

الاعتبار الشخصي للمكلف وأثره في المعاملات المالية

The Impact of Personal Consideration in Transactionأ.علي صالح مراد محمد^{1*}، أ.د. إسماعيل كاظم العيساوي²

جامعة الشارقة، كلية الدراسات العليا- إ.ع.م.، ali.salih@awqaf.gov.ae

جامعة الشارقة، كلية الدراسات العليا- إ.ع.م.، esmael@sharjah.ac.ae

تاريخ الإرسال : 2018/07/19 تاريخ القبول : 2018/11/08 تاريخ النشر : 2018/12/30

ملخص :

تناولت الدراسة مبدأ الاعتبار الشخصي للمكلف في المعاملات المالية مع بيان أثر هذا المبدأ والتصرفات المالية للمكلف في الفقه الإسلامي .
 واشتملت الدراسة على مقدمة ذكرت فيها أسباب اختيار الموضوع وأهميته. وثلاث عناصر أساسية، تناولت في الأول مفهوم الاعتبار الشخصي والتأصيل له، وفي الثاني أثر الاعتبار الشخصي للمكلف في المعاملات، وذكرت في الثالث أثر الاعتبار الشخصي في تصرفات المكروه ومواقف الفقهاء من ذلك. وفي الأخير خاتمة ذكرت فيها أهم نتائج الدراسة، تليها مراجع البحث.

الكلمات المفتاحية : فقه إسلامي؛ الاعتبار الشخصي؛ المعاملات المالية؛ المكلف

Abstract:

This research deals with studying the principle of personal consideration in transaction, it shows its impact on transaction and acts in Islamic Jurisprudence, I made the research constructed as an introduction and three researches:

* المؤلف المرسل

In the introduction, I included it with the reasons of selecting the subject, its importance and the scientific plan in which the research has followed.

As regards to the first research, it included personal consideration in the contracts of an underage boy, in terms of defining his mental growth, its jurisprudential evidence, the positions of the scholars toward the contracts of an underage boy, behavior, and its indication of personal consideration with mentioning some applicable examples in this context.

The second research has included the impact of personal consideration in inquisitive contracts; in terms of defining it, positions of the scholars toward its contracts and acts, its indications of personal consideration, with mentioning some applicable examples on it, also.

The third research includes the impact of personal consideration on the acts of a forced individual, and I dealt with the definition of a forced individual, the positions of scholars toward its acts and its indication of personal consideration, with mentioning some jurisprudential applications. Then the conclusion, included the most important results of the research, then I indexed the resources of the research alphabetically, after that I ended the research with the confirmation of the subjects.

Keywords : jurisprudence; Personal Consideration; Transaction

المقدمة :

الحمد لله رب العالمين وأفضل الصلاة وأتم التسليم على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين وبعد،

فإن مبدأ الاعتبار الشخصي مبدأ أصيل من مبادئ الشريعة الإسلامية، ويعد مفخرة من مفاخرها؛ حيث إنه جعل لكل شخص اعتباره المستقل، واشترط رضاه الشخصي التام عملاً

بقوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ

تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا ﴿٢٩﴾ [سورة النساء: 29]

ويدور الحديث في هذا البحث عن أثر هذا المبدأ في المعاملات والتصرفات المالية للمكلف؛ والذي يحدد من خلاله مدى حرية الإنسان واستقلاله في تصرفاته ومعاملاته؛ فلا يتوقف رضاه على رضا غيره ولا يقيد برضا شخص آخر.

من أسباب اختيار الموضوع :

- 1) أهمية هذا الموضوع نظراً لتعلقه بمبدأ أصيل معتبر في الشريعة الإسلامية.
- 2) ما يترتب على هذا المبدأ من آثار فقهية تتعلق بأفعال المكلفين في معاملاتهم وتصرفاتهم.
- 3) بيان مدى استقلال المكلف في تصرفاته وعقوده ومعاملاته وعدم تأثره بغيره.
- 4) عدم وجود دراسة علمية تناولت هذا الموضوع بالبحث والدراسة مما يجعل هذه الدراسة إضافة جديدة إلى البحوث الشرعية العلمية.

والدراسات السابقة : بعد البحث والاطلاع على الرسائل والبحوث العلمية لم نقف على دراسة تناولت هذا الموضوع بشكل مباشر، وإنما استفدنا هذا الموضوع من خلال الوقوف على بعض نصوص الفقهاء وآرائهم في بعض المسائل التي وقع فيها الخلاف، وبعض القواعد الفقهية التي لها صلة مباشرة بهذا الموضوع.

إشكالية البحث :

نتيجة لتشابك المعاملات المالية وتنوعها وتداخل بعضها مع بعض، ونتيجة لوجود كثير من أصحاب الأموال ولكنهم لا يملكون الأهلية في التصرف مما يجعل الاعتبار الشخصي غير واضح في معاملاتهم المالية؛ لذا فإن هذا البحث سيحاول الإجابة على الأسئلة الآتية :

- 1- ما مدى الاعتبار الشخصي للإنسان في المعاملات المالية؟
- 2- هل يمكن أن تسلب حرية الإنسان في المعاملات ؟
- 3- ما مدى اعتبار شخصية الصبي والمجنون في المعاملات المالية؟
- 4- ما مدى صحة تصرفات الفضولي والمكره في المعاملات المالية؟

هذا ما نريد التعرض له والإجابة عليه من خلال هذا البحث لمعالجته - بإذن الله وتوفيقه - معالجة علمية منهجية في ضوء الفقه الإسلامي.

الأهداف العامة للبحث: يهدف هذا البحث إلى تحقيق ما يلي:

- 1 - بيان مفهوم الاعتبار الشخصي للمكلف في الفقه الإسلامي.
- 2 - التأصيل الشرعي لمبدأ الاعتبار الشخصي للمكلف من حيث إنه مصطلح جديد مستنبط من البحث في آراء الفقهاء ونصوصهم، فيحتاج إلى تأصيل يبين مفهومه ويوضح أدلته.
- 3 - الوقوف على مناهج الفقهاء في مدى إعمالهم لهذا المبدأ في المعاملات المالية.
- 4 - الوقوف على بعض التطبيقات الفقهية المخرجة على هذا المبدأ في المعاملات المالية.

منهج البحث: المنهج المتبع في كتابة هذا البحث - بمشيئة الله تعالى - هو المنهج الاستقرائي التحليلي، وذلك باستقراء الأدلة الشرعية والقواعد الفقهية التي يستند عليها مبدأ الاعتبار الشخصي وتحليلها وبيان دلالتها على إثبات هذا المبدأ وما يترتب عليه من آثار فقهية في جانب المعاملات المالية.

خطة البحث:

قسمنا هذا البحث بعد المقدمة إلى مبحثين وخاتمة :

المبحث الأول: مفهوم الاعتبار الشخصي والتأصيل له.

المبحث الثاني: أثر الاعتبار الشخصي للمكلف في المعاملات.

ثم الخاتمة: وفيها أهم نتائج البحث.

ثم المصادر والمراجع.

ثم ثبت الموضوعات.

المبحث الأول: الاعتبار الشخصي والتأصيل له: وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: مفهوم الاعتبار الشخصي، وفيه فرعان:

- أولاً: تعريف الاعتبار الشخصي لغة واصطلاحاً:

أ- تعريف الاعتبار لغة واصطلاحاً:

- الاعتبار لغة: مأخوذ من (عَبَرَ) وهي تدل على النفوذ والمضي في الشيء، يقال: عبر النهر عبوراً أي: شطه، وعَبَرَ الرؤيا: أي فسرها؛ لأنه يأخذ بها من وجه إلى وجه. كما تدل على النظر والتدبر، والاختبار والامتحان، وتكون العبرة والاعتبار بمعنى: الاعتداد بالشيء في ترتيب الحكم، نحو: والعبرة بالعقب أي: والاعتداد في التقدم بالعقب ⁽¹⁾.

وأما عند الفقهاء: فيستعمل الاعتبار في الفقه بنفس المعنى اللغوي تارة، وهو: الاعتداد بالشيء في ترتيب الحكم عليه، نحو قول الفقهاء: الاعتبار بالعقب، أي: الاعتداد في التقدم به . وتارة يستعمل بمعنى الاشتراط، فيقال: يعتبر في الوضوء طهارة الماء أي يشترط في صحته، وتارة بمعنى التدبر وقياس ما غاب على مآظهم ⁽²⁾، كقوله تعالى: (فَاعْتَبِرُوا يَا أُولِي الْأَبْصَارِ) [سورة الحشر، الآية 2] .

والمعنى الأول: هو المراد والمتفق مع موضوع البحث، فالمقصود بالاعتبار هنا: الاعتداد بالشيء ونفوذه والمضي فيه، وهذا لا يكون إلا بعد نظر وتدبر واختبار وامتحان، وفي نفس الوقت يعد هذا الاعتبار تقديراً وكرامة للشيء المعبر.

ب- التعريف الشخصي: لغة واصطلاحاً: من المعلوم بداية أن الشخص إما أن يكون طبيعياً أو اعتبارياً، والمقصود به هنا الشخص الطبيعي؛ وهو مأخوذ من مادة شخص؛ وهي تدل على ارتفاع في شيء، ومن ذلك الشخص وهو سواد الإنسان وغيره تراه من بعيد ⁽³⁾.

ومن خلال ما سبق يتبين أن المقصود بالشخص كل جسم له ارتفاع وظهور، والمقصود به هنا ذات الإنسان.

ولا يخرج التعريف الاصطلاحي (للشخص) عن التعريف اللغوي له، فالمقصود به هنا: الشخصية الطبيعية المستقلة للإنسان، وهي: ذات الإنسان وإرادته وكيانه المستقل.

- ثانياً: التعريف بمبدأ الاعتبار الشخصي للمكلف باعتباره لقبا:

من خلال البحث في كتب الحدود والتعريفات لم أعث على تعريف اصطلاحي لمفهوم الاعتبار الشخصي للمكلف، مع الأخذ في الاعتبار أن العلماء والفقهاء كانوا يعملون بمضمونه ومفهومه من خلال القواعد الأصولية والفقهية المطبقة في اجتهاداتهم، ولكن من خلال النظر في تعريف مفردات البحث في اللغة والاصطلاح يمكن أن نستخلص التعريف الآتي للاعتبار الشخصي للمكلف باعتباره لقبا، فيمكن أن نقول: (هو النظر إلى ذات المكلف والاعتداد بها على وجه الخصوص من حيث تعلق الأحكام الشرعية دون أن تغطي عليها الجماعية أو ضرورة التبعية)؛ أي أننا نتعامل مع هذه الذات بماديتها وروحها، وتعلق الأحكام بها، وتكون هي المسؤولة عن تصرفاتها دون تبعية للغير.

المطلب الثاني: التأصيل الفقهي لمبدأ "الاعتبار الشخصي للمكلف"، وفيه فرعان:

- الفرع الأول: الأدلة الشرعية المثبتة لمبدأ "الاعتبار الشخصي للمكلف" من القرآن الكريم.

لقد وردت أدلة كثيرة تثبت مبدأ الاعتبار الشخصي للمكلف؛ باعتباره مظهراً من مظاهر التيسير في الشريعة الإسلامية، وأساساً من أسس العدل التي جاء بإرسائها الشرع الحنيف، والتي من شأنها أن تجعل لكل مكلف شخصيته المستقلة فيما تحققه من واجبات وما تتحمله من تبعات، فلا تحمل نفس أوزار نفس، ولا تأخذ نفس حق نفس، وقد تضافرت الأدلة على إثبات هذا المعنى وتأصيله بأساليب مختلفة في القرآن والسنة، ومنها:

الدليل الأول: قول الله تبارك وتعالى: ﴿وَلَا تَكْسِبُ كُلُّ نَفْسٍ إِلَّا عَلَيْهَا وَلَا نُزِرُ وَأَنْزَرُ﴾^٤ و﴿وَزَرَّ أُخْرَى﴾ [سورة الأنعام ، من الآية رقم 164].

وجه الاستدلال بالآية الكريمة : هذه الآية الكريمة قاعدة من أصول دين الله تعالى ، ومن أمهات قواعد العدل في الشريعة الإسلامية، وهي مفخرة من مفاخر الإسلام الكبرى ودليل على تقرير مبدأ الاعتبار الشخصي للمكلف .⁽⁴⁾

فمعنى قوله تعالى: ﴿وَلَا تَكْسِبُ كُلُّ نَفْسٍ إِلَّا عَلَيْهَا﴾ أن ما يكتسبه المرء أو يكسبه لا يتعدى منه شيء إلى غيره، فلا تكسب أي نفس عاملة مكلفة عملاً إلا كانت مغبته وماله عليها دون غيرها، تتحمل تبعته إن كان شراً، وتنال جزاءه إن كان خيراً ﴿لَهَا مَا كَسَبَتْ وَعَلَيْهَا مَا اكْتَسَبَتْ﴾ [سورة البقرة، من الآية رقم 286] .

دون ما كسب أو اكتسب غيرها، وبذلك يكون النص محتملاً لجزاء بنوعيه عقاباً أو ثواباً. وقوله: ﴿وَلَا نُزِرُ وَأَنْزَرُ﴾ و﴿وَزَرَّ أُخْرَى﴾ تكملة لمعنى قوله: ﴿وَلَا تَكْسِبُ كُلُّ نَفْسٍ إِلَّا عَلَيْهَا﴾ فكما أن ما تكسبه كل نفس لا يتعدى منه شيء إلى غيرها، كذلك لا تحمل نفس عن نفس شيئاً، بل كل نفس إنما تحمل وزرها وحدها .⁽⁵⁾

والوزر: هو الإثم والذنب⁽⁶⁾ ، ومعنى ﴿وَلَا نُزِرُ وَأَنْزَرُ﴾ و﴿وَزَرَّ أُخْرَى﴾ أي: "ولا تأثم نفس آثمة بإثم نفس أخرى غيرها، ولكنها تأثم بإثمها، وعليه تعاقب، دون إثم أخرى غيرها"⁽⁷⁾ . وللآية نظائر كثيرة مثل قوله تعالى: ﴿كُلُّ أَمْرٍ بِمَا كَسَبَ رَهِينٌ﴾ [البقرة، من الآية 286].

وقوله تعالى: ﴿كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ﴾ [سورة المدثر، الآية 38] . وقوله تعالى: ﴿قُلْ لَا تُسْأَلُونَ عَمَّا أَجْرَمْنَا وَلَا نُسْأَلُ عَمَّا تَعْمَلُونَ﴾ [سورة سبأ، 25] .

