ و٨٦و٨٧و٢٧٧و٢٧٨، والزرقاء المرجع السابق ص ١٢٨و ١٢٩، محمد الدسوقي كتابه السالف ص ١٨ ، العطار ص ٨ ، الزرقاء ص ٤٢ ، ٤٣ ، ١٢٨ ١٢٩ ، ١٧٣ ، ١٧٤، علي القره داغي المرجع السابق ص ١٩٥ ، ٢١١ _ ٢١٦.

[٢] الفقه على أن الهبة بشرط العوض يجعلها هبة، كما قال الخرشي في شرح خليل ٧ / ١٠٢ : "هبة الثواب عطية قصد بها عوض مالي" ، واختلف الفقه : هل يجوز اشتراط العوض ؟ : الجمهور على جواز ذلك، وقال أبوداود وأبوثور لا يجوز ، وهو قول للشافعي (بداية المجتهد ٢ / ٥٣٦) .

[٣] القره داغي ص ٢٦٧ – ٢٦٩ ، ٣٠٨ ، ٣٠٩ .

ولعل أبرز ما انتهى إليه الفقه المعاصر من تخريجات هو أن عقد التأمين التعاوني هذا موافق للنهد أو التناهد[١]، وذلك بأن القوم كانوا في أسفارهم يخرجون نفقاتهم على قدر عدد الرفقة، وقد جاءت السنة بجواز ذلك، قال البخاري في باب الشركة في الطعام والنهد والعروض من كتاب الشركة : " لم ير المسلمون في النهد بأساً أن يأكل هذا بعضاً وهذا بعضاً "[٢].

١٧٨ – محله

يذهب رأي إلى أن القسط الذي يدفعه المشترك هو مال بلامقابل لأنه من قبيل التبرع، ولذلك من الطبيعي أن يكون محل هذا العقد على هذا الرأي هو القسط المدفوع فقط، وأما المبلغ الذي قد يستفيد منه عند حصول الحادث فإنما يتقاضاه من ماله هو ومما تبرع له به غيره من المشتركين بصفته مستحقاً كاستحقاق الواقف على طلبة العلم أو الفقراء إذا تحقق فيه أحد هذين الوصفين كما سبق. ويبدو أن هذا الرأي هو الاتجاه الغالب.

بينما يذهب رأي آخر إلى أن المحل في هذا العقد هو عنصران فقط: القسط المتبرع به من قبل المشترك ومبلغ التأمين، بينما الخطر هو السبب المشروط في التأمين والمكتّف كما مر بيانه على أساس الهبة بشرط العوض أو النهد، وذلك لأن المشترك يهب جزءاً من ماله بشرط تعويضه عند وقوع الخطر، وكذلك المؤمن الذي هو حساب التأمين: يقبل ذلك في مقابل العوض [٣].

أما الفريق القائل بجواز التأمين التجاري فيذهب إلى أن نفس عناصره هي ذات عناصر محل التأمين التعاوني ولا فرق؛ فالقسط الذي يلتزم به المشترك يقابله مبلغ التأمين الذي تلتزم به الشركة أو الهيئة التي تقوم بتلقي أموال المساهمين، والخطر الذي هو الحادث المؤمن منه هو المنظور إليه عند إبرام هذا العقد، والمعاوضة هي بين قسط التأمين هذا ومبلغه، وغاية الفرق أن قصد الربح غير قائم في التعاوني لذا ترد الزيادة، بينما هو ظاهر في التجاري بفعل تعقد المعاملات وكثرة الناس، لذا لا بد من تنظيم ذلك بأخذ الربح الذي يحتاج إليه في معاشه من نصب نفسه لذلك العمل كأي تاجر، وأن هذه الفروق طفيفة لا تمس طبيعة كلا النوعين من حيث قيامهما على فكرة التعاون كما سبق، ولا تخل باتحادهما في الأصل والجوهر[٤].

---

[١] في لسان العرب ٦ / ٤٥٥٥ : "النهد إخراج القوم نفقاتهم على قدر عدد الرحلة ، والتناهد نحوه"..

[٢] صحيح البخاري ص ٤٣٧ .

[٣] القره داغي ص ٢٣٣ – ٢٣٥ .

[٤] انظر في هذا المعنى، الزرقاء ص ١٢٨ ، ١٢٩ ، ١٧٣، ١٧٤ ، السنهوري، الوسيط ، العقود الواردة على العمل، المجلد الثاني ج٧ص١٠٨٦ ، ١٠٨٧، ١٠٩٠، رفيق المصري، المرجع السابق ص ٦٢ ، ٦٥ .

ومن الدليل على وجود المعاوضة في التأمين التعاوني عند هذا الفريق هو أن غير المساهمين فيه لا يعوضون، وأنه لايصح قياسه على الوقف بالوصف؛ لأن المساهمين يمنعون أن يعوض غير المشتركين معهم، وهو ما يبطل القياس[١].

وأما الفريق القائل بتحريم التأمين بكافة أنواعه وصوره بما فيها التأمين التعاوني فقد وافق الفريق القائل بالجواز من حيث إن المحل فيهما واحد وهو القسط والمبلغ والخطر، وأن المعاوضة فيهما قائمة من ثم، وبما أن المبلغ الذي تلتزم به الشركة قائم على الاحتمال والخطر لذا فكلا النوعين باطل لوجود الغرر.

١٧٩ – مدى وجود الغرر في محل عقد التأمين ووجهه ومدى تأثيره فيه

سلّم أكثر الفقه الإسلامي كما قد أشرنا إلى وجود الغرر في هذا النوع كالذي قبله لما سبق بيانه، ولكن القائلين بالجواز قد بنوا هذا القول على فكرة التبرع الذي يغتفر فيه من الغرر ما لا يغتفر في غيره كما يذهب إلى ذلك المذهب المالكي ومن اتّبعه، والقائلون بجواز التأمين التجاري من باب أولى يقولون بجواز هذا النوع أيضاً قياساً على النوع التجاري لتشابههما الذي أشرنا إليه، وإن كان هناك من ينازع في وجود الغرر في التبرعات لقيامها على التعاون والبر فلا يقال فيها إنها غرر[٢]، ومن ينازع في تكييف قسط التأمين بأنه هبة بشرط العوض بحجة أن العوض نفسه وهو مبلغ التأمين معلق على غرر[٣]، وهذا على رغم أن المنازع يسلم بأن التأمين التعاوني جائز بشروطه، ونرى أن كل هذا من قبيل الشكليات التي لا تمس جوهر النزاع.

١٨٠ – الترجيح بالنسبة لكلا النوعين

وقد رأينا أن التأمين التعاوني يكاد يجمع على جوازه، وأن الذين أجازوه هم أكابر علماء العالم الإسلامي، ومن ثم فلا حرج في الأخذ به، خصوصاً مع تخريجه على الهبة بشرط العوض وعلى سائر ما نقلناه آنفاً حول نشاط الشركة ودورها في ممارسة هذا العقد والقيام عليه.

أما التأمين التجاري فقد تكلم فيه أكثر المعاصرين وانتهوا فيه إلى المنع والتحريم لعلة الغرر أساساً مع كونه عقد معاوضة، ولعلل أخرى كالربا والقمار ونحوهما، ومن ثم فمن الاحتياط للدين تركه، خصوصاً مع وجود البديل الذي ترتاح النفس إليه وهو التأمين التعاوني كما سبق.

هذا ما يمكن قوله بوجه عام، فإن كان لنا أن نبدي رأينا فنحن نرى أن تخريج التأمين التعاوني الذي سلفت الإشارة إليه هو تخريج سليم من جهة النظر، وأما من جهة العمل فغير خافٍ أن المشترك

---

[١] الزرقاء ،كتابه السابق الذكر ص ١٧٤ .

[٢] مناقشة رئيس المجمع الفقهي الدكتور بكر بن عبد الله أبو زيد مع الدكتور الصديق الضرير ص ٦٧٥ – ٦٨٠ منشورة بمجلة المجمع العدد الثاني الجزء الثاني.

[٣] مناقشة الدكتور تقي العثماني في ذات المصدر السابق ص ٧٠٠ .

والشركة التي تقوم بمهمة التأمين لا ينظران إلى ما سبق، وأنه إذا كان الاتفاق على أن قصود العاقدين ومآلات العقود معتبرة، وأن العبرة بالمعاني لابالمباني، فعلينا أن نسلّم بأن المشترك إنما يسلم قسط التأمين بقصد أن ينال التعويض المقدر له بالعقد إذا ما أصابه أو ماله مكروه، وأن الشركة المنظمة لذلك إنما تسعى إلى الاستفادة مما يقدم لها من أقساط في الاتجار بها والاسترباح منها كائنةً ما كانت تسمية الدور الذي تقوم به، وهي تلتزم متى ما تحقق الحادث المؤمن منه بتعويض المشترك لا غيره أو بتعويض من شرط هذا المشترك أداء التعويض إليه، وكل هذا تلوح منه معاني المعاوضة، اللهم إلا ما كان بين عدد محصور من الناس من أبناء مهنة واحدة أو قبيلة واحدة أو جوار واحد مما يسمى بالتأمين المباشر أو البدائي؛ فليس في هذا النوع قصد المعاوضة بل قصد التعاون، ويمكن بهذه المثابة أن يخرج على التناهد أو النهد الذي أوردته السنة.

فأما هذا النظام المعقّد الذي تمارسه الشركات اليوم وهذه المباني الضخمة التي تتخذ مراكز لإدارتها، وهذه الحسابات الدقيقة، وهذه الميزانيات الهائلة، فيبعد أن يكون قصد إقامتها البر والتعاون، ودليل ذلك الشروط التي بموجبها يتعاقد المشترك والشركة، فهي شروط إلزامية بعضها يقابل الآخر، وفيها ما يحل الشركة من التزامها بالتعويض وفيها ما يلزمها إياه، وهذا فضلاً عما ذكرنا من اتجاه نية المشترك في الواقع إلى الحصول على مبلغ التأمين عند الحادث وعما قيل آنفاً من أن المشتركين لا يرضون أن يأخذ التعويض غيرهم أو غير من شرطوا له ذلك الخ، وكل هذا يضيق الفوارق ما بين التأمين التعاوني والتأمين التجاري ويجعل الأول عقداً يظهر فيه معنى المعاوضة كالثاني، لهذا قيل بتكييفه على أنه عقد هبة بشرط الثواب، كما قيل عنه إنه عقد تبرع من نوع خاص[1].

وبناءً على ما تقدم نرى ألا غرابة لو قيل إن علينا اختيار أحد طريقين: إما أن نقول إن التأمين عقد جديد لم يعرف سابقاً فنجيزه رغم ما فيه من غرر لكونه لا يتخرج على عقد من العقود المعروفة، أو لأن ما فيه من غرر أوجبته الحاجة المتمثلة في تعقد المعاملات وكثرتها واتصال العالم بعضه ببعض وكثرة المخاطر الناجمة عن ذلك، وكذا من جهة أن العاقدين يدخلان فيه على بصيرة وأن الضرر يمكن استدراكه وبالتالي فالغرر غير مؤثر، وإما أن نقول هو عقد معاوضة بنوعيه وأن الغرر فيه فاحش ولذا فهو محرّم، ولهذا نرى وجاهة رأيين متعارضين : الرأي الذي يقول بحرمة التأمين بنوعيه التعاوني والتجاري، والرأي الذي يذهب إلى جوازه بنوعيه السابقين.

فإن كان لنا أن نقيس فإننا نرى أن حقيقة التأمين وحكمه هي بذل مال لمن يضمن جبر الأضرار التى ربما تصيب الباذل والتي يتعهد المبذول له بجبرها .

---

[1] الضرير ، الغرر ص ٦٤٦ .

ومن ثم فأقيس ما ينقاس عليه في رأينا هو بيع الضمان، فهل هو جائز ؟

الإجماع على المنع من ذلك؛ لأن الضمان تبرع، ومن شأن التبرع ألا يؤخذ عليه مقابل[١].

والفقه ينص على هذا الحكم الآنف البيان في باب الضمان، ويسمي هذه المسألة مسألة أخذ الجعل على الضمان، وإن كانت تعليلات المنع التي يوردها مختلفة، ومنها مثلاً أن الكفيل مقرض في حق المطلوب (المدين)، وإذا شرط عليه الجعل مع ضمان المثل فقد شرط له الزيادة، أي أنه شرط جر نفعاً، ومنها أن المدين إن أدى ما عليه كان الجعل للضامن باطلاً أي غير مقابل بعمل منه،كذلك قيل إن ذلك غرر؛ لأن من الممكن أن يفلس المكفول فلا يستطيع الضامن الرجوع عليه، كما قيل إن الكفالة من شرطها أن تكون لله أي تبرعاً والجعل يفسد الغرض منها [٢].

ومع ذلك يرى جمع من الفقه ولا سيما الفقه المالكي أن الجعل إذا أخذه الضامن من المدين بغير علم الدائن فإن الجعل ساقط والحمالة (الكفالة) لازمة[٣]، وذلك هو رأي الإمام الثوري أيضاً[٤]. وبتطبيقه على عقد التأمين يكون التزام الشركة صحيحاً؛ لأن الغالب ألا يعلم الدائن بهذا الجعل في الواقع العملي، ولكن أخذ القسط يكون غير جائز مع ذلك .

وفي التأمين بنوعيه محذور آخر، هو أن فيه ضمان ما لم يجب بعد على المدين وهو المستأمن هنا أو لم يجب سببه، بخلاف القاعدة العامة في الضمان أياً ما كان سببه وهي أنه لا يكون إلا بقيام الدين أو بقيام السبب الموجب له كالعقد عامةً وكالزوجية في النفقة وغير ذلك، وذلك من شأنه أن يبطل المعاوضة التي تلوح في ذينك النوعين من التأمين كما سلف القول.

ولقد كان هذا هو أول ما تنبّه له العلامة ابن عابدين رحمه الله عندما وقعت نازلة التأمين البحري الذي سماه السوكرة، فقد قال عنه ما نصّه : " والذي يظهر لي أنه لا يحل للتاجر أن يأخذ بدل الهالك من ماله، لأن هذا التزام ما لا يلزم " [٥].

على أننا نعود فنقول إن لنا أن نأخذ بما يراه الفقه السائد من حليّة التأمين التعاوني بناء على أنه تبرع محض أو لأنه هبة بشرط العوض؛ وذلك لأن من كان مجتهداً من أهل الفقه كان في سعة أن يرجح ما شاء بدليله، كما أن من كان مقلداً كان في سعة أن يقلد من يثق بعلمه ودينه من أهل الاجتهاد، والقاعدة في هذا أنه لا ينكر مجتهد على مجتهد ولامقلد على مقلد كا تقرّر في علم الأصول.

---

[١] الإشراف لابن المنذر ١ / ١٢٠ ونصه : " أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن الحمالة بجعل يأخذه الحميل لا تحل ولا تجوز " .

[٢] الزرقاني ٦ / ٣٢ ، ٣٣ ، والبناني عليه، الرهوني ٦ / ٢٥، الشرح الصغير ٣ / ٤٤٢ .

[٣] مواهب الجليل ٥ / ١١٣ .

[٤] الإشراف، الموضع السابق .

[٥] حاشية ابن عابدين ٤ / ١٧٠ .

وإنما شبهة المعاوضة تأتي من طبيعة تعامل الناس ومن طبيعة القائمين على هذه الشركات، ونحسب أن مزيداً من تبصير الناس بطبيعة التبرع في هذا العقد مع اطّراد ممارسته من شأنه أن يرفع الشبهة.

المبحث الثالث

شرط الوجود في قانون المعاملات المدنية

١٨١ – اختيار موقف ابن تيمية وابن القيم

تنص المادة (٢٠٢) في فقرتها الأولى على أنه " يجوز أن يكون محلاً للمعاوضات المالية الشيء المستقبل إذا انتفى الغرر".

وتشرح المذكرة الإيضاحية للقانون هذه الفقرة بقولها : (يجب كقاعدة عامة أن يكون المحل موجوداً وقت التعاقد، فإذا كان قد وجد ولكنه هلك من قبل، فلا ينعقد العقد لانعدام المحل. وينطبق نفس الحكم من باب أولى إذا كان المحل لم يوجد أصلاً ولا يمكن وجوده في المستقبل. فإذا كان المحل غير موجود أصلاً وقت التعاقد عليه، ولكنه سيوجد فيما بعد فهذا هو الشيء المستقبل، وبه قصد بالفقرة الأولى إزالة كل شيء يكتنف حكم الأشياء المستقبلة فقرر صلاحيتها لأن تكون محلاً ما لم يكن هناك غرر).

والمذكرة الإيضاحية للقانون استعملت عبارة يفهم منها أن هذه المعاوضات هي مقابلة للتبرعات، حيث تقرر ما يلي : (ويلاحظ أن اشتراط انتفاء الغرر إنما هو مقصور على المعاوضات المالية أما التبرعات فلا يشترط فيها انتفاء الغرر، إذ الغرر لا يؤثر فيها لأنه لا ضرر على من يتلقى التبرع من الغرر مهما كثر، لأنه لم يبذل شيئاً يخشى ضياعه من جراء الغرر) [١].

وبذا لا يدع المشرع الإماراتي شكاً في بيان المكان الذي يقف فيه بين الاتجاهات المتقدمة، إنه بلا ريب يقف في اتجاه ابن تيمية وابن القيم [٢]؛ لأنه يقضي بأن وجود المحل في عقود المعاوضات المالية لا يشترط متى ما انتفى الغرر المتمثل في عدم تحقق وجوده في وقت تنفيذ الالتزام، وبذلك يخرج من هذه الزمرة — أي زمرة المعاوضات المالية– ماله خطر العدم المعروف في الفقه الإسلامي، كبيع اللبن في الضرع وجنين الحيوان في بطن أمه ونحو ذلك.

---

[١] المذكرة الإيضاحية لـ (ق م م أ) ص ١٥٣.

[٢] ليس أدل على تبني القانون محل الدراسة لموقف هذين الفقيهين الجليلين رحمهما الله من نقله في ص ٥٣ لما قرره ابن القيم في إعلام الموقعين باختصار جيد –كما أنه أحال في مراجعة نصوص أقوال الفقهاء في هذا الصدد إلى السنهوري في مصادر الحق في الفقه الإسلامي ومن المناسب هنا أن نذكر أن الأستاذ السنهوري هو صائغ القاعدة المنصوص عليها في المادة ٢٠٢ والتي سبق بيانها في المتن في كتابه السالف الذكر ج٣ص ٣٠ وما بعدها وقد أفرغها في المادة ١٢٩ من القانون المدني العراقي الذي وضعه ، وعلى هذا النحو درج القانون الأردني في المادة ١٦٠– ثم احتذى القانون الإماراتي حذوه في هذا.

وفي نفس الوقت يذهب المشرع الإماراتي إلى أنه يكفي في عقود التبرع إمكان وجود المحل؛ وذلك لأنه ينص على استلزام شرط وجود المحل وعلى أنه إذا كان قد وجد لكنه هلك من قبل فلا ينعقد العقد لانعدام المحل، وهذا القول يصدق على جميع العقود، هذا إلى أن القانون قد نص في المادة (٢٠١) على أنه إذا كان المحل مستحيلاً في ذاته وقت العقد كان العقد باطلاً، وهو نص ينسحب على جميع العقود والتصرفات كما ذكرنا.

وبذلك يميل القانون الإماراتي إلى التخفيف من صرامة شرط وجود المعقود عليه كالذي نعرفه في أكثر الفقه الإسلامي، فموقفه إذن هو موقف ابن تيمية وابن القيم الذي عرضناه، وهو يقوم على دعامتين كما أسلفنا: أولاهما أنه لا يشترط في المعاوضات إلا وجوده في الزمن الذي يضاف إليه عقد المعاوضة، وثانيهما أن قصارى ما يشترط في غير المعاوضات إمكان وجود المحل فيها بما يفتحه هذا من إجازة الاحتمال والغرر في وجوده.

والعبرة في كل حال هي بما يغلب على الظن وجوده إلحاقاً له باليقين الذي قلما يتحقق إلا في صورة خاصة هي وجود المعقود عليه بالفعل عند التعاقد؛ فمن القواعد المقرّرة أن الظن الغالب ينزل منزلة اليقين.

وسبيلنا في عرض موقف قانون المعاملات المدنية الإماراتي أن نقسمه إلى فرعين أخذاً مما سبق بيانه، الأول – في شرط انتفاء الغرر في وجود المحل في المعاوضات المالية، نذكر تحته القاعدة العامة في هذا ونورد من التطبيقات العملية عليه المستقبليات والتأمين كما سبق.

والثاني – في عدم اشتراط انتفاء الغرر في وجوده بالنسبة إلى التبرعات، ونورد تحته بعض التطبيقات عليه وبعض الاستثناءات عليه كذلك.

الفرع الأول

شرط انتفاء الغرر في وجود المحل بالنسبة للمعاوضات المالية

وتحت هذا الفرع نتكلم في القاعدة العامة ثم في بعض تطبيقاتها المعاصرة على النحو الذي سبق ذكره.

المطلب الأول : القاعدة العامة

١٨٢ – أحوال انتفاء الغرر

عرفنا فيما سبق مفهوم الغرر وأنه يعني الاحتمال والتردد بين أمرين أغلبهما أخوفهما، وفي سياق وجود المحل أنه يعني الاحتمال والتردد في وجوده أو عدم وجوده. كما عرفنا معنى المعاوضات

المالية ومتى يكون المحل في عقود المعاوضات المالية محقق الوجود، أو بعبارة القانون متى يكون وجود المال المستقبل محققاً[١].

وقلنا إن الغرر في وجود المال المستقبل ينتفي بإحدى حالات ثلاث:

الأولى: أن يكون المحل موصوفاً في الذمة.

والثانية: أن يكون أصل المحل موجوداً عند التعاقد، وإن لم يتكامل بعد.

والثالثة – أن يكون المحل منفعة عين قائمة أو منفعة شخص طبيعي.

وفيما يلي شيء من التفصيل بالقدر الذي يكشف عما يقضي به قانوننا بالمقارنة مع الاتجاهات الفقهية السالفة البيان.

١٨٣ – الحالة الأولى : الموصوف في الذمة

تنص المادة (٩٩) من قانون المعاملات المدنية على مايلي:

١- " الأشياء المثلية هي ما تماثلت آحادها أو أجزاؤها أو تقاربت بحيث يمكن أن يقوم بعضها مقام بعض عرفاً بلا فرق يعتد به وتقدر في التعامل بالعدد أو القياس أو الكيل أو الوزن.

٢- والقيميّة ما تتفاوت أفرادها في الصفات أو القيمة تفاوتاً يعتد به أو يندر وجود أفرادها في التداول".

وتستلزم المذكرة الإيضاحية للقانون أن يوجد المال المثلي في الأسواق (فإن لم يوجد في الأسواق فليس بمثلي وإنما يعتبر قيميّاً حتى يوجد في الأسواق ولا تأثير لوجوده عند الناس في بيوتهم لأجل استهلاكهم)[١].

ومع هذا فإن " التماثل وعدم التماثل يختلف باختلاف الزمان والظروف، فقديماً كانت الأقمشة قيميّة لاختلافها في النسيج والخطوط اختلافاً تتفاوت به قيمتها، أما وقد أصبح كل ذلك بالآلات التي لا تنتج إلا متماثلاً في جميع الصفات فالواجب عدّها من المثليات،كما يعدّ الآن من المثليات كل ما

---

[١] يفضل الأستاذ الدكتور وحيد الدين سوار في كتابه عن الاتجاهات العامة في (ق م م أ) تعبير القانون الجزائري الذي ينص في المادة (٦٦) منه على أنه يجوز أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلاً ومحققاً،غير أننا نلاحظ أن القانون الجزائري قد فرض وجود المحل في كل العقود بما فيها عقود التبرع بخلاف ما يقرّره قانوننا، كما وأنه لا فرق في المعنى بين تعبير محققاً وتعبير انتفاء الغرر على ما في التعبير الأخير من ظهور التأثر بالفقه الإسلامي، أما ما أشار إليه من أن قانوننا قد أجاز بعض عقود الغرر كالتأمين (المادة ١٠٢٦) وأن هذا يخالف القاعدة العامة الواردة بالمادة ١/٢٠٢ فعلى أسوأ الفروض يكون استثناءً من هذه القاعدة العامة، والاستثناء يؤكد القاعدة ولا ينفيها كما هو معلوم، هذا إلى أننا سنعرض لحقيقة موقف قانوننا من عقد التأمين وبيان ما إذا كان استثناءً على القاعدة العامة من عدمه . انظر ما تقدم في كتاب الدكتور سوار السالف البيان ص ٦٦ و ٦٧ فقرة ٤٧.

[١] المذكرة الإيضاحية لـ (ق م م أ) ص ٧٢.

توجده الصناعة الحاضرة من المصنوعات المتماثلة في المادة والصنعة والقدر والصفة كالنقود وأواني الطعام والشراب والورق وغير ذلك حتى أنه يفوق البر والشعير والتمر مما عده الفقهاء مثلياً " [٢].

وتظهر أهمية الفرق بين المال المثلي والمال القيمي فيما يلي:

أ. المثلي يثبت ديناً إذا عين بأوصافه بخلاف القيمي، فإنه لا يثبت في الغالب ديناً في الذمة ولكن يتعين بالإشارة إليه أو ما يقوم مقامها، فيصح القرض في المثليات ولا يصح في القيميات.

ب. المثلي يضمن عند التعدي لا بقيمته لوجود مثله، أما القيمي فيضمن بقيمته لأن المقصود من الضمان الجبر والعوض، وذلك يكون على أتمه بأداء المثل لأن فيه العوض عن التالف من ناحيتين: صورته وماليته، فإذا انعدم المثل أُكتفي بالقيمة ، لأن فيها العوض عنه من أهم ناحيتيه وهي المالية[١].

والمثليات لا تهلك في قانوننا (المادة ٣٤) لأن (الأشياء المثلية يتصور دائماً وجودها مادامت متوافرة في الأسواق حتى لو كانت غير موجودة عند المدين، فهي تقوم مقام بعضها في الوفاء) [٢] .

وقد اشتمل قانوننا على تطبيقات شتى لما تتحمله الذمة، كالثمن (م ٥٠٢ ، و٥٠٨ ، و٥٠٩) والأجرة (م ٤٧٨) وبدل القرض (م ٧١٩) وبدل الصلح (م٧٢٦) ولا إشكال في كونها جميعاً أموالاً صالحة لأن تتحمل الذمة بها، ومفاد هذا أنها لا تكون كذلك على الرغم من عدم وجودها عادةً إلا إذا كانت محققه الوجود في المستقبل، وهو هنا وقت حلول أجل الوفاء ومن ذلك ما يلي:

١٨٤ – أهم تطبيقاته

أ. **المسلم فيه:** تشترط المادة (٥٦٩) من قانوننا أن يكون المبيع – في السلم- من الأموال التي يمكن تعيينها بالوصف والمقدار ويتوفر وجودها عادةً وقت التسليم.

ب. **المستصنع:** قانوننا أجاز الاستصناع في المادة (٨٧٢) وما بعدها تحت عنوان (عقد المقاولة) وإن أدرجه في عقود العمل، واتبع في ذلك صريح المذهب الحنفي، وإذا كان ثمة خلاف في تحديد طبيعة المحل في هذا العقد بين أن يكون هو المستصنع كما ذهب إليه أكثر فقهاء هذا المذهب، أو العمل كما هو رأي فريق منهم، فلقد اشترط قانوننا في المادة (٨٧٤) وصف محله وبيان نوعه وقدره

---

[٢] المرجع السابق ص ٧٢ و٧٣ بتصرف .

[١] المذكرة الإيضاحية ص ٧٣ .

[٢] المذكرة الإيضاحية ص ٣٦.

وطريقة أدائه ومدة إنجازه وتحديد ما يقابله من بدل، وهو ذات ما مشى عليه الأكثرون من أنه يجب في المستصنع بيان جنسه ونوعه وقدره وصفته[٣].

والاستصناع كما سنّه قانوننا يقترب من عقد السلم من جهة أن المحل في كل منهما مال مستقبل لا وجود له حين العقد بالضرورة، وإن كان محقق الوجود في الغالب أخذاً بأن كلاً منهما موصوف في الذمة.

ج. **بيع الموصوف في الذمة حالاً**: وقد سبق أن نقلنا عن المذاهب الأربعة أنه يجوز بيع الموصوف في الذمة على الحلول شريطة انتفاء الغرر. وينبغي أن يكون هذا هو حكم قانون المعاملات المدنية، وانتفاء الغرر إما أن يكون بوجود جنس الشيء عند البائع، أو بقبض الثمن في مجلس العقد، أو بكثرة وجود الشيء المبيع في الأسواق مع سهولة الحصول عليه وما إليه.

١٨٥ – الحالة الثانية : نماء الأصل – أهم التطبيقات

قلنا إن نماء الأصل يلتحق بالأصل من حيث الوجود والعدم، فإذا كان الأصل موجوداً أُعتبر النماء موجوداً كذلك، سواءً وجد فيما بعد أو لم يوجد؛ لأن العقد ورد على الأصل الذي هو قائم موجود ساعة التعاقد، بخلاف ما لو ورد على النماء دون الأصل أي على استقلال، كالحمل في البطن دون الدابة واللبن دون الشاة والثمار التي لم تخلق دون الشجر مقصوداً بها الثمار دون شيء آخر، وهكذا .

وفيما يلي أبرز تطبيقات القاعدة التي استخلصناها مما أجازه قانوننا بالنص :

أ – **بيع الثمار قبل بدوّ صلاحها** قد يُتوّهَم من نص المادة (١/٥٨٦) أنه يطلق منع بيع الثمار قبل بدو صلاحها أو صلاحها بعضها، وأن مفاد ذلك عدم اعتباره لشرط القطع في الحال رافعاً للحظر، وذلك حيث تنص المادة المتقدمة على أنه " يجوز بيع الثمار وإن لم يبدُ صلاحها إن بيعت مع أصولها، ولا يجوز بيعها منفردةً عن أصولها إلا إذا بدا صلاحها أو صلاح بعضها".

ولكن هذا الوهم مدفوع بما يلي:

أ. صرحت المذكرة الإيضاحية للقانون بأن هذه المادة قد أخذت من المذهب المالكي (المادة ٤٤ من مشروع التقنين المالكي ومن الشرح الصغير وحاشيته ج٢ص٩٤ وما بعدها والقوانين الفقهية ص ٢٥٢)[١]. وقد مرّ بنا رأي المذهب المالكي، وخلاصته هنا أنه يجيز بيع الثمار بشرط القطع في الحال بالشروط الثلاثة التي أشرنا إليها والتي لا تخرج في جملتها

---

[٣] البدائع ٥ / ٣.

[١] المذكرة الإيضاحية لـ(ق م م أ) ص ٥٣٠ .

عن أن تكون ترديداً للقواعد العامة في المالية والباعث وعدم الغرر. ويستحيل أن يخالف قانوننا عما يقضي به المذهب المالكي من جواز بيع الثمار بشرط القطع في الحال، لاسيما مع ما يشبه الإجماع على جوازه.

ب. بل إن القانون يعتبر موجب العقد التسليم في الحال، كما دلت على ذلك نصوص المواد (٢٤٣، ٥٠٨، ٥١١، ٥١٤، ٢/٢٥٢[٢]) ومفاد ذلك جواز البيع مطلقاً، ويحمل على التسليم في الحال كما قرر الأحناف؛ لأنه لما كان لا يجوز بيع الثمر قبل بدو صلاحه فإن بيعه بهذه الحالة دليل على ابتغاء المشتري قطعه فوراً، وأيضاً لأن قانون المعاملات المدنية قائم على توسيع نطاق التعامل، بدلالة إجازته لصوركثيرة ذهب جمع من الفقهاء إلى منعها كالتأمين وكجواز كون المال المستقبل محلاً للمعاوضات المالية إذا انتفى الغرر، ومعنى هذا أنه يتشوّف إلى تصحيح العقود ما أمكن، فلا يخرج ما نحن بصدده عن هذه القاعدة.

ج. وأما اشتراط بقاء الثمر في أصوله فيستفاد بطلانه من ظاهر النص المتقدم، كما يستفاد هذا من جهة أن الشرط منافٍ لمقتضى العقد وهو التسليم في الحال بحكم المادة (٢٠٦)، والأصل أن ينطبق عليه ما ينطبق على الشرط من أنه إذا كان غير دافع إلى التعاقد فالبطلان ينصرف إليه دون العقد، وإلا انصرف إلى العقد كله على ما تقضي به هذه المادة، لولا أنه لا يمكن تصور هذا الشرط غير دافع إلى العقد، ومن ثم كان البطلان جزاءً له، كما أن ظاهر المادة (١/٥٨٦)يشهد لهذا، وهو ما ينسجم مع رأي أكثر الفقهاء.

د. ونرى من جهة أخرى أن القانون لم يستلزم مصاحبة الثمار للأصل في جواز بيع الثمار قبل بدوّ صلاحها مع أصولها، فالنص الوارد في المادة (١/٥٨٦) عام يصدق على ما لو تقدم بيع الأصل على بيع الثمرة وما لو اجتمعا في عقد واحد، هذا فضلاً عن تصريح المذكرة الإيضاحية باستمداد المادة المتقدمة من المذهب المالكي، وقد اشتهر عنه جواز إلحاق الثمرة بأصل المبيع مطلقاً أكان هذا الإلحاق قريباً أم بعيداً[١].

---

[٢] تنص المادة ٢٤٣ على ثبوت حكم العقد في المعقود عليه وبدله بمجرد انعقاده دون توقف على القبض أو أي شي آخر ما لم ينص القانون على غير ذلك . وتقضي المادة التالية بثبوت الملك لكل واحد من المتعاقدين في عقد المعاوضة الوارد على الأعيان . أما المادة ٥٠٨ فتفرض استحقاق الثمن معجلاً في البيع المطلق إلا باتفاق أو عرف على خلافه. وتلزم المادة ٥١١ بنقل ملكية المبيع بمجرد تمام البيع إلا إذا قضى بخلافه قانون أو اتفاق. والمادة ٥١٤ تلزم البائع بتسليم المبيع إلى المشتري مجرداً من كل حق آخر، وبأن يقوم بما هو ضروري من جانبه لنقل الملكية إلى المشتري، وأخيراً تقضي المادة ٢/٥٢٥ بأن التسليم في كل شيء حسب طبيعته ووفقاً لما جرى عليه الاتفاق أو العرف .

[١] شرح الزرقاني على خليل ١٨٧/١ حيث يقول خليل : " وقبله مع أصله أو ألحق به " قال الزرقاني: "بقرب أو بعد بحيث لم يخرج من يد المشتري " ١. هـ.

وإذن فإذا وجد أصل الشيء ثم تكامل بعد ذلك جاز التعامل فيه، لولا ما يأتي هنا من اعتراض الآفات التي لا تنجو منها الثمار في العادة، فلأجل هذه العلة منع بيعها قبل بدوّ صلاحها على انفراد، أما ما عدا هذا فيبقى على أصل الجواز، فيجوز بيع الثمار مع أصولها مطلقاً، ويجوز بيعها إذا بدا صلاح بعضها وإن لم يبدُ صلاح الجميع كما قد صرحت به المادة (١/٥٨٦) المتقدمة البيان لانتفاء علة الحظر. ونرى جواز البيع بشرط القطع تبعاً لجمهور العلماء، بل وجوازه بدون شرط أيضاً حملاً للعقد على الصحة وعلى أن موجبه التسليم في الحال، ولا يعترض هنا بأن العرف يجري على التبقية، لأن هذا يتصور فيما بدا صلاحه فإنه يبقى بحسب الأصل إلى حين الحصاد، أما ما نحن بصدده فلا يخرج عما يوجبه العقد عادة[١].

ب – بيع بطون الثمار المتصلة غير المتميزة : اختار المشرع في دولة الإمارات العربية المتحدة مذهب المالكية في بيع بطون الثمار المتلاحقة، فقد نص في الفقرة الثانية من المادة (٥٨٦) على ما يلي:

" وإذا كانت أصول الثمار مما يطعم بطوناً في السنة جاز بيع البطون إذا بدا صلاح البطن الأول منها إن اتصلت البطون ولم يتميز بعضها عن بعض، فإن تميزت فلا يجوز بيع البطن الثاني إلا إذا بدا صلاحه ".

اختار القانون في هذا النص مذهب المالكية كما هو واضح، وأهدر القول الثاني الذي ينحو إلى جواز بيع البطون المتصلة المتميزة بعضها عن بعض كالقصيل الذي يجز مدةً بعد مدة، واكتفى بالقول الذي لا اختلاف فيه في هذا المذهب وهو جواز بيع البطون المتصلة غير المتميزة كالبطيخ والمقاثيء والباذنجان والقرع والتين.

وحجة مالك فيما لا يتميز أنه " لا يمكن حبس أوله على آخره فجاز أن يباع ما لم يخلق منها مع ما خلق وبدا صلاحه للضرورة " كما سبق بيانه في الفرع الثاني من المبحث الأول، واختار القانون في المتميز الرواية الراجحة في المنع، والموافقة لغالب الفقه الإسلامي، كأنه لم يعتبر ضرورة لذلك . وقد أشارت المذكرة الإيضاحية لهذا [٢].

ومن هذا التعليل نفهم أن قانوننا يرى بأن الثمار المتصلة البطون التي لا تميز لبعضها عن بعض تكون بمثابة الشيء الواحد الذي وجد أوله وسيأتي آخره بعد العقد. ويؤخذ منه بطريق الأولوية أن

---

[١] على أنه إذا جرى عرف أو عادة على التبقية، تحتم القول ببطلان العقد هنا قولاً واحداً؛ لأن المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً، والعادة محكمة، فيصير العقد كما لو شرط فيه التبقية، وذلك أن العاقدين يدخلان العقد بهذه العادة.. وقد رأينا الإجماع في الشريعة الإسلامية – إلا خلافاً شاذاً – على منع بيع الثمار قبل بدو صلاحها حال كونها مفردة بشرط التبقية، وما نحن بصدده لا يخرج عنه.

[٢] المذكرة الإيضاحية للقانون ، ص ٥٣٠ .

الشيء إذا وجد أصله ثم يتكامل بعده فالغرر يكون من الخفة بحيث يغلب على الظن أن ما بقي من الشيء محقق الوجود في المستقبل.

ولا يمكن – على كل حال – أن يخرق قانوننا الإجماع المعروف في الفقه الإسلامي من أن العقد إذا تناول الأصل دخل التابع فيه ولو لم يوجد بعد، فقد أشار إلى بعض تطبيقات هذا المبدأ في المواد ٥١٨و٥١٩ و٥٢٠ و٥٢١ بالنسبة إلى ما يدخل في بيع البناء أو الشجر أو الأرض أو الزرع –كما أنه اختار أسهل الآراء في المسألتين اللتين تطرقنا إليهما آنفاً، وبذا يستقيم لنا القول بأن المال المستقبل يكون مأمون الغرر في وجوده إذا وجد أصله ساعة إبرام التصرف، ولا يُستثنى من ذلك إلا ما يكون عرضة للتلف كالثمار ونحوها، وبالحدود التي تتحقق بها الغاية من الاستثناء فقط.

١٨٦ – الحالة الثالثة : المنفعة

الأصل كما بيّنا أن المنفعة ممكنة التسليم إذا وجد أصلها من إنسان أو عين، وأنه متى وُجد الشيء أو وُجد الشخص فإن المنفعة المرجوّة من أيهما مقدورة الاستيفاء في الغالب، أي محققة الوجود عادةً، وفي هذا تنص المادة (٧٤٥) من قانوننا على أن " المعقود عليه في الإجارة هو المنفعة ويتحقق تسليمها بتسليم محلها" كما تشترط المادة (٧٤٦) في المنفعة أن تكون مقدورة الاستيفاء، وينطبق هذا على إيجار الأراضي الزراعية والمزارعة والمساقاة والمغارسة (المواد ٧٩٧و٨٠٩و٨٢٢و٨٣٥).

وإذا كانت المنفعة المعقود عليها هي منفعة الشخص فإن شرط وجوده بديهي؛ لأنه هو الطرف الآخر من طرفي العقد من جهة، ولأنه من الجهة الأخرى يجب أن يكون بحالة يمكن معها استيفاء المنفعة المعقود عليها منه، وذلك لا يتأتى إلا بوجوده بداهة. وهو ما يفهم من المواد ٨٧٢ و٨٩٧و٩٢٤و٩٦٢ من القانون المتقدم، في شأن عقود المقاولة والعمل والوكالة والإيداع.

المطلب الثاني :بعض التطبيقات

١٨٧ – أولاً : بيوع المستقبليات

أصدر المشرع الإماراتي القانون الاتحادي رقم (٤) لسنة ٢٠٠٠م في شأن هيئة وسوق الإمارات للأوراق المالية والسلع بتاريخ ٢٩ من يناير عام ٢٠٠٠ ، ونص على قواعد مهمّة في شأن هيئة الأوراق المالية والسلع وأغراضها وصلاحياتها وفي سوق الأوراق المالية والسلع وإدارته وكيفية عمله والإشراف عليه.

ولم يحدّد القانون المشار إليه طريقة البيع سوى أنه نص في المادة "٣٠" على أنه يتم عرض أسعار الأوراق المالية والسلع في السوق وفقاً للأنظمة الصادرة بموجب أحكام هذا القانون على أن تشمل هذه الأنظمة إجراءات البيع والشراء والمقاصة والتسويات.

ومن الواضح أن القانون الآنف الذكر يبيح جميع ما تتعارف عليه الأنظمة الدولية في سوق البورصة من المعاملات ومن بينها المستقبليات التي أفتى الفقهاء المعاصرون بمنعها كما رأينا لما يتخللها من الغرر والخطر والجهالة.

وبعيداً عن نطاق هذا القانون الخاص، فهل يمكن تخريج جواز بيع المستقبليات على أساس من القاعدة المبينة في المادة (٢٠٢) من قانون المعاملات المدنية السالفة البيان ؟

نرى أن بيع السلع بخاصة يختلف بين أن تكون موجودة فيعرض الإشكال فيها من حيث مدى جواز بيعها قبل قبضها مما لا نتطرق إليه في دراستنا هذه، وإما ألا تكون موجودة وقت التعاقد وهي المسماة بالمستقبليات، وهنا نرى أنها لا يتحقق فيها شرط تحقق المحل أو وجوده؛ ذلك لأنها وإن كانت مثلية وكان أجل تسليمها معلوماً فإنه غير محقق؛ إذ ليس فيها من الجدية ما يبعث البائع على السعي في إحضارها وتسليمها في أجلها الذي أجلت إليه، بل يلوح منها قصد المضاربة على فروق السعر فحسب، وعندما يطلب المشتري تسليمها لا يوجد ما يدل على وجودها في وقت الطلب هذا.

وأما بالنسبة للأوراق المالية إذا كان مشروطاً تسليمها في المستقبل فنكون عندئذ بإزاء صرف لا تتحقق فيه شروطه الشرعية المعتبرة من حيث عدم جواز بيع بعضها ببعض نسيئة.

وتطبيقاً للقاعدة العامة المشار إليها أبطل القضاء في الإمارات التعامل في المضاربة على أسعار العملات في البورصة وسماها البيوع الآجلة، وصرّح بأن علة الحظر فيها عدة أمور من بينها أنها ليست موجودة قبل التعاقد وليست في ملك البائعين؛ لأن النية لا تنصرف فيها إلى نقل ملكية المبيع إلى المشتري، وإنما هدفها المقامرة المحرمة شرعاً، والقضاء يفسر هذه المقامرة بأن محلها المضاربة على فروق السعر والظفر بفروق السعر لمن حالفه الحظ بالتنبؤ بالزيادة الطارئة على السعر الجديد الذي كان مجهولاً للعاقدين قبل حلول الأجل وإجراء التصفية[1].

١٨٨ – ثانياً : التأمين

ورد في الباب الرابع من قانون المعاملات المدنية الإماراتي المعنون بعقود الغرر ثلاثة فصول أفرد المشرع الأول منها لعقدي الرهان والمقامرة، والثاني لعقد الراتب مدى الحياة، والثالث لعقد التأمين، ومن سياق عنوان هذا الباب وتعداد هذه العقود يفهم أنها وحدها هي عقود الغرر المسموح بها في القانون.

---

[1] استئناف أبوظبي رقم ١٩٩٢/٧٢٩ تاريخ ١٩٩٣/٤/٢٦م وقد أيدته المحكمة العليا في الطعن رقم ٢٠٩ لسنة ١٥ قضائية ، جلسة ١٩٩٥/١/٢٢، ونحو هذا في الاستئناف رقم ٦ لسنة ١٩٨٤م، جلسة ١٣ / ١١ / ١٩٨٤ م ص ١٦٢ من العدد ٤٦ من مجلة العدالة ١٩٨٦م .

فأما عقد الراتب مدى الحياة فهو عقد تبرع لا معاوضة بصريح نص المادة (١/١٠٢٢) التي تقرر بأنه " يجوز أن يلتزم شخص لآخر بأن يؤدي له راتباً دورياً مدى الحياة بغير عوض"[٢] .

وأما عقد المقامرة فهو ممنوع شرعاً كما هو ممنوع قانوناً بنص المادة (١/١٠٢١) التي تقضي بأن كل اتفاق على مقامرة أو رهان محظور يكون باطلاً، وبذلك يفهم أن هذا العقد جيء به في القانون لأجل إبطاله والتمييز بينه وبين عقد الرهان الجائز، بدليل ما ورد في المادة (١٠١٩) من أنه " إذا كان الجعل من أحد المتسابقين أو من غيرهما على أن الجعل للفائز جاز، وأما إذا شرط المتعاقدان أن للفائز قبل الآخر جعلاً فلا يجوز لأن العقد ينقلب قماراً ".

وأما عقد الرهان فهو عقد معاوضة بين التزامين متقابلين : التزام باذل الجعل بدفعه إلى المتسابق الفائز ولمن يليه إن التزم بذلك، والتزام المتسابقين بالدخول في السباق ليظفر الفائز منهم بالجائزة دون غيره أو بأفضل من غيره بحسب الأحوال، والغرر فيه من ناحية أن المتسابق يلتزم بالسباق ولا يعلم إن كان سيفوز بالجائزة أم لا، وحتى لو قُسّم الجعل إلى عدة مبالغ فإنه لا يعلم مقدار ما ينوبه من ذلك. ومع هذا ينبغي ألا نطيل الوقوف عند هذا العقد؛ لأن الإجماع في الشريعة الإسلامية على جوازه إن كان الالتزام بالجعل من جانب واحد، بل على أنه لا يجوز إلا بالعوض، وإن ما في القانون الإماراتي ما هو إلا ترداد للمقرر في الشريعة [١].

وأما بالنسبة للتأمين فقد أشار القانون في المادة (١/١٠٢٦) منه إلى أنه " عقد يتعاون فيه المؤمن له والمؤمن على مواجهة الأخطار أو الحوادث المؤمن منها وبمقتضاه يدفع المؤمن له إلى المؤمن مبلغاً محدّداً أو أقساطاً دورية، وفي حالة تحقق الخطر أو وقوع الحادث المبين في العقد يدفع المؤمن إلى المؤمن له أو المستفيد الذي اشترط التأمين لصالحه مبلغاً من المال أو إيراداً أو مرتباً أو أي حق مالي آخر ".

وتقول المذكرة الإيضاحية في صدد شرحها لهذه الفقرة: (عرّفت الفقرة الأولى من هذه المادة عقد التأمين في صورته التعاونية التي أخذ بها القانون والتي تعتمد أساساً على إبراز فكرة التعاون بين المؤمن لهم والمؤمن على مواجهة الأخطار أو الحوادث المؤمن منها)[٢].

ثم تذكر في التمهيد لهذا العقد أنه (بمقتضى نظام التأمين التعاوني يتعاون أطراف التأمين فيما بينهم (وتعاونوا على البر والتقوى) المائدة: ٢، ويتكافلون بحيث يكون الهدف من التأمين ليس الحصول

---

[٢] يلاحظ مخالفة هذه المادة للمواد ٧٤١ مصري، و٧٠٧ سوري، و٧٤١ ليبي، و٩٧٧ عراقي، و١٠٢٨ لبناني – وهي كلها تجيز الالتزام بالراتب بعوض أو بغير عوض.

[١] قال الإمام ابن تيمية " إن مفسدة بيع الغرر هي كونه مظنة العداوة والبغضاء وأكل الأموال بالباطل، وإذا عارضتها المصلحة الراجحة قدمت عليها كما أن السباق بالخيل والسهام والإبل لما كانت فيه مصلحة مشروعة جاز بالعوض وإن لم يجز غيره بعوض" ، القواعد النورانية لابن تيمية ص ٢٠٢.

[٢] المذكرة الإيضاحية ص ٧٦٤.

على المنفعة من جانب المؤمن له أو المستفيد ولا الربح من جانب المؤمن، وإنما يكون المقصود تعاون وتكافل جميع أطراف عقد التأمين على مجابهة الأخطار والحوادث، بحيث يكون المؤمن لهم متبرعين بما يدفعونه من مبالغ لمن يصاب من غيرهم بحادث أو خطر معين، كما تكون بغية الجهاز المؤمن معاونة المؤمن لهم وليس استغلالهم والكسب المادي من نشاطه).

وأخيراً تنتهي المذكرة الإيضاحية إلى أن التأمين التعاوني يترتب عليه أن يكون(في صورة عقد تبرع وليس معاوضة، وبذلك نتفادى ما وجه لعقد التأمين التجاري من شبهة أنه كعقد معاوضة ينطوي على غرر كبير مما يفسد العقد، أما عقد التأمين التعاوني فإن الغرر لا يفسده باعتباره عقد تبرع، لأن الغرر في عقود التبرعات لا يفسدها مهما كان كبيراً) [١] .

ونرى أن التأمين المسمى في هذا القانون تعاونياً هو عقد من عقود المعاوضة على الرغم مما قالته المذكرة الإيضاحية الذي نقلناه آنفاً وذلك لما يلي:

أ – أن فكرة التعاون إنما تنصبّ على نظام التأمين بوجه عام ولا تتناول العقود الفردية التي تندرج فيه. فهذه العقود تتقابل فيها التزامات المؤمن وكل واحد من المؤمن لهم على حدة؛ إذ يلتزم المؤمن له بدفع الأقساط المتفق عليها ويلتزم المؤمن بدفع المبلغ المتفق عليه أو الإيراد المشترط عند تحقق الخطر أو وقوع الحادث وفقاً لتعريف المادة السالفة الذكر، وهذه معاوضة صرفة.

ب – أن المادتين(١٠٣٢) و(١٠٣٣) تنصان على التزامات المؤمن له، ومن بينها أن يدفع المبالغ المتفق عليها في الأجل المحدّد، بينما تتناول المواد (١٠٤٣)و(١٠٣٥) و(١٠٣٦) التزامات المؤمن، ومن بينها أداء الضمان أو المبلغ المستحق إلى المؤمن له أو المستفيد على الوجه المتفق عليه عند تحقق الخطر أو حلول الأجل المحدد في العقد. وهذه كلها لا يتصور وجودها في غير المعاوضة؛ لأن التبرعات إنما تكون الالتزامات فيها من طرف واحد فقط بعكس المعاوضات. وليست العبرة بما يطلق على الشيء وإنما بحقيقة الشيء في حدّ ذاته، فلا يصير عقد التأمين تبرعاً أو تعاوناً بمجرد تسميته كذلك.

ج – ولا نعلم على التحقيق شيئاً يتميز به التأمين التعاوني بالمعنى الذي ذكرته المادة (١٠٢٦) المتقدمة عن التأمين التجاري، ففكرة التعاون قائمة في التأمين التجاري قيامها في التأمين التعاوني بغض النظر عن قصد كل شركة على حدة ومدى رغبتها في الاسترباح؛ فالقوانين الوضعية إنما شرعت هذا العقد لفائدته المحققة المتمثلة في التعاون على تفتيت الخسائر فيما بين

---

[١] المذكرة الإيضاحية ص ٧٦٢.

أفراد المجتمع، وهذه الحكمة تظهر في نظام التأمين ككل، لا في عقود التأمين الفردية التي تغلب عليها مراعاة المصلحة الخاصة للمؤمن له- وهي رفع الخسارة المادية عنه إن وقعت- وللمؤمن وهي الاسترباح [٢].

وقد سبق أن رأينا بالنسبة لما يسمى بالتأمين التبادلي أو التعاوني أنه قائم على المعاوضة بين الأقساط التي يدفعها المشترك وبين ما عسى أن يتلقاه من تعويض الخسارة إن وقعت، وأن ما يميزه عن التأمين التجاري المعروف — وهو تخفيض الأقساط التي يتعين دفعها إلى القدر الذي يكفي لجبر الأضرار وتغطية أجور العاملين ومصروفات الخدمة، واجتماع صفتي المؤمن والمؤمن له في شخص واحد، ومراعاة قصد التكافل والتعاون بين المساهمين فيه - كل هذا لا ينفي قيامه على المعاوضة بالمعنى المشار إليه، ولا يمس اتحاده مع التأمين التجاري في الأصل والجوهر [١].

وإذا كان كذلك وكان وجه الغرر في التأمين بيّناً كما علم مما قدمناه فهل هذا الغرر فاحش، وبالتالي يكون استثناءً على القاعدة العامة الواردة في المادة (١/٢٠٢) من قانون المعاملات المدنية، أم أنه ليس بفاحش فلا يكون استثناءً ؟

والذي نراه أن الغرر فاحش على ما سبق أن بيّنا، وأن هذا الذي نص عليه القانون إن هو إلا تأمين تجاري قد منعه جمهور الفقهاء المعاصرين، فيقال فيه ما يقال هناك، ومن ثم يكون استثناءً على القاعدة العامة السابق بيانها.

الفرع الثاني
عدم اشتراط انتفاء الغرر في وجود المحل بالنسبة لعقود التبرع

١٨٩ – القاعدة العامة

الشق الثاني من القاعدة المبينة في المادة (١/٢٠٢) هو أن انتفاء الغرر لا يشترط في عقود التبرع. وعقود التبرع كما سبق أن علمنا هي تلك التي لا تتقابل فيها التزامات الطرفين، ويلتحق بها بحكم المادة (٢٧٧) كل تصرف انفرادي لا يلزم المتصرف إليه بشيء ، فهذه التصرفات التي ينتفي فيها معنى المعاوضة يصح أن يكون محلها مالاً حاضراً أو مستقبلاً، وإذا كان المحل مستقبلاً فإنه يصح أن يكون محقق الوجود أو محتمل الوجود، لأن الغرر إنما منع لما فيه من أكل أموال الناس بالباطل وما به من

---

[٢] التأمين وأحكامه ص ٨٥ و٨٦و٨٧و٢٧٧و٢٧٨، الزرقاء المرجع السابق ص ١٢٨و ١٢٩.

[١] انظر ما سبق ص ٢٥٣ .

الخديعة والظلم، وهذا لا وجود له في التبرعات؛ لأنه لا ضرر على من يتلقى التبرع من الغرر مهما كثر بسبب من أنه لم يبذل شيئاً يخشى ضياعه من جراء ذلك.

ومن ناحية أخرى فإن التبرع إحسان محض، وهو مما يشجع عليه الشرع، وينبغي أن يشجع عليه القانون كذلك [٢].

وعلى هذا أجاز القانون الراتب مدى الحياة إذا كان بغير عوض (م ١٠٢٢) وأجاز الوعد، وهو ما يفرضه الشخص على نفسه لغيره بالإضافة للمستقبل لا على سبيل الالتزام في الحال، واعتبره ملزماً لصاحبه ما لم يمت أو يفلس (م ٢٨٠)، وألزم بالوعد بجائزة الموجه للجمهور (م ٢٨١) .

١٩٠ – كثرة الاستثناءات على القاعدة المتقدمة – انتقاد ذلك

والقانون بأخذه بالقاعدة المتقدمة يعكس تقريره لمبدأ سلطان الإرادة على نحو واضح، كما يعبّر في ذات الوقت عن مرونته بما وسّعه من نطاق التعامل. على أنه مع ذلك لم يستقم على هذه القاعدة في كثير من التصرفات، ومن ذاك أنه لم يجز الإبراء عن دين مستقبل [١](م ٤٧٠) ولم يجز الوعد بالهبة ولاهبة المال المستقبل (م ٦٣٢) ولم يجعل للإعارة أثراً قبل قبض الشيء المعار (م ٨٥٠)، وأنه يشترط لصحة الكفالة أن يكون المكفول به مضموناً على الأصل ديناً أو عيناً أو نفساً معلومة وأن يكون مقدور التسليم من الكفيل (م ١٠٦)، كما يشترط لصحة الرهن التأميني والرهن الحيازي مطلقاً ولو من متبرع أن يكون العقار المرهون رهناً تأمينياً قائماً وموجوداً عند إجراء الرهن (م ١٤٠٥)، وأن يكون المرهون رهناً حيازياً مقدور التسليم عند الرهن (م ١٤٤٩).

وكل هذا لا يجري على الأصل المقرر بالمادة (١/٢٠٢) التي سلف بيانها، فإذا رجعنا إلى المذكرة الإيضاحية للقانون لنتبين سرّ هذه المجافاة التي سلكها بين القاعدة والاستثناءات التي عليها فلن نجد، وعندئذٍ يتعين أن نلتمس هذا فيما قرره شراح القانون المدني المقارن.

---

[٢] المذكرة الإيضاحية للقانون ص ١٥٣ ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي ج ٣ ص ٢٣٧، الفروق ، الجزء الأول ص ١٧٢، الفرق الرابع والعشرون بين قاعدة ما تؤثر فيه الجهالات والغرر وقاعدة مالا يؤثر فيه ذلك من التصرفات . وقد سبق أن نقلنا طرفاً مما قرره الإمام القرافي صاحب هذا المؤلف، أما قولنا إنه ينبغي أن يشجع القانون على التبرع أسوة بالشرع في ذلك فلأن الدستور الإماراتي يجعل الشريعة الإسلامية هي مصدر رئيس للتشريع، وذلك حيث تقول المادة السابعة منه " الإسلام هو الدين الرسمي للاتحاد ، والشريعة الإسلامية مصدر رئيس للتشريع فيه ، ولغة الاتحاد الرسمية هي اللغة العربية " ويلاحظ هنا أن الدستور اكتفى بأن الشريعة هي مصدر رئيس للتشريع بما يتصور منه أنه يمكن أن يكون ثمة مصدر للتشريع غيرها، بل مصدر رئيس آخر للتشريع يقوم إلى جوارها، وذلك لا يمكن تصوره لو كان قد ذكر أل التعريف كما هو بيّن .

[١] من تطبيقات هذا النص أنه في دعوى رجعت فيها المتسببة في قتل خطأ على الشركة المؤمنة على السيارة – التي قادتها في الحادث – بقيمة ما دفعته من دية المجني عليه للورثة فدفعت المدعى عليها مما دفعت به بأن ثمة محرراً منها تبريء بمقتضاه المدعى عليها من أي مسؤولية تتعلق بالحادث، فقررت محكمة الاستئناف تضمين المدعى عليها تأييداً لمحكمة أول درجة وناقشت الدفع المشار إليه بأن العبارات الواردة في المحرر قد تضمنت إبراءً مستقبلياً من أية مسؤولية تتعلق بالحادث وليس من دين قائم وذلك ما لا يجوز تبعاً للنص المتقدم في المادة ٤٧٠ من ق م م أ . (الاستئناف ٩٣ لسنة ٢٠٠٤ م ، جلسة ٢٣ / ٦ / ٢٠٠٤ م منشور في ص ٢٢٧ وما بعدها بالعدد ١٢٣ من مجلة العدالة الصادر في يوليو ٢٠٠٥ م) .

يقرر الشراح في تسويغ منع هبة المال المستقبل (المواد ٤٩٢ مصري، و٤٦٠ /١ عراقي و ٥٢٦ كويتي، و٥٦٣ أردني، و ٢٣٤، و٥١٣ لبناني، و٤٨١ ليبي، وغيرها) أن السبب في منع هبة المال المستقبل يرجع إلى ما تنطوي عليه هبة المال المستقبل من خطر؛ فالواهب يندفع إلى هبة مال مستقبل أكثر مما يندفع إلى هبة مال حاضر، فأراد المشرع أن يحميه من هذا الاندفاع بإبطال هبته[٢].

وتصرح المذكرة الإيضاحية للقانون المصري بأن بطلان هبة المال المستقبل (تطبيق للمبدأ العام في الشريعة الإسلامية القاضي بعدم جواز التعامل في المعدوم، أما إجازة المعاوضة في الشيء المستقبل فقد قصد به إزالة العوائق عن التعامل العادي)[١].

وقد يجد منع بعض الصور المتقدمة تبريره في انطوائها على إسقاط حق قبل ثبوته المتفق في الفقه الإسلامي على عدم لزومه في الجملة.

والردّ على ذلك من جملة وجوه:

أ. أن الخطر موجود في بيع المال المستقبل وجوده في هبة المال المستقبل، بل إن ضرره في البيع أوضح وآكد منه في الهبة، ولا مسوغ للتفريق بينهما، والقول بأن المال المستقبل يجوز أن يكون محلاً للهبة دون البيع لتوسيع التعامل العادي بين الناس مردود بأن الهبة أيضاً من قبيل التعامل العادي بين الناس[٢]. وقد تناقض القانون المدني المقارن فأجاز بيع المال المستقبل ولو لم ينتف الغرر، ومنع هبته ولو انتفى الغرر.

ب. أن اندفاع الواهب إلى الهبة لا يتمحض في حدّ ذاته شراً أو خيراً بل هو يتبع الغرض الذي يرمي إليه؛ فإذا كان هذا الغرض خيراً فيجب أن تزاح العراقيل من وجهه، ومن أسباب ذلك إجازة هبة المال المستقبل، وإن المعوّل عليه لهو إرادة الواهب، فإذا كانت سليمة من عيوب الغلط والإكراه والتدليس والاستغلال وكان الباعث عليها مشروعاً ولا يخالف النظام العام والآداب، فلا وجه لمنع تصرفه هذا [٣].

ج. أن القول بكون المبدأ العام في الشريعة الإسلامية هو عدم جواز التعامل في المعدوم قول لا يتفق مع الفهم الصحيح لرأي الشريعة الإسلامية في هذه المسألة، والذي يتحصل في أن النهي هو لموضع الغرر لا لمجرد العدم كما أوضحنا.

د. هذا بوجه عام، أما في خصوص قانون المعاملات المدنية الإماراتي فينتقد الاتجاه المشار إليه بما يلي:

---

[٢] السنهوري الوسيط ج٥ فقرة ٧٨، وحيد سوار، الاتجاهات العامة لقانون المعاملات المدنية الإماراتي ص ٧٠، الصديق الضرير ، الغرر ص ٥٣٣.

[١] المذكرة الإيضاحية للقانون المصري، مجموعة الأعمال التحضيرية ٢٤١/٤، ٢٦٠.

[٢] الصديق الضرير، المرجع السابق ٥٣٣.

[٣] وحيد سوار، المرجع السابق ص ٧٠.

١ - أن المذهبين المالكي والحنبلي مقدمان في هذا القانون على مذهبي الشافعي وأبي حنيفة بحسب المادة الأولى من القانون[٤]، والمذهب المالكي صريح في جواز هبة المعدوم بلا خلاف[٥]، كما أن بعض كبار الحنابلة كابن تيمية وابن القيم وافقا المالكية في هذا، بل إن القانون قد قرر ما في المادة٢٠٢(١/٢٠٢) أخذاً عنهما كما أشرنا إليه.

٢ - لم يفرض المشرع الإماراتي الرسمية على عقد الهبة كما صنع المشرع الفرنسي ملتزماً في ذلك خطة الفقه الإسلامي، ومبتعداً عن الشكلية المرفوضة في روح القانون الحديث، ومع ذلك فقد منع هبة المال المستقبل كما تقدم بيانه " فلو التزم جانب اليسر في الحالين بإجازة هبة المال المستقبل لكانت أحكامه أدنى إلى التناسق"[١].

٣ - أما ما عسى أن يقال بالنسبة إلى عدم لزوم إسقاط الحق قبل وجوده فهذا لا ينطبق إلا على الإبراء لما فيه من إسقاط للحق، ولكنه لا ينطبق على إثبات الحق كالكفالة، ولا على الأعيان كما في سائر الأمثلة التي تقدمت.

ولعل المشرع ابتغى التخفيف من فداحة الآثار التي قررتها القاعدة العامة في شأن التبرعات فأجرى عليها الاستثناء تلو الاستثناء، ولكنه لو اتبع ما يقرره المذهب المالكي من تصديق المتبرع في مقدار ما تبرع به عند النزاع وإفساح المجال له في الاعتذار بالجهل وعدم تحليفه يمين الإنكار، فضلاً عما قرره من بطلان التبرعات بالموت أو بالفلس قبل الحيازة وهو ما أخذه عنه على الخصوص بالنسبة للهبة (م ٦٣٣) لكان عسى أن تتحقق له الغاية التي يرومها دون أن يتوسع في الاستثناء على القاعدة التي قرّرها.

---

[٤] نص المادة الأولى الذي سبق أن ذكرناه هو : (إذا لم يجد القاضي نصاً في هذا القانون حكم بمقتضى الشريعة الإسلامية على أن يراعي تخير أنسب الحلول من مذهبي الإمام مالك والإمام أحمد بن حنبل فإذا لم يجد فمن مذهبي الإمام الشافعي والإمام أبي حنيفة حسبما تقتضيه المصلحة) .

[٥] بداية المجتهد لابن رشد ٣٣٢/٢.

[١] وحيد سوار ، المرجع السابق ص ٧١.

الفصل الثاني
شرط التعيين

١٩١ – تمهيد

يطلق التعين ويراد به تحديد محل العقد بما يميزه عن غيره أو بما يفرده عن أنظاره[١]؛ فقد قيل في تعريفه : " التعيين ما به امتياز الشيء عن غيره بحيث لا يشاركه فيه غيره" [٢].

ومن هذا التعريف تُستنبط فائدة الشرط الذي نحن بصدده والحكمة التي بعثت على وضعه، ففائدته: أن يكون العاقدان على بيّنة بما سوف يتلقّاه أحدهما من الآخر وما على كل واحد منهما أن يؤديه إلى صاحبه، وغايته هي الحيلولة دون إثارة النزاع المانع من التسليم والتسلّم، فإذا حدد المحل تحديداً كافياً ظاهراً في نفسه على نحو ينتفي معه الغلط فيه [٣]، أمكن لأحدهما مطالبة الممتنع بتنفيذه، ولم تكن ثمة من حجة يحتج بها لرفض هذا التنفيذ.

وبعبارة أخرى يمكن القول بأن فائدة التعيين هي تحقيق الرضا[٤]، وأن غايته منع النزاع بحسب الأصل والعادة.

وهذا القدر متفق عليه في الجملة بين الفقه الإسلامي والفقه الوضعي، ومع ذلك يوجد خلاف في كثير من الجزيئات بين الفقهين، ويمتاز الفقه الإسلامي فوق ذلك بكثرة التفاصيل ودقة التأصيل في مسائل هذا الفصل كما في مسائل غيره، وقد أشرنا في مقدمة هذا الباب إلى شيء من ذلك إجمالاً، وسيأتي مفصلاً في مباحث هذا الفصل ما عسى أن يؤكّده.

وعلى عادتنا في هذه الدراسة نفرد مبحثاً للتعيين في الفقه الوضعي، نعقبه بمبحث آخر للفقه الإسلامي، وإن كان طويلاً قياساً إلى سابقه لكثرة مسائله كما ألمعنا، يليه مبحث لقانون المعاملات المدنية الإماراتي الذي هو مورد المقارنة بين الفقهين فيما اتفقا عليه وفيما اختلفا فيه.

---

[١] الموسوعة الفقهية الكويتية ج ١٣ ص ٤٠ ، مادة تعيين .

[٢] التعريفات ص ١٢٥ .

[٣] تراجع المادة ١٩٤ من قانوننا حيث تعتبر الغلط الواقع في المحل مبطلاً للعقد.

[٤] جاء في البدائع ٦ / ٥٩٣ أن الرضا يتعلق بالعلم ، وفي فتح العزيز للرافعي ٨ / ١٥٣ أن " الرضا قبل حقيقة المعرفة لا يتصور " ، وفي المحلى ٩ / ٣٧٢ : " وبالضرورة يدري كل أحد أنه لا يمكن الرضا على مجهول ، وإنما يقع التراضي على ما عُلم وعُرف ، وما لا سبيل إلى التراضي به فلا يحل بيعه ، وهو أكل مال بالباطل " . قارن بالنسبة للفقه الوضعي في هذا الصدد محسن عبد العظيم البيه ، مصادر الالتزام ص ٢٩٠ آخر الفقرة ٢١٧ .

المبحث الأول التعيين في الفقه الوضعي

١٩٢ – مدى الحاجة إلى اشتراطه قانوناً

مع حرص القوانين الوضعية على تخصيص شرط التعيين أو القابلية للتعيين بالذكر، فإن بعض الفقه يتجه إلى أن هذا الشرط إن هو إلا تابع لشرط الوجود أو هو مظهر من مظاهره ليس غير، وهو يأخذ في ذلك بأن محلاً لا يمكن تعينيه هو محل لا وجود له.

وجانب آخر من هذا الفقه يغلو إلى حد إهدار هذا الشرط أصلاً، بحجة أن التعيين أمر ملازم لوجود الإرادة ، وأن الإرادة إن لم تكن مبنية على تصور محدد لغايتها ليست بإرادة باتة [(١)].

فهل يعني هذا أن شرط التعيين فضلة يمكن الاستغناء عنها بشرط الوجود ؟

لو صح ذلك إذن لأغفلت مدونات القوانين المختلفة هذا الشرط اكتفاءً بشرط الوجود، وهي لم تنحُ هذا المنحى بل نصت على شرط التعيين كذلك، ونحسب أن السبب فيه عائد إلى أهمية شرط التعيين في نفسه، فبهذا الشرط يستخرج المحل المقصود من العقد من جملة ما يشتبه به؛ بيان ذلك أن الذهن يتصور وجود ثلاثة أشياء يجري العقد على أحدها غير معيّن، فيبطل العقد على الرغم من انحصار المحل في أحد هذه الثلاثة، أي أن المحل موجود بالقطع ولكن لم يتم تحديده.

وليس ثم تلازم بين وجود الشيء وتحديده؛ إذ قد يكون الشيء معدوماً وقت التعاقد، ومع هذا لابد من تعيينه تعييناً دقيقاً كما في بيع الأشياء المستقبلة في فقه القانون.

وإذا كان التعيين متصلاً بالوجود من حيث استلزامه وجود عين قائمة يتعلق بها العقد وجدت أو هي في طريقها إلى الوجود في المستقبل، فإن التعيين مع ذلك هو وصف لهذه العين بما يميزها عن نظائرها وبما يقطع الاشتراك بينها وبين غيرها.

فمن ثم كان لكل من شرطي الوجود والتعيين مجال يعمل فيه بمعزل عن الآخر، فشرط الوجود عامل في قطع كل احتمال في انعدام المحل في الوقت الذي أضيفت إليه آثار العقد، وشرط التعيين عامل في قطع الغرر الناشيء عن الاشتباه في المحل من جهة تمييزه عن غيره، وبما أن لكل واحد من هذين الشرطين مجالاً يعمل فيه على استقلال عن الآخر، فما بدّ من القول بعدم إمكان الاستغناء بأحدهما عن الآخر، فلا الوجود إذن بمغنٍ عن التعيين ولا التعيين بمغنٍ عن الوجود شيئاً.

[(١)] راجع عبد الحي حجازي، مصادر الالتزام فقرة ١١٩ ص ٢٠٨و٢٠٩، وجميل الشرقاوي البطلان فقرة ١٠٨ ص ٢٨١ وسبق أن أشرنا إلى ذلك، راجع الفقرة ١٢من هذه الدراسة .

ومن أجل ذلك رأينا كيف أن الفقه الوضعي لا ينكر كون تعيين المحل من المسائل الجوهرية في العقد، إلى حدّ القول بأن إغفاله يترتب عليه زوال الحد الأدنى من الإرادة اللازم لتكوين الأساس التعاقدي ومنع ابتداء نشوء علاقة ملزمة مفتقرة إلى أساس معيّن[١].

والفقه المذكور يفصّل في التعيين، فيستلزم في محل الالتزام أن يكون معيناً تعييناً يميزه عن غيره وقت التعاقد، فإن لم يكن ذلك فلا أقل من أن يتضمن العقد وسيلة متفقاً عليها بين الجانبين من شأنها أن تجعل محل الالتزام معيناً على نحو من شأنه أن يمنع الخلاف مستقبلاً، ويكون التعيين عند ذلك مستداً إلى وقت التعاقد، وهذا ما يسميه الفقه بالقابلية للتعيين.

وفيما يلي المسائل التي تندرج تحت كل منهما نتكلم عنها في فرعين اثنين.

الفرع الأول

نطاق شرط التعيين في فقه القانون الوضعي

١٩٣ – استلزامه في كل العقود ومن كلا العاقدين

أكثر الفقه الوضعي على لزوم شرط التعيين في كل العقود، وبلا تمييز بين عقود معاوضات وغيرها[٢].

ولعلّ الفقه الوضعي بالنسبة إلى هذا الإطلاق أشد من الفقه الإسلامي؛ فسنرى اتجاهاً معتبراً في الفقه الإسلامي . أخذ به القانون الإماراتي . يذهب إلى التفرقة ما بين المعاوضات التي يستلزم فيها التعيين، وما بين التبرعات ونحوها مما لا عوض فيها فلا يستلزم فيها ذلك، أسوةً بما علمنا بالنسبة إلى وجود المعقود عليه، أما الفقه الوضعي فالأصل عنده عدم الفرق، بل إنه ليشدّد في التبرعات أكثر من غيرها على نحو ما رأينا بالنسبة لهبة المال المستقبل وما يشترطه على وجه العموم بالنسبة لشكل الهبة، ومن ثم فلا فرق عنده بالنسبة لاستلزام التعيين بين عقود المعاوضات وعقود التبرعات، إن هو لم يتشدّد في هذه أكثر من تشدّده في غيرها.

ومع هذا فلا بد من استدراك ما نقرره هنا بالقول إن الفقه الوضعي يتطلّب في وسائل التعيين والوقت الذي يتم فيه أقل مما يتطلب الفقه الإسلامي في عمومه، كما في قبوله لمبدأ القابلية للتعيين وأخذه ببيع الجزاف مطلقاً على ما نعرض له.

---

[١] عبد الحي حجازي ، الالتزامات ، ص ٢١٠ و٢١١ فقرة ١٢١ وص ٢١٣فقرة ١٢٣.

[٢] م ١٣٣ مصري، ١٣٤ سوري، ١٣٣ ليبي، ١٩٨–١٩٠ لبناني، ١٦١ أردني، ١٢٨ عراقي، ١٢٧ تجاري كويتي، ١٨٩ يمني ، ١١٩ سوداني، الفصل ٥٨ مغربي .

وكما يستلزم الفقه الوضعي التعيين في كل العقود، كذلك يستلزمه في حق كل أطراف العقد، فلو كان هناك بائع ومشترٍ توجّب أن يعرف كل واحد منهما المبيع الذي ينبغي على الأول أن يسلمه إلى الآخر والثمن الذي على الآخر أن يؤديه إلى الأول، ودون تفرقة بينهما، إلا أن الحد المطلوب هو كيفية تمنع الاشتباه ويؤمن معها اللبس بحسب العادة كما سيأتي، مع التسامح في قدر المعقود عليه إن كان من المقدرات بل وفي صفاته التي تتفاوت معها قيمته كما نتعرض له مفصلاً.

الفرع الثاني : كيفية التعيين في الفقه الوضعي

وفيما هنا نتحدث عن أهم مسألة من مسائل التعيين في الفقه الوضعي، ألا وهي كيفيته، وإذ نلحظ أن هذا الفقه يميز مابين المعين بالذات والمعين بالنوع فإننا نجعل لكل منهما مطلباً يخصه على نحو ما يلي.

المطلب الأول

تعيين المعين بالذات

إذا كان المعقود عليه معيّناً فإما أن يكون حاضراً في مجلس العقد وإما أن يكون غائباً.

١٩٤ – أولاً : العقد على الشيء الحاضر

إذا كان المعقود عليه حاضراً في مجلس العقد فإما أن يكون مرئيّاً وإما ألا يكون كذلك، فإذا كان مرئيّاً فإن الفقه الوضعي يتطلّب فقط أن يكون متميّزاً تمييزاً من شأنه أن يمنع اشتباهه بغيره، ويكون الأمر كذلك بأي وسيلة، بأن يكون معلوماً للعاقدين قبل ذلك أو بالإشارة إليه أو بوصفه وصفاً يميزه، وليس ثم خلاف في سلامة تعيين الشيء الحاضر بأي من هذه الطرق؛ إذ ليس ثمة رأي ولا نص يلزم باتباع طرق معينة أو يرتّب فيما بينها كما هو الشأن في الفقه الإسلامي.

ومعرفة القدر لازمة في الظاهر من الفقه الوضعي، ومع ذلك نرى هذا الفقه يجيز بيع الجزاف مثلاً، وتعريفه لديه هو أنه البيع الذي لا يحتاج فيه المبيع إلى تقدير ما عداً أو وزناً أو كيلاً أو مقاساً، ويمثل له بما لو باع شخص جميع السكر الذي بمخزنه وعيّن المخزن تعييناً كافياً أو بما لو باع جزءاً شائعاً منه.

ويقرّر الفقه هنا أن العبرة لوصف البيع بأنه بيع جزاف هي أن يكون المبيع هو الجزاف، يستوي في هذا أن يقدر الثمن جزافاً كمائة درهم لكل مافي المخزن، أو أن يحتاج إلى تقديره تقديراً ما، كالبيع بسعر الإردبّ، وقد نصت على ذلك بعض القوانين، منها على سبيل المثال ما تقضي به المادة ٤٢٩ من القانون المصري من أنه :" إذا كان البيع جزافاً انتقلت الملكية إلى المشتري على النحو الذي تنتقل به

في الشيء المعين بالذات، ويكون البيع جزافاً ولو كان تحديد الثمن موقوفاً على تقدير المبيع "، ولهذه المادة نظائر في القانون المقارن[١].

وإذا كان المعقود عليه غير مرئيّ فإن الفقه الوضعي يستلزم أن يعين تعييناً يمنع اختلاطه بغيره على ما سبق فيه القول، ولهذا لا نرى الفقه يمانع فيما لو كان المعقود عليه مستتراً في غلافه أو فيما يحفظه من مكان أو صندوق مثلاً مادامت ذاتيته معروفة للعاقدين، فالمعتبر لديه أن يعرف ما هو، وهذا هو حدّ التعيين عنده؛ إذ هو كما قيل جواب سؤال بم التزم المدين، وقد سبق أن علمنا أن الاتجاه السائد في هذا الفقه هو أن شروط المحل هي في التزامات العقد، ومن البديه على هذا الاتجاه أن يكون الشيء الذي يتعلق به الالتزام وهو ما نسميه محل العقد معيّناً تعييناً يكفي لتحديد نوع أو محل الالتزام العقدي، لهذا يستوي أن يرى أو لايرى مادامت ذاتيته معروفة ومميزة بحيث يتحدد الالتزام بنقل ملكيته أو بتسليمه مثلاً.

وهذا ما يمكن قوله بالنسبة للعقد الذي يكون أيّ من طرفيه أعمى، وقد كان تضمن القانون المصري القديم (م ٣١٩/٢٥٣) حكم العقد الذي يجريه أعمى بقوله :" البيع للأعمى يكون صحيحاً إذا أمكنه معرفة حقيقة المبيع بطريقة غير المعاينة، أو حصلت معاينته ممن عينه معتمداً عليه في ذلك"، إلا أن هذه المادة حذفت من التقنين الحالي قولاً بعدم فائدتها؛ لأن في القواعد العامة غنى عن ذكر حكمها هذا [٢].

ويلاحظ من نص المادة المتقدمة أنها اكتفت بمعرفة حقيقة المبيع ترتيباً للقول بصحة العقد، وهو معنى ما استخلصناه آنفاً من أن المعتبر لدى الفقه الوضعي هو التعيين المحدّد لذاتية الشيء الذي وقع عليه التعاقد، وأنه لا تدخل في هذا الأوصاف الأخرى التي من شأنها أن تذكر فوائد الشيء مثلاً أو أن تعرّف بعيوبه، أو غير ذلك مما تختلف به الأغراض على نحو ما سنلمّ به عن بعض الفقه الإسلامي، فتعيين المعين بالذات هنا هو أقل شروطاً وأكثر سهولة مما سنراه لدى هذا الجانب من الفقه الإسلامي.

