

٦٤ - لأنَّ ذِي إِنْ حَصَلَتْ فَمَفْنَمْ وَإِنْ تَفْتُ فَلَيْسَ فِيهَا مَفْرُمْ
 هذه القاعدة في اشتراط العلم وانتفاء الغرر في العقود فالعقود تنقسم إلى
 ثلاثة أقسام:
 معاوضة، وتبوع، وتوثقة.

قوله: (ثم العقود إن تكن معاوضة).

١ - عقود المعاوضة: كالبيع والإجارة، وما أشبه ذلك، مما يقصد به المشاحة والتكتسب وما أشبه هذا، فهذه معاوضة، لا يرضى أحد المتعاقدين إلا بعوض، فلا بد أن تحررها، ولهذا قال: (فحررنها): وهذا معنى قولنا في كتاب البيع: يشترط أن يكون المباع معلوماً، والثمن معلوماً وأن يتم فيه الشروط المعروفة؛ لأن البيع عقد معاوضة، فحررها بحيث لا يبق فيها أي جهل.

والتحrir يكون بالعلم وبالقدرة على التسليم.

قوله: (ودع المخاطرة): أي لا تعقد عقد غرر فتحصل فيه المخاطرة، لأنك إذا لم تحررها صار فيها مخاطرة، والمخاطرة من الميسر. وقد قال الله تعالى: «إِنَّا لَخَتَرْ وَالْمَيْسِرَ وَالْأَصَابَ وَالْأَرْلَمَ رَجُلٌ يَعْمَلُ أَشْيَاءَ فَلَجَّتْ بِهِ» [المائدة: ٩٠]، بل يجب أن يكون كل من العوضين معلوماً مقدوراً عليه.

وثبت عن النبي ﷺ أنه «نهى عن بيع الحصاة وعن بيع الغرر»^(١)، «ونهى أيضاً عن بيع الحمل في البطن»^(٢)، «ونهى عن بيع حبل الجبلة» كل هذا لأنها غرر وجهالة، وقال في السلم: «من أسلم في شيء فليسلم في كيل معلوم وزن معلوم إلى أجل معلوم»^(٣).

(١) أخرجه مسلم، كتاب البيوع، باب بطلان بيع الحصاة والبيع الذي فيه غرر رقم (١٥١٣).

(٢) أخرجه مسلم، كتاب البيوع، باب تحريم بيع حبل الجبلة رقم (١٥١٤).

(٣) أخرجه البخاري في كتاب السلم، باب السلم في وزن معلوم (٢١٢٥)، ومسلم في المساقاة، باب السلم (١٢٨/١٦٠٤)، من حديث ابن عباس رضي الله عنهما.

وإنما كان هذا لازماً - أي تحرير العقد - لأن كل واحد من المتعاقدين يريد حقه كاملاً، فإذا كانت هناك مخاطرة صار أحدهما: غانماً، والثاني: غارماً، فانقلبت المعاوضة إلى رهان ويسير وهذا حرام، هذا من حيث الدليل.

وأما التعليل: فلأن بيع المجهول يؤدي إلى النزاع، والنزاع يؤدي إلى الكراهة والعداوة والبغضاء ويشغل القلوب ويصدّها عن ذكر الله، فكان من حكمة الشرع التهـي عن بيع الغرر.

- من ذلك بيع العبد الآبق، لا يجوز، لأنه غير مقدور على تسليمه، حتى لو وصف بأدق الأوصاف، فإنه لا يصح البيع، فإن علمنا أن العبد الآبق محبوس في محل معين مقدور على تسليمه جاز البيع.

- ومثل ذلك أيضاً: بيع الطير في الهواء، لا يصح؛ لأنه غير مقدور على تسليمه، حتى لو كان من عادته أن يرجع إلى مأواه، فلا يصح بيعه لأنه قد يرجع وقد لا يرجع.

- ومن المخاطرة في البيع: أن يبيعه شيئاً ضائعاً، إما شاة ضالة أو بعيراً، وإما عيناً أخرى ضائعة فإن بيع ذلك حرام؛ لأنه غرر، قد يحصل عليه المشتري وقد لا يحصل، ثم إن الغالب أنه يباع بأقل من ثمنه حاضراً، فإذا كان **المُشتَرِي** يساوي حاضراً مائة فإنه لن يباع بالمائة إذا كان غائباً، فيكون مثلاً بثمانين أو بخمسين، حينئذ إن وُجِد صار المشتري غانماً، وإن لم يوجد صار غارماً. وعكسه البائع: متى كان المشتري غانماً فالبائع غارم، ومتى كان البائع غانماً فالمشتري غارم، وهذا غرر ونوع من الميسر.

- ومن الغرر بيع ما في بطون البهائم، وإن شئت فقل: بيع ما في بطون الحوامل، فيشمل الحامل من الإماماء، فإن بيع حملها حرام، لأنه مجهول لا يُدرىًّ أذكر هو أم أنثى؟ أو واحد هو أم متعدد؟ فإذا قدرَ أنه عُلِمَ ذلك بسبب تقدم الـطـبـ فإنه يبقى الجهل: أيخرج حيًّا أم ميتًا؟ فيكون داخلاً في الغرر، فلا يصح العقد عليه.

- ومن بيع الغرر: بيع الثمار على رؤوس الشجر قبل صلاحتها، وكذلك الزروع، ولهذا نهى النبي ﷺ عن بيع الثمر على رؤوس النخل وقال: «حتى يبدو صلاحتها»^(١) وسئل عن الصلاح فقال: «تحمر أو تصرف»^(٢) وكذلك في العنب: لا يصح بيعه حتى يَتَمَّوهُ^(٣) حلواً، لأنَّه قبل ذلك، أي قبل بدو الصلاح في ثمر النخل، والتلمس حلواً في العنب عرضة للفساد، فيكون فيه غرر ومخاطرة.

ومن ذلك النهي عن بيع الحب في سنبله حتى يشتد أي: حتى يصلب ويقوى ويكون حباً.

وبناء على ذلك لا يصح البيع إذا كان الثمن مجهولاً للطرفين، لما في ذلك من الغرر، ولأنَّ المشتري قد يقدر ثمناً، ويكون الثمن الذي يريده البائع أكثر بكثير، والبائع قد يقدر ثمناً، ويكون الثمن الذي بذله المشتري أقل بكثير.

وأما البيع بما ينقطع به السعر، يعني: أن يقول المشتري للبائع: إذا انقطع السعر فهي على بما ينقطع به السعر، كما يقول عوامنا: أخذتها بما تقف عليه بالمزايدة.

فقد اختلف العلماء رحمهم الله فيه.

فمن العلماء من قال: إن هذا لا يجوز، لأنَّه غير معلوم للبائع وللمشتري، ولأنَّ المشتري قد يكون تقديره الثمن أقل بكثير مما انقطع به

(١) أخرجه البخاري في كتاب الزكاة، باب من باع ثماره أو نخله أو أرضه أو زرعه... (١٤١٥)، ومسلم في كتاب البيوع، باب النهي عن بيع الثمار قبل بدو صلاحتها... (٤٩/١٥٣٤)، من حديث ابن عمر رضي الله عنهما.

(٢) أخرجه مسلم في كتاب البيوع، باب النهي عن بيع الثمار قبل بدو صلاحتها... (٥١/١٥٣٥)، من حديث ابن عمر رضي الله عنهما.

قال الحافظ في «الفتح» (٣٩٦/٤): «وهذا التفسير من قول ابن عمر بيته في روايته من طريق شعبة عن عبد الله بن دينار عن ابن عمر...».

(٣) يتَمَّوهُ: أي: يوجد فيه الماء الحلو.

السعر، وكذلك البائع ربما يكون الثمن في تقديره أكثر بكثير مما انقطع به السعر.

ومن العلماء من أجاز ذلك، وقال: إن النهي عن بيع الغرر، إنما كان خوف الغبن، وما ينقطع به السعر ليس به غبن، لأن ما ينقطع به السعر هو قيمة الشيء بين الناس، وحيثُنَّ فلا غبن.

ولكن القول بأنه لا يجوز أقرب إلى الصواب، لأن ما ينقطع به السعر قد يتولاه شخص ذو حاجة، فيرفع السعر في المزايدة حتى يصل إلى حد لم يخطر ببال المشتري، وقد يكون الحضور للمزايدة قليلاً، فينقص الثمن إلى حد ما كان يقدرها البائع؛ وحيثُنَّ يحصل الدم.

وعمل الناس اليوم على القول الثاني، وهو القول بالجواز.

مسألة: لو قال البائع: أبيعه عليك بثمنه عند الناس، يعني: كما يبيعون فما الحكم؟

الجواب: في هذا خلاف بين العلماء، منهم من قال: إنه جائز، ومنهم من قال: إنه ليس بجائز.

