

ولا يزال الجاهل القبول وصورهما بين الشريعة والقانون

بقلم الدكتور

سعد الدين محمد سعيد
مدرس لفقہ المقارن
بكلية الشريعة ولقانون بالقاهرة

العقود من أهم الموضوعات الجديرة بالبحث والدراسة في كل عصر ، ذلك أنها متجددة ومتطورة لتواكب تطور الحياة الإنسانية ، والناس لا غنى لهم عن معرفة أحكام العقود ، قال ابن العربي: البيع والنكاح عقدان يتعلق بهما قوام العالم ، لأن الله خلق الإنسان محتاجاً إلى الغذاء ، مفتقراً إلى النساء و خالق له ما في الأرض جميعاً ، ولم يتركه سدى ، يتصرف باختياره كيف شاء ، فيجب على كل مكلف أن يتعلم ما يحتاج إليه ، لأنه يجب على كل أحد أن لا يفعل شيئاً حتى يعلم حكم الله فيه (١) .

وقد لاقت دراسة العقود في الفقه الإسلامي ثم في ظل الدراسات القانونية اهتماماً كبيراً ، وتوسعت تلك الدراسة وتخصصت حتى إن البعض كتب رسائل كبيرة في حكم الشرط في العقد ، والبعض أفاض في عيب واحد من عيوب الإرادة في العقد . ومهما صنف الباحثون من مؤلفات في دراسة العقد ، فلن يوفوه حقه ، ولن يقتلوه بحثاً ، لأن العقد متوالد ، وصدق الله حيث يقول (٢) :
« يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود » فيه إشارة إلى أهمية العقد في حياة الإنسان لا تخفى .

(١) شرح الوطأ للزرقاني ١٨٧/٤ - وخص ابن العربي ذكر البيع والنكاح لأن سائر العقود تندرج تحتها فالأول للمبادلات المالية والثاني للمبادلات غير المالية .

(٢) سورة المائدة صدر الآية الأولى .

والعقد في اللغة نقيض الحل ، والعقد العهد ، والجمع عقود وهي أوكد للمهود - لسان العرب ٣٠٣٠ ، ٣٠٣١ ، المعجم الوجيز ص ٤٢٦ - والعقد في الفقه الإسلامي - هو ربط القبول بالإيجاب على وجه يثبت أثراً شرعياً في الحل الممتد عليه - حاشية ابن عابدين ٢/٢٦١ ، حاشية المسوق ٣/٥ وفقهاء الشافعية استعملوا للعقد في كل -

ومن الموضوعات الهامة المتصلة بدراسة هذا الكيان : بيان أحكام ولاية إبرامه، أى من يلى التعبير بالإيجاب والقبول ، ويتعلق بهذا الموضوع بيان صور التعبير بهما .

أولا : ولاية الإيجاب والقبول :

يقال : ولى الشيء يليه ، وولى عليه إذا ملك أمره وكان له القيام عليه (١) .
والمقصود بولاية الإيجاب والقبول : سلطة العاقد فى مباشرة عقده ، وتولية إياه (٢) . لأن أساس العقد هو الإيجاب والقبول .

ولا تتحقق ولاية العاقد على العقد إذا كان أهلا للتصرف إلا بأمرين :

الأمر الأول : أن يكون العاقد مالكا لما يعقد عليه ، أو مأذونا له فى التصرف .

الأمر الثانى : أن يكون للعاقد قدرة على تسليم ما تولاه .

وأتناول هذين الأمرين بشيء من التفصيل بإذن الله تعالى وتوفيقه .

الأمر الأول : ملكية العاقد :

حتى تثبت ولاية العاقد لا بد أن يكون مالكا لما يقوم بالعقد عليه ملكية تامة

- عهد يلزم به الإنسان نفسه أو يمهده على غيره فعمله على وجه إضامه إياه لإثبات أثر شرعى فى محل معين - الأشباه والنظائر للسيوطى ص ٣٠٣ .

والمتد فى ظل الدراسات القانونية هو توافق إرادتين على إحداث أثر قانونى سواء كان هذا الأثر هو إنشاء للترام أو نقله أو تعديله أو إنهاؤه - الوسيط للدكتور عبد الرزاق السنهورى ١/١٣٨ ، المدخل للم - لوم القانونية للدكتور سليمان مرقص ص ١١٨ ، النظرية العامة للالتزام للدكتور جميل الشرقاوى ص ٤٤ ،

(١) لسان العرب ص ٤٩٢٠ .

(٢) أحكام الماملات الشرعية للأستاذ على الخفيف ص ١٠٨ .

مستقرة (١) وقت العقد لأنه حينئذ يكون صاحب الولاية عن نفسه ، ويكون مخاطباً بما قرره الشارع بتنفيذ ما ألزم به نفسه . قال تعالى (٢) « يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود ، وقال جل شأنه (٣) « وأوفوا بالعهد إن العهد كان مسئولاً ، ويستثنى من شرط الملكية وقت العقد بيع السلم (٤) خاصته .

ولا يشترط أن يباشر العاقد المالك العقد بنفسه ، بل يمكنه أن ينوب غيره لإبرامه ، ويثبت لهذا الغير ولاية التعاقد بالأذن السابق من الأصيل . وقد يكون هذا النائب مفروضاً على الأصيل لفقد هذا الأخير أهلية التعاقد كما لو كان صغيراً أو مجنوناً فيكون النائب حينئذ (الأب أو الجد - أب الأب - أو الوصي) مالاً كالولاية التعاقد بإذن السلطة التي أقامته (٥) .

(١) لا يجوز بيع ما لم يستقر ملكه عليه ، كبيع الإعيان المملوكة بالبيع والإجارة قبل القبض . لحديث حكيم بن حزام أنه سأل الرسول صلى الله عليه وسلم عما يحل ويجرم من بيوعه . قال « لا يبيع ما لم يقبضه » المذهب ٢٦٢/١ ، مغني المحتاج ١٥/٢ - وحديث حكيم رواه أبو داود والترمذي وقال : إنه حسن - سبل السلام ٨١٠/٢ . ويلاحظ أن شرط الملك عند الحنفية والمالكية ليس شرطاً للانقضاء ، وإنما هو شرط لانقضاء بخلاف الشافعي على ما سيأتي من أحكام عقد المضوى - انظر في نقده المذاهب ، بدائع الصنائع ٦/٤٩٨٧ ، ٣٠١٩ ، حاشية ابن عابدين ٤/١١٠ ، الشرح الصغير ٤/١٩ ، مغني المحتاج ٢/١٥ ، كشف القناع ٣/١٥٧ ، الشرح الكبير مع المغني ٤/١٦ .

(٢) سورة المائدة صدر الآية الأولى .

(٣) سورة الإسراء من الآية ٣٣ .

(٤) فقد انتهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع ما ليس عند الإنسان ورخص في السلم - بدائع الصنائع ٦/٣٠١٥ وللسلم هو عقد على شيء يصح بيعه موصوف في الذمة مؤجل بشئ مقبرض في مجاس العقد - كشف القناع ٢/٢٨٨ ؛ الشرح الصغير ٤/٣٠٣ ، أو هو بيع موصوف في الذمة - مغني المحتاج ٢/١٠٢ ، أو بيع أجل بما جل - ابن عابدين ٤/٢١٢ .

(٥) ويثبت للأب والجد الولاية على الصغير ولاية أصلية من الشارع لا نيابة عن

حكم عقد الفضولي :

المقصود بالفضولي هنا : هو من يتصرف تصرفاً لا شأن له به ، وليست له ولاية إصداره . كمن يبيع ملك غيره من غير إذن منه أو ولاية عليه ، وكمن يقوم برهن ملك غيره ، أو بتأجيله دون إذنه ، وكمن يزوج غيره بدون إذنه أو يطلق زوجته كذلك دون إذن الزوج . فهذا التصرف منه فضالة ، وهو فيه فضولي (١) .

فإذا تولى الفضولي عقداً من العقود ، فليست هناك قوة تلزم المالك

غيرهما من قاض أو أى شخص استمدا منه هذه الولاية ، بخلاف غيرهما فهى في غيرها ولاية نيابية لأمر مستمدة من شخص آخر كولاية الوصي سواء كان وصياً من قبل الأب أو الجد أو من قبل القاضى ، وكولاية الإمام والقاضى فإنها مستمدة من المسلمين - أحكام المعاملات الشرعية للأستاذ على الحنيف ص ١٠٩ .

وتنص المادة ٤٧ من القانون المدنى الحالى على أنه « يخضع فاقدوا الأهلية وناقصوها بحسب الأحوال لأحكام الولاية أو الوصاية أو القوامة بالشروط ووفقاً للقواعد المقررة في القانون ٧ راجع في ذلك الوسيط ٢٧٢/١ - ٢٧٤ .

(١) أحكام المعاملات الشرعية للأستاذ على الحنيف ص ١٢٣ بدائع الصنائع

٣٠١٩/٦ ، مفعى المحتاج ١٥/٢ .

وفي اللغة : التفضل : للتطول على غيرك وتفضلت عليه وأنضات : تطوات . والتفضل : الزيادة ، وجمعه فضولى ، وقد استعمل هذا الجمع استعمال المفرد فسمى ما لا خير فيه فضولاً ، ثم نسب إليه فقيل : فضولى لمن يشتغل بما لا يعنيه - لسان العرب ص ٣٤٢٨ ، ٣٤٢٩ ، أحكام المعاملات الشرعية ص ١٢٣ .

وعقد الفضولى هنا يختلف عن الفضالة التى هى سبب من أسباب الإراء بلا سبب فى ظل الدراسات القانونية والتي نصت عليها المادة ١٨٨ من القانون المدنى الجديد بقولها « الفضالة هى أن يتولى شخص عن قصد القيام بشأن عاجل لحساب شخص آخر دون أن يكون ملتزماً بذلك » راجع الوسيط ١٢٢٨/١ وما بعدها ، نظرية الالتزام فى القانون المدنى الجديد للدكتور أحمد حشمت أبو ستيت ص ٥٥٩ وما بعدها .

الحقيقي قبول هذا العقد، لذلك ذهب فقهاء الشافعية إلى بطلان هذا التصرف
واعتبار كأن لم يكن لحديث حكيم بن حزام (١) « لا يبيع إلا فيما تملك » ، وعدم
ولاية العاقد فيه ، وعدم قدرته على تنفيذه .

