

العنوان:	الاشتراط لمصلحة الغير في الفقه الاسلامي والقانون المقارن
المصدر:	مكتبة الإدارة
الناشر:	معهد الإدارة العامة
المؤلف الرئيسي:	محمد، عباس حسني
مؤلفين آخرين:	سوار، محمد وحيد الدين(عارض)
المجلد/العدد:	مج 14, ع 3
محكمة:	نعم
التاريخ الميلادي:	1987
الشهر:	أبريل
الصفحات:	193 - 214
رقم MD:	22348
نوع المحتوى:	عروض كتب
قواعد المعلومات:	HumanIndex, EcoLink
مواضيع:	التعاقد، الاشتراط لمصلحة الغير ، الفقه الإسلامي، القوانين والتشريعات، القانون الوضعي ، العقود، الحرية ، الشريعة الإسلامية، السيرة النبوية ، الإجماع، الفتاوى الشرعية، عرض وتحليل الكتب، الأدلة الشرعية، الاجتهاد، البع
رابط:	http://search.mandumah.com/Record/22348

• مكتبة الإدارة
• المجلد ١٤
• العدد ٣
• رمضان ١٤٠٧هـ
• إبريل - مايو ١٩٨٧م

الاشتراط لمصلحة الغير في الفقه الاسلامى والقانون المقارن

تأليف : د. عباس حسنى محمد *
مراجعة : د. محمد وحيد الدين سوار * *

مقدمة:

يقع الكتاب الذى نحن بصدد عرضه فى حوالى ٤٩٧ صفحة مقاس ٢٤×١٧. وقد صدر عن شركة مكتبات عكاظ للنشر والتوزيع فى المملكة العربية السعودية عام ١٤٠٤ هـ ١٩٨٤ م.

والكتاب موضوع العرض هو الأول من نوعه فى اللغة العربية.

مؤلف الكتاب:

الدكتور عباس حسنى محمد المستشار بادرارة قضايا الحكومة فى القاهرة، والمعار سابقاً إلى قسم الدراسات الإسلامية فى كلية التربية (جامعة الملك سعود)، و حالياً إلى كلية الشريعة والدراسات الإسلامية (جامعة الكويت).

المحتويات:

بالإضافة إلى ثبّت محتويات الكتاب، ومقدمته، وخاتمته، يتكون من قسمين رئيسيين، نعرضهما بإيجاز فيما يلى:

القسم الأول: التعريف بالاشتراط لمصلحة الغير وموقف الفقه الاسلامى منه وتأصيله.
الباب الأول: تناول الكاتب فيه تحديد المراد بالاشتراط لمصلحة الغير فى الفقه الإسلامى والقانون الوضعى.

• عباس حسنى محمد. الاشتراط لمصلحة الغير فى الفقه الاسلامى والقانون المقارن. جده: مكتبات عكاظ، ١٤٠٤ هـ
• استاذ القانون المدنى فى معهد الادارة العامة.

الباب الثانى: وهو يتألف من فصلين: عرض فى أولهما لقاعدة حرية العقود والشروط، ووقف عند الآراء الفقهية المضيقة للحرية التعاقدية، والموسعة لها. وقد أعلن الكاتب انحيازه للرأى الأخير الموسع، مقتضياً فى ذلك، أثر الفقيهين الكبيرين: ابن تيممة، وابن القيم، اللذين أثبتا أن الأصل فى العقود والشروط هو الإباحة، لا الحظر.

ثم عمد الكاتب فى الفصل الثانى إلى استعراض صور الاشتراط لمصلحة الغير فى الفقه الإسلامى.

الباب الثالث، وهو يعالج مسألة تأصيل الاشتراط لمصلحة الغير. ويتألف من ستة فصول. وهى تتناول الموضوعات التالية:

الفصل الأول: وهو يبحث فى الاشتراطات لمصلحة الغير، التى نص عليها الشراعى أو أقرها: وهى (١) صلح الحديبية، (٢) عقد هوازن، (٣) اتفاق الرسول صلى الله عليه وسلم مع أسرى بدر لتعليم جماعة من المسلمين الكتابة، (٤) عقد استئمان الحربى، (٥) حديث عتق سُفينة، (٦) عقد الظئر، (٧) الاشتراط لمصلحة الميت ودائنه، (٨) استثناء جزء من غلة الوقف لغير المستحقين، (٩) قيام على بن أبى طالب رضى الله عنه بأداء الودائع إلى الناس نيابة عن الرسول صلى الله عليه وسلم.

الفصل الثانى، وهو يتناول دلالة الإجماع، **الفصل الثالث،** وهو يتناول النظم الشرعية التى تعد، بعد تحليلها، اشتراطاً لمصلحة الغير. ويورد الكاتب، هنا، الإرادة المنفردة، وتطبيقاتها، باعتبارها أمثلة للاشتراط لمصلحة الغير. وهوما سنتصدى لنقده فيما بعد. ثم يعرض الكاتب فى **الفصل الرابع** للنظم الشرعية التى تشبه، فى نظره، فكرة الاشتراط لمصلحة الغير (النيابة والفضالة). ثم يتناول فى **الفصل الخامس،** التأصيل العقلى والفقهى للفكرة، ودحض الشبهات من حولها. ثم يعالج فى **الفصل السادس** تأصيل الاشتراط لمصلحة الغير فى القانون الوضعى.

القسم الثانى: تناول الكاتب نظرية الاشتراط لمصلحة الغير فى الفقه الإسلامى، موازنة بالنظرية القانونية للاشتراط لمصلحة الغير كما وقف عند صور الاشتراط لمصلحة الغير فى

القانون المدنى المصرى (التأمين، عقد التزام المرافق العامة، عقود التوريد والمقاولات وغيرها) وبين موقف الفقه الاسلامى منها .

التعليق: نود، فى خاتمة هذا العرض، أن نسجل بعض الملحوظات على الكتاب، فنبداً بما يتحلّى به من محاسن، ثم ننتهى بما يرد عليه من مآخذ .

أولاً: مزايا الكتاب: يمتاز الكتاب بوضوح الغرض الذى يسعى إلى تحقيقه، كما يمتاز الكتاب بالتزامه بمتطلبات تحقيق هذا الغرض . وحسب الكتاب قيمة أنه كان رائداً فى معالجة موضوعه . وقد قدمنا أنه الأول من نوعه فى المكتبة العربية . هذا إلى أنه يقدم للباحثين فى الفقه الإسلامى والقانون الوضعى فوائد قيمة، سواء من الناحية النظرية، أو التراثية، أو العملية .

أ) فمن الناحية النظرية: تعد مسألة الاشتراط لمصلحة الغير بالغة الأهمية لأنها تمثل خروجاً بيناً على مبدأين مهمين: الأول: نسبة آثار العقد، والثانى: المبدأ القاضى بضرورة وجود صاحب الحق، وتعيينه عند نشوء الالتزام .

ومقتضى المبدأ الأول أن العقد عاجز عن إفادة غير المتعاقدين أو الإضرار به . فالعقد أنانى لا يجنى منه غنماً، ولا يتحمل غمماً إلا من اشتراك فى إبرامه . وتورد نظرية الاشتراط لمصلحة الغير استثناء على هذا المبدأ، حين تتيح للغير أن يفيد من عقد لم يشترك فيه .