وهذا النوع أقرب إلى الجواز مما في المسألة التي قبلها، لأن القيمة المعتبرة بين أوساط الناس لا يندم عليها أحد، حيث إن البائع لن يبيع بأزيد مما يبيع به الناس، وكذلك المشتري.

وعلى هذا، فإذا قال الرجل للناجر: أرسل لي صندوق شاي، أو كيس رز، ولم يذكر الثمن فإن ذلك لا بأس به، ويقيده عليه بما هو سعره عند الناس.

والعمل على هذا في عرف الناس، لا سيما إذا كان البائع رجلاً معتبراً في البيع يثق به الناس.

والخلاصة: أن كل بيع يتضمن الغرر وغير صحيح، وكذلك يقال في الإجارة، لأن الإجارة عقد معاوضة، فالمستأجر يملك منافع العين التي استأجرها، والمُؤجر يُؤجرها إليها ويملك الأجرة. وعلى هذا فلا بد من

تحريرها بأن تكون الأجرة التي تدفع معلومة، والنفع الذي استؤجرت العين لأجله معلوماً، ولا بد أن تكون العين المستأجرة معلومة حتى لا يقع المتعاقدان في الغرر الذي يشبه الميسر.

فإذا قال قائل: ألستم تجيزون الجمالة؟ وهي عقد على شيء مجهول، مثل أن يقول: من رد لقطتي فله كذا وكذا، ومن رد ضالتي فله كذا وكذا، ومن المعلوم أنه قد يردها في زمن قريب، أو في زمن بعيد، من مكان قريب أو من مكان بعيد، وأنتم تقولون: هذا جائز!

الجواب: نعم، نقول ذلك، لأن عقد الجمالة هو من مشروط على عمل، متى حصل فذاك العوض، ولهذا كانت الجمالة من العقود الجائزة^(١)، ويدل لهذا قول الله تعالى: ﴿وَلِمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلٌ بَعِيرٌ وَأَنَّا بِهِ زَعِيمٌ﴾ [يوسف: ٧٢]؛ لأنه قد يأتي به من مكان قريب، وفي مدة وجيبة، وقد يأتي به من مكان بعيد، وفي مدة طويلة.

وفي قوله: (دع المخاطرة): إشارة إلى سبب التحرير فيها، لكي تتبيّن واضحة، من أجل أن لا يكون هناك مخاطرة، والمخاطرة هي الميسر.

وبهذا نعرف أن عقود التأمين على السلع محمرة، لأنها تتضمن مخاطرة، فإذا أمن الإنسان على سيارته مثلاً، صار يدفع كل سنة خمسمائة ريال، أو أربعين ألف ريال، وهنا تكمن المخاطرة، لأنه إن مرت السنة دون أن يحصل حادث صارت الشركة غانمة، وصاحب التأمين غارماً، وإن حصل في المؤمن عليه ضرر أكثر مما دفعه صاحب التأمين، صارت الشركة غارمة وصاحب التأمين غانماً فيحصل بذلك غرر وجهالة، لأن كلاً منها إما غانم وإما غارم.

مسألة: كثير من العُمال إذا أردت الاتفاق معه يقول: الذي تدفعه مقبول عندى، فما حكم ذلك؟

والجواب أن نقول: هذا لا يصح، لأن الأجرة مجهولة، فالعامل إنما عمل عند صاحب العمل بالأجرة بلا شك، ولهذا لو أنه انتهى من العمل

(١) يعني أنها غير لازمة.

وأعطاه صاحب العمل شيئاً، فقال: زدني. وقع بينهما الخلاف، وقد يأبى العامل أن يأخذ ما قدره صاحب العمل، ويتركه معه ويذهب، فيندم صاحب العمل، فيطلب الحصول على هذا العامل، ويسأل عنه لعله يجده فيعطيه حقه. فلذلك نقول: لا يجوز لهما الاتفاق على العمل إلا أن يحدداً الأجرة، إلا إذا كان العمل مما عرّفت أجرته بين الناس، فهذا شيء يُعمل فيه بالعرف.

مسألة: إذا اتفق صاحب العمل والعامل على أجرة في مدة محددة، وقبل انتهاء المدة رفض العامل العمل، وطلب حقه فهل يعطاه؟
والجواب أن نقول: لا يعطاه، لأنه إذا استؤجر على عمل لزم إكماله، فإن لم يكمله فلا أجرة له، إلا إذا كان هناك عذر قاهر لا طاقة للعامل به، فحيثئذ يُعطى من الأجرة بقدر ما عمل.

مسألة: اتفق رجل مع عامل على تصليح جهاز من الأجهزة، ولم يتتفقا على الأجرة، وعندما أراد إعطاءه المبلغ، ثمانية دنانير وهو العرف، طلب ضعف هذا المبلغ، وهو مبلغ كبير بالنسبة لعمله، وقد رفض أخذ مبلغ ثمانية دنانير وذهب، فماذا على صاحب الجهاز؟

والجواب أن نقول: ليس عليه شيء، ما دامت هذه أجرة العادة، ولم يكن بينهما عقد، فتقدر الأجرة بالعرف، ولكن إن أيس منه، تصدق بها بالنية عنه، وإن لم يأس من رجوعه انتظر حتى يرجع.

مسألة: رجل استأجر داراً للسكن وأراد أن يبني فيها مخزنًا، فما حكم ذلك؟

الإجابة: المستأجر لا يملك أن يزيد ولا ينقص في الدار المستأجرة إلا بموافقة صاحب الدار. وإذا فعل المستأجر شيئاً من ذلك بلا علم المؤجر، فله أن يلزمه بالهدم، ويضمنه كل ما ترتب على البناء من فساد الأرض وما أشبه ذلك.

مسألة: ما حكم أخذ فوائد المال من البنوك الربوية؟ وهل أتركه لهم، أم آخذه وأتلفه، أم أتصدق به؟

الإجابة: يقول الله عز وجل: «يَأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَذَرُوا مَا يَقْنَعُ
مِنَ الْأَرِبَّةِ إِنَّ كُنْتُمْ مُّؤْمِنِينَ ﴿١٧﴾ إِنَّ لَمْ تَفْعَلُوا فَإِذَاً وَرَبِّ مِنَ اللَّهِ وَرَسُولِهِ وَإِنْ تَبْتَرِّ
فَلَكُمْ رُءُوسُ أَمْوَالِكُمْ لَا تَظْلِمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ» [البقرة: ٢٧٨ - ٢٧٩] فلا يحل
للإنسان أن يأخذ الربا، لأن الله قال: «وَذَرُوا مَا يَقْنَعُ مِنَ الْأَرِبَّةِ» وقال: «وَإِنْ
تَبْتَرِّ فَلَكُمْ رُءُوسُ أَمْوَالِكُمْ». وأعلن النبي ﷺ في خطبته عام حجة الوداع
وهو واقف بعرفة أعلن أن ربا الجاهلية موضوع، قال: «وأول رباً أضع من
ربانا ربا العباس بن عبد المطلب، فإنه موضوع كله»^(١) وعلى هذا فلا يحل
للإنسان أن يأخذ الربا، لا من البنوك ولا من غيرها، وما أفتى به بعض الناس
استحساناً بأنك تأخذ الربا وتتصدق به تخلصاً منه، فهذا استحسان في مقابلة
النص، فهو مردود على صاحبه، ولو كانت هذه الطريق حسنة محبوبة إلى الله
لأرشد الله عباده إليها، ولقال: اتقوا الله وخذلوا ما يقى من الربا وتتصدقوا به،
لكنه قال: «وَذَرُوا مَا يَقْنَعُ مِنَ الْأَرِبَّةِ» ليقطع طمع الإنسان وتعلق نفسه به نهائياً.
وأي فائدة من أن يلطخ الإنسان صحيفه عمله بقادورة الربا، ثم يذهب
يغسلها ويتخلص منها؟ أي فائدة من هذا؟! وهل هذا إلا لغو، وعبث
محض؟!

فإن قال قائل: هذا الربا إذا تركته للبنك فقد يستعين به على محروم؟
قلنا: أصل هذا الربا ليس كسب مالِك، مالُك ربما كان قد خسر حين
تعامل به البنك، وربما يكون مالك كسب أضعاف أضعاف ما أعطاك من
الربا، وربما خسر مالك كل الخسارة، فليس هذا كسب مالك حتى تقول:
أنا لا أريد أن أمكنهم من مالي فيعيثوا به وإنما هو من مال البنك.
وبعض الناس يدعى أنه لو ترك هذه الزيادة في البنك لذهب يعطيها
الكنائس، أو يسلح بها أعداء المسلمين؟ فنقول: أولاً: هذا غير مؤكد، قد
يكون هذا، وقد يتتفع بها البنك لمصالحه الخاصة.