وهذا المبدأ المقرر في هذه الآيات أعاد للإنسان كرامته وشخصيته التي كانت مسلووبة في الجاهلية حيث كان الرجل يؤخذ بجريرة أبيه وابنه وحليفه .⁽⁸⁾

الدليل الثاني: قول الله تبارك وتعالى: ﴿ وَأَنْ لَيْسَ لِلْإِنْسَانِ إِلَّا مَا سَعَى ﴾ (٢٩) .

معنى الآية: (السعي) معناه العمل والكسب، كما في قوله تعالى: ﴿ إِنَّ سَعْيَكُمْ لَشَتَّى ﴾ (٤) . [سورة الليل، الآية 4]. أي: إن عملكم لمختلف، وقال عكرمة وسائرالمفسرين: السعي: العمل، فساع في فكاك نفسه، وساع في عطبها .⁽⁹⁾

ومعناه: أن ليس لأحد شيء يستحقه ويلحقه ويعول عليه، إلا ما كان من سعيه وجهده وكسبه، فليس لأحد أن ينتظر ثواباً أو ثمرة بدون عمل، ولا أن يتكل على أعمال غيره، ويطمع في أن تحول ثمرتها إليه.

قال الفخر الرازي: وقوله تعالى: ﴿ وَأَنْ لَيْسَ لِلْإِنْسَانِ إِلَّا مَا سَعَى ﴾ [النجم، 39] تنمؤه بيان أحوال المكلف، فإنه لما بَيَّنَّ له أن سيئته لا يتحملها عنه أحد، بين له أن حسنة الغير لا تجدي نفعاً، ومن لم يعمل صالحاً لا ينال خيراً...، ويظهر أن المسيء لا يجد بسبب حسنة الغير ثواباً، ولا يتحمل عنه أحد عقاباً⁽¹⁰⁾ ، وكما جاء في الحديث: { وَمَنْ بَطَّأَ بِهِ عَمَلُهُ لَمْ يُسْرِعْ بِهِ نَسَبُهُ }⁽¹¹⁾

وهذه القاعدة تنطبق على الأعمال الأخروية والأعمال الدنيوية على حد سواء، لأنها من قواعد العدل، وقواعد العدل جارية في الدنيا والآخرة، لا تتبدل ولا تتخلف .⁽¹²⁾

الدليل الثالث: قول الله تعالى: ﴿ يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ ﴾ [البقرة، من 185] .

فهذه الآية الكريمة تثبت أصلاً عظيماً من أصول التشريع الإسلامي، ومقصداً من مقاصد الشريعة، ومراداً من مراداتها في جميع أمور الدين، وهو التيسير ورفع العسر والحرَج في التكاليف الشرعية، كما في قوله تعالى: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾⁽¹³⁾ [الحج، من الآية: 78] أي: من ضيق في الدين الذي شرعه لكم؛ فالعسر ممنوع والحرَج مرفوع، وكذلك كل ما أدى إليهما أو إلى أحدهما، ومقتضى ذلك يحتم أن يكون لكل شخص من المكلفين اعتبار ذاتي وشخصية مستقلة في تحمل التكاليف الشرعية؛ حتى لا يتحمل الإنسان ما لا طاقة له به؛ لأن ما يستطيع أن يتحملة شخص من التكاليف قد لا يستطيع أن يتحملة غيره؛ إذ إن لكل إنسان طاقته وقدرته التي تختلف عن طاقة غيره وقدرته؛ فلو اعتبرنا جميع المكلفين شخصية واحدة في تحمل التكاليف لكان في ذلك من المشقة والعتق ما لا يخفى، وهذا مرفوع وممنوع في شرع الله تبارك وتعالى، فثبت بذلك: أن لكل مكلف اعتبار شخصي وذاتية مستقلة في تعلق الحكم الشرعي به.

الدليل الرابع: قول الله تبارك وتعالى: ﴿قَالُوا يَا أَيُّهَا الْعَزِيزُ إِنَّ لَهُ أَبًا شَيْخًا كَبِيرًا فَخُذْ أَحَدَنَا مَكَانَهُ﴾^ط إِنَّا نَرْنَكَ مِنَ الْمُحْسِنِينَ ﴿٧٨﴾ قَالَ مَعَاذَ اللَّهِ أَنْ نَأْخُذَ إِلَّا مَنْ وَجَدْنَا مَتَّعْنَا عَنْدَهُ إِنَّا إِذَا لَطَلِمُوا ﴿٧٩﴾ [يوسف، الآيتان 78، 79]

وجه الاستدلال بالآية الكريمة: هذه الآية الكريمة وضعت قاعدة عامة للمؤاخذة على الجريمة وهي: أن كل واحد يعاقب بجريمته ولا يؤخذ شخص بجريمة غيره، وقد أكدت الحكم بالظلم على من يأخذ بدل الجاني، أو من يأخذ بريئاً بسقيم؛ حيث قال يوسف عليه السلام لإخوته: لَا نَأْخُذُ إِلَّا مَنْ وَجَدْنَا مَتَاعِنَا عَنْدَهُ، فلا نأخذ غيره بجريمته، وإلا كنا ظالمين في حكمنا إذا أخذنا مكان الجاني غيره . وفي هذا تقرير لمبدأ الاعتبار الشخصي للمكلف.⁽¹⁴⁾

- الفرع الثاني: الأدلة الشرعية المثبتة لمبدأ "الاعتبار الشخصي للمكلف" من السنة النبوية. ورد في السنة النبوية المشرفة الكثير من الأحاديث القولية والفعلية التي تقرر هذا المبدأ وتؤكدده، منها :

الدليل الأول: عن أبي هريرة - رضي الله عنه -، قَالَ: خَطَبَنَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ فَقَالَ: ((أَيُّهَا النَّاسُ، قَدْ فَرَضَ اللَّهُ عَلَيْكُمْ الْحَجَّ فَحُجُّوا)) فَقَالَ رَجُلٌ: أَكُلَّ عَامٍ يَأْرَسُوكَ اللَّهُ؟ فَسَكَتَ، حَتَّى قَالَهَا ثَلَاثًا . فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: ((لَوْ قُلْتُ نَعَمْ لَوَجِبَتْ، وَلَمَّا اسْتَطَعْتُمْ)) ثُمَّ قَالَ: ((ذُرُونِي مَا تَرَكْتُكُمْ؛ فَإِنَّمَا هَلَكَ مَنْ كَانَ قَبْلَكُمْ بِكَثْرَةِ سُؤْلِهِمْ، وَاخْتِلَافِهِمْ عَلَى أَنْبِيَائِهِمْ، فَإِذَا أَمَرْتُكُمْ بِشَيْءٍ فَأْتُوا مِنْهُمَا اسْتَطَعْتُمْ، وَإِذَا نَهَيْتُكُمْ عَنْ شَيْءٍ فَدَعُوهُ)) (15)

وجه الدلالة من الحديث: فقوله ﷺ: "فَإِذَا أَمَرْتُكُمْ بِشَيْءٍ فَأْتُوا مِنْهُمَا اسْتَطَعْتُمْ" أي: افعلوا قدر استطاعتكم، وهذا دليل على أن من عجز عن فعل الأمور به كله وقدر على بعضه فإنه يأتي بما أمكن منه ، ومما لا شك فيه أن هذا يختلف باختلاف ذوات المكلفين وأحوالهم. (16)

قال النووي: وهذا من قواعد الإسلام المهمة ومن جوامع الكلم التي أعطيها ﷺ ويدخل فيها ما لا يحصى من الأحكام كالصلاة بأنواعها فإذا عجز عن بعض أركانها أو بعض شروطها أتى بالباقي وإذا عجز عن بعض أعضاء الوضوء أو الغسل غسل الممكن، وإذا وجد بعض ما يكفي من الماء لطهارته أو لغسل النجاسة فعل الممكن، وإذا وجد ما يستر بعض عورته أو حفظ بعض الفاتحة أتى بالممكن وأشبه هذا، والله أعلم . (17)

وهذا الحديث موافق لقول الله تعالى: (فاتقوا الله ما استطعتم) [سورة التغابن: من الآية 16]. فلم يأمر سبحانه وتعالى إلا بالمستطاع؛ فثبت بهذا أن لكل مكلف اعتبار شخصي على قدر استطاعته.

الدليل الثاني: عن أَبِي هُرَيْرَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، عَنِ النَّبِيِّ ﷺ قَالَ: «وَأَعْدُ يَا أُنَيْسُ إِلَى امْرَأَةٍ هَذَا، فَإِنْ اعْتَرَفَتْ فَارْجُمُهَا» قَالَ: فَعَدَا عَلَيْهَا، فَاعْتَرَفَتْ، فَأَمَرَ بِهَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ فَرُجِمَتْ" (18)

وجه الدلالة من الحديث: يدل هذا الحديث على أن لكل مكلف اعتبارا شخصيا في الإقرار، وأن الإقرار حجة قاصرة على المقر وحده؛ لقصور ولاية المقر عن غيره فيقتصر عليه، فلا يصح إلزام أحد بعقوبة نتيجة إقرار آخر بأنه شاركه في جرمته، فإذا أقر أحد الشريكين في الوطء بالزنا وأنكر الآخر، وجب الحد على المقر فقط، وهذا ما جرى عليه قضاء النبي صلى الله عليه وسلم؛ حيث قال: «عَلَى ابْنِكَ جَلْدُ مِائَةٍ، وَتَعْرِيبُ عَامٍ» لأنه اعترف بالزنا، «وَأَعْدُ يَا أُنَيْسُ إِلَى امْرَأَةٍ هَذَا، فَإِنْ اعْتَرَفَتْ فَارْجُمُهَا» فرتب رجما على اعترافها لا على مجرد اعتراف الزاني (19).

قال النووي: "فيه: أن الإمام يسأل عن شروط الرجم من الإحصان وغيره، سواء ثبت بالإقرار أم بالبينة، وفيه مؤاخظة الإنسان بإقراره" (20). فلو أقر على الغير فإن إقراره عليه لا يجوز بخلاف البينة فإنها حجة متعددة إلى الغير، وفي هذا دلالة واضحة على الاعتبار الشخصي للمكلف في قضايا عظيمة كالحدود وما يجري مجراها مما يترتب عليه آثاراً كبيرة تتعلق بحفظ الأنفس والضروريات الشرعية .

الدليل الثالث: عَنْ عَلِيٍّ -رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ- عَنِ النَّبِيِّ ﷺ قَالَ: «رُفِعَ الْقَلَمُ عَنْ ثَلَاثَةٍ عَنِ النَّائِمِ حَتَّى يَسْتَيْقِظَ وَعَنِ الصَّبِيِّ حَتَّى يَخْتَلِمَ وَعَنِ الْمَجْنُونِ حَتَّى يَعْقِلَ» (21)

وجه الدلالة من الحديث: هذا الحديث الشريف يدل على عدم اعتبار عبارات النائم، فلو تلفظ الإنسان أثناء النوم فجميع عباراته في التصرفات القولية لغو، فلا ينعقد إحرامه بحج أو عمرة أو صلاة، ولا نطقه بنية الصوم، ولا يصح نذره ولا تنعقد يمينه، ولا يقع طلاقه، ولا

يقبل إقراره بحق لله أو لآدمي، ولا يصح إيجابه بعقد ولا قبوله، وكذا كل تصرف يشترط فيه أهلية الأداء والتكليف لأنه يشترط في التكليف بالنظر إلى المكلف: فهمه لما كلف به، أي تصور ذلك الأمر والفهم من خطاب الله جل جلاله بقدر يتوقف عليه الامتثال؛ لأن التكليف استدعاء حصول الفعل على قصد الامتثال، وهو محال عادة وشرعا ممن لا شعور له بالأمر كالنائم ونحوه، فلا يناسب توجيه الخطاب إليه ، وكذا ما يفعله الشخص وهو

صغير أو مجنون يختلف حكمه عما يفعله وهو بالغ عاقل، وكذا إذا وقع الفعل من المجنون أو الصبي أو النائم يختلف عما إذا أوقعه غيرهم من المكلفين . فدل ذلك على أن لكل مكلف اعتبار شخصي يختلف باختلاف أحواله ويختلف باختلاف الأشخاص.

وفي معنى هذا الحديث قول النبي ﷺ: "إِنَّ اللَّهَ تَعَالَى وَضَعَ عَن أُمَّتِي الْخَطَأَ، وَالنَّسِيَانَ، وَمَا اسْتُكْرِهُوا عَلَيْهِ" (24).

المطلب الثالث : التقعيد الفقهي لمبدأ الاعتبار الشخصي :

يتعلق بمبدأ "الاعتبار الشخصي للمكلف" العديد من القواعد الفقهية التي تعد من قبيل التأصيل له، وتتخرج عليها الكثير من الفروع الفقهية التي تعتبر تطبيقاً لهذا المبدأ، ومن أهم هذه القواعد ما يأتي :

(25)
القاعدة الأولى: "الأمر بمقاصدها" :

(26)
معنى القاعدة: وردت هذه القاعدة بصيغ كثيرة، ومن صيغها: "الأعمال بالنيات" ، والأعمال تشمل الأقوال والأفعال، والنية: الإرادة، وتشمل العزم والقصد والهَمَّ بالشيء.

ومعناها: أن الحكم الذي يترتب على أمر يكون على مقتضى المقصود من ذلك الأمر. فأعمال المكلفين وتصرفاتهم من قولية أو فعلية تترتب عليها نتائجها وأحكامها الشرعية تبعاً لمقصود الشخص وغايته وهدفه من وراء تلك الأعمال والتصرفات، فالحكم على تصرف

الإنسان بكونه واجباً أو حراماً أو مندوباً أو مكروهاً أو مباحاً، أو بكونه مثاباً عليه أو معاقباً، أو بكونه صالحاً مقبولاً أو فاسداً مردوداً، كل ذلك إنما يكون تابعاً لقصد المكلف (27) وهدفه من وراء ذلك التصرف .

فالقاعدة تقرر أن نيات المكلفين ومقاصدهم معتبرة في ترتيب الأحكام الشرعية على أعمالهم، ومرعية في تقرير الجزاء عليها، وتدل على أن نياتهم يجب أن تكون موافقة لمقصد الشرع .

قال ابن القيم رحمه الله تعالى: "فأما النية فهي رأس الأمر وعموده وأساسه وأصله الذي يبني عليه، فإنها روح العمل وقائده وسائقه والعمل تابع لها، يبني عليها، ويصح بصحتها ويفسد بفسادها" (28) .