وذهب جمهور الفقهاء الإسلاميين إلى أن تصرف الفضولي صحيح غير
لزام ، فينعقد موقوفاً على إجازة المالك (٢) - لما روى عن النبي صلى الله عليه
وسلم أنه دفع ديناراً إلى حكيم بن حزام ، رضى الله عنه (٣) ، وأمره أن يشتري له
أضحية فاشترى شاتين ثم باع أحدهما بدينار ، وجاء بدينار وشاة إلى النبي صلى
الله عليه وسلم فدعا له بالبركة وقال عاياه الصلاة والسلام « بارك الله في صفقة
يمينك » ، ومعلوم أن حكيم لم يكن مأموراً ببيع الشاة ، فلو لم ينعقد تصرفه لما
باع ولما دعا له رسول الله صلى الله عليه وسلم بالخير والبركة .

ولأن تصرف العاقل محمول على الوجه الأحسن ما أمكن ، وقد أمكن
حمله على الأحسن ههنا ، وهو قصد البر به ، والإحسان إليه بالإعانة على ما هو
خير للمالك في زعمه .

(١) ومذهب الشافعية هنا على الجديد ، وهو إحدى الروايتين عند الحنابلة وبه
قال أبو ثور وابن المنذر - منقح المحتاج ١٥/٢ ، الشرح الكبير مع المنقح ١٦/٤ -
والحديث : رواه ، أبو دارود والترمذي بألفاظ مختلفة متقاربة ، وقال : حديث حسن
سجل للسلام ٣/٨١٠ .

(٢) وهو مذهب المالكية والشافعية في القديم وإحدى الروايتين عند الحنابلة ،
وبه قال الحنفية في البيع أما في الشراء ففيه تفصيل : إن أضاف الفضولي العقد إلى نفسه
وقع لشراء له سواء وجدت الإجازة من الذي اشترى له إذ لم توجد لأن الأصل أن
يكون تصرف الإنسان لنفسه ، أما إن اشترى لغيره صح موقوفاً على إجازة ذلك الغير -
انظر في فقه المذاهب : بدائع الصنائع ١/٦ ، ٣٠٩ ، ٣٠٢٠ ، ٣٠٢٣ ، الشرح الصغير
٤/١٩ ، ٢٨ ، الشرح الكبير مع المنقح ٤/١٦ ، كشاف للقناع ٣/١٥٨ ، منقح
المحتاج ٢/١٥٠ .

(٣) مسند الإمام أحمد ١/٤٢٤ .

ولأنه عقد له مجيز حال وقوعه فصح وقفه على إجازته كالوصية بزيادة
على الثلث .

ويمكن مناقشة تلك الأدلة : بأن حكيم بن حزام لم يكن فضوليافي تصرفه ،
لأنه لم يبيع ملك غيره ، وإنما تصرف بنفسه في مال هو أمانة في يده لشراء
أضحية لرسول الله صلى الله عليه وسلم وقد فعل ، أو أنه رضى الله عنه مفرض
من رسول الله صلى الله عليه وسلم تفويضا كلياً فيكون تصرفه بصفة الوكالة ،
ويؤيد هذا الاحتمال أنه باع الشاة وسلمها ، وعند القائل بالجواز لا يجوز التسليم
إلا بإذن من المالك (١) .

وأما حمل تصرف الفضولي على الوجه الأحسن ، فإن ذلك يفتح باباً
للاستيلاء على أموال الغير بهذه الحجة . وأما الوصية فيتأخر فيها القبول عن
الإيجاب ، ولا يعتبر أن يكون لها مجيز حال وقوع العقد ، ويجوز فيها من
الغرر ما لا يجوز في البيع (٢) .

ثم إن الإجازة إنما تلحق تصرف الفضولي - عند الحنفية - بشرطين (٣) :-
الشرط الأول : أن يكون لذلك العقد مجيز وقت إنشائه ، فما لا يجيز له
عند وجوده لا تلحقه الإجازة .

فإذا باع الفضولي عقار رشيد ، أو عقار صغير بمثل القيمة فللرشيد ولولي
الصغير إجازة ذلك ، لأنهما يملكان هذا التصرف . أما إذا باع الفضولي عقار
الصغير بغبن فاحش ، أو ظلمن زوجته ، كان العقد باطلاً لا تصححه إجازة ، لأن
هذا العقد ليس له مجيز وقت إنشائه ، فالصغير ليس أهلاً لذلك ، ووليّه
لا يملك التصرف الضاربه .

الشرط الثاني : أن لا يجد العقد نفاذاً على الفضولي نفسه ؛ فإن أمكن

(١) معنى المحتاج ١٥/٢ ، الشرح الكبير مع المنقح ١٦/٤ .

(٢) الشرح الكبير مع المنقح ١٦/٤ .

(٣) بدائع الصنائع ٢١/٦ ، ٣ ، ٣٠٢٢ ، أحكام المعاملات الشرعية ص ١٢٣ ، ١٢٤ .

تنفيذه عليه ، ولم يجزه من له الشأن فيه ، نفذ على الفضولي . لو اشترى الفضولي شيئاً لشخص ، كان الشراء نافذاً على الفضولي نفسه إذا لم يرض به ذلك الشخص لنفسه ولم يصفه الفضولي إليه (١) ، لأن الفضولي ماتزم بالعقد أمام البائع ، ولا يسأل أمام البائع غيره ، وفي الإمكان إلزامه به باعتباره مشترياً لنفسه فينفذ العقد عليه .

فإذا تحقق هذان الشرطان صح لهذا التصرف أن تلحقه الإجازة ، وإجازة عقد الفضولي تجعله وكيلاً في إصداره وكأ أنه قد وكل بذلك قبل مباشرته ، ولذا قال الفقهاء : الإجازة اللاحقة في حكم الوكالة السابقة (٢) .

وقد سار القانون المصري وراء مذهب الجمهور من فقهاء الشريعة الإسلامية في حكم بيع ملك الغير الذي نظم أحكامها في المواد ٤٦٦ - ٤٦٨ من التقنين المدني الحالي .

فتنص المادة ٤٦٦ على أنه ١ - إذا باع شخص شيئاً معيناً بالذات وهو لا يملكه ، جاز للمشتري أن يطلب أبطال البيع ، ويكون الأمر كذلك ولو وقع البيع على عقار سجل العقد أو لم يسجل .

٢ - وفي كل حال لا يسرى هذا البيع في حق المالك للعين المبيعة ولو أجاز المشتري العقد .

وتنص المادة ٤٦٧ على أنه :

(١) كشف القناع ١٥٨/٣ .

(٢) أحكام اللعامات الشرعية للأستاذ علي الخفيف ص ١٢٤ ، واشترط الحنفية لصحة الإجازة توافر الشروط الأربعة الآتية : ١ - أن تكون ممن له ولاية إنشاء هذا العقد . ٢ - أن تكون حال قيام البائع والمشتري . فلو ملك أحدهما قبل الإجازة من المالك لا تصح الإجازة . ٣ - أن تكون من المالك نفسه فلا يصح أن تكون من ورثته إذا مات . ٤ - أن تكون حال بقاء محل العقد - بدائع الصنائع

٣٠٢٥/٦

١ - إذا أقر المالك البيع سرى العقد في حقه وانقلب صحيحاً في حق المشتري .

٢ - وكذلك ينقلب العقد صحيحاً في حق المشتري إذا آلت ملكية المبيع إلى البائع بعد صدور العقد .

أما المادة ٤٦٨ فتتنص على أنه : « إذا حكم للمشتري بإبطال البيع وكان يجمل أن المبيع غير مملوك للبائع فله أن يطالب بتعويض ولو كان البائع حسن النية » .

ومن هذه النصوص يتضح أن أحكام بيع ملك الغير تملخص في أن البيع يكون قابلاً للإبطال لمصلحة المشتري ، ويحق للمشتري التعويض إن كان حسن النية . أما بالنسبة للمالك الحقيقي فلا أثر للعقد بالنسبة إليه إلا إذا أقره (١) .

(١) العقود المدنية - كبيرة للدكتور خريس خضر ص ٣١٣ - هذا وقد تضاربت آراء أصحاب الدراسات القانونية في تأصيل أحكام بيع ملك الغير ، فذهب رأى إلى أنه ليس باطلاً وإنما هو قابل للإسقاط . غير أن هذا الرأى يصطدم مع صريح النص على البطلان .

وذهب جمهورهم إلى أن بيع ملك الغير باطل ، واختلفوا في نوع البطلان : فذهب رأى إلى أنه باطل بطلاً مطلقاً لانعدام سببه أو لاستحالة المحل . واعتراض على ذلك بأنه لا يتفق وأحكام بيع ملك الغير في التقنين المدني الحالي ، وذهب رأى آخر إلى أن بيع ملك الغير باطل بطلاً نسبياً ، أما لفظ في شخص البائع أو لفظ في المبيع . وقد أخذ على هذا أنه يؤدي إلى أن بيع ملك الغير لا يكون قابلاً للإبطال إلا إذا كان المشتري حسن النية في حين أنه يحق له ذلك ولو كان يعلم وقت العقد أن البائع غير مالك ، وذهب البعض إلى أن بيع ملك الغير باطل بطلاً نسبياً بموجب نص خاص دون إسناد إلى القواعد العامة - انظر العقود المدنية الكبيرة ص ٢٢٢ - ٣٢٥ ، الوسيط ٤/٢٨٢ - ٢٨٧ ، موجز البيع والإيجار للدكتور سايمان مرقص . وأرى أنه باطل بطلاً مطلقاً لعدم المحل ونصوص القانون في هذا الموضوع لا تنفي هذا الركن الهام في العقد .

على أنه - في ظل القانون الوضعي - يصح للمشتري أن يملك المبيع
لا بعقد البيع بل بالحيازة أو التقادم، فإذا كان المبيع منقولاً وتسلمه المشتري
وهو حسن النية، أي يجهل أنه اشترى من غير مالك، فإنه يملكه بمقتضى
قاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز. وإذا كان المبيع عقاراً وسجل العقد وكان
المشتري حسن النية فهو يملكه بالتقادم الخمس إذا استمرت حيازته خمس
سنوات.