(١) هو قطعة من حديث جابر بن عبد الله الطويل في سرده لصفة حجة النبي ﷺ.
أخرجه مسلم في كتاب الحج، باب حجة النبي ﷺ (١٤٧/١٢١٨).

ثانياً: لو تأكينا من ذلك، فهل أنا أعطيته شيئاً من مالي يعين به الأعداء على المسلمين أو يعين به الكنائس؟ أبداً، ما أعطيته، لأن هذه الزيادة لم تدخل في مالي أصلاً، وليس هي ربح مالي.

وعلى كل حال فالاستحسان في مقابلة النص ليس مقبولاً، والواجب اتباع النص ﴿أَتَقْوَا اللَّهَ وَذَرُوا مَا بَقَىٰ إِنَّ أَرْبَوْا إِنْ كُنْتُمْ مُّؤْمِنِينَ ﴾ ﴿إِنَّمَا تَعْمَلُونَ فَإِذَا نُؤْمِنُوا يَحْرِبُونَا وَإِنْ تُبْتُمْ فَلَكُمْ رُءُوسُ أَمْوَالِكُمْ لَا تَنْظِمُونَ وَلَا تُنْظَمُونَ﴾ [البقرة: ٢٧٨ - ٢٧٩].

مسألة: الملح من الأصناف التي يدخل فيها الربا، فما حكم من أخذ من الدكان ملحًا ثم قال: أجعله ديناً علي؟

الإجابة: لا بأس بذلك، لأن النقددين مع بقية الأصناف ليس بينهما ربا، ولهذا كان من عبارات الفقهاء رحمهم الله: يجري ربا النسيئة في بيع كل جنسين اتفقا في علة ربا الفضل، ليس أحدهما نقداً^(١). يعني: أن النقد لا يجري الربا بينه وبين بقية الأصناف.

ودليل ذلك أن النبي ﷺ قدم المدينة ووجدهم يُسلّفون في الشمار السنة والستين فلم يمنعهم^(٢)، مع أن المشتري نَقَدَ أهل البستان، وقبضه للشمار يتأنّر.

٢ - عقود التبرع:

قوله: (وَإِنْ تَكُنْ تِبْرِعاً): يعني وإن تكون العقود عقود تبرع كالصدقة والهبة والعطية والوصية إلى آخره (فأمرها أخف).

والهبة: هي التبرع بمال بلا عوض، فإن قصد بها ثواب الآخرة فصدقه، وإن قصد بها التودد فهي هدية، وإن قصد بها مجرد الإعطاء فهي هبة.

ثم إن كانت الهبة أو الصدقة أو الهدية في مرض الموت المُحْكَف فإنها

(١) انظر: شرح منتهی الإرادات - البهوتی - (٢٥٩/٣)، ط: مؤسسة الرسالة.

(٢) أخرجه البخاري، كتاب السلّم، باب السلّم في كيل معلوم رقم (٢٥٠)، ومسلم، كتاب المساقاة، باب السلّم رقم (١٦٠٤).

تُجعل من الثالث، بمعنى أن ما زاد على الثالث يكون أمره موكلاً إلى الورثة، إن شاؤوا أجازوه، وإن شاؤوا منعوه، لأن المريض مرض الموت المخوف قد تعلق حق الورثة بماله، فليس له أن يتبرع بما زاد على الثالث إلا بعد إجازتهم.

(إن تكن تبرعاً): مثل أن يهب الإنسان عبده الآبق لشخص، فيقول: قبلت. فهنا تصح الهبة لأنه إن حصل هذا العبد الآبق فهذا مفぬم، وإن لم يحصل فليس فيه مغرم فهو سالم فلا ضرر عليه في الحالين، وبهذا خرج عن الميسر. ثم إنه إذا لم يحصل على العبد لم تحصل بينهما عداوة وبغضاء، لأن الموهوب له يعرف أن الواهب تفضل عليه، وليس له حق أن يطالبه بشيء.

٣ - عقود التوثقة:

قوله: (أو توثقة): وعقود التوثقة أضيق من عقود التبرع، لكنها أخف من عقود المعاوضة.

مثاله: الرهن، إذا قال مثلاً: رهنتك هذا البيت، والمرتهن لا يدرى ما في البيت من حجر وفُرشٍ وغيرها، فهنا نقول: يصح الرهن، وذلك لأن الدائن لا يضيع حقه، إن حصلت فمغنم، وإن لم تحصل فليس فيها مغرم، لأن حقه سيفنى، بمعنى أن الرهن إذا كان على ما في نفس المرتهن وهذا هو المطلوب، وإن كان دونه فالمقصود توثيقه للمال.

نعم، لو فرض أن الراهن خدعاً، وقال: هذا البيت فيه كذا وفيه كذا، مما ليس فيه، فهذا حرام، وللمرتهن الخيار بين إبقاء الرهن بحاله وبين الفسخ، ثم إذا فسخ فإن كان الرهن مشروطاً في البيع، فله فسخ البيع، وإن لم يكن مشروطاً فليس له فسخه.

- لو قال: أنا رهنتك إحدى هاتين السياراتين، فإنه يصح؛ لأن أي واحدة منها سيكون لها فائدة، ولذلك لا يجب تحرير عقود التبرعات وعقود التوثقة كما تحرر عقود المعاوضة؛ فيجوز أن يرهن ما لا يجوز بيعه، كالشمرة قبل بدو صلاحها، لأنه لو قدر أنه لم تحصل الشمرة فالدين باقي.

- امرأة تزوجها رجل بدون أن يُحرر المهر، لا جنساً ولا قدرأ، فإن العقد يصح، ويفرض لها في هذه الحال مهر المثل، لأن هذا ليس عقد معاوضة. يصح - أيضاً - أن تخالع الزوج بما في يدها من دراهم، لأنه ليس المقصود المعاوضة، ولكن المقصود أن تتخلص من هذا الزوج بهذا العوض. ولهذا قال الفقهاء رحمهم الله: يصح أن يخالعها على ما في يدها من دراهم، أو على ما في بيتها من متاع، وإن كان لا يدرى ما هو^(١).

قوله: (قادر التفرقة) : أي: إغْلَمْنَاهَا وَإفْهَمْنَاهَا ، التفرقة أي: بين عقود المعاوضات وعقود التبرعات والتوثقات، والتفرقة هي أن عقود المعاوضات مبناتها على المشاحة والمطالبة بالحق كاملاً. بخلاف عقود التبرعات والتوثقات ولهذا قال:

لأن ذي إن حصلت فمغنم وإن تفت فليس فيها مغرم
 قوله: (لأن ذي) : المشار إليه القريب، ومن القواعد المقررة: أن الضمير أو الإشارة يعودان إلى أقرب مذكور، فيكون مراده بقوله: (ذي) أي: عقود التبرعات والتوثقة، فعقود التبرعات إن حصلت فمغنم، وإن لم تحصل فليس فيها مغرم ولذلك يسامح فيها بالجهل، وكذلك عقود التوثقة لأن الحق باقٍ فإن حصلت التوثقة فهذا زيادة فضل وإن لم تحصل لم يضره شيء، وهذا هو الفرق الذي طلب الناظم ملاحظته بقوله: (قادر التفرقة) وفي هذا إشارة إلى مثل هذه العقود التي يكون فيها الأمر دائراً بين الغنم والسلامة خارجة عن الميسر لأن الميسر عقد دائراً بين الغرم والغنم.

مسألة: ما حكم من وهب شيئاً لمصلحة يريدها من الموهوب له، ثم فاتت مصلحته فندم وأراد أن يرجع في الهبة؟

الإجابة: هذا يحصل، كما لو وهبت المرأة شيئاً لزوجها، حتى لا يتزوج عليها، فتبذل له مalaً بنية aلا يتزوج عليها، فإذا تزوج فإنه يجب عليه أن يرد عليها ما أخذ. لأننا نعلم أنها إنما وهبته لغرض لم يتحقق، وكذلك لو

(١) انظر: شرح متهى الإرادات - البهوتى - (٣٤٨/٥)، ط: مؤسسة الرسالة.

قيل له: إن فلاناً أصابته فاقة، فأعطاه من أجل هذه الفاقة ثم تبين أنها لم تكن، فإنه يرد عليه صدقته.