ويظهر أثر الاعتبار الشخصي في هذه القاعدة: في أن صحة العبادات وفسادها وترتب الأحكام عليها إنما يكون بحسب نية المكلف وقصده، وصحة المعاملات وترتب أثرها عليها لا يكون إلا على حسب قصد صاحبها؛ فالعبرة في العقود بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني، وكذا في الأحوال الشخصية لا يترتب الحكم على ظاهر اللفظ ولكن يرجع فيه إلى نية المتكلم وقصده، وهذا لا شك يختلف باختلاف المكلفين وأحوالهم، وهو ما يقرر مبدأ الاعتبار الشخصي للمكلف.

(29)
القاعدة الثانية: "كل عامل فبعمله مأخوذ" .

معنى القاعدة: الأصل أن يقع تصرف كل عامل لنفسه لا لغيره، وعمل كل واحد تخصص (30) فائدته به .

قال الطبري: "قوله جل ثناؤه {وأن سعيه سوف يرى} يقول تعالى ذكره: وأنعم لكل عامل سوف يراه يوم القيامة، من ورد القيامة بالجزاء الذي يُجازى عليه خيراً كان أو شراً، لا يؤاخذ بعقوبة ذنب غير عامله، ولا يثاب على صالح عمله عامل غيره. وإنما عُنيب ذلك:

الذي رجع عن إسلامه بضمان صاحبه له أن يتحمل عنه العذاب، أن ضمان هذ لكلا ينفعه، ولا يُعْني عنه يوم القيامة شيئاً، لأن كلَّ عاملٍ فبعمله مأخوذ.⁽³¹⁾ فالاعتبار الشخصي يظهر أثره واضحاً جلياً في هذه القاعدة؛ حيث قررت أن لكل مكلف شخصية مستقلة لا تُسأل ولا تحاسب ولا تعاقب عن غيرها لا في فعلٍ ولا تركٍ ولا لفظ ولا ذمة، لا في أحكام الدنيا ولا أحكام الآخرة، فكل إنسان له شخصيته واعتباره.

القاعدة الثالثة: "الإقرار حجة قاصرة على المقر وحده"⁽³²⁾

المعنى الإجمالي للقاعدة: أن الإقرار حجة قاصرة على المقر، لا يتعدى أثره إلى غيره، لتصور ولاية المقر على غيره، فيقتصر أثر الإقرار على المقر نفسه. والإقرار أيضاً سيد الأدلة؛ لانتهاء التهمة فيه، والإقرار يثبت الملك في المخبر به⁽³³⁾. فلو أقر البالغ العاقل المختار بشيء على نفسه فإنه يلزمه، وإذا كان الإقرار أمام القاضي حكم عليه بموجب إقراره، وألزمه به، وطلب منه تنفيذ ما أقر به، ولا ينفعه بعد ذلك ادعاؤه الخطأ في الإقرار، ولا ينفعه الرجوع عن الإقرار في حقوق العباد، ويقبل الرجوع في حقوق الله المحضة استثناءً⁽³⁴⁾.

والسبب في كون الإقرار حجة قاصرة على صاحبه، هو أن المقر له ولاية على إلزام نفسه بما يشاء؛ فيؤاخذ به وحده ولا يتعدى لغيره، فلا يكون الإقرار حجة من المقر على غيره؛ لأنه ليس له سلطة على غيره، وبالتالي فلا يصح إلزام أحد بحق مالي أو بعقوبة نتيجة إقرار شخص آخر عليه بأنه شارك في تصرف أو جريمة، وهذا مما لا خلاف فيه، وهذا ما جرى عليه القضاء في عهد الرسول ﷺ⁽³⁵⁾.

ومن ثم فإن هذه القاعدة هي تأصيل واضح لمبدأ الاعتبار الشخصي للمكلف في باب الإقرار وما يترتب عليه من ثبوت الحق له أو عليه دون غيره، ولا يلحق غيره شيء مما أقر به؛ اعتباراً لشخصية كلِّ من المقرِّ والمقرَّ عليه.

المبحث الثاني: أثر الاعتبار الشخصي للمكلف في المعاملات :

سنتناول في هذا المبحث - بمشيئة الله تعالى - بعض التطبيقات الفقهية في المعاملات المالية، مع المقارنة بين أقوال المذاهب الفقهية؛ ودلالة ذلك على مدى الاعتبار الشخصي للمكلف في تلك العقود، وهي عقود الصبي المميز، والفضولي، والمكره، وذلك من خلال ثلاثة مطالب :

المطلب الأول: أثر الاعتبار الشخصي في عقود الصبي المميز.

-الفرع الأول: تعريف التمييز ومدلوله الفقهي :

هو مأخوذ من: مزته ميّزًا، وهو: عزل الشيء وفصله من غيره. ويكون في المشتبهات، نحو قوله تعالى ﴿لِيَمِيزَ اللَّهُ الْخَبِيثَ مِنَ الطَّيِّبِ﴾ [الأنفال: من آية 37] وفي المختلطات: نحو قوله تعالى: ﴿وَأَمْتَرُوا الْيَوْمَ أَيُّهَا الْمُجْرِمُونَ﴾ [يس: 59] ومعنى تميز الشيء: انفصاله عن غيره، ومن هنا فإن الفقهاء يقولون: سن التمييز، ومرادهم بذلك: تلك السن التي إذا انتهى إليها عرف مضاره ومنافعه، وكأنه مأخوذ من ميزت الأشياء: إذا فرقتها بعد المعرفة بها، وقيل: التمييز قوة في الدماغ يستنبط بها المعاني .⁽³⁶⁾

وبناء عليه اتفق الفقهاء على بطلان تصرفات الصبي غير المميز من بيع وشراء وغير ذلك؛ لأن عبارته ملغاة لا اعتداد بها شرعاً، فلا تصح بها عبادة، ولا تجب بها عقوبة، ولا

(37)

ينعقد معها بيع أو شراء، ويستمر هكذا حتى يبلغ السابعة وهو سن التمييز .
أما الصبي المميز فقد اختلف الفقهاء في انعقاد تصرفاته من بيع أو شراء، وغير ذلك، هل تنعقد نظراً لأن له إدراك يميز به بين تصرفاته النافعة والضارة والصحيحة والفاسدة، أو لا تنعقد نظراً لأنه غير مكلف فلا اعتبار لتصرفاته؛ لأن الاعتبار لا يكون إلا للمكلفين؟

الفرع الثاني: مواقف الفقهاء من تصرفات الصبي المميز ودلالاتها على الاعتبار الشخصي :

أولاً: موقف الحنفية من عقود الصبي المميز: ذهب الحنفية إلى أن تصرفات الصبي المميز على ثلاثة أقسام:

الأول: أن يتصرف تصرفاً ضاراً بماله ضرراً بيناً ، كالطلاق والعتاق والقرض والصدقة، فهذا لا ينعقد أصلاً، ولا ينفذ ولو أجازته الولي.

الثاني: أن يتصرف تصرفاً نافعاً نفعاً محضاً، كقبول الهبة والدخول في الإسلام، وهذا ينعقد وينفذ ولو لم يجزه الولي.

الثالث: أن يتردد تصرفه بين النفع والضرر، كالبيع والشراء، فإن الأصل فيه احتمال كون الصفقة رابحة أو خاسرة، فلا ينافي أنه قد تكون الصفقة بينة الربح فتكون من القسم الثاني؛ لأن البيع والشراء في ذاته محتمل للأمرين، وهذا القسم ينعقد موقوفاً على إجازة الولي، وليس للولي أن يجيزه إذا كان فيه غبن فاحش .⁽³⁸⁾

والحكمة في نفاذ التصرفات النافعة وبطلانها في غير النافعة وإيقافها على الإذن في التصرفات الدائرة بين النفع والضرر هي: أن الصبي المميز باعتباره عاقلاً يشبه العاقل والبالغ، وباعتبار قصور عقله وعدم توجه الخطاب إليه . أي: عدم تكليفه . هو مماثل للطفل الذي لا يعقل، ولذلك تثبت ولاية الغير عليه، ولذلك فقد ألحق الصبي المميز في التصرفات التي هي نفع محض له بالبالغ، وألحق بالطفل في التصرفات التي هي ضرر محض له، أما التصرفات الدائرة بين النفع والضرر، فيما أنه يحتمل الضرر فيها لنقصان عقل الصغير كما أنه يؤمل أن يكون فيها نفع، فلذلك إذا أذن له الولي يكون قد رجَّح جانب المصلحة، أي: أن الولي يكون قد رأى منفعةً في ذلك التصرف فيصبح ذلك التصرف صحيحاً⁽³⁹⁾ .

وبناءً عليه: فتصرفات الصغير المميز تكون نافذة على أربعة أوجه:

الوجه الأول: إذا تصرف بعد الإذن.

الوجه الثاني: إذا تصرف قبل الإذن وأجازه الولي بعد ذلك.

الوجه الثالث: إذا تصرف قبل الإذن وأجاز تصرفه بنفسه بعد الإذن أو بعد البلوغ.

الوجه الرابع: إذا تصرف قبل الإذن وكان تصرفه تصرفاً فيه نفع محض له، فينفذ تصرفه دون

(40)

توقف على إذن الولي .

وهذا يدل على أنهم يعتبرون شخصيته اعتباراً تاماً في بعض التصرفات، ولا يعتبرونها أصلاً في بعض التصرفات الأخرى، وفي بعضها يعتبرون شخصيته اعتباراً ناقصاً، فتصرفه موقوف على إذن الولي وإجازته، فليس لهم موقف موحد تجاه تصرفات الصبي المميز.

ثانياً: موقف المالكية من عقود الصبي المميز:

ذهب المالكية إلى أن الصبي المميز إذا تصرف ببيع أو شراء ونحوهما من كل عقد فيه معاوضة، فإن تصرفه يقع موقوفاً، ثم إن كانت المصلحة في إجازته تَعَيَّنَ على الولي أن يجيزه، وإن كانت المصلحة في رده تَعَيَّنَ على الولي أن يرده، ويلزم برد الثمن إن كان باقياً، فإن كان قد أنفقه، فإنه يؤخذ من ماله الموجود، فإن كان ماله الموجود قد نفذ ثم تجدد له مال، فإنه لا يؤخذ منه شيء، ويكون الثمن قد ضاع على المشتري.

فإذا كان الصبي غير مميز فإن تصرفه لا ينعقد على أي حال، وكذلك لا ينعقد تصرف المميز في العقود التي لا عوض فيها، كما إذا وهب من ماله شيئاً أو تصدق أو نحو ذلك، فإن تصرفه في ذلك يرد على أي حال، ولكن تصح وصية الصبي المميز في حال صحته وفي حال مرضه (41).

وبناءً عليه: فالمالكية يفرقون بين تصرفات الصبي المميز المبنية على المعاوضة وبين التصرفات التي لا توجد فيها معاوضة .

فالتصرفات التي فيها معاوضة: تنعقد منه صحيحة، لكنها تكون موقوفة على المصلحة وإذن الولي؛ وأما التصرفات التي ليست فيها معاوضة فلا تنعقد مطلقاً، أي سواء أذن الولي أم لا، ولعل العلة في عدم صحة الثانية: أنها تضر به ضرراً محضاً؛ لعدم اشتغالها على العوض.

وهم بهذا يشبهون مذهب الحنفية فيما ذهبوا إليه، غير أنه يوجد فرق بينهما، وهو: أن الحنفية: لا يوقفون تصرفاته النافعة نفعاً محضاً على إذن الولي؛ بل هي منعقدة نافذة من غير توقف، وأما المالكية: فيجعلون كل تصرفاته التي تشتمل على المعاوضة موقوفةً على إذن الولي، سواء كان فيها نفع محض، أم مترددة بين النفع والضرر.

وهذا المسلك الذي سلكه المالكية: يدل على أنهم يعتبرون شخصية الصبي المميز في عقود المعاوضات، لكنه يكون مقيداً بإذن الولي؛ لأنه موقوف على إذنه وعلى المصلحة، ولا يعتبرون شخصيته في غيرها.

ثالثاً: موقف الشافعية من عقود الصبي المميز:

ذهب الشافعية إلى أنه: لا يصح تصرف الصبي سواء كان مميزاً أو غير مميز، فلا تنعقد منه عبارة، ولا تصح له ولاية؛ لأنه مسلوب العبارة والولاية.

فإذا نطق الصبي الذي أبواه كافران بالإسلام لا ينفع إسلامه، ولو تولى نكاحاً لا ينعقد، إلا أن الصبي المميز تصح عبادته، بخلاف المجنون فإنه لا تصح منه عبادة ولا غيرها، على أنه يصح تملك الصبي والمجنون بالاحتطاب ونحوه، فإذا احتطب فقد ملك الحطب الذي جمعه، فليس لغيره أن يأخذه منه، وكذلك إذا اصطاد فإنه يملك الصيد الذي يظفر به⁽⁴²⁾ وهم يعنون أنه إذا تملك المباح فإنه يمكن ولا يسلب منه؛ لأن الحق الذي تملكه يعود عليه بالنفع ولا يضر بغيره.

جاء في المجموع للنووي: "وأما الصبي فلا يصح بيعه ولا شراؤه ولا إجارته وسائر عقوده، لا لنفسه ولا لغيره، سواء باع بغيره أو بعبطة وسواء كان مميزاً أو غيره، وسواء بإذن الولي أو بغير إذنه، وسواء بيع الاختبار وغيره، وبيع الاختبار هو الذي يمتحنه الولي به ليستبين رشده عند مناهزة الاحتلام، ولكن طريق الولي أن يفوض إليه الاستلام وتدبير العقد، فإذا انتهى الأمر إلى العقد أتى به الولي، ولا خلاف في شيء مما ذكرته عندنا إلا في بيع الاختبار، فإن فيه وجهاً شاداً ضعيفاً حكاه إمام الحرمين وآخرون من الخراسانيين أنه يصح، والمذهب بطلانه" (43).

واستدلوا على بطلان تصرفاته وعقوده بقول النبي ﷺ: "رُفِعَ الْقَلَمُ عَنْ ثَلَاثَةٍ: عَنِ النَّائِمِ حَتَّى يَسْتَيْقِظَ، وَعَنِ الْمَجْنُونِ حَتَّى يَفِيْقَ وَعَنِ الصَّبِيِّ حَتَّى يَبْلُغَ" (44).

ووجه الدلالة منه: أن مقتضى الحديث: إسقاط أقواله وأفعاله؛ ولأنه لو صح البيع من الصبي للزم منه وجوب تسليم المبيع على الصبي، وقد صرح الحديث بأن الصبي لا يجب عليه شيء (45).