وفي الحالتين لم يكن البيع الصادر من غير المالك إلا السبب الصحيح. أما
إذا كان المشتري سيء النية فهو يكسب كلا من المنقول والعقار بالتقادم الطويل
فإذا ما كسب المشتري ملكية المبيع بالحيازة أو التقادم، لا يستطيع المالك
الحقيقي أن يسترده منه، ولا يبقى للمالك في هذه الحال إلا أن يرجع على البائع
بالتعويض على أساس المسؤولية التقصيرية، لأن تصرفه فيما لا يملك يعتبر
خطأً لا سيما إذا كان سيء النية فإنه يكون في هذه الحال مغتصباً (١).

وقاعدة الحيازة والتقادم ابتداءً ظالم من القانون الوضعي لا أساس له في
الشريعة الإسلامية التي تحافظ على أموال وحقوق الناس.

الأمر الثاني: قدرة العاقد على التسليم:

ولاية العاقد لا تكتمل إلا إذا كان قادراً على تنفيذ ما عقده عند العقد،
فإن كان العاقد يعجز عن تسليم المعقود عليه مطلقاً عند العقد فلا يصح عقده
حتى وأن كان مالكا له كبيع البعير الشارد والعبد الأبق لأن ذلك فيه غرر،
ولأن العقد لا ينعقد إلا لفائدة ولا فائدة إذا لم يكن العاقد قادراً على التسليم،
والعجز عن التسليم ثابتة حال العقد، وفي حصول القدرة بعد ذلك شك
وإحتمال قد يحصل وقد لا يحصل (٢).

(١) الوسيط ٤/٢٩٩، للعقود المدنية للكبيرة ص ٣١٩-٣٢٠.

(٢) وذكر الكرخي من الحنفية أنه ينعقد ببيع الأبق موقوفاً على التسليم ولا يحتاج

فلو أمسك إنسان بالبعير الشارد ، وجاء إلى صاحبها ، أو بالعبد الأبق .
وجاء إلى مولاه فاشترى ذلك منه صح لأن المنع كان للعجز عن التسليم .
ولم يوجد في حقه .

وإذا باع الشيء من غاصبه صح لنفس العلة ، أما إذا باعه من غير غاصبه
فعند الجمهور لا يصح لعدم القدرة على التسليم ، وعند الحنفية ينعقد ووقفاً
على التسليم ، لأن المالك قادر على التسليم بقدرة السلطان والقاضي وجماعة
المسلمين إلا أنه لم ينفذ للحال لقيام يد الغاصب صورة (١) .

وليس في نصوص القانون الوضعي ما يدل على اشتراط قدرة العاقد على
تسليم المعقود عليه عند العقد ، وأن كان القانون المدني قد ذكر من ضمن
التزامات العاقد قيامه بالتسليم بصفة عامة .

فتنص المادة ٢٠٦ على أن « الالتزام ينقل حق عيني يتضمن الالتزام
بتسليم الشيء والمحافظة عليه حتى التسليم » .

وهذا النص في حد ذاته لا يدل على اشتراط قدرة العاقد على التسليم .
وقد اعتبر بعض شراح القانون نص المادة ٣٢ من القانون المدني الحالي
والتي تقول : « إذا كان محل الالتزام مستحيلاً في ذاته كان العقد باطلاً ، إعتبر
هذا النص شرطاً في محل المعقود عليه أن يكون محكناً ، أو شيئاً موجوداً » .

إلى تجديد البيع إلا إذا كان للقاضي فسخه بأن رافعه المشتري إلى للقاضي
فطالبه بالتسليم وخرج عن التسليم ففسخ القاضي للبيع بينهما ثم ظهر للعقد ، لأن الإبان
عنده لا يوجب زوال الملك ، بدليل أنه يصح عتقه وتديره - بدائع الصنائع ١٦/٦ ، ٣٠٤ -
وروى عن ابن عمر وابن سيرين وشريح جواز بيعه - ولا وجه لذلك - للشرح الكبير
مع المغني ٢٤/٤ .

(١) بدائع الصنائع ١٦/٦ ، للشرح الصغير ٢٤/٤ ، مغني المحتاج ١٢/٢ ،
كشف القناع ١٦٢/٣ ، للشرح الكبير مع المغني ٢٤/٤ .

أو قابلاً للوجود، وهو ما يقابل ما وضعه الفقهاء الإسلاميون من إشرط
قدرة العاقد على التسليم (١).

ولا نسليم بذلك فقد يكون المحل ممكناً في ذاته ويعجز العاقد عن قيامه
بالتسليم والتنفيذ كالبعير الشارد .

ثانياً : صور الإيجاب والقبول :

الإيجاب في اللغة : الإلزام، والإثبات ، يقال : أوجبه إيجاباً ، أى
لزم وألزمه (٢).

والإيجاب عند جمهور الفقهاء هو ما يدل على التملك بعوض دلالة ظاهرة (٣).

والقبول في اللغة : يطلق على معان عدة منها الموافقة ، والأخذ (٤).

أما عند جمهور الفقهاء فهو ما يدل على التملك دلالة ظاهرة .

والغالب أن يكون القبول تالياً للإيجاب ، ولا يمتنع العكس (٥) . وأن
كان الفقه الحنفي يعتبر كل ما صدر أولاً معبراً عن الرضا من أى المتعاقدين
إيجاباً ، وما صدر ثانياً يسمى قبولا ، واعتبر أصحاب الدراسات القانونية
مذهب الحنفية في ذلك (٦) .

(١) نظرية الالتزام الدكتور عبد الباقى المطار ص ١١٣ - ١١١ .

(٢) لسان العرب ص ٤٧١٦ .

(٣) معنى المحتاج ٢/٢ ، نهاية المحتاج ٣/٣ ، كشف القناع ١٤٦/٣ ، المعنى
والشرح الكبير ٣/٤ .

(٤) لسان العرب ص ٢٥١٨ .

(٥) ومنع الإمام الشافعي تقدم القبول على الإيجاب . وجزم الرافعي بجوازته -

الشرح الصغير ٤/١٣ ، بداية المجتهد ٢/١٧ ، الجلال المحلى ٢/١٥٢ ، ١٥٣ ،
المهذب ١/٢٥٧ ، كشف القناع ١٤٦/٣ ، المعنى والشرح الكبير ٣/٤ .

(٦) بدائع الصنائع ٦/٢٩٩٠ ، حاشية ابن عابدين ٤/٦ ، الالتزامات في الشرع
الإسلامي الأستاذ أحمد إبراهيم ص ٦٢ ، ٦٣ ، أحكام المعاملات الشرعية للأستاذ

والحديث عن صور الايجاب والقبول يستلزم أن نمهد له ببيان القواعد العامة في التعبير، وبيان الفرق بين التعبير الصريح والتعبير الضمني، ثم نبين صور التعبير، ومتى ينتج أثره، وأخيراً نتكلم عن الحالات الخاصة في القبول.

١ - القواعد العامة في التعبير :

الأصل أن يكون التعبير عن الايجاب والقبول غير خاضع لأيّة شكلية متى كان باتّاف إظهار رضا المتعاقد، وذلك في ظل مبدأ الرضاية، لأن أسلوب التعبير غير مقصود لذاته.

والفقه الإسلامي ترك حرية التعبير للمتعاقدين ما لم يدع الشك في جديته، كما لو كان يستطيع النطق وعبر بالإشارة دون سبب معقول، لأن الايجاب والقبول إنما يراد أن للدلالة، فإذا وجد ما يدل عليه قام مقامهما وأجزأ عنهما لعدم التعبير فيه (١).

ونص المادة ١/٩٠، ٣ مدني «التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة وبالإشارة المتداولة عرفاً، كما يكون باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالة على حقيقة المقصود».

ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمناً إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحاً، (٢).

على الخفيف ص ٩٩، مجلة الأحكام العدلية مادة ١٠١ ص ٣٣ - وانظر في كتب شرح القانون: نظرية الالتزام الدكتور أحمد أبو ستيت ص ٧٢، الوسيط ١/٢٠٦، النظرية العامة للالتزامات الدكتور محمود زكي ص ٧٧، نظرية الالتزام الدكتور محمد لبيب شاب ص ١٠٤ وما بعدها.

(١) بدائع الصنائع ٦/٢٩٩٤، الشرح الصغير ٤/١٢، منفي المحتاج ٢/٧، المنفي والشرح للكبير ٤/٥٠.

(٢) الوسيط ١/١٧٥، القانون المدني المصري - الحكومة المصرية - المطابع الأميرية.

التعبير الصريح هو الذى يكشف عن الإرادة بطريقة مباشرة كما هو المؤلف بين الناس ، فقد تكون هذه الطريقة هى الألفاظ الدالة على الإرادة ؛ سواء أكانت فى مواجهة المتعاقد الآخر أو فى غير مواجهته كالمخاطبة التليفونية وكإيفاد رسول لا يكون نائبا ، وقد تكون هذه الطريقة هى الكتابة أيا كانت صورتها ، رسمية كانت أو عرفية ، وقد تكون الإشارة كإشارة الأخرس ، وأية إشارة من غير الأخرس يتواضع الناس عليها كمنز الرأس عموديا دلالة على القبول ، وهزه أفتيا تعبيراً عن الرفض .

« ولا يقصد بالتعبير الصريح استعمال عبارة بعينها ، وإنما يكفي أن يتوافق من الدلالات الواضحة ما يستبعد معه كل شك فى إفادته المعنى المقصود (١) .

والتعبير الضمنى أو الكنائى هو الذى لا يكشف عن الإرادة بطريقة مباشرة ، ولكنه يحتاج إلى تفسير وإيضاح بما يصاحبه من ملازمات ، كما إذا تصرف شخص بالبيع مثلا فى شيء معرض عليه ليشتريه ، فهذا دليل على قبوله الشراء ، وكما لو قال للبائع أعتق عبدك عنى بكذا ففعل ، فإنه يعتق عن الطالب ويلزمه العوض .

وهناك من الشراح (٢) من يذهب إلى أن التعبير الصريح هو التعبير المباشر الذى يقصد به إيصال العلم بطريق مباشر إلى من توجه إليه هذه

(١) نظرية الالتزام فى القانون المدنى الجديد للدكتور أحمد حنمت أبو استيت

ط ثانية ١٩٥٤م - مطبعة مصر ص ٧٦ .

ويقول الصنمانى ؛ والرجع فى ذلك أعراف الناس - بدائع الصنائع ٤/١٧٩٨ .

