

تصرفات النائب بالمحابة
في
عقد البيع
دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي
والقانون المدني

إعداد

د/ جهاد محمود عيسى الأشقر
أستاذ الفقه العام المساعد بكلية
الشريعة والقانون بتفهننا الأشراف

المقدمة

الحمد لله رب العالمين: الذي خلق السموات والأرض، وجعل الظلمات والنور، باسمه تستفتح مغاليق الأمور، والصلاة والسلام على سيدنا محمد، الذي بعثه الله Y رحمة للعالمين.
وبعد

فقد خلق الله Y الناس، وفاوت بينهم في الأرزاق، فقال Y: [وَاللَّهُ فَضَّلَ بَعْضَكُمْ عَلَى بَعْضٍ فِي الرِّزْقِ] [النحل: 71].

فوجد الغني، والفقير، والقادر، والعاجز، والرجل، والمرأة، وجعل الجميع يحتاج لبعضه البعض في كل شؤون الحياة، فقال Y: [أَهُمْ يَقْسِمُونَ رَحْمَتَ رَبِّكَ نَحْنُ قَسَمْنَا بَيْنَهُمْ مَعِيشَتَهُمْ فِي الْحَيَاةِ الدُّنْيَا وَرَفَعْنَا بَعْضَهُمْ فَوْقَ بَعْضٍ دَرَجَاتٍ لِيَتَّخِذَ بَعْضُهُمْ بَعْضًا سُخْرِيًّا] [الزخرف: 32].

فمن البشر لا يمكنه التصرف في ماله، فقد يكون عديم الأهلية، أو ناقصها، أو لديه مانع من موانعها، فشرع الله Y النيابة في هذه الحالة رحمة منه، وفضلاً، وإظهاراً لروح التعاون، والمحبة بين المسلمين، فقال Y: [وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى] [المائدة: 3].

وقد يكون الشخص كامل الأهلية، ولكنه لا يقدر على مباشرة ماله، ربما لضعف خبرته، أو لضيق وقته، إلى غير ذلك مما يحتاج الأمر إلى وضع المال تحت يد شخص آخر، فشرعت النيابة في هذه الحالة لإدارة المال واستثماره، وإقرار مبدأ التعاون الذي حث عليه الشرع الحنيف، ولما ينطوي عليه من منافع كثيرة لحفظ المال، فعن جابر r عَنِ النَّبِيِّ p قَالَ: (الْمُؤْمِنُ مَأْلُوفٌ، وَلَا خَيْرَ فِيمَنْ لَا يَأْلَفُ وَلَا يُؤْلَفُ، وَخَيْرُ النَّاسِ مَنْ نَفَعَ النَّاسَ).⁽¹⁾

ووضع الشارع ضوابط للنائب، وألزمه بتصرفات معينة، لا يجوز أن يتعدها، وإلا يكون قد ارتكب محظوراً شرعياً يستوجب المساءلة.

(1) أخرجه البيهقي: باب التعاون على البر والتقوى، شعب الإيمان، لأحمد بن الحسين بن علي ابن موسى الخُسْرُو جردى الخراساني أبو بكر البيهقي: 115/10، ط: مكتبة الرشد للنشر والتوزيع بالرياض بالتعاون مع الدار السلفية ببومباي بالهند، الطبعة الأولى: 1423هـ/2003م. قال الحاكم: هَذَا حَدِيثٌ صَحِيحٌ عَلَى شَرْطِ الشَّيْخَيْنِ، وَلَا أَعْلَمُ لَهُ عِلَّةٌ، وَلَمْ يُخَرِّجَاهُ. المستدرک على الصحيحين: لأبي عبد الله الحاكم محمد بن عبد الله بن محمد بن حمدويه بن نعيم بن الحكم الضبي الطهماني النيسابوري: 73/1، ط: دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى: 1411هـ/1990م.

ويقتصر هذا البحث على المحاباة من النائب في عقد البيع؛ لأنه يأتي على أولوية العقود التي يبرمها الإنسان لنفسه، أو لغيره، فمعظم حاجات الإنسان لا تتم غالباً إلا عن طريق البيع، والشراء. ومن ثم: فإن عقد البيع يعتبر بمثابة القاعدة العامة لكل أنواع العقود في الفقه الإسلامي.

ولقد حظي عقد البيع في القانون المدني بالمكانة الهامة بين سائر العقود الأخرى، ولذا بحثه فقهاء القانون من كافة جوانبه.

ويتكون هذا البحث من تمهيد، وثلاثة فصول، وخاتمة.

الفصل التمهيدي: حقيقة التصرف وعقد البيع.

ويتكون من مبحثين

المبحث الأول: حقيقة التصرف.

المبحث الثاني: حقيقة عقد البيع.

الفصل الأول: حقيقة النائب والمحاباة.

ويتكون من مبحثين

المبحث الأول: حقيقة النائب.

المبحث الثاني: حقيقة المحاباة.

الفصل الثاني: المحاباة في النيابة الإرادية.

ويتكون من مباحث

المبحث الأول: المحاباة من النائب بالبيع حال كونه وكيلًا.

المبحث الثاني: المحاباة من النائب بالبيع حال كونه شريكًا.

المبحث الثالث: المحاباة من النائب بالبيع حال كونه مضاربًا.

المبحث الرابع: المحاباة من النائب بالبيع حال كونه ناظرًا

للووقف.

الفصل الثالث: المحاباة في النيابة الجبرية.

ويتكون من مباحث

المبحث الأول: المحاباة من النائب بالبيع حال كونه وليًا.

المبحث الثاني: المحاباة من النائب بالبيع حال كونه وصيًا.

المبحث الثالث: المحاباة من النائب بالبيع حال كونه أمينًا

للتفليسة.

وبها أهم نتائج البحث. الخاتمة:

الفصل التمهيدي

حقيقة التصرف وعقد البيع

قبل التناول في موضوعات البحث يجدر بنا أن نلقي الضوء على حقيقة كل من التصرف، وعقد البيع؛ لأن حقيقة الشيء فرع عن تصورهِ، وعلى هذا الأساس يتكون هذا الفصل من مبحثين:

المبحث الأول: حقيقة التصرف.

المبحث الثاني: حقيقة عقد البيع.

المبحث الأول

حقيقة التصرف

أولاً: في اللغة: التصرف مأخوذ من الصرف، مصدر تصرف يتصرف تصرفاً، وتأتي هذه الكلمة في اللغة على عدة معان منها:

1- الاحتيال والتقلب في الأمور: يقال: الصيرف: المحتال المتصرف في الأمور، ويقال: صرفته في الأمر تصريفاً فتصرف، قلبته، فتقلب. (1)

2- رجع الشيء، وصرفه عن وجهه: قال ابن فارس: الصَادُ، وَالرَّاءُ، وَالْفَاءُ مُعْظَمُ بَابِهِ يَدُلُّ عَلَى رَجْعِ الشَّيْءِ، مِنْ ذَلِكَ صَرَفْتُ الْقَوْمَ صَرَفًا وَأَنْصَرَفُوا، إِذَا رَجَعْتَهُمْ فَرَجَعُوا، وَالصَّرَفُ فِي الْقُرْآنِ: التَّوْبَةُ؛ لِأَنَّهُ يُرْجَعُ بِهِ عَنْ رُتْبَةِ الْمُذْنِبِينَ، وَيُقَالُ لِحَدَثِ الدَّهْرِ: صَرَفٌ، وَسُمِّيَ بِذَلِكَ لِأَنَّهُ يَتَصَرَّفُ بِالنَّاسِ، أَي يُقَلِّبُهُمْ وَيُرَدِّدُهُمْ. (2)

3- التدبير: يقال: صرّف الأمر، دبّره، ووجهه، وتصرّف فلان في الأمر، احتال وتقلب فيه. (3)

ويفهم مما سبق أنه إذا قيل: تصرف فلان في الأمر، أنه قلب الأمر وصرفه من جهة إلى جهة، أو من حال إلى حال، فالتصرف في السلعة بالبيع يجعل الشيء المبيع ملكاً للمشتري بعد أن كان مملوكاً للبائع، والثمن يكون ملكاً للبائع بعد أن كان مملوكاً للمشتري.

(1) لسان العرب: لمحمد بن مكرم بن علي أبو الفضل جمال الدين بن منظور الأنصاري الإفريقي: مادة: صرف، ط: دار صادر، بيروت، الطبعة الثالثة: 1414هـ.

(2) معجم مقاييس اللغة: لأحمد بن فارس بن زكريا القزويني الرازي: 342/3، 343، ط: دار الفكر: 1399هـ/1979م.

(3) القاموس المحيط: لمجد الدين أبو طاهر محمد بن يعقوب الفيروز آبادي: 827/1، ط: مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، الطبعة الثامنة: 1426هـ/2005م.

ثانياً: في الاصطلاح: استعمل الفقهاء كلمة التصرف كثيراً في أبواب الفقه المختلفة، كالحجر، والإكراه، والرهن، والتفليس، ولكنهم لم يخصصوها بتعريف مستقل.

وإن المنتبج لكلمة التصرف في أبواب الفقه يجد أن الفقهاء قصدوا من كلمة التصرف: كل ما يصدر من الإنسان من قول، أو فعل، يرتب الشرع أثراً عليه.

وإذا تتبعنا الفقهاء المعاصرين يتضح أنهم عرفوا التصرف بتعريفات متعددة منها ما يأتي:

التعريف الأول: التصرف هو: كل ما يكون من تصرفات الشخص القولية، ويرتب الشارع أثراً شرعياً. (1)

ويلاحظ على هذا التعريف ما يأتي:

أولاً: كلمة تصرفات الواردة في التعريف كلمة مبهمه، تحتاج إلى إيضاح وبيان، ونحن بصدد تعريف التصرف، فكيف يعرف التصرف بكل ما يكون من تصرف.

ثانياً: ورد في التعريف كلمة شخص، وهي تحتاج إلى بيان، لأنه لم يحدد هل الشخص المكلف، أم الصبي مطلقاً، سواءً كان مميزاً، أو غير مميز، فيكون التعريف غير مانع من دخول غيره عليه.

ثالثاً: ورد في التعريف كلمة قولية، ويكون قد حصر التصرفات في نوع واحد فقط، بينما التصرفات تنقسم إلى تصرفات قولية، وتصرفات فعلية.

قال ابن تيمية: "إِنَّ تَصَرُّفَاتِ الْعِبَادِ مِنَ الْأَقْوَالِ وَالْأَفْعَالِ نَوْعَانِ: عِبَادَاتٍ يَصْلُحُ بِهَا دِينُهُمْ، وَعَادَاتٍ يَحْتَاجُونَ إِلَيْهَا فِي دُنْيَاهُمْ". (2)

التعريف الثاني: التصرف هو: كل عمل ينشئ الالتزام، وينتج أثراً شرعياً. (3)

ويلاحظ على هذا التعريف: بأنه عرّف التصرف بكل عمل ينشئ الالتزام، والتصرف أعم من الالتزام، بل هو في حقيقته يعتبر مصدراً من مصادره، وهو السبب المنشئ للالتزام، والالتزام أثر له. (1)

(1) الملكية ونظرية العقد: د. محمد أبو زهرة، ص201، ط: دار الفكر، بدون تاريخ طبع.

(2) الفتاوى الكبرى: لتقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام بن عبد الله بن أبي القاسم بن محمد بن تيمية الحراني: 12/4، ط: دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى: 1408هـ/1987م.

(3) النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية: د. صبحي المحمصاني: 33/1، ط: الكشاف، بيروت، بدون تاريخ طبع.

فيكون هذا التعريف غير جامع؛ لأن بعض التصرفات قد يكون فيها التزام بحق، كالدعوى التي يدعيها الشخص على غيره، وقد يكون فيها التزام، إما بإنشاء حق كالبيع، والوقف، والهبة، أو إسقاطه، كإبراء المدين من الدين، أو إنهائه، كما في الطلاق. (2)

التعريف الثالث: التصرف هو: كل ما يصدر عن الشخص بإرادته، من قول، أو فعل، يرتب عليه الشارع أثراً من الآثار، سواء أكان في صالح ذلك الشخص، أم لا. (3)

ويلاحظ على هذا التعريف ما يأتي:
أولاً: أنه غير جامع؛ لأنه لم يشمل تصرفات بعض فاقد الأهلية، كالنائم، والمكره على اعتبار أنهم لا اختيار لهم، ولا إرادة، على الرغم من أن الفقه اعتبر كل ما يصدر منهم من الأقوال والأفعال تصرفاً.

ثانياً: هذا التعريف لم يحدد المراد بالشخص، هل هو الشخص المكلف، أم الشخص المميز، أم الشخص الغير مميز؟
التعريف الرابع: التصرف هو: ما يصدر عن الشخص المميز بإرادته، قولاً، أو فعلاً، ويرتب عليه الشارع نتيجة ما. (4)

ويلاحظ على هذا التعريف بأنه غير جامع؛ لأنه أخرج تصرفات الصبي الغير مميز، فقد يصدر منه تصرفات فعلية يُعتدُّ بها شرعاً، كالإتلاف، والاعتداء على الغير، إذ يلزم بالضمان في ماله.

ولم يشتمل التعريف على تصرفات من لا إرادة لهم، على الرغم من أن الفقه اعتبر كل ما يصدر منهم من الأقوال والأفعال تصرفاً.

وبعد سوق هذه التعريفات للتصرف، وبيان أنها لم تسلم من النقد، فيمكن تعريف التصرف بأنه: كل ما صدر من الإنسان مطلقاً، ورتب الشارع الأثر عليه.

(1) المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية: د. عبد الكريم زيدان، ص241، ط: مؤسسة الرسالة، بدون تاريخ طبع.

(2) أحكام تصرفات الوكيل في عقود المعاوضات المالية: د. سلطان إبراهيم سلطان الهاشمي، ص38، ط: دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، دبي، الطبعة الأولى: 1422هـ/2002م.

(3) الفقه الإسلامي وأدلته: د. وهبة مصطفى الرحيلي: 2920/4، ط: دار الفكر، سورية، دمشق، الطبعة الثالثة: 1409هـ/1989م.

(4) مختصر المعاملات الشرعية: د. علي الخفيف، ص68، مطبعة السنة المحمدية: 1949.

فهذا التعريف يشمل كل ما صدر من الإنسان، سواءً أكان مكلفاً، أم غير مكلف، مميزاً، أم غير مميز، وسواءً كانت التصرفات أفعالاً، أو أفعالاً.

تعريف التصرف في نطاق الدراسات القانونية:
فرَّق القانون بين نوعين من أنواع التصرفات التي تصدر من الإنسان.

النوع الأول: الواقعة القانونية: وهي كل حدث يرتب القانون عليه أثراً معيناً، وهذه الواقعة قد تكون من فعل الطبيعة، أو من عمل الإنسان.

أولاً: الواقعة الطبيعية: وهي التي تحدث بفعل الطبيعة دون أن يكون للإنسان دخل فيها، وكثيراً ما يترتب عليها آثار قانونية، فتكون سبباً في اكتساب الحقوق، أو في انقضاءها، ومثلها واقعتي الميلاد والوفاة، وغير ذلك.

ثانياً: الواقعة التي من فعل الإنسان: وهي الأعمال المادية التي تصدر عن الإنسان، فتترتب عليها آثاراً قانونية بصرف النظر عن نية من صدرت عنه وهي:

1- الفعل النافع: (الإثراء بلا سبب) ويوجد بصدد شخص يثرى على حساب آخر دون سند قانوني، لهذا فإن القانون يرتب لمن افتقر حقاً يستطيع بمقتضاه أن يرجع على من أثرى على حسابه.

2- الفعل الضار: ويقوم على أركان ثلاثة: الفعل، والضرر، ورابطة السببية بينهما.

3- وقائع أخرى: مثل الاستيلاء، ووضع اليد ... إلخ، فكل هذه الأفعال يرتب القانون عليها آثاراً قانونية مؤداها إنشاء الحقوق. وهذا النوع من التصرف في القانون يقابل في الفقه الإسلامي التصرفات الفعلية.

النوع الثاني: التصرفات الإرادية: وتعرف بأنها اتجاه الإرادة إلى إحداث أثر قانوني، بحيث يترتب الأثر القانوني على مجرد اتجاه الإرادة إلى إحداثه، سواء كان هذا الأثر هو إنشاء الحق كالهبة، أو نقله، أو تعديله كالتجديد، أو إنهائه كالإبراء. (1)

وقد اشترط القانون فيها شروطاً لا بد من توافرها حتى ينظر إليها كأساس للتصرف القانوني، هذه الشروط هي:

(1) د. عبد القادر الغار: المدخل لدراسة العلوم القانونية (النظرية العامة للحق) ص 135، ط: دار الثقافة والنشر والتوزيع، عمان، الأردن، الطبعة الأولى: 2006.

- أن يعبر عنها في العالم الخارجي، وهو إما تعبير صريح، أو ضمني.
 - أن يصدر التعبير عن شخص ذي أهلية.
 - أن يكون الباعث للإرادة مشروعاً.
 - أن تكون الإرادة خالية من العيوب.
- وهذا النوع من التصرفات يطلق عليها الأعمال القانونية، أو التصرفات القانونية. (1)
- وهذا النوع يقابل في الفقه الإسلامي التصرف القولي.
- وبالنظر في تعريف التصرف في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي يتضح أن كلمة التصرف في الفقه الإسلامي أعم وأشمل منها في القانون الوضعي؛ لأنها تطلق على كل ما يصدر عن الإنسان من أفعال مادية، أو أقوال، بينما في القانون الوضعي تطلق على ما يصدر من الإنسان من أقوال فقط، فيكون بينهما عموم وخصوص، فكل تصرف قانوني يعتبر تصرفاً شرعياً، وليس كل تصرف شرعي يعتبر تصرفاً قانونياً. (2)

(1) أ. د. لاشين محمد الغياتي: محاضرات في نظرية الحق، ص139 وما بعدها، ط: المكتبة التوفيقية: 1979م، د. محمد الصغير البعلي: المدخل للعلوم القانونية (نظرية القانون، ونظرية الحق) ص129، ط: دار العلوم، عنابة، الجزائر، 2006.

(2) النيابة عن الغير في التصرفات المالية: أ. د. سيف رجب قزامل، ص27، ط: دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الأولى: 2008م.

المبحث الثاني حقيقة عقد البيع

ويتكون هذا المبحث من مطلبين:
المطلب الأول: التعريف بالعقد.
المطلب الثاني: التعريف بالبيع.

المطلب الأول التعريف بالعقد

أولاً: في اللغة:

العقد في اللغة: الربط بين أطراف الشيء، سواء أكان ربطاً حسيماً، أم معنوياً، من جانب واحد، أم من جانبين. (1)
ثانياً: في الاصطلاح:

العقد في الاصطلاح يطلق على معنيين:

أولاً: المعنى العام:

وهو الأقرب إلى المعنى اللغوي والشائع عند جمهور الفقهاء وهو: كل ما عزم المرء على فعله، سواء صدر بإرادة منفردة، كالوقف، والإبراء، والطلاق، واليمين، أم احتاج إلى إرادتين في إنشائه، كالبيع، والإيجار، والتوكيل، والرهن. (2)

أي: أن هذا المعنى يتناول الالتزام مطلقاً، سواء من شخص واحد أو من شخصين، ويشمل حينئذ ما يسمى في المعنى الضيق، أو الخاص عقداً، كما يشمل ما يسمى تصرفاً، أو التزاماً، فالعقد بالمعنى العام ينتظم جميع الالتزامات الشرعية، وهو بهذا المعنى يرادف كلمة الالتزام. (3)

ومن هذا الإطلاق العام قول الألويسي في تفسير قول الله Y: [يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ] [المائدة:1].

(1) المصباح المنير: لأحمد بن محمد بن علي المقرئ الفيومي، مادة: عقد، ط: دار القلم، بيروت، بدون تاريخ طبع، لسان العرب: مادة: عقد.

(2) نظرية العقد: لأحمد بن عبد الحلیم بن عبد السلام بن تيمية: ص18، ط: مطبعة السنة المحمدية، الطبعة الأولى: 1386هـ/1949م، أحكام القرآن: لأحمد بن علي أبو بكر الرازي الجصاص الحنفي: 2/294، 295، ط: دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى: 1415هـ/1994م.

(3) الفقه الإسلامي وأدلته: 80/4.

حيث قال: المراد بها يعم جميع ما ألزم الله Y عباده، وعقد عليهم من التكاليف والأحكام الدينية، وما يعقدونه فيما بينهم من عقود الأمانات، والمعاملات، ونحوهما مما يجب الوفاء به. (1)

ويقول الجصاص: "العقد ما يعقده العاقد على أمر يفعلُه هو، أو يعقد على غيره فعله على وجه إلزامه إياه؛ لأنَّ العقد إذا كان في أصل اللُّغة الشدُّ ثمَّ نُقل إلى الأيمان، والعقود عقود المبيعات ونحوها، فأنما أريد به إلزام الوفاء بما ذكره في إيجابه عليه، وهذا إنما يتناول منه ما كان مُنتظراً مراعى في المُستقبل من الأوقات، فيسمى البيع، والنكاح، والإجارة، وسائر عقود المعاوضات عقوداً؛ لأنَّ كلَّ واحدٍ منهما قد ألزم نفسه التمام عليه، والوفاء به". (2)

ثانياً: المعنى الخاص:

وهو بهذا المعنى يطلق العقد على ما ينشأ عن إرادتين لظهور أثره الشرعي في المحل.

فهو: ارتباط الإيجاب بالقبول على وجه مشروع يثبت أثره في محله. (3)

أو بعبارة أخرى: تعلق كلام أحد العاقدين بالآخر شرعاً، على وجه يظهر أثره في المحل. (4)

وهذا التعريف هو الغالب الشائع في عبارات الفقهاء، فإذا قال شخص لآخر: بعك الكتاب، فهو الإيجاب، وقال الآخر: اشتريت، فهو القبول، ومتى ارتبط القبول بالإيجاب، وكانا صادرين من ذوي أهلية معتبرة شرعاً، ثبت أثر البيع في محله (وهو الكتاب هنا): وهو انتقال ملكية المبيع للمشتري، واستحقاق البائع الثمن في ذمة المشتري. شرح التعريف:

(1) روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني: لشهاب الدين محمود بن عبد الله الحسيني الألوسي: 48/6، ط: دار إحياء التراث العربي، بيروت، بدون تاريخ طبع.

(2) أحكام القرآن: لأبي بكر أحمد بن علي الرازي الجصاص: 296/2، 295، ط: دار الكتاب، بدون تاريخ طبع، ط: دار المصحف، شركة ومطبعة عبد الرحمن محمد، القاهرة.

(3) حاشية ابن عابدين: لمحمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي: 261/2، ط: دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى: 1419هـ، 1998م، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: لشمس الدين محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي: 506/3، ط: دار الفكر، بيروت، بدون تاريخ طبع، مجلة الأحكام العدلية: المادة: 103، 104.

(4) العناية بهامش شرح فتح القدير: 74/5.

ارتباط: هو من الفعل ربط، والرَّاءُ، وَالْبَاءُ، وَالطَّاءُ أَصْلٌ وَاحِدٌ،
يَدُلُّ عَلَى شِدَّةٍ، وَثَبَاتٍ، مِنْ ذَلِكَ رَبَطْتُ الشَّيْءَ أَرَبَطُهُ رَبْطًا. (1)
وهو جنس في التعريف يشمل أي ارتباط.
الإيجاب هو: أول كلام يصدر من أحد العاقدين؛ لأجل إنشاء
التصرف، وبه يوجب، ويثبت التصرف.

القبول هو: ثاني كلام يصدر من أحد العاقدين لأجل إنشاء
التصرف، وبه يَتِمُّ العقد. (2)

وهو قيد في التعريف خرج به ارتباط غير الإيجاب والقبول.
على وجه مشروع: قيد في التعريف، لإخراج الارتباط على وجه
غير مشروع، كالاتفاق على قتل فلان، أو إتلاف محصوله الزراعي، أو
سرقة ماله، أو الزواج بالأقارب المحارم، فكل ذلك غير مشروع لا أثر
له في محل العقد.

يثبت أثره في محله: قيد ثان في التعريف لإخراج الارتباط بين
كلامين لا أثر له، كالاتفاق على بيع كل شريك حصته من دار، أو أرض
لصاحبه بالحصصة الأخرى المساوية لها، فهذا لا فائدة منه، ولا أثر له.
(3)

(1) معجم مقاييس اللغة: 478/2.

(2) التعريفات الفقهية: لمحمد عميم الإحسان المجددي البركتي، ص40، ط: دار
الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى: 1424هـ/2003م.

(3) الفقه الإسلامي وأدلته: 81/4.

ثالثاً: تعريف العقد في نطاق الدراسات القانونية:
عرف علماء القانون العقد بأنه: توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني معين، سواء كان هذا الأثر هو إنشاء التزام، أو نقله، أو تعديله، أو إنهائه. (1)
ومن خلال هذا التعريف يتضح أن العقد في القانون المدني يقوم على أمرين هما:
الأمر الأول: توافق إرادتين أو أكثر، كما في عقد البيع والإيجار، وهذا التوافق يجعل الرضاء هو الركن الأساسي اللزوم لقيام العقد، ومن ثم فإن التصرف الذي يتم بإرادة منفردة، مثل الوعد بجائزة، أو الوصية، أو الطلاق، فلا يسمى في فقه القانون عقداً، إذ تنشأ الجائزة ويلتزم الواعد بها بإرادته وحدها دون حاجة إلى اقتران إرادة الموعود له بها، والتزام الموصي، إذ الوصية تقوم بإرادة الموصي وحدها، وينشأ الالتزام بها دون حاجة إلى قبول الموصى له، وإن كان له أن يردّها، فتسقط بالرد. (2)
الأمر الثاني: أن يكون توافق الإرادتين بقصد إحداث أثر قانوني، فإذا لم يكن المقصود إحداث هذا الأثر، فلا نكون بصدد عقد. (3)

وعلى هذا الأساس: لا تعتبر دعوة الصديق على الغداء، وقبول الصديق لهذه الدعوة، من قبيل العقد؛ لأن الطرفين لم يقصدا إنشاء التزام قانوني، فلا مسئولية إذا عدل أحدهما. (4)

(1) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد: 173/1، ط: دار النشر للجامعات المصرية: 1952م.

(2) د. مصطفى محمد الجمال: مصادر الالتزام، ص50، الطبعة الأولى، بدون تاريخ طبع.

(3) د. عبد الرزاق حسن فرج، النظرية العامة للالتزام، ص26، ط: الفجر الجديدة، 1983م.

(4) د. عبد الرزاق السنهوري: مرجع سابق، ص177.

مقارنة: بعد تعريف العقد في الفقه الإسلامي وفي نطاق الدراسات القانونية، يتضح أن تعريف العقد في الفقه الإسلامي أدق وأحكم؛ وذلك للأسباب الآتية:

أولاً: العقد ليس هو اتفاق الإرادتين ذاته، وإنما هو الارتباط الذي يقره الشرع، فقد يحدث الاتفاق بين الإرادتين، ويكون العقد باطلاً؛ لعدم توافر الشروط المطلوب شرعاً لصحة البيع، بينما تعريف العقد في القانون يشمل العقد الباطل.

ثانياً: أن مجرد توافق الإرادتين بدون واسطة للتعبير عنهما، من قول، أو فعل، أو إشارة، لا يدل على وجود العقد، وتظل الإرادة حينئذٍ أمراً خفياً غير معروف، وذلك الوعد بالعقد يسمى عقداً في القانون، مع أنه ليس عقداً.

ثالثاً: العقد في الفقه الإسلامي أعم من العقد في القانون المدني؛ لأنه يشمل جميع أنواع العقود، سواء أكانت معدة لإنشاء علاقة ذات طابع مادي، أو اقتصادي، كعقود المعاملات، (البيع، والإجارة) أم كانت منظمة لروابط الأسرة، (كالنكاح والخلع) أم كانت صلحاً عن جناية، مما يدخل في نطاق القانون العام، وهذا كله بخلاف العقد في القانون الذي يقتصر دوره على إنشاء علاقات ذات طابع مالي، أو اقتصادي فقط. (1)

والخلاصة: أن العقد في الفقه الإسلامي شرع لإدراك مقاصد شرعية، أما العقد في القانون المدني لإدراك مصالح شخصية.

المطلب الثاني التعريف بالبيع

(1) الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، د. أحمد فراج حسين، ص130، ط: دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية: 1985م، ضمان العقد أو المسؤولية العقدية في الشريعة الإسلامية مقارناً بالقانون المدني: د. محمد الشحات الجندي، ص28، 29، ط: دار النهضة العربية: 1990م.

أولاً: في اللغة:

البيع لغة: مصدر باع الشيء يبيعه بيعاً، فهو باع، تقول: باع الشيء بيعاً، إذا أخرجته عن ملكه.

وتقول: باعه مبيعة: عقد معه عقد بيع، فهو مقابلة شيء بشيء على جهة المعاوضة. (1)

والبيع من الأضداد كالشراء، ومنه قول الله Y: [وَشَرَوْهُ بِثَمَنٍ بَخْسٍ دَرَاهِمٍ مَعْدُودَةٍ وَكَانُوا فِيهِ مِنَ الزَّاهِدِينَ] [يوسف: 20]. أي: باعوه بثمن زهيد.

ويطلق على كل من العاقدين أنه باع ومشتري، لكن إذا أطلق الباع فالمتبادر للذهن باذل السلعة.

ومن أحسن ما وسم به البيع: أنه تملك عين مالية، أو منفعة مباحة على التأييد بعوض مالي. (2)

قال الخطاب: إن لغة قريش استعمال باع إذا أخرج (خرج الشيء عن ملكه)، واشترى إذا أدخل (أدخله في ملكه)، قال: وهو أفصح، وعلى ذلك اصطلاح العلماء تقريباً للفهم. (3)

ثانياً: في الشرع:

عرف الفقهاء البيع بتعاريف متعددة على النحو الآتي:

عرفه جمهور الحنفية بأنه: مبادلة المال بالمال بالتراضي بطريق الاكتساب. (4)

وبالنظر إلى هذا التعريف يتضح أنه غير جامع؛ لأنه لا يشمل بيع المنافع، كمر الدار، مع أن ذلك يصلح أن يكون محلاً للبيع، كما أنه غير مانع؛ لأنه لا يمنع من دخول الربا، والقرض فيه، فهما مبادلة مال بمال، مع أنهما لا يسميان بيعاً.

(1) لسان العرب: مادة: بيع.

(2) التوقيف على مهمات التعاريف: محمد عبد الرؤوف المناوي، ص153، ط: دار الفكر، بيروت، الطبعة الأولى: 1410هـ، تحقيق: د. محمد رضوان الداية.

(3) مواهب الجليل لشرح مختصر خليل: لأبي عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي، المعروف بالخطاب، 264/4، ط: دار الفكر العربي، بيروت، الطبعة الأولى: 1422هـ/2002م.

(4) شرح فتح القدير: للإمام كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي، المعروف بابن الهمام الحنفي: 229/6، ط: دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى: 1415هـ/1995م.

وعرفه جمهور المالكية بأنه: عقد معاوضة على غير منافع، ولا متعة لذة، ذو مكايسة، أحد عوضيه غير ذهب ولا فضة، معين غير العين فيه. (1)

فقوله: عقد معاوضة: أي عَقْدٌ مُحْتَوٍ عَلَى عَوْضٍ مِنَ الْجَانِبَيْنِ.
وقوله: عَلَى غَيْرِ مَنَافِعٍ: أي: عَلَى ذَوَاتِ غَيْرِ مَنَافِعٍ، ليخرج عقد الإجارة، والكراء؛ لأنهما عقدان على المنفعة.
وقوله: ولا متعة لذة: قيد في التعريف خرج به عقد النكاح؛ لأنه عقد معاوضة على انتفاع بلذة.

وقوله: ذو مكايسة: أي: المغالبة، والمشاححة، وهو قيد في التعريف خرج به هبة الثواب؛ لأنها ليس فيها مشاححة، فالواهب لا يملك المساومة متى دفع الموهوب له العوض.
وقوله: أحد عوضيه غير ذهب ولا فضة: قيد في التعريف خرج به عقد الصرف، وهو بيع النقد بنقد مغاير له، كذهب بفضة، وعكسه، ويخرج أيضاً: المراطلة، وهو بيع النقد بالنقد من نوعه، كذهب بذهب، وفضة بفضة.

قوله: مُعَيَّنٌ غَيْرُ الْعَيْنِ فِيهِ: إِضَافَةٌ غَيْرٌ فِيهِ لِلْعُمُومِ، أَيُّ مُعَيَّنٌ فِيهِ كُلُّ مَا خَالَفَ الْعَيْنَ، فَخَرَجَ السَّلْمُ، فَإِنَّ غَيْرَ الْعَيْنِ فِيهِ لَيْسَ مُعَيَّنًا، بَلْ فِي الدِّمَّةِ.

وَالْمُرَادُ بِالْمُعَيَّنِ: مَا لَيْسَ فِي الدِّمَّةِ، فَيَشْمَلُ الْعَائِبَ، فَبَيْعُ الْعَائِبِ لَيْسَ سَلْمًا؛ لِأَنَّ غَيْرَ الْعَيْنِ فِيهِ مُعَيَّنٌ.
وَالْحَاصِلُ: أَنَّ الْعَيْنَ لَا يَجِبُ أَنْ تَكُونَ مُعَيَّنَةً فِي الْبَيْعِ وَالسَّلْمِ، وَأَمَّا غَيْرُ الْعَيْنِ فَيَجِبُ أَنْ يَكُونَ مُعَيَّنًا فِي الْبَيْعِ، وَغَيْرُ مُعَيَّنٍ فِي السَّلْمِ. (2)
وعرفه جمهور الشافعية بأنه: عقد معاوضة مالية، يفيد ملك عين، أو منفعة على التأبيد، لا على وجه القرية. (3)

(1) الشرح الكبير: لأبي البركات أحمد الدردير، مطبوع مع حاشية الدسوقي: 2/3، ط: دار الفكر العربي، بيروت، بدون تاريخ طبع.

(2) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: 2، 3/3.

(3) مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج: لشمس الدين محمد بن الخطيب الشرييني: 4/2، ط: دار الفكر العربي، بيروت: 1415 هـ/1995 م.

فقوله: عقد معاوضة: قيد يخرج الهبة؛ لأنها ليس فيها معاوضة، كما يخرج الربا؛ لأن الزيادة فيها بغير عوض، ويخرج أيضاً: القرض؛ لأنه لا يسمى معاوضة عرفاً.

وقوله: مالية: قيد يخرج عقد النكاح.

وقوله: يفيد ملك: قيد يخرج النكاح؛ لأنه عقد لا يملك الزوج به منفعة البضع.

