

دا ترميزه كذا هو

داصل الاخرم



جامعة أم القري

كلية الشريعة والدراسات الإسلامية

قسم الدراسات العليا الشرعية

فرع الفقه والأصول

مكة المكرمة

دا ترميزه كذا هو

دا

الطالب السيد العزيز فاضل هادي

العهد الموقوف

والاحكام المتعلقة

في الفقه الايسلامي



بخت مقدم لنيل درجة "الدكتوراه"

١٤١٩ هـ / ٢٠١٩ م
إشراف فضيلة الأستاذ الدكتور

واعداد الطالب

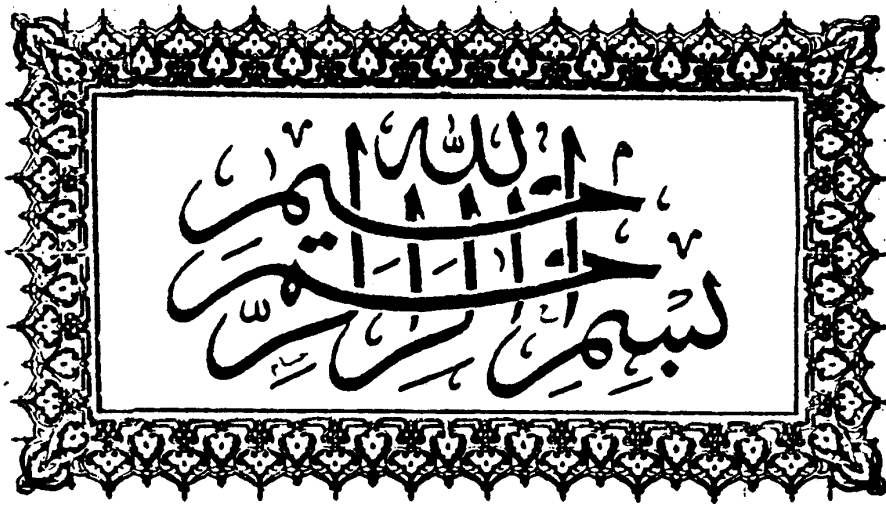
نزهة بنت محمد

عبد العزيز بن محمد بن صالح

١٩٨٩ م

١٤٠٩ هـ





الذوق والدرء

إلى من نفت في روعي حب العلم وسقاني نوره فابرت
خيرًا ونلت خيرًا ...
إلى من أوحى إليّ بفكرة ونور عقلي بخبرة
وعلمني كلمة ، وأهدى إليّ نصيحة ، فوعيت
ذلك وصبرت حتى نلت ...
إلى من أراد لي خيرًا وتمنى لي نفعًا ودعاني سرًا
أوجهًا ...
إلى من فرح لفرحي وأرقه عزني وترجى وحننا عليّ
عطفًا وجبا ...
أقدم قطرات الخير

عبد العزيز

شكر وقدر

« رَبِّ أَوْزِعْنِي أَنْ أَشْكُرَ نِعْمَكَ الَّتِي أَنْعَمْتَ عَلَيَّ
وَعَلَى وَالِدَيَّ وَأَنْ أَعْمَلَ صَالِحًا تَرْضَاهُ وَأَدْخِلْنِي
بِرَحْمَتِكَ فِي عِبَادِكَ الصَّالِحِينَ » الفل : ١٩

مهما قدمت ، فلن أوفي . ومهما شكرت فلن أجزى
لكن لا أقل من أن أقول شكراً ، ولا أقل من أن أقول
جزى الله عني خيراً ، من أسدى إليّ خيراً .
فشكراً لمن بذل معي قصارى الجهد ، وأعطاني كل الوقت
ودلني على طريق العمل الصحيح .
شكراً لمن عشت معه رحلة العلم ، وقضيت معه
الوقت للفرح ، وشعرت معه بعطف الأبوّة ، وصداقة الأخوة
وبرالمحبة

إنه فضيلة الدكتور نزيه كمال حماد .
وشكراً لمن قدم لي من أهل العلم علمه ، ونور عقله
بفكرة ، وأسدى إليّ نصيحة .
وللجامعة ومسؤوليها شكر وتقدير وثناء ، للرعاية
والعناية والوفاء .

المؤسسة
بسم الله

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات ، والشكر لله
والمنة على تتالي الخيرات أحمدته تعالى حمدا كثيرا ، وأشكره
شكرا جزيلا ، وأصلي وأسلم على نبي الهدى والرحمة ، معلّم
الناس بالحكمة والموعظة الحسنة ، الهادي إلى صراط الله
المستقيم ، والمرشد إلى شرعه القويم ، القائل : " من يرد
الله به خيراً يفقهه في الدين " (١)
وبعد :

فلقد منّ الله علي إذ كنت طالب علم شرعي في أقدس
بقاع الله ، ومنّ علي أيضا إذ جعلني أدرس فقه الإسلام
وأصول أحكامه ، ولقد كان تمام هذه الدراسة في مجال
الجامعة هو مرحلة الدكتوراه ، وكان من مقتضى الإتمام إعداد
رسالة تكون سبيلا وسببا في الحصول على درجة "الدكتوراة" وقد
وقّع اختياري على موضوع "العقد الموقوف والأحكام المتعلقة
به في الفقه الإسلامي" .

وسبب الإختيار يرجع إلى عدة أسباب :
منها أن فكرة الوقف في الفقه الإسلامي محل خلاف كبير بين
الفقهاء ، بين منكر لها ومثبت ، حتى إن من الفقهاء من كان
له فيها قولان ، وتبرز أهمية هذا الخلاف فيما يترتب عليه
من صحة التصرف أو بطلانه ، وهما على طرفي نقيض .

ومنها أن الكلام عن وقف التصرف في العقود بالرغم

(١) متفق عليه . أنظر فتح البخاري بشرح صحيح البخاري لابن حجر

العسقلاني ١٦٤/١ وصحيح مسلم ٧١٨/٢ .

من أهميته إلا أن تناول الفقهاء له كان ضيقا ، وكان لزاما عليّ أن أجد في جمع متفرقه ، وإكمال صورته ، حتى تنجلي حقيقته للقارئ الكريم .

فجاء بحثه وسبكه في مقدمة وتمهيد وثلاثة أبواب وخاتمة . أما التمهيد : ففي حقيقة العقد وأقسامه . وقد جاء في خمسة مباحث ، جعلت المبحث الأول في حقيقة العقد لغة واصطلاحا .

وخصت الحديث عن آثار العقد من حقوق وأحكام بالمبحث الثاني . أما المبحث الثالث فكان في العلاقة بين العقد والتصرف وجاء الرابع لبيان العلاقة بين العقد والإلتزام .

ثم ختمت التمهيد بمبحث هام في تقسيم العقود من حيث الصحة وعدمها ، لأدخل في بيان حقيقة العقد الموقوف وخصائصه وأحكامه ، وجعلت ذلك هو الباب الأول في هذه الرسالة وقد انتظم إيضاح هذا الباب في ثمانية فصول :

أما الفصل الأول منها فكان في حقيقة العقد الموقوف لغة واصطلاحا . وأما الفصل الثاني فكان في معرفة الفرق بين الوقف وعدم اللزوم إذ هما ملتبان لقرب صورتها . (1)

وخصت للحديث عن شروط وقف العقد وشروط نفاذه وفائدة الوقف الفصل الثالث والرابع والخامس .

أما الفصل السادس فكان في حقيقة الإجازة لغة واصطلاحا ومن يملكها وشروط صحتها والصور التي تقع بها

(1) يبدو ذلك واضحا في البحار الرائق لابن نجيم ٧٥/٦-٧٦ إذ عد من صور الوقف حالات خيار المجلس ونحوها .

الإجازة .

ونظرا لأن العقد الموقوف متردد بين الإجازة والرد، جعلت لبيان حقيقة الرد وشروط صحته والصور التي يقع بها فصلا سابعاً، ثم أعقبته ببيان أحكام العقد الموقوف وجعلت ذلك في الفصل الثامن من هذا الباب، وقد قدمت له بتمهيداً أوضحت فيه حكم الإقدام على العقد الموقوف هل هو جائز أم غير ذلك، ثم أوضحت أحكام العقد الموقوف قبل الإجازة وبعدها وبعد الرد في ثلاثة مباحث، فأكمل بذلك الباب الأول من هذه الرسالة .

أما الباب الثاني فقد جعلته لبيان العقود الموقوفة لحق الغير، فجاء في تسعة فصول :

جعلت الفصل الأول للحديث عن تصرفات الفضولي وقصد

جاء بيانها في ستة مباحث على النسق التالي :

المبحث الأول : معنى الفضولي لغة وشرعاً .

المبحث الثاني : بيع الفضولي .

المبحث الثالث : شراء الفضولي .

المبحث الرابع : إجاره الفضولي .

المبحث الخامس : إنكاح الفضولي .

المبحث السادس : تبرعات الفضولي . وفصلتها في ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : في وصية الفضولي .

والمطلب الثاني : في هبة الفضولي .

والمطلب الثالث : في وقف الفضولي .

أما الفصل الثاني : فتحدثت فيه عن تبرعات المريض مريض

الموت، وذلك في تمهيد ومبحثين :

أما التمهيد: ففي بيان معنى مرض الموت عند الفقهاء .
وأما المبحث الأول: ففي تبرعات المريض الصريحه . وقد جاء
بيانها في أربعة مطالب :

المطلب الأول: في وصية المريض .

والمطلب الثاني: في هبة المريض .

والمطلب الثالث: في كفالة المريض بالمال .

وأما المطلب الرابع: ففي وقف المريض .

ثم تحدثت في المبحث الثاني عن تبرعات المريض الضمنية ، وقسمته
إلى مطلبين ، بينت في المطلب الأول معاوضات المريض بثمن المثل ،
وبينت في المطلب الثاني معاوضاته بمحاباه .

وأما الفصل الثالث من هذا الباب ، فقد بينت في هـ
تصرفات الوكيل المتعدي لحدود وكالته في مبحثين : كان الأول
للحديث عن معنى الوكالة لغة وشرعا .
وجاء الثاني - الذي قسمته إلى مطلبين - في أنواع
الوكالة وحكم التعدي في كل نوع ، مطلبه الأول : في
الوكالة المطلقة وحكم التعدي فيها ، ومطلبه الثاني في
الوكالة المقيده وحكم التعدي فيها أيضا .

ثم اعقبت هذا الكلام بالفصل الرابع الذي جعلته
لبيان تصرفات الشريك في الحصة الشائعة من مال الشركة
بغير ما وكل به .

وجاء بعد ذلك الفصل الخامس الذي بينت فيه تصرفات

المرتد الماليه في أربعة مباحث :

المبحث الأول : لمعنى الردة لغة واصطلاحا

والمبحث الثاني: لمصير أموال المرتد بعد رده

أما المبحث الثالث : ففي حكم تصرفاته المالية .

وجعلت المبحث الرابع في موقف الفقهاء من ردة المرأة وتصرفاتها. أما الفصل السادس فقد خصصته للحديث عن تصرفات الغاصب القولية في العين المغصوبة وتلاه الفصل السابع في تصرفات المفلس المحجور عليه وقد بينت فيه معنى المفلس لغه وشرعا قبل أن أبين حكم تصرفاته .

أما الفصل الثامن فكان في تصرفات الراهن في العين المرهونه وقد جعلته في ثلاثة مباحث :
المبحث الأول : في عتق العين المرهونه .
والمبحث الثاني: في بيع العين المرهونه .
وأما المبحث الثالث : فكان في إجارة العين المرهونه .

وختمت هذا الباب بالفصل التاسع : تحدثت فيه عن تصرفات الزوجة في مالها، لانتقل بعد ذلك إلى آخر أبواب هذه الرسالة وهو الباب الثالث ، وقد جعلته للحديث عن العقود الموقوفة لنقص الأهلية . وقد جاء بيانه في فصلين .
أما الفصل الأول فتحدثت فيه عن تصرفات الصبي المميز

المالية وذلك في خمسة مباحث :
المبحث الأول : في معنى التمييز لغة واصطلاحا .
والمبحث الثاني: في تصرفات الصبي غير المميز المالية .
والمبحث الثالث: في تصرفات الصبي المميز المالية النافعة .
أما المبحث الرابع : فكان في تصرفات الصبي المميز المالية الضارة .
وأما المبحث الخامس : فقد بينت فيه تصرفات الصبي المميز المالية المترددة بين النفع والضرر .

وأما الفصل الثاني من هذا الباب فقد بينت فيه حكم تصرفات السفه المحجور عليه في ثلاثة مباحث جعلت المبحث الأول في بيان معنى السفه لغة واصطلاحا .

والمبحث الثاني : في تصرفات السفية المتفق على وقفها

• عند الفقهاء .

وأماالمبحث الثالث : ففي تصرفات السفية المختلف فـي

• وقفها .

ثم ألحقت الرسالة بخاتمة بينت فيها أهم نتائج البحث وماترجح

لدي القول فيه بالوقف من المسائل .

هذا وقد تضمنت الرسالة بين أطرافها تفصيلات أكثر تشعباً

من التي بينت في هذه المقدمة ، سيأتي بيان كل منها في مكانه إن

شاء الله .

وقد سلكت في بحثي هذا منهاجاً واحداً ، إذ عرضت آراء أئمة

المذاهب الأربعة جامعاً بين ما تشابه من أقوالهم ، مبيناً دليلاً

كل قول ما أمكن ذلك ، مرجحاً ماترجح لدى حسب الدليل .

وقد حاولت جهدى أن أجمع المسائل التي تعرض لها

الفقهاء ، وحكموا على العقد فيحها بالوقف ، لابين الأمر فيحها

بوضوح وبعبارة سهلة يسيرة .

ثم إننى ذكرت التعريف اللغوى والشرعى لأبواب المسائل ،

وذكرت خلاف الفقهاء في الحدود الشرعية لها ، ورجحت منها

ماتبين لي سلامته ، اللهم إلا ما كان غير محتاج لبيان

أو تعريف .

وفي عرضي لمسائل هذا الموضوع ، تجنبت الإطالة المملة

أو التقصير المخل ، ولذلك لم أسرد نصوص الفقهاء من كتبهم

في هذه الرسالة ، لكنني أشرت إلى مكان استنباطها ، إلا ما كان

من أقوالهم لا يستغنى عن ذكره فإننى ذكرته مبيناً محل الشاهد

منه دون استطراد .

والله اسأل أن يعينني على طاعته، ويتم على نعمته،
ويلهمني الصواب والرشاد، فإن أصبت فمن الله وتوفيقه، وإن أخطأت
فمني ومن الشيطان، فالعلم بحر لا ساحل له، ولا يحيط به أحد،
والحمد لله رب العالمين.

.. ..

تمهيد في حقيقة العقد وأقسامه

وفيه خمسة مباحث :

- المبحث الأول : حقيقة العقد لغه واصطلاحا .
- المبحث الثاني : آثار العقد .
- المبحث الثالث : العلاقة بين العقد . والتصرف
- المبحث الرابع : العلاقة بين العقد . والالتزام .
- المبحث الخامس : تقسيم العقود . من حيث الصحه وعدمها .

إن الكلام عن العقد الموقوف وأحكامه ، يستلزم بادئ بدء ،
بيان حقيقة العقد ، وشرح أقسامه ، حتى تتكون الفكرة الكافية
لتصور المقصود .

لذا قدمت لهذا الموضوع بتمهيد في حقيقة العقد وأقسامه
وجعلته في خمسة مباحث :

المبحث الأول: حقيقة العقد لغة واصطلاحاً.

وفيه مطلبان :

المطلب الأول : حقيقة العقد لغة .

المطلب الثاني: حقيقة العقد شرعاً.

المطلب الأول : حقيقة العقد لغة :

قال "ابن فارس": " العين والقاف والبدال : أصل واحد ، يدل على شدّ وشدة وتوثق ، وإليه ترجع فروع الباب كلها". (١)

ولقد كثرت فروع هذا الأصل ومشتقاته في اللغة، وتعددت معانيها ، وكلها توّءول في الحقيقة إلى ذات المعنى الأصلي .

ففي "القاموس المحيط " : " عقد الحبل والبيـع والعهد، يعقده : أي شده . والعقد : الضمان والعهد". (٢)

وفي " تهذيب اللغة " : " قال الزجاج : والعقود: العهود ، واحدها عقد ، وهي أوكد العهود.

يقال : عهدت إلى فلان في كذا وكذا ، فتأويله: ألزمتـه ذلك ، فإذا قلت : عاقدته أو عقدت عليه فتأويله: أنك ألزمته ذلك باستيثاق". (٣)

-
- (١) أنظر مقاييس اللغة ٨٦/٤
- (٢) أنظر القاموس المحيط للفيروزآبادي ٣٢٧/١ ، وأنظر معاني القرآن للفراء ٢٩٨/١ وتفسير غريب القرآن لابن قتيبة ١٣٨/١ ومجاز القرآن لأبي عبيدة التميمي ١٤٥/١ وأحكام القرآن للجصاص ٢٨٤/٣ وتحفة الأريب بما في القرآن من الغريب لأبي حيان ١٨١/١
- (٣) أنظر تهذيب اللغة للأزهري ١٩٦/١

والعقد نقيض الحل، وَعَقَدَ العهد واليمين يعقدهما إذا أكدهما
وعقد التاج فوق رأسه، واعتقده : عصبه ، وعقد البناء بالجص ،
يعقده عقدا : ألزقه ، والعقدة : هي مايمسك به ويوثق
وَعَقْدُ كل شيء إبرامه ، واعتقد الشيء : إذا صَلَبَ ، وتَعَقَّدَ
الإخاء : استحکم ، وعقد الشحم يعقد : انبنى وظهر. (١)

وفي الحديث : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم :
" الخيل معقود في نواصيها الخير إلى يوم القيامة " (٢) أي ملوي
مضفور فيها، وكأنه مشدود في نواصيها. (٣)

قال " الراغب الأصبهاني " : " العقد : الجمع
بين أطراف الشيء ، ويستعمل ذلك في الأجسام الصلبة ، كعقد
الحبل ، وعقد البناء ، ثم يستعار ذلك للمعاني ، نحو عقد
البيع والعهد وغيرهما " . (٤)

فأهل اللغة قد أطلقوا كلمة العقد في الأصل على كل
مافيه معنى إحكام الشيء وتقويته ، وكذا الشد والربط
والتوثق ونحوها في المحسوسات من الأطراف والأشياء ، ثم

(١) أنظر لسان العرب لابن منظور ٢٩٦/٣-٢٩٩ وأساس البلاغ
للزمخشري ١٣٢/٢ والصاح للجوهري ٥١٠/٢ والمحکم لابن سيده
٩٤-٩٢/١ وتاج العروس للزبيدي ٤٢٧/٢ والمصباح المنير
للفيومي ٥٠٢/٢ وتهذيب الأسماء واللغات للنوي ٢٨-٢٧/٢
ومقاييس اللغة لابن فارس ٨٦/٤ .

(٢) متفق عليه . أنظر فتح الباري لابن حجر ٥٤/٦ وصحيح مسلم
٠١٤٩٣/٣

(٣) أنظر صحيح مسلم بشرح النووي ٠١٦/١٣

(٤) أنظر المفردات في غريب القرآن ٥١٠/٢ .

توسعوا في إطلاقها ، فاستعملوها لإحكام المعنوي للكلام ، أو الربط بين الكلامين^(١) . وقد شاع هذا الإستعمال المجازي حتى صار حقيقة عرفية . وقد أشار إلى ذلك التجوز "الألوسي" حيث قال: " وأصل العقد الربط محكما ، ثم تجوز به عن العهد الموثق"^(٢) . وقال "أبو حيان": " وأصل العقود في الأجرام ، ثم توسع فيه فأطلق في المعاني"^(٣) .

ولقد تنوعت مذاهب المفسرين في بيان معنى العقد المأمور بالوفاء به في قوله تعالى: " يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود"^(٤) ، وتعددت آراؤهم:^(٥)

فمن قائل بأن المراد: هو العهود التي كانوا يتعاهدون عليها من الحلف وغيره .

وآخرون رأوا أن المأمور بالوفاء به هو : ما أخذ الله على أهل الكتاب من الميثاق ، أن يؤمنوا بالنبي محمد صلى الله عليه وسلم ويمدقوه .

واتجه غيرهم إلى أن المراد به: العهود التي أخذها الله على بني آدم ، أن يؤمنوا به ، ويوفوا بالفرائض من الحلال والحرام .

-
- (١) أنظر الملكية ونظرية العقد لأبي زهره/١٩٩/
 - (٢) أنظر روح المعاني للألوسي ٤٨/٦ وتاج العروس للزبيدي ٤٢٦/٢ وتفسير البيضاوي ١٣٢/٢-١٣٣ .
 - (٣) أنظر النهر الماد من البحر لأبي حيان ٤١١/٣ والجامع لأحكام القرآن للقرطبي ٣٢/٦ .
 - (٤) المائدة : (١)
 - (٥) أنظر جامع البيان عن تأويل آي القرآن للطبري ٤٤٩/٩-٤٥٤ والجامع لأحكام القرآن للقرطبي ٣٢-٣٣ وتفسير ابن كثير ٥/٢ وروح المعاني للألوسي ٤٨/٦ والكشاف للزمخشري ٥٩٠/١ والبحر المحيط =

ومال آخرون إلى أن المراد من العقد في هذه الآية: هو ما يعم عهد الله، وعقد الحلف وعقد الشركة والبيع والنكاح وعقد اليمين وغيرها.

وقد رجح "القرطبي"^(١) أن المأمور بالوفاء به في الآية: هو عموم ما ألزم الله عباده، وعقد عليهم من التكاليف والأحكام الدينية، وما يعقدونه بينهم من عقود الأمانات والمعاملات ونحوها، مما يجب الوفاء به، أو يحسن ديناً، وجميع ما يتناوله اسم العقود. هذا إن حملنا الأمر على المشترك بين الوجوب والندب.

وإلى هذا الرأي مال جماعة من المفسرين: "كا لبيضاوي"^(٢) و"أبي حيان"^(٣) و"الألوسي"^(٤) ولا يخفى ما فيه من الوجاهة، فهو أعم وأشمل، ويتناول الجميع بمقتضى عموم اللفظ، فيدخل فيه الفرض المبتدأ من الله، والفرض الملتمزم من العبد، وما كان مندوباً، وكل عقد التزمه الإنسان، ونحوه.

= لأبي حيان ٤١١/٣-٤١٢ والنهر الماد من البحر لأبي حيان ٤١١/٣ والدر المنثور للسيوطي ٢٥٣/٢ وتفسير مجاهد ١٨٣/١ وتفسير البيضاوي ١٣٢/٢-١٣٣ وأحكام القرآن لابن العربي ٥٢٤/٢ وأحكام القرآن للجصاص ٢٨٢/٣-٢٨٣.

(١) أنظر الجامع لأحكام القرآن ٣٢/٦-٣٣
(٢) أنظر تفسير البيضاوي ١٣٣/٢
(٣) أنظر البحر المحيط ٤١١/٣ والنهر الماد من البحر ٤١١/٣
(٤) أنظر روح المعاني ٤٨/٦

المطلب الثاني : حقيقة العقد شرعا:

لقد اتضح مما سبق : أن أهل اللغة قد نقلوا معنى العقد من معناه الحقيقي في المحسوسات إلى المعنى المجازي في المعنويات ، وشاع ذلك حتى أصبح حقيقة عرفية فيها ، وأن أصل معناه : هو الجمع بين الشيئين بحيث يتعذر الانفصال .

فمن الربط الحسي ، أخذت الكلمة للربط المعنوي . وممن معنى الأحكام والتقوية الحسية ، صار الانتقال إلى العهد الموثق والضمان ، وكل ما ينشئ التزاما^(١) .

ومن هنا استعمل الفقهاء كلمة العقد في اصطلاحهم بمعنيين :

أحدهما : أخص من الآخر ، وهو : أن العقد : يتعلق بكلام أحد العاقدين أو ما يقوم مقامه كالإشارة والكتابة ، بكلام الآخر شرعا ، على وجه يظهر أثره في المحل^(٢) .

وهذا التعريف يدل : على أنه يشترط في الإيجاب والقبول أن يكونا صادرين من طرفين اثنين حتى يسمى الارتباط الحاصل

(١) أنظر النهار الماد من البحر لأبي حيان ٤١١/٣ وتفسير البيضاوي ١٣٣/٢ والملكية ونظرية العقد لأبي زهرة ١٩٩/ (٢) أنظر شرح العناية للبارتي ٢٤٨/٦ والحياسة في العقود للدكتور نزيه حماد/١٤/

بينهما عقدا .

وعلى هذا فكل التزام يعبر من جانب واحد، لا يكون عقداً، وإنما يكون تصرفاً ، كالطلاق المجرد عن المال والوقف والإبراء . (١)

وإنَّ المتتبع لكلام الفقهاء في كتبهم ومدوناتهم يلاحظ أن العقد بهذا المعنى، هو الشائع المشهور في استعمالهم .

فقد جاء في " درر الحكام " (٢) " أن العقد: " هو ارتباط أجزاء التصرف الشرعي . فالأجزاء المرتبطة نحو: زوجت ، وتزوجت ، وكذا : بيعت ، واشتريت . فان الشارع قد جعل بعض المركبات الإخبارية إنشاء بحيث إذا وجد وجد معه معنى شرعي يترتب عليه حكم شرعي" .

هذا وقد جعل " ابن عابدين " ، وجماعة معه، كلام الواحد القائم مقام الطرفين، من قبيل العقد أيضاً ،

(١) أنظر مختصر أحكام المعاملات الشرعية لعلي الخفيف /٥٦/ والفقهاء الإسلامي في أحكام العقود للدكتور شحاته /١٦/

(٢) أنظر درر الحكام في شرح غرر الأحكام لمن لا خسروا /٣٢٦/ وأنظر أيضاً شرح التوضيح على التنقيح لصدر الشريعة ١٢٣/٢ وشرح صدر الشريعة على متن الوقاية ١٦٢/١ وشرح العناية للبابرتي ٢٤٨/٦ ودرر الحكام شرح مجلة الأحكام /م (١٠٣) ٩١/١ وحاشية الدسوقي ٥/٣ - ٦ ومواهب الجليل للطرابلسي

٢٢٨/٤ والشرح الصغير للدردير ١٠/٤ وفيض الاله المالـك للبقاعي ٢/٢ وشرح الزيد للرملي /٢٠٣/ وفتح الجـواد لابن حجر الهيتمي ٣٧٣/١ والتعريفات للجرجاني /٨٢/



كما إذا صح كون الواحد موجبا وقابلا في عقد واحد، كما —
يشترى أرضا من موكله ، فمن أجل ذلك عرف العقد بقوله: " مجموع
إيجاب أحد المتكلمين مع قبول الآخر ، أو كلام الواحد القائل —
مقامهما ، أعني متولي طرفي العقد ". (١)

إذن فالعقد على هذا الإطلاق يستلزم وجود طرفين له ،
توافقت إرادتهما واتفقت حتى يترتب عليه أثره الشرعي ،
ولا يتحقق الربط بين كلاميهما ، إلا باتحاد موضوعهما ، وجعل
ثانيهما إقرارا لأولهما ورضا به ، بحيث يفهم من مجموعهما —
وجود إرادتين متوافقتين على إنشاء حق شرعي والتزام مطلوب
لهذين الطرفين . (٢)

الثاني :- وهو الإطلاق الأعم - ومفاده أن العقد: " هو
ما ترتب عليه التزام ، سواء تكون من توافق إرادتين وارتباطهما
أم من تعهد إرادة واحدة منفردة ". (٣)

فأصحاب هذا الرأي ، لا يشترطون وجود طرفين للعقد —
في كل الأحوال ، بل قد يكون العقد من طرف واحد ، لذا

-
- (١) أنظر حاشية ابن عابدين ٣/٣ وحاشية الشلبي على تبیین
الحقائق ٩٤/٢ .
(٢) أنظر مختصر أحكام المعاملات الشرعية لعلي الخفيف /٥٥/
(٣) أنظر الملكية ونظرية العقد لأبي زهرة /٢٠١/

فهم يسمون الطلاق والعتق المجردين عن المال ، وما إلى ذلك عقودا . فالعقد عندهم يشمل الارتباط الحاصل بين طرفين والتصرف الذي يصدر من طرف واحد . وقد ذكر "القرطبي" عند تفسيره مفتتح سورة "المائدة" أن كلمة العقود تعني : " كل ما عقده المرء على نفسه من بيع ، وشراء ، وإجارة ، ومناكحة ، وطلاق ، ومزارعة ، ومصالحة ، وتمليك ، وتخيير ، وعتق ، وتدبير ، وغير ذلك من الأمور" (١) . وجرى على هذا " أبو حيان" في تفسيره لنفس الآية ، فقال : " ويندرج في هذا العموم - عموم الآية - كل عقد مع إنسان كأمان ، ودية ، ونكاح ، وبيع ، وشركة ، وهبة ، ورهن ، وعتق ، وتدبير ، وتخيير ، وتمليك ، ومصالحة ، ومزارعة ، وطلاق ، وشراء ، وإجارة .." (٢)

وبناء على ذلك فإن كلا المعنيين للعقد - الأخص ، والأعم - سائغ في الفقه الإسلامي ، ومستعمل في الإصطلاح الشرعي ، وإن كان إطلاقه بالمعنى الأخص هو الكثير الغالب ، بخلاف استعماله بالمعنى الأعم ، فهو القليل النادر .

(١) أنظر الجامع لأحكام القرآن ٣٢/٦
(٢) أنظر البحر المحيط ٤١١/٣

المبحث الثاني : آثار العقد

الأثر : هو بقية الشيء . (١) قال " ابن فارس " : " الهمزة والشاء والراء ، له ثلاثة أصول : تقديم الشيء ، وذكر الشيء ، ورسم الشيء الباقي . قال " الخليل " : والأثر : بقية ما يرى من كل شيء ، وما يري بعد أن تبقى فيه علة " . (٢)

فما يبقى من العقد بعد إبرامه هو أثره المترتب عليه ، وهو من وضع الشارع لامن العاقد ، إنما إرادة العاقد هي في إنشائه وإبرامه ، فالعاقد ينشئ العقد ، ولا ينشئ الأثر . يقول الشيخ " محمد أبو زهرة " : وتأثير إرادة العاقد في تكوين العقد وإيجاده ، لافي إعطاء أحكامه وآثاره ، وعلى ذلك تكون مقتضيات العقود كلها جعلية شرعية ، وليست بأسباب طبيعية ، ويعنون بذلك : أن تسبب العقود لآثارها ، ليس باعتبار ما اشتملت عليه من عبارة تدل على إرادة حرة فقط ، بل لذلك ، ولأن الشارع جعل الأحكام الشرعية مترتبة على العقود " . (٣)

(١) أنظر لسان العرب لابن منظور ٥/٤ والصاح للجوهري ٥٧٥/٢ والقاموس المحيط للفيروزآبادي ٣٧٥/١ ومجمل اللغة لابن فارس ١٦٥/١

(٢) أنظر معجم مقاييس اللغة ٥٣/١-٥٤

(٣) أنظر الملكية ونظرية العقد لأبي زهرة ٢٥١/٢ وتيسير التحرير لأمير بادشاه الحسيني ٢٣٧/٢-٢٣٨ ومصادر الحق للسنةوري ٧٧/١

على أن آثار العقد - من جهة أخرى - هي غرض العاقدين -
من إنشاء العقد . وهي على نوعين:

- (١) آثار هي غاية مقصودة للعاقد من إنشاء العقد ، وهي التي تسمى " حكم العقد " .
- (٢) وآثار تستتبع العقد، وتؤكد حكمه، وهي التي تسمى " حقوق العقد " .

وعلى هذا :

فحكم العقد: هو الغاية المقصودة من العقد، والأثر الأملى المترتب عليه ، وهو الذي يثبت كنتيجة فورية مباشرة للعقد، ولا يتوقف تمام تنفيذه على شيء آخر. (١)

ففي عقد البيع مثلا : يثبت حكم العقد، وهو انتقال ملكية المبيع إلى المشتري، وملكية الثمن إلى البائع بمجرد العقد ، دون أن يتوقف ثبوت هذا الملك على القبض .

(١) أنظر مجلة القانون والاقتصاد للشيخ أحمد إبراهيم /٧٠٦/ والتعبير عن الإرادة لوحيده الدين سوار/٥٤٩/ .

ومثل ذلك يقال في انتقال ملكية المنافع بعوض في الإجارة ، وحل المتعة الزوجية في عقد النكاح ، وسقوط أسباب التنازع القائم بين المتنازعين في عقد الصلح، وهكذا... (١) ومن هذا يتضح : أن الحكم الأصلي للعقد ، هو مايعتبر موضوعا لذلك العقد حين التعاقد. (٢)

ويثبت حكم العقد للعائد إذا كان أهلا له، وكان يعقد لنفسه . أما إذا كان يعقد لغيره بنيابة شرعية كالوكالة، فإنه يثبت للموكل (٣) . لأن الغرض من التوكيل: هو حصول الملك للموكل، ولأن الوكيل لو اشترى منكوحته أو قريبه،

-
- (١) أنظر البحر الرائق لابن نجيم ١٥١/٧ وحاشية ابن عابدين ٥٠٦/٤ ودرر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر/م(١٠٤) ٩٢/١ ومرشد الحيران لقدرى باشا/م(٣٣٢) ٥٣/٥ ومصادر الحق للسنهوري ٥٨/٥ والخرشي ٤٠٣/٥ والشرح الصغير للدردير ٧٨-٧٩ والمهذب للشيرازي ٢٥٩/١ وكشاف القناع للبهوتي ١٨٣/٣ والمدخل الفقهي العام للزرقاء ٢٩٣/١٦، ٤٣٩/١ - ٤٤٠ والعقود المسماة في الفقه الإسلامي للزرقاء/٧٣ والمدخل لدراسة الشريعة الإسلامية للدكتور عبدالكريم زيدان/٣٤٥/
- (٢) أنظر المدخل الفقهي العام للزرقاء ٤٤٠/١
- (٣) هذا هو الصحيح من مذهب الحنفية ، وعندهم في هذه المسألة خلاف في ثبوتها للموكل بطريق الأصالة أم بطريق التبعية. أنظر تفصيل ذلك في البحر الرائق لابن نجيم ١٥١/٧ ونتاج الأفكار لقاضي زاده ١٧/٨

لا يفسد النكاح، ولا يعتق عليه ، ولو لم يثبت الملك للموكل
لما كان ذلك . (١)

وكذا الحال في الرسول ، فإن حكم العقد يثبت
للمرسل ، لأن الرسول سفير محض . (٢)

وأما حقوق العقد: فهي ما يترتب عليه لطرفيه من حقوق
والتزامات ومطالبات ، تؤكد حكمه ، وتقرره وتكمله ، وهي
آثار فرعية مترتبة أيضا على العقد ، غير أنها لا تقارن
العقد مباشرة ، بل يقتضيها تنفيذه .

ففي عقد البيع مثلا : هناك نوعان من الالتزامات:

- التزامات من جهة البائع : وهي عبارة عن مقتضيات
عقد البيع ، دون حاجة إلى شرط صريح يوجبها .
وهذه الإلتزامات هي : تسليم المبيع للمشتري ، وضمان
سلامة المبيع من أن يكون لغير المشتري فيه حق ، وهو
ما يسمى بضمان الدرك ، وضمان سلامة المبيع من العيوب .
- والتزامات من جهة المشتري للبائع : من دفع الثمن
وما إليه ، واستلام المبيع ، وضمان سلامة ثمن المبيع

(١) أنظر الخرشي ٧٨/٦ والبحر الرائق لابن نجيم ١٥١/٧ ونتاج
الأفكار لقاضي زاده ١٧/٨ وفتح العزيز للرافعي ٦٢/١١
والمهذب للشيرازي ٣٥٦/١ وكشاف القناع للبيهوتي ٤٦٠/٣
ومنتهى الإرادات لابن النجار ٤٤٨/١ ومجلة القانون للشيخ أحمد
إبراهيم /٧٠٦/

(٢) انظر تبين الحقائق للزيلعي ٢٦٤/٤ والمبسوط للسرخسي ٧٨/١٩
وبدائع الصنائع للكاساني ٣٤٥٣/٧ والخرشي ٧٢/٦ ونهاية
المحتاج للرملي ٤٨/٥ .

(١)

من العيب والإستحقاق ، ونحو ذلك .

وهذه الحقوق تثبت للعائد إن باشر العقد بنفسه أيضا ،
لكن لو أناب عنه في إبرام العقد :

فيختلف الحال بين ما إذا كان النائب رسولا أو وكيلًا :

فإن كان رسولاً : فإن حقوق العقد تثبت للمرسل أيضا ،
كما هو الحال فيحكم العقد. (٢) وإن كان وكيلًا .

* فالمالكية والشافعية : يرون أن حقوق العقد متعلقة
بالوكيل، لأن الوكيل هو العائد دون الموكل، ومن ثم
جاز له الفسخ بخيار المجلس وإن أجاز الموكل. وتعتبر
رؤيته دون رؤية الموكل ، ويلزمه تسليم رأس المال
في السلم، وهكذا. (٣)

* أما الحنابلة: فإنهم جعلوا حقوق العقد متعلقة
بالموكل، كما هو الشأن عندهم في أحكام العقود.
لأن الملك ينتقل إليه ابتداءً ولا يدخل المبيع في

-
- (١) أنظر المدخل الفقهي العام للزرقا ٤٤٠/١٦ والعقود المسماة للزرقاء
٨٥-٧٥/ ومصادر الحق للسنهوري ٥٨/٥ وحاشية ابن عابدين
٥٠٦/٤ ، ١٨٧/٥ والمدخل لدراسة الشريعة لزيدان ٣٤٥/٣ ومجلة
القانون والإقتصاد للشيخ أحمد إبراهيم ٧٠٦/٣ ومرشد الحيران
لقدرى باشا م(٣٣٣) ٥٣/٥ والتعبير عن الإرادة لسوار ٥٤٩-٥٥٠/٥ .
- (٢) أنظر تبين الحقائق للزيلعي ٢٦٤/٤ وبدائع الصنائع للكاساني
٣٤٥٣/٧ والشرح الصغير للدردير ٦٧٠-٦٧١ والخرشي
٧٢/٦ ونهاية المحتاج للرملي ٤٨/٥ وتحفة المحتاج لابن حجر
الهيتمي ٣٣٣/٥ .
- (٣) أنظر الخرشي ٧٢/٦ والشرح الصغير للدردير ٦٧٠/٤ وروضة
الطالبين للنووي ٣٢٧/٤ وحاشية المحلي على منهاج الطالبين
٣٤٦/٢ وحاشية الجمل على شرح المنهاج ٤١٧/٣ .

ملك الوكيل، فتكون حقوق العقد - كتسليم الثمن ، وقبض المبيع ، وضمان الدرك ، والرد بالعيب ، ونحو ذلك متعلقة بالموكل. (١)

* وأما الحنفية : فإن لهم في تعلق حقوق العقد بالموكل أو الوكيل تفصيلا ، تبعا لنوع الموكل به : لأن ما وُكِّلَ به إما أن لا تكون له حقوق مطلقا - كما إذا كانت الوكالة في استيفاء الدين ونحوه - وإما أن تكون له حقوق - كالبيع والشراء والنكاح .

فإن كانت له حقوق : فإما أن يحتاج الوكيل إلى إضافة العقد إلى الموكل ، أولا يحتاج :

• فما يحتاج الوكيل إلى إضافته إلى الموكل - كالنكاح ، والطلاق على مال، والعنق على مال، والصلح عن دم العمد والكتابة، والملح عن إنكار المدعى عليه ، ونحوه - فحقوق هذه العقود تكون للموكل وعليه، والوكيل فيها يكون سفيرا ومعبرا محضا ، حتى إن وكييل الزوج في النكاح لا يطالب بالمهر، وإنما يطالب به الزوج ، إلا إذا ضمن المهر، فحينئذ يطالب به ، لكن

(١) أنظر كشف القناع للبهوتي ٤٦٠/٣ ومنتهى الإرادات لابن النجار ، ٤٤٨/١ وحاشية سليمان بن عبد الوهاب على المقنع ١٥١/٢ والمغني لابن قدامة ١٠٣/٥ .

بحكم الضمان . ووكيل المرأة في النكاح لا يملك قبض المهر .
• وما لا يحتاج إلى إضافة إلى الموكل ، ويكفي فيه إضافته
إلى الوكيل، فالحقوق فيه متعلقة بالوكيل ، لأن الوكيل
أصل في العقد، فهو العاقد حقيقة ، والحقوق راجعة
إليه ، كأنه المالك، والمالك كالأجنبي ، حتى لا يملك
الموكل مطالبة المشتري من الوكيل بالثمن . (١)

وهذه الحقوق التي هي آثار فرعية، يقصد بها المطالبات
والإلتزامات ، التي تنشأ من العقد، لتثبيت حكمه وتأكيد
وتقويته ، تنقسم إلى حقوق أصلية وحقوق مكتسبة :

أ - أما حقوق العقد الأصلية : فهي التي تنشأ تبعاً
للحكم الأصلي للعقد، وتكون من مقتضياته ، دون اشتراط
من أحد العاقدين، ويتولى الشرع تحديدها ، كتسليم
المبيع للمشتري ، وتسليم الثمن للبائع ، وإلتزام
الوديع برد الوديعة .

ب - وأما حقوق العقد المكتسبة : فهي التي لا تثبت
إلا باشتراط العاقد، وهي أمر زائد على مقتضيات
العقد ، ويقتصر حكم الشرع فيها على التنبيه عليها ،

(١) أنظر كشف الحقائق للأفغاني ٩٢/٢-٩٣ وبدائع الصنائع
للکاساني ٢٤٧٦/٦ - ٢٤٧٧ والفتاوى الجزائرية
٤٧٤/٢ وحاشية صدر الشريعة على متن الوقاية ٩٢/٢-٩٣

وتأييد صاحبها، في المطالبة بها ، كالتزام البائع
بايصال المبيع إلى دار المشتري ، والتزام البائع
بضمان صلاحية المبيع مدة معينة ، ونحو ذلك . (١)

الفرق بين حكم العقد وحقوقه :

سبق بيان كل من حكم العقد وحقوقه ، لكن حتى يسهل
التمييز بين حكم العقد وحقوقه ، لابد من بيان أساس
الفرق بينهما :

- فحكم العقد يترتب عليه فور انعقاده ، وهو لا يفتقر إلى
عمل من العاقد لتنفيذه ، فالشارع هو الذي أنشأه
وقدّره وأيضا فحكم العقد هو الذي يكشف عن الغاية
النوعية للعقد، التي يتميز بها عن غيره من حيث
موضوعه .

- أما حقوق العقد فتفتقر إلى تدخل العاقد لوضعها
موضع التنفيذ ، كما أنها لاتحمل الصفة المميزة للعقد
التي تؤكده ، حيث إنها تصلح لتأكيد عقود أخرى،
كالتسليم ونحوه . (٢)

(١) أنظر التعبير عن الإرادة لسوار/٥٤٩-٥٥٠/
(٢) أنظر التعبير عن الإرادة لسوار/٥٤٩-٥٥٠/ والمدخل الفقهي
العام للزرقاء ٤٤١/١ - ٤٤٢ .

المبحث الثالث : العلاقة بين العقد والتصرف .

لابد لي قبل الكلام عن العلاقة بين العقد والتصرف ، من
أن أبين حقيقة التصرف لغة وشرعا .

أولا - معنى التصرف لغة :

التصرف كلمة مشتقة من الصرف . والصرف : رد الشيء
عن وجهه . يقال : صرّف الشيء : أعمله في غير وجهه ، كأنه يصرّفه
عن وجه إلى وجه . (١)

ثانيا - معنى التصرف شرعا:

هو ما يصدر عن الإنسان من قول أو عمل ، ويرتب عليه الشارع
حكما شرعيا ، سواء كان نافعا كالوصية ، أو ضارا كالسرقة . (٢)

والتصرف نوعان : فعلي ، وقولي .

أما التصرف الفعلي : فهو ما كان قوامه عملا غير لساني ، كإحراز
المباحات ، والغصب ، والإتلاف واستلام المبيع ، وقبض الدين ،

(١) أنظر لسان العرب لابن منظور ١٨٩/٩ والقاموس المحيط للفيروز أبادي

١٦٧/٣ والصاح للجوهري ١٣٨٦/٤

(٢) أنظر المدخل الفقهي للزرقاء ٢٨٨/١ والفقہ الإسلامي في

أحكام العقود للدكتور شحاته ١٦/

وما أشبه ذلك .

وأما التصرف القولي : فهو نوعان : عقدي ، وغير عقدي .

١- فالتصرف القولي العقدي : هو الذي يتكون من قوليين من جانبين يرتبطان ، أي ما يكون فيه اتفاق بين إرادتين ، وذلك كالبيع والشراء ، والإجارة ، والشركة ، وما أشبهها ، على المعنى الأخص للعقد .
أو يتم بإرادة واحدة منفردة ، كالوقف ، والإبراء ، والطلاق ، والعتق المجردين عن المال ... الخ ، على المعنى الأعم له .

٢- والتصرف القولي غير العقدي : هو أقوال تترتب عليها آثار شرعية ، كالدعوى ، فإنها طلب حق أمام القضاء ، وكالإقرار ، والإنكار ، والحلف على نفي دعوى الخصم . وهذا النوع تصرف قولي محض ، ليس فيه أي شبه عقدي .

هذا والعبرة في تمييز التصرف القولي عن الفعلي ، إنما هي لطبيعة التصرف وصورته ، لا لمبناه الذي ينشأ عليه ، ولذا كان دفع الثمن وتسلم المبيع تصرفا فعلياً ، ولو أنه مبني على عقد البيع . (١)

وبناءً على هذا ، وبالنظر إلى ما سبق من تعريف العقد

(١) أنظر المدخل الفقهي للزرقاء ٢٨٨/١-٢٩١ والحيازة في العقود للدكتور نزيه حماد /١٨/

شرعا ، فالعلاقة بين العقد والتصرف : هي علاقة الخصوص والعموم المطلق ، سواء أطلقنا العقد بمعناه الأخص أم بمعناه الأعم . لأن العقد نوع من أنواع التصرفات القولية .

أما التصرف فإنه يشمل : كل ما يصدر عن الإنسان من أقوال وأفعال .

ومن المقرر في القواعد المنطقية : أن الأخص يستلزم دائما معنى الأعم ، ولاعكس ، فكل عقد تصرف ، وليس كل تصرف عقدا ، وهذا ما يسمى بالعموم والخصوص المطلق بين الشيئين في علاقة أحدهما بالآخر ، ونسبته اليه .^(١)

(١) أنظر المدخل الفقهي للزرقاء ٢٨٨/١ ، ٢٩١/١ والحيازه في العقود للكتور نزيه حماد/١٨/ والفقه الإسلامي في أحكام العقود للدكتور شحاته/١٦/ والمدخل لدراسة الشريعة لزيدان

المبحث الرابع : العلاقة بين العقد والإلتزام •

قبل أن أتحدث عن العلاقة بين العقد والإلتزام ، لابد لي من أن أمهد بتعريف الإلتزام لغة وشرعا .

أولا: معنى الإلتزام لغة :

قال " ابن فارس " : "اللام والزاي والميم : أصل واحد صحيح ، يدل على مصاحبة الشيء بالشيء .
يقال : لزمه الشيء ، يلزمه . واللام : العذاب المـلـلـام للـكـفـار" . (١)

ولزم الشيء يلزمه لَزَمًا ولزوما ، ولازمه ملازمة ولزاما، والـتـزـمـه وألزمه إياه فالتزمه : إذا لازم الشيء فلايفارقه ، والتصـتـقـى به فلم ينفصل عنه . (٢)

قال " ابن منظور " : " وهو في اللغة : الملازمة للشيء والدوام عليه " . (٣)

-
- (١) أنظر معجم مقاييس اللغة ٢٤٥/٥
(٢) أنظر لسان العرب لابن منظور ١٢/٤١-٥٤٢ والقاموس المحيط للفيروز أبادي ١٧٧/٤ والصاحح للجوهري ٢٠٢٩/٥ وتـسـاج العروس للزبيدي ٥٩/٩ وجمهرة اللغة لابن دريد ١٨/٣ .
(٣) أنظر لسان العرب ١٢/٥٤٢ .

ثانيا : معنى الإلتزام شرعا :

الإلتزام في اصطلاح الفقهاء : هو كون الشخص مكلفا بفعل ، أو امتناع عن فعل، تجاه غيره .

فمن أمثلة التكاليف بفعل : تسليم المبيع وأداء الثمن ومن أمثلة التكاليف بالامتناع عن الفعل : عدم تجاوز الحد المعتاد في استعمال العارية ، وفي استعمال المأجور، وهما التزامان على المستعير وعلى المستأجر تجاه المعير والمؤجر. (١)

فالإلتزام يتضمن الإيجاب على النفس، والوفاء بما التزمت به ، ولذلك عرف الشيخ " أحمد ابراهيم " الإلتزام بقوله : " الإلتزام في اصطلاح الفقهاء معناه، الإيجاب على النفس . تقول: إلتزم فلان بكذا : أى أوجبه على نفسه، وألزمه غيره : أى أوجبه عليه ". (٢)

وبناء على ذلك : فسواء أردنا بالعقد المعنى الأخص أو المعنى الأعم ، فإن العلاقة بين العقد والإلتزام الناشيء عنه ، هي كالعلاقة بين السبب والمسبب ، أو الأثر والمؤثر (٣).

(١) أنظر المدخل الفقهي للزرقاء ٤٣٦/١ - ٤٣٧
(٢) أنظر مجلة القانون والاقتصاد - السنة الثانية /٦٠٥/
(٣) أنظر المدخل الفقهي للزرقاء ٤٣٨/١٦ ومختصر أحكام المعاملات لعلي الخفيف/٥٤ .

لأن إبرام عقد البيع مثلا سبب لانتقال ملكية المبيع إلى المشتري ،
وملكية الثمن إلى البائع ، الذي يترتب عليه التزام البائع
بتسليم المبيع ، والتزام المشتري بتسليم الثمن .

•• ••

المبحث الخامس : تقسيم العقود من حيث الصفة
وعدمها .

يمكن تقسيم العقود تقسيمات عديدة مختلفة، بحسب الأساس الذي تقوم عليه، والموضوع الذي تهدف إليه، والصفات والأحكام التي تعتمدها.

ذلك أنه قد تشترك بعض العقود مع البعض الآخر، من بعض الجوانب والنواحي والإعتبارات، ولو كانت بينها فروق واختلافات في جوانب أخرى، تبعاً لإعتبارات مغايرة.

فعقد الإيداع والقرض، يشتركان في أنهما من العقود التي لا تلزم إلا بالتنفيذ والتسليم. وعقد البيع وإجارة الأعيان، يشتركان في أنهما من العقود التي تلزم وتترتب عليها أحكامها بمجرد الإيجاب والقبول، دون توقف على تسليم، وهكذا.

ومن هنا صنفنا العقود إلى أصناف مختلفة، تبعاً لجملة من الإعتبارات، التي يختلف بها كل صنف عن سواه، فقسمت باعتبار التسمية، وبالنظر إلى المشروعية، وبالنظر إلى الصيغة، وباعتبار اشتراط التقابض، وباعتبار تبادل الحقوق، وبالنظر إلى الضمان، وبالنظر إلى غاية العقد، وبالنظر إلى اللزوم، وبالنظر إلى الفورية والإستمرارية، وبالنظر إلى الأصلية والتبعية.^(١)

(١) أنظر المدخل الفقهي للزرقا ٥٦٧/١٤ وما بعدها، والأشباه والنظائر للسيوطي / ٢٧٥-٢٨٣ / .

كما قسمت العقود أيضا بالنظر إلى الصحة وعدمها، وهذا هو غرضي في هذا المبحث، وسأعرضه إن شاء الله بما يتلاءم وهذه الرسالة، حتى أعطي القارئ الكريم فكرة واضحة عن العقود الموقوف، وطبيعته، وخصائصه، ومكانته بين العقود.

.. ..

أقسام العقد من حيث الصحة وعدمها

تنقسم العقود بشكل أساسي تبعاً للصحة وعدمها إلى قسمين أساسيين هما : العقد الصحيح ، والعقد غير الصحيح .

أولاً: العقد الصحيح :

عرف الحنفية العقد الصحيح بأنه: ما كان مشروعاً بأصله ووصفه . (١)

والمراد بأصل الشيء: هو ما يتوقف تصور الشيء على وجوده . ومشروعية أصله: هو أن يكون بحال قداً اعتبرها الشارع، بأن يكون ركنه صادراً من أهله ، مضافاً إلى محل قابل لحكمه .
ومشروعيه وصفه: أن تكون أوصافه صحيحة، سالمه من الخلل ، وأن يخلو من أحد الشروط المفسدة للعقد (٢) .

فإذا توافرت في العقد جميع شرائطه الشرعية، واستوفى جميع أركانه ، حكمنا عليه بالصحة . (٣)

-
- (١) أنظر شرح التوضيح للتنقيح لصدر الشريعة ١٢٣/٢ ومجمع الأنهر لداماد أفندي ٥٣/٢ وشرح صدر الشريعة على متن الوقاية ١٧/٢ .
 - (٢) أنظر مرشد الحيران لقدرى باشا/م (٢١٧) ٣٥/ والحيازة في العقود للدكتور نزيه حماد/٢٨ واحكام المعاملات لعلي الخفيف/١١٢-١١٣ .
 - (٣) أنظر كتاب المعتمد لأبي الحسين البصري/١ ١٨٤ وأصول الفقه الإسلامي لزكي الدين شعبان/٢٥٧ .

وقد عرف سائر الفقهاء العقد الصحيح بأنه: ما استجمع جميع أركانه وشروطه ، بحيث تترتب عليه آثاره الشرعية المطلوبة منه . (١)

وينقسم العقد الصحيح إلى قسمين : نافذ وموقوف .

أما العقد النافذ: فهو ما صدر من أهله ، مضافا إلى محله ، مستوفيا لشروطه ، وترتبت عليه آثاره في الحال، دون توقّف على إجازة أحد، وبعبارة أخرى: أن يوجد الركن مع وجود شروط الانعقاد والصحة والنفاد جميعا. (٢)

-
- (١) أنظر تحقيق المراد في أن النهي يقتضي الفساد للعلائي /٢٨٢/ وتيسير التحرير لأمير بادشاه الحسيني ٢/٢٣٤ والإحكام في أصول الأحكام للأمدى ١/١٠٠ وكتاب المعتمد لأبي الحسين البصري ١/١٨٤ والمستصفي للغزالي ١/٩٥ والشرح المغير للدردير ٤/١١١ وشرح الكوكب المنير لابن النجار ١/٤٦٧-٤٦٨ والمدخل إلى مذهب الإمام أحمد لابن بدران/٦٩/ ومجلة الأحكام الشرعية للقاري ١/١٠٧ (١٦٣) والموافقات للشاطبي ١/١٩٧ وعلم أصول الفقه لخلاف/١٢٥/ وأحكام المعاملات الشرعية لعلي الخفيف/١١٥/
- (٢) أنظر تحفة الفقهاء لسمرقندي ٢/٣٤ والمدخل الفقهي للزرقاء ١/٤١٨-٤١٩، ١/٥٧٧ والملكية ونظرية العقد لأبي زهرة /٤٢٠/ والفقه الإسلامي في أحكام العقود للدكتور شحاته/٣٣/ ولمعرفة شروط الإنعقاد أنظر المدخل الفقهي للزرقاء ١/٣٤٠ وما بعدها .

وينقسم العقد النافذ إلى خمسة أقسام:

الأول : عقد نافذ لازم ، غير قابل للفسخ بطرق الإقالة : وهو ما كان مشروعاً بأصله ووصفه ، وليس فيه ما يمنع نفاذه ، ولا يقبل الخيار، ككناح البالغ العاقل الحر امرأة كذلك ، بلا غرر بنحو عيب ، فإنه لا يرتفع بالتقاييل، بمعنى أنه لا يقبل الإلغاء الإتفاقي وإن كان يقبل الإنهاء بطرق شرعية مخصصة ، كالطلاق والخلع ، والتفريق القضائي، والفسخ عند وجود أسبابها الشرعية. وهذا النوع من العقود لا يدخله الخيار، كخيار الشرط ، وخيار الروئية، وخيار المجلس، وإذا انعقد لم يكن لأحد الطرفين الحق في فسخه بالإقالة ، وللكليهما ، لأن في ذلك منافاة لطبيعة هذا العقد من الدوام والإستمرار والإستقرار. (١)

الثاني : عقد نافذ لازم ، قابل للفسخ والإلغاء بطريق الإقالة ، وفي هذا النوع يجوز للعاقدين أن يتراضيا على فسخ العقد ، ويكون الفسخ بالنسبة لهما في حكم

(١) أنظر البحار الرائق لابن نجيم ٧٥/٦ والأشباه والنظائر لابن نجيم ٣٣٦/ والأشباه والنظائر للسيوطي ٢٧٥/ والقواعد لابن رجب الحنبلي ٦٦/ والمدخل الفقهي للزرقاء ١٤٧٧/ والملكية ونظرية العقد لأبي زهرة ٤٢٢/ وأحكام المعاملات الشرعية لعلي الخفيف ١١٦/

إبطال العقد، وكأنه لم يكن ، وذلك كما في عقود
المعاوضات النافذة اللازمة ، من بيع وإجارة ، ومزارعة، ومساقاة ،
وصلح ، وغير ذلك. (١)

الثالث : عقد نافذ لازم بحق أحد الطرفين، غير لازم بحق
الطرف الآخر، كالرهن النافذ، فإنه غير لازم من
جانب المرتهن، لازم من جانب الراهن بعد القبض
والكفالة غير لازمة بالنسبة للدائن المكفول له ،
لازمة من جانب الكفيل ، والكتابة غير لازمة من
جانب العبد، لازمة من جانب السيد، لأن هذه
العقود ، إنما شرعت لمصلحة من كانت في حقها
غير لازمة، حفاظا على مصلحته. (٢)

الرابع : عقد نافذ غير لازم من الطرفين ، وهي العقود
النافذة ، التي يملك كل واحد من الطرفين
فيها حق الفسخ والرجوع والإلغاء، بإرادته المنفردة،
ولو لم يرض بذلك الطرف الآخر، كالإيداع، والإعارة،
والوكالة، والشركة. (٣)

-
- (١) أنظر الأشباه والنظائر لابن نجيم/٣٣٦/ والأشباه والنظائر للسيوطي/٢٧٥/
والقواعد لابن رجب الحنبلي/٦٦/ والمدخل الفقهي للزرقي/١٤٥٨/
والملكية ونظرية العقد لأبي زهرة/٤٢٢/ وأحكام المعاملات الشرعية
لعلي الخفيف/١١٦/
(٢) أنظر الأشباه والنظائر لابن نجيم/٣٣٦/ والأشباه والنظائر للسيوطي
٢٧٦/ والمدخل الفقهي للزرقي/١٤٥٨/ والملكية ونظرية العقد
لأبي زهرة/٤٢٤/
(٣) أنظر القواعد لابن رجب /٦٥/ والأشباه والنظائر لابن نجيم/٣٣٦-٣٣٧/
والأشباه والنظائر للسيوطي/٢٧٥/ والمدخل الفقهي للزرقي
٤٤٨/١، ٥٧٨/١ والملكية ونظرية العقد لأبي زهرة/٤٢٤/

الخامس : عقد نافذ غير لازم من الطرفين، غير أنه قد يؤءول إلى اللزوم ، وهو الهبة قبل التسليم والرهن قبل القبض والوصية قبل الموت^(١)، ففي حق كل من الواهب والراهن والموصي .

وأما العقد الموقوف: فسيأتي الكلام عليه مفصلاً في الباب الأول^(٢) ان شاء الله تعالى .

(١) أنظر الأشباه والنظائر للسيوطي/٢٧٥/
(٢) أنظر الباب الأول صفحة (٦٨)

ثانيا : العقد غير الصحيح :

مما تقدم من تعريف العقد الصحيح نتبين : أن العقد لا يكون صحيحا إذا اختلف فيه ركن من أركانه ، أو كان محله غير قابل لحكمه ، كان تكون المرأة في عقد النكاح متزوجة ، أو من ذوات المحارم ، أو كان في العقد صفة مقترنة به ، نهى عنها الشارع، كالربا في عقد البيع مثلا، ففي هذه الحالة يحكم على العقد بأنه غير صحيح.

ولأخلاف بين الفقهاء في تقسيم العقد إلى صحيح وغير صحيح ، لكن الخلاف بينهم في تقسيم العقد غير الصحيح :

١- فالجمهور (١) - وهم المالكية والشافعية والحنابلة- : يرون أن العقد غير الصحيح قسم واحد، ويعبرون عنه بالباطل والفساد ، دون تفريق بين اللفظين من حيث المدلول ، فإذا

(١) أنظر الشرح الصغير للدردير ١١١/٤ وتنقيح الفصول للقرافي ١٧٣/ والذخيرة للقرافي ٨٢/١ والمستصفي للغزالي ٩٥/١، والإحكام في أصول الأحكام للآمدى ١٠١/١ والمنحول للغزالي ٢٠٥/٢ وإرشاد الفحول للشوكاني ١١١/١ والتمهيد للأسنوي ٨/١ وكتاب المعتمد للبصري ١٨٤/١ وشرح الكوكب المنير لابن النجار ٤٧٣/١ والأشباه والنظائر للسيوطي ٢٨٥-٢٨٦/٢ ومجله الأحكام الشرعية للقاري م (١٦٤) ١٠٨ وعلم أصول الفقه لخلافه ١٢٦/١ وأصول الفقه الإسلامي لزكي شعبان ٢٥٧/٢ والمدخل إلى مذهب الإمام أحمد ٦٩/٢ والقواعد والفوائد الأصولية لابن اللحام ١١٠/١

استكمل العقد جميع أركانه وشروطه ، على وجه تترتب عليه آثاره الشرعية ، فهو الصحيح . وإلا كان غير صحيح . فالباطل والفساد عند الجمهور مترادفان ، فكل فاسد باطل ، وكل باطل فاسد ، ويقابلان في هذا الصحيح المشروع ، لانه لامعنى لكون التصرف فاسداً سوى انتفاء مشروعيته ، وعدم ترتب آثاره وثمراته المقصودة منه ، وخروجه عن كونه سبباً مفيداً لها ، والمناهي بجملتها في العقود محمولة على الفساد ، لانه لامعنى لنفي هذه الأحكام سوى عدم اعتبارها ، فلا فرق بين الممنوع بأصله ، والممنوع بوصفه في هذا المقام .

٢- أما الحنفية: فقد قسموا العقد غير الصحيح إلى قسمين فاسد وباطل .

فالعقد الفاسد: هو ما كان مشروعاً بأصله لا بوصفه ، بمعنى أنه وجدت أركان العقد وشروط انعقاده ، لكن صحبه وصف ملازم نهى الشارع عنه . (١)

فكل عقد تضمن خلافاً في غير ركنه ومحلّه يحكم بفساده . (٢)

-
- (١) أنظر البحر الرائق لابن نجيم ٧٤/٦ وشرح فتح القدير لابن الهمام ٤٠١/٦ ومجمع الأنهر لداماد أفندي ٥٣/٢ وشرح العناية للبابرتي ٤٠٢/٦ وشرح صدر الشريعة علي متن الوقاية ١٧/٢ وشرح التوضيح للتنقيح لصدر الشريعة ١٢٣/٢ وعلم أصول الفقه لخلافه ١٢٦/١ وأصول الفقه الإسلامي للدكتور أحمد ديونس سكر ٢٨/١
- (٢) أنظر مرشد الحيران لقدرى باشا/م (١١٨) ٣٥

وعليه: فان العقد الفاسد عقد وجد صورة ووجد شرعا، بوجود العاقدین اللذین هما أهل العقد ، ووجود المحل القابل له، لكن جاء على نحو أو صفة لا يقرها الشارع، بل نهى عنها، فهو قد وافق العقد الصحيح من حيث سلامة أصله ، لكن خالفه بوجود هذا الوصف المنهى عنه، كالبيع بثمن مجهول، أو البيع المقترن بشرط فاسد ، أو الزواج من غير شهود ، فهذا وأمثاله يُعد من قبيل العقد الفاسد عندهم. (١)

والعقد الفاسد مع كونه أحد قسمي العقد غير الصحيح، فإنه قد تترتب عليه بعض الآثار، كالدخول في النكاح الفاسد ، فإنه يوجب المهر والعدة ، ويثبت به النسب .

لكن ولو أنه قد تترتب عليه بعض الآثار ، فهو مطلوب الفسخ شرعا، ويجب بسببه الضمان بالمثل أو القيمة، إن فُت المحل المعقود عليه في عقد من عقود المعاوضات المالية. (٢)

وأما العقد الباطل : فعرفوه بأنه: ما لا يكون مشروعاً بأصله ولا بوصفه. (٣)

فالعقد الذي يتضمن خلافاً في أحد أركانه مثلاً، بأن كان الإيجاب والقبول صادرين ممن ليس أهلاً للعقد، أو كان غير قابل

(١) أنظر الحيازة في العقود للدكتور نزيه حماد/٣٢/ وأصول الفقه الإسلامي لزكي شعبان/٢٥٨/٠

(٢) أنظر مرشد الحيران لقدري باشا/م(٣٣٧)٥٤/ وتيسير التحرير لأبي بادشاه الحسيني/٢/٢٣٦٠

(٣) أنظر البحر الرائق لابن نجيم ٧٥/٦ ومجمع الأنهر لداماد أفندي ٣/٢٥ وشرح صدر الشريعة على متن الوقاية ١٧/٢ وشرح فتح القدير لابن الهمام ٤٠١/٦ وشرح العناية للبارتي ٤٠٢/٦.

لحكمه ، فهو عقد باطل . (١)

وهذا العقد لا يترتب عليه أي شيء من الآثار المترتبة على العقد الصحيح ، فلا يفيد الملك في الأعيان المالية مثلا ، حتى ولو قبضت ، لأنه غير منعقد شرعا (٢) ، وإن كان موجبا في صورة في الخارج ، أعني الوجود الحسي ، لكنه في حكم المعدوم شرعا . (٣)

وسبب الخلاف بين الحنفية والجمهور ، يرجع إلى اعتبارين اثنين : (٤)

أحدهما : أن نهي الشارع عن عقد من العقود : هل يقتضي عدم وجوده شرعا ، بمعنى أن لا يعترف الشارع له بوجوده .

والثاني : هل نهي الشارع عن وصف من الأوصاف المقارنة أو الملازمة للعقد ، في مرتبة واحدة مع النهي المتعلق بالأصل .

-
- (١) أنظر مرشد الحيران لقدرى باشا/م(٢١٩) ٣٦ وم(٢٣٩) ٥٤/وعلم أصول الفقه لخلاف /١٢٦/
 - (٢) أنظر مرشد الحيران لقدرى باشا/م(٢١٩) ٣٦/
 - (٣) أنظر تيسير التحرير لأمير بادشاه الحسني ٢/٢٣٦ ومرشد الحيران لقدرى باشا/م(٣٣٨) ٥٤/وعلم أصول الفقه لخلاف/١٢٦-١٢٧ /ومختصر أحكام المعاملات الشرعية لعلي الخفيف /١١٥/ وأصول الفقه للدكتور أحمد بكر/٣٨/ .
 - (٤) انظر الموافقات للشاطبي ١/١٩٨-١٩٩ والمنحول للغزالي /١٢٦/ وتخريج الفروع على الأصول للزنجاني /٧٧/ والحيارة في العقود للدكتور نزيه حماد/٣٣-٣٤/ وأصول الفقه للخضري /٧٣/ والملكية ونظرية العقد لأبي زهرة /٤٠٩-٤١٠/ .

فالجُمهور^(١) أخذوا بالإعتبار الأول ، وقالوا: إن نهى الشارع عن عقد من العقود، دال على بطلانه ، فوجوده غير معترف به من قبل الشارع لأن قيام الشخص به مع النهي عنه عصيان لأمر الشارع، وكيف يعترف الشارع بعقد حرم التعامل به ، ثم يرتب آثاره عليه ، وهو ————— يعتبره عصيانا .

فتنكب أمر الشارع بفعل مالم يأذن به يقتضي أن يكون غير مشروع سواء أكان النهي منصبا على الأصل أو الوصف الملازم ، وغير المشروع باطل .

هذا ولم يفرق الجمهور بين الفساد والبطلان في العبادات والمعاملات ، وقالوا: هما فيهما مترادفان .^(٢)

-
- (١) سيأتي قريبا إن شاء الله تفصيل مفيض لمذهب الجمهور في صفحة ٤٥/ وما بعدها .
- (٢) فرق الشافعية استثناء بين الفساد والباطل في عدد من المسائل، حصرها بعضهم في أربع مسائل متفرقة في أبواب : الحج والعمرة . والكتابة والخلع ، وأضاف السيوطي إليها ثلاثة أخرى في أبواب: الوكالة والشركة والقراض .
- أما صورة الحج الفاسد فهي : إما أن يفسد الحج بسبب طارئ كالجماع ، أو يفسد ابتداء ، وذلك كما إذا أحرم بالعمرة ، ثم جامع وأدخل الحج على العمرة ، فإن الأصح أنه ينعقد فاسدا .
- وأما صورة الفساد في العارية فهي: في إعاره الدراهم والدنانير فإنها مضمونة لأنها إعاره فاسدة ، ولكن في الحكم بفسادها خلاف عند الشافعية ، إذ القول الآخر عندهم هو الحكم ببطلانها فلا ضمان .
- وأما صورة الكتابة الفاسدة فهي: أن يكون الخلل قد وقع في العوض أو اقترن بها شرط مفسد: كأن يكتبه على خمر أو حنزير ، أو لأجل فاسد ، كأن يكتبه على نجم واحد .
- وأما صورة الخلع الفاسد: فهي أن يكون عوض الخلع فاسدا ، فلا يفسد الخلع بفساده ، بل يرجع إلى مقابلة وهو مهر المشمل =

.....

= وتبين المرأة به .

والتفرقة بين الفاسد والباطل في الخلع ، مترتبة على وجـود فرق بينهما في النكاح ، إذا كان على مهر فاسد مثلا ، كخمر أو خنزير ، حيث يثبت عقد النكاح ، ويجب للمرأة مهر المثل ، وقد أشار إلى ذلك " النووي " في الروضة وغيره . غير أن الشافعية لم يصرحوا بأن هناك فرقا بين فاسد النكاح وباطله ، عند ذكرهم للمسائل التي وقع فيها الفرق عندهم .

وأما صور باقي المسائل التي ذكرها السيوطي ، فلم أقف على أمثله لها في كتب الشافعية . أنظر روضة الطالبين للنووي ١٣٩/٣ ، ٤٢٦/٤ ، ٤٢٧ ، ٢٦٤/٧ ، ٣٨٩/٧-٣٩٠ ، ٢٣١/١٢ ، والرسالة للشافعي ٣٤٥/٣ ومغني المحتاج للشربيني ١/٥٢٣ ، ٢٦٥/٣ وتحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي وحواشيه للشرواني وابن القاسم ١٧٤/٤-١٧٨ ، ٤٦٩/٧ والمهذب للشيرازي ٥٧/٢ والأشباه والنظائر للسيوطي ٢٨٦/٤ ، ٤٧٧/٤ والتمهيد للأسنوي ٨/ ومختصر من قواعد العلائي وكلام الأسنوي لابن خنيفة الدهشة ١/٢٤٠-٢٤٤ وحاشية الشيخ الشربيني على الفخر البهية ٣٩١/٢

هذا وقد وافق الحنابلة الشافعية في مسائل الحج والكتابة والنكاح ، وأدخلوا معها كما فعل " السيوطي " الوكالة ، وزادوا كذلك المضاربة ، ولم يروا أن التفرقة بين الفاسد والباطل في هذه المسائل مخالف لقاعدتهم ، فقد قال " ابن اللحام " : " البطلان والفساد مترادفان عندنا وعند الشافعية . . . إذا تقرر هذا : فذكر أصحابنا مسائل ، فرقوا فيها بين الفاسد والباطل ، ظن بعضهم المتأخرين أنها مخالفة للقاعدة ، والذي يظهر - والله أعلم - أن ذلك ليس بمخالف للقاعدة . وبيانه : أن الأصحاب إنما قالوا : البطلان والفساد مترادفان في مقابلة قول " أبي حنيفة " حيث قال : ما لم يشرع بالكلية هو الباطل ، وما شرع أصله ، وامتنع لاشتماله على وصف محرم هو الفاسد . فعندنا كل ما كان منهيًا عنه إما لعينه أو لوصف فاسد وباطل ، ولم يفرق الأصحاب في صورة من الصورتين بين الفاسد والباطل في المنهي عنه ، وإنما فرقوا بين الفاسد والباطل في مسائل الدليل . أنظر شرح الكوكب المنير لابن النجار ١/٤٦٨ والقواعد والفوائد الأصولية لابن اللحام ١١٠-١١٢ /

أما الحنفية^(١) : فقد أخذوا بالإعتبار الثاني، وقالوا : إن هناك فرقا بين الفاسد والباطل في المعاملات^(٢) فما نهى الشارع عنه ممن

(١) سيأتي قريبا إن شاء الله تفصيل مذهب الحنفية في صفحة (٤٥) رابعها

(٢) - أما في العبادات فقد وافقوا الجمهور في عدم التفرقة فيها بين الفاسد والباطل، إذ قالوا هما مترا دفاً فيها .