١٩٥ – ثانياً : العقد على الغائب

---

[١] تراجع ، مجموعة الأعمال التحضيرية ٤٤/٢، ٤٥ . علماً بأن هذه المادة تطابق المواد ٤٨٦ أردني و ٣٩٧ سوري و٥٣١ عراقي، ويلاحظ أن (ق م م أ) اشتق عبارتي المادة المتقدمة ونظيراتها فأورد الفقرة الأولى في المادة ٥١٢، والثانية في الفقرة الأولى من المادة ٥٨٢ حيث جاء فيها بعد تعريف بيع الجزاف ويكون البيع جزافاً ولو كان تحديد الثمن موقوفاً على تقدير المبيع.

[٢] جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي تعليقاً على المادة ٥٥٩ من المشروع التي أقرت فعلاً تحت رقم ٤١٩ أن هذا النص أي نص المادة ٤١٩ من القانون المدني المصري يلخص خمسة نصوص في التقنين السابق هي المواد ٢٤٩-٣١٩ وأن المشروع قد أغفل نص المادة ٢٥٣/ ٣١٩الخاصة ببيع الأعمى لعدم فائدته لأن في القواعد العامة غنى عن ذكر هذا الحكم، مجموعة الأعمال التحضيرية ١٩/٤، الوسيط ج ٤ هامش ص ١١٤، ١١٥ .

وإذا كان المعقود عليه المعين بالذات غائباً عن مجلس العقد، فإن الفقه الوضعي وعلى ما رأينا في الحاضر غير المرئيّ يجيز التعاقد عليه ويكون العقد به لازماً، وقصارى ما يشترطه أن يوصف الشيء وصفاً مانعاً للجهالة التي لا تميّزه عن غيره، " فإذا باع شخص أرضاً وجب تحديد موقعها وحدودها ومساحتها، وإذا باع داراً وجب تحديد المكان الذي توجد فيه الدار ومساحة الأرض المقام عليها البناء وحدودها وما يشتمل عليه البناء من طوابق ومرافق . وإذا باع فرساً يملكه وجب تعيين نوعه وسنه ولونه وغير ذلك من الأوصاف التي تميزه عن الأفراس الأخرى[1]".

المطلب الثاني

تعيين المعين بالنوع

١٩٦ – تعريفه

يستفاد من نص المادة ١٣٣ من القانون المدني المصري تعريف المحل المعين بالنوع، وذلك حيث تنص على أنه: " إذا لم يكن محل الالتزام معيناً بذاته وجب أن يكون معيناً بنوعه ومقداره وإلا كان العقد باطلاً، ويكفي أن يكون المحل معيناً بنوعه فقط إذا تضمن العقد ما يستطاع به تعيين مقداره، وإذا لم يتفق المتعاقدان على درجة الشيء من حيث جودته ولم يمكن استخلاص ذلك من العرف أومن أي ظرف آخر التزم المدين بأن يسلم شيئاً من صنف متوسط ".

ومن هذه المادة يفهم أن المعين بالنوع هو ذلك الذي يمكن تعيينه بالوصف، أي بذكر من أي نوع هو ولا يكون حاضراً عند التعاقد، أي لا يكون محدداً ومعيناً بذاته في هذا الوقت بحيث لا ينصرف العقد لغيره، وهو ما يرادف في فقهنا الإسلامي ما يسمى بالمال المثلي أو المال الموصوف في الذمة والذي يصح أن تتحمل به لوجود ما يماثله في الأسواق.

والفقه الوضعي يمثّل للمعين بالنوع بما لو كان المبيع قطناً مثلاً، وهذا الشيء المعين بالنوع لا تنتقل ملكيته فور العقد؛ لأن فائدة العقد هي إنشاء التزام بنقله في ذمة المتصرف، ومن الوقت الذي يصبح فيه محدداً بذاته – وهو وقت الإفراز – تنتقل الملكية والحق العيني عليه، " فمن يشتري كذا طناً من القمح مثلاً لا يصبح مالكاً لها بمجرد العقد وإنما تنتقل الملكية إليه من اليوم الذي يفرز له البائع الكمية المبيعة عن طريق وزنها ووضعها في أوعية تحت تصرف المشتري "، والحكم المشار إليه واضح من نص المادة ٢٠٥ من القانون المدني المصري التي تقضي بأنه: " إذا ورد الالتزام بنقل حق عيني على شيء لم يعين إلا بنوعه فلا ينتقل الحق إلا بإفراز هذا الشيء ".

١٩٧ – كيفية تعيينه

---

[1] السنهوري مصادر الحق ١/٤٤.

والشرط الأساسي لتعيين هذا الشيء المصطلح على تسميته بالمعين بالنوع أن يحدّد جنسه، أي بأن يحدّد أنه قطن مثلاً، وثم شروط أخر هي : أن يحدّد كذلك نوعه بأن يقال مثلاً إنه من النوع المصري الطويل التيلة، وأن يحدّد قدره بأن يقال هو عشرون قنطاراً مثلاً، وأن تحدّد درجة جودته بأن يقال مثلاً هو من النوع الجيد أو الوسط، وهكذا [١].

ومع ذلك لا يستلزم الفقه الوضعي هنا أن يكون المحل معلوم القدر عند التعاقد؛ إذ يصح أن يتضمّن العقد ما يستطاع به تعيين المقدار على ما سنرى في القابلية للتعيين، كما أنه لا لزوم لمعرفة درجة الجودة؛ لأن النصوص القانونية تقضي بأنه إذا لم يتفق المتعاقدان على درجة الشيء من حيث جودته ولم يمكن استخلاص ذلك من العرف أو من أي ظرف آخر التزم المدين بأن يسلم شيئاً صنف متوسط [٢].

وليس في المعين بالنوع خيار ما في فقه القانون المقارن، بل إن الأصل لزوم العقد ولو كان محله معيناً بالذات مهما كان غائباً عن مجلس العقد، فالظاهرة البارزة في الفقه الغربي لزوم العقد بمقتضى سلطان الإرادة وقلة الخيارات التي تشوبه.

١٩٨ – أثر انخفاض قيمة النقود الورقية قانوناً

والنقود الورقية هي في الفقه الوضعي السائد من قبيل الالتزامات المعينة بالنوع، أو بتعبير أدق هي أحد محالّ الالتزام المعينة بالنوع، وبالتالي يلزم في تعيينها ما يلزم في تعيين غيرها من كل ما يمكن تعيينه بنوعه، إلا أنها تمتاز عنها زيادةً على ذلك بكونها عرضة للانخفاض أو للزيادة في قوتها الشرائية، خصوصاً في الالتزامات البعيدة الأجل، وبالنظر لحفاظ التشريعات على عملاتها الوطنية فقد نصت على أن الواجب هو قدر العدد المشترط في العقد، دون أي يكون لانخفاضها وقت الوفاء أي أثر.

ونتيجةً لهذا الحظر يدرج بعض المتعاقدين على تنصيص شرط بمقتضاه يتعهد المدين بأن يفي بقدر النقود المتفق عليها محسوبةً بسعر الذهب أو بما كان يعادل العملة المتفق على الوفاء بها من عملة أخرى، مثال ذلك أن يشترط البائع على المشتري أن ثمن هذه السلعة هو ألف درهم حال كونه يعادل قيمة عشرين غراماً ذهباً أو ثلاثمائة وأربعة وخمسين دولاراً أمريكياً، ويكون التأجيل إلى أول سنة ٢٠١٠، فإذا حل الأجل وكان الألف درهم في هذا الوقت يساوي عشرة غرامات ذهباً أو مائتي دولار أمريكي فقط توجّب على المشتري أن يزيد من عدد الدراهم إلى القدر المساوي لما تم اشتراطه، ويسمى هذا بشرط الوفاء بما يعادل الذهب، ومن الممكن أن يتخذ الشرط وضعية أخرى بأن ينص مثلاً على أن

---

[١] راجع السنهوري، الوسيط فقرة ٢٢٣، الصدة، مصادر الالتزام ونظرية العقد فقرة ١٩٢، فقرة ١٣١ ، سلطان فقرة ١٤٧، إسماعيل غانم فقرة ١١٩، عبدالناصر توفيق العطار ، مصادر الالتزام فقرة ٣٤، عبد الفتاح عبد الباقي ، نظرية العقد والإرادة المنفردة فقرة ٢٠١.

[٢] المواد ١٣٣ مصري،١٣٤، سوري ، ١٣٣ ليبي ، ١٢٨، عراقي ، ١٨٩–١٩٠ لبناني ، ١٦١ أردني ، ١٨٨و١٨٩ يمني ، ٦٢–٦٦ تونسي ، ٥٨ مغربي، ١١٩سوداني ، ١٢٧تجاري كويتي ، ١/١١٢٩ فرنسي.

المشتري يدفع من الذهب أو من عملة أخرى ما يعادل الألف درهم، فإذا حل الأجل استوفى البائع حقه ذهباً أو عملةً أخرى وفقاً لما يعادلهما من الثمن الذي تم الاتفاق عليه وهو الألف درهم، ويسمى هذا الاشتراط هنا شرط الذهب.

وقد ذهب أكثر الفقه الوضعي إلى تحريم هذا الشرط بنوعيه السابقين اعتباراً بأنه كالالتفاف على النص الذي قدمناه وبأن علة الحظر موفورة فيه.

وقد يتجه المشرع إلى حسم الخلاف فيصدر تشريعاً ببطلان الشرط صراحةً، كما نرى في إيطاليا بقانونها الصادر في أول مايو سنة ١٨٦٦ والذي ألزم بقبول التعامل بأوراق البنكنوت ذات السعر الإلزامي بقيمتها الاسمية كما لو كان لها نفس القيمة الفعلية للمسكوكات ولو نص العقد على خلاف ذلك[١].

ومن ذلك في مصر ما تضمنه المرسوم الصادر في الثاني من أغسطس عام ١٩١٤ من أنه " يكون للعملة الورقية التي يصدرها البنك الأهلي قيمة الذهب وأن البنك لا يُجبر على إبدال الورق بالذهب وأن ما يُدفع من تلك الأوراق لأي سبب وبأي مقدار يكون دفعاً صحيحاً وموجباً لبراءة الذمة كما لو كان الدفع حاصلاً بالعملة الذهبية بصرف النظر عما يخالف ذلك من الشروط أو الاتفاقات الحاصلة أو التي تحصل بين أصحاب الشأن"[٢]، وهو نص صريح في إفادة البطلان[٣]،غير أن بعض الأحكام في مصر مع هذا النص أجازت الشرط مطلقاً من أي قيد أو شرط[٤].

والأغلب على إجازته بالنسبة للمعاملات ذات الصبغة الدولية أسوة بالحال في فرنسا[٥]، وإن كان الفقه في فرنسا جارياً على أن الدفع يتحتم أن يتم بالعملة الوطنية، على معنى أن يتم تقدير العلة الأجنبية بسعر مثلها من العملة الوطنية في يوم الوفاء [٦].

---

[١] الوسيط هامش ص ٤٣٠، ج١ .

[٢] المرجع السابق ص ٤٢٧ فقرة ٢٢٦.

[٣] المرجع السابق نفس الموضع السابق وص ٤٢٩ نقلاً عن المذكرة الإيضاحية لقانون سنة ١٩٣٥.

[٤] المرجع السابق ص ٤٢٨ ، ونظرية العقد لذات المؤلف هامش ص ٥١٥ . وخلاصة ذلك أن المحاكم المختلطة في ظل الأوضاع السابقة على توحيد القضاء في مصر كانت تجيز شرط الذهب بالنسبة للأجانب أن النص الحاظر لم يصدر من الدولة بما لها من حق السيادة إلا ما تعلق بالسعر القانوني والسعر الإلزامي لأوراق البنك الأهلي وأن بطلان شرط الذهب يناقض المادة ١٤٩ تجاري مختلط الذي يقضي بأن وفاء الكمبيالة يكون بالعملة التي تذكر فيها فيجب إذن الحصول على موافقة الجمعية التشريعية لمحكمة الاستئناف المختلطة حسب المادة ١٢ من القانون المدني المختلط، وهو ما لم يحصل الخ . كما تذهب بعض الأحكام المختلطة إلى تجويز شرط الوفاء بالعملة الورقية بقيمة معادلة لقيمة الذهب دون شرط الوفاء بالعملة الذهبية .

[٥] محكمة الاستئناف المختلطة في ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٣١م ٤٤ص٣٥ وفي ١٣ يونيو١٩٣٤م ص ٣٣١ ، مشار إليهما من الوسيط هامش ص ٤٢٨، ج١.

[٦] بينابنت، الالتزامات، ص ١١٤ فقرة ١٥٠ .

وبإزاء هذا اضطر المشرع المصري إلى إصدار المرسوم بقانون رقم ١٩٣٥/٤٥ صريحاً في إبطال الدفع ذهباً في العقود التي يكون الالتزام بالوفاء فيها ذا صبغة دولية[١]، وقد مشى القضاء في مصر بعد ذلك على بطلان الشرط [٢]، وأما بطلان العقد كله أو عدمه فيختلف بحسب ما إذا كان الشرط باعثاً أو غير باعث على التعاقد طبقاً للقاعدة العامة[٣].

وقد كاد المشرع يضمن هذا الاتجاه نص المادة ١٨٧ من مشروع التقنين المصري الحالي، ونصها " إذا تقرر سعر إلزامي للنقد الورقي فلا يجوز الاتفاق على الوفاء بالنقود المعدنية أو بالنقود المصرية محسوبةً بسعر الذهب، ولكن يجوز الاتفاق على أن يكون الوفاء بنقود أجنبي محسوبة بسعر قطعها " ثم عدل عن ذلك بناءً على أن هذه المسألة مسألة اقتصادية متغيرة، وأنه من المستحسن أن تترك إلى القوانين الخاصّة[٤].

على أن ثم اتجاهاً آخر على صحة الشرط المذكور، قال به الفقه أو القضاء عند عدم النص الصريح القاضي بالبطلان، أو مع وجود نص صريح في إفادة الجواز، فمثلاً يذهب مجلس اللوردات البريطاني إلى تجويز هذا الشرط[٥]، وكان السائد في القانون اللبناني وبحسب المادة ٣٠١ التي أشرنا إليها بطلان شرط الذهب في غير الأحوال العادية، أي أنه يكون صحيحاً في الأحوال العادية، ثم صدر قرار رقم ١٨ في ١٩٤٠/١/٢٦ بمنع الشرط المتقدم [٦].

وثّم اتجاه وسط بين الرأيين السابقين مفاده إجازة الشرط في المعاملات ذات الصبغة الدولية فقط، ومنعه في المعاملات المحلية. وهو ما نراه جلياً في فرنسا فقهاً وقضاءً، وعلة هذا التفريق هي أن التعادل بين قيمة العملة الورقية وقيمة الذهب اعتباري من وضع القانون، ولا يستقيم هذا الاعتبار إلا في المعاملات الداخلية فقط حيث ينبسط سلطان المشرع ويصبح الأخذ باعتباره واجباً، أما في المعاملات

---

[١] نص القانون : تبطل شروط الدفع ذهباً في العقود التي يكون الالتزام بالوفاء فيها ذا صبغة دولية والتي تكون قد قومت بالجنيهات المصرية أو الاسترلينية أو بنقد أجنبي آخر كان متداولاً قانوناً في مصر، ولا يترتب عليها أي أثر، ولا يجري هذا الحكم على الالتزام بالوفاء بمقتضى المعاهدات أو الاتفاقات الخاصة بالبريد أو التلغراف أو التلفون .

[٢] الوسيط ١/ ٤٣١، نقض مدني في ١٩٦٠/٢/١١ مجموعة أحكام النقض السنة ١١ رقم ٢٠ص ١٢٦، وقد قضى بأن اشتراط الوفاء بما يعادل قيمة الذهب ليس إلا تحايلاً على القانون الذي فرض للعملة الورقية سعراً إلزامياً ولا جدوى من إبطال شرط الدفع بالذهب إذا لم يتناول البطلان هذه الصورة . عن الوسيط ١/ ٤٣٢.

[٣] مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ / ٢٢٠ .

[٤] مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ / ٢١٨ .

[٥] الوسيط ١ / ٤٣٠ في الهامش .

[٦] د/ خليل جريج النظرية العامة للموجبات ص ٢٦٣ حيث قال :" منع المشرع بالقرار ١٨ في ١٩٤٠/١/٢٦ التعهدات بالعملة الذهب بأي وزن من الذهب أو بمبلغ من العملة القانونية (ليرة مثلاً) بمثل ما يقابله من العملة الذهبية أو وزن الذهب".

الخارجية فالذهب وحده هو العملة الثابتة ولا ينفذ اعتبار المشرع في غير بلده، فكل اتفاق يشترط الوفاء بالذهب يكون مشروعاً [١].

وقد تطور الفقه الوضعي فأجاز إعادة التقدير بالنسبة لمسائل النفقة والراتب مدى الحياة وفق مؤشر استهلاك الثمن، كما أجاز التقدير وفق السلم المتحرك إذا كان ذا علاقة بموضوع الاتفاقية أو بنشاط أحد العاقدين مثل تقدير أجر الخباز وفق سعر القمح، وتقدير أجرة العامل الميكانيكي وفق قيمة مرآب، وتقدير دين المتعاقد وفق معاش التعاقد الخ، ويُفهم من ذلك أن اشتراط شرط الذهب غير جائز في غير هذه الحالات[٢].

ومن ناحية أخرى فإن جانباً من الفقه والقضاء المقارنين يتجه إلى أن شرط الذهب يمس العملة الوطنية في الدولة، ومن ثم يذهب إلى إبطاله في جميع الأحوال[٣].

وإذن فلا توجد قاعدة عامة يسوغ القول بأنها تحكم الفقه الوضعي في الصحة أو البطلان، وكل مافي الأمر أن المشرع في الدولة المعنية قد يتدخل لحماية عملته الوطنية فينص على بطلان شرط الذهب صراحةً، أو يسكت عن هذا فتختلف الآراء وتتعدد الاجتهادات بحسب ما إذا كان في الشرط مساس بالعملة الوطنية أو لا أي إخلال بالنظام العام أو لا إخلال، وبحسب ما إذا كانت القاعدة العامة القاضية باعتبار العدد دون القيمة شاملةً للشرط الذي نحن بصدده أو قاصرةً عنها، وقد يؤول الأمر إلى معرفة العلة التي بُني عليها هذا النص، ويختلف الفقه في مدى توفر شرط الذهب عليها أو عدمه.

---

[١] محكمة النقض الفرنسية في ١٩٢٤/١/٢٣ عن نظرية العقد للسنهوري هامش ص ٥١٤ وأحكام عديدة قد صدرت في هذا المعنى . ثم صدر قانون ٢٥ يونيو سنة ١٩٢٨ يلغي السعر الإلزامي للعملة الورقية ويبقي لهذه العملة السعر القانوني، ويرى الأستاذ السنهوري أنه على ذلك يصبح شرط الذهب في المستقبل صحيحاً على الرأي الراجح ولكنه عديم الفائدة بعد إلغاء السعر الإلزامي . المرجع السابق هامش ص ٥١٥ نقلاً عن بلانيول وريبير وجابولد في الالتزامات ٢، فقرة ١١٨٠ ،فقرة ١١٨٥ ، جوسران ٢ فقرة ٨٦ مكررة.

[٢] بينابنت ، ص ١١٤ و ١١٥ الفقرات ١٥١ و ١٥٢ و١٥٣ .

[٣] الصدّة، نظرية العقد ص ٣٣٤ فقرة ١٩٣ حيث يقرر أن شرط الذهب باطل لمخالفته للنظام العام سواء ورد في المعاملات الداخلية أو في المعاملات الخارجية؛ وذلك لأن السعر الإلزامي يعطي العملة الورقية قيمة قانونية معادلة لقيمة الذهب لاعتبار يتعلق بحماية نظام النقد واستقرار قيمة العملة وهو أمر يتصل بالنظام العام فلا يجوز للأفراد أن يخرجوا عليه . أ . هـ . وقد علل حكم محكمة الاستئناف المختلط الصادر بمصر في ٣١ مارس ١٩٣٨ (م ٥٠ص٢٠٣) بطلان شرط الذهب لما انطوى عليه من عدم الثقة بالعملة الوطنية . انظر تمام هذا الحكم في الوسيط ١/ ٦٠ و ٤٣١ . ونحو ما تقدم في الالتزامات لبينابنت ص ١١٥ فقرة ١٥١ .

الفرع الثالث

القابلية للتعيين في الفقه الوضعي

١٩٩ – تعريف

تعني القابلية للتعيين أن المعقود عليه غير معلوم وقت التعاقد، وأن العقد مع ذلك يتضمن من الوسائل ما يرشد إلى معرفته [١]، كأن يبيع شخص لآخر أحد ثلاثة أثواب يكون للمشتري أن يختار أحدها.

ومن أمثلة ذلك أن يتعهد شخص بأن يورّد أغذية معينة النوع لمستشفى معين أو مدرسة معينة، ويكون التعيين تبعاً لحاجة المستشفى أو حاجة المدرسة، وكأن يقوم متجر بتوريد سلعة دون أن يبين الثمن، أو يقوم عامل بعمل ما دون أن يعين أجره.

ومن ذلك تحديد الثمن بسعر السوق[٢]، أو بالثمن العادل reasonable price كما يستعمل في لغة القانون الانجليزي[٣].

والضابط الفاصل لدى بعض الفقه لتمييز العقد الصحيح من غير الصحيح في حال القابلية للتعيين أو عدمها هو أن العقد الصحيح هو الذي يستند تعيين المحل فيه إلى البيانات ذاتها للعقد بحيث لا يتوقف على اتفاق جديد أو على التقدير من قبل القاضي، كما لا يتوقف على إرادة أحد العاقدين بصورة مباشرة، وعلى هذا فإن بيع أثاث في مستودع غير موصوف المكان يعتبر باطلاً لعدم التمكن من تحديد هذا الأثاث، ولا يغني التعيين اللاحق في صحته لاستقلاله عن العقد وعن الطريقة التي يرشد بها للتعيين[٤].

---

[١] عبد الحي حجازي ، الالتزامات ص٢١٠فقرة ١٢١.

[٢] راجع في هذا الصدد السنهوري ، الوسيط ج١ص٤٢٣، نظرية العقد ص ٤٨٣، سليمان مرقس ، مصادر الالتزام ص ١١٥، عبد الحي حجازي، المصدر السابق ، ص٢١٠ ، إسماعيل غانم، مصادر الالتزام ص ٢٣٨، عبد المنعم فرج الصدّة صادر الالتزام ص ٢٦١، نظرية العقد ص ٣٣١، وحيد الدين سوار، النظرية العامة للالتزام ص ١٣٠، بهجت بدوي، أصول الالتزام ص ١٥٢، محمود جمال الدين زكي، نظرية الالتزام ص ٨٠ ، أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام ص ١٢٩، عبد الناصر توفيق العطار، مصادر الالتزام ص ٦٦و٦٧، عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة . المواد ١٣٣ مصري وليبي و١٣٤ سوري و١١٩ سوداني و١٩٠ لبناني و١٢٧ تجاري كويتي . ومفادها جميعها أنه يكفي أن يكون المحل معيناً بنوعه فقط إذا تضمن العقد ما يستطاع به تعيين مقداره.

[٣] باول ريتشارد، قانون العقد ، ص ٤٧ ، ٤٨ حيث صحح قضاء الاستئناف البريطاني في حكم صدر سنة ١٩٣٤ عقداً اتفق بموجبه بائع بنزين بالتجزئة أن يزود مديري الدرجة الاقتصادية (في قطار) بما يحتاجونه من البنزين بثمن يتفقون عليه كتابة من حين لآخر، وقد صححته المحكمة بناءً على فكرة الثمن العادل والقيمة العادلة للشيء المبيع كذلك.

[٤] آلان بينابنت، الالتزامات ص ١٠٧ فقرة ١٤٤، وهو يقترب من رأي حجازي الآنف الذكر . وفي كتاب قانون العقد لباول ريتشارد (في القانون الانجليزي) ص ٤٦ أن على القاضي أن يحافظ على العقد إن كان ثمة عقد ولكن ما عليه ألا يفعله هو أن يكتب عقداً للطرفين.

على أن الأمثلة التي تضرب على القابلية للتعيين هي في أكثرها واردة على قدر المعقود عليه لا على ذاته مثلاً كما يتبيّن من الأمثلة المتقدمة.

ويمكن القول بصفة عامة إن العقد يكون صحيحاً في ميزان الفقه الوضعي إذا جرى تحديده تحديداً واضحاً من شأنه تسهيل التنفيذ عليه، وإنه لهذا قلما تختلّ صحته من ناحية تعيين محله إلا في الأحوال التي ينبهم فيها جنس هذا المحل مثلاً؛ لأن المحل قد يعين بالنص عليه في الاتفاق، وقد يفوّض هذا التعيين إلى العرف، أو إلى تعامل سابق [١]أو اعتماداً على الظروف المحيطة [٢] أو إلى طريقة ما تجعله قابلاً للتعيين ككون بعض الأداءات قد نفذت [٣] أو ما إلى ذلك مما نعرض له.

٢٠٠ – كيفية التعيين

سبق أن ذكرنا آنفاً أن من لوازم القابلية للتعيين أن يتضمن العقد ما يرشد إلى كيفيته أو وسيلته، كما تبيّن مما نقلناه بشأن التحديد بقدر حاجة مدرسة مثلاً أو التحديد بسعر السوق، وهناك طرق أخرى، كأن يترك التحديد لأحد العاقدين أو لمن هو أجنبي عن العقد.

أ – التعيين بمعرفة أحد المتعاقدين : يجري الفقه الوضعي على جواز ترك تعيين محل الالتزام إلى أحد العاقدين سواءً أكان هذا المتعاقد هو المدين أم الدائن على شرط أن يحصل أي منهما على أساس عادل[٤]، وفي مقابل ذلك لا يجوز أن يترك التعيين لمحض الإرادة، سواءً أكانت هذه الإرادة هي إرادة الدائن أو إرادة المدين؛ لأنه إذا كان على أساس محض إرادة الملتزم فإن الالتزام عندئذٍ بصير معلقاً على شرط إرادي محض لا على شرط إرادي بسيط وذلك لا يجوز قانوناً [٥]، كما أنه إذا كان التعيين على أساس إرادة الدائن المحض فإن المدين يكون في هذه الحالة تحت رحمته[٦]، ومما تقدم يفهم أنه لكي يصح العهد بالتعيين إلى أي من العاقدين يلزم أن يعتبر ذلك بمعيار موضوعي تمكن مراقبته ويمكن تقديره، وذلك هو السعر العادل.

وتعرف القوانين الوضعية ما يسمى بالالتزام البدلي والالتزام التخييري، والأول محل التصرف فيه شيء واحد ولكن تبرأ ذمة المدين إذا أدّى بدلاً منه شيئاً آخر، والأصل لا البدل هو محل الالتزام الذي يحدد طبيعته، وأما الالتزام التخييري فهو أن يكون محل التصرف عدة أشياء على أن ذمة المدين تبرأ إذا

---

[١] فتحي عبد الرحيم عبد الله، العناصر المكونة للعقد، نقلاً عن القانون الانجليزي ، ص ٢٩٧ .

[٢] فيليب وجيمس، المدخل إلى القانون الانجليزي، ص ٢٩٤ ، ٢٩٥ .

[٣] باول ريتشارد، قانون العقد ص ٤٧ .

[٤] انظر مثلاً عبد الحي حجازي، الالتزامات ص ٢٨٣ .

[٥] تقضي المادة ٢٦٧ من القانون المدني المصري بأنه لا يكون الالتزام قائماً إذا علق على شرط واقف يجعل وجود الالتزام متوقفاً على محض إرادة الملتزم .

[٦] حجازي، المؤلف السابق ص ٢١٣ فقرة ١٢٣

أدى واحداً منها، ويجري الفقه الوضعي على أن الخيار هنا للمدين إذا كان الاتفاق مطلقاً، فإذا قضى الاتفاق أو القانون بغير ذلك اتُبع ما يرسم به أيهما.

ب – التعيين بمعرفة أجنبي: ليس في القوانين الوضعية ما يمنع إجراء التعيين بمعرفة الغير أي الأجنبي عن العقد، لا سيما وقد نص عليه عدد منها [١].

ويذهب جانب من الفقه مع ذلك إلى تخصيص هذا الجواز بالأداء الرئيس، بحجة أنه لو ترك تعيين الأداء المقابل لمحض إرادة الغير لكان نوع العقد موكولاً إلى إرادته خلافاً لإرادة العاقدين . فمثلاً يجوز في البيع الاتفاق على تحكيم أجنبي في تعيين المبيع باعتباره هو الأداء الرئيس، أما ترك تحديد الثمن للغير فينبغي أن يكون وفقاً لمعيار الرجل العادل وإلاّ صار البيع هبة [٢]، بينما الرأي السائد يتجه إلى إطلاق الجواز.

والرأي الذي أشرنا إليه لا وجه له إذا علمنا أن محل العقد مضمّن في مقصده الأصلي الذي شرع من أجله، فبمجرد تصوّر أن البيع لا يكون إلا نقل ملكية شيء ما بعوض يمكن بسهولة معرفة ركني هذا العقد وهما المبيع والثمن، وترك تحديد الثمن للغير لو أجزناه لا يقلب البيع إلى هبة، وإنما يتضح من مقدار الثمن الذي جرى تحديده مافيه من الغبن الذي يجيز الفسخ للبائع، إلا إذا دلت الظروف أن البائع يرضى بأي ثمن يحدده الغير فيكون العقد هبة بشرط الثواب وإن اشتملت على لفظ البيع.

٢٠١ – جزاء عدم التمكن من التعيين وفقاً لشرط العقد

يخلص الفقه إلى أن المتعاقدين إن لم يتوصلا إلى اختيارمن يقوم بالتعيين بدلاً عنهما، أو اختاراه وتوفي أو فقد أهليته قبل التعيين فإنه لا يجوز للقاضي أن يتولى أمر اختيار من يصلح للتعيين في هاتين الحالتين وأمثالهما؛ ذلك لأن تعيين محل العقد ليس مسألة تفصيلية قليلة الأهمية يستطاع إكمالها بمعرفة القاضي وفقاً للمادة (٩٥) من القانون المدني المصري ونظائرها، وإنما هي من المسائل الجوهرية التي يغدو جزاء عدم الاتفاق عليها مبطلاً للعقد برمته .. وفي عين الوقت لا يمكن لإرادة القاضي أن تحل محل إرادة المتعاقدين؛ إذ هما لم يفوّضا القاضي في تعيين محل العقد، وإنما فوّضا شخصاً آخر فقد

---

[١] المواد ، ١٥٩١ فرنسي فيما يخص الثمن و٣١٧ ألماني وهي تقرر قاعدة عامة و١٤٧٣ إيطالي وقد كان المشروع التمهيدي للتقنين المصري الحالي يتضمن المادة ٨٥ وهي تنص على ما يلي :- ١- إذا ترك تعيين الشيء لأحد المتعاقدين أو لأجنبي عن العقد فيجب أن يكون هذا التعيين قائماً على أساس عادل، فإذا أبطأ التعيين أو قام على أساس غير عادل فيكون تعيين الشيء بحكم من القضاء ٢- ومع ذلك إذا ترك التعيين لأجنبي عن العقد ولمحض اختياره فإن العقد يصبح باطلاً إذا لم يستطع هذا الأجنبي أن يقوم بالتعيين أو لم يرد القيام به أو لم يقم به في وقت معقول أو قام به وكان تقديره غير عادل" ثم رؤي حذف هذه المادة لأنه يتضمن حالة تفصيلية قليلة الأهمية . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢/٢١٥و٢١٦ بالهامش).ولكن هل يبقى حكم هذا النص ؟. يذهب السنهوري إلى أنه لا يبقى منه ما يخالف القاعدة العامة، ويذهب حجازي إلى جواز حكمه على حد قوله ، الوسيط ج٧ هامش ص ٤٢٣و٤٢٤ حجازي ص ٢١٤ بالهامش .

[٢] عبد الحي حجازي، المصدر السابق ص ٢١٤.

أهليته أو توفي قبل قيامه بالتعيين، وبذلك يفقد العقد شرطاً من أهم شروطه هو تعيين محله، فيكون جزاؤه البطلان[٣].

ولكن الأمر ليس بهذا الإطلاق والتعميم، فهناك مجال لتدخل القاضي بالنسبة إلى تعيين المحل:

أ. فأولاً من المعلوم أن العقد يكمّل بما هو من مستلزماته وفقاً للعرف ولطبيعة الالتزام، وهذا التكميل نوع من التعيين بلا شك، بل يتصور أن يترك تعيين المحل للعرف كما رأينا بالنسبة إلى سعر السوق مثلاً، وتقدير قيام العرف من المسائل التي يخضع قضاء الموضوع فيها لإشراف محكمة النقض.

ب. يجوز أن يتفق العاقدان على تحكيم شخص ثالث في تعيين المحل في فقه القانون المقارن، وعندئذٍ فما الذي يمنع من أن يتفقا على تفويض القاضي في ذلك وهو بالنسبة لأطراف العقد يعتبر من الغير، ويزيد بكونه بحسب العادة أكثر خبرةً من الناس العاديين ؟

ج. تضمن نص المادة (٨٥) من مشروع التقنين المصري الحالي ما يشير إلى أنه في حال الاتفاق على تعيين الشيء بمعرفة الغير وكان تقديره غير عادل أو كان عادلاً ولكنه أبطأ في التعيين فإنه يكون عندئذٍ بحكم من القضاء، ما لم يكن التعيين قد ترك لمحض اختيار الأجنبي عن العقد. فيُفهم من هذا النص أن القاضي يتدخل في هذا الشأن في حالتين: الأولى حالة البطء في التعيين من جانب من وكّل به، أكان هو أحد العاقدين أم غيره. والثانية حالة عدم التعيين على أساس عادل. كل هذا ما لم يفوّض الغير بالتعيين تفويضاً مطلقاً ومستنداً إلى رأيه المحض دون معطيات مادية معينة كما تقدم.

وقد ذهبت بعض الأحكام في فرنسا إلى جواز ولاية القاضي نظر التعيين إذا كان في هذا يفسر نية العاقدين[١].

وبناءً على ما تقدم يسوغ لنا أن نستخلص أن جزاء عدم التعيين في منطق الفقه الوضعي وإن كان هو البطلان فإنه لا يجد تطبيقاً ملموساً له في الواقع العملي[٢].

---

[٣] نفس المرجع السابق ص ٢١٥، السنهوري، نظرية العقد ص ٤٨٣، جاك غستان المطول ص ٧٧٩ فقرة ٧٠٩.

[١] جاك غسان، المطول ص ٧٥٨، بلا نيول وريبر واسمان ١/ فقرة ٢٣٠ مشار إليه في نظرية العقد للسنهوري هامش ص ٤٨٣ . محكمة مصر الكلية المختلطة ٦ فبراير ١٩٢٨، عن ذات المصدر السابق

[٢] انظر في هذا المعنى جميل الشرقاوي، بحثه عن طبيعة المحل والسبب ص ٦٧و٦٨ آخر الفقرة ١٠٨، والبطلان ص ٢٨٢و٢٨٣ آخر الفقرة ١٠٨ حيث يقرر أنه لا يلزم لتوافر التعيين أن يكون التعيين موضوع الإرادة تعييناً تفصيلياً كاملاً، ذلك أنه يكفي أن تحدد العناصر الأساسية لهذا الموضوع أو الأسس التي تصلح لتعيينه فيما بعد، ثم إن للقاضي سلطة تقديرية في تكميل التزام المدين بما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام (م ٢/١٤٨ مدني مصري)، وهذا يجعل إصدار تصرف دون تحديد موضوعه فرضاً نظرياً خالصاً . وينتهي إلى أن النص الصريح الذي أورده القانون المصري ويقضي بالبطلان لعدم التعيين (م ١٣٢) فهو نص لن يجد تطبيقاً في العمل .

المبحث الثاني

التعيين في الفقه الإسلامي

٢٠٢ – تمهيد

قدمنا أول هذا الباب أن التعيين هو تمييز الشيء عن غيره أو تحديده على وجه يميزه عن أنظاره، وأن هذا التعيين من شأنه أن يحقق الرضا من الجانبين، ومعنى هذا أن قدراً من العلم بحقيقة المعقود عليه لا بدّ من وجوده لتحقيق الرضا أو لإنفاذ ما اتجهت إليه الإرادة على الأقل.

وهذا العلم بحقيقة الشيء المحقق للرضا – على ما سبق أن ذكرنا — يكون على طريقتين:

الأولى . بيان ماهية المعقود عليه، أي بيان جنسه ونوعه وما يميزه عن غيره إن كان أنواعاً عديدة، فإن كان معيناً بذاته فلا بد من الدلالة عليه بما من شأنه أن يوصل إليه دون غيره، كأن يقال مثلاً:من الكيس الذي رقمه كذا الموجود بمخزني، أو السيارة التي رقم محركها كذا ورقم ترخيصها كذا.

والثانية . بيان الخصائص أو الفوائد أو الأغراض التي يستعمل لها المعقود عليه والتي تحقق باعث العاقد، ويدخل في هذا قيمته في السوق على حسب استعماله، ومعرفة عيوبه إن كانت له عيوب، وكيفية تشغيله أو استعماله ونحو ذلك.

وكلتا الطريقتين تحقق قدراً من الرضا لا تتكفّل به الأخرى، وكون العاقد على جليّة منهما هو الذي يحقق تمام هذا الرضا، ولذلك يشترط الفقه الإسلامي بصفة عامة أن يكون المعقود عليه معلوماً، وبما يتسع معه هذا العلم لتدخل فيه الطريقتان المشار إليهما، فإذا كان المعقود عليه غير معلوم الجنس ولا مرئيّاً بحيث لا يمكن الوقوف على ذلك منه كنحو بيع ما في الكم فإن أكثر الفقه الإسلامي على المنع منه، وإذا كان غير مبيّن الخصائص والفوائد فأكثر هذا الفقه على صحة العقد عليه إما مع إثبات الخيار أو من دونه، وذلك أن الخلاف يعرض في مدى كفاية الوصف في تحقيق الرضا أو لا بدّ لتمامه من الرؤية، وفي مدى صحة العقد بالوصف من الأصل أو بطلانه بذلك.

والفقه الإسلامي بمذاهبه وتعدد فقهائه كثير الخلافيات في أكثر مسائل هذا الفصل كما هو كثير التفصيلات، ومن المقطوع به أن تطبيق قانوننا بحاجة إليها إن لم يكن متوقفاً عليها، ولذلك لا بدّ

من التطرق لها ومن تنسيقها وترتيبها على نحو يمكّن من فهمها واستيعابها، وهذا ما نحاول أن ننتهجه فيما يلي.

وبما أن الفقه الإسلامي كما علمنا لم يفنّد القدر الذي يتحقق به العلم بالمعقود عليه، كما أن جانباً منه لا يستهان به لم يتطلّب بيان جنس المعقود عليه وما عسى أن يميزه فقط وإنما ضمّ لذلك بقية الأوصاف التي تختلف بها الأغراض بما استلزمه لصحة العقد من ضرورة الرؤية البصرية كما هو الاتجاه الغالب لدى الفقه الشافعي كما سنبيّن، ولما كان الخلاف قد تطرق إلى الفقه الإسلامي بخصوص النطاق الذي يعمل فيه شرط التعيين أو شرط العلم بالمعقود عليه بتعبيره : أهو شامل لكل عقد أم مقتصر على بعض العقود دون بعض، ومن حيث إن وسائل التعيين وطرقه مختلفة كما سنرى، فإننا من أجل ذلك كله ارتأينا أن نعمّم الكلام في العلم بالمعقود عليه بفرعيه السابقين، وأن ننظر بعد ذلك في نطاق هذا وفي كيفيته تفصيلاً بأن نخصص فرعاً لنطاق شرط التعيين وفرعاً لكيفية التعيين، وسنرى من كثرة مسائل هذا الأخير ما يحدونا إلى تقسيمه إلى مطالب متعددة والإتيان تحت كل مطلب بجملة مسائل كما سنبيّنه في حينه.

الفرع الأول
نطاق شرط التعيين

لنا أن نقسّم الاتجاهات السائدة في الفقه الإسلامي بالنسبة لمدى لزوم تعيين المحل إلى اتجاهين رئيسين:

٢٠٣ – الاتجاه الأول : استلزامه في كل العقود

ويشترط تعيين المحل في جميع التصرفات، أكانت من عقود المعاوضة أم غيرها، وهذا الاتجاه هو لأكثر الفقه، إلا أن **المذهب الحنفي** يرتب فساد العقد على الإخلال بهذا الشرط دون بطلانه على سنته في التفرقة بين الفساد والبطلان، وهذا في المذهب إلا إذا ارتفعت الجهالة في المجلس قبل تقرر الفساد[1].

ولا تخرج أسانيد هذا الرأي عن القول بأن في عدم تعيين المحل جهالةً فاحشةً من شأنها أن تمنع التسليم والتسلم، وأن في ذلك غرراً منهياً عنه بنص الحديث، وأن النهي يقتضي الفساد، وكل هذا قد تقدم في الفصل الأول.

٢٠٤ – استثناءات

---

[1] المراجع السابقة عند الكلام على شرط الوجود بالفصل الأول . والمواد ٢٠٠ و٢٣٨ ، ٤٤٩ – ٤٥١، ٦٣٠، ٦٨٨، ٧٠٩، ٨١٨، ٨٥٨، ١٥٤٧ من المجلة ، وما سيلي من المراجع.

غير أننا نلحظ أن فريقاً من أصحاب الاتجاه الذي أشرنا إليه قد قبلوا بعض أنواع من جهالة المعقود عليه كما يظهر فيما يلي:

- **فالمذهب الحنبلي** يجيز الصلح عن المجهول ديناً أو عيناً إن كان مما لا سبيل إلى معرفته استدلالاً بحديث ورد فيه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال في رجلين اختصما في مواريث درست " استهما وتوخيا وليُحْلِلْ أحدكما صاحبه "[٢]،ولأنه إسقاط حق فصح في المجهول كالعتاق والطلاق، وإذا صح الصلح مع العلم فلأن يصح مع الجهل أولى إذْ لا يمكن للمتصالحين التخلص وبراءة أحدهما من صاحبه [٣]، وفي المذهب الحنبلي أيضاً تجوز هبة المجهول المتعذر علمه كما لو اختلط مال اثنين على وجه لا يتميز فوهب أحدهما ماله للآخر للضرورة[١].
- وفي **المذهب الشافعي**: لو اختلط حمام برجين فوهب أحدهما نصيبه للآخر صحت الهبة على الصحيح لما تقدم[٢]، ولو تصالح الورثة وأحدهم خنثى فلابد أن يجري بينهما تواهب مع جهل قدر انضباطهم للضرورة أيضاً، [٣] وتعيين المستعار ليس بشرط في هذا المذهب، فلو قال أعرتك إحدى دوابي أو خذ ما أردت من الإسطبل صح العقد[٤].
- وأكثر من منعوا هبة المجهول أجازوا الوصية بالمجهول: **فالأحناف** يجوزون الوصية بجزء أو سهم أو نصيب من ماله أو ببعض ماله، ويكون البيان للورثة [٥]، وتصح عند **الشافعية** الوصية بالمجهول كالحمل واللبن في الضرع وشاة من غنمه وجزء من ماله ويعطي الورثة الموصى له ماشاؤوا[٦]. وعند **الحنابلة** يفرق بين ثلاث حالات:

١ - فإذا قال: أوصيت لفلان بجزء أو حظ أو نصيب أو شيء من مالي يعطي الورثة الموصى له ماشاؤوا.

٢ - ولو قال: أوصيت لفلان بسهم من مالي فثلاث روايات: الأولى له السدس ، والثانية له سهم مما تصح منه الفريضة لا يزيد على ذلك. والثالثة يعطى أقل سهم من سهام الورثة ما لم يزد على السدس.

---

[٢] أخرجه أبو داود (٣٥٨٤و٣٥٨٥) عن أم سلمة رضي الله عنها ورواه أحمد (٢٥٤١٠) والدارقطني، كما رواه الحاكم وقال على شرط مسلم ووافقه الذهبي وحكم عليه الألباني في الإرواء ٢٥٢/٥، ٢٥٣بأنه حسن.

[٣] المغني ٥/ ٢٥.

[١] كشاف القناع ٢٩٩/٤.

[٢] الأشباه والنظائر ص ٥٥٤، فتح العزيز ١٢/ ٤٣، ٤٤،و ٦ / ٥٣٤.

[٣] المراجع المذكورة في الهامش السابق.

[٤] فتح العزيز ٣٧٣/٥.

[٥] حاشية ابن عابدين ٥/ ٦٧٠.

[٦] المهذب ٦٣٢/١، مغني المحتاج ٥٦/٣، ٥٧.

٣ - وإذا كان الموصى به غير معين، كما لو قال: أوصيت بشاة من غنمي استحق الموصى له شاة عن طريق القرعة [٧] .

- وعند **الزيدية** تصح الوصية بالمجهول قدراً وجنساً وبغير المعين، والتعيين للورثة[٨].

- وعند **الإباضية** قولان، قول بعدم الصحة وآخر بالجواز. وعلى هذا القول لو أوصى بشاة من غنمه يعطى الموصى له الأوسط، وإن قال: أوصيت بسهم أو جزء من مالي لفلان، فقيل يأخذ كأقل الورثة سهماً، وقيل السدس، وقيل غير ذلك[١].

- وعند **الإمامية:** تصح الوصية بالمجهول، فمن أوصى بجزء من ماله فللموصى له العشر أو السبع أو سبع الثلث، على ثلاثة أقوال. ولو أوصى بسهم فللموصى له الثمن، ولو أوصى بشيء، فله السدس[٢].

- ومنع **الظاهرية** الوصية بالمجهول لعدم نفاذه ساعة موت الموصى[٣].

٢٠٥ – الاتجاه الثاني : استلزامه في بعض الأحوال دون بعض

ويذهب على الجملة إلى اشتراط تعيين المحل في بعض الأحوال دون بعض، ثم ينقسم بعد هذا إلى ثلاث فرق:

١ - **الفريق الأول** – ويذهب إلى اشتراط التعيين في عقود المعاوضات دون التبرعات للأدلة التي اقتضت التفرقة بينهما وفقاً لما تقدم في مدى اشتراط وجود المحل. هذا هو رأي **المالكية** في الحالة التي لا يقترن عقد المعاوضة فيها بخيار الرؤية كما سوف نبينه، وهو رأي **ابن تيمية وابن القيم** [٤].

---

[٧] المغني ٦/٢٩-٣٢و١٤٨-١٥٠.

[٨] البحر الزخار ٥/٣١١و٣١٣و٣١٤.

[١] شرح النيل ٦/٣٦٢-٣٦٣.

[٢] الغرر ص ٥٣٩و٥٤٠.

[٣] المحلى ٩ / ٣٢٢-٣٢٧ المسألة ١٧٥٧، حيث بدأها بقوله (بتصرف) : "مسألة ولا تجوز الوصية بما لا ينفذ لمن أوصى له بها أو فيما أوصى به ساعة موت الموصي، مثل أن يوصي بنفقة على إنسان مدة مسماة أو بعتق عبد بعد أن يخدم فلاناً مدة مسماة قلت أو كثرت أو بحمل بستانه في المستأنف أو بغلة داره وما أشبه ذلك، فهذا كله باطل لا ينفذ منه شيء . لأن هذه الأموال منتقلة بموت المالك لها إلى الورثة، ووصيته هي في منافع تحدث في ملكهم ، فوصاياه في هذا الملك بعتق أو بنفقة أو بغير ذلك باطلة ".

[٤] ويستثني المالكية الصلح على المجهول إذا جهل القدر المصالح عليه، ولم يقدر المتصالحان على الوصول إلى معرفته – قال في المدونة : "ومن ادعى حقاً في دار بيد رجل فصالحه منه فإن جهلاه جميعاً جاز ذلك ، وإن عرف المدعي دعواه منها فليسمه، وإن لم يسمِ بطل الصلح ولا شفعة فيه ". انظر المدونة ج٧ص٤٣٣ ، ومواهب الجليل للحطاب ٥/٨٠ ونصها : " يجوز الصلح على المجهول إذا جهل القدر المصالح عليه ولم يقدر على الوصول إلى معرفته، وأما إذا قدرا على الوصول إلى المعرفة فلا يجوز الصلح إلا بعد المعرفة بذلك" .

٢ - **الفريق الثاني** – ويذهب إلى أن التعيين غير لازم في الحالة التي يقترن العقد فيها بخيار الرؤية، فيجوز بيع الشيء الغائب عن مجلس العقد دون وصف ولا رؤية متقدمة، هذا رأي **المذهب المالكي** ووجه شاذ في المذهب الشافعي، وقول في المذهب الحنفي[٥]. ويقيد المالكية هذا الرأي بضرورة اشتراط خيار الرؤية للمشتري بناءً على أن خيار الرؤية لا يثبت لديهم إلا إذا اشترط [١].

احتج هذا الفريق بأن التعيين موضوع لأجل منع المنازعة التي تحصل بين العاقدين في العادة. ولما كان البيع وما إليه مقروناً بخيار الرؤية– بالشرط كما يرى المالكية أو بالشرع عند غيرهم – فلا خوف من حصول المنازعة في هذه الحالة[٢].

وبما رواه ابن أبي مليكة أن عثمان رضي الله عنه ابتاع من طلحة أرضاً بالمدينة، ناقله– أي بادله – بأرض له بالكوفة، فلما تباينا ندم عثمان، ثم قال : بعتك ما لم أره، فقال طلحة: إنما النظر لي، إنما ابتعتُ مغيباً، وأما أنت فقد رأيت ما ابتعت، فجعلا بينهما حكماً، فحكّما جبير بن مطعم، فقضى على عثمان أن البيع جائز، وأن النظر لطلحة أنه ابتاع مغيباً[٣].

وجه الدلالة من الحديث أن المبيع الغائب هنا لا يعلم وصفه ولا قدره، بدلالة قول كل منهما للآخر: غُبنت [٤].

كما يستدل المالكية على الخصوص بأن البيع مع شرط الخيار يبطل تأثير الغرر، وينقله من قصد المغابنة والمكايسة إلى قصد المكارمة[٥].

وقد أجيب عن هذه الحجج بما يلي:

---

[٥] مواهب الجليل ٤/٢٨٥-٢٨٦، المنتقى ٤/٢٨٧، السنهوري ، مصادر الحق ٣/٤٧، حاشية ابن عابدين ٤/٥٢٩ قال :" وللعلاّمة الشرنبلاني رسالة سماها : نفيس المتجر بشراء الدرر حقق فيها أن المبيع المسمى جنسه لا حاجة فيه إلى بيان قدره ولا وصفه ولو غير مشار إليه أو إلى مكانه لأن الجهالة المانعة من الصحة تنتفي بثبوت خيار الرؤية،لأنه إذا لم يوافقه يرده فلم تكن الجهالة مفضية إلى المنازعة " الخ . انظر أيضاً المجموع شرح المهذب ٩/٣٥٣، ٣٥٤حيث نقل وجهاً بعدم اشتراط ذكر الجنس والنوع، ووجهاً آخر بالاقتصار على الجنس فقط، قال : " وهذان الوجهان حكاهما الخراسانيون، وهما شاذان ضعيفان" . وستأتي الإشارة إلى ذلك .

[١] انظر مواهب الجليل ٤/٢٩٧ عند قول خليل " وغائب ولو بلا وصف على خياره بالرؤية " حيث قال الحطاب : "يعني أنه يجوز بيع الغائب ولو بلا وصف لكن بشرط أن يجعل للمشتري الخيار إذا رآه، وأما إذا انعقد البيع على الإلزام أو سكتا عن شرط الخيار فالبيع فاسد " ا.هـ وهذا وجه لدى الشافعية ، انظر المجموع ٩/٣٥٥ .

[٢] حاشية ابن عابدين ٤/ ٥٢٩ .

[٣] أخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار باب تلقي الجلب ٢/٢٠١ والبيهقي في السنن في البيوع ٥/٢٦٨ انظر نصب الراية ٤/٤٤٢، ٤٤٣ قال النووي في المجموع ٩/٣٤٩ : " رواه البيهقي بإسناد حسن لكن فيه رجل مجهول مختلف في الاحتجاج به وقدر روى له مسلم في صحيحه " .

[٤] الصديق الضرير ، الغرر ، ص ٤٠٢ .

[٥] المنتقى ٤/٢٨٧ .

- أن خيار الرؤية لا يكفي؛ لأنه قد يسقط برؤية بعض المبيع فتبقى الجهالة المفضية إلى المنازعة، وكذا قد يبطل خيار الرؤية قبلها بنحو بيع أو رهن ما اشتراه[٦].
- خيار الرؤية لا يثبت إلا في عقد مستكمل لشروط الصحة التي من بينها انتفاء الغرر في المعاوضات، ولا ضرورة ولا حاجة إلى ترك الوصف مع إمكانه[١].
- أما حديث عثمان وطلحة فليس فيه أن عثمان لم يصف أرضه التي بالكوفة لطلحة رضي الله عنهما، فالحديث أخبر عن وقوع البيع بينهما مطلقاً، والمطلق يحمل على الفرد الكامل، أي على البيع الصحيح هنا. وقول كليهما للآخر : غُبنت، إنما ينصرف إلى الغبن الناشئ عما بين الأرضيين من تفاوت القيم، ولا يسوغ أن يفهم منه انعقاد البيع بلا تعيين، والحديث يصلح للاحتجاج به في إثبات صحة بيع الغائب كما يأتي بيانه، وكذا في إثبات خيار الرؤية مع هذا البيع، ولكنه لا يحتج به لبيان صحة إجراء عقد البيع على شيء غير معين؛ إذ لا دليل على صلاحه للاحتجاج به في ذلك.

٣ - **الفريق الثالث**: يذهب هذا الفريق إلى أن شرط التعيين إنما هو لازم في حق أحد العاقدين دون الآخر:

- **فالأحناف** يشترطون أن يكون المبيع معلوماً عند المشتري (م ٢٠٠ من المجلة) وهذا التقييد يؤخذ منه أنه لا يشترط أن يكون المبيع معلوماً للبائع، وقد ذهب شارحو المجلة إلى هذا الرأي ، ورتبوا صحة البيع إذا قال رجل لآخر: إن أرضك التي تحت يدي لا تصلح لشيء، وقد اشتريتها منك بخمسين قرشاً، فقال الآخر: قد بعتكها. وكذلك إذا باع حصة في دار وكان هو لا يعلم مقدارها إذا كان يعلمها المشتري، وليس للبائع خيار الرؤية هنا أيضاً، لأن الجهالة في المبيع لا تضر البائع بل تضر المشتري، ولحديث " من اشترى شيئاً قبل أن يراه " الذي نعرض له بعدُ، فقد اقتصر على المشتري دون البائع، وكذا حديث طلحة السابق، فقد قضى جبير بالخيار لطلحة وهو المشتري دون عثمان وهو البائع[٢].
- والرأي السابق هو أحد وجوه ثلاثة في **المذهب الشافعي** هو الأصح عندهم؛ لأنهم يجوّزون أن يبيع الإنسان ما غاب عنه دون خيار مع إبطالهم لبيع الغائب على الأصح

---

[٦] حاشية ابن عابدين ٤/٥٣٠.

[١] الصديق الضرير، الغرر ص ١٨١.

[٢] انظر على سبيل المثال شرح المجلة لعلي حيدر ج١ص ١٥٣ و١٥٥ ، فتح القدير ٥/١٤٠ .

عندهم أيضاً، فينتج عن ذلك أن الأصح في هذا المذهب قصر تعيين المبيع على المشتري فقط[٣].

- ومن ذلك وجود قول في **المذهب المالكي** ينتهي إلى أن البيع لا يكون باطلاً إلا في حالتين اثنتين: (الأولى): إذا جهل المتعاقدان معاً قدر المبيع أو صفته، أي إذا كان الجهل مشتركاً من العاقدين (الثانية): إذا جهل ذلك أحدهما وعلم الآخر بجهله وتبايعا على ذلك[١]، وأما إذا علم أحدهما وجهل الآخر ولم يعلم بجهله فليس ببيع فاسد، وإنما هو غش وخديعة يثبت للجاهل الخيار في إمضاء العقد أو فسخه. وظاهر كلام المدونة أنه إذا جهل أحد العاقدين مقدار المعقود عليه أو صفته فالبيع فاسد. والقول الثاني أنه لابد من علم كلا العاقدين، وقد جزم ابن رشد بأن جهل أحد العاقدين غير مؤثر على صحة العقد قياساً على حكم بيع الصبرة إذا علم البائع كيلها دون المبتاع وبيع الصبرة هنا هو بيع الجزاف، وسيأتي للمالكية أن البائع إذا علم كيل الصبرة دون المشتري فالبيع صحيح والخيار للمشتري، وأنه لا يكون باطلاً إلا إذا علم الجاهل منهما بعلم صاحبه بمقدار المبيع دون أن يعلم هو بقدره.

وإذ نرى أن خيار الرؤية يُقصد به الوقوف على بعض سمات المعقود عليه بلوغاً برضا المشتري إلى تمامه، وأن التعيين أو العلم بالمعقود عليه من حيث ما يميزه عن غيره ويفرده عن أنظاره ضروري لصحة العقد لأنه لا عقد ما لم يكن التزام من الطرفين أي إيجاب وقبول، ولا إيجاب ولا قبول حيث لا معقود عليه، ولا معقود عليه حيث لا تعرف ماهيته المميزة له عن غيره، فإننا من ثم نرى أنه ينبغي أن يكون حظ البائع والمشتري من هذا على سواء، وزيادةً على ذلك نرى أن خيار الرؤية لا يغنى عنه كما يذهب إلى ذلك الفقه المالكي، وسيأتي لهذا مزيد تفصيل عندما نكون بصدد قانون المعاملات المدنية الإماراتي.

الفرع الثاني
كيفية التعيين

---

[٣] المجموع ٣٥٥/٩ قال : " إذا شرط الوصف فوصفه فإن وجده دون ما وصف فللمشتري الخيار بلا خلاف، وإن وجده كما وصف فطريقان أحدهما القطع بثبوت الخيار وهو المنصوص، وأشهرهما أنه على وجهين أصحهما ثبوته، أما إذا قلنا لا يشترط فللمشتري الخيار عند الرؤية سواءً كان شرط الخيار أم لا، وفيه وجه أنه لا يثبت إلا أن يكون شرطه والصحيح الأول .. هذا كله في المشتري . وأما البائع ففيه ثلاثة أوجه أصحها لا خيار له سواءً كان رأى المبيع أم لا والثاني له الخيار في الحالتين كالمشتري، والثالث له الخيار إن لم يكن رآه وبه قطع الشيخ أبو حامد ومتابعوه " .

[١] مواهب الجليل ٢٧٦/٤، ٢٧٧.

٢٠٦ – تقسيمه إلى ثلاثة أوقات

لا يقع تعيين المحل على كيفيّة واحدة ولا في إبّان واحد، فقد يقع بالرؤية المتقدمة على العقد كما قد يقع بالإشارة إليه أو بوصفه وصفاً نافياً للجهالة الفاحشة، وقد يقع بالعرف أو بغير ذلك.

وكما تختلف طرق التعيين تختلف الأوقات التي يحصل فيها، إذ قد يقع قبل التعاقد أو مقارناً له–كما هو المعتاد– أو تالياً عليه.

ونرى أنسب طريقة للبحث في كيفية التعيين تقسيمه إلى هذه الأوقات التي سلف بيانها، فنضع المطلب الأول في تعيين المحل قبل التعاقد، ونضع المطلب الثاني في تعيين المحل عند التعاقد، وأما المطلب الثالث فنخصصه لتعيين المحل بعد التعاقد وهو المسمى بالقابلية للتعيين، وكل ذلك يجري على التفصيل الآتي.

المطلب الأول

تعيين المحل قبل التعاقد

في التعيين بالرؤية السابقة على العقد ثلاث مسائل، الأولى: مدى صحة العقد بذلك، والثانية: شروط صحة العقد على القول بالصحة، والثالثة: حكم تغير المعقود عليه، ونتناول هذه المسائل الثلاث تباعاً.

٢٠٧ – أولاً : مدى صحة العقد في التعيين بالرؤية السابقة

في هذه المسألة ثلاثة أقوال:

الأول – وهو لأبي القاسم الأنماطي[١] من الشافعية[٢]، ورواية عن أحمد وقول الحكم[٣]وحماد[٤]ووجه لدى الفقه الإباضي[٥]: أنه لا يصح العقد ؛ لأن ما كان شرطاً في العقد ينبغي أن يوجد عنده، كالقدرة على التسليم في البيع والشهادة في النكاح.

---

[١] عثمان بن سعيد بن بشار الأنماطي، من فقهاء المذهب الشافعي، أخذ عن المزني والربيع بن سليمان المرادي ، وعنه أخذ ابن سريج، توفي ببغداد سنة ٢٨٨هـ (شذرات الذهب ٢ / ١٩٦ ، وفيات الأعيان ٢ / ١١٥ رقم ٤٠٩) .

[٢] العزيز شرح الوجيز للرافعي ٥٥/٤، المجموع شرح المهذب ٣٥٨/٩، الحاوي للماوردي ٢٥/٥، ٢٦.

[٣] الحكم بن عتيبة الكندي مولاهم الكوفي، فقيه حافظ ثبت، ولد بالكوفة وتوفي سنة ١١٥ هـ وقيل في التي قبلها (تذكرة الحفاظ ١ / ٨٨ – ٨٩ رقم ١٠٢، طبقات ابن سعد ٦ / ٥٢١ ، شذرات الذهب ١ / ١٥١) .

[٤] المغني ٤/ ٨٧ و٨٨ . وحماد هو حماد بن أبي سليمان مسلم الأشعري مولاهم الكوفي، أبو إسماعيل، تابعي قال فيه الذهبي وغيره إنه أفقه أصحاب إبراهيم النخعي، محدث وثقه أكثرهم، روى عن أنس وابن المسيب وسعيد بن جبير فضلاً عن النخعي المقدم ذكره، وأخذ عنه عدد من الأئمة كأبي حنيفة والحكم بن عتيبة والثوري وحماد بن سلمة، أصله من أصبهان، توفي سنة ١٢٠ هـ وقد حكى ابن سعد الإجماع على ذلك، لكن قال الذهبي في السير : وقيل سنة ١١٩ (سير أعلام النبلاء ٥ / ٢٣١ رقم ٩٩ ، طبقات ابن سعد ٦ / ٥٢٢ – ٥٢٣ ، تهذيب التهذيب ١ / ٤٨٣ ، شذرات الذهب ١ / ١٥٧) .

الثاني – مثل سابقه فيما عدا العقار فقط، وهو المختار في الفقه الإباضي اعتباراً بأن العقد يؤمن تغيره [٦].

الثالث – وهو رأي الأكثرين[٧]: أن العقد يصح بالرؤية المتقدمة؛ لأن أصالة البقاء من الأصول المعوّل عليها عند العقلاء في الجملة[٨]، ولأن المعتبر هو العلم بالمعقود عليه وقد تحقق بالرؤية السابقة كالرؤية المقارنة[١]والشهادة في النكاح تراد لحِل العقد والاستيثاق عليه فلهذا اشترطت حال العقد، ثم إن القول بعدم صحة بيع الأراضي والضياع التي لا تشاهد دفعة واحدة خرق للإجماع؛ وذلك أنه لا خلاف على أن العاقدين لو رأيا داراً أو وقفا في بيت منها أو رأيا أرضاً ووقفا في طريقها فإن العقد يصح بذلك مع عدم المشاهدة للكل في الحال، ولو كانت الرؤية المشترطة للبيع هي مشروطة حال العقد لاشترط رؤية جميعه.

ولاشك في أرجحية هذا الرأي وسلامة أدلته.

٢٠٨ – ثانياً : شروط صحة العقد المعين بالرؤية السابقة

يشترط جميع من قالوا بصحة تعيين العقد بالرؤية السابقة ألا يغلب على الظن تغيره في المدة ما بين الرؤية والعقد، وذلك يختلف باختلاف الأشياء طولاً وقصراً ويعتبر بالعرف[٢].

ويزيد **المالكية** شرطاً مؤداه ألا يشترط أي من العاقدين نقد الثمن ونحوه قبل تسليم المعقود عليه وإلا بطل العقد ما لم يتطوع به فيجوز ذلك، وهذه قاعدة عامة عندهم تنطبق على ماهنا وعلى بيع الغائب، وعلتها أن الغرر يتعاظم بذلك فيخضع لوصف الغرر المنهي عنه[٢]. **وأكثر الشافعية** على ضرورة أن يكون المشتري ومن في حكمه ذاكراً حال العقد لأوصاف المعقود عليه وإلا لم يصح؛ لأن النسيان يجعل السابق كالعدم فيفوت شرط العلم بالمبيع[٣].

---

[٥] شرح النيل ٢٣٧/٨.

[٦] المراجع المتقدمة ، المدونة ٧/ ١٤٩، ١٥٢، ١٥٣، الشرح الكبير بهامش المغني ٢٧/٤، الفروع ١٥/٤، شرائع الإسلام ١٨/٢، مغني المحتاج ٢٦/٢، نهاية المحتاج ٤١٧/٣-٤١٨، السيل الجرار ٥٣٧/٢و٥٥١.

[٧] نهج الفقاهة في الفقة الإمامي الشيعي ص ٦٩٨.

[٨] المبدع ٢٦/٤، كشاف القناع ١٨٨/٣، المغني ٨٨/٤.

[١] المغني ٨٨/٤ ، ٨٩ ، العزيز شرح الوجيز ٥٥/٤، الهداية ٣٦/٣، شرح فتح القدير ٣٢٤/٦، ٣٢٥ المبسوط ٧٣/١٣، البحر الرائق ٥٥/٦، تبيين الحقائق ٣٣٢/٤-٣٣٣ الخ .

[٢] المراجع المتقدمة، وشرح النيل ٨ / ٢٥٠.

[٢] المدونة ١٥٤/٧، ١٦٤-١٥٦.

[٣] نهاية المحتاج ٤١٧/٣، الحاوي ٢٦/٥ وقد استغربه النووي ، المجموع ٣٥٩/٩.

وهناك من يصرّ على اشتراط استمرار عدم التغير، على معنى أنه إذا ظهر أن المعقود عليه قد تغير وجب تقرير بطلان العقد، هذا رأي **أهل الظاهر** ووجه في المذهب **الشافعي**[٤].

إلا أن الجمهور على عدم استلزام هذا الشرط لأن العقد بُني على ظن غالب، والأصل عدم التغير وبقاء ما كان على ما كان، فإذا حدث التغيركان الخيار للمشتري على تفصيل سنذكره[٥].

وهل يكفي لصحة العقد احتمال التغير وعدمه ؟

أكثر الحنابلة وبعض الشافعية على أنه لو عقد عليه بزمن يحتمل فيه ذلك لا يصح العقد نظراً لما فيه من الغرر[١]، ولكن الأكثر على تقرير الصحة، لما ذكرنا من أن الأصل السلامة التي لم يعارضها ظاهر، فيصح العقد تبعاً لذلك مع إثبات الخيار عند التغير[٢].

ويبدو من عبارات المذهب الحنفي عدم اشتراط شرطٍ ما في التعيين بالرؤية السابقة،لأن المسألة عندهم مبنية على شراء الغائب، إلا أنها ليست كذلك من كل وجه؛ فإذا كان الغالب عدم التغير فالأصل لزوم العقد إلحاقاً للرؤية السابقة بالرؤية المقارنة ولأن العلم بأوصاف المعقود عليه يحصل بها، وإذا كان الغالب التغير ثبت الخيار على أصلهم الذي نعرض له في بيع الغائب وهو خيار الرؤية؛ لأن تلك الرؤية لم تقع مُعْلمة بأوصاف المعقود عليه، فكأنه لم يره.

٢٠٩ – ثالثاً: حكم التغير

ليس الفقه على سواء في مسألة حكم التغير من حيث ترجيح قول أحد العاقدين على قول الآخر، وإن كان لا خلاف على أنه متى ثبت فإن للمتصرف إليه – مشترياً أو غيره – الخيار في إمضاء العقد بكل الثمن أو فسخه:

- فيقرر المذهب الحنفي أن القول قول المتصرف –كالبائع – لأن التغير حادث وسبب اللزوم ظاهر إلا إذا بعدت المدة لأن الظاهر شاهد للمتصرف إليه –كالمشتري ونحوه–[٣].

---

[٤] المحلى ٣٤١/٨-٣٤٢ (المسألة رقم (١٤١٢) الوسيط للغزالي ٤٠/٣، المجموع ٣٥٨/٩، روضة الطالبين ٩٠/٣، العزيز ٥٥/٤، مغني المحتاج ٢٦/٢، وقد جاء في الوسيط : " إذا أقدم على العقد على ظن أنه لم يتغير على الغالب فكان قد تغيرّ على الندور فيتبين بطلان العقد لتبين انتفاء المعرفة أم يكتفى بالخيار لبناء العقد على ظن ؟ فيه خلاف " ١. هـ . وقد جزم النووي بصحة العقد على الرؤية المتقدمة ، المجموع ٣٥٨/٩.

أقول : وهو الصواب؛ لأن ترك تقرير صحة العقد معلقاً على واقعة خارجية هي عدم تغير المعقود عليه يشبه تعليقه على شرط فاسخ في فقه القانون، ولكنه ليس كذلك لأن الثمرة هناك البطلان وهنا الفسخ.

[٥] الحاوي ٢٦/٥، العزيز ٥٥/٤، مغني المحتاج ٢٦/٢، المغني ٩٠/٤، الإنصاف ٢١٥/٤.

[١] الإنصاف ٢١٥/٤ قال :" وهو ظاهر كلام كثير من الأصحاب". يراجع كذلك شرح منتهى الإيرادات ١٣٧/٣ حيث اقتصر على القول بالمنع ونحوه في كشاف القناع ١٨٨/٣ ، المغني ٩٠/٤ ، الحاوي ٢٦/٥.

[٢] العزيز ٥٥/٤، المغني ٩٠/٤، نهج الفقاهة ص ٦٩٨، وقد صححه الماوردي ، الحاوي ٢٦/٥.

[٣] المبسوط ٧٣/١٣، الهداية ٣٦/٣، البحر الرائق ٥٥/٦، تبيين الحقائق ٣٣٢/٤-٣٣٣ شرح فتح القدير ٣٢٤/٦، ٣٢٥.

- ويقرر **المذهب المالكي** فيما يستخلص من نصوصه نحو هذا القول مع التفصيل التالي:

١ - فإذا قرب ما بين الرؤيتين فالقول للبائع اتفاقاً، وعلى الأرجح أن القول له بلا يمين[٤].

٢ - وإذا بعد ما بين الرؤيتين، فتُتصور ثلاث حالات:-

الأولى – أن يقطع أهل المعرفة بالتغير أو عدمه، فإذا قطعوا بغلبة التغير فالقول للمشتري بلا يمين، وإذا قطعوا بعدمه فالقول للبائع بلا يمين أيضاً.

الثانية – أن يرجح أهل المعرفة أياً منهما، فكل من رجح قوله فالقول له بيمينه[٥].

الثالثة – أن يشكل الأمر، فهاهنا خلاف في المذهب. فالمشهور هو رأي ابن القاسم أن القول للبائع بيمينه، لأن البيع معلق على بقاء صفة المبيع والأصل بقاؤها، فمن ادعى الانتقال – وهو المشتري – فهو مدعٍ، والبائع هو المدعى عليه فيقبل قوله بيمينه. ومقابل المشهور رأي أشهب وهو أن القول للمشتري بيمينه لأنه غارم، فلا يغرم بالشك[١].

- أما المذهب الشافعي على ما نص عليه الشافعي في كتاب الصرف وما قطع به أكثر أتباع المذهب فعلى أن القول للمشتري بيمينه، لأن البائع يدعي عليه علمه بهذه الصفة فلم يقبل قوله كادعائه عليه اطلاعه على العيب[٢]، ولأن البائع يريد انتزاع الثمن من يد المشتري فلا ينتزع منه إلا بقوله[٣]، وثمة وجه ثانٍ أن القول للبائع بيمينه لأن الأصل عدم التغير[٤].

- وفي المذهب الحنبلي ثلاث روايات :

الأولى – وهي المقدمة على غيرها والمجزوم بها من صاحبي المغني والشرح الكبير وغيرهما أن القول للمشتري بيمينه كما هو المنصوص عليه في المذهب الشافعي، وحجتها أن الأصل براءة المشتري من الثمن فلا يلزمه ما لم يثبت عليه[٥].

---

[٤] انظر حاشية الرهوني ٧٩/٥ عازياً ما أورده اللخمي في تبصرته من تخليفه إلى خطأ مادي ، قارن المدونة ١٦٩/٧ حيث ورد قولها مطلقاً بتصديق البائع بيمينه.

[٥] الشرح الصغير ٤٣/٣.

[١] حاشية الدسوقي ٢٥/٣، مواهب الجليل ٢٩٥/٤، حاشية الرهوني ٧٩/٥-٨١، شرح الزرقاني على خليل ٣٧/٥.

[٢] المجموع ٣٥٩/٩، الروضة ٩٠/٣.

[٣] الحاوي ٢٧/٥.

[٤] المجموع ٣٥٩/٩، نهاية المحتاج ٤١٧/٣، ٤١٨، وقد جزم به الرملي في كتابه هذا قال: " وإنما صدق البائع فيما لو اختلفا في عيب يمكن حدوثه لأنهما قد اتفقا على وجوده في يد المشتري والأصل عدم وجوده في يد البائع ،ووجه تصديق المشتري في أن الأصل عدم علمه بالتغير" .

[٥] يراجع المغني ٨٩/٤، والشرح الكبير بهامشه ٢٧/٤، وقد اقتصر عليه صاحب شرح المنتهى ٣٨/٣، ويراجع المبدع أيضاً ٢٦/٤.

الثانية – أن القول قول البائع، للقاعدة المقررة في اختلاف البائع والمشتري في صفة المبيع: أن القول للبائع على المذهب، إذ لو قال المشتري للبائع: بعتني هذين بمائة، وقال البائع بل أحدهما بخمسين أو بمائة لكان القول للبائع، لأن الأصل عدم بيع الآخر، وهذا الأصل موجود هنا[٦].

الثالثة – أن العاقدين يتحالفان بناءً على القاعدة الآنفة الذكر، إذ فيها قولان، الأول أن القول للبائع وقد تقدم، والثاني أنهما يتحالفان وينفسخ العقد[٧].

ومما سبق بيانه يتضح أن أغلب الفقه الإسلامي يجيز التعاقد على الشيء بسابق الرؤية أخذاً بأن المعتبر هو العلم بالمعقود عليه المعين علماً نافياً للجهالة الفاحشة بحيث يتم تمييزه عن غيره، وذلك يحصل قطعاً بسابق الرؤية، ونرى كذلك أن احتمال التغير ليس ذا شأن في صحة العقد للعلة التي أشرنا إليها آنفاً، وإن كان التغير يجيز الخيار أسوةً بخيار العيب، بل هو نوع منه في الواقع، ومتى كان ذلك فإن الأصل السلامة من التغير كالسلامة من العيوب هي الأصل، فينبغي من ثم أن يكون القول قول البائع ومن في حكمه لأنه مدعى عليه والأصل يشهد له كما تقدم، وهذا نظر المذهب الحنفي والمذهب المالكي على الجملة كما هو وجه في المذهب الشافعي ورواية عند الحنابلة كما مر، ويلاحظ أن تفصيل المذهب المالكي يجري بناءً على استظهار الأصل في الصور التي ذكروها وهو لهذا أولى بالاتباع والأخذ به.

المطلب الثاني
التعيين في وقت التعاقد

قلنا إنّ التعيين الذي يقع وقت التعاقد هو التعيين المعتاد، ولكن هذا لا يعني سهولة الأمر، فهناك طرق عدة للتعيين بحسب نوع المحل وحسب حضوره أو غيابه ورؤيته أو عدم رؤيته.

ونختار تقسيم هذا الفرع إلى قسمين رئيسيين : الأول في تعيين المعين بالذات . والثاني في تعيين المعين بالنوع.

القسم الأول : تعيين المعين بالذات

٢١٠ – *تمهيد*

الشيء المعين بالذات هو الشيء المعروف بعينه لا الشيء الشائع في جنسه، كالسيارة التي يمتلكها فلان، أو البيت الذي يسكنه ونحو ذلك. أما المعين بالنوع، فهو الشائع في جنسه أو الذي

---

[٦] الإنصاف ٤/٢١٥، ٢١٦.

[٧] الإنصاف نفس الموضع السابق ، وص ٣٢٨و٣٢٩ منه.

يوجد نظيره في الأسواق، ويقع تعيينه في ذهن العاقدين كسيارة من نوع كذا ومن طراز كذا لونها كذا، الخ.

والشيء المعين بالذات على هذا إما أن يكون حاضراً في مجلس العقد أو غائباً عنه. وإذا كان حاضراً في مجلس العقد فإما أن يكون مرئياً وإما ألا يكون كذلك، ثم إذا لم يكن مرئياً فإما أن تستحيل رؤيته، أو تشق دون أن تصل إلى حدّ الاستحالة ، أو لا يتحقق فيها شيء مما تقدم. ولكل هذه المسائل حكم نبيّنه فيما يلي:

أولاً : الشيء الحاضر في مجلس العقد

نفرق كما سبق بين المرئي وغير المرئي:

٢١١ – (١) – الشيء المرئي

إذا كان الشيء حاضراً في مجلس العقد فإن تعيينه يكون بالإشارة إليه، وظاهر نصوص الفقه الإسلامي على أن الإشارة هي الوسيلة الوحيدة لتعيين معقود عليه كهذا، وإن كان **المذهب الحنفي** يتوسع في حدود هذه الإشارة فلا يستلزم الإشارة إلى عين المعقود عليه، وإنما يكفي أن يشار إلى مكانه الخاص على ما سيأتي تفصيله، والفرض هنا هو وجود الشيء في المجلس في غير مكانه الخاص به، إذ يبدو أن الفقه الإسلامي يتجه في جملته إلى عدم انعقاد العقد بغير الإشارة إليه بذاته، لأن الإشارة هي الوسيلة المثلى للتعيين، فلا يصار إليها إلا لضرورة، ولا ضرورة هنا[١].

على أن الفقه الإسلامي مع هذا لا يتشدد في الإشارة إلى جميع الشيء المعين، ففي المثلي يُكتفى برؤية بعضه، وفي غير المثلي يكتفى برؤية المقصود منه[٢].

٢١٢ – اجتماع الوصف مع الإشارة

وإذا كان العقد على الحاضر المرئي لا يصح بغير الإشارة، فإنه يجوز أن يجتمع الوصف مع الإشارة زيادةً في الإيضاح، ويحدث في العمل أن يختلف أحدهما عن الآخر، كأن يشير البائع إلى حصان

---

[١] الموسوعة الفقهية الكويتية، ج٩ص٢٣ حرف الباء- بيع الثمار – حضور المبيع وغيابه ، ٣٢، شرح فتح القدير ٣٩٥/٦ ، تبيين الحقائق للزيلعي ٤٨٠/٤، ٢٨١، الغرر ص ١٧٢و٢٠٤و٢٣٦.

[٢] المقرر في الفقه الإسلامي كأصل عام أنه يكفي رؤية ما يستدل به على المقصود من المبيع، وينتج من ذلك أنه يكفي رؤية بعض المال المثلي كظاهر الصبرة لما في تلك الرؤية من الدلالة على المقصود، إذ المال المثلي مما تتساوى أجزاؤه وتتماثل آحاده كما هو المعلوم، وضابط هذا المال أن يكون مما يصح بيعه بالأنموذج. أما المال غير المثلي وهو الذي لا تتساوى آحاده فلا بد من رؤية المقصود فيه، والفقه يختلف في ذلك . فمثلاً يقرر المذهب الحنفي أنه لابدّ من رؤية كفل الدابة . ويضيف المذهب الشافعي وجهها ومقدمها ومؤخرها وقوائمها ونحو ذلك، وفي شاة اللحم يقرر المذهب الحنفي ضرورة لمسها، وفي الشاة المتخذه للبن لابد من رؤية ضرعها، وهكذا، فالخلاف إنما هو في تحديد المقصود بالعقد لا في المبدأ . راجع تبين الحقائق ٣٤٢/٤، ٣٢٥، ٣٢٦، المجموع شرح المهذب ٣٥١/٩-٣٥٣ الفقه على المذاهب الأربعة ج٢ص ٥٢١، ٥٢٣، ٥٢٥ ، شرح فتح القدير ٣١٥/٦-٣١٧.

أسود ويصفه مع هذا بأنه حصان أحمر، فيقول: بعتك هذا الحصان الأحمر بكذا. وقد يبلغ الاختلاف مدى أبعد من هذا، فيصل إلى حدّ الاختلاف في الجنس، كأن يشير البائع مثلاً إلى حجر على أنه ألماس.