(٢) الوسيط للسنهورى ١/١٧٧ هامش ٢ ، الالتزامات لمبد السلام ذهنى بك

من كتب مدرسة الحقوق الملكية - مطبعة مصر ص ١٠٥ ، ١٠٦ ، أبو استيت

ص ٧٥ هامش ١ ، للنظرية للإمامة للالتزامات للدكتور محمود جمال الدين زكى ط الثالثة

١٩٧٨م مطبعة جامعة القاهرة ص ٦٩ .

الإرادة . والتعبير الضمني هو التعبير غير المباشر أى التعبير الذى لا يقصد به
إيصال العلم بالإرادة مباشرة بل يستدل منه بطريق غير مباشر على وجود هذه
الإرادة . وليس هناك فرق محسوس بين الرأيين .

ولاشك أن التعبير الصريح أقوى من الدلالة على الإرادة من التعبير الضمنى ،
و أى مظهر من مظاهر الصريحة أو الضمنية يكفى بوجه عام فى التعبير عن
الإرادة ، (١) مع مراعاة أن الشريعة الإسلامية وتتبعها النقيضات الوضعية
تشرط فى بعض تصرفات لها خطر خاص أن يكون التعبير تعبيراً صريحاً ،
وهى حالات قليلة ، روعى فيها أهميتها . والمثل الواضح فى الشريعة الإسلامية
لذلك عقد النكاح (٢) .

ومن أمثلة هذه العقود أيضاً الطلاق فى العتاق فإنه لا يعتبر المعنى فهما ،
وإنما تعتبر الألفاظ الموضوعية لهما (٣) .

وفى التقنين المدنى بعض الأمثلة منها المادة ٩٧ ، حيث يتطلب القانون لبراءة

(١) الوسيط ١٧٧/١ . انظر أيضاً أبو ستيت ص ٧٦ ، الجلال المحلى ١٥٢/٢ ،
حاشية ابن عابدين ٥/٤ . كشاف للقناع ١٤٦/٣ ، بداية المجتهد ١/٥/٢ ، منق
المحتاج ٥/٢ .

(٢) لأن النكاح محتاط فيه ما لا محتاط فى البيع من المذهب ٤١/٣ ، نهاية المحتاج
٣٦١/٨٣ . ومذهب الحنفية والمالكية لا يشترطون فى عقد النكاح تعبيراً صريحاً ، فيجوز
عندهم بانفاز الهبة أو العطية أو البيع أو الصدقة مع التنية - انظر بدائع الصنائع
١٣٢٧/٣ للعقود الدرية ١٧/١ ، بداية المجتهد ٤/٢ .

والراجع ما ذهب إليه للشانعية والحنابلة من اشتراط اللفاظ مشتقة من مادة
الزواج ولتنكح لدلالاتها صراحة فى هذا الميثاق لتخليط ولورود الحديث عنه
فى القرآن بذلك من انظر عكس هذا للترجيح للأستاذ على الخفيف فى أحكام المعاملات
للشريعة ص ٧٤ .

(٣) حاشية ابن عابدين ٩/٤ .

زمة المستأجر الأصلي نحو المؤجر أن يكون قد صدر من هذا قبول صريح بالتنازل عن الإيجار أو بالإيجار من الباطن (١) .

وبناء على مبدأ سلطان الإرادة يجوز للعاقدين بمحض إرادتهما أن يشترطا لصحة العقد تعبيراً خاصاً بأن يكون صريحاً أو بالكتابة وفي هذه الحالة ينفذ الإتفاق فلا يوجد التعبير إلا في الشكل المتفق عليه (٢) .

٣ - صور التعبير عن الإيجاب والقبول :

يتخذ التعبير عن الإيجاب والقبول سواء كان صريحاً أو ضمناً عدة صور ، فقد يكون باللفظ أو الكتابة ، أو الإشارة ، أو الرسالة ، أو بالفعل سواء في الشريعة الإسلامية أو القانون على ما سيوضح فيما يلي :

(١) التعبير باللفظ :

اللفظ هو الأصل في التعبير عن الإيجاب والقبول ، ولذلك لا يشترط أن يكون بعبارة معينة متى دل على المعنى المقصود وأفصح عن الرضا في التعاقد ، ولا استثنى من ذلك إلا النكاح عند الشافعية والحنابلة والظاهرية إذ يشترطون أن يكون بلفظ إلا نكاح أو التزويج أو ما يشتق منهما .

ولا يشترط أن يكون اللفظ بلغة معينة متى فهمها السامع لحصول الغرض المطلوب « والسبب في هذا أن ما يعبر به ليس من الأمور التعبيرية ، بل هو من الأمور التي مرجعها إلى عادات الناس وعرفهم ، لأنها من شئون دينهم ومعلقة بحياتهم » (٣) .

(١) الوسيط ١/١٧٨ ، أبو ستيت ص ٧٦ .

(٢) الوسيط ١/١٧٨ .

(٣) الالتزامات في الشريعة الإسلامية لأحمد إبراهيم ص ٦٨ - وهذه الأحكام في فقه الشريعة الإسلامية وحكم القانون سواء لأن العبارة بالمعاني لا بالألفاظ - انظر : الوسيط =

والتعبير باللفظ لا بد أن يكون بصوت يسمعه من بقربه وإن لم يسمعه صاحبه (١)، وأن يكون واضحاً في دلالاته على الإيجاب أو القبول. أما الألفاظ المحتملة فلا بد معها من قرينة قاطعة في الدلالة، كقول البائع جعلته لك أو خذته أو تسلمه أو سلطتك عليه بكذا (٢).

والعبرة بما يدل على الرضا بحسب وضعه في العرف لافي الفتحة (٣).

١٧٧/١ ، أبو ستيت ص ٧٥ ، النظرية العامة للانزيمات للدكتور جمال الدين زكي ص ٦٩ ، نظرية الالتزام للدكتور عبد الناصر المطار ص ٣٥ .

وفي الفتحة الإسلامي : ابن عابدين ٥/٤ ، العقود المدنية ١٦/١ ، بدائع الصنائع ٢٩٨٥/٦ ، بداية المجتهد ١٧٠/٢ ، الفتاوى الهندية ٤/٣ ، الجلال المحلى ١٥٣/٢ ، الشرح الصغير ١٢/٤ - ويلاحظ أن ابن حزم الظاهري اشترط لصحة العقود استخدام الألفاظ الواردة بها في النصوص الشرعية ، وزجته في سائر اللغات لأن الأسماء عنده توفيق من الله تعالى قال تعالى : « وعلم آدم الأسماء كلها » البقرة ٣١ وعلى ذلك فلا يجوز البيع عنده إلا باللفظ للبيع ، وباللفظ الشراء أو باللفظ للتجارة أو باللفظ يبيع به في سائر اللغات عن البيع من المحلى ٢٥٠/٨ - ويمكن الجواب على ابن حزم بأن أي لفظ يستعمله العرف فهو من الأسماء التي علمها الله لبني آدم في عرفهم .

(١) معنى المحتاج ٦/٢ .

(٢) وعلى هذا الأساس استعرض الفقهاء الإسلاميون كثيراً من الألفاظ للكنائبة وبينوا الحكم في الصيغ المختلفة للألفاظ سواء كان للتعبير بالماضي أو المضارع أو الأمر أو الاستفهام أو خاطأ بينها - انظر تفصيل ذلك مجلة الأحكام العدلية المواد ١٦٩ ، ١٧٠ ، ١٧١ ، ١٧٢ ، معنى المحتاج ٥/٢ ، نهاية المحتاج ٣/٣٦٤ ، حاشية ابن عابدين ٩/٤ ، ١٠ بدائع الصنائع ٢٩٨٠/٦ ، حاشية المدسوقي ٣/٣ ، ٤ ، بداية المجتهد ١٧/٤ للشرح الصغير ١٣/٤ ، ١٤ ، كشاف القناع ٣/١٤٧ ، المفق ٤/٣ ، ٤ ، نظرية الالتزام للدكتور عبد الناصر المطار ص ٤٦ ، الوسيط ١/١٧٦ ، ٧٧ .

(٣) حاشية المدسوقي ٣/٣ .

(ب) التعبير بالكتابة :

يمكن أن التعبير يتخذ عن الإيجاب أو القبول صورة الكتابة ، وطريقتها أن يكتب شخص إلى آخر أني أبيعك وري الفلانية بكذا ، فإذا وصل الكتاب وعلم ما فيه فقبل انعقد البيع بينهما .

ويجوز أن يكون القبول ههنا بالكتابة أيضاً ، باللفظ ، أو الإشارة .
والتعبير عن الإرادة في التعاقد بالكتابة لا جدال في جوازه لمن عجز عن النطق ، أو كان التعاقد بين غائبين لحكم الضرورة (١) .

أما التعبير بالكتابة بين حاضرين قادرين على الكلام ، فالرأى أنه يصح إذا جرى العرف بذلك ، أو كان هناك سبب وجيه يعليه العاقدان يدفعهما إلى الكتابة ، كأن أراد البيع دون علم حاجز بينهما ، أما إذا لم يكن كذلك فلا يصح التعبير بها لإمكان التعبير باللفظ أو بما جرى العرف عليه ومخالفة ذلك يضعف من جدية العقد ، ولا يستثنى من ذلك إلا عقد الزواج لخطورته وإنتفاء الحكمة من التستر عليه ، فلا ينعقد بالكتابة عند حضور الزوجين إلا عند العجز عن النطق (٢) .

- (١) وهناك وجه للشافعية لا يميز التعاقد بين الغائبين بالكتابة لإمكان التوكيل بالمقد فانتفت للضرورة - المذهب ٢٥٧/١ .
- (٢) أنظر أحكام المعاملات الشرعية للأستاذ طي الحنيف ص ٧٢ . وفي لفظه الإسلامي خلاف في صحة التعبير بالكتابة بين حاضرين على رأيين .
الأول وهو وجه للشافعية : لا يصح لأن العرف جعل للكتابة لإفهام الغائب كما جعل الإشارة لإفهام الأخرس ، ولأنه فعل ما يمكن فعله بالقول .
الرأى الثاني وهو قول الحنفية والمالكية والروجه الثاني للشافعية : يصح ، لأن الكتابة حروف ينهم منها مقصود الإرادة وهي على الأكل صيغة كناية فاستوى فيها الحاضر والغائب كسائر الكتابيات .