والعلة في عدم صحة تصرفاته هي: عدم تمام أهليته، ومن ثم فإنهم لم يعتبروا شخصيته في أي تصرف من التصرفات المالية وغيرها؛ لنقص أهليته.

فالشافعية: قد اتخذوا موقفاً موحداً من تصرفات الصبي المميز؛ حيث إنهم لم يعتبروا صحة تصرفاته مطلقاً سواء أذن له الولي أم لا، وسواء كان في العقد غبطة له أم لا. وهذا الموقف الذي اتخذته الشافعية له دلالاته الواضحة على اعتبار كمال الشخصية في العاقد، وأنه متى كانت أهلية الشخص ناقصة، كان العقد باطلاً (46).

رابعاً : موقف الحنابلة من عقود الصبي المميز:

ذهب الحنابلة في الرواية الراجحة عندهم، وهي المذهب وعليها الأصحاب، إلى أن: الصبي المميز يصح تصرفه إذا أذن له الولي، فأما إن تصرف بغير إذن وليه لم يصح تصرفه ويحتمل أن يصح ويقف على إجازة الولي، وهو كقول أبي حنيفة. ومبنى ذلك على ما إذا تصرف في مال غيره بغير إذنه. وعلة هذه الرواية: أنه عاقل مميز محجور عليه فصح تصرفه بإذن وليه كالعبد.

وفي الرواية الأخرى: لا يصح تصرفه حتى يبلغ، إلا في الشيء اليسير. وهي كقول الشافعية. وعلة هذه الرواية: أنه غير مكلف، فأشبهه غير المميز؛ ولأن العقل لا يمكن الوقوف منه على الحد الذي يصلح به التصرف؛ لخفائه وتزايدته وتزايداً خفي التدريج، فجعل الشارع له ضابطاً وهو البلوغ، فلا يثبت له أحكام العقلاء قبل وجود المظنة⁽⁴⁷⁾.

وبناءً عليه: فإن الحنابلة يقولون بصحة جميع تصرفات الصبي، من غير تفريق بينها، بشرط أن يكون قد أذن له الولي قبل التصرف.

فإن تصرف بغير إذن كان تصرفه باطلاً، وقيل: يصح لكنه يكون موقوفاً على إذن الولي.

وهم بهذا يشبهون قول الحنفية والمالكية، من جهة أن تصرفه ينعقد صحيحاً موقوفاً، ويخالفونهم من جهة أنهم يشترطون إذن الولي له قبل التصرف لا بعده.

ومن ثم: فهم يعتبرون شخصية الصبي المميز في كل التصرفات، لكنها شخصية غير كاملة الأهلية؛ لذلك ربطوها بإذن الولي؛ ليكون الإذن متمماً لشخصيته.

المناقشة والترحيح :

من خلال ما سبق يتبين أن مناهج الفقهاء متباينة في اعتبار تصرفات الصبي المميز - ومنها عقودهم، وعند تحليلها والموازنة بينها يتبين أنها تنقسم إلى اتجاهين أساسيين:

الاتجاه الأول: ويتمثل في قول جمهور الفقهاء، من الحنفية، والمالكية، والحنابلة على الراجح عندهم، وهو: أن شخصية الصبي المميز معتبرة في التصرفات، وأن تصرفاته تنعقد صحيحة وناظفة، بشروطها.

الاتجاه الثاني: وهو ما يمثله مذهب الشافعية، ووافقهم فيه الحنابلة في الرواية المرجوحة عندهم، وحاصله: أن تصرفات الصبي المميز لا تنعقد ولا تصح مطلقاً؛ وذلك لعدم تمام أهليته بدون تفرقة بين النافع منها والضار وبدون توقف على إذن الولي من عدمه.

ولا شك أن الأخذ بقول الشافعية هذا فيه مشقة بالغة خاصة في أيامنا هذه؛ فإنه مما عمت به البلوى أن يبيعت الناس صغارهم لشراء الحوائج وكذلك يوكلونهم بالبيع في كثير من المحلات التجارية، واطردت العادة بذلك في كثير من البلدان، وقد تدعو الضرورة إليه ولذلك فإنه ينبغي اعتبار العرف في هذه المسألة، فما يعده الناس تصرفاً معتبراً من الصبيان فهو صحيح تترتب عليه آثاره كبيعهم وشرائهم للسلع البسيطة المعروفة أما غير ذلك فلا يعتبر تصرفهم فيه، وقد كانت المغيبات (أي: اللاتي غاب عنهن أزواجهن) يبعثن الجواري والغلمان في زمن عمر بن الخطاب -رضي الله عنه- لشراء الحوائج فلا ينكره وكذا في زمن غيره من السلف والخلف والله أعلم⁽⁴⁸⁾.

وبناءً عليه: فقول الجمهور هو القول المختار، وهو الذي يتوافق مع مبدأ الاعتبار الشخصي، لأنهم اعتبروا شخصية الصبي المميز ولم يهدروا عبارته ولا تصرفه لا سيما بعد إذن الولي له بالتصرف.

-الفرع الثالث : نماذج تطبيقية لعقود الصبي المميز:

النموذج الأول: الإذن له بالتجارة:

ذهب الحنفية، والمالكية في المعتمد عندهم، والحنابلة في الرواية الراجحة، إلى أنه : يجوز

(49)

لولي المال الإذن للصغير في التجارة إذا أنس منه الخبرة

والعلة في ذلك هي: تدريبه على طرق المكاسب؛ لقوله تعالى: ﴿وَابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ وَلَا تَأْكُلُوهَا إِسْرَافًا وَبِدَارًا أَن يَكْبُرُوا^٤ وَمَنْ كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ^٥ وَمَنْ كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ^٤ فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ^٦﴾ [النساء، من الآية 6].

أي: اختبروهم لتعلموا رشدهم، وإنما يتحقق الاختبار بتفويض التصرف إليهم في البيع والشراء.

ولأن المميز عاقل محجور عليه فيرتفع حجره بإذن وليه، ويصح تصرفه بهذا الإذن⁽⁵⁰⁾ وذهب الشافعية: إلى أنه لا يجوز الإذن للصبي في التجارة؛ وإنما يسلم إليه المال ويمتحن في المماكسة، فإذا أراد العقد عقد الولي عنه؛ لأن تصرفاته وعقوده باطلة؛ لعدم توافر العقل الكافي لتقدير المصلحة في مباشرة التصرف، فلا يثبت له أحكام العقلاء قبل وجود مظنة⁽⁵¹⁾ كمال العقل . ووجه قولهم: أن الصبي ليس من أهل التجارة، فلا يصح الإذن له بالتجارة؛ وهذا لأن أهلية التجارة بالعقل الكامل؛ لأنها تصرف دائر بين الضرر والنفع، فلا بد لها من كمال العقل، وعقل الصبي ناقص فلا يكفي لتقدير المصلحة في مباشرة التصرف؛ ولهذا لم يعتبر عقله في الهبة والصدقة والطلاق والعتاق كذا ههنا⁽⁵²⁾ .

النموذج الثاني: عقد البيع :

اختلف الفقهاء في انعقاد تصرفات الصبي المميز بالبيع أو الشراء، وكان اختلافهم على قولين القول الأول: وهو ما ذهب إليه الحنفية، والمالكية، وأحمد في رواية، إلى أن تصرف الصبي المميز ينعقد بالبيع والشراء فيما أذن له الولي، وإلا كان موقوفاً على إجازة الولي أو الوصي⁽⁵³⁾ .

وحجتهم: أن المدار في التصرف على إذن الولي، لا على الصبي، فصح البيع؛ لأن الصبي حينئذ كالدلال، والعاقده غيره. ولأن دفع المال إلى الصبي بعد رشده متوقف على اختباره بالبيع والشراء، وأنه يغبن أم لا، فكان لا بد من القول بصحة تصرفاته وعقوده، ولكن بإذن الولي (54) لتحصيل المصلحة وحفظ أمواله .

القول الثاني: وهو ما ذهب إليه الشافعية، وأحمد في رواية، أن بيع الصبي المميز وشراءه لا ينعقد أي منهما. والعلة في ذلك هي: عدم أهليته؛ لأن شرط العاقده عنده سواء أكان بائعاً أم مشترياً هو الرشد، وهو أن يتصف بالبلوغ والصلاح لدينه وماله، بدليل قوله تعالى: ﴿وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَمًا وَارْزُقُوهُمْ فِيهَا وَاكْسُوهُمْ وَقُولُوا لَهُمْ قَوْلًا مَعْرُوفًا﴾ (النساء، 5)، والتصرف بالبيع والشراء فيمضي إعطاء السفهاء المال، لاستلزام البيع والشراء لبذل المال، والجامع بينهما: نقص العقل المؤدي بكل منهما إلى إضاعة المال في غير طريقه الشرعي، خاصة إذا كان المبيع من الأعيان ذات المبالغ العالية؛ لأن البيع فيه تملك، وينتهي العقد بانتهاه مجلس العقد، ومن الصعوبة الرجوع فيه إن لم يكن هناك خيار، لذا نجد أصحاب هذا القول قد ذهبوا إلى عدم انعقاد بيع الصبي خشيية الغرر والضرر.

النموذج الثالث: عقد الهبة:

اشترط الفقهاء في الواهب أن يكون من أهل التبرع، وذلك بأن يكون عاقلاً بالغاً رشيداً؛ لأن الهبة تبرع فلا يملكها من لا يملك التبرع، وعليه: فلا تجوز هبة الصبي مميزاً أو غير مميز بلا خلاف (56) .

ولكنهم اختلفوا في سبب عدم صحة الهبة، حيث يرى الشافعية أن السبب في عدم الصحة هو: عدم صحة عبارته؛ لعدم كمال أهليته (57) .

بينما يرى جمهور الفقهاء أن السبب في عدم الصحة هو: أنه لا يملك التبرع؛ لكونه ضرراً محضاً لا يقابله نفع دنيوي؛ لأنه نقل الملك إلى غيره بدون عوض⁽⁵⁸⁾ .
ولذلك لا تصح حتى مع إذن الولي، وهذا بخلاف عقود المعاوضات التي فيها مقابلة مالية ، فإنها تصح مع إذن الولي عند الجمهور كما سبق بيانه. وأيا كانت العلة فإنهم متفقون على المنع ؛ لوجود الضرر في التبرعات .

النموذج الرابع: عقد الوقف :

ذهب كلٌّ من الحنفية، والمالكية، والحنابلة، إلى أن الوقف لا يصح من الصبي المميز؛ وذلك لأن الوقف من التصرفات التي تزيل الملك بغير عوض، والصبي ليس من أهل التصرفات الضارة، ولهذا لا تصحمنه الهبة والصدقة والإعتاق ونحو ذلك . كما ذهب⁽⁵⁹⁾ الشافعية إلى عدم صحة الوقف من الصبي؛ لأن الوقف من عقود التبرعات التي تزيل الملك بغير عوض، والصبي ليس من أهل هذه التصرفات⁽⁶⁰⁾ .

فالملاحظ هنا أيضاً: أن الحكم واحد عند جميع الفقهاء، وهو القول ببطلان الوقف من الصبي المميز، ولكن الخلاف وقع في علة الحكم؛ فالعلة عند الشافعية هي عدم الأهلية، وعند الجمهور هي كون التصرف من التصرفات الضارة به.

-الفرع الرابع: بيان دلالة مواقف الفقهاء من عقود الصبي المميز على الاعتبار الشخصي:

تَبَيَّنَ من خلال دراسة مواقف الفقهاء من عقود الصبي المميز وتصرفاته والنماذج التطبيقية عليها، والموازنة بين ما قرره الشافعية، وبين ما قرره جمهور الفقهاء، أن المنهج الذي قرره الجمهور من اعتبار تصرفاته النافعة مع نقص أهليته، وإبطال تصرفاته الضارة، وتوقف تصرفاته المترددة بينهما على إجازة الولي، يدل على عدم اشتراط كمال الأهلية في العاقد، ومن ثم اعتبار شخصيته غير المستقلة، حيث إن تصرفه مرتبط بإذن غيره.

وهذا المنهج الذي سلكه جمهور الفقهاء هو منهج ثابت ومطرّد في كل تصرفات الصبي، وله حكمته ووجاهته، غير أنه يمكن مناقشته فيما يتعلق باعتبار شخصية الصبي المميز، بأنه لم يتخذ منه موقفاً موحداً، فإنه أحياناً يعتبر شخصيته اعتباراً مطلقاً غير مقيد برضا أحد، وكاملاً غير موقوف على إذن أحد، وأحياناً أخرى لا يعتبرها أصلاً فهي منعدمة لا أثر لها، وأحياناً أخرى يعتبر شخصيته، لكن تصرفه يكون مقيداً برضا الولي، وفي هذه الحالة لا يكون المعتبر على الحقيقة هو شخصية الصبي استقلالاً؛ بل المعتبر هو شخصية الولي والصبي معاً.

وأما موقف الشافعية منها فهو واحد في جميع الحالات، وهو موقف الراض لها، سواء أذن له الولي أم لم يأذن، وسواء أكان فيها ضرر له أم لا؛ لأنها لم تصدر عن ذي أهلية كاملة؛ فإذا كان العاقد ناقص الأهلية، كان اختياره ناقصاً، وإذا كان فاقد الأهلية كان اختياره منعدماً، وفي كلتا الحالتين فهو غير معتبر عند الشافعية؛ لأنهم يشترطون كمال الرضا والاختيار في العاقد.

وهذا الموقف الذي اتخذه الشافعية من تصرفات الصبي المميز يدل على عدم اعتبارهم لشخصية الصبي المميز في كل التصرفات، المالية وغيرها. ويمكن توجيه قول الشافعية توجيهاً آخر، وهو أن القول بعدم صحة تصرفات الصبي المميز مطلقاً مبناه على مبدأ الاعتبار الشخصي للمكلف، ومقتضاه: أن لكل شخص ذاتية المعتبرة، وشخصيته الخاصة، فلا يتوقف رضاه على رضا غيره، ولا يقيد برضا شخص آخر حتى ولو كان الآخر هو الولي؛ لأنه لا يكون الرضا المعتبر في التصرف حينئذ هو رضا المتصرف؛ بل يكون الرضا المعتبر حينئذ هو رضا الولي. فإما أن نعتبر شخصيته اعتباراً كاملاً مستقلاً عن شخصية غيره، مطلقاً في كل التصرفات، بغض النظر عن كونها نافعة أو ضارة، وإما أن لا نعتبرها، كالصبي غير المميز، ويتصرف عنه حينئذٍ وليه أو وصيه.