فما الحكم في كلا الحالين ؟

الفقه الحنفي يقرّر قاعدة مفادها أن الوصف في الحاضر لغو وفي الغائب معتبر، ويمثل هذا الفقه لهذه القاعدة بما لو أراد البائع بيع فرس أشهب حاضر في المجلس وقال في إيجابه : بعت هذا الفرس الأدهم وأشار إليه وقبل البائع صح البيع ولغى وصف الأدهم، أما إذا كان الموصوف غائبا عن المجلس فالوصف معتبر[٣].

وعلى هذا فإن الوصف يلغو وتعتبر الإشارة إلى الحاضر وحدها، وبذلك نجيب على الفرض الأول.

وأما على الفرض الثاني فإننا نكون عندئذٍ في حالة اختلاف بين اسم المبيع والإشارة إليه، ويقرّر الفقه هنا أن العبرة هي بالتسمية، لأن الاسم يحدد به جنس المبيع، فيكون هذا الاختلاف غلطاً في الجنس لا في الوصف، وهو غير مغتفر لأن المبيع يكون به معدوماً[٤].

والسر في ذلك أن التسمية والوصف هما وصف للماهية وتعريف لها، وبما أن اعتبار المعنى أرجح فيهما تكون التسمية والوصف أقوى من الإشارة في حالة وجود المسمى مخالفاً لجنس المشار إليه، أما إذا كان المسمى من جنس المشار إليه فإن الإشارة هنا تقطع الاشتراك وتزيل احتمال المجاز، ولذا فهي أقوى من التسمية والوصف فتُغلّب[١].

نخلص من ذلك إلى أنه عند الاختلاف بين التسمية والمشار إليه بما لا تخرج التسمية عن جنس المشار إليه يغلب المشار إليه ويكون الوصف لغواً، وعند الاختلاف إلى حدّ المغايرة في الجنس بين المسمى والمشار إليه يغلب المسمى فيبطل العقد، إلا أن ذلك مشروط لدى الفقه الحنفي بما إذا لم يكن العاقدان عالمين باختلاف الجنس، فإن العقد عندئذٍ يتعلق بالمشار إليه ويكون البيع صحيحاً.

---

[٣] المذكرة الإيضاحية ص ٢٤١.

[٤] الموسوعة الفقهية الكويتية، حرف الباء – مادة بيع – حضور المبيع وغيابه الجزء التاسع ص ٢٣.

[١] شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ٥٨/١، تبيين الحقائق للزيلعي ٣٨٠/٤، ٣٨١.

وبناءً عليه كما يقرر الفقه لو أشار شخص إلى جمل قائلاً للمشتري: قد بعتك هذا الحمار وكان المشتري عالماً بأن البيع لم يكن حماراً بل جملاً وقبل الشراء، فالبيع ينعقد بحق الجمل ولا ينعقد بحق الحمار المسمى، لأن العقد هنا يتعلق بالمشار إليه لعينه[٢].

٢١٣ – بيع الجزاف في الفقه الإسلامي

وإذا أشير إلى المرئي الحاضر في مجلس العقد ثبت حكمان: الأول لزوم العقد لأن الإشارة هي أقوى طرق التعيين كما مرّ، والثاني عدم تأثير جهالة قدر المعقود عليه عند أغلب الفقه الإسلامي، كما يفهم من كلامهم في بيع الصبرة [٣] جزافاً، وهذا هو المكان المناسب لعرض المسألة:

إن بيع الجزاف هو بيع ما يكال أو يوزن أو يعدّ بدون كيل أو وزن أو عدّ اكتفاءً بتقديره إجمالاً، أو هو بيع مالا يعلم قدره على التفصيل[٤].

وفي حكم إجرائه ثلاثة مذاهب:

الأول – البطلان اعتباراً بجهالة القدر والوصف، وهو لأكثر الشيعة الإمامية[٥].

الثاني– الكراهة مع الصحة على الأظهر في مذهب الشافعي لما فيه من جهالة القدر على الحقيقة، وهو نوع من الغرر[١].

والثالث – الجواز والصحة بلا كراهة، أخذاً من حديث ابن عمر رضي الله عنهما أنه قال " كنا نشتري الطعام من الركبان جزافاً فنهانا رسول الله صلى الله عليه وسلم أن نبيعه حتى ننقله من مكانه"[٢].

---

[٢] شرح المجلة لعلي حيدر ٥٨/١ ونص التعليل : " إذ التعريف بالشيء إنما يكون بأمرين الأول بالإشارة لعينه والثاني بتسميته فإذا اجتمع الاثنان فالاعتبار للعين لا للتسمية ". نفس الموضع السابق ، عند شرح المادة ٦٥ من المجلة ، وهي التي تنص على أن الوصف في الحاضر لغو وفي الغائب معتبر ، وتطابق المادة ٢٦٣ من (ق م م أ) وقد أوردنا ذلك في المتن، وقد جاء في الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٣٩٣ أنه إذا اجتمعت الإشارة والعبارة غلبت الإشارة ، مما يبدو منه تقارب المذاهب في هذه المسألة.

[٣] الصبرة هي الكومة المجموعة من طعام وغيره، سميت صبرة لإفراغ بعضها على بعض . كشاف القناع ١٩٢/٣ وفي اللسان ٤٤١/٤: " الصبرة ما جمع من الطعام بلا كيل ولا وزن بعضه فوق بعض" .

[٤] المادة ٥٨٢ قانون المعاملات المدنية الإماراتي، وشرح حدود ابن عرفة للرصاع ٣٣٤/١، شرح الزرقاني ٢٩/٥، حاشية الدسوقي ٢٠/٣ مواهب الجليل ٢٨٥/٤ حيث يقول ابن عرفة " باب بيع الجزاف : بيع ما يمكن علم قدره دونه".

بقية هوامش الصفحة السابقة

[٥] جاء في شرائع الإسلام للحلي ١٧/٢: " لا يجوز بيع ما يكال أو يوزن أو يعدّ جزافاً ولو كان مشاهداً كالصبرة ما لم يكن معلوم المقدار والوصف "، نحوه في مصباح الفقاهة ٢٨٢/٥، وفي مفتاح الكرامة ص ٣٩١. أن ابن الجنيد وبعض المتأخرين من علمائهم خالفوا في هذا الحكم فأجازوا بيع الجزاف .

هوامش الصفحة الحالية

[١] نهاية المحتاج ٤١٥/٣ .

ثم إنه لا جهالة في هذا البيع لأن البيع معلوم بالرؤية والمشاهدة، ولا تضر جهالة قدره إذ هي لا تمنع التسليم والتسلم أشبه بجهالة قيمة المبيع، وأيضاً فإن استلزام رؤية كل جزء من أجزاء المبيع بهذه الطريقة لا يخلو من مشقة،لأن الغالب أن يكون قدراً مجموعاً بعضه على بعض كالحب ونحوه، ولأن أجزاءه متساوية في الظاهر فتكفي رؤية ظاهره، وهذا بخلاف الثوب فإن نشره لا يشق. هذا هو السائد في الفقه الإسلامي[٣].

ثم إن هؤلاء قد اتفقوا على بعض ما يشترط لصحة بيع الجزاف كما اختلفوا في بعض، فمما اتفقوا عليه أنه إذا كان الجزاف مقابلاً للجزاف من جنسه فلا يجوز لأن ذلك من قبيل المزابنة المنهي عنها شرعاً[٤]ويشترط لصحة البيع المماثلة في القدر، ولا يمكن هذا في الجزاف لأنه عبارة عن بيع مالا يعلم قدره.

ويجري الاتفاق كذلك على صحة انعقاد البيع بالثمن الجزاف كأن يقول المشتري للبائع :اشتريت منك هذا الثوب بملء هذه الصرّة من الدراهم وإن لم يعلم قدرها لأن الثمن عندئذٍ يكون معلوماً بالمشاهدة فلا غرر فيه[٥].

ولا خلاف في لزوم رؤية المبيع الجزاف بأن يكون بحيث يشار إليه في مجلس العقد، لأن الغرر لا ينتفي إلا بذلك.

وهل تكفي الرؤية المتقدمة ؟

ظاهر المدونة في المذهب المالكي عدم الاكتفاء بها، واكتفى ابن حبيب[١] بها، وهو اختيار ابن رشد وغيره[٢].

---

[٢] الحديث رواه البخاري (٢١٦٧) باب منتهى التلقي ، وليس فيه الجزاف ، ومسلم (١٥٢٧) باب بطلان بيع المبيع قبل القبض ،كما رواه أبو داود (٣٤٩٤) باب في بيع الطعام قبل أن يستوفي ، والنسائي (٤٦١٥) باب بيع ما يشتري من الطعام جزافاً قبل أن ينقل من مكانه ، فالحديث غاية في الصحة لأنه متفق عليه.

[٣] المغني ٢٢٦/٤ و ما بعدها . قال : "ولا نعلم فيه خلافاً " ، البحر الزخار ٣٢٠/٣، حاشية ابن عابدين ٥٣١/٤. ، الموسوعة الكويتية ٢٣/٩ شرح المجلة لعلي حيدر ١٨٠/١، المحلى ٣٠/٩ المسألة (١٥٤٣) شرح النيل ٢٤٥/٨ ، المادة ٢١٧ من المجلة ، المادة ٤٠٤ من مرشد الحيران ،كشاف القناع ١٩٤/٣، شرح منتهى الإرادات ١٤٢/٣.

[٤] فسر مالك المزابنة بأنه كل شيء من الجزاف الذي لا يعلم كيله ولا وزنه ولا عدده ابتيع بشيء مسمى من الكيل أو الوزن أو العدد ، انظر الموطأ ص ٣٨٨، وقد روى البخاري (٢٣٨١) ومسلم (١٥٣٩) عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن المزابنة والمحاقلة ، والمزابنة اشتراء التمر بالتمر في رؤوس النخل وعن جابر : نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الصبرة من التمر لا يعلم مكيلتها بالكيل المسمى من التمر . رواه مسلم (١٥٣٠) باب تحريم بيع صبرة التمر المجهولة القدر بتمر، وقد حكى ابن المنذر في إجماعه ص ٧٧ أنهم " أجمعوا على النهي عن بيع المحاقلة والمزابنة وانفرد ابن عباس " انظر أيضاً المغني ١٣٤/٤، حاشية ابن عابدين ٥٣١/٤، المنتقى ٧/٥، تبيين المسالك ٢٩٦/٣، ٢٩٧، شرح صحيح مسلم ص ٩٧٠، ٩٧٥، اللؤلؤ والمرجان ص ٤٣٧ حديث ٩٩٢.

[٥] البحر الزخار ٣٢١/٣، إلا أن المذهب الحنفي يوجب فيه الخيار ويسميه خيار الكمية حاشية ابن عابدين ٥٣١/٤.

ويظهر من عبارات غير المذهب المالكي اشتراط الرؤية التي تقترن بالعقد، ومفاده عدم صحة بيع الجزاف من الأعمى لأن من شرطه الرؤية البصرية وهي في حقه متعذرة، غير أن المذهب المالكي يقيد الشرط بما ليس في رؤية المبيع فساد له كقلال الخل المختومة يفسدها الفتح فتباع على الصفة ولو من البائع[٣]، ومقتضى هذا القول صحة بيع الجزاف من الأعمى في هذه الحالة، لأن منع البيع لعله عدم رؤية المبيع وهي هنا منتفية لعدم اشتراطها، فلا معنى والحال هذه للتفرقة بين الأعمى والبصير.

ثم إن الفقه بعد ذلك مختلف في الشروط الزائدة عما سبق بيانه، ويظهر أن مذهبي أبي حنيفة وأهل الظاهروبعض الزيدية تكتفي بما تقدم[٤]، وأنّ المذاهب الأخرى تضيف منها جملة:

أ . فالمذاهب الثلاثة المالكي والشافعي والحنبلي وجانب من المذهب الزيدي يضيفون شرطاً مؤداه ألا يعلم واحد من المتبايعين قدر المبيع، وعبارة المالكية في ذلك " أن يستوي البائع والمشتري في العلم بمقداره وفي الجهل به[٥]".

وهنا نتصور أن يعلم أحدهما دون الآخر، لأنهما لو علماه معاً لم يكن ذلك من قبيل بيع الجزاف بل من قبيل بيع المعلوم القدر والوصف، ولو جهلاه فقد تحقق الشرط فلا إشكال في صحة البيع، أما لو علم أحدهما دون صاحبه فهنا الإشكال ولذلك تعددت الأقوال فيه، ويمكن أن نستبصر إذن أربعة أقوال رئيسة:

الأول – أن البيع يبطل في هذه الحال ، لما روى عبد الرزاق الصنعاني[٦] عن ابن المبارك عن الأوزاعي أن الرسول صلى الله عليه وسلم قال " لا يحل لرجل أن يبيع طعاماً جزافاً قد علم كيله حتى يعلم صاحبه"[١]، والنهي يقتضي فساد المنهي عنه، ولأن الظاهر أن البائع لا يعدل إلى

---

[١] عبد الملك بن حبيب بن سليمان بن هارون العباسي الأندلسي القرطبي، فقيه من كبار أتباع الإمام مالك، من تصانيفه غريب الحديث ، الواضحة في السنن والفقه، ت ٢٣٨ هـ (الديباج المذهب ص ٢٥٢ ، ٢٥٤ رقم ٣٢٧ ، ترتيب المدارك ٣ / ٣٠ ، تذكرة الحفاظ ٢ / ٩١ رقم ٥٥٤، الأعلام ٤ / ١٥٧، معجم المؤلفين ٦ / ١٨١).

[٢] انظر الزرقاني ٥/٢٩و٣٠ ، قال البنّاني بهامشه : لا يشترط في الجزاف الحضور مطلقاً وإنما يشترط فيه الرؤية بالبصر سواءً كانت مقارنة للعقد أو سابقة عليه. انظر كذلك حاشية الرهوني ٥/٧٣-٧٦.

[٣] حاشية الدسوقي ٣/٢٠، مواهب الجليل ٤/٢٨٥، ٢٨٦، الخرشي على خليل ٥/٣٨ شرح الزرقاني ٥/٢٩، حاشية الرهوني ٥/٧٣ .

[٤] هو مذهب المؤيد ويحيى ، البحر الزخار ٣/٣٢٠.

[٥] القوانين الفقهية ص ٢١٢.

بقية هوامش الصفحة السابقة

[٦] عبد الرزاق بن همام بن نافع الصنعاني أبو بكر ، حافظ للأحاديث ، ثبت ثقة ، وثقه أكثر المحدثين كأحمد وغيره ممن نذكر بعضهم ، وكادوا يجمعون على توثيقه ، ومع ما رماه بعضهم بالتشيع لم يتركوا الثقة بروايته إلا من ندر ، ولد رحمه الله سنة ١٢٦ هـ بصنعاء ، وأخذ عن الأوزاعي وابن جريج ، وروى عنه ابن حنبل وابن معين وسفيان الثوري ، وتوفي باليمن سنة ٢١١ هـ ، من مؤلفاته المصنف : كتاب حافل جمع فيه الأحاديث و آثار الصحابة (وفيات الأعيان ٢ / ١٠٣ رقم ٣٩٨ ، تهذيب التهذيب ٢ / ٥٧٢ – ٥٧٤ ، الأعلام ٣ / ٣٥٣ ، معجم المؤلفين ٥ / ٢١٩) .

هوامش الصفحة الحالية

البيع جزافاً مع علمه بقدر الكيل إلا للتغرير بالمشتري والغش له[٢]، هذا رواية لأحمد قال بها طائفة من أصحابه، وقول الهادي[٣] والقاسم [٤] من الزيدية[٥].

الثاني – البطلان في حالة واحدة هي ما إذا أعلمه الآخر بأنه يعلم قدر المبيع وكتمه قدره مع ذلك، فهنا يتبين دخول العاقدين على الغرر وهو ممنوع، أما ما عدا ذلك فلا بطلان فيه ويثبت الخيار لمن لم يعلم، لأنه من باب الغش والتغرير يثبت الخيار فيه جبراً لما فات من رضا، هذا مذهب مالك[٦].

الثالث – الخيار لمن لم يعلم فقط مع تقرير الصحة في جميع الأحوال، أما الصحة فلأنه لم يرد نص صحيح بالبطلان، وحديث الأوزاعي لا يثبت، وأما الخيار فلأن علم أحد العاقدين بمنزلة الغش والتدليس كما تقدم أعلاه فيثبت به الخيار، كما لو كتم البائع العيب عن المشتري ولم يعلم به، ومقتضى هذا أن المشتري مثلاً لو علم بقدر المبيع كما علمه البائع فلا خيار، ولو جهله ولكن علم بعلم البائع به فلا خيار أيضاً، لأنه على الحالين دخل على بصيرة من أمره . هذا رواية لأحمد أيضاً قال بها القاضي، وقول أبي طالب [٧] من الزيدية[٨].

الرابع – الصحة واللزوم مطلقاً بدون خيار، الصحة لما تقدم من عدم ثبوت الحديث، ولأنه لم يأت نص على البطلان، واللزوم قياساً على الصفات الأخرى التي لا يعلمها المشتري في المبيع وليست بمؤثرة في صحة البيع، كمن باعه إليه أول مرة وأين وجده ونحو ذلك.

---

[١] الحديث أخرجه ابن حزم في المحلى وأعلّه بأنه شديد الانقطاع ، المحلى ٣٠/٩، وذكر صاحب المغني ٤/ ٢٢٨ أنه لا يثبت، وقد أخرجه عبد الرزاق في مصنفه ١٣١/٨، ١٣٢ دون تعليق من محققه الشيخ المحدث حبيب الرحمن الأعظمي.

[٢] المغني ٢٢٨/٤.

[٣] الهادي إلى الحق هو يحيى بن الحسين بن القاسم بن إبراهيم الرسي نسبة إلى جبل قرب المدينة المنورة يقال له الرس الحسني العلوي الهاشمي، إمام زيدي، ومن كبار فقهاء هذا المذهب، ولد بالمدينة المنورة سنة ٢٢٠ هـ، ثم نزل بصعدة من بلاد اليمن وبويع له بالخلافة ووصل ملكه إلى مكة المكرمة وتوفي بصعدة المذكورة سنة ٢٩٨ هـ وهو جد أكثر أئمة (ملوك) اليمن، من مؤلفاته الإحكام في الحلال والحرام والسنن والإحكام، الجامع (الأعلام ٨ / ٢٩٨).

[٤] القاسم بن إبراهيم الرسي الحسني العلوي الهاشمي جد الهادي إلى الحق فيما يظهر، من أئمة الزيدية، له أتباع يسمون القاسمية، ولد سنة ١٦٥ هـ بالمدينة المنورة ، وتوفي بالرس جبل قرب المدينة المنورة الذي سبق ذكره ، وذلك سنة ٢٤٤ هـ (الأعلام ٥ / ١٧١)

[٥] المغني ٤ / ٢٢٨ ، الإنصاف ٢٢٦/٤، البحر الزخار ٣٢٠/٣ وقد قصر القاسم البطلان على علم البائع دون المشتري .

[٦] المنتقى ٩/٥و١٠ ، الغرر ص ٢٣٧.

[٧] أحمد بن إبراهيم بن الحسن بن علي بن إبراهيم الحسني العلوي القرشي، من أئمة الفقه الزيدي توفي سنة ٣٥٣ هـ، كذا في الجزء الأول من كتاب البحر الزخار، هامش ص ١٢ .

[٨] المغني ٢٢٨/٤، شرح المنتهى ١٤٢/٣، كشاف القناع ١٩٤/٣، المبدع ٣٦/٤، الإنصاف ٢٢٦/٤، البحر الزخار ٣٢٠/٣ وقد قصر أبو طالب الخيار على علم البائع دون المشتري.

هذا رأي أبي حنيفة والشافعي وأهل الظاهر[١]وهو أعدل الأقوال؛ لأن الشرط في المبيع معرفته لاعدده وقد حصلت بالمشاهدة، وما لم يشترط المشتري خيار الشرط فليس له الخيار؛ لأن علم البائع بقدر المبيع ليس عيباً متعارفاً حتى يثبت الخيار فيه إلا في صورة التغرير المؤدي إلى غبن فاحش[٢].

ب. والمذاهب الثلاثة المتقدمة تضيف شرط استواء الأرض التي يكون بها المبيع، وعبارة المالكية هي استواء الأرض التي عليها المبيع في علم التعاقدين أو ظنهما [٣]، فإذا لم تكن الأرض مستوية فما الحكم ؟ في المسألة أربعة أقوال كذلك:

الأول: البطلان، وهو قول نسب إلى بعض محققي المذهب الشافعي للجهل بصفة المبيع، وقد ضعفه الغزالي[٤] والرافعي[٥]، وعلى القول بالبطلان : لو باع الصبرة والمشتري يظنها على أرض مستوية فبان تحتها دكة فهل يتبين بطلان المبيع ؟ فيه وجهان أصحهما الصحة وللمشتري الخيار، والثاني يبطل لأن معرفة المقدار تخميناً أو تحقيقاً شرط[٦].

الثاني: البطلان في حالة واحدة فقط هي ما إذا علم أحد العاقدين بعدم الاستواء فيبطل العقد، وفيما عدا هذا يثبت الخيار، وهو قول المالكية[٧].

الثالث– الصحة على الأصح في المذهب الشافعي، لأن معرفة المقدار بعد العيان لو كانت شرطاً لما صح البيع بصرّة من الدراهم مرتبة غير موزونة[١].

الرابع –التفرقة بين ما إذا كان المشتري يعلم بأن الصبرة في أرض غير مستوية فلا خيار له، وبين ما إذا كان لا يعلم فله الخيار بين الفسخ وأخذ تفاوت ما بين الحالين كالعيب، فإذا كان

---

[١] انظر : المحلى ٣٠/٩ المسألة ١٥٤٣، والمراجع السابقة في المذهبين الحنفي والشافعي.

[٢] تنص المادة ١٨٧ من (ق م م أ) على أنه إذا غرر أحد المتعاقدين بالآخر وتحقق أن العقد تم بغبن فاحش جاز لمن غرر به فسخ العقد . وقد أخذت هذه المادة في مجموعها من المذاهب الأربعة مجتمعة. انظر المذكرة الإيضاحية ص ١٣٨.

[٣] حاشية الدسوقي ٢٠/٣.

[٤] محمد بن محمد بن أحمد الغزالي الطوسي، أبو حامد، حجة الإسلام فيلسوف فقيه متكلم أصولي، من كبار أئمة المذهب الشافعي، ولد بالطابران عاصمة طوس مدينة في خراسان سنة ٤٥٠ هـ، وتوفي بها سنة ٥٠٥ هـ، له نحو ٢٠٠ مصنف، منها إحياء علوم الدين، الوجيز، الوسيط في الفقه الشافعي، المستصفى في علم الأصول، وقد اعتنى بترجمة الإمام الغزالي رحمه الله جمع من المعاصرين والمستشرقين (شذرات الذهب ٤ / ١٠ – ١٣، طبقات الشافعية ٣ / ٤١٦ – ٥٣٢ رقم ٦٩٤ ، الأعلام ٧ / ٢٢ ، ٢٣، معجم المؤلفين ١١ / ٢٦٦ الخ) .

[٥] عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم بن الفضل بن الحسين بن الحسن الرافعي القزويني، أبو القاسم، من كبار فقهاء الشافعية، ولد سنة ٥٥٧ هـ فيما ذكر الزركلي نقلاً عن غيره، وقال كحالة سنة ٥٥٥ هـ، وكانت ولادته برافع من أعمال قزوين ولذا سمي الرافعي، وقيل بل نسبة إلى جده الصحابي رافع بن خديج رضي الله عنه ، توفي سنة ٥٨٠ هـ ، من مؤلفاته فتح العزيز شرح الوجيز كتاب حافل مفيد في شرح وجيز الغزالي وهو المسمى عند الشافعية بالشرح الكبير، المحرر في الفقه أيضاً، الوضوح شرح المحرر، الأمالي الشارحة لمفردات الفاتحة وغيرها (سير أعلام النبلاء ٢٢ / ٢٥٢ رقم ١٣٩ ، الطبقات ٤ / ٤٠٠ – ٤٠٦ رقم ١١٩٢ ، الأعلام ٤ / ٥٥ ، معجم المؤلفين ٦ / ٣) .

[٦] الوسيط ٣٥/٣، العزيز ٥٠/٤، المجموع ٣٨١/٩.

[٧] حاشية الدسوقي ٢٠/٣.

[١] الوسيط ٣٥/٣.

البائع غير عالم بذلك فله الفسخ، ويحتمل ألا خيار له لأن الظاهر أنه باع ما يعلم فلا يثبت له الفسخ بالاحتمال، هذا ما يقضي به المذهب الحنبلي[٢].

ولعل الصواب هو القطع بالصحة؛ لأن استواء الأرض مما تمكن معرفته وإدراكه بسهولة، فليس عيباً إلا في صورة التغرير الذي قد يمارسه البائع إن تحقق شرطه، وهو أن يؤدي إلى غبن فاحش كما ذكرنا للتوّ.

ج. ويضيف المذهبان المالكي والشافعي شرطاً لصحة بيع الجزاف مؤداه معرفة مقدار المبيع تخميناً أو تحقيقاً [٣] .

هذه عبارة المذهب الشافعي، أما عبارة المذهب المالكي فهي أن يكون المبيع مما يتأتى فيه الحزر والتقدير، وأن يحزر فعلاً من أهل الحزر وإلا لم يصح [٤] .

د. ثم ينفرد المذهب المالكي بأربعة شروط أخرى على النحو التالي:

١ - أن يكون المتبايعان من أهل الحزر بأن يكونا من قوم اعتادوه بينهم لأنه لا يخطيء إلا يسيراً، فلو كان أحدهما عن غير أهل الحزر أي غير معتاد عليه لم يجز البيع، لأن الغرر يعظم حينئذٍ فيدخل في النهي عن بيع الغرر. ولا يخفى أن اعتياد الحزر بحسب هذا الشرط أكثر خصوصية من مطلق معرفته[٥].

٢ - ألا يكون المبيع جزافاً كثيراً جداً بحيث يتعذر حزره، وألا يقل جداً لأنه لا مشقة في علمه حينئذٍ فلا يحتاج إلى بيعه جزافاً ويتعين العلم بكيله أو وزنه، وبعبارة أخرى يجب أن يكون المبيع من الكثرة بحيث يخفى أمره ومبلغه على التحقيق[٦].

٣ - أن يكون المبيع مقدراً بالكيل أو الوزن أو الذرع، أما المعدود فيشترط فيه أن تحصل المشقة في عده بأنه يكون كثيراً، فلو كان قليلاً جداً لم يجز لأنه لا تكون ثمة مشقة في علمه بالعدد[١]، ويجب ألا تقصد أفراده بالثمن كالعبيد والثياب والدواب، ويستثنى من هذا ما تقصد آحاده ولا يختلف ثمنه كبراً وصغراً كالبطيخ والفقوس والرمان والأترج، وقيل إن ذلك يستثنى لا لاتحاد الثمن وإنما لقلته، لأن قلة الثمن تقوم مقام عدم قصد

---

[٢] المغني ٢٢٦/٤و الشرح الكبير بهامشة ٣٥/٤، الفروع ٢٣/٤، المبدع ٣٦/٤ شرح المنتهى ١٤٢/٣- ٤٤،كشاف القناع ١٩٤/٣و١٩٥.

[٣] المجموع ٣٨١/٩.

[٤] حاشية الدسوقي ٢٠/٣، مواهب الجليل ٤/ ٢٨٦، الخرشي ٥/ ٢٨.

[٥] شرح الزرقاني ٣٠/٥، التاج والإكليل ٢٨٦/٤، مواهب الجليل ٢٨٦/٤-٢٨٧.

[٦] المنتقى ١/٥ ، حاشية الدسوقي ٢٠/٣.

[١] حاشية الدسوقي ٢٠/٣، الشرح الكبير بهامشة ٢٠/٣، ٢١، المنتقى ٨/٥، مواهب الجليل ٢٨٧/٤، الخرشي ٢٩/٥، الزر قاني ٣١/٥.

الآحاد[٢]. وإنما فرق المذهب المالكي بين المعدود وغيره لأن العدّ ميسّر لغالب الناس ولا يشق عليهم، بينما المكيل والموزون مظنة المشقة لاحتياجهما إلى مكان وميزان قد لا يتأتيان لكل الناس[٣].

٤ - وأخيراً يشترط المذهب المالكي ألا يباع جزاف مع مكيل إلا أن يأتي على الأصل، فالأصل في بيع الأرض الجزاف وفي بيع الحب الكيل، ومؤدى الشرط عدم جواز بيع الأرض جزافاً مع مائتي قدم من أرض أخرى مثلاً بمبلغ من النقود، وعدم جواز بيع كيس من القمح وعشرة أرادب منه بمبلغ من النقود كذلك، لأن كلاً من الأرض والحب قد جاء على خلاف أصله في المثالين، أما مثال ما يجيء على أصله فكأن تباع قطعة أرض مع أردب قمح بكذا من النقود لأن قطعة الأرض بيعت جزافاً والقمح قد بيع كيلاً، وكلاهما جاء على أصله فاجتماعهما في صفقة واحدة جائز[٤].

ونرى أن المذهب المالكي متشدّد في بيع الجزاف بما أثقل به الحكم بجوازه من الشروط المتقدمة على نحو ما رأينا، مما من شأنه أن يفرّغ الحكم بالجواز من مضمونه القائم على مراعاة الحاجة وعلى التيسير في التعامل.

٢١٤– (٢) – الشيء غير المرئي

الشيء الحاضر في مجلس العقد قد لا يكون مرئياً، وذلك يتصور في حالتين رئيستين، الأولى : أن تستحيل رؤيته على العاقد الآخر بسبب من هذا العاقد نفسه لا من المعقود عليه، كالأعمى. والأخرى : أن يكون المعقود عليه في مكان ما يحفظه. وهنا نتصور فرضين: الفرض الأول أن يكون هذا المكان مما يستطاع نزع المحل عنه بغير مشقة، والثاني أن يكون من غير المستطاع نزعه عنه إلا بمشقة[١]. ونتناول هاتين الحالتين بالتفصيل المناسب:

٢١٥ – الحالة الأولى: استحالة رؤية المحل (عقد الأعمى)

---

[٢] الشرح الكبير ٣/٢٠، ٢١، وقد جاء في تبيين المسالك ٣/٢٩٤ " ألا تقصد أفراده أي آحاده فإن قصدت كالثياب والدواب لم يجز ما لم يقلّ ثمن الآحاد كالبيض والتفاح والرمان " راجع كذلك المنتقى ٥/ ٨، وسائر المراجع التي سلف بيانها – وحاشية الرهوني ٥/ ٧٦ والقول الأخير حكاه ابن بشير عن المذهب والأول قول المازري .

[٣] تبيين المسالك ٣/٢٩٦، مواهب الجليل ٤/٢٩٥-٢١٢ ، حاشية الدسوقي ٣/٢٣ .

[٤] حاشية الدسوقي ٣/٢٠ ، مواهب الجليل ٤/٢٨٥.

[١] أما ما لم يوجد بعد كالمنفعة والعمل ونحو ذلك فإنه لا يكون من باب الشيء الحاضر في مجلس العقد . بخلاف الفرض هنا – وقد تناولناه في الفصل الأول من هذا الباب الذي عقدناه لشرط الوجود – وبعضه معين بالنوع، وسيأتي بيان كيفية تعيينه . وبقي الحق بيعاً وشراءً وهو كالمنفعة كما قدمنا ، ولكنه غالباً ما يتجسد في أشياء مادية كحق التأليف يتجسد في كتاب ما. فهو كالشيء الحاضر المرئي أو الغائب بحسب الأحوال .

ثار في الفقه الإسلامي خلاف في مدى جواز العقد من الأعمى، وهذا الخلاف وإن تعلق بأهلية الأعمى في إبرام العقود فإنه متعلق – من جهة أخرى – بمدى جواز وصف المعقود عليه لاستحالة رؤيته بالنسبة إلى المتصرف إليه، مما يستوجب أن نلمّ بالاتجاهات الفقهية السائدة حول هذه المسألة.

نرصد في هذا الصدد اتجاهين:

- **الاتجاه الأول:** وهو اتجاه مسرف في المنع، خلاصته أن كل ما يفتقر إلى نظر فلا يجوز للأعمى أن يتولاه بنفسه وإن جاز أن يوكل فيه غيره، فالتصرفات المالية من بيع وشراء ورهن وهبة وخلافها تتوقف على الرؤية البصرية في المذهبين، ولا طريق للأعمى إلى رؤية المعقود عليه فيها، أشبه بما لو باع النوى في التمر والبيض في الدجاج[٢]أو كأن يبيع غائباً على ألّا خيار له[٣].

ثم إن للأعمى قصوراً عن إدراك الجيد والرديء، ولا يقوم إخبار غيره له بأوصافه مقام رؤيته له، لأنه ربما ندم إذا أخبره برداءة لونه مثلاً ويحتاج إلى ردّه مع الحياء[٤]. هذا ظاهر المذهبين الشافعي والإباضي، وقد روي عن الإمام أحمد كذلك[٥].

ويستثني هذا الفريق – مع التسليم بالمبدأ المتقدم– أمثلة لا يتوقف فيها العقد على نظر:

فالمذهب الشافعي يستثني ما لو رأى المشتري العين المراد بيعها ثم أصابه العمى في زمان لا يتغير فيه غالباً، بناءً على أن البيع على الرؤية المتقدمة ليس من قبيل بيع الغائب، كما يستثني إجارة الأعمى عمل نفسه لأنه أعلم بها وغيره يراه، والسلم ليس مما يلزم فيه رؤية المعقود عليه إذ المعتبر وصفه لا عينه[٦]، ولذا يجوز للأعمى أن يباشره إن عمي بعد التمييز بلا خلاف، ويجوز أن يباشره إن خُلق أعمى أو عمي قبل التمييز على الأصح، كل هذا ما لم يكن رأس المال معيناً فلا يصح، لأن من شرطه رؤية عينه ولم تتحقق من الأعمى[١].

ويستثني المذهب الإباضي على الخصوص مالا يتوقف على نظر، فيجوز للأعمى مباشرته بالبيع والشراء،كبيع الماء باليوم أو بالليلة أو بتسمية كربع يوم على الصحيح. وفي المذهب المذكور قول بصحة بيع ما يتوقف على نظر ولا يتغير في عينه ولونه إن كان قد عرفه قبل العمى، وقول آخر بصحته ولو لم

---

[٢] الشرح الكبير بهامش المغني ٢٨/٤.

[٣] المهذب مع المجموع ٣٦٦/٩.

[٤] علي حيدر، شرح المجلة ١/ ٢٧٦ عند شرح المادة ٣٢٩ .

[٥] الفروع ١٥/٤.

[٦] نهاية المحتاج ٤٢٢/٣.

[١] انظر فيما تقدم أيضاً المجموع ٣٦٦/٩، ٣٦٧.

يره متى كان نفعاً له ولم ينقصه، وكأنه في هذا شبه الأعمى بناقص التمييز: يمضي من تصرفاته مافيه مصلحة له وينقض منها ما ليس كذلك، ويرى المذهب الإباضي أن للأعمى أن يبيع مال غيره لا ماله إن علمه أو وصف له أو علمه صاحبه[٢].

- **الاتجاه الثاني**: وهو على عكس الاتجاه الأول يرى صحة العقود التي يباشرها الأعمى بنفسه، لأنه يمكن الاطلاع على المقصود ومعرفته بأي سبيل ممكنة غير سبيل الرؤية. هذا هو السائد في الفقه الإسلامي وهو كذلك وجه في المذهب الشافعي صححه النووي[٣]، كما هو قول في المذهب الإباضي أيضاً[٤]،ويجيب بعض أصحاب هذا الاتجاه على الاستدلال لعدم جواز بيع الأعمى بعدم جواز بيع النوى في التمر ونحوه، بأنه لا يمكن الاطلاع عليه ولا وصفه بخلاف العقود التي يباشرها الأعمى[٥].

٢١٦ – مدى لزوم العقد في ذلك

على القول بجواز العقد إذا كان أي من طرفيه أعمى ينشعب هذا القول في الكلام على ما يتحقق به لزوم العقد إلى فرقتين:

(**الأولى**) وهي تنتحي ناحية الإصرار على إهدار اعتبار الشم والذوق في المشموم والمذوق، لأن الرؤية هي أعظم طريق يعرف به اعتبار جميع الأشياء، والصفات المرئية تدل على جميع المقاصد الخفية غالباً[٦]. هذا هو الأصح لدى المذهب الشافعي حتى على القول بجواز بيع الأعمى وشرائه، وفي هذه الحالة يقوم وصف غيره له مقام رؤيته، لأنه كما يجوز أن يستنيب في خيار الشرط يستنيب في هذا الخيار[١]. ومفاده ضرورة اجتماع وصفين: الأول ما لابد منه لصحة العقد، والثاني ما يسقط الخيار

---

[٢] شرح النيل ٢٣٩/٨، ٢٤٠.

[٣] روضة الطالبين ٨٩/٣. والنووي هو يحيى بن شرف بن مري بن حسن الحزامي الحوراني، النووي أبو زكريا محيي الدين، إمام الشافعية في عصره ومن أكابر أهل الإسلام، حافظ فقيه متفنن، ولد بنوى من قرى حوران سنة ٦٣١ هـ وتوفي بها سنة ٦٧٦ هـ واستوطن دمشق زماناً طويلاً، من كتبه المنهاج مختصر في الفقه الشافعي بليغ محرر عليه شروح كثيرة كتحفة المحتاج ونهاية المحتاج وغيرها، شرح صحيح مسلم، المجموع شرح المهذب للشيرازي غاية في الإتقان والإحاطة بالآراء الفقهية مع العبارة السلسة والدقة المتناهية ولم يتمه، الأذكار ، رياض الصالحين، روضة الطالبين في فروع الفقه الشافعي من أنفس كتب المذهب، تصحيح التنبيه، تهذيب الأسماء واللغات، وكتب أخرى كثيرة مفيدة (الطبقات ٤ / ٤٧١ – ٤٧٤ رقم ١٢٨٨ ، تذكرة الحفاظ ٤ / ١٤٧ رقم ١٤٧٤، الأعلام ٨ / ١٤٩ ، ١٥٠ ، معجم المؤلفين ١٣ / ٢٠٢) .

[٤] شرح النيل ٢٣٩/٨، ٢٤٠.

[٥] الشرح الكبير ٢٨/٤، المغني ٢٧٧/٤.

[٦] الوسيط للغزالي ٣٦/٣، ٣٧، المجموع ٣٥٧/٩، العزيز ٥٢/٤.

[١] المجموع ٣٦٦/٩والمهذب معه.

ويحقق اللزوم، وهو الذي يوكل الأعمى فيه غيره ليخبره بصفة المعقود عليه،وجماع هذا مستفاد من قولهم " يثبت له الخيار عند وصف السلعة له ويكون الوصف بعد العقد كرؤية البصير"[٢].

(والفرقة الثانية)– وهي أكثر الفقه تفرق بين أمرين:

الأول – ما يمكن العلم به عن غير سبيل الرؤية كالشم والذوق واللمس، فهذا يصح في مجلس العقد بلا وصف، ويكون لازماً بمجرد تعرفه بإحدى هذه الطرق.

والثاني – ما لايمكن العلم به بإحداها، أي ما سبيله الرؤية، كاللون في الثوب والطول في الأشياء ونحو ذلك، فهنا يفترق الفقه كذلك إلى ثلاث شعب:

١ - فيذهب الأكثرون إلى اعتبار الوصف في اللزوم، مع إعطاء الأعمى خيار الخلف في الصفة أسوة بخيار العيب[٣].

٢ - ويذهب أبو يوسف إلى عدم اعتبار الوصف، فمثلاً يرى في بيع العقار من أعمى أن ما يسقط خياره هو الوقوف في مكان لو كان بصيراً لرآه ثم أن يقول: رضيت ! لأن التشبيه يقوم عنده مقام الحقيقة عند العجز، كتحريك الشفتين مكان قراءة الأخرس في الصلاة، وإجراء الموسى في موضع الحلق للحاج الذي لا شعر في رأسه[٤].

٣ - ويذهب بعض أتباع أبي حنيفة إلى أن على المشتري الأعمى تنصيب وكيل يقوم بقبض المبيع ليراه، لأن رؤية الوكيل كرؤية الموكل على ما يقرره المذهب، لا يسقط خياره إلا بذلك[٥].

٢١٧ – ترجيح اللزوم

ونرى أن يشبّه بيع الأعمى ببيع الغائب فيما الشأن إدراكه بالبصر، فيكون لازماً إن استقصيت أوصافه على ما نعرض له في بيع الغائب، وأن يعامل معاملة البصير فيما يدرك مقصوده بالشم أو بالذوق أوباللمس إن كان حاضراً في مجلس العقد، ويكون على الحالين عقداً لازماً ليس فيه

---

[٢] المرجع السابق، نقلاً عن المتولي، إلا أنه ذكر وجهاً ثانياً مقابلاً للأصح في مسألة التوكيل في الرؤية بوجه عام هو عدم جوازه، لأنه خيار شهوة ولا يتوقف على نقص ولا غرض، فلا يجوز التوكيل فيه ،كمن أسلم على أكثر من أربع نسوة فإنه لا يصح توكيله في الاختيار .(المجموع ج٩ ص ٣٥٦).

[٣] يراجع في هذا حاشية الدسوقي ٢٤/٣، الهداية ٣٦/٣، تبيين الحقائق ٣٢٩/٤، شرح فتح القدير ٦، ٣٢١، المحلى ٤٣٩/٨م ١٤٦١و٣٤٤/٨م ١٤١٤م ٣٣٧/٨م ١٤١١، المغني ٢٧٧/٤٤، السيل الجرار ٥٢٧/٢، الإنصاف ٢١٥/٤ ، الفروع ١٥/٤شرائع الإسلام ١٨/٢، المقتصر ص ١٦٦، الخلاف ١٧٠/٣، الدر المختار ص ٤٠٥.

[٤] الهداية ٣٦/٣.

[٥] المرجع السابق ، نفس الموضع ، وهو للحسن بن زياد اللؤلؤي.

خيار؛ لأن طرق معرفته تحققت، فإذا كان المحل غائباً فلا ريب عندنا في لزوم العقد عليه بالوصف المستقصى الذي يثبت معه خيار الخلف في الصفة.

وعلى هذا فرأي الجمهور هو أرجح الآراء في هذه المسألة.

٢١٨ – الحالة الثانية: عدم رؤية المحل لوجوده فيما يحفظه

أشرنا فيما سبق إلى وجود فرضين في هذا الصدد، الأول أن يسهل إخراج المحل مما هو فيه بغير مشقة، والثاني عكسه، ونتناولهما فيما يلي على الترتيب المشار إليه:

٢١٩ – الفرض الأول : مالا مشقة في إخراجه

في هذا الفرض إما ألا يرى المعقود عليه أصلاً، أو يرى بعض ماهو غير مقصود فيه لاحتجابه فيما أعدّ لحفظه، وعلى هذا نخرج من فرضنا ما يرى بعضه ويستدل به على سائره، كالمثلي والقيمي إذا رُئي المقصود به، وذلك لأن المحل يضحى في هذه الحالة مرئياً في مجلس العقد، وقد سبق أن تكلمنا عنه.

إنما مثال ما نحن بصدده أن يُشترى كتاب في غلافه دون أن يفض ليُعلم بعض محتواه، ومثل ذلك السكر في الكيس يشتري دون رؤية، والحال أنه لا مشقة في رؤيته كما ذكرنا.

اختلف الفقه الإسلامي في ذلك اختلافاً واسعاً نجمله في خمسة آراء:-

- **الرأي الأول**: أنه يكفي لتعيينه الإشارة إلى مكانه الخاص فقط ولو لم يعلم جنسه ولا نوعه اعتباراً بأن الإشارة هي أبلغ أسباب التعريف، وأن جهالة الوصف والقدر لا تفضي بعد ذلك إلى المنازعة لأن للمشتري ونحوه خيار الرؤية. هذا ظاهر المذهب الحنفي[١]، ومذهب المؤيد من فقهاء الزيدية[٢]،وهو وجه شاذ ضعيف في المذهب الشافعي[٣].

---

[١] جاء في شرح فتح القدير ٣٠٩/٦ وتبيين الحقائق ٣٢١/٤ ، والبحر الرائق ٤٣/٦ عند قوله : (ومن اشترى شيئاً لم يره فالبيع جائز وله الخيار إذا رآه): "إطلاق الكتاب يقتضي جواز البيع سواء سمى جنس المبيع أو لا، وسواءً أشار إلى مكانه وهو حاضر مستور أو لا مثل إن يقول بعت منك ما في كمي، بل عامة المشايخ قالوا إطلاق الجواب يدل على الجواز عنده، وطائفة قالوا: لا يجوز لجهالة المبيع من كل وجه، والظاهر أن المراد بالإطلاق ما ذكره شمس الأئمة وغيره لبعد القول بجواز ما لم يعلم جنسه أصلاً كأن يقول بعتك شيئاً بعشرة ا. هـ" . وقوله ما ذكره شمس الأئمة هو قول السرخسي صاحب المبسوط: " الإشارة إليه أو إلى مكانه شرط الجواز حتى لو لم يشر إليه ولا إلى مكانه لا يجوز بالإجماع ".

[٢] البحر الزخار ٣٢٤/٣ لقوله: "وإنما يصح – أي بدون ذكر الجنس والنوع – عند (م) أي المؤيد" . أما المؤيد فهو المؤيد بالله الكبير، أحمد بن الحسين بن هارون الأقطع ، من أبناء زيد بن الحسن العلوي الطالبي القرشي، أبو الحسين، إمام زيدي غزير العلم بالفقه والغ وعلوم القرآن والشعر، كان من أهل طبرستان، ولد بها في آمل سنة ٣٣٣ هـ، وبويع بالديلم إماماً فحكمها عشرين سنة، وتوفي سنة ٤٢١ هـ، من مؤلفاته الأمالي، الإفادة ، التجريد في علم الأثر، شرح التجريد (الأعلام ١ / ١١٦ ، معجم المؤلفين ١ / ٢٠٩) .

[٣] بناءً على القول بصحة بيع الغائب. انظر المجموع ٩ / ٣٥٣، ٣٥٤.

- **الرأي الثاني**: أن الإشارة تكفي إذا علم جنس المعقود عليه على الأرجح في المذهب الحنفي[١].
- **الرأي الثالث**: تكفي الإشارة مع العلم بجنس المعقود عليه ونوعه، إذ بهذا يحصل التمييز، وما عداه لا يضر الجهل به، لأنه يجبر بخيار الرؤية، هذا هو الأرجح في المذهب الزيدي[٢]، ووجه شاذ ضعيف في المذهب الشافعي[٣].
- **الرأي الرابع**: لا تكفي الإشارة إلى مكان المعقود عليه، بل لابدّ أن تُكمّل بالصفة، أي بذكر الجنس والنوع والقدر إن كان من المقدرات ولم يتوفر على شروط البيع جزافاً، هذا قول في المذهب المالكي اختاره اللخمي[٤]، ويبدو أنه وجه في المذهب الشافعي على القول ببيع الغائب كما سيأتي، وعلى هذا الوجه يفتقر المعقود عليه إلى ذكر معظم الصفات[٥].

وما تقدم هو أظهر الروايات في المذهب الحنبلي وقول أهل الظاهر أيضاً؛ لأن الحنابلة يقولون:" يصح البيع بالصفة إذا كانت العين المعينة غائبة أو حاضرة مستورة كجارية منتقبة وأمتعة في ظروفها أو نحو ذلك[٦]"، وأهل الظاهر يقولون: " يجوز بيع الثوب الواحد المطوي أو في جرابه أو الثياب الكثيرة إذا وصف كل ذلك ، فإن وجد كما وصف فالبيع لازم وإلا فالبيع باطل[٧]"، وبيّن من هذا عدم الفرق بين ما تشق رؤيته وما لا تشق، ويبدو أن من قرروا صحة العقد على الغائب هذا مذهبهم، فعلى هذا الرأي لا تكفي الإشارة إلى المعقود عليه المستتر بل لابدّ من أن يوصف وصفاً نافياً للجهالة الفاحشة.

- **الرأي الخامس**: أن الإشارة والوصف لا يكفيان لصحة العقد ومابدّ من رؤية المعقود عليه، وأن تخريجه على الخلاف في بيع الغائب غير ممكن، لأنه لا مشقة في رؤيته ولا ضرورة في العقد عليه بهذه الكيفية. هذا هو الأشهر في المذهب المالكي[٨]، وقول أكثر أصحاب الشافعي[٩]، ويمكن استفادته

---

[١] انظر المراجع المتقدمة في الهامش الأول. وحاشية ابن عابدين ٥٣٠/٤ حيث جاء في ص ٥٢٩ ما نصه : "للعلامة الشرنبلالي رسالة سماها نفيس المتجر بشراء الدرر حقق فيها أن المبيع المسمى جنسه لا حاجة إلى بيان قدره ولا وصفه ولو غير مشار إليه أو إلى مكانه" ، ثم ضعفه كما في ص ٥٣٠ .

[٢] البحر الزخار ٣٢٤/٣.

[٣] المجموع ٣٥٤/٩.

[٤] في سماع عيسى عن ابن القاسم : " لو قال من ابتاع ما بهذا الصندوق بعد ذهابه وجدته على خلافها لم يصدق ولزمه بيعه" . قال الحطاب ٤/ ٢٩٧: "فأخذ منه اللخمي جوازه ". وانظر ص ٢٩٨ من ذات المرجع وستأتي في مواضع من هذه الرسالة بعض الأقوال الموافقة لما قرره اللخمي.

[٥] المجموع ٣٥٤/٩، ٣٦٢.

[٦] كشاف القناع ١٨٧/٣.

[٧] المحلى ٣٤٤/٨ المسألة ١٤١٤.

[٨] مواهب الجليل ٢٩٧/٤و٢٩٨ وملخصه :" قال ابن عرفة : والمعروف منع بيع حاضر المتعاقدين بصفته ودليله قول المدونة : من ابتاع ثياباً مطوية لم ينشرها ولا وصفت له لم يجز، وقال في التوضيح : ما ذكر أنه الأشهر هو مذهب الموازية، ومقابله مذهب العتبية، فقد أجاز فيها بيع ما في صندوق على الصفة . وظاهر المدونة الجواز في خمسة مواضع ، ذكر ابن شاس أنها مؤولة على ما إذا كان في رؤيتها مشقة ". انظر في هذا المعنى فتاوى البرزلي ١٦٠/٣.

[٩] المجموع ٣٦٢/٩، ٣٦٣ .

من المذهب الحنبلي في خصوص ما قرره من أنه لا يصح بيع ثوب مطوي ما لم يُر منه ما يدل على بقيته[١]، كما يمكن أن يخرّج على ما نص عليه أحمد من عدم صحة بيع الأنموذج لأنه في معناه[٢]، والأولى بمن يبطل صحة العقد على الغائب أن يبطل هذا لما تقدم.

٢٢٠ – الفرض الثاني : ما في إخراجه مشقة

لا خلاف في الفقه الإسلامي على جواز بيع الرمان والبيض والبرتقال والموز ونحو ذلك في صوّانه، أي القشر المباشر الذي يحيط به ويحفظه، وذلك لأن هذا الصوان من مصلحته ويشق نزعه عنه[٣].

ومن ثم نخرج هذا الذي وقع الإجماع عليه من حيّز الخلاف لنحصره في أمرين:

الأول – ما لا يتحقق فيه وصف الصوان، على معنى أنه ليس من مصلحته قطعاً أو شكاً، فهل يلتحق به أو لا يلتحق ؟

والثاني – ما تضعه الصناعة البشرية من تغليف بعض الأشياء لحفظها، كما هو الشأن في الأغلفة تضعها المصانع أو التجار في عصرنا كالأدوية والعلب البلاستيكية والمعدنية، وهي عادةً لا تشف عن المعقود عليه.

فأما ما يشف عن المعقود عليه كالمياه المعدنية مثلاً فيجب أن نقصيه من دائرة البحث؛ ذلك لأنه يتحقق إدراكه بالبصر، ولا يتوجه فيه كبير خلاف إلا ما قرره المذهب الشافعي من أنه إذا رئي المبيع من وراء قارورة هو فيها فلا يكفي بحجة أنه بيع غائب، وأن المعرفة التامة لا تحصل به وأن غلافه ليس فيه صلاح له[٤].

وهذا الرأي مرجوح عندنا لسببين :

الأول – أننا ننتهي إلى جواز بيع الغائب على ما نبينه فيما يلي.

والثاني – أن المبيع هنا مرئي، وأن المعرفة التامة برؤيته من وراء قارورته تحصل به خلافاً لما قرروه، وتشددهم ليس في محله.

---

[١] معونة أولي النهى ٢٥/٥، وكشاف القناع ١٩١/٣، الفروع ١٥/٤، شرح المنتهى ١٤٠/٣.

[٢] الفروع ١٥/٤، كشاف القناع ١٨٧/٣.

[٣] مواهب الجليل ٢٩٤/٤ مغني المحتاج ٢٧/٢، تبيين الحقائق ٢٩٧/٤، ٢٩٨. مجمع الأنهر ٢٩/٣، ٣٠، حاشيتا قليوبي وعميرة ٢٦٣/٢، شرح فتح القدير ٢٧٠/٦، ٢٧١، حاشية الجمل ٣٥٠/٤، ٣٥١ التجريد لنفع العبيد ٢٤٦/٢، تحفة الحبيب ١٩/٢.

[٤] المجموع شرح المهذب ٣٥٢/٩، العزيز ٥٧/٤، ويقارن بما هو مقرر في الفقه الحنفي من أنه إذا رأى المشتري دهناً في قارورة من خارجها لا يبطل خياره – أي خيار الرؤية – في المروي عن أبي حنيفة ومحمد ، وعن محمد أنه يبطل . تبيين الحقائق ٣٢٧/٤، شرح فتح القدير ٢٤٦/٦.

هذا إلى حصول المشقة الناجمة عن فتح العلبة أو القارورة؛ لأن العرف يقضي بأنها لا تفتح إلا عند إرادة استعمالها فقط وأن فتحها للتجربة يفسدها [٥].

فهاهنا إذن أمران:

الأول : – ما يكون من أصل خلقة المحل، ويمكن أن نعرّفه بأنه جزء طبيعي من المحل غير مقصود من العقد بخلافه بحيث يحجبه عن الرؤية ويشق نزعه عنه.

والثاني: ما ليس من أصل خلقة المحل، إلا أن ضرورة حفظه أو صيانته أو تخزينه فرضت حجبه بذلك الشيء بحيث لا يرى، ومن هنا كانت المشقة في إخراج المحل منه أو نزعه عنه.

وطبيعي أن يكثر النوع الثاني كثرة لا عهد للزمن القديم بها نظراً لدخول الصناعة في أكثر السلع والبضائع اليوم، ولتقارب المسافات بين الدول والشعوب وازدهار التجارة فيما بينها، فعلى أي أساس يمكن تخريج الخلافات الفقهية القديمة وكيف يمكن الاستفادة منها في ظل توفر المعلومات وضرر الاقتصار على مذهب واحد دون غيره ؟.

ذلك وينبغي التنويه بأن اختلاف الفقه ليس هو إلا من قبيل الخلاف في تحقيق المناط؛ فالصور التي نعرض لها لم يرد نص في أعيانها غالباً، وإنما يأتي الخلاف من تكييفها وما إذا كانت تخضع لضابط عام أوقاعدة كلية وردت بها الشريعة تحريماً أو إجازة. ولهذ كثر الخلاف كما كثرت الأقوال والوجوه في داخل المذهب الواحد.

٢٢١ – النوع الأول : ما يكون من أصل الخلقة

تصور ما هو من أصل خلقة المحل واضح، مثاله الجوز واللوز والباقلاء في قشره ويسمى ما يختفي في قشره، أوبتسمية القانون هو ما مأكوله في جوفه (م ٥٩٢)، ومن ذلك الحب المشتد في سنبله إذا كان في ساتره كالبُرّ وقد أوردته هذه المادة.

ويدخل في هذا العنوان ما يكمن في الأرض وهو بتعبير المادة (٦١٢/أ) من قانوننا المستور في الأرض كالجزر والفجل والبصل والثوم[١].

بقية هوامش الصفحة السابقة

[٥] قارن وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته ٢٦٤/٤ حيث يقول : قد تكون مع رؤية المبيع مشقة أو ضرر ، مثل بيع الأطعمة المحفوظة ونحوها من الأدوية والسوائل والغازات التي لا تفتح إلا عند الاستعمال .

هوامش الصفحة الحالية

[١] المذكرة الإيضاحية لـ ق م م أ ص ٥٤١.

ونافجة المسك[٢]والدرّ في الصدف في هذا تدخل؛ لأن الجميع عبارة عن أشياء مستترة بحائل من أصل خلقتها، وتتحقق المشقة غالباً في إخراجها لرؤيتها والاطلاع عليها؛ إما لما في هذا الإخراج من تضييع للمال على صاحبه، وإما لأن في وجودها بذلك الحائل صلاحاً لها، وإما لغير ذلك، وما بدّ من أن نسلم بكثرة اختلاف الفقه في هذه المسائل كلها للسبب الذي أشرنا إليه، ولكن سبيلنا أن نجعل قانوننا الذي نحن بصدده محوراً لدرسها من واقع القواعد التي ضمّنها نصوصه، وهو ما ننتهجه فيما يلي:

٢٢٢- المسألة الأولى : مع الشك في وجود المحل

قد يكون وجود المحل في ساتره مشكوكاً فيه كما في المستور في الأرض، وهذا ما نلحظه حتى عند من ذهبوا إلى إجازة التعاقد عليه بهذه الحال، لأننا سنرى أنهم اشترطوا شروطاً من شأنها تبديد الاحتمال في عدم وجوده.

وإذن ففي المستور في الأرض أربعة آراء:

- **الرأي الأول**: يجوز مطلقاً، ويثبت للمشتري الخيار عند القلع بشرط أن يكون معلوم الوجود وقت البيع، وإلا لم يجز في القياس، وقد أفتى بعض أصحاب هذا الرأي بالجواز استحساناً، وبعضهم به إذا كان الموجود أكثر من المعدوم.

هذا رأي المذهب الحنفي[١]، وهو مخرّج على جواز بيع الغائب في المذهب الشافعي قطع به إمام الحرمين[٢] وقول لبعض الزيدية[٣]، وقد خرّجه ابن عقيل[٤] على قول أحمد بجواز بيع الغائب، وإليه ذهب ابن تيمية[٥].

---

[٢] نافجة المسك أو فأرته هي جلدة يكون فيها المسك وأصله دم يجتمع في كيس في سرة الطبية ثم يتقور ويسقط وقد ييبس الدم فيصير كالفتات . النظم المستعذب في شرح غريب المهذب، مطبوع مع المهذب ٣٦٧/١، ٣٦٨، وأنشد بعضهم كما في المغني ٢٧٦/٤-٢٧٧:

إذا التاجر الهندي جاء بفأرةٍ *** من المسك راحت في مفارقهم تجري .

[١] البحر الرائق ٥٠٤/٥ ، تبين الحقائق ٢٩٨/٤، حاشية ابن عابدين ٥٥٩/٤.

[٢] الأم ٥٧/٣-٨٥ ، المجموع شرح المهذب ٣٦٣/٩، المهذب ٣٦٨/١.

[٣] هو القاضي زيد انظر البحر الزخار ٣١٧/٣ حيث نقل عنه قوله :" يجوز بيع ما يمكن في الأرض كالفجل ونحوه ويخير المشتري إن لم يتضرر بالقلع ".

[٤] علي بن عقيل بن محمد بن عقيل البغدادي الظفري الحنبلي، أبو الوفاء، فقيه أصولي مقرىء واعظ من أعيان الحنابلة، ولد ببغداد سنة ٤٣١ هـ ، وتوفي بها سنة ٥١٣ هـ، له الفنون، الفصول، التذكرة، الانتصار لأهل الحديث، وفي الأصول له كتاب الواضح (شذرات الذهب ٤ / ٣٥ – ٤٠ ، معجم المؤلفين ٧ / ١٥١ ، ١٥٢) .

[٥] القواعد النورانية ص ١٢٣-١٢٥ وهو رأي ابن القيم أيضاً كذا في إعلام الموقعين ٣١٢/٤ قال ابن تيمية : "ولاشك أنه ظاهر، فإن المنع إنما يكون على قولنا لا يصح بيع ما لم يره، فإذا صححنا بيع الغائب فهذا من الغائب . ثم قال : وهذا القول أي الجواز هو قياس أصول أحمد وغيره ؛ لوجهين: أحدهما أن أهل الخبرة يستدلون برؤية ورق هذه المدفونات على حقيقتها، الثاني أن هذا مما تمس حاجة الناس إلى بيعه ، لأنه قد يتعذر عليهم مباشرة القلع الاستنابة فيه وإن قلع جملة فسد بالقلع الخ " . المصدر السابق ص ١٢٥.

- **الرأي الثاني**: يجوز بيع مغيب الأصل كالجزر والبصل والثوم والفجل والقلقاس واللفت والكرنب إذا بدا صلاحه وهو استحقاقه للأكل بشروط ثلاثة:

١ - أن يرى المشتري ظاهره.

٢ - أن يُقلع شيء منه ويرى.

٣ - أن يحزر إجمالاً – ولا يجوز بيعه من غير حزر بالقيراط أو الفدان.

فإذا تحققت هذه الشروط لا يكون مغيب الأصل مجهولاً لأن هذه طريق معرفته.

هذا قول المالكية[١]، وغير خاف أن من شأن هذه الشروط الدقيقة أن تباعد بينه وبين الغرر في وجوده أيضاً كما باعدت بينه وبين الغرر في صفته.

الرأي الثالث: وهو عكس الرأيين المتقدمين، خلاصته أنه لا يجوز بيع المستور في الأرض مطلقاً، لأن المقصود مستور، ولا يجوز إلا بيع ما ظهر من هذه الأشياء بشرط قطعه.

وحتى على القول بجواز بيع الغائب لا يتخرج جواز هذا البيع، لأننا لو جعلنا الخيار للمشتري لكان له أن يردّه بعد قلعه ولو لم يكن فيه عيب، وفي هذا ضرر بالبائع، كما أن خيار الرؤية إنما يُستعمل فيما يرد على حاله، أما مغيّب الأصل فالخيار فيه يرد بعد القلع، ولهذا لم يصح.

هذا رأي الشافعية في الأظهر صححه النووي[٢]، وهو قول الظاهرية[٣] وأكثر الزيدية[٤].

الرأي الرابع: التفريق بين ما المقصود منه مستور في الأرض فلا يجوز بيعه ، وبين ما المقصود منه غير مستور فيجوز بيعه. هذا رأي كثير من الحنابلة، والمنصوص عن أحمد، قالوا: " لا يجوز بيع ما المقصود منه مستور في الأرض كالجزر والفجل والبصل والثوم حتى يقلع ويشاهد، لأنه بيع مجهول لم يُر ولم يوصف، فأشبه بيع الحمل فهو من الغرر المنهي عنه" [٥].

ويلاحظ هنا أن تشبيه المستور في الأرض بالجنين دليل على أن الغرر المحذور في هذا البيع يأتي من ناحية وجوده أيضاً فضلاً عن جهالة صفته.

فإذا كان المستور في الأرض مما تقصد فروعه وأصوله كالبصل الأخضر والكراث والفجل أوكان مما تقصد فروعه، فالأولى جواز بيعه عند ابن قدامة، لأن المقصود منه ظاهر فأشبه الشجر والحيطان التي

---

[١] حاشية الدسوقي ١٨٤/٣، بداية المجتهد ١٦٠/٢.

[٢] المجموع شرح المهذب ٣٦٨/٩.

[٣] المحلى ٨/ ٣٩٠و٣٩٢ المسألة ١٤٢١.

[٤] البحر الزخار ٣١٧/٣ وقد سمى الزيدية البيع هنا بأنه بيع الكامن في الأرض كأصل البصل والجزر والثوم ولو كان مورقاً.

[٥] المغني لابن قدامة ٢٠٧/٤، ٢٠٨، الشرح الكبير ٢١٠/٤، ٢١١.

لها أساسات مدفونة، ويدخل ما لم يظهر في البيع تبعاً فلا تضر جهالته، كالحمل في البطن واللبن في الضرع مع الحيوان. أما إن كان معظم المقصود منه أصوله لم يجز بيعه في الأرض لأن الحكم للأغلب، وكذلك إذا تساويا لأن الأصل المنع[٦].

٢٢٣ – صور أخرى

ويلتحق بالمستور في الأرض الدر في الصدف والنوى في التمر والحب في القطن ونحو ذلك، وقد علل الفقه المنع منها بجهالة صفتها مع عدم الحاجة إلى بيعها على غلافها الذي هي فيه، وذلك أنه لا يترتب على نزعها من هذا الغلاف أي فساد لها، فيكون البيع غرراً من غير حاجة فلا يجوز[١].

ويضيف المذهب الحنفي إلى ذلك " أن النوى في التمر والحب في القطن، وكذلك اللبن في الضرع واللحم والشحم في الشاة والإلية والأكارع والجلد فيها وكذا الدقيق في الحنطة والزيت في الزيتون والعصير في العنب كل ذلك منعدم في العرف، فإنه يقال: هذا تمر وقطن ولا يقال هذا نوى في تمره ولا حب في قطنه [٢]".

أما الدر في الصدف فقد صرح الأحناف بأنه " مجهول لا يعلم وجوده ولا قدره ولا يمكن تسليمه إلا بضرر وهو كسر الصدف، وعن أبي يوسف قول بالجواز لأن الصدف لا ينتفع به إلا بالكسر فلا يعدّ ضرراً قيد به ، ولأنه لو باع الحبوب في غلافها لجاز لكونها معلومة وتعلم بالقبض " [٣].

كما قد صرّح بعضهم بأن النوى في التمر له خطر العدم، وبعضهم صرّح بأن في وجوده احتمالاً [٤].

ومن ذلك يُعلم أن بطلان هذه الصور يلحظ فيه غرر الوجود بأكثر مما يُلحظ فيه من غرر الصفة؛ وذلك لأنه قد لا يوجد في الصدف و نحوها شيء كما لا يوجد في الضرع شيء من اللبن. فلو قطع العلم بوجود الدر في صدفه مثلاً، فيظهر أن اتجاه الفقه إلى جواز العقد عليه.

٢٢٤ – المسألة الثانية : مع عدم الشك في وجود المحل

---

[٦] المغني لابن قدامة ٢٠٧/٤، ٢٠٨، الشرح الكبير ٢١٠/٤، ٢١١.

[١] المجموع ٣٧٠/٩-٣٧٢.

[٢] بدائع الصنائع للكاساني ١٣٩/٥، تبيين الحقائق ٣٦٦/٤، فتح القدير ٢٩٥/٦، حاشية ابن عابدين ٥٦٠/٤و٦/٥، البحر الرائق ١٢٢/٦، مجمع الأنهر ٨٠/٣، ٨١ والتفرقة عن أبي يوسف كما أوردته المراجع المشار إليها.

[٣] حاشية ابن عابدين ٦/٥و٤٤.

[٤] المراجع المتقدمة في المذهب الحنفي، هذا ويرى صاحب الفروع في المذهب الحنبلي ١٩/٤ أنه يحتمل جواز بيع النوى في التمر تخريجاً على قواعد المذهب، لأنها وعاء له تصونه وتحفظه فيشبه ما مأكوله في جوفه وتجار ذلك يعرفونها فلا غرر، قال صاحب الإنصاف ٢١٧/٤: " وهو قوي في النظر " . وأرى شخصياً أن العبرة هي بمدى القطع بوجود النوى في التمر ونحوه ، فما قطع بوجوده جاز التعاقد عليه وإلا فلا.

إذا كان المحل موجوداً على نحو مقطوع به في غلافه أو في المكان المعدّ لحفظه من أصل خلقته، فهل يجوز إجراء عقد من عقود المعاوضة عليه كالبيع بالرغم من جهالة حاله ؟

إنه لا اختلاف بين الأحناف والمالكية والحنابلة والزيدية والأمامية وأهل الظاهر على جواز بيع الجوز واللوز والباقلاء ونحوها في قشرها الأعلى، كما لا اختلاف على أنه لا يلزم أن يكسر شيء منه ليرى ما بداخله، ولا أن البيع يقع في كل ذلك على اللزوم. قالوا :" لأنه مستور بحائل من أصل خلقته كالرمان والبيض، ولأن بقاءه في قشره فيه مصلحة له لأنه لا قوام له في شجره إلا به. والباقلاء يؤكل رطباً وقشره يحفظ رطوبته، وهو يباع في أسواق المسلمين بقشره من غير نكير، فكان ذلك إجماعاً – ولأن الحاجة تدعو إلى بيعه كذلك لكونه يفسد إذا أخرج من قشره " [١].

٢٢٥ – بيع الحب وحده ورأي الفقه الشافعي

أما الحب المشتد في سنبله فيجوز بيعه في سنبله بلا خلاف عند هذه المذاهب، فإذا بيع الحب وحده أي من غير هذا السنبل وهو لا يزال فيه فقد انقسمت هذه المذاهب فيما بينها إلى ثلاثة آراء :

- **الأول**: الجواز مع وجوب إخراج الحب على البائع من درس وتذرية، وللمشتري خيار الرؤية، كما ذهب إلى ذلك الأحناف[٢].
- **والثاني**: يجوز بالشروط التالية:

١ - أن يكون بيعها بعد يبسها.

٢ - ألا يتأخر تمام حصدها ودرسها وذروها أكثر من خمسة عشر يوماً حذراً من السلم في معين.

٣ - أن تباع بالكيل لا جزافاً لعدم رؤيتها.

هذا هو **مذهب المالكية**، وهم يشترطون لصحة بيع الحب مع سنبله :

١ - أن يكون المبيع بعد يبسه.

٢ - أن يباع جزافاً إذا كان قائماً أو قتاً لا منفوشاً أو في تبنه ما لم يره المشتري قائماً في سنبله ويحزره، ولا يجوز أن يباع بالفدان بلا حزر.

---

[١] المغني ٢٠٨/٤، الشرح الكبير ٤/ ٣٣، مواهب الجليل ٢٩٤/٤، تبيين الحقائق ٢٩٧/٤، ٢٩٨، المجموع ٣٧٠/٩، المحلى ٣٩٢/٨/ ١٤٢٢، البحر الزخار ٣١٧/٣، الخلاف ٩٠/٣م ١٤٦، شرائع الإسلام ١٩/٢.

[٢] تبيين الحقائق ٢٩٧/٤، ٢٩٨، شرح فتح القدير ٢٧١/٦، مجمع الأنهر ٢٩/٣.

٣ - أن يكون مما ثمرته في رأسه ليمكن حزره كالقمح، لا ما ثمرته في قصبه كالفول لعدم إمكان حزره [٣].

- **والثالث**: يجوز مطلقاً على ظاهر عبارة المذهب الحنبلي، بدليل أخذ القانون بعبارة الجواز بإطلاق، ولعل ذلك لأن الحب هو المقصود من العقد وما عليه تابع له.

وأما **الشافعية** فيمنعون بيع الجوز واللوز ونحوها في قشرها الأعلى على المذهب، وإن كان ثم قول بضعيف بجوازه رطباً.

وعلة المنع عندهم فيما تقدم استتار المقصود بما ليس من مصلحته ولا فيه بقاء له، فيبقى المعقود عليه مجهول الصفة، وهو لم يُر أصلاً حتى يجري فيه الخلاف في صحة بيع الغائب بالوصف؛ إذ لا يمكن وصفه وهو بتلك الحال [١].

وفي بيع الباقلاء إذا كان رطباً قولان مشهوران لدى الشافعية بالجواز والمنع، الأول ادعى إمام الحرمين[٢] والغزالي صحته، والثاني صححه الشيرازي صاحب المهذب [٣] وهو المنصوص عليه [٤].

فأما إذا كان يابساً فصححه من الشافعية من يرى جواز بيع الغائب[٥].

ويجري المذهب الشافعي في الحب في ساتره على الآتي:-

---

[٣] الشرح الكبير بهامش الدسوقي ٢٤/٣، مواهب الجليل ٤/ ٢٩٤، بداية المجتهد ١٦٠/٢ المنتقى ٢/٤، و١٣/٥.

[١] المهذب ٣٦٨/١ ، المجموع ٣٧٠/٩، ومذهب الصحة هو في الوسيط ٣٩/٣ وفيه يقول الغزالي : " القشرة العليا من الجوز الرطب ، منهم من جعله مانعاً للاستغناء عنه ومنهم من ألحقه بالسفلى ففيه مصلحة إبقاء الرطوبة، والظاهر أن القشرة العليا من الباقلا تكفي رؤيتها لأن الرطوبة فيها مقصودة " . وعكسه الرافعي في العزيز ٥٧/٤ فإنه قال " إن كان المرئي صواناً للباقي كقشر الرمان والبيض كفى رؤيته وإن كان معظم المقصود مستوراً لأن صلاحه في إبقائه فيه وكذا لو اشترى الجوز واللوز في القشرة السفلى . ومفهومه عدم جواز بيع الجوز واللوز في القشرة العليا على المذهب " .

[٢] عبد الملك بن عبد الله بن يوسف بن محمد الجويني ، أعلم المتأخرين من أصحاب الشافعي، ولد في جوين من أعمال نيسابور سنة ٤١٩ هـ ، ورحل لبغداد فمكة فالمدينة ولذا قيل له إمام الحرمين ثم عاد لبلده ودرس بالمدرسة النظامية، توفي بنيسابور سنة ٤٧٨ هـ، من مؤلفاته نهاية المطلب في دراية المذهب، البرهان في علم الأصول، شرح الورقات في أصول الفقه أيضاً (الأعلام ٤ / ١٦٠ ، الطبقات ٣ / ١٥٨ – ٢٠١ رقم ٤٧٧ ، شذرات الذهب ٣ / ٣٥٨ – ٣٦٢، معجم المؤلفين ٦ / ١٨٤ ، ١٨٥) .

[٣] إبراهيم بن علي بن يوسف بن عبد الله الشيرازي الفيروز أبادي، أبو إسحاق، من أئمة الشافعية أصولي متكلم متقن، ولد بفيروز أباد بلدة بفارس سنة ٣٩٣ هـ ودخل شيراز فنسب إليها وقدم البصرة وبغداد وتوفي ببغداد سنة ٤٧٦ هـ ، قال الشافعية : وإذا قيل الشيخ في كتب المذهب الشافعي عُني الشيرازي . من كتب المترجم له المهذب كتاب نفيس في الفقه الشافعي، ويلحظ أن ابن قدامة الحنبلي يقبس منه أحياناً فيما لا نص لديه في مذهبه وقد شرحه النووي وغيره ،كما له كتاب التنبيه في المذهب أكثر اختصاراً من المهذب، وفي الأصول له اللمع والورقات (الطبقات ٢ / ٤٨٠ – ٥٠٦ رقم ٣٥٧ ، تهذيب الأسماء واللغات ٢ / ١٧٢، الأعلام ١ / ٤٤) .

[٤] المهذب ٣٦٨/١، المجموع ٣٧٠/٩. والمراد بقولهم وهو المنصوص عليه أي ما نص عليه الإمام الشافعي في الأم . وقد جاء في الأم ج٦ ص ١٦٥ : " وعلى الجوز قشرتان ، قشرة فوق القشرة التي يرفعها الناس عليه ولا يجوز بيعه وعليه القشرة العليا، ويجوز بيعه وعليه القشرة التي إنما يرفع وهي عليه ، لأنه يصلح بغير العليا ولا يصلح بدون السفلى، وكذلك الرانج وكل ما كانت عليه قشرتان " . ١. هـ.

[٥] في المجموع ٣٧٠/٩: "وأما بيعه في قشره الأعلى والأسفل إن كان يابساً لم يجز على قولنا بمنع بيع الغائب فإن جوزناه جاز، هكذا صرح به إمام الحرمين والبغوي والجمهور، وحكى المتولي وجهاً أنه يصح إن منعنا بيع الغائب، وهذا شاذ ضعيف، لأنه مستور بمالا يحتاج إلى بقائه فيه ولا حاجة إلى شرائه كذلك " . ١. هـ.

١ - إذا وقع البيع على الحب وحده بدون ساتره فلا يجوز بلا خلاف.

٢ - وإذا وقع على الحب مع ساتره، فيراعى ما يلي:

- إن ورد على غير الحنطة من شعير وذرة وسلت فإنه يجوز مع سنبله قبل الحصاد وبعده بلا خلاف لأن حياته ظاهرة.
- وإن ورد على الحنطة في سنبلها فقولان مشهوران أيضاً بالجواز والمنع، أما الجواز فهو قول الشافعي في القديم، بينما المنع هو قوله الجديد . ووجهه أنه لا يعلم قدر ما فيها من الحب ولا صفة الحب، وذلك غرر لا تدعو الحاجة إليه، وقد رجح النووي هذا القول[١].

٢٢٦ – المسك في فأرته أو نافجته

وقد اختلف العلماء في المسك يكون في فأرته أو نافجته على قولين:

- **الأول**: البطلان لجهالة القدر والصفة مع عدم الحاجة إلى الغرر، وذلك لأنه يبقى خارج وعائه من غير ضرورة وتبقى رائحته فلم يجز بيعه مستوراً كالدر في الصدف. ولا يقاس على ما مأكوله في جوفه، لأن إخراج هذا يؤدي إلى تلفه بخلاف المسك في فأرته. هذا قول الشافعية في ظاهر النص[٢]، وقول أكثر الحنابلة[٣].
- **الثاني**: الصحة قياساً على ما مأكوله في جوفه، لأن فأرته تصونه من الآفات وتحفظ عليه رطوبته، وبقاؤه فيها أقرب إلى صيانته من الغش والتغير، كما أن المسك الذي في الفأرة خير عند الناس من المنفوض، وقد جرت عادة التجار ببيعه وشرائه فيها، ويعرفون قدره وجنسه معرفة لا تكاد تختلف. وقد قاسه البعض على قشر الرمان، وبعضهم على الجوز في قشره الأسفل.

هذا قول بعض الشافعية[٤] وقول ابن تيمية وابن القيم من الحنابلة[٥] وقال به الإمامية [٦]، ولم يصرح به المالكية على حدّ ما نعلم ولكنه يتخرج على قواعدهم.

٢٢٧ – الترجيح

---

[١] المهذب ٣٦٨/١، المجموع ٣٧٣/٩.

[٢] المهذب ٣٦٨/١، المجموع ٣٧١/٩ ، وقال الشافعي في الأم ٥١/٣ : "ولم أجدهم يجيزون بيع المسك في أوعيته ".

[٣] الإنصاف ٢١٧/٤ قال :" قوله ولا المسك في الفأر . يعني لا يصح بيعه وهو المذهب وقطع به الأصحاب، إلا أن صاحب الفروع وجه تخريجاً واحتمالاً بالجواز" الخ ، ومن النصوص التي منعت بيع المسك في فأرته جاء في المغنى ٢٧٦/٤، ٢٧٧: "ولنا أنه يبقى خارج وعائه من غير ضرر وتبقى رائحته فلم يجز بيعه مستوراً كالدر في الصدف" . ونحوه في الشرح الكبير بهامشه ٢٨/٤.

[٤] مراجع الفقه الشافعي المتقدمة، والقائل بالجواز هو أبو العباس ابن سريج.

[٥] زاد المعاد في هدي خير العباد ص ١١٨٤ والاستدلال الذي نقلناه في المتن من عبارته .

[٦] شرائع الإسلام للحلي ١٩/٢ .

ونرى في جميع الصور المتقدمة أن البيع فيها صحيح لا ينبغي أن نشك في ذلك مادام وجود المحل مقطوعاً به، ولا يُستثنى من ذلك إلا ما يقطع أهل الخبرة بعدم وجوده أو ما يدخل فيه أحد العاقدين أو كلاهما على الشك فإنه غرر.

أما صفات المبيع ومقداره فإن ذلك يختلف، فإن كان البيع جزافاً فإننا نرى صحته ولزومه معاً أسوةً ببيع الجزاف لأنه أحد صوره، وإن كان العقد على صفات معينة أو مقدار محدّد فإننا نرى قياسه على الغائب عن مجلس العقد، بل على مغيب الأصل أيضاً على القول بالجواز فيهما : فإذا أُكتفي بما يدل على الماهية والخصوصية ويقطع الاشتراك بينه وبين غيره فحسب كان العقد منعقداً لكن مع الخيار، وإذا استقصيت الصفات المقصودة أصبح العقد لازماً وفقاً لما نبيّنه في العقد على الغائب، وكان للمشتري خيار الخلف في الوصف على ما نبيّنه كذلك .