ومقتضى المبدأ الثانى أن الحق - أو ان شئت قلت الالتزام - حين ينشأ يجب أن يكون له صاحب معين عند نشوئه . وتلقى نظرية الاشتراط لمصلحة الغير استثناء على هذا المبدأ، إذ تتساهل، فتسمح بنشوء الحق، على الرغم من عدم وجود صاحبه، أو عدم تعيينه . فالمنتفع، فى ظل هذه النظرية، يجوز أن يكون شخصاً مستقبلاً، أو جهة مستقبلية، كما يجوز أن يكون شخصاً، أو جهة لم يعين وقت العقد، متى كان تعيينهما مستطاعاً، وقت أن ينتج العقد أثره . فاذا قدم شخص ثرى مثلاً هبة إلى إدارة معهد الإدارة العامة، مع اشتراط أن يؤدى ربيع المال الموهوب جائزة حولية لأوائل الناجحين فى مقرر القانون المدنى، ففى هذه الحال ينشأ الحق مباشرة من عقد الاشتراط لهؤلاء الأوائل، على الرغم من عدم وجودهم،

وتعيينهم، عند إبرام عقد الهبة. وكذا لو قدم ثرى هبة إلى ادارة التلفاز، مع اشتراط أن تؤدي منها جوائز للفائزين بأحاجى رمضان، ففى هذه الحال ينشأ الحق للفائزين بالحلول بالجوائز، على الرغم من عدم وجودهم، وتعيينهم، عند إبرام عقد الاشتراط لمصلحتهم.

ب) ومن الناحية التراثية: تتبدى فائدة البحث من الناحية التراثية من حيث تسليط الأنوار على جهود فقهاءنا الأوائل، الذين لم يألوا جهداً في إيجاد الحلول الفقهية، لما يقع بين الأفراد من نوازل. ولقد وفق الكاتب في العثور على عدد من النصوص الشرعية، والنظائر الفقهية، ذات الصلة بموضوع الاشتراط لمصلحة الغير، سواء على صعيد القانون العام (حقوق الله)، أو على صعيد القانون الخاص (حقوق العبد). الأمر الذى مكّنه، إلى حد ما، من إبراز نظرية الاشتراط لمصلحة الغير في الفقه الاسلامى وتأصيلها. وحسناً فعل الكاتب في محاولة إقامة الفروع على الأصول في نظرية كلية للاشتراط لمصلحة الغير.

وتكتسى محاولة الكاتب أهمية خاصة، إذا ما عرفنا أن من سبقه من الباحثين المحدثين في الفقه الاسلامى قد أنكر إعمال الفقه الاسلامى لفكرة الاشتراط لمصلحة الغير. من هؤلاء الباحثين استاذنا المرحوم الدكتور عبدالرزاق أحمد السنهورى، الذى قرر «ان الاشتراط لمصلحة الغير على النحو المعروف في الفقه الغربى غير جائز في الفقه الاسلامى (١)» ومن هؤلاء أيضاً الدكتور صبجى المحمصانى الذى أكد بدوره، «أن الشريعة الإسلامية لم تقر الاشتراط لمصلحة الغير (٢)». وكذا الدكتور شفيق شحاته الذى أكد بدوره أيضاً «ان نصوص الشريعة الإسلامية لا تقر جواز الاشتراط لمصلحة الغير (٣)».

وخلافاً لما قرره الفقهاء المذكورون - وهم يأتون في مقدمة من اشتغلوا بالموازنة بين الفقه الاسلامى والفقه الغربى - يقول المؤلف الدكتور عباس حسنى في مقدمة كتابه المبحوث فيه (ص ١٤): «لقد اتضح لى بعد البحث والتنقيب أن فكرة الاشتراط لمصلحة الغير في الفقه

(١) عبدالرزاق السنهورى، مصادر الحق في الفقه الاسلامى دراسة مقارنة بالفقه الغربى ج ٥، ص ١٦١.

(٢) صبجى المحمصانى، النظرية العامة للعقود والموجبات والعقود في الشريعة الاسلامية، ج ٢ ص ٢٢٩.

(٣) شفيق شحاته، النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الاسلامية، ف ١٨٠.

الاسلامى خصيبة للغاية، و بالغة الثراء» و يضيف الدكتور عباس قائلًا: «لقد وفقنى الله تعالى إلى العثور على عدد من النصوص الشرعية، التى تعد تأصيلًا لفكرة الاشتراط لمصلحة الغير، التى اعتنقها عدد قليل من فقهاء الإسلام، ومن ثم تمكنت، بعون الله تعالى، من إبراز نظرية الاشتراط لمصلحة الغير فى الفقه الاسلامى». و يقول فى مكان آخر (ص ١٨): «لقد تبين لى، بغير تحمل، ولا تحيز، أن النظرية الاسلامية تتمتع بأصالة لا تتمتع بها إلى الآن النظرية القانونية». و يضيف الكاتب (ص ١٤) قائلًا: «وإذا كان الفقهاء قديمًا لم يتجهوا إلى صياغة النظريات فإن هذا كان الطابع العام فى هذا العصر. ولكن الحال الآن يختلف. فقد اتجه الكثير من الفقهاء والمشتغلين بالفقه الاسلامى إلى الدراسة المقارنة. و ينتج عن ذلك إبراز كثير من النظريات فى الفقه الاسلامى، جُلبت لبناتها من الأحكام العديدة المبثوثة فى الفقه الاسلامى، وإن كانت مبشرة بسبب عدم الاتجاه إلى صياغة النظريات فى عصور الإسلام الأولى»

ج) من الناحية العملية: تتبدى فائدة البحث فى ربط واقع المدونات المدنية العربية التى تبنت نظرية الاشتراط لمصلحة الغير، بجذور البلاد العربية الفقهية، وتأصيل ما جاء فى هذه النظرية فى تلك الجذور. وتتبدى فائدة عرض الكتاب المبحوث فيه، على وجه أخص، فى المملكة العربية السعودية، من حيث إيجاده السند الفقهي لحالات الاشتراط لمصلحة الغير الممارسة فى ميدان التعامل، كما فى الهبات المقدمة للجامعات من الأثرياء، لتشجيع التفوق العلمى، وكما فى الهبات المقدمة من المؤسسات المالية لإدارة التلغاف السعودى، لتوزيعها على الفائزين فى حلول أحاجى رمضان، وغير ذلك مما يقع فى مجالات التعامل.

ثانيًا: الملاحظات التى تَرِد على الكتاب: ترد على الكتاب ملحوظات عامة، وملحوظات خاصة.

ونعرض، فيما يلى، لهذه الملحوظات:

(١) الملحوظات العامة:

(أ) يَرِد على الكاتب قطره عند عقده الموازنة بين الفقه الاسلامى والقانون الوضعى. فهو فى

الوقت الذي يؤكد فيه في أكثر من موضع أن أكثرية الفقه الاسلامي رفضت الاشتراط لمصلحة الغير، فقد عمد، عند الموازنة بين الفقه الاسلامي والقانون الوضعي، إلى التزام نهج بعيد عن الموضوعية، التي يجب أن يتحلى بها الباحث. فهو يقرر من جهة في مقدمة كتابه (ص ١٢): «أن الاشتراط لمصلحة الغير مرفوض صراحة من غالبية الفقهاء بما فيهم جمهور الحنابلة، وبما فيهم المالكية في غير عقود التبرع» كما يؤكد ذلك في خاتمة كتابه (ص ٤٨٦) إذ يقول: «ان كثيراً من الفقهاء الاسلاميين قد اعتبروا الاشتراط لمصلحة الغير غير صحيح». ثم ما يلبث الكاتب أن يقرر، من جهة أخرى، في خاتمة كتابه (ص ٤٩٤): «أن نظرية الاشتراط لمصلحة الغير في الفقه الاسلامي أعظم أصالة من النظرية القانونية». كما أكد المعنى ذاته، في عبارة مماثلة، في خاتمة مقدمة كتابه (ص ١٨)، إذ يقول: «لقد تبين لي، بغير تحل ولا تحيز، أن النظرية الاسلامية تتمتع بأصالة لا تتمتع بها، إلى الآن النظرية القانونية».