- وأما ذكر من التفرقة بينهما في المعاملات، فهـو

مادرجت عليه كتب الحنفية ومصنفاتهم . إلا أن " ابن عابدين "

ذكر أن الفرق بين الفاسد والباطل، إنما يرد في واحد

وعشرين عقداً، هي في أبواب: الإجارة، والكتابة، والنكاح ،

والمزارعة، والصلح، والرهن ، والأمانة ، والهبة، والمضاربة ،

والبيع ، والصدقة ، والخلع ، والشركة، والسلم، والكفالة ،

والإقالة ، والقسمة ، والوكالة ، والوصية ، والوقف، والصرف .

هذا وقد وقع الخلاف عند الحنفية، في إثبات الفرق بين

الفساد والباطل في ستة منها هي: النكاح، والوكالة، والوقف

والإقالة ، والصرف والوصية، لكن " ابن عابدين " أثبت

الفرق بين الفاسد والباطل فيها، وأوضح أن الذي

خالفوا في ذلك ، لم يصرحوا بعدم الفرق وإن كان هذا ظاهر كلامهم

انظر حاشية ابن عابدين ٣/١٣٥-١٣٧ والأشباه والنظائر لابن نجيم

/٣٣٧/ وتيسير التحرير لأمر بادشاه الحسيني ١/٣٧٩ وعلوم

أصول الفقه لخلاف/١٢٦/ وتحقيق المراد للعلائي/٢٢٥/ وشرح

المنار وحواشيه /٢٦٠/ وما بعدها .

- وأما سبب التفرقة بين العبادات والمعاملات في الأصل

عندهم فهو: أن المقصود من العبادات هو الطاعة والإمتثال، وهذا

لا يتحقق إلا بأدائها على الوجه الذي رسمه الشارع، والمنهي

عنه لا يقبل شرعاً، فالذمه لا تبرأ بصلاة فاسدة، كما لا تبرأ بصلاة

باطلة ، فلا وجه للتفرقة بين الفاسد والباطل في

العبادة ، مادامت الذمة لا تبرأ بالفساد منها .

ثم إن العبادات لا وجه فيها لمصلحة العباد، حتى تغلب على

حكم التعبد، كما هو الحال في المعاملات لأن المنهي عنه في

العبادات لا مصلحة فيه للعباد مطلقاً فاستحق أن يعتبر باطلاً .

أنظر تنقيح الفصول للقرافي/١٧٤/ وتيسير التحرير لأمر بادشاه الحسيني

/٣٧٨/١ وتحقيق المراد للعلائي /٢٢٥/ وأصول الفقه للخضري/٧٢-٧٤ .

ولكي يتضح أمر وجود العقد الفاسد في هذا الوضع
الوسط ، بين الصحيح والباطل، لابد لي من أن أبين أن لمتعلق
النهى صور ثلاث :

الصورة الاولى :

أن يكون النهى عن الشيء لعينه . وفي هذه الحالة :
لاخلاف بين الفقهاء في أن النهى يقتضى البطلان مطلقاً^(١). كالنهى
عن بيع الميتة ، والنهى عن نكاح المحارم ، والنهى عن
بيع الحر.

الصورة الثانية :

أن يكون النهى عن الشيء لوصفه الملازم له ، والذي
لا ينفك عنه في مورد من موارد ، أو صورة من صور وجوده
كالنهى عن صوم يوم العيد، والنهى عن بيع الملامسة ،
والمنابذة ، والحصاة والطير في الهواء ، والسك فـي
الماء، والنهى عن نكاح المتعة والشغار، والنهى عن عقود الربا،

(١) أنظر فتح الغفار لابن نجيم ٧٨/١ وشرح المنار وحواشيه/٢٦٠/
/٢٦٠/ والأشباه والنظائر لابن نجيم/٣٣٧/ وتنقيح الفصول
للقرافي/١٧٣-١٧٤/ والذخيرة للقرافي/٨٢/ والقوانين
الفقهية لابن جزى/٢٨٦/ والرسالة للشافعي/٣٤٣/ والمستصفي
للغزالي/٩٥/ والإحكام في أصول الأحكام للآمدي/١٠١/ وإرشاد
البحر للشوكاني/١١١/ وتيسير التحرير لأمير بادشاه الحسيني
/٣٧٦-٣٧٩/ وشرح الكوكب المنير لابن النجار /١/٤٦٨، /١/٤٧٣-٤٧٤
والمدخل إلى مذهب الإمام أحمد لابن بدران /٦٩/

وأمثال ذلك . وقد اختلف الفقهاء في هذه الصورة على رأيين:

أ- فذهب الحنفية إلى أن النهي في هذه الحالة يقتضي فساد المنهى عنه لا بطلانه - بناء على ما سبق من الفرق عندهم بين الفساد والباطل^(١) - فإن زال الوصف المفسد ، عاد العقد إلى أصله في المشروعية.^(٢)

ب- وذهب المالكية والشافعية والحنابلة وشيخ الإسلام " ابن تيمية " : إلى أن النهي عن الشيء لوصف ملازم له ، يقتضي بطلان المنهى عنه كما هو الأمر في المنهى عنه لعينه.^(٣)

الأدلة :

*** أدلة الحنفية : استدلت الحنفية على مذهبهم بعدة أدلة هي :

- (١) أنظر فتح الغفار لابن نجيم ٧٨/١ وشرح المنار وحواشيه/٢٦٠/ وما بعدها والأشباه والنظائر لابن نجيم/٣٣٧/ وكشفا لأسرار للبخاري ٢٦٤/١ وأصول السرخسي/٨٥/
- (٢) انظر صفحه (٤٤)
- (٣) أنظر تنقيح الفصول للقرافي/١٧٣-١٧٤/ والذخيرة للقرافي/٨٢/ والقوانين الفقهية لابن جزي/٢٨٦/ والورقات للجويني/١٥/ والمستصفي للغزالي/٩٥/ والإحكام في أصول الأحكام للآمدي/١٠١/ وإرشاد الفحول للشوكاني/١١١/ والمنحول للغزالي/١٢٦، ٢٠٥/ وروضة الطالبين للنووي/٣-٤١١-٤٢٠/ وتحقيق المراد للعلائي/٢٧٦-٢٧٧-٣٠٥-٣٠٦/ وتيسير التحرير لأمير بادشاه الحسيني/١-٣٧٦-٣٧٩/ والمختصر في أصول الفقه للبعلي/١٠٤-١٠٥/ وشرح الكوكب المنير لابن النجار/١-٤٧٣-٤٧٤/ والمدخل إلى مذهب الإمام أحمد لابن بدران/٦٩/ والقواعد والفوائد الأصولية لابن اللحام/١١٠/

١- إن النهي عن الشيء ، يستدعي إمكان وجوده ، ليتحقق اختبار الشارع للعبد بالنهي، فيجب أن يكون المنهي عنه ممكناً، حتى يثاب تاركه، ويعاقب فاعله، فالنهي عن المستحيل عبث، فلا يقال عادة للزمن : لاتقم، ولالاعمى : لاتنظر فالنهي للإنتهاء بالإختيار ، فيناط بإمكانه وتصور صدوره من العبد، أمّا ما لا يمكن وقوعه حساً أو شرعاً، فهو ممتنع ، فلا يتعلق النهي به . ولأن منع الممتنع لا يفيد، إذاً فالمحال لا ينهى عنه ، لانه كما أن الأمر يقتضي مأموراً بـــــــ يمكن امتثاله ، فالنهي يقتضي منيهاً، عنه يمكن إرتكابه، فالشارع لما نهى عن الطلاق حال الحيض مثلاً ، لما فيه من الإضرار بالمرأة بإطالة العدة، رتب الحكم على من طلق حال الحيض ، وثبــــت الأثر منحق للرجعة في العدة، ووقوع الفرقة، وبقية الآثار الأخرى. (١)

وهذا دليل لا يقوى على نصرة الدعوى ، فإن إمكان وقوع الفعل المنهي عنه لا يستلزم مشروعيتها بوجه من الوجوه، وإنما يستلزم وجوده الحسي ، وقضية الوجود الحسي خارجة عن محــــل النزاع ، إذ النزاع في وجوده الشرعي ، ولا يُسَلَّم وجود المنهي عنه شرعاً. وإلا لم يكن هناك فرق بين المنهي عنه والمأمور بــــه، إذا كان كل منها موجوداً حساً وشرعاً، وبيترتب على وقوعهما آثارهما.

وأما ترتب الحكم على الطلاق وقت الحيض فلأن النهي إنما كان لوصف مجاور ولم ينصب على عين الطلاق، أو على وصف ملازم له، لأن الطلاق يمكن أن يوجد دون وصف الحيض

(١) أنظر كشف الأسرار للبخاري/١-٢٦٤-٢٦٥، ٢٦٨/١ وأصول السرخسي/٨٦

في المرأة ، وهذا خارج عن محل النزاع ، إذ الخلاف فيما إذا كان النهي عن الشيء لوصف ملازم له ، إضافة إلى أن الحنفية قد وافقوا جمهور العلماء في حكم المنهي عنه لوصف مجاور وسيأتي بيان ذلك في الصورة الثالثة (١) إن شاء الله .

٢- ان الشارع قد وضع أسباب الأحكام ليترتب عليها آثارها كلما وجدت ، دون التفات إلى حرمتها ، أو ما يقترب منها من أوصاف منهيّة ، إذ لاتنافي بين حرمة الشيء ، وترتب أثره عليه ، فإذا وجدت حقيقة البيع بوجود الأركان والمحل ، وجب أن يترتب عليها أثرها من الملك ، حتى ولو كانت متصفة بوصف منهي عنه ، إذا لم يبلغ الخلل ركنها ، أو محلها ، فقد نُهي أن يطلق الرجل امرأته وهي هائض ثم أعتبر الطلاق معتداً به ، إذا أوقعه في حال الحيض . فقد نهى هنا عن وصف الشيء ، ثم رتب أثره عليه إذا اتصف به . (٢)

وهذا الدليل لا يتناول المطلوب ، لان موضوعه مانهي عنه لوصف مجاور ، لا مانهي عنه لوصف ملازم .

ومن ناحية أخرى: فإن قولكم : إنه لاتنافي بين حرمة الشيء وترتب أثره عليه ، مردود لقول الرسول صلى الله عليه وسلم: " إن الله إذا حرم على قوم أكل شيء حرم عليهم ثمنه " . (٣)

(١) أنظر صفحہ (٥٩)

(٢) أنظر اصول السرخسي/٨٩

(٣) أخرجه أبو داود والإمام أحمد ، أنظر سنن أبي داود ٧٥٨/٣ ومسند الإمام

أحمد ٢٤٧/١ ، ٢٩٣/١ ، ٣٢٢/١ كما أخرج البخاري ومسلم هذا

الحديث برواية أخرى . أنظر فتح الباري ٤/٤٢٤ وصحيح مسلم

فلو لم يكن هناك ارتباط بين حرمة الشيء وترتب أثره عليه، لم يجرم رسول الله صلى الله عليه وسلم ثمن ما حرم أكله .

٣- إن النهي يوجب إعدام المنهي عنه بفعل مضاف إلى كسب العبد واختياره ، لانه ابتلاء كالأمر، وإنما يتحقق الإبتلاء، إذا بقي للعبد فيه اختيار، حتى إذا انتهى معظما لحرمة النهي ، كان مثابا ، وإذا أقدم عليه تاركا تعظيم حرمة النهي ، كان معاقبا ، ولا يتحقق ذلك إلا فيما هو مشرووع فيها يتبين أن موجب النهي إنما يتحقق في العقود الشرعية والعبادات، إذا كانت مشروعة بعد النهي . وأما وصف القبح فهو ثابت لمقتضى النهي ، لكن ثبوت المقتضى لتصحيح المقتضى لا لإبطاله . (١)

وهذا غير مسلم، فإن الإختيار والإبتلاء يعرف من العبد باجتنابه ما حرم الله ، ولا يستدعي هذا أن يكون هناك فرق بين النهي المنصب على العين أو الوصف ، فإن مانهيه عنه لعينة يتحقق ابتلاء العبد واختباره باجتنابه ، كما في تحريم الزنا .

ثم إن القول بأن النهي عن الفعل يستلزم كونه مشروعا بعد النهي ، دعوى تحتاج إلى دليل فلا تسلم ،

(١) أنظر أصول السرخسي/٨٧/وكشف الأسرار للبخاري/١-٢٥٧-٢٥٨/٢٦٥-٢٦٦

إضافة الى أن الأصل أن يكون المنهي عنه غير مشروع .

٤- إن النهي إذا توجه إلى وصف الشيء كان مقتضيا بطلان هذا الوصف فقط ، فإذا لم يكن وجود هذا الوصف مخلا بحقيقة الشيء ، بقيت حقيقته موجودة ، وحينئذٍ وجب أن يثبت لكل منهما مقتضاه ، فيثبت الملك بالبيع نظرا لوجود حقيقته ، ثم يجب فسخه نظرا لوجود الوصف المنهي عنه ، وبذلك يمكن مراعاة الجانبين، وإعطاء كل منهما حكمه اللائق به . (١)

وفي سبيل الإجابة على هذا الإستدلال أقول:

إنه لاختلاف في أنه إذا توجه النهي إلى وصف الشيء، اقتضى بطلان هذا الوصف، إنما الخلاف في أن البطلان؛ هل يسرى إلى عين الشيء فيحكم على الأصل بالبطلان أيضا، أم أنه لاملزمة بينهما؟ والقول بأنه لاملزمة بينهما مسلم فيما لو أمكن وجود العين دون هذا الوصف المنهي عنه ، لكن إذا لم يتصور وجود العين دون هذا الوصف المنهي عنه، فإن البطلان يسرى في هذه الحالة إلى العين ، فيحكم عليها بنفس حكم الوصف كمن باع صاعا من تمر بصاعين من تمر، وقد حكم النبي صلى الله عليه وسلم على مثل هذه الحالة بالرد والبطلان . (٢)

(١) أنظر أصول السرخسي /٨٧/

(٢) سيأتي ذكر الحديث وتخريجه في صفحة (٥٤) .

فوجود الماهية سالمة عن النهي يقتضي صحة العقد أو التصرف ، إذا لم يكن في هذه الماهية وصف منهي عنه ، لا يمكن انفكاكه عن هذه الماهية ، فإن كان : فيلزم أن تأخذ الماهية في هذه الحالة حكم الوصف نفسه .

٦- إن النهي إذا كان منصبا على نفس الماهية ، كانت المفسدة في نفس الماهية ، والمتضمن للمفسدة فاسد ، فإن النهي إنما يعتمد المفساد ، كما أن الأمر إنما يعتمد المصالح ، كالنهي عن بيع الخنزير والميتة ، وبيع السفينة ، فإذا وجدت أركان العقد من حيث الجملة سالمة عن النهي ، فقد وجدت الماهية المعتبرة شرعا سالمة عن النهي ، فيكون النهي ، إنما تعلق بأمر خارج عنها ، ومتى انخرم واحد من الأركان ، فقد عدت الماهية ، لأن الماهية المركبة كما تعدم لعدم كل أجزائها ، تعدم كذلك لعدم بعض أجزائها ، فإذا باع سفيه من سفيه خمرًا بخنزير ، فجميع الأركان معدومة فالماهية معدومة ، والنهي والفساد في نفس الماهية . وإذا باع رشيد من رشيد خنزيراً بدراهم ، فقد ركن من الأركان وهو مالية المبيع المعقود عليه ، فتكون الماهية معدومة شرعا ، ولا فرق في ذلك بين أي ركن من الأركان ، فإذا باع رشيد من رشيد فضة بفضة ، فالأركان موجودة سالمة عن النهي الشرعي ، فإذا كانت إحدى الغضتين أكثر ، فالكثرة وصف محذور حصل لأحد العوضين ، فالوصف متعلق النهي دون الماهية ، فلو قلنا بالفساد مطلقا ، لسوينا بين الماهية المتضمنة للفساد ، وبين السالمة من الفساد ، ولو قلنا بالصحة ، لسوينا بين الماهية السالمة في ذاتها وصفاتها ، وبين المتضمنة

للفساد في صفاتها ، وذلك غير جائز ، فإن التسوية بين متضمن الفساد ، وبين السالم عن الفساد خلاف القواعد ، فتعيّن حينئذ أن يقابل الأصل بالأصل ، والوصف بالوصف ، فنقول : أصل الماهية سالم عن النهي ، والأصل في تصرفات المسلمين وعقودهم الصحة ، حتى يرد نهي ، فيثبت لأصل الماهية الأصل الذي هو الصحة ، ويثبت للوصف الذي هو الزيادة المتضمنة للمفسدة الوصف العارض ، وهو النهي ، فيفسد الوصف دون الأصل. (١)

وللإجابة عن هذا الإستدلال أقول :

قولكم : " أصل الماهية سالم عن النهي " مسلمٌ فيما لو أمكن تصور هذا الأصل مفارقاً للوصف المنهي عنه ، أمّا وأن الوصف ملازم للأصل بحيث لا يتخلف عنه في مورد من موارد ، وفي حالة من حالات وجوده ، فإن فساد الوصف يقتضي فساد هذا الأصل .

وأما قولكم : " الأصل في تصرفات المسلمين وعقودهم الصحة ، حتى يرد نهي " مسلمٌ ، ولا غبار عليه ، من حيث الأصل ، فإذا ورد النهي عن بعض هذه التصرفات والعقود ، كما هو الحال فيما ذكرتم من بيع فضة بفضة أكثر منها ، فهل تبقى هذه التصرفات والعقود على أصلها صحيحة ، أم أن النهي يقتضي فسادها؟! فإذا بقيت على أصلها صحيحة ، فإن هذا مناقض لما ذكرتم من الدليل وهو

(١) أنظر الفروق للقرافي ٨٣/١-٨٤

قولكم " حتى يرد نهي " . فلم يبق إلا أن يحكم بفسادها تبعاً للنهي عن وصفها ، وهو الزيادة في إحدى الفضتين .
وإذاً فلا يمكن أن نحكم على الأصل بالصحة ، وعلى الوصف بالفساد ، للتلازم بينهما . ثم إن أردتم بتسمية الزيادة في بيع فضة بفضة أكثر منها ، وصفا عارضا ، أي مجاورا منفكا ، فما هي الصور التي تكون عندهم من قبيل المنهي عنه لوصف ملازم ، بل إن أصدق مثال لها هو هذا وبالتالي :
فإن هذا الإطلاق يقتضي الغاء هذه الصورة من صور المنهي عنه ، وهذا خلاف مذهبكم .

وإن أردتم بها الوصف الملازم ، فماسمي ملازماً إلا لأنه لا تخلف له عن الماهية في صورة من صور وجودها ، وحينئذ فلا يمكن أن يأخذ الأصل حكماً مغايراً ومتميزاً عن حكم الوصف فإذا نهي عن الوصف ، سرى هذا النهي إلى الأصل وحكم عليه بذات الحكم .

*** أدلة الجمهور: إستدل الجمهور بعدة أدلة منقولة ومعقولة :

١- قوله صلى الله عليه وسلم: " من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو رد " .^(١) والرد هنا بمعنى المردود ، والأمر هنا : هو شرعه صلى الله عليه وسلم وطريقته ، بدليل الرواية الثانية للحديث ، وهي قوله صلى الله عليه وسلم:

(١) أخرجه البخاري ، أنظر صحيح البخارى ٩١/٣ وفتح الباري لابن حجر ٢٣٠/٦ .

" من أحدث في ديننا هذا ما ليس منه فهو رد" (١) ولاشك في أن المنهي عنه ليس من الدين . (٢)

٢- حكمه صلى الله عليه وسلم على البيوع المنهية عنها بالرد والإبطال ، كما في حديث "ابن عمر" رضي الله عنهما حيث قال: أتى النبي صلى الله عليه وسلم أناس فقال لبلال: " أئتنا بطعام " فذهب بلال فأبدل صاعين من تمر بصاع جيد ، وكان تمرهم دوناً ، فأعجب النبي صلى الله عليه وسلم ، فقال له النبي صلى الله عليه وسلم: " من أين هذا التمر " فأخبره أنه أبدل صاعين بصاع ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : " رد علينا تمرنا " (٣)

فقول الرسول صلى الله عليه وسلم " رد علينا تمرنا " يدل على عدم ترتب الأثر ، والعقد الذي لا يترتب عليه أثره عقد باطل ، ولذا أمر فيه الرسول صلى الله عليه وسلم بالرد .

-
- (١) أخرجه مسلم . أنظر صحيح مسلم ١٣٤٣/٣
- (٢) وقد اعترض على هذا الدليل باعتراضات كثيرة ، ساقها العلائي ورد عليها جميعاً ، وخلص إلى القول: بأن هذا الحديث دليل على أن كل عمل ليس على طريق الشرع ، فهو مردود ، وهذا الرد يعم جميع آثار هذا العمل المترتبة عليه . أنظر تحقيق المراد/٣١٨-٣٢٢/ وشرح الكوكب المنير لابن النجار ٧٨/٣ والمستمضى للغزالي ٢٧/٢ .
- (٣) أخرجه الإمام أحمد في مسنده ٢١/٢ ، ١٤٤/٢ وقَالَ البيهقي رجال أحمد ثقات ، أنظر مجمع الزوائد/٤/١١٢ ، وأنظر كنز العمال للمتقي الهندي ١٩١/٤-١٩٢ .

٣- تواتر عن الصحابة رضي الله عنهم من وجوه عديدة الإستدلال
بالنهي على الفساد، والحكم على المنهى عنه بفساده في وقائع
كثيرة ، من غير أن يعلم لهم مخالف في ذلك ، فكان هـذا
إجماعاً سكوتياً. (١)

من ذلك إنكار " معمر بن عبدالله " رضي الله عنه على غلامه
بيع الحنطة بالشعير، وأمره برده (٢)؛ مستدلاً لذلك بنهي النبي
صلى الله عليه وسلم عن بيع الطعام بالطعام إلا مثلاً بمثل (٣)

وكذا ما روى " حبيب بن ثابت " رضي الله عنه قال :
" كنت جالسا مع " ابن عباس " رضي الله عنهما في
المسجد الحرام ، فأتاه رجل فقال : إنا نأخذ الأرض من
الدهاقين ، فأعتملها بيدي وبقرى، فأخذ حقي وأعطيتهم
حقه ، فقال له : خذ رأس مالك ولا ترد عليه عينا . فأعادها
عليه ثلاث مرات كل ذلك يقول له هذا " (٤) ، واستدل بنهي
النبي صلى الله عليه وسلم عن المخابرة. (٥)

-
- (١) أنظر تحقيق المراد للعلائي/٣٢٦/وجمع الجوامع لتاج الدين
السبكي/١/٣٩٤-٣٩٥ وشرح الكوكب المنير لابن النجار ٣/٨٥٠
(٢) أنظر تحقيق المراد للعلائي/٣٢٨-٣٢٩/
(٣) أخرجه مسلم. أنظر صحيح مسلم ٣/١٢١٤. وفي الباب
أحاديث كثيرة في النهي عن بيع الطعام بالطعام
إلا مثلاً بمثل . أنظر فتح الباري/٤/٣٧٧-٣٧٩ وصحيح مسلم
٣/١٢١٤-١٢١٧
(٤) أنظر مصنف ابن أبي شيبة ٦/٣٤٦ .
(٥) وأخرج نحوه مسلم وأبو داود بعدة روايات منها ما في
سنن أبي داود عن جابر رضي الله عنه قال قال رسول
الله صلى الله عليه وسلم: " من لم يذر المخابرة
فليأذن بحرب من الله ورسوله " أنظر صحيح مسلم
٣/١١٧٤-١١٧٥ وسنن أبي داود ٥/٦٦-٦٧ وأنظر مصنف ابن أبي
شعبة ٦/٣٤٥-٣٤٦ .

ففي هذه الصورة وأمثالها، استدل الصحابة على فسساد العقود بالمنهي الوارد فيها ليس الا ، ولا يقال : إنه لدليل خاص في كل مسألة ، فالأصل عدم ذلك الدليل ، إلا أن يوجد ، أما وأنه لم يوجد فالحكم بالفساد، إنما هو لمجرد النهي .

٤- النهي يعتمد وجود المفسدة الخالصة أو الراجعة في المنهي عنه، فلو ثبت الأثر والإذن في التصرف ، لكان ذلك تقريراً لتلك المفسدة، والمفسدة لا ينبغي أن تقـرر وإلا لماورد النهي عنها.(١)

٥- لافرق بين العبادات والمعاملات في الفساد ، فالفساد فيهما جميعاً هو عدم ترتب الآثار على المنهي عنه ، فأثر النهي في العبادات : عدم براءة الذمة بفعلها .وأثره في المعاملات عدم ترتب أحكامها عليها . وتنوع الأثر لا يقتضي اختلاف الحكم ، فإن النهي عن المعاملات على درجة واحدة من حيث الحكم ، وإن كانت آثارها مختلفة كما هي مختلفة في الصحة ، فالأثر المترتب على البيع الصحيح : نقل ملكية العين إلى المشتري ، وعلى الإجارة : نقل ملكية المنفعة للمستأجر ، وعلى النكاح : إباحة

(١) أنظر الأحكام في أصول الأحكام للآمدي ٤٩/٢ وتحقيق المراد للعلائي /٣٤٩-٣٤٨/

الوطاء ، وعلى القراض : الأمانة على المال واستحقاق النصيب
ففي كل موطن أثر يختلف عن الأثر الآخر، ولا يمنع هـذا
الإختلاف في نوع الأثر من جعل الجميع شيئا واحدا، لانه يجمعها
مسمى الأثر ، ولأنه إذا أمكن تفسير لفظ الفساد بما يشمل
جميع الصور المنهي عنها وينتظمها في معنى كلي ، يشترك
الجميع فيه ، فإن هذا أولى من تفسيره بمعنيين مختلفين، لأنه
حينئذ يكون مشتركا (١) لفظيا، والتواطوء (٢) خير منه. (٣)

٦- فعل المنهي عنه معصية ، وترتب الآثار على العقود
نعم ، والمعصية تناسب المنع من النعمة. (٤)

٧- المنهي عنه قبيح ومحرم ، والقبيح المحرم لا يكون
مشروعا، بمعنى أنه لا يترتب عليه أثره، وما لا يكون مشروعا
لا يكون صحيحا، فالمنهي عنه لا يكون صحيحا ، فإذا النهي يقتضي
البطلان. (٥)

-
- (١) المشترك: هو اللفظ الموضوع لكل واحد من معنيين فأكثر
بوضع متعدد. أنظر المشترك ودلالته على الأحكام للدكتور حسين
الترتوري صفحہ ٣١/
(٢) المتواطئ: هو الكلي الذي تساوت أفراده في مفهومه من
غير تفاوت بزيادة أو نقص أو شدة أو ضعف مثل:
إنسان ورجل وامرأة. أنظر المشترك ودلالته على الأحكام
للدكتور حسين الترتوري صفحہ ٥/
(٣) أنظر تحقيق المراد للعلائي/٣٤٢-٣٤٣/
(٤) أنظر تحقيق المراد للعلائي/٣٤٥/
(٥) أنظر المستمفی للغزالي ٢٦/٢ وفواتح الرحموت لبحر
العلوم/١/٣٩٧

٨- لو لم يكن النهي للبطلان ، لكان كل موضع منهي عنه قيل ببطلانه ، يجب أن يكون لقرينة منفصلة دلت على ذلك البطلان ، لكن الأصل عدمها ، والظاهر أن البطلان مستند إلى مجرد النهي ، وإلا لذكرت القرينة ، ولو في بعض الصور ، ولم تذكر ، فكان النهي يقتضي البطلان لمجرد النهي . (١)

٩- النهي عن العقود مع ربط الحكم بها ، وترتيب آثارها عليها ، يؤدي إلى تداخل المصالح بالفساد ، واختلاطها بها ، وهذا غير مقبول شرعا من وجهين :

أحدهما : أن النهي عنها لم يرد إلا لما اشتملت عليه من المفسدة الخالصة أو الراجحة ، فلو أفادت المقصود عند الإقدام عليها ، لكان ذلك باعثا للنفوس على تعاطيها ، والنهي عنها لمافيها من المفسدة يمنع الإقدام عليها ، فيتناقض من قبل الشرع الباعث والصارف وذلك محال ، وما أدى إلى المحال محال فيجب القول بالبطلان نفيًا لذلك المحال .

وثانيهما : أن نصبها سببا لترتيب آثارها عليها تمكين من التوسل بها ، والنهي عنها منع من ذلك التوسل فيؤدي إلى التناقض ، فيجب القول بالبطلان منعا من التناقض . (٢)

(١) أنظر تحقيق المراد للعلائي /٣٤٦/
(٢) أنظر شرح الكوكب المنير لابن النجار ٨٨/٣ وتحقيق المراد للعلائي /٣٤٨/

١٠- إن فائدة العقود تظهر إذا جرت على وفق الشرع ، ويوقف الحكم بترتب آثارها عليها حتى ترد على وفق الشرع ، وإذا لم يكن كذلك : بقيت الأموال والأبضاع على أصلها في التحريم ، ولاتنتقل ولاتحل إلا إذا وقعت على الوجه المشروع ، فما لم تكن كذلك ، يحكم ببطلانها استناداً إلى أصل التحريم. (١)

١١- النهي ضد الأمر ونقيضه ، والأمر يدل على أجزاء المأمور به ، فيجب أن يدل النهي على نفي إجزائه ، وإلا لم يكن ضده ونقيضه. (٢)

فهذه الأدلة التي استدلت بها الجمهور، تدل على أنه لا فرق في الحكم بين المنهي عنه لعينه ، والمنهي عنه لوصف ملازم لا ينفك عن العين ، ولا يتصور وجودها خالية عنه ، وفي كلا الحالتين : فإن النهي يقتضي فساده المنهي عنه المرادف للبطلان.

الراجع : وحيث إن أدلة الحنفية لم تسلم من الاعتراض عليها، كما سبق بيانه ، فإن الذي يظهر لي - والله أعلم - أن ما ذهب إليه الجمهور من التسوية بين النهي عن الشيء لعينه ، أو لوصفه الملازم ، هو الأولى ، وكل فاسد باطل .

الصورة الثالثة :

أن يكون النهي عن الشيء لوصفه المجاور له ، والذي

(١) أنظر تحقيق المراد للعلائي /٣٤٩/

(٢) أنظر المعتمد لأبي الحسين البصري ١٨٧/١

ينفك عنه في بعض موارد ، كالنهي عن البيع وقت النـدء
لملاة الجمعة ، والنهي عن طلاق الحائض ، والنهي عن البيع
على بيع الغير، والنهي عن الخطبة على خطبة الغير.

وقد اختلف الفقهاء في النهي في هذه الحالة : هل
يقتضي الفساد ، أم لا؟ وذلك على ثلاثة أقوال:

١- فذهب الحنفية والمالكية - على المشهور- والشافعية
والحنابلة - في رواية - : إلى أن النهي في هذه الحالة
لما كان يرجع إلى وصف مقارن غير ملازم ، فإنه لا يقتضي فساد
المنهي عنه ، بل العقد في هذه الحالة صحيح . (١)

إلا أنهم اختلفوا فيما بينهم في حكم الإقدام على مثل
هذه العقود على رأيين :

(١) أنظر فتح الغفار لابن نجيم ٧٩/١ ، وكشف الأسرار للبخاري
٢٥٧/١ ، وشرح المنار وحواشيه/٢٦٠ وخزانة الفقه للسمرقندي
٢٣٥/١ وميزان الأصول للسمرقندي/٢٣٠-٢٣١ / وتنقيح
الفصول للقرافي/١٧٣-١٧٤/والذخيرة للقرافي/٨٢ والقوانين
الفقهية لابن جزي/٢٨٦/والمستمفى للغزالي/٩٥ والمنخول
للغزالي/١٢٦ ، ٢٠٥ / والإحكام في أصول الأحكام للآمـدي
١٠١/١ وإرشاد الفحول للشوكاني/١١١/وروضة الطالبين
للنووي ٤١١/٣-٤٢٠ ومختصر من قواعد العلائي وكلام
الأسنوي لابن خطيب الدهشة/٢٧١-٢٧٤ وتحقيق المـراد
للعلائي/٢٧٦-٢٧٧ ، ٣٠٥-٣٠٦/وتيسير التحرير لأمير بادشاه
الحسيني/٣٧٦-٣٧٩ والفروق للقرافي/٨٢/٢ وتهذيب
الفروق السنوية لمحمد علي المالكي/٩٧/٢ وحاشية البناني
على جمع الجوامع/٣٩٥/١ وشرح مختصر روضة الناظر
للطوفي/٢٢١-٢٢٢/

- ١ - فذهب الحنفية إلى أن إبرام مثل هذه العقود مكروه. (١)
- ب - وتغير الحكم عند المالكية والشافعية والحنابلة من مسألة لأخرى (٢)، فقالوا بالكراهة في الصلاة في الأرض المغصوبة ، وبالتحريم في البيع وقت النـداء لصلاة الجمعة .
- ٢- وذهب الحنابلة - في المعتمد من المذهب - وبعض المالكية: إلى أن النهي يقتضي الفساد مطلقا ، المرادف للبطلان ، سواء في ذلك ماكان النهي فيه لعين المنهي عنه ، أو لوصفه الملازم ، أو المجاور. (٣)

-
- (١) أنظر فتح الغفار لابن نجيم ٧٩/١
- (٢) أنظر حاشية الدسوقي ٢٣٧/١ ، ٣٥٧/١ والشرح الكبير للدردير ٣٥٧/١ وحاشية العدوي ٩٠/٢ والخرشي ٢٢٤-٢٢٥-٩٠/٢ ومغني المحتاج للشربيني ٢٠٣/١ ، ٢٩٥/١ وشرح المحلي على منهاج الطالبين ٢٨٩/١ وحاشيتا قليوبي وعميرة ١٩٥/١ ، ٣٤٧/٣ وكشاف القناع للبهوتي ١٦٩/٣ والروض المربع ١٦٩/٢ ونيل المآرب بشرح دليل الطالب للشيباني ٨٣/١ .
- (٣) أنظر المسودة لآل تيمية/٨٢-٨٣/ والمختصر في أصول الفقه للبعلي /١٠٤-١٠٥/ وشرح الكوكب المنير لابن النجار/١٦٨ ، ٤٧٣/١-٤٧٤ ، ٩٣-٩٤/٣ والمدخل إلى مذهب الإمام أحمد لابن بدران /٦٩/ والقواعد والفوائد الأصولية لابن اللحام/١١٠/ وكشاف القناع للبهوتي ٢٩٣-٢٩٦/١ والإحكام في أصول الأحكام للآمدي ٤٨/٢ والخرشي ٢٢٥/١ .

٣- وفرق شيخ الإسلام " ابن تيمية " في المنهي عنه لوصف خارج غير ملازم ، بين أن يكون النهي لحق الله تعالى، أو لحق العباد:

أ - فإن كان النهي فيه لحق الله تعالى : حكم عليه بالبطلان - موافقا في ذلك ماذهب إليه الحنابلة في المعتمد - كالبيع وقت النداء . فإذا حصل البيع في هذا الوقت ، وتعذر الرد ، فللمشتري نظير ثمنه الذي أداه ، وللبائع نظير سلعته ، ويتمدق بالربح إن كان قد ربح ، حتى لو تراض البائع والمشتري بعد الصلاة ، لم يحكم بصحة البيع ، لأن النهي هنا لحق الله تعالى . فالملك الحاصل بهذا البيع كالملك الذي حصل بمعصية الله وغضبه ومخالفته ، فهو كما لو تراضيا بمهر البغي . (١)

ب - وإن كان النهي فيه لحق العباد كبيع المصراة ، والمعيب ، وتلقي السلع ، والنجش ، فإن الشارع لم يجعل هذا العقد من قبيل الصحيح اللازم ، كالحلال ، بل أثبت فيه حقا للمظلوم في رفع الظلم عن نفسه بجعله غير لازم بالنسبة له .

قال شيخ الإسلام " ابن تيمية " : " ولما كان النهي هنا لحق الآدمي ، لم يجعله الشارع صحيحا لازما كالحلال ، بل أثبت حق المظلوم ، وسلطه على الخيار، فإن

(١) أنظر مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية ٢٩٠/٢٩ - ٢٩١

شاء أمضى ، وإن شاء فسخ ، فالمشترى مع النجش ، إن شاء
رد المبيع فحصل بهذا مقصوده ، وإن شاء رضي به إذا علم
بالنجش " (١).

الأدلة :

دليل من قال بالبطلان :

إنه إذا نهي عن الوصف ، سرى النهي إلى الموصوف ،
لأن الوصف لا وجود له مفارقا للموصوف فيؤول الأمر إلى
أن يتسلط النهي على الماهية الموصوفة بذلك الوصف ، فتكون
الماهية على ضربين : عار عن ذلك الوصف ، فلا يتسلط النهي
عليه ، ومتصف بذلك الوصف فيتسلط النهي عليه . (٢)

ويجاب عنى هذا الدليل : بأن النهي عن الوضوء بالماء
المغصوب ، أو الصلاة في الأرض المغصوبة لم يتسلط على الماهية
ولا على وصفها ، بل تسلط على الغضب ، من غير تعرض لكونه
في وضوء أو صلاة ، أو غير ذلك ، بخلاف مسألة الربا ، فإنه
وإن كان النهي في الآية (٣) ظاهره التسلط على الربا من
غير تعرض لكونه في البيع أولا ، فإن الحديث قد بين ذلك
بقوله صلى الله عليه وسلم " لاتبيعوا الذهب بالذهب إلا سواء بعوا
الحديث (٤) ، فسلط النهي على البيع المشتمل على الزيادة ،

-
- (١) أنظر الفتاوى الكبرى ٢/٨٥-٨٦ ومجموع فتاوى شيخ الاسلام
ابن تيمية ٢٨٣/٢٩ - ٢٨٤
- (٢) أنظر تهذيب الفروق لمحمد علي المالكي ٢/٩٧ .
- (٣) وهي قوله تعالى: " وأحل الله البيع وحرم الربا " البقرة /٢٧٥/
- (٤) أخرجه البخاري ومسلم ، إلا أنه عند مسلم برواية: " لاتبيعوا
الذهب بالذهب ، إلا مثلا بمثل " .
أنظر فتح الباري لابن حجر ٤/٣٧٩ وصحيح مسلم ٣/١٢٠٨-١٢٠٩

ولم يأت عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال: لا تتوضأ بالماء المغصوب ، فبين الموضوعين فرق من هذا الوجه لاختفاء فيه . (١)

دليل من قال بالصحة :

١- إن النهي إذا كان لوصف خارج غير ملازم ، لا يقتضي الفساد أو البطلان ، لان النهي عن البيع وقت النداء لصلاة الجمعة ، إنما هو لخوف تفويت الصلاة ، لا لخصوص البيع ، والتفويت غير لازم لحقيقة البيع ، والنهي عن طلاق الحائض ، إنما كان بسبب تطويله للعدة ، وهو ضرر يلحق المرأة ، والنهي عن البيع على بيع الغير ، إنما كان لما فيه من إضرار البائع الأول . فلما كان النهي في هذه الأمثلة وأشباهها يرجع إلى وصف مجاور غير ملازم ، بل ينفك في بعض الأحيان ، فإنه لا يقتضي البطلان إلا أنه قد يرد الحكم به لأمر آخر ، كالتفريق بين الوالدة وولدها في البيع ، فإنه وإن كان عقد بيع أحدهما دون الآخر صحيحا من حيث الأصل ، إلا أن تسليم المبيع منه عنه ومحرم ، لأن فيه ضررا بالولد وأمه . وكذا بيع السلاح من أهل الحرب ، فإنه ممنوع لأن تسليم المبيع ممنوع ، كيلا يكون ذريعة إلى قتال المسلمين به . (٢)

(١) أنظر تهذيب الفروق لمحمد علي المالكي ٩٧/٢-٩٨
(٢) أنظر فتح الغفار لابن نجيم ٧٨/١ وكشف الأسرار للبخاري ٢٥٧/١ وتنقيح الفصول للقرافي ١٧٣-١٧٤/ والمستصفى للغزالي ٩٥/١ وتحقيق المراد للعلائي ٢٧٦-٢٧٧ ، ٣٠٥-٣٠٦/

٢- النهي عن النجش والتلقي مثلا، لم يرد لكونه بيعا ، بل لأمر خارج عنه ، وهو ماتعلق به من المفسدة ، وأما مانهي عنه لعينه ، فإن النهي عنه يقتضي فسادَه ، بمعنى أنه باطل في نفسه لا يترتب عليه أثره .

والفرق بينهما : أن النهي يصلح أن يكون موثرا في المنهي عنه بالجملة ، لكن إذا تعلق بالشيء لعينه كان أمــــس به وأخص فقوي على التأثير ، بخلاف ما إذا نهي عنه لغيره ، فإن تعلقه به ضعيف ، والأصل صحة أفعال العقلاء ، فلا يقوى هذا السبب الضعيف على رفع هذا الأصل القوي. (١)

٣- النهي عن الشيء لعينه : يدل على أن ذاته منشأ المفسدة المطلوب إعدامها ، فتكون مفسدته ذاتية ، فيقوى مقتضى إعدامها ، والنهي عنه لغيره ، يدل على أن مفسدته عرضية منشؤها أمر خارج عنه فيضعف المقتضى لإعدامها (٢) .

الراجع : ويبدو لي - والله أعلم - أن ما كان النهي فيه لحق الله تعالى ، كالبيع وقت النداء لصلاة الجمعة ، فهو عقد صحيح ، وهو مذهب جمهور العلماء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة في رواية ،

(١) أنظر شرح مختصر روضة الناظر للطوفي ٢٢٢/١

(٢) أنظر شرح مختصر روضة الناظر للطوفي ٢٢٢/١-٢٢٣ ،

لأن النهي في هذه الحالة ، إنما هو لمنع الوقوع في المحظور ، فالنهي عن البيع وقت النداء لصلاة الجمعة خوفا من تفويت الجمعة ، والنهي عن الطلاق وقت الحيض حتى لاتطول العدة على المرأة فتضار بذلك . ولما كان الأمر كذلك فإن الإثم يلحق بالعاقدين ، والمطلق ، لإيقاع البيع والطلاق في وقت تعلق فيه نهى ويلزم لذلك الإستغفار والتوبة ، أما البيع والطلاق فمأخيان (١) أما ماكان النهي فيه لحق العباد : فهو ممن قبيل العقد غير اللازم ، والذي يثبت فيه الخيار لصاحب الحق في فسخ العقد وإمضائه ، رفعا للضرر عنه ، الذي هو السبب في منعه وهو مذهب شيخ الإسلام " ابن تيمية " وذلك لأن الأصل فيما ترتب على وقوعه الضرر ، إزالة هذا الضرر ، بناء على قاعدة:الضرر يزال" (٢)

فإذا كان الضرر في بيع المعيب مثلا بسبب العيب ، موجبا لإثبات الخيار للمتضرر بالعيب بعد علمه به في فسخ العقد أو إمضائه ، مع مافيه من عيب ، فيكون إثبات الخيار للمتضرر في كل عقد منهي عنه لأجله موجبا لذلك النهي ، تمكينا له في رفع الضرر عن نفسه .

ثم إن رسول الله صلى الله عليه وسلم قد أثبت الخيار لمن اشترى شاة مصراة بين الرضا بالبيع أو السر

(١) أنظر الخري ٢٢٥/١

(٢) أنظر الأشباه والنظائر لابن نجيم/٨٥/ والأشباه والنظائر

للسيوطي /٨٣/ ودرر الحكام لعلي حيدر م (١٩) ٣٢/١

حيث قال : " لاتصروا الإبل والغنم ، فمن ابتاعها بعد ، فإنه بخير النظرين بعد أن يحتلبها إن شاء أمسك ، وإن شاء ردها وصاع تمر " . (١)

ولافرق في إثبات الخيار للمتضرر بين بيع المعيب وبيع المصراة ، وبيع النجش ، وتلقي الركبان، وكل مانهي عنه لوصف مجاور ، إذا كان النهي فيه لحق العبد، فيثبت للمتضرر الخيار بعد علمه ، رفعا للضرر عنه ، بدليل أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : " لاتلقوا الجلب ، فمن تلقاه فاشترى منه ، فإذا أتى سيده السوق، فهو بالخيار" (٢) . قال " ابن حجر" : " أي إذا قدم السوق وعلم السعر ، وظاهره أن النهي لأجل منفعة البائع ، وإزالة الضرر عنه ، وصيانته ممن يخدعه" . (٣)

فقد أثبت الرسول صلى الله عليه وسلم في هذا الحديث الخيار للمتلقي ، كما أثبتته من قبل للمشتري بالتصرية، ولايبعد بيع النجش وأمثاله عن هذين ، فيثبت الخيار في كل عقد منهي عنه لوصف مجاور، من أجل حق العباد للطرف المتضرر في الفسخ والإمضاء .

-
- (١) أخرجه البخاري ومسلم وأبو داود بعدة روايات . أنظر فتح الباري لابن حجر ٣٩١/٤-٣٦٩ ومحيح مسلم ١١٥٨/٣-١١٥٩ ومختصر سنن أبي داود ٨٤/٥-٨٥ .
- (٢) أخرجه مسلم وأبو داود . أنظر صحيح مسلم ١١٥٨/٣ ومختصر سنن أبي داود ٨١/٥ وقد أخرج البخاري أحاديث النهي عن التلقي بعدة روايات . أنظر فتح الباري لابن حجر ٣٧٣/٤-٣٧٦ .
- (٣) أنظر فتح الباري ٣٧٤/٤ .

الباب الأول : حقيقة العقد الموقوف وخصائصه وأحكامه
وفيه ثمانية فصول :

- الفصل الأول : حقيقة العقد الموقوف .
الفصل الثاني: الفرق بين الوقف وعدم
اللزوم .
الفصل الثالث : شروط وقف العقد .
الفصل الرابع : شروط نفاذ العقد .
الفصل الخامس : فائدة وقف العقود .
الفصل السادس : حقيقة الإجازة ومن يملكها ،
وشروط صحتها، والصور التي تقع بها .
الفصل السابع : حقيقة الرد ، وشروط صحته ، والصور
التي يقع بها .
الفصل الثامن : أحكام العقد الموقوف .

الفصل الأول : حقيقة العقد الموقوف لغة وشرعا .

أولا : معنى الوقف لغة .

ثانيا : حقيقة العقد الموقوف شرعا .

أولاً: معنى الوقف لغة :

قال " ابن فارس " (١) : " الواو والقاف والفاء ، أصل واحد ، يدل على تمكث في شيء ، ثم يقاس عليه " .
وعلى ذلك : فيقال وقفت الرجل عن الشيء : منعته عنه ، وتوقف الرجل عن الأمر ، أمسك عنه ، ووقفت الأمر على حضور زيد : علقت الحكم فيه بحضوره ، ووقفت قسمة الميراث إلى الوضع : أخرته حتى ترفع ، وأوقفت عن الحديث : سَكْتُ (٢) .

ثانياً : حقيقة العقد الموقوف شرعاً:

تعرض الفقهاء لبيان حقيقة العقد الموقوف في الإصطلاح الفقهي ، وتعددت في ذلك حدودهم ، فمنهم من عرفه بتعريف العقد الصحيح ، إلا أنه زاد عليه قيوداً احترازيةً ————— يدل على عدم النفاذ ، كما هو الحال في تعريف " مجلة

-
- (١) أنظر معجم مقاييس اللغة ١٣٥/٦
(٢) أنظر لسان العرب لابن منظور ٣٥٩/٩-٣٦٠ والقاموس المحيط للفيروز أبادي ٢١٢/٣ وتهذيب اللغة للأزهري ٣٣٣/٩ وتاج العروس للزبيدي ٣٦٩/٦-٣٧٠ والمصباح المنير للفيومي ٠٨٣٦/٢

الأحكام العدلية " فقد عرفت العقد الموقوف بأنه :
" العقد الصحيح أصلاً ووصفاً ، والذي يفيد الملك على وجه
التوقف " (١) ، وتعريف الأستاذ " الزرقاء " ففيه أن العقد
الموقوف : " هو العقد الذي لا ينتج حكمه منذ انعقاده ،
بل إنه رغم انعقاده صحيحاً ، تكون آثاره متوقفة لوجود
مانع يمنع تحققها شرعاً " (٢) ، وقريباً من تعريف " الزرقاء "
عرفه " السمرقندي " حيث قال : " العقد الموقوف : هو
العقد الذي يوجد ركنه وشرط الإنعقاد والأهلية ، لكن لم
يوجد فيه شرط النفاذ " (٣)

ومنهم من عرفه بتعريف العقد الصحيح ، إلا أنه قيده
بأحد الأوصاف المؤثرة في عدم نفاذه ، وهو تعلق حق الغير
بالعقد ، كما هو الحال في تعريف " ابن عابدين " و " ابن
نجيم " حيث قالوا : " العقد الموقوف : هو العقد المشروع
بأصله ووصفه ، وتعلق به حق الغير " (٤)

ومما تجدر الإشارة إليه : أن إناطة عدم نفاذ العقد ،
بتعلق حق الغير به في هذا التعريف ، غير سديدة لأنها
إناطة بوصف غير جامع ، حيث إن تعلق حق الغير بالمعقود
عليه ، إنما هو أحد أسباب وقف العقود ، وهناك أسباب أخرى
له .

(١) أنظر درر الحكام لعلي حيدر/م(١١١) ٩٤/١

(٢) أنظر المدخل الفقهي ٤١٩/١

(٣) أنظر تحفة الفقهاء ٣٤/١

(٤) أنظر حاشية ابن عابدين ٥٠/٥ والبحر الرائق لابن نجيم

ومنهم من جمع بين الأمرين معاً، كما جاء في تعريف
" دمادا أفندي" حيث قال : " هو العقد المشروع بأصله
ووصفه، ويفيد الملك على سبيل التوقف ، ولا يفيد تمامه ،
لتعلق حق الغير "(١) وماورد على التعريف السابق يـرد
على هذا التعريف أيضاً.

ومن الفقهاء من عرف العقد الموقوف بأنه: " التصرف
المفيد في الجملة ثبوت الملك موقوفاً على الإجازة، فيما
يتضرر المالك بزواله ، لكن لا يظهر شيء من آثار الملك
عند العقد ، وإنما يظهر عند الإجازة".(٢)

فقد بين هذا التعريف أن العقد الموقوف عقد صحيح،
لأنه يفيد ثبوت الملك ، لكنه أوضح أن آثاره لا تترتب عليه
فور انعقاده ، لتضرر المالك من اعتباره نافذاً دون رضاه،
فإن إجازته تترتب عليه آثاره ، وإلّا بطل العقد.

وبناءً على ما سبق ذكره من التعريفات، وما يرد عليها
من الاعتراضات، يبدو لي أن الأولى في تعريف العقد الموقوف
أن يقال " هو العقد المشروع أصلاً ووصفاً ، لكن لا تترتب
عليه آثاره إلا بالإجازة".

فهو عقد صحيح ، وليس كما ادعى البعض ، بأن منه

(١) أنظر مجمع الاثـهر ٥٣/٢

(٢) أنظر بدائع الصنائع للكاساني ٣٠٢١/٦

صحيح ، ومنه فاسد ، أو هو من قبيل العقد الفاسد ، غاية ما في (١)
الأمر : أن صدوره ممن لا يملك إنفاذه جعله موقوفاً ، لرفع
الضرر الذي قد يلحق بصاحب الحق ، لو حكم بنفاذه ، ولذلك
لا تترتب عليه آثاره ، إلا بإجازة صاحب الحق ، فإن أجازه نفذ ،
وكانت الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة ، وتترتب عليه آثاره
وإبطال العقد.

(١) تجدر الإشارة في هذا المقام: أنه قد وقع الخلاف بين فقهاء
الحنفية في مسألتين:

إحدهما: في كون العقد الموقوف أعم مطلقاً من الصحيح
أو العكس . ولهم في ذلك رأيان:

أحدهما: أن العقد الموقوف منه صحيح ومنه فاسد. قال
"ابن نجيم" في كتابه "البحر الرائق" ٢٧٩/٥: "أقول:
بيع المكره فاسد موقوف ، لأنه موقوف فقط ، كبيع الفضولي"
وقد أوضح "ابن عابدين" في حاشيته " ٥٠٣/٤ مفهوم هذه العبارة
بقوله: "وظهر أن الموقوف منه فاسد كبيع المكره ، ومنه صحيح
كبيع عبد أو صبي محجورين".

ثم ذكر "ابن عابدين" في كتابه " منحة الخالق على البحر
الرائق " ٢٧٧/٥ أن "الرملي" رد على "ابن نجيم" بقوله :
" أقول : كيف يكون موقوفاً مع فساده ، والموقوف من
قبيل الصحيح ، إلا أنه لم ينفذ . وقد صرح "ابن نجيم" بنفسه
أن الموقوف من قسم الصحيح ، أو قسم بنفسه ، وليس هو
من الفاسد " .

الثاني : وهو المعتمد في مذهب الحنفية : ومفاده ان
العقد الصحيح أعم مطلقاً من العقد الموقوف ، والأخص
يستلزم دائماً معنى الأعم ولا عكس . وعلى ذلك فالعقد
الموقوف عقد صحيح ، لأنه عقد صدر من أهله ، في محل
قابل لحكمه ، فلم يمتنع أن ينعقد أصلاً .

أنظر درر الحكام لعلي حيدر/م(١١١)٩٤/١ وحاشية ابن عابدين
٥٠/٥ والبحر الرائق لابن نجيم ٧٥/٦ ومجمع الأنهر لداماد أفندي

٥٣/٢ وبدائع الصنائع للكاساني ٣٠٢١/٦ =

.....

= وأما ما نقل في بعض كتب الحنفية ، من حكم بعضهم على العقد الموقوف بالفساد ، كما هو الحال في بيع المرهون والمستأجر ، كما ذكر ذلك الكاساني " في البدائع " ٣٠٣٥-٣٠٣٦ فقال : " الثاني : أن لا يكون في المبيع حق لغير البائع ، فإن كان : لا ينفذ كالمرهون ، والمستأجر لان فيه إبطال حق المرتهن والمستأجر ، وهذا لا يجوز وقد اختلفت عبارات الكتب في هذه المسألة : في بعضها أن البيع فاسد " .

فهذا يحتمل أنهم أرادوا بأن بيع المرهون والمستأجر فاسد لاموقوف . أو أنه من باب عدم الدقة في تحرير المصطلح عند إطلاق الفساد على الموقوف ، يومئ إلى ذلك قول الكاساني " في البدائع " ٣٠٣٥-٣٠٣٦ : " يحمل قولهم فاسد - أي في بيع المكره - على أنه لاحكمه ظاهراً ، وهو تفسير الموقوف عندنا " وعلى مثل ذلك حمله " ابن عابدين " في كتابه " منحة الخالق على البحر الرائق " ٢٧٧/٥ " و " الشلبي " في حاشيته على " تبیین الحقائق " ٤٣/٤

ولعل سبب الخلاف الذي وقع في هذه المسألة يرجع إلى أحد امرين:

- إما أن الإكراه يجعل العقد فاسداً ، كما هو المعتمد عند الحنفية ، أو أنه يمنع نفاذه إلا بإجازة المُكْرَه بعد زوال الإكراه ، كما ذهب إلى ذلك " زفر " . وسيأتي تفصيل لموضوع الإكراه في أسباب عدم نفاذ العقود إن شاء الله في صفحة (٨٨) وما بعدها .

- وإما أن عقد المكره يشبه العقد الموقوف من وجه والعقد الفاسد من وجه آخر ، فهو يشبه العقد الموقوف من حيث إنه قابل للإجازة والفسخ ، ويشبه العقد الفاسد من حيث إنه يفيد الملك عند الحنفية .

أنظر درر الحكام لعلي حيدر ٦٦٠/٢ .

والثانية: في كون العقد الموقوف قسيماً للعقد الصحيح

= على قولين :

.....

= أحدهما: " للزيلعي " ذكره في " التبيين " ٤/٤٤: وهو أن العقد الموقوف قسيم للصحيح ، إذ العقد إما صحيح أو باطل أو فاسد أو موقوف .

والثاني: وهو المعتمد في المذهب وعليه جمهور فقهاء الحنفية وهو : أن العقد الموقوف أحد أقسام الصحيح ، حيث قال " ابن عابدين " في حاشيته " ٤/٥١ " والظاهر أن الموقوف من قسم الصحيح ، وهو أحد طريقتين للمشايخ ، وهو الحق " اه .

الفصل الثاني : الفرق بين الوقف وعدم اللزوم

الوقف وعدم اللزوم كلاهما من الصحيح ، وهما وإن كان بينهما
فروق^٥ ، إلا أنهما يتفقان معا بوصف عدم اللزوم .

فالمشتري مثلا في العقد الموقوف نجد أنه يملك الفسخ قبل إجازة
المالك وذلك تحرزا من لزوم العقد في حقه ، وكذا الحال بالنسبة
للفضولي (١) .

وقضية عدم اللزوم في العقد الذي فيه الخيار ظاهرة جدا ، حتى
إنه سمي العقد الجائز أو غير اللازم .

أما الفرق بينهما فيتجلى من ثلاثة وجوه : أحدها من جهة سبب
الوقف أو الخيار والثاني من جهة حكم العقد والثالث من جهة اللزوم .

فمن جهة السبب نجد أن :

سبب الوقف يرجع إلى إرادة ناقصة كما في الصبي مثلا أو محلل
ناقص كما في الفضولي مثلا (٢)

أما سبب الخيار فإنه يرجع إلى تعيب الإرادة كما في الخيار

(١) أنظر حاشية ابن عابدين ١١٥/٥ والدر المختار للحمكفي ٢/٢٣٩ والخيار
وأثره في العقود للدكتور عبد الستار أبو غدة ٧٠/١ - ٧١

(٢) يقول الشيخ "السنهوري" في "مصادر الحق" ١٧٨/٤ : " وسبب وقف العقد
يرجع إلى إرادة ناقصة أو محل ناقص " أ . ه . بتصرف . وانظر شرح
فتح القدير لابن الهمام ٥١/٧ وما بعدها والبحر الرائق لابن نجيم
٧٦/٦ .

الحكمي غالباً، أو إلى إرادة العاقدين لمنع لزوم العقد، وهو ما يسمى بالخيار الإرادي. (١)

أما من جهة الحكم :

فإن أحكام العقد الموقوف تبقى معلقة على صدور الإجازة، ولا ينفذ منها شيء بسبب الوقف. أما أحكام العقد غير اللازم، فإنها تنفذ وتسمى، لكن الممتنع هنا هو ثبوتها (٢)، حتى ينقضي الخيار أو الرضى بالعلنة الموجبة للخيار كما في خيار العيب .

وأما بالنسبة للزوم العقد :

ففي العقد الموقوف لا يلزم العقد إلا بالإجازة ممن يملكها شرعاً. (٣)

لكن في العقد غير اللازم، فإن لزوم العقد يتوقف، إما على انقضاء مدة الخيار دون تدخل من له الخيار في إلزامه، أو على إسقاط صاحب الخيار خياره. (٤)

-
- (١) أنظر مصادر الحق للسنيهوري ١٠٤/٢ وما بعدها و ١٣١/٤ والخيار وأثره في العقود للدكتور عبدالستار أبوغده ١٠٨/١ - ١٠٩ .
 - (٢) أنظر الخيار وأثره في العقود للدكتور عبدالستار أبوغده ١٠٨/١ - ١٠٩ .
 - (٣) سيأتي بيان ذلك في صفحة رقم (١٠٥) .
 - (٤) أنظر مصادر الحق للسنيهوري ١٠٤/٢ وما بعدها .

الفصل الثالث : شروط وقف العقيد .

سبق البيان في تعريف العقد الموقوف أنه عقد صحيح ، إلا أن صدوره ممن لا يملك إنفاذه يجعله موقوفاً ، غير أن من الفقهاء من اشترط للحكم عليه بالوقف شرطين :

أحدهما :

أن لا يشترط المتصرف الفضولي الخيار لمن وقع العقد لصالحه ، أو لمن تم له التصرف ، فإن اشترط فيه ذلك : حكم على العقد بالبطلان . وقد نصَّ على وجوب اعتبار هذا الشرط فقهاء الحنفية .

فقد قال " الحموي " (١) : " ولو شرط الخيار في بيع الفضولي لمن وقع البيع له بطل العقد ، فلا يتوقف ، لأن الخيار له بدون الشرط ، فيكون الشرط له مبطلاً ، يعني : لأنه حينئذ يكون داخلاً على البيع ، والبيع يبطل بالشرط ، بخلاف ما إذا كان خيار الشرط في بيع غير الفضولي ، فإنه يكون داخلاً على الحكم ، والحكم لا يبطل بالشرط . "

الثاني :

ألا يجد العقد نفاذاً على العاقد نفسه : كأن يتصرف في العين ظاناً أنها لغيره ، فيتبين أنها في ملكه بأي صورة من صور الملك ، أو أنه مأذون له في التصرف فيها بأي صورة من صور الإذن . فإن وجد نفاذاً عليه بطل التصرف .

(١) أنظر شرح الحموي على الأشباه والنظائر ٣٣٢/١ وانظر البحر الرائق لابن نجيم ١٦٢/٦ .

وقد قال بهذا الشرط الحنفية والشافعية في قول لهم والحنابلة في وجه (١)، وقد عللوا البطلان بقولهم: "إنه قد طرأ على الملك الموقوف ملك بات فأبطله، لاستحالة اجتماع الملك البات والملك الموقوف في محل واحد، ولا يقال: لو كان هذا مانعا، لما ثبت الملك في البيع الموقوف للمشتري من الفضولي، لوجود الملك البات فيه لمالكة، بل كان هذا أولى بالامتناع، لأن البات فيه موجود عند ثبوت الموقوف، فإذا كان يرفعه بعد ثبوته، فأولى أن يمنعه من الثبوت، لأن المنع أسهل من الرفع، لأننا نقول: المنع والرفع إنما يكونان عند التعارض، ولاتعارض، ثم لأن الملك الموقوف لم يظهر في حق المالك، وإنما يظهر في حق المتعاقدين، لأن البيع قائم بهما، فإذا أجاز المالك بيع الفضولي، فالملك البات يثبت للفضولي، والملك الموقوف ظاهر في حقه، لأن الفضولي عاقد، فوقع التعارض فيرفع البات الموقوف" (٢)

أما الشافعية في أصح القولين عنهم والحنابلة في الأظهر (٣): فإنهم قالوا بمحة تعرفه، وأن له إجازته لما يلي:

- (١) أنظر الهداية ٦٩/٣ وشرح فتح القدير لابن الهمام ٣١٤/٥ ومجمع الأنهر لداماد أفندي ٩٦/٢ ودرر الحكام لمنلا خسرو ١٧٧/٢ وحاشية ابن عابدين ١١٧/٥ والبحر الرائق لابن نجيم ٣١٤/٦ والمجموع للنووي ٢٦١/٩ وفتح العزيز للرافعي ١٢٤/٨ وروضة الطالبين للنووي ٣٥٥/٣ ونهاية المحتاج للرملي وحاشية الشبراملسي عليه ٤٠٤/٣ - ٤٠٥ ومغني المحتاج للشربيني ١٥/٢ وإعانة الطالبين للبكري ٨/٣ - ٩ وفتح الوهاب للأنصاري ١٥٩/١ ومنتهى الإرادات لابن النجار ٣٤٠/١ والروض المربع ٣٢/٢ ونيل المآرب للشيباني ٨٣/١ والإنصاف للمرداوي ٢٨٦/٤ وكشف المخدرات للبعلي ٢١٣/٠
- (٢) أنظر تبیین الحقائق للزيلعي ١٠٧/٤
- (٣) أنظر المجموع للنووي ٢٦١/٩ وفتح العزيز للرافعي ١٢٤/٨ ونهاية المحتاج للرملي وحاشية الشبراملسي عليه ٤٠٤/٣ - ٤٠٥ ومغني المحتاج للشربيني ١٥/٢ وإعانة الطالبين للبكري ٨/٣ - ٩ وفتح الوهاب للأنصاري ١٥٩/١ وفتح المعين للمليباري ٨/٣ - ٩ والروض المربع للبهوتي ٣٢/٢ والقواعد لابن رجب ١٢٠/١ والمحزر لمجدالدين ابن تيمية ٣١٠/١ ونيل المآرب للشيباني ١٢١/١ وكشف المخدرات للبعلي ٢١٣/٠ ومنتهى الإرادات لابن النجار ٣٤٠/١ والإنصاف للمرداوي ٢٨٦/٤

(٢) لأنه تعرف صدر من المالك ، وهو جائز التعرف فلم يكن هناك ما يمنع من القول بصحته (١) .

(ب) ولأن العبرة في العقود بما في نفس الأمر ، لا بما في ظن المكلف ، فلا أثر لظن خطأ ، فإن المعتبر هو حقيقة الأمر ، لا ما قام في ذهن المكلف من تصور مطابق أو غير مطابق . (٢)

الراجع :

ويبدو - والله أعلم - أن القول ب صحة العقد ووقفه على إجازة الفضولي هو الأولى . لأن قول الحنفية : إنه قد اجتمع في محل واحد ملك بات وموقوف غير مسلم ، فإن حقيقة الملك عند العقد إنما هي الملك البات وإن كانت العورة الظاهرة هي الوقف .

وقولهم : إن البات فيه موجود عند ثبوت الموقوف . يدفعه أن الثابت قطعاً إنما هو البات ، والموقوف ليس بثابت وإنما هو محتمل ولا يمكن الحكم بالمحتمل وترك الثابت القطعي .

-
- (١) أنظر المجموع للنووي ٢٦١/٩ وفتح العزيز للرافعي ١٢٤/٨ .
(٢) أنظر إعانة الطالبين للبكري ٨/٣ - ٩ وكشف المخدرات للبعلي /٢١٣/ أما المالكية فقد ذكروا أن للفضولي فسخ العقد دون أن يتعرضوا لبيان ما إذا كان يملك الإجازة أم لا .

أنظر جواهر الإكليل للآبي ٥/٢ وشرح منح الجليل لعليش ٤٨٠/٢ والخرشبي ١٧/٥

الفصل الرابع : شروط نفاذ العقيد

لا يكفي لترتب آثار العقد عليه انعقاده صحيحا، بل
لا بد له أن يستوفي جميع شرائط نفاذه . وهي :

أولا: الملك أو الولاية:

أما الملك : فهو أن يكون المبيع مملوكا للعاقد بأحد
أسباب الملك المشروعة ، كالبيع ، والإرث ، والهبة ،
ونحوها ، فإن باع العاقد ما لا يملكه : كان عقده موقوفًا
عند الحنفية والمالكية والشافعية في القديم . (١)

وذهب الشافعية في الجديد والحنابلة (٢) إلى أن هذا
العقد باطل ، لأن الملك عندهم من شروط الصحة لا النفاذ .

-
- (١) أنظر بدائع الصنائع للكاساني ٣٠١٩/٦ ودرر الحكام لعلي
حيدر/م(٣٦٥) ٣٢٨/١ وشرح فتح القدير لابن الهمام ٢٤٨/٦
والخرشي ١٨/٥ وحاشية العدوى على شرح العزبة ١٢٣/٢ وقوانين
الأحكام الشرعية للغرناطي /٢٧١/ والمهذب للشيرازي ٣٨-٣٩
وحاشية الشرقاوي ٢١/٢ والمجموع للنووي ٢٥٩/٩ وشرح
المحلي على منهاج الطالبين ١٦٠/٢ .
- (٢) أنظر المهذب للشيرازي ٣٨-٣٩ وحاشية الشرقاوي ٢١/٢ والمجموع
للنووي ٢٥٩/٩ وشرح المحلي على منهاج الطالبين ١٦٠/٢ والقواعد
لابن رجب/٨٦/ والإنصاف للمرداوي ٣٤/٦ والتنقيح المشبع
للمرداوي/١٢٣/ والمقنع لابن قدامه ٧-٨ وكشاف القناع
للبيهوتي ١٤٧/٣ والمحزر لمجد الدين بن تيمية ٣١٠/١ وشرح
منتهى الإرادات للبيهوتي ١٤٣/٢ .

أما الولاية ، فلها خمس حالات :

- الأولى : ولاية الأب ثم الجد على مال الصغير : وهي ولاية شرعية ، بمعنى أن الشارع فوض لهما التصرف في مال الولد لوفور شفقتهم ، وهذا وصف ذاتي لهما ، وهو موجود فيهما ومستمر لديهما ، لأن المقتضي له هو الأبوة والجدودة ، إلا إذا طرأ عليهما ما يوجب الحجر على تصرفاتهما. (١)
- الثانية : ولاية الوكيل : وهي ولاية مستفادة من الإذن ، مقيدة بامتنال أمر الموكل ، وهي غير لازمة ، فلكل واحد من الوكيل والموكل فسخ عقد الوكالة بإرادته المنفردة. (٢)
- الثالثة : ولاية الوصي : وهي بين المرتبتين السابقتين ، فإنها من جهة كونها تفويضاً تشبه الوكالة ، ومن جهة أن الوصي تتوفر لديه الشفقة على الأولاد ، وعلمه بالأصلح لهم تشبه ولاية الأب والجد. (٣)

-
- (١) أنظر الأشباه والنظائر لابن نجيم/١٦٠/ والأشباه والنظائر للسيوطي/١٥٥/ وبدائع الصنائع للكاساني ٣٠٢٨/٦
- (٢) أنظر الأشباه والنظائر لابن نجيم/١٦٠/ وبدائع الصنائع للكاساني ٣٠٢٨/٦ ومرشد الحيران لقديري باشا/م(٢٦١)/٤٣/ ودرر الحكام لعلي حيدر/م(٣٦٥)/١/٣٢٨/ والأشباه والنظائر للسيوطي/١٥٥/
- (٣) أنظر الأشباه والنظائر لابن نجيم/١٦٠/و/٣٧٧/ والخرشي وحاشية العدوي ١٧١/٨ والشرح الصغير للدردير وحاشية الصاوي ٣٢٧/٦ والمهذب للشيرازي/١/٤٥٢-٤٥٣ والقواعد لابن رجب /١١١/ وكشاف القناع للبهوتي ٣٨١/٤ والمحرم لمجدالدين ابن تيمية/١/٣٧٦ والمغني لابن قدامة ١٨٨/٦

الرابعة : ولاية ناظر الوقف : وولايته تشبه ولاية الوصي من جهة كون ولايته ثابتة بالتفويض ، وتشبه ولاية الأب من جهة أنه ليس لغيره تسلط على عزله ، بينما الوصي يتسلط الموصي على عزله في حياته بعد التفويض بالرجوع عن الوصية. (١)

الخامسة : ولاية الحاكم : وهي ولاية عامة ، والخاصة أقوى منها ، ولهذا لا يتصرف القاضي مع وجود الولي الخاص ، مادام أهلا للولاية ، وهذه الولاية تخوله إبـرام العقود أو فسخها بحسب ما يرى من المصلحة ، كالبيع والشراء في أموال اليتامي والغائبين والمجانين وعقد النكاح على من بلغ من الأيتام ، وعلى من هو تحت الحجر من النساء ، ومن ليس لها ولي وعقد الإجارة على أملاك المحجور عليهم ونحو ذلك (٢)

ثانياً: أن لا يتعلق بالمعقود عليه حق الغير :

فإن تعلق به حق الغير، بأن كان المبيع عينا مرهونة أو مؤجرة مثلاً، كان البيع موقوفاً على إجازة المرتهن والمستأجر،

(١) أنظر الأشباه والنظائر لابن نجيم/١٦٠/٧ والخرشي/٩٢/٧ والشرح الصغير للدردير ٣٨٥/٥ وحاشية الصاوي ٣٨٦/٥ والأشباه والنظائر للسيوطي ١٥٥/١٥٥ وقلبيوبي وعميرة/١٠١/٣ وكشاف القناع للبهوتي ٢٧٩/٤ والمقنع لابن قدامة ٣١٤/٢ والمغني لابن قدامة ٥/٦ والمحزر لمجدالدين ابن تيمية ٣٧٠/١ .

(٢) أنظر درر الحكام لعلي حيدر (٩٧٤) ٢/٦٢٣-٦٢٦ ومعين الحكام للطرابلسي /١٢/، ٣٨/وتبصرة الحكام لابن فرحون/١٩/ وحاشية العدوي ٣٣٨/٢ وفتاوى السبكي ٢/٢٦٤-٢٦٥ والأحكام السلطانية للماوردي/٧٨/ والمغني لابن قدامة ٢٤٧/٦ ، ١٧/٧ وبذل المجهود للسهارنفوري/١٠-٧٩-٨٠، ٨٨/١٠ وتهذيب ابن القيم على مختصر سنن أبي داود ٣١/٣-٣٢ .

وذلك لتعلق حقهما في المرهون والمستأجر ، فإن أجاز البيع نفذ ، وإلا بقيت العين مرهونة لاستيفاء الدين ، أو مستأجرة لاستيفاء مدة الإجارة. (١)

وحق الغير: (٢)

- إما أن يكون متعلقا بعين المحل المعقود عليه ، كما في بيع العين المؤجرة ، فإن حق المستأجر يتعلق بعين المؤجر.
- وإما أن يكون متعلقا بمالية المحل المعقود عليه دون عينه ، كما في تصرف المدين المحجور عليه بما يضر حقوق الدائنين ، فإن حقوق الدائنين متعلقة بمالية أمواله لأجل استيفاء ديونهم ، وليست حقوقهم متعلقة بأعيان أمواله ، حتى إنه لو استطاع أن يأتي بمال آخر يفهم به حقوقهم نفذت تصرفاته الموقوفه في أمواله تلك التي تعاقد عليها ، فلو كانت حقوقهم متعلقة بعين ماله كتعلق حقوق الورثة في أعيان التركة ، لما أمكن صرف الدائنين عن أخذ العين بدفع الدين إليهم نقدا .