٢٢٨ – النوع الثاني : ما ليس من أصل الخلقة

مثال ما ليس من أصل الخلقة وكان من الشاق نزعه عن المعقود عليه بيع المواد المعلبة في أيامنا، وبيع كراتين كثيرة محمولة في سيارة مثلاً، وكل ما يكون في إظهاره مشقة.

وقد سبق أن أشرنا إلى أن ما لا صعوبة في إخراجه قد وقع الخلاف في الفقه الإسلامي في مدى جواز التعاقد عليه، ونضيف هنا أن القائلين بجواز تلك الصورة هم بالضرورة قائلون بجواز هذه الصورة أيضاً وهم الحنفية ومن وافقهم؛ وذلك لأن المشقة تجلب التيسير كما أنه إذا ضاق الأمر اتسع، ومن المعلوم أن الفرض الذي نحن بصدده هو ما يكون في إخراجه مشقة بخلاف الأول، وهذا إن لم تجب رعايته أكثر مما لا مشقة في إخراجه فأقل ما في الأمر أن يستويا.

ولهذا لا غرو أن رأينا انضمام المالكية إلى من قال بالجواز بالنسبة إلى هذه الصورة التي بين أيدينا أيضاً، بل هذا الجواز مما يمكن تخريجه على قواعد المذاهب الأربعة كذلك، وإذا كان المذهب الحنفي جارياً على خطة إثبات خيار الرؤية فيمكن قياس ما نحن في صدده على ما يجعله هذا المذهب لازماً، وتفصيل ذلك كله يكون على النحو التالي :

أ. يجري المذهب المالكي على أنه إذا كان في رؤية المعقود عليه فساد له أو مشقة تلحق منه فيباع على الوصف على اللزوم، ومن تطبيقات ذلك:

١ - البيع على البرنامج: وهو الدفتر المكتوب فيه عدد الثياب والأمتعة وأنواعها المبعوث بها من إنسان لآخر، أو هو إجمالاً الدفتر المكتوب فيه أوصاف ما في العدل من الثياب المبيعة لتُشترى على تلك الصفة [١].

والأصل عندهم في هذا البيع منعه حتى ينظر بالعين، ولكنه أجيز لما في حل العدل من الحرج والمشقة من تلويث ما فيه ومؤنة شدّه إلى أن يرضاه المشتري، فأقيمت الصفة مقام الرؤية للضرورة[١]. وحكم هذا البيع اللزوم ما لم يوجد على غير الصفة فيخير المشتري بين الإجازة والرد[٢].

٢ - وقد سبق أن أشرنا إلى أنه يُستثنى في هذا المذهب من ضرورة رؤية المبيع جزافاً ما يكون في فتحه فساد له، فيكفي العلم بصفته ولو حاضراً مجلس العقد.

٣ - ويجوز بيع قلال الخل المطيّنة إذا كان الشأن أن يفسدها الفتح، لكن على شرط أن تكون مملوءة أو يعلم ما بها من نقص من ثلث أو نحوه ولو أعلمه البائع، ولا بّد أيضاً من بيان صفة الخل، ويقع البيع على اللزوم إلا أن يوجد الخل خلافاً لما وصف، فيجوز للمشتري رده كالحكم فيما سبق[٣].

ب. الضابط عند الحنابلة أن ما تشق رؤيته كالذي مأكوله في جوفه يُكتفى برؤية ظاهره، ومن هذا بيع الباقلا والجوز واللوز في قشريه، لأن قشره الأعلى من مصلحته بما يحفظ من رطوبته، وأن ما لا تشق رؤية جميعه يشترط رؤية جميعه[٤].

وعلى هذا يتخرج القول بصحة العقد على الأشياء المعلبة في هذا المذهب؛ لأنه قد اجتمع لها ضابطان: مشقة الرؤية وكون الأغطية التي عليها مما يحفظها ويصلحها، وينبغي أن يكون العقد لازماً هنا؛ لأن قاعدة المذهب هي أن البيع إما أن يقع بالصفة التي تكفي لصحة السلم أو بالرؤية، على اللزوم في الحالين.

ج. عند الشافعية يلحق بالجوز في قشره الأسفل وبالرمان والبيض في قشريهما كل ما بقاؤه فيه من مصالحه، ويدخل عندهم في اسم الصوان، بل هو أولى من الصوان خلقة.

وتفريعاً على هذا أجازوا بيع الخشكنان[٥]وهي قطعة عجينة يضاف إليها شيء من السكر واللوز والجوز والفستق وفطيرة رقيقة ويجعل المجموع في هذه الفطيرة ويسوى بالنار.

---

[١] الموطأ باب البيع على البرنامج رقم ٣٧ص ٤١٣و٤١٤، مواهب الجليل ٢٩٤/٤، المدونة ٥٩/٧، بداية المجتهد ١٥٩/٢، المقدمات ٧٩/٢.

[١] مواهب الجليل ٢٩٤/٤، المنتقى ٥٤/٥.

[٢] المراجع السابقة.

[٣] البيان والتحصيل ١٠/٨ كتاب جامع البيوع الرابع، سماع أصبغ بن الفرج من ابن القاسم، كتاب البيع والعيب، ومواهب الجليل ٢٨٦/٤.

[٤] الكافي لابن قدامة ١٢/٢.

وأجازوا بيع ماء اللوز المسدود الفم مع عدم رؤيته، لأن بقاءه في اللوز من مصلحته لما يحفظه من الحموضة[٦].

وتكفي في الجبة المحشوة قطناً أو صوفاً رؤية ظاهرها ولا يشترط رؤية شيء مما في الباطن[١].

وفي المذهب المذكور تردد في إلحاق الفرش واللحف بالجبة[٢].

ولا ريب في سهولة تنزيل هذه القاعدة على الأدوية وغيرها من المعلبات التي لا تفتح عند الاستعمال، لذات العلة التي استند إليها المذهب الشافعي في الفروع المتقدمة.

ومن تمام هذا لزوم العقد على هذه الأشياء من غير حاجة لرؤية ما بها، اكتفاءً بالعلم بصفتها المكتوبة على ظهرها أو المبينة من قبل العاقد.

د. مقتضى أصول المذهب الحنفي جواز مثل هذا العقد مقروناً بخيار الرؤية؛ إذ لا يستثني هذا المذهب من إثبات هذا الخيار إلا البيع بالأنموذج وإلا الموصوف في الذمة من ثمن ومسلم فيه ونحو ذلك[٣].

هذا ظاهر المذهب، ومع هذا نجد عليه الملحوظتين التاليتين:

١- أنه يمكن تخريج بيع المعلبات ونحوها على البيض والرمان والموز ما إلى ذلك مما هو في صوانه لوجود كل منها في غلاف يحفظه ولا يستغني عنه وإلا فسد. ومن المعلوم أن المذهب الحنفي في هذه الأشياء على لزوم العقد.

٢- أنه يمكن تخريجها أيضاً على بيع الأنموذج للمشقة التي تلحق بالبائع من إظهار المبيع وتفتيشه، وهذه العلة بعينها متحققة في بيع الأشياء المعلبة ونحوها؛ لأن فتحها إفساد لها كما هو إنقاص لثمنها، وهي مشقة بالغة وضرر بيّن لعلها أشد مما في بيع الأنموذج، وأقل ما في الأمر أن يتساويا في الحكم.

---

[٥] الخشكنان كلمة فارسية معناها عجين يابس (تحفة الحبيب ١٩/٢).

[٦] مغني المحتاج ٢٨/٢، التجريد لنفع العبيد ٢٤٨/٢، الروضة ٩٣/٣ قال وهو الأصح .

[١] المجموع ٣١١/٩ ونقل في ذلك إجماع الأمة ، وتكرر هذا في ص ٣٦٤.

[٢] والمعتمد اشتراط رؤية باطنها لأن القطن فيها مقصود لذاته بخلاف الجبة : انظر تحفة المحتاج ٤٦٤/٥،مع حواشي الشرواني وابن القاسم.

[٣] شرح فتح القدير ٣١٥/٦، البحر الرائق ٦ / ٣٢ ، المبسوط ١٣ / ٧٢ ، مجمع الأنهر ٥٤/٣، ٥٥، المجلة ، المادة ٣٢٤ ونصها : " الأشياء التي تباع على مقتضى أنموذجها تكفي رؤية الأنموذج منها فقط " والمادة ٣٢٥ ونصها : " ما بيع على مقتضى الأنموذج إذا ظهر دون الأنموذج يكون المشتري مخيراً إن شاء قبله وإن شاء ردّه "، وقد جاء في درر الحكام ١ / ٢٧٣ شرحاً لهذا النص : " كالمكيلات والموزونات والمعدودات والثياب التي تكون نسيج مكان واحد، فرؤية الأنموذج منه أو بعضه تكفي لسقوط خيار الرؤية لأن المقصود معرفة صفة المبيع ، فبرؤية الأنموذج يحصل ذلك وقد جرى العرف بذلك " ، وقد جاء في المحلى ٣٣٧/٨ نقلاً عن أبي حنيفة أنه قال :" فإن اشترى ثياباً هروية في جراب أو ثياباً زطية في عدل أو سمناً في زقاق أو زيتاً كذلك أو حنطة في غرارة ، ولم ير شيئاً من ذلك فإن له خيار الرؤية حتى يرى كل ما اشترى من ذلك" . ١. هـ . وهو كما ترى صريح فيما قررناه عن المذهب الحنفي .

ونلاحظ مما قدمناه أن المذاهب الأربعة متقاربة هنا، وأنه يمكن استخلاصاً من قواعدها القول بجواز العقد ولزومه معاً عندها في هذه الصورة.

٢٢٩ – ثانياً: الشيء الغائب عن مجلس العقد

الكلام في العقد على الشيء الغائب عن مجلس العقد يتناول ثلاثة أشياء، **الأول:** مدى جوازه، **والثاني** : كيفية تعيينه على فرض صحته، **والثالث:** مدى لزومه.

٢٣٠– (١) مدى جواز العقد على الغائب :

في العقد على الغائب اتجاهان:

الأول: أن العقد باطل لجهالة المعقود عليه وذلك غرر، أما الصفة فلا تحصل بها معرفته بخلاف الرؤية المقارنة للعقد أو السابقة التي يؤمن معها التغير، ولأنه كما لا يجوز السلم في المعين بالذات وإن ضبط بالوصف، فكذلك لا يجوز العقد على الغائب المعين بالذات وإن ضبط بالوصف، ولحديث " لا تبع ما ليس عندك " والغائب ليس عند مالكه عندما تعاقد عليه مع العاقد الآخر[١].

ذهب إلى هذا **المذهب الشافعي** في الأظهر[٢] وقال به **أحمد** في رواية [٣] وهو قول **الحكم وحماد**[٤] وقول في الفقه الإباضي[٥].

الثاني: أن العقد صحيح إجمالاً لعموم النصوص الواردة في حليّة البيع ما دامت معقودة بالتراضي، ولحديث عثمان وطلحة المتقدم، حيث قضى جبير بن مطعم بأن البيع جائز وأن النظر لطلحة أنه اشترى مغيباً، وكان ذلك بمحضر الصحابة فكان إجماعاً[٦].

وربما استدلوا بحديث ضعيف هو " من اشترى شيئاً لم يره فهو بالخيار إذا رآه " وفي رواية " إن شاء أخذه وإن شاء تركه "[٧] وإثباته الخيار لا يقع إلا والعقد صحيح.

---

[١] المجموع ٣٦٤/٩، ٣٦٥، الفروق ٢٠٩/٣ الفرق ١٨٧، المهذب ٣٦٦/١، ٣٦٧، المحلى ٣٣٨/٨ المسألة ١٤١١ ، المغني ٨٢/٤، الشرح الكبير ٢٦/٤.

[٢] المجموع ، المهذب نفس المواضع السابقة . وذكر أن المنع هو قول الشافعي الجديد وأن الجواز قوله القديم .

[٣] الشرح الكبير بهامش المغني ٢٦/٤، المغني ٨٢/٤.

[٤] المجموع ٣٦٤/٩.

[٥] شرح النيل ٨/ ٢٣٥ .

[٦] المغني ٧٥/٤-٧٧ فيما لم ير ولم يوصف ولكنه يشمل الغائب عموماً كما هو واضح .

أما سبب فساد السلم في المعين فهو أن الذمة لا تتحمله خلافاً لشرط السلم، لا لأنه غائب، إذ لو رأى المشتري المسلم فيه رأي العين لم يجز له أن يسلم فيه [٨].

والقول بأن الصفة لا تنفي الجهالة مردود عليه بأنه يخالف القرآن، قال تعالى :" فلما جاءهم ما عرفوا كفروا به "، البقرة : ٨٩ . وجه الدلالة أن الرسول عليه الصلاة والسلام كان معروفاً عند أهل الكتاب بنص الآية، ومن المعلوم أنه كان معروفاً بصفته عندهم لا بشخصه، فدل هذا على أن الصفة تقوم بها المعرفة[١].

وتقدم أن معنى " لا تبع ما ليس عندك "هو أن يبيع الشخص عيناً معينة ليست في ملكه على أن يسلمها في الحال[٢].

وقد قال بهذا الرأي الذي ذكرناه جمهور أهل الفقه[٣].

٢٣١ – الترجيح

ورأي الجمهور الآنف البيان هو الصحيح الذي نأخذ به لصحة أدلته، ولأن العقد على الغائب حقه أن يقاس على السلم في المعدوم بالصفة لا السلم في المعيّن، بل هو أولى منه بالجواز؛ إذ العقد على الغائب وارد في معيّن بالذات موجود وإن لم يحضر مجلس العقد، أو على الأقل لم ير بالعين المجردة وفقاً لما يرى بعض الفقه[٤] بينما السلم الجائز وارد في معدوم لم يخلق بعد، فالغائب أولى منه بالجواز.

ثم إن المعتبر معرفة المعقود عليه بما يميزه في رأينا، وهذه ممكنة بالوصف، فإذا تحققت جاز العقد، أما إدراك الصفات الباطنة ونحوها وأثر وصفها في لزوم العقد فسنأتي إليه في المسألة الثالثة.

٢٣٢ – شروط المذهب المالكي لصحة العقد على الغائب

---

[٧] رواه الدار قطني والبيهقي من حديث أبي هريرة وفيه عمر بن إبراهيم الكردي، مذكور بالوضع، وجاء من طريق أخرى مرسلة عن مكحول وفيه أبو بكر بن أبي مريم ضعيف، ونقل النووي اتفاق الحفاظ على تضعيفه، وقال الدار قطني والبيهقي : "المعروف أن هذا من قول ابن سيرين" . انظر تلخيص الحبير ١٤/٣.

[٨] الفروق ٢٠٩/٣.

[١] المقدمات الممهدات ٧٧/٢، ٧٨، الفروق ٢٠٩/٣ .

[٢] انظر الفقرة ١٥١.

[٣] المراجع المتقدمة، حاشية ابن عابدين ٥٩٦/٤، مجمع الأنهر ٥٠/٣، ٥١ ، المنتقى ١٨٧/٤، البيان والتحصيل ٣٦٧/٧و٤٢٨، مواهب الجليل ٢٩٦/٤، شرح المنتهى ١٣١/٣، التجريد ٢/ ٢٤٥، البحر الزخار ، ١٢٤/٣، الإنصاف ٢١٣/٤. الخ.

[٤] الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع مع تحفة الحبيب (حاشية البجيرمي) ٥/٣ : حيث ذكر النوع الثالث من البيوع فقال : "والثالث بيع عين غائبة عن مجلس العقد أو حاضرة فيه لم تشاهد ". وقد احتذى الدكتور الضرير حذوه في كتابه السالف الذكر ص ٣٩٤ حيث قال : ويدخل في بيع الغائب ما كان حاضراً في مجلس العقد ولكنه غير مرئي كشيء في بطن صندوق ، ١. هـ . والمسألة اصطلاحية لا غير وإنما العبرة بالحكم، على أن هذا التقسيم إلى عين تشاهد وعين لا تشاهد من شأنه أن يفوت علينا مسألة ذات بال، وهي البحث فيما تشق رؤيته وما لا تشق، وفي بحوث أخرى متصلة بها وفقاً لما انتحيناه في هذه الدراسة، كشروط المالكية في الحاضر بمجلس العقد ومتى يعتبر بمثابة الحاضر في مجلس العقد الخ، ولذا نرى تقسيمنا أكثر دقة وتفصيلاً من مجرد قولنا يدخل في الغائب الحاضر غير المرئي في مجلس العقد.

على أن المذهب المالكي وإن قرر جواز العقد على الغائب فقد وضع فيه شروطاً بالنسبة لعقود المعاوضات المالية قدر أنها تباعد بينه وبين الغرر هي هذه:

١ - أن تكون العين الغائبة غير حاضرة في مجلس العقد إلاّ إذا شقت رؤيتها كما تقدم، ويلحق بالحاضر في مجلس العقد كل ما كان دون مسافة يوم ذهاباً على ظاهر عبارة المختصر، وقيل كل ما كان بالبلد، والمعتمد موضع العقد فقط [١].

٢ - ألا تكون بعيدة بعداً يظن معه التغير، وعليه فما يتغير عادة بالمسافة البعيدة كالحيوان يكون في الأندلس مثلاً ويكون العاقدان في خراسان فلا يجوز التعاقد عليه، وما لا يتغير كالأرض ولو بمثل هذه المسافة يجوز التعاقد عليه. وغيرخافٍ ضعف تأثير هذا الشرط في عالمنا اليوم بالنظر لسهولة المواصلات[٢].

٣ - أن تحصر العين بالأوصاف المقصودة على ما يأتي.

٤ - ألا ينقد المتصرف إليه –كالمشتري– بدل المعقود عليه –كالثمن– متى جاء الوصف من مصدر التصرف –كالبائع –، حتى لو تبرع المشتري مثلاً بنقد الثمن أو كان المعقود عليه عقاراً [٣].

فإذا وصفها غير من أصدر التصرف أي غير البائع مثلاً، جاز نقد البدل في أي من الحالات التالية :

١ - إذا كانت العين مأمونة التغير كالعقار.

٢ - إذا كانت العين قريبة كاليوم أو اليومين أو نصف اليوم بحسب اختلافات الروايات، وإن كان من الباحثين من جمع بينها بأن الضابط في المدة ما لا يحتمل معها تغير العين، وهو يختلف باختلاف كل عين [٤].

---

[١] قال الزرقاني مازجاً كلامه بكلام خليل : " أو بيع بالصفة باللزوم غائب ولو على يوم ذهاباً فقط فيجوز لا فيما على الصفة بالخيار ولا فيما على خياره بالرؤية ولا فيما على رؤية متقدمة فلا يشترط كون ذلك على يوم . وإنما أتى بهذا رداً على قول ابن شعبان : ما على يوم فدون كالحاضر لسهولة إحضاره واعترض الحطاب المصنف باقتضائه أنه لابد من إحضار حاضر البلد مع أن الذي يفيده النقل أن حاضر مجلس العقد لابد من رؤيته إلا ما في فتحه ضرر أو فساد كما مر، وغير حاضر مجلس العقد يجوز بيعه بالصفة ولو بالبلد على المشهور وإن لم يكن في إحضاره مشقة عليه " ١. هـ .

شرح الزرقاني ٣٨/٥، ٣٩، وانظر الشرح الكبير على الدسوقي ٢٦/٣، مواهب الجليل ٢٩٨/٤، الخرشي ٣٤/٥، ٣٥.

[٢] ولكن قد يعمل هذا الشرط في الأوقات التي لا يستطيع الرجل المعتاد أن ينتقل فيها من مكان إلى غيره بالمواصلات المعتادة ، كأوقات الحروب التي تستمر ردحاً من الزمن ونحو ذلك ، أو كان في ذلك كلفة لا يحتملها الرجل العادي كالحال في المجتمعات الفقيرة .

[٣] نازع الشيخ البناني في أن النقد غير جائز بالشرط إذا وصف البائع المعقود عليه مطلقاً، فقيده بغير العقار، قال : "وقول الزرقاني فلا يجوز النقد فيه – أي العقار – ولو تطوعاً فيه نظر ، بل الصواب أنه إنما يمتنع حينئذٍ اشتراط النقد وأما التطوع به فلا (حاشية البناني ٣٩/٥).

[٤] الصديق الضرير، الغرر ، هامش ص ٤١٠.

٣ - إذا كان البدل قد دُفع من غير شرط، كأن يتطوع المشتري بأداء الثمن من غير التزام بذلك بموجب العقد.

٢٣٣- (٢) كيفية تعيين الغائب :

وفي تعيين الغائب تبرز اتجاهات شتى:

١- فهناك رأي لا يستلزم بيان جنس المعقود عليه مطلقاً، فيصح أن يقول شخص لآخر : بعتك ما في كمي أو خزانتي أو ما في بيتي حاضراً كان أم غائباً، ويستند هذا الرأي إلى عدم الضرر في العقد ؛ لأن خيار الرؤية ثابت لمن صدر له بالشرع عند غير المالكية أو بالشرط عندهم، هذا اتجاه بعض الأحناف والزيدية كما سبق أن بيّنا، وهو قول في مذهب مالك متى ما اقترن العقد بشرط الرؤية، ووجه شاذ ضعيف في المذهب الشافعي كما تقدم.

وقد أجيب على هذا الرأي بمخالفته للإجماع المنعقد على ضرورة معرفة الجنس، بل على بطلان البيع بمثل قول البائع: بعتك حنطة بدرهم، بالرغم من معرفة الجنس هنا، كما أن جهالة الجنس أفحش أنواع الجهالات، ولا يقدم عليها العقلاء، وكلامهم مصان عن العبث[١].

٢- ويذهب رأي إلى أن المعتبر العلم بجنس المعقود عليه، كأن يقول شخص لآخر : بعتك فرسي أو كتابي أو آجرت لك داري ونحو ذلك[٢].

وقد أضاف أكثر الأحناف أنه لابدّ من إضافته إلى ما يتميز به من شخص أو مكان كأن يقول بعتك فرسي، ولا فرس له غيره أو مائة إردب من القمح الذي بمخزني[٣]، واقتصر على معرفة

---

[١] حاشية ابن عابدين ٥٣٠/٤ ، الفروق ٢٠٨/٣، الفرق ١٨٧.

[٢] المجموع ٣٥٣/٩، ٣٥٤.

[٣] حاشية ابن عابدين ٥٣٠/٤.

الجنس بعض الحنابلة كابن تيمية[٤]وبعض المالكية[٥]وهو وجه في المذهب الشافعي ضعيف شاذ كذلك[٦].

عمدة هذا الرأي أن المجهول الممتنع بيعه هو مجهول الذات لا مجهول الصفة، والذات أقوى من الصفة لأن هذه تبع لتلك، ولأنه عقد معاوضة فلا يشترط فيه الصفة كالنكاح وباطن الصبرة والفواكه في قشرها، وقياساً على الأخذ بالشفعة لا تشترط معرفة أوصافه[١].

وقد أجيب عن الحجج المتقدمة بأن المالية ما تتفاوت إلا بالصفات، وبإغفالها يضيع المال خلافاً لمقصود الشارع، وبأن فارق مابين النكاح وغيره أن المعقود عليه في هذا هو الاستمتاع ولا يرى، هذا إلى أن شرط الرؤية هنا فيه إضرار بالمخدرات، أي الفتيات المحتجبات في بيوتهن بخلاف البيع ونحوه. وأما باطن الصبرة فمساوٍ لظاهرها فأُكتفي برؤيته، ولا وجه للقياس على الشفعة، لأنها شرعت لدفع الضرر بخلاف البيع[٢].

٣- ويذهب رأي إلى أن المعتبر ذكر الجنس والنوع فقط، هذا أصح الأوجه المفرعة في المذهب الشافعي على القول بصحة العقد على الغائب، وبناءً على هذا الوجه لا حاجة إلى ذكر الصفات[٣].

٤- والسائد في الفقه عدم الاكتفاء بالجنس والنوع وأنه لابدّ من ذكر الصفات، وإن كان ضابط هذا مختلفاً فيه.

- فضبطه المذهب الحنفي — في أكثره - بما ينفي الجهالة الفاحشة، وهو الذي يخصص المعقود عليه عن أنظاره [٤]، وهو ما تقصده المادة ٣٠٣ من مرشد الحيران بقولها: " ولا يكتفي بذكر الجنس عن القدر والوصف ".
- وضبطه المذهب المالكي بالأوصاف التي تختلف الأغراض باختلافها وتتفاوت الأثمان بوجودها وعدمها[٥].

---

[٤] الإنصاف ٢١٣/٤ وهي رواية عن أحمد نقلها حنبل . قال : " وضعفه الشيخ تقي الدين يعني ابن تيمية في موضع آخر "انظر كذلك المغني ٧٤/٤ والشرح الكبير ٢٥/٤.

[٥] بداية المجتهد ١٥٨/٢، ١٥٩، ونصها : " د قيل في المذهب يجوز بيع الغائب من غير صفة على شرط الخيار خيار الرؤية وقع ذلك في المدونة وأنكره عبد الوهاب وقال : هو مخالف لأصولنا "، راجع الفروق ٢٠٨/٣، المعونة ٩٧٨/٢.

[٦] ذكر صاحبا المغني ٧٤/٤، ٧٥، والشرح الكبير ٢٥/٤أنه القول الثاني للشافعي، إلا أن أصحاب المذهب كالإمام النووي يذكر فيه على القول ببيع الغائب وجهاً ثالثاً أنه يشترط ذكر الجنس دون النوع، كما ذكر الوجه الثاني وهو عدم استلزام ذكر الجنس،ثم قال : وهذان الوجهان حكاهما الخراسانيون، وهما شاذان ضعيفان.

[١] الفروق ٢٠٨/٣، ٢٠٩ .

[٢] المرجع السابق ص ٢٠٨، ٢٠٩، المغني ٧٧/٤.

[٣] قال النووي : " وهو المنصوص في القديم من الإملاء والصرف " ، المجموع ٣٥٤/٩.

[٤] حاشية ابن عابدين ٥٣٠/٤.

- وفي وجه ضعيف قاله القاضي أبو حامد المروروذي من الشافعية[٦]: يضبط الوصف بما يوصف به المدعَى عند القاضي[٧].
- وأكثر الحنابلة على الصحيح من هذا المذهب[١]- وهو وجه أضعف من سابقه في المذهب الشافعي قاله أبوعلي الطبري[٢]- على أن وصف المعقود عليه يضبط بما يكفي لصحة السلم إن كان مما يجوز السلم فيه، لأنّه إن لم تُستقصَ صفاته على ما يكفي لصحة السلم يكن مجهولاً، ومن ثم هو غرر من غير حاجة فلا يصح[٣].

٢٣٤ – الترجيح

ولعل سبب الخلاف المتقدم مبني على الخلاف في لزوم العقد، فمن قدّره لازماً اشترط تعيين المحل بكيفية تزيل الندم وترفع الغبن، ومن لم يقدره لازماً اشترط تعيينه بكيفية تمنع الاشتباه فقط، وهو ما يعبر عنه بما ينفي الجهالة الفاحشة، ثم يفترق هؤلاء وهؤلاء بعد في القدر الذي يتحقق به المقصود.

ونرى أن العقد على الغائب إن كان من قبيل المعاوضات يلزم لصحته أن يسبغ عليه من الأوصاف ما الشأن أن يميزه عن أنظاره بحيث يعرف من صدر له العقد متى رآه أنه هو ما جرى عليه العقد، فإذا تحقق هذا صح العقد؛ لأن المعتبر زوال الجهالة الفاحشة وقد زالت، وصور التعيين الذي يرفع الجهالة الفاحشة مختلفة، منها أن يوصف المعقود عليه بجنسه ونوعه وقدره،كأن يقول بعتك مائة إردب من القمح المصري، ومنها أن يعين بجنسه فقط كأن يقول بعتك جميع القمح الموجود بمخزني وليس له إلا مخزن واحد. وقد يقول له: بعتك حصاني ويعرف المشتري ألا حصان عنده غيره. فالمعتبر في جميع ذلك هو القدر الذي به يتميز المعقود عن غيره فقط.

هذا هو شرط الصحة عندنا فقط، أما اللزوم فيأتي في المسألة التي تلي هذه.

٢٣٥ – (٣) مدى لزوم العقد على الغائب :

---

[٥] المنتقى ٢٨٦/٤.

[٦] أحمد بن بشر بن عامر القاضي العامري المروروذي نسبة إلى مرو الروذ التي بالقرب من مرو الشاهجهان المدينة الكبيرة المعروفة بمرو، سميت مرو الروذ على النهر الذي بنيت عليه إذ الروذ بالفارسية يعني النهر، ولد بها المترجم ونزل البصرة وتفقه به أهلها وعنه أخذ أبو حيان التوحيدي الأديب الكبير، توفي بالبصرة سنة ٣٦٢ هـ، من مؤلفاته الجامع في المذهب مصنف حافل، شرح مختصر المزني (تهذيب الأسماء واللغات ٢ / ٢١١ رقم ٣١٩ ، الأعلام ١ / ١٠٤ ، طبقات الشافعية ٢ / ٨ ، ٩ رقم ٧٧ ، وفيات الأعيان ١ / ٤٣ رقم ٢٣)

[٧] المجموع ٣٥٤/٩ .

[١] الإنصاف ٢١٤/٤، قال : "وعليه الأصحاب ".

[٢] المجموع ٣٥٤/٩، وأبو علي الطبري هو الحسين بن القاسم، من أئمة المذهب الشافعي ، اشتهر بكتابيه الإفصاح شرح المختصر والعدة ، وفي كتب التراجم أنه أول من جرد الخلاف ، وأنه درس ببغداد بعد وفاة أستاذه أبي علي بن أبي هريرة، توفي سنة ٣٥٠ هـ (سير أعلام النبلاء ١٦ / ٦٢ ، طبقات الشافعية ٢ / ٢٠٦ ، ٢٠٧ رقم ١٨٠ ، تهذيب الأسماء واللغات ٢ / ٢٦١ ، شذرات الذهب ٣ / ٣) .

[٣] المغني ٨٣/٤ وعبارته : " أما ما لا يصح السلم فيه فلا يصح بيعه بالصفة لأنه لا يمكن ضبطه بها ".

تختلف وجهات نظر الفقه الإسلامي في مدى لزوم العقد على الغائب:

١ – فهناك رأي يذهب إلى عدم لزوم العقد على الإطلاق، أي سواءً وُصف المعقود عليه وصفاً كاشفاً مستوعباً أو لم يوصف على هذا النحو، لأنه يبقى مجهولاً جهالة يسيرة لا ترتفع إلا بخيار الرؤية استدلالاً بحديث " من اشترى شيئاً لم يره فهو بالخيار إذا رآه "، وزيادته " إن شاء أخذه وإن شاء تركه " [٤]، وهو صريح لو صحّ في إثبات هذا الخيار وفي عدم تقييده بعدم الوصف المستقصى، والقاعدة أن المطلق يبقى على إطلاقه، ولا يتحقق الرضا إلا بالعلم بأوصاف المعقود عليه، وهو لا يتحقق إلا برؤية المعقود عليه بعينه، وليس الخبر كالمعاينة، ولا وجه لقياس ماهنا على بيع الدين كالسلم ونحوه، فإن هذا يقصد بوصفه والأول إنما يقصد بعينه[١].

إلى هذا اتجه الفقه الحنفي مع استثناء البيع بالأنموذج– كما تقدم– ومع حصر الخيار للمشتري دون البائع[٢]، وهذا القول أي خيار الرؤية أحد وجهي المذهب الشافعي على القول بجواز العقد على الغائب[٣]، وهو رواية وقعت في المذهب الحنبلي مفرّعة على القول بصحة بيع الغائب بما لا يكفي لصحة السلم، وكذا على القول بصحته بدون صفة[٤].

٢– إلاّ أن الرأي السائد في الفقه هو لزوم العقد إن وجد المعقود عليه على الوصف، وإلا ثبت الخيار لمن صدر له العقد ، ويسمى هذا الخيار خيار الخلف في الوصف، ومن ثمّ فلا محل لخيار الرؤية، وجهُ هذا أن ثمرة الرؤية المعرفة، والوصف يفيدها، وأن بيع الغائب كالسلم من حيث اعتمادُهما على الوصف، وهو بالاتفاق لازم فكذا بيع الغائب[٥].

٢٣٦ – الترجيح

---

[٤] تقدم تخريجه ص ٣٢٣ .

[١] شرح فتح القدير ٦/٣١٠–٣١٣ بتصرف مجمع الأنهر ٣/٥٠، ٥١، تبيين الحقائق ٤/٣٢٠، ٣٢١.

[٢] المادة ٣٧٦ من مرشد الحيران ، والمادة ٣٢٤ من المجلة وشرحها لعلي حيدر ١ / ٢٧٣ .

[٣] المجموع ٩/٣٥٥، المهذب ١/٣٦٦، ٣٦٧، حاشية الجمل ٤/٣٤٦، قليوبي وعميرة ٢/٢٦١.

[٤] جاء في المغني ٤/٧٤–٨٤ والشرح الكبير ٤/٢٥، ٢٦ ما ملخصه :" المشهور عن أحمد لا يصح بيع الغائب الذي لم يوصف ولم تتقدم رؤيته وفيه رواية أخرى أنه يصح . فإن قلنا بصحة بيع الغائب فللمشتري الخيار في أشهر الروايتين . وإذا ذكر من صفات المبيع ما يكفي في صحة السلم صح بيعه في ظاهر المذهب وعنه لا يصح حتى يراه ". وجاء في الإنصاف ٤/٢١٣، ٢١٤، ما ملخصه : " إن لم يوصف له يصح البيع على الصحيح من المذهب، وعنه يصح ، وإن وصف فإن ذكر ما لا يكفي في السلم لم يصح على الصحيح من المذهب وعنه يصح، فعلى هذه الرواية رواية عدم اشتراط الرؤية له خيار الرؤية على أصح الروايتين" . ومن هنا نرى قولين للإمام أحمد في ثلاث مسائل: بيع الغائب بلا صفة، وبيعه بصفة لا تكفي لصحة السلم، وبيعه بصفة تكفي لصحة السلم، وأن خيار الرؤية ينبني على المسألتين الأوليين دون الأخيرة .

[٥] المغني ٤/٨٣، الشرح الكبير ٤/٢٦، الفروق ٣/٢٠٨، المنتقى ٤/٢٨٦، ٢٨٧، شرائع الإسلام ٢/٢٧، البحر الزخار ٣/٣٢٤، ٣٥١، المقدمات ٢/٧٦، ٧٧، ٧٨، المحلى ٨/ ٣٤١–٣٤٢ المسألة ١٤١٢ إلا أنه إذا وجد المبيع عند أهل الظاهر بخلاف الوصف بطل المبيع إلا بتجديد صفة أخرى .

والذي نرجحه هو أن استقصاء الأوصاف لا ينبغي أن يجرد من فائدته، والشأن فيه أن ينقل من مجرد تمييز المعقود عليه عن غيره إلى الاطلاع على خصائصه الذاتية وصفاته الباطنة التي تدرك بالرؤية، فيقوم مقام رؤيته حتى كأن من صدر له العقد يراه رأي العين.

ومتى كان الأمر كذلك كان استقصاء الوصف كافياً في لزوم العقد، ولمن صدر له العقد خيار الخلف في الوصف. وحدّ استقصاء الوصف هو أن يكون بحيث تتعلق به الأغراض وتختلف به القيم ويمنع أصل المنازعة في التسليم والتسليم، ولا تخرج أوصاف السلم فيه عن ذلك.

ولا يعني هذا وجوب استقصاء أوصاف الغائب ابتداءً، فقد قدمنا أن شرط الصحة التعيين المميز للمعقود عليه عن غيره، والذي نحن في صدده هنا هو شرط اللزوم فقط، فالوصف المستقصى يمكن أن يستعمل لإسقاط الخيار، كما يمكن أن يقتصر على الأوصاف المميزة وحدها فلا يكون العقد لازماً حينئذٍ.

وقد أشار بعض المالكية إلى أن وصف المعقود عليه بصفاته المقصودة إنما هو شرط في اللزوم لا في الجواز ، مما يفهم منه أنه ليس من اللازم اجتماعهما [(١)].

وأصرح منه ما في المذهب الحنبلي من إجراء الخلاف في خيار رؤية الغائب على نحو ما قدمنا، ومع هذا الخلاف يجري ظاهر المذهب الحنبلي على أنّ العقد على الغائب إذا جرى استقصاء أوصافه (بما يكفي لصحة السلم) كان لازماً[(٢)].

القسم الثاني: تعيين المعين بالنوع

٢٣٧ – تمهيد

نتناول تحت هذا القسم تعيين المعين بالنوع بصفة عامة، وندرج تحته ثلاث مسائل هي كيفيّته، والحكم إذا لم تذكر درجة الجودة ، ومدى لزومه، فإذا فرغنا من ذلك عرجنا على نوع خاص من تعيين المعين بالنوع هو تعيين النقود، فخصصناه بالذكر لما له من أهمية عملية.

وهذا ما نتطرق إليه فيما يلي .

---

(١) قال الإمام القرافي في الفروق ٢٠٨/٣: " فإن أضاف للجنس صفات السلم جوزه مالك وابن حنبل ، ووافقاه – أي أبا حنيفة – على الجواز وألزما البيع إذا رآه موافقاً، ومنع الشافعي الصحة للغرر وأثبت له الخيار أبو حنيفة عند الرؤية وإن وافق الصفة .. فالصفة عنده توجب الصحة دون اللزوم وعند الشافعي لا توجبهما وعندنا توجبهما الخ " . ومن هذه العبارة تستنبط الإشارة الواردة في المتن .

(٢) المغني ٨٢/٤، ٨٣، الشرح الكبير ٤/ ٢٦.

أولاً : تعيين المعين بالنوع بصفة عامة

٢٣٨- (١) كيفية تعيينه

لما كان المعين بالنوع موصوفاً في الذمة فإنه لابدّ من أن ينضبط بالأوصاف الكاشفة له على نحو يحقق التسليم والتسلم، ولا يُكتفى من ذلك بمجرد الوصف المعتاد كالشأن في المعين بالذات، ولهذا يجب أن يوصف وصفاً دقيقاً بحيث يميزه عن غيره، فيذكر جنسه وهو القمح مثلاً، ونوعه وهو البلدي أو الاشموني مثلاً، ومقداره فيقال مائة إردب من القمح البلدي على سبيل المثال.

وإذا كان في البلد أصناف متعددة فيجب أن يبين وصف المحل الذي يجري عليه العقد فيقال إنه من النوع الجيد أو الوسط أو الرديء.

والمقصود هنا ضبط المعقود عليه على نحو يدفع كل اشتباه يمكن أن يثور في هذا الصدد، والمبالغة في الوصف هي لأجل هذا الغرض؛ لأن الأثمان أو القيم تختلف باختلاف الصفات المقصودة.

ولا يوجد كبير فرق في التسليم بهذا المبدأ بين الفقه الإسلامي والفقه القانوني أو الغربي، إلا أننا نلحظ هنا تشدد الفقه الإسلامي في بعض أهم أفراد الشيء المعين بالنوع؛ إذ هو لا يكتفي بهذا الذي تقدم آنفاً وإنما يستلزم أن يُضبط المعين بنوعه بصفات دقيقة جداً، كمثل بيان لون الحيوان الموصوف في الذمة ومرعاه أو لون الثوب وبلده وصنعته ونحو هذا[١].

ونجد الفقه الإسلامي في غير السلم وما إليه أقل شدة مما هو في السلم، مثل بيان الثمن وتحديد الأجرة الواجبة الدفع الخ.

٢٣٩ – (٢) إذا لم تذكر درجة الجودة :

إذا لم تذكر درجة جودة الشيء المعين بالنوع، ولم يكن ثمة عرف يعين مقدار جودته، فإن الحلول تختلف في ذلك:

١- فيذهب رأي إلى بطلان العقد اعتباراً بأن الجهالة هنا من قبيل الجهالة الفاحشة لكونها تمنع التسليم والتسلم وتفضي إلى المنازعة، فالبائع يريد أن يعطي الأدْون والمشتري يريد أن يأخذ الأجود، ولما كان لا سبيل إلى محاباة أحدهما على حساب الآخر فينبغي بطلان العقد هنا[٢].

---

[١] تبيين الحقائق ٥٠٨/٤، المغني ٣١٧/٤، تحفة الحبيب ٧٣/٣، التجريد ٤٤١/٢، المنتقى ٢٩٤/٤، الزرقاني ٢١٤/٥، مواهب الجليل ٥٣١/٤، ٥٣٢.

[٢] وهبة الزحيلي، المرجع السابق ٤٠٤/٥ ، مصطفى الزرقاء ، عقد البيع ص ٦٥ .

وهذا الرأي يبدو في المذهب الحنفي بجلاء، فأظهر صور المعين بالنوع في هذا المذهب السلم والثمن. وقد نصوا على أن جهالة نوع رأس المال المبذول في مقابل المسلم فيه من حيث الجودة أو التوسط أو الرداءة، أو جهالة نوع المسلم فيه من هذه الحيثية أيضاً يترتب عليه فساد السلم [٣]، كما نصوا على أن مما يشترط في الثمن أن يبين جنسه ونوعه وصفته وقدره[٤].

وأكثر من هذا قولهم إن الجيد غير الوسط، لأنهما لو أحضرا كانا غيرين، والاختلاف في الصفة فيما هو دين – أي في المعين بالنوع – يكون اختلافاً في المعقود عليه[٥].

والظاهر من المذهب المالكي اعتماد هذا الحل – أي البطلان – في السلم على الخصوص؛ لأنهم يشترطون في المسلم فيه أن يكون مما يضبط بالصفات التي يختلف الثمن باختلافها ظاهراً، أي أن يكون من المثليات كالمكيلات أو الموزونات أو الأعداد المتقاربة لأنها ممكنة الضبط قدراً وصفة على وجه لا يبقى فيها إلا تفاوت يسير[١].

وقد نسب إلى الإمام مالك أنه اشترط في المسلم فيه بيان الجنس والنوع والجودة والرداءة[٢].

وهذا هو مقتضى المذهب الحنبلي في السلم أيضاً؛ فقد نصوا على أنه لابدّ في كل مسلم فيه من ثلاثة أوصاف هي الجنس والنوع والجودة والرداءة على الأقل، وادعوا الإجماع عليها مضيفين إليها الكبر والصغر وغير ذلك[٣].

٢ – ويظهر في الفقه الإسلامي اتجاه يغلّب الجيد على الرديء قولاً من أصحابه بأن العرف يقضي بحمل المطلق على الجيد. وهذا هو الأصح لدى الشافعية في السلم، قالوا: ولا يشترط ذكر الجودة والرداءة في الأصح ويحمل مطلقه على الجيد[٤].

٣ – ومع ذلك ففي الفقه الإسلامي من يعتبر الوسط مراعاةً للجانبين، ولكن هذا يظهر في صور متناثرة في داخل كل مذهب لا في قاعدة عامة كلية يسهل الرجوع إليها:

– من ذلك اتجاه بعض المالكية في تفسير قول خليل (وحمل في إطلاق الجيد والرديء على الغالب إن كان وإلا فالوسط) إلى أن المراد بالغالب الغالب في الوجود أي الأكثر عند أهل البلد،

---

[٣] بدائع الصنائع ٢٠١/٥، وهبة الزحيلي ، المرجع السابق ٦٠٠/٥ حاشية ابن عابدين ٥٢٩/٤، ٥٣٠.

[٤] بدائع الصنائع ٥ / ٢٠١ .

[٥] المبسوط للسرخسي ١٢/ ١٥٤، ١٥٥.

[١] التاج والإكليل ٢٩٣/٤و٥٣١، ٥٣٢، الزرقاني ٢١٤/٥، منح الجليل ٣٦٤/٥ الشرح الكبير ٢٠٨/٣.

[٢] المغني ٣١٧/٤ الشرح الكبير ٣١٨/٤.

[٣] المرجعان السابقان . الكافي ٢/ ٨٥، الإنصاف ٧٢/٥.

[٤] المنهاج ص ١١٢ ، نهاية المحتاج ٢١٣/٤ ، مغني المحتاج ١٥٧/٢.

وبالمتوسط هو المتوسط بين الجيد والرديء. وإن كان أكثر شارحي خليل على أن المراد هو الغالب من الجيد الذي اشترطه وإلا فالوسط، أو الغالب من الرديء الذي اشترطه وإلا فالوسط، أي أنه لا بدّ أولاً من ذكر الجودة أو الرداءة، وأن الحل المتقدم إنما يقع عند إطلاق كل منهما[٥].

- ويرى ابن حبيب من أصحاب مالك أنه لا يشترط في الطعام بخاصة أن يذكر جيده أو وسطه أو رديئه، إذا كان يجلب إلى موضع العقد، لأن غالب أمر الطعام تساويه، فإن لم يكن له غالب رجع منه إلى الوسط[١].
- وفي النقود إذا لم يبين نوعها ولم يكن ثمة نقد غالب وقعت رواية عن الإمام أحمد بصحة العقد، وللبائع ونحوه الوسط من ذلك.

٤- وهناك أخيرا في الفقه الإسلامي من يأخذ بالرديء، فقد وقعت رواية ثانية عن الإمام أحمد في النقود إذا لم تعين ولم يكن ثمة نقد غالب أنه يقضى بالأدنى[٢]، ولا نعلم مستند هذا الرأي، ويمكن أن يوجه بأن الرديء هو أقل ما ينطلق عليه الاسم. إلا أن هذا الرأي لا يخلو من الإضرار بالمسلم – أو رب رأس المال- لمصلحة المسلم إليه.

٢٤٠ – الترجيح

والأعدل في وجهة نظرنا من بين هذه الحلول أن يقضى بالوسط، إذ لا نبوّ في هذا عن قواعد الفقه الإسلامي، فإن أكثر الفقه مثلاً على أن الزوج لو سمى جنس المهر وأطلق نوعه قضي عليه بالوسط منه[٣]، وهذا في معناه.

---

[٥] حاشية الدسوقي ٢١٠/٣، شرح الخرشي ٢١٧/٥، منح الجليل ٣٦٩/٥-٣٧٠ الزرقاني على خليل ٢١٦/٥ وعبارتهم : " إذا شرط الجودة أو الرداءة في الشيء المسلم فيه مما يحتاج إلى ذكره فإنه يقضى بالغالب من ذلك الذي شرطه، فإن لم يوجد له غالب مما شرطه بل تساوت أصناف الجيد أو الرديء في التسمية والإطلاق فإنه يقضى بالوسط من ذلك الذي شرطه، ولا يقضى بالوسط ابتداءً بل إذا عدم الغالب ". وفي حاشية الدسوقي الموضع السابق : " قال ابن فرحون : المراد بالغالب الغالب في الوجود أي الأكثر عند أهل البلد، وبالمتوسط المتوسط بين الجيد والرديء. قال هو ما ارتضاه طفي وبن. يعني مصطفى الرماصي والبناني، راجع هذا الاصطلاح في الحاشية المذكورة ج١ص ٢.

[١] المنتقى ٢٩٥/٤ قال : " وإذا كان موضع العقد يجلب إليه فقد قال ابن حبيب لا يفسخ ، وقال سائر أصحابنا أنه يفسخ على الإطلاق متى لم يصفه بالجودة، ووجه ما قاله ابن حبيب أن غالب أمر الطعام تساويه حيث يجلب إليه في السفن لأنه يخلط في السفن ويتساوى فلا يفسد السلم ترك ذكر الجودة لأن غالبه متساوٍ، ووجه القول الثاني أن طعام السفن يختلف فيكون بعضه أفضل من بعض .وإذا قلنا بقول ابن حبيب فما الذي يجب على المسلم إليه من القمح مع إطلاق الصفة ؟ قال ابن حبيب : يلزمه الوسط من ذلك" . ١. هـ .

[٢] الفروع ٢٣/٤ ، الإنصاف ٢٢٥/٤ وملخص ذلك إن لم يكن في البلد نقد غالب فالصحيح من المذهب أنه لا يصح، وعنه يصح فعلى هذه الرواية يكون له الوسط على الصحيح ، وعنه الأدنى، قال في الرعاية : وقيل إذا اختلفت النقود فله أقلها قيمة ١. هـ.

[٣] حاشية ابن عابدين ١٢٧/٣ لكن الواجب في المذهب الحنفي إما الوسط أو قيمته، وعن أبي حنيفة وزفر أن الزوج يجبر على دفع الوسط ، (المرجع السابق) وقد جاء الجواز مطلقاً في المدونة ٣٧٥/٣، ٣٧٦ كتاب النكاح الثالث، الخرشي ٢٥٥/٣، ٢٥٦ مع حاشية العدوي عليه، الزرقاني ٤ / ٤ ،

كما قد يُستأنس لذلك بما يراه المالكية فيما لو أوصى شخص بشاة من الغنم دون أن يحدد صفتها من حيث الجودة أو الرداءة من أنه إذا لم يكن له غنم فللموصى له قيمة شاة وسط[٤].

ومن ثم نرى أن نلزم الأصل وهو تصحيح العقد وأن ننظر في العرف السائد لنحمل عليه الطرفين اعتباراً بأن إرادتهما انصرفت إليه، وإلا راعينا الوسط إعمالاً لمقتضى العدل كما ذكرنا، ولا نبطل بلا دليل قاطع عقداً في إمكاننا أن نصححه.

٢٤١ – (٣) – مدى لزوم العقد على المعين بالنوع

المال المعين بالنوع مال غائب على الدوام؛ ذلك لأنه من قبيل المال المستقبل الذي لا وجود له حين العقد، وإنما وجوده في الذهن أو في التصور، لهذا قيل عنه إنه المال الذي تتحمله الذمة. وكل ما يشترط فيه أن يكون شائع الوجود في جنسه أي ممكناً، وأن يكون محقق الوجود في الزمن الذي يراد تنفيذ العقد فيه على ما فصلنا فيه القول.

ومتى كان هذا لم يكن لخيار الرؤية من معنى؛ فإن هذا الخيار إنما يثبت في عين قائمة يمكن أن يشار إلى ذاتها، دفعاً للغبن أو للغش وتحقيقاً للرضا، وليس لهذه العلة من وجود في المعين بنوعه؛ لأن الرضا إنما وقع عليه بأوصافه لا بعينه، وثمرة خيار الرؤية رد المعقود عليه الغائب عند رؤيته إذا لم يعجب من صدر له العقد، وليس كذلك الشأن في المعين بالنوع؛ لأنه لو أتيح الردّ فيه لكان ديناً كما كان ولوجب أداء بدل آخر، ويتسلسل هذا إلى ما لانهاية له.

ولهذا اتفق الفقه الإسلامي على أن المبيع المسلم فيه، والثمن والأجرة ونحو ذلك مما تتحمل به الذمة لا خيار فيه، وأن الوصف فيه يقوم مقام المعاينة[١].

وهذا سبب اشتراط الفقهاء في المسلم فيه أن يكون مما ينضبط بالصفات من الأموال التي تقبل الثبوت في الذمة، وهي الأموال المثلية من المكيلات والموزونات والذرعيات والعدديات المتقاربة؛ إذ بصفاتها هذه يمكن إحضارها والوفاء بها.

٥، الدسوقي ٢٩٦/٢، الفروق ١٧٢/١ فرق ٢٤ .ومقابل هذا الرأي أو هذين الرأيين إن صح التعبير رأي الجمهور في عدم صحة القضاء بالوسط والرجوع إلى بطلان المثل. وفي المذهب الحنبلي روايات أظهرها على وفق مذهب الجمهور، انظر المغني ١٨/٨-٢٠ والشرح الكبير ١٥/٤، ١٦.

[٤] الدسوقي ٤٤٠/٤ ، الخرشي ١٨٣/٨، الزرقاني ١٩١/٨، التاج والإكليل ٣٧٨/٦ وقد جاء في ص ٣٧٧ من المرجع الآنف الذكر خلاصة دقيقة للمقرر في المذهب المالكي ، مفادها أنه إذا أوصى له بشاة من ماله وله غنم فهو شريك بواحدة في عددها، أي فلو كان ما لدى الموصي ثلاث شياه فنسبة الشاة الموصى بها إلى الشاتين الأخريين نسبة الثلث فيستحق الموصى له الثلث شائعاً في ثلاث الغنم ولا يتخصص بشاة، فإن هلكت كلها فلا شيء له وإن لم يكن له غنم فللموصى له في مال الموصي قيمة شاة من وسط الغنم في حدود الثلث.

[١] وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ٦١٠/٥ ، البيع للأستاذ الزرقاء ص ٦٥.

وعلى هذا كلما أحضر المدين شيئاً مخالفاً لوصف المعين بالنوع وجب عليه أن يحضر بدلاً منه شيئاً ينطبق على الوصف، ولا يتخير الدائن حينئذٍ بين فسخ العقد أو إمضائه، إلا أن يرضى بما قدمه إليه المدين فيكون بمثابة الصلح، أو يتقايلا على حسب الأحوال.

ثانياً : تعيين النقود

نتناول مسألتين في هذا المقام الأولى هي المقدار الواجب في الوفاء والثانية هي شرط الذهب، ونعرض لهما تباعاً فيما يلي:

٢٤٢ – (١) المقدار الواجب في الوفاء

احتاج الفقهاء المعاصرون إلى بيان الحكم في طبيعة النقود الورقية التي ظهرت حديثاً لمعرفة ما إذا كان يجري فيها الربا ويجب فيها الزكاة وتصح رأس مال في السلم والشركات ونحو ذلك أم لا ؟ ثم لمعرفة ما يجب الوفاء به منها بالنظر إلى رخصها وغلائها.

والخلاف في هذا مبنيّ على الخلاف في تكييف طبيعة هذه النقود بعد إلغاء التعامل بنقود الذهب والفضة. فهل هي نقود خالصة، أو أثمان مطلقة كالذهب والفضة، وبالتالي لا يجوز الوفاء بغير العدد المشترط منها دون نظر إلى الرخص والغلاء وإلا وقعنا في الربا المحرم ؟ أم هي لا تتحلى بصفة الثمنية المطلقة، فيجري عليها من الخلاف في قدر الواجب منها ما جرى على الفلوس التي ظهرت أول الأمر لمؤازرة الذهب والفضة لا لإلغائهما من أصل التعامل ؟

يذهب كثير من فقهاء العصر والمجامع العلمية المتخصصة، وطائفة من دور الإفتاء في العالم الإسلامي إلى أن النقود الورقية كالذهب والفضة في كل شيء؛ لأنها قامت مقامهما وأبدلت بهما في التعامل بالنسبة للدول وللأفراد على السواء، ولا يمكن أن تكون سندات ديون لما في هذه من عدم الإلزام بها بخلاف النقود الورقية، كما لا يمكن أن تكون عروضاً لأن عرف الناس جرى على اتخاذها أداة لاختزان ثرواتهم فيها[1].

---

[1] القرار رقم ٤٢(٥/٤) الصادر من المجمع الفقهي الإسلامي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي . وقد جاء فيه : (العبرة في وفاء الديون الثابتة بعملة ما هي بالمثل و ليس بالقيمة لأن الديون تقضي بأمثالها فلا يجوز ربط الديون الثابتة في الذمة أياً كان مصدرها بمستوى الأسعار) مجلة المجمع عدد ٥ج٣ص١٦٠٩ ، قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي ص ٩٣ ، أبحاث هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية ٥٧/١-٥٨ مجلة

على أن من المعاصرين من أجرى في النقود الورقية الخلاف الفقهي في الفلوس إذا غلت أو رخصت، وتفصيله أن الأقوال التي تجري في الفلوس تنحلّ إلى ثلاثة[٢]:

القول الأول: أنه يجب على المدين أداء النقد نفسه المحدد في العقد دون زيادة ولا نقصان، لأن المال المثلي يلزم الوفاء بعدده المذكور إجماعاً في غير حالات الانقطاع وما إليه[١]، وليس رخص السعر من هذا القبيل، فوجب الوفاء بعدد النقود كما هي، وكما أنه لا أثر لغلاء الحنطة أو رخصها في ضرورة الوفاء بمقدارها، فكذلك ينبغي ألا يكون ثمة أثر لارتفاع سعر النقد أو انخفاضه[٢].

ويجب على هذا القول أن يعتبر الرخص جائحة نزلت بالدائن والغلاء جائحة نزلت بالمدين، ولا يصح مراعاة أحدهما على حساب الآخر[٣].

هذا قول أبي حنيفة ومشهور مذهب مالك، وهو قول الشافعية والحنابلة[٤].

القول الثاني: أنه يجب ردّ قيمة الفلوس يوم ثبوت الدين في الذمة، ففي البيع من يوم الانعقاد، وفي القرض من يوم القبض، وذلك لأننا لو قلنا بردّ الفلوس بمثلها وكذلك المكيلات

البحوث الإسلامية عدد ١ص ١٨٥ عام ١٣٩٥هـ ،كتاب قرارات المجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي الدورة الخامسة في الفترة من ٨ إلى ١٦ ربيع الآخر ١٤٠٢ هـ ، القرار رقم ٧ ، ص ٩٩ .

[٢] أما حالة كساد الفلوس بترك التعامل بها أو حالة انقطاعها وهو عدم وجودها في الأسواق فقط دون البيوت فلا يدخل في هذا النزاع، ومع هذا فقد تعددت وجهات نظر الفقه الإسلامي في هاتين الحالتين إلى أقوال عديدة . ففي حالة الكساد عشرة أقوال تقريباً هي : فساد العقد، القيمة يوم البيع ، القيمة يوم القبض ، القيمة وقت الخصومة، القيمة وقت الكساد ، القيمة وقت الحكم، تخيير البائع ، قيمة السلعة بالسكة الجديدة ، السكة القديمة فقط ، السكة الجديدة حين القضاء . وفي حالة الانقطاع ستة أقوال هي : وجوب القيمة عند الانقطاع وقت الحكم ، القيمة عند الانقطاع بأبعد الأجلين من الاستحقاق والانقطاع ، وجوب القيمة وقت المطالبة ، وجوب القيمة آخر يوم قبل الانقطاع ، وجوب القيمة يوم التعامل ، فساد البيع ، وقد أشبع هذه المواضيع بحثاً الدكتور عجيل جاسم النشمي في بحثه الممتاز بمجلة المجمع الفقهي ص ١٦٤٨ وما بعدها ، من العدد الخامس ، الجزء الثالث .

[١] وإذا أبطل السلطان التعامل بالفلوس فهل يلحق بالانقطاع أم لا ؟ في ذلك تفصيل؛ فالشافعية لا يرونه ملحقاً بالانقطاع – أي الفقد – فليس للدائن إلا النقد الذي أقرضه، وهو مشهور المذهب المالكي كما سنعرضه قريباً – والحنابلة يلحقونه به شرط أن تحرم المعاملة به كما قرر القاضي وابن قدامة . ويذهب أبوحنيفة إلى فساد البيع، وهناك وجه لدى الشافعية بتخيير البائع . أما أبو يوسف ومحمد فالعبرة عندهما بالقيمة –كما سيأتي – بكل حال . ولكن أبا يوسف يعتبر القيمة يوم التعامل، ومحمداً يعتبرها آخر يوم قبل الانقطاع .

انظر في جميع ما تقدم الروضة ٣/ ٣٢٩، المغني ٢٣٢/٤، كشاف القناع ٢٣/٣المادتان ٧٤٩و٧٥٠ من مجلة الأحكام الشرعية على الفقه الحنبلي، الحاوي للفتاوى (فقه شافعي) ٩٧/١ والمراجع التي تأتي قريباً .

[٢] المغني ٣٥٧/٤، ٣٦٥، الشرح الكبير ٣٥٨/٤.

[٣] حاشية الرهوني ١١٨/٥ بتصرف .

[٤] الفروع ١٥١/٤ كشاف القناع ٣٥٢/٣، الروضة ٣ / ٣٢٩ المعيار المعرب ١٦٣/٦ ، الخرشي ٢٥٥/٥ الشرواني على تحفة المحتاج ٤٤/٥، التجريد ٤٦٤/٢.

والموزونات، لامتنع الناس عن إقراض بعضهم لبعض خشية نقصان القيمة يوم الوفاء. ذهب إلى هذا أبو يوسف ومحمد صاحبا أبي حنيفة، وعليه فتوى المذهب[٥].

القول الثالث – أنه يفرق بين ما إذا كان تغير الفلوس يسيراً أو فاحشاً، فإن كان يسيراً وجب ردّ المثل، وإن كان فاحشاً وجب ردّ القيمة لتضرر الدائن بالتغير الفاحش دون اليسير.

وهذا القول مخرج على مقابل المشهور في المذهب المالكي[٦].

والذين قاسوا النقود الورقية على الفلوس من الفقهاء المعاصرين، يختلفون اختلافاً بعيداً في كيفية إجراء هذا القياس والعمل بمقتضاه.

وحاصل ما وقفنا عليه من ذلك ما يلي:

- يرى جانب من الفقه أن النقود الورقية تأخذ حكم الفلوس ، ثم يتبنى هذا الفريق رأي الإمامين أبي يوسف ومحمد في وجوب ردّ القيمة، قياساً على الفلوس التي تتغير رواجاً وكساداً ، ولأن النقد إنما يتعلق بالذهب والفضة وحدهما من جهة أن قيمة كل منهما لا يتغير باختلاف المكان والزمان، وهذا غير ملحوظ في النقود الورقية التي ترتفع وتنخفض قيمتها وفقاً للتقلبات الاقتصادية المفاجئة، ولذلك يتعين قياسها على الفلوس لا على الذهب والفضة[١].

---

[٥] تنبيه الرقود على أحكام النقود لابن عابدين ص ٥٨ . وقد نقل عن التمرتاشي أنه لم ير أحداً أفتى بقول الإمام – أي بالقول الأول . حاشية ابن عابدين ٥/٥٣٣-٥٣٦.

[٦] قال خليل في مختصره : (وإن بطلت فلوس فالمثل) وقال الزرقاني شارحاً: " وأولى تغيرها بزيادة أو نقص مع بقاء عينها "، فالمثل على من ترتبت في ذمته قبل قطع التعامل بها أو التغير، ولو كانت حين العقد مائة بدرهم ثم صارت ألفاً به كما في المدونة أي وعكسه لأنها من المثليات شرح الزرقاني ٥/٦٠، ومثله منح الجليل ٢/٥٣٤ ، وحاشية الدسوقي ٣/٤٥، والمعيار المعرب ٦/ ٤٦٢ ، وحاشية الرهوني ٥/١١٨ ، الخرشي ٥/٥٥.

ومقتضى ما تقدم أن السلطان إذا أبطل التعامل بالفلوس مع وجودها في البلد فالمشهور في المذهب المالكي لا يجب على المدين إلا ما وقعت به المعاملة . وأختلف في مقابل المشهور، فقيل يرجع إلى قيمة السكة المقطوعة من الذهب يوم تعلقها في الذمة، وهو مروي عن أشهب وقال به محمد بن عتاب وعبد الحميد الصائغ . وقيل عليه قيمة السلعة يوم دفعت إليه بالسكة الموجودة الآن، قال به ابن سحنون وادعى خليل شذوذ هذا القول مع التنازع في معناه . وقيل عليه السكة المتأخرة وهو لابن عبد البر لإبطال السلطان لها، وقد أنكر هذا القول ابن رشد واعتبره مخالفاً للإجماع ونقضاً لأحكام الإسلام، ويرى الشيخ الرهوني أن ظاهر ما تقدم من الأقوال اقتصار الخلاف على إبطال السلطان للفلوس، وعدم تعديه إلى تغيير السكة بالزيادة أو النقص – أي بالرخص والغلاء .

ثم قال : " وينبغي أن يقيد ذلك بما إذا لم يكثر جداً حتى يصير القابض لها كالقابض لما لا كبير منفعة فيه لوجود العلة التي علل بها المخالف والله أعلم ".

انظر فيما سبق حاشية الرهوني ٥/١١٩، ١٢٠، ١٢١، وإنحاء ابن رشد يوجد فيها وفي فتاواه ١/ ٥٤٠-٥٤٢.

[١] د . محمد سليمان الأشقر بحث بعنوان النقود وتقلب قيمة العملة، منشور بالعدد الخامس بالجزء الثالث من مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ص ١٦٨١و١٦٩٩.

وفارق آخر، هو أن النقود الورقية تسقط قيمتها بإبطال الدولة التعامل بها، فتصبح مجرد قصاصات صغيرة فاقدة لعموم وجوه الانتفاع، بخلاف الذهب والفضة لا تسقط قيمتهما بإبطال الدولة لهما[٢].

والمقترض- على هذا الرأي — لا يقترض من النقود الورقية إلا ما فيها من المالية، ففي رد ذات العدد ظلم على المقرض، لأنه لم تعد إليه المالية الكاملة التي أقرضها وإنما عادت إليه ناقصة، ولا يجبر الظلم إلا بالقيمة، كالعيب يحدث في الثمن: جبره بالقيمة لا بالمثل. وقد قيس هذا على ما حكاه ابن تيمية من أن قيمة الطعام المغصوب أو المقترض إذا نقصت في يد الغاصب او المقترض فيجب الوفاء بالقيمة لأن ذلك من نقص النوع، والعدل يقتضي المساواة بين المالين في القيمة[٣].

وفي البيع فإن البائع إنما بذل سلعته في مقابل منتفع به لأخذ منتفع به فلا يظلم بإعطائه ما لا ينتفع به[٤].

وأما عن شبهة الربا فإن الثابت في الذمة ثابت محدد وهو القيمة لا العدد، والذي ينوب في الصورة عن الثابت في الذمة هو العملة الورقية المتغيرة ، فالمرجع إنما هو للثابت لا المتغير وهو القيمة[٥].

– ويرى جانب آخر من الفقه أن النقود الورقية ينبغي أن تُقتضى بمثلها عدداً دون أن يكون لارتفاع قيمتها أو لانخفاضها وقت الوفاء أي أثر، وحجج هذا الفريق تتحصل في القياس على الذهب والفضةبجامع أن كليهما معيار للأشياء كما تقدم، وينتج عن هذا القياس أنه لا يجوز رد النقود الورقية إلا بالعدد لا بالقيمة، لأن الأمة مجمعة على أنه لا يلزم لمن وجب له نوع من أنواع الذهب والفضة إلا هذا النوع[١].

---

[٢] الشيخ عبد الله بن سليمان بن منيع ، الورق النقدي حقيقة وحكماً ص ٩٩ مشار إليه في كتاب أحكام تغير قيمة العملة النقدية وأثرها في تسديد القرض للأستاذ مضر العاني ص ١٠٩.

[٣] انظر هذا في الإنصاف ٩٧/٥ قال : " وهو صحيح – أي لزوم المثل – وهو المذهب وعليه أكثر الأصحاب، ثم قال : وقيل يلزمه القيمة إذا رخص السعر ثم أشار إلى ما قرره ابن تيمية " . كما أوردنا خلاصته في المتن ص ٩٨و٩٩ من الكتاب المشار إليه ، ويراجع فتاوى ابن تيمية ٤١٥/٢٩ في هذا المعنى .

[٤] حاشية الرهوني ١١٨/٥ و١٢٠ و١٢١.

بقية هوامش الصفحة السابقة

[٥] د. محمد عبد اللطيف صالح الفرفور، بحث بعنوان تغير العملة الورقية، نشر بالجزء الثالث من العدد الخامس من مجلة المجمع الفقهي ص ١٧٧٣، الشيخ عبد الله بن سليمان بن منيع بحث بعنوان حكم ربط الحقوق والالتزامات بمستوى الأسعار منشور بالجزء الثاني من العدد التاسع من مجلة المجمع الفقهي ، ص ٤٤٤، د. علي محيي الدين علي القره داغي ، بحوث في الاقتصاد الإسلامي ص ٩٤، محمد تقي العثماني بحوث في قضايا فقهية معاصرة ، ص ١٧٤.

هوامش الصفحة الحالية

[١] تنبيه الرقود (مجموعة رسائل ابن عابدين) ص ٥٦، مواهب الجليل ٣٤٠/٤.

وتحليل أخذ القيمة دون المثل تحليل للربا المحرم شرعاً، لأن البنوك التجارية تقتضي من عملائها أكثر من العدد الذي أقرضتهم إياه [٢].

وقد أفتى بعض علماء المذهب الحنفي في النقود الغالبة الغش بوجوب ردّ مثلها في العدد، مع وجود الذهب والفضة الخالصين مادامت من أعز الأموال لكيلا ينفتح باب الربا، فكيف وقد اختفت النقود الذهبية والفضية من الأسواق كلها وحل محلها النقود الورقية معياراً للأثمان وأداة للوفاء ومخزناً للقيم ؟ فالقول بعدم إجراء حكم نقود الذهب والفضة على نقود الورق عند هذا الفريق معناه أننا أصبحنا في عصرنا بلا نقود[٣].

ثم إن الإجماع منعقد على أن الأموال المثلية تُقضى بأمثالها كلما وُجد المثل وألا أثر للرخص والغلاء في ذلك. وبيّنت السنة أن الدين يؤدي بمثله لا بقيمته، وأنه إذا تعذر ردّ المثل فإنه يصار إلى القيمة يوم الأداء لا يوم ثبوت الدين، ولذلك ورد عن ابن عمر لما سئل عن وفاء الدراهم بالدنانير (أعطوه بسعر السوق) [٤]فلو كانت المثلية المعتبرة في الديون هي المثلية في القيمة لكان الواجب أن تدفع قيمة الدنانير يوم الثبوت في الذمة، وهذا كله ينبغي أن ينطبق على نقودنا وعلى نقود كل عصر[٥].

ويضيف هذا الفريق حجة أخرى مفادها أن انخفاض القوة الشرائية للنقود الورقية والإلزام بالقيمة ينطوي على محاباة الدائن على حساب المدين، مع أننا نلاحظ أنه الطرف الضعيف الأجدر بالرعاية، فإذا كنا أردنا مراعاة تغير القوة الشرائية دون نظر إلى الطرف المستفيد من ذلك فيجب

---

[٢] د. علي أحمد السالوس بحث بعنوان أثر تغير قيمة النقود في الحقوق والالتزامات ، نشر بالعدد الخامس ، الجزء الثالث من مجلة المجمع الفقهي ص ١٧٥٠و١٧٥١.

[٣] البحث السابق ص ١٧٤٩ وما أشار إليه بالنسبة لبعض النقود الغالبة الغش موجود في الهداية وشرحها المسمى فتح القدير لابن الهام ١٤٤/٧ و١٤٥ وخلاصتها : "ومشايخنا رحمهم الله لم يفتوا بجواز ذلك – أي مبادلة الجنس بالجنس متفاضلاً بشرط القبض في المجلس في غير الذهب والفضة – في العدالي والغطارفة . قال في شرح فتح القدير : الغطارفة الدراهم الغطرفية وهي المنسوبة إلى غطريف الكندي أمير خراسان أيام الرشيد . قال صاحب الهداية : لأنها أعز الأموال في ديارنا فلو أبيح التفاضل فيه ينفتح باب الربا " ١. هـ . ، انظر في هذا أيضاً محمد تقي العثماني ، المؤلف السابق ص ١٥٦-١٦٤.

[٤] المؤلف السابق ص ١٧٥ حيث ذكر بأن المثلية المعتبرة شرعاً مثلية القدر لا القيمة ، وبحث السالوس المتقدم ص ١٧٢٧و١٧٢٨ وأصل ذلك حديث ابن عمر قال : أتيت النبي صلى الله عليه وسلم فقلت إني أبيع الأبل بالبقيع فأبيع بالدنانير وآخذ بالدراهم وأبيع بالدراهم وآخذ الدنانير ؟ فقال : لأباس أن تأخذ بسعر يومها ما لم تفترقا وبينكما شيء ، رواه أحمد وأصحاب السنن الأربعة والحاكم وصححه على شرط مسلم ووافقه الذهبي، وقد صححه أحمد شاكر برقم ٤٨٨٣ من المسند ، بينما ضعفه الألباني مرفوعاً (الإرواء ١٧٣/٥) .

بقية هوامش الصفحة السابقة

[٥] البحث المتقدم ص ١٧٢٨ و١٧٤٩.

علينا أن نحكّم هذه المراعاة أيضاً كلما ارتفعت هذه القيمة، فلا نلزم المدين بالعدد المشترط في العقد للوفاء به، وإنما نلزم الدائن بقبول ما يعادل قيمة المبلغ الذي ترتب لصالحه في العقد[١].

- ويرى فريق ثالث من الفقه ضرورة التوسط بين الرأيين السابقين، وذلك بالأخذ بالمثل في الأحوال التي لا تهبط فيها العملة الورقية هبوطاً حاداً ولا ترتفع ارتفاعاً حاداً كذلك، وإنما تهبط وترتفع بالمقدار الذي يتوقعه كلا العاقدين، فهنا يلزم الوفاء بالمثل، لأن قبول القيمة في هذه الحالة استحلال للربا المحرم ، وأما في أحوال الغلاء الفاحش والرخص الفاحش التي لم تعرف إلا في النقود الورقية المعاصرة فينبغي أن تعتمد في ذلك القيمة بالشروط التالية :

١ - أن يكون الهبوط غير ملحوظ عند التعاقد، بأن يطرأ بصورة مفاجئة أو يؤجل الدين إلى أجل طويل.

٢ - ألا يكون الدائن قد امتنع عن مطالبة المدين رغم إقراره بالدين واستعداده للوفاء به قبل وقوع التضخم، مثال ذلك الوديعة المصرفية تحت الطلب، فإن بقاءها دون سحب كان بإرادة الدائن ورغبته فيلزمه تحمل الخسارة وحده.

٣ - أن يبلغ الهبوط حداً يجعله فاحشاً . وهذا الحد مختلف فيه عند هذا الفريق، فقيل مقدار الثلث أسوة بالجائحة[٢]، وقيل إذا زاد على النصف، وقيل إذا تجاوز الثلثين، وقيل يرجع في تحديده لأهل الاختصاص والخبرة، وقيل للعرف والعادة[٣].

ويختلف هذا الفريق أيضاً فيما يتعين اعتماده من الحلول، فهناك من يعول على مؤشر الذهب مطلقاً لانضباطه، وهناك من يعوّل على مؤشر تكاليف المعيشة [١] بشرط أن يكون المؤشر معلناً

هوامش الصفحة الحالية

[١] قارن هذا بما في البحث المتقدم ص ١٧٥٠ وخلاصته : لو أخذ بالقيمة لوجب النظر إلى الزيادة والنقصان معاً . وربط الحقوق والالتزامات الآجلة بمستوى الأسعار بحث لموضوع كلي لا يتجزأ، فإما أن يؤخذ به في جميع الحقوق والالتزامات وإما ألا يؤخذ به في الجميع أيضاً، فمن الظلم أن يؤخذ به في الحقوق ويترك في الالتزامات أو العكس .

[٢] الجائحة هي المصيبة أو الآفة التي تتلف الزرع .وصورتها أن يكون المبيع ثمره على شجرة ثم تتلف بعد التخلية، وقد اختلف الفقه في حكمها على ثلاثة أقوال:-

الأول – أن التالف من ضمان المشتري على مذهب أبي حنيفة وهو الأصح من قولي الشافعي.

الثاني – إن كان التالف أقل من الثلث فهو من ضمان المشتري أو الثلث فما زاد فمن ضمان البائع . وهو قول مالك ، وقول الشافعي في القديم وأحمد في رواية .

الثالث- إن تلف بأمر سماوي كان من ضمان البائع ، وإن تلف بنهب أو سرقة فمن ضمان المشتري وهو ظاهر مذهب أحمد . انظر الموطأ ص ٣٨٦، رحمة الأمة ص ٢٩٠، بداية المجتهد ١٨٩/٢، ١٩٠، مجموع فتاوى ابن تيمية ٢٧٩/٣٠، المغني ١١٨/٤-١٢٠.

بقية هوامش الصفحة السابقة

[٣] د . نزيه حماد ، قضايا فقهية معاصرة في المال والاقتصاد ص ٥٠٧ فقرة ١٢، مصطفى الزرقاء بحث بعنوان انخفاض قيمة العملة الو رقية بسبب التضخم وأثره بالنسبة للديون السابقة ، مجلة المجمع عدد٩ ج٢ص٣٦٤.

ومعروفاً [٢]، وأخيراً هناك من يلزم طرفي العقد بالخسارة الناجمة عن هبوط العملة مناصفة بينهما، ومقتضاه المقارنة بين قيمة الدين عند ترتبه وقيمته عند الأداء على أساس ذات العملة، ويتحمل العاقدان الفارق مناصفة[٣].

وقد اعتمد الفريق المشار إليه جميع الحجج التي استدل بها كل رأي مما تقدم فحمل كلاً منها على وجه مختلف، فأدلة المنع محمولة على الأحوال العادية، وأدلة الجواز على الأحوال الاستثنائية التي يغدو فيها اعتماد المثل ظلماً بيّناً لا سبيل إلى تحمله كالحروب والمجاعات وخلافها، وهو يضيف إلى ذلك أن الالتزام بالقيمة في جميع الأحوال يعمل على اضطراب المعاملات وفقدان الثقة في العملة الورقية والإخلال باقتصاد كل دولة، لأن الغبن اليسير أو الغلاء والرخص اليسيرين مما لا تخلو منه معاملة، كما يخرج رأيه هذا على مقابل المشهور في المذهب المالكي الذي سبق بيانه.

– وهناك رأي يعتمد قيمة المال من وقت القبض في القرض وقيمة السلعة يوم دفعت إلى المشتري في البيع، وهو مزيج من رأي أبي يوسف في الشق الأول منه، ومن مقابل المشهور في المذهب المالكي بالنسبة إلى شقه الثاني، مع ضميمة مهمة هي أنه لا بدّ في اعتبار القيمة في القرض من الرخص أو الغلاء الكثير فيه.

ومن الحجة لهذا الرأي أن الأوراق النقدية كالفلوس ليست بثمن خالص ولا بعرض خالص، وإنما هي شوب من هذا ومن هذا، فتقاس على العروض المعيبة بأن تؤخذ قيمتها عند الرخص أو الغلاء الكثير في القرض، وتؤخذ في البيوع قيمة السلعة لإمكان التقدير بها، وهي عرض محض ليس فيه شائبة، وتفارق الدراهم والدنانير المعروفة، لأن هذه لا تبطل ثمنيّتها بحال، وإن رخصت لم يرخص ما دلّت عليه من مقدار شغل الذمم[١].

٢٤٣ – الترجيح

والرأي الآنف الذكر هو الذي نرجحه لقوة أدلته التي تقدمت، فضلاً عن أننا نرى بطلان قياس النقود الورقية على ما لو رخصت الحنطة أو غلت؛ وذلك لأن الحنطة مقصودة لذاتها، أي بما تشبعه من

هوامش الصفحة الحالية

[١] مؤشر تكاليف المعيشة هو الرقم القياسي لتكاليف المعيشة الذي تبلغه سلعة أو خدمة عبر زمن معين مقارناً بالسنة الأساس التي تم فيها تحديد الثمن بأن تختار سنة معينة تسمى سنة الأساس وتعادل بنسبة ١٠٠% ثم تنسب لها أسعار السنوات الأخرى كنسب مئوية من سعر سنة الأساس. مضر العاني ، المؤلف ص ٧٠، ٧١، ٧٦ والمراجع التي أشار لها ومن أبرزها كتاب الربط القياسي ضوابطه وآراء الاقتصاديين الإسلاميين فيه ، لمحمد علي القري.

[٢] نزيه حماد ، المؤلف السابق ص ٥٠٦ وهو يذهب في حال عدم انضباط مؤشر تكاليف المعيشة إلى تقسيم الخسارة على أساس مؤشر الذهب.

[٣] مصطفى الزرقاء ، البحث السابق ص ٣٦٤ وهو يلخص ذلك بقوله تنصيف الفرق الفاحش في سعر العملة في المداينات السابقة وفي العقود المتراخية التنفيذ.

[١] بحث الدكتور النشمي السابق الذكر ، ص ١٦٦٣و١٦٦٤و١٦٦٥.

حاجة متوقعة بخلاف النقود الورقية؛ إذ هي وسيلة لتحصيل غاية وليست غاية في نفسها[٢]، ولما كان ذلك وجب أن تحتفظ بكونها وسيلة، فلا تهبط إلى الحدّ الذي لا يتوصل به إلى تحقيق شيء وهي حالة الرخص الفاحش، ولا ترتفع إلى الحدّ الذي تضحى معه غاية في نفسها بعد أن كانت وسيلة لغيرها وذلك في حالة الغلاء الفاحش، ومن ثم وجب ردها إلى ماهو مرسوم لها بأن ينظر إلى قيمة القرض أو السلعة.