المطلب الثاني: أثر الاعتبار الشخصي للمكلف في عقود الفضولي:

-الفرع الأول: تعريف الفضولي في اللغة والاصطلاح:

هو في اللغة: من يشتغل بما لا يعنيه، نسبة إلى الفضول، جمع فضل، وهو الزيادة. غير أن هذا الجمع -الفضول- غلب استعماله على ما لا خير فيه، حتى صار بالغلبة كالعلم لهذا المعنى، ومن أجل ذلك كان في النسبة إليه تلك الدلالة .⁽⁶¹⁾

وأما معناه في اصطلاح الفقهاء: فيطلق الفضولي على من يتصرف في حق غيره بلا إذن شرعي، ولا ولاية، كالأجنبي يزوج أو يبيع ، فهو أيضاً يعد بهذه المخالفة فضولياً، لأنه تجاوز الحدود التي قيده بها موكله، فهو لم يكن ولياً ولا أصيلاً ولا وكيلاً في العقد .⁽⁶²⁾⁽⁶³⁾

الفرع الثاني: تصرفات الفضولي عند الفقهاء :

اختلف الفقهاء في حكم تصرفات الفضولي وعقوده، كالبيع والشراء وغيرها، وبيان اختلافهم فيما يأتي :

أولاً: موقف الحنفية من تصرفات الفضولي :

ذهب فقهاء الحنفية إلى أن عقد الفضولي صحيح موقوف على الإجازة، فإن أجازته من عُقد له صح، وإلا بطل . وأصل هذا: أن الملك والولاية ليسا من شروط الانعقاد عند الحنفية؛ بل من شروط النفاذ. وعليه: فإن تصرفات الفضولي التي لها مجيز حالة العقد، كالبيع، والإجارة والنكاح والطلاق ونحوها منعقدة موقوفة على إجازة المجيز، فإن أجاز تنفذ وإلا فتبطل ويجعل إجازته في الانتهاء كالإذن في الابتداء وما لا مجيز لها تبطل، كما إذا كان تحتها زوجة وزوجه الفضولي أخت امرأته، أو كانت تحتها أربع نسوة فزوجه الفضولي خامسة، فإن العقد يقع باطلاً في هذه المواضع، ولا يتوقف على إجازة أحد، حتى لو زال المانع بأن ماتت امرأته وأجاز العقد لا يجوز .⁽⁶⁴⁾⁽⁶⁵⁾

واستدلوا على جواز تصرفات الفضولي بما يأتي:

1- بعمومات الأدلة الواردة في صحة البيع، من نحو قوله تبارك وتعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾ [البقرة من الآية 275]. وقوله سبحانه وتعالى: ﴿فَإِذَا قُضِيَتِ الصَّلَاةُ فَانْتَشِرُوا فِي الْأَرْضِ وَابْتَغُوا مِنْ فَضْلِ اللَّهِ وَاذْكُرُوا اللَّهَ كَثِيرًا لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ﴾ [الجمعة، 10].

ووجه الاستدلال: أن الله - سبحانه وتعالى - شرع البيع والشراء والتجارة وابتغاء الفضل، من غير فصل بين ما إذا وجد من المالك بطريق الأصالة وبين ما إذا وجد من الوكيل في الابتداء أو بين ما إذا وجدت الإجازة من المالك في الانتهاء، وبين وجود الرضا في التجارة عند العقد أو بعده، فيجب العمل بإطلاقها إلا ما خص بدليل (66).

2- واستدلوا أيضاً بحديث عروة بن أبي الجعد البارقى رضي الله عنه: "أن النبي صلى الله عليه وسلم «أَعْطَاهُ دِينَارًا يَشْتَرِي لَهُ بِهِ شَاةً، فَاشْتَرَى لَهُ بِهِ شَاتَيْنِ، فَبَاعَ إِحْدَاهُمَا بِدِينَارٍ، وَجَاءَهُ بِدِينَارٍ وَشَاةٍ، فَدَعَا لَهُ بِالْبَرَكَةِ فِي بَيْعِهِ، وَكَانَ لَوْ اشْتَرَى التُّرَابَ لَرَبِحَ فِيهِ» (67).

وجه الدلالة من الحديث: من المعلوم أنه لم يكن مأموراً ببيع الشاة، فلو لم ينعقد تصرفه لما باع ولما دعا له رسول الله صلى الله عليه وسلم بالخير، والبركة على ما فعل ولأنكر عليه؛ لأن الباطل ينكر.

وأيضاً: فإن هذا تصرف تمليك، وقد صدر من أهله؛ لأن الفضولي كامل الأهلية، فإعمال عقده أولى من إهماله، فوجب القول بانعقاده، وربما كان في العقد مصلحة للمالك؛ إذ لا ضرر فيه للمالك مع تحييره؛ بل فيه نفعه، حيث يُكْفَى مؤنة طلب المشتري وقرار الثمن (أي المطالبة) وغيره، وفيه نفع العاقد لصون كلامه عن الإلغاء، وفيه نفع المشتري؛ لأنه أقدم

عليه طائعا، فثبتت القدرة الشرعية تحصيلاً لهذه الوجوه؛ كيف وأن الإذن ثابت دلالة؛ لأن العاقل يأذن في التصرف النافع له بلا ضرر يشينه .⁽⁶⁸⁾

ثانياً: موقف المالكية من تصرفات الفضولي:

يُفرّق المالكية بين عقود المعاوضات، وعقود التبرعات، التي تقع من الفضولي ، فذهبوا إلى القول: بصحة عقود المعاوضات من الفضولي غير أنها تكون موقوفةً علي إجازة المالك، فهي صحيحة غير لازمة، فإذا باع فإن بيعه صحيح غير لازم، فيجوز للمشتري التصرف في المبيع قبل إمضاء المالك البيع؛ لأن صحة العقد ترتب أثره عليه من جواز التصرف في العقود عليه.

أما عقود التبرعات: فذهبوا إلى القول: بباطلها وعدم صحتها، فهبة الفضولي وصدقته باطلة وكل ما ليس فيه معاوضة كوقفه، فلا تصح هذه الأشياء ولو أجازها المالك. والفرق بين بيع الفضولي وهبته: أن بيعه في نظير عوض يعود على المالك، بخلاف هبته ومثلها وقفه وصدقته، فإنها في غير مقابلة عوض، فمتى صدر واحد من هذه الأربعة من فضولي كان باطلاً ولو أجازها المالك. وذكر بعضهم أن وقفه وهبته وصدقته كبيعه في أن الكل صحيح غير لازم، فإن أمضاه المالك مضى وإن رده رد .⁽⁶⁹⁾

ثالثاً: موقف الشافعية من تصرفات الفضولي:

ذهب الإمام الشافعي في مذهبه الجديد: إلى أن تصرفات الفضولي كلها باطلة؛ لأنه ليس بمالك ولا وكيل ولا ولي، فإذا تصرف في مال غيره ببيع أو شراء ونحوهما بغير إذنه، بطل تصرفه، ولم يوقف ذلك على إجازة المالك، ولا على إجازة من اشترى له أو بيع عليه، ومثل البيع سائر تصرفاته القابلة للنيابة، كالإجازات والهبات والنكاح والطلاق وسائر العقود. والعلة في ذلك: أن صحة التصرفات الشرعية تحصل بالملك أو بالولاية ولم يوجد أحدهما فلا تصح؛ لعدم تحقق رضا المالك .⁽⁷⁰⁾

وقد استدل الشافعية على بطلان تصرفات الفضولي بما يأتي :

- 1- عن حكيم بن حزام -رضي الله عنه- قال: أَتَيْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ: فَقُلْتُ: يَأْتِيَنِ الرَّجُلُ يَسْأَلُنِي مِنَ الْبَيْعِ مَا لَيْسَ عِنْدِي، أَبْتَاغُ لَهُ مِنَ السُّوقِ، ثُمَّ أْبِيعُهُ؟ قَالَ: " لَا تَبِيعْ مَا لَيْسَ عِنْدَكَ" ⁽⁷¹⁾ . وبما روى عن عبد الله بن عمرو -رضي الله عنهما-، أن رسول الله ﷺ قال: «لَا يَحِلُّ سَلْفٌ وَبَيْعٌ، وَلَا شَرْطَانِ فِي بَيْعٍ، وَلَا رِنْحٌ مَا لَمْ تَضْمَنْ، وَلَا بَيْعٌ مَا لَيْسَ عِنْدَكَ» ⁽⁷²⁾ . وبما روي أيضا عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال: «لَا طَلَاقَ إِلَّا فِيمَا تَمْلِكُ، وَلَا عِنَقَ إِلَّا فِيمَا تَمْلِكُ، وَلَا بَيْعَ إِلَّا فِيمَا تَمْلِكُ» ⁽⁷³⁾ .

وجه الدلالة من هذه الأحاديث: أنه قد ورد النهي في هذه الأحاديث عن بيع الإنسان ما لا يملك، ولا يبيع ما ليس عنده؛ والنهي يقتضى فساد المنهي عنه، فدلّت هذه الأحاديث بمنطوقها على أن بيع الفضولي باطل؛ لأنه باع ما لا يملك ⁽⁷⁴⁾ .

2- ولأنه تصرفٌ صدر بغير توكيل ولا ولاية شرعية؛ لأنها بالملك أو بإذن المالك وقد فُقد، فلم يصح؛ وذلك لأن الولاية شرط لانعقاد العقد.

3- ولأن التصرف في ملك الغير بغير إذنه اعتداء على حق المالك، وذلك محرم شرعاً.

4- ولأنه عقْد على ما لا يقدر على تسليمه، فلم يصح، كبيع الآبق والسّمك في الماء والطير في الهواء؛ وذلك للغرر الناشئ عن عدم القدرة على التسليم وقت العقد وما يترتب عليه من النزاع ⁽⁷⁵⁾ .

رابعاً: موقف الحنابلة من تصرفات الفضولي:

ذهب الإمام أحمد في أصح الروايتين عنه إلى القول: بأن تصرف الفضولي باطل غير صحيح، وهو المذهب وعليه أكثر الأصحاب. وفي الرواية الثانية عنه: يصح ويقف على إجازة المالك. فإن باع ملك غيره بغير إذنه، أو اشترى بعين ماله شيئاً بغير إذنه، أو زوج الأبعد من

غير عذر للأقرب، أو زوج أجنبيًا، أو طلق زوجته، أو غير ذلك من التصرفات بلا إذنهلم يصحعلى المذهب. وعنه: يصح ويقف على إجازة المالك أو الولي⁽⁷⁶⁾.

المناقشة والترحيح : من خلال ما سبق يتبين أن مناهج الفقهاء متباينة في اعتبار تصرفات الفضولي - ومنها عقودها، وعند تحليلها والموازنة بينها يظهر أن القول بعدم الاعتداد بتصرفات الفضولي هو الراجح؛ لأن انعقاد العقد يستدعي محلاً، ويختص بمحل للعاقده عليه ولاية، فإذا انعدمت الولاية على المحل ينزل ذلك منزلة انعدام الأهلية في المتصرف وقت العقد، وذلك يوجب إلغاءه، ولأن القول باعتبار تصرفات الفضولي صحيحة يتعارض مع مبدأ الاعتبار الشخصي للمكلف.

-الفرع الثالث: نماذج تطبيقية لعقود الفضولي ودلالاتها على الاعتبار الشخصي :

النموذج الأول: بيع الفضولي :

اتفق الفقهاء على أن من شروط البيع: أن يكون المبيع مملوكاً للبائع، أو له عليه ولاية أو وكالة تجيز تصرفه فيه، واتفقوا أيضاً على صحة بيع الفضولي، إذا كان المالك حاضراً وأجاز البيع، لأن الفضولي حينئذ يكون كالوكيل.

واتفقوا أيضاً على عدم صحة بيع الفضولي إذا كان المالك غير أهل للإجازة، كما إذا كان صبياً وقت البيع. ومحل الخلاف في بيع الفضولي إذا كان المالك أهلاً للتصرف وبيع ماله وهو غائب، أو كان حاضراً وبيع ماله وهو ساكت، فهل يصح بيع الفضولي أو لا يصح⁽⁷⁷⁾؟ وكان خلافهم على قولين: على ما تقدم .

النموذج الثاني: وقف الفضولي:

اختلف الفقهاء في حكم وقف الفضولي لمال غيره على قولين :

القول الأول: ذهب المالكية على المشهور، والشافعي في الجديد، والحنابلة، إلى أن وقف الفضولي باطل، سواء أجازته المالك بعد ذلك أم لا (78).

القول الثاني: ذهب الحنفية، وهو قول عند المالكية، ورواية عن أحمد: إلى أن وقف الفضولي صحيح، غير أنه يكون موقوفاً على إجازة المالك، فإن أجازته نفذ، وإن رده بطل (79).

النموذج الثالث: هبة الفضولي :

اختلف الفقهاء في حكم هبة الفضولي لمال غيره على قولين:

القول الأول: ذهب الحنفية، وهو رواية عند المالكية إلى أن هبة الفضولي تنعقد صحيحة، غير أنها تكون موقوفة على إجازة المالك، فإن ردها بطلت، وإن أجازها كان لإجازته حكم الوكالة السابقة (80).

وقال المالكية: الفرق بين بيع الفضولي وهبته: أن البيع تمليك في نظير عوض، أما الهبة فالتمليك فيها بغير عوض، ولهذا اختلف الحكم بينهما (81).

القول الثاني: ذهب المالكية على المشهور، والشافعي في الجديد، والحنابلة، إلى أن هبة الفضولي باطلة، إذ يستحيل على المرء أن يهب ما لا يملك (82).

-الفرع الرابع: بيان دلالة موقف الفقهاء من تصرفات الفضولي على الاعتبار الشخصي:

بالنظر في أقوال الفقهاء في تصرفات الفضولي وذكر بعض النماذج عليها كبيع الفضولي وهبته ووقفه مال غيره، يتضح لنا أن لهم اتجاهين :

الاتجاه الأول: أن عقود الفضولي باطلة، ولا يترتب عليها أثر حتى لو أجازها المالك أو من له الولاية على العقد. وهذا هو مذهب الإمام الشافعي في الجديد، ووافقه في ذلك الإمام أحمد في أصح الروايتين، ووافقه المالكية أيضاً في عقود التبرعات.