ب) اعتبار التصرفات الأحادية (الإرادة المنفردة) من قبيل الاشتراط لمصلحة

الغير:

انفرد الكاتب بين الباحثين كافة في اعتبار تطبيقات الإرادة المنفردة من قبيل الاشتراط لمصلحة الغير (ص ١٩٥). وهذا المسلك محل نظر للأسباب الآتية:

١ - إن الباحثين كافة يعدون الاشتراط لمصلحة الغير استثناء يرد على مبدأ نسبية آثار العقد. هذا مع ملاحظة أن مسألة نسبية آثار العقد، حين تثار، فإنما يراد بها نسبية آثار التصرف الثنائي، أي اتفاق الإرادتين على إحداث أثر قانوني، لا التصرف الانفرادي، الذي يتم، وينتج آثاره بارادة صاحبه وحدها.

وليس يشفع للباحث، في إنزاله التصرفات الأحادية منزلة الاشتراط لمصلحة الغير، تذرعه بإطلاق الفقه الاسلامي عبارة العقد، في معناه العام، على التصرفات الأحادية، التي تتم بارادة منفردة، ذلك لأن هذا الإطلاق يتمحض أمراً اصطلاحياً، ليس من شأنه أن يغير من طبائع الأشياء. فالإرادة المنفردة بطبيعتها^١، كما سيأتى، ذات آثار مطلقة،

(١) ويعترف الكاتب نفسه (ص ٤٩١) بأن الإرادة المنفردة بطبيعتها لا تكون الا لمصلحة من لم يكن طرفاً في العقد.

تنصرف إلى المستفيد منها، على الرغم من عدم اشتراكه في إنشائها. فهي من حيث المبدأ^١ تقوم على الغيرية، والانفتاح، على المنتفع منها، وهذا بخلاف العقد الذي يقوم على الأناانية وانغلاقه على عاقيه دون غيرهم. وعلى ذلك فإن الإرادة المنفردة تظل غيرية، ولو شاء الاصطلاح الإسلامي أن يطلق عليها تسمية العقد في مفهومه الواسع. ومن ثم، فإن ذهب المؤلف إلى اعتبار تطبيقاتها من قبيل الاشتراط لمصلحة الغير غير وارد، وغير قائم على أساس.

٢- لقد حرص الكاتب على إشادة نظريه للاشتراط لمصلحة الغير في الفقه الإسلامي على غرار نظرية الاشتراط لمصلحة الغير المعروفة في القانون الوضعي. ويستفاد ذلك من قوله (ص ١٤): «وإذا كان الفقهاء الإسلاميون قديماً لم يتجهوا إلى صياغة النظريات، فإن هذا كان الطابع العام في هذا العصر، ولكن الحال الآن يختلف، فقد اتجه الكثير من الفقهاء والمشتغلين بالفقه الإسلامي إلى الدراسة المقارنة، ونتج عن ذلك إبراز كثير من النظريات في الفقه الإسلامي». وإذا كان ذلك كذلك فقد تعين إبراز نظرية الاشتراط لمصلحة الغير مستقلة عن نظرية التصرف الآحادي لما بينهما من فارق، وأسوة بما جرى عليه إجماع الشراح.

٣- هذا، و يقيم الكاتب التلاقي بين الإرادة المنفردة التي تنطوي على إفادة الغير الذي لم يشترك في إنشائها، والاشتراط لمصلحة الغير الذي ينطوي بدوره على إفادة الغير من عقد لم يشترك في إنشائه. ونحن وإن كنا نتفق مع الكاتب في إبراز هذا التلاقي، فإننا نرى أن ثمة إلى جانبه افتراقاً بيننا بين المؤسستين من حيث آثارهما. ذلك لأن الغير في مجال الاشتراط لمصلحة الغير، بالمعنى الاصطلاحي الدقيق، هو طرف عرضي، يمكن أن يحيا عقد الاشتراط حياته الخاصة بدونه، كما لو نقض المشتراط الاشتراط، ولم يُحل محل المنتفع منتعماً آخر، فينقلب حيثذ عقد الاشتراط إلى عقد عادي منتج لآثاره^٢.

(١) ويعترف الكاتب نفسه (ص ١٩٥) بأن الأصل في الإرادة المنفردة انها تكون لمصلحة الغير لان الشخص لا يستطيع ان يلزم غيره الا برضاه.

(٢) راجع كتابنا: النظرية العامة للالتزام، ف ٤١٢ ص ٣٦.

وهذا بخلاف الإرادة المنفردة، حيث يعدُّ المستفيد فيها طرفاً ذا أهمية خاصة، إذ بدونها، تصبح الإرادة المنفردة حبراً على ورق، لانفاذها، ولا جدوى منها. ففي الوصية مثلاً، وهى إرادة منفردة، لا قيمة لها البتة بدون موصى له، تنصب في ذمته آثارها. وكذا الوعد بجائزة - وهو بدوره إرادة منفردة - لا قيمة له، إذا لم يكن ثمة موعود يقوم بالعمل المطلوب، كى يفوز بالجائزة. وكذا الإبراء، فهو، بدوره، إرادة منفردة، وهو عديم القيمة، إذا لم يكن ثمة مدين للمبريء، تبرأ ذمته بإبرائه. من ذلك نرى أن الغير في ساحة الإرادة المنفردة في منزلة بين منزلتين: منزلة الغير الأجنبى تماماً عن العقد، في الاشتراط لمصلحة الغير، ومنزلة المتعاقد في العقود، بوجه عام، وهو الى المنزلة الأخيرة أقرب منه الى المنزلة الأولى. بقى أن نقول بأن الاشتراط لمصلحة الغير هو ثنائى في تكوينه ثلاثى في آثاره في حين أن الإرادة المنفردة ليست ثنائية في تكوينها ولا ثلاثية في آثارها. نخلص مما تقدم إلى أنه لا وجه لاعتبار تطبيقات الإرادة المنفردة من قبيل الاشتراط لمصلحة الغير، ذلك لأن هذا الاشتراط إنما أوجدته الصناعة الفقهية، ومن بعدها القواعد القانونية، لكسر أنانية العقد، ومد آثاره الى ما وراء طرفيه، لكى تنصب في ذمة الغير غنماً. ولا محل لإعماله في مجال الإرادة المنفردة، ذلك لأن الغيرية من شيمتها، وانصراف آثارها إلى غير منشئها من معدنها، والشئ من معدنه لا يُستغرب.

(ج) قصور التبويب: أورد الكاتب صور الاشتراط لمصلحة الغير في الفقه الاسلامى، دون مراعاة تصنيفها، طبقاً لفروع القانون المختلفة، التى تنتمى إليها: فجاءت خليطاً يعوزه التبويب والتنسيق. وحبذا لو عمد الكاتب إلى تلافى هذا المأخذ الشكلى، عن طريق وضع الصورة المناسبة في المكان المناسب، وجمع الاشباه والنظائر على صعيد واحد، طبقاً لفروع القانون.

ونورد، فيما يلى، صور الاشتراط لمصلحة الغير في الفقه الاسلامى التى عرض لها الكاتب، بعد إدراجها في مواقعها المناسبة من فروع القانون:

١ - عقود القانون العام: عقد استئمان الحربى لأهله، أو لعدد من أهل الحصن (ص ١٣٤).

٢- عقود القانون الخاص:

أ- التصرفات المتصلة بالأحوال الشخصية: استثناء غلة الوقف لغير المستحقين مدة معلومة (ص ١٣٠) عقد الظئر (ص ١٣٣) اشتراط المرأة بعض مهرها للغير عند الخنابلة والحنفية (ص ١٤٤)، اشتراط تطليق المرأة مقابل مبلغ من المال (ص ١٤٥)، الوصية عند المالكية (ص ١٤١).