مسألة: أخذ رجل من آخر عسلًا لبيعه له، فقال له صاحب العسل: قيمة الكيلو منه ثلاثة عشر ريال، وإذا بعثه بزيادة عن ذلك فذلك الزيادة. فأصبح بيع الكيلو بثلاثة وخمسين ريالاً ما حكم هذا البيع وماذا عليه؟

والجواب أن نقول: إذا وَكَلَهُ في بيع شيء - عسل، أو طعام، أو غير ذلك - وقال له: بعه بكتراً وما زاد فذلك، فلا بأس به، لكن بشرط أن يكون البائع الذي وَكَلَهُ عالماً بسعر السوق، لأن الإنسان قد تكون عنده السلعة قد ملّ منها، وتعب منها، فيوكل شخصاً في بيعها، فإذا قال له: خذ هذه السلعة بعها بمائة، وما زاد فهو لك، وعرف الوكيل أن هذا الرجل ليس عنده علم بالأسعار فعليه أن يبين له، فيقول: يا فلان السلعة تساوي مائتين، فإذا قال صاحب السلعة: وإن يكن الأمر كذلك، بعها بمائة فما زاد فذلك، فحينئذ يبيعها بما تساوي في السوق، ولو بلغت ثلاثة أو أربعين، ويرد إلى مالكها المائة التي اشترطها لنفسه.

مسألة: حصل حادث بين سيارتين، فقدمت شركة التأمين للرجل الذي وقع عليه الحادث اختيارين، إما أن تصلح له السيارة، وإما أن تعطيه مبلغاً، فاختار المبلغ، علماً بأن تصليح السيارة أقل من المبلغ المعطى له من شركة التأمين، فماذا يفعل بالمبلغ المتبقى، هل يصرفه على نفسه، أو في المصالح العامة؟

والجواب أن نقول: نحن لا نقر التأمين على السيارات والأملاك وما أشبه ذلك، بل نرى أنه من الميسر المحرم، لأنه عقد يجعل المتعاقدين بين غانم وغارم، وهذا هو حقيقة الميسر، لكن إذا وقع من غير شركة التأمين، مثل أن يصطلح المعتدي والمعتدى عليه على عوض لإصلاح السيارة مثلاً، فتصلح السيارة بأقل، فهل يلزم صاحب السيارة أن يرد ما زاد على المعتدي؟

هذا فيه تفصيل: إذا قال: خذ هذا أصلح به السيارة، فإنه يلزمك إذا زاد ما أعطيه على ما أصلح به السيارة أن يرد الزائد، وإن كانت المسألة مصالحة،

حيث إن هذا الذي حصل كان بعدها، فإنه لا يلزم الذي أخذه أن يرده. ونظير ذلك قول الفقهاء رحمهم الله: لو أعطى شخص شخص مالاً، ليحج به فزاد، فإن كان قال له: خذ هذا المال حج به، فالزيادة للحاج. وإن قال: خذ هذا المال حج منه، فالزيادة ترجع إلى المحجوج عنه^(١).



٦٥ - وكل ما أتى ولم يُحدِّي بالشرع كالحرز وبالعرف احْدِي
هذه من القواعد المهمة؛ وهي أن ما جاء في الكتاب والسنّة مطلقاً بغير تحديد بزمن أو مكان أو عدد أو صفة، فإنه يرجع في تحديده إلى العرف، لأن المطلق يحمل على ما يتعارفه المخاطبون بينهم.

وليعلم أن الألفاظ إذا أطلقت فلا تخلو من إحدى حالات ثلاث:

- ١ - إما أن يكون النص قد بيَّن أن المرجع في ذلك إلى العرف، فهنا نرجع للعرف.
- ٢ - وإما أن يكون النص قد بيَّن أن المرجع في ذلك إلى الشّرع، فهنا نرجع إلى الشّرع.
- ٣ - وإما أن لا نعلم هذا ولا هذا، فيرجع إلى العرف.

بيان ذلك:

١ - ما أحيل فيه على العرف مثل: جميع حقوق الزوجة يرجع فيها إلى العرف بنص الشّرع، قال تعالى: «وَلَئِنْ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ» [البقرة: ٢٢٨]، «وَعَلَى الْمَوْلَودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكَسْوَاهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ» [البقرة: ٢٢٣]، «وَعَائِشُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ» [النساء: ١٩]؛ فهذا واضح أنه أحيل فيه على العرف فيؤخذ به.

٢ - ما أحيل فيه على الشّرع: فيرجع فيه إلى الشّرع ويُلغى العرف.

مثال هذا: لو كان من عادة الناس أن الإنسان إذا باع عبده واشترط أن الولاء له وافقوا على ذلك، فهنا لا نرجع إلى العرف بل: هذا مرجعه إلى

(١) انظر: المغني - لابن قدامة - (٤٥/٥)، ط: هجر.

الشرع. ولهذا أبطل النبي ﷺ هذا الشرط وقال: «قضاء الله أحق، وشرط الله أوثق، وإنما الولاء لمن أعتق»^(١).

ومثل ذلك: المواريث، فالزوجة لها نصيب، والأم لها نصيب، والأب له نصيب، وهذا محدد بالشرع.

٣ - ما لم يقييد بالشرع ولا بالعرف: فهذا يرجع فيه إلى العرف.

مثاله: الحِرْز في السرقة، ذكر العلماء رحمهم الله أن يد السارق لا تقطع إلا إذا سرق من حرز^(٢). والحرز هو كل ما تحفظ به الأموال، وهو يختلف باختلاف السلطان والمكان والزمان وأنواع المال، وغير ذلك، فحرز الذهب والفضة ليس كحرز المواشي، فالذهب والفضة يحرزان بالصناديق المغلقة وراء الأبواب، والغنم بالحظائر، وَفَرَقَ بينهما العرف.

- رجل أعطاك دراهم على أنها وديعة، فذهبت إلى حظيرة الغنم فألقيت الدراهم في مكان الغنم، وجاء السارق فسرقها، فإنك تضمن؛ لأن هذا ليس بحرز. لكن لو وضعتها في صندوق، وأغلقت عليها، ثم جاء السارق وكسر الصندوق وأخذها، فلا ضمان عليك لأن هذا حرز في العادة.

- كذلك السفر، جاء مطلقاً في القرآن والسنة ولم يحدد؛ قال الله تعالى: «وَإِذَا ضَرَبْتُمْ فِي الْأَرْضِ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَقْصُرُوا مِنَ الْأَصْلَةِ» [النساء: ١٠١]. فأطلق الضرب ولم يحدد لابن زمان ولا بمسافة، فيرجع فيه إلى العرف، وما ورد عن بعض السلف، من أنه من مكان كذا وكذا سفر قصير، يعني وما دونه وليس سفر قصير، فإنما هو من باب المثال لِمَا كان سفراً في عرفهم، ولهذا لم يحدد النبي ﷺ زمناً ولا مسافة في سفر القصر، بل قال أنس بن مالك رضي الله عنه: (كان النبي ﷺ إذا خرج ثلاثة أميال صلى ركعتين)^(٣).

(١) سبق تخربيجه ص ٨٥.

(٢) انظر: شرح متنه الإرادات - البهوتى - (٦/٢٤٣)، ط: مؤسسة الرسالة.

(٣) أخرجه مسلم في كتاب صلاة المسافرين وقصرها، باب صلاة المسافرين وقصرها (٦٩١/١٢)، من حديث أنس بن مالك رضي الله عنه.

فيرجع في ذلك إلى العرف، فما سماه الناس سفراً فهو سفر، وما ليس سفراً في عرف الناس فليس بسفر.

وكذلك الإقامة أثناء السفر في بلد أو مكان بَرِّي، لم يحددها الشريعة بأيام معلومة، أو أشهر معلومة، أو سنوات معلومة، ولهذا كان النبي ﷺ يقيم إقامات متعددة مختلفة، ويقصر فيها الصلاة، فقد أقام في تبوك عشرين يوماً يقصر الصلاة، وأقام في مكة تسعة عشر يوماً يقصر الصلاة، وذلك في غزوة الفتح، وأقام في مكة في آخر سفر سافره في حجة الوداع، عشرة أيام كما ثبت ذلك في صحيح البخاري^(١) رحمه الله (لما سئل أنس بن مالك رضي الله عنه: كم أقام النبي ﷺ) لأنه قدم في يوم الأحد، الرابع من شهر ذي الحجه، وسافر من مكة في صبيحة اليوم الرابع عشر، فهذه عشرة أيام يقصر فيها الصلاة، ولم يقل النبي ﷺ: مَنْ أَقَامَ كَذَا لِزَمْهِ الْقُصْرِ، ومن أقام دون ذلك لم يقصر، فدل ذلك على أنه ما دام الإنسان لم يَعُدْ إلى بلده، فهو مسافر.