(١) أنظر حاشية ابن عابدين ٤/٥٠٥ وبدائع الصنائع للكاساني ٣٠٣٥/٦ ومرشد الحيران لقدرى باشام (٢٦١) ٤٣ ودرر الحكام لعلی حیدرم (٣٦٥) ١/٣٢٨ والخرشي ٢٥١/٥-٢٥٢ و مغني المحتاج للشربيني ١٣٣/٢ وكشاف القناع للبهوتي ٣/٣٢١

(٢) أنظر المدخل الفقهي للزرقاء ١/٤٢٦

ثالثا : التراضي :

وهو شرط لنفاذ العقد عند فقهاء الحنفية ، في نكاح
البكر البالغة ، وعند "زفر" في عقد البيع ، خلافا لسائر
المذاهب .

ولبيان ذلك لابد من الحديث عن:

أ- إجبار البكر الصغيرة على النكاح :

لاخلاف بين الفقهاء^(١) في أن للأب إجبار ابنته الصغيرة
على النكاح ، إذا زوجها من كفه قال "ابن المنذر"^(٢) : "أجمع
كل من نحفظ عنه من أهل العلم أن نكاح الأب ابنته
البكر الصغيرة جائز ، إذا زوجها من كفه ، ويجوز له
تزوجها مع كراهيتها وامتناعها" وقال "ابن قدامة"^(٣) :
" وقد دل على جواز تزويج الصغيرة قول الله تعالى :
" واللائي يئسن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدتهن
ثلاثة أشهر، واللائي لم يحضن"^(٤) فجعل للآئي لم يحضن عدة

(١) أنظر بدائع الصنائع للكاساني ١٣٥٣/٣ وشرح فتح القدير
لابن الهمام ٢٥٥/٣ والشرح الكبير وحاشية الدسوقي
٢٢/٢ والخرشي ١٧٦/٣ وجواهر الإكليل للأبي ٢٧٧/١ - ٢٧٨
وشرح منح الجليل لعليش ١٥/٢ ونهاية المحتاج للرملي
٢٢٨/٦ ومغني المحتاج للشربيني ١٤٩/٣ وروضة الطالبين
للنووي ٥٣/٧ وكشاف القناع للبهوتي ٤٣/٥ ومنتهى
الإرادات لابن النجار ١٥٩/٢ وشرح منتهى الإرادات للبهوتي
٠١٤/٢

(٢) أنظر المغني لابن قدامة ٤٠/٧

(٣) أنظر المغني لابن قدامة ٤٠/٧

(٤) الطلاق : آية (٤)

ثلاثة أشهر ، ولا تكون العدة ثلاثة أشهر إلا من الطلاق في نكاح أو من فسخ ، فدل ذلك على أنها تزوج وتطلق ، ولا إذن لها فيعتبر "ر". وقال " ابن العربي " (١) : " وهذه الآية دليل على أن للمرأة أن يُنكح ولده الصغير ، لان الله تعالى جعل عدة من لـ يحضن من النساء ثلاثة أشهر ، ولا تكون عليها عدة إلا أن يكون لها نكاح ، فدل ذلك على هذا الغرض وهو بديع في فنه".

٢- إجبار البكر البالغة على النكاح:

اختلف الفقهاء في الأب ، هل يملك ولاية إجبار ابنته البكر البالغة على النكاح أم يشترط رضاها به؟ وذلك على ثلاثة آراء:

١- فذهب المالكية في المشهور والشافعية والحنابلة في المعتمد (٢): إلى أن للأب إجبارها ، مادام الزوج كفؤاً ، ويكون العقد ماضياً ، ولو كان بغير إذنها ودون رضاها.

(١) أنظر أحكام القرآن ٤/١٨٢٦.

(٢) أنظر الخرخشي ٣/١٧٦ والشرح الصغير للدردير ٣/١٠٨ وشرح منح الجليل لعليش ٢/١٥ وجواهر الإكليل للآبي ١/٢٧٧-٢٧٨ وحاشية العدوي على شرح العزبه ٢/٢٥٣ والفواكه الدواني للنفراوي ٢/٢٥ ونهاية المحتاج للرملي ٦/٢٢٨ ومغني المحتاج للشربيني ٣/١٤٩ والأم للإمام الشافعي ٥/١٦-١٥ والمهذب للشيرازي ٢/٣٧ وكشاف القناع للبهوتي ٥/٤٣ والمغني لابن قدامة ٥/٤٣ ومنتهى الإرادات لابن النجار ٢/١٥٩.

- ٢- ذهب "ابن وهب" من المالكية : إلى أن العانس (١)
لاتجبر (٢)، لأنها لما عَنَسَتْ صارت كالشيب .
- ٣- وذهب الحنفية والحنابلة في رواية ، مال إليها
العلامة " ابن القيم " (٣) وهي أنه ليس للأب إجبار
ابنته البكر البالغة على النكاح ، فإن زوجها
وهي كارهة :
- فالحنفية (٤) يرون أنه إن فعل ذلك ، فالنكاح
موقوف على إجازتها ، فإن ردت بطل ، وإن سكت
عند استئذان وليها لها فهو إذن منها .
- وذهب " ابن القيم " (٥) إلى أنه يثبت لها الخيار
في فسخ العقد وإمضائه .

-
- (١) العانس عند المالكية: هي من بلغت ثلاثين أو ثلاثا
وثلاثين أو خمسا وثلاثين أو أربعين أو خمسا
وأربعين أو خمسين أو منها إلى الستين على أقوال
في مذهبهم أنظر الخرشي ١٧٦/٣ .
- (٢) انظر الخرشي ١٧٦/٣ .
- (٣) أنظر شرح فتح القدير لابن الهمام ٢٦٠/٣ والمحرر لمجد
الدين بن تيمية ١٦/٢ وزاد المعاد لابن القيم ٤/٤ .
- (٤) أنظر البناية في شرح الهداية للعيني ١١٧/٤-١١٩ والبحر
الرائق لابن نجيم ١١٨/٣ وحاشية الشلبي على تبیین
الحقائق ١١٨/٢ وشرح فتح القدير لابن الهمام ٢٦٠/٣
والمبسوط للسرخسي ٢/٥ .
- (٥) أنظر زاد المعاد لابن القيم ٤/٤ ، ٤١/٤ ، ٧٣-٧٦/٤

وقد استدل الحنفية القائلون بالوقف^(١) بذات الأدلة التي استدل بها " ابن القيم " وهي :

أ - مرواه " ابن عباس " ^(٢) رضي الله عنهما: " أن جارية بكرا أتت النبي صلى الله عليه وسلم ، فذكرت أن أباهما زوجها وهي كارهة ، فخيرها النبي صلى الله عليه وسلم " .

ب - ماروت " عائشة " ^(٣) رضي الله عنها " أن فتاة دخلت عليها فقالت : إن أبي زوجني من ابن أخيه ليرفع بي خيسته ، وأنا كارهة . قالت : إجلسي حتى يأتي رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فجاء رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فأخبرته ، فأرسل إلى أبيها فدعاه ، فجعل الأمر إليها ، فقالت يارسول الله : قد أجزت ما صنع أبي ، ولكن أردت أن أعلم أ للنساء من الأمر شيء " .

قال " ابن القيم " ^(٤) وحمل هذا الحديث على الشيب

(١) أفردت الحنفية القائلين بالوقف بالإستدلال ، لان الذي يعنيني من ذكر هذه المسألة الوقوف على أدلة من قال بالوقف أما أدلة الإيجاب وعدمه ، فقد ذكرت فيكتب الفقيه مطولا في المواطن التي سبقت الإشارة إليها عند كل مذهب .

(٢) أخرجه أبو داود في سننه . أنظر مختصر سنن أبي داود للمنذرى ٤٠/٣

(٣) أخرجه أبو داود والنسائي . أنظر سنن أبي داود ٤٨٣/١-٤٨٤

وسنن النسائي ٧١/٦ .

(٤) أنظر مختصر سنن أبي داود للمنذرى ٤١/٣

دون البكر خلاف مقتضاه ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم لم يسأل عن ذلك ، ولا استفصل ، ولو كان الحكم يختلف بذلك لسأل عنه .

والذى يبدو من هذه الأدلة - والله أعلم - أن نصرها لمذهب " ابن القيم " أوضح ، فإن دلالتها على عدم اللزوم غير خافية ، يؤكد هذا المعنى ما ذكره " الخطابي " (١) بعد ذكر حديث " ابن عباس " : " ففي هذا الحديث حجة لمن رأى عقد النكاح يشبث مع الخيار " .

٣- إجبار الشيب الصغيرة على النكاح :

وقد اختلف الفقهاء أيضا في الشيب الصغيرة، هل يملك أبوها إجبارها على النكاح أم لا ؟

- ١- فذهب الحنفية والمالكية والحنابلة في وجه لهم: (٢) إلى أن الشيب الصغيرة تجبر على النكاح ، شأنها في ذلك شأن البكر الصغيرة .
- ٢- وذهب الشافعية (٣) : إلى أنها لا تزوج حتى تبلغ ، لأن إذن

(١) أنظر معالم السنن ٤٠/٣
(٢) أنظر البناية في شرح الهداية للعيني ١١٩/٤ والبحر الرائق لابن نجيم ١٢٣/٣-١٢٤ وشرح منح الجليل لعليش ١٥/٢ والتاج والإكليل للعبدري ٤٢٧/٣ والمبدع للمصنف مفلح ٢٤/٧
(٣) انظر مغني المحتاج للشربيني ١٤٩/٣ ونهاية المحتاج للرملي ٢٢٨/٦

- المغيرة غير معتبر فامتنع تزويجها إلى البلوغ .
- ٣- وذهب بعض المالكية والحنابلة في وجه ثان لهم^(١) إلى أن الشيب الصغيرة لاتجبر على النكاح ، فإن زوجها فلها الخيار إذا بلغت لتستدرك مافاتهما ، فإن رضيت بالنكاح جاز ، وإن لم ترض فسخ .
- ٤- وللحنابلة وجه ثالث^(٢) : وهو الذي عليه المذهب أن للآب إجبار الشيب الصغيرة على النكاح مالم تبلغ تسع سنوات ، فإن تم لها تسع سنوات فيعتبر رضاها .

٤- إجبار الشيب البالغة على النكاح :

لاخلاف بين الفقهاء^(٣) في أنه ليس للآب وللغيره إجبار الشيب البالغة على النكاح ، لأن أصل الرضا منها بنص الحديث ، وهو قوله صلى الله عليه وسلم : " لاتنكح الأيم حتى تستأمر ، ولاتنكح البكر حتى تستأذن ، قالوا : يارسول الله وكيف إذنهما ؟ قال : أن تسكت " (٤) وكذلك

-
- (١) أنظر بداية المجتهد لابن رشد الحفيد ٥/٢ والمبدع لابن مفلح ٢٤-٢٣/٧ ، ٢٦/٧
- (٢) أنظر منتهى الإرادات لابن النجار ١٥٩/٢ والمبدع لابن مفلح ٢٤/٧ وشرح منتهى الإرادات للبهوتي ١٣/٣-١٤
- (٣) أنظر المغني لابن قدامة ٤٤-٤٣/٧ وبداية المجتهد لابن رشد الحفيد ٥/٢
- (٤) أخرجه البخاري ومسلم . أنظر فتح الباري لابن حجر ١٩١/٩ وصحيح مسلم ١٠٣٦/٢

قوله صلى الله عليه وسلم: " الشيب أحق بنفسها من وليها ، والبكر تستأمر ، وإذنها سكوتها" (١). فإن زوجها بغير إذنها ، فالنكاح باطل ، لحديث " خنساء بنت حزام الأنصارية": " أن أباه زوجها وهي شيب ، فكرهت ذلك ، فجاءت رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فذكرت ذلك له ، فرد نكاحها" (٢)

هـ- حكم الإكراه في باقي العقود:

اختلف الفقهاء في كون الإكراه مانعاً من نفاذ العقد ، أم أن عقد المكره غير منعقد أصلاً :

١- فذهب الحنفية (٣) إلى أن عقد المكره فاسد، لأن ركن العقد صدر من أهله في محل قابل لحكمه ، فيفيد حكمه ، كسائر العقود الفاسدة ، ولا فرق سوى أن المفسد في العقود الفاسدة قد يكون الجهالة ، أو الربا أو غير ذلك ، وهنا الفساد لعدم الرضا ، فكأن الرضا شرطاً للصحة ، لاشترط لترتب الحكم ، وانعدام شرط الصحة لا يوجب انعدام الحكم .

-
- (١) أخرجه مسلم . أنظر صحيح مسلم ١٠٣٧/٢
 - (٢) أخرجه البخاري . أنظر فتح الباري لابن حجر ١٩٤/٩
 - (٣) أنظر حاشية ابن عابدين ٥٠٣/٤ والبحر الرائق لابن نجيم ٢٨١/٥ وشرح المنار وحواشيه /٨٣٤-٨٣٥/ والهداية للمرغيناني ٢٧٥-٢٧٦/٣ وبدائع الصنائع للكاساني ٣٠٣٥/٦ ، ٤٥٠٣/٩ والمبسوط للسرخسي ٦٨-٦٤/١١ .

ولما كان فساد عقد المكره لحق العبد، وهو عدم رضاه، فإن هذا الفساد يزول في حالة إجازته ورضاه.^(١) وبهذا قال " زفر" إلا أنه استثنى من ذلك البيع، فجعل عقده موقوفا كعقد الفضولي.^(٢)

ففي "الهداية"^(٣) : " ثم إذا باع مكرها، وسلم مكرها، يثبت به الملك عندنا، وعند " زفر" رحمه الله لا يثبت، لأنه بيع موقوف على الإجازة، ألا ترى أنه لو أجاز جاز، والموقوف قبل الإجازة لا يفيد الملك".

(٤)

وهذا غير مسلم، فقد سبق البيان في مقتضى النهي : أنه لافرق بين فساد العقود وباطلها. هذا من وجه. ومن وجه آخر: فإن قولكم : " إنعدام شرط الصحة لا يوجب إنعدام الحكم" دعوى تحتاج إلى دليل للتسليم بها، فإن الأصل عدم ترتب الحكم على العقد إلا إذا جاء على الوجه الذي أمر به الشارع. وقولكم : " لما كان فساد عقد المكره لحق العبد، وهو عدم رضاه." يقتضي كون عقد المكره بهذا التصور عقداً صحيحاً موقوفاً، لأن الفاسد على مذهبكم إن زال منه الوصف المفسد انقلب صحيحاً دون حاجة

(١) أنظر بدائع الصنائع للكاساني ٤٥٠٤/٩

(٢) أنظر حاشية ابن عابدين ٥٠٣/٤ وبدائع الصنائع للكاساني ٣٠٣٥/٦ ، ٤٥٠٣/٩-٤٥٠٤ والبحر الرائق لابن نجيم ٢٨١/٥ ، وشرح المنار وحواشيه/٨٣٤-٨٣٥ والهداية للمرغيناني ٢٧٥/٣-٢٧٦ . ويقول " زفر" قال الأستاذ الزرقاء في حاشيته على المدخل في ٤١٩/١ .

(٣) أنظر الهداية للمرغيناني ٢٧٥/٣

(٤) أنظر صفحته (٥٩) .

إلى إجازة، إلا إن أردتم أنه فاسد موقوف، وهذا مخالف للمعتمد من المذهب .

ثم إن مقتضى قول " زفر " صحة بيع المكروه، لأن العقد الموقوف قسم من أقسام العقد الصحيح، وليس الأمر كذلك، فإن ابن العربي "قال عند تفسير قول الله تعالى " يا أيها الذين آمنوا لاتأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم" (١) وهذه الآية نص على إبطال بيع المكروه، لفوات الرضا فيه، وتنبيهه على إبطال أفعاله كلها حملاً عليه" (٢) وعليه فإن العقد إذا وقع بالإكراه ففقد شرط صحته، وكان باطلا .

٢- ذهب المالكية في المشهور، والحنابلة في رواية: (٣) إلى أن عقد المكروه غير لازم، يثبت فيه الخيار للمكروه بعد زوال الإكراه .

ويجاب عليهم بمثل ما أجيب على "زفر" رحمه الله لأن مقتضى قولهم: صحة عقد المكروه، لان العقد الجائز

(١) سورة النساء: (٢٩)

(٢) أنظر أحكام القرآن ٤١١/١ وانظر تفسير البيضاوي ٨١/٢

(٣) أنظر الشرح الكبير وحاشية الدسوقي ٦/٣ وحاشية

العدوي ١٢٦/٢ والخرشي ٩/٥ والشرح الصغير للدردير

وحاشية الصاوي ١٨/٤ والإنصاف للمرداوي ٢٦٥/٤ .

- غير اللازم - قسم من أقسام العقد الصحيح .

٣- وذهب الشافعية والحنابلة في المعتمد^(١) إلى أن عقد المكره باطل ، غير منعقد ، مستدلين لذلك بقوله تعالى: "يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل ، إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم"^(٢) فدل على أنه إذا لم يكن عن تراض لم يحل الأكل.^(٣)

وبما روى أبو سعيد الخدري^٢ رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : " إنما البيع عن تراض "^(٤) فدل على أنه لا بيع من غير تراض .^(٥)

لكن الإستدلال بهذا الحديث غير مسلم ، فإنه يرد عليه احتمالات عدة منها : أنه يمكن حمله على البيع النافذ

-
- (١) أنظر المجموع للنووي ١٥٩/٩ وحاشيتا قليوبي وعميرة ١٥٦/٢ ونهاية المحتاج للرملي ٧٢-٧١/٥ والإنصاف للمرداوي ٢٦٥/٤
 - (٢) النساء: آية (٢٩)
 - (٣) أنظر المجموع للنووي ١٥٨/٩
 - (٤) أخرجه ابن ماجة والإمام أحمد وابن أبي شيبة . أنظر سنن ابن ماجه ٨٣٧/٢ ومسند الإمام أحمد ٥٣٦/٢ والمصنف ٨٢/٧ ، ٨٤-٨٣/٧ وقال فؤاد عبد الباقي: "إسناده صحيح ورجاله ثقات ."
 - (٥) أنظر المجموع للنووي ١٥٨/٩ .

أو يكون مثله مثل قوله صلى الله عليه وسلم: "إنما الأعمال بالنيات" (١) فإنه محتمل أن يكون المقصود من كمال الأعمال أو صحتها أو قبولها. أو يكون مثله مثل قوله تعالى: "فرهان مقبوضة" (٢) وهو لا يعني أن القبض شرط في صحة الرهن .

الراجع : والذى يبدو - والله أعلم - أن الرضا شرط في صحة العقد ، وما وقع من العقود بالإكراه فهو باطل استدلالاً بقوله تعالى : " ولاتأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم " يؤكد هذا ما ذكره " الجصاص " (٣) عقيب هذه الآية الكريمة حيث قال : " فاستثنى من الجملة ما وقع من التجارة بتراض منهم ولم يجعله من الباطل " .

(١) متفق عليه . أنظر فتح الباري لابن حجر ٥٧٢/١١ ، وصحيح مسلم ١٥١٥/٤-١٥١٦ - وأخرجه أيضاً أصحاب السنن . وقال "السيوطي" : " وهذا حديث صحيح مشهور " أنظر الأشباه والنظائر ٠/٨/

(٢) البقرة : آية (٢٨٣)

(٣) أنظر أحكام القرآن ٣١٢/١ وانظر فتح الباري ٣٢/١٢ وما بعدها فقد ناقش فيه ابن حجر " مذهب الحنفية في عقد المكره .

الفصل الخامس : فائدة وقف العقود

إتضح مما سبق : أن العقد الموقوف عقد صحيح ، غير أن صدوره ممن لا يملك إنفاذه شرعا، جعل ترتب الأحكام والآثار عليه مرهونا بإجازة المالك ، أو من يقبض مقامه ، أو من تعلق حقه بالمعقود عليه، وأن هذا الوقف ليس إلا لرفع الضرر عن توقف العقد لأجل حقه، وهذا لا يتم إلا بحمايته من تصرف غيره فيما يملك ، كما في عقد الفضولي (١)، أو بحمايته من تصرف المالك فيما تعلق به حقه ، كبيع المرهون والمستأجر ، أو بحماية المالك من سوء تصرفه في ملكه ، كما في عقد الصبي المميز ، في التصرفات المالية الدائرة بين النفع والضرر (٢)، وذلك كيلا يلحقه الضرر باحتيال بعض من يعامله عليه.

وهذه الحماية رحمة من الشارع لصاحب الحق وعطف عليه (٣) ولعل من الحكمة الشرعية في اعتبار العقد الموقوف صحيحا لافاسدا ، تضمنه لعدد من المصالح التي ينبغي الحرص عليها ، وعدم تضييعها ، كوجود المشتري مثلا،

(١) سيأتي بيان معنى الفضولي في صفحته (١٤٧)

(٢) أنظر المدخل الفقهي للزرقا ٤٢٩/١٦

(٣) أنظر مجمع الأنهر لداماد أفندي ٤٣٨/٢

ومفاوضه الثمن ، ونفاق السلعة ، والوصول إلى البديل المطلوب ، وإيصال حاجة المشتري إليه . (١) فالمالك قد ينال بالعقد الموقوف منافع يحتاج بلوغها إلى جهد وعناء .

ثم إن حاجة الناس تستدعي الحكم بصحة هذه العقود الموقوفة ، كما لو تعذر استئذان المالك أو من توقف العقد على إجازته ، أو جهل وجوده ، فينعقد العقد حيث تضمن به المصلحة الظاهرة ، إلا أنه لا ينفذ إلا بالإجازة ممن يملكها شرعا ، إن تحققت صورة المصلحة لديه ، وغلبت على جانب المفسدة . (٢)

(١) أنظر شرح فتح القدير لابن الهمام ٥٢/٧ ومجمع الأنهر لداماد أفندي ٩٥/٢ وكشف الحقائق للأفغاني ٣٥/٢ .

(٢) أنظر نظرية العقد لابن تيمية / ٢٢٦ / والقواعد لابن رجب / ٤٥٣ / .

الفصل السادس : حقيقة الإجازة ومن يملكها وشروط صحتها
والصور التي تقع بها .

وفيه أربعة مباحث :

- المبحث الأول : حقيقة الإجازة لغة وشرعا .
- المبحث الثاني : من يملك الإجازة .
- المبحث الثالث : شروط صحة الإجازة .
- المبحث الرابع : الصور التي تقع بها الإجازة .

المبحث الأول

معنى الإجازة لغة :

الإجازة لغة : مشتقة من الجوز ، يقال : جاز المكان
يجوزه جواً وجوازاً سار فيه ، وأجازه : قطعه أو أنفذه
أو أمضاه ، وأجزت الرأي والفعل : سوغته ، وجاوزت الشيء
وتجاوزته : تعديته ، وتجاوزت عن الشيء : عفوت عنه
وصفحت . (١)

قال " ابن فارس " : " الجيم والواو والراء : أطلان :

أحدهما : قطع الشيء .

والآخر : وسط الشيء . فأما الوسط : فجوز كل شيء وسطه .
وعلى الأصل الآخر - وهو الأول - جرت الموضع : سرت فيه
وأجزته : خلفته وقطعته وأجزته : أنفذته . (٢)

(١) أنظر لسان العرب لابن منظور ٣٢٦/٥-٣٢٨ وتاج العروس

للزبيدي ١٩/٤ وتهذيب اللغة للأزهري ١٤٨/١١ والمصباح

المنير للفيومي ١٤٠/١ .

(٢) أنظر معجم مقاييس اللغة ٤٩٤/١ .

المبحث الثاني

معنى الإجازة شرعا:

الإجازة : هي إنفاذ التصرف بكل مايدل على الرضا به .

وقد عرفها الفقهاء بتعريفات كثيرة مفادها : إظهار
رغبة صاحب الحق، وموافقته على إمضاء العقد ، باعتبار أن العقد
إنما حكم عليه بالوقف مراعاة له ، ودفعا للضرر عنه .

فعرفها " قدرى باشا " بقوله : " الإجازة القولية
أو الفعلية :هي كل قول أو فعل يدل على رضا من له الخيار
بلزوم العقد".(١)

وعرفها "الكاساني " بقوله : " الإجازة : هي تصرف
في العقد بالتغيير ، وهو الإلزام لا الإعدام ."(٢)
ومعنى قوله : " هي تصرف في العقد بالتغيير " : أن الإجازة
إذا وقعت وحصلت غيرت وضع المعقود عليه من حالة إلى
أخرى ، ومن مالك إلى آخر . وقوله : " وهو الإلزام" : يفيد
أن رد العقد ليس بإجازة ، وإنما يترتب الإلزام على حصول
الإجازة ، وهذا الإلزام من جانب العاقدين معاً ، حيث يلزم كل
منهما ما يترتب عليه من حقوق وأحكام للعقد، سواء أكانت
مستندة إلى وقت وجود العقد ، أو وقت صدور الإجازة .

(١) أنظر مرشد الحيران م (٣٣٥) ٨٦

(٢) أنظر بدائع الصنائع ٣٣١١/٧

فالعقد الموقوف مُنَع نفاذه إلا بإجازة المجيز الشرعي
لتحقق المصلحة والفائدة التي يريها المجيز من هذا العقد، فلو
كان للفضولي الإجازة ، لم يكن هناك أي مصلحة من وقف
العقد أساسا ، وهذا مخالف لطبيعة وحكم العقد الموقوف .

لكن العقد الموقوف قد لا يكون متوقفا على إجازة
شخص غير العاقد. بل ربما كان موقوفا على زوال حالة
أوجبت عدم النفاذ، كما هو الحال في تصرفات المرتد عن الإسلام
فإذا أسلم بعد رده نفذ ما كان قد أبرمه من عقود حال
رده ، حيث زال المانع من النفاذ. (١)

(١) أنظر المدخل الفقهي للزرقاء ٤٢٨/١ . وانظر صفحته (٢٥٨)
من هذه الرسالة ففيها بيان تصرفات المرتد.

شروط صحة الإجازة

بعد أن بينت معنى الإجازة ومن يملكها ، لابد لي من أن أبين أنه لابد أن تتوفر في الإجازة شروط معينة ، حتى تؤتى ثمارها ، ويترتب عليها المقصود منها ، ولقد أسهب فقهاء الحنفية في بيان هذه الشروط واشتراطها ، في الوقت الذي لم يشترط سائر الفقهاء أكثرها ، بل لم يتعرضوا لذكره ، ولذا فإنني سوف أورد الشروط التي اتفق الفقهاء على وجوب توفرها ثم التي وافق بعض الفقهاء الحنفية عليها ثم التي انفرد الحنفية بها :

أولا : الشروط المتفق عليها :

(١) وجود المميز الأهل للإجازة :

وهذا الشرط قد اتفق عليه الفقهاء بالجملة حيث جعلوا وجود المميز شرطا في صحة الإجازة ، غير أنهم اختلفوا فيما بينهم هل وجود المميز شرط عند العقد أم شرط عند الإجازة ، وذلك على ثلاثة أقوال :

(أ) فذهب المالكية^(١) إلى أنه يشترط وجود المميز عند الإجازة فقط ، لكن بشرط أن لا يطول الفصل بين العقد والإجازة بحيث يفسر الصبر .

(ب) وذهب الحنفية^(٢) والشافعية ، وهو قول للإمام

(١) أنظر الخرخشي ١٨/٥ وحاشية العدوي على شرح العزنية ١٢٣/٢ والمدونة

للإمام مالك ٢٠٦/٢ .

(٢) إستثنى الحنفية من ذلك مسألتان ، اعتبرت فيها إجازة الوارث بدلا

من مورثه بعد موته :

الأولى :

أمة لرجل قد وطئها مولاها ، تزوجت بغير إذنه ، ثم مات المولى قبل الإجازة وورثها ابنه ، فإن النكاح يتوقف على إجازة الابن ، =

أحمد (١) إلى أنه يشترط وجود المميز عند العقد .

(ج) وذهب الحنابلة (٢) في المعتمد إلى أنه يشترط وجود المميز

عند الإجازة فقط سواء كان موجودا عند العقد أم لا .

وهذا الشرط إنما يجب تحققه إذا كانت الإجازة اللاحقة لاتصلح للإبتداء ، أما إن كانت تصلح لإبتداء العقد وإنشائه ، فتصح الإجازة ، ولو لم يكن المميز موجودا عند العقد ، وتكون الإجازة في هذه الحالة إبتداءً للعقد لا إجازة له ، كأن يقول بعد البلوغ: أوقعت ذلك الطلاق على فلانة زوجتي أو ذلك العتاق على عبدى فلان (٣)

= فإن أجاز صح ، وإلا فلا .

الثنائية :

القسمة الموقوفة على إجازة الغائب الكبير ، تجوز بإجازة ورثته بعد موته استحسانا عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، لأنه لافائدة في نقض القسمة ثم الإعادة .

أما محمد فإنه يرى أن القسمة مبادلة كالبيع ، فلا تجوز بإجازة ورثته ، وهو القياس .

أنظر شرح فتح القدير لابن الهمام ٥٦/٧ والعناية للبارتسي ٥٦/٧ والأشباه والنظائر لابن نجيم ٢١٢/٢ وبدائع الصنائع للكاساني ٣٠٢١/٦ والبحر الرائق لابن نجيم ١٠٦/٦) .

(١) أنظر تبجج الحقائق ١٠٤/٤ وحاشية الشلبي ١٠٣/٤ - ١٠٤ وجامع الفمولين

لابن قاضي سماوه ٣١٧/١ وحاشية الطحطاوي على الدر المختار ٨٥/٣ وبدائع الصنائع للكاساني ٣٠٢١/٦ وفتح العزيز للرافعي ٨/١٢٣ والمجموع للنووي ٩/٢٦٠ ونهاية المحتاج للرملي ٣/٤٠٤ ومغني المحتاج للشربيني ٢/١٥ والتجريد لنفع العبيد (حاشية البجرمي على المنهج) ٢/١٨٢ والإنصاف للمرداوي ٤/٢٨٣ .

(٢) انظر كشاف القناع للبهوتي ٣/١٤٧ والإنصاف للمرداوي ٤/٢٨٣ .

(٣) أنظر بدائع الصنائع للكاساني ٣٠٢١/٦ والبحر الرائق لابن نجيم

١٦٠/٦ وفتح العزيز للرافعي ٨/١٢٣ .

وسبب اشتراط وجود المجيز عند العقد أو عند الإجازة : أن ماله مجيز يتصور إنته، بخلاف ماليس له مجيز ، فإن الإذن قد يحدث وقد لا يحدث ، فإن حدث كان الإنعقاد مفيداً ومرتباً لآثار العقد، وإن لم يحدث لم يكن مفيداً ، وهذا شك في حصول الفائدة ، فلا ينعقد العقد مع الشك ، وغير المنعقد لآثاره الإجازة .

والفرق بين رأى المالكية والحنابلة في المعتمد ورأى الحنفية والشافعية وقول الإمام أحمد أنه لو تصرف الفضولي في مال المبيى، انعقد تصرفه موقوفاً إن بلغ قبل الإجازة على المذهب الأول ، ولم ينعقد هذا التصرف أصلاً عند المذهب الثاني .

(٢) عدم تقدم الرد على الإجازة :

وعدم تقدم الرد على الإجازة ، شرط في صحة الإجازة باتفاق (١)، سواء وقع الرد باللفظ أو بالفعل، وسواء وقع من المجيز أو من الفضولي مثلاً (٢)، لأن المردود مفسوخ ، والمفسوخ لا يقبل الإجازة، لأن الفسخ أقوى من الإجازة فإن المجاز يحتمل الفسخ والمفسوخ لا يحتمل الإجازة. (٣)

-
- (١) أنظر الدر المختار للحصكفي ٢٩/٢ والبحر الرائق لابن نجيم ١٦١/٦ وبدائع المنافع للكاساني ٣٣١١/٧ واللآلئ الدرية في الفوائد الخيرية ٣١٦/١ والمنتقى شرح الموطأ للباقي ٣٣٨/٣ والمدونة للإمام مالك ١٨٨/٢ والمجموع للنووي ٢٠٩/٩ .
- (٢) سيأتى بيان أن الفضولي لا يملك الرد في كل من النكاح والكفالة عند الحنفية وذلك في صفحة (١١١-١١٢)
- (٣) أنظر بدائع المنافع للكاساني ٣٣١١/٧ .

ثانيا : الشروط التي وافق بعض الفقهاء الحنفية على اشتراطها :

(١) مدور الإجازة ممن يملك التصرف :

والعقد الموقوف إنما منع نفاذه، مراعاة لحق المالك أو من له ولاية التصرف في المال، فإذا نفذ العقد بإجازة غيره، لم يكن هناك فائدة من وقف العقد أصلا، لضياع المصلحة التي بني الوقف من أجلها .

وقد وافق الشافعية الحنفية^(١) في اشتراط هذا الشرط ، ولم أجد لغيرهم فيه بيانا، وإن كان اشتراط هذا الشرط هو مقتضى مذهب كل من قال بوقف العقود، إذ به تتحقق الفائدة .

(٢) مطابقة الإجازة للعقد :

حتى يترتب على الإجازة حكمها، ويترتب على العقد آثاره ، لابد أن تكون الإجازة مطابقة للعقد في المعقود عليه والضمن، بهذا قال الحنفية والشافعية .^(٢)

فلو باع ففولي أرضا ، ثم أجاز المالك العقد، لكن في نصف الأرض وفسخ في النصف الثاني، فلب الفسخ ، كما لو فسخ أحد العاقدين

(١) أنظر حاشية الطحطاوي ٨٨/٣ وفتح العزيز للرافعي ١٢٣/٨ وحاشية

قليوبي وعميرة ١٦٠/٢ .

(٢) أنظر الفتاوى الخانية لقاضيخان ١٧٧/٢ ودرر الحكام لعلي حيدر

٢٤٥/١ والمجموع للنووي ٢٠٩/٩ .

وأجاز الآخر فإنه يفسخ . (١)

وكذا لو أجاز به بئمن غير الثمن المتفق عليه مع الففولـي،
إنفسخ العقد ، لأن الثمن الذي سماه الففولـي شرط في صحة البيع (٢) .

ثالثا : الشروط التي انفرد الحنفية بذكرها :

(١) وجود المتعاقدين :

وهو شرط أساسي عندهم لصحة الإجازة ، فلو مات أحدهما قبل
صدور الإجازة من المميز فسخ العقد ، ولا اعتبار للإجازة بعد ذلك
إن حملت ، فحق المميز في إجازة العقد متوقف على وجود كل من
المتعاقدين ، ولا يكفي وجود أحدهما . (٣)

وهذا في جميع العقود إلا عقد النكاح وعقد الكفالة عند بعض
الحنفية .

ففي عقد النكاح : لا يشترط وجود العاقد بطريق النيابة،
لأن حقوق العقد وأحكامه كلها في عقد النكاح تنصرف إلى المعقود له
مباشرة ، كما سبق البيان في حقوق العقد وأحكامه (٤) والمزوج ليس

-
- (١) أنظر المجموع للنووي ٢٠٩/٩ .
(٢) أنظر درر الحكام لعلي حيدر ٣٤٥/١ .
(٣) أنظر البحر الرائق لابن نجيم ١٦٠/٦ والهداية للمرفيناني ٦٨/٣
وبدائع المنايع للكاساني ٣٠٢٥/٦ .
(٤) أنظر ماسبق صفحة ١٦-١٤ / واللباب للميداني ١٨/٢ وجامع الففوليين
لابن قاضي سماوه ٣١٣/١ .

إلا واسطة ومعبراً محضاً بين الطرفين ، فلا يشترط وجوده عند الإجازة (١) وفي عقد الكفالة : لا يملك الفضولي أن يبطل الكفالة أو يردها ، لأنه لا يدفع برده العقد عن نفسه شيئاً . قال السرخسي (٢) : " إذا قال رجل لرجل : لفلان على فلان مال ، فاكفل له بنفسه ، فقال : قد فعلت ، ثم بلغ الطالب ، فقال : أجزت . فإنه يجوز ، لأنه عقد جرى بين اثنين ، ولو كان الملتزم وكيل الطالب كانت الكفالة صحيحة نافذة فإذا كان فضولياً : توقفت على إجازته ، فإذا أجاز صار ملتزماً ، وللكفيل أن يخرج من الكفالة قبل قدوم الطالب ، لأنه يدفع اللزوم عن نفسه عند إجازة الطالب ، وللعاقده هذه الولاية في العقد الموقوف ، إذا فسخه المشتري قبل إجازة المالك ، وليس للمخاطب أن يبطل هذه الكفالة قبل إجازة الطالب ، لأنه لا يدفع به عن نفسه شيئاً ، فإنه عند الإجازة لا يجب على المخاطب شيئاً بخلاف البائع في البيع الموقوف ، فإنه يجوز فسخه قبل أن يجيزه المالك ، لأنه يدفع به عن نفسه ضرر لزوم العهده إذا أجاز المالك " .

(٢) وجود المعقود عليه :

المعقود عليه هدف لأحد العاقدين من إبرام العقد وإنشائه لذا فهو شرط في صحة الإجازة ، فلو هلك المعقود عليه المعين قبل

(١) أنظر شرح فتح القدير لابن الهمام ٥٥/٧ .

(٢) أنظر المبسوط ١٧٤/١٩ - ١٧٥ .

مدور الإجازة من المجيز الشرعي فسخ العقد لاستحالة تنفيذه (١)
وهلاك المعقود عليه عندهم يكون بأحد أمرين: (٢)

الأول : الهلاك الحقيقي ، كتلف العين وفواتها .

الثاني : الهلاك الحكمي كتغير العين تغيراً تعد به شيئاً آخر .

هذا إن علمت حالة المعقود عليه .

أما أن لم تعلم حالته عند الإجازة من حيث وجوده وهلاكه : (٣)

- فذهب أبو يوسف إلى القول بعدم صحة الإجازة حتى يُعلم قيام
المعقود عليه ووجوده عند الإجازة ، لأن الشك وقع في شرط
الإجازة ، فلا تثبت معه .

- وذهب محمد بن الحسن ، وهو مذهب أبي يوسف أولاً إلى أن الإجازة
محيحة ، وتترتب على العقد آثاره ، لأن الأصل وجود العين ،
والبقاء على الأصل أولى .

-
- (١) سيأتي عند الحديث عن أحكام العقد الموقوف بيان مذاهب الفقهاء
في انفساخ العقد بتلف المعقود عليه في صفحة رقم (١٣٤) وما بعدها .
أنظر البحر الرائق لابن نجيم ١٦٠/٦ وبدائع المنافع للكاساني
٣٠٢٥/٦ ، ٣٢٩٥/٧ ، وجامع الفصولين لابن قاضي سماوه ٢١٤/١ ومرشد
الحيران لقدري باشا/م (٧٤/٣٩٧) وكشف الحقائق للأفغانسي ٣٥/٢
وحاشية الطحطاوي ٢٩/٢ .
- (٢) أنظر درر الحكام لعلي حيدر ٣٤٤/١ .
- (٣) أنظر الهداية للمرفيناني ٦٩/٣ وشرح فتح القدير لابن الهممام
٥٦/٦ - ٥٧ وجامع الفصولين لابن قاضي سماوه ٣١٦/١ وحاشية الطحطاوي
٧٨/٣ ومجمع الأنهر لداماد أفندي ٩٥/٢ .

(٣) وجود الثمن :

(١)
والثمن إما أن يكون عينا أو دينا . وقد وقع الخلاف بين
الحنفية في اشتراط وجوده :

- فمنهم من فرق بين أن يكون عينا أو دينا :

فاشترط وجوده إن كان عينا كالعروض . لأن العَرَض يتعين
بالتعيين ، فيشترط بقاءه وفي هذه الحالة تكون الإجازة
إجازة نقد لا إجازة عقد ، والثمن العرض ملك للفقولي ، لأنه
لما كان العرض متعينا كان شراءه من وجه ، والشراء لا يتوقف ،
بل ينفذ على المباشر إن وجد نفاذا ، فيكون ملكا للفقولي ،
وبإجازة المالك لا ينتقل إليه ، بل تأشير إجازته في النقد
لا في العقد .

وإن كان الثمن دينا كالدراهم والدنانير والفلوس
النافقة والموزون الموصوف والمكيل الموصوف في الذممة ،
فلا يشترط قيامه ووجوده لصحة الإجازة ، وتكون الإجازة في
هذه الحالة إجازة عقد .

كما لو باع دار غيره من آخر بفرس ، وأراد صاحب الدار
أن يجيزه ، فلا بد لصحة الإجازة من وجود الفرس .

أما إذا باع مالا ففولا بثمن عين ، كان الثمن ملكا
للبيع ، ويلزمه أن يدفع إلى صاحب المال مثله إذا كان
من المثليات ، وقيمته إن كان من القيميات . (٢)

(١) انظر بدائع الصنائع للكاساني ٣٠٢٧/٦ والهداية للمرغيناني ٦٩/٣ والفتاوى الخانية

لقاضيخان ٢٧٢/٢ والبحر الرائق لابن نجيم ١٦٠/٦ ومجمع الأنهر لداماد أفندي ٩٥/٢

وغنية ذوي الأحكام للشرنبلالي ١٧٧/٢ وجامع الفصولين لابن قاضي سماوه ٣٤٥/١

(٢) انظر درر الحكام لعلي حيدر ٣٤٥/١

- ومنهم من لم يفرق فاشتراط وجود الثمن مطلقا ، سواء
كان دينا أو عينا .

قال قاضي سماوة^(١) : " قيام الثمن يشترط للاجازة أيضا
وإن باعه بثمان لا يتعين بالتعيين "

(١) أنظر جامع الفصولين ٢١٤/١ .

المبحث الخامس

الصور التي تقع فيها الإجازة

لاتنحصر الإجازة بما يدل على الرضا صراحة ، بل تثبت بكل وسائل التعبير عن الإرادة ، صريحة كانت أو ضمنية، قولية أو فعلية (١). لكن لابد أن تقع بعد التصرف ، وإلا كانت إذنا ، وهذا هو الفرق بينها وبين الإذن .

قال " ابن عابدين " : " والفرق بين الإذن والإجازة : أن الإذن لما سيقع ، والإجازة لما وقع ، لكن قد يكون الإذن بمعنى الإجازة إذا كان لأمر وقع وعلم به الإذن". (٢)

فإذا أجاز المالك أو الولي تصرف الفضولي ، كان حكم الإجازة اللاحقة كحكم الوكالة السابقة (٣) من حيث ترتب الأحكام على العقد وما إلى ذلك .

أما الصور التي تقع فيها الإجازة فهي :

-
- (١) أنظر حاشية ابن عابدين ١٦٦/٣-١٦٧ وبدائع الصنائع للكاساني ٣٣١١/٧ والمجموع للنووي ٢٠٢/٩ والمدخل الفقهي للزرقاء ٤٢٦/١ .
 - (٢) أنظر حاشية ابن عابدين ١٦٧/٣
 - (٣) أنظر البحر الرائق لابن نجيم ١٦٠/٦ وتبيين الحقائق للزيلعي ١٠٤/٤ والمبسوط للسرخسي ١٥٢/١٣ ومرشد الحيران لقدرى باشا م (٨٠٤) ١٣٢ ومصدر الحق في الفقه الإسلامي للسنهوري ١٩٣/٤-١٩٤ .

أولاً: الإجازة باللفظ :

والإجازة باللفظ قد تكون صراحة ، وقد تكون دلالة :

فمن الصريح (١) : قول المجيز : رضيت ، وأذنت ، وأجزت ، وأمضيت ، وأسقطت خياري ، وأبطلت خياري ، فكل هذه الألفاظ تفيد رضا المجيز بإنفاذ العقد ، لأنها تدل صراحة على رضاه بذلك .

ومن الدلالة : (٢) قول المجيز : أحسنت ، وأصبت ، ووفقت ، ولا بأس وكفيتني مؤنة البيع ، وأحسنت فجزاك الله خيراً ، وكذا هبة الثمن من المشتري ، والتصديق عليه به ، وطلب الثمن .

وقد اختلف الفقهاء في إفادة هذه الألفاظ إجازة التصرف :

- فمنهم من ذهب إلى أنها تفيد الإجازة كالصريح . (٣)
- ومنهم من قال : إنها لاتفيد الإجازة (٤) ، لأنها قد تكون

-
- (١) أنظر حاشية ابن عابدين ١٦٦/٣ ، والمجموع للنووي ٢٠٢/٩ وحاشية قليوبي ٢٢٢/٣ .
 - (٢) أنظر حاشية ابن عابدين ١٦٦/٣ والمجموع للنووي ٢٠٢-٢٠١/٩
 - (٣) أنظر البحر الرائق لابن نجيم ١٦١/٦ والدر المختار للطحاوي ٨٨/٣ وفتاوى قاضيخان ١٧٤/٢ ودرر الحكام لمنلا خسرو ١٧٧/٢ .
 - (٤) أنظر البحر الرائق لابن نجيم ١٦١/٦ وفتاوى قاضيخان ١٧٤/٢ ودرر الحكام لمنلا خسرو ١٧٧/٢ ودرر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ٢٤٣/١ .

صادرة على وجه غير مراد ظاهرا ، أو أنها للإستهزاء
بالتصرف .

والأوجه - والله أعلم - أن كل لفظ يدل حسب العرف
على رضا المجيز في إنفاذ العقد واستحسانه له ، يعتبر مــــ
الفاظ الإجازة ، كأحسن ، وأصبت ، ونحوهما ، لأن الأصل أن لا تكون
هذه الألفاظ للهزل والإستهزاء ، بل للاستحسان والتفضيل والجد .
فإن وجدت قرينة تدل على إرادة غير الظاهر ، فالمصير
إلى ما دلت عليه .

ثانيا : الإجازة بالفعل :

إذا فعل المجيز ما يدل على رضاه في إنفاذ العقد ،
كان هذا الفعل إجازة منه . كأن يأخذ الثمن من البائع (١) ،
أو يستلم المبيع ، أو يقدم المهر لزوجته ، أو يتصرف في
المعقود عليه تصرفا يختص بالملك ، كإعتاق العبد ، ومكاتبتة ،
وبيعه ، وهبته ، ووطء الجارية ، ومباشرتها ولمسها بشهوة ،
أو وقف المبيع ، أو ركوب الدابة لحاجته أو سفره ، أو سكنى

(١) نقل صاحب الدرر منلاخسرو عن الخلاصة ، أن أخذ الثمن
ليس بإجازة ، وقد بين أبو الخلاص الشرنبلالي في
حاشيته على الدرر ، أن كلام منلاخسرو فيه نظر ، لأن عبارة
الخلاصة : " ثم في البيع الموقوف إذا أخذ الثمن أو طلبه
يكون إجازة " وهو الصواب . أنظر درر الحكام لمنلاخسرو
وحاشية أبي الخلاص ١٧٧/٢ .

الدار ، أو حصاد الزرع . فكل هذه الأفعال والتصرفات ، تدل على رضا المجيز في إنفاذ العقد. (١)

ثالثا : الإجازة بسبب متقدم : (٢)

وذلك كأن يضمن صاحب المال المغموب قيمته للغاصب ، بعد أن باعه من آخر، فيكون ذلك إجازة لبيع الغاصب ، لأنه لما ضَمَّن الغاصبَ قيمةَ المغموب ، صار مالكا له ، وعند ذلك يصير تصرف الغاصب في العين المغموبة كتصرف المالك ، لان الملك انتقل إليه بالضمن. (٣)

وقد اختلف الفقهاء في أصل هذه المسألة ، وهو انتقال الملك للغاصب إذا ضَمَّنَه صاحبُ المالِ المغموبِ قيمتهُ :

- فذهب الحنفية (٤) إلى أنه يصبح مالكا ، ويكون رضاه الغاصب بإجراء العقد، دليلا على رضاه في نفاذه .

-
- (١) أنظر البحر الرائق لابن نجيم ١٦١/٦ وحاشية ابن عابدين ١٦٦/٣-١٦٧، ١١٦/٥-١١٧ ودرر الحكام لمنلاخسرو ١٧٧/٢ وحاشية الدرر على الغرر لابي سعيد الخادمي /٣٣١/ والدر المختار للطحاوي ٨٨/٣ ودرر الحكام لعلي حيدر ٣٤٣/١ .
- (٢) هذه الصورة من صور الإجازة لم أجد من الفقهاء من ذكرها سوى الحنفية .
- (٣) أنظر درر الحكام لعلي حيدر ٣٤٣/١
- (٣) أنظر الهداية للمرغيناني ١٨/٤ والمبسوط للسرخسي ٦١/١١

- أما الملكية^(١) : فإنهم يرون أن الغاصب يملك الشيء المغصوب ، إذا اشتراه من ربه ، أو ورثه عنه ، أو غرم له قيمته لتلف أو ضياع ، مالم يكن الغاصب مخادعاً في دعواه التلف ، فإن تبين عدم تلفه ، فإنه لا يمكنه ولو غرم قيمته لصاحبه .
- وأما الشافعية والحنابلة ، فإنهم يرون أن الغاصب لا يملك الشيء المغصوب إذا غرم لصاحبه قيمته لتلفه أو فقده ، بل يجب عليه رده إن عاد إليه ، واسترجاع القيمة ، لأنه لا يصح تملكه بالبيع ، فلا يملك بالتضمن^(٢) .

رابعاً : السكوت :

لابد لمعرفة ما إذا كان السكوت يفيد الإجازة أم لا ، من البيان بأنه : إما أن يكون في تزويج البكر البالغة ، أو في غير ذلك من العقود .

- فأما في تزويج البكر البالغة ، فسواء زوجها الولي

-
- (١) أنظر الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي عليه ٤٥٥/٣-٤٥٦ والشرح الصغير للدردير ٧٨/٥-٧٩ والخرشي وحاشية العدوي عليه ١٤٤/٦ .
- (٢) أنظر المذهب للشيرازي ٣٦٨/١ ومغني المحتاج للشربيني ٢٨٣/٢ والمغني لابن قدامه ٢٠٥/٥-٢٠٦ والمبدع لابن مفلح ١٨٤/٥ وشرح منتهى الإرادات للبهوتي ٤٢٠/٢ .

أو غيره ، فإن السكوت في هذا العقد هو من باب الإذن في التصرف ، لا من باب الإجازة ، (١) على خلاف بين الفقهاء في الإكتفاء به ، فيما إذا كان المزوج غير الأب والجد. (٢)

- وأما فيما عدا ذلك من العقود ، كما لو باع فضولي عينا ، ثم علم مالکها الخیر ، فسکت ، هل یعتبر سکوته هـذا إجازة لبيع الفضولي ، أم لا ؟

١- فالحنفية والشافعية والحنابلة (٣) : ذهبوا إلى أن السكوت لا يعتبر إجازة ، أو علامة على الرضا ، لأنه لا ينسب إلى ساكت قول (٤).

٢- والمشهور عن المالكية (٥) : أنه يعتبر إجازة ، ويلزم

-
- (١) أنظر الأشباه والنظائر للسيوطي /١٤٢/ والمهذب للشيرازي ٣٧/٢ والمغني لابن قدامة ٤٥/٧ .
- (٢) أنظر المغني لابن قدامة ٤٤-٤٦/٧ .
- (٣) أنظر البحر الرائق لابن نجيم ١٦١/٦ والأشباه والنظائر لابن نجيم /١٥٤/ ودرر الحكام لعلي حيدر ٣٤٣/١ والأشباه والنظائر للسيوطي /١٤٢/ والمهذب للشيرازي ٣٧/٢ ومغني المحتاج للشربيني ١٥/٢ والقواعد لابن رجب /٢٢٣/ وإعلاء السنن للتهانوي ١٥٥/١٤ .
- (٤) هذه قاعدة فقهية لها استثناءات ، ذكرها السيوطي وابن نجيم ، أنظر الأشباه والنظائر للسيوطي /١٤٢/ ومابعدهما والأشباه والنظائر لابن نجيم /١٥٤/ ومابعدهما .
- (٥) أنظر البيهجة شرح التحفة للتسولي ٦٨/٢ وحاشية العدوي على الخرشبي ١٨/٥ والشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي عليه ١١/٣ والشرح الصغير للدردير ٢٩/٤ وجواهر الإكليل للآبي ٥/٢ .

- المالك البيع ، إذا بلغه الخبر وسكت عاما من حين علمه ، مالم يكن هناك مانع يمنعه من الإعتراض ، ولافرق في ذلك بين جهله ، بلزوم البيع بالسكوت أو علمه به . أما لو كان هناك مانع من الرد : فلا يعتبر سكوتـــــــــــــــــه بعد العلم إجازة ، سواء سكت أقل من عام أو أكثر .
- ٣- ونُقل عن المالكية ، وهو وجه عند الشافعية^(١) : أنه إن تصرف الفضولي بحضرة المالك ، وهو ساكت ، ويمكنه منعه ، ولم يمنعه ، كان سكوته رضا بتصرفه ، وإلا فلا .
- ٤- وذهب " ابن أبي ليلى"^(٢) : إلى أن السكوت مطلقــــــــــــــــا يعتبر إجازة ، ورضا بالتصرف .

ولعل منشأ الخلاف في هذه المسألة : التعارض الظاهر بين القاعدة التي تقول : " لاينسب إلى ساكت قول " مع القاعدة التي تقول : " السكوت في معرض الحاجة إلى البيان بيان"^(٣)

لكن الحقيقة أنه لاتعارض بين القاعدتين ، فالأصل أنه لاينسب إلى ساكت قول ، لكن لو دعت الحاجة إلى بيان

-
- (١) أنظر المنتقى شرح الموطأ للباقي ٣٣٩/٣ وحلى المعاصم لابن عاصم ٢٣/٢ والمهذب للشيرازي ٢٥٩/١
- (٢) أنظر إعلاء السنن للتهانوي ١٥٥/١٤ وحاشية سليمان بن عبد الوهاب على المقنع ٠٨/٢
- (٣) أنظر درر الحكام لعلي حيدر/م(٦٧)١/٥٩-٦٠ وشرح تنقيح الفصول للقرافي/٢٧٩/٢ وأنظر أصول السرخسي ٥٣-٥٠/٢ فقد أطل في بيان صور هذه القاعدة .

هذا الساكت ، فأعرض عن البيان ، دون مانع يمنعه من الإفصاح والبيان ، فإنه في هذه الحالة فقط يعتبر سكوته بياناً وإقراراً ورضاً .

كما في سكوت البكر البالغة عند التزويج ، وإن كان هذا قد ثبت نصاً ، لكن يمكن تخريجه على نفس القاعدة ، فإن حياها من الإفصاح برغبتها في الزواج ، جعل سكوتها حيث يحتاج إلى قولها لمعرفة موافقتها ، بياناً منها برضاها . (١)

ومثل ذلك سكوت المالك عند قبض الموهوب له ، والمتصدق عليه ، والمرتهن من الفضولي ، وأيضا سكوت الساكن عند قسول المالك : فَرَّغَ الدار ، وإلا فأجرتها كل يوم كذا (٢) . ففي هذه الحالة يعتبر السكوت من المالك ، ومن المستأجر بياناً وعلامة على الرضا .

(١) أنظر أصول السرخسي ٥١/٢ وحاشية العدوي ٣٢/٢ وحاشية سليمان بن عبد الوهاب على المقنع ٨/٢ والتعبير عن الإرادة لسوار/٢٦٤-٢٦٧/
(٢) أنظر شرح القواعد الفقهية للزرقاء/٢٧٥/ ودرر الحكام لعلي حيدر ٦٠-٥٩/١ .

الفصل السابع : حقيقة الرد، وشروط صحته، والصور التي يقع بها .
وفيه ثلاث مباحث :

- المبحث الأول : معنى الرد لغة وشرعا .
المبحث الثاني : شروط صحة الرد .
المبحث الثالث : الصور التي يحصل بها الرد .

المبحث الأول
معنى الرد

المطلب الأول : معنى الرد لغة :

الرد : في اللغة معناه المنع ، يقال رد الشيء عليه : لم يقبله .

والإرتداد الرجوع . (١)

قال ابن فارس : (٢) " الراء والذال أصل واحد مطرد منقاس ، وهو

رجع الشيء ، تقول رددت الشيء أردته ردا "

(١) أنظر لسان العرب لابن منظور ١٧٢/٣ - ١٧٤ والقاموس المحيط للفيروز
أبادي ٣٠٤/١ والصاح للجوهري ٤٧٣/٢ وتهذيب اللغة للأزهري ٦٣/١٤ - ٦٤
والمصباح المنير للفيومي ٢٦٦/١ .

(٢) أنظر معجم مقاييس اللغة ٣٨٦/٢ .

المطلب الثاني : معنى الرد شرعا :

لم أعر في كتابات الفقهاء على تعريف الرد في هذه القضية ، وإن كانوا قد ذكروا تعريف الرد في باب الميراث ، وهو شيء آخر .

وقد تبين لي من كلام الفقهاء عن العقد الموقوف، أن الرد عبارة عن كل ما يفيد رفض من له ولاية التعرف في المال نفاذ العقد الموقوف .

المبحث الثاني

شروط صحة الرد

يشترط لصحة الرد وترتب أثره عليه شرطان :

أحدهما : أن يكون الراد أهلا للتعرف .

الرد والإجازة كل منهما تعرف في العقد، إلا أن أحدهما يقتضي إبطال العقد وعدم ترتب آثاره عليه، والآخر يقتضي عكس ذلك ، وقد تحدث الفقهاء عن المجيز وذكروا أنه يشترط أن يكون أهلا للتعرف (١) ، ولكنهم لم يتعرفوا لمثل هذا في موضوع فسخ العقد وإبطاله ، غير أن الذي يقتضيه القياس وجود هذا الشرط في الراد أيضا .

وعليه لا يعتبر رد المغير والمحجور عليه لسفه مثلا . وفائدة مثل هذا الشرط تظهر فيما لو رد المغير العقد ثم أجازته عند بلوغه، فإن الإجازة هي المعتبرة في حقه لبطلان الرد حيث كان فاقداً للأهلية .

الثاني : أن لا تتقدم عليه الإجازة .

فإذا صدر من المالك أو من له ولاية التصرف في المال، ما يدل على رضاه بالعقد نفذ ، ولا يعتبر رده بعد ذلك ، إلا أن يكون في العقد خيار ، فيعمل بمقتضاه .

فإن تردد فأجاز مرة وفسخ أخرى، فالمعتبر هو التصرف الأول منهما .

قال النووي (٢) : " وإن قال أجزت وفسخت أو فسخت وأجزت : فالحكم باللفظ

(١) سبق الحديث عن هذا الشرط عند الكلام على من يملك الإجازة في صفحة رقم (١٠٥) .

(٢) أنظر المجموع ٢٠٩/٩ وأنظر اللاليء الدرية في الفوائد الخيرية

المتقدم منهما " .

فإن ادعى المالك أو وليه أنه أجاز جاهلاً بضمن المبيع مثلاً ، لم تعتبر دعواه وحكم بموجب إجازته ، فقد ذكر "ابن قاضي سماوه" في جامع الفصولين^(١) : " أنه لو أجاز بيع الفضولي ولم يعلم مقدار الثمن ، فلما علم رد البيع ، فالمعتبر إجازته لارده " لأن الأصل أن يتبين مثل هذا الأمر قبل الإجازة ، فإن قصر في ذلك لم نحكم ببطلان العقد لتقصيره ، فإن كان في البيع عيب وضرر، نظر فيه تبعاً للغبن لا للإجازة أو الرد .

(١) ٣١٦/١ .

المبحث الثالث

المسور التي يحصل بها الرد

سبق أن ذكرت أن الرد عبارة عن كل ما يفيد رفض من له ولاية التصرف في المال نفاذ العقد الموقوف فإن رد بما يدل على الرفض صراحة، أو بما يجري مجرى المريح ، أو فعل ما يدل على الفسخ، أنسخ العقد. (١)

وهذا الرد يقع بإحدى صورتين :

المورة الأولى : الرد باللفظ : (٢)

والرد باللفظ إما أن يقع باللفظ المريح أو بدلالة اللفظ على عدم الرضا :

فمن المريح : قول المالك أو من له ولاية التصرف في المال لا أجزر أو فسخت أو رددت أو لم يعجبني ما فعلت، فكل هذه الألفاظ وأمثالها تدل على عدم الرضا بنفاذ العقد ، فإذا صدر من المالك أي منها فسخت العقد، واعتبر وجوده كعدمه .

ومن الدلالة : قول المالك أو من له ولاية التصرف بالمال : لا أبيع حتى يزيد في الثمن ، أو لا أوافق حتى يكون الثمن حالا، مع إصرار المشتري

-
- (١) أنظر بدائع المنافع للكاساني ٣٣١١/٧ .
(٢) أنظر البحر الرائق لابن نجيم ١٦١/٦ وشرح الدر المختار للطحاوي ٨٨/٣ وحاشية ابن عابدين ٢٣٩/٢ ودرر الحكام لمنلا خسرو ١٧٧/٢ وجامع الفصولين لابن قاضي سماوه ٣١٢/١ والمبسوط للسرخسي ٦٥/١١ وحاشية العدوي ٣٢/٢ والخرشي ١٨٣/٣ - ١٨٤ والمدونة للإمام مالك ١٨٨/٢

على عدم الزيادة في الثمن أو تأجيله ، وكذا إعتاق العبد المباع، فكل هذه الألفاظ تدل على عدم الرضا بنفاد العقد .

وقد اختلف في مثل قوله : بشس ماصنعت ، أو أسأت ، أو بيع العبد المباع : فقيل : إنها فسخ للعقد . وقيل لا .

والأولى أن يقال : إن كل لفظ يدل صراحة أو يفهم منه دلالة عدم الرضا، يكون لفظاً من ألفاظ الفسخ والرد .

الصورة الثانية : الرد بالفعل (١)

إذا صدر من المالك أو مَنْ له ولاية التصرف في المال فعل دال على عدم الرضا بالعقد ، حكم بالإبطال والفسخ، كأن يردَّ الثمن إلى المشتري، أو يَنْفِرُ فاضباً عند سماعه وعلمه بالعقد، أو كانت امرأة فنفرت وغطت وجهها حتى ظهرت كراحتها، وذلك عند استئذانها للزواج ، وكذا اتلاف المعقود عليه إتلافاً حقيقياً كحرقه، أو حكماً كتقطيعه مثلاً ، فأبي فعل صدر من المالك أو مَنْ له ولاية التصرف في المال، ودل على عدم القبول يعتبر رداً للعقد ، وبالتالي فلا يترتب على هذا العقد المردود أي أثر، إذ تَبَيَّنَ أنه ليس له وجود شرعي معتبر .

أما السكوت فقد سبق الكلام مفصلاً في مدى اعتباره علامة دالة على الرضا أو لا . (٢)

(١) أنظر بدائع المنايع للكاساني ٣٣١١/٧ والدر المختار للحمكفي

٢٩/٢ وحاشية ابن عابدين ٢٣٩/٢ وحاشية العدوي ٣٢/٢ والخرشي

١٨٣/٣ - ١٨٤ .

(٢) أنظر ماسبق صفحة / ١٢٠ .

الفصل الثامن : أحكام العقد الموقوف .

وفيه تمهيد وثلاثة مباحث :

تمهيد في الحكم التكليفي للعقد الموقوف

المبحث الأول : حكم العقد الموقوف قبل الإجازة

المبحث الثاني : حكم العقد الموقوف بعد الإجازة

المبحث الثالث : حكم العقد الموقوف بعد الرد

لا يعرف للعقد الموقوف حكم ، إلا إذا علم موقف صاحب الإجازة ، إذ الحكم على العقد نفاذاً أو رداً يتوقف على موافقته أو رده ، ولذلك رأينا من الفقهاء من عبر عن العقد الموقوف بقولهم لا يعرف له حكم في الحال ظاهراً (١) لذلك تعددت أحكام العقد الموقوف، فكان له حكم قبل الإجازة، وآخر بعد الإجازة، وثالث بعد الرد وسأتي على بيانها جميعاً إن شاء الله .

لكن سأقدم للأحكام بتمهيد، أبين فيه رأي الفقهاء في الحكم التكليفي للعقد الموقوف .

(١) أنظر دروس المعاملات الشرعية لعلى قراعة / ٢١٧/ وأنظر بدائع الصنائع

للکاساني ٣٠٢١/٦ ، ٣٠٣٦ ، والبحر الرائق لابن نجيم ٢٨١/٥ .

تمهيد

العقد الموقوف عقد صحيح ، إلا أن صدوره ممن لا يملك إنفاذه شرعاً ، جعله موقوفاً على الإجازة ، وقد بينت عند الحديث عن بيع الففولي حكم هذا ، غير أنني أريد أن أسبق الحديث عن أحكام العقد الموقوف ، بتمهيد أبين فيه : أن الفقهاء مختلفون في جواز الإقدام على مثل هذا العقد :

- فمن قائل بالحرمة ، ومن قائل بالجواز ، ومن مبالغ في جوازه إلى أن وصل في حكمه إلى أنه مطلوب شرعاً ، على أنه من باب التعاون على البر .

ففي " نشر البنود " (١) : " وهل إقدام الففولي على البيع حرام كما في التنبهات لعياض على المدونة ، أو جائز كما في الطراز ، بل ظاهر الطراز أنه مطلوب ، لأنه جعله من التعاون على البر " .

- وآخرون فعلوا القول في ذلك ، فجعلوه منوطاً بنوع المعقود عليه ، فأجازوه في العروض ومنعوه في العقار .

ففي " حاشية الدسوقي " (٢) : " وأما القدوم عليه فقيـل بمنعه ، وقيل بجوازه ، وقيل بمنعه في العقار والجواز في العروض " .

وقد مال الشيخ " الحطاب " في شرحه على " مختصر خليل " إلى أن حكمه يختلف حسب المقعد وحال المالك فقال : " والحق أنه يختلف بحسب المقاصد ، وما يعلم من حال المالك ، وما هو الأصلح له " . (٣)

(١) أنظر نشر البنود على مراقي السعود للشنقيطي ٢٢١/٢ - ٢٢٢ .

(٢) أنظر حاشية الدسوقي ١٢/٣ .

(٣) أنظر مواهب الجليل ٢٧٠/٤ .

المبحث الأول

حكم العقد الموقوف قبل الاجازة

شرعت العقود أساسا لتحقيق حاجات الناس ، وفق شرع الله القويم .

والعقد الموقوف لا يختلف صورة عن سائر العقود المحيطة ، إلا أن الشارع جعل نفاذه مرهونا بحدوث الإجازة ممن يملكها شرعا ، وعليه فإنه لا تترتب على العقد الموقوف قبل صدور الإجازة آثاره^(١) ، بل يجب رد المعقود عليه والثلثن وماتج عنهما من زوائد ومنافع إن كانا مقبوضين ولم تحمل الإجازة ، فإن تلفا أو احدهما انتقل الأمر إلى الضمان مثليا أو قيمييا إن كانا مقبوضين .^(٢)

- (١) أنظر الفتاوى الهندية لعالمكير ١١٠/٣ - ١١١ ومرشد الحيران لقدرى باشا (م ٢٥/٢١٦) ودرر الحكام لعلي حيدر م (١١١) ٩٥/١ وشرح فتح القدير لابن الهمام ٥٩/٧ - ٦٠ وبدائع الصنائع للكاساني ٣٠٢١/٦ والمجموع للنووي ٢٦١/٩ وكشاف القناع للبهوتي ١٤٧/٣ ومنتهى الإرادات لابن النجار ٣٤٠/١ وانظر ماسبق في صفحة (١٢) عند بيان آثار العقد
- (٢) لم أجد للفقهاء بيانا في حكم تلف المعقود عليه أو الثلثن في العقد الموقوف ، غير أنهم بينوا أحكام التلف في صورة عقد البيع ، وسأورد ما ذكروه هنا ، لعل الأحكام التي ذكروها في عقد البيع ، تجري نفسها في العقود الموقوفة ، ثم أتبع ذلك ببيان من الذي يرجع عليه المالك في حالة التلف بعد القبض ، هل هو الفضولي أم المشتري ، ثم أختتم الحديث ببيان الوقت الذي تعتبر فيه القيمة ، هل هو يوم القبض أم يوم التلف .
- (١) حكم تلف المعقود عليه قبل القبض :

قبل بيان حكم تلف المعقود عليه قبل القبض وأثره في استمرار العقد أو فسخه ، لابد من بيان ضامن المعقود عليه قبل القبض فأقول :

اختلف الفقهاء في ذلك على قولين :

أحدهما :

وهو مذهب الحنفية والشافعية وقالوا : إن المعقود عليه قبل القبض من ضمان البائع =

والثاني

وهو مذهب المالكية والحنابلة : وقد فرقوا بين نوعين من المعقود عليه فقالوا :

الموزون والمكيل والمذروع والمعدود من ضمان البائع قبل القبض وما كان غير ذلك فهو من ضمان المشتري .
(أنظر بدائع الصنائع للكاساني ٣٢٣٥/٧ ومغني المحتاج للشربيني ٦٥/٢ وفتح العزيز للرافعي ٣٩٧/٨ - ٣٩٨ والشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي ٣/١٣٠ - ١٣١ والبهجة شرح التحفة للتسولي ٢٠/٢ والخرشي ١٥٧/٥ والمغني لابن قدامة ٨٢/٤ - ٨٥) .

ولست الآن بعدد بيان قضية الضمان ، غير أنني ذكرت اختلاف الفقهاء فيها تمهيدا لمعرفة من يكون الضامن في حالة تلف المعقود عليه قبل القبض ، وهل يترتب على هذا التلف فسخ العقد أم لا .

ولتلف المعقود عليه قبل القبض صور أربعة :

المورة الأولى : التلف بسماوي :

وذلك كأن تصيب الزرع جائحة ، أو يأتى على المعقود عليه آفة تهلكه للفقهاء في ذلك قولان :

(أ) فذهب الحنفية والشافعية إلى أن العقد يفسخ في هذه الحالة ، وهو من ضمان البائع ويرجع المشتري عليه بالثمن الذي دفعه .
(أنظر درر الحكام لعلي حيدر ٢٢٣/١ ومرشد الحيران لقسدي باشام (٤٦٠) ١١٧ وبدائع الصنائع للكاساني ٣٢٣٥/٧ وخبايا الزوايا للزركشي / ٢٤٥ - ٢٤٦ / ومختصر المزني ١٥١/٢ ومغني المحتاج ٦٦/٢ وفتح العزيز للرافعي ٤٠١/٨ والمهذب للشيرازي ٢٩٦/١) .

(ب) أما المالكية والحنابلة فقد وافقوا سائر الفقهاء في المبيع إذا كان فيه حق توفية من كيل أو وزن أو ذرع أو عدد ، وأما في غير ذلك فقد قالوا بفسخ العقد إلا أن المعقود عليه من ضمان المشتري .

(أنظر الخرشي ١٥٩/٥ والمغني لابن قدامة ٨٢/٤ - ٨٥ وكشاف القناع للبهوتي ٣/٢٣٠ - ٢٣١ - ٢٣٢/٣ والشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي ٣/١٣٢) .

المورة الثانية : التلف بفعل البائع :

وقد اختلف الفقهاء في هذه المورة على ثلاثة أقوال :

(أ) فذهب الحنفية والشافعية في الأصح والحنابلة في قول لهم : إلى أن العقد ينفخ بإتلاف البائع للمعقود عليه (المبيع) لأنه من ضمانه، ويسقط الثمن عن المشتري .

(أنظر درر الحكام لعلي حيدر ٢٣٣/١ ومرشد الحيران لقـدري باشا م (٤٦٠) ١١٧ وحاشية ابن عابدين ٥٩٠/٤ ومغني المحتاج للشربيني ٦٧/٢ وفتح العزيز للرافعي ٤٠١/٨ والإنصاف للمرداوي ٤٦٥/٤ .

(ب) وذهب المالكية في رواية والشافعية في القول الثاني والحنابلة في المعتمد : إلى أن العقد لا ينفخ بإتلاف البائع للمعقود عليه ، بل يثبت للمشتري الخيار بين الفسخ والإمضاء، وسواء أكان المعقود عليه مكيلا ونحوه أو غير ذلك .

(أنظر الخرشي وحاشية العدوي ١٦٢/٥ والشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي ١٣٥/٣ وفتح العزيز للرافعي ٤٠١/٨ - ٤٠٢ وكشاف القناع للبهوتي ٢٣١/٣ والمغني لابن قدامة ٨٤/٤) .

(ج) والمشهور عند المالكية أن إتلاف البائع للمعقود عليه يوجب عليه الغرم ، ولأخيار للمشتري . (أنظر حاشية الدسوقي ١٣٥/٣ - ١٣٦) .

المورة الثالثة : التلف بفعل المشتري :

أما هذه المورة فقد اتفق الفقهاء فيها على أن العقود لا ينفخ، بل يلزم المشتري أن يؤدي للبائع الثمن، لأن إتلافه للمعقود عليه قبض له، فيلزمه بدله .