ويخرج أيضاً: الخلع؛ لأن الزوجة لا تملك شيئاً بالخلع. ويخرج أيضاً الصلح عن الدم؛ لأن الجاني لا يملك فيه شيئاً، وإنما يستفيد رفع سلطان مستحق القصاص.

وقوله: يفيد ملك عين: قيد خرج به الإجارة؛ لأن العقد فيها يفيد ملك المنفعة، وليس ملك العين.

وقوله: منفعة: يشمل المنافع، كبيع حق الممر ونحوه. وقوله: على التأييد: قيد يخرج الإجارة؛ لأنها ليست بيعاً، وليست على التأييد، وإنما تكون بمدة معينة يتفق عليها الطرفان. وقوله: بغير وجه القربة: قيد يخرج به القرض، فإنه يفيد القربة. (1)

وعرفه جمهور الحنابلة بأنه: مبادلة عين مالية، أو منفعة مباحة مطلقاً بأحدهما، أو بمال في الذمة للتمليك على التأييد، غير ربا وقرض. (2)

قوله: مبادلة عين مالية: خرج به الخنزير، والخمر، والميتة النجسة. وقوله: منفعة مباحة مطلقاً: كمر دار، أو بقعة تحفر بئراً. وقوله: بأحدهما) أي عين مالية، أو منفعة مباحة مطلقاً، نحو بيع كتاب بكتاب، أو بممر في دار، أو العكس. وقوله: أو بمال في الذمة: أي مبادلة عين مالية، أو منفعة مباحة مطلقاً بمال في الذمة، من نقد وغيره. وقوله: للتمليك: قيد خرج به إعارة ثوبه؛ ليعيره الآخر فرسه.

(1) مغني المحتاج: 4/2، حاشية قليوبي على شرح جلال الدين المحلي: لشهاب الدين أحمد بن أحمد بن سلامة القليوبي: 191/2، ط: دار الفكر العربي، بيروت: 1415هـ/1995م.

(2) كشف القناع عن متن الإقناع: للشيخ منصور بن يونس البهوتي الحنبلي: 166/3، ط: دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى: 1418هـ/1997م.

قوله: على التأييد: بان لم تقيد مبادلة المنفعة بمدة، أو عمل معلوم، فخرج به الإجارة. (1)

التعريف المختار: من خلال التعاريف السابقة يتضح أن تعريف جمهور المالكية، وجمهور الشافعية هما الراجحان؛ لسلامتهما من الاعتراضات، وإن كان الميل أقرب إلى تعريف الشافعية؛ لسهولة ألفاظه، وقربها إلى السامع.

ثالثاً: تعريف البيع في القانون المدني:

نصت المادة 418 من القانون المدني على تعريف عقد البيع، فجاء في نصها: "البيع عقد يلتزم به البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء، أو حقاً مالياً آخر، في مقابل ثمن نقدي".

ويتضح من هذا التعريف ما يأتي:

أولاً: أن البيع من عقود المعاوضة، فكل من المتعاقدين يتلقى عوضاً عن الشيء الذي يُعطيه للمتعاقد الآخر، فالبائع يأخذ الثمن مقابل المبيع، والمشتري يأخذ المبيع مقابل الثمن. (2)

ثانياً: البيع من العقود الملزمة للجانبين، فالبائع يلتزم بنقل ملكية شيء، أو حقاً مالياً للآخر، والمشتري يلتزم بدفع الثمن. (3)

موازنة بين تعريف الشرع والقانون للبيع:

بعد تعريف البيع في الفقه الإسلامي والقانون المدني يتضح أن هناك أوجه اتفاق وأوجه اختلاف.

أولاً: أوجه الاتفاق:

1- الرضا أساس عقد البيع: وقد أكد الشرع على ذلك، فحرم أكل أموال الناس بالباطل، وأحل مال الغير إذا كان برضاً منه، وبطيب نفس، فقال: [يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا] [النساء:29].

2- البيع عقد ناقل للملكية، وملزماً للجانبين في كل منهما: فالبائع يلتزم بأن ينقل للمشتري ملكية شيء، أو حقاً مالياً آخر، والمشتري يلتزم بأن يدفع للبائع مقابل ذلك.

(1) شرح منتهى الإرادات: للشيخ منصور بن يونس البهوتي الحنبلي: 205/2، ط: دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى: 1426هـ/2005م.

(2) د. عبد المنعم البدر اوي: عقد البيع، ص44، ط: 1957، د. محمد علي عمران: الوجيز في شرح أحكام عقد البيع، ص9، ط: 1991، 1992م.

(3) د. سمير تناغو: عقد البيع، ص16، ط: منشأة المعارف بالإسكندرية، 1973م.

3- البيع عقد معاوضة: فالبايع يأخذ الثمن، والمشتري يأخذ مقابلاً له وهو عين المبيع. (1)

ثانياً: أوجه الاختلاف:

يختلف البيع في الفقه الإسلامي عنه في القانون المدني في المقابل، فالمقابل في البيع في الفقه الإسلامي لا يقتصر على الثمن فقط، بل يمكن أن يكون المقابل نقدي وغيره.

أما المقابل في القانون المدني يكون قاصراً على الثمن فقط، وذلك للتمييز بين البيع والمقايضة، وبين البائع والمشتري، أي: باذل السلعة هو البائع، وباذل النقود هو المشتري. (2)

وعلى هذا الأساس: فإن البيع في الفقه الإسلامي يشمل البيع المطلق، والمقايضة، والصرف، والسلم، بخلافه في القانون المدني، فهو خاص بصور واحدة، ألا وهي صورة البيع المطلق، لذا كان تعريف البيع في الفقه الإسلامي أوسع نطاقاً، وأكثر شمولاً عنه في القانون المدني. (3)

(1) مرض الموت وأثره على عقد البيع، دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الإسلامي: د. حسني محمود عبد الدايم عبد الصمد، ص91، ط: دار الفكر الجامعي، الإسكندرية: 2008م.

(2) د. عبد الناصر توفيق العطار: عقد البيع، ص64، ط: 1976م.

(3) مرض الموت وأثره على عقد البيع: ص92.

الفصل الأول حقيقة النائب والمحابة

ويتكون هذا الفصل من مبحثين.

المبحث الأول: التعريف بالنائب.

المبحث الثاني: التعريف بالمحابة.

المبحث الأول

التعريف بالنائب

أولاً: تعريف النائب:

في اللغة: من قام مقام غيره، يقال: ناب عني فلان ينوب، نوباً، ومناباً، أي: قام مقامي. (1)

اصطلاحاً هو: كل من قام مقام غيره في تصرف بإذن منه، كنائب القاضي، ونائب الامام. (2)

وبالنظر في هذا التعريف يتضح أنه لم يشتمل إلاً على النائب في النيابة الاختيارية، وبالتالي يكون تعريفاً غير جامع؛ لأنه لم يشمل النائب في النيابة الجبرية.

ويمكن تعريف النائب بأنه: قيام شخص مكلف مقام غيره في التصرفات الشرعية، مما تقبل النيابة، بتكليف من الشرع، أو غيره. شرح التعريف:

قوله: شخص: المقصود به النائب، وهو جنس في التعريف يشمل أي شخص، فكما يتصرف الشخص بالأصالة عن نفسه، له أن يتصرف عن غيره بالنيابة.

قوله: مكلف: قيد في التعريف، خرج به الشخص الغير مكلف، فلا يجوز أن يكون نائباً.

قوله مقام غيره: هو الأصيل الذي تستمد منه الإنابة، وهو قيد في التعريف، خرج به تصرف الإنسان لنفسه، فلا يسمى نائباً، وإنما يكون أصيلاً.

قوله: التصرفات الشرعية: قيد في التعريف، خرج به التصرفات الغير شرعية، كالنيابة في القتل، أو ارتكاب المعاصي، فلا يسمى نائباً؛ لأنها غير مشروعة.

قوله: مما تقبل النيابة: قيد في التعريف خرج به التصرفات التي لا تقبل النيابة، مثل الصلاة، والصوم حال الحياة، واليمين، وغيرها.

(1) لسان العرب: مادة: نوب.

(2) معجم لغة الفقهاء: لمحمد رواس قلنجي - حامد صادق قنبيبي: ص471، ط: دار النفائس للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الثانية: 1408هـ/1988م.

فيشترط في الشيء المنوب فيه: أن يكون من التصرفات التي يمكن أن يحل شخص في فعلها مكان شخص آخر. قوله: بتكليف من الشرع: إشارة إلى النائب الذي يستمد نيابته من الشرع الحكيم، سواءً كان ذلك لمصلحة المنوب عنه، كما في الولاية على الصغير، والمجنون، أو كان لمصلحة الغير، كما في الحجر على المدين لمصلحة الغرماء. قوله: أو غيره: يشمل ما يأتي:

النيابة بالقضاء: أي النائب عن القاضي، كالقيم، وأمين التفليسة. النيابة بالاتفاق: أي النائب المستمد نيابته من النيابة الإرادية، كما في الوكالة، فلا تتم النيابة فيها إلا بالاتفاق. وكذلك في عقد الإجارة، فإذا استأجر شخص دابة من آخر فعلى المالك علف الدابة؛ لئتمكن المستأجر أن ينتفع بها، فإذا أذن المؤجر للمستأجر القيام بذلك، اعتبر ذلك نيابة مستندة إلى عقد الإجارة، وله الرجوع بما أنفق على مالك الدابة. (1)

النيابة بالضرورة: أي النائب المستمد نيابته من حالة الضرورة، كمن أدى واجباً يقبل النيابة عن غيره، ولم يكن قاصداً التبرع، وكتصرف الرفقة في السفر إذا مات أحدهم، وقاموا ببيع متاعه، وجهزوه بثمنه، فهم نائبون عن الورثة بالضرورة. (2) النيابة بالإجازة اللاحقة: أي النائب الفضولي، فهو شخص له أهلية إنشاء العقد، لكن ليس له أهلية ولاية التصرف عن غيره بدون إذن منه، فتصرفه موقوف على إجازة الأصيل.

النيابة الضمنية: وهي النيابة المستندة إلى عقد الشركة، إذ يعتبر كل شريك نانبا عن الآخر، فإذا قام أحد الشركاء بتصرف معين مرتبط بمصلحة الشركة، فإن هذا التصرف يلزم كل أطراف الشركة.

جاء في المبسوط: "وَإِذَا وَكَّلَ أَحَدُ شَرِيكِي الْعَنَانَ وَكَيْلًا بِبَيْعِ شَيْءٍ مِنْ شَرِكْتِهِمَا جَازَ عَلَيْهِ وَعَلَى صَاحِبِهِ اسْتِحْسَانًا... كُلُّ وَاحِدٍ مِنَ الشَّرِيكَيْنِ فِي حَقِّ صَاحِبِهِ بِمَنْزِلَةِ وَكَيْلٍ فُوضَ إِلَيْهِ الْأَمْرُ عَلَى الْعَمُومِ؛

(1) نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج: لشمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة شهاب الدين الرملي: 325/5، ط: دار الفكر، بيروت، 1404 هـ/1984م، أعلام الموقعين عن رب العالمين: لمحمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين بن قيم الجوزية: 4/3، ط: دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى: 1411 هـ/1991م.

(2) حاشية ابن عابدين: 200/6.

لِأَنَّ مَقْصُودَهُمَا تَحْصِيلُ الرِّيحِ، وَذَلِكَ لَا يَحْصُلُ بِتَصَرُّفٍ وَاحِدٍ، فَصَارَ
مَأْدُونًا مِنْ جِهَةِ صَاحِبِهِ بِالتَّوَكُّلِ فِيمَا يَعْجُزُ عَنِ مُبَاشَرَتِهِ بِنَفْسِهِ". (1)

ثانياً: مشروعية النيابة:

قامت الأدلة من القرآن الكريم، والسنة النبوية، والإجماع،
والقياس والمعقول على مشروعية النيابة.

أما القرآن الكريم فمنه:

1- قال الله Y: [فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا
يَسْتَطِيعُ أَنْ يَمِلَّ هُوَ فَلْيُمْلَأْ وَلِيُّهُ بِالْعَدْلِ] [البقرة: 282].

وجه الدلالة: استدل بهذه الآية على مشروعية الوكالة من
وجهين:

الوجه الأول: بطريق القياس، قال المزني: إن وليه بالعدل عند
الشافعي: هو القيم بماله، فإذا أجاز أن يقوم بماله بتوصية أبيه بذلك
إليه، وأبوه غير مالك، كان أن يقوم فيه بتوكيل ماله أجز. (2)

الوجه الثاني: بطريق النص؛ لقوله Y: [أَوْ ضَعِيفًا] يشمل
المريض، وقوله Y: [أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَنْ يَمِلَّ] يشمل الغائب، والولاية في
حق هؤلاء هي الوكالة. (3)

فالوكيل مأمور أن يمل عن وكيله في هذه الحالة، والإملاء نوع
من التصرف، فبذلك يجوز تصرف النائب فيما وكل إليه.

2- قال الله Y: [فَابْعَثُوا أَحَدَكُمْ بِوَرِقِكُمْ هَذِهِ إِلَى الْمَدِينَةِ فَلْيَنْظُرْ أَيُّهَا
أَزْكَى طَعَامًا فَلْيَأْتِكُمْ بِرِزْقٍ مِنْهُ وَلْيَتَلَطَّفْ] [الكهف: 19].

وجه الدلالة: أن بعث أهل الكهف لواحد منهم إلى المدينة؛ ليشترى
لهم طعاماً، هو بعث بطريق الوكالة، وهذا ما قاله المفسرون عند
تفسيرهم هذه الآية.

قال ابن العربي: قوله: [فَابْعَثُوا] هَذَا يَدُلُّ عَلَى صِحَّةِ الْوَكَالَةِ، وَهُوَ
عَقْدُ نِيَابَةِ أَدْنَى اللَّهِ Y فِيهِ لِلْحَاجَةِ إِلَيْهِ، وَقِيَامِ الْمَصْلَحَةِ بِهِ، إِذْ يَعْجُزُ كُلُّ

(1) المبسوط: لمحمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي: 105/19، ط: دار المعرفة، بيروت: 1414هـ/1993م.

(2) الحاوي الكبير: لأبي الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي
الماوردي: 393/6، ط: دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى:
1419هـ/1999م.

(3) الجامع لأحكام القرآن: لأبي عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح
الأنصاري الخزرجي شمس الدين القرطبي: 383/3، ط: دار الكتب المصرية،
القاهرة، الطبعة الثانية: 1384هـ/1964م.

أَحَدٍ عَنِ تَنَاوُلِ أُمُورِهِ إِلَّا بِمَعُونَةٍ مِنْ غَيْرِهِ، أَوْ يَتَرَفَّهُ فَيَسْتَتِيبُ مَنْ يُرِيحُهُ. (1)

وقال القرطبي: في هذه البعثة بالورق، دليل على الوكالة وصحتها. (2)

3- قال الله Y: [وَأِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا] [النساء:35].
والحكم وكيل. (3)

وأما السنة النبوية: فمنها ما يأتي:

1- عن الحسن عن عروة البارقي τ أَنَّ النَّبِيَّ ρ أَعْطَاهُ دِينَارًا يَشْتَرِي لَهُ شَاةً، فَاشْتَرَى لَهُ شَاتَيْنِ، فَبَاعَ إِحْدَاهُمَا بِدِينَارٍ، فَآتَى النَّبِيَّ ρ بِدِينَارٍ وَشَاةً، فَدَعَا لَهُ رَسُولُ اللَّهِ ρ بِالْبَرَكَةِ، قَالَ: فَكَانَ لَوْ اشْتَرَى التَّرَابَ لَرَبِحَ فِيهِ. (4)

وجه الدلالة: دلَّ هذا الحديث على مشروعية النيابة، إذ إن الرسول ρ وكَّلَ عروءة في شراء شاة.

2- عَنْ أَبِي مُوسَى τ عَنِ النَّبِيِّ ρ قَالَ: (الْخَازِنُ الْمُسْلِمُ الْأَمِينُ، الَّذِي يُنْفَذُ - وَرَبِّمَا قَالَ: يُعْطَى - مَا أَمَرَ بِهِ كَامِلًا، مُؤَفَّرًا، طَيِّبًا بِهِ نَفْسَهُ، فَيُذْفَعُهُ إِلَى الَّذِي أَمَرَ لَهُ بِهِ، أَحَدُ الْمُتَصَدِّقِينَ). (5)

وجه الدلالة: دلَّ هذا الحديث على أن الوكالة مشروعية، فالخازن الذي يعطي ما أمر به من الصدقة إلى من أمر له به، فيه معنى الوكالة.

(1) أحكام القرآن: لمحمد بن عبد الله أبو بكر بن العربي المعافري الاشيلي المالكي: 220/3، ط: دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الثالثة: 1424هـ/ 2003م.

(2) الجامع لأحكام القرآن الكريم: 384/10.

(3) الحاوي الكبير: 393/6.

(4) أخرجه ابن ماجه: كِتَابُ الصَّدَقَاتِ، بَابُ الْأَمِينِ يَتَّجِرُ فِيهِ فَيَرْبُحُ، سنن ابن ماجه: لأبي عبد الله محمد بن يزيد القزويني: 803/2، ط: دار إحياء الكتب العربية، فيصل عيسى البابي الحلبي، بدون تاريخ طبع.

وهذا الحديث إسناده صحيح على شرط البخاري. مسند الإمام أحمد بن حنبل: لأبي عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل بن هلال بن أسد الشيباني: 100/32، ط: مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الأولى: 1421هـ/ 2001م، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، عادل مرشد، وآخرون.

(5) أخرجه البخاري: كِتَابُ الزَّكَاةِ، بَابُ أَجْرِ الْخَادِمِ إِذَا تَصَدَّقَ بِأَمْرِ صَاحِبِهِ غَيْرَ مُفْسِدٍ، صحيح البخاري: لمحمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري الجعفي: 114/2، ط: دار طوق النجاة، الطبعة الأولى: 1422هـ، وأخرجه مسلم: كِتَابُ الزَّكَاةِ، بَابُ أَجْرِ الْخَازِنِ الْأَمِينِ، وَالْمَرْأَةِ إِذَا تَصَدَّقَتْ مِنْ بَيْتِ رَوْحِهَا غَيْرَ مُفْسِدَةٍ بِإِذْنِهِ الصَّرِيحِ أَوْ الْعُزْفِيِّ، صحيح مسلم: لمسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري: 710/2، ط: دار إحياء التراث العربي، بيروت، بدون تاريخ طبع.

وَيَدْخُلُ فِي الْخَازِنِ مَنْ يَتَّخِذُهُ الرَّجُلُ عَلَى عِيَالِهِ مِنْ وَكِيلٍ، وَعَبْدٍ،
وَأَمْرَأَةٍ، وَغُلَامٍ، وَمَنْ يَقُومُ عَلَى طَعَامِ الضَّيْفَانِ. (1)

أما الإجماع: فقد أجمع كل الفقهاء على جواز الوكالة من صدر
الإسلام إلى زماننا هذا، ومما يدل على هذا الإجماع ما روي أن علياً بن
أبي طالب - وكَّل أخاه عقيلاً، وقال: "إِنَّ لِلْخُصُومَةِ قَحْمًا، وَإِنهَا لَتُخْلَفُ،
وَإِنَّ الشَّيْطَانَ يَحْضُرُهَا، وَإِنِّي إِنْ حَضَرْتُ خَفْتُ أَنْ أُغْضَبَ، وَإِنْ
غَضِبْتُ خَفْتُ أَلَا أَقُولُ حَقًّا، وَقَدْ وَكَلْتُ أَخِي عَقِيلًا، فَمَا قَضَى عَلَيْهِ
فَعَلِي، وَمَا قَضَى لَهُ فَعَلِي". (2)

فصار هذا إجماعاً من الصحابة رضي الله عنهم على جواز الوكالة.
قال ابن قدامة: "وَأَجْمَعَتِ الْأُمَّةُ عَلَى جَوَازِ الْوَكَالَةِ فِي الْجُمْلَةِ،
وَلِأَنَّ الْحَاجَةَ دَاعِيَةً إِلَى ذَلِكَ؛ فَإِنَّهُ لَا يُمَكِّنُ كُلَّ وَاحِدٍ فِعْلُ مَا يَحْتَاجُ إِلَيْهِ،
فَدَعَتِ الْحَاجَةَ إِلَيْهَا". (3)

وأما القياس: فالوكالة تثبت بالقياس على الولاية، حيث إن
التصرف في أمور الولاية على المحجور عليه (الصغير والمجنون ومن
في حكمهما)، هو تصرف في أمور الغير بدون إذنه، وهو جاز شرعاً،
دون النظر إلى إذن المالك، فإذا جاز التصرف هنا بدون إذن المالك،
جاز تصرف الوكيل من باب أولى؛ لأنه تصرف بإذن المالك. (4)

وأما المعقول: فالوكالة معونة، إما لمن أحب صيانة نفسه عن
البذلة فيها، وإما لمن عجز عن القيام بها، وكلا الأمرين مباح، وحاجة
الناس إليه أشد، فكانت مشروعاً لهذه الاعتبارات وما شابهها. (5)

ثالثاً: شروط النائب:

والمقصود بشروط النائب هنا: الشروط العامة التي يجب أن
تتوافر في الشخص حتى يكون أهلاً لأن يكون نائباً، ويرتب الشرع
الآثار على تصرفاته.

(1) نيل الأوطار: لمحمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني اليمني: 4/196، ط:
دار الحديث، مصر، الطبعة الأولى: 1413هـ/1993م.

(2) معرفة السنن والآثار: لأحمد بن الحسين بن علي بن موسى الخُسْرُو جردى
الخراساني أبو بكر البيهقي: 8/293، ط: دار الوفاء، المنصورة، القاهرة، الطبعة
الأولى: 1412هـ/1991م.

(3) المغني: لأبي محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعلي
المقدسي: 5/63، ط: مكتبة القاهرة: 1388هـ/1968م.

(4) المغني: 5/63.

(5) مغني المحتاج: 3/231.

الشرط الأول: الأهلية: (1)

ويقصد بالأهلية هنا: أهلية مباشرة التصرف الذي يوكل فيه، فلا بد أن يكون قادراً على القيام بمثل ما وكل به لنفسه، فإذا لم يكن قادراً على القيام بمثل التصرف الذي وكله به، فعدم قدرته لغيره أولى. ولا بد من توافر عدة شروط حتى تتحقق الأهلية في النائب وهي ما يأتي:

الأول: البلوغ: فلا تصح نيابة الصبي الغير مميز عن غيره؛ لأن البلوغ شرط لصحة التصرفات. (2)

أما نيابة الصبي المميز فقد اختلف الفقهاء فيها على رأيين:

الرأي الأول: ذهب الحنفية، والمالكية، والحنابلة في رواية إلى القول: بأنه يجوز نيابة الصبي المميز إذا كان مأذوناً له في التصرف. (3)

واستدلوا بما يأتي:

1- عَنْ أُمِّ سَلَمَةَ (رضي الله عنها) أَنَّهَا لَمَّا بَعَثَ النَّبِيُّ ﷺ يَخْطُبُهَا، قَالَتْ: لَيْسَ أَحَدٌ مِنْ أَوْلِيَائِي شَاهِدًا، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: (لَيْسَ أَحَدٌ مِنْ

(1) الأهلية في اللغة: تطلق على الصلاحية، فيقال: فلان أهل لأن يكرم، أي: صالح للتكريم، وأهلية الإنسان للشيء: صلاحيته لصدور ذلك الشيء عنه، وطلبه منه. المعجم الوجيز: مادة أهل.

وفي الاصطلاح: هي صلاحية الشخص للإلزام والالتزام، بمعنى: أن يكون الشخص صالحاً لأن تلزمه حقوق لغيره، وتثبت له حقوق قبل غيره، وصالحاً لأن يلتزم بهذه الحقوق. نظرية الحكم ومصادر التشريع في أصول الفقه: د. أحمد الحصري: ص 228، ط: مكتبة الكليات الأزهرية: 1981م. وقيل هي: هي صلاحية الإنسان لأن تثبت له حقوق، وتجب عليه واجبات. أصول الفقه: د. محمد زكريا البرديسي: ص 131، ط: دار النهضة العربية، الطبعة الثالثة: 1969م.

(2) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: لعلاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي: 20/6، ط: دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الثانية: 1406هـ/1986م، بداية المجتهد ونهاية المقتصد: لأبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد: 85/4، ط: دار الحديث، القاهرة: 1425هـ/2004م، تحفة المحتاج في شرح المنهاج: لأحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي: 393/2، ط: المكتبة التجارية الكبرى بمصر: 1357هـ/1983م.

(3) فتح القدير: 512/7، الشرح الكبير: 6/3، كشف القناع: 463/3.

أُولِيَانِكَ شَاهِدٌ وَلَا غَائِبٌ يَكْرَهُ ذَلِكَ) فَقَالَتْ لِابْنِهَا: يَا عُمَرُ: فَمَنْ
فَزَوْجَ رَسُولٍ، فَزَوْجَهُ. (1)

وجه الدلالة: دلَّ هذا الحديث على جواز نيابة الصبي المميز؛ لأن
عمر بن أبي سلمة زوج الرسول م أمه، ولم يعترض الرسول م. (2)
ويجاب على الاستدلال بهذا الحديث: بأن هذا الحديث قد أُعْلِيَ بِأَنَّ
عُمَرَ الْمَذْكُورَ، كَانَ عِنْدَ تَزْوُجِهِ م بِأَمِّهِ صَغِيرًا، لَهُ مِنْ الْعُمُرِ سَنَتَانِ؛
لِأَنَّهُ وُلِدَ فِي الْحَبَشَةِ فِي السَّنَةِ الثَّانِيَةِ مِنَ الْهَجْرَةِ، وَتَزَوَّجَهُ م بِأَمِّهِ كَانَ
فِي السَّنَةِ الرَّابِعَةِ، وَعَلَى فَرْضِ صِحَّةِ هَذَا الْحَدِيثِ، فَلَا يَصِحُّ الْإِحْتِجَاجُ
بِهِ؛ لِأَنَّهُ م لَا يَفْتَقِرُ فِي نِكَاحِهِ إِلَى وَلِيِّ، فَالرَّسُولُ م لَهُ حَقُّ الْوَالِيَةِ
الْعَامَّةِ عَلَى أُمِّ سَلْمَةَ (رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا). (3)

2- إِنْ الْعَقْلَ شَرْطُ أَهْلِيَّةِ التَّصَرُّفَاتِ الشَّرْعِيَّةِ، وَقَدْ انْعَدَمَ فِي الْمَجْنُونِ
وَوُجِدَ هُنَا؛ فَتَصَحَّ وَكَأَلْتَهُ كَالْبَالِغِ، إِلَّا أَنَّ حُقُوقَ الْعَقْدِ مِنَ الْبَيْعِ
وَنَحْوِهِ، تَرْجِعُ إِلَى الْوَكِيلِ إِذَا كَانَ بَالِغًا، وَإِذَا كَانَ صَبِيًّا تَرْجِعُ إِلَى
الْمُؤَكَّلِ. (4)

الرأي الثاني: ذهب الشافعية، والحنابلة في رواية إلى القول: بأنه
لا يصح نيابة الصبي المميز. (5)
واستدلوا بما يأتي:

1- قول الله Y: [وَابْتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ
رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ] [النساء: 6].

وجه الدلالة: أَمَرَ اللَّهُ Y بِدَفْعِ الْمَالِ إِلَيْهِمْ بَعْدَ الْبُلُوغِ، وَإِنْسَانِ
الرُّشْدِ، وَلَوْ جَازَ الْإِدْنُ لَهُ فِي التِّجَارَةِ فِي صِغَرِهِ لَجَازَ دَفْعَ الْمَالِ إِلَيْهِ فِي

(1) أخرجه أحمد: 269/44، وأخرجه النسائي: كتاب النكاح، باب إنكاح الإبن أمه، سنن
النسائي: 180/5، وأخرجه البيهقي: كتاب النكاح، باب الإبن يزوجه إذا كان عصبته لها
بغير البلوغ، السنن الكبرى: 212/7، وأخرجه ابن حبان: كتاب الجنائز، باب ذكر الأمر
بالاستزجاع لمن أصابته مصيبة وسؤاله الله Y أن يبذله خيرًا منها، الإحسان في تقريب
صحيح ابن حبان: لمحمد بن حبان بن أحمد بن حبان بن معاذ بن معبد التميمي أبو حاتم،
الدارمي البستي، ترتيب: الأمير علاء الدين علي بن بلبان الفارسي: 213/7، ط:
مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الأولى: 1408هـ/1988م.

(2) بدائع الصنائع: 20/6.

(3) نيل الأوطار: 148/6، شرح سنن النسائي المسمى: ذخيرة العقبى في شرح المجتبى:
لمحمد بن علي بن آدم بن موسى الإثيوبي الولوي: 185/27، ط: دار آل بروم للنشر
والتوزيع، الطبعة الأولى، بدون تاريخ طبع، المبدع في شرح المقنع: لإبراهيم بن محمد
بن عبد الله بن محمد بن مفلح: 106/6، ط: دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى:
1418هـ/1997م.

(4) بدائع الصنائع: 20/6.

(5) مغني المحتاج: 231/3، المغني: 185/4.

حَالِ الصَّعْرِ، وَاللَّهِ Y إِنَّمَا أَمَرَ بِدَفْعِ الْمَالِ إِلَيْهِ بَعْدَ الْبُلُوغِ، وَإِنِّي نَاسِ
الرُّشْدِ. (1)

2- إِنْ تَصَرَّفَ الشَّخْصُ لِنَفْسِهِ أَقْوَى مِنْ تَصَرُّفِهِ لِغَيْرِهِ، فَإِنَّ تَصَرُّفَهُ لَهُ
بِطَّرِيقِ الْأَصَالَةِ وَلِغَيْرِهِ بِطَّرِيقِ النِّيَابَةِ، فَإِذَا لَمْ يَقْدِرْ عَلَى الْأَقْوَى لَا
يَقْدِرُ عَلَى الْأَضْعَفِ بِطَّرِيقِ الْأُولَى. (2)

الرأي المختار: بعد ذكر آراء الفقهاء في هذه المسألة، وبيان أدلة
كل فريق، فإنه يتضح أن الرأي المختار هو من قال: بأنه لا تصح نيابة
الصبي المميز، حتى وإن أذن له في التجارة؛ لِأَنَّ الْعَقْلَ لَا يُمَكِّنُ
الْوُقُوفَ مِنْهُ عَلَى الْحَدِّ الَّذِي يَصْلُحُ بِهِ التَّصَرُّفُ؛ لِخَفَائِهِ، وَتَزَايُدِهِ تَزَايُدًا
خَفِيًّا التَّدرِجِ، فَجَعَلَ الشَّارِعُ لَهُ ضَابِطًا، وَهُوَ الْبُلُوغُ، فَلَا يَثْبُتُ لَهُ أَحْكَامُ
الْعُقُلَاءِ قَبْلَ وُجُودِ الْمَطْنَةِ. (3)

وإذا كان أصحاب الرأي الأول يرون أن نيابة الصبي المميز تعويد
له على مباشرة التصرفات المالية، فإن هذا الأمر يكون في ماله فقط،
وليس مال غيره، حتى يتعود على التصرفات.
الثاني: العقل: فالعقل شرط في النائب، فالمجنون تصرفاته غير
صحيحة؛ لسلب عبارته وولايته، فكذا نيابته تكون غير صحيحة، ولأن
من لا يستطيع أن يباشر أعماله بنفسه، لا يصح منه مباشرة عمل
غيره. (4)

الثالث: الرشد: (5)

اختلف القائلون بالحجر على السفية في صحة نيابته على رأيين:
الرأي الأول: ذهب جمهور المالكية، والشافعية، والحنابلة في
وجه إلى القول: بأن المحجور عليه للسفه يجوز أن يكون نائباً إذا كان
مأذوناً له في التصرف. (6)

(1) أحكام القرآن: لأحمد بن علي أبو بكر الرازي الجصاص الحنفي: 78/2، ط: دار
الكتب العلمية بيروت، الطبعة الأولى: 1415هـ/1994م.

(2) مغني المحتاج: 233/3.

(3) المغني: 185/4.

(4) بدائع الصنائع: 20/6، بداية المجتهد: 85/4، العزيز شرح الوجيز: لأبي القاسم
عبد الكريم ابن محمد بن عبد الكريم الرافعي القزويني: 217/5، ط: دار الكتب
العلمية، بيروت، الطبعة الأولى: 1417هـ/1997م.

(5) الرشيد هو: الذي يحسن التصرف في ماله، بحيث لا يبذله في شيء محرم، ولا
في شيء لا فائدة منه، و ضد الرشيد السفية. الشرح الممتع على زاد المستنقع:
لمحمد بن صالح بن محمد العثيمين: 111/8، ط: دار ابن الجوزي، الطبعة
الأولى: 1428هـ.

(6) حاشية الخرشي على مختصر خليل: للإمام العلامة خليل بن إسحاق بن موسى
المالكي: 290/5، ط: دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة

واستدلوا: بأن المحجور عليه للسفه عاقل، فصَحَّ تَصَرُّفُهُ بِالْأَذْنِ فِيهِ كَالصَّبِيِّ، يُحَقِّقُ هَذَا أَنَّ الْحَجْرَ عَلَى الصَّبِيِّ أَعْلَى مِنَ الْحَجْرِ عَلَيْهِ، ثُمَّ يَصِحُّ تَصَرُّفُهُ بِالْأَذْنِ، فَهَاهُنَا أَوْلَى، وَلِأَنَّ لَوْ مَنَعْنَا تَصَرُّفَهُ بِالْأَذْنِ، لَمْ يَكُنْ لَنَا طَرِيقٌ إِلَى مَعْرِفَةِ رُشْدِهِ وَاخْتِبَارِهِ. (1)

الرأي الثاني: ذهب الحنابلة في رواية إلى القول: بأنه لا تجوز نيابة المحجور عليه للسفه في الأمور التي لا يستقل بالتصرف فيها. واستدلوا: بأن الْحَجْرَ عَلَيْهِ لِتَنْذِيرِهِ، وَسُوءِ تَصَرُّفِهِ، فَإِذَا أُذِنَ لَهُ، فَقَدْ أُذِنَ فِيمَا لَا مَصْلَحَةَ فِيهِ، فَلَمْ يَصِحَّ، كَمَا لَوْ أُذِنَ فِي بَيْعِ مَا يُسَاوِي عَشْرَةَ بِخَمْسَةِ. (2)

فلا تصح نيابة السفه في التصرفات المالية فيما لم يأذن له وليه؛ لكون السفه ممنوعاً من مباشرة هذه التصرفات بدون إذن وليه، فمنعه من التصرف أولى، ولكنه يجوز أن يكون نائباً فيما يجوز تصرفه فيه من الطلاق، والخلع. (3)

وفي القانون يشترط في النائب في النيابة القانونية أن يكون كامل الأهلية؛ لأن الأصل فيها إما عديم الأهلية، أو ناقصها، أو لديه عارض من عوارض الأهلية، فأحرى بالنائب أن يكون كامل الأهلية. (4) والقانون في هذه النيابة يتفق مع الفقه الإسلامي في اشتراط أن يكون النائب كامل الأهلية.