- ومن ذلك أيضاً الخفان، وردت السنة: «أن النبي ﷺ مسح على الخفين»^(٢) ولم يشترط النبي ﷺ في الخفين شرطاً معيناً، إلا أنه لبسهما طاهرتين، وأن مسحهما في مدة معينة، ثلاثة أيام بلياليهن للمسافر، ويوم وليلة للمقيم، فإذاً نقول: يمسح على كل ما يسمى خفاف عرفاً، وهذا هو القول الراجح، وأننا لا نشترط شرطاً في جواز مسح الخفين لم تثبت في الكتاب ولا في السنة، لأننا إذا شرطنا شرطاً ضيقنا نطاق المسمح، وليس لأحد تضييق ما وَسَعَه الله.

ومن أمثلة ما أحيل فيه على العرف: النفقة، يقول الله عز وجل: ﴿لِئْنَفِقَ

(١) أخرجه في كتاب تقصير الصلاة، باب ما جاء في التقصير وكم يقيم حتى يقصر (١٠٣١).

(٢) أخرجه البخاري في كتاب الوضوء، باب إذا أدخل رجليه وهما طاهرتان (٢٠٣)، ومسلم في كتاب الطهارة، باب المسح على الخفين (٧٥/٢٧٤)، من حديث المغيرة بن شعبة رضي الله عنه.

ذُو سَعْةٍ مِنْ سَعْيِهِ وَمَنْ فُرِّغَ عَنْهُ رِزْقُهُ فَلَيُنْهِقَ مِمَّا أَنْهَهُ اللَّهُ^{﴿الطلاق: ٧﴾} وأطلق الإنفاق، فيرجع في ذلك للعرف، فما تعارف عليه الناس من نفقة الغني وجب على الزوج الغني، وما تعارفوا عليه من نفقة الفقير وجب عليه.

- كذلك المعاشرة: قال الله عز وجل: **﴿وَاعْشُرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾** [النساء: ١٩] ولم يحدد شيئاً معيناً، بل جعل ذلك إلى العرف.

وهذه قاعدة نافعة تنفع في أبواب كثيرة في الفقه: أن كل شيء أتى في النص، من كتاب الله وسنة رسوله ﷺ ولم يحدد، فإنه يرجع فيه إلى العرف.

وما سبق من الحالات الثلاث إنما هو في باب المعاملات، وأما في باب العبادات فَعَرَفْنَا من قبل أنه لا يمكن أن يعمل الإنسان عبادة إلا بإذن الشارع.

وقوله: (فِي الْعَرْفِ): اقتربن الخبر بالفاء لأن المبتدأ (كل) مُضَمَّنٌ معنى الشرط من حيث العموم.

▪ ◊ ▪ ◊ ▪

٦٦ - من ذاك صيغات العقود مطلقاً ونحوها في قولِ مَنْ قد حَقَّقا
قوله: (من ذاك): أي مما أطلقه الشرع ولم يحدده ويرجع فيه إلى العرف، (صيغات): جمع صيغة وهي الألفاظ ونحوها مما يدل على العقد إيجاباً أو قبولاً. (وصيغات): مبتدأ مؤخر و(من ذاك): خبر مقدم، (العقود): جمع عقد ويراد به عقود المعاملات كالبيع والإجارة والرهن والوقف والعارية والوديعة وغير ذلك.

وقوله: (مطلقاً): يعني لا يستثنى شيء من العقود، فيرجع إلى العرف في كل عقد.

ومن ذلك على القول الراجح عقد النكاح، فإن عقد النكاح ينعقد بأي لفظ دل عليه، أما على المذهب فإنه: لا ينعقد إلا بلفظ الإنكاح أو التزويع: أنكحتك أو زوجتك، أو بلفظ: (أعتقتك وجعلت عتقك صداقك) إذا تزوج

أمته^(١). وتعليقهم: أن هذا هو اللفظ الذي ورد به القرآن والسنة؛ قال تعالى: ﴿وَيَذْرُونَ أَزْوَاجَهُم﴾ [البقرة: ٢٣٤] هذا تزويع، والنكاح في قوله تعالى: ﴿فَانكحُوا مَا كَاتَبَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ﴾ [النساء: ٣].

ولكن القول الراوح أنه داخل في العموم؛ أي أنه ينعقد بما دل عليه. ودليل هذا:

أولاً: أنه ورد عن النبي ﷺ أنه زَوَّجَ بغير لفظ التزويع؛ فقد جاء في بعض روایات البخاري^(٢) في الذي زوجه الرسول ﷺ المرأة الواهبة نفسها أنه قال: «مَلَكْتُكُها بما معك من القرآن». وجاء أيضاً في تزوجه صفية أنه قال لها: «أعتقتك وجعلت عتقك صداقك»^(٣). فدل هذا على أن النكاح ينعقد بما دل عليه.

مثاله: إذا قال رجل: جوزتك بنتي قال: قبلت. ودخل عليها، فالذهب أن النكاح غير صحيح، وإذا جامعها فهو جماع شبهة، ويجب أن يفرق بينهما، ثم يعقد من جديد، لكن على القول الراوح يصح العقد، لأن جوزتك عند العامة مثل زوجتك ولا إشكال.

- لو قال: ملكتك بنتي، على الذهب لا يصح، وعلى القول الراوح يصح، ولو قال: أعطيتك بنتي فعلى الذهب لا يصح، وعلى القول الراوح: فيه تفصيل؛ فإن كان عند الخطبة فليس عقداً عند كل الناس، وإن كان عند العقد وكان من المعروف عندهم أن قول ولبي المرأة: أعطيتك بنتي. فيقول المتقدم: قبلت، أن هذا عقد، فهو عقد.

وقوله: (ونحوها): أي نحو صيغ العقود، مثل الفسخ والوكالات

(١) انظر: المقنع مع الإنصاف (٢٠/٩٣)، ط: هجر.

(٢) هي - أي الرواية - عنده في كتاب فضائل القرآن، باب القراءة عن ظهر القلب (٤٧٤٢)، وهي عند مسلم أيضاً في كتاب النكاح، باب الصداق وجوائز كونه تعليم قرآن... (٧٦/١٤٢٥)، من حديث سهل بن سعد الساعدي رضي الله عنه.

(٣) أخرجه البخاري في كتاب النكاح، باب من جعل عتق الأمة صداقها (٤٧٩٨)، ومسلم في كتاب النكاح، باب فضيلة إعتاقه أمه ثم يتزوجها (٨٥/١٣٦٥).

والإقرار وغيرها ، هذه أيضاً يرجع فيها إلى ما تقتضيه الصيغة عرفاً سواء كانت قوله ألم فعلية ، وليس لها لفظ مقيد . وله أمثلة :

- خالع رجل زوجته - والخلع أن يفارقها بعوض - فقال : خالعتك على مائة درهم ، فهذا صحيح .

- قال : فاديتك على مائة درهم ، فهذا صحيح ، لأن هذا أيضاً جاء به القرآن «فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا أَفْنَدْتُ بِهِ» [البقرة: ٢٢٩] .

- فارقتك على مائة درهم ، فهذا صحيح .

- طلقتك على مائة درهم . هذا يصح ، لكن هل يكون طلاقاً أو يكون فسخاً؟

فيه خلاف بين العلماء ، منهم من يقول : هذا طلاق على عوض ، ومنهم من يقول : هو فسخ ، ولو كان بلفظ الطلاق وهو قول ابن عباس رضي الله عنهما . واختاره شيخ الإسلام ابن تيمية ، وقال : كل فراق يدخله العوض فهو فسخ^(١) .

وفائدة قولهم : فسخ ، أنه لا ينقص به عدد الطلاق ، فلو قدر أن هذا آخر فراق لها يعني أنه قد فارقها قبل ذلك مرتين ، فإن قلنا : إنه طلاق بانت منه بینونة كبرى ، وإذا قلنا : إنه فسخ بانت منه بینونة صغرى ، أي له أن يتزوجها بعقد جديد .

ولكل من القولين دليل ، لكن ظاهر حديث ثابت بن قيس رضي الله عنه ، أن الرسول ﷺ قال له : «اقبل الحديقة وطلقها تطليقة»^(٢) ظاهر هذا إذا كان محفوظاً ، أن الخلع إذا ورد بلفظ الطلاق فهو طلاق .

- لو قال رجل لأمرأته : خليتك . فالمنذهب أنه ليس بطلاق بل هو كنایة^(٣) . والقول الثاني : أنه طلاق ، لأن هذا صريح عند كثير من الناس :

(١) الاختيارات الفقهية - البعلبي - (ص ٣٦١) ، ط : دار العاصمة .

(٢) أخرجه البخاري في كتاب الطلاق ، باب الخلع وكيف الطلاق فيه (٤٩٧١) .

(٣) انظر : الإنصاف (٢٤٣/٢٢) ، ط : هجر .

خليتها أي: فارقتها؛ فما دل على الفراق بأي لفظ كان فهو طلاق، بناء على هذه القاعدة، أن كل شيء لم يحدده الشرع فيرجع فيه إلى العرف.