(أنظر درر الحكام لعلي حيدر ٢٣٤/١ وحاشية ابن عابدين ٥٩٠/٤ والشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي ١٣٦/٣ وحاشية العدوي ١٦٢/٥ ومغني المحتاج للشربيني ٦٦/٢ وفتح العزيز للرافعي ٣٩٩/٨ - ٤٠٠ وكشاف القناع للبهوتي ٢٣١/٣ .

المورة الرابعة : التلف بفعل أجنبي :

وقد اختلف الفقهاء في هذه المورة على ثلاثة أقوال :

(أ) فذهب الحنفية والشافعية في الأصح والحنابلة إلى أن العقد لا ينفخ، ويخير المشتري بين الفسخ والإمضاء واتباع المتلف =

.....

• بالضمان

(أنظر درر الحكام لعلي حيدر ٢٣٤/١ وحاشية ابن عابديــــــــــــن
٥٩٠/٤ ومرشد الحيران لقدرى باشا م (٤٦٢) ومغــــــــــــني
المحتاج للشربيني ٦٥/٢ ، ٦٧/٢ وفتح العزيز للرافعيــــــــــــي
٤٠٠/٨ - ٤٠١ وكشاف القناع للبهوتي ٢٣١/٣ والمغني لابن قدامه
٨٣/٤) •

(ب) وذهب الشافعية في القول الثاني إلى أن الحكم في هذه الصورة
كالحكم في حالة التلف بسماوي فينفسخ العقد لتعذر التسليم .
(أنظر فتح العزيز للرافعي ٤٠٠/٨ ومغني المحتاج للشربيني ٦٧/٢)
(ج) وذهب المالكية إلى أن إتلاف الأجنبي للمعقود عليه يوجب عليه
الغرم، لمن يكون المعقود عليه من ضمانه .
(أنظر حاشية الدسوقي ١٣٥/٣) •

وهذه الأحكام في الصور الأربعة إنما تنطبق على مبيع معين
غير موصوف في الذمة فإن كان موصوفا في الذمة فإن العقد لا يفسخ
بهلاكه ، ويكون الضمان على البائع في احضار عين أخرى بالوصف
المتفق عليه إلا في صورة إتلاف المشتري للمبيع فإن الضمان منه
وتعرفه يعتبر قبضا فلا يلزم البائع شيء .
(أنظر المغني لابن قدامة ٨٥/٤ ومجلة الاحكام الشرعية للقــــــــــــــــارى
م (٣٢١) (١٩٨)) •

لأن المعقود عليه إذا كان غير معين فلا يمكن أن يكون لهلاكه أثر في
بطلان العقد ، لأنه عقد على موصوف في الذمة ، والمتعين دوما في
الموصوف في الذمة المثل أو القيمة .
(أنظر الخرشي ١٥٨/٥ ومغني المحتاج للشربيني ٣٥٠/٢ والمغــــــــــــني
لابن قدامه ٨٥/٤ ومجلة الأحكام الشرعية للقــــــــــــــــارى م (٣٢١) (١٤٨)) •

(٢) حكم تلف المعقود عليه بعد القبض :

لا خلاف أن المعقود عليه بعد القبض من ضمان المشتري ، فلو تلف بأفة
سماوية أو بفعل المشتري نفسه ، كان الضمان منه . ولا يتأثر العقد بذلك .
أما إن كان التلف بفعل الأجنبي كان عليه الضمان ولا يفسخ العقد
وأما إن كان التلف بفعل البائع :

.....

- (١) فالمالكية يرون أن عليه الغرم للمشتري ولا ينفسخ العقد .
(٢) وفصل الحنفية والشافعية بين أن يكون القبض بإذن البائع أو بغير إذنه ؛
(آ) فإن كان القبض بإذن البائع: كان على البائع الغمسان، ولا ينفسخ العقد .
(ب) وإن كان القبض بغير إذن البائع :
- فالحنفية والشافعية في قول يرون أن إتلاف البائع استرداد للمبيع . لكن هل ينفسخ العقد أم لا .
مذهب الحنفية ووجه عند الشافعية: أن العقد ينفسخ والوجه الثاني عند الشافعية: أنه يثبت للمشتري الخيار بين الفسخ والإمضاء .
- والقول الآخر عند الشافعية وهو الظاهر : أن على البائع القيمة، ولأخيار للمشتري، لاستقرار العقد بالقبض ، وإن كان ظالما فيه .
أنظر درر الحكام لعلي حيدر م (٢٩٤) / ٢٣٦ وبدائع المنائع للكاساني ٣٢٣٨/٧ - ٣٢٣٩ وفتح العزيز للرافعي ٤٠٤/٨ وحاشية الدسوقي ١٣٦/٣ .
(٣) حكم هلاك الثمن :

والثمن إما أن يكون معيناً أو غير معين ، فإن كان معيناً، فالأمر فيه كالأمر في تلف المبيع وإن كان غير معين: فهو موصوف في الذمة فيلزم فيه المثل أو القيمة، لأنه لا يتمسور تلفه أصلاً هذا عند الفقهاء الثلاثة المالكية والشافعية والحنابلة .

أما الحنفية فقالوا : إذا هلك الثمن المعين المثلي لا ينفسخ العقد ، لأنه يمكن تسليم مثله بخلاف المبيع لأنه عين وللناس أغراض في الأعيان .

وإن لم يكن له مثل، كأن كان موجوداً عند العقد ثم أنقطع قبل القبض، أو كانت فلوساً فكسدت: فعلى قول أبي حنيفة ينفسخ العقد ، وجعل الكساد كالهلاك، لأن قيام الثمن حكمه حكم الزواج وعند صاحبين لا ينفسخ ، لكن يخير إن شاء أخذ قيمته وإن شاء فسخ ، وجعله كالعيب .

أما إن كان غير معين فهو موصوف في الذمة فيلزم فيه =

المثل أو القيمة لأنه لا يهتمور تلفه أصلاً .

(أنظر جامع الفصولين لابن قاضي سماوه ١٦٤/١ والدرر الحكّام
لمنلاخسرو ١٨٠/٢ وفنية ذوي الأحكام في بغية درر الحكّام
للشربلالي ١٨٤/٢ ودرر الحكّام لعلي حيدر ١٩٢/١ ومغني
المحتاج للشربيني ٥٥/٢ وكشاف القناع للبهوتي ٢٣٣/٣ وتحفة
الفقهاء للسمرقندي ٣٩/٢ - ٤٠) .

(٤) من الذي يرجع عليه المالك في حالة التلف :

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين :

أحدهما : وهو مذهب الحنفية والشافعية والحنابلة وقد قالوا :
إن المالك مخير في هذه الحالة أن يضمّن من شاء الفضولي
أو المشتري .

(أنظر المبسوط للسرخسي ٥٦/١١ والفتاوى الهندية لعالمكير
١٤٨/٣ ومرشد الحيران لقدرى باشا (م ٤٩/٣٠٤) والام للشافعي
٢٤٧/٣ والأنوار لأعمال الأبرار للردبيلي ٥٥٠/١ ومغني المحتاج
للشربيني ٢٧٩/٢ والإنصاف للمرداوي ١٧٧/٦ وكشاف القناع
للبهوتي ١٠٨/٤)

الثاني : وهو مذهب المالكية وقد فرّقوا بين أن يكون
المشتري عالماً أن بائعه فضولي، أو غير عالم. فإن كان فيسر
عالم: رجح المالك بالغمان عليه. وإن كان عالماً: كان المالك
بالخيار في تضمين أيهما شاء الفضولي أو المشتري .

(أنظر الخرشي وحاشية العدوي ١٤٦/٦ والشرح الكبير للدردير
وحاشية الدسوقي ٣٩٩/٣) .

(٥) متى تعتبر القيمة : ١ - في القيميات

اختلف الفقهاء في الوقت الذي تعتبر فيه قيمة المبيع

أو المعقود عليه التالف على أربعة أقوال :

أحدها :

وهو مذهب الحنفية والإمام أحمد في قول له : وقد قالوا تعتبر
قيمة العين التالفة اعتباراً بيوم قبضها .

(أنظر المبسوط للسرخسي ٥٦/١١ والهداية للمرفينانسي ١٢/٤
والمغني لابن قدامة ٢٠٨/٥) .

الثاني :

وهو مذهب الشافعية ورواية عند المالكية والحنابلة : وقد قالوا بضمن القيمة بأكثر ما كانت من يوم القبض إلى يوم التلف .

(أنظر فتح العزيز للرافعي ٣٤٢/٨ - ٣٤٣ وحاشية العدوي على شرح العزية للزرقاني ١٢٣/٢ وجواهر الإكليل للآبي ٥/٢ وكشاف القناع للبهوتي ١٠٨/٤) .

الثالث :

وهو المشهور عند المالكية: وقد قالوا بالتفريق بين تضمين الفضولي أو المشتري فقالوا: إن اختار المالك تضمين الفضولي، ضمنه القيمة يوم القبض؛ وإن اختار تضمين المشتري ضمنه القيمة يوم التلف، إن كان المشتري عالماً أن بائعه فضولي، وضمنه القيمة يوم القبض إن كان غير عالم .

(أنظر الشرح الكبير للدردير ٤٥٣/٣، ٤٥٧/٣ والخرشي ٦ / ١٣٦ ، ١٤٦/٦)

الرابع :

وهو المعتمد عند الحنابلة وقد قالوا بضمن القيمة يوم التلف .

(أنظر كشاف القناع للبهوتي ١٠٨/٤ والمغني لابن قدامة ٢٠٨/٥) .

٢ - في المثليات

إذا كان التالف مما له مثل وجب رد المثل إلى المالك، فإن تعذر رد المثل لانعدامه مثلاً: فقد اختلف الفقهاء في هذه المسألة على خمسة أقوال :

الأول : وهو مذهب الحنفية . ولهم في هذه المسألة أقوال ثلاثة :

- المختار وهو مذهب أبي يوسف: أنه إذا لم يقدر على المثل فيضمن القيمة يوم القبض .
- وقال أبو حنيفة بل يضمن القيمة يوم الخصومة .
- وقال محمد بل يضمنها يوم الإنقطاع .

.....

(أنظر بدائع المعنّاع للكاسائي ٤٤٢٢/٩ والهداية للمرفغيناني ١١/٤ - ١٢ وتكملة شرح فتح القدير لقاضي زاده ٣١٩/٩ وحاشية سعدي حلبي ٣١٩/٩ وتبيين الحقائق للزيلعي ٢٢٣/٥)

الثاني : وهو مذهب المالكية وقد قالوا: يضمن قيمة المثل بعد انعدامه وبعد حكم الحاكم بالقيمة . (أنظر الخرشي وحاشية العدوى ١٣٣/٦ - ١٣٤) .

الثالث : وهو مذهب الشافعية وقد قالوا : إن تعذر رد المثل يضمن أقصى قيمة من وقت القبض إلى تعذر المثل وهذا هو أصح الأقوال في المذهب .

وقيل يضمن أقصى قيمة المثل من وقت القبض إلى وقت التلف وقيل بل أقصى قيمة المثل من وقت القبض إلى وقت طلب الضمان . (أنظر مغنى المحتاج للشريبي ٢٨٢/٢ - ٢٨٣ والوجيز للغزالي ٢٠٨/١ وفتح العزيز للرافعي ٢٨٢/١١) .

الرابع : وهو المعتمد من مذهب الحنابلة وقد قالوا: إنّه يضمن قيمة المثل يوم انقطاعه وهو مذهب محمد من الحنفيّة وقد سبق ذكره .

(أنظر كشاف القناع للبهوتي ١١٧/٤ والمغني لابن قدامة ١٠٨/٥)

الخامس : وهو رواية عند الحنابلة وهي: أنه يضمن القيمة حين قبض البدل، لأن الواجب هو المثل إلى حين قبض البدل . (أنظر المغني لابن قدامة ١٠٨/٥) .

المبحث الثاني

حكم العقد الموقوف بعد الإجازة

سبق بيان معنى الإجازة شرعا ، وذكرت هناك أنها : "إنفاذ التصرف بكل مايدل على الرضا به " .

فإذا صدرت الإجازة نفذ العقد وترتبت عليه جميع آثاره من حقوق وأحكام ، وقد سبق بيان أحكام العقد وحقوقه .

لكن هل يعتبر ترتب الأثر مستندا إلى وقت العقد ، بناء على قاعدة " الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة" (١) أم يكون مقتضيا منذ وقت الإجازة وماينبنى على ذلك في حق الزوائد والمنافع التي تحدث في الفترة ما بين العقد والإجازة :

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على ثلاثة أقوال :

- (١) فذهب الحنفية (٢) إلى التفريق بين عقد البيع وغيره ، فجعلوا ثبوت الملك في المبيع وما يحدث فيه من كسب ونماء ومنافع ، مستندا إلى وقت العقد ، وفي غير البيع من حين الإجازة .
- (٢) وذهب المالكية والحنابلة في الصحيح من المذهب (٣) إلى أن ملكية المعقود عليه تنتقل بمجرد العقد ، وعليه فإن كل ماينتج من المعقود عليه من زوائد وفوائد تكون تابعة له .

(١) أنظر المبسوط للسرخسي ١٥٢/١٣ وجامع الفصولين لابن قاضي سماوه ٣١٤/١ .

(٢) أنظر الفتاوى الخانية لقاضيخان ١٧٢/٢ - ١٧٤ ومجمع الأنهر لداماد أفندي ٩٦/٢ وبدائع الصنائع للكاساني ٣٠٢١/٦ والمبسوط للسرخسي ٦٢/١١ وتحفة الفقهاء للسمرقندي ٤٦/٢ والبحر الرائق لابن نجيم ٢٠٣/٣ وجامع الفصولين لابن قاضي سماوه ٢٢٩/١ ، ٢٢١/١ .

(٣) أنظر الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي ١١/٣ وتهذيب الفروق لمحمد علي المالكي ٢٤٠/٣ وكشاف القناع للبهوتي ١٤٧/٣ والإنصاف للمرداوي ٢٨٥/٤ .

(٣) وذهب الشافعية والحنابلة في قولهم لهم^(١) إلى أن ملك المعقود عليه ينتقل من حين الإجازة .

(١) أنظر فتح العزيز للرافعي ١٢٤/٨ وحاشية عميرة ١٦٠/٢ والمجموع للنووي ٢٦١/٩ وكشاف القناع للبهوتي ١٤٧/٣ والإنصاف للمرداوي ٢٨٥/٤ .

المبحث الثالث

حكم العقد الموقوف بعد الرد

بعد أن بينت حكم العقد الموقوف قبل الإجازة ، وحكمه بعد الإجازة
لابد لي من بيان حكمه بعد الرد ، باعتبار أنه متردد أساسا بين الإجازة
والرد .

فإذا رد المالك أو من له ولاية التصرف في المال العقد ولم
يرض به ، بأى صورة من صور الرد ، وجبر رد الموقوف عليه إليه إن كان
مقبوضا ، لأنه الوحيد الذي له سلطة التصرف فيه ، وليس هناك عقد ينتقل
هذه السلطة في التصرف .

فالعقد الموقوف إذا رد اعتبر كأن لم يكن أصلا، وما ترتب عليه من
آثار من قبض - إن حمل - ونحوه، تبطل كذلك، سواء أكانت العين المعقود
عليها بيد الفضولي مثلا، أو بيد غيره كالمشتري .

أما إن كانت تالفة فالأمر ينتقل إلى الضمان مثليا أو قيميا، على
ما سبق بيانه في حكم العقد الموقوف قبل الإجازة . (١)

(١) أنظر صفحة رقم / ١٣٤ .

الباب الثاني : العقود الموقوفة لحق الغير
وفيه تسعة فصول :

- الفصل الأول : تصرفات الفضولي .
الفصل الثاني : تبرعات المريض مرض الموت .
، الثالث : تصرفات الوكيل المتعدي لحدود وكالته .
، الرابع : تصرفات الشريك في الحصة الشائعة من مال الشركة
بغير ماوكل به .
، الخامس : تصرفات المرتد الماليه .
، السادس : تصرفات الغاصب القولية في العين المغموبة .
، السابع : تصرفات المفلس المحجور عليه .
، الثامن : تصرفات الراهن في العين المرهونه .
، التاسع : تصرفات الزوجة في مالها .

الفصل الأول : تصرفات الفضولي .

وفيه ستة مباحث :

المبحث الأول : معنى الفضولي لغة وشرعا .

المبحث الثاني : بيع الفضولي .

المبحث الثالث : شراء الفضولي .

المبحث الرابع : إجاره الفضولي .

المبحث الخامس : إنكاح الفضولي .

المبحث السادس : تبرعات الفضولي . وفيه ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : وصية الفضولي .

المطلب الثاني : هبة الفضولي .

المطلب الثالث : وقف الفضولي .

المبحث الأول

معنى الفضولي لغة وشرعا

المطلب الأول:

معنى الفضولي لغة :

(١) قال ابن فارس " : الفاء والضاد واللام : أصل صحيح يدل على زيادة في شيء " .
والفضل : الزيادة (٢) . قال المطرزي (٣) : " وقد غلب جمعه على مالا خير فيه ، ثم قيل لمن يشتغل بما لا يعنيه فضولي " . وهذا من باب استعمال الجمع استعمال المفرد ، ولهذا نسب إلى الجمع على لفظ المفرد ، فقيل : فضولي . (٤)

المطلب الثاني :

حقيقة الفضولي شرعا :

الفضولي : هو من يتصرف في ملك غيره بغير إذن أو ولاية ، سواء كان هذا التصرف بيعا ، أو شراء ، أو أجارة ، أو نكاحا ، أو تبرعا ، صدر من غير مالك أو وكيل أو ولي ، بأي صورة من صور الولاية .

-
- (١) أنظر معجم مقاييس اللغة ٥٠٨/٤ .
 - (٢) أنظر معجم مقاييس اللغة لابن فارس ٥٠٨/٤ والمغرب للمطرزي ١٤٢/٢ والمصباح المنير للفيومي ٥٧١/٢ .
 - (٣) أنظر المغرب ١٤٢/٢ . وأنظر القاموس المحيط للفيروز آبادي ٣٢/٤ .
 - (٤) أنظر المصباح المنير للفيومي ٥٧١/٢ .

ولقد تعددت كلمات الفقهاء في بيان معنى الفضولي شرعا ، إلا أن بعض هذه التعريفات غير مانع ، من ذلك تعريف (١) "البابرتي" و"ابن نجيم" حيث حداه بأنه " من ليس بوكيل" فبناء على هذا التعريف يدخل في المعرف الولي والقيم والوصي ونحوهم ، ممن له نيابة شرعية ، مع أن هؤلاء ليسوا فضوليين .

وكذا تعريف " المحلي " و " الشرييني" و"التسولي" وغيرهم حيث عرفوه بأنه : " من ليس بمالك ولا وكيل ولا ولي (٢) " ، يُعترض عليه بأنه غير مانع ، حيث دخل في المعرف القيم مثلا، مع أنه ليس فضوليا إلا أن يكون مرادهم بالولي من له ولاية بالمعنى الأعم للولاية .

ولعل من خير تعريفات الفضولي قول بعضهم : " هو من يتصرف في حق الغير بلا إذن شرعي " . (٣)

-
- (١) أنظر شرح العناية للبابرتي ٥١/٧ والبحرالرائق لابن نجيم ١٦٠/٦
(٢) أنظر حاشية المحلي على المنهاج ١٦٠/٢ ومغني المحتاج للشرييني ١٥/٢
والبهجة شرح التحفة للتسولي ٦٨/٢ وحلى المعاصم للتاودي ٦٨/٢ وشرح فتح القدير لابن الهمام ٥١/٧ والدر المختار للحمكفي ٢٤/٢ .
(٣) أنظر شرح العناية للبابرتي ٥١/٧ والبحرالرائق لابن نجيم ١٦٠/٦ وحاشية الشلبي على تبیین الحقائق ١٠٣/٤ .

المبحث الثاني

بيع الفضولي

إختلف الفقهاء في حكم بيع الفضولي على قولين :

الأول : للحنفية والمالكية والشافعية في القديم وهو محكي عنه في الجديد، وقول للإمام أحمد^(١) : وهو أن بيع الفضولي ينعقد موقوفا على إجازة المالك أو الولي ، فإن أجازته جاز وإلا بطل.

واستدلوا على ذلك بالكتاب والسنة والقياس والمعقول :

أ - أما الكتاب :

فقد استدلوا منه بعموم آيات البيع ، مثل قوله تعالى :
﴿ وأحل الله البيع ﴾^(٢) . وقوله عز وجل : ﴿ يا أيها الذين آمنوا
لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل ، إلا أن تكون تجارة عن تراض

(١) انظر بدائع الصنائع للكاساني ٣٠١٩/٦ - ٣٠٢١ وتبيين الحقائق للزيلعي ١٠٣/٤ - ١٠٥ والمبسوط للسرخسي ١٥٣/١٢ - ١٥٥ والبحر الرائق لابن نجيم ١٦٠/٦ وشرح فتح القدير لابن الهمام ٥١/٧ - ٥٤ وشرح العناية للبايرتي ٥١/٧ - ٥٤ والشرح الكبير للدرديري وحاشية الدسوقي ١٢/٣ والبيهجة شرح التحفة للتسولي وحاشية حلى المعاصم للتاودي ٦٨/٢ وبداية المجتهد لابن رشد الحفيد ١٤٣/٢ والفروق للقرافي ٢٤٣/٣ - ٢٤٤، وتهذيب الفروق لمحمد علي المالكي ٣٤٠/٣ - ٣٤١ ومغني المحتاج للشربيني ١٥/٢ ونهاية المحتاج للرملي ٤٠٣/٣ والمجموع للنووي ٢٥٨/٩ - ٢٦١ والسراج الوهاج للغمراوي ١٧٥/١ والوجيز للغزالي ١٣٤/١ والإقناع للشربيني ٢٥١/١ وكشاف القناع للبهوتي ١٤٧/٣ والمبدع لابن مفلح ١٦/٤ - ١٧ والإنصاف للمرداوي - ٢٨٣/٤ .

(٢) البقرة : ٢٧٥ .

منكم ﴿ (١) وقوله تعالى : ﴿ فإذا قضيت الصلاة فانتشروا في الأرض وابتغوا من فضل الله ﴾ (٢). فقد شرع سبحانه وتعالى البيع والشراء والتجارة وابتغاء الفضل ، من غير تفصيل بين ما إذا وقع العقد من المالك بطريق الأصالة، وبين ما إذا صدر من الوكيل في الإبتداء، وبين ما إذا وُجدت الإجازة من المالك في الإنتهاء، وبين وجود الرضا في التجارة عند العقد أو بعده ، فيجب العمل بعمومها ما لم يُخصّ بدليل . (٣)

واعترض على هذا الإستدلال : بأنه من المسلم أن هذه عمومات يجب العمل بها، إلا ما خصّ بدليل لكن كما خرجت عن عموم هذه الآيات البيعتان في بيعة بالدليل، فكذلك يخرج بيع الفضولي بحديث : " لا بيع إلا فيما تملك " (٤)

ويجاب عن هذا الإعتراض بأنه كما هو الحال في عقد السلم، حيث يصح للمسلم إليه بيع المسلم فيه وقت العقد، مع أنه ليس بمالك له ، فكذلك الحال في بيع الفضولي ، كما يجاب عن الحديث بأنه لا يحرم بيع الفضولي ، فإنه كان جواباً لسؤال من سأل : أن الرجل يأتيه ليشتري ما ليس عنده ، فيبيعه، ثم يشتريه له من مكان آخر، فقال له الرسول صلى الله عليه وسلم : " لا تبع ما لم تملك " . أي ما كان لك وفي

(١) النساء : ٢٩

(٢) الجمعة : ١٠

(٣) أنظر بدائع الصنائع للكاساني ٣٠١٩/٦ - ٣٠٢٠ .

(٤) أخرجه أبو داود والبيهقي وهو بلفظ " لا تطلق إلا فيما تملك ولاعتق

إلا فيما تملك ولا بيع إلا فيما تملك " أنظر سنن أبي داود

٥٠٦/١ وسنن البيهقي ٣١٨/٧ وأخرج نحوه النسائي في سننه

٢٨٩/٧ .

وانظر جمع الفوائد لمحمد بن محمد بن سليمان ٦١٣/١ .

(١) حوزتك ، بدليل الرواية الثانية : " لاتبع ما ليس عندك " .

ب - وأما السنة :

فقد استدلوا منها بثلاثة أدلة :

١ - حديث " حكيم بن حزام " رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أعطاه دينارا يشتري له به أضحية فاشترى به أضحية وباعها بدينارين، واشترى أضحية بدينار، وجاء بأضحية ودينار، فتصدق النبي صلى الله عليه وسلم بالدينار ، ودعا له بالبركة " . (٢)

فهذا الحديث دليل على صحة بيع الفضولي، فإن "حكيمًا" رضي الله عنه اشترى وباع، ثم اشترى ، ولم يعب عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم صنيعه، بل دعا له بالبركة .

واعترض على هذا الحديث والإستدلال به باعتراضين :

أحدهما: أنه حديث ضعيف ، فقد رواه " حبيب بن أبي ثابت" عن " حكيم بن حزام " . قال " الترمذي " : " وحبیبٌ هذا لم يسمع عندي من "حكيم بن حزام"، ولانعرف هذا الحديث إلا من هذا الوجه " . (٣)

(١) أخرجه أبوداود والترمذي والنسائي وابن ماجه . أنظر سنن أبي داود ٧٦٨/٣ - ٧٦٩ وسنن الترمذي ٣٥٠/٢ - ٣٥٢ وتحفة الأحمدي للمباركفوري ٤/٤٣٠ ، وسنن النسائي ٧/٢٥٤ وسنن ابن ماجه ٢/٧٣٧ .

(٢) أخرجه أبوداود والترمذي وابن ماجه . أنظر سنن أبي داود ٦٧٩/٣ وسنن الترمذي ٢/٣٦٥ وسنن ابن ماجه ٢/٨٠٣ .

(٣) أنظر سنن الترمذي ٢/٣٦٥ .

قال " المباركفوري ": " أخرجه أبو داود من طريق آخر، عن شيخ من أهل المدينة، إلا أن المنذري قال : في إسناده مجهول" (١)

ويجاب عن هذا بأن " النووي " قد صحح الحديث وقال: "رواه أبو داود والترمذي والنسائي وابن ماجه وغيرهم بأسانيد صحيحة" (٢). وقال " الترمذي " : " هو حديث حسن " . (٣)

الثاني : أنه لو سلم لكم الإحتجاج به ، فإنه يحتمل أن "حكيمًا" كان وكيلًا مطلقًا، لأنه اشترى وتسلم، ثم باع وسلم ، ثم اشترى مرة ثانية . (٤)

وهذا الإعتراض لا يمكن التسليم به . إذ ليس في الحديث إشارة إلى أن "حكيمًا" كان وكيلًا مطلقًا جَلَّ ما فيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أعطاه دينارا ليشتري له شاة، إذ لو كان كما تقولون ما احتاج أن يبين لرسول الله صلى الله عليه وسلم كيف فعل .

٢- حديث " عروة البارقي " رضي الله عنه أنه قال: " دفع إليّ رسول الله صلى الله عليه وسلم دينارا لأشترى له شاة ، فاشتريت له شاتين، فبعت إحداهما بدينار، وجئت بالشاة والدينار إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم، فذكر له ماكان من أمره، فقال: " بارك الله لك في صفقة يمينك " فكان يخرج بعد ذلك إلى كناسة الكوفة فيربح الربح العظيم ، فكان من أكثر أهل

-
- (١) أنظر تحفة الأحوذى ٤٧٠/٤ وانظر سنن أبي داود ٦٧٩/٣ .
 - (٢) أنظر المجموع للنووي ٢٥٩/٩ .
 - (٣) أنظر سنن الترمذي ٣٦٥/٢ .
 - (٤) أنظر المجموع للنووي ٢٦٢/٩ .

الكوفة مالا" (١).

ففي هذا الحديث دليل على صحة بيع الفضولي أيضا،
فإن " عروة " رضي الله عنه قد باع الشاة دون إذن مالكيها
رسول الله صلى الله عليه وسلم، ولم يكن من رسول الله صلى
الله عليه وسلم عند علمه بالخبر إلا أن دعاه بالبركة،
وهذا دليل واضح على رضا صلى الله عليه وسلم وإجازته ما صنع
" عروة " .

واعترض على هذا الحديث والإستدلال به باعتراضين :

أحدهما: أنفي سنده " سعيد بن زيد" وهو مختلف فيه : قيل
إنه مجهول . (٢)

ويجاب عن هذا الاعتراض : بأن " سعيد بن زيد" قد
وثقه " ابن سعد" وقال " حرب " سمعت " أحمد " يشني عليه،
كما أن " البخاري" أخرج الحديث من طريق آخر عن " سفيان بن عيينة"
وقال الحافظ " ابن حجر" : " والتحقيق أنه متصل، في إسناده مبهم"
وقال " المنذري " : إسناده صحيح لمجيئه من وجهين " (٥) وقال

-
- (١) أخرجه أبو داود والترمذي وأحمد، أنظر سنن أبي داود ٦٧٧/٣ وسنن الترمذي ٣٦٥/٢ ومسند أحمد ٣٧٥/٤ - ٣٧٦ .
 - (٢) أنظر تحفة الأحوذى للمباركفوري ٤٧١/٤ .
 - (٣) أنظر فتح الباري لابن حجر ٦٣٢/٦ .
 - (٤) أنظر فتح الباري ٦٣٤/٦ وفيه أيضا: " لا يقال في إسناده صرح كل من فيه بالسمع من شيخه إنه منقطع وإن كانوا أو بعضهم غير معروف " وأنظر سبل السلام للصنعاني ٤٠/٣ .
 - (٥) أنظر تحفة الأحوذى للمباركفوري ٤٧١/٤ .

" النووي " : " وقد صح حديث عروة ، لأن إسناده الترمذي صحيح ، وإسناده الآخرين حسن " . (١)

الثاني : أننا لو سلمنا صحة الحديث ، فإنه يحتمل أن " عروة " كان وكيلًا مطلقًا ، بدليل أنه باع الشاة وسلمها واشترى . (٢)

وهذا الإعتراض هو عين الإعتراض الوارد على الدليل الأول من أدلة السنة ، ويجاب عليه بمثل ما أجيب هناك .

٣ - حديث " ابن عمر " رضي الله عنهما في قصة الثلاثة أصحاب الغار أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "... قال الثالث : اللهم استأجرت أجراً فأعطيتم أجراً غير رجل واحد ، ترك الذي لــــه وذهب ، فثمرت أجره حتى كثرت منه الأموال ، فجاءني بعد حين ، فقال : يا عبدالله أدُّ إليَّ أجري . فقلت : كل ماترى من أجرك من إبل والبقر والغنم والرقيق ، فقال: يا عبدالله لاتستهزئ بي . فقلت : لا أستهزئ . فأخذه كله ، فاستاقه ، فلم يترك منه شيئاً " وفي رواية : " استأجرت أجيراً بفرق أرز " الحديث . (٣)

ففي هذا الحديث دليل أيضاً على صحة التجارة ، بيعاً وشراءً من الفضولي ، بدليل أن الرسول صلى الله عليه وسلم قد ذكر صنيعه في معرض المدح والثناء .

-
- (١) أنظر المجموع ٢٦٢/٩ .
(٢) أنظر المجموع للنووي ٢٦٢/٩ .
(٣) أخرجه أبو داود والترمذي وابن ماجه . أنظر سنن أبي داود ٦٧٩/٣ وسنن الترمذي ٣٦٥/٢ وسنن ابن ماجه ٨٠٣/٢

وقد اعترض على الإستدلال بهذا الحديث باعتراضين :

أحدهما: أن ما في حديث " ابن عمر" رضي الله عنهما شرع من قبلنا، وفي كونه شرع لنا خلاف مشهور. (١)

ويجاب عن هذا الإعتراض ، بأن قولكم : إنه شرع من قبلنا وفي كونه شرع لنا خلاف مشهور، مسلم. ولكن هذا الإستدلال خارج عن محل النزاع في صورة الإحتجاج بشرع من قبلنا.

وبيان ذلك :

أنه اتفق أهل العلم على أن ما لم يثبت بشرعنا أصلا ، مما أخذ من الإسرائيليات ، ليس شرعا لنا.

كما اتفقوا على أن ما ثبت بشرعنا أنه كان شرعا لمن قبلنا وصرح في شرعنا بنسخه فليس شرعنا لنا .

واتفقوا كذلك على أن ما ثبت بشرعنا أنه كان شرعا لمن قبلنا، ثم ثبت بشرعنا أنه شرع لنا كالقصاص ، فإنه شرع لنا.

واختلفوا فيما ثبت بشرعنا أنه كان شرعا لمن قبلنا ، ولم يصرح بنسخة في شرعنا :

- فجمهور أهل العلم من الحنفية والمالكية والشافعية
- وهو أصح القولين عن الشافعي - والصحيح من مذهب الحنابلة : على أنه شرع لنا .
- والقول الآخر للشافعي ورواية عند الحنابلة أنه ليس شرعا لنا .

(١) أنظر المجموع للنووي ٢٦٣/٩ .

(١) هذا وقد أسهب علماء الأصول في بيان هذه المسألة.

أما حديث أصحاب الغار : فليس هو من محل النزاع، فإنه صلى الله عليه وسلم قد حث على أن نقتدي بأصحاب الغار ، وساق فعلهم مساق المدح والثناء، بل وأقرهم عليه، فكان فعلهم مما ثبت بشرعنا أنه شرع لمن قبلنا، ثم ثبت بشرعنا أنه شرع لنا، بتقرير رسول الله صلى الله عليه وسلم لفعل أصحاب الغار. فكان الحديث من صورة الإتفاق لامن محل النزاع ، ولذلك صح الإستدلال به دون نزاع. (٢).

الثاني : لو سلم لكم أنه شرع لنا، فهو محمول على أنه استأجره بأرز في الذمة، ولم يسلمه إليه، بل عينه له فلم يتعين من غير قبض ، فبقي على ملك المستأجر ، لأن ما في الذمة لا يتعين لإقبض صحيح، ثم إن المستأجر تصرف فيه، وهو ملكه ، فيصح تصرفه سواء اعتقده له، أو للأجير، ثم تبرع بما اجتمع منه على الأجير بتراضيهما. (٣).

-
- (١) أنظر تيسير التحرير لأمير بادشاه الحسيني ١٣١/٣ - ١٣٢ والمعتمد لأبي الحسين البصري ٨٩٩/٢ - ٩٠٧ وإرشاد الفحول للشوكاني / ٢٤٠ / وشرح الأسنوي على المنهاج ٢١١/٢ - ٢١٢ والإبهاج في شرح المنهاج للسبكي ٢٧٦/٢ - ٢٨٠ والمستصفي للغزالي ٢٤٥/١ - ٢٦٠ والتمهيد للكلوذاني، ٤١١/٢ - ٤٢٥ والمنخول للقرافي ٢٣٢ - ٢٣٣ وتنقيح الفصول للقرافي ٢٩٨ - ٣٠٠ / والمغني للبخاري / ٢٦٤ - ٢٦٥ / وروضة الناظر لابن قدامة وشرحها نزهة خاطر العاطر لابن بدران ٤٠٠/١ - ٤٠٣ والمسودة لال تيميه / ١٩٤ / .
- (٢) أنظر فتح الباري لابن حجر ٤٠٩/٤
- (٣) أنظر المجموع للنووي ٢٦٣/٩ وفتح الباري لابن حجر ٤٠٩/٤ .

وهذا الإعتراض غير مسلم. لأن لفظ الحديث لا يدل على ذلك، إضافة إلى أن ما أخذه الأجير، أخذه من نماء أجره، وليس تبرعا من المستاجر، وإلا لِم يقل له: " كل ماترى ممن أجرك"، علاوة على أنه لو كان تبرعا لم يكن هناك وجه لعجب الأجير، وإنما وجه العجب الذي بلغبه أن يظن الإستهزاء، هو من إدراكه أن كل هذه الإبل والبقر والغنم والرقيق هي أجره، يؤكد هذا المعنى رواية " النعمان بن بشير" رضي الله عنه للحديث: " كان لي أجراء يعملون، فجاءني عمال، فاستأجرت كل رجل منهم بأجر معلوم، فجاء رجل ذات يوم نصف النهار، فاستأجرته بشرط أصحابه لما جهد في عمله، فقال رجل منهم: تعطي هذا مثل ما أعطيتني! فقلت: يا عبد الله لم أبخس شيئا ممن شرطك، وإنما هو مالي أحكم فيه بما شئت. قال: فغضب وذهب وترك أجره". (١)

وكذا الرواية الثانية " لابن عمر" رضي الله عنهما، وفيها " واني عمدت إلى ذلك الفرق فزرعته، فصار من أمره أني اشتريت منه بقرا .." (٢) ففي هتان الروايتان دليل واضح على أنه فرق أرز معين ومفرز لافي الذمة، بل أكثر من ذلك فإن في رواية " النعمان" دليل على أنه استلم أجرته فرق الأرز بدليل قوله: " فاستأجرته بشرط أصحابه لما جهد في عمله، فقال رجل منهم تعطي هذا مثل ما أعطيتني" وجهد الإنسان في عمله لا يظهر غالبا إلا في نهاية العمل، إضافة إلى أنه قد

(١) أنظر فتح الباري لابن حجر ٥٠٧/٦

(٢) أنظر فتح الباري لابن حجر ٥٠٦/٦ .

استلم أجره قبل العامل الآخر فلم يكن هناك مبررا لرد الأجر قبل أن يأخذ العامل الآخر أجره يؤكد هذا المعنى قوله: " تعطي هذا مثل ما أعطيتني " .

وأیضا فإن في الرواية الثانية " لابن عمر " دليل واضح على هذا المعنى وهو قوله : " ثم إني عمدت إلى ذلك الفسرق " إذ لو لم يكن معنيا لقال: " عمدت إلى فسرق أرز فزرعته " .

فالمستأجر فضولي هنا ، إذ باع أجرة العامل واشترى له بها ماشية دون إذنه ، وقد امتدح رسول الله صلى الله عليه وسلم فعله ، فدل ذلك على صحته .

إذن ففي هذه الأحاديث الثلاثة الحجة على صحة تصرف الفضولي ، فإن " عروة " و " حكيم " رضي الله عنهما و " صاحب الغار " كانوا فضولين في البيع والتجارة ، وقد دعا رسول الله صلى الله عليه وسلم " لعروة " و " حكيم " ، وامتدح فعل " صاحب الغار " حتى وصل فعله إلى درجة القرية ، بدليل أن الله تعالى أثابه عليه واستجاب دعاه .

ج - وأما القياس :

فقد استدلوا منه بثلاثة أدله :

١ - إن بيع الفضولي عقد له مجيز حال وقوعه ، فجاز أن يقف على الإجازة ، كالوصية بأكثر من الثلث . (١)

(١) أنظر المجموع للنووي ٢٦٢/٩ .

واعترض على هذا القياس : بأنه قياس مع الفارق ،
فإن الوصية تحتل الغرر، وتمح بالمجهول والمعدوم ، بخلاف
البيع . (١)

وأجيب عن هذا الاعتراض : بأن القياس على الوصية إنما
هو في أنها يطرأ عليها حكم الوقف ، فيما إذا زادت عن الثلث ،
لأن جهة أنها تمح بالمجهول والمعدوم ، فإذا أثبتم الوقف في
الوصية فيما زاد عن الثلث ، واحتمال الضرر فيها على الورثة
أكبر من بيع الفضولي ، فإثباته في بيعه أولى . (٢)

٢ - إن البيع بشرط خيار ثلاثة أيام جائز بالإتفاق ، فلم
لايجوز الموقوف على الإجازة ، فإنه لايبعد من حيث
الآثار والأحكام عنه كثيراً . (٣)

واعترض على هذا القياس : بأن البيع بشرط الخيار بيع
مجزوم به منعقد في الحال ، إنما المنتظر فسخه أو إمساؤه ،
ولهذا إذا مضت مدة الخيار ولم يفسخ ، لزم البيع . (٤)

وأجيب عن هذا الاعتراض : بأن بيع الفضولي أيضاً
بيع منعقد في الحال ، إلا أنه لاينفذ مراعاة لحق المالك، فإن
أجاره جان، وترتبت عليه جميع حقوق وأحكام العقد النافذ

-
- (١) أنظر المجموع للنووي ٢٦٣/٩ .
 - (٢) أنظر المجموع للنووي ٢٦٣/٩ .
 - (٣) أنظر المجموع للنووي ٢٦٢/٩ .
 - (٤) أنظر المجموع للنووي ٢٦٣/٩ .

فبيع الفضولي موقوف على الإجازة ، والبيع بشرط الخيار موقوف على مضي المدة إذا لم يفسخ من قِبَل من كان جائزا في حقه

٣ - إن إذن المالك لو كان شرطا في صحة البيع ، لم يجز أن يتقدم على البيع ، لأن ما كان شرطا للشيء ، لا يجوز تقدمه عليه ، ولهذا لما كانت الشهادة شرطا في النكاح ، اشترط مقارنتها لعقده ، فلما جاز تقدم الإذن في البيع عليه دلَّ على أنه ليس بشرط في صحته . (١)

واعترض على هذا القياس : بأنه منقوض بالصوم ، فإن النية شرط لصحته ، وتتقدم عليه ، وأيضا فإن الإذن ليس متقدما على العقد ، بل هو مقارن له ، إذ الشرط وجوده حالة العقد .

وأجيب عن هذا الاعتراض : بأن النية في الصوم تتقدم عليه في الغرض ، لأن لها وقتا حدده الشارع بقوله : " من لم يُجمع الصيام قبل الفجر فلا صيام له " (٢) أما في النفل فيجوز أن تتأخر عنه ، بدليل فعل الرسول صلى الله عليه وسلم ، عندما كان يدخل على نسائه ، فيسأل : هل من طعام؟ فإن لم يجد أتم يومه صائما . (٣)

-
- (١) أنظر المجموع للنووي ٢٦٢/٩ .
(٢) أخرجه أبو داود الترمذي والنسائي وابن ماجه وابن خزيمة ، أنظر مختصر سنن أبي داود ٣٣١/٣ . وسنن الترمذي ١٠٨/٣ ، وسنن النسائي ١٩٧/٤ وسنن ابن ماجه ٥٤٢/١ وصحيح ابن خزيمة ٢١٢/٣ . قال أبو داود " هو موقوف على حفصة " وعقب على ذلك الخطابي فقال : " وهذا لا يضر لأنه روي مسندا برواية الثقات " . انظر سنن أبي داود ٨٢٤/٢ .
(٣) أنظر صحيح مسلم ٨٠٨/٢ - ٨٠٩ وسنن النسائي ١٩٣/٤ - ١٩٦ وسنن ابن ماجه ٥٤٣/١ وصحيح ابن خزيمة ٢١٣/٣ .

وقولكم إن الإذن ليس متقدما على العقد ، غير مسلم .
فإن الإذن من قبيل الوكالة ، والوكالة لا بد أن تكون سابقة
للتصرف ولو بزمن يسير .

د - وأما المعقول :

فقد استدلووا منه بدليلين :

١ - بيع الفضولي بيع صدر من أهله ، في محله ، فلا يلغو . لأن
في ذلك إهدارا لأدمية الفضولي ، وإحاقا لتصرفه بتصرف المجانين ،
ولأن تصرف العاقل يحمل على الوجه الأحسن ما أمكن ، وقد أمكن
حمل بيع الفضولي على هذا النحو . (١)

ويناقش هذا الدليل : بأن تصرف العاقل يمكن حمله على
الوجه الأحسن ، إذا وافق مقتضى الشرع ، أما إذا كان في تصرفه
إضاعة حق المالك ، فلا يمكن حمله على هذا النحو .

(١) أنظر بدائع الصنائع للكاساني ٣٠٢٠/٦ والمبسوط للسرخسي ١٥٤/١٣ وفيه
" وبيان الأهلية في التصرف: أن التصرف كلام ، والأهلية
للكلام حقيقة بالتمييز ، واعتباره شرعا بالخطاب . وبيان
المحلية: أن البيع تمليك مال بمال . فالمحل إنما يكون محلا
بكونه مالا متقوما ، وبانعدام الملك للعاقد في المحل لاتعدام
الماليه والتقوم . ألا ترى أنه لو باعه بإذن المالك جاز ، وماليس
بمحل فبالإذن لا يصير محلا ، ولو باعه المالك بنفسه جاز . والمحلية
لاتختلف بكون المتصرف مالكا أو غير مالك ، فإذا قبل
اعتبار التصرف شرعا لحكمه لا لعينه " .

وأجيب على هذه المناقشة: بأنه ليس في تصرف الفضولي إضاعة لحق المالك ، بل إن فيه نفعاً ومصلحة ، لأن المالك بالخيار بين الفسخ والإمضاء ، فإن رأى في إنفاذ تصرف الفضولي مصلحة لــــه أنفذه ، وإن بدا له خلاف ذلك رده فبطل .

٢ - إن قصد الفضولي من تصرفه ، هو البر والإحسان والإعانة على الخير ، الذي يعود في كل الأحوال على المالك ، إذ لامصلحة للفضولي في إبرام العقد ونفاذه أو فسخه ، وقد حث الله تعالى على عموم فعل الخير ، حيث قال: " وتعاونوا على البر والتقوى " (١) ، وقال أيضاً: " وأحسنوا إن الله يحب المحسنين " (٢) فلا يصح أن يقابل إحسان الفضولي بالبطان والرد ، خصوصاً وأنه لا ضرر على المالك من اعتبار العقد صحيحاً ، طالما أنه موقوف على إجازته . (٣)

واعترض على هذا الدليل : بأن بيع مال الإنسان بغير إذنه ، ليس من التعاون على البر والتقوى ، إنما هو اثم وعدوان وتسلط على أملاك الغير بدون إذنه . (٤)

وأجيب عن هذا الاعتراض : بأن ثبوت الحق للمالك في إمضاء العقد أو فسخه ، يدفع عنه كل ضرر ينجم عن تصرف الفضولي فلا يكون في تصرفه هذا عدوان وتسلط ، بل فيه تعاون ومصلحة وخير للمالك ، ربما لم يكن ليتحقق لولا عقد الفضولي ، كمن باع سلعة في وقت الحاجة إليها وعند ارتفاع ثمنها ، ثم رخصت .

(١) المائدة: ٢

(٢) البقرة: ١٩٥

(٣) أنظر بدائع الصنائع للكاساني ٣٠٢٠/٦ والمبسوط للسرخسي ١٥٤/١٣ .

(٤) أنظر المجموع للنووي ٢٦٣/٩ .

الثاني : للحنابلة والشافعية وبه قال الشافعي في الجديد، والظاهرية وهو أن بيع الفضولي باطل غير منعقد، ولو أجازته المالك بعد، فلا ينقلب صحيحا لفوات شرطه وهو الملك . (١)

واستدلوا لذلك بالسنة والقياس .

أ - أما السنة :

فقد استدلوا منها بدليلين :

١ - حديث "حكيم بن حزام" رضي الله عنه " : لاتبع ماليس عندك " . (٢)

ففي هذا الحديث دلالة علي بطلان بيع الفضولي،

حيث إنه يبيع ما ليس عنده .

قال " الترمذي " : " وحديث "حكيم" هذا حديث حسن صحيح والعمل على هذا عند أكثر اهل العلم، فقد كرهوا أن يبيع الرجل ما ليس عنده " . (٣)

-
- (١) أنظرنهاية المحتاج للرملي ٤٠٣/٣ ومغنيالمحتاج للشربيني ١٥/٢ والسراج الوهاج للغمراوي ١٧٥/ والمجموع للنووي ٢٥٨/٩ - ٢٥٩ ، ٢٦١/٩ والوجيز للغزالي ١٣٤/١ والإقناع للشربيني ٢٥١/١ وفتح العزيز للرافعي ٢٢١/٨ - ٢٢٢ وكشاف القناع للبهوتي ١٤٧/٣ والمبدع لابن مفلح ١٦/٤ - ١٧ والإنصاف للمرداوي ٢٨٣/٤ والمطلى لابن حزم ٤٣٤/٨ .
- (٢) أخرجه أبو داود والترمذي والنسائي وابن ماجه . أنظرسنن أبي داود ٧٦٨/٣ - ٧٦٩ وسنن الترمذي ٣٥٠/٢ - ٣٥٢ وتحفة الأحمدي للمباركفوري ٤٣٠/٤ وسنن النسائي ٢٥٤/٧ وسنن ابن ماجه ٧٣٧/٢ .
- (٣) أنظر سنن الترمذي ٣٥٢/٢ .

وقد اعترض على الاستدلال بهذا الحديث ، بأنه يحتمل
أموراً كثيرة :

قال " الشافعي " : " فكان نهي النبي صلى الله عليه وسلم
أن يبيع المرء ما ليس عنده :

- يحتمل أن يبيع ما ليس بحضرته ، يراه المشتري كما يراه
البائع عند تباعهما فيه .

- ويحتمل أن يبيع ما ليس عنده ، أى ما ليس يملكه
بعينه ، فلا يكون موصوفاً مضموناً على البائع يوءخذ به ،
ولا في ملكه فيلزم أن يسلمه إليه بعينه .

- وقد يحتمل أن يكون النهي عن بيع العين الغائبة ،
كانت في ملك الرجل أو في غير ملكه ، لأنها قد تهلك
وتنقص قبل أن يراها المشتري .^(١)

وقال " ابن حجر " : " وبيع ما ليس عندك يحتمل معنيين :

أحدهما : أن يقول : أبيعك عبداً أو داراً معينه ، وهي غائبة ،
فيشبه بيع الغرر ، لاحتمال أن تتلف أو لا يرضاها .

ثانيهما : أن يقول : هذه الدار بكذا ، على أن أشتريها لك من
صاحبها ، أو على أن يسلمها لك صاحبها . وقصة " حكيـم " ^(٢)

(١) أنظر الرسالة / ٣٣٩ - ٣٤١ /

(٢) وقصة حكيـم كما في الحديث : " سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم

فقلت : يأتيني الرجل يسألني من البيع ما ليس عندي ، أأبتاع

له من السوق ، ثم أبيع منه ؟ . قال : " لاتبع ما ليس عندك "

موافقة للإحتمال الثاني". (١)

وبناء على ذلك : فليس في حديث "حكيم" حجة لإبطال بيع

الفضولي .

٢- حديث " عمرو بن شعيب " عن أبيه عن جده ، قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : " لا تطلق إلا فيما تملك ، ولا تعتق إلا فيما تملك ، ولا وفاء نذر إلا فيما تملك" (٢)

فهذا الحديث يؤيد ما سبق في حديث " حكيم " رضي الله عنه من بطلان بيع الفضولي ، وأن كل تصرف وقع في غير الملك فهو باطل . يؤيد هذا رواية "النسائي" و " إِبْنِ ماجه " وفيها : " لا يحل بيع ماليس عندك" (٣) والنهي يقتضي بطلان المنهي عنه ، فيكون بيع الفضولي باطلا. وهذا الإستدلال لا يسلم لأن معنى الحديث أنه لا يصح الطلاق قبل عقد النكاح كما لا يصح العتق قبل وجود الرقيق المملوك للمعتق ، ولا يصح وفاء النذر من مال غير مملوك للنادر يؤيد هذا ما ذكره

(١) أنظر فتح الباري ٣٤٩/٤

(٢) أخرجه أبو داود والترمذي وأحمد. أنظر سنن أبي داود ٧٦٨-٧٦٩/٣ وعون المعبود للعظيم أبادى ٤٠١/٩-٤٠٢ وسنن الترمذي ٣٥٠-٣٥٢/٢ وتحفة الأhoodي للمباركفوري ٤٣٠/٤ ، ومسنند أحمد بتحقيق أحمد شاکر ٤١١/٩ ، ١٢٠/١٠ ، ٤٣/١١ ، ١٣٢/١١ ، قال أحمد شاکر في الطرق التي أخرجها أحمد " كلها أسانيدھا صحیحة " . وقال النووي في المجموع ٢٦٣:٩ " وقد روي هذا الحديث من أكثر من طریق أسانيدھا حسنة ، ومجموعھا يرتفع عن كونه حسنا ويقتضي أنه صحیح " .

(٣) أنظر سنن النسائي ٢٥٤/٧ وسنن ابن ماجه ٧٣٧/٢-٧٣٨

" ابن القيم " حيث قال : " قال الترمذي : سألت محمد ابن اسماعيل فقلت : أي شيء أصبح في الطلاق قبل النكاح؟ فقال : حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده (١) " فهو إذاً خارج عن محل النزاع .

وأما رواية " ابن ماجه " فقد سبق الجواب عنها في جواب " ابن حجر " عن حديث " حكيم بن حزام " رضي الله عنه .

ب- وأما القياس :

فقالوا: إن الفضولي باع مالا يقدر على تسليمه فلم يصح ، كبيع الأبق والسماك في الماء والطير في الهواء. (٢)

ولم يسلم هذا القياس ، فقد أجيب عنه : بأنه قياس مع الفارق ، إذ العقد على ما لا يقدر على تسليمه كبيع الأبق ونحوه باطل ، لأن محل العقد غير مملوك أصلاً ، فيلغو العقد ، لأن تنفيذه على خطر الوجود والعدم ،

(١) أنظر مختصر سنن أبي داود ١١٦/٣

(٢) أنظر المجموع للنووي ٢٦٣/٩

الحي يتحدثون عن عروة ، أن النبي صلى الله عليه وسلم أعطاه دينارا وذكر الحديث " (١) .

قال " ابن حجر : " وأما من طعن الحديث بحجة الإنقضاء والإرسال كـ"الخطابي" و"البيهقي" ، حيث قالوا : إنه غير متصل لأن الحي لم يسم أحد منهم ، فهو على طريقة بعض أهل الحديث ، يسمون ما في إسناده مبهم مرسلا أو منقطعاً .

والتحقيق : أنه إذا وقع التمریح بالسمع فإنه متصل في إسناده مبهم ، إذ لافرق فيما يتعلق بالإتصال والإنقضاء بين رواية المجهول والمعروف ، فالمبهم نظير المجهول في ذلك ، ومع ذلك ، فلا يقال في إسناده صرح كل من في السماع من شيوخه : إنه منقطع ، وإن كانوا أو بعضهم غير معروف " (٢) .

ثم قال " ابن حجر " : " وجد له متابع عند أحمد وأبي داود والترمذي وابن ماجه من طريق سعيد بن زياد عن الزبير بن الخريت عن أبي لبيد قال : حدثني عروة البارقي ، فذكر الحديث بمعناه " (٣) ولذلك قال " النووي " مرجحاً للقول بالوقف ، وحاكياً أنه منقول عن " الشافعي "

(١) أنظر تهذيب مختصر سنن أبي داود ٤٨/٥

(٢) أنظر فتح الباري ٦٣٤/٦

(٣) أنظر فتح الباري ٦٣٥/٦

في الجديد : " إنه أقوى من جهة الدليل". (١)

قال الشيخ "ناصر الدين الألباني" معقبا على تمويب الحافظ "إبن حجر" : " قلت : وتام هذا التصويب عندي أن يقال : وهذا لا يضر ، لأن المبهمة جماعة من أهل الحسني أو من قومه .. وهم عدد تنجبر به جهالتهم ، وكأنه لذلك استساق البخاري إخرجه في صحيحه". (٢)

(١) أنظر مغني المحتاج للشرييني ١٥/٢

(٢) أنظر إرواء الغليل ١٢٨/٥

المبحث الثالث

شراء الفضولي

اختلف الفقهاء في حكم شراء الفضولي على خمسة أقوال :

الأول : للمالكية وأحمد في رواية^(١)، وهو أن شراء الفضولي كبيعه ، ينعقد موقوفا على الإجازة ، واستدلوا على ذلك بحديث " عروة البارقي^(٢) " رضي الله عنه ، وقالوا : إن النبي صلى الله عليه وسلم لم يأمره في الشاة الثانية لابالشراء ولا بالبيع^(٣) ، ولا فرق بين الشراء والبيع ، فكل منهما مبادلة مال بمال ، فلما صح بيع الفضولي موقوفا على الإجازة ، صح شراؤه أيضا .

ولأنه عقد له مجيز حال وقوعه ، فيجب أن يقف على إجازته كالوصية.^(٤)

الثاني : للشافعي في الجديد ، والحنابلة في الصحيح من المذهب^(٥) : قالوا : شراء الفضولي باطل غير منعقد .

-
- (١) أنظر بداية المجتهد لابن رشد الحفيد ١٤٣/٢ وقوانين الأحكام الشرعية لابن جزى ٢٧١/ والمغني لابن قدامة ١٥٤-١٥٥ والإتصاف للمرداوي ٢٨٣/٤
 - (٢) سبق ذكر الحديث وتخريجه في صفحة رقم (١٥٢) .
 - (٣) أنظر بداية المجتهد لابن رشد الحفيد ١٤٣/٢
 - (٤) أنظر المغني لابن قدامة ١٥٥/٤
 - (٥) أنظر المجموع للنووي ٢٦٠/٩ وفتح العزيز للرافعي ١٢٢/٨ والإتصاف للمرداوي ٢٨٣/٤ ونيل المآرب للشيباني ٨٣/١

واستدلوا على ذلك بنفس الأدلة التي سبق ذكرها في

بيع الفضولي .

الثالث : وهو مذهب الحنفية (١) ، وقد فصلوا القول في ذلك بين

ما إذا أضاف العقد إلى نفسه أو أضافه إلى الذي اشترى له :

- فإن أضافه إلى نفسه : كانت العين المشتراة له ،
سواء وجدت إجازة من الذي اشترى له أو لم توجد .
لان الشراء إذا وجد نفاذاً على العاقد ، نفذ عليه ،
ولا يتوقف . لان الأصل أن يكون تصرف الإنسان لنفسه
لا لغيره . فقد قال تعالى : " لها ما كسبت " (٢) وقال
أيضاً " وَأَنَّ لَيْسَ لِلْإِنْسَانِ إِلَّا مَا سَعَى " (٣)

وشراء الفضولي كسبه حقيقة ، فالأصل أن يكون له ، إلا إذا
جعله لغيره ، أو لم يجد نفاذاً عليه لعدم الأهلية ،
فيتوقف على إجازة الذي اشترى له ، بأن كان الفضولي
عبداً محجوراً ، أو صبياً مميزاً ، واشترى لغيره ، فإن
شراءه يتوقف على إجازة ذلك الغير ، لان الشراء لم
يجد نفاذاً عليه فيتوقف على إجازة الذي اشترى له
ضرورة ، فإن أجازته نفذ ، وكانت العهدة عليه ،

(١) أنظر بدائع الصنائع للكاساني ٣٠٢٣/٦-٣٠٢٤ والفتاوى

الخانيه لقاضيخان ١٧٣/٢ والبحر الرائق لابن نجيم ١٦٢/٦

والفتاوى الهندية لعالمكير ١٥٢/٣ وشرح فتح القديسر

لابن الهمام ٥٦٥٣/٧ والدر المختار للحصفي ٢٥/٢ وتبيين

الحقائق للزيلعي ١٠٦-١٠٥/٤ وجامع الفصولين لابن قاضي

سماوه ٣١٧/١ .

(٢) البقرة : آية (١٣٤ ، ١٤١ ، ٢٨٦) .

(٣) النجم : آية (٣٩)

وإلا بطل .

- وإن أضاف العقد إلى الذي اشترى له : بأن قال الفضولي للبائع : بع عبدك هذا من فلان بكذا ، فقال : بعت ، وقال الفضولي : قبلت البيع فيه لأجل فلان ، أو قال البائع : بعت هذا العبد من فلان بكذا ، وقبل المشتري الفضولي الشراء منه لأجل فلان ، فإنه يتوقف على إجازة المشتري له ، لأن تصرف الإنسان وإن كان له على اعتبار الأصل ، إلا أنه يمكنه أن يجعله لغيره بحق الوكالة وغير ذلك ، وههنا جعله لغيره ، فينعقد موقوفاً على إجازته .

هذا وقد وقع الخلاف بين الحنفية فيما لو حصلت الإضافة من الموجب وحده أو منه ومن القابل : فبعضهم أنفذ الشراء على الفضولي إذا لم توجد منهما معاً ، لأن أحدها شرط العقد ، فلا يتوقف. وآخرون لم يشترطوا صدورهما من الجانبين . قال " ابن عابدين" (١) " والصحيح أنه إذا أضيف في أحد الكلامين يتوقف على الإجازة" .

ويمكن أن يجاب عن استدلال الحنفية بأن كلا الآيتين لا دلالة فيهما على المراد ، فإنهما تتحدثان عن أمر الثواب والعقاب والحساب في اليوم الآخر (٢) وقضيتنا إنما هي في أن العقد هل يلزم الفضولي أم المشتري ؟

(١) أنظر حاشية ابن عابدين ١٠٩/٥

(٢) أنظر فتح القدير للشوكاني ١٤٦/١ ، ٣٠٧/١ ، ١١٤/٥

الرابع : للشافعي في القديم وحكي عنه في الجديد (١) وقد فصل في الأمر بطريقة تختلف عن طريقة الحنفية، إذ جعل لشراء الفضولي صوراً أربع ، ووافق الحنابلة (٢) في ثلاث منها من حيث التفصيل :

- الصورة الأولى : أن يشتري للغير بعين مال الغير:

للشافعي في هذه الصورة قولان :

الوقف : وهو منقول عن الإمام أحمد .

والبطلان : وهو المذهب عند الحنابلة .

- الصورة الثانية : أن يشتري بمال نفسه :

وقد فرق الشافعي في هذه الصورة بين ما إذا سُمي من اشترى له أم لم يسمه .

فإن سماه : نظر، فإن لم يأذن : لفت التسمية . وفي وقوعه عن الفضولي وجهان :

(١) - الوقف

(٢) - البطلان

وإن أذن له : فهل تلغو التسمية أم لا:

فإن قلنا تلغو : فهل يقع عن المباشر ، أم يبطل من

أصله : وجهان . وإن قلنا لاتلغو : وقع عن الآذن .

(١) أنظر روضة الطالبين للنووي ٣٥٣/٣-٣٥٤ والمجموع للنووي

٢٦٠/٩ وفتح العزيز للرافعي ١٢٢/٨ وحاشيتا قليوبي وعميرة ١٦٠/٢ .

(٢) أنظر الإنصاف للمرداوي ٢٨٣/٤ والمقنع لابن قدامة

• ٨/٢

وإن لم يسمه : وقع عن المباشر، سواء أذن ذلك الغير
أم لا .

أما الحنابلة: فالمذهب عندهم هو القول بالبطلان مطلقا
إلا ماروي عن بعض فقهاءهم من طرد قولي الوقف والبطلان فيها .
- الصورة الثالثة : أن يشتري الفضولي لغيره في الذمة
بغير إذن :

أ - فإن لم يسم ذلك الغير في العقد :
فالشافعي في المحكي عنه في الجديد قال:
يقع عن المباشر. وفي القديم قال : يقف
على الإجازة ، فإن رده المشتري له ، نفذ في
حق الفضولي ، وإن أجاز جاز في حقه .
والحنابلة ذهبوا إلى أنه يصح على الصحيح
ويقف على الإجازة .

ب - وإن سماه في العقد :
فالشافعية قالوا: هو كشرائه بعين مال الغير .
وعند الحنابلة قولان : الصحيح أنه لا يصح العقد .
والثاني حكمه حكم ما
إذا لم يسمه في العقد .

- الصورة الرابعة: أن يضيف الشراء إلى الغير بثمن
معين :

وهذه الصورة إنفرد بذكرها الشافعية، ولهم في المحكي

في الجديد فيها وجهان :

- أحدهما: يلغو العقد .
- والثاني: يقع عن المباشر .

وعلى القديم : يقف على إجازة المشتري له، فإن

أجازوا وإن رده ففيه وجهان : أحدهما : البطلان، والثاني النفاذ على الفضولي .
والخامس للظاهرية^(١) وقد قالوا إن شراء الفضولي ينفذ عليه ولا يتوقف على إجازة المشتري له .

الراجع : والذي يبدو - والله أعلم - أنه لا فرق بين

البيع والشراء ، ومدار صحة كل منهما إنما هو على صحة حديث "عروة البارقي" ، وقد صح ، فينعقد شراء الفضولي موقوفاً على الإجازة ، إلا إذا اشترى لغيره بعين مال نفسه دون ذكر ذلك الغير عند العقد ، فإن العقد في هذه الحالة يجد نفاذاً عليه ، فلا يتوقف ، لأن العقد النافذ لا يقف بعد نفاذه .

(١) أنظر المحلى لابن حزم ٤٣٤/٨

المبحث الرابع

إجارة الفضولي

اختلف الفقهاء في حكم إجارة الفضولي لأعيان الغير ، هل تنعقد موقوفة على الإجارة ؟ أم تكون باطلة ؟ على قولين :

الأول : وهو مذهب الحنفية والمالكية والشافعية في القديم والحنابلة في رواية^(١) ، قالوا : إجارة الفضولي تنعقد موقوفة على إجارة المالك أو وليه ، فإن أجازها نفذت ، وإن ردها بطلت^(٢) .

الثاني : وهو مذهب الشافعية في الجديد والحنابلة في الصحيح من المذهب^(٣) : قالوا : إجارة الفضولي غير منعقدة ، وعقده باطل ، لانه صدر ممن لا يملكه ولا ولاية له في إبرامه ، فلا يصح .

الراجع : والذي يبدو - والله أعلم - أنه لافرق بين إجارة والبيع ، فالبيع تمليك للأعيان بعوض وإجارة تمليك للمنافع بعوض ، فينعقد عقد الفضولي موقوفاً على الإجارة ، كما في البيع .

(١) أنظر درر الحكام لعلي حيدر م (٤٤٦) / ١ / ٤٢٢ وم (٤٤٧) / ١ / ٤٢٣ ومرشد الحيران لقديري باشا م (٤٧٢) / ٧٦ وجواهر الإكليل للعبدي ١٥٤ / ٢ والمدونة للإمام مالك ٣٧٦ / ٥ والتاج والإكليل للعبدي ٢٩٧ / ٥ وشروح منح الجليل لعليش ٥٦٤ / ٣ وقوانين الأحكام الشرعية للغرناطي / ٣٠١ / ومغني المحتاج للشربيني ١٥ / ٢ والمجموع للنووي ٢٥٩ / ٩ والإنصاف للمرداوي ٢٨٣ / ٤

(٢) فرق الحنفية بين أن يكون الفضولي مؤجراً أو مستأجراً ، ففعلوا إجارته كبيعه واستجاره كشرائه ، ولم أجد هذا التفريق عند غيرهم . أنظر بدائع الصنائع للكاساني ٢٥٦٢ - ٢٥٦٣

(٣) أنظر المجموع للنووي ٢٥٩ / ٩ ومغني المحتاج للشربيني ١٥ / ٢ وكشاف القناع ٥٥٨ / ٣

المبحث الخامس

إنكاح الفضولي

اختلف الفقهاء في إنكاح الفضولي على أربعة أقوال:

- الأول: وهو مذهب الشافعي في الجديد والصحيح من مذهب الحنابلة والظاهرية (١) قالوا: إنكاح الفضولي باطل، لا تؤثر فيه إجازة الولي.
- الثاني: وهو مذهب الشافعي في القديم - وهو محكي عنه في الجديد - وأبي يوسف من الحنفية والحنابلة في رواية (٢) قالوا: إنكاح الفضولي موقوف على إجازة الولي، إن أجازته نفذ وإلا فسخ برده.
- الثالث: وهو مذهب أبي حنيفة ومحمد (٣) وقد فصلوا القول في ذلك:

فجعلوا إنكاح الفضولي باطل في حالات وموقوف في غيرها:

-
- (١) أنظر الأم للشافعي ١٢/٥ والمجموع للنووي ٢٥٩/٩ - ٢٦١ ومغني المحتاج للشربيني ١٥/٢ والمغني لابن قدامة ٢٨/٧ والإنصاف للمرداوي ٦٧/٨ والعدة للمقدسي ٣٦٣/ والمحلّى لابن حزم ٤٥٩/٩
- (٢) أنظر المجموع للنووي ٢٥٩/٩ - ٢٦١ ومغني المحتاج للشربيني ١٥/٢ والإنصاف للمرداوي ٦٧/٨ والمغني لابن قدامة ٢٨/٧ وحاشية ابن عابدين ٩٧/٣ وبدائع الصنائع للكاساني ١٣٣٤/٣ - ١٣٣٥ والهداية للمرغيناني ١٩٩/١ وشرح فتح القدير لابن الهمام ٣١٠/٣ ومجمع الأنهر لداماد أفندي ٣٤٣/١
- (٣) أنظر حاشية ابن عابدين ٩٧/٣ وبدائع الصنائع للكاساني ١٣٣٤/٣ - ١٣٣٥ والمبسوط للسرخسي ١٥/٥ والهداية للمرغيناني ١٩٩/١ والعناية للبابرتي ٣١١ - ٣١٠/٣

أما حالات البطلان: فهي ما إذا كان المتولي لطرفي النكاح فضولياً واحداً ، سواء تكلم بكلام واحد، أو بكلامين،^(١) أو كان فضولياً بالنسبة لأحد الطرفين أصيلاً أو وكيلًا أو ولياً بالنسبة للطرف الآخر، وأما وقف إنكاح الفضولي على الإجازة فحيث لا يكون المتولي لطرفي النكاح فضولياً ، سواء قبل عنه فضولي آخر أو أصيل أو وكيل.

الرابع : وهو مذهب المالكية^(٢) : وقد فرقوا فيه بين

أن يكون الولي مجبراً أم غير مجبر:

- أ (فإن كان الولي مجبراً ، لم يجر النكاح الذي وقع من الفضولي ، وإن أجازة الولي .
- ب (وإن لم يكن له الإيجاب : فيما أن تكون المزوجة ذات قدر أو دنيئة .

(١) فإن كانت ذات قدر: فقال " مالك " : ما فسّخه بالبين ، ولكنه أحب إليّ . وقال " ابن القاسم " له إجازة ذلك ورده ، ما لم يَبْنِ . وقال آخرون : إن دخل

(١) وقد نقل ابن عابدين اختلاف النقل في هذا التقييد بالكلام الواحد أو الكلاميين ، أنظر حاشية ابن عابدين ٩٧/٣ وانظر شرح فتح القدير لابن الهمام ٣١٠/٣-٣١١.

(٢) أنظر الخرشي ١٨٢/٣-١٨٣ وحاشية العدوي ٤٢/٢ وفتح العلي المالک لعليش ٣٩٥/١ ، ٤٠١/١ ، وقوانين الأحكام الشرعية لابن جزيء /٢٢٣/ .

بها الزوج ، وطال مكثه معها بمضي ثلاث سنين ، أو ولادة ولدين
أو أكثر ، لم يفسخ النكاح ، وإلا كان الولي مخيراً بين
الفسخ والإمضاء .

(٢) وإن كانت دنيئة : ففيها قولان : أحدهما : أن النكاح
ماض مطلقاً وهو المشهور عند المالكية .

والثاني : أنها كذات القدر الشريفة .

الراجح : ويبدو - والله أعلم - أن القول بوقف النكاح
بإطلاق على إجازة الولي أولى : لما يلي :

١- لأنه عقد صدر من أهله في محل قابل لحكمه ،
ولا ضرر من انعقاده موقوفاً على الإجازة ، فجاز .

٢- تفريق المالكية بين الشريفة والدنيئة لا وجه له ،
فإن مثل هذا الأمر يحتاج إلى دليل ، بالإضافة إلى
أن الكثير من نصوص الشريعة وقواعدها على خلاف ذلك .
نعم هناك أدلة في إثبات الفرق بين الأمة والحره في
عديد من الأمور كاللباس والدية والعقوبات ، ونحوها ،
وليست الدنيئة كالأمة .

٣- وأيضاً فإن تفريقهم بين الولي المجر وغيره غير مسلم ،
فإن الولاية تنتقل إلى غير المجر عند غيبة المجر غيبة
منقطعة مثلاً ، فإذا انتقلت إليه تعلقت الإجازة به ، شأنه
في ذلك شأن المجر ، فإن الضرر الذي يحصل من نفاذ العقد
دون إجازة الولي في الحالتين سواء ، ولذا لم يكن التفريق
بينهما مقبولاً ، إلا إذا أُيده الدليل ، ولم يوجد .

المبحث السادس

تبرعات الفضولي

المطلب الأول

وصية الفضولي

اختلف الفقهاء في وصية الفضولي على قولين:

الأول: وهو مذهب الحنفية (١) ووجه عند الشافعية (٢): قالوا: تصح الوصية من الفضولي ، وتقف على إجازة المالك ، لأنها تصح بالمعدوم ، فصحتها من الفضولي أولى .

الثاني: وهو مذهب المالكية والحنابلة، والوجه الثاني عند الشافعية ، وبه قطع " الغزالي " (٣): قالوا: لاتصح وصية الفضولي ، لأن المالك وحده هو الذي يملك التصرف في ملكة فقط ، ولا يكون الشيء الواحد محلا لتصرف شخصين .

الراجح: ويبدو - والله أعلم - أن الحكم بصحة وصية الفضولي موقوفه على إجازة المالك هو الأولى لمايلي:

(١) مذهب الحنفية فيما إذا أوصى الفضولي من مال لغيره معين هو الوقف كما ذكر، لكن لو كانت وصيته بملك غيره مطلقا فإن النص عندهم على عدم الصحة. ففي الهداية ٢٤٢/٤ قال " المرغيناني " " والوصية بملك الغير لاتصح ، حتى لو ملكه بوجه من الوجوه ثم مات لاتصح وصيته ولاتنفذ .