ويجب أن تكون الكتابة مستبينة، أي مكتوبة على شيء تظهر عليه كقسطاس أو لوح، أو أرض فإن كانت مستبينة بأن كتب على الماء، أو الهواء فلا أثر لها، كما يجب أن تكون الكتابة بالاملأ المعتاد، لأنها جارية مجرى الخطاب (١).

(ج) التعبير بالإشارة :
قد تكون الإشارة هي الأسلوب الوحيد للتعبير عن الإرادة، كما لو كان المتعاقد أخرساً، أو ممنوعاً من الكلام بسبب مرض أو إكراه، وقد تكون الإشارة صريحة إن فهمها الفطن وغيره، وقد تكون كناية إن فهمها الفطن فقط (٢).
ولا خلاف في الفقه الإسلامي على جواز التعبير بالإشارة للأخرس ومن في حكمه (٣)، ولا يشترط في هذه الحال العجز عن الكتابة، وإن كان هناك رأى يقول بذلك، لأنها أقل دلالة من الكتابة فلا تقبل مع إمكان الكتابة (٤).

وإذا صح التعبير عن الإيجاب والقبول بالإشارة فيجب أن تكون هذه

أنظر : مجلة الأحكام المدلية المادة ١٧٣ ص ٤١ ، المهذب ٨٣/٢ ، ٢٥٧/١ ، بدائع الصنائع ٤/١٨١٢ ، حاشية السنوسي ٣/٣ ، ابن عابدين ٤/١٠ ، الشرح الصغير ٤/٥٥٥ . ١٣/٤ ، حاشية القليوبي مع الجلال المحلى ٢/١٥٣ ، ١٥٤ .
(١) بدائع الصنائع ٤/٨٨١٢ ، ٦/٢٩٩٤ ، كشف القناع ٣/١٤٨ ، معنى المحتاج ٥/٢ .

(٢) معنى المحتاج ٧/٢ .
(٣) معنى المحتاج ٧/٢ ، نهاية المحتاج ٣/٣٧٣ ، مجلة الأحكام المدلية مادة ١٧٤ ص ٤١ .

(٤) وبهذا الرأي أخذت المادة ١٢٨ من لائحة المحاكم الشرعية في مصر بالنسبة لإقرار الأخرس - أنظر نظرية الالتزام الدكتور عبد الناصر العطار ص ٣٨ هامش ١ ، أحكام المعاملات الشرعية للاستاذ طي الحفيظ ص ٧٥ .

الإشارة معهودة عن يعبر بها ومفهومة في العرف وإلا فلا أثر لها .
أما غير الأخرس فلا يصح له أن يعبر عن إيجابه أو قبوله بالإشارة لقدرته
على الكلام (١) ، وذهب المالكية إلى صحة ذلك لأن الإشارة تسمى كلاماً ،
قال تعالى (٢) « قال رب اجعل لي آية قال آيتك ألا تكلم الناس ثلاثة أيام إلا
رمزاً ، أي تكلمهم بالإشارة بدل اللفظ (٣) .

ويمكن الرد على ذلك بأنه لم يكن يملك إلا الإشارة .
والتعبير عن الإرادة بالإشارة جائز في التقنينات العربية من الأخرس وغير
الأخرس على السواء ، وسواء كان الأخرس يعرف الكتابة أو لا يعرفها (٤) .

(د) التعبير بالرسالة :
الرسالة هي نقل كلام الموجب بواسطة الرسول كما ينقل كلامه بواسطة
الكتاب (٥) .

وصورتها : أن يرسل رسولا إلى رجل ويقول للرسول : إني
بعث داري هذا من فلان الغائب بكذا فإذهب إليه ، وقل له : أن فلانا أرسلني
إليك ، وقال لي : قل له إني قد بعث داري هذا من فلان بكذا ، فإذا ذهب
الرسول وبلغ الرسالة ، فقال المشتري في مجلسه ذلك : قبلت ، انعقد البيع ، لأن

- (١) مغني المحتاج ٢/٧ ، الاستاذ على الحنفية ص ٧٥
(٢) سورة آل عمران الآية ٤١
(٣) حاشية المسوق ٣/٣ ، الشرح الصغير ٤/١٣ ، ٥٥٥/٤ ، وقد أيد ذلك
د/عبد الناصر المطار في نظرية الالتزام ص ٣٨
(٤) نظرية الالتزام للدكتور عبد الناصر المطار ص ٣٧ ، نظرية الالتزام
مصادر الالتزام للدكتور محمد أبيب شبيب ط ١٩٧٦ م ، دار النهضة العربية
ص ٨٨ .

(٥) الالتزامات في الشرع الإسلامي للاستاذ أحمد إبراهيم ص ٧١ ، حاشية ابن
عابدين ٤/١ .

الرسول سفير ومعبر من كلام المرسل ، وناقل كلامه إلى المرسل إليه ، فكأنه
حضر بنفسه فأوجب البيع وقبل الآخر في المجلس (١) .

والشأن في الرسالة كالشأن في الكتابة ، والفرق بينهما أن المنقول بالكتاب
كلام مكتوب ، والمنقول بالرسالة كلام ملفوظ ، والغاية في كل منهما
واحدة (٢) .

والرسول لا يعتبر وكيلًا ، لأن الرسول لا يعقد بنفسه لصالح المرسل
بخلاف الوكيل .

(هـ) التعبير بالفعل :

يمكن أن يكون التعبير عن الإيجاب أو القبول بالفعل بدون كلام ،
ولا كتابة ، ولا إشارة متى دل هذا الفعل على الرضا دلالة قاطعة تفهم من العرف
وقرائن الأحوال .

والنموذج لهذا التعبير في الفقه الإسلامي هو بيع المعاطاة (٣) ، وصورته :

(١) بدائع الصنائع ٦/٢٩٩٤ .

(٢) أحمد إبراهيم ، المرجع السابق .

(٣) وبيع المعاطاة جائز عند المالكية وجمهور الحنفية والحنابلة وبعض الشافعية
لأن الله تعالى أحل للبيع ولم يبين كيفية نوجبه للرجوع فيه إلى العرف ، والمسلمون
في أسواقهم وبيعاتهم على ذلك .

وبعض الحنفية والحنابلة يميزون بين المعاطاة في خسائس الأشياء دون نفيسها
وذلك لحكمة شأنها .

وجمهور الشافعية لا يميزون بين المعاطاة ، لأن الفعل بالمعاطاة لا يدل بوضعه على
للراضي . قلت : والأمر يجب بترك العرف فيما يجوز بيعه بالمعاطاة وما لا يجوز ، لأنه
يرجع إلى مصالح الناس .

انظر حاشية ابن عابدين ١/٤ ، حاشية المدسوقي ٣/٣ ، الشرح الصغير ٤/١٣ ،
منها المحتاج ٢/٢ ، ٤ ، المهذب ١/٢٥٧ ، المغني والشرح الكبير ٤/٤ ، أحكام
المعاملات الشرعية للأستاذ علي الخفيف ص ٧٥ .

أن يأخذ شخص سلعاً معروضة بثمن معين ويعطى صاحبها الثمن دون أن يتكلم أحدهما، أو تصدر منه إشارة. فحقيقة التعاطي وضع الثمن وأخذ الثمن عن راضٍ منهما من غير لفظ (١).

وتكون هذه المعاوضة من الجانبين، ويمكن أن تكون المعاوضة من جانب واحد كأن يقول البائع للمشتري: بعث لك هذا القدر بكذا فيدفع المشتري الثمن ويأخذ المبيع دون أن يتكلم (٢).

ويجوز التعبير عن الإرادة في ظل التقنيات العربية « باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالة على حقيقة المقصود، من ذلك عرض التاجر سلعاً في واجهة متجره مبيناً أثمانها عليها وهو لإيجاب لبيعها (٣).

٤ - متى ينتج التعبير أثره ؟

إذا عبر العاقد عن إيجابه في المعاوضات بأى وسيلة من وسائل التعبير، سواء كان باللفظ، أو الكتابة، أو الإشارة، وغيرها فلا أثر لهذا التعبير إلا من الوقت الذي يتصل فيه بعلم المتعاقد الآخر.

ولا ينصرف هذا الحكم في فقه الشريعة الإسلامية إلى القابل إذا كان العقد بين غائبين. ويظهر ذلك في صورة التعبير بالكتابة أو الرسالة أو يكتفى صدور القبول في مجلس الإيجاب (٤)، ولو لم يعلم الموجب بهذا القبول، لأنه في أغلب

(١) حاشية ابن عابدين ١١/٤.

(٢) المغني والشرح الكبير ٤/٤، الالتزامات في الشرح الإسلامي لأحمد إبراهيم ص ٧٣.

(٣) نظرية الالتزام الدكتور عبد الناصر للمطار ص ٣٩.

(٤) حتى يقترن القبول بالإيجاب بقدر الإمكان - انظر مقيس المحتاج ٥/٢، الالتزامات

في الشرع الإسلامي لأحمد إبراهيم ص ٧٠.

وعمل الحنفية ذلك بأن الرسول سائر ومعبود عن كلام المرسل بأقل كلامه إلى المرسل إليه فكأنه حضر بنفسه فأوجب البيع وقبل الآخر في المجلس، وفي صورة الكتابة فإن خطاب الغائب كتابته فكأنه حضر بنفسه وخاطب بالإيجاب وقبل الآخر في المجلس،

بدائع الصنائع ٦/٢٩٩٤.

الأحيان يكون غائبا عن هذا المجلس . ولا يكفي علم من وجه إليه الإيجاب لئتم
العقد ، بل يجب أن يستمر الموجب على إيجابه إلى أن يتصل به القبول (١) . كما
يجب أن يكون الإيجاب موجهاً إلى من صدر منه القبول ، فلو قال بعث فلاناً
الغائب فبلغه فقبل لم ينعقد إلا إذا كان بكتابة أو رسالة (٢) .

ولا يلزم إيجاب الموجب في التبرعات إلا بعد قبض المتبرع له حتى ولو علم
برغبة المتبرع في التبرع وقبل تبرعه ، لأنها عقود إرفاق فلا تلزم إلا بالقبض (٣)
وبالنسبة للعقود التي يكفي لإنشائها الإيجاب ولا يلزم لتمامها القبول كالوقف (٤) ،
فإن التعبير ينتج أثره بمجرد صدوره تماماً .