على أن ذلك كله يعمل به في الحالات الاستثنائية غير المتوقعة، أي في الحالات التي يحدث فيها الاختلال المشار إليه. وبناءً عليه لا بدّ من ربط الغلاء الفاحش بحوادث عامة واستثنائية، ويجب ألا يكون في الوسع توقعها وأن تجعل التزام المدين مرهقاً كالذي اشترطته بعض القوانين، والأمر ينسحب على حالة الرخص الكثير أو الهبوط الفاحش للعملة، فيجب أولاً أن تكون هذه الحالة عامة واستثنائية ليس في الوسع توقعها، ويجب ثانياً أن يكون معها حق الدائن ضئيلاً، ولنا أن نختار هنا حد الغبن الذي لا يدخل تحت تقويم المقومين أسوة بما قررته المادة (١٨٨)من القانون المدني الإماراتي، كما يجوز لنا أن نفترض نوعاً خاصاً من الغبن الفاحش هو أن تنقص قيمة العملة إلى ثلثها أسوة بالجائحة كما يرى جانب من الفقه. فيمكن لنا على هذا أن نصوغ القاعدة التالية :" إذا وقعت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها هبوط قيمة العملة عند المطالبة إلى ثلث قيمتها التي كانت لها عند التعاقد ، وجب تنصيف الفرق بين العاقدين إذا أثبت الدائن أنه لم يقصر في مطالبة المدين قبل وقوع التضخم".

٢٤٤ – (٢) شرط الذهب

وإذا كان هذا فإن الفقهاء المعاصرين مختلفون في مدى صحة أو بطلان شرط الذهب، فعلى سبيل المثال أوصت ندوة متخصصة في موضوع التضخم وآثاره على الديون والحقوق الآجلة التي

---

[٢] د. علي محيي الدين علي القره داغي ، بحث بعنوان : أثر التضخم والكساد في الحقوق والالتزامات الآجلة، مجلة المجمع عدد ٩ ج٢ص٥٧٤ حيث يقول:" الحنطة ذات قيمة ذاتية لا تختلف باختلاف قيمتها في حين أن النقود الاصطلاحية قيمتها في رواجها وقيمتها ". كذا . وقارن هذا بما جاء في ص ٦٥٦ من العدد المذكور في بحث الشيخ محمد المختار السلامي بعنوان مفهوم كساد النقود الورقية وأثره في تعيين الحقوق والالتزامات الآجلة . حيث ورد بتلك الصفحة: "لاشك أن النقود من المثليات باعتبار المثلي ما يكال أو يوزن أويعد . أما في الفلوس فإنها إذا عدم التعامل بها ذهبت المثلية كمائة حاوية من التفاح مملوءة يقابلها مائة حاوية من التفاح مملوءة ولا يساويها مائة حاوية فارغة، والفلوس نظرُ الناس إليها لا باعتبار ذاتها وإنما باعتبار ما تحويه من قيمة ". وفي ص ٦٥٨ :" قفيز القمح يُتملك للانتفاع به ومنفعته باقية لم ينقص منها فيما تراد له عادة وهو التغذية شيء ،إذ هو يعطي وحدات حرارية متساوية ، فقيمته الذاتية لا تختلف وحاجة الناس إليه تزيد ولا تنقص ، بخلاف الفلوس التي بطل التعامل بها ؛ فهي كالقمح الذي نخره السوس ولم يبق من وحداته الحرارية إلا الشيء القليل" .

انعقدت في البحرين من ٢٢ إلى ٢٣ ديسمبر عام ١٩٩٩ بأنه لا يجوز شرعاً الاتفاق عند إبرام العقد على ربط الديون الآجلة بمؤشر تكاليف المعيشة أو غيره من المؤشرات أو بالذهب أو الفضة أو بعملة أخرى أو بقائمة الأسعار[١].

كما أسفرت الندوة التي أقامها البنك الإسلامي للتنمية بجدة بالاشتراك مع المعهد العالمي للاقتصاد الإسلامي بإسلام آباد المنعقدة في شعبان سنة ١٤٠٧هـ عن القرار الآتي " لا يجوز ربط الديون الثابتة في الذمة أياً كان مصدرها بمستوى الأسعار بأن يشترط العاقدان في العقد المنشيء للدين كالبيع والقرض وغيرهما ربط العملة التي وقع بها البيع أو القرض بسلعة أو مجموعة من السلع أو عملة معينة أو مجموعة من العملات، بحيث يلتزم المدين بأن يوفي للدائن قيمة هذه السلعة أو العملة وقت حلول الأجل بالعملة التي وقع بها البيع والقرض"[٢].

وقد أجاز المجمع الفقهي في دورته الثامنة بالقرار رقم ٢/٨د/٦/٧٩ أن يتفق الدائن والمدين يوم السداد لا قبله على أداء الدين بعملة مغايرة لعملة الدين إذا كان ذلك بسعر صرفها المعتاد. ومقتضاه إبطال شرط الذهب الذي يقترن بالعقد المنشئ للدين؛ لأن الاتفاق على السداد بعملة أخرى وقت العقد هو من قبيل الشرط المذكور[٣].

وما من ريب في انطلاق هذا النظر من كون شرط الذهب يخل بالمماثلة في العدد من ذات العملة بين وقت العقد ووقت الأداء – على ما سلف بيانه – حال كون النقود الو رقية قائمة مقام الذهب والفضة، أو مالاً مثلياً يتعين أن يؤدي بمثله جنساً وقدراً، هذا إذا كان الشرط هو الوفاء بذات العملة، أي بما يعادل الذهب، أما إذا كان الشرط جارياً على الوفاء بعملة أخرى أو بالذهب نفسه– بحسب السائد وقت العقد– فيبدو أن علة المنع منه هي كونه شرطاً جرّ نفعاً. والقاعدة في ذلك أن كل شرط جرّ نفعاً فهو ربا.

ويمكن إجراء شرط الذهب على الخلاف في قدر ما يتم الوفاء به من النقود الورقية أيضاً، فاعتبار قيمة الورق مطلقاً أو ربطها بمؤشر الذهب وغيره في أحوال الرخص أو الغلاء الكثير، كل ذلك محمول على أن تأدية المبلغ المشترط تقع من ذات العملة التي جرى عليها العقد أوّلاً ومن غير حاجة إلى شرطٍ ما.

---

[١] نزيه حماد ، المؤلف السابق ص ٥٠٨–ص٥١١.

[٢] محمد تقي العثماني ، المرجع السابق ص ١٩١، ١٩٢.

[٣] انظر قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي ٩٣، ومجلة المجمع العدد الخامس ج ٣ ص١٦٠٩.

وهناك من ينص على جواز شرط الذهب بخلاف ما لو ترك النص عليه فيجب أن يصار إلى المثل[١]، ومن يلزم بالربط بالذهب مطلقاً شرط أو لم يُشرط[٢]، ومن يقصر شرط الذهب على المبادلات المؤجلة[٣]، وفريق يربط بالعملة الصعبة بحيث لا يتم الوفاء إلا منها [٤]، وآخر يجيز الاتفاق في البيع دون القرض على عملة تعادل سعر الصرف حينئذٍ أي وقت العقد[٥].

وهذا الرأي الأخير يشبه المقرّر في مذهب مالك [٦]والأصح في المذهب الشافعي[٧] من حيث إن البدل إنما هو العملة الأخرى لا الأولى والتي جاء ذكرها في العقد معياراً للأخرى .

ولم ينته المجمع الفقهي في دورته التاسعة في أبو ظبي للفترة من ١-٦ إبريل ١٩٩٩ إلى ترجيح أي من الاتجاهات العديدة التي ظهرت بشأن معالجة حالات التضخم. وإنما انتهى إلى أن هذه الاتجاهات محتاجة للبحث والتمحيص ، وقرر (عقد ندوة متخصصة يشارك فيها عدد من ذوي الاختصاص في الاقتصاد والفقه للنظر في الطريقة الأقوم والأصلح الذي يقع الاتفاق عليه للوفاء بما في الذمة من الديون والالتزامات في الأحوال الاستثنائية المشار إليها أعلاه) [٨].

٢٤٥ – الترجيح

وبإزاء ما تقدم فإننا نرى الآتي:

أ. إذا كان شرط الذهب جارياً على أن الدائن يستوفي دينه ذهباً أو عملة أخرى بالسعر السائد في وقت العقد فلا بأس بذلك؛ لأن هذا الشرط إن هو إلاّ تجميد لقيمة المبلغ الذي جرى عليه العقد

---

[١] محمد المختار السلامي ، البحث السابق ص ٦٧١و٦٧٥.

[٢] محمد تقي العثماني ص ١٩٤ ، المرجع السابق وقال مع هذا إنه لا يفتي بها وإنما يطرحها للنظر .

[٣] د. محمود عثمان شبير، المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي ص ١٦٠ ولكنه غير صريح في هذا المعنى ، فهو يقرر أنه لابد من العودة إلى نظام الذهب النقدي وجعله مقياساً للسلع والخدمات، وأن نظام الورق النقدي يمكن استعماله في المبادلات الحاضرة دون المؤجلة التي تكون على أساس نظام الذهب النقدي.

[٤] مضر العاني، المؤلف السابق ص ٣٨.

[٥] السالوس، بحثه السابق ص ١٧٣٣.

[٦] قال ابن رشد في البيان والتحصيل ٤٨٨/٦ : " لا اختلاف فيه أنه إذا باع بكذا وكذا درهماً ولم يقل من صرف كذا فله عدد الدراهم التي سمى ارتفع الصرف أو اتضع ، وإذا قال بكذا وكذا درهماً من صرف كذا وكذا فلا تكون له الدراهم التي سمى إذ لم يسمها إلا ليبين بها الجزء الذي أراد به البيع من الدينار فله ذلك الجزء ، وكذلك لو قال أبيعك بنصف دينار من ضرب عشرين درهماً بدينار فإنما له عشرة دراهم إذا لم يسم نصف الدينار إلا ليتبين به الدراهم التي أراد البيع بها من الدينار " وقد تكررت هذه المسألة في ج٧ص٢٣ من ذلك الكتاب ، ومن الواضح أنه يشبه شرط الذهب في أيامنا.

[٧] في المجموع ٤٠٥/٩ قال في البيان : " و قال بعتك بألف درهم من صرف عشرين بدينار لم يصح ؛ لأن المسمى هي الدراهم وهي مجهولة ولا تصير معلومة بذكر قيمتها ، قال : وإن كان نقد البلد صرف عشرين بدينار لأن السعر يختلف ولا يختص ذلك بنقد البلد . ... قال النووي : هذا ما نقله صاحب البيان، وهو ضعيف بل الأصح صحة البيع بالكناية، وعلى هذا إذا عبر بالدنانير عن الدراهم صح، والله أعلم " .١. هـ.

[٨] قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي ص ٢٠٣، مجلة المجمع العدد ٩ ج١ ص ٣٥١. ،

خوفاً من تبدل قيمته مستقبلاً[١] إلا أن يكون هذا في عقد قرض؛ فإن مبلغ القرض يجب أن يطابق بدله، واشتراط كونه من عملة أخرى فيه شبهة الربا من حيث إنه شرط جر نفعاً لصاحبه[٢].

ب. وإذا كان الشرط على أن الدائن يستوفي دينه من ذات العملة التي جرى عليها العقد بقيمة الذهب السائدة وقته أو بعملة أخرى فإنه ينبغي التمييز بين الأحوال المعتادة التي يُدخل فيها على احتمال التغير في قيمة النقود، وتلك التي ليس في الوسع توقعها وتنطوي على التزام مرهق أو غبن محقق، ففي هذه الأحوال وحدها نرى صحة الشرط بالنسبة للقرض ؛ لأنه لم يزد على أن حدد القيمة الواجب مراعاتها من بين ما يقوّم به بدل القرض، وقد رأينا أن المعتبر في القرض في العقد المطلق هو قيمته وقت القبض . أمّا في البيع فلما كان المعتبر هو قيمة السلعة وجب عدم الاعتداد بهذا الشرط ومن ثم المصير إلى إبطاله.

ج. على أن كل هذا محكوم بكون الشرط غير مخل بالعملة الوطنية في وقت التعاقد، وإلا وجب القول ببطلانه حماية لقواعد النظام العام كما سبق القول في ذلك. ويتوقف مصير العقد عندئذٍ على القاعدة العامة التي تحكم الشروط وهي تلك التي تفرق بين الشرط الباعث المبطل للعقد، والشرط غير الباعث الذي لا يبطله.

المطلب الثالث

التعيين بعد التعاقد (القابلية للتعيين)

إن الكلام في القابلية للتعيين يتقاضانا بسط القول في بعض التطبيقات التي تصلح أمثلة له. فنتكلم أولاً في التعيين بالعرف ونعرض لأهم تطبيقاته، ونتدرج من ذلك إلى التعيين بمعرفة أحد العاقدين أو الغير، ثم ننتهي إلى التعيين بوسائل حسابية نعرض لأهمها كذلك.

أولاً : التعيين بالعرف

من أهم التطبيقات على التعيين بالعرف التعيين بسعر السوق، وتحكيم العرف إذا أغفل تحديد درجة الجودة، وكذا إذا أغفل تحديد نوع النقد المتعين الدفع، ونعرض لكل منها على النحو الآتي.

٢٤٦ – (١) سعر السوق :

---

[١] يؤكد هذا مافي المجموع ٤٠٥/٩ من أن هذا البيع من قبيل البيع بالكناية أي التعبير بالدنانير عن الدراهم .

[٢] على أن هذا لا يخل بما سبق أن ذكرناه من جواز الاتفاق عند الوفاء على الدفع بسعر الصرف السائد عند التعاقد استدلالاً بحديث ابن عمر الشهير في هذا الباب، وبما وقع في بعض الروايات عنه من قوله أعطوه بسعر السوق . وقد سبق أن أشرنا إلى أن المجمع الفقهي قد أجاز ذلك في قراره رقم ٢/٨٦/٦/٧٩.

الأصل المقرر لدى أكثر الفقه منع البيع بسعر السوق أو بما ينقطع به السعر أو بما يبيع الناس أو بما بعتها به أو بما باعها أو اشتراها فلان أو بما يُعطى فيها أو بقيمتها أو برقمها إذا لم يكن معروفاً للعاقدين لجهالة الثمن في كل هذه الحالات، وهي من الغرر المنهي عنه[٣].

ويستثني الفقهاء من ذلك صوراً على خلاف بينهم وتدرج نحمله في ما يلي:

١ - أجاز الأحناف البيع بمثل ما يبيع الناس في الأشياء التي تتفاوت كالخبز واللحم[١]، ثم أجاز متأخروهم بيع الاستجرار كما أشرنا إليه، وهو بيع الأشياء التي تؤخذ من البقال وغيره بما يحتاج إليه المرء كل يوم.

٢ - أجاز المالكية والحنابلة بيع الاستنابة والاسترسال، وهو أن يقول الرجل للآخر: اشتر مني سلعتي كما تشتري من الناس فإني لا أعلم القيمة، فيشتري منه بما يعطيه من الثمن اعتماداً على هذا التفويض، ولا فرق بين البيع والشراء في هذا [٢].

والذين أجازوا البيع بسعر السوق أو بالرقم مطلقاً قلة من الفقهاء على التفصيل الآتي:

- حكى بعض الشافعية وجهاً شاذاً مفاده أن البيع يصح مطلقاً للتمكن من معرفة الثمن كما في بيع الصبرة كل صاع بدرهم، فإن البيع يصح وإن كانت جملة الثمن في الحال مجهولة[٣].
- جوّز بعض الشيعة الإمامية قول البائع للمشتري: بعتك هذه السلعة بالسعر الذي بعت به وإن كان المشتري يجهل ذلك السعر[٤].
- ذهب ابن تيمية ومعه ابن القيم في هذا إلى أنه لا تشترط تسمية مقدار الثمن لعدم النص على وجوبه من الكتاب والسنة والأثر، ولأن عمل المسلمين على غيره كما في بيع الاسترسال وبيع الخبز من الخباز ونحوه، وأوجبا السعر المعروف أو ثمن المثل، ومن البديه أن يصح عندهما البيع بما يبيع به الناس أو بالسعر العام؛ لأن البيع هنا أقرب إلى التراضي من بيع المساومة الذي تراعى فيه خبرة المشتري لنفسه[٥].

٢٤٧ – (٢) تحديد درجة الجودة – إحالة :

---

[٣] مواهب الجليل ٤ / ٣٦٢ ، الصديق الضرير، الغرر وأثره في العقود في الفقه الإسلامي ص ٢٥٦، ٢٥٧.

[١] البدائع ١٥٨/٥، حاشية ابن عابدين ٥٤١/٤، الصديق الضرير، المرجع السابق ص ٢٥٧ .

[٢] المنتقى ١٥/٥، الدسوقي ٥٥/٣، مواهب الجليل ٤٧٠/٤، الزرقاني ٥ / ١٧٥، المقدمات الممهدات ٢٧٦/٢، البيان والتحصيل ٤٣١/٧، الشرح الكبير بهامش المغني ٧٩/٤، المغني ٩٠/٤، ٩١، الإنصاف ٢٢٣/٤، ٢٢٤، فتاوى البرزلي ٣٥٩/٣، ٣٦٠ ، حاشية ابن عابدين ٤ / ١٥٩ ، الموسوعة الفقهية الكويتية ٩ / ٥٠ .

[٣] المهذب ٣٧٠/١.

[٤] القائل بذلك ابن الجنيد من علماء الشيعة ،كذا في مفتاح الكرامة ٣٩١/٨، ٣٩٢..

[٥] نظرية العقد ص ٦٥، ١٦٤، ١٧٢، إعلام الموقعين ٤١٣/٤ بدائع الفوائد ٥٠/٤-٥٢.

سبق أن أشرنا إلى أنه متى أغفل العقد النص على تحديد درجة جودة المعين بالنوع لزم النظر أولاً فيما إذا كان ثمة عرف أو تعامل سابق ليعمل عليه قبل القضاء بالوسط.

ومن هنا يقوم العرف بدور حاسم على صعيد الفصل في صحة العقد كما رأينا من المثال السابق.

٢٤٨ – (٣) تحديد نوع النقد الواجب دفعه

من أظهر فوائد العرف في شأن تعيين المعقود عليه تحديد نوع النقد الواجب دفعه، فيما لو كان النقد الوارد في العقد مطلقاً، مثال ذلك أن يتصارف شخصان درهماً واحداً بدولار واحد، أو أن يبيع شخص لآخر سيارته بثلاثين ألف درهم دون ذكر نوع المراد الدفع به.

فكل ما يشترط في الأمثلة المتقدمة بيان الجنس فقط وهو الدرهم أو الدولار[١].

فلو فرض وكان في البلد عدة نقود تحمل ذات الاسم، وكانت كلها مختلفة الرواج بأن لم يغلب نقد منها على آخر، فإننا يجب أن نفرق بين حالتين في هذا الصدد :

الأولى : أن تستوي ماليتها، فلا يكون ثمة أثر لاختلاف الرواج بين النقود، ويتخير المدين في دفع ما شاء منها لعدم النزاع عندئذٍ، ويجبر الدائن على قبول أي منها [٢].

والحالة **الثانية** : أن تختلف ماليتها، فيكون العقد فاسداً عند الأحناف باطلاً عند غيرهم، لجهالة المعقود عليه عندئذٍ جهالة من شأنها أن تؤدي إلى المنازعة، لأن الدائن يطالب بالأعلى والمدين يقتصر على الأدنى، ولا يمكن ترجيح المعقود عليه من حيث إن أحد النقدين ليس أولى من الآخر، ولا يوجد عرف مرجح، فلذا يبقى المعقود عليه مجهولاً جهالة من شأنها إثارة النزاع كما تقرّر.

فالتعيين بالعرف– على الحقيقة – نوع من معرفة المعقود عليه معرفة تنفي الجهالة الفاحشة، كما أنه يجري مع الأصل القاضي بصحة العقود وبعدم جواز إهدار كلام العاقل. ولذلك سلك أغلب الفقه الإسلامي مسلك الصحة مع الحمل على النقد الغالب.

ولا نجد شذوذاً عن هذا إلا في أمرين ذهب إلى كل منهما بعض الفقه:

---

[١] يراجع البدائع ١٩٤/٤–كما تراجع الموسوعة الفقهية الكويتية ١٠١/٩، والبدائع أيضاً ١٥٩/٥. المجموع شرح المهذب ٣٩٩/٩ ، بداية المجتهد ٢٤٧/٢، البحر الرائق ٤٧٠/٥– ٤٧٢و٢٦٧/٦، مغني المحتاج ٢٤/٢، حاشية الجمل ٣٤٤/٣، ٣٤٥، الإنصاف ٢٢٤/٤–٢٢٥، الفروع ٢٣/٤، تبيين الحقائق ٢٨١/٤، شرح فتح القدير ٢٤٣/٦ تحفة الحبيب ١٨/٢التجريد ٢٤٥/٢، شرائع الإسلام ٣٨/٢. حاشيتا قليوبي وعميرة ٢٥٨/٢، ٢٥٩مجمع الأنهر ٣٣/٣ المغني ٢٧٩/٤، الشرح الكبير ١١٢/٤، كشاف القناع ١٩٩/٣.

[٢] البيان والتحصيل ٣١٩/٧، ٣٢٠ آخر سماع ابن القاسم من جامع البيوع ، فتاوى البرزلي ١٥٦/٣، ١٥٧، المدونة ،كتاب الصرف ١١٦/٦وأكرية الدور ٢١٤/٨. مواهب الجليل ٢٧٧/٤، ٢٧٨.

- **الأول**: وهو لبعض الشافعية أن العاقدين إذا كانا أجنبيين عن البلد الذي صدر فيه العقد وأطلق النقد فيه، فإنه ينبغي أن يكون مجهولاً لهما. ومقتضى ذلك القول ببطلان العقد في هذه الحالة[٣].
- **الثاني**: وهو وجه مرجوح لدى الحنابلة وقول غير معتمد لدى المالكية: أن العقد لا يصح متى ما أطلق فيه النقد لجهالة المعقود عليه[١].

وإن رأي الجمهور لأهدى سبيلاً وأرجح في الدليل؛ لأن العادة محكمة، وهي قرينة على انصراف نية العاقدين إلى ما أغفله النص، ولأن تصحيح العقد خير من إبطاله لأنه الأصل.

ثانياً : التعيين بمعرفة أحد العاقدين أو الغير

وتطبيقاته أن تباع سلعة غير معينة من جملة أشياء متماثلة دون تعيين وعلى أن يكون ذلك متروكاً لأي من العاقدين، وأن يعهد لأي منهما كذلك بتعيين واحد من جملة أشياء مختلفة، وفيما يلي حكم كل منهما في الفقه الإسلامي:

٢٤٩ – (١) التعيين من أشياء متماثلة

يمشي أغلب الفقه الإسلامي على جواز أن تباع سلعة غير معينة من جملة أشياء متحدة المنافع متساوية الأغراض، ويكون التعيين لأحد العاقدين، وذلك كأن يقول هذا للمشتري : بعتك مائة إردب من هذا القمح ويشير إليه ، أو صاعاً من هذه الصبرة ويشير إليها ونحو ذلك؛ لأن الأشياء المتحدة المنافع المتساوية الأغراض – أي الأموال المثلية – هي متماثلة الأجزاء أو متقاربة، فلا غرو أن يقوم بعضها مقام بعض في الوفاء[٢].

بقية هوامش الصفحة السابقة

[٣] حاشية البجيرمي على شرح الخطيب ١٨/٢ ما نصه بتصرف : يشترط العلم بالصفة إلا في هذه المسألة . قوله (ولو كانا من غير أهلها) فيه وقفة لأنه إذا جهل كل منهما نقود البلد كان الثمن مجهولاً لهما والوجه عدم العمل بهذا الإطلاق ، ونحو هذا في التجريد ٢٤٥/٢(وهي حاشية البجيرمي على شرح ابن حجر الهيتمي على المنهاج) .

هوامش الصفحة السابقة

[١] جاء في الإنصاف (فقه حنبلي) ٢٢٤/٤-٢٢٥: (أو بدينار مطلق وفي البلد نقود لم يصح) لا يخلو إما أن يكون فيها نقد غالب أو لا يكون كذلك . فإن كان فيها نقد غالب فظاهره لا يصح وهو أحد الوجهين وقدمه في الفروع . والثاني يصح وينصرف إليه وهو المذهب . قال في الفروع وهو الأصح . انظر أيضاً الفروع لابن مفلح ٢٣/٤. والنص منقول بتصرف كما لا يخفى – وقد ذكر البرزلي المالكي قولين فيما إذا تعددت السكك وكان الغالب أحدها، وقرر أن ظاهر المدونة الجواز ويحمل على الغالب. وممن صرح بهذا اللخمي وابن رشد. انظر في جميع هذا الذي تقدم مواهب الجليل ٢٧٧/٤، البيان والتحصيل ٣١٩/٧، ٣٢٠ فتاوى البرزلي ١٥٦/٣، ١٥٧.

[٢] البدائع ١٥٩/٥، ١٦٢، المبسوط ٦/٣، شرح فتح القدير ٢٤٦/٦، ٢٤٧، الدسوقي ١٧/٣، مغني المحتاج ٢٢/٢، حاشية الجمل ٣٣٩/٤ قليوبي وعميرة ٢٥٧/٢، تحفة الحبيب ٩/٢. التجريد ٢٤٢/٢ ، المغني ٢٣٠/٤ ، الشرح الكبير ٣٢/٤، الإنصاف ٢١٩/٤، شرح المنتهى ١٤٣/٣، حاشية ابن عابدين ٥٣٩/٥، شرائع الإسلام ٤١/٢.

ويُراعى هنا أن المال المثلي قد يكون معيناً بذاته. وفي هذه الحالة يقرر الفقه المتقدم في مجمله عدم جواز العدول عنه إلى غيره، لأن الرضا وقع عليه وتعلق به. إلا خلافاً في الثمن بين الأحناف وغيرهم حيث يرى الأحناف أن الثمن لا يتعين بالتعيين، وسبق أن أشرنا إلى هذا [٣].

وأهل الظاهر لا يجيزون بيع شيء غير معين من جملة أشياء ولو كانت من المثليات المتساوية الأبعاض. وإنما طريقة البيع عندهم أن يتساوم العاقدان فإذا تراضيا كال البائع أو وزن أو ذرع أو عدّ، فإذا تم ذلك تعاقد البيع على تلك العين المكيلة أو الموزونة أو المذروعة أو المعدودة، وحجتهم في ذلك أن التراضي لا يمكن إلا في معلوم متميز وإلا كان في ذلك غرر، لأنه لا يؤمن خلاف العاقدين على الموضع الذي يتم التسليم منه [١]، وفي المذهب الشافعي من ينحو هذا المنحى[٢].

ولا يخفى ما في الرأي الذي ذهب إليه أهل الظاهر من بالغ المشقة، فضلاً عن أن الحجة لا تسعفه؛ إذ لا غرر هناك لتماثل أجزاء المال المثلي كما سبق القول، ولإمكان استعمال خيار العيب هنا بأن يخير المشتري بين القبول أو الترك وأخذ شيء آخر من ذات النوع بدل الشيء المعيب.

٢٥٠– (٢) التعيين من أشياء مختلفة

إذا كان الشيء الذي جرى عليه العقد معيناً بذاته، فإن الفقه مجمع على عدم جواز العقد إذا قال البائع للمشتري مثلاً: بعتك ثوباً من هذه الثياب أو شاة من هذا القطيع أو ثوباً من هذا العدل أو رطلاً من هذا اللحم.

على أن الفقه قد اختلف فيما لو خير المشتري مثلاً بين ثلاثة أشياء يختار أحدهما وبما يعرف بخيار التعيين، فانقسم في شأنه إلى رأيين متعارضين:

– **الأول**: هو عدم جواز العقد في هذه الصورة لجهالة المعقود عليه، لأن كل واحد منهم تختلف أجزاؤه وقيمته فلا يجوز شراء بعضه غير معين كالأربعة أشياء، وإذا كان هذا العقد لا يصح من غير شرط

---

[٣] المغني ٢٣٠/٤، الإنصاف ٢١٨/٤ ، مجمع الأنهر ١٧/٣، المبسوط ١٣، ٦، فتح القدير ٢٤٩/٦، القواعد لابن رجب ص ٢٣٣ ، القاعدة رقم ١٠٥.

[١] المحلى ٢٩٤/٨-٣٤٠.

[٢] المراجع المتقدمة في الفقه الشافعي.

فإنه لا يصح مع هذا الشرط كما لو شرط الخيار من أربعة أشياء، ثم إنه لا حاجة إلى هذا فإن الاختيار يمكن أن يقع قبل العقد، وما ذكره المجيزون من وجود هذه الحاجة يبطل بالأربعة، فإن الحاجة تحصل مع الأربعة حصولها مع الثلاثة، ومع هذا يرى المجيزون بطلان العقد في هذه الصورة، أي أنه لا يقبل هنا التعليل بالحاجة. هذا مذهب أكثر الفقه[١].

- **الثاني**: ويقضي بجواز العقد على الإجمال للحاجة إلى ذلك لا سيما حاجة المشتري، فقد يشتري لعياله ثوباً ولا يعجبه أن يحمل عياله إلى مباشرة العقد بهذه الصفة، وقياساً على خيار الشرط بجامع التروي في أخذ السلعة والحاجة إلى دفع الثمن، وإنما اقتصر على الثلاثة دون الأربعة لأن الحاجة تندفع بالثلاثة؛ لاقتصار الأشياء على الجيد والوسط والرديء، فيبقى الحكم في الزيادة مردوداً إلى أصل القياس" ولأنه لا تعامل فيما زاد على الثلاثة بين الناس فبقى الحكم على الأصل ".

ذهب إلى هذا الفقه الحنفي[٢].

وقيده المذهب المالكي بشرطين: الأول اتحاد جنس المبيعين وصنفهما، والثاني اتحاد الثمن. وبيان ذلك أنه لو كان جنس المبيعين مختلفاً كثوب ودابة أو كان صنفهما مختلفاً كرداء وكساء لم يصح البيع وإن اتحد الثمن لجهالة المبيع، ولو كان الثمن مختلفاً لم يصح البيع كذلك رغم اتحاد الجنس والصنف، كما لو باع شخص ثوبين أحدهما بعشرة والآخر بخمسة عشر على البت لجهالة الثمن، أما لو اختلفت الجودة والرداءة مع اتحاد الثمن واتحاد الجنس والصنف فلا بأس في ذلك، لأن الغالب الدخول على الأجود[٣].

واشترط بعض الحنابلة للقول بالجواز اتحاد جنس المبيعين وصنفهما فقط [٤]، وبعضهم ذهب إلى قول أبي حنيفة[٥].

والأصح في المذهب الزيدي الجواز كالمقرر في المذهب الحنفي[٦].

٢٥١ – الترجيح

---

[١] الشرح الكبير بهامش المغني ٣٣/٤، المجموع ٣٤٧/٣ وقد حكى وجهاً شاذاً بالجواز، المهذب ٣٦٦/١، تحفة الحبيب ٢/ ٩، المحلى ٤٢٩/٨، ٤٣٠، المسألة ١٤٥٨.

[٢] حاشية ابن عابدين ٤، ٥٨٥، ٥٨٦، شرح فتح القدير ٢٩٩/٦-٣٠١، مجمع الأنهر ٤٦/٣البدائع ١٥٦/٥-١٥٨.

[٣] حاشية الدسوقي مع الشرح الكبير ٥١/٣، ٩١، ٩٣، المنتقى ٣٧/٥، مواهب الجليل ٤٢٣/٤، ٤٢٥.

[٤] القواعد لابن رجب ص ٢٣٣ القاعدة رقم ١٠٥، وخلاصتها أن كل ما تختلف أجزاؤه وقيمته لا يجوز شراء بعضه غير معين، وما تساوت أجزاؤه وقيمته فإن البيع يجوز من غير تعيين كما في بيع قفيز من صبرة.

[٥] الفروع ١٩/٤ نقلاً عن مفردات أبي الوفا بن عقيل ونحوه في الإنصاف ٢١٨/٤.

[٦] البحر الزخار ٤٤٣/٣.

ورأي الجواز هو الصائب للحاجة التي أشار إليها الحنفية، ولكن هذه الحاجة لا تتصور في الأشياء المختلفة؛ لأن للمشتري في كل منها غرضاً يخصه، ومن ثم يمكن له التوكيل أو الإرسال على استقلال، وكذلك نرى أن المشتري إذا اشترى أشياء متحدة بأثمان مختلفة فقد اختلفت أغراضه فلم تعد الحاجة قائمة، ولهذا نميل إلى رأي المالكية، وأيضاً لأن الأصل هو المنع كما لدى الحنفية، والجواز هو بقدرما تندفع الحاجة فقط كما قرّروا، ولا حاجة هنا لما سبق أن ذكرنا.

ثالثاً : التعيين بوسائل حسابية

التعيين بوسائل حسابية يقتصر على الحالات التي لا يعرف فيها قدر المعقود عليه عند التعاقد، ولكن العقد يحتوي على ما يرشد عنه، ونعرض هنا للصور التي اختلف الفقه الإسلامي بشأنها فيما يخص هذه المسألة، على نحو ما يلي.

٢٥٢ – (١) التعيين على أساس نسبة مئوية [١]

العقد على أساس نسبة مئوية هو العقد الذي يذكر فيه مبلغ نقدي معين تزاد عليه نسبة مئوية تضم إليه، ليكون الأصل والربح جملة البدل، مثال ذلك في البيع أن يقول البائع للمشتري: بعتك هذه السيارة بعشرين ألف درهم وأربح في كل ألف خمسين درهماً، أو أن يقول بعتك بعشرين ألفاً مضافاً إليها **٥%**، فتكون جملة الثمن على الحالين واحداً وعشرين ألف درهم.

والفقه الإسلامي في هذه المسألة انقسم إلى قسمين:

الأول: وهو السائد عند أكثر الفقه، ومفاده أن العقد يصح تعيينه بهذه الطريقة، لأن " رأس المال معلوم والجهالة في الربح يمكن إزالتها بالحساب، فهو كما لو قال وربح ألف درهم" [٢].

والثاني: مفاده بطلان العقد لجهالة الثمن حال العقد، ولأن الشرط ليس في كتاب الله تعالى، وهو قول أهل الظاهر [٣] وإسحاق بن راهويه[٤].

٢٥٣ – الترجيح

والحق أن الرأي الأخير محجوج بما يلي:

---

[١] يعبر عن هذه الطريقة في كتب الفقه الإسلامي بربح دَ هْ يازْ ده أي العشرة بأحد عشر وهي لفظة فارسية . انظر حاشية ابن عابدين ١٣٥/٤، المغني ٢٥٩/٤، الغرر ص ٢٦٣بالهامش، الدر المختار ص ٤٢٥، مجمع الأنهر ١٠٧/٣، حاشية الدسوقي ١٦٢/٣، البحر الزخار ٣٧٧/٣، بداية المجتهد ٢١٦/٢، نهاية المحتاج ١١٢/٤ باب التولية .

[٢] المغني ٤ / ٢٥٩ .

[٣] المحلى ١٤/٩ المسألة ١٥١٥.

[٤] البحر الزخار ٣٧٧/٣.

١ - أنه ليس ثمة جهالة في البدل على الإطلاق، فرأس المال معلوم والربح عبارة عن نسبة منه، ولا فرق عند التأمل بين ذكر جملة البدل أو تخصيصه وتفريده بحيث يتوزع إلى أصل وربح مقدر محسوب على أساس يسهل به معرفة الجملة، وإنما جعل هذا لأجل زيادة الإيضاح والبيان ولتأكيد الثقة والرضا بين الجانبين، بدليل أنه يقع في أكثر الأحيان في عقود الأمانة: وهي المرابحة والتولية والوضيعة.

٢ - أن المقصود بالشرط الذي ليس في كتاب الله على ما فسره جمهور الفقهاء – خلافاً لأهل الظاهر – هو الشرط المخالف لكتاب الله تعالى، لا أي شرط كان، ومن المعلوم اتجاه أغلب الفقه إلى التوسع في الأخذ بالشرط خلافاً لأهل الظاهر.

٢٥٤– (٢) التعيين على أساس سعر الوحدة :

للتعيين على أساس الوحدة ثلاث صور متفق على جوازها:

١ - فمن ذلك تسمية جملة الثمن وسعر الوحدة، بأن يبيع كل الصبرة بمائة درهم كل قفيز بدرهم.

٢ - ومن ذلك تسمية جملة المبيع وسعر الوحدة، بأن يبيع الصبرة على أنها مائة قفيز كل قفيز بدرهم.

٣ - ومن ذلك تسمية جملة المبيع وجملة الثمن، بأن يبيع الصبرة على أنها مائة قفيز بمائة درهم.

ففي هذه الأحوال يتعين كل من المبيع أو الثمن، فيصح البيع إجماعاً[1].

٢٥٥ – صورة متفق على بطلانها

وهناك صورة متفق على بطلانها وهي أن يبيعه بيعاً مؤجلاً مالاً موصوفاً في الذمة من إنتاج حديقته مثلاً على أساس الكيل أو الوزن أو نحو ذلك، كأن يشتري المشتري من القمح مثلاً كل إردب بمائة درهم، حالة كون القمح المبيع مستقبلاً أي غير موجود حين العقد.

فهذا البيع إذن يختلف عن بيع الجزاف كما بيّنا؛ لأن بيع الجزاف هو بيع لموجود لا يعرف مقداره بشروطه التي بينها القانون أو الفقه، ثم إن هذا البيع لا نهاية له يعرفها المشتري، فلا يدخل في

---

[1] مصادر الحق ٢٥٠/٣، ٥١، إلا أن الشافعية والحنابلة على الأصح يتجهون إلى أن الصبرة إن خرجت مائة كما في الأمثلة المتقدمة صح العقد، وإن لم تخرج كذلك كان العقد باطلاً لتعذر الجمع حينئذٍ بين جملة الثمن وتفصيله، فكأن العقد هنا معلق على شرط واقف هو أن تخرج الصبرة مائة قفيز. يراجع في هذا تحفة الحبيب ١٩/٢، التجريد ٢٤٤/٢، حاشيتا قليوبي وعميرة ٢٦٠/٢، المغني ٣٣١/٤، وذكر صاحب منتهى الإرادات ١٨٢/٣ رواية الجواز بقوله :" ومن باع ما يذرع على أنه عشرة فبان أكثر صح ولكل الفسخ " ، انظر أيضاً الشرح الكبير ٣٤/٤.

صورة: اشتريت منك عشرين إردب قمح كل إردب بمائة درهم؛ لأن المبيع هنا معروف المقدار ومحدّد الثمن بخلاف ما نحن في صدده؛ إذ كل ما على المشتري في هذا العقد هو أن يأخذ كل ما وجد من القمح في أجل التسليم كائناً ما كان مقداره ولو كان ملء مخزن بأكمله، ويلتزم بدفع الثمن على أساس الوحدة الذي اتفق عليه مع البائع، ولا يجوز له أن يتحلل من التزامه هذا في الظروف العادية[١].

٢٥٦ – تجويز بعض الباحثين لها

ومن الباحثين في الفقه الإسلامي من يرمي إلى تخريج هذا الجواز على قاعدة انتفاء الغرر في الشريعة الإسلامية" فإذا كان التعامل غير جزاف بل إن المشتري لا يدفع من الثمن إلا بمقدار ما يأخذ من المبيع فلا غبن في ذلك ولا غرر"، لأنه يكون " قد اشترى المبيع معلقاً على شرط الوجود ولا يدفع من الثمن إلا بمقدار ما يأخذ من المبيع، وإذا أجزنا التعليق في هذه الحالة وينبغي أن يجوز، فإن الغرر يكون حينئذٍ منتفياً أو هو غرر يسير ليس من شأنه أن يؤثر في صحة العقد، وما دام المبيع قد وصف على نحو يجعله منضبطاً فإن وجد على الوصف فلا غبن على المشتري ولا غرر، وإن لم يوجد أو وجد على غير الوصف فالبيع باطل "[٢].

٢٥٧ – تفنيد هذا الرأي

وإن هذا البيع ليعتوره الغرر على نحو لا خفاء به؛ فمنشأ الغرر احتمال وجود المبيع وعدمه، فضلاً عن عدم معرفة مقداره بالضبط مما يخل بالرضا.

ولا يصح التحدّي في هذا الشأن بوجود النزاع بين الفقهاء على مدى جواز تعليق المبيع وتبني مذهب ابن تيمية ابن القيم في جوازه؛ ذلك لأن التعليق في البيع بسعر الوحدة منصبّ على أمر من حقيقة العقد، وبالتحديد هو منصب على وجود المحل ومقداره، والتعليق المختلف في جوازه إنما هو ربط البيع بواقعة خارجية بعيدة عن حقيقته، ولا يختلف ابن تيمية وابن القيم في استلزام وجود المعقود عليه في البيع وجوداً محقّقاً حين التنفيذ، وإن هما لم يصرّا على استلزام وجوده حين العقد كما رأينا، فعلى مذهبهما يكون البيع بسعر الوحدة باطلاً للغرر في وجوده وفي تعيينه على السواء[٣].

---

[١] تقضي المادة ٢٤٩ من (ق م م أ) بأنه : " إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي وإن لم يصبح مستحيلاً صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحدّ المعقول إذا اقتضت العدالة ذلك ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاق ذلك" .

[٢] مصادر الحق في الفقه الإسلامي للدكتور السنهوري ٣٩/٣ . وقد صرح في غير موضع من هذا الكتاب بأن العلة لما يقول ويقرر هي الحاجة إلى توسيع نطاق المعاملات انظر صفحات ١٨و٢٥و٢٨و٣٨ من الجزء الثالث من الكتاب المشار إليه.

[٣] تعليق البيع على شرط أو إضافته إلى أجل ممنوعان لدى جمهور الفقهاء، وصورة الأول أن يقول شخص لآخر بعتك داري هذه بألف إن باع لي فلان داره – فالعقد هنا مرجأ الحكم والأثر، أي أنه متوقف في وجوده على هذه الواقعة الخارجية المرتبطة به، فإذا وقعت ترتب وجود العقد لو قيل بصحته. أما صورة إضافة البيع إلى أجل – فهي أن يقول شخص لآخر بعتك داري هذه بألف من أول الشهر القادم . فهنا قد انعقد العقد وأصبح

ذلك ولا حاجة ولا مصلحة في هذا النوع من البيوع، بل قد يكون فيه ضرر محقّق كما " لو كان المحصول أكثر مما يتوقعه المشتري فيعجز عن دفع ثمنه، وقد يتغير السعر وقت وجود المحصول تغيراً كبيراً عن السعر المتفق عليه فيصيب أحد المتعاقدين الندم والحسرة، فلا يتحقق الرضا الذي ينشده الشارع في البيع" [١].

٢٥٨ – صور مختلف فيها

وثم صور مختلف فيها نعرض لاثنتين منها:

٢٥٩ – الصورة الأولى : شراء الكل بسعر الوحدة

إذا جرى العقد على كل الكمية التي يراها أحد العاقدين من الصبرة كل إردب بثلاثة دراهم، والحال أنه لم يسمِ مجموع ما في الصبرة، ووقع العقد بلزوم بيعها جميعاً على أساس معين هو الثلاثة دراهم الواردة في هذا المثال، فما هو الحكم في ذلك؟

اختلف الفقه في ذلك على خمسة آراء:

- **الرأي الأول**: هو جواز هذه المعاملة وجعل البيع لازماً للعاقدين مهما كان مقدار المبيع؛ لأن المبيع معلوم بالإشارة إليه، وجملة الثمن ممكن الوصول إلى العلم بها بعد إجراء حساب يسير لمقدار المبيع، وهي جهالة ممكنة الرفع والإزالة، لأن أحد أجزاء المعقود عليه قابل للتعيين، كما أنها جهالة لا تفضي إلى المنازعة في التسليم والتسلم، وإلى هذا يميل أكثر الفقه[٢].
- **الرأي الثاني**: صحة هذه المعاملة دون لزومها ويخير المشتري، أما الصحة فلأنه لا جهالة تعرض فيها، و أما عدم اللزوم فلأنه لا بدّ من الانتظار لمعرفة قدر الثمن وتحديد المشتري لموقفه، وإلى هذا يتجه بعض الزيدية[٣].

سبباً لحكمه كما يقال، ولكن آثاره مؤجلة والغرر هنا أشد من الغرر في عقد البيع في صورة التعليق . ومن أظهر حجج المانعين الغرر وفوات الرضا ومنافاة التعليق أو الإضافة لمقصد العقد وهو تمليك المبيع في الحال – ولا يرى الشافعية فرقاً بين الصورتين من حيث إن كلا العقدين سبب لحكمه للحال وإنما يتأخر بسبب التعليق أو بسبب الإضافة بخلاف ما قرره الأحناف – ويرى ابن تيمية وابن القيم جواز عقد البيع في الحالتين، راجع حاشية ابن عابدين ٥/٢٤١ وما بعدها ، الفروق ١/٢٤١ ، الفرق (٤٥) ، المهذب ١/٣٧٠ ، المغني ٦/ ٢٥٦، نظرية العقد لابن تيمية ص ٢٣٤، الملكية ونظرية العقد لأبي زهرة ص ٢٥٠، ٢٥١ الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد للزرقاء ج ١ ص ٥٧١ وما بعدها ، إعلام الموقعين لابن القيم ٣/٣٩٩–٤٠٢ أحكام المعاملات للخفيف ص ٢٤٤و٢٤٧، المدخل للفقه الإسلامي لمذكور ص ٦١٤ ص ٦٢٤، والغرر للصديق الضرير ١٣٨–١٤٨، كل هذا في البيع أما الإجارة والعارية ونحوهما فتصح إضافتها عند الأحناف لأنها لا تكون إلا كذلك، ويمتنع تعليقها ، انظر المراجع السابقة .

[١] الضرير ، المرجع السابق ص ٣٩٢–٣٩٣.

[٢] المراجع المتقدمة ، مغني المحتاج ٢/٢٥، حاشية الجمل ٤/٣٤١، المجموع ٩/٣٨٠ منتهى الإرادات وشرحه ٣/١٨٢، تبيين الحقائق ٤/٢٨٢، بداية المجتهد ٢/١٦٢، البدائع ٥/١٥٩، المدونة ١/١٢٨شرائع الإسلام ٢/٤١، المهذب ١/٣٦٩، الفروع ٤/٢٣، الدسوقي ٣/١٥، ١٦.

[٣] البحر الزخار ٣/٣٢٧–٣٢٩.

- **الرأي الثالث**: وهو للإمام أبي حنيفة [٤] و يجري على التفصيل التالي :

١ – إذا كان المبيع مكيلاً فإن البيع يصح ويلزم في إردب واحد، ولا يصح في الباقي إلا إذا علم المشتري جملة الأرادب قبل الافتراق، بأن يكيلها في المجلس فيكون له حينئذٍ الخيار، إن شاء أخذ كل إردب بدرهم وإن شاء ترك، وإن لم يعلم حتى افترقا عن المجلس تقرر الفساد، وذلك لأن جملة الثمن مجهولة حال العقد جهالة تفضي إلى المنازعة، لأن البائع يطلب تسليم الثمن أولاً وهو غير معلوم، نظير هذا ما إذا باع الشيء برقمه، وإنما صح البيع في إردب واحد لأن المانع من الصحة جهالة الثمن لكونها مفضية إلى المنازعة، وجهالة إردب من صبرة لا تفضي إلى المنازعة فلا تمنع من صحة البيع، لأنه لو اشترى إردباً من هذه الصبرة ابتداءً جاز ، ولما تعذر العمل بكلمة كل صرفت إلى الخصوص لأنه ممكن، وفقاً للقاعدة المتبعة في الأصول.

وهل يكون البيع في إردب واحد لازماً أو غير لازم؟ اختلفت الرواية عن الإمام أبي حنيفة في ذلك.

٢ – إذا كان المبيع من المذروعات: كقول البائع بعتك هذا الثوب أو هذه الدار كل ذراع بكذا، أي بأن كان المبيع مما يقاس بالمتر ونحو ذلك فالبيع فاسد في الكل، إلا إذا علم المشتري جملة المبيع في المجلس، فله الخيار عندئذٍ، وإن لم يعلم حتى تفرقا تقرر الفساد لأنه لا يدري ما جملة الثمن، ولأن بعض الشيء أفضل من بعض، ولم يصح في ذراع واحد كالمكيلات، لأن الجهالة هنا تفضي إلى المنازعة، إذ لا يجوز ابتداءً بيع ذراع من ثوب، ويتعذر العمل بعموم كلمة كل.

٣ – إذا كان المبيع من الموزونات: فيفرق بين ما يضره التبعيض كالزيت فيعامل كالمكيلات يصح في رطل واحد ويفسد في الباقي وفقاً لما مر بيانه، وبين ما يضره التبعيض كالمصوغ من الأواني، فيعامل المبيع هنا معاملة المذروعات ويأخذ حكمها على السواء، أي يتقرر الفساد إذا تفرقا دون علم بمقدار المبيع.

٤ – إذا كان المبيع من العدديات فيفرق بين حالتين :

- فإذا كان المبيع من العدديات المتقاربة كالجوز واللوز صح البيع في واحد منها كالحال في المكيلات.
- أما إذا كان المبيع من العدديات المتفاوتة كالأغنام فالبيع فاسد في الكل كالمذروعات لاختلاف قيمة كل منها، وذلك مؤثر في أثمانها[١].

---

[٤] البدائع ١٥٩/٥-١٦٢، المبسوط ٦/١٣، فتح القدير ٢٤٦/٦، ٢٤٧،-٢٤٩، حاشية ابن عابدين ٥٣٩/٥، تبيين الحقائق ٢٨٢/٤، مجمع الأنهر ١٥/٣، ١٦.

[١] البدائع ١٥٨/٥-١٥٩ والمراجع المتقدمة في هذا المذهب.

الرأي الرابع: المنع مطلقاً لجهالة الثمن، إذ لا يدري البائع ما يجب له ولا المشتري ما يجب عليه حال العقد، والتراضي لا يمكن أن يقع إلا في معلوم متميز، هذا مذهب الظاهرية ووجه مرجوح لدى الشافعية[٢].

الرأي الخامس: اللزوم والجواز مع الكراهة. وهو مذهب سفيان الثوري.

٢٦٠ – الترجيح

والراجح من هذه الأقوال هو رأي الجمهور؛ لأنه يمكن رفع الجهالة بأدنى حساب، وهو أن تكال الصبرة مثلاً ويقسط الثمن على قدر وحداتها فيعلم مبلغه، والمبيع معلوم بالمشاهدة، وغرر الجهالة ينتفي بالعلم بالتفصيل كما ينتفي بالعلم بالجملة[١].

٢٦١ – الصورة الثانية : شراء البعض بسعر الوحدة

من الصور المختلف فيها على أساس سعر الوحدة ما لو باع شخص من آخر بعض السلعة بسعر الوحدة من غير تسمية البعض، كأن يشتري منه ما يحتاج إليه الميت من كفن من هذا الثوب كل ذراع بكذا، أو يقول شخص لآخر : أشتري من هذه الشقة كل ذراع بكذا حال كان المراد بعض ما ذُكر لا كله. والسائد في الفقه بطلان هذا العقد، لأن " مِنْ " للتبعيض لغةً، والبائع لم يبع الكيس أو الصبرة كلها جزافاً كما هو لم يبع قدراً منها معلوماً ولا حصة شائعة كالنصف أو الثلث، ومن ثم بقي المبيع مجهولاً كما بقي الثمن مجهولاً، ولا يلتفت هذا الرأي للعلم الحاصل في المآل، وإذ كان الثمن يختلف باختلاف المبيع الذي لا يعرف في هذا البيع فإن ذلك وفقاً لهذا الرأي غرر مبطل[٢].

وللحنابلة وجه مقابل للأصح عندهم في جواز هذا البيع، لأن " مِنْ " وإن أعطت البعض فليس هذا البعض بمجهول، لأن لكل جزء معلوم من الكيس أو الصبرة ثمناً معلوماً، فهو كما لوقيل بعتك صاعاً منها وقد تقدمت صحته[٣].

٢٦٢ – الترجيح

والأفضل فيما نراه أن يحكّم العرف في ذلك؛ لأن عرف الاستعمال هو الذي يكشف عن قصد العاقدين، كما يمكن أن يستعان لمعرفة هذا القصد بكافة الظروف التي أحاطت بالعاقدين وبطبيعة التعامل كذلك، فإذا علم من هذا أن القصد هو كل المعقود عليه كان جائزاً.

---

[٢] المحلى ٢٠/٩، ٢١،م١٥٢٦، المنهاج ٩٥، نهاية المحتاج ٤٠٨/٣، ٤٠٩.

[١] المغني ٣٣١/٤، الشرح الكبير ٣٤/٤.

[٢] المحلى ٢١/٩، حاشية الدسوقي ١٦/٣ المهذب ٣٦٨/١.

[٣] الإنصاف ٢٢٧/٤ .

وأما إذا ما علم بأن القصد هو البعض فإنه لا يمكن بهذا قطعاً أن يعلم قدر المعقود عليه إلا فيما بعد، ولكن هل من شأن هذا أن يخل بالرضا ؟

لا يتصور ذلك في حق البائع؛ لأنه يود لو أُخذ كل ما عنده مادام قد وافق على كيفية تقدير الثمن؛ فإن أخذه المشتري كله حصل المطلوب، وإن لم يأخذه كله فلا خسارة ومن ثم لا اختلال للرضا . ونحو هذا يحصل للمشتري؛ لأنه لا يدفع إلا بقدر ما يأخذ، ولا لزوم عليه أن يقتصر على حد معين، إلا أن العقد يلزم أن يكون في شق منه لازماً كأي بيع ، ولهذا نرى أنه لا بد من أن يكون لازماً في الوحدة الأولى منه، فمثلاً في كل ذراع بكذا يكون لازماً في الذراع الأول.

على أن هذا كله إنما هو حيث يكون المبيع موجوداً عند العقد؛ إذ لو كان مستقبلاً لكنا بصدد الصورة التي على منعها وبطلانها أجمع الفقه كما سبق.

رابعاً : التعيين بإناء مجهول القدر أو بوزن حجر بعينه

٢٦٣ – تصور المسألة

يتصور الفرض المتقدم فيما لو كان مقدار المبيع على سبيل المثال لا يعرف عدداً ولا كيلاً ولا وزناً ولا يباع جزافاً كما مرّ، فيقدر المبيع بهذه الطريقة، كما قد يقدر الثمن كذلك أيضاً، كأن يشتري شخص سلعةً ما بوزن هذا الحجر ذهباً أو بما في هذه الحقيبة من الدراهم.

وعليه من المتصور أن تعرض الجهالة في مقدار المبيع ومقدار الثمن معاً، كأن يبيع شخص لآخر كمية من القمح بملء سلة معينة ويشتري منه هذا بوزن ما في هذه الحقيبة من الدراهم، فتجتمع الجهالتان ويجري الاتفاق على رفع كل جهالة منهما بالمعيار الذي يناسبه.

حكم هذه المسألة مختلف فيه في الفقه الإسلامي:

- فهناك رأي يقول بالجواز مع خيار كشف الحال. وشرط الصحة أن يكون الإناء مما لا يحتمل الزيادة والنقصان كإناء من خشب أو حديد، لأن الجهالة عندئذٍ لا تفضي إلى المنازعة، أما إن كان الإناء مما يحتمل ذلك كالزنبيل والجوالق وملء قربة بعينها أو راوية من النيل فلا يجوز هذا البيع؛ لأن الماء لا يوجد عنده وقدر القربة لا يعرف، وكذا لا يجوز البيع أو السلم بوزن هذا الحجر لذات العلة السابقة.

وهذا الرأي رواية لأبي حنيفة ورأي محمد من أصحابه[1].

---

[1] البحر الرائق ٤٧٥/٥، ٤٧٦، تبيين الحقائق ٢٨٢/٤، مجمع الأنهر ١٥/٣، ١٦، شرح فتح القدير ، ٢٤٥/٦، ٢٤٦، حاشية ابن عابدين ٥٣١/٤، ٥٣٩.

- وهناك رأي يذهب إلى جواز العقد ولزومه معاً اكتفاءً بالمشاهدة، وهو ما يذهب إليه الحنابلة؛ لأنهم يقولون:" يصح البيع بما يسع هذا الكيل وهما لا يعلمان ما يسع ولو كان ذلك بموضع فيه كيل معروف"[١]، كما يذهب الزيدية هذا المذهب أيضاً؛ لأنهم يقولون:" يجوز الشراء بملء الكف دراهم وإن لم يعلم العاقدان عددها؛ لأن مشاهدة اليد نافية للجهالة "[٢].
- ويتمسك رأي ثالث بالمنع وبطلان العقد لجهالة القدر مادام أحد العاقدين أو كلاهما يجهل قدر المعيار المشار إليه، والظاهر أنّ هذا هو الرأي السائد في الفقه[٣].

٢٦٤ – الترجيح

والذي نرجحه هوالجواز واللزوم معاً؛ ذلك أن الرضا قد وقع على التقدير بذلك المعيار، كما أن الجواز واللزوم هما الأصل في العقد والقول بهما جريان على الأصل.

وهذا فضلاً عن أن غاية ما يشترط هي معرفة المعقود عليه وتمييزه، وقد تحقق ذلك في هذه الصورة بالإشارة إلى المعقود عليه أي برؤيته، فمن ثم يصحّ العقد، وإذا صحّ العقد فإنه يكون لازماً أيضاً؛ لأن الرؤية تُطلع الإنسان على الصفات التي يتفاوت بها الثمن فلا تحتاج إلى خيار ما.

---

[١] الإنصاف ٤/٢٢٣.

[٢] البحر الزخار ٣/ ٣٢١.

[٣] حاشية الدسوقي ٣/٢٣، ٣١، ٣٢، مغني المحتاج ٢/٢٣، حاشية الجمل ٤/٣٤٣، تحفة المحتاج ٥/٤٣٨، ٤٣٩ قليوبي وعميرة ٢/ ٢٥٨، المعيار المعرب ٦/٤٥، التاج والإكليل ٤/٢٧٨ .

المبحث الثالث

التعيين في قانون المعاملات المدنية

في موقف قانون المعاملات المدنية من التعيين نبحث في القاعدة العامة ومدى رعاية القانون لها في العقود الخاصة، كما نبحث في كيفية التعيين وفقاً للطريقة التي استعرضنا بها ما يقرره الفقه الإسلامي، ومن ثم نقسم هذا المبحث إلى فرعين، نعالج في أولهما المسألة الأولى وفي ثانيهما المسألة التي تليها.

الفرع الأول

القاعدة العامة ومدى رعاية القانون لها في العقود الخاصة

وفيه مطلبان كما سلف من عنوانه : الأول في القاعدة العامة التي تحكم التعيين في القانون الإماراتي، والثاني في مدى رعاية هذا القانون لهذه القاعدة العامة في العقود الخاصة أو ما يسمى بالعقود المسماة ،وبعبارة أخرى: ما الذي جاء طبقاً للقاعدة العامة، وما الذي جاء على سبيل الاستثناء.

المطلب الأول

القاعدة العامة

٢٦٥ – استلزام التعيين في المعاوضات مطلقاً دون التبرعات

يقوم قانون المعاملات المدنية في شأن التعيين على دعامتين:

- **الدعامة الأولى**: أن شرط التعيين إنما هو مطلوب في عقود المعاوضات المالية فقط، أسوةً بما قرره في شرط انتفاء الغرر في وجود المحل، ولما كان نص المادة (٢٠٣) مطلقاً من غير قيد ولا شرط فإنه ينبغي أن يفهم من ذلك أمران لابد من أن نشير إليهما: (**الأول**) هو أن شرط التعيين في عقود المعاوضات المالية واجب لصحة العقد، فلا يكفي ذكر جنس المعقود عليه فقط، وإنما يجب أن يضم إلى ذلك من طرق التعيين ما يميز هذا المعقود عليه عن سواه، وهو ما أشار إليه النص المتقدم عندما استلزم تعيين المحل ببيان الأوصاف المميزة إليه أو بالإشارة إليه أو بنحو ذلك مما تنتفي به الجهالة الفاحشة، ويفهم من هذا إهدار القانون للرأي الذي لا يستلزم تعيين المحل الغائب عن مجلس العقد مقترناً بخيار الرؤية، إما بالشرط كما يرى المالكية أو بالشرع كما يرى غيرهم، فالتعيين على هذا شرط لصحة العقد في قانون المعاملات المدنية الإماراتي، ولا نزول عنه حتى ولو اقترن العقد بخيار الرؤية بالنسبة إلى الشيء الغائب عن مجلس العقد، ذلك أن خيار الرؤية يقصد به البلوغ بالرضا إلى

تمامه، ولا كذلك التعيين الذي يقصد به أصل الانعقاد في هذه الطائفة من العقود، هذا إلى أن خيار الرؤية مختلف في الأخذ به بالنسبة للشيء الغائب على ما سبق بيانه.

(**والثاني**) أن شرط التعيين لازم بالنسبة إلى جميع المتعاقدين؛ وذلك لأنه لابدّ في العقود أن يتلاقى فيها الإيجاب والقبول، ولا يمكن أن يحدث هذا التلاقي ما لم يلتقيا في معقود عليه محدّد ؛ إذ المعقود عليه هو الذي تظهر فيه أحكام العقد كما ذكرنا، وقد أشارت الفقرة الثانية من المادة (٢٠٣) إلى هذا الحكم عندما ذكرت العلم بالمحل من قبل المتعاقدين ولم تقتصر على المتملك دون المالك.

ومن الحق أن قانون المعاملات المدنية قد نص على أن خيار الرؤية في بيع الغائب وما إليه مقصور على المشتري ومن في حكمه، بدلالة نص المادة (٢٢٦) التي تقضي بأن خيار الرؤية يثبت في العقود التي تحتمل الفسخ لمن صدر له التصرف ولو لم يشترطه إذا لم ير المعقود عليه وكان معيناً بالتعيين، إلا أننا نقول إن هذا لايعني بحال من الأحوال صحة البيع إذا كان البائع جاهلاً بالمبيع؛ إذ خيار الرؤية كما قدمنا يُقصد به الوقوف على بعض سمات المعقود عليه بلوغاً برضا المشتري إلى تمامه، أما التعيين أو العلم بالمعقود عليه فيكُتفى من ذلك بما يميزه عن غيره فقط، وينبغي أن يكون حظ البائع والمشتري من هذا على سواء، وقد سبق أن ذكرنا رأينا هذا، ونزيد عليه أنه ليس في نصوص القانون – الذي نحن بصدده — ما يختلف عن القاعدة العامة المبينة بالمادة (٢٠٣) السالفة الذكر.

- **الدعامة الثانية** : أن شرط التعيين ليس بمطلوب في العقود التي لا تتقابل فيها التزامات العاقدين ولا تستلزم فيها المساواة بينهما وهي عقود التبرعات، وذلك يستمدّ بيسر وسهولة من مفهوم المخالفة لنص المادة المتقدمة، فإذا كانت هذه المادة قد شرطت تعيين المعقود عليه في عقود المعاوضات المالية تعييناً نافياً للجهالة الفاحشة فقد دلت بمفهومها على أن غير المعاوضات المالية لا يشترط فيها مثل هذا الشرط.

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية أن (عقود التبرعات قد يُغتفر فيها من أنواع الجهالة ما لم يُغتفر في عقود المعاوضات لامتناع المنازعة في التبرعات، ولذا تصح وصية إنسان بجزء من ماله من غير بيان مقدار ذلك الجزء ويكون البيان إلى الورثة)[١].

وبذا يختار المشرع الإماراتي مذهب ابن تيمية وابن القيم للمرة الثانية في غير مواربة ولا لبس[٢].

---

[١] المذكرة الإيضاحية لـ (ق م م أ) ص ١٥٥.

[٢] نقرر هذا ولا يفوتنا أن المذهب المالكي يقرر حكماً كهذا الحكم، لولا ما ذكرناه من نبوّه عن القانون في مسألتين اثنتين : هما تصحيحه للمعاوضة لم يعين محلها بشرط خيار الرؤية، وعدم استلزامه في قول للمذهب علم العاقدين كليهما بالمبيع ونحوه .

المطلب الثاني

مدى رعاية القانون للقاعدة العامة في العقود الخاصة

٢٦٦ – تمهيد في تقسيم العقود بحسب ما تتضمنه من معاوضة أو ضدها

هل راعى قانون المعاملات المدنية الإماراتي القاعدة العامة التي ألمحنا إليها في العقود الخاصة ؟

للجواب على هذا السؤال يتعين أن نوطّيء له بمقدمة نبيّن فيها أن العقود بحسب ما تتضمنه من المعاوضة أو ضدها تنقسم إلى ثلاثة أقسام:

أ. معاوضات صرفة وهي التي تنشأ من الأصل بالتزامات متقابلة بين الطرفين كالبيع والمقايضة والإيجار والشركة والصلح والقرض، ولا يتصور أن تخلو من هذا المعنى.

ب. تبرعات محض لا يقصد بها استثمار المال أو تنميته ولا يتصور أن يدخلها العوض إلا استثناءً، ومن أمثلتها الهبة والوصية والعمرى والرقبى والعارية والوقف والصدقة، وقد يدخلها العوض برغم بقاء فكرة التبرع إذا لوحظ أن العوض ضئيل ولا يقابل المتبرع به، كالهبة بشرط العوض (م ٢/٦١٤)[1].

ج. تصرفات قد تنطوي على عوض فتكون معاوضة، وقد لا تشتمل على شيء من ذلك فتكون تبرعاً، ومن أمثلة هذا النوع بعض عقود العمل كالحراسة (م ١٠٠٨) والوكالة (م ٩٤٩) والوديعة (م ٩٦٥) تصح بدون أجر وهو الأصل لاسيما في الحراسة والوديعة، وتصح بأجر أيضاً إذا أُشترط أو كان من عُهد إليه العمل ممن يعملون بأجر.

ومن ذلك الحوالة (م١١٠٨و١١١٠) والرهن بنوعيه التأميني والحيازي (م ١٤٠١/٢وم١٤٥٨) يُتصور أن تكون مقابلة للدين الذي للمحيل على المحال عليه وعلى الراهن للمرتهن، ويتصور أن يتطوع متبرع بأداء مبلغ الحوالة أو أداء المال المرهون، فلا تكون هنا معاوضة المعنى الذي تتقابل فيه التزامات شخصين، وإنما قد يكون ثمة معاوضة بمعنى بعيد مما نحن بصدده، وهو النظر إلى تقابل الالتزمات بغض النظر عن شخوص أصحابها ،كالرهن يكون مقابلاً للدين بغض النظر عن طبيعة العلاقة التي بين المرتهن ومالك الشيء المرهون، ولهذا قيل في الفقه الإسلامي إن الرهن لا يخلو من المعاوضة.

---

[1] هذه المادة مستمدة من المواد ٦٣١، ٨٣٣ من المجلة وشرحها لعلي حيدر والمادة ٧٧ من مرشد الحيران . وهي تقابل المادة ٥٥٧ أردني و٤٨٦ مصري و٤٥٤ سوري ، و٦٠١ عراقي انظر المذكرة الإيضاحية ص ٥٤٥.

فإذا كان القانون الإماراتي مراعياً لقاعدة اشتراط التعيين في المعاوضات وعدم اشتراطه في التبرعات فيجب أن يلتزم بذلك في العقود المتقدمة بحسب ما إذا كانت معاوضة أو تبرعاً، وأن يُراعى في العقود التي تتراوح بين هذين المعنيين المعنى الذي تشتمل عليه في خصوص كل عقد على حدته.

ونأتي على إجابة السؤال المتقدم فيما يلي:-

٢٦٧ – أولاً: في عقود المعاوضات المالية:

أ. استلزم القانون تعيين المحل في عقود المعاوضات المالية كقاعدة عامة، ومما مشى على هذه القاعدة ما يلي:

١ - يشترط أن يكون المبيع معلوماً عند المشتري علماً نافياً للجهالة الفاحشة (م ١/٤٩٠).

٢ - يشترط لصحة بيع السلم:

- أن يكون المبيع من الأموال التي يمكنه تعيينها بالوصف والمقدار.
- أن يتضمن العقد بيان جنس المبيع ونوعه وصفته (م ٥٦٩).

٣ - يشرط أن يكون المصالح عنه معلوماً فيما يحتاج القبض والتسليم كما يشترط أن يكون بدل الصلح معلوماً إن كان يحتاج إلى ذلك (م ٧٢٥و٧٢٦).

٤ - يشترط في المنفعة المعقود عليها في الإجارة أن تكون معلومة علماً كافياً لحسم النزاع وأن تكون الأجرة معلومة بتعيين نوعها ومقدارها إن كانت من النقود وبيان نوعها ووصفها وتحديد مقدارها إن كانت من غير النقود (م ٧٤٦و٧٤٨).

٥ - يجب في عقد المقاولة وصف محله وبيان نوعه وقدره وطريقة أدائه ومدة إنجازه وتحديد ما يقابله من بدل (م ٨٧٤).

٦ - يشترط لصحة عقد الرهان أن يكون الجعل معلوماً وأن يتم وصف موضوع العقد بصورة نافية للجهالة كأن يحدد في السباق المسافة بين البداية والنهاية وأن يبين في الرماية عدد الرشقات والإصابة المقبولة (م ١٠١٤).

ب. أما ما جاء خلافاً للقاعدة السابقة فما يلي:

١ - يجوز بيع الجزاف اكتفاءً بتقديره إجمالاً (م ٥٨٢) وسيأتي.

٢ - تجوز المخارجة وهي بيع الوارث لنصيبه في التركة بعد وفاة المورث لوارث آخر أو أكثر بعوض معلوم ولو لم تكن موجودات التركة معينة (م ٥٩٤).

٣ - إذا تعذر معرفة المجهول صح الصلح عليه بمعلوم إذا كانت الجهالة من الجانبين أو من المدين وحده (م ٧٤٠)[١].

٤ - عقد التأمين بمقتضاه يدفع المؤمن له إلى المؤمن مبلغاً محدداً أو أقساطاً دورية وفي حالة تحقق الخطر أو وقوع الحدث المبين في العقد يدفع المؤمن إلى المؤمن له أو المستفيد الذي اشترط التأمين لصالحه مبلغاً من المال أو إيراداً أو مرتباً أو أي حق مالي آخر (م ١/١٠٢٦) وقد تقدّم أن هذا العقد من عقود الغرر؛ لأن أياً من طرفيه لا يعلم وقت العقد مقدار ما يأخذ ولا مقدار ما يعطي.

٢٦٨ – ثانياً: في عقود التبرعات

القاعدة العامة في عقود التبرعات كما أسلفنا أن محلها لا يلزم أن يكون معيناً تعييناً نافياً للجهالة الفاحشة، ومما جاء على هذه القاعدة الهبة، فليس في هذا القانون نص يشترط تعيين المال الموهوب على غرار النص الذي ألزم بوجوده. فيمكن القول بناءً على هذا أن الهبة تصح غير معينة، غير أنها لما كانت لا تتم إلا بالقبض (م ١/٦١٥) فإنه لم تعد ثمة فائدة من وراء إغفال النص على شرط التعيين إلا في تقرير الصحة فقط، وذلك أن قبض المال الموهوب الذي هو من تمام الهبة يلزم منه أن يتم تعيينه عند قبضه.

ولكننا إذ نمعن النظر في نصوص القانون نجده غير ملتزم بالقاعدة التي قررها تماماً، ويظهر مصداق هذا فيما يلي:

أ. اشترط القانون في المادة (٨٥١) منه في العاريّة أن تكون معينة صالحة للانتفاع بها. ولعل سر الخروج عن الأصل المقرر ما في العاريّة من الخطورة التي تخرج بها عن المألوف في عقود التبرع، وذلك كما في تقييد المعير بمدة لا يستطيع خلالها استرداد العاريّة سواءً كانت مقيدة بزمن أو عمل أو بالمدة المعتادة في إعارة مثلها (م ٨٥٤)، وكما في إلزام المعير بضمان استحقاق العاريّة في يد المستعير إذا أُتفق على ذلك أو تعمد إخفاء سبب الاستحقاق، مع التزامه بتعويض الضرر الناجم عن ذلك وبضمان العيوب الخفية في حال تعمد إخفاء العيب أو ضمان سلامة الشيء من العيب (م ٨٦٠).

ب. اشترط القانون في الكفالة وهي تبرع قطعاً [٢]أن تتوفر فيه الشروط التالية :

---

[١] لعل من التطبيقات القضائية لهذا النص حكم صدر عن الدائرة الشرعية بالمحكمة الاتحادية العليا في الطعن ١٧٤ لسن ١٨ ق شرعي، جلسة ٧ يونيو ١٩٩٧ م (منشور في ص ١٥٥ – ١٥٨ من العدد ٩٢ من مجلة العدالة أكتوبر ١٩٩٧ م) حيث صححت اتفاقاً بين مقاول أصلي ومقاول من الباطن على أنه إن حصل الأول على مستحقاته من المقاولة الأصلية يؤد لمقاول الباطن مبلغ ٦٦٠٠٠ درهم كما يقوم بدفع أجور العمال، وإلا فإن الطرفين يتحملان الخسارة الناجمة عن ذلك ، وقالت إن الاتفاق في هذه الحالة سائغ شرعاً.

أن يكون المكفول به مضموناً على الأصيل كثمن البيع وبدل الأجرة وسائر الديون الصحيحة.

١ - أن يكون المكفول به مقدور التسليم من الكفيل.

٢ - أن يكون ديناً أو عيناً أو نفساً معلومة.

هذا هو المتبادر من نص المادة (١٠٦١) وعبارتها " يشترط لصحة الكفالة أن يكون مقدور التسليم من الكفيل" على أنه لا يمكن الجزم باشتراط العلم بالدين المكفول به، وذلك لأن المادة المتقدمة مستقاة – كما تصرح المذكرة الإيضاحية – من المذهب الحنفي الذي يقرر بأن الكفالة تصح بالمجهول لأنها مبنية على التوسع. وقد تضمّن كتاب مرشد الحيران نصاً صريحاً في هذا المعنى؛ إذ تنص المادة (٨٣٥) منه على أنه " تصح الكفالة بالمال سواءً كان معلوماً أو مجهولاً ، وتصح بالدين الصحيح الثابت في الذمة وهو مالا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء " .

ومثل ذلك ما جاء في المادة (٦٣٠) من مجلة الأحكام العدلية من أنه " إن كان المكفول نفساً يشترط أن يكون معلوماً وإن كان مالاً لا يشترط أن يكون معلوماً، فلو قال: أنا كفيل بدين فلان على فلان تصح الكفالة وإن لم يكن مقداره معلوماً".

وبذلك يتخرّج لنا أن التعيين إنما هو شرط في كفالة النفس فقط في قانون المعاملات المدنية الإماراتي على خلاف ما يوهمه سياق النص، ومن هنا نقرر الآتي:

أ. استقام المشرع الإماراتي على القاعدة العامة في الكفالة بالمال فلم يشترط فيها تعيين المكفول به أخذاً عن أكثر الفقهاء خلافاً لأهل الظاهر وللشافعي في الجديد الذين تطلبوا ذلك[1].

ب. خرج المشرع عن هذا الأصل فألزم بتعيين النفس المكفولة في صورة الكفالة بالنفس. والسر في ذلك أن مقتضى هذه الكفالة هي إحضار المكفول، ولا يمكن أن ينفذ الكفيل هذا الالتزام ما لم يعرف

---

[2] إن من أظهر الأدلة على أن الكفالة تبرع هو أن المادة ١٠٥٨ تشترط في انعقاد الكفالة أن يكون الكفيل أهلاً للتبرع . والمادة ١٠٩٨ تنص على أنه " لا يجوز للكفيل أن يأخذ عوضاً عن كفالته، فإن أخذ عوضاً عنها وجب عليه رده لصاحبه وتسقط عنه الكفالة إن أخذه من الدائن أو من المدين أو من الأجنبي بعلم من الدائن، فإن أخذه بدون علم منه – أي الدائن– لزمته الكفالة مع رد العوض. هذا وقد صرح الدسوقي بفساد الكفالة بشرط العوض ، ج٣ص ٣٤٠ حيث قال " إذا كانت الحمالة فاسدة شرعاً غير مستوفية للشروط كانت غير معتد بها كما إذا كانت بجعل فهي فاسدة لأن شرط الحمالة أن تكون لله وحينئذ فلا يعتد بها " ويراجع مواهب الجليل ٥/ ١١١، ١١٢، ١١٣، ١١٤ التاج والإكليل ١١١/٥، شرح الزرقاني على خليل ٣٣/٦، الحاوي للماوردي ١٢١/٨، وقد حكى ابن المنذر في الإشراف ١٢٠/١ الإجماع على أن الحمالة بجعل يأخذه الحميل لا تحل ولا تجوز.

[1] ممن تطلب تعيين المكفول به من الفقهاء أيضاً الثوري والليث وابن أبي ليلى وابن المنذر وابن شبرمة. يراجع في هذا الشأن المغني ٧٢/٥ ، المنتقى للباجي ٨٣/٦، مغني المحتاج ٢٧٢/٢، المحلى ١١٧/٨و١١٨، البحر الزخار ٧٦/٥، الغرر ص ٥٥٤و٥٥٥، ٥٥٦ عن الروضة البهية ٣٦٣/١، أما وجه جواز ضمان المجهول فلقوله تعالى : (ولمن جاء به حمل بغير وأنابه زعيم) وحمل البعير غير معلوم لأن حمل البعير يختلف باختلافه ، وعموم قوله عليه السلام (الزعيم غارم) ولأنه التزام حق في الذمة من غير معاوضة فصح في المجهول كالنذر والإقرا ، ولأنه يصح تعليقه بضرر وخطر وهو ضمان العهدة الخ، ووجه المنع أن ضمان المجهول التزام مال فلم يصح مجهولاً كالثمن في المبيع . وهو ضعيف لما تقدم . انظر المغني ، نفس الموضع السابق.

الشخص الذي تعهد بإحضاره عند طلبه، ولهذا لزم تعيينه. وقد أخذ القانون حكم المسألة عن المذهب الحنفي[٢].

٢٦٩ – ثالثاً: في العقود المشتملة على المعنيين

العقود المشتملة على المعنيين– معنى المعاوضة ومعنى التبرع بحسب الأحوال– هي في قانون المعاملات المدنية الإماراتي الوكالة والوديعة والحراسة والحوالة والرهن التأمين والحيازي.

ونلقي على كل منها نظرة على النحو التالي:

١– **الوكالة:** يشترط في محل الوكالة أن يكون تصرفاً جائزاً معلوماً (م ٩٢٤) دون تفرقة في الحكم بين ما إذا كان الوكيل عمل بأجر أو تطوع بها، وعلة هذا خطورة الوكالة؛ لأن الوكيل بمقتضاها يحل محل الموكل فيما يرتبه على نفسه من قيود وما يفرضه عليها من التزامات، كما هو تعريف الوكالة الذي أشارت إليه المادة السابقة الذكر، فيجب من ثمّ أن تعرف إرادة الموكل لتكون إرادة الوكيل على وفقها، وهي التي لا تستمد مشروعيتها إلا من إرادة الموكل، وذلك لا يتأتى إلا إذا وردت على محل معلوم.

هذا هو الأصل في الوكالة. فمثلاً إذا اقتصرت الوكالة على أمر أو أمور معينة وهي ما يسمى بالوكالة الخاصة فليس للوكيل إلا مباشرة الأمور المعينة فيها وما يتصل بها من توابع ضرورية تقتضيها طبيعة التصرفات الموكل بها أو العرف الجاري. وإذا كانت عامة — وهي التي تشمل كل أمر يقبل النيابة– جاز للوكيل مباشرة المعاوضات والتصرفات عدا التبرعات فلابدّ من التصريح بها (م ٩٢٧)، وكل عمل ليس من أعمال الإدارة والحفظ يستوجب توكيلاً خاصاً محدداً لنوع العمل وما تستلزمه فيه من تصرفات (م ٩٢٩) .

فإذا كانت الوكالة بلفظ عام لم يقترن بما يوضح المقصود منه فلا تخوّل الوكيل إلا أعمال الإدارة والحفظ (م ٩٢٨) . وليس في هذا خروج عن الأصل المقرّر في الوكالة الذي يقضي بتعيين محلها، ذلك أن احترام إرادة الموكل بإصداره تعبيراً في معنى الوكالة العامة كأن يقول: وكلتك ويسكت يوجب النزول على إرادته في القدر المتيقن الذي يحافظ الوكيل به على مصالحه، وهو أعمال الإدارة والحفظ. فعن طريق

بقية هوامش الصفحة السابقة

[٢] المادة ٦٣٠ من مجلة الأحكام العدلية . وشرح المجلة لعلي حيدر ٦٣٨/٣، ٦٣٩، وقد تقدمت في ذات الموضع ، على أن في هذا المذهب لا يلزم أن يكون اسم المكفول به معلوماً ، إذ يكفي العلم به علماً نافياً للجهالة الفاحشة ، فإذا قال أنا كفيل بنفس رجل لا أعرفه ولكن إذا رأيته عرفته فإقراره جائز ، أو قال أنا كفيل لفلان وفلان جاز أن يدفع لأيهما ، انظر علي حيدر ٣٣٨/٣.