ب- التصرفات المتصلة بالأحوال العينية:

١) المعاملات المدنية: اشتراط خيار الفسخ للعقد (ص ١٤٥)، استثناء محل العقد في عقود المعاوضة المالية لمصلحة الغير مدة غير معلومة (ص ١٣١)، اشتراط نفع لأجنبي في عقد البيع (ص ٧٣)، الاشتراط لمصلحة الغير في عقد الصلح (ص ١٣٩) الاشتراط لمصلحة الغير في شركة المفاوضات (ص ١٤١) الاشتراط لمصلحة الغير في المضاربة والشركة (ص ١٣٥) الاستجار على الحج والتعليم لمصلحة الغير (ص ١٣٨) الاشتراط لمصلحة الغير في عقد الإيجار عند أبي ثور (ص ١٣٧).

٢) المعاملات التجارية: السفتجة والكمبيالة (ص ١٣٢).

هذا، وقد أوردنا صور الاشتراط لمصلحة الغير، في التبويب المقترح، كما جاءت في الكتاب المبحوث فيه، ودون استبعاد التصرفات الأحادية، وهي تصرفات منبئة الصلة بفكرة الاشتراط لمصلحة الغير، وقد سبق بيان ذلك.

هذا وليس لمعترض أن يقول إن التبويب المقترح غير معروف في الفقه الاسلامي، إذ يرد على هذا الاعتراض أن نظرية الاشتراط لمصلحة الغير ذاتها غير معروفة، بدورها، في باب مستقل في الفقه الاسلامي، وهذا لم يمنع من جمع لبناتها وهيكلها من نصوص الفقه الاسلامي، كما جاء في كلام الكاتب (ص ١٤).

٢) الملحوظات الخاصة

أ- إقحام بعض الحالات في مجال الاشتراط لمصلحة الغير:

١- اعتبار الخراج اشتراطاً لمصلحة الغير (ص ١٨٣):

لم يكتف الكاتب باعتبار الخراج اشتراطاً لمصلحة الغير، بل ذهب الى أبعد من ذلك،

حين اعتبره اشتراطاً محضاً لمصلحة الغير. وهو يقول في هذا الصدد: «عقد الخراج طبقاً لرأى الأئمة الثلاثة عقد وقف، فهو يتعد بارادة الواقف المنفردة، فالعقد الذى أبرمه عمر بارادته المنفردة انصب على مصلحة مؤكدة للغير، وهم المسلمون الحاضرون، والذين لم يأتوا بعد حتى يوم الدين، بل إن عمر صرح بأنه اراد هنا مصلحة من لم يأت بعد من المسلمين حتى يوم القيامة، كما ورد فى صحيح البخارى، إذ قال: «لولا آخر المسلمين ما فتحت قرية إلا قسمتها بين أهلها». ولا ممارسة فى صحة هذا الشرط.»

والذى يبدو لنا أن ما قرره الكاتب فى اعتباره الخراج اشتراطاً محضاً لمصلحة الغير هو محل نظر، للسببين التاليين.

الأول: لقد كتّف الكاتب الخراج على أنه من قبيل الارادة المنفردة وقد سبق أن بسطنا القول فى استبعاد تطبيقات الإرادة المنفردة من مجال الاشتراط لمصلحة الغير.

الثانى: إن اعتبار جاهير المسلمين هنا غيراً أمر غير وارد، ذلك لأن المشتراط (وهو الخليفة عمر رضى الله عنه) بصفته ممثلاً للدولة الاسلامية يعد نائباً عنهم. هذا إلى أن تصريح الخليفة عمر بأنه يشترط ما اشترطه لمصلحة المسلمين الحاضر منهم والقادم يعد بمثابة أسباب موجبه تسوّغ النهج الذى سار عليه فى موقفه التشريعى. وهو من قبيل ما يعرف الآن بالذاكرة الايضاحية، التى تصاحب القانون الجديد. وعلى ذلك، فلا يمكن الاستناد إليه لتكليف الخراج على أنه اشتراط لمصلحة الغير.

٢ - اعتبار العقود التى تبرمها الدوله مع غيرها من الدول والأفراد من قبيل الاشتراط لمصلحة الغير:

يقرر الكاتب (ص ١٨٦): «ان كل عقد تعقده الدولة مع غيرها من الدول أو الجماعات أو الأفراد، وتشتراط فيه مصلحة معينة لأفراد الأمة، أو لبعضهم، يعد اشتراطاً لمصلحة الغير».

وما قرره الكاتب هو محل نظر، لما بين عقود الأفراد والعقود الدولية من فارق اعترف به الكاتب نفسه فى مكان آخر (ص ١٦٥) إذ يشير إلى ان العقود الدولية تفترق عن عقود

الأفراد، من حيث تغليب المصلحة العامة على المصلحة الخاصة في الأولى، ومن حيث تعذر اللجوء إلى القضاء لفسخ العقود الدولية من جهة أخرى.

هذا إلى أن المعاهدات والاتفاقات الدولية تنزل منزلة القانون، بل هي تعلوه مرتبة. ويقول المرحوم الدكتور عدنان القوتلي في هذا المعنى «ان المعاهدات والاتفاقات الدولية يجب أن تأتي، من حيث المرتبة والمكانة، بعد القوانين الدستورية وقبل القوانين العادية، مادامت قد صدقت على الأصول...، لأن المعاهدات لا تكون نافذة في الدولة، إلا بعد تصديقها بقانون. وتمتاز المعاهدات عن القوانين العادية أنها فضلاً عن كونها قوانين فهي اتفاقات وارتباطات من الجانبين (١)».

وفي ضوء ما تقدم يغدو استناد الكاتب، في تأصيل الاشتراط لمصلحة الغير في الفقه الإسلامي، إلى صلح الحديبية (ص ١٦١)، وعقد هوازن (ص ١٦٨) واتفاق الرسول صلى الله عليه وسلم مع أسرى بدر لتعليم جماعة المسلمين الكتابة (ص ١٧٠) محل نظر.

هذا إلى أن العقود التي تبرمها الدولة مع الأفراد وتشتترط فيها مصلحة معينة لأفراد الأمة لا تعد دوماً من قبيل الاشتراط لمصلحة الغير. كما ذهب إليه الكاتب (ص ١٨٦) ففي التزام المرافق العامة (كالماء والكهرباء والنقل)، إذا اشترطت البلدية أو الدولة على ملتزم المرفق العام شروطاً لمصلحة جمهور المنتفعين (كحد أدنى لسعر الخدمات مثلاً) فإن «الرأي السائد على أن حق المنتفعين في التمسك بشروط عقد الامتياز لا يفسر بنظرية الاشتراط لمصلحة الغير، بل بالطبيعة الخاصة لعقد الامتياز، باعتباره يتضمن تنظيمياً لائحياً، يخضع له المنتفعون بالمرفق العام (٢)».

٣ - اعتبار الاشتراط لمصلحة الميت اشتراطاً لمصلحة الغير: وما قرره الكاتب محل نظر، ذلك لأن الميت لا يمكن اعتباره شخصاً قانونياً، ذا ذمة مالية، يكتسب فيها الحقوق. ومن ثم، لا يمكن اعتباره منتفعاً. وليس لمعترض أن يقول إن شخصية الإنسان تمتد حكماً، بعد

(١) عدنان القوتلي، الوجيز في الحقوق المدنية ج ١ مطبعة جامعة دمشق، ١٣٧٩ هـ ١٩٦٠ م ص ١٦٢.