أما إذا كان النائب في النيابة الاختيارية: فلا يشترط في النائب فيها أن يكون كامل الأهلية، فيكفي أن يكون فيه أهلية القصد والتمييز؛ لأن آثار تصرفاته تلزم الأصل، ولأن شخصية النائب تتلاشى تماماً بعد إنشاء العقد وتكوينه. (5)

الأولى: 1417هـ/1997م، نهاية المحتاج: 15/5، الكافي في فقه الإمام أحمد: لأبي محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي الدمشقي الحنبلي: 136/2، ط: دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى: 1414هـ/1994م.

(1) المغني: 357/4.

(2) المغني: 357/4.

(3) أسنى المطالب في شرح روض الطالب: لزكريا بن محمد بن زكريا الأنصاري زين الدين أبو يحيى السنيكي: 265/2، ط: دار الكتاب الإسلامي، بدون تاريخ طبع.

(4) د. محمود جمال زكي: نظرية الالتزام، ص146، ط: مطبعة جامعة القاهرة، 1974.

(5) د. أنور سلطان: النظرية العامة للالتزام، ص54، ط: دار المعارف، الطبعة الثانية: 1958م.

ويتفق القانون في هذه النياية مع رأي الحنفية، والمالكية، والحنابلة في رواية، القائل: بأنه يجوز نياية الصبي المميز إذا كان مأذوناً له في التصرف

الشرط الثاني: أن يتعاقد النائب باسم الأصيل:

يجب التفرقة بين تعاقد النائب في النياية الجبرية وغيرها. فإذا كانت النياية الجبرية: فالنائب حر في أن يتعاقد باسمه، أو باسم الأصيل؛ لأن الولاية منوطة بالمصلحة، وبالتالي فإن تصرفات الولي، أو الوصي مقيدة بما فيه المصلحة للمولى عليه، فإذا ما تم التصرف وفق ذلك، أنتج التصرف أثره في نمة المولى عليه، سواء كان يعلم الغير أن التعاقد للولي أو للمولى عليه، وإذا جاء التصرف على غير المصلحة، فيكون باطلاً. (1)

قال Y: [وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ الْيَتَامَى قُلْ إِصْلَاحٌ لَهُمْ خَيْرٌ] [البقرة: 220].

أما إذا كانت النياية إرادية: فيجوز للنائب في عقود المعاوضات أن يتعاقد باسمه، أو باسم الأصيل، وهذا بخلاف العقود الأخرى.

جاء في بدائع الصنائع: "وَالْأَصْلُ أَنَّ كُلَّ عَقْدٍ لَا يَحْتَاجُ فِيهِ إِلَى إِضَافَتِهِ إِلَى الْمُوَكَّلِ، وَيَكْتَفِي فِيهِ بِالْإِضَافَةِ إِلَى نَفْسِهِ، فَحَقُوقُهُ رَاجِعَةٌ إِلَى الْعَاقِدِ كَالْبَيَاعَاتِ، وَالْأَشْرَبَةِ، وَالْإِجَارَاتِ، وَالصَّلْحِ الَّذِي هُوَ فِي مَعْنَى الْبَيْعِ". (2)

وفي القانون المدني: نصت المادة: 106 على هذا الشرط فقالت: "إذا لم يعلن النائب وقت إبرام العقد أن يتعاقد بصفته نائباً، فإن أثر العقد لا يضاف إلى الأصيل، دائناً، أو مديناً، إلا إذا كان من المفروض حتماً أن من تعاقد معه النائب يعلم بوجود النياية، أو كان يستوي عنده أن يتعامل مع الأصيل، أو النائب".

الشرط الثالث: أن يتصرف النائب في حدود النياية: (3)

كي تصح تصرفات النائب، وينصرف حكم العقد الذي يبرمه إلى الأصيل، فعليه أن يلتزم بحدود النياية، وإلا كان متجاوزاً للسلطة الممنوحة له.

فإذا كانت النياية الجبرية فقد حدد الشرع حدود تصرف النائب (الولي، أو الأصيل) بما فيه المصلحة للمولى عليه (الأصيل).

فإذا تصرف النائب (الولي، أو الوصي) بغير ما فيه المصلحة للمولى عليه (الأصيل) فإن التصرف لا يلزمه.

(1) النياية عن الغير في التصرفات المالية: ص 626، 627.

(2) بدائع الصنائع: 33/6.

(3) النياية عن الغير في التصرفات المالية: ص 88، 637.

أما في النيابة الإرادية: فإن حدودها تستفاد من الأصل بحسب الصيغة التي صدرت بها الإنابة.

فإذا كانت الصيغة الصادرة من الأصل للنائب محددة، بأن يحدد الأصل للنائب التصرفات التي يتصرف فيها، فعلى النائب في هذه الحالة أن يتقيد بالتصرف في حدود الإذن الممنوح له، ولا يجوز الخروج عليه إلا إذا كانت المخالفة إلى خير.

وإذا وردت الصيغة في النيابة مطلقة فينصرف هذا الإطلاق إلى ما يقضي به العرف. (1)

وقد نص القانون المدني على أن الوكالة الواردة في ألفاظ عامة تنصرف إلى أعمال الإدارة، أما أعمال التصرف فلا بد فيها من وكالة خاصة.

فجاء في المادة: 701: "الوكالة الواردة في ألفاظ عامة لا تخصيص فيها حتى لنوع العمل القانوني الحاصل فيه التوكيل، لا تخول الوكيل صفة إلا في أعمال الإدارة".

ونصت المادة: 702 على أنه:

1- لا بد من وكالة خاصة في كل عمل ليس من أعمال الإدارة، وبوجه خاص في البيع، والرهن، والتبرعات، والصلح، والإقرار، والتحكيم، وتوجيه اليمين، والمرافعة أمام القضاء.

2- والوكالة الخاصة في نوع معين من أنواع الأعمال القانونية تصح، ولو لم يعين محل هذا العمل على وجه التخصيص، إلا إذا كان العمل من التبرعات.

3- والوكالة الخاصة لا تجعل للوكيل صفة إلا في مباشرة الأمور المحددة فيها، وما تقتضيه هذه الأمور من توابع ضرورية وفقاً لطبيعة كل أمر، وللعرف الجاري.

(1) بدائع الصنائع: 29/6، مغني المحتاج: 243/3، المغني: 97/5.

المبحث الثاني

التعريف بالمحابة

المحابة في اللغة: مصدر حاب يحابي محاباة، وتطلق المحاباة وما

تفرع منها على عدة معان، منها:

المعنى الأول: المشي على غير الرجلين: يقال: حَبَا الرَّجُلُ حَبْوًا، أي:

مَشَى عَلَى يَدَيْهِ، وَبَطْنِهِ، أَوْ عَلَى يَدَيْهِ، وَرُكْبَتَيْهِ، وَقِيلَ: عَلَى

المَقْعَدَةِ، وَقِيلَ: عَلَى المَرَاقِقِ وَالرُّكْبِ، وَمِنْهُ قَوْلُ الرَّسُولِ p: (لَوْ

يَعْلَمُونَ مَا فِي العِثْمَةِ وَالفَجْرِ لَأَتَوْهُمَا وَلَوْ حَبْوًا). (1)

وَحَبَا الصَّبِيَّ حَبْوًا، مَشَى عَلَى اسْتِنِهِ، وَأَشْرَفَ بِصَدْرِهِ. (2)

المعنى الثاني: النصر: يقال: حاباه مُحَابَاةً وَحِبَاءً، نَصَرَهُ، وَاخْتَصَّهُ،

وَمَالَ إِلَيْهِ. (3)

المعنى الثالث: المسامحة: يقال: وَحَابَاهُ مُحَابَاةً، سَامَحَهُ مَاخُذًا مِنْ

حَبْوَتِهِ، إِذَا أُعْطِيَتْهُ. (4)

المعنى الرابع: الاختصاص: يقال: حاباه مُحَابَاةً وَحِبَاءً، اخْتَصَّهُ وَمَالَ

إِلَيْهِ. (5)

المعنى الخامس: القرب والدنو: يقال: حبا الشيء، دنا، قال ابن فارس:

الْحَاءُ وَالْبَاءُ وَالْحَرْفُ الْمُعْتَلُّ أَصْلٌ وَاحِدٌ، وَهُوَ الْقُرْبُ وَالِدُنُوٌّ، وَكُلُّ

دَانٍ حَابٍ، وَبِهِ سُمِّيَ حَبِيُّ السَّحَابِ، لِدُنُوِّهِ مِنَ الْأَفْقِ. (6)

المعنى السادس: العطاء: يقال: حبا الرجل حبوة، أي: أعطاه، وقيل:

الحبَاءُ العطاء بلا من ولا جزاء، ومنه قول الرسول p للعباس بن

(1) أخرجه البخاري: كتاب الأذان، بَابُ الإِسْتِهَامِ فِي الْأَذَانِ، صحيح البخاري: لمحمد

بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري الجعفي: 126/1، ط: دار طوق النجاة، الطبعة

الأولى: 1422هـ، وأخرجه مسلم: كتاب الصلاة، بَابُ تَسْوِيَةِ الصُّفُوفِ، وَإِقَامَتِهَا،

وَفَضْلِ الْأَوَّلِ فَالْأَوَّلِ مِنْهَا، وَالْأَزْدِيحَامَ عَلَى الصَّفِّ الْأَوَّلِ، وَالْمُسَابَقَةَ إِلَيْهَا، وَتَقْدِيمِ

أُولِي الْفَضْلِ، وَتَقْرِيْبِهِمْ مِنَ الْإِمَامِ، صحيح مسلم: لمسلم بن الحجاج أبو الحسن

القشيري النيسابوري: 325/1، ط: دار إحياء التراث العربي، بيروت، بدون

تاريخ طبع.

(2) تاج العروس من جواهر القاموس: لمحمد بن محمد بن عبد الرزاق الحسيني أبو

الفيض، الملقب بمرتضى الزبيدي: 37، 393، ط: دار الهداية، بدون تاريخ طبع.

(3) القاموس المحيط، فصل الحاء.

(4) المصباح المنير: مادة: حبو.

(5) المعجم الوسيط: مادة: حبو.

(6) معجم مقاييس اللغة: مادة: حبو.

عبد المطلب τ : (يا عَبَّاسُ، يا عَمَّاهُ أَلَا أُعْطِيكَ؟ أَلَا أَمْنَحُكَ؟ أَلَا أَحْبُوكَ؟....) (1)

ومنه اشتقت المحاباة. (2)

وهكذا يتضح أن كلمة المحاباة في اللغة لها معان كثيرة منها: الاختصاص، والعطاء، والمسامحة، والنصرة، والقرب والدنو، والمعنى المناسب هنا: الاختصاص، والعطاء.

المحاباة في الاصطلاح:

عرفها أحد العلماء المعاصرين بأنها: إعطاء أحد المتماثلين، أو الحظ عنه أكثر من الآخرين بغير وجه صحيح. (3)

ويؤخذ على هذا التعريف ما يأتي:

أولاً: اقتصر التعريف المحاباة على أحد المتماثلين، وهذا أمر غير مسلم، فالمحاباة قد تكون لأحد المتماثلين وغيره.

ثانياً: هذا التعريف غير جامع؛ لأنه قصر المحاباة على المحاباة الفعلية، ولم يشتمل على المحاباة القولية، والمحاباة بالترك.

ثالثاً: ذكر في التعريف بغير وجه صحيح، وهذا حكم على المحاباة بأنها باطلة، مع أن المحاباة قد تكون مشروعة، كالمحاباة لابتغاء

الثواب من الله Y ، كالمحاباة للوالدين، والفقراء.

ويمكن تعريف المحاباة بمعناها العام بأنها: تصرف ممن له حق التصرف، مقابل منفعة، أو بلا مقابل، بسبب عام، أو خاص.

شرح التعريف:

قوله: تصرف: وهو ما يصدر من المحابي، وهو جنس في التعريف يشمل كل التصرفات.

فقد يكون التصرف قولياً: كما في تخصيص الأب بعض أولاده بالثناء والشكر، فهذا التصرف يسمى محاباة قولية.

وقد يكون التصرف فعلياً: كما في تخصيص الأب ولده الأكبر بالعطية، فهذا التصرف يسمى محاباة فعلية.

وقد يكون التصرف بالترك: كالإبراء من الدين كله، أو بعضه، فمثلاً يكون لشخص حق مالي عند شخص آخر، فيطالب الدائن المدين ببعض الدين، ويترك له البعض الآخر، أو يترك له كل الدين من باب المحاباة.

(1) أخرجه ابن ماجه: كتاب الصلاة، بَابُ مَا جَاءَ فِي صَلَاةِ النَّسِيحِ، سنن ابن ماجه: 443/1.

(2) لسان العرب: مادة: حبا.

(3) معجم لغة الفقهاء، ص407.

قوله: ممن له حق التصرف: قيد في التعريف خرج به كل تصرف صدر ممن ليس أهلاً له، كالمحابة من الصبي، والمجنون، والمحجور عليه، والغير مالك، والفضولي، وغيرهم.

قوله مقابل منفعة: إشارة إلى أن المحابة قد تقع بمقابل منفعة تعود على المحابي، وذلك مثل: محابة موظف عام، فإن المنفعة تعود لمنفعة من الموظف العام للمحابي.

قوله: بلا مقابل: إشارة إلى أن المحابة قد تقع بدون مقابل يعود على المحابي، وذلك مثل: محابة الأب ابنه القاصر.

قوله: بسبب عام: إشارة إلى أسباب المحابة العامة، كابتغاء الثواب من الله بالإحسان إلى المحابي، كما في محابة الوالدين، والفقراء، والمحابة في العلاقة الزوجية.

قوله: أو خاص: إشارة إلى أسباب المحابة الخاصة، كالمحابة من أجل الوصول إلى معاملة محرمة شرعاً، وذلك مثل: أن يشترط المقرض على المقرض أن يحابيه في البيع، أو غيره.

والمحابة بسبب ضعف الإيمان، وكالاضطرار إليها، كمن يبيع بعض متاعه محابة من أجل شراء شيء من الضروريات.

ولما كان البحث مقصوراً على المحابة من النانب في عقد البيع، فإنه يتعين تعريف المحابة في عقد البيع.

تعريف المحاباة في عقد البيع:

تعددت تعريفات الفقهاء للمحاباة في عقد البيع على النحو الآتي:

عرفها جمهور الحنفية بأنها: النُقْصَانُ عَن قِيَمَةِ الْمِثْلِ فِي الْوَصِيَّةِ بِالْبَيْعِ، وَالزِّيَادَةُ عَلَى قِيَمَتِهِ فِي الشِّرَاءِ. (1)

وَصُورَتُهَا: أَنْ يَكُونَ لِرَجُلٍ عَبْدَانِ قِيَمَةُ أَحَدِهِمَا ثَلَاثُونَ، وَالْآخَرَ سِتُونَ، فَأَوْصَى بِأَنْ يُبَاعَ الْأَوَّلُ مِنْ زَيْدٍ بَعَشْرَةَ، وَالْآخَرَ مِنْ عَمْرٍو بِعِشْرِينَ، وَلَا مَالَ لَهُ سِوَاهُمَا، فَأَلْوَصِيَّتُهُ فِي حَقِّ زَيْدٍ بِعِشْرِينَ، وَفِي حَقِّ عَمْرٍو بِأَرْبَعِينَ، فَيُقَسَّمُ الثَّلَاثُ بَيْنَهُمَا أَثَلَاثًا، فَيُبَاعَ الْأَوَّلُ مِنْ زَيْدٍ بِعِشْرِينَ وَالْعِشْرَةَ وَصِيَّةً لَهُ، وَيُبَاعَ الثَّانِي مِنْ عَمْرٍو بِأَرْبَعِينَ، وَالْعِشْرُونَ وَصِيَّةً لَهُ، وَإِنْ كَانَتْ زَائِدَةً عَلَى الثَّلَاثِ. (2)

وعرفها جمهور المالكية، وجمهور الشافعية بأنها: البيع بدون ثمن المثل. (3)

وعرفها فقهاء الحنابلة بأنها: أَنْ يُعَاوِضَ بِمَالِهِ، وَيَسْمَحَ لِمَنْ عَاوَضَهُ بِبَعْضِ عَوَاضِهِ. (4)

وعرفها بعض المعاصرين بأنها: المسامحة والمساهلة في البيع، والزيادة على القيمة في الشراء. (5)

وقيل هي: المسامحة في البيع بزيادة المشتري شيئاً على الثمن، أو حط البائع شيئاً منه. (6)

وبعد التأمل في هذه التعاريف يلاحظ أنها غير جامعة؛ لأنها قصرت المحاباة في عقد البيع من الأصل لغيره، سواءً أكان صحيحاً أم مريضاً مرض الموت، ولم تشمل المحاباة في عقد البيع من غير الأصل لنفسه، أو لغيره.

ويمكن أن نعرف المحاباة في عقد البيع بأنها: ميل مقصود في عقد البيع عن ثمن المثل، يعود منفعته على طرفي العقد.

(1) حاشية ابن عابدين: 668/6.

(2) المرجع السابق: 668/6، 669.

(3) التاج والإكليل لمختصر خليل: لمحمد بن يوسف بن أبي القاسم بن يوسف العبدري الغرناطي أبو عبد الله المواق المالكي: 664/6، ط: دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى: 1416هـ/1994م، كفاية النبيه في شرح التنبيه: لأحمد بن محمد بن علي الأنصاري أبو العباس نجم الدين، المعروف بابن الرفعة: 238/10، ط: دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى: 2009م.

(4) المغني: 208/6.

(5) التعريفات الفقهية: ص 196.

(6) معجم لغة الفقهاء: ص 407.

شرح التعريف:
قوله: ميل: هو انحراف في الشيء إلى جانب منه. (1)
وهو شيء أساسي في المحابة، فبدونه لا توجد محابة.

(1) معجم مقاييس اللغة: مادة: ميل، تفسير غريب ما في الصحيحين البخاري ومسلم:
لمحمد بن فتوح بن عبد الله بن فتوح بن حميد الأزدي الميورقي الحميدي أبو عبد
الله بن أبي نصر: ص46، ط: مكتبة السنة، القاهرة، الطبعة الأولى: 1415 هـ/
1995 م.

قوله: مقصود: قيد في التعريف، خرج به الميل الغير مقصود في البيع بسبب النجش (1)، أو بسبب الغبن، (2) فهذا البيع في ظاهره المحاباة، ولكن في الحقيقة ليست كذلك.

قوله: عقد البيع: قيد في التعريف، خرج به المحاباة في العقود الأخرى، كالمحاباة في الوصية، والهبة، والهدنة، والكفالة، والنكاح، والجزية.

وخرج أيضاً: المحاباة في قسمة الزكاة بين مستحقيها، والمحاباة في قسمة الغنمة بين الغانمين.

قوله: يعود منفعتة: قيد في التعريف، خرج به المحاباة التي لا تعود بمنفعة، كالمحاباة القلبية، فقد يميل البائع إلى المشتري بقلبه، ولكن يبيع له بثمن المثل.

قوله: على طرفي العقد: المقصود به العاقد، والمعقود عليه. ويستخلص من هذا: أن المراد من تصرفات النائب بالمحاباة في عقد البيع: أن يبيع بأقل من ثمن المثل، أو يشتري بأزيد منه، بدون مبرر شرعاً.

الفصل الثاني

المحاباة في النيابة الإرادية

النيابة الإرادية هي: التي يختار الأصيل فيها شخص النائب، ويحدد نطاق تصرفاته، من خلال العقد المبرم بينهما. وقد تستند النيابة الإرادية إلى عقد الوكالة، أو عقد المساقاة، أو عقد الإجارة، أو عقد الشركة، أو عقد الرهن. ويتصور أن يكون النائب في البيع وكيلاً، أو شريكاً، أو مضارباً، أو ناظراً للوقف.

(1) النجش لغة: الإثارة، يقال: نجش الطائر: إذا أثاره من مكانه. لسان العرب: مادة: نجش.

وإصطلاحاً: أن يزيد الرجل في ثمن السلعة، وليس قصده أن يشتريها، بل ليرغب غيره، فيوقعه فيه، أو يمدح البيع بما ليس فيه ليروجه. المحلى بالآثار: لأبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري: 372/7، ط: دار الفكر، بيروت، بدون تاريخ طبع.

وسمي بذلك: لأن الناجش يثير الرغبة في السلعة، ويقع ذلك بمواطأة البائع، فيشتركان في الإثم، ويقع ذلك بغير علم البائع، فيختص بذلك الناجش، وقد يختص به البائع، كمن يخبر بأنه اشترى سلعة بأكثر مما اشتراها به، ليغر غيره بذلك.

(2) الغبن هو: الخديعة والنقص. تحرير ألفاظ التنبيه: لأبي زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، ص186، ط: دار القلم، دمشق، الطبعة الأولى: 1408 هـ.

وعلى هذا الأساس يتكون هذا الفصل من المباحث الآتية:
المبحث الأول: المحاباة من النائب بالبيع حال كونه وكيلًا.
المبحث الثاني: المحاباة من النائب بالبيع حال كونه شريكًا.
المبحث الثالث: المحاباة من النائب بالبيع حال كونه مضاربًا.
المبحث الرابع: المحاباة من النائب بالبيع حال كونه ناظرًا للوقف.

المبحث الأول

المحاباة من النائب بالبيع حال كونه وكيلًا⁽¹⁾
الإذن الصادر من الموكل للوكيل قد يكون عاماً، أي: غير مقيد بزمن، ولا مكان، ولا بسعر معين، وقد يكون خاصاً، أي: مقيد بالبيع

(1) الوكالة في اللغة: التفويض، يُقَالُ: وَكَّلَ أَمْرَهُ إِلَى فُلَانٍ، فَوَّضَهُ إِلَيْهِ، وَكُنْتُ بِهِ. لسان العرب: مادة: وكل.
وفي الشرع: تَفْوِيضُ شَخْصٍ مَا لَهُ فِعْلُهُ، مِمَّا يَقْبَلُ النِّيَابَةَ إِلَى غَيْرِهِ؛ لِنَفْعَلُهُ فِي حَيَاتِهِ. مغني المحتاج: 231/3.

بثمن معين، أو شراء سلعة بيعنها، أو البيع لشخص بعينه، ولكل نوع حكمه الخاص به.

ويتكون هذا المبحث من المطالب الآتية:

- المطلب الأول: المحاباة من النائب حال كونه وكيلًا في البيع.
المطلب الثاني: المحاباة من النائب حال كونه وكيلًا في الشراء.
المطلب الثالث: تصرفات النائب حال كونه وكيلًا مع من يتهم بمحاباته.

المطلب الأول

المحاباة من النائب حال كونه وكيلًا في البيع إذا كان الشخص نائباً عن غيره في البيع فإما أن يحدد له الأصل الثمن الذي يبيع به، أو لا يحدد له، فكل حالة لها حكمها الخاص بها. المسألة الأولى: المحاباة من النائب المقيّد له الثمن: إذا قيّد الأصل الثمن للنائب الذي يبيع به، فإما أن ينهاه عن المحاباة، أو لا ينهاه. الحالة الأولى: أن ينهى الأصل النائب عن المحاباة: مثال ذلك: إذا قال الأصل للنائب: بع هذه السلعة (قطعة أرض) بمبلغ معين من المال (مائة ألف جنيهاً) ولا تبعها بأقل من ذلك، أي: لا تحابي أحداً.

ففي هذه الحالة اتفق الفقهاء على أنه لا يجوز للنائب أن يبيع بثمن أقل مما قدره له الأصل. (1)

واستدلوا: بأن الأصل في تصرف النائب هو الإذن من قبل الأصل، فلا يملك النائب من التصرف إلا بحسب ما يقتضيه الإذن، وما نهاه عنه الأصل غير داخل في إذنه، فلم يجز له فعله، كما لم يوكله ابتداءً. (2)

وعلى هذا: لو باع النائب بالمحاباة في هذه الحالة فإن البيع يكون باطلاً؛ لأن النائب قد خالف أمر الأصل، ويجب على المشتري رد العين المباعة في هذه الحالة لو علم بذلك، وإلا ضمن النائب. الحالة الثانية: أن لا ينهى الأصل النائب عن المحاباة:

(1) المبسوط: 40/19، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: 382/3، نهاية المحتاج: 34/5، الكافي: 136/2.

(2) المهذب في فقه الإمام الشافعي: لأبي اسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي: 166/2، ط: دار الكتب العلمية، بيروت، بدون تاريخ طبع، المغني: 70/5.

مثال ذلك: أن يقول الأصيل لنائبه: بع هذه السلعة (قطعة أرض) بمبلغ معين، ولم ينفه عن البيع محاباة بأقل من الثمن المقدر له. فقد اختلف الفقهاء في هذه المسألة على رأيين:

الرأي الأول: ذهب جمهور الفقهاء (الحنفية، والمالكية، والشافعية، والحنابلة في رواية) إلى القول: بأنه لا يجوز للنائب بيع السلعة المحدد له ثمنها من قبل الأصيل، والذي لم ينفه عن المحاباة. (1) واستدلوا: بأن الوكيل (النائب) لا يتصرف إلا بحسب ما يقتضيه أمر موكله (الأصيل)، والبيع بأنقص منه عند التعيين مخالفة صريحة لأمر موكله، فلا يلزمه البيع به. (2)

الرأي الثاني: ذهب الحنابلة في رواية إلى القول: بأنه يجوز للنائب أن يبيع بأنقص من الثمن المقدر له محاباة إذا لم ينفه الأصيل عن ذلك، ولكنه يكون ضامناً ما نقص من ثمن المثل. (3)

جاء في كشاف القناع: "وَيُضْمَنُ الْوَكِيلُ (النائب) النِّقْصَ؛ لِأَنَّ فِيهِ جَمْعًا بَيْنَ حِظِّ الْمُشْتَرِي بَعْدَ الْفَسْخِ، وَحِظِّ الْبَائِعِ بِوُجُوبِ التَّضْمِينِ، وَأَمَّا الْوَكِيلُ (النائب) فَلَا يُعْتَبَرُ حِظُّهُ؛ لِأَنَّهُ مُفْرَطٌ". (4)

واستدلوا: بأن من يصح بيعه بثمن المثل وأكثر منه، يصح بدونه وأقل منه، كالمريض مرض الموت يبيع بثمن المثل، وبأقل منه، فكذلك الوكيل (النائب) يصح بيعه بالزيادة والنقصان. (5)

الرأي المختار: بعد ذكر آراء الفقهاء في هذه المسألة، فإنه يتبين أن الرأي المختار هو الرأي الثاني القائل: بأنه يجوز للنائب أن يبيع بأقل الثمن المقدر بشرط ضمان النقص؛ لأنه لا يوجد ضرر على الأصيل طالما أن النائب يضمن ما نقص من الثمن، وبهذا القول يكون جمعاً بين حظ المشتري بعدم الفسخ، وحظ البائع بوجوب التضمين. الأثر المترتب على ذلك:

(1) البحر الرائق شرح كنز الدقائق: لزين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصري: 168/7، ط: دار الكتاب الإسلامي، الطبعة الثانية، بدون تاريخ طبع، شرح مختصر خليل للخرشي: 73/6، فتح العزيز بشرح الوجيز: 27/11، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف: لعلاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرادوي دمشقي الصالحي الحنبلي: 380/5، ط: دار إحياء التراث العربي، الطبعة الثانية، بدون تاريخ طبع.

(2) المهذب: 166/2.

(3) المبدع في شرح المقنع: 337/4.

(4) كشاف القناع: 477/3.

(5) مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى: لمصطفى بن سعد بن عبده السيوطي الرحبياني دمشقي الحنبلي: 465/3، ط: المكتب الإسلامي، الطبعة الثانية: 1415 هـ/1994 م.

إذا باع النائب السلعة المحدد له ثمنها من قبل الأصيل، والذي لم
ينه عن المحاباة، فإن البيع يكون باطلاً على رأي جمهور الفقهاء، ولا
يترتب عليه أي أثر شرعي، ويجب فسخ العقد إن تم، وإن هلكت العين
المباعة فإن النائب يضمنها للأصيل.
وعلى رأي الحنابلة في الرواية التي تجوز ذلك فإن البيع يكون
صحيحاً، ويضمن النائب ما نقص عن ثمن المثل.

المسألة الثانية: المحاباة من النائب الغير مقيد بثمن:
إذا أطلق الأصيل الأمر للنائب ولم يحدد له ثمن يبيع به، فإما أن يبيع بغبن محاباة بغبن يسير، وإما أن يبيع محاباة بغبن فاحش، ولكل حالة حكمها الخاص بها.

الحالة الأولى: بيع النائب الغير مقيد بثمن بالمحاباة اليسيرة:
ذهب جمهور الفقهاء (الحنفية، والمالكية، والشافعية، والحنابلة) إلى القول: بأن النائب إذا باع بالمحاباة اليسيرة، وهي التي يتغابن الناس في مثلها عادة، فالبيع صحيح، ويعفى عن المحاباة في هذا البيع. (1)

وقيد الشافعية قدر ما يتغابن الناس في مثله بالرجوع إلى العادة. (2)

واستدلوا: بِأَنَّ مَا يَتَغَابَنُ النَّاسُ بِهِ يُعَدُّ ثَمَنَ الْمِثْلِ، وَلَا يُمَكِّنُ التَّحَرُّرَ عَنْهُ، فَعَفِيَ عَنْهُ. (3)

الحالة الثانية: بيع النائب الغير مقيد بثمن بالمحاباة الفاحشة:
إذا أطلق الأصيل الأمر للنائب ولم يحدد له ثمن للبيع، فباع النائب بالمحاباة الفاحشة، فقد اختلف الفقهاء في صحة هذا البيع، وهل يلزم الأصيل، أم لا؟ على ثلاثة آراء:

الرأي الأول: ذهب أبو حنيفة، والحنابلة في رواية إلى القول: بأنه يجوز للنائب في هذه الحالة أن يبيع بالمحاباة الفاحشة التي لا يتغابن الناس في مثلها. (4)

واستدلوا بما يأتي:
أولاً: أَنَّ الْأَصْلَ فِي اللَّفْظِ الْمُطْلَقِ أَنْ يَجْرِيَ عَلَى إِطْلَاقِهِ، وَلَا يَجُوزُ تَقْيِيدُهُ إِلَّا بِدَلِيلٍ. (5)

وقد نوقش هذا الاستدلال: بأن الوكالة شرعت لدفع حاجات الناس، وهي تتقيد بالعرف، والبيع بالمحاباة الفاحشة ليس متعارفاً عليه؛ فالبيع في العادة يطلب فيه الزيادة لا النقصان. (6)

ثانياً: إِنَّ الْبَيْعَ بَغْبِنٍ فَاحِشٍ لِعَرَضِ التَّوَصُّلِ بِثَمَنِهِ إِلَى شِرَاءِ مَا هُوَ أَرْبَحُ مِنْهُ مُتَعَارَفًا أَيْضًا، فَلَا يَجُوزُ تَقْيِيدُ الْمُطْلَقِ مَعَ التَّعَارُضِ، مَعَ

(1) المبسوط: 36/19، شرح الخرشي على مختصر خليل: 74/6، نهاية المحتاج: 31/5، الإنصاف: 380/5.

(2) مغني المحتاج: 243/3.

(3) المغني: 98/5، مطالب أولي النهى: 466/3.

(4) المبسوط: 36/19، الإنصاف: 383/5.

(5) بدائع الصنائع: 27/6، البناءية شرح الهداية: 269/9، الإنصاف: 383/5.

(6) البناءية شرح الهداية: 269/9، شرح الخرشي: 73/6.

مَا أَنَّ الْبَيْعَ بَعَيْنٌ فَاحْشَ إِنْ لَمْ يَكُنْ مُتَعَارَفًا فَعَلًا، فَهُوَ مُتَعَارَفٌ ذِكْرًا وَتَسْمِيَةً؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يُسَمَّى بَيْعًا، أَوْ هُوَ مُبَادَلَةٌ شَيْءٍ مَرْغُوبٍ بِشَيْءٍ مَرْغُوبٍ لُغَةً، وَقَدْ وُجِدَ، وَمُطْلَقُ الْكَلَامِ يَنْصَرِفُ إِلَى الْمُتَعَارَفِ ذِكْرًا وَتَسْمِيَةً مِنْ غَيْرِ اعْتِبَارِ الْفِعْلِ. (1)

وقد نوقش هذا الدليل: بأنه لو سلمنا بأن الوكيل (النائب) بالبيع إذا جاز له أن يبيع بالمحاباة الفاحشة، فإنه يجوز له بالشراء أن يشتري بالمحاباة الفاحشة أيضاً، وقد منعت هذا، فكما لا يجوز للوكيل (النائب) الشراء بالمحاباة الفاحشة، فكذلك لا يجوز البيع بالمحاباة الفاحشة؛ لأن التوكيل بالبيع كالتوكيل بالشراء. (2)

الرأي الثاني: ذهب جمهور الفقهاء (أبو يوسف، ومحمد، والمالكية، والشافعية، والحنابلة في رواية) إلى القول: بأنه لا يجوز للنائب أن يبيع بالمحاباة الفاحشة، ولو فعل ذلك لا يصح البيع. (3) واستدلوا بما يأتي:

الدليل الأول: الْبَيْعُ بِالْمَحَابَاةِ الْفَاحِشَةِ بَيْعٌ فِيهِ هِبَةٌ؛ وَلِهَذَا لَوْ حَصَلَ مِنَ الْمَرِيضِ كَانَ مُعْتَبَرًا مِنْ ثَلَاثِهِ، وَهُوَ وَكَيْلٌ بِالْبَيْعِ دُونَ الْهِبَةِ، أَلَا تَرَى أَنَّ الْأَبَّ وَالْوَصِيَّ لَا يَمْلِكَانِ الْبَيْعَ بِالْمَحَابَاةِ الْفَاحِشَةِ، فَمَنْ بَابُ أَوْلَى لَا يَمْلِكُهُ النَّائِبُ. (4)

وقد نوقش هذا الاستدلال: بأن الأب، والوصي لا يملكان البيع بالمحاباة الفاحشة؛ لأنهما مطالبان بمراعاة الأنفع، والأحظ للقصر، ولمن تحت أيديهم، ولا شك أن البيع بالمحاباة الفاحشة ليس فيه حظ، ولا نفع لهم، فيمنعان من البيع بالمحاباة الفاحشة. (5)

الدليل الثاني: إن مطلق البيع ينصرف إلى البيع بالمتعارف، ويقيد به، والبيع بالمحاباة الفاحشة ليس بمتعارف عليه؛ لأن التصرفات في الوكالة إنما شرعت لمصلحة الموكل، فهي تنقيد بمواقعها، ولِهَذَا

(1) بدائع الصنائع: 27/6.