وتنص المادة ٩١ من التقنين المدني الجديد : ينتج التعبير عن الإرادة أثره
في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه ، ويعتبر وصول التعبير قرينة على
العلم به ما لم يقم الدليل على عكس ذلك .

ويسرى هذا الحكم على الموجب والقابل سواء أ كنا حاضرين أم كنا
غائبين (٥) .

ولا يقصد بعلم من وجه إليه العلم الحقيقي بل يكفي العلم الحسني ، وهذا

-
- (١) بدائع الصنائع ٢٩٩٤/٦ ، معنى المحتاج ٦/٢ .
 - (٢) وهذا مذهب الحنفية وخالف في ذلك الشافعية فقالوا : يصح بيع كالمو كاتبه بن
أولى - ومارآه الحنفية أضبط للعقد - أنظر حاشية ابن عابدين ١٠/٤ ، معنى المحتاج ٥/٢ .
 - (٣) وهذا مذهب الحنفية والشافعية ، وقال مالك ينعقد بالقبول ويجوز على القبض
كالبيع سواء ، وعلى ذلك يترتب على الإيجاب أثره بمجرد علم للعاقدة الآخر - حاشية
ابن عابدين ٥٣١/٤ ، بداية المجتهد ٣٩٢/٢ ، معنى المحتاج ٤٠٠/٢ .
 - (٤) على قول من يرى أن الوقف إسقاط يتم الإيجاب وحده ، وهو اختيار النووي
من الشافعية وأبو يوسف من الحنفية - الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٣٠٤ .
 - بدائع الصنائع ٣٩٠٩/٨ .

(٥) نظرية الالتزام للدكتور عبد الناصر للعطار ص ٧٩ .

يستفاد من وصول التعبير (الخطاب أو الرسول) غير أن هذه القرينة تقبل لإثبات العكس فيستطيع من وصله التعبير أن ينفي علمه به ، بأن يثبت مثلاً أنه كان مريضاً مرضاً منعه من العلم أو كان غائباً واستعصى عليه أن يحيط علماً بالتعبير (١) .

وإذا اتصل تعبير الموجب بعلم من وجه إليه صح لهذا الأخير أن يقبله أو يرفضه لأن العقد لا يتم إلا برضاه ، وحيث لم يصدر قبول صح للموجب أن يرجع عن إيجابه دون أدنى مسئولية عليه حتى ولو لم ينفذ مجلس العقد (٢) ، لأن رجوع الموجب لا يبطل حقاً للغير بالإضافة إلى أن الموجب هو الذي أثبت للمخاطب بالإيجاب ولاية القبول أو الرفض فحق له أن يرفع هذه الولاية قبل أن يتعلق بها حق (٣) . ولا يشترط علم من وجه إليه الإيجاب برجوع الموجب بل يكفي أن يكون قبوله حتى لا تلزم الموجب بالعقد بغير رضاه ، وعبء الإثبات يقع عليه ، ويظهر ذلك في صورة الإيجاب بالمراسلة أو الكتابة (٤) .

(١) أبوستيت ص ٨٠ .

(٢) وهذا رأى الجمهور من فقهاء الشريعة الإسلامية الحنفية والشافعية والحنابلة ، وأخذ به التقنين المصرى فى المادة ١/٩٤ مدنى ، وخالف المالكية ذلك فأثروا الموجب بالبقاء على إيجابه إلى حين صدور القبول أو انقضاء مجلس العقد . لأن الوعد لازم والإيجاب مثله - انظر بدائع الصنائع ٦/٢٩٩٤ ، منقى المحتاج ٦/٢ ، المنقى ٣/٥٦٥ ، شرح الأورقانى ٥/٦٢٥ ، مواهب الجليل ٤/٢٤١ .

(٣) نظرية الالتزام الدكتور عبد المناصر للمطار ص ٧٠ .

(٤) فإذا رجع الكاتب أو المرسل عن إيجابه قبل قبول الآخر صح رجوعه ولم ينفذ للعقد سواء علم المكتوب إليه أو المرسل إليه أو لم يعلم . وهذه الصورة تخالف صورة الوكالة فإذا وكل إنساناً ثم عزله بغير علمه لا يصح عزله لأن الرسول يحكى كلام المرسل وينقله إلى المرسل إليه فكان سفيراً ومعبراً محضاً فلم يشترط علم الرسول بذلك فأما الوكيل فإنما يتصرف عن تفويض الموكل إليه فشرط علمه بالمرسل صيانة له عن التفرير - بدائع الصنائع ٦/٢٩٩٤ ، منقى المحتاج ٥/٢ .

ويختلف القانون المصري مع ما تقرّر في الشريعة الإسلامية ويهدر حق رجوع الموجب ولو قبل قبول الآخر طالما لم يتصل ذلك بعلمه حتى وإن وصله وأثبت أنه لا يعلم (١). وإذا اتصل القبول بالإيجاب لزم العقد ولا عبء رجوع الموجب بعد ذلك (٢).

هـ - حالات خاصة في القبول :

قلت الأصل أن يكون التعبير باللفظ أو الكتابة أو الإشارة أو أى أسلوب آخر يخرج الإرادة من عالم الخفاء الغير محسوس إلى عالم الظهور المحسوس دليلاً على الإيجاب والقبول .

وبما كان الإيجاب عمل إيجابى إرادى يصدر أولاً وغالباً من يملك التملك ، فلا يتصور أن يكون ذلك بأمر سلبى كالسكوت ، أما القبول وإن كان فى الحقيقة معبراً عن الإرادة إلا أنه تالياً للإيجاب ، ومن الممكن أن يستخلص من ظروف الحال كسكوت من له القبول ، أو قيامه بالتنفيذ . كما يتخذ القبول شكلاً خاصاً فى عقود الإذعان وعقود المزارع وعقود الجماعة والعقود التوذية .

أولاً السكوت :

السكوت فى ذاته مجرداً عن أى ظرف ملابس له لا يكون تعبيراً عن الإرادة ولو قبولا ، لأن الإرادة عمل إيجابى والسكوت شىء سلبى (٣) ، ولا يرجح معه القبول عن الرفض أو العكس .

ولهذا كان الأصل فى الفقه الإسلامى أنه لا ينسب لساكت قول (٤) . غير

(١) راجع نص المادة ٩١ من التقنين المدنى ، وفى هذا المعنى د/ عبد الباقى المطار فى نظرية الالتزام ص ٧٣ .

(٢) نظرية الالتزام الدكتور عبد الناصر المطار ص ٧٢ .

(٣) الوسيط ٢٢١/١ .

(٤) نظرية الالتزام الدكتور عبد الناصر المطار ص ٥٠ - ويثبت من ذلك

أن السكوت إذا لابسها ما يرجح القبول فينبغي أن يكون دليلاً له رفعا للخرج والضيق على الناس ، كأن يكون التصريح به محرراً لصاحبه وفي الصمت حفاظ على حياته كالبكر في سكوتها تعبيراً عن رضاها في النكاح (١) ، أو كان محرراً للوجوب وفي الصمت حفاظ على مشاعره كما في سكوت الموصى له تعبيراً عن رضاة بالوصية من الموصى (٢) ، أو كان فيه تضيق على الناس فلو ألزمتنا كل إنسان بالرد على كل الموافقة حتى ولو كان ظاهرها يدل على الموافقة لكان في هذا مشقة على الناس ، كما لو شرط المتعاقدان أو أحدهما الخيار مدة معينة ومضت المدة ولم يفسخ أحدهما فإن هذا يعتبر دليلاً على القبول ويجب أن يلزم

= سكوت البكر لوجود الحياء المانع من الكلام في حقها - الشرح الكبير مع المفتي ١٦/٤

(١) أنظر بداية المجتهد ٤/٢ ، الالتزامات في الشرع الإسلامي ص ٧٥ .

ويلاحظ أن مذهب الشافعية لا يكتفي بسكوت البكر في التعبير عن الرضا في الزواج إذا كان رليها غير الأب والجد - المذهب ٣٧/٢ ، ومن العقود التي يكتفي فيها بالسكوت في القبول الوقت على معين - الأشباه والنظائر ص ٣٠٤ .

(٢) فإن الموصى له إذا سكت بعد الموصى عن القبول أو الرد حتى مات تمت الوصية ويعتبر عدم رده قبولاً لأن الوصية تمت من ناحية الموصى وقد مات وهو مصمم عليها فيجب تنفيذها تحقيقاً لفرضه بعد موته وهذا مذهب أبي حنيفة وأصحابه ، وقبل ينتقل حق القبول إلى وريثة الموصى له لأنه عليك لمعين فلم يلزم من غير قبول كالمهبة وهو مذهب المالكية والشافعية - أنظر بدائع الصنائع ٤٨٤١/١٠ ، الالتزامات في الشرع الإسلامي للاستاذ أحمد إبراهيم ص ٧٥ ، المذهب ٤٥٢/١ ، بداية المجتهد ٣٣٦/٢ .

ويلاحظ أن ابن رشد نسب للشافعية أنه ليس للقبول شرطاً في صحة الوصية ، والتحقق أن الوصية إذا لم تكن لمعين كالفقراء لزم الموت لأنه لا يمكن اعتبار القبول فلم يعتبر ، وإن كانت لمعين لم يلزم إلا بالقبول للأمة المذكورة - المذهب ١٥٢/١ ، بداية المجتهد ٣٣٦/٢ .

العمد (١) ، ولهذا لم ينقل عن النبي صلى الله عليه وسلم ولا عن أحد من أصحابه استعمال القبول في الهبة أو الهدية أو الصدقة ، وقد أهدى إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم من الحبشة وغيرها ، وكان الناس يتحرون بهداياهم يوم عائشة ، وروى البخارى عن أنى هريرة قالى : كان رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا أتى بطعام سأل عنه « أهديت أم صدقة » ؟ فإن قيل : صدقة قال لأصحابه : « كلوا » ولم يأكل . فدل هذا على رفضه بالسكوت . وإن قيل : هدية ضرب بيده فأكل معهم .