(٢) ر: محمد وحيد الدين سوار، النظرية العامة للالتزام، مطبعة دار الكتاب، دمشق ١٣٩٦ هـ ١٩٧٦ م، ف ٤٠٦، ص ٣٠١، ور: اسماعيل غانم، نظرية الالتزام العامة، ص ٣٦٧.

وفاته، امتداداً اعتبارياً إلى أن تسدد ديونه وتنفذ وصاياه، ذلك لأن الامتداد الاعتباري غير كاف، في نظرنا، بسبب أنه ذو هدف محدد هو إتاحة الفرصة لتصفية حقوق المتوفى التي لها ارتباط بأعمال حياته السابقة. وهو لا يخرج عن كونه استثناء. والاستثناء - كما هو معروف - لا يتوسع فيه.

٤ - إقامة الشبه الكبير بين الوكالة والاشتراط لمصلحة الغير: يقول المؤلف (ص ٤٩٢): «وقد سبق الفقه الاسلامي القانون الوضعي بعشرات القرون في الوصول الى الفكرة الراقية للوكالة في التعاقد، والتي تشبه إلى حد كبير الاشتراط لمصلحة الغير، إذ تقوم هذه الفكرة على أساس أن الوكيل يباشر العقد بإرادته، نيابة عن الأصيل. ومع هذا ينصرف حكم العقد وحقوقه الى الأصيل الذي لم يباشر العقد بنفسه».

والذي يدولنا ان هذا التقريب محل نظر لسببين:

الأول: ان التعاقد بالوكالة لا يعد اشتراطاً لمصلحة الغير، لأن الموكل ليس يعد غيراً بالنسبة إلى العقد المبرم بين الوكيل والمتعاقد معه، ذلك لان الموكل يعد طرفاً فيه ممثلاً عن طريق الوكيل. وهذا ما يعترف به المؤلف نفسه في مكان آخر (ص ٢٤٤) اذ يقول: «ان التعاقد بالوكالة لا يعد اشتراطاً لمصلحة الغير لأن الوكيل يمثل شخص الموكل في العقد».

الثاني: «إنه في حالة الوكالة في التعاقد لا يقتصر أثر العقد على المصالح فقط بل يشمل ايضاً الالتزامات التي يتحملها الموكل بموجب العقد، وذلك بعكس الاشتراط لمصلحة الغير، فلا يجوز إلزام الغير بأى شيء، و يقتصر الأمر على تقرير اكتساب الغير لمصلحة تنتقل إليه مباشرة بموجب العقد الذي لم يكن طرفاً فيه» وهذا ما يعترف به المؤلف نفسه (ص ٢٤٥). وهو يذهب إلى أبعد من ذلك، حين يضيف على هذا الفارق الأخير أهمية خاصة، إذ يقول: «وهذا فرق هام يكفى وحده، دائماً، لكي ينفي الاشتراط لمصلحة الغير عن غالبية العقود التي يبرمها الوكيل (ص ٢٤٥)».

هذا، ولئن خالفنا المؤلف في إقامة الشبه الكبير بين الوكالة والاشتراط لمصلحة الغير، فنحن نجاريه في تسجيله أسبقية الفقه الاسلامي في اقرار فكرة النيابة. وقد سبق أن نوهنا

بأسبقية الفقه الاسلامى فى هذا المضمار، فى رسالتنا التعبير عن الارادة فى الفقه الاسلامى (ف ٦١٣ ص ٥٩٢). واعتبرنا هذه الظاهرة نتيجة لتبنى الفقه الاسلامى لفكرة الجمعية.

٥- اعتبار توكيل الرسول صلى الله عليه وسلم علياً رضى الله عنه بأداء الودائع لاصحابها اشتراطاً لمصلحة الغير:

يقول المؤلف (ص ١٧٩) «إن النبى صلى الله عليه وسلم حينما همّ بالمجرة، أمر علياً ابن أبى طالب رضى الله عنه أن يتخلف، بعده، بمكة حتى يؤدى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم الودائع، التى كانت عنده للناس». ثم يصف الكاتب الوكالة المذكورة على انها اشتراط لمصلحة الغير (أى مصلحة أصحاب الودائع الذين لم يكونوا اطرافاً فى عقد الوكالة). وماذهب إليه المؤلف محل نظر. ذلك لأننا هنا لسنا بصدد اشتراط لمصلحة الغير، وإنما نحن بصدد وفاء للالتزام (وهو التزام الرسول صلى الله عليه وسلم برد الودائع) عن طريق الوكالة. وغير خاف أن وفاء الالتزام يجوز أن يتم من قبل الملتزم بالذات، أو من نائبه^١. ومما يلفت النظر أن المؤلف يؤكد تكييفه المنتقد المشار اليه، إذ يصف الوكالة المذكورة على أنها اشتراط محض، وإن تأصيله وتكييفه هذا لا ريب فيه. إذ يقول (ص ١٧٩): «ولا ريب أن هذا العقد الذى أبرمه النبى نفسه صلى الله عليه وسلم مع على رضى الله عنه لمصلحة أهل مكة دليل شرعى لنا على صحة عقود الاشتراط المحض لمصلحة الغير فى الفقه الإسلامى».

٦) عقد الظئر لا يعد اشتراطاً صريحاً لمصلحة الغير: يذهب المؤلف (ص ١٧٦) إلى أن عقد الظئر هو اشتراط صريح لمصلحة الغير. واستند فى تقريره هذا الى الآية الكريمة القائلة: «فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن» بحجة أن الصغير ليس طرفاً فى العقد المبرم بين الأب وبين الأم المطلقة بائناً، والأب يدفع من ماله، وليس من مال الصغير.

(١) تنص المادة ١/٢٢٢/ ١ مدنى سورى على انه «يصح الوفاء من المدين أو من نائبه أو من أى شخص آخر له مصلحة فى الوفاء».

والذى يبدولى أن عقد الظئر لا يعد اشتراطاً صريحاً لمصلحة الغير، كما ذهب إليه المؤلف، لأن الصغير، هنا، يعد طرفاً مضمراً. ويلاحظ، بادىء ذى بدء، أن الاشتراط في عقد الظئر هو لمصلحة الأب نفسه. وهو ما ترشد اليه عبارة «لكم» الواردة في الآية المذكورة ذاتها، التى يستفاد منها إضافة الإرضاع إلى مصلحة الأب نفسه. وظاهر أنه لا انفكاك بين مصلحة الاب، ومصلحة ابنه. وهذا التلازم بين المصلحتين هو الذى قاد المشرع إلى تقرير ولاية الأب على ولده، بحيث ينفذ قوله عليه شاء أم أبى. وفي ضوء ذلك، يغدو اعتبار الرضيع غيراً محل نظر، ذلك لأن هذه «الغيرية» تفيد استقلال الصغير استقلالاً تاماً عن أبيه، وهو غير وارد. ولقد وقفنا عند هذه المسألة المهمة في كتابنا «النظرية العامة للالتزام»^١ حيث قلنا تحت عنوان «آثار العقود بالنسبة لأعضاء أسرة المتعاقد»: «لا يقتصر أثر العقد على طرفيه، بل يتناول أيضاً ما يحيط بهما من أفراد يمتون إليه بصلة القرابة». ويتبدى هذا الامتداد بصورة مباشرة، حيناً، وبصورة غير مباشرة حيناً آخر. ومن الأمثلة التى ضربناها للإشعاع أثر العقد بصورة مباشرة على الأسرة عقد الإيجار، حيث «تعد أسرة المستأجر، في بعض الأحوال طرفاً مقدراً في عقد الإيجار. وعلى ذلك، فإن الأضرار التى يلحقها أفراد الأسرة في العين المؤجرة لا تعد في مصاف الأضرار التى يكون مصدرها الغير» كما يعد عمل أسرة المزارع بمثابة عمل المزارع نفسه (م ١٦١ وم ١٧٣/٧ قانون تنظيم العلاقات الزراعية لعام ١٩٥٨). ولأسرة المستأجر الحق في البقاء في العين المؤجرة إثر وفاته (م ٥٦٨ مدنى سورى). كما لا يعد أقرباء المستأجر من قبيل الغير، في صدد أحكام الإخلاء لعله الإسكان من الغير (المرسوم التشريعى ١١١ لعام، ١٩٥٢، م ٥).