(2) المبسوط: 36/19، البحر الرائق: 168/7.

(3) المبسوط: 36/19، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: 382/3، فتح العزيز شرح الوجيز: 26/11، الإنصاف: 379/5.

(4) المبسوط: 36/19، المعونة على مذهب عالم المدينة: لأبي محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر الثعلبي البغدادي المالكي: 1239/2، ط: المكتبة التجارية، مصطفى أحمد الباز، مكة المكرمة، بدون تاريخ طبع، الحاوي الكبير: 539/6.

(5) البناية شرح الهداية: 269/9، المبسوط: 215/2.

يَتَقَيَّدُ التَّوَكِيلُ بِشِرَاءِ الْأُضْحِيَّةِ، وَالْفَحْمِ، وَالْجَمَدِ بِأَيَّامِ الْحَاجَةِ مِنْ تِلْكَ السَّنَةِ (1)

الدليل الثالث: البيع بالمحاباة الفاحشة فيه إضرار بملك الموكل (الأصيل)، وترك النصح له، والوكيل (النائب) مأمور بالنصح لموكله، منهي عن الإضرار به. (2)

الرأي الثالث: ذهب الحنابلة في رواية إلى القول: بأنه يجوز للنائب في الوكالة المطلقة البيع بالمحاباة الفاحشة، ويضمن النقص عن ثمن المثل. (3)

وهذه الرواية اختارها ابن تيمية. (4)

(1) تبیین الحقائق شرح كنز الدقائق: لعثمان بن علي بن محجن البارعي فخر الدين الزيلعي الحنفي: 271/4، ط: المطبعة الكبرى الأميرية، القاهرة، الطبعة الأولى: 1313 هـ، شرح الخرشي: 73/6.

(2) بدائع الصنائع: 27/6، البناية شرح الهداية: 270/9.

(3) مطالب أولي النهي: 465/3.

(4) مجموع الفتاوى: لتقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحلیم بن تيمية الحراني: 68/30، ط: مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة النبوية، المملكة العربية السعودية: 1416هـ/1995م.

واستدلوا بما يأتي:

أولاً: إذا جاز للوكيل (النائب) أن يبيع بثمن المثل جاز أن يبيع بأقل منه. (1)

ثانياً: إن الوكيل (النائب) بهذا التصرف قد فوّت البيع بثمن المثل على موكله، وفرط في طلب الأخط لموكله (الأصيل)، فيضمن لتفريضه. ثالثاً: القول بتضمين الوكيل (النائب) جمع بين حظ المشتري بعدم فسخ البيع، وحظ الموكل (الأصيل)، ولا تعتبر مصلحة الوكيل (النائب)؛ لأنه مفرط بالبيع بالمحاباة الفاحشة. (2)

ضمان النائب في حالة البيع بالمحاباة الفاحشة عند من أجاز هذا البيع:

بناء على ما ذهب إليه الحنابلة في رواية من جواز البيع بالمحاباة الفاحشة وتضمينه، فقد اختلفوا في كيفية تضمينه على قولين: (3) القول الأول: يكون ضمان النائب ما بين ما باع به وبين ثمن المثل، فإذا باع السلعة بألف جنيه، وثن المثل ألف وخمسمائة، فإنه يضمن الخمسمائة جنيهاً.

القول الثاني: يضمن النائب ما بين ما يتغابن الناس به وما لا يتغابن الناس به؛ لأن ما يتغابن الناس به معفو عنه، ولا ضمان عليه. فإذا باع النائب السلعة الموكل ببيعها، وكان سعرها في بعض الأسواق مائة جنيهاً، وفي البعض الآخر تسعين جنيهاً، فباع النائب بالتسعين، فإن هذا مما يتغابن الناس به، ولا ضمان عليه.

ولكن إذا باع السلعة بخمسين جنيهاً، فيضمن النائب ما بين ما يتغابن الناس به، وبين ما لا يتغابن الناس به، وهو أربعون جنيهاً. الرأي المختار: بعد ذكر آراء الفقهاء في هذه المسألة، وبيان أدلة كل فريق، فإنه يمكن القول: بأن الرأي المختار هو القائل: بجواز البيع بالمحاباة الفاحشة من النائب في الوكالة المطلقة، ويضمن النقص عن ثمن المثل؛ لأنه قد روعي مصلحة الأصيل، وذلك بتضمين النائب ما نقص عن ثمن المثل، وقد روعي حق المشتري أيضاً بما فيه الأخط له، ولم يراع جانب النائب؛ لأنه هو المفرط في البيع بالمحاباة الفاحشة.

المطلب الثاني

المحاباة من النائب بالشراء حال كونه وكيلاً في الشراء

(1) كشف القناع: 475/3.

(2) مطالب أولي النهى: 466/3.

(3) الإنصاف: 381/5، مطالب أولي النهى: 466/3.

واختار هذا الرأي ابن تيمية. (2)
واستدلوا: بأن في تصحيح الشراء مع تضمين الوكيل (النائب)
الزائد على الثمن المقدر جمعاً بين مصلحة البائع بعدم الفسخ،
ومصلحة المشتري (الأصيل) بتضمين الوكيل (النائب)، ولا تعتبر
مصلحة الوكيل (النائب)؛ لأنه فرط بالشراء بالمحاباة الفاحشة. (3)
الرأي الرابع: ذهب الحنابلة في رواية، والظاهرية إلى القول: بأن
النائب إذا اشترى بالمحاباة الفاحشة فتصرفه باطل، ولم يصح شراؤه.
(4)

واستدلوا: بأن الوكيل (النائب) خالف نص موكله (الأصيل)، فلم
يصح تصرفه. (5)

الرأي المختار: بعد ذكر آراء الفقهاء في هذه المسألة، وبيان أدلة
كل فريق، فإنه يتبين أن الرأي المختار هو الرأي القائل: بأنه يجوز
للنائب الشراء بالمحاباة الفاحشة، ويضمن الزيادة عن ثمن المثل؛ لأنه
قد روعي مصلحة الأصيل، وذلك بتضمين النائب ما زاد عن ثمن المثل،
وقد روعي حق الأصيل أيضاً بما فيه الأخط له، ولم يراع جانب النائب؛
لأنه هو المفرط في الشراء بالمحاباة الفاحشة.

الحالة الثانية: شراء النائب غير المقيد بالثمن بالمحاباة الفاحشة:
إذا أطلق الأصيل الأمر للنائب، ولم يحدد له ثمن يشتري به، فإما
أن يشتري بغير يسير، وإما أن يشتري محاباة بغير فاحش، ولكل حالة
حكمها الخاص بها.

الحالة الأولى: شراء النائب الغير مقيد بثمن بالمحاباة اليسيرة:
ذهب الحنفية، والمالكية، والشافعية، والحنابلة إلى القول: بأن
النائب إذا اشترى بالمحاباة اليسيرة، وهي التي يتعابن الناس في مثلها
عادة، فالشراء صحيح، ويعفى عن المحاباة في هذا الشراء. (6)

واستثنى بعض الحنفية ما له قيمة معلومة، كالخبز، واللحم،
وغيرهما، إذا زاد لا يلزم الموكل. (7)

(1) الحاوي الكبير: 549/6، الإنصاف: 380/5.

(2) مجموع الفتاوى: 68/30.

(3) كشف القناع: 475/3، مطالب أولي النهى: 466/3.

(4) الإنصاف: 383/5، المحلى: 91/7، 92.

(5) كشف القناع: 475/3.

(6) المبسوط: 36/19، شرح الخرشي على مختصر خليل: 74/6، نهاية المحتاج:

31/5، الإنصاف: 380/5.

(7) الجوهرة النيرة: لأبي بكر بن علي بن محمد الحدادي العبادي الزبيدي اليمني
الحنفي: 306/1، ط: المطبعة الخيرية، الطبعة الأولى: 1322هـ، البناء شرح

وقيد الشافعية قدر ما يتغابن الناس في مثله بالرجوع إلى العادة. (1)

واستدلوا: بأن ما يتغابن الناس به يعدُّ ثَمَنَ المِثْلِ، ولا يُمكنُ التَّحرُّرُ عَنْهُ، فعفي عنه. (2)

الهداية: لأبي محمد محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن حسين الغيتابي الحنفي
بدر الدين العيني: 271/9، ط: دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى:
1420 هـ/2000 م.

(1) مغني المحتاج: 243/3.

(2) المغني: 98/5، مطالب أولي النهى: 466/3.

الحالة الثانية: شراء النائب الغير مقيد بثمن بالمحابة الفاحشة.
اختلف الفقهاء فيما إذا كانت الوكالة بالشراء مطلقة عن الثمن،
فاشترى النائب بالمحابة الفاحشة فيما لا يتغابن الناس بمثلها على
ثلاثة أراء.

الرأي الأول: ذهب جمهور الفقهاء (الحنفية، والشافعية، والحنابلة
في رواية، والظاهرية) إلى القول: بأن النائب ليس له الشراء بالمحابة
الفاحشة، وإن فعل ذلك يكون الشراء لازم له، ولا يلزم ذلك الأصيل. (1)
واستدلوا: بأن حكم شراء الوكيل (النائب) بالمحابة الفاحشة حكم
من لم يؤذن له في الشراء، فيتعذر تنفيذه على الموكل (الأصيل)، حيث
لم يأذن له به، فيلزمه الشراء؛ لأنه صار مشترياً لنفسه. (2)
الرأي الثاني: ذهب المالكية إلى القول: بأنه لا يجوز للنائب
الشراء بالمحابة الفاحشة، ولكن إن فعل خَيْر الأصيل بين قبول
الشراء، أو رده على النائب. (3)

جاء في حاشية الدسوقي: "وَمُخَالَفَتُهُ فِي اسْتِرَائِهِ بِأَكْثَرِ، أَي:
بِسَبَبِ اسْتِرَائِهِ بِأَكْثَرِ، أَي: بِزِيَادَةِ، وَهِيَ صَادِقَةٌ بِكُونِهَا كَثِيرَةٌ، أَوْ
يَسِيرَةٌ، فَإِنَّ كَانَتْ كَثِيرَةً فَالْتَّخِيرُ، وَإِنْ كَانَتْ يَسِيرَةً فَلَا خِيَارَ". (4)
الرأي الثالث: ذهب الحنابلة في رواية إلى القول: بأن النائب لا
يجوز له الشراء بالمحابة الفاحشة، فإن فعل ذلك صح الشراء، وضمن
الزيادة. (5)

واختار هذا الرأي ابن تيمية. (6)

واستدلوا: بأن في تصحيح الشراء مع تضمين الوكيل (النائب)
الزائد على الثمن المقدر جمعاً بين مصلحة البائع بعدم الفسخ،
ومصلحة المشتري (الموكل) بتضمين الوكيل (النائب)، ولا تعتبر
مصلحته؛ لأنه فرط بالشراء بالمحابة الفاحشة. (7)

الرأي المختار: بعد ذكر آراء الفقهاء في هذه المسألة، وبيان أدلة
كل فريق، فإنه يتبين أن الرأي المختار هو الرأي القائل: بأنه يجوز
للنائب الشراء بالمحابة الفاحشة، ويضمن الزيادة عن ثمن المثل؛ لأنه
قد روعي مصلحة الأصيل، وذلك بتضمين النائب ما زاد عن ثمن المثل،

(1) بدائع الصنائع: 27/6، الحاوي الكبير: 539/6، الإنصاف: 383/5.

(2) المبسوط: 40/19.

(3) التاج والإكليل: 182/7، شرح مختصر خليل للخرشي: 73/6.

(4) حاشية السوقي على الشرح الكبير: 383/3.

(5) الحاوي الكبير: 549/6، الإنصاف: 380/5.

(6) مجموع الفتاوى: 68/30.

(7) كشف القناع: 475/3، مطالب أولي النهى: 466/3.

وقد روعي حق الأصل أيضاً بما فيه الأخط له، ولم يراع جانب النائب؛ لأنه هو المفترض في الشراء بالمحاباة الفاحشة.

المطلب الثالث

تصرفات النائب حال كونه وكيلاً مع من يتهم بمحاباته

ويتكون هذا المطلب من فرعين:

الفرع الأول: تعاقد النائب حال كونه وكيلاً مع نفسه.

الفرع الثاني: تعاقد النائب حال كونه وكيلاً مع من ترد شهادته له.

الفرع الأول

تعاقد النائب حال كونه وكيلاً مع نفسه

إذا وكل شخص في بيع شيء يملكه الموكل، أو شراء شيء يملكه الوكيل، فهل يجوز للنائب في هذه الحالة أن يتعاقد مع نفسه بالبيع، أو بالشراء؟

هذه الصورة لها ثلاث حالات، على النحو الآتي:

الحالة الأولى: حالة النهي في النيابة: وذلك بأن ينهى الأصل النائب عن التعاقد مع نفسه.

فقد اتفق الفقهاء على عدم جواز تعاقد النائب مع نفسه إذا نهاه الأصل عن ذلك. (1)

واستدلوا: بأن ما نهاه عنه غير داخل في إذنيه، فلم يجز، كما لو لم يؤكده به ابتداءً. (2)

ولأن الوكيل (النائب) لا يملك من التصرف إلا ما يقتضيه إذن الموكل (الأصل) من جهة النطق، أو من جهة العرف؛ لأن تصرفه بالإذن فلا يملك إلا ما يقتضيه الإذن، والإذن يعرف بالنطق وبالعرف. (3)

الحالة الثانية: حالة الإطلاق في النيابة: وهي أن يطلق الأصل الأمر للنائب، من غير أن يأذن له، أو ينهاه عن التعاقد مع نفسه. فقد اختلف الفقهاء في هذه الحالة على ثلاثة آراء:

(1) حاشية ابن عابدين: 521/5، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: 387/3، إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين: لعثمان بن محمد شطا الدمياطي الشافعي: 107/3، ط: دار الفكر، بيروت، الطبعة الأولى: 1418هـ/1997م، مطالب أولي النهى: 463/3.

(2) المغني: 70/5.

(3) المهذب: 166/2.

الرأي الأول: ذهب الحنفية، ومالك في قول، وجمهور الشافعية، والحنابلة في رواية إلى القول: بأنه لا يجوز للنايب التعاقد مع نفسه عند الإطلاق. (1)

واستدلوا بما يأتي:

أولاً: عَنْ صَلَّةِ بْنِ زُفَرَ قَالَ: كُنْتُ جَالِسًا إِلَى عَبْدِ اللَّهِ بْنِ مَسْعُودٍ ع، فَجَاءَ رَجُلٌ مِنْ هَمْدَانَ عَلَى فَرَسٍ أَبْلَقٍ (2)، فَقَالَ: يَا أَبَا عَبْدِ الرَّحْمَنِ: اشْتَرِ هَذَا، قَالَ: وَمَا لَهُ؟ قَالَ: إِنَّ صَاحِبَهُ أَوْصَى إِلَيَّ، قَالَ: "لَا تَشْتَرِهِ، وَلَا تَسْتَقْرِضْ مِنْ مَالِهِ". (3)

وجه الدلالة: إِنَّ الْوَصِيَّ كَالْوَكِيلِ (النايب)، لَا يَلِي بَيْعَ مَالٍ غَيْرِهِ بِتَوَلِيهِ، فَاشْتَبَهَ الْوَكِيلَ (النايب)، بِلِ التَّهْمَةِ فِي الْوَصِيِّ أَكْذَ مِنْ الْوَكِيلِ؛ لِأَنَّ الْوَكِيلَ (النايب) يُتَّهَمُ فِي تَرْكِ الْإِسْتِنْفَاصِ فِي الثَّمَنِ لَا عَيْرٍ، وَالْوَصِيَّ يُتَّهَمُ فِي ذَلِكَ. (4)

ثانياً: إِنَّ الْإِنْسَانَ مَجْبُورٌ عَلَى تَغْلِيْبِ حَظِّ نَفْسِهِ عَلَى حَظِّ غَيْرِهِ، وَالنَّائِبِ مَنْدُوبٌ إِلَى طَلْبِ الْحَظِّ لِمُسْتَنْبِيهِ، فَإِذَا بَاعَ مِنْ نَفْسِهِ أَنْصَرَفَ بِجَبَلَةٍ الطَّبَعِ إِلَى حَظِّ نَفْسِهِ، فَصَارَ الْمَقْصُودُ بِالنِّيَابَةِ مَعْدُومًا، فَلَمْ يَجُزْ. (5)
ثالثاً: إِنَّ الْحَقُوقَ فِي بَابِ الْبَيْعِ تَرْجِعُ إِلَى الْعَاقِدِ، وَلِلْبَيْعِ حَقُوقٌ مُتَضَادَّةٌ، مِثْلُ التَّسْلِيمِ، وَالتَّسَلُّمِ، وَالْمُطَالَبَةِ، فَيُؤَدِّي إِلَى أَنْ يَكُونَ الشَّخْصُ الْوَاحِدُ فِي زَمَانٍ وَاحِدٍ مُسَلِّمًا، وَمُتَسَلِّمًا، طَالِبًا، وَمُطَالِبًا، وَهَذَا مُحَالٌ. (6)

وقد نوقش هذا الاستدلال: بعدم التسليم بكون ذلك محال، بل إنه ممكن، وذلك بجعل الموكل (الأصيل) كأنه باع، أو اشترى بنفسه، فتعد العاقد حكماً، فلا استحالة هنا. (7)

(1) المبسوط: 32/19، بداية المجتهد: 86/4، روضة الطالبين وعمدة المفتين: لأبي زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي: 305/4، ط: المكتب الإسلامي، بيروت، الطبعة الثالثة: 1412هـ/1991م، مطالب أولي النهى: 464/3.

(2) الأبلق: ارتفاع التحجيل إلى الفخذين. لسان العرب: مادة: بلق.

(3) أخرجه البيهقي: كتاب البيوع، باب لا يشتري من ماله لنفسه إذا كان وصياً، السنن الكبرى: 5/6، وأخرجه ابن أبي شيبة، كتاب الوصايا، باب في الوصي الذي يشتري من الميراث شيئاً أو مما ولي عليه، المصنف في الأحاديث والآثار: لأبي بكر بن أبي شيبة، عبد الله بن محمد بن إبراهيم بن عثمان بن خواسني العبسي: 236/6، ط: مكتبة الرشد، الرياض، الطبعة الأولى: 1409هـ.

(4) المغني: 85/5.

(5) الحاوي الكبير: 537/6، المغني: 88/5.

(6) المبسوط: 32/19، بدائع الصنائع: 136/5.

(7) بدائع الصنائع: 136/5.

رابعاً: القياس على الولي، فكما أنه ممنوع من البيع والشراء من نفسه، فكذلك النائب، بجامع أن كلا منهما نائب في العقد عن غيره. وقد نوقش هذا الدليل: بأنه قياس فاسد؛ لأن نيابة الوكيل عن جائر الأمر، فكان مأذوناً له من غير ولاية، فصار أنقص حالاً من ذي الولاية، فجاز للولي مبايعة نفسه بقوة سببه كالأب، ولم يجز لعير ذي الولاية من الوكيل مبايعة نفسه؛ لضعف سببه كالأجنبي. (1)

الرأي الثاني: ذهب الإمام مالك إلى القول: بأنه يجوز للنائب أن يتعاقد مع نفسه عند الإطلاق. (2)

(1) الحاوي الكبير: 537/6.

(2) بداية المجتهد: 86/4.

واستدل بما يأتي:
أولاً: بَأَنَّ الْمُفْصُودَ مِنَ الْبَيْعِ حُصُولُ الثَّمَنِ، وَفِي الشِّرَاءِ حُصُولُ الْمُشْتَرِي، وَلِذَلِكَ لَمْ يَلْزَمْ ذِكْرُ مَنْ لَهُ الْبَيْعُ وَالشِّرَى، بِخِلَافِ النِّكَاحِ، إِذْ لَا بَدَّ مِنْ تَسْمِيَةِ الزَّوْجَيْنِ عِنْدَ الْعَقْدِ.
ثانياً: بِالْقِيَاسِ عَلَى الْأَبِّ، بَعْلَةٌ أَنْ كُلٌّ مِنْ جِازٍ لَهُ بَيْعٌ مَالٍ غَيْرِهِ، جِازٌ لَهُ بَيْعُهُ عَلَى نَفْسِهِ، كَالْأَبِّ. (1)

ويمكن الرد على هذا الاستدلال بما استدل به جمهور الفقهاء.
الرأي الثالث: ذهب جمهور المالكية، والحنابلة في رواية إلى القول: بأنه يجوز للنائب أن يتعاقد مع نفسه عند الإطلاق، بشرط أن تنتفي المحاباة، وشروط انتفاء المحاباة هي ما يأتي:
الشرط الأول: أن يشتر النايب السلعة بعد أن تنتهي فيها الرغبات، واكتفى جمهور المالكية بهذا الشرط لانتفاء المحاباة. (2)
وزاد الحنابلة شرطين آخرين لانتفاء تهمة المحاباة، وهما:
الشرط الثاني: أَنْ يَرِيدَ عَلَى مَبْلَغِ ثَمَنِهِ فِي النَّدَاءِ.
الشرط الثالث: أَنْ يَتَوَلَّى النَّدَاءَ غَيْرَهُ، وَأَنْ يُوَلِّيَ مَنْ يَبِيعُ، وَيَكُونُ هُوَ أَحَدَ الْمُشْتَرِينَ. (3)

واستدلوا بما يأتي:
أولاً: أن الموكل (الأصيل) لما أقام الوكيل (النائب) مقام نفسه فإنه يملك أن يتعاقد مع نفسه كوصي الأب. (4)
ثانياً: إنه متى باع من نفسه بزيادة على ما يباع به، علم أنه أراد نفع الموكل (الأصيل)، فنفذ تصرفه فيه، كما لو باعه من أجنبي، ولأنه يجوز له بيعه من الأجنبي بما لا زيادة فيه متيقنة، فبيعه من نفسه بالزيادة المتيقنة أولى، ولأن الغرض من البيع حصول الثمن لأعيان المشتريين، بدليل أن الوكيل إذا ابتاع لموكله ولم يسمه جاز، فإذا ثبت ذلك، فمتى حصل الثمن مستوفى، فيجب أن يصح الشراء، كما لو حصل من أجنبي. (5)
الرأي المختار: بعد ذكر آراء الفقهاء في هذه المسألة، وبيان أدلة كل فريق، فإنه يتبين أن الرأي المختار هو الرأي القائل: بأنه يجوز

(1) الحاوي الكبير: 537/6.

(2) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: 387/3.

(3) المغني: 85/5.

(4) الإشراف على نكت مسائل الخلاف: للقاضي أبي محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر البغدادي المالكي: 609/2، ط: دار ابن حزم، الطبعة الأولى: 1420 هـ/1999 م.

(5) المرجع السابق: 609/2.

للنائب أن يتعاقد مع نفسه عند الإطلاق، بشرط أن تنتفي المحاباة،
للأسباب الآتية:

أولاً: لم يوجد نص من الأصيل بمنع النائب من التعاقد مع نفسه.
ثانياً: الشروط التي اشترطها أصحاب هذا الرأي تنفي تهمة المحاباة
عن النائب، وتحقق المصلحة للأصيل.
ثالثاً: إطلاق الأمر للنائب، وعدم نهيهِ عن التعاقد مع نفسه، يدل على
ثقة الأصيل فيه.

الحالة الثالثة: حالة الإذن في التوكيل: وذلك بأن يأذن الأصيل
للنائب أن يتعاقد مع نفسه، فقد اختلف الفقهاء في هذه المسألة على
رأيين:

الرأي الأول: ذهب الحنفية، والمذهب عند الشافعية إلى القول:
بأنه لا يجوز للنائب أن يتعاقد مع نفسه مطلقاً، حتى ولو أذن له
الأصيل. (1)

واستدلوا بما يأتي:

أن تعاقد النائب مع نفسه فيه نوع من المحال، ويظهر ذلك:
أولاً: لأنَّ الْوَاحِدَ فِي بَابِ الْبَيْعِ إِذَا بَاشَرَ الْعَقْدَ مِنَ الْجَانِبَيْنِ يُؤَدِّي إِلَى
تَضَادِّ الْأَحْكَامِ، فَإِنَّهُ يَكُونُ مُسْتَرْدًّا، مُسْتَقْضِيًّا، قَابِضًا، مُسَلِّمًا،
مُخَاصِمًا فِي الْعَيْبِ، وَمُخَاصِمًا، وَفِيهِ مِنَ النَّضَادِّ مَا لَا يَخْفَى. (2)
ثانياً: أنه يجتمع في بيع الوكيل لنفسه غرضان متضادان وهما:
الاستقصاء للموكل، والاسترخاض لنفسه، فلا يتصور من الوكيل

(1) المبسوط: 32/9، نهاية المحتاج: 34/5.

(2) المبسوط: 32/9.

القيام بهذا التصرف في آن واحد. (1)
وقد نوقش هذا الأمر: إِنْ عَيَّنَ الْمُوَكَّلُ لَهُ التَّمَنَّ، فَاشْتَرَى بِهِ، فَقَدْ
زَالَ مَقْصُودُ الإِسْتِفْصَاءِ، فَإِنَّهُ لَا يُرَادُ أَكْثَرُ مِمَّا قَدْ حَصَلَ، وَإِنْ لَمْ يُعَيَّنْ
لَهُ التَّمَنُّ، تَقَيَّدَ الْبَيْعُ بِتَمَنِّ الْمَثَلِ، كَمَا لَوْ بَاعَ الْأَجْنَبِيُّ. (2)
ثالثاً: عَدَمُ انْتِظَامِ الإِيجَابِ وَالْقَبُولِ مِنْ شَخْصٍ وَاحِدٍ، فَلَا بَدَّ مِنْ طَرَفَيْنِ
يَصْدُرُ مِنْهُمَا الإِيجَابُ وَالْقَبُولُ. (3)
وقد نوقش هذا الأمر: بأنه يتصور اتحاد الإيجاب والقبول من
شخص واحد كالأب الذي يبيع مال ولده من مال ولده.
وأجيب على هذا: بِأَنَّ الأبَّ مَجْبُودٌ بِخُنُوءَةِ الأَبْوَةِ، وَشِدَّةِ الْمَيْلِ،
وَالْمَحَبَّةِ عَلَى طَلَبِ الْحَظِّ لَوْلَاهُ، وَالشَّحَّ عَلَى نَفْسِهِ فِي الْجَمْعِ،
وَالإِسْتِكْتَارِ لَوْلَاهُ، وَهَذَا الْمَعْنَى مَفْقُودٌ فِيمَنْ عَدَاهُ، فَصَارَ هَذَا الْحُكْمُ
لِإِخْتِصَاصِهِ بِمَعْنَاهُ مَقْصُوراً عَلَيْهِ، مُنْتَفِياً عَمَّنْ سِوَاهُ. (4)
الرأي الثاني: ذهب جمهور المالكية، والشافعية في وجه،
وجمهور الحنابلة إلى القول: بأنه يجوز للناهب أن يتعاقد مع نفسه إذا
أذن له الأصيل. (5)

واستدلوا بما يأتي:
أولاً: أَنَّهُ وَكَّلَ فِي التَّصَرُّفِ لِنَفْسِهِ، فَجَازَ، كَمَا لَوْ وَكَّلَ الْمَرْأَةَ فِي طَلَاقِ
نَفْسِهَا. (6)
وقد نوقش هذا الدليل: بأن هناك فرقاً بين البيع والطلاق من ثلاثة
أوجه:
الوجه الأول: أَنَّ فِي الْبَيْعِ تَمَنَّا يَخْتَلِفُ بِالزِّيَادَةِ وَالنَّقْصَانِ، فَصَارَ بِالْمَيْلِ
إِلَى نَفْسِهِ مَتَّهَوماً فِيهِ، وَلَيْسَ فِي الطَّلَاقِ وَالْعَتَقِ تَمَنُّ تَصِيرُ بِالْمَيْلِ
إِلَى نَفْسِهَا مَتَّهَوماً فِيهِ.
الوجه الثاني: أَنَّ الْعَتَقَ وَالطَّلَاقَ أَوْسَعُ لَوْقُوعِهَا بِالصِّفَاتِ وَتَعْلِيْقِهَا
عَلَى الْغَرَرِ وَالْجَهَالَاتِ وَالْبَيْعَ أَضْيَقُ حُكْمًا مِنْهُ.

(1) العزيز شرح الوجيز: 29/11، النجم الوهاج في شرح المنهاج: لكمال الدين،
محمد بن موسى بن عيسى بن علي الدميري أبو البقاء الشافعي: 45/5، ط: دار
المنهاج، جدة، الطبعة الأولى: 1425هـ/2004م.

(2) المغني: 86/5.

(3) نهاية المحتاج: 35/5.

(4) الحاوي الكبير: 537/6.

(5) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: 387/3، الحاوي الكبير: 538/6، المغني:

85/5.

(6) المغني: 86/5.

الْوَجْهَ الثَّلَاثُ: أَنَّهُ لَيْسَ فِي الطَّلَاقِ وَالْعَتَقِ قَبُولٌ مُعْتَبَرٌ، وَفِي الْبَيْعِ قَبُولٌ مُعْتَبَرٌ، فَلَمْ يَجُزْ أَنْ يَكُونَ الْبَائِلُ قَابِلًا. (1)

ثَانِيًا: إِنَّ عِلَّةَ الْمَنْعِ هِيَ مِنَ الْمُشْتَرِي لِنَفْسِهِ فِي مَحَلِّ لِاتِّفَاقِ الثَّمَنِ، لِذَلَالَتِهَا عَلَى عَدَمِ رِضَى الْمُوَكَّلِ بِهَذَا التَّصَرُّفِ، وَإِخْرَاجِ هَذَا التَّصَرُّفِ عَنِ عُمُومِ لَفْظِهِ وَإِذْنِهِ، وَقَدْ صَرَّحَ هَاهُنَا بِالْإِذْنِ فِيهَا، فَلَا تَبْقَى دَلَالَةٌ الْحَالِ مَعَ نَصِّهِ بِلَفْظِهِ عَلَى خِلَافِهِ. (2)

وَقَدْ نَوَقَشَ هَذَا الدَّلِيلَ: بِأَنَّهُ يَجْتَمِعُ لَهُ فِي عَقْدِهِ غَرَضَانِ، الْإِسْتِرْخَاصُ لِنَفْسِهِ، وَالِاسْتِثْقَاءُ لِلْمُوَكَّلِ، وَهُمَا مُتَضَادَّانِ، فَتَمَانِعَا. (3)

وَقَدْ أُجِيبَ عَلَى هَذِهِ الْمُنَاقَشَةِ: إِنَّ عَيْنَ الْمُوَكَّلِ لَهُ الثَّمَنُ، فَاشْتَرَى بِهِ، فَقَدْ زَالَ مَقْصُودُ الْإِسْتِثْقَاءِ، فَإِنَّهُ لَا يُرَادُ أَكْثَرَ مِمَّا قَدْ حَصَلَ، وَإِنْ لَمْ يُعَيَّنْ لَهُ الثَّمَنُ، تَقَيَّدَ الْبَيْعُ بِثَمَنِ الْمِثْلِ، كَمَا لَوْ بَاعَ الْأَجْنَبِيُّ. (4)

الرَّأْيُ الْمُخْتَارُ: بَعْدَ ذِكْرِ آرَاءِ الْفُقَهَاءِ، وَبَيَانِ أُدْلَةٍ كُلِّ فَرِيقٍ، فَإِنَّهُ يَتَبَيَّنُ أَنَّ الرَّأْيَ الْمُخْتَارَ هُوَ الرَّأْيُ الْقَائِلُ: بِجَوَازِ تَعَاقُدِ النَّائِبِ مَعَ نَفْسِهِ إِذَا أُذِنَ لَهُ الْأَصِيلُ فِي ذَلِكَ؛ لِأَنَّ النَّائِبَ تَعَاقَدَ مَعَ نَفْسِهِ بِنَاءً عَلَى الْإِذْنِ الْمَخُولِ لَهُ مِنَ الْأَصِيلِ، وَانْتَفَتِ الْمَحَابَاةُ مِنَ النَّائِبِ بِالتَّعَاقُدِ مَعَ نَفْسِهِ؛ لِأَنَّهُ إِذَا أُنْشِئَ بِالثَّمَنِ الَّذِي حَدَدَهُ لَهُ الْأَصِيلُ، أَوْ بِثَمَنِ الْمِثْلِ إِذَا لَمْ يَحْدُدْ لَهُ الْمُوَكَّلُ الثَّمَنَ.

وَفِي الْقَانُونِ الْمَدْنِيِّ: يَتَضَحُّ أَنَّهُ وَافِقٌ لِرَأْيِ جُمْهُورِ الْفُقَهَاءِ فِي أَنَّهُ لَا يَجُوزُ أَنْ يَتَعَاقَدَ النَّائِبُ مَعَ نَفْسِهِ إِلَّا بِإِذْنِ الْأَصِيلِ، أَوْ أَمْرٍ مِنَ السَّلْطَةِ الْمُخْتَصَّةِ.

فَنَصَّتِ الْمَادَّةُ 479 عَلَى أَنَّهُ: "لَا يَجُوزُ لِمَنْ يَنْوِبُ عَنْ غَيْرِهِ بِمَقْتَضَى اتِّفَاقٍ، أَوْ نَصٍّ، أَوْ أَمْرٍ مِنَ السَّلْطَةِ الْمُخْتَصَّةِ أَنْ يَشْتَرِيَ بِنَفْسِهِ مَبَاشَرَةً، أَوْ بِاسْمِ مُسْتَعَارٍ، وَلَوْ بِطَرِيقِ الْمَزَادِ الْعَلْنِيِّ مَا نِيَطُ بِهِ بِيَعِهِ بِمَوْجِبِ هَذِهِ النِّيَابَةِ، مَا لَمْ يَكُنْ ذَلِكَ بِإِذْنِ الْقَضَاءِ، وَمَعَ عَدَمِ الْإِخْلَالِ بِمَا يَكُونُ مَنْصُوصًا عَلَيْهِ فِي قَوَانِينِ أُخْرَى".