وهذا الموقف الذي اتخذته أصحاب هذا الاتجاه من عقود الفضولي، له دلالة على مدى اعتبار شخصية العاقد، وهذه الدلالة تظهر في أن الولاية التامة على العقد شرط لانعقاده؛ وهذا لأن انعقاد العقد يستدعي محلاً، ويختص بمحل للعاقد عليه ولاية، فإذا انعدمت الولاية على المحل ينزل ذلك منزلة انعدام الأهلية في المتصرف وقت العقد، وذلك يوجب إلغاءه، كالصبي والمجنون إذا طلق امرأته، يلغى ذلك ولا ينعقد وإن أحازه بعد البلوغ؛ فكذلك الفضولي.

وهذا دليل على مدى اعتبار شخصية العاقد الحقيقي - وهو من يقع له العقد على الحقيقة - حالة العقد، وذلك بالولاية التامة على العقد، سواء عقد لنفسه، أو عقد له من ينوب عنه بإذنه، فلا يصح لأحد أن يعقد له بغير إذنه ورضاه، ولو عقد له غيره بغير إذنه، فعقده باطل حتى لو أحاز العقد بعد ذلك؛ لأنه تصرف في ملك غيره بغير إذنه ورضاه، ولعدم تحقق الاعتبار الشخصي ممن يقع له العقد حالة العقد.

الاتجاه الثاني: أن عقد الفضولي صحيح ومنعقد، ولكنه موقوف على إجازة المالك أو من ينوب عنه، فإن أحازه نفذ وإلا بطل. وهذا ما ذهب إليه الحنفية، ووافقهم في ذلك المالكية فيما يختص بعقود المعاوضات؛ بناءً على اعتبار الفضولي وكياً عنه، وهذا القول يعتبر شخصية الفضولي حالة العقد؛ فيصح عبارته وعقده؛ حيث إنه أهل للتعاقد، لكنه يجعل تصرفه موقوفاً بناءً على اعتبار شخصية المالك، فهو بهذا يعتبر الشخصيتين معاً.

المطلب الثالث: أثر الاعتبار الشخصي للمكلف في تصرفات المكره:

-الفرع الأول : مواقف الفقهاء من تصرفات المكره:

أولاً: موقف الحنفية من تصرفات المكره:

الإكراه عند الحنفية نوعان: إكراه ملجئ، يُعدم الرضا ويفسد الاختيار، وإكراه غير ملجئ، يُعدم الرضا ولا يفسد الاختيار. والإكراه بجملته لا ينافي أهلية ولا يوجب وضع الخطاب بحال؛ لأن المكره مبتلى، والابتلاء يحقق الخطاب؛ ولذلك لا ينعدم أصل القصد والاختيار

(83) بالإكراه . ويختلف أثر الإكراه على التصرفات عند الحنفية تبعاً لاختلاف نوع الإكراه، واختلاف المكره عليه : فالتصرفات الشرعية التي يكره عليها نوعان: إنشاء، وإقرار؛ والإنشاء نوعان :

الأول: ما يحتمل الفسخ ويتوقف على الرضا.

(84) والثاني: ما لا يحتمل الفسخ ويتوقف على القصد والاختيار دون الرضا . وفيما يأتي بيان لحكم الإكراه على الإقرار، والإنشاء بنوعي :

أ- الإكراه على الإقرار:

إذا كان الإكراه على الإقرار، كان أثر الإكراه إبطال الإقرار وإغاؤه، فيمنع صحة الإقرار، سواء كان الإكراه ملحقاً أم غير ملحق، و سواء كان المقر به محتملاً للفسخ أو لم يكن، فمن أكره على الاعتراف بمال أو زوج أو طلاق كان اعترافه باطلاً، ولا يعتد به شرعاً؛ لأن الإقرار إنما جعل حجة في حق المقر باعتبار ترجح جانب الصدق فيه على جانب الكذب، ولا يتحقق هذا الترجيح مع الإكراه، إذ هو قرينة قوية على أن المقر لا يقصد بإقراره الصدق فيما أقر به، وإنما يقصد دفع الضرر الذي هدد به عن نفسه .

(85)

ب - الإكراه على إبرام العقود التي تحتمل الفسخ:

وإن كان المكره عليه من العقود والتصرفات الشرعية التي تحتمل الفسخ، كالبيع والإجارة والرهن ونحوها، كان أثر الإكراه فيها إفسادها لا إبطالها، فيتربط عليها ما يترتب على العقد الفاسد، حسب ما هو مقرر في المذهب أنه ينقلب صحيحاً لازماً بإجازة المكره؛ لأن الإكراه لا يمنع انعقاد أصل العقد فقد وجد ما به ينعقد من الإيجاب، والقبول من أهله في محل قابل له، ولكن امتنع نفوذه؛ لانعدام تمام الرضا بسبب الإكراه، فإذا أجازته غير مكره، فقد تم رضاه

(86)

به .

وحجتهم في ذلك: أن الإكراه عندهم لا يعدم الاختيار الذي هو ترجيح فعل الشيء على تركه أو العكس، وإنما يعدم الرضا الذي هو الارتياح إلى الشيء والرغبة فيه، والرضا ليس ركناً من أركان هذه التصرفات ولا شرطاً من شروط انعقادها، وإنما هو شرط من شروط صحتها، فحينئذ يترتب على فقدانه فساد العقد لا بطلانه .⁽⁸⁷⁾

ج - الإكراه على التصرفات التي لا تحتتمل الفسخ :

وأما إن كان التصرف من جنس ما لا يفسخ ولا يتوقف على وجود الرضا والاختيار، لم يبطل بالإكراه، مثل: الطلاق، والرجعة، والنكاح، واليمين والنذر، والظهار، والإيلاء والفيء في الإيلاء، والعفو عن القصاص فهذه التصرفات جائزة مع الإكراه؛ لأن ذلك لا يبطل بالهزل، وهو ينافي الاختيار والرضا بالحكم، ولا يبطل شرط الخيار، وهو ينافي الاختيار أصلاً، فلأن لا يبطل بما يفسد الاختيار أولى .⁽⁸⁸⁾

فالعلة في هذا: أن الشارع اعتبر اللفظ في هذه التصرفات -عند القصد إليه- قائماً مقام إرادة معناه، فإذا وجد اللفظ ترتب عليه أثره الشرعي، وإن لم يكن لقاتله قصد إلى معناه كما في الهازل، فإن الشارع اعتبر هذه التصرفات صحيحة إذا صدرت منه، مع انعدام قصده إليها وعدم رضاه بما يترتب عليها من الآثار.

واستدلوا على لزوم حكم هذه الأشياء بما يأتي:

1- عمومات النصوص وإطلاقها يقتضي شرعية هذه التصرفات من غير تخصيص وتقييد.

كقوله سبحانه وتعالى: ﴿يَأْتِيهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلَّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ﴾ [الطلاق من الآية 1] ولم يفرق فيها بين طلاق المكره والطائع، وقوله تبارك وتعالى: ﴿وَأَنْكِحُوا الْأَيْمَىٰ مِنْكُمْ﴾ [النور، 32]، وغيره من عمومات النكاح من غير تخصيص .⁽⁸⁹⁾

2- ولأن الفئات بالإكراه ليس إلا الرضا طبعاً وأنه ليس بشرط لوقوع الطلاق فإن طلاق الهازل واقع وليس براضٍ به طبعاً. ويدل عليه: حديث أبي هريرة أن النبي - ﷺ - قال: "ثَلَاثٌ جَدُّهُنَّ جَدٌّ، وَهَزُّهُنَّ جَدُّ: النَّكَاحُ، وَالطَّلَاقُ، وَالرَّجْعَةُ"⁽⁹⁰⁾. فلما سَوَّى النبي ﷺ فيهن بين الجاد والهازل؛ مع الفرق بين الجد والهزل: فالجاد قاصد إلى اللفظ وإلى إيقاع حكمه، والهازل قاصد إلى اللفظ غير مرید لإيقاع حكمه، علمنا أنه لا حَظَّ للإرادة في نفي الطلاق وأنها جميعاً من حيث كانا قاصدين للقول أن يثبت حكمه عليهما، وكذلك المكره قاصد للقول غير مرید لإيقاع حكمه فهو كالهازل سواء⁽⁹¹⁾.

3- ولأن الإكراه لا يعمل على الأقوال كما يعمل على الاعتقادات؛ لأن أحداً لا يقدر على استعمال لسان غيره بالكلام على تغيير ما يعتقد به قلبه جبراً، فكان كل متكلم مختاراً فيما يتكلم به فلا يكون مستكرهاً عليه حقيقة⁽⁹²⁾.

ثانياً : موقف المالكية من تصرفات المكره:

ذهب المالكية إلى أن شرط انعقاد العقد هو التمييز؛ فيبطل عقد الصغير والمجنون لعدم التمييز؛ لتوقف انتقال الملك على الرضا، لقول النبي ﷺ: «لَا يَجِلُّ مَالُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ إِلَّا بِطَيْبِ نَفْسٍ مِنْهُ» . فلا بد من رضاً معتبر، وهو مفقود من غير المميز.⁽⁹³⁾

أما شرط لزوم العقد: فهو التكليف، والرشد، والطوع (الاختيار وعدم الإكراه)، هذا إذا عقد لنفسه، أما إذا عقد لغيره فتشترط الوكالة.

وبناءً عليه: فإن الإكراه لا يؤثر في صحة العقد عند المالكية، وإنما يؤثر في لزومه؛ ومن ثم فإن عقد المكره يقع صحيحاً غير لازم، ويتوقف لزومه على إجازة العاقد⁽⁹⁴⁾.

ولذلك فقد قرر فقهاء المذهب: أن المكره عليه سواء كان عقداً أو حلاً أو إقراراً أو يميناً، لم يلزم المكره منهشيء، فإن أجاز المكره شيئاً مما أكره عليه -غير النكاح- طائعاً بعد زوال الإكراه لزم على الأحسن، وأما النكاح فلا تصح إجازته، فيبطل نكاح المكره والمكرهه، ولا يجوز للمكره ولا للمكرهه إجازة ذلك النكاح؛ لأنه لم يكن عقداً، ولو كان عقداً لبطل؛⁽⁹⁵⁾ لأنه نكاح على خيار. وقيل: يجوز إن قرب .

ثالثاً: موقف الشافعية من تصرفات المكره: ذهب الشافعية إلى أن الإكراه يسقط أثر التصرفات القولية والفعلية، فلا يصح عقد المكره بغير حق في ماله، ولا أثر لقوله ولا لفعله؛⁽⁹⁶⁾ أما إذا كان الإكراه بحق فيصح التصرف إقامة لرضا الشرع مقام رضاه .

والعلة في ذلك: أن الإكراه بغير حق يعدم الرضا، والرضا لازم لوجود العقد، فإذا انعدم الرضا لوجود الإكراه انعدم العقد، أي أنه لا يوجد شرعاً، وهذا معنى أن العقد باطل أو فاسد، ومن ثم لا يترتب عليه أي أثر من آثاره، ولا يقف هذا على إجازة العاقد المكره أو لا⁽⁹⁷⁾ .

واستدلوا على أن الإكراه يُعَدِّم الرضا ويبطل العقود بما يأتي :

1- قول الله تبارك وتعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالِكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَتْ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا ۝٢٩﴾ [النساء، الآية: 29]. فدللت الآية على أنه إذا لم يكن أكل الأموال عن تراض لم يحل الأكل، والإكراه ينافي التراضي .⁽⁹⁸⁾

2- قول الله عز وجل: ﴿مَنْ كَفَرَ بِاللَّهِ مِنْ بَعْدِ إِيمَانِهِ إِلَّا مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالإِيمَانِ ۝﴾⁽⁹⁹⁾ .

فدلت الآية على أن المكروه بغير حق لا يعتبر قوله حتى في أعظم أمور الدين، وهو النطق بقول الكفر، وإذا لم يعتبر قوله في الكفر لم يعتبر فيما هو أصغر منه، كالبيع وغيره (100)
من باب أولى .

3- قول النبي ﷺ: «إِنَّمَا الْبَيْعُ عَنْ تَرَاضٍ» (101) . فدل الحديث على أنه لا بيع عن غير (102)
تراض .

وبناءً على ذلك: فإن تصرفات المكروه كلها باطلة عند الشافعية إذا أكره عليها بغير حق؛ فلا يصح منه بيع، ولا إقرار، ولا زواج، ولا طلاق، ولا غير ذلك من العقود والتصرفات القولية والفعلية؛ كشرب الخمر وأكل الميتة فإنه لا أثر لفعل المكروه عليها أيضاً، فيسقط الحكم المترتب عليها، وتسقط العقوبة المتعلقة بها، إلا في بعض المواضع استثنت من هذا الأصل؛ لعدم اشتراط القصد فيها (103) .

رابعاً: موقف الحنابلة من تصرفات المكروه :

ذهب الحنابلة إلى القول بعدم صحة عقود المكروه بغير حق؛ لأن التراضي شرط في صحة العقود، والإكراه ينافيه. فإن كان الإكراه بحق، نحو إكراه الحاكم المولي على الطلاق بعد التبرص إذا لم يفاء وقع الطلاق؛ لأنه قول حمل عليه بحق فصح ولأنه إنما جاز إكراهه على الطلاق ليقع طلاقه فلو لم يقع لم يحصل المقصود (104) .

المناقشة والتوجيه: من خلال ما سبق يتبين أن مناهج الفقهاء متباينة في اعتبار تصرفات المكروه - ومنها عقودهم، وعند تحليلها والموازنة بينها يظهر أن القول بعدم الاعتداد بتصرفات المكروه هو الراجح؛ لعدم توافر الرضا عند إبرام العقد والرضا في العاقد شرط لانعقاد العقد، والإكراه يناهض الرضا، كما أن القول باعتبار تصرفات المكروه صحيحة يتعارض مع مبدأ الاعتبار الشخصي للمكلف.

- الفرع الثاني: بيان دلالة موقف الفقهاء من تصرفات المكره على الاعتبار الشخصي:

من خلال العرض السابق لمواقف الفقهاء من عقود المكره يتبين ما يأتي:

- أن مواقف الفقهاء من عقود المكره مختلفة، وهذه المواقف المختلفة للفقهاء من عقود المكره لها دلالتها على مدى الاعتبار الشخصي للمكلف. فعند جمهور الحنفية: عقود المكره التي تقبل الفسخ، كالبيع والشراء والإيجار ونحوها من المكره إكراهاً ملجئاً أو غير ملجئ تكون فاسدة؛ لأن الإكراه يزيل الرضا الذي هو شرط في صحة هذه العقود، وحينئذ يحق للمكره فسخ ما عقد أو إمضاؤه.