وأنظر تكملة شرح فتح القدير لقاضي زاد ٤٥٩/١٠٥٥١ وشرح العناية على الهداية للبارتي ٤٥٩/١٠٥٩١ ومجمع الأنهر لداماد أفندي ٧٠٤/٢ والبحر الرائق لابن نجيم ١٦٤/٦

(٢) أنظر روضة الطالبين للنووي ١١٦/٦ والمجموع للنووي ٢٥٩/٩-٢٦٠

والأنوار لأعمال الأبرار للأردبيلي ٢٣/٢-٢٤

(٣) أنظر الشرح الكبير للدرديروحاشية الدسوقي عليه ٣٧٥/٤ والخرشي

١٦٨/٨ وقوانين الأحكام الشرعية لابن جزي ٤٣٩/٤ وحاشية العدوي =

- (١) دليل من قال بعدم الصحة غير مسلم ، فإن الشيء الواحد يمكن أن يكون محلاً لتصرف شخصين ، كما هو الحال في تصرف الوكيل والأصيل ، وتصرف الصبي المميز ووليه أو وصيه .
- (٢) ولأن الوصية إذا كانت تصح بالمعدوم ، كأن يقول الرجل : أوصيت بألف درهم من مالي ، ولايملك درهما واحداً ، وتصح بالمجهول ، كأن يقول : أوصيت بنتاج أرضي بعد سنة من وفاتي ، إذا كانت كذلك في هذا وذاك ، فصحتها من قبل الفضولي أولى .
- (٣) ولأن المالك لا يقع عليه ضرر من وصية الفضولي ، إذ إنه يملك الإجازة والرد ، والأمر إليه في تقرير النفاذ وعدمه ، ولا إكراه ، حتى إن الحنفية ذهبوا إلى أبعد من ذلك ، فجعلوا إجازته تبرعاً منه . قال "المرغيناني" (١) "ومن أوصى من مال رجل لآخر بألف بعينه فأجاز صاحب المال بعد موت الموصي ، فإن دفعه فهو جائز ، ولـه أن يمتنع لأن هذا تبرع بمال الغير فيتوقف على إجازته ، وإذا أجاز يكون تبرعاً منه أيضاً ، فله

= ٢٠٥/٢ وروضة الطالبين للنووي ١١٦/٦ ، ١١٩/٦ والمجموع للنووي ٢٦١/٩ والأثوار لأعمال الأبرار للأردبيلي ٢٤-٢٣/٢ ومنتهى الإرادات لابن النجار ٤٣٠/١ ، ٤٩/٢ والتنقيح المشيع للمرداوي ١٩٧/١ والإقناع للمقدسي ٦٤/٣ وحاشية سليمان بن عبد الوهاب على المقنع ٣٧٦/٢

(١) أنظر الهداية ٢٤٣/٤ وأنظر تكملة شرح فتح القديري لقاضي زاده ٤٥٩/١٠ ومجمع الأنهر لداماد أفندي ٧٠٤/٢ والبحر الرائق لابن نجيم ١٦٤/٦

٤- أن يمتنع من التسليم".
ثم إن الوصية تبرع مضاف لما بعد الموت ، ولايتأتى
من القول بوقفها وقوع أدنى ضرر على المالك بل
حتى ظن وقوعه .

.. ..

المطلب الثاني

هبة الفضولي

اختلف الفقهاء في حكم هبة الفضولي على قولين:

الأول: للمالكية وهو المشهور والشافعي في الجديد وهو المذهب والحنابلة^(١): قالوا: هبة الفضولي باطلة، لاستحالة تملك ماليس بمملوك.

ثم إن المالكية فرقوا بين الهبة والبيع، لأن البيع في نظير عوض، أما الهبة فليست كذلك^(٢).

الثاني: وهو مذهب الحنفية ورواية عند المالكية ومذهب الشافعي في القديم، وهو محكي عنه في الجديد^(٣).

قالوا: تنعقد هبة الفضولي صحيحة موقوفة على إجازة المالك، فإذا أجازها كانت إجازته فيحكم الوكالة السابقة، وإن ردها انفسخت.

-
- (١) أنظر حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٤/٨٧-٨٨ والخرشبي ٧٩/٧ والشرح الصغير للدردير وحاشية الصاوي عليه ٤٣٣/٥ وقوانين الأحكام الشرعية لابن جزي ٣٩٧/ والمجموع للنووي ٩/٢٥٩-٢٦٠ ومغني المحتاج للشربيني ٢/١٥ وكشاف القناع للبهوتي ٤/٣٥٢ ومنتهى الإرادات لابن النجار ٢/٢٨ والمغني لابن قدامة ٦/٦٤ والمقنع لابن قدامة ٢/٣٤٣ والمحرم لمجد الدين بن تيمية ١/٣٧٥.
- (٢) أنظر الشرح الصغير للدردير وحاشية الصاوي عليه ٤٣٣/٥ وقوانين الأحكام الشرعية لابن جزي ٣٩٧/٦.
- (٣) أنظر البحر الرائق لابن نجيم ٦/١٦٣ ودرر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر م/١(٩٦) ٨٥/١ وم(٨٥٣) ٢/٣٨٥ و٢/٢٨٦ وحاشية ابن عابدين ٨/٤٢٤ وبدائع الصنائع للكاساني ٨/٣٦٧ والبهجة شرع التحفة للتسولي ٢/٧١ وحاشية العدوي على الخرشبي ٧/٧٩ والمجموع للنووي ٩/٢٥٩-٢٦٠ ومغني المحتاج للشربيني ٢/١٥.

الراجح: ويبدو - والله أعلم - أن ماذهب إليه الفريق الأول أولى لمايلي :

- (١) الهبة تبرع محض ، وهي من التصرفات الضارة ضررا محضاً فلا يمكن القول فيها بالوقف .
- (٢) القول بوقف الهبة إذا صدرت من الفضولي يعارض أصل مشروعية عقد الفضولي ، لانه ممنوع من كل تصرف تمحض ضررا خالصاً والهبة كذلك ، إذ ليس في هبة الفضولي مصلحة للمالك قد تظهر أو تنكشف آجلاً أم عاجلاً .
- (٣) وتفريق المالكية بين الهبة والبيع وتفريق وجيه ، لأن البيع قد تتحقق فيه مصلحة للمالك ، بخلاف الهبة .

المطلب الثالث

وقف الفضولي

اختلف الفقهاء في حكم وقف الفضولي على قولين:
أحدهما: وهو مشهور مذهب المالكية وبه قال الشافعي في الجديد
والحنابلة^(١): وقف الفضولي باطل سواء أجاز المالك بعهده
أم لا .

الثاني: للحنفية وهو قول عند المالكية ومذهب الشافعي
في القديم ومحكي عنه في الجديد وقول لأحمد: ^(٢) ينعقد وقف
الفضولي موقوفاً على إجازة المالك إن أجاز جازواً إلا كان باطلاً .

الراجح: ويبدو - والله أعلم - أن القول بالوقف أولى :
لأن الوقف وإن كان تبرعاً من التبرعات لكنه قد يتحقق فيه
مصلحة للمالك ، كالوقف الخيري على جهة بر، فإن فيه أجراً
وثواباً، والقول بانعقاده ، موقوف على الإجازة لا يضر فيه على
المالك .

(١) أنظر الخرشي ٧٩/٧ وحاشية الدسوقي ٨٨-٨٧/٤ والشرح المغير
للدردير وحاشية الصاوي ٤٣٣/٥ وقوانين الأحكام الشرعية
لابن جزى ٣٩٧/٦ ومغني المحتاج للشربيني ١٥/٢ والمجموع للنووي
٢٦٠-٢٥٩/٩ وكشاف القناع للبهوتي ٢٧٩/٤ .

(٢) أنظر البحر الرائق لابن نجيم ٢٠٣/٥ وشرح فتح القدير
لابن الهمام ٢٠١/٦ وأحكام الأوقاف للخفاف ١٢٩/١ والإسعاف في
أحكام الأوقاف للطرابلسي ١٥/١ وحاشية الدسوقي ٨٨/٤ والخرشي
٩٧/٧ والبهجة شرح التحفة للتسولي ٧١/٢ وحاشية العدوي على
الخرشي ٧٩/٧ والمجموع للنووي ٢٦٠-٢٥٩/٩ ومغني المحتاج
لشربيني ١٥/٢ والإنصاف للمرداوي ١٢-١١/٧ والمقنن
لابن قدامة ٣١٠/٢ .

الفصل الثاني : تبرعات المريض مرض الموت
وفيه تمهيد ومبحثان :

تمهيد في معنى مرض الموت عند الفقهاء .

المبحث الأول : تبرعات المريض الصريحه .
وفيه أربعة مطالب :

المطلب الأول : وصية المريض .

المطلب الثاني : هبة المريض .

المطلب الثالث : كفالة المريض بالمال .

المطلب الرابع : وقف المريض .

المبحث الثاني : تبرعات المريض الضمنية :
وفيه مطلبان :

المطلب الأول : معاوضاته بثمن المثل .

المطلب الثاني : معاوضاته بمحابة .

تمهيد : في تعريف مرض الموت عند الفقهاء :

أسهب الفقهاء^(١) في بيان المراد من مرض الموت ، وعدادوا كثيرا من الأمراض التي تعتبر أمثلة له ، كما ذكروا ما يلحق بذلك من الأمور التي يحكم فيها بحكم مرض الموت .

إلا أنه لم يكن مدار خلافهم حول حقيقة مرض الموت ، بل كان في بيان علاماته وصفاته ، " فالكاساني " حده بقوله : " هو الذي يخاف منه الموت غالبا " . ونقل عن " الكرخي " أن المريض مرض الموت : هو الذي أفساه المرض ، وصار صاحب فراش . كما نقل عن " الحسن بن زياد " عن " أبي حنيفة " أن المريض مرض الموت : هو من يكون مغنى ، لا يقوم إلا بشدة ، وهو في حال يعذر في العلة جالسا .^(٢)

أما " الخرخي "^(٣) فإنه عرف مرض الموت بأنه : " هو المرض الذي يكثر الموت من مثله " .

(١) انظر حاشية الدسوقي ٣/٣٠٦ والزرقاني على خليل ٥/٣٩٠ والخرشي وحاشية العدوي عليه ٥/٣٠٤ - ٣٠٥ والشرح المغير للدردير وحاشية الصاوي عليه ٤/٥٢٢ - ٥٢٣ والبحر الرائق لابن نجيم ٤/٤٦ وبدائع المنايع للكاساني ٤/٢٠٧٠ وشرح الأحكام الشرعية للأبياني ٢/٣١٤ وشرح صدر الشريعة على متن الوقاية ١/٢٠٦ والأم للشافعي ٤/١٠٧ وروضة الطالبين للنووي ٦/١٣٠ ونهاية المحتاج للرملي ٦/٦٠ - ٦١ وكشاف القناع للبهوتي ٤/٣٥٧ - ٣٥٩ والمغني لابن قدامة ٦/٢٠٢ - ٢٠٦ ومطالب أولى النهى لمعطف السيوطي الرحيباني ٤/٤١٧ والفروع لابن مفلح ٤/٦٦٧ .

(٢) انظر بدائع المنايع للكاساني ٤/٢٠٧٠ .

(٣) انظر الخرخي ٥/٣٠٤ .

وعرفه " الشريبي " (١) بقوله : " هو المرض الذي يخاف منه الموت لانادرا ، وإن لم يكن غالبا " .

وحده " البهوتي " (٢) بأنه : " ماكثر حصول الموت منه " .

إلا أن بعض الفقهاء اعتبر المرض الذي يعجز عن متابعة المصالح داخل أو خارج البيت ، من قبيل مرض الموت ، وهو ما عرفه به " ابن نجيم " (٣) حيث قال : " هو عجز المريض عن القيام بحوائجه خارج البيت ، وعجز المريض عن القيام بمصالحها داخل البيت " .

ومن دراسة هذه التعريفات وأمثالها ، يبدو تماما أن خلاف الفقهاء إنما هو في تحديد علامات مرض الموت .

يقول الدكتور " نزيه حماد " (٤) : " ويظهر للمستقرى لأقاويل الفقهاء في التعريف بمرض الموت ، أن اختلافهم فيه لم يكن اختلافاً في حقيقة مرض الموت ومفهومه ، وإنما كان اختلافاً وتبايناً في تحديد أماراته وعلاماته " .

وبناء على ما ذكره الفقهاء ، يمكن تعريف مرض الموت بأنه :

" هو المرض الذي يكثر فيه الموت ، ولو لم يكن بسببه ، ويتصل به أخيراً "

ومن هذا التعريف يمكن القول بأنه : لا يكون المرض مرض موت

(١) أنظر مغني المحتاج ٥٠/٣ .

(٢) أنظر كشاف القناع ٣٥٨/٤ .

(٣) أنظر البحر الرائق ٤٦/٤ .

(٤) أنظر أثر مرض الموت في تقييد التمرفات في الفقه الإسلامي

إلا إذا تحقق فيه وصفان :

- (١) أن يكثر حصول الموت منه .
- (٢) أن يتصل به الموت فعلا ، فإن برىء بعده ولو يسيرا ، ثم مات ، لم يكن مرض موت وكانت جميع تعرفاته أثناء مرضه ، كتعرفات الصحيح .

وسأتى على كل واحد من الوصفين بشيء من التفصيل :

الوصف الأول : أن يكثر حصول الموت منه : (١)

يشترط في المرض الذي يسمى مرض موت أن يكون سببا صالحا للموت ، حتى يضاف إليه ، غير أن من الفقهاء من اعتبر ضابط مرض الموت : هو أن يكون المرض مخوفا يغلب في مثله الموت ، وإن كان هؤلاء قد وقع النزاع بينهم بعد هذا الضابط في بعض الأمراض فبعضهم اعتبرها من قبيل مرض الموت ، في الوقت الذي لم يرها آخرون كذلك .

وليس الأمر كذلك فإن وصف الخوف لا يصح أن يعتبر ضابطا لمرض الموت ، فإن المخاض معتبر مرض موت وليس الهلاك فيه غالبا ولا مساويا للسلامة ، إضافة إلى أن وصف الخوف غير منضبط ويختلف تبعا للتطور العلمي والمستوى الطبي .

وعلى كل فما أشكل أمره من الأمراض رجع فيه إلى قول أهل المعرفة ، وهم الأطباء . لأنهم أهل الخبرة والتجربة والمعرفة بذلك .

(١) أنظر المغني لابن قدامة ٢٠٢/٦ - ٢٠٣ والإختيارات العلمية لابن تيمية ٥٢١/٤ .

ولا يقبل إلا قول طبيبين مسلمين ثقتين بالغين ، لأن ذلك يتعلق به حقوق الوارث وأهل العطايا ، فلم يقبل فيه إلا ذلك . (١)

الوصف الثاني : أن يتعل به الموت فعلا :

وهنا نقطة يجدر بيانها ، وهي أن اتصال الموت بالمرض لا يلزم منه أن يكون الموت بسبب هذا المرض ، بل سواء وقع بسببه أم بسبب آخر خارج عن هذا المرض السابق ، فإنه يعتبر في هذه الحالة مرض موت ، فإن صح من مرضه ، ثم مات بعد ذلك فحكمه في التبرعات التي أوقعها أثناء مرضه حكم الصحيح . (٢)

(١) أنظر المغني لابن قدامة ٢٠٢/٦ والمهذب للشيرازي ٤٥٣/١ ومغني

المحتاج للشربيني ٥٠/٣ .

(٢) أنظر المغني لابن قدامة ٢٠٢/٦ .

المبحث الأول

تبرعات المريـض المريـحة

لتبرعات المريـض عدة أحكام ، تختلف حسب وضعه المالي ، ومفـة المتبرع له . فالمريـض : إما أن يتبرع لوارث ، أو أجنبي . وفي كلتا الحالتين : إما أن يكون له وارث ، أولا . وهذا المريـض : إما أن يكون مدينا ، أو غير مدين ، فإن كان مدينا : فإما أن يكون الدين مستغرقا لجميع التركة ، أو غير مستغرق لها .

وهذه التبرعات أخيرا إما أن تكون مضافة لما بعد الموت كالومية ، أو تكون منجزة كالهبة والكفالة بالمال .

وسأتي على بيان كل واحدة من هذه التبرعات إن شاء الله .

المطلب الأول

ومسألة المريضة

تستحب الوصية بجزء من المال لمن ترك خيرا ، لقوله تعالى :
 " كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيرا الوصية " (١) ، وهذا
 الإستحباب إنما هو في حق من لا يرث (٢) ، وبما لا يزيد على الثلث ، فقد
 روى " سعد بن أبي وقاص " قال : جاءني رسول الله صلى الله عليه وسلم
 يعودني عام حجة الوداع ، من وجع اشتد بي ، فقلت : يا رسول الله قد
 بلغ بي من الوجع ما ترى ، وأنا ذو مال ، ولا يرثني إلا ابنة ، أفأتمسك
 بثلاثي مالي ؟ قال : " لا " . قلت : فبالشر يارسول الله ؟ قال : " لا " . قلت :
 فبالثلث ؟ قال : " الثلث والثلث كثير ، إنك إن تذر ورثتك أغنياً ، خير
 من أن تدعهم عالة يتكفون الناس " (٣)

وروى " أبو يزيد الأنصاري " رضي الله عنه ، أن رجلا أعتق ستنة
 أعبد عند موته ، ليس له مال غيرهم ، فأقرع بينهم رسول الله صلى الله
 عليه وسلم ، فأعتق اثنين وأرق أربعة وقال له قولاً شديداً " (٤) .

-
- (١) البقرة : ١٨٠ .
 (٢) أنظر المغني لابن قدامة ١٣٨/٦ .
 (٣) أخرجه البخاري ومسلم وأبو داود والترمذي وغيرهم . أنظر فتح الباري لابن حجر ٣٦٩/٥ وصحيح مسلم ١٢٥٠/٣ وسنن أبي داود ٢٨٤/٣ - ٢٨٦ وسنن الترمذي ٢٦٨/٨ - ٢٧٠ وانظر نيل الأوطار للشوكاني ٣٧/٦ - ٣٨ .
 (٤) أخرجه مسلم وأبو داود والترمذي والنسائي وابن ماجه والإمام أحمد . أنظر صحيح مسلم ١٢١٨/٣ وسنن أبي داود ٣٥٣/٢ وسنن الترمذي ٩٨/٦ وسنن النسائي ٦٤/٤ وسنن ابن ماجه ٧٨٥/٢ - ٧٨٧ ومسنن الإمام أحمد ٤٢٦/٤ ، ٣٤١/٥ وانظر نيل الأوطار للشوكاني ٤١/٦ - ٤٢ . قال الترمذي " هذا حديث اتفق عليه الحسن والمصحيح ، وقال به فقهاء المسلمين " .

وصية غير المديين

فإذا أوصى المريض مرض الموت بشيء من ماله وكان غير مديين

نظر :

أولاً : فإن كانت وصيته لوارث وله وارث سواه :

فلا خلاف بين الفقهاء في أن الوصية للوارث إن ردها باقي الورثة لاتصح . وقد نقل " ابن قدامة " (١) الإجماع على ذلك ، حيث قال " قال ابن المنذر وابن عبد البر : أجمع أهل العلم على هذا " .

إلا أنه لو أجاز باقي الورثة وصية مورثهم ، فهل يعتد بإجازتهم ؟ أم يبقى الحكم ببطلان الوصية للوارث ؟

اختلف الفقهاء في ذلك على ثلاثة أقوال :

(١) فذهب الحنفية والشافعية في الأظهر والحنابلة ، وهو قول للمالكية (٢) : إلى أن الوصية للوارث موقوفة على إجازة باقي الورثة ، إن أجازوها نفذت ، وإن ردها بطلت .

(١) أنظر المغني ١٤١/٦ .

(٢) أنظر تبیین الحقائق للزيلعي وحاشية الشلبي عليه ١٨٢/٦ وتكملة شرح فتح القدير لقاضي زاده ٤١١/١٠ وروضة الطالبين للنووي ١٠٩/٦ ونهاية المحتاج للرملي ٤٩/٦ وحاشية العدوي على الخرشي ١٧١/٨ والشرح المغير للدردير ٣٣٠/٦ والإنصاف للمرداوي ١٩٣/٧ والروض المربع للبهوتي ٢٤٥/٢ وكشاف القناع للبهوتي ٣٧٦/٤ - ٣٧٧ والمغني لابن قدامة ١٤١/٦ .

واستدلوا لذلك بما يلي :

- (أ) ما روى " ابن عباس " رضي الله عنهما قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : " لا تجوز وصية لوارث إلا أن يشاء الورثة " (١) فهذا الحديث دليل على أن الوصية للوارث موقوفة على رضا باقي الورثة ، وأنها صحيحة عند الإجازة .
- (ب) ولأنه تصرف صدر من أهله في محله ، فصح كما لو كانت الوصية لأجنبي . (٢)
- (ج) ولأن المنع إنما كان في الأصل لحق الورثة ، فإذا أجازوه لم يمتنع . (٣)
- (٢) وذهب المالكية في المشهور والشافعي في قول والظاهرية (٤) : إلى أن الوصية للوارث لا تصح مطلقا ، أجاز الورثة أم لا .
- واستدلوا لذلك بما روى " أبو أمامة " رضي الله عنه قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : " إنَّ الله قد أعطى كل ذي حق حقه ، فلا وصية لوارث " (٥) .

-
- (١) أخرجه الدارقطني والبيهقي . أنظر سنن الدارقطني ٩٨/٤ و سنن البيهقي ٢٦٣/٦ وانظر نصب الراية للزيلعي ٤٠٤/٤ و نيل الأوطار للشوكاني ٤٠/٦
- قال ابن حجر " في " الفتح " ٣٧٢/٥ : " وروى الدارقطني من طريق ابن جريج عن عطاء عن ابن عباس مرفوعا : " لا تجوز وصية لوارث إلا أن يشاء الورثة " ورجاله ثقات ، إلا أنه معلول ، ففيه عطاء الخراساني وقد قال عنه البخاري : كان مرجئا ، وقال أبو زرعة لا بأس به . كما أخرج الدارقطني الحديث من طريق عن ابن عباس مرفوعا أيضا إلا أن فيه انقطاعا ، لكن يونس بن راشد وصله ، فرواه عن عطاء عن عكرمة عن ابن عباس . وأخرجه ابن عدي من طريق عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده وفيه حبيب بن الشهيد ، وفيه لين وقال عنه ابن عدي : أرجو أن يكون مستقيم الرواية .
- (٢) أنظر المغني لابن قدامة ١٤١/٦ .
- (٣) أنظر فتح الباري لابن حجر ٣٧٣/٥ .
- (٤) أنظر الخرخشي ١٧١/٨ وروضة الطالبين للنووي ١٠٩/٦ ونهاية المحتاج للرملي ٤٩/٦ والمحلى لابن حزم ٣١٦/٩ .
- (٥) أخرجه أبو داود والترمذي والنسائي وابن ماجه . وقال الترمذي : حسن صحيح . أنظر مختصر سنن أبي داود ٢٩١/٣ و سنن الترمذي ٢٧٥/٨ و سنن النسائي ٢٤٧/٦ و سنن ابن ماجه ١١٧/٢ .

(٣) وذهب الشافعي^(١) في قول، وبه قال المزني : إلى أن الوصية للوارث بأكثر من الثلث لا تجوز أجازتها الورثة أم لم يجيزوها ، واحتج لذلك بحديث " عمران بن حصين " (٢) الذي أعتق ستة أعبدا ، فإن فيه : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال له قولا شديدا ، وفسر القول الشديد في رواية أخرى بأنه قال : " لو علمت ذلك ما ملكت عليه " ولم ينقل أنه راجع الورثة ، فدل على منعه مطلقا (٣) .

ويترتب على هذا الخلاف : أن تلك الوصية اذا كانت صحيحة ، فتعتبر إجازة الورثة تنفيذا لها في الأظهر من مذهب الشافعية والمالكية في رواية عندهم وقول لإمام أحمد^(٤) . وإذا كانت باطلة فتعتبر الإجازة ابتداء عطية من الورثة وهذا هو مشهور مذهب المالكية والقول الثاني عند الشافعية . (٥)

الراجع :

ويبدو - والله أعلم - أن ما ذهب اليه الحنفية والشافعية في الأظهر والحنابلة والمالكية في قول ، هو الأولى لما يلي :

- (١) أنظر مختصر المزني ٢٦٩/٥ ، ٢٧١/٥ وفتح الباري لابن حجر ٣٧٣ /٥ ومختصر سنن أبي داود للمنذري ١٥٠/٤ ونيل الأوطار للشوكاني ٤١/٦
- (٢) سبق ذكر الحديث وتخرجه في صفحة رقم (١٩٢)
- (٣) أنظر فتح الباري لابن حجر ٣٧٣/٥ .
- (٤) أنظر حاشية العدوي على الخرخشي ١٧١/٨ وروضة الطالبين للنووي ١٠٩/٦ والمغني لابن قدامة ١٤١/٦ .
- (٥) أنظر حاشية العدوي على الخرخشي ١٧١/٨ والشرح المغير للدردير ٣٣٠/٦ وروضة الطالبين للنووي ١٠٩/٦ .

(آ) لأن حديث " أبي أمامة " رضي الله عنه مقيد بحديث " ابن عباس " رضي الله عنهما .

ومقتضى ذلك صحة الوصية للوارث إن أجاز الورثة .

(ب) وأما حديث " عمران بن حصين " فقد قال " النووي " : " معناه : قال في شأنه قولاً شديداً كراهية لفعله وتغليظاً عليه " . ثم قال : " وأما ترك الصلاة عليه فمحمول على أن النبي صلى الله عليه وسلم وحده كان يترك الصلاة عليه تغليظاً وزجراً لغيره على مثل فعله " (١) .

ثم إن تعرف الرسول صلى الله عليه وسلم دون الرجوع إلى الورثة لا يدل على بطلان الوصية فيما زاد عن الثلث ، بل لعله صلى الله عليه وسلم علم عدم رضا الورثة واحتجاجهم على فعل مورثهم . يدل لذلك رواية الإمام " أحمد " للحديث وفيه " فجاء ورثته من الأعراب فأخبروا رسول الله صلى الله عليه وسلم بما صنع " (٢) وذلك جمعاً بين حديث " عمران " رضي الله عنه هذا ، وحديث " ابن عباس " رضي الله عنهما .

والجمع بين الأدلة أن أمكن أولى من المعير إلى أحدها .

ثانياً : وإن كانت وصيته لوارث ليس له سواه : نفذت وصيته لأن الوارث إن كان صاحب فرض أخذ فرضه وما بقى من التركة يأخذه بالرد وإن كان عمبة أخذ التركة بالتعميب فيكون حقه في جميع التركة ، حيث لا منازع له فيها .

(١) أنظر شرح النووي على مسلم ١٤٠/١١ .

(٢) أنظر نيل الأوطار للشوكاني ٤٢/٦ .

ثالثاً : وإن كانت وصيته لأجنبي وله وارث :

(١) فإن كانت بالثلث فما دونه كانت صحيحة نافذة . (١)

(٢) وإن كانت الوصية بأكثر من الثلث ، وكان للمومي وارث :

فقد اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين :

(أ) فذهب المالكية والإمام أحمد في قول له والظاهرية (٢)

إلى أن الوصية تبطل فيما زاد على الثلث .

لكن المالكية والإمام أحمد في قول له قالوا

لو أجاز الورثة تكون إجازتهم ابتداءً

عطية .

واستدلوا لذلك بما يلي :

- حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم :

" الثلث والثلث كثير " ، فهذا الحديث (٣)

دليل على أنه لا تصح الوصية بما زاد على

الثلث . (٤)

- حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم :

(١) أنظر المغني لابن قدامة ١٤٦/٦ وجواهر العقود للأسيوطي ٤٤٦/١

والهداية للمرفيناني ٢٣٢/٤ والمحلى لابن حزم ٣١٧ /٩

(٢) أنظر الخرخشي ١٧١/٨ والإنصاف للمرداوى ١٩٤/٧ والمحلى لابن حزم ٣١٧/٩

(٣) سبق تخريجه في صفحة رقم (١٩٢) .

(٤) أنظر تكملة شرح فتح القدير لقاضي زاده ٤١٥/١٠ .

" الحيف في الوصية من أكبر الكبائر " (١) ،
وفسر الحيف هنا بالزيادة على الثلث . (٢)
• أما الظاهرية فقالوا بطلان الزائد على الثلث أجاز الورثة أم لا
(ب) وذهب الحنفية والشافعية والحنابلة والمالكية
في رواية (٣) إلى أنها تمنح الوصية فيمما
زاد على الثلث ، وتكون موقوفه على إجازة
الورثة ، إن أجازوها نفذت ، وإن ردوها
• بطلت .

ثم بعد ذلك : هل تكون الإجازة تنفيذا للوصية أم ابتداء عطية .
قولان عند الشافعية (٤) دون غيرهم من أصحاب هذا المذهب .

(١) الحديث بهذا اللفظ موقوف وغريب إلا أنه في الباب حديث آخر
بلفظ : " إن الرجل ليعمل أو المرأة بطاعة الله تعالى ستين
سنة ، ثم يحضرهما الموت فيضاران في الوصية فتجب لهما النار "
أخرجه أبوداود في سننه ٢٨٩/٣ والترمذي في سننه ٢٧٢/٨ وقال:
حديث حسن صحيح غريب .

وقال المناوي في فيض القدير ٣٣٥/٢ " والمضارة في
الوصية من أكبر الكبائر " وهذا هو نص الحديث الذي رواه سعيد
ابن منصور موقوفا بإسناد صحيح والنسائي مرفوعا ورجاله ثققات
وقد أخرج حديث أبي داود والترمذي ابن ماجه في سننه ٩٠٢/٢ بلفظ
قريب من لفظهما وفيه : " فإذا أوصى حاف في وصيته . . "
وانظر في تخريج حديث الإستدلال نعب الراية للزيلعي ٤٠١/٤ ونيل
الأوطار للشوكاني ٣٤/٦ .

(٢) أنظر تبیین الحقائق للزيلعي ١٨٢/٦ والهداية للمرغيناني ٢٣٢/٤
وتكملة شرح فتح القدير لقاضي زاده ٤٢٣/١٠ - ٤٢٤ .

(٣) أنظر تبیین الحقائق للزيلعي وحاشية الشلبي عليه ١٨٢/٦ وحاشية
ابن عابدين ٦٥٠/٦ - ٦٥١ وروضة الطالبين للنووي ١٢٣/٦، ١٠٨/٦
ونهاية المحتاج للرملي ٥٤/٦ وكشاف القناع للبهوتي ٣٧٥/٤ - ٣٧٦
والإنصاف للمرداوي ١٩٤/٧ والمغني لابن قدامة ١٤٦/٦ وحاشية الدسوقي
على الشرح الكبير ٣٨٩/٤ .

(٤) أنظر شرح منهاج الطالبين للنووي ١٦١/٣ .

الراجع :

ويبدو - والله أعلم - أن القول الأول الذي يرى أن الإجازة منهم ابتداء عطية هو الأولى لأنه وإن كان الحيف قد فسر بتفسير آخر وهو : الوصية للوارث (١) فإن مازاد على الثلث هو حق الورثة ، يؤكد هذا اتفاق المذهبين على إبطال الوصية حالة الرد من الورثة ، فإن أجازوا فإن ذلك تبرع منهم ، وإذا كان الأمر كذلك فتكون الإجازة منهم ابتداء عطية .

رابعاً : وإن كانت وصيته لأجنبي وليس له وارث :

(١) فإن كانت بالثلث فما دون ذلك كانت صحيحة نافذة من باب أولى، لأنها صحيحة نافذة إن كانت لأجنبي وله وارث .

(٢) وإن كانت بأكثر من الثلث :

فقد اختلف الفقهاء في ذلك على قولين :

(أ) فذهب الحنفية والمالكية في رواية والشافعية في وجه لهم والحنابلة (٢) : إلى أنها تنفذ وصيته في هذه الحالة ، ولو كانت بكل التركة .

(١) أنظر تكملة شرح فتح القدير لقاضي زاده ٤٢٤/١٠ .

(٢) أنظر حاشية ابن عابدين ٦٥٢/٦ وتكملة شرح فتح القدير لقاضي زاده ٤١٢/١٠ وشرح الأحكام الشرعية للأبياني ٣١٩/٢ - ٣٢١ وحاشية العدوي ٢٠٦/٢ وروضة الطالبين للنووي ١٠٩/٦ والأشباه والنظائر للسيوطي ٤٧٤/٤ وكشاف القناع للبهوتي ٣٧٥/٤ والمغني لابن قدامة ٢٢٠/٦ .

واستدلوا لذلك : بأن المنع من الزيادة على الثلث ، إنما كان مراعاة لحق الورثة ، لتعلق حقهم بها بدليل قوله صلى الله عليه وسلم : " إنك إن تذر ورثتك أغنياء ، خير ممن أن تدعهم عالة يتكففون الناس " (١) . وههنا لا وارث للمريض يتعلق حقه بالتركة ، فأشبهه التبرع حال الصحة . (٢)

(ب) وذهب المالكية في المشهور والشافعية في الصحيح والإمام أحمد " في قول له ^(٣) إلى أنه لا تمنح وصية المريض مرض الموت لأجنبي بأكثر من الثلث ، سواء ترك المريض وارثا أم لا .

واستدلوا لذلك : بأن المريض له من يعقل عنه ، فلا تنفذ وصيته في أكثر من ثلثه ، كما لو ترك وارثا . ثم أن الزائد على الثلث قد تعلق به حق المسلمين عامة ، فليس هناك مجيز يقدر على إجازة ما زاد على الثلث والحالة هذه ، فلا تمنح وصيته فيما زاد .

الراجع :

ويبدو - والله أعلم - أن وصية المريض الذي لا وارث له للأجنبي بأكثر من الثلث غير صحيحة : لأن المنع من الزيادة على الثلث أن كان لحق الورثة حال وجودهم فهو لحق بيت المال عند فقدهم فإن بيت المال بمشابة الوارث القريب عند فقد الوارث .

(١) سبق تخريجه في صفحة رقم (١٩٢) .

(٢) أنظر المغني لابن قدامة ٢٢٠/٦ .

(٣) أنظر الشرح المغير للدردير ٣٣٠/٦ وروضة الطالبين للنووي ٦ / ١٠٨ -

١٠٩ - والمهذب للشيرازي ٤٥٠/١ ونهاية المحتاج للرملبي ٥٤/٦ والمغني

لابن قدامة ٢٢٠/٦ والمحلى لابن حزم ٣١٧/٩ .

وصية المدين

إذا أوصى المريض مرض الموت وكان مدينا فهناك حالتان :

الأولى : أن يكون دينه مستغرقا لجميع التركة :

ففي هذه الحالة لاتنفذ وصيته بأى قدر من التركة ، سواء أوصى لوارث أو أجنبي ، وسواء كان له وارث أم لم يكن . لأن حق الغرماء مقدم على التبرع ، والوصية تبرع ، ولقوله تعالى : " من بعد وصية يوصى بها أو دين " (١)

قال " الزيلعي " (٢) : " ولاتصح وصية المدين ، إن كان الدين محيطا بماله ، لأن الدين مقدم على الوصية ، لأنه أهم ، لكونه فرضا ، والوصية بغير الواجب تبرع ، وبالواجب وإن كان فرضا لكن حق العبد مقدم ، وحق الشارع من الصلاة وغيره يسقط ، فتكون الوصية به كالتبرع . وقال " علي رض الله عنه : انكم تقرؤون الوصية قبل الدين ، وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يبدأ بالدين " .

(١) النساء : ١١

(١) أنظر المبسوط للسرخسي ١٢٨/٢٠ والخرشي ١٨١/٨ وحاشية العدوي على الخرشي ٢٢/٦ وتحفة المحتاج للهيتمي وحواشيها ٢٤٢/٥ ونهاية المحتاج للرملي وحاشية الشبراملسي عليه ٤٣٤/٤ - ٤٣٥ والأشباه والنظائر للسيوطي /٣٢٢/ وتفسير البيضاوي وحاشية أبي الفاضل الكاندوني عليه ٧١/٢ - ٧٢ والمغني لابن قدامه ٢٠٦/٦ .

(٢) أنظر تبیین الحقائق ١٨٥/٦

وفي " حاشية الشلبي " (١) : " قلت لما كانت الوصية مشبهة للميراث في كونها مأخوذة من غير عوض ، كان إخراجها مما يشق على الورثة ، ولاتطيب أنفسهم بها ، فكان أداؤها مظنة للتفريط بخلاف الدين ، فإن النفوس مطمئنة إلى أدائه ، فلذلك قدمت على الدين بعثا على المسارعة إلى إخراجها مع الدين ، ولذلك جيء بكلمة " أو " للتسوية بينهما في الوجوب " .

الثانية : أن يكون دينه غير مستغرق لجميع التركة :

ففي هذه الحالة : يقضى دينه أولا ، وما بقي من التركة بعد ذلك يجرى فيه حكم وصية غير المدين (٢) ، وذلك بالتفصيل الذي سبق ذكره .

(١) أنظر حاشية الشلبي على تبين الحقائق ١٨٥/٦ .
(٢) أنظر المغني لابن قدامة ٢٠٧/٦ والأشباه والنظائر للسيوطي

المطلب الثاني

هبة المريض

لاخلاف بين الفقهاء في أن الهبة في مرض الموت في حكم الوصية ، فقد نقل " ابن قدامة " الإجماع عليه ، حيث قال : " قال ابن المنذر: أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم ، أن حكم الهبات في المرض الذي يموت فيه الواهب حكم الوصايا " ، إلا ما نقل عن الظاهرية من قولهم : بان هبة المريض مرض الموت صحيحة نافذة ولو بكل ماله كالصحيح .^(١)

ولما كان حكمها حكم الوصايا ، فإن الحكم فيها يختلف تبعاً لكونها لوارث أو أجنبي ، ومن مدين أو غير مدين ، وذلك على النحو الذي سبق بيانه وتفصيله في وصية المريض .

وهذا فيما إذا كانت الهبة مقبوضة .

أما إن لم تكن مقبوضة ومات الواهب :

فقد اختلف الفقهاء في ذلك على قولين :

أحدهما : وهو الصحيح من مذهب الشافعية والحنابلة فـي المعتمد والمالكية في رواية^(٢) : وهو أن الهبة صحيحة ولا تبطل بالموت

- (١) أنظر المغني ٦١/٦ وانظر جامع الفصولين لابن قاضي سماوه ٢٤٧/٢ والعقود الدرية لابن عابدين ٨٨/٢ ومجمع الأنهر لداماد أفندي ٣٥٤/٢ وانظر البهجة شرح التحفة للتسولي ٢٤٠/٢ وحلى المعاصم للتاودي ٢٤٠/٢ والأم للشافعي ٤٠/٤، ٤٠/٤، ٤٢/٤، والأنوار لأعمال الأبرار للاردبيلي ٢٥/٢، ٢٨/٢، والمبسوط للسرخسي ١٠٢/٢ ودرر الحكام لعلي حيدر/م (٨٧٩) ٤٣٢/٢ - ٤٣٣ / وكشاف القناع للبهوتي على ٣٥٨/٤ والمغني لابن قدامة ٦١/٦ والمحلى لابن حزم ٣٩٧/٨، ٣٤٨/٩
- (٢) أنظر مغني المحتاج للشربيني ٤٠١/٢ وحاشيتا قليوبي وعميرة ١١٢/٣ - ١١٣ والمهذب للشيرازي ٤٤٧/١ وكشاف القناع للبهوتي ٣٣٥/٤ والمقنع لابن قدامة ٣٣٣/٢ والمغني لابن قدامة ٤٣/٦ والمحرر لمجدالدين بن تيمية ٣٧٤/١ والتنقيح المشبع للمرداوي/١٩١ وقوانين الأحكام الشرعية لابن جزى/٣٩٩ وشرح الخطاب ٣٨١/٦ والمنتقى للباقي ١٥٨/٦

قبل القبض ، ويقوم وارث الواهب مقامه في الإقباض والإذن فيه . لأنه عقد يوؤل إلى اللزوم ، فلم يبطل بالموت كالبيع بشرط الخيار . (١)

الثاني : وهو مذهب الحنفية والمشهور عند المالكية وقول للشافعية ورواية لأحمد (٢) : تبطل الهبة بموت الواهب قبل قبض الموهوب .

لأن عقد الهبة عقد جائز فبطل بموت أحد المتعاقدين كالوكالة والشركة (٣)

ولما روي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لما تزوج أم سلمة رضي الله عنها قال لها : " إني قد أهديت إلى النجاشي حلة وأوقى مسك ، ولا أرى النجاشي إلا قد مات ، ولا أرى هديتي إلا مردودة عليّ ، فـان ردت فهي لك " قالت : فكان ما قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وردت عليه هديته ، فأعطى كل امرأة من نسائه أوقية من مسك ، وأعطى أم سلمة بقية المسك والحلة . (٤)

فقد استدلوا بهذا الحديث على أن الهبة إذا لم تقبض حتى مات أحد المتعاقدين فإنها باطلة .

-
- (١) أنظر المهذب للشيرازي ٤٤٧/١ ومغني المحتاج للشربيني ٤٠١/٢ والمغني لابن قدامة ٤٣/٦ .
 - (٢) أنظر جامع الفصولين لابن قاضي سماوه ٢٤٧/٢ والعقود الدريسة لابن عابدين ٨٨/٢ ومجمع الأنهر لداماد أفندي ٣٥٤/٢ والخرشي ١٠٦/٧ والشرح المغير للدردير ٤٣٦/٥ وحاشية العودي ٢/٢٣٤ والمهذب للشيرازي ٤٤٧/١ والمغني لابن قدامة ٤٣/٦ .
 - (٣) أنظر المهذب للشيرازي ٤٤٧/١ ومغني المحتاج للشربيني ٤٠١/٢ والمغني لابن قدامة ٤٣/٦ .
 - (٤) أخرجه الإمام أحمد . أنظر مسند الإمام أحمد ٤٠٤/٦ .

الراجع :

ويبدو - والله أعلم - أن الهبة لا تبطل بموت أحد المتعاقدين
قبل القبض ، لما يلي :

(١) لأن قياس الهبة على الوكالة والشركة ، قياس مع الفارق فإن
عقد الهبة عقد يوول إلى اللزوم بخلاف عقد الوكالة والشركة ،
فإنهما عقدان جائزان يملك كل واحد من الطرفين فيهما فسخ العقد
في كل وقت دون موافقة الطرف الآخر . (١)

(٢) ولأن حديث أم سلمة لا يعلح دليلا لما استدل به ذلك أنه لم يتحقق
الإيجاب والقبول بل وجد أحدهما فقط ومات النجاشي دون أن يمسدر
منه القبول ، وفي هذه الحالة يبطل العقد وجها واحدا (٢) ، إضافة
إلى أن هذه الصورة ليست هي محل الخلاف ، فإن محل الخلاف فيما
إذا وجد الإيجاب والقبول ثم مات أحد المتعاقدين قبل القبض .

-
- (١) أنظر القواعد لابن رجب /٦٥/ والأشباه والنظائر لابن نجيم /٣٣٦-٣٣٧/
والأشباه والنظائر للسيوطي /٢٧٥/ والمدخل الفقهي للزرقاء
٤٤٨/١ ، ٥٧٨/١ والملكية ونظرية العقد لابي زهرة /٤٢٤/ .
- (٢) أنظر المغني لابن قدامة . ٤٣/٦ .

المطلب الثالث

كفالة المريض بالمال

لما كانت الكفالة عبارة عن : ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل في المطالبة^(١)، فلا بد من بيان حكمها ، تبعا لكون المريض مدينا ، أو غير مدين ، وتبعا لكونها لوارث أو أجنبي ، وبيان ذلك في مطلبين :

كفالة المريض غير المدين :

والمريض غير المدين : إما أن يكفل وارثا ، أو أجنبيا ، وفي كلا الحالتين : إما أن يكون له وارث ، أو ليس له وارث .
أولا : كفالة المريض غير المدين لوارث ، وله وارث غيره :

كفالة المريض مرض الموت بالمال تبرع وقد اختلف الفقهاء فـ في حكم تبرعاته لوارث وله وارث سواه، وقد أتيت على بيان الخلاف في هـ هذه المسألة من قبل (٢) .

ثانيا : كفالة المريض غير المدين لوارث ، وليس له وارث سواه :

في هذه الحالة تنفذ كفالة المريض ، ولو كانت تستغرق التركة كلها ، لأن المنع من النفاذ إنما كان مراعاة لحق الورثة ، وهنـ

(١) أنظر التعريفات للجرجاني /٩٨/ وأنيس الفقهاء للقونوي /٢٢٢/ .
(٢) أنظر ماسبق صفحة (١٩١) وما بعدها وأنظر شرح الأحكام الشرعية للأبياني ٣/٣٢١ .

لاوارث للمريض سوى المكفول عنه ، فلم يكن لغيره تعلق بالتركة .

ثالثا : كفالة المريض غير المدين الذي له وارث لأجنبي :

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين :

(١) فذهب الحنفية والمالكية والحنابلة^(١) إلى أن : كفالة المريض

مرض الموت بالمال حكمها حكم تبرعاته المنجرة ، فتحسب من ثلثه ،

أشبه الهبة ، فإن كانت بأكثر من الثلث : لم تنفذ إلا بإجازة

الورثة ، فإن ردوا : نفذت في الثلث ، وبطلت فيما جاوزه .

وإن أجازوا :- فالحنفية والحنابلة : يرون أن الإجازة تنفيذ

للكفالة السابقة .

- والمالكية يرون أنها ابتداء عطية .

(٢) وذهب الشافعية^(٢) إلى أن كفالة المريض مرض الموت ، إذا كانت

بغير إذن المكفول حسبت من ثلث مال المريض وإن كفل باذنه فمن

(١) أنظر المبسوط للسرخسي ١٢٨/٢٠ وجامع الفصولين لابن قاضي سماويه

٢٤٧/٢ وحاشية ابن عابدين ٢٨٤/٥ والفتاوى الخانية لقاضيخان

٦٩/٣ ودرر الحكام لعلي حيدر ٦٣٦/١ وم (١٦٠٥) ١٣٤/٤ والشرح

الكبير للدردير وحاشية الدسوقي ٢٩٧/٣ والخرشي وحاشية العدوي

٢٣/٦ وحاشية العدوي على الخرشي ٢٢/٦ وكشاف القناع للبهوتي

٣٥١/٣ والإنصاف للمرداوي ١٩١/٥ والمغني لابن قدامة ٤٠٦/٤ .

(٢) أنظر روضة الطالبين للنووي ٢٤٢/٤ ، ٢٧٢/٤ وتحفة المحتاج لابن

حجر الهيتمي وحواشيها ٢٤٢/٥ ونهاية المحتاج للرملي ٤٣٥/٤

وحاشية الشبراملسي على نهاية المحتاج ٤٣٤/٤ - ٤٣٥ .

رأس المال لأن للورثة الرجوع على المكفول الأصيل .

الراجح :

ويبدو - والله أعلم أن ماذهب إليه جمهور العلماء من الحنفية والمالكية والحنابلة ، هو الأولى لما يلي :

- (أ) لأن الشرع قد جعل للمريض مرض الموت الحق في التصرف في ثلث التركة دون غيره ، فإن تصرف فيما زاد عن الثلث : كان فضولياً ، وحكم على فعله هذا بالوقف على إجازة صاحب الحق ، وهم الورثة .
- (ب) ولأن الضمانات التي ذكرها الشافعية ، لاتجنب المال الذي تعلق به حق الورثة احتمال الهلاك ، فلربما أفلس المرجع الضامن مثلاً ، فمن يضمن للورثة حقهم ؟ .

رابعاً : كفالة المريض غير المدين الذي لاوارث له لأجنبي :

وفي هذه الحالة نفرق بين صورتين :

الأولى: أن تكون كفالته بثلث التركة فما دونه : فتكون صحيحة نافذة لأن الشارع قد أعطاه الحق في التصرف في حدود الثلث دون اعتراض الثانية: أن تكون كفالته بأكثر من ثلث التركة : فقد نص الحنفية على أن كفالته تنفذ ، ولو كانت بكل التركة ، ففي " شرح الأحكام الشرعية^(١) " : " فإذا فرضنا أن الضامن كان مريضاً مرض الموت ، وكان كل من المديون له (وهو الدائن) والمضمون عنه (وهو المديون) أجنبياً منه ولم يكن له وارث : نفذ الضمان ، فللدائن الحق في أخذ الدين المضمون به من تركته ، وليس لأحد حق في معارضته ، ولو استغرق هذا الدين كل التركة .

(١) أنظر شرح الأحكام الشرعية للأبياني ٢/٣٢٠ .

كفالة المريض المدين :

فإن كان المريض مرض الموت مدينا : فإما أن يكون دينه غير مستغرق لجميع التركة أو يكون مستغرقا لها .

أولا : فإن كان دينه غير مستغرق لجميع التركة : ففي هذه العمرة نخرج من التركة مقدار الدين ، وما بقي من المال يجرى عليه الحكم كما سبق بيانه وكان التركة خالية عن الدين أساسا . (١)

ثانيا : وإن كان دينه مستغرقا لجميع التركة : بطلت الكفالة لتعلق حق الدائنين بالتركة ، إلا إذا أبرأ الدائنون المريض مرض الموت ، فعندئذ يجرى فيها الحكم الذي سبق بيانه وكأنه لادين على المريض (٢)

(١) أنظر شرح الأحكام الشرعية للأبياني ٣٢١/٢ .

(٢) أنظر المبسوط للسرخسي ١٢٨/٢٠ والفتاوى الخانية لقاضيخان ٦٩/٣ ودرر الحكام لعلي حيدر ٦٣٦/١ وحاشية ابن عابدين ٥ / ٢٨٤ وحاشية العدوي على الخرشي ٢٢/٦ وتحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي وحواشيها ٥/٢٤٢ ونهاية المحتاج للرملي وحاشية الشبراملسي عليه ٤/٤٣٤ - ٤٣٥ وكشاف القناع للبهوتي ٣/٣٥١ والإنصاف للمرداوي ٥/١٩١ والمغني لابن قدامة ٤/٤٠٦ .

المطلب الرابع وقف المريـض

والمريض إما أن يقف ماله كله ، أو جزءاً دون أو أزيد من الثلث ،
على وارث ، أو أجنبي ، وهو في ذلك إما أن يكون مدنياً ، أو غير مدني :

وقف المريض غير المدين

أولاً : وقف المريض غير المدين على وارث :

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على خمسة أقوال :

الأول : وهو للحنفية^(١) : وقد فرقوا فيه بين ما إذا كان الوقف
على بعض الورثة أو على جميعهم فقالوا : إذا وقف المريض في مرض موته
داراً له أو أرضاً ، على بعض ورثته ، فإن أجاز الوارث الآخر : كان الكل
وقفاً ، وإلا كان الثلثان ملكاً للورثة ، والثلث وقفاً ، لأنه لم يتمحض
للوارث ، لأنه بعده لغيره ، فاعتبر الغير بالنسبة إلى الثلث ، واعتبر
الوارث بالنظر إلى غلة الثلث ، فتقسم الغلة بين الورثة على فرائض الله
تعالى .

فإذا وقف داراً له أو أرضاً على أولاده وسائر ورثته ، فإن خرجت
من الثلث أو لم تخرج وأجازوا الوقف ، صارت كلها وقفاً ، وإذا خرجت من

(١) أنظر البحر الرائق لابن نجيم ٢١٠/٥ وحاشية منحة الخالق لابن
عابدين ٢١٠/٥ - ٢١١ وحاشية ابن عابدين ٣٤٥/٤ - ٣٤٦ وأحكام
الأوقاف للخفاف ٢٤٥/٥ ، ٢٥٥ / وقانون العدل والإنصاف لقـدري
باشا/م(٣٤) ١١ / وجواهر العقود للأسيوطي ٣٢٠/١ .

الثالث ولم يجيزوا ، وصارت وقفا : يقسم ريعها على الموقوف عليهم على قدر ميراثهم ، وكل من مات منهم عن ورثة ، ينقل سهمه إلى ورثته ، ما بقي أحد من الموقوف عليهم حياً ، فإن انقرفوا : تصرف الغلة إلى الجهة التي عينها الواقف بعدهم .

الثاني : وهو مذهب المالكية (١) : وقد فعلوا القول في ذلك وفرقوا بين ما إذا كان الوقف على الورثة بعضهم أو جميعهم فقط ، أو على الورثة وأولادهم وأولاد أولادهم وذريتهم وعقبهم ، فقالوا : الوقف على الوارث في مرض موت الواقف باطل ، سواء حمله الثلث أم لا ، لأنه وصية وقف على بعض الورثة أو على جميعهم ، والوصية للوارث باطلة . ومحل البطلان فيما إذا لم يجز الوارث غير الموقوف عليه ، فإن أجاز فإن الوقف يُعْمَنُ . إلا إن كان الثلث يحمله ، وكان الوقف على أولاد الواقف وأولاد أولادهم وذريتهم وعقبهم : فإنه يصح حينئذ ، ولا يبطل هنا ، لتعلق حق الغير ، فإن الأولاد إذا ماتوا رجع الوقف لأولادهم . فإن شرك المريض الوارث في الوقف مع غيره فذلك لا يوجب صحة الوقف مطلقاً وإنما يصح منه مالاً جيبياً ، وما خص الوارث ميراث على جهة الملكية .

الثالث : وهو الصحيح من مذهب الشافعية وقول للإمام أحمد (٢) : قالوا : لا يصح الوقف على الوارث ، سواء خرج الوقف من ثلث التركة ، أو

(١) أنظر الخرشي وحاشية العدوي عليه ٨٥/٧ - ٨٦ وشرح منح الجليل لعليش وحاشيته ٥٠/٤ والشرح المغير للدردير وحاشية العاوي عليه ٣٩١/٥ ومواهب الجليل للحطاب ٢٧/٦ .

(٢) أنظر روضة الطالبين للنووي ٢١٠/٣ ، ٣٢٧/٥ - ٣٢٨ ، ١٢٣/٦ ، وحاشية الشرواني على تحفة المحتاج ٢٤٧/٦ والأنوار لأعمال الأبرار للأردبيلي ٦٤٨/١ والإنصاف للمرداوي ١٤٤/٧ والمغنى لابن قدامة ٢٦/٦ .

كان أزيد منه ، إلا أن يجيز باقي الورثة ، ويكون نفاذ الحكم بالوقف متعلقا برضاهم ، إن أجازوا صار ما حدده الواقف وقفاً ، وإن ردوا بطـل الوقف ، وقسمت التركة بين الورثة حسب ميراثهم الشرعي ، لأن الوقف في مرض الموت بمنزلة الوصية ، وهي لاتصح لو ارث إلا أن يجيز سائر الورثة .

الرابع : وهو قول عند الشافعية والإمام أحمد (١) : وهو أن الوقف على الوارث باطل مطلقا .

الخامس : وهو المعتمد عند الحنابلة (٢) : وهو أن الوقف على الوارث لايمح إلا بإجازة الورثة ، إلا إذا كان الوقف يخرج من الثلث : فإنه يجوز وينفذ مطلقا .

وقد استدل الحنابلة لمذهبهم بالأثر والمعقول :

أما الأثر :

فما روي عن عمر (٣) رضي الله عنه أنه قال : " هذا ما أوصى به عبد الله عمر أمير المؤمنين ، إن حدث به حدث : أن شمعا صدقة ، والعبد الذي فيه ، والسهم الذي بخيبر ، ورقيقه الذي فيه ، والمائة وسق الذي أطعمني محمد صلى الله عليه وسلم : تليه حفصة معاشته ، ثم يليه ذو الرأي

(١) أنظر روضة الطالبين للنووي ٣٢٧/٥ - ٣٢٨ والإنصاف للمرداوي

١٤٤/٧ .

(٢) أنظر الإنصاف للمرداوي ١٤٤/٧ والمغني لابن قدامة ٢٦/٦ - ٢٧ .

(٣) أخرجه أبوداود . أنظر سنن أبي داود ١٠٥/٢ - ١٠٦ .

من أهله ، لا يباع ، ولا يشتري ، ينفقه حيث يرى السائل والمحسروم ، وذوي القربى ، ولا حرج على من وليه إن أكل أو اشترى رقيقاً " .

فقد جعل عمر رضي الله عنه لحفصة رضي الله عنها أن تلي وقفه ، وتأكل منه وتشتري رقيقاً (١) .

وأما المعقول :

فهو أن الوقف غير الوصية ، لأن الوقف لا يباع ولا يورث ، ولا يعير ملكاً للورثة ، فيجوز للوارث كالأجنبي (٢) .

وأجيب عن الاستدلال بأثر عمر بأنه :

ليس فيه أنه خص بعض ورثته بوقف ، والنزاع إنما هو في تخصيص بعض الورثة بالوقف . وأما جعل الولاية لحفصة رضي الله عنها ، فليس ذلك وقفاً عليها . وكونه أجاز لها الإنتفاع : لا يقتضي جواز التخصيص (٣) .

وأما المعقول فيجاب عنه :

بأن الوصية إنما منعت لوارث لما فيها من تفضيل بعض الورثة عن سائرهم ، وهذا المعنى هو بعينه في الوقف على بعض الورثة ، فيمنع كما منعت .

-
- (١) أنظر المغني لابن قدامة ٢٦/٦ .
 - (٢) أنظر المرجع السابق .
 - (٣) أنظر المغني لابن قدامة ٢٧/٦ .

الراجع :

أن الوقف على الوارث موقوف على إجازة الورثة ، سواء خرج من الثلث أو أكثر ، لأن الأمل في منع الوقف إنما هو المحافظة على حق الورثة ، والقول بالوقف فيه ضمان لذلك الحق ، فإن أجازوا : فقد نزلوا عن حقهم باختيارهم ، وإن ردوا : كانت التركة بين جميع الورثة ، كل حسب نصيبه في الميراث .

ثانيا : وقف المريض غير المدين على أجنبي :

وهنا نفرق بين حالتين :

(آ) فإن كان الوقف يخرج من الثلث : فلا خلاف بين الفقهاء في نفاذه دون إجازة الورثة . (١)

(ب) وإن كان أكثر من الثلث :

- فجمهور العلماء من المالكية والحنفية والشافعية والحنابلة في المعتمد من المذهب (٢) : ذهبوا إلى أن ما زاد على الثلث

(١) أنظر مواهب الجليل لحطاب ٢٧/٦ والشرح المغير للدردير ٣٩١/٥ وحاشية العدوي على الخرشي ٨٥/٧ والإسعاف في أحكام الأوقاف للخصاف ٣٥ - ٣٦ / وأحكام الأوقاف للخصاف ٢٥٥ / والفتاوى الهندية لعالمكير ٣١٦/٣ وقانون العدل والإنصاف لقديري باشام ١٠/ (٣٢) وم لابن قدامة ٢٥/٦ والإنصاف للمرداوي ١٤٥/٧ وكشاف القناع للبهوتي ٢٧٨/٤

(٢) أنظر مواهب الجليل لحطاب ٢٧/٦ والشرح المغير للدردير ٣٩١/٥ وحاشية العدوي على الخرشي ٨٥/٧ والإسعاف في أحكام الأوقاف للخصاف ٣٥ - ٣٦ / وأحكام الأوقاف للخصاف ٢٥٥ / والفتاوى الهندية لعالمكير ٣١٦/٣ وقانون العدل والإنصاف لقديري باشام ١٠/ (٣٢) وم ١٠/ (٣٢) - ١١ / والسراج الوهـاج للغمر اوي ٣٣٩ / والأنوار لأعمال الأبرار للاردبيلي ٦٤٨/١ والمغني لابن قدامة ٢٥/٦ والإنصاف للمرداوي ١٤٥/٧ وكشاف القناع للبهوتي ٢٧٨/٤ .

لا ينفذ إلا بإجازة الورثة ، فإن ردوا نفذ من الوقف —در
الثلث ، ورد الباقي ، لأن الوقف في مرض الموت وصية .

- ونُقل عن الحنابلة وجه (١) : في أن مازاد عن الثلث لا يصح وقفه
أصلاً .

والراجع :

هو ما ذهب إليه الجمهور بالحكم بالوقف فيما زاد عن الثلث - والله
أعلم - لأن مازاد عن الثلث حق للورثة ، فإن نزلوا عنه باختيارهم نفذ ،
وإلا رد إليهم ميراثاً ، حسب حصة كل منهم .

(١) أنظر الإنصاف للمرداوي ١٤٥/٧ .

وقف المريض المديون

والمريض المدين : إما أن يكون دينه مستغرقا لجميع التركة ،
أو غير مستغرق لها .

أولا : فإن كان دينه مستغرقا جميع تركته فإنه يبطل وقفه وتباع العين
الموقوفة بالدين لتعلق حق الغرماء بها . (١)

ولا يختلف الحكم فيما لو كان الوقف يخرج من الثلث أو أكثر
ولو ارث أو أجنبي .

ثانيا: وإن كان دينه غير مستغرق لجميع التركة . فإنه يخرج من التركة
مقدار الدين ، وما بقي بعد ذلك يجرى فيه حكم الوقف تبعاً
للتفصيل الذي سبق ذكره عندما يكون المريض غير مدين .

(١) أنظر الفتاوى الهندية لعالمكير ٣/٣١٦ وأحكام الأوقاف للخضاف
/٢٥٥/ وقانون العدل والإنصاف لقدري باشام (٣١) / ٩ - ١٠ /
إلا أن القاضي " ابن رشد " أفتى بإمضاء ما جعل من ذلك لمنفعة
المسلمين . أنظر المعيار المعرب للونشريسي ٦/١٣٨ ، ١٤٧ .

المبحث الثاني

تبرعات المريض الضمنية

وتبرعات المريض الضمنية : هي ما يحابي (١) به المريض في عقود
معاوضاته ، سواء أريد بها العين أو المنفعة .

ولكن قبل الحديث عن تبرعاته الضمنية سأتكلم عن معاوضاته بثمن
المثل .

أولا : عقود المعاوضات بثمن المثل :

- فإن كان عقد المعاوضة بثمن المثل لأجنبي : فلا خلاف بين الفقهاء
في صحته ونفاذه . (٢)
- وإن كان لوارث : فلفل فقهاء في هذه المسألة قولان :

(١) المحاباة لغة : من الحباء ، يقال : حاباه محاباة : أي نصره
وأعطاه وسامحه واختمه ومال إليه .

وشرعا : هي أن يسامح أحد المتعاضين الآخر في عقد المعاوضة
ببعض ما يقابل العوض ، كأن يبيع ما يساوي عشرة بثمانية .
أنظر القاموس المحيط للفيروز آبادي ٤ / ٣١٦ و المصباح المنير
للفيومي ١ / ١٤٥ والمغرب للمطرزي / ١٠٢ / والمغني لابن قدامة
٢٠٨ / ٦ ومطالب أولي النهى للسيوطي ٤ / ٤١٨ .

(٢) أنظر الخرشي ٣٠٥ / ٥ والشرح المغير للدردير ٤ / ٥٢٥ وشرح
الأحكام الشرعية للأبياني ٢ / ٣٢٢ والمهذب للشيرازي ١ / ٤٥٣ وتكملة
المجموع للمطيعي ١٥ / ٤٣٩ وكشاف القناع للبهوتي ٤ / ٣٦٢ والمغني
لابن قدامة ٥ / ٢٣٧ .

أحدهما :

وهو مذهب جمهور العلماء من المالكية والشافعية والحنابلة
في المعتمد ، وأبي يوسف ومحمد من الحنفية (١) : وقد ذهبوا : إلى
أن عقد المعاوضة بثمن المثل لوارث صحيح نافذ ، كما هو الحال
في معاوضة الأجنبي .

لأن المريض محجور عليه في التبرع للوارث ، فلم يمنع الحجر
صحة المعاوضة بثمن المثل ، لأنها ليست تبرعا ، وذلك كالحكم
في التبرع للأجنبي بالثلث فما دونه . (٢)

الثاني :

وهو مذهب أبي حنيفة ورواية للحنابلة (٣) : وهو أن معاوضة
الوارث بثمن المثل موقوفة على إجازة الورثة ، إن أجازوا نفذت
وإلا بطلت .

-
- (١) أنظر الخرخشي ٣٠٥/٥ والشرح الصغير للدردير ٥٢٥/٤ والبهجة شرح
التحفة للتسولي ٨٢/٢ وشرح منح الجليل لعليش ١٩٧/٣ ومواهب
الجليل لحطاب ٧٨/٥ والمدونة للإمام مالك ١٦٧/٤ والروضة للنووي
١١٢/٦ والأم للإمام الشافعي ٣٠/٤ والمهذب للشيرازي ٤٥٣/١ وتكملة
المجموع للمطيعي ٤٣٩/١٥ وشرح الأحكام الشرعية للأبياني ٢/ ٢٢٢
وكشاف القناع للبهوتي ٣٦٢/٤ والمغني لابن قدامة ٢٣٧/٥ والمحزر
لمجد الدين بن تيمية ٣٧٩/١ .
- (٢) أنظر المغني لابن قدامة ٢٣٧/٥ ودرر الحكام لعلي حيدر م (٣٩٣)
٣٦١/١ - ٣٦٢ وجامع الفصولين لابن قاضي سماوه ٢٤٥/٢ - ٢٤٦ والعقود
الدرية لابن عابدين ٢٣٢/١ - ٢٣٣ والمحزر لمجد الدين بن تيمية
٣٧٩/١ .
- (٣) أنظر شرح الأحكام الشرعية للأبياني ٢/ ٢٢٢ .

وذلك لأن المريض ممنوع من إيشار بعض الورثة ببعض أعيان
التركة ، لأن الناس لهم أغراض في الأعيان ، ولا يملك المورث
إيشار بعض الورثة بها . (١)

الراجع :

ويبدو - والله أعلم - أن ماذهب إليه الجمهور هو الأولى ، حيث
إن المريض مرض الموت غير محجور عليه في المعاوضات بثمن المثل .

لكن العمل بمذهب أبي حنيفة يرفع مايمكن أن يقع في النفوس
من الحقد والغفينة بين الورثة .

(١) - انظر شرح الأحكام الشرعية للابناني ٣٢٢/٢

ثانيا : عقود المعاوضات بمحابة

(آ) معاوضات المريض المدين بمحابة :

- فإن كان عقد المعاوضة بمحابة لوارث أو أجنبي : وكان المريض مدينا بدين مستغرق لجميع التركة ردت معاوضاته هذه لأنها مع المحابة تبرع وهو ممنوع منه لأن حق الغرماء مقدم على التبرع .

- وإن كان عقد المعاوضة بمحابة لوارث أو أجنبي وكان المريض مدينا بدين غير مستغرق لجميع التركة قضي دينه أولاً وما بقي بعد ذلك من ماله يمار فيه الحكم وكأنه غير مدين على تفصيل يأتي بيانه في الفقرة التالية .

(ب) معاوضات المريض غير المدين بمحابة :

أما إن كان عقد المعاوضة بمحابة لوارث أو أجنبي وكان المريض غير مدين : ففي الأمر تفصيل . وبيانه في أربعة مسائل :

الأولى : محاباة المريض في البيع

إذا باع المريض مرض الموت بمحاباة : فإما أن يكون المشتري وارثا أو أجنبيا :

أولا : فإن كان المشتري وارثا :

فقد اختلف الفقهاء في حكم البيع بالمحاباة على أربعة أقوال :

الأول : وبه قال أبوحنيفة^(١) : إن البيع صحيح ، لكنه موقوف على إجازة الورثة ، إن أجازوا نفذ ، وإلا كان باطلا مفسوخا .

الثاني : وهو للمالكية^(٢) : وقالوا : يصح البيع فيما وافق الثمن دون محاباة ويكمل الوارث ثمن المبيع ويتم البيع ، إلا إن أجاز الورثة المحاباة ، فتكون المحاباة ابتداء عطية منهم ، لاتنفيذا للبيع .

الثالث : وبه قال الشافعية والماحقين من الحنفية^(٣) : وهو أن البيع صحيح ، لكن يخير المشتري بين الفسخ ، وبين إتمام قيمة المثل . فإن اختار الإتمام :

(١) أنظر جامع الفصولين لابن قاضي سماوه ٢٤٥/٢ - ٢٤٦ والعقود الدرية

لابن عابدين ٢٣٢/١ - ٢٣٣ .

(٢) أنظر الخرخشي ٣٠٥/٥ والمدونة للامام مالك ١٦٧/٤ وحلى المعاصم

للتاودي ٨٢/٢ والبهجة للتسولي ٨٢/٢ ، والمعيار المعرب للونشريسي

٢٤٣/٥ .

(٣) أنظر الروضة للنووي ١٣١/٦ والأم للشافعي ٣١/٤ والعقود الدرية لابن

عابدين ٢٣٢/١ - ٢٣٣ ودرر الحكام لعلي حيدر م (٣٩٣) ٢٦١/١ - ٣٦٢

وجامع الفصولين لابن قاضي سماوه ٢٤٥/٢ - ٢٤٦ .

- فالشافعية قالوا : يدفع المشتري من ثمن السلعة ما زاد على ما يتغابن الناس بمثله .

- وقال صاحبان : يتم قيمة السلعة كاملة ، قلت المحاباة أو كشرت .

الرابع : وبه قال الحنابلة^(١) : وهو أن البيع يبطل في قدر المحاباة . وفي صحتة في الباقي ثلاثة أوجه :

(١) لا يصح . لأن المشتري بذل الثمن في كل المبيع ، فلم يصح في بعضه ، كما لو قال : بعثك هذا الثوب بعشرة ، فقال : قبلت البيع فسي نعه ، فإذا لم يمكن تصحيح البيع على الوجه الذي اتفقوا عليه ، لم يصح بغير صورة الإتفاق ، كالحال في تفريق الصفقة .

(٢) يبطل البيع في قدر المحاباة ، ويصح فيما يقابل الثمن المسمى ، وللمشتري الخيار بين الأخذ والفسخ ، لأن الصفقة تفرقت عليه . وإنما حكم بالبطلان والصححة : لأن البطلان وارد على قدر المحاباة فقط ، أما باقي البيع ، فيبقى على أصله في الصححة ، وهذا هو الصحيح من المذهب .

(٣) يصح البيع في الجميع ، ويقف على إجازة الورثة ، لأن الوصيحة للوارث صححة ، وتقف على إجازة الورثة ، فكذلك المحاباة ، فإن أجاز الورثة المحاباة ، صح البيع في الجميع ، ولا خيار

(١) أنظر الإنصاف للمرداوى ١٧٢/٧ - ١٧٣ ، ١٩٥/٧ وشرح منتهى الإرادات للبهوتي ٥٣١/٢ وكشاف القناع للبهوتي ٣٦٧/٤ والمحرر لمجد الدين بن تيمية ٣٧٩/١ والمغني لابن قدامة ٢٣٧/٥ - ٢٣٨ .

للمشتري ، وإن ردوا : بطل البيع في قدر المحاباة ، وصح
فيما بقي ، وهذا هو الأشهر عند أصحاب الإمام أحمد .

الراجع :

والذى يبدو لي - والله أعلم - أن الحكم بصحة البيع وجعله
موقوفاً على إجازة الورثة هو الأولى ، لما يلي :

(آ) لأن المحاباة في مرض الموت ، تأخذ حكم الوصية ، فإن كانت
لوارث وأجاز باقي الورثة ، جازت، وإلا بطلت وردت .

(ب) لأن ما حابى فيه المورث وارثه هو حق لباقي الورثة ، فإذا نزلوا
عنه باختيارهم نفذ العقد .

(ج) ولأن العقد صدر من أهله في محل قابل لحكمه ، إلا أن فيه ضرراً
قد يلحق بالورثة فيما لو لم يكن لهم الخيار في فسخه وإمضائه .
أما وأنه موقوف على اختيارهم : فإن الضرر لا يلزمهم. وإن أجازوه
أيضاً : لم يكن في العقد ما يوجب الحكم بإبطاله ورده .

ثانياً : وإن كان المشتري أجنبياً : فإما أن تكون المحاباة بمقدار
الثلث فما دون ذلك ، أو أكثر من الثلث :

(١) فإن كانت المحاباة بمقدار الثلث فما دون ذلك : صح البيع
ونفذ (١) . لأنه يجوز للمريض أن يتبرع بثلث تركته ، كما
هو الحال في الوصية .

(١) أنظر المغني لابن قدامة ٢٣٨/٥ .

(٢) وإن كانت المحاباة بأكثر من الثلث : فلفلقتها في الزائد على الثلث أقوال أربعة :

الأول : وهو مذهب الحنفية^(١) : قالوا : ينفذ البيع في قدر الثلث ، ويخير المشتري بين الفسخ وإتمام الثلثين ، وليس له رد بعض المبيع .

الثاني : وهو مذهب المالكية^(٢) : وقالوا : يبطل البيع في القدر الزائد ، إلا إذا أجاز الورثة فيكون ذلك ابتداء عطية منهم .

الثالث : وهو مذهب الشافعية^(٣) : وهو أن البيع موقوف على إجازة الورثة ، إن أجازوا : نفذ ، وإن ردوا : بطل فيما لا يخرج من الثلث . وفيما يخرج طريقان :

أصحهما : عند جمهور الشافعية - أنه على قولي تفريق الصفقة ، وأظهر هذين القولين :
يصح . والثاني : لا يصح .
والطريق الثاني عند الشافعية : القطع بالحنة .