العرف يُعيّن المحل الذي تنصرف إليه الوكالة العامة هنا، لما هو مقرر من أن إعمال الكلام خير من إهماله.

ومن كل ما تقدم نستطيع أن نقرر بأن لا أثر للأجر أو لعدمه في طبيعة الوكالة من حيث ضرورة تعيين المحل فيها لما تتصف به من طبيعة خاصة ولما تتسم به من خطورة معينة، أما من حيث مقدار العناية التي

على الوكيل أن يبذلها لقاء قيامه بمهام الوكالة، فإن هذا ليس من شأنه أن يغيّر من طبيعتها كما تقدم[١].

٢- **الوديعة:** ليس من شرط صحة الوديعة أن يعلم العاقدان بما فيها كما يقرر الفقه؛ لأن من مقتضى هذا العقد حفظ المال من الضياع، وذلك يحصل مع العلم بقدر المال المودع أو مع عدم العلم بقدره، إلا أنه يُشترط لتمام هذا العقد قبض المال المراد إيداعه، ويعبّر الفقه عن هذا الشرط بالقول: شرط الوديعة إثبات اليد عليها عند الاستحفاظ [٢].

وقد نصت المادة (٩٦٣) من قانوننا على أنه يشترط لصحة العقد أن تكون الوديعة مالاً قابلاً لإثبات اليد عليه، كما نصت المادة (٩٦٤) على أنه يتم الإيداع بقبض الوديعة حقيقة أو حكماً.

ومفاد ذلك أن القبض – وهو تمام الوديعة – يغني عن استلزام التعيين بالنص؛ لأنه إذا حصل القبض حصل التعيين، وليس من تمام هذا التعيين أن يعلم المودع عنده بقدر المال الذي أُؤتمن عليه. فيكفي في تعيين هذا المال معرفة المكان الذي يحفظ فيه، لأن مقصود الإيداع حفظه، وهو يتطلب تعيينه على النحو الذي يمكن من الحفظ.

والأصل أن الإيداع عقد تبرع؛ لأنه ليس للمودع عنده في القانون أن يطلب أجرة على حفظ الوديعة أو أجرة للمحل الذي وضعت فيه إلا إذا أُشترط ذلك عند الإيداع أو جرى عرف خاص به (م ٩٦٥).

إلا أن تعيين الوديعة – المستفاد من ضرورة قبضها لتمام العقد – أملته ضرورة معرفة هذا المال للقيام بالواجب الذي يقتضيه هذا العقد وهو حفظه وردّه عيناً(م ٩٦٢).

---

[١] تنص المادة ٩٣٢ من القانون الإماراتي على أنه " إذا كانت الوكالة بلا أجر وجب على الوكيل أن يبذل في تنفيذها العناية التي يبذلها في أعماله الخاصة ، فإذا كانت الوكالة بأجر وجب على الوكيل أن يبذل في تنفيذها عناية الرجل المعتاد".

[٢] تبيين الحقائق للزيلعي ١٨/٦، وقارن مغني المحتاج ١٠٢/٣، ٢٠٣.

٣- **الحراسة:** تُعرّف الحراسة- بمفهوم المادة (٩٩٧) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي- بأنها عقد يعهد بمقتضاه الطرفان المتنازعان إلى آخر بمال ليقوم بحفظه وإدارته على أن يردّه مع غلته إلى من يثبت له الحق فيه.

(وقد صيغت هذه المادة بصورة تتفق مع المبدأ المقرّر في المادة (٧٥٢) من المجلة بصدد وضع الرهن تحت يد عدل، وما ورد في شرحها لعلي حيدر من أنه لا يحق للعدل أن يتصرف في الرهن إذا لم يكن مسلطاً على البيع أو الإيجار، وما ورد في الصفحة ٣٩٠-٣٩٣ من المغني ج٤ من أن للعدل بيع الرهن ونمائه إذا اشترط له ذلك ، ويكون ما يقبضه أمانة)[٣].

وواضح أن هذا العقد المحدث المقيس على الرهن الذي يوضع تحت يد عدل- والذي تعرفه التشريعات الحديثة[١]- يقوم على ثلاثة أطراف هم: الشخصان المتنازعان والحارس، وأن مقتضى هذا العقد -كما صرحت المادة المتقدمة- حفظ المال المتنازع فيه وإدارته مع ردّه وغلّته إلى من يثبت له الحق فيه من الطرفين المتنازعين.

ويقتضي هذا كله أنه لا يتم إلا إذا جرى قبضه وحيازته، وذلك يقتضي بدوره تعينه ومعرفته، وهو- بهذه المثابة — أشبه بعقد الإيداع، لما أن تعيينه - المستفاد من حيازته - يمليه المقصد الذي شرع هذا العقد من أجله[٢].

والأصل في عقد الحراسة مع هذا أن يكون بأجر، أي أن يكون على سبيل المعاوضة، كما يُفهم من سياق المادة (١٠٠٨) التي تقرر أنه إذا اشترط الحارس أجراً استحقه بإيفاء العمل، وإن لم يشترطه وكان ممن يعملون بأجر فله أجر مثله.

على أن هذا لا يؤثر في أن من تمام هذا العقد قبض محله وهو المال المعهود بحراسته. وإذا جرى قبضه جرت معرفته كما مرّ بيانه آنفاً، نزولاً على الطبيعة الخاصة التي يتمتع بها العقد المذكور.

٤- **الحوالة** [٣]: يتصور في الحوالة المطلقة وهي التي لا تقيد بأدائها من الدين الذي في ذمة المحال عليه أو من العين التي في حيازته (م ١٠٠٨) أن تكون معاوضة أو تبرعاً، فقد يتطوع المحال عليه بأدائها دون

---

[٣] المذكرة الإيضاحية لـ (ق م م أ) ص ٧٤٦ ، المغني ٣٩٠/٤، ٣٩٢، ٣٩٣، شرح المجلة لعلي حيدر ١٦٩/٥.

[١] المادة ٧٢٩ مصري و٦١٥سوري و٧٢٩ ليبي ، و٧١٩ لبناني والمادة ٤٩٠/ ٥٩٩ من التقنين المصري القديم ، و٨٩٤ أردني.

[٢] إن هذا العقد مزيج من الوديعة والوكالة والإيجار-كما يفيده سياق نصوص مواد القانون الإماراتي - لا سيما نص المادة ١٠٠٣ حيث قررت أنه يحدد الاتفاق أو الحكم الصادر بفرض الحراسة حقوق الحارس والتزاماته .. الخ وإلا طبقت أحكام الوديعة والوكالة بالقدر الذي لا تتعارض فيه مع طبيعة الحراسة والأحكام المنصوص عليها في هذا الفصل.

[٣] إن الحوالة بنوعيها — المطلقة أو المقيدة — تستلزم حوالة الدين في (ق م م أ)، لأن من شرط صحتها أن يكون المحيل مديناً للمحال له كما تقدم في المتن — وهذا الشرط يفيد أن الأصل في الحوالة هو النظر إلى علاقة المحيل بالمحال له- أي النظر إلى الالتزام من ناحيته السالبة ، ولا مانع بعد هذا أن تحتوي على حوالة حق —كما في الحوالة المقيدة التي ينظر فيها أيضاً إلى الالتزام من الناحية الإيجابية، وهي أن المحيل يحول حقه الذي على المحال عليه

أن يكون مديناً للمحيل بالضرورة. فكل ما يشترط لصحة الحوالة رضا المحيل والمحال عليه والمحال له (م ١٠٠٩) وأن يكون المحيل مديناً للمحال له، ولا يشترط أن يكون المحال عليه مديناً للمحيل (م ١١١٠).

ومع هذا فإن القانون يستلزم في المال المحال به أن يكون ديناً معلوماً يصح الاعتياض عنه (م ١١١/د) وقد برّرت المذكرة الإيضاحية هذا الحكم بقولها : (واشترط الحنفية أيضاً أن يكون المال المحال به معلوماً ..الخ، وذلك لما في الجهالة من الغرر المفسد لكل معاوضة، والحوالة لا تخلو من معنى المعاوضة، فلا تصح الحوالة بمجهول، ولأن المجهول يمنع الاعتياض عنه لما فيه من الغرر كما يتعذر استيفاؤه[1]).

وقد يضاف إلى ما تقدم أن القانون في المادة (١١٢٤) يجيز للمحال عليه الرجوع بما أداه على المحيل إذا تمت برضاه، وهذا الحق ما دام يمكن له استعماله على الدوام ينطوي على معنى المعاوضة الذي أشارت إليه المذكرة الإيضاحية، فهو معاوضة بين الدين الذي دفعه المحال عليه وبين الدين الذي نشأ على المحيل من جراء هذا الدفع بفرض أنه لم يكن للمحيل دين عليه قبل ذلك. فإن كان له عليه دين جرت المقاصة بين الدينين بعد الأداء كما يفيده حكم المادة (١١٢٤).

ويُفهم مما سبق أن تعيين الدين المحال به شرط لإمكان رجوع المحال عليه على المحيل بما دفعه أوللمقاصة بين الدينين إن كان للمحيل على المحال عليه دين عنده ، وهذا المعنى تجب مراعاته في كل حوالة مهما كان غرضها أو الباعث عليها، وهو معنى يتضاءل معه كل معنى آخر.

٥- **الرهن:** يشترط في المال المرهون في الرهن التأميني أو الحيازي أن يكون معيناً تعييناً كافياً يميزه عن غيره، وذلك يظهر مما يلي:

أ. عرّفت المادة (١٣٩٩) الرهن التأميني بأنه عقد يكسب به الدائن على عقار مخصص لوفاء دينه حقاً عينياً الخ. وهذا التعريف يقتضي أن يكون العقار المخصص لوفاء الدين معروفاً ومميّزاً.

للمحال له في هذا النوع من الحوالة ، فيتغير المدين ليصبح هو المحال عليه بالنسبة للمحال له . ويتغير الدائن ليصبح هو المحال له بدلاً من المحيل . وفي الحوالة المطلقة يكون المحل هو الدين المحال به فقط ، أما في الحوالة المقيدة فيكون هو الدين المحال به مع الدين الذي في ذمة المحال عليه لمصلحة المحيل، ويشترط القانون في كليهما أن يصح الاعتياض عنه، وفي دين المحال عليه أن يماثل المال المحال به جنساً وقدراً وصفة (م ١١١٣/ هـ) وهذا كله من أحكام الفقه الإسلامي كما يذهب إلى ذلك الأستاذ الزرقاء في كتابه المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي ص ٧٨، الجزء الأول . الفصل السادس فقرة ٣٩٢.

[1] المذكرة الإيضاحية ص ٨٠٩.

ب. لا يجوز بحكم المادة (١٤٠٦) أن يقع الرهن التأميني إلا على عقار يصح التعامل فيه وبيعه بالمزاد العلني أو حق عيني على عقار، كما يجب بمقتضى المادة (١٤٠٥) أن يكون العقار المرهون رهناً تأمينياً قائماً وموجوداً عند إجراء الرهن . وهذا كله يقتضي تعيينه.

ج. عرّفت المادة (١٤٤٨) الرهن الحيازي بأنه عقد ينشيء الحق في احتباس مال في يد الدائن أو يد عدل ضماناً لحق يمكن استيفاؤه منه كله أو بعضه الخ. وهذا يقتضي معرفة المال المرهون لمعرفة توفّره على شرط إمكان الاستيفاء منه.

د. كما استلزمت المادة (١٤٤٩) في المرهون رهناً حيازياً أن يكون مقدور التسليم عند الرهن صالحاً للبيع بالمزاد العلني، وهذا شرط آخر يقتضي أن يكون فيه المرهون مميّزاً للتأكد من تمام الوفاء به.

أما ما جاء في المادة (١٤٠٦) فقرة ثانية من أنه يجوز للمحكمة أن تبطل عقد الرهن التأميني إذا لم يكن العقار المرهون معيناً فيه تعييناً كافياً فهذا لأن الرهن التأميني لا ينعقد إلا بتسجيله (م ١٤٠٠)، فإبطاله لعدم تعينيه التعيين الكافي إنما هو بحسب النظر إلى الوثيقة ذاتها، ولكنه قد يكون معيناً للعاقدين تعييناً يميزه عن غيره، وهذا هو الحد الأدنى الذي يلزم اشتراطه، فإذا لم يكن العقار معروفاً للعاقدين بغض النظر عما في الوثيقة فإن العقد يكون باطلاً. ويؤكد هذا أن الرهن يؤول في بعض الأحيان إلى البيع، وبالتالي يجب على رأي الجمهور أن يكون معيّناً [١].

وقد أشارت المذكرة الإيضاحية إلى مبدأ التخصيص في الرهن التأميني والذي انحدر في أساسه عن القانون الفرنسي الجديد ومنه إلى القانون المدني المصري (المادة ١٠٣٥)، ويقرر الفقه في عبارات لا لبس فيها بأن تخلف مبدأ التخصيص في عقد الرهن يبطله[٢].

نخلص مما سبق إلى أن العقود التي تشتمل على معاوضة تارةً أو على تبرع تارة أخرى- كما في العقود التي سلفت- يلزم تعيين المحل فيها لعدد من الأسباب، منها أنها تشتمل على معنى المعاوضة كما في الحوالة، ومنها أن تعينيها لازم لتحقيق مقتضاها الذي لا يتحقق بغير ذلك كما في الحوالة أيضاً، إذ

---

[١] القاعدة العامة في أكثر الفقه الإسلامي أن مالا يصح بيعه لا يصح رهنه لأن مقصود الرهن استيفاء الدين من ثمنه ومالا يجوز بيعه لا يمكن ذلك فيه. أما المالكية فقد نقل الباجي عن الإمام مالك أن الغرر والمجهول يصح ارتهانه، وجرى على هذا خليل في مختصره، فعرف الرهن بأنه بذل من له البيع ما يباع أو غرراً، على أنهم اشترطوا أن يكون الغرر يسيراً لا كالسمك في الماء والجنين في البطن على المشهور . وعند ابن الماجشون يصح رهن الجنين، واحتج المالكية جملة على أن ترك الرهن من أصله جائز فشيء في الجملة خير من لاشيء، وبأن المرتهن وهو صاحب الحق قد رضي بذلك. انظر فيما تقدم المادة ٧٠٩ من المجلة ، المغني ٣٧٥/٤، مغني المحتاج ١٦٨/٢ المحلي ٨٩/٨ ومختصر خليل ص ١٩٧ حاشية الدسوقي ٢٣١/٣و٢٣٢- الغرر للضرير ٥٥١-٥٥٤، والمنتقى للباجي ٢٤١/٥.

[٢] نص المادة ١٠٣٥ من القانون المدني المصري : " يجب أن يكون العقار معيناً بالذات تعييناً دقيقاً من حيث طبيعته وموقعه " الخ الشروط – انظر في القول ببطلان الرهن جزاء لتخلف مبدأ التخصيص أو التعيين الدقيق الذي فرضته هذه المادة وأمثالها الوسيط للسنهوري ٣٤٦/١٠و٣٤٧فقرة ١٥٥ وص ٧٦٥ فقرة ٥١٧. ومنصور مصطفى ، العقود المسماة ، فقرة ١٠٢ ص ١٩٨-١٩٩ . وراجع المذكرة الإيضاحية لـ (ق م م أ) التي أشارت إلى مبدأ التخصيص ص ٩٩١.

مقصودها الوفاء والاستيفاء فلا بدّ من معرفة المال المحال به والمال المحال به عليه. وكما في الكفالة بالنفس فإن مقصودها إحضار نفس المكفول وذلك لايتأتى بدون معرفة شخصه. وقد يفرض العقد التزاماً على من يؤدي العمل بلا أجر كما في الوديعة والحراسة، إذ لابدّ في المودع لديه من أن يحافظ على المال المودع عنده، ولابدّ في الحارس من أن يحافظ على المال الذي عهد إليه بحراسته، وما لم يكن المال في الحالتين معيناً بحيث يُميز عن غيره لم يكن لإلزام الحارس أو المودع لديه مورد ينصرف إليه، ولنا أن نقول إن الوديعة والحراسة تقتضيان معرفة المال المعهود بالمحافظة عليه لتحقيق هذا التعهد والقيام به.

وفي الرهن قد يؤدي المال المرهون إلى أن يكون مالاً مبيعاً، ويجب في التابع ما يجب في المتبوع من الشروط، كما أن الراهن وإن كان في الأساس متبرعاً بالرهن في بعض الأحوال، فإن عليه بمقتضى العقد التزامات الرهن كلها، ومن بينها تعيين المرهون وتسليمه إلى المرتهن وما إلى ذلك، وهذه كلها من مقتضيات الرهن بغض النظر عن صلة الراهن بالمرتهن، ولا ينظر هنا إلى رضاء المرتهن برهن المجهول كما يقرر المذهب المالكي ، لأنه لا يمكن عدّه متبرعاً، إذ المتبرع هو من يعطي الشيء بلا مقابل لا من يتلقاه بلا مقابل، وحتى على هذا المعنى فإن المرتهن يتلقى المال المرهون في مقابلة الاستيثاق من وفاء دينه، وهنا يظهر معنى المعاوضة جلياً، فيلزم تعيين المحل رعاية له.

وفي كل الأحوال فإن شرعة وجود العقود المتقدمة والوفاء بالحكمة من ورائها يمليان على المشرع الإماراتي إلغاء معنى التبرع الذي قد تشتمل عليه أو تقترن به، و اعتبار أن النظر هو إلى تمام الوفاء بما شرعت له بواسطة استلزام تعيين المحل في كل منها على نحو ما رأينا.

الفرع الثاني

كيفية التعيين في قانون المعاملات المدنية

يحصل التعيين كما سبق إما قبل التعاقد أو عنده أو بعده، فهذه ثلاثة فروض نجعل لكل واحد منها مطلباً.

المطلب الأول

التعيين السابق على التعاقد

٢٧٠ – اتجاه القانون الإماراتي إلى الصحة واللزوم

نرى أن قانون المعاملات المدنية يذهب في شأن التعيين السابق على التعاقد إلى صحة هذا العقد وإلى لزومه على التفصيل الآتي:

أ. أما صحة العقد فلا شك فيها؛ لأن نص الفقرة الثانية من المادة (٢٠٣)تقرر في عبارة عامة أنه " إذا كان المحل معلوماً للمتعاقدين فلا حاجة إلى وصفه وتعريفه بوجه آخر " وهذا ينسحب على كل وسيلة يكون من شأنها تعيين المحل تعييناً نافياً للجهالة الفاحشة، فتدخل الرؤية السابقة فيه من باب أولى؛ لأنها الأصل الذي يقاس عليه في ذلك.

ب. وأما لزوم العقد بالتعيين السابق فقد رأينا أن أكثر الفقه الإسلامي على صحته ولزومه متى كان المعقود عليه لم يتغير، وهو المنصوص عليه لدى الفقه الحنفي على قولهم بإثبات خيار الرؤية في كل معقود عليه لم يُر حين العقد، لما قدمناه من حصول العلم بالرؤية السابقة كحصوله بالرؤية المقارنة للعقد، ويبدو من عبارات المذهب الشافعي عدم اعتبار المسألة مخرجة على بيع الغائب، لأن الأصح في هذا المذهب عدم صحة بيع الغائب وصحته مع هذا بالرؤية السابقة[1].

وأغلب من يرى صحة بيع الغائب يرى لزومه بالوصف، فالبيع بناءً على الرؤية المتقدمة هو أولى باللزوم من بيع الغائب بالوصف؛ لأن الرؤية التي يتحقق بها اللزوم قد حصلت قبل العقد فكأنها قد حصلت عنده، فاللزوم هنا ألزم للأصل بلا شك، ولا سيما إذا علمنا أن كل من قال بصحة العقد بالرؤية المتقدمة قد قرر مع هذا كونه لازماً.

ج. ولا خلاف في الفقه على إثبات خيار الخُلف في الصفة إذا تغير المعقود عليه بالرؤية السابقة، إلا وجهاً شاذاً لأهل الظاهر وبعض الشافعية جديراً بعدم الالتفات إليه لما سبق، وهذا فضلاً عن مخالفته مذهب الجمهور والمناسب من المذاهب الأربعة وفقاً لنص المادة الأولى من قانون المعاملات المدنية، لهذا يتعين إثبات الخيار للمشتري – ومن في حكمه – في إمضاء البيع بالثمن المسمى أو فسخه، لاسيما وأن هذا الرأي ليس بنابٍ عن الأحكام الواردة في خيار العيب (المادتان ٤٢٩و٤٩٣).

د. إذا كان ذلك فهل من شرط صحة العقد بسابق رؤية المعقود عليه أمن التغير كما يرى الجمهور، وهو ما تراه المذاهب الأربعة وغيرها عدا المذهب الحنفي الذي يجعل هذا الوصف مؤثراً في لزومه فقط، أم لا يشترط وهو ما نستخلصه من المذهب الآنف الذكر؟

لا وجود في القانون لنص في ذلك، إلا أننا نرى أن المذهبين المالكي والحنبلي– وهما المقدمان على غيرهما بحكم الأولى من القانون– على الشرط المتقدم، ونرى نص المادة (٢٠٣) مأخوذاً بلفظه وفحواه من المذهب الحنفي،كما نرى القانون قد جارى هذا المذهب في إثباته لخيار الرؤية (المادة ٢٢٦)،

---

[1] ليس أدل على هذا من قول صاحب المجموع، الإمام النووي ٣٥٨/٩: " فإذا قلنا بالمذهب –وهو صحة العقد –فوجده كما رآه أولاً فلا خيار له بلا خلاف، لأنه ليس ببيع غائب" وقال قبل هذا : " صح البيع على المذهب ولا يجيء فيه الخلاف في بيع الغائب، هكذا قطع جماهير الأصحاب".

فيترجح من كل هذا ميل القانون إلى عدم اشتراط أمن التغير، وذلك أنه إذا كان غير مأمون التغير اندرج في القاعدة المقررة لإثبات خيار الرؤية في كل ما لم ير حين العقد، وهي قاعدة عامة تصلح للتطبيق على ما رُئي وغلب تغيره وعلى ما لم تسبق رؤيته، والتفرقة بينهما تحكم ليس عليه دليل، وقد يؤيد هذا النظر أن الأصل في العقود الصحة، فمن نقل عن هذا الأصل فهو مطالب بالدليل، ولا وجود له.

هـ. ومن الحسن توافق المذهبين المالكي والحنفي في أن القول في التغير وعدمه للبائع ما لم تطل المدة فللمشتري، وإن كان من المرجح اتباع التفصيل الذي أورده المذهب المالكي في هذه المسألة؛ لأنه الأنسب من جهة، والأولى بالتطبيق – في حكم المادة الأولى من القانون – من جهة أخرى.

المطلب الثاني

التعيين عند التعاقد

القسم الأول : تعيين المعين بالذات

٢٧١ – أولاً : تعيين الشيء الحاضر في مجلس العقد

ورد في تعيين الشيء الحاضر في مجلس العقد – إذا كان من عقود المعاوضة – نص صريح يقضي بأنه يجوز تعيينه بالإشارة إليه أو بالإشارة إلى مكانه الخاص الذي هو فيه، وذلك حيث تقرر الفقرة الأولى من المادة (٢٠٣) من قانون المعاملات المدنية أنه " يشترط في عقود المعاوضات المالية أن يكون المحل معيناً تعييناً نافياً للجهالة الفاحشة بالإشارة إليه أو إلى مكانه الخاص إن كان موجوداً وقت العقد أو ببيان الأوصاف المميزة له مع ذكر مقداره إن كان من المقدرات أو بنحو ذلك مما تنتفي به الجهالة الفاحشة " [(١)].

ومفاد هذا النص أن ما كان معيناً بالذات فإنه إن كان حاضراً يتم تعيينه بالإشارة إليه أو إلى مكانه الخاص، ويكون الجواز بذلك مطلقاً بناءً على القاعدة العامة، فعليه يكون بيع الجزاف جائزاً

---

(١) صيغت هذه المادة من الفقه الحنفي على وجه الخصوص، دليل ذلك أنها منقولة حرفياً من عبارة ابن عابدين في حاشيته (ج ٤ص ٥٣) : " والذي يظهر من كلامهم تفريعاً وتعليلاً أن المراد بمعرفة القدر والوصف ما ينفي الجهالة الفاحشة، وذلك بما يخصص المبيع عن أنظاره، وذلك بالإشارة إليه لو كان حاضراً في مجلس العقد وإلا فبيان مقداره مع بيان وصفه لو من المقدرات" .

بإطلاق في مفهوم هذه المادة، وكذا يجوز التعامل في المعقود عليه الذي لا يرى المقصود منه لأي سبب من الأسباب، يستوي أن تكون رؤيته مستحيلة كالأعمى أو أن تشق كما في بيع البرنامج وبيع المعلبات التي في فتحها إفساد لها أو لا تشق كما في غير ذلك من الحالات، فالنص عام ومطلق، وبمقتضاه يصح التعاقد على الشيء بالإشارة إلى مكانه الخاص إن كان موجوداً في مجلس العقد.

بل إن الجواز لا ينحصر في التعيين بهذه الصورة فقط، وإنما يجوز التعيين بأي ما من شأنه رفع الجهالة الفاحشة كما أشار إلى ذلك عجز الفقرة المتقدمة من المادة، وعلى هذا يجوز الاكتفاء بالوصف على ما يفهم من هذا الإطلاق الذي في المادة، إلا أن ثمة مادة أخرى هي المادة (٢٦٣) تقضي بأن الوصف في الحاضر لغو وفي الغائب معتبر[٢]، وتمثل المذكرة الإيضاحية للقانون لذلك بما لو أراد البائع بيع فرس أشهب حاضر في المجلس وقال في إيجابه : بعت هذا الفرس الأدهم وأشار إليه وقبل البائع صح البيع ولغى وصف الأدهم، أما إذا كان الموصوف غائباً عن المجلس فالوصف معتبر[٣].

ومفاد ذلك أنه لا يكفي وصف المعقود عليه مادام حاضراً في مجلس العقد، بل لا بد من الإشارة إليه أي رؤيته.

على أنه لا مانع من الجمع بين الوصف والإشارة كما سبق، وفي هذه الحالة تطبق القاعدة المقررة في شأن الاختلاف بينهما والتي سبق أن أشرنا إليها، وخلاصتها أن المعتبر الإشارة وأن الوصف ملغي إلا حيث يكون الاختلاف في الجنس فيبطل العقد ما لم يكن الجنس معلوماً للعاقدين، مثاله أن يقول البائع : بعتك هذه الفرس، والمبيع الحاضر في مجلس العقد هو حمار مثلاً، فهنا لا يبطل العقد لأن المشار إليه معلوم الجنس، وقد سبق أن أشرنا إلى هذا نقلاً عن المذهب الحنفي، ويبدو أن هذا الحكم هو حكم القانون الإماراتي أيضاً لما أوردناه آنفاً عن المذكرة الإيضاحية في شرح المادة (٢٦٣) المتقدمة، ولعله هو حكم من عدا الفقه الحنفي من الفقه الإسلامي أيضاً؛ لأننا لم نقف على حكم آخر يخالفه.

ومع ما تقضي به القاعدة العامة المشار إليها ثم تفصيلات قد وردت في ثنايا العقود الخاصة لا بدّ من العروج عليها لمعرفة ما مشى مع هذه القاعدة أو ما خالفها زيادةً أو نقصاً، كما ثمة حاجة لبسط القول في العقود التي يكون أحد طرفيها أعمى استجلاءً لرأي القانون الإماراتي في هذه المسألة من واقع الخلاف الفقهي القائم. وكل هذا نعالجه فيما يلي.

٢٧٢ – (١) الشيء المرئي

---

[٢] أخذت هذه المادة عن المادة ٦٥ من مجلة الأحكام العدلية كما تصرح المذكرة الإيضاحية للقانون ص ٢٤١ .

[٣] المذكرة الإيضاحية ص ٢٤١.

لاخلاف في صحة العقد وفي لزومه بالنسبة للشيء المرئي في مجلس العقد، وتكون وسيلة تعيينه كما مرّ هي الإشارة إليه، والمعتبر من ذلك ما يتحقق به معرفة المقصود منه على ما سبق قوله.

وفيما مضى آنفاً أشرنا إلى فرض اختلاف الوصف مع الإشارة، ونفصل القول هنا بصورة خاصّة في بيع الجزاف في القانون الذي نحن بصدده؛ لأن القاعدة العامة أنه يكفي رؤية المقصود منه وألا تشترط معرفة قدره، ومع هذا وردت أحكام وشروط خاصة له في القانون راعى بها قيود بعض جوانب الفقه الإسلامي وإن لم يأخذ بها كلها على نحو ما يلي بيانه.

٢٧٣ – بيع الجزاف في قانون المعاملات المدنية الإماراتي

تشترط المادة (٢/٥٨٢) من قانون المعاملات المدنية لجواز بيع الجزاف ما يأتي:

١ - أن يكون المشتري قد رآه حال العقد عليه أو رآه قبل العقد رؤية لا يتغير بعدها عادة إلى وقت العقد عليه، إلا أن يكون في رؤيته فساد له فيكفي العلم بصفته.

٢ - أن يجهل المتبايعان قدر كيله أو وزنه أو عدده مع إمكان تقديره إجمالاً، فإن ثبت لأحدهما حين العقد أن الطرف الآخر كان يعلم بقدر المبيع فسد العقد، وإن علم بعلم الآخر بذلك بعد العقد خير بين ردّ البيع أو إمضائه.

ومن هذا النص يستفاد الآتي:

- أن اشتراط رؤية المبيع جزافاً حال العقد عليه شرط يقول به المذاهب الأربعة المعروفة كما تقدم، وهو مذهب الزيدية أيضاً.
- أن إجازة رؤية المبيع قبل العقد رؤية لا يتغير بعدها هي قول لابن حبيب – من تلاميذ الإمام مالك – رجحها وأخذ بها القانون، وقد سبق أن أشرنا إلى ذلك.
- ما قرره القانون من استثناء ما في رؤيته فساد له من شرط رؤية المبيع الجزاف، وكذا شرط جهل قدر الكيل أو الوزن قول موافق للمالكية والشافعية والحنابلة والزيدية، أما اشتراط القانون إمكان تقدير المبيع إجمالاً فموافق للمذهبين المالكي والشافعي.
- وما يتفق مع المذهب المالكي وحده هو ما قرره القانون من فساد البيع بعلم أحد العاقدين حين العقد علم الآخر بقدر المبيع.
- أن بيع الجزاف بالشروط التي تقدم بيانها يقع لازماً في القانون. وإنما ذلك يفهم من إحاطته بهذه الشروط، ومن أن الإخلال ببعضها يؤدي إلى بطلانه أو عدم لزومه بحسب الأحوال.

وإذ ننظر في المادة (٢٠٣) من ذات القانون نرى أنه لا يشترط على ظاهرها – في المشار إليه المرئي حال العقد – معرفة قدره، وبالتالي يكون ما هنا استثناءً على ذلك.

٢٧٤ – (٢) الشيء غير المرئي

سبق أن ذكرنا أن الشيء الحاضر في مجلس العقد قد لا يكون مرئياً، وأن ذلك يتصور في حالتين، أولاهما : أن تستحيل رؤيته على العاقد الآخر بسبب من هذا العاقد نفسه لا من المعقود عليه كالأعمى. والأخرى : أن يكون المعقود عليه في مكان ما يحفظه. وهنا كما قلنا سابقاً نتصور فرضين، أولهما : أن يكون هذا المكان مما يستطاع نزع المحل عنه بغير مشقة، والثاني أن يكون من غير المستطاع نزعه عنه إلا بمشقة، وقد سبق أن عرضنا بالتفصيل لما قرره الفقه الإسلامي في كل من الحالتين اللتين أشرنا إليهما في المبحث الثاني المختص به، غير أنّا في المبحث الذي بين أيدينا نستهدي بما ذكرنا هناك لنقف على حقيقة ما قرره قانوننا المدني إما صراحةً أو ضمناً وعلى النسق الوارد ثمة.

٢٧٥– الحالة الأولى : عقد الأعمى قانوناً

لم يتضمن قانون المعاملات المدنية نصاً صريحاً يجيز العقد من الأعمى[1]، إلا أننا لا نعدو الصواب إذا قررنا أن هذا هو ما يحكم به لما يلي:

أ. أن المادة الأولى من هذا القانون تقضي بضرورة الرجوع إلى مذهبي مالك وأحمد عند عدم النص على حكم المسألة، وهما صريحان كما تقدم في جواز صدور العقد من الأعمى، ويشترك معهما في هذا المذهب الحنفي أيضاً، مع العلم بأن أنسب الحلول المشار غليه في هذه المادة هو أن يتاح للأعمى البيع والشراء وسائر التصرفات؛ إذ لا يسوغ إجازة توكيله الغير في البيع له والشراء وقد يضرّ به هذا الغير أشد الضرر ثم لا يجوز له أن يتولى ذلك لمصلحة نفسه، كما أن الوكيل يستمد سلطته من الموكل، والقاعدة أن من يملك الأكثر يملك الأقل، فما يملك الوكيل التصرف فيه يملكه الموكل ولابدّ ؛ وذلك لأنه لم يزد على أن نقل إليه بعض ما يملكه ولولا ذلك لم ينفذ تصرفه عليه، فمن باب أولى أن يصح تصرف الأعمى في شئونه الخاصة بلا قيد كهذا.

---

[1] لعل ذلك على غرار القانون المدني المصري الجديد فقد تضمن القانون المصري القديم م ٣١٩/٢٥٣ حكم العقد الذي يجريه أعمى بقوله :" البيع للأعمى يكون صحيحاً إذا أمكنه معرفة حقيقة المبيع بطريقة غير المعاينة ، أو حصلت معاينته ممن عينه معتمداً عليه في ذلك" . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي، تعليقاً على المادة ٥٥٩ من المشروع التي أقرت فعلاً تحت رقم ٤١٩ أن هذا النص أي نص المادة ٤١٩من القانون المدني المصري يلخص خمسة نصوص في التقنين السابق هي المواد ٢٤٩–٣١٩ وأن المشروع قد أغفل نص المادة ٢٥٣/ ٣١٩الخاصة ببيع الأعمى لعدم فائدته، لأن في القواعد العامة غنى عن ذكر هذا الحكم. (مجموعة الأعمال التحضيرية ١٩/٤، الوسيط ج ٤ هامش ص ١١٤، ١١٥).

ب. وليس في القانون ما يغلّ أهلية الأعمى في إجراء العقود وإبرام التصرفات، بل الأصل بحكم المادة (١٥٧) أهلية الشخص للتعاقد ما لم تسلب أو يحدّ منها بحكم القانون، ولم ينص القانون على الأعمى كسبب من أسباب سلب الأهلية كما يفيده استقراء المادتين (١٦٨) و(١٧٠). بل لقد أجاز القانون في المادة (١٧٣) للقاضي تعيين مساعد قضائي لمن كان أصمّ أبكم أو أعمى أصم أو أعمى أبكم، ومفاده بطريق الاستتباع واللزوم أنه يعترف بأهلية الأعمى الذي لم تقترن عاهته بعاهة أخرى مما ذكر.

ج. ويجيز القانون العقد ينشئه العاقدان على الغائب عن مجلس العقد كما يظهر من استقراء المواد (٢٠٣) و(٢٢٦) و (٤٩٠)، ولا ريب في تشابه ما بينه وبين العقد يتولاه أعمى؛ إذ جامع ما بينهما عدم رؤية المعقود عليه، ولا أثر لحضوره أو عدم حضوره في مجلس العقد من هذه الناحية، وإنما يؤثر الحضور وعدمه في طريقة التعيين، وذلك لما قلناه من أنّ الغائب عن مجلس العقد يُعيّن بالوصف على اللزوم مع إثبات خيار الخلف في الصفة، أما الحاضر في مجلس العقد فيُفرّق هنا بين ما يدرك بالبصر فلا طريق إلى معرفته ولزومه بغير الوصف الكاشف المستوعب، وبين ما يُدرك بوسيلة أخرى من وسائل العلم فيتعين اتباعها كالشم أوالذوق أو اللمس ، إذ هذه هي وسائل العلم بالمعقود عليه فيما يقصد من أجله، وإنما المراد بالرؤية العلم بالمقصود بوجه عام، فيشمل الرؤية بالبصر وغيرها من وسائل العلم كما يقرر الفقه[1]. على أننا نقيد هذا بقيدين مهمّين وردا في القانون:

الأول: أن الأعمى لا يحق له شراء ما يباع جزافاً على شرط المادة (٢/٥٨٢) إلا إذا كان قد رأى المبيع قبل عماه رؤية لا يتغير بعدها إلى وقت العقد، أو كان في رؤيته فساد له.

والثاني: أن خيار الخلف في الصفة للأعمى إنما يثبت للمشتري فقط، دل على هذا نص المادة (٢٢٦) الذي يقضي بثبوت خيار الرؤية لمن صدر له التصرف، فإنه يدل بمنطوقه على أن المستفيد من خيار الرؤية هو المشتري ومن في حكمه، ويدل بمفهومه على أن خيار الخلف في الصفة لا يتمتع به إلا المشتري الأعمى فقط أو كل من صدر له التصرف، لأن هذا الخيار يقع على عقد لازم ابتداءً ، فحرمان البائع الأعمى منه أولى من حرمان بائع الشيء الغائب. وقاعدة خيار الرؤية أُخذت من المذهب الحنفي،

---

[1] جاء في البحر الرائق ٤٣/٦:" والمراد بالرؤية العلم بالمقصود من باب عموم المجاز فيشمل ما إذا كان المبيع يعرف بالشم كالمسك وما اشتراه بعد رؤيته فوجده متغيراًو ما اشتراه الأعمى" . وفي الفروع ١٥/٤:" قال القاضي وغيره وما عرفه بلمسه أو شمه أو ذوقه كرؤيته ". وفي شرح المنتهى ١٣٧/٣، ١٣٨:" وكرؤية معرفته بلمس أو شم أو ذوق فيما يعرف بهذه لحصول العلم بحقيقة المبيع "، وفي شرائع الإسلام للحلي ١٨/٢: " إن كان المراد منه الطعم أو الريح فلا بدّ من اختباره بالذوق أو الشم ويجوز شراؤه من دون ذلك بالوصف كما يشتري الأعمى الأعيان المرئية "، وفي المغني ٢٧٧/٤: " يصح بيع الأعمى وشراؤه إن أمكنه معرفة المبيع المذوق إن كان مطعوماً الخ".

وهذا المذهب يقرر في عبارات واضحة أن البائع الأعمى لا يستفيد من خيار الخلف في الصفة أو من الخيار كما يسميه بناءً على القاعدة المتقدمة[٢].

٢٧٦ – الحالة الثانية: عدم رؤية المحل لوجوده فيما يحفظه

أشرنا فيما سبق إلى وجود فرضين في هذا الصدد : الأول أن يسهل إخراج المحل مما هو فيه بغير مشقة، والثاني عكسه، وفيما يلي تفصيلهما بالنسبة إلى قانوننا.

٢٧٧ – الفرض الأول : عدم صعوبة إخراج المحل مما هو فيه

ومثاله كما مرّ أن يُشترى كتاب في غلافه دون أن يفض ليُعلم بعض محتواه، وأن يشترى السكر في الكيس دون رؤية للسكر، وبيّن أن قانوننا يتجه في هذه المسألة إلى التفصيل الآتي:

أ. في عقود المعاوضات المالية: إذا كان المعقود عليه حاضراً وقت العقد وكان في مكانه الخاص فإن الإشارة إلى هذا المكان كافية في تعيينه بحيث يترتب عليها صحة العقد ولو لم تحصل مشقة غير معتادة في إخراجه إلى حيز المشاهدة[١].

ويشترط مع هذا كون المعقود عليه معلوم الجنس؛ لأنه قول أكثر الفقه وهو الراجح في مذهبي أبي حنيفة والزيدية. لاسيما وأن المذكرة الإيضاحية شرحت المادة (٢٠٣) بقولها (والجهالة المانعة من صحة العقود هي الجهالة الفاحشة وهي الناشئة عن تجهيل جنس المحل كأن يبيعه دابة من الدواب دون أن يبين جنسها أو يبيعه جميع ماله في هذه الدار من الدواب والثياب والأثاث والمشتري لا يعلم ما فيها)[٢]. والنص واضح في شموله لما غاب عن العاقدين ولما كان حاضراً عندهما على السواء، فكل ما لا يُعلم جنسه لا يصح العقد عليه ولو كان مشاراً إليه. وعلى هذا يبطل بيع ما في الكم ونحوه ما لم يعلم جنسه.

---

[٢] جاء في الهداية ٣٦/٣:" وبيع الأعمى وشراؤه جائز وله الخيار إذا اشترى لأنه اشترى مالم يره وقد قررناه من قبل". وقد قال قبلاً ص ٣٤ :"ومن اشترى شيئاً لم يره فالبيع جائز وله الخيار إذا رآه " ثم قال في ص ٣٥: "وفيما يطعم لابدّ من الذوق لأن ذلك هو المعرف للمقصود" الخ، فالمسألة كما ترى مبنية على خيار الرؤية. أما الذي يدل على أن البائع الأعمى لا خيار له فهو قوله الآنف وله الخيار إذا اشترى. مع قوله ص ٣٤ : "ومن باع ما لم يره فلا خيار له، استدلالاً بحديث من اشترى شيئاً لم يره فهو بالخيار إذا رآه، وبحديث تبايع عثمان وطلحة ".

[١] المادة ٢٠٣ من (ق م م أ) ونصها : (١- يشترط في عقود المعاوضات المالية أن يكون المحل معيناً تعييناً نافياً للجهالة الفاحشة بالإشارة إليه أو إلى مكانه الخاص إن كان موجوداً وقت العقد أو ببيان الأوصاف المميزة له مع ذكر مقداره إن كان من المقدرات أو بنحو ذلك مما تنتفي به الجهالة الفاحشة)، والنص مأخوذ من حاشية ابن عابدين كما سبق بيانه ج٤ ص ٥٣٠ ، ونحوه في المادة ٣٠٣ من مرشد الحيران مع زيادة قولها : (ولا يكتفي بذكر الجنس عن القدر والوصف) وهو يشبه المادة ١٢٨ من التقنين العراقي، إلا أن هذا يجعل الشرط عاماً في كل العقود لا في عقود المعاوضات المالية كما في مرشد الحيران.

[٢] المذكرة الإيضاحية لـ(ق م م أ)ص ١٥٤.

ب. على أن لمن صدر له التصرف خيار الرؤية فيما لم يُرَ طبقاً لنص المادة (٢٢٦) من قانون المعاملات المدنية، وشروطها تنطبق على المعين بالإشارة إلى مكانه الخاص بحسب المادة (٢٠٣) ؛ فشروط الخيار في حكم المادة (٢٢٦):-

١ - أن يرد في العقود التي تحتمل الفسخ، ولا شك في اندراج عقود المعاوضات المالية في هذه الطائفة.

٢ - أن يكون المعقود عليه معيناً بالتعيين، وهو بالفرض معين.

٣ - ألا يكون من صدر له التصرف قد رأى المعقود عليه، وهنا لم يره، إنما رأى المكان الخاص به، ولا يصدق -على ذلك- القول بأنه رآه.

هذا إلى أن المادة (٢٠٣) مستقاة كما عرفنا عن المذهب الحنفي الذي هو صريح في إثبات خيار الرؤية .

٢٧٨ – الفرض الثاني : ما في إخراجه مشقة

نفرّق هنا بين ما يكون من أصل الخلقة وبين ما لا يكون كذلك وفقاً للنسق المتبع في المبحث الثاني الخاص بالفقه الإسلامي.

٢٧٩ – المسألة الأولى : ما يكون من أصل الخلقة

هنالك نوعان لهذه المسألة كما علم مما قدمناه عن الفقه الإسلامي، وكما هو اتجاه قانون المعاملات المدنية الإماراتي حيث أجاز بعضاً من الصور ونهى عن بعض، هما : أن يكون المحل مشكوكاً في وجوده، والثانية ألا يكون المحل كذلك.

٢٨٠ – النوع الأول : مع الشك في وجود المحل

نص قانون المعاملات المدنية في المادة (٦١٢) على أنه " لا يجوز بيع ما يأتي أو المقايضة عليه.

أ. المستور في الأرض حتى يقلع ويشاهد ".

وقد استمدت هذه المادة من المذهب الحنبليكما تصرح المذكرة الإيضاحية معللةً ذلك بأن (المستور في الأرض مبيع مجهول لم ير ولم يوصف)، وبأنه(قد نهى الرسول صلى الله عليه وسلم عن بيع الغرر) [1] .

---

[1] المذكرة الإيضاحية لـ (ق م م أ) ص ٥٤١ حيث جاء فيها : وهذه المادة مستمدة من المذهب الحنبلي ، المادتين ٢١، ٢٢ من مشروع التقنين الحنبلي ، المغني ص ٢٧٧، ٢٧٨، كشاف القناع ص ١٩- انظر ص ٥٤١ من المذكرة الإيضاحية .

ويحتمل أن قولها "مبيع مجهول" ينصرف إلى جهالة وجود المستور في الأرض، ولعل هذا هو العلة التي من أجلها منع هذا البيع من منعه و اشترط من أجازه شروطاً فيه تجعله محقق الوجود. على أن ظاهر النص اعتبار المستور في الأرض مجهول الصفة، فلو صح هذا، فإنه يكون استثناءً على القاعدة العامة المقررة في المادة (٢٠٣)؛ لأن هذه المادة تكتفي بالإشارة إلى المكان الخاص الذي يوجد فيه المعقود عليه تمهيداً للقول بصحة العقد، ولا يخرج المستور في الأرض عن أن يعين بهذه الطريقة، فمقتضى التمسك بالأصل أن يصح البيع تبعاً لذلك.

ولكننا نرجح مع هذا أن البطلان لا بسبب الجهالة، وإنما بسبب الغرر الناشيء عن عدم وجود المبيع؛ لأنه إذا وجد فلا خوف من جهالة صفته، فهذه الجهالة يمكن جبرها بخيار الرؤية إن لم يوصف المعقود عليه، أو بخيار الخلف في الصفة إن وصف. وإنما الخوف من ألا يوجد، وهو أمر متصور. وبذلك لا يشكل هذا النص استثناء على القاعدة العامة.

٢٨١- النوع الثاني : مع عدم الشك في وجود المحل

نصّت المادة (٥٩٢) من قانون المعاملات المدنية على جواز بيع ما مأكوله في جوفه والحب المشتد في سنبله في ساترهما. وقد صرحت المذكرة الإيضاحية بأن هذه المادة قد استمدت من المذهب الحنبلي[٢]، والصواب أنها استمدت من جملة المذاهب الفقهية فيما عدا المذهب الشافعي على ما سبق بيانه.

ومقتضى ما تقدم عن القانون بالنسبة لما مأكوله في جوفه والحب المشتد في سنبله في ساترهما أنه لا يشترط شيء مما وضعه المالكية، فيصح بيع الحب مع سنبله جزافاً أو بالكيل، قائماً أو منفوشاً أو في تبنه، أكان مما ثمرته في رأسه أو في قصبته، كما يصح بيع ما مأكوله في جوفه في قشريه الأعلى والأدنى مطلقاً، ورطباً أو يابساً، ويقع على اللزوم في جميع ذلك ما لم يكن فيه عيب طبقاً للقانون[١].

---

[٢] المذكرة الإيضاحية ص ٥٣٤ وقالت إنها أخذت من المادة ٢٠ من مشروع التقنين الحنبلي .

[١] تنص المادة ٥٩٣ من (ق م م أ) على ما يلي :"

١- من اشترى ما مأكوله في جوفه وكسره فوجده فاسداً ولا قيمة لمكسوره، رجع بكل الثمن إذا كان الفساد في الكل أو ما يقابل الفاسد إذا كان الفساد في البعض.

٢- وإذا كان المكسور له قيمة خيّر بين الإمساك مع الضمان أو الردّ مع ما نقص بكسره، فإن تلف المبيع وجب الضمان للمشتري".وهذه المادة مستمدة من المذهب الحنبلي (المذكرة الإيضاحية ص ٥٣٥).

والنص قد سكت عن بعض الصور منها بيع الحب وحده. وقد رأينا أن المالكية والأحناف أجازوه مع الخلاف بينهم في شروط ذلك. وأما الحنابلة وأهل الظاهر وغيرهم فأبطلوه للغرر، وادعى بعض الحنابلة انه لا اختلاف يعلمه في المنع منه[٢].

وظاهر النص القانوني أنه لا يجوز بيع الحب وحده أو ما مأكوله في جوفه إلا في ساتره؛ لأنه قال: " يجوز بيع ما مأكوله في جوفه والحب المشتدّ في سنبله في ساترها "، فمفهومه أنه لو بيع في ساتره أي منهما دونه فلا يجوز، ولعل مما يعزّز هذا الفهم أن المذكرة الإيضاحية أشارت إلى استقائها النص من المذهب الحنبلي، وهو صريح كما ذكرنا في القول بالبطلان لأنه من باب بيع النوى في التمر، وقد نصوا على بطلانه، إلا ما فهمه صاحب الفروع من جوازه قياساً على ما مأكوله في جوفه بجامع أن التمر وعاء النوى[٣].

ويحتمل أن يكون هذا الحكم مسكوتاً عنه في هذا القانون، وعندئذٍ نرجع إلى القاعدة العامة المبينة في المادة (٢٠٣)، ومفادها جواز العقد على ما أشير إلى مكانه الخاص مقترناً بخيار الرؤية.

أما عن اتجاه القانون فإن القاعدة العامة التي أسلفناها آنفاً تجيز هذا البيع بخيار الرؤية؛ لأن العبرة لصحة العقد هي تعيينه بالإشارة إليه في مكانه — وهو هنا فأرة المسك – وقد حصلت، فلم يبق إلا اختلال الرضا الناجم عن عدم رؤية المسك، وهذا يمكن جبره بالخيار، إلا إذا قطع أهل الخبرة بإمكان إدراكه بالشم قبل فضه وابتيع جزافاً، فمقتضى الأصل هنا وقوع البيع على اللزوم؛ لأن الشم وسيلة العلم الذي هو سبب خيار الرؤية، وإذ قد حصل فإن العقد يقع على اللزوم.

وقد ينتفي الخيار إذا قطع أهل الخبرة بأن المسك إذا أخرج من فأرته سيفسد، أو أن في ذلك ضرراً على البائع يؤدي إلى نقصان ثمنه أو تعيبه، فينبغي أن يُكتفى في هذه الأحوال وأمثالها بالوصف الذي يقوم مقام الرؤية، فتجتمع هنا الإشارة والوصف: الإشارة لتعيين المحل؛ لما سبق من أن المعتبر في ذلك هو الإشارة إلى مكانه الخاص إن كان موجوداً عند التعاقد، والوصف لجعل العقد لازماً، بحيث إن جاء على الوصف فلا خيار وإلا فللمشتري خيار الخلف في الوصف.

هذا كله مع الجزم بوجود المسك في فأرته على ما يتعارفه أهل هذا الشأن، وإلا فمتى كان الشك يعتور وجوده تحتم القول بالبطلان بناءً على المادة (٢٠٢) من القانون؛ لأنه حينئذٍ يكون مالاً مستقبلاً غير محقق.

---

[٢] الشرح الكبير بهامش المغني ٢٨/٤ ونص عبارته : " ولا يجوز بيع النوى في التمر والبيض في الدجاجة للجهل بها ولا نعلم في هذا اختلافاً "، ونحوه في المغنى ٢٧٧/٤.

[٣] الفروع ١٥/٤، والإنصاف ٢١٧/٤ .

والمدار في كل هذه الأحوال على أهل الخبرة كما ذكرنا، وقد سبق أن أشرنا إلى هذا بصفة عامة، وفيما ها هنا تطبيق لذلك.

٢٨٢ – المسألة الثانية : ما ليس من أصل الخلقة

في هذا الفرض لا يكون الساتر من أصل الخلقة كالفرض الذي قبله، وإنما يكون مضافاً إليه بفعل الإنسان لغرض صيانته والحفاظ عليه، وتوجد مع ذلك مشقة في نزعه عنه خوفاً من فساده أو تعيّبه.

فما هو موقف القانون الإماراتي من هذه المسألة ؟

أما القاعدة العامة الواردة في المادة (٢٠٣) فتكتفي بالإشارة إلى المكان الذي يوجد فيه المحل إن كان في مجلس العقد كما سلف.

وأما في العقود المسماة فقد أخذ القانون عن الفقه الحنفي البيع بالأنموذج، حيث تنص المادة (٤٩٢) على أنه " إذا كان البيع بالأنموذج تكفي فيه رؤيته ويجب أن يكون المبيع مطابقاً له، فإذا ظهر أن المبيع غير مطابق للأنموذج كان المشتري مخيراً بين قبوله وردّه".

ويؤخذ من هذا النص أن رؤية الأنموذج كافية في لزوم البيع، أي إنها مسقطة لخيار الرؤية، فالخيار هنا نوع من خيار العيب فقط في حال المخالفة، وليس معنى رؤية الأنموذج أنها تغني عن تعيين المبيع بناءً على القاعدة العامة[١] بيد أن إجازة القانون للبيع بالأنموذج– على رغم الخلاف الفقهي السائد فيه [٢] – هي مرحلة على طريق تحرره من القيود الشكلية التي عسى أن تحد من نطاق التعامل.

---

[١] تنص المادة ٢/٤٩٣ على أنه " إذا كان الأنموذج في يد ثالث باتفاق الطرفين ففقد وكان المبيع معيناً بالذات ومتفقاً على أنه هو المعقود عليه فالقول للبائع في المطابقة ما لم يثبت المشتري العكس، وإن كان المبيع معيناً بالنوع أو معيناً بالذات وغير متفق على أنه هو المعقود عليه فالقول للمشتري في المغايرة ما لم يثبت البائع العكس" .

[٢] في صحة البيع على الأنموذج ثلاثة أقوال :

الأول – المنع كما هو الصحيح في المذهب الحنبلي ووجه في المذهب الشافعي .

الثاني – الجواز مطلقاً وهو رأي الأحناف، وقياس الأصل عند المالكية، فإنهم يجيزون البيع على البرنامج وهو المكتوب الموافق لصفة الثوب في العدل لما يلحق الثوب من ضرر النشر، والأنموذج من هذا الضرب، وهو وجه في المذهب الشافعي وقول في مذهب أحمد صوّبه المرداوي .

الثالث– إن أدخل الأنموذج في المبيع صح وإلا فلا، هذا هو الأصح لدى الشافعية .

انظر في كل ما تقدم حاشية الجمل ٣٤٩/٤، ٣٥٠، مجمع الأنهر ٥٤/٣، ٥٥، شرح فتح القدير ٣١٥/٦، الشرح الكبير ٣ / ٢٤، حاشية الدسوقي ٣ / ٢٤، ٢٥ ، قليوبي وعميرة ٢٦٣/٢، المجموع ٣٦٠/٩، ٣٦١، التجريد ٢٤٧/٢، مغني المحتاج ٢ / ١٩، الإنصاف ٢١٣/٤، الفروع ١٥/٤ ، المبدع ٤ / ٢٥، المحرر ١ / ٢٩١، المحلى ٨ / ٣٩٥ – ٣٩٦ .

ويمكن إدراك هذا الاعتبار فيما فقد تضمنته الفقرة الثانية من المادة (٥٨٢) من أن الوصف كافٍ في لزوم بيع الجزاف متى كان في رؤية المبيع مشقة. وهذه مرحلة أخرى خطاها القانون الإماراتي، وإن اقتصر على بيع الجزاف.

وغير هذا نجد القواعد العامة في هذا القانون صريحةً في أمرين:

الأول :أن الإشارة إلى مكان المعقود عليه الحاضر في المجلس كافية في تعيينه وموجبة لصحة التعاقد عليه.

والثاني : أن لمن صدر له التصرف خيار الرؤية في إجازته وفسخه.

ففي القواعد العامة ما يسعف في القول بجواز العقد في هذا الفرض، إلا أننا لا نجد منها ما يسعف في القول بلزومه، مع أنّ الحاجة تشتد إلى القول باللزوم هنا؛ فالمعقود عليه مستتر بما يحفظه ويصونه، وتخيير من صدر له العقد في إمضائه أو ردّه بعد رؤيته يعود ببالغ الضرر على صدر منه العقد كالبائع. فإذا اقترن بهذا العقد رؤية النموذج فلا كلام في لزومه من غير خيار الرؤية، وإذا لم يقترن به، ففي غيبة النص القانوني يتعين الرجوع إلى مصادره بحسب الترتيب الذي ذكرته المادة الأولى من القانون إن كنا اعتبرنا المذاهب الأربعة كلها أو بعضها مختلفة، وبناءً عليه نرى أن المذهب المالكي المقدم في التطبيق جارٍ على القول بالجواز مع اللزوم معاً وفقاً لما ذكرناه تفصيلاً، ويقترب منه المذهب الحنبلي الذي يتلو المذهب المالكي في الترتيب. على أننا سبق أن خرّجنا الجواز واللزوم عن المذاهب الأربعة مجتمعةً وحينئذ فلا إشكال في القول بذلك.

٢٨٣ – ثانياً : تعيين الغائب عن مجلس العقد

إن قانون المعاملات المدنية الإماراتي ليجيز العقد على الغائب صراحةً وفي غير ما مناسبة:

أ. فهو يجيزه في النظرية العامة للعقد في المادة (٢٠٣) المتقدمة؛ لأنها تستلزم وصف المحل بما ينفي الجهالة الفاحشة عنه مع ذكر مقداره إن كان من المقدرات، وتقتصر في الحاضر على الإشارة إليه أو إلى مكانه الخاص، وهذا قاطع في أنه يجيز بيع الغائب كما يجيز إجارته ورهنه ونحو ذلك.

ب. وهو ينص في المادة (٢٢٦) وما بعدها على ثبوت خيار الرؤية في العقود التي تحتمل الفسخ[1] لمن صدر له العقد إذا لم ير المعقود عليه وكان معيناً بالتعيين.

ج. ثم هو يجيز بيع الغائب خاصة على ما يفهم من قول المادة (٤٩٠ /٢) :

---

[1] العقود التي تحتمل الفسخ على ما شرحت المذكرة الإيضاحية للقانون ص ٢٠٣و٢٠٤ هي البيع وإجارة الأعيان وقسمة غير المثليات والصلح على مال هو عين بالذات، وغيرها كالمهر وبدل الصلح عن دم العمد – والعبارة موجودة في شرح على حيدر على المجلة ٢٩٦/١.

" ١- يشترط أن يكون المبيع معلوماً عند المشتري علماً نافياً للجهالة الفاحشة.

٢- ويكون المبيع معلوماً عند المشتري ببيان أحواله وأوصافه المميزة له وإذا كان حاضراً تكفي الإشارة إليه".

والشاهد قول هذه المادة : " وإذا كان حاضراً تكفي الإشارة إليه "، فمفهومها أنه إذا كان غائباً لزم بيان أحواله وأوصافه المميزة له بناءً على شرط المادة المتقدمة.

ومفاد هذه النصوص أنه لابدّ لتعيين المحل على الأقل من ذكر أحواله وأوصافه المميزة، وبعبارة أخرى لا بدّ من بيان الأوصاف المميزة له مع ذكر مقداره إن كان من المقدرات.

٢٨٤ – أخذ القانون بخيار الرؤية – انتقاده

ويفهم من إشارة المذكرة الإيضاحية إلى مراجع الفقه الحنفي، وبالأخص المادة ٣٠٣ من مرشد الحيران أنه لابدّ من ذكر الجنس مع ذكر القدر والوصف [٢]،كما يفهم من ذلك أيضاً ومن نص المادة (٢٢٦) الواردة في شأن خيار الرؤية، ومن إشارة المذكرة الإيضاحية للفقه الحنفي ومراجعه، وبالأخص المادتين ٣٢٠ و٣٢٢ من المجلة والمادة ٣٣٩ من مرشد الحيران [٣] – أن القانون الإماراتي يذهب إلى استعمال خيار الرؤية مطلقاً في كل عين معينة بالذات لم يرها من صدر له العقد.

وبذا يختار القانون رأي المذهب الحنفي مخالفاً رأي الجمهور من جهة، ومتنكباً عن مقتضيات التعامل الحديث وما يتطلبه من السرعة اللازمه من جهة أخرى.

والأولى بالصواب هو أن يجمع بين رأيي الجمهور والأحناف على نحو ما أشرنا إليه، وذلك بأن يقال إن العقد يكون صحيحاً مع الخيار – خيار الرؤية – إن كان الوصف بحيث يقطع الاشتراك بين المعقود عليه وغيره، فأما إذا أُستقصيت فيه الأوصاف التي تتعلق بها الأغراض وعلى نحو ما يكفي في السلم فإن العقد يكون لازماً بذلك، وللمشتري ونحوه خيار الخلف في الصفة، وهذا الرأي يعززه أن المعاملات الحديثة تتطلب الفصل في مصير العقد من حيث صحته ومن حيث لزومه كذلك، كما أن الأصل المسلم به هو لزوم العقد والقول باللزوم في العقد على الغائب جارٍ معه.

٢٨٥ – استثناء حاصل في البيع

---

[٢] المذكرة الإيضاحية لـ (ق م م أ) ص ١٥٥.

[٣] المرجع السابق ص ٢٠٣و٢٠٤ . أما المادة ٣٢٠ من المجلة فتقضي بأن من اشترى شيئاً ولم يره كان له الخيار حتى يراه فإذا رآه إن شاء قبله وإن شاء فسخ البيع ويقال لهذا الخيار خيار الرؤية، وأما المادة ٣٢٢ من المجلة كذلك فتقرر ألاخيار للبائع ولو كان لم ير البيع ، بينما المادة ٣٣٩ من مرشد الحيران أصرح من ذلك؛ لأنها تنص على أن (حق فسخ العقد بخيار الرؤية يثبت من غير شرط في أربعة مواضع وهي الشراء للأعيان التي يلزم تعيينها ولا تثبت ديناً في الذمة والإجارة وقسمة غير المثليات والصلح عن مال على شيء بعينه ولا يثبت خيار الرؤية في العقود التي لا تحتمل الفسخ).

على أن من الحسن أن القانون قد أورد استثناءً مهمّاً على القاعدة العامة في خيار الرؤية، وذلك إذ نص في المادة (٤٩١) على أنه" إذا ذكر في عقد البيع أن المشتري عالم بالمبيع علماً كافياً فلا يحق له طلب إبطال العقد لعدم العلم إلا إذا أثبت أن البائع قد غرر به".

وقد ورد هذا النص ليفيد بألا محل لاستعمال خيار الرؤية إذا أقر المشتري على نفسه في العقد بأنه عالم بالمبيع علماً كافياً أي علماً يمكنه من تعرف أوصافه الأساسية التي يتفاوت بها الثمن، وبهذا استنزل مسألة من مسائل الخيار في بيع الغائب هي هذا الفرض، فاتسق مع مقتضيات التعامل بعض الشيء وإن لم يبلغ في هذا حدّ التمام؛ إذ الخيار باق في بيع الغائب ما لم يشتمل على إقرار كهذا [١].

القسم الثاني : تعيين المعين بالنوع

أولاً : كيفية تعيين المعين بالنوع

٢٨٦ – (١) ذكر النوع والقدر

تشير المادة (٢٠٣) في فقرتها الأولى المتقدمة من قانون المعاملات المدنية الإماراتي إلى أن مما يتعين به المعقود عليه بيان الأوصاف المميزة له مع ذكر مقداره إن كان من المقدرات، وتنص المادة (٢٠٤) فيما خص النقود على أنه: " إذا كان محل التصرف أو مقابله نقوداً لزم بيان قدرها ونوعها دون أن يكون لارتفاع قيمة هذه النقود أو لانخفاضها وقت الوفاء أي أثر ".

ومن هذا النص والذي قبله يفهم أن المعيّن بالنوع يتعيّن بذكر الأوصاف المميزة له، ويدخل في ذلك النوع ودرجة الجودة، فإن كان المعقود عليه مقدراً وجب ذكر مقداره أيضاً، مثال ذلك النقود : فيجب ذكر عددها وهو المقدار الذي يلزم ذكره بحسب القاعدة العامة، وعدم التعيين على هذا الوجه ما عدا إغفال درجة الجودة مبطل للعقد؛ ذلك أن المعقود عليه يكون مجهولاً جهالة فاحشة؛ إذ لا يعلم ما على العاقد أن يؤديه ولايستقل العرف بتحديد ذلك، كما لا يمكن أن يترك التعيين لأحد العاقدين أو للغير مادام أن العاقدين لم يدخلا على ذلك، فتثور المنازعة في التسليم والتسلم ، لهذا

---

[١] قارن، السنهوري، الوسيط ج ٤ص ١٢٣ فقرة ٦٥ حيث يذهب إلى أن تعيين المحل الذي تتحدث عنه المادة ١٣٣ من القانون المصري – وهي الموافقة للمادة ٢٠٣ من (ق م م أ) المراد به أن يكون المحل معروفاً بذاته لا يقع فيه لبس بصرف النظر عن علم المشتري به أو عدم علمه به، أما العلم بالمبيع المذكور في المادة ٤١٩ (المطابقة للمادة ٤٩١ من قانوننا) فالمراد به علم المشتري بالمبيع وأوصافه الأساسية علماً يمكنه من تعرفه، وأن العلم بالمبيع مرحلة تأتي بعد تعيين المبيع . راجع أيضاً ص ١١٧ الفقرة ٦٢.وقد أشارت المذكرة الإيضاحية للقانون المصري إلى أن هذا الحكم مستقى من أحكام خيار الرؤية في الفقه الإسلامي (انظر مجموعة الأعمال التحضيرية ١٨/٤، ١٩ ، راجع كذلك شراح العقود المدنية للدكتور جميل الشرقاوي ٤٨/١-٤٩ ، والغرر للدكتور الصديق الضرير ص ٤٣٦ والمراجع التي أشار إليها) . ولعل النص المتقدم مخرج على قواعد الفقه المالكي . فقد جاء في مواهب الجليل ٢٧٧/٤ " إذا وقع في الوثيقة وعرفا الثمن المثمون ثم ادعى أحدهما الجهل لم يكن له قيام ولا يمين " .

أما طلب إبطال العقد بناءً على التغرير فمردّه إلى حكم القواعد العامة في ذلك .

تشير الفقرة الأولى من المادة (٢٠٣) المتقدمة إلى اعتبار التعيين المنافي للجهالة الفاحشة، وتنص الفقرة الثالثة على أنه إذا لم يعين المحل على النحو المتقدم كان العقد باطلاً، وهذا القدر لا خلاف عليه.

٢٨٧ – (٢) إذا لم تذكر درجة الجودة

ولا نرى أن العقد يبطل إذا لم تذكر درجة جودة المعين بالنوع، وذلك على الرغم من خلو النص القانوني المشابه لما أورده القانون المقارن من أنه في هذه الحالة يحكم العرف أو طبيعة التعامل والظروف التي صدر التعاقد في ظلها وإلا التزم المدين بأداء شيء من صنف متوسط، والسبب فيما نعتقد راجع إلى أن للعرف شأناً أي شأن في هذا القانون، مثاله ما نصّ عليه من أن العادة محكمة (م ٤٦) وأن استعمال الناس حجة يجب العمل بها (م ٤٧) وأن التعيين بالعرف كالتعيين بالنص (م ٥١)، وما قرره في المادة (٢٤٦) /٢ من أن العقد " لا يقتصر على إلزام المتعاقد بما ورد فيه ولكن يتناول أيضاً ماهو من مستلزماته وفقاً للقانون" .

وفي العقود الخاصة يلزم في السلم أن يتضمن العقد بيان جنس المبيع ونوعه وصفته ومقداره وزمان وفائه (م ٢/٥٦٩) وفي رأس المال أن يكون معلوماً قدراً ونوعاً الخ (م ٥٧٠) دون أن ينص القانون على بطلان السلم إذا لم يتضمن بيان درجة جودة الشيء المسلم فيه، ثم ينتهي إلى أنه إذا اختلف البائع والمشتري في قدر المسلم فيه أو في قدر أجله ولا بيّنة لواحد منهما فالقول لمن ادعى القدر الغالب بين الناس، فإن لم يوجد قدر غالب قضي بينهما بالقدر الوسط (م١/٥٧٩) ، ولم ينص على البطلان كذلك.

وقد شرحت المذكرة الإيضاحية المراد بالقدر على نحو يبيّن القدر الحقيقي [1].

فمن هذا ومما سبق أن نقلناه عن الفقه الإسلامي يجوز لنا أن نقرر بأن القانون الإماراتي يحكّم في هذه المسألة العرف أولاً لأنه كالمدخول عليه، ثمّ يحكّم عرف التعامل الخاص بين العاقدين استخلاصاً لنية كل منهما وإرادته وإلا صرنا إلى الوسط فحملناهما عليه لكيلا يجار على واحد منهما.

والاستناد في كل هذا كما أشرنا إلى الفقه الإسلامي في النصوص المبثوثة في فروعه، ثم إلى النصوص التي أوردناها بخصوص العرف، ثمّ القياس على الحلول الواجبة الاتباع في القانون المقارن، فضلاً عن أن الاتجاه الذي ألمعنا إليه إعمال للأصل القاضي بصحة العقد، ومن ثم لا سبيل للقول بالبطلان فيما تقدم.

ثانياً : مدى لزوم المعين بالنوع في قانون المعاملات المدنية الإماراتي

---

[1] المذكرة الإيضاحية لـ (ق م م أ) ص ٥٢٣، ٥٢٤.

٢٨٨ – لزومه وعدم الخيار فيه

إن المعين بالنوع لاخيار رؤية فيه في قانون المعاملات المدنية الإماراتي؛ ذلك لأن هذا القانون يقضي في المادة (٢٢٦) بأن خيار الرؤية يثبت إذا كان المعقود عليه معيناً بالتعيين، ومفاد هذا النص أنه حيث لم يكن المعقود عليه معيناً بالتعيين بأن كان معيناً بالنوع أي تتحمله الذمة فلا خيار في رؤيته، وأن العقد – إذا خلا من سائر الخيارات الأخرى- يكون لازماً ويثبت حكمه في المعقود عليه وبدله بمجرد انعقاده دون توقف على القبض أو أي شيء آخر (م ١/٢٤٣).

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية صريحاً أن (.... المبيع إذا كان مما لا يتعين بالتعيين لا ينفسخ العقد بردّه ، لأنه إذا لم يتعين للعقد لا يتعين للفسخ فيبقى العقد ، وقيام العقد يقتضي ثبوت حق المطالبة بمثله ، فإذا قبض يردّه ، وهكذا إلى ما لانهاية له فلم يكن الردّ مفيداً ...) [٢].

ثالثاً : تعيين النقود

مرّ بنا فيما سبق كيفية تعيين النقود في قانون المعاملات المدنية، وهي ذكر النوع والعدد، ونتناول هنا مسألتين على غرار ما اتبعناه في المبحثين السابقين:الأولى في تعيين المقدار الواجب في الوفاء، والثانية في بيان حكم شرط الذهب أو شرط الوفاء بما يعادل الذهب.

٢٨٩ – (١) تعيين القدر الواجب في الوفاء

قدمنا أنه يوجد خلاف معتبر وقائم في الفقه الإسلامي حول الفلوس المعدنية هل تنقاس على الذهب والفضة فلا يعتبر فيها الرخص أو الغلاء وإنما تستوفى بعددها المذكور في العقد وهو رأي الجمهور، أو لا تنقاس كذلك على المفتى به في المذهب الحنفي وبالتالي تستوفى بقيمتها على الخلاف في وقت احتساب هذه القيمة، أو ينظر في ذلك إلى مدى الغلاء أو الرخص الفاحشين أو عدمهما كالمقابل للمشهور في المذهب المالكي ؟

وقلنا إن المعاصرين من الفقهاء قد ذهبوا في ذلك مذاهب شتى، وإن كان الأغلب فيما ظهر لنا على أن المعتبر هو العدد بغض النظر عن القيمة، وهناك رأي قال به عدد لا بأس به على أن النظر إلى الغلاء أوالرخص الفاحشين وعدمهما، وأقل من ذلك عدداً من يقدر القيمة أسوةً بما قرره المذهب الحنفي في المفتى به، وقول رابع هو الذي رجحناه وهو الذي يعتمد قيمة المال من وقت القبض في القرض وقيمة السلعة يوم دفعت إلى المشتري في البيع.

أما قانون المعاملات المدنية الإماراتي فقد حسم في المادة (٢٠٤) منه كل خلافٍ يمكن أن يثور على صعيد مراعاة تغير العملة بالنسبة للدائن، وعبارتها : " إذا كان محل التصرف أو مقابله نقوداً

---

[١] المذكرة الإيضاحية ص ٢٠٤ .

لزم بيان قدرها ونوعها دون أن يكون لارتفاع قيمة هذه النقود أو لانخفاضها وقت الوفاء أي أثر ". وبهذا يظهر لنا أن قانوننا لم يضع تغير العملة بالهبوط الفاحش في حسبانه، وأنه أوجب الوفاء بالقدر المشترط في العقد من ذات النوع في الأحوال العادية وفي غير الأحوال العادية على السواء.

إلا أن مما تجدر ملاحظته هو أن الاجتهاد القضائي في الدولة فيما عدا المحاكم الشرعية والدائرة الشرعية بالمحكمة الاتحادية العليا وبعض الدوائر الأخرى قد اتجه خلافاً لمنطوق هذا النص المتقدم إلى أنه في الالتزامات التي يكون محلها نقوداً وكان هذا المحل معلوم المقدار وقت الطلب وتأخر المدين في الوفاء به فإنه يكون ملزماً ولو لم يكن هناك عقد بأن يدفع للدائن تعويضاً له عن الضرر الذي يحيق به من جراء فعل المدين الذي ماطل رغم يساره في الوفاء بالدين والحيلولة بين الدائن والانتفاع به، وهذا التعويض محدّد فيما يسمى بفائدة التأخير، والاجتهاد القضائي الذي أشرنا إليه يسوي في ذلك بين الدين المدني والدين التجاري ولا يعتبر مذهبه هذا معارضاً لمباديء الشريعة، وهو يقول إن ذلك ضرر مفترض[١].

أما الدائرة الشرعية بالمحكمة العليا ومن تبعها فتقرر بأن هذا غير جائز لأنه من قبيل الربا المحرم شرعاً ومن ثم ترفض الحكم به[٢].

ونرى أن الاتجاه الذي أخذ به ما عدا الدائرة الشرعية ومن تبعها من المحاكم هو اتجاه منتقد؛ وذلك أولاً لأنه لا يضع أي شرط ولا قيد على التعويض عن التأخير، ورأينا كيف أن ذلك يفتح الباب لإجازة الربا المحرم، وثانياً لأنه مخالف على نحو لا خفاء به للنص القانوني المتقدم في المادة (٢٠٤) من قانون المعاملات المدنية؛ إذ هذا النص صريح في أن القدر الواجب في الوفاء هو العدد فقط دون نظر إلى هبوط العملة أوانخفاضها، والأحكام التي أشرنا إليها فيها تعطيل لهذا النص وإهدار لأيما فرصة لإعماله.

٢٩٠ – (٢) شرط الذهب أو الوفاء بما يعادله

لم يرد في قانوننا نص صريح في بطلان شرط الذهب أو جوازه، ولم يبق إلا أن ننظر: هل يمس هذا الاشتراط بالنظام العام في الدولة ؟ وإذا لم يكن كذلك فهل في الفقه الإسلامي في مذاهبه الأربعة

---

[١] انظر مثلاً الطعن ٣٣٢ لسنة ٢١ ق ، جلسة ١٨ / ٩ / ٢٠٠١ م ، ص ٥٧ – ٦٢ من العدد ١٠٩ من مجلة العدالة ، يناير ٢٠٠٢ م ، والطعن ٦٥ لسنة ٢٢ ق ، جلسة ٨ / ١ / ٢٠٠٢ م ص ٥٨ – ٦٣ من العدد ١١٠ من مجلة العدالة ، إبريل ٢٠٠٢ م.، أما في الالتزامات الأخرى كالتأخر في تسليم المبيع فيشترط للتعويض عن ارتفاع الأسعار عنه أن يكون محققاً لا محتمل الوقوع فقط (الطعنان ٤٢٥ و ٤٧٠ بسنة ٢٠ ق ، جلسة ٢١ / ٥ / ٢٠٠٠ م ، ص ٧٢٥ ، مجلد ٤٨ .

[٢] جاء في الحكم الصادر في الطعنين ١٥٢ و ١٧٢ لسنة ٢٢ ق شرعي (ص ١٣٢ – ١٤١ من العدد ١١٤ من مجلة العدالة إبريل ٢٠٠٣ م) أنه " في فقه الشريعة الإسلامية لا يجوز الحكم بالتعويض لمجرد التأخير في سداد المبالغ المستحقة على المدين لما فيه شبهة الربا المحرم شرعاً " .

المعروفة ما يقضي بحكم معين في هذا ؟ فإذا لم يكن ثم حكم ولم يبق إلا الاجتهاد فما رأي فقهاء هذا العصر في هذه المسألة ؟

إن المادة الثالثة من القانون تجعل الأحكام المتعلقة بنظم الحكم من النظام العام، وما من ريب في أن نظام النقد يقع منها في الصميم لما أن المسلّم به أن سك النقود عمل تنفرد به الدولة.

ولكننا نرى أن هذا القول ليس على إطلاقه؛ فإن شرط الذهب قد يمس العملة الوطنية في الحالات غير العادية التي يكون للورق فيها سعر إلزامي، إذ الدولة تنتهج هذا المسلك لتفادي أخطار التضخم في العادة. بيد أن هذا الشرط نفسه يغدو في بعض الأحوال عاملاً معززاً للاقتصاد الوطني من حيث إنه يساعد على إدخال العملات الأجنبية أرض الدولة.

وإن إفصاح المشرع الإماراتي عن أن هذه المسألة من المسائل المتغيرة التي يحسن تركها إلى قانون خاص، لقاطع في الدلالة على أنه لا يعتبرها من النظام العام في كل الأحوال.

وإذا كان كذلك فما حكم الفقه الإسلامي في هذا الاشتراط ؟

قدمنا أنه لا يوجد نص صريح في هذا المعنى إلا ما يمكن تخريجه على المقرر في المذهب المالكي والأصح في المذهب الشافعي من أنه يجوز ربط الدرهم بالدينار أو العكس، بأن يقال مثلاً بدينار من صرف العشرة دراهم بدينار، فإذا حل الأجل وبلغت العشرة دراهم دينارين كان الواجب دينارين وهكذا .

وفي خصوص شرط الذهب فقد اختلف الفقه المعاصر اختلافاً بعيداً قد أشرنا إليه فيما سبق، وقلنا هناك إننا نرجح ما خلاصته أنه إذا كان شرط الذهب جارياً على أن الدائن يستوفي دينه ذهباً أو عملة أخرى بالسعر السائد في وقت العقد أي عن طريق الاستبدال فلا بأس، وإن كان جارياً على أن يستوفيه من ذات العملة التي جرى عليها العقد ولكن بقيمة الذهب السائدة وقته أو بعملة أخرى أي عن طريق المؤشر، فيميز بين الأحوال المعتادة فلا يجوز هذا الشرط، وغير المتوقعة المصاحب لها التزام مرهق أو غبن محقق ، فيصح العقد بالنسبة للقرض دون البيع، وعلى ألا يخل هذا بالعملة الوطنية في وقت التعاقد، ويفرق بين الشرط الباعث على التعاقد المبطل له وذلك الذي لا يكون باعثاً مبطلاً.

وبناءً على هذا يمكن لنا أن نجري تعديلاً على نص المادة (٢٤٩)ليشمل الدائن والمدين معاً ولا يقتصر على هذا الأخير وحده –كما في النص الحالي– [١] وليكون على النحو التالي:" إذا طرأت

---

[١] نص المادة ٢٤٩ من (ق م م أ) "إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي وإن لم يصبح مستحيلاً صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يردّ الالتزام المرهق إلى الحدّ المعقول إذا اقتضت العدالة ذلك ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك ".

حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي من شأنه أن يهدّد المدين أو الدائن أو كليهما بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام أو يزيد منه إلى الحدّ المعقول إذا اقتضت العدالة ذلك ويقع باطلاً كل اتفاق على خلال ذلك ".

وحينئذٍ تكون المادة (٢٠٤) المتقدمة مقررةً لقاعدة عامة يتعين مراعاتها في الأحوال العادية، وتكون المادة (٢٤٩) والتعديل الذي اقترحناه عليها أو تلك المادة التي وضعناها لمصلحة الدائن هما بمثابة الاستثناء على القاعدة العامة.