كما لا يعد تعاقد الطبيب لعلاج ابنه الصغير، بدوره، اشتراطاً لمصلحة الغير، في رأينا. وكذا تعاقد الأب مع مربية للعتاية بطفله، لأن الابن، في هاتين الحالتين، وأمثالهما، يعد طرفاً مقدراً في العقد. هذا، ولئن كان الابن (الخلف العام) يعد امتداداً لشخصية أبيه، إثر

(١) كتابنا: النظرية العامة للالتزام، ف ٤٠١ ص ٢٩.

(٢) نص القانون المدنى الفرنسى (م ١٧٣٥) صراحة على هذا الحكم اذ قال: «يسأل المستأجر عن التلف والهلاك اللذين يحصلان نتيجة أفعال أشخاص المنزل أو المستأجر الثانوى».

وفاته، فهو، في اعتقادنا، يعد، أيضاً، امتداداً له، في حال الحياة، في بعض الحالات. ومن ثم فهو يكون طرفاً مقدراً، فميا يبرمه من عقود لمصلحته كما تقدم.

(ب) أتعد قاعدة نسبية آثار العقد قاعدة بالية؟ يذهب المؤلف (ص ٤١٣) الى اعتبار القاعدة (التي تقضى بان العقود لا تفيد ولا تضر غير المتعاقدين وخلفائهما) قاعدة بالية. وهذا النعت الأخير هو محل نظر. ذلك لأن نسبية آثار العقد هي - من حيث المبدأ - قاعدة منطقية معقولة. وهي تجارى المبادئ العامة في الشريعة الاسلامية التي تقضى بأنه «ليس للإنسان إلا ما سعى» وأنه «لا تزر وازرة زر أخرى» كما تجارى ما جاء على لسان الفقيه الكبير ابن تيمية، إذ يقول: «الأصل في العقود رضا المتعاقدين ونتيجتها ما أوجباه على أنفسهما بالتعاقد». وظاهر ما في هذه العبارة الأخيرة من تكريس لمبدأ نسبية آثار العقد وانحصارها في المتعاقدين أنفسهما دون غيرها.

(ج) حق المشتراط في نقض المشاركة لا يعد خروجاً على مبدأ «العقد شريعة المتعاقدين»:

يذهب المؤلف (ص ٢٦٧) إلى أن منح المشتراط في المدونات المدنية العربية حق نقض المشاركة (م ١٥٦ مدنى سورى) يعد خروجاً على القاعدة العامة القائلة: «العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه، ولا تعديله، الا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقرها القانون». والواقع أن حق النقض لا يعد خروجاً على القاعدة المذكورة للأسباب التالية:

(١) إن المشتراط، إذ ينقض المشاركة، فإنما ينقضها في مواجهة المنتفع، الذى لم يتعاقد معه أصلاً، فكيف يقال، بعد ذلك، أن هذا النقض يعد إخلالاً بقاعدة «العقد شريعة المتعاقدين».

(٢) إن المشتراط، إذ ينقض المشاركة، فإن ارتباطه بالمتعهد بظل قائماً، ومن ثم، فإنه يملك أن يحل منتفعاً آخر محله، كما له - إن شاء - إبقاء العقد كما هو، وحينئذ ينقلب الاشتراط إلى عقد عادى.

د - إعمال دعوى عدم نفاذ التصرفات في الفقه الإسلامي: يذهب المؤلف إلى أن الفقه الإسلامي لا يأخذ بدعوى عدم نفاذ التصرفات إلا في حالة الموت (ص ٤٣١ هامش ٣). وهذا التقرير محل نظر، ذلك لأن الفقهاء الحنبلي والحنفي قد تنبها إلى حماية الدائن من تصرفات المدين الضارة به، وأقروا حمايته عن طريق وقف هذه التصرفات.

١ - في الفقه الحنبلي:

لاحظ المتأخرون من الفقهاء تهريب المدينين لأموالهم، فاتجهوا إلى سد هذه الذريعة^١، وافتوا بأن المدين بدين مستغرق، ولو كان غير محجور عليه من قبل القاضي، إذا تصرف تصرفاً يؤدي إلى تهريب أمواله من وجه الدائنين (كما لو وهب، أو وقف أمواله كلها، أو بعضها) فإن تصرفه لا يكون نافذاً، بل يتوقف على رضی الدائنين، صيانة لحقوقهم، فإن أجازوه نفذ، وإن رفضوه، بطل... بهذا أفتى المتأخرون من فقهاء المذهب الحنبلي، استحساناً^٢، على خلاف القواعد القياسية، التي كان عليها الحكم في أصل المذهب^٣.

٢ - في المذهب الحنفي:

سار فقهاء المذهب الحنفي على غرار فقهاء المذهب الحنبلي في الفتوى آتفة الذكر فأفتى المولى أبو السعود العمادى، مفتى الروم، بعدم نفاذ وقف المدين، إلا ما يزيد عن وفاء الدين من أمواله، واستصدر بذلك أمراً سلطانياً وسجله في «معروضاته»، وأقره فقهاء عصره، ومُنَّ بعدهم.

(١) قد يكون التصرف الممنوع، شرعاً، غير مقصود لذاته بالمنع، بل إنما يُمنع على خلاف مقتضى الأصل فيه، لأنه قابل أن يكون طريقاً مفضياً إلى أمر ممنوع شرعاً، ولو عن غير قصد، أو أن يكون ذريعة (أى وسيلة) يمكن أن يتشبث بها الإنسان عن قصد منه إلى ذلك الأمر الممنوع (الزرقاء، المدخل الفقهي العام، ج ١، ف ٢٧ ص ١٠٦).

(٢) الاستحسان هو العدول بالسؤال عن حكم نظائرها إلى حكم آخر لوجه أقوى يقتضى هذا العدول.

(٣) ر: القواعد لابن رجب تحت القاعدة رقم ١١ ص ١٤، ومجلة الأحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد بن حنبل دراسة وتحقيق د. عبد الوهاب إبراهيم أبو سليمان، ود. محمد إبراهيم أحمد على، جده، ١٤٠١ هـ المادة ١٥١١، والمغنى لابن قدامة مكتبة الرياض الحديثة ١٤٠١ الرياض ١٤٠١ هـ ص ٤٨٥-٤٨٦.

٣- رأينا:

ونرى أن الفتوى المبحوث فيها بعدم نفاذ وقف المدين، إلا في الجزء الزائد من أمواله عن وفاء الدين يدل على أن غير الوقف من التصرفات المضرة بحقوق الدائنين (كالهبة، والبيع مع المحاباة في الثمن) حكمه كحكم الوقف في عدم النفاذ، بطريق الألووية. وإنما نص الفقه الحنفي على الوقف، لأنه هو الطريقة التي شاعت، إذ ذلك، في تهريب المدينين لأموالهم. فإذا شاع لجوء المدينين إلى تصرفات أخرى، يهربون بها أموالهم (كالبيع والهبة) كما في زمننا اليوم، شملها أيضا حكم عدم النفاذ، لأن العلة واحدة في الوقف وغيره.