-
- (١) أنظر حاشية ابن عابدين ١٥١/٦ وجامع الفصولين لابن قاضي سماوه ٢٤٥/٢ ودرر الحكام لعلي حيدر م (٣٩٤) ٣٦٢/١ .
- (٢) أنظر مواهب الجليل لحطاب ٧٨/٥ والخرشي ٣٠٥/٥ والبهجة شرح التحفة وحاشيته حلى المعاصم للتاودي ٨٢/٢ .
- (٣) أنظر روضة الطالبين للنووي ٤٢١/٣ ، ٤٢٧/٣ والألم للشافعي ٣٠/٤ والمهذب للشيرازي ٤٦٠/١ .

الرابع : وهو مذهب الحنابلة^(١) : وهو أن حكم المحاباة بأكثر
من الثلث لأجنبي ، حكم المحاباة للوارث .

وقد سبق تفصيله .

الراجع :

ويبدو - والله أعلم - أن الزائد على الثلث موقوف على إجازة
الورثة ، إن أجازوا نفذ ، وإن ردوا بطل ، لأنه حقهم ، فإن نزلوا عنه
باختيارهم ، لم يكن في العقد ما يوجب الحكم ببطلانه .

(١) أنظر الإنصاف للمرداوي ١٧٥/٧ - ١٧٦ والمغني لابن قدامة ٢٢٨/٥ ،

٢٠٩/٦ وكشاف القناع للبهوتي ٣٦٧/٤ والمحزر لمجد الدين بـ

• تيمية ٣٧٩/١ - ٣٨٠

الشانبة: محاباة المرىض في الإجارة

والمرىض مرض الموت ، إما أن يؤجر نفسه أو ماله ، والمستأجر إما أن يكون وارثا أو أجنبيا :

أولا : فإن أجر نفسه لوارث أو أجنبي بمحاباة : فالحنفية والشافعية والحنابلة^(١) : قالوا: إن أجر نفسه بمحاباة أو عمل العمل لغيره متبرعا ، لوارث أو غيره ، صح العقد ولو كان بغير مقابل ، وكان نافذا ، ولاحق للورثة في الإعتراض . لأن حق الورثة إنما يتعلق بمال المرىض وهو في مرض الموت ، ولا يتعلق بشخصه وعمله . ولأن نفس المرىض ليست مالا ، والحجر عليه إنما يتعلق بماله لاغير .

ثانيا : وإن أجر ماله لوارث أو أجنبي بمحاباة: فقد اختلف الفقهاء في ذلك على قولين :

أحدهما : وهو مذهب جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة^(٢) ، وقد قالوا : إن كانت الإجارة لوارث لم تنفذ إلا بإجازة باقي الورثة . وإن كانت لأجنبي نفذت في ثلث التركة .

(١) أنظر روضة الطالبين للنبوي ١٣٣/٦ والأنوار لأعمال الأبرار للردبيلي ٢٨/٢ وشرح الأحكام الشرعية للأبياني ٣٢٦/٢ وكشاف القناع للبهوتي ٣٦٣/٤ ومنتهى الإرادات لابن النجار ٣١/٢ ومطالب أولي النهى للسيوطي ٤٢٧/٤ .

(٢) أنظر روضة الطالبين للنبوي ١٣٣/٦ والأنوار لأعمال الأبرار للردبيلي ٢٨/٢ والخري ٣٠٥/٥ وحاشية العدوى على الخري ٣٠٥/٥ - ٣٠٦ والشرح المغير للدردير ٥٢٥/٤ وكشاف القناع للبهوتي ٣٦٢/٤ - ٣٦٣ ومنتهى الإرادات لابن النجار ٣٠/٢ - ٣١ والمغني لابن قدامة ٣٤٧/٥ .

الثاني : وهو مذهب الحنفية (١) ، وقد قالوا : إن عقد
الإجارة مع المحاباة ينفذ حال حياة المؤجر المريض .

الراجع :

هو ماذهب إليه الجمهور، من أن حكم الإجارة بمحاباة حكم معاوضات
المريض المالية ، تنفذ لو ارث بإجارة الورثة ، ولأجنبي فسي
حدود ثلث التركة - والله أعلم - .

(١) أنظر تكملة شرح فتح القدير لقاضي زاده ١٤٥/٩ - ١٤٦ وشرح

الأحكام الشرعية للأبياني ٣٢٦/٢ وتكملة شرح فتح القدير لقاضي

زاده ١٤٥/٩ - ١٤٦ .

الثالثة : محاباة المريض في النكاح

النكاح حاجة من حوائج الإنسان الأملية ، وطريق إلى التناسل الذي حث عليه الإسلام ، ولما كان كذلك ، جاز أن يقع من مريض أو مريضة عند سائر الفقهاء ، إلا ماروي عن المالكية (١) من عدم جوازه في حق كل من المريض والمريضة أو في حق المريض دونها .

ولكن لايسلم مثل هذا إلا بالدليل ، إضافة إلى أن المريض قد لايموت من مرضه ، أو يتأخر به الحال السنين الطويلة ، ولايمكن معها المبرر ، فإن النكاح من مصالح المعيشة ، وسبب بقاء النسل ، وقضاء الشهوة بطريق مشروع .

فإن تزوج المريض أو المريضة بمحاباة : فقد تعددت في ذلك أقوال الفقهاء ما بين مجمل ومفصل :

- (١) فذهب الحنفية (٢) إلى صحة النكاح بمهر المثل ، وما زاد عليه فالزيادة باطلة ، ويبقى النكاح صحيحا . دون تفريق بين المريض أو المريض وبين الوارث وغير الوارث .
- (٢) وفرق باقي الفقهاء بين ما إذا كانت الزوجة وارثة أو غير وارثة ، وبين ما إذا كان الزوج مريضا وبين ما إذا كانت الزوجة المريضة .

(١) أنظر التاج والإكليل للعبدي ٤٥٠/٣ وحاشية الدسوقي ٢/٢٤٥ والمدونة

للإمام مالك ٢/٢٤٦ .

(٢) أنظر تكملة شرح فتح القدير لقاضي زاده ٢٨٣/٨ وشرح العناية

للبارتري ٢٨٣/٨ وتبيين الحقائق للزيلعي وحاشية الشلبي عليه

٢٤/٥ وجامع الفصولين لابن قاضي سماوه ٢/٢٤٣ .

(١) فإن كانت الزوجة وارثة والزوج مريضا :

(أ) فالمالكية^(١) يرون أن لها الأقل من ثلاثة أشياء:

• الثلث أو المسمى أو صداق المثل ولاترثه .

(ب) والشافعية والحنابلة في المعتمد^(٢) قالوا : حكم الزيادة

حكم الوصية للوارث ، فتكون موقوفة على إجازة الورثة ،

إن أجازوا : أخذت الزيادة ، وإن ردوا : سقطت

المحابة ، وأخذت فرضها بالزوجية .

(ج) وقال الإمام أحمد^(٣) : تسقط المحابة ، وتأخذ الزوجة

ميراثها .

والراجع :

والأولى - والله أعلم - أن الزائد على مهر المثل حـق

الورثة ، فإذا نزلوا عنه باختيارهم لم يكن هناك ما يمنع

أن تأخذ الزوجة ، وإن ردوا : سقطت المحابة ، وتأخذ

الزوجة فرضها بالزوجية .

(٢) وإن كانت الزوجة أجنبية والزوج مريضا :

(١) أنظر المدونة لإمام مالك ٢٤٦/٢ - ٢٤٧ وحاشية الدسوقي ٢٤٥/٢

والشرح الكبير للدردير ٢٤٦/٢ .

(٢) أنظر الأنوار لأعمال الأبرار للاردبيلي ٢٨/٢ والغرر البهيمة

للأنصاري ١١/٤ وفتح الجواد لابن حجر الهيتمي ٢١/٢ وكشاف القناع

للبيهوتي ٣٦٨/٤ ومنتهى الإرادات لابن النجار ٣٤/٢ وشرح منتهى

الإرادات للبيهوتي ٥٣٥/٢ .

(٣) أنظر الإنصاف للمرداوي ١٧٦/٧ .

- (أ) فالمالكية^(١) يرون أن لها الأقل من المسمى أو صداق المثل .
- (ب) والشافعية^(٢) يرون أن الزيادة وصية لأجنبي ، ولذلك تأخذ مهر مثلها ، وزائد المهر يحتسب من ثلث التركة ، من غير توقف على إجازة الورثة .
- (ج) أما الحنابلة^(٣) : فإنهم يرون أيضا أن الزيادة وصية لأجنبي ، وأن لها مهر مثلها ، لكنهم يرون أن لها من الزيادة ثلث ما حاباها به .

الراجع :

والذى يبدو - والله أعلم - أن مهر مثلها حق لها ، تأخذه بموجب عقد النكاح ، وما زاد على ذلك فهو من قبيل تبرعات المريض مرض الموت لأجنبي فيحسب من ثلث التركة .

(٣) وإن كانت الزوجة مريضة :

- (أ) فالمالكية^(٤) يرون أن لها بالدخول المسمى ، زاد على صداق المثل أم لا ، ومثل الدخول موت الزوج ، فيقفى لها به من رأس المال .

-
- (١) أنظر الشرح الكبير للدردير ٢٤٦/٢ .
- (٢) أنظر الغرر البهية للأنصاري ١١/٤ وفتح الجواد لابن حجر الهيتمي ٢١/٢ .
- (٣) أنظر كشاف القناع للبهوتي ٣٦٨/٤ ومنتهى الإرادات لابن النجار ٣٤/٢ وشرح منتهى الإرادات للبهوتي ٥٣٥/٢ والمغني لابن قدامه ٢١٠/٦ .
- (٤) أنظر الشرح الكبير للدردير ٢٤٦/٢ .

(ب) والشافعية^(١) فرقوا بين ما إذا نكحت بأقل من مهر مثلها ، أو بأكثر ، وبين الزوج الوارث وغير الوارث ، فقالوا :

إذا نكحت بأقل من مهر المثل من يرثها ، فالنقصان وصية للوارث ، ولورثتها طلب تكميل مهر المثل ، وإن لم يكن وارثا : لم يعتبر النقص من الثلث ، لأنه ليس بتفويت لحقها ، بل هو امتناع من الكسب .

وإن نكحت بأكثر من مهر المثل ، ولم يكن الزوج وارثا ، فلم أجد هذه المسألة منصوصة عندهم ، ولكن الذي يبدو أن الحكم فيها خارج عن قضية المحاباة ، لأن الذي وقعت منه المحاباة هنا غير مريض وأجنبى في نفس الوقت ، فالزيادة هنا من عطايا المحيح وتبرعاته ولاشك في صحتها ونفاذها مطلقا .

الراجع :

والذي يبدو - والله أعلم - أنه يجب لها بالدخول المسمى ، ولو زاد على صداق المثل ، لأن الزيادة تبرع من صحيح فينفذ ، أما إن كان المسمى أقل من مهر المثل ، فإن لورثتها أن يطلبوا إتمام مهر المثل لوقوع المحاباة في ذلك .

(١) أنظر الأنوار لأعمال الأبرار للزردبيلي ٢٨/٢ والغرر البهية للانماري

١١/٤ وفتح الجواد لابن حجر الهيتمي ٢١/٢ .

الرابعة : محاباة المريض في الخلع

الخلع عبارة عن فرقة بين الزوجين مقابل بدل تبذله الزوجة لزوجها تفتدى نفسها منه. وهو مشروع جائز في حال الصحة بغير خلاف . أما في حال المرض :

فجمهور العلماء من الحنفية والمالكية في المشهور عنهم والشافعية والحنابلة ، على أنه جائز أيضا ويترتب عليه حكمه ، إلا ماروي عن المالكية^(١) من عدم جواز الخلع في المرض .

واختلف الذين أجازوه فيما يلزم في بدله على ستة أقوال :

(١) فذهب الحنفية^(٢) إلى أن المرأة إذا اختلعت في مرض موتها على مهرها الذي لها على زوجها ، فإن لم يكن دخل بها ، فقد سقط نصف المهر بالطلاق قبل الدخول ، والنصف الآخر وصية ، وهو لغير وارث فيصح من الثلث ، ولو دخل بها وماتت بعد انقضاء العدة ، فكل المهر وصية ، ويصح من الثلث كذلك ، لأن الاختلاع تبرع . وإن ماتت في العدة فكذا عند " أبي يوسف ومحمد " لأن الزوج لم يبق وارثا ، لرضاه بالفرقة .

وعند " أبي حنيفة " : ينظر إلى الأقل من ميراثه ومن المسمى ومن الثلث ، فيأخذه ، لأنهما متهمان في حق سائر الورثة في الزيادة دون الأقل .

(١) أنظر حاشية العدوي على الخرشي ٢٠/٤ .

(٢) أنظر المبسوط للسرخسي ١٩٢/٦ وجامع الفصولين لابن قاضي سماوه

٢٣٨/٢ والعقود الدرية لابن عابدين ٥٣/١ .

- (٢) وذهب المالكية في المشهور عندهم^(١) إلى أنه لا يجوز القدر الزائد من المخالغ به على الإرث .
- (٣) وروي عن المالكية^(٢) أن للزوج خلع مثلها ، ويرد الباقي .
- (٤) وروي عن المالكية^(٣) أيضا : أنه يوقف من مالها قدر إرثه لـ ما خالعت به .
- (٥) وذهب الشافعية^(٤) إلى أنها : إن خالعت بمهر مثلها ، أو أقل : فالخلع جائز ، وإن خالعت بأكثر من مهر مثلها ، ثم ماتت فـ في مرضها قبل أن تصح : جاز له مهر مثلها من الخلع ، وكان الفضل على مهر مثلها وصية ، يحاص به أهل الوصايا .
- (٦) وذهب الحنابلة والمالكية في رواية أخرى^(٥) إلى أنه له ما خالعت عليه إن كان قدر ميراثه منها فما دون ، وإن كان بزيادة : فله الأقل من المسمى في الخلع أو ميراثه منها .

الراجع :

والذي يبدو - والله أعلم - أنها إن خالعت بمهر مثلها أو أقل منه ، فللزوج ماخالعت به ، وإن كان أكثر من مهر المثل ، كان له الأقل من بدل الخلع أو الميراث ، منعا للتهمة ، ولأن الخلع في هذه الحالة قد يكون سبيلا ليعمال الزوج إلى أكثر من حقه فيمنع من ذلك .

-
- (١) أنظر الخرخشي ٢٠/٤ وحاشية الدسوقي والشرح الكبير للدردير ٢/٣١٥ -
٣١٦ وشرح منح الجليل لعليش ٢/١٩٣ .
- (٢) أنظر المنتقى للباقي ٤/٦٦ .
- (٣) أنظر حاشية العدوي على الخرخشي ٤/٢٠ .
- (٤) أنظر الأم للإمام الشافعي ٥/١٨٢ - ١٨٣ وروضة الطالبين للـ ووي ٧/٣٨٧ والأنوار لأعمال الأبرار للـ رديلي ٢/١٥٢ .
- (٥) أنظر كشف القناع للبهوتي ٥/٢٥٦ - ٢٥٧ ومنتهى الإرادات لابن النجار ٢/٢٤٥ والإنصاف للمرداوي ٨/٤١٩ .

الفصل الثالث : تصرفات الوكيل المعتدي لحدود وكالته

وفيه مبحثان :

المبحث الأول : معنى الوكالة لغة وشرعا .

المبحث الثاني : أنواع الوكالة وحكم التعدي في كل نوع .

وفيه مطلبان :

المطلب الأول : الوكالة المطلقة وحكم التعدي فيها .

المطلب الثاني : الوكالة المقيدة وحكم التعدي فيها .

لابد لى قبل الحديث عن تصرفات الوكيل المتعدى لحدود وكالته
من بيان معنى الوكالة لغة وشرعا ، وأنواعها ، ومن ثم بيان التعدى
من الوكيل فى التصرف الذى فوض اليه فى كل نوع .

ولذا فإن الكلام فى هذا الفصل سيكون فى مبحثين :

المبحث الأول : معنى الوكالة لغة وشرعا :

أولا : معنى الوكالة لغة :

الوكالة^(١) : بفتح الواو وكسرها : التفويض . يقال : وكلت
الأمر إليه : فوضته إليه .

ثانيا : معنى الوكالة شرعا :

تعددت كلمات الفقهاء فى بيان معنى الوكالة شرعا ، إلا أن
مضمون جميع هذه التعريفات هو أن الوكالة هى : " إقامة الانسان غيره

(١) أنظر القاموس المحيط للفيروز أبادي ٦٧/٤ والمصاح للجوهري
١٨٤٥/٥ والمصباح المنير للفيومي ٨٣٨/٢ وتهذيب الأسماء
واللغات للنووي ١٩٥/٢ والمغرب للمطرزي / ٤٩٣ / والتعريفات
للجرجاني / ١٣٢ / وتصحيح التنبيه للنووي / ٧٦ /

مقام نفسه فى تصرف معلوم " وهذا هو ما عرفها به " ابن نجيم " (١)
و " البابرى " (٢) و " ابن الهمام " (٣)

و عرفها " داماد أفندى " بقوله : " الوكالة : هى اقامة
الإنسان غيره مقام نفسه فى التصرف فى ملكه " (٤)

و عرفها " البهوتى " فقال : " الوكالة : هى استنابة جائز
التصرف مثله فيما تدخله النيابة " (٥) .

أما الكاسانى " فقد عرفها بأنها : " تفويض التصرف والحفظ
الى الوكيل " (٦) وبمثل ذلك عرفها " الشربينى " (٧) و " تقي الدين
الحمينى " (٨) .

إلا أن " ابن نجيم " اعتبر تعريفها بالتفويض فى التصرف
الى الوكيل تعريفا لغويا ليس إلا . (٩)

-
- (١) أنظر البحر الرائق ١٣٩/٧ .
 - (٢) أنظر العناية شرح الهداية ٤٩٩/٧ .
 - (٣) أنظر شرح فتح القدير ٥٠٠/٧ .
 - (٤) أنظر مجمع الأنهر ٢٢١/٢ .
 - (٥) أنظر كشف القناع ٤٤٩/٣ .
 - (٦) أنظر بدائع الصنائع ٣٤٥٥/٧ .
 - (٧) أنظر مغنى المحتاج ٢١٧/٢ .
 - (٨) أنظر كفاية الاخير ١٧٥/١ .
 - (٩) أنظر البحر الرائق ١٣٩/٧ .

وعلى كل فإن تعريفات الوكالة جميعها تفيد معنى الإنابة والتفويض ، لأن الوكيل مفوض في التعرف بموجب توكيل وإذن صادر من الوكيل يقتضي صحة التعرف وسلامته ، فيما إذا جاء على الوجه الذي أمر به الموكل .

وبناء على ذلك فإن المعنى اللغوي للوكالة أعم من المعنى الاصطلاحى ، والعلاقة بينهما هى العموم والخصوص المطلق .

المبحث الثاني

أنواع الوكالة وحكم التعدي في كل نوع

الوكالة إما أن تكون مطلقة أو مقيدة ، فهذان مطلبان :

المطلب الاول : الوكالة المطلقة وحكم التعدي فيها :

الوكالة المطلقة : هي التي يترك للوكيل فيها حرية التصرف فيما وكل فيه ، دون تقييد بجنس أو شرط أو نوع ، كأن يكون وكيلاً في بيع هذه السلعة دون أن يحدد له ثمنها أو مكان بيعها أو المشتري أو جنس الثمن .

وفي هذه الحالة فإن الوكيل المطلق يملك من التصرفات التي وكل بها ما يراه صالحاً لموكله ، كأن يبيع له بأكثر من ثمن المثل أو يشتري له بأقل منه . (١)

فإن تعدى الوكيل ، فتصرف تصرفاً يعود بالضرر على موكله : فللفقهاء في ذلك أقوال ثلاثة :

الاول :

فجمهورهم من المالكية والشافعية في المحيح من المذهب

(١) أنظر فتح العزيز للرافعي ٢٢/١١ .

والحنابلة وأبي يوسف ومحمد من الحنفية (١) قالوا : ليس للوكيل أن ينشئ مثل هذا التصرف ، كأن يبيع بأقل من ثمن المثل ، وبما لا يتغاب عن الناس في مثله عادة . لأن مطلق الأمر يتقيد بالمتعارف ، ولأن الأصل في إنشاء التصرفات لدفع الحاجات ، فتقيد بمواقعها ، والمتعارف هو البيع بمثل الثمن (٢)

إلا أن المالكية (٣) استثنوا من ذلك ما إذا فوضه الموكل في كل تصرف ، نافع أو ضار ، فإن تصرف الوكيل يُعْمَى على موكله في هذه الحالة .

واستثنى الشافعية (٤) كذلك ما إذا فوضه في الكم والكيف ، فإن تصرف الوكيل يُعْمَى على موكله ولو بالغبن والنسيئة ونقد غير البلد .

أما " أبو يوسف " ومحمد " فقالا : إن كانت عبارة الموكل تتصرف إلى مافعله الوكيل وقع عنه . وبناءً على هذا الرأي الأول ، فإن تصرف الوكيل فما حكم تصرفه ؟ .

(١) أنظر حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير ٣٨٢/٣ والخرشي

٧١/٦ وقوانين الاحكام الشرعية لابن جزي ٣٥٦ / والشرح المغير

للدردير ٦٧٢/٤ وبداية المجتهد لابن رشد الحفيد ٢٥٤/٢ وكفاية

الأخبار للحصني ١٧٧/١ وروضة الطالبين للنووي ٣٠٣/٤ ، ٣١٨ /٤

والبحر الرائق لابن نجيم ١٦٧/٧ وتكملة شرح فتح القدير لقاضي

زاده ٥٧/٨ ، ٧٧/٨ ، ٨٢/٨ وشرح العناية للبابرتي ٣٢/٨ - ٣٣

والمغني لابن قدامة ٩٨/٥

(٢) أنظر البحر الرائق لابن نجيم ١٦٧/٧ وتكملة شرح فتح القدير لقاضي

زاده ٧٧/٨ .

(٣) أنظر الخرشي ٧١/٦ .

(٤) أنظر روضة الطالبين للنووي ٣٠٤/٤ والتنبيه للشيرازي ٣٦/ .

اختلف فيه الفقهاء على أربعة أقوال :

- (١) فذهب المالكية والشافعية^(١) إلى أن هذا التصرف لا يلحق الموكل وإن كان صحيحا ، لأنه وقع مخالفا فلا يلزمه ، ولأن الوكيل بمخالفته صار معزولا ، فلا يُمضى فعله على موكله .^(٢)
- إلا أن المالكية أثبتوا للموكل الخيار بين الإمضاء والرد ، ففي " الخرشي " ^(٣) " فإن خالف ولم يبع بثمن المثل ، فإن الخيار حينئذ يثبت للموكل ، فإن شاء أمضى فعله ، وإن شاء رده وتلزم السلعة الوكيل " .
- (٢) وذهب " أبو يوسف " و " محمد " من الحنفية والحنابلة فـ روى رواية^(٤) إلى أن تصرفه غير صحيح .
- (٣) وذهب الحنابلة في الصحيح من المذهب^(٥) إلى أن تصرف الوكيل صحيح ، ويقع عن الموكل ، إلا أن الوكيل فامن فيما خالف فيه ، فيلزم الموكل العقد دون مخالفة ، وتلزم الوكيل المخالفة فيضمنها .
- (٤) وللشافعية^(٦) قول في أن إنشاء العقد على الوجه المخالف الذي فيه الضرر يكون موقوفا على إجازة الموكل إن شاء أمضاه وإن شاء رده .

(١) أنظر فتح العزيز للرافعي ٢٦/١١ - ٢٧ والخرشي ٧١/٦

(٢) أنظر الخرشي ٧١/٦

(٣) أنظر الخرشي ٧٣/٦ وحاشية الدسوقي ٢٨٣/٣ والشرح المغيـ للدردير ٦٧٢/٤ - ٦٧٤ .

(٤) أنظر تكملة شرح فتح القدير لقاضي زاده ٧٧/٨ والإنصاف للمرداوي ٣٧٣/٥ .

(٥) أنظر كشف القناع للميهوتي ٤٦٥/٣ .

(٦) أنظر فتح العزيز للرافعي ٦٦/١١

ويبدو - والله أعلم - أن القول بصحة العقد الذي أوقعه الوكيل مخالفا فيه أمر موكله أولى ، لأنه عقد صدر من أهله في محال قابل لحكمه ، وليس هناك ما يمنع محتته ، فيصح ، إلا أنه لا يلزم الموكل ، سواء قلنا بالوقف ، أو بعدم اللزوم للمخالفة ، لأنه عقد تجاوز فيسه الموكل حدود وكالته دلالة ، فيكون الخيار للموكل في امضاء العقد أو فسخه دفعا للضرر عنه .

الثنانى :

وذهب " أبوحنيفة " (١) إلى أنه يجوز للوكيل إنشاء مثل هذا التعرف ، لأنه وكيل مطلق فيجرى تصرفه على الاطلاق .

الراجع :

ويبدو - والله أعلم - أن ما ذهب إليه الجمهور أولى . لأن مطلق التوكيل لا يقتضى التفويض بالفعل الفاعل ، بل يجرى على إطلاقه حسب العرف وفعل غير المتعارف عليه متهم فيه الوكيل .

(١) أنظر تكملة شرح فتح القدير لقاضي زادة ٧٧/٨

المطلب الثاني : الوكالة المقيدة وحكم التعدي فيها

والوكالة المقيدة هي التي يحدد فيها للوكيل جنس التصرف ونوعه ، ويُفرض عليه فيها قيود تعتبر أساسا في الاستنابة والتفويض ، ولذا فإن الوكيل مقيد هنا بالتزام ما حدده الوكيل من الشروط والقيود ، فإن كان في ذلك بعض خفاء رُجِع إلى العرف في بيانه (١) .

فإن تعدى الوكيل في تصرفه ، فإما أن يكون في ذلك مصلحة للموكل أولا .

(١) فإن كان فيه مصلحة كأن يبيع مايساوي عشرة دراهم بعشرين ، فقد اختلف الفقهاء في ذلك على قولين :

(١) فالحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة (٢) على أن المخالفة إذا كانت إلى خير تلزم الموكل ويصح تصرف الوكيل .

(٢) وفي وجه شاذ عند الشافعية (٣) ليس للوكيل في الوكالة المقيدة مخالفة القيد الذي حده له الموكل زيادة ولانقضا . فإن خالف لم يجز تصرفه وكان باطلا .

(١) أنظر الخرخشي ٧٣/٦ والبحر الرائق لابن نجيم ١٥٤/٧ - ١٥٥ ، ١٦٣/٧ .

(٢) أنظر بدائع المنافع للكاساني ٣٤٦٥/٧ والخرشي ٧٥/٦ والإنصاف للمرداوي ٣٨٢/٥ وكشاف القناع للبهوتي ٤٦٤/٣ والمغني لابن قدامة ٩٩/٥ وروضة الطالبين للنووي ٣١٦/٤ وفتح العزيز للرافعي ٤٦/١١ - ٤٧ .

(٣) أنظر روضة الطالبين للنووي ٣١٦/٤ وفتح العزيز للرافعي ٤٦/١١ - ٤٧ .

والأولى هو الأول - والله أعلم - لأن الوكيل زاد زيادة تنفع
الموكل ولا تضره ، ولأن الإذن في البيع بمائة مثلاً هو اذن بالبيع
بأكثر من ذلك عرفاً . (١)

(٢) فإن لم يكن في تعديده معلقة ، سواء كان فيه ضرر ظاهر
أم لا . فقد اختلف الفقهاء في ذلك ، وبيان الأمر في المسألتين
التاليتين :

* المسألة الأولى : تعدي الوكيل في البيع .

اختلف الفقهاء في حكم تعدي الوكيل في البيع - كما إذا وكله
ببيع عبده بمائة درهم فباع نعهه بدون ذلك - على ثلاثة أقوال :

(١) فذهب أبو حنيفة (٢) إلى أن البيع صحيح نافذ لأن اللفظ مطلق
فيجرى على إطلاقه ، وهذا هو مقتضى القياس في المذهب .

(٢) وذهب الشافعية (٣) إلى أن البيع باطل لوقوعه مخالفاً أمر
الموكل .

(٣) وذهب الحنابلة وأبو يوسف ومحمد من الحنفية (٤) إلى التوقف
في الأمر والنظر فيه :

-
- (١) أنظر المغني لابن قدامة ٩٩/٥ .
(٢) أنظر تكملة شرح فتح القدير لقاضي زاده ٨٥/٨ وبدائع الصنائع
للكاساني ٣٤٦٤/٧ وكشف الحقائق للأفغاني ٩٩/٢ .
(٣) أنظر روضة الطالبين للنووي ٣٢٤/٤ .
(٤) أنظر تكملة شرح فتح القدير لقاضي زاده ٨٥/٨ وكشف الحقائق
لأفغاني ٩٩/٢ وبدائع الصنائع للكاساني ٣٤٦٩/٧ والبحر الرائق
لابن نجيم ١٦٣/٧ وكشاف القناع للبهوتي ٤٦٥/٣ - ٤٦٦ .

(أ) فإن صح الوكيل البيع على الوجه الذي أمر به الموكل
نفذ على الموكل .

(ب) وإلا : فالحنابلة قالوا : يحكم على البيع بالبطلان ،
لعدم موافقته الإذن أساسا (١) و " أبويوسف " و " محمد "
قالا : يعتبر موقوفا على إجازة الموكل ، فإن أجازه
نفذ ، وإلا كان مردودا باطلا .

الراجع:

ويبدو - والله أعلم - أن القول بصحة البيع مع ثبوت الخيار
للموكل أولى. لأن عقد البيع عقد صدر من أهله في محل قابل لحكمه ، فافتضى
ذلك أن يكون صحيحا ، إلا أنه لا يلزم الموكل ، إلا إذا رضي به للضرر الذي
يلحقه من إزامه به حيث وقع مخالفا لإذنه ، وحيث اختار الموكل الرد
فإن البيع يلزم الوكيل لمحتة أساسا ، ولذا لم يكن الحكم بالوقوف فيه
ظاهرا لأن مقتضى الوقف أن يبطل العقد في حالة الرد ، والبطلان هنا غير
ظاهر ، لأن عبارة الوكيل كعبارة الأصيل كل منهما تقتضي ترتب الحكم على
العقد الذي يصدر منهما .

(١) يشكل قول الحنابلة هنا بعدم صحة البيع مع قولهم في وكييل
باع بدون ثمن المثل بصحة البيع مع وجوب الضمان على الوكيل ،
ومقتضاه أن يصح البيع هنا أيضا . أنظر كشف القناع للبهوتي
٤٦٣/٣ .

✽ المسألة الثانية : تعدي الوكيل في الشراء

- إختلف الفقهاء في تعدي الوكيل في الشراء على خمسة أقوال :
- (١) فذهب " أبوحنيفة " و " أبو يوسف " و " محمد " (١) إلى أن الوكيل إذا خالف الموكل في الشراء نظر : فإن عاد فمحممه على الوجه الذي أراده الموكل نفذ على الموكل ، وإلا وقّع له ، لأنه خالف أمر الموكل ، فينعزل بسبب المخالفة .
- (٢) وذهب " زفر " (٢) من الحنفية إلى أن عقد الوكيل في هذه الحالة لا يلزم الموكل ، بل يلزم الوكيل ، سواء صحه على الوجه الذي أراده الموكل أم لا ، لأنه خالف أمر الموكل عند إبرام العقد ، فلم يلزم مثل هذا العقد للموكل .
- (٣) وذهب المالكية (٣) إلى أنه يشب للموكل الخيار بين القبول بالعقد ورده ، ففي " حاشية الدسوقي " (٤) " فإذا قال الموكل : إشتري سلعة كذا ... فخالف . خير الموكل : إن شاء أجاز فعله ، وإن شاء رده . وظاهره ثبوت الخيار للموكل ، سواء كانت الأغراض تختلف بالزمان والسوق أولا ... " فإن رد الموكل العقد لزم الوكيل . (٥)

-
- (١) أنظر بدائع الصنائع للكاساني ٣٤٦٩/٧ وكشف الحقائق للأنفغاني ٩٩/٢ والبحر الرائق لابن نجيم ١٦٣/٧ وتكملة شرح فتح القدير لقاضي زاده ٨٦/٨ وتبيين الحقائق للزيلعي ٢٦٣/٤ .
- (٢) أنظر بدائع الصنائع للكاساني ٣٤٦٩/٧ .
- (٣) أنظر الخرشبي ٧٣/٦ والشرح المعير للدردير ٦٧٢/٤ - ٦٧٤ وحاشية الدسوقي ٣٨٣/٣ .
- (٤) أنظر حاشية الدسوقي ٣٨٣/٣ .
- (٥) أنظر الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي عليه ٣٨٤/٣ .

(٤) وفعل الشافعية (١) في ذلك فقالوا :

شراء الوكيل إما أن يكون بعين مال الموكل أو في الذمة :

(أ) فإن كان بعين مال الموكل وخالف فيه فالشراء باطل ،

لأن الوكيل عقد على مال الموكل عقدا لم يأذن فيه .

(ب) وإن كان في الذمة وخالف فيه أيضا :

* فعلى الأصح يقع العقد للوكيل ، سواء سمى الوكيل

الموكل في العقد أم لا ، لأن تسمية الموكل غير

معتبرة في الشراء .

* والوجه الثاني : أن العقد باطل .

(٥) وفعل الحنابلة (٢) أيضا بين أن يكون العقد بعين المال أو في

الذمة ، فقالوا :

(أ) إن كان العقد بعين مال الموكل وخالف فيه :

* فالصحيح من المذهب : أن العقد باطل للمخالفة ،

ولأنه عقد على مال الموكل بغير ما أذن فيه .

* وفي رواية : العقد صحيح ويقف على إجازة الموكل

فإن أجازته نفذ وإن رده بطل ، لأنه تعرف له مجيز

فصح ، ووقف على إجازته

(ب) وإن كان في الذمة : فقد فرقوا بين ما إذا كانت

المخالفة في الثمن أو في العين ، فقالوا :

(١) أنظر روضة الطالبين للنووي ٣٢٤/٤ والمهذب للشيرازي ٣٥٤/١ .

(٢) أنظر كشف القناع للبهوتي ٤٦٥/٣ - ٤٦٦ والإنصاف للمرداوي

٣٨٣/٥ ، ٣٨٦/٥ والمغني لابن قدامه ٩٣/٥ - ٩٤ .

* إن خالف في الثمن فاشترى بأكثر من ثمن المثل :

ففي الصحيح من المذهب : يصح العقد ويضمن ما زاد
عن ثمن المثل ، وهو أحد الوجهين في المذهب
وفي الوجه الآخر : لا يصح العقد للمخالفة .

* وإن خالف في العين فاشترى غير ما أراد الموكل :

ففي الصحيح من المذهب : لم يصح الشراء للموكل
ولزم الوكيل .
وفي رواية : يقف على إجازة الموكل .

الراجع :

ويبدو - والله أعلم - أن عقد الشراء الذي وقع بعين مال
الموكل على غير المورة التي أرادها يكون موقوفا على إجازته ،
إن أجازته نفذ ولزمه ، وإن رده بطل ، لأن الوكيل عقد بعين
مال الموكل عقدا لم يأذن فيه فيقف على إجازته .

وإن وقع العقد في الذمة ، كان للموكل الخيار بين القبول
والرد ، فإن رد العقد لزم الموكل ، لأنه عقد أوقعه
الموكل على بدل في ذمته ، فلم يلزم الوكيل إلا برضاه .

الفصل الرابع : تصرفات الشريك في الحصة الشائعة من مال الشركة
بغير ما وكل به .

إتفق الفقهاء (١) على أنه ليس للشريك أن يتصرف في الحصة الشائعة من مال الشركة بغير ماوكل به، إلا باذن شريكه . لكنهم اختلفوا فيما يترتب على تصرفه لو أنه فعل بغير ماوكل به وذلك على ثلاثة أقوال :

أحدها : وهو مذهب المالكية والشافعية والحنابلة (٢) : إذا تصرف الشريك في الحصة الشائعة بغير ماوكل به، فإن تصرفه صحيح لكن عليه الضمان لتعديده .

الثاني : وهو مذهب الحنفية (٣) وقد قالوا : إن تصرفه هذا يعتبر موقوفا على إجازة شريكه إن أجاز نفذ وإن رد بطل .

والثالث : وهو مذهب الظاهرية وقد ذهبوا إلى أن تصرفه هذا لو وقع يكون باطلا لأنه لا يدرى المتصرف أيقع الجزء الذي تصرف فيه في حصته

-
- (١) أنظر البحر الرائق لابن نجيم ٧٥/٦ والفتاوى الهندية لعالمكير ١٥٥/٣ ومرشد الحيران لقصري باشا م ١٠٤/٦٣٩ و م ١٠٥/٦٤٤ والخراشي وحاشية العدوي ٣٨/٦ - ٣٩ والشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي ٣١٧/٣ وفتح العزيز للرافعي ٤٢٣/١٠ ومنتهى الإرادات لابن النجار ٤٥٧/١ - ٤٥٨ والمحلّى لابن حزم ١٣٣/٨ .
- (٢) أنظر الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي ٣١٧/٣ وحاشية الشرواني على تحفة المحتاج ٢٩٠/٥ والتنقيح المشبع للمرداوي ١٥٨/١ ومنتهى الإرادات لابن النجار ٤٥٧/١ - ٤٥٨ .
- (٣) أنظر مرشد الحيران لقصري باشا (م ١٠٤/٦٣٩ و م ١٠٥/٦٤٤) والفتاوى الهندية لعالمكير ١٥٥/٣ والبحر الرائق لابن نجيم ٧٥/٦ .
- (٤) انظر المحلّى لابن حزم ١٣٣/٨ - ١٣٤ .

أم في حمة شريكه ، وحتى لو وقع التصرف في حصته ، فهو باطل أيضا ، لأنه وقع مخالفا لأمر الله تعالى وأمر رسوله صلى الله عليه وسلم لقوله صلى الله عليه وسلم : " من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد " (١) .

وهذا الدليل من الظاهرية غير مسلم فإن مجرد وقوع تصرف الشريك مخالفا لا يكفي لإبطال هذا التصرف، فإن التصرف صحيح في نفسه، لكن وقوعه على هذه العورة، جعل للشريك الحق في تغميـن شريكه، إلا أن يرتضي الشريك تصرف شريكه ، فإن قلنا بالبطلان فلا فائدة لرضى الشريك إذ الباطل لا ينقلب صحيحا كما ذهبتم اليه (٢) .

الراجع :

ويبدو - والله أعلم - أن القول بوقف نفاذ التصرف على إجازة الشريك فيه مغلطة، إذ القول بالبطلان قد ينافي أصل المصلحة من ناحية، ومن ناحية أخرى فإنه إذا أمكن تصحيح فعل المكلف ومونه عن فعل في العقلاء ، فإنه يمار إليه ما أمكن، ما لم يتعارض ذلك مع نص أو أصل من الأصول .

وأما حديث " من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد " فإنه يـراد به من أحدث في هذا الدين من الشرائع والأحكام، وفعل الشريك ليس فيه تشريع حكم أو ابتداء دين ، يؤكد ذلك رواية الشيخين (٣) لهذا الحديث وهي

-
- (١) أخرجه مسلم . انظر صحيح مسلم ١٣٤٤/٣ .
 - (٢) أنظر المحلى لابن حزم ١٣٤/٨ .
 - (٣) وهذا لفظ البخاري أنظر صحيح البخاري ٩١/٣ وصحيح مسلم ١٣٤٣/٣ .

قوله صلى الله عليه وسلم : " من أحدث في ديننا هذا ما ليس منه فهو رد " .

وأيضاً فإن القول بالوقف يحقق الجمع بين المذهب الأول القائم
بالصحة مع الغمان، والمذهب الثاني القائم بالوقف، إذ الوقف من أقسام المحيح
والقول به لا ينافي الغمان، وذلك إذا رد الشريك تصرف شريكه .

الفصل الخامس : تصرفات المرتد الماليه .

وفيه أربعة مباحث :

- المبحث الأول : معنى الردة لغة واصطلاحاً .
- المبحث الثاني : مصير أموال المرتد بعد رده .
- المبحث الثالث : حكم تصرفاته الماليه .
- المبحث الرابع : موقف الفقهاء من ردة المرأة
وتصرفاتها .

قبل الحديث عن تعريفات المرتد المالية لابد لي من بيان معنى
الردة، ومعرفة معير أموال المرتد بعد رده، ومن ثم حكم تعريفاته المالية،
وموقف الفقهاء من ردة المرأة .

المبحث الأول

معنى الردة لغة واصطلاحاً :

(١) معنى الردة لغة :

هي صرف الشيء ورجعه ومنعه والتحول عنه . يقال رده
رداً ومرداً : صرفه وقد ارتد ارتداداً رج ، ورددت الشيء رداً
منعته، وارتد عنه تحول ، وارتد الشخص : رد نفسه إلى الكفر. (١)
والردة كما تكون مصدر رد بمعنى صرف، تكون اسماً ممن
الإرتداد بمعنى الرجوع (٢).

(٢) معنى الردة شرعاً :

وهي الرجوع عن الإسلام طوعاً نطقاً أو اعتقاداً أو شكراً
أو عزمًا أو فعلاً ، ولو كان هازلاً .

(١) أنظر لسان العرب لابن منظور ١٧٢/٣ - ١٧٣ والقاموس المحييط

للفيروز أبادي ٣٠٤/١ والصاح للجوهري ٤٧٣/٢ والمصباح المنير
للفيومي ٢٦٦/١ .

(٢) أنظر حاشية العدوي على الخرخشي ٦٢/٨ .

وقد اختلفت في بيان الردة كلمة الفقهاء وتعددت حدودها عندهم:

فعرفها " الكاساني " (١) بقوله : " الردة هي الرجوع عن الإيمان " .

وحدها " الخرشي " (٢) بقوله : " الردة هي كفر المسلم بصريح أو لفظ يقتضيه أو فعل يتضمنه " .

وذكر " الغزالي " (٣) أنها : " عبارة عن قطع الإسلام من مكلف ، إما بفعل وإما بقول " .

أما " النووي " (٤) فقد عرفها بقوله : " قطع الإسلام بنيئة كفر (٥) أو قول أو فعل " .

أما المرتد :

فعرفه " ابن جزير " (٦) بقوله " هو المكلف الذي يرجع عن الاسلام طوعا إما بالتصريح بالكفر وإما بلفظ يقتضيه أو بفعل يتضمنه " .

-
- (١) أنظر بدائع الصنائع ٤٣٨٢/٩ .
 - (٢) أنظر الخرشي ٦٢/٨ والشرح المغير للدردير ١٤٤/٦ - ١٤٥ .
 - (٣) أنظر الوجيز ١٦٦/٢ .
 - (٤) أنظر مغني المحتاج للشربيني ١٣٣/٤ - ١٣٤ وحاشيتا قليوبي وعميرة ١٧٤/٤ وتمحيح التنبيه /١٤١/ .
 - (٥) ذكر النية ليدخل من عزم على الكفر في المستقبل فإنه يكفر - حالاً . أنظر مغني المحتاج للشربيني ١٣٤/٤ .
 - (٦) أنظر قوانين الأحكام الشرعية / ٣٩٤ / .

وعرفه " البهوتي " (١) بقوله : " هو الذى يكفر بعد إسلامه
نطقا أو اعتقادا أو شكا أو فعلا ولو مميزا (٢) طوعا لامكرها
ولو كان هازلا "

وحده " ابن قدامة" (٣) بقوله : " هو الراجع عن دين الإسلام إلى
الكفر " .

(١) أنظر كشف القناع ١٧٦/٦ .

(٢) كفر المميز بالردة مختلف فيه بين الفقهاء :

- فأبوحنيفة ومحمد والمالكية في المشهور والحنابلة يرون
أن المميز يكفر بالردة .

- وأبويوسف والمالكية في رواية والشافعية يرون أن الردة لاتقع
من المميز ولا يكفر بها والأدلة على هذه المسألة مذكورة في
مواطنها . أنظر بدائع الصنائع للكاسائي ٤٣٨٣/٩ والخرشي
وحاشية العدوي ٦٢/٨ ومغني المحتاج للشربيني ١٣٧/٤ وكشاف

القناع للبهوتي ١٦٧/٦ .

(٣) أنظر المغني ٣/٩ .

المبحث الثاني

معيير أموال المرتد بعد رده :

معيير أمواله متوقف على معرفة حاله بعد الردة :

(آ) فإن مات أو قتل فلا خلاف بين الحنفية والمالكية والشافعية في زوال ملكه عن أمواله (١) وعند الحنابلة لا يزول ملكه عن ماله إلا بالموت أو القتل (٢).

(ب) أما قبل ذلك فلفقها أقوال ثلاثة :

(١) فذهب أبو حنيفة والمالكية والشافعية في قول والحنابلة (٣) : إلى أن ملكه لا يزول عن ماله بالردة بل هو موقوف على ما يعلم من حاله ، إن أسلم تبينا ملكه لماله ، وإن قتل برده زال ملكه عن ماله ، لأن الردة سبب يبيح دمه ، فلم يزل ملكه كزنا المحصن ، والقتل لمن يكافئه عمدا ، وزوال العصمة لا يلزم منه زوال الملك ، بدليل الزاني المحصن ، والقاتل في المحاربة ، وأهل الحرب ، فإن ملكهم ثابت مع زوال عصمتهم (٤).

(١) أنظر بدائع الصنائع للكاساني ٤٢٨٧/٩ والخرشي ٦٦/٨ والشرح

المغني للدردير ١٥١/٦ ومغني المحتاج ١٤٢/٤ .

(٢) أنظر المغني لابن قدامة ٩/٩ وكشاف القناع للبهوتي ١٨١/٦ .

(٣) أنظر بدائع الصنائع للكاساني ٤٢٨٧/٩ والخرشي ٦٦/٨ والمهذب

للشيرازي ٢٢٣/٢ وكشاف القناع للبهوتي ١٨١/٦ والمغني لابن قدامة

٩/٩ .

(٤) أنظر المغني لابن قدامة ٩/٩ وكشاف القناع للبهوتي ١٨١/٦

(١)

(٢) وذهب أبو يوسف ومحمد ، وهو قول للشافعية إلى أن ملكه لأمواله لا يزول بردته وإنما يزول بالموت أو القتل أو بالحق بدار الحرب .

(٣) وذهب الشافعية في القول الثالث وهو الصحيح (٢) إلى أن ملكه يزول عن ماله بردته لما روى طارق بن شهاب " أن أبابكر" رضى الله عنه قال لوفد" بزاخة وغطفان" : "نغنم ما أصبنا منكم وتردون إلينا ما أصبتم منا " (٣)

ولأنه عمم بالإسلام دمه وماله ، ثم ملك المسلمون دمه بالردة فوجب أن يملكوا ماله . (٤)

الراجع :

ويبدو - والله أعلم - أن القول بالوقف هو الأولى لما

يلي :

- (١) دليل الشافعية وهو ما روى طارق بن شهاب "يسلم فيما لو أصب المرتد على رده، وفي هذه الحالة يباح قتله وماله ويسقط ملكه .
- (٢) ولأن المرتد لا يقتل حتى يستتاب واحتمال التوبة قائم، فلا يمسار إلى زوال ملكه عن ماله بسبب محتمل .
- (٣) ولأنه لا تلازم بين زوال عممة الدم وزوال الملك، فإن الزاني المحمّن لا يزول ملكه عن ماله بزناه .

-
- (١) أنظر بدائع المنافع للكاساني ٤٣٨٧/٩ والمهذب للشيرازي ٢٢٣/٢ .
 - (٢) أنظر المهذب للشيرازي ٢٢٣/٢ .
 - (٣) أخرجه البيهقي وابن كثير . أنظر سنن البيهقي ١٨٣/٨ - ١٨٤ .
والبداية والنهاية ٣١٩/٦ .
 - (٤) أنظر المهذب للشيرازي ٢٢٣/٢ .

المبحث الثالث

حكم تصرفاته المالية

للفقهاء في تصرفات المرتد المالية أقوال أربعة :

(١) فالحنفية (١) يقسمون تصرفات المرتد المالية إلى أربعة أقسام:

(آ) نافذ بالاتفاق كالإستيلاء ، ووكالته في دار الإسلام قبل أن يرتد، أو بعد ما ارتد قبل لحاقه بدار الحرب ثم عودته مسلماً قبل قضاء القاضي ، ووكالته في دار الإسلام قبل الردة أو بعدها لمسلم يبيع عبده في دار الإسلام، وطلاقه ، وتسليمه الشفعة .

(ب) باطل بالاتفاق : كالنكاح ، وعتق عبده الذين هم في دار الإسلام بعد لحاقه بدار الحرب وقضاء القاضي بلحاقه ، وعتق عبده بعد قضاء القاضي بلحاقه وبعد عودته مسلماً وقبل قضاء القاضي برد ماله إليه ، ووكالته في دار الإسلام قبل أن يرتد أو بعدما ارتد قبل لحاقه بدار الحرب ثم قضى القاضي بلحاقه بدار الحرب ، ووكالته بعد لحاقه بدار الحرب لمسلم يبيع عبده في دار الإسلام .

(ج) موقوف بالاتفاق : كالمفاوضة ، وتعليقه عتق عبده على حلول يوم النحر، ثم ارتداده ولحاقه بدار الحرب وقبل قضاء القاضي بلحاقه جاء يوم النحر .

(١) أنظر شرح كتاب السير الكبير لمحمد بن الحسن ١٩٢٢/٥ وبدائع الصنائع للكاساني ٤٣٨٩/٩ وتحفة الفقهاء للسمرقندي ٣١٠/٣ .

(د) مختلف فيه بين أبي حنيفة والمصاحبين : كالبيع والهبة والعتق ...

- "فأبوحنيفة يرى أن هذه التمرفات موقوفة، بناء على قوله بأن ملكه لأمواله موقوف .

- وأبويوسف ومحمد يريان أن هذه التمرفات نافذة، لأنهما لم يذهبا إلى القول بزوال ملكه عن ماله برده، لكن اختلفا فيما بينهما: فأبويوسف يرى أن ترفاته صحيحة كتمرفات الصحيح، ومحمد يرى أنها كتمرفات المريض مرض الموت .

(٢) وذهب المالكية (١) إلى أن ترفات المرتد المالية موقوفة لأنه محجور عليه بسبب رده، فإن تاب وأسلم صحت وإلا كانت باطلة .

(٣) وذهب الشافعية (٢) إلى أن الأمر يختلف بحسب الحجر عليه :

- فإن حجر عليه فترفاته باطلة .

- وإن لم يحجر عليه بعد :

* فإن قلنا بزوال ملكه بالردة، فترفاته باطلة. وهو

القول الجديد للشافعي .

* وإن قلنا بعدم زوال ملكه، فترفاته صحيحة .

(١) أنظر الخرخشي ٦٦/٨ - ٦٩ والشرح المغير للدردير ١٥٢/٦ - ١٥٣

وقوانين الأحكام الشرعية لابن جزي ٦ / ٣٩٤ / .

(٢) أنظر المهذب للشيرازي ٢٢٣/٢ والتنبيه للشيرازي ١٤٢/ وحاشيتا

قليوبي وعميرة ١٧٨/٤ ومغني المحتاج للشربيني ١٤٣/٤ .

* وان قلنا بأن ملكه لأمواله موقوف، فتصرفاته موقوفه
- وهو القديم - فإن أسلم حكم بمعناها وإلا فلا .

(٤) أما الحنابلة^(١) فإنهم يرون أن تصرفاته الماليه موقوفة، لتعلق
حق الغير بماله، كمال المفلس، إلا الوكالة فإنها تصح فيمما
لا ينافيها كالنكاح وإقامة الحد ، فإن أسلم ثبت ملكه وإن قتل
أو مات كان ماله فيها .

الراجع :

ويبدو - والله أعلم - أن تصرفاته الماليه موقوفة بناء
على القول بوقف ملكيته لماله .

(١) أنظر كشاف القناع للبهوتي ١٨٣/٦ - ١٨٤ والمغني لابن قدامة
١٠/٩. وقول الحنابلة قريب من قول المالكية، إلا أن تعليل الوقف
مختلف .

المبحث الرابع

موقف الفقهاء من ردة المرأة وتصرفاتها .

إذا ارتدت المرأة عن الإسلام فهل يكون حكمها حكم الرجل
فتستتاب وإلا قتلت :

للفقهاء في هذه المسألة قولان :

(١) جمهورهم من المالكية والشافعية والحنابلة^(١) يرون أنها
إن لم تتب تقتل لما يلي :

(آ) عموم حديث الرسول صلى الله عليه وسلم : " من بدل دينه
فاقتلوه " (٢)

(ب) ولقوله صلى الله عليه وسلم " لا يحل دم امرئ مسلم
إلا بإحدى ثلاث وعد منها التارك لدينه المضارق للجماعة " (٣)

(ج) ولأن "أبا بكر" استرق نساء بنى حنيفة وذرا ربيهم ، وأعطى
"علياً" امرأة منهم فولدت له "محمد بن الحنفية" ، وكان
هذا بمحضر من الصحابة ، فلم يُنكر، فكان إجماعاً. (٤)

-
- (١) أنظر الخرخشي ٦٥/٨ - ٦٦ والشرح الصغير للدردير ١٥٢/٦ - ١٥٣ وقوانين الأحكام الشرعية لابن جزي^٢ / ٣٩٤ / ومغني المحتسج للشربيني ١٣٩/٤ وحاشيتا قليوبي وعميرة ١٧٧/٤ والمقنع لابن قدامة ٥١٦/٣ وكشاف القناع للبهوتي ١٧٣/٦ .
- (٢) أخرجه البخاري . أنظر فتح الباري لابن حجر ٢٦٧/١٢ .
- (٣) متفق عليه . أنظر فتح الباري لابن حجر ٢٠١/١٢ وصحيح مسلم ١٣٠٢/٣ - ١٣٠٣ .
- (٤) أنظر المغني لابن قدامة ٣/٩ والمقنع لابن قدامة ٥١٦/٣ - ٥١٧

(٢) وذهب الحنفية (١) إلى أن المرتدة لا تقتل ولكن تحبس لما يلي :

(آ) قوله صلى الله عليه وسلم : " لا تقتلوا امرأة " (٢) وهذا

عموم فيشمل جميع النساء .

(ب) ولأنها لا تقتل بالكفر الأصلي ، فلا تقتل بالطاريء كالعبي. (٣)

الراجع :

ويبدو - والله أعلم - أن قول الجمهور هو الأولى لما يلي:

(آ) قوة أدلة الجمهور وصحة الاحتجاج بها .

(ب) ولأن نهي النبي صلى الله عليه وسلم عن قتل المرأة ، المراد به

الكافرة الأصلية الحربية ، فإنه قال ذلك حينما رأى امرأة مقتولة ، وكانت كافرة . ولذلك نهى الذين بعثهم إلى ابن أبي الحقيق عن

قتل النساء ، ولم يكن فيهم مرتد . (٤)

(١) أنظر شرح السير الكبير لمحمد بن الحسن بن الحسن ١٩٣٨/٥ وبدائع المناسخ

للكسائي ٤٣٨٩/٩ وتحفة الفقهاء للسمرقندي ٣/٣١٠ .

(٢) أخرجه مالك في الموطأ ٤٤٨/٢ .

(٣) أنظر المغني لابن قدامة ٣/٩ .

(٤) أنظر المغني لابن قدامة ٤/٩ ومغني المحتاج للشربيني ٤/١٣٩ .

وقد ثبت نهي النبي صلى الله عليه وسلم عن قتل النساء الكافرات في عدد من الأحاديث منها حديث " ابن عمر " رضي الله عنهما " أن النبي صلى الله عليه وسلم رأى امرأة مقتولة فبعض الطريق فنهى عن قتل النساء والمسيبان " ومنها ما رواه " حنظلة الكاتب " رضي الله عنه قال : " غزونا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فمررنا على امرأة مقتولة قد اجتمع عليها الناس فأفرجوا له فقال ما كانت هذه تقاتل فيمن يقاتل ، ثم قال لرجل : إنطلق إلى خالد ابن الوليد فقل له ، إن رسول الله صلى الله عليه وسلم يأمرك يقول : لا تقتلوا ذرية ولا عسيفا " أنظر في إخراج هذه الأحاديث سنن أبي داود ٤٩/٢ - ٥٠ وسنن ابن ماجه ٩٤٧/٢ - ٩٤٨ وموطأ الإمام مالك ٤٤٧/٢ ومسند الإمام أحمد ٢/٩١ ، ٣/٤٤٨ ، ٤/١٧٨ والمصنف لعبد الرزاق ٦/١٣٢ .

(ج) ولأن الكفر الأصلي يفارق الطارىء بدليل أن الرجل يقر عليه
إن رفي بالجزية .

(د) ويفارق الصبي المرأة، فإن الصبي غير مكلف والمرأة مكلفة (١) .

(هـ) ولأن الرسول صلى الله عليه وسلم أمر في المرأة التي ارتدت على
عهده أن تستتاب وإلا قتلت . (٢)

وتخريجا على هذه المسألة :

ذهب الحنفية (٣) إلى أن تعرفات المرتدة جائزة لأن ملكيتها
لأموالها باقية، حتى لو لحقت بدار الحرب، لأنها تسترق ولا تقتل .

وذهب الجمهور (٤) إلى أن تعرفاتها كتعرفات المرتد سواء
. بسواها .

(١) أنظر المغني لابن قدامة ٤/٩ .

(٢) أخرج الحديث أبوداود والنسائي والدارقطني . أنظر سنن أبي
داود ٤٤٢/٢ وسنن النسائي ١٠٨/٧ وسنن الدارقطني ٢١٦/٤ وانظر
مجمع الزوائد للهيتمي ٢٦٣/٦ ولغظه : " وأيما امرأة ارتدت عن
الإسلام فادعها، فإن تابت فاقبل منها، وإن أبت فاستبها " قال
" الهيتمي " : فيه راو لم يسم وبقية رجاله ثقات .

(٣) أنظر بدائع الصنائع للكاساني ٤٣٨٩/٩ .

(٤) أنظر الخري ٦٥/٨ - ٦٦ وقوانين الأحكام الشرعية لابن جزي ٣٩٤ /
والشرح الصغير للدردير ١٥٢/٦ - ١٥٣ ومغني المحتاج للشربيني
١٣٩/٤ وحاشيتا قليوبي وعميرة ١٧٧/٤ والمقنع لابن قدامة
٥١٦/٣ - ٥١٧ وكشاف القناع للبهوتي ١٧٣/٦ .

- الفصل السادس : تصرفات الغاصب القولية في العين المغصوبه

المبحث الأول

لابد لي قبل بيان حكم تصرفات الغاصب في العين المغصوبة من

بيان معنى الغصب لغة واصطلاحاً .

معنى الغصب لغة واصطلاحاً :

(١) معنى الغصب لغة :

الغصب لغة : أخذ الشيء ظلماً ، يقال : غصب الشيء يغصبه
غصبا ، واغتصبه فهو غاصب . (١)

(٢) معنى الغصب شرعاً :

تعددت تعريفات الفقهاء للغصب في الإصطلاح :
ففي "بدائع الصنائع" (٢) عرفه "الكاساني" بقوله : " إزالة يـد
المالك عن ماله المتقوم على سبيل المجاهرة والمغالبة " ثم
أورد الخلاف بين "أبي حنيفة" و"أبي يوسف" من جهة، حيث زاد ا فـي
التعريف لفظة " بفعل في المال " وبين "محمد" من جهة أخرى، حيث
لم يشترط الفعل في المال ليكون التعريف غصبا .

(١) أنظر لسان العرب لابن منظور ٦٤٨/١ والقاموس المحيط للفيروز

أبادي ١١٥/١ والمصاح للجوهري ١٩٤/١ والمصباح المنير للفيومي

٥٣٦/٢ والنظم المستعذب لابن بطال الركني ٣٦٧/١ .

(٢) أنظر ٤٤٠٣/٩

وعرفه " قاضي زاده " (١) بقوله : " أخذ مال متقوم محترم بغير إذن المالك على وجه يزيل يده أو يقصر يده "

وعرفه " الخشي " (٢) بقوله : " أخذ مال قهرا تعديا بلا حراية "

وحده " الشربيني " (٣) بأنه : " الإستيلاء على حق الغير عدوانا ، ويرجع في الإستيلاء للعرف " .

وعرفه " البهوتي " (٤) بقوله : " إستيلاء غير حربي عرفا على حق غيره قهرا بغير حق " .

وهكذا ، فإن جميع الفقهاء ينظرون في تعريفهم للمغصب إلى نقاط أساسية ، منها : إزالة ملك العين المغصوبة عن مالكيها ، ومنها : كون الفعل بصورة التعدي والقهر والمجاهرة ، ومنها : كون المغصوب مملوكا للمغصوب منه غير مشاع .

-
- (١) أنظر نتاج الأفكار تكملة شرح فتح القدير ٣١٦/٩ والهدايات للمرفيناني ١١/٤ .
- (٢) أنظر حاشية الخشي ١٢٩/٦ - ١٣٠ وانظر الشرح الكبير للدردير ٤٤٢/٣ .
- (٣) أنظر مغني المحتاج ٢٧٥/٢ وانظر تمحيح التنبيه للنووي ٧٨ - ٧٩ / والروضة للنووي ٣/٥ .
- (٤) أنظر كشف القناع ٨٣/٤ وانظر منتهى الإرادات لابن النجار ٥٠٨/١ .

المبحث الثاني

تعريفات الغاصب القولي في العين المغصوبة :

اختلف الفقهاء في حكم تعريفات الغاصب القولية في العيين
المغصوبة على قولين :

(١) فذهب الحنفية والمالكية والشافعية في القديم والحنابلة في
رواية عن أحمد^(١) إلى أن تعريفه موقوف على الإجازة، إن أجاز
نفذ وإلا كان باطلا .

(٢) وذهب الشافعية في الجديد وهو الصحيح والمذهب والحنابلة^(٢) في
المعتمد إلى أن تعريفه باطل .

(٣) وكلام الفقهاء في هذه المسألة هونفس كلامهم في بيع الفضولي ، وقد سبق ذكره .
فلا حاجة إلى اعادته هنا .

-
- (١) أنظر الهداية للمرفيناني ٦٩/٣ وشرح فتح القدير لابن الهمام
٥٧/٧ - ٥٨ والخرشي ١٤٦/٦ والشرح الكبير للدردير وحاشيته
الدسوقي ٤١٠/٣ وفتح العزيز للرافعي ١٢٣/٨ و ٣٣١/١١ وكشاف
القناع للبهوتي ١٢٤/٤ والمغني لابن قدامة ٢٠٥/٥ .
- (٢) أنظر فتح العزيز للرافعي ١٢٣/٨ و ٣٣١/١١ وكشاف القناع للبهوتي
١٢٤/٤ والمغني لابن قدامة ٢٠٥/٥ .
- (٣) أنظر صفحة رقم (١٤٩) .

الفصل السابع : تصرفات المفلس المحجور عليه .
وفيه مبحثان :

- المبحث الأول : معنى المفلس لغة وشرعا .
- المبحث الثاني : تصرفات المفلس .

(١)

إن بيان تصرفات المفلس المحجور عليه، يستدعى التوطئه بشرح
معنى المفلس لغة وشرعا ، ثم ذكر أنواع تصرفاته ، وحكم كل منها .

وبيان ذلك في مبحثين :

المبحث الأول : معنى المفلس لغة وشرعا :

أولا : معنى المفلس لغة :

المفلس : مشتق من أفلس الرجل يفلس إفلاسا . وصار مفلسا : إذا
لم يبق له مال ، كأنما صارت دراهمه فلوسا ، أو صار بحيث يقال ليس معه
فلس . (٢)

قال " الفيومي " (٣) : " وحقيقته : الإنتقال من حالة اليسر إلى حالة
العسر " .

وهذا هو المعنى الذي فهمه المحابه رضي الله عنهم من رسول الله

(١) تجدر الملاحظة في بداية هذا الفصل ، أن الحنفية خلافا لسائر
الفقهاء لا يرون الحجر على المفلس ، لأن في الحجر عليه هــدرا
لأدميته ، ولست مسهبا في تفصيل هذه المسألة ، فهذا المقام
ليس موطن بسطها ، ولأن مبنى القضية هنا هو حكم تصرفاته عند
من يقول بالحجر عليه .

أنظر البحر الرائق لابن نجيم ٩٥/٨ وتبيين الحقائق للزيلعي ٢٠٠/٥
(٢) أنظر لسان العرب لابن منظور ١٦٥/٦ - ١٦٦ والمصاح للجوهري
٩٥٩/٣ والمصباح المنير للفيومي ٥٧٨/٢ والقاموس المحيط للفيروز
أبادي ٢٤٦/٢ .

(٣) أنظر المصباح المنير ٥٧٨/٢ .

صلى الله عليه وسلم ، عندما سألهم : " أتدرون ما المفلس ؟ قالوا : المفلس
فيينا من لادرهم له ولامتاع (١) ... "

ثانيا : حقيقة المفلس شرعا :

المفلس فى اصطلاح الفقهاء هو : " من عليه ديون لايفى بهـ
ماله (٢) " .

ولقد تعددت تعريفات الفقهاء للمفلس :

فعرفه " الشربيني " (٣) بقوله : " هو من لايفى ماله بدينه " .

وعرفه " البهوتي (٤) و " ابن قدامة " (٥) بأنه : " هو من لامال
له ولامايدفع به حاجته " .

ومن الفقهاء من عرف الفليس ، محاولا بذلك الوصول إلى حقيقة
المفلس ، ومع ذلك جاء تعريفهم قريبا من تعريف باقي الفقهاء :

" فالدردير " (٦) عرفه بأنه : " إحاطه الدين بمال المدين " وحده
" ابن جزير " (٧) بأنه : " عدم المال "

-
- (١) أخرجه مسلم . أنظر صحيح مسلم ١٩٩٧/٤
 - (٢) أنظر فتح العزيز للرافعي ١٩٦/١٠
 - (٣) أنظر مغني المحتاج ١٤٦/٢
 - (٤) أنظر كشاف القناع ٤٠٥/٣ .
 - (٥) أنظر المغني ٣٠٦/٤
 - (٦) أنظر الشرح المغير ٤٥٣/٤ .
 - (٧) أنظر قوانين الاحكام الشرعية /٣٤٦/

(آ) فذهب الشافعية والحنابلة^(١) إلى أنها صحيحة ، فإن فضل

من ماله بعد وفاء دينه شيء ، نفذت ، وإلا فلا .

(ب) وذهب المالكية^(٢) إلى أنها لا تصح ، لأنه مستغرق الذممة

بالدين ، فلم يكن مالكا ملكا تاما ، فلم تصح وصيته

ولاتدبيره .

الراجع :

والذى يبدو - والله أعلم - أن القول بصحتها هو الأولى لأنه

لامنافاة بين كونه غير مالك ملكا تاما وصحة وصيته لأن الديون

مقدمة على الومايا ، فلم يكن القول بصحة الوصية ضارا بحقوق

الغرماء ، حيث إنها تنعذ فيما بقي من المال بعد سداد الدين ،

وإن لم يبق شيء لم تنفذ .

(٢) أن يكون تعلقه حال الحياة . وفي هذه الحالة :

(١) إما أن يكون مورده على العين ويكون ضارا ضررا محضاً

كالإعتاق والهبة . فقد اختلف الفقهاء في ذلك على ثلاثة

أقوال :

(١) أنظر مغني المحتاج للشرييني ١٤٨/٢ وفتح العزيز للرافعي

٢٠٤/١٠ والإنصاف للمرداوي ٢٨٤/٥ وكشاف القناع للبهوتي

٤١١/٣ - ٤١٢ .

(٢) أنظر الخرشي ١٦٨/٨ وحاشية العدوي ٢٠٥/٢ والشرح المغيبر

للدردير ٣٢٣/٦ وحاشية العاوي ٤٦٩/٤ .

(آ) فذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والحنابلة في المعتمد وهو الأظهر من قول الشافعي^(١) : إلى أن تصرفه باطل .

• أما عند الحنفية : فلأنه يبطل حق الغرماء .

وأما عند سائر الفقهاء : فلأنه محجور عليه ، فلا يصح تصرفه . ولأن حق الغرماء متعلق بماله ، فيبطل تصرفه ، حيث إن هذا التصرف يعتبر تصرفاً مفوتاً لحقوقهم . فإذا وهب من ماله شيئاً ولو يسيراً لم تصح هبته .

(ب) والقول الآخر عند الشافعية^(٢) هو أن تصرفه هذا موقوف . فإن فغل ماله عن دينه نفذ ، وإلا كان لاغياً ، حتى لو كان الدين محيطاً في الأصل بجميع المال ، لاحتمال ارتفاع القيمة ، أو إبراء بعض الغرماء ، ونحو ذلك .

(١) أنظر الهداية للمرغيناني ٢٨٥/٣ وشرح العناية للبابرتي ٢٨٥/٩ ومجمع الأنهر لداماد أفندي وحاشيته در المنتقى للحمكفي ٤٤٢/٢ والخرشى ١٠٣/٧ وقوانين الأحكام الشرعية لابن جزى ٣٤٧/٦ والمغني لابن قدامه ٣٣٠/٤ وكشاف القناع للبهوتي ٤١١/٣ والمحرم لمجد الدين بن تيمية ٣٤٥/١ والمقنع لابن قدامة ١٣٣/٢ وفتح العزيز للرافعي ٢٠٤/١٠ والمهذب للشيرازي ٣٢١/١ وكفاية الأختار للحمصي ١٦٥/١ والتنبيه للشيرازي ٧١/٧١ ومغني المحتاج للشربيني ١٤٨/٢ والإنصاف للمرداوي ٢٨٣/٥ .

(٢) أنظر مغني المحتاج للشربيني ١٤٨/٢ وفتح العزيز للرافعي ٢٠٤/١٠ .

(ج) وروي عن بعض الحنابلة (١) القول بصحة مثل هذا

التصرف في العتق خاصة .

الراجع :

ويبدو - والله أعلم - أن ماذهب إليه الجمهور هو الأولى

لما يلي :

- لأن المفلس الذي أحاط الدين بماله محجور عليه ، فليست عبارته
صالحة لإبرام عقد فيه ضرر محض بمن شرع الحجر حماية لحقهم .

- ولأن الدين مادام محيطا بالمال ، فإن الحجر ثابت ، فإذا ارتفعت
القيمة ، أو أبرأ بعض الغرماء ، جاز له التصرف بعد ، لكن
قبل ذلك : فحق الغرماء مقدم .

- وأما القول بصحة العتق ، فإنه غير مسلم . فإن في نفاذ العتق
ضررا محضا متحققا على الغرماء ، فإن شاء المفلس أن يتبرع
بشيء من ماله ، فليوف ماعليه من ديون أولا ، فإن فعل الواجب
مقدم على النفل والتطوع .

(٢) أن يكون مورده على العين ويكون مترددا بين النفع والضرر
كالبيع مثلا .

فقد اختلف الفقهاء في ذلك على أربعة أقوال :

(١) أنظر الإنصاف للمرداوي ٢٨٣/٥ .

(أ) فذهب الحنفية^(١) إلى أنه لا يصح تصرفه الذي يفر بالغرماء ، بأن كان في معاوضته محاباة لمن يتعامل معه . فإن كان التصرف بغير محاباة ، كأن يبيع مثلا بثمن المثل ، فحينئذ يصح تصرفه هذا ، لأنه لا يبطل به حق الغرماء ، والمنع إنما يكون لحقهم .

(ب) وذهب المالكية^(٢) إلى أن تصرفه موقوف على نظر الحاكم ردا وإمضاء .

(ج) وذهب الشافعية في الأظهر والحنابلة^(٣) إلى أن هذا التصرف باطل ، لتعلق حق الغرماء في المعقود عليه . ولأنه محجور عليه بحكم الحاكم ، فلا يصح تصرفه ، لأن في ذلك معارضة لمقتضى الحجر .

(د) والقول الآخر للشافعية هو أن هذا التصرف موقوف ، فإن فعل المال عن الدين لارتفاع القيمة مثلا ، أو إبراء الغرماء أو بعضهم ، كان العقد نافذا ، وإلا كان لاغيا .

-
- (١) أنظر الهداية للمرفيناني ٢٨٥/٣ وشرح العناية للبابرتي ٢٧٥/٩ ومجمع الأنهر لداماد أفندي ٤٤٢/٢ .
- (٢) أنظر الخرشي ٢٦٦/٥ وبداية المجتهد لابن رشد الحفيد ٢٤٠/٢ والشرح المغير للدردير ٤٥٤/٤ وقوانين الأحكام الشرعية لابن جزي ٣٤٧/٠ .
- (٣) أنظر مغنى المحتاج للشربيني ١٤٨/٢ وفتح العزيز للرافعي ٢٠٤/١٠ والمهذب للشيرازي ٣٢١/١ وكفاية الأختار للحمصي ١٦٥/١ والتنبية للشيرازي ٧١/٠ والمغني لابن قدامة ٣٠٦/٤ ، ٣٣٠/٤ وكشاف القناع للبهوتي ٤١١/٣ .
- (٤) أنظر مغنى المحتاج للشربيني ١٤٨/٢ وفتح العزيز للرافعي ٢٠٤/١ وكفاية الأختار للحمصي ١٦٥/١ .