قوله: (في قول من قد حققا): أي: في قول العلماء المحققين أنه لا فرق بين عقد وعقد، ولا فرق بين عقد وفسخ في ذلك. ومنهم شيخ الإسلام ابن تيمية رحمه الله، حيث قال: إن جميع العقود تعقد بما تعارفه الناس^(١). وهو عالم محقق قوي الفهم، قوي الدين ولهذا تجد غالب اختياراته موافقة للدليل الصحيح وإنني أوصي طالب العلم بالحرص على كتبه وكتب تلميذه ابن القيم رحمهما الله فإن فيهما خيراً كثيراً يعطيان الإنسان ملكرة قوية للترجيح بين الأقوال.

مسألة: لو حدد السلف ما أطلقه الشرع، فهل يعتبر محدداً لعرفنا؟ وما الحكم لو اضطربت الأعراف في بلد واحد؟

والجواب أن نقول: لو أن السلف رحمهم الله عينوا ما أطلقه الشرع، فإن ذلك لا يتغير، ما دام يختلف في الأعراف والأزمان والأماكن، لأن المُتَّبع هو النص، لكن: إذا كان تعين السلف تفسيراً لمبهم فإنه يرجع إليه، لا سيما تفسير الصحابة رضي الله عنهم وأهل الفقه منهم.

وإذا اختلفت الأعراف اتبع في كل مكان ما كان عرفاً فيه، واتبع في كل زمان ما كان عرفاً فيه^(٢).

▪ ◆ ▪ ◆ ▪

٦٧ - واجعل كل فظ كل عرف مطرد فشرطنا العرفي كاللفظي يرد
هذه أيضاً من القواعد؛ وهي أن الأعراف المطردة كالألفاظ المنطقية؛ فإذا جرت العادة بشيء معين، فإنه يكون كالمشروط.

مثاله: استأجرت رجل بيتاً للسكن، فإذا به يربط فيه الحمير والبغال والإبل وقال: أنا استأجرت البيت وملكت منافعه، فلي أن أنتفع به بأي وجه من

(١) الاختيارات الفقهية - البعلبي - (ص ٢٩٣)، ط: دار العاصمة.

(٢) انظر ما سبق من المسائل ص ٢٦٦.

الوجه، نقول له: ليس لك ذلك ولا يجوز لأنه خلاف المعتاد والعقد المطلقاً يحمل على العرف المعتاد لأن الشرط العرفي المطرد كالشرط اللغظي، له حكمه فيكون معتبراً.

- ومن ذلك الهدايا تهدى لإنسان؛ فما جرت العادة أن مثله يعتبر هدية، يكون هدية.

- إنسان مستعد للبيع للناس، فجاء رجل ووضع متاعه في دكان هذا الرجل المستعد للبيع، هل يكون هذا توكيلاً له في البيع؟ نقول: نعم، يكون توكيلاً، لأن هذا هو العرف.

- إنسان دفع ثوبه إلى غسال، فلما جاء في آخر النهار ذهب إلى الغسال وأعطاه ثوبه نظيفاً، فأخذنه ثم انصرف ولم يعطه الأجرة، فقال الغسال: أين الأجرة؟ قال: ما اشترطت علي؟

نقول: لابد أن يعطيه الأجرة، لأن هذا عرف مطرد، وهذا الرجل قد أعد نفسه لهذا العمل.

- رجل يمشي بسيارته في الطريق، فأشار إليه رجل فوقف له وركب معه إلى المدينة التي يريد، فلما وصل قال السائق: أعطني الأجرة. قال الراكب: ما شرطت علي. فهل تلزمه الأجرة أو لا؟

الجواب: إن كان السائق صاحب سيارة أجرة، فيلزم الراكب بالأجرة، لأن هذا هو العرف، وإن كان لم يُعد نفسه لذلك، فليس له الحق عليه، ولو كان يريد الأجرة لاشترط عليه وقال: أذهب بك بكذا.

- رجل استأجر آخر ليعلمه القرآن فاتفقا على ساعتين في اليوم ولم يعيناها، فجاءه الساعة الثانية ليلاً وقال: أعلمك الآن، فإنه لا يقبل منه، لأنه لم يجر العرف بذلك، بل إما في النهار أو أول الليل.

فهذه من القواعد النافعة: أن العرف المطرد كالشرط.

مسألة: المكاتب العقارية بعضها يعتبر أصحابها مجرد الدلالة على العين

المؤجّرة إلزاماً للزيبون بالعقد. فما حكم ذلك؟

الإجابة: إن كان هذا هو العرف فيعمل به.

٦٨ - وشرط عقد كونه من مالك وكل ذي ولاية كالمالك
قوله: (وشرط عقد كونه من مالك): أي مالك لهذا العقد، وهذا يشمل كل عقد، سواء كان عقد بيع أو إجارة أو رهن أو وقف أو وديعة أو عارية، فجميع العقود يتشرط أن تكون من مالك.
ومن عقد عقداً لا يملكه فعقده باطل لا يصح.

دليل ذلك قوله تعالى: «يَأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ يَئِنَّكُمْ بِالْبَطْلَى إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِحْكَرَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ . . .» [النساء: ٢٩].
وقول النبي ﷺ لحكيم بن حزام رضي الله عنه: «لا تبع ما ليس عندك»^(١).
فهذا يدل على أن الإنسان لا يتصرف بشيء ليس له ولا يملكه.

ولأن الله تعالى قال: «يَأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَائِنُتُمْ بِدِينِ اللَّهِ أَجْعِلُ مُسْكِنًا فَأَكْتُبُهُ» [البقرة: ٢٨٢] وسياق الآية يدل على أنه لا بد أن يكون هذا العقد بين مالكين.

وأما التعليل؛ فلأنه لو جاز العقد من غير المالك لأدى ذلك إلى النزاع والفووضى، وصار كل إنسان يريد أن يبيع ملك غيره يبيعه بدون ولاية عليه، وهذا لا تأتى به الشريعة ولا ترضاه، لما يحصل فيه من فساد القلوب، وتفرق الأمة.

ومن أمثلة ذلك:

- ما لو باع الإنسان ما لا يملك، فالبيع غير صحيح حتى لو تم الإيجاب والقبول وعلم الثمن والمبيع وحصل التقادص، لأنه ليس مالكاً.
- وكذلك لو رهن الدين عليه وهو غير مالك للمرهون، لم يصح الرهن.

(١) أخرجه الإمام أحمد (٤٠٢/٣)، وأبو داود في كتاب البيوع، باب في الرجل يبيع ما ليس عنده (٣٥٠٣)، والترمذى في كتاب البيوع، باب ما جاء في كراهة بيع ما ليس عنده (١٢٣٢)، والنمسائى في كتاب البيوع، باب بيع ما ليس عندك... (٢١٨٧)، وصححه الألبانى في إرواء الغليل (١٣٢/٥).

- وكذلك لو تبرع به صدقة على الفقير، أو هدية لمن يطلب موته، أو غير ذلك، فإن هذا التبرع غير صحيح لأنه ليس من مالك.
- وكذلك لو باع حراً فإن البيع لا يصح، حتى لو كان ابنه أو أبوه أو أخيه، لأنه ليس مالكاً له، إذ إن الحر لا يُملك.
- كذلك لو زوج ابنة غيره لم يصح العقد، لأنه لا يملك ذلك.
- وقس على هذا بقية العقود بجميع أنواعها.

وظاهر كلام الناظم أنه إذا وقع من غير المالك، فإنه لا يصح وإن أجازه المالك، وهذا ما يعرف عندهم بتصرف الفضولي. والمسألة فيها تفصيل، فإن تصرُّف الفضولي منه ما أذن به الشرع، ومنه ما دعت إليه الضرورة، ومنه ما لم يأذن به الشرع ولم تدع إليه الضرورة، ولكن حسب ثقة الإنسان المتصرف بالنسبة للمالك، تصرُّف.

- ١ - فأما ما أذن به الشرع، مثل: **اللقطة** إذا تم عليها الحول ولم يُعثر على صاحبها، فإن النبي ﷺ أذن باستنفاقها، فإن جاء صاحبها يوماً من الدهر، وجب على اللاقط أن يضمنها له، لكن لا يضمنها على ما وجدها، بل يضمنها على أدنى صفة كانت عليها عند الإذن بالإتفاق^(١).
- ٢ - أما ما دعت الحاجة والضرورة إليه: مثل إنسان وجد لقطة، وكانت لو بقيت إلى الحول لفسدت، كالبطيخ والفواكه وما أشبهها، فهنا له أن يتصرف فيها، مع أنها لم تدخل في ملكه بعد، لكن هذا دعت إليه الضرورة. ومنها ما لو مات إنسان في بَرٌّ، وكان معه مال لا يمكن حمله إلى البلد، فرأى الحاضرون أن يبيعوه ويحملوا ثمنه إلى البلد، فهذا تصرف من غير مالك، ولا موصى إليه، لكنه للضرورة. والأمثلة على هذا كثيرة.
- ٣ - ما لم تدع الضرورة إليه ولم يأذن به الشرع: مثل أن يعرف رجل أن

(١) أخرجه البخاري، كتاب اللقطة، باب إذا لم يوجد صاحب اللقطة بعد سنة وهي لمن، رقم (٢٢٥١)، وأخرجه مسلم، كتاب اللقطة رقم (٣٤٨)، وأحمد في مسنده رقم (٢٠٦٩٧) من حديث زيد بن خالد الجهنمي.