وفى حديث سلمان رضى الله عنه حين جاء إلى النبي صلى الله عليه وسلم بتمر فقال : هذا شىء من الصدقة رأيتك أنت وأصحابك أحق الناس به ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم لأصحابه « كلوا » ولم يأكل ثم أتاه ثانية فقال : رأيتك لاتأكل الصدقة وهذا شىء أهديته لك فقال النبي صلى الله عليه وسلم « بسم الله » وأكل (٢) . ولو كان القبول شرطاً فى هذه العقود لشق ذلك ، ولكانت أكثر العقود فاسدة وأكثر أحوال الناس محرمة (٣) ، وصدق الله حيث يقول (٤) « وما جعل عليكم فى الدين من حرج » .

وفى نطاق الدراسات القانونية ترى أن المبدأ العام الذى يقول به الفقه والقضاء فى مصر وفى غيرها من البلاد أن السكوت عدم ، وأولى بعدم أن

(١) وهذا قول الحنفية والشافعية والحنابلة لأن المدة ماحقة بالمقد فبطالت بانقضائها كالأجل ، وقال مالك لا يلزم المقدم بضم المدة ولا يعتبر ذلك قبولا ، وإنما يلزم المبيع من هو فى يده من بائع أو مشتر سواء كان الخيار لهما أو لأحدهما ، ولو كان المبيع بيده من ليس له الخيار - بدائع الصنائع ٧ / ٢٣٠٣ ، للشرح الصغير وحاشية الصاوى ٤ / ١٨٧ ، للذهب ١ / ٥٢٩ ، للشرح الكبير مع المنفى ٤ / ٦٩ .

(٢) سبل السلام ٣ / ٩٤٠ ، المنفى والشرح الكبير ٤ / ٥ .

(٣) المنفى والشرح الكبير ٤ / ٥ .

(٤) سورة الحج من الآية ٧٨ .

يكون دلالة الرفض أو القبول (١).

وليس معنى ذلك أن السكوت قرينة للرفض كما لا يمكن أن يكون مرجحاً للقبول. على أن المادة ٩٨ من القانون المدني المصري أوردت على هذا المبدأ العام الاستثناءات التالية:

١ - إذا كانت طبيعة المعاملة أو العرف التجاري أو غير ذلك من الظروف تدل على أن الموجب لم يكن لينتظر تصريحاً بالقبول، فإن العقد يعتبر قد تم إذا لم يرفض الإيجاب في وقت مناسب.

٢ - ويعتبر السكوت عن الرد قبولاً إذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين واتصل الإيجاب بهذا التعامل، أو إذا تمحض الإيجاب لمنفعة من وجه إليه.

ولاشك أن هذا النص الذي أورد تلك الاستثناءات لا يخرج عن فقه الشريعة الإسلامية وإن كان قد توسع في الأخذ بالسكوت كدليل للقبول في عقود التبرعات، والغالب عند الفقهاء الإسلاميين وجوب التعبير بالقبول في.

(١) أبو ستيت ص ٧٨ - قضت محكمة الإسكندرية الابتدائية المختلطة في دائرتها التجارية بأن سكوت المشتري أكثر من ثمانية أيام دون أن يرد على عرض يرضه للبائع وبشروط فيه شرطاً في صفة طات المفاوضات دائرة فيها بين البائع والمشتري مدة أسابيع عديدة لا يعتبر رضاه من المشتري بل يجب أن يكون رضاؤه واضحاً جلياً بعد هذه المفاوضات الطويلة (٦ ديسمبر ١٩٢٦ جازيت ١٧/١٨٧ رقم ٢٧) وانظر عدة أفضية أخرى هامش الوسيط ٢٢١/١ وجدير بذكر ما جاء في المذكرة الإيضاحية لمشروع المهيدي في هذا الصدد «يلبغى التفريق بين التعبير للضمني عن الإرادة وبين مجرد السكوت فالتعبير للضمني وضع إيجاباً أما السكوت فهو مجرد وضع ساجي، وقد يكون التعبير للضمني بحسب الأحوال إيجاباً أو قبولاً. أما السكوت فمن المتنوع على وجه الإطلاق أن يتضمن إيجاباً وإنما يجوز في بعض الفروض الاستثنائية أن يعتبر قبولاً مجموعة الأعمال التحضيرية ٥٧/٢ هامش الوسيط ٢٢١/١.

التبرعات (١) ، وهو الأولى بالاعتبار إلا إذا جرى العرف بذلك لأن المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً .

ثانياً : التنفيذ الاختياري :

من العقود ما لا يحتاج إلى قبول بصورة مادية من صور التعبير عن الإرادة كاللفظ أو الكتابة أو غيرهما كما أنه قد لا يكون سلبياً بالسكوت ، وإنما يكتفى بقيام القابل بالتنفيذ ، ويعتبر هذا قبولا ضمنياً كما في الوكالة ، لأن قبول وكلائه صلى الله عليه وسلم بفعلهم (٢) .

والحكم لا يختلف في نطاق الدراسات القانونية ، فنرى القضاء المصرى يعتبر أن التنفيذ الإختياري للإيجاب يقوم مقام القبول في العقود ويعتبر قبولا ضمنياً إذا تبين ذلك من طبيعة التعامل أو من مقتضى العرف (٣) . وكان المشروع

(١) عقود التبرعات وإن كانت ملزمة لطرف واحد إلا أنها في حاجة إلى إيجاب وقبول ، أما الإيجاب فلا أن ملك الإنسان لا ينتقل إلى الغير بدون تملكه ، وأما القبول فلا أنه إزام الملك على الغير ، وهذا مذهب الجمهور وخالف في ذلك أبو حنيفة وأصحابه . هذا زفر في كفى عندم الإيجاب لإنشاء تلك العقود - حاشية ابن عابدين ٥٢١/٤ ، بدائع الصنائع ٣٦٩/٨ ، الالتزامات في الشريعة الإسلامى للاستاذ أحمد إبراهيم ص ٥٩ بداية المجتهد ٢٢٩/٢ ، المهذب ٤٤٦/١ .

(٢) وكالوكالة للمارية ، وهذا رأى الحنفية والحنابلة وجمهور الشافعية ، وقال المالكية وبعض الشافعية لا بد من القبول كسائر العقود - العقود المدرية ٣٤١/١ ، كشف القناع ٤٦٢/٣ ، الجلال المحلى ٣٤٠/٢ ، بداية المجتهد ٣٠٢/٢ . وقيل للوكالة في هذا الحكم سائر العقود الجائزة كالشركة والمضاربة والسفارة والزراعة ، ولأنه إذن في التصرف والإذن قائم ما لم يرجع عنه أشبه الإباحة كشف القناع ٤٦٢/٣ .

(٣) الوسيط ٢٢٥/١ ، نظرية الالتزام للدكتور عبد الناصر المظار ص ٥٢ - خفضت محكمة الاسكندرية الإبتدائية المختلطة بأنه يجوز أن يستناد الرضا من القيام

التمهيدى يشمل على نص هذا الشأن إلا أن لجنة المراجعة خدمته من المشروع النهائي لأنه « من التفاصيل التي لا ضرورة لها » (١).

ثالثاً : القبول في عقود الإذعان :

القبول في عقود الإذعان (٢) يكون تسليماً ورضوخاً لما عليه الموجب من شروط دون مناقشة ، وغالباً ما يكون هذا القبول واقعاً تحت تأثير الحاجة لاحتكار الموجب لها .

وتنص المادة ١٠٠ من القانون المدني على أن « القبول في عقود الإذعان

يعمل من أعمال التنفيذ لا سبيل معه إلى الشك في إنصاف نية الماقد الذي لم يوقع للمقد إلى القبول (٦ يونيو ١٩١٦ جازيت ١٩/٧) هـ امش (١) للوسيط ٢٢٥/١ وأنظر عدة أفضية أخرى .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥٦/٢ ، ٥٧ وكانت المادة ١٤٣ من المشروع التمهيدي المحذوفة تقضى بأنه « إذا بين من إرادة الموجب أو من طبيعة التعامل أو من مقتضى عرف ، إن تنفيذ المقدم يقوم مقام القبول فإن المقدم يعتبر قد تم في الزمان والمكان اللذين بدأ فيهما التنفيذ ، ويجب في هذه الحالة المبادرة بإخطار الطرف الآخر بيده التنفيذ » أنظر للوسيط ٢٢٥/١ .

(٢) يشعر هذا الاسم بمعنى الاضطرار في القبول ، لأن القابل في هذا المقدم لا يملك إلا أن يأخذ أو يدع ، ويكون مضطراً في القبول ، لأن هذه العقود تتماق غالباً بسلمة أو مرفقاً يعتبر ضرورياً له فضلاً عن احتكار الموجب لذلك ، كما يفلب على هذه العقود أن يكون إجبارياً نموذجاً يحتوى على عدة بنود أغلبها لمصاحبة الموجب ولا يتيسر فهمها للرجل العادي وتكون موجهة إلى اللباس كإثارة بصنة دائمة ومستمرة ، وأمثلة هذه العقود كثيرة منها التعاقد مع شركات النور والماء والغاز ومع مصالح البريد والتخريف وعقد العمل في الصناعات الكبرى . وتخضع هذه العقود للتواعد العامة في العقود في نقتة للشريعة الإسلامية فلا يصح الاحتكار ولا الإكراه سواء كانت مادياً أو معنوياً إلى غير ذلك من أحكام .

وقد ثار خلاف في ظل المبراهات القانونية حول طبيعة هذه العقود لأنكر البعض

يقتصر على التسليم يشروط مقررة يضعها ولا يقبل مناقشة فيها، (١).

رابعاً: القبول في عقود المزااد (٢):

قد تتم بعض العقود بطريق المزااد لا بطريق الممارسة، وفي هذه الحال يكون طرح الصفقة في المزااد دعوة للتعاقد لأنه لا يتضمن تحديداً نهائياً للثمن والسلعة فلا يعتبر عرضاً نهائياً، فإذا تقدم صاحب العطاء كان ذلك إيجابياً منه يسقط بمجرد صدور عطاء جديد أكبر منه، أما القبول فلا يتم إلا برسو

على هذه العقود صفتها التعدية لأنها أقرب إلى أن تكون قانوناً يمين تفسيره كما يفسر للقانون وبراعى فيه مقتضيات العدالة وحسن النية وينظر فيه إلى ما تستلزمه الروابط الاقتصادية التي وضع لتنظيمها ويرى لبعض الآخر أنها عقود حقيقية تتم بتوافق إرادتين كسائر العقود ولا ينقص من قدرها ضعف أحد المتعاقدين لأنها ظاهرة اقتصادية لا ظاهرة قانونية.