وَقَدْ جَاءَتْ هَذِهِ الْمَادَّةُ تَطْبِيقًا خَاصًّا لِلْمَبْدَأِ الْعَامِ الَّذِي جَاءَ فِي الْمَادَّةِ 108 مِنَ الْقَانُونِ الْمَدْنِيِّ وَالَّتِي تَنْصُ عَلَى: "لَا يَجُوزُ لِشَخْصٍ أَنْ يَتَعَاقَدَ مَعَ نَفْسِهِ بِاسْمِ مَنْ يَنْوِبُ عَنْهُ، سِوَاءَ أَكَانَ التَّعَاقُدُ لِحَسَابِهِ هُوَ أَمْ لِحَسَابِ شَخْصٍ أُخَرَ، دُونَ تَرْخِيصٍ مِنَ الْأَصِيلِ، عَلَى أَنَّهُ يَجُوزُ لِلْأَصِيلِ

(1) الحاروي الكبير: 538/6.

(2) المغني: 86/5، الكافي: 140/2.

(3) المغني: 86/5.

(4) المغني: 86/5.

في هذه الحالة أن يجيز التعاقد، كل هذا مع مراعاة ما يخالفه مما يقضي به القانون، أو قواعد التجارة".⁽¹⁾
الأثر المترتب على بيع النائب لنفسه:

إذا باع النائب لنفسه في حالة الإذن فإن بيعه يكون باطلاً على رأي من قال (الحنفية، والمذهب عند الشافعية): بأنه لا يجوز للوكيل التعاقد مع نفسه عند الإذن؛ لأن العلة عدم قيام العقد أصلاً؛ لعدم تعدد العاقد، ولاستحالة أن يكون الشخص الواحد في زمان واحد مُسَلِّماً، وَمُتَسَلِّماً، طَالِباً، وَمُطَالِباً.⁽²⁾

أما على رأي من قال بالجواز فيكون البيع صحيحاً، ويترتب عليه آثار العقد الصحيح.

(1) د. عبد الرزاق السنهوري: سابق: 270/4.
(2) المبسوط: 32/19، بدائع الصنائع: 136/5.

الفرع الثاني

تعاقد النائب حال كونه وكيلًا مع من ترد شهادته له
إنَّ تعاقد النائب مع من ترد شهادته قد يكون فيه نوع من
المحاباة، وبالتالي لا بد من معرفة الحكم الشرعي لهذا التعاقد.
وإن هذا التعاقد له ثلاث أحوال:
الحالة الأولى: حالة النهي في النيابة: وهي أن ينهى الأصيل النائب عن
التعاقد مع من ترد شهادته.
فقد اتفق الفقهاء على عدم جواز تعاقد النائب مع من ترد شهادته
له إذا نهاه الأصيل عن ذلك. (1)
واستدلوا: بأن ما نهاه عنه غير داخل في إذنه، فلم يجز، كما لو
لم يؤكِّله به ابتداءً. (2)
ولأن الوكيل (النائب) لا يملك من التصرف إلا ما يقتضيه إذن
الموكل (الأصيل) من جهة النطق، أو من جهة العرف؛ لأن تصرفه
بالإذن فلا يملك إلا ما يقتضيه الإذن، والإذن يعرف بالنطق وبالعرف. (3)
الحالة الثانية: حالة الإذن في النيابة: وهي أن يأذن الأصيل النائب في
التعاقد مع من ترد شهادته.
فقد اختلف في حكم التعاقد في هذه الحالة على ثلاثة آراء:
الرأي الأول: ذهب جمهور الحنفية، والمالكية، والشافعية في
وجه، والحنابلة في المذهب إلى القول: بأنه يجوز للنائب أن يتعاقد مع
من ترد شهادته له إذا أذن له الأصيل. (4)

(1) حاشية ابن عابدين: 521/5، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: 387/3، إعانة
الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين: 107/3، مطالب أولي النهي: 463/3.

(2) المغني: 70/5.

(3) المهذب: 166/2.

(4) المبسوط: 33/19، الذخيرة: لأبي العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد
الرحمن المالكي الشهير بالقرافي: 10/8، ط: دار الغرب الإسلامي، بيروت،
الطبعة الأولى: 1994م، روضة الطالبين: 305/4، الإنصاف: 378/5.

واستدلوا بما يأتي:

أولاً: إذا كانت علة النهي هي التهمة بالمحاباة، فإنها تنتفي مع صريح الإذن من الموكل (الأصيل)، كأنه قد باعه من أجنبي لآخر. (1)

ثانياً: يجوز للوكيل (النائب) أن يبيع ماله الخاص على من ترد شهادته عليه، فكذاك يجوز أن يبيع عليه مال موكله. (2)

ثالثاً: بالقياس على العم الذي يزوج مؤلّيته لابنه البالغ إذا أطلقت الإذن. (3)

الرأي الثاني: ذهب الشافعية في وجه إلى القول: بأنه يجوز للنائب أن يتعاقد مع من ترد شهادته له إذا أذن له الأصيل، إلا في تعاقده مع طفله ونحوه من محاجيره. (4)

واستدلوا: بأن الوكيل (النائب) في تعاقده مع من تحت ولايته مأمور بالاسترخاء له، وفي الوقت نفسه مأمور بالاستقصاء للموكل، فيتنافى الغرضان. (5)

الرأي الثالث: ذهب الحنابلة في رواية إلى القول: بأنه لا يجوز للنائب أن يتعاقد مع من ترد شهادته له، حتى وإن أذن له الأصيل في ذلك. (6)

ويمكن أن يستدل لهذا الرأي: بأن النائب متهم بالمحاباة إلى أقاربه، كما يتهم بالمحاباة إلى نفسه، حتى ولو أذن له الأصيل؛ لوجود التهمة.

الرأي المختار: بعد ذكر آراء الفقهاء في هذه المسألة، وبين أدلة كل فريق، فإنه يتبين أن الرأي المختار هو القائل: بجواز تعاقد النائب مع من ترد شهادته له إذا أذن له الأصيل في ذلك؛ لأن الإذن دليل على نفي التهمة، وعلى النائب أن لا يستغل هذا الإذن فيحابي من يتعاقد معه ممن ترد شهادته له، فعليه أن يحقق المصلحة من النيابة للأصيل.

الحالة الثالثة: حالة الإطلاق في النيابة: وهي أن يطلق الأصيل الأمر للنائب دون أن يأذن له، أو ينهيه عن التعاقد مع من ترد شهادته له.

(1) الكافي: 253/2.

(2) المهذب: 168/2.

(3) روضة الطالبين، 304/4.

(4) روضة الطالبين، 304/4، أسنى المطالب: 268/2.

(5) البيان في مذهب الإمام الشافعي: لأبي الحسين يحيى بن أبي الخير بن سالم

العمراني اليمني الشافعي: 419/6، ط: دار المنهاج، جدة، الطبعة الأولى:

1421 هـ/2000م، النجم الوهاج: 45/5.

(6) المهذب: 168/2، روضة الطالبين، 304/4، الكافي: 144/2.

فقد اختلف في حكم التعاقد في هذه الحالة على أربعة آراء:
 الرأي الأول: ذهب أبو حنيفة، والشافعية في وجه، والحنابلة في
 المذهب إلى القول: بأنه لا يجوز للنائب أن يتعاقد مع من ترد شهادته
 له عند الإطلاق. (1)

واستدلوا: بأن تعاقد الوكيل (النائب) مع من ترد شهادتهم له
 موضع تهمة تتعارض مع أصل الوكالة؛ لِأَنَّ الْمَنَافِعَ بَيْنَهُمْ مُتَّصِلَةٌ،
 فَصَارَ بَيْعًا مِنْ نَفْسِهِ مِنْ وَجْهِهِ، فَلَا يَجُوزُ، وَلِهَذَا لَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ لَهُمْ،
 وَتَبَايُنُ الْأَمْلاكِ لَا يَمْنَعُ الْإِتِّصَالَ مِنْ وَجْهِ آخَرَ. (2)
 وقد نوقش هذا الاستدلال: بأن الأملاك متباينة، والمنافع منقطعة،
 والدليل على تباين الأملاك حل وطء الابن جاريته، ولا يحل وطء جارية
 أبيه؛ لتباين ملك أبيه عن ملكه، وتباين الأملاك يوجب انقطاع المنافع.
 (3)

الرأي الثاني: ذهب الصحابان (أبو يوسف، ومحمد) إلى القول:
 بأن النائب يجوز له أن يتعاقد مع من ترد شهادتهم له عند الإطلاق، إذا
 اشترى بمثل القيمة، أو بأقل، أو بزيادة يتغابن الناس في مثلها. (4)
 واستدلا بما يأتي:

أولاً: بَأَنَّ الْبَيْعَ مِنْ هَوْلَاءِ وَمِنْ الْأَجْنَبِيِّ سَوَاءً؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا
 يَمْلِكُهُ أَجْنَبِيٌّ مِنْ صَاحِبِهِ، كَالْبَيْعِ فِي الْمُضَارَبَةِ. (5)
 وقد نوقش هذا: بأنه قياس الوكالة على المضاربة قياس مع
 الفارق؛ لِأَنَّ الْمُضَارِبَ كَالْمُنْصَرَفِ لِنَفْسِهِ مِنْ وَجْهِهِ، أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَا
 يَجُوزُ نَهْيُهُ عَنِ التَّصَرُّفِ بَعْدَ مَا صَارَ الْمَالُ عَرُوضًا، وَأَنَّهُ شَرِيكُهُ فِي
 الرَّيْحِ فَلَا تَلْحَقُهُ التَّهْمَةُ فِي الْبَيْعِ بِمِثْلِ الْقِيَمَةِ مِنْ هَوْلَاءِ؛ لِأَنَّهُ إِنْفَادٌ فِي
 الْعَيْنِ دُونَ الْمَالِيَّةِ، وَفِي الْعَيْنِ هُوَ كَالْمُنْصَرَفِ لِنَفْسِهِ، بِخِلَافِ الْبَيْعِ
 بِالْعَيْنِ، فَإِنَّهُ إِثَارٌ لَهُ فِي شَيْءٍ مِنَ الْمَالِيَّةِ، وَهُوَ فِي ذَلِكَ نَائِبٌ مَحْضٌ
 فَأَمَّا الْوَكِيلُ فَفِي الْعَيْنِ وَالْمَالِيَّةِ جَمِيعًا نَائِبٌ؛ فَلِهَذَا لَا يَجُوزُ بَيْعُهُ مِنْ
 هَوْلَاءِ بِمِثْلِ الْقِيَمَةِ إِلَّا أَنْ يَكُونَ الْمُوَكَّلُ قَدْ أَجَازَ لَهُ فِي الْوَكَالَةِ. (6)

(1) البحر الرائق: 166/7، العزيز شرح الوجيز: 29/11، الإنصاف: 377/5.

(2) تبيين الحقائق: 270/4، مغني المحتاج: 231/3.

(3) البناءة شرح الهداية: 267/9.

(4) المبسوط: 32/19، 33.

(5) بدائع الصنائع: 28/6.

(6) المبسوط: 33/19.

ثانياً: إن التوكيل مطلق عن التقييد بشخص دون آخر، والمطلق يعمل بإطلاقه، ولا تهمة في البيع بمثل القيمة، أو بزيادة يتغابن الناس في مثلها. (1)

الرأي الثالث: ذهب فقهاء المالكية إلى القول: بأنه لا يجوز للنائب أن يتعاقد مع من في حجره من صغير، أو سفيه، ويجوز أن يتعاقد مع زوجته، ومع من ترد شهادتهم له، بشرط عدم المحاباة. (2)

واستدلوا: بأن الولي هو الذي يتصرف لمن هم في حجره من صغير، أو سفيه، أو مجنون، أو غيرهم، فلا ولاية لهؤلاء على أموالهم، والتعاقد مع هؤلاء كالتعاقد مع نفسه، وهو لا يجوز. أما زوجته، وقريبه الرشيد فإنهم يستقلون بالتصرفات، وينسب البيع والشراء لهم، فيجوز التعاقد معهم بشرط عدم المحاباة. (3)

الرأي الرابع: ذهب الشافعية في الأصح، والحنابلة في رواية إلى القول: بأنه يجوز للنائب أن يتعاقد مع من ترد شهادتهم له عند الإطلاق. (4)

واستثنى فقهاء الشافعية من هم في حجره، فلا يجوز له أن يعقد معهم. (5)

واستدلوا بما يأتي:

أولاً: بأن التعاقد مع هؤلاء الأقارب كالتعاقد مع الأجنبي من حيث حصول المقصود من البيع والشراء. (6)

ثانياً: كما أنه يجوز للوكيل (النائب) أن يبيع ماله لقريبه، فجاز له أن يبيع منه مال موكله كالأجنبي. (7)

الرأي المختار: بعد ذكر آراء الفقهاء في هذه المسألة، وبيان أدلة كل فريق، فإنه يتبين أن الرأي المختار هو القائل: بجواز تعاقد النائب مع من ترد شهادتهم له، إذا كانت الوكالة مطلقة؛ لأن المقصود من التوكيل هو تحقق البيع والشراء بغض النظر عن عين البائع والمشتري، لأنه لو كان ذلك مقصوداً له لعينهما الأصل، ومع الإطلاق يبقى المطلق على إطلاقه ما دامت المصلحة تحققت للأصيل.

(1) البناية شرح الهداية: 267/9.

(2) شرح الخرشي: 77/6، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: 387/3.

(3) منح الجليل: 388/6، التاج والإكليل: 190/7.

(4) روضة الطالبين: 304/4، الإنصاف: 377/5.

(5) مغني المحتاج: 245/3، النجم الوهاج: 23/5.

(6) مغني المحتاج: 245/3.

(7) المهذب: 168/2.

ولم يتعرض القانون المدني لمسألة بيع الوكيل لأصوله أو لفروعه، أو لزوجته، على الرغم من أنه قد تتوافر المحاباة في هذا البيع.

المبحث الثاني

المحابة من النائب حال كونه شريكاً

الشركة في الشرع هي: ثبوت الحق في الشيء الواحد لاثنتين فصاعداً على جهة الشيوخ، ومقصود الباب الشركة التي تحدث بالاختيار لقصد التصرف وتحصيل الأرباح، وليست عقداً مستقلاً، بل هي في الحقيقة وكالة وتوكيل. (1)

وَلِأَنَّ الشَّرْكَةَ تَتَّصَمُنُ الْوَكَالَةَ، فَيَصِيرُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا وَكَيْلَ صَاحِبِهِ بِالْبَيْعِ؛ وَلِأَنَّ غَرَضَهُمَا مِنَ الشَّرْكَةِ الرَّبْحُ، وَذَلِكَ بِالتَّجَارَةِ، وَمَا التَّجَارَةُ إِلَّا الْبَيْعُ وَالشِّرَاءُ، فَكَانَ إِفْدَامُهُمَا عَلَى الْعَقْدِ إِذْنًا مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا لِصَاحِبِهِ بِالْبَيْعِ وَالشِّرَاءِ دَلَالَةً. (2)

فإذا اشترك اثنان في شركة، وأراد أحد الشريكين المحابة في البيع، أو الشراء، بأن يبيع، أو يشتري بأكثر من ثمن المثل محابة، وهذه المحابة قد تكون يسيرة، وقد تكون فاحشة، ولكل حالة حكمها الخاص بها، وذلك على النحو الآتي:

أولاً: المحابة اليسيرة من النائب حال كونه شريكاً:

ذهب جمهور الفقهاء (الحنفية، والمالكية، والشافعية، والحنابلة) إلى القول: بأنه يجوز للشريك (النائب) البيع، أو الشراء بالمحابة اليسيرة، وهي التي يتغابن الناس في مثلها؛ لأن ذلك يقع كثيراً من الناس، ولا يمكن التحرز عنها. (3)

وَلِأَنَّ الشَّرْكَةَ تَتَّعَدُّ عَلَى عَادَةِ التَّجَارِ، وَمِنْ عَادَتِهِمُ الْبَيْعُ بِقَلِيلِ الثَّمَنِ وَكَثِيرِهِ، إِلَّا بِمَا لَا يَتَغَابَنُ النَّاسُ فِي مِثْلِهِ؛ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ مِنَ الْعَقْدِ وَهُوَ الْإِسْتِرْبَاحُ. (4)

(1) نهاية المحتاج: 3/5، النجم الوهاج: 7/5.

(2) بدائع الصنائع: 68/6.

(3) المبسوط: 40/19، شرح الخرشي: 73/6، الحاوي الكبير: 538/6، كشاف القانع: 475/3.

(4) بدائع الصنائع: 68/6.

ثانياً: المحاباة الفاحشة من النائب حال كونه شريكاً:

وهذا النوع من المحاباة له حالتان:

الحالة الأولى: المحاباة بأذن الشريك: فإذا أذن الشريك لشريكه (النائب) في البيع والشراء بالمحاباة الفاحشة فقد ذهب جمهور الفقهاء (الحنفية، والمالكية، والشافعية، والحنابلة) إلى القول: بأنه يجوز للشريك (النائب) بالمحاباة الفاحشة إذا أذن له شريكه. (1)

الحالة الثانية: المحاباة من غير إذن الشريك: وهذه الحالة قد تكون في بيع الشريك، أو في شرائه.

المسألة الأولى: المحاباة الفاحشة من الشريك النائب في الشراء: ذهب الفقهاء (الحنفية، والمالكية، والشافعية، والحنابلة) إلى القول: بأنه لا يجوز للشريك (النائب) الشراء بالمحاباة الفاحشة التي لا يتغابن الناس في مثلها. (2)

واستدلوا: بأن المقصود من عقد الشركة طلب الربح، وهو لا يختص بالمحاباة الفاحشة، فكان مستثنى من العقد دلالة. (3)

المسألة الثانية: المحاباة الفاحشة من الشريك النائب في البيع: اختلف الفقهاء في هذه الحالة على رأيين:

الرأي الأول: ذهب أبو حنيفة إلى القول: بأنه يجوز للشريك (النائب) البيع بالمحاباة الفاحشة. (4)

واستدل بما يأتي:

أولاً: أَنَّ الْأَصْلَ فِي اللَّفْظِ الْمُطْلَقِ أَنْ يَجْرِيَ عَلَى إِطْلَاقِهِ، وَلَا يَجُوزُ تَقْيِيدُهُ إِلَّا بِدَلِيلٍ وَالْعَرَفُ مُتَعَارِضٌ، فَإِنَّ الْبَيْعَ بِالْمَحَابَاةِ الْفَاحِشَةِ لِعَرَضِ التَّوَصُّلِ بِثَمَنِهِ إِلَى شِرَاءِ مَا هُوَ أَرْبَحُ مِنْهُ مُتَعَارَفٌ أَيْضًا، فَلَا يَجُوزُ تَقْيِيدُ الْمُطْلَقِ مَعَ التَّعَارُضِ. (5)

وقد نوقش هذا الدليل: بأن العرف يقيد إطلاق اللفظ؛ لأن الشركة قد انعقدت على ما هو متعارف عليه، والبيع بعين فاحش ليس متعارفاً عليه، وأما البيع بالمحاباة الفاحشة للتوصل بثمنه إلى شراء ما هو أربح منه فلا يسلم به؛ لأن البيع بالمحاباة الفاحشة فيه خسارة محققة،

(1) بدائع الصنائع: 68/6، الكافي في فقه أهل المدينة: 784/2، أسنى المطالب: 275/2، مطالب أولي النهى: 506/3.

(2) بدائع الصنائع: 68/6، الكافي في فقه أهل المدينة: 784/2، نهاية المحتاج: 10/5، كشف القناع: 500/3.

(3) بدائع الصنائع: 68/6، مطالب أولي النهى: 506/3.

(4) بدائع الصنائع: 68/6.

(5) بدائع الصنائع: 27/6.

وشراء ما هو أربح منه فيه ربح محتمل، فلا ترتكب خسارة محققة على أمل ربح محتمل الحصول وعدمه. (1)

ثانياً: إنَّ البَيْعَ بالمحاباة الفاحشة إنَّ لَمْ يَكُنْ مُتَعَارَفًا فِعْلًا، فَهُوَ مُتَعَارَفٌ ذِكْرًا وَتَسْمِيَةً؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يُسَمَّى بَيْعًا، أَوْ هُوَ مُبَادَلَةٌ شَيْءٍ مَرَّغُوبٍ بِشَيْءٍ مَرَّغُوبٍ لُغَةً، وَقَدْ وَجِدَ. (2)

ويمكن مناقشة هذا الاستدلال: بأن العرف قيّد هذا الوصف بالمحاباة اليسيرة؛ لأن انعقاد الشركة على ما هو متعارف عليه بين الناس، والمتعارف عليه بين الناس المحاباة اليسيرة.

الرأي الثاني: ذهب جمهور الفقهاء (أبو يوسف، ومحمد، والمالكية، والشافعية، والحنابلة) إلى القول: بأن الشريك (النائب) لا يجوز له البيع بالمحاباة الفاحشة. (3)

واستدلوا بما يأتي:

أولاً: أن المقصود من عقد الشركة الاسترباح، وهو لا يحصل بالمحاباة الفاحشة، فكان ذلك مستثنى من العقد دلالة، فلا يملكه الشريك. (4)

ثانياً: أن المحاباة تبرع، والشريك ليس له التبرع. (5)

الرأي المختار: بعد ذكر آراء الفقهاء في هذه المسألة، وبيان أدلة كل رأي، فإنه يتبين أن الرأي المختار هو القائل: بأنه لا يجوز للشريك (النائب) البيع بالمحاباة الفاحشة؛ لأن المقصود من الشركة حصول الرح، والبيع بالمحاباة الفاحشة ينافي هذا القصد.

(1) تصرفات الأمين في العقود المالية: لعبد العزيز بن محمد بن عبد الله الحجيلان، ص72.

(2) بدائع الصنائع: 27/6

(3) بدائع الصنائع: 68/6، شرح الزرقاني على مختصر خليل: لعبد الباقي بن يوسف بن أحمد ابن محمد الزرقاني المصري: 81، ط: دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى: 1422هـ/2002م، الحاوي الكبير: 487/6، كشاف القناع: 500/3.

(4) بدائع الصنائع: 68/6 مطالب أولي النهى: 506/3.

(5) المغني: 16/5.

المبحث الثالث

المحابة من النائب حال كونه مضارباً
المضاربة هي: عَقْدُ شَرِكَةٍ بِمَالٍ مِنْ أَحَدِ الشَّرِيكَيْنِ، وَعَمَلٌ مِنْ
الْآخَرِ. (1)
فتستند الإنابة إلى عقد المضاربة، إذ يعتبر المضارب نائباً عن رب
المال.
جاء في المغني: "وَلَأَنَّ الشَّرِيكَ وَالْمُضَارِبَ وَكِلَانِ فِي شِرَاءِ مَا
شَاءَ". (2)

ويتكون هذا المبحث من المطالب الآتية:
المطلب الأول: بيع النائب حال كونه مضارباً وشراؤه
بالمحابة اليسيرة.
المطلب الثاني: بيع النائب حال كونه مضارباً وشراؤه
بالمحابة الفاحشة.
المطلب الثالث: بيع النائب حال كونه مضارباً على مال
المضاربة وشراؤه منه.
المطلب الرابع: بيع النائب حال كونه مضارباً وشراؤه من
أقاربه.

المطلب الأول

بيع النائب حال كونه مضارباً
وشراؤه بالمحابة اليسيرة
ذهب الحنفية، والمالكية، والشافعية، والحنابلة إلى القول: بأنه
يجوز للمضرب البيع، أو الشراء بالمحابة اليسيرة، وهي التي يتغابن
الناس في مثلها؛ لأن ذلك يقع كثيراً من الناس، ولا يمكن التحرز عنها.
(3)

وَلَأَنَّ الشَّرِكَةَ تَنْعَقِدُ عَلَى عَادَةِ التَّجَارِ، وَمِنْ عَادَتِهِمُ الْبَيْعُ بِقَلِيلِ
النَّمْنِ وَكَثِيرِهِ لِمَا قُلْنَا إِلَّا بِمَا لَا يَتَغَابَنُ النَّاسُ فِي مِثْلِهِ؛ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ
مِنَ الْعَقْدِ وَهُوَ الْإِسْتِرْبَاحُ. (4)

المطلب الثاني

بيع النائب حال كونه مضارباً

(1) تبين الحقائق: 52/5.
(2) المغني: 69/5.
(3) المبسوط: 40/19، شرح الخرشي: 73/6، الحاوي الكبير: 538/6، كشف
القانع: 475/3.
(4) بدائع الصنائع: 68/6.

وشراؤه بالمحابة الفاحشة

قد تكون المحابة من المضارب بإذن رب المال، وإما أن تكون بغير إذنه، ولكل حالة حكمها الخاص، وذلك على النحو الآتي:

الحالة الأولى: المحابة من النائب حال كونه مضارباً بإذن رب المال: ذهب جمهور الفقهاء (الحنفية، والمالكية، والشافعية، والحنابلة) إلى القول: بأنه يجوز للمضارب (النائب) المحابة الفاحشة في البيع والشراء إذا أذن له رب المال في ذلك؛ لأن بيع المضارب (النائب) وشراؤه بالمحابة الفاحشة فيه إضراراً برب المال، وقد أذن رب المال في ذلك، فيكون متناًزلاً عن حقه. (1)

الحالة الثانية المحابة من النائب حال كونه مضارباً من غير إذن رب المال:

والمحابة من المضارب (النائب) في هذه الحالة قد تكون في البيع، وقد تكون في الشراء.

المحابة من المضارب (النائب) في البيع:

اختلف الفقهاء في بيع المضارب (النائب) بالمحابة الفاحشة من غير إذن رب المال على رأيين:

الرأي الأول: ذهب أبو حنيفة إلى القول: بأنه يجوز للمضارب (النائب) البيع بالمحابة الفاحشة. (2)

واستدل بقياس المضارب على الوكيل، فكما أن الوكيل بالبيع يملك البيع بالمحابة الفاحشة، فكذلك يملكه المضارب؛ لأن المضاربة أعم من الوكالة. (3)

الرأي الثاني: ذهب أبو يوسف، ومحمد، والمالكية، والشافعية، والحنابلة إلى القول: بأنه لا يجوز للمضارب (النائب) البيع بالمحابة الفاحشة التي لا يتغابن الناس في مثلها. (4) واستدلوا بما يأتي:

(1) بدائع الصنائع: 68/6، الكافي: 773/2، الحاوي الكبير: 353/7، كشف القناع: 475/3.

(2) بدائع الصنائع: 68/6.

(3) الفتاوى البزازية: لمحمد بن محمد بن شهاب المعروف بابن البزاز: 81/6، مطبوع على هامش الفتاوى الهندية، ط: دار إحياء التراث العربي، بيروت، الطبعة الثالثة: 1400هـ.

(4) بدائع الصنائع: 87/6، فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك: لمحمد بن أحمد ابن محمد عليش أبو عبد الله المالكي: 327/2، ط: دار المعرفة، بيروت، بدون تاريخ طبع، الحاوي الكبير: 353/7، كشف القناع: 500/3.

أولاً: أن المقصود من عقد المضاربة الاسترباح، وهو لا يحصل بالمحابة الفاحشة، فكان ذلك مستثنى من العقد دلالة، فلا يملكه المضارب. (1)

ثانياً: أن المحابة تبرع، والمضارب ليس له التبرع. (2) الرأي المختار: بعد ذكر آراء الفقهاء في هذه المسألة، وبيان أدلة كل رأي، فإنه يتبين أن الرأي المختار هو رأي جمهور الفقهاء القائل: بأنه لا يجوز للمضارب (النائب) البيع بالمحابة الفاحشة التي لا يتغابن الناس في مثلها؛ لأن المقصود من المضاربة هو حصول الربح، والبيع بالمحابة الفاحشة يتنافى مع هذا المقصود. المحابة من المضارب (النائب) في الشراء: ذهب الحنفية، والمالكية، والشافعية، والحنابلة إلى القول: بأنه ينبغي على المضارب (النائب) أن يشتري للمضاربة بثمن المثل، أو يشتري بالزيادة التي يتغابن الناس في مثلها. وذهبوا إلى أنه لا يجوز للمضارب (النائب) أن يشتري شيئاً بالمحابة الفاحشة، التي لا يتغابن الناس في مثلها. (3) واستدلوا بما يأتي:

أولاً: أن المقصود من عقد المضاربة الاسترباح، وهو لا يحصل بالمحابة الفاحشة، فكان ذلك مستثنى من العقد دلالة، فلا يملكه المضارب. (4)

ثانياً: أن المحابة تبرع، والمضارب ليس له التبرع. (5) ثالثاً: إن المضارب وكيل عن رب المال في مال المضاربة، فلا يملك التصرف فيه إلا على وجه النظر والاحتياط، والشراء بالمحابة الفاحشة ليس فيها نظر ولا احتياط، فلا يملكها إلا بإذن رب المال. (6)

رابعاً: إن شراء المضارب بالمحابة الفاحشة ضرر برب المال، فلا يملكه إلا بإذنه. (7)

(1) بدائع الصنائع: 68/6 مطالب أولي النهى: 506/3.

(2) المغني: 16/5.

(3) فتاوى قاضي خان: لحسن الأوز جندي: 166/3، مطبوع على هامش الفتاوى الهندية، ط: دار إحياء التراث العربي، بيروت، الطبعة الثالثة: 1400 هـ، الكافي: 773/2، الحاوي الكبير: 353/7، كشف القناع: 500/3.

(4) بدائع الصنائع: 68/6 مطالب أولي النهى: 506/3.

(5) المغني: 16/5.

(6) كشف القناع: 500/3.

(7) نهاية المحتاج: 10/5.

المطلب الثالث

بيع النائب حال كونه مضارباً
على مال المضاربة وشراؤه منه

إذا كان للمضارب (النائب) سلعة وأراد أن يبيعه على مال المضاربة، أو كان في مال المضاربة سلعة يريد المضارب شراءها لنفسه، فهل يجوز له ذلك بدون إذن رب المال، أو لا بد من إذنه؟
اختلف الفقهاء في ذلك على ثلاثة آراء:

الرأي الأول: ذهب جمهور الفقهاء (أبو حنيفة، وأبو يوسف، ومحمد، والظاهر من قول المالكية، والشافعية، وبعض الحنابلة) إلى القول: بأنه يجوز للمضارب (النائب) أن يبيع ويشترى على مال المضاربة مطلقاً. (1)

واستدلوا: بَأَنَّ لِرَبِّ الْمَالِ فِي مَالِ الْمُضَارِبَةِ مَلِكٌ رَقَبَةٌ لَا مَلِكٌ تَصْرَفُ، وَمَلِكُهُ فِي حَقِّ التَّصْرِفِ كَمَلِكِ الْأَجْنَبِيِّ، وَلِلْمُضَارِبِ فِيهِ مَلِكٌ النَّصْرَفُ لَا الرَّقَبَةَ، فَكَانَ فِي حَقِّ مَلِكِ الرَّقَبَةِ كَمَلِكِ الْأَجْنَبِيِّ حَتَّى لَا يَمْلِكُ رَبُّ الْمَالِ مَنَعَهُ عَنِ التَّصْرِفِ، فَكَانَ مَالُ الْمُضَارِبَةِ فِي حَقِّ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا كَمَالِ الْأَجْنَبِيِّ، لِذَلِكَ جَازَ الْبَيْعُ وَالشِّرَاءُ بَيْنَهُمَا. (2)

الرأي الثاني: ذهب زفر من الحنفية إلى القول: بأنه لا يجوز للمضارب (النائب) البيع والشراء من مال المضاربة لنفسه مطلقاً. (3)
واستدل: بَأَنَّ هَذَا بَيْعٌ مَالِهِ بِمَالِهِ، وَشِرَاءٌ مَالِهِ بِمَالِهِ إِذِ الْمَالَانِ جَمِيعًا لِرَبِّ الْمَالِ، وَهَذَا لَا يَجُوزُ كَالْوَكِيلِ مَعَ الْمُوَكَّلِ. (4)

الرأي الثالث: ذهب الإمام أحمد إلى القول: بأنه لا يجوز للمضارب (النائب) البيع على مال المضاربة، ولا الشراء منه، إذا كان قد ظهر في المال ربح، أما إذا لم يظهر ربح في المال فإنه يملك ذلك. (5)
واستدل: أَنَّ مَالِ الْمُضَارِبَةِ مَلِكٌ لغير المضارب، فَصَحَّ شِرَاؤُهُ لَهُ، كَمَا لَوْ اشْتَرَى الْوَكِيلُ مِنْ مُوَكَّلِهِ، وَإِنَّمَا يَكُونُ شَرِيكًا إِذَا ظَهَرَ رِبْحٌ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا يُشَارِكُ رَبَّ الْمَالِ فِي الرَّبْحِ، لَا فِي أَصْلِ الْمَالِ، وَمَتَى ظَهَرَ فِي الْمَالِ رِبْحٌ كَانَ شِرَاؤُهُ كَشِرَاءِ أَحَدِ الشَّرِيكَيْنِ. (6)

(1) بدائع الصنائع: 101/6، الشرح الكبير: 528/3، نهاية المحتاج: 233/5، الإنصاف: 439/5.

(2) بدائع الصنائع: 101/6.

(3) بدائع الصنائع: 101/6.

(4) بدائع الصنائع: 101/6.

(5) الإنصاف: 439/5.

(6) المغني: 43/5، المبدع: 27/5.

الرأي المختار: بعد ذكر آراء الفقهاء، وبيان أدلة كل رأي، فإنه يتبين أن الرأي المختار هو الرأي القائل: بأنه لا يجوز للمضارب (النائب) البيع على مال المضاربة، ولا الشراء منه، إذا كان قد ظهر في المال ربح، أما إذا لم يظهر ربح في المال فإنه يملك ذلك؛ لقوة ما استدلوا به، والأخذ بهذا الرأي يحصل التوفيق بين أدلة الرأي الأول والثاني، فيحمل دليل أصحاب الرأي الأول على إذا لم يظهر في المال ربح، ويحمل دليل الرأي الثاني على ما إذا ظهر في المال ربح.