الراجع :

ويبدو - والله أعلم - أن مذهب اليه الحنفية هو الأولى ، لما

يلي :

- لأن حق الغرماء متعلق بمالية تلك الأعيان ، والبيع من غير
محابة لا يفوت على الدائنين شيئاً ، فلا موجب للمنع والإبطال .

- ولأن المفلس صحيح العبارة ، والحكم بفساد قوله وعبارته إهدار
لأدميته .

(٣) أن يكون مورده على الذمة كالشراء بثمن في الذمة أو بيع الطعام
سلماً .

إختلف الفقهاء في تعريفات المفلس التي يترتب عليها دين
في الذمة على قولين :

(أ) فذهب الحنفية والمالكية والحنابلة وهو الصحيح من مذهب
الشافعية^(١) إلى أن تعريفه في الذمة صحيح نافذ ، لأنه
لا ضرر من ذلك على الغرماء .

(ب) والثاني من مذهب الشافعية وهو قول مروى عن " الشافعي " (٢)
هو أن هذا التصرف لا يصح ، كالتصرف المادر من السفه .

(١) أنظر تبیین الحقائق للزيلعي ٢٠٣/٥ والخرشي ٢٦٦/٥ والشـرح
المغیر للدردیر ٤٦١/٤ ومغنی المحتاج للشربيني ١٤٨/٢ وفتح
العزیز للرافعي ٢٠٤/١٠ والمهذب للشيرازي ٣٢١/١ وكفاية الأخيار
للحمصني ١٦٦/١ وكشاف القناع للبهوتي ٤١٢/٣ .

(٢) أنظر مغنی المحتاج للشربيني ١٤٨/٢ وفتح العزیز للرافعي ٢٠٤/١٠
وكفاية الأخيار للحمصني ١٦٦/١ .

الراجع :

ويبدو - والله أعلم - أن القول بنفاذ تعرفه في الذمة هو الأولى ، لما يلي :

- لأن القياس على تعرف السفية قياس مع الفارق . لأن الحجر على السفية إنما هو لحظ نفسه ، وحماية أمواله من أن تنالها أيديه بالعبث والضياع ، أما الحجر على المفلس فإنه لحق الغرماء ، الذين يرجون تحصيل ديونهم من أمواله .

ثم إن عبارة السفية في قبولها خلاف ، وبعض الفقهاء جعلها كعبارة الهازل ، خلافا لعبارة المفلس ، فإنها كعبارة المحيح . من حيث صحة إبرام العقود في المال الزائد على الدين بلا خلاف .

- ولأن الحجر على المفلس إنما هو حماية لحق الغرماء ، والتصرف في الذمة لا ضرر منه على حقوق الغرماء ، لأن وفاء الذمة إنما يكون في مال آخر يطرأ للمفلس غير ما حجر عليه فيه .

- ولأن المفلس أهل للتصرف ، وإنما وجد الحجر في ماله لحق الغرماء ، دون ذمته (١)

(١) أنظر المغني لابن قدامة ٣٣٠/٤ .

الثانى : تعرفات لاتصادف المال .

والتعرفات غير المالية قد تتضمن المال ، كما هو الحال في عقد النكاح ، فإن فيه مؤنة زواج ، من صداق ونفقة ونحو ذلك .

وقد لاتتضمن مالا ، كما إذا طلق أمراة التي حملت على كامل صداقها ، أو خالغ على غير عوض على رأى من يرى صحة الخلع بغير عوض .

(١) فإن كان التعرف لايتضمن مالا : فلا مانع من صحته ونفـصـاده ، لأن الحجر عليه لحق الغرماء ، وليس في تصرفه هذا مايفسر بحقهم ، فلم يمنع منه .

(٢) وإن كان التعرف يتضمن مالا ، فبيان ذلك في ثلاثة فروع :

الفرع الأول : نكاح المفلس

وللفقهاء في نكاح المفلس آراء ثلاثة :

(١) فالمالكية^(١) قالوا : للمفلس أن يتزوج أو يتسرى ، وأولى له التسرى ، ولكن في زواجه من أكثر من واحدة خلاف : المشهور منعه ، وأجازه بعض المالكية .

(٢) وقال الشافعية^(٢) في الصحيح من المذهب وهو قول "الشافعي" : يصح نكاح المفلس ، لمحة عبارته ، وتكون مؤن النكاح من مهر ونفقة وغيرهما ، من كسبه بعد الحجر والنكاح ، فإن لم يكن له كسب ففي ذمته إلى فك الحجر .

(١) أنظر الخرشي ٢٦٤/٥ والشرح المغير للدردير ٤٥٥/٤ .

(٢) أنظر مغني المحتاج للشربيني ١٧١/٢ وفتح العزيز للرافعي ١٠/٢٠٥ .

(٣) أما الحنايلة^(١) وهو قول " للشافعي " فقالوا : إنه لا ينفذ تعرفه في شيء من ماله ، فإن تعرف وأصدق امرأة مالا ، أو نحو ذلك لا يصح إصداقه .

الراجع :

ويبدو - والله أعلم - أن ما ذهب إليه الشافعية في الصحيح ،

هو الأولى لما يلي :

- (أ) لأن النكاح ينعقد بالإيجاب والقبول ، دون مهر ، فإذا لم يكن دفعه من كسبه ، تعلق بذمته ، وبقي النكاح صحيحا نافذا ، لأن المفلس صحيح العبارة كالبالغ المكلف الحر الرشيد .
- (ب) ولأن النكاح من الحاجات الأصلية كالطعام والشراب ، فلا يمنع منه .
- (ج) ولا يصح التقييد بالواحدة ، لأن الحاجة قد تكون في الأكثر لأسباب عديدة .

(١) أنظر المغني لابن قدامة ٤/٣٣٠

الفرع الثاني : طلاق المفلس

ذهب المالكية والشافعية (١) إلى القول بأن طلاق المفلس صحيح نافذ ، شأنه في ذلك شأن الصحيح الحر البالغ العاقل . ولأن عبارته صحيحة غير محجور عليه فيها ، فلم يمنع من وقوع طلاقه . لكن لما كان الحجر عليه في ماله ، فإن المطلقة تحاصر مع سائر الغرماء في مؤخر الصداق ، لأنه دين على الزوج ، حل موعد سداده بوقوع الفرقة بين الزوجين .

ولعل هذا هو مقتضى مذهب الحنفية والحنابلة :

لأن الحنفية (٢) يرون أن كل طلاق واقع ونافذ ، إلا ما يصدر عن المبي والمجنون ، مستدلين لذلك بقوله صلى الله عليه وسلم : " كل طلاق جائز إلا طلاق المعتوه المغلوب على عقله " (٣) والمفلس ليس كذلك . قال ابن الهمام " : والمراد بالجواز هنا : النفاذ " (٤)

(١) أنظر الخرخشي ٢٦٦/٥ والشرح الصغير للدردير ٤٦٢/٤ ومغني المحتاج للشربيني ١٤٨/٢ وفتح العزيز للرافعي ٢٠٥/١٠ وكفاية الأخيار للحمصي ١٦٦/١ .

(٢) أنظر شرح فتح القدير لابن الهمام ٤٨٧/٣ .

(٣) أنظر عقود الجواهر المنيفة للزيبي /١٦٠/

وهذا الحديث أخرجه "الترمذي" في سننه ١٦٧/٥ وقال : " هذا حديث لانعرفه مرفوعا إلا من حديث عطاء ابن عجلان وهو ضعيف ذاهب الحديث . والعمل على هذا عند أهل العلم من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم وغيرهم أن طلاق المعتوه المغلوب على عقله لايجوز " . وأخرج الحديث "الزيلعي" في نصب الراية " ٢٢١/٣ - ٢٢٢ من عدة طرق وبعده ألفاظ منها :

" كل طلاق جائز إلا طلاق المعتوه " وهو بهذا اللفظ قد أخرجه البخاري في صحيحة تعليقا .

قال "ابن حجر" في الفتح ٣٩٣/٩ " والجمهور على عدم اعتبار ما يعدر منه - يعنى المعتوه - وفيه خلاف قديم " .

(٤) أنظر شرح فتح القدير ٤٨٧/٣ .

أما الحنابلة : فلأنهم يرون في الخلع صحة بذل المختلعة المفلسة للعرض ، فإن " ابن قدامة" (١) نص على ذلك حيث قال : " ويصح خلع المحجور عليها لفلس ، وبذلها للعرض صحيح " . وإن كانوا يرون تعلق العرض في الذمة في المعتمد من المذهب ، كما سيأتى بيانه إن شاء الله تعالى .

(١) أنظر المغني ٣٥١/٧ .

الفرع الثالث : خلع المفلسة

والمفلسة إما أن تخالع زوجها على معين من مالها أو أن تخالعه على بدل يتعلق بدمتها .

(أ) فإن خالعت على معين من مالها : فقد اختلف الفقهاء في ذلك على قولين :

(١) فذهب المالكية والحنابلة إلى أنه لا يصح الخلع (١) لأنه تصرف مالى ضار ضررا محضا بالغرماء وهي ممنوعة منه بسبب الحجر .

(٢) وذهب الشافعية إلى أن خلع المفلسة في العين التي يتعلق بها حق الغرماء غير نافذ فإن أجازته الغرماء نفذ وإلا كان باطلا . (٢)

الراجع :

ويبدو - والله أعلم - أن القول بوقف نفاذ الخلع على إجازة هو الأولى؛ لأنه ليس فيه ضرر على الغرماء إذ الأمر موكل برأيهم فإن تنزلوا عن حقهم فليس هناك ما يمنع نفاذ الخلع .

(ب) وإن خالعت زوجها على بدل يتعلق بدمتها فلفقهاء في ذلك قولان :

(١) أنظر الشرح المغير للدردير وحاشية الصاوي ٤/٤٦٢ وكشاف القناع

للبيهوتي ٥/٢٤١ .

(٢) أنظر مغني المحتاج للشربيني ٢/١٤٨ .

- (١) المالكية والحنابلة والشافعية في الصحيح يرون أن الخلع صحيح نافذ لأن لها ذمة يعص تعرفها فيها .
- (٢) وذهب الشافعية في قولهم الثاني وهو قول مروى عن — " الشافعي " (٢) إلى أن هذا التصرف لا يعص كالتصرف الصادر من السفه .

الراجع :

ويبدو - والله أعلم - أن القول بنفاذ تعريفها في الذمة هو الأولى. لأنه لا ضرر منه على حقوق الغرماء ، فإن وفاء الذمة إنما يكون من مال جديد يطرأ غير ما حصر على المفلس فيه وقد سبقت الاجابة عن قول الشافعية الثاني (٣) .

-
- (١) أنظر الشرح المغير للدردير وحاشية الصاوي ٤٦٢/٤ وكشاف القناع للبهوتي ٢٤١/٥ والمغني لابن قدامة ٣٥١/٧ ومغني المحتاج للشربيني ١٤٨/٢ وفتح العزيز للرافعي ٢٠٤/١٠ وكفاية الأختار للحصني ١٦٦/١ .
- (٢) أنظر مغني المحتاج للشربيني ١٤٨/٢ وفتح العزيز للرافعي ٢٠٤/١٠ وكفاية الأختار للحصني ١٦٦/١ .
- (٣) أنظر صفحة رقم (٢٧٧) .

- الفصل الثامن : تصرفات الراهن في العين المرهونه .
وفيه ثلاثة مباحث :
- المبحث الأول : عتق العين المرهونه .
- المبحث الثاني: بيع العين المرهونه .
- المبحث الثالث: إجارة العين المرهونه .

إِنَّ تصرف الراهن في العين المرهونة قبل سقوط الدين ، إما
أن يكون تصرفاً لا يحتمل الفسخ كالتقوُّن ونحوه ، أو تصرفاً يلحقه الفسخ
كالبيع والإجارة ونحوهما . وبيان ذلك في ثلاثة مباحث :

المبحث الأول : عتق العين المرهونة :

اختلف الفقهاء في تصرف الراهن بالعين المرهونة بالعتق على

ثلاثة أقوال :

(١) فذهب الحنفية والشافعية في أحد أقواله والحنابلة فـ

المعتمد (١) : إلى أنه ينفذ عتق الراهن . واستدلوا لذلك :

(٢) بأنه تصرف صدر من أهله ، مضافاً إلى محله ، فوجب

القول بنفاذه ، كما لو أعتق المبيع قبل القبض (٢) .

(ب) ولأنه إعتاق صادف الملك ، فاشبه إعتاق المستأجر

والزوجه (٣) .

(٢) وذهب المالكية والشافعية في الصحيح وهو قول " للشافعية "

(١) انظر البحر الرائق لابن نجيم ٣٠٠/٨ وتكملة شرح فتح القدير

لقاضي زاده ١٨٠/١٠ - ١٨١ وشرح العناية على الهداية للبارتسي

١٨٠/١٠ - ١٨١ وكشاف القناع للبهوتي ٣٢٢/٣ والمقنع لابن قدامة

١٠٤/٢ والمحزر لمجد الدين ابن تيمية ٣٣٦/١ ومغني المحتاج

للشربيني ١٣٠/٢ - ١٣١ والمهذب للشيرازي ٣١٢/١ والتنبيه

للشيرازي ٧١/٧١ وفتح العزيز للرافعي ٩٢/١٠ وحاشية قليوبسي

وعميرة ٢٧١/٢ .

(٢) انظر البحر الرائق لابن نجيم ٣٠٠/٨

(٣) انظر فتح العزيز للرافعي ٩٢/١٠

و " أحمد " (١)، إلى التفريق بين عتق الموسر والمعسر ،
فقالوا : ينفذ عتق الموسر ويؤخذ منه رهن بدله ، ويبطل عتق
المعسر ، لأنه عتق في ملكه يبطل به حق غيره . (٢)

(٣) وذهب " الشافعي " في قوله الثالث ، وهو رواية عن " أحمد " (٣)
إلى أنه لا ينفذ العتق بحال . لأن الرهن عقد لازم حجر به الراهن
على نفسه ، فلا يتمكن من إبطاله مع بقاء الدين . (٤)
ولأن العتق يبطل الوثيقة من عين الرهن فلم يصح من الراهن (٥)

الراجع :

والذي يبدو - والله أعلم - أن القول بالفرق بين الموسر
والمعسر هو الأولى لما يلي :

(أ) لأن الراهن محجور عليه في التعرف في العين المرهونة :
فإن كان موسرا : أمكنه فك الحجر عن العين ببدلها .
وإن كان معسرا : لم يقدر على تعويض وثيقة الدين ، فلم يصح
منه العتق كالمدين المفلس .

(ب) ولأن الدائن ما كان ليبدل ماله لولا استيثاقه عليه ، فإذا
ضاعت الوثيقة عليه فقد الضمان ، وإن وجب في الذمة ، لأنه
يستوى وجوب الضمان في ذمة المعسر مع عدمه من حيث التعويض ،

(١) انظر الخرشي ٢٥٢/٥ وحاشية الصاوي على الشرح الصغير ٤/١٧٤ ومغني المحتاج
للشربيني ٢/١٣٠ والمهذب للشيرازي ١/٣١٢ وفتح العزيز للرافعي ١٠/٩٢ والمغني لابن
قدامة ٤/٢٧١ .

(٢) انظر المهذب للشيرازي ١/٣١٢ ومغني المحتاج للشربيني ٢/١٣٠

(٣) أنظر المهذب للشيرازي ١/٣١٢ ومغني المحتاج للشربيني ٢/١٣٠
وفتح العزيز للرافعي ١٠/٩٢ والتنبيه للشيرازي ٧١/٧١ وحاشيتا
قليوبي وعميرة ٢/٢٧١ وحاشية سليمان بن عبد الوهاب على المقنع
٢/١٠٤ .

(٤) أنظر فتح العزيز للرافعي ١٠/٩٢ .

(٥) أنظر المهذب للشيرازي ١/٣١٢

مالم يحمل لدى المعسر مال ، وإلى أن يحصل ، فما هو الضمان
لدين الدائن ؟ .

(ج) والقول بأنه تصرف صدر من أهله في محله غير مسلم ، لأن الراهن
ليس أهلاً للتصرف في العين المرهونه ، إذ هو محجور عليه في
التصرف فيها ، أشبه تصرف الصبي غير المميز .

(د) وأما قياسكم على عتق المبيع قبل القبض ، فغير مسلم أيضاً ،
لأن المشتري في هذه الحالة أهل للتصرف .

(هـ) وكذا قياسكم على إعتاق المستأجر والزوجة ، فهو مع الفارق ،
فإن إعتاق المستأجر لا يمنع من إتمام عقد الإجارة ، كل ما في
الأمر أن المستأجر يؤدي ما استؤجر لأجله وهو حر .

وأما إعتاق الزوجة ، فإنه لا يمنع الاستمتاع بها ،
فإن ولدت قبل العتق أو بعده فالولد حر ، بخلاف عتق المرهون
فإنه يضيح القصد من الرهن ، ويبطل الوثيقة بالدين .

(و) وأما القول بأنه محجور عليه في التصرف بالمرهون لحق المرتهن
فغير مسلم ، لأن القصد من الرهن هو الاستيثاق وضمان الدين ،
فإذا جعل بالعين المرهونة ، أو ببدلها ، جاز ذلك ، لأن الضمان
والحالة هذه باق على حاله ، والرهن لا يتعلق بالعين من حيث
هي وإنما يتعلق بماليتها .

(ز) وأما القول بأن العتق يبطل الوثيقة : فهو مسلم فيما لو كان
الراهن معسراً ، أما وأنه موسر ، فالبديل موجود ، والضمان ثابت
في ماله ، لأن حقه ينتقل إلى المالية ، والبديل له حكم المبدل

تغليباً لجانب الحرية على الرق (١).

وتفريعا على ماسبق ، فقد اختلف الذين قالوا بنفاذ العتق مطلقا ، أو في حالة اليسار في بطلان الرهن وعدمه ، وإن لم يبطل فما هو البديل ؟ .

اختلف في ذلك الفقهاء على قولين :

(١) فذهب المالكية والشافعية في الصحيح وأحمد في قول له : إلى أنه يؤخذ من الموسر من ماله رهن مكان الرهن الأول .

(٢) وذهب الحنفية إلى أنه يستسعى العبد في الأقل من قيمته أو الدين ، إن كان المعتك معسرا . وإن كان الدين حالا طوَّلب الراهن بالدين بعد العتق .

(١) تجدر الإشارة هنا إلى أن القول في مسألة عتق العين المرهونة بالوقف على إجازة المرتهن قد يبدو وجيها ، وإن كان الفقهاء لم يتعرفوا لذكره ، خصوصا وأن المرتهن قد لا يرضى بدلا عن العين المرهونة ثمنها ، وأيضا فإن الراهن قد يكون موسرا لكنه ممن الذين يماطلون أو ينكرون وهذا مما يتسبب لصاحب الدين بالعنت وهذا ما لا يرجوه لقاء دينه .

المبحث الثاني : بيع العين المرهونة :

اختلف الفقهاء في حكم بيع العين المرهونة على قولين :

- (١) فذهب جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية ، وهو الصحيح عند الحنفية والمعتمد عند الحنابلة: (١) إلى أن بيع الراهن للعين المرهونة موقوف على إجازة المرتهن . لأن المعقود عليه تعلق به حق المرتهن ، فيتوقف على إجازته (٢) .
- (٢) وذهب " أبو يوسف " من الحنفية (٣) إلى أن البيع نافذ مطلقا كإعتاق ، لأنه تصرف من الراهن في خالص ملكه .
- (٣) وروي عن الحنابلة (٤) القول بأنه باطل .

الراجع :

ويبدو - والله أعلم - أن مذهب إليه جمهور الفقهاء هو الأولي

- (١) أنظر الخريشي ٢٥١/٥ - ٢٥٢ والشرح المغير للدردير ٤١٥/٤ ومغني المحتاج للشربيني ١٣٣/٢ وحاشيتنا قليوبي وعميرة ٢٧٠/٢ والفتاوى الهندية لعالمكير ٤٦٢/٥ والمبسوط للرخسي ١١/١٣ وكشف الحقائق للأفغاني ٢٦٠/٢ والجامع الكبير لمحمد بن الحسن ٢٦٢/٢ وكشاف القناع للبهوتي ٣٢١/٣ .
- وأنظر مجمع الأنهر لداماد أفندي ٦٠٣/٢ ففيه : " بيع الراهن الرهن موقوف على إجازة المرتهن أو قضاء دينه في ظاهر الرواية ، وهو الصحيح " .
- (٢) أنظر مجمع الأنهر لداماد أفندي ٦٠٣/٢ .
- (٣) أنظر المرجع السابق .
- (٤) أنظر كشاف القناع للبهوتي ٣٢٥/٣ . وبهذا القول قال بعض الحنفية إلا أن " ابن نجيم " رد على ذلك بقوله : " قيل معناه سيطل ، وذلك أنه إذا رده المرتهن فمآله إلى البطلان " .
- أنظر البحر الرائق ٢٩٨/٨ .

لما يلي :

(آ) لأنه بيع صدر من أهله في محل قابل لحكمه ، غير أنه تعلق به حق الغير ، فينعد صحيحا ، غير أنه لما كان فيه مساس بحق الغير ، لم ينفذ بغير إجازته . فإن أجازته ، فتعتبر الإجازة اللاحقة كالإذن المسبق ، ونظرا لأن عدم النفاذ ليس مصدره عدم الإذن من الشارع ، بل حق المكلف ، ولإنسان أن يتنزل عن حقه متى شاء ، كان هذا البيع موقوفا على إجازته وليس نافذا باطلاق ولا باطلا باطلاق .

(ب) قياس البيع على العتق قياس مع الفارق ، فإن البيع تصرف في مقابل عوض ، يمكن أن يكون له حكم المبيع من حيث الاستيثاق بالدين ، بخلاف العتق ، فإنه اسقاط ولا معاوضة فيه .

(ج) ولأن بيع العين المرهونة يبطل حق المرتهن من الوثيقة ، وليس مبنيا على السراية والتغليب فلم يصح بغير إذن المرتهن (١) .

ويتفرع على القول بوقف بيع العين المرهونة فرعان :

أحدهما: إذا أجاز المرتهن البيع ، فهل يبطل حقه في الرهن أم لا ؟

اختلف الفقهاء في ذلك على ثلاثة أقوال :

(١) فذهب المالكية والشافعية (٢) إلى بطلان حقه في الرهن .

لأن المرتهن أبطل حقه في الاستيثاق بإجازته بيع العين المرهونه

(١) أنظر كشاف القناع للبهوتي ٣/٣٢١ .

(٢) أنظر الخرشي ٥/٢٥١ - ٢٥٢ والشرح المغير للدردير ٤/٤٣٠ - ٤٣٢ ،

٤/٤٣٥ ومغني المحتاج للشربيني ٢/١٣٣ وحاشيتا قليوبي وعميرة

٢/٢٧٠ .

- والساقط لا يعود ، فلا شيء له على الراهن ليكون رهنا مكانه (١)
- (٢) وذهب الحنفية (٢) إلى أن إجازة المرتهن تنقل حقه من عيـن الرهن إلى بدله .
- لأن حقه في هذه الحالة تعلق بالمالية ، والبديل له حكم المبدل (٣)
- (٣) وفصل الحنابلة (٤) القول في ذلك على ثلاثة أحوال :
- * أن يأذن المرتهن في البيع بشرط أن يجعل ثمنه رهنا مكانه ، فيصح البيع ، ويكون الثمن رهنا . وبهذا الشرط قال " أبو يوسف " من الحنفية . (٥)
- * أن يأذن في البيع بعد حلول الدين فيصح البيع لعدوره من المالك ، ويبطل الرهن .
- * أن يأذن في البيع بدون الشرط أو حلول الدين ، فيبطل الرهن بالبيع لخروجه عن ملك الراهن بإذن المرتهن ، ولا يكون ثمنه رهنا لعدم اشتراطه .

الراجع :

وما ذهب إليه الحنابلة من التفصيل هو الأولى - والله أعلم - لأن فيه جمعا بين آراء الفقهاء ، إضافة إلى أن القول بانتقال الرهن إلى البديل غير مسلم ، لأن المرتهن قد أسقط حقه بإجازته ، ولم ينقله إلى الثمن باشتراطه ، فيسقط ولا ينتقل .

-
- (١) أنظر مغني المحتاج للشربيني ١٣٣/٢ .
- (٢) أنظر در المنتقى شرح الملتقى للحصكفي ٦٠٣/٢ .
- (٣) أنظر المرجع السابق .
- (٤) أنظر كشاف القناع للبهوتي ٣٢٥/٣ .
- (٥) أنظر البحر الرائق لابن نجيم ٢٩٨/٨ - ٢٩٩ وبدائع المنائـع للكاساني ٢٧٤٠/٨ .

الثاني : إذا أجاز المرتهن البيع جاز ، أما إن رده ، فهل يفسخ البيع أم لا ؟ .

وقد اختلف الفقهاء في هذا الفرع على رأيين :

(١) فذهب جمهور الحنفية في الأصل^(١) إلى أنه إذا رد المرتهن البيع لم يفسخ البيع إلا بفك الرهن ، أو بسلطة القاضي .

لأن حقه الحبس فقط ، فيبقى البيع موقوفاً إلى أن ينفك الرهن ، أو يرفع الأمر إلى القاضي فيحكم بفسخه .

(٢) وذهب سائر الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة^(٢) إلى أنه إذا رد انفسخ البيع .

الراجع :

ويبدو - والله أعلم - أن مذهب اليه الحنفية في الأصل هو الأولى لما يلي :

(أ) لأنه وإن كان الأصل في العقد الموقوف أن يكون من يملك إجازته هو من يملك رده ، إلا أنه في هذه الحالة لا يملك الرد ، لأنه غير مالك ، وإنما يملك حبس العين ، وهذا الحبس يتحقق بمنع نفاذ البيع .

(ب) ولأن المنع من النفاذ هنا إنما هو تعلق حق الغير ، فـإذا زال هذا التعلق بحلول الأجل ، أو استيفاء الدين ، جاز البيع ، ونفذ دون اجازة من المرتهن^(٣) ، فكان الحكم بالوقف لأجل مصلحة

(١) أنظر در المنتقى شرح الملتنقى للحصفي ٦٠٣/٢ - ٦٠٤ .

(٢) أنظر الخرشي ٢٥١/٥ - ٢٥٢ والشرح الصغير للدرديري ٤٣٠/٤ - ٤٣٢ ،

٤٣٥/٤ ومغني المحتاج للشربيني ١٣٣/٢ وحاشيتا قليوبي وعميرة ٢٧٠/٢

وكشاف القناع للبهوتي ٣٢١/٣ - ٣٢٢ .

(٣) أنظر الفتاوى الهندية لعالمكير ٤٦٢/٥ والمبسوط للسرخسي ١١/١٣ .

المرتتهن ، فيحكم على عقد البيع بما يحفظ ويحقق هذه المعاملة ،
ألا وهو الحبس .

المبحث الثالث : إجارة العين المرهونة :

الإجارة وإن كانت من عقود المعاوضات ، إلا أنها تختلف عن
البيع في أن البيع تزول به ملكية العين المرهونة ، فلا يمكن الاستيفاء
منها مستقبلا ، بخلاف الإجارة ، فالعين باقية ، والعقد إنما وقع على منافع
هذه العين .

ولأخلاف بين الفقهاء^(١) في أن إجارة العين المرهونة ، تنعقد
موقوفة على إجارة المرتتهن . إلا أن الشافعية^(٢) اشترطوا أن تكون مدة
الإجارة دون حلول أجل الدين ، وإلا فلا تصح الإجارة .

لكن الفقهاء اختلفوا في بطلان الرهن بالإجارة ، بعد حصول
الإجارة من المرتتهن :

(١) فذهب المالكية والحنفية^(٣) : إلى أنه يبطل الرهن .

(٢) وذهب الشافعية والحنابلة^(٤) : إلى أنه لا يبطل الرهن .

(١) أنظر البحر الرائق لابن نجيم ٢٩٩/٨ وبدائع الصنائع للكاساني
٢٧٤١/٨ وتحفة الفقهاء للسمرقندي ٤٣/٣ والشرح الصغير للدردير
٤١٣/٤ - ٤١٤ ومغني المحتاج للشربيني ١٣١/٢ وكشاف القناع
للبيهوتي ٣٢٢/٣ .

(٢) أنظر مغني المحتاج للشربيني ١٣١/٢ .

(٣) أنظر الشرح الصغير للدردير ٤١٣/٤ - ٤١٤ والبحر الرائق لابن
نجيم ٢٩٩/٨ وبدائع الصنائع للكاساني ٢٧٤١/٨ .

(٤) أنظر مغني المحتاج للشربيني ١٣١/٢ وكشاف القناع للبيهوتي
٣٢٢/٣ .

الراجع :

ويبدو - والله أعلم - أن عدم التقيد بشرط الشافعية أولى ،
لأن عقد الإجارة أساسا إنما انعقد موقوفا على إجازة صاحب الحق وهو
المرتهن ، فإذا رضي بكون مدة الإجارة إلى ما بعد حلول أجل الدين ، فليس
هناك ما يمنع صحة الإجارة .

وكذلك القول بأن الإجارة لاتبطل الرهن أولى ، لأن إجارة العين
لاتمنع كونها رهنا ، فإن أجاز المرتهن الإجارة جازت ، وإن ردها : فالخلاف
الذي سبق ذكره في المطلب الثاني هو بعينه هنا .

الفصل التاسع : تصرفات الزوجة في مالها.

إختلف الفقهاء في حكم تعرفات الزوجة في مالها على ثلاثة أقوال:

أحدها :

وهو مذهب الحنفية والشافعية والحنابلة في المعتمد والظاهرية^(١): ليس للزوج الحجر على امرأته الرشيدة في التصرف بشيء من مالها ، ولو كان تبرعا وكان بأكثر من الثلث شأنها في ذلك شأن الرشيدة غير ذات زوج .

• واستدلوا لذلك بالكتاب والسنة .

أما الكتاب :

فقوله تعالى : " فإن آنستم منهم رشدا فادفعوا إليهم أموالهم " (٢) وهذه الآية ظاهرة في فك الحجر عنهن وإطلاق أيديهن في التصرف (٣)

قال " ابن العربي " (٤): " دفع المال إلى اليتيم يكون بوجهين:

• أحدهما إيناس الرشد والثاني بلوغ الحلم .

-
- (١) أنظر بدائع الصنائع للكاساني ٤٤٦٩/٩ وفتح العزيز للرافعي ٢٨٥/١٠ - ٢٨٦ ومغني المحتاج للشربيني ١٧٠/٢ وكشاف القناع للبهوتي ٤٤٤/٣ والمغني لابن قدامة ٣٤٨/٤ والمحلى لابن حزم ٣٠٩/٨ وما بعدها .
- (٢) النساء : ٦ .
- (٣) أنظر كشاف القناع للبهوتي ٤٤٤/٣ .
- (٤) أنظر أحكام القرآن ٣٢٢/١ .

وفي " أحكام القرآن " (١) : " إن الله تعالى شرط رشدا منكورا ولم يشترط سائر ضروب الرشد ، ويقتضي ظاهر ذلك : أن حصول هذه العفة مع وجود العقل موجب لدفع المال إلى اليتيم ومانع من الحجر عليه . وبهذا يحتج من أبطل الحجر على الحر البالغ العاقل " .

وأما السنة : فما روى " ابن عباس " (٢) رضي الله عنهما " أن رسول الله صلى الله عليه وسلم خرج يوم أضحى أو فطر فعلى ركعتين لم يصل قبلها ولا بعدها ، ثم أتى النساء ومع بلال فأمرهن بالصدقة ، فجعلت المرأة تلقي خرصها وتلقى سخابها " (٣) فكان يتمدقن ويقبل منهن ولم يستفصل منهن رسول الله صلى الله عليه وسلم عن إذن أزواجهن " (٤) .

قال " النووي " (٥) وفي هذا الحديث جواز صدقة المرأة من مالها بغير إذن زوجها ولا يتوقف ذلك على الثلث "

فإذا جاز للزوجة التبرع بمالها دون إذن الزوج فسائر التصرّفات من معاوضات ونحوها أولى بالجواز .

(١) أنظر أحكام القرآن للجصاص ٣٥٨/٢ بتصرف .

(٢) متفق عليه . أنظر فتح الباري لابن حجر ٣٤٥/٢ ، ٤٦٤/ - ٤٦٥ ،

٣٣٠/٨ - ٣٣١ ومصحيح مسلم ٦٠٦/٢ وقد أخرج هذا الحديث النسائي والامام احمد بأكثر من لفظ . انظر سنن النسائي ١٧٨/٢ ومسند أحمد ٢٢٦/١ وفي رواياته " فجعلن ينزعن

قلائدهن " قلادة تتخذ من مسك وغيره ليس فيها من الجوهر شيء السخاب : قلادة تتخذ من مسك وغيره ليس فيها من الجوهر شيء . أنظر الصحاح للجوهري ١٤٦/١ ، والمسك : العاج والزبل : أنظر المصباح المنير للفيروزى ٦٩٧/٢

(٣) أنظر كشف القناع للبهوتي ٤٤٥/٣ .

(٤) أنظر شرح النووي على مسلم ١٧٣/٦ .

الثاني :

وهو رواية عن الإمام أحمد (١) : ليس للزوجة أن تتصرف في مالها
بزيادة على الثلث بغير عوض إلا بإذن زوجها .

الثالث :

وهو مذهب المالكية (٢) : وقد فعلوا القول في ذلك ، وفرقوا بين
تبرعاتها ومعاوضاتها وغير ذلك على النحو الآتي :

(١) تبرعات الزوجة :

وهذه التبرعات إما أن تكون بالثلث فما دون أو بأكثر منه :

(أ) فإن كانت بالثلث أو دون ذلك: فلها أن تتصرف وليس لزوجها
منعها إلا أن تكون قد امتعته في مالها، فليس لها التصرف في
شيء مما امتعته فيه إلا بإذنه .

فإذا تبرعت بالثلث ولزم تبرعها، فليس لها تبرع بعد
ذلك الثلث، إلا أن يبعد الزمن بعد التبرع به كنعف سنة على
قول " اصبح " و " ابن عرفة "، وسنة على قول " ابن سهييل "
فإن بعد فلها التبرع من الثلثين الباقيين ، لأن البعد
صيره مالا برأسه لم يتقدم فيه تبرع .

(١) أنظر المغني لابن قدامة ٣٤٨/٤ .

(٢) أنظر الخرشي ٣٠٦/٥ - ٣٠٨ والشرح المغير للدردير ٥٢٦/٤ - ٥٢٩
وبداية المجتهد لابن رشد الحفيد ٢٤٦/٢ وقوانين الأحكام الشرعية
لابن جزى ٣٥١/٠

(ب) وإن كانت بأكثر من الثلث فإن تعرفها يكون موقوفا على
إجازة زوجها على المشهور ، لأن له حقا في مالها .

• وقيل تعرفها مردود حتى يجيزه الزوج .

وهل هذا في حق الزائد عن الثلث أم في الجميع قولان:

الأول : تبطل الزيادة على الثلث خاصة .

والثاني : يبطل الجميع .

لكن المشهور أن تبرعها في زائد على الثلث ماض حتى يـرده
الزوج جميعه أو ماشاء منه، إلا في العتق إذا كان العبد المعتق
أكثر من الثلث فليس له رد ما زاد على الثلث لثلا يعتق المالك
بعض عبده من غير استكماله .

وكذلك يمضي تبرعها في زائد على الثلث إن لم يعلم الزوج به أو علم به

ولم يقض برد ولا إمضاء حتى بانته منه أو مات أحدهما .

(٢) معاوضات الزوجة :

أما معاوضاتها فلها أن تتعرف بجميع مالها فيها لإنتفاء

الضرر بأخذها العوض .

(٣) إقراض الزوجة :

وأما إقراض الزوجة فله حكم خاص عند المالكية، ذلك أنه

متردد عندهم بين التبرع والمعاوضه .

ولذلك كان لهم فيه قولان :

وجه القول الأول :

أن إقراضها يترتب عليه مطالبتها ، وزوجها يتضرر بدخولها
وخرجها للمطالبة، ولذلك يكون حكمه حكم هبتها، ويكون جائزاً
بالثالث، موقوفاً فيما جاوز الثلث .

وجه القول الثاني :

أن إقراضها كبيعها لأخذها العوض وهو جائز لها .

قال " العدوي " (١) : " والأوجه أن يقال : إن كان المقترض مالياً
معلوم الأمانة وأداء الحقوق ، فليس له المنع ، لأن علة الخروج
والتردد للطلب منتفية ، وإن كان معدماً أو من أهل اللدد فله
المنع " .

(٤) إنفاقها في الواجبات :

للزوجة أن تنفق مالها في الواجبات كالإنفاق على أبنائها،
وليس للزوج منعها، لأنها غير محجور عليها في مثل هذه التعريفات .

استدل المالكية على منع الزوجة من التعرف في مالها بالتبرع
ونحوه، فيما جاوز الثلث إلا بعد إذن الزوج، بما يلي :

(أ) حديث " خيرة " زوجة " كعب بن مالك " (٢) وفيه أنها أتت

(١) أنظر حاشية العدوي على الخري ٣٠٧/٥ .

(٢) أخرجه ابن ماجه . أنظر سنن ابن ماجه ٧٩٨/٢ .

رسول الله صلى الله عليه وسلم بحلي لها ، فقالت: إنسي
تعدت بهذا . فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم:
" لايجوز للمرأة في مالها إلا بإذن زوجها ، فهل استأذنت
كعبا ؟ " قالت : نعم . فبعث رسول الله صلى الله عليه وسلم
إلى كعب ابن مالك زوجها فقال : " هل أذنت لخيرة أن تتصدق
بحليها ؟ " فقال : نعم . فقبله رسول الله صلى الله عليه
وسلم منها .

وأجيب على هذا الدليل بأنه ضعيف لا يملح للإحتجاج (١)

(ب) حديث " عمرو بن شعيب " (٢) عن أبيه عن جده أن رسول الله
صلى الله عليه وسلم قال : " لايجوز لامرأة أمر في مالها
إذا ملك زوجها عصمتها " وفي رواية : " لايجوز لامرأة
عطية إلا بإذن زوجها "

الراجع :

ويبدو - والله أعلم - أن القول الأول هو الأولى لما يلي :

- (أ) صحة أدلة القول الأول وعدم الإعتراض على الاستدلال بها .
(ب) دليل المالكية الأول لا يملح للإستدلال لضعفه .

- (١) قال " محمد فؤاد عبد الباقي " في تعليقه على هذا الحديث : " في
إسناده يحيى وهو غير معروف في أولاد كعب ، فالإسناد ضعيف " .
(٢) أخرجه أبوداود والنسائي وابن ماجه وأحمد . أنظر سنن أبي داود
٢٦٣/٢ وسنن النسائي ٦٦/٥ وسنن ابن ماجه ٧٩٨/٢ ومسند أحمد
١٧٩/٢ ، ١٨٤ ، ٢٠٧ .

(ج) ودليل الملكية الثاني بالرفم من تسليم حصة الإحتجاج به (١) إلا أن " الخطابي " (٢) قال عنه : " هذا عند أكثر العلماء على معنى حسن العشرة ، واستطابة نفس الزوج بذلك ، ويحتمل أن يكون ذلك في غير الرشيدة "

على أننا لو حملنا دليل الملكية على هذا المعنى، فإنـه يمكن في هذه الحالة الجمع بينه وبين ما ثبت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم من أمره النساء بالتصدق، وأنهن تعدقن وقبل منهن دون استفعال .

(د) وإذا سلم للمالكية الإحتجاج بالدليل الثاني، فإن مقتضاه عدم جواز عطية المرأة من مالها مطلقا إذا لم يأذن لها زوجها، من غير تحديد بالثلث ، فإن تحديدهم جواز التصرف فيما دون الثلث تحكم ليس فيه توقيف ولا عليه دليل (٣) .

(هـ) ثم إن من وجب دفع ماله إليه لرشده ، لم يجز الحجر عليه، فإن الحجر يقتضي المنع من التصرف، ودفع المال يقتضي جواز التصرف، وهذا تعارض ، ولا يمكن تسليم جواز الحجر بعد الحكم بالرشد ، فعار جواز التصرف هو الأولى دفعا للتعارض .

(١) أنظر المحلى لابن حزم ٣١٥/٨ .

(٢) أنظر معالم السنن ١٩٤/٥ .

(٣) أنظر المغني لابن قدامة ٣٤٩/٤ .

الباب الثالث : العقود الموقوفة لنقص الأهلية .

وفيه فصلان :

- الفصل الأول : تصرفات الصبي المميز الماليه
- الفصل الثاني : تصرفات السفه المحجور عليه

الفصل الأول : تصرفات الصبي المميز المالية .
وفيه خمسة مباحث :

- المبحث الأول : معنى التمييز لغة واصطلاحاً .
- المبحث الثاني : تصرفات الصبي غير المميز المالية .
- المبحث الثالث : تصرفات الصبي المميز المالية النافعة .
- المبحث الرابع : تصرفات الصبي المميز المالية الضارة .
- المبحث الخامس : تصرفات الصبي المميز المالية المترددة
بين النفع والضرر .

لابد لي قبل أن أتكلم عن تصرفات الصبي المميز ، من أن أبين معنى التمييز لغة واصطلاحاً، ثم أقدم ببيان سريع عن تصرفات الصبي غير المميز ، وتصرفات الصبي المميز النافعة ، ثم الضارة ، ثم الدائرة بين النفع والضرر ، وسأعقد لكل فرع من هذه الفروع مطلباً ، فينتظم الحديث على ذلك في خمسة مطالب .

المبحث الأول : معنى التمييز لغة واصطلاحاً

التمييز لغة :

العزل والفرز والفعل والتفصيل (١) . يقال : مَرَّ الشيءُ ، أَمَيَّرَهُ مَيِّراً وتمييزاً : إذا عزلته وفعلته من غيره . ومَيَّرَ الشيءُ : فعل بعفه على بعض ، والتشديد زيادة مبالغة .

وشرعاً :

يقال عن الصبي الذي بلغ سن التمييز : إنه مميز حيث إنه يفهم الخطاب ، ويحسن رد الجواب ، ومقاصد الكلام ، ونحو ذلك . (٢)

(١) أنظر لسان العرب لابن منظور ٤١٢/٥ - ٤١٣ والقاموس المحييط للفيروز أبادي ١٩٩/٢ والصاح للجوهري ٨٩٧/٣ والمصباح المنير للفيومي ٧١٧/٢ .

(٢) أنظر المجموع للنووي ٢٨/٧ والخرشي ٢٨٢/٢ وحاشية العدوي ١٢٦ / ٢ والمدخل الفقهي للزرقاء ٧٥٩/٢ .

وقد وقع الخلاف بين الفقهاء في تحديد سن التمييز فقد ذكر الأستاذ الزرقاء في المدخل ٧/٢ أن الفقهاء قد اعتبروا سن السابعة مبدأ لطور التمييز ، غير أن هذا مخالف لما ذهب إليه فقهاء المالكية والشافعية ففي "الخرشي" ٢٨٢/٢ "ولا ينفبط بسن مخصوص بل يختلف باختلاف الأفهام " وفي "المجموع" ٢٨/٧ ذكر النووي أنه أيضاً لا يحد بسن مخصوص بل يرجع ذلك إلى اختلاف الأفهام .

قال " الفيومي " : " وهذا المعنى الذي ذكره الفقهاء ، كأنه مأخوذ من ميزت الأشياء إذا فَرَّقْتُهَا بعد المعرفة " (١).

(١) أنظر المعصباح المنير ٢/٧١٧ .

المبحث الثاني : تصرفات الصبي غير المميز المالية

لاخلاف بين الفقهاء^(١) في عدم صحة تصرفات الصبي غير المميز المالية ، فلا ينعقد بيعه ولاشراؤه ، بل يكون باطلا لأثر للإجازة إن أعقبته كما لايمح منه قبول الهبة والصدقة والوصية . لأن الأهلية شرط جـواز التصرف ، ولا أهلية بدون العقل .

قال الأستاذ " الزرقاء " (٢) : " ولفقدان أهلية الأداة في الطفل غير المميز ، لايعتد بشيء من التصرفات الإنشائية ... فأقواله كلها هدر ، لايترتب عليها حكم ، وعقوده باطله ، لأن عبارته غير معتبرة شرعا فـي إيجاب أو قبول أو إقرار أو إبراء أو غير ذلك ، حتى إنه لو كان تصرفه نافعا نفعا محضا له ، كقبول الهبة أو الصدقة ، لايمح منه ، بل ينسب عنه نائبه الشرعى ، من ولي أو وصي ، في مباشرة جميع العقود والتصرفات " .

(١) أنظر الخرخشي ٢٩٠/٥ وحاشية العدوي ١٢٦/٢ والتنبيه للشيرازي / ٧٢ / وفتح العزيز للرافعي ٢٧٥/١٠ ومغنى المحتاج للشربيني ١٦٥/٢ - ١٦٦ وبدائع الصنائع للكاساني ٤٤٦٧/٩ والبحر الرائق لابن نجيم ٨٩/٨ وتبيين الحقائق للزيلعي ١٩١/٥ وكشاف القناع للبهوتي ٤٤٦/٣ .

(٢) أنظر المدخل الفقهي ٧٥٢/٢ .

المبحث الثالث : تصرفات الصبي المميز المالية النافعة

اختلف الفقهاء في صحة هذه التصرفات ، التي هي نفع محض للصبي ، كقبول الهبة والصدقة وأمثالها :

- (١) فذهب الحنفية والمالكية ، وهو وجه عند الحنابلة^(١) إلى أن تصرفات الصبي المميز المالية النافعة صحيحة نافذة ، دون إجازة أو إذن من الولى أو وصيه ، شأنه في ذلك شأن الراشد الكبير .
- (٢) وذهب الشافعية^(٢) إلى عدم صحة هذه التصرفات ، سواء وقعت بإذن أو دون إذن . لأن الصبي محجور عليه ، والحجر يقتضى المنع من جميع التصرفات المالية .
- (٣) وذهب الحنابلة في الوجه الثاني - وهو المعتمد -^(٣) إلى عدم صحة هذه التصرفات إلا بإذن الولى أو الوصى ، لأنه ينفك عنه الحجر فيما أذن له به دون غيره .

-
- (١) أنظر بدائع المنافع للكاساني ٤٤٦٧/٩ وتكملة شرح فتح القدير لقاضي زاده ٣٢١/٩ وفواتح الرحموت لنظام الدين ١٥٨/١ والمحرر لمجد الدين بن تيمية ٣٤٧/١ والمدخل الفقهي للزرقاء ٧٦٦/٢ .
 - (٢) أنظر المجموع للنووي ١٥٥/٩ - ١٥٦ ومغني المحتاج للشربيني ٧/٢ والتنبيه للشيرازي ٧٢/ .
 - (٣) أنظر كشاف القناع للبهوتي ٤٤٥/٣ والمقنع لابن قدامة ١٤٦/ ٢ والمحرر لمجد الدين بن تيمية ٣٤٧/١ .

الراجح :

والذى يبدو - والله أعلم - أن القول بصحة هذه التصرفات ونفاذها ، هو الأولى لأن غرض الشارع من الحجر على العبد ، إنما هو دفع الضرر الـواقـع أو المحتمل من تصرفاتـه المالية ، والتصرفات النافعة نفعا محضا ، لا ضرر فيها ، فانتفى سبب المنع ، فعار كما لو أنه بالغ رشيد ، وانتفت الحاجة إلى الإذن ونفذ تصرفه مطلقا في هذه الحالة .

المبحث الرابع : تصرفات العبي المميز المالية الفارة

لاخلاف بين الفقهاء (١) في أن تصرفات العبي المميز المالية ،
المتحفظة ضررا غير صحيحة ، سواء وقعت بإذن الولي أو الوصي ، أو دون
إذن ، لأن الولي أو الوصي لا يملك إنشاء هذه التصرفات أصلا ، فلا يملك
الإذن بها .

فإذا وقع مثل هذا التصرف ، كان باطلا ، حماية لأموال العبي ،
ومحافظة عليها من أن تمتد اليها يد العبد والتفويض . (٢)

(١) أنظر الخرشي ٢٩٢/٥ وبداية المجتهد لابن رشد الحفيد ٢٣٦/٢ - ٢٣٧
وقوانين الأحكام الشرعية لابن جزي ٣٤٨/ وبتدائع المناثع
للکاساني ٤٤٦٧/٩ - ٤٤٦٨ وتكملة شرح فتح القدير لقاضي
زاده ٣١٢/٩ وفواتح الرحموت لنظام الدين ١٥٨/١ والمجموع للنووي
١٥٥/٩ - ١٥٦ ومغني المحتاج للشربيني ٧/٢ والتنبيه للشيرازي
٧٢/ وحاشية سليمان بن عبد الوهاب ١٣٨/٢ .
(٢) أنظر المدخل الفقهي للزرقاء ٧٦٣/٢ .

المبحث الخامس

تعرفات العبي المميز المالية المترددة بين النفع والضرر

وهذه التعرفات المترددة بين النفع والضرر ، كعقود المعاوضات من بيع وشراء وإجارة ، إما أن تقع من العبي المميز قبل إذن وليه أو بعده .

الفرع الأول :

تعرفات العبي المميز المالية المترددة بين النفع والضرر قبل الإذن .

إختلف الفقهاء في هذه التعرفات على قولين :

- (١) فذهب الحنفية والمالكية والحنابلة^(١) : إلى أن الإذن شرط لنفاذ العقد ، دون الإنعقاد فتنعقد هذه التعرفات موقوفة على إذن الولي ، أو الوصي ، فإن أجازها نفذت ، وإن ردها بطلت .
- (٢) وذهب الشافعية^(٢) إلى أن هذه التعرفات غير صحيحة مطلقا . لأن العبي محجور عليه ، والحجر يقتضي المنع من التصرف .

-
- (١) أنظر بدائع الصنائع للكاساني ٤٤٦٨/٩ والبحر الرائق لابن نجيم ٨٩/٨ وتبيين الحقائق للزيلعي ١٩١/٥ ومجمع الأنهر لداماد أفندي وحاشية در المنتقى للحمكفي ٤٣٨/٢ والخرشي ٢٩٢/٥ وحاشية العدوي ١٢٦/٢ وقوانين الأحكام الشرعية لابن جزي ٣٤٨/١ وبداية المجتهد لابن رشد الحفيد ٢٣٧/٢ والبهجة شرح التحفة للتسولي ١٤/٢ وشرح العزية للزرقاني ١٢٣/٢ وكشاف القناع للبهوتي ٤٣١/٣ والمقنن لابن قدامة ١٣٨/٢ والمحزر لمجد الدين بن تيمية ٣٤٧/١ .
 - (٢) أنظر المجموع للنووي ١٥٥/٩ - ١٥٦ ومغني المحتاج للشربيني ٧/٢ والتنبيه للشيرازي ٧٢/٢ .

الراجع :

والذى يبدو - والله أعلم - أن القول بالوقف على إذن
الولي أو الوصي أولى لما يلي :

(أ) لأن الخجر على الصبي إنما هو لتحقيق مصلحة راجحة ، أو دفع
ضرر قد يلحقه ، وذلك راجع إلى نظر وليه أو وصيه ، فإذا أنيط
الحكم به تحققت المصلحة التى وجد الحجر من أجلها .

والمعارضة قد يكون فيها نفع للصبي ، فإذا حكمنا بردها
مطلقا ، فربما فات الصبي نفع كبير ، أو لحقه نتيجة الحكم
بالإبطال ضرر كثير ، وهذا مناقض لأصل وضع الحجر عليه .

(ب) ولأن القول بمحة تصرفه ووقفه على إذن الولي ، تمرين مفيـد
للصبي ، يكسبه مراسا وتجربة ومعرفة بأحوال الناس ونتائج
المعاملات ، فهو تهيئة لرشده ، واختبار لمواهبه الفكرية (١) ،
وفي ذلك تشجيع له للإقدام على التصرف ، وإعانة له على النفوج .

(١) أنظر المدخل الفقهى للزرقاء ٧٦٨/٢

الفرع الثاني : تصرفات الصبي المميز المأذون له المالية المترددة بين
المنع والضرر

يختلف الفقهاء في هذه التصرفات على ثلاثة أقوال :

(١) فذهب الحنفية والحنابلة (١) : إلى أن تصرف الصبي المميز
المأذون له ، والمتردد بين المنع والضرر ، صحيح نافذ فيما
أذن له فيه دون غيره ، إن كان الإذن مقيدا . وإن كان مطلقا
فهو نافذ مطلقا .

واستدلوا على ذلك :

(آ) بقوله تعالى : " وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا
النكاح فإن أنستم منهم رشدا فادفعوا إليهم أموالهم " (٢)

ووجه الاستدلال بالآية : (٣)

(١) أن على الولي أو الوصي أن يتأمل أخلاق يتيمه ،
ويستمع إلى أغراضه ، فيحصل له العلم بنجاته ،
والمعرفة بالسعى في مصالحه ، وضبط ماله ، أو الإهمال
لذلك .

(١) أنظر بدائع الصنائع للكاساني ٤٤٦٨/٩ والبحر الرائق لابن نجيم
٨٩/٨ وتبيين الحقائق للزيلعي ١٩١/٥ وكشاف القناع للبهوتي
٤٤٥/٣ والمقنع لابن قدامة ١٤٦/٢ والمحرم لمجد الدين بن تيمية
٠ ٣٤٧/١

(٢) النساء : ٦ .

(٣) أنظر أحكام القرآن لابن العربي ٣٢٠/١ وأحكام القرآن للجصاص
٣٥٦/٢ - ٣٥٧ وتبيين الحقائق للزيلعي ٢١٩/٥ .

(٢) إذا توسم فيه الخير ، فلا بأس أن يدفع إليه شيئاً من ماله ، ويكون يسيراً ، ويبيح له التصرف فيه ، فإن نَمَّاه وأحسن النظر فيه ، فقد وقع الإختبار ، فليسلم إليه ماله جميعه . وإن أساء النظر فيه ، وجب عليه إمساك ماله عنه .

ونوقش هذا الدليل : بأننا نسلم أن على المولى اختبار المصبي وابتلاءه واقحامه في أبواب التعامل والبيع والشراء ، ولكن إذا وصل الأمر إلى إبرام العقد ، أبرمه عنه وليه أو وصيه ، لثلا يفضى ذلك إلى وجوب التسليم على المصبي . (١)

وأجيب عن هذه المناقشة : بأن حسن الإبتلاء الذى يترتب عليه دفع جميع المال إلى المصبي ، هو بعد نجاحه في التعامل ببعض المال ، فإذا شعر بالرقابة عليه ، وأحس بأنه محجور عليه في التصرف ، لم يكن للمولى أو الوصي أن يتوصل إلى حقيقة الإبتلاء . ولأن اختبار صحة عقله لاينبىء عن ضبطه لأموره ، وحفظه لماله ، وعلمه بالبيع والشراء . ومعلوم أن الله تعالى أمر بالإحتياط له في استبراء أمره ، في حفظ المال ، والعلم بالتصرف ، فوجب أن يكون الإبتلاء المأمور به قبل البلوغ ، مأموراً به لا لاختبار صحة عقله فحسب ، بل لذلك ، ولإيناس رشده في التعامل والتجارة . (٢)

(١) أنظر المجموع للنووي ١٥٦/٩ .

(٢) أنظر أحكام القرآن للجصاص ٣٥٧/٢ .

(ب) وبأن نقصان رأيه ينجبر برأي الولي ، فإذا أذن له صح تعرفه (١) .

وأجيب عن هذا : بأن علة الحجر هي الصبا ، وهي محققة وإن وجد إذن الولي ، فلم يصح تعرفه . (٢)

ونوقشت هذه الإجابة : بأن الصبا سبب الحجر لعدم الهداية لذاته ، فإذا أذن له الولي ، زال ذلك الحجر ، لثبوت الهداية بإذن الولي ، فينفذ تعرفه . (٣)

(٢) وذهب المالكية (٤) : إلى أن الصغير المميز إذا أذن له وليه أن يتجر في ماله ، فأفعاله موقوفة على رضا الولي ، لأن الولي مأمور بالمحافظة على ماله .

وأجيب عن هذا : بأن إذن الولي تفويض له بالتجارة ، فإذا فوضه ثم جعل تعرفه موقوفا ، كان إذنه السابق لاغيا ، ولادليل على اشتراط إذن سابق وإذن لاحق لكل تعرف .

(٣) وذهب الشافعية (٥) : إلى أنه لا يصح تعرفه مطلقا ، أذن له الولي أو لم يأذن ، لأنه محجور عليه لصباه ، والحجري يقتضي عدم صححة التصرف .

-
- (١) انظر شرح العناية على الهداية للبايرتي ٣١٢/٩ .
 - (٢) انظر تكملة شرح فتح القدير لقاضي زاده ٣١١/٩ .
 - (٣) انظر تكملة شرح فتح القدير لقاضي زاده ٣١١/٩ - ٣١٢ .
 - (٤) انظر حاشية العدوي على الخرخشي ٣٠١/٥ .
 - (٥) انظر المجموع للنووي ١٥٥/٩ - ١٥٦ ومغني المحتاج للشربيني ٧ / ٢ والتنبيه للشيرازي ٧٢/ .

وهذا غير مسلم : لأن الحجر على الصبي ، إنما هو لتحقيق معلحة راجحة ، أو دفع ضرر قد يلحقه ، وذلك راجع إلى نظر وليه أو وصيه ، فإذا أذن له تبين أنه قد انتفى السبب الداعي للحجر .

الراجع :

والذى يبدو - والله أعلم - أن القول بنفاذ تصرفه أولى ، لما سبق . ولأن الإختبار لا يتم إلا أن يوذن له في التجارة ، وهذا يفيد أن الصغير المميز المأذون له أهل للتصرف ، وأن تصرفه جائز ، والتصرف المشروع إذا صدر من أهله مضافا إلى محله ، وجب القول بنفاذه ، صونا لكلامه ، ولإذن وليه من الإلغاء . (١)

كما أن القول بعدم صحة تلك التصرفات بعد الإذن فيه إضـرار بالمتعامل معه ، الذى أقدم على التعامل معه بناء على تفويض الولي أو الوصي ... فإذا حكمنا ببطلان تلك التصرفات ، فقد غررنا بذلك الطرف المتعامل معه وورطناه وألحقنا به الضرر ..

(١) أنظر تبیین الحقائق للزليعي ٢١٩/٥ وتكملة شرح فتح القدير لقاضي زاده ٣١١/٩ وشرح العناية للبايرتي ٣١١/٩ .

الفصل الثاني : تصرفات السفية المحجور عليه .
وفيه ثلاثة مباحث :

- المبحث الأول : معنى السفية لغة واصطلاحاً .
المبحث الثاني : تصرفات السفية المتفق على وقفها
عند الفقهاء .
المبحث الثالث : التصرفات المختلف في وقفها .

الحديث عن تصرفات السفه المحجور عليه ينتظم في ثلاثة مباحث :

المبحث الأول : تعريف السفه لغة وشرعا :

أولا : معنى السفه لغة :

السفه لغة : الجهل وخفة العقل ، وهو ضد الحلم ، وأمله الخفة والحركة والطيش . (١)

ثانيا : معنى السفه شرعا :

السفه شرعا : هو العمل بخلاف موجب الشرع واتباع الهوى ، وترك ما يدل عليه الحجا . (٢)

وقد غلب استعماله في عرف الفقهاء على تبذير المال وإتلافه (٣) ، حتى إن " الشافعي " فسر السفه بالمبذر (٤)

ولقد تعددت كلمات الفقهاء في بيان المراد من السفه :

(١) أنظر لسان العرب لابن منظور ٤٩٧/١٣ - ٤٩٨ والقاموس المحيط

للفيروز أبادي ٢٨٧/٤ والصاح للجوهري ٢٢٣٤/٦ والمصباح المنير للفيومي ٣٣٠/١ والنظم المستعذب لابن بطال الركبسي ٣٣١/١ - ٣٣٢ وتصحيح التنبيه للنووي / ٧٣ / ٠

(٢) أنظر تيسير التحرير لأمير بادشاه ٣٠٠/٢ وكشف الحقائق للأفغاني

١٨٥/٢ والمغني للخبازي / ٣٩٥ / وفتح العزيز للرافعي ١٠ / ٢٧٦

ومغني المحتاج للشربيني ١٦٥/٢ .

(٣) أنظر تكملة شرح فتح القدير لقاضي زادة ٢٥٩/٩

(٤) أنظر مغني المحتاج للشربيني ١٦٥/٢ .

ففي " تكملة شرح فتح القدير " (١) عرفه " قاضي زاده " بأنه :
تبذير المال وإتلافه على خلاف مقتضى العقل والشرع " . وزاد صاحب " كشف
الحقائق " (٢) : " ولو في الخير " .

وعرفه " ابن الهمام " (٣) بقوله : " هو خفة تبعث الإنسان على
العمل في المال بخلاف مقتضى العقل " .

وعرفه " الدردير " (٤) بقوله : " والسفه : هو التبذير ، وهو
صرف المال في غير مايراد له شرعا " .

وعرفه " عليش " (٥) بأنه : " عدم حفظ المال ، وصرفه في الشهوات
ولو مباحه " .

ومن دراسة هذه التعريفات نجد أنها على ثلاثة أصناف
بعضها يجعل مخالفة مقتضى العقل سفها ، والآخر يجعل مخالفة
مقتضى الشرع سفها ، والصنف الثالث يجمع بينهما حيث يعتبر مخالفة الشرع
والعقل هو السفه .

ولقد ذكرت الدكتوراه " سعاد ابراهيم " بعد سردها عدداً من
التعريفات للسفه أنه لاتعارض بينها ولامفارقة ، فإن مقتضى العقل ألا يخالف
مقتضى الشرع .

-
- (١) أنظر ٢٥٩/٩
(٢) أنظر كشف الحقائق للافغاني ١٨٥/٢ .
(٣) أنظر التقرير والتحبير ٢٠١/٢ .
(٤) أنظر الشرح الصغير ٥١٢/٤ .
(٥) أنظر كشف الحقائق ١٨٥/٢ .

(١)

ففي كتابها " أحكام تصرفات السفه " تقول : " و... ولم يقل
والشرع ، لأن مقتضى العقل ألا يخالف الشرع للأدلة القائمة على وجوب
اتباعه " .

وليس الأمر كما رأته فإنه لا يمكن القول بأن موجبات العقل هي
نفس موجبات الشرع ، وإلا لاستغنى العقلاء عن الوحي .

والأولى في التعريف أن يقال :

" السفه : هو تبذير المال وإتلافه على خلاف مقتضى العقل والشرع ولو في
الخير " وهذا هو التعريف الذي ذكره صاحب كشف الحقائق " كما سبق ذكره .

المبحث الثاني : تصرفات السفية المتفق على وقفها عند الفقهاء :

إتفق الفقهاء^(١) على أن تصرف السفية المحجور عليه بالبيع أو الشراء أو الهبة ، موقوف على نظر وليه ، إن شاء أجاز ، وإلا رد،حسبما يراه صالحا نافعا للسفيه في ماله .

ولكن اختلف تعلييلهم لهذا الحكم :

* فالحنفية رأوا أن هذه التصرفات إنما كانت موقوفة على نظر الولي ، لأن عبارة السفية كعبارة الهازل ، من حيث ترتب الحكم ، وكل تصرف لا يؤثر الهزل فيه كالطلاق مثلا ، ينفذ ، وما يؤثر فيه الهزل ، لا ينفذ ، لقوله صلى الله عليه وسلم : " ثلاث جدهن جد وهزلهن جد : النكاح والطلاق والرجعة " (٢) .

* أما الشافعية فاعتبروا سبب عدم النفاذ هو احتمال وقوع الضرر على السفية في ماله .

* وأما الحنابلة فرأوا أن مثل هذه التصرفات محلها مسائل السفية ، وهو محجور عليه في التصرفات المالية .

(١) أنظر المبسوط للسرخسي ١٦٦/٢٤ وتبيين الحقائق للزيلعي ١٩٢/٥ ومجمع الأنهر لداماد أفندي ٤٤٠/٢ وشرح العناية على الهداية للبارتري ٢٦٤/٩ والتاج والإكليل للمواق ٦١/٥ - ٦٢ والشرح المغير للدردير ٥٠٠/٤ وبداية المجتهد لابن رشد الحفيد ٢٣٧/٢ والخرشي ٢٩٤/٥ ومغني المحتاج للشربيني ١٧١/٢ وفتح العريز للرافعي ٢٨٩/١٠ - ٢٩٠ والمجموع للنووي ١٥٥/٩ والمغني لابن قدامة ٣٥٧/٤ .

(٢) أخرجه ابوداود والترمذي وابن ماجه .
أنظر مختصر سنن أبي داود ١١٨/٣ - ١١٩ وسنن الترمذي ٤٩٠/٣ وسنن ابن ماجه ٦٥٨/١ .

المبحث الثالث : التصرفات المختلف في وقفها :

وبعد أن بينت المواطن التي اتفق الفقهاء على الحكم بالوقف فيها ، سأورد مفصلا المسائل التي اختلفوا فيها ، وبيان ذلك في ثلاثة مطالب :

المطلب الاول : نكاح السفية :

وقد اختلف فيه الفقهاء على ثلاثة مذاهب

أحدها : وهو مذهب الحنفية والحنابلة في قول لهم^(١) : قالوا : إن نكاح السفية نافذ مطلقا أذن له وليه أم لم يأذن ، للأدلة الآتية :

- لأنه تصرف لا يؤثر فيه الهزل ، وعبارة السفية كعبارة الهازل ، فوقع منه .
- لأن النكاح من ضرورات الحياة ، فصح منه ونفذ .^(٢)
- ولأنه عقد على غير المال ، فصح منه كطلاقه ، وان لزم منحه المال ، فلزومه بطريق التبعية ، فلا يمنع من صحة العقد ونفاذه ، كما لو لزم المال في الطلاق .^(٣)

الثاني : وبه قال المالكية والشافعية والحنابلة في قول آخر لهم^(٤) :

-
- (١) أنظر المبسوط للسرخسي ١٦٦/٢٤ وتبيين الحقائق للزيلعي ١٩٢/٥ والبحر الرائق لابن نجيم ٩٣/٨ ومجمع الأنهر لداماد أفندي ٤٤٠/٢ والمغني لابن قدامة ٣٥٥/٤ .
 - (٢) أنظر مجمع الأنهر لداماد أفندي ٤٤٠/٢ .
 - (٣) أنظر المغني لابن قدامة ٣٥٥/٤ .
 - (٤) أنظر بداية المجتهد لابن رشد الحفيد ٢٣٧/٢ وكفاية الأخيار للحصني ١٦٥/١ وحاشيتا قليوبي وعميرة ٣٠٢/٢ - ٣٠٣ ومغني المحتاج للشربيني ١٧١/٢ والمغني لابن قدامة ٣٥٥/٤ .

وهو أن نكاح السفية موقوف على إذن وليه ، إن شاء أجازته ، وإن رده بطل .

لأنه تصرف يجب به مال ، فلم يصح بغير إذن وليه ، كالشراء .^(١)

الثالث : وهو المعتمد عند الحنابلة ^(٢) : وفيه تفصيل :

فإن كان السفية محتاجا إلى النكاح نفذ مطلقا ، أذن وليه
أم لا ، وإن لم يكن محتاجا إليه كان موقوفا على إذن وليه ، إن أجازته
نفذ ، وإن رده بطل .

الراجع :

والذى يبدو - والله أعلم - أن القول بنفاذ نكاحه مطلقا أولى

لما يلي :

- (١) لأن القول بوقف نفاذه على إجازة الولي ، فيه إهدار لأدميته ،
وحقوقه الإنسانية الأصلية ، فلم يصح .
- (٢) تعليق النفاذ وعدمه على الحاجة ، أمر غير منضبط ، فإن الحاجة
قد لا تنكشف إلا لماحبها ، ولا يمكن معرفة ما إذا كان منع السفية
عن النكاح سيتسبب له في مشقة وعنت أم لا ، فلم يصح الربط به .
- (٣) ثم إن قياس النكاح على الشراء قياس مع الفارق فإن النكاح
من حاجات الإنسان الأصلية ، مثله مثل الطعام والشراب ، ولا يمكن
منعه منه ، بخلاف الشراء .
- (٤) صحيح أنه يلزم من النكاح المال ، لكنه بطريق التبعية ، والقاعدة
تقول : " يغتفر في التوابع ما لا يغتفر في غيرها " ^(٣) وتقول
القاعدة الأخرى : " يغتفر في الشيء ضمنا ما لا يغتفر قعدا " ^(٤) .

(١) أنظر المغني لابن قدامة ٣٥٥/٤ .

(٢) أنظر كشف القناع للبهوتي ٤٤١/٣ وحاشية سليمان بن عبد الوهاب ١٤٤/٢

(٣) أنظر الأشباه والنظائر لابن نجيم ١٢١/١ والأشباه والنظائر للسيوطي ١٢٠/

(٤) أنظر المراجع السابقة .

المطلب الثاني : عتق السفية :

اختلف الفقهاء في عتق السفية على ثلاثة أقوال :

- (١) فذهب الحنفية والإمام أحمد في رواية عنه (١) : إلى أن عتقه نافذ مطلقا .
لأن كل تصرف يؤثر فيه الهزل ، يؤثر فيه الحجر ، ومالا فلا ، والعتق مما لا يؤثر فيه الهزل ، فيصح منه وينفذ .
- (٢) وذهب المالكية في المشهور عندهم (٢) : إلى أن عتقه موقوف على إذن وليه ، ولا ينفذ إلا بالإجازة أو تكون السرية قد ولدت منه .
- (٣) وذهب الشافعية والحنابلة ، وهو مروى عند المالكية (٣) : إلى أن عتقه لا يصح مطلقا .
لأنه تصرف في ماله ، فلم يصح ، كسائر تصرفاته المالية .

الراجع :

والذى يبدو - والله أعلم - أن القول بوقف عتقه على إجازته
وليه هو الأولى لما يلى :

- (١) أنظر الهداية للمرفيناني ٢٨٢/٣ وتكملة شرح فتح القدير لقاضي زاده ٢٦٤/٩ - ٢٦٥ وشرح العناية للبابرتي ٢٦٤/٩ - ٢٦٥ والمغني لابن قدامة ٣٥٥/٤ وحاشية سليمان بن عبد الوهاب ١٤٤/٢ .
- (٢) أنظر الخرشي ٢٩٥/٥ والشرح المغير للدردير ٥٠٥/٤ والتتـاج والاكليل للمواق ٦١/٥ - ٦٢ .
- (٣) أنظر مغني المحتاج للشربيني ١٧١/٢ وفتح العزيز للرافعي ٢٨٨/١٠ والمجموع للنووي ١٥٥/٩ وحاشيتنا قليوبي وعميرة ٣٠٣/٢ وكفاية الأخيار للحمسي ١٦٥/١ وكشاف القناع للبهوتي ٤٤١/٣ والمغني لابن قدامة ٣٥٤/٤ وحاشية سليمان بن عبد الوهاب ١٤٤/٢ والتتـاج والاكليل للمواق ٦١/٥ - ٦٢ وقوانين الأحكام الشرعية لابن جزي ٣٥٠ / .

- (١) العتق تصرف مالي ، والقول بنفاذه مطلقا ، يفضي إلى ضياع مال السفية ، وفي هذا ضرر عليه .
- (٢) العتق نوع من أنواع التبرعات ، وقد سبق الإتفاق على وقف تبرعاته على إذن وليه .
- (٣) قياس العتق على سائر التصرفات المالية ، قياس مع الفارق ، لأن العتق مما حث عليه الشرع وهو أمر لا يختلف فيه الحكم بين الهازل وغيره أملا ، بخلاف سائر المعاملات المالية لقوله صلى الله عليه وسلم : " ثلاث ليس فيهن لعب : النكاح والطلاق والعتق " ^(١)

(١) أخرجه مالك في الموطأ ٢ / ٥٤٨

المطلب الثالث : وصية السفية :

اختلف الفقهاء في وصية السفية على قولين :

الأول :

وبه قال الحنفية استحسانا والمالكية والشافعية في المصحح من المذهب والحنابلة (١) : وهو أن وصية السفية صحيحة نافذة .

وقد نقل " الشربيني " (٢) عن بعض أهل العلم الإجماع على ذلك ، وقال " ابن رشد الحفيد " (٣) : " لا أعلم في نفوذها خلافا " .

وذلك لأن السفية صحيح العبارة ، ولاضرر عليه في الوصية ، فإنها إنما يجب تنفيذها بعد موته وانقطاعه عن أمواله ، فتكون سببا في حصول الثواب له .

إلا أن الحنفية استثنوا من ذلك : ما إذا أوصى بما يستقبحه المسلمون ، فإنها لاتصح عندئذ واستثنى المالكية : ما إذا صار في حالة يخلط فيها .

(١) أنظر الهداية للمرفيناني ٢٨٤/٣ وشرح العناية للبارتبي ٢٦٧/٩ - ٢٦٨ وبدائع المنافع للكاساني ٤٤٦٩/٩ ومجمع الأنهر لداماد أفندي ٤٤١/٢ وتبيين الحقائق للزيلعي ١٩٨/٥ والخرشي ٢٩٤/٥ والشرح المغير للدردير ٥٠٤/٤ - ٥٠٥ ومغني المحتاج للشربيني ٣٩/٣ وكفاية الأخبار للحصني ٢١/٢ وكشاف القناع للبهوتي ٤٤١/٣ والمغني لابن قدامة ٣٥٥/٤ .