وقد أخذ القانون المدني الحالي بهذا الرأي الأخير، ونظم بنصوص خاصة عقود الالتزام المرافق للعامة وعقد العمل وعقد التأمين، وأتى بنصوص عامة لتنظيم عقود الإذعان كافة. فقد نصت المادة ١٤٩ على أنه إذا تم للمقعد بطريق الإذعان وكان قد تضمن شروطاً تعسفية جاز للتناخي أن يبدل هذه الشروط أو أن ينفى للطرف المذعن منها وذلك ونقاً لما تقتضيه به العدالة ويتبع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك، ونصت المادة ١٥١ على ما يأتي: ١ - يفسر للشك في مصلحة المدين ٢ - ومع ذلك لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضاراً بمصلحة المذعن.

انظر الوسيط ١ / ٢٢٩ وما بعدها، النظرية العامة للالتزامات للدكتور محمود جمال الدين زكي ص ٨٩ وما بعدها، نظرية الالتزام للدكتور عبد الناصر المطار ص ٥٢، أبو ستيت ص ١٠٢ وما بعدها.

(١) ونفس الحكم تنص عليه المادة ١٥١ سوري والمادة ١/١٦٧ عراقي والمادة ١٧٤ لبناني - انظر نظرية الالتزام للدكتور عبد الناصر المطار ص ٥٣ هامش .
(٢) انظر الوسيط ١ / ٢٢١ وما بعدها، نظرية الالتزام للدكتور عبد الناصر المطار ص ٥٢، النظرية العامة للالتزامات ص ٨٨.

المزاد (١)، ويتم رسو المزاد عادة بعد قبول صاحب السلعة آخر عطاء (٢)، وهو لا شك أكبر عطاء إلا أنه في المزاد بطريق المظاريف يجوز لصاحب السلعة أن يشترط أن يكون له الحق في قبول أو رفض أى عطاء لمصلحة يراها كما أنه من حقه أن لا يقبل آخر عطاء ويقفل باب المزايدة وفي هذه الحال لا يتم العقد ولا يرسو المزاد على أحد.

وتنص المادة ٩٩ من القانون المدني على أنه «لا يتم العقد في المزايدات إلا برسو المزاد ويستقط العطاء بعطاء يزيد عليه ولو كان باطلا».

ومثال العطاء الباطل أن يكون ممن لاحق له في التعاقد في الصفقة المطروحة في المزاد كيقاض يتقدم بعطاء في مزاد لبيع عين متنازع عليها إذا كان نظر النزاع يقع في اختصاصه.

ومن أمثلة عقود المزاد بيع أموال المدين جبراً عنه عن طريق القضاء أو عن طريق الإدارة بالمزاد، وكذلك البيوع التي تجرئها المحاكم الحسبية، وقد يختار البائع هذا الطريق طواعية.

والتعاقد بطريق المزاد جائز شرعاً (٣)، ولا يعد من بيع الرجل على بيع

(١) وإذا كان رسو المزاد يتوقف نفاذه على تصديق شخص أو جهة فلا يتم العقد ما لم يتم هذا للتصديق كما لو كان رسو المزاد لا يتم إلا بعد تصديق مجلس الإدارة أو لجنة خاصة في بيع أحوال الدولة - نظرية الالتزام للدكتور عبد الناصر البطارص ٥٥٠.

(٢) وفي هذه الحال يلتزم المشتري بالمقدم - حاشية الصاوي مع الشرح الصغير

(تأنيبه) ١٦/٤.

(٣) وقد روى أحمد والزمذني عن أنس «أن النبي صلى الله عليه وسلم باع قدحاً وحاساً فيمن يزيد» وانظر الحديث عند أبي داود وأحمد «أن النبي صلى الله عليه وسلم نادى على قدح وحاس لبعض أصحابه فقال رجل: ها على بدرهم ثم قال آخر: ها على بدرهمين».

أخيه ، لأن المزايد يعلم أن من حق غيره أن يتقدم بعتاء آخر .

خامساً : القبول في عقود الجماعة والعقود النموذجية :

في العقود الجماعية كعقد العمل الجماعي (١) يكفي لتمام الإيجاب والقبول فيه توافق الرضا من الأغلبية وتلتزم الأقلية الراضة بالعقد احتراماً للأغلبية ،

وفي هذا دليل على جواز بيع المزايدة وهو البيع على الصفة التي فعلها النبي صلى الله عليه وسلم الواردة . وحكى البخاري عن عطاء أنه قال : أدركت للناس لا يرون ناساً في بيع المنانم قيمين يزيد ، ووصله ابن أبي شيبه عن عطاء وجاهد ، وروى هو وسعيد بن منصور عن جاهد قال : لأبأس ببيع من يزيد ، وكذلك كانت تباع الأخماس . وقال الترمذي عقب حديث أنس المذكور : والعمل على هذا عند بعض أهل العلم لم يروا ناساً يبيع من يزيد في المنانم والموارث . قال ابن العربي : لا معنى لاختصاص الجواز بالنسبة والميراث فإن الباب واحد وللمنى مشترك . اهـ . ولعلهم جعلوا تلك الزيادة التي زادها ابن خزيمة وابن الجارود والدارقطني قيدا لحديث أنس المذكور واسكن لم ينقل أن الرجل الذي باع عنه النبي صلى الله عليه وسلم القمح والحلوس كانا معه من ميراث أو غنيمه ، فالظاهر الجواز مطلقاً أما لذلك وأما لإلحاق غيرهما بهما ويكون ذكرهما خارجاً مخرجاً للغالب لأنهما للقتاب على ما كانوا يبتادون البيع فيه مزايدة . وممن قال باختصاص الجواز بهما الأوزاعي وإسحاق وروى عن التميمي أنه كره بيع المزايدة ، واحتج بحديث جابر الثالث في الصحيح أنه صلى الله عليه وسلم قال في مدبر من يشتريه مني فاشتره نعم بن عبد الله بثمانمائة درهم ، واعترضه الإسماعيلي فقال : ليس في قصة المدبر بيع المزايدة فإن بيع المزايدة يعطى به واحد ثماناً ثم يعطى به غيره زيادة عليه . نعم يمكن الاستدلال به بما أخرجه البراء من حديث سفيان بن وهب قال : سمعت النبي صلى الله عليه وسلم يلمح عن بيع المزايدة واسكن في إسناده ابن لهيعة وهو ضعيف ، نيل الأوطار للشوكاني ١٦٩/٥ .

(١) وهو العقد الذي ينظم شروط العمل ما بين طائفة أصحاب الأعمال وطائفة العمال - الوسيط ١/٢٣٥ ، وانظر في هذا الموضوع أيضاً نظرية الالتزام للدكتور عبد الناصر المطار ص ٥٢

فضلا عن أن عقود الجماعة أقرب من القوانين منها إلى العقود .

وتنص المادة ١٤٦ من المشروع التمهيدي على أنه « في عقود الجماعة يتم القبول برضا الأغلبية وترتبط الأقلية بهذا القبول ، وقد حذف هذا النص من المشروع النهائي لأن مكانه يحسن أن يكون في تشريع خاص (١) .

أما العقود النموذجية فتصنفها غالباً سلطة عامة أو أي هيئة نظامية أخرى كمقود الإيجار التي تضعها وزارة الأوقاف ، في هذه الحال يعتبر إبرام هذا العقد والإحالة إلى النموذج قبولاً للشروط الواردة فيه .

وكانت المادة ١٤٧ من المشروع التمهيدي تنص على أنه « إذا وضعت السلطة العامة أو أية هيئة نظامية أخرى نموذجاً لأحد العقود فإن من يبرم هذا العقد ويحيل على النموذج يتقيد بالشروط الواردة فيه ، وحذفته لجنة المراجعة لوضوحه (٢) ، كما لا يخفى ووضوحه في ظل الفقه الإسلامي .

ومثال عقود الجماعة في الفقه الإسلامي شركة الأبدان ؛ ومعناها أن يشترك أثنان أو أكثر فيما يكتسبونه بأيديهم كالصناع يشتركون على أن يعملوا في صناعاتهم مما رزق الله تعالى فهو بينهم ، فإن إشتروا فيما يكتسبون من المباح كالخطب والحشيش والثمار المأخوذة من الجبال والمعادن والتلصص على دار الحرب فهذا جائز نص عليه أحمد في رواية أبي طالب فقال : لا بأس أن يشترك القوم بأبدانهم وليس لهم مال مثل الصيادين والنقالين والحمالين قد أشرك النبي بين عمار وسعد وابن مسعود فجاء سعد بأسيرين ولم يجيئنا بشيء (٣) .

والخلاصة في مقتضى هذا المثال أن الأبدان لا يشتركون في ما يكتسبون من المباح كالخطب والحشيش والثمار المأخوذة من الجبال والمعادن والتلصص على دار الحرب فهذا جائز نص عليه أحمد في رواية أبي طالب فقال : لا بأس أن يشترك القوم بأبدانهم وليس لهم مال مثل الصيادين والنقالين والحمالين قد أشرك النبي بين عمار وسعد وابن مسعود فجاء سعد بأسيرين ولم يجيئنا بشيء (٣) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ١٧/٢ ، ٦٨ (هامش) .
(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ١٧/٢ ، ٦٨ .
(٣) المغني للشرح الكبير ١١١/٥ والحديث رواه النسائي سبل السلام ١٩٢/٢

٢٧٢

رقم ٨٣٠

... ..

... ..
... ..
... ..

... ..
... ..
... ..

... ..
... ..
... ..

... ..
... ..
... ..
... ..
... ..
... ..
... ..

... ..

ومن ذهب إلى صحة شركة الأبدان المالكية والحنابلة والحنفية في الضائع
دون اكتساب المباح ، كما قال بصحة تلك للشركة الهادوية . وأبطلها الشافعي
 وابن حزم للظاهري إبنائها على الضرر إذ لا يقطع بمحصول الربح لتجويز تمذر العمل
 وهذا قول أبي ثور أيضاً - انظر مجمع الأنهر وبدر المنق ٧٢٦/١ ، بداية المجتهد
 ٢/٢٥٥ ، المهذب ١/٣٤٦ ، المنق والشرح الكبير ١١١/٥ ، سبل السلام
 ٨٩٣/٣