- أما العقود اللازمة التي لا تقبل الفسخ، كالنكاح، فهذه تصح مع الإكراه؛ لأن الرضا ليس شرطاً في صحتها ولا نفاذها.

فالحنفية: يعتبرون شخصية المكلف ورضاه شرطاً في صحة العقود التي تقبل الفسخ دون غيرها، فهي معتبرة في بعض العقود دون بعض .

وأما عند المالكية: فعقد المكره صحيح غير لازم، فيكون للعاقد المكره الخيار بين فسخ العقد أو إمضائه. فهم بذلك يعتبرون شخصية المكلف ورضاه شرطاً للزوم العقد دون انعقاده، فالعقد ينعقد صحيحاً بدون رضا المكلف ويتوقف لزمه على وجود رضاه بعد العقد.

وأما عند الشافعية: فعقود المكره كلها غير صحيحة؛ لعدم توافر الرضا عند إبرام العقد؛ لأن الرضا في العاقد شرط لانعقاد العقد، والإكراه ينافي الرضا. وهذا يدل على مدقوقة اعتبار شخصية العاقد ومكانة رضاه عندهم في جميع التصرفات، فهو شرط انعقاد وليس مجرد شرط لزوم أو نفاذ، فالرضا لا يتصور وجوده من العاقد مع وجود الإكراه، فلا بد في رضا العاقد أن يكون موجوداً حقيقة عند العقد لا بعده.

وأما الحنابلة: فقد وافقوا الشافعية في حكم الإكراه وأثره؛ حيث قالوا: بعدم صحة عقود المكره بغير حق؛ لانتفاء الرضا. فهم بذلك أيضاً يعتبرون شخصية المكلف ورضاه في حالة

الإكراه على التصرف، فلا ينعقد العقد إلا بوجود الرضا حقيقة عند العقد لا بعده. ومن هنا يظهر أن أكثر الفقهاء اعتباراً لشخصية المكلف ورضاه عند الإكراه هم الشافعية والحنابلة

الخاتمة:

وبعد الانتهاء من البحث بفضل الله ونعمته لا بد من إيضاح أهم النتائج وهي كالآتي:

- 1- مبدأ الاعتبار الشخصي للمكلف مبدأ أصيل في الشريعة الإسلامية؛ حيث إنه يدخل في معظم أبواب الفقه الإسلامي ومسائله الفرعية، ويعد مظهراً من مظاهر التيسير في الشريعة الإسلامية، وأساساً من أسس العدل التي جاء بإرسائها الشرع الحنيف.
- 2- مبدأ الاعتبار الشخصي يجعل لكل مكلف شخصيته المعبرة، ورضاه الخاص به في تصرفاته ومعاملاته، فلا تحمل نفس أوزار نفس، ولا تأخذ نفس حق نفس.
- 3- تضافرت الأدلة من القرآن والسنة على إثبات مبدأ الاعتبار الشخصي للمكلف.
- 4- يتعلق بمبدأ "الاعتبار الشخصي للمكلف" العديد من القواعد الفقهية التي تعد من قبيل التأصيل له، وتتخرج عليها الكثير من الفروع الفقهية التي تعد تطبيقاً لهذا المبدأ.
- 5- تتفاوت مناهج الفقهاء في مدى إعمال هذا المبدأ في المعاملات المالية، وأكثرها إعمالاً له في باب المعاملات هو منهج الإمام الشافعي.
- 6- تظهر أهمية مبدأ الاعتبار الشخصي بشكل واضح في المعاملات المالية؛ نظراً لمفاهيمه من انتقال الأملاك والأموال للآخرين؛ وعليه فلا بد من اعتبار شخصية صاحب المال في تلك المعاملات.

الهوامش :

- (1) ابن فارس:أحمد بن فارس بن زكريا القزويني (ت 395 هـ)، معجم مقاييس اللغة، تحقيق : عبدالسلام محمد هارون، (دار الفكر 1979 م) . مادة عبر . ابن منظور : محمد بن مكرم بن علي (ت 711 هـ)، لسان العرب، (بيروت : دار صادر، 1414 هـ) ط3، مادة عبر .
- (2) أبو البقاء الحنفي، الكليات، ص 147.
- (3) ابن فارس، معجم مقاييس اللغة ج3/254. ابن منظور، لسان العرب،، ج45/7. الزبيدي: محمد بن محمد بن عبدالرزاق المرتضى الزبيدي ، تاج العروس من جواهر القاموس، تحقيق: مجموعة من المحققين، دار الهداية، ج7/18 .
- (4) لالزحيلي : د. وهبة بن مصطفى، التفسير المنير، دمشق : دار الفكر المعاصر، 1418 هـ ، ط2، 8 / 1290.
- (5) ابن كثير، أبو الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي الدمشقي [ت 774 هـ] ، تفسير القرآن العظيم، تحقيق: سامي بن محمد سلامة، دار طيبة للنشر والتوزيع، 1420 هـ - 1999 م، ط2، 384/3 .
- (6) ابن فارس: مقاييس اللغة: كتاب الواو، باب الواو والزاي 108/6؛ الزبيدي: تاج العروس، فصل الواو مع الراء 358/14.
- (7) الطبري: تفسير الطبري، 12 / 286 ؛ القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، 7 / 140، 202/10؛ رشيد رضا: تفسير المنار، 8 / 217.
- (8) القرطبي : أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري (ت 671هـ)، الجامع لأحكام القرآن، تحقيق : أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش، القاهرة : دار الكتب المصرية، 1384 هـ - 1964 م ط2، 7 / 140
- (9) ابن منظور: لسان العرب، حرف الواو والياء، فصل السين، 6/2377 ؛ القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، 82/20
- (10) الرازي: أبو عبد الله محمد بن عمر بن الحسن بن الحسين التيمي الرازي الملقب بفخر الدين الرازي خطيب الري (ت: 606هـ)، مفاتيح الغيب أو التفسير الكبير، دار إحياء التراث العربي - بيروت، الطبعة الثالثة 1420 هـ ، 14 / 446.
- (11) جزء من حديث رواه مسلم ، كتاب الذكر والدعاء والتوبة والاستغفار، باب فضل الاجتماع على تلاوة القرآن وعلى الذكر، برقم: (2699) ، 4 / 2074 ، من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.
- (12) معلمة زايد للوقائع الفقهية، 3 / 243.
- (13) البيضاوي: ناصر الدين ، أبوسعيد عبدالله بن عمر بن محمد الشيرازي (ت: 685 هـ) ، أنوار التنزيل وأسرار التأويل ، دار إحياء التراث العربي ، الطبعة الأولى 1418 هـ ، 1 / 166 ؛ الشوكاني: محمد بن علي بن محمد بن عبدالله (ت: 1250 هـ) ، فتح القدير ، دار ابن كثير ، دار الكلم الطيب ، دمشق ، بيروت ، الطبعة الأولى 1414 هـ ، 1 / 210 ؛ الحسيني : محمد رشيد بن علي رضا بن محمد شمس الدين بن محمد بهاء الدين بن ملا علي خليفة القلموني (ت: 1354 هـ ، تفسير القرآن الحكيم (تفسير المنار) الهيئة المصرية العامة للكتاب 1990م ، 2 / 132؛ الطبري : جامع البيان عن تأويل أي القرآن ، 3 / 218.
- (14) الطبري، جامع البيان في تأويل القرآن، 16 / 203 ، ابن كثير ، تفسير القرآن العظيم 4 / 346 .
- (15) أخرجه البخاري، كتاب أخبار الأحاد، باب:الافتداء بسنة رسول الله، رقم: (7288)، 9/94، ومسلم، كتاب الحج، باب:فرض الحج مرة في العمر، رقم: (1337)، 2/975.
- (16) ابن رجب : جامع العلوم والحكم ص : 97.
- (17) النووي : شرح النووي على صحيح مسلم 9 / 102.
- (18) أخرجه البخاري، كتاب الوكالة، باب: الوكالة في الحدود، رقم (2314)، 3/102، ومسلم، كتاب الحدود، باب: من اعترف على نفسه بالزنا، رقم (1697)، 3 / 1324،

- (19) الزيلعي: الإمام فخر الدين عثمان بن علي (ت:743هـ) ،تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ، تحقيق : الشيخ أحمد عزو عناية، (بيروت : دار الكتب العلمية، 1420هـ - 2000م) ط1، 3/5؛ الموسوعة الفقهية الكويتية، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية ، 1400هـ ، ط1، 48 / 6.
- (20) النووي: أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف (ت676هـ)، شرح النووي على مسلم، بيروت : دار إحياء التراث العربي ، 1392 ، ط2 ، 6 / 112. ملا علي القاري :علي بن سلطان محمد،أبوالحسن نورالدين الملا الهروي (ت: 1014هـ)، مرقاة المفاتيح شرح مشكاة المصابيح، (بيروت : دار الفكر، 1422هـ - 2001م) ط1 ، 4 / 439.
- (21) رواه أحمد في المسند من مسند عائشة - رضي الله عنها - حديث رقم (24694) وأبو داود في سننه، كتاب الحدود، باب في المجنون يسرق أو يصيب حداً حديث رقم (4398) ، وابن ماجه في سننه، كتاب الطلاق، باب طلاق المعتوه والصغير والنائم، حديث رقم (2041)، وأخرجه النسائي في الطلاق: باب من لا يقع طلاقه من الأزواج حديث رقم (3432)، وصححه الحاكم 59/2 من طريق أبي الوليد الطيالسي موسى بن إسماعيل، عن حماد، به، ووافقه الذهبي، وصححه الألباني في إرواء الغليل برقم (297) ، 5/2 .
- (22) الغزالي:أبو حامد محمد بن محمد الغزالي الطوسي (ت:505هـ)، المستصفي من علم أصول الفقه، تحقيق: محمد عبد السلام عبد الشافي، دار الكتب العلمية، بيروت، 1413هـ - 1993م، 1 / 83؛ الشوكاني: محمد بن علي بن محمد (ت:1250هـ) إرشاد الفحول إلى تحقيق علم الأصول، تحقيق : أبو مصعب محمد سعيد البديري ، مؤسسة الكتب الثقافية، ط4، 4، 1414هـ - 1993م ، ص 6.
- (23) الموسوعة الكويتية : 13 / 250
- (24) أخرجه ابن ماجه في سننه، كتاب: طلاق المكره والناسي، برقم (2045) واللفظ له ، والحاكم في مستدرکه 198/2، وقال : هذا حديث صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه، ووافقه الذهبي ، وحسنه النووي في الأربعين النووية، ص: 39 . وحسنه ابن حجر في التلخيص الحبير 1/281 .
- (25) السيوطي : عبد الرحمن بن أبي بكر، جلال الدين السيوطي (ت 911هـ)، الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، 1411هـ - 1990م، ط1، ص8 .
- (26) هو جزء من حديث شريف أخرجه الشيخان عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه.أخرجه البخاري ، كتاب بدء الوحي، باب كيف كان بدء الوحي إلى رسول الله ﷺ، وقول الله جل ذكره (إنا أوحينا إليك كما أوحينا إلى نوح والنبيين من بعده) ، الحديث رقم (1) ، 6 / 1 .. ومسلم في الإمارة، باب قوله ﷺ إنما الأعمال بالنيات، رقم (1907)، 3 / 1515 . واللفظ له .
- (27) الشيخ خالد الأتاسي، شرح مجلة الأحكام العدلية، 1/ 13؛ ومعلمة زايد للقواعد الفقهية 6 / 24 .
- (28) ابن القيم ، مدارج السالكين، 1 / 332.
- (29) الطبري: تفسير الطبري، 22/547؛ معلمة زايد : ج241، 3 .
- (30) ابن الهمام ، فتح القدير، 8 / 124 .
- (31) الطبري : تفسير الطبري ، 22 / 547 .
- (32) الزركشي: المنثور، 1/187؛ مجلة الأحكام العدلية، المادة 79، ابن فرحون: إبراهيم بن علي بن محمد، ابن فرحون، برهان الدين اليعمرى (ت:799هـ)، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام ، مكتبة الكليات الأزهرية ، الطبعة الأولى، 1406هـ - 1986م، 3 / 472؛ الزرقا: شرح القواعد الفقهية ص 395 .
- (33) السرخسي، المبسوط: 17/184 وما بعدها؛ النووي: المجموع 2/343؛ ابن قدامة، المغني، 5 / 137 .
- (34) الزركشي: المنثور1/87.
- (35) الصنعاني: سبل السلام 4/6 ؛قاضي زاده: تكملة فتح القدير 6/282 ؛ الزرقا: المدخل الفقهي العام 2/1053؛ الموسوعة الفقهية الكويتية 48/6.
- (36) ابن منظور : محمد بن مكرم (ت 711 هـ)، لسان العرب، بيروت، دار صادر، 1414، ط3 . مادة " ميز " ، 5 / 412 .
- (37) الشربيني، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي (ت 977هـ)، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، دار الكتب العلمية، 1415هـ - 1994م ، 1 / 131 .