(٢) أنظر مغني المحتاج ٣٩/٣ .

(٣) أنظر بداية المجتهد ٢٣٧/٢ .

إلا أنهم اختلفوا في معنى التخليط : فمنهم من فسره بما يوافق
استثناء الحنفية ، وهو الإيحاء بالمستقبح ، وآخرون فسروه : بأن يوصل
السفيه إلى حد لا يعرف معه بأى شيء حدث مثلاً .

الثانى :

وهو مقتضى القياس عند الحنفية والطريق الثانى عند الشافعية^(١) ،
وهو أن وصية السفيه لاتصح .

الراجح :

ويبدو - والله أعلم - أن القول بعمه الوصية ونفاذها هو
الأولى لما يلى :

- (١) لقوة الادلة التي ذكرت تعليلا للمذهب القائل بالعمه والنفاذ.
- (٢) ولأن الوصية وإن كانت تبرعا ، إلا أن إضافة تنفيذها إلى ما بعد
الموت ، يجعلها تفارق سائر التبرعات المنجزة من حيث الحكم .

(١) أنظر مجمع الأنهر لداماد أفندي ٤٤١/٢ وتبيين الحقائق للزيلعي
١٩٨/٥ ومغني المحتاج للشربيني ٣٩/٣ .

لا اله الا الله

وقد توصلت من خلال عرض مسائل هذا البحث الى عدد من النتائج ، وكان أهمها :

- ١ - للعقد معنيين أحدهما أخص من الآخر حيث يعتبر في الأول ارتباط كلام أحد العاقدين بكلام الآخر أو ما يقوم مقامه عقداً ، بينما يجعل المعنى الأعم كل ما ترتب عليه التزام عقداً ، سواء تكون من إرادة واحدة أم من إرادتين منفردتين ، وكلاهما مستعمل في عرف الفقهاء ، وإن كان الأول هو الشائع الغالب في عرفهم .
- ٢ - للعقد حقوق وأحكام تختلف عن بعضها وإن كان مجموعها يشكل آثار العقد المترتبة عليه .
- ٣ - العلاقة بين العقد والتصرف هي علاقة الخصوص والعموم المطلق .
- ٤ - العلاقة بين العقد والالتزام هي كالعلاقة بين السبب والمسبب ، أو الأثر والمؤثر .
- ٥ - العقد قسمان صحيح وباطل خلافاً لما ذهب إليه الحنفية إذ جعلوا القسمة ثلاثية فقالوا صحيح وفساد وباطل والفساد مرحلة وسط بين الصحيح والباطل .
- ٦ - العقد الموقوف من قسم الصحيح ، وهو العقد المشروع أصلاً ووصفاً لكن لا ترتب عليه آثاره إلا بالإجازة .
- ٧ - هناك فرق بين الوقف وعدم اللزوم ، وإن كانت صورتها متقاربة ، ويشكل على الكثير التمييز بينهما .
- ٨ - للعقد الموقوف شروط حتى يحكم عليه بالوقف ، كما أن له شروطاً حتى يحكم عليه بالإنفاذ .
- ٩ - العقد الموقوف يحقق مصلحة المالك ويبعد الضرر عنه .
- ١٠ - إجازة العقد الموقوف تكون باللفظ والفعل وكل ما يدل على الرضا والاتصاف بالمال أو من يملك الولاية على المال ، ولها

شروط منها متفق عليها كوجود المجيز عند الإجازة، وعدم تقدم الرد على الإجازة ومنها قد وافق فيها بعض الفقهاء فقهاء الحنفية، ومنها لم يتعرض لذكرها غير الحنفية .

١١- رد العقد الموقوف يكون باللفظ والفعل وكل ما يدل على عدم الرضا، ويشترط لصحته شرطان :
أحدهما : أن يكون الراد أهلا للرد ، والثاني : أن لا يتقدم على الرد إجازة .

١٢- الإقدام على العقد الموقوف قيل بمنعه وقيل بجوازه، وقد رجح

" الحطاب " أنه يختلف بحسب المقصد وحال المالك .

١٣- العقد الموقوف قبل الإجازة لا تبرتب عليه أية آثار فهي مرهونة بحصول الإجازة، فإن حصلت ترتبت عليه آثاره .

١٤- العقد الموقوف بعد الرد عقد لا وجود له شرعا، فهو كأن لم يكن.

١٥- الصور التي ترجح عندي القول فيها بالوقف .

* بيع الفضولي .

* شراء الفضولي .

* إجازة الفضولي .

* إنكاح الفضولي .

* وصية الفضولي .

* وقف الفضولي .

* وصية المريض مرض الموت غير المدين لو ارث وله وارث

سواه .

* كفالة المريض مرض الموت غير المدين بالمنال

لوارث وله وارث سواه .

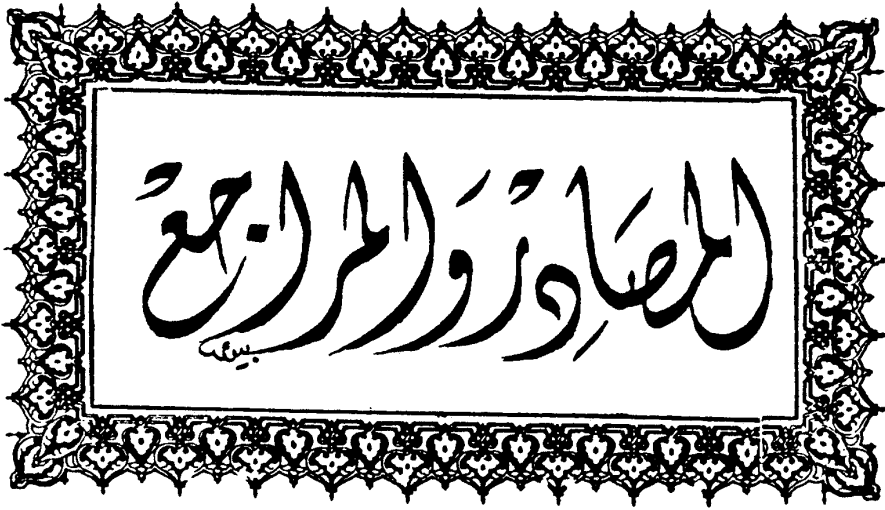
* كفالة المريض مرض الموت غير المدين الذي له

- وارث لأجنبي .
- * وقف المريض مرض الموت غيرالمدين على وارث
- * وقف المريض مرض الموت غيرالمدين على أجنبي
- بأكثر من الثلث .
- * بيع المريض مرض الموت بمحابة للوارث .
- * بيع المريض مرض الموت بمحابة لأجنبي إذا كانت المحابة بأكثر من الثلث .
- * إجارة المريض مرض الموت بمحابة للوارث .
- * إجارة المريض مرض الموت بمحابة لأجنبي إذا كانت المحابة بأكثر من الثلث .
- * محابة المريض في النكاح للزوجة الوارثة .
- * محابة المريض في النكاح للزوجة الأجنبية بأكثر من مهر المثل .
- * تعدى الوكيل المقيد في البيع
- * تعدى الوكيل المقيد في الشراء إذا كان يعين مال الموكل .
- * تصرف الشريك في الحصة الشائعة من مال الشركة بغير ماوكل به .
- * مصير أموال المرتد .
- * تصرفات المرتد أو المرتدة المالية
- * أحكام الغصب كأحكام البيع وقد سبق بيانها
- * خلع المفلسة على معين من مالها
- * بيع العين المرهونة
- * إجارة العين المرهونة
- * تصرفات الصبي المميز المالية المترددة بين النفع والضرر قبل الإذن .

* بيع السفية المحجور عليه وشراؤه وهبته
* عتق السفية المحجور عليه

والله أسأل أن يهمني الصواب، ويعينني على الفضائل والمكرمات،
ويسهل لي سبل الخيرات، وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين

.. ..



- ١- أثر مرض الموت في تقييد التصرفات في الفقه الإسلامي
رسالة ماجستير ، إعداد الدكتور نزيه كمال حماد ، جامعة
بغداد ، معهد الدراسات العليا .
- ٢- أحكام تصرفات السفه في الشريعة الإسلامية للدكتور سعاد
إبراهيم صالح ، الطبعة الأولى ١٤٠٤هـ - ١٩٨٤م ، مطبعة
تهامة ، جدة ، الكتاب الجامعي ٢٦ .
- ٣- الأحكام السلطانية والولايات الدينيه لأبي الحسن بن محمد
ابن حبيب البصري البغدادي الماوردي ، دار الكتب العلمية ،
بيروت .
- ٤- أحكام القرآن ، لابي بكر أحمد بن علي الرازي الجصاص
تحقيق محمد الصادق قمحاوي ، الطبعة الثانية ، طبعة
دار المصحف بالقاهرة .
- ٥- أحكام القرآن ، لأبي بكر محمد بن عبدالله المعروف بابن
العربي ٤٦٨هـ - ٥٤٣م تحقيق علي محمد البجاوي ، طبعة
جديدة فيها زيادة شرح وضبط وتحقيق ، مطبعة البابي
الحلبي وشركاه .
- ٦- أحكام الأوقاف ، لأحمد بن عمر الخفاف ، مطبعة ديوان عموم
الأوقاف المصرية ١٣٢٢هـ - ١٩٠٤م .
- ٧- الإحكام في أصول الأحكام ، لسيف الدين أبي الحسن علي
إبن أبي علي بن محمد الأمدي ، مطبعة محمد علي صبيح
بمصر ، ١٣٨٧هـ - ١٩٦٨م .
- ٨- الإختيارات العلمية ، لشيخ الإسلام أبي العباس تقي الدين
أحمد بن عبدالحليم بن تيمية . ، ترتيب علاء الدين
أبو العباس علي بن محمد بن عباس البعلبي الدمشقي ، قدم
له وعرف به حسنين محمد مخلوف ، طبعة دار المعرفة
بيروت .

- ٩- إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول لمحمد بن علي
ابن محمد الشوكاني ، دار الفكر ، بيروت .
- ١٠- أساس البلاغة لجار الله أبي القاسم محمود بن عمر الزمخشري
تحقيق دار الكتب والوثائق القومية بمصر ، مركز تحقيق
التراث ، مطبعة دار الكتب ، الطبعة الثانية .
- ١١- الإسعاف في أحكام الأوقاف ، لإبراهيم بن موسى بن أبي بكر
ابن الشيخ علي الطرابلسي الحنفي ، الطبعة الثانية ، ١٣٢٠هـ
١٩٠٢م ، مطبعة هندية بمصر .
- ١٢- الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية لجلال الدين
عبدالرحمن السيوطي ٩١١هـ ، مطبعة الببائي الحلبي بمصر ،
الطبعة الأخيرة ١٣٧٨هـ ، ١٩٥٩م .
- ١٣- الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان ، لزيين
العابدين بن إبراهيم بن نجيم ، تحقيق وتعليق عبدالعزيز
محمد الوكيل ، طبعة مؤسسة الحلبي وشركاه ، القاهرة ،
١٣٨٧هـ ، ١٩٦٨م .
- ١٤- أصول الفقه ، محمد الخضري بك ، الطبعة السادسة ١٣٨٩هـ -
١٩٦٩م ، المكتبة التجارية الكبرى بمصر .
- ١٥- أصول الفقه الإسلامي ، لزكي الدين شعبان ، الطبعة الثالثة ،
١٣٩٤هـ ، ١٩٧٤م ، جامعة بنغازي .
- ١٦- أصول الفقه الإسلامي ، للدكتور أحمد يونس سكر ، الطبعة
الأولى ، ١٣٩٣هـ ، ١٩٧٣م ، دار الطباعة المحمدية ، القاهرة .
- ١٧- أصول السرخسي ، للآبي بكر محمد بن أحمد بن أبي سهل
السرخسي ، ٤٩٠هـ ، تحقيق أبو الوفاء الافغاني ، طبعة دار
المعرفة ، بيروت ، ١٣٩٣هـ - ١٩٧٣م .
- ١٨- إغاثة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين لآبي بكر
ابن محمد شطا الدمياطي الشهير بالسيد البكري ، دار إحياء
الكتب العربية للبابي الحلبي ، القاهرة .

- ١٩- إعلاء السنن ، لظفر أحمد العثماني التهانوي ١٣٩٤هـ ، منشورات إدارة القرآن والعلوم الإسلامية ، باكستان .
- ٢٠- الأم ، لابي عبدالله محمد بن إدريس الشافعي ، ٢٠٤ هـ ، أشرف على الطبع والتصحيح محمد زهري النجار ، دار المعرفة، بيروت
- ٢١- الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام المبجل أحمد بن حنبل ، لعلاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان المرداوي الحنبلي ، تحقيق وتصحيح محمد حامد فقي ، الطبعة الأولى ، ١٣٧٥هـ ، ١٩٥٦م ، مطبعة السنة المحمدية ، القاهرة .
- ٢٢- الأنوار لأعمال الأبرار في فقه الإمام الشافعي ، ليوسف الأردبيلي ، الطبعة الأخيرة ١٣٨٩هـ - ١٩٦٩م ، مطبعة المدني ، القاهرة .
- ٢٣- أنيس الفقهاء في تعريفات الألفاظ المتداولة بين الفقهاء لقاسم القونوي ٩٧٨هـ ، تحقيق الدكتور أحمد بن عبدالرزاق الكبيسي ، الطبعة الأولى ، ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م ، طبعة دار الوفاء بجدة .
- ٢٤- البحر الرائق شرح كنز الدقائق ، لزين الدين بن نجيم الحنفي ، طبعة دار الباز ، مكة المكرمة .
- ٢٥- البحر المحيط ، لمحمد بن يوسف الشهرير بأبي حيان الأندلسي الغرناطي ، الطبعة الثانية ١٣٩٨هـ ، ١٩٧٨م ، دار الفكر بيروت .
- ٢٦- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، لعلاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي ، ٥٨٧هـ ، مطبعة الإمام بمصر الناشر، زكريا علي يوسف .
- ٢٧- البداية والنهاية في التاريخ ، لأبي الفداء إسماعيل بن عمر ابن كثير القرشي الدمشقي ٧٧٤هـ ، مطبعة السعادة بمصر .

- ٢٨- بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، لأبي الوليد محمد بن أحمد
ابن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الأندلسي الشهير بابن
رشد الحفيد ٥٩٥ هـ ، طبعة دار الفكر .
- ٢٩- بذل المجهود في حل أبي داود للشيخ خليل أحمد السهارنفوري
١٣٤٦ هـ ، الطبعة الثالثة ١٣٩٣ هـ - ١٩٧٣ م ، مطبعة السعادة .
- ٣٠- البناية في شرح الهداية ، لأبي محمد محمود بن
أحمد العيني ، تصحيح محمد عمر الشهير بناصر الإسلام
الرامغوري ، الطبعة الأولى ١٤٠١ هـ - ١٩٨١ م ، دار الفكر ،
بيروت .
- ٣١- البهجة شرح التحفة ، لأبي الحسن علي بن عبدالسلام التسولي
الطبعة الثانية ١٣٧٠ هـ - ١٩٥١ م ، طبعة البابي الحلبي .
- ٣٢- تاج العروس من جواهر القاموس ، محب الدين أبي الفيض
السيد محمد مرتضى الحسيني الواسطي الزبيدي ، دار مكتبة
الحياة ، بيروت .
- ٣٣- التاج والإكليل لمختصر خليل لأبي عبدالله محمد بن يوسف
العبدري الشهير بالمواق ، مكتبة النجاح ، طرابلس ، ليبيا .
- ٣٤- تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام لإبراهيم
إبن علي بن أبي القاسم بن محمد بن فرحون
المالكي المدني ٧٩٩ هـ ، الطبعة الأخيرة ١٣٧٨ هـ - ١٩٥٨ م . البابي
الحلبي .
- ٣٥- تبیین الحقائق شرح كنز الدقائق لعثمان بن علي الزيلعي
الحنفي ، الطبعة الثانية ، طبعة دار المعرفة ، بيروت .
- ٣٦- تحفة الأريب بما في القرآن من الغريب لأثير الدين أبي
حيان الأندلسي ٧٤٥ هـ ، تحقيق الدكتور أحمد مطلوب والدكتورة
خديجة الحديثي الطبعة الأولى ١٣٩٧ هـ - ١٩٧٧ م ، طبعة وزارة
الأوقاف ببغداد ، إحياء التراث الإسلامي .

- ٣٧- تحفة الفقهاء ، لعلاء الدين محمد السمرقندي ، الطبعة الأولى ، طبعة دار الباز ، مكة المكرمة .
- ٣٧- تحفة المحتاج بشرح المنهاج ، لشهاب الدين أحمد بن حجر الهيتمي ، مراجعة وتصحيح لجنة من العلماء ، مطبعة مصطفى محمد ، القاهرة .
- ٣٨- تحقيق المراد في أن النهي يقتضي الفساد ، لأبي سعيد خليل بن الأمير سيف الدين كيكلي بن عبدالله العلائي الدمشقي ، دراسة وتحقيق الدكتور محمد سلقيني ، الطبعة الأولى ١٤٠٢هـ - ١٩٨٢م ، طبعة دار الفكر - دمشق .
- ٣٩- تسهيل منح الجليل، لمحمد عيش ، مكتبة النجاح ، طرابلس ، ليبيا .
- ٤٠- تصحيح التنبيه ، لأبي زكريا محي الدين بن شرف النووي ٦٧٦هـ الطبعة الأخيرة ١٣٧٠هـ - ١٩٥١م . طبعة البابي الحلبي ، وأولاده بمصر .
- ٤١- التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي للدكتور وحيد الدين سوار ، الطبعة الثانية ، ١٩٧٩م ، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع ، الجزائر .
- ٤٢- التعريفات ، لابي الحسن علي بن محمد بن علي الجرجاني ٨١٦هـ ، الدارالتونسية ، للنشر .
- ٤٣- تفسير ابن كثير ، (تفسير القرآن العظيم) لأبي الفداء إسماعيل بن عماد الدين بن عمر بن كثير بن ضوء بن كثير بن درع القرشي ٧٧٤هـ ، تحقيق عبدالعزيز غنيم ، و محمد أحمد عاشور ومحمد إبراهيم البنينا طبعة دار الشعب ، القاهرة ، ١٣٩٠هـ - ١٩٧١م .
- ٤٤- تفسير البيضاوي(أنوار التنزيل وأسرار التأويل) تأليف أبي سعيد عبدالله بن محمد الشيرازي البيضاوي ، مؤسسة شعبان للنشر والتوزيع ، بيروت .

- ٤٥- تفسير غريب القرآن ، لأبي عبدالله بن مسلم بن قتيبة
الدينوري تحقيق الدكتور السيد أحمد صقر، طبعة البابي
الحيبي ١٣٧٨هـ - ١٩٥٨م .
- ٤٦- تفسير مجاهد ، أبي الحجاج مجاهد بن جبر التابعي المكي
المخزومي ، تحقيق عبدالرحمن الطاهر بن محمد السورتي
الطبعة الأولى ١٣٩٦هـ - ١٩٧٦م ، طبعة الشيخ خليفة أميرقطر .
- ٤٧- التقرير والتحرير في علم الأصول الجامع بين اصطلاحي
الحنفية والشافعية ، لإبن أمير الحاج المطبعة الكبرى
الاميرية ببولاق مصر، ١٣١٦هـ .
- ٤٨- تكملة المجموع شرح المذهب ، للمطيعي ، المكتبة السلفية ،
بالمدينة المنورة
- ٤٩- التمهيد في تخريج الفروع على الأصول ، لجمال الدين
عبدالرحيم بن الحسن القرشي الأسنوي ، الطبعة الثانية
١٣٧٨هـ ، مكتبة النهضة العربية، مكة المكرمة .
- ٥٠- التنبيه في الفقه على مذهب الإمام الشافعي لأبي اسحاق
إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي الفيروزآبادي
الطبعة الأخيرة ، ١٣٧٠هـ - ١٩٥١م ، طبعة البابي الحلي
وأولاده بمصر .
- ٥١- تنقيح الفصول في اختصار المحصول في الأصول لأبي
العباس أحمد بن إدريس القرافي ٦٨٤هـ تحقيق طه
عبدالرؤف سعد ، الطبعة الأولى ، طبعة جديدة مضبوطة
ومنقحه ١٣٩٣هـ - ١٩٧٣م . مكتبة الكليات الأزهرية
ودار الفكر بمصر .
- ٥٢- التنقيح المشيع في تحرير أحكام المقنع في فقه إمام
السنة أحمد بن حنبل الشيباني رضي الله عنه لعلاء
الدين أبي الحسن علي بن سليمان المرادوي ٨٨٥هـ تقديم
محب الدين الخطيب ، المطبعة السلفية بمصر .

- ٥٣- تهذيب الأسماء واللغات ، لابي زكريا محي الدين بن شرف
النوى ٦٧٦هـ ، دار البار للنشر والتوزيع ، مكرمة
المكرمة .
- ٥٤- تهذيب الفروق والقواعد السننية في الأسرار الفقيهيه لمحمد
علي بن الشيخ حسين مفتي المالكية، دار المعرفة،
بيروت .
- ٥٥- تهذيب اللغة، لأبي منصور محمد بن أحمد الأزهرى ، تحقيق
عبدالسلام هارون ومحمد علي النجار، دار القومية العربية
للطباعة ١٣٨٤هـ ، ١٩٦٤م .
- ٥٦- تيسير التحرير شرح كتاب التحرير في أصول الفقه
الجامع بين اصطلاحى الحنفية والشافعية لمحمد أميين
المعروف بأمير بادشاه الحسيني الحنفي الخراساني البخاري
المكي . طبعة البابي الحلبي وأولاده ، ١٣٥٠هـ .
- ٥٧- جامع البيان عن تأويل آي القرآن لابي جعفر محمد بن جرير
الطبري، تحقيق محمود محمد شاکر ، وأحمد محمد شاکر،
طبعة دار المعارف .
- ٥٨- جامع الفصوليين ، لابن قاضي سماوه ، الطبعة الأولى ،
١٣٠٠هـ ، المطبعة الأزهرية .
- ٥٩- الجامع الكبير ، لأبي عبدالله محمد بن الحسن
الشيباني ١٨٩هـ قابل أصوله أبو الوفاء الافغانسي
الطبعة الثانية ، ١٣٩٩هـ ، دار إحياء التراث العربي ،
بيروت .
- ٦٠- الجامع لأحكام القرآن ، لابي عبدالله محمد بن احمد
الأنصاري القرطبي ، طبعة مصورة عن طبعة دار الكتب
المصرية بمصر .
- ٦١- جمع الجوامع ، لتاج الدين عبدالوهاب بن السبكي،
طبعة البابي الحلبي .

- ٦٢- جمهرة اللغة، لأبي بكر محمد بن الحسن الأزدي البصري
٣٢١هـ ، الطبعة الأولى ، دائرة المعارف العثمانية
بحيدر أباد الدكن .
- ٦٣- جواهر الإكليل ، لصالح بن عبدالسميع الآبي الأزهري،
طبعة البابي الحلبي .
- ٦٤- جواهر العقود ومعين القضاة والموقعين والشهود ، لمحمد
إبن أحمد المنهجي الأسيوطي ، الطبعة الأولى ١٣٧٤هـ - ١٩٥٥م
مطبعة السنة المحمدية ، القاهرة .
- ٦٥- حاشية إبن عابدين) حاشيه رد المختار على الدر المختار
شرح تنوير الأبصار) لمحمد أمين الشهرير بابن عابدين ،
الطبعة الثانية ١٣٨٦هـ - ١٩٦٦م، طبعة البابي الحلبي .
- ٦٦- حاشية ابن القاسم العبادى على الغرر البهية في شرح
البهجة الوردية، المطبعة الميمنية ، القاهرة .
- ٦٧- حاشية أبي الخلاص على درر الحكام ، لحسين بن عمار
بن علي الوفائي الشرنبلالي الحنفي تصحيح حماد
الفيومي العجاوى ، المطبعة العامرة الأشرفية ١٣٠٤هـ .
- ٦٨- حاشية أبي الضياء علي بن علي الشبراملسي القاهري ١٠٨٧هـ
على نهاية المحتاج للرملي ، الطبعة الأخيرة ١٣٨٦هـ ، ١٩٦٧م .
طبعة البابي الحلبي .
- ٦٩- حاشية أبي الفضل القرشي المديقي الخطيب المشهور
بالكازروني على تفسير البيضاوى ، مؤسسه شعبان للنشر
والتوزيع ، بيروت .
- ٧٠- حاشية أحمد بن محمد بن سليمان الطحطاوى ، على الدر
المختار.
- ٧١- حاشية أحمد بن محمد الصاوي المالكي على الشرح
الصغير ، طبعة البابي الحلبي ، طبعة الشيخ راشد حاكم
دبي .

- ٧٢- حاشية البجرمي على المنهج (التجريد لنفع العبيد) لسليمان بن
عمر بن محمد البجرمي الشافعي ، الطبعة الأخيرة ١٣٦٩هـ - ١٩٥٠م
البابي الحلبي .
- ٧٣- حاشية البناني على جمع الجوامع ، طبعة البابي الحلبي .
- ٧٤- حاشية جلال الدين المحلي على منهاج الطالبين ، طبعة
البابي الحلبي ، القاهرة .
- ٧٥- حاشية الجمل على شرح المنهاج لسليمان الجمل ، تحقيق
لجنة من العلماء ، مطبعة مصطفى محمد ، القاهرة .
- ٧٦- حاشية الخادمي على الدرر ، لأبي سعيد محمد بن مصطفى بن
عثمان الخادمي ، تصحيح حافظ جعفر الصادق ، ومحمد نور الإسلاموي
والحاج حافظ أحمد ظاهر القنوي . المطبعة العثمانية ١٣١٠هـ .
- ٧٧- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، لشمس الدين محمد
ابن عرفه الدسوقي ، طبع بدار إحياء الكتب العربية للبابي
الحلبي .
- ٧٨- حاشية سليمان بن الشيخ عبدالله بن الشيخ محمد بن
عبد الوهاب على المقنع ، الطبعة الثالثة ، المطبعة السلفية
بمصر .
- ٧٩- حاشية شهاب الدين القليوبي على شرح منهاج الطالبين ، طبعة
البابي الحلبي .
- ٨٠- حاشية شهاب الدين أحمد الشلبي على تبیین الحقائق الطبعة
الثانية ، طبعة دار المعرفة ، بيروت .
- ٨١- حاشية عبدالحميد الشرواني على تحفة المحتاج بشرح
المنهاج ، طبعة المكتبة التجارية الكبرى بمصر .
- ٨٢- حاشية عبدالرحمن الشربيني على الغرر البهية في شرح
البهجة الوردية ، المطبعة الميمنية ، القاهرة .
- ٨٣- حاشية عبداللطيف بن عبدالعزيز بن الملك على متن
المنار في أصول الفقه ، طبعة دار سعادت ١٣١٥هـ .

- ٨٤- حاشية العدوي على الخرشي ، طبعة دار الفكر، بيروت .
- ٨٥- حاشية علي العدوي على كفاية الطالب الرباني لرسالة
أبي زيد القيرواني ، طبعة دار الفكر، بيروت .
- ٨٦- حاشية عميرة على شرح منهاج الطالبين ، طبعة البابي الحلبي
- ٨٧- حاشية منحة الخالق على البحر الرائق ، لمحمد أمين الشهرير
بابن عابدين ، دار المعرفة ، بيروت .
- ٨٨- حاشية يحيى الرهاوي على شرح المنار ، المطبعة العثمانية
١٣١٥ هـ .
- ٨٩- حلى المعاصم ، لابن عاصم ، الطبعة الثانية ١٣٢٠ هـ - ١٩٥١ م
طبعة البابي الحلبي .
- ٩٠- الحيازة في العقود في الفقه الإسلامي ، تأليف الأستاذ الدكتور
نزيه كمال حماد، الطبعة الأولى ، ١٣٩٨ هـ - ١٩٧٨ م. مكتبة
دار البيان بدمشق .
- ٩١- خبايا الزوايا لبدر الدين محمد بن بهادر الزركشي ٧٩٤ هـ
تحقيق عبدالقادر عبدالله العاني ، مراجعة الدكتور عبدالستار
أبو غده ، الطبعة الأولى ١٤٠٢ هـ - ١٩٨٢ م . طبعة وزارة الأوقاف
والشؤون الإسلامية بالكويت .
- ٩٢- الخرشي ، شرح محمد الخرشي على مختصر خليل ، طبعة
دار الفكر بيروت .
- ٩٣- الخيار وأثره في العقود ، للدكتور عبدالستار أبوغده،
الطبعة الثانية ١٤٠٥ هـ - ١٩٨٥ م ، مطبعة مقهوي ، الكويت .
- ٩٤- درر الحكام شرح مجلة الأحكام ، لعلي حيدر ، تعريب المحامي
فهمي الحسيني ، طبعة مكتبة النهضة، بيروت ، بغداد .
- ٩٥- درر الحكام في شرح غرر الأحكام ، لمحمد بن فراموز الشهرير
بنار خسرو تصحيح السيد حماد الفيومي العجاوي، المطبعة
العامرة الشرفية ، مصر ، ١٣٠٤ هـ .

- ٩٦- الدر المختار ، لمحمد علاء الدين الحصكفي ، ١٠٨٨هـ ،
مطبعة الواعظ بمصر .
- ٩٧- الدر المنتقى في شرح الملتقى، لمحمد علاء الدين
الحصكفي ، طبعة دار إحياء التراث العربي ، بيروت .
- ٩٨- الدر المنثور في التفسير بالمأثور لجلال الدين عبدالرحمن
ابن أبي بكر السيوطي ، طبعة محمد أمين دمج ، بيروت .
- ٩٩- الذخيرة ، لأبي العباس أحمد بن إدريس بن عبدالرحمن
الصنهاجي المصري ، المشهور بالقرافي ، تحقيق عدد من
مشايخ جامعة الأزهر ، مطبعة كلية الشريعة ، الجامعة
الأزهرية ١٣٨١هـ - ١٩٦١م .
- ١٠٠- الرسالة ، للإمام محمد بن إدريس الشافعي المطببي ٢٠٤هـ ،
تحقيق وشرح أحمد محمد شاكر .
- ١٠١- الروض المربع شرح زاد المستقنع ، لمنصور بن يونس
ابن إدريس البهوتي ، مطبعة السنة المحمدية، القاهرة،
١٣٧٥هـ - ١٩٥٥م .
- ١٠٢- روضة الطالبين ، لأبي زكريا يحيى بن شرف النووي الدمشقي
طبعة المكتب الإسلامي ، دمشق ، بيروت .
- ١٠٣- روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني
لأبي الفضل السيد محمود الألوسي البغدادي ١٢٧٠هـ ، تحقيق
إدارة الطباعة المنيرية ، طبعة إحياء التراث العربي ،
بيروت .
- ١٠٤- زاد المعاد في هدي خير العباد، لأبي عبدالله محمد بن
أبي بكر الشهير بابن قيم الجوزية ، ٧٥٢هـ تحقيق
محمد حامد الفقي ، مطبعة السنة المحمدية .
- ١٠٥- السراج الوهاج ، لمحمد الزهري الغمراوي ، طبعة
مكتبة المثنى .
- ١٠٦- سنن ابن ماجه ، جمع وتصنيف أبي عبدالله محمد بن
يزيد القزويني ابن ماجه ، تحقيق وتعليق محمد
فؤاد عبدالباقي، طبعة البابي الحلبي ١٣٧٢هـ - ١٩٥٢م .

- ١٠٧- سنن أبي داود ، جمع وتصنيف أبي داود سليمان بن الأشعث
بن إسحاق الأزدي السجستاني ، الطبعة الأولى ١٣٧١هـ - ١٩٥٢م
طبعة البابي الحلبي .
- ١٠٨- سنن الترمذي (الجامع الصحيح) ، لأبي عيسى محمد بن عيسى
بن سورة ، تحقيق وشرح أحمد محمد شاكر ، الطبعة الأولى ،
١٣٥٦هـ - ١٩٣٧م ، طبعة البابي الحلبي .
- ١٠٩- سنن البيهقي (السنن الكبرى) جمع وتصنيف أبي بكر
أحمد بن الحسين بن علي البيهقي ، طبعة دار صادر -
بيروت .
- ١١٠- سنن الدارقطني ، لعلي بن عمر الدارقطني ، تحقيق السيد
عبدالله هاشم يماني المدني ١٣٨٦هـ - ١٩٦٦م . المدينة
المنورة .
- ١١١- سنن النسائي ، جمع وتصنيف أبي عبدالرحمن أحمد بن
شعيب بن علي بن بحر بن سنان بن دينار النسائي ،
تحقيق حسن محمد المسعودي ، المكتبة التجارية الكبرى
بمصر .
- ١١٢- شرح أبي زكريا يحيى بن شرف النووي على صحيح مسلم ،
الطبعة الثانية ١٣٩٢هـ - ١٩٧٢م ، طبعة دار إحياء التراث
العربي ، بيروت .
- ١١٣- شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية ، لمحمد زيد
الأياني ، طبعة مكتبة النهضة ، بيروت - بغداد .
- ١١٤- شرح الأشباه والنظائر ، لاحمد بن محمد الحموي الحنفي ،
المطبعة التعليمية للمعتني ، ١٣٦٠هـ .
- ١١٥- شرح تنقيح الفصول في اختصار المحصول في الأصول لشهاب
الدين أبي العباس أحمد بن إدريس القرافي ، تحقيق
طه عبدالرؤف سعد . الطبعة الأولى ، ١٣٩٣هـ ، ١٩٧٣م ،
مكتبة الكليات الأزهرية ودار الفكر ، القاهرة ، بيروت .

- ١١٦- شرح التوضيح في حل غوامض التنقيح لعبيد الله بن مسعود ابن تاج الشريعة الملقب بصدر الشريعة ، مطبعة محمد علي صبيح ، وأولاده - القاهرة .
- ١١٧- شرح الخطاب على مختصر خليل هو (مواهب الجليل لشرح مختصر خليل) ، لأبي عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي المعروف بالخطاب ٩٥٤هـ ، مكتبة النجاح ، طرابلس ، ليبيا .
- ١١٨- شرح الزبد غاية البيان ، لمحمد بن أحمد الرملي الأنصاري مطبعة البابي الحلبي ، القاهرة .
- ١١٩- شرح السير الكبير ، لمحمد بن الحسن الشيباني ، إملاء محمد بن أحمد السرخسي ، تحقيق الدكتور صلاح الدين محمد المنجد ، مطبعة شركة الإعلانات الشرقية طبعة معهد المخطوطات بجامعة الدول العربية ، ١٩٧١م .
- ١٢٠- الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك لأبي البركات أحمد بن محمد بن أحمد الدردير طبعة البابي الحلبي ، طبعة الشيخ راشد حاكم دبي .
- ١٢١- شرح عبيد الله بن مسعود المشهور بصدر الشريعة ، على متن الوقاية ، الطبعة الأولى ١٣١٨هـ ، المطبعة الأدبية ، بمصر .
- ١٢٢- شرح العزيب ، لعبد الباقي الزرقاني ، الطبعة الثالثة ١٣٤٥هـ - ١٩٢٧م ، المطبعة الأزهرية ، القاهرة .
- ١٢٣- شرح العناية على الهداية ، لمحمد بن محمود البابرطي ٧٨٦هـ ، الطبعة الأولى ١٣٨٩هـ - ١٩٧٠م ، طبعة البابي الحلبي .
- ١٢٤- شرح فتح القدير على الهداية ، لمحمد بن عبد الواحد السيواسي السكندري المعروف بابن الهمام الحنفي ٦٨١هـ الطبعة الأولى ١٣٨٩هـ - ١٩٧٠م ، طبعة البابي الحلبي بمصر .

- ١٢٥- شرح القواعد الفقهية للشيخ أحمد الزرقاء مراجعة وتصحيح الدكتور عبدالستار أبو غده ، الطبعة الأولى ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م ، طبعة دار الغرب الإسلامي .
- ١٢٦- الشرح الكبير لأبي البركات سيدي أحمد الدردير ، طبعة دار الفكر ، بيروت .
- ١٢٧- شرح الكوكب المنير(مختصر التحرير أو المختبر المبتكر شرح المختصر في أصول الفقه) لمحمد بن أحمد بن عبدالعزيز بن علي الفتوح الحنبلي المعروف بابن النجار ٩٧٢هـ ، تحقيق الدكتور محمد الزحيلي والدكتور نزيه كمال حماد ، الطبعة الأولى ١٤٠٠هـ - ١٩٨٠م ، طبعة مركز البحث العلمي وإحياء التراث الإسلامي بجامعة أم القرى بمكة المكرمة .
- ١٢٨- شرح المحلي على منهاج الطالبين ، لأبي زكريا يحيى بن شرف النووي ، طبعة البابي الحلبي بمصر .
- ١٢٩- شرح مختصر روضة الناظر في أصول الفقه لنجم الدين سليمان ابن عبدالقوي الطوفي الحنبلي ، رسالة دكتوراه إعداد الطالب بابا بن بابا بن آده ، جامعة أم القرى ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م
- ١٣٠- شرح المنار لعز الدين عبداللطيف بن عبدالعزيز بن الملك، المطبعة العثمانية ، دار سعادة ، ١٣١٥هـ .
- ١٣١- شرح منتهى الإرادات ، لمنصور بن إدريس البهوتي ، ١٠٥١هـ المكتبة السلفية - المدينة المنورة .
- ١٣٢- شرح منح الجليل على مختصر العلامة خليل لمحمد عيش ، مكتبة النجاح ، طرابلس ، ليبيا .
- ١٣٣- الصحاح ، تاج اللغة وصحاح العربية ، لإسماعيل بن حماد الجوهري ، تحقيق أحمد عبدالغفور عطار، طبعة الشربتلي .
- ١٣٤- صحيح البخاري، لأبي عبدالله محمد بن أبي الحسن إسماعيل بن إبراهيم بن بردزبة الجعفي بالولاء البخاري الطبعة الأخيرة، ١٣٧٢هـ - ١٩٥٣م ، طبعة البابي الحلبي .

- ١٣٥- صحيح الإمام أبي الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري
٢٦١هـ ، تحقيق محمد فؤاد عبدالباقي ، الطبعة الأولى ،
١٣٧٤هـ - ١٩٥٥م ، طبعة البابي الحلبي .
- ١٣٦- عقود الجواهر المنيفة في أدلة مذهب الإمام أبي حنيفة
مما وافق فيه الأئمة الستة أو أحدهم ، جمع السيد محمد
مرتضى الزبيدي ، تصحيح السيد عبدالله هاشم اليماني
المدني ، مطبعة الشيشكي بمصر .
- ١٣٧- العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية ، لمحمد
أمين بن عابدين ، دار الطباعة ، القاهرة .
- ١٣٨- العقود المسماة في الفقه الإسلامي لمصطفى أحمد الزرقاء
مطبعة الجامعة السورية ١٦٣٧هـ - ١٩٤٨م .
- ١٣٩- علم أصول الفقه ، لعبد الوهاب خلاف ، الطبعة العاشرة ،
١٣٩٢هـ - ١٩٧٢م ، طبعة دار القلم ، الكويت .
- ١٤٠- الغرر البهية في شرح البهجة الوردية للشيخ زكريا الأنصاري
المطبعة الميمنية ، القاهرة .
- ١٤١- غنية ذوي الأحكام في بغية درر الحكام لحسن بن عمار
إبن علي المكنى بأبي الخلاص الوفاي الشرنبلاني الحنفي
تصحيح حماد الفيومي العجاوي ، المطبعة العامرة الشرفية
بمصر ، ١٣٠٤هـ .
- ١٤٢- الفتاوى البزازية (الجامع الوجيز) لمحمد بن محمد بن شهاب
المعروف بابن البزاز الكردي الحنفي ١٢٧هـ الطبعة الثالثة
١٣٩٣هـ - ١٩٧٣م ، دار المعرفة ، بيروت .
- ١٤٣- الفتاوى الخانية ، لحسن بن منصور الأوزجندي الفرغاني
الحنفي ٢٩٥هـ ، الطبعة الثالثة ١٣٩٣هـ - ١٩٧٣م ، دار المعرفة
بيروت .
- ١٤٤- فتاوى السبكي لعلي بن عبدالكافي السبكي ، نشر مكتبة
القدس في مصر ١٣٥٦هـ .

- ١٤٥- فتح العزيز بشرح الوجيز ، لأبي القاسم عبدالكريم بن محمد
إبن عبدالكريم بن الفضل بن الحسن القزويني الرافعي - طبعة
المكتبة السلفية ، المدينة المنورة .
- ١٤٦- الفتاوى الكبرى لأحمد بن عبدالحليم بن تيمية ، دارالمعرفة
بيروت .
- ١٤٧- الفتاوى الهندية في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان
لأبي المظفر محي الدين محمد أورنك زيب بهادر عالم
كير بادشاه غازي ، الطبعة الثالثة ١٣٩٣هـ - ١٩٧٣م .
دار المعرفة ، بيروت .
- ١٤٨- فتح الباري ، بشرح صحيح البخاري لأحمد بن علي بن حجر
العسقلاني ٨٥٢هـ ، تحقيق وإخراج محمد فؤاد عبدالباقي
ومحب الدين الخطيب ، طبعة دار الفكر، بيروت .
- ١٤٩- فتح الجواد بشرح الإرشاد لأبي العباس أحمد شهاب الدين
إبن حجر الهيتمي ، الطبعة الثانية ١٣٩١هـ - ١٩٧١م ، طبعة
البابي الحلبي .
- ١٥٠- فتح الغفار بشرح المنار(مشكاة الأنوار في أصول المنار)
لزين الدين بن إبراهيم الشهير بابن نجيم مراجعة
محمود أبو دقيقة ، الطبعة الأولى ١٣٥٥هـ ، ١٩٣٦م ، طبعة
البابي الحلبي .
- ١٥١- فتح المعين للمليباري ، طبعة البابي الحلبي .
- ١٥٢- فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب ، لأبي يحيى زكريا الأنصاري
الطبعة الأولى ١٣٤٤هـ ، طبعة البابي الحلبي .
- ١٥٣- الفروع لابن مفلح ٧٦٣هـ تصحيح محمد رشيد رضا ، مطبعة
المنار ، القاهرة ، ١٣٣٩هـ .
- ١٥٤- الفروق لأبي العباس الصنهاجي المشهور بالقرافي ، دار
المعرفة ، بيروت .

- ١٥٥- الفقه الإسلامي في أحكام العقود للدكتور محمد مصطفى شحاته الحسيني ، طبعة دار الهدى ، القاهرة ، ١٣٩٩هـ - ١٩٧٨م .
- ١٥٦- فواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت في أصول الفقه ، لعبدالعلي محمد بن نظام الدين الأنصاري ، طبعة دار صادر .
- ١٥٧- الفواكه الدواني شرح رسالة أبي زيد القيرواني ، لأحمد ابن غنيم بن سالم بن مهنا النقراوي المالكي ١١٢٠هـ ، الطبعة الثالثة ١٣٧٤هـ ، ١٩٥٥م ، طبعة البابي الحلبي .
- ١٥٨- فيض الإله المالک في حل ألفاظ عمدة السالكين للناسك للسيد عمر بركات بن محمد بن بركات الشامي البقاعي ، مطبعة الإستقامة ، القاهرة ، ١٣٧٤هـ - ١٩٥٥م .
- ١٥٩- فيض القدير شرح الجامع الصغير ، الطبعة الأولى ، ١٣٥٦- ١٩٣٨م المكتبة التجارية الكبرى بمصر .
- ١٦٠- القاموس المحيط لمحمد بن يعقوب الفيروز آبادي ، المؤسسة العربية للطباعة والنشر ، بيروت .
- ١٦١- قانون العدل والإنصاف للقضاء على مشكلات الأوقاف لمحمد قدرى باشا ، الطبعة الرابعة ١٣٢٧هـ - ١٩٠٩م ، طبعة نظارة المعارف العمومية ، القاهرة .
- ١٦٢- القواعد في الفقه الإسلامي لأبي الفرج عبدالرحمن بن رجب الحنبلي ٧٩٥هـ راجعه وقدم له وعلق عليه طه عبدالرؤوف سعد ، الطبعة الأولى ، ١٣٩٢هـ - ١٩٧٢م ، مكتبة الكليات الأزهرية ، القاهرة .
- ١٦٣- القواعد والفوائد الأصولية وما يتعلق بها من الأحكام الفرعية ، لابن اللحام على بن محمد ٨٠٣هـ ، تحقيق محمد حامد الفقي ، مطبعة السنة المحمدية ، القاهرة ، ١٣٧٥هـ - ١٩٥٦م .
- ١٦٤- قوانين الأحكام الشرعية ومسائل الفروع الفقهية لمحمد بن أحمد بن جزى ، الغرناطي المالكي ، طبعة جديدة ومنقحة ١٩٧٩م . طبعة دار العلم للملايين بيروت .

- ١٦٥- الكشاف عن حقائق التنزيل وعيون الأقاويل في وجوه
التأويل لأبي القاسم جار الله محمود بن عمر الزمخشري
الخوارزمي ٤٦٧هـ ، طبعة البابي الحلبي .
- ١٦٦- كشاف القناع عن متن الإقناع لمنصور بن يونس بن إدريس
البهوتي ١٠٥١هـ ، طبعة مطبعة الحكومة بمكة المكرمة
١٣٩٤هـ .
- ١٦٧- كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي لعبدالعزیز
بن أحمد البخاری ٧٣٠هـ ، دار الكتاب العربي
بيروت ١٣٩٤هـ - ١٩٧٤م .
- ١٦٨- كشف الحقائق شرح كنز الدقائق لعبدالحكيم الأفغانسي
الطبعة الأولى ١٣١٨هـ ، المطبعة الأدبية .
- ١٦٩- كشف المخدرات والرياض المزهرات شرح أخصر المختصرات
لعبدالرحمن بن عبدالله بن أحمد البعلي ثم الدمشقي
تحقيق عبدالرحمن بن يحيى المعلمي ، المطبعة السلفية .
- ١٧٠- كفاية الأختيار في حل غاية الإختصار لأبي بكر بن محمد
الحسيني الحصني الدمشقي الشافعي ، ط: البابي الحلبي .
- ١٧١- كنز العمال في سنن الأقوال والأفعال لعلي المتقي بن
حسام الدين الهندي البرهان فوري ٩٧٥هـ نشر مكتبة
التراث الإسلامي ، حلب .
- ١٧٢- اللآلئ الدرية في الفوائد الخيرية لنجم الدين ، الطبعة
الأولى بالمطبعة الأزهرية سنة ١٣٠٠هـ .
- ١٧٣- لسان العرب لأبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم
بن منظور الإفريقي المصري ، طبعة دار صا ودار بيروت
بيروت ١٣٧٥هـ - ١٩٥٦م .
- ١٧٤- اللباب في شرح الكتاب، عبدالغني الغنيمي الدمشقي الميداني
الحنفي، تحقيق محمد محي الدين عبدالحميد، الطبعة الرابعة
١٣٨١هـ - ١٩٦١م ، مطبعة محمد علي صبيح وأولاده ، القاهرة

- ١٧٥- المبدع ، لإبراهيم بن محمد بن عبدالله بن محمد بن مفلح الحنبلي ، ٨٨٤هـ ، تحقيق زهير الشاويش ، الطبعة الأولى ١٣٨٨هـ - ١٩٦٨م ، منشورات المكتب الإسلامي .
- ١٧٦- المبسوط ، لأبي بكر محمد بن أبي سهل السرخسي ، الطبعة الثالثة ١٣٩٨هـ - ١٩٧٨م ، طبعة دار المعرفة، بيروت .
- ١٧٧- مجاز القرآن ، لأبي عبيده معمر بن المثنى التيمي ٢١٠هـ تحقيق الدكتور محمد فؤاد سزكين ، مطبعة الخانجسي، القاهرة .
- ١٧٨- مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر ، لعبدالله بن الشيخ محمد سليمان المعروف بداماد أفندي ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت .
- ١٧٩- مجمع الزوائد ومنبع الفوائد ، لعلي بن أبي بكر الهيثمي ٨٠٧هـ . دار الكتاب العربي ، بيروت .
- ١٨٠- مجمل اللغة لابن فارس لأبي الحسين أحمد بن فارس ابن زكريا اللغوي ٣٩٥هـ دراسة وتحقيق زهير عبدالمحسن سلطان ، الطبعة الأولى ١٤٠٤هـ ١٩٨٤م ، طبع مؤسسة الرسالة بيروت .
- ١٨١- مجلة الأحكام الشرعية لأحمد بن عبدالله القاري ، تحقيق الدكتور عبدالوهاب أبو سليمان والدكتور محمد إبراهيم أحمد علي الطبعة الأولى ، ١٤٠١هـ ، ١٩٨١م ، مطبعة تهامة .
- ١٨٢- المجموع شرح المذهب لأبي زكريا يحيى بن شرف النووي طبعة المكتبة السلفية .
- ١٨٣- مجموع فتاوى شيخ الإسلام أحمد بن تيمية، جمع وترتيب عبدالرحمن بن محمد بن قاسم العاصمي النجدي الحنبلي وابنه محمد ، الطبعة الأولى ١٣٨١هـ ، طبعة الملك سعود ابن عبدالعزيز رحمه الله .

- ١٨٤- المحرر في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، لعبد السلام
إبن عبدالله بن أبي القاسم بن الخضر بن محمد بن علي
إبن تيمية الحرائي ٦٥٢هـ . مطبعة السنة المحمدية ١٣٦٩هـ - ١٩٥٠م
- ١٨٥- المحكم والمحيط الأعظم لعلي بن إسماعيل بن سيده ٤٥٨هـ ،
تحقيق مصطفى السقا وحسين نصار، الطبعة الأولى ١٣٧٧هـ - ١٩٥٨م
طبعة الحلبي .
- ١٨٦- المحلى، لابي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم، ٤٥٦هـ ،
تحقيق محمد أحمد شاکر ، دار الفكر، بيروت .
- ١٨٧- مختصر أحكام المعاملات الشرعية لعلي الخفيف ، مطبعة السنة
المحمدية ، القاهرة ١٣٧٤هـ - ١٩٥٤م .
- ١٨٨- مختصر سنن أبي داود ، لعبدالعظيم بن عبدالقوي بن
عبدالله بن سلامة بن سعد أبو محمد المنذري الشامي
ثم المصري ، تحقيق محمد حامد الفقي ، طبعة مكتبة
السنة المحمدية، القاهرة .
- ١٨٩- المختصر في أصول الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل
لعلي بن محمد بن علي بن عباس بن شيان البعلی الدمشقي
الحنبلي أبو الحسن المعروف بابن اللحام ، تحقيق الدكتور
محمد مظهر بقا ، طبعة مركز البحث العلمي وإحياء التراث
الإسلامي بجامعة الملك عبدالعزيز فرع مكة المكرمة ١٤٠٠هـ - ١٩٨٠م
- ١٩٠- مختصر المزني ، لأبي إبراهيم إسماعيل بن يحيى المزني
الشافعي ٢٦٤هـ ، طبعة الشعب بمصر ١٣٨٨هـ - ١٩٦٨م .
- ١٩١- مختصر من قواعد العلائي وكلام الأسنوي لأبي الثناء محمود
إبن أحمد الحموي الفيومي الأصل المعروف بابن خطيب
الدهشة ، دراسة وتحقيق الدكتور مصطفى محمود البنجويني،
مطبعة الجمهور ، العراق ، الموصل، ١٩٨٤م .
- ١٩٢- المدخل إلى مذهب الإمام أحمد بن حنبل، لعبدالقادر بن احمد بن
مصطفى المعروف بابن بدران الدمشقي، تحقيق جماعة من العلماء
طبع إدارة الطباعة المنيرية، القاهرة .

- ١٩٣- المدخل الفقهي العام (الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد) لمصطفى أحمد الزرقاء ، الطبعة التاسعة ١٩٦٧م ، ١٩٦٨م مطابع الف باء - الأديب - دمشق .
- ١٩٤- المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية للدكتور عبدالكريم زيدان الطبعة السادسة ١٤٠١هـ - ١٩٨١م طبعة موعسة الرسالة ، مكتبة القدس .
- ١٩٥- المدونة الكبرى للإمام مالك بن أنس الأصبحي، طبعة موعسة الحلبي وشركاه - القاهرة .
- ١٩٦- مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان فــــي المعاملات الشرعية على مذهب أبي حنيفة النعمان ، لمحمد قدري باشا ، الطبعة الأولى ١٣٠٨هـ ، المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق مصر .
- ١٩٧- المستصفى من علم الأصول لأبي حامد محمد بن محمد الغزالي ، طبعة دار صادر .
- ١٩٨- مسند الإمام أحمد بن حنبل ، للإمام أحمد بن حنبل الطبعة الثانية ١٣٩٨هـ - ١٩٧٨م ، طبعة المكتب الإسلامي ، بيروت .
- ١٩٩- المسودة في أصول الفقه لآل تيمية ، عبدالسلام بن عبدالله بن الخضر، وعبداللطيم بن عبدالسلام ، وأبو العباس أحمد بن عبداللطيم ، جمع أحمد بن محمد بن أحمد بن عبدالغني الحراني الدمشقي ، تحقيق محمد محي الدين عبدالحميد ، مطبعة المدني بمصر .
- ٢٠٠- المشترك ودلالته على الأحكام، رسالة ماجستير ، إعداد الطالب حسين مطاوع الترتوري جامعة الملك عبدالعزيز فرع مكة المكرمة سنة ١٣٩٩هـ - ١٤٠٠هـ .

- ٢٠١- مصادر الحق في الفقه الاسلامي لعبدالرزاق السنهـوري
طبعة جامعة الدول العربية ، معهد الدراسات العربية
العالمية ١٩٦٧م .
- ٢٠٢- المصباح المنير في غريب الشرح الكبير
تأليف أحمد بن محمد بن علي المقري الفيومي ٧٧٠هـ ،
طبعة دار الباز - مكة المكرمة .
- ٢٠٣- المصنف لأبي بكر عبدالرزاق بن همام الصنعاني ، تحقيق
حبيب الرحمن الأعظمي ، الطبعة الأولى ١٣٩٢هـ - ١٩٧٢م
المكتب الإسلامي ، بيروت .
- ٢٠٤- المصنف في الأحاديث والآثار لعبدالله بن محمد بن أبي
شيبه إبراهيم بن عثمان أبي بكر بن أبي شيبه الكوفي
العسبي ٢٣٥هـ ، تحقيق مختار أحمد الندوي ، السـدار
السلفية بالهند.
- ٢٠٥- مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى لمصطفى بن سعد
إبن عبده السيوطي الرحيباني ، الطبعة الأولى ١٣٨٠هـ -
١٩٦١م ، منشورات المكتب الإسلامي .
- ٢٠٦- معالم السنن لأبي سليمان حمد بن محمد بن إبراهيم
إبن خطاب البستي الخطابي ، تحقيق محمد حامد الفقي ،
طبعة مكتبة السنة المحمدية ، القاهرة .
- ٢٠٧- معاني القرآن ، لأبي زكريا يحيى بن زياد الفراء ٢٠٧هـ
تحقيق أحمد يوسف نجاتي ، ومحمد علي النجار الطبعة
الثانية ١٩٨٠م ، طبعة عالم الكتب ، بيروت .
- ٢٠٨- المعتمد في أصول الفقه ، لأبي الحسين محمد بن علي
إبن الطيب البصري المعتزلي تحقيق محمد حميد الله ،
ومحمد بكر ، وحسن حنفي ، طبعة دمشق ١٣٨٤هـ - ١٩٦٤م .

- ٢٠٩- معاني القرآن لابي زكريا يحيى بن زياد الفراء ٢٠٧هـ ، تحقيق احمد يوسف نجاتي ومحمد على النجار ، الطبعة الثانية ١٩٨٠م ، طبعة عالم الكتب ، بيروت .
- ٢١٠- المعتمد في اصول الفقه ، لابي الحسين محمد بن علي ابن الطيب البصرى المعتزلي تحقيق محمد حميد الله ومحمد بكر وحسن حنفي طبعة دمشق ١٣٨٤هـ - ١٩٦٤م .
- ٢١١- المعيار المعرب والجامع المغرب عن فتاوى علماء إفريقيا والأندلس والمغرب لأحمد بن يحيى الونشريسي إخراج جماعة من الفقهاء بإشراف الدكتور محمد حجي ، طبعة دار الغرب ، بيروت ، ١٤٠١هـ - ١٩٨١م .
- ٢١٢- معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام ، لأبي الحسن علي بن خليل الطرابلسي الحنفي الطبعة الثانية ١٣٩٣هـ - ١٩٧٣م ، طبعة البابي الحلبي وأولاده .
- ٢١٣- المغرب في ترتيب المعرب لأبي الفتح ناصر بن عبد السيد بن علي المطرزي الحنفي الخوارزمي ٦١٦هـ ، طبعة دار الكتاب العربي ، بيروت .
- ٢١٤- المغني على مختصر الخرقى لأبي محمد عبدالله بن احمد بن محمد بن قدامه ٦٢٠هـ ، تحقيق محمود عبدالوهاب فايد ، طبعة مكتبة القاهرة بمصر .
- ٢١٥- المغني في أصول الفقه ، لأبي محمد عمر بن محمد بن عمر الخبازي تحقيق الدكتور محمد مظهر بقا ، الطبعة الأولى ١٤٠٣هـ ، طبعة مركز البحث العلمي وإحياء التراث الإسلامي بجامعة أم القرى ، بمكة المكرمة .
- ٢١٦- مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج على متن منهاج الطالبين لمحمد الخطيب الشربيني ، طبعة دار الفكر .

- ٢١٧- المفردات في غريب القرآن ، تأليف الحسين بن محمد المعروف
بالراغب الأصبهاني، تحقيق الدكتور محمد أحمد خلف الله
مكتبة الأنجلو المصرية .
- ٢١٨- مقاييس اللغة ، لأبي الحسين أحمد بن فارس بن زكريا ٣٩٥هـ
تحقيق عبدالسلام هارون ، الطبعة الثانية ١٣٩١هـ - ١٩٧١م ط/البابي الحلبي
- ٢١٩- المقنع في فقه إمام السنة أحمد بن حنبل الشيبانسي
رضى الله عنه ، لعبدالله بن احمد بن قدامه المقدسي ،
الطبعة الثالثة ، المطبعة السلفية بمصر.
- ٢٢٠- الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية لمحمد أبو زهرة
طبعة دار الفكر العربي بمصر .
- ٢٢١- المنتقى شرح موطأ الإمام مالك لأبي الوليد سليمان بن
خلف بن سعد بن أيوب بن وارث الباجي الأندلسي، مصورة
عن الطبعة الأولى . طبعة دار الكتاب العربي ، بيروت .
- ٢٢٢- منتهى الإرادات في جمع المقنع مع التنقيح وزيادات لتقي
الدين محمد بن أحمد الفتوح الحنبلي الشهير بابن
النجار تحقيق عبدالغني عبدالخالق ، طبعة مكتبة دارالعروبة
القاهرة .
- ٢٢٣- المنحول من تعليقات الأصول لأبي حامد محمد بن محمد بن
محمد الغزالي تحقيق محمد حسن هيتو . طبعة دار الفكر ببيروت .
- ٢٢٤- المهذب في فقه مذهب الإمام الشافعي رضي الله عنه وأرضاه،
لأبي إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروزآبادي الشيرازي
طبعة البابي الحلبي وشركاه .
- ٢٢٥- الموافقات في أصول الأحكام لأبي إسحاق إبراهيم بن موسى
اللمخي الغرناطي المعروف بالشاطبي ٧٩٠هـ ، تحقيق محمد
محي الدين عبدالحميد، طبعة محمد علي صبيح وأولاده، القاهرة

- ٢٢٦- مواهب الجليل لشرح مختصر خليل لأبي عبدالله محمد بن محمد بن عبدالرحمن الطرابلسي المغربي المعروف بالحطاب ٩٥٤هـ ، مكتبة النجاح ، طرابلس ، ليبيا .
- ٢٢٧- الموطأ لمالك بن أنس، تحقيق محمد فؤاد عبدالباقي، دار إحياء التراث العربي ، بيروت .
- ٢٢٨- ميزان الأصول في نتاج العقول لأبي بكر محمد بن احمد السمرقندي ، تحقيق الدكتور محمد زكي عبدالبر، الطبعة الأولى ١٤٠٤هـ - ١٩٨٤م، طبعة مطابع الدوحة الحديثة .
- ٢٢٩- نتاج الأفكار في كشف الرموز والأسرار، (تكملة شرح فتح القدير) لأحمد بن قودر المعروف بقاضي زاده الطبعة الأولى ١٣٨٩هـ - ١٩٧٠م، طبعة البابي الحلبي وأولاده .
- ٢٣٠- نشر البنود على مراقي السعود ، لعبدالله بن ابراهيم العلوي الشنقيطي ، طبعة اللجنة المشتركة لنشر التراث الإسلامي - المغرب والإمارات .
- ٢٣١- نصب الراية لأحاديث الهداية لأبي محمد عبدالله بن يوسف الحنفي الزيلعي ٧٦٢هـ ، الطبعة الأولى ١٣٥٧هـ - ١٩٣٨م . مطبعة دار المأمون بمصر .
- ٢٣٢- النظم المستعذب في شرح غريب المذهب ، لمحمد بن أحمد بن بطل الركيي ، طبعة البابي الحلبي وشركاه
- ٢٣٣- نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج ، لمحمد بن أبي العباس أحمد بن حمزه بن شهاب الدين الرملي المنوفي المصري الأنصاري الشهير بالشافعي المغير، الطبعة الأخيرة ١٣٨٦هـ ١٩٦٧م - طبعة البابي الحلبي ، القاهرة .
- ٢٣٤- النهر الماد من البحر ، لمحمد بن يوسف الشهيير بابي حيان الأندلسي الغرناطي الطبعة الثانية ١٣٩٨هـ - ١٩٧٨م . طبعة دار الفكر ، بيروت .

- ٢٣٥- نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأئمة
لمحمد بن علي بن محمد الشوكاني ، طبعة مكتبة
دار التراث ، القاهرة .
- ٢٣٦- نيل المآرب بشرح دليل الطالب ، لعبدالقادر بن عمر
الشيواني الحنبلي الطبعة الأولى ١٣٢٤هـ المطبعة الخيرية
بمصر .
- ٢٣٧- الهداية شرح بداية المبتدي ، لأبي الحسن علي بن أبي
بكر بن عبدالجليل الرشداني المرغيناني ٥٩٣هـ . طبعة
المكتبة الإسلامية .
- ٢٣٨- الوجيز في فقه مذهب الإمام الشافعي، لابي حامد محمد
بن محمد الغزالي ، دار الباز - مكة المكرمة .
- ٢٣٩- الورقات لإمام الحرمين عبدالملك بن عبدالله بن يوسف
الجويني ٤٧٨هـ تقديم وإعداد الدكتور عبداللطيف محمد
العبد ، الطبعة الأولى ، ١٣٩٧هـ - ١٩٧٧م ، طبعة دار
التراث .



(أ)	إهداء
(ب)	شكر وثناء
(ج)	مقدمة
١	تمهيد
٣	المبحث الأول : حقيقة العقد في اللغة والإصطلاح .
٤	المطلب الأول : حقيقة العقد لغة .
٨	المطلب الثاني : حقيقة العقد شرعا .
١٢	المبحث الثاني: آثار العقد .
١٤	حكم العقد .
١٦	حقوق العقد .
٢٠	الفرق بين حكم العقد وحقوقه .
٢١	المبحث الثالث : العلاقة بين العقد والتصرف .
	معنى التصرف لغه- معنى التصرف شرعا- التصرف
٢٢	الفعلي .
٢٣	التصرف القولي .
٢٥	المبحث الرابع : العلاقة بين العقد والإلتزام .
٢٦	معنى الإلتزام لغة .
٢٧	معنى الإلتزام شرعا .
٢٩	المبحث الخامس: تقسيم العقود من حيث الصحة وعدمها .
٣٢	العقد الصحيح .
٣٣	العقد النافذ .
٣٧	العقد غير الصحيح .
٣٨	العقد الفاسد .
٣٩	العقد الباطل .
٦٨	الباب الأول : حقيقة العقد الموقوف، وخصائصه واحكامه العامة .

- ٦٩ الفصل الأول : حقيقة العقد الموقوف لغة وشرعا .
- ٧٠ معنى الوقف لغة وشرعا .
- ٧٦ الفصل الثاني: الفرق بين الوقف وعدم اللزوم .
- ٧٩ الفصل الثالث : شروط وقف العقد .
- ٨٣ الفصل الرابع : شروط نفاذ العقد .
- ٨٤ . الملك
- ٨٥ . الولاية
- ٨٦ أن لا يتعلق بالمعقود عليه حق الغير .
- ٨٨ التراضي .
- ٨٨ - إجبار البكر الصغيرة على النكاح .
- ٨٩ - إجبار البكر البالغة على النكاح .
- ٩٢ - إجبار الشيب الصغيره على النكاح .
- ٩٣ - إجبار الشيب البالغة على النكاح .
- ٩٤ - حكم الإكراه في باقي العقود .
- ٩٩ الفصل الخامس : فائدة وقف العقود .
- ١٠٢ الفصل السادس : حقيقة الإجازة لغة وشرعا .
- ١٠٣ المبحث الأول : معنى الإجازة لغة .
- ١٠٤ المبحث الثاني: معنى الإجازة شرعا .
- ١٠٥ المبحث الثالث : من يملك الإجازة .
- ١٠٧ المبحث الرابع : شروط صحة الإجازة .
- الشروط المتفق عليها:
- ١٠٧ وجود المجيز .
- ١٠٩ عدم تقدم الرد على الإجازة .
- الشروط التي وافق بعض الفقهاء فيها الحنفية
- ١١٠ صدور الإجازة ممن يملك التصرف
- ١١٠ مطابقة الإجازة للعقد

الشروط التي انفرد الحنفية بذكرها :

- ١١١ وجود المتعاقدين
- ١١٢ وجود المعقود عليه
- ١١٤ وجود الثمن
- ١١٦ المبحث الخامس : الصور التي تقع بها الإجازة
- ١١٧ الإجازة باللفظ .
- ١١٨ الإجازة بالفعل .
- ١١٩ الإجازة بسبب متقدم .
- ١٢٠ السكوت .
- ١٢٤ الفصل السابع : معنى الرد، وشروط صحته، والصور التي يحصل بها
- المبحث الأول : معنى الرد .
- ١٢٥ المطلب الأول : معنى الرد لغة .
- ١٢٦ المطلب الثاني: معنى الرد شرعا .
- ١٢٧ المبحث الثاني : شروط صحة الرد .
- أن يكون الراد أهلا للتصرف
- ١٢٧ - أن لا تتقدم عليه الإجازة
- ١٢٩ المبحث الثالث : الصور التي يحصل بها الرد
- ١٢٩ - الرد باللفظ .
- ١٣٠ - الرد بالفعل .
- ١٣١ الفصل الثامن : أحكام العقد الموقوف .
- ١٣٣ تمهيد في الحكم التكليفي للعقد الموقوف
- ١٣٤ المبحث الأول : حكم العقد الموقوف قبل الإجازة
- ١٤٢ المبحث الثاني : حكم العقد الموقوف بعد الإجازة
- ١٤٤ المبحث الثالث : حكم العقد الموقوف بعد الرد
- ١٤٥ الباب الثاني : العقود الموقوفة لحق الغير
- ١٤٦ الفصل الأول : تصرفات الفضولي

- ١٤٧ المبحث الأول : معنى الفضولي لغة وشرعا .
- ١٤٧ المطلب الأول : معنى الفضولي لغة .
- ١٤٧ المطلب الثاني : معنى الفضولي شرعا .
- ١٤٩ المبحث الثاني: بيع الفضولي .
- ١٧٠ المبحث الثالث : شراء الفضولي .
- ١٧٦ المبحث الرابع : إجاره الفضولي .
- ١٧٧ المبحث الخامس : إنكاح الفضولي .
- ١٨٠ المبحث السادس : تبرعات الفضولي .
- ١٨٠ المطلب الأول : وصية الفضولي .
- ١٨٣ المطلب الثاني: هبة الفضولي .
- ١٨٥ المطلب الثالث : وقف الفضولي .
- ١٨٦ الفصل الثاني : تبرعات المريض مرض الموت .
- ١٨٧ تمهيد في معنى مرض الموت .
- ١٩١ المبحث الأول : تبرعات المريض الصريحه .
- ١٩٢ المطلب الأول : وصية المريض .
- ١٩٣ - وصية غير المدين .
- ٢٠١ - وصية المدين .
- ٢٠٣ المطلب الثاني : هبة المريض
- ٢٠٦ المطلب الثالث : كفالة المريض بالمال .
- ٢٠٦ - كفالة غير المدين .
- ٢٠٩ - كفالة المدين .
- ٢١٠ المطلب الرابع : وقف المريض .
- ٢١٠ - وقف غير المدين .
- ٢١٦ - وقف المدين .
- ٢١٧ المبحث الثاني : تبرعات المريض الضمنية

- ٢١٧ . المطلب الأول : عقود المعاوضات بثمن المثل .
- ٢٢٠ . المطلب الثاني : عقود المعاوضات بمحابة .
- ٢٢٠ - معاوضات المدين بمحابة .
- ٢٢٠ - معاوضات غير المدين بمحابه .
- ٢٢١ . محاباته في البيع .
- ٢٢٦ . محاباته في الإجارة .
- ٢٢٨ . محاباته في النكاح .
- ٢٣٢ . محاباته في الخلع .
- ٢٣٤ . الفصل الثالث : تصرفات الوكيل المتعدي لحدود ووكالته .
- ٢٣٥ . المبحث الأول : معنى الوكالة لغة وشرعا .
- ٢٣٨ . المبحث الثاني : أنواع الوكالة وحكم التعدي في كل نوع .
- ٢٣٨ . المطلب الأول : الوكالة المطلقة وحكم التعدي فيها .
- ٢٤٢ . المطلب الثاني : الوكالة المقيدة وحكم التعدي فيها .
- ٢٤٣ - تعدي الوكيل في البيع
- ٢٤٥ - تعدي الوكيل في الشراء
- الفصل الرابع : تصرف الشريك في الحصة الشائعة من مال
- ٢٤٨ الشركة بغير ما وكل به
- ٢٥٢ . الفصل الخامس : تصرفات المرتد الماليه
- ٢٥٣ . المبحث الأول : معنى الردة لغة وشرعا .
- ٢٥٦ . المبحث الثاني : مصير أموال المرتد بعد رده .
- ٢٥٨ . المبحث الثالث : حكم تصرفاته الماليه .
- ٢٦١ . المبحث الرابع : موقف الفقهاء من ردة المرأة وتصرفاتها .
- ٢٦٤ . الفصل السادس : تصرفات الغاصب القولي في العين المغصوبه .
- ٢٦٥ . المبحث الأول : معنى الغصب لغة وشرعا .
- ٢٦٧ . المبحث الثاني : تصرفات الغاصب القولي في العين المغصوبه .
- ٢٦٨ . الفصل السابع : تصرفات المفلس المحجور عليه .
- ٢٦٩ . المبحث الأول : معنى المفلس لغة .

- ٢٧٠ . معنى المفلس شرعا .
- ٢٧١ . المبحث الثاني : تصرفات المفلس التي تصادف المال .
- ٢٧٨ . تصرفات المفلس التي لاتصادف المال .
- ٢٧٨ . - نكاح المفلس .
- ٢٨٠ . - طلاق المفلس .
- ٢٨٢ . - خلع المفلس .
- ٢٨٤ . الفصل الثامن : تصرفات الراهن في العين المرهونة .
- ٢٨٥ . المبحث الأول : عتق العين المرهونة .
- ٢٨٩ . المبحث الثاني : بيع العين المرهونة .
- ٢٩٣ . المبحث الثالث : إجارة العين المرهونة .
- ٢٩٥ . الفصل التاسع : تصرفات الزوجة في مالها .
- ٣٠٣ . الباب الثالث : العقود الموقوفة لنقص الأهلية .
- ٣٠٤ . الفصل الأول : تصرفات الصبي المميز الماليه .
- ٣٠٥ . المبحث الأول : معنى التمييز لغة وشرعاً
- ٣٠٧ . المبحث الثاني : تصرفات الصبي غير المميز المالية .
- ٣٠٨ . المبحث الثالث : تصرفات الصبي المميز المالية
- النافعة
- ٣١٠ . المبحث الرابع : تصرفات الصبي المميز المالية الضارة .
- المبحث الخامس : تصرفات الصبي المميز المالية المترددة .
- ٣١١ . بين النفع والضرر .
- ٣١٧ . الفصل الثاني : تصرفات السفه المحجور عليه .
- ٣١٨ . المبحث الأول : معنى السفه لغة وشرعاً .
- ٣٢١ . المبحث الثاني : تصرفات السفه المتفق على وقفها
- عند الفقهاء .
- ٣٢٢ . المبحث الثالث : التصرفات المختلف في وقفها .

٢٢٢	المطلب الأول : نكاح السفية -
٢٢٤	المطلب الثاني : عتق السفية .
٢٢٦	المطلب الثالث : وصية السفية .
٢٢٨	الخاتمه
٢٣٣	المصادر والمراجع
٢٦٠	فهرس الموضوعات .