المطلب الرابع بيع النائب حال كونه مضارباً وشراؤه من أقاربه

إذا أراد أحد أقارب المضارب (النائب) أن يشتري سلعة من سلع المضاربة، أو كان عنده سلعة، وأراد المضارب (النائب) أن يشتريها للمضاربة، فهل يجوز للمضارب أن يبيع له، أو يشتري منه كالأجنبي، أم يكون ذلك من المحاباة المنهي عنها؟
اختلف الفقهاء في ذلك على ثلاثة آراء:

الرأي الأول: ذهب أبو حنيفة، والظاهر من قول المالكية إلى القول: بأن المضارب (النائب) لا يملك البيع على أقاربه، ولا الشراء منهم إلا إذا كان بمثل القيمة، ولا يملك ذلك بالمحاباة أياً كانت. (1)
واستدلوا: بأن المضارب (النائب) متهم بمحاباة أقاربه في البيع والشراء، ومحل التهمة إنما هو فيما إذا كان في البيع والشراء غبن، أما إذا لم يكن في البيع والشراء غبن، بأن كانا بالقيمة فلا تهمة، فيملكهما. (2)

الرأي الثاني: ذهب أبو يوسف، ومحمد، والحنابلة في رأي إلى القول: بأن المضارب (النائب) يملك البيع على أقاربه، والشراء منهم بدون إذن رب المال (الأصيل) إذا كان ذلك بالمحاباة اليسيرة، أما إذا كانت المحاباة فاحشة فلا يملك المضارب ذلك. (3)

واستدلوا: بأن المضارب (النائب) شريك في الربح، فممنعه ذلك من ترك الاستفصاء والنظر وإن كان يعامل أباه أو ابنه؛ لأنه يؤثر نفسه عليهما، فلهذا جازت معاملته معهم بمثل القيمة. (4)

الرأي الثالث: ذهب الشافعية، والمذهب عند الحنابلة إلى القول: بأن المضارب (النائب) لا يجوز له البيع على أقاربه الذين لا تقبل شهادته لهم، ولا الشراء منهم إلا بإذن رب المال. (5)

واستدلوا: بأن بيع المضارب (النائب) وشراؤه من أقاربه محل تهمة بالمحاباة والميل لهم، فلا يملكهما. (6)

الرأي المختار: بعد ذكر آراء الفقهاء في هذه المسألة، وبيان أدلة كل فريق، فإنه يتبين أن الرأي المختار هو الرأي القائل: بأن المضارب (النائب) يملك البيع على أقاربه، والشراء منهم بدون إذن رب المال (الأصيل) إذا كان ذلك بالمحاباة اليسيرة، أما إذا كانت المحاباة فاحشة

(1) المبسوط: 57/22، الكافي: 773/2.

(2) المبسوط: 57/22.

(3) المبسوط: 57/22، الإنصاف: 378/5.

(4) المبسوط: 57/22.

(5) الحاوي الكبير: 320/7، الإنصاف: 377/5.

(6) المغني: 43/5.

فلا يملك المضارب (النائب) ذلك؛ لأن الأخذ بهذا الرأي فيه دفع التهمة عن المضارب (النائب)، وتحقيق المصلحة لمال المضاربة.

المبحث الرابع

المحابة من النائب بالبيع حال كونه ناظراً للوقف⁽¹⁾
يقصد بالوقف دوام الانتفاع به، وتحصيل الثواب والأجر بنفعه،
وأن الأصل فيه أنه لا يجوز بيعه، ولا استبداله، فعن نافع عن ابن عمر
p أَنَّ عَمْرًا تَصَدَّقَ بِمَالٍ لَهُ عَلَى عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ p، وَكَانَ يُقَالُ لَهُ تَمَعٌ
(2)، وَكَانَ نَحْلًا، فَقَالَ عَمْرٌ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، إِنِّي اسْتَفَدْتُ مَالًا، وَهُوَ
عِنْدِي نَفِيسٌ، فَأَرَدْتُ أَنْ أَتَصَدَّقَ بِهِ، فَقَالَ النَّبِيُّ p: (تَصَدَّقْ بِأَصْلِهِ، لَا
بِيبَاعٍ، وَلَا يُوَهَّبُ، وَلَا يُورَثُ، وَلَكِنْ يُنْفَقُ ثَمْرُهُ).⁽³⁾
وقبل بيان الحكم الفقهي في المحابة في بيع الوقف لا بد أن نبين
أمرين لهما تعلق بهذا الموضوع.
الأمر الأول: اشتراط الواقف له أو لغيره حق استبدال الوقف:

(1) الوقف في اللغة: الوُفِّ مصدر قولك وَفَّفْتُ... وَوَقَّفَ الأرضَ على المساكين
وقفاً: حبسها... وكل شيء تمسك عنه تقول أوقفت. لسان العرب: مادة وقف.
وفي الشرع: حبس مال يمكن الانتفاع به، مع بقاء عينه، بقطع التصرف في
رقبته، على مصرف مباح موجود. مغني المحتاج: 532/3.
بينما ذهب أبو حنيفة إلى أن الوقف هو: حبس العين على حكم ملك الواقف،
والتصدُّق بالمنفعة على جهة الخير.
وبناءً على هذا التعريف: أن الوقف لا يلزم زوال الموقوف عن ملك الواقف،
ويصح له الرجوع عنه، ويجوز بيعه؛ لأن الأصح عند أبي حنيفة أن الوقف جائز
غير لازم كالعارية، فلا يلزم إلا بأحد أمور ثلاثة:
الأمر الأول: أن يحكم به الحاكم المولى لا المحكم، بأن يختصم الواقف مع الناظر؛
لأنه يريد أن يرجع بعلة عدم اللزوم، فيقضي الحاكم باللزوم، فيلزم؛ لأنه أمر
مجتهد فيه، وحكم الحاكم يرفع الخلاف.
الأمر الثاني: أن يعلقه الحاكم بموته: فيقول: إذا مت فقد وقفت داري مثلاً على
كذا، فيلزم كالوصية من الثلث بالموت، لا قبله.
الأمر الثالث: أن يجعله وقفاً لمسجد، ويفرزه عن ملكه، ويأذن بالصلاة فيه، فإذا
صلى فيه واحد، زال ملكه عن الواقف، أما الإفراز فلأنه لا يخلص لله Y إلا به،
وأما الصلاة فيه فلأنه لا بد من التسليم عنده، وتسليم الشيء بحسب نوعه، وهو
في المسجد بالصلاة فيه.
وقد استدل أبو حنيفة على رأيه بقول الرسول ع: (لا حبس عن فرائض الله)، فلو
كان الوقف يخرج المال الموقوف عن ملك الواقف، لكان حبساً عن فرائض الله
Y؛ لأنه يحول بين الورثة وبين أخذ نصيبهم المفروض، لكن لا يدل هذا الحديث
مع ضعفه على مقصود الإمام؛ لأن المراد به إبطال عادة الجاهلية بقصر الإرث
على الذكور الكبار، دون الإناث والصغار. شرح فتح القدير: 37/5 وما بعدها.

(2) ثمغ: مال بالمدينة لعمر r وقفه.

(3) أخرجه البخاري: كتاب الوصايا، باب وما للوصي أن يعمل في مال اليتيم وما
يأكل منه بقدر عمالته، صحيح البخاري: 10/4.

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على ثلاثة آراء:
الرأي الأول: ذهب جمهور الحنفية، والمالكية، وبعض الحنابلة
إلى القول: بأنه يصح الوقف، والشرط معاً. (1)

واستدلوا: بأن هذا شرط لا يبطل حكم الوقف، فإن الوقف مما
يحتمل الانتقال من أرض إلى أخرى، ويكون الثاني قائماً مقام الأولى،
فإن أرض الوقف إذا غصبها غاصب، وأجرى عليها الماء حتى صارت
بحراً لا تصلح للزراعة يضمن قيمتها، ويشتري بقيمتها أرضاً أخرى،
فتكون الثانية وفقاً على شرائط الأولى، وكذلك أرض الوقف إذا قلَّ
نزلها (ربيعها) لآفة، وصارت بحيث لا تصلح للزراعة، أو لا تفضل
غلنتها عن مؤنها، يكون صلاح الوقف في الاستبدال بأرض أخرى،
فيصح أن يشترط الواقف ولاية الاستبدال، وإن لم تكن الضرورة داعية
إليه في الحال. (2)

الرأي الثاني: ذهب محمد بن الحسن من الحنفية، والصحيح عند
الحنابلة إلى القول: بأن الشرط فاسد، والوقف صحيح. (3)

واستدلوا: بأن هذا الشرط لا يؤثر في المنع من زواله، والوقف
يتم بذلك، ولا ينعدم به معنى التأبير في أصل الوقف، فيتم الوقف
بشروطه، ويبقى الاستبدال شرطاً فاسداً، فيكون باطلاً في نفسه،
كالمسجد إذا شرط الاستبدال به، أو شرط أن يصلي فيه قوم دون قوم،
فالشرط باطل، واتخاذ المسجد صحيح، فهذا مثله. (4)

الرأي الثالث: ذهب بعض الحنفية، والشافعية، وبعض الحنابلة إلى
القول: بأن الشرط فاسد، والوقف يفسد به. (5)

واستدلوا: بأن شرط الاستبدال ينافي مقتضى الوقف، الذي بين
الرسول أنه لا يباع، فالقول بجواز اشتراط الاستبدال يقتضي جواز
البيع، فلا يصح. (6)

الرأي المختار: بعد ذكر آراء الفقهاء في هذه المسألة، وبيان أدلة
كل فريق، فإنه يتبين أن الرأي المختار هو الرأي القائل: بأنه يصح
الوقف، والشرط معاً؛ لأن الاستبدال قد يكون فيه مصلحة للوقف نفسه،
والموقوف عليهم.

الأمر الثاني: استبدال الوقف إذا خرب، وانقطعت منفعته:

(1) البحر الرائق: 239/5، مواهب الجليل: 32/6، كشف القناع: 251/4.

(2) فتح القدير: 228/6، فتاوى قاضيخان: 306/3.

(3) المبسوط: 41/12، 42، الإنصاف: 26/7.

(4) المبسوط: 42/41/12.

(5) البحر الرائق: 240/5، نهاية المحتاج: 276/5، مطالب أولي النهى: 295/4.

(6) الحاوي الكبير: 532/7.

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على ثلاثة آراء:
 الرأي الأول: ذهب جمهور الحنفية، وبعض المالكية، وبعض
 الشافعية، والحنابلة إلى القول: بأنه يجوز بيع الوقف، واستبداله بمثله
 عند الخراب. (1)

واستدلوا بما يأتي:

أولاً: عَنْ عُرْوَةَ ٢٤ عَنْ عَائِشَةَ (رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا) أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ
 لَهَا: (يَا عَائِشَةُ، لَوْلَا أَنَّ قَوْمَكَ حَدِيثَ عَهْدٍ بِجَاهِلِيَّةٍ لَأَمَرْتُ بِالْبَيْتِ،
 فَهُدْمٍ، فَأَدْخَلْتُ فِيهِ مَا أُخْرِجُ مِنْهُ، وَالزَّفَنَةَ بِالْأَرْضِ، وَجَعَلْتُ لَهُ بَابَيْنِ،
 بَابًا شَرْقِيًّا، وَبَابًا غَرْبِيًّا، فَبَلَّغْتُ بِهِ أَسَاسَ إِبْرَاهِيمَ). (2)

وجه الدلالة: مَعْلُومٌ أَنَّ الْكَعْبَةَ أَفْضَلُ وَقَفٌ عَلَى وَجْهِ الْأَرْضِ، وَلَوْ
 كَانَ تَغْيِيرُهَا وَإِبْدَالُهَا بِمَا وَصَفَهُ الرَّسُولُ ﷺ وَاجِبًا لَمْ يَتْرُكْهُ فَعَلِمَ أَنَّهُ كَانَ
 جَائِزًا، وَأَنَّهُ كَانَ أَصْلَحَ لَوْلَا مَا ذَكَرَهُ مِنْ حَدَثَانِ عَهْدٍ فَرِيضٍ بِالْإِسْلَامِ،
 وَهَذَا فِيهِ تَبْدِيلٌ بِنَائِهَا بِنَاءً آخَرَ، فَعَلِمَ أَنَّ هَذَا جَائِزٌ فِي الْجُمْلَةِ؟ وَتَبْدِيلُ
 التَّأْلِيفِ بِتَّأْلِيفٍ آخَرَ هُوَ أَحَدُ أَنْوَاعِ الإِبْدَالِ. (3)

ثانياً: قَدْ ثَبَتَ أَنَّ عُمَرَ وَعُثْمَانَ ١٢ عَيَّرَا بِنَاءً مَسْجِدِ النَّبِيِّ ﷺ، أَمَّا
 عُمَرُ فَبِنَاءَهُ بِنَظِيرِ بِنَائِهِ الْأَوَّلِ بِاللَّبَنِ، وَالْجُدُوعِ، وَأَمَّا عُثْمَانُ فَبِنَاءَهُ بِمَادَّةِ
 أَعْلَى مِنْ تِلْكَ كَالسَّاجِ، وَبِكُلِّ حَالٍ فَاللَّبَنِ وَالْجُدُوعِ الَّتِي كَانَتْ وَقَفًا أُبْدِلَهَا
 الْخُلَفَاءُ الرَّاشِدُونَ بِغَيْرِهَا، وَهَذَا مِنْ أَعْظَمِ مَا يَشْتَهَرُ مِنَ الْقَضَايَا وَلَمْ
 يُنْكَرْهُ مُنْكَرٌ. (4)

الرأي الثاني: ذهب بعض الحنفية، والمالكية، والشافعية، وبعض
 الحنفية إلى القول: بأنه لا يجوز بيعه، ولا الاستبدال به. (5)
 واستدلوا بما يأتي:

عَنْ نَافِعٍ عَنْ ابْنِ عُمَرَ ١٢ أَنَّ عُمَرَ ٢٤ تَصَدَّقَ بِمَالٍ لَهُ عَلَى عَهْدِ
 رَسُولِ اللَّهِ ﷺ، وَكَانَ يُقَالُ لَهُ تَمْعٌ، وَكَانَ نَخْلًا، فَقَالَ عُمَرُ ٢٤: يَا رَسُولَ
 اللَّهِ، إِنِّي اسْتَفَدْتُ مَالًا، وَهُوَ عِنْدِي نَفِيسٌ، فَأَرَدْتُ أَنْ أَتَصَدَّقَ بِهِ، فَقَالَ

(1) البحر الرائق: 240/5، شرح الخرشي على مختصر خليل: 80/7، روضة
 الطالبين: 357/5، الفروع: 622/4.

(2) أخرجه البخاري: كتاب الحج، بَابُ فَضْلِ مَكَّةَ وَبُنْيَانِهَا، صحيح البخاري:
 147/2، وأخرجه مسلم، كتاب الحج، بَابُ نَفْضِ الْكَعْبَةِ وَبُنْيَانِهَا، صحيح مسلم:
 969/2.

(3) مجموع الفتاوى: 244/31.

(4) مجموع الفتاوى: 244/31.

(5) البحر الرائق: 240/5، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: 3366، روضة
 الطالبين: 357/5، كشاف القناع: 251/4.

النَّبِيِّ p: (تَصَدَّقْ بِأَصْلِهِ، لَا يُبَاعُ، وَلَا يُوهَبُ، وَلَا يُورَثُ، وَلَكِنْ يُنْفَقُ
ثَمْرَةً). (1)

وجه الدلالة: أن الرسول p نصَّ في هذا الحديث بأنه الوقف لا
يباع، وهذا دليل على عدم الجواز. (2)
الراي الثالث: ذهب بعض الشافعية إلى القول: بأنه يجوز بيع ما
وقف على المسجد دون غيره.
واستدلوا: بأن الناظر ببيعه على ما وقف على المسجد يتصرف
في شيء واحد حاجته حاصلة الآن، بخلاف تصرفه فيما عدا المسجد،
وهو ما وقف على بطون، فالبطن الذي لم تأت بعد ليس للناظر تصرف
عليه. (3)

ويترتب على الرأي القائل بجواز بيع الوقف واستبداله أنه يشترط
على ناظر الوقف (النائب) أن يبيع بثمن المثل، أو بغيره يسير مما
يتغابن الناس بمثله؛ لأن ذلك لا يمكن التحرز منه عادة.
أما البيع بالمحاباة الفاحشة، فقد اختلف الفقهاء فيها كاختلافهم
في مسألة بيع الوكيل بالمحاباة الفاحشة في البيع المطلق.
والمختار فيها: أن ناظر الوقف (النائب) إذا باع بالمحاباة الفاحشة
فإن بيعه صحيح، ولكنه يضمن ما نقص عن ثمن المثل.
موقف القانون من الاستبدال: نص القانون المصري رقم 48
سنة 1946 في المادة 14 على مصير أموال البديل على ما يأتي:
تشتري المحكمة - بناء على طلب ذوي الشأن- بأموال البديل
المودعة بخزانتها عقاراً، أو منقولاً محل العين الموقوفة، ولها أن تأذن
بانفاقها في إنشاء مستغل جديد.
ويجوز لها (إلى أن يتيسر ذلك) أن تأذن باستثمار أموال البديل بأي
وجه من وجوه الاستثمار الجائز شرعاً.
كما أن لها أن تأذن بانفاقها في عمارة الوقف، دون رجوع في
غلتها.

وإذا كانت هذه الأموال ضئيلة، ولم يتيسر استثمارها، ولم يحتج
إلى إنفاقها في العمارة، اعتبرت كالغلة، وصرفت مصرفها.

(1) سبق تخريج الحديث.

(2) سبل السلام: لمحمد بن إسماعيل بن صلاح بن محمد الحسني الكحلاني
الصنعاني: 128/2، ط: دار الحديث، بدون تاريخ طبع.

(3) مغني المحتاج: 551/3.

الفصل الثالث

المحابة في النيابة الجبرية

النيابة الجبرية هي: التي لا يكون للأصيل دخل فيها، بل تفرض عليه لعلل وأسباب راعاها المشرع لمصلحة الأصيل، ويتحدد نطاق سلطة النائب القانوني طبقاً لنصوص القانون، وفي هذه الحالة قد يحدد القانون شخص النائب بطريق مباشر، كما هو الحال في ولاية الأب على الصغير في نيابة الدائن عن مدينه في استعمال حقوقه بالدعوى غير المباشرة، وقد يكفي القانون بتحديد الشروط الواجب توافرها في النائب، ويترك أمر اختياره للقاضي كما هو الحال في الوصي، والقيم، ووكيل التفليسة⁽¹⁾.

ويتصور أن يكون النائب الجبري في البيع ولياً، أو وصياً مختاراً، أو أميناً للتفليسة.

وعلى هذا الأساس يتكون هذا الفصل من المباحث الآتية:

- | | |
|----------------|---|
| المبحث الأول: | المحابة من النائب حال كونه ولياً. |
| المبحث الثاني: | المحابة من النائب حال كونه وصياً مختاراً. |
| المبحث الثالث: | المحابة من النائب حال كونه أميناً للتفليسة. |

المبحث الأول

المحابة من النائب حال كونه ولياً

الولي هو: من له سلطة شرعية، يتصرف بمقتضاها بما فيه مصلحة للمولى عليه.

(1) د. محمد لبيب شنب: موجز في مصادر الالتزام، ص78، ط: 1970، د. عبد المنعم فرج الصدة: نظرية العقد، ص132، ط: 1950، النيابة عن الغير في التصرفات المالية: ص68، 74.

ويشترط فيه إجمالاً: التكليف، والإسلام، والعدالة، وعدم وجود
عداوة بينه وبين المولى عليه، والتعيين. (1)
وتثبت الولاية على كل من: الصغير، والمجنون، والمعتوه،
والسفيه، وذو الغفلة، والغائب.
ويتكون هذا المبحث من المطالب الآتية:
المطلب الأول: بيع النائب حال كونه ولياً مال القاصر،
وشراؤه له بالمحاباة.
المطلب الثاني: بيع النائب حال كونه ولياً ماله للقاصر،
وشراؤه منه.
المطلب الثالث: بيع النائب حال كونه ولياً مال القاصر لأقاربه،
وشراؤه منهم له.

(1) النيابة عن الغير في التصرفات المالية: ص99.

المطلب الأول

بيع النائب حال كونه ولياً مال القاصر (1)

وشراؤه له بالمحابة

مال القاصر إما أن يكون عقاراً (2)، وإما أن يكون منقولاً (3)، ولكل حالة حكمها الخاص بها.

الحالة الأولى: بيع النائب حال كونه ولياً مال القاصر المنقول بالمحابة: ذهب الحنفية، والمالكية، والشافعية، والحنابلة إلى القول: بأنه لا يجوز للولي (النائب) بيع شيء من مال القاصر، ولا شراء له بالمحابة الفاحشة، التي لا يتغابن الناس فيها. (4) واستدلوا بما يأتي:

أولاً: قال الله Y: [وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ الْيَتَامَى قُلْ إِصْلَاحٌ لَهُمْ خَيْرٌ] [البقرة: 220].

وقال Y: [وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ حَتَّى يَبْلُغَ أَشُدَّهُ] [الإسراء: 34].

وجه الدلالة: أن الله Y في هاتين الآيتين أمر بالإصلاح لليتامى، ونهى عن قربان أموالهم إلا بالتي هي أحسن، وتصرف الولي بالمحابة في مال القاصر تصرف ليس فيه مصلحة له، فيكون منهيماً عنه. (5) ثانياً: إن الولاية على القاصر مبنية على النظر، وطلب الأصلح له، ولا توجد مصلحة في البيع بالمحابة الفاحشة، فلم يملك الولي البيع والشراء بها. (6)

واستثنى بعض الفقهاء من النهي من البيع بالمحابة الفاحشة ما إذا خشي عليه التلف، أو السرقة، ولم يوجد من يشتريه بثمن المثل، فيجوز بيعه بأقل من ثمن المثل.

فقد سئل ابن حجر: هَلْ يَجُوزُ لِلْوَلِيِّ بَيْعُ مَالِ الْيَتِيمِ بِدُونِ ثَمَنِ الْمِثْلِ إِذَا خَشِيَ عَلَيْهِ التَّلَفَ؟

(1) القاصر هو: العاجز عن التصرف السليم. معجم لغة الفقهاء، ص354.

(2) العقار هو: ما لا ينقل ولا يحول في العادة كالأرض، وما اتصل بها اتصال قرار، كالبناء والأشجار. معجم لغة الفقهاء: ص397.

(3) المنقول هو: ما أمكن تحويله على هيئته من غير نقض. معجم لغة الفقهاء: ص397.

(4) المبسوط: 211/12 / 212، مواهب الجليل: 60/5، أسنى المطالب: 211/، الإنصاف: 325/5.

(5) بدائع الصنائع: 136/5، أسنى المطالب: 211/2.

(6) تبيين الحقائق: 211/6.

فَأَجَابَ: نَعَمْ يَجُوزُ لَهُ ذَلِكَ، فَقَدْ أَفْتَى الْقَفَّالُ عَنْ ضَيْعَةِ خَرَابٍ يُطْلَبُ مَالُهَا مِنَ الصَّبِيِّ وَتَسْتَأْصِلُ مَالَهُ، فَقَالَ: يَجُوزُ بَيْعُهَا وَلَوْ بِدِرْهَمٍ؛ لِأَنَّ الْمَصْلَحَةَ فِيهِ، وَقَضِيَّتُهُ أَنَّ لَهُ بَيْعَ كُلِّ مَا خِيفَ غَضَبُهُ، أَوْ هَلَكَهُ بِدُونِ ثَمَنِ مِثْلِهِ. (1)

الحالة الثانية: بيع النائب حال كونه ولياً عقار القاصر بالمحابة: اختلف الفقهاء في بيع الولي عقار القاصر بالمحابة على رأيين: الرأي الأول: ذهب بعض الحنفية، والمالكية، وبعض الشافعية، والحنابلة في الصحيح عندهم إلى القول: بأنه يجوز للولي (النائب) بيع عقار القاصر بالمحابة، إذا وجدت مصلحة في ذلك. (2)

قال البهوتي: "وَأَنْوَاعُ الْمَصْلَحَةِ كَثِيرَةٌ: إِمَّا لِاِحْتِيَاجِ الصَّغِيرِ وَالْمَجْنُونِ إِلَى نَفَقَةٍ، أَوْ كِسْفَةٍ، أَوْ قَضَاءِ دَيْنٍ عَلَيْهِمَا، أَوْ مَا لَا بُدَّ مِنْهُ لِلصَّغِيرِ وَالْمَجْنُونِ، وَلَيْسَ لَهُ مَا تَنْدَفِعُ بِهِ حَاجَتُهُ، أَوْ يَخَافُ عَلَيْهِ، أَيْ: الْعَقَارُ الْهَلَاكُ بِغَرَقٍ، أَوْ خَرَابٍ، وَنَحْوِهِ، أَوْ يَكُونُ فِي بَيْعِهِ، أَيْ: الْعَقَارُ غِبْطَةً، وَهِيَ أَنْ يَبْدُلَ فِيهِ زِيَادَةً كَثِيرَةً عَلَى ثَمَنِ مِثْلِهِ، وَلَا يَتَّقِي بِالثَّلَاثِ، أَوْ يَكُونُ أَيْ: الْعَقَارُ فِي مَكَانٍ لَا يُنْتَفَعُ بِهِ؛ لِكَوْنِهِ لَا غَلَّةَ فِيهِ؛ لِخَرَابِ مَحَلَّتِهِ مَثَلًا، أَوْ نَفْعَهُ قَلِيلًا، فَيَبِيعُهُ، وَيَشْتَرِي لَهُ عَقَارًا فِي مَكَانٍ يَكْتُرُ نَفْعُهُ، أَوْ يَرَى الْوَلِيَّ شَيْئًا يُبَاعُ فِي شِرَائِهِ غِبْطَةً لَا يُمْكِنُهُ شِرَاؤُهُ إِلَّا بِبَيْعِ عَقَارِهِ، وَقَدْ تَكُونُ دَارُهُ فِي مَكَانٍ يَنْصَرِّرُ الْغُلَامَ بِالْمَقَامِ فِيهِ، كَسَوْءِ الْجَوَارِ، أَوْ غَيْرِهِ، فَيَبِيعُهَا، وَيَشْتَرِي لَهُ بِثَمْنِهَا دَارًا يَصْلَحُ لَهُ، أَيْ: لِلْمَوْلَى عَلَيْهِ الْمَقَامُ بِهَا، وَأَشْبَاهُ هَذَا مِمَّا لَا يَنْحَصِرُ، فَلَمُعْتَبَرُ أَنْ يَرَاهُ مَصْلَحَةً". (3)

واستدلوا: بقول الله Y: [وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ الْيَتَامَى قُلْ إِصْلَاحٌ لَهُمْ خَيْرٌ] [البقرة: 220].

وقال Y: [وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ حَتَّىٰ يَبْلُغَ أَشُدَّهُ] [الإسراء: 34].

وجه الدلالة: أن الله Y في هاتين الآيتين أمر بالإصلاح لليتامى، ونهى عن قربان أموالهم إلا بالتي هي أحسن، وتصرف الولي بالمحابة في مال القاصر تصرف ليس فيه مصلحة له، فيكون منهيًا عنه. (4)

(1) الفتاوى الفقهية الكبرى: لأحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيثمي السعدي الأنصاري: 48/3، ط: المكتبة الإسلامية، بدون تاريخ طبع.

(2) المبسوط: 34/28، شرح الخرشي على مختصر خليل: 300/5، مغني المحتاج: 153/3، الإنصاف: 332/5.

(3) كشف القناع: 451/3.

(4) بدائع الصنائع: 136/5، أسنى المطالب: 211/2.

الرأي الثاني: ذهب متأخري الحنفية، وجمهور الشافعية، وبعض الحنابلة إلى القول: بأنه لا يجوز للولي (النائب) بيع عقار القاصر بالمحابة. (1)

واستدلوا: بأن الولي (النائب) مأمور بفعل ما فيه مصلحة للقاصر، وبيع عقاره بالمحابة لا تتحقق فيه المصلحة. (2)

وقد نوقش هذا الدليل: بأنه قد يرى الولي الحظ في غير هذا، مثل أن يكون في مكان لا ينتفع به، أو نفعه قليل، فيبيعه، ويشترى له في مكان يكثر نفعه، أو يرى شيئاً في شرائه غبطة، ولا يمكنه شراؤه إلا ببيع عقاره، وقد تكون داره في مكان يتضرر العلام بالمقام فيها، لسوء الجوار، أو غيره فيبيعهها، ويشترى له بتمنيتها داراً يصلح له المقام بها، وأشبهه هذا مما لا ينحصر، وقد لا يكون له حظ في بيع عقاره وإن دفع فيه مثلاً ثمنه إما لحاجته إليه، وإما لأنه لا يمكن صرف ثمنه في مثله، فيضيع الثمن، ولا يبارك فيه. (3)

الرأي المختار: أرى والله أعلم أن ما ذهب إليه أصحاب الرأي الأول القائل: بأنه يجوز للولي (النائب) بيع عقار القاصر بالمحابة، إذا وجدت مصلحة في ذلك؛ لأن المقصود من الولاية على القاصر هو تحقيق المصلحة له، وقد تكون المصلحة في البيع بالمحابة، إلا أنه ينبغي على الولي (النائب) أن يحتاط في مثل هذا البيع.

المطلب الثاني

بيع النائب حال كونه ولياً ماله للقاصر، وشراؤه منه

إذا أراد الولي (النائب) أن يشتري من مال القاصر شيئاً من ماله لنفسه، أو يبيعه شيئاً من ماله، فهل يجوز له ذلك، أم لا؟

اختلف الفقهاء في ذلك على رأيين:

الرأي الأول: ذهب الحنفية استحساناً، والمالكية، والشافعية، والحنابلة إلى القول: بأنه يجوز للولي (النائب) أن يشتري لنفسه شيئاً من مال القاصر، أو يبيع له شيئاً من ماله، بشرط ألا يحابي نفسه. (4) واستدلوا بما يأتي:

أولاً: قال الله Y: [وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ حَتَّىٰ يَبْلُغَ أَشُدَّهُ] [الإسراء: 34].

(1) حاشية ابن عابدين: 711/6، أسنى المطالب: 211/2، الإنصاف: 327/5.

(2) المهذب: 129/2.

(3) المغني: 182/4.

(4) تبيين الحقائق: 211/6، حاشية الدسوقي: 455/4، الإنصاف: 325/5.

وجه الدلالة: أن الله ﷻ نهى عن قربان مال اليتيم إلا بالتي هي أحسن، والولي إذا اشترى مال القاصر بأكثر من ثمن مثله فقد قربه بالتي هي أحسن. (1)

ثانياً: قَالَ عُمَرُ  : "إِنِّي أَنْزَلْتُ نَفْسِي مِنْ مَالِ اللَّهِ مَنزَلَةَ مَالِ الْيَتِيمِ، إِنْ اسْتَعْنَيْتَ مِنْهُ اسْتَعْفَفْتَ، وَإِنْ افْتَقَرْتَ أَكَلْتَ بِالْمَعْرُوفِ". (2)

وجه الدلالة: أن عُمَرَ   لَا يُنْكَرُ الْإِسْتِفْرَاضَ مِنْ مَالِ الْيَتِيمِ، وَلَا فَرْقَ بَيْنَ أَخْذِ مَالِ الْيَتِيمِ قَرْضًا وَرَدِّ مِثْلِهِ بَعْدَ ذَلِكَ وَبَيْنَ ابْتِيَاعِهِ بِمِثْلِ ثَمَنِهِ وَقِيمَتِهِ وَإِعْطَاءِ مِثْلِهِ نَقْدًا. (3)

(1) المغني: 85/5.

(2) أخرجه ابن أبي شيبة: كتاب الجهاد، باب مَا قَالُوا فِي عَدْلِ الْوَالِي وَقَسْمِهِ قَلِيلًا كَانَ أَوْ كَثِيرًا، المصنف في الأحاديث والآثار: 458/6.

(3) المحلى: 201/7.

ثالثاً: أَنَّ الْأَبَ لَا يَفْعَلُ ذَلِكَ إِلَّا فِي تِلْكَ الْحَالِ؛ لِكَمَالِ شَفَقَتِهِ، فَكَانَ
 الْبَيْعُ وَالشِّرَاءُ بِذَلِكَ قُرْبَانًا عَلَى وَجْهِ الْأَحْسَنِ. (1)
 الرأي الثاني: ذهب زفر من فقهاء الحنفية، وبعض الزيدية إلى
 القول: بأنه لا يجوز للولي (النائب) أن يشتري لنفسه شيئاً من مال
 القاصر، أو يبيع له شيئاً من ماله. (2)
 واستدل: بِأَنَّ الْحَقُوقَ فِي بَابِ الْبَيْعِ تَرْجِعُ إِلَى الْعَاقِدِ وَلِلْبَيْعِ حَقُوقٌ
 مُتَّصِدَةٌ مِثْلُ التَّسْلِيمِ وَالتَّسَلُّمِ وَالْمُطَالَبَةِ، فَيُؤَدِّي إِلَى أَنْ يَكُونَ الشَّخْصُ
 الْوَاحِدُ فِي زَمَانٍ وَاحِدٍ مُسَلِّمًا، وَمُتَسَلِّمًا، طَالِبًا، وَمُطَالِبًا، وَهَذَا مُحَالٌ.
 (3)

وقد نوقش هذا الدليل: بأن القول بالاستحالة ممنوع، فإنه يجعل
 كَأَنَّ الصَّبِيَّ بَاعَ أَوْ اشْتَرَى بِنَفْسِهِ، وَهُوَ بَالِغٌ، فَتَعَدَّدَ الْعَاقِدُ حُكْمًا، فَلَا
 يُؤَدِّي إِلَى الْإِسْتِحَالَةِ. (4)

الرأي المختار: بعد ذكر آراء الفقهاء في هذه المسألة، وبيان أدلة
 كل فريق، فإنه يتبين أن الرأي المختار هو الرأي القائل: بأنه يجوز
 لولي القاصر (النائب) سواء كان أباً، أو جدّاً، أو وصياً، أن يبيع،
 ويشتري من مال القاصر بشرط أن لا يحابي نفسه؛ لقوة ما استدلوا
 به، ولأن مصلحة القاصر قد تكون في البيع والشراء له من مال وليه.
 وقد نصت المادة 14 من قانون الولاية على المال على أنه:
 "للأب أن يتعاقد مع نفسه باسم القاصر، سواءً أكان ذلك لحسابه هو،
 أم حساب شخص آخر، إلا إذا نص القانون على غير ذلك".
 فقد جعل القانون أن الأصل في الأب جواز التعاقد مع نفسه ما لم
 ينص القانون على غير ذلك. (5)

ولقد حدد القانون حالات للأب لا يجوز التصرف فيها إلا بإذن
 المحكمة.

الحالة الأولى: العقار: جاء في المادة 6: "لا يجوز للولي أن يتصرف
 في عقار القاصر نفسه، أو لزوجه، أو لأقاربه، أو لأقاربها إلى

(1) بدائع الصنائع: 136/5.

(2) المبسوط: 155/14، البحر الزخار الجامع لمذاهب الامصار: لأحمد بن يحيى
 المرتضى: 334/5، ط: دار الحكمة اليمانية، صنعاء، الطبعة
 الأولى: 1366هـ-1947م.

(3) بدائع الصنائع: 136/5.

(4) بدائع الصنائع: 136/5.

(5) د. سليمان مرقس: الوافي في شرح القانون المدني: 159/3، ط: دار النهضة
 العربية، 1999.