المطلب الثالث

التعيين بعد التعاقد (القابلية للتعيين)

٢٩١ – تمهيد

مرّ بنا في المبحثين السابقين أن الفقه الإسلامي والفقه القانوني متفقان من حيث استلزام تعيين المحل، إلا أن الفقه الإسلامي يمتاز بخاصية الشمول والاستيعاب لفروض كثيرة وصورمتعددة قد أتينا عليها فيما تقدم، كما أنه من حيث التطبيق يتطلب الفقه الإسلامي قدراً من التعيين أكبر من القدر الذي يتطلبه فقه القانون الوضعي، ولا أصدق في هذا من أن بعض الشراح قد اتجه إلى جواز التعاقد بما يعبر عنه بكلمة حّوالي في العادة [٢]، ولا نجد مثل هذا التعميم لدى رجال الفقه الإسلامي.

وبناءً على ما أسلفنا وتطبيقاً له فإن القانون الإماراتي يجيز بصفة عامة أن يكون محل العقد قابلاً للتعيين (م ١٢٩)، على أنه يلزمنا أن نلمّ بحدود القابلية للتعيين التي يجيزها دون تلك التي لا يجيزها، وذلك ما لا يعرف إلا عن طريق الأمثلة.

أولاً : التعيين بالعرف

٢٩٢ – (١) سعر السوق

[٢] حجازي ، الالتزامات ، ص ٢٠٩ فقرة ١١٩.

تضمنت المادة (٥٠٤) من القانون الإماراتي ما يدل على جواز البيع بسعر السوق[١]، وهو بهذا مقارب للقانون الإنجليزي الذي يوجب دفع الثمن العادل في حال عدم الاتفاق على طريقة لتحديد الثمن أوعدم وجود تعامل سابق يحدد الثمن بمقتضاه[٢]، وبذلك حسم المشرع في الإمارات خلافاً في القضاء الفرنسي حول مصير العقد صحة أو بطلاناً إذا خلا من ذكر الثمن[٣].

ولقد سلك القانون التجاري الإماراتي (رقم ١٨ / ٩٣) الصادر في ١٩٩٣/٩/٧ مسلك القانون المدني من حيث جواز البيع بسعر السوق (م ٩٨) بل إنه أجاز البيع بالرغم من عدم النص على انعقاده بسعر السوق (م٩٧) معتبراً انعقاده أولاً بالسعر الذي يجري عليه التعامل، وإلا فبالسعر المتداول في السوق[٤].

نخلص إلى أن القانون الإماراتي يجيز البيع بسعر السوق –كقاعدة عامة – فإن خلا من مثل هذا الشرط نفرق بين حالتين :

الأولى: أن يكون البيع تجارياً، فُتراعى الحلول التي أوردها القانون التجاري، ولا يبطل البيع بحال مادام بهذه الصفة.

والثانية: أن يكون البيع مدنياً، فهنا لا يصح العقد– طبقاً للقواعد العامة – إلا إذا كان العرف قد عين سعراً ما، يستوي أن يكون هو سعر السوق أو غيره.

وقد اتجهت محكمة تمييز دبي إلى هذه التفرقة التي أشرنا إليه حيث أبطلت قبل صدور القانون التجاري المشار إليه اتفاقاً بين شركة تجارية وشخص بمقتضاه تعهدت الشركة للشخص بتوريد سيارة من

---

[١] نص المادة ٥٠٤ من (ق م م أ)" إذا اتفق المتبايعان على تحديد الثمن بسعر السوق فيعتبر سعر السوق في زمان ومكان البيع وإن لم يكن في هذا المكان سوق اعتبر المكان الذي يقضي العرف بأن تكون أسعاره سارية "وقد صرحت المذكرة الإيضاحية بأن هذه المادة مستمدة من فقه الحنابلة ص ٤٨٥. وهي تقابل المواد ٤٧٨أردني ، ٤٢٣ مصري و٣٩٠ و٣٩١ سوري، و٥٢٧، ٥٢٨ عراقي .

[٢] الصديق الضرير، الغرر ص ٢٧٥ والمراجع التي أخذ عنها .

[٣] انظر في هذا الصدد، جاك غستان، المطول ، فقرة ٤٧٠ والأحكام التي أخذ عنها، وهو ينتهي فيما يبدو إلى عدم جواز البيع بثمن السوق ، بخلاف أجور العمل وأتعاب المهن الحرة الفقرتان ٧٠٠و٧٠١ ، وفي كتاب الالتزامات لآلان بينابنت ص ١١٢ نحو ذلك حيث يقول إن محكمة النقض الفرنسية في ٢٩ / ١٢ / ١٩٩١ وفي ٢٤ / ١١ / ١٩٩٣ الغرفة التجارية انتهت إلى أنه في العقود غير المنشئة للالتزام بإعطاء ليس الاتفاق المسبق على المبلغ الصحيح عنصراً جوهرياً لتكوينها، ويقصد بها تلك التي ترد على عمل أو امتناع عن عمل كالمقاولة، وعن الثمن يذكر أن الفقه تمسك بضرورة تعيينه وإن أجاز ترك ذلك لأحد العاقدين وللقاضي، وهو أي الفقه يفرق بين البيع وغيره بأن المقابل للنقود فيه هو مال معين والمقابل في غيره هو خدمة، وينتقد بينابنت ذلك لتداخل شروط مشروعية المقابل في الحالتين ووحدة مفهومه ، انظر ص ١١٢ و ١١٣ من كتابه الآنف الذكر .

[٤] نص المادة ٩٨ من القانون التجاري : " إذا اتفق المتعاقدان على أن يكون البيع بسعر السوق فإن الثمن يتحدد بهذا السعر في الزمان والمكان اللذين يتم فيهما العقد ما لم يقض الاتفاق بغير ذلك، وإذا تعدد سعر السوق فالعبرة بالسعر المتوسط " ونص المادة ٩٩ من ذات القانون " يجوز أن يتفق المتعاقدان على تفويض الغير في تحديد ثمن المبيع، فإذا لم يقم بالتحديد في الميعاد المقرر له أو في الميعاد المناسب إن لم يكن مقرراً للتحديد موعد، وجب اعتماد السعر المتداول في الزمان والمكان اللذين تم فيهما العقد " . أما نص المادة ٩٧ التي أجازت سعر السوق مطلقاً فهو " إذا لم يحدد المتعاقدان الثمن انعقد البيع بالسعر الذي يجري عليه التعامل بينهما، فإذا لم يكن بينهما تعامل سابق فبالسعر المتداول في السوق، وذلك كله ما لم يتبين من ظروف الحال وجوب اعتماد سعر آخر".

نوع فيراري وسلمها هذا مبلغ ٥٠٠٠٠ درهم على أنها جزء من الثمن، وقد كان الإبطال على أساس من جهالة الثمن مع عدم الاتفاق على البيع بسعر السوق[١].

ويتضح مما تقدم أن إجازة البيع بسعر السوق جاءت استثناءً، وبناءً عليه ولما كان الاستثناء لا يتوسع فيه ولا يقاس عليه فإن باقي الصور التي ينبهم فيها الثمن على ما ذكره الفقهاء كالبيع برقم السلعة ونحوه هي بيوع باطلة ما لم يكن السعر معلوماً للعاقدين بعرفٍ أو تعامل سابق.

٢٩٣ – (٢) أجر المثل

ويظهر أن قانون المعاملات المدنية الإماراتي يجيز أجر المثل في كل الصور التي عددّها وأوردها في ثناياه:

١ - فمن ذلك أن الأجرة إذا كانت مجهولة جاز فسخ الإجارة، ولزمت أجرة المثل عن المدة الماضية قبل الفسخ، على الرغم من أنه يشترط أن تكون الأجرة معلومة بتعيين نوعها ومقدارها إن كانت من النقود ووصفها وتحديد مقدراها إن كانت من غير النقود (م ٧٤٨). ومفاد هذا الجواز الذي قرره القانون لفسخ الإجارة أنه يجوز الإبقاء عليها بأجرة المثل أيضاً.

٢ - إذا لم يعين في العقد أجر على العمل استحق المقاول أجر المثل مع ماقدمه من المواد التي تطلبها العمل (م ٨٨٨).

٣ - أجر العامل هو ما يتقاضاه بمقتضى العقد من مال أو منفعة في أي صورة كانت، فإن لم يكن الأجر مقدراً في العقد كان للعامل أجر مثله طبقاً لما جرى عليه العرف، فإذا لم يوجد عرف تولى القاضي تقديره وفقاً لمقتضيات العدالة (م ٩٠١).

٤ - على الموكل أداء الأجر المتفق عليه للوكيل متى قام بالعمل، فإن لم يتفق على الأجر وكان الوكيل ممن يعملون به فله أجر المثل وإلا كان متبرعاً (م ٩٤٩).

---

[١] قالت محكمة تمييز دبي : " من المقرر أن العناصر في عقد البيع هي الاتفاق على الشيء المبيع والاتفاق على الثمن، فإذا ترك المتعاقدان الثمن غير مقدر أو غير قابل للتقدير فإن البيع لا يتم إذ ينقصه ركن من أركانه وهو الثمن، وتعيين الثمن أو قابليته للتعيين يجب أن يكون متفقاً عليه بين المتعاقدين فلا يستقل به أحدهما دون الآخر، واستخلاص اتفاق المتعاقدين على تحديد الثمن أو على جعله قابلاً للتحديد من سلطة محكمة الموضوع تبعاً للظروف والملابسات التي أحاطت بالتعاقد ولا رقابة عليها في ذلك من محكمة التمييز ما دام أن ما تستخلصه في هذا الشأن سائغ وله أصله الثابت بالأوراق "، واعتبرت سائغاً قول محكمة الاستئناف إن عقد البيع لم يتم لعدم اتفاق طرفيه على ثمن السيارة وأن لا مجال لتحديد هذا الثمن بسعر السوق لعدم اتفاق الطرفين على تحديد الثمن بهذا الطريق . الطعن ٣٢٠ / ١٩٩٤ م جلسة ١١ / ٣ / ١٩٩٥ م، منشور في العدد السادس من مجلة القضاء والتشريع بدبي، ديسمبر ، ١٩٩٧ ، ص ٢٢٠ – ٢٢٤ . مع الإشارة إلى أن الواقعة كانت قبل صدور القانون التجاري الآنف ذكره .

٥ - إذا اشترط الحارس أجراً استحقه بإيفاء العمل، وإن لم يشترطه وكان ممن يعملون بأجر فله أجر مثله (م١٠٠٨).

فظاهر هذه النصوص يدل على أن العقد متى أغفل بيان الأجر فإن معنى ذلك انصراف نية العاقدين إلى اعتبار أجر المثل، أي تفويض العرف في تعيين الأجر الذي يستحقه المؤجر والعامل ونحو ذلك.

ومع هذا يحتمل ألا يكون الأجر ركناً في بعض العقود المتقدمة كالوكالة أو الحراسة؛ لأن هذين العقدين يتصور انعقادهما من غير أجر كأن يكونا من متطوع مثلاً.

وأما بالنسبة إلى العقود الأخرى التي لا يتصور المقصد الأصلي لكل منها بدون أجر كالإجارة وعقد العمل فإن الأجر يكون هنا ركناً في العقد، وإغفال تسميته يبطله، ويكون أجر المثل عندئذٍ من باب مراعاة العدالة المتمثلة في ضرورة تعويض المؤجر عن شغل العين المؤجرة من قبل المستأجر، وتعويض العامل عن المدة التي قضاها في خدمة ربّ العمل[١]، بدليل أن الأجرة لا تستحق إلا بتسليم المنفعة (٧٥٠) فالنص تبعاً لهذا الاحتمال إنما يعالج مقدار الأجرة عند تسليمها، ومفهومه اقتصاره على هذه الحالة فقط، فلو لم يتم تسليم المنفعة، يظهر بطلان العقد المغْفَل عن ذكر الأجرة، وقد يؤيد هذا تصريح المذكرة الإيضاحية للقانون استقاء المادة (٧٤٨) من المذهب الحنفي[٢]، وهو صريح في أنّ الإجارة تفسد بإغفال الأجرة وأن أجرة المثل إنما تستحق عند تسليم المنفعة ومراعاة لهذه الضرورة فقط.

لذا فالأرجح حمل ما في المادة المذكورة على السهو غير المقصود، لاسيما وهي تستلزم بمنطوقها أولاً تعيين الأجرة، والقاعدة أنه لا دلالة في مقابلة التصريح.

وهذا إلى إجماع الفقه على وجوب بيان الأجرة لحديث أنه صلى الله عليه وسلم نهى عن استئجار الأجير حتى يبين له الأجر وفي لفظ آخر : " من أستأجر أجيراً فليعلمه أجره " [١] قال صاحب الشرح الكبير : " ولا نعلم في ذلك خلافاً " [٢].

---

[١] قابل هذا بما ذكره ابن حزم في المحلى ج٨ص١٩١ المسألة ١٣٠١ حيث قال :" من استغل مال غيره بغير حق فهي حرمة انتهكها فعليه أن يقاص بمثله من ماله " .

[٢] المذكرة الإيضاحية لـ (ق م م أ) ص ٦٢٢. ويراجع مجمع الأنهر ٥١٥/٣ ، حاشية ابن عابدين ١٠/٦و١١، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٣٨٣ ، والمواد ٤٦٦ ، ٤٦٧و٤٦٨و٤٦٩، ٤٧٠ من المجلة وخلاصتها أن الأجرة لا تستحق بمجرد العقد بل بالتعجيل أو بشرط التعجيل أو باستيفاء المعقود عليه أو التمكن منه .

[١] أخرجه أحمد (١١١٣٩، ١١٢٤٨) والبيهقي عن أبي سعيد الخدري ، وأعله البيهقي بالإرسال بين إبراهيم وأبي سعيد الخدري، يعني إبراهيم ، كما في مجمع الزوائد ٩٧/٤. وقد أخرجه النسائي موقوفاً على أبي سعيد (٢٣٨٦٤) وقال أبو زرعة بصحة وقفه . وفي الإرواء ٣١١/٥، ٣١٢ أن أبا حنيفة وصله عن إبراهيم عن الأسود عن أبي هريرة، أخرجه البيهقي وضعفه .

[٢] الشرح الكبير بهامش المغني ٩/٦.

أما بخصوص ما ورد من خلاف في الفقه على جواز استئجار الأجير بطعامه وكسوته [٣] فلا يتناول ما هنا؛ لأن القائلين بالجواز المطلق وفي حالة الظئر يقرون بأن هذا إما من باب بيان الأجر، وإما لأنه مستثنى بنص القرآن [٤]، وعلى الحالين لا يدخل في صورة التعاقد ابتداءً على أجر المثل كما هو الفرض هنا.

وذلك ما نرجح أنه مذهب القانون، وإن كان يعكر عليه أمران: أولهما ظاهر النص على ما سبق، والآخر هو ما ذهب إليه بعض الفقه الإسلامي من انعقاد البيع بثمن المثل الذي هو أخطر من الإجارة لما يتضمنه من نقل الملك دونها، وكذا ما في الفقه الوضعي من انعقاد عقود العمل وأتعاب المهن الحرة بأجر المثل.

وبإزاء هذا نرى لزاماً على المشرع أن يحسم الشك فيورد نصاً صريحاً في معنى إبطال العقد أو القول بصحته.

٢٩٤ – (٣) تحديد درجة الجودة – إحالة

مرّ بنا هذا الموضوع عند الكلام على تعيين المحل المعين بالنوع، وقلنا إن إغفال درجة الجودة عند التعاقد لا يترتب عليه البطلان؛ لأن من العرف وطبيعة التعامل السابق أو نحو ذلك ما يتكفل بها وإلا رجعنا إلى الوسط.

ثانياً : التعيين بمعرفة أحد العاقدين أو الغير

٢٩٥ – استعراض النصوص

وردت في قانون المعاملات المدنية مادتان إحداهما مطلقة والأخرى مقيدة.

فأما المطلقة فهي المادة (٤٣٤) وهي تقضي بأنه " يجوز أن يكون محل التصرف عدة أشياء على أن تبرأ ذمة المدين إذا أدى وأحداً منها ويكون الخيار للمدين إذا كان مطلقاً إلا إذا قضى الاتفاق أو القانون بغير ذلك، ويسري على محل التصرف الأحكام الخاصة بخيار التعيين" .

وأما المقيدة فهي المادة (٢٣١) ونصها الآتي " يجوز الاتفاق على أن يكون المعقود عليه أحد شيئين أو أشياء ثلاثة ويكون خيار تعيينه من بينها لأحد المتعاقدين بشرط بيان بدل كل منها ومدة الخيار " وتتصل بها المادة (٢٣٢) وهي تنص على أنه " إذا لم يحدد المتعاقدان مدة للخيار أو انقضت

---

[٣] ذكر صاحب الشرح الكبير ١٠/٦، ١١ ثلاثة أقوال في المسألة : الأول المنع مطلقاً وهو قول الشافعي وأبي يوسف ومحمد ورواية لأحمد ، والثاني الجواز مطلقاً وهو قول مالك ورواية لأحمد . والثالث : المنع إلا في الظئر وهي المرضع دون غيرها وهو قول أبي حنيفة ورواية لأحمد . وقد رجح المؤلف المشار إليه القول الأول بالجواز . انظر أيضًا المحلى ٨/ ٢٠٣ المسألة ١٣٢٦.

[٤] هو قوله تعالى (وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف) البقرة : ٢٣٣.

المدة المحددة لأحدهما دون أن يختار جاز للطرف الآخر أن يطلب من القاضي تحديد مدة الخيار أو تحديد محل التصرف ".

ومن هذه النصوص تؤخذ الأحكام التالية:

أ. وردت المادة (٤٣٤) معالجة لآثار الالتزام أو الحق فقط، بدليل ورودها في الباب الثاني المخصص لآثار الحق، ومقتضى هذا أنه يصح أن يرد اتفاق لاحق على الاتفاق الذي نشأ منه الالتزام الأول لتعديله على هذه الصورة، أي بتخيير المدين بين الأداء القديم الذي عليه أن يفي به بين أداءات أخرى بديلة، كما يتصور أن يرد هذا الاتفاق على معالجة التزام لم تكن مصدره الإرادة كالالتزام بالتعويض بناءً على قواعد المسؤولية التقصيرية، فيرد الاتفاق على التخيير المشار إليه بين هذا الالتزام وغيره. هذا ما يظهر، بالرغم من عبارة محل التصرف الواردة في هذه المادة، فإن محل التصرف هنا يقصد به اتفاق تالٍ على نشأة الحق في معنى التخيير بينه وبين غيره، يستوى أن يكون منشأ هذا الحق بإرادة منفردة أو مزدوجة، أو بناءً على مصدر من مصادر الالتزام غير الإرادة.

ب. ومع هذا يظل الحق المتفق عليه محلاً للتصرف التالي، فإذا وقع التخيير بينه وبين غيره ترتب عليه الحكم الوارد في المادتين (٢٣١) و (٢٣٢)، من حيث ما قررتاه في شأن محل التصرف بالنسبة لخيار التعيين. وقد أوردت هاتان المادتان شروطاً لابد من مراعاتها ليصح العقد بهذا الخيار (**أولها**) أنه لابد من أن يكون المعقود عليه منحصراً في شيئين أو ثلاثة أشياء فقط وفقاً لما قرره المذهب الحنفي (**وثانيها**) أنه لابدّ من بيان بدل كل من هذه الأشياء وإلا بطل العقد لفساد التسمية. و(**ثالثها**) أنه لابدّ من بيان مدة الخيار وفقاً لما قرره أبو حنيفة. ومع هذا إذا لم تحدد المدة فلا يبطل العقد؛ لأن المادة (٢٣٢) أجازت للطرف الآخر أن يطلب من القاضي تحديد مدة الخيار. فإن كانت المدة محددة بالاتفاق السابق فانقضت دون أن يختار أحدهما شيئاً كانت محددة بحكم القاضي كما في الفرض المتقدم، ومع هذا إذا لم يختر العاقد جاز للطرف الآخر الاحتكام إلى القضاء أيضاً فيما خص تحديد محل التصرف خلافاً لما يوهمه ظاهر النص.

ج. وهنا نلحظ أن تجويز القانون للقضاء أن يحدد محل التصرف في هذه الأحوال وقع مخالفاً للاتجاه القانوني السائد الذي لا يجيز حلول القاضي محل إرادة أحد العاقدين، وهذه مرونة تحسب للقانون الذي نحن بصدده بلا شك.

د. ولكن إثقال النصوص بتلك الشروط يفهم منه استثنائية ما يسمى بخيار التعيين، وترتيباً عليه ففيما عدا الحالة التي يوكل فيها لقاضي الموضوع أن يعين المعقود عليه – يمكن القول بأن الاتفاق على تفويض أجنبي عن العقد بتعيين كهذا لا يكون صحيحاً؛ إذ المقرر أن الاستثناء لا يتوسع فيه ولا

يقاس عليه، وقد صرح المذهب الحنفي – وعنه أخذ هذا النص – بأن خيار التعيين جرى على خلاف القياس، فيلزم من ذلك ألا يصح تعيين المعقود عليه من طرف ثالث.

وقد يقال أيضاً إن القواعد العامة لا تمنع من ذلك بحسبانه ضرباً من توكيل الغير بعمل ما، كما في ترك خيار الشرط لغير العاقدين فإنه يصح، وخيار التعيين في معناه لأنه مقيس عليه كما يصرح جانب من الفقه الحنفي به، ولأن علة الخيار هي دفع الغبن، ومتى كان هذا فقد يحصل أن يندفع الغبن باختيار شخص ثالث يتوفر على الخبرة اللازمة في ذلك، وهو ما نرجحه.

على أن ذلك مشروط بأن ينص على خيار التعيين كما هو بيّن مما تقدم، وبأن محل هذا الخيار في غير الثمن، أي بأن يخير المشتري مثلاً بين ثمنين أحدهما أقل من الآخر بحيث يكون الأقل حالاً والأكثر مؤجلاً، فإن هذا يندرج في بيعتين في بيعة المنهي عنه، وهو كالمجمع على بطلانه شرعاً، وليس في القانون نص يجيزه [1].

ثالثاً: حالات غير منصوص عليها

٢٩٦ – سبب إغفال القانون لها وحكمها

أما ما لم يتطرق القانون الإماراتي إليه فكثير جداً بخلاف ما رأينا في الفقه الإسلامي، وما ذاك في رأينا إلا لأن الفقه الإسلامي في الفروع قائم على النوازل أو التطبيقات، فلهذا تكثر فيه الصور والأمثلة المتعددة، وهو خلاف ما نراه في باب القواعد الفقهية التي ينظر فيها إلى الأصل الجامع لنظائر عديدة، فارتأى المشرع فيما يبدو ألا يستكثر من الأمثلة التي أكثر منها الفقه وأن يضع قواعد لها طابع العموم ما أمكن، ثم يستكمل ما لم يرد في هذا القانون من الفقه الإسلامي.

وعلى هذا يمكن القول إن القانون وإن لم يشر إلى جواز الصور المتقدمة أو رفضها فإنه استلزم بصفة عامة أن يعين المعقود عليه – في المعاوضات المالية – تعييناً نافياً للجهالة الفاحشة (م٢٠٣)، وجدير بالذكر أن الصور المتقدمة من نحو التعيين على أساس نسبة مئوية وغيرها مما يتحقق فيها الشرط المذكور، وعلى سبيل المثال فقد أشار القانون الإماراتي إلى ما يدل على جواز البيع بسعر الوحدة عند تطرقه إلى حكم النقص والزيادة في مقدار المبيع (م ٥٢٣)[1].

---

[1] راجع مثلاً بداية المجتهد ١٥٦/٢، ١٥٧، حاشية ابن عابدين ٥٨٤/٤، ٥٨٥، المدونة ١٢٦/٧، ١٢٧.

[1] ونصها : " إذا عين في العقد مقدار المبيع وظهر فيه نقص أو زيادة ولم يوجد اتفاق أو عرف بهذا الشأن وجب اتباع القواعد التالية :

١- إذا كان المبيع لا يضره التبعيض فالزيادة من حق البائع يستحق استردادها عيناً والنقص من حسابه سواءً أكان الثمن محدداً لكل وحدة قياسية أم لمجموع المبيع .

٢- وإذا كان المبيع يضره التبعيض وكان الثمن محدداً على أساس الوحدة القياسية فالزيادة من حق البائع يستحق ثمنها والنقص من حسابه، أما إذا كان الثمن المسمى لمجموع البيع فالزيادة للمشتري والنقص لا يقابله شيء من الثمن.

وبذلك نصل إلى حقيقة مفادها إجازة القانون تعيين المحل – في الصور المتقدمة – بكل ما ذكر، عدا الصورة التي يسمى فيها البعض المبهم من الكل محسوباً على أساس سعر الوحدة، فإنه يمكن القول إن المذاهب الأربعة وغيرها تبطله فلا سبيل إلى القول به، كما يمكن القول إن المعتبر في هذا عرف العاقدين وما قصدا إليه، أو إجازة العقد إن كان جزافاً وإثبات خيار الرؤية فيما عداه.

٣- وإذا كانت الزيادة أو النقص تلزم المشتري أكثر مما اشترى أو تفرق عليه الصفقة كان له الخيار في فسخ المبيع ما لم يكن المقدار تافهاً ولا يخل النقص في مقصود المشتري .

٤- وإذا تسلم المشتري المبيع مع علمه أنه ناقص سقط حقه في خيار الفسخ المشار إليه في الفقرة السابقة " .

الخاتمة وتلخيص نتائج الدارسة

هكذا نصل إلى نهاية البحث وفقاً للخطة التي اعتمدناها في شأنه مستخلصين منه النتائج التالية:

١ – إن المحل – هو ما يظهر فيه حكم التصرف أو مقصده الأصلي، وليس محل الالتزام أو محل الإرادة، أي أنه ركن التصرف القانوني الذي لا وجود له إلا به، لأنه هو الذي يظهر فيه حكمه وتدور عليه آثاره. أما محل الالتزام – وهو الموضوع الذي يقوم عليه رابطة المديونية بين شخصين من أشخاص القانون المدني والذي هو على الدوام عمل أو امتناع عن عمل – فليس ركناً في التصرف بحال، ولا هو مقصود بحسب ما نرى بالشروط التي وضعها القانون للمحل؛ لأن العبرة في وضع الشروط بالوقعة القانونية المنشئة للالتزام، ولأن البطلان الذي يعرض جزاء مخالفة القواعد الآمرة للقانون إنما هو وصف يتعين أن يسبغ على الواقعة الإرادية المراد إنشاؤها لمنع ترتب الالتزامات المتولدة عنها، ولا يتأتى أن يسبغ على الالتزام ذاته، فإنه بمجرد بطلان الواقع الإرادية لا يقوم الالتزام أصلاً، فلا حاجة إلى تقرير بطلانه.

وأما محل الإرادة فلا إنكار لوجود موضوع للإرادة تتجه له وتميل إليه، ولكن الإرادة مولدة للتصرف أو للواقعة الإرادية المنشئة للالتزام، ولا يمكن أن تخلق الإرادة نفسها، وإنما هي منشئة للالتزام ، فالإرادة تتوسل بإذن الشارع– لنيل ما تصبو إليه من غايات وما تتعلق به من بواعث – بهذه الوسيلة الفنية التي تسمى العقد أو التصرف الانفرادي على حسب الأحوال، فيجب أن يكون المحل ركناً في كليهما لا في الإرادة التي أنشأت كل واحد منهما، والتي تقتصر على كونها شرطاً لهما في الأغلب الأعم من الأحوال.

٢ – ويختلف المحل عن الالتزامات التي يولدها العقد أو التصرف الانفرادي كما يختلف عن الرضا، وهو يختلف عن السبب اختلافه عن الشرط، فأما الالتزامات فعبارة عن أعمال يقوم بها شخص لمصلحة شخص آخر، بينما المحل فكرة ملازمة للمقصد الأصلي للتصرف، بحيث إذا فقد هذا فقد المحل. والالتزامات يجوز تعديلها بالاتفاق بينما لا يجوز مثل ذلك في المحل.

وأما الرضا فهو أمر ملازم للإرادة أو وصف من أوصافها، فهو شرط لصحة التصرف على غرار الإرادة، ولكنه يتميز عن المحل تماماً، إلا إذا قصد بالرضا أو بالتراضي التعبير الذي تصدره الإرادة وسائر ما يشترط فيه، فهنا لا جرم يكون المحل ركناً من هذا التعبير بالمعنى الواسع لكلمة التعبير هذه.

وأما السبب فأمر متميز عن المحل؛ لأنه إن أريد به سبب الالتزام بالمعنى التقليدي أو السبب الفني بتعبير آخر، فإن الفقه يجمع على أن هذا السبب لصيق بالإرادة – أي له صفة ذاتية– ولا كذلك المحل الذي يتحلى بصفة مادية أو موضوعية. وإن أريد به الباعث الدافع على التعاقد فهو أظهر في الذاتية منه في غيره. أما إن أريد به المقصد الأصلي للتصرف فما من شك في أن السبب بهذا المعنى لصيق بالمحل من ناحية أنه يظهر في هذا الأخير، ولكنه على الرغم من هذا يظل محتفظاً بذاتيته واستقلاله.

وليس الشرط بمعنى العبء أو التكليف إلا مقترناً بالتصرف، حتى كأنه يشبه أن يكون تصرفاً مجاوراً لتصرف أصلي، وهو أمر أملته الإرادة الخاصة للمشترط تحقيقاً لمصلحة ما أو تعديلاً أو حذفاً أو إضافة لالتزام قائم، وهو ما ينأى عن نطاق المحل الذي لا يستغني عنه عقد من العقود على الإطلاق، وإلا كان البطلان جزاءه المقرر، وهذا هو معنى الركن هنا، وحتى على فرض كون الشرط باعثاً دافعاً على التعاقد، والتسليم بأنه يترتب على بطلانه بطلان التصرف ذاته، فهنا يظهر من خلال التفسير أن الإرادة ذاتها لم تقدم على التصرف إلا محملة بذلك الشرط، فإذا انتفى بطل التصرف لانعدام الإرادة المنشئة له.

٣– وقد تضمن قانون المعاملات المدنية الإماراتي ما يدل على أن المحل ركن في التصرف بالمعنى الذي حددناه له.

٤– وشروط القانون المتقدم الذكر في محل التصرف تنقسم إلى قسمين رئيسيين بحسب استقراء نصوصه. القسم الأول وهو الشروط العامة في كل محل، وهذه الشروط هي على التوالي المالية والتقوم، والإمكان، وعدم تضمن التصرف تعاملاً في تركة مستقبلة، والقابلية لحكم التصرف. أما القسم الثاني فهو عبارة عن الشروط المتعلقة بشريحة من العقود يقع البيع في مقدمتها هي عقود المعاوضات المالية، فشروطها في القانون بالنص: تحقق وجود المعقود عليه وقت نفاذ العقد، وتعيين هذا المعقود عليه على نحو ينفى الجهالة الفاحشة. وأما شرطها غير المنصوص عليه في هذا القانون فهو شرط القدرة على التسليم.

القسم الأول:

أ– يشترط في المحل أن يكون مالاً متقوماً. فالمال هو كل ما له قيمة مادية في التعامل، فيخرج مالا منفعة فيه كحبة قمح مثلاً. والتقوم هو جواز الانتفاع الشرعي، ويجب أن يحوز المحل على هاتين الصفتين. ومعيار التقوم أفضل المعايير التي يمكن التعويل عليها في هذه السبيل، أما معيار الطهارة فلا نراه منضبطاً لوجود عدد من النجاسات الجائز الانتفاع بها بلا خلاف في الفقه أو مع خلاف قليل، ومن ناحية أخرى لأن ثمة بعض الطاهرات ورد النص الشرعي بتحريمها ، فالأسلم النظر إلى مدى جواز الانتفاع بالشيء وربط جواز التصرف به وجوداً وعدماً؛ لأن التصرف لا يعدو أن يكون وجهاً من وجوه الانتفاع

بالشيء من حيث إن التصرف هو وسيلة لغاية لا غاية مقصودة في جدّ ذاتها، فإذا شرع الانتفاع شرع التصرف لتحصيل ذلك الانتفاع ما لم يكن الغالب هو الانتفاع المحرم فلا يشرع التصرف حينئذٍ. ومع هذا كله لا يستطاع إهدار معنى الطهارة بالكلية ؛ لأننا قدمنا أنها قرينة على عدم جواز الانتفاع شرعاً.

ب– يشترط في محل التصرف – على التعميم – أن يكون ممكناً في ذاته. والإمكان الذاتي يقابل الاستحالة الذاتية أو المطلقة وهي التي يتوفر عليها الكل ولا تقتصر على شخص الملتزم –أما الاستحالة النسبية فهي تقابل شرط القدرة على التسليم المعروف في الفقه الإسلامي: وهو شرط زائد على مجرد الإمكان، والأرجح في قانوننا أنه شرط في عقود المعاوضات كامتفق عليه عند أكثر أهل العلم عدا أهل الظاهر وبعض السلف، والصواب ترك التطبيقات والمسائل التفصيلية المفرعة عن هذا الشرط لقضاء الموضوع لاختلافها من حالة إلى أخرى ، وهو اتجاه المحكمة الاتحادية العليا في الدولة.

ج– ومن شروط محل التصرف ألا يتضمن تعاملاً في تركة مستقبلة، ومعيار هذا التعامل هو إعطاء حق احتمالي على تركة لم تفتتح بعد أو على عين من أعيانها على أساس دخوله فيها، سواء كان الاحتمال بسبب من عدم التأكد من سبق وفاة المورث، أو بسبب فوات العين التي وقع عليها التصرف ببيع أو غيره أو لجهالة القدر الذي سيحصل عليه من صدر إليه التصرف، وعلة الحظر هي المساس بقواعد الميراث التي هي من صميم النظام العام.

د– أخيراً يشترط في محل التصرف – أن يكون قابلاً لحكم هذا التصرف أي لمقصده الأصلي الذي من أجله شرع. وعدم القابلية لحكم التصرف قد تأتي بالنظر لطبيعته كالتعاقد على أشعة الشمس مثلاً، أو بيع الإنسان، أو بالنظر لمنافاته للغرض المخصص له كالمال العام والوقف، أو بالنظر لعدم مشروعيته. وعدم المشروعية مبنيّ على مخالفة النظام العام أو حسن الآداب. ويعتبر من النظام العام الأحوال الشخصية كالنسب والميراث والقواعد المتعلقة بنظم الحكم وتداول الثروة وحرية التجارة، وغير ذلك من القواعد والأسس التي يقوم عليها المجتمع بما لا يخل بالأحكام الأساسية والمبادئ القطعية للشريعة الإسلامية. وتمتاز الآداب في دولة الإمارات العربية المتحدة – بل في سائر البلاد العربية والإسلامية– بقدر من الثبات لا يوجد في غيرها بالنظر لتأثير الدين الإسلامي الحنيف.

القسم الثاني:

أ– يجب في عقود المعاوضات المالية أن يكون المحل محقق الوجود أو منفي الغرر – في الوقت الذي أضيف إليه – فيجوز على هذا أن يكون المال المستقبل محلاً لعقد معاوضة إذا انتفى الغرر. وهو لا يكون كذلك إلا إذا كان مالاً موصوفاً في الذمة أي مثلياً كالثمن والمسلم فيه والمستصنع والدين ونحو

ذلك. أو كان هذا المال منفعة شخص أو عين قائمة، أو كان أصله موجودا ثم يتكامل بعد العقد. كبيع الثمار بعد بدوّ صلاحها وبيع الثمار المتلاحقة.

وعلى الرغم من انحصار شرط الوجود في المعاوضات المالية فيلاحظ في قانوننا كثرة الاستثناءات على هذا المفهوم بالنسبة إلى عقود التبرع.

ب– يجب أن يكون محل عقد المعاوضة معيناً على نحو ينفي الجهالة الفاحشة عنه، بأن يكفي في تمييزه عن أنظاره وقطع الاشتراك بينه وبين غيره، ويختلف التعيين باختلاف الأحوال:

١ – فهناك تعين يحصل قبل إبرام العقد، كما لو رُئي المعقود عليه قبل ذلك. وحكمه الجواز مع لزوم العقد ما لم يتغير المعقود عليه.

٢ – وهناك تعيين يحصل مع العقد، وفي هذا يفرق بين المعين بالذات والمعين بالنوع. إذ المعين بالذات قد يكون حاضراً وقد يكون غائباً. فالحاضر يعين برؤيته أو بالإشارة إليه، ولا يحتاج إلى معرفة قدره – مع مراعاة الشروط التي وضعها القانون لصحة بيع الجزاف – إذا كان مرئياً. فإن كان غير مرئي، فلا يخلو الأمر من أن تكون رؤيته مستحيلة على أحد العاقدين كبيع الأعمى وشرائه فيجوز على الوصف ويكون لازماً، أو أن يوجد في مكان يحفظه ويحيط به، وهنا نفرق بين حالتين: الأولى — ألا تحصل المشقة في إخراج المحل، فيجوز إذا كان معلوم الجنس مع إثبات خيار الرؤية في القانون. والثانية – أن تحصل المشقة في إخراج المحل، فإن كان المكان أو الغلاف الذي يحفظه من أصل خلقته، فنميز بين حالتين أيضاً: الأولى أن يكون وجوده مشكوكاً فيه كالمستور في باطن الأرض، فلا يجوز التعاقد عليه. والثانية: ألا يكون ثمة شك في وجوده —كالباقلاء في قشره الأعلى وكالجوز واللوز ونحو ذلك. فيجوز التعاقد عليه على وجه اللزوم، ولا يقع الخيار إلا في صورة العيب.

وإن لم يكن الغلاف الذي يحفظ المحل من أصل خلقته كعلب الحليب والأدوية والأطعمة المعلبة التي لا تفتح إلا عند استعمالها ، فمقتضى الفقه الإسلامي جواز هذا العقد مع اللزوم. وقانون المعاملات المدنية يقبل هذا بما رأيناه من إجازته للبيع بالأنموذج على وجه اللزوم أيضاً.

أما المعين بالذات الغائب عن مجلس العقد فسبيله الوصف الذي يميزه، وحكمه في قانوننا عدم اللزوم إثباتاً لخيار الرؤية، وإن كان الأرجح عندنا جعله غير لازم إذا اقتصر على مجرد التمييز والتحديد فقط، وجعله لازماً عند الاستقصاء في وصفه بالصفات التي يقصد من أجلها وبها يتفاوت الثمن.

ويجب في المعين بالنوع أن يوصف على نحو مستقصى بذكر الجنس والنوع والجودة والرداءة وبما يفصله عن غيره مما يختلف به الثمن، وإذا لم تذكر الجودة ولم يمكن أن تستخلص من العرف أو تعامل سابق وجب أداء شيء من صنف متوسط، ويقع العقد على المعين بالنوع لازماً على الدوام.

ويجب في النقود الورقية بيان نوعها وعددها دون أن يكون لارتفاعها أو لانخفاضها وقت الوفاء أي أثر، فإن شرط الوفاء بما يعادل القيمة ذهباً أو عُملة أخرى فقد أغفل القانون النص على حكم ذلك، وهو يستخرج على قواعد المذهبين المالكي والشافعي في البيع لا في القرض، فلعدم النص عليه ولهذا التخريج نرى أن سبيله الجواز في البيع دون القرض أسوةً بالمذهبين.

وإن شرط الوفاء بما يعادل الذهب أو بعملة أخرى من ذات العملة التي جرى عليها العقد فيبدو أن القانون يمنع ذلك لا لظاهر النص وإنما لأنه من قبيل الربا المحرم، إذ الإجماع على أن القرض يرد بمثله إن كان مثلياً، إلا حيث تقع حوادث لم يكن في الإمكان توقعها، فهنا نرجح صحة الشرط – أي العمل به – بالنسبة إلى عقد القرض لأنه إنما يعين قيمته فقط وفقاً لتقدير العاقدين، كما نرجح بطلانه – أي عدم العمل به – بالنسبة إلى البيع؛ وذلك لأننا ننتهج سبلاً أخرى هي الاعتبار بقيمة السلعة وقت قبضها.

على أنه إذا كان في شرط الذهب مساس بالنظام العام في وقت العقد وجب المصير إلى بطلان الشرط، ويتوقف مصير العقد عندئذٍ على القاعدة العامة التي تحكم الشروط، وهي التي تفرق بين الشرط الباعث المبطل للعقد والشرط غير الباعث الذي لا يبطله.

٣ – وأخيراً قد يقع التعيين بعد العقد بأن يتضمن من أسسه ما يجعله قابلاً لهذا، ومن أمثلته التعيين بالعرف كتحديد سعر السوق ودرجة الجودة ونوع النقد الواجب الأداء، وإن كان جواز انعقاد الإيجار بأجرة المثل محل شك، والأرجح بطلانه وأن الحكم بأجر المثل الوارد في القانون إنما أملته دواعي الضرورة فحسب.

وقد يحصل التعيين اللاحق عن طريق أحد العاقدين، كالشأن في خيار التعيين المعروف من مذهبي أبي حنيفة وغيره، كما قد يحصل من غير العاقدين، أو بطرق حسابية معينة، كتحديد نسبة مئوية أو على أساس سعر الوحدة أو بوزن حجر بعينه أو ملء إناء بعينه، فأغلب هذه الصور نرى اتجاه قانوننا إلى جوازها.

تم بحمد الله تعالى

مستخلص الرسالة

يعالج الباحث في رسالته شروط محل التصرف في قانون المعاملات المدنية الإماراتي ويمهد لذلك بفصل تمهيدي يتحدث فيه عن مفهوم محل التصرف وتحديده، ثم ينتقل إلى الباب الأول وهو الذي يخصصه للشروط العامة لمحل التصرف، وفي الفصل الأول منه يعالج شرطي المالية والتقوم، وفي الفصل الثاني يعالج شرط الإمكان، وفي الثالث شرط عدم جواز التعامل في تركة مستقبلة وفي الرابع شرط القابلية لحكم التصرف، والباب الثاني يخصصه الباحث لشروط المحل في عقود المعاوضات المالية، وفيه فصلان: الأول في شرط الوجود، والثاني في شرط التعيين.

والباحث يجعل قانون المعاملات المدنية مورداً ومحلاً للمقارنة بين الفقهين الوضعي والإسلامي فيما أخذ به أو تركه من الحلول والآراء المختلفة، مع الكشف عما يتعين اتباعه من الحلول فيما سكت عنه هذا القانون وفقاً للمادة الأولى منه.

توقيع أ.د المشرف **توقيع أ.د المشرف**

فهرس الآيات القرآنية

(حسب ترتيب السور)

نـص الآيـة	السـورة	الآيـة	رقم الصفحة
(إنما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه لعلكم تفلحون)	المائدة	٩٠	١٦٧
(إنما حرم عليكم الميتة والدم)	البقرة	١٧٣	٧٨
(تلك حدود الله، ومن يطع الله ورسوله يدخله جنات تجري من تحتها الأنهار، خالدين فيها وذلك الفوز العظيم ومن يعص الله ورسوله ويتعد حدوده يدخله ناراً خالداً فيها وله عذاب مهين)	النساء	١٣-١٤	١٤٥
(حرمت عليكم الميتة والدم)	المائدة	٣	٧٦ – ١٦٣
(فإنه رجس)	الأنعام	١٤٥	٦٦-٨٣
(فلما جاءهم ما عرفوا كفروا به)	البقرة	٨٩	٣٢٤
(فمن اضطر غير باغٍ ولا عاد فلا إثم عليه)	البقرة	١٧٣	٨٠
(قل لا أجد فيما أوحي إليّ محرماً على طعام يطعمه إلا أن يكون ميتة أود ماً مسفوحاً)	الأنعام	١٤٥	٧٦،٦٤، ٨٣
(لا يكلف الله نفساً إلا وسعها)	البقرة	٢٨٦	١٠٥
(هو الذي خلق لكم ما في الأرض جميعاً)	البقرة	٢٩	٦١
(وأحل الله البيع وحرم الربا)	البقرة	٢٧٥	١٦٥
(وتعاونوا على البر والتقوى)	المائدة	٢	٢٦٩
(ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل وتدلوا بها إلى الحكام لتأكلوا فريقاً من أموال الناس بالإثم وأنتم تعلمون)	البقرة	١٨٨	١٦٦
(ولا تقتلوا أنفسكم)	النساء	٢٩	١٧٤
(ولقد كرمنا بني آدم)	الإسراء	٧٠	١٧٤
(ويحرم عليهم الخبائث)	الأعراف	١٥٧	٦٢- ١٦٥
(يؤتي الحكمة من يشاء ومن يؤت الحكمة فقد أوتي خيراً كثيراً)	البقرة	٢٦٩	١٩٧

فهرس أطراف الحديث

(حسب الحروف الأبجدية)

(أ)	رقم الصفحة
إذا ولغ الكلب في الإناء فاغسلوه سبع مرات	٨٤
أرأيت إذا منع الله الثمرة بم يأخذ أحدكم مال أخيه	٢٣٤
استهما وتوخيا	٢٨٩
أعطوه بسعر السوق	٣٣٨
أما ما كان لي ولبني عبد المطلب فهو لك	٢٢٥
أما من حائط بني فلان فلا	٢٢٨
إن الله إذا حرم عليهم أكل شيء حرم عليهم ثمنه	٦٥، ١٦٥
إن الله حرم بيع الخمر والأنصاب والميتة والخنزير	٧٠
إن الناس في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم كانوا يتابعون الثمار قبل أن يبدو صلاحها.	٢٣٨
أن رجلاً من الأنصار أعتق ستة أعبد	١٣٤
إن رسول الله صلى الله عليه وسلم حرّم ثمن الدم وثمن الكلب وكسب الأمة	٨٥
أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن المزابنة والمحاقلة	٣٠١
أن عثمان ابتاع من طلحة أرضاً بالمدينة	٢٩١
إنما بعثت لأتمم مكارم الأخلاق	١٩٧
أنه كان يسير على جمل له قد أعيا	١٩٤
أنهم أجازوا بيع الزيت المتجنس ليستصبح به	٩٠
إني كنت رخصت لكم في جلود الميتة	٧٣
أيما أهاب قد دبغ فقد طهر	٧٣
(ت)	رقم الصفحة
تصدق على مولاة لميمونة بشاة	٧٣
(ج)	رقم الصفحة
جاءني رسول الله صلى الله عليه وسلم يعودني	١٣٥
(ج)	رقم الصفحة
الحكمة ضالة المؤمن	١٩٧
(س)	رقم الصفحة
سألت جابراً عن ثمن الكلب والسنور	٨٥
(ق)	رقم الصفحة
قال الله تعالى : ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة	١٧٣
قضى في كلب صيد قتله رجل	٨٦
(ك)	رقم الصفحة
كسب الحجام خبيث ومهر البغي خبيث	١٦٦
كنا نشتري الطعام من الركبان جزافاً	٣٠١
(ل)	رقم الصفحة
لا بأس بمسك الميته إذا دبغ	٧٤
لا تبع ما ليس عندك	٢١٣، ٣٢٣
لا تنتفعوا من الميتة بشيء	٧٤
لا يحل ثمن الكلب ولا حلوان الكاهن ولا مهر البغي	١٦٦

تابع (ل)	رقم الصفحة
لا يحل لرجل أن يبيع طعاماً جزافاً قد علم كيله حتى يعلم صاحبه	٣٠٣
لا يمنع فضل الماء ليمنع به الكلأ	١٧٢
لا يمنع نقع البئر	١٧٢
لعن الله اليهود ثلاثاً	٦٥
لعنة الله على الراشي والمرتشي في الحكم	١٦٦
(م)	رقم الصفحة
من استأجر أجيراً فليعلمه أجره	٣٩١
من استعملناه على عمل فرزقناه رزقاً فما أخذه بعد ذلك فهو غلول	١٦٦
من اشترى شيئاً لم يره فهو بالخيار إذا رآه	٣٢٣
من اشترى طعاماً فلا يبيعه حتى يستوفيه	٢٤٠
من اقتنى كلباً إلا كلب ماشية أو كلب صيد	٨٣
من باع نخلاً قد أبرت فثمرتها للبائع إلا أن يشترطها المبتاع	٢٣٣
(ن)	رقم الصفحة
نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الماء إلا ما حمل منه	١٧٢
نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع حبل الحبلة	٢١٣
نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن ثمن الدم	٧٦
نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن ثمن الكلب والسنور	٨٤
نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن ثمن الدم	٧٨
نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن تباع ثمرة حتى تطعم ولا يباع صوف على ظهر ولا لبن في ضرع	٢١٣
نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الحصاة وعن بيع الغرر	٢١٣
نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع السنين	٢١٣
نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الكاليء بالكاليء	٢٤٠
نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الملاقيح والمضامين	٢١٣
نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع اللبن في الضرع	٢١٣
نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ثمن الكلب ومهر البغي وحلوان الكاهن	٨٦-١٦١
نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن شراء ما في بطون الأنعام حتى تضع	٢٠٧

فهرس الأعلام المترجم لهم

(حسب الحروف الأبجدية)

نذكر اسم الشهرة أولاً مثل الشافعي، تجده في حرف الشين، ونهمل ال التعريف كما في هذا المثال كما نغفل من الأعلام الأسماء التي تبدأ بـ (ابن) و (أبو)، فأبو حنيفة مثلاً تجده في حرف الحاء، وابن تيمية تجده في حرف التاء، كل ذلك قصداً للتسهيل وجرياً على المتبع في الكتب المعاصرة.

(أ)	رقم الصفحة
أحمد بن حنبل (أحمد بن محمد)	١١
أشهب (مسكين بن عبد العزيز)	٩٠
أصبغ بن الفرج	٨٢
إمام الحرمين (عبد الملك بن عبد الله)	٣١٨
الأنماطي (عثمان بن سعيد)	٢٩٤
الأوزاعي (عبد الرحمن بن عمرو)	٧٢
(ب)	رقم الصفحة
ابن بشير (إبراهيم بن عبد الصمد)	٨٨
أبو بكر بن داود (محمد بن داود)	١١١
(ت)	رقم الصفحة
ابن تيمية (أحمد بن عبد الحليم)	١٢
(ث)	رقم الصفحة
أبو ثور (إبراهيم بن خالد)	٧٢
الثوري (سفيان بن سعيد)	٢٣٦
(ج)	رقم الصفحة
جابر بن زيد	٨٤
ابن جزي (محمد بن أحمد)	٢٣٧
الجصاص (أحمد بن علي)	٢٧
(ح)	رقم الصفحة
أبو حامد المرور ذي (أحمد بن بشر)	٣٢٧
ابن حبيب (عبد الملك بن حبيب)	٣٠٢
أبو الحسن (علي بن عمر)	٨٨
ابن حزم (علي بن أحمد)	١٢
الحطاب(محمد بن محمد)	١٧٠
الحكم بن عتيبة	٢٩٤
حماد بن مسلم	٢٩٤
أبو حنيفة (النعمان بن ثابت)	١١
(خ)	رقم الصفحة
خليل بن إسحاق	٨٨
(د)	رقم الصفحة
الدردير (أحمد بن محمد)	٢٥١
(ر)	رقم الصفحة

الرافعي (عبد الكريم بن محمد)	٣٠٤
ابن راهويه (إسحاق بن إبراهيم)	٧٢
ابن رشد الجد (محمد بن احمد)	٩٠
ابن رشد الحفيد (محمد بن أحمد)	١٣٦
الرملي (محمد بن أحمد بن حمزة)	٣٠
(ز)	رقم الصفحة
زكريا الأنصاري (عبد الله بن عبد الله)	٥١
الزهري (محمد بن مسلم)	٧١
(س)	رقم الصفحة
سحنون (عبد السلام بن سعيد)	٧١
ابن سلمون (عبد الله بن عبد الله)	١٧٠
ابن سيرين (محمد بن سيرين)	١١١
السيوطي (عبد الرحمن بن أبي بكر)	٥١
(ش)	رقم الصفحة
الشافعي (محمد بن إدريس)	١١
الشبراملسي (علي بن علي)	١٦٩
شريح بن الحارث	١١١
الشعبي (عامر بن شراحيل)	١١١
الشوكاني (محمد بن علي)	٨٥
الشيرازي (إبراهيم بن علي)	٣١٨
(ط)	رقم الصفحة
أبو طالب (أحمد بن إبراهيم)	٣٠٣
(ع)	رقم الصفحة
ابن عابدين (محمد أمين بن عمر)	١٦٩
ابن عبد الحكم (عبد الله بن عبد الحكم)	٧١
عثمان البتي (عثمان بن مسلم)	١١١
عبد الرزاق الصنعاني (عبد الرزاق بن همام)	٣٠٣
ابن عرفة (محمد بن محمد)	٨٨
العز بن عبد السلام (عبد العزيز بن عبد السلام)	٢١٢
عطاء بن أسلم	٨٤
ابن عقيل (علي بن عقيل)	٣١٤
أبو علي الطبري (الحسين بن القاسم)	٣٢٨
عمر بن عبد العزيز	١١١
(غ)	رقم الصفحة
الغزالي (محمد بن أحمد)	٣٠٤
(ق)	رقم الصفحة
ابن القاسم (عبد الرحمن بن القاسم)	٨٤
القاسم بن إبراهيم	٣٠٣
القاضي (محمد بن الحسين)	٢٣٠
ابن قدامة (عبد الله بن أحمد)	١٣٨
القرافي (أحمد بن إدريس)	٣١
القرطبي (محمد بن أحمد)	١٤٥
تابع (ق)	رقم الصفحة
القسطلاني (أحمد بن محمد)	٥١

ابن القيم (محمد بن أبي بكر)	١٢
(ك)	رقم الصفحة
الكاساني (أبو بكر بن مسعود)	٨٢
ابن كنانة (عثمان بن عيسى)	٨٤
(ل)	رقم الصفحة
ابن اللباد (محمد بن محمد)	٢٣٤
اللخمي (علي بن محمد)	٨٨
الليث بن سعد	٢٣٥
ابن أبي ليلى (محمد بن عبد الرحمن)	٢٣٤
(م)	رقم الصفحة
ابن الماجشون (عبد الملك بن عبد العزيز)	٢١٨
المازري (محمد بن علي)	٣٤
مالك بن أنس	١١
ابن المبارك (عبد الله بن المبارك)	٧٢
محمد بن الحسن الشيباني	١٣٨
ابن المواز (محمد بن إبراهيم)	١٤٠
المؤيد (أحمد بن الحسين)	٣١٠
(ن)	رقم الصفحة
ابن نافع (عبد الله بن نافع)	١٧٠
ابن نجيم (زين الدين بن إبراهيم)	٣١
النخعي (إبراهيم بن يزيد)	٨٤
النووي (يحيى بن شرف)	٣٠٨
هـ	رقم الصفحة
الهادي	٣٠٣
(و)	رقم الصفحة
الوانوغي (محمد بن أحمد)	١٤١
ابن وهب (عبد الله بن وهب)	٧٢
(ي)	رقم الصفحة
أبو يوسف (يعقوب بن إبراهيم)	٧١

فهرس المراجع

خطتنا في المراجع التي اطلعنا عليها مباشرة وفقاً للتدرج المنطقي أن نبدأ بالمعاجم أولاً ، ثم نثني بمراجع أصول الفقه ؛ لأن اللغة وعاء الأحكام وكتب الأصول هي الطرق التي بها تستنبط والقواعد التي على ضوئها تفسر النصوص ، يلي ذلك كتب تفسير القرآن الكريم فكتب الحديث وفقهه وهما مصدرا الأحكام الشرعية ، ثم كتب المصطلح لفهم مصطلحات الفقه ، ثم كتب الإجماع والفقه المقارن العام ؛ لأن الإجماع هو الأصل الثالث ، والحاجة إلى كتب الفقه المقارن العام هي لمعرفة الاختلاف السائغ من غيره ، ثم نعرّج بعد ذلك على كتب الفقه السني فالإباضي فالشيعي الزيدي فالشيعي الإمامي ، ونضم لهذه الزمرة كتب القواعد الفقهية لأنها لا تعدو أن تكون طريقة لجمع الفروع ، ونثنّيها بما لابد منه لمعرفة أهم رجال المذاهب والفقه الذين عليهم المعوّل فيها ، وهي كتب التراجم والطبقات بالقدر الضروري للتعريف بشخص الفقيه المترجم ، يليها المراجع المتخصصة في فقه المعاملات ، وأغلبها كتب معاصرة تنحو ناحية الدراسة المقارنة في عقد معين أو في طائفة من العقود أو الأحكام الفرعية ، ثم نسرد مراجع القانون والمذكرات الإيضاحية له والشروح الفقهية ومجموعات الأحكام القضائية التي هي شرح عليه أو تطبيق له ، ثم نتطرق إلى البحوث القانونية أو الشرعية في الدوريات المتخصصة ، ونختم بما ما تيسر من المراجع الأجنبية التي كتبت في الأصل بغير العربية .

ونراعي في داخل كل بند ترتيب المراجع على حسب الحروف الأبجدية ، وقد آثرنا البدأ باسم الكتاب كاملاً ، نعقبه باسم المؤلف كاملاً وبتاريخ وفاته إن وجد وعلى حسب المدون في عنوان المرجع ، يتلوه رقم الطبعة واسم جهة النشر و مكانه وسنته إن تيسر كل ذلك ، وإنما نبدأ باسم الكتاب قبل اسم المؤلف ، وبالاسم الأول للمؤلف وليس بنسبته القبلية أو الجغرافية ؛ لأن هذه الطريقة هي المتبعة في أكثر الكتب الصادرة بالعربية ، والطريقة الأخرى لا تخلو من تلبيس على القاريء .

وبالنظر لأننا رجعنا إلى عدد كبير من رسائل الدكتوراة والماجستير وغيرها فقد خرجنا عن المعهود من إيرادها تحت بند خاص ، على أنه بالنظر لما لذكرها من أهمية خاصة رمزنا لكل منها برمز يميزه ، فأعطينا الدكتوراة رمز (د) ، والماجستير رمز (م) ، والبحوث التي ألقيت لغرض التخرج في مرحلة الماجستير برمز (خ) ، وذلك عقب ذكر عنوان المرجع مباشرة .

١ – مراجع في اللغة العربية

١. القاموس المحيط ، مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي ، دار الجيل ، بيروت ، أوفست عن طبعة بولاق ، القاهرة
٢. لسان العرب ، أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرك بن منظور الإفريقي المصري ، دار صادر ، بيروت

٢ – مراجع في أصول الفقه

١. الإحكام في أصول الإحكام ، علي بن محمد الآمدي ، طبعة ثانية ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، ١٩٨٦ م
٢. إرشاد الفحول إلى تحقيق علم الأصول ، طبعة سابعة، مؤسسة الكتب الثقافية ، بيروت ، ١٩٩٧ م
٣. إعلام الموقعين عن رب العالمين ، شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر الزرعي الحنبلي الدمشقي الشهير بابن قيم الجوزية ، طبعة أولى ، دار الفكر ، بيروت ، ١٩٧٧ م ، أوفست عن طبعة مصرية صادرة في ١٩٥٥ م
٤. البحر المحيط ، بدر الدين بن محمد بهادر الزركشي ، طبعة أولى ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ٢٠٠٠ م
٥. التنقيح وشرحه المسمى التوضيح ، جمال الدين عبيد الله بن مسعود البخاري الحنفي الملقب بصدر الشريعة ، ت ٧٤٧ هـ ، طبعة أولى ، المكتبة العصرية ، بيروت ، ٢٠٠٥ م

٦. شرح التلويح على التوضيح ، سعد الدين مسعود بن عبد بن عبد الله التفتازاني ، ت ٧٩٣ هـ ، بهامش الكتاب السابق ، طبعة أولى ، المكتبة العصرية ، بيروت ، ٢٠٠٥ م
٧. شرح الكوكب المنير المسمى بمختصر التحرير ، تقي الدين محمد بن أحمد بن عبد العزيز الفتوحي الشهير بابن النجار ، ت ٩٧٥ هـ ، طبعة ثانية ، مكتبة العبيكان ، الرياض ، ١٩٩٧ م
٨. عوارض الأهلية عند الأصوليين (د) ، حسين خلف الجبوري ، طبعة أولى ، جامعة أم القرى ، مكة المكرمة ، ١٩٨٨ م
٩. كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي ، علاء الدين عبد العزيز بن أحمد البخاري ، ت ٧٣٠ هـ ، طبعة أولى ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، ١٩٩١ م
١٠. المستصفى من علم الأصول ، أبو حامد محمد بن محمد الغزالي ، طبعة أولى ، دار إحياء التراث العربي ، مؤسسة التاريخ العربي ، بيروت ، ١٩٩٧ م
١١. الموافقات في أصول الأحكام ، أبو إسحاق إبراهيم اللخمي الغرناطي الشاطبي ، طبعة أولى ، دار الفكر ، بيروت ، أوفست عن طبعة مصرية
١٢. الوصول على قواعد الأصول ، محمد بن عبد الله بن أحمد بن محمد الخطيب التمرتاشي الغزي الحنفي ، ت حول سنة ١٠٠٧ هـ ، طبعة أولى ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ٢٠٠٠ م

٣ – مراجع في تفسير القرآن الكريم

١. أحكام القرآن ، أبوبكر أحمد بن علي الرازي الجصاص ، ت ٣٧٠ هـ ، طبعة أولى ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٩٤ م
٢. أحكام القرآن ، أبو بكر محمد بن عبد الله المعروف بابن العربي المالكي ، ت ٥٤٣ هـ ، دار الجيل ، بيروت
٣. البحر المحيط ، أبو عبد الله محمد بن يوسف بن علي بن يوسف بن حيان الأندلسي ، الشهير بأبي حيان ، ت ٦٥٤ هـ ، طبعة ثانية ، مؤسسة التاريخ العربي ، دار إحياء الترث العربي ، بيروت ، ١٩٩٠ م
٤. الجامع لأحكام القرآن ، أبو عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي ، طبعة أولى ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، ١٩٨٥ م
٥. المفردات في غريب القرآن ، أبو القاسم الحسين بن محمد المعروف بالراغب الأصفهاني ، ت ٥٠٢ هـ ، طبعة ثالثة ، دار المعرفة ، بيروت ، ٢٠٠١ م

٤ – مراجع في الحديث وفقهه

١. إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام ، تقي الدين أبو الفتح الشهير بابن دقيق العيد ، دار الكتب العلمية ، أوفست عن طبعة مصرية
٢. الأدب المفرد الجامع للآداب النبوية ، أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري ، طبعة ثانية ، دار المعرفة ، بيروت ، ١٩٩٩ م
٣. إرشاد الساري لشرح صحيح البخاري ، أبو العباس شهاب الدين أحمد بن محمد القسطلاني ، دار إحياء التراث العربي بولاق
٤. إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل ، محمد ناصر الدين الألباني ، طبعة ثانية ، المكتب الإسلامي ، بيروت ، ١٩٨٥ م
٥. بلوغ المرام من أدلة الأحكام ، شهاب الدين أبو الفضل أحمد بن علي محمد بن حجر العسقلاني ، ت ٨٥٢ هـ ، طبعة أولى ، دار الهلال ، بيروت ، ١٩٨٥ م
٦. الترغيب والترهيب من الحديث الشريف ، زكي الدين عبد العظيم بن عبد القوي المنذري ، ت ٦٥٦ هـ ، طبعة أولى ، دار الوراق ، دار ابن حزم ، بيروت ٢٠٠١ م
٧. تلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير، ابن حجر العسقلاني مر ذكره ، طبعة أولى ، دار الكتب العلمية ، بيروت ١٩٩٨ م
٨. الجامع الصحيح ، أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري ، طبعة أولى ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، ٢٠٠١ م
٩. زاد المعاد في هدي خير العباد ، شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر الزرعي الحنبلي الدمشقي الشهير بابن قيم الجوزية ، طبعة أولى ، دار ابن حزم ، بيروت ، ١٩٩٩ م
١٠. سبل السلام شرح بلوغ المرام من جمع أدلة الأحكام ، الأمير محمد بن إسماعيل اليمني الصنعاني ، ت ١١٨٢ هـ ، طبعة أولى ، دار إحياء التراث العربي ، ١٩٩٧ م
١١. سلسلة الأحاديث الصحيحة وشيء من فقهها وفوائدها ، محمد ناصر الدين الألباني ، طبعة أولى ، مؤسسة المعارف ، الرياض ، ١٩٩٥ م
١٢. سلسلة الأحاديث الضعيفة وأثرها السيء في الأمة ، محمد ناصر الدين الألباني ، طبعة أولى ، مؤسسة المعارف ، الرياض ، ٢٠٠٠
١٣. سنن ابن ماجة ، أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني ، ت ٢٧٥ هـ ، طبعة أولى ، دار الفكر ، بيروت ، ٢٠٠١ م
١٤. سنن أبي داود ، سليمان بن الأشعث السجستاني ، ت ٢٧٥ هـ ، طبعة أولى ، بيت الأفكار الدولية ، عمّان ، الأردن ، ١٩٩٩ م
١٥. سنن الترمذي ، أبو عيسى محمد بن عيسى بن سورة الترمذي ، ت ٢٧٩ هـ ، طبعة أولى ، بيت الأفكار الدولية ، عمّان ، الأردن ، ١٩٩٩ م
١٦. سنن النسائي ، أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب النسائي ، ت ٣٠٣ هـ ، طبعة ثانية دار الفكر ، بيروت ٢٠٠١ م
١٧. شرح صحيح مسلم ، يحيى بن شرف النووي ، طبعة أولى ، دار ابن حزم ، بيروت ، ٢٠٠٢ م
١٨. شرح معاني الآثار ، أبو جعفر الطحاوي ت ٣٢١ هـ ، طبعة ثانية ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٨٧ م
١٩. فتح الباري شرح صحيح البخاري ومقدمته هدي الساري ابن حجر العسقلاني ، طبعة أولى ، دارالكتب العلمية ، بيروت ، ٢٠٠٣ م
٢٠. اللؤلؤ والمرجان فيما اتفق عليه الشيخان، محمد فؤاد عبد الباقي، طبعة أولى، دار السلام ، الرياض ، ١٤٢٣ هـ
٢١. مجمع الزوائد ومنبع الفوائد ، نور الدين علي بن أبي بكر الهيثمي ، ت ٨٠٧ هـ ، طبعة أولى ، مؤسسة المعارف ، بيروت ، ١٩٨٦ م

٢٢. مشكل الآثار ، أبو جعفر أحمد بن محمد الأزدي الطحاوي ت ٢٠١ هـ ، طبعة أولى ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٩٥ م
٢٣. المصنف ، عبد الرزاق الصنعاني ت ٢١١ هـ ، الطبعة الثانية ، المكتب الإسلامي ، بيروت ، ١٩٨٣ م
٢٤. المفهم لما أشكل من تلخيص كتاب مسلم ، أبو العباس أحمد بن عمر بن إبراهيم القرطبي ، ت ٦٥٦ هـ ، طبعة ثانية ، دار ابن كثير ، دمشق ، ١٩٩٩ م
٢٥. المنهاج بشرح صحيح مسلم بن الحجاج ، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي ، طبعة أولى دار ابن حزم بيروت ٢٠٠٢ م
٢٦. موسوعة الحافظ ابن حجر العسقلاني ، وليد أحمد الحسين الزبيري ، إياد عبد اللطيف القيسي ، مصطفى قحطان الحبيب ، بشير جواد القيسي ، عماد محمد البغدادي ، طبعة أولى ، دار الحكمة ، ليدز ، بريطانيا ٢٠٠٢ م
٢٧. نصب الراية لأحاديث الهداية ، جمال الدين الزيلعي ، ت ٧٦٢ هـ ، طبعة أولى ، دار الحديث ، القاهرة ، ١٩٩٥ م
٢٨. نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار ، محمد بن علي الشوكاني ، ت ١٢٥٠ هـ ، طبعة أولى ، دار الحديث ، القاهرة ، ٢٠٠٠ م

٥ – مراجع في المصطلح

١. التعريفات ، علي بن محمد الشريف الجرجاني الحسيني الحنفي ، ت ٨١٦ هـ ، طبعة أولى ، دار النفائس ، بيروت ، ٢٠٠٣ م
٢. كشف اصطلاحات الفنون ، محمد علي بن علي التهانوي ، دار صادر ، بيروت ، أوفست
٣. الكليات ، معجم في المصطلحات والفروق اللغوية ، أبو البقاء أيوب بن موسى الحسيني الكفوي ، ت ١٠٩٤ هـ ، طبعة ثانية ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، ١٩٩٣ م
٤. معجم المصطلحات الاقتصادية في لغة الفقهاء ، نزيه حماد ، طبعة أولى ، الدار العالمية للكتاب الإسلامي ، الرياض ، ١٩٨١ م ، طبعة ثالثة ، المعهد العالمي للفكر الإسلامي ، واشنطن ، ١٩٩٥ م

٦ – مراجع في الإجماع والفقه المقارن

١. الإجماع ، محمد بن إبراهيم بن المنذر ، طبعة أولى ، مطبعة مكة الثقافية ، رأس الخيمة (الإمارات) ، ٢٠٠٣ م
٢. الإشراف على مذاهب أهل العلم ، محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري ، ت ٣١٨ هـ ، طبعة أولى ، دار الثقافة ، الدوحة ، قطر ، ١٩٨٦ م
٣. بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي ، ت ٥٩٥ هـ ، طبعة أولى ، دار المؤيد ، الرياض ، ١٩٩٧ م ، أوفست
٤. رحمة الأمة في اختلاف الأئمة ، أبو عبد الله محمد بن عبد الرحمن الدمشقي العثماني الشافعي ، توفي بعد ٧٨٠ هـ ، طبعة أولى ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، ١٩٩٤ م
٥. الفقه الإسلامي وأدلته ، وهبة الزحيلي ، طبعة ثالثة ، دار الفكر ، دمشق ، ١٩٨٩ م
٦. الفقه على مذاهب الأئمة الأربعة ، الوزير يحيى بن محمد بن هبيرة البغدادي الحنبلي ، ت ٦٥٥ هـ ، طبعة أولى ، دار الحرمين ، القاهرة ، ٢٠٠٠ م
٧. الفقه على المذاهب الأربعة ، عبد الرحمن الجزيري ، المطبعة التوفيقية ، القاهرة
٨. المجموع شرح المهذب ، محيي الدين أبو زكريا يحيى بن شرف النووي ، طبعة أولى ، دار إحياء التراث العربي ، ١٩٩٥ م
٩. المغني ، موفق الدين أبو عبد الله محمد المعروف بابن قدامة الحنبلي ، ت ٦٣٠ هـ ، طبعة أولى ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، أوفست عن طبعة دار المنار بالقاهرة
١٠. الموسوعة الفقهية الكويتية ، نخبة من الفقهاء المعاصرين ، طبعة ثانية ، مطبعة ذات السلاسل ، ١٩٩٠ م

٧ – مراجع في الفقه العام

أولاً : مراجع فقه المذاهب السنية

٧,١,١ – كتب المذهب الحنفي

١. الأشباه والنظائر ، زين العابدين بن إبراهيم بن نجيم الحنفي ، ت ٩٧٠ هـ ، طبعة أولى ، المكتبة العصرية ، بيروت ، ١٩٩٨ م
٢. البحر الرائق شرح كنز الدقائق ، المؤلف السابق ، طبعة أولى ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٩٧ م
٣. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، علاء الدين أبوبكر بن مسعود الكاساني ، ت ٥٨٧ هـ ، طبعة ثانية ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، ١٩٨٢ م ، أوفست عن طبعة بولاق
٤. تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ، فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي ، ت ٧٤٣ هـ ، طبعة أولى ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ٢٠٠٠ م
٥. تحفة الفقهاء ، علاء الدين السمرقندي ، ت ٥٣٩ هـ ، طبعة أولى ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، أوفست
٦. حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار المعروفة بحاشية ابن عابدين ، محمد أمين بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الشهير بابن عابدين ، ت ١٢٥٢ هـ ، طبعة أولى ، دار الفكر ، بيروت ، ١٩٧٩ م
٧. درر الحكام شرح مجلة الأحكام ، علي حيدر ، طبعة أولى ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٩١ م ، أوفست

٨. الدر المختار شرح تنوير الأبصار وجامع البحار ، محمد بن علي بن محمد بن عبد الرحمن الحصكفي ، ت ١٠٨٨ هـ ، طبعة أولى ، بيروت ، ٢٠٠٢ م

٩. رسائل ابن نجيم ، زين العابدين بن إبراهيم بن نجيم ، سبق ذكره ، طبعة أولى ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٨٠ م

١٠. شرح فتح القدير على الهداية شرح بداية المبتديء ، كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي السكندري الحنفي الشهير بابن الهمام ، ت ٦٨١ هـ ، طبعة أولى ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٩٥ م

١١. شرح المجلة ، سليم رستم باز اللبناني ، طبعة ثالثة ، المعارف ، بيروت ، ١٩٨٦ م ، أوفست عن طبعة الآستانة ، ١٣٠٥ هـ

١٢. الفتاوى الهندية في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان ، الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند ، طبعة أولى ، دار صادر ، بيروت ، ١٩٩١ م ، أوفست عن طبعة بولاق ١٣١٠ هـ ، وبهامشه فتاوى قضيخان والفتاوى البزازية .