٤- في المذهب المالكي:

كما عمد المذهب المالكي الى تقييد تصرفات المدين الضارة بالدائن قبل الحجر على الوجه التالي:

(١) منع المدين من بعض التصرفات التبرعية: بمجرد ان يحيط الدين بمال المدين وليس فيه وفاء ديونه يمتنع على المدين التصرف في امواله على سبيل التبرع^١. ومن ثم يجوز له أن يتصرف بها على سبيل المعاوضة^٢.

(٢) منع المدين من التصرفات كافة (المعاوضات والتبرعات): بمجرد ان يقوم العزماء، عقد القاضى، بسبب ان الديون احاطت بمال المدين، ودون أن يطلبوا الحجر، يمتنع على المدين التصرف في أمواله، سواء أكان التصرف معاوضة أو تبرعاً.

(١) يلاحظ ان الامام مالك يميز التبرع في الحالة المبحوث فيها في حالتين:

الأولى: ان يكون التبرع لازماً للمدين (كنفقته على أبيه أو أبنائه المعسرين لان هذا مما يلزمه شرعاً).

الثانية: ان تجرى العادة بفعل التبرع (كأتلاف المدين اليسير من ماله من دون عوض كالأضحية، والنفقة في العيد، والصدقة اليسيرة وهذا قد وجهت العادة بفعله). ر: نزار عبدالكريم الحمداني «تصرفات المفلس بين الجواز والحجر»، جريدة الشرق الأوسط، عدد الاثنين ١٧/٢/١٩٨٦م ص ١٠.

(٢) يقول ابن جزىء المالكي في باب التفليس: «فان تصرف (المدين) فيه (ماله) بعد الديون وقبل التفليس، نفذ ما كان تصرفه بعوض كالبيع، ولم ينفذ ما كان بغير عوض كالهبة (قوانين الاحكام الشرعية ومسائل الفروع الفقهية ص ٣٤٦-٣٤٧)».

نخلص، مما تقدم، إلى أن فكرة دعوى عدم نفاذ التصرف (الدعوى البوليصية) في القانون المدني معروفة في الفقه الاسلامى بصفة عامة والمالكي منه بصفة خاصة^١.

هـ) إعمال نظرية التعبير في التعاقد بين غائبين في الفقه الاسلامى :

يذهب الكاتب — خلافاً لما قررناه في رسالتنا التعبير عن الارادة في الفقه الاسلامى^٢ — إلى أن الفقه الاسلامى يأخذ في التعاقد بين غائبين بنظرية العلم^٣، لا بنظرية التعبير^٤، مجارياً في ذلك رأى المرحوم الأستاذ محمد سلام مذكور. وما قرره الكاتبان الفاضلان مجاف للصواب.

ونورد، فيما يلي، ما قرراه، ثم نعقب عليه برأينا :

يقول الأستاذ الدكتور عباس حسنى محمد ما يلي :

«يرى الأستاذ الدكتور سلام مذكور أنه يشترط سماع الموجب للقبول أيضاً، وأن الاحناف لم يجمعوا على اعتبار مجلس علم القابل بالإيجاب هو مجلس العقد، كما ذهب إلى هذا الدكتور وحيد سوار في رسالته التعبير عن الإرادة ص ١٢٣/١٨٨ لأن غالبية المنقول عن الأحناف جاءت مصدرة بقاعدة صريحة في وجوب سماع كل من المتعاقدين عبارة الآخر حقيقة أو حكماً، وقد مثلوا للسمع الحكيم بالكتاب إلى الغائب (حاشية يعقوب على شرح الوقاية مخطوط ص ٥١، ذخيرة العقبى شرح صدر الشريعة لأخى جلبي ص ٩١، مجمع

(١) السنهورى، مصادر الحجة في الفقه الاسلامى ج ٥ ص ١٤٨ و ص ١٥٨؛ أحمد على الخطيب الحجر على المدين لحق الغرماء في الفقه الاسلامى والقانون المقارن القاهرة ١٩٦٤م ف ٨٣-٨٤ (ص ١٧٢-١٧٤ و ف ٢٧٨-٢٨١ (ص ٤٩١-٤٩٦؛ محمد زكى عبدالبر «كلمة في الحجر على المدين في الفقه الاسلامى، مجلة المحاماة السنة ٣٦ العدد ٩ لعام ١٩٥٦ ص ١٤٣٠-١٤٩٠.

(٢) رسالتنا: التعبير عن الارادة في الفقه الاسلامى دراسة مقارنة بالفقه الغربى الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر، ط ٢، ١٩٧٩م، ف ١٢٨، ص ١١٨.

(٣) لا يكتفى انصار نظرية العلم بتعبير الموجب له عن قبوله، بل يشترطون علم الموجب به

(٤) يرى أنصار نظرية التعبير أن الموجب له متى أعلن عن قبوله للإيجاب المعروض عليه فقد توافقت الارادتان، وانعقد العقد.

الأُنهر جزء/١ ص ٣٢٠) (أشار إلى هذا كله الأستاذ الدكتور سلام مدكور في كتابه الفقه الإسلامي ص ٢٥٩، ٥٣٠) والحق هنا هو ما ذكره الأستاذ سلام مدكور من أن الأحناف يشترطون سماع الموجب أيضا لعبارة القابل حقيقة أو حكما، وقد جاء صراحة في حاشية ابن عابدين (و يكون بالكتابة من الجانبين فإذا كتب اشترت عبدك فلانا بكذا فكتب إليه البائع قد بعث فهذا بيع فيعتبر مجلس بلوغها أى بلوغ الرسالة أو الكتابة) (حاشية ابن عابدين جزء/٤ ص ٥١٢ هامش) فالعبرة بمجلس بلوغ الرسالة للموجب.^١»

و يرد على هذا النص ما يلي :

أولاً : فيما يتعلق بنصي «حاشية يعقوب باشا» و «ذخيرة العقبي» اللذين استند اليهما الرأيان المخالفان : إننا نعتقد أن النصين آنفى الذكر لا ينطويان على ما يصلح سنداً للرأى المخالف . ونورد، فيما يلي ، هذين النصين ثم نعقب عليهما برأينا :

جاء فى حاشية يعقوب باشا على شرح الوقاية : «و شرط سماع كل منهما لفظ الآخر: يعنى حقيقة أو حكماً . كما إذا كتب رجل ، وأشهد جماعة ، فأوصلوا الكتاب الى المرأة ، فقرأته عندهم ، فقبلت ، ينعقد النكاح ، لأن الكتاب كالخطاب^٢ .

وجاء فى ذخيرة العقبي : «و شرط سماع كل واحد منهما لفظ الآخر: أى كل من المتعاقدين ، الزوجين ، أو نائبهما ، حقيقة ، أو حكماً ، كما إذا كتب رجل فى كتاب : تزوجت فلانة بنت فلان بكذا من الصداق ، وأشهد جماعة بما فيه ، وإن لم يعلموا أن فيه قضية التزويج ، فأوصلوا الكتاب إلى المرأة ، فقرأته ، ينعقد^٣ .» .

وما جاء فى النصين آنفى الذكر لا يدعم الرأى المخالف ، ذلك أن اشترط السماع الحكمى فيهما ينصرف إلى سماع الموجب له للقابل ، لا إلى سماع الموجب للقابل . يشهد

(١) عباس حسنى عماد ، «الاشترط لمصلحة الغير فى الفقه الاسلامى والقانون المقارن» ف ١٤٤ ص ٢٢٨ حاشية رقم ١ .

(٢) رسالتنا آنفة الذكر ف ١٣٠ ، ص ١٢١ .

(٣) المرجع السابق .

على ذلك ما جاء في «رد المحتار» لابن عابدين، إذ يقول: «قوله سماع كل، أى ولو حكماً، كالكتاب إلى غائبه، لأن قراءته قائمة مقام الخطاب^١». وظاهر من هذا النص أن ابن عابدين قصر السماع الحكمي على سماع المرأة للايجاب ولم يمدّه إلى سماع الرجل لقبول المرأة.