الدرجة الرابعة إلا بإذن المحكمة، ولا يجوز له أن يرهن عقار القاصر لدين على نفسه".
الحالة الثانية: المنقول: فإنه يجوز للأب أن يتصرف فيه لنفسه بدون التوقف على إذن المحكمة باستثناء الأوراق التجارية التي تزيد قيمتها على ثلاثمائة جنيه، فلا بد حينئذ من إذن من المحكمة، فنصت المادة السابعة من قانون الولاية على المال على أنه: "لا يجوز للأب أن يتصرف في العقار، أو المحل التجاري، أو الأوراق المالية إذا زادت قيمتها على ثلاثمائة جنيه بإذن المحكمة، ولا يجوز للمحكمة أن ترفض الإذن إلا إذا كان التصرف من شأنه جعل أموال القاصر في خطر، أو كان فيه غبن يزيد على خمس القيمة".

أما إذا كانت المنقولات قد آلت إلى القاصر من الأب بطريق التبرع، فإنه يجوز للأب أن يتصرف فيها لنفسه بغير إذن من المحكمة أياً كانت قيمتها، فجاء في المادة 13: "لا تسري القيود المنصوص عليها في هذا القانون على ما آل إلى القاصر من مال بطريق التبرع من أبيه صريحاً كان التبرع، أو مستتر، ولا يلزم الأب بتقديم حساب عن هذا المال".

أما إذا كانت منقولات القاصر قد ورثها من مورث أوصى بالألا يتصرف ولي القاصر في المال الموروث فلا يجوز للأب في هذه الحالة أن يتصرف فيها إلا بإذن من المحكمة، فجاء في المادة 8: "إذا كان مورث القاصر قد أوصى بأن لا يتصرف وليه في المال المورث فلا يجوز للولي أن يتصرف فيه إلا بإذن المحكمة، وتحت إشرافها".
والتصرف إلى الغير مثل التصرف إلى نفسه في الحكم، والبيع في كل ذلك كالشراء في الحكم. (1)

(1) د. سليمان مرقس: السابق: 340/3، د. عبد الرزاق السنهوري: السابق: 127/4.

أما غير الأب فإنه لا يجوز أن يتصرف في مال القاصر لنفسه إطلاقاً، سواء أكان المال عقاراً أم منقولاً، بالبيع أو الشراء إلا بإذن من المحكمة، فجاء في المادة 15: "لا يجوز للجد بغير إذن المحكمة التصرف في مال القاصر، ولا الصلح عليه، أو التنازل عن التأمينات، أو إضعافها".

المطلب الثالث

بيع النائب حال كونه ولياً مال القاصر لأقاربه، وشراؤه منهم له

إذا أراد الولي بيع مال القاصر لأقاربه الذي لا تقبل شهادته له، أو يشتري منهم للقاصر، فقد اختلف الفقهاء في هذه المسألة بنفس الاختلاف في بيع الولي ماله للقاصر، وشراؤه منه، وقد بينا هذه المسألة في المطلب السابق، ويجري نفس الخلاف هنا في هذه المسألة، فلا داعي للتكرار.

وبناء على ما سبق ترجيحه من جواز بيع الولي وشراؤه من مال القاصر بشرط عدم المحاباة، فإنه يجوز بيع الولي (النائب) مال القاصر لأقاربه، وشراؤه منهم له، بشرط عدم المحاباة؛ لأن مصلحة القاصر قد تكون في معاملة الولي (النائب) مع أقاربه.

المبحث الثاني المحابة من النائب حال كونه وصياً مختاراً

الوصي المختار هو: الذي يختاره والد القاصر، أو جده؛ لينظر في شؤون أولاده القاصرين بعد وفاته.
وقد اتفق الفقهاء من حيث الجملة أن الوصي (النائب) يتصرف في مال اليتيم بيعاً وشراءً ومضاربة، سواءً بنفسه، أو بدفعه إلى غيره مضاربة⁽¹⁾.

قال الشافعي: "وَإِذَا كَانَ الرَّجُلُ وَصِيًّا بِتَرَكَةِ مَيِّتٍ يَلِي أَمْوَالَهُمْ كَانَ أَحَبَّ إِلَيَّ أَنْ يَتَّجَرَ لَهُمْ بِهَا لَمْ تَكُنْ التِّجَارَةُ بِهَا عِنْدِي تَعَدِيًّا، وَإِذَا لَمْ تَكُنْ تَعَدِيًّا لَمْ يَكُنْ ضَامِنًا إِنْ تَلَفْتَ، وَقَدْ اتَّجَرَ عَمْرُ بْنُ الْخَطَّابِ بِمَالِ يَتِيمٍ كَانَ يَلِيهِ، وَكَانَتْ عَائِشَةُ (رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا) تُبْضِعُ بِأَمْوَالِ بَنِي مُحَمَّدِ بْنِ أَبِي بَكْرٍ فِي الْبَحْرِ وَهُمْ أَيْتَامٌ تَلِيَهُمْ"⁽²⁾.

قال ابن قدامة: "أَنَّ لَوْلِيَّ الْيَتِيمِ أَنْ يُضَارِبَ بِمَالِهِ، وَأَنْ يَدْفَعَهُ إِلَى مَنْ يُضَارِبُ لَهُ بِهِ، وَيَجْعَلُ لَهُ نَصِيبًا مِنَ الرَّبْحِ، أَيَّا كَانَ، أَوْ وَصِيًّا، أَوْ حَاكِمًا، أَوْ أَمِينًا حَاكِمًا، وَهُوَ أَوْلَى مِنْ تَرْكِهِ"⁽³⁾.

ويتكون هذا المبحث من المطالب الآتية:

- المطلب الأول: بيع النائب حال كونه وصياً مال القاصر، وشراؤه له بالمحابة.
- المطلب الثاني: بيع النائب حال كونه وصياً ماله للقاصر، وشراؤه منه.
- المطلب الثالث: بيع النائب حال كونه وصياً مال القاصر لأقاربه، وشراؤه منهم له.

المطلب الأول

بيع النائب حال كونه وصياً مال القاصر
وشراؤه له بالمحابة

(1) حاشية ابن عابدين: 708/6، 709، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير:

455/4، نهاية المحتاج: 378/4، الإنصاف: 300/7.

(2) الأم: لأبي عبد الله محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع بن عبد المطلب

بن عبد مناف المطلبي القرشي المكي: 140/7، ط: دار المعرفة، بيروت:

1410 هـ/1990 م.

(3) المغني: 180/4.

مال القاصر إما أن يكون عقاراً، وإما أن يكون منقولاً، ولكل حالة حكمها الخاص بها.

الحالة الأولى: بيع النائب حال كونه وصياً مال القاصر المنقول بالمحاباة:

ذهب جمهور الفقهاء (الحنفية، والمالكية، والشافعية، والحنابلة) إلى القول: بأنه لا يجوز للوصي (النائب) بيع شيء من مال القاصر، ولا شراء له بالمحاباة الفاحشة، التي لا يتغابن الناس فيها. (1) واستدلوا بما يأتي:

أولاً: قال الله Y: [وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ الْيَتَامَى قُلْ إِصْلَاحٌ لَهُمْ خَيْرٌ] [البقرة: 220].

وقال Y: [وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ حَتَّىٰ يَبْلُغَ أَشُدَّهُ] [الإسراء: 34].

وجه الدلالة: أن الله Y في هاتين الآيتين أمر بالإصلاح لليتامى، ونهى عن قربان أموالهم إلا بالتي هي أحسن، وتصرف الوصي بالمحاباة في مال القاصر تصرف ليس فيه مصلحة له، فيكون منهيّاً عنه. (2)

ثانياً: إن الولاية على القاصر مبنية على النظر، وطلب الأصلح له، ولا توجد مصلحة في البيع بالمحاباة الفاحشة، فلم يملك الوصي البيع والشراء بها. (3)

(1) المبسوط: 211/12 / 212، مواهب الجليل: 60/5، أسنى المطالب: 211/، الإنصاف: 325/5.

(2) بدائع الصنائع: 136/5، أسنى المطالب: 211/2.

(3) تبيين الحقائق: 211/6.

الحالة الثانية: بيع النائب حال كونه وصياً عقار القاصر بالمحاباة:
اختلف الفقهاء في بيع الوصي (النائب) عقار القاصر بالمحاباة
على رأيين:

الرأي الأول: ذهب بعض الحنفية، وجمهور المالكية، والشافعية
في المذهب، والحنابلة في الصحيح عندهم إلى القول: بأنه يجوز
للوصي (النائب) بيع عقار القاصر بالمحاباة اليسيرة، إذا وجدت
مصلحة في ذلك⁽¹⁾.

جاء في رد المحتار: "وَجَازَ بَيْعُهُ عَقَارَ صَغِيرٍ مِنْ أَجْنَبِيٍّ لَا مِنْ
نَفْسِهِ بَضْعٌ قِيمَتِهِ، أَوْ لِنَفَقَةِ الصَّغِيرِ أَوْ دَيْنِ الْمَيِّتِ، أَوْ وَصِيَّةٍ مُرْسَلَةٍ
لَا نَفَادَ لَهَا إِلَّا مِنْهُ، أَوْ لِكَوْنِ غَلَاتِهِ لَا تَزِيدُ عَلَى مُؤْتَتِهِ، أَوْ خَوْفِ خَرَابِهِ،
أَوْ نُفْصَاتِهِ، أَوْ كَوْنِهِ فِي يَدِ مُتَغَلِّبٍ، وَهَذَا لَوْ الْبَائِعُ وَصِيًّا، لَا مِنْ قِبَلِ أُمِّ،
أَوْ أُخٍ، فَإِنَّهُمَا لَا يَمْلِكَانِ بَيْعَ الْعَقَارِ مُطْلَقًا، وَلَا شِرَاءَ غَيْرِ طَعَامٍ،
وَكِسْوَةٍ"⁽²⁾.

وجاء في الخرشي: "أَنَّ الْحَاكِمَ، أَوْ الْوَصِيَّ لَا يَجُوزُ لِكُلِّ مِنْهُمَا أَنْ
يَبِيعَ عَقَارَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِأَحَدِ أُمُورٍ، مِنْهَا: أَنْ تَكُونَ حَاجَةٌ دَعَتْ إِلَى الْبَيْعِ
مِنْ نَفَقَةٍ، أَوْ دَيْنٍ هُنَاكَ، وَلَا قَضَاءَ لَهُ إِلَّا مِنْ تَمَنِّهِ، وَمِنْهَا أَنْ يَكُونَ
الْبَيْعُ غِبْطَةً بَانَ زَادَ فِي تَمَنِّهِ زِيَادَةً لَهَا قَدْرٌ وَبَالَ، حَدَّهَا الْغُرْنَاتِيُّ
بِالثَّلْثِ، وَكَلَامُ ابْنِ عَرَفَةَ يُفِيدُ أَنَّ الْغِبْطَةَ هُوَ الثَّمَنُ الْكَثِيرُ الْحَلَالُ الزَّائِدُ
عَلَى ثَلَاثِ الْقِيَمَةِ، وَمِنْهَا أَنْ يَكُونَ مُوظَّفًا، أَي: عَلَيْهِ تَوْظِيفٌ، أَي: حَكَرٌ
فِيْبَاعٍ، وَيُؤْخَذُ لَهُ عَقَارٌ لَا تَوْظِيفَ عَلَيْهِ كُلِّ سَنَةٍ، أَوْ كُلِّ شَهْرٍ، وَمِنْهَا أَنْ
يَكُونَ حِصَّةً فَيُسْتَبَدَّلَ غَيْرُهُ كَامِلًا لِلسَّلَامَةِ مِنْ ضَرَرِ الشَّرِكَةِ، وَمِنْهَا أَنْ
يَكُونَ الْمَبِيعُ غَلَّةً قَلِيلَةً فَيُبَاعَ لِيُسْتَبَدَّلَ مَا لَهُ غَلَّةٌ كَثِيرَةٌ، أَوْ لِكَوْنِهِ لَا
يَعُودُ عَلَيْهِ مِنْهُ شَيْءٌ، وَمِنْهَا كَوْنُهُ بَيْنَ ذِمِّيَّيْنِ، فَيُبَاعُ؛ لِيُسْتَبَدَّلَ خِلَافَهُ
بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ، وَمِنْهَا كَوْنُهُ بَيْنَ جِيرَانٍ سَوْءٍ يَحْصُلُ مِنْهُمْ ضَرَرٌ فِي
الدِّينِ، أَوْ فِي الدُّنْيَا، وَمِنْهَا كَوْنُهُ حِصَّةً، وَأَرَادَ الشَّرِيكَ بَيْعَ حِصَّتِهِ، وَلَا
مَالَ لِلْيَتِيمِ يَشْتَرِي بِهِ حِصَّةَ شَرِيكِهِ، وَمِنْهَا خَشْيَةُ انْتِقَالِ الْعِمَارَةِ عَنْهُنَّ
فَيَصِيرُ مُنْفَرِدًا لَا نَفْعَ بِهِ غَالِبًا، وَمِنْهَا خَشْيَةُ خَرَابِهِ، وَلَا مَالَ لِلْيَتِيمِ يُعْمَرُ
بِهِ، أَوْ لَهُ مَا يُعْمَرُ بِهِ، وَلَكِنَّ الْبَيْعَ أَوْلَى مِنَ الْعِمَارَةِ"⁽³⁾.

قال الشيرازي: "ولا يبيع له العقار إلا في موضعين:
أحدهما: أن تدعو إليه الضرورة، بأن يفتقر إلى النفقة، وليس له
مال غيره، ولم يجد من يقرضه.

(1) الميسوط: 34/28، شرح الخرشي على مختصر خليل: 300/5، مغني المحتاج:

153/3، الإنصاف: 332/5.

(2) حاشية ابن عابدين: 711/6.

(3) شرح مختصر خليل للخرشي: 300/5.

والثاني: أن يكون له في بيعه غبطة، وهو أن يطلب منه بأكثر من ثمنه، فيباع له، ويشترى ببعض الثمن مثله". (1)
 قال ابن قدامة: "يَجُوزُ لِلْوَصِيِّ بَيْعَ الدُّورِ عَلَى الصِّغَارِ، إِذَا كَانَ نَظْرًا لَهُمْ، وَيَكُونُ ذَلِكَ فِي ثَلَاثَةِ أَحْوَالٍ.
 أَحَدِهِمَا: أَنْ يَكُونَ بِهِ ضَرُورَةٌ إِلَى كِسْفَةِ، أَوْ نَفَقَةٍ، أَوْ قَضَاءِ دَيْنٍ، أَوْ مَا لَا بُدَّ مِنْهُ، وَلَيْسَ لَهُ مَا تُنْذِفُ بِهِ حَاجَتَهُ،
 الثَّانِي: أَنْ يَكُونَ فِي بَيْعِهِ غِبْطَةٌ؛ وَهُوَ أَنْ يَدْفَعَ فِيهِ زِيَادَةٌ كَثِيرَةً عَلَى ثَمَنِ الْمِثْلِ، كَالثَّلْثِ وَنَحْوِهِ.

الثالث: أَنْ يَخَافَ عَلَيْهِ الْهَلَاكُ بِعَرَقٍ، أَوْ خَرَابٍ، أَوْ نَحْوِهِ". (2)
 واستدلوا: بقول الله Y: [وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ الْيَتَامَى قُلْ إِصْلَاحٌ لَهُمْ خَيْرٌ] [البقرة: 220].

وقال Y: [وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ حَتَّى يَبْلُغَ أَشُدَّهُ] [الإسراء: 34].

وجه الدلالة: أن الله Y في هاتين الآيتين أمر بالإصلاح لليتامى، ونهى عن قربان أموالهم إلا بالتي هي أحسن، وهذا يعم جميع أنواع أموالهم من عقار وغيره، وجميع الأحوال التي يكون فيها مصلحة لهم، ولا ينحصر ذلك في حالات معينة. (3)

الرأي الثاني: ذهب متقدموا الحنفية، والمالكية في غير المشهور، والشافعية في غير الراجح، وبعض الحنابلة إلى القول: بأنه لا يجوز للوصي (النائب) بيع عقار القاصر بالمحاباة. (4)
 واستدلوا: بأن الولي (النائب) مأمور بفعل ما فيه مصلحة للقاصر، وبيع عقاره بالمحاباة لا تتحقق فيه المصلحة. (5)

وقد نوقش هذا الدليل: بأنه قد يرى الولي الحظ في غير هذا، مثل أن يكون في مكان لا ينفع به، أو نفعه قليل، فيبيعه ويشترى له في مكان يكثر نفعه، أو يرى شيئاً في شرابه غبطة، ولا يمكنه شراؤه إلا ببيع عقاره، وقد تكون داره في مكان يتضرر الغلام بالمقام فيها، لسوء الجوار، أو غيره فيبيعهها، ويشترى له بئمنها داراً يصلح له المقام بها، وأشبهه هذا مما لا ينحصر، وقد لا يكون له حظ في بيع عقاره وإن دفع

(1) المهذب: 127/2.

(2) المغني: 182/4.

(3) بدائع الصنائع: 136/5، أسنى المطالب: 211/2.

(4) حاشية ابن عابدين: 711/6، أسنى المطالب: 211/2، الإنصاف: 325/5.

(5) المهذب: 129/2.

فِيهِ مِثْلًا تَمَنَّى إِمَّا لِحَاجَتِهِ إِلَيْهِ، وَإِمَّا لِأَنَّهُ لَا يُمَكِّنُ صَرَفُ تَمَنَّى فِي مِثْلِهِ،
فَيُصَيِّغُ التَّمَنَّى، وَلَا يُبَارِكُ فِيهِ. (1)

الرأي المختار: أرى والله أعلم أن ما ذهب إليه أصحاب الرأي
الأول القائل: بأنه يجوز للوصي (النائب) بيع عقار القاصر بالمحاباة،
إذا وجدت مصلحة في ذلك؛ لأن المقصود من الولاية على القاصر هو
تحقيق المصلحة له، وقد تكون المصلحة في البيع بالمحاباة، إلا أنه
ينبغي على الوصي (النائب) أن يحتاط في مثل هذا البيع.

(1) المغني: 182/4.

المطلب الثاني

بيع النائب حال كونه وصياً ماله للقاصر، وشرأوه منه

إذا أراد الوصي (النائب) أن يشتري من مال القاصر شيئاً من ماله لنفسه، أو يبيعه شيئاً من ماله، فهل يجوز له ذلك، أم لا؟
اختلف الفقهاء في ذلك على رأيين:

الرأي الأول: ذهب أبو حنيفة، وأبو يوسف في قول، وهو المفتي به عند الحنفية، والمالكية في قول، والحنابلة في رواية، والظاهرية إلى القول: بأنه يجوز للوصي (النائب) أن يشتري لنفسه شيئاً من مال القاصر، أو يبيع له شيئاً من ماله، بشرط ألا يحابي نفسه. (1)
واشترط الحنفية في الوصي ما يأتي:

الشرط الأول: أن يكون وصي الأب خاصة: أما وصي القاض فلا يجوز له ذلك؛ لأنه وكيل عنه، والوكيل يأخذ صفة الموكل من حيث فعله، وفعل الموكل هنا قضاء، فلا يجوز أن يقضي لنفسه.
الشرط الثاني: أن يكون فيه منفعة ظاهرة للصغير: وتفسير المنفعة الظاهرة أن يبيع ما يساوي خمسة عشر بعشرة من الصغير، أو يشتري ما يساوي عشرة بخمسة عشر لنفسه من مال الصغير. (2)

واشترط المالكية ما يأتي:

الشرط الأول: أن يكون في شرايه مصلحة لليتيم.
الشرط الثاني: أن يشتريه بالثمن الذي انتهت إليه الرغبات به، بعد شهرته لبيع في سوقه. (3)

أما إذا كان البيع في تافه فجانز بلا شروط، قال عبد الرحمن بن القاسم: أتى إلى مالك رجل من أهل البادية، فسأله عن حمارين من حمر الأعراب، هلك صاحبهما، وأوصى إلى رجل من أهل البادية، فتسوق الوصي بهما في البادية، وقدم بهما المدينة، فلم يعط بهما إلا ثمنًا يسيرًا نحوًا من ثلاثة دنانير، فأتى إلى مالك، فاستشاره في أخذهما لنفسه، وقال: قد تسوقت بهما في المدينة والبادية، فأنا أريد أن أخذهما بما أعطيت؟ قال: قال مالك: ما أرى به بأسًا، وكأنه خففه لقلّة الثمن، ولأنه تافه وقد اجتهد الوصي. (4)

(1) تبين الحقائق: 211/6، حاشية الدسوقي: 455/4، الإنصاف: 325/5، المحلى: 201/7.

(2) حاشية ابن عابدين: 709/6.

(3) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: 455/4.

(4) المدونة: لمالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني: 335/4، ط: دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى: 1415هـ/1994م.

بينما اشترط الحنابلة ما يأتي:
الشرط الأول: أن يزيد على مبلغ ثمنه في النداء.
الشرط الثاني: أن يتولى النداء غيره. (1)
واستدلوا بما يأتي:
أولاً: قال الله Y: [وَلَا تَقْرُبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ حَتَّى
يَبْلُغَ أَشُدَّهُ] [الإسراء: 34].
وجه الدلالة: أن هذه الآية وغيرها لم تفرق بين تصرف وآخر،
سواءً أكان للغير، أم للوصي، فطالما تم التصرف في حدود المصلحة،
وعدم المحاباة، فإنه يقع صحيحاً. (2)
ثانياً: قَالَ عُمَرُ r: "إِنِّي أَنْزَلْتُ نَفْسِي مِنْ مَالِ اللَّهِ مَنْزِلَةَ مَالِ
الْيَتِيمِ، إِنْ اسْتَعْنَيْتَ مِنْهُ اسْتَعْفَفْتَ، وَإِنْ افْتَقَرْتَ أَكَلْتَ بِالْمَعْرُوفِ". (3)
وجه الدلالة: أَنَّ عُمَرَ r لَا يُنْكَرُ الْإِسْتِقْرَاضَ مِنْ مَالِ الْيَتِيمِ، وَلَا
فُرْقَ بَيْنَ أَخْذِ مَالِ الْيَتِيمِ قَرْضًا وَرَدِّ مِثْلِهِ بَعْدَ ذَلِكَ وَبَيْنَ ابْتِيَاعِهِ بِمِثْلِ
ثَمَنِهِ وَقِيمَتِهِ وَإِعْطَاءِ مِثْلِهِ نَقْدًا. (4)

(1) الشرح الكبير على متن المقنع: لعبد الرحمن بن محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي
الجماعيلي الحنبلي: 221/5، ط: دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع، بدون تاريخ
طبع.

(2) المحلي: 201/7.

(3) أخرجه ابن أبي شيبة: كتاب الجهاد، باب مَا قَالُوا فِي عَدْلِ الْوَالِي وَقَسْمِهِ قَلِيلًا كَانَ
أَوْ كَثِيرًا، المصنف في الأحاديث والآثار: 458/6.

(4) المحلي: 201/7.

ثالثاً: الوصيُّ له شَبَهَان: شَبَهٌ بِالْأَبِ، وَشَبَهٌ بِالْوَكِيلِ، أَمَّا شَبَهُهُ بِالْوَكِيلِ فَلِكُونُهُ أَجْنَبِيًّا، وَشَبَهُهُ بِالْأَبِ لِكُونِهِ مَرْضِيَّ الْأَبِ، فَالظَّاهِرُ أَنَّهُ مَا رَضِيَ بِهِ إِلَّا لَوْفُورِ شَفَقَتِهِ عَلَى الصَّغِيرِ فَأَثْبَتْنَا لَهُ الْوَلَايَةَ عِنْدَ ظُهُورِ النَّفْعِ عَمَلًا بِشَبَهِ الْأَبِ، وَقَطَعْنَا وَوَلَايَتَهُ عِنْدَ عَدَمِهِ عَمَلًا بِشَبَهِ الْوَكِيلِ عَمَلًا بِالشَّبَهَيْنِ بِقَدْرِ الْإِمْكَانِ. (1)

الرأي الثاني: ذهب أبو يوسف في القول الثاني، ومحمد بن الحسن، وزفر، والشافعية، والحنابلة في المذهب إلى القول: بأنه لا يجوز للوصي (النائب) أن يشتري لنفسه شيئاً من مال القاصر، أو يبيع له شيئاً من ماله. (2)

واستدلوا بما يأتي:

أولاً: عَنْ صَلَّةِ بْنِ زُفَرٍ قَالَ: جَاءَ إِلَى عَبْدِ اللَّهِ بْنِ مَسْعُودٍ رَجُلٌ مِنْ هَمْدَانَ عَلَى فَرَسٍ أَبْلَقٍ، فَقَالَ: إِنَّ عَمِّي أَوْصَى إِلَيَّ تَرَكْتَهُ، وَإِنَّ هَذَا مِنْ تَرَكْتِهِ، أَفَأَشْتَرِيهِ؟، قَالَ: "لَا، وَلَا تَسْتَقْرِضُ مِنْ مَالِهِمْ شَيْئاً". (3)

وجه الدلالة: أن عبد الله بن مسعود ر منع الوصي أن يشتري لنفسه شيئاً من مال المولى عليه، وهو من كبار فقهاء الصحابة ص ، ولا يعرف له مخالف منهم. (4)

وقد نوقش الاستدلال بهذا الأثر: أنه يوجد له مخالف، فقد خالفه عمر ابن الخطاب ص ، وكذلك صحَّ عَنْ ابْنِ عَمَرَ ص أَيْضًا مخالفته لابن مسعود ص . (5)

ثانياً: أن الوصي (النائب) تلحقه التهمة في محاباة نفسه، وترك الاستقصاء في الثمن، وفي أنه يشتري من مال الموصي عليه ما لا مصلحة للموصي عليه في بيعه، وهذا بخلاف الأب، والجد. (6) وقد نوقش هذا الدليل: بأن التهمة تلحق الوصي أيضاً في بيعه وشرائه مع الآخرين، فهو قد يدلس فيما يشتري للموصي عليه من غيره، أو غيره له من غيره. (7)

(1) بدائع الصنائع: 136/5.

(2) المبسوط: 37/14، الحاوي الكبير: 536/6، الإنصاف: 325/5.

(3) سبق تخريج الأثر.

(4) الحاوي الكبير: 573/6.

(5) المحلى: 201/7.

(6) الحاوي الكبير: 537/6، كشف القناع: 448/3.

(7) المحلى: 201/7.

ثالثاً: بَأَنَّ الْحُقُوقَ فِي بَابِ الْبَيْعِ تَرْجِعُ إِلَى الْعَاقِدِ وَلِلْبَيْعِ حُقُوقٌ مُتَصَادَةٌ
مِثْلُ التَّسْلِيمِ وَالتَّسَلُّمِ وَالْمُطَالَبَةِ، فَيُؤَدِّي إِلَى أَنْ يَكُونَ الشَّخْصُ
الْوَاحِدُ فِي زَمَانٍ وَاحِدٍ مُسَلِّمًا، وَمُتَسَلِّمًا، طَالِبًا، وَمُطَالِبًا، وَهَذَا
مُحَالٌ. (1)

وقد نوقش هذا الدليل: بأن القول بالاستحالة ممنوع، فإنه يجعل
كَانَ الصَّبِيِّ بَاعَ، أَوْ اشْتَرَى بِنَفْسِهِ، وَهُوَ بَالِغٌ، فَتَعَدَّدَ الْعَاقِدُ حُكْمًا، فَلَا
يُؤَدِّي إِلَى الْإِسْتِحَالَةِ. (2)

الرأي المختار: بعد ذكر آراء الفقهاء في هذه المسألة، وبيان أدلة
كل فريق، فإنه يتبين أن الرأي المختار هو الرأي القائل: بأنه يجوز
لولي القاصر (النائب) سواء أكان أباً، أو جداً، أو وصياً، أن يبيع،
ويشتري من مال القاصر بشرط أن لا يحابي نفسه؛ لقوة ما استدلوا
به، ولأن مصلحة القاصر قد تكون في البيع والشراء له من مال وليه
(النائب).

المطلب الثالث

بيع النائب حال كونه وصياً مال القاصر لأقاربه
وشراؤه منهم له

إذا أراد الوصي (النائب) بيع مال القاصر لأقاربه الذي لا تقبل
شهادته له، أو يشتري منهم للقاصر، فقد اختلف الفقهاء في هذه
المسألة بنفس الاختلاف في بيع الوصي (النائب) ماله للقاصر، وشراؤه
منه، وقد بينا هذه المسألة في المطلب السابق، ويجري نفس الخلاف
هنا في هذه المسألة، فلا داعي للتكرار.

وبناء على ما سبق ترجيحه من جواز بيع الوصي (النائب)
وشراؤه من مال القاصر بشرط عدم المحاباة، فإنه يجوز بيع الوصي
(النائب) مال القاصر لأقاربه، وشراؤه منهم له، بشرط عدم المحاباة؛
لأن مصلحة القاصر قد تكون في معاملة الوصي مع أقاربه.

وإن كنا نرى أن الأولى للوصي (النائب) أن يبعد نفسه عن مواطن
الشبهة، ولا يتعامل مع مال الموصى عليه بيعاً، أو شراءً لنفسه؛ لأنه
ربما تدفعه نفسه للمحاباة، فيقع في المحذور.

وفي القانون المدني: لا يجوز للوصي (النائب) أن يتصرف في
مال القاصر لنفسه مطلقاً، سواء أكان المال عقاراً، أم منقولاً، وسواءً
أكان التصرف بالبيع، أو بالشراء إلا بإذن خاص من المحكمة.

(1) بدائع الصنائع: 136/5.

(2) بدائع الصنائع: 136/5.

- فجاء في المادة 31: "تقيم المحكمة وصياً خاصاً تحدد مهمته، وذلك في الأحوال الآتية:
- (أ) إذا تعارضت مصلحة القاصر مع مصلحة الولي، أو مصلحة قاصر آخر مشمول بولايته.
- (ب) إذا تعارضت مصلحة القاصر مع مصلحة الولي، أو زوجة، أو أحد أصوله، أو فروعه مع من يملكه الوصي.
- (ج) إبرام عقد من عقود المعاوضة، أو تعديله، أو فسخه، أو إبطاله، أو إلغاؤه بين القاصر وبين الوصي، أو أحد من المذكورين في البند (ب).
- (د) إذا آل إلى القاصر مال بطريق التبرع وشرط المتبرع ألا يتولى الولي إدارة المال.
- (هـ) إذا استلزمت الظروف دراية خاصة لأداء بعض الأعمال.
- (و) إذا كان الولي غير أهل لمباشرة حق من حقوق الولاية.
- ولعل في تعيين وصي خاص بالتعاقد مع الوصي في حالة تصرفه إلى نفسه في مال القاصر يخرج بالمعاملة عن كونها تعاقداً مع النفس؛ لأن الوصي الخاص سيكون طرفاً آخر في العقد باعتباره نائباً قضائياً عن القاصر في إبرام التصرف.
- وهناك حالات ضرورية في البيع والشراء كبيع المحصولات الزراعية المملوكة للقاصر، أو شراء الأسمدة ونحوها مما يلزم زراعة الأرض، فهذه يجوز للوصي أن يباشرها دون حاجة إلى الحصول على إذن المحكمة. (1)

المبحث الثالث

المحابة من النائب حال كونه أميناً للتفليسة

أمين التفليسة هو: الشخص الذي تعهد إليه المحكمة إدارة أموال المفلس، وهو ليس وكيلاً عن الداننين فقط، بل هو وكيلاً عن المفلس أيضاً، وأميناً على أموال التفليسة، وهو أهم الأشخاص الذين يقومون على إدارة التفليسة، فهو الذي يستلم أموال المفلس بعد أن ترفع يد المفلس عنها ليديرها، حتى يتم اتخاذ قرار بشأن التفليسة.

(1) د. عبد الرزاق السنهوري: السابق: 131/4.

فإذا ما تم تصفيه الأموال، وتوزيع الثمن لسداد الديون، يتولى أمين التفليسة عملية البيع، والتوزيع. وبمعنى آخر فإن أمين التفليسة يرافق التفليسة منذ افتتاحها الى وقت انتهائها.

وقد ذهب الحنفية، والمالكية، والشافعية، والحنابلة إلى القول: بأنه لا يجوز للنائب عن المدين (أمين التفليسة) أن يحابي أحداً عند بيع مال المفلس؛ لما فيها من الإضرار بالمفلس، وبالغرماء. (1)

ولقد وضع الفقهاء عدة ضوابط عند بيع مال المدين حماية للمال من وقوع المحاباة، وهي ما يأتي:

أولاً: أَنْ يُثَبِّتَ كُلُّ غَرِيمٍ دَيْنَهُ بِالْبَيِّنَةِ.
ثانياً: الإِعْذَارُ: ويكون ذلك للمفلس فيما ثبت عنده من الدين، ولكلِّ وَاحِدٍ مِنَ الْغُرَمَاءِ فِي الْبَيِّنَةِ الشَّاهِدَةِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الْقَائِمِينَ.
وَالْمُرَادُ بِإِعْذَارِهِ: قَطْعُ عُدْرِهِ وَحُجَّتِهِ، بِأَنْ يَقُولَ لَهُ: أَلَاكَ مَطْعَنٌ فِي تِلْكَ الْبَيِّنَةِ؟ (2)

وقد اتفق القانون مع الفقه في هذا الضابط، فلا يبيع المحضر المنقول إلا بناء على طلب الدائن الحاجز؛ لأنه إذا لم يطلب الحاجز إجراء البيع قد يكون ذلك راجعاً إلى استيفاء حقه، أو اتفاهه مع المدين على تأجيل الدين، ونفس الحال بالنسبة لقاضي في بيع العقار. (3)

ثالثاً: أن يكون البيع بنقد البلد: فَإِنْ عَدَلَ إِلَى غَيْرِهِ لَمْ يَجْزُ، فَإِنْ كَانَ فِي الْبَلَدِ نَقُودٌ بَاعَ بِأَكْثَرِهَا رَوَاجاً، فَإِنْ تَسَاوَتْ بَاعَ بِجِنْسِ الدَّيْنِ. (4)

وإن وجد الرضا من المفلس والغرماء بالبيع بغير نقد البلد جاز، وإن الحاكم لو رأى المصلحة في البيع بمثل حقوقهم جاز. (5)

ولم يقيد القانون المصري المحضر، أو القاضي بالبيع بنقد معين، مما يدل على أن البيع يتم بالعملية المحلية، فقد نص في بيع المصوغات، أو السبائك، أو الحلي، والمجوهرات بحسب ما قدره أهل الخبرة.

فنصت المادة 385 من قانون المرافعات: "لا يجوز بيع مصوغات، أو سبائك من الذهب، أو الفضة بثمن أقل من قيمتها الذاتية، بحسب تقدير أهل الخبرة، فإن لم يتقدم أحد لشرائها حفظت في

(1) المبسوط: 164/24، مواهب الجليل: 42/5، الحاوي الكبير: 314/6، كشف القناع: 432/3.

(2) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: 269/3.

(3) د. فتحي والي: التنفيذ الجبري: ص510، ط: دار النهضة العربية: 1981م.

(4) مغني المحتاج: 97/3.