١٣. المبسوط ، شمس الأئمة أبو بكر محمد بن أبي سهل السرخسي ، طبعة أولى ، دار المعرفة ، بيروت ، ١٩٩٣ م ، أوفست

١٤. مجلة الأحكام العدلية في الفقه الحنفي ، طبعة أولى ، دار الثقافة العربية ، عمّان ، الأردن ، ١٩٩٩ م

١٥. مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر ، عبد الله بن الشيخ محمد بن سلمان المعروف بداماد أفندي ، طبعة أولى ، دار إحياء التراث العرقبي ، بيروت ، أوفست عن طبعة دار الطباعة العامرة بالآستانة ، ١٣١٩ هـ

١٦. مجموعة رسائل ابن عابدين ، ابن عابدين ، سبق بيان اسمه ، طبعة أولى ، عالم الكتب ، بيروت ، أوفست عن طبعة بولاق

١٧. مختصر الطحاوي ، أبوجعفر الطحاوي ، سبق بيان اسمه ، طبعة أولى ، دار إحياء العلوم ، بيروت ، ١٩٨٦ م

١٨. مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان ، محمد قدري باشا ، طبعة أولى ، المكتبة المصرية ، القاهرة ، ١٩١٩ م

٧,١,٢ – كتب المذهب المالكي

١. الاستذكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار وعلماء الأقطار فيما تضمنه الموطأ من معاني الآثار وشرح ذلك كله بالإيجاز والاختصار ، أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر النمري الأندلسي ، ت ٤٦٣ هـ ، طبعة أولى ، مؤسسة النداء ، أبوظبي ، ٢٠٠٢ م

٢. الإشراف على نكت مسائل الخلاف ، القاضي عبد الوهاب البغدادي ، ت ٤٢٢ هـ ، طبعة أولى ، دار ابن حزم ، بيروت ، ١٩٩٩ م

٣. أنوار البروق في أنواع الفروق المعروف بالفروق ، شهاب الدين أبو العباس أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن الصنهاجي القرافي . ت ٦٨٤ هـ ، طبعة أولى ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٩٨ م

٤. إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام أبي عبد الله مالك ، أحمد بن يحيى الونشريسي ، ت ٩١٤ هـ ، طبعة ثانية ، دار الحكمة ، طرابلس الغرب ، ١٩٩٧ م

٥. بلغة السالك ، حاشية على الشرح الصغير ، أحمد بن محمد الصاوي ، مطبوع مع الشرح الصغير ، طبعة أولى ، دار المعارف ، القاهرة ، ١٣٩٣ هـ

٦. بلوغ الأماني فيما ذهل عنه الزرقاني المعروف بحاشية البناني ، محمد البناني ، مطبوع مع شرح الزرقاني على خليل ، طبعة أولى ، دار الفكر ، بيروت ، ١٩٧٩ م ، أوفست عن طبعة بولاق

٧. البهجة شرح التحفة ، أبو الحسن علي بن عبد السلام التسولي ، طبعة أولى ، دار الفكر ، بيروت ، ١٩٩١ م

٨. البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل في مسائل المستخرجة ، أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي المالكي ، طبعة ثانية ، دار الغرب الإسلامي ، بيروت ، ١٩٨٨ م

٩. التاج والإكليل لمختصر خليل ، أبو عبد الله محمد بن يوسف بن أبي القاسم العبدري القرشي الشهير بالمواق ، ت ٨٩٧ هـ ، مطبوع بهامش مواهب الجليل ، طبعة أولى ، دار الفكر ، بيروت ، أوفست عن طبعة بولاق

١٠. تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الحكام ، برهان الدين أبو الوفاء إبراهيم بن محمد بن فرحون اليعمري المالكي ، طبعة أولى ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ٢٠٠١ م ، أوفست عن المطبعة العامرة الشرفية بمصر ، ١٣٠١ هـ

١١. تبيين المسالك شرح تدريب السالك إلى أقرب المسالك ، محمد الشيباني الشنقيطي ، طبعة ثالثة ، دار ابن حزم ، بيروت ، ١٩٩٩ م

١٢. جامع الأمهات ، جمال الدين بن عمر بن الحاجب المالكي ، ت ٦٤٦ هـ ، طبعة أولى ، دار اليمامة ، دمشق ، ١٩٩٨ م

١٣. جامع مسائل الأحكام لما نزل من القضايا بالمفتين والحكام ، أبو القاسم بن أحمد البلوي التونسي المعروف بالبرزلي ، ت ٨٤١ هـ ، طبعة أولى ، دار الغرب الإسلامي ، بيروت ، ٢٠٠٢ م

١٤. جواهر الإكليل شرح مختصر العلامة خليل فيمذهب الإمام مالك إمام دار التنزيل ، صالح بن عبد السميع الآبي الأزهري ، المكتبة الثقافية ، بيروت ، أوفست عن طبعة بولاق

١٥. حاشية الدسوقي ، شمس الدين محمد عرفة الدسوقي ، طبعة أولى ، إحياء التراث العربي ، بيروت ، أوفست عن طبعة عيسى بابي الحلبي وشركاه ، القاهرة

١٦. حاشية الرهوني على شرح الزرقاني ، محمد بن أحمد بن محمد بن يوسف الرهوني ، طبعة أولى ، بولاق ، القاهرة ، ١٣٠٦ هـ

١٧. حاشية العدوي على شرح الخرشي ، علي العدوي ، مطبوع مع شرح الخرشي ، طبعة أولى ، دار الفكر ، بيروت ، أوفست عن طبعة بولاق

١٨. شرح الخرشي على مختصر خليل ، أبو عبد الله محمد بن عبد الله بن علي الخرشي ، ت ١١٠١ هـ ، طبعة أولى ، دار الفكر ، بيروت ، أوفست عن طبعة بولاق

١٩. شرح الزرقاني على مختصر خليل ، عبد الباقي الزرقاني ، طبعة أولى ، دار الفكر ، بيروت ، ١٩٧٩ م ، أوفست عن طبعة بولاق

٢٠. شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك ، محمد بن عبد الباقي بن يوسف الزرقاني ، ت ١١٢٢ هـ ، طبعة أولى ، دار الفكر ، بيروت ، ١٩٩٨ م

٢١. الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك ، أبو البركات أحمد بن محمد بن أحمد الدردير ، طبعة أولى ، دار المعارف ، القاهرة ، ١٣٩٣ هـ

٢٢. الشرح الكبير لمختصر خليل ، أبو البركات أحمد الدردير المؤلف السابق ، مطبوع بهامش حاشية الدسوقي ، طبعة أولى ، إحياء التراث العربي ، بيروت ، أوفست عن طبعة عيسى بابي الحلبي وشركاه ، القاهرة

٢٣. شرح ميّارة الفاسي على تحفة الحكام لابن عاصم ، أبو عبد الله محمد بن أحمد المالكي ، ت ١٠٧٢ هـ ، طبعة أولى ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ٢٠٠٠ م

٢٤. فتاوى ابن رشد ، أبو الوليد محمد بن أحمد بن أحمد بن رشد القرطبي المالكي ، ت ٥٢٠ هـ ، طبعة أولى ، دار الغرب الإسلامي ، بيروت

٢٥. فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك ، أبو عبد الله محمد أحمد عليش ، ت ١٢٩٩ هـ ، طبعة أولى ، دار الفكر ، بيروت ، أوفست عن طبعة بولاق

٢٦. الفواكه الدواني على الرسالة لابن أبي زيد القيرواني ، أحمد بن غنيم بن سالم بن مهنا النفراوي المالكي الأزهري ، ت ١١٢٠ هـ ، طبعة أولى ، المكتبة الثقافية ، بيروت ، أوفست

٢٧. القوانين الفقهية ، أبو القاسم محمد بن أحمد بن جزي الكلبي الغرناطي ، ت ٧٤١ هـ ، طبعة أولى ، دار الفكر ، بيروت

٢٨. الكافي في فقه أهل المدينة المالكي ، ابن عبد البر ، طبعة ثانية ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٩٢ م

٢٩. مختصر خليل ، خليل بن إسحاق الجندي المصري الكردي المالكي ، ت ٧٦٧ هـ ، مطبوع مع شروح الزرقاني والدردير والخرشي وغيرها

٣٠. المدونة الكبرى ، سحنون بن سعيد التنوخي ، ت ٢٤٠ هـ ، روايته عن عبد الرحمن بن القاسم ت ١٩١ هـ عن الإمام مالك ، مطبوع على نفقة صاحب السمو الشيخ خليفة بن زايد آل نهيان ، أبوظبي

٣١. المعونة على مذهب عالم المدينة ، القاضي عبد الوهاب البغدادي ، ت ٤٢٢ هـ ، طبعة أولى ، دار الفكر ، بيروت ، ١٩٩٩ م

٣٢. المعيار المغرب والجامع المغرب عن فتاوى أهل إفريقية والأندلس والمغرب ، أبو العباس أحمد بن يحيى الونشريسي ، ت ٩١٤ هـ ، طبعة أولى ، دار الغرب الإسلامي ، بيروت ، ١٩٨١ م

٣٣. معين الحكام على القضايا والأحكام ، أبو إسحاق إبراهيم بن حسن بن عبد الرفيع ، ت ٧٣٣ هـ ، طبعة أولى ، دار الغرب الإسلامي ، بيروت ، ١٩٨٩ م

٣٤. المقدمات الممهدات لبيان ما اقتضته رسوم المدونة من الأحكام الشرعيات والتحصيلات المحكمات لأمهات المسائل المشكلات ، أبو الوليد بن رشد ، طبعة أولى ، دار الغرب الإسلامي ، بيروت ، ١٩٨٨ م

٣٥. المنتقى شرح الموطأ ، أبو الوليد سليمان بن خلف الباجي ، ت ٤٩٤ هـ ، طبعة رابعة ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، ١٩٨٤ م ، أوفست عن طبعة مطبعة السعادة بمصر ، ١٣٣١ هـ

٣٦. مواهب الجليل لشرح مختصر خليل ، أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي المعروف بالحطاب ، ت ٩٥٤ هـ ، طبعة ثالثة ، دار الفكر ، بيروت ، ١٩٩٢ م ، أوفست عن طبعة بولاق

٣٧. الموطأ ، الإمام مالك بن أنس ، ت ١٧٩ هـ ، طبعة ثالثة ، إحياء التراث العربي ، بيروت ، ٢٠٠٠ م

٣٨. الهداية الكافية الشافية لبيان حقائق الإمام ابن عرفة الوافية المعروف بشرح حدود بن عرفة ، أبو عبد الله محمد الأنصاري الرصّاع ، ت ٨٩٤ هـ ، طبعة أولى ، دار الغرب الإسلامي ، بيروت ، ١٩٩٣ م

٧,١,٣ – كتب المذهب الشافعي

١. إرشاد الفقيه إلى أدلة التنبيه ، أبو الفداء إسماعيل بن كثير القرشي الدمشقي ، ت ٧٧٣ هـ ، طبعة أولى ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، ١٩٩٦ م

٢. الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع ، شمس الدين محمد بن أحمد الشربيني الخطيب ، طبعة أولى ، دار الفكر ، بيروت ، ١٩٩٥ م

٣. الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية ، جلال الدين السيوطي ، ت ٩١١ هـ ، طبعة أولى ، المكتبة العصرية ، بيروت ، ٢٠٠١ م

٤. الأم ، الإمام محمد بن إدريس الشافعي ، ت ٢٠٤ هـ ، طبعة ثانية ، دار قتيبة ، دمشق ، ٢٠٠٣م

٥. تحفة الحبيب على شرح الخطيب المعروف بالبجيرمي على الخطيب ، سليمان بن محمد بن عمر البجيرمي ، ت ١٢٢١ هـ ، طبعة أولى ، دار الفكر ، بيروت ، ١٩٩٨ م

٦. تحفة الطلاب بشرح تحرير تنقيح اللباب في فقه الإمام الشافعي ، زكريا بن محمد الأنصاري ، ت ٩٢٦ هـ ، طبعة أولى ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٩٧ م

٧. تحفة المحتاج بشرح المنهاج ، شهاب الدين أبو العباس أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي المصري المكي ، ت ٩٧٤ هـ ، طبعة أولى ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ٢٠٠١ م

٨. تصحيح التنبيه ، محيي الدين أبو زكريا يحيى بن شرف النووي ، طبعة أولى ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، ١٩٩٦ م

٩. التنبيه في فقه الإمام الشافعي ، أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروزأبادي الشيرازي ، بهامش الكتاب السابق ، ، طبعة أولى ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، ١٩٩٦ م ، وبهامش شرح التنبيه للسيوطي ، طبعة أولى ، دار الفكر ، بيروت ، ١٩٩٦ م

١٠. التهذيب في فقه الإمام الشافعي ، أبو محمد الحسين بن مسعود بن محمد بن الفراء البغوي ، ت ٥١٦ هـ ، طبعة أولى ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٩٧ م

١١. حاشيتا قليوبي وعميرة على شرح المحلي على المنهاج ، ، طبعة أولى ، دار إحياء الكتب العربية ، القاهرة ، ١٩١٨ م

١٢. حاشية الباجوري على شرح ابن قاسم الغزي على متن الشيخ أبي شجاع ، إبراهيم الباجوري ، طبعة أولى ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، ١٩٩٦ م

١٣. حاشية البجيرمي على شرح منهج الطلاب ، سليمان بن محمد بن عمر البجيرمي ، ت ١٢٢١ هـ ، طبعة أولى ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ٢٠٠٠ م

١٤. حاشية الجمل على شرح المنهج ، سليمان بن عمر بن منصور العجيلي المصري المعروف بالجمل ، ت ١٢٠٤ هـ ، طبعة أولى ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٩٦ م

١٥. حاشية الشرقاوي على تحفة الطلاب بشرح تحرير تنقيح اللباب للأنصاري ، عبد اله بن حجازي بن إبراهيم الشافعي الأزهري ، ت ١٢٢٦ هـ ، دار الفكر ، بيروت ، أوفست

١٦. حاشية على نهاية المحتاج ، أبو الضياء نور الدين بن علي الشبراملسي القاهري ، ت ١٠٨٧ هـ ، بهامش نهاية المحتاج ، ، طبعة أولى ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، ١٩٩٢ م ، أوفست

١٧. الحاوي الكبير في فقه الإمام الشافعي ، أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري ، طبعة أولى ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٩٤ م

١٨. الحاوي للفتاوي ، جلال الدين السيوطي ، ت ٩١١ هـ ، طبعة أولى ، دار الكتب العلمية ، ١٩٨٣ م

١٩. روضة الطالبين وعمدة المفتين ، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي ، طبعة أولى ، دار الفكر ، بيروت ، ١٩٩٥ م

٢٠. شرح التنبيه ، جلال الدين السيوطي ، طبعة أولى ، دار الفكر ، بيروت ، ١٩٩٦ م

٢١. العزيز شرح الوجيز ، أبو القاسم عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم الرافعي القزويني ، طبعة أولى ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٩٧ م

٢٢. فتاوى السبكي ، أبو الحسن تقي الدين علي بن عبد الكافي السبكي ، طبعة أولى ، دار الجيل ، بيروت ، ١٩٩٢ م

٢٣. الفتاوى الكبرى الفقهية ، ابن حجر الهيتمي ، مكتبة المشهد الحسيني ، القاهرة

٢٤. فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب ، أبو يحيى زكريا الأنصاري ، طبعة أولى ، دار الفكر ، بيروت ، أوفست

٢٥. قواعد الأحكام في مصالح الأنام ، عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام السلمي الملقب بسلطان العلماء ، طبعة أولى ، دار الكتب العلمية ، بيروت

٢٦. مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج ، شمس الدين محمد الخطيب الشربيني ، ت ٩٧٧ هـ ، طبعة أولى ، دار الفكر ، بيروت ، ١٩٩٨ م

٢٧. المنثور في القواعد ، أبو عبد الله بدر الدين محمد بن بهادر بن عبد الله الزركشي ، ت ٧٩٤ هـ ، طبعة أولى ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ٢٠٠٠ م

٢٨. منهاج الطالبين وعمدة المفتين في الفقه ، محيي الدين أبو زكريا يحيى بن شرف النووي ، طبعة أولى ، مكتبة الثقافة ، عدن ، ١٩٩٢ م

٢٩. المهذب ، أبو إسحاق الشيرازي ، طبعة أولى ، دار الفكر ، بيروت ، ١٩٩٩ م

٣٠. نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج ، شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة بن شهاب الدين الرملي المنوفي المصري الأنصاري ، ت ١٠٠٤ هـ ، طبعة أولى ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، ١٩٩٢ م ، أوفست

٣١. الوجيز في فقه الإمام الشافعي ، أبو حامد الغزالي ، طبعة أولى ، دار الأرقم ، بيروت ، ١٩٩٧ م

٧,١,٤ – كتب المذهب الحنبلي

١. الإقناع لطالب الانتفاع ، تقي الدين محمد بن أحمد بن النجار الفتوحي ، ت ٦٩٥ هـ ، مطبوع مع شرحه كشاف القناع للبهوتي ، طبعة أولى ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، ١٩٩٩ م

٢. الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف ، علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرداوي ، ت ٨٨٥ هـ ، طبعة أولى ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، ١٩٩٨ م

٣. تصحيح الفروع ، علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرداوي ، ت ٨٨٥ هـ ، مطبوع بهامش الفروع لابن مفلح ، طبعة أولى ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٩٧ م

٤. جامع الفقه ، شمس الدين محمد ابن قيم الجوزية ، طبعة أولى ، دار الوفاء ، القاهرة ، ٢٠٠٠ م

٥. دقائق أولي النهى لشرح المنتهى ، منصور بن يونس بن إدريس البهوتي ، ت ١٠٥١ هـ ، طبعة أولى ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، ٢٠٠٠ م

٦. شرح الزركشي على متن الخرقي ، شمس الدين أبي عبد الله محمد بن عبد الله الزركشي ، طبعة أولى ، دار النهضة الحديثة ، مكة المكرمة ، ١٩٩١ م

٧. الشرح الكبير ، شمس الدين أبو الفرج عبد الرحمن بن محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي ، طبعة أولى ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، أوفست عن مطبعة المنار بالقاهرة

٨. العدة شرح العمدة ، بهاء الدين عبد الرحمن بن إبراهيم المقدسي ، طبعة ثالثة ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، ١٩٩٦ م

٩. الفتاوى الكبرى ، تقي الدين أبو العباس أحمد بن تيمية ، طبعة أولى ، دار الأرقم ، بيروت ، ١٩٩٩ م

١٠. الفروع ، أبو إسحاق برهان الدين إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد بن مفلح الحنبلي ، ت ٨٨٤ هـ ، طبعة أولى ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٩٧ م

١١. القواعد في الفقه ، أبو الفرج عبد الرحمن بن رجب الحنبلي ، طبعة ثانية ، دار الجيل ، بيروت ، ١٩٨٨ م

١٢. الكافي في فقه الإمام أحمد بن حنبل ، موفق الدين ابن قدامة ، طبعة أولى ، دار الفكر ، بيروت ، ١٩٩٨ م

١٣. كشاف القناع على متن الإقناع ، منصور بن يونس بن إدريس البهوتي ، ت ١٠٥١ هـ ، طبعة أولى ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، ١٩٩٩ م

١٤. المبدع شرح المقنع ، أبو إسحاق برهان الدين إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد بن مفلح الحنبلي ، ت ٨٨٤ هـ ، طبعة أولى ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٩٧ م

١٥. مجلة الأحكام الشرعية ، أحمد بن عبد الله القاري ، طبعة أولى ، مكتبة تهامة ، جدة ، ١٩٨١ م

١٦. مجموع فتاوى ابن تيمية ، تقي الدين أبو العباس أحمد بن تيمية ، طبعة أولى ، مكتبة العبيكان ، الرياض ، ١٩٩٨ م

١٧. المحرر في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل ، مجد الدين أبو البركات ابن تيمية ، ت ٦٥٢ هـ ، طبعة أولى ، دار الكتاب العربي ، أوفست

١٨. مختصر الخرقي ، أبو القاسم الخرقي ، مطبوع مع المغني لابن قدامة ، وشرح الزركشي ، وغيرهما

١٩. معونة أولي النهى شرح المنتهى ، تقي الدين محمد بن أحمد بن النجار الفتوحي ، ت ٦٩٥ هـ ، طبعة ثالثة ، دار خضر ، بيروت ، ١٩٩٨ م

٢٠. المقنع ، موفق الدين ابن قدامة ، مطبوع مع الممتع لابن المنجى ، طبعة ثانية ، دار خضر ، بيروت ، ١٩٩٧ م

٢١. منار السبيل في شرح الدليل ، إبراهيم بن محمد بن سالم بن ضويان ، ت ١٣٥٣ هـ ، طبعة أولى ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٩٧ م

٢٢. منتهى الإرادات في جمع المقنع مع التنقيح وزيادات ، تقي الدين محمد بن أحمد بن النجار الفتوحي ، ت ٩٧٢ هـ ، بهامش شرح المنتهى للبهوتي ، طبعة أولى ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، ٢٠٠٠ م

٧,١,٥ – كتب المذهب الظاهري

المحلى بالأحاديث والآثار ، أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم ، ت ٤٤٦ هـ ، طبعة أولى ، دار الفكر ، بيروت ، أوفست عن طبعة مصرية حققها الشيخ أحمد محمد شاكر رحمه الله

ثانياً : مراجع الفقه الإباضي

شرح كتاب النيل وشفاء العليل ، محمد بن يوسف أطفيش ، طبعة أولى ، مكتبة الإرشاد ، جدة ، ١٩٨٨ م

ثالثاً : مراجع الفقه الشيعي

٧,٢,١ – كتب المذهب الزيدي

١. البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار ، أحمد بن يحيى بن المرتضى ، ت ٨٤٠ هـ ، طبعة أولى ، دار الحكمة اليمانية ، صنعاء ، ١٩٨٨ م ، أوفست عن طبعة مؤرخة ١٩٤٧ م

٢. السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار ، محمد بن على الشوكاني ، ت ١٢٥٠ هـ ، طبعة أولى ، دار ابن كثير ، دمشق ، ٢٠٠٠ م

٧,٢,٢– كتب المذهب الإمامي

١. الانتصار في المسائل الكبار ، علي بن الحسين الموسوي الشريف المرتضى البغدادي ، ت ٤٣٦ هـ ، طبعة أولى ، دار النشر الإسلامي ، قم ، إيران ، ١٩٩٤ م

٢. الخلاف ، أبو جعفر محمد بن الحسن الطوسي ، ت ٤٦٠ هـ ، طبعة خامسة ، دار النشر الإسلامي ، قم ، إيران ، ١٩٩٧ م

٣. شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام ، أبو القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن الحلي ، ت ٦٧٢ هـ ، طبعة ثانية ، مؤسسة المعارف الإسلامية ، قم ، إيران ، ١٩٩٩ م

٤. مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة ، محمد جواد الحسيني ، توفي حدود ١٢٢٦ هـ ،طبعة أولى ، دار التراث ، بيروت ، ١٩٩٨ م

٥. المقنعة ، أبو عبد الله محمد بن محمد النعمان العكبري البغدادي ، الملقب بالشيخ المفيد ، ت ٤١٣ هـ ، طبعة رابعة ، دار النشر الإسلامي ، قم ، إيران

٦. نهج الفقاهة ، محسن الطبطبائي الحكيم ، طبعة أولى ، دار الفقه ، طهران ، ٢٠٠٠ م

٨ – كتب الطبقات والتراجم

١. الأعلام ، خير الدين الزركلي ، طبعة خامسة عشرة ، دار العلم للملايين ، بيروت ، ٢٠٠٢ م

٢. البدر الطالع بمحاسن من بعد القرن السابع ، محمد بن علي الشوكاني ، ت ١٢٥٠ هـ ، طبعة أولى ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٩٨ م

٣. تاريخ عجائب الآثار في التراجم والأخبار ، عبد الرحمن بن حسن الجبرتي ، ت ١٢٣٧ هـ ، طبعة أولى ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٩٧ م

٤. تذكرة الحفاظ ، شمس الدين محمد بن أحمد بن عثمان الذهبي ، ت ٧٤٨ هـ ، طبعة أولى ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٩٨ م

٥. ترتيب المدارك وتقريب المسالك لمعرفة أعلام مذهب مالك ، عياض بن موسى اليحصبي المعروف بالقاضي عياض ، ت ٥٤٤ هـ ، طبعة أولى ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٩٨ م

٦. تهذيب التهذيب ، ابن حجر العسقلاني ، طبعة أولى ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، ٢٠٠١ م

٧. حسن المحاضرة في أخبار مصر والقاهرة ، جلال الدين السيوطي ، طبعة أولى ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٩٧ م

٨. خلاصة الأثر في أعيان القرن الحادي عشر ، المولى محمد المحبي ، دار صادر ، بيروت ، أوفست

٩. الدرر الكامنة في أعيان المائة الثامنة ، ابن حجر العسقلاني ، طبعة أولى ، دار الكتب العلمية ، ١٩٩٧ م

١٠. الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب ، إبراهيم ابن فرحون ، ت ٧٩٩ هـ ، طبعة أولى ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٩٦ م

١١. سير أعلام النبلاء ، الذهبي ، طبعة ثانية ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، ١٩٩٨ م

١٢. الشافعي ، محمد أبو زهرة ، طبعة ثالثة ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٩٦م

١٣. شجرة النور الزكية في طبقات المالكية ، محمد بن محمد مخلوف ، دار الفكر ، بيروت ، أوفست

١٤. شذرات الذهب في أخبار من ذهب ، أبو الفلاح عبد الحي ابن العماد الحنبلي ، ت ١٠٨٩ هـ ، دار الآفاق الجديدة ، بيروت
١٥. الضوء اللامع لأهل القرن التاسع ، شمس الدين محمد بن عبد الرحمن السخاوي ، طبعة أولى ، دار الجيل ، بيروت ، ١٩٩٢ م
١٦. طبقات الشافعية الكبرى ، تاج الدين أبو نصر عبد الوهاب بن علي بن عبد الكافي السبكي ، طبعة أولى ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٩٩ م
١٧. الطبقات الكبرى ، محمد بن سعد بن منيع الزهري ، ت ٢٣٠ هـ ، طبعة أولى ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، ١٩٩٦ م
١٨. فوات الوفيات ، محمد بن شاكر بن أحمد بن عبد الرحمن الكتبي ، ت ٧٦٤ هـ ، طبعة أولى ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ٢٠٠٠ م
١٩. الفوائد البهية في تراجم الحنفية ، محمد عبد الحي اللكنوي الهندي ، ت ١٣٠٤ هـ ، طبعة أولى ، دار الأرقم ، بيروت ، ١٩٩٨ م
٢٠. الكواكب السائرة بأعيان المائة العاشرة ، نجم الدين محمد بن محمد الغزي ، ت ١٠٦١ هـ ، طبعة أولى ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٩٧ م
٢١. لسان الميزان ، شهاب الدين أبو الفضل أحمد بن علي ابن حجر العسقلاني ، طبعة أولى ، دارالفكر ، بيروت ، ١٩٨٨ م
٢٢. معجم المؤلفين ، عمر رضا كحالة ، طبعة أولى ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، أوفست عن طبعة سورية مؤرخة ١٩٥٧م
٢٣. ميزان الاعتدال في نقد الرجال ، شمس الدين الذهبي ، طبعة أولى ، دار الفكر ، بيروت ، ١٩٩٩ م
٢٤. وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان ، أبو العباس شمس الدين أحمد بن محمد بن أبي بكر بن خلّكان ، ت ٦٨١ هـ ، طبعة أولى ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، ١٩٩٧ م

٩ – مراجع في فقه المعاملات

١. أبحاث فقهية في قضايا طبية معاصرة ، محمد نعيم ياسين ، طبعة أولى ، دار النفائس ، عمّان ، الأردن ، ١٩٩٦ م
٢. أحكام تغير قيمة العملة النقدية وأثرها في تسديد القرض (خ) ، مضر نزار العاني ، طبعة أولى ، دار النفائس ، عمّان ، الأردن ، ٢٠٠٠ م
٣. أحكام الجراحة الطبية والآثار المترتبة عليها (د) ، محمد بن محمد المختار بن أحمد مزيد الجكني الشنقيطي ، طبعة ثانية ، مكتبة الصحابة ، إمارة الشارقة ، ١٩٩٤ م
٤. أحكام المعاملات الشرعية ، علي الخفيف ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٩٦ م
٥. أحكام المعقود عليه في الشريعة الإسلامية (م) ، إبراهيم يحيى العطيف ، مكتبة جامعة الإمام محمد بن سعود بالرياض ، ١٩٨٦ م
٦. أسبوع الفقه الإسلامي ومهرجان الإمام ابن تيمية بدمشق ، من ١٦ إلى ٢١ شوال ١٣٨٠ هـ الموافق من ١ إلى ٦ إبريل سنة ١٩٦١ ، مجموعة من الباحثين ، طبعة أولى ، المجلس الأعلى لرعاية الفنون والآداب والعلوم الاجتماعية ، القاهرة ، ١٩٦١ م
٧. الاقتصاد الإسلامي والقضايا الفقهية المعاصرة ، علي أحمد السالوس ، طبعة أولى ، دار الثقافة ، مؤسسة الريان ، الدوحة ، قطر ، ١٩٩٨ م
٨. الالتزامات في الشرع الإسلامي ، أحمد إبراهيم بك إبراهيم ، دار الأنصار ، القاهرة ، ١٩٣٦
٩. الأموال ونظرية العقد في الفقه الإسلامي ، محمد يوسف موسى ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٩٦ م
١٠. الانتفاع بأجزاء الآدمي في الفقه الإسلامي (د) ، عصمت الله عنايت الله محمد ، طبعة أولى ، مكتبة براغ إسلام ، لاهور ، باكستان ، ١٩٩٣ م
١١. بحوث في قضايا فقهية معاصرة ، محمد تقي العثماني ، طبعة أولى ، دار القلم ، دمشق ، ١٩٩٨ م
١٢. البيوع الشائعة وأثر ضوابط المبيع على شرعيتها (د) ، محمد توفيق رمضان البوطي ، طبعة أولى ، دار الفكر ، دمشق ، ١٩٩٨ م
١٣. التأمين الإسلامي ، علي محيي الدين القره داغي ، طبعة ثانية ، دار البشائر الإسلامية ، ٢٠٠٥ م
١٤. التأمين وأحكامه (د) ، سليمان بن إبراهيم بن ثنيان الثنيان ، طبعة أولى ، دار العواصم المتحدة ، قبرص ، بيروت ، ١٩٩٣
١٥. التأمين وموقف الشريعة الإسلامية منه (م) ، محمد السيد الدسوقي ، طبعة أولى ، المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية ، القاهرة ، ١٩٦٧ م
١٦. التراضي في عقود المبادلات المالية (د) ، السيد نشأت إبراهيم الدريني ، طبعة أولى ، دار الشروق ، جدة
١٧. التصرف الإرادي والإرادة المنفردة ، بحث مقارن ، علي الخفيف ، طبعة أولى ، معهد الدراسات العربية العالية ، ١٩٦٤ م
١٨. التعامل التجاري في ميزان الشريعة الإسلامية ، يوسف قاسم ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٣ م
١٩. التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي ، دراسة مقارنة بالفقه الغربي (د) ، وحيد الدين سوار ، طبعة أولى ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمّان ، الأردن ، ١٩٩٨ م
٢٠. جواهر العقود ومعين القضاة والموقعين والشهود، شمس الدين محمد بن أحمد المنهاجي الأسيوطي من فقهاء القرن التاسع للهجرة ، طبعة أولى ، دار الكتب العلمية ، ١٩٩٦ م
٢١. الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده (د) ، فتحي الدريني ، طبعة أولى ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، ١٩٩٧ م
٢٢. حكم الانتفاع بالأعضاء البشرية والحيوانية (م) ، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي ، كمال الدين جمعة بكرو ، طبعة أولى ، دار الخير ، دمشق ، ٢٠٠١ م
٢٣. حكم التأمين في الشريعة الإسلامية ، عبد الناصر توفيق العطار ، طبعة أولى ، دار النهضة المصرية ، القاهرة ، ١٩٨٣ م
٢٤. حكم الشريعة الإسلامية في عقود التأمين ، حسين حامد حسان ، طبعة أولى ، دار الاعتصام ، القاهرة ، ١٩٧٩ م
٢٥. الحلال والحرام في الإسلام ، يوسف القرضاوي ، طبعة خامسة عشرة ، المكتب الإسلامي ، بيروت ، ١٩٩٤ م
٢٦. الحيازة في العقود في الفقه الإسلامي (د) ، نزيه حماد ، طبعة أولى ، دار البيان ، دمشق ، ١٩٧٨ م
٢٧. الخطر والتأمين ، هل التأمين التجاري جائز شرعاً ، رفيق يونس المصري ، طبعة أولى ، دار القلم ، دمشق ، ٢٠٠١ م

٢٨. صلاحية المبيع للانتفاع به في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي ، حسن صلاح الصغير ، طبعة أولى ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، إسكندرية ، ٢٠٠٤ م

٢٩. ضوابط العقد في الفقه الإسلامي ، عدنان خالد التركماني ، طبعة أولى ، دار الشروق ، جدة ، ١٩٨١ م

٣٠. ضوابط العقود ، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي وموازنة بالقانون الوضعي وفقهه (د) ، عبد الحميد محمود البعلي ، طبعة أولى ، مكتبة وهبة ، القاهرة ، ١٩٨٩ م

٣١. عقد الاستصناع أو عقد المقاولة في الفقه الإسلامي (د) ،كاسب عبد الكريم البدران ، طبعة ثانية ، ١٩٨٤ م

٣٢. عقد البيع ، مصطفى أحمد الزرقاء ، طبعة أولى ، دار القلم ، دمشق ، ١٩٩٩ م

٣٣. عقد التأمين ، محمد بلتاجي ، طبعة أولى ، مكتبة الشباب ، القاهرة ، ١٩٩٤ م

٣٤. عقد السلم في الشريعة الإسلامية ، نزيه حماد ، طبعة أولى ، دار القلم ، دمشق ، الدار الشامية ، بيروت ، ١٩٩٣ م

٣٥. عقد الصلح في الشريعة الإسلامية ، نزيه حماد ، طبعة أولى ، دار القلم ، دمشق ، الدار الشامية ، بيروت ، ١٩٩٦ م

٣٦. عقد القرض في الشريعة الإسلامية ، نزيه حماد ، طبعة أولى ، دار القلم ، دمشق ، الدار الشامية ، بيروت ، ١٩٩١ م

٣٧. العقود الشرعية الحاكمة للمعاملات المالية المعاصرة ، عيسى عبده ، طبعة أولى ، دار الاعتصام ، القاهرة ، ١٩٧٧ م

٣٨. العقود المسماة في قانون المعاملات المدنية الإماراتي والقانون المدني الأردني ، وهبة الزحيلي ، طبعة أولى ، دار الفكر ، دمشق ، ١٩٨٧ م

٣٩. الغرر وأثره في العقود في الفقه الإسلامي (د) ، دراسة مقارنة ، الصديق محمد الأمين الضرير ، طبعة ثانية ، دار الجيل ، بيروت ، الدار السودانية للكتاب ، الخرطوم ، ١٩٩٠ م

٤٠. فتاوى معاصرة ، يوسف القرضاوي ، طبعة أولى ، المكتب الإسلامي ، بيروت ، ٢٠٠٠ م

٤١. فقه المعاوضات ، أحمد الحجي ، طبعة خامسة ، جامعة دمشق ، ١٩٩٧ م

٤٢. قرارت وتوصيات المجمع الفقهي الإسلامي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي ، مطابع الحكمة طرابلس الغرب .

٤٣. قرارت المجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي بمكة المكرمة ، منشورات الرابطة سنة ٢٠٠٢ م

٤٤. قضايا فقهية معاصرة ، محمد سعيد رمضان البوطي ، طبعة سادسة ، دار الفارابي ، دمشق ، ٢٠٠١ م

٤٥. قضايا فقهية معاصرة في المال و الاقتصاد ، نزيه حماد ، طبعة أولى ، دار القلم ، دمشق ، ٢٠٠١ م

٤٦. القواعد والضوابط الفقهية لأحكام المبيع في الشريعة الإسلامية (د) ، عبد الحميد عبد الله دية ، طبعة أولى ، دار النفائس ، عمّان ، الأردن ، ٢٠٠٥ م

٤٧. الكفالة في ضوء الشريعة الإسلامية ، علي أحمد السالوس ، طبعة أولى ، مكتبة الفلاح ، الكويت ، ١٩٨٦ م

٤٨. الكفالة والحوالة في الفقه المقارن ، عبد الكريم زيدان ، طبعة أولى ، المكتب الإسلامي ، بيروت ، مكتبة القدس ، بغداد ، ١٩٧٥ م

٤٩. مبدأ الرضا في الفقه الإسلامي (د) ، علي محيي الدين علي القره داغي ، طبعة ثانية ، دار البشائر الإسلامية ، بيروت ، ٢٠٠٢ م

٥٠. المدخل للفقه الإسلامي ، عبد الله عبد العزيز الدرعان ، طبعة أولى ، مكتبة التوبة ، الرياض ، ١٩٩٣ م

٥١. المدخل للفقه الإسلامي ، تاريخه ومصادره ونظرياته العامة ، محمد سلام مدكور ، طبعة أولى ، دار الكتاب الحديث ، الكويت

٥٢. المدخل الفقهي العام ، مصطفى أحمد الزرقاء ، طبعة أولى ، دار القلم ، دمشق ، ١٩٩٨ م

٥٣. المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي وقواعد الملكية والعقود فيه ، محمد مصطفى شلبي ، طبعة أولى ، دار النهضة العربية ، بيروت ، ١٩٨٥ م

٥٤. مصادر الحق في الفقه الإسلامي ، عبد الرزاق السنهوري ، طبعة أولى ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، ١٩٩٧ م

٥٥. الملكية ونظرية العقد في الشريع الإسلامية ، أحمد فراج حسين ، الدار الجامعية ، بيروت

٥٦. الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية ، محمد أبو زهرة ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٩٦ م

٥٧. المعاملات الشرعية المالية ، أحمد إبراهيم بك إبراهيم ، طبعة أولى ، دار الأنصار ، القاهرة ، ١٩٣٦ م

٥٨. المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي ، محمد عثمان شبير ، طبعة ثانية ، دار النفائس ، عمّان ، الأردن ، ١٩٩٨ م

٥٩. المنتقى من روائع فتاوى المنار ، محمد رشيد رضا ، جمع واختيار عز الدين بليق ، طبعة أولى ، دار الفتح ، بيروت ، ١٩٩٨ م

٦٠. الموقف الفقهي والأخلاقي من قضية زرع الأعضاء ، محمد علي البار ، طبعة أولى ، دار القلم ، دمشق ، الدار الشامية بيروت ، ١٩٩٤ م

٦١. نظام التأمين ، حقيقته والرأي الشرعي فيه ، مصطفى أحمد الزرقاء ، طبعة رابعة ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، ١٩٩٤

٦٢. النظريات العامة في الفقه الإسلامي ، أنور محمود دبور ، طبعة أولى ، دار الثقافة العربية ، القاهرة ، ١٩٨٧ م

٦٣. النظريات الفقهية ، فتحي الدريني ، طبعة ثالثة ، جامعة دمشق ، ١٩٩٣ م\

٦٤. نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي (د) ، فتحي الدريني ، طبعة رابعة ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، ١٩٨٨ م

٦٥. نظرية الشرط في الفقه الإسلامي (د) ، حسن علي الشاذلي ، دار الكتاب الجامعي ، القاهرة

٦٦. النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الإسلامية (د) ، شفيق توفيق شحاتة ،كلية الحقوق ، جامعة فؤاد الأول (جامعة القاهرة حالياً) ، ١٩٣٦ م

٦٧. النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية ، صبحي محمصاني ، طبعة ثالثة ، دار العلم للملايين ، بيروت ، ١٩٨٣ م

٦٨. نظرية العقد ، تقي الدين أبو العباس ابن تيمية ، طبعة أولى ، دار المعرفة ، بيروت ، أوفست عن طبعة مصرية

١٠ – مراجع في القانون وفقهه

أولاً : القوانين والمذكرات الإيضاحية

١. قانون الأحوال الشخصية الإماراتي رقم ٢٨ لسنة ٢٠٠٥ م الصادر في ١٩ نوفمبر سنة ٢٠٠٥ م ، الجريدة الرسمية العدد ٤٣٩ السنة ٣٥
٢. قانون الالتزامات والعقود المغربي ، المغرب ، ٢٠٠١ م
٣. قانون التجارة الكويتي رقم ٢ لسنة ١٩٦١ الصادر في ٣ / ١ / ١٩٦١ ، منشور في الموسوعة المقارنة للقوانين والتشريعات والأنظمة لدول الكويت والبحرين والسعودية وقطر والإمارات ، ص ٤٦ وما بعدها ، إعداد أحمد سعيد عبد الخالق ، محمود حامد النقيب ، الكويت
٤. القانون المدني السوري وتعديلاته الصادر في ١٨ / ٥ / ١٩٤٩ م ، وليد عدي ، ١٩٩٩ م
٥. القانون المدني العراقي رقم ٤٠ / ١٩٥١ ، الموسوعة القانونية العراقية ، ج ١ ص ١٠٥ وما بعدها طبعة أولى ، الدار العربية للموسوعات ، بيروت ، مطلع الثمانينيات
٦. القانون المدني المصري حسب آخر التعديلات الصدر في ٣١ يوليو ١٩٤٨ م ، أسامة أحمد شتات ، دار الكتب القانونية ، المحلة الكبرى
٧. قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم ٥ / ١٩٨٥ م والمعدل بالقانون رقم ١ / ١٩٨٧ م ، وزارة العدل في دولة الإمارات العربية المتحدة
٨. القانون المدني المدني (المعاملات الشرعية) اليمني ، رقم ١٠ ورقم ١١ لسنة ١٩٧٩ م ، الجريدة الرسمية اليمنية ، تاريخ ٣٠ / ٤ / ١٩٧٩ م
٩. قانون الموجبات والعقود اللبناني ، دار المنشورات الحقوقية ، صادر ، بيروت ، ٢٠٠٢
١٠. مجموعة الأعمال التحضيرية والمذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني المصري ، القاهرة ، ١٩٤٧ م
١١. مدونة جستنيان ، نقله للعربية الأستاذ عبد العزيز فهمي ، عالم الكتب ، بيروت
١٢. المذكرة الإيضاحية لقانون المعاملات المدنية الإماراتي ، وزارة العدل ، أبوظبي ، ١٩٨٥
١٣. وثيقة الكويت للنظام القانوني الموحد لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية ، الأمانة العامة للمجلس ، الرياض ، ١٩٩٨ م

ثانياً : شروح القانون

١. الاتجاهات العامة في قانون المعاملات المدنية الإماراتي ، وحيد الدين سوار ، طبعة أولى ، دار المتنبي ، ١٩٨٨ م
٢. الأجل في الالتزام (د) ، عبد الناصر توفيق العطار ، دار التأليف ، القاهرة ، ١٩٦٥ م
٣. أساس الالتزام التعاقدي النظرية والتطبيقات (د) ، عبد الرحمن عياد ، طبعة أولى ، مؤسسة الثقافة الجامعية ، إسكندرية ، ١٩٧١ م
٤. أصول الالتزامات ، حلمي بهجت بدوي ، مطبعة نوري ، القاهرة ، ١٩٤٣ م
٥. أعضاء جسم الإنسان ضمن التعامل القانوني (د) ، أحمد عبد الدائم ، طبعة أولى ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ١٩٩٩ م
٦. التصرف غير المشروع بالأعضاء البشرية دراسة مقارنة (د) ، حسني عودة زعال ، طبعة أولى ، الدار العلمية الدولية ، دار الثقافة ، عمّان ، ٢٠٠١ م
٧. التصرف القانوني في الأعضاء البشرية ، منذر الفضل ، طبعة أولى ، دار الثقافة ، عمّان ، ٢٠٠٢ م
٨. التصرف القانوني المجرد (د) ، محمود أبو عافية ، جامعة فواد الأول (جامعة القاهرة حالياً)
٩. التعامل في التركات المستقبلة دراسة مقارنة ، جلال محمد إبراهيم ، طبعة أولى ، جامعة الكويت ، ١٩٩٥ م
١٠. التعبير عن الإرادة في القانون المدني المصري (د) ، وليم سليمان قلادة ، طبعة أولى ، المطبعة التجارية ، القاهرة ، ١٩٥٥ م
١١. شرح العقود المدنية ، البيع والمقايضة ، جميل الشرقاوي ، دار النهضة المصرية ، القاهرة ، ١٩٨٠ م
١٢. شرح القانون المدني في الالتزامات ، سليمان مرقس ، المطبعة العالمية ، القاهرة ، ١٩٦٤ م
١٣. الشرط كوصف للتراضي في القانون المدني المقارن والشريعة الإسلامية (د) ، محمد شتا أبو سعد ، عالم الكتب ، القاهرة ، ١٩٨٠ م
١٤. العناصر المكونة للعقد كمصدر للالتزام في القانونين المصري والانجليزي (د) ، فتحي عبد الرحيم عبد الله ، جامعة المنصورة ، ١٩٧٩ م
١٥. في الالتزامات ، النظرية العامة ، عبد السلام ذهني بك ، ١٩٣٤م
١٦. في الأموال ، المنقولات والعقارات ، الملكية على اختلاف أنواعها ، المؤلف السابق ، طبعة أولى ، مطبعة الاعتماد ، القاهرة ، ١٩٢٦ م
١٧. في النظرية العامة للالتزام ، الجزء الأول مصادر الالتزام ، العقد والإرادة المنفردة والفعل الضار ، إسماعيل غانم ، مكتبة وهبة ، القاهرة ، ١٩٦٤ م
١٨. مباديء القانون ، عبد الناصر توفيق العطار ، مطبعة السعادة ، القاهرة ، ١٩٧١ م
١٩. المبسوط في شرح القانون المدني الأردني ، مصادر الحقوق الشخصية ، ياسين محمد الجبوري ، طبعة أولى ، دار وائل ، عمّان ، ٢٠٠٢ م
٢٠. مذكرات في المدخل للعلوم القانونية ، نظرية الحق ، منصور مصطفى منصور ، مكتبة وهبة ، ١٩٦١ – ١٩٦٢
٢١. مشروعية محل الالتزام بين الشريعة والقانون ، طه محمد إبراهيم سيد أحمد ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٧ م
٢٢. مشروعية المحل في التشريعات العربية دراسة مقارنة ، محمد حسن عبد الرحمن ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٧ م
٢٣. المصادر الإرادية ، محسن عبد الحميد إبراهيم البيه ، مكتبة الجلاء الجديدة ، المنصورة
٢٤. مصادر الالتزام ، جميل الشرقاوي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٥ م
٢٥. مصادر الالتزام ، عبد المنعم فرج الصدة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٢ م
٢٦. مصادر الالتزام ، وحيد الدين سوار ، جامعة دمشق ، ١٩٩٢ — ١٩٩٣ م
٢٧. مصادر الالتزام الإرادية في قانون المعاملات المدنية الإماراتي ، عبد الناصر توفيق العطار ، طبعة ثانية ، جامعة الإمارات العربية المتحدة ، ٢٠٠٠ م
٢٨. مصادر الالتزام ، المصادر الإرادية ، حسام الدين كامل الأهواني ، ١٩٩١ — ١٩٩٢ م

٢٩. مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني ، أنور سلطان ، طبعة أولى ، الجامعة الأردنية ، ١٩٨٧ م
٣٠. مصادر الالتزام في القانونين المدنيين المصري واليمني ، الكتاب الأول العقد والإرادة المنفردة ، أحمد محمود سعد ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٠ م
٣١. مفهوم المحل والسبب في العقد دراسة مقارنة (د) ، محمد يحيى عبد الرحمن المحاسة ، كلية حقوق جامعة القاهرة ، ١٩٨٤ م
٣٢. موجز أصول الالتزامات ، سليمان مرقس ، لجنة البيان العربي ، القاهرة ، ١٩٦١
٣٣. نظرية الالتزامات في القانون الروماني ، شفيق شحاتة ، القاهرة ، ١٩٥٦ م
٣٤. نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني المصري (د) ، جميل الشرقاوي ، طبعة أولى ، مطبعة جامعة القاهرة ، ١٩٥٦ م
٣٥. النظرية العامة للموجبات والعقود (في القانون اللبناني) ، جورج سيوفي ، طبعة ثانية ، مكتبة الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ١٩٩٤ م
٣٦. نظرية العقد ، عبد الرزاق السنهوري ، طبعة أولى ، دار الفكر ، بيروت ، أوفست عن طبعة دار الكتب المصرية ، القاهرة ، ١٩٣٤ م
٣٧. نظرية العقد في قانون المعاملات المدنية الإماراتي ، عمر السيد أحمد عبد الله ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٥ م
٣٨. نظرية العقد في قوانين البلاد العربية ، عبد المنعم فرج الصدة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٧٤ م
٣٩. نظرية العقد والإرادة المنفردة ، عبد الفتاح عبد الباقي ، طبعة أولى ، نهضة مصر ، القاهرة ، ١٩٨٤ م
٤٠. نظرية العقد ، مقارنة بين القوانين العربية واللشريعة الإسلامية ، محيي الدين إسماعيل علم الدين ، طبعة ثالثة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٤ م
٤١. الوافي في شرح القانون المدني ، المدخل للعلوم القانونية ، شرح الباب التمهيدي للقانون المدني ، سليمان مرقس ، طبعة سادسة ، دار الكتب القانونية ، القاهرة ، ١٩٩٨ م
٤٢. الوجيز في النظرية العامة للالتزامات ، الكتاب الأول مصادر الالتزام ، الجزء الأول العقد والإرادة ، فتحي عبد الرحيم عبد الله ، طبعة ثانية ، مكتبة الجلاء الجديدة ، المنصورة
٤٣. الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني المصري ، الجزء الأول في مصادر الالتزام ، محمود جمال الدين زكي ، لجنة التأليف والترجمة والنشر ، القاهرة ، ١٩٦٨ م
٤٤. الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، عبد الرزاق السنهوري ، طبعة أولى ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ١٩٩٨ م

ثالثاً : مجموعات الأحكام القضائية

١. مجلة العدالة ، وزارة العدل بدولة الإمارات العربية المتحدة ، أبوظبي ، أعداد مختلفة
٢. مجلة القضاء والتشريع ، دائرة العدل ، دبي ، أعداد مختلفة
٣. مجموعة أحكام الدوائر المدنية ودائرة الأحوال الشخصية بالمحكمة الاتحادية العليا ، طبعة جامعة الإمارات العربية المتحدة بالتنسيق مع وزارة العدل ، أعداد مختلفة
٤. مجموعة الأحكام والمباديء القانونية الصادرة في المواد المدنية والتجارية والعمالية والأحوال الشخصية والجزائية الصادرة عن محكمة تمييز دبي ، أعداد مختلفة

١١ – البحوث الشرعية والقانونية

١. أثر التضخم والكساد في الحقوق والالتزامات الآجلة ، علي محيي الدين علي القرة داغي ، مجلة المجمع الفقهي ، العدد التاسع ، ج ٢ ، الدورة التاسعة ، ١٩٩٦ م
٢. أثر تغير قيمة النقود في الحقوق والالتزامات ، علي السالوس ، مجلة المجمع الفقهي ، العدد الخامس ، ج٣ ، الدورة الخامسة ، ١٩٨٨ م
٣. انتفاع الإنسان بأعضاء جسم آخر حياً أو ميتاً ، حسن الشاذلي ، مجلة المجمع الفقهي ، العدد الرابع ، الدورة الرابعة ، ١٩٨٩ م
٤. انخفاض قيمة العملة الورقية بسبب التضخم وأثره بالنسبة للديون السابقة ، محمد عبد اللطيف الفرفور ، مجلة المجمع الفقهي ، العدد التاسع ، ج ٣ ، الدورة التاسعة ، ١٩٩٦ م
٥. انخفاض قيمة العملة الورقية بسبب التضخم وأثره بالنسبة للديون السابقة وفي أي حد يعتبر الانخفاض ملحقاً بالكساد ؟ ، مصطفى أحمد الزرقاء ، مجلة المجمع الفقهي ، نفس العدد السابق
٦. بيع الأعضاء الآدمية ، محمد نعيم ياسين ، مجلة الحقوق الكويتية ، السنة الحادية عشرة ، ١٩٨٧
٧. التأمين وإعادة التأمين ، رجب التميمي ، العدد الثاني من مجلة المجمع الفقهي الإسلامي ، ج٢ ، ١٩٨٦ م الدورة الثانية ، ديسمبر ١٩٨٥ م
٨. التأمين وإعادة التأمين ، محمد علي التسخيري ، نفس العدد السابق من مجلة الفقه الإسلامي
٩. التأمين وإعادة التأمين ، مصطفى أحمد الزرقاء ، نفس العدد
١٠. التأمين وإعادة التأمين ، وهبة الزحيلي ، نفس العدد
١١. التأمين وحكمه على هدي الشريعة الإسلامية ، علي الخفيف ، بحث مقدم لمجمع البحوث بالأزهر الشريف ، ١٣٨٥ هـ ، ١٩٦٥ ، نشر في أعمال المؤتمر العالمي الأول للاقتصاد الإسلامي بمكة المكرمة ، ١٣٩٦ هـ ، ١٩٧٦ م
١٢. تغير قيمة العملة في الفقه الإسلامي ، عجيل جاسم النشمي ، مجلة المجمع الفقهي ، العدد ٥ ج ٣ ، الدورة الخامسة ، ١٩٨٨ م
١٣. الحقوق المعنوية ، بيع الاسم التجاري ، عجيل جاسم النشمي، مجلة المجمع الفقهي ، العدد الخامس ، ج ٣ ، الدورة الخامسة ، ١٩٨٨ م

١٤. حكم التبرع بالأعضاء في ضوء القواعد الشرعية والمعطيات الطبية ، محمد نعيم ياسين ، مجلة الحقوق الكويتية ، السنة الثانية عشرة ، عدد ٣ سبتمبر ١٩٨٨م
١٥. حكم ربط الحقوق والالتزامات بمستوى الأسعار ، الشيخ عبد الله بن سليمان بن منيع ، مجلة المجمع الفقهي ، العدد التاسع ج ٢ ، الدورة التاسعة ، ١٩٩٦ م
١٦. عقد الاستصناع ومدى أهميته في الاستثمارات الإسلامية المعاصرة ، مصطفى أحمد الزرقاء ، مجلة المجمع الفقهي ، العدد السابع ، ج ٢ ، ، الدورة السابعة ، ١٩٩٢ م
١٧. عقد الاستصناع ، علي القرة داغي ، نفس العدد السابق
١٨. عقود التأمين في الفقه الإسلامي ، دراسة مقارنة بالفقه الغربي ، محمد عبد اللطيف صالح الفرفور ، العدد الثاني من مجلة الفقه الإسلامي
١٩. عقود التأمين ما حكمها في الفقه الإسلامي ، محمد سلام مدكور ، مجلة العربي ، الكويت ، العدد ١٩٥ ، فبراير ١٩٧٥ م
٢٠. مفهوم كساد النقود الورقية وأثره في تعيين الحقوق والالتزامات الآجلة ، محمد مختار السلامي ، مجلة المجمع الفقهي ، العدد التاسع ، ج ٣ ، الدورة التاسعة ، ١٩٩٦ م
٢١. المنافع ، علي الخفيف ، مجلة القانون والاقتصاد ، القاهرة ، السنة العشرون ، العددان ٣ و٤ ، سبتمبر وديسمبر ، ١٩٥٠
٢٢. نقل الأعضاء البشرية ، جاسم علي سالم الشامسي ، مجلة الحقوق ، جامعة الإسكندرية ، مودع ضمن مجموعة أبحاث جمعها الدكتور حسن الحمادي وأهداها لمكتبة القضاء الشرعي بأبوظبي
٢٣. النقود وتقلب قيمة العملة ، محمد سليمان الأشقر ، مجلة المجمع الفقهي ، العدد الخامس ، ج ٣ ، الدورة الخامسة ، ١٩٨٨ م

١٢ – المراجع الأجنبية (Foreign References)

1. TRAI TE DE DROIT CIVIL LA FORMATION DU CONTRAT JAC QUES GHESTIN
ترجمة الأستاذ منصور القاضي بعنوان " المطول في القانون المدني " ، جاك غستان، طبعة أولى، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، ٢٠٠٠ م
2. INTRODUCTION TO ENGLISH LAW PHILIPS & JAMES ELEVENTH EDITION BUTTERWORTHS LONDON، 1985
3. LAW OF CONTRACT RAUL RICHARDS FIFTH EDITION LONGMAN LONDON، 2002.
4. BUSINESS LAW DENIS KEENAN AND SARAH RICHES SECOND EDITION PITMAN LONDON، 1990.
5. FRENCH LAW OF CONTRACT BARRY NICHO LAS BUTTERWORTHS LONDON، 1982.
6. DROIT CIVIL LES OBLIGATIONS ALAIN BENABENT MONTCHRESTIEN.
ترجمة الأستاذ منصور القاضي بعنوان القانون المدني الموجبات أو الالتزامات، آلان بينابنت، طبعة أولى، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، ٢٠٠٤ م

فهرس الموضوعات

الفقرة	الموضوع	رقم الصفحة
	المحتويات	**٥**
	إهداء	**٧**
	مقدمة	**٩**
	فصل تمهيدي في مفهوم محل التصرف وتحديده	
١	تمهيد	١٤
	المبحث الأول – تحديد محل التصرف في الفقه الوضعي	
	الفرع الأول – تحديد مفهوم التصرف	
٢	التمييز بين التصرفات والوقائع القانونية	١٤
٣	التصرف والالتزام	١٥
٤	محل الالتزام	١٦
٥	خلط جانب من الفقه الوضعي بين الالتزام كأثر وبين التعهد	١٦
٦	أنواع التصرف	١٧
٧	عرض اتجاهين في طبيعة العقد	١٨
	الفرع الثاني – تحديد محل التصرف	
٨	تمهيد	١٨
	المطلب الأول – الرأي السائد	
٩	مدى وجود محل للتصرف	١٨
١٠	أسانيد الرأي السائد في الاعتداد بمحل الالتزام دون محل العقد	١٩
١١	تحديد بعض المفاهيم	٢٠
	المطلب الثاني – رأي أنصار الإرادة المنفردة	
١٢	مدى وجود محل للتصرف	٢٢
١٣	تحديد بعض المفاهيم	٢٣
	المبحث الثاني : تحديد محل التصرف في الفقه الإسلامي	
	الفرع الأول – تحديد مفهوم التصرف	
١٤	**تعريف التصرف**	**٢٥**
١٥	أنواع التصرف	٢٦
	الفرع الثاني – تحديد محل التصرف	
١٦	مفهوم المحل	٢٧
١٧	مفهوم المحل في الفقه الحنفي	٢٨
١٨	تمييز محل التصرف عن غيره	٢٩
	المبحث الثالث : تحديد محل التصرف في قانون المعاملات المدنية الإماراتي	
	الفرع الأول – تحديد مفهوم التصرف	
١٩	استعمال القانون الإماراتي للتصرف فيما صدر عن الشخص من الأقوال فقط	٣٦
	الفرع الثاني – تحديد محل التصرف	
٢٠	محل التصرف هو ما يظهر فيه أثره وحكمه	٣٧
٢١	نطاق الدراسة	٣٩
	الباب الأول الشروط العامة لمحل التصرف	
٢٢	تمهيد	٤٣

الفقرة	الموضوع	رقم الصفحة
	الفصل الأول – المالية والتقوم	
	المبحث الأول – شرط المالية	
	الفرع الأول – مفهوم المال وضابطه في الفقه الوضعي والفقه الإسلامي	
	المطلب الأول – مفهوم المال وضابطه في الفقه الوضعي	
٢٣	تعريفات مختلفة للمال	٤٤
٢٤	انتقاد المقرر في الفقه الوضعي	٤٦
	المطلب الثاني – مفهوم المال وضابطه في الفقه الإسلامي	
٢٥	اتجاهان في تحديد مفهوم المال	٤٨
٢٦	الترجيح من الخلاف السائد	٤٩
٢٧	تطبيق الفقه الإسلامي المعاصر لمفهوم المال على الحقوق المعنوية	٥٠
٢٨	أولاً : فيما يتعلق بحق التأليف	٥١
٢٩	ثانياً : فيما يتعلق بالاسم التجاري وما إليه	٥١
٣٠	حجج المخالفين	٥٢
٣١	تفنيد الحجج السابقة	٥٣
	الفرع الثاني شرط المالية في قانون المعاملات المدنية وتطبيقاته	
٣٢	مفهوم المال وضابطه	٥٤
٣٣	تطبيق شرط المالية على الحقوق المعنوية	٥٥
٣٤	الحقوق المعنوية في القوانين الخاصة	٥٦
	المبحث الثاني – شرط التقوم	
٣٥	**تمهيد**	**٥٧**
	الفرع الأول – شرط التقوم في الفقه الوضعي والفقه الإسلامي	
	المطلب الأول – شرط التقوم في الفقه الوضعي	
٣٦	الدخول في دائرة التعامل	٥٧
	المطلب الثاني – شرط التقوم في الفقه الإسلامي	
٣٧	مفهوم التقوم وضابطه	٥٩
٣٨	معرفة الأحوال التي يكون فيها المال متقوماً والتي لا يكون فيها كذلك	٦١
٣٩	ضابط آخر : الطهارة	٦٣
٤٠	أسباب استبعاد ضابط الطهارة	٦٣
	الفرع الثاني – شرط التقوم في قانون المعاملات المدنية الإماراتي	
	المطلب الأول – مفهوم شرط التقوم وضابطه في القانون الإماراتي	
٤١	التقوّم بمعنى جواز الانتفاع الشرعي – عدم الأخذ بضابط الطهارة	٦٧
٤٢	الأحوال التي يكون فيها المال متقوماً والتي لا يكون فيها كذلك	٦٩
	المطلب الثالث – تطبيق فكرة التقوّم الواردة قانوناً على بعض الأشياء	
٤٣	أولاً : أجزاء الميتة أبرز الصور المختلف فيها	٧٠
٤٤	ثانياً : الدم	٧٦
٤٥	بيع الدم للأغراض الطبية .	٧٦
٤٦	رأينا	٧٩
٤٧	ثالثاً : شعر الخنزير وجلده إذا دبغ	٨١
٤٨	الترجيح من الخلاف الفقهي في هذه المسألة	٨٣
٤٩	رابعاً : الكلب المأذون في اتخاذه	٨٣
٥٠	الترجيح في ذلك	٨٥
٥١	خامساً : السماد	٨٧
٥٢	الترجيح من الخلاف	٨٩
٥٣	سادساً : المتجنس	٨٩

الفقرة	الموضوع	رقم الصفحة
٥٤	الترجيح	٩١
٥٥	موقف قانون المعاملات المدنية الإماراتي مما تقدم	٩١
٥٦	مدى التزام القاضي الإماراتي بالمذهب المالكي عند انعدام النصوص القانونية	٩٣
	الفصل الثاني – شرط الإمكان	
٥٧	تمهيد	**٩٥**
	المبحث الأول – الاستحالة الذاتية في الفقه الوضعي .	
	المطلب الأول – مفهوم الاستحالة الذاتية ومعيارها في الفقه الوضعي	
٥٨	قيامها في حق الكافة	٩٥
٥٩	مفهوم آخر للأستحالة المطلقة	٩٦
٦٠	تقدير قيام الاستحالة مرهون بوقت إصدار التصرف	٩٦
	المطلب الثاني – أنواع الاستحالة الذاتية	
٦١	استحالة طبيعية واستحالة قانونية	٩٧
٦٢	رأي آخر	٩٨
٦٣	صلة الوجود بشرط الأمكان	٩٩
	المبحث الثاني : الاستحالة الذاتية في الفقه الإسلامي	
	الفرع الأول – مدلولات الإمكان في الفقه الإسلامي .	
٦٤	المدلول الأول – الاحتمال	١٠٢
٦٥	المدلول الثاني – الجواز الشرعي	١٠٢
٦٦	المدلول الثالث – القدرة على الأداء	١٠٤
	الفرع الثاني – شرط القدرة على التسليم المعقود عليه في الفقه الإسلامي	
٦٧	مفهوم القدرة على التسليم ومقارنتها بما يقرره الفقه الوضعي	١٠٦
٦٨	رأي يطابق ما بين القدرة على التسليم في الفقه الإسلامي والإمكان في الفقه الوضعي	١٠٦
٦٩	تفنيد هذا الرأي	١٠٧
٧٠	نطاق شرط القدرة على التسليم	١٠٩
٧١	محدودية شرط القدرة على التسليم	١١٠
٧٢	استلزام كون القدرة على التسليم في وقت التعاقد	١١٣
٧٣	طبيعة هذا الشرط وصلته بشرط الوجود	١١٣
٧٤	الخلاصة	١١٤
	المبحث الثالث – الاستحالة الذاتية في قانون المعاملات المدنية الإماراتي	
٧٥	اقتصار النص القانوني على الإمكان الذاتي المقابل للاستحالة المطلقة – ترجيح اشتراط القدرة على التسليم مع ذلك	١١٥
	الفصل الثالث – ألاّ يكون المحل تركه مستقبلة	
٧٦	تمهيد	١١٨
	المبحث الأول – التعامل في تركه مستقبله في الفقه الوضعي	
	الفرع الأول – مفهوم التعامل في تركة مستقبلة	
٧٧	شرطان لهذا المفهوم	١١٨
٧٨	معيار الصفة الميراثية	١١٩
٧٩	معيار الحق الاحتمالي	١٢٠
٨٠	تمييز التعامل المحظور عن غيره	١٢٠
٨١	تطبيقات	١٢٣
٨٢	انتقاد فكرة الحق الاحتمالي	١٢٤
٨٣	رأينا في الموضوع	١٢٥
	الفرع الثاني : أساس الحظر	
٨٤	اختلاف الفقه الوضعي في تحديده	١٢٦

الفقرة	الموضوع	رقم الصفحة
٨٥	هل ثمة فائدة لمعرفة أساس الحظر ؟	١٢٨
	المبحث الثاني : التعامل في تركة مستقبلة في الفقه الإسلامي	
	الفرع الأول – مفهوم التعامل في تركة مستقبلة	
	المطلب الأول – تصرفات المورث	
٨٦	الطائفة الأولى – الوصايا وما في حكمها	١٣٠
٨٧	الطائفة الثانية – التصرفات التي ليس فيها معنى الوصية	١٣٦
	المطلب الثاني – تصرفات الوارث المحتمل في تركة المورث	
٨٨	تحرير محل الخلاف	١٤٠
٨٩	في المذهب المالكي	١٤٠
٩٠	في المذاهب الأخرى	١٤٢
٩١	الخلاصة	١٤٣
	الفرع الثاني – أساس الحظر	
٩٢	اعتبارات النظام العام هي أساس الحظر	١٤٤
	المبحث الثالث : التعامل في تركة مستقبلة في قانون المعاملات المدنية الاماراتي	
	الفرع الأول – المصدر التاريخي	
٩٣	نقاط التشابه بين الفقهين	١٤٧
	الفرع الثاني – نطاق الحظر	
٩٤	شمول الحظر لكافة التصرفات	١٤٩
	الفرع الثالث – الاستثناءات على حظر التعامل في تركة مستقبلة	
٩٥	عموم النص	١٥١
٩٦	استعراض الاستثناءات في قانون المعاملات المدنية مقارنة بالقوانين المشابهة	١٥١
	الفصل الرابع شرط القابلية لحكم التصرف	
٩٧	تمهيد في مفهوم الشرط	١٥٧
	المبحث الأول – عدم القابلية لحكم التصرف في الفقه الوضعي والفقه الإسلامي	
	الفرع الأول – أحوال عدم القابلية لحكم التصرف في الفقه الوضعي	
٩٨	تمهيد	١٥٨
	المطلب الأول – الأشياء التي لا تقبل التعامل بطبيعتها	
٩٩	الأشياء الطبيعية والإنسان	١٥٩
١٠٠	مدى جواز التعامل في الأعضاء البشرية	١٦٠
	المطلب الثاني – الأشياء التي لا تقبل التعامل لعدم مشروعيتها	
١٠١	أمثلة	١٦٢
١٠٢	أسباب النص القانوني	١٦٢
١٠٣	اعتبارات النظام العام والأداب هي علة عدم المشروعية	١٦٢
١٠٤	تعريف النظام العام	١٦٣
١٠٥	تعريف الآداب العامة	١٦٤
	الفرع الثاني – أحوال عدم القابلية لحكم التصرف في الفقه الإسلامي	
١٠٦	تمهيد	١٦٥
	المطلب الأول – النهي الشرعي	
١٠٧	اختلاف طرق النهي	١٦٥
١٠٨	بعض الأمثلة على هذا القسم	١٦٦
١٠٩	هل يجوز التعويض عن علاقة محرمة شرعاً ؟	١٦٦
١١٠	حقوق الله تعالى	١٦٨
١١١	بعض الأمثلة على هذا القسم	١٦٨
	المطلب الثاني – ما لا يقبل التعامل لعدم أولوية الاستئثار به	

الفقرة	الموضوع	رقم الصفحة
١١٢	تعريفه	١٧١
١١٣	المال المباح	١٧١
	المطلب الثالث – ما لا يقبل التعامل بسبب من طبيعته	
١١٤	أشعة الشمس والهواء والإنسان	١٧٢
١١٥	التصرفات المتعلقة بنقل الأعضاء الآدمية	١٧٣
١١٦	شبهتان وردّهما	١٧٤
	المطلب الثالث – الاشياء التي لا تقبل التعامل لمنافاتها للغرض المخصص لها	
١١٧	أمثلة	١٧٧
	الفرع الثالث – مقارنة بين الفقهين الوضعي والإسلامي في أحوال عدم القابلية لحكم التصرف	
١١٨	اتفاق من حيث المبدأ مع اختلاف في المصطلحات وبعض التفاصيل	١٧٨
	المبحث الثاني – أحوال عدم القابلية لحكم التصرف وأهم تطبيقاتها في قانون المعاملات المدنية الإماراتي	
١١٩	تمهيد	١٨١
	الفرع الأول : ما يرجع إلى مخالفة الغرض	
١٢٠	أمثلة	١٨٢
	الفرع الثاني : ما يرجع إلى عدم أولوية الاستئثار بالشي	
١٢١	إحالة	١٨٢
	الفرع الثالث – ما يرجع إلى نهي الشارع	
	المطلب الأول – الإنسان	
١٢٢	عدم قابليته للتعامل	١٨٣
	المطلب الثاني – النهي الشرعي أو القانوني	
١٢٣	أمثلة	١٨٤
	المطلب الثالث – ما يخالف النظام العام والآداب العامة	
	القسم الأول – النظام العام	
١٢٤	مفهوم النظام العام مدى قابليته للتطور	١٨٥
١٢٥	أهم تطبيقاته أولاً : الأحوال الشخصية	١٨٧
١٢٦	حرية التعاقد على تعديل أو إسقاط حقوق الأحوال الشخصية في ظل الأوضاع السابقة على القانون الجديد المنظم لها	١٨٧
١٢٧	ثانياً الأحكام المتعلقة بنظم الحكم	١٩٠
١٢٨	ثالثاً : الأحكام المتعلقة بقواعد الملكية الفردية وحرية التجارة وتداول الثروات	١٩٣
١٢٩	رابعاً : النظم المتعلقة بحماية العامل	١٩٥
١٣٠	خامساً : الأوامر السامية الصادرة من صاحب السمو رئيس الدولة أو من صاحب السمو حاكم الإمارة	١٩٦
	القسم الثاني : – الآداب العامة	
١٣١	مفهومها ومدى قابليتها للتطور	١٩٧
١٣٢	أبرز تطبيقاتها أولاً – العلاقات الجنسية	١٩٨
١٣٣	ثانياً : بيوت الدعارة	١٩٩
١٣٤	ثالثاً : المقامرة	٢٠٠
١٣٥	رابعاً : كسب المال من طريق غير شريف	٢٠١
	الباب الثاني : شروط المحل في عقود المعاوضات المالية	
١٣٦	تمهيد	٢٠٤
	الفصل الأول : شرط الوجود	
١٣٧	تمهيد	٢٠٦
	المبحث الأول : شرط وجود المحل في الفقه الوضعي	
١٣٨	جواز التعاقد على مال مستقبل	٢٠٦
١٣٩	بيع الأشياء المستقبلة في الفقه الوضعي	٢٠٧

الفقرة	الموضوع	رقم الصفحة
١٤٠	قيود التعاقد على الأشياء المستقبلة في الفقه الوضعي	٢٠٨
١٤١	أدلة الفقه الوضعي على جواز التعاقد على الأشياء المستقبلة	٢٠٩
١٤٢	تفنيد أدلة الفقه الوضعي	٢١٠
	المبحث الثاني : شرط وجود المحل في الفقه الإسلامي	
١٤٣	تمهيد	٢١١
	الفرع الأول : طبيعة شرط وجود المحل ونطاقه في الفقه الإسلامي	
١٤٤	تحديد أربعة اتجاهات	٢١١
١٤٥	الاتجاه الأول : اشتراط وجود المحل في كافة العقود إلا ما استثني	٢١٢
١٤٦	أدلة أصحاب هذا الاتجاه	٢١٣
١٤٧	مناقشة ما استدل به الجمهور	٢١٥
١٤٨	الاتجاه الثاني : التمييز بين المعاوضات والتبرعات	٢١٧
١٤٩	الغرر المؤثر وعكسه عند مالك	٢١٨
١٥٠	الترجيح	٢١٩
١٥١	أدلة المذهب المالكي في هذا التمييز	٢٢٠
١٥٢	الاتجاه الثالث : النظر إلى طبيعة العقد ومقتضاه	٢٢١
١٥٣	أدلة هذا الفريق	٢٢٣
١٥٤	مناقشة هذا الرأي	٢٢٣
١٥٥	الاتجاه الرابع : النظر إلى الغرر أو عدمه في عقود المعاوضة	٢٢٤
١٥٦	أدلة هذا الرأي	٢٢٤
١٥٧	الترجيح من بين الاتجاهات السالف ذكرها	٢٢٥
	الفرع الثاني : متى يكون الغرر منتفياً ؟	
١٥٨	تمهيد	٢٢٧
	المطلب الاول : الموصوف في الذمة	
١٥٩	أولاً : الثمن والأجرة	٢٢٧
١٦٠	ثانياً : المسلم فيه	٢٢٨
١٦١	ثالثاً : المستصنع	٢٢٩
١٦٢	رابعاً : بيع الموصوف في الذمة حالاً	٢٢٩
١٦٣	خامساً : بيع الدين ممن هو عليه	٢٣٣
	المطلب الثاني : نماء الأصل	
١٦٤	تعريف	٢٣٣
١٦٥	أولاً : بيع الثمار قبل بدو صلاحها	٢٣٤
١٦٦	ثانياً : شراء مالك الأصل الثمرة من مالكها	٢٣٦
١٦٧	ثالثاً : بيع بطون الثمار المتصلة غير المتميزة	٢٣٧
	المطلب الثالث : المنافع	
١٦٨	تنوعها واندراج العقود الواردة عليها في مسمى الإجارة	٢٣٨
	الفرع الثالث : تطبيقات معاصرة	
١٦٩	تمهيد	٢٣٩
	المطلب الأول : بيع المستقبليات	
١٧٠	طبيعة المعاملات الجارية في البورصة بالنسبة لبيع المستقبليات	٢٣٩
١٧١	رأي الفقه الإسلامي المعاصر في بيع المستقبليات	٢٤٠
	المطلب الثاني : التأمين	
١٧٢	اتجاهات الفقه الإسلامي المعاصر حول التأمين	٢٤٢
	(ا) التأمين التجاري	
١٧٣	مفهومه	٢٤٥

الفقرة	الموضوع	رقم الصفحة
١٧٤	محله	٢٤٥
١٧٥	رأي آخر في الفقه الإسلامي	٢٤٦
١٧٦	مدى وجود الغرر في محل عقد التأمين ووجهه ومدى تأثيره فيه	٢٤٧
	(٢) التأمين التعاوني	
١٧٧	مفهومه	٢٥١
١٧٨	محله	٢٥٣
١٧٩	مدى وجود الغرر في محل عقد التأمين ووجهه ومدى تأثيره فيه	٢٥٤
١٨٠	الترجيح بالنسبة لكلا النوعين	٢٥٤
	المبحث الثالث : موقف قانون المعاملات المدنية	
١٨١	اختيار موقف ابن تيمية وابن القيم	٢٥٨
	الفرع الأول : شرط انتفاء الغرر في وجود المحل بالنسبة للمعاوضات المالية	
	المطلب الأول – القاعدة العامة	
١٨٢	أحوال انتفاء الغرر	٢٥٩
١٨٣	الحالة الأولى : الموصوف في الذمة	٢٦٠
١٨٤	أهم تطبيقاته	٢٦١
١٨٥	الحالة الثانية : نماء الأصل – أهم التطبيقات	٢٦٢
١٨٦	الحالة الثالثة : المنفعة	٢٦٥
	المطلب الثاني : بعض التطبيقات	
١٨٧	أولاً : بيوع المستقبليات	٢٦٥
١٨٨	ثانياً : التأمين	٢٦٦
	الفرع الثاني : عدم اشتراط انتفاء الغرر في وجود المحل بالنسبة لعقود التبرع	
١٨٩	القاعدة العامة	٢٦٩
١٩٠	كثرة الاستثناءات على القاعدة العامة – انتقاد ذلك	٢٧٠
	الفصل الثاني : شرط التعيين	
١٩١	تمهيد	٢٧٣
	المبحث الأول : التعيين في الفقه الوضعي	
١٩٢	مدى الحاجة إلى اشتراطه قانوناً	٢٧٤
	الفرع الأول : نطاق شرط التعيين في الفقه الوضعي	
١٩٣	استلزامه في كل العقود ومن كلا العاقدين	٢٧٥
	الفرع الثاني : كيفية التعيين في الفقه الوضعي	
	المطلب الأول : تعيين المعين بالذات	
١٩٤	أولاً : العقد على الشيء الحاضر	٢٧٦
١٩٥	ثانياً : العقد على الغائب	٢٧٧
	المطلب الثاني : تعيين المعيّن بالنوع	
١٩٦	تعريفه	٢٧٨
١٩٧	كيفية تعيينه	٢٧٨
١٩٨	أثر انخفاض قيمة النقود الورقية قانوناً	٢٧٩
	الفرع الثالث : القابلية للتعيين في الفقه الوضعي	
١٩٩	تعريف	٢٨٣
٢٠٠	كيفية التعيين	٢٨٤
٢٠١	جزاء عدم التمكن من التعيين وفقاً لشرط العقد	٢٨٥
	المبحث الثاني : التعيين في الفقه الإسلامي	
٢٠٢	تمهيد	٢٨٧
	الفرع الأول : نطاق شرط التعيين	

الفقرة	الموضوع	رقم الصفحة
٢٠٣	الاتجاه الأول : استلزامه في كل العقود	٢٨٨
٢٠٤	استثناءات	٢٨٨
٢٠٥	الاتجاه الثاني : استلزامه في بعض الأحوال دون بعض	٢٩٠
	الفرع الثاني : كيفية التعيين	
٢٠٦	تقسيمه إلى ثلاثة أوقات	٢٩٣
	المطلب الأول : تعيين المحل قبل التعاقد	
٢٠٧	أولاً : مدى صحة العقد في التعيين بالرؤية السابقة	٢٩٤
٢٠٨	ثانياً : شروط صحة العقد المعين بالرؤية السابقة	٢٩٥
٢٠٩	ثالثاً : حكم التغير	٢٩٦
	المطلب الثاني : التعيين في وقت التعاقد	
	القسم الأول : تعيين المعين بالذات	
٢١٠	تمهيد	٢٩٨
	أولاً : الشيء الحاضر في مجلس العقد	
٢١١	(١) الشيء المرئي	٢٩٨
٢١٢	اجتماع الوصف مع الإشارة	٢٩٩
٢١٣	بيع الجزاف في الفقة الإسلامي	٣٠٠
٢١٤	(٢) الشيء غير المرئي	٣٠٦
٢١٥	الحالة الأولى – استحالة رؤية المحل (عقد الأعمى)	٣٠٧
٢١٦	مدى لزوم العقد في ذلك	٣٠٨
٢١٧	ترجيح اللزوم	٣٠٩
٢١٨	الحالة الثانية : عدم رؤية المحل لوجوده فيما يحفظه	٣١٠
٢١٩	الفرض الأول : مالا مشقة في إخراجه	٣١٠
٢٢٠	الفرض الثاني : ما في إخراجه مشقة	٣١٢
٢٢١	النوع الأول : ما يكون من أصل الخلقة	٣١٣
٢٢٢	المسألة الأولى – مع الشك في وجود المحل	٣١٥
٢٢٣	صور أخرى	٣١٦
٢٢٤	المسألة الثانية : مع عدم الشك في وجود المحل	٣١٦
٢٢٥	بيع الحب وحده ورأي الفقه الشافعي	٣١٧
٢٢٦	المسك وفأرته	٣١٩
٢٢٧	الترجيح	٣١٩
٢٢٨	النوع الثاني : ما ليس من أصل الخلقة	٣٢٠
٢٢٩	ثانياً : الشيء الغائب عن مجلس العقد	٣٢٣
٢٣٠	(١) مدى جواز العقد على الغائب	٣٢٣
٢٣١	الترجيح	٣٢٤
٢٣٢	شروط المذهب المالكي لصحة العقد على الغائب	٣٢٤
٢٣٣	(٢) كيفية تعيين الغائب	٣٢٦
٢٣٤	الترجيح	٣٢٨
٢٣٥	(٣) مدى لزوم العقد على الغائب	٣٢٨
٢٣٦	الترجيح	٣٢٩
	القسم الثاني : تعيين المعين بالنوع	
٢٣٧	تمهيد	٣٣٠
	أولاً : تعيين المعين بالنوع بصفة عامة	
٢٣٨	(١) كيفية تعيينه	٣٣٠
٢٣٩	(٢) إذا لم تذكر درجة الجودة	٣٣١

الفقرة	الموضوع	رقم الصفحة
٢٤٠	الترجيح	٣٣٣
٢٤١	(٣) مدى لزوم العقد على المعين بالنوع	٣٣٤
	ثالثاً : تعيين النقود	
٢٤٢	(١) المقدار الواجب في الوفاء	٣٣٥
٢٤٣	الترجيح	٣٤١
٢٤٤	(٢) شرط الذهب	٣٤٢
٢٤٥	الترجيح	٣٤٣
	المطلب الثالث : التعيين بعد التعاقد (القابلية للتعيين)	
	أولاً : التعيين بالعرف	
٢٤٦	(١) سعر السوق	٣٤٤
٢٤٧	(٢) تحديد درجة الجودة – إحالة	٣٤٥
٢٤٨	(٣) تحديد نوع النقد الواجب دفعه	٣٤٦
	ثانياً : التعيين بمعرفة أحد ا لعاقدين أو الغير	
٢٤٩	(١) التعيين من أشياء متماثلة	٣٤٧
٢٥٠	(٢) التعيين من أشياء مختلفة	٣٤٨
٢٥١	الترجيح	٣٤٩
	ثالثاً : التعيين بوسائل حسابية	
٢٥٢	(١) التعيين على أساس نسبة مئوية	٣٥٠
٢٥٣	الترجيح	٣٥٠
٢٥٤	(٢) التعيين على أساس سعر الوحدة	٣٥١
٢٥٥	صورة متفق على بطلانها	٣٥١
٢٥٦	تجويز بعض الباحثين لها	٣٥٢
٢٥٧	تفنيد هذا الرأي	٣٥٢
٢٥٨	*صور مختلف فيها*	٣٥٣
٢٥٩	الصورة الأولى : شراء الكل بسعر الوحدة	٣٥٣
٢٦٠	الترجيح	٣٥٥
٢٦١	الصورة الثانية : شراء البعض بسعر الوحدة	٣٥٥
٢٦٢	الترجيح	٣٥٥
	رابعاً : التعيين بإناء مجهول القدر أو بوزن حجر بعينه	
٢٦٣	تصور المسألة	٣٥٦
٢٦٤	الترجيح	٣٥٧
	المبحث الثالث : التعيين في قانون المعاملات المدنية	
	الفرع الأول : القاعدة العامة ومدى رعاية القانون لها في العقود الخاصة .	
	المطلب الأول : القاعدة العامة	
٢٦٥	استلزام التعيين في المعاوضات مطلقاً دون التبرعات	٣٥٨
	المطلب الثاني : مدى رعاية القانون للقاعدة العامة في العقود الخاصة	
٢٦٦	تمهيد في العقود بحسب ما تتضمنه من المعاوضة أو ضدها	٣٦١
٢٦٧	أولاً : في عقود المعاوضات المالية	٣٦١
٢٦٨	ثانياً : في عقود التبرعات	٣٦٢
٢٦٩	ثالثاً : في العقود المشتملة على المعنيين	٣٦٤
	الفرع الثاني : كيفية التعيين في قانون المعاملات المدنية	
	المطلب الأول : التعيين السابق على التعاقد	
٢٧٠	اتجاه القانون الإماراتي إلى الصحة واللزوم	٣٦٩
	المطلب الثاني : التعيين عند التعاقد	

الفقرة	الموضوع	رقم الصفحة
	القسم الأول : تعيين المعين بالذات	
٢٧١	أولاً : تعيين الشيء الحاضر في مجلس العقد	٣٧١
٢٧٢	(١) الشيء المرئي	٣٧٢
٢٧٣	بيع الجزاف في قانون المعاملات المدنية الإماراتي	٣٧٢
٢٧٤	(٢) الشيء غير المرئي	٣٧٣
٢٧٥	الحالة الأولى : عقد الأعمى قانوناً	٣٧٤
٢٧٦	الحالة الثانية : عدم رؤية المحل لوجوده فيما يحفظه	٣٧٥
٢٧٧	***الفرض الأول : عدم صعوبة إخراج المحل مما هو فيه***	٣٧٥
٢٧٨	***الفرض الثاني : ما في إخراجه مشقة***	٣٧٦
٢٧٩	المسألة الأولى : ما يكون من أصل الخلقة	٣٧٧
٢٨٠	**النوع الأول : مع الشك في وجود المحل**	٣٧٧
٢٨١	**النوع الثاني : مع عدم الشك في وجود المحل**	٣٧٧
٢٨٢	المسألة الثانية : ما ليس من أصل الخلقة	٣٧٩
٢٨٣	ثانياً : تعيين الغائب عن مجلس العقد	٣٨٠
٢٨٤	أخذ القانون بخيار الرؤية – انتقاده	٣٨١
٢٨٥	استثناء حاصل في البيع	٣٨٢
	القسم الثاني : تعيين المعين بالنوع	
	أولاً : كيفية تعيين المعين بالنوع	
٢٨٦	(١) ذكر النوع والقدر	٣٨٢
٢٨٧	(٢) إذا لم تذكر درجة الجودة	٣٨٣
	ثانياً : مدى لزوم المعين بالنوع في قانون المعاملات المدنية الإماراتي	
٢٨٨	لزومه وعدم الخيار فيه	٣٨٤
	ثالثاً : تعيين النقود	
٢٨٩	(١) تعيين القدر الواجب في الوفاء	٣٨٤
٢٩٠	(٢) شرط الذهب أو الوفاء بما يعادله	٣٨٦
	المطلب الثالث : التعيين بعد التعاقد (القابلية للتعيين)	
٢٩١	تمهيد	٣٨٧
	أولاً : التعيين بالعرف	
٢٩٢	(١) سعر السوق	٣٨٨
٢٩٣	(٢) أجر المثل	٣٨٩
٢٩٤	(٣) تحديد درجة الجودة – إحالة	٣٩١
	ثانياً : التعيين بمعرفة أحد العاقدين أو الغير	
٢٩٥	استعراض النصوص	٣٩١
	ثالثاً : حالات غير منصوص عليها	
٢٩٦	سبب إغفال القانون لها وحكمها	٣٩٣
	الخاتمة وتلخيص نتائج الدراسة	٣٩٥