صاحب هذه السيارة يريد أن يبيعها، فجاء إنسان ليشتريها، وأعطي فيها ثمناً كثيراً يعتبر غبطة، فباعها ذلك الرجل بدون توكيل من مالكها ولا إذن. فهذا تصرف فضولي، لم يأذن به الشرع ولم تدع الحاجة إليه ولكنه غبطة ومصلحة لصاحب السلعة، فهل نقول: بصحبة هذا البيع لأنَّه مصلحة لصاحب السلعة؟ أو نقول: لا يصح البيع لأنَّ البائع ليس بمالك ولا مأذون له شرعاً؟ نقول: ظاهر كلام الناظم أنَّ البيع لا يصح، وهذا هو المذهب^(١).

ولكن الصحيح أنه إذا أذن المالك فإنه يكون نافذاً وصحيحاً، وذلك لأنَّ منع الإنسان بيع ما لا يملك إنما هو لحق المالك؛ فإذا أذن فيه فقد أسقط حقه.

وربما يدل على هذا حديث أبي هريرة^(٢) رضي الله عنه حين استحفظه النبي ﷺ على الصدقة وجاء الشيطان يأخذ منها، فأعطاه أبو هريرة بدون إذن النبي ﷺ، ولكن النبي ﷺ أجازه.

وحيثُّ يكون هذا القسم قد دل عليه الأثر بالقياس، دل عليه النظر بالتعليل.

وهل يدخل في هذا عقد النكاح؛ بمعنى أنَّ رجلاً كان يعلم أنَّ صاحبه يطلب امرأة يريد أن يتزوجها، وأنَّه يخطب من الناس، فجلس مع شخص وخطب منه ابنته لهذا الرجل الذي يبحث عن امرأة ليتزوجها، وقال: لا بأس أنا أزوجها إياه، فخاف أن ينقلب الولي ويرجع عن وعده، فقال: إذاً نعقد الآن، فعقد عقداً تام الشروط، ثم إنَّ الذي كان يخطب، علم بذلك، وأجاز العقد فهل يصح أم لا؟ نقول: على كلام الناظم لا يصح لأنَّ ليس له ولاية وكالة، والقول الصحيح أنه يصح إذا أذن وأجاز، لأنَّ ذلك عقد كغيره من العقود، وربما يكون هذا الذي يطلب امرأة، ربما يعطي صاحبه جائزة، أنَّ وجد له امرأة بدون كلفة وبدون مشقة.

(١) انظر: الإنصال للمرداوي (١١/٥٥ - ٥٦)، ط: هجر.

(٢) أخرجه البخاري في كتاب الوكالة، باب إذا وكلَّ رجلاً فترك الوكيل شيئاً فأجازه الموكِّل... (٢١٨٧).

فالقاعدة إذاً: أن كل العقود، سواء كانت عقود تبرعات أو معاوضات أو توثيقات أو أنكحة أو غيرها، لا بد أن تكون من مالك ويستثنى منها تصرف الفضولي، إذا كان للضرورة، أو أذن به الشرع، أو أذن به من عقد له على القول الصحيح.

قوله: (وكل ذي ولاية كالمالك): هذه القاعدة الثانية في البيت: كل من له ولاية بالوضع أو بالشرع فإنه كالمالك، أي عقده نافذ، ودليل هذه القاعدة قول النبي ﷺ في النكاح: «فإإن اشترعوا فالسلطان ولی من لا ولی له»^(١) وقوله تعالى: «وَلَا تُؤْنِنُ الْسَّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمْ إِلَّا جَلَّ اللَّهُ لَكُمْ قِيمًا»^(٢) [النساء: ٥]. والأولياء ثلاثة أنواع:

الأول: من ولايته ثابتة بالشرع، لكنها ولاية عامة كالحاكم، يعني القاضي، فإن له ولاية عامة أثبتتها له الشرع، لقول النبي ﷺ - في النكاح -: «فإن اشترعوا - يعني أولياء المرأة - فالسلطان ولی من لا ولی له» وهذا تصرفه صحيح، وولايته ثابتة بأصل الشرع.

الثاني: من ولايته ثابتة بأصل الشرع لكنها ولاية خاصة كولي القصر وولي اليتيم، الذي يجب عليه أن يتصرف بمال اليتيم بما هو الأصلح لقوله تعالى: «وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتَمِّ إِلَّا بِأَنَّكُمْ هُوَ أَحَسَنُ» [الأنعام: ١٥٢].

الثالث: من ولايته ثابتة بإذن من المالك، وهو - أيضاً - ثلاثة أنواع:

(١) أخرجه أحمد (٤٧/٦)، وأبو داود في كتاب النكاح، باب في الولي (٢٠٨٣)، والترمذى في كتاب النكاح، باب ما جاء: لا نكاح إلا بولي (١١٠٢)، وابن ماجه في كتاب النكاح، باب لا نكاح إلا بولي (١٨٧٩)، من حديث عائشة رضي الله عنها. وقال الترمذى: «حديث حسن».

(٢) المراد بقوله تعالى: «أَمْوَالَكُمْ». أموال السفهاء التي جعلها الله تعالى تحت تصرف الأولياء. قال الشيخ ابن سعدي رحمه الله: «وفي إضافته تعالى الأموال إلى الأولياء إشارة إلى أنه يجب عليهم أن يعملوا في أموال السفهاء، ما يفعلونه من أموالهم من الحفظ، والتصرف، وعدم التعريض للأخطار» ١. هـ تفسير ابن سعدي، ص ١٦٤، ط: دار ابن الجوزي.

١ - الوكيل: وهو من أذن له بالتصرف في الحياة، كما وكل النبي ﷺ عروة بن الجعد رضي الله عنه أن يشتري له أضحيته بدينار، فاشترى بالدينار شاتين، فباع واحدة بدينار ورجع إلى النبي ﷺ بشاة ودينار، فقال النبي ﷺ: «اللهم بارك له في بيته»^(١) فكان لا يبيع شيئاً إلا ربح فيه حتى التراب، بدعة النبي ﷺ فهنا تصرف لكن بإذن النبي ﷺ.

٢ - الوصي: وهو من أذن له بالتصرف بعد الموت.

٣ - الناظر: وهو من أذن له بالتصرف في الأوقاف، كما فعل عمر رضي الله عنه حين أوقف نصيه من خير بمشورة النبي ﷺ وقال: (تليه حفصة زوج النبي ﷺ ما عاشت ومن بعدها ذوو الرأي من أهلها - أي من آل عمر -)^(٢).

أمثلة:

مثال الوكيل: أن تقول لشخص: يا فلان وكلتك أن تشتري لي كذا وكذا، فهذا وكيل.

مثال الوصي: إنسان يوصي بثلث ماله في أعمال البر ويجعل التصرف إلى فلان بن فلان، فهذا الذي يتصرف يسمى وصياً، لأنه أذن له بالتصرف بعد الموت.

وبهذا نعرف تسامح بعض الكُتاب الذين يكتبون الوصايا، تجده يقول: أوصى فلان بكذا وكذا والوكيل فلان، وهذا غلط وتساهل، بل نقول: الصواب، والوصي فلان.

(١) أخرجه البخاري في كتاب المناقب (٣٤٤٣) عن نحوه.

(٢) حديث عمر رضي الله عنه بوقف صدقته. أخرجه البخاري في كتاب الوصايا، باب وما للوصي أن يعمل في مال اليتيم... (٢٦١٣)، ومسلم في كتاب الوصية، باب الوقف (١٦٣٢)، من حديث ابن عمر رضي الله عنهما.

وأما جعل حفصة على الوقف، فقد أخرجه أبو داود في كتاب الوصايا، باب ما جاء في الرجل بوقف الوقف (٢٨٧٩) نحوه.