(5) كفاية النبيه في شرح التنبيه: 497/9.

خزانة المحكمة، كما تحفظ النقود ليوفي منها عينا دين الحاجز، وديون غيره من الدائنين".

رابعاً: أن يباع كل شيء في سوقه: لأنه أكثر لطلابه، وأحوط، ومحل ذلك: إذا ظن عدم الزيادة على ثمنه في غير سوقه، فإن باعه في غير سوقه بثمنه في سوقه صحَّ (1)

وقد اتفق القاتون مع الفقه في هذا الأمر، فالأشياء المنقولة يتم بيعها في المكان المحجوزة فيه، ولكن يجوز للمحضر أن ينقلها إلى أقرب سوق عام لبيعها فيه، إذا رأى في ذلك المصلحة، وله أن ينقلها إلى سوق آخر بإذن القاضي إذا كانت المصلحة تقتضي ذلك. (2)

خامساً: أن يحضر المفلس، أو من ينوب عنه البيع: لَمَعَانِ أَرْبَعَةٍ: أَحَدُهَا: لِيُخَصِيَ ثَمَنُهُ، وَيَضْبِطَهُ.

الثَّانِي: أَنَّهُ أَعْرَفَ بِثَمَنِ مَتَاعِهِ، وَجَيْدِهِ، وَرَدِيئِهِ، فَإِذَا حَضَرَ تَكَلَّمَ عَلَيْهِ، وَعَرَفَ الْغَبْنَ مِنْ غَيْرِهِ.

الثَّالِثُ: أَن تَكْتُرَ الرَّغْبَةَ فِيهِ، فَإِنَّ شِرَاءَهُ مِنْ صَاحِبِهِ أَحَبُّ إِلَى الْمُشْتَرِي.

الرَّابِعُ: أَنَّ ذَلِكَ أَطِيبُ لِنَفْسِهِ، وَأَسْكَنُ لِقَلْبِهِ. (3)

فإن كان محبوساً جاز إخراجه من محبسه؛ ليشهد البيع. (4)

سادساً: أن يحضر الغرماء، أو كيلهم: لِأُمُورِ أَرْبَعَةٍ.

أَحَدُهَا: أَنَّهُ يُبَاعُ لَهُمْ.

الثَّانِي: أَنَّهُمْ رُبَّمَا رَغِبُوا فِي شِرَاءِ شَيْءٍ مِنْهُ، فَرَادُوا فِي ثَمَنِهِ، فَيَكُونُ أَصْلَحَ لَهُمْ وَلِلْمُفْلِسِ.

الثَّالِثُ: أَنَّهُ أَطِيبُ لِقُلُوبِهِمْ، وَأَبْعَدُ مِنَ التَّهْمَةِ.

الرَّابِعُ: أَنَّهُ رُبَّمَا كَانَ فِيهِمْ مَنْ يَجِدُ عَيْنَ مَالِهِ، فَيَأْخُذُهَا. (5)

فمن أبي هريرة π أن النبي ρ قال: (مَنْ أَدْرَكَ مَالَهُ بِعَيْنِهِ عِنْدَ رَجُلٍ قَدْ أَفْلَسَ، فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ مِنْ غَيْرِهِ). (6)

(1) فتاوى ابن الصلاح: لعثمان بن عبد الرحمن أبو عمرو تقي الدين، المعروف بابن الصلاح: ص381، ط: مكتبة العلوم والحكم، عالم الكتب، بيروت، الطبعة الأولى: 1407 هـ، المغني: 333/4.

(2) د. فتحي والي: مصدر سابق: ص480.

(3) مواهب الجليل: 42/5، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: 170/3، الحاوي الكبير: 314/6، المغني: 333/4.

(4) مجموع فتاوى ابن تيمية: 25/30.

(5) الحاوي الكبير: 313/6، الفروع: 305/4.

(6) أخرجه البخاري: كتاب في الاستقراض، وأداء الديون، والحجر، والتفليس، باب إذا وجد ماله عند مفلس في البيع، والقرض، والوديعة، فهو أحق به، صحيح

فَإِنْ لَمْ يَفْعَلْ، وَبَاعَهُ مِنْ غَيْرِ حُضُورِهِمْ كُلِّهِمْ، جَازَ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ مَوْكُولٌ إِلَيْهِ، وَمَقْوُضٌ إِلَى اجْتِهَادِهِ، وَرَبِّمَا أَدَّاهُ اجْتِهَادُهُ إِلَى خِلَافِ ذَلِكَ، وَبَانَتْ لَهُ الْمَصْلَحَةُ فِي الْمُبَادَرَةِ إِلَى الْبَيْعِ قَبْلَ إِحْضَارِهِمْ. (1)

سابعاً: أن يقيم منادياً ينادي على المتاع: فَإِنْ تَرَاضَوْا بِرَجُلٍ ثِقَةٍ، أَمْضَاهُ الْحَاكِمُ، وَإِنْ اتَّفَقُوا عَلَى غَيْرِ ثِقَةٍ رَدَّهُ.

فَإِنْ اخْتَارَ الْمُفْلِسُ رَجُلًا، وَاخْتَارَ الْغَرَمَاءُ آخَرَ، أَقَرَّ الْحَاكِمُ الثَّقَةَ مِنْهُمَا، فَإِنْ كَانَا ثِقَتَيْنِ، قَدَّمَ الْمُتَطَوِّعَ مِنْهُمَا؛ لِأَنَّهُ أَوْفَرُ، فَإِنْ كَانَا مُتَطَوِّعَيْنِ، ضَمَّ أَحَدَهُمَا إِلَى الْآخَرَ، وَإِنْ كَانَا بِجَعْلٍ، قَدَّمَ أَعْرَفَهُمَا وَأَوْثَقَهُمَا، فَإِنْ تَسَاوَيَا قَدَّمَ مَنْ يَرَى مِنْهُمَا، فَإِنْ وَجَدَ مُتَطَوِّعًا بِالنِّدَاءِ، وَإِلَّا دَفَعَتْ الْأَجْرَةَ مِنْ مَالِ الْمُفْلِسِ؛ لِأَنَّ الْبَيْعَ حَقٌّ عَلَيْهِ، لِكُونِهِ طَرِيقَ وَقَاءِ دَيْنِهِ، وَقِيلَ: يَدْفَعُ مِنْ بَيْتِ الْمَالِ؛ لِأَنَّهُ مِنَ الْمَصَالِحِ. (2)

وقد وافق القانون الفقهاء الإسلامي في ذلك، فاشتراط أن يتم البيع بالمزاد العلني. (3)

ثامناً: الإخبار بما في المال من الغيوب: فَلَا يَرُدُّ، وَمِنْ الصِّفَاتِ الْمَطْلُوبَةِ، فَتَكْتَفُرُ فِيهِ الرَّغَبَاتُ. (4)

تاسعاً: ترتيب المبيعات: واختلف الفقهاء في أولوية وتقديم بعض الأشياء المبيعة، مع أن الغرض واحد، وهو العمل بما فيه المصلحة، فيقدم ما يخشى عليه الفساد، ويحتاج إلى مؤنة؛ لتحقيق مصلحة المدين والغرماء. (5)

وقد نصت المادة 1/234 من القانون المدني: "أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه".

عاشراً: البيع بالخيار: وَيَكُونُ الْبَيْعُ بِالْخِيَارِ فِيهِ لِلْحَاكِمِ ثَلَاثَةُ أَيَّامٍ لِلِاسْتِقْصَاءِ وَطَلَبِ الزِّيَادَةِ فِي كُلِّ سَلْعَةٍ مِنْ حَيَوَانَ، وَعَرُوضٍ، وَعَقَارٍ، بِخِلَافِ خِيَارِ التَّرْوِيِّ، فَيُخْتَلَفُ بِاخْتِلَافِ السَّلْعِ. (6)

البخاري: 118/3، وأخرجه مسلم: كتاب المساقاة، باب من أترك ما باعه عند المشتري، وقد أفلس قلبه الرجوع فيه، صحيح مسلم: 1193/3.

(1) المغني: 333/4.

(2) المغني: 333/4.

(3) د. فتحي والي: مصدر سابق: ص 461، 462.

(4) أسنى المطالب: 189/2.

(5) الاختيار لتعليل المختار: لعبد الله بن محمود ابن مودود الموصلي البلدحي أبو الفضل الحنفي: 99/2، ط: مطبعة الحلبي، القاهرة: 1356هـ/1937م، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: 269/3، أسنى المطالب: 189/2، كشف القناع: 435/3.

(6) شرح مختصر خليل للخرشي: 269/5.

ويستثنى من البيع بالخيار: السلع التي تتأثر، وتفسد بطول البقاء مدة طويلة، كالفواكه، والخضروات، وما يشبههما.
وقد اختلف القانون مع الفقه في هذا الأمر، فقضى بتمام البيع مباشرة بعد مضي المدة التي نص عليها القانون بالنسبة لآخر متزايد، وهي مرور ثلاث دقائق على المتزايد الأخير.⁽¹⁾
حادي عشر: أن يوضع المال الناتج من البيع عند شخص يختاره المفلس، والغرماء.

جاء في الأم: "وَلَا يَنْبَغِي لِلْحَاكِمِ أَنْ يَأْمَرَ مَنْ يَبِيعُ مَالَ الْغَرِيمِ حَتَّى يُحْضِرَهُ، وَيُحْضِرَ مَنْ حَضَرَ مِنْ غَرْمَانِهِ، فَيَسْأَلُهُمْ، فَيَقُولُ: ارْتَضُوا بِمَنْ أَضَعُ ثَمَنَ مَا بَعْتُ عَلَى غَرِيمِكُمْ لَكُمْ؛ حَتَّى أَفْرِقَهُ عَلَيْكُمْ، وَعَلَى غَرِيمٍ، إِنْ كَانَ لَهُ حَقٌّ مَعَكُمْ، فَإِنْ اجْتَمَعُوا عَلَى ثِقَةٍ، لَمْ يَعُدْهُ، وَإِنْ اجْتَمَعُوا عَلَى غَيْرِ ثِقَةٍ لَمْ يَقْبَلْهُ؛ لِأَنَّ عَلَيْهِ أَنْ لَا يُوَلِّيَ إِلَّا ثِقَةً؛ لِأَنَّ ذَلِكَ مَالُ الْغَرِيمِ حَتَّى يَقْضِيَ عَنْهُ، وَلَوْ فَضَلَ مِنْهُ فَضْلٌ، كَانَ لَهُ، وَلَوْ كَانَ فِيهِ نَقْصٌ كَانَ عَلَيْهِ، وَلَعَلَّهُ يَطْرَأُ عَلَيْهِ دَيْنٌ لِغَيْرِهِمْ، كَبَعْضِ مَنْ لَمْ يَرْضَ بِهَذَا الْمَوْضُوعِ عَلَى يَدَيْهِ، وَإِنْ تَفَرَّقُوا، فَدَعَوْا إِلَى ثَقَاتَيْنِ ضَمَمَهُمَا، قَالَ: وَكَذَلِكَ أَكْثَرُ إِذَا قَبِلُوا، وَلَمْ يَكُنْ مِنْهُمْ أَحَدٌ يَطْلُبُ عَلَى ذَلِكَ جُعْلًا، وَإِنْ طَلَبُوا جُعْلًا، جَعَلَهُ إِلَى وَاحِدٍ لِيَكُونَ أَقْلٌ فِي الْجُعْلِ، وَكَانَ عَلَيْهِ أَنْ يَخْتَارَ خَيْرَهُمْ لَهُمْ".⁽²⁾

وقد اتفق القانون مع الفقه الإسلامي في هذا الأمر.⁽³⁾
ثاني عشر: البيع بثمن المثل، أو أكثر: والمراد بثمن المثل: الْمُعْتَادُ غَالِبًا فِي ذَلِكَ الْبَلَدِ؛ إِلَّا أَنْ تَكُونَ الْعَادَةُ تَغَيَّرَتْ تَغْيِيرًا مُسْتَقَرًّا، فَيَكُونُ حِينئذٍ ثَمَنُ الْمَثَلِ قَدْ نَقَصَ، فَيُبَاعُ بِثَمَنِ الْمَثَلِ الْمُسْتَقَرِّ.⁽⁴⁾
ولو تعدد من يشتري مال المفلس بثمن مثله من نقد البلد، وجب الصبر.⁽⁵⁾

وقد اتفق القانون مع الفقه في هذا الأمر، فنصت المادة 386 من قانون المرافعات: "إذا لم يتقدم أحد لشراء الحلي، والمجوهرات، والأحجار الكريمة، والأشياء المقومة، امتد أجل بيعها إلى اليوم التالي، إذا لم يكن يوم عطلة، فإذا لم يتقدم مشتري بالقيمة المقدرة أجل البيع

(1) د. عبد السميع أبو الخير: حماية الضمان العام للدائنين بدعوى الإعسار المدني: ص 538.

(2) الأم: 212/3، 213.

(3) د. فتحي والي: مصدر سابق: ص 482.

(4) مجموع الفتاوى: 26 / 25 / 30.

(5) نهاية المحتاج: 323/4.

إلى يوم آخر، وأعيد النشر والالصق على الوجه المبين ... وعندئذ تباع لمن يرسو عليه المزداد ولو بثمن أقل مما قومت به".

ثالث عشر: التسليم بعد قبض الثمن: فعلى الحاكم، أو الأمين ألا يسلم المبيع قبل قبض ثمنه؛ احتياطاً، وحتى لا يتهم بالمحاباة، فإن فعل ذلك ضمن كالوكيل. (1)

رابع عشر: عدم قبول الزيادة على ثمن المثل إلا من ثقة: فلا يقبل: الْمُتَوَلَّى لِبَيْعِ الْمَتَاعِ الزَّيَادَةَ مِمَّنْ يُزِيدُ فِي الثَّمَنِ عِنْدَ الْمُزَايَدَةِ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ ثِقَةً لَا يَرْجِعُ عَنْ زِيَادَتِهِ؛ لِمَا فِي رُجُوعِهِ مِنَ الْفُسَادِ. (2)

(1) مغني المحتاج: 106/3.

(2) الحاوي الكبير: 315/6.

الخاتمة

وتتضمن نتائج البحث:

- النائب هو: قيام شخص مكلف مقام غيره في التصرفات الشرعية، مما تقبل النيابة، بتكليف من الشرع، أو غيره.
- المحاباة بمعناها العام هي: تصرف ممن له حق التصرف، مقابل منفعة، أو بلا مقابل، بسبب عام، أو خاص.
- المحاباة في عقد البيع هي: ميل مقصود في عقد البيع عن ثمن المثل، يعود منفعته على طرفي العقد.
- يتصور أن يكون النائب في النيابة الإرادية وكيلًا، أو شريكًا، أو مضاربًا، أو ناظرًا للوقف.
- يتصور أن يكون النائب في النيابة الجبرية وليًا، أو وصيًا مختارًا، أو أمينًا للتفليسة.
- يجوز للنائب حال كونه وكيلًا البيع بأقل من الثمن المقدر بشرط ضمان ما نقص من الثمن.
- يجوز للنائب حال كون وكيلًا الشراء بالمحاباة الفاحشة، ويضمن الزيادة عن ثمن المثل؛ لأنه هو المفرط في الشراء بالمحاباة الفاحشة.
- يجوز للنائب حال كونه وكيلًا أن يتعاقد مع نفسه إذا أذن له الأصيل في ذلك.
- يجوز للنائب حل كونه وكيلًا أن يتعاقد مع من ترد شهادتهم له إذا كانت الوكالة مطلقة.
- لا يجوز للنائب حال كونه شريكًا البيع بالمحاباة الفاحشة.
- يجوز للنائب حال كونه مضاربًا البيع بالمحاباة التي لا يتغابن في مثلها الناس.
- لا يجوز للنائب حال كونه مضاربًا البيع على مال المضاربة ولا الشراء منه، إذا كان قد ظهر في المال ربح، أما إذا لم يظهر ربح في المال فإنه يملك ذلك.
- يجوز للنائب إذا كان مضاربًا البيع على أقاربه، والشراء منهم بدون إذن رب المال إذا كان ذلك بالمحاباة اليسيرة فقط.
- ينطبق على النائب حال كونه ناظرًا للوقف ما ينطبق على النائب حال كونه وكيلًا.
- يجوز للنائب حال كونه وليًا بيع عقار القاصر بالمحاباة إذا وجد مصلحة في ذلك.
- يجوز للنائب إذا كان وليًا أن يبيع ويشتري من مال القاصر بشرك عدم المحاباة لنفسه.

- يجوز للنائب إذا كان ولياً ببيع مال القاصر لأقاربه، والشراء منهم للقاصر بشرط عدم المحاباة.
- يجوز للنائب إذا كان وصياً مختاراً ببيع عقار القاصر بالمحاباة إذا وجدت مصلحة في ذلك.
- يجوز للنائب حال كونه وصياً مختاراً أن يبيع ويشترى من مال القاصر بشرط أن لا يحابي نفسه.
- يتولى النائب حال كونه أميناً للتفليسة عملية البيع وتوزيع الديون، ويرافق التفليسة منذ افتتاحها إلى وقت انتهائها.
- ينبغي على النائب حال كونه أميناً للتفليسة أن يتقيد بالضوابط التي وضعها الشرع والقانون حتى لا يتهم بمحاباة أحد في التفليسة.

أهم المراجع

- أحكام القرآن:** لأحمد بن علي أبو بكر الرازي الجصاص الحنفي، ط: دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى: 1415هـ/1994م.
- أحكام القرآن:** لمحمد بن عبد الله أبو بكر بن العربي المعافري الأشبيلي المالكي، ط: دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الثالثة: 1424هـ/2003م.
- أحكام تصرفات الوكيل في عقود المعاوضات المالية:** د. سلطان إبراهيم سلطان الهاشمي، ط: دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، دبي، الطبعة الأولى: 1422هـ/2002م.
- الإحسان في تقريب صحيح ابن حبان:** لمحمد بن حبان بن أحمد بن حبان ابن معاذ بن مَعْبِدَ التميمي أبو حاتم، الدارمي البُستي، ترتيب: الأمير علاء الدين علي بن بلبان الفارسي، ط: مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الأولى: 1408هـ/1988م.
- الاختيار لتعليق المختار:** لعبد الله بن محمود ابن مودود الموصلية البلدحي أبو الفضل الحنفي، ط: مطبعة الحلبي، القاهرة: 1356هـ/1937م.
- أسنى المطالب في شرح روض الطالب:** لذكريا بن محمد بن زكريا الأنصاري زين الدين أبو يحيى السنيكي، ط: دار الكتاب الإسلامي، بدون تاريخ طبع.
- الإشراف على نكت مسائل الخلاف:** للقاضي أبي محمد عبد الوهاب بن علي ابن نصر البغدادي المالكي، ط: دار ابن حزم، الطبعة الأولى: 1420هـ/1999م.
- أصول الفقه:** د. محمد زكريا البرديسي، ط: دار النهضة العربية، الطبعة الثالثة: 1969م.
- إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين:** لعثمان بن محمد شطا الدمياطي الشافعي، ط: دار الفكر، بيروت، الطبعة الأولى: 1418هـ/1997م.
- أعلام الموقعين عن رب العالمين:** لمحمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين بن قيم الجوزية، ط: دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى: 1411هـ/1991م.
- الأم:** لأبي عبد الله محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع بن عبد المطالب بن عبد مناف المطلبي القرشي المكي، ط: دار المعرفة، بيروت: 1410هـ/1990م.
- الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف:** لعلاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرداوي الدمشقي الصالحي الحنبلي، ط: دار إحياء التراث العربي، الطبعة الثانية، بدون تاريخ طبع.

البحر الرائق شرح كنز الدقائق: لزين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصري، ط: دار الكتاب الإسلامي، الطبعة الثانية، بدون تاريخ طبع.

البحر الزخار الجامع لمذاهب الامصار: لأحمد بن يحيى المرتضى، ط: دار الحكمة اليمانية، صنعاء، الطبعة الأولى: 1366هـ/1947م.

بداية المجتهد ونهاية المقتصد: لأبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد، ط: دار الحديث، القاهرة: 1425هـ/2004م.

بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: لعلاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي، ط: دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الثانية: 1406هـ/1986م.

البنية شرح الهداية: لأبي محمد محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن حسين الغيتابي الحنفي بدر الدين العيني، ط: دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى: 1420هـ/2000م.

البيان في مذهب الإمام الشافعي: لأبي الحسين يحيى بن أبي الخير بن سالم العمراني اليماني الشافعي، ط: دار المنهاج، جدة، الطبعة الأولى: 1421هـ/2000م.

تاج العروس من جواهر القاموس: لمحمد بن محمد بن عبد الرزاق الحسيني أبو الفيض، الملقب بمرتضى الزبيدي، ط: دار الهداية، بدون تاريخ طبع.

التاج والإكليل لمختصر خليل: لمحمد بن يوسف بن أبي القاسم بن يوسف العبدري الغرناطي أبو عبد الله المواق المالكي، ط: دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى: 1416هـ/1994م.

تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق: لعثمان بن علي بن محجن البارعي فخر الدين الزيلي الحنفي، ط: المطبعة الكبرى الأميرية، القاهرة، الطبعة الأولى: 1313هـ.

تحرير ألفاظ التنبيه: لأبي زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، ط: دار القلم، دمشق، الطبعة الأولى: 1408هـ.

تحفة المحتاج في شرح المنهاج: لأحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي، ط: المكتبة التجارية الكبرى بمصر: 1357هـ/1983م.

التعريفات الفقهية: لمحمد عميم الإحسان المجددي البركتي، ط: دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى: 1424هـ/2003م.

تفسير غريب ما في الصحيحين البخاري ومسلم: لمحمد بن فتوح بن عبد الله بن فتوح بن حميد الأزدي الميورقي الحميدي أبو عبد الله بن أبي نصر، ط: مكتبة السنة، القاهرة، الطبعة الأولى: 1415هـ/1995م.

الجامع لأحكام القرآن: لأبي عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري الخزرجي شمس الدين القرطبي، ط: دار الكتب المصرية، القاهرة، الطبعة الثانية: 1384هـ/1964م.

الجوهرة النيرة: لأبي بكر بن علي بن محمد الحدادي العبادي الزبيدي اليمني الحنفي، ط: المطبعة الخيرية، الطبعة الأولى: 1322هـ.

حاشية ابن عابدين: للعلامة محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي، ط: دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى: 1419هـ، 1998م.

حاشية الخرخشي على مختصر خليل: للإمام العلامة خليل بن إسحاق بن موسى المالكي، ط: دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى: 1417هـ/1997م.

حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: لشمس الدين محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي، ط: دار الفكر، بيروت، بدون تاريخ طبع.

حاشية قليوبي على شرح جلال الدين المحلي: لشهاب الدين أحمد بن أحمد ابن سلامة القليوبي، ط: دار الفكر العربي، بيروت: 1415هـ/1995م.

الحاوي الكبير: لأبي الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي الماوردي، ط: دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى: 1419هـ/1999م.

حماية الضمان العام للداننين بدعوى الإعسار المدني: د. عبد السمیع أبو الخير.

الذخيرة: لأبي العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقرافي، ط: دار الغرب الإسلامي، بيروت، الطبعة الأولى: 1994م.

روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني: لشهاب الدين محمود بن عبد الله الحسيني الألوسي، ط: دار إحياء التراث العربي، بيروت، بدون تاريخ طبع.

روضة الطالبين وعمدة المفتين: لأبي زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، ط: المكتب الإسلامي، بيروت، الطبعة الثالثة: 1412هـ/1991م.

سبل السلام: لمحمد بن إسماعيل بن صلاح بن محمد الحسني الكحلاني الصنعاني، ط: دار الحديث، بدون تاريخ طبع.

سنن ابن ماجه: لأبي عبد الله محمد بن يزيد القزويني، ط: دار إحياء الكتب العربية، فيصل عيسى البابي الحلبي، بدون تاريخ طبع.

سنن أبي داود: لسليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد بن عمرو الأزدي السجستاني، ط: المكتبة العصرية، صيدا، بيروت، بدون تاريخ طبع.

السنن الكبرى: لأحمد بن الحسين بن علي بن موسى الخسروجردي الخراساني أبو بكر البيهقي، ط: دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الثالثة: 1424هـ/2003م.

شرح الزرقاني على مختصر خليل: لعبد الباقي بن يوسف بن أحمد بن محمد الزرقاني المصري، ط: دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى: 1422هـ/2002م.

الشرح الكبير على متن المقنع: لعبد الرحمن بن محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي الجماعيلي الحنبلي، ط: دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع، بدون تاريخ طبع.

الشرح الكبير: لأبي البركات أحمد الدردير، مطبوع مع حاشية الدسوقي، ط: دار الفكر العربي، بيروت، بدون تاريخ طبع.

الشرح الممتع على زاد المستقنع: لمحمد بن صالح بن محمد العثيمين، ط: دار ابن الجوزي، الطبعة الأولى: 1428هـ.

شرح سنن النسائي: المسمى: ذخيرة العقبى في شرح المجتبى: لمحمد بن علي بن آدم بن موسى الإثيوبي الولوي، ط: دار آل بروم للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، بدون تاريخ طبع.

شرح فتح القدير: للإمام كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي، المعروف بابن الهمام الحنفي، ط: دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى: 1415هـ/1995م.

شرح منتهى الإرادات: للشيخ منصور بن يونس البهوتي الحنبلي، ط: دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى: 1426هـ/2005م.

شعب الإيمان: لأحمد بن الحسين بن علي بن موسى الخسروجردي الخراساني أبو بكر البيهقي، ط: مكتبة الرشد للنشر والتوزيع بالرياض بالتعاون مع الدار السلفية ببومباي بالهند، الطبعة الأولى: 1423هـ/2003م.

صحيح البخاري: لمحمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري الجعفي، ط: دار طوق النجاة، الطبعة الأولى: 1422هـ.

صحيح مسلم: لمسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري، ط: دار إحياء التراث العربي، بيروت، بدون تاريخ طبع.

ضمان العقد أو المسؤولية العقدية في الشريعة الإسلامية مقارناً بالقانون المدني: د. محمد الشحات الجندي، ط: دار النهضة العربية: 1990م.

- العزیز شرح الوجیز:** لأبي القاسم عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم الرافعي القزويني، ط: دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى: 1417هـ/1997م.
- عقد البيع:** د. سمير تناغو، ط: منشأة المعارف بالإسكندرية، ط: 1973م.
- عقد البيع:** د. عبد المنعم البدرأوي، ط: 1957.
- عقد البيع:** د. عبد الناصر توفيق العطار، ط: 1976م.
- فتاوى ابن الصلاح:** لعثمان بن عبد الرحمن أبو عمرو تقي الدين، المعروف بابن الصلاح، ط: مكتبة العلوم والحكم، عالم الكتب، بيروت، الطبعة الأولى: 1407هـ.
- الفتاوى البزازية:** لمحمد بن محمد بن شهاب المعروف بابن البزاز، مطبوع على هامش الفتاوى الهندية، ط: دار إحياء التراث العربي، بيروت، الطبعة الثالثة: 1400هـ.
- الفتاوى الفقهية الكبرى:** لأحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي السعدي الأنصاري، ط: المكتبة الإسلامية، بدون تاريخ طبع.
- الفتاوى الكبرى:** لتقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحلیم بن عبد السلام بن عبد الله بن أبي القاسم بن محمد بن تيمية الحراني، ط: دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى: 1408هـ/1987م.
- فتاوى قاضي خان:** لحسن الأوز جندي، مطبوع على هامش الفتاوى الهندية، ط: دار إحياء التراث العربي، بيروت، الطبعة الثالثة: 1400هـ.
- فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك:** لمحمد بن أحمد ابن محمد عيش أبو عبد الله المالكي، ط: دار المعرفة، بيروت، بدون تاريخ طبع.
- الفقه الإسلامي وأدلتُهُ:** د. وهبة مصطفى الزحيلي، ط: دار الفكر، سورية، دمشق، الطبعة الثالثة: 1409هـ/1989م.
- القاموس المحيط:** لمجد الدين أبو طاهر محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، ط: مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، الطبعة الثامنة: 1426هـ/2005م.
- الكافي في فقه الإمام أحمد:** لأبي محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي الدمشقي الحنبلي، ط: دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى: 1414هـ/1994م.
- كشاف القناع عن متن الإقناع:** للشيخ منصور بن يونس البهوتي الحنبلي، ط: دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى: 1418هـ/1997م.

كفاية النبيه في شرح التنبيه: لأحمد بن محمد بن علي الأنصاري أبو العباس نجم الدين، المعروف بابن الرفعة، ط: دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى: 2009م.

لسان العرب: لمحمد بن مكرم بن علي أبو الفضل جمال الدين بن منظور الأنصاري الإفريقي، ط: دار صادر، بيروت، الطبعة الثالثة: 1414هـ.

المبدع في شرح المقنع: لإبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد بن مفلح، ط: دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى: 1418هـ/1997م.

المبسوط: لمحمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي، ط: دار المعرفة، بيروت: 1414هـ/1993م.

مجموع الفتاوى: لتقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحلیم بن تيمية الحراني، ط: مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة النبوية، المملكة العربية السعودية: 1416هـ/1995م.

محاضرات في نظرية الحق: أ. د. لاشين محمد الغياتي، ط: المكتبة التوفيقية، ط: 1979م.

المحلى بالآثار: لأبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري، ط: دار الفكر، بيروت، بدون تاريخ طبع.

مختصر المعاملات الشرعية: د. علي الخفيف، مطبعة السنة المحمدية، ط: 1949.

المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية: د. عبد الكريم زيدان، ط: مؤسسة الرسالة، بدون تاريخ طبع.

المدخل لدراسة العلوم القانونية (النظرية العامة للحق) د. عبد القادر الغار، ط: دار الثقافة والنشر والتوزيع، عمان، الأردن، الطبعة الأولى: 2006.

المدخل للعلوم القانونية (نظرية القانون، ونظرية الحق): د. محمد الصغير البعلي، ط: دار العلوم، عنابة، الجزائر، ط: 2006.

المدونة: لمالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني، ط: دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى: 1415هـ/1994م.

مرض الموت وأثره على عقد البيع، دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الإسلامي: د. حسني محمود عب الدائم عبد الصمد، ط: دار الفكر الجامعي، الإسكندرية: 2008م.

مصادر الالتزام: د. مصطفى محمد الجمال، الطبعة الأولى، بدون تاريخ طبع.

المصباح المنير: لأحمد بن محمد بن علي المقرئ الفيومي، ط: دار القلم، بيروت، بدون تاريخ طبع.

- المصنف في الأحاديث والآثار:** لأبي بكر بن أبي شيبة، عبد الله بن محمد بن إبراهيم بن عثمان ابن خواستي العبسي، ط: مكتبة الرشد، الرياض، الطبعة الأولى: 1409هـ.
- مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى:** لمصطفى بن سعد بن عبده السيوطي الرحبباني الدمشقي الحنبلي، ط: المكتب الإسلامي، الطبعة الثانية: 1415هـ/1994م.
- معجم لغة الفقهاء:** لمحمد رواس قلعجي - حامد صادق قنبيبي، ط: دار النفائس للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الثانية: 1408هـ/1988م.
- معجم مقاييس اللغة:** لأحمد بن فارس بن زكريا القزويني الرازي، ط: دار الفكر: 1399هـ/1979م.
- معرفة السنن والآثار:** لأحمد بن الحسين بن علي بن موسى الخُسْرُوْجْردي الخراساني أبو بكر البيهقي، ط: دار الوفاء، المنصورة، القاهرة، الطبعة الأولى: 1412هـ/1991م.
- المعونة على مذهب عالم المدينة:** لأبي محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر الثعلبي البغدادي المالكي، ط: المكتبة التجارية، مصطفى أحمد الباز، مكة المكرمة، بدون تاريخ طبع.
- مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج:** لشمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، ط: دار الفكر العربي، بيروت: 1415هـ/1995م.
- المغني:** لأبي محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي، ط: مكتبة القاهرة: 1388هـ/1968م.
- الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية:** د. أحمد فراج حسين، ط: دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية: 1985م.
- الملكية ونظرية العقد:** د. محمد أبو زهرة، ط: دار الفكر، بدون تاريخ طبع.
- منح الجليل شرح مختصر خليل:** لمحمد بن أحمد بن محمد عليش أبو عبد الله المالكي، ط: دار الفكر، بيروت: 1409هـ/1989م.
- المهذب في فقه الإمام الشافعي:** لأبي اسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي، ط: دار الكتب العلمية، بيروت، بدون تاريخ طبع.
- مواهب الجليل لشرح مختصر خليل:** لأبي عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي، المعروف بالحطاب، ط: دار الفكر العربي، بيروت، الطبعة الأولى: 1422هـ/2002م.
- موجز في مصادر الالتزام:** د. محمد لبيب شنب، ط: 1970.

النجم الوهاج في شرح المنهاج: لكمال الدين، محمد بن موسى بن عيسى ابن علي الدّميري أبو البقاء الشافعي، ط: دار المنهاج، جدة، الطبعة الأولى: 1425هـ/2004م.

نظرية الالتزام: د. محمود جمال زكي، ط: مطبعة جامعة القاهرة، 1974.

نظرية الحكم ومصادر التشريع في أصول الفقه: د. أحمد الحصري، ط: مكتبة الكليات الأزهرية: 1981م.

النظرية العامة للالتزام: د. أنور سلطان، ص54، ط: دار المعارف، الطبعة الثانية: 1958م.

النظرية العامة للالتزام: د. عبد الرازق حسن فرج، ط: الفجر الجديدة: 1983م.

النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية: د. صبحي المحمصاني، ط: الكشاف، بيروت، بدون تاريخ طبع.

نظرية العقد: د. عبد المنعم فرج الصدة، ط: 1950.

نظرية العقد: لأحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام بن تيمية، ط: مطبعة السنة المحمدية، الطبعة الأولى: 1386هـ/1949م.

نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج: لشمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد ابن حمزة شهاب الدين الرملي، ط: دار الفكر، بيروت: 1404هـ/1984م.

النيابة عن الغير في التصرفات المالية: أ. د. سيف رجب قزامل، ط: دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الأولى: 2008م.

نيل الأوطار: لمحمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني اليمني، ط: دار الحديث، مصر، الطبعة الأولى: 1413هـ/1993م.

الوافي في شرح القانون المدني: د. سليمان مرقس، ط: دار النهضة العربية: 1999.

الوجيز في شرح أحكام عقد البيع: محمد علي عمران، ط: 1991، 1992م.

الوسيط في شرح القانون المدني الجديد: د. عبد الرازق السنهوري، ط: دار النشر للجامعات المصرية: 1952م.