هذا إلى أنه لو صح ما ذهب إليه الرأي المخالف، لتعين أن يشهد شاهدان آخران على سماع الرجل لقبول المرأة عند وصوله إليها. وهو ما لم يقل به أحد من الفقهاء. ذلك لأن القبول إذا ما كان تعبيراً متلقى^٢ — كما يذهب إليه الرأي المخالف — فإن سماع الشاهدين لقبول المرأة، عند صدوره، لا يعد كافياً، ذلك لأن هذا القبول لا يعتد به، ما لم يوجد الجزء المتمم له، وهو سماع المخاطب له^٣.

ولعل أوضح نص يشير إلى مواجهة الفقهاء مواجهة صريحة^٤ لوجوب سماع الموجب للقبول حالة التعاقد بين غائبين هو النص الذي نقله هنا عن التحرير المختار لرد المحتار للشيخ عبدالقادر الرفاعي مفتي الديار المصرية سابقاً، والذي يشير فيه بوضوح إلى أن السماع الحكمي مطلوب في تعبير الموجب دون تعبير القابل. وأن هذا التعبير الأخير مستثنى من شريطة السماع المقصورة على حالة التعاقد بين الحاضرين. جاء في التحرير المختار لرد المحتار: «قوله لأن قراءته قائمة مقام الخطاب الظاهر أن مسألة الكتاب مستثناة من اشتراط سماع كل من العاقدين لفظ الآخر، لان القراءة، وان أقيمت مقام الخطاب، لم يوجد من

(١) المرجع السابق، ور: ابن عابدين: رد المختار ج ٢ ص ٢٧ سطر ٣٢.

(٢) التعبير المتلقى هو الذي لا ينتج أثره الا اذا اتصل بعلم الوجه اليه التعبير.

(٣) إن المشرع لا يكتفى في التعبير المتلقى بمجرد اظهار التعبير، بل يحتم، فوق ذلك، أن يتخذ وجهة معينة إلى شخص معين، وإعلامه به، كما تقدم. ونضيف، هنا، بأن علم هذا الشخص بالتعبير يعد جزءاً منه، لا يتم وجوده الشرعي إلا به. ولا يتسنى للتعبير ان تنقدح آثاره، إلا بوجود هذا الجزء المتمم. وهذا الاعلام الذي يكون جزءاً من مجموع العناصر التي يتوقف على توافرها إحداث الاثر يسمى اعلاماً منشئاً (رسالتنا آنفة الذكر ف ٨٤ ص ٧٢).

(٤) يؤيد ذلك ما جاء في مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الامام أحمد (م ٢٢٨) جاء فيها «يصح الايجاب والقبول كتابة كما لو كان المشتري غائباً عن المجلس فكاتبه البائع «أى بعثك دارى بكذا او نحو ذلك» فلما بلغ المكتوب اليه الخبر قبل صح العقد» ور: كشاف القناع ج ٣ ص ١٤٨.

الكاتب سماع القبول من الآخر، لا حقيقة، ولا حكماً، وإن وجد من المکتوب إليه السماع حكماً بالقراءة^١،^٢.

بقى أن نقول إن الكاتب الفاضل قد استعمل في عنوان بحثه عبارة «القانون المقارن». والذي يبدو لنا أن عبارة «المقارن» التي شاع استعمالها بين الباحثين تجافي الدقة. ونؤثر عليها عبارة «الموازن» لأنها ترشد إلى ما بين طرفي الموازنة من لقاء وافتراق^٣

الخاتمة :

نخلص مما تقدم إلى أن المؤلف قد بذل مجهوداً طيباً في الكشف عن حلول الفقه

(١) التحرير المختار للشيخ عبدالقادر الرفاعي، ج ١، ص ١٨٠، سطر ٣١. ور: رسالتنا: آفة الذكرف ١٣٠، ص ١٢٢.

(٢) ونشير أخيراً إلى أن استاذنا المرحوم الاستاذ عبدالرزاق السنهوري قد انتهى إلى ما أخذ به الرأيان المخالفان حين دعا إلى وجوب الأخذ بنظرية العلم، في التعاقد بين غائبين في الفقه الاسلامي، أسوة بأخذه بالنظرية ذاتها، في التعاقد بين حاضرين (مصادر الحق ج ٢ ص ٥٧)، ولم نشأ، هنا، الوقوف عند هذا الرأي (ر: الاعتراض عليه في رسالتنا آفة الذكرف ١٣٠ ص ١٢٠ وما بعدها). وحسبنا أن نضرب، هنا، ما ورد في مقال نشر حديثاً، تحت عنوان: «اجراء العقود بوسائل الاتصال الحديثة الهاتف، والبرقية، والتلکس، في ضوء الشريعة والقانون» للدكتور محمد عقله ابراهيم، المدرس في كلية الشريعة قسم الفقه والتشريع الجامعة الأردنية (مجلة الشريعة والدراسات الاسلامية عدد شوال ١٤٠٦هـ تموز (يوليو) ١٩٨٦ ص ١٢٥ - ١٢٦). عزا فيه الكاتب إلى أنني قلت بنظرية العلم في التعاقد بين غائبين في الفقه الاسلامي (ص ١٢٥). كما عزا إلى الدكتور السنهوري أنه يقول بنظرية الاعلان (ص ١٢٦). وهو عزو جاء معكوساً، يغير الواقع، كما تقدم!!

(٣) ان مصطلح «القانون الموازن» أدق في الدلالة على موضوع هذا العلم من مصطلح «القانون المقارن». جاء في «لسان العرب»: «وأوزنت بين الشيئين موازنة ووزناً. وهذا يوازن هذا، اذا كان على زنته، أو كان محاذيه». وجاء أيضاً: «وازنه عادله وقابله» ويقال «وزن الشيء إذا قدره»، كل هذه المعاني تشفع لا تطلق مصطلح القانون الموازن على ما اصطلاح تسميته بالقانون المقارن، ذلك لأن لفظة قارن تقصر عن الوفاء بالمقصود، فقد جاء في لسان العرب: «قارن الشيء الشيء مقارنة وقرانا اقترن به، وصاحبه» وجاء أيضاً: «قرنت الشيء بالشيء وصلته. والقرين المصاحب. والقرن الحبل، يقرن به البعيران، والجمع أقران وقرنت البعيرين، أقرنهما قرنا، جمعتهما في قرن واحد» فليس في لفظة المقارنة ما يصلح للدلالة على معنى اجراء الموازنة بين القوانين، لتبيان ما بينها من خلاف ووافق (ر: صلاح الدين الناهي، النظرية العامة في القانون الموازن وعلم الخلاف، بغداد، ١٩٦٨، ص ٦-٧). هذا، إلى أن كتب الأدب العربي قد جبرت على استعمال عبارة «الموازنة» (ر: على سبيل المثال كتاب: «الموازنة بين الطائفتين ابي تمام والبحترى» للآمدى).

الإسلامى فى مسألة الاشتراط لمصلحة الغير، وهى تعد من أمهات المسائل القانونية فى ساحة القانون المعاصر. وأن ما ىرد على بحثه الرائد من ملحوظات يشفع له ما يتحلّى به هذ المجهود الطيب من ريادة وما يحدوه من دوافع نبيلة، تقوم على البر بالتراث وتسليط الأنوار على مجهود فقهاننا الأوائل فى تقرى^١ الحلول لما يقع بين الأفراد من نوازل.

(١) تقرى استقرى البلاد تنبمها وطاف بها . وتقرى فلاناً بقوله تنبمه .