فإذا قال قائل: هل هناك فرق بين الوكيل والوصي؟
 قلنا: نعم، الإنسان إذا وُكلَّ فمات المُوكَلُ، انفسخت الوكالة، كما لو
 قال لشخص: وكلتك في بيع بيتي، ثم مات الموكِل قبل بيع البيت، انفسخت
 الوكالة، لأن ملك البيت انتقل إلى الورثة، وهم قد لا يرضون بهذا الوكيل.
 لكن الوصية إذا قال: أوصيت إلى فلان بن فلان بكذا وكذا، فإنها لا تبطل
 بالموت، لأنه من المعلوم أن الوصي لا يتصرف إلا بعد الموت.

مثال الناظر: أن يقول القائل: إني وقفت هذا الشيء على طلبة العلم
 والناظر عليه فلان وقد اصطلح الفقهاء رحمة الله على أن يسمى ناظراً وإن
 كان حكمه حكم الوكيل، فإذا تصرف الناظر تصرفاً مأذوناً فيه من قبل المالك
 أو من قبل الشارع فهو كالمالك. ولنعلم أن قولنا: إن المتصرف في الوقف
 يسمى ناظراً، ينبغي التفطن له، لأننا نرى كثيراً من إخواننا الذين يكتبون
 الأوقاف، يقول: هذا وقف على كذا وكذا والوكليل عليه فلان، وهذا وإن كان
 صحيحاً من حيث الجملة، لكن الأولى والأحسن، أن يعبر بما عبر به الفقهاء
 والسلف الصالح، فيقول: - بدلاً من قولهم: والوكليل فلان بن فلان - والناظر
 عليه: فلان بن فلان.

٦٩ - وكلَّ مَنْ رضاه غَيْرُ مُغْتَبِرٍ كَمْبَرِاً فَعَلْمَهُ لَا يُغْتَبِرُ
 هذه أيضاً قاعدة مهمة: كل من لا يشترط رضاه في أي تصرف فإنه لا
 يشترط علمه، لأنه إذا كان لا يعتبر رضاه منسوف يقع مقتضى النطق معه سواء
 علم أو لم يعلم رضي أم لم يرض، لأنه لو عارض لم تقبل معارضته، فعلمه
 وجهله سواء.

مثاله: المُبْرَأُ، يعني: الرجل الذي عليه دَيْنٌ، أو أي حق كان، إذا قال
 له الطالب: أبرأتك من دَيْنك. هنا يبرأ المطلوب من هذا الدين، سواء رضي
 أم لم يرض.

أما لو وله شيئاً، فلا يدخل في ملكه إلا إذا رضي، لأن الهبة عين
 قائمة بنفسها، فلا بد من قبولها إذا وهبت إلى شخص، أما الإبراء فهو رفع
 وصفيف في ذمة.

وبيان ذلك: أن غريمي مدين لي، وهذا الغُرم وصف في ذمته، فإذا أبرأته من الدين برأ سواء رضي أم لم يرض، لأنني أسقطت دينه ورفعت الوصف الذي في ذمته وهو أنه غريم.

ونظيره: لو كان إنسان يطلبني مائة صاع بر وسط، فأتيت إليه بمائة صاع بر جيد، وقال: لا أقبل الجيد، أريد وسطاً، نقول: يلزمـه أن يقبل الجيد، لأنـني أعطـيـته نصـيبـه موصـوفـاً بـصـفـةـ وـلـمـ أـعـطـهـ عـيـناًـ حـتـىـ أـقـولـ: لا بدـ منـ قـبـولـهـاـ، بلـ إنـماـ أـعـطـيـتهـ صـفـةـ فـيـ الـوـاقـعـ، فـيـلـزـمـهـ الـقـبـولـ، وـهـذـاـ مـنـ جـهـةـ التـعـلـيلـ ظـاهـرـ.

ومن جهة أخرى نقول: إنه لا يمكن أن يرد الطيب بدلـاً عن الوسط إلا لسفاهـتهـ، وتصـرـفـ السـفـيـهـ غـيرـ مـقـبـولـ.

إذاً هـبـةـ الأـوـصـافـ لـاـ يـشـرـطـ فـيـهـ الرـضـىـ، إـذـاـلـةـ الأـوـصـافـ، وـهـيـ الإـبـراءـ، لـاـ يـشـرـطـ فـيـهـ الرـضـىـ أـيـضاـ، هـذـهـ قـاعـدـةـ الـمـذـهـبـ^(١).

وعلى هذا فهل يشترط علم المُبرأ؟ بمعنى أنـنيـ لوـ قـلـتـ لـجـمـاعـةـ حـوليـ: اـشـهـدـواـ أـنـيـ أـبـرـأـتـ فـلـانـاـ مـنـ الدـيـنـ الـذـيـ عـلـيـهـ، وـمـرـتـ الـأـيـامـ وـالـأـعـوـامـ، ثـمـ أـتـيـ المـطـلـوبـ وـقـالـ: هـذـاـ مـالـكـ، فـقـالـ الطـالـبـ: قـدـ أـبـرـأـتـكـ قـبـلـ عـشـرـ سـنـينـ، قـالـ: مـاـ عـلـمـتـ، هـلـ يـصـحـ الإـبـراءـ؟

نـقـولـ: يـصـحـ، لـأـنـ رـضـىـ المـبـرـأـ لـيـسـ بـشـرـطـ، سـوـاءـ عـلـمـ أـمـ لـمـ يـعـلـمـ، فـإـنـهـ سـيـرـفـعـ الـدـيـنـ عـنـ ذـمـتـهـ.

هـذـاـ هوـ تـقـرـيرـ الـمـذـهـبـ فـيـ هـذـهـ الـمـسـأـلـةـ.

ومذهب الإمام مالك أنه لا يبرأ حتى يقبل.

ومذهب الإمام أبي حنيفة أنه يبرأ إلا إن رده، وهو القول الراجح الذي تطمئن له النفس، لأن المبرأ قد يَرُدُّ الإبراء بحجـةـ أـنـ لـوـ قـبـلـ لـأـوـشـكـ أـنـ يـكـوـنـ المـبـرـأـ - بـكـسـرـ الرـاءـ - يـمـنـ عـلـيـهـ بـذـلـكـ الإـبـراءـ بـعـدـ ذـلـكـ، وـهـذـاـ لـاـ شـكـ أـنـ يـؤـثـرـ

(١) الإنـصـافـ (٢٧/١٧)، طـ: هـجـرـ.

على نفسية المبرأ، فهذا هو القول الراجح أنه إذا لم يرض المبرأ بالإبراء فإنه لا يثبت الإبراء، لكننا مشينا في التمثيل على المشهور من المذهب^(١).

- امرأة طلقها زوجها ومضى على طلاقه ثلاثة أشهر، وكانت تحيسن في كل شهر حيضة، يعني: أتى عليها ثلاط حيض، فهل تنتهي عدتها وهي لم تعلم؟

نقول: نعم؛ لأن رضاها غير معتبر فعلمها ليس بمعتبر.

وعكس هذه القاعدة: من رضاه معتبر هل يشترط علمه؟

نقول: نعم؛ لأنه لا يمكن أن يرضى بمجهول؛ فكل من رضاه معتبر فعلمه معتبر، إلا أن ينبع غيره منابه، فإنه لا يشترط علمه.

مثاله: إذا وكلت رجلاً أن يشتري لي سيارة أو أغراضًا، وأنا لم أعلم هذه الأغراض، فلا بأس لأنني أقمت هذا الرجل مقامي.

- رجل تزوج لابنه العاقل البالغ بغير رضاه ولا توكيه، هل يصح العقد؟

الجواب: لا، لأنه يشترط رضى الزوج، وهنا لم نعلم رضاه، لكن سبق أن بعض العلماء يقول: إن هذا من باب تصرف الفضولي، وأنه إذا أجازه الابن فلا بأس.

- ومن ذلك لو أن الرجل زوج ابنته كفؤاً في الدين والخلق بدون علمها، فإن تزويجه صحيح، لأن رضاها غير معتبر. وهذا على المشهور من مذهب الإمام أحمد رحمه الله عند أصحابه^(٢).

والصواب أنه ليس له الحق أن يزوجها بدون علمها، ولا بدون رضاها؛ لقول النبي ﷺ: «لا تُنكح البكر حتى تُستأذن»^(٣) وهذا عام للأب وغيره، بل جاء قول رسول الله ﷺ: «والبكر يستأمرها أبوها»^(٤) أو قال: «يستأذنها». فنص على إذن البكر، ونص على الأب.

(١) انظر: «الشرح الممتع» (١١/٧٥).

(٢) انظر: «الإنصاف» (٢٠/١١٩)، ط: هجر.

(٣) سبق تخریجه ص ٢١٩.

(٤) أخرجه أبو داود في النكاح، باب في الثيب (٢٠٩٩)، والنمسائي في النكاح، باب استئمر الأب البكر في نفسها (٣٢٦٤)، من حديث ابن عباس رضي الله عنهما.