- (38) ابن الموقت الحنفي (ت 879هـ)، **التقرير والتحبير**، (دار الكتب العلمية، 1403هـ - 1983م)، ط2 ، 2 ، 170/؛ ابن عابدين: **حاشية ابن عابدين**، 5 /ص 110 ، 111 .
- (39) علي حيدر خواجه أمين أفندي (ت 1353هـ)، **درر الحكام في شرح مجلة الأحكام**، دار الجيل، 1411هـ - 1991م ، 2 /607 .
- (40) علي حيدر : **المصدر السابق**، 2 /608 .
- (41) الدسوقي: محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي (ت 1230هـ)، **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير**، (دار الفكر)، 3/ص294، 303 وما بعدها؛ الصاوي : أبو العباس أحمد بن محمد الخلوئي، الشهير بالصاوي المالكي (ت: 1241هـ)، **بلغة السالك لأقرب المسالك المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير**، دار المعارف، 3/ص384، 393 .
- (42) الشافعي : الأم ، 4 /458؛ النووي : أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي (ت 676هـ)، **المجموع شرح المهذب** (مع تكملة السبكي والمطيعي))، دار الفكر، 9 /182، 183 ؛ **روضة الطالبين** ، 8/ص22، 23 .
- (43) النووي، **المجموع**، 9 /182 .
- (44) سبق تخريجه ، ص : 9 .
- (45) النووي ، **المجموع**، 9 /182 .
- (46) ينظر: الحصري، أبو بكر بن محمد بن عبد المؤمن، تقي الدين الشافعي (ت 829هـ)، **كفاية الأخيار** دمشق، دار الخير ، 1994م ، ط1، ص: 364 .
- (47) ابن قدامة المقدسي : الإمام موفق الدين أبو محمد عبدالله بن أحمد ، **المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني** ، (بيروت : دار الفكر ، 1405هـ - 1985م) ط1، 6 /347 . المرادوي: **الإتصاف** ، 11/ص19، 20 .
- (48) الحصري : **كفاية الأخيار** ، ص 364 .
- (49) الكاساني. علاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الحنفي (ت 587هـ)، **بدائع الصنائع** ، (دار الكتب العلمية، 1406هـ - 1986م)، ط2 . 7 /193 ؛ **المواق** : التاج والإكليل ، 5 /75 ؛ ابن قدامة ، **المغني** ، 4 /321/ .
- (50) الكاساني. **بدائع الصنائع** ، 7 /193 . ابن قدامة: **المغني**، 4 /321 .
- (51) النووي ، **المجموع** ، 9 /182؛ الشربيني ، **مغني المحتاج**، 2 /170 .
- (52) الماوردي: **الحاوي الكبير**، 6/ص350-351 .
- (53) مجموعة من علماء الهند : **الفتاوى الهندية** ، 1 /353 ؛ محمد بن عرفة ، **حاشية الدسوقي**، 2 : 265؛ ابن قدامة ، **المغني**، 6/347 .
- (54) الكاساني ، **بدائع الصنائع**، 5 /135، **الدسوقي**، **حاشية الدسوقي**، 2 /265؛ ابن قدامة، **المغني**، 6 /347 .
- (55) النووي : **المجموع** ، 9 /182؛ النووي : **روضة الطالبين** ، 3 /9؛ الشربيني : **مغني المحتاج**، 2 /7؛ **البيهوتي** : **كشاف القناع**، 5 /234؛ ابن قدامة : **المغني** ، 6 /347 .
- (56) الكاساني، **بدائع الصنائع**، 6 /118؛ **الخرشي** : **حاشية الخرشي**، 7 /102 ؛ الشربيني ، **مغني المحتاج**، 2 /397، ابن قدامة ، **المغني**، 6 /261 .
- (57) زكريا الأنصاري : **أسنى المطالب**، 2 /478؛ الرملي : **نهاية المحتاج**، 5 /408 .
- (58) **الخرشي**: **حاشية الخرشي**، 7 /102؛ الشربيني: **مغني المحتاج** ، 2 /347؛ ابن قدامة : **المغني**، 6 /261 .
- (59) الكاساني : **بدائع الصنائع**، 6 /219؛ **الدسوقي**: **حاشية الدسوقي**، 4 /77؛ **البيهوتي**: **كشاف القناع**، 4 /251 .
- (60) الشربيني ، **مغني المحتاج** ، 2 /377 .
- (61) لالزبيدي : **تاج العروس**. مادة " فضل" ، 3 /178 .

- (62) ابن نجيم: زين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصري (ت 970هـ)، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار الكتاب الإسلامي، ط2، 160/6؛ الشربيني: مغني المحتاج، 15/2؛ الرملي: نهاية المحتاج، 402/3.
- (63) النووي، المجموع، 314/9؛ الشربيني، مغني المحتاج، 15/2؛ الجرجاني: التعريفات، ص 215.
- (64) ابن نجيم، البحر الرائق، 160/6.
- (65) الكاساني، بدائع الصنائع 148/5-149؛ الزيلعي، تبيين الحقائق، 132/2-133؛ السرخسي، محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة (ت 483هـ)، المبسوط، بيروت، دار المعرفة، 1414هـ-1993م، 30-29/13.
- (66) الكاساني، بدائع الصنائع، 5/ص 148-149؛ الزيلعي: تبيين الحقائق، 2/132، 133.
- (67) أخرجه البخاري في "صحيحه" ك: المناقب، باب: سؤال المشركين أن يريهم النبي ﷺ - آية فأراهم انشقاق القمر، رقم 3642، 4/207..
- (68) الكاساني، بدائع الصنائع، 5/148-149؛ ابن نجيم، البحر الرائق، 160/6.
- (69) الدسوقي: حاشية الدسوقي، 4/98؛ الخرشي: حاشية الخرشي، 5/18؛ الصاوي: حاشية الصاوي، 4/141.
- (70) النووي، المجموع، 314/9؛ روضة الطالبين، 3/353؛ الشربيني، مغني المحتاج، 15/2.
- (71) أخرجه أبو داود في سننه، ك: الإجارة، باب: في الرجل يبيع ما ليس عنده، رقم 3503، 3/283.
- والترمذي في جامعه، ك: البيوع، باب: ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك، رقم 1232، 3/526، وقال: حديث حسن.
- (72) أخرجه أبو داود في "سننه" ك: الإجارة، باب: في الرجل يبيع ما ليس عنده، رقم 350، 3/2834.
- والترمذي في "جامعه"، ك: البيوع، باب: ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك، رقم 1234، 3/535 وقال: "حديث حسن صحيح"،
- (73) أخرجه أبو داود في "سننه" ك: الطلاق، باب: في الطلاق قبل النكاح، رقم 2190، 2/258، قال الترمذي 3/477: "حديث حسن وهو أحسن شيء روى في هذا الباب"، وصححه الألباني في إرواء الغليل، 6/173، رقم (1751).
- (74) النووي، المجموع، 9/315.
- (75) النووي: المرجع السابق، 9/ص 316-317، الشربيني، مغني المحتاج، 2/15؛ زكريا الأنصاري: أسنى المطالب، 2/11.
- (76) البهوتي: كشف القناع، 3/157؛ ابن عبد الهادي: شمس الدين محمد بن أحمد بن عبد الهادي الحنبلي، تنقيح التحقيق في أحاديث التعليق، تحقيق سامي بن محمد بن جاد الله، وعبد العزيز بن ناصر الخباني، الرياض: أضواء السلف، 1428هـ - 2007م، 4/451.
- (77) الكاساني: بدائع الصنائع، 5/147؛ الدسوقي: حاشية الدسوقي، 2/12؛ النووي: روضة الطالبين، 3/353؛ البهوتي: كشف القناع 3/157.
- (78) الدسوقي: حاشية الدسوقي، 4/87، الشربيني، مغني المحتاج، 2/15، النووي، المجموع، 9/259؛ البهوتي: كشف القناع، 4/279.
- (79) ابن نجيم، البحر الرائق، 5/203، الدسوقي: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، 4/88، النووي، المجموع، 9/259، الشربيني، مغني المحتاج، 2/15؛ المرادوي: الإنصاف، 7/ص 11، 12؛ ابن قدامة: المقنع، 2/310.
- (80) ابن نجيم، البحر الرائق، 6/163، الكاساني، بدائع الصنائع، 8/3679، العدوي على الخرشي، 7/79؛ النووي، المجموع، 9/259.
- (81) الصاوي: حاشية الصاوي، 5/433.
- (82) الدسوقي: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، 4/87 وما بعدها، النووي، المجموع، 9/259، الشربيني، مغني المحتاج، 2/15، ابن قدامة، المغني، 6/64.
- (83) السرخسي، المبسوط، 24/ص 38 - 39.

- (84) الكاساني ، بدائع الصنائع، 7 / 182 .
- (85) الكاساني : المصدر السابق، 7/ص 189-190؛ السرخسي ، المبسوط، 2 / 83.
- (86) ابن عابدين : حاشية ابن عابدين، 4/4 ، 5 / 83، وما بعدها.
- (87) السرخسي ، المبسوط، 24 / 93 .
- (88) الكاساني ، بدائع الصنائع ، 7 / 182 .
- (89) الكاساني ، بدائع الصنائع، 7/184.
- (90) أخرجه أبو داود في "سننه" ك: الطلاق، باب: في الطلاق على الهزل، رقم 2194، 259/2، والترمذي في "جامعه" ك: الطلاق واللعان، باب: ما جاء في الجد والهزل في الطلاق، رقم 1184، 490/3 وقال: "هذا حديث حسن غريب والعمل على هذا عند أهل العلم من أصحاب النبي ﷺ - وغيرهم .
- (91) الجصاص: أحكام القرآن، 3/284-283.
- (92) الكاساني، البدائع، 7 / 182 .
- (93) أخرجه أحمد في المسند، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، 1421 هـ - 2001 م، رقم 20695، 34 / 299، والبيهقي في شعب الإيمان، برقم (5492)، 4/387، وأخرجه أيضا في السنن الكبرى، برقم: (11325)، 6/100، والدارقطني في سننه، كتاب البيوع ، رقم : (91) ، 3/26، وصححه الألباني في الإرواء برقم: (1459)، وصححه في صحيح الجامع برقم: (7662)
- (94) الدسوقي: حاشية الدسوقي، 3 / 5 . الصاوي: حاشية الصاوي، 3 / 17
- (95) المواقي: التاج والإكليل، 5/313-316؛ ابن فرحون: تبصرة الحكام، 2/173.
- (96) النووي ، المجموع، 9 / 185-186؛ الشربيني ، معنى المحتاج، 2 / 333 .
- (97) الرملي: نهاية المحتاج، 3/387.
- (98) المهذب للشيرازي مع شرحه المجموع للنووي، 9 / 185 . الشربيني ، معنى المحتاج، 2 / 333 .
- (99) النحل : 106.
- (100) الشافعي: أحكام القرآن، 2/115؛ الشافعي: الأم، 1/224.
- (101) أخرجه ابن ماجه في سننه (دار إحياء الكتب العربية)، ك التجارات، باب بيع الخيار، رقم 2185، / 737، وصححه الألباني في إرواء الغليل، رقم 1283، 5/125.
- (102) النووي: المجموع ، 9/185.
- (103) السيوطي، الأشباه والنظائر، ص 206 - 207؛ النووي: المجموع، 9/187.
- (104) مصطفى بن سعد ، مطالب أولى النهى، 5 / 53؛ ابن مفلح : الفروع ، 5/170؛ المرادوي: الإنصاف، ج8، ص52.

المصادر والمراجع:

- الحصني أبو بكر بن محمد بن عبد المؤمن، تقي الدين الشافعي (ت 829هـ) كفاية الأخيار (دمشق: دار الخير -1994م) ط1.
- الدسوقي محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي (ت 1230هـ) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (دار الفكر).
- الزحيلي وهبة بن مصطفى، التفسير المنير في العقيدة والشريعة والمنهج، (دمشق: دار الفكر المعاصر، 1418هـ)، ط2.
- الزيلعي: فخر الدين عثمان بن علي (ت 743هـ)، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، المحقق: الشيخ أحمد عزو عناية، (بيروت: دار الكتب العلمية 1420هـ - 2000م)، ط1.
- السرخسي محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي (ت 483هـ) المبسوط (بيروت: دار المعرفة: 1414هـ-1993م)
- السيوطي عبد الرحمن بن أبي بكر، جلال الدين السيوطي (ت 911هـ) الأشباه والنظائر (دار الكتب العلمية، 1411هـ - 1990م) ط.
- الشربيني محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي (ت 977هـ) مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج (دار الكتب العلمية، 1415هـ - 1994م) ط1.
- الشوكاني محمد بن علي بن محمد بن عبدالله (ت 1250هـ)، فتح القدير، (دمشق: دار ابن كثير، دار الكلم الطيب، 1414هـ) ط1.
- الصاوي أبو العباس أحمد بن محمد الخلوتي، الشهير بالصاوي المالكي (ت 1241هـ) حاشية الصاوي على الشرح الصغير دار المعارف.
- الطبري: محمد بن جرير بن يزيد (ت: 310 هـ)، جامع البيان في تأويل القرآن، تحقيق: أحمد محمد شاكر، (مؤسسة الرسالة، 1420 هـ - 2000م) ط.
- ابن عبد الهادي تنقيح التحقيق في أحاديث التعليق، لشمس الدين محمد بن أحمد بن عبد الهادي الحنبلي تحقيق: سامي بن محمد بن جاد الله، وعبد العزيز بن ناصر الخباني، (لرياض: أضواء السلف، 1428هـ - 2007م) ط1
- علي حيدر خواجه أمين أفندي (ت 1353هـ) درر الحكام في شرح مجلة الأحكام (دار الجيل، 1411هـ - 1991م) ط1.
- ابن قدامة المقدسي: الإمام موفق الدين أبو محمد عبدالله بن أحمد ، المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني، (بيروت: دار الفكر ، 1405هـ - 1985م) ط1.
- القرطبي: أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري (ت 671هـ) تفسير القرطبي تحقيق: أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش (القاهرة: دار الكتب المصرية، 1384هـ - 1964م) ط2 .
- ابن القيم أبو عبدالله محمد بن أوبكر بن أيوب، مدارج السالكين بين منازل إياك نعبد وإياك نستعين، تحقيق: أحمد فخري الرفاعي وعصام فارس الحرستاني، (بيروت: دار الجيل، 1412هـ - 1991م) ط1.
- الكاساني علاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الحنفي (ت 587هـ) بدائع الصنائع (دار الكتب العلمية، 1406هـ - 1986م) ط2
- ابن كثير، أبو الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي الدمشقي [ت 774 هـ]، تفسير القرآن العظيم، تحقيق: سامي بن محمد سلامة، (دار طيبة للنشر والتوزيع، 1420هـ - 1999م) ط2.
- مصطفى بن سعد بن عبده الدمشقي الحنبلي (ت 1243هـ) مطالب أولي النهى. (المكتب الإسلامي، 1415هـ - 1994م) ط2: ج.3، ص: 18.
- معلمة زايد (cd).

- ملا علي القاري:علي بن سلطان محمد،أبوالحسن نورالدين الملا الهروي(ت: 1014هـ)، مرقاة المفاتيح شرح مشكاة المصابيح، (بيروت : دار الفكر، 1422هـ - 2001م) ط1.
- ابن منظور:محمد بن مكرم (ت711هـ)، لسان العرب،(بيروت: دار صادر، 1414 هـ) ط3
- ابن الموقت الحنفي (ت 879هـ)التقرير والتحبير(دار الكتب العلمية، 1983م)ط2.
- ابن نجيم زين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصري (ت 970هـ)البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار الكتاب الإسلامي ط2
- النووي أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي (ت 676هـ)شرح النووي على مسلم(بيروت : دار إحياء التراث العربي، 1392) ط2.
- النووي.أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي (ت 676هـ)المجموع شرح المهذب ((مع تكملة السبكي والمطيعي)) دار الفكر .